

平成23年(行サ)第166号

沖縄密約文書不開示決定処分取消等請求上告事件

上告人 桂 敬 一 外22名

被上告人 国



上告理由書

2011年(平成23年)12月7日

最高裁判所 御中

上告人ら訴訟代理人

弁護士 清 水 英 夫

弁護士 喜 田 村 洋 一

弁護士 小 町 谷 育 子

弁護士 飯 田 正 剛

弁護士 日 隅 一 雄

## 【上告理由要旨】

1. 行政機関の保有する情報の公開に関する法律（平成11年法律第42号。以下「情報公開法」という。）3条の開示請求権に関し、行政文書の存在に関する主張立証責任を開示請求者側に負担させた原判決は、憲法前文及び1条の国民主権の理念並びに憲法21条の知る権利に違反する（第1）。
2. 知る権利が抽象的権利にすぎず、情報公開法には、日本政府がアメリカ国立国文書館の公文書を取得して公開することは定められていないと判断した原判決は、憲法21条の知る権利に違反する（第2）。

**第1 情報公開法3条の開示請求権に関し、行政文書の存在について主張立証責任を開示請求者に負担させた原判決は、憲法前文及び1条の国民主権の理念並びに憲法21条の知る権利に違反する**

**1 原判決の判示**

原判決は、情報公開法3条の開示請求権に関し、「開示請求の対象である行政文書を行政機関が保有していないこと（当該行政文書の不存在）を理由とする不開示決定の取消訴訟においては、開示請求者が、行政機関が当該行政文書を保有していること（当該行政文書の存在）について主張立証責任を負い、不開示事由があることを理由とする不開示決定の取消訴訟においては、不開示事由の存在につき国が主張立証責任を負うと解するのが相当である」（40頁）と述べ、「政府情報の公開制度の意義、開示請求者が当該行政情報の管理状況を直接確認・調査することが困難であること、情報公開制度の運用の実情、情報公開・個人情報保護審査会には調査権限が付与されているにもかかわらず、裁判手続にはこれに見合う制度がないことなどを考慮しても、上記のとおり説示した行政文書の存否に関する主張立証責任についての結論は左右されるものではない」（41頁）と判断している。

しかし、このように行政文書の存在について主張立証責任を開示請求者に負担させた原判決は、憲法前文及び1条の国民主権の理念並びに憲法21条が保障する知る権利に違反する。

**2 情報開示請求権は「国民主権の理念にのっとり」規定された**

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とする」と規定する。

この規定の持つ意義については、情報公開法の立法過程を振り返

る必要がある。1995年（平成7年）、行政改革委員会のなかに、行政情報公開部会が設置され、「情報公開法要綱案」「情報公開法要綱案の考え方」が作成され、行政改革委員会に提出された。その後、行政改革委員会は、調査審議を行い、「はじめに」、「情報公開法要綱案」及び「情報公開法要項案の考え方」からなる、「情報公開法制の確立に関する意見」と題する答申を内閣総理大臣に提出した。そして、同意見に沿って情報公開法の法案が策定され、国会で制定された。

情報公開法要綱案の考え方は、次のようにその趣旨を説明している。

#### 「(1) 情報公開法の目的

民主主義の健全な発展のためには、国政を信託した主権者である国民に対し、政府がその諸活動の状況を具体的に明らかにし、説明する責務（説明責任）を全うする制度を整備することが必要である。このような制度を整備することによって、国政の遂行状況に対する国民の的確な認識と評価が可能となり、国政に関する国民の責任ある意思形成が促進されることが期待できる。我が国は、議院内閣制を採用し、内閣が行政権の行使について国会に対して責任を負うものであるが、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りた国政の運営を一層実質的なものとすることに資するものである。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上で、適正な意見を形成することを可能とするものであり、国民による行政の監視・参加の充実に資することになる。行政を取り巻く数々の重要課題とその運営の現状にかんがみるとき、このような制度を整備することの意義はますます大きくなっており、このようにして、公正で国民の意思が反映された行政運営を推進することが、現

