

日本の情報公開法制における 知る権利の生成・展開と課題

—— 情報公開の憲法政策論

三 宅 弘

目 次

第1章 日本における知る権利の生成 — 「報道の自由の別称」から「国民主権の理念」 にのっとる「知る権利」としての展開と課題へ	8
Ⅰ 情報公開法1条の「国民主権の理念」と知る権利の位置付け	8
1 情報公開法制定における「知る権利」の位置付け	8
2 知る権利と「国民主権の理念」	9
3 報道の自由の別称としての知る権利の生成	11
4 沖縄密約事件上告理由書と「情報公開法要綱」の提案	13
5 「各人が自由にさまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する自由」とレペ タ事件	17
Ⅱ 情報公開法制の制度化における知る権利の生成過程	22
1 「情報公開法要綱」と「情報公開権利宣言」	22
2 情報公開条例の制定史にみる知る権利の具体化	25
3 情報公開法制定前における知る権利の裁判規範性確立への試み	28
（1）知る権利が具体的な訴訟上の権利であることを求める試み	28
（2）鴨川ダムサイト候補地点選定位置図情報公開訴訟と知る権利	29
（3）玉乃湯事件情報公開訴訟と知る権利	32
（4）玉乃湯事件東京高裁判決とその後の情報公開法制定	35
（5）国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法	37
Ⅲ 情報公開法制定から個人情報保護法・特定秘密保護法・公文書管理法の制定及びイン カメラ審理手続を設ける情報公開法改正提案等の第2章以下の展開・課題	38
1 情報公開法制定から個人情報保護法・特定秘密保護法・公文書管理法の制定へ ..	38
2 知る権利の法律への明記の検討	40
3 行政透明化検討チームによる「知る権利」明記の提案	41

4	情報公開法制における知る権利とプライバシー・個人情報保護との調整.....	43
5	知る権利の保障に対応する「原則開示の基本的枠組み」としての不開示情報の解釈適用並びに部分公開義務規定及びインカメラ審理（弁論期日外行政文書証拠調手続）.....	46
6	情報公開法制定後の「知る権利」を明記した最高裁判決等	49
第2章	知る権利の展開 ― 国民主権の理念にのっとり立法指針及び裁判規範とされる知る権利.....	52
I	知る権利の展開と特定秘密保護法.....	52
1	日本の情報法制史からみた特定秘密保護法22条1項の「国民の知る権利」	52
2	特定秘密保護法3条による特定秘密指定	53
3	知る権利が立法指針とされた特定秘密と行政機関情報公開法との関係	55
4	行政機関情報公開法5条3号の解釈にかかる最近の判決からみた特定秘密保護法と情報公開法との関係.....	57
II	知る権利に基づく情報公開請求が求めた公文書管理法の解釈適用	60
1	「当該行政機関についての・・・事項」と公文書管理法.....	60
2	知る権利を具体化した情報公開法が制定を促した公文書管理法.....	62
3	情報公開法と公文書管理法に基づく行政文書の作成.....	64
4	公文書管理法の問題4事例.....	68
	（1）集团的自衛権行使容認にかかる「国会答弁資料案」の不存在決定の誤り	68
	（2）森友学園問題にみる意思形成過程の公文書廃棄.....	70
	（3）加計学園獣医学部新設手続の過程文書の不存在.....	72
	（4）南スーダンPKO派遣日報の文書不存在取扱いの誤り	75
5	公文書管理上の問題4事例から行政文書管理ガイドラインの改正へ.....	79
6	決裁文書改ざんから行政文書管理規則の改正へ.....	84
	（1）財務省森友・決裁文書改ざん問題の前提となる日本の官公庁における公文書管理の実態	84
	（2）財務省森友・決裁文書改ざん問題	86

(3) 公文書管理法のさらなる改正へ.....	90
(4) 公文書廃棄改ざんと電子決裁システムへの移行.....	92
7 公文書管理法の解釈適用と知る権利の展開.....	96
(1) 公文書管理の抜本的改革を促進しなかった裁判所による証拠保全手続の運用	96
(2) 行政文書の不存在についての主張立証責任と公文書管理法に基づく保存管理	104
(3) 公文書改ざん・廃棄問題及び沖縄密約廃棄問題にみる知る権利の展開について の小括.....	108
第3章 知る権利の課題1 ― 高度情報通信社会の情報公開法制における知る権利とプ ライバシー・個人情報保護との調整.....	110
I 情報公開条例におけるプライバシー・個人情報保護との調整.....	110
1 情報公開条例の非公開事由とプライバシー保護.....	110
2 アメリカ情報自由法552条(b)項(6)におけるプライバシー保護.....	111
3 日本の情報公開法制におけるプライバシー保護型と個人識別型.....	115
II 日本におけるプライバシーの権利の展開.....	116
1 日本におけるプライバシーの権利の判例上の展開.....	116
2 日本におけるプライバシーの権利についての代表的学説.....	119
III 個人識別型によるプライバシー保護と知る権利・情報公開の調整.....	120
1 建築確認申請書添付図面の閲覧拒否処分にかかる判例と立法論としての非公開事由 のあり方.....	120
2 情報公開法5条1号における個人識別型不開示情報の採用と別途の個人情報保護法 制の確立.....	122
IV 高度情報通信社会における個人情報保護法制と知る権利を具体化した情報公開法との 関係.....	127
1 高度情報通信社会における個人情報とプライバシーの保護のための個人情報保護法 制.....	127
2 行政機関と地方公共団体の個人情報保護制度.....	129

3	個人情報保護法制の整備に伴う個人情報保護についての最高裁判所の判断	130
4	情報公開条例における個人情報保護にかかる最高裁判決	134
5	社会保障・税の共通番号制度と自己情報コントロール権の裁判規範化	141
	(1) 社会保障・税の共通番号制度と個人の保護	141
	(2) 個人情報の保護による個人の保護とパノプティコン社会の防止策	142
	(3) 「共通番号」の制度化から自己情報コントロール権の裁判規範化へ	143
	(4) 行政機関個人情報保護法 12 条の本人情報開示請求権による自己情報コントロール権の具体化	145
6	個人情報保護法改正と個人識別型の情報非公開事由との関係	146
	(1) 2015 年個人情報保護法改正と 2016 年行政機関個人情報保護法改正	146
	(2) 2015 年個人情報保護法改正及び 2016 年行政機関個人情報保護法改正の背景	147
	(3) ビッグデータ活用のための個人情報保護法改正の経緯	148
	(4) 個人情報保護法改正をふまえての情報公開とプライバシー保護との調整・小括	150
V	高度情報通信社会における情報公開とプライバシー・個人情報保護との調整	151
1	個人識別型非公開事由における公又は公予定による個人情報（公領域情報）の開示	151
2	公領域情報以外の情報公開法 5 条 1 号の解釈における情報公開とプライバシー・個人情報保護との調整	160
第 4 章	知る権利の課題 2 — 「原則開示の基本的枠組み」としての不開示情報の解釈適用概説と権利行使の濫用抑制の課題	165
I	知る権利の課題 2 として明らかとなるべきこと	165
II	「原則開示の基本的枠組み」としての情報公開法 5 条各号の不開示情報の解釈適用	165
1	情報公開法 1 条の解釈	165
3	情報公開法 5 条 2 号の解釈適用	169

4	情報公開法 5 条 3 号及び 4 号の解釈適用	180
5	情報公開法 5 条 5 号及び 6 号の解釈適用	191
Ⅲ	情報公開法制における知る権利の権限行使の限界と濫用	195
1	情報公開請求権の権限行使の限界	195
2	濫用請求と拒否処分	196
第 5 章	知る権利の課題 3 — 部分公開義務規定とインカメラ審理（弁論期日外行政文書 証拠調手続）	204
I	知る権利の保障に対応する部分公開義務規定	204
1	部分公開義務の原則と個人識別情報にかかる義務の確認規定	204
2	知る権利を保障する部分公開義務の原則規定（法 6 条 1 項）	205
3	部分開示による有意性をどのように判断するか	206
4	6 条 2 項の趣旨 — 部分公開義務の確認規定	206
5	アメリカ情報自由法に由来する部分公開義務規定	208
6	大阪府知事交際費情報について独立一体説を判示した最判平成 13 年 3 月 27 日	210
7	最判平成 13 年 3 月 27 日が情報公開法 6 条 1 項及び 2 項の立法経過を尊重しない こと	212
8	立法者意思をふまえ独立一体説を克服しようとする審査会答申と判例変更	214
9	藤田宙靖裁判官の補足意見と山本庸幸裁判官の補足意見	217
10	文・段落・図表の部分・欄を単位として相互の関係性をふまえて情報公開法 5 条 各号該当性を判断すること	220
Ⅱ	知る権利の保障のための裁判所におけるインカメラ審理への課題の実現	224
1	文・段落・図表の部分・欄を単位とした情報公開法 5 条各号該当性判断とインカメ ラ審理	224
2	非公開審理手続の導入の可否	227
3	憲法 82 条の公開裁判原則と国民の知る権利	228
4	ヴォーン・インデックス類似手続の導入	231

5	情報公開法の制定にあたり裁判所のインカメラ審理の採用の見送り	236
6	引き続き検討すべき課題としてのインカメラ審理手続	237
7	インカメラ審理の立法を促す最決平成21年1月15日補足意見	243
8	弁論期日外行政文書証拠調手続の提案	254
9	情報公開法改正法案23条・24条の批判的検討	256
10	憲法政策としての部分公開義務規定の解釈適用とインカメラ審理（弁論期日外行政文書証拠調手続）	263
終章 日本の情報公開法制における知る権利の生成・展開と課題をふまえての憲法政策学的課題		266
I	知る権利の生成・展開と課題をふまえての憲法政策学的課題	266
1	憲法政策	266
II	情報公開の憲法政策論	274
1	行政改革及び司法制度改革と知る権利の憲法政策学的課題	274
2	情報公開訴訟にかかわる最高裁裁判官の憲法訴訟論と裁判規範としての知る権利	277
3	裁判規範としての知る権利と憲法訴訟論を包み込んだ憲法政策論	283

第1章 日本における知る権利の生成 — 「報道の自由の別称」から「国民主権の理念」 にのっとる「知る権利」としての展開と課題へ

I 情報公開法1条の「国民主権の理念」と知る権利の位置付け

1 情報公開法制定における「知る権利」の位置付け

日本における情報公開法制として、行政機関の保有する情報の公開に関する法律（平成11年法律42号、以下「情報公開法」、「法」又は「行政機関情報公開法」）が1999年5月に成立し、2001年4月1日から施行されている。

本論は、日本における知る権利の生成・展開及び課題を、憲法の附属法というべき情報公開法の制定とその後の解釈適用や改正提案等をふまえて、論証するものである。

第1章では、「国民主権の理念」（情報公開法1条）に基づく情報公開法を知る権利の生成として論じ、さらに、情報公開法制定までに先行した情報公開条例の制定を知る権利の生成に至る過程として論じる。さらに、情報公開法制定から各章において正式法律名として紹介する個人情報保護法・特定秘密保護法・公文書管理法の制定及び情報公開法改正提案等を知る権利の展開及び課題として第2章から第5章まで論じることを法制定史として概観する。

情報公開法1条は、「この法律は、国民主権の理念にのっとり、行政文書の開示を請求する権利につき定めること等」を手段として、「行政機関の保有する情報の一層の公開を図る」ことを第1次的な目的とし、「政府の保有するその諸活動を国民に説明する責務が全うされるようにするとともに、国民の的確な理解と批判の下にある公正で民主的な行政の推進に資する」ことを高次の目的とするものと解されている¹。

立法過程にあつて、この目的規定に関して、「情報公開法はいわゆる『知る権利』を保障するものであるので、規定中にこの言葉を明記すべきとの議論がある」として整理され、「『知る権利』という概念については、憲法上明文の規定はなく、憲法解釈としても、論者によって、その根拠や内容について様々な見解がある。憲法の最終解释权を有する最高裁判所の判例においても、行政機関が保有する情報に対する開示請求権という意味での『知る権利』は認められていない状況にある」として、「本法の目的規定においては、『知る権利』という言葉を用いていない」とされた²（傍点 — 引用者）。

情報公開法制定は、1994年2月15日の閣議決定「今後における行政改革の推進方策について」において、行政情報の公開に関する制度について、本格的な検討を進めることとされ、同年12月に行政改革委員会（委員長：飯田庸太郎三菱重工業株

¹ 総務省行政管理局編『詳解情報公開法』（財務省印刷局、2001年）10頁。

² 総務省編・前掲注1）13頁。

式会社相談役）が設置され、１９９５年３月には、同委員会に行政情報公開部会（部長：角田禮次郎元内閣法制局長官、部長代理：塩野宏東京大学名誉教授）が設置され調査審議がなされたことによる。その結果は、行政改革委員会から、１９９６年１２月１６日、橋本内閣総理大臣に対して、「情報公開法制の確立に関する意見」（以下「行政改革委員会意見」として意見具申された。その意見具申の内容をなす「情報公開法要綱案の考え方」（以下「考え方」）においては、「知る権利」は、「憲法第２１条の保障する表現の自由はあくまで自由権であってそのような請求権的なものは含まないという見解がある一方、『知る権利』をより広く自己情報の開示請求権を含めて考えたり、『知る権利』は憲法上既に具体的な内容をもって存在する権利であるとする見解もある。また、最高裁判所の判例においては、請求権的な権利としての『知る権利』は認知されるに至っていない」として、「本要綱案では、情報公開法の目的規定に『知る権利』という言葉を用いることはしなかった」が、「『国民主権の理念にのっとり』という表現によって、憲法の理念を踏まえて充実した情報公開制度の確立を目指していることを明確にしておきたい」とされた³。

2 「知る権利」と「国民主権の理念」

たしかに法廷で傍聴人がメモを採ることが争われたレペタ事件（最大判平成元年３月８日民集４３巻２号８９頁）に至るまで、それまでの最高裁判所の判例においては、開示請求権的な権利としての「知る権利」は、司法審査の対象とされることはなかったのである。これをふまえて、「国民主権の理念にのっとり」憲法の理念を踏まえて充実した情報公開制度の確立を目指すこととされたのは、「知る権利」の法条上の明記の是非の議論を克服するものとして、行政情報公開部会の委員であった佐藤幸治京都大学教授の発案によったと言われている。この点は、筆者も直接、佐藤教授からお聞きしたことがある。

佐藤幸治は、当時、「国民主権」を、以下のとおり説示していた。「日本国憲法下の国民主権の意味について諸種の見解が存する」としたうえで、「今日国民主権は単一の次元においてのみ捉えるべきではなく、複数の次元を包摂する全体像において把握

³ 総務省編・前掲注１）１４頁。塩野宏『法治主義の諸相』（有斐閣、２００１年）４４頁「Ⅲ制定法における目的規定に関する一考察」。「わが国で議論の対象となっている『知る権利』という言葉が、各国の制定法の中には入っていないことが明らかとなったことに加えて（その後、韓国の情報公開法では、これが入れている）、そもそも、日本におけるような目的規定を有していない情報公開法がある（ないものとして、アメリカ、フランス等。存在するが、より簡潔なものとしてドイツ（環境情報法））ことも判明し、制定法における目的規定のあり方（それを置くかどうかを含めて）興味が引かれたことであった」とし（４４頁）、さらに行政手続について、「直接目的（第一次目的）と、終局目的の二段構えの法律」とするが（４７頁）、情報公開法も「二段構え」といえる。

されるべきもの」、すなわち「国民主権は、大別して、正当性の原理としての側面と、実定憲法上の構成的原理としての側面をもち、後者は、さらに、国家の統治制度の民主化に関する側面と公開討論の場（forum）の確保に関する側面とを包含するものと解すべきである」と説いていた⁴。「正当性の原理としての国民主権」は、「国家統治のあり方の根源にかかわる憲法を制定しかつ支える権威が国民にあることを意味する」ものであり、「実定憲法上の構成的原理としての国民主権」は、「その憲法を前提に、国家の統治制度が右の意思ないし権威を活かすよう組織されなければならないという要請を帰結するもの」と解されている。この説は、「正当性的契機」と「権力的契機」の二要素説としても紹介されるものであるが⁵、「権力的契機」について、これを二つの側面に分けて論じるところに佐藤説の展開が認められる。

すなわち、「構成的原理としての国民主権は、統治制度の民主化を要請するのみならず、統治制度とその活動のあり方を不断に監視し問うことを可能にする“公開討論の場”が国民に確保されることを要請する」として、二側面に分けられた。そのうえで、後者については、「集会・結社の自由、いわゆる『知る権利』を包摂する表現の自由は、国家からの個人の自由ということを本質としつつも、同時に、公開討論の場を、維持発展させ、国民による政治の運営を実現する手段であるという意味において国民主権と直結する側面を有している」ことを強調している⁶。

一般には、「国民主権は、一体的国民（全国民）が国家権力の源泉であり、国家権力を民主的に基礎づけ正当化する根拠であるという意味と、さらに国民（実際にはそれと同一視される積極的国民＝有権者）が国家権力の究極の行使者だという意味をあわせ含む」と解され、後者の側面である権力的契機については、「普通選挙制の趣旨に従って有権者の範囲ができる限り拡張され、その多様な意思を国会に公正かつ効果的に反映するような選挙制度が整備されることなど、自同性の原則を現実には保障する具体的な制度が伴わなければならないことに注意すべきであろう」と論じられる⁷。佐藤説は、後者の側面について、さらに、有権者が「その多様な意思を国会に公正かつ効果的に反映するような選挙制度」が有効に機能するためには、「『知る権利』を包摂する表現の自由」が「公開討論の場を維持・発展させ、国民による政治の運営を実現する手段である」として、国民主権と直結する側面を強調するのである。

上記1で引用した「本要綱案では、情報公開法の目的規定に『知る権利』という言葉を用いることはしなかった」が「『国民主権の理念にのっとり』という表現によって

⁴ 佐藤幸治『憲法〔新版〕』（青林書院、1991年）94頁。

⁵ 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）391頁、芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』（有斐閣、1992年）244頁。

⁶ 佐藤・前掲注5）396頁。

⁷ 芦部・前掲注5）244、245頁。

憲法の理念を踏まえて充実した情報公開制度の確立を目指していることを明確にし」、もって、「知る権利」を包摂する表現の自由を保障することにおいて国民主権と直結する側面が強調されたのである（傍点 ― 引用者）。

3 報道の自由の別称としての知る権利の生成

「知る権利」という「言葉」の由来については、奥平康弘によれば、1953年の新聞週間における標語が「報道の自由が守る知る権利」とあったというが、「このレベルでの知る権利は、報道の自由の別称というほかに、格別の法律上の意味があったとはいえないようにおもう」とされた。表現の自由の捉え直しという契機として、「言論・報道機関の側に即して『出版の自由』、『新聞の自由』、『報道の自由』といった権利構成がなされてきたが、おなじことがらを、言論・報道の『受け手』たる国民の側に即して、『知る権利』といいかえた」とされる⁸。

奥平は、その後、「知る権利は、日常的な用語たる実績を背景にして、裁判例でも散見される」（同23頁）として、「悪徳の栄え」上告審判決（最大判昭和44年10月15日刑集23巻10号1239頁）の色川幸太郎裁判官の反対意見を紹介する⁹。すなわち、色川反対意見において、「憲法21条にいう表現の自由が、言論、出版の自由のみならず、知る自由をも含むことについては恐らく異論がないであろう。…けだし、表現の自由は他者への伝達を前提とするのであって、読み、聴きそして見る自由を抜きにした表現の自由は無意味となるからである。情報及び思想を求め、これを入力する自由は、出版、頒布等の自由と表裏一体、相互補完の関係にあると考えなけ

⁸ 奥平康弘『知る権利』（岩波書店、1979年）22頁。奥平も引用するが、千葉雄次郎『知る権利 ― 現代の新聞自由』（東京大学出版会、1972年）189頁にあるとおり、アメリカにおいても、1950年、アメリカ新聞編集者協会では、「国民の知る権利」について、新聞法制の権威ハロルド・クロス博士に委託して調査を行い、その結果は、「国民の知る権利」の名で公刊されている、とされる。HAROLD L. CROSS, 'THE PEOPLE'S RIGHT TO KNOW' 1953のPrefaceはThe People have the right to know. Freedom of information is their just heritage. Without that the citizens of a democracy have but changed their kings. で始まっている。クロスによる「知る権利の制定法上の権利化」の提唱について、川岸令和「知る権利論 ― 憲法と情報公開法の相互浸透に向けて」辻村みよ子編『憲法研究第6号「知る権利」と「安全」』（信山社、2020年）39、42頁。なお、奥平憲法学における知る権利の位置付けについては、「表現の自由は、まさに、民主主義のための権利であり、特に知る権利は、国民主権と結び付いて、国民一人一人が適正な政治的判断をするための権利である」、「奥平にとって、民主主義とは、決して単純多数決ではないのである。むしろ、少数者の異論を述べる自由、権力に対して情報を求める自由、権力を批判する自由が十分に展開し、情報の豊かな流れが確保されている状態こそが、民主主義なのだと思う」と評されている（成澤孝人「立憲民主主義と共和主義 ― 奥平康弘の憲法思想における一側面」樋口陽一ほか編『憲法の尊厳 ― 奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、2017年）49、63頁。

⁹ 奥平・前掲注8）23頁。

ればならない」と判示された。この色川意見における「知る権利」は、国家から知ることを妨害されない自由権（「知る自由」）として意義付けられている。田中二郎裁判官の反対意見においても、「表現の自由や学問の自由の保障は、これを裏がえしていえば、読み、聞き、見、かつ知る自由や学ぶ自由の保障を意味する」、「読み、聞き、見、かつ、知る自由や学ぶ自由が抑制されたりしたのでは、民主主義の基本的原理が根底からゆすぶられ、社会文化の発展や真理の探求が不当に抑圧されることになるおそれを免れ得ない」というくだりがある。色川意見も田中意見も、「知る権利」を「知る自由」という自由権として論じている。

博多駅フィルム提出事件（最大判昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁）は、「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕するものである」と判示した。ただし、この判旨にある「知る権利」について、「知る自由」という自由権的性格に限定して用いられたものではないが、裁判規範としての固有の意義付けがなされたわけではない。

この点について調査官解説は、「事実の報道の自由は憲法21条の保障のもとにあり、このことは、判例及び学説において異論をみない」と評するにとどまる¹⁰。

以上のような最高裁判決をふまえて、奥平は、「取材面・報道面で不合理にその活動を抑制してきた旧来の法に再編をせまるために、他方では、TVフィルム提出命令にしめされるような新しい形態の権力介入に対応して、現代に有意味な報道の自由を確立するために、国民の知る権利が一種の説得のためのレトリックとして登場してきた」と評価している¹¹。

奥平は、「知る権利は、政治、経済、社会および文化の諸領域で『情報』（あるいは『知識』）というものの占める比重が圧倒的に高まったことに応じて、そのような『情報』に近づき、それを入手する可能性を切り開くものとして、登場した」と指摘する¹²。

「国民にとっては重要で必要な情報でも、資本の論理にのらなければ、そのような情報は、当然には市場に出廻らないで棄てられるおそれがある。もう一つの舵取りをする政府も、自然的な傾向としては、権力の論理をなにものにもまして優先させて、情報を操作する、とみななければならない」とも指摘する¹³。そのうえで、当初は「知る権利は、新聞・放送や、総じて情報を提供する機関の民主化（国民的なコントロール）を目標とし、これを達成する個々の道筋を個人の権利として主張する立場の現れ

¹⁰ 船田三雄「判解」最高裁判例解説刑事篇（昭和44年度）418頁。

¹¹ 奥平・前掲注8）26頁。

¹² 奥平・前掲注8）1頁。

¹³ 奥平・前掲注8）3頁。

である」とされた¹⁴。「知る権利」の「個人の権利」としての誕生である。

このような「知る権利」の生成において、奥平は、1979年の時点において、「情報提供機関の民主化（国民的なコントロール）を目標とし」たうえで、第一の方式として「国政にかんする情報について、報道機関だけに特権としてアクセス権をみとめ、報道機関の取材と発表をつうじて国民は間接的にのみ、国政にかんする情報にアクセスする方式」と、第二の方式として「報道機関の取材と一般国民との区別をもうけず、すべての国民に国政に関する情報にアクセスする権利、知る権利を保障する方式」との選択を提案し、「第二の方式のほうが、民主主義の思想に適合的であり、したがってまた、国民の知る権利にふさわしいシステムを組むうえですぐれているようにおもわれる」と指摘していた¹⁵。

第3章で詳しく論じるいわゆる高度情報通信社会、フェイスブックやツイッターによって何人（なんびと）も国境を越えて情報を発信し、自身が事実報道を行うことができる今日から振り返れば、奥平の第二の方式を選択する提言は正解であったというべきであろう。

沖縄密約事件（最決昭和53年5月31日刑集32巻3号457頁）にかかる上告理由とその後の社団法人自由人権協会（以下「自由人権協会」）の情報公開法要綱の立法提言は、そのことを現実のものとした。

4 沖縄密約事件上告理由書と「情報公開法要綱」の提案

後に最高裁判事となる大野正男弁護士は、沖縄密約事件最高裁決定（前掲最決昭和53年5月31日）に先立ち、その上告趣意書において、上告理由の各論点の前提をなすものとして、「政府の『秘密』とは何か。不正、不当な秘密を保護してよいか」について論じ、その冒頭、マックス・ヴェーバーの言説を下記のとおり引用した¹⁶。

記

既にマックス・ヴェーバーの説くところによれば、

「官僚的行政は、その傾向からいえば、常に公開性を排斥する行政」であり、『職務上の機密』という概念は、官僚制独自の発明品なのであり、この態度のほどの熱心さをもって官僚制が擁護するものは何一つとして存在しないのである。…官僚制が議会と対立する場合、それは誤ることのない勢力本能から、自己の手段《たとえば、いわゆる「審査権」》により利害関係者から専門知識を獲得しようとする議

¹⁴ 奥平・前掲注8）4頁。

¹⁵ 奥平・前掲注8）14頁。

¹⁶ 最高裁判所刑集32巻3号457頁、469頁。山川洋一郎『報道の自由』（信山社、2010年）364、365頁。いわゆる沖縄密約事件の弁護人の一人であった山川弁護士によれば、上告趣意書の上記の引用は、大野正男弁護士の執筆にかかるという。

会のあらゆる企てに対し斗争する。充分に情報を与えられておらず、それゆえに無力な議会は、いうまでもなく官僚制に一そう好都合である」(マックス・ヴェーバー、浜島朗訳「権力と支配」316頁)。

この引用文に次いで、上告趣意書においては、「この言葉はまさしく、わが国行政の実態と官僚制の傾向にあてはまる。…いわゆる『秘密』の問題を考えるに当たっては、先ず何よりも国民側の利益、権利から解明していかなければならない。ここに最も核心をなすのが『国民の知る権利』との関係である。」と述べ、シューピーゲル事件に関する1966年8月5日のドイツ連邦憲法裁判所の判決(BVerfGE20, 162 — 引用者注)を引用したうえで、「国民の『知る権利』との関連を考察することなき『秘密』論は『行政の便宜』のために国民の基本的な権利を犠牲にするものである。」と論じている。

大野によって法律実務においても光を当てられたヴェーバーの法理論については、「官僚制とくに近代官僚制について古典的な考察を加えた人物は、いうまでもなくマックス・ヴェーバーである」として、雀部幸隆において、改めて整理されている¹⁷。

このうち、情報公開制度に係るところは、近代官僚制に対し、「議員の委員会活動を実効的に保障するものとしての国政調査権の活用」にかかわる点である。「官僚は、当然『職務権限』と『守秘義務』とを盾にとり、正当な権限のない第三者にたいして、行政にかかわる『専門的知識』と『職務上の知識』とを公開することはない。この官僚制のつよい障壁を突き崩すものが、議員特権としての『国政調査権』である。この議員特権は、『議会による行政の監督』という…近代議会の大原則のひとつを実現するための重要な手段として、議員に与えられる。国民代表たる議員は、事案ごとの専門的な議会諸委員会において、被審問者(官僚)の厳しい宣誓義務を伴う『調査権』を行使することによって、当該の行政担当者から必要な行政上の情報を引き出し、行政の監督という国民代表に課せられた義務をはたす」ものと要約されている¹⁸。

上記沖縄密約事件においては、毎日新聞記者は前掲最決昭和53年5月31日において有罪が確定されるが、大野正男らが制度化を求めて研究したのは、この国政調査権ではなく、アメリカの情報自由法(Freedom of Information Act of 1966, FOIA、以下「アメリカ情報自由法」または「情報自由法」)であった。

海野普吉が理事長として創設し¹⁹、その指導を受けた大野正男²⁰も代表理事となった

¹⁷ 雀部幸隆『公共善の政治学 — ヴェーバー政治思想の原理論的再構成』(未来社、2007年)188頁。雀部は、同書において、ヴェーバー研究者折原浩らの先行業績をも参考として、「アリストテレスやマキャヴェッリ以来の西欧政治学の正系につく、政治学原理論として再構成」することによって、「日本の戦前戦後の政治を一貫して偏頗なく公正に見とおす基礎視点を得る」ことを試みている(333頁)。

¹⁸ 雀部・前掲注17)197頁。

¹⁹ 海野普吉弁護士による自由人権協会の創設について、入江曜子『思想は裁けるか 弁

自由人権協会においては、1976年5月8日小林直樹を招いて「情報管理社会における人権」と題する例会を開催したが、その中で小林は、アメリカ情報自由法を紹介し、これがきっかけとなり、同協会内に情報公開に関する研究小委員会が設けられることとなった²¹。

護士・海野普吉伝』(筑摩書房、2011年) 194頁。「弁護士海野普吉」刊行委員会編『弁護士海野普吉』(1972年) 158頁。

²⁰ 大野正男弁護士の思想を明らかにするものとして、大野正男『社会の中の裁判』(有斐閣、1998年)、同『弁護士から裁判官へ』(岩波書店、2000年)。前掲「悪徳の栄え」上告審判決最大判昭和44年10月15日の色川幸太郎裁判官の反対意見において「知る自由」が論じられたことも、刑事弁護人大野正男が、「憲法21条論を、『猥褻性という害悪』と『芸術性という社会的価値』の対抗的衡量という水準において打ち立てようとした」こと(駒村圭吾「法解釈の技術」と「文化現象の真実」——猥褻表現規制と弁護士・大野正男」辻村みよ子ほか編『「国家と法」の主要課題』205、215頁)と関連性があるものと解せられる。大野は、当時既に、「チャタレイ最高裁判決[最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁——引用者注]は、…その芸術的作品を閲読し観覧するであろう「予想される読者」への価値の伝達という面、つまり、読者の「知る権利」との関係は、論じられていない」とし、「知る権利」を表現の自由の構成要素である権利として生成させていたといえる(大野正男『裁判における判断と思想——判決分岐点の追究』[日本評論社、1969年] 75頁)。

²¹ 自由人権協会編『人権新聞縮刷版』(日本評論社、1987年)人権新聞197号(1976年9月17日号) 3頁。小林直樹における情報公開法研究は、同『憲法政策論』(日本評論社、1991年) 67頁以下で、情報立法政策の考察——情報基本法の構想としてまとめられている。小林は、『憲法政策論』において、「その初期には、伝統的な表現の自由——「国家からの」自由——の保障を超えて、国民の知る権利——「国家への」情報要求の権利——が主張されはじめ、学会では次第に一般的通念になっていった」と述べ(67頁)、その注(1)において、『知る権利』を表現の自由との関係で位置づけ体系的に説いた、わが国で恐らく最初のものとして、奥平康弘『表現の自由とは何か』(1970年(109頁以下)があげられよう。72年には清水英夫が「信託としての知る権利」(同『権力とマスコミ』所収)を書き、また法律時報でのシンポジウム『知る権利』の法的構造」の中で、堀部政男は、その権利性を保証するための「立法措置を検討する必要」を指摘していた。…が、その頃は一般的にはまだ「このような提唱もほとんど関心を惹かなかった」と、堀部(「情報アクセス権のメリットとデメリット」80年3月ジュリスト711号)が述べているような状態であった」と述解している(73頁)。1969年には、石村善治が「知る権利とマスコミ」(ジュリ422号(1969年) 58頁)を發表し、これが同『言論法研究Ⅱ(知る権利・プライバシー・国家機密・デモ行進)』(信山社、1993年)の巻頭論文となっている。奥平康弘は、『表現の自由Ⅱ』(有斐閣、1983年)「第6編知る権利第1章知る権利の法的構成」(初出ジュリ449号(1970年) 45頁)において、「知る権利」観念が多かれ少なかれ伝統的な表現の自由法制の体系に、一定の再検討をせまる視点を設定する役割を果たすはずだということである」と予言しつつ、上掲石村「知る権利とマスコミ」論文を紹介している(『表現の自由Ⅱ』306頁注(1))。清水英夫は、1971年に「知る権利の法的・社会的構造」(初出自正1971年10月号2頁)を發表し、これが『言論法研究 憲法二十一条と現代』(学陽書房、1979年)の「第1部現代社会と表現の自由第1章知る権利の法的・社会的構造」に収録されている。この中で、清水は、狭義の知る権利の内容として「情報を入手する権利」を摘示している(上掲『言論法研究』23頁)。芦部信喜『現

この時、日本の情報公開法は、ドイツにも淵源を有する議員特権としての「国政調査権」の研究の延長ではなく、アメリカ情報自由法に淵源を有する情報公開制度の制度化へ舵を切った。

沖縄密約事件は国家公務員法上の守秘義務を負う者に懲慥して秘密外交文書を漏示させた新聞記者の行為が「職務上知ることができた秘密を漏らしてはならない」との規定（同法100条1項）に違反するものとして、同法111条でいう守秘義務違反を「そそのかし」した罪にあたるかどうかが問題となった。被告人とされた新聞記者の側から、国民の知る権利が主張され、報道目的との関係で秘密の概念を限定し、「そそのかし」罪を排除・限定すべきとする主張であった。

前掲最決昭和53年5月31日は、国家公務員法100条1項の「秘密」の意義について、「非公知の事実であって、実質的にもそれを秘密として保護に値すると認められるものをいい（最高裁昭和48年（あ）第2716号同52年12月19日第2小法廷決定）」として、いわゆる実質秘密を採ることを判示する。

そのうえで、博多駅フィルム提出事件最高裁判決を引用し、「報道機関の国政に関する報道は民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、いわゆる国民の知る権利に奉仕するものであるから、報道の自由は、憲法21条が保障する表現の自由のうちでも特に重要なものである」と判示しているのが、

代人権論』（有斐閣、1974年）395頁の第7論文「民主国家における知る権利と国家機密」において、「知る権利がアメリカで公開政治の運動を推進するスローガンとして大きく取り上げられ、やがて判例上も確認されるようになるのは、1950年以降のことに属する」と指摘している（398頁）。その後の先行業績として、石村善治＝奥平康弘『知る権利 マスコミと法』（有斐閣、1974年）、堀部政男『アクセス権』（東大出版会、1977年）297頁（「情報へのアクセス権——知る権利」）、奥平・前掲注8）『知る権利』、清水英夫編『情報公開と知る権利』（三省堂、1980年）、清水英夫『情報公開』（日本評論社、1981年）、平松毅『情報公開——各国制度のしくみと理論』（有斐閣、1983年）、石村善治編『情報公開——その原理と展望』（法律文化社、1983年）、坂本昌成『情報公開と表現の自由』（成文堂、1983年）などがある。これらの先行業績において、知る権利の生成は、アメリカ情報自由法を範とする情報公開法制による具体化へと収れんされていくのである。その後、情報公開法の制定過程においては、右崎正博「情報開示請求権と「知る権利」——情報公開法の憲法的基礎づけをめぐる」、右崎ほか『情報公開法 立法の論点と知る権利』（三省堂、1992年）22頁（第1部、2）31頁、右崎「情報開示請求権と知る権利」井出嘉憲ほか『講座・情報公開——構造と動態』（ぎょうせい、1998年）137頁や棟居快行「開示請求権の位置づけについて」ジュリ1107号（1997年）24頁、同「情報公開法1条——法律の目的」ジュリ1156号（1999年）30号、松井茂記『情報公開法〔第2版〕』（有斐閣、2003年）25頁などが、情報公開法に「知る権利」を明記すべきであるとの積極説を展開していくのである。アメリカ情報自由法によっていわゆる9・11後の過剰反応やイラク戦争等の重要な情報が明らかとされた案件について、ローレンス・レペタ（石井邦尚訳）『闇を撃つ』（日本評論社、2006年）。直近のものとしては、辻村編・前掲注8）『憲法研究第6号「知る権利」と「安全」』。

ここにおいても知る権利に裁判規範としての固有の意義付けがなされたわけではない。

もっとも、「報道機関が公務員に対し根気強く執拗に説得ないし要請を続けることは、それが真に報道の目的からでたものであり、その手段・方法が法秩序全体の精神に照らし相当なものとして社会通念上是認されるものである限りは、実質的に違法性を欠き正当な業務行為というべきものである」とも判示し、2004年に制定される公益通報者保護法（平成16年法律122号）に連なる利益衡量の萌芽が認められる。報道機関による政府情報の探索活動が正当業務行為として認められる限りにおいて、国民の知る権利は豊かな情報の流通によって保障されることになるのである。

しかし、最高裁判例においては、沖縄密約事件最高裁決定においても、知る権利が直ちに裁判規範性を持つ権利として構成されるには至らず、一步前に出るさらなる展開が待たれることとなる。

5 「各人が自由にさまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する自由」とレペタ事件

未決拘禁者における日刊紙の閲読の自由に関する最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁は、「およそ各人が、自由に、さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、その者が個人として自己の思想及び人格を形成・発展させ、社会生活の中にこれを反映させていくうえにおいて欠くことのできないものであり、また、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめるためにも、必要なところである」と判示した。そして、「これらの意見、知識、情報の伝達の媒体である新聞紙、図書等の閲読の自由」を思想及び良心の自由（憲法19条）や表現の自由（同21条）の規定の趣旨、目的から、「いわばその派生原理として当然に導かれるところであり」、また、「すべて国民は個人として尊重される」こと（憲法13条）の規定の趣旨に沿うゆえんであると判示されたのである。「意見、知識、情報に接し、これを摂取することが不可欠であるとした上、これらの伝達の媒体である新聞紙、図書等の閲読の自由が憲法上の基本的人権として保障されることを明らかとしたもの」との見解に依拠している。

さらに、米国人弁護士ローレンス・レペタ氏が日本における経済法の研究のため、所得税法違反被告事件の公判期日における法廷でメモを採ることが憲法上の権利であるかが争われたレペタ事件（前掲最大判平成元年3月8日）は、上記最大判昭和58年6月22日を引用する形で、表現の自由（憲法21条）の保障について、「各人が自由に様々な意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、その者が個人として自己の思想及び人格を形成、発展させ、社会生活の中にこれを反映させてい

く上において、欠くことのできないものであり、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめるためにも必要」であると判示したのである。この判旨をもって、「公開の法廷でメモを取ることは、知る権利を行使することで、表現の自由に属する、という見解が学説では有力である」と解された²²。

もつとも、レペタ事件最高裁判決においては、妨害排除請求権としての知る自由の側面が表現の自由に属することが判示されたにとどまるといわれる。このことは、レペタ事件最高裁判決の上告理由書においては、「表現の自由と知る権利」について、以下のとおり、弁論されていたことに裏付けられる。レペタ事件最高裁判決は、この上告理由に対する判旨にとどまるといわれるのである。

上告理由書は、「第1 憲法21条項違反及び国際人権規約B規約19条2項違反、1 表現の自由と知る権利」として、憲法21条1項が保障する表現の自由には、表現し伝える自由のみならず「表現行為を受ける自由、すなわち、情報を収集、受領する自由（知る権利）が含まれている」ことを指摘する。

「そもそも、表現の自由は、五感を有する人間が、物事にふれて感動し、身ぶりやことばで喜び、泣き、笑う自由であり、あるいは物事を認識し、思考し、これをことばや動作で表す自由である。これは、人が人として生きていることそのものであり、この自由なしに人は人間らしく生きていくことはできないものであり、表現の自由は、人としての根源的自由である。しかし、また、人は社会的動物であり、他人との相互の自由なコミュニケーションの中で生きる存在である。受け手を想定してこそ自己表現があり、また、外界からの情報の伝達、他人の意見や思想の伝達を受けることによって初めて事実の認識、自己表現がありうるのである。したがって、表現の自由は、情報を受ける権利、すなわち、知る権利を内包する基本的人権である。…人が、コミュニケーションの自由としての表現の自由を取り戻すためには、まず、これらの情報の独占を排し、あらゆる情報をコントロールされることなく受け取る自由を確保しなければならない」と主張する。その主張の根拠として、博多駅取材フィルム提出命令事件に関する最高裁大法廷決定（前掲最大決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁）と、さらに、未決拘禁者の新聞、図書等の閲読制限に関する最高裁大

²² 芦部信喜『憲法』（岩波書店、1993年）150頁。奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』（東京大学出版会、1988年）294頁は、レペタ事件にかかる東京地判昭和62年2月12日判時1222号28頁及び東京高判昭和62年12月25日判時1262号30頁を批判したうえで、「国民主権の原理やその権利化をはかる憲法21条の体系的な解釈が進展する現段階において、82条や57条は、21条と重畳し競合することによって、市民の側に、公開を求め、それに出席し傍聴する権利を成立させる基盤になっている、と考える」と述べる。

法廷判決（前掲最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁）を引用し、「知る権利が憲法21条によって保障された基本的人権であることは確定した判例である」と主張する。

また、世界人権宣言（1948年）19条と、市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下「国際人権規約B規約」という）19条2項も引用し、「知る権利が表現の自由に含まれる基本的人権であることを明確に認めている」と主張する。加えて、マクリーン事件に関する最高裁大法廷判決（最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁）と国際人権規約19条2項が「すべての者」に対し知る権利と保障していることから、外国人である上告人もわが国において知る権利を保障されているものであるとする。上告理由で「表現の自由と知る権利」として論じられたのは、表現の自由のうちの「知る自由」の側面である。

これを受けて、さらに、知る自由の派生原理として、「2 裁判を知る権利」が主張されている。すなわち、

「裁判が、統治機関の行為の典型であることというまでもないから、憲法21条で保障された『知る権利』が裁判に対しても及ぶことは明らかである。裁判の傍聴人は、法廷の入口で『知る権利』を放棄させられることはないものであり、裁判という統治行為の重要性に鑑みれば、むしろ、他の場面にもまして、法廷においてこそ、「知る権利」の適用が強く要請されるというべきである。人々が裁判の内容を知り、さらに裁判内容を他の人々に伝達・提供することは、民主主義社会における情報の自由な伝達・交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめ、また、裁判という国政上最も重要な行為について人々がこれに関与するにつき判断資料を提供するために極めて重要である」と主張している。

しかし、ここでも上告人の主張は「知る自由」の側面にとどまっている。そして、認知心理学の知見もふまえて、法廷におけるメモ行為の自由権としての権利性が主張された。

すなわち、「3 傍聴人のメモの権利」として、「すべて人は、国家機関の行為である裁判について知り、伝える権利を有しており、傍聴人は右の権利にもとづいて傍聴しているものであるが、右の権利には、法廷で行われていることについてメモを採る権利が当然含まれているものである。」と主張する。

さらに、レペタ事件訴訟中の甲第40号証（伊東裕司慶應義塾大学助手作成の認知心理学にかかる意見書）を引用して、「認識とは、人が外部から与えられた情報を受動的に取り入れる過程ではなく、与えられた情報を選択し、他の情報との関連をつけたり、省略などによって欠けた部分を補い、自己の既存知識を適切な部分に位置づける、などの活動を含む、積極的な過程である。それゆえ、メモを採ることは、認識した事項を記憶するために不可欠な記憶の手段であるだけでなく、将来の認識に必要な文脈

的情報を記録し認識者の記憶を補い、情報に対する注意力を高め、重要な情報の選択、情報の意味づけ、情報間あるいは情報と既存知識との関連づけを促進し、認識の過程をより積極的に、より意図的、意識的なものにし、認識のための手段として働くものであるが、法廷で行われていることを認識し、記憶するため、メモを採ることは特に重要であり、不可欠であるといえる。」と主張する。

以上の上告理由に対して、前掲最大判平成元年3月8日は、「各人が自由に様々な意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつこと」（知る自由）が、「自己の思想及び人格を形成、発展させ、社会生活の中にこれを反映させていく」こと（自己実現）と、「民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめる」こと（自己統治）としての表現の自由に属することを判示したのである。

もっとも、レペタ事件最高裁判決の調査官解説においては、同最高裁判決は、以下の①から④までの各点をふまえたものとされた²³。

① 憲法82条1項が国民に対して又はそのサブカテゴリーとしての傍聴人に対して権利性を付与するものでないことを明らかにし、同項を根拠に個人権を導き出す説を否定した。

② 「知る権利」は、きわめて広範な概念であり、また人の生活行動のすべての範囲において成り立つものであるから、これを余りに広く解することは、その概念を拡散させ、空虚なものにするというのは正当であろう、と述べ、まず用法の分類として、

「第一には、言論の自由の保障の重点を情報の受け手の自由に置き、それを通じて思想の自由市場を設定して、民主制における多数意見の正統性の根拠を与えることであり、

第二に、言論の自由が受け手に判断資料を提供する面で重要性があることを示し、報道の自由の価値を根拠づけることであり、

第三に、受け手に情報が自由に流通するための具体的権利を与える立法措置を執ることを促進する意味をもつことであり、

第四に、違法性の阻却事由となり、また、正当業務の抗弁を成立させるなど利益衡量において重要な作用を営むことである」とし、

さらに、権利性については、

「第一に、国民が政府や社会に関するあらゆる事柄について知るべきであるという趣旨のものとして、

²³ 門口正人「判解」最高裁判所判例解説民事篇（平成元年度）61頁。なお、「知る権利」を憲法上の権利として認めさせようとする企てについて、ローレンス・レペタほか『MEMOがとれない——最高裁に挑んだ男たち』（有斐閣、1991年）。

第二に、憲法の保障する権利・自由を支え、その保障についての解釈を指導すべき憲法内在的な理念ないし原理として、

第三に、情報受領権及び情報収集権としての独自の権利として、

第四に、自己に関する情報を自ら知る権利として」

分類する。

③ そのうえで、従前の最高裁判例中に言及された「知る権利（知る自由）」をふまえて、レペタ事件前掲最大判平成元年3月8日が、未決拘禁者の新聞等の閲読の自由を憲法上保障される自由とした前掲最大判昭和58年6月22日を引用したうえで、「筆記行為のうち、意見、知識、情報に接し、これを摂取することを補助する趣旨のものについて、憲法21条1項の精神に照らして尊重されるとしたのは、知る自由に係る判例の流れからみれば、その一支流とみることができ、その保障の程度についても、取材の自由の趣旨に照らすと当然のものとして受容することができる」と解説している。

④ さらに、「法廷における知る自由」について、「憲法21条の保障のもとにあるとみるのか、又は、法廷の傍聴人に「知る権利」を認めることは、「その目的及び性格からみて極めて疑わしい」とみるのか、——憲法上尊重される傍聴人としての精神的自由の存否を論じる。

この点、「法廷においては裁判手続を通して情報が提供され、その情報は裁判の公開の制度により法廷を傍聴する者に対して受領可能な状態に置かれるのであるから、裁判過程を見聞する『傍聴』はそれ自体裁判過程を通じて提供される情報に接し、これを摂取することであり、まさに裁判内容を知ることであって、『知る自由』と同じ側面を有する」とし、「ここに傍聴の内容としてとらえられるものは、『知る自由』のうち重要な位置を占める請求権的なものをいうのではなく、そのうち情報等を受取る自由をいうものであるが、右の自由は、前記判例の示すように、それ自体憲法上保障されるものである」とし、「前示のような憲法上尊重される自由をもって傍聴人としての精神的自由権」としてとらえることとしたのである。

この調査官解説によれば、レペタ事件最高裁判決は、憲法上尊重される傍聴人として法廷でメモを採る自由を認めたとされる。

さらに、同判決は、上告人が上告理由で主張した「法廷でメモを採る自由」に対し、「知る自由」が表現の自由に属するものであることを判示したにとどまり、『知る権利』のうち重要な位置を占める請求権的なもの、すなわち政府情報開示請求権を認めないという積極的な判示をしていると解すべきか否か。この点が、前記1のとおり、情報公開法の制定にあたり議論となったのである。

この点、レペタ事件最高裁判決は、憲法21条1項の保障する表現の自由はあくま

で自由権であるにとどまり、政府情報開示請求権を認めないという積極的な判示をしたものではなく、憲法21条1項に基づく政府情報開示請求権としての「知る権利」を認める余地を残した判決であると解することはできるであろうか。

情報公開法1条の「国民主権の理念」とレペタ事件最高裁判決をふまえての「知る権利」の位置付けが、第1章で知る権利の生成を論証するうえでの中心的課題である。

II 情報公開法制の制度化における知る権利の生成過程

1 「情報公開法要綱」と「情報公開権利宣言」

前掲最大判昭和58年6月22日などの最高裁判例における「知る権利」の権利性にかかる解釈が展開される過程において、少し遡るが、1979年9月に、沖縄密約事件の大野正男弁護士らが所属した自由人権協会は、I、4で述べた情報公開小委員会での研究をふまえて、「情報公開法要綱」を発表した。冊子の表紙には「国民の知る権利の確立を目指して」と明記されていた（傍点——引用者）。清水英夫、江橋崇、秋山幹男、北岡守らが中心となって、この要綱を策定した。法学セミナーでの関係者の対談では、情報公開法ができれば「日本中の官庁からまず煙が出る」という一節が有名になった²⁴。しかし、情報公開法がなかなかできないために、公開されると不都合な文書が焼却されるのではないかというような心配をすることすらできない状況が続くこととなる。

1980年には、自由人権協会や主婦連合会、日本消費者連盟などが中心となって「情報公開法を求める市民運動」（以下「市民運動」）ができ、自由人権協会の情報公開法要綱を基に、知る権利の確立をめざして、80年には民社党の「公文書公開法案」、81年には共産党の「行政機関の公文書の公開に関する法律案」、社会党の「情報公開法案」、公明党、民社党、新自由クラブ、社会民主連合の「公文書公開法案」、さらに85年の社会党の「情報公開法案」まで、法律案が国会に提出された。1993年の6月に社会党・公明党・民社党・日本新党・民主改革連合の共同提案として参議院に上程された「行政情報の公開に関する法律案」は、「国民の知る権利を保障し、行政の公正で民主的な運営を確保する上において、行政情報を国民の信託者である国民に対し広く公開することが不可欠である」と立法目的を規定した（1条）。しかし、いずれも審議されず廃案となった。この頃は、とにかく政府情報に対する「知る権利」の保障を立法の目的として野党が法案を提出する時代だったといえる²⁵。

²⁴ 秋山幹男ほか「座談会日本における情報公開法制をめざして」法セミ23巻13号（1979年）162頁（江橋崇発言）。

²⁵ 当時の市民側の動きについて、三宅弘「情報公開を市民のものに」秋山幹男ほか『情報公開』（学陽書房、1987年）17頁。安藤博「情報公開法制定——市民立法の草分け」市民立法機構編『市民立法入門』（ぎょうせい、2001年）233頁。藤原静雄「情

「市民運動」は、1981年1月、「市民運動」がいかなる理念・根拠のもとに情報公開を求めるのか、求める情報公開制度はどのようなものでなくてはならないかについて、「情報公開権利宣言」を発表するが、その中で、「アメリカ合衆国憲法制定者の一人ジェームズ・マディソンは、民主主義保障の条件として、政府の行為に参加する自由を指摘するにあたり、『人民が情報を持たず、またそれを獲得する手段を持たぬ人民の政治は、道化芝居の序幕か悲劇の序幕であり、あるいはその双方以外の何ものでもない』²⁶と述べた」ことを引用している。マディソンのこの言葉は、当時ケンタッキー州の公立学校への公金支出による教育支援のための手紙の中で述べられた言葉であったものの、1966年のアメリカ情報自由法（FOIA）の制定当初から、同法の解説においても、くり返し引用されている。

アメリカ情報自由法は、ヴェーバーの説く「十分に情報を与えられておらず、それゆえに無力な議会」に焦点をあてるのではなく、「人民が情報を持たず、またそれを獲得する手段を持たぬ人民の政治」を解決するための、人民の「獲得手段」に焦点をあてた。

アメリカ憲政史の中の「開かれた政府」と人民の「知る権利」については、すでに先行業績としては、堀部政男が、牟田昌平の論文を紹介して、「アメリカの1966年情報自由法（Freedom of Information Act of 1966, FOIA）の制定に至るアメリカの憲政史の中で『開かれた政府』（Open Government）という原則がどのように確立したか、また、人民の『知る権利』（Peoples' Right to know）が『開かれた政府』という原則から引き出される自明の理として」アメリカの歴史を通じて理解されてきたことを明らかにしている²⁷。牟田昌平は、「肥大化する行政機構の官僚化と、冷戦による『安全保障国家』（National Security State）の誕生によって『開かれた政府』の原則と、人民の『知る権利』は脅かされることとなった。1966年の情報自由法（FOIA）の制定は、行政官の官僚化と『安全保障国家』の誕生によって脅かされたアメリカ民主主義の基礎である『開かれた政府』を再構築し、それを守るための最も有効な手段

報公開法の成り立ち」小早川光郎編『情報公開法——法理念と構造』（ぎょうせい、1999年）30頁。なお、1993年の社会党・公明党・民社党・日本新党・民主改革連合の共同提案にかかる「行政情報の公開に関する法律案」は、筆者が原案を提言したものであるが、この法律案においては、「国民の『知る権利』が実定法上の行政情報開示請求権として具体化するものであることを明らかにした」と解説されている（社会党・公明党・民社党・日本新党・民主改革連合「行政情報の公開に関する法律案逐条解説Ⅰ」3頁〔参議院法制局〕）

²⁶ Letter to W.T.Barry, august 4, 1882, in G.P.Hunt ed., IX The Writings of James Madison 103(1910).「市民運動」の「情報公開権利宣言」におけるマディソンの言説の引用については、秋山ほか・前掲注25）19頁。

²⁷ 堀部政男「情報公開・プライバシーの比較法」堀部政男編『情報公開・プライバシーの比較法』（日本評論社、1996年）18頁。

である人民の『知る権利』を法的に確立するための戦いの結果であった」と分析している²⁸。

アメリカ民主主義からの日本の学びとして、雀部幸隆は、『われわれ』戦後の日本人の多くは、学校教育、新聞その他のメディアをとおして、日本国憲法で教育を受けてきたのであり、したがって、知らず知らずのうちに、自然法的民主主義、ロッキ的な『社会契約説的国家観』、『議会至上主義』という日本国憲法の立脚する三幅対の民主主義観に立って、『政治』を見ているのである」と指摘する²⁹。

さらに、雀部は、これに対し、「ウェーバーの政治に対する基本的立脚点」は、「第一次世界大戦におけるドイツの戦争指導及び政治指導の拙さと統一性の欠如とは、その点でドイツと対蹠的な実績を残したイギリスの『議会制的君主制』の相対的優位性を実証した。そこでドイツは、その連邦制的制約のもとで可能なかぎり、『立憲制的』君主制の政治システムを『議会制的』君主制のそれへと推転させる必要がある。だが、世襲の『君主制』そのものは、得体の知れない『成り上がり者の軍事的独裁』の危険…を未然に防ぎ、国民の最大限の自由を保障しながら、ドイツの政治を安定させるためには、なんとしても維持されなければならぬ」というところにあったとされる³⁰。このようなヴェーバーの政治に対する基本的立脚点から明らかにされた「官僚的行政」の指摘を、日本の政治状況下において沖縄返還密約を機に改めて紡ぎ出し、そこから一挙に、「人民の『知る権利』を法的に確立するための戦いの結果」としてのアメリカ情報自由法を範とする制度化に結びつけた。これが、日本の情報公開法の制定過程であり、知る権利の生成過程であった。

ちなみに、ドイツでは、「第一にドイツでは情報提供や住民参加の規定がかなりの程度充実していること、第二に個人の主観的利益の保護を中心とするドイツ行政法の体系にとって情報公開という考え方は異物と言えるものであったこと、第三に情報公開という考え方がドイツの一般市民には馴染みのないものであったことなど、を挙げることができる」³¹とし、「ドイツ行政法が情報公開法を異物（Fremdkörper）と位置づ

²⁸ 牟田昌平「アメリカ憲政史の中の『開かれた政府』と人民の『知る権利』」堀部編・前掲注27）29、30頁。芦部・前掲注21）『現代人権論』も、「アメリカでは、すでに1787年のフィラデルフィアの憲法制定会議…において、右の意味の「知る権利」（国民主権の原理にもとづいて非公開政治に対抗する概念として主張されたアメリカ的な「知る権利」——筆者注）が登場する」（396頁）、「知る権利の淵源が遠く憲法制定時に見出され、議会の議事手続の公開をめぐって強調された」（398頁）ことを指摘している。宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説第8版』（有斐閣、2018年）は、「連邦情報自由法の誕生は…他の民主主義国家における情報公開法制定を促進することになったのである」と述べている（4頁）。

²⁹ 雀部・前掲注17）47頁。

³⁰ 雀部・前掲注17）49頁。

³¹ 藤原静雄「ドイツの情報公開制度と環境情報法」堀部編・前掲注27）231頁。こ

けてきたという事実は、ドイツ行政法が官憲国家的思考を残しているという指摘にも正当なものが含まれているということを証明することになろう³²として、長く一般的情報公開法は制定されてこなかった。しかし、「E C 環境情報指令の国内法への転換義務という外圧」によって³³、1994年7月に環境情報法が成立し、1998年12月になされた現在の社会民主党と緑の党／90年同名の連立政権の政権合意の中でその制定が掲げられ、2004年末に連立与党により提出され、2005年7月に連邦参議院を通過し、ドイツ連邦情報公開法として成立する³⁴。このこと自体は、藤原静雄も指摘するとおり、「ドイツ法のヨーロッパ化に関する研究の恰好の素材を提供する」のであるが³⁵、本論との関係においては、日本の情報法制における知る権利の生成・展開の過程にみる法基盤形成上の差異を論じる際の参考事例とみることもできる。

2 情報公開条例の制定史にみる知る権利の具体化

日本における情報公開法制は、「地方自治の本旨に基づいて」（憲法92条）、「法律の範囲内で条例を制定することができる」という地方公共団体の権能に基づいて（同94条）、上記「情報公開法要綱」と「情報公開権利宣言」を受けて、住民自治のために情報公開条例を制定することから始まった。

1982年3月、山形県金山町は、全国の自治体に先駆けて、金山町公文書公開条例（昭和57年金山町条例10号、以下「金山町条例」ともいう）を制定した。同条例4条1項は、「住民は、町長等に、公文書の閲覧、謄写等を請求することができる」と規定し、町長等が、公文書閲覧謄写等の請求があったときは、「すみやかに公開の可否を決定しなければならない」（同6条2項）とされる。そして、公開の「否」を決定すれば、非公開決定処分として、「前条の決定に対し、異議のあるときは、町長等に異

の点は、筆者も「情報公開立法と知る権利(1) — 営業秘密・プライバシー等との衡量及び非公開審理手続の可否」法律時報65巻12号（1993年）20頁において、「ドイツでは、「一般的情報開示請求権の確立に否定的であるが、これに代り、個別法規に基づく特定された情報の開示請求権の整備に努め、そこにおいて、分野ごとの情報の開示の適否について、立法による利益衡量がなされるようにしている」と論じたところである。なお、西ドイツ・ボン基本法5条の「情報の自由（Informationsfreiheit）」の保障は、芦部・前掲注21）『現代人権論』396頁では、「ナチスの民族社会主義体制のもとで外国からの送信の傍受および外国の出版物の購入が法律（刑事法・警察法）で禁止され、法律に基づく行政によって規制されていたことに対する反省から生まれたもの」とであるとされる。

³² 藤原静雄『情報公開法制』（弘文堂、1998年）371頁。

³³ 藤原・前掲注31）231頁。同論文230頁以下が、E C 統合のドイツ法への転換を論じている。

³⁴ 米丸恒治「ドイツ連邦情報公開法の概要」季報情報公開・個人情報保護（以下「季情個」）18号（2005年）42頁。藤原静雄「ドイツ連邦情報自由法の成立」ジュリ1301号（2005年）70頁。

³⁵ 藤原・前掲注32）222頁。

議の申立てをすることができる」(同7条1項)ことを規定し、行政不服審査法の適用、さらには行政事件訴訟法の適用を受けることとし、非公開決定処分 of 取消を求めて行政不服審査法及び行政事件訴訟法の適用を受けることが条例をもって法制化された。

次いで、1982年7月に制定された蒲原町情報公開条例(蒲原町昭和57年条例13号、以下「蒲原町条例」ともいう)も、金山町条例と同様に非公開決定処分 of 取消を求めて行政不服審査法及び行政事件訴訟法の適用を受ける条例を制定した。加えて、蒲原町条例は、目的規定(1条)において、「この条例は、町政に関する情報を公開することにより、住民の知る権利の行使を保障する」ことを規定した。さらに、これを具体化するものとして、「住民は、情報の保管者に対し、その所持又は保管する情報の公開を請求することができる」(同3条1項)とし、知る権利を具体化する情報公開条例として法制化された。1983年2月に制定された春日市情報公開条例(春日市昭和58年条例1号、以下「春日市条例」ともいう)も、「この条例は、市政に関する情報を公開することについて必要な事項を定めることによって、地方自治の本旨に則り、基本的人権の確保及び知る権利の行使並びに参政権の保障を図り、もって公正で民主的かつ効果的な市政の実現に資することを目的とする」こととし(1条)、知る権利を具体化する情報公開条例として制定された。1984年3月に制定された川崎市情報公開条例(川崎市昭和59年条例3号、以下「川崎市条例」ともいう)も、前文で「日本国憲法が保障する基本的人権としての知る権利を実効的に保障すること」を目的として掲げ、「知る権利は、最大限に尊重されなければならない」ことを原則として宣言した。川崎市条例も、知る権利の保障を明記して、これを具体化する情報公開条例の制定であった。

以上の情報公開条例は、いずれも公文書閲覧謄写等請求権(金山町条例4条1項)や情報公開請求権(蒲原町条例3条1項)を定立し、非公開決定処分 of 取消を求めて、行政不服審査法や、行政事件訴訟法の適用を受けるという法構造をもって条例化された。

これは、自由人権協会において、1979年8月に、前掲情報公開法要綱が立案されたことに由来する。同要綱は、目的として、「国、地方公共団体及び政令で定める公法人(以下国等という)の機関に対し、その所持又は管理する情報の公開を義務づけることにより、国民及びわが国に在留する外国人に対し、必要な情報の入手を保障することを目的とする」と規定し(要綱一)、救済方法として「情報の閲覧又は謄写につき不許可の処分を受けた者、若しくは閲覧又は謄写の請求を却下された者は、行政不服審査法による不服申立、又は行政事件訴訟法による抗告訴訟を提起することができる」(要綱八、1)と規定した³⁶。いわゆる「訴訟法の留保」³⁷を克服し、原告適格や

³⁶ 自由人権協会「人権新聞」214号(1978年)4頁。同・前掲注21)『人権新聞

訴えの利益という訴訟要件のハードルを設定しないで「知る権利」を具体化した公文書閲覧・謄写等請求権や情報公開請求権の行使を妨げる非公開決定処分について取消訴訟として司法審査を可能とする法構造が提言されたことによる。前記Ⅰ、4で述べたとおり、沖縄密約事件前掲最決昭和53年5月31日が、上告人（被告人）の弁護人らをして同要綱の立案に至らしめたのである。ここに、裁判例における到達点をふまえての立法提案という憲法政策論的展開がみられるのである。

さらに1981年5月に自由人権協会「情報公開モデル条例案」が発表されたが、その目的規定において「この条例は市政に関する情報を公開し、市政に関する市民の知る権利を実効あらしめることが日本国憲法の定める地方自治の民主的発展にとり必要不可欠であること」（1条）を明記していた³⁸。このモデル条例案が「知る権利を実効あらしめること」を明記したことを受けて、蒲原町条例、春日市条例、川崎市条例などが情報公開条例の中に、「知る権利」を明記したのである。日本の情報公開法制における「知る権利」の誕生である。そして、条例の目的規定や前文において、知る権利の保障を明記することによって、憲法が保障する知る権利を具体化した情報公開法制であることを明確にしたのである。ここでは、知る権利は、「受け手に情報が自由に流通するための具体的権利を与える立法措置を執ることを促進する意味」を持つものとして機能するものであり、その権利性は、「情報受領権及び情報収集権としての独自の権利」³⁹として構成されているのである。

もともと、1982年10月には、神奈川県機関の公文書の公開に関する条例（神奈川県昭和57年条例42号、以下「神奈川県公文書公開条例」又は「神奈川県条例」ともいう）が制定されたが、知る権利の保障を前文や目的規定に明記するのではなく、「地方自治の本旨に即した県政を推進する上において公文書の公開が重要であることにかんがみ、公文書の閲覧等を求める権利を明らかにする」ことにとどまった。同年12月に、埼玉県行政情報公開条例（埼玉県条例昭和57年条例67号、以下「埼玉県条例」ともいう）も制定されたが、この目的規定（同条例1条）においても、「県民の行政情報の公開を求める権利を保障すること」という表現にとどまった。その後、1984年3月に制定された大阪府公文書公開等条例（大阪府昭和59年条例2号、以下「大阪府条例」ともいう）は、前文において、「公文書の公開等を求める権利を明らかにすることにより、『知る権利』の保障と個人の尊厳の確保に資するとともに、地

縮刷版』598頁。

³⁷ 棟居快行「『基本件訴訟』の可否をめぐって」芦部信喜還暦『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、1985年）148頁。

³⁸ 自由人権協会「住民の知る権利の確立をめざして——情報公開モデル条例案とその解説」（1981年）9頁、兼子仁＝関哲夫『情報公開条例』（北樹出版、1984年）248頁。

³⁹ 門口・前掲注23）61頁。

方自治の健全な発展に寄与するため」という目的を摘示した。しかし、1984年10月に制定された東京都公文書の開示等に関する条例（東京都昭和59年条例109号、以下「東京都公文書開示条例」又は「東京都条例」ともいう）においては、「公文書の開示を請求する都民の権利を明らかにする」ことを目的規定（1条）に明記するにとどまった。

以上のとおり、情報公開条例の制定にあたり、情報公開制度は、一般的には「国民の『知る権利』を保障」する制度であるという趣旨から、少なくとも、「抽象的かつ理念的なスローガンとしての権利の一つ」であるという立場から、蒲原町条例、川崎市条例、春日市条例、川崎市条例、大阪府条例などにおいて「知る権利」は明記されたが、神奈川県条例、埼玉県条例、東京都条例においては、「知る権利」という言葉は用いられなかった。知る権利が条例に明記されない背景には、「ここでいう『知る権利』が具体的な訴訟上の権利なのか、または抽象的かつ理念的なスローガンとしての権利の一つ（例えば、嫌煙権のようなもの）かどうかは、人により必ずしも同一ではない」という見解⁴⁰が支配的であり、その多義的解釈により、非公開決定処分として取消訴訟ができないことになる副次的効果を避けようとしたことによる。

3 情報公開法制定前における知る権利の裁判規範性確立への試み

（1）知る権利が具体的な訴訟上の権利であることを求める試み

情報公開条例が制定されるに従って、知る権利が具体的な訴訟上の権利なのか、または抽象的かつ理念的なスローガンとしての権利の一つなのか、知る権利の多義性が議論されるにあたり、法律実務においては、知る権利の生成にあたり、これが具体的な訴訟上の権利であることを求めて、裁判例を集積させることが、試みられた。

情報公開条例の制定以前に、「知る自由」としてではなく、「知る権利」として最高裁判決に登場したのは、前掲博多駅フィルム提出事件最大判昭和44年11月26日であった（前記Ⅰ、3）。ここでは、「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕する」と判示された。「知る権利」そのものの裁判規範としての固有の意義付けがなされたわけではなく、「言論の自由が受け手に判断資料を提供する面で重要性があることを示し、報道の自由の価値を根拠づけることであり」、「国民が政府や社会に関するあらゆる事柄について知るべきであるという趣旨のものとして」、あるいは「憲法の保障する権利・自由を支え、その保障についての解釈を指導すべ

⁴⁰ 浜田幸一＝岩井孝監修『Q&Aセミナー情報公開』（ぎょうせい、1991年）15、16頁。当時の情報公開条例における「知る権利」の明記について整理したものとして、堀部政男『自治体情報法』（学陽書房、1994年）144頁。

き憲法内在的な理念ないし原理として」⁴¹、「知る権利」という言葉が用いられるにすぎなかった。

そこで、従前の最高裁判例をふまえて、新たに、レペタ事件が、知る権利を情報受領権及び情報収集権としての独自の権利として裁判規範たらしめようとして、情報公開条例が制定されはじめたのとほぼ同時期に訴訟係属された。この事件では、米国人弁護士ローレンス・レペタ氏が日本における経済法の研究のため、所得税法違反被告事件の公判期日における法廷でメモを採ることが憲法上の権利であるかが争われた。レペタ事件前掲最大判平成元年3月8日は、「各人が自由に様々な意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつこと」と表現し、妨害排除請求権としての知る自由の側面が表現の自由に属することが判示されたにとどまり、憲法21条1項に基づく政府情報開示請求権としての「知る権利」を正面から認めることにはならなかった（前記Ⅰ、5）。

このため、さらに並行して試みられたのは、中央政府における情報公開法の制定よりも先行して制定されていた情報公開条例において、知る権利の裁判規範性を確立させて条例の憲法適合的解釈を判例法上形成させようとする試みであった。

（2）鴨川ダムサイト候補地点選定位置図情報公開訴訟と知る権利

知る権利を具体化して情報公開条例の憲法適合的解釈を判例法上形成させようとする試みにおいて検討されなければならないのは、京都府の設置した鴨川ダムサイト候補地点選定位置図（以下、本項において「本件文書」又は「本件位置図」）を京都府情報公開条例に基づいて請求した際の非公開決定処分取消訴訟（以下「鴨川ダムサイト事件」）にかかる最判平成6年3月25日判時1512号22頁である。

本件位置図は、ダム構想の検討資料として、京都府の担当部課が、2万5000分の1の地形図を基に鴨川流域において貯水可能な地形を選定し、当該地点を流域図に整理番号を付して示したものであり、「ダムサイト候補地点選定位置図」と称するものの、地質等の自然条件や用地確保の可能性等の社会的条件についても全く考慮されておらず、ダムサイト候補地点としても未成熟な初期の段階の資料であった。京都府知事は、市民運動団体による本件位置図等の公開請求に対し、京都府情報公開条例（昭和63年4月1日条例17号）（以下、本項において「京都府条例」）5条6号の「府若しくは国等が行う審議、検討、調査研究その他の意思形成の過程における情報であって、公開することにより、当該若しくは同種の意思形成を公正かつ適切に行うことに著しい支障が生じるおそれのあるもの」が記録されている公文書にあたり、非公開決定がなされた。

原告からは、本件非公開決定に対し、意思形成過程における情報の公開を制限し

⁴¹ 門口・前掲注23）61頁。

ようにすることは、民主主義の理念に反し、憲法に保障された知る権利を不当に侵害するものである、との主張がなされた。また、知る権利の制約であるから、規定の文面上、その範囲が明確にされなければならない。知る権利の制約が、過度に広汎な規制あるいは、不明確な規制はこれを違憲無効とすべきである。京都府条例５条６号は、「当該若しくは同種の意味形成を公正かつ適正に行うことに著しい支障が生じるおそれ」は、どのような場合をいうのかが文言上全く分からず、規制対象が不明確であるから、過度に広汎な規制あるいは不明確の規制にあたる、との主張がなされた。

第１審である京都地判平成３年３月２７日判タ７７５号８５頁は、未決拘禁者の閲読の自由についての前掲最大判昭和５８年６月２２日とレペタ事件の前掲最大判平成元年３月８日を引用し、各人が自由にさまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する自由、いわゆる「知る権利ないし情報アクセス権」は、憲法２１条の表現の自由の派生原理として導かれるとし、「立憲民主主義体制のもとでは、知る権利ないし情報アクセス権は、単に情報収集活動が公権力によって妨げられないことを意味するのみでなく、国民又は住民の誰もが行政機関等の情報を必要とするときに自由に入手することができる権利、即ち、情報の開示を請求し得るという情報公開請求権を法令等により保障するとともに、行政機関等を開示義務を課す情報公開制度を要求する」と判示した。しかし、さらに、もとより「知る権利、情報アクセス権は抽象的権利にすぎないから、法令による開示基準と開示請求権の具体的内容、方法、手続の制定を待つて初めて具体的な情報の開示を請求することができる権利となる。そして、右の具体的立法をするにあたっては、知る権利の重要性から、公文書の公開を原則としなければならない、公開の内容、方法等に関する具体的立法は立法機関の裁量に委ねられるが、公開を制限する規定は、知る権利の具体化という制度の趣旨が損なわれないように、合理的理由のある必要最小限のものにとどめなければならない、その立法目的に合理性があり、非公開が右の立法目的達成のために必要不可欠である場合に限り許される」という憲法適合性の審査基準を明記する。そのうえで、京都府条例は、「民主主義の根幹をなす知る権利を具体化する立法であって、その重要性に照らすと、公開を原則とすべきものであり、公開を制限する規定の解釈にあたっては、その趣旨に反しないようにこれを厳格に解釈しなければならない」との解釈基準に照らして、京都府条例５条６号前段について、「行政における内部的な審議、検討調査研究等が円滑に行われることを確保する観点から情報公開の適用除外事項を定めたものであって」、「ここにいう行政の適切な意思形成の『著しい支障』は、客観的にかつその著しい危険の高度の蓋然性が存在しなければならない」し、「このように法令のいわゆる合憲性限定解釈により事案の処理ができる以上、原告主張の違憲判断をする余地はないし、その必要もない」と判示し、本件位

置図について、京都府知事の主張する「おそれ」を上記のような蓋然性をもって認めるに足りる的確な証拠がないなどとして、本件処分は違法であるとした。

これに対し、大阪高判平成5年3月23日判タ828号179頁は、「地方公共団体に対し情報の公開を請求する住民の権利は、憲法21条1項に密接に関連するものではあるが、憲法上の権利とはいえず、条例によって創設された権利である。したがって、「公開条例の各規定につき憲法21条1項等に直接かかわる違憲無効の問題は生ずる余地がない」として、第1審京都地判の原判決を取り消し、被控訴人（原告）の請求を棄却した。

原告の上告に対し、前掲最判平成6年3月25日は、「原審の判断は、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない」と判示し、1994年時点において、原告主張の違憲判断をする余地はないとの原判決・前掲大阪高判平成5年3月23日の判断を支持し、京都府条例に基づく情報開示請求権が「条例によって創設された権利」であるとして、憲法適合的解釈を判例法上形成させることには至らなかった⁴²。しかし、その後、情報公開法が制定され、同法に基づく情報公開条例として位置付けられることにより、憲法21条の保障する知る権利の保障の観点から見直す必要がある⁴³。

⁴² 情報公開法制定との関係で、鴨川ダムサイト事件大阪高判平成5年3月23日及び最判平成6年3月25日を論じるものとして、藤原静雄「判批」ジュリ1107号（1997年）51頁、神橋一彦「判批」別冊ジュリ241号（2018年）30頁。板橋茂「判批」別冊ジュリ235号（2017年）74頁は、鴨川ダムサイト事件最判平成6年3月25日について、「情報公開の重要性や住民自治の理念からすれば、原則公開の精神に立って意思形成過程情報を限定解釈していくスタンスが、望まれる情報公開制度の本来的なあり方ではなかろうか」（75頁）と解説するが、生成・展開された知る権利に依拠して立論することで、「原則公開の精神」を憲法学的に位置付けることができる。なお、鴨川ダムサイト事件原告訴訟代理人折田泰宏弁護士に対する聴取によれば、同事件京都地判平成3年3月27日は、後述する玉乃湯事件にかかる戸松秀典・成城大学教授（当時）の鑑定意見書と同種の意見書が提出されたものではなく、原告側の主張に対し、裁判官ら（裁判長吉川義春、菅英昇、堀内照美裁判官）が応えた判決であったという。

⁴³ その後、1999年に「国民主権の理念」にのっとり、情報公開法が制定され、同法25条（制定時41条）において、「地方公共団体は、この法律の趣旨にのっとり、その保有する情報の公開に関し必要な施策を策定し、及びこれを実施するよう努めなければならない」と規定し、「情報公開条例を制定していない地方公共団体にあつては、本法の趣旨にのっとり、条例の制定に努めるとともに、既に情報公開条例を制定済みの地方公共団体にあつては、本法の趣旨にのっとり当該条例の見直し等を行うこと」を努力義務として課したのである（総務省編・前掲注1）227、228頁）。この結果、北海道乙部町を除くすべての地方公共団体において情報公開条例が制定されている。「この法律（情報公開法）の趣旨にのっとり」（情報公開法25条）とは、国民主権の理念にのっとり、「知る権利」を包摂する表現の自由を保障することにおいて中央政府と地方政府とを貫いて国民主権と直結する側面があることに留意すべきこととなる。この点から、鴨川ダムサイト事件情報公開訴訟について、情報公開法及び情報公開条例が完備された時代状況において評価し直す必要があると思われる。

(3) 玉乃湯事件情報公開訴訟と知る権利

鴨川ダムサイト事件と同様、情報公開法制定前に憲法適合的解釈が検討された事例として、「国民主権の理念にのっとり」情報公開法や情報公開条例を憲法適合的に解釈運用し、また情報受領権及び情報収集権としての独自の権利として知る権利を裁判規範として解釈適用する余地があることを判示した玉乃湯事件（東京高判平成2年9月13日判時1362号26頁）についても、憲法適合的解釈を認める余地があるものとして改めて検討する。

原告は東京都中央区新川所在の公衆浴場（玉の湯）の経営者ら3名。原告は国鉄（当時）京葉線建設予定地の住民で、同線の環境影響評価について、騒音、振動、地盤沈下等の問題を指摘する意見書を提出し、別ルートへの変更を要望していた。そしてこの問題について、東京都アセス審議会第一部会にどのような資料が提出され、どのような審議が行われたかを知るために、1985年9月、部会に提出された資料、会議録等の開示を開示条例に基づいて請求したが、非開示決定を受けた。

非開示の理由は、請求した文書についてアセス審議会が非開示とする旨の議決をしているので、公文書開示条例9条6号の「合議制機関の情報であって、当該合議制機関の議決により開示しない旨定めているもの」に該当するということであった。原告はこれを不服として、1985年12月19日非開示決定の取消を求めて東京地方裁判所に提訴した。

玉乃湯事件一審判決（東京地判昭和63年2月23日判時1264号23頁）は、1988年2月23日、会議録を除く審議資料は開示が相当と判断したが、会議録については非開示決定を維持する判決を下した。

判決は、まず「非開示の議決は、明確でいやしくも二義の解釈を許すようなものであってはならない」とし、事実認定の問題としてアセス審議会において会議録以外の審議資料等については、非開示の「議決」はないと判断して非開示決定を一部取消した。しかし、会議録については非開示の「議決」があることを前提とした上で、開示条例9条6号の解釈について、「公文書の開示請求権は、同条例により初めて認められることになったものというべきである。そうすると、いかなる公文書を開示の対象とするかは、専ら条例の制定権者が決定すべき立法政策上の問題であり、その政策決定の当否が司法審査の対象外であることはいうまでもない。しかるところ同条例は、合議制機関等が同条例9条6号の開示しない旨の定めをした場合には、それに関する公文書を同条例の開示の対象外としている。したがって開示しない旨の定めをしたときはその定めは、その具体的根拠が明らかでないなどといった理由により違法無効となることはあり得ない」と判示し、会議録の非開示決定を適法と判断した。

判決の論理は、要するに審議会は何を非開示にするか明確にしさえすれば、理由

があろうがなかろうが、何を非開示にしてもよいというものである。条例でいかなる適用除外事項を設けても、その合理性について司法審査が及ばないともいいきっている。東京都公文書開示条例の適用除外事項は、「知る権利」を制限する規定であるから、「知る権利」の権利性を否定しないかぎり、このようなことはいえないはずである。

原告は、判決を不満として控訴し、憲法上の「知る権利」の意味が正面から問われることとなった⁴⁴。

控訴審においては、原告は、戸松秀典に「知る権利」の意義、一審判決のとした司法審査権の限界論の問題点について、鑑定を依頼したことから、鑑定意見書（以下、「戸松鑑定意見書」）が、東京高等裁判所に提出された⁴⁵。

戸松鑑定意見書は、「知る権利」が憲法21条の保障する表現の自由から導かれるものであることをふまえたうえで、公文書開示条例9条6号にいう合議制機関の「議決」を合憲的に解釈できる基準を明確に示したものである。

戸松鑑定意見書は、公文書開示請求権の性格とその司法的救済のあり方について検討を加える。すなわち、「知る権利」の実現と裁判法理について、「公文書開示請求権は、憲法21条の保障する表現の自由、とりわけその自由の内容をなす知る権利から導かれるものであると理解されている。そして、本件東京地裁判決も認めているように、同判決の対象たる東京都公文書開示条例は、知る権利を具体化し、実効あらしめるため制定されたものである」。そこで、「公文書開示請求権の性格を理

⁴⁴ 西鳥羽和明「東京都公文書開示条例9条6号前段に基づく審議会の議決と実施機関の非開示決定」同『情報公開の構造と理論』（敬文堂、2001年）325頁は、「会議録のつくり方のレベルではいうにおよばず、会議録公開のレベルにおいても、審議会もしくは委員じしんにとって本当に問題になってくるのは発言者名と発言内容だけであり、あとは他の9条各号への該当性の問題だととらえることができよう」と批評している（345頁）。川上宏二郎「判批」ジュリ911号（1988年）68頁。平松毅「判批」ジュリ935号（1988年）27頁は、「現実、事前かつ包括的に、審議会の会議録および審議資料を非公開とする議決が行われた場合には、審議会における非公開の議決の趣旨は、条例制定の趣旨と当該規定の意味を考慮すれば、審議会の会議録や審議資料の中の、事実に関する資料や専門家の報告書などを除いた、委員の政策形成過程に関する意見を非公開とする趣旨に限定すべきであることになろう」と評する。宇賀克也「判批」判タ706号（1989年）342頁は、「このような規定を前提としながらもそこに一定の限界を認めてそれを超えれば違法となるというような適用違憲論とでもいえるような考え方も成り立ち得ないではないように思われる」と評している。平岡久「判批」判自46号（1988年）85頁は、「厳格な又は形式的な認定の仕方が本件では原告の請求の一部を認容することにつながったのであり、かかる結果にのみ着目していえば、本判決は原告の利益を実質的にはある程度配慮したうえでなされている、と評することがあるいは可能であるかもしれない」と評している。

⁴⁵ 戸松鑑定意見書の東京高裁への提出の経緯と鑑定意見書について、近藤卓史「審議会議事録と知る権利」自由人権協会編『人間を護る』（信山社出版、1997年）291頁、295頁（同意見書）。

解するためには、知る権利を検討し、その具体化、実効化のための法制定の意味を考察する必要がある」、と述べる。加えて、「知る権利の性格にてらし、その積極面の具体化を検討するために他の人権と対比しようとするならば、選挙権の場合をとりあげるのがもっとも適しているといえよう。」と比較の対象を生活保護受給権ではなく選挙権に絞る。ただし、「選挙権の保障にかかわる歴史は古く、選挙法の歴史的変遷のなかから、裁判所は、憲法上の価値を探り出すことができる。これに対して、知る権利の積極面の実現については、情報化社会の登場という比較的近年の現象との関係で、何が憲法の命ずる価値であるのかを裁判所は考察しなければならない。」として、選挙権と知る権利の生成の歴史的な類似点と相違点を指摘する。

そのうえで「憲法の趣旨を無視した違憲の処分であることを争うことになる。適用除外規定の内容が広範囲であったり、その運用上恣意的な裁量を許すものであったなら、情報の公開原則が形骸化してしまい、憲法の趣旨が生かされないことになるから、その争いは、問題の性格上、情報公開制度の核心部分にかかわることである。そこで、1 そのような内容の適用除外規定の文面の合憲性を争う場合には、憲法の知る権利の趣旨が体现されているか否かという観点から、厳格な審査を行うのが司法審査のあり方として望ましいと考えられる。これに対して、2 法令の設けた適用除外規定そのものについて合憲性の疑いをかけるのではなく、その規定の適用の仕方について、憲法の価値・要請を体现している法令の趣旨にてらして違憲の疑いがかけられているときには、最も厳格度の強い審査を行う必要はないと考えられる。右条例の適用除外規定そのものの合憲性が争点となっているのではなく、その規定の適用の仕方について争っているのであるから、それに対する司法審査は、右に示した第2の範疇に属するものである」とする。そして、東京都公文書開示条例の9条6号について合憲限定解釈として、「第1に、当該争点となっている審議会の議決が、条例が非公開とすることにより確保しようとした東京都の重要な利益にかかわるものであったか否かを証明しなければならない。

第2に、条例が非公開とする目的とその目的達成のための手段として設けた議決との間に実質的な関連性があることを証明しなければならない。

これら2点を非開示決定をした東京都の側で立証しないかぎり、当該議決は、右条例の9条6号の議決に該当しないとの判断に至ることになる。それは、学説上、適用違憲と呼ばれる司法審査の手法を採用したことになる。

本件東京地裁判決が認定した事実および当事者の主張を総合して判断すると、争点となっている環境影響審議会の議決なるものは、右の二つの審査基準をいずれも充足することができないと思われる。したがって、本件東京地裁判決が非開示処分を違法でないとした判示部分については、その結論は逆になるはずである。」

と結論付けたのである。

この結論に加えて、戸松は、違憲審査基準について、日本の憲法学における当時の理論状況をふまえて、「まず、人権を制約する法令の合憲性審査にあたり、裁判所が採用する審査基準は、厳格度の強い順に『厳格な審査基準』、『厳格な合理性の基準』、『合理性の基準』と3つの段階に整理することができる」とする、当時の憲法訴訟論に依拠したことを付言した。当時の憲法訴訟論を情報公開条例の非公開事由の解釈適用に応用することが試みられた。

(4) 玉乃湯事件東京高裁判決とその後の情報公開法制定

しかし、玉乃湯事件東京高判平成2年9月13日は、戸松鑑定意見書を踏まえた控訴人（原告）らの主張を否定した。

玉乃湯事件東京高判平成2年9月13日は、第1に、「公文書開示条例による情報開示請求権は、憲法21条やB規約19条に基礎を置く『知る権利』の保障に密接に関連するものではあるが、控訴人らも認めるように、この具体的開示請求権は憲法や国際人権規約等から直接導き出されるものではなく、また、これについて規定する法律がない以上、これは、あくまで、条例によって創設された権利である」と判示する。

第2に、「本件のような情報公開の制度を定めるに当たって、地方自治体が、個々の住民に開示を請求する権利を付与するか否か、付与するとしてその権利の内容をどのようなものにするかは、当該自治体が、その制度の趣旨を考慮しつつ自主的に決する問題であって、その当否までが直ちに違憲ないし違法の問題を生ずるものではない」と判示する。

もっとも、第3に、「もし、当該条例においてまず一般的・包括的に公文書の開示を請求する権利を規定した上で、例外的にその権利を制約するような場合であれば、控訴人らの主張のように、そのような権利の制限条項については、これが厳格に解釈適用されるべきは当然であろうし、その際には改めて、別個に憲法適合性等を論ずる余地も考えられなくはない」として、第1、第2の理由が取り除かれ、第3の立法状況においてという留保付きで、憲法適合性が論じられる余地を認めるのである。

しかし、第4に、「本件の公文書開示条例は、その文面から明らかなとおり、前記のような構成を採ったものといい難い。すなわち、同条例5条は、控訴人ら主張のように公文書開示請求権を一般的包括的に付与した規定ではなく、開示請求権を行使し得る主体を定めたものにすぎず、開示の実体的要件については直接触れていない。その実体的要件（開示請求権の内容）は専ら9条において定められているのである。…そこでは、開示することによって得られる利益とプライバシーあるいは円滑な行政の必要等が開示されることによって影響を受ける側の利益の両者が考慮され、そのバランスの上に開示請求権が認められているのであるから、その開示請求

権は、この条例の趣旨に従って解釈されるべきであって、開示を求める立場からだけ厳しく解釈することは当を得ない」と判示したのである。当時の判例評釈としては、判旨はやむをえないとされる⁴⁶。

しかし、現時点から振り返ってみるに、玉乃湯事件東京高判平成2年9月13日は、上記Ⅱ、2で述べた情報公開法制定史において情報公開法制定時（1999年）から数えて約9年前の判決であった。現在は、同法制定後20年を迎えて知る権利の多義性を乗り越えて「国民主権の理念にのっとり、行政文書の開示を請求する権利につき定めること」を法律の第1の目的としたうえで、その趣旨が広く地方公共団体へも及ぶように、同法25条（制定時41条）において、「地方公共団体は、この法律の趣旨にのっとり、その保有する情報の公開に関し必要な施策を策定し、及びこれを実施するよう努めなければならない」という努力義務が中央政府のみならず地方政府にも課せられた状況にある。そして、現に東京都公文書開示条例は、東京都情報公開条例（1999年3月19日条例5号）に改正されて、さらに2017（平成29）年の改正（平成29年条例49号）をふまえて、同条例5条は「何人も、実施機関に対して公文書の開示を請求することができる」として、情報公開法3条と同様に、「開示請求権を行使し得る主体」の定めにとどまらず、情報公開請求権を一般的包括的に付与した規定となり、さらに同条例7条において、「実施機関は、開示請求があったときは、開示請求に係る公文書に次の各号のいずれかに該当する情報（以下「非開示情報」という。）が記録されている場合を除き、開示請求者に対し、当該公文書を開示しなければならない」として、「公文書の開示義務」を定めるに至った。それゆえ、玉乃湯事件東京高判平成2年9月13日が説示した、上記第1の理由は排斥されて、東京都情報公開条例5条の情報公開請求権は、憲法や国際人権規約等をふまえて情報公開法1条に具体化された「国民主権の理念にのっとり」導き出されたものとして意味変換したものとなり、同条例7条で東京都の機関の公文書の開示義務がこれに対応し、情報公開法5条5号（審議・検討・協議に関する情報）に相似する東京都情報公開条例7条5号が、東京都公文書開示条例9条8号の合議制機関議決による非開示条項に代替した。それゆえ、前記Ⅰ、2、（3）記載の第3の理由において説示された「まず一般的包括的に公文書の開示を請求する権利を規定した上で」、東京都情報公開条例7条により「例外的にその権利を制約するような場合」であるとして、「そのような権利の制限条項については、これが厳格に解釈適用されるべき」であるとともに、「別個に憲法適合性等を論ずる余地」も

⁴⁶ 遠藤文夫「判批」自治68巻2号（1992年）127頁は、「立法論は別として」とことわりながら、「例えば、一定の公文書に限り、限定的に開示請求権を認める制度であっても、現在の全く開示請求権を認めない状態よりは、憲法の理念に一步近づくものであり、そのような条例を違憲とする理由はない」と評する（136頁）。

考えられる場合として、「知る権利」の裁判規範性が成熟するに至ったというべきであろう。そして、玉乃湯事件前掲東京高判平成2年9月13日の判旨は、情報公開法3条で何人にも情報公開請求権を一般的包括的に付与し、さらに同法5条により例外的にその権利を制約するような場合において、「そのような権利の制限条項については、これが厳格に解釈適用されるべき」であるとともに、「別個に憲法適合性等を論ずる余地」も考えられることを予見したものとして解釈されるべきではなかろうか。

(5) 国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法

しかし、他方で、憲法訴訟論の分野においては、小山剛は、防御権と積極的権利との違憲審査基準を区別し、「積極的権利については、二重の未確定性から、立法府に裁量の余地が認められる」とする。「第1に、作為請求権の履行に当たっては、通常、複数の手段が存在し、手段の選択は、国の裁量に委ねられる（手段・仕組みの未確定性）」。「第2に、防御権は、制限が必要最小限度であることを求めるが、通常、積極的権利は、可能な限り最大限の作為を国家に求めるものではない（内容・程度の未確定性）」⁴⁷。

そのうえで、「積極的権利の審査は、基本的には、作為義務の内容は何かの確認と、国による作為義務履行の程度（完全な不作為の場合を含む）が憲法の要請する最低限度を下回っていないかの確認という、2段階で行われる」とされる。

これらの違憲審査の要件について、小山は、生存権を例に掲げて論説するが、国民主権の理念にのっとり表現の自由の派生原理としての知る権利を具体化した行政情報開示請求権（情報公開法3条）は、「国民主権の原理に基づき、両議院の議員選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利」（憲法前文、1条、43条1項、15条1項・3項、44条ただし書、最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）に準ずる政治参加・自己統治のための重要な権利である。このことは、戸松鑑定意見書が東京都公文書開示条例の不開示条項についての違憲審査基準としての「厳格な合理性の基準」を採用することを提唱し、「合理性の基準」を採用しなかったことと違憲審査基準のレベルにおいては同等のものとするが、この点は、ひとまずは防御権と作為請求権との違いから、違憲審査基準を別にするかどうか、検討すべき課題を提起したものと受け止めて、終章で検討する。

⁴⁷ 小山剛『「憲法上の権利」の作法 第3版』（向学社、2016年）117頁。

Ⅲ 情報公開法制定から個人情報保護法・特定秘密保護法・公文書管理法の制定及びインカメラ審理手続を設ける情報公開法改正提案等の第2章以下の展開・課題

1 情報公開法制定から個人情報保護法・特定秘密保護法・公文書管理法の制定へ

以上のとおり、1999年の情報公開法の制定により、国民主権の理念にのっとり知る権利が具体化され、裁判規範性が確立されていくが、その後、情報公開法制定にとどまらず、個人情報、特定秘密、公文書管理等、情報公開法と関連する法律が制定されていく。このことは、知る権利の展開として位置付けて、第2章で特定秘密、公文書管理との関係を論じ、第3章でプライバシー・個人情報保護との関係を論じる。さらに、第4章では、「原則開示の基本的枠組み」（「考え方」3、(2)）としての不開示情報（法5条各号）の解釈適用等について論じる。また、第5章では、部分公開義務規定（情報公開法6条）とインカメラ審理の必要性を論じ、情報公開法改正提案を検証する。これによって、日本の情報公開法制における知る権利の展開・課題を論証する。

その前提として、第1章Ⅲでは、関連法の制定過程等について概観すると共に、情報公開法の4年後見直しや法改正の立案過程における、知る権利の法文明記の試みについても整理する。

日本においては、1999年に情報公開法（「行政機関情報公開法」ともいう）が制定された後、2001年に「独立行政法人等の保有する情報の公開に関する法律」（平成13年法律140号、以下「独立行政法人等情報公開法」）、2003年に「個人情報の保護に関する法律」（平成15年法律57号、以下「個人情報保護法」）が制定された。1988年制定の「行政機関の保有する電子計算機処理に係る個人情報の保護に関する法律」（昭和63年法律95号、以下「行政機関電算機個人情報保護法」）を改正するものとして2003年に「行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律」（平成15年法律58号、以下「行政機関個人情報保護法」）があわせて制定され、同時に「独立行政法人等の保有する個人情報の保護に関する法律」（平成15年法律59号、以下「独立行政法人等個人情報保護法」）も制定された。この間、地方公共団体では、地方分権の観点から、独自に情報公開条例や個人情報保護条例が制定されていたが、現行の行政機関情報公開法25条や個人情報保護法5条をふまえて、すべての地方公共団体において個人情報保護条例が制定され、また、北海道乙部町を除くすべての地方公共団体において情報公開条例が制定されている。さらに、2009年には公文書の管理に関する法律（平成21年法律66号、以下、「公文書管理法」）が制定され、行政文書及び法人文書の管理について法制化され、行政機関は文書不存在を理由として情報公開請求を拒否することが制約されることとなった。以上の法律や条例の関係を一覧すると、本論末尾記載の「知る権利の生成・展開及び情報公開法立法関

係小史」及び「情報公開法制・個人情報保護法制の体系イメージ」（以下「情報法制体系図」）のとおりとなる。

その後、民主党政権への政権交代に伴い、行政機関情報公開法や独立行政法人等情報公開法の改正が提案されたが、3・11東日本大震災への対応が国会で優先審議となり、また、2010年の参議院議員選挙により、いわゆる衆参両議院のねじれ現象によって法案の国会可決が難しくなっていた。さらに、2012年12月の民主党政権から自公政権への政権交代とともに、改正の気運は遠のいた。かえって、新政権において、衆議院と参議院の特別委員会で採決強行のうえ、2013年12月に特定秘密の保護に関する法律（平成25年法律108号、以下、「特定秘密保護法」）が制定された。2014年10月には、特定秘密の保護に関する法律施行令（平成26年政令第336号、以下「特定秘密保護法施行令」）と、「特定秘密の指定及びその解説並びに適性評価の実施に関し統一的な運用を図るための基準（平成26年10月14日）」（以下「運用基準」又は「特定秘密等運用基準」）を閣議決定し、同年12月10日に同法を施行した。

第2章では、情報公開法制定による知る権利の生成をふまえて、知る権利の展開——国民主権の理念にのっとり立法指針及び裁判規範とされる知る権利として、最近の情報公開訴訟の判決と公文書管理委員会特定歴史公文書等不服審査分科会の答申における「時の経過」の解釈をふまえると共に、情報公開法・個人情報保護法・公文書管理法の体系の中に、特定秘密保護法とその施行令、運用基準を仮に位置づけ、同法22条1項に規定された「知る権利」の立法指針及び裁判規範としての展開を明らかにする。

その際、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法を憲法適合的に解釈運用し、さらに、特定秘密保護法及び公文書管理法の解釈適用にあたって「知る権利」の立法指針及び裁判規範としての展開を明らかにするにあたり、最も留意しなければならないことは、情報公開法制定直後の情報公開法制定直後の1999年7月に述べられた長谷部恭男の言説である。この言説においては、表現の自由を保障する「第一修正は、情報自由法（Freedom of Information Act）ではない」とする言説⁴⁸を引用しつつも、「裁判所を通じて政府保有情報の公開を請求するために立法が必要であるとしても、いったん情報公開法をはじめとする具体的法令が定められれば、①憲法上の要請はその法令の解釈において考慮されるべきであるし（以下「長谷部教授の言説①」ともいう）、②立法化された権利のうち中核的な部分が立法府や行政府によって適切な理由もなく縮減された場合に、それが憲法に違反すると判断される余地は十分にある（以下「長谷部教授の言説②」ともいう）。したがって、憲法上の要請と無関

⁴⁸ Cass R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech* (Free Press, 1995) P. 105

係に立法府が思うがままに情報公開法を創設し、それを行政府が憲法から自由に運用できるというわけではない」との言説を明らかにしていた⁴⁹。

そこで、筆者も考えるに、「国民の知る権利」を法目的に明記することによる立法裁量論に対する歯止めや行政裁量に対する統制機能が期待されていたが、上記Ⅰ、Ⅱで述べたとおり、情報公開の制度化にあたり、「知る権利」の法条上の明記の是非の議論を克服するものとして、「国民主権の理念にのっとり、行政文書の開示を請求する権利につき定めること」とされたのであった（情報公開法1条）。

その後制定された公文書管理法1条は「公文書等が、健全な民主主義の根幹を支える国民共有の知的資源」と規定したことから、「知る権利」という言葉を用いていないとしても、国民主権の理念に基づく行政文書開示請求権（情報公開法1条）もまた、立法裁量論に対する歯止めや行政裁量に対する統制機能を有するものとして、解釈適用されることが期待されることとなろうか。その仮説を検証するために、情報公開法制定後の立法状況もふまえて第2章を展開する。上記長谷部教授の言説①及び②による「憲法上の要請と無関係に立法府が思うがままに情報公開法を創設し、それを行政府が憲法から自由に運用できるというわけではない」との言説をふまえて、公文書管理法や特定秘密保護法がどのように立法化され、さらに運用されているかを、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法との関係において明らかにするものである。

2 知る権利の法律への明記の検討

その後の情報公開法本体における「知る権利」の生成をめぐる論議については、まず情報公開法制定時において、同法附則2項で、「施行後4年を目途として、この法律の施行の状況及び情報公開訴訟の管轄の在り方について検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずるもの」とされた。また、衆議院内閣委員会の附帯決議（1999年2月12日）においては、「知る権利の法律への明記等審議の過程において議論された事項については、引き続き検討を行うこと」とされ、参議院内閣委員会の附帯決議（同年4月27日）においても、「知る権利の法律への明記、…引き続き検討すること」とされた⁵⁰。

