

論説

情報公開法要綱案における任意提供情報の問題点

——クリティカル・マス基準を中心として——

天野 淑子

はじめに

第一章 情報公開法要綱案（最終報告）

- 一 情報公開法要綱案の検討課題
- 二 情報公開条例との比較
- 三 要綱案の修正案

第二章 アメリカにおける任意提供情報の議論

- 一 クリティカル・マス判決
- 二 司法省の見解
- 三 クリティカル・マス基準を巡る議論の展開
- 四 不開示特約情報に関する沿革

第三章 裁量的開示

- 一 トレード・シークレット法との関係
  - 二 裁判例
  - 三 司法省の見解
- おわりに

## はじめに

わが国においても、国レベルの情報公開法の制定に向けて、行政改革委員会行政情報公開部会が、一九九六年一月一日、「情報公開法要綱案（最終報告）」（以下では「要綱案」という）及び「情報公開法要綱案の考え方」を公表した。<sup>(1)</sup>同年一二月一六日には、これらを「情報公開法制の確立に関する意見」と題して、行政改革委員会が内閣総理大臣に意見具申を行っている。本要綱案は、企業情報について、不開示特約を付与された任意提供情報を不開示事由としている。これは、アメリカの情報自由法（以下ではFOIAという）適用除外事由(b)(4)<sup>(3)</sup>に関するクリティカル・マス判決から大きな影響を受け、国際協調主義の観点から、同判決で示されたクリティカル・マス基準を採用したとされている。同基準は、「情報提供者が、慣行として (customarily) 公衆に不開示としてきた情報を任意に (voluntarily) 提供していた場合、当該情報は開示されない」とする。

もつとも、要綱案は、クリティカル・マス判決を無批判に継承しているわけではないとの見解や、比較法的にみればかなり開示の余地を広くとっている<sup>(7)</sup>、との評価もある。しかし、アメリカにおいても、クリティカル・マス基準は未だ確立した判例法理とは言えない状況にあることも事実である。筆者の問題意識は、このような任意提供情報の開示に関する新たな基準が採用された場合、情報の隠蔽により引き起こされてきたサリドマイド、スモン、クロロキン、エイズなどのような、日本に特有な大量被害事件の悲惨な経験をはたして回避できるのだろうか、という点にある。

そこで、不開示特約を付与された任意提供情報の開示について、モデルとされたアメリカの議論を検証しつつ、クリティカル・マス基準をわが国の情報公開法に採用することに正当性があるのかという点に着目しながら要綱案を検討していく。

第一章では要綱案の検討課題について、第二章ではクリティカル・マス基準を巡る裁判例及び議論について、また、FOIAにおける不開示特約情報に関する沿革について、第三章では裁量的開示について、それぞれ考察する。<sup>(9)</sup>

- (1) 宇賀克也「行政情報公開部会最終報告について」自治研究七二巻二二〇頁(一九九六年)、秋山幹男「情報公開法要綱案の意義とマスコミ」月刊民放八頁(一九九七年二月号)、《特集》「情報公開法要綱案をめぐって」ジュリスト一一〇七号四頁以下(一九九七年)。
- (2) 5 U. S. C. §552 (1988)。
- (3) 5 U. S. C. §552 (b) (4) (1988)。この適用除外事由(b)(4)について、判例法上確立した解釈では、①営業上の秘密(Trade secrets)または、②第三者から取得した、商業上または金融上の情報で、秘匿権が認められまたは秘密に属するもの(Confidential)のどちらかに該当する場合、適用除外事由に該当するとしている。なお、②については、一括して、「秘密に属する商業上の情報(confidential commercial information)」と称されることが多い。
- (4) Critical Mass Energy Project v. NRC, 975 F. 2d 871 (D. C. Cir. 1992), cert. denied, 113 S. Ct. 1579 (1993)。
- (5) 藤原静雄「情報公開法要綱案(中間報告)について」地方自治五八四号二頁、七頁(一九九六年)。
- (6) 宇賀克也「情報公開法要綱案中間報告へのコメントを読んで」法学教室一九四号七三頁、七五頁(一九九六年)。
- (7) 藤原静雄「比較のなかの情報公開法要綱案」法律時報六九巻一号二六頁、二八頁(一九九七年)。
- (8) クロキン薬害事件では、副作用情報を早期に入手した薬務課長は自らはクロキンの服用を中止したものの、国民にこの情報を迅速に公表することはしなかった(山口紀洋「医薬品は情報である」法と民主主義三一三二〇頁(一九九六年))。薬害エイズ事件は、一九八三年〜八五年にかけて、厚生省が医師及び患者に対して、非加熱製剤の危険性を示す情報を公開しなかったことにより被害を大きくした(秋田仁志「薬害エイズの闇を照らしたアメリカ情報公開法」法と民主主義三一三二八頁(一九九六年)、清水勉「だれがエイズを蔓延させたか?—情報閉塞社会の行く末—」法学教室一九六号四頁(一九九七年)、宇賀克也「薬害と情報」法学教室一八八号一頁(一九九六年)、清水誠「法を市民の手に—HIV訴訟に思う」法学セミナー五〇〇号一八頁(一九九六年))。
- (9) 本稿は、《共同研究》「行政情報公開部会報告(最終報告)の批判的検討」法律時報六九巻一号七二頁(一九九七年)及

び三宅弘二天野淑子「知る権利と法人情報保護との調整」自由と正義四八巻一号一二六頁（一九九七年）の筆者担当部分に大幅な加筆と修正をしたものである。

## 第一章 情報公開法要綱案（最終報告）

本要綱案は、法人等に関する不開示情報について次のように規定している。

第6（2） 法人その他の団体（国及び地方公共団体を除く。以下「法人等」という。）に関する情報又は事業を営む個人の当該事業に関する情報であつて、次に掲げるもの。ただし、当該法人等又は当該個人の事業活動によつて生ずる人の生命、身体若しくは健康への危害又は財産若しくは生活の侵害から保護するため、開示することがより必要であると認められるものを除く。

イ 開示することにより、当該法人等又は当該個人の競争上の地位、財産権その他正当な利益を害するおそれがあるもの

ロ 行政機関からの要請を受けて、公にしないと約束の下に、任意に提供されたもので、法人等又は個人における常例として公にしないこととされているものその他の当該約束の締結が状況に照らし合理的であると認められるもの

なお、この第6（2）に加えて第7が「公益上の理由による裁量的開示」を次のように規定している。

第7 行政機関の長は、開示請求に係る行政文書に不開示情報が記録されている場合において、不開示情報の規定により保護される利益に優越する公益上の理由があると認めるときは、第5及び第6の規定にかかわらず、開示請求者に対し、当該行政文書を開示することができるものとする。

企業情報に関連するものとして、これらに加えて第13が、「第三者保護に関する手続」により、情報提供者に事前通知・意見聴取手続を保障している。以下では、これらの規定を中心に批判的検討を加える。

### 一 情報公開法要綱案の検討課題

1 本要綱案に先立って、一九九六年四月二四日には中間報告が公表されている。中間報告から要綱案への最大の変更点は、前者が「公にしないとの約束の下に任意に提供され、現に公にされていないもの」としていたところ、後者では第6(2)ロのように規定されたことである。

中間報告については、様々な批判があった。例えば、「公開しないという扱いで提供された情報、任意に提供された情報については、単に提供者の意思に委ねることなく、情報提供者との信頼関係への影響その他保護すべき合理性の観点から、その取扱いを検討する」として行政情報公開部会の「情報公開法についての検討方針」(一九九六年一月二二日)からの後退であるという批判、<sup>(10)</sup>「『約束』の名の下に情報公開法制の一つの大きな基本を揺るがしかねない」という批判、そして「形式主義的・機械主義的な程度に約束至上主義がとられている」<sup>(11)</sup>等の批判があった。また、「非公開が必要かどうかは当該情報の内容によって決まるのであり、提供者の意思で非公開を決定できる制度を設けることは情報公開制度を歪めるものであ<sup>(12)</sup>る」という批判もあ<sup>(13)</sup>った。

2 中間報告に対する批判を考慮して、要綱案では、「法人等又は個人における常例として公にしないこととされているもの」及び「当該約束の締結が状況に照らし合理的であると認められるもの」(傍線筆者)という制限が加えられている。また、第6(2)ただし書によって、生命、身体、健康への危害又は財産・生活の侵害から保護するための絶対的開示事由が設けられているし、第7によって裁量的開示が認められている。これらの点から、要綱案はク

