

## 〔論 説〕

## 情報公開制度にかかる憲法的統制の一考察

——「職権取消・撤回」と「訴えの利益」の  
消長の事例研究を中心に——

小 林 直 樹

## 目次

## はじめに

- 1 情報公開訴訟における「訴えの利益」の消長 ～平成 14 年最高裁判決の理解～
- 2 情報公開訴訟における他の「訴えの利益」の事例
  - (1) 訴訟係属中の行政文書（公文書）について、不開示決定が取り消された後に取消部分に係る当該文書が開示された場合

## 小括

- (2) 先行する決定が変更され、又は取り消されて新たな決定が下された場合

## 小括

- 3 情報公開制度における憲法的統制
- 4 情報公開制度における職権取消・撤回の問題
- 5 情報公開制度における職権取消・撤回の憲法的統制
- 6 「知る権利」と「訴えの利益」の消長問題

## おわりに

## は じ め に

日本の情報公開制度は、国レベルでは行政機関情報公開法が 1999 年に制定され、2001 年に施行（独立行政法人等情報公開法は 2001 年制定、2002 年施行）されて以降、審査会の答申や判例の蓄積をみると、確実に日本に定着しているといえる。しかしながら、情報公開制度が整った後も積み残された問題・課題、新たな問題

の解決について論文等で指摘されることが少なくなかった。<sup>1)</sup> 2009年8月30日の第45回衆議院議員総選挙の結果、民主党を中心とした政権が誕生し、2010年4月15日に「行政透明化検討チーム」(検討チーム)が編成され、請求者側の立場にたった、いわば「使い勝手の良い情報公開法」の改正を目指した。検討チームは、これまでの制度の運用状況を踏まえた当時の枝野大臣素案をたたき台として数回の検討を経て改正の方向性を示した「まとめ」を発表し、改革の課題および諸論点を記載した。<sup>2)</sup> しかしながら、2011年3月11日の東日本大震災以降、改正案は国会に提案されることなく道半ばにして改革は停止し、行政機関情報公開法および独立行政法人等情報公開法の改正は実現していない。

とはいえ、検討会においてまとめられた改正案は、たとえば同1条は、「国民の知る権利」の保障の観点を明示し、加えて「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」と定めるなど、<sup>3)</sup> これまで指摘された課題とその改革の方向性を示しており、今後の情報公開制度の運用および解釈においても参考になるであろう。もっとも、情報公開法制が改正されていない現段階では、現行の行政機関情報公開法および

- 
- 1) 2004年4月27日から翌年3月18日まで計12回の「情報公開法の制度運営に関する検討会」(「検討会」)が開催され、現行法の運用と改善について有識者による検討が行なわれたが、一部政令の改正や運用による改善を目指すという結論が出され、法改正には至らなかった『情報公開制度 改善のポイント 情報公開法制度運営検討会報告』(ぎょうせい、2006)。
  - 2) 検討会の報告について詳細に分析を行っている文献として、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、2014)。なお、「「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)」は、260-309頁、また「論点整理を踏まえた改正の方向性」については、310-21頁参照。このほか、「行政刷新としての情報公開法改正〈特集〉自由と正義 Vol. 61 No. 9 (2010.9) 44-71頁、「情報公開法の改正を巡って(上)——第11回行政法研究フォーラム〈特別企画〉」法時84巻1(2012.1) 59-81頁、「『情報公開法の改正を巡って』討議のまとめ(特別企画 情報公開法の改正を巡って(下)——第11回行政法研究フォーラム)」法時84巻2号(2012.2) 49-57頁、宇賀克也「情報公開法改正の動向と課題」季報情報公開・個人情報保護 Vol. 40 (2011.3) 73-86頁、松村雅生「情報公開法改正の動きと諸論点——行政透明化検討チームとりまとめを踏まえて」警察政策13巻(2011.3) 59-87頁、藤原静雄「情報公開法改正案の概要」季報情報公開・個人情報保護 Vol. 41 (2011.6) 2-7頁がある。
  - 3) 三宅・前掲250-51頁。

独立行政法人等情報公開法の諸規定を、いかに情報公開制度の趣旨・目的ないし憲法 21 条によって保障される「知る権利」と合致させるかが今日の課題である。その課題は、二つの点に集約されるであろう。

第一の課題とは、「知る権利」の実体面の保障である。

国および自治体の情報公開法制は、国民主権原理ないし住民自治・団体自治という地方自治の本旨の下、国民または住民が、情報を入力し、意見を形成し、国政や地方政治への参加の機会を確実にするため、政府ないし自治体は保有する情報を原則公開とし、その説明責任を果たすことが義務付けられている。しかしながら、2014 年の特定秘密保護法の制定により情報公開制度の環境は大きく変化し、国民の政府保有情報へのアクセスチャンネルは狭まり、防衛・治安情報が不開示になる蓋然性が高くなるであろう。いうまでもなく、情報公開法制と特定秘密保護法制のベクトルは異なり、両者は平仄が合わないことが少なくないが、情報公開制度は民主主義および国民主権の根幹であるから、情報公開の趣旨・目的ないし「知る権利」の保障の観点から、保有情報の原則公開という制度運用が求められる。

第二の課題とは、「知る権利」の手続面の保障である。

先に指摘した通り、情報公開制度は開示請求者の使い勝手も考慮されなければならない。すなわち、情報の開示/不開示の適否にかかる「知る権利」の実体的権利の保障にとどまらず、国ないし自治体が保有する行政文書ないし公文書は共有財産と考えられ、また文書の公開が行政の監視・検証を目的とし、行政の透明化を促進すると考えられることから、制度の利用者の立場に立って、行政文書ないし公文書へのアクセシビリティを容易にする手続的保障も確実なものとなさなければならない。例として、検討チームにおいて検討され、「まとめ」において提言された情報公開訴訟における「インカメラ審理」の導入も、審理の迅速化・合理化によって開示/不開示の判断の透明化をはかることから、「知る権利」の手続的保障にかかる課題の解決策の一つとなる。

本稿では、第二の課題である「知る権利」の手続的保障の問題について、とりわけ情報公開手続ないし情報公開訴訟の継続中の職権的取消・撤回、およびそれに伴う「訴えの利益」の消長に焦点を合わせ考察する。

## 1 情報公開訴訟における「訴えの利益」の消長 ～平成14年最高裁判決の理解～

憲法21条で保障される「知る権利」は、国民主権および民主主義の根幹にかかわる権利である。それゆえ、国民または住民が政治的意思形成に必要な情報を入手できるよう、国または自治体は保有する情報を原則公開しなければならない。言い換えるならば、「知る権利」の保障の観点から、情報公開制度は、原則公開という憲法的統制を受けることになる。従って、行政庁および実施機関の情報公開制度の運用において、「知る権利」が不当に侵害または制限されない、すなわち、開示請求の対象となった公文書または行政文書が不開示情報に該当するか否か、という「知る権利」の実体的権利の保障が要請される。

「知る権利」については、実体的権利として保障することで充分であるかという実際にはそうではない場面、つまり、情報公開手続における「知る権利」の手続的保障が問われる場面が見受けられる。具体例としては、公文書または行政文書の不開示・一部不開示決定取消訴訟の係属中に、開示請求者が公文書または行政文書の全てまたは一部を了知した場合においても処分取消を求めることができるのか、すなわち、「訴えの利益」が認められるのか、という問題である。この問題は、情報公開制度が、法または条例所定の開示手続によらずとも開示請求者が開示を求める公文書を了知することを重視する「訴えの利益」否定説か、それとも、法または条例所定の開示手続に従って開示請求者が公文書の公開を求めることを重視する「訴えの利益」肯定説か、という二つの理解に大別され、下級審における裁判例も結論は割れていた<sup>4)</sup>。

ところで、行政訴訟における「訴えの利益」の問題は、行政事件訴訟法9条にある「訴えの利益」、とりわけ狭義の意味の「訴えの利益」が長らく議論の対象となってきたが、情報公開訴訟においても、前述のような「訴えの利益」が争点となることが少なくなかった。情報公開訴訟のうち、最高裁判所が扱った「訴えの利益」に関連するリーディング・ケースが次のものである。すなわち、愛知県公文書公開条例に基づき公開請求された公文書の非公開決定の取消訴訟において、

---

4) 下級審においては、情報公開訴訟の係属中に開示請求対象であった公文書または行政文書が「書証」として提出されたことにつき、訴えの利益が消滅するという裁判例と存続するという裁判例に二分されていた。詳細は、後掲注10)を参照。

訴訟係属中に当該公文書が書証として提出された場合の、開示請求者である原告の「訴えの利益」の消長の事例である。

平成 14 年 2 月 28 日最高裁判決（以下、平成 14 年最高裁判決）は、当該事例における「訴えの利益」の消長について、次のように判示する<sup>5)</sup>。