これを受けて、2004年4月から総務省において「情報公開法の制度運営に関する検討会」（座長：小早川光郎東京大学大学院教授（当時））が開催され、同検討会は、

⁴⁹ 小早川光郎編『情報公開法——その理念と構造』（ぎょうせい、1999年）1、11頁（長谷部恭男）。

⁵⁰ 畠基晃『情報公開法の解説と国会論議』（青林書院、1999年）276頁。三宅弘『情報公開法の手引き——逐条分析と立法過程』（花伝社、1999年）19、20頁。宇賀・前掲注28）307、308頁。

2005年3月末に「情報公開法の制度運営に関する検討会報告」（以下「検討会報告」）を取りまとめた。検討会報告は、法目的について、「目的規定に『知る権利』の文言を用いることについては、立案時に多くの議論がなされたが、『知る権利』については、その内容、外延や憲法上の位置付けについて学説上様々な理解の仕方があり、また、請求権的な権利としての『知る権利』は最高裁の判例において認知されるに至っていないという状況等を考慮して、目的規定に用いられなかったものである」と法制定時の状況をふり振り返り、「情報公開法施行後の解釈・運用の状況を見ると、情報公開法に係る判決及び審査会の答申において、『知る権利』の文言の有無は、解釈の原理や立証責任の配分等との関係で必ずしも問題とはなっていないように見られる」という見解を示した。もっとも、この見解を取りまとめるにあたり、資料として参考にされた判決は、鴨川ダムに係る前掲京都地判平成13年12月27日及び大阪高判平成14年7月15日であった⁵¹。さらに当時は、情報公開法に係る判決で「知る権利」に言及したものとして、名古屋地判平成14年10月30日判時1812号79頁及び名古屋地判平成15年10月15日LLI/DB・L05850710がいずれも、情報公開法制定から間もない時期の下級審判決であったことから、「知る権利」の法的性格について、憲法上の抽象的権利であるとの考え方を示したことにとどまり、それ以上に議論が深化されることはなかった。

3 行政透明化検討チームによる「知る権利」明記の提案

その後、公文書管理法の制定の後、2010年4月、内閣府において行政透明化検討チームが編成され、情報公開法改正のための「大臣案原案」が提案され、行政刷新担当大臣が座長となり（座長枝野幸男・内閣府特命担当大臣（行政刷新）、後に蓮舫特命担当大臣）、関係省庁の政務三役と有識者が、これを検討するという、新しい政策決定のスタイルで検討が始まった。このチームにおいてまとめられた『『情報公開制度の改正の方向性について』に関する論点整理』（以下「論点整理」）においては、情報公開法について、法律の目的において「国民の知る権利」の保障の観点を明示することとされた⁵²。

行政透明化検討チームの論点整理においては、「国民の知る権利」の保障を明示することについては、検討チーム委員からは異論は見られなかった。

同チーム委員である渋谷秀樹からは、検討チームにおいて、憲法学の見地より、そ

⁵¹ 総務省『情報公開法の制度運営に関する検討会報告（2005年3月19日）』5、53、54頁。

⁵² 三宅弘『原子力情報の公開と司法国家——情報公開法改正の課題と展望』（日本評論社、2013年）250頁（初出は、三宅弘「内閣府行政透明化検討チーム・『情報公開制度の改正の方向性』に関する論点整理」獨協ロー・ジャーナル6号（2011年）47頁）。畠基晃『情報公開法改正案の立案過程』（一粒書房、2013年）76頁。

もそも行政機関の保有する情報が国民の共有するものであるとすれば（公文書管理法第1条参照）、そのような情報は当然に国民に還流させるべきものであるから、給付請求または作為請求と解される「国民の知る権利」は「情報公開法制定以前からすでに成熟した権利である」と考えられる旨の指摘がなされた⁵³。この考え方によれば、還流すべき情報の流れが国民に到達する前に、政府の行為によって妨害されていれば、その妨害行為を排除する権利が憲法21条から直接導き出されるという構成となるのであって、従前の最高裁判所の判例は、妨害行為を排除する権利としての側面を確認したものと理解することができる」と解説された。

前掲レペタ事件最高裁判決は、前記上告理由書の上告理由に対して、「憲法21条1項の規定は、表現の自由を保障している。そうして、各人が自由にさまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、そのものが個人として自己の思想及び人格を形成、発展させ、社会生活の中にこれを反映させていく上において欠くことのできないものであり、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめるためにも必要であって、このような情報等に接し、これを摂取する自由は、右規定の趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれるところである」と判示した。この判示部分は、憲法21条1項の保障する表現の自由の趣旨、目的から、「その派生原理として当然に」、傍聴人が法廷でメモを採る自由を導く。とすれば、憲法21条1項の保障する表現の自由の趣旨、目的から、「その派生原理として」、「『知る自由』のうち重要な位置を占める請求権的なもの」（門口正人最高裁調査官）、すなわち政府情報開示請求権としての「知る権利」を認める余地を残した判決であると理解するのである。渋谷秀樹は、前掲行政透明化検討チームにおいて、上記の判例解説を報告し、後にこれを論文として発表している⁵⁴。

行政透明化検討チームの前掲論点整理は、憲法学の見地からする上記の解釈をふまえて、さらに、「ただし、『知る権利』を憲法上の権利として成熟していたものにとらえるとしても、その内容をより精密に具体化するために、『行政文書の開示を請求する権利』として、情報公開法1条の中で確認した上で、その要件・効果の詳細を他の条文の中に規定する必要があったと解すべきことになる」とし、加えて、『国民の知

⁵³ 2010年5月26日開催の内閣府・行政透明化検討チーム配布資料5-2「情報公開制度の改正の方向性について」に対する参集者の意見（追加分）、渋谷秀樹『「情報公開制度に関する方向性」についての意見」2頁。

⁵⁴ 渋谷秀樹「知る権利・インカメラ審理と憲法」自正2010年10月号44頁。同「情報公開法改正に向けて」立教法務研究8号（2015年）61、65頁。なお、藤原静雄「情報公開制度の改正の方向性について」行政透明化検討チーム2010年5月26日第2回会議資料5-2、橋本博之『「知る権利」を基軸とする情報公開法制定に向けて』自正2010年10月号52頁参照。

る権利』を法目的に明記することには、立法者による権利の縮減（立法裁量論）に対する歯止めや、行政裁量に対する統制機能が期待されるなどの重要な意義があることが確認された」ものとして、取りまとめている⁵⁵。

情報公開法制定直後の1999年7月に、長谷部恭男は、既に前記4で明らかにしたとおり、「裁判所を通じて政府保有情報の公開を請求するために立法が必要であるとしても、いったん情報公開法をはじめとする具体的法令が定められれば、①憲法上の要請はその法令の解釈において考慮されるべきであるし、②立法化された権利のうち中核的な部分が立法府や行政府によって適切な理由もなく縮減された場合に、それが憲法に違反すると判断される余地は十分にある。したがって、憲法上の要請と無関係に立法府が思うがままに情報公開法を創設し、それを行政府が憲法から自由に運用できるというわけではない」との言説を明らかにしていた。

前掲論点整理は、「国民の知る権利」を法目的に明記することによる立法裁量論に対する歯止めや行政裁量に対する統制機能が期待されることを明示していたが、前記第1章Ⅰ、2のとおり、情報公開の制度化にあたり、「知る権利」の法条上の明記の是非の議論を克服するものとして、「国民主権の理念にのっとり、行政文書の開示を請求する権利につき定めること」とされたのであり（情報公開法1条）、また後述する公文書管理法1条は「公文書等が、健全な民主主義の根幹を支える国民共有の知的資源」と規定したこと⁵⁶、「知る権利」という言葉を用いていないとしても（『詳解情報公開法』）、国民主権の理念に基づく行政文書開示請求権（情報公開法1条）もまた、立法裁量論に対する歯止めや行政裁量に対する統制機能を有するものとして、解釈適用されることが期待されることとなろうか。

4 情報公開法制における知る権利とプライバシー・個人情報保護との調整

前記1で述べたとおり、自由人権協会は、アメリカ情報自由法を研究し、その成果として1979年8月に「情報公開法要綱」を発表し、冊子の表紙には「国民の知る権利の確立を目指して」と明記したうえで、「一、目的」において、「国、地方公共団体及び政令で定める公法人（以下国等という）の機関に対し、その所持又は管理する情報の公開を義務づけることにより、国民及びわが国に在留する外国人に対し、必要な情報の入手を保護することを目的とする」と提案した。他方で、「五、非公開とすることができる情報」のうち、「1 以下に掲げる情報であつて他の法律又は条例により開示を義務づけられていないものは非公開とすることができる」ものとしての「(4) 個人のプライバシーに関する情報」として、「個人の思想、信条、宗教、意識、身体的

⁵⁵ 三宅・前掲注52）261頁。

⁵⁶ 藤原静雄＝七條浩二『条文解説公文書管理法 ― 行政情報2法のポイントとともに』（有斐閣、2013年）72頁。

特徴、健康状態、犯罪、趣味、嗜好、交際関係、職業、取引、経歴、学業成績、体力、財産、所得等に関する情報であって、公開することにより個人の秘密を害するおそれのある情報」とし、「国等の全ての機関（立法機関及び司法機関を含む。）」（上記要綱二）は、「国等の機関が所持又は管理する文書、図画、写真、マイクロフィルム、録音テープ及びコンピューターにインプットされた情報、その他これに類する情報の全て」の公開を原則とするが、個人のプライバシーに関する情報は非公開とすることができるとされた。もっとも、「公務員又はかつて公務員であった者の私生活に関する情報であってもこれが公務に関連するものであるとき」または「当該個人からの請求があったとき、又は当該個人の同意があるとき」は、公開義務の除外の除外として、公開が義務づけられることが提案された⁵⁷。ここに、日本の情報公開法制における知る権利とプライバシー保護との調整が行政情報の公開非公開の判断において議論されることとなった。次いで、自由人権協会は、前記2のとおり、1981年5月に、情報公開モデル条例案を発表し、「市政に関する市民の知る権利を実効あらしめること」と共に、「公開することにより個人のプライバシーを不当に侵害すると認められる情報」（同案4条②本文）を公開の除外とすることを提案した⁵⁸。もっとも、このモデル案でも、「個人のプライバシーに関する情報であっても、請求者本人に関する情報、及び公務員、公職の候補者又は公務員であった者の職務又は地位に関連する情報」（同案4条②カッコ書）は公開の除外の除外として、公開されるべきものとされた⁵⁹。後述のとおり、プライバシー不当侵害というモデル案は、アメリカ情報自由法に由来することが明らかである。

この時点までは、知る権利を具体化した公文書閲覧等請求権と個人のプライバシー、又は「個人の思想」以下、自由人権協会情報公開法要綱案「五、非公開とすることができる情報」に規定するプライバシー該当情報と同種の情報を非公開事由として、知る権利とプライバシー保護との調整をはかろうとしていた。

都道府県レベルでは、1982年12月に制定された前掲埼玉県行政情報公開条例

⁵⁷ 自由人権協会・前掲注21）人権新聞214号（1971年8月1日号）4頁。日本弁護士連合会「情報公開制度に関する中間報告書」（1983年）124、125頁（資料5情報公開法要綱）。

⁵⁸ 自由人権協会・前掲注38）11頁。日弁連・前掲注57）127、128頁（資料6情報公開モデル条例案）。

⁵⁹ 自由人権協会・前掲注38）23頁では、「当該個人は、行政機関が自分に関してどのような情報をもっているかを知る権利があるとすべきですので、「請求者本人に関する情報」は非公開情報にあたらないとしました」、「公務員や公職の候補者に関する情報は、それが個人のプライバシーに関する情報であっても、その公務や地位に関連する場合には公開するとしなければ、田中元首相の金脈問題にみられるように、住民の知る権利が不当に侵害されることになりますので、その旨の規定をおきました」と解説している（自由人権協会事務局次長弁護士山川洋一郎・弁護士秋山幹男）。

は、「県内に住所を有する個人及び法人その他の団体は、実施機関に対し、当該実施機関の権限に属する事務に係る行政情報の公開を請求することができる」(同条例5条1項)とする一方で、「通常他人に知られたくない個人に関する情報」(同条例6条1項1号)を、実施機関は、「公開しないことができる」と規定した。また、1984年3月に制定された前掲大阪府公文書公開等条例は、「府の区域内に住所を有するもの」(同条例7条1項1号)から「府の行政に利害関係を有するもの」(同条同項5号)に公文書公開請求権を付与する一方で、「個人の思想、宗教、身体的特徴、健康状態、家族構成、職業、学歴、出身、住所、所属団体、財産、所得等に関する情報(事業を営む個人の当該事業に関する情報を除く。))であって、特定の個人が識別され得るもののうち、一般に他人に知られたくないと望むことが正当であると認められるもの」(同条例9条1号)は、「公文書の公開をしてはならない」と規定した。これによって、後にプライバシー保護型と呼ばれる、情報公開請求に対する非公開事由、不開示情報としてのプライバシー保護規定が生まれた。

これに対し、1982年10月に制定された前掲神奈川県公文書公開条例は、「県内に住所を有する者」から「その他県の行政に利害関係を有する者」までは「公文書の閲覧及び公文書の写しの交付を請求することができる」(同条例4条)とする一方で、「個人に関する情報(事業を営む個人の当該事業に関する情報を除く。))であって、特定の個人が識別され、又は識別されうるもの。ただし、次に掲げる情報を除く。ア何人でも法令の規定により閲覧することができる」とされている情報 イ公表することを目的として作成し、又は取得した情報 ウ法令の規定により行われた許可、免許、届出その他これらに相当する行為に際して作成し、又は取得した情報であって、公開することが公益上必要と認められるもの」(同条例5条1項1号)については、「実施機関は、…当該公文書の閲覧又は当該公文書の写しの交付を拒むことができる」(同5条1項本文)と規定した。この時、後に個人識別型と呼ばれる、情報公開請求に対する非公開事由、不開示情報としての個人情報保護規定が生まれた。

1984年3月に制定された長野県公文書公開条例(長野県昭和59年条例4号)6条1項2号も、神奈川県公文書公開条例5条1項1号と同様の規定を採用した。さらに、1984年10月に制定された前掲東京都公文書開示条例9条2号も、神奈川県公文書公開条例5条1項1号と同種の個人識別型の非公開事由、不開示情報を採用した。

個人識別型の非公開事由は、1999年制定の情報公開法5条1号においても採用された。同法制定当初の規定は、

「一 個人に関する情報(事業を営む個人の当該事業に関する情報を除く。))であって、当該情報に含まれる氏名、生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるもの(他の情報と照合することにより、特定の個人を識別することがで

きることとなるものを含む。)又は特定の個人を識別することはできないが、公にすることにより、なお個人の権利利益を害するおそれがあるもの。ただし、次に掲げる情報を除く。

イ 法令の規定により又は慣行として公にされ、または公にすることが予定されている情報

ロ 人の生命、健康、生活又は財産を保護するため、公にすることが必要であると認められる情報

ハ 当該個人が公務員（国家公務員法（昭和22年法律第120号）第2条1項に規定する国家公務員及び地方公務員法（昭和25年法律第261号）第2条に規定する地方公務員をいう。）である場合において、当該情報がその職務の遂行に係る情報であるときは、当該情報のうち、当該公務員の職及び当該職務遂行の内容に係る部分

というものであった。

この点については、情報公開法は、「プライバシーの概念が必ずしも明確ではなく、個人の価値観により、その範囲につき見解が分かれることが少なくないため、プライバシー情報型では、制度の安定的運用が困難ではないかが懸念される」という理由によったものとされる⁶⁰。

第3章では、知る権利の課題1——高度情報通信社会の情報公開法制における知る権利とプライバシー・個人情報保護との調整として、この点を日本におけるプライバシー権の確立の経緯と神奈川県公文書公開条例の制定の経緯、さらには、情報公開法5条1号の制定以後の最高裁判所の判例等をふまえて検証し、情報公開とプライバシー・個人情報保護の調整についての論点をふまえて、日本の情報公開法制における知る権利の展開と課題について論じる。

5 知る権利の保障に対応する「原則開示の基本的枠組み」としての不開示情報の解釈適用並びに部分公開義務規定及びインカメラ審理（弁論期日外行政文書証拠調手続）

前記4の個人識別型の非公開事由、不開示情報を情報公開法5条1号として、同5条本文は、「行政文書の開示義務」という見出しのうえに、「行政機関の長は、開示請求があったときは、開示請求に係る行政文書に次の各号に掲げる情報（以下「不開示情報」という。）のいずれかが記録されている場合を除き、開示請求者に対し、当該行政文書を開示しなければならない」と規定する。

法5条は、開示請求に対する行政機関の長の開示義務を明らかにし、前掲「情報公開法要綱案の考え方」が説明した情報公開制度における「原則開示の基本的枠組み」

⁶⁰ 宇賀・前掲注28）75頁。

（「考え方」３、（２））を明示する。行政機関の長は、開示請求に係る行政文書に不開示情報が記録されている場合を除き、当該行政文書を開示する義務を負う。不開示情報が記録されている場合には開示義務が免除される。

他方で、「考え方」は、「開示請求権制度においては、一定の合理的な理由に基づき不開示とする必要がある情報を不開示情報」とし、原則開示と例外不開示との調整の趣旨は、「個人又は法人等の正当な利益、国の安全や公共の安全、行政事務の適正な遂行等の利益は、開示することにより損なわれてはならないものである。このような開示することの利益と開示されないことの利益は、共に国民の利益であり、それぞれが適切に保護されるよう両者の間に調整がなされなければならない」ことにあるとしている（同３、（２））。

すなわち、不開示情報の規定の解釈を通じて、国民主権の理念に基づいた原則開示と、私的な権利利益や公共の利益——いずれも「国民の利益」——の保護のための例外不開示とが調整されるのである。これによって、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開請求権に対応する行政機関における行政文書の開示義務の具体的範囲が定まるのである。

原則開示と例外不開示との調整の趣旨をふまえて、「考え方」は、「不開示情報は、開示されないことの利益を保護しようとするものであるから、開示請求に係る行政文書に不開示情報が記録されているときは、行政機関の長は、開示請求に対して開示してはならないこととなる」としている（３、（２））。しかし、「開示してはならない」との趣旨は、直ちに、国家公務員法１００条等、行政機関の職員に守秘義務を課している規定における秘密を指すものではない。

「考え方」が述べるとおり、「国家公務員法第１００条等、行政機関の職員に守秘義務を課している規定における秘密とは、実質秘（非公知の事実であって、実質的にそれを秘密として保護するに値するものをいう。）に限られるとされており、実質秘を漏らせば国家公務員法等違反となり、懲戒処分又は刑事罰の対象となる」と解釈されている（４、（１０））。この他に、この秘密とは「形式的に秘密の指定をただけでは足りず、…非公知の事項であって、実質的にもそれを秘密として保護するに値すると認められるものをいう」として形式的な秘密指定を前提条件とする最判昭和５２年１２月１９日刑集３１巻７号１０５３頁もあり、極めて限定的に解釈されている。これらを前提に、「考え方」は、「行政機関の職員は、情報公開法による不開示情報以外の情報を開示しなければならない義務及び不開示情報を開示してはならない義務と、国家公務員法等による実質秘を漏らしてはならない義務とを負っており、実質秘と不開示情報の位置付けの問題と職務義務規定の適用の問題との２点について、両者の間に矛盾抵触があってはならない」ものとしている（４、（１０））。

以上の関係は、形式秘の指定を受け、不開示情報にも該当し（「開示してはならな

い) かつ実質秘ともいえる情報だけを、究極的に職員がどうしても守秘しなければならない情報として、開示請求によっても開示されないものとする。この情報が公務員の「職務上知り得た秘密」に該当すると考えられる。

さらに、以上の関係をふまえて、「考え方」は「情報公開法に基づき適法に開示をしている限りにおいては、国家公務員法等の守秘義務違反による責任を問われなくすることが可能と考え」たうえで、「個別具体的な場合においては、開示することに優越的な公益が認められる場合があり得るところであり、このような場合には、行政機関の長の高度の行政的判断により開示することができる」とすることが合理的である」との観点から、公益上の理由による裁量的開示の規定（法7条）を認めている（4、（8）、（10））。

第4章においては、以上の形式秘、不開示情報及び実質秘の関係を前提として、知る権利の課題2 — 「原則開示の基本的枠組み」としての不開示情報の解釈適用概説として、「いったん情報公開法をはじめとする具体的法令が定められれば、①憲法上の要請はその法令の解釈において考慮されるべきである」とする長谷部教授の言説を参考とする。そのうえで「原則開示の基本的枠組み」と解説した前掲「情報公開法要綱案の考え方」に基づき、同法5条2号から6号までの不開示情報について、国民主権の理念にのっとり知る権利を保障する観点からの解釈適用を検討し、これにかかわる裁判例についても検討する。また、第4章Ⅲでは、知る権利を具体化した情報公開法・条例に基づく行政文書開示請求権の行使における濫用の問題を取り上げ、請求権としての権限の範囲をも明らかにする。

第5章においては、知る権利の課題3 — 部分公開義務規定とインカメラ審理（弁論期日外行政文書証拠調手続）として、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体的に保障するという観点から部分公開義務規定についての独立一体説・情報単位論を批判的に検討し、何故に、立法者の意思に反する部分公開義務規定の解釈が後をたたないのか、その淵源を検討すると共に、筆者が分科会会長を務めた公文書管理委員会特定歴史公文書等不服審査分科会会員としての公文書管理法16条の解釈をもふまえて、知る権利を実質的に保障すると共に部分公開義務規定を正解するためにも裁判所におけるインカメラ審理（弁論期日外行政文書証拠調手続）を採用すべきことを論じる。

部分公開義務規定とは、情報公開法6条1項の「行政機関の長は、開示請求に係る行政文書の一部に不開示情報が記録されている場合において、不開示情報が記録されている部分を容易に区分して除くことができるときは、開示請求者に対し、当該部分を除いた部分につき開示しなければならない。ただし、当該部分を除いた部分に有意の情報が記録されていないと認められるときは、この限りでない」とする規定である。さらに、個人識別型の個人に関する情報の不開示情報にかかる部分公開義務規定の確認規定として、同6条2項が規定された。「開示請求に係る行政文書に前条第1号の情

報(特定の個人を識別することができるものに限る。)が記録されている場合において、当該情報のうち、氏名、生年月日その他の特定の個人を識別することができることとなる記述等の部分を除くことにより、公にしても、個人の権利利益が害されるおそれがないと認められるときは、当該部分を除いた部分は、同号の情報に含まれないものとみなして、前項の規定を適用する」との条項である。

ところが、部分開示については、法6条1項と同種の規定であり同2項の規定を有しない前掲大阪府公文書公開等条例10条について、大阪府知事交際費支出文書事件最判平成13年3月27日民集55巻2号530頁が、「非公開事由に該当する独立した一体的な情報をさらに細分化し、その一部を非公開とし、その余の部分にはもはや非公開事由に該当する情報は記録されていないものとみなして、これを公開することまでも実施機関に義務付けているものと解することはできない」と判示し、本条2項と同種の規定がない場合には、独立一体的な情報をさらに細分化し、その一部を非公開とし、その余の部分を開示することまでも実施機関に義務付けてはいないものと解釈した。その後、部分公開についての独立一体説ないし情報単位論と呼ばれ、不開示決定処分取消訴訟における被告国側の主張として依然として解釈され、裁判例としても未だに登場することから展開される論点である。

終章においては、Ⅰにおいて、まず、本論を貫く憲法政策論の方法論的位置付けとして、知る権利の生成・展開と課題を通貫する憲法政策学的課題を検討する。これを前提として、Ⅱにおいて、憲法政策論的観点から、1990年代からの行政改革及び司法制度改革の流れの中において、知る権利の生成・展開並びに知る権利の課題1、2及び3から明らかになったことを整理し直す。最後に、憲法政策論的観点からの解釈論として、鴨川ダムにかかる前掲京都地判平成13年12月27日などで展開された情報公開条例にかかる憲法訴訟論をふまえての非公開事由・不開示情報の解釈適用を参考として、最高裁判所裁判官の考える憲法訴訟論を包み込んで、憲法政策学的課題としての解釈適用のあり方について検討する。

6 情報公開法制定後の「知る権利」を明記した最高裁判決等

以上、情報公開法の制定と解釈適用をふまえて、「国民主権の理念」にのっとり知る権利の保障が具体化されていくのであるが、前掲玉乃湯事件東京高裁判決以降、情報公開法の解釈適用をふまえての「知る権利」を明記した最高裁判決等について、述べておく。

裁判所におけるインカメラ審理の可否が問われた最決平成21年1月15日民集63巻1号46頁は、情報公開法に基づく行政文書の開示請求に対する不開示決定の取消訴訟において、不開示とされた文書を目的とする検証に受忍義務を負わせて行うことは、原告が検証への立会権を放棄するなどしても許されず、上記文書を検証の目

的として被告にその提示を命ずることも許されないと判示したが、泉徳治裁判官の補足意見は、「国民の知る権利の具体化として認められた行政文書開示請求権」として情報公開法を位置付けている。ここでは、「知る自由」ではなく「知る権利」という言葉を用いていることに格別の注意を要する。

すなわち、「インカメラ審議は、裁判所が当該行政文書を直接見分し、自ら内容を確認して実体判断をするための手続であるから、国民の知る権利の具体化として認められた行政文書開示請求権の司法上の保護を強化し、裁判の信頼性を高め、憲法32条の裁判を受ける権利をより充実されるものということができる」と判示するのである。宮川光治裁判官の補足意見においても、「開示を求める当事者がインカメラ審理を求めるのは、それが知る権利を実現するためにより実効的であるという判断がある」として、「国民の知る権利の具体化として認められた行政文書開示請求権」を前提として、インカメラ審理が、「行政機関の側には審理に先立って不開示とした理由等について説明する機会が与えられているのであれば手続保障のうえでも問題はない」と判示している。

前記Ⅰ、5のレペタ事件最高裁判決の調査官解説における用法の分類としては、「第四に、違法性の阻却事由となり、また、正当業務の抗弁を成立させるなど利益衡量において重要な作用を営むことである」とされ、権利性については「第三に、情報受領権及び情報収集権としての独自の権利として」位置付けられていたレベルにおいて、正に「知る権利」が裁判規範としても確立されていることを前提としたうえで、不開示決定処分についてのインカメラ審理の可否が論じられているのである。

さらに、放送法61条が規定するNHK（日本放送協会）との受信契約の意義を明らかにした最大判平成29年12月6日民集71巻10号1817頁は、「放送は、憲法21条が規定する表現の自由の保障の下で、国民の知る権利を実質的に充足し、健全な民主主義の発達に寄与するもの」と判示しているが、この判示にかかる「知る権利」においても、第2章において後述する特定秘密保護法22条1項の「知る権利」の実定法上の明文化を受けて、NHKとの受信契約を締結した受信者自身の情報受領権及び情報収集権を包摂するものとして解釈される余地を認めている。「知る権利」の存在が実定法の解釈適用の当然の前提条件となっていることは、知る権利の生成・展開の観点からは看過してはならないところである。第3章でも後述するとおり、マスメディア以外に不特定多数の人々がデジタル機器を用いて情報発信する、いわゆるデジタル時代においては、マスメディアに限らない情報発信者が生まれている現状をふまえれば、同法22条1項の「知る権利」について、情報発信者における情報受領権及び情報収集権を包摂するものとして解釈する余地がある⁶¹。

⁶¹ 宇賀・前掲注28）36頁は、特定秘密保護法22条1項の「知る権利」の明記につ

いて、「報道の自由、取材の自由との関係でこの言葉を使っている」として限定的に解釈している。他方、西土彰一郎「「国民の知る権利」のメディア論 ― 公共圏の変容と国民の知る権利論の応答」辻村編・前掲注8）79頁は、NHKとの受信契約にかかる前掲最大判平成29年12月6日について、「国民の知る権利を基礎にして放送法の構造を捉えた」とし（79頁）、国民の知る権利について、「対国家との関係において、第1に、情報公開請求権等、積極的権利として構成される。第2に、表現行為に対する侵害を受け手の知る権利の侵害として構成される可能性を探ることにより、侵害の対象となった表現行為類型の保護の強化に寄与する」としたうえで、「手続きとしての国民主権」原理を基礎にした国民の知る権利は、公共圏の自己組織化の阻害要因である萎縮効果を排除すること、市民とジャーナリストの間の観察の連鎖、コミュニケーション循環の機能性を保全した公共圏の自己閉塞化を防ぐことを規範的に要請する」と述べる（80、81頁）。西土の知る権利論からみても、特定秘密保護法22条1項の「知る権利」についても、単に「報道の自由、取材の自由との関係でこの言葉を保っている」ことにとどまらない構成要素の権利となるものと解される。

第2章 知る権利の展開 — 国民主権の理念にのっとり立法指針及び裁判規範とされる知る権利

I 知る権利の展開と特定秘密保護法

1 日本の情報法制史からみた特定秘密保護法22条1項の「国民の知る権利」

前掲特定秘密保護法は、エドワード・スノーデンによれば、「(日本政府が — 引用者注) 大量監視の共謀に参加し、より大きな役割を担うため」に米国政府の要請により立法化が強行されたといわれているが⁶²、同法22条1項は、「この法律の適用に当たっては、これを拡張して解釈して、国民の基本的人権を不当に侵害するようなことがあってはならず、国民の知る権利の保障に資する報道又は取材の自由に十分に配慮しなければならない」と規定されている。

このことは、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法を前提として、特定秘密保護法の立法にあたっては、秘密指定が過度に広範・漠然故に無効とされる立法指針(前掲長谷部教授の説示②)として、国民主権主義と表現の自由(憲法21条)の保障を侵すことのない範囲における法制化に限定されていることを明らかにするものではないか。

第1章Ⅲ、1においては、この点を、情報公開法制定から個人情報保護法・特定秘密保護法・公文書管理法の制定として、日本の情報法制の立法化の歴史をふまえて問題提起した。このうち、特定秘密保護法は、2013年12月に、自由民主党と公明党の連立政権において、衆議院と参議院の特別委員会で採決強行のうえ制定された。2014年10月には、前掲「特定秘密保護法施行令」と、前掲特定秘密等運用基準を閣議決定し、同年12月10日に同法を施行した。

次項以下では、最近の情報公開訴訟の判決と公文書管理委員会特定歴史公文書等不服審査分科会の答申における「時の経過」の解釈をふまえると共に、情報公開法・公文書管理法の体系の中に、特定秘密保護法とその施行令、運用基準を仮に位置づけ、同法22条1項に規定された「知る権利」の立法指針及び裁判規範としての展開を明らかにする⁶³。

⁶² エドワード・スノーデンほか、自由人権協会監修『スノーデン 監視大国 日本を語る』(集英社、2018年)29頁。「日本とアメリカの間に秘密についてのパートナー関係を強化したい思惑」と指摘されている(176頁(「あと書き 浮かび上がった情報格差の深い溝」(国谷裕子))。また、日本弁護士連合会第60回人権擁護大会シンポジウム第2分科会実行委員会編『監視社会をどうする! — 「スノーデン」後のいま考える、私たちの自由と社会の安全』(日本評論社、2018年)24頁。

⁶³ 次の2項は三宅弘「公文書管理法による特定秘密の利用請求」法セミ716号(2014年)6頁と同「情報公開法・公文書管理法と特定秘密」法時86巻12号(2014年)111頁をふまえ、さらに、日本の情報法制における知る権利の生成・展開の過程において、整理・再構成するものである。両論文をふまえて、青井未帆ほか『逐条解

2 特定秘密保護法 3 条による特定秘密指定

特定秘密保護法（以下、本章において「法」または「本法」ともいう）3 条は、行政機関の長、合議制機関にあってはその機関ごとに、特定秘密として指定する権限と手続について定める。「行政機関の長（当該行政機関が合議制の機関である場合にあっては当該行政機関をいい、前条〔2 条 — 引用者注〕第 4 号及び第 5 号の政令で定める機関（合議制の機関を除く。）にあってはその機関ごとに政令で定める者をいう。以下同じ。）」が特定秘密を指定する。法 3 条 1 項は法 2 条に規定された行政機関の単位ごとに特別秘密の保護を行うことを前提に、まずは保護の対象となる特定秘密について、各行政機関の長が指定を行うこととするものであるとされる⁶⁴。特定秘密を指定するのは、法施行当時は、次の 19 の行政機関の長のみとされた。①国家安全保障会議、②内閣官房、③内閣府、④国家公安委員会、⑤金融庁、⑥総務省、⑦消防庁、⑧法務省、⑨公安審査委員会、⑩公安調査庁、⑪外務省、⑫財務省、⑬厚生労働省、⑭経済産業省、⑮資源エネルギー庁、⑯海上保安庁、⑰原子力規制委員会、⑱防衛省、⑲警察庁であったが、その後⑳防衛装備庁が加わった（法施行令 3 条）。

ただし、法 3 条 1 項ただし書の政令で定める行政機関に該当するのかわからないかを問わず、61 の機関（2014 年 7 月 1 日現在。最高検察庁、高等検察庁等については検察庁（1 機関）として計上）すべてについて、国家公務員法 100 条 1 項及び 109 条 12 号の「職務上知ることのできた秘密」については、別途、「秘密文書等の取扱いについて（昭和 40 年 4 月 15 日事務次官等会議申合せ）」及び「政府機関の情報セキュリティ対策のための統一基準（平成 26 年 5 月 19 日情報セキュリティ政策会議決定）」によって管理されていたが、2015 年 1 月現在、内閣府公文書管理課におい

説特定秘密保護法』（日本評論社、2015 年）33～74 頁、121～126、164～170、186～193 等を執筆。なお、毛利透「特定秘密保護法と表現の自由」阪口正二郎ほか『なぜ表現の自由か — 理論的視座と現況への問い』（法律文化社、2017 年）193 頁が、表現の自由との関連で、特定秘密保護法の問題点を指摘する。田島泰彦＝清水勉編『秘密保全法批判 — 脅かされる知る権利』（日本評論社、2013 年）、海渡雄一ほか編『秘密保護法何が問題か — 検証と批判』（岩波書店、2014 年）が、特定秘密保護法の立法時の問題を多角的にとらえている。小田中聰樹『国防保安法の歴史的考察と特定秘密保護法の現代的意義』（東北大学出版会、2014 年）が、「戦争と国民、国家と秘密、国家と国民、歴史と現実、それらの間に潜む歴史的、現実的矛盾」を述べている。また、山田健太『放送法と権力』（田畑書店、2016 年）101 頁は、秘密保護法制定の動きについて、「国家安全保障会議（日本版 NSC）とセットになっている」とし、「より米国の都合に合わせた外圧の結果」とする。特定秘密保護法の検討材料を提供したものとして、永野秀雄「米国における国家秘密の指定と解除 — わが国における秘密保全法制の検討材料として」法政大学人間環境論集 12 巻 2 号（2012 年）1 頁。

⁶⁴ 内閣府内閣官房特定秘密保護法施行準備室「特定秘密の保護に関する法律[逐条解説]」（2014 年 12 月 9 日）15 頁。以下、「逐条解説」として本項で引用する。

て、一般の秘密文書の取扱いの見直しのため、「特定秘密以外の公表しないこととされている情報が記録された行政文書のうち秘密保全を要する行政文書（特定秘密である情報を記録する行政文書を除く）の管理」について、「行政文書の管理に関するガイドライン」を改正のうえ策定し、各府省庁の規則として制定されている。

法3条1項は、特定秘密の要件として、①別表該当性、②非公知性、③特段の秘匿の必要性の3要件を充足することを要することとしている。本法による改正前の自衛隊法96条の2第1項と同様の規定であるとする。この点、②及び③の要件から明らかのように、特定秘密は、実質秘（「非公知の事実であって、実質的にもそれを秘密として保護するに値すると認められるもの」（沖縄密約事件前掲最決昭和53年5月31日）の中から指定されるものである。沖縄密約事件においては、沖縄返還協定の締結に至るまでの日米両政府間交渉上、日本が米国に対し、同協定で定められた内容を超える財政負担等を国民に知らせないままに行う旨の密約があったとして、これを示す行政文書の国家公務員法100条1項の「秘密」性が問題となった。実質秘は現行法上も国家公務員法（昭和22年法律120号）等により保護され得るものであるが、特定秘密保護法は、実質秘の中から特段の秘匿の必要性があるものを厳格な保護措置や重い罰則で保護しようとするものであり、実質秘の中から特別秘密に該当するものを抽出・明確化するための手段として、指定という制度を導入するものである、とする⁶⁵。

前掲沖縄密約事件最決昭和53年5月31日は、沖縄返還交渉上の密約について、「国家公務員法109条12号、100条1項にいう秘密とは、非公知の事実であって、実質的にもそれを秘密として保護するに値すると認められるものをいい」、「その判定は司法判断に服するものである」と判示するものであって、秘密指定の是非についても、本来は、その指定は極めて限定的なものにとどまり、かつ、その判定は司法の実質的判断に服することに留意する必要がある。

特定秘密保護法にかかる運用基準によれば、上記①別表該当性の判断は、特定秘密保護法別表に掲げる事項の範囲内でそれぞれの事項の内容を具体的に示した事項の細目に該当するか否かにより行うものとする。なお、事項の細目に該当する情報のすべてを特定秘密として指定するものではなく、当該情報のうち、後述の非公知性及び特段の秘匿の必要性の要件を満たすもののみを特定秘密として指定する、とされる（運用基準Ⅱ、1、(1)）。

⁶⁵ 内閣府内閣官房「特別秘密の保護に関する法律案[逐条解説]」10頁。同逐条解説は、特定秘密保護法案の参議院特別委員会の採決強行の直前になって公表された。制定された特定秘密保護法に対応するものではないが、特定秘密保護法3条（特定秘密の指定）、4条（指定の有効期間及び解除）においては参考となるので、以下、「旧逐条解説」として、引用する。

3 知る権利が立法指針とされた特定秘密と行政機関情報公開法との関係

行政機関情報公開法は、「国民主権の理念にのっとり、行政文書の開示を請求する権利につき定めること等により、行政機関の保有する情報の一層の公開を図り、もって政府の有するその諸活動を国民に説明する責務が全うされるようにする」（同法1条）ことを目的として制定されたものであり、特定秘密として指定される情報も、その前提として同法2条2項の「行政文書」に該当する。

同法は、何人にも「行政文書の開示を請求することができる」として、開示請求権を認め（同法3条）、行政文書の「原則開示の基本的枠組み」を定めるものである（「考え方」〔前掲第1章Ⅰ、1〕3、（2））⁶⁶。不開示はあくまでも例外であり、必要最小限の範囲に限定しなければならない。すなわち、開示することにより、個人や法人等の正当な権利・利益を害し、国の安全や公共の安全を損ないまたは行政の適正な遂行を妨げるような情報も存する。そのため、同法5条柱書において開示を原則としつつ、開示による不利益の調整を図るため、一定の合理的な理由により不開示とする必要がある情報を「不開示情報」として、同法5条各号に限定的に列挙するものである⁶⁷。

このうち、国の安全・外交情報については、「公にすることにより、国の安全が害されるおそれ、他国若しくは国際機関との信頼関係が損なわれるおそれ又は他国若しくは国際機関の交渉上不利益を被るおそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」が、不開示情報となる（同法5条3号）。公共の安全等情報については、「公にすることにより、犯罪の予防、鎮圧又は捜査、公訴の維持、刑の執行その他の公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」が、不開示情報となる（同法5条4号）。

本法における特定秘密は、情報公開法制の全体構成からすれば、情報公開法5条各号により不開示とする必要がある情報よりも、はるかに限定的に解釈適用されるものでなければならない。本法3条1項は、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法において、同法5条3号及び4号該当情報のうちでも「漏えいが我が国の安全保障に著しい支障を与えるおそれがあるため、特に秘匿することが必要であるもの」に限り、特定秘密として指定することが認められているにすぎないのであるから、行政機関情報公開法5条3号及び4号該当情報を広く特定秘密として指定する

⁶⁶ 行政改革委員会「情報公開法制の確立に関する意見」（1996年12月16日）中の「情報公開法要綱案の考え方」3、（2）。

⁶⁷ 右崎正博ほか『新基本法コンメンタル情報公開法・個人情報保護法・公文書管理法——情報関連7法』（日本評論社、2013年）34頁（右崎正博）。「情報公開法、公文書管理法には、特定秘密保護法を無害化するヒントがあり、それらの法律間の整合性を精査、検証することが急務である」と提言するものとして、久保亨＝瀬畑源『国家と秘密——隠される公文書』（集英社、2014年）179頁。

ことは許されない法構造となっている。

内閣官房旧逐条解説においては、「秘匿の必要性の判断にあたって③特定の必要性のみを基準とするのでは指定の裁量が大きく、何が特別秘密に該当するのかが不明確となってしまう、ひいては、特別秘密にかかる罰則の構成要件該当性が必ずしも十分に明確にはならない」とされるが⁶⁸、行政機関情報公開法や行政機関個人情報保護法に基づく不開示よりも秘密指定の裁量をできるだけ限定しなければ、不明確かつ漠然ゆえに無効と判断されることとなることが指摘されている。

このことは、情報公開法が国民主権の理念にのっとり生成・展開された知る権利を具体化したものであり、知る権利が立法指針とされて、その行政文書の原則公開の例外としての不開示情報のうち、極限られたものだけが特定秘密指定されなければ、不明確かつ漠然ゆえに無効となるという、表現の自由（憲法21条）の違憲審査基準をふまえての法解釈として位置付けることができる。

以上の法構造・法解釈を前提として、特定秘密保護法22条1項は、「この法律の適用に当たっては、これを拡張して解釈して、国民の基本的人権を不当に侵害するようなことがあってはならず、国民の知る権利の保障に資する報道又は取材の自由に十分に配慮しなければならない」として、「知る権利」を制定法として初めて明記した。

この点、特定秘密の指定及びその解除並びに適性評価の実施に関する前掲特定秘密等運用基準においては、「いわゆる国民の知る権利は、憲法21条の保障する表現の自由や、憲法によって立つ基盤である民主主義社会の在り方と結び付いたものとして、十分尊重されるべきものである」として、特に、「報道又は取材の自由については、国民の知る権利を保障するものとして十分に配慮することとし、出版又は報道の自由の業務に従事する者と接触する際には、特定秘密保護法第22条第1項及び第2項の規定を遵守すること」と定めている（特定秘密等運用基準I2（1）ウ）。

ここでいう「知る権利」は、「出版又は報道の業務に従事する者」が「報道又は取材の自由」を保障されることによって、受け手としての国民の知る権利が保障されることが直接的には規定されている。ここに、情報公開法によって具体化された「知る権利」が立法指針となって特定秘密保護法による過度の秘密指定を抑制するものとして機能することを認めることができる。これに加えて、高度情報通信社会（個人情報保護法1条）においては、「出版又は報道の業務に従事する者」は単にマス・メディア事業者にとどまらないのであって、何人も、自ら直接に情報公開法を手段として用いて政府情報を入手し、これをツイッターやブログを用いて公表しているという実態がある。これをふまえれば、特定秘密保護法22条1項の知る権利は、「憲法によって立つ基盤である民主主義社会の在り方と結び付いたもの」としても位置付けられている

⁶⁸ 内閣官房・前掲注65）旧逐条解説10頁。

こととあわせ考慮するときは、単なる政府情報の受け手としての「知る自由」の保障の意味にとどまらず、何人も政府情報開示請求権を主体的に行使して政府情報を入力し公表することにあたり「報道又は取材の自由」を保障されることを含むものとして理解することができる。情報公開法制定後に特定秘密保護法が制定されたものの、「知る権利」が制定法として明記された憲法政策論としての意義は、この点にあるといえるのではなかろうか。

4 行政機関情報公開法 5 条 3 号の解釈にかかる最近の判決からみた特定秘密保護法と情報公開法との関係

本項においては、作成当時は、特定秘密保護法があれば当然に特定秘密文書に指定されたであろう外務省保管文書が結果として相当程度に開示された裁判例から特定秘密保護と情報公開法との関係を明らかにする。これによって、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法により、知る権利が立法指針のみならず裁判規範としても機能していることを検討する。

東京高判平成 26 年 7 月 25 日 L L I / D B ・ L 0 6 9 2 0 2 9 4（確定）は、1 審原告らが、1951 年に開始され 1965 年の日韓基本条約の締結に至るまで韓国との間で行われた日韓国交正常化交渉（日韓会談）に関する外務省保管文書について、行政機関情報公開法に基づく開示請求をしたが、外務大臣から同法 5 条 3 号、4 号等所定の不開示情報が記録されていることを理由に一部不開示決定をうけたため、不開示決定の取消しと開示の義務付けを求めた事案である。当初、1 審原告らが 2006 年 4 月に外務大臣に対し開示請求した文書は 1916 文書、合計 5 万頁余りであり、これに対する外務大臣の開示・不開示の決定は複数回行われ、これまでも同様の第 1 次、第 2 次訴訟が係属したが、本件東京高判平成 26 年 7 月 25 日が第 3 次訴訟として、最終のものとなった（以下「第 3 次訴訟東京高判」）⁶⁹。

第 3 次訴訟の原審の東京地判平成 24 年 10 月 11 日 L L I / D B ・ L 0 6 7 3 0 8 6 は、348 の文書（当初は 369 の文書）のうち一部の文書（不開示部分）について外務大臣の不開示決定を取り消して開示を命じ、その余について 1 審原告らの取消訴訟を棄却して義務付けの訴えを却下する旨の判決をした。

⁶⁹ 右崎ほか編・前掲注 67）49 頁（松井茂記）に引用された東京地判平 21 年 12 月 16 日 L L I / D B ・ L 0 6 4 3 0 7 3 2、東京高判平 22 年 6 月 23 日 L L I / D B ・ L 0 6 5 2 0 3 0 1 が、上記本文中の「同様の訴訟」であり、東京地判平 24 年 10 月 11 日 L L I / D B ・ L 0 6 7 3 0 8 6 [平 20（行ウ）599 号] が本件東京高判の原審にあたる。なお、この一連の判決の、歴史学の見地からの意義付けについては、吉澤文寿「日韓会談をめぐる外交文書の管理と公開」安藤正人ほか編『歴史学が問う 公文書の管理と情報公開——特定秘密保護法下の課題』（大月書店、2015 年）94 頁（第 1 部第 3 章）。

これに対し、1 審被告国が控訴し、原判決中の1 審被告敗訴部分の一部について取り消して1 審原告らの取消請求の棄却及び義務付けの訴えの却下を求め、1 審原告らも附帯控訴し、原判決中の1 審原告ら敗訴部分の一部について取り消して不開示決定の取消及び開示を求めた。

第3次訴訟東京高判の原審及び控訴審係属中に、外務大臣は不開示部分について追加開示決定をしたため、控訴審口頭弁論終結時における控訴及び附帯控訴による不服申立ての対象文書は、あわせて114文書（1文書につき複数の不開示部分があるものが少なくなく、不開示部分はこれより多数である）となった。

第3次訴訟東京高判は、①控訴による不服申立ての対象とされた部分の不開示情報は、いずれも行政機関情報公開法5条3号または4号所定の不開示情報に該当すると認め、1 審被告の控訴に基づき原判決中1 審被告の敗訴部分で控訴による不服申立ての対象とされた部分を取り消し、上記部分につき1 審原告らの取消請求を棄却して義務付けの訴えを却下し、②附帯控訴による不服申立ての対象とされた部分の不開示情報については、その一部につき法定不開示情報該当性を否定して不開示決定を取り消して開示を命じ、その余につき法定不開示情報に該当すると認めて1 審原告らの附帯控訴を棄却した。第3次訴訟東京高判について、控訴人と被控訴人からは共に上告や上告受理申立てはなされず、判決が確定した。

第3次訴訟東京高判は、行政機関情報公開法5条3号及び4号所定の不開示情報該当性についての裁判所の審査について、知る権利に対応する行政機関の長の開示義務をふまえて、「これを原則としつつ、開示義務の例外として不開示情報が記録されている場合を定める構造を採っているものであり、不開示情報を定める同条3号及び4号において行政機関の長が上記各おそれがあると認めることにつき相当の理由があることを要することとしている趣旨に鑑みれば、行政機関の長が外務大臣である場合において外務大臣が同条3号所定のおそれがあると認めることにつき『相当の理由がある』といえるかどうかについて判断する」旨の解釈基準を定立する。そのうえで、「我が国を取り巻く国際情勢、我が国と当該他国又は国際機関との従前及び現在の関係、これらをめぐる歴史的経緯及び事象、我が国の外交方針、我が国と当該他国又は国際機関との今後の交渉及び将来の関係の展望等に関する事実を総合的に踏まえて、他国又は国際機関との上記おそれの根拠があると合理的に判断することができる場合であることを要するものと解するのが相当である。したがって、裁判所は、上記各事実を斟酌して上記の場合に該当するかどうかを判断すべきものであり、その判断は、外務大臣の判断が全く事実の基礎を欠いているかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠いているかどうかなどに限定されるものではないと解するのが相当である」と判示している。この判旨部分では国民主権の理念にのっとり具体化された知る権利が裁判規範として不開示情報（情報公開法5条）の憲法適合的解釈（前記長谷部教授

の説示①) のために有効に機能していると認められる。

さらに、第3次訴訟東京高判は、行政機関情報公開法5条3号及び4号所定の不開示情報該当性の具体的な判断について、「本件においては、日韓国交正常化交渉関係文書に記録されている情報が情報公開法5条3号所定の不開示情報又は4号所定の不開示情報にあたるかどうかの問題となっており、…1審被告は、開示請求のあった文書について可能な限り開示するという方針の下に努力を重ねて順次開示の範囲を広げてきており、新たに開示された部分を含む文書を証拠として提出した。また、当審において、1審被告から外務省アジア局北東アジア課長の陳述書が証拠として提出され、同課長の証人尋問も行われた。…1審原告らからも主張立証が行われ…、これらによって、日韓国交正常化交渉当時及び現在の我が国を取り巻く国際情勢、我が国と韓国及び北朝鮮との当時及び現在の関係、これらをめぐる歴史的経緯及び事象、我が国の外交方針、今後の交渉及び将来の関係の展望、韓国側及び北朝鮮側の国民感情、交渉方針等を相当程度知ることができたとし、同課長の陳述書及び証言等により、必要な補充説明も行われた」、「必要な審理は尽くされている」とした。そのうえで、「請求権問題、朝鮮半島由来の文化財の引渡しに関する本件の不開示情報該当性の判断の対象である情報の内容は、日韓国交正常化交渉の過程において専ら我が国の政府内部での検討のために調査収集した資料や検討内容等であり、開示すれば、北朝鮮との国交正常化交渉で北朝鮮側に有利に援用され、我が国が交渉上不利益を被るおそれがある。文化財については、開示すれば、韓国との間でも引渡問題を再燃させ、我が国が交渉上不利益を被るおそれがある。竹島問題に関する情報は韓国との関係で無用な軋轢を生じ、我が国が交渉上不利益を被るおそれがある。さらに、本件の不開示情報該当性の判断の対象である情報には、政府高官等の率直ではあるが、韓国国民を刺激するおそれのある発言等が含まれ、また、外交上の信義の見地から、開示すれば他国との信頼関係の維持に悪影響を及ぼすなど問題があると考えられるものも含まれており、さらに、国の安全にかかわる情報も含まれている」(判決言渡裁判所作成の判決要旨による)として、行政機関情報公開法5条3号、4号に該当するものと解釈した。

裁判所は、本件の判断の対象である不開示情報のうち、内容を推知することができると認めたものにつき原判決中1審原告ら敗訴部分を取り消して1審原告らの取消請求を認容して開示を命じたが、それ以外の不開示情報については、行政機関情報公開法5条3号、4号所定のおそれがあると外務大臣が認めることにつき相当の理由がある情報(法定不開示情報)に該当すると判断したのである。

これに先立ち、第3次訴訟の原判決である前掲東京地判平成24年10月11日においては、行政機関情報公開法5条3号の解釈中に、「時の経過」を考慮事由とし、同号は国の安全等に関する情報の特質を考慮し、開示請求に係る行政文書に記録された

情報が国の安全等に関する情報に該当するか否かの認定について、行政機関の長の合理的な判断に委ねたものとしつつ、被告行政機関において、前提として事実関係その他の不開示処分当時の状況等、一般的または類型的にみて当該情報が国の安全等に係ることを推認するに足りる事情を主張立証すべきだとし、さらに同号にいう「おそれ」については、「条約その他の国際約束に関する文書又はこれに準ずる文書等であって、その作成から当該不開示処分が行われるまでに少なくとも30年以上経過している場合には、被告は、一般的又は類型的にみて…当該行政文書の作成後における時の経過、社会情勢の変化等の事情の変化を考慮しても、なお当該不開示処分の時点において同条3号…にいう『おそれ』が法的保護に値する蓋然性をもって存在することを推認するに足りる事情をも主張立証する必要があると解するのが相当である」と判示し、348文書のうちの一部の文書（不開示部分）の不開示決定を取り消し、開示を命じた（前掲東京地判平24年10月11日）。

これに対し、第3次訴訟東京高判は、30年の「時の経過」について、東京地判のようには解釈していない。非現用文書を対象とする公文書管理法において、同法16条2項が規定する「時の経過」の趣旨を、現用文書を対象とする情報公開法の防衛・外交等の不開示情報（同法5条3号）の解釈適用にあたり、どのように斟酌するか、知る権利を具体化した情報公開法における課題としては残している。

II 知る権利に基づく情報公開請求が求めた公文書管理法の解釈適用

1 「当該行政機関についての…事項」と公文書管理法

特定秘密の指定の対象は、特定秘密保護法制定前の「防衛秘密」と同様、事項（事実、情報、知識その他の一定の内容の集合体たる無体物をいう。）であり、個々の文書、物件ではない。したがって、特別秘密の指定の効果は、個々の文書や物件にとどまるものではなく、客観的に同一性がある限り、事項を記録または化体する媒体の異同にかかわらず、いわば無限に及ぶものである、とされる⁷⁰。

しかし、特定秘密も、個々の文書に化体されたものは、情報公開法2条2項及び公文書管理法2条4項の「行政文書」であり、その前提として、公文書管理法4条に基づく行政機関の職員の文書作成義務の対象である。公文書管理法は、行政機関の職員は、政府の諸活動を「現在及び将来の国民に説明する責務が全うされるようにすること」という目的の達成に資するため、「当該行政機関における経緯も含めた意思決定に至る過程並びに当該行政機関の事務及び事業の実績を合理的に跡付け、又は検証することができるよう、処理に係る事案が軽微なものである場合を除き、…文書を作成しなければならない」として行政文書の作成義務を規定する（公文書管理法4条本文）。

⁷⁰ 内閣官房・前掲注65）旧逐条解説11頁、内閣官房・前掲注64）逐条解説17頁。

作成義務の対象となるものは、「法令の制定又は改廃及びその経緯」（同法同条 1 号）のほか、「閣議、関係行政機関の長で構成される会議又は省議（これらに準ずるものを含む。）の決定又は了解及びその経緯」（同条 2 号）、「複数の行政機関による申合せ又は他の行政機関若しくは地方公共団体に対して示す基準の設定及びその経緯」（同条 3 号）などの事項である。国の安全・外交、公共の安全等、特定有害活動、テロリズムなど、「当該行政機関の所掌事務に係る別表に掲げる事項に関する情報であって、公になっていないもののうち、その漏えいが我が国の安全保障に著しい支障を与えるおそれがあるため、特に秘匿することが必要であるもの」は、特定秘密として指定されるのではあるが（3 条本文）、重要な国家機密の指定であれば、当然に、これに関する「閣議、関係行政機関の長で構成される会議又は省議（これらに準ずるものを含む。）における決定又は了解及びその経緯」について、行政文書が作成されなければならない。特定秘密の指定行為は、公文書管理法 4 条に基づき、行政文書として作成され保存されなければならないのである。その保存年限については、同法 5 条において規定され、行政文書の分類、行政文書ファイルの作成、名称の設定とともに、「保存期間及び保存期間の満了する日を設定しなければならない」（同法 5 ④）。さらに、「レコード・スケジュール」として、個々の文書ごとに保存期間、期間満了時の措置等の文書のライフサイクル等を定める「レコード・スケジュール」の仕組みを導入している⁷¹。特定秘密情報も、公文書管理法に基づく、レコード・スケジュールに基づいて取り扱われることに留意する必要がある。

運用基準は、上記 I、2 及び 3 の関係をふまえて、「特定秘密である情報を記録する行政文書についても、公文書管理法や情報公開法の適用を受けることは、他の行政文書と異なることはない」、「特定秘密保護法の運用その他特定秘密に関する業務を行うすべての者は、…特定秘密保護法だけでなく公文書管理法と情報公開法についても適正な運用を徹底し、国民への説明責務を全うしなければならない」と明示している（運用基準 I、2、(2)）。

同時に、本法 2 2 条 1 項は、本法を「拡張して解釈して…はなら」ないことを規定し、これを受けて、運用基準においては、「特定秘密保護法が定める各規定を拡張して解釈してはならないこと」、「特に、…必要最低限の期間に限って特定秘密として指定するものとする」とも明示されている（同 I、2、(1)）。

以上においては、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法の不開示情報（同法 5 条）及び公文書管理法の利用請求拒否情報（同法 1 6 条 1 項 1 号ないし 5 号）を憲法適合的に解釈することを前提として、その基本的枠組みの範囲内において、特定秘密保護法 2 2 条 1 項を解釈することが求められ、その趣旨が運用基準

⁷¹ 内閣官房公文書管理検討室編『改訂逐条解説公文書管理法・施行令』（ぎょうせい、2011 年）36 頁。

I、2、(1)において具体化されていると解釈すべきものと認められるのである。ここに、知る権利の基準化を踏まえての違憲審査基準が立法指針として適用されている一例をみることができる。

2 知る権利を具体化した情報公開法が制定を促した公文書管理法

1999年に情報公開法が制定されると、同法2条2号に基づき、国立公文書館に移管される行政文書は、情報公開法の不開示情報（同法5条）に該当せず、原則公開の取扱いとされたことから、逆に、行政機関の職員は、国立公文書館に行政文書に移管することをしないで、不開示情報として行政文書に移管前の行政機関で保有し続けることとされ、その結果、国立公文書館に移管される文書量が減少した。

その後も2009年まで公文書管理法がなかったため、社会保険庁における年金記録の不適切な管理をはじめ、文書保存期間満了前の文書の「誤破棄」（「とわだ」の航海日誌）、文書の倉庫への放置（C型肝炎関連資料）等の問題が発生してきた。アメリカの国立公文書館で発見された沖縄返還密約について日本側の文書を廃棄したという新聞報道（2009年7月10日朝日新聞朝刊）もその一例であった。

以上のような情報公開法制をとりまく状況において、情報公開法制定当時の「開かれた政府」のより一層の形成を求めて、福田康夫内閣官房長官当時の2003年に内閣府大臣官房長の研究会として、さらには同年12月に内閣官房長官主宰の「公文書等の適切な管理、保存及び利用に関する懇談会」で公文書管理のあり方が研究された。当初は、国立公文書館の整備充実が課題とされ、最終的には、公文書管理法の制定も提言された⁷²。2008年、福田内閣総理大臣の指示により重要施策とされ、公文書管理のあり方に関する有識者会議が設けられ、同会議の最終報告（『時を貫く記録としての公文書管理の在り方』～今、国家事業として取り組む～）をとりまとめ⁷³、公文書管理法案が第171回国会に上程された。

公文書管理法16条は、国立公文書館等の長は、当該国立公文書館等において保存されている特定歴史公文書等について、利用請求があった場合には、同条1項1号ないし5号の利用拒否情報に該当しない限り、これを利用させなければならないと規定し、利用請求者に特定歴史公文書等利用請求権を付与すると同時に、例外として1号ないし5号の利用拒否情報に該当する場合には利用拒否を正当化するという、情報公

⁷² 公文書等の適切な管理、保存及び利用に関する懇談会「公文書等の適切な管理、保存及び利用のための体制整備について——未来に残す歴史的文書・アーカイブズの充実に向けて——」（2004年6月28日）、内閣府大臣官房企画調整課監修、内閣官房長官主宰「公文書等の適切な管理、保存及び利用に関する懇談会」座長慶應義塾大学教授高山正也編「公文書ルネッサンス——新たな公文書館像を求めて——」（2004年）151頁。

⁷³ 内閣官房公文書管理検討室編・前掲注71）345頁。

開法と同様の原則利用、例外利用拒否の基本的枠組みとすることで、結果として、国立公文書館へ非現用文書が移管されることを促すこととされた。

日弁連では、有識者会議の最終報告を前にして2008年10月22日には「公文書管理法の早期制定と情報公開法の改正を求める意見書」、2009年4月24日には上程された法案に対して「公文書管理法案の修正と情報公開法の改正を求める意見書」（以下「2009年日弁連意見書」）を発表した⁷⁴。その意見書においては、公文書管理法の目的規定に「国民の知る権利の保障」を明記すべきことを求める点において、知る権利を具体化した情報公開法をより実効あるものとするため、知る権利の生成・展開の過程において、立法指針としての知る権利の果たすべき役割を法文上明記することを求めたのである。

2009年6月、公文書管理法は、麻生内閣において野党の修正提案をも受け入れて制定されたが、法の目的に「国民共有の知的資源」と明記されたこと（1条）、意思決定過程文書の作成義務（4条）、行政文書の廃棄について内閣総理大臣の同意等とされたこと（8条）等において一定の限度では評価し得るものであった。特に、目的規定に、「健全な民主主義の根幹を支える国民共有の知的資源」、「主権者である国民が主体的に利用しうるもの」と明定されたことにより（1条）、情報公開法の附属法、つみ残しの課題としての性格を超えて、「知的資源」として公文書独自の位置付けから、国民主権、民主主義との関係もより一層明らかとなった。この点は、行政法学者からは、「本法では、『知る権利』という文言こそ用いられなかったが、『主権者である国民が主体的に利用し得るもの』という文言が挿入された。これは説明責任が政府がaccountableである必要があるという国や独立行政法人の側からの論理であるのに対し、『知る権利』は国民の側からの視点が強調されたものである、という認識を立法に

⁷⁴ 2009年日弁連意見書では、①目的規定に「国民の知る権利の保障」を明記すべきこと、②意思決定過程文書の作成義務を明記すること、行政文書ファイルの保存期間を最長30年とすること、③中間書庫についての規定を設けること、④廃棄予定文書を全件内閣総理大臣に報告させ、また国民に公表させ、国民に意見を述べる機会を与え、その意見を踏まえ内閣総理大臣が廃棄を承認しない限り文書の廃棄をなし得ないとする、⑤国会や裁判所の公文書についても公文書管理法を制定することを義務づけること、⑥特定歴史公文書等の利用請求については利用拒否事由を限定し、時の経過による利用拒否事由不該当規定を設けること、⑦刑事確定訴訟記録や軍法会議記録についても国立公文書館に移管されるようにすること、⑧著作権法上の公表権、公衆送信権などとの関係を整理したうえでの著作権法改正をすみやかに行うこと、⑨何人も公文書管理委員会に対し意見が述べられるようにするとともに、同委員会に公文書管理の制度改善のための建議機能を付与すること、⑩公文書管理担当の国務大臣を常置し、さらに内閣府に公文書管理推進会議を設けること、⑪地方公共団体の公文書館に専門職員を常置するとともに、公立図書館と公文書館との併館を認めるなど、その保有する文書の適正な管理に関する措置をとること、⑫本法附則に、電子文書による原本扱いとする、公文書管理の抜本的改革を進めることを明記すること等を求めた。

反映させたものといえる」、「知る権利まであと一步」と評されている⁷⁵。

政府提案は、「当該行政機関の意思決定並びに当該行政機関の事務及び事業の実績について」とされていたが、作成対象事項を明記のうえ、「経緯も含めた意思決定に至る過程、並びに当該行政機関の事務及び事業の実績を合理的に跡付け、又は検証することができるよう」と修正された（4条）。意思形成後の決裁文書にとどまらず意思形成過程文書も保存・管理されることで保存対象文書は拡大された。しかし、後述のとおり、2017年になって問題が顕在化する8以下で述べる4事例は、いずれも、この意思形成過程文書の作成義務にかかわるものとなる。

3 情報公開法と公文書管理法に基づく行政文書の作成

民主党政権下において、情報公開法改正案の提案がされていたが（前掲第1章Ⅲ、3）安倍政権下においては、継続課題とはされなかった。他方、2013年12月に特定秘密保護法が採決強行のうえ制定された。さらに、2014年7月1日の臨時閣議において、集団的自衛権行使容認の閣議決定がなされ、2015年9月には、「我が国及び国際社会の平和及び安全の確保に資するための自衛隊法等の一部を改正する法律」（平成27年法律76号）により集団的自衛権の行使を可能とする武力攻撃事態法改正案やPKOの「駆けつけ警護」を盛り込んだ国連平和維持活動法改正案など、計10法案の一括改正に加え、海外で他国軍を後方支援する「国際平和共同対処事態に際して我が国が実施する諸外国の軍隊等に対する協力支援活動等に関する法律」（平成27年法律77号）からなる安全保障関連二法の採決を強行して制定した。その後、2017年6月には、277の行為類型を処罰の対象とする「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律等の一部を改正する法律」（平成29年法律67号）、いわゆる共謀罪法の採決が強行された。戦前の治安維持法、国防保安法、軍機保護法等は、1945年8月のポツダム宣言受諾によって無効な法律となっていた。積極的平和主義の展開という見方もあるが、自衛隊の権限の強化と共に、情報法制に関連する新たな戦時立法が法制化されたという見方もある。共謀罪法の採決は、参議院が委員会の審査中の案件について中間報告を求め、その際、委員会採決を省略して強行さ

⁷⁵ 藤原静雄＝七條浩二・前掲注56）74頁。同書は、本文引用の後に、「この点について、知る権利まであと一步、と知る権利の明記を求める立場の論者は述べる」として、三宅弘「公文書管理法の修正過程と公文書管理条例制定・情報公開法改正への展望」獨協ロー・ジャーナル5号（2010年）3頁を引用している。なお、公文書管理法においては、保存期間を最長30年とすることは、1968年ICA（国際公文書館会議）マドリッド大会において決議された、国際的動向・慣行とされているにもかかわらず、公文書管理法にはこの「30年原則」（利用制限は原則として30年を超えないものとするべきこと）が条文としては採用されなかった。この点では、知る権利の保障という観点からは不十分である。

れた。

情報法制をめぐる以上の政治状況において、公文書管理にかかる最近の4事例を検証するにあたり、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法における「行政文書」の意義から改めて論じる。

行政の透明化と説明責任を目的とする情報公開法（1999年制定）は、開示請求の対象となる「行政文書」について、「行政機関の職員が職務上作成し、又は取得した文書、図画及び電磁的記録（中略）であって、当該行政機関の職員が組織的に用いるものとして、当該行政機関が保有しているものをいう」と規定している（2条2項本文）。その意義は、「開示請求権制度は、…あるがままの行政運営に関する情報を国民に提供するものであるが、本要綱案では、開示請求の対象を、情報が一定の媒体に記録されたもの（文書）とすることとした。また、文書の媒体の種類については、情報・通信システムの進展をも踏まえ、幅広くとらえる必要がある」と説明されている（行政改革委員会「情報公開法要綱案の考え方」（「考え方」）2、（2））。このうち「組織的に用いるもの」とは、「作成段階では個人メモとしてつくられたものであっても、その後、業務上の必要性の観点から組織共用文書として保有される状態になっていれば、行政文書」であることが明らかにされている⁷⁶。

どの段階から組織として共用文書たる実質を備えた状態になるかについては、例えば、①決裁を要するものについては起案文書が作成され、稟議に付された時点、②会議に提出した時点、③申請書等が行政機関の事務所に到達した時点、④組織として管理している職員共用の保存場所に保存した時点等が1つの目安となるとされるが⁷⁷、いずれかの最も早い時期とされるべきであろう。

もっとも、情報公開法制定当時は、まだメールの添付ファイルのような電磁的記録が一般的に用いられる時代ではなかったので、紙媒体を中心に議論がされていた。それゆえ、決裁、供覧のない文書についても、組織的に用いるものであるといったような、紙ベースでの解釈適用が問題とされた。後述する公文書管理にかかる最近の4事例のように、共有サーバーに残っているか、行政機関の個々の職員が使用するパソコンのメールの添付ファイルの中に残っているかといったところまで突き詰めるような話ではなかった。

それでも、最判平成19年4月17日判時1971号109頁において藤田宙靖裁判官が補足意見で述べているように、「開示された文書をどのような目的のために利用するのか等を一切問うことなく」、「情報が一定の媒体に記録されたもの」といった表現で、「行政文書」の開示・不開示の運用がされていた。公文書管理にかかる最近の4事例は、すべて電磁的記録の組織共用性が論点となった。

⁷⁶ 第142回国会衆議院内閣委員会会議録11号（平成10年6月4日）30頁。

⁷⁷ 総務省編・前掲注1）10頁。

国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法は、開示の対象となる行政文書の存在を当然の前提とするが、このために知る権利の保障の趣旨が立法指針となって、公文書管理法の制定と解釈適用に大きな影響を与えることとなる。憲法上の権利としての知る権利の展開が奏功した例といえる。

しかし、上記2のとおり、情報公開法制定後、各府省庁から国立公文書館へ移管される非現用文書が減少した。各府省庁の管理を離れて、国立公文書館において原則公開とされることへの懸念が広がったためである。国立公文書館有識者会議や、内閣府公文書の適切な管理、保存及び利用に関する懇談会においては、公文書管理法の規定が求められた。

公文書管理法（2009年制定）は、「行政機関の職員は、第1条の目的の達成に資するため、当該行政機関における経緯も含めた意思決定に至る過程並びに当該行政機関の事務及び事業の実績を合理的に跡付け、又は検証することができるよう、処理に係る事案が軽微なものである場合を除き、次に掲げる事項その他の事項について、文書を作成しなければならない」と規定した（4条本文）。情報公開法施行令16条2項が改正され、対象文書に該当すれば作成が義務とされた。

制定時の公文書管理法案の法案修正にあたり、衆議院内閣委員会において修正案提出者の枝野幸男議員は、「すべてを列挙することは、行政の広範さ、それから多様性を考えるととぶん不可能であるけれども、（中略）条文にもございますとおり、『次に掲げる事項その他の事項について』となっておりますので、この1から5の各号の規定に準じて、しっかりと必要なものは文書を作成していただく、そういう内容になっております」と答弁している⁷⁸。

さらに公文書の移管又は廃棄について、「行政機関（会計検査院を除く。（中略）

⁷⁸ 第171回国会衆議院内閣委員会・会議録14号（平成21年6月10日）。東日本大震災時の災害対策本部と原子力災害対策本部において、当初、議事録が作成されていなかった点について、これを例として、蟻川恒正「決定——アーカイブズ——責任」奥平康弘＝樋口陽一編『危機の憲法学』（日本評論社、2013年）59頁は、「政府の重要な意思決定」を行う会議体における議事録作成の不十分さとそれを正当化する政治家の弁明の中に跡付け、全体の議事録作成という行為が「責任」観念にとって持つ決定的意義を明らかにしている。また、蟻川は、同論文の中で、「行政文書の管理に関するガイドライン」（2011年4月1日内閣総理大臣決定）中に、「歴史的緊急事態に対応する会議等における記録の作成の確保」について定め、「政策の決定又は了解を行う会議等」では「発言者及び発言内容を記載した議事の記録」の作成を義務付け〔公文書管理法4条の文書作成義務の趣旨に基づく——引用者注〕、被災者生活支援チームのような事務事業型で「政策の決定又は了解を行わない会議等」では、「その時々々の活動や進捗状況や確認事項を記載した文書」の作成を義務付けた経緯についても分析している（83頁）。この経緯からは、新型コロナウイルス感染症への対応を医学的見地から助言する政府の専門家会議において、運営の庶務を扱う内閣官房が、発言者を明記した議事録を作成していないことは、同ガイドライン違反となる。このことについて論じたものとして、東京新聞2020年5月14日朝刊参照。

の長は、前項の規定により、保存期間が満了した行政文書ファイル等を廃棄しようとするときは、あらかじめ、内閣総理大臣に協議し、その同意を得なければならない。この場合において、内閣総理大臣の同意が得られないときは、当該行政機関の長は、当該行政文書ファイル等について、新たに保存期間及び保存期間の満了する日を設定しなければならない」と規定している（同法 8 条 2 項）⁷⁹。公文書の廃棄は、内閣総理大臣の同意権限によることとされた。この他、公文書管理法に制度上盛り込まれているコンプライアンス確保のための仕組みとして、内閣総理大臣からの廃棄しないことの求め（法 8 条 4 項）、内閣総理大臣への報告（法 9 条 1 項）、同大臣による調査（同 9 条 3 項）、勧告（同 3 1 条）、国立公文書館による実地調査（同 9 条 4 項）、公文書管理委員会による勧告案の調査審議（同 2 9 条 3 号）などが設けられている。

ただし、公文書管理法については、たとえば、上記 2 で述べた 2 0 0 9 年日弁連意見書において、「③中間書庫についての規定を設けること、④廃棄予定文書を全件、内閣総理大臣に報告させ、また、国民に公表させ、国民に意見を述べる機会を与え、その意見を踏まえ内閣総理大臣が廃棄を承認しない限り文書の廃棄をなし得ないとする（中略）⑫本法附則に、電子文書による原本扱いとする、公文書管理の抜本的改革を進めることを明記すること」等を提案した。

⁷⁹ 行政文書ファイル等を廃棄しようとするときは、あらかじめ内閣総理大臣に協議し、その同意を得なければならないことも規定された（8 条）。

この点、前掲 2 0 0 9 年日弁連意見書では、「アメリカでは、移管を含めた記録管理全体のシステムにおいて、アメリカ国立公文書記録管理局（NARA）制定の「処分許可申請書」（通称 S F I I 5）を作成し NARA の承認を経て公文書を廃棄処分にすることが決まった場合は、官報で国民に公示し、国民は処分に対し意見書を提出できる〔前掲注 7 2）「公文書ルネッサンス」——引用者注〕8 9 頁）。本法は、内閣府大臣官房企画調整課の監修資料報告を無視して、国民の知る権利に基づく公文書廃棄に対する意見書提出の機会すら与えようとしない、官僚主導の都合のよい手続しか採用されていない。そして、各府省庁の廃棄予定リストの審査、その他行政文書の管理状況に関する報告若しくは資料の提出を求め、又は当該職員に実施調査をさせるための組織として、6 項として「前 5 項の事務を遂行するため、別に法律の定めるところにより、公文書管理庁を設置する。」ことを追加すべきである。これによって、懇談会の調査にかかるアメリカ国立公文書記録管理局、カナダ文化遺産省、国务院中国国家档案局、韓国政府記録保存所（前掲注 7 2 「公文書ルネッサンス」 2 7 ～ 4 2 頁）に比肩することのできる組織による、公文書の適切な管理、保存及び利用に関する行政がなされるものとする」と批判された。

このためか、行政文書ファイル等の廃棄にあたり内閣総理大臣の協議同意の規定が設けられた。これと同時に、行政文書ファイル管理簿は、「情報通信の技術を利用する方法により公表」されることになったから（法 7 条）、ファイル管理簿をホームページ上で検索・閲覧することにより、そのレコードスケジュールについて事実上意見を述べることができる。

しかし、事実上の意見陳述等は機能していない。この点は、公文書管理法における積み残し部分でもある。以上につき、三宅弘・前掲注 5 2）2 0 4 頁以下を参照。

しかし、以下４の（１）から（４）に述べるとおり、公文書管理の抜本的改革はなされず、また、公文書管理法の制度上、盛り込まれているコンプライアンス確保のための仕組みについてもこれまでのところ活用されていない。

４ 公文書管理法の問題 ４ 事例

（１）集团的自衛権行使容認にかかる「国会答弁資料案」の不存在決定の誤り

上記３で述べた安全保障法制を取り巻く状況の変容の中で、集团的自衛権行使容認の閣議決定に関連し、国会の閉会中審議に備え作成した「全２３問の国会答弁資料案」について、内閣法制局は、２０１６年２月、朝日新聞記者からの情報公開請求に対し、法制局長官が承認しなかった文書は行政文書（情報公開法２条２項）ではないと解して、文書の解釈上不存在による不存在決定をした。この文書には、「次長了の国会答弁資料案」と「次長了前の国会答弁資料案」とがあった。前者は、実際にも、その後にそうした決裁手続が踏まれて組織的に利用された。後者は、内閣法制局（第一部）の複数の職員の閲覧・検討等にも供されるなど、組織的に利用されていた。いずれも内閣法制局内の「古いデータ」という名称の、同局第一部に所属する職員が全員でアクセスできるサーバー内の共有フォルダに、消去されないまま残存していたのであった。

総務省情報公開・個人情報保護審査会平成２９年１月１７日答申（平成２８年度（行情）答申６４６号）は、以下のとおり述べ、行政文書該当性を認めた。

「（１）行政文書該当性については、対象となる文書に係る具体的・客観的状况に基づいて判断すべきものであり、行政機関内部における一般的な取扱いや、行政機関の職員の主観的な認識といった事情により、その判断が左右されるものではないと解されるのであって、この点は、行政文書として作成・利用された本件対象文書が、その後廃棄又はこれに準ずるような状況が生じるなどして、行政文書該当性が否定されるとみることができるか否かの判断に関しても、同様というべきである。

（２）そうすると、…本件対象文書の残存状況等の具体的・客観的状况に照らせば、国会答弁資料案について、…諮問庁の説明にあるような内閣法制局における一般的な取扱いや実情があったとしても、国会における答弁の資料として用いられることがなくなったことにより、直ちに、本件対象文書につき、客観的にみて、廃棄又はこれに準ずるような状況が生じたとはいえず、その行政文書該当性が否定されると認めることはできない。

（３）また、諮問庁は、本件対象文書を…「古いデータ」という名称の共有フォルダに保存した際の内閣法制局職員の認識は、…同局職員がそれを消去するのを失念してただけである旨説明するが、たとえそうであったとしても、実際には、…本件対象文書が上記のフォルダに消去されないまま残存していた以上、そうした同

局職員の主観的な認識等により、直ちに、本件対象文書の行政文書該当性が否定されることにはならない。

(4) さらに、…行政文書として作成された本件対象文書の作成後の利用実績の有無といった事情は、本件対象文書の行政文書該当性の有無を直接左右するものではないというべきであるから、本件対象文書につき、上記のフォルダに入れられた後の利用実績がなかったからといって、上記の具体的・客観的状况に照らし、直ちに、本件対象文書が、客観的にみて、廃棄又はこれに準ずるような状況にあったとか、あるいは、内閣法制局の職務とは関係なく同フォルダに残存していたなどとみることは到底できない。

(5) 以上に検討したとおり、本件対象文書につき、諮問庁の説明を踏まえても、その行政文書該当性が否定されるものではなく、その他、本件開示請求の時点における行政文書該当性を否定するに足る特段の事情は認められないから、本件開示請求の時点において、本件対象文書は行政文書に該当しないと認められない。」

その後の展開は、朝日新聞2017年1月19日「集団的自衛権審議の想定問答、内閣法制局が一転開示」の記事のとおりであり、その取材によれば、内閣法制局は、そもそもこの憲法解釈の変更について、内部で協議した文書を残していなかった(2015年11月24日 朝日新聞)。上記3で述べた意見形成過程の文書の保存義務(公文書管理法4条)にも違反していたといえることができる。

もっとも、この点は、「本件においても、仮に廃棄が適正な判断及び手続の下に行われていたとすれば、廃棄が完了した時点で行政文書性を失うと考える余地はあろう。しかし、少なくとも、問題となる電子データ自体が現に共有フォルダーに残されたままという状況では、客観的には廃棄が完了したとの評価を下すことは困難と思われる」とも評されている⁸⁰。

この答申は、東京高判平成19年2月14日LLI/DB・L06220487(司法試験の口述試験に関する想定問答集等の「廃棄」の認定)、及び東京地判平成19年3月15日LLI/DB・L06231185(司法試験委員会の会議の議事内容を録音したミニディスクの録音物の現存または消去の認定)等による「当該文書等の作成又は取得の状況、利用の状況、保存又は廃棄の状況等を総合的に考慮して実質的に判断」したものとする先例を最近の顕著な事例によって再確認したものではある。

また、行政文書の解釈を、内閣法制局長官からして、間違えることのなきように、公文書管理教育を実効あるものにもすることも課題とされた。

⁸⁰ 石森久広「不採用となった『全23問の国会答弁資料集』(電磁的記録)の行政文書該当性」季情個67号(2017年)43、46頁。

(2) 森友学園問題にみる意思形成過程の公文書廃棄

2016年6月に財務省近畿財務局が学校法人森友学園に売却した国有地（大阪府豊中市）の売却額を、情報公開請求に対しても非公開とした問題で、財務省は、その後、一転して売却額は1億3400万円だったとした。当初の鑑定価格は9億5600万円だったが、地価のごみの撤去費8億円以上を差し引いたとも説明された。財務局から依頼された不動産鑑定士が更地価格を9億5600万円と算出。財務局は地下の廃材、生活ごみの撤去・処理費8億1900万円と撤去で事業が長期化する損失を差し引いた1億3400万円で、同年6月に公共随意契約で同学園へ売ったという。しかし、この売買契約の課程の記録は、重要なものではないとして、廃棄したという。これは、公文書管理法4条違反ではないか。もし、これが故意になされたとすると、公用文書等毀棄罪（刑法258条）に該当するのではないかが問題となった。

そもそも、公文書管理法は、上記3のとおり4条で「当該行政機関における経緯も含めた意思決定に至る過程」をも合理的に跡付け又は検証するよう文書作成を義務付け、8条で、行政機関の長は、「保存期間が満了した行政文書ファイル等を廃棄しようとするときは、あらかじめ、内閣総理大臣に協議し、その同意を得なければならない」ことを規定している。立憲民主国家の財政を支える納税の義務（憲法30条）は、その反面で、税金の使途を知る権利を保障しているともいえる⁸¹。国民主権の理念にのっとり制定された情報公開法は、同時に、民主国家の情報の自由な流通のための国民の知る権利（憲法21条）を具体化するものであって、その保障は、税金の使途にも及ぶ。

それゆえ、公文書管理法10条1項に基づく「行政文書の管理に関するガイドライン」（2011年4月1日付内閣総理大臣決定、以下「行政文書管理ガイドライン」）別表第1「行政文書の保存期間基準」によれば、15予算及び決算に関する事項、(2)「歳入及び歳出の決算報告書・・・に関する計算書の作製その他決算に関する重要な経緯」の業務区分中の会計検査院に提出すべき計算書及び証拠書類として、本来保存年限5年とされるべきものとされている。知る権利の保障の趣旨を尊重するならば、少なくとも保存年限5年として、国有地売却にかかる交渉記録は、

⁸¹ 北野弘久『納税者基本権論の展開』（三省堂、1992年）144頁。憲法30条の規定する納税義務について、「この規定は単なる義務規定ではなく、納税義務の限界、言葉をかえていえば徴税権行使の限界を明示することにより、納税者の権利を擁護しようという人権規定としての性格を有する」と説示する。そのうえで、北野が理事を務めた自由人権協会において、「納税者の権利宣言」（1986年2月）を発表し、その中で、「7 情報の公開、財政過程への参加の権利」、「(1) すべての納税者は、租税・財政に関する一切の公的情報の公開を求め、これを利用する権利を有する。」という規定を提言している。

保存されるべきものとなる。

ところが、財務省は、この解釈を誤って財務省行政文書管理規則細則に基づいて保存年限を1年未満と解釈した。すなわち、公文書管理法5条3項は、「行政機関の長は、政令で定めるところにより、当該行政ファイルについて分類し、名称を付するとともに、保存期間及び保存期間の満了する日を設定しなければならない」と定めているが、これを受けて、公文書管理法施行令8条3項によれば、「行政機関の長は、[施行令添付の ― 引用者注] 別表の上欄に掲げる行政文書以外の行政文書が歴史公文書等に該当する場合には、1年以上の保存期間を設定しなければならない」。この反対解釈として、財務省は、歴史公文書等に該当しない場合には、1年以上の保存期間を設定しなくてよいとした。この施行令を受けて、財務省行政文書管理規則13条3項は、「第1項の基準[別表第1に基づく標準文書保存期間基準 ― 引用者注] 及び前項の保存期間の設定においては、歴史公文書等に該当するとされた行政文書にあつては、1年以上の保存期間を定めるものとする」と規定しつつも、さらに、同規則の下位規範として、財務省行政文書管理規則細則（平成23年4月1日大臣官房長）を定め、同細則6条2項において「歴史公文書等[歴史資料として重要な公文書その他の文書（公文書管理法2条6項） ― 引用者注] に該当しない行政文書（歴史公文書等の写しを含む。）の保存期間は1年未満とする。ただし、職務遂行上の必要性により1年以上の保存を必要とする場合は、当該必要性に応じた保存期間とすることができる」と規定し、この細則6条2項を適用して、国有地売却にかかる交渉記録は、売買契約締結後は、保存期間1年未満の文書として取り扱ったのである。上記別表第1備考五において「本表が適用されない行政文書については、文書管理者は、本表の規定を参酌し、当該文書管理者が所掌する事務及び事業の性質、内容等に応じた保存期間基準を定めるものとする」ことが義務付けられているが、この規定は適用されなかった。

以上のとおり、公文書管理法に基づく行政文書管理ガイドラインをふまえて同じ条項を定める財務省行政文書管理規則及び同規則細則が解釈適用されることとなる。しかし、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法の対象となる「行政文書」を整備するという、公文書管理法の立法の経緯をふまえて、知る権利の保障の趣旨を立法指針として尊重すれば、森友学園への土地売却過程の記録の廃棄は、行政文書管理ガイドライン及び財務省行政文書管理規則に違反しているものと認められた。

そのためには、公文書管理委員会において1年未満の保存期間文書の取り扱いを検証することとし、財務省行政文書管理規則細則6条2項の適用を停止し1年未満の保存期間文書の取り扱いを見直すとともに、紙媒体の文書と並行して、電子文書についても、一旦はデータベース上の中間書庫に保管して、公文書の重要度が明ら

かになるかどうか、一定期間見定めて廃棄か保存かを定めるような、文書管理の体制が早急に求められた。

これについては、後述 6 で述べる。

(3) 加計学園獣医学部新設手続の過程文書の不存在

学校法人加計学園獣医学部の新設については、本論のテーマである公文書管理の観点に限り論ずるが、その決定手続過程において、国家戦略特区諮問会議を分掌する内閣府における選定過程の記録が存在しないことについては、森友問題と同様文書の保存義務を定めた公文書管理法 4 条違反での疑いが認められた。

公文書管理法 4 条 2 号は、「前号に定めるもの〔法令の制定又は改廃及びその経緯——引用者注〕のほか、閣議、関係行政機関の長で構成される会議又は省議（これらに準ずるものを含む。）の決定又は了解及びその経緯」については、「第 1 条の目的の達成に資するため、当該行政機関における経緯も含めた意思決定に至る過程並びに当該行政機関の事務及び事業の実績を合理的に跡付け、又は検証することができるよう、処理に係る事案が軽微なものである場合を除き、文書を作成しなければならない」と規定している。

同 4 条を受けて、行政文書管理ガイドライン（平成 23 年 4 月 1 日内閣総理大臣決定）は、法制定の当初から、第 3 作成 1 文書主義の原則についての留意事項として、以下の○を 10、遵守事項として定めていた。

- 行政機関の意思決定及び事務事業の実績に関する文書主義については、行政機関の諸活動における正確性の確保、責任の明確化等の観点から重要であり、行政の適正かつ効率的な運営にとって必要である。このため、法第 4 条に基づき、第 3-1 において、行政機関の意思決定及び事務事業の実績に関する文書主義の原則を明確にしている。これに基づき作成された文書は「行政文書」となる。
- 「意思決定に関する文書作成」については、①法第 4 条に基づき必要な意思決定に至る経緯・過程に関する文書が作成されるとともに、②最終的には行政機関の意思決定の権限を有する者が文書に押印、署名又はこれらに類する行為を行うことにより、その内容を当該行政機関の意思として決定することが必要である。このように行政機関の意思決定に当たっては文書を作成して行うことが原則であるが、当該意思決定と同時に文書を作成することが困難であるときは、事後に文書を作成することが必要である。
- 例えば、法令の制定や閣議案件については、最終的には行政機関の長が決定するが、その立案経緯・過程に応じ、最終的な決定内容のみならず、主管局長や主管課長における経緯・過程について、文書を作成することが必要である。また、法第 4 条第 3 号で「複数の行政機関による申合せ・・・及びその経緯」の作成義務が定められているが、各行政機関に事務を分担管理させている我が国の行政システ

ムにおいて、行政機関間でなされた協議を外部から事後的に検証できるようにすることが必要であることから、当該申合せに関し、実際に協議を行った職員の役職にかかわらず、文書の作成が必要である。

- 「事務及び事業の実績に関する文書作成」については、行政機関の諸活動の成果である事務及び事業の実績を適当と認める段階で文書化することが必要である。例えば、同一日に同一人から断続的に行われた相談への対応について、最後の相談が終了した後に文書を作成することなどが考えられる。
- 行政機関の職員は、当該職員に割り当てられた事務を遂行する立場で、法第4条の作成義務を果たす。本作成義務を果たすに際しては、①法第1条の目的の達成に資するため、当該行政機関における経緯も含めた意思決定に至る過程並びに当該行政機関の事務及び事業の実績を合理的に跡付け、又は検証することができるようにすること、②処理に係る事案が軽微なものである場合を除くことについて、適切に判断する必要がある。
- 各職員が、文書作成に関し上記の判断を適切に行うことができるよう、日常的な文書管理の実施についての実質的な責任者である「文書管理者の指示に従い」、行うこととしている。文書管理者は、法第1条の目的が達成できるよう、個々の文書の作成について、職員に日常的に指示する必要がある。
- 「処理に係る事案が軽微なものである場合」は、法第1条の目的を踏まえ、厳格かつ限定的に解される必要がある。すなわち、事後に確認が必要とされるものではなく、文書を作成しなくとも職務上支障が生じず、かつ当該事案が歴史的価値を有さないような場合であり、例えば、所掌事務に関する単なる照会・問い合わせに対する応答、行政機関内部における日常的業務の連絡・打合せなどが考えられる。当該事案が政策判断や国民の権利義務に影響を及ぼすような場合は含まれない。
- 職員が自己の執務の便宜のために保有している写し（正本・原本は別途管理）は行政文書には当たらないが、このような個人的な執務の参考資料は必要最小限のものとすべきである（104頁参照）。また、職員が起案の下書きをしている段階のメモも、一般的には行政文書には当たらないが、当該メモに行政機関における法律立案の基礎となった国政上の重要な事項に係る意思決定が記録されている場合などについては、行政文書として適切に保存すべきである。
- また、一般的には職員の個人的な手紙や個人的にツイッターで発信した内容が記録された媒体が、直ちに行政文書に当たるとはいえない。もっとも、例えば、ツイッターの記載内容について、行政機関において起案し、当該行政機関のパソコンから送信するなど当該行政機関の組織的な広報活動として、ツイッターを用いている場合などは、当該ツイッターの内容について、適切な媒体により行政文書

として適切に保存することが必要である。

○また、例えば、他の行政機関に対する連絡、審議会等や懇談会等のメンバーに対する連絡を電子メールを用いて行った場合は、当該電子メールの内容について、適切な媒体により行政文書として適切に保存することが必要である。

以上の留意事項に照らせば、獣医学部の新設に関する内閣府担当者と文部科学省担当者の協議は、いわゆる省庁間協議として、当該行政機関における経緯を含めた意思決定に至る過程であって、これを合理的に跡付けまたは検証するために、当該協議内容について公文書が作成されなければならないのである（公文書管理法4条柱書「その他の事項」）。

2017年5月17日朝日新聞朝刊は、「新学部『総理の意向』」「加計学園計画 文科省に記録文書 内閣府、早期対応求める」という見出しのもとに、「安倍晋三首相の知人が理事長を務める学校法人「加計学園」（岡山市）が国家戦略特区に獣医学部を新設する計画について、文部科学省が、特区を担当する内閣府から「官邸の最高レベルが言っている」「総理のご意向だと聞いている」などと言われたとする記録を文書にしていたことがわかった」というリードにより、①「獣医学部新設に係る内閣府からの伝達事項」、②「大臣ご指示事項」及び③「大臣ご確認事項に対する内閣府の回答」という題名の各文書の存在が明らかにされた⁸²。

これに対し、文科省は、「国家戦略特区における獣医学部新設を担当する専門教育課の共有ファイル等の調査や関係者のヒアリングを行うなどの調査を行い、その結果、5月19日に該当する文書の存在は確認できなかったとの調査結果を発表した」。「しかしながらその後も文部科学省として、追加調査等を行う必要があるとの国民の皆さま方の声が多く寄せられたことなどの状況を総合的に判断し、文部科学大臣から総理に対して、民進党等から指示された文書について追加調査を行いたいと伝えたところ、総理からは徹底した調査を速やかに実施するよう指示があった」という経緯をふまえて、2017年6月15日「国家戦略特区における獣医学部新設に係る文書に関する追加調査（報告書）」（以下「獣医学部新設6月15日報告書」）を公表し、上記3件の題名の各文書等の存在を明らかにした。

同報告書によれば、5月19日の調査は、文科省内の関係者からのヒアリングで「ない」または「記憶にない」と回答、さらに、「専門教育課の「国家戦略特区」の共有フォルダ及び共有ファイルを探索したが発見できず」。以上のことから、5月19日の調査は、「文書の存在を確認できなかった」と結論付たことが明らかとされた。

⁸² 朝日新聞取材班『権力の「背信」——「森友・加計学園問題」スクープの現場』（朝日新聞出版、2018年）216頁。

そして、追加の調査においては、①「獣医学部新設に係る内閣府からの伝達事項」と題する文書と同内容の文書が、「専門教育課の「国家戦略特区」以外の共有フォルダに保存されていることが確認された」。②「大臣ご指示事項」と題する文書と同内容の文書は、「ヒアリングを通じて職員の個人フォルダに保存されていることが確認された」。さらに、③「大臣ご確認事項に対する内閣府の回答」と題する文書については、「民進党から提示された文書と酷似している文書が専門教育課の「国家戦略特区」以外の共有フォルダに保存されていることが確認された」。以上の他、上記獣医学部新設 6 月 15 日報告書によれば、④「藤原内閣府審議官との打ち合わせ概要（獣医学部新設）（9 月 26 日）」と題する文書と同内容の文書が専門教育課の「国家戦略特区」以外の共有フォルダに保存されている文書であることが確認された⁸³。

以上の事実経過においては、上記①ないし③と題する各文書は、いずれも、公文書管理法 4 条にかかる行政文書管理ガイドライン第 3 作成 1 文書主義の原則についての留意事項によれば、「①法第 4 条に基づき必要な意思決定に至る経緯・過程に関する文書」であり、上記④と題する文書は、「閣議案件については、最終的には行政機関の長が決定するが、その立案経緯・過程に応じ、最終的な決定内容のみならず、主管局長や主管課長における経緯・過程」または、「複数の行政機関による申合せ…及びその経緯」の作成義務として、「文書の作成が必要」とされるところである。

しかし、上記①ないし④と題する各文書が、専門教育課の「国家戦略特区」の共有フォルダに保存されておらず、再調査の結果、これ以外の共有フォルダに保存されている文書であることにおいて、公文書、特に電子データの保存についての問題点があることが判明した。

公文書管理委員会は、電子データの保存についての提言を行うこととなるが、これについても、後述 6 で述べる。

（４）南スーダン P K O 派遣日報の文書不存在取扱いの誤り

南スーダンの国連平和維持活動（P K O）に派遣している陸上自衛隊の作成している「日報」についても、公文書管理法施行令 8 条 3 項の反対解釈として、歴史公文書等に該当しない場合として、保存期間 1 年未満の軽微な文書として取り扱われていた。

⁸³ 文部科学省「国家戦略特区における獣医学部新設に係る文書に関する追加調査（報告書）（平成 29 年 6 月 15 日）1、3～5 頁。藤原静雄「加計学園問題と情報公開・公文書管理」法時 90 巻 2 号（2018 年）79 頁は、「形式的に共有フォルダーに入っているか個人のフォルダーに入っているかよりも、共用の実態があるか否かが吟味されるべきものであろう」と述べる（82 頁）。

前記3で述べた安全保障関連法の成立によって、離れた場所で武装集団の襲撃を受けたPKO要員などを救出しに向かう「駆け付け警護」と、他国の軍隊と一緒に宿営地を防衛する「宿営地の共同防護」が、一定の要件の下で実行可能となった。これらの新任務では、正当防衛・緊急避難の他に、妨害排除など任務遂行のための武器使用も一部認められることとなったが、南スーダンPKOにおいて、駆け付け警護などの新任務を付与できる状況にあるか、国民が知る権利を行使して、このPKO派遣について知り、南スーダン派遣の是非について判断する必要に迫られることとなった。

ジャーナリスト布施祐仁による情報公開法に基づく公開請求に対して、当初は、第5次派遣施設隊の「教訓要報」と題する文書全67頁が開示された⁸⁴。第5次隊は、2013年12月から2014年5月まで活動し、この「教訓要報」は同隊の帰国後に作成されたものであった。

その後、布施氏は、取材活動において入手した陸上自衛隊の国際活動教育隊が2015年に作成した「国際活動等の教訓と反映」と題する文書の中に、「主要教訓資料源」として「派遣部隊の日報」が記載されていることを手掛りとして、2016年9月30日付で、「南スーダン派遣施設隊が現地時間で2016年7月7日から12日までに作成した日報」を公開請求した。これに対し、防衛省は、同年12月2日、「既に廃棄しており、保有していなかったことから、文書不存在」とする決定通知をした。

日報廃棄についての防衛省の説明は、日報は陸上自衛隊文書管理規則で保存期間を1年未満に設定することができると定めている「随時発生し短期に目的を終えるもの」にあたり、現地の派遣部隊が上級部隊である中央即応集団司令部に報告を終えた時点で使用目的を達したので破棄したというものであった⁸⁵。

防衛省は、南スーダンPKO日報の不存在決定以前にも、同省に対する開示請求事案で「情報公開制度の運用上重大な問題が繰り返し生じており、それに関して審査会〔情報公開・個人情報保護審査会 ― 引用者注〕が詳細かつ厳しい付言を述べている」事例が目についたとされる⁸⁶。

防衛大学校防衛学館図書室が所蔵する自衛隊員を構成員とする私的な団体の出版

⁸⁴ 布施祐二＝三浦英之『日報隠蔽 南スーダンで自衛隊は何を見たのか』（集英社、2018年）25頁。

⁸⁵ 布施＝三浦・前掲注85）111頁。板垣勝彦「自衛隊「日報」問題と情報公開の機能」法時90巻2号（2018年）59頁は、「当面の公開は憚られる文書であっても、作成から期間が経過して、もはや不開示の根拠となるような懸念が消えた文書については、順次、公開していかなければならない」とする（62頁）。

⁸⁶ 森田明『論点整理 情報公開・個人情報保護審査会答申例』（日本評論社、2016年）225頁。

物に該当する文書の不開示決定（不存在）に関する件（平成２２年（行情）答申７５号事件）においては、諮問庁（防衛省）が「幹部学校記事」等の対象文書について、「私的サークルの会員として個人的に所有している事実及び防衛大学校防衛学館図書室が所蔵している事実は確認されたものの、行政文書として所有している事実は確認できなかったため、不存在であると判断した」との説明に対し、先行事案である「平成２１年度（行情）答申第９６号における諮問庁の説明〔物理的に不存在であり、「所蔵」すらしていないかのような説明——引用者注〕は事実を隠ぺいしようとしたものと外部から疑われても仕方のない不適切又は不十分なものであったと言わざるを得ず、極めて遺憾である」という付言がなされていた⁸⁷。

また、護衛艦「たちかぜ」の一般事故調査結果について（通知）等の一部開示決定に関する件（平成２５年（行情）答申２３３号事件）においては、「防衛省がそれまで繰り返し不存在としてきたアンケート原本の存在が明らかになったことでマスコミ等の注目を集め、原処分の変更が必要になっただけでなく、内部調査の実施を余儀なくされ、遺族からの国賠訴訟の審理にも影響した」⁸⁸として、「処分庁は行政文書とは別に個人資料というカテゴリーを設けており、しかもそれが拡大解釈されて本来行政文書として保存されるべきものが個人資料とされる傾向があった」⁸⁹、「相談を受けた他の事務官らは報告を進めるどころかむしろ廃棄を働きかけている。これらの経緯からすれば、個々の職員の対応の問題にとどまらず、処分庁には組織全体として不都合な事実を隠ぺいしようとする傾向があった」とまで指摘されていたのである⁹⁰。

以上のような防衛省の公文書管理体制にあって、南スーダンPKO派遣日報の文書不存在決定が重ねてなされていたのであった。

南スーダンPKO派遣の日報についても、２０１７年７月２７日発表の「特別防衛監察の結果について」をふまえて、改めて国民的に検証することを要する。

この特別防衛監察報告書だけをとっても、そもそも２０１６年７月１９日の情報公開請求に対し、８月１日に、中央即応集団の司令部関係職員が陸幕関係職員に対し、保有している日報は個人資料であり、開示請求該当文書に含めないという取扱

⁸⁷ 森田・前掲注８６）２２７頁。

⁸⁸ 森田・前掲注８６）２３４頁。２００５年４月１４日付情報公開請求及び２０１１年１月２６日付情報公開請求において、不存在と回答していた「たちかぜ」１等海士自殺事案に関連して実施した艦内生活実態アンケートの原本が、２０１２年６月２０日、横須賀地方総監部において発見された。このことについて、海上自衛隊は、「特命監察（護衛艦『たちかぜ』アンケート事案）結果について」と題する調査報告書を取りまとめている。これについて大島千佳『自衛隊の闇——護衛艦『たちかぜ』いじめ自殺事件の真実を追って』（河出書房新社、２０１６年）１７３頁参照。

⁸⁹ 森田・前掲注８６）２３６頁。

⁹⁰ 森田・前掲注８６）２３７頁。

いをしたという「行政文書」の取扱い自体に根本的な誤りがある。

加えて、南スーダンPKO派遣の日報については、電子情報として残っていたという事実のとおり、電子情報も公文書でありながら、その保管のあり方については、行政文書としての管理がまったく立ち遅れていた。アメリカでは、2011年11月28日に発出されたオバマ大統領の政府記録管理に関するメモランダム⁹¹に基づき、2012年8月に行政管理予算庁（OMB）長官と国立公文書館・記録管理局（NARA）館長の連名で発行された政府記録管理指令（Managing Government Records Directive）において、既に2016年12月31日までに各連邦省庁は永久保存及び現用の電子メール記録をアクセス可能な電子的フォーマットで管理することとされている⁹²。この日米の情報格差は、外交交渉においても、日本側に不利に働くのではないか。また、沖縄密約事件のような日本側の公文書紛失をくり返すことにもつながりかねない。

防衛省は、上記「特別防衛監察の結果について」の7項において、公文書管理について、以下の改善策を提示している。

- ① 関係職員の意識向上を図るための教育等の徹底
- ② 行政文書の不存在の際の入念な確認の徹底

過去に保有していたことが明らかな行政文書を不存在とする場合には、情報公開担当部署は、文書管理者等に対し、複数回の探索や探索範囲の拡大を実施させるとともに、文書の管理状況についても実際に確認するなど、「行政文書管理及び情報公開業務の適正な実施について（通達）」（防官文第11870号。24.9.6）に基づき、行政文書の確実な探索及び特定業務を徹底する必要があるとする。

- ③ 情報公開業務に対するチェック機能の強化

情報公開業務の検査等の他、防衛監察本部においても、定期防衛監察を活用し、特に開示請求において不存在としている場合の手続の適正性を確認することなどにより、チェック機能の強化に努めるものとする。具体的には、「日報が『用済み後破棄』として取り扱われていることについて、文書管理情報が表示されていないため取扱者に周知されていない状況、また、『用済み後破棄』という曖昧な保存期間満了日の設定により、日報の実態が把握されていない状況が確認されたことから、行政文書の状況が明確に把握できるよう措置する必要がある。」「日報が『注意文書』として取り扱われていることについて、『注意』の標記が表示されず、ま

⁹¹ Obama, Barak. “Presidential Memorandum-Managing Government Records”. The White House. <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/11/18/presidential-memorandum-managing-government-records>.

