慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	情報公開訴訟における損害賠償請求事件の構造： 不開示決定の違法性を請求原因とする場合を中心にして
Sub Title	On the structure of law suits on compensation for damages in the freedom of informaition cases: focused on the illegality of non-disclosure
Author	友岡, 史仁(Tomooka, Fumito)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2008
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.81, No.12 (2008. 12) ,p.371- 412
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	藤原淳一郎教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20081228-0371

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

情報公開訴訟における損害賠償請求事件の構造

——不開示決定の違法性を請求原因とする場合を中心にして——

友岡史仁

はじめに
一　「国賠違法」のとらえ方（一般論）
　㈠　違法性の理解
　㈡　議論の実益——過失要件との関係
二　情報公開訴訟における「国賠違法」の判断類型
　㈠　具体的類型
　㈡　検討の前提
三　事例分析と比較検討
　㈠　問題の所在
　㈡　間接攻撃（併合請求）型及び直接攻撃型の場合
　㈢　間接攻撃（確定判決）型の場合
おわりに

はじめに

情報公開訴訟における国家賠償法（以下、「国賠法」という）上の損害賠償請求事件には、請求手続の態様が問題となる場合と、原告の開示請求に対し、実施機関による開示・不開示決定が行われたことを直接の違法事由とする場合との大きく二通りのパターンが見られる。これらの場合、原告はいずれもその開示請求に対する実施機関の対応方法を問題とするほか、損害賠償請求という枠組みの中で判断される点では共通する。しかしながら、前者については、開示請求に係る具体的な行為態様（例、開示請求に対する実際の決定が遅延した場合）として、いわば実定法上明らかにされ得る行為規範[1]に反するような場合である。これに対し、後者については、実施機関による開示・不開示決定（「公開・非公開決定」又は「公開・非公開処分」という呼称が用いられる場合もあるが、本稿では引用文以外はこの語に統一する）に係る判断内容そのものを問題とする場合であり、例えば、行政機関の保有する情報の公開に関する法律（以下、「行政機関情報公開法」という）、さらには、各地方公共団体（以下、「自治体」という）における情報公開条例によってその内容の是非は決まってくるものの、そのことに加えて、当該決定に係る判断ミス自体を国賠法という別の枠組みによってとらえ直そうという点において、前者とは異なる場合といえる[2]。本稿では、この後者の類型を「処分違法型請求」と呼んでおくことにしよう。

そこで、このような「処分違法型請求」の諸類型については、以下のような法的問題を引き起こす点をその特徴として指摘することができる。

第一に、その取消しに対する判断は、いわゆる「取消違法」と「国賠違法」と呼ばれるそれぞれの違法性判断の乖離に関する行政救済法上の一般的かつ重要な論点となる点である。換言すれば、抗告訴訟における開示・不開示に係る当該処分の違法性が判断される一方、国賠法における問題として、一つに「公権力の行使」に当たる

行為の違法性にも該当するか、という点が、もう一つに、同法の別の成立要件である故意又は過失の充足にあってこの違法性の要件がどのように関係するか、という点がそれぞれ存在する。

第二に、この類型は、先の開示請求手続に係るいわば固有の瑕疵に的を絞った事例とは異なる、情報公開訴訟における本質的意味が問題と考えられる点である。すなわち、かかる損害賠償請求に係る情報公開訴訟の場面に照らして見れば、（請求に対する開示決定自体により解決することが想定される一方）抗告訴訟との関係においては、不開示決定の取消しを通じ当該処分への訴えとして問題を解決すれば、その後原告（開示請求権者）に対し、果たして本当に損害塡補を必要とするのか、というそもそもの疑問が湧くところである。もっとも、逆に違法性という点に議論を絞れば、情報が開示されるべき状態にあってそれが開示されないこと自体が情報公開制度上違法であるとストレートに解することもでき、換言すれば、このことは本来の国民にとっての行政機関に対し情報開示を求める権利に備わった本質的意義に反することから、救済すべきか否かは「不開示情報」の該当性に係る判断次第である、という考え方もあり得る。そこで、このような対立的な考え方が想定できる以上、本類型を固有の問題意識をもって考察する意義があると思われる。

以上を受けて、本稿では、「国賠違法」と「取消違法」との区別及びその区別の実益につき論じた上で、不開示決定の取消しを直接の原因とする国賠法上の損害賠償請求に関連する諸事例を中心に検討することにしたい。

一　「国賠違法」のとらえ方（一般論）

「国賠違法」は、国賠法一条一項において公務員の「公権力の行使」に当たる違法な行為がその成立要件とされるため、明文規定からの判断が必要であることは明らかであるが、その理解については、民法における不法行

為法上の概念を借用してきた。[3] この場合、国賠法では、「法律による行政の原理」（又は「法治行政の原理」）との関係において、行為規範の定立によってその違法性を見極める行為不法説の立場に立つことが一般的理解であると思われる。本稿では、行為不法説以外にも、結果不法説[4]・相関関係論といった考え方があることを前提にしつつ、この一般的理解に立脚した上で議論することにするが、その場合であっても、「取消違法」との関係において「国賠違法」の概念を、情報公開訴訟との関係から明らかにするためには、一般論としてその内容を確認しておく必要があると思われるため、以下に示しておきたい。[5]

(一) 違法性の理解

第一に、違法性の理解についてであり、「国賠違法」と「取消違法」の両者を同一に解すべきとする立場を違法性一元説、別異に解すべきとする立場を違法性二元説（違法性相対説とも呼ばれるが、本稿ではこの名称を用いる）として、それぞれ分けて論じられてきたことに伴う問題である。この二つの学説の背景には、行政事件訴訟法上、処分取消しの訴えに際しての当該処分の違法性と、国賠法上の損害賠償請求に際しての「公権力の行使」に当たる行為としての違法性は、その根拠となる実定法の違いはあるものの、同一に解されるのではないか、という問題意識がある。もっとも、同一の解釈といえどもそこにはニュアンスの相違があることも事実であり、これまで、特に学説上見られた分け方として、両者の関係を、①完全に一致するとする理解、②「国賠違法」を「取消違法」と比べより広いとする理解（論理的にはその逆も考えられる）、③両者の関係は異質であるとする理解の三つである。[6]

もっとも、①に属すると解される論者の中でも、「同一時点における、同一行為と、法令によって定められた行為規範に対する同一内容の違反が、抗告訴訟においては違法と判断されるのに、国家賠償請求訴訟では違法と

判断されない（あるいはその逆）、ということが、（国家賠償は損害補塡のための制度であるということを理由に）認められ得るのか[7]」（傍点筆者）としており、両者が全く同一状況下にあることを想定した上でそれらの違いを否定的に解する立場が見られる。しかし、この考え方にあっても、①の成立は、起こり得る事例を極めて限定している点に注目すべきであり、そうなれば、そこには「取消違法」と「国賠違法」との間における「行為規範」の同一性を見る余地が発生することになり、その範囲の採り方によっては②にもなり得ることが認められる[8]。

したがって、形式論からすれば、①は違法性一元説に該当するが、②（場合によっては①に近いと解されることはある）又は③は違法性二元説といったように、後者についてはその見方が分かれるものの、分類することは可能と思われる。このこととは別に結果回避義務違反、信頼保護義務違反などの実定法規には必ずしも根拠を持たないその他の考慮要素をこの違法性判断に含ませ、その上で判断するといった別要素に照らして解釈すれば、事後的救済という国賠法の性格からしても、むしろ②が説明の仕方として適当との見方を採ることは不可能ではない。なお、このように②をとらえれば、③はこのような考えとは異質といえるであろう[9]。

ところで、以上の分類と関連する諸事例の中でも、特に違法性一元説と違法性二元説の相違を説明する上で、各主体に求められる「義務」と関連付けて取り上げられてきた主要判例として、(i)検察官の公訴提起に関する違法性と国賠法上の違法性との相違が問題とされる芦別事件（最判昭和五三年一〇月二〇日民集三二巻七号一三六七頁）、これと並ぶ無罪判決確定後の起訴の違法性を国賠法上の問題とした事件（最判平成元年六月二九日民集四三巻六号六六四頁）[10]、(ii)立法者による立法行為の違憲性と国賠法上の違法性との相違が問題とされた在宅投票違憲判決（最判昭和六〇年一一月二一日民集三九巻七号一五一二頁）、そして、(iii)所得税更正処分の違法性と国賠法上の違法性との関係が問題とされた事件（最判平成五年三月一一日民集四七巻四号二八六三頁、以下、「平成五年最判」という）が挙げられてきた[11]。

これらは、「取消違法」とは異なるいわゆる「職務行為基準」といった「国賠違法」固有の行為規範の設定可能性が問題とされてきたものである。そこで、これらの判例が主要な例として取り上げられる理由は、(i)検察官の起訴、(ii)立法行為、そして(iii)更正処分は、本来的には、国賠法の枠組みの中でそれぞれの実態に応じた解釈を要するのではないか、さらには、その範囲はいかなるものであるのか、という点にあり、その「職務行為基準」という行為規範を想定したことについて、当該基準の充足が必要であるとの定式を設けることによるハードルの上げ方が救済可能性を妨げるとの観点から批判されてきた。加えて、「取消違法」との関係で特に問題とされるのは、学説上、(i)検察官の公訴提起又は(ii)立法行為といった事例というよりはむしろ、処分の取消しという抗告訴訟における違法性が判断された平成五年最判によって、「職務行為基準」に基づく違法性二元説の射程が拡大されたことに伴う両者の違法性判断の乖離が示された点にあり、[12] さらには、住民票記載行為に関する最高裁平成一一年一月二一日判決（集民一九一号一二七頁）のように、判例による行政活動一般にまで拡大される傾向が看取される点が、この論点の一般化と複雑化につながる要因ともなっている[13]（但し、三に取り扱う情報公開訴訟との絡みでは、この平成五年最判の当てはめを前提とした理論構成が問題となる）。