在及び将来にわたる国民の要望にこたえるところとなるもの  
と考える。」

「行政運営の公開性を向上させ、政府がその説明責任を全う  
するようにするためには、このような従来の制度に加え、行政  
機関の保有するすべての情報を対象として、国民一人一人がそ  
れらの情報の開示を請求することができる権利につき定める  
制度、すなわち一般的な開示請求権制度を確立し、これを情報  
公開法制の中核として位置付けることが肝要である。」

このとおり、情報開示請求権は、憲法上の要請に基づくものであ  
るから、情報公開法に基づく訴訟における主張立証責任も憲法上の  
統制が働くこととなる。

### 3 知る権利の現代的意義

情報公開法は、「知る権利」という文言を定めていない。しかし、  
同法は、憲法 21 条の保障する表現の自由の内容の一つである政府  
情報開示請求権としての意味の「知る権利」を含意すると考えられ  
ている。

知る権利は、憲法 21 条の表現の自由によって保障されている。  
内心における思想や信仰は、外部に表明され、他者に伝達されては  
じめて社会的効用を発揮する。その意味で、憲法 21 条の保障する  
表現の自由は、個人の人格形成にとって重要な権利であるとともに、  
とりわけ、国民が自ら政治に参加するために不可欠な前提をなす権  
利である。

人が自己の思想・意見を形成するためには、情報を自由に得るこ  
とができなければならない。今日、国民にとって必要な情報は、国  
家機能の増大とともに政府あるいは集中化・独占化の進んでマス・  
メディアに集中する傾向が顕著になり、また、個人は自分で必要な  
情報を収集することが困難になっている。そこで、情報を保持する  
主体に対して、情報の公開を求める権利を認めることが、表現の自  
由の保障にとって不可欠となっており、この観点を加味して再構成

されなければならない。

(以上につき、芦部信喜・高橋和之補訂『憲法第五版』170～171頁、野中俊彦他『憲法I [第4版]』337～338頁)。

#### 4 知る権利の法的性格

- (1) 知る権利は、国民が情報を収集することを国家によって妨げられないという自由権としての性格を有するにとどまらず、国家に対して積極的に情報の公開を要求する請求権的性格を有し、さらには、個人はさまざまな事実や意見を知ることによって、はじめて政治に有効に参加することができるという意味で参政権的な役割を演ずる権利として位置付けられている。

(以上につき、芦部信喜・高橋和之補訂『憲法第五版』170～171頁、野中俊彦他『憲法I [第4版]』337～338頁)。

- (2) そして、知る権利は、抽象的権利と説かれることが多い。もともと「抽象的権利」という用語は、憲法25条が定める生存権の理解において用いられてきたものである。生存権については、立法者に対して立法その他の措置を要求する権利を規定したものであり、それに対応して国に法的義務を課していると解する説＝抽象的権利説がある。同説は、生存権は憲法上すでに具体的権利として認められている権利ではないから、直接憲法25条1項を根拠として国の立法や行政の不作为の違憲性を裁判で争うことまでは認められないが、この規定を具体化する法律の存在を前提として、その法律に基づく訴訟において、憲法25条1項違反を主張することは許されると解する(野中俊彦他『憲法I [第4版]』478頁以下)。

すなわち、抽象的権利説は、いったん具体的法令の体系が創設されれば、憲法25条1項が裁判規範性を有し、裁判所はその解釈を通じて憲法の要請を貫くことができる(長谷部恭男『憲法第5版』209頁)ということ述べているにすぎない。

また、請求権であるから抽象的権利であるという考え方には混乱がある。抽象的権利説は、法律で内容が具体化されない限り、行政

機関や裁判所で執行可能な権利ではないという意味で、「権利ではない」と理解されてきた。しかし、権利であるかないかということと、権利の内容や行使の要件が憲法に具体的に明記されているかどうかは、同次元に属する事柄ではない。

また、「表現の自由はあくまで自由権であって請求権的なものは含まない」という理解には、ある種の誤解がある。この理解は「請求権は、法律による制度化を待って具体的な権利となる」ということを前提としている。自由権は、請求権と異なり、法律により具体化されていなくても裁判所で憲法上の権利の主張をすることができるということを示していると思われる。