⁹² <http://www.archives.gov/records-mgmt/prmd.html>
<http://www.archives.gov/files/records-mgmt/email-management/2016-email-mgmt-success-criteria.pdf>

た、業務に関係のない多数の職員が閲覧及び取得できる状況であったことから、取扱区分を表示するとともに、配布に当たっては配布先を必要最小限にとどめるよう措置する必要がある。」とする。また、「日報は指揮システムの掲示板により、統幕、陸幕、陸自各部隊等の多数の部署により共有されているものの、各文書管理者により日報の管理状況が様々であり、日報の保有状況が不明確となっていることから、同一の行政文書を複数の文書管理者が保有する場合における責任を明確にするなど、行政文書の管理要領について見直す必要がある。」「日報は、南スーダン派遣施設隊自身が作成した一次資料であり、可能な範囲で保管することが望ましいとし、第11次要員の日報については、その活動成果について評価が定まるまでの間、廃棄せず保存することとしている。また、本事案において、日報の管理が問題となったことを踏まえ、防衛省として、日報の保存期間や保存期間が満了したときの措置などのあり方について早急に検討及び措置する必要がある。」とする点が、本当に実現されるのか注目された⁹³。

これらの文書管理等の提言は、行政文書管理ガイドラインの策定に伴う、各府省庁の行政文書管理規則の改正により、防衛省においても同規則の改正に繋がることとなった。

5 公文書管理上の問題 4 事例から行政文書管理ガイドラインの改正へ

2017年に発覚した4事例から浮かび上がった公文書管理上の問題は、行政文書の該当性及び行政文書の保存期間の2つである。

- ① 行政文書の該当性：都合の悪い文書の行政文書該当性が恣意的に否定されると、公文書管理ルールの対象から外れ、自由に廃棄されるおそれがある。上記8の内閣法制局の事例のように情報公開請求があり、情報公開・個人情報保護審査会のチェックが入らなければ、全く第三者のチェックが働く余地がない。従って行政文書の該当性は厳正に判断されなければならない。
- ② 行政文書の保存期間：こちらは行政文書に該当したとしても、恣意的に保存期間を1年未満にすれば担当部課の判断で自由に廃棄できる。1年未満とすれば行政文書ファイル管理簿に登載する必要がなく、廃棄も内閣総理大臣の同意は不要。情報公開の対象文書は行政文書ファイル管理簿から選定され、国立公文書館への移管も1年以上の保存文書から選別されるから、「1年未満」の保存には「現在及び将来の国民への説明責任を果たす」という公文書管理法の目的に照らし、大きな落とし穴が潜んでいると言える。

以上の公文書管理上の問題に対し、公文書管理委員会（委員長宇賀克也・東京大学

⁹³ 防衛省防衛監察本部「特別防衛監察の結果について」（2017年7月27日）13、14頁。

大学院教授（当時））における審議を経て、2017年12月に行政管理ガイドラインを改正し、これに基づき2018年3月末までにすべての府省庁において、行政文書管理規則を改正した。すべての府省庁で統一的に規則改正がなされたことは、後述6のとおり、1889年の内閣制度の設立以降、初めての画期的なことであった。

公文書管理法7条1項本文は、行政文書ファイル等の分類、名称、保存期間等を記載した「行政文書ファイル管理等」の作成及び公表について規定している。ただし、同1項ただし書は、政令で定める期間未満の保存期間が設定された行政文書ファイル等については、同管理簿の作成義務の対象外とし、これをうけて本法施行令12条により、保存期間が1年未満のものは、対象外としている。

森友学園問題にみる国有地の売買契約の交渉過程の記録は、紙媒体の文書も電子データも保存期間1年未満と解釈して廃棄された。このような誤った措置がとられないように、行政文書管理ガイドラインは改正された。

同ガイドライン第4・整理・3保存期間、(5) 11 (1) の保存期間の設定及び保存期間表においては、「歴史公文書等に該当しないものであっても、行政が適正かつ効率的に運営され、国民に説明する責務が全うされるよう、意思決定過程や事務及び事業の実績の合理的な跡付けや検証に必要となる行政文書については、原則として1年以上の保存期間を定めるものとする。」という規定が新設された。さらに新設された(6)では、「①別途、正本・原本が管理されている行政文書の写し、②定型的・日常的な業務連絡、日程表等、③出版物や公表物を編集した文書、④〇〇省の所掌事務に関する事実関係の問い合わせへの応答、⑤明白な誤り等の客観的な正確性の観点から利用に適さなくなった文書、⑥意思決定の途中段階で作成したもので、当該意思決定に与える影響がないものとして、長期間の保存を要しないと判断される文書、⑦保存期間表において、保存期間を1年未満と設定することが適当なものとして、業務単位で具体的に定められた文書」等については、保存期間を1年未満とすることができる。

しかし、さらに新設された(7)においては、(6)の①ないし⑦の文書も含めて、「11 (1) の保存期間の設定においては、通常は1年未満の保存期間を設定する種類の行政文書であっても、重要又は異例な事項に関する情報を含む場合など、合理的な跡付けや検証に必要となる行政文書については、1年以上の保存期間を設定するものとする」と規定された。

これは、留意事項として『重要又は異例な事項』とは、ある業務について、通常とは異なる取扱いをした場合（例：通常専決処理される事務について、本来の決裁権者まで確認を求めた場合）等が想定されるものであり、そのような案件に係る情報を含む行政文書については、通常は1年未満の保存期間を設定する行政文書の類型であっても、合理的な跡付けや論証に必要となるものについて、1年以上の保存期間を設定

するものとする。」と説明されている。この改正により、固有財産の売却処分にあたり、財務省近畿財務局が総理夫人や政治家のかかわりのある学校法人に対し大幅値引きをした売買契約を締結する交渉記録は1年以上の保存期間を設定されることとなる。また、「記憶にない、記録にない」という財務省の国会答弁もなくなることが期待された。

さらに、同ガイドライン添付の別表第2 保存期間満了時の措置の設定基準の1 基本的考え方について、従前から、次の〔Ⅰ〕～〔Ⅳ〕のいずれかに該当する文書は、「歴史資料として重要な公文書その他の文書」に当たり、保存期間満了後には国立公文書館等に移管するものとされていた。「その他の文書」を含み、「歴史公文書等」とされているのである。今回の改正により、〔Ⅰ〕～〔Ⅳ〕までの留意事項が増設された。

〔Ⅰ〕 国の機関及び独立行政法人等の組織及び機能並びに政策の検討過程、決定、実施及び実績に関する重要な情報が記録された文書

〔Ⅱ〕 国民の権利及び義務に関する重要な情報が記録された文書

〔Ⅲ〕 国民を取り巻く社会環境、自然環境等に関する重要な情報が記録された文書

〔Ⅳ〕 国の歴史、文化、学術、事件等に関する重要な情報が記録された文書

○〔Ⅰ〕の文書について、例えば、次のような重要な情報が記録された文書が対象となる。

- ・ 国の機関及び独立行政法人等の設置、統合、廃止、改編の経緯並びに各組織の構造や権限及び権能の根拠に関する情報が記録された文書
- ・ 経緯も含めた政策の検討過程や決定並びに政策の実施及び実績に関する情報であって、将来までを見据えて政策の理解や見直しの検討に資すると考えられる情報が記録された文書

○〔Ⅱ〕の文書について、例えば、次のような重要な情報が記録された文書が対象となる。

- ・ 国民の権利及び義務の法令上の根拠並びに個人及び法人の権利及び義務の得喪に関する基準や指針等の設定に関する経緯も含めた情報が記録された文書
- ・ 個別の許認可等のうち公益等の観点から重要と認められるものに関する情報が記録された文書
- ・ 国民から不服申立てや国又は行政機関を当事者とする訴訟の提起等に関する情報のうち、法令の解釈やその後の政策立案等に大きな影響を与えた事件に関する情報が記録された文書

○〔Ⅲ〕の文書について、例えば、次のような重要な情報が記録された文書が対象となる。

- ・ 政策の変更や優先順位の設定に影響を与えた社会環境、自然環境等に関する情報が記録された文書

- ・政策が国民に与えた影響や効果、社会状況を示す重要な調査の結果、政府の広報に関する情報が記録された文書
 - ・我が国の自然環境に関する観測結果等、その動態に関する情報が記録された文書
- 〔Ⅳ〕の文書について、例えば、次のような重要な情報が記録された文書が対象となる。
- ・我が国の領土・主権、来歴や多くの国民の関心事項となる自然災害及び事件等の重大な出来事（国内で起きたものに限らない。）に関する情報が記録された文書
 - ・学術の成果やその顕彰等及び文化、芸術、技術等の功績等のうち重要なものに関する情報が記録された文書

さらに、同ガイドライン別表 2、保存期間満了時の措置の設定基準のうち、2 具体的な移管・廃棄の判断指針として、（1）業務単位での保存期間満了時の措置として、「審議会その他の合議制の機関に関するもの（部会、小委員会等を含む）」のうち、「専門的知識を有する者等を構成員とする懇談会その他の会合に関するもの」については移管から除外することを削除したことにより、その結果、移管することを明記するとともに、公文書の「移管・廃棄簿」も移管を義務付けた。

また、（2）政策単位での保有期間満了後の措置として、以下の①～③を例示し、特に①の具体例の末尾に「等」を付記して、文書管理者の判断により、今後も増えていく余地を明記した。

- ① 国家・社会として記録を共有すべき歴史的に重要な政策事項であって、社会的な影響が大きく政府全体として対応し、その教訓が将来に活かされるような以下の特に重要な政策事項等に関するものについては、1〔同ガイドライン別表 2 保存期間満了時の措置の設定基準の 1 ― 引用者注〕の基本的考え方に照らして、（1）①の表で「廃棄」とされているものも含め、原則として移管するものとする。
 （災害及び事事件への対応）阪神・淡路大震災関連、オウム真理教対策、病原性大腸菌 O157 対策、東日本大震災関連等。
 （我が国における行政等の新たな仕組みの構築）中央省庁等改革、情報公開法制定、不良債権処理関連施策、公文書管理法関連、天皇の退位等。
 （国際的枠組みの創設）気候変動に関する京都会議関連施策、サッカーワールドカップ日韓共催、2020 年東京オリンピック・パラリンピック等。
- ② 総括文書管理者は〇〇省における重要政策を定期的に検討の上公表することとし、当該重要政策に関する企画・立案から実施に至る経緯を含めた情報が記録された文書については、1 の基本的考え方に照らして、（1）①の表で「廃棄」とされているものも含め、原則として移管するものとする。

- ③ 領土・主権に関連する文書については、1の〔Ⅳ〕に該当する可能性が極めて高いことから、原則として移管するものとする。

なお、「領土・主権に関連する文書」とは、北方領土及び竹島に関する我が国の基本的立場及び対応に関して作成又は取得した文書のみならず、北方領土及び竹島に関する情報を記載又は記録した海洋、漁業、鉱物資源及び環境に関する調査その他の調査、教育、地図の作成、航海その他の施策に関する文書も指す。また、尖閣諸島に関しては、領土問題ではないものの、同様の考え方にに基づき対処する。

以上のガイドライン改正によって、森友問題の売買契約締結交渉過程文書は第3作成の留意事項として、通常専決処理する財務省近畿財務局が本来の決裁権者である理財局まで確認を求めたことにより、少なくとも異例な取扱い文書として保存期間5年として保存されることが明確になる。

また、《留意事項》のうち、〈適切・効率的な文書作成〉として、以下の○2つが明記された。

- 文書の正確性を確保するため、その内容について原則として複数の職員による確認を経た上で、文書管理者が確認する。作成に関し、部局長等上位の職員から指示があった場合は、その指示を行った者の確認も経るものとしている。
- 各行政機関の外部の者との打ち合わせ等の記録については、文書を作成する行政機関の出席者による確認を経るとともに、可能な限り、当該打合せ等の相手方（以下「相手方」という。）の発言部分についても、相手方による確認等により、正確性の確保を期するものとしている。なお、作成する行政機関において、相手方の発言部分等について記録し難い場合は、その旨を判別できるように記載する必要がある。

この留意事項は、加計問題で、作成年月日と作成者が不明な「総理のご意向」と題する文書等が出回ったことに関して、今後も同様のことが生じうることへの懸念から、「文書の正確性を確保するため」という趣旨で明記された。

しかし、これでは、国家戦略特区内への大学の学部新設にあたっての内閣官房と文部科学省との許認可の協議等は、双方の了解事項しか記録されないようになるのではないかという疑問も出された。電子データの保存と共に、今後の運用を見守ることとなる。

また、行政文書管理ガイドラインの第8点検・監査及び管理状況の報告等においては、「少なくとも毎年度一回、紙文書であるか電子文書（電子メールを含む。）であるかにかかわらず、職員による行政文書の作成や保存が適切に行われているかどうか点検・監査を実施」することも明記された。その《留意事項》末尾においては、〈秘密

文書管理要領〉として、特定秘密保護法の制定後から、「○秘密文書管理要領を定めるに当たっては、法の趣旨を踏まえるとともに、各行政機関における秘密文書の管理の実効性を確保するため、各行政機関それぞれの業務内容や取り扱う秘密文書の性格、組織体制等を考慮するものとする」とされているが、この要領については、従前どおり、管理状況の報告事項である（次述6）。

これに加えて、別表第2、保存期間満了時の措置の設定基準、2 具体的な移管・廃棄の判断指針、（4）特定秘密である情報を記録する行政文書では、「特定秘密である情報を記録する行政文書については、この表に定めるもののほか、特定秘密保護法、特定秘密保護法施行令及び運用基準を踏まえ、移管・廃棄の判断を行うものとする」と明記されている。この点については、前記において述べた情報公開法、公文書管理法、特定秘密保護法との関係について、今後の運用が検証されるべきところでもある。

6 決裁文書改ざんから行政文書管理規則の改正へ

（1）財務省森友・決裁文書改ざん問題の前提となる日本の官公庁における公文書管理の実態

公文書管理委員会において、2017年12月に行政文書管理ガイドラインの改正の提言がまとまり、2018年1月から3月にかけて各府省庁の行政文書管理規則の改正作業が行われていた。その最中に、前記4、（2）の森友学園にかかる国有地売却交渉記録の保存期間1年未満という取扱いにとどまらず、稟議の手続を経た決裁文書が改竄（以下「改ざん」）されたという事態が内密になされていた。この点を、新聞報道でスクープされたことについても、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法という観点から論じることとする。

そもそも、稟議制は、経営学、行政学、文化人類学の学者によって、「日本の公私の官僚組織に共通する独特の意思決定方式として指摘され」てきたものであるが、「ある事案を担当している末端職員がまずその事案の処理方針を記載した文書を起案すると、その後はこの起案文書がしだいに上位の席次の者へと順次に回覧されその審議修正を受け、これ中間者すべての承認が得られたときに、この成案をその事案の専決権者にまで上申してその決議を仰ぎ、かくして専決権者の決裁が得られたときに、この事案の処理方針は確定したことになるという文書処理方式のことである」⁹⁴。

近時の研究では、日本の中央省庁で現に使用されている意思決定方式の諸類型が分析されているが、森友学園にかかる国有地売却の決裁手続は、稟議書型、順次回覧決裁型であり、法規裁量型行政処分の決定が具体例として示される類型に該当す

⁹⁴ 西尾勝『行政学〔新版〕』（有斐閣、2001年）302、303頁。

る⁹⁵。末端職員作成の起案文書は上位の席次の者に順次回覧され、「中間者による承認および専決権者による決裁の意思表示は起案文書上の所定欄への押印によってなされる」ので⁹⁶、起案文書が決裁手続終了後に差し替えられることは、およそ想定されていない。このことは、官公庁のみならず日本社会全般の慣行でもある。

ところが、最上位者まで持ち回りのうへ決裁された決裁文書も含めて日本の官公庁においては、1867年の明治政府の樹立以降内閣制度創始までの記録部課の変遷⁹⁷の後、帝国憲法制定後の1889（明治22）年12月24日、「内閣官制」（勅令第135号）が制定され、「内閣職権」（『公文類聚』第9編、明治18年第1巻）は廃止され、内閣総理大臣の権限は大幅に縮小され、各省大臣分担主義へ転換された⁹⁸。

1890年に改正された各省官制通則（勅令第50号）では、総務局の設置が規定されたが（21条）、記録局（課）の設置は、統一的な規程に基づくものではなく、各省の分担事務として、各省に任された。このため、公文書の所管は、1891年の各省官制通則の一部改正（勅令第81号）で総務局から大臣官房に移され、1900年の同通則一部改正（勅令第161号）で再び総務局へ、1903年の同通則一部改正（勅令第208号）で大臣官房に移るという経過をたどり、公文書管理を所管する組織は、総務局と大臣官房の間を行き来することとなる。内閣制度を参考としたドイツにおいても、当時は公文書管理は現実のものではなかったこともあり、この後、「各省の文書管理に関する統一的な規程が法律で定められるのは、約130年後の公文書管理法を待たねばならなかった」のである⁹⁹。それゆえ、公文書管理法の制定を提言した「公文書管理の在り方等に関する有識者会議 最終報告」において、「ファイルの編集方法等」の「主な問題点」として「●文書の書式やファイルの編集方法等のルールが明確でなく、各職員任せとなっている。●一連の業

⁹⁵ 西尾・前掲注94）304、305頁。

⁹⁶ 西尾・前掲注94）303頁。

⁹⁷ 安藤ほか編・前掲注69）133頁。

⁹⁸ 安藤ほか編・前掲注69）137頁。

⁹⁹ 渡邊佳子「日本近代における公文書管理制度の構築過程——太政官制から内閣制へ」安藤外・前掲注69）143～147頁（第4章）。なお、ドイツでは、19世紀初頭のプロイセンの宰相ハルデンベルク侯爵（Fürst von Hardenberg）が公文書館の設立の必要性を説いたというが（木藤茂「ドイツにおける公文書の管理と保存」総合研究開発機構＝高橋滋『政策提言——公文書管理の法整備に向けて』（商事法務、2007年）161頁）、日本の内閣制度の導入にあたり、公文書館設立までは構想されてはいなかった。明治政府において、内閣制度の発足と伊藤内閣の成立とともに、官僚制の整備が急テンポで展開し、1885年12月26日に伊藤首相から各省大臣に「各省事務ヲ整理スルノ綱領」として指示された「官紀五章」においては、「繁文ヲ省ク事」として、公文書の簡略化だけが求められている（由井正臣「近代官僚制の成立過程」由井正臣＝大日方純夫『官僚制警察』（岩波書店、1990年）461頁）。

務プロセスに係る文書が、その個々のプロセスごと（例えば、法案を検討する審議会資料、法案の閣議請議の決裁文書等）に別のファイルに編集され、異なる保存期間で保存されるため、後から一連の業務のプロセスの全体像を把握することが困難な場合がある。」という問題点が指摘されていた¹⁰⁰。そして、「必要な文書が漏れなく作成され、適切に保存されるように、文書の書式やファイルの編集方法をマニュアルで定める。その際、一連の業務プロセスに係る文書が適切な形で一連のファイルに編集されるようにする。」という具体的方策が提言されていた。

行政実務においては、紙媒体による文書管理の基本的な流れについては、

- ① 現年度に発生した文書は、キャビネットの上段に納める。
- ② 年度末には原則としてキャビネットの下段に移す。
- ③ 次の年度末になるとキャビネットの下段に保管した文書を書庫などに引き継ぎ、保存期間満了後に廃棄、または継続して保存する。
- ④ 移替えのときに「ファイル基準表」を新規に作り、引継ぎのときにさらに保存箱番号を記入しておくことにより、書庫にある文書の検索に利用する。

という、ファイリングシステムにおける文書管理が提唱されてきた¹⁰¹。

このファイリングシステムにおいても、文書は、かつては紙撚りやホチキス止めで綴じられ、決裁後には書き改めたり、抜き取ることができなかったものが、加除式のファイルに綴じられて、キャビネットに収納されるという形態へと変容するなど、いずれも、不統一な管理がなされてきたのであった。

このような公文書管理の歴史と現状を基礎として、財務省森友・決裁文書改ざん問題が発生することとなった。

（２）財務省森友・決裁文書改ざん問題

２０１８年３月２日、朝日新聞は、「森友文書書き換えの疑い」、「財務省、問題発覚後か交渉経緯など複数箇所」という見出しで、以下のリード文をもって、公文書改ざん問題をスクープした。同年６月４日の財務省「森友学園案件に係る決裁文書の改ざん等に関する調査報告書」（以下、「６月４日調査報告書」）は、以下のスクープ記事を裏付けることとなったが、ここでは、このスクープを追っていくこととする。

「学校法人・森友学園（大阪市）との国有地取引の時に財務省が作成した決裁文書について、契約当時の文書の内容と昨年２月の問題発覚後に国会議員らに開示した文書の内容に違いがあることがわかった。学園側との交渉についての記載や、『特

¹⁰⁰ 内閣官房公文書管理検討室編・前掲注７１）３４８頁。

¹⁰¹ 廣田傳一郎『Ｑ＆Ａ実践新公文書管理～ＡＫＦの理論と実務』（ぎょうせい、２０１０年）１６頁。

例』などの文言が複数箇所でなくなったり、変わったりしている。複数の関係者によると、問題発覚後に書き換えられた疑いがあるという。」

本項では、3月2日朝日新聞朝刊1面（14版）に基づき、その後判明した事実も付記して森友公文書改ざん問題から、政局とは別に、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法の解釈適用と連動して、なお残された公文書管理法及び情報公開法の改正の方向性を明らかにする。

スクープ記事では、改ざんは、「2015～16年に学園と土地取引した際、同省近畿財務局の管財部門が局内の決裁を受けるために作った文書」とされた。「1枚目に決裁の完了日や局幹部の決裁印が押され、2枚目以降に交渉経緯や取引の内容などが記されている」ともある。「起案平成27年4月28日 決裁完了平成27年4月28日」と記された普通財産（貸付）決議書と、「起案平成28年6月13日 決裁完了平成28年6月14日」と記された普通財産売払決議書である。国交省は、3月5日に、両者の相違点を財務省に伝え、決裁当時の改ざん前文書の写しを財務省に渡した。国交省の保有文書では、貸付決議書の「事案の経緯」や売払決議書の調書が欠落し、貸付決議書の記述内容も、国会提出開示文書では一部異なっていたと報告されている。

3月12日に財務省は、森友学園との国有地取引に関する決裁文書の書き換えを認め、国会に調査報告を提出した。3月13日朝日新聞朝刊（14版）によれば、以下のとおりである。

「取引問題が発覚した昨年2月以降、14件の文書を意図的に改ざん。削除部分には安倍晋三首相の妻昭恵氏の名前もあった。政府は同省（財務省）理財局の指示を認定し、国会答弁との整合性をとるためだとした。」

平成30年3月12日付け財務省「決裁文書についての調査結果」と題する書面においては、上記合計14の決裁文書について、以下の1から14の「決裁文書の書き換えの状況」が資料として付けられ、「約300箇所の書き換え」として報道された。

記

- 1 貸付決議書① 「普通財産決議書（貸付）」（平成27年4月28日）
- 2 貸付決議書② 「普通財産決議書（貸付）」（平成27年5月27日）
- 3 売払決議書「普通財産売払決議書」（平成28年6月14日）
- 4 特例承認の決裁文書①「普通財産の貸付けに係る承認申請について」（平成27年2月4日）

- 5 特例承認の決裁文書②「普通財産の貸付けに係る特例処理について」（平成27年4月30日）
- 6 承諾書の提出について（平成26年6月30日）
- 7 未利用国有地等の処分等の相手方の決定通知について（平成27年2月20日）
- 8 予定価格の決定について（年額貸付料（定期借地））（平成27年4月27日）
- 9 特別会計所属普通財産の処理方針の決定について（平成27年4月28日）
- 10 有益費支払いに関する意見について（照会）（平成28年2月25日）
- 11 有益費支払いに関する三者合意書の締結について（平成28年3月29日）
- 12 国有財産の鑑定評価委託業務について（平成28年4月14日）
- 13 予定価格の決定（売払価格）及び相手方への価格通知について（平成28年5月31日）
- 14 特別会計所属普通財産の処理方針の決定について（平成28年6月14日）

3月12日の財務省の「決裁文書についての調査の結果」によれば、上記1～5の決裁文書については、「昨年（2017年）2月に本件が国会で取り上げられて以降、昨年2月下旬から4月にかけて、財務省理財局において、下記の決裁文書（上記1～5の決裁文書が相当する）について、書き換えが行われていたことを確認した」ということであった。

加えて、上記6～14の決裁文書については、「このほか、主として上記の決裁文書の書き換えの内容を反映するかたちで、残り9件の決裁文書（上記6～14の決裁文書）の書き換えが行われており、計14の決裁文書について書き換えが行われていることを確認した」と記されている。上記14の文書は、「平成28年6月14日」作成であることから、その書き換えは2017年6月にまで及んでいるということが判明した。

このうち、上記5の「特例承認の決裁文書②『普通財産の貸付けに係る特例処理について（平成27年4月30日）』」は、本省理財局における電子決済で書き換えが行われたものとされ、これ以外は本省理財局の指示により近畿財務局において書き換えが行われたものとされている。それ以外の1から4と6から14は、近畿財務局の紙媒体の文書ファイルに綴られた決裁文書の改ざんであった。

しかし、3月27日の参議院予算委員会における佐川宣寿・元財務省理財局長の証人喚問では、誰の指示により、何のために、実際には誰によって上記各文書の書き換えが行われたのかは全く明らかにされなかった¹⁰²。佐川は「刑事訴追のおそれ

¹⁰² 第196回国会参議院予算委員会会議録14号。村上裕章「森友学園事件から見えて

があるから答弁を控えたい」と4時間内で40回以上証言を拒否したとされている。自身の改ざん指示行為が虚偽公文書作成罪（刑法156条）の構成要件に該当する可能性があることを承知し、証言を拒否したものと推測できる。また、こうして3月14日付朝日新聞朝刊（14版）の「文書外部の目触れるのはまずい」、「焦る本省、財務局に指示次々」の見出しによる記事における推論の信用性が高まった。

貸付決議書と売払決議書について、契約当時の文書と2017年中に国会議員らに開示していた文書（以下「開示文書」）は、起案日、決裁完了日、番号が同じで、ともに決裁印が押されている。「契約当時の文書には学園とどのようなやり取りをしてきたのかを時系列で書いた部分や、学園の要請にどう対応したかを記述した部分があるが、開示文書ではそれらが項目ごとなくなったり、一部消えたりしている」。「また、契約当時の文書では、学園との取引について『特例的な内容となる』『本件の特殊性』と表現。財務省は国会で学園との事前の価格交渉を否定し続けているが、『学園の提案に応じて鑑定評価を行い』『価格提示を行う』との記載もあった。開示された文書では、これらの文言もなくなっている」。財務省の中村稔・理財局総務課長が、3月1日に「我々が決裁文書として持っているものは、情報開示請求などに出しているものだけだ」と答えたとのコメントも掲載されていた。

従前の佐川の発言からは、売払決議書の2016年6月14日決裁完了から、2

来る法的問題」法時90巻2号（2018年）64頁は、「仮に、本事件〔国有地売却交渉記録の廃棄の件——引用者注〕の真相が十分解明されないまま終わったときは、将来強い政治的圧力がかかった場合などに、同種の事件が再発しないとは断言できないであろう」と論じたが（68頁）、その後の決裁文書の改ざんをふまえ、同「森友学園事件その後——明るみに出た政官関係の闇」法時90巻7号（2018年）1頁では、「行政法的には、刑事罰を設けることは、いわば究極の実効性確保手段である。にもかかわらず今回のような行為がなされたことを考えると、公文書の管理体制を強化するのみでは必ずしも十分ではないように思われる」と指摘する（3頁）。その後、2019年11月に、内閣総理大臣主催の「桜を見る会」の招待者名簿を保存期間1年未満文書として用済後廃棄とした例は、本来は、保存期間1年以上とするものを意図的に情報隠しとした例と言われかねない。このことは、公文書管理も最後は、マックス・ヴェーバーの言説（第1章Ⅰ、4）のとおり、官僚制の問題であり、主体的には公文書を保存管理しようとする官僚の矜持の問題でもあることを明らかにしている（三宅弘「公文書管理の現状と課題——「桜を見る会」招待者名簿が明らかにしたもの」ガバナンス2020年2月号14頁）。また、「森友・加計学園」から「桜を見る会」の問題まで、明らかになった公文書の軽視の事実を明らかにするものとして、毎日新聞取材班編『公文書危機——闇に葬られた記録』（毎日新聞出版、2020年）。この他、「桜を見る会」招待者名簿の保存期間1年未満文書としての扱いの問題点として、三宅弘「実務における知る権利の生成・展開と公文書管理」辻村編・前掲注8）55、69頁。田島泰彦『表現の自由とメディアの現在史』（日本評論社、2019年）277頁は、「公文書管理改革に正面から取り組みためには、…公文書管理法改正案のような取り組みが欠かせない」として、「行政文書の保存機関のルール厳格化」や、「現行の『組織的に用いるもの』とする行政文書の要件からの削除」を掲げる。

017年2月24日までに、森友学園への国有財産の売却にかかる交渉記録は、保存期間1年未満の非重要文書と曲解して組織的に廃棄されたということがうかがわれる。

財務省は、売買契約締結の交渉記録については、財務省行政文書管理規則細則6条2項に基づいて廃棄したという説明資料をもって、2017年2月24日以降、与野党の国会議員に説明に回っているのであるから、交渉記録の廃棄と決議文書の改ざんによって、財務省は組織ぐるみで交渉記録を公文書管理法4条の趣旨に違反して廃棄したということになる。もっとも、前記6月4日調査報告書によれば、「平成29年2月27日（月）、国有財産企画課及び国有財産審理室から理財局長に対して、まずは『文書3（売払決議）』の内容を報告した。この際、理財局長は、このままでは外には出せないと反応したことから、配下の職員の間では、記載を見直すことになるとの認識が改めて共有された」と記載されている。

また、特例承認決裁文書（平成27年2月4日）は近畿財務局作成であり、同文書（平成27年4月30日）は本省理財局作成である。いずれも、その決議印のある決議文書の次に綴られている調書中の1事案の概要の2つ目の「※これまでの経緯については、別紙1のとおり。」の記載に基づく別紙1の「これまでの経緯」中のH26・4・28欄中に「なお、打合せの際、『本年4月25日、安倍昭恵総理夫人を現地に案内し、夫人からは『いい土地ですから、前に進めてください』とのお言葉をいただいた」との発言あり（森友学園籠池理事長と夫人が現地の前で並んで写っている写真を掲示）」との記載があったが、改ざん後は、この部分が削除されている。これらの事実経緯をみれば、安倍昭恵総理夫人にかかわる記載はすべて削除するという付度が少なくとも財務省内において少なからず働いたものと解される。

（3）公文書管理法のさらなる改正へ

前記（1）のとおり、公文書管理委員会においては、2017年12月に改正された行政文書管理ガイドラインに基づく各府省庁の行政文書管理規則の改正について諮問を受け、2018年3月26日にこれを承認し、提言した。各府省庁によっては、同規則をさらに具体化した行政文書管理規則細則が作成される。2017年、同細則によって、森友学園への国有地売却交渉記録は1年未満の保存文書としてすべて廃棄した財務省では、同細則の改正により、今後は、このような交渉記録は、重要または異例な取扱いをしたものとして、1年以上の保存期間が設定される。

今般の財務省における森友学園への国有地売却にかかる決裁文書について、決裁文書は、調書部分を書き換えられているが、これは、文書作成が電子データの上書き処理によってなされていることによる。紙媒体による決裁文書とは別に、電子メールも含む電子データそのものの保存が必要となる。電子データ保存については、

公文書管理法制定時からの課題であるが、特に公文書管理委員会では、公文書管理法制定5年後の見直しということで、2016年度の見直し課題としていた。

また、紙媒体の決裁手続きを残すとしても、これに、電子決裁を連動させて、決裁の終了後には、電子データの決裁部分については書換え変更できないシステムを導入することが求められる。

PKO南スーダンの日報の送信データや、内閣法制局における集団的自衛権行使容認の閣議決定についての国会想定問答資料の公文書の解釈の誤りは、この領域の問題でもある。

前記4の(1)から(4)で述べたとおり、政府は、森友問題に関する財務省の改ざんなど、公文書を巡る一連の不祥事を踏まえて、与野党の対決に至りかねない公文書管理法の改正には及ばない、微温な改善策をもって、乗り切る方針である。

- ① 管理体制強化 ― 内閣府に全府省庁を監視する独立ポストとして独立公文書監理官を新設、各府省庁にも文書管理の専門部署を新設
- ② 懲罰規定 ― 人事院の「懲戒処分の指針」に不適切行為への処分を明記、公文書管理法への罰則規定導入は見送り
- ③ 改ざん防止 ― 電子決裁システムへの移行を促進

しかし、公文書管理法の改正に至らないことから、2017年12月の行政文書管理ガイドラインの改正の際に、会議録や打合せ記録について、口裏合わせの簡素な記録しかないのか批判された点などの問題が残っている。

ガイドライン改正を受けた財務省行政文書管理規則12条でも、「文書の正確性を確保するため…複数の職員による確認」(1項)と「財務省の外部の者との打合せ等の記録…相手方による確認等」(2項)が求められているが、このようなガイドラインと府省庁の規則の改正では、口裏を合わせた記載内容が空疎な記録しか残らないとする批判であった。

この批判に対しては、公務員は詳細な記録を残し自己保全を図るという習性があるから、空疎な記録しか残らないということはあるだろうなどと、いわば性善説に立って、改正されたガイドラインと行政文書管理規則の運用をしばらく検証しようと考えられていたところである。

ところが、森友問題のうち、財務省理財局が2017年2月から4月にかけて、上記交渉記録の廃棄と並行して、上記国有地の貸付決裁書と売払決裁書とこれに関連する決裁文書を15件に及んで、取引経緯を中心に政治家や総理夫人にかかる記録などを削除する改ざんという事態がおきたのである。詳細な記録は、個人メモとして残し、内容空疎な記録しか公文書として残さないということであった。

この点、情報公開法2条2項は、「行政文書」とは、行政機関の職員が職務上作成し、又は取得した文書、図画及び電磁的記録(電子的方式、磁気的方式その他人の

知覚によっては認識することができない方式で作られた記録をいう。以下同じ。）であって、当該行政機関の職員が組織的に用いるものとして、当該行政機関が保有しているものをいう」と定めている。このうち、「組織的に用いる」の意義は、前記2で述べたとおりだが、「作成段階では個人メモとしてつくられたものであっても、その後、業務上の必要性の観点から組織共用文書として保有される状態になっていれば、行政文書」¹⁰³であることが、正しく運用されることが求められる。

（４）公文書廃棄改ざんと電子決裁システムへの移行

公文書管理法の制定過程において、前記2で述べた福田康夫内閣官房長官の主宰で始まった「公文書等の適切な管理、保存及び利用に関する懇談会」（2003年12月開催、以下「公文書等適切管理保存利用懇談会」）は、既に、2004年6月の報告書「公文書等の適切な管理、保存及び利用のための体制整備について——未来に残す歴史的文書・アーカイブズの充実に向けて」において、「3必要な取り組み」の「（9）情報技術及び電子政府化の急激な対応」の「ウ 電子媒体の移管・保存方法等の検討」として、「電子媒体である公文書等についても、紙である公文書等と同様に歴史資料として国立公文書館に移管・保存しなければならないのは当然のことであり、その仕組み、方法等についても検討する必要がある」、「技術的に詰める点が多いことから、各府省の文書管理担当者との連携・協力を図りつつ、別途検討の場を設けて本格的な検討を行うことが望ましい」と提言されていた¹⁰⁴。

これを受けて、2005年6月に内閣府に「電子媒体による公文書等の管理・移管・保存のあり方に関する研究会」が設置され研究のうえ、同研究会座長から公文書適切管理保存利用懇談会に対して、「電子媒体による公文書等の管理・移管・保存のあり方」についての研究報告がなされた。これを受けて、公文書等適切管理保存利用懇談会は、2006年6月「中間段階における集中管理および電子媒体による監理・移管・保存に関する報告書」を取りまとめ、その中で「Ⅲ電子媒体による公文書等の管理・移管・保存のあり方」「3求められる取組」「a直ちに取組を開始すべき事項」として「（1）電子公文書等の長期保存上の措置及び技術的課題関係、（2）保存対象となる電子公文書等及び『原本性』確保の技術的課題関係、（3）電子公文書等の適切な移送時期及び移送方法関係、（4）ウェブ上の歴史公文書等の適切な保存関係」を掲げ、「その緊急性にかんがみ、今後5ヵ年程度の間に成果を挙げることが望ましい」と提言された¹⁰⁵。

¹⁰³ 第142回国会衆議院内閣委員会会議録11号（平10・6・4）30頁。

¹⁰⁴ 内閣府大臣官房監・前掲注72）164、165頁。

¹⁰⁵ 公文書等の適切な管理、保存及び利用に関する懇談会「中間段階における集中管理及び電子媒体による管理・移管・保存に関する報告書」（2006年6月22日）28～30頁。

これと並行して、独立行政法人国立公文書館（以下「国立公文書館」）は、2005年4月1日から2010年3月31日までの期間の中期目標において、「電子媒体の公文書等の効率的な管理・保存に向け、最適な保存媒体と管理方法等についての検討を行い、結果を得ること」とされた。これを受けて、国立公文書館は、電子媒体による公文書等のライフサイクルを作成段階から全般的に管理するための技術動向及び課題等について調査研究を行い、2006年3月、「電子媒体による公文書等の適切な移管・保存・利用に向けて ― 調査研究報告書」を取りまとめた。その中では、メタデータについて、「いわば『データについてのデータ』ともいえるもので、電子記録に関する技術データ、記録の構成と内部構造、記録の追加・削除・変更に適用される規則、またはコンテンツの解釈について記述するデータ等を指すもの」と説明し、ISO 15489-1における定義として「コンテキスト（背景・状況・環境）、内容、構造及びある期間の記録の管理について説明したデータ」を引用している¹⁰⁶。そのうえで、長期にわたり電子公文書を利用可能とするには適切なメタデータ体系を整備し、適用する必要がある¹⁰⁷として、記録管理（recordkeeping）、メタデータ（記録そのものの中から、または記録を作成した組織の中で生じたもの）、アーカイバル・メタデータ（記録が最初に作成された後にその記録を管理しやすくするように追加したもの（記録の再確認日、作成元の組織名等））、技術的メタデータ（記録の理解や処理に必要なもの（ファイル形式、バージョン、作成OS等））の3分類を説明している¹⁰⁸。

以上の基礎研究のうえに、福田康夫内閣総理大臣の下、公文書管理法の制定を提案した「公文書管理の在り方等に関する有識者会議」の最終報告「時を貫く記録としての公文書管理の在り方～今、国家事業として取り組む」（以下「有識者会議最終報告」）においても、「一元的な文書管理システムの整備に当たっては電子文書の管理・取扱ルールを確立し、業務の効率化や適正な情報管理を図る観点から、分類基準に沿って適切に管理できる機能、電子決裁機能、情報の漏えい、改ざん等不適切な取扱いを防止する機能等を盛り込むとともに、情報の検索の容易性や知識基盤としての活用を促進する観点から、メタデータの標準化を図り、システムの検索機能を充実すること」を具体的方策として掲げた（同最終報告4、（2）、オ、（ウ））¹⁰⁸。

しかし、電子文書の管理・取扱ルールは、有識者会議最終報告の「6. 公文書管理法に盛り込むことを検討すべき事項」からは除外され、将来の改革の方向性を

¹⁰⁶ 独立行政法人国立公文書館「電子媒体による公文書等の適切な移管・保存・利用に向けて ― 調査研究報告書」（2006年3月）16頁。

¹⁰⁷ 国立公文書館・前掲注106）50頁。

¹⁰⁸ 内閣官房編・前掲注71）355頁。

示すにとどまった。これに対し、日弁連は、前記３・注７４）⑫６で述べたとおり、２００９年日弁連意見書において、「⑫本法〔公文書管理法 ― 引用者注〕附則に、電子文書による原本扱いとする、公文書管理の抜本的改革を進めることを明記すること」を求めた。

公文書管理法の制定にあたり、電子文書による一元的な文書管理システムの構築は先送りの課題とされたのであるが、前記４の森友学園問題等にみる公文書廃棄等４事例及び前記（２）の財務省森友・決裁文書改ざん問題をふまえて、前記（３）のとおり「③改ざん防止 ― 電子決裁システムへの移行を促進」することとされた。

森友学園問題にみる公文書廃棄・改ざん等の事例は、いずれも情報公開法に基づく情報公開請求に対し、政府が「文書不存在」などで対応しきれず、電子決裁システムへの移行を決断せざるをえないところに迫いつめられた結果である。国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法は、２００９年の公文書管理法の制定を促進するとともに、その時点では積み残しとされた「電子文書による原本扱いとする、公文書管理の抜本的改革」（前掲２００９年日弁連意見書）を促進する立法指針として機能しているのである。

政府は、「公文書管理の適正の確保のための取組について」（２０１８年７月２０日行政文書の管理の在り方等に関する閣僚会議決定、以下「公文書管理閣僚会議決定」）においては、今後作成する行政文書については作成から保存、廃棄・移管までを一貫して電子的に管理することにより、体系的・効率的な管理を進め、行政文書の所在把握、履歴管理や探索を容易にするとともに、文書管理業務の効率性を向上させることとした。

さらに、公文書管理委員会での議を経て、２０１９年３月２５日付内閣総理大臣決定「行政文書の電子的管理についての基本的な方針」（以下「電子文書基本方針」）を定めた。電子文書基本方針は、今後目指すべき行政文書の電子的管理の在り方について、公文書管理委員会における議論を経て、公文書管理閣僚会議決定において策定することとされた「基本的な方針」として整理する。今後、より具体的な検討を重ね、各行政機関における文書管理業務に反映し、その高度化・効率化を進め、同閣僚会議決定に基づく他の取組と相まって、行政文書の管理及び情報公開への対応についての適正性の確保を図ることを目指すこととしている。

電子文書基本方針は、「２．取組の理念」として、（１）電子媒体の正本・原本化、（２）バランスを確保しつつ、作成から移管又は廃棄までのプロセス全体を通じて電子化、（３）本格的な電子的管理の実現に向けた道筋を掲げる。

そのうえで「３．今後目指すべき電子的管理の在り方」として、概要、

（１）共有フォルダ等における体系的管理（当面の対応）①作成 ― 「検討中フォルダ」から「記録用フォルダ」への格納。これらと「個人用フォルダ」とはしゅ

ん別する。②整理・保存——記録用フォルダの小分類を行政文書ファイルとして管理することとし、フォルダに分類・名称等を記載すること。各行政機関は、共有フォルダにおける管理の状況を定期的に確認し、共有フォルダにおける体系的管理の適正を確保することなどを方針とした。

さらに、(2) 文書管理業務の処理の自動化(本格的な電子的管理)——機密保持・改ざん防止に配慮しつつ、文書管理業務を確実かつ効率的に行うためには、業務の段階ごとに以下①から④において示す事項を満たすように業務処理を自動化する。

①作成。組織的な検討を経た行政文書は記録用フォルダに相当する領域に格納し、電子媒体を正本・原本として管理する。作成・取得した行政文書を記録用フォルダに相当する領域に保存した時点で、作成者、作成時期、分類・名称等のメタデータを自動的に付与する。

②整理・保存。行政文書ファイルは読み取り専用を設定する。行政文書ファイル等の所在情報は、メタデータを電子上で把握することにより管理する。

③集中管理。保存期間開始後一定期間経過した行政文書ファイル等は、文書保存領域における管理権限を文書保存領域上で各行政機関における文書管理総括部門(副総括文書管理者等)に移管することにより、集中管理への移行を推進する。

④移管又は廃棄。移管については、現行同様、一元的な文書管理システムを通じて国立公文書館への移管に係る手続を行う。移管は電子的に行う。廃棄については、現行同様、一元的な文書管理システムを通じて内閣総理大臣への協議を実施し、保存期間満了後は電子的に廃棄する。

また、(3) その他、電子的管理において充足すべき事項。その主な内容は、①長期保存への対応。ア、見読性の確保、イ、セキュリティの確保、②メタデータ。当該メタデータを電子上で行政文書ファイル等と関連付けて提供することにより、移管及び管理に資する。③電子メールの扱い。自動廃棄システムは選別・保存に係る作業を遂行するうえで支障をきたすおそれがあることから、各行政機関において今後は採用しない。当該選別・保存を行うに際してのメルクマールや、選別・保存の手法については、今後、内閣府において早急に手順を整理し、各行政機関における取扱いへの反映を図る。④その他の政府情報システムの扱い——②に準じて行政文書の整理・保存、所在把握、移管又は廃棄等の管理を適切に行う。⑤紙媒体の行政文書の扱い。行政文書ファイルの編てつに当たって紙と電子が混在する場合には、電子媒体を印刷して紙媒体の行政文書ファイルにまとめるのではなく、i) 紙を電子データ化して正本・原本とし、電子媒体の行政ファイルに集約する、又はii) 上記制約からi) が不適当と考えられる場合には、紙媒体と電子媒体が相互に密接な関連を有する一の集合物であることが分かる形でそれぞれ管理する。

以上、今後の目指すべき電子的管理の在り方を内閣総理大臣決定としてなされたことは、そのきっかけに森友学園問題公文書廃棄・改ざん等があったという意図せ

ざる随伴結果というべきものであるが、その背後に、これらの公文書不存在、廃棄、改ざんを明らかにするに至る国民の情報公開請求及び「国民共有の知的資源」（公文書管理法1条）としての認識があればこそである。正に、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法による情報公開請求権の行使が侵害された場合には国家賠償請求がなされることと併せて、憲法政策として、1889年以来の内閣制度の確立以降、統一的に運用されてこなかった公文書管理の統一的運用、さらに電子的管理の方向性を実現する大きな原動力となっているのである。

それゆえ、内閣総理大臣決定による電子文書基本方針は、4. 関連する取組として、「情報公開請求の対象文書の探索・特定、行政文書該当性の判断を効率的に行い、情報公開請求に対しても適切に対応することが可能となる」として、「文書管理総括部門への集中管理を推進しつつ、新年度から新たに設置される公文書監理官及び公文書監理官室（公文書監理官の下に置かれる室）の下で情報公開制度の趣旨・運用上の留意点の周知徹底、開示・不開示の判断等についての関与・助言、情報公開請求や開示決定等に係る審査請求の進行管理を的確に行うこと」という運用改善を明記しているのである。

7 公文書管理法の解釈適用と知る権利の展開

（1）公文書管理の抜本的改革を促進しなかった裁判所による証拠保全手続の運用

前記4、（2）及び6の森友学園に対して国有地を廉価で売却した事案について、「情報公開法を求める市民運動」（前掲「市民運動」）の後継団体である、特定非営利活動法人情報公開クリアリングハウスから近畿財務局、大阪航空局及び財務省の行った国有地売却に関する交渉・協議等に関する内容を記録したもの等の情報公開請求がなされたところ、「文書不存在」等を理由に不開示とされたため、同法人から2017年5月19日に不開示決定の取消及び国家賠償請求を求めて東京地裁に本案訴訟が提起されるとともに（東京地裁平成29年（行ウ）第227号行政文書不開示決定処分取消等請求事件、以下「本件森友本案情報公開訴訟」）、文書のデータの証拠保全が申し立てられた（東京地裁平成29年（行ク）第146号証拠保全申立事件、以下「本件森友証拠保全申立事件」）。

提訴後、2018年春になって、前記6のとおり本件では関係公文書そのものが改ざんされていることが判明し、財務省のホームページでその一部が公開されるという異例の事態になった。このように、財務省等が関係記録を保有していることが明らかになったため、財務大臣、近畿財務局長、大阪航空局長は、2019年3月、「記録不存在」等を理由とする不開示処分をいずれも取り消し、いくつかの文書について原処分の一部撤回として新たな開示決定がなされた。現在、本件森友本案情報公開訴訟は、残りの不開示決定部分をもって請求の趣旨を特定させるところから、

訴訟係属している¹⁰⁹。

本件森友本案情報公開訴訟は、①財務大臣に対する2017年3月2日付「森友学園の国有地売却に関する交渉、協議等に関する内容を記録したもの」（本件文書1）、②近畿財務局長に対する2017年2月27日付「森友学園への国有地売却に関連して国土交通省大阪航空局と行った協議、打合わせの内容のわかるものとその際の資料」（本件文書2）、「森友学園への国有地貸付、売却に関して行われた本省との打ち合わせ、協議、照会の内容を記録したものとその際の資料」（本件文書3）、「森友学園への国有地売却に関する交渉、協議等に関する内容を記録したもの」（本件文書4）、③大阪航空局長に対する2017年2月27日付「森友学園への国有地売却に関連して財務省近畿財務局と行った協議、打合わせの内容のわかるものとその際の資料と、本省との協議、打合わせ、照会の内容のわかるものとその際の資料」（本件文書5）の各開示請求に対する、それぞれの「文書不存在」を理由とする不開示決定の取消及び国家賠償請求からなるものである。開示請求書（情報公開法4条1項）には「行政文書の名称その他の開示請求に係る行政文書を特定するに足りる事項」（同条同項2号）が記載されることを要するが、「行政文書を特定するに足りる事項」とは、「行政機関の職員が、当該記載から開示請求者が求める行政文書を他の行政文書と識別できる程度の記載があれば足り、請求された行政文書が特定されたものとして扱うことになる」¹¹⁰。また、特定が不十分であるとしても、「開示請求をしようとする者が容易かつ的確に求める行政文書を指し示すこと

¹⁰⁹ <http://clearing-house.org/?p=2626> なお、本論で紹介した本件森友本案情報公開訴訟（東京地裁平成29年（行ウ）第227号事件）においては、原処分の一部撤回により新たに開示された文書の中には、その一部にマスキングが施されているにもかかわらず、財務省が「全部開示」であるとしているものがある。その理由として、財務省は、「財務省ホームページで公開された文書（マスキング部分あり）を公開したのであるから、全部開示である」と説明している。しかし、原告が開示請求したのはマスキングのない文書であり、しかも、財務相としてマスキングしていない文書を保有しているのに、マスキングした文書を「全部開示」として開示するというのは、情報公開制度を軽視するものである。このため、原告は、財務省が上記の開示決定（2019年3月）を維持するのかどうかの確認を求めている。本件は、提訴以来2年を経過しているが、被告の対応のまずさから、まだ請求の趣旨の確定にも至っていない状況である。その確認がなされ次第、原告は、不開示決定の取消しに伴う訴えの変更等の手続をとることとされた。なお、文書が存在するにもかかわらず、文書不存在を理由として非開示決定をしたことの不当性については、当初の請求から国家賠償を求めている。森友学園の情報公開にかかる訴訟として、売り払った土地に関する「賃貸借契約時までに提出された小学校の設立趣意書」等の開示請求にかかる大阪地判平成31年3月14日判時2411号5頁（確定）や国有地の払下げにかかる売買契約書の開示請求にかかる大阪地判令和元年5月30日判時2438号33頁とその控訴審大阪高判令和元年12月17日判時2438号27頁（確定）があるが、ここでは訴訟係属中の上記本件森友本案情報公開訴訟について検討する。

¹¹⁰ 総務省編・前掲注1）33頁。

ができるよう、行政機関の長は、行政文書の特定に資する情報の提供を行うこととされている」（情報公開法 38 条）。「行政文書ファイル管理簿上の行政文書ファイル名の引用やこれにさらに限定を加える形での特定の仕方であれば、特定が不十分とはいえないものと考えられる」¹¹¹ので、「行政機関の長は、開示請求者に対し、補正の参考となる情報を提供するよう努めなければならない」（同法 4 条 2 項）。

しかし、本件文書 1 ないし 5 について、財務大臣、近畿財務局長及び大阪航空局長において、開示請求者に対し、補正の参考となる情報を提供するよう努めることなく、「財務省において文書の保有が確認できなかったため」とか「行政文書不存在のため」などと、そのすべてを不開示としたことは、前記 4 及び 6 で述べた財務省の森友問題の公文書改ざん・公文書管理法違反の廃棄の事実にも照らしても、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法の立法目的にも反することであろう。

財務省は、前記 6 のとおり、森友問題の 15 件の決裁文書が存在したことを公表するとともに、森友学園等との交渉記録〔売却まで〕217 件と同交渉記録〔売却後〕71 件をホームページ上において公開（情報提供）している¹¹²。

しかし、財務省においては、ホームページ上の情報提供に至るまでは、2016 年 6 月 20 日の学校法人森友学園への国有地払下げ売買契約の締結をもって、交渉記録はすべて廃棄したし、これに関連する電子メール等は、自動廃棄システムに基づき、すべて廃棄されることを止めることはできないと説明していたのである。このような状況において、本件森友証拠保全申立事件は、申し立てられた。

民事訴訟法 234 条は、「裁判所は、あらかじめ証拠調べをしておかなければその証拠を使用することが困難となる事情があると認めるときは、申立てにより、この章の規定に従い、証拠調べをすることができる」と規定している。

文書・帳簿などが改ざんされるおそれのある場合は、一旦改ざんされると、それは本来不可逆的なものであるから（たとえ人工的に改ざん部分が消去されたとしてもそれは元どおりの文書・帳簿ではない）、当然、証拠保全事由がある、とされる。

「関係人の社会的地位・資格・信用性、利害関係、改ざんの前歴、改ざんの容易性、紛争の経過などの具体的事実に基づき改ざんのおそれがあると認められることが必要である」とする見解が多数説とされるから¹¹³、森友公文書改ざんの事実にも照らして、証拠保全事由は存在する。

¹¹¹ 総務省編・前掲注 1) 34 頁。

¹¹² https://www.mof.go.jp/public_relations/statement/other/search_kessaibunsho.htm#top

¹¹³ 兼子一ほか『条解民事訴訟法』（弘文堂、1986 年）1102 頁、秋山幹男ほか編『コンメンタール民事訴訟法Ⅳ〔第 2 版〕』（日本評論社、2019 年）599 頁。

電子公文書の証拠保全としての技術的可能性としては、既に電子カルテの証拠保全が広く実施されているから、難点とはならないはずである。電子カルテシステムを採っている医療機関の場合には証拠保全によってカルテを保全する場合、「真正性確保のために、更新履歴の保存、例えばタイムスタンプによる後日の改ざん防止のシステム」を前提として¹¹⁴、「編集更新履歴」も保全の対象とし、更新履歴を反映させた書式で「その他〇〇〇〇の診療に関して作成された一切の文書（電磁的記録を含む。編集更新履歴を含む。）及び物」を保全の対象として、当該患者のカルテに係る該当部分を出力（印刷）してもらうなどの方法によるのである。

証拠保全の手続における証拠調べについては、民事訴訟法第4章の規定を適用する（民事訴訟規則152条）。「検証においては、検証物の所持者は、正当な理由がある場合を除き、検証物の提示義務を負い、裁判所は所持者に対し検証物提示命令を発することができるが、証拠保全として検証を行う場合もこれを排除する理由はない」とされる¹¹⁵。

公文書管理法が施行された2011年4月1日には、同日付で前掲行政文書管理ガイドラインが発令され、同ガイドラインに基づき、既に各府省庁が行政文書管理規則を作成することを求められていた。同ガイドライン第5保存によれば、〈電子文書の保存場所・方法〉として「○電子文書について、①改ざん、漏えい等の不適切な取扱いを防止し、②一定期間経過後の集中管理、③移管のための長期保存フォーマットへの変換など、時の経過、利用の状況等に応じ、適切な保存及び利用を確保するための場所、記録媒体等についての考え方を記載する」ことが求められた。さらに、同ガイドライン第6行政文書ファイル管理簿には、〈作成・取得年度等欄〉（施行令11条1項7号）、〈分類欄及び名称欄〉（施行令11条1項1号、2号）「○分類は、所在検索の手掛かりにするため、大分類、中分類、小分類の三段階の階層構造とする」、〈作成・取得者欄〉（施行令11条1項8号）、〈起算日欄〉（施行令11条1項9号）、〈保存期間欄〉（施行令11条1項3号）、〈保存期間満了日欄〉（施行令11条1項4号）、〈媒体の種別欄〉（施行令11条1項10号）「○「媒体の種

¹¹⁴ 長島光一「電子カルテの法的課題と民事訴訟における取扱い」法論90巻4・5合併号（2018年）99、122頁。電子カルテの証拠保全における課題を網羅的に検討したものとして、京都地方裁判所民事訴訟法運用委員会医事関係小委員会電子カルテ検討プロジェクトチーム「電子カルテを対象とする証拠保全手続における留意点」判タ1257号（2008年）12頁、東京地方裁判所証拠保全・収集検討委員会、医療訴訟検討委員会「電子カルテの証拠保全について」判タ1329号（2010年）5頁。

¹¹⁵ 秋山ほか編・前掲注113）602頁。同頁では、大阪高決昭和38年12月6日下民集14巻12号2664頁と最決平成20年12月18日〔綿引万里子＝宮城保「許可抗告事件の実情——平成20年度」判時2046号17頁（21事件）〕は、証拠保全としての検証物提示命令を認めた福岡高決平成20年5月19日の結論を是認している、と解されている。

別」欄は、当該行政文書ファイル等の保存媒体の種別（紙、電子等）を記載する」、〈保存場所欄〉（施行令 11 条 1 項 6 号）、〈管理者欄〉（施行令 11 条 1 項 11 号）、〈保存期間満了時の措置欄〉（施行令 11 条 1 項 5 号）、〈備考欄〉が記載される。

電子文書についても、公文書管理法 7 条、同法施行令 11 条及び行政文書管理ガイドラインが適正に解釈適用されれば、各府省庁の行政文書管理規則に基づき、行政文書ファイル管理簿を手掛りとして、コンピュータ上の所在場所が明確になるような法的枠組みは、公文書管理法の施行時から準備されていたのである。

このことを前提とすれば、本件森友証拠保全申立事件においても、証拠保全申立書では、検証物目録は、「財務省、近畿財務局及び大阪航空局が関与して、相手方が学校法人森友学園に対して、大阪府豊中市野田町 1501 番（地番表示）の国有地を払い下げたことに関して、財務省と森友学園との間及び近畿財務局と森友学園との間で、①平成 27 年 1 月 9 日、②同年 9 月 4 日及び③平成 28 年 3 月 15 日に行われた交渉及び協議等並びに④これらの交渉及び協議等に関連して、財務省と近畿財務局との間及び近畿財務局と大阪航空局との間で行われた協議、照会及び打合せ等にかかる」ものとしての、同事件相手方が業務担当者に貸与している又は貸与していたパソコン中の上記①ないし④の交渉、協議及び打合せ等に関連して、作成又は取得された次の（１）ないし（５）の電磁記録として、（１）Outlook 等の電子メールソフト内において保存されている電子メールの表題、本文及び添付ファイル、（２）デスクトップまたはフォルダに保存されているワードファイル、PDF ファイル及び JPEG 等のイメージファイル、（３）「ゴミ箱」内におけるワードファイル、PDF ファイル及び JPEG 等のイメージファイル、（４）業務担当者に対し貸与している又は貸与していたパソコン内から業務担当者に与えられたアクセス権限をもってアクセスできる財務省内の共有フォルダ内に保存されているワードファイル、PDF ファイル及び JPEG 等のイメージファイル、（５）パソコン上で削除措置のとられた電子メールの表題、本文及び添付ファイル並びにワードファイル、PDF ファイル及び JPEG 等のイメージファイル等に特定されて申し立てられていたのである。

ところが、東京地決平成 29 年 5 月 31 日（東京地方裁判所民事第 3 部古田孝夫、大島孝史、古屋勇児、判例集未登載、以下「原々決定」）は、本件森友証拠保全申立事件の申立てを却下した。同裁判所は、その理由として、①検証物目録に記載された電磁的記録及び関連資料の中から、申立人が主張する交渉、協議、照会、打合せ等に係るものだけを選別することができる外形的な指標の存否等については、一件記録によっても明らかではなく、上記の検証を全うしようとするれば、結局、上記の電磁的記録及び関連資料を全て網羅的に検証せざるを得ないが、これらの中には対象とされる交渉、協議、照会、打合せ等とは無関係なものも多く含まれているこ

とが想定されるから、このような網羅的な検証を余儀なくされるような申立ては、いわゆる探索的な証拠申出の典型というべきものであり、証明しようとする事実との関係において検証の目的の特定が実質的にされていない不適法な申出といわざるを得ないとしている（原々決定3～4頁）。また、同裁判所は、もう1つの却下理由として、②情報公開法に基づく行政文書の開示請求に対する不開示決定の取消しを求める訴訟において、不開示とされた文書を対象とする検証を被告に受忍させることは、それにより当該文書の不開示決定を取り消して当該文書が開示されたのと実質的に同じ事態を生じさせ、訴訟の目的を達成させてしまうこととなり、このような結果は情報公開制度の趣旨に照らして不合理といわざるを得ないとして、被告に当該文書の検証を受任すべき義務を負わせる検証を行うことは許されないとし、裁判所におけるインカメラ審理の適否を論じた最決平成21年1月15日民集63巻1号46頁を引用した（原々決定4頁）。

東京地方裁判所の却下決定に対して、申立人は東京高等裁判所に抗告した（同裁判所平成29年（行ス）第37号事件）が、東京高等裁判所は、平成29年6月30日決定（東京高等裁判所第15民事部安浪亮介、片山憲一、杉山順一、判例集未登載、以下「原決定」）は、申立人の抗告を棄却した。

同裁判所は、その理由として、原々決定が証拠保全申立てを却下した理由として挙げた上記①を引用し、さらに、申立人が検証対象を検証物目録2から検証物目録1に変更し、特定が十分であると主張したことについて、「当審において上記のように年月日を一部限定しただけでは、依然として、上記の電磁的記録及び関連資料の中から上記の交渉、協議、照会、打合せ等に係るものだけを選別することができる外形的な指標が示されているとはいえず、この点に関する判断は原決定の説示するとおりである。…したがって、本件申立てに係る検証を全うしようとするれば、上記の電磁的記録及び関連資料を全て網羅的に検証せざるを得ず、その過程では上記の交渉、協議、照会、打合せ等とは無関係なものをも何ら選別し得ないままに見分けることになるから、このような網羅的内容の本件申立ては、いわゆる探索的な証拠申出に当たるといふ他なく、証明しようとする事実との関係において検証の目的の特定が実質的にされていない不適法な申出といわざるを得ない」（原決定5～6頁）と述べた。

もっとも、原決定は、原々決定が証拠保全申立てを却下した理由として挙げた上記②前掲最決平成21年1月15日については、抗告棄却決定の理由として引用することはしなかった。

原々決定が引用したインカメラ審理にかかる前掲最決平成21年1月15日は、1996年改正の民事訴訟法において、証拠調べのインカメラ審理を行いうる旨の明文の規定がないところでの同審理の実施を求められたが、情報公開法に基づく行

政文書の開示請求に対する不開示決定の取消訴訟において、不開示とされた文書を目的とする検証を被告に受忍義務を負わせて行うことは、原告が検証への立会権を放棄するなどしたとしても許されず、上記文書を検証の目的として被告にその提示を命ずることも許されないと判示するものであった。

同最高裁判所決定は、立会権の放棄等を前提とした本件検証の申出等は、事実上のインカメラ審理を行うことを求めることにほかならないとしたうえで、「訴訟で用いられる証拠は当事者の吟味、弾劾の機会を経たものに限られるということは、民事訴訟の基本原則であるところ、情報公開訴訟において裁判所が不開示事由該当性を判断するために証拠調べとしてのインカメラ審理を行った場合、裁判所は不開示とされた文書を直接見分して本案の判断をするにもかかわらず、原告は、当該文書の内容を確認した上で弁論を行うことができず、被告も、当該文書の具体的内容を援用しながら弁論を行うことができない。また、裁判所がインカメラ審理の結果に基づき判決をした場合、当事者が上訴理由を的確に主張することが困難となる上、上級審も原審の判断の根拠を直接確認することができないまま原判決の審査をしなければならないことになる。」と判示するのである。そのうえで、情報公開訴訟において証拠調べとしてのインカメラ審理を行うことは、民事訴訟の基本原則に反するから、明文の規定がない限り、許されないものと判示した。

その理由として、1996年に制定された民事訴訟法において、証拠調べとしてのインカメラ審理を行いうる旨の明文の規定は設けられなかったこと、同法で認められた文書提出義務又は検証物提示義務の存否を判断するためのインカメラ手続に関する規定が設けられ、その後、特許法、著作権法等にも同様の規定が設けられたが、これらは証拠申出の採否を判断するためのインカメラ手続にすぎないこと、その一方で、1999年に制定された情報公開法や2001年の民訴法改正では裁判所がインカメラ審理を行い得る旨の明文の規定は設けられなかったことなどの立法経緯にも論及している¹¹⁶。

これに対し、本件森友証拠保全事件は、民事訴訟法234条及び民事訴訟規則152条という明文上の規定に基づき、既に電子カルテの証拠保全が広く実施されていることを併せ考えて、これと同等の電子データの保存手続としての実施を求めるにとどまるものである。

前記のとおり、電子文書についても、公文書管理法7条、同法施行令11条及び行政文書管理ガイドラインが適正に解釈適用されれば、各府省庁の行政文書管理規則に基づき、行政文書ファイル管理簿を手掛りとして、コンピュータ上の所在場所

¹¹⁶ 三宅弘「行政情報公開訴訟における検証物提示命令の可否」民商法雑誌140巻6号（2009年）700頁。前掲最決平成21年1月15日についてのその余の判例批評については、後注339）。

が明確になるよう、各府省庁のコンピュータ上の共有フォルダにおいて、大分類、中分類、小分類の三段階の階層構造とされている。そのコンピュータ上において、本件森友証拠保全事件の申立人が求めているのは、民事訴訟法に根拠規定のある検証であり、文書、画面ないしプリントアウトに表示された「人の認識や思想」を証拠調するわけではなく、コンピュータ上のどこに、どのような形で当該文書や電磁的記録が存在・保管されていたかを確認しようとするものであるにとどまるのである¹¹⁷。

本件森友証拠保全事件の抗告棄却決定（原決定）が、原々決定（前掲東京地決平成29年5月31日）が証拠保全申立てを却下した理由として挙げた前記②の前掲最決平成21年1月15日については、これを引用しなかった。本件森友証拠保全事件は、現に存する証拠保全手続（民訴法234条）の適用を求めるにすぎず、インカメラ審理という新しい証拠手続の実施を求めた前掲最決平成21年1月15日とは事案を異にするから、同抗告棄却決定がこの最決を引用しなかったことは正解であろう。

同保全事件において、財務省、近畿財務局及び大阪航空局のコンピュータのうち、その共有フォルダ上のどこに、どのような形で、当該文書や電磁的記録の存在・保管の有無を確認することは、上記のとおり行政文書管理ガイドラインに基づく財務省及び国土交通省の行政文書管理規則に従って適正に共有フォルダに収納されていたならば、決して探索的な保全申立てにはならないし、電子カルテの証拠保全事件との比較のうえにおいても、同等の証拠保全手続を求めているにすぎないのである。

しかし、本件森友証拠保全申立事件について、最高裁判所平成29年（行セ）第53号特別許可申立て及び東京高等裁判所平成29年（行ハ）第38号行政許可抗告申立て事件については、最終的に最高裁判所は申立人らの主張を却下した（平成29年（行ト）第76号、平成29年（行フ）第4号事件最決平成29年9月14日判例集未登載）。

この最決平成29年9月14日は、司法制度改革の際に提言された「司法による行政の監視」という観点からは、大きな問題を孕んでいるのではないか。

上記のとおり、本件森友証拠保全事件における保全の対象物は、電子カルテの証拠保全事件との比較のうえにおいても、同等の証拠保全手続を求められているにすぎない。また、同保全事件において、財務省、近畿財務局及び大阪航空局のコンピュータのうち、対象情報を保有する共有フォルダ上のどこに、どのような形で、当

¹¹⁷ 本件森友証拠保全申立事件東京高裁平成29年（行ハ）第38号行政許可抗告申立事件申立人許可抗告申立て理由書（申立人代理人喜田村洋一＝大島義則＝出口かおり＝藤原大輔）第3、3、（1）（4頁）。

該文書や電磁的記録が保存し保管されているかは、本来は行政文書ファイル管理簿を手掛かりとして、共有フォルダ内に、大分類、中分類、小分類の三層構造とされるよう各府省庁の行政文書管理規則において定められ、整然と保存、管理することが定められているのである。本来ならば適正に保存、管理されて、検索的に当該文書を検索することはないのである。

しかし、仮にも財務省、近畿財務局及び大阪航空局において、その保有するコンピュータの共有フォルダにおいて、上記の大分類、中分類及び小分類の三層構造に基づく適正な管理が行われていないために、その限りで探索的に当該文書を検索することになるとすれば、他の行政文書も検索されてしまうということになるが、その探索による事実上の不利益は、本来であれば、行政機関側で負うべきものであり、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法に基づく情報公開請求権を行使する国民が負担すべきものではないのではないかと。

本件森友証拠保全事件においては、上記行政文書管理ガイドラインに基づく財務省、近畿財務局及び大阪航空局における行政文書管理規則に基づき対象文書について粛々と証拠保全手続がなされればよかっただけのことではないかと。

また、今後の運用としては、前記6の電子文書基本方針が行政文書の本格的な電子的管理の実現に向けた道筋を実現することは、より一層、本件のような証拠保全手続を認容することに近づいていくものとなるべきであろう。

(2) 行政文書の不存在についての主張立証責任と公文書管理法に基づく保存管理

本章で問題提起された行政文書の不存在については、最高裁判所は原告・情報公開請求者側に主張立証責任が存在すると判示する。

沖縄密約事件前提最決昭和53年5月31日（第1章I、4）において、その存在が争点とされた密約文書について、アメリカの国立公文書館で開示されたことをふまえて、日本の情報公開法に基づく開示請求がなされた。沖縄密約事件にかかる吉野文六を含む外務省アメリカ局長と駐日米国公使リチャード・スナイダーとの間で交わされた米軍基地の復元補償金400万ドルを日本が肩代わりして支払う密約であったが、この他にも大蔵省の柏木雄介財務官とアメリカ合衆国のアンソニー・ジュリック財務省特別補佐官との間で交わされた財務密約、およびボイス・オブ・アメリカ（VOA放送）の国外移転の費用を日本が肩代わりする密約について、外務省と財務省に密約文書（以下「沖縄返還密約文書」）の情報公開請求がなされたのである。処分行政庁である外務大臣及び財務大臣は、いずれも当該行政文書の不開示決定（不存在決定）をし、この取消を求めた裁判が沖縄密約情報公開訴訟である¹¹⁸。

¹¹⁸ 沖縄密約情報公開訴訟については、沖縄密約情報公開訴訟原告団編『沖縄密約をあば

最判平成26年7月14日判時2242号51頁は、情報公開法2条及び3条をふまえて、「当該行政機関が当該行政文書を保有していることがその開示請求権の成立要件とされていることからすれば、開示請求の対象とされた行政文書を行政機関が保有していないことを理由とする不開示決定の取消訴訟においては、その取消しを求める者が、当該不開示決定時に当該行政機関が当該行政文書を保有していたことについて主張立証責任を負うものと解するのが相当である。そして、ある時点において当該行政機関の職員が当該行政文書を作成し、又は取得したことが立証された場合において、不開示決定時においても当該行政機関が当該行政文書を保有していたことを直接立証することができないときに、これを推認することができるか否かについては、当該行政文書の内容や性質、その作成又は取得の経緯や上記決定時までの期間、その保管の体制や状況等に応じて、その可否を個別具体的に検討すべきものであり、特に、他国との外交交渉の過程で作成される行政文書に関しては、公にすることにより他国との信頼関係が損なわれるおそれ又は他国との交渉上不利益を被るおそれがあるもの（情報公開法5条3号参照）等につき、その保管の体制や状況等が通常と異なる場合も想定されることを踏まえて、その可否の検討をすべきものというべきである」と判示している¹¹⁹。

く 記録 | 沖縄密約情報公開訴訟』(日本評論社、2016年)。西山太吉『決定版機密を開示せよ ― 裁かれた沖縄密約』(岩波書店、2015年)。なお、「外交文書の欠落問題に関する調査報告の最後に『外交文書を失うことは歴史を失うことである』と結んだ」ことについて、岡田克也『外交を拓く ― 核軍縮・密約問題の現場で』(岩波書店、2014年)115頁。

¹¹⁹ 板垣勝彦「判批」ジュリ1479号(2015年)48頁は、「本件はかなり特異な事案であり、具体的な適用局面においては、今後、事案ごとの精細な検討が求められるだろう」とする。井上禎男「判批」判評680号(2015年)6頁は、「公文書管理法制上での措置・対応が図られる現行法制下では、本判決はそのまま妥当するものではない」とする。興津征雄「判批」ジュリ別冊241号(2018年)40頁は、「その文書が通常の管理体制のもとで管理されているものであれば、文書管理規則などで定められた保管期間中は継続保有が推認されるというべきである」とする。金崎剛志「判批」ジュリ別冊236号(2017年)404頁も「本判決は事案の特殊性に応じた事例判決として位置付けられるべきである」とする。北濱基紀「判批」訟月61巻5号(2015年)1037頁、山本寛英「判批」愛媛大法文学部論集(総合政策)40号(2016年)1頁、村上裕章「判批」法教414号別冊判例セレクト2014Ⅱ9頁、小町谷育子「沖縄密約情報公開訴訟」法セミ721号(2015年)10頁、桑原勇進「判批」法セミ717号(2014年)123頁、大林啓吾「判批」季情個56号(2015年)9頁。佐伯彰洋「判批」法セミ増刊(新判例解説 Watch)16号(2015年)45頁は、「文書不存在の場合でも、情報公開法上の開示請求がなされている以上、情報公開法の目的である説明責任を果たすことが行政機関の責務であるといえよう」と評する。藤原静雄「「密約」訴訟における主張立証責任の法理」法時87巻5号(2015年)26頁は、「最高裁が、同法〔情報公開法 ― 引用者注〕1条に示されている趣旨・精神を踏まえ、情報公開法における法律上の論点の枠内において、制度の運用を見据えて大所高所からの判断を示すという途もなかったわけではないと思われる」と評する(31頁)。蟻川恒

そのうえで、沖縄返還密約文書については、「その開示請求の内容からうかがわれる本件各文書の内容や性質及びその作成の経緯や本件各決定時までに経過した年数に加え、外務省及び財務省（中央省庁等改革前の大蔵省を含む。）におけるその保管の体制や状況等に関する調査の結果など、原審の適法に確定した諸事情の下においては、本件交渉の過程で上記各省の職員によって本件各文書が作成されたとしても、なお本件各決定時においても上記各省によって本件各文書が保有されていたことを推認するには足りないものといわざるを得ず、その他これを認めるに足りる事情もうかがわれない」（傍点 — 引用者）として、開示請求者による上告を棄却した。

沖縄返還密約文書については、この最判の原々審・東京地判平成22年4月9日判時2076号19頁の口頭弁論終結後に、外務大臣の委嘱により発足した有識者委員会が2010年3月9日付で「いわゆる『密約』問題に関する有識者委員会報告書」を公表し、同東京地判では証拠とはならなかったものの控訴審・東京高判平成23年9月29日判時2142号3頁においては、証拠として評価の対象とされている。

同東京高判は、沖縄返還密約文書については、吉野文六・外務省アメリカ局長（当時）とリチャード・スナイダー・駐日米国公使（当時）が、それぞれ「イニシャルを書き込んで完成させ、北米第一課の事務官にその写しをとらせ、所管課の北米第一課においてこれを保管することとなった」旨事実認定していた。しかし、外務省は、「情報公開法の制定により、情報公開請求に応じて・・・公開しなければならなくなり、それまでの外務省の説明が事実と反していたことを露呈することを防ぐため、その施行前に、・・・通常の方法とは異なる方法で管理されていた可能性の高い（密約文書を）秘密裏に廃棄し、ないし外務省の保管から外したという可能性を否定することができない」という認定をしている¹²⁰。

正「法理／最高裁／統治行為」法時87巻5号（2015年）4頁、内田敦子「判批」行政関係判例解説平成26年（2016年）106頁。久末弥生「判批」自治研究92巻8号（2016年）153頁は、本最高裁判決の判旨に賛成するが、事例判決と位置付ける。宇賀・前掲注28）も本最高裁判決について、「行政機関情報公開法や公文書管理法施行前の時代を念頭においたものであり、現在まで射程に入れたものではない」と評する（157頁）。また宇賀「情報公開訴訟における法律問題」園部逸夫古稀『憲法裁判と行政訴訟』（有斐閣、1999年）645頁は、「文書の存否の判断を容易にするためには、行政機関の文書管理体制が重要であり、行政機関、国民双方の文書検索に資する目録の整備等が必要となろう。なお、開示請求時点において存在した文書を廃棄したことについては、実施機関側が主張・立証すべきであろう」と文書の存在の立証責任論を展開している（659頁）。

¹²⁰ 石森光輝「判批」訟月58巻6号（2012年）2362頁。三宅裕一郎「判批」法セミ684号（2012年）126頁は、原告主張の「密約」文書の写しを翻訳して開示を受ける権利を情報公開を実質化していくための課題と併せ考えていく必要があると

しかし、前掲最判平成26年7月14日は、「原審の適法に確定した諸事情の下において」の事例判断と解すべきではなかろうか。その後、公文書管理法が制定され、すべての現用文書について、レコード・スケジュールにしたがって保存、管理されるという現在においては、このような外務省による無断廃棄は、あってはならないことであり、本来ならば公用文書等毀棄罪（刑法258）に該当する。

公文書管理法に従って現用文書が保存、管理される限り、前掲東京地判平成22年4月9日が判示するとおり、「当該行政文書が、当該行政機関の職員が組織的に用いるものとして一定水準以上の管理体制下に置かれることを考慮すれば、原告である開示請求者において上記①（過去のある時点において、当該行政機関の職員が当該行政文書を職務上作成し、又は取得し、当該行政機関がそれを保有するに至ること——引用者注）を主張立証した場合には、上記②（その状態がその後も継続していること——引用者注）が事実上推認され、被告において、当該行政文書が上記不開示決定の時点までに廃棄、移管等されたことによってその保有が失われたことを主張立証しない限り、当該行政機関は上記不開示決定の時点においても当該行政文書を保有していたと推認されるものというべきである」という判旨が、公文書管理において尊重されるべきであろう¹²¹。このことは特定秘密の管理であろうとも変わりのないはずである。

この事例は、沖縄返還密約文書の公開請求に対する不開示決定時（2008年10月2日）の原処分を争ったものであるが、その後の公文書管理法の制定・施行と

する。我部正明「沖縄密約情報公開訴訟の意義」法時83巻13号（2011年）1頁は、行政機関による対象文書の隠匿・廃棄を追認するに等しいとして批判する。中村英樹「判批」季情個45号（2012年）31頁、小原一人「判批」行政関係判例解説平成23年（2013年）137頁。友岡史仁「判批」自治89巻7号（2013年）112頁は、本件控訴審判決について、「情報公開法の解釈としてやはり正当とせざるを得ないと思われる。但し、かかる立証責任の分担方法が一般的なものとはならないだろう」と述べる（121頁）。

¹²¹ 西口元「判批」判タ別冊32号（2011年）360頁は、「本判決の判断手法は、法律要件分類説に従い、民事訴訟における主張立証責任の処理に関する実務の大勢に従ったものであって、けっして目新しいものとはいえない」と評する。中村徹也「判批」ジュリ1420号（2011年）348頁、宇賀克也「判批」判評623号（2011年）2頁は、『密約』に関する文書である以上、そもそも文書管理規程の下での管理外に置かれていた可能性があり、また、文書管理規程に基づく正規の手続によらずに、その秘匿状態を絶対的なものとする意図の下、既に廃棄されている可能性もある。しかし、そのような事情については被告が主張立証する必要がある」とする。上拂耕生「判批」季情個39号（2011年）33頁。三宅裕一郎「判批」法セミ672号（2010年）120頁は、裁判所が本件の目的を「民主主義国家における国民の知る権利の実現」と捉えていた点を高く評価する。稲葉一将「沖縄返還に関する日米韓の密約が記録された行政文書の不存在決定が違法と判示された事例」法セミ増刊（速報判例解説）8号（2011年）57頁、森田明外・JCLUNewsletter：人権新聞375号1頁。

いう憲法政策的展開においては、前掲最判平成26年7月14日は事例判断としてのみ位置付けられ、前掲東京地判平成22年4月9日の判示する事実上の推認基準としての上記①及び②が公文書管理法4条以下の文書の作成保存義務に基づく推認として、これを否定する行政機関の合理的理由のない限り、行政文書の存在が事実上の推認として認められるものとして、先例拘束性を具備するものと解せられる。

(3) 公文書改ざん・廃棄問題及び沖縄密約廃棄問題にみる知る権利の展開についての小括

以上、第2章までは、第1章で紹介した長谷部教授の言説①及び②の基底にある「憲法上の要請と無関係に立法府が思うがままに情報公開法を創設し、それを行政府が憲法から自由に運用できるというわけではない」ことをふまえて、特定秘密保護法と公文書管理法がどのように立法化され、どのように運用されているかを、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法との関係において明らかにした。すなわち、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法に基づく情報公開請求が適正に行使されることを前提として、それでもなお不開示としたうえで、特定秘密として指定される関係にある特定秘密保護法や、同情報公開請求に対応した開示不開示の判断がされるための行政文書の管理及び保存をするための公文書管理法及びこれに基づく行政文書管理ガイドラインの適正な解釈が求められる関係にあることが明らかとされた。

1990年代に入り、行政手続法（平成5年法律88号）の制定（1993年）、情報公開法の制定（1999年）及び公文書管理法の制定（2009年）という一連の行政改革の流れにおいて、その伏流として知る権利の生成・展開がなされた。知る権利が立法指針と裁判規範として果たしてきた役割を考えることは、司法制度改革のうちの行政訴訟法改正に基づく「司法による行政のチェック」という分野にとどまらないで、行政改革及び司法制度改革の全般を考えることでもある。

これを憲法政策的に言えば¹²²、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法が制定された現在の状況において、不開示情報（情報公開法5条）の憲法適合的解釈（前記長谷部教授の説示①）、さらには、当該不開示情報の過度に広範、漠然不明確故に無効の判断もなされる余地（前記長谷部教授の説示②）が確立されたことをふまえて、第2章においては、特定秘密保護法22条1項の「知る権利」や国民共有の知的資源について定めたとされる公文書管理法の解釈運用の改善等を分析して明らかにすることができたものといえる。

¹²² 憲法政策論については、小林・前掲注21）7頁。さらに、終章Ⅱ情報公開の憲法政策論。

第3章 知る権利の課題1 ― 高度情報通信社会の情報公開法制における知る権利とプライバシー・個人情報保護との調整

I 情報公開条例におけるプライバシー・個人情報保護との調整

1 情報公開条例の非公開事由とプライバシー保護

本章では、高度情報通信社会にあつて情報公開法制における知る権利とプライバシー・個人情報保護との調整がどのようななされ、知る権利の保障の外延が画されているかを憲法政策論的展開において知る権利の課題として論じる。

第1章Ⅲ、4で述べたとおり、情報公開条例における知る権利とプライバシー・個人情報保護との調整については、プライバシー保護型と個人識別型の非公開事由、不開示情報に分かれた。

自由人権協会の「情報公開法要綱」（1979年）や情報公開モデル条例案（1981年）が参考とされたが、この時点までは、知る権利を具体化した公文書閲覧等請求権と個人のプライバシー、又は「個人の思想」以下の自由人権協会情報公開法要綱案「五、非公開とすることができる情報」に規定するプライバシー該当情報と同種の情報を非公開事由として、知る権利とプライバシー保護との調整をはかろうとしていた。

都道府県の条例制定以前に、情報公開条例としては1982年3月に日本で最初に制定された前掲金山町公文書公開条例は、「住民は、町長等に、公文書の閲覧、謄写等（以下「閲覧等」という。）を請求することができる」（同条例4条1項）として、公文書閲覧等請求権を規定する一方で、町長等は、「個人の思想、信条、宗教、職業、取引、経歴、犯罪、財産、所得、身体特徴、健康状態、学業成績、考案、発見、その他もっぱら個人に関すること、公開することにより個人の権利、利益、名誉、利益又は幸福を害するおそれがあると認められるもの」（同条例5条1号）として当該公文書については、「公開することができない」（同5条本文）と規定した。

1982年7月に制定された前掲蒲原町情報公開条例は、「住民は、情報の保管者に対し、その所持又は保管する情報の公開を請求することができる」（同条例3条1項）として、情報公開請求権を規定する一方で、保管者は、「公開することにより、個人のプライバシーを不当に侵害すると認められるもの」（同3条2項（2）本文）を除いて、公開しなければならないとし、さらに、同3条2項（2）ただし書として「請求者本人に関するもの並びに公務員、公務員であった者及び公職の候補者の職務又は地位に関するもの」は公開しなければならないと規定する。

金山町公文書公開条例5条1号及び蒲原町情報公開条例3条2項（2）は、いずれも、アメリカ情報自由法に由来するプライバシー保護型の非公開事由、不開示情報である。

都道府県レベルでは、前掲埼玉県行政情報公開条例は、「通常他人に知られたくない個人に関する情報」（同条例6条1項1号）を、実施機関は、「公開しないことができる」と規定した。また、前掲大阪府公文書公開等条例は、「個人の思想、宗教、身体的特徴、健康状態、家族構成、職業、学歴、出身、住所、所属団体、財産、所得等に関する情報（事業を営む個人の当該事業に関する情報を除く。）であって、特定の個人が識別され得るもののうち、一般に他人に知られたくないと望むことが正当であると認められるもの」（同条例9条1号）は、「公文書の公開をしてはならない」と規定した。これによって、後にプライバシー保護型と呼ばれる、情報公開請求に対する非公開事由、不開示情報としてのプライバシー保護規定が生まれた。

これに対し、前掲神奈川県公文書公開条例は、「個人に関する情報（事業を営む個人の当該事業に関する情報を除く。）であって、特定の個人が識別され、又は識別されるもの。ただし、次に掲げる情報を除く。ア何人でも法令の規定により閲覧することができる」とされている情報 イ公表することを目的として作成し、又は取得した情報 ウ法令の規定により行われた許可、免許、届出その他これらに相当する行為に際して作成し、又は取得した情報であって、公開することが公益上必要と認められるもの」（同条例5条1項1号）については、「実施機関は、・・・当該公文書の閲覧又は当該公文書の写しの交付を拒むことができる」（同5条1項本文）と規定した。この時、後に個人識別型と呼ばれる、情報公開請求に対する非公開事由、不開示情報としての個人情報保護規定が生まれた。

長野県公文書公開条例（長野県昭和59年条例4号）6条1項2号も、前掲東京都公文書開示条例9条2号も、神奈川県公文書公開条例5条1項1号と同種の個人識別型の非公開事由、不開示情報を採用した。個人識別型の非公開事由は、1999年制定の情報公開法5条1号においても採用された。

以下、この点を日本におけるプライバシー権の確立の経緯と神奈川県公文書公開条例の個人識別型非公開事由かかる裁判例、さらには、情報公開法5条1項の制定以後の最高裁判所の判例等をふまえて検証し、アメリカ情報自由法・合衆国法典552条（b）項（6）に由来する情報公開とプライバシー・個人情報保護の調整についての論点をふまえて、法律の制定・改正と先例となる判例との相互連関による法形成過程上の日本の情報公開法制における知る権利の展開と課題について論じる。

2 アメリカ情報自由法552条（b）項（6）におけるプライバシー保護

アメリカ情報自由法は、連邦公事録への公告を義務付ける情報を明示する他、すべての政府機関に対し、事件の裁決において示された意見、政府機関が採択したもので連邦公事録に公告していない政策表明や解釈等を公衆の閲覧及び複写に供しなければならないと規定しているが、その際、これらを公開させるにあたり、個人のプライバ

シーに対する明らかに不当な侵害を防止するように要求される限度で (To the extent required to prevent a clearly unwarranted invasion of personal privacy)、識別できる箇所を削除することができると規定している (552条 (a) 項 (2))。その余の記録については、「人事及び医療に関する書類その他これに類する書類であつて、開示することにより、個人のプライバシーに対する明らかに不当な侵害になるもの (a clearly unwarranted invasion of personal privacy)」を開示の適用除外としている (552条 (b) 項 (6))。さらに、情報自由法の1986年改正によれば、「個人のプライバシーに対する不当な侵害 (an unwarranted invasion of personal privacy) になると合理的に予期されうる、法執行の目的のために編集された記録又は情報」も開示の適用除外とされた (552条 (b) 項 (7) (C))。

以上にみるとおり、情報自由法は、知る権利とプライバシー情報の保護との較量にあたっては、「個人のプライバシーに対する明らかに不当な侵害」となるものについては、その記録の全部又は一部を非開示にするが、それ以外では、当該情報を開示するという基本的立場に立ち、「法執行の目的のために編集された記録又は情報」については、非開示の要件を一部広げているのである¹²³。

ところで、アメリカにおけるプライバシーの権利の分析と基礎づけがウォーレンとブランドイスによる論文「プライバシーの権利」に依拠したことは周知のところである¹²⁴。これによれば、プライバシーの権利とは「一人にしておいてもらう権利 (the right to be let alone)」¹²⁵、「あらゆる形式における公開から保護するという原則、…不可侵の人格の原則」¹²⁶であり、「より一般的な個人の自由 (immunity) の権利 — つまり、人間の人格 (personality) の権利 — の一部」¹²⁷であるとする。

同時に、プライバシーの権利の限界の一つは、「プライバシーの権利は、公的又は一般的な利益となる事柄の公開をも妨げない」、「個人のプライバシーの不当な侵害 (the unwarranted invasion of individual privacy) こそが非難されるのであり、

¹²³ 552条 (b) 項 (6) の解釈に関しては、航空士官学校の懲戒裁判例概要は「人事上のファイル」であるから自動的に適用除外になるべきだとする政府側の主張を斥け、人事上のファイルであっても、「個人のプライバシーに対する明らかに不当な侵害になる」かどうかの比較衡量をすることになったとした最高裁判例があり (Dep't of the Air Force v. Rose, 96 S.Ct. 1592 (1976)、その解釈が定説となっている。なお、奥平康弘「知る権利とプライバシーの権利 — 情報の自由化に関連して — 」鶴飼信成古稀『アメリカ憲法の現代的展開 1人権』(東京大学出版会、1978年) 57頁が先駆的である。

¹²⁴ Samuel Warren & Louis Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv. L. Rev. 193 (1890)。外間寛訳「プライバシーの権利」戒能通孝=伊藤正己編『プライバシー研究』(日本評論新社、1962年) 1頁。本稿の引用は、原則として外間訳による。

¹²⁵ Id., at 193.

¹²⁶ Id., at 205.

¹²⁷ Id., at 207.

そしてこれこそが可能な限り防止されるべきである」¹²⁸としている。同論文発表後、各州の判例法や立法によってプライバシーの権利が認められ、さらに、プロッサーが、プライバシー保護の領域は侵入 (intrusion)、私的事実の公開 (public disclosure of private facts)、公衆の誤認 (false light in the public eye)、及び盗用 (appropriation) の4類型に分けられるとした¹²⁹。もっとも、公衆の誤認は、名誉毀損による名誉侵害と重複する領域であり、盗用は、主たる保護法益を財産的なものとする点において「プライバシーの権利とは別個に、『パブリシティの権利 (right to publicity)』と呼ぶ方が、妥当であろう」といわれ、結局、「プライバシーの権利として問題にされるべきなのは、…私的領域への侵入と私的事実の公表である」と解せられている¹³⁰。

さらに、1970年代に入ると、合衆国では、民間や政府における個人データの収集・保管を規制するものとして、民間のデータ収集等に対応して公正信用報告法 (Fair Credit Reporting Act, 1970)、政府のデータ収集等に対応してプライバシー法 (Privacy Act of 1974) が制定される。

ウェスティンは、このようなデータの収集・保管を規制するためのプライバシーの権利として「プライバシーとは、自己に関する情報を、いつ、どのように、どこまで他人に伝えるかを、自ら決定する、個人、グループまたは組織の要求 (claim) である」と定義する¹³¹。そしてこの定義が、「議会に対しては、大きな影響力を与え」、その影響力は公正信用報告法やプライバシー法に見い出すことができる、と解されていた¹³²。

以上のように、プライバシーの権利の意義が変遷したことについては、日本においても既に多くの研究がなされているところであるが¹³³、本稿の対象は、情報自由法に

¹²⁸ Id., at 214, 215.

¹²⁹ William Prosser, Privacy, 48 Calif. L. Rev. 383 (1960), at 389 ~ 407.

¹³⁰ 佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護 (三)」法協101巻9号 (1984年) 1415頁。

¹³¹ Alan Westin, Privacy and Freedom, 7 (1967) .