以上にあって見方を変えれば、こうした「職務行為基準」概念は、注意義務違反や結果回避義務違反として構成することで、その内容自体に過失要件的要素を含ませる点に着目し、その場合を通常「職務行為基準説」などと一括りにして呼ぶことがある。もっとも、このことに対しても、国賠法上の違法性が職務上の義務違反そのものであると解する「義務違反的構成」[14]とすることもあるように、理解の仕方が決して一義的ではない。いずれが妥当であるかは、国民に対する救済の観点から別途検討を要するところではあるが、少なくとも、国賠法自体が「違法」及び「故意又は過失」としてそれぞれ切り離して規定している点からすれば、文言を忠実に読めば、本来的には「職務行為基準」という概念をもって解釈すべきかは問題があるといえる。とはいうものの、現実的に

は、以上のような理論構成の仕方は三に検討する情報公開訴訟においても見られるため、この観点からの検討は必須であることに変わりない。

(二) 議論の実益——過失要件との関係

第二に、違法性一元説と違法性二元説との対立関係において、その両説の相違をいかなる意味で（結論を左右するという観点からの）実益論として展開できるかは、必ずしも説得的に論じられていない面がある。

紛争解決の手法としては、違法性判断を先に決してから、過失要件の充足性を検討すべきという方法が適当とする主張も見られるように[15]、国賠法上の違法性判断の基準として、「職務行為基準」の議論と相まって、そもそもそれが過失要件と密接な関連性があることを見逃すことはできない。しかし、このことは、公務員に対する職務上の注意義務を過失要件に近い形で判断する場合、民法にいう結果不法説又は相関関係論に近い考え方に至る可能性があるのではないかという問題が残る。すなわち、このような考え方は、結果不法説に従えば、被侵害法益に着目することで被害者救済に重点を置く結果、侵害行為の違法性を重視しない考え方になり、そうなれば、結果不法説（又はそれに比重が置かれる相関関係論）は、違法状態を排除することを狙いとした行為不法説の考え方と比べれば、法治主義的見地からその範囲確定ができない、というデメリットがあることを指摘できることになる[16]。これについて、違法性一元説の立場に立ちつつ、公権力の発動要件が欠如している場合は違法であるとする「公権力発動要件欠如説」は、違法性判断の中で全てを読み込むのではなく、過失要件における判断を通じた結論の調整を考慮に入れるべきとするものであるが[17]、この考え方は行為不法説に依拠するものとされる[18]。以上のことは、「国賠違法」と過失要件とが分離できるか否かという議論という点では、両者の可分性の余地そのものが問題になるものといえる[19]。

確かに、以上のような議論に見られる混乱とそれに伴う整理不足から、「両者の差異は理論的な構成の違いに帰着する」[20]といわれるように、実際のところは、判例と学説とが力点の置き方を異にするだけのように見える。そうなれば、違法性一元説と違法性二元説との相違は、先に掲げた意味での実益論が伴うものではない、というのが現状ということになろう。

しかしながら、本稿の立場は、「取消違法」と「国賠違法」の関係が、行政法学の一般理論における学説と判例・実務に大きな乖離があることの例として、しばしば取り上げられてきたことに重きを置くものである。すなわち、この論点は、国家賠償が損害填補のための制度であるとの前提から行為違背を問題とするため、「取消違法」のように法律による行政の原理が直接適用できる場面ではないという実務を中心とした理解に対し[21]、「権力的法的行為形式としての行政行為によって生じた損害賠償事件においては、賠償請求権の成立には、当該行為の取消訴訟上の違法が必要条件となる」[22]などの理解から「取消違法」と「国賠違法」とに違いを求めるべきではないという学説を中心とした理解があり、このこと故に、議論の説得的展開という意味において依然検討を要するものと思われる[23]。

そこで、両者の関係を議論することに実益を見る立場から、その意義の要点を示しておくことにする。第一に、仮に過失要件の充足が認められない場合であっても、違法性と過失の二元的審査の効用として、国家賠償制度の違法行為抑止機能・違法排除機能（適法状態復元機能）が認められる点が主張されるが[24]、これらは事実上の効用ではあるものの「国賠違法」とされる範囲確定のためにその後果たす役割が大きいことがある。第二に、これを二において検討する情報公開訴訟との関係で見れば、行為規範との絡みで違法性判断そのものに理論的問題があるほかにも、過失要件との相関関係が違法性要件とは切り離して論じられるべき問題が存在することから、判例に対する学説が主張する問題が持つ説得力という意味においても、両者の乖離を埋め、実際の事例を通じ垣間見

える諸課題を明らかにする作業が必要であることがある。そして第三に、学説上採られる両者を一体化した解釈によれば「行政処分取消判決の既判力が国家賠償事件に及ぶことを肯定しなければならないことになろう」とし、議論自体の具体的実益を説く見方も存在していることから[25]、（実態はともあれ）かかる点で議論の実益を軽視してもよい訳では決してないことがある。

本稿は、こうした区別の実質的意義に基づき、情報公開訴訟における国賠法上の違法性判断の問題を論ずるものである。

二　情報公開訴訟における「国賠違法」の判断類型

㈠　具体的類型

情報公開訴訟という場面において、不開示決定の違法性を原因とした国賠法上の損害賠償を請求する場合、同法の枠内では抗告訴訟に見る取消し対象となる処分の違法性＝損害賠償請求となる「公権力の行使」に当たる行為の違法性という判断枠組みでとらえようとしている点が考えられるが、本稿冒頭にも触れたように、不開示決定の違法性をストレートに問題とする損害賠償請求の場面でとらえて見た場合、このような事例には、次のようなパターンが見られる。

すなわち、原告が、第一に、当該処分の違法性は抗告訴訟において主張するが、他方で国賠法上でも当該処分の違法性を主張する場合（以下、「間接攻撃型」という）であり、さらにこの場合を、①当該処分の取消しに係る確定判決を裁判所から受けている場合（以下、「間接攻撃（確定判決）型」という）、②損害賠償請求と並び不開示決定の取消訴訟を併合請求する場合（以下、「間接攻撃（併合請求）型」という）に、第二に、当該処分の違法性を

国賠法上の違法性そのものとして直接に攻撃対象とする場合（以下、「直接攻撃型」という）に、それぞれ分類することができる。[26]

なお、以上の類型は、いずれも直接当該処分を受ける開示請求権者の請求類型をイメージする一方、第三者との関係についても問題となる場合があり、具体的には、当該開示請求権者に対する開示決定に係る第三者（個人のほか法人の場合がある）による損害賠償請求が考えられる。[27] これは、「処分違法型請求」のうち、開示決定の取消しという場面において説明ができるものでもあり、このような諸事例においては、開示決定に伴う第三者のプライバシー権の侵害可能性が特に問題になるものと思われる。[28] その意味では、不開示決定とは異質の独自的意味を持つ請求類型としてとらえることができよう。しかしながら、本稿冒頭の狙いから、本類型にはあえて触れないことにする。

ところで、上記の類型に対し、実際の判例・裁判例の中で見られる判断枠組みは、一にも「国賠違法」との絡みで問題の現れ方として触れたように、決して一律とはいえない。加えて、過失要件との関係をも視野に入れておくことが、この種の問題点の理解には不可欠と思われる。そこで、三に取り上げる事例について見れば、大きく分けて次のパターンに分けることができよう。

すなわち、第一に、当該職員の不開示決定に係る行為について、場合によっては明確に平成五年最判を引用しつつ、「職務行為基準」の定立によって判断しようとするもの（間接攻撃〔確定判決〕型に当たる最判平成一八年四月二〇日裁時一四一〇号八頁、[29] 間接攻撃〔併合請求〕型に当たる東京地判平成一五年一〇月三一日判例集未登載、直接攻撃型に当たる鹿児島地判平成一三年一〇月一日判タ一一三四号二〇八頁、[30] 津地判平成一四年六月二〇日判タ一一三九号九二頁）、第二に、故意又は過失に該当するか否かによって事案解決を図ろうとするもの（間接攻撃〔併合請求〕型に当たる奈良地判平成一四年一一月二七日判自二四三号二九頁、直接攻撃型に当たる大阪地判平成九年一二月二六日判時

一六五三号一二八頁[31]、岐阜地判平成一四年九月二六日判時一八〇四号九〇頁[32]、大阪地判平成一七年六月二七日判時一九〇九号六〇頁）である。このほかにも、第一と第二のパターン双方にも当たり得ると解されるもの（間接攻撃〔確定判決〕型に当たる東京地判平成一三年一月一九日判例集未登載、直接攻撃型に当たる東京地判平成一八年一〇月二日判例集未登載[33]）もあれば、「損害」の存否によって判断しようとするもの（間接攻撃〔併合請求〕型に当たる仙台地判平成九年二月二七日判タ九六一号一三一頁[34]、大分地判平成一一年五月三一日判タ一〇一七号一一六頁、鳥取地判平成一四年四月二三日判例集未登載）も見られる。

以上から、実際の事案解決方法としては、類似の事例にあっても一律とはいえないが、かといって理論構成に絶対的正当性があるものでもない。しかしながら、このような諸事例にあっても、一定の傾向を看取するならば、すでに示唆してきたように、「職務行為基準」を定立する場合と故意又は過失要件の充足する場合のいずれかを通じ判断されるものが中心的なそれであると思われ、本稿ではこの二つの角度から諸事例を取り扱うこととする。

(二) 検討の前提

以上の三類型を検討する前提として、次の点を指摘しておきたい。すなわち、例えば、課税処分の取消しと損害賠償請求との関係を見ると、一方において、取消争訟の仕組みを利用せず損害賠償請求を提起する場合があるが、他方において、過誤納金の返還請求にあっては課税処分の取消争訟の枠組みにおいて解決されるべき場合があり、そうなれば、損害賠償請求の提起が遮断される場合とそうではない場合とで議論を分離すべき、という整理方法も考えられる[35]。そもそも、このような整理自体が当然には認められず、論理的帰結としてあり得るに過ぎない、という見方も可能と思われるが[36]、仮にかかる考え方を採った場合には、本稿に掲げた間接請求型はそもそも含まれない、と見る余地が出てくるものと思われる。