しかし、憲法21条は「一切の表現の自由は、これを保障する」と規定するが、その具体的な内容は、それを制限する法律との関係においてしか明らかにならない。典型的な自由権の一つである財産権も、憲法上の財産権の存在を主張するだけでは、その内実は明らかにならず、民法等の諸規定によってその内容が具体化される。

憲法上の権利の中には、権利ではあるが、「法律による制度化を待って、権利行使の要件が明らかとなり、行政機関や裁判所を通じての権利行使が容易になる」ものが少なくない。しかし、このことは、自由権であるか請求権であるかといった権利のカテゴリー論とは直接の関係はない(以上につき、甲139中島徹意見書6～10頁)。

- (3) また、請求権とされる政府情報開示請求権としての知る権利は判例法上も否定されておらず、むしろそのような性格を有する知る権利が、すでに憲法上認められていることは、実質的なインカメラ審理の実施となる検証物提示命令が争われた沖縄米軍ヘリ墜落事故情報公開請求事件の最高裁判所決定(最高裁2009年(平成21年)1月15日第一小法廷決定・民集63巻1号46頁)の補足意見にみるとおりである。

すなわち、泉徳治裁判官の補足意見は、「インカメラ審理が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

権利をより充実させる。」と述べ、宮川光治裁判官の補足意見は、「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」と述べており、これらの補足意見は、知る権利が憲法上の権利であることを当然の前提にしていると考えられる。

(4) さらに、政府は、情報公開法の開示請求権を、憲法の知る権利を具体化したものであると認識している。

2010年(平成22年)、内閣府に設置された行政透明化検討チームは、情報公開法の改正を議論した。ここで、政府は、情報公開法をはじめとする関係法令が「国民の知る権利」を保障したものであることを「確認」と指摘している(甲141枝野幸男行政刷新担当大臣「行政の透明化に向けて」)。

この政府の表明のとおり、行政透明化検討チームは、「国民が行政文書の開示を請求する権利は、健全な民主主義の根幹を支える極めて重要な権利であることにかんがみ、当該権利が憲法上の権利である『国民の知る権利』を具体化するものであることを、法目的に明示する」ことを決定した(甲142行政透明化検討チームとりまとめ)。

そして、現在、憲法上の知る権利を確認した、情報公開法の改正案(177回国会・閣60号「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」)が国会に上程されているが、同改正案は、1条の目的規定に、「国民の知る権利を保障し、」等の文言を加え、同条を「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及び行政機関の諸活動に関する情報の提供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、もって国民の知る権利を保障し、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、国民による行政の監視及び国民の行政への参加並びに公正で透明性の高い民主的な行政の推進に資することを目的とする。」と改正しようとしている。



## 5 表現の自由と民主制の過程との関係

- (1) 表現の自由に関しては、経済的自由権等を制限する場合よりも、その規制の可否の判断を慎重に行わなければならないとされる（いわゆる表現の自由の優越的地位論）。これは、「民主制の過程を支える精神的自由・・・が不当に制限されている場合には、国民の知る権利が十全に保障されず、民主制の過程そのものが傷つけられているために、裁判所が積極的に介入して民主制の過程の正常な運営を回復することが必要」という民主制の過程論を根拠としている（芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第4版〕』182頁）。
- (2) 民主制の過程における表現の自由の重要性は、最高裁判所においても確認されている。すなわち「主権が国民に属する民主制国家は、その構成員である国民がおよそ一切の主義主張等を表明すると共にこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意思をもって自己が正当と信ずるものを採用することにより多数意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその存立の基礎としているのであるから、表現の自由、とりわけ、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ものであり、憲法21条1項の規定は、その核心においてかかる趣旨を含（んでいる）」のである（北方ジャーナル差止国家賠償請求事件・最高裁1986年（昭和61年）6月11日大法廷判決・民集40巻4号872頁）。泉佐野市民会館事件の最高裁判所判決（最高裁1995年（平成7年）3月7日第三小法廷判決・民集49巻3号687頁）も、厳格な審査手法を採ることによって、表現の自由（一類型である集会の自由）を重視する姿勢を示している。
- (3) 他方、情報を自由に受領する権利についても、未決拘禁者の新聞の閲読の自由が争われた事案において、「新聞誌、図書等の閲読の自由が憲法上保障されるべきことは、思想及び良心の自由の不可侵を定めた憲法19条の規定や、表現の自由を保障した憲法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」