¹³² 阪本昌成『プライバシー権論』(日本評論社、1986年) 246頁。

¹³³ 戒能=伊藤・前掲注124)『プライバシー研究』、当時の先行業績としては、伊藤正己『プライバシーの権利』(岩波書店、1963年)、三島宗彦『人格権の保護』(有斐閣、1965年)、佐藤幸治「現代社会とプライバシー」伊藤正己編『名誉・プライバシー』(日本評論社、1973年)、『情報公開・プライバシー』ジュリ742号 (1981年)、堀部政男『現代のプライバシー』(岩波書店、1980年)、同『プライバシーと高度情報化社会』(岩波書店、1988年)、阪本昌成『プライバシーの権利』(成文社、1982年)、同前掲12書、五十嵐清『人格権論』(一粒社、1989年)、竹田稔『[増補改定版] プライバシー侵害と民事責任』(判例時報社、1998年)、芦部信喜編『憲法Ⅱ人権 (1)』(有斐閣、1978年) 161頁 (第2編、第1章Vプライバシーの権利 [種谷春洋])、榎原猛編『プライバシー権の総合的研究』(成文堂、1991年)、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(有斐閣、1994年) など。その後の先行業績のうち、本論における情報公開法制との関係において参考としたものとして、平松毅『個人情報保護—制度と役割』(ぎょうせい、1999年)、新保史生『プライバシーの権利の生成と

において知る権利を保障するために政府情報の開示を原則とし、その例外としてプライバシーの権利を保護するという理由で非開示とされる情報の範囲は如何、前述のプライバシー保護型と個人識別型の非公開事由・不開示情報の由来如何というところにある。プライバシーの権利の内容は個々人によって範囲を異にするが、情報公開制度において知る権利と衡量されるプライバシーは、公開される個人情報の範囲を画するものとして、その権利内容を客観化せざるをえないのではないか。

情報自由法における情報の開示原則の例外である不開示の根拠としてのプライバシーの権利は、ウォーレンとブランドイスによれば「あらゆる形式における公開から保護するという原則」が優先する範囲としてとらえることができ、プロッセーによれば「私的事実の公開」の類型として保護される領域が、どのように規定され、また解釈適用されるが、その衡量による。情報自由法は、この点に関し、「個人のプライバシーに対する明らかに不当な侵害を防止するように要求される限度」(To the extent required to prevent a clearly unwarranted invasion of personal privacy、552条(b)項(6))を開示の適用除外範囲とするという、衡量の基準を定立し、より客観化したのである。

しかし、この基準は、結果としては、ウォーレンとブランドイスのいう、プライバシーの権利の限界の一つ「プライバシーの不当な侵害」(the unwarranted invasion of individual privacy)に「明らかに」(clearly)という限定を付したにとどまり、そ

展開』(成文堂、2000年)、岡村久道＝新保史生『電子ネットワークと個人情報保護——オンラインプライバシー法入門』(経済産業調査会、2002年)、田島泰彦編『個人情報保護法と人権——プライバシーと表現の自由をどう守るか』(明石書店、2002年)、小町谷育子＝三宅弘『個人情報保護法逐条分析と展望』(青林書院、2003年)、石井夏生利『個人情報保護法の理論と現代的課題——プライバシー権の歴史と国際的視点』(勁草書房、2008年)、宇賀克也『個人情報保護の理論と実務』(有斐閣、2009年)、平松毅『個人情報保護——理論と運用』(有信堂、2009年)、宮下紘『個人情報保護の施策——「過剰反応」の解消に向けて』(朝陽会、2010年)、堀部政男編『プライバシー・個人情報保護の新課題』(商事法務、2010年)、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理——人間の尊厳条項の規範的意義と動態』(尚学社、2013年)、右崎＝多賀谷＝田島＝三宅編・前掲注89)、石井夏生利『新版 個人情報保護法の現在と未来——世界的潮流と日本の将来像』(勁草書房、2014年)、宮下紘『プライバシー権の復権——自由と尊厳の衝突』(中央大学出版部、2015年)、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2) 国民の権利及び義務(1) §§10～24』(有斐閣、2017年)「第3章§13〔個人の尊重・生命、自由及び幸福追求に対する権利・公共の福祉〕(土井真一)、山本龍彦『プライバシーの権利を考える』(信山社、2017年)、村上康二郎『現代情報社会におけるプライバシー・個人情報の保護』(日本評論社、2017年)、宍戸常寿「個人情報保護法制——保護と利活用のバランス」長谷部恭男編『論及憲法』(有斐閣、2017年)、園部逸夫＝藤原静雄『個人情報保護法の解説《第二次改訂版》』(ぎょうせい、2018年)クリス・フーフナグル著宮下紘＝板倉陽一郎＝河井理穂子＝國見真理子＝成原慧＝前田恵美『アメリカプライバシー法——連邦取引委員会の法と政策』(勁草書房、2018年)。

の意義はプライバシーの一般的定義にゆだねられ、情報自由法 5 5 2 条 (a) 項 (2)、同 (b) 項 (6) の条文自体が、情報の開示原則とプライバシー保護の調整の範囲を画一的に明示するものではない。1966 年の Attorney General Memorandum においても、「プライバシーの不当な侵害」の意義については述べられていないのである¹³⁴。

但し、情報自由法では、「不当な」(unwarranted) に「明らかに」(clearly) という制約を付すよう議会が意図的に固執し、適用除外範囲をできるだけ局限して、知る権利をその分だけ広く行使せしめる政策を選択したのである¹³⁵。これは、第 1 章でみたとおり、情報の自由な流れが民主政治実現の基礎となり、修正 1 条の趣旨にも合致するという基本理念に忠実な政策選択であった。この政策は、プライバシー法の制定においても一貫している。政府に収集されたデータが情報自由法に基づいて開示請求され開示が義務付けられている場合にも、プライバシー法における個人記録の外部提供禁止の例外となり、情報自由法が優先してデータが開示されるという法構造であった (情報自由法 5 5 2 a 条 (b) 項但し書 (2))。

3 日本の情報公開法制におけるプライバシー保護型と個人識別型

日本の情報公開条例は、前記 1 のとおり、「情報公開とプライバシーの保護」の調整をはかるため、「個人のプライバシーに関する情報」を情報公開の適用除外事項とすることを構想した。この過程において、金山町情報公開条例や蒲原町情報公開条例の他、神奈川県情報公開準備委員会の報告書が、「個人のプライバシーに関する情報。ただし、公開することが当該個人のプライバシーの不当な侵害に当らない情報を除く」とする非開示事由を提言していた¹³⁶。このことは、明らかに、情報自由法 5 5 2 条 (b) 項 (6) の影響を示すものである。そして、最終的には神奈川県条例のような個人識別型、埼玉県条例や大阪府条例のようなプライバシー保護型の非公開事由、不開示情報を規定したことは、前記 1 で述べたとおりである。神奈川県条例における個人識別型 (同条例 5 条 1 項 1 号) は、1980 年 9 月に OECD (経済協力開発機構) の理事会で採択された「プライバシー保護と個人データの国際流通についての勧告」における「個人データ」の定義、「識別された又は識別されうる個人 (データ主体) に関するすべての情報」から採用された¹³⁷。

¹³⁴ Attorney General's Memorandum on the Public Information's Section of the Administrative Procedure Act, June 1967, 20 Ad. L. Rew. 263, 305 (1967) .

¹³⁵ 奥平・前掲注 1 2 3) 66 頁。Getman v. N.L.R.B., 450 F. 2d 670, at 674 n. 10 (1971) .

¹³⁶ 神奈川県情報公開準備室『情報公開 ― 制度化をめざして』(ぎょうせい、1981 年) 340 頁。

¹³⁷ 神奈川県県政情報室『かながわの情報公開』(ぎょうせい、1984 年) 339 頁。八

しかし、情報公開条例は、日本におけるプライバシーの権利の生成、確立を適切に把握したうえで、上記、個人識別型、プライバシー保護の非開示理由を規定したといえるであろうか。これを考察するためには、情報公開条例制定前の日本の判例及び代表的学説におけるプライバシーの権利と、法制定に先行した情報公開条例にかかる情報非開示決定処分取消訴訟における個人情報保護の法形成の過程に論及する。

II 日本におけるプライバシーの権利の展開

1 日本におけるプライバシーの権利の判例上の展開

そもそも、日本において、情報公開法制の制度化以前に、プライバシーの権利を判例上認めたのは、いわゆる『宴のあと』事件東京地判昭和39年9月28日判時385号12頁が最初である。同判決は、一般的人格権に含まれるけれども、なお別途「私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」としてプライバシーの権利を明示した。しかるうえで、同判決は、プライバシー侵害に対する法的救済のために、「公開された内容が（イ）私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれのあることがらであること、（ロ）一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立った場合公開を欲しないであろうと認められることがらであること、…（ハ）一般の人々に未だ知られていないことがらであることを必要とし、このような公開によって当該私人が実際に不快、不安の念を覚えたことを必要とする」という要件を提示した。この（イ）（ロ）（ハ）の要件は、学説・判例にもおおむね支持された。個別的人格権としてのプライバシーの権利が民事上保護されるための要件として確立されたと解してよいだろう。そして、前記Ⅰ、2でその変遷を述べたアメリカ法におけるプライバシー概念がこの限りで日本の法制度にも継受されたといえる。この点について、「修正憲法をその根拠とし、プライバシー保護のためのプライバシー法が施行され、判例主義のもとに判例によって法創造的機能を果たし得るアメリカにおけるプライバシーの権利概念を、大陸法系統の成文法主義のもと精緻な民事実体法と訴訟手続法を持つわが国にストレートに導入するには越えることのできない法制度上の障害がある」との指摘がある¹³⁸。この見解に従うとすれば、少なくとも不法行為法上保護されるべきプライバシーとして、日本の判例法上認められている人格価値は、『宴のあと』事件

木敏行『情報公開 現状と課題』（有斐閣、1983年）142頁。坂本昌成・前掲注21）20頁は、アメリカ情報自由法（FOIA）とプライバシー保護法（Privacy Act of 1974 5U.S.C. §552a.（以下、「PA」））とを比較検討し、「情報公開法の体系内でプライバシーを保護しようとするれば、『公開すればプライバシー侵害となる文書の範囲』を立法府が明文で一義的に規定することが必要である」と、立法の意味を論じている（「I プライヴァシー保護法と情報公開法」〔初出法時52巻4号（1970年）41、50頁〕）。

¹³⁸ 竹田・前掲注133）171頁。

判決が掲げる3要件を満たすものとして、プライバシーの権利の実質が確定されていくことになったといえる。

他方、ウェスティンによる「自己情報コントロール権」としてのプライバシーの定義は、情報公開法制定当時の状況においては、その後の個人情報保護法の立法を促す理念にはなっても、不法行為法上保護されるべきプライバシー情報の定義としては、当時において、なお定着していないように解された。

しかし、弁護士会の照会に対して原告の前科及び犯罪経歴を漫然とすべて回答した区長の行為が国家賠償法上の公権力の違法な行使にあたるとした、最判昭和56年4月14日民集35巻3号620頁において、伊藤正己裁判官の補足意見は、「他人に知られたくない個人の情報は、それがたとえ真実に合致するものであっても、その者のプライバシーとして法律上の保護を受け、これをみだりに公開することは許されず、違法に他人のプライバシーを侵害することは不法行為を構成する」とし、前科・犯罪経歴が保護されるべきプライバシーであることを認めた。プライバシー侵害に対する法的救済のための3要件は、確立されたものと解してよい。

さらに、『宴のあと』事件前掲東京地判昭和39年9月28日は、プライバシーの権利保護の3要件を明示したうえで、「公人ないし公職の候補者については、その公的な存在、活動に附随した範囲および公的な存在、活動に対する評価を下すに必要なまたは有益と認められる範囲では、その私生活を報道、論評することも正当とされなければならない」（前掲判時385号30頁）とする。これは、プライバシー侵害の不法行為についての違法性阻却事由として論じられているが、表現の自由とプライバシーの権利との衡量にあたっの、いわゆる免責の法理である。

その後、いわゆる月刊ペン事件上告審判決最判昭和56年4月16日刑集35巻3号84頁は、「私人の私生活上の行状であっても、…刑法230条ノ2第1項にいう『公共ノ利害ニ関スル事実』にあたる場合がある」ことを判示しているが、これは、個人の名誉の保護の場合と同様に、個人のプライバシーの保護と公共的事項に関する表現の自由との調整を図るために、「公共の利害に関する事実」であることがその要件となることを根拠付けるものであると解することができる¹³⁹。また、いわゆる『逆転』事件第1審判決東京地判昭和62年11月20日判時1258号22頁は、「社会の構成員が一定の事実を知ることにより正当な関心をもち、それを知ることが社会全体の利益になるような場合に公益を図る目的でその事実（私的事柄）を公表したときには、私的事柄の公表が公の利益になるものとして右の公表する行為は許されるべきである」としているが、右判決は、プライバシー侵害についての免責の法理を定めたものと評することができよう。もっとも、この判決のような「社会の…正当な関心」、「知るこ

¹³⁹ 竹田・前掲注133）205頁。榎原編・前掲注133）198頁（長尾英彦）。

とが社会全体の利益になる」ことと「公益を図る目的」を要件とする免責の法理は一義的に確立された判例法理には至っていなかった¹⁴⁰。

むしろ、プライバシーの侵害が違法となるかどうかは、プライバシー保護の必要性和言論の自由保障の必要性との諸事情を基に比較衡量して、その侵害が社会生活上受忍すべき限度を超えるかどうかを判断してこれを決するという個別の利益衡量の方法が司法判断にはなじみやすい。しかし、この方法においては、事後救済としては有効であっても、表現行為の程度を事前に検討するためには不十分である。この点は、個人の名誉の保護と公共的事項に関する表現の自由との調整を図るための、いわゆる真実証明による免責の法理と比べてみても、1980年代に情報公開条例が順次制定されていった当時には、プライバシー侵害についての免責の法理は、一義的に確定しているものではなかった¹⁴¹。他方、プライバシー保護のための個人情報保護法制は、独

¹⁴⁰ 竹田・前掲注133) 198～205頁は、「表現行為が社会の正当な関心事であること」と「その表現内容表現方法が不当なものでないこと」をプライバシー侵害の違法性阻却事由とするが、「その事柄が発生した当時は、社会の正統な関心事といえた事柄であっても、時の経過により正当な関心事といえなくなる場合がある」とも指摘している(203頁)。他方で「私生活上の行状は、原則として社会的活動に対する批判ないし評価の一資料とはならない」とする見解(佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護(四・完)」法協101巻11号[1984年]1755頁)がある。また、斎藤博「名誉・プライバシーとその民事上の保護」ジュリ959号(1990年)30頁は「民法固有の法理の詰めを急がなければなるまい」としていた。

¹⁴¹ 著者は、三宅弘=小町谷育子『BPOと報道の自由』(日本評論社、2017年)において、『宴のあと』事件以降、違法性の判断に関して、公的関心事項に求める説、公共性・公益性を要するとする説、正当な社会の関心事と表現内容・表現方法の相当性を主張する説などの整理をふまえて、「報道した事項が公共の利害に関する事実にかかわり(公共性)、その報道が公益を図る目的でなされた場合(公益性)、こうした報道機関による外形的なプライバシー侵害…は、ただちに違法とはされないとする法理」として決定した事例(放送と人権等権利に関する委員会47号決定(無許可スナック摘発報道への申立て)を引用しているが、放送人権委員会においても論者によって必ずしもプライバシー侵害についての免責の法理の理解が共通化されてはいなかったことを経験している。

なお個人の名誉の保護と公共的事項に関する表現の自由との調整を図るために、真実又は真実と信ずべき相当の理由の証明による免責の法理は、最判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁によって確立されたものであるが、日本においては、アメリカで判例上確立された「現実的悪意」の法理や公正な論評の法理を採用するには至っていない。「現実的悪意」の法理を認めたサリバン対ニューヨーク・タイムズ事件連邦最高裁判決(New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254 (1964).)は、個別事例ごとの利益衡量ではなく、『公職者』の『職務行為』に関する名誉毀損という一定の表現類型において一般的に衡量を行い、『現実的悪意』という一般的な基準を宣言した(松井茂記「名誉毀損と表現の自由(2)——憲法的名誉毀損の展開に向けて——」民商87巻5号[1983年]31頁)。他方、日本では、北方ジャーナル事件最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁において、「公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならない」とするものの、公共的事項に関する表現行為が他人の名誉を害する場合について、真実又は真実と信ずべき相当の理

自に展開する。

2 日本におけるプライバシーの権利についての代表的学説

以上の日本におけるプライバシーの権利についての判例上の展開を基礎付けた代表的な学説とされるのは、佐藤幸治であった¹⁴²。佐藤幸治は、最終的には、「プライバシーの権利は、当初はいわゆるイエロージャーナリズムに対する対抗武器の趣旨で不法行為上の観念としてアメリカで登場し、そこでは『不可侵の人格』の保護にかかわる『一人で居させてもらいたいという権利』として把握された」とその沿革を説明する。さらに「現代国家の管理化傾向の増大、社会のコンピュータ化の進展、ヒトゲノム研究によってもたらされた『遺伝情報』領域の誕生等々がある」としたうえで、自己情報コントロール権説として「プライバシーの権利は、個人が道徳的自律の存在として、自ら善であると判断する目的を追求して、他者とコミュニケーションし、自己の存在にかかわる情報を開示する範囲を選択できる権利」として構成する。そのうえで、「プライバシー固有情報」として「公権力がその人の意に反して接触を強要し、その人の道徳的自律の存在にかかわる情報」と呼び、この情報を「取得し、あるいは利用しないし対外的に開示することが原則的に禁止され」、その根拠は、「憲法21条2項後段（通信の秘密の保障）・35条（住居侵入・搜索・押収に対する保障）・38条1項（供述不強要の保障）あるいは19条（思想・良心の自由）や21条（表現の自由）などによって保護されている」が、「これらの条項が妥当しない場合に補充的に13条のプライバシーの権利（その意味で「一般的プライバシー権」）が妥当するとされる¹⁴³。

前記1で紹介した、情報公開請求に対する非公開事由、不開示情報としてのプライ

由の証明によって、「人格権としての個人の名誉の保護と表現の自由の保障との調和が図られている」とするにとどまっている。合衆国における「現実的悪意」の法理の採用について、「公の問題についての討論は禁圧されず、強く、辛らつであるべきであり、時として政府や公務員に対する不愉快な程に痛烈な攻撃であるべきだというのが建国以来の米国の国家的コミットメントであるとの強い確信」と評せられているが（山川洋一郎「現代米国社会と表現の自由」新研489号〔1992年〕57頁）、情報自由法による情報の原則公開（知る権利の保障）と、同法552条（b）項（6）の規定によるプライバシーの保護との衡量においてもその底流に同様の「強い確信」があるように解せられる。

¹⁴² 村上・前掲注133）4頁。さらに、22頁以下で、情報プライバシー権をめぐる我が国における議論状況が整理されている。

¹⁴³ 佐藤・前掲注5）181頁。芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法第七版』（岩波書店、2019年）124頁においても、「個人の私的領域に他者を無断で立ち入らせないという自由権的、したがって消極的なものと理解されてきたプライバシーの権利は、情報化社会の進展にともない、『自己に関する情報をコントロールする権利』（情報プライバシー権）と捉えられ」るが、「これは、個人に関する情報（個人情報）が行政機関によって集中的に管理されているという現代社会においては、個人が自己に関する情報を自らコントロールし、自己の情報についての閲読・訂正ないし抹消請求を求めることが必要であると考えられるようになったことに基づく」と解されている。

プライバシー保護型は、情報公開条例に基づく行政情報の原則公開に対し、「ひとりで居させてもらいたい権利」、「他人に知られたくない権利」として保護されるプライバシー情報を「不当に」侵害することがないこととして、情報公開とプライバシー保護の調整をはかるものであった。

これに対し、個人識別型の非公開事由、不開示情報は、プライバシー権についての代表的な学説を前提として、「ひとりで居させてもらいたい」とか「他人に知られたくない」という主観的な要素を情報公開とプライバシー保護との調整の基準とすることでは、情報公開制度の安定的運用が困難ではないかということから、前掲神奈川県公文書公開条例においては、アメリカ情報自由法 552 条（b）項（6）におけるプライバシー保護に由来するプライバシー保護型ではなく、OECD の「プライバシー保護と個人データの国際流通についての勧告」が提示した「個人データ」としての「認識された又は識別されうる」個人識別型の非公開事由、不開示情報として提案されたのである。それでも、個人識別型といえども、情報公開とプライバシー保護との調整のための提案であることから、個人が識別された又は識別されうる情報は、一旦は非公開（不開示）とするが、「何人でも法令の規定により閲覧することができる」とされている情報」（同条例同号ただし書ア）、「公表することを目的として作成し、又は取得した情報」（同号ただし書イ）、「法令の規定により行われた許可、免許、届出その他これらに相当する行為に際して作成し、又は取得した情報であって、公開することが公益上必要と認められるもの」（同号ただし書ウ）という、いわゆる例外の例外としての絶対的公開規定により、「他人に知られてもよい」情報の類型を規定し、プライバシーの保護よりも情報公開すべき情報を公開（開示）できるような法構造が条例化されたのである。

III 個人識別型によるプライバシー保護と知る権利・情報公開の調整

1 建築確認申請書添付図面の閲覧拒否処分にかかる判例と立法論としての非公開事由のあり方

神奈川県公文書公開条例が施行されると、すぐさま、個人識別型によるプライバシー保護と情報公開の調整にかかる判例が判例評釈の対象とされた。

神奈川県の住民が神奈川県公文書公開条例に基づいて建築設計事務所の設計にかかる新築マンションの建築確認申請書添付図面（平面図、立面図、断面図）の閲覧請求をしたところ、閲覧拒否処分がなされたために、同処分の取消請求がなされた事案において、東京高判平成 3 年 5 月 31 日判時 1388 号 22 頁（差戻後第 2 審）は、「マンションのような場合、…当該住戸を住居とする居住者の氏名はたやすく判明するのが通常であり、これらの資料を総合することによって、本件平面図自体には居住者の氏名等の記載がなくとも、居住者の私生活の本拠である住いに関する情報が明ら

かとなる」、「したがって、本件平面図は、他の資料と総合することにより、容易に個人を識別することができる情報というべきであり、条例5条1項1号本文に該当する」と判示している。そして、同号ただし書イ、ウにも該当しないとしている。

しかし、「マンションのような場合、…当該住戸を住居とする居住者の氏名」は、原則的に開示された不動産登記簿謄本や住民票あるいは表札等により極めて容易に入手しうる情報である。マンションの平面図における間取りの記載が明らかになるからといっても、間取りの情報が、住民票や表札で入手できる居住者の氏名と結合することによって、はじめてそのマンションの居住者が識別できるというものではない。すなわち間取りの情報が「個人に関する情報」であるとしても、公知であるというべきマンションの居住者氏名と結合してはじめて「個人が識別され得る」ものではないのである。

神奈川県公文書公開条例5条本文は、「次の各号のいずれかに該当する情報が記録されている公文書」というのであり、マンションの居住者氏名は予め公知のものであり、マンション平面図の開示によってはじめて「特定の個人が識別され、又は識別され得る」ということにはならないからである。むしろ平面図上の間取りは、既にマンションに入居が開始された時点以降は、同条例5条1項6号の「個人の財産の保護…のため、公開しないことが必要と認められる情報」か否かを判断すべきだったのではあるまいか。

建築図面に関する前記東京高判の論理によれば、住民票等で容易に入手できる居住者の氏名に結合される情報はすべて「個人を識別され得る」情報ということになる。そうだとすれば、開示請求にかかわらず一般的に入手できる居住者氏名に付随する情報を開示請求してもこれはすべて神奈川県条例5条1項1号本文に該当するということになり、プライバシー保護の趣旨を逸脱することになるのではないか。

情報自由法の影響を受けて、プライバシー保護の趣旨での適用除外事項を規定することにしたが、「プライバシー概念があいまいである」として、「より客観的な表現として『個人に関する情報』という表現を用いたのであった。しかし、マンションの間取りが「個人を識別され得る」ものかの判断は、「個人を識別され得る」情報という規定を付加することにより、一般的に開示された居住者氏名に付随する情報がすべて「個人を識別され得る情報」にしてしまうということで解釈の不合理性を明らかにし、情報公開とプライバシー情報の保護を具体的に衡量することを極めて困難にしていると言わざるをえない。この点については、同旨の判例評釈もあったところである¹⁴⁴。

¹⁴⁴ 本文掲記の東京高判平成3年5月31日の評釈として、加賀山茂「判批」阪法42巻1号（1992年）205頁は、「すでに公表された広告・案内・パンフレット類と比較して創作性が少ない場合、又は、設計図面等の公開が複製ではなく、環境への影響を判断するために単に閲覧請求されている場合には、情報公開を行っても、著作者の人格権

これに対し、大阪府公文書公開等条例9条1項における個人情報のプライバシー保護型の非公開事由は、対象情報の外延を画したうえで、さらにプライバシー侵害の法的救済のための要件としての「一般に他人に知られたくない」情報の要件に加え「知られたくないと望むことが正当であると認められるもの」との、いわゆる正当性の判断を加えている。この規定は、「プライバシー」という用語を避けつつも、プライバシー情報の保護に忠実であり、かつ、情報公開とプライバシー情報保護の利益衡量を可能な限り個別具体的に行おうとするものであり、首肯できるものであった。

以上のような解釈適用に照らしても、その後の課題とされていた情報公開法の立法にあたっては、大阪府公文書公開等条例9条1項のプライバシー保護型の適用除外事項か、あるいは、プライバシー侵害に対する法的救済の3要件をもって保護されるべきプライバシー情報と予め定義したうえで、情報自由法552条(b)項(6)と同規定のものとすること、あるいは、個人識別型の適用除外事項によったとしても、その例外として「個人のプライバシーの明らかに不当な侵害に当たらない情報を除く」という規定を加えることが妥当ではないかということが考えられた¹⁴⁵。

2 情報公開法5条1号における個人識別型不開示情報の採用と別途の個人情報保護法の確立

以上の情報公開条例における個人情報保護規定とプライバシー保護のための判例及び学説の形成をふまえて、情報公開条例における知る権利の保障とプライバシー保

及び著作権財産権は侵害されないと考えるべきである」と提言している(216頁)。島田一「判批」判タ790号(1992年)280頁。三宅弘『情報公開ハンドブック——立法から活用の時代へ』(花伝社、1995年)123頁においても著作権法上の公表権の解釈運用についてもふれて、「常に、公表権が知る権利に優先するとは解することができない」と論じたところである。同様に平松毅「情報公開」ジュリ1000号(1992年)49、51頁は、「既に建築物ができ、この著作物の性質に応じた通常の発表がなされ、かつ主要部分が公開されている状況におけるファイルされた図面の閲覧により侵害される公表権の存在を理由に非公開としたことは、疑問がある」と論じている。他に、三宅弘「情報公開制度における企業情報の保護とその限界」企業法学1号(商事法務、1993年)299頁、多賀谷一照『行政とマルチメディアの法理論』(弘文堂、1995年)94頁(第2部情報公開・提供と情報の保護、第1章情報公開制度と著作権制度)、斎藤博「情報公開と著作権法」ジュリ増刊情報公開・個人情報保護(1994年)44頁、石井善治「判批」ジュリ1002号(1992年)30頁、安達和志「判批」別冊ジュリ125号(1993年)30頁、中島徹「判批」別冊ジュリ128号(1994年)126頁、田中館照橋「判批」法資120号(1992年)74頁。多賀谷一照「判批」別冊ジュリ157号(2001年)102頁。

¹⁴⁵ 自由人権協会「情報公開制度の確立を目指して」(1988年11月26日)9頁(情報公開法モデル案第5条、(2)、オ)。同協会編『情報公開条例の運用と実務(下)——情報公開法案と情報公開条例[新版]』(信山社、1998年)91頁(JCLU行政情報公開法モデル大綱第5、1、(1)、ト)。

護との調整のためのプライバシー保護型と個人識別型にかかる先例となる判例をも参考として、情報公開法は5条1号として個人識別型の不開示情報の規定を採用した。

法制定当初の規定は、

- 「一 個人に関する情報（事業を営む個人の当該事業に関する情報を除く。）であつて、当該情報に含まれる氏名、生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるもの（他の情報と照合することにより、特定の個人を識別することができることとなるものを含む。）又は特定の個人を識別することはできないが、公にすることにより、なお個人の権利利益を害するおそれがあるもの。ただし、次に掲げる情報を除く。
- イ 法令の規定により又は慣行として公にされ、または公にすることが予定されている情報
- ロ 人の生命、健康、生活又は財産を保護するため、公にすることが必要であると認められる情報
- ハ 当該個人が公務員（国家公務員法（昭和22年法律第120号）第2条1項に規定する国家公務員及び地方公務員法（昭和25年法律第261号）第2条に規定する地方公務員をいう。）である場合において、当該情報がその職務の遂行に係る情報であるときは、当該情報のうち、当該公務員の職及び当該職務遂行の内容に係る部分」
- というものであった。

前記Ⅰの情報公開条例の制定の経緯及びその制定当時の日本におけるプライバシー権にかかる判例法の形成と代表的学説をふまえれば、情報公開法5条1号は、情報公開とプライバシー保護との調整にあたり個人識別型の規定を採用しつつも、既に「公にされ、または公にすることが予定されている」情報（同法5条1号ただし書イ）についてはプライバシーの要保護性は低いものとみなし、「人の生命、健康、生活又は財産を保護するため、公にすることが必要であると認められる情報」（同法ただし書ロ）についてはプライバシー保護を上回る公益上の必要性があることから公開（開示）されることを想定し、公務員の職と職務執行の内容（同法ただし書ハ）については、情報公開法の目的である「政府の有する諸活動を国民に説明する責務が全うされるようにする」（同法1条）ための必要性があることなど、当該請求対象情報を非公開（不開示）とすることによるプライバシー保護の利益を上回る公開による利益を尊重して、いわば行政情報の原則公開の例外の例外として公開（開示）することとしたのであった。情報公開法5条1号イ、ロ及びハは、いずれも「他人に知られたくない権利」としてのプライバシー権としての要保護性が低いものとみなす趣旨である。前掲「情報公開法要綱案の考え方」（「考え方」）が、「プライバシーの具体的な内容は、法的にも社会通念上も必ずしも明確ではない。また、本来なら、私人が直接当該個人に対して

開示を求めることができないような情報を、行政機関が保有しているとの理由のみをもって開示することは、個人情報の適正な管理の観点から適当ではない」という理由から、「一般に、プライバシーを中心とする個人の正当な権利利益を害するおそれがあることから、いわゆる『個人識別型』を基本として不開示情報を定め、その中から開示すべきものを除くという手法を採ることとした」と述べるところである。そして、「一般的に当該個人の利益保護の観点から不開示とする必要のないもの及び保護利益を考慮しても開示する必要性の認められるものを、例外的に不開示情報から除くこととした」とされる（「考え方」４、（２）、イ）。

他方、プライバシー権についての代表的学説が構成した自己情報コントロール権の側面については、「本人開示は、個人の権利利益のための制度の一つと考えられ、行政部門と民間部門を通ずる問題として、その保有機関による収集の制限、適正な管理等の保護の仕組みの中で検討されなければ十分な解決を得ることができないものである」とし、「本要綱案には個人情報の本人開示を認める制度を盛り込まないこととした。しかしながら、…関係省庁において、個人の権利利益の保護の観点から、本人開示の問題について早急に専門的な検討を進め、その解決を図る必要があると考える」とされて、個人情報保護制度の確立を求めた（「考え方」８、（１））。

情報公開法においては、プライバシー権のうちの自己情報コントロール権の側面は法制度として含めることなく、個人情報保護制度において制度化することが求められた。

情報公開法が、知る権利とプライバシー保護との調整にあたり、自己情報コントロール権を具体化した本人情報開示請求権を個人情報保護法制の課題とした。同時期に、最判平成１３年１２月１８日民集５５巻７号１６０３頁は、情報公開法制定前に制定されていた兵庫県公文書の公開等に関する条例（兵庫県昭和６１年条例３号、以下「兵庫県公文書公開条例」）のうち、同条例６条１号「個人に関する情報（事業を営む個人の当該事業に関する情報を除く。）であって、特定の個人を識別することができるもののうち、通常他人に知られたくないと認められるもの又は特定の個人を識別することはできないが、公にすることにより、なお個人の権利利益を害するおそれがあるもの」の規定に基づく、当該情報公開請求者のレセプトの開示について、兵庫県においてはまだ個人情報保護条例がない時点における、兵庫県公文書公開条例に基づく本人開示を次の判旨により認めたが、この判旨は、知る権利を具体化した情報公開制度と、プライバシー保護を主たる目的とする個人情報保護制度との関係について、次のとおり明らかにした。

「情報公開制度と個人情報保護制度は、前記のように異なる目的を有する別個の制度ではあるが、互いに相いれない性質のものではなく、むしろ、相互に補完し合って公の情報の開示を実現するための制度ということができるのである。とりわけ、本件

において問題とされる個人に関する情報が情報公開制度において非公開とすべき情報とされるのは、個人情報保護制度が保護の対象とする個人の権利利益と同一の権利利益を保護するためであると解されるのであり、この点において、両者はいわば表裏の関係にあるということができ、本件のような情報公開制度は、限定列挙された非公開情報に該当する場合にのみ例外的に公開請求を拒否することが許されるものである。これらのことにかんがみれば、個人情報保護制度が採用されていない状況の下において、情報公開制度に基づいてされた自己の個人情報の開示請求については、そのような請求を許さない趣旨の規定が置かれている場合等は格別、当該個人の上記権利利益を害さないことが請求自体において明らかなきときは、個人に関する情報であることを理由に請求を拒否することはできないと解するのが、条例の合理的な解釈というべきである。もっとも、当該地方公共団体において個人情報保護制度を採用した場合に個人情報の開示を認めるべき要件をどのように定めるかが決定されていない時点において、同制度の下において採用される可能性のある種々の配慮をしないままに情報公開制度に基づいて本人への個人情報の開示を認めることには、予期しない不都合な事態を生ずるおそれがないとはいえないが、他の非公開事由の定める合理的な解釈適用により解決が図られる問題であると考えられる」と判示した。

この判決については、「下級審裁判例の分かれていた情報公開条例の下における個人情報の本人開示請求の可否について最高裁として初めての判断を示したもの」とされ、判例評釈も複数あるが、「本判決が、情報公開条例のみが先に制定された跛行状態の下では、公文書の開示を求める方法は、情報公開条例所定の請求を行う方法に限られることを理由の根幹にしていること」などから、「個人情報保護条例の制定後には、本判決の射程は及ばないと解するのが相当であろう」と解説された¹⁴⁶。その後、すべ

¹⁴⁶ 福井章代「判批」ジュリ1230号（2002年）101頁。この他、最判平成13年12月18日の判例解釈として、中川丈久「判批」ジュリ1224号（2002年）50頁、中川丈久「判批」別冊ジュリ168号（2003年）38頁、清水幸雄「判批」清和9巻2号（2002年）67頁、宮武康「判批」判タ1125号（2003年）258頁、岡本博志「判批」判評525号（2002年）2頁、皆川治廣「判批」法教261号（2002年）132頁などがある。なお、本章Ⅴ、1、注172）で述べる土井真一・京都大学教授の自己情報コントロール権についての見解、①「決定権としてのコントロール権」（個人情報の取得、利用、開示などについての情報主体の同意を要する）と②「チェックとしてのコントロール権」（自己情報の開示、訂正、利用停止請求権）の分類は、その分類②において、知る権利（抽象的権利）の具体化である本人情報開示請求権としての具体化と位置付けることと交差する。すなわち、憲法21条の表現の自由のコロラリーとしての知る権利（抽象的権利）を具体化する過程において、プライバシーの権利の積極的側面としての自己情報コントロール権を具体化した本人情報開示請求権が、知る権利の具体化という側面をも有することをふまえて、情報公開法や情報公開条例に基づく公開請求権に基づく行政情報の原則公開の例外としての個人識別型の非公開事由・不開示情報の、さらなる例外としての本人情報開示請求権が絶対的公開事由に

ての地方公共団体において個人情報保護条例が制定され、条例に基づく本人情報開示請求権として裁判規範ともなると、情報公開条例に基づく本人開示請求は、運用上も行使されなくなり、法律上の争点とはなりえなかった。

その後、後述する「個人情報の保護に関する法律」（平成15年法律第57号、前掲「個人情報保護法」または第3章において「本法」という）の改正までの数次の改正を受けて、情報公開法も、2016年5月27日公布（平成28年法律51号）の改正により、同法5条1号ハにおいて、国家公務員及び地方公務員の他、独立行政法人等の役員及び職員並びに地方独立行政法人の役員及び職員をも、その「職及び当該職務遂行の内容に係る部分」をも不開示情報の除外として公開とすることとしている。

同時に、上記2016年改正により、情報公開法5条1号の2として、個人識別符号〔DNA配列、容貌、虹彩、声、歩行、手、指紋又は掌紋、旅券番号、基礎年金番号、運転免許証番号、住民票コード、番号法個人番号等 ― 引用者注〕を不開示情報とすることが規定された。

1999年の法制定当時は、主として紙媒体の行政文書について、知る権利とプライバシー・個人情報保護との調整がなされていたのであるが、2016年の通常国会で成立した「行政機関等の保有する個人情報の適正かつ効果的な活用による新たな産業の創出並びに活力ある経済社会及び豊かな国民生活の実現に資するための関係法律の整備に関する法律」3条により、行政機関非識別加工情報の取扱いに対する国民の信頼を確保し、個人情報保護を徹底するため¹⁴⁷、情報公開法5条1号の2として、個人識別符号の不開示情報を規定したのである。

個人識別符号の定義については、2015年に改正された個人情報保護法2条2項1号において規定されたが、上記の情報公開法5条1号の2の新設により、高度情報通信社会における日本の情報公開法制における知る権利とプライバシー・個人情報保護との相互連関における調整の基準が明定されたこととなった。

以下、日本における1988年の前掲行政機関電算機個人情報保護法の制定から2016年の行政機関個人情報保護法の改正に至るまでの個人情報保護法制の生成・展開を論じ、自己情報コントロール権との関係をあわせ、情報公開法の改正に及ぶ中で

位置付けられる。情報公開法5条1号本文及びただし書イ、ロ、ハの規定や、兵庫県公文書公開条例についての前掲最判平成13年12月18日などによれば、日本におけるプライバシー権利の判例上の確立や代表的な学説をふまえて、民法の不法行為上におけるプライバシー権の保護とは異なる法分野として、情報公開とプライバシー保護の調整の分野、さらには個人情報保護制度の独自の展開の中で、国民主権の理念にのっとりたる知る権利とプライバシー保護の調整がなされること、及び知る権利の具体化の一態様でもある、自己情報コントロール権を具体化した本人情報開示請求権（第1章I、5で引用したレペタ事件最高裁判決の調査官解説における、権利性についての第四、自己に関する情報を自ら知る権利としての具体化でもある）と解することができるのではないか。

¹⁴⁷ 宇賀・前掲注28）96頁。

の知る権利の位置付けを、法制定・改正と判例法形成の相互連関において、明らかにする。

IV 高度情報通信社会における個人情報保護法制と知る権利を具体化した情報公開法との関係

1 高度情報通信社会における個人情報とプライバシーの保護のための個人情報保護法制

高度情報通信社会においては、個人情報とプライバシーは分化して、それぞれの保護が検討された。このうち、個人情報保護法制は、民間部門を対象にする個人情報保護法、公的部門を対象にする行政機関個人情報保護法、住民基本台帳ネットワークシステム、「社会保障と税の共通番号制」として検討した内容をふまえて、個人情報保護の過剰反応、プライバシーの権利の再構成についても、検討する。

前記Ⅰ、２のとおり、プライバシーの権利は、「ひとりで放っておいてもらう権利」として、アメリカの判例において発展してきた。日本においては、プライバシーの権利は、憲法１３条の「幸福を追求する権利」を主要な根拠として、個人の私的領域に他者を無断で立ち入らせないという自由権的、したがって消極的なものと理解され、前記Ⅱ、１で述べた「宴のあと」事件第１審判決東京地判昭和３９年９月２８日下民集１５巻９号２３１７頁を始めとして、判例・通説によって認められてきた。私法上の権利として認められた、人格権の一つとしてのプライバシーの権利は、「何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」（京都府学連事件最判昭和４４年１２月２４日刑集２３巻１２号１６２５頁）、「前科・犯罪経歴は人の名誉・信用にかかわり、これをみだりに公開されないのは法律上の保護に値する利益」（前科照会事件最判昭和５６年４月１４日民集３５巻３号６２０頁）等、最高裁判決によって、国や地方公共団体等の公権力に対する国民の憲法上の権利としても確立した。

さらに、高度情報通信社会の進展にともない、「自己に関する情報をコントロールする権利」（情報プライバシー権）と捉えられて、プライバシーの保護を公権力に対して積極的に請求していくという側面が重視され、個人情報保護の基本法制によって、本人の情報についての開示・訂正ないし利用停止を求める権利として具体化されていた。その過程において、個人情報保護法は、高度情報通信社会の進展に伴い個人情報の利用が著しく拡大していることにかんがみ、個人情報の適正な取扱いに関する努力義務としての基本理念等を定めるとともに、個人情報取扱事業者の遵守すべき法的義務を定めることにより、個人情報の有用性に配慮しつつ、個人の権利利益を保護することを目的として（１条）、２００３年５月に制定された¹⁴⁸。

¹⁴⁸ ２００３年の制定当時の個人情報保護法については、園部逸夫編＝藤原静雄ほか『個

そもそも、個人情報保護制度は、近年、情報通信技術の発展により、電子化された情報を情報通信ネットワークを介して大量かつ迅速に処理することが可能となり、個人情報の保護の必要性が一層高まってきていることから、その制度化が求められた。政府は、「高度情報通信社会推進に向けた基本方針」（１９９８年１１月９日高度情報通信社会推進本部決定）において、電子商取引等推進のための環境整備の一環として、個人情報の保護について、民間による自主的取組みを促進するとともに、法律による規制も視野に入れた検討を行っていくこととした。１９９９年４月には、この基本方針のアクション・プランが決定され、これに基づき、政府は、高度情報通信社会推進本部（情報通信技術（ＩＴ）戦略本部）の下に個人情報保護検討部会（１９９９年７月１４日高度情報通信社会推進本部長決定、座長：堀部政男中央大学教授（当時））を開催した。また、同年８月１３日に１４５回通常国会で住民基本台帳法が改正されたが、その際、附則１条２項で「この法律の施行に当たっては、政府は、個人情報の保護に万全を期するため、速やかに、所要の措置を講ずるものとする」ことが規定され、民間部門を含む個人情報保護の制度化が要請され、同部会での検討に委ねられた。同部会においては、「我が国における個人情報保護システムの在り方について（中間報告）」（１９９９年１１月１９日）が取りまとめられた。この中で、日本の個人情報保護システムの中核となる基本原則等を確立するため、全分野を包括する基本法を制定することが必要であり、法制的な観点からの専門的な検討のための体制を整備すべき旨が指摘された。

この中間報告を受けて、政府は、基本的な法制について具体的な検討を進める旨を決定し、高度情報通信社会推進本部の下に、別途、個人情報保護法制化専門委員会を開催し（２０００年１月２７日高度情報通信社会推進本部長決定）、２００１年１０月には、「個人情報保護基本法制に関する大綱」（「大綱」）を決定した（大綱「はじめに」）。この大綱を受けて、２００１年３月「個人情報の保護に関する法律案」（以下「旧法案」）が国会に提案されたが、基本原則（旧法案３条ないし８条。具体的には、①利用目的による制限、②適正な方法による取得、③内容の正確性の確保、④安全保護措置の実施、⑤透明性の確保（当該個人が適切に関与しうる状態の確保）のことが、表現の自由、報道・取材の自由を侵害するなどという強い批判を受けた。

個人情報保護法の解説（改訂版）』（ぎょうせい、２００５年）。小町谷＝三宅・前掲注１３３）、三宅弘「個人情報保護法旧法案の修正提案と弁護士」獨協ロー・ジャーナル創刊号（２００６年）２４頁、宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説』（有斐閣、２００４年）。「特集：個人情報保護の現在」ひろば２００８年９月号４頁以下。宮下・前掲注１３３）『個人情報保護の施策』、宇賀克也＝長谷部恭男編『情報法』（有斐閣、２０１２年）。また、２００３年の個人情報保護法制定以前の法制化について論じたものとして三宅弘「個人情報保護基本法大綱の立法過程」田島裕記念『現代先端法学の展開』（信山社、２００１年）２１１頁。

このため、旧法案は一旦２００２年１２月に廃案となり、新たに基本理念（３条）を明記し、適用除外（５０条）を拡大した新しい法案（本法）が２００３年３月に国会に提出され、両議院で可決され、２００３年５月個人情報の保護に関する基本法制が制度化された。同年１２月には、「個人情報の保護に関する法律施行令」（政令５０７号）も定められた。

個人情報保護法は、２００３年の制定当初、総則で、上記立法目的（１条）の他、個人情報個人が個人の人格尊重の理念の下に慎重に取り扱われるべきものであるということに鑑み、「個人情報は、その適正な取扱いが図られなければならない」（３条）と定めて、個人情報保護法制の基本理念を明らかにした。さらに、この理念を実現するため、「個人情報取扱事業者」を定義した上で（２条３項）、この者に対し、情報収集の際の利用目的制限、情報の第三者提供の制限、当該個人から本人情報開示請求があった場合の情報開示義務および訂正・利用停止の請求があった場合の応諾義務等の具体的な義務を課した（制定時の２５、２６、２７条など）。一方で報道機関等につき、一定の目的で情報を取り扱う限りにおいて、上記義務の適用除外とする場合があることも定めている（同制定時の５０条）。

上記義務の履行の確保については、各業界で個人情報保護指針を策定し、また個人情報保護団体が個人情報取扱事業者の個人情報の取り扱いに関する苦情の処理を当該事業者とは別に行なうことを定めるとともに（同制定時の４２条）、当該事業者が上記義務に従わない場合は、当該事業者を所管する主務大臣が改善または中止の命令をはじめ、改善のための措置をとることができ（同制定時の３４条２項）、改善または中止の命令に従わない場合は６月以下の懲役または３０万円以下の罰金を課す旨定めている（同制定時の５６条）。

２ 行政機関と地方公共団体の個人情報保護制度

国あるいは地方公共団体等の公的部門においても、２００３年３月、新たに５３条から５７条までの罰則を付けた新しい「行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律案」が国会に提案され、個人情報保護法と共に、両議院で可決され、２００３年５月に前掲行政機関電算機個人情報保護法が改正されて、新たに前掲行政機関個人情報保護法が制定された。

地方公共団体においても、個人情報保護法５条をふまえて、新しい行政機関個人情報保護法をも参考として、各地方公共団体で個人情報保護条例の制定・見直しなどの取組が行われてきた。地方公共団体が保有する個人情報については、２００８年４月１日時点で、４７都道府県、１８１１市区町村（当時）のすべての地方公共団体において個人情報保護条例が制定され、その適正な取扱いが図られることとなった（２００８年４月１日総務省発表）。

他方、住民基本台帳法（住基法）の改正により、住民基本台帳ネットワークシステム（以下「住基ネット」ともいう）が構築されて、氏名、生年月日、性別、住所の基本4情報が、総務大臣が指定する指定情報処理機関（いわゆる全国センター）へ送信されることになったが、地方公共団体では個人情報保護条例、指定情報処理機関では個人情報保護法と住民基本台帳法、国の行政機関では行政機関個人情報保護法が適用され、それぞれ個人情報としての保護をはかることとなった¹⁴⁹。

3 個人情報保護法制の整備に伴う個人情報保護についての最高裁判所の判断

上記1、2の個人情報保護法制の整備に伴い、しばらく立法の経緯をみていた最高裁判所は、最判平成15年9月12日民集57巻8号973頁の多数意見において、情報法制におけるプライバシーの概念を明記して、個人情報がプライバシーに係る情報の積極的側面として法的保護の対象となることを宣明した。

早稲田大学名簿提出事件と呼ばれるこの最高裁判決は、大学主催の講演会に参加を申し込んだ学生の学籍番号、氏名、住所及び電話番号に係る情報について、「このような個人情報についても、本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと考えerことは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものであるから、本件個人情報は、上告人らのプライバシーに係る情報として法的保護の対象となるというべきである。」としたうえで、「このようなプライバシーに係る情報は、取扱い方によっては、個人の人格的な権利利益を損なうおそれのあるものであるから、慎重に取り扱われる必要がある。本件講演会の主催者として参加者を募る際に上告人らの本件個人情報を収集した早稲田大学は、上告人らの意思に基づかずにみだりにこれを他者に開示することは許されないというべきである」と判示した。

この最高裁判決は、いわゆる情報法制におけるプライバシーの概念を明示したことで、「プライバシー外延情報」も法的保護の対象となることを認めた点において重要であると評価されている¹⁵⁰。

¹⁴⁹ 住基法の改正について、「特集・改正住民基本台帳法と今後の展開」ジュリ1168号（1999年）72頁以下。住基ネットについて、日弁連編『プライバシーがなくなる日』（明石書店、2003年）。「特集2：住基ネット——本格稼働後の検証と課題」法セミ588号（2003年）33頁以下。平松・前掲注133）『個人情報保護——理論と運用』200頁は、日本が「住民基本台帳ネットワークシステムの構築とともに、このような［ミッシェル・フーコーが指摘した一望監視方式による——引用者注］監視社会へのシステムづくりに乗り出した」ことをつとに指摘していた。他に、監視社会の当時の国際動向も含めて、田島泰彦ほか『住基ネットと監視社会』（日本評論社、2003年）。田島泰彦ほか『共通番号制度のカラクリ』（現代人文社、2012年）。

¹⁵⁰ 本判決にかかわった調査官の解説として、杉原則彦「判解」最高裁判所判例解説民事篇（平成15年度（下））478頁。この解説では、本判決の背景として、2003年5月の個人情報保護法及び行政機関個人情報保護法の成立についても述べている（485

個人情報保護法は、その後、衆参両院の個人情報の保護に関する特別委員会の附帯決議により（衆議院第6項、参議院第6項）全面施行後3年を目途とする施行状況についての検討を加え、国民生活審議会個人情報保護検討部会さらには消費者委員会個人情報保護専門調査会において見直し作業を行った¹⁵¹。

頁、495頁注（11））。杉原則彦「判批」ジュリ1258号167頁。また、「具体的不利益」がなかった事案であることから「合理的な期待に対する裏切り」を問題としていることを述べるものとして、前田陽一「判批」ジュリ1269号89頁、前田陽一「批判」判タ1144号89頁。この他、高佐智美「判批」法セミ588号118頁。高井裕之「判批」ジュリ1269号（2004年）10頁は、「警察機関に提供する」旨をあらかじめ名簿記入の際に告げておけばよかったのかを検討課題とする。井上典之「判批」法教・判例セレクト2003（憲法1）（2003年）3頁、水野謙「判批」法教・判例セレクト2003（民法9）21頁。澤登文治「判批」南山27巻3号（2004年）139頁、内野正幸「判批」法教281号（2004年）146頁。浅井弘章「判批」銀法21・629号（2004年）16頁は、「①本件個人情報の秘匿性の程度、②開示による具体的不利益の不存在および③開示目的の正当性と必要性など事情は違法性阻却を基礎付ける事情にあたらないと判示している点が特徴的であり、きわめて重要である」と評する（17頁）。井上典之「判批」法セミ606号（2005年）76頁は、本判決は「自己情報を本人が欲しない他者にみだりに開示されたくないという期待を保護するため」の判旨であるとする。飯塚和之「判批」NBL806号（2005年）51頁は、本件を「個人情報第三者提供型」と分類して論じる。宇賀克也『個人情報保護の理論と実務』（有斐閣、2009年）112頁。

¹⁵¹ その後、衆参両院の特別委員会の附帯決議をふまえ、また、2004年4月2日の閣議決定「個人情報の保護に関する基本方針」（当時）をふまえて、2005年11月30日から、新20回国民生活審議会個人情報保護検討部会において検討が始まり、「全面施行約3年を目途」（上記両附帯決議）として、2007年6月29日に「個人情報保護に関する取りまとめ（意見）」をまとめた（<http://www.caa.go.jp/seikatsu/shingikai/kojin/20th/torimatome.pdf> 藤原静雄『個人情報保護に関する取りまとめ（意見）』について）（季情個26号（2007年）2頁以下参照）。これを受けて、同日、「個人情報保護施策の今後の推進について」が決定されるとともに（2007年6月29日個人情報保護関係省庁連絡会議決定）、第21回国民生活審議会個人情報保護部会において議論されて、2008年7月25日に個人情報保護関係省庁連絡会議において、「個人情報保護に関するガイドラインの共通化について」が申し合わせがなされ、同月内閣府が「ガイドラインの共通化の考え方について」を定め公表した。

同じく上記「取りまとめ（意見）」を受けて、上記個人情報保護部会の審議のうへ、2008年4月25日に、個人情報保護施行令の一部改正案の閣議決定が行われ、同年5月1日に個人情報保護法施行令が改正され、他人の作成に係る個人情報保護データベースの解釈が確認された。

さらに、新21次国民生活審議会個人情報保護部会においては、基本方針の変更案も審議され、2008年4月25日に基本方針の一部変更の閣議決定が行われ（総務省行政管理局個人情報保護室「個人情報の保護に関する基本方針の変更（行政機関等個人情報保護法関係）について」季情個29号（2008年）64頁）、いわゆる「過剰反応」への対応等についての追記がなされた。

2009年5月29日に「消費者庁及び消費者委員会設置法」が成立すると、個人情報保護法は、消費者庁の所管となり、2010年度から2014年度までの5年間を対象とする「消費者基本計画」（2010年3月30日閣議決定）に基づき、消費者委員会

しかし、個人情報保護法を誤解して過度に個人情報を保護し必要な情報公開を差し控えて情報隠しをする、いわゆる「過剰反応」に対しては、「現行の法についての的確な理解を図ることで、法に合致した形の国民のプライバシーや個人情報保護の意識を醸成することが先決である」とされて、法制定後3年の見直しとしては、個人情報保護法の改正までには至らなかった。また、個人情報保護のための独立した第三者機関の設立も将来の課題とされたままであった¹⁵²。

他方、住民基本台帳ネットワークシステム（住基ネット）の憲法適合性が争われた最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁は、被上告人らが、行政機関が住基ネットにより被上告人らの個人情報を収集、管理又は利用することは、憲法13条の保障する被上告人らのプライバシー権その他の人格権を違法に侵害するものであるなどと主張して、被上告人らの住民基本台帳を保管する上告人に対し、上記の人格権に基づく妨害排除請求として、住民基本台帳からの被上告人らの住民票コードの削除を求める事案について、以下の合憲の判断を下した。控訴審である大阪高判平成18年11月30日判例時報1962号11頁が住基ネットの運用の差止めを認めたのに対し、原告らの逆転敗訴となった。この控訴審大阪高判と対比しながら、次の①から⑤の判旨を紹介する。

- ① 保障されるべき人権規定について、大阪高判が、憲法学の通説的見解であるアメリカにおけるプライバシー権の発展の他に、格調高い西ドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決なども参考として、プライバシーの積極的側面として自己情報コントロール権を構成するのとは比べ¹⁵³、この最判は、「何人も、個人に関する情報をみだりに

に設置された個人情報保護専門調査会が同法の施行状況と問題点の検討を行い、2011年7月、「個人情報保護専門調査会報告書～個人情報保護法及びその運用に関する主な検討課題」を取りまとめ、「過剰反応」の現状分析、第三者機関の意義、個人情報の定義、個人情報取扱事業者の範囲、安全管理措置の水準、開示・訂正・利用停止の請求権の明示、事業者の義務の拡張、個人情報保護制度の国際的な整合性等について、法改正を視野に入れた報告書を取りまとめた。しかし、以上の期間において、個人情報保護法が実際に改正されるには至らなかった。

¹⁵² 宮下・前掲注133)『個人情報保護の施策』1頁(過剰反応について)、105頁(第三者機関について)。三宅弘「報道の自由を認める法改正がなぜできなかったか」ジャーナリズム221号(2008年)43頁。

¹⁵³ アメリカにおけるプライバシー権の発展と個人情報保護とのかかわりについては、小町谷＝三宅・前掲注133)3頁(小町谷育子)。西ドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決については、鈴木庸夫＝藤原静雄「西ドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決(上)(下)」ジュリ817号、818号(1984年)。平松・前掲注133)『個人情報保護——制度と役割』273頁、高橋和広「法と自由に関する——憲法学的考察——ドイツ情報自己決定権論を題材に——」(http://www.lib.kobe-u.ac.jp/handle_kernel/D1006159)。なお、右崎正博「住基ネット関連判例の総合的研究」法時79巻12号(2007年)85頁も、『自己情報コントロール権』にも、自己情報の開示請求権のような『請求権的』側面が問題となる場合と、住基ネットからの離脱、本人確認情報の削除や提供の中

第三者に開示又は公表されない自由を有する」として、消極的な側面としての自由権に限定した権利を認めるにとどまっている。

- ② 取り扱う情報の性質について、この最判は、「住基ネットによって管理、利用等される本人確認情報は、氏名、生年月日、性別及び住所から成る4情報に、住民票コード及び変更情報を加えたものにすぎない」と判示している。
- ③ 行政目的の正当性や情報漏えいの危険性について、この最判は、「住基ネットのシステム上の欠陥等により外部から不当にアクセスされるなどして本人確認情報が容易に漏えいする具体的危険はない」などとして、その具体的危険性を否定した。
- ④ 目的外利用の危険性について、この最判は、行政機関個人情報保護法が個人情報保護の一般法であり、住基法が特別法であるという関係に立つことを明言したうえで、目的外利用の危険性を否定した。
- ⑤ データマッチングの危険性について、この最判は、前提となる事実認定と危険の認識度において大阪高判と異なり、その具体的危険を否定した。

この大阪高判に例をみるような一連の住基ネット差止訴訟は、氏名、生年月日、性別及び住所の基本4情報のネットワークシステムの構築だけをとっても、プライバシー保護の観点から、日本国民の厳しい拒絶反応を生じさせたことを明らかにしている。

同時に、この最判も、無限定的に住基ネットが合憲であると判示したのではなく、取り扱う情報の性質、行政目的の正当性、情報漏えいの危険性、目的外利用の危険性、データマッチングの危険性の観点などから、本人確認情報保護委員会が個人情報保護の第三者機関として有効に機能することをも前提として、限定的に合憲解釈をしたことに留意しなければならない。この点が、共通番号制度の憲法適合的解釈に影響していくことになる。「本判決が、かかる審査〔構造審査——引用者注〕の結果、システム構造上の脆弱性が見出され、それによって情報が開示等される『具体的危険』が認められれば、情報組み込みの段階で、つまり、まだ『実害』ないし『具体的害悪』が発生していない段階……で、権利が侵害されうるとしたことも注目される」、「プライバシー権論の重点を、私事の公開やセンシティブ情報の同意なき開示・利用のような、事後的で個別的な行為（specific wrongs）ではなく、情報システムや、データベースの構造ないしアーキテクチャにそれ自体に置く『構造論的転回』と指摘」されているところである¹⁵⁴。

止といった妨害排除的な『自由権的』側面が問題となる場合がありうる」とする。

¹⁵⁴ 山本・前掲注133）54、57頁。村上・前掲注133）52頁は、山本教授のこの見解を、「構造審査説」ないし「システム・コントロール権説」とでも呼ぶべき注目される見解とする。

4 情報公開条例における個人情報保護にかかる最高裁判決

2003年に個人情報保護法及び行政機関個人情報保護法が制定されると、日本における情報公開法制と個人情報保護法制が、法律と条例をあわせて、すべて制定されたことから、最高裁判所は、情報公開と個人情報保護の調整にかかる判決を順次下した。

- ① 最判平成15年10月28日判時1840号9頁は、知事の交際費に係る公文書に記録されている高裁の相手方である個人が識別され得る情報のうち機関誌等の購読料の相手方及び内容が不特定の者に知られ得る状態でされる交際に関するものは、千葉県公文書公開条例（千葉県昭和63年条例3号）11条2号ロにより同号の非公開情報に該当しないと判示し、葬儀の際に支出する生花代の非公開は違法と判示した。

この最判は、情報公開法5条1号イの「公にされ、または公にすることを予定されている情報」の解釈と、千葉県公文書公開条例11条2号ロの「公表を目的としているもの」とをできる限り同義で解釈し、情報公開と個人情報保護を情報公開法と情報公開条例において統一的に調整しようとする。

- ② 最判平成15年11月11日民集57巻10号1387頁は、大阪市公文書公開条例（大阪市昭和63年条例11号）6条2号の「個人に関する情報」の適用にあたり、「法人その他の団体の従業員が職務として行った行為に関する情報は、職務の遂行に関する情報ではあっても、当該行為者個人にとっては自己の社会的活動としての側面を有し、個人にかかわりのあるものであることは否定することができない」ので「個人に関する情報」に含まれる、「法人等を代表する者が職務として行う行為等当該法人等の行為そのものと評価される行為に関する情報については、…同条2号の非公開情報に当たらない」、「国及び地方公共団体の公務員の職務の遂行に関する情報は、公務員個人の社会的活動としての側面を有するが、公務員個人の私事に関する情報が含まれる場合を除き、公務員個人が同条2号にいう『個人』に当たることを理由に同号の非公開情報に当たるとはいえない」と判示した。

この最判は、情報公開法制定前のいわゆる旧情報公開条例について、個人識別型の非公開事由・不開示情報とされる「個人に関する情報」に当たかどうかについて、情報公開法5条1号の立法趣旨に準じて判断している¹⁵⁵。

¹⁵⁵ 高世三郎「判解」ジュリ1265号（2004年）110頁。乙部哲郎「判批」判評548号（2004年）12頁は、「本件最高裁判決によれば、個人情報該当性の判断基準として『私事に関する情報』とは何か重みをもつことになる」と論じる。大西有二「判批」ジュリ1269号（2004年）50頁は、「公務員の職務遂行情報を個人情報から排除する手がかりを…端的に情報公開制度の趣旨に求めている点が本判決の特

- ③ 最判平成15年11月11日判時1847号21頁は、前掲千葉県公文書公開条例11条2号にいう「個人に関する情報」については、「県の公務員の職務の遂行に関する情報は、公務員個人の社会的活動としての側面を有するが、公務員個人の私事に関する情報が含まれる場合を除き、公務員個人が同号にいう「個人」に当たるとを理由に同号の非公開情報に当たるとはいえないものと解するのが相当である」として、上記②の最判と同様の判断をする。

具体的には旅行命令票の全部非公開決定について、「本件各公文書は、甲野校長の校外出張に係る旅行命令及び当該旅行に係る旅費請求のために作成されたものであると解されるところ、本件各公文書の記載欄のうち「給料表の種類」欄及び、「級・号給」欄に記録されている情報は、旅行命令や旅費請求の内容を成すものではなく、旅費請求における旅費の算定の前提とするためのものであり、「氏名」欄に記載された同校長の氏名と一体として同校長の私事に関する情報そのものを成すものであるから、本件条例11条2号の非公開情報に当たるといふべきであるが、本件各公文書に記録されたその余の情報は、いずれも同校長の私事に関する情報を含まないから、同号の非公開情報に当たらないものといふべきである。また、本件各公文書中の上記非公開情報に係る部分は、それ以外の部分と安易に、かつ、公開を受けようとする趣旨を損なわない程度に分離することができるから、本件条例12条に基づき、上記非公開情報に係る部分を除いて本件各公文書を公開すべきものである。なお、「氏名」欄の記載は、上記非公開情報とその余の情報との共通の内容となっているが、この部分に私事に関する情報は含まれていないのであるから、この欄の記載は、公開すべきその余の情報に係る部分に含まれるものとして公開しなければならないと解される」と判示している¹⁵⁶。

徴である」と評する。徳本広孝「判批」法協122巻8号（2005年）1463頁、石森久広「判批」季刊情報公開（以下「季情」）13号（2004年）27頁、北藺信孝「判批」平成15年行政関係判例解説（2004年）70頁、早坂禧子「判批」法資266号（2004年）73頁。「個人に関する情報」の意義について、「実質的にみて、個人識別型を採用する法律（情報公開法等）及び条例一般に及ぶ」と解するものとして、村上裕章『行政情報の法理論』（有斐閣、2018年）118頁（第1部、第7章、6公務員等の氏名の個人情報該当性）。同様の考え方が、最高裁判所の他の小法廷においても示されている（本判決は第三小法廷。第二小法廷について最判平成15年11月21日民集57巻10号1600頁。第一小法廷について最判平成15年12月18日判時1848号69頁）。

¹⁵⁶ 調査官の解説によれば、「一の公文書に複数の情報が記録されている場合、当該公文書中の一部の記載事項が、それぞれの情報の共通の内容となっている場合」（本件の旅行命令票中の「氏名」欄の記載事項であるA校長の氏名は、「給料表の種類」欄及び「級・号給」欄に記録されている情報、旅行命令に関する情報及び旅費請求に関する情報のすべての情報に共通する記載事項である）について、「共通の記載事項自体が非公開情報に当たらないものであるときは、当該記載事項は公開すべき情報に含まれるものとして公開

- ④ 最判平成15年11月11日判時1846号3頁は、小学校児童指導要録の裏面に記録された情報の一部が東京都大田区公文書開示条例（大田区昭和60年条例51号。以下「大田区条例」）10条2号「個人の指導、診断、判定又は評価等に関する情報であつて、当該個人に開示しないことが正当と認められるもの」のプライバシー保護型個人情報の非開示情報にあたるが他の一部はこれに当たらないとされた事例である。これに非該当であれば原則公開に立ち返ることで、自己情報開示請求権に基づく個人情報の開示請求が結果として認められた。

「本件情報1（本件指導要録の裏面のうち「各教科の学習の記録」欄中の「Ⅲ所見」欄、「特別活動の記録」欄及び「行動及び性格の記録」欄の部分に記録されている情報）は、児童の学習意欲、学習態度等に関する全体的評価あるいは人物評価ともいふべきものであつて、評価者の観察力、洞察力、理解力等の主観的要素に左右され得るものであるところ、…このような情報を開示した場合、原審が指摘するような事態が生ずる可能性が相当程度考えられ、その結果、指導要録の記載内容が形がい化、空洞化し、適切な指導、教育を行うための基礎資料とならなくなり、継続的かつ適切な指導、教育を困難にするおそれを生ずることも否定することができない」ので、大田区条例10条2号の非開示情報に該当する。しかし、「本件情報2（同要録、同裏面、同「各教科の学習の記録」欄中の「Ⅰ観点別学習状況」欄及び「Ⅱ評定」欄並びに「標準検査の記録」欄の部分に記録されている情報）のうち「各教科の学習の記録」欄中の「Ⅰ観点別学習状況」欄に記録されているものは、…児童の日常的学習の結果に基づいて学習の到達段階を示したものであつて、これには評価者の主観的要素が入る余地が比較的少ないものであり、3段階又は5段階という比較的大きな幅のある分類をして、記号ないし数字が記載されているにすぎず、それ以上に個別具体的な評価、判断内容が判明し得るものではない」ので、大田区条例10条2号の非開示情報に該当しないと判示している¹⁵⁷。情報公開によ

すべきであるとしたものである（判タ1143号229頁）。判例解釈として、本多滝夫「県立高等学校校長の出費記録と情報不開示事由の該当性」民商法雑誌130巻6号（2004年）209頁、214頁は、本判決について、「かかる判示は、ある情報が非開示とすべき一連の情報と開示すべき情報と共通している場合には、当該情報は非開示とすべきでないとしているのである。技巧的な解釈ではあるが、本判決は、平成13年判決の法理〔前掲最判平成13年3月27日民集55巻2号530頁の独立一体説 — 引用者注〕の射程を限定したものといえよう」と解説している。他に、堀籠弥「判批」法資266号（2004年）78頁。

¹⁵⁷ 野村武司「判批」ジュリ1269号（2004年）48頁は、「指導要録の様式変更と記載の在り方の変更なども考慮に入れると、所見欄等の不開示についてはなお流動的であり、ましてや自治体での開示決定が禁止されるわけではない」とする。他に、藤原静雄「判批」法資267号（2004年）71頁、中谷実「判批」民商130巻4・5号（2004年）318頁。東京都大田区は、1998年に東京都大田区情報公開条例（大田区条例平成10年1号）で個人識別型の不開示情報に改正したことから、この最判は

る知る権利と非公開によるプライバシー・個人情報保護との調整について、評価者の主観的要素が入る余地の有無で分別しているが、その判断はなお流動的である。

- ⑤ 最判平成15年11月21日判タ1143号207頁は、「個人に関する情報」について、旧新潟県情報公開条例〔新潟県平成7年条例1号—引用者注〕10条3号が、法人等に関する情報及び事業を営む個人の当該事業に関する情報について、上記「個人に関する情報」とは異なる類型の情報として非公開事由を規定していることに照らせば、本件条例においては、法人等を代表する者は又これに準ずる地位にある者がその職務として行う行為等当該法人等の行為そのものと評価される行為に関する情報については、専ら法人等に関する情報としての非公開事由が規定されているものと解するのが相当である」と判示し、また、「県及び国等の公務員の職務の遂行に関する情報は、公務員個人の私事に関する情報が含まれる場合を除き、公務員個人が本件条例10条2号にいう「個人」に当たることを理由に同号の非公開情報に当たるものとはいえないと解するのが相当である」と判示した。

個人識別型の非公開規定について、「個人に関する情報」の意義、職務の遂行に関する情報の「個人に関する情報」該当性について、対象となる情報公開条例は異なっても最高裁のすべての小法廷で同旨の法理を示したものとして重要である¹⁵⁸。

- ⑥ 最判平成15年11月21日民集57巻10号1600頁は、富山県の職員の出勤簿について、富山県情報公開条例（富山県昭和61年条例51号）の個人識別型の非公開事由に該当するかが争点となった。これについて、『職』、『氏名』、『採用年月日』及び『退職年月日』の各欄の記載は、それ自体が職員の私事に関する情報を含むものではない。もっとも、『職』及び『氏名』の各欄の記載は、各日付欄の記載と結び付くことにより特定の個人を識別し得ることになるが、それ自体が職員の私事に関する情報を含むものでなく、非開示情報に該当しない公務遂行に関する情報と結び付いている以上、これを開示すべきである」と判示する。他方、「停職は、地方公務員法29条に定める懲戒処分の一つであって、職員が懲戒処分を受けたことは、公務遂行等に関して非違行為があったということを示すにとどまらず、公務員の立場を離れた個人としての評価をも低下させる性質を有する情報という

事例判断にとどまったが、最高裁が、日本情報公開条例の創成期にその立法政策を尊重して情報公開制度の中でも積極的に自己情報開示請求権を認めようとしたものとして位置付けることができる。

¹⁵⁸ 中原茂樹「判批」民商132巻3号（2005年）405、411頁は、『およそ情報公開制度においては、公務員の職務に関する情報は、公務員の氏名も含めて公開するのが標準的な姿であるべきである』という、情報公開制度に対する最高裁の一定の政策判断を前提とし、別段の規定がない限り、立法者がこの標準に則ったとみなすものと考えられる」と解説している。この他に、村上博「判批」法資267号（2004年）61頁は、「情報公開条例の非開示情報としての個人情報に関する最高裁判決は固まった、といえよう」（63頁）と評している。

べきであるから、私事に関する情報の面を含むものということができる。したがって、停職に関する情報は、本件条例（旧富山県情報公開条例）10条2号の定める非開示情報〔個人に関する情報で特定の個人が識別され得るもの——引用者注〕に該当するというべきである」と判示する。

公務執行情報のうち、公務員個人の私事に関するものは非公開事由に該当するが、私事に関する情報ではないものは、情報公開法5条1号の趣旨を反映させつつ、「個人に関する情報」に該当しないという判例法理を確立されたものとして重要である

159。

- ⑦ 最判平成15年12月18日判タ1143号201頁は、「個人に関する情報」の意義について、上記②の最三小判及び⑤の最二小判と同様の見解に立って、「非公開部分1に係る情報（広島くらぶ幹事会にかかる文書における相手方（国家公務員）の氏名、所属名及び職名の記載部分）は、国の公務員の職務の遂行に関する情報であり、その私事に関する情報を含むものではないから、本件条例9条2号本文にいう「個人に関する情報」に当たらないというべきである」、他方、「非公開部分2に係る情報（同相手方（各省庁のOB）の氏名、所属名及び職名の記載部分）は、あくまでこれらの者の個人的な社会的活動にかかわる情報であるといわざるを得ない。また、非公開部分3に係る情報（広島県産業懇話会にかかる文書における相手方の同記載部分）は、広島県産業懇話会に出席した相手方にとっては、その社会的活動にかかわる情報であるところ、同懇話会の性質等からすると、この相手方は、所属する会社、事業団、財団等のためにその職務の遂行として出席したのではなく、いわば有識者として広島県の産業振興施策全般について助言や意見交換を行うために出席したものであって、その行為を所属する会社等の行為そのものと評価する余地はない。したがって、非公開部分2及び3に係る情報は、本件条例9条2号本文にいう「個人に関する情報」に当たり、特定の個人が識別されるところ、同号ただし書に該当する事実は確定されていない」と判示している¹⁶⁰。

¹⁵⁹ 増田稔「判解」最高裁判所判例解説民事篇（平成15年度（下））（2006年）706、717頁、高橋信隆「判批」ジュリ1269号（2004年）52頁。下井康史「判批」季情〔以下「季情」〕13号（2004年）30頁は、「公務員等情報を明示する規定（情報公開法5条1号ハ参照）を欠く条例…においても、…個人識別情報については文言解釈を施しつつ、公務員に関する『個人情報』を狭く解釈することで、限定解釈型と実質的に同一の結論を導くのが、最高裁の立場である」と解説する（32頁）。

¹⁶⁰ 野呂充「判批」民商130巻6号（2004年）234頁。村上博「判批」法資273号（2004年）101頁は、村上・前掲注158）「新潟県東京事務所需用費に関する公文書非公開決定処分取消請求事件最高裁判決」（同法資267号61頁）と同様に、情報公開条例上の非開示情報としての個人情報に関する最高裁判例は固まったものと解している。塩入みほも「判批」季情13号（2004年）34頁は、1997年10月1日以後の食糧費支出に係るものであれば、本件条例9条2号ただし書口（2001年

- ⑧ 最二小判平成16年2月13日判時1855号98頁は、プライバシー保護型の非公開事由について、京都市清掃局の開催した会合に清掃事業施設の地元関係者が出席したことに係る情報が京都公文書の公開に関する条例（京都市平成3年条例12号。以下「京都市公文書公開条例」）8条1号の「個人に関する情報」に該当するとされた事例である。そのうえで、氏名、肩書等により特定の個人が識別され、又は識別され得るものであっても、「清掃事業等に関する調査研究、講演等を依頼した学識経験者から結果報告を受けたり、技術指導を受けたりするために開催されたというのであるから、学識経験者の上記会合への出席に係る情報は、公開によりその者の職業ないし職務上の地位が判明することを考慮しても、個人識別情報のうち公開しないことが正当である私事に関する情報に当たるといえることはできない」。本件文書3に記録されている情報は、本件条例8条1号所定の非公開情報に該当しないことなどを認めた。
- ⑨ 最判平成16年2月13日判時1855号96頁は、京都市交通局の開催した協議に地下鉄建設事業地域の地元関係者が出席したことに係る情報が京都市公文書公開条例8条1号にいう、プライバシー保護型の「個人に関する情報」の非公開事由に該当するとされた事例である。そのうえで、⑧の最判と同様、「(4) 前記事実関係等によれば、④の情報は、民間法人の従業員が当該法人の事業に関する調査等のために市交通局との飲食を伴う協議等に出席したことに係る情報であって、氏名等により特定の個人が識別されるものである。しかし、上記出席は、使用者の指揮命令の下に職務として行われたものであり、また、上記協議等の目的からしても、上記協議等に出席したことは、従業員にとって私事としての性質が希薄であり、④の情報を公開しないことが正当である私事に関する情報に当たるといえることはできない。したがって、上記情報は、同号（旧京都市公文書の公開に関する条例8条1号）所定の非公開情報に該当しないというべきである。」と判示した¹⁶¹。

4月1日以後は広島県情報公開条例10条2号ただし書イ）所定の「公表予定情報」として、非公開事由である「個人に関する情報」から除外されることが確実になったことを指摘している（37頁）。前掲最判平成15年12月18日の泉徳治裁判官の意見が、その理論的支えになっているものと解される。

¹⁶¹ 村上・前掲注155）131頁（第1部、第1章、7会合出席者氏名等の個人情報該当性及び取消訴訟の終了）は、本文⑧と⑨の判決を評釈し、情報公開法5条1号ただし書ハを前提として、この「公務員に関する明文規定」について、明文規定がない条例については判例によって公務員の氏名等が開示されることとの関係で、著しく均衡を欠く結果となる」と指摘するが、情報公開法5条1号ただし書イの、慣行として公とされ公を予定する情報として、職員録に掲載される課長職以上の公務員の氏名が開示される運用によって（2005年8月3日情報公開に関する連絡会議申合せ「各行政機関における公務員の氏名の取扱いについて」）、一定の国家公務員の氏名も開示されることとされている。

⑩ 最判平成16年3月2日判例地方自治254号13頁は、前掲東京都公文書公開条例（第1章Ⅱ、2）に基づき東京都知事の交際費に関する現金出納簿等の開示請求に対し、同条例9条2号及び8号の非開示情報該当性を判断し、「交際の相手方が公務員であり、当該交際がその相手方にとって公務の遂行として行われたものであるときには、当該交際に関する情報は、公務員個人の私事に関する情報が含まれる場合を除き、本件条例9条2号所定の非開示情報には該当しないというべきである」とし、さらに「本件条例の趣旨、目的に照らせば、本件条例9条2号ただし書口の「実施機関が作成し、又は取得した情報で公表を目的としているもの」には、実施機関が作成し、又は取得した情報であって、公表することがもともと予定されているものをも含むものと解するのが相当であるから、その交際の性質、内容等からして交際内容等が一般に公表、披露されることがもともと予定されているもの、すなわち交際の相手方及び内容が不特定の者に知られ得る状態でされる交際に関するものは、同号所定の非開示情報には該当しないというべきである（最高裁平成13年（行ヒ）第83号、第84号 同15年10月28日第三小法廷判決・裁判集民事211号登載予定参照）」として、例外的に開示される個人識別情報として、前記①、②、⑤、⑥、⑦と同様の判断を示したのである¹⁶²。

⑪ 最判平成16年4月16日判例地方自治264号10頁は、静岡県公文書の開示に関する条例（静岡県平成元年条例15号、以下、「静岡県公文書開示条例」）に基づき知事交際費に関する出納簿等の開示請求に対し、一部非開示決定がなされた場合において、「『生花』に分類される支出に係る情報は、交際の相手方及び内容の不特定の者に知られ得る状態でされる交際に関するものであるから、同条（本件条例9条 — 引用者注）2号ただし書イの情報に当たり、同号所定の非開示情報には該当しないというべきである」とし、さらに、「本件相手方識別文書等のうち『供物、生花』、『御供物』、『御祝、生花』、『接待経費』及び『懇談経費』に分類される支出に係るものである…文書等は、更に審理を尽くさなければ、同号所定の非開示情報が記録されているかどうかを判断することはできない」と判示したものであるところ、同条例9条2号ただし書イの「公表を目的として実施機関が作成し、又は取得

¹⁶² 村上博「判批」判自262号（2005年）113頁においては、東京都は、1999年に「交際費に関する公文書の開示基準」を定め、「交際費支出に関する公文書は、原則として開示するものとする。ただし、相手方が個人であり、病気見舞い等相手方のプライバシーに特段の配慮が必要と認められる場合については、相手方の氏名等を非開示とすることができる」という運用であることが紹介されている。安藤高行『現代の行政活動と市民 — 情報公開・地方オンブズマン・センサス法の研究』（法律文化社、2007年）69頁は、「その後の行政実例の動向に照らせば、…この判決〔前掲最判平成16年3月2日 — 引用者注〕がいうほど、交際費情報の公開が実際に交際事務の執行の阻害につながるかは、大いに疑問であろう」と評する。

した情報」には「公表することがもともと予定されているものをも含む」と判示し、前記①と同様の判断を示したのである。

憲法政策論的に言えば、以上①ないし⑩の最高裁判決等により情報公開法制定当時の情報公開条例における知る権利と個人情報保護の調整についての判例法が形成され、さらに個人情報保護の法制化にも影響を与えたのである。

5 社会保障・税の共通番号制度と自己情報コントロール権の裁判規範化

(1) 社会保障・税の共通番号制度と個人の保護

2009年の政権交代により、民主党を中心とした連立政権は、政府・与党社会保障改革検討本部を立ち上げて、税と社会保障の共通番号制度の検討を行い、2011年1月に「社会保障・税に関わる番号制度についての基本方針」（以下「番号制基本方針」）を決定し、2011年6月30日に「社会保障・税番号大綱」を決定したが、その過程において、共通番号制度及び国民ID制度における個人情報保護の仕組みに関する事項を検討するための個人情報保護ワーキンググループと、両制度の技術に係る事項を検討するため情報連携基盤技術ワーキンググループが設置され、2011年6月22日、個人情報保護ワーキンググループは、「社会保障・税番号制度における個人情報保護法案について大綱に盛り込むべき事項」を取りまとめた。

その取りまとめの最中、2011年3月11日に発生した東日本大震災は、死者15,883名、行方不明者2,656名、災害関連死1,618名、全半壊家屋398,770棟という想像を絶する甚大な被害をもたらした。また、福島第一原子力発電所事故の発生により、数十万人が避難を余儀なくされ、自ら居住していた自治体の外、さらに県外へと離散することとなった。避難誘導、災害救助、安否確認、避難所生活、仮設住宅などで、支援の対象となる者の把握、すなわち個人情報の収集と提供が課題となった¹⁶³。2013年6月、「災害対策基本法等の一部を改正する法律案」が第183回通常国会で成立し、避難行動要支援者名簿の作成（同改正法49条の10～49条の13）、安否情報の提供（同85条の15）、被災者名簿の作成等（同90条の3、90条の4）など、被災者支援に伴う個人情報の取扱いについての改正がなされた。

また、政府・与党社会保障改革検討本部は、2011年6月30日に、「社会保障・税番号大綱」を決定し、これに基づき、政府は、2012年2月14日に「行政手続における特定の個人を識別するための番号の利用等に関する法律案」（「旧番号法案」）を閣議決定し、第180回国会に提出したが、継続審議中、同年11月

¹⁶³ 被害実態と課題の提起について、岡本正ほか『自治体の個人情報保護と共有の実務』（ぎょうせい、2013年）2頁）

16日の衆議院解散により廃案となった。その後、新しい政権において、旧番号法案を一部修正した法律案が再提案され、2013年5月24日に、「行政手続における特定の個人を識別するための番号の利用等に関する法律」（平成25年法律27号、以下「番号法」）が可決成立し、同月31日に公布された。

（2）個人情報の保護による個人の保護とパノプティコン社会の防止策

民主党を中心とした連立政権における2011年1月の番号法基本方針は、「行政にとっても、国民それぞれの実情にあったサービスを提供するための前提としての正確な本人の特定ができず、したがって、真に手を差し伸べるべき人にセーフティネットの提供が万全ではなく、不正行為の防止や監視が必ずしも行き届かない状況にある」として、社会保障・税共通番号制を導入することで、個人の保護をはかろうとしたのである。その基本方針に従って、2013年の番号法の制定に至ったのである。

しかし、国家による国民の監視・監督についての懸念、秘匿性の高い個人情報が外部に漏えいするというプライバシー侵害についての懸念、共通番号の不正利用等による財産的被害の発生への懸念は、番号法所定の諸施策だけでは十分とはいえず、個人情報の保護のための様々な施策を必要とした。

市民間では個人情報の流通が抑制され、中央の政府だけが市民の個人情報を取得・利用して監視するという状況、すなわち全方位監視型社会（独房が円形に配置され中心に監視所が設けられた刑務所の形式の比喩としてパノプティコン社会と呼ばれる¹⁶⁴）を比喩として用い、これを前提として、概要次のとおり個人情報を取り巻く現状がある。

- ① 日本では、国（行政）が大規模に国民と在留外国人（市民）の個人情報の取得・利用できる状況が実現しつつある。すなわち、住民基本台帳ネットワークの稼働により、市民の個人情報をデータベース化する基礎が整えられた。加えて、納税者番号制度の早期導入が検討されており、個人の収入支出といった情報も詳細に把握されようとしている。
- ② また、監視カメラは街中に増加しつつあり、これと顔貌認識システムを組合わせて、特定人の行動を追跡することが技術的に可能となりつつある。自動車での

¹⁶⁴ ミシェル・フーコー（田村俣訳）『監獄の誕生——監視と処罰』（新潮社、1977年）202頁。全方位一望監視装置（パノプティック）の主要な効果は、「権力の自動的な作用を確保する可視性への永続的な自覚状態を、閉じ込められる者にうえつけること。監視が、よしんばその働きに中断があれば効果の面では永続的であるように、また、権力が完璧になったためその行使の現実性が無用になる傾向が生じるように、さらにまた、この建築装置が、権力の行使者とは独立した或る権力関係を創出し維持する機械仕掛けになるように、要するに、閉じ込められる者が自らがその維持者たる或る権力的状況のなかに組み込まれるように、そういう措置をとろう、というのである」と述べられている。

行動については、すでに自動車ナンバー自動読み取り装置（Nシステム）が主要な道路に設置されており、特に犯罪の嫌疑のない車両についても警察において自動的に記録されている。アメリカで行われているようにクレジットカード利用履歴やウェブサイトの閲覧情報など民間が保有する大量の情報を犯罪捜査やテロ防止といった名目で政府が取得することも容易である。

③ 他方で、日本の個人情報保護法は、全ての個人情報につき原則とし流通を抑制する方向で規定されている。個人情報保有者（多くは行政や大企業）が、個人情報保護を理由に簡単に情報提供を拒むことができ、情報を求める者（多くは一般市民及び報道・研究関係者）は、合理的な理由があっても多大な労力を払って積極的に動かないと、有益な個人情報の取得ができない状況になっている。これにより、民間では、個人情報の流通が過度に抑制された状態である。

④ 加えて、個人情報保護法の制定後いわゆる過剰反応として過度に個人情報を秘匿する対応も見られる。2005年4月のJR西日本の福知山線の事故に際してJR西日本が死傷者の搬送先などの情報提供を拒んだり、小中学校のクラスの緊急連絡網が作成されなくなったりした例があった。

（3）「共通番号」の制度化から自己情報コントロール権の裁判規範化へ

「共通番号」の制度化にあたっては、改めて、個人情報の保護の目的についての憲法上の権利からの根拠付けが必要であるとされた。

そもそも、個人情報保護法の制定過程においては、当時の野党提出の「個人情報の保護に関する法律案」（枝野幸男衆議院議員ほか8名提出）は、その目的に「個人情報の取得、利用、第三者に対する提供等に関し本人が関与することその他の個人の権利利益を保護すること」として、自己情報コントロール権の基本的な考え方を提案したことがあった¹⁶⁵。

また、従前「従来の伝統的な『一人にしておいてもらう権利』とする消極的・受動的なものから現代的な『自己に関する情報の流れをコントロールする権利』とする積極的・能動的な要素を含むものへと展開してきている」とまとめられてきたが、論者の一人である堀部政男教授からは、「コントロールが困難な状況にある」ことから「最新テクノロジーとの関係では、自己情報保護期待権を明確に意識し、損害が生じたと感じる場合には、保護のメカニズムの発動を要請すべきである」との提案もなされていた¹⁶⁶。

もっとも、東京地判平成19年6月27日判時1978号27頁が個人情報保護

¹⁶⁵ 小町谷＝三宅・前掲注133）109頁。

¹⁶⁶ 堀部政男「ユビキタス社会と法的課題」ジュリ1361号（2008年）10頁。なお、堀部の従前の考え方については、同・前掲注133）『プライバシーと高度情報化社会』21頁、55頁。

法25条の本人情報開示請求権についての裁判規範性を否定したことから、同法制定当時は、立法者意思に反して、その裁判規範性が議論されるレベルでしかなかった¹⁶⁷。その状況においては、まずは自己情報コントロール権の権利としての内容が、個人情報保護法制上の本人情報開示請求権、訂正請求権、利用停止請求権として具体化されているものと理解し、高度情報通信社会でのクラウド・コンピューティングなどの最新テクノロジーなどとの関係において、裁判上もどこまで規範性を有するか、またこれによって個人情報の保護が個人の保護に直結する関係を創り出せるかという議論をしていくことが依然として有効かつ必要であるように解せられた。

とりわけ、社会保障・税の共通番号制を前記3で述べた住基ネットの限定的な合憲性から論じると、「これらの情報（氏名等の本人確認情報）は、本人を特定する『鍵』の役割を果たすにすぎないのであって、住民票コードがこれらの情報に一对一で対応させられることにより、膨大な個人データの集積や分析が物理的に可能ないし容易になる、ということの是非」¹⁶⁸を現実に関することとなっているのである。

法制定当時の個人情報保護法25条の文言を修正し自己情報開示請求権が容易に読み取れる規定にすることや、自己情報訂正請求権（制定当時の同法26条）や利用停止請求権（制定当時の同法27条）について憲法13条に由来するプライバシー権の積極的側面としての自己情報コントロール権を具体化したものとして、その裁判規範性を高める必要がある。

そしてその特別法として社会保障・税の共通番号制の制度化を検討するのであれば、第三のプライバシー論が論じられる現状をふまえて、立法論、制度論としては、犯罪捜査等を理由とする適用除外事由を最小限度に絞り込んだうえでの自己情報へのアクセス権をシステムとして制度化するとともに、プライバシー侵害を政府から独立した第三者機関において事前に評価し、かつ個別具体的に（1万円単位までの損害賠償の認定などきめ細やかな）事後救済を図ることなどが必要不可欠であろう。このことは、社会のパノプティコン化（全方位監視社会化）を防止するために

¹⁶⁷ 三宅弘「個人情報保護法25条の本人情報開示請求権の法的性格——東京地裁平成19年6月27日判決の批判的検討」獨協ロー・ジャーナル4号（2009年）155頁。同論文に引用した諸論文参照。この他、宇賀克也「情報法制の発展と課題」ジュリ1414号（2011年）35頁が「個人情報保護法の改正により、開示・訂正・利用停止の請求権を付与した趣旨であることを明確にすることが望ましいと思われる」とする改正の方向性に言及していた（39頁）。なお、2003年の法制定当初の個人情報保護法25条の裁判規範性否定説については、鈴木正朝「個人情報保護法とプライバシーの権利——『開示等の求め』の法的性質」堀部編『プライバシー・個人情報保護の新課題』第2章（商事法務、2010年）61頁。鈴木は、否定説を克服するために個人情報保護法の改正が必要と説いた。

¹⁶⁸ 棟居快行「公共空間とプライバシー」長谷部恭男外編『岩波講座憲法2・人権論の新展開』（岩波書店、2007年）193、221頁。

も重要な点であると考えられた¹⁶⁹。

制定時の個人情報保護法 25 条（本人情報開示請求権）、同法 26 条（自己情報訂正請求権）及び同法 27 条（利用停止請求権）は、次項で述べるとおり 2015 年の個人情報保護改正によって、裁判規範性を有する規定として機能することが確定した。

（４）行政機関個人情報保護法 12 条の本人情報開示請求権による自己情報コントロール権の具体化

他方、行政機関個人情報保護法 12 条 1 項は、「何人も、この法律の定めるところにより、行政機関の長に対し、当該行政機関の保有する自己を本人とする保有個人情報の開示を請求することができる」と規定し、独立行政法人等個人情報保護法 12 条 1 項及び地方公共団体の個人情報保護条例においても、同様の本人情報開示請求権が規定されている。この点に関連して、自衛隊イラク派遣に反対する活動等が情報保全隊によって監視され、情報を収集されたとして、被告国側に対し、人格権等に基づき「表現活動の監視による情報収集等」の差止めと損害賠償を請求した、いわゆる自衛隊情報保全事件において、仙台地判平成 24 年 3 月 26 日判時 2149 号 99 頁は、「遅くとも行政機関個人情報保護法が制定された平成 15 年 5 月 30 日までには、自己の個人情報を正当な目的や必要性によらず収集あるいは保有されないという意味での自己の情報をコントロールする権利は、法的保護に値する利益として確立し、これが行政機関によって違法に侵害された場合には、国（被告）は、そのことにより個人に生じた損害を賠償すべきに至った」と判示し、権利利益／制限／制限の正当化という三段階のうちの第 1 段階と第 2 段階で判示したと解されている¹⁷⁰。また、その控訴審である仙台高判平成 28 年 2 月 2 日判時 2293 号 18 頁は、自己情報コントロール権は不法行為上、法的保護に値する権利としての成熟性を認めたいが「行政機関のどのような行為がプライバシー侵害を構成するかなどを検討するに当たっては、自己情報コントロール権の考え方、また、…行政機関個人情報保護法の定め…は斟酌されるべき」として、自己情報コントロール権が形成途上にあることは認めている。この仙台地判と仙台高判との判旨の差異は、前記 3 で述べた住基ネットの憲法適合性が争われた前掲大阪高判平成 18 年 11 月 30 日と前掲最判平成 20 年 3 月 6 日とにおいて自己情報コントロール権を認めるか否かの判旨に差異が生まれたことに対応するようではあるが、少

¹⁶⁹ 日本の監視社会化とこれを防止するための情報公開と公文書管理の必要性を論じたものとして、三宅弘『監視社会と公文書管理』（花伝社、2018 年）68 頁。三宅「情報は誰のためにあるのか——おわりにかえて」日弁連編・前掲注 62）281 頁。

¹⁷⁰ 小山剛「第三章自衛隊情報保全隊事件控訴審判決」毛利透ほか『憲法訴訟の実践と理論』（判例時報社、2019 年）47、52 頁。

なくとも「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」とどまらず、「自己の個人情報に正当な目的や必要性によらずに収集あるいは保有されないという」法的保護に値する利益が形成途上にあることを認め、その実定法上の根拠として、行政機関個人情報保護法が「斟酌されべき」となされているのである¹⁷¹。

6 個人情報保護法改正と個人識別型の情報非公開事由との関係

(1) 2015年個人情報保護法改正と2016年行政機関個人情報保護法改正

2015年の個人情報保護法の改正については、本論の情報公開法制と関りのあるものとしては、具体的には、次の①、②である。

① 「個人識別符号」、「要配慮個人情報」、「匿名加工情報」の定義 ―

個人情報保護法第1章2条の個人情報の定義において、従前からの「個人情報」の他に、文字、番号、記号その他の符号による「個人識別符号」、本人に不利益が生じないよう取扱いに特に配慮を要する「要配慮個人情報」、さらには特定の個人を識別できないよう加工された「匿名加工情報」を定義し、同法に基づく保護の対象とした。

② 本人情報の開示・訂正・利用停止請求権が裁判所においても主張することのできる裁判規範であることを明示した（28、29、30条の各1項）。

さらに、2015年の個人情報保護法の改正を受けて、2016年3月に、「行政機関等の保有する個人情報の適正かつ効果的な活用による新たな産業の創出並びに活力ある経済社会及び豊かな国民生活の実現に資するための関係法律の整備に関する法律案」が閣議決定され、同日、第190回国会に提出され、衆参両議院

¹⁷¹ 仙台地判平成24年3月26日については、丸山敦裕「判批」ジュリ1453号（2013年）16頁、小野寺義象「判批」法と民主主義500・501号（2015年）64頁、中曽久雄「判批」岡法63巻1号（2013年）133頁、片桐直人「判批」法セミ増刊（新判例解説 Watch）12号（2013年）23頁、榎透「判批」法セミ693号（2012年）138頁。仙台高裁平成28年2月2日については、玉蟲由樹「判批」ジュリ1505号（2017年）12頁、丸山敦裕「判批」判評696号（2017年）2頁、小山・前掲注170）47頁、片野正樹「判批」行政関係判例解説平成28年（2018年）201頁、清水雅彦「判批」法セミ増刊（新判例解説 Watch）20号（2017年）11頁、十河弘「判批」法セミ742号（2016年）8頁。いずれも自己情報コントロール権を憲法上の権利としたうえでの「外部からの働きかけ等から、部隊を保全するため」ライブ活動についての情報を取得する必要性があったかを論点としている。上記仙台地判が自己情報コントロール権を認めるのに対し、上記仙台高判は、住基ネット訴訟最判平成20年3月6日民集12巻3号665頁に依拠して「私生活上の自由の一つとしての個人の私的な事柄に関する情報をみだりに第三者に取得、開示又は公表されない自由」として構成している。なお、本件については、国は上告を断念し、2016年10月26日付で原告の上訴に対し最高裁（第二小法廷）は上告棄却・不受理とする決定を出した。

本会議でも賛成多数で可決された。その関係法律の整備として、行政機関個人情報保護法と独立行政法人等個人情報保護法を中心とする改正がなされた。

その主な改正点のうち、本論の情報公開法制と関りのあるものとしては、以下の①、②である。

① 国の行政機関等における非識別加工情報制度の導入

個人情報保護法において「匿名加工情報」の保護を制度化したことと同様に、国の行政機関等についても「非識別加工情報」の定義を規定し、その適正な取扱いを確保するための規律（情報項目の公表等）等の仕組みを設けることとしつつ、法制度として必要な措置を講じることとした。

② その他 ― 個人情報の定義の明確化（個人識別符号（指紋・顔認識データ、旅券番号等））、要配慮個人情報（人種、信条、病歴等）について定義、及び要配慮個人情報が含まれる旨の個人情報ファイル簿への記載等の措置。

この個人情報の定義の明確化に伴い、前記2のとおり、情報公開法5条1号の2として、個人識別符号を不開示とすることが規定された。この改正により、知る権利を具体化した情報公開法と個人情報保護法との更なる調整が求められることとなる。

(2) 2015年個人情報保護法改正及び2016年行政機関個人情報保護法改正の背景

2003年の個人情報保護法の制定から10余年を経過したが、この間に情報通信技術が飛躍的に進展した。情報がデジタル化される、いわゆるデジタル時代の到来を前提として、ビッグデータと呼称される、個人情報が匿名化された情報を含む多種多様かつ膨大なデータの収集・分析が可能となり、これをふまえて、新しい産業やサービスを創出することで新たな経済成長等に貢献することが期待された。特に、個人に関する情報のうち、個人情報に限定しない個人の行動・状態に関するデータをパーソナルデータと呼んで、デジタル化を前提とした高度な情報通信技術を用いた方法により収集・分析することにより、個人的な利益のみならず公共的な利益に結びつける利活用が求められた。

しかし、2003年制定の個人情報保護法においては、「個人情報は、個人の人格尊重の理念の下に慎重に取り扱われるべきものであることにかんがみ、その適正な取扱いが図られなければならない」（3条）とする基本理念を規定していることから、例えばスイカによるJRの乗降データなどそれ自体としては個人を識別するものではないパーソナルデータを他企業に転売することは、個人情報保護の趣旨に反するのではないかなどという問題が提起された。どの情報を「個人情報」として取り扱うべきかが曖昧なグレーゾーンが存在していることから、ビッグデータの利活用の一環として、個人の行動・状態に関するパーソナルデータを利活用すること

にブレーキがかかる状態が生じた。これはグレーゾーンの問題と呼ばれている。2003年の個人情報保護法の制定以来、個人データを特定の者との間で共同利用することは一定の要件の下で認められていたが（同法23条4項3号）、このグレーゾーン問題に対しては、パーソナルデータの利活用が、個人データの共同利用として保護される情報なのか明確でないことや、また、事業者として共同利用にあたり遵守すべきルールが法制化されていないという状況におちいった。

このことは、「現在、パーソナルデータの利活用に当たって特に個人の権利利益の侵害に係る問題を発生させていない事業者も、前述のグレーゾーンの発生・拡大のために、プライバシーに係る社会的な批判を懸念して、パーソナルデータの利活用に躊躇するという『利活用の壁』が出現しており、パーソナルデータの利活用が必ずしも十分に行われてきているとは言えない状況」とされた（改正大綱第2．I．1）。

他方で、改正大綱は、制度改正の趣旨として、「現行法の制定から現在までの間、個人情報及びプライバシーという概念が世の中に広く認識されるとともに、高度な情報通信技術の活用により自分のパーソナルデータが悪用されるのではないか、これまで以上に十分な注意を払ってパーソナルデータを取り扱って欲しいなどの消費者の意識が拡大しつつあり、保護されるべきパーソナルデータが適正に取り扱われていることを明らかにし、消費者の安心感を生む制度の構築が望まれている」ことも指摘された（改正大綱第2．I．1）。

（3）ビッグデータ活用のための個人情報保護法改正の経緯

個人情報の適正かつ効果的な活用が新たな産業の創出並びに活力ある経済社会と豊かな国民生活の実現に資するために、パーソナルデータの利活用はどうあるべきかという、改正前の個人情報保護法からの課題があった。そこで、この課題に対応するために、総務省が2012年11月から「パーソナルデータの利用・流通に関する研究会」を開催し、2013年6月に報告書を取りまとめた。また、経済産業省は、主管する事業者の個人情報の利活用の現状をふまえて、2012年11月からIT融合フォーラムにおいて「パーソナルデータワーキンググループ」を開催し、2013年5月に報告書を取りまとめた。

これを受けて、「世界最先端IT国家創造宣言」（2013年6月14日閣議決定）がなされる中で、「オープンデータ・ビッグデータの活用の推進」として、パーソナルデータ利活用環境の整備が、重点施策に位置付けられた。

かねてより内閣総理大臣を本部長とする省庁横断組織として「高度情報通信社会推進本部」が設けられたが、これを発展化した「高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部」（以下「IT総合戦略本部」）が、高度情報通信ネットワーク社会形成基本法に基づいて設置された。その具体化として、IT総合戦略本部の下に「パー

ソナルデータに関する検討会」(以下「PD検討会」)を設置し、2013年9月から会議は公開のうえでパーソナルデータの利活用について検討した。2013年12月にPD検討会が取りまとめた案に基づき、同12月20日にIT総合戦略本部が制度見直しの方向性を政府として示した「パーソナルデータの利活用に関する制度見直し方針」(以下「PD制度見直し方針」)が決定され、さらに2014年6月にはPD検討会がこのPD制度見直し方針に基づいてさらに検討した取りまとめ案に基づき、同6月24日にIT総合戦略本部が、個人情報保護法の改正の方向性を明らかにする「パーソナルデータの利活用に関する制度改正大綱」(以下「改正大綱」)を決定した。

改正大綱については、制度改正に広く市民や事業者の意見を反映するために法律上の要件ではないものの任意に、2014年6月から7月にかけてパブリックコメントが実施された。その結果も踏まえて、同年12月には内閣官房情報通信技術(IT)総合戦略室パーソナルデータ関連制度担当室において「パーソナルデータの利活用に関する制度改正に係る法律案の骨子(案)」の取りまとめを経て、今回の改正法案が2015年3月10日に閣議決定されて第189回国会に提出され、衆議院内閣委員会において審議されて、附帯決議を付して可決されたうえ、同年5月21日に衆議院本会議で可決された。参議院においても内閣委員会に付託されたうえで、同法案及び修正案について附帯決議を付して可決されたうえ、同年8月28日に参議院本会議で可決された。

参議院の修正議決のため、再度、衆議院に回付されて、同年9月3日に衆議院本会議において可決され、2015年改正法が法律として制定された。同月9日に「平成27年法律第65号」として公布されたが、改正法の附則1条によれば、同条ただし書き各号に掲げる規定以外は、公布の日から2年を超えない範囲内で政令で定める日から施行するものとされ、施行日までに政省令、規則、ガイドライン等が整備されることとなった。

