



平成20年（行ウ）第231号 日韓会談文書一部不開示決定処分取消等請求事件

原告 吉澤 文寿 外9名

被告 国

原告準備書面(1)

2008年10月29日

東京地方裁判所 民事第3部 A2係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士	東	澤	靖
同	川	口	和子
同	二	関	辰郎
同	小	町	谷育子
同	魚	住	昭三
同	古	本	晴英
同	張		界満

第1 情報公開（不開示決定処分取消）訴訟の司法審査の枠組み

1 はじめに

被告国は、本件で問題となっている行政機関の情報の公開に関する法律（以

下、「情報公開法」又は「法」という。) 5条3号、4号の不開示事由に該当しないことについての主張立証責任があたかも情報公開請求者である原告らにあり(答弁書23頁)、さらには不開示事由該当性に関する行政機関の長の裁量権が広汎なものである(同17頁)かのような、誤った主張を行っている。この点は、情報公開法の不開示事由該当性に関する司法審査の枠組みを決定する重要な問題であるので、本準備書面において、被告国の主張の誤りを指摘し、原告らの主張——①開示・不開示の基本的枠組み、②不開示事由該当性の主張立証責任が行政機関にあること、③行政機関の長の裁量の範囲は限定されていること及び④本件における具体的な主張立証方法——を明らかにする。

2 情報公開法における開示・不開示の基本的枠組み

(1) 要綱案に見られる基本的枠組み

被告国も引用している「情報公開法要綱案の考え方」(答弁書15頁、16頁)(以下、「考え方」という。)は、行政改革委員会行政情報公開部会において、諸外国及び地方公共団体の情報公開制度の運用状況や判例等の状況を調査し、行政機関や多数の関係団体等の幅広い意見聴取を経て、「情報公開法要綱案」(以下、「要綱案」という。)とともに策定されたものである。そして、行政改革委員会において、さらに調査審議を行った結果、要綱案と考え方が「情報公開法制の確立に関する意見」として、内閣総理大臣に意見具申された。情報公開法の条文は、この要綱案と「考え方」に立脚して作られており、情報公開法の成立過程において、要綱案と「考え方」は、その条文解釈を行ううえで、最も有力な資料の一つである。

そのような意義を有する「考え方」を見てみると、情報公開法においては、法5条3号、4号の場合を、他の不開示事由の場合と区別することなく、行政文書はあくまでも開示が原則であって、この開示は行政機関の長の義務であるという基本的枠組みが採用されていることが分かる。

すなわち、「考え方」3(2)は、

「(2) 開示・不開示の枠組み

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。このように、行政機関の保有する情報を広く公開することの公益性は、1(1)に述べたところであるが、他方、行政機関の保有する情報の中には、開示することにより、私的な権利利益を害し、又は公共の利益を損なうおそれを生ずるものがある。すなわち、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。そこで、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、不開示情報が記録されている場合を除き、行政文書は請求に応じて開示されるものとすべきである。

このような考え方から、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。

(下線は原告代理人)

と述べている。ここに示されているように、「考え方」は、法5条3号、4号の場合を他の号と区別することなく、原則として開示は行政機関の長の義務であるという基本的枠組みを堅持している。また、ここでは、「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」であるとして、両者を対等に国民の利益につながるものとして扱っているのであり、行政機関の長の裁量的な判断をことさらに優先・尊重するという考え方は反映されていない。

他方で、「考え方」が行政庁の裁量的判断を前提として導入しているのは、「公益上の理由による裁量的開示」である。この裁量的開示について、「考え方」は、「一般的には開示されないことの利益が認められる情報についても、高度の行政的な判断として、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。そこで、本要綱案では、このような場合における行政機関の長の裁量的判断による開示の規定を更に設けることとした（第7、後述4（8））。」としている（「考え方」3（2））。ここでは、法5条3号、4号の場合とは対照的に、「行政機関の長の裁量的判断」を明記しているのである。

このように、「考え方」では、不開示事由の該当性判断においては、法5条3号、4号の場合であっても特段に行政機関の長の判断における裁量権の行使を前提とした規定を設けることはせず、行政機関の長による裁量的な判断は、一般の不開示事由とは区別された公益裁量開示において前提とされているに過ぎない。そして、不開示事由の判断においては「裁量」の用語は用いず、あくまでも原則開示であって、しかもその場合における開示は行政機関の長の義務であるという立場を堅持しているのである。