(よど号ハイジャック新聞記事抹消事件・最高裁1983年〈昭和58年〉6月22日大法廷判決・民集37巻5号793頁)として、憲法上の保障が及ぶことが明確にされている。

また、法廷でメモを取ることの不許可処分が争われた事案において、各人が自由にさまざまな意見、知識、情報に接し、これを撮取する自由は、憲法21条1項の表現の自由の規定の趣旨、目的から、その派生原理として当然に導かれるものであり、「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らしめるものたらしめるためにも必要」であると確認されている(法廷メモ事件・最高裁1989年(平成元年)3月8日大法廷判決・民集43巻2号89頁)。

さらに、「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」(博多駅(テレビフィルム提出命令)事件・最高裁1969年(昭和44年)11月26日大法廷決定・刑集23巻11号1490頁)との最高裁判所の判断は、現代における表現の受け手の自由として「知る権利」を捉えたものである(なお、最高裁1978年(昭和53年)5月31日第一小法廷決定・刑集32巻3号437頁は、「国民の知る権利」と表記しているのであり、「知る権利」は、最高裁判例上も、通常のコリ利として認められている。)

## 6 情報公開法1条の目的規定には知る権利が含意されている

(1) 情報公開法は、1条の目的規定に、知る権利という文言を規定しなかった。しかし、知る権利という文言がないとしても、情報公開法は知る権利を否定したものではない。

この点について、「情報公開法要綱案の考え方」は、次のように説明している。

### 「(2) 『知る権利』について

我が国における情報公開法の制定に関する議論の中で、「知る権利」という言葉は、国民の情報公開法制に対する関心を高め、

その制度化を推進する役割を果たしてきたところである。」

『知る権利』については、憲法学上、国民主権の理念を背景に、表現の自由を定めた憲法 21 条に根拠づけて主張されることが多い。この主張は、表現の自由は、国民が広く思想や情報を伝達し、またそれを受け取る自由のみならず、政府が保有する情報の開示を求める権利（政府情報開示請求権）をも含むという理解であり、この場合、後者が特に『知る権利』と呼ばれている。このような理解に立つ場合でも、『知る権利』は基本的に抽象的な権利であるにとどまり、法律による制度化を待つ具体的な権利となるという理解が有力である。しかし、憲法 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』は憲法上すでに具体的な内容を持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。このように、『知る権利』という概念については、多くの理解の仕方があるのが現状である。上記のような理由から、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。」

この行政情報公開部会のこの説明が、情報公開法の情報開示請求権が憲法 21 条の知る権利に基づくことを否定しているものではないことは、同部会の部会長であった行政法の研究者塩野宏が次のように指摘していることから明らかである。

「奥平さんのジュリスト 1093 号の論文では、民主主義からのアプローチ、人権のアプローチというものがあって、中間報告は人権のアプローチを切り捨てたものではないかという

ご批判があったのですが、少なくとも私の考え方では、これは二者択一ではないという理解です。奥平さんもアメリカ憲法修正1条におけるブレナンの構造モデルを紹介しておられます（奥平康弘『なぜ、表現の自由か』325頁以下）。私もブレナンのいう構造モデルに共感を覚えるのです。そして、それは「知る権利」を否定しているものではないはずなんです。」と述べ、情報公開法の目的規定が知る権利を否定していないことを明らかにしている（「〈対談〉情報公開法制定に向けて」法律時報69巻1号10頁、行政改革委員会が知る権利を否定したわけではないことについて、宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説〔第5版〕36～37頁）。

以上のとおり、情報公開法制定当時、1条の目的規定に知る権利が定められなかったのは、単に、「知る権利」の理解について学説上意見の一致がなかった点を慮ってのことにすぎない。

- (2) 情報公開法1条の目的規定は、情報公開制度という観点から国民主権の理念を掲げたのであり、それは情報公開制度を利用する国民の権利の側面から見れば、知る権利である。

