

判例研究

開示請求の対象とされた行政文書を行政機関が保有していないことを理由とする不開示決定の取消訴訟における当該不開示決定時に当該行政機関が当該行政文書を保有していたことの主張立証責任と当該事実の推認（いわゆる「沖縄返還密約文書」開示請求事件）

—— 最二判平成26年7月14日（集民247号63頁／判時2242号51頁） ——

山 本 寛 英

[事実の概要]

本件は、上告人（一審原告、原審被控訴人）Xらが、「琉球諸島及び大東諸島に関する日本国とアメリカ合衆国との間の協定」（昭和47年条約第2号。以下「沖縄返還協定」という。）の締結に至るまでの日本政府とアメリカ政府との間の交渉（以下「沖縄返還交渉」という。）において、日本がアメリカに対して沖縄返還協定で規定した内容を超える財政負担等を国民に知らせないままに行う旨の合意（いわゆる「密約」）があったとして、平成20年9月2日、外務大臣及び財務大臣に対し、行政機関の保有する情報の公開に関する法律（以下「情報公開法」という。）4条1項に基づき、上記密約を示す行政文書及びそれに関連する行政文書の開示を請求したところ、同年10月2日、外務大臣及び財務大臣から、いずれの行政文書についても保有していないこと（不存在）を理由とする各不開示決定を受けたため、平成21年3月16日、被上告人（一審

被告、原審控訴人) 国 (Y) に対し、上記各不開示決定の取消し及び上記各行政文書の開示決定の義務付けを求めるとともに、上記各不開示決定によって精神的損害を被ったと主張して、国家賠償を請求する訴えを提起したものである。

本件の主たる争点は、公開を請求した行政文書が存在であることを理由としてなされた不開示決定の取消訴訟における、当該行政文書の存否に係る主張立証責任の所在である。

なお、本件一審係属中から一審判決後にかけて、外務省、財務省とも、数次にわたり当該行政文書の再探索及びこれに関する報告書の公表を行っている。

[一審及び原審の判断]

一審東京地裁平成22年4月9日判決は、上記争点につき、「原告である開示請求者が、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う」としつつ、「もっとも、取消訴訟の原告である開示請求者は、不開示決定において行政機関が保有していないとされた行政文書に係る当該行政機関の管理状況を直接確認する権限を有するものではないから、（当該）主張立証責任を果たすため、基本的には、①過去のある時点において、当該行政機関の職員が当該行政文書を職務上作成し、又は取得し、当該行政機関がそれを保有するに至り、②その状態がその後も継続していることを主張立証するほかないことになる。そして、当該行政文書が、当該行政機関の職員が組織的に用いるものとして一定水準以上の管理体制下に置かれることを考慮すれば、原告である開示請求者において上記①を主張立証した場合には、上記②が事実上推認され、被告において、当該行政文書が上記不開示決定の時点までに廃棄、移管等されたことによってその保有が失われたことを主張立証しない限り、当該行政機関は上記不開示決定の時点においても当該行政文書を保有していたと推認される」とした。そのうえで、当該行政文書の保有が失われたことの主張立証について、「一般的な行政文書については、行政機関

開示請求の対象とされた行政文書を行政機関が保有していないことを理由とする不開示決定の取消訴訟における当該不開示決定時に当該行政機関が当該行政文書を保有していたことの主張立証責任と当該事実の推認

が過去のある時点においてそれを保有していたとしても、その後当該行政機関が合理的かつ十分な探索を行ったにもかかわらずこれを発見することができなかったとすれば、当該行政文書は、既に廃棄等されたものと推認するのが相当であると解する余地があり、その場合には、(上記)の推認は妨げられる」とし、以下、処分に際して行われた行政機関による当該行政文書の探索の状況を検討し、結論として、合理的かつ十分な探索を行ったということはできず、文書の保有が失われた事実を認めることはできない、とした。

