

Über die Vorstellung von Justiz oder rechtsprechende Gewalt (Fortsetzung/die Ergänzung 2-1)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/46919

「司法権の観念」論（再続・補遺その二）（一）
——イン・カメラ審理と憲法原則——

宇都宮 純

一

一 序 目 次

- (一) イン・カメラ審理をめぐる判例の動向と学説の対応——日本
- (二) イン・カメラ審理をめぐる判例の動向と学説の対応——ドイツ
- (三) 本稿の課題
- 二 実効的な権利保護を求める権利
- (一) 手続（司法）基本権の概念と意義
- (二) 実効的権利保護の保障の基礎とその位相
- (三) 実効的権利保護の保障の内容——その主観的内実（以上本号）
- 三 イン・カメラ手続の発現形式——中間手続と本案における手続（ドイツの事例）
- 四 イン・カメラ手続の憲法問題
- (一) ドイツ行政裁判所法九九条二項の憲法適合性
- (二) 中間に位置する考慮要素
- (三) ドイツにおけるイン・カメラ手続の憲法問題の調整可能性と日本法への示唆

一 序

(一) イン・カメラ審理をめぐる判例の動向と学説の対応―日本

(1) 司法裁判手続における手続基本権の保障の在り方を考察するとき、この基本権が実体的権利・基本権の保護と密接な連関・関係を有し、実体的権利・基本権の保護において重要な役割を果たし、それに寄与することは言を俟たないが、他方で実体的権利・基本権の保護の要請が、手続基本権が関わる裁判手続の運用に一定の影響、制約を及ぼすこともあり得る。

また、複数の実体的権利・基本権の保護の要請が競合して緊張関係が生じる場合、一方の実体的権利・基本権の要請の優先採択が、裁判手続の実施内容に影響を及ぼし、例えば、その場合に特定の手続保障が与えられないという事態も想定され得る。ドイツ憲法（第一〇三条第一項）における法的審尋（*Rechtliches Gehör*）の手続保障は、右のようなタイプの手続保障の一つであり、この法的審尋の手続保障の制限のもとに実施される手続が、イン・カメラ審理の手続である。ただ、後述のごとく、ドイツ（法）にあつては、法的審尋の手続保障が停止あるいは制限されるのは、いづれにせよ例外的且つ部分的な措置に止まると捉えられている。

(2) 右のようなドイツの法事情は、日本においても基本的に同様であり、判例・学説及び立法、実務は、イン・カメラ審理の手続の導入については謙抑的である。

先ず日本の最高裁判所は、例えば平成二十二年一月一日の第一小法廷決定において、「情報公開訴訟において証拠調べとしてのイン・カメラ審理を行うことは、民事訴訟の基本原則に反するから、明文の規定がない限り、許されないものといわざるを得ない。」と判示して、現行法は「民訴訟法の証拠調べ等に関する一般的な規定の下ではイン・カメラ審理を行うことができないという前提に立った上で、書証及び検証に係る証拠申出の採否を判

断するためのイン・カメラ手続に限って個別に明文の規定を設けて特にこれを認める一方、情報公開訴訟において裁判所が不開示事由該当性を判断するために証拠調べとして行いうイン・カメラ審理については、あえてこれを採用していないものと「解している」。⁽¹⁾ただ、ここで提示された「民事訴訟の基本原則」については、それが憲法上の要請に基づくものなのかについて同決定の法廷意見も泉徳治裁判官の補足意見も明言していないことから、長谷部由起子教授が述べるように、「民事訴訟の基本原則」は憲法上要請されているものではないから、法律の規定によって制限することができるといふ趣旨とも、同原則は憲法上要請されているけれども、十分な理由があれば、法律の規定によって制限することができるという趣旨の二通りの解釈が可能とされる。⁽²⁾この点は、「民事訴訟の基本原則」の具体的な内実をどのように捉えるかに関わってくるが、広い意味での憲法原則、特に後述するドイツ公法学が理解するところの憲法原則に関わることは間違いないところであろう。なお、同決定の法廷意見は、イン・カメラ審理が裁判の公開原則を規定した憲法八二条に違反するか否かについては言及するところがない。