しかしながら、上記に掲げた諸事例は、判旨において以上の点を意識することなく検討しており、いわば取消争訟に遮断効を働かせることを考えずに事案処理が行われている点（その意味では、実務上「国賠違法」と「取消違法」の違いの根拠として示される取消争訟の既判力の影響という論点は、ここではあえて触れる必要がないことになる）[37]、そして、ここでは、〝取消争訟を利用しつつ損害賠償請求が提起される場合の判断方法〟との一般論として展開できる問題からすれば、本稿ではあえてかかる割り切り方があることを意識しつつも、このような三類型にわたって諸事例を取り上げてみることが適当であるように思われる[38]。

そこで、三類型における「国賠違法」の現れ方及び故意又は過失要件の充足との関係については三に取り扱うが、その相関関係に触れておけば、次の通りとなる。

すなわち、間接攻撃（併合請求）型の場合、原告の請求が、一方では取消請求と損害賠償請求が併合されるものの、元々二つの請求が同一事件において存在すれば、各請求に対しては各適用法条に従い判断が下されるが、直接攻撃型の場合、純粋に国賠法上の問題として処理されることになり、そのような状態を想定する必要はない。そこで、確かに、直接攻撃型は「取消違法」という場面に限って言えば、そのことを想定する場面は持ち得ないのであるから、（先ほどとは逆の意味で）検討対象から外すとの考え方もあり得なくもない。しかしながら、そのこと以上に、損害賠償という共通の請求内容に先立ち、同一裁判所において不開示決定の違法性を判断するという意味では、間接攻撃型とは変わらない。そこで、本稿での課題を検討する視点から見れば、直接攻撃型は間接攻撃（併合請求）型と同様、既に不開示決定の違法性が別裁判所によって確定された判決を前提とする間接攻撃（確定判決）型とは異なるため、ここで両者並んで検討する余地があると思わる。したがって、三では、類型的な事例分析を行う上で、一つに、間接攻撃（併合請求）型及び直接攻撃型、もう一つに、間接攻撃（確定判決）型、という二つの柱を念頭に置くこととする[39]。

三　事例分析と比較検討

㈠　問題の所在

1　行為規範とその射程範囲のとらえ方

一㈠に見たように、「取消違法」と「国賠違法」の関係において論じておく必要があるのは、「取消違法」が問題とする行為規範が「国賠違法」が問題とするそれと異質のものと判断されるべき必要性があるか、という点である。これについては、各制度において解釈され得る特異な行為規範としてのとらえ方――それを「法」と一般化して呼ぶことも可能であろう――という点に比重が置かれるべき問題として見れば、その解は肯定的にとらえられるべきことになる。こうしたとらえ方の効用としては、違法性一元説による違法性二元説に対する批判として存在する、違法性及び故意又は過失それぞれの概念を操作することにより救済の可否が恣意的に左右されるとの危惧を抑制する効果を指摘することができるし[40]、情報公開訴訟という場面においても、関連する行為規範の成立可否を批判的に検証する方法として有効に機能する点も挙げることができる。

この点を少し敷衍すれば、「取消違法」が不開示決定の取消しに係る当該処分の違法性を指すと解する場合、まず、このこと自体に備わる行為規範に違反する場合とは、開示請求権者に対して開示しておくべき情報であるにもかかわらず、それが開示されないことに伴う瑕疵と解される。このことについて、別の見方をすれば、例えば、「不開示情報」として一般的に認知されてきたもののうち、個人情報＝プライバシー権の侵害があると解される場合、そして法人等情報＝企業の権利やその競争的利益の侵害があると解される場合にあっては、当該情報を開示しないという義務、といった具合に、「不開示情報」の種類ごとに異なるが、その義務を遵守することとも言い換えることができる。そして、開示すべき義務と「不開示情報」を開示しない義務は、行政機関情報公開

法五条各号に規定される「不開示情報」の該当性の中で、そして、情報公開条例であればかかる規定と同様の内容を持つ条項の中で、表裏一体的な行為規範として認識できるものである。

そこで、以上のような義務に係る判断部分は、「不開示情報」の該当性判断を行うものであり、取消争訟における処分取消しに際しての法解釈としてそもそもの争点となり得るものでもある。情報公開制度の特色からすれば、開示・不開示の決定がその目的達成の〝決定打〟になるものと考えれば、国賠法に基づく損害賠償請求そのものの意味を考えた場合、確かに損害填補という角度の他にも、その必要性について疑問が持たれるところでもあろう。このような場面が想定される場合、実質問題として、実施機関の判断に萎縮効果が発生し得るという指摘もあり得るかもしれない。(41)

しかしながら、不開示決定の違法性をストレートに問題とする「処分違法型請求」という形式にあって原告が国賠法上の請求として構成する場合、違法性一元説からすれば損害の填補という意味でこの場合は否定的見解を採ることができるとしても、違法性二元説に立てば、その「国賠違法」を問題とする際にも、少なくとも「不開示情報」の該当性如何を基準にした規範性を否定し、これとは全く別の要素を想定し、それを組み入れる必要性があるとは考えにくい。その意味では、かかる点で「取消違法」との質的相違があるとは思われず、不開示決定を直接の請求原因として提起される損害賠償請求にあって、これが行為規範を確定する上での判断方法ではないかと解することができる。

この場合の論点は、仮に不開示決定の違法性が肯定される場面においても、「国賠違法」として置くべき射程をどの範囲にまで拡大する必要があるのか（不開示決定が違法と解される場合にあって、どこまでを情報公開制度上の当該公務員の職務として解し得るのか）という問題が考えられるが、右に触れた考え方に立つのであれば、本来このこと自体は、不開示決定の判断の中でのみ論じられるべきものと思われる。加えて、従来、こうした点につ

いて、違法性判断の中でその範囲拡大があり過ぎる分、結果として原告の救済範囲が狭まる可能性――そしてこれが「職務行為基準」による違法性認定の狭さを物語るものと解することができる[42]――も考えられたことから、特に救済の可能性という点で学説上批判が強いといえるものであったことも、あえて情報公開制度の中で範囲を確定できるという点では、このような考え方を正当化できるものと思われる。

2　情報公開請求権の侵害との関係

以上にあって、行為規範の一般化という視角から、例えば、一つに、外国人の強制退去・在留特別許可に係る「国賠違法」を問題とする場合は「生命・身体・健康の不可侵という憲法原則の適用」というように[43]、もう一つに、課税処分の場合は租税法律主義（憲法八一条）としての一要素というように[44]、その規範の認識と当てはめにおいては、一定の価値判断を持つ必要性が考えられるものの、抽象的一般的な意味での一定の行為規範を意識することをもって「国賠違法」の内容を説明できることを物語るものとも言えよう。

この点を情報公開訴訟に関連付けて考えられるのは、憲法二一条の「表現の自由」の一環として保障されると解される、行政機関に対する国民に保障される人権としての「知る権利」に照らし、その権利性を侵害することを通じた違法性の認定という意味での行為規範の存否の問題である。仮にこのことを体現する具体的権利が「情報公開請求権」である、とするのであれば、（先の外国人の強制退去・在留特別許可ないしは課税処分において見られるような）憲法規範にその根拠を求めることができるかもしれない[45]。したがって、「取消違法」と「国賠違法」というそれぞれの場面において、「知る権利」の侵害という意味での「違法」を認めることができる、さらには、不開示処分の取消しの対象となる違法性の存在が「情報公開請求権」の侵害として構成され、それが「取消違法」でありかつ「国賠違法」であるとの端的な見方もあり得る訳である。

しかしながら、例えば実施機関による具体的な判断を介在させず、開示請求権者の求める情報につきその全部又は一部が開示されないこと自体をもって全て「情報公開請求権」の侵害ということは、やはり違法性の範囲を拡大しすぎることになり、また、結果不法説の考え方を採るものとして、必ずしも説得的ではないとの批判も考えられる。そして、本稿の立場からすれば、この批判を正当と考える。しかし、実定法上の根拠が看取されるのであれば、そのことを成立させる余地はあると思われ、この場合、この「情報公開請求権」を、実定法上の権利に体現された段階において、例えばその範疇において説明し得る場合を念頭におくものである。

思うに、このことの例としては、請求手続の瑕疵として当該権利の侵害可能性を国賠法上の救済対象として見ることの可能性がある。[46] それは、実定法上明確に根拠付けられるものであるため、行為不法的な解釈と顕著な相違は見られないからであるが、そうなれば、仮に「権利侵害」と構成しても、一定の規範性が求められるとすれば、結果不法説のデメリットを克服できる可能性が考えられるからである。

そこで、このことを、さらに本稿において取り上げている「処分違法型請求」に照らし合わせて見てみても、右と同様の結果を得られる可能性は確かにあり得る。すなわち、不開示決定そのものを「国賠違法」と解することからすれば、「情報公開請求権」の侵害と主張される場合であって、実際に採用されている考え方を見れば（後述、東京地判平成一五年一〇月三一日判例集未登載）、「不開示情報」の該当性という視角から一定の行為規範性を看取しているように考えられるのである。もっとも、大半の事例はそうではないという点においては、このことはより一般化できるとは言いにくいとも考えられよう。そこで、以下では、そのような視角に依拠した「国賠違法」の解釈があることは認識しつつも、かかる理論構成が採られていないことを主に想定しながら、「処分違法型請求」に係る「国賠違法」の諸事例の整理を試みることにする。[47]

(二) 間接攻撃（併合請求）型及び直接攻撃型の場合

1 「職務行為基準」の場合

ここでは、同一裁判所の中で不開示決定の違法性が問題とされる間接攻撃（併合請求）型と直接攻撃型の二つの事例について、「職務行為基準」を用いると思われる（換言すれば、平成五年最判の射程が及ぶ）裁判例を取り上げてみる。