（2）法文に見られる基本的な枠組み

このような「考え方」の立場は、そのまま情報公開法の法文にも反映されている。法5条は「行政文書の開示義務」という見出しの下、法5条3号、4号にも共通して適用される規定として、法5条本文において、「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。」と規定し、原則として行政文書を開示する義務が行政機関の長にあることを明らかにしている。

そのうえで、情報公開法は、義務としての開示とは別に、行政機関の裁量による開示・不開示を認める条文として法7条（「公益上の理由による裁量的開示」）を別途設けている。

このように、法7条の場合は行政機関の長の裁量の問題になるのに対し、法5条の不開示事由の場合には、原則開示が行政機関の長の義務とされているのである（なお、法7条の裁量は、開示方向、すなわち開示請求者の権利を拡大する方向についてのみ認められるものであって、行政機関の長による開示義務を制限する方向での裁量を認めるものではない。）。

したがって、情報公開法における開示・不開示の基本的枠組みや条文の構造、規定の仕方を踏まえるならば、法5条の不開示事由には、その規定の表現に多少の相違はあっても、原則と例外とを逆転するような意図は含まれておらず、また、行政機関の長の判断について、特段の裁量権の行使を前提としたり、その裁量権の範囲を区別する目的は存在しないと言わざるを得ない。その意味で、法5条の不開示事由における3号、4号の表現が、他の号とは異なることを理由に、主張・立証責任の転換や行政機関の長の裁量について区別を導こうとする被告国の主張は、法の基本的な枠組みに矛盾した解釈であると言わざるを得ない。

(3) その他の立法資料に見られる基本的枠組みをめぐる論議

以上の点は、法の立案時の資料である各種の資料からもより具体的に明らかとなる。

総務省の保有する「情報公開法案検討要素案からの変更点について」（甲7の4）は、情報公開法案（素案）をめぐる総務省の立法担当官と内閣法制局担当官とのやりとりを記録した文書であるが、その中で法5条3号、4号（素案では、6条3号、4号）の立案に関する過程で、匿名（A、B）で次のような検討がなされている（甲7の4、17-18頁）。

○第6③④関係

A) 表現については、第1目的と第6③④が、一番気になっている。

B) 「認められる」を「認めるに足りる」に変え、非常に客観的な言葉だったのを読みやすくした。

A) マクリーン判決を参考にしたのだろうが、あれは、概括的な規定の仕

方+事柄の性質上、大臣の裁量に任せないと裁判所では判断できないもの。また、伊方原発訴訟でも、原子炉等規制第24条第1項第2号が「災害の防止上支障のないもの」という概括的な書き方になっていることと、原子力委員会の意見を聴くなど高度に専門技術的判断ということで要件裁量的なものを認めた。

すなわち、法文の書き方と処分の事柄の性質で裁量が認められるかどうかが決まる。「相当の理由」という言葉を使ったからといって、裁量があるということにはならない。

全部「おそれ」と書いても、事物の性質と、要件裁量の認められる概括的な書き方をしておけば〔判読不能〕方がいい。

B) ⑤⑥と違う書き方にすることが必要であり、裁量の余地が広いことを明確にしたい。

A) ③、④は相当の理由まで立証する必要があるし、⑤、⑥はおそれという概括的なものを立証すれば足りると、逆に読まれるおそれがある。

B) ④については、情報公開法が悪用されるおそれや、公開法廷でうまく立証できるかについて不安がある。「相当の理由」という言葉にはこだわらない。

A) 「相当の理由」は削除したほうがいい。これだとかえって裁量の幅を狭める形にかりかねない(ママ)。実際問題として、要件に当てはまるかどうかで判断するので、気持ちだけの問題。概括的かつ高度の行政的判断が必要なことさえ書いてればよく、語尾であやをつけるのは難しい。「認める」のは誰か。

B) 第一次的には行政機関だが、最終的には裁判所。レベルが違うことは、できれば法律でハッキリさせておきたい。

A) 銃刀法について、「相当の理由」と書いてあるがために規定が使えなくなっているという話を聞いたことがある。コンメンタールで調べておい

てほしい。

B) おそれがあるかどうかではなく、おそれがあると判断したことについて、相当の理由があるかどうかではないか。

A) 立証としては同じではないか。名誉毀損の真実性の証明の話や、間違っただけの情報に基づいて報道した場合でも、相当の資料、根拠があればいいという話に似ているのか。