「本件条例は、県民の公文書の公開を請求する権利を明らかにするとともに、公文書の公開に関し必要な事項を定めている（一条）。本件条例における公文書の公開とは、実施機関が本件条例の定めるところにより公文書を閲覧に供し、又は公文書の写しを交付することをいい（二条三項）、実施機関は、本件条例に基づき公文書の公開を求める請求書を受理したときは、請求に係る公文書の公開をしようかどうかの決定をしなければならないものとされている（八条一項）。そして、県内に住所を有する者や県内に事務所又は事業所を有する個人及び法人その他の団体等、五条各号のいずれかに該当する者は、実施機関に対して公文書の公開を請求することができるのであり（五条）、本件条例には、請求書が請求に係る公文書の内容を知り、又はその写しを取得している場合に当該公文書の公開を制限する趣旨の規定は存在しない。これらの規定に照らすと、本件条例五条所定の公開請求権者は、本件条例に基づき公文書の公開を請求して、所定の手続により請求に係る公文書を閲覧し、又は写しの交付を受けることを求める法律上の利益を有するというべきであるから、請求に係る公文書の非公開決定の取消訴訟において当該公文書が書証として提出されたとしても、当該公文書の非公開決定の取消しを求める訴えの利益は消滅するものではないと解するのが相当である。」（下線筆者）

平成 14 年最高裁判決は、「訴えの利益」の消長にかかる争点に対して一つの結論を示したといえるが、他の「訴えの利益」にかかる先例といかなる関係にあるのかという点と、この最高裁判例の射程が問題となろう。

まず、「訴えの利益」の存否に関しては次の三つの類型に大別できる。第一に、行政事件訴訟法 9 条の「法律上の利益」、いわば「本来的利益」が処分の取消しによって現実に回復する可能性、または当該「法律上の利益」の侵害が除去され

---

5) 最判平成 14 年 2 月 28 日（民集 56・2・467, 判タ 1088・116）。

る可能性がなくなっている場合において、そのような利益以外の別の利益、いわば「付随的利益」<sup>6)</sup>がなお残っているか否か、第二に、「法律上の利益」が、期日・期間の経過、建築確認・開発許可後の当該工事の完了等の処分後の事情の変化により、処分が取り消されても現実に回復する可能性またはそれへの侵害が解除される可能性が消滅したか否か、第三に、原告適格を基礎づけた原告の「法律上の利益」<sup>7)</sup>が処分後の事情の変化により、取消判決を得なくても既に回復したか否か、である。

平成14年最高裁判決が扱った事例は第三の類型にかかわるといえる。<sup>8)</sup>第三の類型について最高裁が扱った先例は、保安林指定解除の取消訴訟における「訴えの利益」の消長が争われた「長沼ナイキ基地訴訟」であるが、当該事例の最高裁判決と平成14年最高裁判決との関係性が問題となる。

「長沼ナイキ基地訴訟」は、北海道夕張郡長沼町に航空自衛隊地対空ミサイル基地の建設するため、1969年に農林大臣が国有保安林の指定を解除し、保安林の伐採を許可したことを事案の発端とする。周辺地域の住民等は保安林指定解除による森林伐採と保安林代替施設の設置によっても洪水等の危険性が完全に除去されないとして、当該指定解除処分の違法性を理由として取消しを求めたところ、訴訟係属中に事情の変化により権利利益の侵害が解消された場合の「訴えの利益」の消長が争点となったが、最高裁判決は、保安林指定解除後の洪水等の危険は代替施設の完成により解消されたということをもって、原告等の「訴えの利益」<sup>9)</sup>が消滅したと判示し、上告棄却とした。つまり、保安林に代わって設置された代替施設の完成によって取消判決を得なくとも原告の法律上の利益は回復したとしている。「長沼ナイキ基地訴訟」最高裁判決の射程次第により、平成14年最高裁判決における情報公開訴訟の「訴えの利益」の消長の結論は左右されると考

- 
- 6) たとえば、農地委員会による農地買収計画の取消訴訟係属中に同委員会が職権取消により計画を取消したことにつき、当該計画の取消訴訟を求める「訴えの利益」が消滅したとした事例（最判昭36・4・21（民集15・4・850））。
  - 7) たとえば、メーデー集会のために皇居外苑の使用許可を申請し、それが拒否された場合、メーデー当日が経過したことで「訴えの利益」が消滅したとした事例（最大判昭28・12・23（民集7・13・1561））。
  - 8) たとえば平岡久判例評論573・25（判時1831・187）。
  - 9) 最判昭57・9・9（民集36・9・1679）。

えられる。

ところで、平成 14 年最高裁判決以前の情報公開の裁判例では、開示請求対象となった公文書が書証として公になった場合、公文書の開示を求める「訴えの利益」を認めない判決と<sup>10)</sup>、「訴えの利益」を認める判決<sup>11)</sup>に二分されていた。前者については、情報公開請求権には手続的保障は含まれず、実体法的な観点から理解し、他方で、後者については、手続的保障を含むと理解しているといえる<sup>12)</sup>。先述の「長沼ナイキ基地訴訟」の最高裁の判例法理に従って、行政処分後の事情変化により取消判決を得なくても既に権利利益の侵害が解消された場合には「訴えの利益」は消滅すると考えるのであれば、情報公開制度の目的が開示請求対象となった公文書の内容を了知することであって、係属中に当該公文書が書証として提出された場合には、請求者がそれを入手し、実質的に情報公開の目的は達せられてしまうので、「訴えの利益」は消滅するとの結論に至ると考えられよう。

しかしながら、平成 14 年最高裁判決は「訴えの利益」は消滅するとの結論には至っていない。愛知県公文書公開条例が請求者の知・不知によって情報公開手続の利用を制限せず、公文書の閲覧又は写しの交付という公開方法を定めていることに触れたうえで、係属中の公文書の情報内容を書証として提出したとしても、「公開請求権者は、本件条例に基づき公文書の公開を請求して、所定の手続により請求に係る公文書を閲覧し、又は写しの交付を受けることを求める法律上の利益を有する」と判示している。このことは、開示請求者が何らかの方法で請求対象である公文書の内容を了知し、又はその写しを入手した場合であっても、処分庁は非公開事由に該当しない限りは当該文書の公開決定をしなければならないという趣旨といえる<sup>13)</sup>。

近時の判決においても、平成 14 年最高裁判決を踏襲するものが見受けられる。

- 
- 10) 「使用済核燃料輸送情報開示請求訴訟」仙台地判平 9・2・27（判タ 961・131）、「土地区画整理事業関連文書開示請求訴訟」横浜地判平 10・12・25（判例自治 198・10）、「公共用代替地等取得価格非公開決定取消訴訟」横浜地判平 11・1・25（判例自治 189・93）、同東京高判平 11・9・13（判例自治 201・77）など。
- 11) 「予定価格調書非開示処分取消訴訟」和歌山地判平 12・3・31（判例自治 216・13）、同大阪高判平 12・12・26（判例自治 216・8）など。
- 12) 北村和夫「非公開決定取消訴訟における訴えの利益の消滅」（民商（2004）129・4-5・216）224-5 頁。
- 13) 福井章代最高裁判所判例解説 56・4・1045（221）。

例えば、渋谷区区長車等の燃料代請求明細書等の内訳書の開示訴訟の審理において、対象となる情報が書証として提出されたことについて、東京地裁は次のように判示する<sup>14)</sup>。

「内訳書については、本件の審理において被告から書証として提出されているが、原告は、[渋谷区情報公開条例]に基づいて公文書の公開の請求をして、所定の手続により請求に係る公文書を閲覧し、又は写しの交付を求める法律上の利益を有しており…、本件条例には、本件におけるような事情のある場合に当該公文書の公開を制限する趣旨の規定は存在しないことなどに照らすと、…本件処分<sup>14)</sup>の取消しを求める訴えの利益が消滅するということとはできないと解される」。

同地裁判決は、「開示請求の対象となった公文書が「書証」として出された事例を扱ったため、平成14年最高裁判決と同様の結論に至ったものと考えられる。これらの判決は自治体の条例に関する判例であるが、行政機関情報公開法および独立行政法人等情報公開法も同様の規定をもつことから、情報公開手続きによらない方法で不開示となった国の「行政文書」または独立行政法人等の「法人文書」を、所定の手続きとは異なる方法で開示請求者が当該文書の内容を了知するにいたるような事例は、平成14年最高裁判決の射程に入るものと思われる。

したがって、平成14年最高裁判決の趣旨を踏まえるならば、情報開示請求権は実体的な権利を保障したものにとどまらず、所定の手続きを経て公文書または行政文書等の開示を受ける法律上の利益も含むと解され得る。換言すると、憲法上の権利である「知る権利」が実体的権利の保障のみならず、手続的権利の保障を含むとも解することができる。

このような解釈は、行政庁または実施機関が安易な不開示決定を行い、情報公開訴訟の趨勢をみたくえで敗訴を免れるために手続外の方法で公開するという傾向に歯止めをかけることにつながる。更に、原則公開という情報公開制度の趣旨・目的に合致することにもなる。平成14年最高裁判決が「訴えの利益」を認めたことは意義深い。

---

14) 東京地裁平成21年5月27日(判時2045・94)。

なお、平成 14 年最高裁判決は、不開示処分となった公文書が「書証」として出された場合に「訴えの利益」は消滅しないとするが、判例の射程が問題となるであろう。この点については、次の調査官解説に注目したい。