これに対して原審東京高裁平成23年9月29日判決は、「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いて国が主張立証責任を負う」とし、「開示請求者は、(中略)上記の主張立証責任を果たすため、基本的には、①過去のある時点において、当該行政機関の職員が当該行政文書を職務上作成し、又は取得し、当該行政機関がそれを保有するに至り、②その状態がその後も継続していることを主張立証すべきことになる」としたうえで、「もっとも、(中略)開示請求者は当該行政文書の管理状況を直接確認・調査することが困難であるのに対し、当該行政文書を保有するものとして開示請求を受けた当該行政機関はこれを調査し得る立場にあることや、行政機関が行政文書を保有するに至った場合、当該行政文書が、通常であれば、当該行政機関の職員が組織的に用いるものとして一定水準以上の管理体制下に置かれることなどの点を考慮すると、開示請求者の側において上記①を主張立証した場合には、上記のような管理体制下に置かれたことを前提として、上記②が事実上推認され、特段の事情がない限り、当該行政機関は上記不開示決定の時点においても当該行政文書を保有していたと推認されるものというべきである。これは、事実上の推認であるから、控訴人において、当該行政機関が不開示決定の時点においても当該行政文書を保有していたと推認することを妨げる特段の事情を主張立証し、保有が失われた疑いが

あるとの反証を挙げた場合には、その推認が破られることになる」と述べて、以下本件訴訟提起後の再探索も含めた行政機関による当該行政文書の所在に係る調査の状況を検討し、結論として、当該行政文書の管理状況については、通常の管理方法とは異なる方法で管理されていた可能性が高く、また、その後に通常とは異なる方法で廃棄等がされた可能性があり、当該行政文書が行政機関の職員が組織的に用いるものとして一定水準以上の管理体制下に置かれたこと自体に合理的疑いがある、として、行政機関による当該行政文書の保有につき推認を認めなかった。

[判旨]

「開示請求の対象とされた行政文書を行政機関が保有していないことを理由とする不開示決定の取消訴訟においては、その取消しを求める者が、当該不開示決定時に当該行政機関が当該行政文書を保有していたことについて主張立証責任を負う」。

「ある時点において当該行政機関の職員が当該行政文書を作成し、又は取得したことが立証された場合において、不開示決定時においても当該行政機関が当該行政文書を保有していたことを直接立証することができないときに、これを推認することができるか否かについては、当該行政文書の内容や性質、その作成又は取得の経緯や上記決定時までの期間、その保管の体制や状況等に応じて、その可否を個別具体的に検討すべきものであり、特に、他国との外交交渉の過程で作成される行政文書に関しては、公にすることにより他国との信頼関係が損なわれるおそれ又は他国との交渉上不利益を被るおそれがあるもの（情報公開法5条3号参照）等につき、その保管の体制や状況等が通常と異なる場合も想定されることを踏まえて、その可否の検討をすべき」。

「これを本件についてみるに、(中略) 開示請求において本件交渉の過程で作成されたとされる本件各文書に関しては、その開示請求の内容からうかがわれる本件各文書の内容や性質及びその作成の経緯や本件各決定時までに経過した

開示請求の対象とされた行政文書を行政機関が保有していないことを理由とする不開示決定の取消訴訟における当該不開示決定時に当該行政機関が当該行政文書を保有していたことの主張立証責任と当該事実の推認

年数に加え、外務省及び財務省（中央省庁等改革前の大蔵省を含む。）におけるその保管の体制や状況等に関する調査の結果など、原審の適法に確定した諸事情の下においては、本件交渉の過程で上記各省の職員によって本件各文書が作成されたとしても、なお本件各決定時においても上記各省によって本件各文書が保有されていたことを推認するには足りない。