まず、間接攻撃（併合請求）型の例を取り上げれば、次のものがある。

【事例①】東京地裁平成一五年一〇月三一日判決（判例集未登載）では、行政機関情報公開法に基づき原告が請求した行政文書に対し、関東運輸局長（被告）が、開示請求に係る行政文書の特定ができないことを理由に不開示決定を行ったところ、原告が、当該処分の取消しを求めるとともに、別訴の証拠として当該文書を提出するところ不開示決定によって提出できなかったことから、当該決定によって精神的損害等を負ったことを理由に国賠法上の損害賠償を請求した事件であった。そこで本件裁判所は、次のように判示する。

「本件処分（＝取消訴訟において違法であると認定した不開示決定）は、公務員の職務上の義務に違反するものであって、国家賠償法上違法というべきである。……侵害対象である権利は、実定法上権利とされているものだけでなく法的利益をも包含すべきであると解されるのであって、仮に、被告の主張のとおり、法が、情報公開請求権を個人の権利利益として保護する趣旨で付与したものでないとしても、そのことをもって直ちに、法の解釈を誤った不開示処分を受けた国民が、国家賠償法による損害の賠償を受けられないことを意味するものとはいいがたい」（傍点及び〔　〕内筆者）。

次に、直接攻撃型の例を取り上げれば、次のものがある。

【事例②】鹿児島地裁平成一三年一〇月一日判決（判タ一一三四号二〇八頁）では、鹿児島県が計画した港湾埋

立て計画に関連した漁業補償等に関する文書の開示を請求した原告が、不開示決定を受けたとして、それが開示義務に違反することを理由に、県に対しては国賠法一条一項、県知事に対しては民法七〇九条にそれぞれ基づく損害賠償を提起したものである。そこで、県に対し提起された国賠法上の訴えに係る判示部分を取り上げれば、次のようである。

「本件処分1、2〔＝鹿児島港中央港区に係る漁業補償に関する協定書及び同区漁業補償金の支出命令票のそれぞれの不開示決定〕は違法であるが、これが国家賠償法一条一項上も違法であるかどうかについては、一考を要する。……当該公務員が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と当該処分をしたと認められる事情がある場合に限られる（職務行為基準説）と解するのが相当である（最高裁判所平成五年三月一一日第一小法廷判決・民集四七巻四号二八六三頁参照）。したがって、未だ確定した抗告訴訟の取消判決がない場合にあっては、一層、上記判旨が妥当するというべく、公文書の非開示処分の違法性が国家賠償法一条一項上も違法といえるかどうかは、当該公務員に上記注意義務違反があったか否か、そのためには開示請求者の被侵害利益や担当公務員の侵害態様等を総合考慮して判断する必要があると解するのが相当である」（〔　〕内筆者）。

「被告知事が職務上尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と本件処分1・2をしたと認めるに足らず、これが国家賠償法一条一項上当然に違法であるとまでは断じがたい」。

【事例③】津地裁平成一四年六月二〇日判決（判タ一一三九号九二頁）では、阿児町水道課発注の工事予定価格調書の開示を請求した原告が、同町長によって不開示決定を受けたことが不法行為に当たり、精神的損害を受けたとして、阿児町（被告）に対し、国賠法に基づく損害賠償を請求したものである。そこで、同法上の訴えに係る判示部分のみを取り上げれば、次のようである。

「上記前提となる事実及び上記認定事実からすれば、……本件予定価格調書に本件条例八条七号に規定する情報が記載されていると解する余地があったということができる。

そうとすれば、阿児町長が、同一事業者が年に多数回入札に参加するなどの地域事情も加味して、本件予定価格調書の開示により将来の同種の事務事業の公正又は円滑な執行に支障が生じると判断して本件非開示処分をなしたことが、その職務上通常尽くすべき注意義務を懈怠したものと言うことはできず、本件国家賠償法一条一項にいう違法な行為に当たると断じることはできない」。

そこでまず、右に掲げた【事例①】ないし【事例③】を比較検討した場合、次の異同を指摘できる。

第一に、これら事例は全て「国賠違法」を認定する上での当該公務員に対する一定の注意義務を行為規範として求める点において共通するが、【事例①】及び【事例③】は、不開示決定を「職務上の義務」違反又は「職務上通常尽くすべき注意義務」の懈怠という理論構成をとるものの、実際の判示事項では、【事例①】では当該請求対象とされた行政文書が行政機関情報公開法に基づき、【事例③】では当該請求対象とされる「公文書」が町条例に基づき、それぞれの不開示情報として該当するか否かを「国賠違法」のレベルに吸収することで、その成立を注意義務レベルにおいて判断しようという狙いがあり、いわば行為規範が当該条例の解釈そのものに依拠したものであると解することができる。そのような理解に立つならば、明確に平成五年最判を引用する【事例②】とは異なり、「職務行為基準」の定立に伴う問題[48]——法治行政の原理の観点以外の他の追加的規範の存在——は、ここでは看取されないと見ることができ、これらの事例が違法性一元説に立っているとする余地もあるように思われる。

第二に、【事例②】の裁判例における判示部分について見るに、「未だ確定した抗告訴訟の取消判決がない場合にあっては、一層、上記判旨が妥当するというべく」としていることからすれば、本件のような確定判決が出さ

れていない場合であれば、仮に不開示決定の違法性が認定されるとしても、それを「国賠違法」における固有の行為規範に置き換えるべきことが求められるという、後に詳述する間接攻撃（確定判決）型を想定する中での判断枠組みが設定されていることに気付く。その意味では、このような解釈は、全ての不開示決定には「職務行為」という高いハードルを課すことになろう。このことは、「国賠違法」を客観的な行為規範によってその適否を確定させようとする狙いからすれば、事後的な開示請求への具体的対応に関する諸種の問題等、違法性要件の判断が事実の認定方法に極めて左右されてしまう点において、問題が残る判断であったと思われる。

2　故意又は過失要件の該当性

以上の裁判例に対し、故意又は過失要件によって判断しようという主要事例も存在する。

まず、間接攻撃（併合請求）型については、次の事例が見られる。

【事例④】奈良地裁平成一四年一一月二七日判決（判自二四三号二九頁）では、生駒市情報公開条例に基づき、生駒市長（実施機関）に対し、用地の先行取得に関する文書の開示請求をしたところ、その一部を不開示とする決定を行ったため、原告が当該不開示にした部分の取消しを求めるとともに、国賠法に基づく慰謝料を請求したというものである。本件裁判所は、同法上の損害賠償請求に係る部分につき、次のように判示する。

「本件条例六条各号に定める非開示事由に該当するものとは認められず、これらの部分を非開示とした市長の処分は違法である」が、「本件各処分を行ったことについて、故意又は過失があったと認めることはできない」などとし、原告の損害賠償請求については理由がない。

なお、原審で却下及び国賠法上の請求が棄却された部分については控訴せず、控訴審（大阪高判平成一六年三月三〇日判例集未登載）では、不開示決定の取消しが認容された部分について判断され、その一部について実施機関の不開示決定を適法として原審の判断を変更している。

次に、直接攻撃型については、次のような事例がある。

【事例⑤】大阪地裁平成九年一二月二六日判決（判時一六五三号一二八頁）では、島本町の策定する宅地開発に関する指導要綱に従わないマンション業者が同町に提出した都市計画法二九条の開発行為の許可申請に係る事前協議の添付資料として、「意見書」と題する書面について複数人の住民（原告）が開示請求したところ、違法な不開示決定を繰り返したことを理由に、同町に対し原告が国賠法上の損害賠償請求を提起したものである。本件裁判所は、原告側の主張の一部を認容している。そこで、損害賠償請求に関する判示部分は次のようである。

町（被告）の責任として、「町長は……これを公開すべきであったにもかかわらず、本件各非公開決定をなしたものと認められる。……右判断は、さほど微妙かつ困難なものであったとも認めがたいから、被告は、国家賠償法一条一項に基づき、原告らの損害を賠償すべき義務があるものというべきである」。「本件意見書が一見明白に非公開事由に該当しないと断定できるものでないから、実施機関たる町長に故意、過失があるとはいえない旨主張するが、……むしろ、町長としては、客観的かつ具体的な非該当事由が明白に認められる場合でなければ非公開決定をすることができないとされていることに照らせば、被告の右主張は採用できないものというほかない」（傍点筆者）。

【事例⑥】岐阜地裁平成一四年九月二六日判決（判時一八〇四号九〇頁）では、穂積町建設工事請負契約書の開示を請求した原告らに対し、同町長が穂積町情報公開条例九条一項六号（いわゆる事務事業情報を不開示情報として規定するもの）に基づき、入札予定価格及び入札書比較価格について開示しない旨の一部不開示決定を行った

ところ、この決定が同町情報公開条例の解釈適用を誤った違法な「公権力の行使」であるとし、町に対して国賠法一条一項に基づき、町長に対しては不法行為に基づき、慰謝料及び弁護士費用等の請求を提起したものである。なお、原告は、不開示決定の取消しを求める訴えを岐阜地裁に提起したが、当該町長は、同町情報公開審査会の答申に従い、不開示決定を取り消している。そこで、本件裁判所は、不開示決定の違法性を認定した上で、それぞれ損害賠償請求に係る部分につき、次のように判示する。

「決定が違法と判断されたとしても、その一事をもって直ちに実施機関に国家賠償法上の故意又は過失があるということはできず、個別具体的な事情に照らして非公開事由に当たらないことが明白で、容易に判断できるような場合に、前記の故意又は過失を認め得るものといわなければならない」（傍点筆者）。

町長には「本件非公開決定がなされた当時において、予定価格の事後公表が本件条例九条一項六号所定の非公開事由に当たらないとの判断をすることは、必ずしも困難なものではなかったと解され、実施機関として違法な本件非公開決定を行った被告松野〔＝町長〕には、故意又は重大な過失があったとまでは認められないものの、少なくとも過失があったと認められなければならない」（傍点及び〔　〕内筆者）ことから、町に対し、不開示決定により原告らに生じた損害を賠償する義務がある。