(3) 右の「民事訴訟の基本原則」について、同決定の法廷意見は、基本的には、これを「訴訟で用いられる証拠は当事者の吟味、弾劾の機会を経たものに限られる」ことを同原則の内容とし、訴訟における証拠法則に関わるものとして捉えており、また、イン・カメラ審理を行った場合、原告及び被告の弁論活動、当事者の上訴理由の主張に障害をきたし、さらに上級審の審理、判断にも困難をきたすことを指摘している。この法廷意見並びに泉徳治補足意見が想定する「民事訴訟の基本原則」の内容を前記長谷部由起子教授は、以下の三点に整理している。⁽³⁾すなわち、(i)民事訴訟においては、当事者は、証拠調べに立ち会って、証拠について意見を述べ、証拠に基づいた主張を展開する権利を有する。当事者にそうした権利を行使する機会を与えずに証拠調べがされた場合には、その結果を判決における証拠資料とすることができない。(ii)裁判所が、被告が所持する文書の具体的内容

を証拠資料とするために当該文書を見分ける場合には、原告は、当該文書を見分し、その具体的内容について弁論を行う機会を与えられなければならない。被告も、当該文書の具体的内容を援用しながら弁論を行う機会を与えられなければならない。裁判所が、当事者にこれらの機会を与えずに当該文書を見分しても、その具体的内容を判決の証拠資料とすることはできない。(iii)裁判所が、当該文書の具体的内容を証拠資料として判決をし、これに対して上訴がされた場合には、上訴審は、原審の判断の基礎となった当該文書の具体的内容を確認したうえで、原判決の審査をしなければならない。原審において当該文書の具体的内容が調書に記録されない場合に、上訴審が当該文書を見分しないまま原判決の審査をすることはできない。以上の三点が想定される民事訴訟の基本原則の内容とされ、それぞれ「双方審導主義」「当事者の弁論権の保障」「上訴審の判断資料」として総括、検討されている。

その上で長谷部由起子教授の結論は、以下のような内容である。⁽⁴⁾すなわち「情報公開訴訟におけるイン・カメラ審理は民事訴訟の基本原則と抵触するものではない、ただし、解釈が分かれうる問題について結論を明確にするために立法をする必要がある、いうものである。」⁽⁵⁾そして右の「解釈が分かれうる問題」として次の五点が提示される。すなわち、「(1)情報公開訴訟における証拠調べとしてのイン・カメラ審理が憲法八二条の公開原則と抵触するものではなく、双方審導主義や審尋(審問)請求権を制約するものでもないこと、(2)裁判所がイン・カメラ審理を行った結果、不開示文書の記載内容が証拠資料となり、それに基づいて本案の判断をするとしても、当事者に不開示文書の記載内容について弁論権を保障する必要はないこと、(3)法律審である上告審においてはイン・カメラ審理を実施することができないために、⁽⁶⁾イン・カメラ審理に基づいてなされた原審の判断について事後審査を行う範囲は通常の場合よりも限定されること、(4)そのことを前提としても、原告の訴訟代理人に守秘義務を課してイン・カメラ審理に立ち会わせる必要はないこと、(5)イン・カメラ審理は、不開示文書の記

載内容が明らかでないために不開示事由該当性が真偽不明である場合に、裁判所が、証明責任の分配にしたがって被告敗訴の判決をするのではなく、不開示文書の記載内容に基づく判決をすることを可能にする制度であるから、当事者の申立てがある場合のほか、職権でも行いうることを明らかにすること、以上の五つの「解釈が分かれる問題」について「結論を明確にするために立法をする必要がある」と提言されている。