すなわち、立法担当者は、法5条3号、4号の不開示事由について、行政機関の長の裁量の余地が広いことを法文上に盛り込みたいとの希望や、マククリーン判決を参考にしたいとの考えがあった一方で、そのために「相当の理由」という文言を加えたとしても、結局は「立証としては同じではないか。」という結論、さらには逆に「相当の理由まで立証する必要がある」と読まれる可能性や、「これだとかえって裁量の幅を狭める形にかりかねない(マ)。」との疑問を持っていたのである。

また、同じく総務省の保有する「説明結果概要」(甲7の2)も、同様の結論や疑問を繰り返している(2-3枚目)。

○第6条第3項及び第4項関係

A) 「おそれ」だけでも要件裁量が認められるところを、「おそれがあると認めるに足りる相当の理由がある」とすると、裁量の幅を狭めているように読める。現に誤解している人がいるのだから、表現を工夫する必要がある。

単に「おそれ」を立証するより、「相当の理由」を立証する方が難しいのではないか。「一応の理由」ならともかく、「相当の理由」はかなり強い表現である。

B) 「一応の」は部会で却下された。また、公開法廷での審理を踏まえて、ややあやふやな証拠でもある程度は認められるようにしたいということもある。

A) もっとも明解なのは、「おそれがあると行政機関の長が認める情報」だが、それは無理だとしても、認める主体が行政機関であることを何らかの形で明らかにするというのが一つの考えられる方法ではないか。

すなわち、「おそれがあると認めるに足りる相当の理由がある」という表現は、逆に「裁量の幅を狭めているように読める」表現であることを認識した上で、結局は、「ややあやふやな証拠でもある程度は認められるようにしたい」との希望を反映するような文言表現は、結果として取られなかったのである。条文上の表現を「一応の理由」という文言にしようとしたこともあるが、それは部会で却下されたために採用されなかった。

以上の立法資料もまた、法5条3号、4号の「相当の理由」という表現が、他の例外事由との区別を示すものと解釈する困難さを如実に示している。

(4) まとめ

以上に詳しく見たように、要綱段階の「考え方」や実際に制定された法文を見れば、法5条3号、4号については、行政機関の長の裁量の幅についても、立証責任についても、他の不開示事由と区別することを目的とする事情は存在しなかった。そして立法資料においては、そのような区別を意図する考えが存在したものの、「認めるに足りる相当の理由がある」との表現はかえって裁量の幅を狭める表現となる可能性があることが認識しながらもそのまま温存され、区別を明示する法文の表現は取られなかったのである。

3 不開示事由該当性の主張・立証責任の所在

(1) 立法過程からの論理的帰結—主張立証責任は被告国にある

以上検討した点を踏まえるならば、法5条3号、4号の不開示事由について、他の不開示事由とは区別して、「行政機関の長の裁量権の範囲を超え、又は、その濫用があったことを基礎付ける事実」について原告に立証責任をもとめる被告国の主張（答弁書23頁）は誤りである。法によって認められた権利としての情

報公開請求権に対して、それを拒否するための不開示事由についての立証責任が行政機関の長に存在することは、被告国が認めるとおりである。そして、法5条3号、4号の不開示事由については、「裁量権」の存在故に立証責任を転換するような特別な意味は、その立法過程を見ても法文の表現を見ても何ら存在しない。加えて、「考え方」が述べるように、不開示事由を主張しての不開示も「共に国民の利益」のためになされることを考えれば、行政機関の長がどのような「国民の利益」のために不開示行うのかについて主張や立証をつくすべきことは当然といえるであろう。

(2) 情報公開法の法文自体が主張立証責任の所在を規定している

一般に、行政実体法の多くは、第一次的には行政庁に向けられた行為規範であって訴訟における主張立証責任を意識して立法されているものではない。しかし、情報公開法は、次の点で、一般の行政実体法とは異なり私法に類似した内容となっており、主張立証責任については法文にそれが示されているといつてよい。すなわち、情報公開法は、開示請求権について開示請求者と行政機関との間の法律関係を規定しており、開示請求対象文書の公開の可否をめぐって開示請求者と行政機関との間で争訟が発生することを前提に、それを開示義務と例外的な不開示事由を定めた規定によって解決することを意識して法文が構成されている。そして、前記2(1)で述べたとおり、情報公開法は、「考え方」等に立脚しており、その立法過程において、法に先行する地方自治体の情報公開条例をめぐる訴訟の状況を十分踏まえた上で法文作りがなされており、情報公開法と同じく情報公開条例における例外的な非公開事由について「その判断を可能とする程度に具体的な事実を主張、立証」する責任を行政庁に課した最高裁判例（大阪府水道部の事業の施行のための懇談会等に係る公文書公開の事案：最判1994年（平成6年）2月8日民集48巻2号255頁、判例時報1488号3頁）が確立した後に、制定されたものである。したがって、情報公開法は、その法文自体に立証責任の所在が規定されている法律であると見なければならぬ。