リテイカル・マス判決と比較して、「格段の違いがある<sup>(14)</sup>」という評価や、「不開示約束による不開示を限定する傾向は一層強化された<sup>(15)</sup>」という評価がある。

しかしながら、中間報告及び要綱案が範としたクリティカル・マス基準については、次章で詳述するように、アメリカにおいても賛否両論あるのが現状である。このような事実認識に立って要綱案を見ると、「国際水準を睨んだ判断」とはいいがたい。日本では、行政指導によって相手方の任意による協力を得て行政目的を達成しようとする場面が非常に多い。行政指導は、『ソフトな行政』の手段として、……わが国の行政のなかで好んで用いられる手段である<sup>(16)</sup>』といわれている。第6(2)ロにいう行政機関からの「要請」とは、行政機関が情報の提供を企業等に求め、これに任意に応じる場合をいうと思われるが、行政機関に情報収集の法的権限があるにも拘わらずこれを行使せず行政指導に依拠する場合、これを任意提供と解するか提出を義務づけられた場合と解するかの区別が曖昧である<sup>(17)</sup>。

第6(2)ロは、行政指導によって情報を収集するというスタイルを維持し、不開示特約によって提供者との信頼関係を維持するには有益であろう。しかし、行政機関は、不開示特約という情報提供者の意思や、これまで公開してこなかったという提供者の慣行、そして不開示の約束が合理的であるかによって判断するのではなく、情報の内容自体を審査し、開示が企業の「正当な利益」を著しく害するかを実質的に判断すれば足りるのではなからうか。

「情報公開法要綱案の考え方」は、「非公開とする約束の下に初めて提供することを決めた当該情報の提供者における非公開取扱に対する期待と信頼は、保護に値するものである<sup>(18)</sup>」とする。これと同様の議論がFOIA制定時になされたが、次章第四節にて紹介する通り、FOIAには決して盛り込まれることはなかった。不開示情報第6(2)ロは削除されるべきだと考える<sup>(19)</sup>。

3 第6(2)イは、企業の「正当な利益」という要件についての何らの規定もしていない。典型的には営業上の

秘密であり、不正競争防止法に準じて、<sup>(20)</sup> 厳密に限定されるべきである。その上、企業の損害は、「おそれ」で足りるとされており、広範な不開示を許容する規定になっている。正当な利益を「著しく害する」という限定が必要である。このように、第6(2)イがすでに広範な競争上の利益を保護しているにも拘わらず、同規定では保護されず第6(2)ロでなければ保護されない情報が何かについても明白ではない。

4 第6(2)ただし書による絶対的開示事由が有効に機能するかについても、疑念がない訳ではない。地方自治体のほとんどの情報公開条例がこのような規定を置いているが、その理由は、「公害・薬害に関する情報等、人の生命・健康に関する情報や、人の生活に影響を及ぼす企業等の違法、不当な行為に関する情報の非公開事例が極めて多く、……市民団体がこのような条項を提案したことによる」と<sup>(21)</sup> いわれている。それでは、自治体の条例で、この条項によって企業情報が実際に開示されたかについては、その実効性に疑義をもたれているのが実態である。<sup>(22)</sup> 絶対的開示事由は、不開示事由を厳密に限定して初めて機能するといわなければならない。

5 第7によって裁量的開示を認めていることについても、FOIAの適用除外事由(b)(4)はトレード・シークレット法との関係で裁量的開示の余地がないこと<sup>(24)</sup> に比べれば、「当然視されるべきではなく、注目に値する」と<sup>(25)</sup> 評されている。しかし、この点に関しても、第三章で述べるように、司法省の解釈はともかくも、FOIAの下で裁量的開示を禁じる判例法理がすでに確立している<sup>(26)</sup> まではいえないし、FOIA制定当初よりトレード・シークレット法に強力な役割を与えてきたのでもない。

ところで、裁量的開示に該当する公益としては、第6(2)ただし書にいう生命・身体・健康という公益に加えて、「違法又は著しく不当な事業活動に関する情報」及び「消費生活その他人の生活に重大な影響を及ぼすおそれがある情報」<sup>(26)</sup> 等も考えられる。ただ、多くの場合、裁量的開示に該当する公益は、第6(2)ただし書にいう公益と重複す

るものと思われる。そうであれば、ただし書に該当しない場合であっても、第7による開示の道があるといえるような、二重の絞りとしての効果まで期待できる訳ではない。

その上、開示しないことについての裁量権の濫用の証明責任は開示請求者側にあり、国民に重い負担を課すものである。従って、要綱案が裁量的開示を認めていることをもって、これを過大に評価することもできないのである。

6 第13の「第三者保護に関する手続」<sup>(27)</sup>は、行政機関が開示等決定をするに際し、情報提供者の意見を聞くことができるという任意規定とされている。ところが、第6(2)ただし書又は第7の絶対的開示事由による開示には、開示決定に先立ち、第三者の意見を聴取しなければならないという義務規定とされている。後者の規定については、「行政機関の裁量は手続的にも制約される」<sup>(28)</sup>と同時に、情報の開示・不開示が企業的意思によって影響を受けることも予測され、任意規定とすれば足りると思われる。

また、開示する場合には、当該第三者が不服申立をするに足りる期間を確保するよう規定しており、これは執行停止や開示差止訴訟の提起を認めることになる。アメリカでは、公開を原則とするFOIAに開示差止規定をおくことはできないとして、情報提供者に逆FOIA訴訟(開示差止訴訟)提起の訴権を認める規定をFOIA自身にはおいていないことと大きく異なるところである。<sup>(29)</sup>

## 二 情報公開条例との比較

1 都道府県レベルの条例のなかで、不開示特約を付された情報を一律に不開示とする規定を設けたのは、唯一、香川県情報公開条例<sup>(31)</sup>である。これはクリティカル・マス基準と基本的に同様の類型に属する稀な例である<sup>(32)</sup>とされている。他方では、神奈川県条例のように、情報の開示・不開示はその内容自体によって判断すべきであるとして、この

ような一律不開示とする規定は採用されなかったものもある。<sup>(33)</sup>

2 地方自治体の情報公開条例は、FOIAの適用除外事由(b)(4)に関する判例法から大きな影響を受けてきた。<sup>(34)</sup> アメリカでは、一九七四年のナショナル・パークス判決<sup>(35)</sup>によって示されたナショナル・パークス基準が、「秘密に属する (confidential) 情報」の確立した判断基準とされてきた。同基準は、当該情報の開示によって、①将来必要な情報を収集する政府の能力を損なうおそれがある場合(以下では impairment 基準という)、または②情報を提供した第三者の競争上の地位に実質的な損害をもたらすおそれがある場合(以下では competitive harm 基準という)、適用除外事由に該当するとした。多くの条例が、立法に際して、同基準を参考としてきたために、不開示特約付の情報一律に不開示とする規定はほとんど見られないこととなったのである。<sup>(36)</sup>

3 企業情報の不開示事由の解釈・適用に関して、農業残留健康茶事件<sup>(37)</sup>が参考になる。本件は、市販のウーロン茶の一部から有機塩素系農薬BHCが検出されたことから、消費者が東京都に対して、その商品名と検出量に関する資料を、東京都情報公開条例に基づいて開示請求したものである。東京都は、異議決定において商品特定事項を除く部分を開示したが、消費者側は全面開示を求めて出訴した。そこで、当該情報の開示が、同条例九条三号にいう「競争上又は事業運営上の地位その他社会的な地位が損なわれると認められるもの」に該当するかが争われた。東京地裁は、当該情報の開示によって、「事業活動等に何らかの不利益が生じるおそれがあるというだけでは足りず、その有している競争上等の地位が当該情報の開示によって具体的に侵害されることが客観的に明白な場合を意味するものと解するのが相当である」(傍線筆者)と判示した。そして、営業上の秘密に該当するのは、「事業活動上の機密事項や生産技術上の秘密に属する内容」であることを、傍論の中で述べており、不開示事由を厳密に限定している。

要綱案第6(2)イは企業情報の保護を目的とするものであるが、「営業上の秘密」という概念についての明確な

規定がない。本件、農薬残留健康茶事件で示された厳密な不開示事由に鑑み、より限定的な解釈が期待される。

### 三 要綱案の修正案

要綱案の修正というレベルで検討するなら、情報公開法理論研究会<sup>(38)</sup>の立場に同意するものであり、立法に際しては以下の修正を期待する。

1 第6(2)イ「……競争上の地位、財産権その他正当な利益を害するおそれがあるもの」のうち、相当に広範な企業情報を保護の対象とすることを避けるためには、「著しく」という限定が必要であり、「正当な利益を著しく害する」とする。