「請求者が既に何らかの方法で請求対象である公文書の内容を知り、又はその写しを入手している場合であっても、処分庁としては非公開事由に該当しない限り当該公文書の公開決定をしなければならず、このことは、請求者が過去に当該公文書の公開決定を得ている場合であっても、基本的には変わるところはないはずである。そうすると、取消訴訟の対象とされている非公開決定が処分庁の職権取消し又は撤回によってはじめて訴えの利益が失われる<sup>15)</sup>」。

解説で指摘されているように平成 14 年最高裁判決を理解するならば、実施機関の職権取消・撤回によって不開示となった公文書の公開決定を得ている場合に、「訴えの利益」は消極的に判断されることも考えられる<sup>16)</sup>。ともすると、同判例の射程、すなわち「訴えの利益」が積極的に認められる事例とは、不開示となった公文書が「書証」として出され、所定の手続きによらずに開示請求者が内容を知るに至った事例に限定されると解されうるのかが問われる。しかしながら、そう解するのであれば、「所定の手続」と前置きし、それをもって行政文書ないし公文書の開示を受ける法律上の利益を認めたことの意義が没却されてしまうと考えられる。情報公開請求権すなわち「知る権利」は実体的権利の保障のみならず手続的権利の保障をも併せて解すことが情報公開制度の趣旨・目的であるなら、「所定の手続」に従って公文書の開示がなされると考えるべきである。

平成 14 年最高裁判決が「所定の手続」を重視していると考えるのであれば、

15) 福井・前掲 13)。

16) なお、平成 14 年最高裁判決の射程については、原告が別途同一文書の開示請求をして開示された場合や実施機関がいったん職権取消をして新たに情報公開請求を行った場合は、訴えの利益は消極的に判断されるとの指摘もある。例えば、北村和夫・前掲 228 頁。北村教授の見解によるならば、新たに「公開」されたか否かを基準として「訴えの利益」の消長が判断されることになると思われる。この点は、平成 14 年最高裁判決の調査官解説と同意であろう。

実施機関の職権取消・撤回は、明文で情報公開手続きとして規定されていない例外的な行政行為であると解されよう。不開示となった公文書が職権取消・撤回によって一部が開示されている場合であっても、不開示部分が残るのであれば、職権取消・撤回前の旧処分<sup>17)</sup>の取消を求める「訴えの利益」の存続について積極的に判断する余地があるといえる。

ところで、一般的に、行政行為としての職権取消・撤回は行政庁の一方的判断によって行われるものである。職権取消・撤回に関する論点は多岐にわたり、ここで論じ尽すことは困難であるが、おおよそ次のようにまとめることができよう。

職権取消は、特に法律の根拠を要しないとするのが通説であると考えられている<sup>17)</sup>。さらに、違法または不当の瑕疵を有するが、一応は有効な行政行為から、行政庁が職権によりその成立当初に存在した瑕疵を理由として効力を失わせることと説明される<sup>18)</sup>。また、撤回は、法律上の授權の有無は学説および判例において問題となっているものの<sup>19)</sup>、有効に成立した行政行為の効力を、その後<sup>20)</sup>に生じた事情(後発的事情)を理由として行政庁が失わせることと説明される。職権取消については法治主義の要請から行われるのに対して、撤回については、後発的事情が生じた場合に行政庁が行う積極的介入措置であって、もとの行政行為との関係においては、取消以上に独立または別個の行政行為と説明される<sup>21)</sup>。撤回における後発

17) 芝池義一『行政法総論講義第4版補訂版』(有斐閣, 2006) 167頁。職権取消が正当化される根拠として、行政行為が違法である場合、この状態を取り除くことが法理行政原理の一つの筋であって、職権取消は法律のよる行政の原理ないし法理主義の形式的要請によって正当化され、もとの行政行為とは別個の法律の根拠をあらためて要しないとする見解(芝池・前掲 167頁)および、法治国家原理の要請するところとする見解(塩野宏『行政法I [第6版]』(有斐閣, 2015) 189頁を参照)がある。

18) 芝池・前掲 17)・166頁。

19) たとえば、行政行為の撤回については、法律の明示の根拠は不要という前提のもとに、侵益的行政行為の撤回は原則として自由であるが、授益的行政行為の撤回は相手方に責めのある場合や同意のある場合を除いてすることはできず、それにもかかわらず公益上の必要から撤回するときはこれにより生じた損失を補償しなければならないとし、有力説は、侵益的行政行為の撤回は要件事実の事後的消滅の場合を除いて、授益的行政行為の撤回は相手方の同意や撤回権の留保のある場合を除いて、いずれも撤回を明示に認める法律の規定があって初めて許されるとし、また両者の折衷的見解もある(乙部哲郎『行政行為の取消と撤回』(晃洋書房, 2007) 416頁以下参照)。

20) 芝池・前掲 17)・174-75頁。

21) 芝池・前掲 17)・175-76頁。

的事情とは、相手方の義務違反、公益上の必要、要件事実の事後消滅である。<sup>22)</sup>このように、職権取消と撤回とは、職権取消が行政行為の成立当初の瑕疵（違法性または不当性）を理由とするものであるのに対し、撤回は後発の事情を理由とするものである点で、区別される。

職権取消については、争訟の提起を契機として行われることが稀ではなく、争訟の審理の過程で、行政庁が行政行為を違法であると認識した場合に、争訟の判断を待たずに自ら当該行政行為を取消することが少なくない。<sup>23)</sup>ただし、職権取消は、処分庁により一方的に可能であるとしても、相手方や利害関係人の利益ないし信頼保護の見地から制限を受けることになる。<sup>24)</sup>職権取消の許否の判断は、授益的行為と侵害的行為に分けて議論されるところ、従来の学説においては、授益的行政行為の職権取消は、当該行為の成立に相手方の不正行為が関わっているような場合を除き、原則として許されないものとし、相手方の既得の利益を犠牲にしてもなお当該行為を取消だけの公益上の必要性がある場合に限りて職権取消を認めているという。<sup>25)</sup>侵害的行政行為の職権取消は、相手方の利益を損なうものではないことから、授益的行為に比べると広く認められ、原則自由であるとされる。<sup>26)</sup>また、撤回については、法治主義の要請は、職権取消の場合とは逆に撤回を制限する方向で働き、授益的行為と侵害的行為に分けて考えられる。授益的行政行為については、相手方の利益または信頼保護のため、原行為の存続に対する要請が強く働き、行政庁の撤回の権限は制限され、侵害的行政行為には少なくとも相手方の利益を損なうものではないことから、行政庁の撤回は広くみとめられ、原則自由と解されている。<sup>28)</sup>

以上みてきたように、行政行為として職権取消・撤回が一般的に行われるのであれば、情報公開法および情報公開条例の下でも職権取消・撤回が明文で規定さ

22) 芝池・前掲 17)・175 頁。

23) 宇賀克也『行政法概説 I 第 5 版』（有斐閣、2013）359 頁。

24) もっとも、法的根拠を要しないとしても、行政庁は無条件に行うことができるわけではなく、相手方や利害関係人の利益ないし信頼保護の見地から職権取消は制約される、との指摘がある（芝池・前掲 17)・168 頁）。

25) 芝池・前掲 17)・168-72 頁。

26) 芝池・前掲 17)・172-73 頁。

27) 芝池・前掲 17)・176 頁。

28) 芝池・前掲 17)・176-82 頁。

れていなくとも可能であると考えられる。実際に、後掲の事例にみられるように実務においても行われている。しかしながら、繰り返しにはなるが、平成14年最高裁判決において「[開示請求者は]、所定の手続により請求に係る公文書を閲覧し、又は写しの交付を受けることを求める法律上の利益を有する」という部分に着目するならば、「所定の手続」では明記されていない処分庁の職権取消・撤回は例外的な手続きと解され得るのであり、直ちに「訴えの利益」が消滅すると解すことが出来るのかという疑問や、情報公開制度の下における職権取消・撤回は、一般的な行政行為としての職権取消・撤回と同様に行政庁ないし実施機関の自由な裁量で行うのかという疑問が生じよう。

平成14年最高裁判決については、開示請求権すなわち「知る権利」は手続的保障をも含むことを論じていると解するならば、「所定の手続」によらない職権取消・撤回を無限定にフリーハンドで行うことまでも認め、またそれにより「訴えの利益」が消滅するとまで解せないであろう。したがって、平成14年最高裁判決の射程については、情報公開訴訟における「訴えの利益」にかかわる事例に広く及ぶと考えるべきであろう。

## 2 情報公開訴訟における他の「訴えの利益」の事例

情報公開訴訟における「訴えの利益」の問題は、平成14年最高裁判決で扱った事例のほかにも、係属中に実施機関または行政庁が、当初の不開示決定を職権取消または撤回を行った場合、そのまへの旧処分の取消しを求める「訴えの利益」が争点となりうる。例として、①不開示決定が取り消された後に取消部分にかかる行政文書（公文書）が開示される、あるいは②<sup>29)</sup>先行する決定が変更され、又は取り消されて新たな決定が下された場合が該当する。