(3) 情報公開法案の国会審議でも明言されている

情報公開法案の国会審議においても、政府委員（瀬上信光）は、参議院総務委員会において、法5条3号、4号に関する質問に対して次のような答弁を行っている（第145回国会、1999年3月11日、参議院総務委員会議事録 甲8）。

○福島瑞穂君 尊重されるとおっしゃいましたがけれども、これでいささかも原告の立証責任が加担されるとかそういうことではないわけですね。

○政府委員（瀧上信光君） 情報公開の訴訟におきましての立証責任の問題につきましては、この問題については裁判所は行政機関の第一次的な判断が合理性を有するかどうかといったことについて判断をするわけでございます。そういった点につきましての立証というものは行政機関の方で立証し、そして、合理的な理由を有する限度であればそういったものにつきましては行政機関の判断が尊重されるというような仕組みになっておるわけでございます。

（下線は原告代理人）

この答弁に照らしても、被告国が、法の趣旨や基本的枠組みから逸脱した独自の主張を行っていることは明らかである。

(4) 原告に不可能を強いるに等しい

被告国は、「行政機関の長の裁量権の範囲を超え、又は、その濫用があったことを基礎付ける事実については原告が主張立証責任を負うものと解すべきである」と主張するが（答弁書23頁）、対象となる行政文書を見ることができない原告が、そのような基礎付け事実を主張立証することは、原告に不可能を強いるに等しい。したがって、仮に被告国が主張するような主張立証責任の分配方法を採用すれば、法5条の不開示事由に関する主張立証責任を実質的に逆転させ、原則開示という枠組みを逆転させることになるうえ、例外としての開示すら、まず認められないという結果をもたらすことになる。

したがって、主張立証責任に関する被告国の主張は、情報公開法の立法資料や条文の規定に照らし、誤りであることは必定である。同様に、当該被告国の主張

に沿った判断をした5条3号、4号に関する判決例が仮にあるのであれば、それらは見直されなければならない。

4 法5条3号、4号不開示決定における行政庁の裁量権の範囲

(1) はじめに

「考え方」は、「司法審査の場においては、裁判所は、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どうかを審理・判断することとするのが適当」と述べている。原告としても、一般論として、法5条3号、4号に関して、「行政機関の長の第一次的な判断を尊重」することとされていることを否定するものではない。しかしながら、行政機関の一次的判断を尊重するとは言っても、その尊重の程度や合理性判断の仕方には様々な幅がありうる。

この点について、被告国は、最高裁1978（昭和53）年10月4日大法廷判決・民集32巻7号1223ページ（以下「マククリーン事件判決」という。）を引用するなどして、司法審査を制限する主張を試みているが、マククリーン事件判決と本件とでは、問題となる事柄の権利性や、処分の根拠となる条文の規定ぶり等が大きく異なる。

(2) マククリーン事件判決との相違

マククリーン事件判決は、被告国の主張するとおり（答弁書17頁）、「右判断に関する前述の法務大臣の裁量権の性質にかんがみ、その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法となるものというべきである。」と判示している。

しかしながら、他方、同判決は、「法が処分を行政庁の裁量に任せる趣旨、目的、範囲は各種の処分によって一様ではなく、これに応じて裁量権の範囲をこえ

又はその濫用があつたものとして違法とされる場合もそれぞれ異なるものであり、各種の処分ごとにこれを検討しなければならない」と判示しており、同事件でとられた判断基準が、ただちに他の処分にも適用されるものではないことを明確にしている。

この点を踏まえてマクリーン事件判決の場合を検討すると、同事件の場合には、外国人の入国の権利や在留する権利が問題となっていたが、マクリーン事件判決は、この点について、「憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、所論のように在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもない」と解すべきである、「出入国管理令上も在留外国人の在留期間の更新が権利として保障されているものでないことは、明らかである。」と判断している。

他方、本件訴訟で問題になっている情報公開法に基づく開示請求権の場合には、当該権利が憲法上の知る権利を具体化した権利であるか否かについては争いがあるとしても、少なくとも開示請求権が法律上の重要な権利である点には争いはない。すなわち、開示請求権は、憲法上の原理である「国民主権の理念にのっと〔った〕」権利であり、「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目的」（情報公開法1条）とする権利であって、民主主義の推進に資する法律上の重要な権利である点については、被告国も争わないであろう。