ビッグデータの収集・分析をふまえて、新しい産業やサービスを創出し新たな経済成長等に貢献するアメリカ社会等の先行状況の影響を受け、日本再興の施策に位置付けられたことによるものと解される。2013年6月14日に公表された「日本再興戦略」においては、日本再興プランの中で、「4. 世帯最高水準のIT社会の実現、①ITが「あたりまえ」の時代にふさわしい規制・制度改革、○世界最高水準のオープンデータやビッグデータ利活用の推進、・(中略)データの活用と個人情報及びプライバシーの保護との両立に配慮したデータ利活用ルールの策定等を年内できるだけ早期に進めるとともに、監視・監督、苦情・紛争処理機能を有する第三者機関の設置を含む新たな法的措置も視野に入れた制度見直し方針を年内に策定する」と提言していた。

(4) 個人情報保護法改正をふまえての情報公開とプライバシー保護との調整・小括

前記1で述べたとおり、日本における情報公開法制においては、当初、アメリカ情報自由法を研究し、行政情報の原則公開に対し、プライバシーを不当に侵害すると認められる情報を非公開（不開示）とするプライバシー保護型の非公開事由が提案された。

この場合のプライバシーの権利についても、アメリカにおけるプライバシーの権利の分析と基礎づけとしての「ひとりで居させてもらいたい権利」や「他人に知られたくない権利」という意義において、日本における判例法と代表的学説が展開された。

他方、「プライバシーの概念が必ずしも明確ではなく、個人の価値観により、その範囲につき見解が分かれる」ということから、行政情報の原則公開に対し、OECD 8原則における個人データの定義（個人が識別され又は識別されうる情報）を非公開（不開示）とする個人識別型の非公開事由が、情報公開条例において、定着していった。

情報公開法も個人識別型の非公開事由（不開示情報）が採用された（同法5条1号）。1999年の情報公開法の制定後、2003年に個人情報保護法及び行政機関個人情報保護法が制定された。個人情報保護法25条及び行政機関個人情報保護法12条で本人情報開示請求権が規定されたが、この基礎に、プライバシーの権利の代表的学説における自己情報コントロール権が構想され、その具体化とされた。同時に、この本人情報開示請求権は、行政情報の原則公開の例外としての個人識別型の非公開事由（不開示情報）のさらなる例外としての絶対的開示としても位置付けられた。

プライバシーの権利の消極的側面としての「他人に知られたくない権利」は情報公開法5条1項の個人識別情報として具体化され、積極的側面としての自己情報コントロール権は、行政機関個人情報保護法12条の本人情報開示請求権として具体化されたのである。

その過程において、情報法制の世界もまた、アナログ情報からデジタル情報に転換される。これが2015年個人情報保護法改正と2016年行政機関個人情報保護法改正として、個人情報保護法制にも質的变化をもたらす。このうち、個人識別符号をも個人情報に含めて保護するという改正内容は、情報公開法5条1号の2を加えて、情報公開法制にも変化をもたらした。この間、判例法では情報プライバシー権を認めるものとして、早稲田大学名簿提出事件前掲最判平成15年9月12日が、講演会参加申込みをした早稲田大学学生の学籍番号、氏名、住所及び電話番号に係る情報は、参加申込者のプライバシーに係る情報として法的保護の対象となることを明らかにした。また、住民基本台帳ネットワークシステム（住基ネット）の

憲法適合性が争われた前掲最判平成20年3月6日は、自己の私的事柄に関する情報の取扱いについて自ら決定する利益（自己情報コントロール権）を正面から認めなかったものの、何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有するものと判示し、住基ネットで電子的に管理される本人確認情報（氏名、生年月日、性別、住所、住民票コード、変更情報）もまた個人に関する情報として保護されることを明らかにした。

そのうえで、2015年の個人情報保護法改正及び2016年の行政機関個人情報保護法改正であった。

V 高度情報通信社会における情報公開とプライバシー・個人情報保護との調整

1 個人識別型非公開事由における公又は公予定による個人情報（公領域情報）の開示

上記IV 6、(4) で述べたとおり、2003年の個人情報保護法及び行政機関個人情報保護法の制定から2015年の個人情報保護法改正及び2016年の行政機関個人情報保護法改正に至る経緯をふまえて、自己情報コントロール権については、①「決定権としてのコントロール権」（個人情報の取得、利用、開示などについての情報主体の同意を要する）と②「チェックとしてのコントロール権」（自己情報の開示、訂正、利用停止請求権）として分類されることが提言され、また、「名称においてミスリーディングである」と指摘する見解もある¹⁷²。

他方、1999年に制定された情報公開法において、個人情報の非公開事由、不開示情報として5条1号が規定され、個人識別情報は開示義務の適用除外である不開示情報とされるが（同1号前段）、同号ただし書イは「法令の規定により又は慣行として公にされ、又は公にすることが予定されている情報」（以下「公又は公予定情報」）を絶対的開示情報とする。公領域情報（Public Domain）¹⁷³の絶対的公開事由とも呼ばれる。

¹⁷² 本文①と②の分類を指摘するものとして、土井真一「国家による個人の把握と憲法理論」公法75号（2013年）1、14頁、土井・前掲注133）『注釈日本国憲法（2）』「第3章§13」参照。宍戸・前掲注133）353頁は、2015年個人情報保護法改正を提言した「パーソナルデータに関する検討会」の構成員として関わった憲法学者として、「親密な人間関係とプライバシー外延情報とを連続的に構成する理解から離れているように思われる」と解説している（372頁）。また、「名称においてミスリーディング」と評するものとして、曾我部真裕「自己情報コントロール権は基本権か？」憲法研究3号（2018年）71、77頁。これに対し、「問題が『個人情報のみだりに収集されない自由』として構成される限りは、そこでは公共の福祉としてのプライバシーの確保が問題であり、権利侵害の論理よりは、法律の留保といった実質的法治国のルールの強化、あるいはセキュリティ構造の確保に関する『構造審査』こそが正しい処方箋と考えられる」として、2015年の個人情報保護法改正を検証するものとして、宍戸・前掲注133）372頁。

¹⁷³ 宇賀・前掲注28）82頁。

そもそも、公又は公予定情報は、前記Ⅰ、１で述べたとおり、神奈川県公文書公開条例５条１号の個人識別型の非公開事由のうち、公表を目的とする情報（同号イ）の絶対的公開事由に由来するところ、前記Ⅲ、１で述べたとおり、前掲東京高判平成３年５月３１日は販売段階で公表されているマンション平面図を個人識別情報と認定したことから、必ずしも情報公開と個人情報保護の調整としては適正に機能しないこともあり、情報公開法の制定にあたり、新たに考案された規定であった。

その法解釈としては、

- ①「法令の規定」は何人に対しても当該情報を公開することを定めている規定に限られる、
- ②「慣行として」は、事実上の慣習として公にされていること又は公にすることが予定されていることで足りる、
- ③「公にされ」は、現に公衆が知り得る状態に置かれていれば足りる、
- ④「公にすることが予定されている情報」は、将来的に公にする予定（具体的に公表が予定されている場合に限らず、求めがあれば何人にも提供することを予定しているものも含む。）の下に保有されている情報をいう、
とされた¹⁷⁴。

情報公開法の制定を受けて、前記Ⅳ、４、①のとおり、前掲最判平成１５年１０月２８日は、前掲千葉県公文書公開条例において、「公表を目的としている情報」について、「公表することがもともと予定されているもの」を含むとして、この規定を情報公開法５条１号ただし書イとできる限り同様になることとした。

その後の情報公開法の解釈の展開においては、法５条１号が個人識別情報を公開原則の例外不開示として扱うことから、同１号ただし書イによって公又は公予定情報として原則公開に立ち返る情報公開・個人情報保護審査会答申の事例が比較的多くみうけられる。本項においては、この答申例の検討をふまえて、同イによる公又は公予定情報（公領域情報）が運用実例をふまえて規範化されて、個人情報の積極的開示という解釈適用において類型化することができ、個人情報であっても公領域情報として開示されることによって、政府の保有する個人情報がプライバシー侵害とならない限度において開示されることとなり、これによって個人に対する監視社会化を防ぐためにも重要な役割を果たしていることを明らかにする。

- ①検務事件簿中の特定個人に係る記載について当該個人の犯罪歴の有無という情報自体が慣行として公にされているとしたもの（内閣府情報公開審査会平成１３年１０月２日答申（平成１３年度（行情）答申２号））¹⁷⁵。

¹⁷⁴ 総務省編・前掲注１）４８、４９頁。

¹⁷⁵ 西鳥羽和明「石川啄木に係る検務事件簿の開示請求事件」季情３号（２００１年）２４頁。

②柔道整復師に対する処分関係資料について、行政処分を受けた柔道整復師の氏名等を秘匿することの合理的根拠は認められず、医師等の氏名等と同様に開示することは、国民に対する行政機関の説明責務を果たす上でも求められているとして、被処分者の氏名等の記載部分は「慣行として公にすることが予定されている情報」であるとしたもの（同平成14年3月11日答申（平成13年度（行情）答申156号））

¹⁷⁶。

③昭和天皇とマッカーサー最高司令官との会見録等について、「一方の当事者であるマッカーサー最高司令官が本件会談を始めとした一連の会談について自己の解釈などを回想記に詳述していること」等に鑑みれば「公にすることが予定されている情報」に該当するとしたもの（同平成14年9月20日答申（平成14年度（行情）答申181号））。

④司法制度改革推進本部法曹養成検討会等の議事を記録した録音テープについて「行政の透明性の確保の観点から審議会等と同様に会議または議事録を速やかに公開することを原則とすることが要請されている本検討会の性格から考えると、慣行として公にされまたは公にすることが予定されているもの」としたものの（同平成15年2月7日答申（平成14年度（行情）453～457号））¹⁷⁷。

⑤侍従職の庶務関係録の事務日誌について「天皇ないし皇位継承者を含む皇室の在り方は、広く国民の正当な関心の対象であり、本人個人の職務の在り方及びその内容も、深くこれにかかわりを有するものであることから、…正当な関心の対象であるということができること」等から「公にすることが予定されている情報」に該当するとしたもの（同平成15年7月14日答申（平成15年度（行情）答申188号））。

⑥国内希少野生動植物捕獲等許可申請等文書について、「本件捕獲許可は公益的な性格が強いものであると認められ、静岡空港オオタカ保護対策検討委員会の委員として静岡県のホームページに掲載されていることを認定したうえで、同委員会に委員として参加した申請者・被許可者の氏名は「慣行として公にすることが予定されて

¹⁷⁶ 野口貴久美「柔道整復師に対する行政処分の命令開示請求事件」季情6号（2002年）26頁。なお、この5条1号ただし書イに基づく開示決定に対しては、開示により不利益を受ける柔道整復師が住所、氏名、生年月日の開示部分の取消しを求める不服申立てをしたが、申立棄却。さらに当該開示決定の取消訴訟も提起されたが、大阪地判平成16年4月15日訟務月報51巻6号1516頁で請求棄却、さらに大阪高判平成16年11月25日訟務月報51巻6号1546頁で控訴棄却となった。

¹⁷⁷ 塩入みほも「司法制度改革推進本部法曹養成検討会の内容を記録した録音テープ」季情10号（2003年）26頁は、「報道機関の傍聴を何の制限もなく認めたということは、『公にされ又は公にすることが予定されている』ことにあたると考えることが相当であろう」と評する（28頁）。三宅弘「第6章情報公開訴訟」実務公法学会編『実務行政訴訟法講義』（民事法研究会、2007年）504頁。

いる」情報に該当するとしたもの（同平成15年10月2日答申（平成15年度（行情）答申324号））。

⑦邦人保護業務を遂行する過程で在イスラエル大使館の不特定の職員にあてた特定個人からの依頼文書及び要請書について、「本件要請書と同旨のものが、平成14年からインターネット上の異議申立人のウェブサイトに掲載され、また、同時期に、特定の雑誌に、本件要請書が提出された経緯についての簡潔な説明及び特定個人の氏名とともに掲載されていること」等から、当該依頼文書及び本件要請書の本文部分に記載された内容及び氏名は、既に、公にされているものと考えられるとしたもの（同平成16年5月20日答申（平成16年度（行情）答申33号））。

⑧医薬品副作用・感染症症例報告書の一部開示決定に関する件について、症例票に係る患者の副作用については、担当医が「主な既往歴、患者の体質等」欄記載の疾病と密接に関連するものと判断し、これらを一体のものとして報告していると考えられることから、・・・「慣行として公にすることが予定されている情報」に該当すると認められ、開示すべきであるとしたもの（同平成16年10月14日（平成16年度（行情）答申312号））。

⑨東京社会保険事務局における特掲診療料の施設基準に係る届出書の一部開示決定に関する件外1件について、審査請求人は、出版物やインターネットなどで経歴を公開している医師も多く見受けられるとして、法5条1号ただし書イに該当する旨主張しているところ、常勤医師の経歴のうち、当該手術に関する経験年数については、・・・算定告示の所定点数により算定できることとなる本件のような場合においては、慣行として公にすることが予定されている情報に該当するとしたもの（同平成16年11月16日（平成16年度（行情）答申382、383号））。

⑩朝鮮総督府高等官級関係書類の不開示決定に関する件について、同高等官の昇等が決定された文書の内容は、その欄外の記述から朝鮮総督府官報に掲載されたものであることが分かり、現に、昇叙官等、官職及び氏名の記載は、同官報に掲載されているもので、現在においても国立国会図書館等で閲覧ができる状況となっており、・・・当該文書は慣行として公にされているものと認められるとしたもの（情報公開・個人情報保護審査会平成17年9月28日（平成17年度（行情）283号））。

⑪特定の病院の特定の医師2名の関係書類一式の開示請求に対し、精神保健指定医が十分な専門性を有しているかという情報については、広く一般に公にされていることが要請されているものというべきであるとして、精神保健指定医指定申請書に記載された「精神障害者の診断治療に従事した期間」については、「法令の規定により又は慣行として公にすることが予定されている情報」に該当するとしたもの（同平成17年10月6日（平成17年度（行情）答申299号））。

⑫名古屋地検処分説明書の一部開示決定に関する件について、平成14年5月9日法

務大臣処分発令にかかる事案及び同月３１日処分発令に係る事実については、本件開示請求の時点において、法務省のウェブページ上で公表されていたと認められることから、上記ウェブページ上で公表されていた・・・部分は、慣行により公にされているものと認めることができる。次に平成１４年処分説明書に係る各事案のうち、上記ウェブページで公表されたものを除いた事案については、それが過去の一時期において公表されたことがあったとしても、現に「公に・・・されている情報」と認めることは困難としたもの（同審査会平成１７年１０月２０日（同平成１７年度（行情）３１５号））。

⑬敦賀労働基準監督署に提出された原子力発電所で発生した労災事故に係る労働者死傷病報告の一部開示決定の件について、既に公表されている被災労働者の傷病名、傷病部位等については、別途、福井県原子力環境安全管理協議会及び福井県等は、周辺環境の安全の確保という公益目的から、異常事象の概要について、被災労働者の傷病名、傷病部位も含めて、公表しているところであり、そこで公表された情報については、慣行として公にされていると認められるとしたもの（同平成１７年１２月８日（平成１７年度（行情）４５８号））。

⑭特定地盤に係る旧土地台帳の写しの一部開示決定に関する件について、本件対象文書は、旧土地台帳法上の土地台帳とは認定できないとしても、その使われ方から、何人にも閲覧等が認められている旧土地台帳法上の土地台帳と同様に取り扱われるべきものであるとして、公にすることが予定されている情報ということができるとしたもの（同平成１８年２月２２日（平成１７年度（行情）５６１号））。

⑮特定時期の叙勲受章者名簿の一部開示決定に関する件について、各受章者の年齢は、処分庁による受章者の発表以後、新聞各全国紙におおむね掲載されていることからすれば、公にされている情報と解されるところ、功労概要や主要経歴と同様に、顕彰をするにふさわしい時期であることを明らかにすることは考えられるところであり、慣行として公にすることが予定されている情報としたもの（同平成１８年３月１５日（平成１７年度（行情）５９６号））。

情報公開法制定時において、同法１８条以下で情報公開審査会が設置されたが、その後、行政機関個人情報保護法が制定され、同法に基づく開示決定等に対する不服申立てについて諮問に応じて調査審議するために改組され、情報公開・個人情報保護審査会設置法（平成１５年法律６０号、以下「審査会設置法」）に基づく審査会とされている。上記答申①から⑨までは、情報公開審査会、⑩から⑮は情報公開・個人情報保護審査会の、それぞれ答申であるが、その後も、「慣行として公にすることが予定されている情報」（法５条１号ただし書イ）に該当するという判断の答申は、先例として重

ねられている¹⁷⁸。

法5条1号ただし書イの解釈としての上記④で述べたとおり、「具体的に公表が予定されている場合に限らず、求めがあれば何人にも提供することを予定しているものも含む」と解され、既に別の媒体で当該情報が公にされているもの（上記答申①、③、⑥、⑦、⑨、⑩、⑫、⑬、⑭、⑮）、秘匿する合理的根拠は認められないとするもの（同答申②、④、⑧）、広く国民の正当な関心事であるもの（同答申⑤、⑪）等に分類できる。とりわけ、同種の個人情報インターネットやウェブサイトで公にされていることが、情報公開法5条1号ただし書イ該当の理由とするもの（同答申⑥、⑦、⑨、⑫）があり、同法の逐条解説においても、「刊行物やウェブサイトに記載のある情報は、その登載の趣旨や目的等が情報公開制度と相容れないなどの特別の事情がある場合を除き、公表慣行が認められる」とする¹⁷⁹。

控訴状等の一部開示決定に関する件（情報公開・個人情報保護審査会平成20年3月31日（平成19年度答申（行情）542号）で最高裁判所のホームページ、社会保険労務士試験委員の選任に関する届出について」等の一部開示決定に関する件（同平成20年5月22日（平成20年度答申（行情）58号）で官報又は試験事務を所管する行政機関のホームページ、平成21年度指導医の名簿の一部開示決定に関する件（平成24年2月15日（平成23年度答申（行情）473号）で保険指導医の専門科目について医師のインターネット上の確認、原爆被爆者対策基本問題懇談会議事録の一部開示決定に関する件（同平成25年10月3日平成25年度答申（行情）211号）における議事録の発言内容には当該個人の調査・研究活動又は言論・著作活動のあらましが述べられており、公開されているインターネット・ホームページ上の当該個人の調査・研究成果を照合、いわゆる飯塚事件の再審請求について（参考報告）等の一部開示決定に関する件（同平成26年2月17日平成25年度答申（行情）393号）における確定裁判被告人の氏名及び罪名について法務省ホームページ、自殺した自衛官の自殺の年月日・手段に関する情報及びいじめを行った特定自衛官に係る有罪判決に関する情報にかかる「懸案事項等」の一部開示決定に関する件について民間の法律情報データベース（同平成26年3月11日平成25年度答申（行情）452号）、「医師法及び歯科医師法上の行政処分事案に関し特定日に開催された医道審議会医道分科会の議事録等」の一部開示決定に関する件（同平成26年3月25日平成25年度答申（行情）471号）における被処分者たる医師等の氏名等の情報について厚生労働省のホームページ上で利用できる医師等資格確認システムなどがある。

高度情報通信社会において、情報公開法5条1号の2の個人識別符号についても、

¹⁷⁸ 総務省「情報公開・個人情報保護審査会答申選」（http://www.soumu.go.jp/main_content/000586610.pdf）

¹⁷⁹ 高橋滋ほか編『条解行政情報関連三法』（弘文堂、2011年）278頁（渡井理佳子）。

個人情報として扱い、情報公開の例外としての非公開事由、不開示情報とされる。これに対し、法5条1項ただし書イについて、ブログ、ツイッター、インスタグラム等により自ら個人情報の開示について本人同意がある場合だけでなく、インターネットにより拡散される個人情報について、「法令の規定により又は慣行として公にされ、又は公にすることが予定されている情報」（公領域情報）として開示される個人情報が増大するのである。

「国民が政府による監視プログラムを適切に規律するためには、国民が政府による監視を監視できるように、監視の透明性の確保が求められる。そのためには、伝統的な言論・プレス自由に加えて、アーキテクチャの設計も重要な役割を果たす」、「政府による監視を記録し分析するアーキテクチャを設計することによって、監視に関する情報の公開を促し、監視の濫用を抑止することができる」¹⁸⁰。法5条1項ただし書イにより公又は公予定情報として構築される情報が政府による監視プログラムを規制するのであって、法5条1項ただし書イが知る権利の保障の新たな展開に役立っているのである。

その法的裏付けとして、高度情報通信社会における個人情報保護法制において、個人情報保護法23条1項1号により、法令に基づく場合には、あらかじめ本人の同意を得ないで個人データを第三者に提供可能とする。そして、情報公開法は法令に基づく場合としての情報の流通を可能にする。

他方、個人情報保護法28条は本人情報開示請求権を規定する。知る権利とプライバシー保護の調整及び自己情報コントロール権を具体化した本人情報開示請求権の関係について、情報公開制度上の開示・不開示に対応する自己情報コントロール権の展開は、①決定権としてのコントロール権（個人情報の取得、利用、開示などについての情報主体の同意を要する）と②チェックとしてのコントロール権（自己情報の開示、訂正、利用停止請求権）としてそれぞれ具体化される。

そして、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法は、情報公開とプライバシー・個人情報保護との調整をはかるうえで、情報公開法5条1号の個人識別型非公開事由における、同号ただし書イの公又は公予定情報による個人情報の積極的開示という解釈運用において、法5条1号ただし書イの解釈の変容がきわめて重要な役割を果たすこととなるのである。その意味では、上記チェックとしてのコント

¹⁸⁰ 成原慧『表現の自由とアーキテクチャ』（勁草書房、2016年）314頁。Jack M. Balkin: The Constitution in the National Surveillance State, 93 Minn. L. Rev. 1, 24-25 の要約。寺田麻佑「情報化社会における「忘れられる権利」と「知る権利」」辻村編・前掲注8）93頁も、「あらゆる年齢層が気軽に「参加」できる媒体となっている各種SNSなどが、「知る権利」に資する媒体として機能するためには、フェイクニュースに対応する問題や、情報のカスケードが起こらないような仕組み——アーキテクチャー——の構築が非常に重要となってくるものと考えられる」と述べる（109頁）。

ロール権は、「個人情報の取得、利用、開示などについての情報主体の同意を要する」場合のほか、情報公開法5条1号ただし書イによる公又は公予定情報（公領域情報）が国による個人に対する監視社会化を防ぐためにも重要な役割を果たすこととなる。

東京地判平成30年3月28日判時2424号11頁は、東日本大震災に伴う東京電力福島第一原子力発電所事故（以下「東電原発事故」）に関し、内閣官房に設置された事故調査・検証委員会（以下「政府事故調」）が同発電所所長から事情を聴取した聴取結果書（以下「吉田調書」）について、個人に関する情報等が記録されている部分（以下「本件個人識別部分」）を除いて開示する旨の変更決定（以下「本件変更一部不開示決定」）のうち原告らが請求を減縮した後になお開示を求めた東京電力のグループマネージャー（以下「GM」）以上の職位にある個人の氏名又は職名（以下「本件各記述」）が、情報公開法5条1号ただし書イの公領域情報及び同ロの生命等保護情報に該当しないとして請求が棄却された事案であるが（以下「本判決を「吉田調書東京地判」ともいう）、本論との関係においては、吉田調書東京地判には同イの公領域情報の該当性の解釈に疑義があり、以上述べてきた公領域情報（情報公開法5条1号ただし書イ）の監視社会化を防ぐうえでの意義を没却するものとして、再考されるべきものと考えらる。

吉田調書東京地判は、情報公開法5条1号ただし書イの、「慣行として」公にされ、又は公にすることが予定されているものの適用にあたり、公表主体が行政機関であるべきとする被告国の主張を退けつつも、開示請求に対する決定の時ににおいて、公にされ、又は爾後も公にされることが予定され続けるであろうことが反復継続的に見込まれる状況にあつて初めて公領域情報ということが出来る」のであり、「一時的に公にされただけであつて」、また「類似の情報について…も、それが情報としての性格を同じくする同種の情報とはいえない場合であつたり」、「個別的な事情に基づいて公にされたりしているものにとどまるもの」は、直ちに「慣行として」公にされ、又は公にすることが予定されているとはいえない」と判示する。また、吉田調書に記載された「本件各記述は、その前後の文書の内容と相俟つて、吉田氏の認識する、本件事故中及びその後、又は事故の未然防止措置の検討の際における個人の行動等を記録することによって、有意な情報として構成され」ているが、「原告らが…公表慣行を基礎付けるものとして援用する各書証…は、新聞記事のほか、事故の内容等を取りまとめた報告書や論文であつて、いずれも事故当事者から事故前後の認識を直接録取した1次資料とはいえないところ、…そのいわば生の供述内容に係る情報について、これを公表することが慣行になっているとは解されない」と判示している。控訴審である東京高判平成30年11月7日LLI/DB・L07320625も吉田調書東京地判判決を是として、原告の控訴を棄却している。

しかし、吉田調書は、事故当事者から事故前後の認識を直接録取した1次資料であ

り、本件変更一部不開示決定によって、吉田調書東京地判添付別紙一覧表の「不開示箇所」の「該当別紙」欄記載の別紙2ないし15に引用のとおり、算用数字で引用された個人の氏名の部分（以下「本件算用数字個人氏名部分」）以外はすべて公表されているのであり、同決定の適否の争点は、本件算用数字個人氏名部分の開示の可否である。

これについて、原告の主張によれば、GMは、日本電気協会新聞部発行の「季刊電力人事」及び電気新聞においては東京電力のGM以上の職にある者の氏名が公表されてきているし、共同通信社原発事故取材班が出版した公刊物『全電源喪失の記録 証言・福島第一原発 ― 1000日の真実』においては、GMを含む31名の東京電力社員の個人名だけでなく、年齢、肩書き、所属、家族といった個人情報に加え、各人の事故対応における行動や心情などまで記載され公開されているし、さらには、多数の人間が傍聴した別件公判〔いわゆる東電原発事故刑事裁判であり、当然のことながら憲法82条の裁判公開原則に基づき公開されている ― 引用者注〕の第1回公判期日で、冒頭陳述及び証拠の要旨告知において挙げられた人名が別件公判に被害者代理人として参加した海渡雄一弁護士が作成しインターネット上に公表した詳細な公判報告書において明らかとなっているとの立証がなされている。原告によるこれらの主張立証事実を前提とするならば、前掲情報公開・個人情報保護審査会における答申の判断基準に従えば、本件算用数字個人氏名部分は、「秘匿する合理的根拠は認められないとするもの」、「広く国民の正当な関心事であるもの」及び「同種の個人情報がインターネットやウェブサイトで公にされていること」等に該当するものとして、「その登載の趣旨や目的等が情報公開制度と相容れないなどの特別の事情がある場合を除き、公表慣行が認められる」と判断されるべき事案であると解せられる。

これらの審査会答申判断とは異なり、吉田調書東京地判は、吉田調書に記載された東京電力GM以上の職位にある本件各記述について、「本件各記述を含む本件各行動情報は、本件各変更決定時において、法令の規定により又は慣行として公にされ、又は公にすることが予定されていたといえないから、法5条1号ただし書イの公領域情報として不開示情報から除外されるものであったということとはできない」と判示している。この判示部分は、「本件各変更決定時において」と留保がつけられていることから解すると、その後も裁判公開原則（憲法82条）に基づき公開されている東電原発事故刑事裁判の第2回公判期日以降結審に至るまでの被害者代理人として参加した弁護士による公判報告書がインターネット上に公表されている事実等をふまれば、本件各記述における個人名や職名については、時の経過と伴に、いずれは公表慣行が認定できることとなろう。特に、吉田調書が事故調査を終えて「特定歴公文書等」として保存、管理されることとなれば、前記第2章、I、4で日韓会談に関する外務省保管文書にかかる第3次訴訟東京高判について論及した公文書管理法16条2項の「時の

経過」を考慮して公開されるべきものとなろう。そのような事実認定に至らず、吉田調書東京地判は、本件各記述を含む本件各行動情報は「本件各変更決定時において」は公表慣行にないものと判示するのではある。しかし、これは、前掲情報公開・個人情報保護審査会においては、文・段落・図表の部分・欄を単位とした情報公開法5条各号該当性判断のためのインカメラ審理がなされるのに対し(第5章、Ⅱ、1で後述)、不服審査手続を経ない情報公開訴訟においては裁判所ではインカメラ審理がなされないために、「原則開示の基本的枠組み」としての情報公開法5条各号の不開示情報の解釈適用(第4章、Ⅱで後述)に踏み切れない裁判所・裁判官のあり様を示すものなのであろうか。本論における次章以降の展開をふまえて、さらに憲法政策論的に検討すべき事例というべきであろう。

2 公領域情報以外の情報公開法5条1号の解釈における情報公開とプライバシー・個人情報保護との調整

- (1) 国による個人に対する監視社会化を防ぐためには、上記1の公領域情報の解釈適用の他、さらに以下のとおり情報公開法5条1号本文の解釈適用において、検討すべき論点がある。

情報公開法5条1号本文前段の「特定の個人を識別することができるもの」の解釈については、他の情報と照合(いわゆるモザイクアプローチ)をする際には、マスコミ報道等の一般に容易に入手しうる情報を基準とするのであって、当該個人の親族、同僚等のみが知りうる情報を基準に判断すべきではないとする見解があるが、個人識別型非公開事由において、まず、この見解をどう評価するかである。

情報公開法が国民主権原理と憲法21条から派生する知る権利に基づき行政文書を原則公開とし、例外的に個人識別情報を不開示事由とした趣旨に鑑みれば、例外である不開示事由の判断は、厳格に行われるべきであり、不開示事由を拡張するような解釈は許されないものであって、情報公開・個人情報保護審査会においては、一般人の知りうる情報を基準とする見解(以下「一般人基準説」)を採用している¹⁸¹。特定人のみが知りうる情報を基準とする見解(以下「特定人基準説」)は、不当に不開示事由を拡張するものであり、採るべきものではないという考え方に依拠している。

前掲最判平成6年2月8日も、大阪府水道部食糧費の情報公開請求に関し、「他の情報」について、「一般人が通常入手し得る新聞等」と判示しており、[傍点 ― 引用者] 一般人が通常入手し得るか否かを重視しているといえるものもあるが、裁判

¹⁸¹ 宇賀・前掲注28)81頁。

所は特定人基準説をとる傾向にある¹⁸²。

一般人基準説は、情報公開審査会平成13年7月24日答申（平成13年度答申111号「国立病院、国立診療所、国立高度専門医療センターにおける医療事故の報告（平成12年度）の一部開示決定に関する件」）などにおいても採用されている。同答申によれば、個人に関する情報の識別性の判断に当たっては、①事故が発生した病院における担当医師、看護婦等の医療関係者、②警察関係者、③患者及びその近親者という、特別の情報に有している関係者以外の者（以下「一般人」という）からみて、通常入手し得る他の情報と照合することにより、個人を識別できるか否かを判断すべきである。また、④近隣住民についても、当該個人に関する情報の性質や内容に応じて個別に判断する必要があるが、特別な事情により新たに公にされる情報に基づいて相当広範な地域住民が特定個人を識別し得ることとなる場合は格別、そうでない場合は、上記①から③までの者と同様に解すべきものである。

また、前掲情報公開法の制度運営に関する検討会（第1章Ⅲ、2）においても、「一般的な場合には、照合する『他の情報』は『一般人』が入手できる情報に限るとするいわゆる一般人基準が採用されている状況が見られる」と報告され、その解釈を評価している¹⁸³。しかし、個人識別型非公開事由について一般人基準説を採用する先例となるべき裁判例はない。

以上のとおり、情報公開・個人情報保護審査会においては、情報公開法が、国民主権の理念にのっとり、「行政機関の保有する情報の一層の公開を図る」ことを目的としている趣旨を踏まえて一般人基準説が採用されているが、裁判所においても、個人情報については、一般人が得ることのできる情報を基準に判断するかの課題が残っている。

- （2）法5条1号本文後段の「なお個人の権利利益を害するおそれがあるもの」という例外規定は、要綱案にはなく、その提案の後で付加されたものである。この趣旨は、法案の国会審議において、行政改革委員会行政情報公開部会委員によっても「それを公開いたしますと、それは、名前はわからないのだけれども著作者がいるわけですから、その著作者の人格権なり著作権を侵害することになるのではないかということを考えてこの条文ができていないのか」と推察されているだけであり、ある特殊な限定的なものとして機能する文言であって、個人情報の保護が不必要に

¹⁸² 宇賀・前掲注28）77頁。

¹⁸³ 総務省・前掲注51）10頁。右崎正博「情報公開制度におけるモザイク・アプローチの意義と限界」獨協ロー・ジャーナル9号（2014年）78頁が指摘するとおり、モザイク理論は行政情報の公開原則をとる情報公開制度に対して不開示情報の範囲を広げるものであるから、その観点からも一般人基準説ができる限り採用されるべきであろう（同旨、大林啓吾・季情個75号〔2019年〕47、50頁）。

広がるということにはならないことが確認されている¹⁸⁴。

同後段規定は、あくまで付加的補充的に定められたものであって、この規定を、拡大して解釈することは許されない。国会での議論等を踏まえて、著作権や著作者人格権に限定されていると考えるべきであるという課題がある。

特に、公開による精神的苦痛といった個人差の大きい曖昧なものを、行政が判断し、限定的に解釈されるべき規定の「権利利益」に含めて、これを保護することになれば、恣意的な判断を許す根拠条文となってしまう。かかる事態は、立法者の想定しない拡大解釈であって、情報公開法の本旨に反しているのではないかという疑問による。

- (3) 上記1で述べたとおり、情報公開法5条1号ただし書イは、同号本文に該当する「個人に関する情報」についても、「法令の規定により又は慣行として公にされ、又は公にされることが予定されている情報」（公領域情報）については、国民主権の理念と知る権利の保障の趣旨をふまえての「原則開示の基本的枠組み」（前掲「考え方」3、(2)「開示・不開示の枠組み」）における「原則開示」の趣旨にたちかえり、絶対的な開示義務を課している。文言上は、「ただし、次に掲げる情報を除く。」とされ、当該ただし書に該当しないこと（除外されること）の主張立証責任を行政機関の長が負うこととされている。

これを受けて、「考え方」においては、さらに法5条1号ただし書イのうち、「慣行として公にされている情報（叙勲者名簿、中央省庁の課長相当職以上の者の職及び氏名等）は、一般に公表されている情報であり、これを開示することにより、場合により個人のプライバシーを害するおそれがあるとしても、受忍すべき範囲内にとどまると考えられるので、これを例外開示情報とした」と解説している。また、「公にすることが予定されている情報」については、「公表されることが時間的に予定されているもののみならず、当該情報の性質上通例公表されるものも含まれるが、上記と同様の考慮により、例外開示情報とした」と解説されている（「考え方」4、(2)、ウ）。それゆえ、法5条1項ただし書イについては、中央省庁の課長相当職以上の者の職及び氏名等には、一般に絶対的な開示義務が課せられていると解せられる。

この点について、情報公開法の制度運営に関する検討会報告は、『「慣行として公にされ、又は公にすることが予定されている情報」に該当するか否かについて…開示される範囲は各行政機関によって区々となっており、一般的に同様な事務に従事している職員であっても氏名が開示される場合とされない場合があるなどの不合理な状況が生じている」ことを指摘し、その改善措置として、「職務遂行に係る公

¹⁸⁴ 第142回国会衆議院内閣委員会議録第10号13頁、1998年5月27日、塩野宏参考人。

務員の氏名については、特段の支障を生ずるおそれがない限り公開とする方向で統一した取扱方針を明らかにすること」との「措置を講ずることにより、不合理な状況が生じないよう是正を図る必要がある」ことを指摘した¹⁸⁵。

情報公開法の制度運営に関する検討会の指摘を受けて、平成17年8月3日情報公開に関する連絡会議申合せ「各行政機関における公務員の氏名の取扱いについて」において、「各行政機関は、その所属する職員（補助的業務に従事する非常勤職員を除く。）の職務遂行に係る情報に含まれる当該職員の氏名については、特段の支障を生ずるおそれがある場合を除き、公にするものとする」との原則的取扱いが確認され、その説明として、「上記取扱方針に基づき行政機関が公にするものとして職務遂行に係る公務員の氏名については、今後は、情報公開法に基づく開示請求がなされた場合には『慣行として公にされ、又は公にすることが予定されている情報』（第5条第1号ただし書イ）に該当することとなり、開示されることとなる」と述べられている。そして、「特段の支障を生ずるおそれがある場合」とは、「①氏名を公にすることにより、情報公開法第5条第2号から第6号までに掲げる不開示情報を公にすることとなるような場合 ②氏名を公にすることにより、個人の権利利益を害することとなるような場合」に限定的に解されることを申し合わせたのである¹⁸⁶。

また、法5条1号ただし書イは、前記1で述べたとおり、「既に別の媒体で当該情報が公にされているもの」、「秘匿する合理的根拠は認められないとするもの」、「広く国民の正当な関心事であるもの」について、これを絶対的な公開事由として解釈適用されている。高度情報通信社会において、法5条1号の2の個人識別符号についても個人情報として扱い、情報公開の例外としての非公開事由、不開示情報とされとしても、知る権利とプライバシー、個人情報保護との調整という課題にあつては、国による個人に対する監視社会化を防ぐためにも重要な役割を果たしているのである。

以上の立法経過と取扱方針をふまえて、法5条1号ただし書イは解釈適用されることによって、憲法政策的には知る権利とプライバシー・個人情報保護との調整という課題が克服されていく。

- （4）また、前記Ⅲ、2で述べたレセプト開示にかかる前掲最判平成13年12月18日は、「当該地方公共団体において個人情報保護制度を採用した場合に個人情報の開示を認めるべき要件をどのように定めるかが決定されていない時点において、同制度の下において採用される可能性のある種々の配慮をしないままに情報公開制

¹⁸⁵ 総務省・前掲注51）10頁。

¹⁸⁶ 2005年8月3日「情報公開に関する連絡会議申合せ「各行政機関における公務員の氏名の取扱いについて」

度に基づいて本人への個人情報の開示を認めることには、…他の非公開事由の定めの合理的な解釈適用により解決が図られる問題である」と判示したが、ここでは、情報公開制度においては、第1章I、5で述べた知る権利の「第三…情報受領権及び情報収集権としての独自の権利」の例外としての非公開事由のさらなる例外としての絶対的公開事由において、これが「第四…自己に関する情報を自ら知る権利」としても関係付けられることが明らかとされた。そして、「自己に関する情報を自ら知る権利は、情報公開条例の非公開事由・不開示情報のさらなる例外としての絶対的公開事由としての位置付けを離れて、個人情報保護制度において、個人情報保護法28条、行政機関個人情報保護法12条及び個人情報保護条例における本人情報開示請求権として独自の展開を広げていることも明らかとなった。

また、本人情報開示請求権の行使による開示以外に開示されるべき個人情報については、以上のとおり、情報公開法5条1号の個人識別等の解釈適用及び特に同号ただし書きの公領域情報の解釈適用によって、高度情報通信社会における情報公開とプライバシー・個人情報保護との調整がなされていくことも明らかとなった。

第4章 知る権利の課題2 — 「原則開示の基本的枠組み」としての不開示情報の解釈適用概説と権利行使の濫用抑制の課題

I 知る権利の課題2として明らかとなるべきこと

第3章では、情報公開法及び条例の運用と時を同じくして進展していた個人情報保護法制との調整を知る権利の課題1として明らかにしたが、これは、高度情報通信社会の情報公開法制における知る権利が、プライバシー・個人情報保護との調整を通じて、情報公開法制によって具体化された知る権利の権利性の外延を画し、情報公開法5条1号の解釈適用にかかわるものであった。

個人識別型の不開示情報の該当性にかかる論点と共に、特に一旦は不開示と判断される個人情報について、既にその裁量判断が類型化され羈束化されつつある情報公開法5条1号ただし書き「法令の規定により又は慣行として公にされ、又は公にすることが予定されている情報」を積極的に解釈適用することによって、知る権利の保障の範囲が拡張することを、その課題の一例として摘示することができた。

以下、本章においては、知る権利の課題2として、情報公開法5条1号の個人識別情報とは別に、定性的な不開示情報のかたまりとしての2号から6号までの不開示情報の解釈適用を概観する。

情報公開法5条各号については、既に、コンメンタールとして整理された先行業績がある¹⁸⁷、本章においては、第1章を受けて「国民主権の理念」にのっとり知る権利を保障するという方向性を明らかにしたうえで、情報公開法5条各号の解釈適用の主な課題を、情報公開の憲法政策論的な課題として、概観する。

日本の情報公開法制において、情報公開法1条に明記された「国民主権の理念」にのっとり知る権利の保障は、具体的には、情報公開法5条2号から6号及びこれと同様の規定を有する情報公開条例の非公開事由、不開示情報の解釈適用によって具体化されていることが明らかになるのでないか。これが、第3章における課題である。

また、以上のとおり確立された知る権利の保障に対し、その権限行使の濫用抑制の課題についても検討し、「国民主権の理念」にのっとり知る権利の外延をも明らかにする。

II 「原則開示の基本的枠組み」としての情報公開法5条各号の不開示情報の解釈適用

1 情報公開法1条の解釈

(1) 既に述べてきたとおり、情報公開法1条は、「この法律は、国民主権の理念にのっとり、行政文書の開示を請求する権利につき定めること」と規定するところ、わが

¹⁸⁷ 右崎正博ほか「コンメンタール情報公開法」法時71巻8号(1999年)4頁。宇賀・前掲注28)、松井・前掲注21)、高橋ほか編・前掲注179)、右崎ほか編・前掲注67)など。

国の憲法が定める国民主権原理からは、表現の自由を定めた憲法 21 条によって、国民が国家機関に対して情報の提供を求めるという、政府情報開示請求権として知る権利が具体的に保障されていると解される。

自由権としては、国民が自由にさまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会を持つことは、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものとするためにも必要であって、このような情報等に接し、これを摂取する自由（いわゆる知る自由）は、この規定の趣旨、目的から、いわばその派生原理として導かれる（いわゆるレペタ・法廷メモ事件についての前掲最大判平成元年 3 月 8 日）。このように、最高裁判所が、多様な情報の存在とその自由な流通の維持が、国民主権原理と民主制にとって不可欠なものとして憲法 21 条の核心に位置することを明言していることからすれば、それは単に消極的な自由の保障にとどまらず、情報へ接近し、情報を求めるという請求的な性格を射程に入れており、このことを否定していなかったといえることができる。

情報公開法は、このような憲法 21 条によって保障された政府情報開示請求権としての知る権利を、国民が現実に行使する手続を具体化したものである。したがって、その解釈においては、国民主権原理と民主制にとって不可欠な、国民の精神活動の核心を担う基本的人権の保障が全うされるよう、これを制限する規定等については、厳格な解釈が求められるし、これを不当に制限する場合の違法性の評価についても、制限される価値の重要性に着目して行われるべきことである。

「考え方」（情報公開法要綱案の考え方）においても、国民主権原理に基づく情報公開法における権利の実現が説明されている。

- (2) もっとも、憲法上の知る権利に請求権的性質があるといっても、そこから直ちに公権力に対する具体的な（裁判によって強制的に執行することができる）情報開示請求権まで認められず、憲法上は抽象的な権利にとどまる、と説かれるのが一般的である。

しかし、奥平康弘が『知る権利』（前掲注 8）の出版から 36 年後の遺作・沖縄密約情報公開訴訟控訴審「陳述書」において確認し、「憲法というそれ自体『より高き法』からにじみ出た」と紡いだとおり、抽象的権利であるとの見解が具体的な基準の必要性を説いて語られることから一步進めて、憲法上保障された知る権利の中核を損なうことのない一定の合理性をもった規範によって、請求権者の資格、公開される情報の範囲、公開手続・要件、救済方法などが定められていれば、その規範に従って、憲法で保障された知る権利を直接的に行使できるとの見解もあった¹⁸⁸。

¹⁸⁸ 奥平康弘『憲法Ⅲ・憲法が保障する権利』（有斐閣、1993年）200頁。遺作となった奥平「陳述書」法時 87 卷（2015年）5号6頁では、2010年12月16日付で、沖縄密約情報公開訴訟控訴審（東京高判平成 23 年 9 月 29 日判時 2142 号 3

そして、少なくとも前掲の長谷部教授の言説すなわち「裁判所を通じて政府保有情報の公開を請求するために立法が必要であるとしても、いったん情報公開法をはじめとする具体的法令が定められれば、①憲法上の要請はその法令の解釈において考慮されるべきであるし、②立法化された権利のうち中核的な部分が立法府や行政府によって適切な理由もなく縮減された場合に、それが憲法に違反すると判断される余地は十分にある。したがって、憲法上の要請と無関係に立法府が思うがままに情報公開法を創設し、それを行政府が憲法から自由に運用できるというわけではない」とする見解は、抽象的権利説に立っても、知る権利の保障のための、情報公開法の解釈原理となる。

情報公開法を意見具申した行政改革委員会の「考え方」（情報公開法要綱案の考え方）は、「行政機関が国民に対する関係で説明責任を全うする制度を整備することは、現行憲法の定める統治構造の下において、憲法の基礎である国民主権の理念にのっとった国政の運営を一層実質的なものとするに資するものである〔国民主権原理——引用者注〕。それとともに、このような制度を通じて、行政運営に関する情報が国民一般に公開されることは、国民一人一人がこれを吟味したうえで、適正な意見を形成することを可能とするものであり〔知る権利の保障の民主制原理からの意義——引用者注〕、国民による行政の監視・参加の充実に資することとなる」との情報公開法の目的を明らかにしたうえで¹⁸⁹、このような理論的基礎をふまえて、「開示請求権制度は、何人に対しても、開示を請求する理由や利用の目的を問わず、行政文書の開示を請求することができる権利を定める制度である」との考え方から、「行政機関の長は、適法な開示請求があった場合は、開示請求に係る行政文書に不開示情報が記録されているときを除き、開示請求者に対し、当該行政文書を開示する義務を負うとの原則開示の基本的枠組みを定めることとした」のである（「考え方」3、（2）「開示・不開示の枠組み」）¹⁹⁰。

（3）この「原則開示の基本的枠組み」に従って、本章で述べる情報公開法5条2号から6号までの不開示情報の規定が解釈適用されることとなる。

「原則開示の基本的枠組み」に従って、情報公開法5条各号の不開示情報の規定を

頁）に提出された陳述書において、『知る権利』を具体的権利と認めて構成する余地があると構えた」、「私の信奉する『知る権利』は、憲法というそれ自体『より高き法』からにじみ出た、そして民主主義政治の普遍原則にかない、ジョン・ロールズ流の正義論と整合する『権利』である。『権利』という以上は、・・・救済に関する実定法上の制度が無いという一般論で救済を断念させるべきか。そうではなくて、・・・かえって『法の支配』に弾力的補整機能を付加するものとして肯定されるだろう」と述べている（19頁。沖縄密約情報公開訴訟原告団編『沖縄密約をあばく 記録 | 沖縄密約情報公開訴訟』（日本評論社、2016年）108頁にも収録）。

¹⁸⁹ 総務省編・前掲注1）456頁。

¹⁹⁰ 総務省編・前掲注1）464頁。

解釈するにあたり、同各号の不開示情報に該当することの立証責任は、行政機関側にある。このことは、法の立案段階において、要綱案（情報公開法要綱案）第5において、行政機関の開示義務を法文化することを提案し、「開示請求に係る行政文書に不開示情報が記録されているとき」には開示義務を除外されるゆえに、行政機関において不開示処分の適法性を主張・立証しなければならないという法の構造を採用することとしたことから認められるところである。それゆえ、「考え方」においても、「この決定（情報開示請求拒否決定処分）については、行政手続法第8条の定めるところにより、必要十分な理由の提示をしなければならない」としたうえで（「考え方」5、（5））、情報公開訴訟手続におけるインカメラ審理手続の整備を論じるにあたり、「公開の法廷において、処分の適法性を十分に主張・立証することの困難も予想される」と解説し（「考え方」8、（2）、イ）、行政機関に不開示処分の適法性の主張・立証責任があると考えたことを前提としている。

この議論の前提としては、大阪府水道部食糧費情報公開訴訟において最判平成6年2月8日民集48巻2号255頁が、「本件文書を公開することにより右のようなおそれがあるというためには、上告人の側で、当該懇談会等が企画調整等事務又は交渉等事務に当たり、しかも、それが事業の施行のために必要な事項についての関係者との内密の協議を目的として行われたものであり、かつ、本件文書に記録された情報について、その記録内容自体から、あるいは他の関連情報と照合することにより、懇談会等の相手方等が了知される可能性があることを主張・立証する必要がある」と判示していることが参考にされている。

第2章で述べたとおり、公文書管理法に基づく行政文書の保存管理がなされていることを前提とすれば、行政文書の不存在についての主張立証責任は、沖縄返還密約文書にかかる前掲東京地判平成22年4月9日が判示するとおり、当該存在を否定する行政機関の合理的理由のない限り、行政文書の存在が事実上の推認として認められるものとして、先例拘束性を具備するものと解せられる。

また、情報公開法5条3号の国の安全等に関する情報の不開示情報の解釈にあたっては、裁判における立証責任の問題について、「行政機関の第一次判断が、合理性を有する範囲内のものであるかどうかといった点については、行政機関の方が立証する」との国会での答弁も行われている¹⁹¹。

以下では、第1章において明らかにした情報公開法の解釈論をふまえて、第3章で明らかにした個人情報（情報公開法5条1号）に次いで、さらに定性的なかたまりであるとされる情報公開法5条2号から6号について、憲法政策論的視点をふま

¹⁹¹ 第145回国会参議院総務委員会会議録第3号27頁、1999年3月11日、瀧上行政管理局長の答弁

えつつ、順次「原則開示の基本的枠組み」として解釈することを展望する。

3 情報公開法 5 条 2 号の解釈適用

- (1) 「法人その他の団体に関する情報又は事業を営む個人の当該事業に関する情報」(情報公開法 5 条 2 号) については、情報公開法の制定当時から、「当該法人等又は当該個人の権利、競争上の地位その他正当な利益を害するおそれがあるもの」(同 2 号イ)、「人の生命、健康、生活又は財産を保護するため、公にすることが必要であると認められる情報」の絶対的公開事由(同 2 号ただし書)、及び「行政機関の要請を受けて、公にしないとの条件で任意に提供されたもの」(同 2 号ロ)の 3 要件について、相当程度の議論がなされた。

この結果、同法 5 条 2 号は、現在においても、その議論の射程で解釈適用されているようである。

この点を、立法当時の議論に遡って、検証することとする¹⁹²。

- (2) 情報公開法 5 条 2 号イ「当該法人等又は当該個人の権利、競争上の地位その他正当な利益を害するおそれのあるもの及び同号ただし書「人の生命、健康、生活又は財産を保護するため、公にすることが必要であると認められる情報」については、前掲情報公開法要綱案第 6 (2) イ及びただし書として、立法時に議論された。

要綱案第 6 (2) イ及びただし書は、法人情報の不開示情報を、「法人その他の団体(国及び地方公共団体を除く。以下、「法人等」という。)に関する情報又は事業を営む個人の当該事業に関する情報であって、次に掲げるもの。ただし、当該法人等又は当該個人の事業活動によって生ずる人の生命、身体若しくは健康への危害又は財産若しくは生活の侵害から保護するため、開示することがより必要であると認められるものを除く。イ 開示することにより、当該法人等又は当該個人の競争上の地位、財産権その他正当な利益を害するおそれがあるもの」と規定して提案した。

同 (2) イ及びただし書部分の規定形式は、1982 年 3 月に山形県金山町が、日本で初の金山町公文書公開条例を制定した際に、既に同種の規定形式とされていたものであった。それ以来、1983 年制定の前掲神奈川県公文書公開条例、前掲埼玉県行政情報公開条例、1984 年制定の前掲東京都公文書開示条例、大阪府公文書公開等条例においても同種の規定形式が採用されている¹⁹³。

このうち、要綱案は「競争上の地位、財産権その他正当な利益を害するおそれが

¹⁹² 以下の本 3 項の論説は、主に、三宅・前掲注 50) 178 頁(「情報公開法における法人・個人情報」の取扱い)を、本論執筆にあたり、現時点からふり返り改めて加筆補充するものである。

¹⁹³ 第二東京弁護士会編『新版情報公開ハンドブック』(花伝社、1994 年)165 頁。要綱案における同種の規定形式採用の経過は、秋山幹男「法人等の情報」ジュリ 1107 号「特集・情報公開法要綱案をめぐって」45 頁。

あるもの」との規定を採用した（同案第6（2）イ）。大阪府公文書公開等条例8条1項に類似している。その趣旨は、「情報公開法要綱案の考え方」（「考え方」）によれば、「営業秘密等、開示すると当該法人等の権利利益を害するおそれのあるものがあるが、法人等有する正当な権利利益は、原則として開示することにより害されるべきではない」とされている¹⁹⁴。筆者は、かつて「神奈川県条例5条1項2号の『不利益』についても、その解釈を通じてきわめて重要な権利、知る権利との衡量を行うものであるから、少なくとも『営業秘密』（不正競争防止法1条3項—現行2条4項）として保護に値する利益の侵害を意味するものと解せられることとなろう」と述べた¹⁹⁵。要綱案第6（2）イは、同様の考え方に立つものであると解されるが、その趣旨は、既に情報公開条例についての下級審判例にも現れていた。農薬健康茶の商品名と検査検出量が東京都条例9条3号（企業情報の適用除外事項）に該当するかどうかで争われた健康茶情報公開訴訟において、東京地判平成6年11月15日判時1510号27頁は、9条3号の「競争上又は事業運営上の地位その他社会的な地位が損なわれると認められるもの」との規定について、「その有している競争上等の地位が当該情報の開示によって具体的に侵害されることが客観的に明白な場合を意味するもの」と解し、「その判断は、当該情報の内容・性質を始めとして、法人等の事業内容、当該情報が事業活動等においてどのような意味を有しているか等の諸般の事情を総合して判断すべきものである」と判示した。そして、その傍論の中で、「例えば、当該情報が事業活動上の機密事項や生産技術上の秘密に属する内容であるならば、通常、これが開示されることにより競争上等の地位が具体的に侵害されることが客観的に明白であろう」と述べたところである。

その後も、宮崎県が出資している株式会社の株主総会で株主に配布された貸借対照表及び損益計算書等について宮崎県情報公開条例（宮崎県平成元年条例3号）に基づいて開示請求がなされたが、これに対する非開示決定の取消しを求めた事案については、宮崎地判平成9年1月27日判時1628号12頁と控訴審福岡高判平成9年12月19日判例集未登載が宮崎県条例9条3号について同種の判断を下していた。

そして、要綱案第6（2）イの「競争上の地位…を害する」や、その参考とされた情報公開条例の法人情報の非開示事由は、アメリカ情報自由法の適用除外（b）項（4）後段の、当該情報が「商業上又は金融上のものであり、第三者から取得さ

¹⁹⁴ 行政改革委員会事務局監修『情報公開法制——行政改革委員会の意見』（第一法規、1997年）24頁。

¹⁹⁵ 三宅弘「情報公開制度における企業情報の保護とその限界」企業法学2号（1993年）299頁、三宅「情報公開立法と知る権利（2）」法時66巻（1994年）1号98頁。

れ…秘密に属すること (confidential)」について、判例¹⁹⁶によって確立されたナショナル・パークス基準 (モートン基準) の b、「情報を提供した第三者の競争上の地位に対し実質的被害を生ずるもの」に淵源を有するものであった¹⁹⁷。要綱案第 6 (2) イについての「考え方」における説明は、このような情報自由法及び情報公開条例の解釈運用に根拠付けられたものであるといえよう。

また、要綱案第 6 (2) イの「正当な利益」は、「営業秘密」(現行不正競争防止法 2 条 6 項) が事業活動に有用な技術上又は営業上の情報にかぎり営業秘密となるよう、有用性を要件としたと解されていることと同様に¹⁹⁸、「正当でない」利益は不開示とはしないこととして解釈されることとなるであろうと解した。

既に大阪府水道部の食糧費の公開を認めた前掲最判平成 6 年 2 月 8 日は、前掲大阪府公文書公開等条例 8 条 1 号の解釈適用にあたり、「本件文書には飲食店を営業者の営業上の秘密、ノウハウなど同業者との対抗関係上特に秘匿を要する情報が記録されているわけではなく、また府水道部による利用の事実が公開されたとしても、特に右業者の社会的評価が低下するなどの不利益を被るとは認め難い」と判示していた。また、帝京大学理工学部施設整備費補助金の交付申請に際しての前年度収支計算書のうち資金収支計算書及び消費収支計算書における各決算欄の大科目部分並びに貸借対照表における昭和 63 年度末欄、同 62 年度末欄及び増減欄の各大科目部分については、最判平成 13 年 11 月 27 日判時 1771 号 67 頁は、「上告人の競争上の地位を害するような上告人独自の経営上のノウハウ等を看取することは困難であり本件情報の内容は、客観的にみて、上告人の学校運営等を阻害したり、その信用又は社会的評価を害するものということとはできない」と判示し¹⁹⁹、筆者がかつて提案したとおり、「少なくとも『営業秘密』(不正競争防止法 1 条 4 項 — 現行 2 条 6 項) として保護に値する利益の侵害を意味するものと解せられる」という判断基準が定着していくかに見えた。

しかし、省エネ数値情報公開請求事件最判平成 23 年 10 月 14 日裁判集民 238 号 57 頁 (原審名古屋高判平成 19 年 11 月 15 日最高裁 HP、原原審名古屋地

¹⁹⁶ National Parks and Conservation Association V. Morton, 498 F.2d 765 (D.C.Cir. 1974).

¹⁹⁷ 三宅・前掲注 195) 企業法学論文 303 頁、同・前掲注 195) 法時論文 99 頁。

¹⁹⁸ 三宅・前掲注 195) 企業法学論文 307 頁。

¹⁹⁹ 杉原弘修「判批」ジュリ 1224 号 (2002 年) 44 頁。市川須美子「判批」法教 262 号 (2002 年) 148 頁は、私立大学団体連合会の指針について、「すでに私立大学の経理公開についての最低条件と化している」という。藤原静雄「判批」法資 243 号 (2002 年) 77 頁は、「この法人の性格、説明責任を踏まえたアプローチの同種の事案に対する影響は少なくないと思われる」と評する。西鳥羽和明「判批」民商 126 巻 4～5 号 (2002 年) 276 頁は、「判決が重視したのは、私立大学の公共性とそれに基づく透明性の要請である」と述べている (279 頁)。

判平成18年10月5日判タ1266号207頁)は、エネルギーの使用の合理化に関する法律(平成17年法律第93号による改正前のもの)11条の規定により製造業の事業者が経済産業局長に提出した定期報告書に記載された工場単位の種類燃料等及び電気の使用料等の各数値を示す情報について、「競業者にとって本件各事業者の工場単位のエネルギーに係るコストや技術水準等に関する各種の分析及びこれに基づく設備や技術の改善計画等に資する有益な情報であり、また、需要者や供給者にとっても本件各事業者との製品や燃料等の価格交渉等において有意な事項に関する客観的な裏付けのある交渉の材料等となる有益な情報である」ということができ、本件数値情報が開示された場合には、これが開示されない場合と比べて、これらの者は事業上の競争や価格交渉等においてより有利な地位に立つことができる反面、本件各事業者はより不利な条件の下での事業上の競争や価格交渉等を強いられ、このような不利な状況に置かれることによって本件各事業者の競争上の地位その他正当な利益が害される蓋然性が客観的に認められるものというべきである」とし、「本件数値情報は、これが公にされることにより本件各事業者の競争上の地位その他正当な利益を害するおそれがあるものとして、情報公開法5条2号イ所定の不開示情報に当たるといえるべきである」と判示した²⁰⁰。同種の情報公開訴訟として、東京地判平成19年9月28日最高裁HP、東京高判平成21年9月30日最高裁HP、大阪地判平成19年1月30日最高裁HP、前掲名古屋地判平成18年10月5日、前掲名古屋高判平成19年11月15日がある。これらは、いずれも本件数値情報は、情報公開法5条2号イの利益侵害情報に当たらないとして原告の請求を認容すべきものとした。これに対し、上記大阪地裁判決の控訴審である大阪高判平成19年10月19日最高裁HP、は、上記大阪地裁判決を取り消し、本件数値情報は、情報公開法5条2号イの利益侵害情報に当たり、同号ただし書の公益的開示情報には当たらないとして、原告の不開示処分の取消請求を棄却し、当該情報の記載部分の開示決定の義務付け訴訟にかかる訴えを却下すべきものとした。上記東京高判平成21年9月30日及び名古屋高判平成19年11月15日については被告から上告及び上告受理申立てがなされ、上記大阪高判平成19年1

²⁰⁰ 藤原淳一郎「判批」自治89巻11号(2013年)128頁は、本件を事例判決と解すべきとし、先例拘束性に疑問を呈する。佐伯彰洋「判批」同法64巻7号2335頁は、「本件数値情報の開示・不開示の判断に際しては、個々の事業所ごとの個別的検討は必要であったのではないかと思われる」、そうでなければ「今後の同種の環境情報の公開を後退させることになりかねないといえよう」と述べる。この他、友岡史仁「判批」判評652号(2013年)164頁、佐伯彰洋「判批」民商146巻3号(2012年)327頁、上拂耕生「判批」季情個45号(2012年)35頁も、「本判決には多くの疑義が指摘されており、法5条2号イに関連する一般的な判断基準を提示し得たかには疑問であることから、さしあたり本件事案の特殊性を踏まえた事例判断とせざるを得ないだろう」と評している(38頁)。

0月19日については原告から上告及び上告受理申立てがなされ、これらの訴訟が最高裁第2小法廷に継続することとなり、最判平成23年10月14日が判示され、同日付で上記東京高判平成21年9月30日及び名古屋高判平成19年11月15日についても、同様の判断がなされた。

本件は、上記エネルギー使用の合理化に関する法律（以下「省エネ法」）11条に基づく定期報告書記載の省エネと主張する情報の数値情報の開示不開示の判断が分かれた事例であり、正に情報提供した製鉄会社において営業秘密の開示不開示が問われるという限界事例であり、情報公開法5条2号に基づく開示の限界事例と解することができる。知る権利の保障という観点からは、省エネ法11条の定期報告書等について公表するかどうかまで立法の段階で検討し、公表義務を法律上規定しない限り、営業秘密やそれに準ずるノウハウ等の開示ということについて、最高裁判所としては相当程度否定的な判断になるのではないかと解せられる。ここに情報公開法5条2号の解釈についての、知る権利の保障という観点からの現行情報公開法制の限界が認められる。

加えて、名古屋高判平成19年11月15日に対する上記最判平成23年10月14日は、なお書きで、「前記事実関係等によれば、本件数値情報は、その内容、性質に鑑み、人の生命、健康、生活又は財産を保護するために公にすることが必要であるとは認められず、情報公開法5条2号ただし書所定の開示すべき情報に当たるものではないことは明らかである」と判示しているが、同ただし書「人の生命、健康、生活又は財産を保護するため、公にすることが必要と認められる情報」については、上記最判の判旨よりも広く、開示に向けての判断を行う余地がある。

情報公開法5条2号ただし書については、情報公開審査会答申平成16年2月20日平成15年度（行情）第617号事件において、特定会社が特定製剤の納入に関して提出した文書の一部開示決定をなすにあたり、適用された。

同答申は、法5条2号ただし書は、同号イ又はロに該当する場合であっても、人の生命、健康等を保護するため、公にすることが必要と認められる情報は開示しなければならないとしており、これは、当該情報を公にすることにより保護される人の生命、健康等の利益と、これを公にしないことによる法人等の利益の保護を比較衡量し、前者の利益が後者のそれを上回るときにこれを開示する趣旨である」ことを規範化し、「平成13年呼びかけを実施しているからと言って、医療機関の名称等を開示する必要性がないとは言えない。〔原文改行〕むしろ当時肝炎発症のおそれが十分認識されず、広く使用されていたと考えられるものであることから、当該医療機関において特定製剤を投与された患者が他に存在する可能性がある」と推認されること」などから、「人の生命、健康等に対する被害等が発生することを防止するための必要性は極めて大きい」と答申し、法5条2号ただし書を適用し、公益

上の義務的開示を認めた²⁰¹。

前掲「情報公開法を求める市民運動」（第1章Ⅱ、1）等が求めた義務的開示規定の初めての適用事例として意義深いものがある。もっとも、この答申は「人の生命、健康等を保護するため、公にすることが必要」との文言を一般人を対象とし、個別の特定人の必要性とは解さない傾向がみられる²⁰²。知る権利の保障の観点からは、法5条2号ただし書を特定人の必要性と解する解釈ができるかを課題としている。

（3）要綱案第6（2）ロは、法人情報のうちで、「行政機関からの要請を受けて、公にしないとの約束の下に、任意に提供されたもので、法人等又は個人における常例として公にしないこととされているものその他の当該約束の締結が状況に照らし合理的であると認められるもの」を非開示とするための規定である。

その趣旨は、いわゆる任意提供情報について、「このような情報が、行政機関の要請に応じて任意に提供され、行政機関がこれを保有することになった場合に、行政機関が保有していることのみを理由として、当然に何人に対しても開示されるとするのは合理的でない。…また、行政機関の要請を受け、非公開とする約束の下に初めて提供することを決めた当該情報の提供者における非公開取扱いに対する期待と信頼は、保護に値するものである」と述べられている（「考え方」4、（3）イ）

²⁰³。

1994年当時には、「公にしないとの約束」を保護する規定は、情報公開条例においては、都道府県レベルでは、香川県公文書公開条例（香川県昭和61年条例30号）6条7号が「公開しないことを条件として任意に個人又は法人等から県の機関に提供された情報」を一律に非開示事由としていた。その他、大阪府等13府県では、非公開条件付任意提供情報を公開することによって「法人等の協力を得ることが著しく困難になると認められるもの」という実質的要件を付与したものであった²⁰⁴。

他方、これまで政府が情報提供の基準としてきた行政情報公開基準（平成3年12月11日情報公開問題に関する連絡会議申合せ）においては、法人情報について、非公開約束付の任意提供であることを理由に非公開とすることは考えられてはい

²⁰¹ 宇賀・前掲注28）98頁。ただし、その直後の情報公開審査会答申平成16年12月16日平成16年度448～477号は、「特定会社報告書資料「特定製剤使用症例調査を再度徹底のこと」の一部開示決定に関する件（第三者不服申立て）については、法5条2号ただし書の適用を認めなかった。この答申についての評釈として、上拂耕生・季情個17号（2005年）31頁。

²⁰² 宇賀克也『情報公開・個人情報保護——最新重要裁判例・審査会答申の紹介と分析（有斐閣、2013年）429頁。

²⁰³ 行政改革委員会事務局監・前掲注194）25頁。

²⁰⁴ 第二東京弁護士会編『情報公開ハンドブック』（花伝社、1988年）213、176頁など。

なかった²⁰⁵。

要綱案は、情報公開条例や行政情報公開基準の制定の状況において、法人情報について非公開約束の「期待と信頼」を保護する規定を提案している。しかも、「常例として公にしないこととされているものその他の当該約束の締結が状況に照らし合理的であると認められるもの」という、いわば非公開の約束の合理性の要件を付加している。このような限定は、行政機関の情報収集を困難にするという政府の側の事情を要件とするものではない点において、日本では、要綱案が初めてのものであった。

要綱案が法人情報について非公開約束の「期待と信頼」を保護する規定を提案したのは、情報自由法におけるクリティカル・マス対原子力規制委員会事件（コロンビア地区控訴裁判所判決）を参考にしたと解されている。すなわち、「情報提供者が、慣行として（customarily）公衆に非開示にしてきた情報を任意に（voluntarily）提供していた場合、当該情報は開示されない」という判断、いわゆるクリティカル・マス基準を参考に、国際協調主義の観点から要綱案第6（2）ロを採用した²⁰⁶。

クリティカル・マス事件は、1984年、消費者運動家ラルフ・ネーダーの関係する、原子力問題を扱う公益団体（Critical Mass Energy Project、以下、「CMEP」）が、原子力規制委員会（NRC）に対して、原子力工業団体の任意提出した情報の開示を求めたことに始まる。当該情報は、同工業団体の同意なしには他者に開示しないという条件付きでNRCに提出されていた。ただし、NRCは法令上、同工業団体のメンバーである各プラントから情報を入手する権限を有していた²⁰⁷。

1986年には、コロンビア地区連邦地方裁判所が当該情報はナショナル・パックス基準に該当するとして、非開示の判断をした²⁰⁸。これを不服としてCMEP側が控訴したところ、1987年、同高等裁判所は原判決を取消し地裁に差戻した²⁰⁹。同高裁によると、①原子力工業団体による報告書の任意提出の中止によって、NR

²⁰⁵ 総務庁行政管理局監修『解説行政情報公開基準』（第一法規、1992年）4、51頁。

²⁰⁶ 第136回国会衆議院内閣委員会議事録第7号9頁（塩野宏参考人の発言）、13、14頁（堀部政男参考人の発言）、奥平康弘＝塩野宏対談「情報公開法制定に向けて」法時69巻1号（1997年）17頁。

²⁰⁷ 42 U.S.C. § 2201(c)によると、NRCが必要と認めるときは、同工業団体を構成する各プラントに報告書の作成を義務付けたり、聴聞の機会をもつ権限を有すると規定している。また、10 C.F.R. § 50.73によると、原子力プラントの許可を受けたものは、事故判明後30日以内に、NRCへ報告書を提出しなければならないとしている。以下、事件の概要については、三宅弘＝天野淑子「知る権利と法人情報保護との調整」自正1997年1月号126頁。

²⁰⁸ 644 F. Supp. 344 (D.C.C. 1986).

²⁰⁹ 830 F.2d 278 (D.C. Cir. 1987).

Cはこれらの情報を今後入手できなくなるのか、②入手方法が変わることによって、情報の質が損なわれるかの2点をNRCは証明すべきであるとした。

1990年、同地裁は、たとえNRCが情報の提出を義務づける権限を有していても、当該情報の開示は情報の質に影響を与え、NRCの効率的で有効な運営に影響するとして、非開示を命じた²¹⁰。これを不服として、CMEP側が控訴したが、1991年の同高裁では、破棄差戻となった²¹¹。ここで、被控訴人であるNRC及び同工業団体からの申立により、全員法廷での審理が行われることになった。コロンビア地区控訴裁判所の11名の裁判官による全員法廷でこの審理がなされた。7名が多数意見（うち3名が補足意見）、残り4名が反対意見であった²¹²。

多数意見は、提出を義務づけられている情報と任意提出情報とを区別して、前者には従来のナショナル・パークス基準を適用するが、後者の任意提出情報については、慣行上公衆に開示してこなかったことを情報提供者が証明した場合には、適用除外となり、情報は開示されないと判示した。この判示部分がクリティカル・マス基準と呼ばれるものである。ただし、裁判所は、提出を義務づけられる場合とは何かについて明確にしていなかったし、また、「任意提出」及び「慣行上」についても明確にしていなかった。

この判決に対し、CMEP側は、合衆国最高裁判所に上告した。この連邦最高裁では、裁量上訴を認めないで、不受理とし、この結果、クリティカル・マス事件としては判決が確定した。これによって、差戻後のコロンビア地区控訴裁判所判決の示したクリティカル・マス基準が先例としてその後の判決にも援用される傾向にあった。

司法省は、当時、判決が示したクリティカル・マス基準を前提として、情報自由法の適用除外（b）項（4）の confidential を解釈するよう指導していた。すなわち、提出を義務づけられている情報には、ナショナル・パークス基準を適用して「（a）将来における必要な情報を入手する政府の能力に損害を与えるもの、又は（b）情報を提供した第三者の競争上の地位に対し実質的被害を生ずるもの」か否かを confidential の解釈基準とする。任意提出情報は、情報提供者が慣行として（customarily）公衆に非開示にしてきた情報であることが証明されれば、confidential に該当するものとして取扱うということであった²¹³。クリティカル・マス事件では、NRCは、法令上、原子力工業団体のメンバーである各プラントから情報

²¹⁰ 731 F. Supp. 554 (D. C. C. 1990).

²¹¹ 931 F. 2d 939 (D. C. Cir. 1991).

²¹² 975 F. 2d 871 (D. C. Cir. 1992), cert. denied, 113 S. Ct. 1579 (1993).

²¹³ U.S. Department of Justice, FOIA UPDATE Spring 1993 at 3, 7. 行政改革委員会事務局監・前掲注194）214頁。

を入手する権限を有していたが、一般的にそうした権限が行使されないで、慣行として公衆に非開示にされてきた情報が任意提出された場合に、クリティカル・マス基準が適用されることになるのであった。

しかし、日本の情報公開法制定当時は、必ずしも、クリティカル・マス基準の適用が判例上確立されたわけではなかった。行政改革委員会行政情報公開部会の塩野宏部会長代理が「アメリカでもいろいろ議論があるけれども、クリティカル・マスとモートン（ナショナル・パークス）の基準のあいだを揺れ動いている感じです」と指摘するところであった²¹⁴。

たしかに、差戻後のコロンビア地区控訴審裁判所判決の反対意見は、ナショナル・パークス基準はそもそも任意提出情報と提出を義務づけられている情報の両者に適用するために綿密に考えられたものであったとして、先例としてのナショナル・パークス基準を支持していた。そして、同判決の多数意見では、任意に政府に提出された商業上及び財政上の情報に関するあらゆる事例から、ナショナル・パークス基準の適用を排除することになる、と批判していた。また、クリティカル・マス基準は、ナショナル・パークス判決でいう「客観性」とは異なるものであり、情報提供者が慣行上公衆に開示してこなかったという慣習の妥当性とか、この慣習が適用除外（b）項（4）の目的及び情報自由法の目的に一致するものであるかについて、もはや独立の司法審査が及ばないのである、と指摘した。慣習といえるだけの期間、公衆から情報を秘匿しておけば、それだけで秘密に属する情報とみなすことを許すという点で、この新たな基準は、かなり「主観的」である、と述べていた²¹⁵。

1996年にとりまとめられた要綱案が、「クリティカル・マス基準とナショナル・パークス基準の間の揺れ」を認めただけで、「常例として公にしないこととされているものその他の当該約束の締結が状況に照らし合理的であると認められるもの」（同案第6（2）ロ）との要件を付加した点は、クリティカル・マス基準をそのまま採用しなかったという意味で、日本の情報公開法の制定当時には一応評価した。この点を、「考え方」は、「このような要件があらかじめ法律上定まっていれば、法人等はそれを前提として任意に情報を提供するかどうかを判断することとなるとともに、行政機関としても、情報の提供を受ける際には慎重な配慮をすることが必要となるので、法人等の自主性が害されることも、非公開の約束が濫用される

²¹⁴ 奥平＝塩野対談・前掲注206）17頁。LITIGATION UNDER THE FEDERAL OPEN GOVERNMENT LAWS(1995)at 85 もコロンビア地区以外の連邦裁判所の今後の動向を注視する必要があると指摘していた。

²¹⁵ 当時の経過について本畝（天野）淑子＝村上武則「アメリカの情報自由法と企業情報——『秘密に属する商業上の情報』を中心として」広法17巻2号（1993年）271頁。

こともないと考える」と述べていた（「考え方」4、（3）イ）²¹⁶。

要綱案作成段階の中間報告では、法人情報について「公にしないとの約束の下に任意に提供され、現に公にされていないもの」を不開示とする規定を立案していた²¹⁷。しかし、最終報告では、案文は、明らかに変更されたのである。この段階から、アメリカ情報自由法を離れて、情報公開法5条2号ロの独自の展開となるのであった。ただし、要件の付加によって、濫用の危険のすべてが解消されたわけではなかった。

たとえば、1996年当時、情報自由法の適用除外（b）項（4）の解釈をめぐることは、行政機関が企業に文書の提出を命じたところ、両者間で交渉の結果、当該文書が作成されたという事例で、裁判所がこれを任意提供であるとして、クリティカル・マス基準を採用した判例も出ていた²¹⁸。要綱案は、情報自由法の適用除外（b）項（4）とは条文が異なるから、直ちにこの判例が参考となるものではない。しかし、日本においても当該情報の提供を義務付ける法令上の権限がある場合にも、その権限を行使しないで、あえて「常例として公にしないこととされている」として取扱い、「公にしないとの約束の下に、任意に提供された」形をとって情報提供がなされた場合にも、これを「任意」ということができるのか、解釈の余地があったからである。法令上の権限がある場合には、その権限が行使されて情報収集がなされるのが原則であろう。とすれば、このような場合を、任意提供の濫用ととらえ、適用の範囲をより明確にすることが考えられてよいと当時は考えた。「行政機関からの要請を受けて」の要件には行政機関が法令上の権限によって情報の提供を義務づけることができる場合を除外する解釈がより明確にとれるよう、「行政機関からの要請（当該情報の提供を義務づける法令上の権限がある場合を除く）」という要件の絞りが必要ではないか。また、「常例として公にしないこととされているもの」との要件と合理性の基準を独立した要件とし、かつ開示請求時点において合理性を判断することをより一層明確にするために、「任意に提供され、・・・常例として公にしないこととされているものであって、開示請求時において当該約束の締結が状況に照らし合理的であると認められるもの」という絞りも必要ではないか。情報公開法制定当時は、そのような提案もなされた。

日本では、行政手続法自体が行政指導を認め（同法2条6号、32条以下）、アメ

²¹⁶ 行政改革委員会事務局監・前掲注194）25頁。

²¹⁷ 行政改革委員会事務局監修『情報公開法要綱案（中間報告）』（第一法規、1996年）6頁。

²¹⁸ McDonnell Douglas v. EEOC. 992 F. Supp. 235 (E.D. Mo. 1996). その他、クリティカル・マス判決以後の最近の判例の状況について、天野淑子「情報公開法要綱案における任意提供情報の問題点——クリティカル・マス基準を中心として」奈良産9巻3・4号（1996年）85、101頁。

リカと比較しても、法的権限によらず、行政指導として法人情報の任意提出を求める事例が極めて多いものと解せられた²¹⁹。

また、そもそも、日本の情報公開条例では、非公開特約付法人情報を一律にすべて非開示とする規定がほとんど採用されず、また採用されなかったために法人情報が当該法人の意図に反して開示されてしまうというような弊害も1996年の要綱案の公表の頃には聞かれていなかった。「提供者における非公開取扱いに対する期待と信頼」は、単に主観的事情としてよりも、より客観的な利益として、むしろ保護法益が広い「利益」等の非開示事由の規定と意見聴取手続によって十分に保護されるし、実際に情報公開条例の運用でも保護されてきたと考えられた。

そもそも、「利益」という条文が、民法709条の「権利の侵害」についての、いわゆる違法性論に引きずられ、無原則な利益衡量を強いられかねない危険を内包している。非開示事由における「利益」の概念は、違法性論に対する批判と同様に、当該「利益」の保護のための利益衡量を不明確にする危険があることについては、既に指摘したところであった²²⁰。要綱案第6（2）イでは「正当な利益」が保護法益とされており、保護範囲は極めて広い。そうだとすると、同口は、「正当な利益」とはいえない、「不当」な「期待と信頼」を非公開扱いすることとして使用されることにすぎないのではないかと、同口の立法化にあたり批判した。

塩野宏行政情報公開部会部会長代理は、「ある工場に設置された機械のレイアウトなどが含まれている文書を行政庁が保有しているとします。その場合、実は機械のレイアウト自体がノウハウとまではいえないけれども、ある人が見ればかなりのことがわかるものもあるのではないのでしょうか」という例を出して、非公開約束付の任意提出によるならばこうした情報も非公開となる旨を解説していた²²¹。しかし、訴訟実務の感覚からみれば、これは「機械のレイアウト」自体がノウハウとして正に「正当な利益」によって保護されてしまう事例である。建築設計事務所の設計に係る新築マンションの建築確認申請書添付図面の閲覧拒否処分についての、前掲横浜地判平成6年5月23日が平面図、立面図及び断面図の中の記載内容から極めて安易に「ノウハウ」「創意工夫」を認定した例が想起されたのであった²²²。

むしろ、企業の犯した不祥事で届出義務のないものについて、「正当な利益」とはいえないものを、いわば「落ち穂拾い」的に²²³、あえて非開示とするためだけに適用されることになるのではないだろうかとも当時は予測した。

²¹⁹ 天野・前掲注218）90頁。

²²⁰ 三宅・前掲注195）企業法学論文305頁、同・前掲注195）法時論文99頁。

²²¹ 奥平＝塩野対談・前掲注206）17頁。

²²² 三宅・前掲注195）企業法学論文305頁、三宅・前掲注195）法時論文100頁。

²²³ 奥平＝塩野対談・前掲注206）17頁。

情報公開法の見直しにあたり、情報自由法におけるクリティカル・マス基準の射程の動向と情報公開条例の運用実例をふまえて、さらに議論が尽くされるべきところであろうということが情報公開法制定時の理論状況であった²²⁴。

- (4) 情報公開法の制定後、前掲情報公開法の制度運営に関する検討会においては、「不開示情報としての任意提供情報に当たるか否かの判断要素として、公にしないことの慣行の有無等の客観的要件が適切に用いられることとなるよう留意する必要がある」とされた²²⁵。さらに、前掲情報公開改正法案（2011年4月22日国会提出）においては、情報公開法5条2号ロは、同条2号イと同6号（行政運営情報）の解釈適用によって判断することで足りるとされて、削除することが提案された²²⁶。情報公開法改正が現実のものとなると、情報公開法5条2号ロも削除すべきか否かが、再度議論されることとなろう。

4 情報公開法5条3号及び4号の解釈適用

- (1) 情報公開法5条3号（国の安全等に関する情報）及び4号（公共の安全等に関する情報）の立法経過はいかなるものであり、その結果、同3号及び4号は、どのように解釈されるべきものとして規定されることとなったのか。特に、同3号及び4号に該当する行政機関の長の判断は、社会通念上合理的なものとして許容される限度を超えない限り、裁量権の範囲の逸脱またはその濫用があるとは認められず、また、同号該当性に関する主張立証は原告が負うこととなるのか、知る権利の保障の観点から論点となっている。

同3号及び4号は、立法過程においては、「国の安全等に関する情報及び公共の安全等に関する叙情」として同列に論じられてきた。

① 国の安全等に関する情報の不開示情報規定は、

[中間報告第6③]（1996年4月24日に行政改革委員会行政情報公開部会で取りまとめられた情報公開法要綱案（中間報告）、以下「中間報告」）²²⁷

開示することにより、国の安全が害されるおそれ、他国若しくは国際機関との信頼関係が損なわれるおそれ、通貨の安定が損なわれるおそれ又は他国若しくは国際機関との交渉上不利益を被るおそれがあると認められる相当の理由がある情報。

* 「国の安全」とは、国家社会の基本的な秩序が平穩に維持されている状態をい

²²⁴ 1997年6月に公表された民主党案は、非公開特約付任意提供に要件を付加した限定的な条文を提案している（同案4条2項）。また、新進黨案は、同年同月に、非公開特約付任意提供の規定を削除した規定を公表していた（同案5条2項）。

²²⁵ 総務省・前掲注51）12頁。

²²⁶ 三宅・前掲注52）251、267頁。

²²⁷ 行政改革委員会事務局監・前掲注217）6頁。

う。

[要綱案第6③](1996年12月16日に行政改革委員会から内閣総理大臣に提出された「情報公開法制の確立に関する意見」中の「Ⅱ情報公開法要綱案」、以下「要綱案」)

開示することにより、国の安全が害されるおそれ、他国若しくは国際機関との信頼関係が損なわれるおそれ又は他国若しくは国際機関との交渉上不利益を被るおそれがあると認められるに足りる相当の理由がある情報。

として提案された²²⁸。

これらの提案を受けて、情報公開法5条3号は、

「公にすることにより、国の安全が害されるおそれ、他国若しくは国際機関との信頼関係が損なわれるおそれ又は他国若しくは国際機関との交渉上不利益を被るおそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」

として規定された。

- ② 5条3号によって保護される利益は、「我が国の安全、他国等との信頼関係及び我が国の国際交渉上の利益を確保すること」である(「考え方」4、(4)ア)。

中間報告第6③にあった「通貨の安定が損なわれるおそれ」は要綱案において削除された。「国の安全」については、「国家の構成要素である国土、国民及び統治体制が平和な状態に保たれていること、すなわち、国家社会の基本的な秩序が平穩に維持されていることをいう」と説明されている(「考え方」4、(4)ア)。

「おそれがあると認めることにつき相当の理由がある情報」は、中間報告第6③、要綱案第6(3)のいずれとも異なるものである。情報の「性質上、開示・不開示の判断に高度の政策的判断を伴うこと、対外関係上の…専門的・技術的判断を要することなどの特殊性が認められる」ので、「司法審査の場合においては、裁判所は、第3…に規定する情報に該当するかどうかについての行政機関の長の第一次的な判断を尊重し、その判断が合理性をもつ判断として許容される限度内のものであるかどうかを審理・判断することとするのが適当である」との趣旨から規定されたものである(「考え方」4、(4)ア)。要綱案の「趣旨を法律上明確に表現するために『行政機関の長が』との規定を挿入したもので…要綱案の内容を何ら変更するものではない」と説明されている²²⁹。

「その判断が合理性をもつ判断として許容される限度内のものであるかどうかの審理・判断」については、最判昭和48年9月14日民集27巻8号92頁の「地方公務員法第28条に基づく分限処分は、任命権者の純然たる自由裁量に委ねられているものではなく、分限制度の目的と関係のない目的や動機に基づいて

²²⁸ 行政改革委員会事務局監・前掲注194)7頁。

²²⁹ 第142回衆議院内閣委員会会議録9号10頁。

された場合、考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事情を考慮して処分理由の有無が判断された場合、あるいは、その判断が合理性をもつものとして許容される限度を超えた場合には、裁量権の行使を誤ったものとして違法となる」との判断基準が参考にされたと説明されている²³⁰。

外国での取扱い例については、「アメリカでは、大統領命令による秘密指定が正当になされたものの不開示、国際テロリズムに関するものなどを適用除外としていくところがございます。オーストラリアやニュージーランドでは、不開示文書である旨の主管大臣の判断が最終的なものとなる大臣認定書制度を設けているところがございます。カナダにおきましては、法律により明文で、司法審査は行政機関の長の不開示決定に合理的な理由が存在するかどうかといったことに限定をしている」²³¹。これらを参考に、他の不開示情報とは異なる取扱いを求めたものと説明された。もっとも、「裁判所の司法審査を一切排除する趣旨ではございませんで、訴訟が提起されれば、裁判所は、行政機関の長の判断に合理性を持つ判断として許容される限度内のものであるかを審査するということになりますので、行政機関の恣意的な運用を許容するものではない」とも説明されている²³²。

「おそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」が抽象的一般的な要件としてゆるやかに適用されて、裁判所において、「行政機関の長の一次的な判断」を覆すような司法審査がしにくくなるようなことがあれば、それは問題である。

これまで、沖縄密約事件の前掲最決昭和53年5月31日（第1章I、3）等により、「国家公務員法109条12号、100条1項にいう秘密とは、「非公知の事実であって、実質的にもそれを秘密として保護するに値すると認められるものをいい、その判定は司法判断に属する」とされてきたところであるが、対潜水艦作戦センター（ASWOC）の建築計画通知書と添付図面の情報公開処分の取消しを争点とした那覇地判平成7年3月28日判時1547号22頁は、この最高裁決定等をふまえて未公開図書の情報は地方公務員法34条、自衛隊法59条

²³⁰ 情報公開法研究会『情報公開制度のポイント』（1997年、ぎょうせい）71頁。

²³¹ 第142回国会衆議院内閣委員会会議録8号3頁。なお、岡本篤尚『国家秘密と情報公開——アメリカ情報自由法と国家秘密特権の法理』（法律文化社、1998年）が情報公開法制定当時のアメリカ連邦政府における防衛外交情報の取扱いを紹介する。その後の運用状況については、永野秀雄「国家安全保障及び公共の安全にかかわる情報と情報公開——米国法（情報自由法）の分析とわが国への示唆」法政大学人間環境論集13巻1号（2013年）1頁。これに対する、アメリカ情報自由法に基づく情報公開の実例として、ローレンス・レペタ・前掲注21）。オーストラリアの大臣認定書制度については、角替晃「オーストラリア情報自由法概観」赤間祐介ほか『緑陰に学ぶ 角替晃先生追悼論集』（東京学芸大学出版会、2016年）191頁。

²³² 第142回国会衆議院内閣委員会会議録11号5頁。

にいう「秘密」として保護するに値しないと判断したものである²³³。

しかし、その訴訟においても、政府側証人はいずれも抗たん性に係る情報の重要性を一般論として抽象的に主張するのみで、非公開図書に記載された内容に則しての重要性を何ら説明しないし、また政府側提出の書証も右反証として十分ではなかったのである²³⁴。情報公開法に基づく不開示処分取消訴訟においても、そのような一般的抽象的な立証にとどまることによって、「おそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」と認定されるようなことがあつては、沖縄密約事件最高裁決定等において確立しているところの、実質秘性の判定は司法判断に属する旨の判例法理を後退させることにはならないか。情報の性質上（「考え方」4（4）イ）個別具体的なおそれがあると行政機関の長が認めることにつき、司法判断として相当の理由がある情報といえるかが判断されるべきであり、検討されるべき課題である。国民主権の理念にのっとり知る権利を保障するという憲法政策的観点からは、個別具体的司法判断がなされず一般的抽象的認定にとどまることがあつてはならない、と考えられた。

情報公開法5条4号（公共の安全等に関する情報）の不開示情報の解釈もまた、上記5条3号（国の安全等に関する情報）の不開示情報の解釈と同様、個別具体的司法判断がなされなければならないものであつて、一般的抽象的認定にとどまることがあつてはならない、と考えられた。

- （2）情報公開法5条4号（公共の安全等に関する情報）の不開示情報規定の立法過程として、公共の安全等に関する情報の不開示規定は、上記（1）のとおり、情報公開法5条3号と同4号が、「国の安全等に関する情報及び公共の安全等に関する情報」として同列に論じられて提案されたことをふまえて、

〔中間報告第6④〕

開示することにより、犯罪の予防・捜査、公訴の維持、刑の執行、警備その他公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると認められる相当の理由がある情報。

〔要綱案第6④〕

開示することにより、犯罪の予防・捜査、公訴の維持、刑の執行、警備その他公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると認めるに足る相当の理由がある情報。

として提案された。

これらの提案を受けて、情報公開法5条4号は、

²³³ 三宅弘『情報公開ガイドブック』（1995年、花伝社）151頁。同「情報公開法の見直しと残された課題」獨協ロー・ジャーナル2号（2007年）1、29頁。

²³⁴ 三宅・前掲注233）『情報公開ガイドブック』159頁。

「公にすることにより、犯罪の予防、鎮圧又は捜査、公訴の維持、刑の執行その他公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」
として規定された。

5条4号によって保護される利益について、「考え方」は、「公共の安全と秩序を維持することは、国民全体の基本的な利益を擁護するため政府に課された重要な責務であり、情報公開法制においても、これらの利益は十分に保護する必要がある」とするも、「本号は、犯罪の予防・捜査等に代表される刑事法の執行を中心としたものに限定する趣旨である」と説明し、具体的に「風俗営業等の許認可、伝染病予防、食品・環境・薬事等の衛生監視、建築規制、災害警備等のいわゆる行政警察に関する情報は、第4号の対象ではな」いものと例示している（「考え方」4、（4）ア）。

「個人テロ等の不法な侵害行為からの人の生命、身体等の保護に関する情報は第4号の対象である」と例示しているが（「考え方」4、（4）ア）、「その性質上、開示・不開示の判断に高度の政策的判断を伴うこと、・・・又は犯罪等に関する将来予測としての専門的・技術的判断を要することなどの特殊性」にかんがみ、「おそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」を要件としたと説明している（「考え方」4、（4）イ）。

本号を刑事法の執行を中心としたものに限定するとしても、一般的抽象的主張・立証にとどまることによって、「おそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」と認定されるようなことがあつては、「原則開示の基本的枠組み」（「考え方」3、（2））とはいえない。防衛・外交情報と同様、情報の性質上（「考え方」4、（4）イ）個別具体的なおそれがあると行政機関の長が認めることにつき、司法判断として相当の理由がある情報といえるかが判断されるべきであり、検討されるべき課題である。

また、防衛・外交情報と同様に、国民主権の理念にのっとり知る権利を保障するという憲法政策的な観点からは、個別具体的な司法判断がなされず、一般的抽象的な認定にとどまることがあつてはならない。

- （3）「原則開示の基本的枠組み」を前提とすると、被告行政機関側に主張立証責任があるものとして、「おそれがあると認めることにつき相当の理由がある情報」が判断されるべきこととなる。

「本要綱案では、行政機関の長は、適法な開示請求があつた場合は、開示請求に係る行政文書に不開示情報が記録されているときを除き、開示請求者に対し、当該行政文書を開示する義務を負う（第五第一項）との原則開示の基本的枠組みを定めることとした」（「考え方」3、（2））。

これは、大阪府水道部懇談会費訴訟前掲最判平成6年2月8日が、「上告人〔行政機関である大阪府水道企業管理者 ― 引用者注〕において、右に示した各点についての判断を可能とする程度に具体的な事実を主張、立証しない限り、本件文書の公開による前記のようなおそれがあると断ずることはできない筋合いである」と判示し、情報公開法5条各号に相当する前掲大阪府公文書公開等条例8条4号及び5号についての主張立証責任を行政機関側に負担させる「原則開示の基本的枠組み」（「考え方」3、（2）参照）を明らかにしていたことから、要綱案もこの最判平成6年2月8日を前提として、情報公開法5条各号の不開示情報該当の客観的事実の主張立証責任を被告行政機関側に負担させようとするものである。

上記（1）における第142回国会衆議院内閣委員会議録9号10頁も第142回国会同会議録11号5頁の各引用答弁も、不開示情報該当の客観的事実の主張立証責任を被告行政機関側に負担させることについて、これを原告開示請求者側に転換させようとするものではないことが明らかである。

- （4）「昭和48年判決が用いている合理性を持つ判断とした許容される限度内のものであるかという基準が参考にされ」たにとどまる。

「第3、4号に規定する情報に該当するかどうかについての行政機関の長の第1次的な判断を尊重し、その判断が合理性を持つ判断として許容される限度内のものであるかどうかを審理・判断すること」（要綱案4（4）イ）においても、裁量権の逸脱濫用論そのものを採用したものではなく、あくまで、「昭和48年判決が用いている合理性を持つ判断として許容される限度内のものであるかという基準が参考にされ」たにとどまる²³⁵。情報公開法要綱案を提言した行政改革委員会の事務局職員らの執筆にかかる、『情報公開制度のポイント』の解説は、「裁量処分の審理・判断の方法については多くの裁判例が参照されたが、代表的なものとしては、地方公務員の分限処分にかかる最判昭和48年9月14日民集27巻8号925頁、在留期間更新拒否処分にかかる最判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁、及び伊方原発原子炉設置許可処分にかかる最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁が検討の素材とされたと記されているが、「多くの裁判例が参照されている」とあるとおり、旅券発給拒否処分の正当性が判断された最判昭和44年7月11日民集23巻8号1470頁も参照された。この最判昭和44年7月11日においては、外務大臣が旅券法13条1項5号の規定により旅券発給拒否処分をした場合においては、憲法22条2項で国民に保障された基本的人権である外国旅行の自由を制限することになるから、「裁判所は、その処分当時の旅券発給申請者の地位、経歴、人がら、その旅行の目的、渡航先である国の情勢、および外交方

²³⁵ 情報公開法研究会『情報公開制度のポイント』（ぎょうせい、1997年）71頁。

針、外務大臣の認定判断の過程、その他これに関するすべての事実をしんしゃくしたうえで、外務大臣の右処分が同号の規定により外務大臣に与えられた権限をその法規の目的に従って適法に行使したかどうかを判断すべきものであって、その判断は、ただ単に右処分が外務大臣の恣意によるかどうか、その判断の前提とされた事実の認識について明白な誤りがあるかどうか、または、その結論にいたる推理に著しい不合理があるかどうかなどに限定されるものではないというべきである」としている²³⁶。

情報公開法5条3号及び4号に該当する情報について、覆審的司法審査を行わず、行政機関の長の判断の合理性の司法審査にとどめることとしたといえども、不開示決定処分の適法性についての主張立証責任を被告行政機関側に負わせた「原則開示の基本的枠組み」においては、あくまでも同号該当性に対する主張立証は被告が負うものであって、上記各最高裁判決が示すところの客観的事実をふまえて、社会通念上合理的なもの（合理性）として許容されるかどうかを裁判所が判断するものであって、その合理性があることの判断において、行政機関の長の裁量的判断に逸脱又は濫用がないことを被告行政機関側が主張立証しなければならない。

この点、前掲最判昭和44年7月11日は、「外務大臣の恣意」「事実の認識についての明白な誤り」「結論にいたる推論に著しい不合理」があるかどうかなどに限定されず、「旅券発給申請者の地位、経歴、人から、その旅行の目的、渡航先である国の情勢、および外交方針、および外務大臣の認定判断の過程、その他これに関するすべての事実をしんしゃくしたうえで」「右処分が・・・外務大臣に与えられた権限をその法規の目的に従って適法に行使したかどうか」を判断すべしといわれ、「裁判所は狭い判断権しか有しないのではなく、判示のようなかなり広汎な判断権を有する」と解説されている²³⁷。

前掲最判昭和48年9月14日は、地方公務員法28条所定の分限処分については、「もとよりその純然たる自由裁量に委ねられているものではなく、分限制度の上記目的と関係のない目的や動機に基づいて分限処分をすることが許されないのはもちろん、処分事由の有無の判断についても恣意にわたることを許されず、考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して判断するとか、また、その判断が合理性を持つ判断として許容される限度を超えた不当なものであるときは、裁量権の行使を誤った違法のものである」と判示している。

前掲最判昭和53年10月4日もまた、「法務大臣は、在留期間の更新の許否を決するにあたっては、外国人に対する出入国の管理及び在留の規制の目的である国内の治安と善良の風俗の維持、保健・衛生の確保、労働市場の安定などの国益の保持

²³⁶ 情報公開法研究会・前掲注235)69、70頁。

²³⁷ 奈良次郎「判解」最高裁判所判例解説民事篇（昭和44年度）1025、1033頁。

の見地に立って、申請者の申請事由の当否のみならず、当該外国人の在留中の一切の行状、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼譲など諸般の事情をしんしゃくし、時宜に応じた的確な判断をしなければならない」と判示している。

以上の立法経過と参考とされた最高裁判決に照らせば、「国の安全が害されるおそれ、他国若しくは国際機関との信頼関係が損なわれるおそれ又は他国若しくは国際機関との交渉上不利益を被るおそれがあると行政機関の長が認めるにつき相当の理由がある情報」（情報公開法5条3号）及び「〔前略〕公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると行政機関の長が認めるにつき相当の理由がある情報」（情報公開法5条4号）は、個別具体的なおそれがあると行政機関の長が認めるにつき、司法判断として相当な理由がある情報といえるかが判断されるべきであり、しかも、同4号に該当することについての主張立証は被告行政機関側が負うものである。すなわち、個別具体的な客観的事実をふまえて、行政機関の長の判断として社会通念上合理的なものとして許容される（合理性がある）かどうかを裁判所が判断するものであって、その合理性の判断において行政機関の長の裁量の逸脱又は濫用がないことを被告行政機関側が主張立証しなければならないものと解されるべきであるという論理的帰結になると考えられた。

- (5) 要件事実論からも、規範的要件としての情報公開法5条4号と被告行政機関側で評価根拠事実を主張立証すべきことと解される。

司法研修所において発展した要件事実論は、1999年の情報公開法制定以後、2004年開学の法科大学院においても教育されることとなり、過失、民法110条の正当理由、借地借家法の更新拒絶に関する正当事由（同法6条、28条）などの規範的要件については、過失、正当理由、正当事由などを根拠付ける具体的事実が要件事実であり、評価根拠事実とされる²³⁸。情報公開法5条3号「国の安全が害されるおそれ〔中略〕があると行政機関の長が認めるにつき相当の理由がある情報」及び4号における「公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると行政機関の長が認めるにつき相当の理由がある情報」もまた、規範的要件であり、同3号及び4号該当を根拠付ける具体的事実が主要事実であり、評価根拠事実とされる。これに対し、同3号及び4号該当の規範的評価の成立を妨げる具体的事実は評価障害事実であり、原告情報公開請求者側において、主張立証を要する。しかし、情報公開法5条3号及び4号を根拠付ける具体的事実を主張立証することができなければ、3号及び4号該当を認めることができず、「原則開示の基本的枠組み」において、公開請求対象情報は開示されることとなる。類似の主張立証責任論について、