【事例⑦】大阪地裁平成一七年六月二七日判決（判時一九〇九号六〇頁）では、大阪市情報公開条例に基づき原告が同市第三セクターの資産関係の保管文書につき開示請求したところ、不開示決定がなされたため、当該処分をしたことにより精神的損害を被り、弁護士に委任して訴訟を追行せざるを得なかったとして、国賠法一条一項に基づく損害賠償が市に対して提起されたものである。そこで、本件裁判所は次のように判示し、原告の請求を一部認容している。

市長が当該決定を行ったことの適法性について「事務事業遂行情報にあたらないのであるから、これにあたるとして被告市長がした本件処分は違法であったというべきである」とした上で、「本件文書を事務事業遂行情報にあたるとした被告市長の判断には、少なくとも過失があったというべきである」。

以上【事例④】ないし【事例⑦】の判断枠組みを見る限り、間接攻撃（併合請求）型、直接攻撃型いずれの類型にかかわらず、不開示情報の該当性につきその一定の判断が行われることで、開示義務について確定した判断を行った上で、さらに故意又は過失要件の該当性を判断している。加えて、後者について注目されるのは、直接攻撃型に当たる【事例⑤】及び【事例⑥】では、実施機関による判断の明白性が求められている点は、不開示決定の違法性とは分離して、別途この部分の行為規範を故意又は過失要件の中で判断しようとするものと思われ、その意味で、先の「職務行為基準」に係る違法性の判断方法をめぐる批判は当てはまらないと思われる。

なお、【事例⑧】東京地裁平成一八年一〇月二日判決（判例集未登載）では、行政機関情報公開法に基づき文部科学大臣及び国立大学法人法施行前の九州大学総長に対して、「国立大学医学部付属病院長会議常置委員会組織の在り方問題小委員会作業部会Aサブワーキングループ」の議事録及び提出資料等の開示請求を行ったが、このうち当該総長が文書不存在を理由にした不開示決定に対し精神的苦痛を受けたとして、国に対する慰謝料及び弁護士費用等を国賠法に基づく損害賠償として請求したものがあるが、

「開示請求を受けた行政機関等の担当職員は、開示請求者に対し、不当に上記利益を妨げることの内容に、同法〔＝国賠法〕の規定及び趣旨に従って適切に当該請求を処理すべき職務上の注意義務を負うものと解するのが相当」（〔　〕内筆者）

としつつ、

一つに、「被告大学職員らは……漫然と本議事録を開示請求対象の行政文書に当らないと判断し、これが被告大学の行った文書不存在を理由とする本件各不開示決定につながったというべき」であり国賠法上違法である点、もう一つに、文部科学省職員には「……職務上の法的義務を尽くすことなく本件答弁書における誤りを是正せず漫然と放置した重大な過失があったというべきであり」、（被告大学職員が主体的に開示請求に対して判断できるようにすることが可能であったのにそれを行わなかったという）不作為が国賠法上違法である

ともしており、このような判断枠組みは、いわば「職務行為基準」を過失要件に一元化している事例と解することもでき、違法か故意又は過失かという、二者択一的な当てはめが困難であることを物語るものである。

このように、少なくとも【事例⑤】ないし【事例⑦】からいえることは、直接攻撃型の場合、「不開示情報」の該当性に係る不開示決定の違法性を前提とする場合であったため、ある意味で、違法性一元的な見方を採ることも不可能ではないと思われる点である。すなわち、（場合によっては不開示決定が最終的に適法と判断される場合であっても）別の角度から見て故意又は過失の存在を認定する、という具合に、「国賠違法」の存在が過失要件と一元化することで事案処理が行われるとなれば、何が違法な「公権力の行使」であったかをあえて認定する必要がなかった――「国賠違法」を考慮せずに済むという意味で――という事例評価も考えられなくはない。

3　共通の問題点

以上、1及び2に見た諸事例では、理論構成の相違が指摘される一方、以下のように、共通の問題点を指摘することもできる。

第一に、結論の相違という実益論の観点から補足できる点である。すなわち、間接攻撃（併合請求）型及び直接攻撃型として以上に掲げた諸事例に関する限り、結論において「職務行為基準」を採ることで原告の請求が棄却されているが、不開示決定の違法性を前提に故意又は過失の有無を判断する場合は全て請求が（全部又は一部）認容されている点に着目すれば、前者のような違法性二元説に立った典型的な判断方法との間で結論においてはギャップがあるとの見方もとれなくはない。この原因の一つには、「違法性」を根拠付ける上での職務上の注意義務を導く法的根拠の存在が必ずしも明らかではなく、むしろ拡大的解釈が採られる点に理由があると思われるが、他方、故意又は過失要件によって判断する場合、事実認定に強く依拠する分、請求が認容に傾きやすいとも推測される。そして、結果論とはいえ、この意味において、両類型に属する諸事例については、違法性二元説的な理論構成には問題があるとの指摘が可能になると思われるのである。

第二に、中でも、直接攻撃型における問題にあっては、「情報公開に関しては、国家賠償請求訴訟でしか非開示決定の適法性の判断を求めることができない場合」[49]（傍点筆者）には、違法性二元説を一般的な判断基準として採用することには慎重であるべきと説く論者がある点である。

本見解は、故意又は過失要件の充足によって判断する直接攻撃型のうち、実施機関が不開示決定の取消請求に対する審査会答申に従って当該決定の取消しがなされていた【事例⑥】を前提としており、その点では、「職務行為基準」に係る判断への批判であるとは限らない。すなわち、【事例⑥】は、実際に不開示請求の対象とした当該文書を開示しているものであり、仮に実施機関が当初の不開示決定について、事後的に判断を覆すことで当該処分を取消した場合、違法性二元説を採ることになれば、（一部開示の場合は問題が残るものの）開示請求に係る実施機関の判断自体は既に解決しているため、抗告訴訟の中では当該判断の違法性が問われることはなくなり、原告にとっては、結果的に、国賠法上の損害賠償請求の中でしか当該処分の適否については争えなくなる点を危

惧したものと思われる。

これについて、上記に取り上げた【事例⑥】以外の直接攻撃型に係る諸事例を見るに、「職務行為基準」を用いた事例のうち【事例②】では、原告が一度不開示決定を受けた文書につき再度開示決定を求める一方、原告が一度不開示決定を受けた文書につき同じオンブズマンに所属する構成員の一人に対しては開示決定が出された点、【事例③】では、予定価格調査書を開示する決定を行った点、故意又は過失要件の該当性を通じ判断された【事例⑤】では、原告らの開示請求に対し実施機関が期限を付けた開示決定を行っていた点、そして、【事例⑦】では、原告が別途不開示決定の取消しを求めていたところ第三セクター三社による借入先の金融機関との間の特定調停が成立したことによって実施機関が当該処分を取り消した後開示決定を行っていた点、【事例⑧】では、不開示決定を受けた原告の異議申立てに対し問題となる議事録全ての開示決定を行っていた点、が認められる。したがって、以上の説示は、いわば直接攻撃型全てに当てはまる考え方といえよう。なお、この考え方をさらに拡大した場合、本来的にここで問題とされる場合ではないが、開示決定を受けないまま不開示状態の違法性を国賠法上の損害賠償請求の中で争われる場合が想定されないではない。しかし、いずれにしても、以上とは区別して論じられるべきことはいうまでもない。

そこで、以上の点をさらに敷衍すれば、違法性二元説に立つことで、不開示決定の違法性とは切り離され、損害賠償請求に係る判断の中では原告の請求自体が当該決定に係る手続的な瑕疵に注目されがちになり、そのことによって、本来の狙いである当該処分の実体的判断が争点とされずに終結し得る点を問題にする見解といえなくもない。

本見解の方向性自体は、違法性二元説に対する違法性一元説からの学説的批判を根拠にしたものと思われ、理論的見地から、その意義は大きい。しかし、このような方向性を認めるのであれば、原告らの開示請求に対し実

施機関が開示請求対象の一部を除き当該文書の開示決定を行っていた点から、「職務行為基準」として構成されている【事例②】にも当てはまるものと思われ、その意味においても、直接攻撃型一般における判旨の理論構成について慎重に取り扱う必要があるとした見解ということになる。

㈢ 間接攻撃（確定判決）型の場合

1 関連事例

間接攻撃（確定判決）型の事例は、被告実施機関による原告の請求した不開示決定が違法との司法判断が下された場合にあって、その後に原告が国賠法上の損害賠償請求を提起したことに対し、当該被告による応訴が国賠法上違法であると主張するものである。この場合、原告は損害賠償請求の提起理由として、当該決定の違法性を根拠とするものであることから、ここでいう「国賠違法」の場面でとらえ得る事例と解されるが、別訴において確定された事例であるため、先の直接攻撃型に対する批判がそのまま当てはまる訳ではない。そこで、本類型に関する事例のうち、「職務行為基準」に従って判断するものとして、次のものが挙げられる。

【事例⑨】最高裁平成一八年四月二〇日判決（裁時一四一〇号八頁）では、静岡県公文書の開示に関する条例に基づき開示請求を行った原告が、静岡県知事により不開示決定を受けたため、当該処分の取消訴訟を提起した結果、確定判決を受けたが、実際に公開された公文書の中に虚偽記載のあることが発覚したとして、不開示決定及び取消訴訟に関与した県（被告）の知事及び担当職員の各違法行為（隠蔽工作、不当応訴等）を理由に、国賠法一条一項に基づく損害賠償請求を提起したというものである。本件では、第一審（静岡地判平成一六年三月九日判時一八五七号一〇〇頁）、第二審（東京高判平成一六年一二月一五日判時一九〇九号三九頁）ともに原告の請求を認容し、平成五年最判を引用しているため、明らかに違法性二元説に立ち「職務行為基準」に則った判断方法が採られた

ものと思われる。本件裁判所は、次のように判示する。

「公務員が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と上記決定をしたと認め得るような事情がある場合に限り」国賠法上違法であり「本件条例の規定等から、県財政課の職員が、請求に係る多数の文書の記載内容の真否の調査を行わずに上記判断をしたことが、職務上通常尽くすべき注意義務を怠ったものということはできない」。