さらに、条文の規定の仕方としても、マクリーン事件判決の場合には、単に「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、これを許可することができる」（出入国管理及び難民認定法二一条三項）という規定ぶりになっている。規定されているのは、「適当と認めるに足りる相当の理由」というだけであり、「在留期間の更新事由が概括的に規定されその判断基準が特に定められていない」（マクリーン事件判決）うえ、更新を認める場合が例外になると

いう規定の仕方になっている。

これに対し、本件訴訟において問題になっている法5条3号、4号の場合には、「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」、「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」という規定の仕方になっており、マクリーン事件判決の場合のような概括的な規定ぶりになってはいない。

そして、「おそれ」の判断に当たっては、「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求められる」（総務省行政管理局編『詳解情報公開法』57頁）。『詳解情報公開法』におけるこの記述自体は、情報公開法5条2号に関するものであるが、①同一法令における「おそれ」という同一の文言であること、②「考え方」では、「開示請求に係る情報について、開示することによる支障を個別具体的に判断するための定性的な要素（例えば、「〇〇が害されるおそれ」）で不開示情報の範囲を画する方法が考えられるが、この方法のみでは、基準の定め方が概括的・抽象的になり、制度の安定的な運用に困難を来す場合があり得る。そこで、本要綱案では、不開示とすることにより保護される利益に着目し、個人に関する情報、法人等に関する情報、国の安全等に関する情報、公共安全等に関する情報、審議・検討等に関する情報及び行政機関の事務・事業に関する情報の六つの類型に分けた上、事項による基準と定性的な基準とを組み合わせることを基本として、不開示情報の範囲をできるだけ明確かつ合理的に画することができるような規定とすることとした（第6）」と記載されており（「考え方」4（1））、「不開示情報の範囲をできるだけ明確かつ合理的に画することができるよう」に振り分けがなされており、その際に定性的要素を示す「おそれ」を類型ごとに区別することはうかがわれないことに照らすならば、法5条3号、4号における「お

それ」についても、法5条2号の場合と同様に、「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求められる」というべきである。

また、すでに述べたとおり、開示請求権が認められることが法律上も原則とされている点において、更新が例外的に認められる場合であったマクリーン事件の場合と本件とでは、原則と例外が逆になっている。

さらに、すでに見たとおり、情報公開法の立法資料として重要な「考え方」では、公益裁量開示の場合と区別して、不開示事由については「裁量」という用語を一切用いていない。

このように、マクリーン事件判決の場合と本件とでは、対象となる事柄、あるいは、行政機関の判断の結果制約を受ける事柄の権利性の有無や、条文の規定の仕方等が全く異なる。したがって、マクリーン事件判決の判断基準をそのまま本件に当てはめて、行政機関の長に対して白紙に近い広範な裁量権を認めることはできない。なお、法5条3号、4号とマクリーン事件判決との間にこのような違いがあることは、すでに見た立案時の立法資料において、「マクリーン判決を参考にしたのだろうが、あれは、概括的な規定の仕方+事柄の性質上、大臣の裁量に任せないと裁判所では判断できないもの。」と指摘されており、立法担当官によっても認識されていたことである。

(3) 踰越濫用型審査よりも厳格な審査手法が採用されるべきである

行政活動の内容面に対する司法審査については、従前、行政行為を類型化し、羈束裁量行為には全面的に司法審査を及ぼし、便宜裁量行為については、裁量権の踰越濫用型の審査手法がとられた時代があった。しかし、今日では、ほとんどすべての行政作用にその広狭はともかく行政裁量の余地が認められ、行政裁量が一般化している状況にあり、ここで裁量権の踰越濫用型の審査方法のみに依拠しているならば、行政活動の内容面に対する司法審査はおよそ及ばないことになりかねない。行政裁量の存否及び幅を決定するには、法律の規定の趣旨及び当該行政作用の性質—侵害処分か授益処分か—を考慮しつつ、行政判断過程の具体的局

面に応じたきめ細かな総合的判断が必要となっている。

また、判例においては、特に、生命、身体、健康、表現の自由、信教の自由など高度の人権価値が認められる事案において、踰越濫用型審査よりも厳格な適法性審査手法が採られている（伊方原子力発電所事件：最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁、皇居前広場メーデー事件：最大判昭和28年12月23日民集7巻13号1561号、剣道実技拒否による原級留置・退学処分事件：最判平成8年3月8日など）。