---

29) 他に「訴えの利益」の消長が問題となる事例としては、不開示決定の取消訴訟の継続中に、再度の開示請求をしたところ開示決定がされ当該行政文書が開示された場合、文書が破棄されてしまった場合等がある。「主要行政事件裁判例外観 11 情報公開・個人情報保護関係編」（法曹会）292-5頁を参照。

- (1) 訴訟係属中の行政文書（公文書）について、不開示決定が取り消された後に取消部分に係る当該文書が開示された場合

### 【事例 1】

法人等および公務員の職務遂行に関する情報の開示請求に対して大阪市が全部非公開の決定を下したため原告がその取消しを求めた事例<sup>30)</sup>では、1 審係属中に実施機関である大阪市は当初の全部非公開の一部を職権で取消したうえで補助職員の氏名を含む記録の一部を公開し、さらに原審係属中に全部非公開決定の一部を職権で取消し公開した。

控訴後、1 審判決中不服申立ての対象とされなかった部分につき訴えの利益が失われた場合について、最高裁は、「上告人 [大阪市] は、……本件処分を取り消し、被上告人 [原告] らに対して同部分を開示したというのであるから、同部分については、被上告人らにおいて本件処分の取り消しを求める訴えの利益は失われた<sup>31)</sup>」と論じている。

### 【事例 2】

東京都知事交際費の開示請求に対して全部非開示決定が下されたことにつき、その取消しを求めた事例において、原判決後に実施機関が全部非開示決定を職権取消のうえで一部開示する旨の決定をした点につき、最高裁は、「[一部開示] 部分については、1 審原告において本件処分の取り消しを求める訴えの利益が失われたものというべきである。」と論じている。<sup>32)</sup>

### 小括

【事例 1】および【事例 2】ともに、実施機関が開示請求に対して全部非公開決定を下した後、取消訴訟係属中に職権取消によって旧処分を一部取消し、新処分においては一部開示している事例である。両事例とも開示請求者である原告は、職権取消の是非や旧処分の取消の「訴えの利益」を争点としていないようであ

30) 当該事案では、個人情報についてプライバシー型の規定を採用した旧条例（大阪市公文書公開条例：昭和 63 年大阪市条例第 11 号）6 条 2 号に定める「個人に関する情報」に、公務員の職務遂行に関する情報をも含めるか否かが争われた。

31) 最判平成 15 年 11 月 11 日（民集 57・10・1387，判時 1842・31，判タ 1140・94）。

32) 最判平成 16 年 3 月 2 日（判例自治 254・13）。

るが、そのような事情のなかで、最高裁判所は、職権により「訴えの利益」が失われたと論じている。もっとも、この点に関しては平成14年最高裁判決との関係性は不明である。

先にみたように、<sup>33)</sup> 行政庁または実施機関による職権取消は特に法律上の根拠を要しないこと、および行政処分が職権取消などにより効力を失った場合に当該旧処分の取消しを求める「訴えの利益」が消滅する最高裁判例を踏まえ、<sup>34)</sup> 【事例1】および【事例2】の最高裁判決は、情報公開制度の下においても職権取消およびそれにとまなう旧処分の取消を求める「訴えの利益」が消滅することを論じている。この結論は、一般的な行政行為としての職権取消の理解を踏襲するものと解しうる。しかしながら、【事例1】および【事例2】の両事例は情報公開訴訟であるから、平成14年最高裁判決との関係から読み解く必要があり、旧処分の「訴えの利益」が直ちに消滅する、ということまでも認めたとはいえない。

情報公開制度の下では国または自治体が保有する情報は原則公開であって、憲法上の権利である「知る権利」が実体的権利の保障のみならず、手続的権利の保障を含むと解し得るのであるから、情報公開法または情報公開条例の「所定の手続」によらない、例外的な手続きである職権取消又は撤回によって下された新たな処分が、一部でも不開示部分が残るのであれば、請求者にとっては開示を求める核心的な情報を入手できない状態が継続するのであって、新たな取消訴訟を提起する負担を課すことになる。そもそも情報公開制度の趣旨・目的ないし情報開示請求者の立場からすると、旧処分の「訴えの利益」が消滅すると解すべきではない。

(2) 先行する決定が変更され、又は取り消されて新たな決定が下された場合実施機関または処分庁が当初の不開示決定を下した後に、職権取消により一部変更して新たに決定を下した場合、変更前の旧処分の取り消しを求める「訴えの利益」の消長が争われた事例が、以下のものである。

---

33) 芝池・前掲17)・166頁以下。

34) 例えば、農地買収計画の取消訴訟の係属中に農地委員会により計画が取り消された場合に、当該処分の取消しを求める訴えの利益は消滅したとする判例（最判昭36・4・21（民集15・4・850））などがある。

### 【事例 3】

旧福岡県情報公開条例に基づき県立高校中途退学者等に関する公文書の開示請求に対し、実施機関である県教育委員会が非開示決定を下したところ、開示請求者の異議申立てに対して審査会が不開示を取消すべきと答申した後、実施機関は答申を受け入れずに請求対象の公文書を非開示としつつ、開示請求者が求める公文書とは異なる昭和 60 年度の県立高校等学校の学年別、理由別及び地区別の中途退学者数及び原級留置数に関する文書を開示する旨の一部変更決定を新たに行った。そのため、開示請求者が先行する旧処分の非開示決定と新処分の一部変更決定の両者の取消しを求めた。

福岡地裁は、まず、「本件非開示決定は、既に一部変更決定により変更されているから、原告の本件非開示決定の取消請求は、その一部変更決定によって変更された非開示決定（以後、この一部変更決定によって変更された本件非開示決定のことを、単に「本件非開示決定」と呼ぶことにする。）の取消しを求めるものと解されうる。」と前置し、次のように一部変更決定の取消を求める訴えについて判断した。すなわち、「右非開示決定の取消しのほかに本件一部変更決定そのものの取消しを求める利益はなく、また、右一部変更決定は、非開示決定を原告に有利に変更したものであるから、原告にはその取消しを求める利益はない」として一部変更決定の取消しを求める原告の訴えを却下した。他方では、一部変更決定前の先行する非開示決定が取消訴訟の対象となるか否かに触れ、「原告は、本件非開示決定によって、自己の有する [公文書の開示を求める] 権利を侵害されたものとして、右非開示決定の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する」と判示した。<sup>35)</sup>

### 【事例 4】

【事例 4】は、【事例 3】とは異なり、行政庁が下した先行する旧処分の不開示決定について、後に職権により取消しされたところ、旧処分とは異なる理由で新

---

35) 福岡地裁平 2・3・14 (判タ 724・139)。なお、同判決が、非開示決定の取消しのほかに一部変更決定そのものの取消しを求める訴えの利益を認めなかった点については、減額再更正に関する最判昭 56・4・24 から正当ではあるが、開示を求めた公文書と一部変更決定により開示された公文書とが文書として異なることを重視すれば、結論が別となる可能性がある、とのコメントがある（解説判タ 724・139-40）。

たな不開示決定が下された。【事例4】では旧処分の取消しを求める「訴えの利益」は争点とはなっていないが、東京地裁判決では、旧処分と新処分の関係性が論じられている。

【事例4】では、開示請求者が「昭和48年4月付けで外務省条約局・アメリカ局が作成した『日米地位協定の考え方』及びその後の改訂版」を行政庁に対して開示請求をおこなったところ、処分庁が行政機関情報公開法8条の存否応答拒否により開示を拒否する決定を行ったため、開示請求者がその取消訴訟を提起した。ところが、取消訴訟の係属中に処分庁が先行の旧決定を職権で取消し、改めて「昭和48年4月付けで外務省条約局・アメリカ局が作成した『日米地位協定の考え方』」については保有せず、「その後の改訂版」については、同法5条3号所定の不開示情報に該当するとして、第二次決定（新処分）となる不開示決定が下されたため、開示請求者である原告が変更後の第二次決定（新処分）に対する取消しを求めた。その際、原告は、第二次決定（新処分）についても本件開示請求に対する応答としての不開示決定であることに変わりはなく、本件決定（旧処分）と第二次決定（新処分）とは単一の処分であって、第二次決定（新処分）は理由の差し替えに過ぎないと主張した。

東京地裁は、「本件決定についていったん職権による取消しがされている以上、各決定は、それぞれが単一の処分というべきであって、各決定が本件開示請求に対する拒否処分であるという点において共通しており、また、職権による取消しと第二次決定が同一の日に行われたからといって、両決定が一個の処分であり、第二次決定は本件決定の理由を差し替えたものに過ぎないと認めることはできない。」「本件事案のような場合において、行政庁が、自ら行った行政処分につき、その瑕疵の存在を認め、職権で当該行政処分を取り消したうえで、あらためて正しいと考える行政処分を行うことが許されないと解すべき理由はなく、この理は、職権による取消しが、当該処分に対し行政不服審査の申立てや抗告訴訟の提起がされた後におこなわれた場合や、新たな処分の結果、情報公開法10条……に反する結果となる場合であっても同様であると解される。」「本件決定はすでに取り消されて存在しないものであり、その取消しを求める訴えの利益は消滅した」と判示している。<sup>36)</sup>