²³⁸ 伊藤滋夫『要件事実の基礎——裁判官による法的判断の構造』（有斐閣、2000年）126頁。

伊藤滋夫『要件事実の基礎』においては、上記借地借家法上の正当事由について、「『正当事由がないと自信を持って判断できる』という場合もあるだろうし、『正当事由があるとの法的判断にまで踏み切れない』という場合もあるであろう。その何れの場合も、原告敗訴という結果にはなる」と説明されているが²³⁹、規範的要件における評価根拠事実の主張立証が判断不明になる場合の不利益は規範的要件の主張立証責任を負担する側が甘受しなければならない。

要件事実論におけるこのような規範的要件の主張立証の責任分配の観点からも、「国の安全が害されるおそれ〔中略〕があると行政機関の長が認めるにつき相当の理由がある情報」（情報公開法5条3号）及び「公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると行政機関の長が認めるにつき相当の理由がある情報」（情報公開法5条4号）という要件を根拠付ける具体的な評価根拠事実を主張立証する責任は被告行政機関側が負担する。本項で述べた行政法における要件事実論は、既に、伊藤滋夫『環境法の要件事実』（日本評論社、2009年）において研究されており、情報公開法5条3号及び4号の不開示情報の解釈適用の参考となるところである²⁴⁰。

- (6)「その判断が合理性を持つ判断として許容される限度内のものであるか（「相当の理由」があるか）否かについて審理・判断するにあたり『適切な判断をなすために最良の条件を整えるべき義務』」についても検討すべきものとする。

情報公開法制定・施行までの理論状況としては、「おそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」について、「司法審査の場合においては、裁判所が、本号に規定する情報に該当するかどうかについての行政機関の長の第一次的な判断を尊重し、その判断が合理性を持つ判断として許容される限度内のものであるか（「相当の理由」があるか）否かについて審理・判断するのが適当であり、このような規定振りとしている」とされる²⁴¹。この点は、「昭和48年判決〔最判昭和48年9月14日民集27巻8号925頁——引用者注〕が用いている合理性を持つ判断として許容される限度内のものであるかという基準が参考にされ」と説明されている²⁴²。

²³⁹ 伊藤・前掲注238）129頁。なお、巽智彦「立法事実論の再構成——事実認定論からみた違憲審査」石川健治ほか『憲法訴訟の十字路——実務と学知のあいだ』（弘文堂、2019年）1頁が、「①審査基準の定立による規範的要件の具体化（〈1〉）と、②その論証責任の設定（〈2〉）」という、違憲審査基準の二つの意義を掘り下げることで違憲審査において立法事実の占める位置付けを明確にする」（9頁）と提案し、「〈1〉要件具体化機能」として評価根拠事実／評価障害事実を設定しているが、憲法訴訟論における要件事実論として注目に値する。

²⁴⁰ 伊藤滋夫『環境法の要件事実』（日本評論社、2009年）74頁。

²⁴¹ 総務省編・前掲注1）69頁。

²⁴² 情報公開法研究会・前掲注235）71頁。

その後の行政法学の展開にあつて、仮に、科学技術的・将来予測を伴う行政裁量について実体的判断代替方式による司法審査が困難であるとしても、三浦大介神奈川大学教授の論文「行政判断と司法審査」が示唆に富む²⁴³。

三浦論文は、「(ア)行政庁の判断が、過去における事実の評価であり、法の制定当時は複数の選択肢が想定され一義的な基準を置くことができなかったが、裁判所の審査が行われる時点において、科学技術的・社会的な成熟によって最良の選択を引き出すことができる状態にあるとき。(イ)行政庁の判断が、過去における事実の評価であり、裁判所の審査が行われる時点において、法が許容する複数の選択肢のなかから未だ科学技術的にも社会的にも、最良の選択が客観的に見出されるとは言い難い状態にあるとき。(ウ)行政庁の判断が将来発生する事実の評価にかかわるものであり、裁判所の審査が行われる時点において、未だこれを客観的に判断する材料のない状態にあるとき」とに分けて、行政判断に対する司法審査のあり方を検討するとし、具体的には、「(ア)の状態にあるときの司法審査は判断代替型によることが可能であり、(イ)の状態にあるときの司法審査としては、少なくとも判断過程審査が適用されてしかるべきである。そして、(ウ)の状態にあるときには、司法審査の密度なり強度は、(ア)(イ)に比較して劣ること」になるというが、(ウ)の状態では、「手続的な瑕疵の存否のほか、予測の基となった資料の選択、評価ないし予測の手続等が審査の対象となる」。ただし、「たとえ将来予測を伴う行政決定であっても、その将来予測にあたり、行政庁は公明正大・熟慮・資料収集のいずれに関しても最良の条件下に身を置く義務・すなわち『適切な判断をなすために最良の条件を整えるべき義務』があ」るとする考え方である。

情報公開法においても、そもそも国民主権の理念にのっとり知る権利を保障する観点から、「政府の有するその諸活動を国民に説明する責務」(1条)を政府は負担しているのであるから、「国の安全が害されるおそれ〔中略〕があると行政機関の長が認めるにつき相当の理由がある情報」(情報公開法5条3号)と「公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」(情報公開法5条4号)に該当するかの判断においても、「たとえ専門技術的・将来予測を伴う行政決定であっても、その将来予測にあたり、行政庁は公明正大・熟慮・資料収集のいずれに関しても最良の条件下に身を置く義

²⁴³ 磯部力＝小早川光郎＝芝池義一『行政法の新構想Ⅲ行政救済法』(有斐閣、2008年)128、129頁。塩野宏『行政法Ⅱ〔第6版〕行政救済法』(有斐閣、2019年)169頁においても評価されている論文である。もっとも、塩野・行政法Ⅱは、三浦論文を行政事件訴訟法30条の裁量行為の解釈にかかる裁判所の審査方法について参照としているにとどまるのであり、行政文書の「原則開示の基本的枠組み」(「考え方」3、(2))に基づき被告行政機関側において主張立証責任がある9条4号の要件の主張立証責任を転換させるものではない。証明の程度と証明の要否とは区別されるのである。

務・すなわち『適切な判断をなすために最良の条件を整えるべき義務』があ」とする考え方が妥当する。

情報公開法の求める説明責務の履行のためには、「国の安全が害されるおそれ〔中略〕があると行政機関の長が認めるにつき相当の理由がある情報」（情報公開法 5 条 3 号）と「公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると行政機関の長が認めることに相当の理由がある情報」（情報公開法 5 条 4 号）の解釈適用（合理性の判断）にあたり、被告行政機関側において評価根拠事実というべき個別具体的事実を主張立証することが求められているのである。

- （7）公文書管理法 16 条 1 項 1 号ハ及びニの解釈についての国会附帯決議と公文書管理委員会（特定歴史公文書等不服審査会）における解釈適用においても、同種の事例がある。

公文書管理法 16 条は、国立公文書館等の長は、当該国立公文書館等において保存されている特定歴史公文書等について同法 15 条 4 項の目録の記載に従い利用の請求があった場合には、同条 1 項 1 号及び 2 号に掲げる場合を除き、これを利用させなければならないと規定している。

このうち、情報公開法 5 条 3 号及び 4 号に由来する国の安全等に関する情報（公文書管理法 16 条 1 項 1 号ハ）と公共の安全等に関する情報（同法同条同項同号ニ）については、情報公開法 5 条 3 号及び 4 号が行政の恣意的な不開示決定等をもたらしていることが批判されて、公文書管理法の制定時には、衆議院内閣委員会の附帯決議においては、「国民に対する説明責任を果たすため、行政の文書主義の徹底を図るという本法〔公文書管理法 — 引用者注〕の趣旨にかんがみ、軽微性を理由とした恣意的な運用のなされることのないよう、万全を期すること」（4 項）、「公文書管理と情報公開が車の両輪関係にあるものであることを踏まえ、両者の適切な連携が確保されるよう万全を期すること」（5 項）、「特定歴史公文書等の利用請求及びその取扱いにおける除外規定である本法第 16 条に規定する『行政機関の長が認めることにつき相当の理由』の有無の判断に関しては、恣意性を排し、客観性を担保する方策を検討すること」（10 項）などとされている（参議院内閣委員会に同様の附帯決議がある（2 項、21 項、10 項））²⁴⁴。

これを受けて、公文書管理委員会（特定歴史公文書等不服審査分科会）においては、「時の経過」（公文書管理法 16 条 2 項）をも考慮したうえで、利用請求拒否処分をした国立公文書館と当該特定歴史公文書の移管元である財務省に対して、公文書管理法 16 条 1 号は「公にすることにより、国の安全が害されるおそれ、他国若しくは国際機関との信頼関係が損なわれるおそれ又は他国若しくは国際機関との

²⁴⁴ 内閣官房公文書管理検討室編・前掲注 7 1) 342、343 頁。

交渉上不利益を被るおそれがあると当該特定歴史公文書等を移管した行政機関の長が認めることに相当の理由がある情報」についての主張立証責任を課して、インカメラ審理をも実施し、処分庁側で、同号ハの要件該当性を証明できない部分については、原処分を撤回し、なお残る同号ハの該当部分を個別具体的に判断し、これを最小限度のものとした事例がある。利用請求対象文書は、第5章Ⅰ、10で論じる平成25年度答申第1号「経済協力・韓国27・日韓請求権問題参考資料（第3分冊）」の一部利用決定に関する件について、2014年3月25日に答申されたものである。独立行政法人国立公文書館の諮問による平成24年度諮問1号の事例である。いわゆる日本と韓国の国交回復にあたっての、日韓基本条約締結のための実務担当者の交渉記録である。

- (8) 以上のとおり、情報公開法5条3号及び4号は、国民主権の理念にのっとり知る権利を保障する観点から、「原則開示の基本的枠組み」（「考え方」3、(2)）を前提として、「国の安全が害されるおそれ〔中略〕があると行政機関の長が認めるにつき相当の理由がある情報」（情報公開法5条3号）と「公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」（情報公開法5条4号）という規範的要件の評価根拠事実の証明責任は行政機関側にある。そして、この規範的要件の評価根拠事実と評価障害事実の証明の程度においては、従前の行政裁量の判断についての裁量権濫用論で示された程度のものを下回らないということで整理できるのである。

5 情報公開法5条5号及び6号の解釈適用

- (1) 情報公開法5条5号（審議、検討等に関する情報）は、「国の機関、独立行政法人等、地方公共団体及び地方独立行政法人の内部又は相互間における審議、検討又は協議に関する情報であって、公にすることにより、率直な意見の交換若しくは意思決定の中立性が不当に損なわれるおそれ、不当に国民の間に混乱を生じさせるおそれ又は特定の者に不当に利益を与え若しくは不利益を及ぼすおそれがあるもの」と規定するが、審議、検討等意思決定前の情報について、個別具体的に、開示することによって行政機関の適正な意思決定に支障を及ぼすおそれの有無及び程度を考慮し、不開示とされる情報の範囲を画したものである。このうち、「率直な意見の交換若しくは意思決定の中立性が不当に損なわれるおそれ」とは、公にすることにより、外部からの圧力や干渉等の影響を受けることなどにより、率直な意見の交換若しくは意思決定の中立性が不当に損なわれるおそれがある場合を想定したもので、適正な意思決定手続の確保を保護利益とするものと解されている²⁴⁵。それゆえ、

²⁴⁵ 総務省編・前掲注1) 73頁。

審議会等における意思形成過程情報の不開示情報は、意思形成終了後は、一般的には「不当に損なわれるおそれ」は認定されにくいことから、比較的適用件数が少ない。

- (2) また、意思形成過程情報のうち、客観的なデータについても、適用を除外される傾向にある。

この点で、国民主権の理念にのっとり知る権利を保障する観点から参考となるのは、大阪府下の安威川ダム建設にかかる客観的な調査研究情報についての、大阪高判平成6年6月29日判タ890号85頁である。すなわち、「右のように認められる本件各文書の内容からすると、本件非公開情報は、専門家が調査した自然界の客観的、科学的な事実、及びこれについての客観的、科学的な分析であると推認されるのであり、その情報自体において、安威川ダム建設に伴う調査研究、企画などを遂行するのに誤解が生じるものとは考えられない。被控訴人は、一部の限定された調査結果のみから全体が推測され、誤解を招くおそれがあると主張する。なるほど本件処分時にあっては、安威川ダム建設の調査の途中ではあった。しかしながら、本件非公開情報は、外部の地質調査専門会社に外注して得られたのであって、それ自体としては完結した地質調査結果であり、大阪府の純粋な内部文書ではない。たとえその調査結果がダム建設のためのものとしては一部のものであるとしても、その調査報告書は、そのことを前提にして評価されるべきものであるし、またそのようにしか評価できないものである。」と判示している。大阪府側の上告に対しても、最判平成7年4月27日判例集未登載は、「右事実関係の下においては、本件非公開情報が大阪府公文書公開等条例（昭和59年大阪府条例第2号）8条4号及び9条1号所定の公文書の非公開事由となる情報のいずれにも当たらないとした原審の判断は、是認することができる」と判示し、上記大阪高判平成6年6月29日の判断を是認している²⁴⁶。

- (3) 情報公開法6号（事務又は事業に関する情報）は、国の機関又は地方公共団体が行う事務又は事業は広範かつ多種多様であり、公にすることによりその適正な遂行に支障を及ぼすおそれのある事務又は事業の情報を事後的に全て列挙することは技術的に困難であり、実益も乏しい。そのため、各機関共通的に見られる事務又は事業に関する情報であって、公にすることによりその適正な遂行に支障を及ぼすおそれがある情報を含むことが容易に想定されるものを「次に掲げるおそれ」としてイからホまで例示的に掲げたうえで、これらのおそれ以外については、「その他当該事務又は事業の性質上、当該事務又は事業の適正な遂行に支障を及ぼすおそれが

²⁴⁶ 宇賀克也『情報公開と公文書管理』（有斐閣、2010年）116頁。右崎ほか編・前掲注67）57頁（江島晶子）。

あるもの」として包括的に規定している²⁴⁷。いずれも、「当該事務又は事業の適正な遂行に支障を及ぼすおそれ」等、規範的要件によって判断されることとなる。本規定は、行政機関の長に広範な裁量権限を与える趣旨ではなく、各規定の要件の該当性を客観的に判断する必要がある、また、事務又は事業がその根拠となる規定・趣旨に照らし、公益的な開示の必要性等の種々の利益を衡量したうえでの「適正な遂行」と言えるものであることが求められる。「支障」の程度は名目的なものではなく、実質的なものが要求され、「おそれ」の程度も単なる確率的な可能性ではなく、法的保護に値する蓋然性が要求される、と解されている²⁴⁸。

国民主権の理念にのっとり知る権利を保障する観点から、特に先例とされるべきは情報公開審査会平成16年2月20日答申平成15年（行情）617号事件「特定会社がフィブリノゲンの納入に関して提出した文書の一部開示決定に関する件」は、「国立病院等及び県立病院等は、そもそも民間医療機関では対応が困難なものへの対応など公益性の高い事業を行うものであり、そのため、患者等からの信用度もおのずから高いものと考えられる。また、法5条6号は、同条2号と異なり、人の生命、健康等を保護するために公にすることが必要であると認められる情報を明示的に不開示情報から除外してはいないが、これは、行政機関の事務又は事業は公益に適合するように行われなければならない、公にすることによって生ずる「適正な遂行に支障を及ぼすおそれ」については、人の生命、健康等を保護する必要性その他の公益的開示の必要性を考量した上で判断されることになるからである。すなわち、同条6号にいう「同号イからホまでに掲げるおそれその他当該事務又は事業の性質上、当該事務又は事業の適正な遂行に支障を及ぼすおそれ」があるというためには、公にすることによる事務又は事業の遂行に支障を及ぼすおそれの程度と、人の生命、健康等を保護するためなど公益的な開示の必要性を比較考量したうえで、なお「適正な遂行」に支障を及ぼすおそれがあると認められる場合でなければならないものである。」と判示するのである²⁴⁹。「適正な遂行」という規範的要件の解釈適用において、情報公開法5条2号ただし書「人の生命、健康、生活又は財産を保護するため、公にすることが必要であると認められる情報」と同様の評価根拠事実を主要事実と解釈し適用することにおいて、先例とされるべきものである。²⁵⁰

²⁴⁷ 総務省編・前掲注1) 77頁。

²⁴⁸ 総務省編・前掲注1) 78頁。

²⁴⁹ 宇賀・前掲注28) 121頁。

²⁵⁰ 右崎ほか編・前掲注67) 59頁（三宅弘）。宇賀克也『情報公開の理論と実務』（有斐閣、2005年）202頁も参照。また、「《特別座談会》情報公開法：1990年代にたどりついた地点、積み残したもの」情報公開クリアリングハウス編『市民がつなぐ情報公開のこれまで、これから』（情報公開クリアリングハウス、2019年）において、行政改革委員会行政情報公開部会委員秋山幹男弁護士が、「適正な遂行」（情報公開法5

(4) また、最判平成16年6月29日判時1869号17頁は、「前記事実関係等によれば、本件非公開決定がされた時点においては、本件環境影響評価書等の内容が確定し、これらが公にされていた上、既に本件都市計画の変更決定が行われていたというのである。そうすると、本件公文書を公開することにより、当該事務事業に係る意思形成に支障が生ずる余地はない。また、将来の同種の事務事業に係る意思形成に対する影響についてみると、本件環境影響評価書等のような環境影響評価準備書や環境影響評価書は、一定の技術的指針に従って作成される技術的な性格を有する文書で、公表することが本来予定されているものであり、その事務事業が決定されて意思形成が完了した後に上記各文書の成案前の案が公開されることになったとしても、その事務事業に係る意思形成に支障が生ずるということとはできない。結局、本件公文書を公開することにより、当該事務事業又は将来の同種の事務事業に係る意思形成に著しい支障が生ずるということとはできないから、本件公文書に本件条例（旧岐阜県情報公開条例）6条1項7号所定の非公開情報が記録されているということとはできない。さらに、本件公文書を公開することにより、当該事務事業若しくは将来の同種の事務事業の目的が損なわれ、又はこれらの事務事業の公正かつ円滑な執行に著しい支障が生ずるおそれがあると認めるべき事情が存することにつき特に主張、立証のない本件においては、本件公文書に本件条例6条1項8号所定の非公開情報が記録されているということもできない」と判示するのである²⁵¹。

環境影響評価書は、「一定の技術的指針に従って作成される技術的な性格を有する文書で、公表することが本来予定されているもの」であるからという判旨部分は、前記（2）の大阪高判平成6年6月29日・最判平成7年4月27日と同様の考え方に依拠するものとして、国民主権の理念にのっとり知る権利を保障するという観点からは、情報公開法5条5号及び6号の解釈適用においても特に参考とされるべきである²⁵²。

条6号）や人の生命等の絶対的公開事由（同法5条2号ただし書等）の規定を設けるについて、角田禮次郎部会長と塩野宏部会長代理が大きな役割を果たしたことを述べている（83頁）。

²⁵¹ 三好規正「判批」自治82巻6号（2006年）137頁、下山憲治「判批」法セミ50巻603号（2005年）119頁は、「成案の縦覧・公表後の試案の公開を否定しているわけではない点は、注意を要する」と論及している。堤龍弥「判批」法資275号83頁は「本決定において示された判断が明確な判決の流れとして定着しつつあるように思われる」とする。他に、寺町知正「判批」法セミ50巻602号（2005年）44頁。

²⁵² 事実と意見との区別について、平松毅『情報公開条例の解釈』（信山社、1999年）53頁、宇賀克也「東海環状道情報公開訴訟」前掲注246）114頁。

Ⅲ 情報公開法制における知る権利の権限行使の限界と濫用

1 情報公開請求権の権限行使の限界

Ⅱでは、「国民主権の理念」にのっとり知る権利を保障するという方向性を明らかにしたうえで、情報公開法5条各号の解釈適用の主な課題を、憲法政策的な課題として概観した。

知る権利の裁判規範に関しては、第1章Ⅱ、2で述べたとおり、日本の情報公開法制においては、いわゆる「訴訟法の留保」を克服し、原告適格や訴えの利益という訴訟要件のハードルを設定しないで、「知る権利」を具体化した情報公開請求権の行使を妨げる非公開決定処分について取消訴訟として司法審査を可能とする法構造が採用された。そして、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法は、開示請求に係る行政文書の全部を開示しないとき（同法9条2項）について、「前条〔同法8条 — 引用者注〕の規定により開示請求を拒否するとき〔存否応答拒否 — 引用者注〕及び開示請求に係る行政文書を保有していないとき〔文書不存在 — 引用者注〕を含む」こととされた。この意味における全部不開示及び一部不開示をも含み全部開示決定をも含めて、「前条〔同法9条 — 引用者注〕各項の決定」について「開示決定等」として、同法18条はその開示決定等について行政不服審査法による不服申立てがあったときは、情報公開・個人情報保護審査会への諮問手続に付することを規定している。情報公開条例においても同様の法構造とされている。

情報公開請求に対する全部又は一部の不開示決定処分（存否応答拒否処分や不存在決定処分を含む）に対して、情報公開請求者が不服申立てをすることができ、さらに不開示決定処分取消訴訟を提起することができる。国民主権の理念にのっとり知る権利としての権限行使の実態である。

このような情報公開法・条例の立法と解釈適用の状況において、近年、自治体に対して合理的な理由がなく大量の資料を請求するなど、業務妨害や嫌がらせと疑われるケースが自治体関係者を悩ませている。これに対して、「権利の濫用」を理由に住民の請求を却下できるよう、情報公開条例を改正する自治体も出てきている（東京都渋谷区、横浜市、西東京市など）²⁵³。

²⁵³ 渋谷区情報公開条例（平成元年条例39号）9条3項2号（「公開請求がこの条例の目的を逸脱するものであり、権利の濫用と認められる場合」に公開請求を却下）、横浜市の保有する情報の公開に関する条例（平成12年条例1号）5条3項（「実施機関は、前項に規定する行政文書の開示を請求する権利の濫用に当たる請求があったと認めるときは、当該請求を拒否することができる」）、西東京市情報公開条例施行規則（平成13年規則15号）5条4項（「市長は、条例第6条第1項の規定による公文書の開示の請求が条例の本来の目的を逸脱するものであり、当該請求が権利の濫用に当たると認めるときは、当該請求を却下することができる」という条文をもって情報公開請求における権利濫用が規定されている。

本節では、情報公開法・条例の制定状況をふり返し、住民による知る権利の行使としての情報公開請求と、権利濫用の問題についての条例や改正法案の規定をふまえて、自治体における、あるべき対応について考察し、知る権利の権限行使の限界について検討する。

2 濫用請求と拒否処分

① 情報公開法・条例の制定にあたり大量の情報公開請求は想定されたか

自治体の情報公開条例の運用にあたって、合理的な理由のない大量の資料請求が全く想定されていなかったというわけではない。

しかし、第1章Ⅱで述べた情報公開条例の新しい制度導入にあたり、その想定だけで、制度運営において、否定的な規定を設けることは、はばかられた。

そこで、解釈運用方針として、「実施機関は、公文書の閲覧及び公文書の写しの交付を求める権利が十分に尊重されるようにこの条例を解釈し、運用するものとする。この場合においては、個人の秘密、個人の私生活上その他の他人に知られたくない個人に関する情報がみだりに公にされないように最大限の配慮をしなければならない」（神奈川県条例2条）と規定し、さらに、利用者の責務として、「この条例の規定により公文書の閲覧をし、または公文書の写しの交付を受けた者は、それによって得た情報を適正に用いなければならない」（同条例12条）とするなど²⁵⁴、実施機関と利用者が予定調和的に情報公開条例を適正使用することを期待し、公文書開示請求権の濫用にあたっては、権利濫用の一般原則（民法1条3項参照）にゆだねることとした。

情報公開法の制定にあたっては、開示決定等は、開示請求があった日から30日以内にしなければならないものとされ（同法10条1項）、さらに、行政機関の長は、事務処理上の困難その他正当な理由があるときは、前項に規定する期間を30日以内に限り延長することができるものとし（同条2項）、大量請求に対応することとされた。さらに、開示請求に係る行政文書が著しく大量であるため、開示請求があった日から60日以内にそのすべてについて開示決定等をするにより事務の遂行に著しい支障が生ずるおそれがある場合には、10条の規定にかかわらず、行政機関の長は、開示請求にかかる行政文書のうちの相当の部分につき当該期間内に開示決定等をし、残りの行政文書については相当の期間内に開示決定等をすれば足りることとされた（同法11条）

そして、情報公開法制定にあたっては、「考え方」は、「特定の部局の保有するすべての行政文書の開示請求や行政機関の事務遂行能力を減殺させることを目的

²⁵⁴ 自由人権協会編・前掲注145）183、190頁。

とする開示請求等に対しては、特別の規定を設けてはいないが、権利濫用に関する一般法理を適用することによって対処することができる」ことを明らかにしていた（「考え方」5、（6））²⁵⁵。

筆者も、以上の制度設計に対し、次のとおり、情報公開法11条の恣意的運用に警告を発していた。「大量請求にも、真摯な請求と悪意の請求がある。情報公開法は、非常識で悪意的な開示請求に対し、権利濫用に関する一般法理で対処することを予定しているから、ここでいう大量請求とは、行政機関側の事務処理上、法〔情報公開法 ― 引用者注〕10条1項の期間内に対応できないものということになるはずである。しかし、そもそも、情報公開法は、目的として、開示請求権が国民主権に由来すること、政府の説明責任が全うされるようにすることを挙げているのであるから、本来は、法10条1項の期間内に開示できるような情報開示の事務体制が整備されるべきである。ところが、開示決定等の期限の特例を定める法11条は、行政機関の自己都合により、法10条1項の期間にとらわれずに行政機関側が相当と考える期間内に開示すれば足りる余地を認めるものであり、恣意的に運用される危険性が高いものと予想される。このため、日弁連意見では、『残りの部分』（法11条の「残りの行政文書」）について開示等決定をすべき期間については「相当の期間」ではなく、30日～60日程度の具体的な期間をもって規定すべきである」との意見を述べてきた。この意見は、法10条の期間を超えることは、そもそも、本来異常な事態であり、仮にそれが許されとしても、その期間につき、法10条の期間の倍程度というような期間制限を設けないと、期間を定めた意味がなくなるという理由による。法11条の「相当の期間」が行政機関によって恣意的に運用されないように監視していくことが必要である」と²⁵⁶。

② 開示請求手数料による濫用的請求の抑止と同手数料廃止の提案

情報公開法制定にあたっては、開示請求手数料を徴収すべきではないとする意見があったが、開示請求をする者は、政令で定めるところにより、実費の範囲内において政令で定める額の開示請求に係る手数料を納めなければならないこととされた（同法16条1項）。これによって、濫用的請求においても1件当たり300円の開示請求手数料（但し、電子申請にあつては減額されている）の徴収が可能である。悪意による著しく大量の開示請求に対しては、開示請求手数料も比例

²⁵⁵ 行政改革委員会事務局監・前掲注194）37頁。なお、同委員会行政情報公開部会において検討された「外国法における大量請求等に関する規定例」について、オーストラリア、ニュージーランド、オーストリア、ベルギーの立法例を検討したが、あえて規定を設けずに権利濫用に関する一般法理を適用することとした経緯が明らかである（同注194）295頁（資料49外国法における大量請求等に関する規定例）。

²⁵⁶ 三宅・前掲注50）89頁。

して高額となることから、その濫用的請求を抑止することができる。

しかし、第1章Ⅲ、3で述べた行政透明化検討チームでの議論においては、以下に述べるとおり、開示請求手数料を無料とする提案がなされたことにより、濫用的請求に対する更なる対応が検討された。

③ 開示請求手数料の廃止と「適正な開示請求」の要請

行政透明化検討チーム（前掲「検討チーム」）は、行政の透明性のあり方を検討し、国の情報公開制度に関して抜本的見直しを図るため、2010年4月20日以降5回の会合で議論を行った。検討チームでは、座長である内閣府特命担当大臣（行政刷新）より示された「情報公開制度の改正の方向性について」の方向性をさらに明らかにすべく、各参集者からの意見のほか、パブリック・コメントにより「国民の声」・「職員の声」を聴取、各府省庁の情報公開担当者の意見も議論の参考とした。これらの意見等をできる限り盛り込み、座長代理の責任において、検討チームの議論の概要をまとめ、座長代理の私案も含め、それぞれの意見を整理して掲げた。筆者の執筆にかかる「情報公開制度の改正の方向性について」に関する論点整理（三訂版）である²⁵⁷。

このうち、手数料については、「開示請求に係る手数料を原則として廃止するとともに、開示の実施に係る手数料を引き下げる」ことを提案し、濫用的な開示請求に対しても、その対処法を明記した。

これに関し、[論点整理]として、下記1及び2のとおり整理した。

記

1 上記提案どおり、開示請求に係る手数料を原則として廃止する。

例外的に、営利の目的をもって開示請求をする場合には、開示請求に係る手数料を徴収する。

同手数料を徴収しないことにより、濫用的な開示請求が生じるときは、情報公開法所管の府省において、他の省庁と協議し、ガイドラインを作成し、適正な運用を進める。

2 開示の実施に係る手数料についても、上記提案どおり、これを引き下げる。

謄写料は、市中のコピー料金の低額化や行政文書の電子化等に即応して、「実費」とする情報公開法16条2項の趣旨をふまえて再検討する。

また、謄写料について、学術的利用、報道機関の代表による利用、非商業目的の調査研究その他の公益減免規定を施行令に規定する。

ただし、手数料の廃止や引き下げにより、情報公開制度を使いやすくすることは重要であるが、あわせて、最近増加している商業的請求への対応や、悪質な請

²⁵⁷ 三宅・前掲注52）260頁。

求への対応を検討する必要がある。このため、以下のような措置を講じてはどうかとする意見がある。

- (1) 「適正な開示請求及び開示情報の適正利用」と「濫用請求に対する拒否処分」について規定。
 - (2) 開示請求手数料は原則廃止とするが、商業的請求の場合は、探索・審査等のコストを含めた開示請求手数料を徴収。
 - (3) 開示実施手数料について、ICT化の進展や昨今の物価の動向をふまえ見直し。また、悪質な請求への対応、行政機関における無駄な業務・コストを防止する観点から、
 - ①開示決定された開示請求者が一定の期間までに実施方法等申出書を提出しない場合に、開示に係る実施手数料を徴収するとともに、
 - ②大量請求として特例延長規定を適用する場合に、一定の実施手数料を予納。
- この意見は、上記1と改正の方向性は異ならないが、適正な開示請求及び開示情報の適正利用」については規定するとともに、「濫用請求に対する拒否処分」は権利濫用論の一般原則をガイドラインとすることで充分ではないか。

また、「議論の経緯」として、下記1及び2のとおり明らかにした。

記

- 1 当該提案に関しては、手数料と濫用的開示請求との関係、及び手数料と開示請求目的の関係のそれぞれについて、論点が存在することが明らかとなった。

すなわち、手数料と濫用的開示請求との関係においては、手数料（開示請求、開示実施の双方の手数料が問題となりうる）を減免することにより、濫用的開示請求が増加することを懸念する考え方と、濫用的開示請求への対処方法は別途検討されるべきであり、これと手数料問題をリンクさせるべきではないという考え方の対立が見られた。

他方で、手数料と開示請求目的の関係においては、手数料の負担の程度を、開示請求目的の内容によって区別すべきかという問題が存在する。この問題は、情報公開制度の実施に係る行政コストを、誰がどの程度負担するのが適当か、という問題であるとも言える。また、開示請求手数料は、開示請求を情報の内容で把えるか（内容で把えると、ファイルを分けても、一請求とする取り扱いもある）ファイルごとで把えるかにより件数が異なることからユーザー・サイドからは非常に大きな不満のあることも指摘された。パブリック・コメントにおいても、1ファイルに編綴されていても複数文書として認定され、開示請求手数料の負担が過大となるという同種の意見があった。

この点については、①開示請求目的により手数料負担に区別を設けない、とい

う考え方もあり得るが、参集者からは、②開示請求手数料は原則として廃止するが、商業利用目的の開示請求の場合には徴収すべきである、という考え方、③開示請求手数料は廃止した上で、開示実施手数料についても、公益目的の請求に限り減免すべきである、といった考え方が提示された。

- 2 以上の議論をふまえ、開示請求に係る手数料については、当該提案どおり、原則廃止とするが、営利目的の開示請求については、民主主義についての不可欠のコストというよりは、受益者負担の観点から有料化としてはどうか。

また、濫用的な開示請求については、ガイドラインを作成し、請求窓口において、請求拒否手続で対応し、その適法性については、不服申立手続等での事後的な判断にゆだねるということではどうか。

なお、この点に関し、請求窓口で適正な運用ができないのであれば、請求拒否にあたり、情報公開・個人情報保護審査会か公文書管理委員会に諮問する手続を設けてはどうかとする意見もあった。

これらの意見もふまえ、[論点整理] 2 ただし書の対応策を講じるべきという意見がある。「濫用請求に対する拒否処分」のあり方や、商業的請求の場合の探索・審査等のコスト計算の方法などについて、議論しておく必要がある。

これに関して、濫用による請求拒否も法 9 条 2 項の処分とみて争訟の対象とし、さらに事例を整理して公表、(総理大臣に) 報告するなどという方法もあるとし、さらに、濫用という主観的な文言ではなく、客観的な指標を明文化するという方向性があるのではないかとし、①一定の情報の請求に応じたことがある場合、合理的期間が経過していないうちになされた、同一請求者からの同様の又は実質的に類似の請求がなされたとき、②一定の枚数(例、5,000 枚、10,000 枚)を超える請求(請求者が文書を特定して枚数は決定する)は合理的な理由のない限り拒否できるとするなどを例示すべきではないかとする意見がある。ただし、大量請求が必要な場合もあるとして、①、②に反対する意見もある。

また、商業的利用については、事業者からの請求については一定額(例 1 請求 1000 円など)を徴収するという方法もあるとの意見がある。

以上の議論をふまえて、2010 年 8 月 24 日付「行政透明化検討チームとりまとめ」、いわゆる大臣案においては、5、(2)として、「(1)の開示請求手数料及び開示実施手数料の廃止・引下げを実施することに伴い、適正な開示請求及び開示情報の適正利用の観点を明記する」とされた²⁵⁸。

²⁵⁸ http://www.cao.go.jp/sasshin/shokuin/joho-kokai/pdf/fin/fin_docu_04-01.pdf
三宅・前掲注 5 2) 314 頁。

これを受けて、前掲情報公開法改正法案（２０１１年４月２２日国会提出）は、法案５条本文ただし書として、「ただし、当該開示請求が権利の濫用又は公の秩序若しくは善良の風俗に反すると認められる場合に該当するときは、この限りではない」として、このただし書の要件に該当する場合には開示義務を免れるものとした。

もっとも、この改正法案は、２０１２年１１月に審議未了廃案となった。

④ 自治体における、情報公開請求の権利濫用規定

渋谷区は、平成１８年条例４５号として、渋谷区情報公開条例４条を改正し、「この条例の規定により公文書の公開を請求しようとするもの…は、公文書の公開を請求する権利を濫用することなく、この条例の目的に即し、適正な請求に努めるとともに、公文書の公開を受けたときは、これによって得た情報を適正に使用しなければならない」と規定した。同条例９条の２第３項には、情報公開法１１条と同様に「公開請求に係る公文書が著しく大量であるため、当該公開請求書を受理した日から起算して六十日以内にそのすべてについて公開決定等を行うことにより事務の遂行に著しい支障が生ずるおそれのある場合」の開示手続を規定しているから、上記③で述べた情報公開法改正法案の論点整理の経緯に照らすと、同条例４条の権利濫用禁止規定は、同条例９条の２第３項に該当しない、悪質な特段の事情のある場合に限り適用することができると解すべきであろう。

横浜市は、平成２２年条例１号として、横浜市の保有する情報の公開に関する条例５条３項を改正し、「実施機関は、前項に規定する行政文書の開示を請求する権利の濫用に当たる請求があったと認めるときは、当該請求を拒否することができる」と規定した。同条例１２条は、情報公開法１１条と同様に、「公開請求に係る公文書が著しく大量であるため、開示請求があった日の翌日から起算して６０日以内にそのすべてについて開示決定等を行うことにより事務の遂行に著しい支障が生ずるおそれがある場合」の開示手続を規定しているから、渋谷区の場合と同様、上記論点整理の経緯に照らすと、同条例５条３項の権利濫用規定は、同条例９条の２第３項に該当しない、悪質な特段の事情のある場合に限り適用することができると解すべきであろう。また、横浜市条例５条３項に基づく請求却下の場合には、これを決定処分とみなすこととし、行政不服審査（同条例１９条）または行政訴訟でその取消を求めて争うことができる。

いずれも、悪質な特段の事情は、公開請求者の主観面のみならず、客観的事実として認められるべきことが、権利濫用の一般原則の適用の観点からも求められよう。

千葉県情報公開条例（平成１２年千葉県条例６５号）６条は、「この条例に基づく行政文書の開示を請求する権利は、これを濫用してはならない」と規定して

いるが、一時期「本県は全国的にみても請求件数が多く、上位10名による請求が全体の80%を占めるなどの特異性がある。上位者による請求は、請求回数が多いことに加え、『…に関する一切の文書』という網羅的な請求が認められ、結果的に特定される行政文書の件数が大量になるケースが多い」とされた。また、「行政不服審査法に基づく異議申立ては、平成9年度以来毎年千件単位で行われ…、現在1万件を超える異議申立てが未処理のまま堆積している」という事態も生じた²⁵⁹。これらの事態は、千葉県情報公開推進委員会の提言をふまえた運営改善により解決されてはいるが、情報公開条例に基づく事例として、どこの地方公共団体においても発生する事態である。千葉県では、同提言を受けて、「知事が保有する行政文書の開示等に関する事務取扱要綱」（以下「取扱要綱」）において、「大量請求の場合の取扱い 開示請求に係る行政文書が膨大な量に及ぶと考えられる場合には、開示請求書を受け付ける前に、当該開示請求の趣旨を確認するとともに、事務処理上の支障等を説明し、抽出請求などについて理解を得るよう努める」こととされた。また、取扱要綱においては、「開示請求書を受け付けた場合の開示請求者への説明等」として、「開示請求書に記載された内容に不備（行政文書を特定することができない場合を含む。）があると認められるときは、必要に応じて相当の期間を定めてその箇所の補正を求める。この場合、補正の参考となる情報の提供が必要と認められるときは、所要の情報の提供に努める」として、知る権利を行使する開示請求者と向き合うことを定めている。さらに、同一人からの複数の審査請求を併合した上で情報公開審査会へ諮問した場合の「審査請求に係る開示決定等」欄の記載方法も定め、特定人からの大量の審査請求に対応するための不服申立審査対応も整備したのである²⁶⁰。

以上のように、国民主権、地方自治の本旨・住民自治に基づき、知る権利を保障する情報公開法の情報公開請求権の趣旨に照らすと、本論で論じた範囲を超えて、過度に適用されているとするならば、それは、権利濫用禁止規定の適用における濫用事例として、上記③で述べた論点整理の経緯に照らし、加えて「今問題となっているのは特定人による濫用的請求である」との判例の分析をもふまえて²⁶¹、個々の地方公共団体における情報提供施策の充実や特定人からの大量の不服

²⁵⁹ 千葉県情報公開推進委員会（2003年9月）「情報公開の推進に関する提言（抄）」（<https://www.pref.chiba.lg.jp/shinjo/jouhoukoukai/seido/sankou/iinkai/documents/teigen.pdf>）3、10頁。

²⁶⁰ <https://www.pref.chiba.lg.jp/shinjo/jouhoukoukai/jourei/chiji-jimu.html>

²⁶¹ 藤原静雄「情報公開個人情報保護制度における濫用判例の分析」碓井光明ほか編『行政手続・行政救済法の展開』（信山社、2019年）101頁は、他人の生命身体を脅かす目的等、情報公開制度の趣旨を没却するものであることが明らかな開示請求であれば利用目的との関係で濫用が認定されることはなく、また商業的利用というだけで濫用に

申立て審査請求に対応する審査手続の整備等の施策をふまえて、改めて検討されるべきものであろう。

そして、権利濫用禁止規定における濫用事例に該当するとしても、情報公開法の情報公開請求権の権限行使を認めない却下決定等についても、最終的には不開示決定処分の一類型として、その権利侵害をもって、行政不服審査及び司法審査によって、その適否が判断されるべきことが肝要である²⁶²。

はならないことにも争いが無い。超大量請求を「特定」の問題とすれば、今問題となっているのは特定人による濫用的請求である、と分析している（129頁）。

²⁶² 曾我部真裕「濫用的な情報公開請求について」論叢176巻2・3号（2014年）305頁も、「真に濫用的な請求には適切に却下決定を行いうると同時に、却下決定の濫用を許さないような方策が条例解釈論や制度改正論においても求められる」と提言する（326頁）。そして、その背景には、「情報公開制度も、市民参加を手助けする」、「もし全人口の1パーセントがこの権利を積極的に行使し始めたら、情報公開事務はあっという間にパンクしてしまうだろう。…自分でやらなくても、必要な情報はきっと誰かが伝えてくれるだろう。むろん、だからこそ、この権利を行使する圧倒的少数となることにリスクがあってはいけないのである」という視点（毛利透『表現の自由 ― その公共性ともろさについて』（岩波書店、2008年）52頁〔注（30）〕）を前提として権利濫用禁止規定の問題を考える必要があると解される。

第5章 知る権利の課題3 — 部分公開義務規定とインカメラ審理（弁論期日外行政文書証拠調手続）

I 知る権利の保障に対応する部分公開義務規定

1 部分公開義務の原則と個人識別情報にかかる義務の確認規定

第1章Ⅲ、5で概説したとおり、本章においては、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体的に保障するという観点から部分公開義務規定についての独立一体説・情報単位論を批判的に検討し、部分公開義務規定を正解するためにも裁判所におけるインカメラ審理（弁論期日外行政文書証拠調手続）を採用すべきことを論じる。

そもそも、情報公開法は行政機関が保有する情報の「原則開示」を定めるものであるとされた（「考え方」3、(2)）。国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開請求権を具体的に保障する法構造の核心的表現である。それゆえ、不開示はあくまでも例外であり、必要最小限の範囲に限定しなければならない。必要最小限とは、不開示の範囲を法文上あらかじめ定められた不開示条項に限定することだけではない。情報公開法6条1項が明示するとおり、開示請求のあった行政文書の一部に不開示情報があった場合、開示部分と不開示部分とを分離することも意味する。

そこで、法6条1項は、行政情報の公開原則にとって極めて重要な部分公開義務の原則を明らかにし、行政文書の一部に不開示情報が記録されている場合における行政機関の長の部分開示の義務の内容およびその要件を明らかにした。

同2項は、1項の部分公開義務の原則を個人識別情報について確認したものであって、確認規定として、開示請求に係る行政文書に個人識別情報（不開示情報）が記録されている場合に、個人識別性のある部分を除くことによる部分開示について定めるものである。

要綱案では、部分公開義務の原則は、個人に関する情報の不開示情報である第6、(1)ただし書口の絶対的開示として提言されていた。「氏名その他特定の個人が識別され得る情報の部分を除くことにより、開示しても、本号により保護される個人の利益が害されるおそれがないと認められることとなる部分の情報」という提案であった。同ただし書イは第4章7で議論した、公領域情報ともいわれる「法令の規定により又は慣行として公にされている情報又は公にすることが予定されている情報」であった。しかし、法制局審査を経て、個人に関する不開示情報（法5条1号）から分離されて、法6条2項の位置に移されて、6条1項の部分公開義務の原則から、5条1項後段部分「特定の個人を識別することはできないが、公にすることにより、なお個人の権利利益を害するおそれがあるもの」を除いたうえで、個人識別情報については個人識別性のある部分を除くことによる部分開示について、後記4で詳論するとおり

確認規定として位置付けられたのである。

以上の立法の経緯にもかかわらず、情報公開法6条の部分公開義務規定については、第1章Ⅲ、5で紹介した独立一体説・情報単位論という、およそ、情報公開法の立法経緯を尊重しない法解釈が依然として見受けられる。このため、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化する情報公開法制の核心的要素である部分公開義務規定（法6条）について改めて論じ²⁶³、さらに、同規定（法6条）を正解した運用がなされるためにも裁判所におけるインカメラ審理（弁論期日外行政文書証拠調手続）を採用すべきことを論証する。

2 知る権利を保障する部分公開義務の原則規定（法6条1項）

- （1）情報公開の法制化を提言した前掲「考え方」においては、「開示請求の対象は行政文書であるが、一つの行政文書に様々な情報が記録されており、開示請求に係る行政文書に不開示情報が記録されているといっても、それが一部分にとどまることがあり得」とされた（「考え方」3、（3））。この趣旨から、6条1項は、「不開示情報が記録された部分が、一つの行政文書の中の他の部分と容易に区分することができるときは、行政機関の長は、不開示情報が記録された部分を除いた部分」についての開示義務を規定した。「しかしながら、不開示情報が記録された部分を除くと、客観的に有意な情報が残らないような場合は、不開示情報が記録された部分を除いて開示することは、行政機関に負担を強いるとともに、開示請求者の不利益にこそなれ、その利益に資するところがない」（「考え方」3、（3））。6条1項ただし書は、不開示情報が記録されている部分を除いた残りの部分に記載されている事項の内容に照らし、部分開示の義務を課さないこととする場合の規定として、「客観的に有意な情報が残らないような場合」という「考え方」（3、（3））を参考に規定された。

6条1項の規定により、行政機関の長は、開示請求に係る行政文書に不開示情報が記録されている場合に、部分的に開示できるか否かの判断を行わなければならないことになる。正に知る権利を保障する部分公開義務の原則規定としての位置付けである。

- （2）部分的に削除すべき範囲は、文書であれば、一般的には、文、段落等、表であれ

²⁶³ 情報公開法6条の部分公開義務規定については、三宅・前掲注50）73頁、同「行政情報の公開——新たな課題」ジュリ1215号（2002年）20頁、同「情報公開訴訟の分析と司法改革——『官の支配』から『法の支配』へ」法時73巻3号（2001年）81頁。同「交際費情報公開判決と審査会の役割——最三小判平成13年3月27日批判」自正2002年10月号92頁、右崎ほか・前掲注67）64頁。なお、定塚誠編著『行政関係訴訟の実務』（商事法務、2015年）468頁（定塚誠）が、前掲最判平成13年3月27日の判旨だけを引用していることは（478頁）、部分公開義務規定について情報公開法の立法経緯を尊重しない法解釈が依然として見受けられる原因であるとも解せられる。

ば個々の欄等を単位として判断することをもって足りる。6条1項は、義務的に開示すべき範囲を定めているものであり、部分開示の実施にあたり、具体的な記述をどのように削除するかについては、行政機関の長の本法の目的に沿った合目的な裁量に委ねられている。その結果、観念的にはひとまとまりの不開示情報を構成する一部が開示されることになるとしても、実質的に不開示情報が開示されたと認められないのであれば、行政機関の長の不開示義務に反するものではない。

3 部分開示による有意性をどのように判断するか

「有意」性の判断にあたっては、同時に開示される他の情報があればこれもあわせて判断される。部分公開義務の原則が全うされるようにするとの観点から、不開示情報が記録されている部分を除いた残りの部分に記載されている情報の内容が、開示をしても意味がないと認められる場合を意味する。6条では、個々の請求者の意図によらず、客観的に決めるべきものとしている²⁶⁴。とはいえ、「当該部分を除いた部分に有意の情報が記録されていないと認められるとき」（6条1項ただし書）には部分公開義務の適用を除外されることから、ここに独立一体説・情報単位論の入り込む余地があるともいえる。

それゆえ、客観的に決めるべきものといえども、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体的に保障するという観点から情報公開請求者の立場に依拠しての客観性認定によるものというべきであろうか、その検証を要するのである。

4 6条2項の趣旨 — 部分公開義務の確認規定

（1）情報公開法6条2項は、個人識別情報が記録されている場合の部分開示について規定している。すなわち、個人識別情報は、通常、個人を識別させる部分（例えば、氏名）とその他の部分（例えば、当該個人の行動記録）とから成り立っており、その全体が1つの不開示情報を構成するものである。他の不開示情報の類型は各号に定められた「おそれ」を生じさせる範囲で不開示情報の大きさをとらえることができるのとは、その範囲のとらえ方を異にするものである²⁶⁵。このため、1項の規定だけでは、個人識別情報については全体として不開示となることから、氏名等の部分だけを削除して残りの部分を開示しても個人の権利利益保護の観点から支障が生じないときには、部分開示とするよう、法5条1号の趣旨を受けて、個人識別情報について、部分公開義務の確認規定を設けたものである。

同法6条2項は、要綱案では個人に関する情報の不開示情報（同法5条1号に相

²⁶⁴ 総務省編・前掲注1）86頁。

²⁶⁵ 総務省編・前掲注1）87頁。

当)である第6、(1)ただし書口の絶対的開示として提言されていた²⁶⁶。「考え方」では、この規定により、「個人に関する情報のうち、社会生活上の情報等にあつては、個人識別性がない状態であれば、これを開示しても、プライバシーを中心とする個人の正当な権利利益を害するおそれがないと認められるものが少なくない。そこで、個人に関する情報のうち、氏名その他個人識別性のある部分を除くことにより、開示しても個人の正当な権利利益を害するおそれがないと認められることとなる部分の情報を」開示する、「組織体の構成員としての個人の活動に関する情報は、本号の適用については、多くの場合、その情報のうち氏名等の個人識別性のある部分を除いた上で、活動内容等に関する部分の情報が開示されることとなるであろう」とされていた(「考え方」4、(2)エ)。第3章Ⅲ、2で述べたとおり、個人識別型個人情報情報の不開示情報(同5条1号)については、行政改革委員会の要綱案第6、(1)ただし書口においては、「氏名その他特定の個人が識別され得る情報の部分を除くことにより、開示しても、本号により保護される個人の利益が害されるおそれがないと認められることとなる部分の情報」と規定されていた。同要綱案第5、2において、情報公開法6条1項に相当する案文が提言され、同1項だけをもって部分公開義務原則が定められる予定であった。もともと、法制局審査において、要綱案第6、(1)ただし書口の案文は、法6条1項の原則の確認規定として法6条2項として位置付けられたにすぎないのである。要綱案第5、2の提言をふまれば、あくまでも、法6条1項だけをもって部分公開義務原則が定められたのである。要綱案第6、(1)ただし書口から法6条2項に規定の位置が変わっても、その情報のうち氏名等の個人識別性のある部分を除いた上で、活動内容等に関する部分の情報が開示されることとなるであろうという趣旨に変わりはないものと解せられたのである。

(2) 法5条1号本文の後段部分の除外

「特定の個人を識別することができるものに限る」こととしているのは、「特定の個人を識別することはできないが、公にすることにより、なお個人の権利利益を害するおそれがあるもの(5条1号本文の後半部分)」については、特定の個人を識別することとなる記述等の部分を除くことにはならないので、他の不開示情報の類型と同様に不開示情報が記録されている部分を除いた「かたまり」の部分につき開示することとなるためである。「5条1号本文の後段部分」とは、たとえば、カルテ、作文などの個人の人格と密接に関連する情報や、個人の未公表の研究論文等開示すると個人の権利利益を害するおそれがあるものである。

このため、個人を識別させる部分を除いた部分について、公にしても、個人の権利利益を害するおそれがないものに限り、部分開示の規定を適用することとしてい

²⁶⁶ 総務省編・前掲注1) 88頁。

る。この5条1号本文後段除外規定は、行政改革委員会の中間報告第6①においては、「特定の個人が識別され得ない状態で開示することによっても個人の権利利益を不当に侵害するおそれがある情報の取扱いについては、引き続き検討する」とされ、さらに、要綱案においては、まだ検討中として条文の形式で提言されなかったが、「考え方」においては、「他方、カルテ、反省文などの個人の人格と密接に関連する情報は、個人識別性のある部分を除いて開示されることにはならないと考える」とされ、その後の法制化作業において5条1号本文後段の規定となった。1項の規定により、部分開示の範囲を決定するにあたっては、個人識別情報のうち、特定の個人を識別することができることとなる記述等以外の部分は、個人の権利利益を害するおそれがない限り、5条1号に規定する不開示情報ではないものとして取り扱うことになる。したがって、他の不開示情報の規定に該当しない限り、当該部分は開示されることになる²⁶⁷。

5 アメリカ情報自由法に由来する部分公開義務規定

そもそも、情報公開法6条1項のような、日本の情報公開法制における部分公開義務規定は、アメリカ情報自由法に由来する。情報自由法と呼ばれる合衆国法典552条の、(b)項では、1974年改正により「記録の合理的に分離することができる部分は、本項により適用除外される部分を削除した後、当該記録請求者に、これを提供しなければならない」と規定されている²⁶⁸。これに先立ち、1971年夏にアラスカで行われる予定だった地下核実験に関する文書について、ミンク下院議員が大統領に公開を求めたが、これを拒否されたため、当該文書の開示を請求する訴えが提起された。いわゆるミンク事件である。第1審連邦地裁は原告側の請求を棄却。第2審控訴審は部分開示ができるかどうかともあわせ決定すべきであるとして差戻しを命じた。第2審判決に対し、連邦最高裁は、政府側の上告を認め、大統領命令10501号に従い極秘(Top Secret)又は秘(Secret)に指定された情報は改正前の552条(b)項(1)項に該当するとして、部分開示も要しないという判断を下した²⁶⁹。これを受けて、連邦議会は、1974年改正により上記部分公開義務規定を設けた。これによって、裁判所は、文書自体を非公開で審理し、秘密規定の実体的適否を判断し、可能な場合には部分公開を命ずることができるようになった。

ミンク事件判決とそれを契機とする情報自由法の1974年改正は、既に、奥平康

²⁶⁷ 総務省編・前掲注1) 88頁。

²⁶⁸ 行政改革委員会事務局監・前掲注194) 378頁。宇賀克也『情報公開法——アメリカの制度と運用』(日本評論社、2004年) 74頁。

²⁶⁹ Mink v. E.P.A., 464 F.2d 742, 746 (1971). E.P.A. v. Mink, 410 U.S. 73 (1973).

弘²⁷⁰、右崎正博²⁷¹、平松毅²⁷²らによって、日本の情報公開条例の制定までに紹介され、これを受けて、大阪府条例10条等の部分公開義務規定が規定されたのである。同時期、神奈川県情報公開推進懇談会（会長小林直樹東大教授（当時））は、「神奈川県の情報公開制度に関する提言」（1982年7月17日）において、神奈川県が情報公開を制度化する場合の基本的考え方として、「原則公開の精神に立って、非公開とすることができる情報は、必要最小限にとどめる」ことを明言し、「適用除外事項に該当する情報が含まれていても、これに該当しない部分は公開すべきである」ことを提言し、説明として、「その情報を分離し、他の公開できる情報の部分は公開すべきであるという『部分性』の考え方」を採用したことを明らかにしたのである²⁷³。

東京都条例を提言した、東京都情報公開懇談会（会長林修三元内閣法制局長官）の第7回小委員会（小委員長西尾勝東大教授（当時））では、関哲夫が、ミンク事件第2審判決を紹介しつつ、「行政不服審査法の33条の閲覧請求権に関する判例でも…当然に部分秘になるんだという判例がある」ことを指摘し、小委員会では少なくとも立法政策として部分公開義務規定を採用することが確認されている²⁷⁴。

大阪府条例10条は、「実施機関は、公文書に次に掲げる情報が記録されている部分がある場合において、その部分を容易に、かつ、公文書の公開の請求の趣旨を損なわない程度に分離できるときは、その部分を除いて、当該公文書の公開をしなければならない」と規定する。

大阪府条例を提言した大阪府情報公開府民会議（会長和島岩吉元日弁連会長）は、1983（昭和58）年5月、「情報公開の制度化への提言」において、「府の保有する情報は、情報公開の制度の目的に照らし、合理的な意味を持つ必要最小限の例外を除き、公開を原則とする」ことを明言し、具体的に適用除外事項の定め方においても、「ある情報の一部分が適用除外事項に該当する場合、当該部分のみを非公開とし、その他の部分は公開すべきである」と提言していた。この提言は、大阪府による情報公開制度の大綱において、制度の基本理念について「原則公開 この制度の目的を踏まえ、府の保有する情報は、合理的な理由のある必要最小限の例外を除き、公開を原則とし、適用除外事項はできるだけ具体的、かつ、限定的に定めることとする」ものとし、公文書の部分公開については、「実施機関は、公文書に適用除外事項に掲げる情

²⁷⁰ 奥平・前掲注8）167、209頁。

²⁷¹ 右崎正博「国家機密の保護と情報の自由化——アメリカにおける国家安全情報の秘密指定制度とFOIAとの交錯」法時52巻4号（1980年）32頁。

²⁷² 平松・前掲注21）163頁。

²⁷³ 神奈川県県政情報室・前掲注136）332頁。

²⁷⁴ 東京都総務局「東京都情報公開懇談会小委員会会議録第7回」（1983年）50頁。行政不服審査法上の部分公開は、大阪地判昭和49年10月22日訟務月報20巻13号134頁、大阪高判昭和51年9月29日訟務月報22巻10号2466頁などをさすものと解される。

報の記録されている部分がある場合において、その部分を容易に、かつ、公文書の公開の趣旨を損なわない程度に分離できるときは、その部分を除いて、当該公文書の公開を行わなければならない」という、いわゆる部分公開義務規定を提言したのである（以上の傍点 ― いずれも引用者）。後の情報公開法 6 条 1 項に相当する大阪府条例 10 条の部分公開義務規定の立法経過においては、行政情報の原則公開を徹底することは提言されているが、第 1 章Ⅲ、5 で紹介した、大阪府知事交際費支出事件前掲最判平成 13 年 3 月 27 日が判示した「独立した一体的な情報」説は、どこにもその淵源を認めることができない。

また、大阪府条例制定後の「情報公開事務の手引き」においても、同条例 10 条について、「部分公開は、公開原則の理念から導かれるものであり、また、公文書の公開を求める権利から、要請されるものである。従って、部分公開を行うか否かは、権利義務に関わる問題である」とし、部分公開の方法についても、「公開部分と非公開部分とが同一ページに記録されているとき①公文書を乾式複写機で複写し、非公開部分をマジック等により黒く塗りつぶし、それを再度、乾式複写機で複写する。②非公開部分を遮蔽物で覆って乾式複写機で複写する。などの方法により、公開部分のみを閲覧に供する」とされるが、「独立した一体的な情報」説は採られていない。

6 大阪府知事交際費情報について独立一体説を判示した最判平成 13 年 3 月 27 日

上記 5 の大阪府公文書公開等条例（前掲「大阪府条例」）に基づき、1985 年 1 月から 3 月の間に支出した大阪府知事にかかる交際費関係文書の公開を請求したところ、一部公開決定がなされたが、債権者の請求書及び領収証（以下「債権者請求書等」）並びに歳出額現金出納簿及び支出証明書（以下「現金出納簿等」）に記載された祝金、餞別、賛助金、援助金、会費に関する情報は、大阪府条例 8 条 1 号（法人情報）、4 号（調査研究、企画、調整等情報）、5 号（行政運営情報）、9 条 1 号（個人情報）に該当するとして非公開決定をした。このため、当該非公開決定処分の取消しを求めて異議申立てをしたが、棄却されて、提訴したところ、大阪地判平成元年 3 月 14 日判時 1309 号 3 頁は、上記非公開事由に該当する情報は記録されていないとして、当該非公開決定処分を全部取消し、その控訴審における大阪高判平成 2 年 10 月 31 日判時 1366 号 18 頁は、府知事の控訴を棄却。府知事の上告に対し、最判平成 6 年 1 月 27 日民集 48 卷 1 号 53 頁は、債権者請求書等及び現金出納簿等のうち、①交際の相手方が識別され得るものは、相手方の氏名等が外部に公表、披露されることがもともと予定されているものなどを除き、大阪府条例 8 条 4 号又は 5 号により公開しないことができる文書に該当する、②交際の相手方が私人で識別され得るものは、交際内容等が一般に、公表、披露されることがもともと予定されているものを除き、大阪府条例 9 条 1 号により公開してはならない文書に該当するとして、原判決を破棄差

し戻した。差戻後の大阪高判平成8年6月25日判タ911号279頁は、上記最判平成6年1月28日の判旨をふまえて、生花、供花、檜、会費、祝金、団体への祝金は、交際の相手方の氏名なども含めて全部公開すべきものとしたが、見舞、香料、懇談会、餞別、賛助、援助、その他の個人への祝金は、交際の相手方の氏名は公開しないことが許されるとした。

しかし、差戻後の上告審の最判平成13年3月27日民集55巻2号530頁は、部分公開義務規定である大阪府条例10条について、「非公開事由に該当する独立した一体的な情報をさらに細分化し、その一部を非公開とし、その余の部分にはもはや非公開事由に該当する情報は記録されていないものとみなして、これを公開することまでをも実施機関に義務付けているものと解することはできない」とする、いわゆる「独立した一体的な情報」説を採用し、知事の交際の相手方氏名の非公開にとどまらず、交際費の支払年月日、支出項目、支払額の非公開部分を取り消すことはできないと判示した。この説は、本件訴訟の第1審以来、差戻後上告審まで訴訟当事者間でも意識的に議論されたことがなかったが、差戻後上告審判決が突然に判示したことにより、その後、情報公開法をめぐる訴訟で訟務検事が全部不開示を適法と主張するための拠りどころとなっている。

前掲最判平成13年3月27日は、1984年の大阪府知事交際費の全部非公開決定の原処分から15年も後に制定された情報公開法の6条1項、2項について、前記1から5で述べた立法経過を正確に把握することなく、差戻前上告審判決を維持するために適合的な文理解釈として、同6条1項及び2項の部分公開義務規定を誤って運用したものと解される。

しかし、この判決をふまえて、その後、情報公開法をめぐる訴訟で、訟務検事が不開示文書全体を一体と解して全部不開示とした旨の理由を述べ、「原則開示の基本的枠組み」において誠実に部分公開義務を尽くすことを怠る結果となったのである²⁷⁵

差戻後上告審最判平成13年3月27日は、情報公開条例がつみ重ね、最高裁長官の交際費の公開実例においても採用されている²⁷⁶「原則開示の基本的枠組み」（要綱案の「考え方」）における部分公開義務規定の重要性を考慮しないものであった。そもそも、大阪府自身においても、大阪府条例10条の部分公開義務規定について、独立一体説を採用したことはなかったのである²⁷⁷。

²⁷⁵ 例えば、外務省報償費不開示取消訴訟東京地判平成6年2月28日における外務大臣の主張としての平成13年9月21日付被告準備書面（1）について、<http://www.jkcc.gr.jp>

²⁷⁶ 三宅・前掲注263）「交際費情報公開判決と審査会の役割」92、94頁。

²⁷⁷ 総務省・情報公開法の制度運営に関する検討会2004年6月14日第3回・大阪府ヒアリングにおいて、筆者が大阪府の担当者から確認したところである。

7 最判平成13年3月27日が情報公開法6条1項及び2項の立法経過を尊重しないこと

情報公開法6条1項は、前記1のとおり、「考え方」においては、「本要綱案では、行政機関の長は、適法な開示請求があった場合は、開示請求に係る行政文書に不開示情報が記録されているときを除き、開示請求者に対し、当該行政文書を開示する義務を負う（第5第1項）との原則開示の基本的枠組みを定めることとした」旨を明言され、さらに、「開示請求の対象は行政文書であるが、一つの行政文書に様々な情報が記録されており、開示請求に係る行政文書に不開示記録が記録されているといっても、それが一部分にとどまることがあり得る」ことを前提として、部分開示義務、すなわち「不開示情報が記録された部分を除いた部分を開示しなければならないこととした」ものと説明されている²⁷⁸。

前記5のとおり、ミンク事件判決をふまえたアメリカ情報自由法1974年改正において、(b)項に部分公開義務が規定され、この影響を受けて、大阪府条例を含む日本の情報公開条例は、情報の原則公開を明定し、(b)項と同様の規定を設けた。情報公開法6条1項もまた、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開請求権をできる限り実効あらしめるために「原則開示の基本的な枠組み」において、情報公開法6条2項（要綱案第6、(1)ただし書ロ）とは別に、部分開示義務を規定し、義務的開示の可否を司法の判断に委ねることとしたのである。

行政改革委員会行政情報公開部会（部会長角田禮次郎元最高裁判事）において要綱案の立案にあたった藤原静雄は、「個人識別部分を除いて開示しても個人の権利利益の保護の観点から支障がないという条件の下、一単位の不開示情報から個人識別部分を除くという形で部分開示を認める規定が置かれた」、「個人識別情報以外の不開示情報については、不利益、支障の生ずるおそれの判断で不開示情報としての単位を画することができるので、単位の細分化が生じない。…それゆえ、第6条第2項のような部分開示の規定を置く必要がなかったのである」と立法趣旨を説明している²⁷⁹。この説明は、要綱案第5、2（情報公開法6条1項に対応）と要綱案第6、(1)ただし書ロ（6条2項に対応）との関係として理解すると、より一層、立法趣旨が明確になるのである。法6条2項は、「原則開示の基本的枠組み」において貫かれるべき部

²⁷⁸ 行政改革委員会事務局監・前掲注194）19、20頁。

²⁷⁹ 藤原静雄「交際費支出関係情報の公開の是非と部分公開のあり方」季情1号（2001年）33、41頁。角替晃「情報公開法6条～8条」ジュリ1156号（1999年）55頁は、「確認規定以上の意味がない法6条2項」と論じ、同1項と2項の関係を明らかにしている。宇賀克也『情報公開法の逐条解説』（有斐閣、1999年）も、「開示情報と不開示情報を区分する1項の一般的部分開示とは異なるので、2項で特別の部分開示規定を設けた」として確認規定である旨の解説をし、出版当初から創設的規定とは明示していない（68頁）。

分開示義務(法6条1項)の個人情報における確認規定にとどまるのである。そして、その解釈を基礎づけるのが、アメリカ情報自由法(b)項の1974年改正と、日本の情報公開条例の部分公開義務規定だったのである。

ところが、大阪府知事交際費情報にかかる前掲差戻後上告審判決最判平成13年3月27日は、大阪府条例10条について「独立した一体的な情報」説を採用した。元原利文裁判官の補足意見は、その判旨を一層明確に補足して、「(情報公開法5条)1号のいわゆる個人識別情報については、6条1項のみでは個人識別部分だけを除くという態様の部分開示を義務付けることはできないとして、特に同条2項の規定を設け[創設的規定ということになる — 引用者注]、…最大限の開示を実現しようとしたものと解される」とするが、これは、法6条2項を1項の部分開示義務で開示されない部分について開示するための創設的規定と解することにおいて、誤っている。このため、「同法6条2項に相当する定めを欠く本件条例10条の解釈としては、個人識別部分ないし相手方識別部分のみを非公開とし、その余を公開するといった態様の部分公開をすべき旨を実施機関に義務付けているとまでは到底解されないのである」として、ミンク事件と情報自由法1974年改正をふまえて規定された大阪府条例10条の趣旨を誤解することとなった。

大阪府知事交際費訴訟については、前掲のとおり、大阪地判平成元年3月14日(非公開処分取消による原告勝訴)、大阪高判平成2年10月31日(原判決維持)、最判平成6年1月27日(原判決破棄差戻)、差戻後大阪高判平成8年6月25日(弔問のための生花・供花・楮、団体の会費、知事の出席が秘密でない会合への祝金は交際の相手方氏名も含めて全部公開とし、見舞い、香料、懇談会、餞別、賛助、援助、個人への祝金は、交際の相手方の氏名を部分非公開とする旨の判決)が、差戻後上告審判決までの各判決である。しかし、各判決からみる限り、そのいずれにおいても「独立した一体的な情報」説は、開示請求者と大阪府知事の間において、議論されていない。差戻後大阪高判が本件条例10条を根拠として、「交際の相手方の氏名などの部分のみを隠して複写した写を交付するなどが容易にできるものと認められるから、交際の相手方以外の部分については、公開をすべきものである」と判示したのに対し、大阪府知事の上告理由において、わずかに、栃木県知事交際費情報公開事件における最高裁平成3年(行ツ)第69号平成6年1月27日判決は、原審東京高裁平成3年1月21日判決が部分開示を否定した判断を是認していることを理由として、「部分公開とすべきとした原判決は、この最高裁の判断にも違背するものである」と主張しただけである²⁸⁰。開示請求者側の十分な反論もないままに、前記差戻後上告審判決が「独立一体的情報」説を独自に採用したにすぎないのである。調査官報告書が元原補

²⁸⁰ 民集48巻1号53頁。同55巻2号530、583頁。

足意見や同判決の多数意見の基礎となったものとししか考えられない。行政法学者から転じた藤田宙靖・最高裁判事が、退官後に述解したところの「最高裁判事就任の当初から、私が自ら最高裁判事となった以上は何とかしなければならないと焦慮に駆られていた」とし、「行政文書部分開示情報単位論事件判決」をして、「行政法学者に極めて評判の悪い判決」と評したところである²⁸¹。

8 立法者意思をふまえ独立一体説を克服しようとする審査会答申と判例変更

情報公開法6条2項は、「原則開示の基本的な枠組みにおいて貫かれるべき部分開示義務（同法6条1項）の個人情報における確認規定」にとどまる。情報公開法の立案者も、「個人識別情報以外の不開示情報としての単位を画することができるので、単位の細分化が生じない。…それゆえ、第6条2項のような部分開示の規定をおく必要がなかったのである」と説明している（前掲注279）藤原静雄論文）。

この立法関係者の見解を適用した情報公開審査会平成14年7月17日答申（平成14年度（行情）123号）「原子力発電の経済性試算における設定単価の根拠の一部開示決定に関する件」がある。この答申では、「特定の個人を識別することができる情報については、法6条2項により、個人識別性のある部分以外の部分について、公にしても当該個人の権利利益を害するおそれがないと認められるときは、当該部分を開示すべきとし、不開示情報を更に細分化して開示することとされているが、その他の不開示情報については、不開示情報を更に細分化して開示するという規定は設けられていない。これは、特定の個人を識別することができる情報については、その全体を一律に不開示とすると個人の権利利益の保護の必要性を越えて不開示の範囲が広くなりすぎるおそれがあること、及びその他の不開示情報にあっては、重層的な捉

²⁸¹ 藤田宙靖『最高裁回想録——学者判事の7年半』（有斐閣、2012年）98頁。同『裁判と法律学——『最高裁回想録』補遺』（有斐閣、2016年）246頁においては、いわゆる「調査官裁判」について、最高裁判事の中に公法学者がいなかった時期に、自信の強い担当調査官の主張に対し、「裁判官たちは、『ああ、そうか。そういうものか』と思ってしまったのではないかという気がする」と指摘する。もちろん、差戻後上告審判決・前掲最判平成13年3月27日は、判決要旨を、特に、「大阪府公文書公開等条例（昭和59年大阪府条例第2号）10条は」と限定したうえで、「独立一体的情報」説を採用したものとして、限定的に解釈している。加えて元原補足意見の末尾では、「近時、情報公開は、これを更に拡大する方向に進みつつあり、この傾向は、国民の『知る権利』をよりいっそう確保するために尊重されるべきことはいうまでもない。また、情報公開法の制定を機に、同法6条2項と同旨の規定を置き、情報公開の内容を更に充実するための条例改正の動きも各地で起こりつつある。ただ、本件は、法廷意見が第1の5の冒頭で説示するとおり、昭和60年当時の本件条例の解釈に基づき実施機関がした処分の効力につき、第1次上告審の判示に従って判断した原判決についての再上告であるとの制約があることを重ねて付言しておきたい。」と述べ、この「独立一体的情報」説の採用が、極めて例外的であることを断っている。しかし、「行政法学者に極めて評判の悪い判決」として、ひとり歩きするのである。

え方が可能な情報に対して一定の利益を保護するために開示することが適当でないと認められるひとまとまり、すなわち、法5条各号の不開示事由とされている『おそれ』等を生じさせる原因となる情報の範囲で捉えれば、不開示の範囲が不必要に広くなりすぎるおそれがないことによる」と述べられている。この答申は、前掲最判平成13年3月27日を前提としつつも、この最高裁判決が立法者意思に反することをふまえて、審査会答申として、情報公開法6条1項及び2項の立法趣旨を正解しようとするものであった。

また、名古屋高判平成14年12月5日裁判所HPは、「開示請求に係る行政文書のある一部分につき、①不開示情報の記載されている部分が容易に区分されて除かれた後の当該行政文書の一部であること、及び、②有意の情報が記録されていないと認められるものではないことの各要件を満たす場合であれば、当該一部分は、情報公開法6条1項に基づき開示しなければならないもの（すなわち部分開示情報）となるのであり、同条項の趣旨および文理からみて、当該一部分が有意でないとは認められず、また、当該一部分が他の不開示情報の一部分であるとか、不開示情報の区分が困難等の事情もないにもかかわらず、当該一部分が1個の情報の一部であることを根拠に部分開示情報に当たらなくなるものとは解されない」と判示している。

さらに、最判平成15年11月11日判タ1143号229頁は、前掲第3章Ⅳ、4で引用したとおり、『氏名』欄に記載された同校長の氏名と一体として同校長の私事に関する情報そのものを成すものであるから、本件条例11条2号の非公開情報に当たるといふべきであるが、本件各公文書に記載されたその余の情報は、いずれも同校長の私事に関する情報を含まないから、同号の非公開情報に当たらないものといふべきである。また、本件各公文書中の上記非公開情報に係る部分は、それ以外の部分と安易に、かつ、公開を受けようとする趣旨を損なわない程度に分離することができるから、本件条例12条に基づき、上記非公開情報に係る部分を除いて本件各公文書を公開すべきものである。なお、『氏名』欄の記載は、上記非公開情報とその余の情報との共通の内容となっているが、この部分に私事に関する情報は含まれていないのであるから、この欄の記載は、公開すべきその余の情報に係る部分に含まれるものとして公開しなければならないと解される」と判示している。上記判例タイムズ1143号中の調査官の解説（230頁）によれば、「一の公文書に複数の情報が記録されている場合、当該公文書中の一部の記載事項が、それぞれの情報の共通の内容となっている場合」（本件の旅行命令票中の「氏名」欄の記載事項であるA校長の氏名は、「給料表の種類」欄および「級・号給」欄に記載されている情報、旅行命令に関する情報および旅費請求に関する情報のすべての情報に共通する記載事項である）について、「共通の記載事項自体が非公開情報に当たらないものであるときは、当該記載事項は公開すべき情報に含まれるものとして公開すべきであるとしたものである。これが前

記のような１個の情報を細分化して非公開事由に当たらない部分を公開すべきであることをいうものではない」とするが、もはや独立一体説を適用できないことを認めたものというべきであろう。

前掲最判平成１５年１１月１１日判タ１１４３号２２９頁のほか、前掲最判平成１５年１１月１１日判タ１１４３号２１４頁（学習指導要録の一部非開示を認める）や前掲最判平成１５年１１月２１日判タ１１４３号２０７頁（新潟県東京地方事務所の需要費の支出資料の一部非公開を認める）も独立一体説に触れずに個人情報の部分公開を判示していることに照らすと、最高裁も前掲平成１３年３月２７日判決を実質的に変更しようとする方向が示されている。

この点をより一層明らかにしたのが、最判平成１９年４月１７日判時１９７１号１０９頁である。同最判は、愛知県の食糧費支出に関する予算執行書等の文書中に愛知県公文書公開条例（愛知県昭和６１年条例２号。愛知県平成１２年条例１９号による全部改正前のもの）所定の非公開情報に当たらない公務員の懇談会出席に関する情報とこれに当たる公務員以外の者の懇談会出席に関する情報とが記録され、両情報に共通する記載部分がある場合において、上記共通部分に係る記載中にそれ自体非公開情報に該当すると認められる部分が含まれていないという事情の下では、前者の公務員の懇談会出席に関する情報に係る記載部分はすべて公開すべきである、として、前掲最判平成１５年１１月１１日判タ１１４３号２２９頁と同様、法６条１項と同種の規定である上記愛知県公文書公開条例６条２項について、法６条２項と同種の規定がなくても、独立一体説（情報単位論）をとらないことを明らかにした。

すなわち、「本件予算執行書又は本件支出金調書中に、非公開情報に該当しない公務員の懇談会出席に関する情報が記載されている場合には、その記載が上記各文書中のいずれの箇所にあるかを問わず、すなわち、その記載が上記各文書中の『題名』欄ないし『執行の目的』欄、『執行の内容』欄にあるか、あるいはその余の箇所にあるかを問わず、すべてこれを公開すべきであり、このことは、本件の第１次上告審判決の命ずるところである。〔原文改行〕また、上記各文書中に、非公開情報に該当しない公務員の懇談会出席に関する情報とこれに該当する公務員以外の者の懇談会出席に関する情報とに共通する記載部分がある場合、それ自体非公開情報に該当すると認められる記載部分を除く記載部分は、公開すべき公務員の本件各懇談会出席に関する情報としてこれを公開すべきであり、本件条例６条２項の規定も、このような解釈を前提とするものと解される（最高裁平成１０年（行ツ）第１６７号同１５年１１月１１日第三小法廷判決・裁判集民事２１１号３４９頁参照）。〔原文改行〕したがって、上記３（３）の各文書中の公務員の氏名や所属名、職名等の出席公務員が識別される部分は、公務員の本件各懇談会出席に関する情報としてすべてこれを公開すべきである。」と。

以上のとおり、独立一体説（情報単位論）をとらない最高裁判例は着実に積み重ねられているのである。

9 藤田宙靖裁判官の補足意見と山本庸幸裁判官の補足意見

加えて、独立一体説（情報単位論）をとらない点については、上記最判平成19年4月17日における藤田宙靖裁判官の補足意見が、その理論的根拠を明らかにしている。同補足意見は、まず、従前の最高裁判例相互の関係についての見解を述べる。すなわち、「本件予算執行書又は本件支出金調書中の出席公務員が識別される部分は、これらの文書中のいずれの箇所にあるかを問わず公開されるべきであることは、法廷意見の述べるとおりであるが、原審は、当審平成14年2月28日第一小法廷判決（民集56巻2号467頁。以下『平成14年第一小法廷判決』という。）を引用しつつ、本件条例6条2項の解釈として『非公開事由に該当する独立した一体的な情報を更に細分化し、その一部を非公開とし、その余の部分にはもはや非公開事由に該当する情報は記録されていないものとみなして、これを公開することまでも実施機関に義務付けているものと解することはできない』という考え方を採用し、この考え方に基づき、本件予算執行書8、9、11及び13並びに本件支出金調書8中の公務員の氏名のみを公開することは、公務員の懇談会出席に関する情報を更に細分化することとなるから許されない、と判断している。この判断が当審判例（平成15年11月11日第三小法廷判決・裁判集民事211号349頁。以下『平成15年第三小法廷判決』という。[第3章Ⅳ、4、③判決 — 引用者注]）に照らし採り得ないことは、法廷意見の示すとおりである」と。

さらに、情報公開法6条1項の部分公開義務規定に相当する大阪府条例6条2項の趣旨をふまえて、独立一体説を批判する。すなわち、「このような立法趣旨に照らすとき、これらの規定が、記載された情報それ自体は不開示情報には当たらないことが明確であるにもかかわらず、『一体としての（より包括的な）情報の部分』を構成するに過ぎないことを理由に、それが記載された文書の部分が開示義務の対象から外れることを想定しているなどという解釈は、およそ理論的根拠の無いものであると言わざるを得ない。…ある文書上に記載された有意な情報は、本来、最小単位の情報から、これらが集積して形成されるより包括的な情報に至るまで、重層構造を成すのであって（例えば、最高裁判所に関する情報の中には、最高裁判所第三小法廷に関する情報が含まれ、同情報の中には、裁判官藤田宙靖に関する情報が含まれ、更にその中には、同裁判官が関与した過去の事件に関する情報が含まれる、等々）、行政機関が、そのいずれかの位相をもって開示に値する情報であるか否かを適宜決定する権限を有するなどということは、およそ我が国の現行情報公開法制の想定するところではないというべきである」と。

そのうえで、情報公開法6条2項が6条1項の確認規定であることを明らかにし、さらに「このような我が国情報公開法制の基本的な趣旨・構造に思いを致さず、単に例えば情報公開法6条2項が『当該部分を除いた部分は、同号の情報に含まれないものとみなして、前項の規定を適用する』という文言を用いているという事実から、専ら形式的な文言解釈により、これと異なる考え方を導き出す原審のような解釈方法は、事の本末を見誤ったものと言わざるを得ず、到底採用することはできない。以上に述べた意味において、原審が引用する平成14年第一小法廷判決及び同判決が引用する最高裁平成13年3月27日第三小法廷判決（民集55巻2号530頁。以下『平成13年第三小法廷判決』という。）の説示するところは、少なくとも法令の解釈を誤るものであり、その限りにおいて、これらの判例は、本来変更されて然るべきものであるということもできよう」と評するのである。

かくして、藤田裁判官は、「私が自ら最高裁判事となった以上は何とかしなければならないと焦慮に駆られていた」とする最判平成13年3月27日を批判し、事実上の判例変更を迫ったのである。その批判は、調査官の調査報告にも及び、自信の強い調査官の主張に対し「裁判官たちは『ああ、そうか、そういうものか』と思ってしまったのではないかという気がする」と指摘した²⁸²。

前掲最判平成19年4月17日の藤田裁判官補足意見が厳しく批判したにもかかわらず、部分公開義務にかかる独立一体説（情報単位論）は、その後の情報公開訴訟における被告国の訴訟代理人による主張や下級裁判例にも見受けられるところである。

これに対し、最判平成30年1月19日判時1692号69頁が、内閣官房報償費の支出に関する政策推進費受払簿、出納管理簿及び報償費支払明細書に記載された政策推進費の繰入れの時期及び金額、一定期間における政策推進費又は内閣官房報償費全体の支払合計額等を示す情報が、情報公開法5条3号又は6号所定の不開示情報に該当しないと判示したが、その際、山本庸幸裁判官が意見として、「独立一体的情報論」について「引き合いに出されることが多い。原審においても、この検討が行われている」ことについて、前掲最判平成19年4月17日の藤田裁判官の補足意見を支持する見解を述べている。

²⁸² 藤田・前掲注281)『最高裁回想録』98頁。同・前掲注281)『裁判と法律学』246頁。なお、筆者も、「調査官裁判」を批判して、最判平成13年3月27日について、藤原静雄が指摘する「本判決（特に補足意見）が、個人識別情報に関する法第6条2項の反対解釈として、他の不開示情報については部分開示が裁量であると考えているとすれば、それは情報公開法の立法趣旨と異なるものといわざるをえないであろう」との批判をふまえて、「調査官報告書（最高裁裁判官がすべての担当上告事件の記録に目を通すのではなく、大多数の事件では調査官報告書に依拠して上告の可否を判断するという。[大野正男『弁護士から裁判官へ』（岩波書店、2000年）18頁参照 — 引用者注]）はどこまで十分な検討をしていたのであろうか」と論じたことがある（三宅・前掲注263）「交際費情報公開判決と審査会の役割」98頁）。

すなわち、「この独立一体的情報論については、第一に、その独立一体と捉える情報の範囲が論者あるいは立場によって異なるばかりか、第二に、情報公開の観点から個々の情報の牽連性を十分に考慮できないという技術的な問題があることに加えて、第三に、そもそも不開示の範囲が無用に広がりすぎるおそれがあるという情報公開法の本旨に反する本質的な問題があるように考えている」とし、その例として、「支出した①年月日、②相手方、③予算の区分の情報」について、「その①が不開示となったことから、③だけでは同条各号に該当しないということであれば、③は開示すべきものとなる。〔原文改行〕ところが独立一体的情報論をこのようなケースに適用すれば、ここの情報のどれが情報公開法5条各号に該当するかという本来行われるべき解釈論を離れて、まずどこからどこまでの情報が独立一体的情報かという抽象的な議論が先行してしまいがちである。…それでは、ここに掲げたような相互の情報又は事項の関係性を踏まえた分析的な法解釈をする余地がなくなってしまうという大きな問題がある」と指摘した。前掲藤田補足意見は、この指摘を「別の表現で指摘したものではないかと推察している」と述べ、結論として、「むしろ『一般的に、文書の場合であれば文、段落等を、図表の場合であれば個々の部分、欄を単位として、相互の関係性を踏まえながら個々に検討していき、それぞれが情報公開法5条各号に該当するか否かを判断する。』ということで、必要かつ十分であると考えている」と判示している²⁸³。

この山本意見こそ、情報公開法の立法者意見に即し、前記3で述べた情報公開法6条1項ただし書の「有意」性についても正しく解釈することになるのではないか。

次項では、改めて、文、段落等、図表の部分、欄を単位に相互の関係性をふまえて個々に情報公開法5条各号該当性を判断している裁判例及び特定歴史公文書等不服審査分科会答申を紹介し、その解釈が、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法の不開示情報（法5条各号）の正しい解釈であることを明らかにする。

²⁸³ 野口貴公美「判批」法教453号（2018年）138頁は、上記最判平成30年1月19日がその下級審と異なり「独立一体的情報論」に言及していないことを指摘する。渡井理佳子「判批」法教454号（2018年）59頁は、「近い将来に、独立情報一体論を明示的に変更する最高裁判決が出されることを期待したい」とする。村上裕章「判批」判評724号（2019年）153頁は、「情報単位論の根拠には疑問がある上、山本意見が指摘するような実務上の弊害も大きいことから、一日も早い判例変更が望まれる」とする（157頁）。碓井光明「判批」法時90巻7号（2018年）4頁は、「情報公開・個人情報保護審査会の見分結果が答申書に記載されることが間接的とはいえ、裁判に相当大きな意味をもつ場合であろう」とする。佐伯彰洋「判批」季情個70号（2018年）9頁は、「このような個別の事項の司法審査を実効的なものにするために、裁判所によるインカメラ審理の導入も期待したい」と述べる。他に、山下竜一「判批」法セミ63巻5号（2018年）119頁、米丸恒治「判批」判評655号（2013年）6頁。

10 文・段落・図表の部分・欄を単位として相互の関係性をふまえて情報公開法5条各号該当性を判断すること

- (1) 国民主権に理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法として、同法5条各号該当性を論じるとき、第1章Ⅲ、1で述べた「憲法上の要請と無関係に立法府が思うがままに情報公開法を創設し、それを行政府が憲法から自由に運用できるというわけではない」、「②立法化された権利のうち中核的な部分が立法府や行政府によって適切な理由もなく縮減された場合に、それが憲法に違反すると判断される余地は十分にある」(長谷部教授の言説②)という観点からは、前記独立一体説(情報単位論)については、憲法上の要請から国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法について、裁判所が憲法から自由に運用ができるというわけではない、そしてその延長で筆者が付記するとすれば、「②'立法化された権利のうち中核的な部分が裁判所によって適切な理由もなく縮減された場合、それは憲法に違反すると判断される」と評論することができる。この点を、前記9の内閣官房報償費情報公開訴訟の前掲最判平成30年1月19日の山本庸幸裁判官の意見は、「そもそも不開示の範囲が無用に広がりすぎるおそれがあるという情報公開法の本旨に反する本質的な問題がある」と表現したものと考えられる。
- (2) 山本庸幸裁判官の意見のとおり、文・段落・図表の部分・欄を単位として相互の関係性を踏まえて情報公開法5条各号該当性を個別具体的に解釈した判決が、既に存在している。それは、第2章Ⅰ、4で述べた日韓基本条約の締結に至るまで韓国との間で行われた日韓国交正常化交渉(日韓会談)に関する外務省保管文書にかかる東京高判平成26年7月25日LLI/DB・L06920294(第3次訴訟東京高判)及びその原判決としての東京地判平成24年10月11日LLI/DB・L06730806である。前掲東京高判平成26年7月25日は、情報公開法5条3号及び4号所定の不開示情報該当性の具体的な判断について、「1審被告は、開示請求のあった文書について可能な限り開示するという方針の下に努力を重ねて順次開示の範囲を広げてきており、新たに開示された部分を含む文書を証拠として提出した」、「また、当審において、1審被告から外務省アジア局北東アジア課長の陳述書が証拠として提出され、同課長の証人尋問も行われた」という訴訟遂行の経緯が判決文に明示されている。同時に、「1審原告からも主張立証が行われ」と判示され、韓国の情報公開法²⁸⁴に基づいて、韓国で開示された韓国側の公文書も証拠と

²⁸⁴ 成樂寅「韓国における情報公開法の制定、改正と運用」獨協ロー・ジャーナル4号(2009年)32頁。なお、日韓請求権問題にかかる公文書の持つ歴史的意義については、李鐘元ほか『歴史としての日韓国交正常化Ⅱ脱植民地化編』(法政大学出版局、2011年)95頁(第3章日韓国交正常化交渉における基本関係交渉(吉澤文寿))。

して提出されている。

以上の証拠資料を前提として、文・段落・図表の部分・欄を単位として相互の関係性を踏まえて情報公開法5条各号の不開示情報該当性を個別具体的に判断しているのである。判例秘書（L L I / D B）やウエストローの掲載判例分においては、前掲東京地判平成24年10月11日の（別紙3）処分目録、及び（別紙3の2）

「別紙3処分目録の注記、並びに前掲東京高判平成26年7月25日の（別紙）控訴の対象（処分目録1）、（別紙）附帯控訴の対象及び控訴に係る係争情報についての主張対照表」、などは省略されているが、判決正本にはこれらの書面が極めて詳細に添付されており、法6条1項の部分公開義務を尊重した不開示情報該当性の個別具体的な判断がなされているのである。これこそ、正に、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法としての同法5条各号該当性の正しい解釈のあり方というべきものが示されているといえることができる。

- （3）前掲東京地判平成24年10月11日及び前掲東京高判平成26年7月25日の判決言渡しと同時期である2014年3月25日に、公文書管理委員会特定歴史公文書等不服審査分科会（分科会長三宅弘）において、平成25年度答申1号「経済協力・韓国27・日韓請求権問題参考資料（第3分冊）の一部利用決定に関する件について、審査期間中に諮問庁（独立行政法人国立公文書館）が新たに利用に供するとした情報を原処分から除いた残余の利用拒否処分にかかる部分について、一部取消し利用に供させる答申が出された（以下「日韓請求権問題公文書管理委員会答申」又はこの項において「本件答申」という）。

非現用文書として国立公文書館等に移管された行政文書については利用請求ができるが（公文書管理法16条1項）、同1項1号ハにおいて、情報公開法5条3号と同様の規定、すなわち、「公にすることにより、国の安全が害されるおそれ、他国若しくは国際機関との信頼関係が損なわれるおそれまたは他国若しくは国際機関との交渉上不利益を被るおそれがあると当該特定歴史公文書等に移管した行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」については、利用させなければならない義務を除外される。また、国立公文書館等の長は、同16条1号ハの条件に係る情報が記録されている部分を容易に区分して除くことができるときは、利用請求をした者に対し、有意の情報が記録されていないと認められるときを除き、当該部分を除いた部分を利用させなければならない（同法16条3項）。情報公開法6条1項と同趣旨の規定である。同法6条2項の個人識別情報についての規定はないものの、同法16条全体の趣旨からも、立法者が前記独立一体論（情報単位論）を採用していないことは明らかである。

利用請求に対する処分について不服がある者は、国立公文書館等の長に対し、行政不服審査法による審査請求をすることができる（公文書管理法21条1項）。審査

請求は、公文書管理委員会に諮問されるが（同法同条２項）、特定歴史公文書等不服審査分科会に付託される（公文書管理委員会運営規則６条１項）。

本件答申「経済協力・韓国２７・日韓請求権問題参考資料（第３分冊）」の一部利用決定に関する件は、独立行政法人国立公文書館の諮問による平成２４年度諮問１号の事例である。いわゆる日本と韓国の国交回復にあたっての、日韓基本条約締結のための実務担当者の交渉記録を対象とする。公文書管理委員会（特定歴史公文書等不服審査分科会）は、次のとおり日本中のアーカイブズの関連情報を通じて、現時点においては、当該情報が公にされているかを、インカメラ審理によって判断している。不服審査分科会においてもインカメラ審理が極めて重要な手続であることが明らかとされている。

すなわち、不服審査分科会におけるインカメラ審理の実情は、本件答申中の「イ各論（ア）利用制限部分の情報の公知性について」と題する箇所において、「そのため、当委員会において諮問庁を通じて外務省から別途行われた開示決定に係る開示実施文書等の関係書類を提示させ内容を確認したところ、外務省は、平成２４年６月２１日に行われた「日韓会議に関する１３６文書」の開示請求に対して、同年８月２０日及び平成２５年１月２１日にその一部を開示する決定を行っているが、その中で、例えば開示実施文書の一部である「日韓関係想定問答（未定稿）（３７．２．２６）理財局外債課」等（以下「開示実施文書」という。）において、別紙４の１（１）に掲げる部分の内容を既の開示されていることが認められる。また、異議申立人が本件対象文書で利用制限している部分については、既に「経済協力１０５」で開示されていると主張することから、当委員会をして諮問庁に内容を確認させたところ、別紙４の１（２）に掲げる部分の内容は既に国立公文書館において当該文書で公開されているとのことであつた。また、当該情報は、外債課保存資料の内容を掲載したものに過ぎないと認められる」ものとして、当該文書の個別具体的な内容に即した事実認定がなされているのである。

また、「（イ）既に公にされている情報以外の利用制限事由該当性について」と題する箇所においても、「５３頁の１２行目ないし５４頁の最終行目、６５頁の１７行目ないし最終行目の表及び６６頁２行目ないし最終行目の部分〔原文改行〕当該部分に記載された内容は、１９４６年４月及び１９４７年１１月の２回による日銀券等の焼却状況の合計金額等が記載されているが、当該情報は、諮問庁が既に利用に供することとした６１頁ないし６５頁及び６７頁ないし７３頁に記載された焼却日銀券等の第１回目分と第２回目分の各数値を合計したものに過ぎず、また、６７頁の『４ 日銀券焼却に関する諸証拠資料』の（注）において、韓国側は、６７頁ないし７３頁の英文証拠資料と同一の資料を第６次会談請求委員会に提出しているとの記載があることからすると、韓国側は当該資料を保有しており、当該資料

を利用に供したとしても、この資料を根拠として韓国側が新たな請求をしてくることはない」と認められる」として、インカメラ審理をふまえたゆえの具体的事実関係に基づく事実認定ができるのである。

- (4) 情報公開・個人情報保護審査会においては、「インカメラといっても原本そのものを見分する例はほとんどなく、通常諮問庁から必要な部数の写しを提出させる。一部開示の場合、開示部分と不開示部分がわかるように色分けや下線を引く等してある」といわれるが²⁸⁵、公文書管理委員会特定歴史公文書等不服審査分科会でも同様の色分け（黒塗り部分は背景が灰色で記載内容がわかるが、白地の開示部分と区分される）により、審査がなされる。

公文書管理法 16 条 1 項 1 号ハに基づいて対象文書を移管した行政機関の長の判断を知るため、口頭意見陳述においては諮問庁及び当該対象文書を作成した行政機関の担当者が不服審査分科会委員と対面する。その際に、上記インカメラ文書を踏まえて、文・段階・図表の部分・欄を単位として相互の関連性を踏まえて公文書管理法 16 条 1 項 1 号ハの利用拒否情報該当性を個別具体的に聴取する。ここでも、独立一体説（情報単位論）のようなかたまりを情報単位として把握する作業は行わない。できる限り細かく「有意」（公文書管理法 16 条 3 項ただし書、情報公開法 6 条 1 項ただし書）の情報を把握するだけである。

この結果、本件答申においては、末尾添付の別紙 1 処分庁が原処分で利用を制限した情報と制限理由に記載の情報群から、別紙 2 諮問庁が新たに利用に供するとした情報については、諮問庁が原処分を一部撤回したのである。その結果、別紙 3 諮問庁がなお利用制限を維持する情報だけが、原処分の残余の利用拒否情報として、不服審査分科会の審理対象となり、同分科会は、別紙 4 利用に供することが相当と判断する利用制限情報について、原処分を一部撤回したのである。別紙 1 については、別途原処分で利用を制限した情報と制限理由を個別具体的に一覧表にした、いわゆるヴォーン・インデックスを別途作成し（本論末尾に「利用制限の概要及び想定される論点」としてその一部を掲載）、諮問庁職員との口頭意見陳述に臨み、相互の意見交換をした。その結果、諮問庁が上記別紙 2 に記載の情報について原処分の一部を撤回したのである。

同様の情報公開法に基づく不開示処分について、情報公開・個人情報保護審査会において、同様の審理方法により、「インカメラの効用は不開示部分の一部を拡大開示するところにある」、「部分的には開示できる場合がある。公表済みであったり、他の部分では開示している情報が含まれる場合、それらを丁寧に取り出して開示を拡大するということである」として、同審査会平成 25 年 11 月 1 日平成 25 年度

²⁸⁵ 森田・前掲注 86）23 頁。

（行情）２５８号及び平成２６年３月２４日平成２５年度（行情）４７１号の両決定にかかる医道審議会医道分科会議事録等の一部開示決定に関する件（２件）が紹介されている²⁸⁶。もっとも、「当事者（開示請求者）の申立てを前提に、ヴォーン・インデックスを先行しそれを確認する趣旨で行うようにしなければ、審理がきわめて職権主義的なものになりかねないことに注意を要する」とも警告されているところであるが²⁸⁷、日韓請求権問題公文書管理委員会答申の事例においては、正にヴォーン・インデックスを先行しそれを確認する趣旨で行うこととしたのである。不服審査分科会長（筆者）としては、審理で活用したヴォーン・インデックスは、審査会答申を踏まえた不服申立てに対する決定に対し、さらにこれを不服として、特定歴史公文書利用請求拒否処分取消請求訴訟が提起された際には、釈明処分の特則（行政事件訴訟法２３条の２）²⁸⁸に基づく裁判所へ提出することも考えていたが、本件答申にかかる決定により確定し、その後の提訴はなされなかったので、ヴォーン・インデックスの裁判所への提出は現実化されないで終結した。

なお、情報公開・個人情報保護審査会答申のインカメラ審理について付言するに、最近の答申例では、「当該請求対象の行政文書を見分したうえで」と付記しただけで、結論に至る答申が多い。これは森田明審査会元委員の上記指摘「ヴォーン・インデックスを先行しそれを確認する趣旨で行うようにしなければ、審理がきわめて職権主義的なものになりかねない」ということに由来し、「大量の案件をこなすために審議に余裕がなくなっている」、「毎年９００件前後の諮問があり、各部会に２００件弱の案件が回ってくる。それと同数程度の答申を出さなければ案件はどんどん溜まっていく」という実情によるものであろうが²⁸⁹、本来は、情報公開・個人情報保護審査会の全ての答申についてヴォーン・インデックスが作成され、文・段落・図表の部分・欄を単位として相互の関係性を踏まえて情報公開法５条各号該当性を判断することが求められるのである。

Ⅱ 知る権利の保障のための裁判所におけるインカメラ審理への課題の実現

１ 文・段落・図表の部分・欄を単位とした情報公開法５条各号該当性判断とインカメラ審理

（１）上記Ⅰ、１０のとおり、部分公開義務の原則をできる限り貫いた情報公開法５条各号該当性判断のために、情報公開・個人情報保護審査会や公文書管理委員会特定

²⁸⁶ 森田・前掲注８６）２４、１４８、１４９、１５７頁。

²⁸⁷ 森田・前掲注８６）２６頁。

²⁸⁸ 園部逸夫＝芝池義一『改正行政事件訴訟法の理論と実務』（ぎょうせい、２００６年）１１６頁（「５ 釈明処分の特則」菅野博之）、西川知一郎編『行政訴訟法』（青林書院、２００９年）１４６頁（第２章Ⅲ、「８ 釈明処分の特則」田中健治）。

²⁸⁹ 森田・前掲注８６）２１頁。

歴史公文書等不服審査課分科会においては、ヴォーン・インデックスと併用されたインカメラ審理が有効であることが明らかとなった。

このことは、情報公開条例の制定時から、アメリカ情報自由法の研究をふまえて、既に明らかなことであった。前記 I、5 のとおり、日本の情報公開法制にあって、部分開示義務が独立の条項として明記されたのは、情報自由法の 1974 年改正法（同条（b）項）及び改正の発端となったミンク事件にその沿革を見ることができ、その際、インカメラ審理もその採否が検討されたのである²⁹⁰。インカメラ審理の採否に焦点をあてて、改めてミンク事件判決を考察する。

ミンク事件について、第 1 審連邦地裁は、文書自体を審理することなくミンク下院議員側の請求を棄却したが、第 2 審控訴裁は、第 1 審判決を破棄して差戻しを命じた。すなわち、適用除外事項である 552 条（b）項（1）は、大統領命令による指定を受けた文書のうち秘密にあたる部分だけを非開示とすることを認めているのであって、秘密でない部分まで非開示とすることを認めるものではない、それゆえに、一審裁判所としては、インカメラ審理によって、改めて文書自体を審理し直し、分離開示ができるかどうか決定すべきである、と述べたのであった²⁹¹。

この第 2 審判決に対しては政府側の上告がなされたが、上告を認めた最高裁は、部分開示義務を認める規定が情報自由法にないことを理由として第 2 審判決の破棄差戻しを命じた²⁹²。しかし、憲法政策論的に言えば、ミンク事件が契機となり 1974 年改正法において、「記録の合理的に分離することができる部分は、本項に基づき適用除外される部分を削除した後、その記録を請求した何人にも、これを提供しなければならない」という規定（552 条（b）項）が新設され、インカメラ審理もこの改正により情報自由法に基づく手続となり訴訟手続上定着していくのである。情報自由法 552 条（b）項は、カナダ情報へのアクセス法²⁹³にも影響を与え、同法 25 条の部分開示義務規定として法制化された²⁹⁴。この部分開示義務規定については、既に、日本でも「この規定は、実務上は重要な意味をもつ。・・・カナダの例では、文書全体が非公開文書に該当する場合でも、非公開でない日付と署名以外を削除して公開するという実務が、情報オンブズマンの指導により定着している」と評価されていた²⁹⁵。

²⁹⁰ E. P. A., v. Mink, 410 U.S. 73. (1973).