2 第6(2)ロ「行政機関からの要請をうけて」の後に、「(当該情報の提出を義務づける法令上の権限がある場合を除く)」を付加する。これによって、提出を義務づけられている場合は該当しないことを、より明確にすることができる。

3 第6(2)ロ「常例として公にしないこととされているもの……合理的であると認められるもの」とあるのを、開示請求時における合理性の判断をより明確にするために、「常例として公にしないこととされているものであって、開示請求時において当該約束の締結が状況に照らし合理的であると認められるもの」に変更する。

情報の価値は時と共に変化するものであり、不開示特約の合理性の判断は、開示請求時におけるものであることを明定する必要があるであろう。

(10) 《共同研究》「情報公開法要綱案(中間報告)の批判的検討」法律時報六八卷八号二四頁、三〇頁(一九九六年)。

(11) 室井力「情報公開法要綱案(中間報告)について—自治体条例との比較から」ジュリスト一〇九三号三三頁、三五頁(一

九九六年)。

- (12) 奥平康弘「中間報告を読んで—ある憲法研究者の感想—ジュリスト一〇九三号一九頁、二三頁(一九九六年)。
- (13) 土生照子「実効性のある情報公開法の制定を求める—情報公開部会『中間報告』をめぐって」ジュリスト一〇九三号三八頁、四二頁(一九九六年)。
- (14) 《対談》「情報公開法制定に向けて」法律時報六九卷一六頁(一九九七年)。
- (15) 宇賀克也「行政情報公開部会最終報告について」前掲注(1)二六頁。
- (16) 芝池義一『行政法総論講義』二四六頁(有斐閣、一九九四年)。
- (17) 多賀谷一照「不開示情報をどう捉えるか」法律時報六九卷一三二頁、三五頁(一九九六年)。論者は、「監督行政機関と法人等とが、個別的監督関係にあり、その監督関係の一環として任意的・自発的に提供された情報については、その任意性は外見に過ぎず、実際には提供が義務づけられているというべきであらう。」とするが、要綱案の意図は明らかではない。
- (18) 《資料》「情報公開法要綱案・情報公開法要綱案の考え方」法律時報六九卷一五八頁、六四頁(一九九六年)。
- (19) 不開示特約については、行政改革委員会行政情報公開部会の中でも、反対意見のあったことが報告されている。「秘密扱いで提供された情報については、これを不開示とすると、実際には大したことのない情報も適用除外となってしまう。やはり情報の中身が問題であり、それが不利益を与えるものなのかどうかを基本的に判断すべきであり、これを不開示範囲に取り込むべきではないのか。」(行政改革委員会事務局監修『情報公開法要綱案(中間報告)』四八頁(一九九六年))。また、条例レベルでは、任意に提供された企業情報を不開示とするか否かについて、企業情報に関する適用除外事由及び行政運営情報に関する適用除外事由の双方によって実質的に判断されており、「新たにクリティカル・マス基準を独立した適用除外事項として検討する余地はないのではなからうか」とする見解もある(三宅弘『情報公開ガイドブック』一九三頁(花伝社、一九九五年))。
- (20) 不正競争防止法二条四項は、「秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないもの」と規定する。これは、秘密としての管理、有用性、非公知性の三要件をいう(山中信弘「営業秘密の保護の必要性と問題点」ジュリスト九六二号一四頁(一九九〇年))。
- (21) 例えば、「『正当な利益』とはいえない、『不当な』『期待と信頼』を非公開扱いすることとして使用される……。たとえ

- ば、企業に犯した不祥事で届出義務のないもの」(三宅弘二天野「知る権利と法人情報保護との調整」前掲注(9)一三七頁)や、「企業に不利益を与えるというより、公開により行政の面子を失わせるような情報」(《座談会》「情報公開はどこまで進むか」情報公開法要綱案が法律になったら」法学セミナー五〇七号二〇頁、二五頁(一九九七年)という見解がある。
- (22) 第二東京弁護士会「情報公開ハンドブック」七三—七四頁(花伝社、一九八八年)。
- (23) 第二東京弁護士会「情報公開条例の研究」七〇—八二頁(花伝社、一九九四年)参照。食品衛生法違反による営業停止処分を受けた業者名の公開を拒否した答申例(東京都)、窒素酸化物削減計画及び環境調査報告書の公開について一部公開相当とした答申例(川崎市)、清掃工場の溶融炉に係る設計図及び仕様書に関する情報の公開について非公開相当とした答申例(東京都)等。
- (24) Office of Information and Privacy, U. S. Dept. of Justice, FREEDOM OF INFORMATION ACT GUIDE & PRIVACY OVERVIEW (1995 Edition), at 159-160 & 348-49. 宇賀克也「公文書開示決定取消請求事件」ジュリスター一〇五三号九二頁注八(一九九四年)、松井茂記「アメリカの情報公開法(2)」ジュリスター一〇九二号五一頁(一九九六年)参照。
- (25) 宇賀克也「企業活動と情報公開」法律のひろば一七頁、二二頁(一九九六年)。
- (26) 日本弁護士連合会「情報公開法大綱」自由と正義四六巻五号八三頁(一九九五年)。
- (27) アメリカでは、情報提供者の権利を保護するためのFOIA改正法案が再三提出されたが実現されず、事前告知・聴聞手続きに関しては、一九八七年大統領命令第一二六〇〇号によって解決をみた(本畝(天野)淑子他「アメリカの情報自由法と企業情報」広島法学一七巻二七—二七一頁(一九九三年)参照)。
- (28) 多賀谷一照、前掲注(17)三四頁。
- (29) 逆FOIA訴訟のリーディング・ケースである Chrysler Corp. v. Brown, 441 U. S. 281 (1979) において連邦最高裁判所は、連邦行政手続法を根拠として情報提供者は司法審査を受ける権利を認められるとした。
- (30) ただし、自治体の条例の下で争われた、公開決定取消訴訟に係る執行停止申立に関する三件の裁判例(栃木県・帝京大学財務関係文書、横浜市・建築確認申請書及び付属書類、那覇市・自衛隊施設建築工事)について、開示差止訴訟としての「弊害は懸念されたよりもはるかに小さい」という評価もある(右崎正博「情報公開条例訴訟の動向」自由と正義四六巻五

号一七頁、二一頁（一九九五年）。

(31) 香川県公文書公開条例六条七号は、「公開しないことを条件として任意に個人又は法人等から県の機関に提供された情報」と規定する。

(32) 宇賀克也「情報公開法要綱案中間報告へのコメントを読んで」前掲注(6)七三頁。

(33) 神奈川県政情報室編『かながわの情報公開』二五六頁他（一九八四年）。神奈川県条例五条一項二号は、「法人その他の団体（国及び地方公共団体を除く。以下「法人等」という。）に関する情報又は事業を営む個人の当該事業に関する情報であつて、公開することにより、当該法人等又は当該個人に明らかに不利益を与えると認められるもの。ただし、次に掲げる情報を除く。ア 人の生命、身体又は健康を法人等又は個人の事業活動によって生ずる危害から保護するため、公開することが必要と認められる情報 イ（略） ウ（略）」と規定する。

(34) 宇賀克也「アメリカの情報公開（一）」自治研究七二巻八号一四頁（一九九六年）。なお、一九九六年四月現在で、三三六の自治体が情報公開条例又は要綱を制定している。

(35) National Parks & Conservation Ass'n v. Morton, 498 F. 2d 765 (D. C. Cir. 1974).