36) 東京地判平16・6・16（最高裁HP）。なお、判決では、「原告が本件決定の取消しを

## 小括

【事例 3】における福岡地裁判決は、旧処分である不開示決定の職権取消後に新たに下された新処分である一部変更決定の取消を求める「訴えの利益」を認めないとする点において、【事例 1】および【事例 2】の最高裁判例と【事例 4】とは異なる。

【事例 3】の争点は、実施機関が県立高校中途退学者等に関する公文書を非開示としたところ、後に職権取消によって一部変更決定を行い、先の請求対象公文書を不開示とし、異なる公文書を開示した点である。【事例 3】における福岡地裁は、先行する不開示決定と職権取消後の新たな一部変更決定の関係性について、原告が開示を求める公文書が公開されていない事情に鑑み、一部変更決定が下されているとはいえ実質的には全面的不開示に等しいと指摘している。この点について、先行する旧処分と職権取消後の新処分はともに開示請求対象が不開示となっている点で同質のものであることから、後者が前者の非開示を一部取消したものとみられる場合、<sup>37)</sup>後者の取消しの訴えを却下した本判決は妥当であるとの見解も見受けられる。

、求めて本件訴えを提起したことは、その権利の伸長に必要な行為であったと認めることができる」として、訴訟費用を被告に負わしている。

37) 前掲 19)・139 頁の解説。同解説では、【事例 3】の「訴えの利益」について、減額再更正に関する取消訴訟の最高裁判決（最小昭 56・4・24（民集 35・3・672，判タ 442・88）を参考として触れている。なお、同最高裁判決は、「申告に係る税額につき更正処分がされたのち、いわゆる減額再更正がされた場合、右更正処分は、それにより減少した税額に係る部分についてのみ法的効果を及ぼすものであり……、それ自体は、再更正処分の理由のいかんにかかわらず、当初の更正処分とは別個独立の課税処分ではなく、その実質は、当初の更正処分の変更であり、それによって、税額の一部取消という納税者に有利な効果をもたらす処分と解するのを相当とする。そうすると、納税者は、右の再更正処分に対してその救済を求める訴えの利益はなく、もっぱら減額された当初の更正処分の取消を訴求することをもって足りる」と判示している。同最高裁判決が扱ったような課税処分における再更正と更正・決定の関係が問われた事例では、「併存（段階）説」と「吸収（消滅）説」の対立があり、前者の「併存説」によると、更正処分については、更正された金額、再更正処分については再更正された金額を対象として双方を争う利益があるとし、後者の「吸収説」では、更正処分は再更正処分に吸収されるので更正処分を争う利益はなくなるとする（宇賀克也『行政法解説Ⅱ 第 5 版』（有斐閣、2015）215 頁）。ところで同最高裁判決については、減額再更正処分は、当初更正処分の変更（一部取消）にすぎず、それ自体別個独立の課税処分ではないとし、増額再更正

【事例4】の東京地裁判決は、先行する旧処分と職権取消後の新処分との関係性について論じている。【事例4】における旧処分と新処分は、結果的には開示請求の対象となった公文書は不開示となっているが、その不開示理由はそれぞれ異なる。それゆえ、原告が主張するように旧・新処分においても不開示となった公文書は同一であることから、「両決定が一個の処分」であり、実質的には職権取消による新たに下された処分理由の差し替えであるといえる。しかしながら、東京地裁は「本件決定についていったん職権による取消しがされている以上、各決定は、それぞれが単一の処分」と論じ、個々の処分と解すことで先行する前決定の取消しを求める「訴えの利益」を認めていない。この考え方は、先行する旧処分の取消しを求める「訴えの利益」は、職権取消後の新処分の取消を求める「訴えの利益」とも併存せず消滅すると結論づけている。

【事例3】および【事例4】では、行政庁および実施機関による職権取消後の新処分の下、不開示となった行政文書および公文書は不開示または一部不開示が維持されていた。旧処分の「訴えの利益」の消長をいかに考えるべきか。この問題については、平成14年最高裁判決の調査官解説が参考になると思われる。とりわけ、職権取消・撤回により、旧処分の不開示決定の取消しを求める「訴えの利益」が消滅すると解するにあたり、開示請求者が旧処分で不開示となった公文書が新処分において公開決定を受けていることが前提となる、という点である。先述の通り、【事例3】および【事例4】では、職権取消後の新処分においても公文書の不開示は維持され、開示請求者は開示を求める公文書の内容を了知するには至らなかったことからすると、「訴えの利益」が消滅すると解することは適切ではないであろう。

---

ㄨ 処分の場合とは異なり、吸収説を受け入れる基盤がないという趣旨の判断をした、との指摘がある（園部逸夫「時の判例」ジュリ No.746・92頁（1981.7.15））。情報公開訴訟と課税処分の取消訴訟を全く同一のものとみることが困難であるが、情報公開制度の下、職権取消・撤回により全部開示または一部不開示部分が一部開示されることで、開示請求者は一定の利益を得たと考えるのであれば、課税処分の取消訴訟（例えば、減額再更正処分が下されて納税者が有利な効果を得た場合、先行する更正処分の取消しを求める「訴えの利益」を認める）の事例と類似点があり、考え方そのものは軌を一にするともいえよう。情報公開訴訟において先行する旧処分と変更後の新処分の関係性、および「訴えの利益」の消長を考えるにあたって、租税訴訟における「併存（段階）説」は参考になる。

ところで【事例 3】および【事例 4】は、旧処分の「訴えの利益」の消長について結論を異にする。この結論への評価は、【事例 1】および【事例 2】における最高裁判決を考察した通り、平成 14 年最高裁判決および情報公開制度の趣旨・目的を踏まえて導きだされよう。

まず【事例 3】については、旧処分および新処分においても開示請求者が開示を求める公文書は開示されていない状況にあっては、旧・新処分は実質的に一つの処分と解することができ旧処分の存在は失われていないといえる。更に、新処分の取消訴訟を新たに提起するという開示請求者の負担を回避し、旧処分の適否を判断することのほうが開示請求者にとって有益であろう。従って、福岡地裁の示すように、旧処分の取消しを求める「訴えの利益」は消滅しないとの判断は、情報公開制度の趣旨にも合致し、妥当であったといえる。

次に【事例 4】については、【事例 3】と同様に、旧処分および新処分においても開示請求者が開示を求める公文書は開示されていない。【事例 4】では、旧処分および新処分の不開示理由は異なるものの、旧処分と新処分の結果に変化がみられないような場合、つまり実質的には同質の処分となるような場合、情報公開制度の趣旨から、先行する旧処分の不開示部分の取消しを求める「訴えの利益」は存続するとみるべきであろう。

【事例 1】ないし【事例 4】のいずれの事例においても、開示請求者が求める行政文書または公文書が開示されていない。情報公開制度の下では、公開が原則であり、開示請求者はかかる文書の全面開示をもって請求は満たされることになる。それゆえ、新処分後に一部でも不開示部分が残るのであれば、開示請求者の立場にたつと開示請求権ないし「知る権利」の実体的権利が充足されず、また、新たな処分に対する取消訴訟の提起は開示請求者の負担となることから手続的権利の保障も不十分であると考えられる。ゆえに、旧処分の取消しをもとめる「訴えの利益」の存続を認めるべきであろう。

なお、【事例 3】および【事例 4】の事例においても、【事例 1】および【事例 2】と同様、情報公開制度の下での職権取消・撤回の限界については触れられていない。旧処分の「訴えの利益」の問題の前提となることから、この問題点の検討も課題となるよう。

### 3 情報公開制度における憲法的統制

憲法 21 条によって保障される「知る権利」は、国民主権原理あるいは民主主義、民主政にかかわる根幹の権利である。それゆえ、「知る権利」の法的性格は、個々人が政治に関与するのに必要な自由な情報の流通を妨げられない、あるいは自由な情報の受領といった自由権性格にとどまらず、国政に関する情報を国または自治体に対して国民が積極的に情報の公開を要求する参政権的・請求権的性格を有すことになる。つまり、「知る権利」は複合的な性格を併せ持つものといえる。しかしながら、かつて「知る権利」は、憲法上保障されるとしても、国または自治体が保有する情報の開示/不開示の基準や手続きなど具体的な法律がない限りは「抽象的権利」にとどまると解され、市町村レベルで 1982 年に山形県金山町が『金山町公文書公開条例』を制定し、同年、都道府県レベルで神奈川県が『神奈川県公文書公開条例』を制定して以後、「知る権利」は自治体レベルにおいて「具体的権利」となってきた。さらに、国レベルで、行政機関情報公開法が 1999 年に制定され、国レベルにおいても「知る権利」は「具体的権利」となった。

行政機関情報公開法 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」と定め「情報開示請求権」と政府の「説明責任」について明記する。ただ、「知る権利」についてはそうではない。2001 年に制定された独立行政法人等情報公開法も同様である。行政機関情報公開法に「知る権利」が明記されなかった経緯をみると、「知る権利」の内容や外延、憲法上の位置づけが多様であることと、概念が確定していないこと、政府情報開示請求権としての「知る権利」を認めた最高裁判例が存在しなかったことを理由に「知る権利」を明記することを避けたとされる。<sup>38)</sup>