したがって、情報公開法5条の法律の規定の趣旨が原則開示であり、不開示が例外であることや、民主主義の推進に資する法律上の重要な権利である開示請求権が侵害されている事案であることからして、本件では踰越濫用型審査よりも厳格な審査手法が採用されるべきである。

(4) まとめ

以上述べたとおり、マクリーン事件判決で示された行政機関の判断に広範な裁量を認める考え方は本件ではとりえず、立法資料に照らしても、法5条3号、4号の場合であるからといって、他の不開示事由の場合と比較して、ことさらに開示請求者の負担を重くしているということもできない。それゆえ、本件の不開示事由の有無の司法審査においては、マクリーン事件判決で示された広範な裁量権を前提とする審査基準を用いることは誤りであり、先の政府委員の答弁も述べるように、行政機関の長の「第一次的な判断が合理性を有するかどうか」を被告国の具体的事実の主張及び立証に基づいて判断されるべきである。

この点について、名古屋地裁2003（H15）年10月15日判決（訟務月報52巻8号2473頁）は、その前提として、マクリーン事件最高裁判決を引用した裁量権判断の方法や裁量権の逸脱濫用についての立証責任などについて、不正確な一般論を述べているものの、その結論においては、法5条3号の処分の性格に照らして、以下のような判断を行っている（当該判示部分は、控訴審である名古屋高裁2005（H17）年3月17日判決・訟務月報52巻8号244

6頁によって是認されている。)

国の安全や他国若しくは国際機関との交渉に関する正確かつ詳細な情報は専ら国の側にある行政機関の長が保持しており、国民の側としては、公にされている刊行物やメディアによる報道等から概括的に入手するほかないと考えられることなどに照らすと、行政機関の長において、まず、その前提とした事実関係及び判断の過程等、その判断に不合理のないことを相当の根拠に基づいて主張立証する必要がある、これを尽くさない場合には、行政機関の長のした判断が裁量権を逸脱又は濫用したものであることが事実上推認されるというべきである（最高裁判所平成4年10月29日第一小法廷判決・民集46巻7号1174ページ参照）。

この判決が指摘する、司法審査の対象が行政機関の長の「前提とした事実関係及び判断の過程等、その判断に不合理のないこと」、そしてその審査を可能とするために行政機関の長が「相当の根拠に基づいて主張立証する必要がある、これを尽くさない場合には、行政機関の長のした判断が裁量権を逸脱又は濫用したものであることが事実上推認される」こと、は、本件訴訟においても外務大臣の不開示決定を審査する際の枠組みとされるべきである。

5 米国の秘密指定制度に見る外交文書情報公開の例外

被告国は、外交文書の情報公開については、「特殊性」があり、米国の大統領命令による秘密指定制度など諸外国においても「特別の考慮」が払われているとして（答弁書16頁）自らの主張を正当化しようとする。

日本の情報公開法においては、そのような「特別の考慮」による区別が存在しないことはすでに詳しく述べたとおりであるが、その解釈において仮に諸外国の例を参考にする場合にも、制度の一部だけを恣意的に選択するのではなく、制度全体を参考にする必要があることは当然である。

そして、被告国があげる米国の大統領命令による秘密指定制度は、時間経過に

よる自動的な秘密指定解除措置の仕組みと一体になっているということが、当然に考慮されなければならない。すなわち、外交文書とはいっても、現に進行している外交交渉に関する文書と、すでに数十年を経過して歴史文書の一部となっている文書との間には、文書を秘密とする必要性について自ずから違いがあることは、容易に理解できるところである。そのために米国の大統領命令による秘密指定制度のもとにおいては、25年経過した文書については、自動的な秘密指定解除措置がとられており、例外的にきわめて機密性の高い防衛情報等以外の情報は、すべて開示対象とされている。

すなわち、「大統領命令12958号は、... 自動的な秘密指定解除のメカニズムも設けている。すなわち、大統領命令12958号の施行後5年以内に、25年以上秘密指定されており、合衆国法典44巻のもとで永続的な歴史的価値があると認められた情報は全て自動的に秘密指定解除されることとされている。ただし、この自動的秘指定解除にも例外があり、列挙された9つの危害のいずれかが発生すると予想されると行政機関の長が認定したときには、指定を継続しうる。」(宇賀克也『情報公開法——アメリカの制度と運用』171頁)。