(36) ただし、日本の情報公開条例では、ナショナル・パークス基準のいう impairment 基準について、行政運営情報等の不開示事由として規定していることが多い。要綱案についても同様である。

(37) 判例時報一五〇号二七頁、判例タイムズ八六三号二九六頁、宇賀克也「企業情報と情報公開条例」NBL五六四号二八頁（一九九五年）、平松毅「判例評論」四三六号二五頁、飯田正剛「不利益があるというだけで非公開とすべきではない」法学セミナー四八七号五二頁（一九九五年）参照。

(38) ▲共同研究▽「行政情報公開部会報告（最終報告）の批判的検討」前掲注(9)七八頁。

## 第二章 アメリカにおける任意提供情報の議論

### 一 クリテイカル・マス判決

1 クリテイカル・マス事件の発端は、原子力工業団体が原子力規制委員会（NRC）に任意提供した情報<sup>(39)</sup>について<sup>(40)</sup>

て、公衆のための利益団体 (Critical Mass Energy Project, 以下ではCEMPという) が一九八四年に開示を求めたことに始まる。当該情報は、同工業団体の同意なしには他者に開示しないという条件付きでNRCに提供されていた。しかし、NRCは、このような分野の監督・規制に関与するのであるから、法令上、資料の提出を義務づけることもできた<sup>(41)</sup>、という点は重要である。

一九八六年には、コロンビア地区連邦地裁が、当該情報はナショナル・パークス基準の下で適用除外事由(b)(4)に該当するとして、不開示の判断をした<sup>(42)</sup>。これを不服としてCEMP側が控訴したところ、一九八七年、同高裁は原判決を取消し地裁に差戻した<sup>(43)</sup>。同高裁は、①原子力工業団体が報告書の任意提供を止めることによって、NRCはこれらの情報を将来において入手できなくなるのか、②入手方法が変わることによって情報の質に影響が生ずるのかの二点について、NRCは証明すべきであると示した。

一九九〇年、同地裁は、たとえNRCが情報の提供を義務づける権限を有していても、当該情報の開示は情報の質に影響を与え、NRCの効率的で有効な運営に影響を及ぼすとして、不開示を命じた<sup>(44)</sup>。これを不服として、CEMP側が控訴したが、一九九一年の同高裁では破棄差戻となった<sup>(45)</sup>。ここで、被控訴人であるNRC及び同工業団体からの申立により、全員法廷での審理が行われることになった。この審理では、コロンビア地区控訴裁判所の一名の裁判官のうち、七名が多数意見(うち三名が補足意見)、残り四名が反対意見であった<sup>(46)</sup>。

## 2 多数意見は、次のような判断を示した。

適用除外事由(b)(4)によって保護されるのは、継続的な情報の収集を確保する政府の利益と、競合企業から経済上の地位を護る企業の利益<sup>(47)</sup>である。情報が任意に提供されたということは、適用除外事由(b)(4)にとっても重要な点であることから、提出を義務づけられている場合と任意提供の場合とを区別し、前者には従来のナショナル・パークス基準

を適用するが、後者には新たな基準を示す。つまり、当該情報が任意に提供されたものであって、情報提供者が慣行として公衆に公開してこなかった場合には適用除外となり、情報は開示されない。<sup>(48)</sup> この「慣行上の取り扱い基準 (customary treatment standard)」は、業界としての慣行ではなく、提供者個人としての慣行で足りる。情報提供者の慣行についての証明責任は行政機関が負うのであり、同基準は客観的である。<sup>(49)</sup> と。

ただし、裁判所は任意提供と強制提出の区別の基準についても、「慣行上」の文言についても明確にはしていない。そして、行政機関が情報の提出を強制できる場合でも、任意提供によって情報を公衆から秘匿するのではないかという C M E P 側の主張に対して、「公衆が最大限の情報を取得できるように行政の規制権限を行使せよと F O I A は要請しているのではない」、<sup>(50)</sup> としている。

また、補足意見は、適用除外事由 (b) (4) の適正な理解は法の文言そのものによるべきであり、司法が新たな尺度を追加すべきではない<sup>(51)</sup> として、消極的に多数意見を承認している。

3 これに対して反対意見は、次のようにいう。

ナショナル・パークス基準はそもそも、任意提供情報と提出を義務づけられている情報の双方に適用するために、綿密に考えられたものであり、先例としてのナショナル・パークス基準を支持する。<sup>(52)</sup> 本判決では、任意に政府に提供された商業上及び財政上のあらゆる事例にナショナル・パークス基準が適用されないことになる。このような後退は、実質上、当裁判所の判例法を変更するものであり、ナショナル・パークス判決を先例としてきた他の高裁の判例法の変更にもなる。<sup>(54)</sup> また、クリティカル・マス基準では、情報提供者が慣行として公衆に開示してこなかったという慣行の妥当性とか、この慣行が適用除外事由 (b) (4) の目的及び F O I A の目的に一致するものであるかについて、もはや独立の司法審査が及ばないのである。<sup>(55)</sup> 慣行といえるだけの期間、公衆から情報を秘匿しておけば、それだけで秘密に属

する情報とみなすことを許すという点で、この新たな基準は、かなり「主観的」である<sup>(56)</sup>。情報そのものを審査しない同基準は、行政活動への公衆の理解に寄与するというFOIAの中心的な目的に反する<sup>(57)</sup>、と。

4 本判決に対し、CMEP側は、連邦最高裁に上告した。連邦最高裁では、九名の裁判官のうち四名の賛成があれば裁量上訴を認めるものとされているが、本件については、これを不受理とした。この結果、クリティカル・マス事件としては判決が確定した。このことは、現時点では、最高裁はクリティカル・マス事件についての審理をしないという意味であって、高裁の判断を支持するという意味ではない。また、最高裁の保守派にとってもリベラル派にとっても、現在は審理したくない状況にあることを意味する。なぜなら、一九七四年以来、長年支持されてきたナショナル・パークス基準を再審理しなければならないからである。今後、各高裁での判断が不統一になり、最高裁の判断を望まれる時点で、審理されることとなるだろう。

## 二 司法省の見解

クリティカル・マス判決の不明瞭から生ずる混乱<sup>(58)</sup>を補う目的で、一九九三年、司法省は行政機関に対してガイドン<sup>(59)</sup>スを示している。その中で、任意提供情報を次のように説明している。

許可や政府契約のために、入札希望者が任意に情報を提供してもそれだけでは任意提供とはいえない。行政側は、情報の提出を義務づける広範な法律上の権限を有しているが、権限があるというだけでは強制とはみなされず、その権限を行使したか否かによる。非公式な(informal)情報提供とは、法律に明示されていない資料の提供や、規則・命令が公布されていない場合の資料提供をいう。よって、行政機関に提出される商業上・財政上のほとんどの情報は、提出を義務づけられたものであるから、より厳密なナショナル・パークス基準に従うことになる。全く任意に提供さ

れた情報にだけ、広範な保護を与えるクリティカル・マス基準が適用される、と。

司法省のガイダンスは、安易なクリティカル・マス基準の適用を予定してはいない。加えて、一九九三年一〇月四日、クリントン大統領は、FOIAに関するメモランダムにおいて、政府における公開性を新たにしよう連邦省庁に求めている。また、同日のリノ司法長官のメモランダムにおいても、レーガン政権時代のFOIA訴訟における政府擁護の指針を廃止し、不開示決定を弁護するか否かの決定には開示の推定 (presumption of disclosure) を適用するとしている。また、適用除外事由に該当する場合であっても可能な限り裁量的開示をするように勧奨している。

同ガイダンスに添った裁判例<sup>(60)</sup>もすでにみられる。以下では、クリティカル・マス基準に関する裁判例及び議論の展開についてみていく。

### 三 クリティカル・マス基準を巡る議論の展開

1 クリティカル・マス判決によって、逆FOIA訴訟が再び活発になっており、企業側は、許可や政府契約のために提出された情報は、クリティカル・マス基準により開示されないと主張する。従来、裁判所は、政府契約のための情報提出は任意とは認められないと判断するのが一般的であった。ところが、クリティカル・マス判決の直後にだされたヴァージニア州の連邦地裁の二つの判決は、これらの情報は任意に提供されたものであり、適用除外に該当すると判示した。しかし、同じ連邦地裁において、Comdisco, Inc. v. GSA<sup>(62)</sup>は、入札時の単価情報は任意提供ではないとして、クリティカル・マス基準ではなくナショナル・パークス基準によって、次のような判断を示している。

「ナショナル・パークス基準を採用してきた八つの連邦控訴裁判所のうち、コロンビア地区控訴裁判所以外のどの裁判所も、提出を義務づけられている情報の領域だけに、ナショナル・パークス基準の適用を限定したのではないと

いうことは、言及に値する。そのうえ、ナショナル・パークス判決を、強制提出情報に限定することに確固たる理由もない。逆に、適用除外事由(b)(4)によってもたらされる利益を分析してみると、ナショナル・パークス判決による二つの基準は、任意提供と強制提出の両者を適切に調整している (accommodate) ことが確認される」と。「任意提供か強制提出かによる区別が問題となるのは、将来に必要な情報を収集する政府の努力が、開示によって阻害されるかどうかという場合だけである。…情報の提供が任意であったかどうかには関係なく、必要な情報の収集が減少することを政府が危惧しなければ、政府の利益は十分保護される。また、競争上の損害を避けるという私人の利益の保護の問題もある。ナショナル・パークス基準は、その機能をうまく果たしており、クリティカル・マス基準による修正は必要ない」と結論づけている。<sup>(64)</sup>