しかしながら、そのような経緯があるにしても、情報公開制度は国民主権原理および民主政に深く関わる根幹であって、情報開示請求権の保障は、実質的には

---

38) 「情報公開法要綱案の考え方」(『詳解情報公開法』(総務省行政管理局編、平成 13) 458-9 頁)。

「知る権利」の保障を意味すると解される。外務省が保有する米軍ヘリコプター墜落時にかかる行政文書の開示に対する不開示決定取消訴訟では、平成 21 年最高裁判決において 2 名の補足意見が付され、そこにおいて政府に対する情報開示請求権<sup>39)</sup>という意味で「知る権利」が触れられていることも重要な意義がある。従って、憲法上の権利である「知る権利」は、かつては未成熟性が指摘されていたが、今日では政府情報開示請求権として論じられ、憲法上の具体的権利、具体的な開示請求権として広く認知されるにいたったといえよう。これにより、「知る権利」は、情報公開法または情報公開条例の解釈基準として、政府の情報が憲法上原則として公開されなければならないという立場に立つものであることを明確にする<sup>40)</sup>。それゆえ、不開示は例外となるため例外事由は可能な限り限定的に解釈されることが、憲法上、要請される。

また、「知る権利」は、情報を受領する自由または開示/不開示の是非について争う実体的権利の性格のみならず、政府ないし自治体の保有する情報へ積極的にアクセスする、すなわち開示請求権という法的性格を持つ。すなわち、「知る権利」は、法ないし条例所定の手続きの下、すなわち適正な情報公開手続きの下で情報を受領する手続的権利という側面も併せ持つとも考えられる。殊に、前述の平成 14 年最高裁判決では、不開示決定の取消訴訟係属中に情報公開手続きによらずに不開示情報が開示されたとしても、「開示請求者は……所定の手続により請求に係る公文書を閲覧し、又は写しの交付を受けることを求める法律上の利益を有する」と論じられていることに留意しなければならない。同判決によるならば、開示請求権、すなわち「知る権利」は手続的権利の保障も含まれていると考えることができよう。ゆえに、憲法上の要請として、行政庁ないし実施機関は「知る権利」を不当に侵害することがないように、開示請求者の立場を考慮し、情報開示手続を運用することが求められる。

#### 4 情報公開制度における職権取消・撤回の問題

職権取消または撤回は実務のうえで実際に行われ、職権取消または撤回前の旧処分の取消を求める「訴えの利益」の消長が、情報公開手続上、問題になること

39) 最決平 21 年 1 月 15 日（民集 63・1・46）。

40) 松井茂記『情報公開法 第 2 版』（有斐閣、2003）・43 頁。

は、【事例1】ないし【事例4】において指摘してきた通りである。もっとも、更なる考察が必要なのは、「訴えの利益」の問題の前提となる職権取消または撤回の許容性、すなわち限界または制約の有無である。

前述の【事例1】および【事例2】における最高裁判決では、法律上の根拠の要否を明示していないものの、情報公開制度の下での職権取消について触れている。通説において一般的な行政行為としての職権取消・撤回が法的根拠を要しないと解するが、【事例1】および【事例2】における最高裁判決は、情報公開法および情報公開条例において職権取消・撤回に関する授權規定が不存在の状態のなかで、全部不開示決定または一部不開示決定を職権により取消すまたは撤回することが一定の制約を受けるのか否かを明らかにしていない。

これまでの学説において、職権取消は、その許否に関して、相手方や利害関係人の利益ないし信頼保護の見地から制限を受けることになる<sup>41)</sup>と指摘されつつ、職権取消の許否の判断については、授益的行政行為と侵害的行政行為に分けて議論されてきた。授益的行政行為の職権取消は、当該行為の成立に相手方の不正行為が関わっているような場合を除き、原則的に許されず、相手方の既得の利益を犠牲にしてもなお当該行為を取消すだけの公益上の必要性がある場合に限り認められ、侵害的行政行為の職権取消については、相手方の利益を損なうものではないことから、授益的行政行為に比べ広く認められ原則自由と解される<sup>42)</sup>。また、撤回についても、その許容性について、授益的行政行為と侵害的行政行為に分けて考えられるが、授益的行政行為の撤回については、相手方の利益または信頼保護のため、原行為の存続に対する要請が強く働き、撤回の権限は制限され、侵害的行政行為の撤回については、少なくとも相手方の利益を損なうものではないことから、比較的自由に広くみとめられると解される<sup>43)</sup>。

ところで、情報公開制度の下では、情報は原則公開である。従って、行政機関情報公開法および独立行政法人等情報公開法、情報公開条例により、行政庁および実施機関などは原則的に保有情報を公開することが法的に義務づけられること

41) 芝池・前掲17)・168頁。

42) 芝池・前掲17)・168-73頁。

43) 芝池・前掲17)・176頁。

44) 芝池・前掲17)・176-82頁。

になる。たとえば、行政機関情報公開法 5 条柱書きには「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号に掲げる情報…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」と定める。もっとも、例外的に同法 5 条 1 号ないし 6 号に規定される不開示情報の開示は禁止され、法 7 条において例外的に公益上の理由による開示がみとめられると理解される。情報公開請求は、行政手続法上の「申請」に該当するため、行政手続法 2 章の「申請に対する処分」の規定が適用され、行政庁は、審査基準を作成し公にする義務を負い（行政手続法 5 条）、不開示決定をする場合には理由を提示しなければならない（同法 8 条<sup>45)</sup>。かかる所定の手続において、全部不開示決定または一部不開示決定という行政処分は、結果的に開示請求者の開示を受ける権利を侵害することになる。それゆえ、違法な不開示決定<sup>46)</sup>により開示請求権が侵害された場合に当該不開示決定の取消訴訟を提起することになる。

情報公開制度の下では、原則公開する義務を行政庁および実施機関が負う、説明責任を負うと解されるのであるから、行政行為が相手方に利益・不利益を与えるかという点に着目すると、全部不開示決定ないし一部不開示決定は、開示請求者の開示請求権ないし「知る権利」を制限する不利益な処分、すなわち侵害的行政行為と解することができよう。従って、このように解するのであれば、行政庁および実施機関による職権取消・撤回も、当初の全部不開示ないし一部不開示の決定を取消せずに、新処分において一部でも不開示を継続するかぎり、それは侵害的行政行為と解され得よう。ここで問題となるのは、新処分後も不開示決定が取り消されないにもかかわらず、前提となる職権取消・撤回というある種の不利益処分に該当する行政処分の許容性の問題、すなわち、限界または制約の有無の問題、更にはその適法性ないし合憲性が問われることになる。

ところで、情報公開制度における個々の職権取消・撤回という行政処分の許容性を検討するにあたり、次の中川丈久教授の見解が参考になると思われる。<sup>47)</sup>少々

45) 宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説 第 6 版』（有斐閣、2014）62-63 頁。

46) 宇賀・前掲 23・186 頁。

47) 中川丈久『「職権取消しと撤回」の再考』（『水野武夫先生古稀記念論文集』法律文化社、2011）366 頁以下。

長い引用となるが、以下の通りである。

職権取消の場合、それが実体的に違法であるのは、

- (a) 職権的取消事由（取消しの対象となった行政処分<sup>48)</sup>の原始的違法）の不存在、または
- (b) 職権取消しを選択したこと、および取消内容の選択（遡及的か将来的か、全部取消しか一部取消しか、その他不利益緩和措置を伴わせるか）に、比例原則違反があること、または当該事案において特に重視すべき事情（相手方への不意打ち度、事実上の影響の甚大さなど）への周到な考慮を欠くなど、合理的な効果裁量が行使されたとはいえない事情があること。そして、(a) や (b) に問題はないとしても、
- (c) 信頼保護や「行政権の濫用」の観点から、あえて当該取消しの行為を違法と評価すべき特段の事情があること、である。<sup>48)</sup>

また、撤回の適否についても触れている。少々長い引用となるが、以下の通りである。

撤回が実体的に違法であるのは、

- (a) 撤回事由の不存在、または、
- (b) 撤回を選択したこと、および取消内容の選択（将来的か遡及的か〔撤回事由発生時に遡求ないし処分時まで遡求〕、全部取消しか一部取消しか、その他金銭的補償を伴わせるかなどの不利益緩和措置を伴わせるか）に、比例原則や平等原則違反があること、または当該事案においてとくに重視すべき事情（相手方への不意打ち度、事実上のまたは放てき利益への影響の甚大さ）への周到な考慮を欠くなど、合理的な効果裁量が行使されたとはいえない事情があること。そして、(a) や (b) に問題はないとしても、
- (c) 信頼保護や「行政権の濫用」の観点から、あえて当該取消しの行為を違法と評価すべき特段の事情があること、である。<sup>49)</sup>

---

48) 中側・前掲 47)・380-1 頁。

49) 中川・前掲 47)・381 頁。

職権取消・撤回の許容性の判断では、その実体的な違法性に着目し検討することができよう。かかる判断基準のほかにも、職権取消・撤回が侵害的行政行為とみられる場合の許容性を判断する基準も考えられる。