実施機関による応訴行為については、「知事らにおいて、他の訴訟対象文書と共通の争点を有する本件各文書の本件対象部分について、非開示決定を取り消すことなく応訴したことが、裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠き、国家賠償法上違法な行為ということはできない」（傍点筆者）。

次に、【事例⑧】に近い判断方法である、故意又は過失要件の該当性を判断しつつ「国賠違法」を認めることで事案解決が図られている事例として、次のものが挙げられる。

【事例⑩】東京地裁平成一三年一月一九日判決（判例集未登載）では、東京都公文書の開示等に関する条例に基づき、東京都議会議員の海外視察等に関する支出命令書等の会計文書の開示請求を行った原告に対し、不開示決定がなされたため、これを不服としてその取消訴訟を提起したところ、当該決定の取消しを命じる判決（平成一一年四月一三日に最高裁判所にて都知事の上告不受理を決定）を得たが、原告は当該決定及び取消訴訟における都知事の応訴行為によって精神的苦痛を被り、弁護士費用の支出を余儀なくされたとして、都（被告）に対して国賠法一条一項に基づく損害賠償請求を提起したというものであった。そこで、本件裁判所は、次のように判示する。

「本件各非開示決定が国家賠償法上の故意過失に基づく違法なものか判断する」とした上で、「都知事と都議会の間の信頼関係を損なうと判断して本件各非開示決定をした都知事の判断は、……法的に国家賠償法上の過失を構成するとま

ではいうことができない」とする一方、取消訴訟の応訴行為について、「法令の解釈適用上、行政処分が明らかに違法であると処分行政庁において判断できる事情がある場合には、その取消訴訟に行政庁が応訴することは、国家賠償法上の故意過失に基づく違法な行為と評価できると解されるが、本件においては、右事情の存在を認めることができない」。

直接攻撃型に関しては、既に当該「不開示情報」に係る開示決定が何らかの形で行われており、そうなると、その不開示決定の適法性判断は、国賠法上の請求の中でしかできないことを理由に、違法性二元説の立場には慎重であるとする理解は先に紹介したが、その論者は【事例⑨】では取消判決が確定していることを理由に右のような場合ではないため、そのような問題は生じにくいと指摘する。[50] このような説示は、不開示決定の適法性を主張する場面は不要という意味であると解せば、【事例⑩】の事実関係についても同じことが当てはまるとも思われるが、ここでは【事例⑨】が違法性二元説として理論構成しており、その限りの議論にとどまるものと思われる。

ところで、㈠1に見たように、「処分違法型請求」における「国賠違法」の問題を検討する場合、その行為規範の存在を検討する必要があるように思われる。この点について、この間接攻撃（確定判決）型にあっては、すでに当該不開示決定の違法性が取消判決によって確定している点からすれば、【事例②】の判旨部分の反対解釈からは、平成五年最判の当てはめを要しない事例、との解釈も成り立とう。しかしながら、そのことに反して、【事例⑨】にあっては、明確に同最判を適用していることから、「違法性」の部分において過失の成立可能性を含めた「職務行為基準」を用いる判断方法を採ったということができる。

そこで、以下では、「国賠違法」において求められる行為規範の射程範囲のとらえ方について検討すべく、【事例⑨】に限定して見ていくことにしたい。

2　真偽確認義務と「応訴行為」の違法性判断

第一に、担当職員による当該文書の内容について真偽の確認義務が問題とされている点である。確かにこのことは、故意又は過失要件の中での検討事項である、とすることの可能性が、泉徳治裁判官による次のような反対意見が付されているように、否定できない。すなわち、

「本件は、違法な行政処分により権利を侵害されたとする国家賠償請求事件であるが、行政処分は、知事等の独任機関たる行政庁の名義で行われる場合であっても、実際には、行政庁を支える行政組織体の組織的決定として行われるものであって、国家賠償法一条一項の『公務員』の故意又は過失の存否も、行政組織体を構成する公務員を全体的一体的にとらえて、組織体として手落ち手抜かりが存したかどうかという観点から検討すべきである。すなわち、当該行政処分を実際に担当した個別具体的な職員の故意過失のみを問題とするのではなく、行政庁を支える行政組織体の構成員たる公務員を全体的一体的にとらえて故意過失が存するか否かを判断すべきである」（傍点筆者）

と判示し、当該義務の履行については、「組織過失」として理論構成の可能性を認めるものであり、一つの紛争解決方法として意義ある見解と思われる。[51]

もっとも、このような意見の背景には、「公文書開示請求権を故意又は過失により違法に侵害する」（傍点筆者）という理解の下、「国賠違法」との絡みでは、過失判断の一元化が行われた結果によるものと思われ（この点では、【事例⑩】との親近感がある意見部分といえる）、そのような理解は、「職務行為基準」に基づく法廷意見の理論構成とは異なった結論を導き得る点を示したものとして注目される。

以上に対し、【事例⑨】の法廷意見について検討するに、不開示決定の違法性との関係では、このことに直接関連づけができる行為規範とは異なる別のそれを定立する必要性の是非が問題となる。すなわち、判旨では、

「もともと本件条例中には、開示請求に係る公文書について、その記載内容の真否を調査すべき旨の定めはなく」としており、県財政課の職員に対する注意義務の懈怠を否定していることから、このような判断枠組み自体は、実定法上の根拠から導こうとする狙いがあったものとして、厳格な「国賠違法」の判断方法の観点からは、否定的評価が必ずしも当てはまらないものと思われる。

しかしながら、仮に「国賠違法」の枠組み内で判断したとしても、先述した行為規範とは別離して求められる「職務行為基準」を想定することが果たして必要であったのか、という点では疑問が残る。この点は、第一審判決の傍論の中で、当該条例における規定の不存在にもかかわらず「本件条例は、少なくとも公務員が職務上作成した公文書に限っては、真正な公文書を前提としたうえでの開示の可否について規定したもの」との理解から調査義務を導こうとする考え方が示されている。

そこで、このような義務について一般化して見てみるに、例えば行政機関情報公開法を取り上げると、同法の中には直接このことを明示した規定がある訳ではなく、その意味では、(違法性要件を充足することを前提とした上で)故意又は過失要件の部分で読まなければならない箇所であると考えられる。そうなれば、この部分を違法性の過大な拡張というとらえ方もできなくはなかろう。しかしながら、「行政文書」に関する開示請求権者に対する義務としては、〝ありのままの情報を開示すること〟を想定することができ、このような解釈は、開示請求の対象を「行政文書」として構成する行政機関情報公開法三条の規定からすれば、「行政文書」概念の中に含めて解されるべき義務との見方ができるように思われ、その意味では、直接明確な規範性があると見てよい。第一審判決も、「職務上作成した公文書」としていることからも、このような判断方法を採り得ることを示唆したと読めなくはない。これに対して、情報公開制度における国民・市民からの開示請求に対する開示・不開示決定の本質的規範と理解することもあながち不可能ではないが[52]、この場合、本件を、違法性判断に係る規範性を拡張して

とらえ直すことにつながるように思われ、本来、「国賠違法」が求められている行為規範との関係において疑義が発生することは否めないだろう。

第二に、実施機関の「応訴行為」との関係についてであるが、これに関する行為規範とは〝不開示決定が違法であったことに伴う応訴禁止義務〟として認識でき、換言すれば、それは、「不開示文書」の該当性との関係でそれが誤りであったことに対し当該文書の開示義務の範囲において発生する規範、と理解することができる。そうなれば、少なくとも既に確定した判決において問題となる当該不開示決定の取消しを受けた文書の範囲においては、このような「応訴行為」の違法性を確定できるものと解してよいのではないか、という疑問が湧くところであり、以上のように想定した行為規範にあって、その範囲を特定することが、本来の行為規範とは異質の「職務行為基準」の拡大を防ぐ意味からも重要になると思われる。このような観点から本件判旨を見る場合、

「前記事実関係に依れば、本件各訴訟において対象となったのは六七文書であり、本件各文書はその一部（六文書）であるところ、本件各訴訟においては、本件各文書以外の対象文書についても、本件各文書と同様に、相手方名称等の非開示事由該当性が争点となっており、しかも、本件各文書については、相手方名称等のほか金融機関名等の非開示事由該当性も争点になっていたところ、本件第一次訴訟においては、第一審では、本件各文書に係る部分を含め知事の主張が認められて知事が全面勝訴し、また、本件第二次訴訟においても、本件各文書のうち金融機関名等の非開示部分については、知事の主張が容れられて請求が棄却され、上告審で確定しているのである。本件各訴訟は、県における食料費をめぐる初めての情報公開訴訟であることから、知事らは、上記の経緯を踏まえて司法の最終判断を求めるべく応訴したものであり、本件各訴訟において知事らが虚偽の主張立証をしたこともうかがわれないことも勘案すると、知事らにおいて、他の訴訟対象文書と共通の争点を有する本件各文書の本件対象部分について、非開示決定を取り消すことなく応訴したことが、裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠き、国家賠償法上違法な行為と言うことはできな

いというべき」（傍点筆者）

としており、確定した取消判決の対象文書についてはその応訴の違法性の主張についてはあえて否定していないものと思われることから、この点は正当と解してよい。したがって、仮に「国賠違法」を問題とするのであれば、すでに確定した文書とは別範囲のそれについて、違法性を特定すべきことになるが[53]、本件判旨は、この点を意識して理論構成していると考えてよいと思われる。さらに、以上の判示部分の中に「他の訴訟対象文書と共通の争点を有する本件各文書の本件対象部分」との限定を付している点については、前訴においてなおも不開示決定に対する違法性が確定しなかった六文書に係る判断に対するものであり、本件事例を解決する限りにおいてはその範囲に限定したことは必ずしも不当であったとは思われない。