以上のように、クリティカル・マス判決後も、政府契約のために提出された文書は任意提供とはいえず、「クリティカル・マス基準による大きな保護は与えられない」とされている。<sup>(65)</sup>

ところが、任意提供と強制提出とを区別するカテゴリーカルなアプローチが増加したにも拘わらず、多くの判決は中心的な論点についての根拠も分析も示していないといわれている。手短に、任意提供であると結論したり、逆に、強制提出であると結論している。<sup>(68)</sup>一九九四年には再びコロンビア地区連邦控訴裁判所がクリティカル・マス基準に関する判決をしているが、何らのガイダンスも与えず原審判決を単に認容して、任意に提供された情報だから適用除外に該当するとしている。

このような状況の中で、わずかに参考になる裁判例として、*Lykes Bros. S. S. Co. v. Pena*<sup>(20)</sup>は、「政府契約のために求められる非公式の強制による文書の提出も、強制提出になるとした。ここにいる非公式の強制とは、当該許可申請に直接適用される行政規則ではなくても、長年の行政実務からその適用を認められるような行政規則とか、許可

のために必要な文書の提出を求める行政機関からの書状などである。続いて、AGS Computers, Inc. v. United States Dep't of Treasury<sup>(21)</sup>は、文書の提出が強制的だというには、制定法、規則、文書による命令等がなければならぬ、としている。

より最近の連邦地裁判決では、McDonnell Douglas v. EEOC<sup>(22)</sup>がある。平等雇用機会委員会は、McDonnell Douglas 社に対して文書の提出を命じたが、同社はこれに応じなかった。そこで、両者間でのネゴシエイションの結果、当該文書は作成されたことから、裁判所はこれを任意提供であるとして、クリティカル・マス基準を適用した。また、Cortez III v. NASA<sup>(23)</sup>においても、裁判所はクリティカル・マス基準を採用した。アメリカ航空宇宙局は、情報の提出を義務づけることができたにも拘わらず、その権限を行使しないで、Cortez 社にデータの提出を求めた。その結果、裁判所は、当該データは任意に提供されたものと判断した。他方、Lee v. FDIC<sup>(24)</sup>では、強制的な行政審査手続きの一環として政府に提出された文書は任意提供とはみなされず、ナショナル・パークス基準が適用されている。

更に、任意に提供された情報に、「慣行上の取り扱い基準」を適用する判決は多いが、ここでも中心となる論点についての詳細な分析をしていない。多くの裁判所は、「当該情報は、提供者が慣行として公衆に公開しない情報である」と、結論だけを簡単に述べている<sup>(25)</sup>といわれている。しかし、Atlantis Submarines Haw, Inc. v. United States Coast Guard<sup>(26)</sup>は、意思形成過程に影響を及ぼす目的で任意に提供された安全性に関する報告書について、その開示を決定した行政機関の判断を支持し、開示差止請求を退けている。

クリティカル・マス基準を採用する連邦地裁判決は多数あるが、任意提供と強制提出の区別についても、また、「慣行上の取り扱い基準」についても明確な判断を示した裁判例はみられなかった。その上、提出を義務づけること

が可能であっても行政機関がその権限を行使しなければ、結果として、裁判所はこれを任意提供とみなし適用除外に該当すると判断するものもみられた。

2 クリティカル・マス基準が、企業の損害を審理する際にも適用されるかについて、先述の *Comdisco, Inc. v. GSA* は消極的である。任意提供と強制提出の区別は、政府の損害について審理する際にのみ適切なものに、これを企業の損害についても適用することは、従来の客観的な *competitive harm* 基準を情報提供者の排他的で主観的なコントロールに替えてしまうことになると指摘している。いくつかの裁判例<sup>(77)</sup>について概観していく。

*A. Michael's Piano, Inc. v. FTC*<sup>(79)</sup>において、連邦高裁は、任意提供された情報は全て適用除外に該当するとして原審判決を退けた。このような広範な適用除外を許すと、理由のない秘密に大きな口実を与えることになる<sup>(80)</sup>とした。議会は、任意提供情報の全てを適用除外というブランドで覆うことを目的としていたはずがない<sup>(81)</sup>、と判示した。

*GC Micro Corp. v. Defense Logistics Agency*<sup>(82)</sup>は、密に属する商業上の情報の審理にナショナル・パークス基準を採用して、当該文書は適切に秘密管理されていなかったため、適用除外事由には該当しないとされた。当裁判所は、秘密性についての客観的基準であるナショナル・パークス基準の下では、公衆に普通は *(normally)* 公開していなかったかどうか、又は政府との間に秘密約束があったかどうかは決定的な要素ではない<sup>(83)</sup>、とした。公衆は、当該情報の開示によって、連邦政府の計画及び支出が適切で有効であるかを評価し、また、行政運営が法に従って行なわれているかを評価することができる<sup>(84)</sup>と判示した。

連邦裁判所は、企業の損害を審理する場合にまでクリティカル・マス基準を適用しておらず、従来のナショナル・パークス基準に依拠している。

3 ところで、クリティカル・マス判決については、次のような批判のあることを見逃すことはできない。

立法過程においても任意提供と強制提出とを区別する意図はなかったのに、クリティカル・マス基準は、ナショナル・パークス基準以前にあった「秘密の約束」基準や「秘密の期待」基準を採用しようとしている。コロンビア地区控訴裁判所はクリティカル・マス基準というカテゴリカルなアプローチによって適用除外事由を簡素化したつもりかもしれないが、現実には逆効果であった<sup>(85)</sup>というものがある。

行政機関は、当該情報が慣行として公衆に公開されていないかだけを確認すればよいことになり、FOIAの下で情報が秘匿されることになるが、このような低俗な基準 (lower standard) は現在のところコロンビア地区控訴裁判所だけで適用されているが、他の裁判所にも影響することになる<sup>(86)</sup>、という指摘等もある。

クリティカル・マス基準では、任意提供と強制提出との区別が不明瞭であるため、たとえ政府が情報の提出を義務づけることが可能な場合であっても、任意に提供されていれば適用除外となる。これでは、政府が秘匿したいと思う情報の開示を回避する手段として、同基準が利用される可能性もある。コロンビア地区以外の連邦控訴裁判所は未だ同基準についての検討をしていないが、今後の動向を注視する必要がある<sup>(87)</sup>、という批判もある。

そして、一九九三年の大統領及び司法長官のメモランダムで示されたように、行政情報を積極的に公開していくというクリントン政権の新たなFOIA政策の下では、クリティカル・マス基準はFOIAの目的から大きくはずれて<sup>(88)</sup>いるという議論もある。

アメリカにおけるこれらの批判的検討が、要綱案の議論の過程でもっと積極的に紹介されて初めて、公正な判断に至るのではないかと考える。

## 四 不開示特約情報に関する沿革

1 適用除外事由(b)(4)という「秘密に属する情報」に関する不開示特約についての議論は、クリティカル・マス判決によって突如浮上してきたのではなく、むしろ、立法過程及びFOIA施行初期の判例によって議論されてきたものであった。<sup>(89)</sup> 初期の法案では、適用除外事由(b)(4)は「営業上の秘密及び公衆から取得した情報で、慣行上秘匿特権が認められまたは秘密に属するもの」となっていたが、第八九議会に提出された法案(S. 1160)では、この「慣行上」という文言は削除され、「商業上または金融上」という文言に替えられた、という経緯がある。<sup>(90)</sup> また、初期の判例は、「慣行上、情報提供者が公衆に開示していない情報」つまり「秘密の期待」される情報であるか否か、あるいは情報提供時における明示または黙示の「秘密の約束」の有無に依拠する傾向にあった。<sup>(91)</sup> しかし、これらの「基準」には二点の欠陥があると指摘されるに至る。まず第一に、これらは主観的基準であり、適用除外事由(b)(4)の立法の経緯に反するし、FOIAの公開原則にも反する。第二に、開示が適用除外事由に該当するか否かを審理するに当たって、裁判所にはもはや、当該情報の内容を検討する余地がないことになる、というものであった。これらの「基準」は、「秘密に属する情報」の判断基準として充分ではないという多数の判例<sup>(92)</sup>及び見解<sup>(93)</sup>が登場し、やがて退けられることになった。