【評釈】¹⁾

本件は、情報公開法4条1項に基づく行政文書開示請求に対して不存在を理

1) 本件に係る評釈として、藤原静雄『「密約」訴訟における主張立証責任の法理』法時87巻5号26頁以下、佐伯彰洋「沖縄返還『密約』文書不存在を理由とする不開示決定の取消訴訟を棄却した事例」法セミ増新判例解説Watch16号（2015年）45頁以下、板垣勝彦「対象文書を保有していないこと（不存在）を理由とする不開示決定の取消訴訟における主張立証責任」ジュリスト1479号（平26重判解）（2015年）48頁以下、米田雅宏「沖縄返還『密約』文書開示事件上告審判決」法教414号（別セレ14（Ⅱ））9頁、桑原勇進「沖縄返還密約文書開示請求事件」法セミ717号（2014年）123頁、参考資料として、小町谷育子「沖縄密約情報公開訴訟一後退を続けた上級審判決」法セミ721号（2015年）10頁以下、原審判決に係る評釈として、友岡史仁「沖縄返還『密約』文書開示請求事件（控訴審）」自研89巻7号（2013年）112頁以下、小原一人「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ける対象文書保有の事実の立証責任及び理由付記の程度一沖縄返還密約文書開示請求事件」平23行判解137頁以下、中村英樹「沖縄返還密約文書の不存在・控訴審」季報情報公開・個人情報保護45号（2012年）31頁以下、三宅裕一郎「国の保有する文書に対する国民の『知る権利』」法セミ684号（2012年）126頁、参考資料として、我部政明「沖縄密約情報公開訴訟の意義一裁判と外交政策研究」法時83巻13号1頁以下、一番判決に係る評釈として、宇賀克也「沖縄返還『密約』文書開示事件第一審判決」判時2093号（判評623号）164頁以下、上佛耕生「沖縄返還密約文書の不存在が違法と判示された事件」季報情報公開・個人情報保護39号（2010年）33頁以下、稲葉一将「沖縄返還に関する日米間の密約が記録された行政文書の不存在決定が違法と判示された事例」法セミ増速判例解説8号（2011年）57頁以下、ジュリスト1420号（平22重判解）（2011年）348頁以下、西口元「行政機関の保有する情報の公開に関する法律4条1項に基づく行政文書開示請求に対して不存在を理由としてされた不開示決定の取消訴訟において、原告である開示請求者は、行政機関が当該行政文書を保有していることについて主張立証責任を負うが、原告である開示請求者が、過去のある時点において、当該行政機関の職員が当該行政文書を職務上作成し、又は取得し、当該行政機関がそれを保有するに至ったことを主張立証した場合には、被告において、当該文書が廃棄、移管等をされたことによってその保有が失われたことを主張立証しない限り、当該行政機関は、上記不開示決定の時点においても、当該行政文書を保有していたと推認されるとされた事例、ほか」別判タ32号360頁以下、三宅裕一郎「国の保有する文書に対する国民の『知る権利』」法セミ672号（2010年）120頁、がある。

由としてされた不開示決定の取消訴訟における、当該行政文書の存否に係る主張立証責任の所在について、最高裁が初めて判断を下したものとしてすでに広く知られているものであり、註1に記したとおり、当該論点について検討した評釈も、原審、一審に係るものも含めて、多数公表されている。

本稿は、それらを踏まえて、一審、原審及び本件判決における判断の趣旨及びその論理構造を整理したうえで、主として、これまでの評釈群において深く論じられてこなかった論点について、若干の検討を施そうとするものである。

1. 推認の成否に係る三判決の論理

一審、原審及び本件判決を通じて、行政文書の存否に係る主張立証責任は原告側にあるとしていることは、明らかである。また、このことを前提としつつ、三判決とも、「①過去のある時点において当該行政機関の職員が当該行政文書を作成または取得し、当該行政機関がそれを保有するに至ったこと」が立証された場合に、「②その後もその状態が継続することにより不開示決定時においても当該行政機関が当該行政文書を保有していたこと」が推認されるという手法により、当該主張立証責任が果たされる可能性を認めている。したがって、三判決の結論が異なることの原因の一つは、上記のような推認が如何なる場合に成立し、あるいはこれが破られるかに関する論理構造の差異にある。なお、ここでいう「推認」は、法令の規定に基づくものではないから、判決文中で特段そのように述べていなかったとしても、いずれもいわゆる「事実上の推認」であって、反証に成功した場合には覆される性質のものである。

この点、一審判決は、原告である開示請求者において上記①を主張立証した場合には、上記②が事実上推認される、と端的に述べている。これに対して原審判決は、開示請求者の側において上記①を主張立証した場合には、「上記のような（＝当該行政機関の職員が組織的に用いるものとして一定水準以上の：括弧内は筆者）管理体制下に置かれたことを前提として、」上記②が事実上推認される、として、一審判決に比べて、「一定水準以上の管理体制下に置かれたことを前提とする」分だけ、推認の成立する要件が加重されているように見

開示請求の対象とされた行政文書を行政機関が保有していないことを理由とする不開示決定の取消訴訟における当該不開示決定時に当該行政機関が当該行政文書を保有していたことの主張立証責任と当該事実の推認

える。

さらに、一審判決は、推認の成立を妨げる要件として、「当該行政文書が上記不開示決定の時点までに廃棄、移管等されたことによってその保有が失われたことを主張立証しない限り」、として、廃棄や移管等といった具体的な行為の存在の立証を挙げているのに対し、原審判決は、「特段の事情を主張立証し、保有が失われた疑いがあるとの反証を挙げた場合には」、として、これを何らかの具体的な行為に限定せず、一定の反証がなされた場合に推認が破られるものとしている。