- (4) さて、右のイン・カメラ審理の民事裁判手続への導入の可否の問題をめぐる学説の状況について、右最高裁決定の調査官解説は以下のようなものであった。⁽⁷⁾ すなわち、先ず裁判の公開原則との関係については、非公開とすることができるとの明文の規定が設けられていない場合には、非公開審理は認められないものと解されており、立法によりイン・カメラ審理を導入した場合の合憲性について、合憲とする有力な見解も近時存するが、「イン・カメラ審理が合憲足り得るとの説は、いまだ多数説を形成するには至っていない」との学説の認識と「イン・カメラ審理を行うことが、憲法八二条・三二条に違反しないかという点については議論が分かれそうです」との指摘を援用して、この問題についての消極的な学説状況を提示している。一方、双方審尋主義との関係については、この問題は、（行政・民事）訴訟法の根幹にかかわる問題として、たとえば「立会権の放棄として、当事者の自由な処分にゆだねることができるかについては、意見の分かれ得るところである」旨の指摘を紹介し、未だ通説の形成には至っていないとの認識が示されている。したがって、日本の民事訴訟法学説、公法学説において、双方審尋主義の理解について、この原則を憲法上の要請と捉えるのか否か、捉えるとして憲法上の根拠条文は何か、については意見の一致をみていないとされる。⁽⁸⁾ このような学説の状況を前提として、情報公開訴訟におけるイン・カメラ審理の是非については、憲法・行政法・民事訴訟法等の学際的協力の下に、検討が深められなければならないとの提言もなされているところである。⁽⁹⁾

以上のように、調査官解説においては、イン・カメラ審理の是非について、イン・カメラ審理の必要性を指摘

するのは立法論に止まり、少なくとも明文の規定のない現行法の下では、イン・カメラ手続は認められないというのが、おおむね一致した理解と捉えられているものの、⁽¹⁰⁾ 別の角度からイン・カメラ審理の意義を積極的に評価する立場も存する。すなわち、イン・カメラ審理が情報公開訴訟において有する意義として、適正・迅速な訴訟を実現するための手法としての有効性・必要性が指摘され、あるいは、イン・カメラ審理による裁判所の判断に対する開示請求者の納得を得やすくするという利点を挙げる立場があり、⁽¹¹⁾ さらに、イン・カメラ手続の制度があることによって、文書提出義務の除外事由の不存在につき証明責任を負う当事者（文書提出命令の申立人）の証明の負担が軽減されることを指摘する立場⁽¹²⁾ などの積極的な意義を認める見解がそれである。これらの裁判所の訴訟手続に関わる指摘事項も、イン・カメラ審理の許否の問題を検討するに際しての考慮要素となろう。

なお、右調査官解説は、憲法三二条の裁判を受ける権利の内容として、いわゆる審尋（審問）請求権も含まれるとする理解に立つならば、イン・カメラ手続は憲法三二条との関係でも問題を生じ得ると指摘する立場にも言及しており、⁽¹³⁾ イン・カメラ審理（手続）と審尋請求権の関係の問題は、ドイツの公法（憲法）学説の議論にも関わり、この点は後述する。

(5) 一方、イン・カメラ審理をめぐる立法例、実務に目を向けるならば、右の調査官解説も指摘しているように、⁽¹⁴⁾ 日本の民事訴訟法には、イン・カメラ審理を行い得る旨を定める一般的規定は現在までのところ制定されていない。平成八年に制定された民事訴訟法の改正法には、証拠調べとしてのイン・カメラ審理を行い得る旨の明文規定は設けられなかったが、文書提出義務又は検証物提示義務の存否を判断するためのイン・カメラ手続に関する規定が設けられ（平成一三年法律九六号による改正前の民事訴訟二二三条三項、一三二条一項）、その後、平成一三年にさらに民事訴訟法が改正されてイン・カメラ手続の整備が行われるとともに、公務文書も一般義務としての文書提出義務の対象とされたことに伴い、公務員がその職務に関し保管し又は所持する文書につい

ても、文書提出義務又は検証物提示義務の存否を判断するためのイン・カメラ手続を行うことができることとされた（同法二二三条六項、二二三条一項）。尤も刑事事件関係書類等は、裁判所が文書の記載内容を閲読しなければ除外文書に該当するか否かの判断をすることができない類型のものではないと考えられ、イン・カメラ手続の対象とはなっていない。

右の民事訴訟法二二三条六項の立法趣旨としては、次のことが指摘されている。すなわち、文書提出命令の申立てのされた公務文書について裁判所が除外文書のいずれかに該当するかどうかの判断を適正かつ迅速に行うためには、裁判所が文書の記載内容を直接閲読して判断するものとするのが最も適切であると考えられる一方、除外文書は、その内容を開示するものとする弊害が生ずるおそれがあることから、一般義務としての文書提出義務の対象から除外されているのであり、相手方当事者その他の訴訟関係人にその内容が明らかになつてしまつたのでは除外文書とした趣旨に反することになるということを勘案して、裁判所が除外文書に該当するか否かを判断するために必要がある場合には、文書の所持者に文書の提示をさせることができ、しかし、何人もその提示された文書の開示を求めることができないものとするいわゆるイン・カメラ手続の制度が設けられたといふのである。⁽¹⁵⁾