しかしながら、情報公開制度における職権取消・撤回の検討に際しては、情報公開制度に固有の事情についても考慮し、その許容性を検討する必要がある。すなわち、「知る権利」の実質的権利の保障と手続的権利の保障、および平成 14 年最高裁判決の趣旨を踏まえた検討が要請されるということである。

本来、情報公開制度の目的は、原則公開する義務を行政庁が負い、説明責任を果たし、開示請求者の「知る権利」を充足することと解される。前述の通り、全部不開示決定ないし一部不開示決定は侵害的行政行為と解され得るところ、職権取消・撤回によって旧処分を変更し、新処分の一部開示されることになれば、開示請求者は旧処分では知しえなかった部分を了知するに至り、一定の利益を得たと解される。しかしながら、職権取消・撤回による新処分が下された後においても、開示請求者が求める核心的な部分の不開示は維持され、すなわち新処分が全部開示決定とならない限りは、旧処分による侵害的行政行為は継続することになる。したがって、情報開示請求権、あるいは「知る権利」の実体的な保障の観点からすると、職権取消・撤回後の新処分ですべて開示へと変更されない限り、旧・新処分のみならず両処分の取消訴訟は実質的に同一と解されよう。それゆえ、職権取消・撤回を行うことの必要性が問われる。

また、「知る権利」の手続的権利の保障、および平成 14 年最高裁判決の趣旨の観点から職権取消・撤回を考察すると次のような問題が考えられよう。まず、「知る権利」の手続的保障、とくに平成 14 年最高裁判決の趣旨の観点からみると、情報開示手続きとは、原則は「所定の手続」に基づき、情報開示を求める制度と考えられる。従って職権取消・撤回については、授權に関する規定や取消・撤回の要否に関する規定が置かれていない限りは、職権取消・撤回は例外的な手続きとみるほかはないであろう。

以上のように、職権取消・撤回は、例外的手続と解されるのであるから、情報公開制度の趣旨および目的が損なわれるような制度運用は回避されなければならない。制限のない職権取消・撤回によって起こりうる事態は、当初の取消訴訟を係属中に、開示請求者が、予測しない新処分に対する取消訴訟の提起という更なる負担を抱えることにつながる。このような二重の負担がもたらす負の影響は、

取消訴訟を煩雑化し、開示請求者が請求を躊躇い、萎縮してしまう問題が生じうる。実施機関や行政庁の都合で一旦は全部不開示・一部不開示とし、訴訟の趨勢を見たうえで敗訴を回避するために職権取消・撤回を行うということがあれば、開示請求者は行政庁または実施機関に翻弄されるだけで、結果的に開示請求のハードルを上げてしまう問題も生じうる。

以上の情報公開制度固有の事情の下で、先の中川教授の見解を踏まえると、職権取消・撤回が情報公開手続ないし訴訟係属中に行われた場合、次の点が問題なると思われる。まず、職権取消については、(b)の「職権取消しを選択したこと、および取消内容の選択……に、比例原則違反があること、または当該事案において特に重視すべき事情（相手方への不意打ち度、事実上の影響の甚大さなど）への周到的考慮を欠く」という点、次に撤回については、(b)の「撤回を選択したこと、および取消内容の選択……に、比例原則や平等原則違反があること、または当該事案においてとくに重視すべき事情（相手方への不意打ち度、事実上のまたは放てき利益への影響の甚大さ）への周到的考慮を欠く」という点、また訴訟における敗訴を回避する意図をもってなされる撤回であれば、(c)の「信頼保護や「行政権の濫用」の観点から、あえて当該取消しの行為を違法と評価すべき特段の事情がある」という点が問われることになるであろう。

情報公開制度の下で職権取消・撤回が許容されるとしても、開示請求者にとって負担となるような事態は避けなければならない。それゆえ、情報公開制度の下では例外的な行政行為として、「知る権利」の実体的および手続的保障の観点から、職権取消・撤回が許容される場面は限定されなければならない。

## 5 情報公開制度における職権取消・撤回の憲法的統制

行政機関情報公開法、独立行政法人等情報公開法および各自治体の情報公開条例において憲法上保障される「知る権利」は具体的権利となり、情報公開制度の運用において情報は原則公開となり、不開示決定を下す場合には不開示部分を可能なかぎり限定することが行政庁ないし実施機関に義務付けられると解される。また、平成14年最高裁判決の趣旨については、「知る権利」は不開示決定に際して法的救済を求めることを可能とする実体的権利にとどまらず、所定の手続きで情報公開を求める法律上の利益、すなわち手続的な権利の性格をも併せ持つと解される。特に、手続的権利の性格に着目するならば、情報公開手続のうえで例外

的な方法である職権取消・撤回によって新たな決定を下すのであれば、先にみてきたように、開示請求者の不利益や負担とならぬよう、情報公開制度の趣旨・目的を踏まえたものでなければならない。

昨今、国または自治体が保有する情報は国民または住民の共有財産と考えられるようになり、そう解するのであれば、保有情報へのアクセシビリティは確保されなければならない、そのための手続のハードルが低くなること、つまり使い勝手が良くなることが求められる。このような要請は、行政庁および実施機関が説明責任を果たすという情報公開制度の目的、「知る権利」の保障の観点から導き出される。

情報公開制度における職権取消・撤回の問題については、先にみてきたとおりであるが、例外的に職権取消・撤回が許容される場面としては、次の事例を参考としつつ、その限界づけが可能であろう。

### 【事例 5】

開示請求者が千葉県公文書公開条例（旧条例）または千葉県情報公開条例（新条例）に基づき、実施機関である教育委員会が受け取った学校調査に関する文書の開示請求をしたところ、条例所定の非公開理由に該当するとして全部公開しない旨の決定をし、その後、これを取り消した上、公文書記載内容の一部を公開しない旨（それ以外の部分は公開する旨）の決定をしたことから、開示請求者が、主位的に、文書の一部を公開しない旨の決定が無効であることの確認を、予備的に、同決定の取消しを求める等をした事件がある。

東京高裁は、主位的請求について次のように判示している。

「文書の公開請求に対し、行政庁が非公開決定をした後、その決定を取り消すということは、通常の場合、当該文書の公開に応ずることを意味するから、行政庁が非公開決定を取り消したにもかかわらず、その後、文書の一部につき再び非公開決定をするということは、取消決定と矛盾するのみならず、いったん請求者に対して認めた公開の利益を奪うものであるから、原則として許されない。しかし、本件各取消決定及び本件各新非公開決定等がされた経緯・理由は、上記のような場合と異なるのであって、……本件非公開決定後に新たに生じた県立高等学校再編計画の作成という事情により、本件公開

請求文書が旧条例 11 条 7 号及び 8 号所定の非公開理由に該当しなくなったため、本件公開請求文書のうち同 2 号に該当する部分を除いたそれ以外の部分を公開することとし、本件各非公開決定を撤回する本件各取消決定をした上で、同日付けで、改めて本件各新非公開決定をしたものである。「本件各取消決定の通知に記載された理由中には、本件公開請求文書を『個人情報(第 2 号)をのぞき公開することとした』と記載され、同日付けで本件各非公開決定等がされたのであるから、本件各取消決定により、[実施機関]が本件公開請求文書の全部を公開するとしたものではないことは明らかである。「本件各取消決定と本件各新非公開決定等は、いわば一体として理解すべきものであって、これを実質的にみれば、本件公開請求文書の全部を非公開とした本件各非公開決定の一部を撤回し、本件公開請求文書のうちの一部につき公開を認めたものであるから、そのこと自体は、[開示請求者]らの利益になるものであっても、不利益を及ぼすものではない」。

東京高裁判決では、手続上の重大な瑕疵もないと論じ、主位的請求については開示請求者の訴えを退けているが、同事案において旧処分を職権で撤回した点について次のように触れている。すなわち、「行政庁が非公開決定を取り消したにもかかわらず、その後、文書の一部につき再び非公開決定をするということは、取消決定と矛盾するのみならず、いったん請求者に対して認めた公開の利益を奪うものであるから、原則として許されない。」と情報公開制度における撤回の許容性について展開しつつ、「本件非公開決定後に新たに生じた県立高等学校再編計画の作成という事情により、本件公開請求文書が旧条例 11 条 7 号及び 8 号所定の非公開理由に該当しなくなったため、本件公開請求文書のうち同 2 号に該当する部分を除いたそれ以外の部分を公開することとし、本件各非公開決定を撤回する」ことについて、結果的に開示請求者に対して一部開示されることになった点で利益があったとする。

同判決において論じられているように、不開示情報である行政事務・事務事業情報や意思形成過程情報については、時の経過あるいは後発的事情にともない不開示を維持する根拠が失われた場合に限っては、例外的な撤回の手続きを通じて新たな処分を下すことが許容されるといえよう。また、旧処分における不開示決定または一部不開示決定が、職権取消・撤回によって全部開示となり、侵害的行