以上、一審判決と原審判決とでは、推認の成否に係る要件基準自体において、一審判決のほうが推認が成立しやすい方向に、原審判決のほうが推認が成立しにくい方向に設定されていることを指摘し得る。

一方、本件判決では、上記①が立証された場合に上記②が推認される可能性は認めつつも、当該推認の成否については、当該行政文書の内容や性質、その作成または取得の経緯や上記決定時までの期間、その保管の体制や状況等に応じて、その可否を個別具体的に検討すべきものである、とし、さらに、とくに、他国との外交交渉の過程で作成される行政文書に関しては、その保管の体制や状況等が通常と異なる場合も想定されることを踏まえて、その可否の検討をすべきである、として、特定の要件を設定することを避け、挙げられた要素を総合考慮して判断すべきものとしている。

①の立証を以て②が推認され得ることを完全に否定しているわけではないことから、基本的な論理構造は一審及び原審判決と同様であるが、推認の成否に係る要件については、これらと比べて厳しいとか緩いといった特定の方向性を持った設定がなされているわけではない²⁾。しかしながら、その具体的な判断は事実上一種のブラックボックスにおいてなされることになるのであり、運用のあり方次第では、両当事者いずれかに対してとくに厳しい要件を課すことと

2) ただしこの点前掲註1) 佐伯は、行政機関の徹底した調査がなければ、安易に推認を否定してはならない、との方向性を読み取る。同47頁。

なるおそれがあるばかりでなく、何をどの程度まで立証すれば推認が成立するのか、あるいは、これが妨げられるのかが明らかではなく、両当事者の主張立証活動に無用の負担を課すこととなるおそれがある点は、評価し難い。

2. 処分時における事実の存否についての認定のあり方

以上のように、三判決は、推認の成否に係る要件基準に一定の相異があるが、このことに加えて、認定された事実の相異によっても結論に差異が生じていることを指摘し得る。すなわち、一審判決においては、行政機関が、処分際にしてなされた当初の探索活動のみを以て当該文書が存在であるとの結論を導いたことを前提としているが、原審判決においては、本件訴訟提起後になされた追加的探索活動をもその判断の根拠とし、これによって当該文書の不存在の立証を補強している。本件判決も、当然ながら、事実審である原審の認定を前提として推認の成否を判断しているのであって、処分後に行われた追加的探索活動の結果を推認の否定、ひいては、不開示処分の適法性認定に援用していることには疑いがない。

この点、不開示処分が適法であるか否かは、当該不開示処分の理由とされた当該行政文書の不存在という事実の有無に依存するから、両当事者の主張立証活動においては、専ら処分時における一定の事実の存否という事実認定に資するものであれば、処分時以降に生じた事情（＝本件においては、事後的探索活動の結果）についてもこれを援用し得るものと考えられる。

この点、上記1. で論じたところの推認の成否に係る要件基準が、仮に三判決で同一であったとしても、一審において援用され得る事情（＝処分時までにおける探索活動の結果に限る）と、原審以降において援用され得る事情（＝事後的探索活動の結果を含む）との間に相異がある以上、そのことのみによって推認の成否に差異が生じる可能性を否定できない。そうであるとすると、専ら事実認定の結果に依存する処分の適法性という本論の結論も、このことのみによって異なることとなる可能性がある。このこと自体は、裁判所による事実認定の相異によって生じる現象であり、取り立てて論じるべきことではないが、

開示請求の対象とされた行政文書を行政機関が保有していないことを理由とする不開示決定の取消訴訟における当該不開示決定時に当該行政機関が当該行政文書を保有していたことの主張立証責任と当該事実の推認

このことから、以下、処分の適法性の認定に関して生じ得る問題を考察してみたい。

行政文書の不存在を理由とする不開示処分は、他の違法事由が存しない限り、当該行政文書が実際に不存在であれば適法であり、当該行政文書を実際には当該行政機関が保有していれば違法である。しかしながら、特定の文書の不存在や保有を直接立証することは困難であることが多いため、本件のように主張立証責任の配分や推認の成否が問題となる。そして、本件のように、事案が主張立証責任や推認の問題として扱われる限り、そこでは、本来的に処分の適法性を基礎づける文書の不存在や保有という事実の存否に係る真否とは離れて、処分の適法性が、両当事者の主張立証活動の成否という主観的な事情に依存することとなる。