宇賀前掲書は「9つの危害」を説明していないが、大統領命令12958号セクション3.3(b)(2003年改正)(甲9)であげられている例外は、その開示によって国家安全保障が明白かつ確実に害されることになる諜報機関に関わる人物の特定等の事項(セクション3.3(b)(1))、大量破壊兵器の開発を助けることになる情報(同(2))、米国の暗号化技術を損なうことになる情報(同(3))、合衆国の兵器システムの最新テクノロジーを損なうことになる情報(同(4))、その時点でも効力を有する米国軍隊による現実的な戦争計画を明らかにすることになる情報(同(5))、米国と外国政府との関係を深刻かつ明白に損なうことになる情報または米国において進行中の外交活動を深刻かつ明白に傷つけることになる情報を開示することになる場合(同(6))、合衆国大統領等の警備能力を明白かつ確実に損なうことになる情報(同(7))、現在の国家安全緊急軍備計

画を明白かつ確実に損なうことになる情報（同（8））、法令、条約、国際間の協定に違反することになる場合（同（9））など、その対象が明確に限定されている。

本件対象文書と関わりが強いのは外交に関する（6）号の文書であるが、ここでは、「合衆国と外国政府との間の関係を深刻かつ明白に損なうことになる情報、または合衆国の進行中の外交活動を深刻かつ明白に傷つけることになる情報」と規定されており、「深刻かつ明白に」というきわめて厳格な要件が課されている。

ひるがえって、日本の情報公開制度には、このような年月の経過による自動的な秘密指定解除措置が存在せず、すでに歴史的文書の一部となった外交文書についても、近時もしくは進行中の外交文書と同様に、法5条3号、4号の枠組みの中で不開示事由の該当性が判断されることとなっている。しかし、被告の指摘する米国の大統領命令による秘密指定制度を参考にするのであれば、時間経過による自動的な秘密指定解除措置の仕組みとあわせて参考にされるべきものである。すでに交渉終了後40年以上を経過した本件日韓会談文書は、米国の制度では自動的な秘密指定解除措置の対象となり、同制度の下では「深刻かつ確実」が存在しない限り秘密を維持することは許されない文書であることが、まさに参考とされるべきである。

第2 不開示情報の要件該当性の主張方法

1 被告国が行うべき不開示事由の要件該当性の主張・立証

以上に詳しく述べた、法5条3号、4号の主張・立証責任や司法審査の対象に関する基本的な枠組みに照らせば、被告国が行うべき不開示部分の内容に関する主張・立証も、不開示処分の第1次判断の合理性の有無を審査できる程度に具体的なものでなければならないことはいうまでもない。いいかえれば、法5条3号に列挙された、国の安全、信頼関係あるいは外交交渉に関わる、あるいは同条4号に列挙された「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」に関わる事項について、その種類や内容が具体的に特定されていないからといって、加えて、それらの事項が開示されることにより、どのような毀損や不利益のおそれがあるのか（3号）、あるいは支障を及ぼすおそれがあるのか（4号）について、抽象的なおそれを述べるのみではなく、具体的に示されなければならない。本件の開示請求対象の文書が、作成されてからすでに40年余をすぎた歴史的な文書であることを考えれば、その「おそれ」の程度は、先に述べた米国の大統領命令による秘密指定制度のような、「深刻かつ確実」なものであることが主張・立証されなければならないともいうことができる。

この点で前述の名古屋地裁判決は、被告国が行うべき主張・立証の内容について以下のように判断しているが、一つの判断方法として参考にされるべきである。

もともと、行政機関の長が、その判断に不合理のないことを相当の根拠に基づいて主張立証する前提として、当該情報の具体的な内容まで明らかにすることを求められるならば、その開示を強いられるのと同じ結果となるから、行政機関の長としては、その種類、性質、作成主体、作成機会など、第三者機関である裁判所が当該判断に不合理性が含まれているか否かを判断するに支障のない程度の具体性をもって当該情報の内容を特定した上で、これを開示することにより国の安全等を害するおそれがあると判断したことが不合理とはいえないことを基礎付ける事実の主張立証を尽くすことにより、その処分の適法性を維持できると解すべきである。

ここでいう「裁判所が当該判断に不合理性が含まれているか否かを判断するに支障のない程度の具体性」とは、国の説明責任や国民の的確な理解と批判（法1条）という目的の下に、行政機関の長による不開示部分の内容やおそれの判断の合理性について、対象となる行政文書を見ることができない原告が、的確な反論を加えることが可能な程度のものである必要があることも、また、留意されるべきである。