すなわち「政府情報の公開を請求する権利としての『知る権利』を根拠づける理由は、国民主権の理念を行政レベルにおいて実質化するという情報公開法の明示する目的とほぼ重なり合っている上、このような意味での『知る権利』が少なくとも抽象的には憲法21条によって保障されているとの支配的見解の立場からすれば、この抽象的な権利それ自体で今後の立法や裁判の在り方をコントロールすることができる」のである（長谷部恭男「第1章 情報公開法の目指すもの」小早川光郎編『情報公開法 その理念と構造』4頁）。

- (3) 以上から、情報公開法の情報開示請求権は、国民主権の理念にのっとり定められ、憲法21条の保障する表現の自由の内容の一つである、知る権利を含意するものである。

## 7 情報公開制度の意義－情報公開制度は国民主権、民主主義を実効化する制度である

個人が自らの意見を形成し表明するためには、その前提となる知識とそれを支える情報が不可欠である。この意味において、情報公開制度は、民主制の過程において、表現の自由と密接な関係、一体性ないし連続性を有している。

情報公開は、行政がいかに運営されているかの情報を市民に与えることによって、政府が情報を独占したうえで密室の根回しにより行政を運営していくのではなく、「市民による行政監視」によって、「行政への実効ある参加」を可能にし、情報を共有した市民を参加させ、市民との討論を通じて、合意を形成していく行政過程への転換を促すための制度である（宇賀克也『情報公開法の理論 [新版]』5～6頁）。

国民の情報開示請求権を保障すれば、それだけで国民主権や民主主義が実現されたことになるわけではなく、文書が公開され、その内容が明らかになることは、民主主義のはじまりを意味するにすぎない。情報は、開示された時点では生の素材に止まるが、開示された情報をめぐって各人が自らの意見を形成し、意見の異なる他人との対話や論争を経ることで、はじめて開示された情報に社会的意味が付与される。情報の開示から意見が形成されていく過程こそが、民主主義を実現し、国民が主権者であることが実質化されていく道筋である。

このように、国民主権、情報を自由に受領する権利、表現の自由は、民主制の過程を軸として、「国民主権、民主主義を実効あるものにする」点で、表裏一体の関係にある（甲139中島徹意見書）。

## 8 政府情報は国民のものである

国民主権、民主主義の観点からすれば、そもそも政府機関に集積している情報は、国民のもの、すなわち国民が共有する情報である。憲法前文の第一文は「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるも

のであって、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。」と定めており、政府活動は国民のためのものであって、政府の活動に関する情報は国民に知られるように制度化されていなければならない。政府情報を知っていることが本来の姿であり、政府情報は当然に国民に還流されるべきものである（甲124奥平康弘陳述書17頁、甲140渋谷秀樹「情報公開制度の関する方向性」についての意見）。

政府情報が国民のものであることを最も端的に表現したのは、情報公開法の「行政文書」を含む「公文書等」の管理を規律する「公文書等の管理に関する法律」1条である。そこでは公文書等は「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」として、行政主体の説明義務の履行、国民の「知る権利」の実現という側面が重視されている（宇賀克也『行政法概説Ⅲ〔第2版〕』426～427頁）。

## 9 行政文書の不存在の主張立証責任は被上告人側が負担する

政府機関に集積された情報は、本来、国民のもの、すなわち国民共有の知的資源であることからすれば、政府情報を国民が知っているという状態が本来の姿とならねばならない。しかし、しばしば政府自身が政府情報を独占し、その流通を阻み、その結果、国民において政府情報を自由に受領できない状態が生じる。それは情報の自由でゆたかな流れを阻害することとなり、情報を基にして国民が対話や論争を行う意見形成過程を奪う結果を招き、民主制の過程が機能不全に陥ることを意味する（甲139・4～5頁、甲140・2～3頁）。

すでに述べたとおり、国民主権、情報を自由に受領する権利、表現の自由は、民主制の過程を軸として、「国民主権、民主主義を実効あるものにする」点で、表裏一体の関係にある。情報公開制度が国民主権、民主主義を実効化する重要な機能を有していることに照らせば、政府の行為（本件訴訟では不開示決定）により政府情報が国

民に到達しない結果を生じる場合には、表現の自由において提唱される優越的権利論と同様の視点によって、裁判所が権利侵害を認め、民主制の過程の正常な運営を回復することが必要である。