その後、周知のように、文書提出義務又は検証物提示義務の存否を判断するためのイン・カメラ手続に関する規定は、特許法や著作権法等にも同様の規定が設けられた（特許法一〇五条二項、著作権法一一四条の三第二項）。ただ、これらの規定も民事訴訟法と同様、いずれも証拠申出の採否を判断するためのイン・カメラ手続を認めたものにすぎず、証拠調べそのものを非公開で行い得る旨を定めたものではないので、憲法上の公開原則との抵触の問題は生じないものと判断されたところである。⁽¹⁶⁾

(二) イン・カメラ審理をめぐる判例の動向と学説の対応—ドイツ

(1) 右は、日本におけるイン・カメラ審理をめぐる学説・判例・立法の概況を瞥見したところ認められる対応であるが、冒頭で述べたように、日本の学説・判例等は、イン・カメラ審理の手続の利点（積極的意義）はこれを認めつつ、裁判所の訴訟手続一般にこの手続を導入採用することについては、従来の伝統的な法原則との関係、整合性如何を勘案して、なお慎重な姿勢を崩していないというのが、おおむね一致した対応であるように見受けられる。このように、伝統的な法原則との関係において、たとえば憲法原則であれば裁判の公開原則、あるいはいわゆる民事訴訟の基本原則との関係、整合性の観点から理論的に調整して解決、克服しなければならぬと考えられている問題点は少なくないように思われる。その中で憲法原則との関係においては、周知のように主として論じられてきたのは、右の憲法上の公開原則との関係である。

ただ、本稿で取り上げた前記の民事訴訟法学説の立場の理解に依れば、右のような理論的問題点の存在を否定することはできないものの、憲法解釈の次元で可能か、あるいは立法化を待つてのことかは別として、問題点の理論的解決、解消の可能性を垣間見ることは、できないことではないようにも思われる。

(2) 他方、ドイツにおいては、現行の行政裁判所法九十九条二項の規定に見られるように、行政訴訟手続の分野においてイン・カメラ審理の手続が導入されたことに伴って、ドイツ公法学説の理論的検討（あるいは批判的検討）が活発に展開されることとなったが、その契機となったのは周知のように、一九九九年一〇月二七日のドイツ連邦憲法裁判所第一部決定である。⁽¹⁷⁾ また、同様に同決定を契機として、ドイツ行政裁判所法九十九条二項は、大幅に改正されて、イン・カメラ手続の創設、導入をみた。⁽¹⁸⁾

右のドイツにおけるイン・カメラ審理の手続をめぐる学説・判例・立法事情については、既に先行研究によってその概要が日本にも紹介され、この問題の議論の立て方の参考に供されている。その中で、日本の憲法学説

は、ドイツの学説・判例の対応の状況を考察するに際して、イン・カメラ手続の憲法適合性如何について、基本法一〇三条一項の規定する法的審尋請求権の保障との関係を考慮して否定的見解を提示していたドイツ連邦行政裁判所決定（VerwGE84, 375, 388f.）の判示が一般的立場となっていた時期と、この連邦行政裁判所判例の解釈を否定して、イン・カメラ手続を合憲とした右のドイツ連邦憲法裁判所第一部決定の解釈が示された時点以降の時期とに分けて検討を加えている。⁽¹⁹⁾

先ず連邦行政裁判所判例では、イン・カメラ手続の導入を困難視する理由として、前記の基本法一〇三条一項の法的審尋請求権の保障に加えて、行政裁判所法一〇八条二項（に依拠する法的聴聞を求める手続関係人、とりわけ情報開示を求める者の権利）もイン・カメラ手続と対立する権利利益として措定され、さらに同判例において標榜される原則（基本法一〇三条一項において保障されている関係人の法的聴聞権）あるいは情報開示請求者の権利を「放棄することのできない、法治国家的手続形成の核に属する」とのこちらは連邦憲法裁判所第二部決定（「情報提供者」決定と呼ばれる。BverGE57, 250(287f.）も理論的背景として援用されている。