行政行為が解消される場合に限って撤回が許容されるといえる。

【事例 5】から、情報公開制度の下で例外的な手続きである職権取消・撤回は、かかる行政行為を許容する特段の事情の存在が前提となる。すなわち、行政事務・事務事業情報や意思形成過程情報に該当することを理由として不開示となった行政文書ないし公文書について関しては、時の経過あるいは後発の事情にともない不開示を維持する根拠が失われ、不開示を維持する根拠が消滅することが少なくない。そのような不開示を維持する根拠がなくなる限定的な事由が存在するときに限って、職権取消・撤回は可能とすることが、情報公開制度の趣旨・目的と合致すると考えられる。つまり、開示請求者の負担の減少や「知る権利」の実体的・手続的保障の観点からもそのように解すべきであろう。

## 6 「知る権利」と「訴えの利益」の消長問題

実施機関または行政庁による職権取消・撤回の是非については、「訴えの利益」の消長の前提となるため、以上のように考察を行ってきた。この点を踏まえて、改めて「知る権利」と「訴えの利益」の消長問題を考察することが肝要と考えられる。

【事例 1】ないし【事例 5】で考察したように、職権取消・撤回は例外的な手続きと解されるところ、職権取消・撤回を行政庁ないし実施機関がフリーハンドでは行い得ないことは先述の通りである。しかしながら、仮に職権取消・撤回が行われ、それを通じて新たな処分が下されたことをもって、ただちに旧処分の取消しを求める「訴えの利益」が消滅するかという点については、別途検討が必要であろう。

平成 14 年最高裁判決で示されたように、開示請求者の情報開示請求権とは、「所定の手続」により請求に係る公文書を閲覧し、又は写しの交付を受けることを求める法律上の利益と解されうる。これを内実とする憲法上の権利としての「知る権利」は、単に実体的権利にとどまらず、開示請求者が不当な扱いを受けないまたは更なる負担を強いられない、適正な手続的保障を受ける手続的権利の性格も含むものと解されることは先述の通りである。このような理解の下、職権取消・撤回とその後の新処分の一連の手続きの流れは、「所定の手続」によらない例外的な手続きであるゆえ、「訴えの利益」の消長の判断についても「知る権利」の保障に照らして厳格に行われなければならない。この点については、特に、

平成14年最高裁判決のもつ意味は非常に重い。というのも、職権取消・撤回により、旧処分の不開示決定の取消しを求める「訴えの利益」が消滅すると解するにあたっては、開示請求者が旧処分で不開示となった公文書が新処分において公開決定を受けていることが前提となると理解されるからである。<sup>50)</sup>

ただ、【事例5】の東京高裁判決は次のように判示している。

「本件各取消決定と本件各新非公開決定等は、これを実質的にみれば、本件公開請求文書の全部を非公開とした本件非公開決定の一部を撤回し、本件公開請求文書のうちの一部につき公開を認めたものであり、[開示請求者]らの利益になるものであっても、不利益を及ぼすものではないから、上記各決定をとりけさなければならぬほどの重大な手続上の瑕疵があるとまではいふことができない」。

上記高裁判例が論ずるように、確かに、不開示部分が職権取消・撤回によって一部でも開示されるのであれば、当該開示部分には請求者は利益を得ることになる。

しかしながら、新処分において旧処分の不開示部分が一部でも残され、あるいは不開示部分に変更がないのであれば、不開示決定は継続し、旧・新処分は実質的には変わらない。したがって、開示請求者は、行政庁ないし実施機関による職権取消と新処分によって利益を得たとは必ずしもいえないのであって、この点の上記高裁判例の判示するところは適切ではない。職権取消・撤回の許容性について考察してきたように、侵害的行政行為が継続しているためである。殊に、情報公開においては、開示されるべき情報の有意性の判断は第一に開示請求者に留保されるべきであって、開示請求者が開示を欲する核心的な情報が開示されていないのであれば、職権取消・撤回によって旧処分の不開示決定または一部不開示が新処分の下で一部の情報の開示を受けたとしても利益があったとは必ずしも言えない。そもそも情報公開制度の下では原則公開であるため、一部でも不開示部分が残るのであるならば、開示請求者の処分取消しを求める「訴えの利益」は、全部不開示決定ないし一部不開示決定を職権で取消すまたは撤回し、改めて全部開

---

50) 福井・前掲13)・1045(221)

示決定しない限り、存続し続けると解することが自然であろう。

したがって、旧処分の不開示部分が新処分の一部開示されたとしても、開示請求の対象となった公文書は一部不開示が維持された状態にあるため、ただちに旧処分の「訴えの利益」が消滅するという結論に至らないと解すべきである。もっとも、新処分の取消訴訟を提起することによって開示請求者の救済手続きは確保されているとも考えられるが、しかしながら開示請求者の「知る権利」の手続的権利として性格および平成 14 年最高裁判決の趣旨を踏まえるならば、行政行為としての職権取消・撤回は、その許容性と「知る権利」との関係で厳格になされなければならない。このような理解の下、旧処分と新処分の関係性についても開示請求者の負担や情報公開制度の趣旨・目的を併せて考慮し、新処分によって一部が開示されたからといって、旧処分の「訴えの利益」が消滅すると解すことは、「知る権利」の手続的権利の保障と合致しないであろう。

また、開示請求者側からすると不開示となった核心的部分について、新処分後も不開示が維持されたままであれば、全部公開とならない限り、新処分の取消し訴訟を改めて提起するよりも、旧処分の違法性を争うほうが負担の面からする望ましいことは論を俟たない。先に指摘したように、開示請求者が予測していない新処分は、取消訴訟を改めて提起する請求者側の負担を増大させ、さらに開示請求者にとって取消訴訟が煩雑化することで、情報公開制度の敷居をあげることになり、結果的に開示請求を躊躇させ、請求そのものを萎縮させてしまうためである。

それゆえ、旧処分が取り消されて新処分ですべて開示とならない限りは、旧処分の「訴えの利益」の存続を認めるべきであろう。このことは「知る権利」の実体的・手続的保障および平成 14 年最高裁判決と整合性があるものと考えられる。

## お わ り に

行政機関情報公開法および独立行政法人等情報公開法の制定以後、国民の情報公開に対する意識は変化しているといえる。それは、公表されている次の開示請求の件数から垣間見ることができよう。行政機関情報公開法が施行された 2001 年の開示請求は 48,636 件（本省庁 16,811 件、その他 31,825 件）となり、10 年後の 2011 年の開示請求は 86,034 件（本省庁受 16,411 件、その他 69,623 件）、2013 年の開

示請求は 103,457 件（本省庁 18,794 件，その他 84,663 件）となり，行政機関の保有する情報の開示請求は年々増える傾向にある。このほか，情報公開訴訟に着目すると，施行年は 14 件，そのうち 3 件の判決が下され，2015 年において前年の継続している 16 件を加えて 28 件，そのうち 9 件の判決が下された。情報公開訴訟の原告勝訴率は，行政訴訟一般の原告勝訴率よりも高く，そのため訴訟も積極的に提起されている<sup>51)</sup>。

この動向は，さらに情報公開制度のありかたについても一定の方向性を示すことになる。たとえば，先にあげた「行政透明化検討チーム」（検討チーム）では情報公開法制の見直しに際して国民から意見募集を行い，会合において出された「『情報公開制度の改正の方向性』に関する意見募集（H22.4.21～5.14）結果概要 1」によると，意見募集の結果，「国民の声」147 名（うち男性 83%，女性 17%）および「職員の声」64 名（うち男性 91%，女性 9%）では，情報公開制度が使いにくいことや手続きが煩雑であることなどから改正の必要性があるという意見が多数を占め，93% が改正に賛成していた。

行政機関情報公開法および独立行政法人等情報公開法は，検討チームで示された方向での改正されていないが，検討チームが「使い勝手の良い情報公開法」の改正を目指していたことから，情報公開制度を利用する側のニーズに応えるためには，検討チームの提言を参考にすることも考えられよう。本稿では，以上のような情報公開制度に対する国民の意識の変化に鑑み，開示請求者が思わぬところで躓いてしまうような日陰に潜む障害，すなわち情報公開手続きにおける処分の職権取消・撤回に光をあてて考察を行ってきた。開示請求の増加が今後も想定される場所，かかる障害に光を当て続ける必要がある。国および自治体が保有する行政文書ないし公文書については，国民・住民の共有財産であることから，行政庁や実施機関は，保有する行政文書ないし公文書を公開することで説明責任を果たし，かつ「知る権利」ないし開示請求権の下で原則公開する義務を負うことになる。以上の責任や義務は，国民ないし住民の行政文書ないし公文書へのアクセシビリティを容易にし，情報公開手続きに潜み表面化することが少ない障害を

---

51) 総務省情報公開制度施行状況調査 [http://www.soumu.go.jp/main\\_sosiki/gyoukan/kanri/jyohokokai/chousa.html](http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/gyoukan/kanri/jyohokokai/chousa.html)

52) 宇賀克也『情報公開・個人情報保護』（有斐閣，2013）4 頁。

可能な限り取り除くことも含まれる。国および自治体が行政の透明化と情報提供を推し進めるなかで、情報公開請求において開示請求者に更なる負担を課すことは本末転倒といえ、憲法的統制の下で情報公開制度は運用されるべきであろう。