すなわち、表現の自由の優越的権利論は、その帰結のひとつとして、表現の自由を制限しなければならない「やむにやまれぬ公共的利益の存在」の主張立証責任を政府に課し、「公共的利益を実際に促進させるものであることを裁判所の納得のいくまで証明しなければならない責任がある」と説かれる（芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（1）412頁）。

同様に、行政文書の不存在をめぐる主張立証責任の分配についても、民主制の過程の機能の回復を重視し、行政文書の不存在に関しては、被上告人側に主張立証責任が課されなければならない。

## 第2 知る権利が抽象的権利にすぎず、情報公開法には、日本政府がアメリカ国立国文書館の公文書を取得して公開することは定められていないと判断した原判決は、憲法21条の知る権利に違反する

### 1 原判決の判示

原判決は、上告人らが「憲法21条の知る権利に基づき、アメリカ国立公文書館で公開されている本件文書1（1）、（2）及び本件文書2（1）と同一の文書の写しを入手し、説明文及び日本文の翻訳を付して開示する権利を有し、被上告人はこれに応じる義務がある」旨、主張したことについて、「憲法上の知る権利が、知ることを妨げられない自由権としての性格を有することには異論がないものの、さらに、積極的に行政機関の長に対して情報の開示を求めることができる権利であるとまでいえるかについては論議のあるところであり、これを積極的に解するとしても、知る権利はそれ自体抽象的な権利にすぎず、行政情報に対する国民の公開請求権については、実定法上の根拠が必要であり、いかなる限度で、どのような要件の下で付与するかについては、立法政策の問題であり、具体的な情報

公開請求権の内容、範囲等は、情報公開法の定めるところによるというべきである。」と述べ、上告人らの求めることは、情報公開法に定めがないとして、上告人らの主張するところは、「立法論をいうものに過ぎず、およそ法解釈論として採用することはできない。」と判示した（62頁）。

しかし、原判決の上記判断は、憲法21条の解釈を誤り、同条が保障する知る権利を侵害するものである。

## 2 原判決の誤り・その1－請求権としての知る権利は憲法上認められている

原判決は、「憲法上の知る権利が、知ることを妨げられない自由権としての性格を有することには異論がないものの、さらに、積極的に行政機関の長に対して情報の開示を求めることができる権利であるとまでいえるかについては論議のあるところであ〔る〕」と判示している。

しかし、現在では、政府情報を知る権利を憲法上の権利として認める考え方が支配的である。また、論議があることが憲法上の権利でないことに直ちにつながるものでもない。

2009年（平成21年）最高裁判所決定の補足意見が、憲法上の知る権利を前提としている内容となっていることからしても、すでに政府情報の開示を求める権利という意味での知る権利は、憲法上保障されている。

原判決は、前記第1で詳述した民主制の過程で国民主権、民主主義を実効あるものにするために機能する知る権利の意義を正しく理解せず、誤った解釈によって、この権利の憲法上の権利性を否定している。

## 3 原判決の誤り・その2－知る権利の抽象的権利性により具体的な情報公開請求権の内容、範囲等は、情報公開法の定めるところによるものではない



(1) 原判決は、知る権利が抽象的な権利であるということから、行政情報に対する国民の公開請求権については、実定法上の根拠が必要であるとするが、「いかなる限度で、どのような要件の下で付与するかについては、立法政策の問題であり、具体的な情報公開請求権の内容、範囲等は、情報公開法の定めるところによるというべきである。」とする。

しかし、原判決のこの解釈は、権利の類型論に拘泥し、また、抽象的権利説の説くところを全く理解していないものであり、憲法上完全な誤りである。

(2) まず、権利を自由権や請求権に類型化する目的は、各種基本的人権の誕生と展開の歴史を踏まえ、その特性を明確にして、その保障を確実にする点にある。その際、基本的人権の種別は相対的で、相互に有機的に関連し合っていることが理解されなければならない。