前記の二つの時期を分ける分水嶺となった裁判例が右のドイツ連邦憲法裁判所第一部決定である。この決定は、ドイツにおけるイン・カメラ審理の手続をめぐる本格的な議論の出発点ともいうるもので、ドイツの公法学説のみならず訴訟法学説、さらに立法実践に及ぼした影響、作用も大きかったことがうかがえる。同決定についても、日本の先行研究による比較的詳細な検討、分析が存する。⁽²⁰⁾

同決定について、憲法学説の分析に依れば、以下のように捉えられている。すなわち、この連邦憲法裁判所第一部決定は、当時の行政裁判所法九九条二項一文と結びついた同条二項二文が基本法一九条四項と両立しえず、立法者は二〇〇一年十二月三日まで憲法適合的な状態を回復することを義務づけられると判示するとともに、原審決定の判断が、基本法一九条四項に基づく開示申立者の公権力に対する権利保護を求める権利を侵害す

るとも判示し、本件の事案が基本法一九条四項の保障する「実効的権利保護」と密接に関わるものであることを明らかにしている。⁽²¹⁾ その上で、イン・カメラ審理の手続と基本法一〇三条一項の保障する法的審尋請求権（法的聴聞権）との関係については、同請求権が基本法一九条四項から導き出される権利保護保障と同じ志向性を持ち、両保障規定は同一の目的、すなわち、実効的な権利保護を可能にするという目的に仕えるものであるから、「他の利益とそれに基づく」法的審尋請求権の制限との（比較）衡量を行うことを同法一〇三条一項は排除しないとした上で、イン・カメラ審理の手続がもたらす裁判所の利益が法的審尋請求権の制限を、基本法上調和的なものとして是認する余地を認め、結論として「基本法一九条四項に基づき、イン・カメラ手続を合憲」と判断したのである。⁽²²⁾ 同決定は、日独の公法学、訴訟法学の研究者がイン・カメラ審理の手続の憲法問題の考察にとつて、避けて通ることのできない重要な基本判例と位置づけているところであり、本稿においても、ドイツ公法学説の検討に関連して再度取り上げることとする。

(3) また、イン・カメラ審理の手続と基本法の各基本権保障規定（一九条四項、一〇三条一項等）との関係如何をめぐるドイツの学説についても、既に先行研究によつて、ブルメンベルク、U・ツイーグラ、シュタッドラー、シュテュルナーなどの各所説が紹介されているが、⁽²³⁾ これらのドイツの学説において共通にみられることは、前記の連邦憲法裁判所第一部決定の判断枠組みや根拠付けと同様に、いずれも基本法一九条四項が保障するとされる実効的権利保護の実現という点に、裁判所における手続の第一義的、究極的な目的ないし指導原則を見い出しているということである。⁽²⁴⁾

すなわち、これらのドイツの学説においては、イン・カメラ審理の手続の導入が、裁判所の判断の基礎を充実させ、最も早く真実を発見することに適い、結果的に基本法一九条四項の保障する（とされる）実効的な権利保護に資することになるのであるから、例えば、保護に値する秘密情報の利用を完全に放棄してしまうよりも、訴

訟当事者（原告）の法的審尋（審問）請求権を制限して実効的な権利保護を図ることの方が、より適切であるといふべきであり、この実効的な権利保護の実現が可能であると判断されるならば、法的審尋請求権の保障（確保）に固執すべきではない、とする。このように、完全な法的審尋を放棄して実効的な権利保護を得ることを選択することは、司法権による広範且つ綿密なコントロールの実現にも資するという議論が展開されているのである。

そして、先行研究によって紹介された以上のようなドイツの学説の解釈を前にして、以下の本稿の考察においても注目すべき重要な言説として、常に念頭に置いておくべきものと捉えているのが、日本の民事訴訟法学説が取り上げている前記のシュタッドラーの次のような言説である。すなわち、「実効的な権利保護と法的審問請求権（基本法一〇三条一項）との関係」について、前者を包括的な権利、後者を前者から導かれる個別的な権利と捉えて、曰く「企業秘密を損なわずに法的審問請求権を完全に保障しようとする、実効的な権利保護が不可能になってしまう状況の下では、後者の法的審問請求権を後退させて、企業秘密を保護しながら実効的な権利保護を可能にすべきである」との言説である。⁽²⁵⁾