もっとも、当該判示部分の読み方次第ではあるが、当該不開示決定が維持された文書が他の違法とされた文書との間で「共通の争点」があるか否かを、「国賠違法」の中に読み込み、その結果として、場合によっては当該文書に関する応訴行為をも違法とする理解があったかもしれない。但し、そのような理解を採る場合は、「取消違法」よりも「国賠違法」が拡大的に解されることになるため、このような理解の方法は、厳格な意味での違法性一元説による理解とは相容れない。もちろん、判旨が違法性二元説に立っているからこそ可能であった判示部分といえ、救済の拡張をもたらしたとの積極的な評価は可能にしても、行為規範という観点からとらえ直すのであれば、この部分はむしろ、故意又は過失要件に当てはめるべき箇所であったと考えることができる[54]。

おわりに

本稿では、行政救済法上の主要論点として論じられてきた「国賠違法」と「取消違法」との関係を中心的素材にしながら、「処分違法型請求」と称し、それを一括りにした情報公開訴訟に係る国賠法上の損害賠償請求に関連する論点を整理、検討することを試みた。

この場合、多数の論点を含むこの問題に対し、この種の事例における参考事例を通じ明らかにされることが望まれる一方、この点をストレートに問題とする（本稿でいえば、間接攻撃〔併合請求〕型・直接攻撃型に属する）最高裁判例が複数登場すれば、法的な問題点がより浮き彫りになるとも思われ、現段階では未確定な面が残されている点においてなおも課題があると思われる。

さらに、本稿では、情報公開訴訟において発生する場面として、限られた側面からのアプローチしかできなかったことも事実であり、一般化した問題点についてさらなる検討が必要であることはいうまでもない。しかし、少なくとも本稿では、近時複数事例が登場している国賠法に関する情報公開訴訟においてその特質を知ることを通じ、各場面に依った類型的な法解釈の必要性を示すものとして、大きな意義があったと考えている。

以上にあって、外国法制との絡みで見れば、不開示決定の違法性を理由とした損害賠償請求自体を認めないという整理方法も存在するようである。[55] したがって、本稿はそれとの対比においても、我が国のかかる場合における請求内容の特徴をここで示すことができたことも比較法的観点から意味があると考えられるが、他方、比較検討自体は今後の課題とさせていただくことを、ここでお断りしておきたい。

(1) 確かに、神橋一彦「違法な法令の執行行為に対する国家賠償請求訴訟について――行政救済法における『違法』性に関する予備的考察をかねて――」立教法学七五号七一頁以下（二〇〇八年）のように「取消違法」として問題となる規範を「処分等の行為についての『権限規範』（授権規範）」（七三頁）としてとらえ、「国賠違法」において問題となる「行為規範」とは別に論じる場合があるが、本稿でいう行為規範は、「国賠違法」と「取消違法」とを横断的に見るための概念としてとらえる用語と考えることとする。

(2) このような性格を踏まえつつ、本稿筆者は、前者の範疇に入る諸事例を別稿において取り上げたことがある。友岡史仁「情報開示請求手続と国家賠償法上の違法性」日本法学七四巻二号五八一頁以下（二〇〇八年）参照。拙稿以前のものとしては、小町谷育子「情報公開拒否に対する救済としての損害賠償請求」法律時報七三巻三号九一頁（二〇〇〇年）が「①非公開事由該当情報を非公開としたことの違法をストレートに問題にするもの」と「②行政の情報公開拒否の態様を問題とするもの」とに分けており、本稿の対象はこの場合、①に当てはまる（但し、そこでは「国賠違法」と「取消違法」との区別を念頭に論ずるものではない）。

(3) 概要については、例えば、宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法』（有斐閣、二〇〇六年）三六四頁以下参照。民法にいう結果不法説・相関関係説・行為不法説から違法性一元説・違法性二元説を説明している。さらにこの点は、拙稿でも触れたところである。友岡・前掲注(2)五八一頁以下、五八四頁及び注(3)参照。

(4) 結果不法説に対し、結果違法説との異同が唱えられることがある。例えば、西埜章「職務行為基準説の批判的検討」『暁の鐘ふたたび――明治大学法科大学院開設記念論文集』（二〇〇五年）一七九頁以下参照。

(5) 近時、この論点に係る整理が進んでいる。ここでは特に、神橋・前掲注(1)のほかに、亘理格「公立保育所廃止・民営化訴訟における相対的紛争解決の可能性――取消判決の第三者効及び国家賠償法上の違法性を中心に――」政策科学一三巻三号（二〇〇六年）を挙げておく。

(6) 代表例として、①は藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ（総論）〔改訂版〕』（青林書院、二〇〇五年）四九九頁、②は室井力＝芝池義一＝浜川清編著『コンメンタール行政法Ⅱ行政事件訴訟法・国家賠償法〔第二版〕』（日本評論社、二〇〇六年）五三一頁（芝池執筆）（但し、「国賠違法」を「取消違法」よりも広く解する立場である）、③は遠藤博也『国家補償法　上巻』（青林書院新社、一九八一年）一六六頁以下がある。このような整理方法として、芝池義一『行

政救済法講義〔第三版〕』（有斐閣、二〇〇六年）二四二頁参照。

(7) 藤田・前掲注(6)四九九頁。

(8) 実際、①の論者も、「職務執行に伴う私人の権利・利益侵害の危険が、いわば制度の構造上不可避的なものとして前提されていると考え得る場合に限って、その適用が考えられるべきであ」るとしている。藤田・前掲注(6)五〇二頁。もっとも、この「制度の構造上不可避的なもの」という意味は不明であり、私人の権利・利益の侵害を考慮に入れるのであれば、結果不法説的考え方に親和性がある見解ともいえよう。

(9) 例えば、遠藤・前掲注(6)一六六頁のように、「国家賠償法における違法性は、このように行為規範性を内容とするものである。しかしながら、この行為規範性は、処分ないし法的行為の効力発生要件に関する違法とは性質を異にすることに注意すべきである」と説明するのがこれと考えられる。さらに、芝池・前掲注(6)二四二頁参照。

(10) この種の事例における違法性二元説に係る批判的議論として、名古屋高裁平成一九年六月二七日判決（判時一九七七号八〇頁）及び岡田正則「判解」法学セミナー六三七号一一三頁（二〇〇七年）参照。

(11) これらのほかにも、裁判官の行為との関係についてもある。この点に関して考察したものとして、例えば、田村泰俊「刑事裁判の違法性と国家賠償法一条の適用――判例の批判的考察」法学新報九七巻三・四号一五三頁以下、特に一七一頁以下（一九九〇年）参照。

(12) この指摘及び判例の経過については、北村和生「国家補償の概念と国家賠償法における違法性」公法研究六七号二五八―二五九頁（二〇〇五年）参照。

(13) 違法性一元説と違法性二元説の理論構成上の問題という角度から、近時の判例動向との関係を検討するものとして、北村和生「演習」法学教室三三六号一四六―一四七頁（二〇〇八年）参照。

(14) この説明については、室井＝芝池＝浜川編著・前掲注(6)五三二―五三三頁（芝池執筆）参照。

(15) 例えば、阿部泰隆「判批」ジュリスト一一五六号一〇一頁（一九九九年）参照。

(16) 両者の関係を「国賠違法」の観点から比較検討するものとして、宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、一九九七年）四五―四六頁参照。

(17) この点を指摘するものとして、宇賀・前掲注(16)四六頁以下、大塚直＝宇賀克也「国家賠償――民法との対話」

宇賀＝大橋洋一＝高橋滋編『対話で学ぶ行政法――行政法と隣接法分野との対話』（有斐閣、二〇〇三年）一七九、一八二―一八三頁（宇賀発言）参照。

(18) 宇賀・前掲注(16)四六頁参照。

(19) なお、別の見方からは、この考え方が違法性一元論か過失一元論かといった民法上の議論に近いと評することも、誤りではないように思われるが、いずれが正当であるかは、論理的なトートロジーに陥るとも考えられる。このあたりの議論を指摘するものとして、加藤雅信『事務管理・不当利得・不法行為〔第二版〕』（有斐閣、二〇〇五年）一七八―一八〇頁参照。過失論との絡みで、民法の不法行為法上の議論を借用し、「国賠違法」の枠組みについて民法上のアプローチから検討しようとするものとして、武田真一郎「国家賠償における違法性と過失について――相関関係説、違法性相対説による理解の試み――」成蹊法学六四号一頁以下、一二頁以下（二〇〇七年）参照。

(20) 北村・前掲注(12)二六〇頁。

(21) 例えば、喜多村勝徳「行政処分取消訴訟における違法性と国家賠償請求事件における違法性との異同」藤山雅行編『新・裁判実務体系25行政争訟』（青林書院、二〇〇四年）四八〇頁参照。

(22) 塩野宏『行政法Ⅱ行政救済法〔第四版〕』（有斐閣、二〇〇五年）二八八頁。

(23) この点は、恐らく後者が現在の行政法学説の趨勢であると見ることができる。塩野・前掲注(22)二八九頁参照。そのほかにも、例えば、藤田・前掲注(6)四九九頁参照。但し、宇賀・前掲注(16)五七頁注(32)では、「今日においても、行政処分については、職務行為基準説ではなく、公権力発動要件欠如説が通説である」という見地から、従来の「取消違法」に係る判例を統一的に解釈しようとするものがある。

(24) 宇賀・前掲注(16)六一頁参照。この点を強調するものとして、最高裁平成一一年一月二一日判決（判時一六七五号四八頁）の評釈である角松生史「判批」『別冊ジュリスト・平成一一年重要判例解説』（有斐閣、二〇〇〇年）四三頁参照。