表現の自由の定義を、各人がその思想・信条などを社会（不特定・多数）に向って訴えるにつき公権力によって妨害されないことをいうとすると、訴えるべき表現の目的・内容によっては政治参加の意義を強く持つてくる。訴えるべき表現の内容を形成するためには、他者による表現活動に自由に接することができなければならない。また、とりわけ政府の活動に自由にアクセスし、政府のもっている情報を取得できることが重要となると考えられる。思想・表現などを含めて「情報」を広く解するとすれば、表現の自由とは”自由な情報流通のための権利”ということができ、その中に「政府情報開示請求権」も含まれてくることになる。

（以上につき、佐藤幸治『日本国憲法論』129頁）

したがって、自由権や請求権の類型では、知る権利が憲法上保障されているか否かを決定することはできない。

(3) また、知る権利が抽象的な権利であるとしても、いったん情報公開法という具体的法令の体系が創設されているのであるから、憲法21条の知る権利は、それにより裁判規範性を有し、裁判所は情報公開法の解釈を通じて憲法の要請を貫くことができる。

原判決は、すでに知る権利が裁判規範性を有しているにもかかわらず、国民の公開請求権が、「情報公開法の定めるところによる」と理解する点で、憲法上の政府情報開示請求権を情報公開法の条文の限りでしか認めないという誤った解釈を行っている。これは、情報公開法という下位法によって、憲法という上位法が定める権利の範囲・内容を確定しようとするものであり、法秩序を無視するものであって、その誤りは明白である。

原判決の解釈では、国会が憲法を具体化するように立法しなかった場合には、「立法政策」の問題となり、具体的な法律に定めがないという理由から、憲法が機能する余地がなくなることになりかねない。こうした解釈は、憲法研究者の説く抽象的権利説とは全く異質なものである（前掲佐藤『日本国憲法論』280頁）。

ひとたび情報公開法が創設された以上、情報公開制度の中核と考えられる部分が国会の立法した情報公開法によって縮減されている場合には、裁判所は、それを違憲と判断することもできる（長谷部恭男『憲法第5版』209頁）し、そうすべきである。また、情報公開法は、公開をすることを原則とし、その例外の定め方は明確かつ限定的であることが要請され、非公開決定に対しては実効的な救済手続が用意される必要がある（前掲佐藤・280頁）。

- (4) さらに、抽象的権利説は、国会の立法の具体的な規定で救済ができない場合には、高次の法である憲法を直接に適用することを妨げるものではない。

すなわち、「ひとたびある種の情報開示請求が政治道徳的・憲法的な原理に即して構成できるとするならば、特定の具体的な法律の裏打ちがあろうとなかろうと、その請求は貫徹できる道理である。そうでなければ、それはおよそ「権利」の名に値しない」（奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』201頁）。

しかし、原判決は、情報公開法の規定に記載がないからという理由で、上告人らの請求を否定しており、この点に、重大な憲法解釈の誤りがある。

#### 4 本件情報公開請求の特殊性

- (1) 情報公開法は、日常的な市民生活などの中に生じる標準的な行政問題の解明に役立つ情報を、適時に国民に提供することを目的としていたと考えられる。同法が、本件のような密約という特異・独自の文書の開示請求を射程に入れていたかどうかは疑わしい。

密約文書の多くは、その「密約」的性格のゆえに、国民の目に触れないように保管され、その存在を秘匿されるため、国民がそもそも情報公開請求をなし得ないのが一般的だからである。

本件は、たまたまアメリカ国立公文書館における文書公開によって、密約の存在が確実視されることとなった点で、裁判所に救済を求め得る手がかりを得た、希有な事案である。

- (2) また、現在、本件各文書1及び2は、外務省及び財務省の調査によれば、所在不明となっている。本件文書1(1)及び(2)は、「沖縄返還交渉における難局を打開した経緯又は手法を示す外交関係文書として、第一級の歴史的価値を有するものであり、極めて重要性が高い文書」である(原判決52頁)。そして、本件文書2(1)は、「我が国の財政負担の上限を画するという経済的な面からも重要であり、第一級の歴史的価値を有するのみならず、巨額の無利子預金の密約を直接裏付ける資料として、外貨準備の運用の面からも極めて重要な文書」である(原判決62頁)。こうした第一級の歴史的資料は、「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」(公文書等の管理に関する法律1条)するために保管されていなければならないにかかわらず、外務省及び財務省の保管状況の問題によって、上告人らは開示請求を完全に妨げられている。