専ら両当事者の権利義務のみに関わり、公益に対して何ら支障を及ぼさないような訴訟の場合は、その結果は両当事者の責めに帰すのみであるから、以上のような事情に対しても特段の配慮を要しない。一方で、広く国民の利益に多大の影響を及ぼすような公益性の高い性質の訴訟においては、そのように割り切ることが必ずしも適切とは言えない場合がある。行政事件訴訟法24条に規定される職権証拠調べの手續が、まさにそのような取消訴訟の性質に鑑みて設けられたものであることは、よく知られたところである³⁾。このことを踏まえれば、本件においてそのまま妥当するか否かはさておき、裁判所が訴訟係属中に、当該行政文書の保有に係るそれまでの行政機関の探索活動が不十分であると判断すれば、これを十分に行うよう訴訟指揮を行うことも考えられてよい。

仮に、当該行政機関が当該行政文書を実際に保有していなかった場合、上記のような訴訟指揮に従って再探索等が行われた結果、不存在の事実について十分な心証が形成されるか、推認が覆される等により不存在の事実が認定されれば、不開示処分は適法とされて訴えは棄却される。これに対して、一審判決の

3) 例えば、宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法（第5版）』（2015年・有斐閣）225頁、芝池義一『行政救済法講義（第3版）』（2006年・有斐閣）86頁など。

取った判断手法とその結論によれば、仮に当該判決が確定した場合、当該行政機関には、判決の趣旨に沿って、開示請求に対して十分な探索活動を行う義務が生じるが、当該行政文書を実際に保有していなかったという仮定の下では、そのような再探索活動によっても当該行政文書は発見されないから、再度不存在を理由として不開示処分が行われることとなる。これに対して開示請求者が不服な場合は、再度当該処分の取消訴訟を提起することとなるが、十分な探索活動を行った結果である以上、一審判決の判断基準に従ったとしても、当該再処分は適法であるとして、請求棄却となるものであろう。結果的に同様の棄却判決となるとしても、紛争の一回的解決にも資する前者のほうが、優れた解決であるように思われる。

3. 誤判による公益上の不利益の考慮

しかしながら上記の考察は、あくまでも、当該行政機関が当該文書を実際に保有していなかった場合、という仮定に基づいたものであって、現実には、行政機関が裁判所の考える十分な探索活動を行ったとしてもなお、実際に保有している行政文書を「発見」できない可能性もゼロではない⁴⁾。このような場合に、裁判所が、十分な探索活動が行われたことを前提に、当該行政機関が処分時において当該文書を保有しているという推認が成立しないと判断し、本来違法であるはずの不開示処分を適法なものとして請求を棄却すれば、結果的に誤判を生じることとなる。裁判所の判断が一定の事実認定に依拠する以上、この種の誤判の可能性は常につきまとう類いのものであるが、本件のように請求の趣旨に関する判断が事実認定にはほぼ直結してなされる性質の訴訟であり、かつ、すでに述べたように、取消訴訟が、一般的には、広く国民の利益に影響を及ぼすような公益性の高い性質のものである以上、立証責任の配分、推認の成否及び事実認定のあり方について、完全には避けることができない誤判の発生

4) このことは、情報公開法における行政文書の定義において「組織的に用いるもの」との要件を設けていることを考慮したとしても、同様である。行政機関が、当該文書を意図的に「発見」しない可能性を、当初から排除して考えるべきではないからである。

開示請求の対象とされた行政文書を行政機関が保有していないことを理由とする不開示決定の取消訴訟における当該不開示決定時に当該行政機関が当該行政文書を保有していたことの主張立証責任と当該事実の推認

による公益上の不利益についても考慮されなければならないであろう⁵⁾。

仮に、当該行政機関が当該文書を実際に保有していなかった場合に、当該文書の不存在を理由とした不開示処分が違法として取消されると、当該行政機関は、判決の趣旨に沿って、開示請求に対し再探索等何らかの対応をすべき義務が生じることはすでに述べた。このことによって、当該行政機関は無用な再探索活動等の対応を行わざるを得なくなるのであって、このことが、この場合における公益上の不利益として評価される。さらに、このような状況の下では、同一の事案に対して不開示処分の取消判決が繰り返されることが、少なくとも可能性としては否定できないから、誤判による公益上の不利益としては、このような無用な訴訟の反復も考慮されなければならない。