右のシュタッドラーの言説にも垣間見えるように、裁判所による権利保護（手続保障）における法治国家的請求権を、そこに言わば序列関係を付した（各請求権の）体系的段階構造として（すなわち、裁判所における手続基本権ないし司法基本権を基盤ないし幹となる上部構造とし、それを具体化する請求権を枝となる下部構造とに）分類、把握する発想・思考枠組には本稿においても注目し、考慮材料としていくが、この点については、前稿においても取り上げたA・ウーレの別稿の所説を考察、検討する際に言及することとする。果たして、このように憲法上の権利ないし原則に上下構造を認めて対処する手法が、ここでの当該問題の解決に寄与するのか、あるいは解決の決め手と（要石と）なりうるのか、という点にも焦点を当てて検討課題としたい。

(三) 本稿の課題

本稿では、主としてドイツの公法学説における議論、特に右に示したように憲法原則とイン・カメラ審理の手續の關係如何をめぐる議論の動向、展開に焦点を当てて、その憲法上の問題性の検討を進めていくことにする。イン・カメラ審理の手續をめぐる議論に関しては既に前稿において、前記の一九九九年一〇月二七日のドイツ連邦憲法裁判所第一部決定、並びにこの決定に関するK・グラーズホフの所説、評価について取り上げ、言及したところである。⁽²⁶⁾これに加えて、E・シュミット・アスマン、F・ショツホ、W・R・シェンケなどの公法学者の所説にも注目して取り上げ、それらの理論的枠組や憲法上の理由付けを検証したい。さらに、ドイツ基本法一九条四項から導き出される実効的権利保護の保障の理解を深めるために、前述のごとく、再度A・ウーレの所説にも触れて考察を広げ、本稿の立論の組み立ての基礎的柱となる理解を獲得したい。

ところで、シュミット・アスマンの看るところ、前記のシュタツドラーやシュテュルナーの問題関心の示すところと同様に、ドイツにおいてすべてのイン・カメラ手續（の問題）の核心をなすのは、「特定の手續段階における特定の訴訟当事者の法的審尋の制限」である。⁽²⁷⁾この問題は、シュミット・アスマンに依れば、あらゆる訴訟規則にとつて処理の難しい、判断のしにくい局面である。というのは、聴聞を求める権利は、裁判所の手續法の「原成岩（Urgestein）」の一つに数えられるからであり、また、それは、連邦憲法裁判所のいう「人間の訴訟に関する始源的権利（“Prozessuales Urrecht des Menschen”）」であり、⁽²⁸⁾そもそも法的審尋の原則は、法治国家原理がそこにはつきり現れている原則であると同時に、人間の尊厳（基本法一条一項）もまた追加の妥当根拠としてその名が挙げられ、このことはドイツの判例、学説の文献においても一般的に認められ、争いのないところであるからである。⁽²⁹⁾したがって、この法的審尋の原則は、主としてこれら二つの憲法財（Verfassungsgüter）の同等の効果から出ていることから、基本法一〇三条の主要目的は人間の尊厳の発展という点にあり、それに際して権利保護の実効性

の原則は、むしろ「補助的に（側面を防御する形で）作用する」との理解が有力に主張されてきており、連邦憲法裁判所も非常に早い時期から、基本法一〇三条一項の中に前記二つの妥当根拠を、同等に重大で意味深いものと認識していたとされる。それゆえ、法的審尋の原則ないし法的審尋請求権の制限（の問題）を、どのような論理手法を用いて他の権利自由と平衡を保って調整するかは、ドイツの公法学説、判例にとつて解決困難な課題の一つとされたことは想像に難くない。ひとり利益衡量や各請求権の間の妥協の試みによつて解決に導くことができるか一つの論点である。

以上のように、日本においては、イン・カメラ手続は主に公開原則（という憲法原則）との関係で、それとの整合性が確保できるかという点が論点として議論されることが多いのに対して、ドイツでの議論においては、考察、検討の力点は専ら法的審尋請求権との関係如何に置かれており、公開原則との関係は、さほど重要視されていないとの印象を受ける。公開原則に対する理論的取り組みの点で日独の間で温度差が見られるわけである。ともあれ、本稿における考察・検討においても、ドイツにおけるイン・カメラ審理の手続と法的審尋（原則・請求権）の関係如何の問題を中心的な主要課題として受け止め、考察・検討を進めていくこととする。