情報公開法の適用の前提となる文書管理自体は、ひとえに行政内部関係の論理が100パーセント投影されており、本件では、外務省及び財務省の文書管理の運用・慣行に依拠している。本件文書1(1)及び(2)並びに本件文書2(1)は、こうした両省の文書管理の責任によって所在不明となっているのであり、この所在不明の負担を上告人らの責任に帰せられるべき理由はない。

被上告人は、「不存在」ゆえに不開示決定処分という法形式のレベルを一歩たりとも越えようとすることなく、「不存在」があたかも自然現象であるかのように、事実調査の結果をただ繰り返すのみである。「不存在」の背後には、「不存在」をもたらした行政運用構造があり、その一端に、文書管理という職務遂行のために関係職員に課せられた責任体系があり、さらにそれを監督する責任体系が在った。被上告人は、この行政運営構造の所産に他ならない致命的な「欠落」としての「不存在」、すなわちあってはならない「不存在」の責任を明らかにし説明する義務がある。

(以上について、甲124奥平陳述書20～25頁、甲126我部陳述書(3)7頁)

## 5 知る権利に基づく「代用品」文書の開示の義務付け

(1) 上告人らがアメリカ版文書の開示を求めたのは、日本政府がこれらの文書の日本版を保有していない(「不存在」である)と言い続け、密約の否定に固執し続けているために、やむを得ざる次善の策としてである。

知る権利が、国民主権、民主主義を実行化するために重要な憲法上の位置付けがなされている以上、情報公開法の現行の規定によっては救済がなし得ない本件事案の特殊性に照らし、日本政府に対し、アメリカ国立公文書館の公開文書の取得及び開示が義務づけられなければならない。

(2) アメリカ国立公文書館が公開する文書は、単にアメリカ政府の職員が独自にアメリカのために作成したものではなく、日本政府職員との共同作業の一環として作成されたものであり、両国に正式の行政文書として作成保管されていたと合理的に考えられる。その意味で、それぞれが「一卵性双子の片われ」というに等しい文書である。同文書は、密約情報にかかわる重大文書であるという実体的な意味内容としては、本件各文書と実質的に同じものである。

(以上について、甲124奥平陳述書25～34頁)

(3) このように解することについて、原判決は、情報公開法は、「他国の機関が保管している文書を開示請求の対象としたり、開示決定の対象としていない」とする。

しかし、財務省は、密約調査の際に、実際にアメリカ国立公文書館で本件文書2(1)を入手している。また、外務省は、本件文書ではないが、米軍の軍人等が日本において刑事犯罪を犯した場合に、実質的に重要な事件でない限り、日本側が第一次刑事裁判権を放棄することを、アメリカに約した文書を、外務省のファイルに含まれていなかったとの理由から、アメリカから記録の写しの提供を受け、一般に公表している(2011年(平成23年)8月26日外務大臣会見記録)。

アメリカから資料を入手することは、日本政府にとって何ら負担となるものではない。

(4) 外務省及び財務省は、自らの行政文書管理の運用・慣行が引き起こした、「欠落」文書問題を補整すべきものとして、アメリカ国立公文書館から、自らの責任において「欠落」文書に対応するアメリカ版文書を入手し、上告人らに開示するところによって、はじめて情報公開法1条に定める「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。

## 6 結論

情報公開法の制定によって、行政文書開示請求権が一般的、体系的にようやく認められるようになり、憲法上の「知る権利」を主張しなければ正義がかなわない場合は減少した。

しかし、本件は、その文書の特質と日本政府の密約否定の歴史といった経緯に照らして、極めて例外的に、知る権利によって救済がなされるべき事案に該当する。

したがって、情報公開法を超えた、より高き法である憲法の知る権利に基づき、裁判所は、外務大臣及び財務大臣に対し、アメリカ国立公文書館で公開されている、本件文書1(1)、(2)及び本件

文書 2 (1) と同一の文書の写しを入手し、説明文及び日本文の翻訳を付して、上告人らに開示することを義務付けるべきである。

以上