2 一九七四年、ナショナル・パークス判決が、「慣行上、情報提供者が公衆に開示していない情報であるか否かは、当該情報が適用除外事由(b)(4)の目的に適合する『秘密に属する情報』であるか否かを決定する際の唯一の判断基準ではない」として、より客観的なナショナル・パークス基準を示したのである。それが、行政に関する impairment 基準と情報提供者に関する competitive harm 基準だった。クリティカル・マス判決によって impairment 基準の重要性は少なくなったが、行政機関が情報の提出を強制できる場合であっても、開示によって、情報の質や信

頼性に影響を及ぼす場合に、本基準は適用されると思われる。

従来は、ナショナル・パース基準の下で、第三者が法令、規則、非公式な命令、公益等を理由として情報の提出を義務づけられる場合は、将来において情報を取得する政府の能力が損なわれることはないとして、情報は開示されてきた。例えば、*Douglas L. Teich v. FDA*<sup>(95)</sup>は、提出を義務づけるための規則制定権限を有していながら任意提供に依っていたことを理由に、開示による行政機関の損害を主張することはできないと判示した。しかし、このような判例法理が、クリティカル・マス判決後のコロンビア地区控訴裁判所で有効かどうかは不明である。

比較法的に見れば、秘密特約付きの任意提供情報を不開示と明定する立法例として、オランダ、オーストラリア、カナダ、イギリス、ドイツ（但し、ドイツ環境情報法）等がみられる。<sup>(96)</sup>筆者はオーストラリアの場合を検討する機会を得たが、このような規定をおけば、たとえ人の生命・健康・身体の安全に関する情報であっても、不開示とされる事例が多かったと認識している。

(39) 原子力工業団体は、一九七九年のスリーマイル島の原子力発電所の事故後、プラントの安全性と信頼性を促進する目的で設立された非営利団体である。

(40) NRCは、一九八二年に同工業団体との間で合意書を交わした上で、問題となっている「SEE—IN報告書」を受領した。当該報告書は、原子プラントの運転実績の分析、安全関連事故の分析、従業員とのインタビュー、専門的な総合的情報等が含まれていた(See *Critical Mass Energy Project v. NRC*, 644 F. Supp. 344, 346-347 (D. C. C. 1986))<sup>96</sup>。

(41) See 5 U. S. C. 500-559 (1988); B. Taylor, *The Critical Mass Decision: A Dangerous Blow to Exemption 4 Litigation*, 2 *CommLaw Conspectus* 133, 138 & n. 61. See also 42 U. S. C. § 2201 (c) (NRCは、必要と認めるときは報告書の作成を義務づけたり、聴聞の機会をもち権限を有する): 10 C. F. R. § 50.73 (原子力プラントの許可を受けたものは、事故判明後三〇日以内に、NRCへ報告書を提出しなければならぬ)。

(42) 644 F. Supp. 344.

- (43) Critical Mass Energy Project v. NRC, 830 F. 2d 278 (D. C. Cir. 1987).
- (44) Critical Mass Energy Project v. NRC, 731 F. Supp. 554 (D. C. C. 1990).
- (45) Critical Mass Energy Project v. NRC, 931 F. 2d 939 (D. C. Cir. 1991).
- (46) 975 F. 2d 871.
- (47) Id. at 873 (Citing National Parks & Constr. Ass'n v. Morton, 498 F. 2d at 770).
- (48) Id. at 872.
- (49) Id. at 879.
- (50) Id. at 880.
- (51) Id. at 882.
- (52) この反対意見を書いた Ruth Bader Ginsburg 判事は、本判決の後、クリントン大統領により最高裁の裁判官に任命され、一九九三年の裁量上訴不受理に参与している。
- (53) Critical Mass Energy Project v. NRC, 975 F. 2d at 882.
- (54) Id.
- (55) Id. at 883.
- (56) Id.
- (57) Id. at 885 (Citing Dept of Justice v. Reporters Committee, 489 U. S. 749 (1989)).
- (58) ワシントンDCでは、FOIA担当官を対象にした研修会が毎年開催されているが、筆者は、一九九三年九月の研修会に参加する機会を得た。クリティカル・マス判決の翌年であったこともあって、フロアからの質問は、強制提出とは、任意提供とは、どのような状況をいうのかに集中していた。
- (59) FOIA UPDATE, Spring 1993, at 3-7.
- (60) See, e. g., McDonnell Douglas Corp. v. NASA, 895 F. Supp. 316 (D. D. C. 1995); Chemical Waste Management, Inc. v. O'Leary, No. 94-2230, 1995 U. S. Dist. LEXIS 2586 (D. D. C. Feb. 28, 1995). 司法省のガイダンスに添って審理した結果、政府契約のために提出された価格情報は強制提出であると判示した。

- (15) Environmental Technology, Inc. v. EPA, 822 F. Supp. 1226, 1229 (E. D. Va. 1993); Cohen, Dunn & Sinclair, P. C. v. GSA, No. 92-0057-A, transcript at 28 (E. D. Va. Sept. 10, 1992).
- (16) 864 F. Supp. 510 (E. D. Va. 1994).
- (17) Id. at 517.
- (18) Id. at 518.
- (19) Source One Management, Inc. v. United States Dept. of the Interior, No. 92-Z-2101, transcript at 6 (D. Colo. Nov. 10, 1993).
- (20) FREEDOM OF INFORMATION ACT GUIDE & PRIVACY OVERVIEW, supra note 24, at 129.
- (21) See Thomas v. Weise, No. 91-3278, slip op. at 6 (D. D. C. Oct. 7, 1994).
- (22) See Africa Fund v. Mosbacher, No. 92-289, 1993 U. S. Dist. LEXIS 7044 (S. D. N. Y. May 26, 1993).
- (23) Allnet communication Servs. v. FCC, 800 F. Supp. 984 (D. D. C. 1992), aff'd, No. 92-5351, 1994 U. S. App. LEXIS 40831 (D. C. Cir. May 27, 1994).
- (24) No. 92-2780, 1993 U. S. Dist. LEXIS 20279 (D. D. C. Sept. 2, 1993).
- (25) No. 92-2714, slip op. at 10 (D. N. J. Sept. 16, 1993).
- (26) 922 F. Supp. 235, 241 (E. D. Mo. 1996).
- (27) 921 F. Supp. 8 (D. D. C. 1996).
- (28) 923 F. Supp. 451 (S. D. N. Y. 1996).
- (29) FREEDOM OF INFORMATION ACT GUIDE & PRIVACY OVERVIEW, supra note 24, at 131. See, e. g., Thomas v. Weise, No. 91-3278, slip op. at 6 (D. D. C. Oct. 7, 1994); Government Accountability Project v. NRC, No. 86-1976, slip op. at 12 (D. D. C. July 2, 1993); Environmental Technology, Inc. v. EPA, 822 F. Supp. at 1229.
- (30) No. 93-00986, slip op. at 9 (D. Haw. Jan. 28, 1994).
- (31) 864 F. Supp. at 518.

- (87) See A. Rees, *Recent Developments Regarding the Freedom of Information Act: A "Prologue to a Farce or a Tragedy; Or, Perhaps Both,"* 1995 Duke L. J. 1183, 1209-1216.
- (76) 18 F. 3d 138 (2d Cir.), cert. denied, 115 S. Ct. 1579 (1994). エプソンの製造企業である Steinway 社は、ピアノの反響板の欠陥についての品質保証をしていないとの申立に基づき、連邦取引委員会 (FTC) が調査を開始した。同委員会は調査資料の提出を義務づける法令上の権限を有していたが、Steinway 社は任意で、製造企業、ディーラー、製造工程、品質保証に関する詳細文書等を提出した。これら FTC の調査資料に対して、かつて Steinway 社と契約関係にあった小売業者の Michael 社が開示請求した。FTC が開示を拒否したことから訴訟となったが、連邦地裁は、当該情報は適用除外事由 (b) (3) 及び適用除外事由 (b) (4) に該当するとして、開示請求を退けた。本件高裁判決は、① FTC は文書の提出を義務づけたのか、② 当該文書は調査と関係あるものなのか、③ 第三者が提出を拒否した場合には提出を義務づけることができたのか、に就いて FTC は証明すべきであるとして原審に差戻した。
- (80) *Id.* at 145.
- (81) *Id.*
- (82) 33 F. 3d 1109 (9th Cir. 1994). 小規模企業法は、全ての政府契約及び下請けの5%を小規模企業に割り当てると規定しているが、これが十分に達成されていないとして、GC Micro 社が防衛軍事科学庁 (DLA) に対して、政府契約への参入関連情報の開示を求めた。当該情報の開示は企業に実質的な競争上の損害をもたらすとして、DLA は請求を拒否したことから GC Micro 社が提訴した。原審は、DLA 側勝訴のサマリー・ジャッジメントを与えた。しかし、本件連邦高裁は、原審を破棄した。
- (83) *Id.* at 1113.
- (84) *Id.*
- (85) S. Raber, *Reinventing a Less Vigorous Freedom of Information Act: The Aftermath of Critical Mass Energy Project v. Nuclear Regulatory Commission*, 1994 Ann. Surv. Am. L. 79, 109-110 & 122 (1994).
- (86) M. Bunker, *Takin' Care of Business: Confidentiality under the Business Exemption of the FOIA; Freedom of Information Act*, 21 Public Relations Review 137 (1995).