(25) 喜多村・前掲注(21)四七九―四八〇頁参照。

(26) このような分類方法については、拙稿の中で触れたことがある。友岡史仁「判解」季報情報公開・個人情報保護二五号二五頁（二〇〇七年）参照。

(27) これがいわゆる「逆ＦＯＩＡ」又は「逆情報公開法訴訟」などと呼ばれる訴訟類型に該当するものである。特に、米国における法人情報の開示請求に対する差止請求が、これに該当するものとされている。この点に関する言及は、松井茂記『情報公開法〔第二版〕』（有斐閣、二〇〇三年）三七八、五三〇頁、米国の事例との絡みでは、宇賀克也『情報公開法――アメリカの制度と運用――』（日本評論社、二〇〇四年）二三〇頁以下参照。なお同書では、「法人等が任意に提出した情報が公益上の理由で公開された場合、状況によっては憲法二九条三項に該当し、損失補償が必要となることがある」とするが、他方で、第三者情報が当該情報にふくまれている場合については、「行政機関が必要な意見聴取手続を怠って公益上の理由で開示した結果、損害を受けたような場合」について、損害賠償請求を認めるべきとする（三九八頁）。しかし、これについては、当該法人としての請求原因となるプライバシー権の侵害又は名誉毀損等、一定の違法性事由の存在があるからこそ問題となる事例であると解される。仮に本稿との絡みで当該事例をとらえるとすれば、第三者による開示決定の違法性に係る取消しを請求した場合又は当該決定を直接問題とした場合に当てはまることになろう。

(28) 例えば、大洲市情報公開損害賠償事件（松山地判平成一五年一〇月二日判時一八五八号一三四頁、高松高判平成一六年四月一五日判タ一一五〇号一二五頁）がある。なお、同事件については、上告審において上告不受理の決定が出されていると聞く。野村武司「大洲市情報公開国家賠償訴訟」自治体法務研究一〇号三七頁以下（二〇〇七年）参照。

(29) 本件評釈として、佐伯彰洋「判解」季報情報公開・個人情報保護二三号三六頁以下（二〇〇六年）、北村和生「判解」民商法雑誌一三五巻四・五号八二六頁以下（二〇〇七年）、野口貴公美「判解」法学セミナー六四五号一二七頁（二〇〇八年）参照。

(30) 本件事実関係の詳細に触れたものとして、小栗実「鹿児島人工島訴訟（情報不開示損害賠償請求訴訟）の記録」鹿児島大学法学論集三六巻二号五五頁以下（二〇〇二年）参照。

(31) 本件の評釈については、清水幸雄「判批」清和研究論集五号一〇九頁以下（一九九九年）参照。同一一九頁以下では、情報公開請求における国賠法又は民法のいずれの適用が優先されるべきかについて言及されているが、仮に本件のような事件において民法七〇九条の適用があったとしても、原告の請求自体を不適法却下として一切排除する措

置をとるべきかは問題であろう。

(32) 本件の評釈として、松村雅生「判批」日本大学法科大学院法務研究一号一七一頁以下（二〇〇五年）参照。

(33) 本件の評釈として、友岡・前掲注(26)二三頁以下参照。

(34) 本件の紹介と詳細については、宇賀克也『ケースブック情報公開法』（有斐閣、二〇〇二年）六七頁以下参照。

(35) このような相違を想定した上で、課税処分の「取消違法」と「国賠違法」を論ずるものとして、小早川光郎「課税処分と国家賠償」稲葉馨＝亘理格編『藤田宙靖博士東北大学退職記念　行政法の思考様式』（青林書院、二〇〇八年）四二四頁。本稿に取り上げるテーマにとっても極めて示唆的である。

(36) このこと自体が公定力による影響という見方ができるか否かの議論は残されている。しかし、国家賠償請求を否定する説に対する批判的検討を行う中で、不服申立前置主義が裁判所への直接の提訴を可能とする国家賠償訴訟を潜脱する点、又は「行政行為の不可争力」をも潜脱する点を例に取り上げるものがある。人見剛「金銭徴収・給付を目的とする行政処分の公定力と国家賠償訴訟」東京都立大学法学会雑誌三八巻一号一七四―一七五頁（一九九七年）参照。これに対し、情報公開訴訟においても、不開示決定の取消しが不服申立前置になっていない、といった否定的見地から、このような一般論が当てはまるものと思われる。

(37) なお、間接攻撃型の一つは「併合請求」という形式をとるため、ここでいう不開示決定の違法性を抗告訴訟において確定するような場合とは異なるともいえる。しかし、行政事件訴訟法一三条一号・一六条によって、取消訴訟における国賠法上の損害賠償請求は併合できることによるものである。我が国では、抗告訴訟と損害賠償請求の選択主義を採らない以上、この点が、訴訟手続法上の問題を発生させるわけではない。

(38) なお、これら三類型のうち、司法行政文書に関する事例も同様の問題があるが（例、東京地判平成一六年六月二四日判時一九一七号二九頁）、本稿では、行政機関が作成する文書――すなわち、「行政文書」――に限定することとする。

(39) ①及び②の分け方は、本稿が主眼とする「国賠違法」を検討する上での便宜的分け方に過ぎない。したがって、本類型に属する諸事例は、原告が実施機関による請求対象となる文書の（全部又は一部の）開示決定が行われていることを前提とすることから、既に原告勝訴の取消確定判決を受ける間接攻撃（確定判決）型との類似性を指摘できよ

う。

(40) 神橋・前掲注(1)七〇頁参照。さらに、このような問題意識は、亘理・前掲注(5)二一七頁においても採られるところである。なお、藤田宙靖『行政法学の基礎理論　上巻』（有斐閣、二〇〇五年）二四四頁（初出、同「法治主義と現代行政――いわゆる『〝違法性〟の相対化』論と『法律による行政の原理』」長尾龍一＝田中成明編『現代法哲学3・実定法の基礎理論』〔東京大学出版会、一九八三年〕）では、権限不行使の違法性をめぐる裁判例（東京高判昭和五三年一〇月一七日判時九一六号三五頁）に対する批判として、「本来当該公権力行使の違法性そのものの判断については、行政法理論上も基本的に困難な問題はなく、又、本判決が採るのと同様の結論は、例えば過失相殺の問題として取り扱うことによって、伝統的な法理論の下でも十分に導くことができたと思われるにも拘わらず、敢えて問題を〝国家賠償法上の違法性〟の問題とし、一般的・抽象的な理論として設定された〝違法性の相対化〟論を適用して結論を導く」とし、当該裁判例の判断枠組みから、「違法性の相対化」の問題点の一つとして「国家賠償という制度を通じての行政活動の適法性のコントロールという見地は……少なくとも極めて後退したものとならざるを得ない」とする。

(41) このような指摘は、開示決定が行われた際にそれが違法であるとして第三者がそのことをもって国賠法上の損害賠償請求を提起する場合を想定するものとして、野村・前掲注(28)四一頁があるが、このことは、不開示決定の違法性との関係にも当てはまる可能性は否定できないだろう。

(42) このような角度から「職務行為基準」を批判的に検討する近時のものとして、西埜章「学生無年金障害訴訟における立法不作為の違法性」明治大学法科大学院論集一号一五〇頁以下（二〇〇六年）参照。

(43) 具体例からこの点を指摘するものとして、芝池義一「公権力の行使と国家賠償責任」杉村敏正編『行政救済法2』（有斐閣、一九九一年）一〇七頁参照。但し、芝池論文では、規範の定立をあえて意識するものではないと思われる。

(44) 総じて言えば、このような言い方になろう。小早川・前掲注(35)四二七頁参照。もちろん、詳細に検証すれば、個別の規範性の存在を認識し得るものと思われ、小早川論文もその観点に立つといえる。

(45) 但し、直接憲法を根拠とすることには、憲法学においても否定的であることはつとに主張されるところであり、それを「知る権利」として位置付けることの重要性は説かれても、（救済法上のものといえるかは別として）その権

利性を実定法レベルに求めることが通説である（間接請求説）。これについては、佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、一九九五年）一六六頁等参照。本稿筆者によるこのあたりの批判的検討として、友岡・前掲注(2)五八九―五九〇頁参照。

(46) この意味での「権利侵害」＝国賠法上の違法性はあり得よう。但し、塩野宏『行政法Ⅰ行政法総論〔第四版〕』（有斐閣、二〇〇五年）三〇四頁が「裁判上の救済を受けうる個人の主観的権利」としている趣旨は、このような「権利侵害」の一般的可能性を意味しているものか否かは、その文面からは不明である。

(47) 思うに、松井・前掲注(27)三七六頁の「情報公開法ないし情報公開条例に基づく開示請求権は、私法上の権利とはいい難いので、違法に開示拒否されたと言うだけでは、損害賠償を求めることは困難であろう」という記述は、このような「取消違法」という文脈の中で理解し得るものである。

(48) 後述する【事例⑨】の評釈である北村・前掲注(29)八二八頁では、【事例③】を、違法性相対説を採用する下級審の例として取り上げており、違法性二元説として理解している。

(49) 北村・前掲注(29)八二九頁。

(50) 北村・前掲注(29)八二九頁参照。

(51) この理論構成の可能性を認めるものとして、北村・前掲注(29)八二九頁、この点の一般的理論における意義を重視するものとして、野口・前掲注(29)一二七頁参照。

(52) 佐伯・前掲注(29)三九頁では、アカウンタビリティから導こうとしており、その場合は、行政機関情報公開法一条の目的規定によることになろう。もっとも、条例レベルでとらえ直してみれば、果たしてこれと同様にアカウンタビリティをその根拠とし得るかは問題が残る。

(53) 北村・前掲注(29)八三〇頁の「本判決が判示するように、本件各訴訟の対象は本件各文書だけではないことから、応訴は必ずしも国賠法上違法と言うことはできないであろう」とする指摘は、この意味で理解できる見解である。

(54) 本件判旨が、「知事らが虚偽の主張立証をしたこともうかがわれないことも勘案すると」と判示している部分は、この点に含みを持たせるためだったと読めなくはない。

(55) この点の紹介は、例えば、松井・前掲注(27)三七五頁参照。

【付記】 本稿脱稿後、特に【事例⑧】を分析した森田明「情報公開を巡る国家賠償事件のケース検討」神奈川法学四一巻一号一〇七頁以下（二〇〇八年）に接した。執筆者である森田弁護士からは、抜刷とともに、同事件の控訴審（東京高判平成一九年三月二九日判例集未登載、被控訴人の請求棄却）の判決原本のコピーもあわせてご送付いただいた。ここに記して感謝申し上げたい。