²⁹¹ Mink v. E. P. A. 464 F.2d 742, at 746(1972).

²⁹² E. P. A., supra note 290, at 81(1973). なおこの経過については右崎・前掲注 271) 32 頁。

²⁹³ 国立国会図書館調査立法考査局「カナダ情報へのアクセス法 (Access to Information Act)」外国の立法 22 巻 3 号 121 頁。

²⁹⁴ 国立国会図書館・前掲注 293) 133 頁。

²⁹⁵ 平松毅「情報公開は世界の潮流である」自由人権協会『情報公開制度の確立をめざし

(2) 前記第3章I、4、⑩の最判平成16年3月2日の下級審判決である東京都知事の交際費に関する東京地判平成4年10月15日判時1436号6頁は、東京都条例10条の部分開示義務規定について、「可能な限り非開示部分を除いて開示することとして、開示を原則とし非開示を例外とする本件条例の趣旨(3条)をできるだけ活かそうとするものである」とし、現金出納簿のうち、「支出の相手方の氏名、役職又は肩書」についてしか、「特別の個人を識別し得る情報」としての削除を認めなかった。

また、東京地裁昭和62年(行ウ)第114号精神病院統計情報非開示決定処分取消請求事件においても部分開示義務の規定の趣旨が活かされていた²⁹⁶。

(3) しかし、神奈川県公文書公開条例にかかる新築マンションの建築図面に関する前掲東京高判平成3年5月31日の下級審である横浜地判平成元年5月23日判時1319号67頁(差戻後第1審)においては、被告の主張において平面図、立面図、断面図の概要は明確ではない。むしろ、原告の反論として、建築確認申請書付属図面のうちの意匠設計図であって、構造設計図ではなく、したがって、「全体の形状を示すための図面であるから細かな技術的配慮は記載されていない」と主張されているにとどまり(原告としては図面の内容を知らず、それ以上の特定は不可能である)、およそ、具体的な図面内容の特定が極めて不十分であった。意匠設計図には、構造設計図の記載内容と比べ、「ノウハウ」、「創意工夫」の記載がとぼしく、「著作物」として保護されるべき独創性にも欠けるという主張もありうるのだから、具体的な図面内容の特定は、閲覧請求者である原告の反論・反証のためには必要不可欠のものと言わざるをえなかった。

前掲東京高判平成3年5月31日(差戻後第2審)では、さすがにこれでは不十分と解したようで、閲覧請求の対象となる本件各図面の具体的内容について釈明を促し、同判決の事実欄にも、各図面の具体的内容が整理されている。しかし、これでも部分開示義務の判断を行うためには、具体的な内容の特定は依然として不十分である。

被告は、「ノウハウないし創意工夫の部分とそれ以外の部分を容易かつ請求の趣旨を失わない程度に合理的に分離することは實際上不可能である」と主張し、できる限り図面の具体的内容を特定しないで閲覧拒否処分の適法性を証言等により推認させる主張立証の方法をとった。しかし、少なくとも、図面の開示非開示が争点となる場合には、対象図面の略図を用いて、当該図面中のどの部分にその主張される

て』45頁。平松・前掲注252)192頁は、「カナダでは、部分開示の規定を最大限に生かした運用がなされている」とも指摘している。

²⁹⁶ 三宅弘「情報非開示決定処分取消訴訟における和解」判タ705号(1989年)29頁。

「ノウハウ」「創意工夫」が記載されているのかを特定することなくしては、部分開示義務の不存在を主張する被告側の主張立証責任は尽くされたとはいえないものと解された。

2 非公開審理手続の導入の可否

- (1) 情報非開示決定処分取消訴訟において、同処分の適法性の主張立証責任が情報を保有する行政機関側にあり、部分公開義務をふまえて可能な限り、情報の具体的特定が必要であるとしても、建築図面に関する前掲横浜地判平成元年5月23日（差戻後第1審）や前掲東京高判平成3年5月31日（差戻後第2審）でも明らかとなり、行政機関は、情報提供者の利害を考え、できる限り、情報の具体的特定を避け、かつ当該情報を法廷に顕出すれば訴訟の趣旨を損うとの理由によりこれを顕出しないで、情報公開条例の適用除外事項該当性についても証言その他の間接証拠によって立証する、いわゆる推認の方法を採る。

推認の方法は、「従来、国家公務員法などの定める公務員の守秘義務に関連した事件において、判例は一般に実質秘説をとり、ただ公開の法廷にそれを顕出できない相当の理由があるときは、『推認』の方法によるべきことを明らかにしてきた」と指摘されているものであった²⁹⁷。

しかし、日本の情報公開条例においてはアメリカ情報自由法の影響を受け、部分公開義務が規定されており、裁判所は、開示請求された情報の部分公開の可否まで判断しなければならないのである。その判断にあたっては、推認の方法だけでは不十分である。建築図面についての前掲東京高判平成3年5月31日（差戻後第2審）においても、仮りに、一律に図面の閲覧による公表権侵害をもって「明らかな不利益」と認定せずに、具体的に個々の図面中の「ノウハウ」「創意工夫」あるいは著作物として保護されるべき「独創性」を検討し、あるいは「個人の財産の保護…」のため、公開しないことが必要と認められる情報」か否かを判断するのであれば、判決の事実摘示欄記載程度の図面の特定を前提とした推認の方法だけでは、図面中のノウハウ等の記載位置の特定すら不十分であったことは明らかであった。

このため、前掲東京高判平成3年5月31日は、公表権侵害をもって前記非開示事由「明らかに不利益を与える」に該当するものと判断し、結果として、建築設計図面を法廷で審理しないこととして、部分開示義務規定の適用を避けることとなった。それゆえ、そのような事態を避けるために訴訟手続はどのようになされるべきかが検討されなければならないのであった。この点、アメリカ情報自由法は、1974年改正において、部分公開義務を明文化したうえで、さらに従前は法文上の根

²⁹⁷ 佐藤・前掲注4）291頁。これを明らかにするものとして、前掲沖縄密約事件に関する東京地判昭和43年10月18日判時543号88頁。

抛を欠いた非公開審理手続（in camera review）をも情報自由法上明らかにしたのである。

- （２）それゆえ、情報公開法制定前においても、日本の情報公開条例に基づく情報非開示決定処分取消訴訟においても、裁判所は現行法上、同様の非公開審理手続を採用することが可能かが検討されることとなった。

これについては、情報公開条例の初期の制定当時から「わが国の場合、条例で訴訟手続の特例を設けることはできないから、法律の改正がないかぎり、裁判所が非公開手続による実質審査ならびに部分秘の審査を行うことは不可能である』とする見解があった²⁹⁸。他方で、憲法８２条の公開裁判原則が民事裁判においては厳密には「公の秩序又は善良の風俗」に該当しない場合であっても公開制限が可能な場合がありうるという立場を前提として、非公開審理手続は、『推認』方法を補充するという趣旨であれば、裁判所の権限に内包されているものと解する余地はないであろうか』との見解もあった²⁹⁹。

この点については、憲法８２条の公開裁判原則の下における非公開審理手続の理論的可能性及び実際の必要性の両面から論じられることとなった。

３ 憲法８２条の公開裁判原則と国民の知る権利

- （１）憲法８２条１項は、「裁判の対審及び判決は・・・公開法廷でこれを行ふ」とするが、この点につき、最大決昭和３５年７月６日民集１４巻９号１６５７頁は、「性質上純然たる訴訟事件につき、当事者の意思いかに拘わらず終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定するような裁判が、憲法所定の例外の場合を除き、公開の法廷における対審及び判決によってなされないとするならば、それは憲法８２条に違反する」と判示する。情報非公開決定処分取消訴訟は、「終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定する」裁判であるから、憲法８２条１項により、その対審及び判決は、公開法廷でなされなければならない。

そして、「公開」とは、「単に訴訟関係人を審理に立ち会わせるという意味の公開（いわゆる当事者公開）だけでなく、広く一般に公開すること（一般公開）を意味

²⁹⁸ 関哲夫「情報公開条例と秘密文書」判時１１００号（１９８４年）１４頁。林修三「都道府県の情報公開条例に基づく情報公開拒否処分の正当性についての二つの地裁判決」時法１２３３号（１９８４年）６０頁も同様の見解である。

²⁹⁹ 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、１９９０年）４８７頁。松井茂記『裁判を受ける権利』（日本評論社、１９９３年）２８８頁も情報公開法・公文書公開条例に基づく情報の公開を求める訴訟においては理論的には憲法８２条のもとで裁判を非公開とする可能性を認めた。これに対し、民事訴訟法の分野から、民事事件にも妥当する裁判の公開の意義について論じるものとして、長谷部由紀子「裁判公開の意義——松井茂記著『裁判を受ける権利』を読んで」法時６６巻（１９９４年）１０号７９頁。

する」³⁰⁰とされ、具体的には、国民一般の傍聴を許すこと（傍聴の自由）を意味し、この傍聴の自由には報道の自由が含まれると解されてきた³⁰¹。また、「判決のための必要的口頭弁論の手續は、つねに同一期日に双方を呼び出して、両者の主張をぶつけ合う形で審尋する形態であり」「そこから口頭弁論は対審とも呼ばれる（憲82条）」のである³⁰²。

また、弁論の聴取や証拠調べを、事件について判決する受訴裁判所がみずからおこなうのが原則であるが（直接審理主義）、裁判所が相当と認めるときは（たとえば、現場検証や臨床尋問）、受命裁判官または受託裁判官に証拠調べをさせ、その結果を調書にもとづいて公開法廷に顕出させることによって判決資料にすることができる（2006年改正前の民訴法265条、266条）。この場合には、口頭弁論期日と証拠調期日とが分離されているのであって、公開も不要であると解されていた³⁰³。

また、2006年の民訴法改正によって制度化された弁論準備手續は、口頭弁論における審理、特に争点および証拠の整理を目的として単独裁判官の主宰のもとで訴訟当事者が協議する手續であるから、公開しないのが原則である³⁰⁴。これも憲法82条1項違反とはならない。

（2）次いで、憲法82条1項の定める公開裁判原則の例外を、憲法自身が定めている。

同条2項は、「裁判所が、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞があると決した場合には」非公開の対審を認めている。このうち、「公の秩序又は善良の風俗」については、「公序良俗違反という…一般的な意味ではなく、より具体的に、人心を刺激して公共の治安を破り、或は猥褻等人心に不良の影響を及ぼして風教を傷けるようなことをいう」とする厳格解釈の立場³⁰⁵が一般的であった。しかし、憲法82条2項本文を例示的列举と解したうえで、さらに民事裁判については刑事被告人の公開裁判を受ける権利の規定（憲法37条1項）と同様の規定がないことや憲法13条を考慮して、厳格解釈による「公の秩序又は善良な風俗」に

³⁰⁰ 樋口陽一ほか編『注釈日本国憲法下巻』（青林書院、1988年）1290頁（浦部法穂）。法学協会編『註解日本国憲法下巻』（有斐閣、1954年）1240頁。

³⁰¹ 樋口ほか編・前掲注300）1291頁（浦部）。宮沢俊義＝芦部信喜『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978年）697頁。

³⁰² 新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂、2009年）461頁。

³⁰³ 兼子一ほか『条解民事訴訟法』（弘文堂、1986年）973頁。菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法〔Ⅱ〕』（日本評論社、1989年）437頁。

³⁰⁴ 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ〔第2版〕』（日本評論社、2018年）531頁。

³⁰⁵ 法学協会編・前掲注300）1241頁。橋本公亘『日本国憲法（改訂版）』（有斐閣、1988年）649頁。伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂、1995年）73頁。

該当しない場合においても非公開の対審を認める立場³⁰⁶や、当事者や証人など訴訟関係人の名誉・プライバシーその他の人権に対する配慮の必要性や、日本も批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約 14 条 1 項をふまえて、「訴訟関係人の人権を害するおそれのある場合も、ここにいう公の秩序または善良の風俗を害するおそれのある場合に含めて解すべき」³⁰⁷とする拡張解釈の立場があった。

後 2 者の立場のうち、厳格解釈による「公の秩序又は善良な風俗」に該当しない場合においても非公開の対審を認める立場は、憲法の「32 条を主体に考え、82 条を公正適切な裁判を受ける権利を保障するための手段的・制度的担保規定というように考える」ものであって、情報公開条例訴訟における「判事室での検討 (in camera review)」も憲法 82 条に違反しないで認められるという立場をとった³⁰⁸。また、「公の秩序又は善良の風俗」を拡張解釈する立場においても、情報非開示決定処分取消訴訟で非公開審理を採らなければ知る権利の保障を欠くという場合に限り、政府情報の原則公開という「公の秩序」を害するおそれのある場合に該当するという解釈により、非公開審理を認める立場につながるように解せられた。

筆者も、これを上記の理論状況において「厳密には『公の秩序又は善良の風俗』に該当しない場合であっても公開制限がありうると解されよう」とする佐藤幸治の見解に賛成したが³⁰⁹、加えて、憲法 82 条の公開裁判原則は十分に保障されるべきであって、民事訴訟、行政訴訟全般においてなしくずし的に非公開審理手続を認めるべきではないと考えた。それゆえ、「公の秩序又は善良の風俗を害する虞がある」場合を拡張解釈できうる範囲において（その限りで公開裁判原則の枠が残る）、非公開審理を採らなければ政府情報の原則公開という「公の秩序」を害するおそれのある場合には、非公開審理手続が認められるものと考えた。もっとも、「憲法は見事に公開原則を規定しており、法律の規定によって審判の公開を制限することすら、憲法違反の危険を生じるであろう」との指摘もあり³¹⁰、憲法 82 条の現代的意義をふまえつつ、可能な限り現行訴訟手続を活用して行なわれるべきであり、現行訴訟手続における審理手続の限界を個別具体的に検討することなく、民事訴訟法改正の全面的な議論をすることは避けるべきであると考えた³¹¹。

³⁰⁶ 佐藤・前掲注 4) 429 頁。

³⁰⁷ 樋口ほか編・前掲注 300) 1296 頁（浦部）。

³⁰⁸ 佐藤幸治「公開裁判原則と現代社会」法教 145 号（1992 年）81 頁。佐藤・前掲注 4) 437 頁。

³⁰⁹ 三宅・前掲注 296) 33 頁。

³¹⁰ 小橋馨「営業秘密の保護と裁判公開の原則」ジュリ 962 号（1990 年）38 頁、42 頁。なお、鈴木忠一『非訟・家事事件の研究』（有斐閣、1971 年）277 頁も「わが国の公開の規定は……厳格であり且つ固定的である」とする。

³¹¹ 松井・前掲注 299) 266 頁以下は、裁判の公開と「秘密」の保護のディレンマが生じる訴訟の諸類型に分け、憲法 82 条 2 項の「公の秩序又は善良な風俗」に該当しな

4 ヴォーン・インデックス類似手続の導入

- (1) 上記1及び2に述べたとおり、推認の方法による非開示事由該当性の検討だけでは、部分開示不開示の判断が困難な場合のあることはもとより、対象情報の特定すら困難な場合がある。しかし、上記3で明らかとなっており、憲法82条の公開裁判原則を軽視することはできない。したがって、上記2で述べた、「公の秩序又は善良

い場合における非公開の対審を認める立場から各類型ごとの非公開審理の可否を論じ、示唆に富むものである。もっとも、情報公開訴訟において非公開審理手続が全く認められていない現状においては、むしろも現行訴訟手続に即してその活用を検討していくアプローチの方が憲法82条の公開裁判原則を生かすことになるのではないかと考える。同様に、訴訟においてノウハウを意に反して開示させることは、「産業界の秩序の一角を崩して産業界を混乱に陥し入れることにより『公の秩序』を害するものとして、憲法82条2項本文…による公開禁止を考える余地もあるのではなかろうか」とする見解もあるが（楠賢二「ノウハウをめぐる諸問題——手続法の側面から」実務民事訴訟法講座5巻（日本評論社、1969年）329頁、332頁）、ノウハウ訴訟における公開裁判原則の下での具体的訴訟手続が産業界を混乱に陥し入れるのかどうか具体的に検討されなければ、直ちに「公の秩序」を害するとまではいえない。この点、「検証の結果を口頭弁論調書に記載する際、裁判所がノウハウの本質について理解を示し、公の記録に残す事項及びその程度に十全な配慮をすれば、ノウハウの公開という事態は殆ど完全に避けることも不可能ではない」とする事例も紹介されているのであって（鎌田隆「ノウハウの法的保護」湯浅・原法律特許事務所編『知的所有権の保護——その実務傾向』[発明協会、1987年]667頁、693頁）、訴訟手続の具体的な検討がより一層なされるべきところであった。加えて、レペタ事件前掲最大判平成元年3月8日は、憲法82条1項の「裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行ふ」については、「各人に裁判所に対して傍聴することを権利として要求できることまでも認めたものではない」という立場に立っている。しかし、同判決の判示する「手続を一般に公開してその審判が公正に行なわれること」を知り、そのような評価を下すのは国民である。公開法廷で行うことにより、国民はこれを自ら傍聴し、あるいは傍聴人からの伝聞又は報道機関の報道によってこれを知り、その審判が公正に行なわれたかどうかの意見表明、論評に至るのである。前掲最大判平成元年3月8日にいう「裁判の公正」と「裁判に対する国民の信頼の確保」は、公開裁判原則を憲法21条に基礎付けられた憲法上の、無形情報の開示制度として構成することにより、一層その趣旨を明確にするのである。この観点からは、裁判の公開もまた、政府保有情報の開示制度の一貫として位置付けられるのである。前掲最大判平成元年3月8日は、「個人の自己形成」と「民主主義社会における情報の自由の確保」を憲法21条1項の表現の自由の趣旨、目的と考え、その派生原理として「情報等に接し、これを摂取する自由」を導いているが、これを前提としても、日本国憲法の下において政府情報の開示請求権を憲法21条に基礎付けることができる。そして、「情報等に接し、これを摂取する自由」を具体化するものとしても、無形情報については、立法における会議の公開（憲法57条1項、国会法52条）、行政における合議制機関の会議公開法、司法における裁判の公開（憲法82条）が制度上考えられ、裁判の公開も、『国民の知る権利』を軸とし、情報公開制度として位置付けることができるのである（秋山幹男「犯罪に関する情報と情報公開」法セミ増刊『情報公開と現代』（1983年）229頁）。この点を考慮すれば、情報非開示決定処分取消訴訟において非公開審理手続の導入の可否を論ずるに当たっても、憲法82条の公開裁判原則を軽視することはできないと考えられたのである。

の風俗を害する虞がある」場合を枠としたうえで拡張解釈できる範囲を定めて、情報非開示決定処分取消訴訟において、非公開審理手続を採らなければ政府情報の原則公開という「公の秩序」を害するおそれのある場合に限り、憲法 8 2 条 2 項本文に該当するものとして非公開審理手続が認められるべきであるという立場が同手続の合憲性を基礎付けると考えられたのである。

もっとも、憲法 8 2 条に違反しないとしても、非公開審理手続による対象情報の証拠調は現行法制上可能であるのか、又は法律改正により手続規定を新設しない限り不可能か、さらに民事訴訟手続上の検討を要した。

(2) 民事訴訟法は、憲法 8 2 条をふまえて口頭弁論の手続に公開主義を採っている。開示請求の対象情報は本来、公開法廷において書証あるいは検証物として取調べられることが、非開示事由該当性を判断するうえでの最良の方法である。

もっとも、対象情報を保有する行政機関側（被告）は、公開法廷における証拠調では、法廷傍聴人や出頭した開示請求者（原告）に情報を知られてしまうことを懸念する。また、開示請求者（原告）の訴訟代理人に知られることすら嫌う。行政機関側は、それゆえに、推認の方法を用いるのである。

1996 年改正前の民訴法の下で、開示請求対象情報の証拠調を非公開審理手続として行うとすれば、上記 3 で述べた憲法 8 2 条の裁判公開原則に反しないものとして、裁判所が相当と認めるときに、受命裁判官または受託裁判官に証拠調をさせ、その結果を調書にして口頭弁論期日に顕出し判決資料とする方法が考えられた（同改正前民訴法 265 条、266 条。なお同改正後の現行民訴法 186 条が同様の規定である）。この場合、情報非開示決定処分取消訴訟の特性から、調書の記載自体を非開示事由該当性の判断をなすに足りる程度で対象情報を特定したものにとどめることを要する。しかも、通常は、対象情報の内容をすべて傍聴人にも知られるような方法での顕出は行なわれないから、公開法廷での対象情報の開示は防ぐことができよう。さらに、訴訟記録の閲覧請求については、「裁判所ノ執務ニ支障アルトキ」（2006 年改正前の民訴法 151 条 1 項）に該当するという解釈によれば、開示請求の対象情報をすべて開示されることはないであろう³¹²。また、場合によっ

³¹² 1996 年改正前の民訴法 151 条は、当事者にのみ記録閲覧の請求権を与えていたものとは異なり、「憲法 8 2 条で規定する裁判の公開の精神をより徹底するために、すべての人にこれを認めることにした」ものである（菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法〔I〕補訂版』（日本評論社、1993 年）997 頁。一般人に対する記録の閲覧請求権であるから「訴訟記録の保存又は裁判所の執務に支障になるような場合」以外は、記録の閲覧を拒むことはできないが（同 864 頁）、問題は、「裁判所の執務の支障」の存否である。情報が一旦開示されると訴訟の意義を失うという情報非開示決定処分取消訴訟の特性を考慮すれば、同訴訟における対象情報が、非公開で証拠調がなされた場合に、さらに閲覧記録の除外とすることは、民訴法 151 条 1 項但書の解釈においても十分に認められるところであった。

ては準備的口頭弁論手続又は弁論準備手続で対象情報の特定に必要な綴りでの証拠整理をすることができる。この限りでは、現行法制上、非公開審理手続が可能とされる余地があるが、それ以外の方法は、法律改正により手続規定を新設しなければならないであろうと考えられた。

こうした傍聴人を除外した受命裁判官等による証拠調や、準備的口頭弁論手続による証拠整理をする場合に、開示請求者側が証拠調への立会権を放棄し、又は弁論準備手続の際に開示請求者側が退席したうえで証拠整理をすることで、現行法上非公開審理による対象情報の証拠調等が可能とされる余地があるのではなかろうかという提言もなされた³¹³。ただし、従前は非公開審理手続の方法についての十分な議論がなかったのであるから、情報が一旦開示されると訴訟の意義を失うという情報非開示決定処分取消訴訟の特性をふまえた調書の記載方法や、開示請求者側の証拠調べの立会権放棄の手続等を定めた規則がない限り、実務上直ちに実施できるとは言い難い。

- (3) さらに、上記のごとき方法により日本において非公開の証拠調がなされることについての、情報公開訴訟手続の固有の否定的側面について検討することも必要であると考えられた。

これについては、①非公開証拠調では、情報開示請求者が当該情報を知ったうえで非開示事由非該当性の反論・反証をする機会を失わせることになる、②第1審で非公開の証拠調をしたが判決で非開示決定処分取消請求が棄却された場合に、控訴理由を主張するにあたりも情報開示請求者は非公開の証拠調に基づく原審の判決理由を反証できる資料を有しないことになるが、当該情報を知らないで十分な主張ができるのか、③判決の記載にあたり、裁判官が非公開の証拠調に基づく事実認定について詳細な説明をすれば、当該情報を開示したことになるから、果して裁判官は説得力ある判決を下すことができるか、④上級審裁判所は、原審でなされた非公開の証拠調についての調書しか見ることができず、実際に当該情報を知ることはないのであるから、果して原判決、特に新様式の判決書による原判決に対する十分な判断ができるのか、⑤非公開の証拠調について開示請求者側の反論・反証が尽くされないままに裁判所が膨大な記録を精査しなければならないことが訴訟経済上も合理的であろうか、等の検討事項が摘示された³¹⁴。

- (4) これら非公開証拠調の否定的側面を克服するものとしては、情報自由法に関する判例法が形成した、ヴォーン・インデックス類似の手続を導入することが、前提と

³¹³ 日弁連・前掲注57) 54頁は、「証拠調という訴訟手続の限定された部分について当事者の立会権を否定すること」の可能性を示唆していた。

³¹⁴ 佐藤・前掲注299) 418頁は、合衆国の訴訟手続上も情報自由法に基づく非公開審理手続に、既に同様の問題点があることを指摘している。

して必要であることが多いのではないか。このことが検討された。

ヴォーン・インデックスは、情報自由法に関するヴォーン対ローゼン事件の控訴審判決において示されたものであるが、裁判所が連邦政府に対し開示請求の対象情報の内容を細かい項目にし（itemizing）索引にした（indexing）文書と適用される非開示事由を詳細に述べた説明書の提出を命じる手続である³¹⁵。

同事件では、コロンビア地区控訴裁判所は、非開示事由該当性の立証責任が人事院側にあることを指摘したうえで、情報自由法 552 条（b）項（2）、（5）、（6）の非開示事由を一括した非開示処分を適法なものとはしないで、A 個々の適用除外事項該当性の詳細な説明と、B 適用除外事項該当性を主張する政府側において部分開示できる情報とそうでない情報を政府が特定するために、政府に対し情報を項目にし（itemizing）索引化した（indexing）文書の作成を義務付け、これらを裁判所が審査することとし、C 事案によっては、裁判所の裁量により当該事件担当の補助裁判官を任命し、多量の非開示文書を審査させ、適用除外事項該当性の存否を評価させるという審理方法を提唱し、それぞれの文書について適用除外事項を特定した審理をするよう差戻したのである。このうち、A、B の審理方法をもって、通常ヴォーン・インデックスと呼ばれる³¹⁶。この審理方法は既に指摘のあるとおり、『『事実に関する説明で、もし公表すれば、情報の秘密性を危くするようなこと』を含まない限界まで、公開請求人が当該情報を知ることを可能にする。[原文改行]したがって、ヴォーン手続は、訴訟において非公開の理由を政府がより詳しく説明することを求め、その結果も非公開措置の正当性を証明する政府の負担を大きくしたのである』³¹⁷。そして、「イン・カメラ手続とヴォーン手続、少なくとも後者について法制度上の整備をしなければ膨大な企業情報に対してその具体的な内容を検討することなく、或は、検討できたとしても雑な検討によって裁判官が判決を書かざるをえないという事態が生じうる」³¹⁸と予見されていたが、建築図面に関する前掲横浜地判平成元年 5 月 23 日（差戻後第 1 審）及び東京高判平成 3 年 5 月 31 日（差戻後第 2 審）は、いずれも、対象情報の特定において不十分であり、少なくとも非公開審理手続はともかくヴォーン・インデックス類似の手続を欠いたゆえに、いわば「雑な検討」に帰着せざるをえなかったのである。

やはり、ヴォーン・インデックス類似の手続を採用することによって、日本にお

³¹⁵ Vaughn v. Rosen 484 F. 2d 820, 826～828(1973).

³¹⁶ ヴォーン対ローゼン控訴審判決の指摘する C の審理方法は、日本の現行民訴法の下における受命裁判官等の証拠調べに類似するものであり、日本でこの審理方法を採用する素地になると考えられた。

³¹⁷ 岡田安功「米国における企業情報の公開に関する基準の手続的側面」季刊行政管理研究 37 号（1987 年）17 頁。

³¹⁸ 岡田・前掲注 317）25 頁。

いても、非公開証拠調に関する前記（３）の①ないし⑤の否定的側面があるとするならば、その限りにおいて、これを克服しなければならないと解せられる。情報自由法の実務上も、一般的には、まず、ヴォーン・インデックスの手続がとられ、これによっては未だ非開示処分 of 適法性を判断できない場合に、非公開審理手続を採用する手法が考えられた³¹⁹。

（５）では、日本において、現行民事訴訟手続上、ヴォーン・インデックス類似の手続はどのように整備されるべきであろうか。

情報非開示決定処分取消訴訟における主張立証責任が行政機関側にあることを前提として、裁判官の釈明権の行使によって対象情報を特定し、非開示部分を項目化し（図面の場合には略図によって記載の概要、図面の位置等を示すことが必要であろう）、項目ごとに非開示理由を詳細に説明する方法が考えられる。このことは、既に、情報公開・個人情報保護審査会（前記Ⅰ、８）や特定歴史公文書等不服審査分科会（前記Ⅰ、１０）において実施されている。しかし、行政機関側は、対象情報全体が適用除外事項に該当し部分開示義務がないと主張したうえで、できる限り、対象情報の特定を避け、抽象的一般的な非開示理由によって裁判所の判断を得ようとするため、実際には、必ずしも釈明権の行使だけでは十分でない³²⁰。

１９９９年の情報公開法制定までの日本の民訴法では裁判官の釈明権行使の他にはヴォーン・インデックス類似の手続は存在しないから、この手続についても立法による他ないと考えられた。この場合においても、情報非開示決定処分取消訴訟における主張立証責任が行政機関側にあることを念頭に置いて、たとえば、「情報

³¹⁹ ラルフ・ネーダーが主宰し、情報自由法に基づく訴訟で名高いハプリック・シティズンの、訴訟グループのポール・ウォルソン弁護士は、国会議員の合衆国情報自由法の視察の際の１９９１年７月１９日のヒアリングにおいて「ボーン・インデックスは請求者側にも渡されるので、この限りではどのような情報であるかの察しがつく」と答えている。なお、平松毅「情報公開法成立への提言」ひろば４４巻５号（１９９１年）２４頁参照。

³²⁰ 現実に、東京都環境影響評価審議会第１部会の会議録等の開示請求に関する、前掲玉乃湯事件東京地判昭和６３年２月２８日（第１章Ⅱ、３）は、同部会の「審議記録（議事概要）の作成の基礎となった同部会の文書中同部会の審議過程を記載した会議録に相当する文書」の存在と、この会議録相当文書中に委員の出欠を記載した部分があり、それ以外に委員の出欠を記載した文書は存在しないことを前提として判示している。この会議録相当文書及びその中の委員出欠記載部分の存在は結審時の第１２回口頭弁論において始めて行政機関側が明らかにしたものであり、釈明権行使が当初から十分に機能していたとは言い難い（同事件第１２回口頭弁論調書）。また、東京都知事交際費に関する東京地判平成４年１０月１５日判時１４３６号６頁においても、開示請求者側（原告）は、東京都条例９条２号（個人識別型個人情報に関する非公開事由）該当として行政機関側（被告）が主張する交際費支出件数のうち、現金出納簿に支出樽手方の氏名が記載されたものと、そうでなく役職や肩書の記載だけがあるものととの区別による件数の分類について釈明を求めたが（同事件原告１９９１年９月４日付求釈明書（二））、この点については行政機関側（被告）は釈明しなかった。

開示請求権の存否が争われる訴訟において、当事者の申立てがあったときは、裁判官は、当該文書等を検証物又は書証として取調べるためその所持者に当該文書等の提示を命令し、公開の法廷においてその記載内容等を取調べ、情報非開示処分の趣旨が害されない限度で、当該文書等の様式、記載項目、記載内容及び非開示の具体的理由を調書に記載することができるものとするが、提示された文書等を当事者及びその代理人には閲読させないものとする（傍聴人にも知られないようにする）」との趣旨、あるいは「情報開示請求権の存否が争われる訴訟において、当事者の申立てがあったときは、裁判官は、当該文書の取調べに代えて、文書の所持者に対し、情報非開示処分の趣旨が害されない限度で、当該文書等の様式も記載項目、記載内容及び非開示の具体的理由を具体的に記載した文書の提出を命じることができる」との規定を設けることはどうか、この方式が提案された³²¹。

前者の案は、憲法 82 条の公開裁判原則の下での、対象情報の特定を企図するものであり、後者の案は、対象情報自体の公開法廷での取調べを嫌う行政機関側に対して課したヴォーン・インデックス類似の手続ということで提案された。

そして、後者の案により、当該文書の様式等を記載した代替文書が提出されることによって、はじめて、開示請求者側の立会権放棄による、非公開の証拠調がなされる前提が整うのではないか。

以上が、1995 年に行政改革委員会行政情報公開部会で情報公開法が検討されるまでの理論状況であった。

5 情報公開法の制定にあたり裁判所のインカメラ審理の採用の見送り

情報公開法の立法過程では、インカメラ審理として呼称が定着した非公開審理手続の採用は見送られた。同法の制定を提言した行政改革委員会の「情報公開法制の確立に関する意見」中の「情報公開法要綱案の考え方」では、次のとおり述べられている。

「情報公開訴訟手続において、インカメラ審理、すなわち、相手方当事者にもその内容を知らせない非公開審理の手続を設けることについては、適正・迅速な訴訟の実現のため、その有効性や必要性が指摘されている。裁判官が問題となっている行政文書を実際に見分しないで審理しても、訴訟当事者の納得を得難いのではないかと考えられるほか、機微な情報が問題となっている場合には、その具体的な内容に立ち入らずに、公開の法廷において、処分の適法性を十分に主張・立証することの困難も予想されるところである」として、まず、情報公開条例にかかる訴訟手続の経験をふまえて、インカメラ審理手続が必要な場合があることは認める。

しかし、次のとおり、インカメラ審理を認める理論的整理にまでは至らず、「推認」

³²¹ 1992 年 6 月 16 日付自由人権協会の法務省民事局参事官室宛意見書参照。

の方法や釈明処分の特則（行訴法２３条の２）の活用を述べるにとどまるのである。

「しかしながら、この種の非公開審理手続については、裁判の公開の原則（憲法第８２条）との関係をめぐって様々な考え方が存する上、相手方当事者に吟味・弾劾の機会を与えない証拠により裁判をする手続を認めることは、行政（民事）訴訟制度の基本にかかわるところでもある。また、情報公開条例に基づく処分の取消訴訟や公務員法等の守秘義務違反事件の訴訟では、この種の非公開審理手続なしに、立証上種々の工夫をすることなどが現に行われており、情報公開法の下では、不服審査会における調査の過程で得られた資料が訴訟上活用されることも期待されるところである。

〔原文改行〕そこで、本要綱案では、インカメラ審理の問題について取り上げなかったが、今後、上記の法律問題を念頭に置きつつ、かつ、情報公開法施行後の関係訴訟の実情等に照らし、専門的な観点からの検討が望まれる」³²²。

結論としては、裁判所におけるインカメラ審理の採用は見送られた。

6 引き続き検討すべき課題としてのインカメラ審理手続

（１）さらに２００４年の「情報公開法の制度運営に関する検討会」（前掲（第１章Ⅲ、２）「検討会」）における検討会報告書（以下「検討会報告」）は、「情報公開訴訟におけるインカメラ審理については、審査会の調査審議においてインカメラ審理が有効であると認められること等に照らし積極的に導入を検討すべきであるとの考え方」を認めつつも、「情報公開法に係る訴訟の状況等からその要否について現時点で判断することは困難であり、また、必ずしも法的問題についての議論が十分熟しているとは言えないことから、本検討会において結論を出すには至らなかった」。そのうえで、特に、「理論的実務的な今後の蓄積を踏まえつつ、引き続き検討する必要がある課題であると考え」と指摘された³²³。

（２）上記（１）の結論の前提として、検討会報告書によれば、情報公開審査会におけるインカメラ審理とヴォーン・インデックスの運用状況については、以下のとおり報告され、いずれも有効に機能していることが論証されている。すなわち、

「いわゆるインカメラ審理については、平成１３年度から１５年度までの３年間にだされた１５３５件の答申のうち、対象文書を見分したとの記載があるのは９４１件であり、対象文書の不存在を理由とする不開示決定又は存否応答拒否による不開示決定が争われている場合が計４９５件あることを考慮すると、ほとんど実施され

³²² 行政改革委員会事務局監・前掲注１９４）５０頁。

³²³ 総務省・前掲注５１）３５頁。これに対し、ジャーナリストから、中島昭夫『これでもいいのか情報公開法』（花伝社、２００５年）２０８頁は、「義務〔政府情報の原則開示の義務——引用者注〕を課された側に抜本改善策を期待するのはもともと無理であったということだろう」と批判する。

ている。

いわゆるヴォーン・インデックスの提出を受けたものは同じく 31 件であったが、この他にも、諮問庁が自主的に、あるいは審査会事務局の要請に応じて開示請求対象文書の内容を整理して提出している場合がある」³²⁴。

訴訟手続におけるインカメラ審理とヴォーン・インデックスについては、これを認める条文は従前の民事訴訟法、行政事件訴訟法及び情報公開法にはないから、認めるとすると裁判所の訴訟指揮権・釈明権に基づいて実施されることとなる。インカメラ審理は、下級審で実施された報告はあるが³²⁵、一般には、訴訟の被告行政機関側において、これを認める条文がないから実施に反対する傾向が一般的である。これは、行政機関側で秘扱いとするものを裁判所まで持ち運ぶことのわずらわしさがあることや、秘扱いとしているものが、裁判官によって見分されることで、その主張の根拠が薄弱であることを看破されることを避けたいということがあるように解せられる³²⁶。

情報公開審査会の設立当初は、開示不開示を決定するにあたり、最もその判定が困難なものは、最終的には内閣官房長官のもとで、審査会委員が現実に当該情報を見分して、その決定をするといわれていたが、そのことからインカメラ審理は、情報公開法の運用にあたり、極めて重要な手続であることが明らかである。それだけに、行政機関側は、政府での内部処理を超えて、その判断を裁判所にゆだねることには、相当の抵抗があった。

³²⁴ 総務省・前掲注 51) 31 頁。

³²⁵ 検討会第 2 回において、朝日新聞 2001 年 1 月 13 日朝刊を手掛かりとして仙台地方裁判所における事例が報告された。裁判所が原本との照合作業をし、要約書の 21 カ所の加筆訂正を市に要求したことが報道されたと紹介されている。この報道は、IAM 行政管理研究センター編『情報公開制度改善のポイント』（ぎょうせい、2006 年）345 頁で再録されている。この他、和解手続において、裁判所が非公開文書の原本と照合しつつ、その一部の黒塗りをする限り少なくするように進めた事例としては、三宅弘『情報公開ガイドブック』（花伝社、1995 年）163 頁で紹介した、精神病院統計情報非公開決定処分取消訴訟（三宅・前掲注 296）33 頁）と小田急線連続立体交差事業調査報告書非公開決定取消訴訟（志賀剛「小田急訴訟・情報公開の意義」判タ 842 号（1994 年）37 頁）がある。もっとも、「審査会答申においては、不開示情報の内容を示すような答申は書けない」と指摘されているとおり（上記『情報公開制度改善のポイント』7 頁）、記録に残しにくい手続であるため、判決に至る過程では、実施されていない。それゆえ、ヴォーン・インデックスを前提とするインカメラ審理であることが求められるのである。

³²⁶ 秋田仁志「自治体の情報公開制度の現状から学ぶもの」自正 46 巻 5 号（1995 年）39、41 頁によれば、前掲最判平成 6 年 2 月 8 日に関して、最高裁を含む各裁判所は、右証言内容（大阪府側証人の証言）をそのまま信用してしまい、文書の記載内容について「開催目的の欄に出席者の氏名が記載される場合がある」と認定することとなった。しかし、公開された本件各文書には懇談会の出席者、相手方の氏名が記載されたものは現実には 1 通も存在しなかった」ことが報告されている。

検討会では、外務省接待費等の不開示処分取消訴訟の原告代理人から、訴訟手続上、迅速化のためにインカメラ審理が必要であることが報告された³²⁷。また、検討会委員の一部からも、訴訟手続におけるインカメラ審理の法制化が強く求められた³²⁸。しかし、上記(1)のとおり、インカメラ審理については、「引き続き検討すべき課題」とされるにとどまったのである。

(3) インカメラ審理については、上記のとおり、既に立法提言はなされている。その理論的根拠としても、佐藤幸治において、情報公開条例における判事室での検討(in camera review)も憲法82条に違反しないという立場がとられた³²⁹。筆者も、東京都精神病院統計の情報非開示決定処分取消訴訟の和解手続をふまえて、「公の秩序又は善良の風俗を害する虞がある」場合を拡張解釈できうる範囲において(その限りで公開裁判原則の枠が残る)、非公開審理を採らなければ政府情報の原則公開という「公の秩序」を害するおそれがある場合に限り、非公開審理手続が認められるものと考えたい」旨を提言した³³⁰。しかも、前記4、(3)のインカメラ審理の否定的側面(①非公開証拠調に立ち会わない原告側の反論・反証が可能か、②非公開証拠調を実施した第1審で原告側敗訴の際の控訴理由の主張が可能か、③非公開証拠調べに基づく事実認定により、裁判官は説得力ある判決が下せるか、④上級審裁判所は原告の非公開証拠調の調書を見るだけで原判決に対し十分な判断ができるか、⑤非公開証拠調べについて裁判所による厩大な記録の精査が訴訟経済上合理的か)を克服するものとして、ヴォーン・インデックス類似手続の導入が必要不可欠であることもあわせも提言した。

松井茂記教授も、つとに、情報公開法・公文書公開条例に基づく情報の公開を求める訴訟においては、理論的には憲法82条のもとで裁判を非公開とする可能性を

³²⁷ 検討会第2回(2004年5月6日)、情報公開市民センター代表高橋利明弁護士。同センター理事・全国市民運動オンブズマン連絡会議事務局長新海聡弁護士もインカメラの必要性を強調した。同日のヒアリングで日本弁護士連合会も、具体的な条文案を示して、インカメラ審理の必要性を強調した。

³²⁸ 検討会第11回(2005年2月22日)が、相当に議論を深めている。

³²⁹ 佐藤・前掲注299)437頁。その後の学説の整理として、松井・前掲注299)210頁以下。

³³⁰ 三宅弘「情報公開立法と知る権利(3・完)——営業秘密・プライバシー等との衡量及び非公開審理手続の可否」法時66巻3号(1994年)26頁、三宅弘・前掲注50)178頁。東京地裁平成16年12月21日決定訟月51巻10号2578頁は、当該訴訟の原告代理人らによる、検証をインカメラ審理によって行うことができる旨の主張を斥けたが、調書における検証の結果の記載方法を工夫すれば、原告及び原告代理人が立会権を放棄することとあわせ、情報公開制度の趣旨に反しないインカメラ審理は理論的には可能であると考えられた(三宅弘「情報公開訴訟におけるインカメラ審理 検証申出却下事件」獨協ロー・ジャーナル3号(2008年)87頁)。

認めていた³³¹。

さらに、情報公開法制定後においても、長谷部恭男は、「憲法 8 2 条によって公開を要求される『対審』とは口頭弁論を指すと考えられており、…公文書についても裁判所のみが当該文書を閲読し、提出の可否を審査しうる制度を認定することは、必ずしも憲法の公開の要請に反するものではない」と論じた³³²。さらに長谷部は、司法制度改革推進本部知的財産訴訟検討会第 1 2 回において、憲法 8 2 条の公序概念について、『公序』の意味は、8 2 条の趣旨目的に沿って定められる必要がある。8 2 条 1 項が、判例通説の示すとおり、裁判の公正さと国民の裁判への信頼を確保するために公開原則を定めるものである以上、対審を公開することで、むしろ裁判の公正さと国民の裁判への信頼を損なう虞（高度の蓋然性）が認められる場合が、同条 2 項にいう『公の秩序』を害する虞がある場合にあたると考えるべきであろう」としたうえで、人事訴訟については、「たとえば、人事訴訟において当事者若しくは法定代理人又は証人が、自己の私生活上の重大な秘密にかかる事柄について尋問を受ける場合、当該尋問が公開法廷で行われると、尋問に対して十分な陳述をすることができず、かつ、当該陳述を欠くことによって適切な裁判をすることができないことにより、適正な身分関係の形成や確認が行われないという高度の蓋然性がある場合には、裁判所は、裁判官の全員一致の決定で、対審を公開しないで行うことができると考えられる」として人事訴訟法 2 2 条の合憲性を根拠付けている³³³。

このような検討を受けて、不正競争防止法 1 3 条は、当事者尋問等の公開停止として、「不正競争による営業上の利益の侵害に係る訴訟における当事者等が、その侵害の有無についての判断の基礎となる事項であって当事者の保有する営業秘密に該当するものについて、当事者本人若しくは法定代理人又は証人として尋問を受

³³¹ 松井茂記「裁判の公開と『秘密』の保護（三、完）」民商法雑誌 1 0 6 巻 6 号（1 9 9 2 年）1 8 頁。同・前掲注 2 9 9）2 8 7 頁。

³³² 小早川編・前掲注 4 9）1 9 頁（第 1 章、長谷部恭男）。

³³³ 長谷部恭男「裁判の公開原則と『公序』概念に関するメモ」（司法制度改革推進本部知的財産訴訟検討会第 1 2 回配布資料）。長谷部『憲法〔第 7 版〕』（新世社、2 0 1 8 年）3 1 0 頁においても、人事訴訟法 2 2 条の憲法 8 2 条についての合憲性を根拠付けている。この他、笹田英司「イン・カメラ手続の憲法的基礎」川上宏二郎古希『情報社会の公法学』（信山社、2 0 0 2 年）4 7 9 頁は、民事訴訟法へのイン・カメラ手続の導入の憲法的な基礎付けを検討し、憲法上可能であるとしても、実定法レベルで明記されることが必要であり、その際、「ボーン・インデックスがイン・カメラ手続に組み合わされる必要がある」と指摘している（5 1 6 頁）。笹田『司法の変容と憲法』（有斐閣、2 0 0 8 年）2 2 4 頁、2 2 9 頁。また、山下義昭「行政上の秘密文書とインカメラ審理」前掲『情報社会の公法学』5 1 9 頁は、ドイツ連邦憲法裁判所決定と改正法案の検討・分析を行い、これを手掛かりとして、日本において、「情報公開訴訟でもインカメラ審理を許容できる」、「裁判所が原告の手続保障の制限に十分配慮することを条件に、インカメラ審理を許容してよい」と結論付けている（5 4 0 頁）。

ける場合においては、裁判所は、裁判官の全員一致により、その当事者等が公開の法廷で当該事項について陳述をすることにより当該営業秘密に基づく当事者の事業活動に著しい支障を生ずることが明らかであることから当該事項について十分な陳述をすることができず、かつ、当該陳述を欠くことにより他の証拠のみによっては当該事項を判断の基礎とすべき不正競争による営業上の利益の侵害の有無についての適正な裁判をすることができないと認めるときは、決定で、当該事項の尋問を公開しないで行うことができる」を規定した（１項）。そして、これと同様の規定は、不正競争防止法その他、特許法及び実用新案法に設けられた³³⁴。憲法８２条の合憲性に関する同様の趣旨により、不正競争防止法７条は、「裁判所は、不正競争による営業上の利益の侵害に係る訴訟においては、当事者の申立てにより、当事者に対し、当該侵害行為について立証するため、又は当該侵害の行為による損害の計算をするため必要な書類の提出を命ずることができる」ことを規定し（同条１項本文）、「書類の所持者においてその提出を拒むことについて正当な理由があるとき」（同条１項ただし書）は提出を命ずることはできないという例外事由としての「正当な理由」の判断にあたっては、裁判所は「書類の所持者にその提示をさせることができる」ものとし（同条２項第１文）、「この場合においては、何人も、その提示された書類の開示を求めることができない」とする（同条２項第２文）、インカメラ審理手続も導入した³³⁵。

１９９６年の民事訴訟法改正の検討の際、営業秘密等の非公開証拠調が憲法８２条違反かが論じられ、インカメラ審理の導入の可否は、民事訴訟手続全般の問題ともなったが、弁護士から裁判の公開原則の制限についての反対論も強く、一般原則としてインカメラ審理手続を採用することはなかった³³⁶。しかし、司法制度改革において、知的財産訴訟の検討において、不正競争防止法等の改正により、個別法レベルでのインカメラ審理が制度化されたのである。

（４）他方、情報公開法においては、インカメラ審理手続の導入は実現されていない。

上記検討会報告は、まず、ヴォーン・インデックスについて、「審査会における調査審議の状況を見ると、情報公開法の規定によるヴォーン・インデックス手続が適用された件数は限定的であるものの、それ以外にも、諮問庁が自主的にあるいは審査会事務局の要請に応じて、文書の内容を整理して提出している場合もある。そのよ

³³⁴ 経済産業省知的財産政策室編『逐条解説不正競争防止法（平成１６・１７年改正版）』（有斐閣、２００５年）１２３頁。

³³⁵ 不正競争防止法７条は、民事訴訟法２２３条４項と同様、文書提出命令のためのインカメラ審理の合憲性の一環として理解される。経産省編・前掲注３３４）１１１頁参照。

³³⁶ 田辺誠「民事訴訟における企業秘密の保護（下）」判タ７７７号（１９９２年）３１頁、伊藤眞「営業秘密の保護と審理の公開原則（下）」ジュリ１０３１号（１９９３年）７７頁。

うな資料が一部の答申に添付されている例も見られる。これらのヴォーン・インデックス等は、文書の量が膨大である場合や部分開示の場合においては有効であると認められる」としている（35頁）。しかし、審査手続における有用性は認めつつも、ヴォーン・インデックス手続を行政事件訴訟法や情報公開法において明定化する方針を打ち出さず、釈明処分や釈明処分の特則を活用すべきとの提言にとどまった。すなわち、「訴訟において、裁判所は、民事訴訟法第151条に基づく釈明処分により、訴訟書類又は訴訟において引用した文書その他の物件で当事者の所持するものを提出させることができる。さらに、平成16年の行政事件訴訟法改正により釈明処分の特則（同法第23条の2）が新設され、17年4月から施行される。これにより、裁判所は、行政機関等に対し、裁決の記録や処分の理由を明らかにする資料の提出を求めることができることとなる。これらの手続が活用されることを通じて、ヴォーン・インデックスを始め不服申立手続の過程で作成された資料が訴訟手続においても有効に利用されることが期待される」と述べていた（同頁）。

また、ヴォーン・インデックスに対する上記の位置付けに対応して、訴訟上のインカメラ審理については、その制度化を積極的には提言しなかった。

検討会委員は、8人中6人が行政法学者であったが、検討会の議事録を通して、ヒアリングに出席した行政訴訟を担う直接の当事者代理人とは異なり、インカメラ審理の制度化をこの時点の制度見直しにおいて、どうしても実現しなければならないということでは、合意に至らなかった。検討会事務局を担う総務省においては、自民党、公明党が衆参両議院で過半数を締める政治状況において、あえて、訴訟手続のゆえに所轄が法務省にも関連するインカメラ審理手続を、総務省主導で実現しようとする意欲もまた乏しいものと解せられた。

そもそも、情報公開法の制定を政権の公約にしたのは、1992年自民党一党支配体制が崩壊した後の、非自民の連立政権としての細川内閣であった。情報公開法の制定は小渕内閣の時であるが、その間、村山内閣において行政改革委員会行政情報公開部会が設置され、橋本内閣において情報公開法案の制定作業がなされた。自民党を中心とする連立政権においても、情報公開法の制定は既定の方針であり、これを制止する理由は見出せなかった³³⁷。他国を見れば、アメリカ情報自由法の1966年制定、1974年改正等は、連邦議会において、いずれも、連邦政府の透明度を高めるための意欲の強い時点であった³³⁸。

制度見直しのための検討会が、インカメラ審理は憲法82条に違反しないと考える憲法学者によって構成され、かつ、情報公開法制定に積極的な政権政党の状況下

³³⁷ 三宅・前掲注50）14頁。

³³⁸ アメリカ情報自由法の制定と1974年改正について、右崎・前掲注271）38頁。宇賀・前掲注268）3頁。松井・前掲注299）485頁。

であるならば、訴訟手続におけるインカメラ審理手続の導入は実現されたかもしれないが、検討会による情報公開法の見直し当時の政権は、そのような制度化に前向きではなかった。

これに対し、民主党改正法案は、情報公開法 21 条の 2（改正案）で、「不開示決定に係る行政文書の標目等を記載した書面の提出」と題して、

「情報公開訴訟（不開示決定（行政文書の一部を開示する旨の決定及びその全部を開示しない旨の決定をいう。）又はこれに係る不服申立てに対する決裁若しくは決定に係る抗告訴訟に限る。次条において同じ。）においては、裁判所は、訴訟関係を明瞭にするため必要があると認めるときは、行政機関の長に対し、当該不開示決定に係る行政文書の標目、その開示しない部分についてこれを特定するに足りる事項、その内容の要旨及びこれを開示しない理由その他必要な事項を、その裁判所の定める方式により分類又は整理して記載した書面の提出を命ずることができる」という、ヴォーン・インデックスを明定することを提案していた。さらに、21 条の 3（改正案）で、「審理の特例」と題して、

「情報公開訴訟においては、裁判所は、前条に規定する書面の提出を受けて審理を行った場合において、第 5 条又は第 6 条に該当する事由の有無について当該行政文書の提出を受けずに判断をすることが適正な裁判の実現という観点から相当でなく、かつ、審理の状況及び当事者の訴訟遂行の状況その他の事情を考慮して必要があると認めるときは、当事者の申立てにより、決定で、当該行政文書を保有する行政機関の長に対し、当該行政文書の提出を命ずることができる。この場合においては、何人も、裁判所に対し、提出された行政文書の開示を求めることができない」というインカメラ審理を明定することを提言していた（同条 1 項）。

日本の情報公開法におけるインカメラ審理の制度化も、政府の透明度を高めるための意欲の強い政権政党の主導による時機を待たなければならないのかも知れないと思われた。

7 インカメラ審理の立法を促す最決平成 21 年 1 月 15 日補足意見

- (1) 以上の理論状況において、最決平成 21 年 1 月 15 日民集 63 巻 1 号 46 頁は、情報公開法に基づく行政文書の開示請求に対する不開示決定の取消訴訟において、不開示とされた文書を検証の目的として被告にその提示を命ずることは許されないと決定した。情報公開法に基づく行政文書の開示請求に対する不開示決定の取消訴訟において、不開示とされた文書を目的とする検証を被告に受忍義務を負わせて行うことは、原告が検証への立会権を放棄するなどしたとしても許されず、上記文書を検証の目的として被告にその提示を命ずることも許されないとしたのである。

但し、補足意見がある³³⁹。

この決定の本案訴訟は、相手方（本案訴訟原告）が、情報公開法に基づき、2004年8月13日に沖縄国際大学構内に米軍ヘリコプターが墜落した事故について、外務省の保有する行政文書の開示を請求したところ、外務大臣から、請求各文書の一部が情報公開法5条1号、3号又は5号に該当するとの一部不開示決定を受けたため、国を被告として、その取消しを求めた事案である。福岡地裁の第一審では原告の請求が棄却されたため、原告が控訴した。

控訴人（原告）は、控訴審において、本件不開示文書の検証の申出をすると共に、これを目的物として、国に対する検証物提示命令の申立てをした（以下「本件検証物提示命令の申立て」といい、検証の申出と併せて「本件検証の申出等」）。

申立人（控訴人）は、本件検証の申出等にあたり、検証の立会権を放棄し、検証調書の作成においても、本件不開示文書の記載内容の詳細が明らかになる方法での検証調書の作成を求めない旨を陳述している（以下「本件立会権の放棄等」）。

原決定である福岡高決平成20年5月12日判時2017号28頁は、このような立会権の放棄等を前提とした本件検証の申出等は、「実質的にはいわゆるインカメラ審理を意図したものに他ならない」と判断しているが、その前提として、控訴人は、平成19年5月18日付第一準備書面（以下「控訴人第一準備書面」）において、本件審理方式について、

「本件各文書の不開示条項該当性を判断するため、次のような審理をすべきである。

（1）被控訴人から、本件不開示文書及び不開示部分について、その文書としての構成、記載項目、項目ごとの記載の分量を明示し、それぞれについて具体的に不開示事由該当の理由を明記した書面を提出させる（ヴォーン・インデックス方式）。

（2）上記書面の記載が適正にされているかを確認するために、裁判所が、控訴人

³³⁹ 以下、本項の論説は、三宅・前掲注116）700頁を、その後の状況もふまえて、書き直すものである。最決平成21年1月15日については、北村和生「判批」法セミ増刊（速報判例解説）5号（2009年）45頁、友岡史仁「判批」法セミ654号（2009年）127頁、鎌野真敬「判批」ジュリ1382号（2009年）122頁、平野朝子「判批」ひろば62巻10号（2009年）62頁、渡井理佳子「判批」季情個34号（2009年）28頁、森田明「判批」神奈川ロージャーナル2号（2009年）87頁、安井英俊「判批」法政76巻3号（2009年）121頁、伊東俊明「判批」ジュリ1398号（2010年）143頁、村上裕章「判批」法教別冊付録354号（2010年）6頁、川島四郎「判批」法セミ668号（2012年）130頁、小林伸一＝北原靖和「判批」清和16巻2号（2009年）93頁、鎌野真敬「判解」最高裁判例解説民事篇（平成21年度）12頁、佐賀義史「判批」別冊判タ29号（2010年）204頁、井上禎男「判批」別冊ジュリ211号（2012年）92頁、同「判批」福岡57巻2号（2012年）211頁、同「判批」別冊ジュリ235号（2017年）80頁、宇賀克也「沖縄ヘリ墜落事件：情報公開訴訟におけるインカメラ審理」論ジュリ3号（2013年）19頁。

が立ち会わずに、不開示文書の記載事項を検証する（インカメラ審理）。

なお、インカメラ審理は、ヴォーン・インデックスを提出させた結果、不要と判断されれば実施しないこともありうるが、ヴォーン・インデックスの正確性を担保するため、インカメラ審理をすることを前提に（１）の文書を提出させるべきである。」

と主張している。

これに対し、原決定は、「行政文書の開示・不開示に関する最終的な判断権は裁判所に委ねられているところ、その点の判断を裁判所に求める当事者としては、せめて裁判所には当該文書を直接見分した上で判断してもらいたいと考えるのは無理からぬことであるし、当然のことながら、裁判所としても、これを直接見分せずには適正な判断が不可能ないし著しく困難であると考えられる場合もあるものと思われる。…当該文書を所持する国又は公共団体等の任意の協力が得られない以上、およそ裁判所がこれを直接見分する術はないというのでは、裁判所は、事実上、一方当事者である国又は公共団体、あるいはその諮問機関である情報公開・個人情報保護審査会（以下「審査会」という。）等の意見のみに依拠してその是非を判断せざるを得ないということにもなりかねず、これでは、行政文書の開示・不開示に関する最終的な判断権を裁判所に委ねた制度趣旨にもとること甚だしいものがある」と判示し、その要件を個別具体的に検討して、本件検証物提示命令の申立てのうち一部を認容し、国に対し検証物の提示を命じた。

国は、原決定を不服として許可抗告の申立てをし、原審は抗告を許可した。これに対し、前掲最決平成21年1月15日は、現行法においては、「情報公開訴訟において証拠調としてのインカメラ審理を行うことは、民事訴訟の基本原則に反するから、明文の規定がない限り、許されないものといわざるをえない」と判示し、不開示とされた文書を検証の目的として被告にその提示を命ずることは許されないと決定したのである。すなわち、民訴法の証拠調べ等に関する一般的な規定の下ではインカメラ審理を行うことができないという前提に立った上で、書証及び検証に係る証拠申出の採否を判断するためのインカメラ手続に限って個別に明文の規定を設けて特にこれを認める一方、情報公開訴訟において裁判所が不開示事由該当性を判断するために証拠調べとして行うインカメラ審理については、あえてこれを採用していないものと解される」と判示し、「本件不開示文書について裁判所がインカメラ審理を行うことは許されず、相手方が立会権の放棄等をしたとしても、抗告人に本件不開示文書の検証を受忍すべき義務を負わせてその検証を行うことは許されないものというべきであるから、そのために抗告人に本件不開示文書の提示を命ずることも許されない」と結論付けたのである。

その理由として、1996年に制定された民事訴訟法において、証拠調べとして

のインカメラ審理を行いうる旨の明文の規定は設けられなかったこと、同法で認められた文書提出義務又は検証物提示義務の存否を判断するためのインカメラ手続に関する規定が設けられ、その後、特許法、著作権法等にも同様の規定が設けられたが、これらは証拠申出の採否を判断するためのインカメラ手続にすぎないこと、その一方で、1999年に制定された情報公開法や2001年の民訴法改正では裁判所がインカメラ審理を行い得る旨の明文の規定は設けられなかったことなどの立法経緯に論及している。

- (2) ただし、泉徳治裁判官の補足意見は、「開示請求者が証拠調べにおいて当該行政文書を見分する権利を放棄した場合であっても、インカメラ審理が民事訴訟の基本原則に抵触することには変わりはない」と判示しているが、その理由として、「不開示決定をした行政機関の長の側においても、…自らは、当該行政文書の具体的内容を援用しながら当該証拠調べの結果につき弁論を行ったり、あるいは訴訟上の主張を展開することができない」ことや、「上級審裁判所も、当該行政文書を見分しないまま原審判決の審査をしなければならないこと」を摘示している。しかし、「新たな立法によって情報公開訴訟にインカメラ審理を導入することは、…裁判の公開を保障する憲法82条に違反するものではなく、訴訟制度構築に係る立法裁量の範囲に属する」として、立法論に言及している。

また、宮川光治裁判官の補足意見は、原決定に至るまでの手続の経過に言及し、「本件は、①原々審では、相手方は当初ヴォーン・インデックスの方法による審理を提唱したが採用されなかった、②原審では、本件不開示文書のうち、文書の体裁及び文書の中身を推測させる文言のみを明らかにした書類を原告人において作成し、これを裁判所にのみ開示することが検討されたが、原告人は受け入れなかった、③これとは別に、相手方から行政事件訴訟法23条の2第1項に基づく釈明処分としてインカメラ審理を経ている情報公開・個人情報保護審査会の当該審理に関する『調書』資料を入手することの申し出がなされたが、そうした文書は存在しない旨原告人から報告がなされて見送られたという経緯をたどっている」としたうえで、「本件は、情報公開訴訟にインカメラ審理を導入することを考えさせる事例とみることができる」と判示している。そのうえで、「情報公開訴訟にインカメラ審理を導入することが憲法82条（裁判の公開）に違反しないことは泉裁判官の補足意見のとおりである」とし、「情報公開訴訟へのインカメラ審理の導入に関しては、ヴォーン・インデックス手続（情報公開・個人情報保護審査会設置法9条3項参照）と組み合わせ、その上でインカメラ審理を行うことの相当性・必要性の要件について慎重に配慮すべきであるが、情報公開制度を実効的に機能させるために検討されることが望まれる」と、立法論にふみ込んで判示している。

泉補足意見と宮川補足意見は、情報公開法におけるインカメラ審理は、憲法82

条に違反するものではないとの解釈を明らかにしている。これらの意見は、前記3のとおり、憲法82条2項本文を例示的列举と解したうえで、さらに民事裁判については刑事被告人の公開裁判を受ける権利の規定（憲法37条1項）と同様の規定がないことや憲法13条を考慮して、厳格解釈による「公の秩序又は善良な風俗」に該当しない場合においても非公開の対審を認める立場（佐藤幸治）や、「訴訟関係人の人権を害するおそれのある場合も、ここにいう公の秩序または善良の風俗を害するおそれのある場合を含めて解すべき」（浦部法穂）とする拡張解釈の立場に依拠するものである。

筆者も、前記3のとおり憲法82条拡張解釈の立場を前提として、ヴォーン・インデックス類似手続の導入を前提とするインカメラ審理も検討していたが³⁴⁰、その意見にも宮川補足意見は依拠したものといえる。そもそも、情報が一旦開示されると訴訟の意義を失うという情報非開示決定処分取消訴訟の特性をふまえた調書の記載方法や、開示請求者側の証拠調べの立会権放棄の手続等を定めた規則がない限り、直ちに実施できるとはいいがたい（ただし、この点は規則にとどまり、法律までは必要ないものと解する）。そのため、このような方法により日本において非公開の証拠調べがなされることについての、前記4の①ないし⑤の否定的側面について検討しなければならない。この①～⑤の否定的側面は、前掲最決平成21年1月15日も「民事訴訟の基本原則」として指摘したところである。

そこで、これら非公開証拠調の否定的側面を克服するものとしては、情報自由法に関する判例法が形成した、ヴォーン・インデックス類似の手続を導入することが、前提として必要不可欠であると考えられたのである。本論末尾に日本法として想定されるヴォーン・インデックスの具体例を示したが、不開示情報の核心部分を不開示としたままで詳細に記載されたインデックスや前掲「利用制限の概要及び想定される論点」に基づき主張立証を尽くせば、上記①から⑤の問題点は克服することができる。全国の地方公共団体で情報公開条例が制定され始めた時には、開示請求対象情報を裁判官が現実に見分しないで判断を下すことに疑問が呈されていたからであり³⁴¹、民事訴訟法改正の手続において立法的措置が採用されることを求めたの

³⁴⁰ 三宅弘「情報公開法の見直しと残された課題」獨協ロー・ジャーナル2号（2007年）3、26頁。松井・前掲注299）210頁も参照。

³⁴¹ 林修三・前掲注298）60頁。三宅・前掲注296）論文は、この疑問に答えるために執筆された。また、自由人権協会・前掲注321）法務省民事局参事官室宛意見書も、同協会理事秋山幹男弁護士の発案にかかるところ、同様の趣旨から発表された。情報公開法の制定に先立ち民事訴訟手続全般についてのインカメラ手続が議論の俎上に載せられたことを改めて詳論するに、1991年3月、法務省民事局参事官室が公表した「民事訴訟手続に関する検討事項」において、第四口頭弁論及びその準備の項中、「七 秘密保護の手続 1 プライバシー、営業秘密（不正競争防止法第1条第3項に規定する営業秘密をいう。以下同じ。）等の秘密が訴訟審理を介して漏洩することを防止しつつ、充

である。

しかし、日弁連でも、制定されるべき情報公開法においては、ヴォーン・インデックス類似手続を前提とするインカメラ審理手続を採用すべきことを提言するに至った³⁴²。

- (3) 他方、民訴法改正にあたっては、最決平成21年1月15日が判示するとおり、「同法（民訴法）には、文書提出義務又は検証物提示義務の存否を判断するためのインカメラ手続に関する規定が設けられ」（平成13年法律96号による改正前の民訴法223条3項、232条1項）たのである³⁴³。「証拠調べとしてのインカメ

実した審理を行うために、改正すべき点があるか。2 例えば、次のような考え方があるか、どうか。(一) 憲法第82条の定める裁判公開の原則の下において秘密を保護するために訴訟審理を非公開とすることができる場合を法律で明確にするものとするとの考え方・・・」として、検討課題とされた。「プライバシーや・・・営業秘密等の保護に値する秘密が訴訟審理を介して漏洩することを防止しつつ、充実した審理を行うための規定が現行法には欠けており、そのため、主張又は立証を行う上で秘密を明らかにすることが必要とされる事件においては、当事者は、敗訴の危険を冒しても秘密を守るか、秘密の漏洩を覚悟しつつ主張立証を行うかの選択を迫られることになる」という理由から、検討課題とされたのである。ところが、民訴法改正にあたっては、営業秘密等の非公開証拠調べが憲法82条違反かが論じられ、インカメラ審理の導入の可否は、民事訴訟手続全般の問題ともなったが、弁護士から裁判の公開原則の制限についての反対論も強く、一般原則としてインカメラ審理手続を採用することはなかった。当時、たとえば日本弁護士連合会では、その少し前の「国家秘密に係るスパイ行為等の防止に関する法律案」に反対した経緯から（日弁連資料集『国家秘密法対策本部全活動の記録集』[1999年4月]59頁[「国家秘密に係るスパイ行為等の防止に関する法律案」に対する意見書（1995年10月）第六国家秘密と裁判公開]）、憲法82条の裁判公開原則が強調されたことの影響で、営業秘密等の非公開証拠調べに全面的に賛成するには至らなかった（日弁連『情報公開法・民訴法問題対策本部総括資料集』（2002年3月）13、19頁（座談会「情報公開について①三宅弘発言」）。最決平成21年1月15日の述べる「平成8年に制定された民訴法には、証拠調べとしてのインカメラ審理を行いうる旨の明文の規定は設けられなかった」の判旨は、この経緯をふまえてのものである。

³⁴² 日弁連・前掲注341) 情報公開法・民訴法問題対策本部総括資料集102頁（「情報公開法要綱案に対する意見書」（1997年1月31日））。

³⁴³ 民訴法改正においては、「同法には、文書提出義務又は検証物提示義務の存否を判断するためのインカメラに関する規定が設けられ」た。「提出命令の申立人は文書の内容を見ることができないので（民訴法220条）、4号ロ該当性について実質的な主張を提出することが困難である。秘密を開示しない範囲で、文書の所持者に、当該文書の記載項目及び各項目ごとの除外事由該当理由を主張として具体的（に）明らかにさせ、文書を見ることができない当事者が実質的な議論をすることができるような措置をとることが必要である（行政機関情報公開法27条は、インカメラ審査のほか、このような措置としてヴォーン・インデックスと呼ばれる措置を規定している。）」とされた。秋山幹男「民事訴訟における公務文書の文書提出命令制度——一般義務化と公務秘密文書・刑事訴訟関係書類の除外——」筑波大学ビジネス科学研究科企業法学専攻開設一五周年記念法科大学院創立記念論文集『融合する法律学』（信山社、2006年）463頁。秋山弁護士は、同論文末尾にあるとおり、新民事訴訟法に関する法制審民訴法部会の審議と、情報公開

ラ審理を行い得る旨の明文の規定は設けられなかった」が、「文書提出義務又は検証物提示義務の存否を判断するためのインカメラ手続に関する規定が設けられ、その後、特許法、著作権法等にも同様の規定が設けられた」。この経緯については、既に検証されているところである³⁴⁴。

民事訴訟法学においては、民訴法等における文書提出命令手続上のインカメラ手続規定の法制化を認めるにあたり、「このような差止め請求権（不正競争3条）も立派な財産権として認知されたのであるから、その財産権としての保障（憲29条）を貫徹してこれにも裁判を受ける権利を保障するためには、憲法82条の公開の原則は制限されるべきであり、解釈論としても、この場合の財産権およびその裁判を受ける権利の保障は、同法82条でいう「公の秩序」に当たるものとして非公開の審理が許されると解することができるのではないかと考える」という見解や³⁴⁵、「このような手続（文書提出命令の審理におけるイン・カメラ手続——引用者注）は、証拠調べの方法としては不自然なものであるとの批判も考えられるが、所持者の利益を適切に保護し、かつ、提出義務の存否について裁判所が適正な判断を行うために不可欠のものとして、現行法によって創設された」とする見解³⁴⁶があった。

法要綱案に関する行政改革委員会情報公開部会の審議の両方に同時期に参加し、インカメラ審理手続の法制化に関与している。

³⁴⁴ 田辺・前掲注336）21頁、伊藤・前掲注336）77頁。伊藤「インカメラ手続の光と影——東京高裁平成10年7月16日決定を素材として」青山善充外編『民事訴訟法理論の新たな構築下巻』（有斐閣、2001年）191頁。その他の先行研究のうち、行政情報公開訴訟におけるイン・カメラ手続については、特に、同「インカメラ手続の光と影」論文においての注（24）のとおり、宇賀克也「アメリカの情報公開（七）」自治73巻7号47頁（宇賀・前掲注268）216頁に収録）を引用したうえで、「公開除外事由に該当することに関する証明責任は行政機関側にあり、ヴォーン・インデックスもその責任を果たすための手段として用いられていることを考えれば、イン・カメラ手続への立会が排除されることによって生じる原告の不利益は、わが国の場合よりも小さいものと考えられる」と指摘する（同伊藤論文204頁）。

³⁴⁵ 新堂幸司『新民事訴訟法第四版』（弘文堂、2008年）456頁。なお、同『新民事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂、2019年）511頁は、『公の秩序』にあたるものとして非公開の審理が許され则认为」と断言するに至っている。

³⁴⁶ 伊藤眞『民事訴訟法第6版』（有斐閣、2018年）445頁注396。なお、この見解の前提となる考え方については、伊藤・前掲注336）77頁。もっとも、文書提出命令におけるインカメラ審理を評価しつつ、「同様のことは、情報公開に係る紛争において、公開請求された文書を非公開文書として請求拒絶することの当否について裁判所が審理する場合にも、該当する」ことも論及されている。憲法学においては、直近では、個別法レベルでのインカメラ審理の制度化に即応して、「公共の利益を考慮すると公開法廷への提出が不適切な文書が存在するとしても、そのような文書であるか否かの判断は、当事者の権利および司法への信頼という公共の利益を考慮すべき裁判所に委ねられるべきであろう」とする考え方（長谷部・前掲注333）『憲法第7版』311頁）や、「その理論構成はいろいろ模索されている段階だが、裁判の公開も終局的には公正な裁判により人権保障を確実なものにするための原則なのだから、基本的にプライバシーの権利

その後も、司法制度改革において、知的財産訴訟の検討をふまえ、不正競争防止法等の改正により、個別法レベルでのインカメラ審理が制度化された。不正競争防止法7条は、民訴法223条4項と同様、文書提出命令のためのインカメラ審理が合憲であることの一斑として理解される。さらに、インカメラ審理の際に開示する相手方に秘密保持命令を発令する秘密保持命令制度も創設されている（不正競争防止法10条など）³⁴⁷。

以上の経過をふまえるに、最決平成21年1月15日における控訴審の訴訟手続において、原告（控訴人）が本件検証等の申出をしたのは、これを提言する学説と実務上の原被告双方の合意による検証手続が既になされているところに由来すると考えられる。

すなわち、原告（控訴人）の控訴審における主張によれば、ヴォーン・インデックスの具体例の書式を添付しながら、那覇地判平成7年3月28日判時1547号22頁の那覇地裁における訴訟手続中の被告那覇市長の最終準備書面が実質的にはヴォーン・インデックスに該当するとしたことが指摘されている³⁴⁸。さらに、同主張によれば、名古屋高裁平成7年（行コ）第46号事件（以下「名古屋高裁事件」）においては、「請求対象文書（領収書）につき、請求者側が立ち会わずに検証を行い、調書には「交際の相手方を認識しうる記載があるかのみ記載し、相手方が特定できる記載はしない」ことが紹介され、「領収書の体裁は推測がつくので、記載内容についてインカメラで確認したものである」とのことであった。また、大阪高裁平成15年（行コ）第105号事件においては「一部非開示の文書が証拠として提出されていることを前提に、請求者側が立会権を放棄する前提で、一部非開示文書を裁判所が確認した。非開示部分を伏字にしたものを証拠として提出し、請求者側

や財産権の保障との調整になじむものと考えらるべきであろう」とする考え方（野中俊彦ほか『憲法Ⅱ第5版』（有斐閣、2012年）265頁）が主流となっていた。

³⁴⁷ 経済産業省編・前掲注334）111、114頁。裁判所法等の一部を改正する法律（平成16年法律第120号）により、特許法に秘密保持命令についての「105条の4」から「105条の6」の規定が設けられた。秘密保持命令は、特許権侵害訴訟において、裁判所に提出される準備書面や証拠に営業秘密が記載されている場合に、相手方の当事者本人や代理人、使用人等の従業員その他、訴訟代理人または補佐人に対して発令される。また、これとともに、営業秘密が記載された書類について文書提出命令の申立てがされた場合にも、インカメラ手続において相手側の当事者等に対して秘密保持命令の発令をすることができるようになった（特許法105条3項、105条の4第1項1号）。実用新案法（30条）、意匠法（41条）、商標法（39条）、不正競争防止法（10条～12条）及び著作権法（114条の6～114条の8）においても、秘密保持命令に関する特許法の規定が準用され、あるいは同様の規定が設けられている。その運用については、三村量一＝山田知司「知的財産権訴訟における秘密保持命令の運用について」判タ1170号（2005年）4頁、高部眞規子「知的財産権訴訟今後の課題（下）」NBL860号（2007年）40頁など。

³⁴⁸ 三宅弘・前掲注340）25頁。

が立ち会わずに伏字部分も含めた原本を取調べ、調書に伏字部分の記載内容を抽象的に記載するというやり方でインカメラを実施している」とのことであった³⁴⁹。

本最決平成21年1月15日は、「民訴法の証拠調べ等に関する一般的な規定の下ではインカメラ審理を行うことができない」と判示するにとどまったが、当事者双方の合意の下に、検証が実施されることを否定するものではなかった。実際、部分公開による類似の行政文書や、当事者双方の合意によって作成されたヴォーン・インデックス類似の文書を参考としつつ、不開示部分を精査することは可能であり、実務上も先例があるのである³⁵⁰。

³⁴⁹ この名古屋高裁事件では、1審原告と1審被告との間において、「1審被告申出の検証について、裁判所が次の条件の下に検証を行うことに合意する」として、その条件として1 裁判所及び1審原告は、領収証のカメラまたはビデオカメラ等による撮影、複写等はしない。2 検証調書には領収書に交際の相手方を認識しうる記載があるか否かの結果のみを記載し、交際の相手方が特定できる記載は一切しない。裁判所がするメモも右の記載をするのに必要な限度にとどめる。3 裁判所が1審被告に対し領収証の記載内容に関する質問をし、1審被告が回答する場合には、1審原告が在廷しない機会に行う」ことを合意した（1996年5月9日第7回口頭弁論調書）。その後、条件として「領収書を1審原告に開示せず、1審原告は領収書を閲覧しない」ことを追加したうえで、検証の目的物を「平成元年4月1日から平成2年3月31日までに支出された名古屋市長等交際費に係る領収書のうち、1審被告が平成7年7月12日付第1準備書面において特定した第三者発行の領収書208件」と特定して検証を実施した（同年7月11日第8回口頭弁論調書）。そして、検証の結果については、「1 後記2、3を除き、交際の相手方の氏名、団体名、行事名が①直接記載されているもの及び②団体の役職名で記載されており、他の資料を照合すればその役職にある個人が特定するもののいずれかであった。2 原判決別紙2残高欄の支出番号（以下「NO.」と記載する。）841は、「ホテル御利用代として NO. ××××、□□□□」と記載されているが、相手方の氏名、団体名、行事名を知り得る記載はなかった。3 NO. 1030は「〇〇省名古屋出身者始め」と記載されているが、交際の相手方の氏名、団体名、行事名を知りうる記載はなかった。4 なお、領収証が2枚になっているもの（NO. 84、288、350、474、655、1008）があった」と記載されている（同年8月27日第9回口頭弁論調書）。この他、前掲最決平成21年1月15日における原告の控訴審における主張によれば、仙台地裁平成12年（行ウ）第5号事件においては、『（仮称）松森工場関連公文書開示請求対象文書の概要（補訂版）』として、対象文書中の個々の文書ごとに様式と内容の概要を示した文書（これは一種のヴォーンインデックスといえる。）を提出し、その内容を裁判所がインカメラで確認したものである。これがいかなる手続きで行われたかは不明であるが、検証調書が作成されていないようなので、検証ではないと思われる。」と述べている。合意による検証手続としての実例は、本件訴訟の原告代理人である森田明弁護士、さらには新海聡弁護士からの資料提供による（本論末尾に「ヴォーン・インデックスの具体例」として掲載）。また、森田明「情報公開訴訟におけるインカメラ審理の立法化——最高裁平成21年1月15日決定を素材に」自正2009年8月号44頁も、「法改正によるインカメラ審理導入の機は熟したといえよう」と評している。森田・前掲注339）87頁も参照。

³⁵⁰ その背景として、松井茂記のように、「裁判所は、憲法第76条によって付与された『司法権』に付随する固有の権限によりインカメラ審理のために文書提出を命じる」と

原決定である前掲福岡高決平成20年5月12日は、民事訴訟の基本原則について、以上のような那覇地裁や名古屋高裁での運用実例を考慮のうえ、双方審尋主義を実質的に解釈することにより、解釈論として、検証物提示命令を認めたものと解することができる。

しかし、最決平成21年1月15日は、情報公開訴訟において裁判所が不開示事由該当性を判断するために証拠調べとしてのインカメラ審理を行った場合の不都合として、「原告は、当該文書の内容を確認した上で弁論を行うことができず、被告も、当該文書の具体的内容を援用しながら弁論を行うことができない。また、裁判所がインカメラ審理の結果に基づき判決をした場合、当事者が上訴理由を的確に主張することが困難となる上、上級審も原審の判断の根拠を直接確認することができないまま原判決の審査をしなければならないことになる」と指摘している。

ただし、部分公開による類似の行政文書や、当事者双方の合意によって作成されたヴォーン・インデックス類似の文書を参考としつつ不開示部分を精査することは十分に可能であり、本決定が述べる実質的理由は、本件申立却下の決め手にはならない。

また、その前提として、そもそも本決定が述べる「民事訴訟の基本原則」である、「訴訟で用いられる証拠は当事者の吟味、弾劾の機会を経たものに限られる」こと、すなわち双方審尋主義において、これを訴訟類型に応じて弾力的に運用する例外的な措置が認められる余地はある。

この点について、伊藤眞は、「(文書提出命令手続における ― 引用者注) イン・カメラ審理の結果が不可避免的に本案の判断に影響するとすれば、望ましい姿としては、イン・カメラ審理においても、文書提出命令や検証物提示命令の申立人の立会権を保障すべきであるといえる。特許法第105条第3項及び第4項などに基づく立会権は、そのための制度であるし、また、秘密保持命令(特許105の4など)

する解釈論(松井・前掲注21)370頁)や、民訴法148条の裁判長の訴訟指揮権や同149条による裁判長の釈明権の行使を根拠とすることが可能であろう(三宅・前掲注330)獨協ロー・ジャーナル3号81、85頁)。この他、前記「情報公開法の制度運営に関する検討会」の検討会報告書は、「ヴォーン・インデックス等は、文書の量が膨大である場合や部分開示の場合においては有効であると認められる」としている。そして、審査手続における有用性は認めつつも、ヴォーン・インデックス手続を行政事件訴訟法や情報公開法において明定化する方針を打ち出さず、釈明処分(民事訴訟法151条)や釈明処分の特則(行政事件訴訟法23条の2)を活用すべきとの提言にしたのであるが(総務省・前掲注51)35頁)、釈明処分の特則(民訴法23条の2)が情報公開訴訟において有効に活用された事例は、筆者の知るところでは、今のところ報告されていない。同特則の活用論は、今までのところ机上の空論であることが否めない。有効に活用されるためには、情報公開・個人情報保護審査会で詳細なヴォーン・インデックスを前提とするインカメラ審理が実施されるべきであるが、現状は、そのような審理がなされていない。

は、立会によって秘密の保持主体が不当な不利益を受けることを防止するための制度である」と指摘している³⁵¹。情報公開訴訟においても、上記の部分公開文書やヴォーン・インデックス類似文書を用いる他、裁判所の訴訟指揮権に基づく秘密保持命令を受けて原告代理人だけが原告本人に対しても守秘義務を課せられたままで当該インカメラ審理に立会うことも検討されてよいのである。

また、伊藤は「秘密保持命令は、民事訴訟法においては、採用されていないが、近時の議論としては、イン・カメラ審理の適正な運用を担保するために、民事訴訟の一般手続においても当事者の立会権を認め、それによる文書所持者の不利益発生を防ぐために、秘密保持命令を導入すべきであるとの議論が有力になっている」と指摘するが³⁵²、情報公開訴訟においても双方審尋主義が尽くされるために、部分公開文書やヴォーン・インデックス類似文書を用いることを前提とするインカメラ審理として位置付けることができるのではなかろうかと考えられたのである。

最決平成21年1月15日の宮川補足意見は、「ヴォーン・インデックス手続と組み合わせ、その上でインカメラ審理を行うことの相当性・必要性の要件について、慎重に配慮すべきである」旨判示しているが、この判旨は、双方審尋主義を実質的に考慮するという立場に拠るものと解せられる。双方審尋主義について、宮川補足意見のように考えるとすると、情報公開訴訟においても、解釈論として、現行民訴法の検証物提示命令の規定を類推適用して、前掲名古屋高裁事件の双方当事者の合意に基づく検証手続におけるインカメラ審理手続と同様に、ヴォーン・インデックス手続と組み合わせたインカメラ審理命令を発することも理論上は可能と解される。

しかし、最決平成21年1月15日は、解釈論によるインカメラ審理手続の途を閉ざし、その要件・効果を立法論に委ねたといえよう。

立法論については、筆者は、裁判管轄についての行政事件訴訟法12条4項の改

³⁵¹ 2009年5月26日日弁連勉強会「情報公開法におけるインカメラ審理について」における伊藤眞教授資料「情報公開法にもとづく行政文書の開示請求に対する不開示決定の取消訴訟（情報公開訴訟）における当該文書に対する検証物提示命令とイン・カメラ手続の採用の可否——最決平成21年1月15日判タ1290号126頁を素材として」4頁。さらに伊藤は、「秘密保持命令の発令は、必ずしも多くないといわれていたが、近時は、その例が増え、関連する最高裁判例や下級審裁判例も現れている」、として、三村＝山田・前掲注347）4頁、高部・前掲注347）40頁を紹介している。また、判例としては、最決平成21年1月27日金商1315号48頁、下級審裁判例としては、東京地決平成18年9月15日判タ1250号300頁、大阪地決平成20年4月18日判タ1287号220頁、知財高決平成20年7月7日判時2015号127頁なども指摘している。

³⁵² 前掲注351）伊藤資料による。片山英二「知財訴訟における情報の開示・保護に関する現状と課題」民訴54号（2008年）103頁などを参照とされている。

正経過をふまえて、「インカメラ審理手続については、まずは、情報公開法及び独立行政法人等情報公開法における不開示決定処分取消訴訟においてインカメラ審理を認める規定を設け、さらに情報公開条例における同様の訴訟にも準用できることとし、その運用をふまえて、次の段階では、行政機関個人情報保護法に基づく本人情報不開示決定取消訴訟などでもインカメラ審理が認められるよう、行政事件訴訟法や民事訴訟法の改正をすべきではなかろうか」と述べた³⁵³。しかし、その後、公文書管理法も制定され、歴史公文書の利用請求権も確立された（同法16条）。その利用拒否処分については、情報公開訴訟と同様の審理手続が求められることとなる。

最決平成21年1月15日を機に、情報公開訴訟についてのインカメラ審理についてさらに多角的に検討し、憲法政策として、情報公開訴訟におけるインカメラ審理手続を実際に立法化することが求められた³⁵⁴。

8 弁論期日外行政文書証拠調手続の提案

情報公開条例にかかる情報公開訴訟においてヴォーン・インデックスと併用するインカメラ審理の必要性が明らかとなったこと（前掲沖縄地判平成7年3月28日など）と、さらにインカメラ審理の立法を促す前掲最決平成21年1月15日をふまえて、民主党政権時に前記行政透明化検討チームによって提案された情報公開法改正法案（2011年4月22日第177回国会提出、2012年11月16日廃案、以下「改正法案」）は、弁論期日外行政文書証拠調手続を提案した。

その前提として、筆者が全文を執筆した行政透明化検討チームの「情報公開制度の改正の方向性について」に関する論点整理（三訂版）においては、

「第5 情報公開訴訟に関する改正

訴訟による事後救済を確実にを行うため、いわゆる「ヴォーン・インデックス」の作成・提出に関する手続（下記2）を創設するとともに、いわゆる「インカメラ審理」（下記3）を導入する。制度の詳細については、法案立案過程において調整することとする。」とし、

「2 不開示決定に係る行政文書の標目等を記載した書面の提出（行政機関情報公開法、独立行政法人等情報公開法関係《新設》）」

情報公開訴訟においては、裁判所は、訴訟関係を明瞭にするため必要があると認めるときは、行政機関の長・独立行政法人等に対し、当該開示決定等に係る行政文書・法人文書の標目、その開示しない部分についてこれを特定するに足りる事項、その内

³⁵³ 三宅・前掲注330）獨協ロー・ジャーナル3号81、88頁。

³⁵⁴ 三宅・前掲注340）41頁において、政権交代の時代においての、その政治的な実現可能性に論及した。

容の要旨及びこれを開示しない理由その他必要な事項を、その裁判所の定める方式により分類又は整理して記載した書面の作成・提出を求めることができる。

3 審理の特例（行政機関情報公開法、独立行政法人等情報公開法関係《新設》）

- (1) 情報公開訴訟においては、申立てがあった場合には、裁判所は、裁判官の全員一致により、審理の状況及び当事者の訴訟遂行の状況その他の事情を考慮して、不開示事由の有無等につき、当該行政文書・法人文書の提出を受けなければ公正な判断をすることができないと認めるときは、当事者（当該行政文書・法人文書を保有する行政機関の長・独立行政法人等を除く。）の同意を得た上で、決定により、当該行政文書・法人文書を保有する行政機関の長・独立行政法人等に対し、当該行政文書・法人文書の提出を命ずることができる。この場合においては、何人も、裁判所に対し、提出された行政文書・法人文書の開示を求めることができない。
- (2) 裁判所は、(1)の決定をするに当たっては、あらかじめ、当事者の意見を聴かなければならない。
- (3) 裁判所は、(1)の決定をしたときは、行政機関の長・独立行政法人等に対し、2の書面の作成・提出を求めなければならない。ただし、当該書面が既に提出されている場合は、この限りではない。
- (4) (1)の決定に対しては、即時抗告をすることができる。」

という提言がなされた³⁵⁵。

この検討チーム論点整理の提案を受けて、情報公開法改正法案23条は、ヴォーン・インデックスを釈明処分の特則として、同24条は、インカメラ審理を口頭弁論の期日外における行政文書の証拠調べとして、それぞれ提案している。

法案23条（釈明処分の特例）は、「情報公開訴訟においては、裁判所は、訴訟関係を明瞭にするため、必要があると認めるときは、当該情報公開訴訟に係る開示決定等をした行政機関の長に対し、当該情報公開訴訟に係る行政文書に記録されている情報の内容、第9条第3項の規定により記載しなければならないとされる事項その他の必要と認める事項を裁判所の指定する方法により分類又は整理した資料を作成し、及び提出するよう求める処分をすることができる。」とする。

改正法案24条（口頭弁論の期日外における行政文書の証拠調べ）は、「情報公開訴訟においては、裁判所は、事案の内容、審理の状況、前条に規定する資料の提出の有

³⁵⁵ 三宅・前掲注52）317頁においては、[筆者のコメント]として、「裁判所におけるヴォーン・インデックスの提出命令とこれを前提とするインカメラ審理手続の新設は、情報公開法を世界標準のものにするための必要不可欠のものである。ヴォーン・インデックスとインカメラ審理手続のアメリカにおける運用については、日本弁護士連合会編『アメリカ情報公開の現場から——秘密主義との闘い』（花伝社、1997年）61頁。最決平成21年1月19日民集61巻1号46頁の泉徳治裁判官及び宮川光治裁判官の各補足意見をふまえての法制化である。同最決については、三宅弘「行政文書情報公開訴訟における検証物提示命令の可否」民商法雑誌140巻6号700頁など。」と解説している。

無、当該資料の記載内容その他の事情を考慮し、特に必要があると認めるときは、申立てにより、当事者の同意を得て、口頭弁論の期日外において、当事者を立ち会わせないで、当該情報公開訴訟に係る行政文書を目的とする文書（民事訴訟法（平成8年法律第109号）第231条に規定する物件を含む。）の証拠調べ又は検証（以下この条において「弁論期日外証拠調べ」という。）をすることができる。

2 前項の申立てがあったときは、被告は、当該行政文書を裁判所に提出し、又は提示することにより、国の防衛若しくは外交上の利益又は公共の安全と秩序の維持に重大な支障を及ぼす場合その他の国の重大な利益を害する場合を除き、同項の同意を拒むことができないものとする。

3 裁判所が弁論期日外証拠調べをする旨の決定をしたときは、被告は、当該行政文書を裁判所に提出し、又は提示しなければならない。この場合においては、何人も、その提出され、又は提示された行政文書の開示を求めることができない。

4 第1項の規定にかかわらず、裁判所は、相当と認めるときは、弁論期日外証拠調べの円滑な実施に必要な行為をさせるため、被告を弁論期日外証拠調べに立ち会わせることができる。

5 裁判所は、弁論期日外証拠調べが終わった後、必要があると認めるときは、被告に当該行政文書を再度提示させることができる。」とする。

9 情報公開法改正法案23条・24条の批判的検討

(1) 改正法案23条には、釈明処分の特例という見出しが付けられている。民訴法151条1項と行政事件訴訟法23条の2の特例である。前記6で述べた「情報公開法の制度運営に関する検討会」の検討会報告書においては、上記両訴訟法の釈明処分を活用すべきとの提言であった。しかし、実際の情報公開訴訟手続においては、その活用がなされなかったことから、さらに、これら釈明処分の特例として、情報公開訴訟に限っての法案23条が提案された。

前記7で述べたとおり、宮川補足意見が、「ヴォーン・インデックス手続を組み合わせ、その上でインカメラ審理を行うことの相当性・必要性の要件について、慎重に配慮すべきである」旨判示したことや、これを受けて、行政透明化検討チームの論点整理において、ヴォーン・インデックスを前提とするインカメラ審理を提言していたことをふまえて、改正法案24条の前条である改正法案23条として提案されている。

もともと、上記論点整理がヴォーン・インデックスを必要的な前置の手続としてインカメラ審理を提案していたのに対し、改正法案24条は、改正法案23条のヴォーン・インデックス手続を前提としていない。

そして、「釈明処分により提出されたヴォーン・インデックスを証拠調べの対象と

するためには、これを書証として提出することになる」し、「釈明処分に基づく文書提出の求めを拒否することができる正当な事由については、民訴法220条4号ロの公務秘密文書の規定等を参考にして判断されることになる」という見解もある³⁵⁶。

改正法案23条によれば、ヴォーン・インデックスの内容は、

- ①「当該情報公開訴訟に係る行政文書に記録されている情報の内容」、
- ②「第9条3項の規定により記載されなければならないとされる事項」、
- ③「その他の必要と認める事項」である。

①は、当該訴訟の訴訟物にかかる不開示の情報そのものを開示することなくその概要を項目等により分類または整理して明らかにすることである。②は、当該不開示部分（廃棄等による文書不存在を含む）の根拠となる情報公開法の条項及び当該条項に該当すると判断した理由を当該不開示部分ごとに明らかにすることである。③は、不開示の具体的な理由の他に、廃棄等による文書不存在の場合において法案9条3項に基づき不開示決定通知書に記載することが義務づけられる、当該行政文書の作成または取得及び廃棄の有無その他の行政文書保有の有無に関する理由などである。文書不存在の場合には、公文書管理法に基づく行政文書の作成、保存義務（同法4条、6条）が、改正法案23条のヴォーン・インデックスにおける記載において有効に機能する。「対象文書の検索過程を示す資料の作成・提出も求めることができる」点において、改正法案23条は、情報公開・個人情報保護審査会設置法9条3項に基づくヴォーン・インデックスの作成・提出権限よりも広いとされる³⁵⁷。本論末尾に添付したヴォーン・インデックスの具体例や「利用制限の概要及び想定される論点」が参考となる。

（2）改正法案24条のインカメラ審理は、双方審尋主義という民事訴訟の基本原則に反しないようにとの工夫がなされている。

上記論点整理においては、インカメラ審理の法的性格について、「釈明処分として

³⁵⁶ 宇賀克也「情報公開訴訟におけるヴォーン・インデックスとインカメラ審理」季情個46号（2012年）77頁、79頁〔宇賀『情報公開・オープンデータ・公文書管理』（有斐閣、2019年）180頁に再録〕。この論文が、情報公開法改正法案23条・24条の解釈適用という場合には、「現行法が認めている口頭弁論期日外の証拠調の結果を口頭弁論期日に上程することをもって、憲法82条1項の「対審の公開の要請は満たされると考えたものと思われる」と正解しており（上記論文81頁）、同改正法案の解説として最も参考になると解せられる。ヴォーン・インデックスの作成・提出権限よりも広く、「対象文書の検索過程を示す資料の作成・提出を求める」ことには、アメリカ情報自由法におけるインカメラ審理の前に、行政機関の公開宣誓供述書の提出を求めること（宇賀・前掲注268）139頁参照〕を参考に、ヴォーン・インデックスの提出に限定しないものと考えたものと解せられる。

³⁵⁷ 宇賀・前掲注356）80頁。

の検証や、事実行為としてなされる手続」も検討対象となりうるとしていたが、改正法案24条においては、口頭弁論期日外における証拠調べとして、公開法廷における証拠調べではない手続をもって、インカメラ審理手続を定めた。改正法案24条1項は、「文書（民事訴訟法〔平成8年法律第109号〕第231条に規定する物件を含む）の証拠調べ又は検証」と規定し、書証と検証をインカメラ審理による証拠調べの方法とする。口頭弁論期日外における証拠調べは、現行法上は、「弁論準備手続の期日において、証拠の申出に関する裁判その他の口頭弁論の期日外においてすることができる裁判及び文書（第231条に規定する物件を含む）の証拠調べをすることができる（民訴法170条2項）。また、裁判所で相当と定めるときは、裁判所外における証拠調べをすることができる、合議体の構成員に命じ、または地方裁判所もしくは簡易裁判所に嘱託して証拠調べをさせることができる（民訴法185条1項）。

この嘱託により職務を行う受託裁判官は、他の地方裁判所または簡易裁判所において証拠調べをすることを相当と認めるときは、さらに証拠調べの嘱託をすることができる（同条2項）。

これらの非公開での証拠調べ手続に準じて、改正法案24条1項は、情報公開訴訟において開示請求対象文書のインカメラ審理を行うこととなるが、口頭弁論期日外の証拠調べの結果を文書の証拠調べまたは検証の記録として公開の法廷で行われる口頭弁論期日に裁判所に顕出することにより、開示請求行政文書の内容を明らかにしない範囲において、当該証拠調べの結果を陳述することになると解される。

この手続については、改正法案24条の規定にはないが、現行法上も、原則として非公開で行われる弁論準備手続の結果については、当事者は、口頭弁論において陳述しなければならない旨の規定（民訴法173条）があるから、この手続に準ずることとなろう。そして、以上の手続によれば、口頭弁論期日外の証拠調べの結果は、口頭弁論期日に顕出されることによって、憲法82条1項の裁判公開の原則にも違反しないこととして、インカメラ審理が制度化されている。

（3）筆者は、かつて、「情報公開訴訟における証拠調手続も、憲法82条の現代的意義をふまえつつ、可能なかぎり現行訴訟手続を活用して行われるべきであ」と述べたが³⁵⁸、法案24条1項は、正に、その方向の延長での提案である。「現行法が認

³⁵⁸ 三宅・前掲注296）27頁。なお、同論文執筆時以降、インカメラ審理手続の憲法適合性に関する主要な研究として、松井・前掲注299）210頁。笹田・前掲注333）『司法の変容と憲法』191頁、笹田「インカメラ審理の憲法適合性について——情報公開訴訟における「裁判の公開原則」の射程——」大石眞還暦『憲法改革の理念と展開』（信山社、2012年）下巻69頁、村上裕章・前掲注155）340頁（第4章情報公開訴訟におけるインカメラ審理）など。安井英俊「情報公開訴訟におけるインカメラ審理の可否」福岡54巻2＝3号（2009年）91頁は、「インカメラ審理の明文規