- (87) A. ADLER, LITIGATION UNDER THE FEDERAL OPEN GOVERNMENT LAWS, at 85 (19th ed. 1995).
- (88) B. Taylor, *supra* note 41 at 140.
- (89) 本敵(天野)他前掲注(87)二八八頁。
- (90) K. Davis, *The Information Act: A Preliminary Analysis*, 34 Dkt. L. Rev. 761, 789 (1967).
- (91) See e. g., *Barceloneta Shoe Corp. v. Compton*, 271 F. Supp. 591, 594 (1967); *Benson v. General Services Administration*, 289 F. Supp. 590, 594 (W. D. Wash. 1968).
- (92) See e. g., *Ackerly v. Ley*, 420 F. 2d 1336, 1339-1340 n. 3 (D. C. Cir. 1969); *Robles v. EPA*, 484 F. 2d 843, 846 (4th Cir. 1973); *Public Citizen Health Research Group v. FDA*, 704 F. 2d 1280, 1287 (D. C. Cir. 1983); *Tax Analysts and Advocates v. Internal Revenue Serv.*, 362 F. Supp. 1298, 1307 n. 50 (1973); *Petkas v. Staats*, 501 F. 2d 887, 889 (D. C. Cir. 1974); *Legal Aid Society of Alameda County v. Shultz*, 349 F. Supp. 771, 776 (N. D. Cal. 1972); *Getman v. NLRB*, 450 F. 2d 670, 673 (D. C. Cir. 1971); 9 to 5 *Organization v. Board of Governors*, 721 F. 2d 1, 10 (1st Cir. 1983); *Douglas L. Teich v. FDA*, 751 F. Supp. 243, 249 (D. D. C. 1990).
- (93) Note, *The Freedom of Information Act: A Seven-Year Assessment*, 74 *COLUM. L. REV.* 895, 949 (1974) (兼示または明示の秘密の約束によって、情報を広く適用除外にする場合は、FOIAの有効性を捨象するべきでない)。R. Severson, *Protecting Business Secrets Under the Freedom of Information Act: Managing Exemption 4*, 34 *AD. L. REV.* 207, 218 (1982) (FOIAのトビダ秘密の約束が、必ずや拘束力を有するトビダ一般の合意である)。
- (94) See, e. g., *General Electric Co. v. NRC*, 759 F. 2d 1394 (7th Cir. 1984); *Van Bourg, Allen, Weinberg & Roger v. NLRB*, 728 F. 2d 1270 (9th Cir. 1984).
- (95) 751 F. Supp. 243, 251 (D. D. C. 1990).
- (96) 行政改革委員会事務局監修『情報公開法要綱案(中間報告)』前掲注(19)二九七—五〇四頁。
- (97) オーストラリア情報自由法は、四三条が「営業上の秘密」を、四五条が「秘密の保持を条件として取得した情報の開示が秘密の漏洩に該当する場合」をそれぞれ適用除外になると規定している。後者に関して、行政不服審判所及び連邦裁判所はその判断基準として、①守秘義務を課せられる状況下で取得した、②秘密に属する情報と同一の要件を挙げている。①要

件について、行政機関と情報提供者との間に「暗黙の了解」があったことで足りるとしているし、更に、裁判所は、任意提供された情報については、それだけですでに守秘義務を課されるとも判示している。実際、子宮内避妊器具の安全性に関する文書の開示は大きく狭められており、多くの議論を引き起こしている。拙稿「オーストラリア連邦情報自由法の適用除外と企業情報の開示—生命・健康の安全に関わる情報の開示を中心として—」（廣島法学一九九三年一五頁（一九九六年）参照）。

### 第三章 裁量的開示

#### 一 トレード・シークレット法との関係

FOIAの適用除外事由(b)(4)がトレード・シークレット法(98)との関係で裁量的開示の余地がないことに比べれば、要綱案は、適用除外に該当する場合であっても第7の裁量的開示による開示の道が残されており、注目に値すると評されている。要綱案の裁量的開示の規定そのものに異論があるものではないが、しかし、このようなアメリカの事実認識には疑問があり、以下でアメリカの議論を検証する。

適用除外事由に該当する文書であっても、裁量的開示は許容されると解されてきたが、これは、FOIAの適用除外事項は許容的なのであって強制的ではないことによる。(10)しかし、逆FOIA訴訟において情報提供者側は、適用除外事由(b)(4)に該当する情報は、同時に、トレード・シークレット法によっても開示を免除されると主張する。トレード・シークレット法に違反する情報の開示は、連邦行政手続法一〇条(e)(2)(A)(5 U. S. C. §706 (2) (A))(10)にいう「法に違反するもの」に該当するし、また、行政機関による「専断的、恣意的、裁量権の濫用」にも該当すると主張する。

トレード・シークレット法は、「法の授權がないのに」当該情報を開示した場合、連邦政府職員に刑事罰を科すと

いう刑事法規である。一九四八年、三つの守秘義務法（国税、関税、商務関係の職員に対する法律）を一本化したもので、その適用範囲は必ずしも明確ではないが、旧三法の内容を越えないとされてきた。以下では、トレード・シークレット法と適用除外事由(b)(4)に関する裁判例をみていく。

## 二 裁判例

一九七九年、連邦最高裁判所は、逆FOIA訴訟のリーディング・ケースとされているクライスラー判決<sup>(10)</sup>の傍論において、明確な判断は避けたものの、トレード・シークレット法と適用除外事由(b)(4)との適用範囲はほとんど同じ範囲であることを示唆している。両規定の広狭関係について、他の連邦裁判所は次のように判示してきた。例えば、一九八四年の判決は、適用除外事由(b)(4)によって保護されない文書は当然にトレード・シークレット法によっても保護されないとして、トレード・シークレット法の拡大を認めていない。また、一九八三年の判決は、適用除外事由(b)(4)に該当することを行政機関が証明できない場合、当該文書を開示してもトレード・シークレット法違反にはならないとしている。多くの判決が、両規定の適用範囲はほぼ同じであるとした上で、トレード・シークレット法の広範な適用は認めてこなかった。

ところが、一九八七年、コロンビア地区控訴裁判所は、CNA Financial Corp. v. Donovan<sup>(11)</sup>において、トレード・シークレット法は旧三法の内容に限定されないと判示した。同法は少なくとも適用除外事由(b)(4)の適用範囲と同じであり、同法により要求される「法の授権」がなければ、行政機関は適用除外事由(b)(4)に該当する情報の開示を禁じられるとして、行政機関の裁量的開示を否定したのである。

裁判例が、トレード・シークレット法と適用除外事由(b)(4)との適用範囲はほぼ同一であると判断してきたことはク

ライスラー判決以来一貫しているにも拘わらず、CNA Financial Corp. v. Donovan は、トレード・シークレッツ法の内容を旧三法よりも拡大した上で、同法に大幅な活躍の場を与えた結果、裁量的開示を禁じることになった。

## 二 司法省の見解

司法省は、CNA Financial Corp. v. Donovan に「長い間待ち望んだ判決 (long-awaited decision)」であると評し、行政機関が適用除外事由(b)(4)に該当すると判断した情報はもはや裁量的開示はできない<sup>(註)</sup>としている。