2 主張・立証のための各種の方法

以上に述べた不開示事由の要件該当性を審査するためには、情報開示請求者に不開示情報が開示されたのと同じ結果となることを避け、他方において司法機関が直接に不開示情報を検討して正確かつ信頼性のある判断を行うために、インカメラの方法を取ることが望ましいことは、言うまでもない。そのような方法は、情報公開・個人情報審査会には認められているものの、残念ながら現行法では司法審査の手段としては採用されていない。しかしながら、現行法のもとでも、インカメラ審理に近づくためのさまざまな方法があり得ることを最後に指摘しておく。

(1) 原告が立会権を放棄した検証手続による不開示情報の検討

福岡高裁2008（H20）年5月12日決定（判例集未登載・甲10）は、情報公開訴訟において、実質的にはインカメラを実施するために、原告が立会権を放棄したうえで検証の形式で対象文書を裁判所が見分する方式を採用したものである。

当該決定は、「情報公開法5条3号に該当することを不開示とされた文書については、当該判断は多分に評価的要素を含むものであるから、判断権者によって評価・判断が分かれ得るものであるが、かかる評価・判断の当否については最終的な判断権者である裁判所が判断すべきものというほかなく、かつ、その判断を適正に行うためには、当該不開示文書の微妙なニュアンスまで酌み取れるように、細部にまでわたってその内容を正確に把握する必要性が極めて高いといわなければならない。」と判示している。

(2) ヴォーン・インデックスの作成・提出

ヴォーン・インデックスとは、不開示文書そのものを審査する代わりに、不開示の文書と不開示の理由とを一定の方式で分類・整理した書類のことであり、事案の概要と争点を明確にし、不開示決定の適否を迅速かつ適切に判断するための有効な手段である。不開示決定を行った被告国に具体性をもった主張・立証を促

し、司法機関が迅速かつ適切な判断を行うために、裁判所が釈明処分の一環として行うことは現行法上も十分可能である。

このようなヴォーン・インデックスの作成・提出を命じる場合、その作成方法にはいくつかの例がある。

甲11は、仙台地方裁判所における不開示処分取消訴訟において、訴えの取り下げと引き替えに被告（仙台市）から提出された不開示文書の概要を記載した書類である。この書類においては、質問者の個人情報秘匿されているものの、従前は不開示とされている質問の内容が詳細に記載されている。

甲12は、那覇地方裁判所で、被告（那覇市）が、不開示文書の具体的な内容を示すものとして準備書面の一部として作成・提出された文書である。この訴訟は、那覇市が行った自衛隊施設の建築計画通知書の開示決定処分に対して、国が原告となってその処分の停止を求めたという特殊な形態の訴訟であるが、文書の開示に代わる文書内容の特定方法として参考となる。

甲13は、同じく、横浜地方裁判所の情報公開不許可処分取消訴訟（横浜地裁平成9年（行ウ）第46号）において、被告から提出されたヴォーン・インデックスの例である。

3 被告国による説明のあり方

以上の裁判例などにも照らすならば、被告国による対象文書の内容説明は、裁判所によってなされる評価の前提として、「当該不開示文書の微妙なニュアンスまで酌み取れるように、細部にまでわたってその内容を正確に把握」（前掲福岡高裁決定）できるようなものでなければならない。上記で紹介したヴォーン・インデックスの例を踏まえ、同程度の説明がなされるべきである。

さらに不開示とした理由を説明する部分も、被告国が判断の過程や判断に不合理のないことを相当の根拠に基づいて主張立証すべきであり、その際には、本件文書のように作成から長期間が経過した歴史文書であるにもかかわらず、相当の根拠があるということは、具体的に説明される必要がある。

この点、被告国は、北朝鮮との今後の交渉などを理由としてあげるようであるが、すでに主張したとおり、日韓会談における交渉内容は、韓国側で情報公開法に基づいて開示されている。被告国が将来の交渉相手として懸念している北朝鮮の外交機関が、そのような情報を把握していないはずはないから、それらの文書が知られていることを前提としたうえでも、なお、不開示にすることが必要かつ相当であるということを、被告国は具体性をもって主張立証する必要がある（韓国側が持っていない日本の手の内情報とも言うべき情報も含まれているかもしれないが、交渉の過程において、お互いがさまざまな内部検討を行い、その過程においてある程度幅のある各種意見等が出されることも通常のことであるから、手の内情報であるというだけでは不十分である。）。

そして、そのような具体的な主張立証ができない場合には、「相当の理由」はないという結論になる。

以上