これに対して、当該行政機関が当該文書を実際には保有しているにもかかわらず、当該文書の不存在を理由とした不開示処分が適法として請求が棄却されると、本来公開されるべき行政文書が公開される機会が失われることとなる。このことによって損われる公益は、当該文書の価値や性質によって大きく異なり一律に論じることができないが、開示請求の対象となる行政文書の中には、本件のように、高い歴史的価値を有していたり、政府による重大な政策判断に関わっていたりするものも含まれるところであり、こうした行政文書が誤判によって公開の機会を失うことにより、「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」⁶⁾に悖るような事態が生じるとすれば、そのような事態はきわめて大きな公益上の不利益と評価されるべきであろう。

4. 公文書管理法制定の意義

周知のように、2009年、公文書等の管理に関する法律（以下、「公文書管理法」という。）が制定され、すでに施行されている。本件に係る三判決は、いずれも同法制定後になされたものであるが、当然ながら、本件で対象となった行政文書の管理状況は、同法による規制を受ける前のものである。したがっ

5) このことについては前掲註1) 桑原が同旨と思われる指摘をしている。

6) 情報公開法1条

て、本件判決によって示された、本件に係る推認の成否については、同法の制定によって結論が変わる可能性がある。

公文書管理法は、公文書の作成、取得、整理、保存、管理及び移管または廃棄について、それぞれ行政機関が一定の手順及び方法によって行わなければならないことを定めており、これらが適切に行われる限り、本件のように、いったんは保有に至った特定の公文書が一定の探索活動を行っても発見できないという事態が生じることは想定し難い。このことにより、原審判決が推認が成立するために必要とした「一定水準以上の管理体制下に置かれたことを前提とする」という加重的要件については、きわめて例外的な場合以外はこれが満たされないことを想定しないものとして扱われることとなり、この点に関する被告行政庁側の反証活動も大きく制約されることとなろう。

また、そればかりでなく、本件判決の判断枠組みに従ったとしても、ある時点において行政機関の職員が特定の行政文書を作成または取得したことが立証された場合には、公文書管理法に基づくその後の移管や廃棄がなされない限り、開示請求がなされた時点においても引き続き当該行政機関が当該行政文書を保有していたと推認される公算が大きい。本件判決は、本件のような外交文書につき、「情報公開法5条3号参照」としつつ、その保管の体制や状況が特殊である可能性を強調するが、公文書管理法は、とくに外交文書についてその管理体制に例外を設けていないし、同法に定める手続に従った移管や廃棄以外に同法で定める管理を解くことを認めていないからである。各行政機関が、公文書管理法を適切に運用する限り、本件判決のように、ある時点における開示請求対象文書の保有が立証されたにもかかわらず、開示請求時点における保有が認められない、という事態は想定し得ないものと思われる。

ただ、これはあくまでも、各行政機関が公文書管理法を適切に運用するという前提に立った場合のことであり、これが実際になされるよう実効的な民主的統制が図られるべきことはいうまでもない⁷⁾。

開示請求の対象とされた行政文書を行政機関が保有していないことを理由とする不開示決定の取消訴訟における当該不開示決定時に当該行政機関が当該行政文書を保有していたことの主張立証責任と当該事実の推認

5. おわりに

本件判決については、上記4.において示したように、現行法とは異なる公文書管理体制を前提とした判断であり、その射程はさほど広くないのではないかとされている⁸⁾。最高裁としても、公文書管理法の施行を見越して、とくに推認の成否について固定的な要件基準を示すことを避けた、と見ることもできよう。そうであるとする、行政文書の不存在を理由とした不開示処分取消訴訟における当該文書の存否に係る事実認定のあり方については、同法施行後の管理体制下における行政文書の開示請求事案を待つてあらためて判断される、というほかない。

ただし、その場合には、すでに述べたように、当該裁判において、行政事件訴訟法24条の趣旨を踏まえた適切な訴訟指揮が行われるべきであるとともに、事実認定のあり方においては、誤判により生じ得る公益上の不利益についても、十分に考慮すべきことを指摘しておきたい。

7) 報道によれば、2014年7月1日に閣議決定した集団的自衛権の行使容認に必要な憲法9条の解釈変更について、内閣法制局が内部での検討過程を公文書として残していない、とされている（毎日新聞2015年9月28日）。当該検討過程は、公文書管理法4条2号に該当すると解され、報道が事実であるとする、内閣法制局の対応は違法の疑いを免れない。

8) 例えば、前掲註1) 藤原30頁は、この趣旨と思われる。