めている口頭弁論期日外の証拠調べの一類型として位置づけ、証拠調べの結果を口頭弁論期日に上程することをもって、憲法８２条１項の『対審』の公開の要請は満たされると考えたものと思われる」と評価されるところでもある。「行政透明化検討チーム・『情報公開制度改正の方向性』に関する論点整理」においては、前記のとおり、ヴォーン・インデックスを前掲とするインカメラ審理手続を提言していたのである。

もっとも、改正法案２４条１項は、「情報公開訴訟においては、裁判所は、事案の内容、審理の状況、前条に規定する資料の提出の有無、当該資料の記載内容その他の事情を考慮し、特に必要があると認めるとき」との要件を定めて、「口頭弁論の期日外における行政文書の証拠調べ」として、インカメラ審理を、民事訴訟法及び行政事件訴訟法に基づく制度とした。インカメラ審理を行う旨の決定に当たり、「論点整理」においては「裁判官の全員一致」を要件とするよう提言していたが、改正法案２４条１項は、これを要件とはしていない。憲法８２条１項の裁判公開原則の論点は、口頭弁論期日外の証拠調べとすることで克服したものと解される。

- (４) 前掲最決平成２１年１月１５日の指摘した民事訴訟の基本原則としての双方審尋主義との関係については、改正法案２４条１項は、「申立てにより、当事者の同意を得」ることを要件として、弁論期日外証拠調べを行うこととした。ただし、「論点整理」においては、裁判所がインカメラ審理を行う旨の決定をしたときは、「２の書面の作成・提出を求めなければならない」旨、すなわち、ヴォーン・インデックスの事前提出をインカメラ審理実施のための手続要件としていたが、改正法案２４条１項においては、これは手続要件とはされていない。

これは、弁論期日外証拠調べが双方審尋主義の例外であることから、情報不開示決定処分取消訴訟においては原告の申立てにより、また、原告国、被告地方公共団体としての情報開示決定処分取消訴訟（いわゆる逆情報公開訴訟、改正法案２４条の改正法案３０条による準用による）においては被告の申立てにもより、相手方当事者や参加人の同意を得て、「特に必要があると認めるとき」に限り、インカメラ審理を行うこととしたのである。

定のない現状においては、検証を利用することで実質的にインカメラ審理を行うべきであると解する」と述べる（９２頁）。この他、憲法８２条１項の裁判公開原則とインカメラ審理との関係についての学説の状況については、戸波江二「裁判を受ける権利」ジュリ１０８９号（１９９６年）２８１頁、新堂・前掲注３４５）『新民事訴訟法〔第６版〕』４４、１３２、２５８、５０９、５１１頁等において、裁判を受ける権利（憲法３２条）をふまえて民事訴訟当事者のための民事訴訟法理論を展開する。中野貞一郎『民事訴訟法の論点Ⅱ』（判例タイムズ社、２００１年）は、「憲法３２条に定める『裁判を受ける権利』には、これに法の下での平等（憲１４条）および法律による裁判の原則（憲７６条）を反映させ、かつ、国際人権規約Ｂ規約１４条１項を受けて、『公正な手続を求める権利』が含まれる」と解する」と述べる（１８頁）。

ただし、情報公開訴訟の前提として、不服申立手続がなされ、その審査請求において、諮問先の情報公開・個人情報保護審査会で詳細なヴォーン・インデックスが作成されているならば、これを釈明処分の特則（行訴法23条の2）に基づいて提出させれば足りることから、前記「2の書面」すなわち「不開示決定に係る行政文書の標目等を記載した書面」として、特に「その裁判所の定める方式により分類又は整理して記載した書面」の作成・提出に限定しないこととしたものと解せられる。それゆえ、この法案は、間接的には、情報公開・個人情報保護審査会における、ヴォーン・インデックスの作成・提出の積極的な運用を促しているものと解せられる。

- (5) 改正法案24条1項は、弁論期日外証拠調べについて、当事者の同意を要件とし、さらに、被告国は、「当該行政文書を裁判所に提出し、または提示することにより、国の防衛若しくは外交上の利益又は公共の安全と秩序の維持に重大な支障を及ぼす場合その他の国の重大な利益を害する場合」であることを、被告国側で疎明したときは、当事者の同意（法案24条1項）を拒むことができることとした（改正法案24条2項）。これは、防衛省や外務省や警察庁の意向を受けて、重要な国家秘密は、インカメラ審理手続といえども、裁判所に提出しないことができるとしたものである。

法案作成にあたり、内閣官房長官と防衛大臣の政治折衝により最終的に規定されたものといわれている。時の民主党政権における政治主導による判断の一例と位置付けることができる。

この点については、行政透明化検討チームの「論点整理」の後も、府省との法令協議において、様々な意見が出されているが、改正法案24条2項は、情報公開法5条3号及び4号の該当情報の中でも、特に、「国の防衛若しくは外交上の利益又は公共の安全と秩序の維持に重大な支障を及ぼす場合」を例として、「その他の国の重大な利益を害する場合」に限り、インカメラ審理の除外としたものである。行政機関個人情報保護法10条2項1号は、「国の安全、外交上の秘密その他の国の重大な利益に関する事項を記録する個人情報ファイル」について、個人情報ファイルの保有等に関する行政機関から総務大臣への事前通知の除外を認めているが、「その他の」場合を限定的に解釈する条文である点において参考とされる。また、改正法案24条2項の解釈に当たり最も参考になるのは、刑事訴訟法103条（公務上秘密と押収拒絶権）及び144条（公務上秘密と証人尋問出頭拒絶）における、「但し、当該監督官庁は、国の重大な利益を害する場合を除いては、承諾を拒むことができない」の規定が「最も参考になる」と解せられている³⁵⁹。

しかし、その後制定された特定秘密保護法10条は、行政機関の長は、民事訴訟

³⁵⁹ 宇賀・前掲注356）季情個46号84頁。

法 223 条 6 項の規定により裁判所に提示する場合（同法 1 項 2 号）、情報公開・個人情報保護審査会設置法 9 条 1 項の規定により情報公開・個人情報保護審査会に提示する場合（同法同条 1 項 3 号）、及び会計検査院情報公開・個人情報保護審査会に提示する場合において、「政令で定める措置を講じ、かつ、我が国の安全保障に著しい支障を及ぼすおそれがないと認めたとき」等の要件を満たすときは（同法同条 1 項本文）「特定秘密を提供するものとする」と規定するに至った。改正法案 24 条 2 項は、今後の法制化において、インカメラ審理実施に例外を認めないものとして見直すべきであろう。

- (6) 裁判所が、改正法案 24 条 1 項及び 2 項に基づいて、弁論期日外証拠調べをする旨の決定をしたときは、被告は、当該行政文書を裁判所に提出し、または提示しなければならない（同条 3 項前段）。民事訴訟の相手方または第三者が所持する文書を証拠方法として用いる場合には、訴訟の係属後、文書の所持者に対する文書提出命令を申し立てる方法があるが（民訴法 219 条）、情報公開訴訟における弁論期日外証拠調べは、証拠ではなく訴訟物にかかる当該開示請求対象行政文書本体を、弁論期日外の非公開の証拠調べ手続または検証手続として、被告に対し、その手続に提出または提示を求めることとなる。提出は、当該手続に限り、当該行政文書の保有権限が一時的にせよ裁判所に移管されることであり、提示は、当該手続においてもなお、当該行政文書の保有権限が当該処分行政庁に存することと解される。民事訴訟法 227 条は、「裁判所は、必要があると認めるときは、提出…に係る文書を留め置くことができる」と規定し、同法 223 条 6 項は、文書提出命令の申立てに係る文書が同法 220 条 4 号イからニまでの文書提出義務除外事由に該当するかどうかの判断をするため必要があると認めるときは、「文書の所持者にその提示をさせることができる」と規定する。これらの規定において、「提出」と「提示」を区別していることが参考となる。民訴法 220 条 4 号イからニまでに掲げる文書のいずれかに該当するという文書提出の一般義務の除外事由の適切かつ迅速な判断のために、文書提出命令の申立てにかかる文書を所持者に提示させ、裁判所のみがそれを閲読しうる手続が同法 223 条 6 号として規定されている。証拠になるべき文書提出命令の発令の可否を判断するための限られたものであるが、裁判所は、必要があると認めるときは、民訴法 223 条 6 項前段の規定により提示された文書を一時保管することができる（民事訴訟法規則 141 条）。これらの規定において、「提出」と「提示」を区別していることが参考となる。改正法案 24 条が法制化されたときは、同様の規則が制定されるべきであろう。

- (7) 弁論期日外証拠調べの場合においては、「何人も、その提出され、又は提示された行政文書の開示を求めることができない」（改正法案 24 条 3 項後段）。それゆえ、当事者及び利害関係を疎明した第三者であっても、民事訴訟法 91 条 2 項及び 3 項

に基づいて弁論期日外証拠調べの結果を記載した書面の閲覧・謄写を請求することはできない。

原告が改正法案24条の弁論期日外証拠調べを申し立てる際には、当該開示請求対象文書が不開示決定処分取消訴訟の訴訟物にかかる文書であることから、その文書の閲覧謄写ができないことを承知のうえで申し立てているのである。当該文書について利害関係を疎明した第三者に閲覧・謄写するとすれば、それは、情報公開法5条各号のいずれかに該当した不開示となるべき対象文書が事実上開示されたことになるから、情報公開訴訟の性質上、閲覧・謄写は認められない。

いずれも民事訴訟法91条2項及び3項と整合性のとれた解釈運用がなされることにより、改正法案24条が憲法82条1項の裁判公開原則にも違反しないことを明らかにしている。

- (8) さらに、改正法案24条4項は、裁判所は、相当と認めるときは、弁論期日外証拠調べの円滑な実施に必要な行為をさせるため、被告を弁論期日外証拠調べに立ち合わせることができる、と規定しているが、この立会いは、インカメラ審理の対象となる不開示部分を特定させるなど、これによって、弁論期日外証拠調べの円滑な実施に資するにとどまる。

民事訴訟法223条6項のインカメラ審理においても、閲覧により事実上の心証が形成され、それが判決結果に影響するのではないか、という問題があるが、「裁判官の私知と同視され、その文書の記載内容から心証を形成することは許されない」(247条参照)とされる³⁶⁰。しかし、情報公開訴訟における口頭弁論期日の証拠調べとしてのインカメラ審理は、当該訴訟の訴訟物にかかる不開示対象文書を原告の立会権放棄を前提条件として閲覧し、当該行政文書の不開示情報該当性を判断するものであって、民事訴訟法の文書提出命令における証拠採否にかかるインカメラ審理と、その性質を異にする³⁶¹。

ただし、情報公開訴訟のインカメラ審理においては、前記の否定的側面①非公開証拠調べは、情報開示請求者が当該情報を知ったうえで非開示事由非該当の反論・反証をする機会を失わせる、③判決の記載にあたり、裁判官が非公開の証拠調べに基づく事実認定について、果たして裁判官は説得力ある判決を下すことができるか、という問題(前記4、(3))がある。この問題をできる限り避けるために、「インカメラ審理に被告が立ち会ったとしても、被告は、口頭弁論期日外の証拠調べを補助する役割を越えて、当該行政文書の不開示情報該当性を主張することはできな

³⁶⁰ 秋山ほか・前掲注113)503頁。

³⁶¹ 東京都公文書の開示等に関する条例における精神病院統計情報非公開決定処分取消訴訟における和解手続を利用したインカメラ審理について、その状況は、三宅・前掲注296)32頁。

い」ものとして、解釈適用されるべきであろう³⁶²。

- (9) 同様に、前掲④上級審裁判所は、原審でなされた非公開の証拠調べについての調書しか見ることができず、果たして原判決・・・に対する十分な判断ができるのか、という問題（前記4、(3)）については、改正法案24条5項のとおり、「裁判所は、弁論期日外証拠調べが終わった後、必要があると認めるときは、被告に当該行政文書を再度提示させることができる」旨の規定を適用することとなる。原審においても、裁判官の交代により弁論の更新がなされたときにも適用されることとなる。
- (10) なお、「論点整理」においては、インカメラ審理決定に対して、即時抗告をすることができる旨を提言していた。

しかし、改正法案24条においては、当事者の同意を得て、弁論期日外証拠調べが実施されることとなったので（1項）、インカメラ審理の申立てに対し、相手方当事者の同意がない場合には、そもそも申立要件を欠く。当事者の同意があるインカメラ審理の申立てに対し、裁判所がその他の事情を考慮し、特に必要があると認めることがなければ、却下決定がなされ、これに対し、即時抗告をすることはできないこととなる。

10 憲法政策としての部分公開義務規定の解釈適用とインカメラ審理（弁論期日外行政文書証拠調手続）

情報公開法6条1項の部分公開義務規定は、そもそもアメリカ情報自由法・合衆国法典552条（b）項（1）の1974年改正に由来し、神奈川県条例（前掲第1章Ⅱ、2）6条2項や大阪府条例（前掲第1章Ⅱ、2）10条に規定された部分公開義務規定として、知る権利を具体化した情報公開条例に基づき、情報公開請求者からみて「有意」な情報をできる限り開示する法構造として制度化されたのである。

情報公開条例が規定する部分公開義務規定を同趣旨で、情報公開請求者にとって「有意」な情報をできる限り開示することで知る権利を具体的に保障するための規定として情報公開法6条1項が規定された。情報公開法5条の不開示情報においては開示により支障を及ぼす「おそれ」のかたまりをもって部分不開示とするのに対し、同法5条1号本文前段の個人識別情報は、氏名等による個人識別により部分不開示とされるが、なお念のため、この個人識別部分を除外すれば不開示情報に該当しないということを確認する規定として同法6条2項が規定されたのである。

ところが、大阪府知事交際費情報にかかる前掲最判平成13年3月27日は、以上の歴史的な立法過程を看過する文理解釈により、情報公開法6条2項と同種の規定を有しない大阪府条例10条については、「有意」な情報をできる限り開示することで知

³⁶² 宇賀・前掲注356）季情個46号85頁。

る権利を具体的に保障するための規定とは解釈しないで、「独立一体的な情報」をさらに分析的に、文・段落・図表の部分・欄を単位とした大阪府条例8条及び9条該当性を判断することを要しないと判示したのである。そして、その後は、大阪府条例にかかる前掲最判平成13年3月27日の「独立一体説」が、情報公開法6条1項についても、被告国の訴訟代理人によって主張され、また、その他の情報公開条例や情報公開法6条1項についての判決において見うけられるのである。「独立一体説」が情報公開法6条1項の立法者意思に反し、情報公開条例の部分公開義務規定とされた歴史的経緯にも反する誤った解釈であることは、前掲最判平成19年4月17日の藤田裁判官の補足意見や、前掲最判平成30年1月19日の山本裁判官の意見によっても説明されているが、被告国の訴訟代理人や一部の裁判官に対しては、届かないのである。

筆者が本章で明らかにしようとしたことは、情報公開法においてインカメラ審理手法が制度化されていないことが、被告国の訴訟代理人や一部の裁判官が情報公開法6条1項の独立一体説を採用するという安きに流れる傾向をもたらしめているのではないかということである。

歴史的に遡れば、アメリカ情報自由法の1974年改正で部分公開義務規定及び非公開審理手法規定が導入されるきっかけとなった前掲ミンク事件第2審控訴裁においてインカメラ審理が認められている。

日本の情報公開・個人情報保護審査会や特定歴史公文書等不服審査分科会においても、インカメラ審理を実施することによって、情報公開対象情報について、文・段落・図表の部分・欄を単位としたきめ細かな不開示情報該当性判断がなされている。他方、訴訟手続においては、「対イラク武力行使に関する我が国の対応（検証結果）」報告書全文等の開示請求について、「裁判所は、当該情報の内容を知るために、いわゆるインカメラ審理（裁判所だけが当該情報を直接見分する方法による非公開の審理）を行うこともできない」、「裁判所は、当該情報の内容を直接的かつ具体的に知ることができない状態の下で、5条3号該当性を審理しなければならない」として（東京高判令和元年8月21日ウエストロー2019WLJPCA08216015）、司法審査の限界を自ら認める裁判例まで現れている。

立法論としては、前掲最判平成21年1月15日の泉裁判官補足意見と宮川裁判官補足意見によって、裁判所におけるインカメラ審理手法が憲法82条の裁判公開原則に反しないことは明らかとされている。

そして、民事訴訟法及び行政事件訴訟法上は、弁論期日外行政文書証拠調手続として実施されるべきことが、前掲情報公開法改正法案24条1項において提案されているのである。

開示請求の行政文書原本の提示に代えて、実際は黒塗り部分を灰色網かけ処理して黒塗り部分を閲覧することができる写しとその項目ごとに不開示理由を記載したヴォ

ーン・インデックスの提出をふまえたインカメラ審理は、同改正法案24条1項に基づく弁論期日外行政文書証拠調手続として、憲法82条に違反することなく、適法に運用される道筋は付けられている。「原告がヴォーン・インデックスを入手しうること、インカメラ審理と双方審尋主義の抵触の問題を完全に解消するとまではいえないものの、緩和する機能を有するので、とりわけ、インカメラ審理が行われた場合には、ヴォーン・インデックスは重要な意義を有する」と評せられているところである³⁶³。

憲法政策論としては、あとは、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法の適正な解釈適用を求めて、情報公開法改正法案24条1項が制定されるのを待つだけである。

³⁶³ 宇賀・前掲注356)78頁。インカメラ審理については、日本弁護士連合会会長が「情報公開訴訟におけるインカメラ審理の法制化を求める会長声明」(2009年1月15日)を出している他、最近では、第二東京弁護士会が、「政府情報公開請求権及び裁判を受ける権利の司法的実効性を確保する観点から、情報公開法を早急に改正しインカメラ審理を導入することを求め」ている(2017年3月27日「情報公開訴訟におけるインカメラ審理を立法により導入するよう求める意見書」[https://niben.jp/news/news_pdf/ikensho20170327-1.pdf])。

終章 日本の情報公開法制における知る権利の生成・展開と課題をふまえての憲法政策学的課題

I 知る権利の生成・展開と課題をふまえての憲法政策学的課題

1 憲法政策

(1) 本論においては、知る権利の生成・展開と課題を論じるにあたり、憲法政策という用語を用いてきた。

それは、本論を執筆する過程で、改めて、「情報公開法、プライバシー保護法、データ保護法、国家秘密保護法（その必要の有無をめぐる論議を含めて）、及び諸種の報道関係立法（通信・電波・放送・出版等に関する法令）などの定立には、そうした原理上の脈絡〔情報諸立法に民主的体系性を与えるための、各立法の原理の各部分に通ずる全体的脈絡——引用者注〕への視点を欠けば、単に運営上非常な混乱を生じ、各立法の趣旨を失わしめるのみならず、民主的な情報関係を損なうこととなろう」、「よい情報公開法ができれば、それは日本の言論史及び政治文化史のうえで、画期的な出来事になるであろう。それだけに、情報独占の優位を保持したい行政官僚や、腐敗のばくろを欲しない保守政党の強い抵抗が予想され、現代の政治力学の中で、すんなりと理想的な公開が制定されるとは考え難い」とする、小林直樹の言説にたどりついたからである³⁶⁴。

小林直樹は、平井宜雄が提言した法政策学の過程モデル、すなわち（a）問題形成段階、（b）対策立案段階、（c）行動計画段階の3段階にわたり、

「（a）①問題の探索→②問題の確認→③問題の分析→④問題の実式化→

（b）⑤代替案の探索→⑥各代替案から生じる事態の予測→⑦代替案の評価→⑧代替案の選択→

（c）⑨実定法体系との接合→⑩解決案の実施」³⁶⁵が、憲法政策の立案＝決定過程の考察にも、大いに役立つと評し、特に憲法政策学の見地から必要な補正を加えて、再構成を試みた³⁶⁶。

そのうえで、小林は、現代情報社会の構造再考として、「国民の知る権利を具体化

³⁶⁴ 小林・前掲注21）68、69頁。

³⁶⁵ 平井宜雄『法政策学』（有斐閣、1987年）206頁。

³⁶⁶ 小林・前掲注21）31頁。なお、同書を先行研究と位置付けて、「憲法学では、『憲法上望ましいとする主張の一つの形として立法政策論が位置づけられ、憲法からみて望ましい政策・法律の提唱を「憲法政策論」、憲法から見て望ましい政策・法律を立案し論じるという学問領域を「憲法政策学」と呼ぶとして、それを〔「軍事的なるもの」の肥大化を——引用者注〕憲法規範の側に漸次的に引き戻していく憲法政策論的課題を明らかにしつつ、「軍事的なるもの」の持続可能な統制の必要性和可能性を探っていく」ものとして、水島朝穂『平和の憲法政策論』（日本評論社、2017年）がある。これとの比較においては、本論は、「日本の情報法制の憲法政策論」の一部をなすものといえる。

するために、国（政府）が保有し独占的に使用している情報の公開を制度化することは、…情報の国家独占を禁ずる意味で、一種の情報独禁法である」としたうえで、さらに「現代の情報社会の構造と問題は、情報の送り手と受け手という二元対立の図式だけで捉えることができない、複雑かつ動的な性格を持っている。…国家及びマスコミは、送り手として受け手に対して優位に立つ以前に、情報の集め手及び蓄め手として、さらにはその操り手として、個々の国民や小集団よりもはるかに大きな能力をもち、また現に積極的な活動を続けている。…この権力体による情報の収集・蓄積及び操作の諸活動は、今や全国民を情報によって管理するシステム——情報管理国家——に向かって進みつつあるだけに、国民の側から現代コミュニケーション政策を樹てるとすれば、国家の情報活動の民主的な制御は、最も重要な課題となる」として、『国家秘密』とプライバシー保護の問題は、国民の知る権利と表裏をなして、この関連で情報政策論の重要な課題となる。…国際・国内の両面で今日ほど国の秘密情報組織が巨大化し、個人の自由を脅かしつつある時代はないだけに、情報論としても、もっとこの面に注意が向けられなければならない」とし、情報基本法私案を提言していたのである³⁶⁷。

- (2) 本論を第1章から第5章までを振り返ると、知る権利の生成（第1章）、知る権利の展開（第2章）、知る権利の課題（第3、第4、第5章）は、いずれも、憲法政策学的な課題として、前掲（a）問題形成段階、（b）対策立案段階、（c）行動計画段階を循環していきつもどりつ、それぞれ検討したものと解することができる。

報道の自由の別称としての知る権利が司法部の裁判例に登場すると（第1章Ⅰ、3）、沖縄密約事件上告理由書を経て（第1章Ⅰ、4）、レペタ事件最高裁判決において、「各人が自由にさまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する自由」として、知る権利の自由権的側面（知る自由）にまで展開される（第1章Ⅰ、5）。

しかし、立法府は、知る自由と政府情報公開請求権（知る権利の参政権的側面）とを区分して、多義的と評して、国民主権の理念にのっとり知る権利を保障する情報公開法を制定するのである（第1章Ⅰ、1及び2）。本論では、第1章Ⅱとして、沖縄密約事件上告理由書から「情報公開法要綱」の提案（第1章Ⅰ、4）を受けて、国民を超えて何人もが請求可能となることを「情報公開権利宣言」として提唱し（第1章Ⅱ、1）、情報公開法の制定の前史ともいえるべき、情報公開条例の制定史にみる知る権利の具体化を生成過程として論じた（第1章Ⅱ、2）。

情報公開条例は、憲法92条及び憲法附属法³⁶⁸としての地方自治法に基づく、広

³⁶⁷ 小林・前掲注21）72、73、100頁〔初出は小林「情報立法政策の考察——情報基本法の構想」法時52巻（1980年）4号8、14頁〕。

³⁶⁸ 憲法附属法については、大石眞『日本憲法史』（講談社学術文庫、2020年）375、378頁。

義の立法府としての地方公共団体による代替案（条例）から中央政府による情報公開法提案に至る実定法体系との接合の過程として、みることができる。情報公開条例が制定されると、知る権利の裁判規範性確立への試みがなされた（第1章Ⅱ、3）。この試みは、当時の表現の自由（憲法21条）についての違憲審査基準論を応用して、知る権利の具体化としての情報公開法の不開示情報についての憲法適合的解釈の可能性として論じた。広義の立法府としての地方公共団体が生成した知る権利に基づき憲法適合的解釈の可能性が司法部へ投げかけられた（第1章Ⅱ、3）。鴨川ダムサイト候補地点選定位置図情報公開訴訟と玉乃湯事件情報公開訴訟における試みは、情報公開法の制定前という制約もあって、「立法政策による立法裁量」としてまとめられ、立法裁量を統制する審査基準を司法部が展開することはなかった。

しかし、知る権利の多義性を理由に国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法が制定されると（第1章Ⅰ、1）、情報公開制定後の「知る権利」を明記した最高裁判決等が司法部によって宣明されることとなった（第1章Ⅲ、6）。

- （3）情報公開法制定から個人情報保護法・特定秘密保護法・公文書管理法の制定へと続くのであるが（第1章Ⅲ、1）、第2章では、知る権利の展開と特定秘密保護法との関係を論じ（第2章Ⅰ）、「国民の知る権利」が特定秘密保護法22条1項に明定されたこと（第2章Ⅰ、1）から、特定秘密保護法と情報公開法との関係を知る権利が立法指針とされる観点から論じた（第2章Ⅰ、2～4）。

知る権利が情報公開法として具体化されると、立法府に対しては、つみ残しの課題としての公文書管理法の制定が求められ（第2章Ⅱ、1～3）、これが制定されると、国民を含む何人もの情報公開請求によって、公文書管理法の問題4事例が摘発された（第2章Ⅱ、4）。これを契機として、行政文書管理ガイドラインの改正（第2章Ⅱ、5）、さらには決裁文書改ざんから行政文書管理規則の改正へと、1889年の内閣制度発足以来初めての行政文書管理規則の抜本的改正へとつながった（第2章Ⅱ、6）。さらには、公文書管理法の解釈適用と知る権利の展開（第2章Ⅱ、6）がなされても、これが直ちに司法判断に生かされるものではない実態を、公文書管理の抜本的改革を促進しなかった裁判所による証拠保全手続の運用等から明らかにし（第2章Ⅱ、7、（1））、情報公開法及び公文書管理法の制定後の行政府における、公文書改ざん・廃棄問題にみる知る権利の展開についての小括をした（第2章Ⅰ、7、（3））。

- （4）以上、国民主権の理念にのっとり知る権利を保障することは、判例法形成と立法作業によって具体化されたのであるが、第3章では、高度情報通信社会（個人情報保護法1条）における、情報公開法制の知る権利とプライバシー・個人情報保護との調整について論じた。情報公開条例におけるプライバシー・個人情報保護との調整（第3章Ⅰ）は、アメリカ情報自由法552条（b）項（6）や、OECD8原

則の「個人識別情報」の定義に由来するプライバシー・個人情報保護の非公開事由、不開示情報と知る権利の調整として具体化された。その前提として日本におけるプライバシーの権利の展開が判例法と代表的学説から導かれたが（第3章Ⅱ）、情報公開条例においては特に個人識別型によるプライバシー保護と知る権利・情報公開の調整として、建築確認申請書添付図面の閲覧拒否処分にかかる司法部の判例によって、その問題点が明らかにされると、これを克服するものとして、情報公開法5条1号、特に同号ただし書イの不開示情報の提案につながった軌跡を論じた（第3章Ⅲ）。

さらに、情報公開法5条1号における個人識別型不開示情報の採用は（第3章Ⅲ、2）、個人情報保護法制の確立にも影響を及ぼした。立法府は、高度情報通信社会における個人情報保護法制と知る権利を具体化した情報公開法との関係として（第3章Ⅳ）、個人情報とプライバシー保護のための一般法としての個人情報保護法（第3章Ⅳ、1）及び行政機関と地方公共団体の個人情報保護制度（第3章Ⅳ、2）を創設した。個人情報保護法制が整備されると、これに伴う個人情報保護についての最高裁判所の判断（第3章Ⅳ、3）や情報公開条例における個人情報保護にかかる最高裁判決（第3章Ⅳ、4）がなされ、司法部が立法府と行政府に共鳴した。その延長上に、立法府は、社会保障・税の共通番号制度と自己情報コントロール権の裁判規範化を制度化した（第3章Ⅳ、5）。そして、個人情報保護法改正は、情報公開法における個人識別型の情報非公開事由との関係にも変容をもたらした（第3章Ⅳ、6）。そして、情報公開法5条1号ただし書イなどの個人識別型非公開事由における公又は公予定による個人情報の開示によって、個人情報を蓄積する国家及びプラットフォームのデータ独占を切開していく途が見えてくるのである（第3章Ⅴ）³⁶⁹。

³⁶⁹ 曾我部真裕ほか『情報法概説 第2版』（弘文堂、2019年）。情報媒介者としてのプラットフォーム、すなわち、ニュースを集約するポータルサイトのようなものや、SNSや電子掲示板、動画共有サイト、さらには検索サービスなどとして、ひとまず定義している（33、77頁）。情報公開法5条1号イが定める「慣行として…公にすることが予定されている情報」（公領域情報）については、「公にする時期につき具体的計画がない場合であっても、当該情報の性質上通例公にされるべきものも、「公にすることが予定されている情報」に含めて解釈しうる」とされ（宇賀・前掲注28）83頁）、「本条1号イが定める公領域情報には、個人のプライバシーを侵害する可能性のある情報も含まれるが、受忍限度内にとどまるものと考えられるため、開示することとしている」とされる（同注28）86頁）。また、「刊行物やウェブサイトに記載のある情報は、その登載の趣旨や目的等が情報公開制度と相容れないなどの特別の事情がある場合を除き、公表慣行が認められる」（高橋ほか編・前掲注179）278頁（渡井）。このような運用が定着すれば、ウェブサイトで公表されるものと同程度の公表が情報公開手続でなされることにより、「ネットワーク中立性」（曾我部ほか『情報法概説第2版』123頁）という問題は残るにせよ、国家及びプラットフォームの双方において、同程度の情報

(5) 第4章は、国民主権の理念にのっとり知る権利を保障するという観点から、情報公開法における「原則開示の基本的枠組み」(「考え方」3、(2))においては、情報公開法5条2号から6号までの不開示情報がいかに解釈適用されるべきであるかを、第1章から第5章までの立法者意思・立法過程や現になされている行政機関による解釈適用、さらには裁判所や情報公開・個人情報保護審査会答申等の先例をふまえて(第4章Ⅰ)、法5条1号(個人情報)、2号(法人等情報)、3号(国の安全等に関する情報)及び4号(公共の安全等に関する情報)、5号(審議、検討等に関する情報)及び6号(事務又は事業に関する情報)から明らかにした(第4章Ⅱ)。加えて、情報公開法制における知る権利の権限行使の限界と濫用についても論じた(第4章Ⅲ)。

(6) 第5章は、アメリカ情報自由法に由来する情報公開法6条の部分公開義務規定の解釈適用において、独立一体説(情報単位論)という誤った文理解釈をする前掲最判平成13年3月27日を取り上げ、これを克服しようとする情報公開・個人情報保護審査会答申や公文書管理委員会特定歴史公文書等不服審査分科会答申、さらに前掲最判平成19年4月17日における藤田宙靖裁判官の補足意見や前掲最判平成30年1月19日における山本庸幸裁判官の意見と対比して論じた。独立一体説が下級審判例や被告国の主張として依然として援用されていることは、裁判所において、憲法政策論的視点が欠落していることを明らかにしている。

司法に携わる者としては、法律の解釈にあたっては、立法事実、立法趣旨を、自由な証明によるにせよ、十分に調査検討のうえ適用すべきなのである。「汝事実を語れ、余は法を語る」の原則は、民事訴訟法学においては、証明の対象や、説明を要しない事項として、論じられる。「裁判官は法律専門家であることが期待されているから一般的には自らの法律知識に従って法を適用する職責があるといわねばならない(jura novit curia =法は裁判所の知るところ)」³⁷⁰、「法規を知ることには裁判官の職責であるから、裁判官は、当事者の主張や証明をまたずに知っている法を適用して差しつかえない(当事者の法知識や法解釈に拘束されることもない)」³⁷¹、「法規については、原則として説明の必要はな(い)、…わが国の裁判制度が法律

の流通が実現することとなり、監視社会化の問題を解決する一つの手がかりとなるものと解せられる。

³⁷⁰ 三ヶ月章『民事訴訟法』(有斐閣、1959年)386頁。

³⁷¹ 新堂幸司・前掲注345)『新民事訴訟法[第6版]』582頁。さらに、新堂は、「社会変化の激しい現代にあつては、立法作業が追い付かず、現場の裁判官がそのギャップを埋める必要が高まっている」、「そこでは、裁判で問われている法の諸選択肢がそれぞれどのような社会的効果をもたらすかを正確に予測することがなにより重要となる」と論じ、「さらに立法事実については、その量の不足や評価が対立拮抗して裁判所が判断に窮する場合もある」とする太田勝造『民事紛争解決手続編』(信山社、1990年)という問題状況に対しても論及している。

の知識・素養のある者を裁判官に任用することとしているためである(る)」³⁷²、『裁判官は法を知る』という諺にあるように、法規を知することは裁判官の職責であるから、本来は当事者の主張・証明の対象ではなく、証明責任を生じる余地はない」³⁷³などと解説されるところである。

しかし、筆者は、前掲最判平成13年3月27日を含め、これまで、情報公開法・条例と個人情報保護法の情報法制において、三度、この原則の適用に疑いを持つことを経験している。偶然の現象とは解されず、裁判所における憲法政策論的視点の欠落、さらには裁判官の資質と法学教育のあり方についての構造上の問題提起も含んでいると思われる。

その1は、横浜地判昭和59年7月25日行裁例集35巻12号2292頁である。この判決は、前掲神奈川県公文書公開条例に基づく情報公開請求が拒否された事件について、当該建築確認許可申請添付図面の建物の建築地から離れて居住している神奈川県民は、当該公文書に直接の利害関係をもたない者として、請求拒否処分によって自己の具体的な権利利益になんら影響を受けるものではないことを理由として、訴えを却下した。日本で最初の情報公開制度に関する裁判例である。しかし、「情報公開の場合には、請求人の主観的な利害と直接関係のない文書でも請求の対象となるのであり、その意味において、行政手続におけるような事件性はない。このように具体的情報について固有の主観的利益がないのにもかかわらず、当該情報の開示を求める権利が広く住民等に認められるところに情報公開制度の特色がある」³⁷⁴。

この事件を控訴審から担当した筆者は、森田明弁護士と共に、塩野宏の上記引用に示されることとなる示唆を受け、前掲神奈川県公文書公開条例の立法経緯を証明の対象とした立証活動をしたうえで、東京高判昭和59年12月20日行裁例集35巻12号2288頁の原判決破棄差戻の判決を得た。この東京高判昭和59年12月20日は、条例の立法趣旨に忠実に、同条例が神奈川県内に住所等を有する者は県の行政に利害関係を有する者とみなし、かつ県の行政に利害関係を有する者は

³⁷² 伊藤真『民事訴訟法第3版3訂版』(有斐閣、2008年)303頁。もっとも、同『民事訴訟法第6版』(有斐閣、2018年)では、この説示は消されている。

³⁷³ 梅本吉彦『民事訴訟法第四版』(信山社、2009年)757頁、

³⁷⁴ 塩野宏『行政法I〔第六版〕行政法総論』(有斐閣、2018年)353頁。他に、武田真一郎「行政判例研究294」自治62巻12号(1986年)127頁、林修三「神奈川県情報公開条例に基づく情報公開拒否処分は司法審査の対象になる」時法1244号(1985年)56頁、堀部政男「情報公開とプライバシー保護(再論)」法時57巻3号(1985年)43、50頁、清水英夫「最近の判例から」ひろば38巻4号(1985年)41頁。畠山武道「判批」判評326号(1986年)188頁は、「そもそも従来から主観訴訟と客観訴訟の定義や区分が明確でなかったところから、問題が発生していると言えなくもない」とする。

公文書の閲覧につき一般的に利益を有するという擬制の上に立って、これらの者に個別的具体的権利としての閲覧請求権を与えているとして、訴えの利益を認めた。塩野は、「しかし、おそらく、かかるみなしなしは擬制を介在させる必要はないのであって、個々人に公文書の閲覧権が端的に与えられるのは県の施設の利用権が個々人に与えられると同様に解され、したがって、その利用拒否については、取消訴訟によって争うことができるものと思われる」と評しているが³⁷⁵、その後は、上記横浜地判のように、適法な情報開示請求に対する拒否処分において、訴えの利益を否定した判決はない。

その2は、本論で問題としている前掲最判平成13年3月27日である。この判決は、部分公開義務規定である大阪府公文書公開条例10条について、「非公開事由に該当する独立した一体的な情報をさらに細分化し、その一部を非公開とし、その余の部分にはもはや非公開事由に該当する情報は記録されていないものとみなして、これを公開することまでをも実施機関に義務付けているものと解することはできない」とする、いわゆる独立一体説を採用し、知事の相手方氏名の非公開にとどまらず、交際費の支払年月日、支出項目、支払額の非公開部分を取り消すことはできないと判示した。

筆者は、早くから、この判決については、最高裁がアメリカ情報自由法の部分公開義務規定（合衆国法典552条(b)項）に由来する部分公開義務規定であることを看過し情報公開法の立法経過を誤解したことを分析した³⁷⁶。この批判は、ようやく最高裁も、前掲最判平成19年4月17日判時1971号109頁において、認めるところとなった。この最判には、既に述べたとおり（第5章I、9）、元情報公開審査会委員でもあった藤田宙靖裁判官の補足意見が付されており、そこにおいては、情報公開法6条2項は同条1項の部分開示の趣旨が確実に実現されるように、特に配慮をした、「確認規定としての性質を持つものであるに過ぎない」と判示した上で、「このようなわが国情報公開法制の基本的な趣旨・構造に思いを致さず、単に例えば情報公開法6条2項が『当該部分を除いた部分は、同号の情報は含まれないものとみなして、前項の規定を適用する』という文言を用いているという事実から、専ら形式的な文言解釈により、これと異なる考え方を導き出す原審のような解釈方法は、事の本末を見誤ったものといわざるを得（ない）」とまで述べている。この最判は、「立法者意見にも従前の実務にも適合したものであり、開示により支

³⁷⁵ 塩野・前掲注374）353頁注(1)。

³⁷⁶ 三宅・前掲注263）「行政情報の公開」20頁。三宅・前掲注263「交際費情報公開判決と審査会の役割」92頁。なお、批判をまとめたものとして三宅・前掲注340）3頁、9頁、特に10頁注11。同「《総論》個人情報保護法施行後の現状と課題」法時78巻8号（2006年）76、79頁、特に同頁注(3)、(4)。

障が生じない情報は最大限開示するという情報開示制度の理念にも適合したものであるといえよう」と評されている³⁷⁷。また、「平成13年判決を担当した最高裁調査官が『我が国情報公開法制の基本的な趣旨・構造』を正解していれば、このような誤解を生じることではなく、また原審のように下級審で誤った解釈が横行することもないであったのである」とも批評されている³⁷⁸。

第3は、東京地判平成19年6月27日判時1978号27頁である。個人情報保護法25条の本人情報開示請求権の裁判規範性を否定する東京地判平成19年6月27日があるために、第4章Ⅳ、6のとおり、2015年個人情報保護法改正により、本人情報の開示請求権が裁判所においても主張することのできる裁判規範であることが明示された（同法28条）。

筆者も、この東京地判については、もしも、「個人情報保護法制の基本的な趣旨・構造」に思いを致さず、専ら形式的な文言解釈により、これと異なる考え方を導き出し、事の本質を見誤る」ことにより、裁判規範性を否定する判決が定着するようであれば、内閣府所管の個人情報保護法も、総務省所管の行政機関個人情報保護法12条、27条、36条のような、「何人も、（開示、訂正、利用停止等を）請求することができる」という規定を明定しなければならないかもしれないと批判した³⁷⁹。

また、当時は、「より根本的には、法科大学院教育において、単に解釈法学にとどまらず、立法学についても、科目として整備し、その内容を充実したものとし、これから育つ裁判官をして、立法過程・立法者意思を尊重する態度を養う教育をしていくことも必要とされるのではなかろうか。法科大学院の設立と並行して、立法学の体系書も出版されている³⁸⁰。獨協大学法科大学院においても設けられた『立法学』の講座などが発展していくことを期待したい」と提言していたが、立法学も、憲法学から視れば、憲法政策学の一分野とみることができる。

（7）以上をまとめるに、第5章は、情報公開法6条についての独立一体説を批判し、6条1項は、国民主権の理念にのっとり知る権利を保障するという情報公開法における「原則開示の基本的枠組み」（「考え方」3、（2））に基づいて、情報公開法5条1号から6号までのすべての不開示情報について適用される部分公開義務規定を規定したものであるという立法者意見に基づく解釈適用について述べた。法6条

³⁷⁷ 宇賀・前掲注28）135頁。

³⁷⁸ 近藤卓史「情報公開・最高裁判決補足意見に思う」自正2007年12月号5頁。

³⁷⁹ 三宅・前掲注167）155、168頁。また、当時、同様に、東京地判平成19年6月27日を批判するものとして、宇賀克也「判批」判評589号164頁、宇賀克也ほか「座談会 個人情報保護の現状と課題」ジュリ1367号2、20頁など。

³⁸⁰ 三宅・前掲注167）168頁。そこで引用した立法学の体系書として、中島誠『立法学——序論・立法過程論』（法律文化社、2004年）、大森政輔＝鎌田薫編『立法学講義』（商事法務、2006年）などを引用。

2項を情報公開と個人情報保護の調整のための創設規定ととらえる独立一体説を批判し、立法者意思に基づけば、法6条2項は法6条1項の部分公開義務原則についての個人情報保護との調整の観点からの確認規定であることを明らかにした（第5章Ⅰ）。そして、何故、下級審裁判例や被告国側の主張において、以前として独立一体説が援用されるのか、それは、文・段落・図表の部分・欄を単位として相互の関係性をふまえて情報公開法5条各号該当性を判断することを困難にするものとして、裁判官がインカメラ審理をすることができないことに起因するという結論を導き出した。さらには、知る権利の保障のための裁判所におけるインカメラ審理への課題の実現を、前掲最判平成21年1月15日補足意見や公文書管理委員会特定歴史公文書等不服審査分科会平成25年度答申第1号などをふまえて、司法判断から投企され立法府に求められる憲法政策的課題であることを明らかにした。しかも、前掲情報公開法改正法案23条、24条という、ヴォーン・インデックス手続と弁論期日外行政文書証拠調手続を批判的に検討し、あとは、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法の適用運用を求めて、情報公開法改正法案24条1項が制定されるのを待つだけというところまで論点を整理した（第5章Ⅱ）。

- (8) 以上の考察から明らかとなったのは、立法府による情報公開法の制定、行政府による法の解釈適用、司法部による開示請求情報の開示不開示の判断を通じて、憲法政策的に、憲法21条に基づく表現の自由の構成要素としての抽象的権利である知る権利が情報公開法及び条例によって、生成・展開され、法5条及び6条等についての司法部による開示不開示の判断、さらにはインカメラ審理手続等立法府に投企される立法的課題等が相互に循環・交流する現場であった。

終章Ⅱでは、これを、日本の情報公開法制における知る権利の生成・展開と課題をふまえて、情報公開の憲法政策論として論じる。最後に、憲法政策論の過程の一部として、政府情報開示請求権としての知る権利についての司法判断のあり方について論じ、最後に、情報公開法にかかわる最高裁裁判官の憲法訴訟論と知る権利の裁判規範としての可能性について論じる。

Ⅱ 情報公開の憲法政策論

1 行政改革及び司法制度改革と知る権利の憲法政策学的課題

第1章Ⅰで述べたとおり、1996年の行政改革委員会による情報公開法要綱案の提言は、正に行政改革の一貫としてなされた。

要綱案の提言後、行政改革は、1996年11月に総理府に設置された行政改革会議（会長橋本龍太郎総理大臣）が担うこととなったが、この会議に委員として参加した佐藤幸治は、「日本という国の現状をどのように認識し、あるべき国家像をどのよう

に描くか」という問題を考えて、「行政改革会議における様々な議論は、情報公開法が制定されることを当然の前提として展開されてきた……。塩野宏教授〔行政改革委員会行政情報公開部会部会長代理 — 引用者注〕は、行政手続法は漢方薬であるのに対し、情報公開法は劇薬であると述べておられますが、情報公開法の制定実施は『国のかたち』の再構築に大きくかかわっている」、「日本の精神風土にあっては、行政手続法制を有効に機能させるためにも、情報公開法制の確立が不可欠であるように思われる」と述べていた³⁸¹。

その後、「constitution の語の深い意味を巧みに表現している」³⁸²とされる「この国のかたち」の改革³⁸³は、司法制度改革へと向かったが、情報公開法制度のつみ残しの課題としての裁判所におけるインカメラ審理手続の採用もまた、司法制度改革の課題の一つでもあった。

こうした改革の流れを「憲法附属法は、憲法典とともに『この国のかたち』（実質的意味の憲法）を構成し、それゆえ憲法附属法の改革は、実質的意味の憲法の内実に対して、憲法改正にも匹敵する意義をもっており、その意味で『憲法改革』と呼ぶことができる」³⁸⁴とみる学派において、司法制度改革の視座として「インカメラ審理の憲

³⁸¹ 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、2002年）203、220頁。

³⁸² 佐藤・前掲注381）193頁。同『憲法とその“物語”性』（有斐閣、2003年）134頁も参照。

³⁸³ 2001年6月12日司法制度改革審議会意見書 — 21世紀の日本を支える司法制度 — 1 今般の司法制度改革の基本理念と方向において、司法制度改革の根本的な課題を、「法の精神、法の支配がこの国の血肉と化し、『この国のかたち』となるために、一体何をなさなければならぬのか」を問うている。憲法学における「物語」論の導入を提唱した佐藤幸治については、巻美矢紀「日本国憲法に「物語（narrative）」はあるか — 主権と人権・再訪」辻村みよ子＝長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（有斐閣、2011年）63頁が、「この国のかたち」の再構成として、「法の支配」を基礎にした「物語」論（それ自体、「憲法規範的世界」を提供する）を展開することで、「個人としての尊重」すなわち人格的自律を基礎とする「憲法規範世界」と、「実定制度が前提とする規範的世界」とのギャップを埋め、建前と本音の「二重構造」を積極的に解消しようとする」ものとして評されている（71頁）。加えて、「法の支配」の秩序形成観として、「個人から出発して、それら個人が共生できるようにするルール形成・維持という角度からアプローチするもの」と説明されるが（71頁）、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化する情報公開法の立法・解釈適用・司法審査は正に、「個人から出発して、それら個人が共生できるようにするルール形成・維持」の中核的営みといえることができる。これを明らかにするものとして、杉本弘明『社会を変えた情報公開 — ドキュメント・市民オンブズマン』（花伝社、2016年）、知る権利ネットワーク関西編『情報公開賛歌 — 知る権利ネットワーク関西30年史』（花伝社、2018年）、情報公開クリアリングハウス編『市民がつなぐ情報公開のこれまで・これから』（情報公開クリアリングハウス、2019年）など。

³⁸⁴ 大石眞還暦・前掲注358）上巻ix頁。大石・前掲注368）396頁も、情報公開法の制定を、1990年代の「憲法改革」関連法の一つとして位置付けている。

法適合性について ― 情報公開訴訟における「裁判の公開原則」の射程」³⁸⁵が論じられているのも、その証左である。

もっとも、行政の透明化を求めた行政改革と行政監視をも課題とした司法制度改革がほぼ諸制度の実現によって具体化され、その後、特定秘密保護法や安全保障法制の国会での採決強行による制定、改正組織犯罪処罰法による、いわゆる共謀罪の新設などという上記改革からの調整期に入ったと解しても、国民主権の理念にのっとり知る権利を保障する観点から、情報公開法、行政機関個人情報保護法における本人情報開示請求権、公文書管理法などの解釈適用において、「裁判所を通じて政府保有情報の公開を請求するために立法が必要であるとしても、いったん情報公開法をはじめとする具体的法令が定められれば、①憲法上の要請はその法令の解釈において考慮されるべきであるし、②立法化された権利のうち中核的な部分が立法府や行政府によって適切な理由もなく縮減された場合に、それが憲法に違反すると判断される余地は十分にある」との長谷部教授の言説は、依然として有効である。

立法府によって具体的に裁判規範とされた情報公開法に基づく情報公開請求（同法3条）、行政機関個人情報保護法に基づく本人情報開示請求（同法12条）、公文書管理法に基づく特別歴史公文書等利用請求（同法16条）は、いずれも、国民主権の理念にのっとり知る権利を保障する観点から解釈適用され、行政府が知る権利の保障に反して解釈適用した場合には、司法部が憲法上の要請からその解釈適用を正す。また、上記情報公開請求、本人情報開示請求及び特定歴史公文書等利用請求を制約する非開示事由、不開示情報を過度に広汎または漠然なものとして立法化したり、過度に広汎または漠然なものとして特定秘密を指定したりすれば、当該非開示事由、不開示情報や当該特定秘密の指定規定は、立法府や行政府によって適切な理由もなく縮減された場合として、それが憲法に違反すると判断される余地がある。

国民主権の理念にのっとり知る権利を保障するという観点は、行政改革や司法制度改革期にとどまらず、常時、憲法政策的なものとして、立法、行政、司法を循環して解釈適用されることとなるのである。

その意味において、平時における憲法政策論の展開が、日本における情報公開法制においても求められるのである。

この点は、情報公開法制定時には、「政府機関が保有している情報につき国民が利用する手立てを具体化するものであり、行政への監視と参加を確保し、政治をガラス張りにして開かれた政府を実現するための手段として位置づけられ、民主主義の統治システムの下で自己統治のための必要不可欠な前提条件をなすと考えられる」が、同時に「憲法が保障する『知る権利』を具体化する『人権具体化法』なる意味をもつ」も

³⁸⁵ 笹田栄司「インカメラ審理の憲法適合性について」大石眞還暦・前掲注358）下巻69頁。

のとして位置づけられたのである³⁸⁶。

「人権具体化法」としての位置づけは、直近ではA I と憲法を考える観点からも『憲法実現法律』とか『憲法具体化法律』と呼ばれる『法律』が数多く存在している。…個人情報保護法という法律もまた、プライバシーという憲法の規範的理念を経済市場において実現する『憲法実現法律』の一つであることを示している」として用いられている³⁸⁷。

日本弁護士連合会による「情報自由基本法（仮称）」を制定すべきことの提言³⁸⁸もまた、「人権具体化法」の提言として位置づけることができる³⁸⁹。

日本の情報公開法制を、単に情報法の一分野としてとらえるだけではなく、「人権具体化法」として憲法政策論として展開し、主として立法府による立法と行政府による政省令以下の解釈適用において課題を克服していくことが求められる³⁹⁰。

2 情報公開訴訟にかかわる最高裁判官の憲法訴訟論と裁判規範としての知る権利

これまで述べたとおり、最高裁判決においても、「知る自由」にとどまらず、「知る権利」という言葉が用いられてきた。これに加えて、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法が制定された現在の状況において、不開示情報（情報公開法5条）の合憲限定解釈（前記長谷部教授の説示①）、さらには、当該不開示情報の過度に広範、漠然不明確故に無効の判断もなされる余地（前記長谷部教授の説示②）が確立されたものといえる。

このうち、裁判規範としては、第1章Ⅱ、3、（3）の玉乃湯事件情報公開訴訟における前記戸松鑑定意見書が提案するとおり、情報公開を妨げる情報公開禁止条項が過度に広範、漠然ゆえに無効と判断される違憲審査基準が適用されると共に、さらに

³⁸⁶ 右崎・前掲注21）「情報開示請求権と「知る権利」」24頁。

³⁸⁷ 山本龍彦編『A I と憲法』（日本経済新聞出版社、2018年）8頁。

³⁸⁸ 日本弁護士連合会2016年2月18日付「情報自由基本法の制定を求める意見書」

³⁸⁹ 右崎正博「情報法制と公文書管理」自正2019年7月号8、12頁が、日本の情報法制における、日弁連の「情報自由基本法（仮称）」を「人権具体化法」として位置づけている。

³⁹⁰ 浜田純一『情報法』（有斐閣、1993年）、宇賀＝長谷部・前掲注148）、曾我部ほか・前掲注369）では、情報公開法も組み入れられているが、山口いつ子『情報法の構造——情報の自由・規制・保護』（東京大学出版会、2010年）、辻雄一郎『情報化社会の表現の自由——電腦世界への憲法学の視座』（日本評論社、2011年）、及び林紘一郎『情報のリーガルマインド』（勁草書房、2017年）などでは情報公開法については論じられていない。さらに、「民主主義という憲法原理を背景としながら「説明責任」という規制法・手続法的意義を持つ新たな行政法原理を具体化する法制度として、情報公開法制は、行政法上、その中心に位置付けられる必要があると思われる」とされるが（野村武司「行政による情報の収集、保管、利用等」礒部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ行政作用・行政手続・行政情報法』（有斐閣、2008年）315、319頁）、「民主主義という憲法原理を背景」とする点において、憲法政策学と交錯する。

情報公開法の不開示情報（５条）の規定を「厳格な合理性の基準」をもって、その憲法適合性を判断するという意味において、「知る権利」は裁判規範として成熟したといえることができる。審査基準の第１の要件として、国民主権の理念にのっとり行政情報開示請求権を制約する不開示情報（情報公開法５条）についての、「行政機関の重要な利益」が正当なものとして認められるか、また、第２の要件として、情報公開法の目的とその目的達成のための手段との間に「実質的な関連性」があるか、という違法審査基準である。

しかし、以上の違憲審査基準は、あくまでも憲法学者による長年にわたる憲法訴訟論の展開に対応したものである。最高裁裁判官も憲法訴訟論を展開するものであるが、後者・一般的にいう最高裁裁判官の憲法訴訟にかかる展開は、必ずしも前者・憲法学者による憲法訴訟論の展開に対応したものではない。

知る権利が生成され始めた１９８０年代当時、最高裁判所において、「裁判所が司法の本来の任務の範囲内において、法の解釈適用に創意工夫を凝らしてあたらしい事態に対処して行くこと」を解いたのは、団藤重光・最高裁裁判官であった³⁹¹。留意事項として、「第一は、わが国においては、新しい事態に対する立法的対処がきわめて緩慢であり、ばあいによってはむしろ怠慢でさえもある」、「第二は、事態に対する対処のしかたとして、立法によることがかならずしも適当とはいえない事柄がある」という２点を摘示して、「法は生き物であり、社会の発展に応じて、展開していくべき性質のものである。法が社会的適応性を失ったときは、死物と化する。法につねに活力を与えて行くのは、裁判所の使命でなければならない」と判示し、環昌一、中村治朗の両最高裁裁判官から「同感の意を表された」とされる³⁹²。

とはいえ、憲法学と英米法学を究めて最高裁入りした伊藤正己・最高裁裁判官からは、退官後「日本の裁判官の一般的な思考からみて憲法判断に親近性が乏しいように思われる」、「判決を支える論理のくみ立て、判決文に示される理由づけにおいては、ドイツ流の明確な概念構成、緻密な論理構造が好まれる」、「このような思考態度からすると、憲法において、その解釈の基礎となる成文条項そのものが一般的、抽象的であるときが多く、そして解釈そのものも精密さに欠けるとみられがちである。多くの練達した裁判官の眼からすると、憲法解釈論が粗雑であり（９条などは政治規範性が

³⁹¹ 団藤重光『実践の法理と法理の実践』（創文社、１９８６年）２９２頁。

³⁹² 団藤・前掲注３９１）２９１、２９２頁。渡辺康行「最高裁判所判事としての団藤重光——「リベラルなタカ」の挫折と価値」樋口ほか編・前掲注８）『憲法の尊厳』４９３頁は、「「異分子」であり続けたからこそ、団藤は現在でも読み返すに値する沢山の個別意見を書き残すことができた。…そのいくつかは現在の最高裁の立場ともなっている。…司法と立法の関係に関する見方なども、再評価されてしかるべきものである。最高裁にとって、深い学識により裏付けられた数人の「異分子」は、邪魔かもしれないが必要だと思われる」と評している（５１９頁）。

つよいとしても、解釈でどうにでもなるという感をもたれ、それだけに解釈学に信頼がおかれず、裁判規範性のつよい人権規定も多かれ少なかれ、そのようにうけとられる)、しばしば議論が政治論であって法律論でないと考えられる」、「新しい人権として多くのものが学説上主張されることが少なくない。それらは、幸福追求権(13条)や生存権(25条)のような包括的な人権を基礎として主張されるのであるが、裁判官的思考からは、権利の仮装のもとに政治的な主張がされているにとどまるとまではいえないとしても、権利の内容と範囲、権利を裁判上主張しうる適格性などの検討が十分でなく、到底裁判規範として受容できないこととなる」と断ずる³⁹³。それゆえに、「裁判官的思考が重きをなす最高裁において司法消極主義のめだつことはすでに説いたとおりである」として、「しかし、現状のような抑制された違憲審査権の行使が日本において妥当であると考えるならばともかく(このようなみかたも十分に成り立つであろう)、そうでないことを前提にするならば、憲法裁判の活性化のためには、大陸型の憲法裁判所の制度にきりかえる必要がある」とする提言に至るのである³⁹⁴。

その後、行政法学者から転じた藤田宙靖・最高裁裁判官は、退官後、第5章I、7における情報公開法6条の部分公開義務規定については、「最高裁判事就任の当初から、私が、自ら最高裁判事となった以上は何とかしなければならないと焦慮に駆られていた」³⁹⁵とし、「行政文書部分開示情報単位論事件判決」をして、「行政法学者に極めて評判の悪い判決」と評する³⁹⁶。さらに、自身の「学者判事の七年半」は「憲法、行政事件において、最高裁の判断に大きな変動ないし流動がみられた時期であった。そしてこの流動は、これまた先に述べたように基本的に、既にそれ以前から最高裁内部で始まっていた胎動が、機を得て水面上に現れたというべきものであって、私自身は、その流れの上で自分なりの役割を果たせば良かった」と述解する³⁹⁷。しかし、同裁判官は、「行政法によって規律される行政活動の場合と違い、憲法によって規律される法律そのものの違憲性を争い、直接にその取消しを求めたり無効の確認を求めたりする訴訟というのは、先の『通念としての裁判』を出発点とする限りまず難しく、法律の違憲性は、個別的な事件において(行政事件訴訟を含む)民事訴訟あるいは刑事訴訟を通して、その前提問題としてしか争うことができない。そして、これらの訴訟においても、先に見たように、法律の違憲性は、当該の紛争を解決するに当たって必要な限

³⁹³ 伊藤正己『裁判官と学者の間』(有斐閣、1993年)127、128頁。

³⁹⁴ 伊藤・前掲注393)134、136、137頁。

³⁹⁵ 藤田・前掲注281)『最高裁回想録』95頁。

³⁹⁶ 藤田・前掲注281)『最高裁回想録』12頁。さらに藤田・前掲注281)『裁判と法律学』246頁においては、いわゆる「調査官裁判」について、最高裁判事の中に公法学者がいなかった時期に、自信の強い担当調査官の主張に対し、「裁判官たちは『ああ、そうか。そういうものか』と思ってしまったのではないかという気がする」と指摘する。

³⁹⁷ 藤田・前掲注281)『最高裁回想録』154頁。

りでしか問題とされませんから、いわば憲法理論並びに憲法学の出番というのは、現実には極く限られてしまう」³⁹⁸、少なくとも、「いわゆる『憲法訴訟論』が、先に見た『通念としての裁判』に現行行政事件訴訟法が加えている修正を越えた何を付け加えようとするものであるのか、現行法（及びそれに基づく最高裁裁判例の考え方）では何が具体的に足りないのか、が明確にならない限りは、いわゆる『憲法訴訟論』なるものが、最高裁を始めとする我が国の裁判所に与える影響は、ほとんど皆無であると言って良い」とまで断言している³⁹⁹。

「最高裁判所は変わったか」を自己検証した滝井繁男・最高裁裁判官は、退官後、「少なくとも裁判例からみる限り、そこにある種の変化というべきものがあることを感じる」と指摘しつつも⁴⁰⁰、「司法制度改革審議会意見書も、裁判所は、憲法が民事・刑事事件のほか行政事件の裁判権も司法権に含ませ、違憲審査権も付与した（８１条）のに、裁判所がこの権限の行使を通じて国民の権利、自由の保障を最終的に担保し、憲法を頂点とする法秩序を維持するという期待に十分に応えてきたかについて、十分でないという評価は少なくないと述べて、控えめながら立法・行政に対する司法のチェック機能の充実、強化を求めていると思える。そこには、最高裁が大量の民事、刑事事件の処理に追われていることもあって、憲法訴訟についてその期待された機能を果たしてこなかったのではないかと認識があると思われる」と分析するにとどまっている⁴⁰¹。

滝井・元裁判官は、著書『最高裁判所は変わったか——一裁判官の自己検証』の第６章を「行政訴訟にみるこの１０年間の新しい判断」と題し、情報公開訴訟を含む行政訴訟の判例分析を経て、「今後、司法は、行政裁量という従来大きな壁となってきたことを前にして、どういう審理をするのか、新しく生れた訴訟形式は訴訟による救済の可能性を上げたが、今回の立法が理論的な検討を経た上で行われたというよりは、従来の行政救済法の閉塞状況を打破する目的を優先して行われたものであるだけに、それらをどう生かすかについて多くの検討すべき課題を抱えている」と結論付けているが⁴⁰²、「違憲審査のあり方についての立ちいった議論」⁴⁰³にまではふみ込んではいない。結局は、司法制度改革においては、行政訴訟の分野においては、行政事件訴訟法改正への対応にとどまり、それを超えて、憲法訴訟について、どう考えるかは、改革の方向性すら明示されてはいなかったともいえる。

³⁹⁸ 藤田・前掲注２８１）『裁判と法律学』１０３頁。

³⁹⁹ 藤田・前掲注２８１）『裁判と法律学』１０３、１０４頁。

⁴⁰⁰ 滝井繁男『最高裁判所は変わったか——一裁判官の自己検証』（岩波書店、２００９年）Ⅷ頁。

⁴⁰¹ 滝井・前掲注４００）５５頁。

⁴⁰² 滝井・前掲注４００）１３４頁。

⁴⁰³ 滝井・前掲注４００）３５３頁、注（９）参照。

また、同時期に、キャリア裁判官であった泉徳治・最高裁裁判官は、退官後、「個人の権利自由を擁護するのは、裁判所の重要な役割であります。立法・行政の裁量に全てを委ねては、国民の権利自由を庇護するために設計された司法の職務放棄になりかねません。さらに、多数決原理の民主政の下では、社会的少数者の声が立法・行政に反映されるということは、あまり期待することができません。社会的少数者の憲法によって保障された基本的人権を擁護するのも、裁判所の役割であります」と述べる。この「司法の役割に関する考え方」から、最高裁裁判官時代に36件の個別意見を書いたことをふまえて、「少数意見の表明は、全体の議論の質を高める」、「少数意見は、時間を経て、多数意見へと成長することが少なくないのであり、法の発展につながる」として⁴⁰⁴、その例を『私の最高裁判所論 ― 憲法の求める司法の役割』の中で紹介している。その中で、「民主的政治過程を制約する立法等に関する意見」の節（同書第5章第2節）において、情報公開法の施行について述べ、「真の国民主権を実現する第一歩は、国民が政治・行政について正確な情報を取得し、的確な意見を形成することである。情報公開制度によって、日本の行政が大きく転換することになったというのが、私の実感である」と評し⁴⁰⁵、広島・市民オンブズマン会議公文書非公開取消請求事件の最判平成15年12月18日判時1848号69頁、北九州市局長等の交際費支出に関する文書公開事件の最判平成17年7月14日判時1908号122頁、土床町議会録音テープ公開請求事件の最判平成16年11月18日判時1880号60頁、静岡県情報非開示決定に対する国家賠償請求事件の最判平成18年4月20日裁判集民事220号165頁についての自身の個別意見を紹介している。いずれも、情報公開条例の解釈適用にかかるものではあるが、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法の適用についての違憲審査のあり方に立ち入った議論には至っていない。泉・元裁判官自身、上記のとおり、「最高裁は、国民の権利自由を立法・行政による不当な介入から守るという役割を担って」⁴⁰⁶いることを前提として、「違憲審査基準は、国民の権利自由を守るための防護壁だと思います。たとえば、精神的自由については高い防護壁で守る、社会保障の権利については中程度の高さの防護壁で守る、経済的な自由については比較的低い防護壁で守る、それが違憲審査基準だと思うのですが、最高裁はその防護壁を構築していないものですから、国民の権利自由が不安定になる」⁴⁰⁷と指摘する。そのうえで、憲法学者からの千葉勝美・最高裁裁判官の言説を例とする質問、すなわち「裁判官側には、アメリカ型の違憲審査基準

⁴⁰⁴ 泉徳治『私の最高裁判所論 ― 憲法の求める司法の役割』（日本評論社、2013年）iii～v頁。

⁴⁰⁵ 泉・前掲注404）236頁。

⁴⁰⁶ 泉徳治『一步前へ出る司法 ― 泉徳治元最高裁判事に聞く』（日本評論社、2017年）256頁。

⁴⁰⁷ 泉・前掲注406）256頁。

を採用すると、基準に拘束されて、事案ごとに妥当な結論を導くことが困難になる、裁判官はその事件その事件ごとに妥当な結論を見つけていくのがいいんだ、それには総合的衡量による必要性及び合理性の判断がよいのだという考え方が根強い」とする言説に込められた、最高裁判所におけるキャリア裁判官が中心となって形成する多数意見にみる司法の立ち位置をふまえて、「そういう最高裁の代表というのが、千葉勝美裁判官ということになりますか」という憲法学者の質問に対しては、泉・元裁判官はこれを否定しない⁴⁰⁸。

憲法学者の名指しの質問の対象者とされた千葉勝美・最高裁裁判官自身は、退官後、『違憲審査 ― その焦点の定め方』において、1989年の司法研究の報告書（最高裁判所・司法研究報告書43輯1号）の最後の「まとめと感想」を再録し、最高裁多数意見にみる司法の立ち位置論を展開している。そこでは、日本のキャリア裁判官として、「米国、西ドイツおよびフランスの憲法裁判の実態を見てみると、その構成員の多くは、憲法裁判を行うに当たってこのこと〔憲法問題は、その国の国家体制の基本や政治的対立に直接かかわることの多い重大問題であること ― 引用者注〕を十分に自覚し、憲法の規定を機械的に解釈し適用するのではなく、政治的、社会的状況を見据えて、国民ないし社会全体が何を志向しているのかを注意深く見極め、その上で、政治の渦中に巻き込まれることなく、その時代・社会に適合する憲法の解釈を考えているように思われる」と指摘している⁴⁰⁹。さらに、「そこでは、司法積極主義、司法消極主義というよりも、多くの場合、憲法の理念を守りつつ時代とともに歩み、柔軟にかつ毅然として憲法判断を行い、国民の信頼を勝ち得てきたダイナミックな司法部としての姿が見て取れる」としている⁴¹⁰。この立ち位置から、「司法は、先例のない紛争や憲法問題について、時代を見つめ、物事の本質を見極め、様々な事象に目を配り、あるべき解決策、憲法判断を模索することが使命であり、そうして愚直に一つ一つの問題の解決を積み上げていくことが未来に繋がり、司法部の立ち位置をしっかりと築くことになる」と結論付けるのである⁴¹¹。

以上のような滝井、泉及び千葉という近年の最高裁裁判官の退任後の言説をふまえると、果たして、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法の解釈適用にあたり、知る権利の生成・展開から裁判規範性を認め、第1章I、2、(2)戸松鑑定意見書と憲法適合性審査で検証したような立場は、およそ成り立つ余地がないということになるのであろうか。

しかし、この点、行政手続法（平成5年法律88号）の制定（1993年）、情報

⁴⁰⁸ 泉・前掲注406）258頁。

⁴⁰⁹ 千葉勝美『違憲審査 ― その焦点の定め方』（有斐閣、2017年）191頁。

⁴¹⁰ 千葉・前掲注409）195頁。

⁴¹¹ 千葉・前掲注409）198頁。

公開法の制定（１９９９年）及び公文書管理法の制定（２００９年）を一連の行政改革の流れとしてとらえ、その伏流として知る権利の生成・展開がなされるにあたり、これが立法指針と裁判規範として果たしてきた役割を考えることは、司法制度改革のうちの行政訴訟法改正に基づく「司法による行政のチェック」という役割を越えて、行政改革に対する司法制度の果たすべき役割を考えることでもある。また、「合憲性統制の二重構造」と名付け、最高裁判所による違憲審査制の運用と共に、国会への政府提出法案についての内閣法制局による事前の法令審査と議員提出法案についての議院法制局による事前の合憲性統制の機能と運用を踏まえて、統合的な統治構造を全体として把握し、評価する必要性も説かれている⁴¹²。

これらの観点から、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法が制定された現在の状況において、不開示情報（情報公開法５条）の憲法適合的解釈（前記長谷部教授の説示①）、さらには、当該不開示情報の漠然不明確故に無効の判断もなされる余地（前記長谷部教授の説示②）をふまえて、改めて知る権利の裁判規範性の確立と憲法訴訟論との関係を述べることにする。

3 裁判規範としての知る権利と憲法訴訟論を包み込んだ憲法政策論

（１）２において、滝井繁男、泉徳治及び千葉勝美という近年の最高裁裁判官の退任後の言説をふまえると、果して、国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法の解釈適用にあたり、知る権利の生成・展開から裁判規範性を認め、第２章Ⅰ、２、（２）戸松鑑定意見書と憲法適合性審査で検証したような立場が成り立つ余地がないということになるのかについて、問題提起した。

泉徳治・元最高裁判事は、「最高裁大法廷が昭和２２年８月に発足してからの７２年間に、法令を違憲と判断した裁判（法令違憲裁判）は１０件、行政上または裁判上の処分を違憲とした裁判（処分違憲裁判）は１４件である」ことから分析し、最高裁が個人の権利自由を制約する国家行為（国または公共団体の法令・行政処分）の合憲性をどのような基準で審査しているのか、という問題提起から、最大判平成４年７月１日民集４６巻５号４３７頁（成田新法事件）や最大判昭和３９年５月２７日民集１８巻４号６７６頁（待命処分事件）をふまえて、「最高裁の『判例』として形成されている違憲審査基準としては『国家行為による権利自由の制約の合憲性は、国家行為の目的及び内容並びに制約の態様等を総合的に衡量して国家行為に制約を許容し得る程度の必要性および合理性が認められるか否かという観点から判断する、また、法的な差別的取扱いの合憲性は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づいているか否かという観点から判断する』という枠組み」を「総合的衡量によ

⁴¹² 大石眞「わが国における合憲性統制の二重構造」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、２０１２年）４６２頁。

る合理性判断の枠組み」と定義して、この枠組みが「あるだけであると言わざるを得ない」と整理する。そして、最高裁が「総合的衡量による合理性判断の枠組み」を判例としている真の理由については、「我が国では、議会が内閣総理大臣を選び、内閣が最高裁裁判官を選び、裁判所の予算案を査定している。最高裁裁判官の出身母体はほぼ固定しており、弁護士枠と学者枠の5人を除けばいわゆる官僚枠である。弁護士出身者も、憲法訴訟を経験している人から選ばれることは少ない。…このような体制の下にあって、裁判所全体としては、自らも統治機構の一部であるという意義が強くなる。そして、立法・行政府との軋轢は可能な限り避けるのが賢明であるという思考が働き、立法・行政府の裁量をできるだけ尊重し、公権力による規制が著しく不合理であることが明白な場合でない限り、違憲の判断を避けるべきであるという傾向になる。その上、裁判官も調査官も、民事・刑事の通常事件の処理に迫られ、憲法問題を掘り下げて研究する機会にも乏しい。したがって、憲法の民主主義体制の下で司法が担うべき役割についての認識が育ちにくいのである」ことを明らかにしている⁴¹³。

- (2) もっとも、「裁判の実務において、違憲審査基準が意識されているものの、『合理性の基準』はともかくとして、『厳格な合理性の基準』や『厳格な審査基準』が用いられることはまれである。その理由として、…当該権利自由を三段階のいずれに分類するかによってほとんど結論が決まってしまう、具体的事案の性質に応じた法的分析が遮断されてしまう。事件の事実関係は一件一件異なるから、予め基準を設定して機械的に当てはめるということは困難であり、具体的妥当性を持った結論を導くことにはならない、将来どのような事件が提起されるのかわからないのに、違憲審査基準論を判例化すれば、個々の事案に応じた柔軟な対応をすることの妨げとなる」等の、表向きの理由も揭示している⁴¹⁴。

この表向きの理由とあわせ、千葉勝美・元最高裁裁判官が「司法は、先例のない紛争や憲法問題について、時代を見つめ、物事の本質を見極め、様々な事象に目を配り、あるべき解決策、憲法判断を模索することが使命であり、そうして愚直に一つ一つの問題の解決を積み上げていくことが未来に繋がり、司法部の立ち位置をしっかりと築くことになる」と結論付けている⁴¹⁵。

- (3) これに対し、石川健治は、成田新法事件（最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁）の千葉勝美調査官による解説、在外国民の選挙権についての画期的な最高裁判決（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）、2008年

⁴¹³ 泉徳治「最高裁の「総合的衡量による合理性判断の枠組み」の問題点」石川ほか編・前掲注239）337、338頁。

⁴¹⁴ 泉・前掲注413）373、374頁。

⁴¹⁵ 千葉勝美『違憲審査——その焦点の定め方』（有斐閣、2017年）198頁。

の国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）を列挙して、「猿払事件第一審で時國判事が試みた立法事実（憲法事実）論は、適用違憲論ともども、最高裁判決[最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁 — 引用者注]で退けられた…、往時は香城敏麿調査官によって跳ね返された時國判事の努力を、国籍法判決において積極的に受け継いだのは、千葉勝美首席調査官であるとみられる」と紹介する。また、最高裁第二小法廷における堀越事件判決（最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁）についても、「香城敏麿流のドグマティーク（ただし成功はしていない）で時國判決[旭川地裁昭和43年3月25日判時514号20頁 — 引用者注]の反ドグマティークを打ち破った猿払事件判決の先例性を承認しつつ、その再解釈という形で初めて風穴をあけて注目された」ことを「大法廷回付を回避」というテクニックと共に紹介している。石川は、「今さらドグマティークに復帰するのが無理であるならば、反ドグマティーク路線 — それは、芦部、時國そして遠藤比呂通の目指す、立法事実論と違憲審査基準論の方向である — を推し進める一方で、先例との「区別」の作業に象徴される、先例拘束性への意識を強めてもらうほかないだろう。カズイスティックに傾きがちな国家機関が、立憲的権力たり得るためには、 — つまり自己拘束をするためには — 先例が先例として尊重され先例が拘束力を持つようなメカニズムの形成とその運用に期待するほかはない」とし、「それ[三段階審査論 — 引用者注]を通じたドグマティークの立て直しにかけける意味はあるように思われる…それが…多様に具体化された…比例原則の展開を通じて、適用段階での「事実」への配慮と両立することを期待したい」との「さしあたりの結論」を述べるのである⁴¹⁶。

- (4) 以上が最高裁判所の違憲審査の状況とこれに対する一つの見方であるとして、本論においては、国民主権の理念にのっとり知る権利の保障の具体化としての情報公開法の不開示情報、非公開事由（法5条1号から6号）が「原則開示の基本的枠組み」（「考え方」3、(2)）としてどのように解釈適用されて、開示請求者にとって政府情報の開示を受けることができるかという課題が検討されるのである。

これまでのところ情報公開法及び条例の解釈適用において、これを従前からの違憲審査基準論と結び付けることについては、裁判所は否定的であった。鴨川ダムサイト事件前掲大阪高判平成5年3月23日は、「公開条例の各規定につき憲法21条1項等に直接かかわる違憲無効の問題は生ずる余地がない」と判示した。また、前記第1章Ⅱ、3で述べたとおり、玉乃湯事件前掲東京高判平成2年9月13日は、前掲東京都公文書開示条例9条6号の合議制機関議決不開示規定について、原告開示請求者が戸松鑑定意見書をもって、厳格な合理性の基準に従った限定合憲解釈を

⁴¹⁶ 石川健治『ドグマティークと反ドグマティークのあいだ』石川ほか編・前掲注239）326、329、332～334頁。

求めたのに対し、これを否定した。「地方自治体が、個々の住民に開示を請求する権利を付与するか否か、付与するとしてその権利の内容をどのようなものにするかは、当該自治体が、その制度の趣旨を考慮しつつ自主的に決する問題であって、その当否までが直ちに違憲ないし違法の問題を生ずるものではない」とされる。憲法訴訟論と情報公開法制の非公開事由、不開示情報の解釈適用とは直接には関係付けることはできない。また、第1章Ⅱ、3で小山剛の言説を紹介したとおり、防御権と積極的権利との違憲審査基準を区別し、「積極的権利については、二重の未確定性から、立法府に裁量の余地が認められる」とされる。

しかし、「合憲性統制の二重構造」という観点からは、前掲東京都公文書開示条例9条6号は、1999年の情報公開法の制定と同じ年に条例改正がなされたが、その際、過度に広範不明確ゆえに無効の判断もなされる余地があることから、法解釈論によってではなく、立法作業に立ち戻ることとして、同9条6号が改正されたものと認められる（第1章Ⅱ、3）⁴¹⁷。

本論を通して、日本の情報公開法制における生成・展開と課題を憲法政策論として通観したとき、1999年の情報公開法の制定により、国民主権の理念にのっとり表現の自由の構成要素である知る権利は、政府情報開示請求権（情報公開法3条）として具体化されたことにより、また地方公共団体も「所要の措置」をとることとして情報公開条例に基づく地方政府情報開示請求権の制定が義務付けられたことにより（制定時の同法41条）、さらに2009年制定の公文書管理法が「行政文書」（情報公開法2条2項）を含む「国及び独立行政法人等の諸活動や歴史的事実の記録である公文書等が、健全な民主主義の根幹を支える国民共有の知的資源として、主権者である国民が主体的に利用し得るものである」（同法1条）として制定されたことにより、着実に知る権利を具体化した政府情報開示請求権をとりまく立法事実に変容したものと解すべきなのではなかろうか。

在外邦人投票権制限規定を違憲と判断した前掲最大判平成17年9月14日は、「国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものである」として、選挙権の重要性を指摘している。同様に情報公開法が国民主権の理念にのっとり知る権利を具体的に保障し、「健全な民主主義の根幹を支える国民

⁴¹⁷ 東京都公文書開示条例9条8号の合議制機関議決による非開示条項が、情報公開法5条5号（審議・検討・協議に関する情報）に相似する東京都情報公開条例7条5号に代替する立法過程については、三宅弘『情報公開ガイドブック ― 立法から活用の時代へ』（花伝社、1995年）143頁、第二東京弁護士会編『情報公開条例ハンドブック 制定・改正・運用 ― 改正東京都条例を中心に』（花伝社、2000年）72頁（三宅弘）。西鳥羽・前掲注44）325頁（第8章審議会の非開示決定と実施機関の非開示決定）。

共有の知的資源」を対象とするものとして、情報公開法及び条例に基づく政府情報開示請求権は、「国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利」（選挙権）が正しく行使されるべき前提となる公文書等（「行政文書」を含む）を国民に開示させるべき権利として、選挙権と同等の価値が認められる（「民主主義の根幹」についての傍点〔―― いずれも引用者〕として共通のものである）。

したがって、情報公開法5条各号の不開示情報及びこれと同種の情報公開条例の不開示情報、非公開事由は、上記の立法事実をふまえて、正に「人権具体化法」（右崎正博）、「憲法実現法律」（山本龍彦）の一部をなすものとして、「原則開示の基本的枠組み」として、厳格に解釈適用されなければならないのである。単に、立法府が自由に規定したものではなく、また「当該自治体が、その制度の趣旨を考慮しつつ自主的に決する問題」ととどまるものでもないのである。また、長谷部教授の言説、すなわち「いったん情報公開法をはじめとする具体的法令が定められれば、①憲法上の要請はその法令の解釈において考慮されるべきであるし、②立法化された権利のうち中核的な部分が立法府や行政府によって適切な理由もなく減縮された場合に、それが憲法に違反すると判断される余地は十分にある」との言説も、上記不開示情報の解釈適用による知る権利を制限する正当化根拠として審査されるにあたり参考とされることとなるのである。

- （５）これに加えて、情報公開法及び条例の不開示情報は、前掲東京都公文書開示条例9条8号の合議制機関議決による非開示条項などとは異なり、行政改革委員会行政情報公開部会角田禮次郎部会長及び塩野宏同部会長代理の企てのとおり、「個人の権利利益を害するおそれ」（情報公開法5条1号）、「権利、競争上の地位その他正当な利益を害するおそれ」（同2号イ）、「当該条件を付すことが当該情報の性質、当時の状況等に照らして合理的であると認められるもの」（同2号ロ）、「おそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」（同3号、4号）、「不当に損なわれるおそれ、・・・不当に国民の間に混乱を生じさせるおそれ、・・・不当に利益を与え若しくは不利益を及ぼすおそれがあるもの」（同5号）、「当該事務又は事業の適正な遂行に支障を及ぼすおそれがあるもの」（同6号）等、要件事実論におけるいわゆる規範的要件をもって規定されている。このことから、行政機関において、情報公開法5条各号の「おそれ」等の評価根拠事実を主張立証すべき責任があることが導き出せる。そして、このことは、「原則開示の基本的枠組み」（「考え方」3、（2））の枠内における証明の程度の問題であることから、「おそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」（同3号、4号）の評価根拠事実の主張立証責任の分配においても同様である。その前段として、開示請求者側が知る権利を具体化した政府情報開示請求権は、第1段審査としての権利性は選挙権と同等の強い権利として認められる。次に、この「おそれ」等の評価根拠事実、第2段の審

査としての不開示の正当化根拠としての妥当性が審査される。これに対し、第3段審査として、開示請求者側において、この「おそれ」等の評価障害事実を主張立証することが証明の程度として必要となるのである。その第3段審査において、比例原則やLRA原則が適用され、具体的には、情報公開法6条1号及び2号の部分公開義務規定も適用し、開示の方向性において、より制限的でない他に選ぶうる開示不開示の判断が求められるのである⁴¹⁸。

しかし、第5章で述べたとおり、ヴォーンインデックスの採用を前提とする裁判所におけるインカメラ審理が法制化されれば、より一層、開示される範囲が広がるのであるが、その法制化には至っていない。インカメラ審理は、既に情報公開・個人情報保護審査会や公文書管理委員会（特定歴史公文書等不服審査分科会）において、採用されている。裁判所においても、インカメラ審理の立法化が、憲法政策論的観点からは、必要とされるゆえんである。

第3章IVで述べたとおり、個人情報保護法の分野においては、2003年の個人情報保護法及び行政機関個人情報保護法の制定、2015年の個人情報保護法改正、2016年の行政機関個人情報保護法改正、個人情報保護委員会の設置等において、立法から行政、さらに司法判断を受けて新立法につながったり、行政における適正な解釈適用になったりすることが比較的順調になされている。

国民主権の理念にのっとり知る権利を具体化した情報公開法の分野においても、憲法訴訟論における三段階審査論や規範的要件に係る要件事実論として、知る権利の制約の正当化根拠としての評価根拠事実、さらには、事案へのあてはめにおいて比例原則やLRA原則を参考として、評価障害事実を主張立証していくこととなる。情報公開における審査の三段階が個別具体的に検討されるところには、情報公開法及び条例の解釈適用としての開示不開示において、何らの審査基準もない、いわば

⁴¹⁸ 宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論[第6版]』（有斐閣、2017年）57頁は、「比例原則について、アメリカの違憲審査に用いられる「より制限的でない代替手段（less restrictive alternatives）」の法理、すなわち、ある目的を達成するために、規制効果は同じであって被規制利益に対する制限の程度がより少ない代替手段が存在する場合には、当該規制を違憲とする法理と同様の理念に基づくものであり、不必要な規制、過剰な規制を禁止するものである」と解説している。また、阪口正二郎「比較の中の三段階審査・比例原則」樋口陽一ほか編『国家と自由・再論』（日本評論社、2012年）235頁は、「比例原則を中心とする三段階審査を採用する場合にもこの概念[比例原則では、大半の場合に憲法上の権利は対立する国家の利益との衡量に服するという前提がとられており、これが憲法上の権利の意味を矮小化することになるのではないかという懸念——引用者注]を重視して、利益衡量に服する憲法上の権利という考え方では不十分な部分を、利益衡量には服さない憲法上の権利という考え方で補う必要がある」とする（261頁）。本論で述べた政府情報開示請求権も利益衡量には服さない憲法上の権利として位置付け、不開示情報（情報公開法5条各号）及び部分開示義務（同法6条）を第2、第3段審査として厳格に解釈することが求められるといえよう。

裸の立法裁量論は必須ではないこととなる。

第1章Ⅱ、3で述べた鴨川ダムサイト事件前掲大阪高判平成5年3月23日と玉乃湯事件前掲東京高判平成2年9月13日においては、情報公開条例の解釈適用は、「専ら条例の制定権者が決定すべき立法政策上の問題」とまで言い切ることによって、国民主権の理念にのっとり知る権利の保障の観点を削り落とし、裁判官の羈束性のない裁量的判断において、情報公開法5条各号及び情報公開条例の非公開事由、不開示情報を解釈適用することではないのである。

憲法訴訟論におけるLRA原則や三段階審査における比例原則の適用等をも組み込んで、憲法政策論的観点から、選挙権と同様に強い権利として保障されるべきところの国民主権の理念にのっとり知る権利の保障という羈束性のある観点から、情報公開法5条各号等の不開示情報の評価根拠事実と評価障害事実の主張立証を通して合憲的、合法的に解釈適用するものだからである。

その際に、情報公開法5条各号等の解釈適用においては、より制限的でない他に選ぶうる開示不開示の判断を行うにあたり、情報公開法6条1項及びその個人情報における確認規定としての同2項の部分公開義務規定が重要な意義を有することとなる。

しかし、部分公開義務規定を解釈適用しようとする際、裁判所においてインカメラ審理ができなければ、裁判所は、情報公開・個人情報保護審査会や公文書管理委員会特定歴史公文書等不服審査分科会の答申のようには、個別具体的により制限的でない他に選ぶうる開示不開示の判断をなすことができない。このため、憲法政策論的には、情報公開法改正による口頭弁論期日外行政文書証拠調手続とその前提としてのヴォーン・インデックス提出のための釈明処分の特則を立法化することが求められるのである。

この他、従前の法の解釈適用をふまえて、立法府に投企された情報公開法改正法案は、3・11東日本大震災とその後の対応過程において、内閣提出の法案としての審議の機会を得ることなく衆議院解散により廃案とされた⁴¹⁹。その後の自公政権では、内閣の継続性に反し、内閣として改正法案を提出することなく、かえって、前掲公文書管理法の問題4事例（国会答弁資料集の不存在決定、森友学園問題にみる公文書廃棄と改ざん、加計学園獣医学部新設手続文書不存在、南スーダンPKO派遣日報不存在）や「桜を見る会」招待者名簿廃棄などの問題を引き起こしている。改めて、情報公開法改正と上記問題4事例等の解釈にかかわる公文書管理法改正が

⁴¹⁹ 情報公開法改正法案とその立案から廃案の政治過程については、三宅・前掲注52）204頁（第Ⅱ部第6章「公文書管理法制定と情報公開法改正への展望」、248頁（同第7章「情報公開法改正に向けての提言」、406頁（情報公開法改正法案にかかる「新旧対照条文（抜粋）」）。

立法府に投企されて求められている状況にある⁴²⁰。

日本の情報公開法制における知る権利の生成・展開と課題について、立法から行政、行政から司法、さらには司法から立法または行政に循環させて継続的に検討する意味において、憲法政策論的に検討することの意義はここにあると考える。

かつて、「義務づけ訴訟・宣言判決訴訟を承認する形で行政事件訴訟が成立していたならば、憲法訴訟のありようは現状とかなり違ったものがあつたかもしれない。…西欧民主主義国においては、アメリカ型司法審査と大陸型憲法裁判とは、融合し同一化の方向をたどっているという。わが国のそれも、この世界的趨勢にしたがっているだろうか」とする問題提起もあつたが⁴²¹、2004年の行政事件訴訟法改正により、義務づけ訴訟（同法37条の2）や「公法上の法律関係に関する確認の訴え」（同法4条）も明定化された。改正行政事件訴訟法を駆使することは⁴²²、法律実務家としての今後の課題ではあるが、それとともに、政府情報開示請求権としての知る権利の侵害に基づく情報公開訴訟を広く展開していくことにより、上記のとおり憲法政策論的に検討することをもって、「憲法裁判の可能性」はさらに広がるものと解される。

⁴²⁰ 川岸・前掲注8）「知る権利論」も、「法律であることの特徴を活かし、国民主権・知る権利・透明性・説明責任の一層の充実をめざして、また、通信技術の発展等社会の進展に即して、適時に改正を重ねることが可能である。いくつかの候補事項をあげれば、知る権利の明示化、行政文書概念の狭隘さの是正、公文書の取扱いに一層の適正化、外交・防衛・治安等の分野で行政機関の長に広く与えられている不開示の裁量権を絞り込むこと、取消訴訟でのインカメラ審理を導入することなどが考えられる」として、本論と同様の立法的課題を摘示している（52頁）。

⁴²¹ 奥平康弘『憲法裁判の可能性』（岩波書店、1995年）57頁。川岸令和「リベラル・デモクラシーと裁判所」樋口ほか編・前掲注8）「憲法の尊厳」424頁は、奥平の問題提起を受けて、「違憲審査の活性化は、政治の裁判化や裁判の政治化を招きうるという危険性を引き受けつつ、政治との緊張関係の中で、追求され実現されることになるであろう」と展望するが、憲法政策論的に検討することでその基軸をより鮮明にすることができるといえよう。

⁴²² 当事者訴訟活用論については、高木光『行政訴訟論』（有斐閣、2005年）136頁。斎藤浩『行政訴訟の実務と理論』（三省堂、2007年）318頁。改正行政事件訴訟法後の公法上の当事者訴訟としての確認訴訟にかかる判例を分析するものとして鶴澤剛「抗告訴訟としての差止訴訟と当事者訴訟としての確認訴訟の関係について——紛争解決の単位を中心として」立教102号（2020年）212頁。ただし、実務的にはまだ活用しきれていないように思われる。

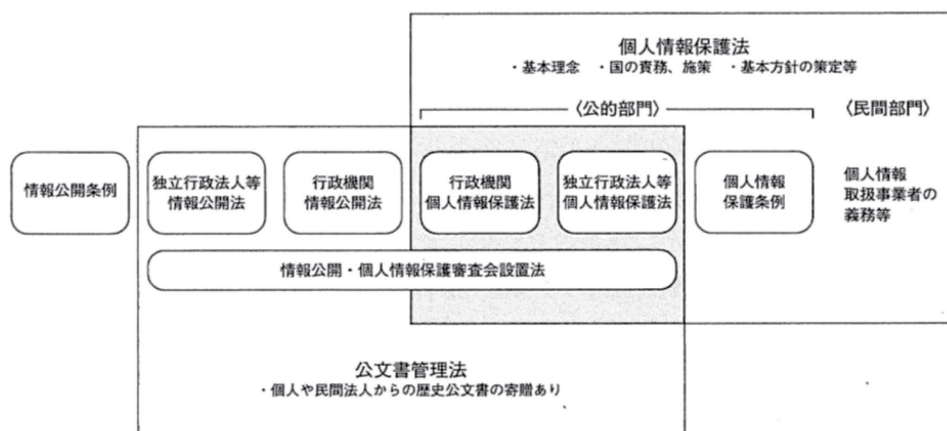
知る権利の生成・展開及び情報公開法立法関係小史

年	情報公開法等立法関係
1966	アメリカ：情報自由法 (FOIA) 制定
1969	「悪徳の栄え」事件 (反対意見 ― 知る自由) 博多駅テレビフィルム提出命令事件
1972	沖縄密約事件
1974	アメリカ：情報自由法 (FOIA) 改正
1976	ロッキード事件発覚
1979	神奈川県情報公開準備委員会 (長洲一二知事の「地方の時代」) ダグラス・グラマン事件、鉄建公団等の公費支出問題 大平首相、第 88 回臨時国会で情報公開の必要性に言及 (9 月) 自由人権協会「情報公開法要綱」を発表 (9 月)
1980	情報公開制度研究会発足 「情報公開法を求める市民運動」発足 (3 月) (情報公開制度化に伴う法的課題・外国の情報公開法の検討)
1981	自由人権協会「情報公開モデル条例案」
1982	山形県金山町公文書公開条例 (3 月) 神奈川県 の 機関の公文書の公開に関する条例 (10 月)
1983	臨時行政調査会第 5 次答申
1984	情報公開問題研究会を総務庁に設置 (3 月)
1989	レペタ法廷メモ事件最高裁判決 (3 月)
1990	玉乃湯事件東京高判平成 2 年 9 月 13 日
1991	「行政情報公開基準」(情報公開に関する連絡会議申合せ) 鴨川ダムサイト事件京都地判平成 3 年 3 月 27 日
1993	細川連立内閣が発足 (7 月)
1994	鴨川ダムサイト事件最判平成 6 年 3 月 25 日 行政改革委員会設置法 (11 月) 行政改革委員会発足 (12 月) (この過程で、2 年以内の意見具申が明記、情報公開法の制定が明確化)
1995	行政改革委員会行政情報公開部会発足 (3 月、角田礼次郎部会長、塩野宏部会長代理)
1996	行政改革委員会行政情報公開部会「情報公開法要綱案 (中間報告)」(4 月)、行政改革委員会行政情報公開部会「行政情報公開部会報告 (情報公開法要綱案・情報公開法要綱案の考え方)」(11 月、開催回数 57 回・小委員会 7 回)、行政改革委員会、橋本龍太郎内閣総理大臣に「情報公開法制の確立に関する意見」を具申 (12 月)
1996	エイズ薬害事件 (郡司ファイル問題) (2 月) (第 142、143、144 回国会継続審議)
1998	閣議決定され、第 142 回国会へ提出 (3 月)
1999	第 145 回国会、情報公開法の成立
2001	4 月 1 日 情報公開法施行 最高裁判所の保有する司法行政文書の開示等に関する事務の取扱要綱等 (2005 年 12 月 31 日廃止→2006 年 1 月 1 日から新しい取扱要綱による)
2001	12 月 5 日 独立行政法人等情報公開法公布
2002	10 月 1 日 独立行政法人等情報公開法施行
2003	個人情報保護関連 5 法成立 福田官房長官主宰「公文書等の適切な管理、保存及び利用に関する懇談会」(12 月)
2004	情報公開法の制度運営に関する検討会 (4 月、小早川光郎座長)
2005	情報公開法の制度運営に関する検討会の報告 (開催回数 12 回) (P111) 個人情報保護法施行 (4 月)

年	情報公開法等立法関係
2006	民主党改正案：行政機関の保有する情報の公開に関する法律等の一部を改正する法律案 日弁連意見書(見直し検討会意見に対する)
2008	衆議院事務局の保有する議院行政文書の開示等に関する事務取扱規程(2月)
2009	インカメラ審理を判断した最決平成21年1月15日 公文書管理法成立(6月) 政権交代(民主党政権)(9月)
2010	行政透明化検討チームによる改正案(大臣試案)の検討開始(4月、枝野行政刷新担当大臣〔途中から蓮舫大臣〕、三宅弘座長代理) 沖縄密約情報公開訴訟東京地裁判決 行政透明化検討チームとりまとめ(8月、開催回数6回) 情報公開法改正準備室(12月)
2011	東日本大震災・福島第一原発事故(3月) 参議院事務局の保有する事務局文書の開示に関する事務取扱規程(4月) 閣議決定・衆議院に「行政機関の保有する情報の公開に関する法律等の一部を改正する法律案」提出(4月) 公文書管理委員会発足(7月)
2012	情報公開法改正法案が衆議院解散により廃案(11月) 政権交代(自公政権、12月)
2013	情報公開法改正準備室解散(1月) 「特定秘密の保護に関する法律」成立(12月)
2014	閣議議事録の作成・公表を閣議決定により実施(4月)
2017	森友公文書問題発覚(2月) — 土地売買契約交渉記録廃棄、南スーダンPKO日報不存在問題発覚(2月) 行政文書管理ガイドライン改正(12月)
2018	NHK受信契約にかかる「知る権利」を明記した最大判平成29年12月6日 各府省庁が行政文書管理規則を改正(3月) 森友公文書改ざん問題発覚 — 朝日新聞スクープ(3月) 特定秘密を監理する独立公文書管理監が公文書管理の適正な確保のための取組みに権限拡大(9月)
2019	総理大臣主催「桜を見る会」の招待者名簿を開催から1ヵ月足らずで廃棄(5月) 内閣官房には、首相と各府省庁職員との面談記録がないことが発覚(6月)

※2011年までは藤原静雄中央大学教授の資料に基づいており、一部加筆のうえ、その後を補充。

図 情報公開法制・個人情報保護法制の体系イメージ



右崎正博・多賀谷一照・田島泰彦・三宅弘編『新基本法コンメンタール 情報公開法・個人情報保護法・公文書管理法』10頁(日本評論社、2013年)

利用制限の概要及び想定される論点

通し頁	原本頁	対象文書の記載項目等	箇所	内容	想定される論点
V. 韓国側請求(8項目)の内容					
一 韓国の対日請求要綱一頁					
二 韓国側請求の原則的問題に関する両国の主張					
三 8項目の対日請求の内容					
要綱1 地金銀の返還請求					
p.42	p.74	1 韓国側主張			
		2 韓国側主張額			
		3 日本側見解			
		(1)			
		(2)			
p.42	p.74	(3)			
		(4) 日本側調査額	20～22行目	情報源及び評価	・出版されている情報源を秘匿することなどのような意味があるのか。 ・「資料の確実性は不確」とされており、公にすることにより国の安全等に支障が生じるおそれはないのか。
p.75	p.141	4 日本側調査額	3行目	韓国人分送高(郵便貯金・振替貯金)	地裁関連判決で明らかであるため新たに利用に供する旨の回答があった。
p.75-76	p.141-143	(1) 郵便貯金の朝鮮人分推定方法	p.143の8行目まで	上記の利息(36年8月まで) 算出方法	地裁関連判決で明らかであるため新たに利用に供する旨の回答があった。 ・調査額について新たに利用に供する場合、算出方法を引き続き利用制限する必要性は低いのではないのか。 ・算出に係る項目が以下に明らかであるにも関わらず、この4行を利用制限する意味はあるのか。
p.76-77	p.143-145			上記に係る数値	・調査額について新たに利用に供する場合、その内訳にあたる数値を引き続き利用制限する必要性は低いのではないのか。 ・郵政省貯金局の調査を基礎としており、数値については同省の刊行物や移管文書で公開されていないのか。
		(2) 郵便振替貯金	p.143の18行目からp.145の10行目まで	算出方法	・調査額について新たに利用に供する場合、算出方法を引き続き利用制限する必要性は低いのではないのか。 ・算出に係る項目が以下に明らかであるにも関わらず、この8行を利用制限する意味はあるのか。
				上記に係る数値	・調査額について新たに利用に供する場合、その内訳にあたる数値を引き続き利用制限する必要性は低いのではないのか。 ・郵政省貯金局の調査を基礎としており、数値については同省の刊行物や移管文書で公開されていないのか。

(別紙)

ヴォーン・インデックスの具体例

不開示文書の場合

①		②
		③
	④	
⑤		
⑥		
⑦		

①はあて名の表示である。

不開示条項は……であり、それに該当する理由は……である。

②は日付の記載である。

不開示条項は……であり、それに該当する理由は……である。

③は発信者（作成者）の所属及び氏名である。

不開示条項は……であり、それに該当する理由は……である。

④は文書の表題である。……と記載されている。

不開示条項は……であり、それに該当する理由は……である。

⑤は前書き部分で、……行にわたり、この文書の趣旨を説明したものである。

不開示条項は……であり、それに該当する理由は……である。

⑥は第一項の表題である。（……と記載されている。）

不開示条項は……であり、それに該当する理由は……である。

⑦は第一項の記載内容であり、……に関して、……行にわたり記載してある。

不開示条項は……であり、それに該当する理由は……である。

* 前掲注349) 森田明・新海聡両弁護士提供による。