ところで、一九九三年のリノ司法長官のメモランダムが、連邦政府のFOIA担当官に対して、適用除外事由に該当する場合であっても可能な限り裁量的開示をしよう促している。しかし詳細については、司法省が毎年発行しているガイドブックの「裁量的開示」の項に依るとしており、これによると、適用除外事由(b)(4)に係る情報は行政機関による裁量的開示を制限される<sup>(註)</sup>としている。その根拠として、先述のCNA Financial Corp. v. Donovan が引用されており、「法の授権」がなければ適用除外事由(b)(4)に該当する情報は開示されないとされている。しかも、予見される損害が、「個人又は営利法人の利益」ではなくて、「政府の利益」に関する場合のみ、可能な限り裁量的開示をするように促している。このような指針は、政府に関する impairment 基準を不要としたクリティカル・マス判決の立場とも符号するもので、企業情報の保護を旨としたものであったといえるだろう。

しかし、情報自由法制定の初期から、裁判所が裁量的開示を否定してきた訳ではなく、むしろ、クライスラー判決後の連邦控訴裁判所は、この問題について十分な解決をしていない<sup>(註)</sup>とする解釈もある。

このような理解に立つと、要綱案が裁量的開示を認めていることをもって、FOIAよりも卓越したものと評価することもできないばかりか、行政機関の裁量権の濫用の証明責任は国民側にあり、司法による救済も困難な状況であ

- (8) 18 U. S. C. §1905 (Supp. V 1993). 「フーンズ・シートレット法」は「不開示の対象となる情報として」「営業上の秘密」「製造工程」「操作」「作業様式」「装置」「秘密の統計上のデータ」「収入額及び収入源」「収益」「損失」「経費」を例示している。フーンズ・シートレット法は「刑事法規として」「近年」「適用されたことがなく」となっている (J. O'Reilly, *Federal Information Disclosure* §14.04 (1991))。
- (9) See e. g., *Burnside-Ott Aviation Training v. United States*, 617 F. Supp. 279, 285-286 (S. D. Fla. 1985). 「フーンズ・シートレット法」のような広範な規定は「企業活動に関するあらゆる情報を包括してしまふことになり」「この解釈が適用除外事由(④)に適用されることだ」と FOIA を無効にするものとなる。
- (10) *Chrysler Corp. v. Brown*, 441 U. S. at 293.
- (11) *Id.* at 318.
- (12) *NOW v. Social Security Administration*, 736 F. 2d 727, 743 (D. C. Cir. 1984).
- (13) See M. Connelly, *Secrets and Smokescreens: A Legal and Economic Analysis of Government Disclosures of Business Data*, 1981 Wisconsin L. Rev. 207, 236. 奥平康弘「企業情報の秘密保護と情報公開(3) & (4)」シヤリスエ 七十五号一七三頁、七十六号一〇頁(一九八二年)参照。
- (14) *Chrysler Corp. v. Brown*, 441 U. S. at 319 n. 49.
- (15) *General Electric Co. v. NRC*, 750 F. 2d 1394, 1401-1402 (7th Cir. 1984).
- (16) 9 to 5 Organization for Women Office Workers v. Federal Reserve System, 721 F. 2d 1, 12.
- (17) *General Motors Corp. v. Marshall*, 654 F. 2d 294, 297 (4th Cir. 1981); *Pacific Architects & Engineers, Inc. v. Department of State*, 906 F. 2d 1345, 1347 (9th Cir. 1990).
- (18) 830 F. 2d 1132, 1151 (D. C. Cir. 1987), cert. denied, 485 U. S. 977 (1988). 他方、適用除外事由(④)には該当しないことが「フーンズ・シートレット法」には該当するであろう稀な事例において「FOIA 自身が「フーンズ・シートレット法」により要求される「法の授權」となることか否か」当該情報は開示されるか判断された。See, e. g., *Worthington Compressors*,

*Inc. v. Costle*, 662 F. 2d 45, 55 n. 59 (D. C. Cir. 1981).

(80) FREEDOM OF INFORMATION ACT GUIDE & PRIVACY OVERVIEW, *supra* note 24, at 159-160.

(10) *Id.* at 347-349 (本文のみの翻訳については、行政改革委員会事務局監修『情報公開法要綱案(中間報告)』(前掲注(19)

一一二—一二三頁参照)。司法省は、九つの適用除外の内、国家安全保障情報(適用除外事由(b)(1))、法令秘情報(b)(3)、営業上の秘密情報(b)(4)、プライバシー情報(b)(6)、(b)(7)(C)について、裁量的開示を制限されるという判断を示して  
5 No.

(11) A. ADLER, *supra* note 87, at 95.

## おわりに

アメリカにおいて、ナショナル・パークス基準は、任意提供情報及び強制提出情報の双方に適用されると考えられてきたが、それをいまクリティカル・マス基準によって区別することのメリットは何なのか。FOIAの立法過程では法案から取り除かれた「慣行上」という文言を、いま改めて持ち出してくることのメリットは何なのか。それは、クリティカル・マス判決自身がいまのように、任意提供によって情報の収集を容易にするという行政の利益と、「慣行」として公衆に不開示としてきた「情報提供者の利益を保護することである。

クリティカル・マス基準による限り、もはや行政機関に関する *impairment* 基準を考慮しなくても、行政機関は必要な情報を継続的に収集することができる。司法省のメモランダムは、最大限の裁量的開示をするよう行政機関に勧奨しているが、それはクリティカル・マス基準による限り政府の情報収集能力が損なわれることはないからである。そうではあっても、司法省は、提供された情報のほとんどは強制提出であって、クリティカル・マス基準による大幅な保護は与えられないとしている点に留意する必要がある。

クリティカル・マス基準については、アメリカにおいても批判的な裁判例及び議論が展開されている。例えば、ナショナル・パークス基準は任意提供と強制提出の両者を適切に調整しておりクリティカル・マス基準による修正は必要ないとする判決があった。また、クリティカル・マス基準では任意提供と強制提出の区別が不明瞭であり、これでは、政府が秘匿したいと思う情報の開示を回避する手段としてクリティカル・マス基準が利用される可能性があるという批判や、行政機関は当該情報が慣行として公衆に公開されていないかだけを確かめればよいことになり、FOIAの下で情報が秘匿されることになる等の批判があった。このようにアメリカにおいて展開されている賛否両論を公平に紹介して初めて日本の議論に資することができるのではなからうか。

要綱案は、情報公開法の制定によって従来の政府のやり方に激変をもたらすことを避けようとしていると考えられる。「公にしないとの約束の下に、任意に提供された情報」を保護することは、行政指導による行政を維持するためにも、また、情報提供者との信頼関係を維持するためにも、必要なことであろう。クリティカル・マス基準は、行政機関及び情報提供者の利益保護にとって絶好の基準であったといえるだろう。これら両者の利益は、情報を知らされる公衆の利益に最優先するのかを問う姿勢が、要綱案には要求される。

行政機関は、不開示の約束が合理的であったかどうかではなく、むしろ、当該情報の開示が要綱案第六(2)イでいう法人の「正当な利益」を著しく害するか否かで判断すれば足りると思われる。任意提供情報に依存するのではなく、ナショナル・パークス基準の下で構築されたように、情報の提出を義務づける法律・規則・命令に依って行政機関は情報収集すべきであろう。

未だアメリカでも確立されていない新たなクリティカル・マス基準という判例法理に依拠した規定を、日本の情報公開法に採用することは拙速すぎるといわなければならない。要綱案という第6(2)ただし書き、第6(2)ロの

合理性の判断、そして第7の裁量的開示等をもってしても、第6(2)口の濫用防止には充分とはいえず、解釈運用によっては情報公開請求権を無にする危険性もあり、第六(2)口は削除されるべきであると結論する。

企業と官僚との癒着構造と官僚機構の秘密主義を返上するためには、情報公開法が実効性のある「劇薬」<sup>(11)</sup>として機能しなければならぬし、行政は市民と情報を共有することによってよりよい政策決定ができることを知るべきであらう。企業との信頼関係を保護する余り、公衆との信頼関係を反故にしてきたことは、厚生行政における史実の証明<sup>(12)</sup>するところである。

(11) 水口真寿美「薬害エイズから情報公開法要綱案をみる」法学セミナー五〇六号八三頁、八五頁(一九九七年)。

(12) 室井力「厚生行政の責任は何か」法学セミナー五〇六号四〇頁(一九九七年)。

(13) 一九九六年一月二日付朝日新聞の塩野宏発言。

(14) 《座談会》「情報公開法のインパクト」月刊自治研三九巻通巻四四八号一八頁、二八頁(一九九七年)。

(15) 松下一成『厚生省の犯罪』(ジャパン・ミックス、一九九六年)。