以下本稿では先ず、総論として、ドイツ公法学説が裁判所の手続保障を論ずる際に通常重要な地位を占め、その役割に最上位の指導原理を見出し出しているところの実効的な権利保護を求める権利（請求権）並びにその観点から導き出される帰結の考察・検討から始めることにする。この考察・検討をうけて、次に各個別のイン・カメラ審理の手続、個別のイン・カメラ手続の憲法問題を各論として、考察を進めていく。ここでは、実効的な権利保護の保障を実現するために（例えば）法的審尋請求権あるいは公開手続請求権を制限することを例外的な対応にとどめるのか、あるいは一般的な通常の対応の必要性を認識して一般論として憲法上容認されるものと捉えるのか、という論点も問われることになろう。

二 実効的な権利保護を求める権利

(一) 手続（司法）基本権の概念と意義

(1) 前述のごとく、ドイツの行政裁判所を当初からずっと規律するところの当時のドイツ行政裁判所法九十九条及び一〇〇条のモデルは、長い間批判に出会うことがほとんどなかったところ、ドイツ連邦憲法裁判所は、一九九九年一〇月二七日のセンサーショナルな第一部決定において、これらの規定による調整規制を、ドイツ基本法一九条四項を不必要に制限するものとして異議を唱えた。

この決定に関して、シュミット・アスマンに依れば、つい一〇年前には、イン・カメラ手続は行政訴訟には馴染みのないものであり、訴訟の資料の必要な公開と行政の秘密保持利益との間の調整は単純な二元（論）的なモデルによって規律されてきた。

すなわち、（行政）官庁は、当事者（利害関係人）によって閲覧することができ、そのようなものとして口頭の審理の対象となった（行政）文書、記録の提出を義務づけられるが、しかし、最上級の監督官庁は、秘密保持の重大な利害関係（利益要件）が、その提出と対立していた場合には、差止めの宣言（表明）を発することができた。一方、裁判所は、その差止めの理由（根拠）が真実らしく見せられていたかどうか（疎明の可否）についてのみ決定したのであり、それは裁判所自らの文書の認識が行われているわけではなかった。この行政裁判所法九十九条二項一文、及びそれと結びついた同条一項二文による規制の在り方が、連邦憲法裁判所によって、基本法一九条四項に適合しないと判断されたのである。すなわち、裁判所による疎明のみの審査は、間接的な統制のみがそれを可能にする。そして正当な秘密保持の利益は、イン・カメラ手続において、裁判所への文書の提出の後においても顧慮されうるし、また、立法者は、その手続の具体化（形成）に際しては、「広範囲で十分な自由」を有するといふ。⁽³⁰⁾

(2) なお、裁判所の手続法におけるイン・カメラ手続の構想が大いに流布していることには、さまざまな理由があることが指摘されるが、この点、シュミット・アスマンに依れば、その理由は一点に合流し、混じり合っている、すなわち「制御資料」(Steuerungssourcen)としての情報の持つ意義が高められ、増強されている点に求められる。⁽³¹⁾ 曰く、現代行政は、高度に複合的な任務、つまり健康配慮や内外の安全(保障)の調整やその保障のような任務に鑑みて、高度に信頼における、且つ常に現実化する必要のある情報を必要とし、それに頼らざるを得ない(状況の中に置かれている)。その発展は、受け継がれてきた伝統的な行政(管理)上の領域と社会の領域との間の境界をとつくの昔に越えてしまい、過去のものにしてしまった。環境保護及び消費者保護は、共通の課題として理解されており、それらの課題、任務を満たすことが、それらの任務を効果的に果たすために必要な情報の前提条件であるという点においてというよりも、そこに仕立てられ使用される道具の点で区別される、つまり任務の遂行のために用いられる道具という点で異なるところの共通の課題として理解されているというのである。⁽³²⁾

(3) さて、前稿において取り上げたA・ウーレは、既にその一部を紹介したところであるが、手続基本権を分類し、いわば段階的な構造を提示している。尤も、先のウーレのこの分類による権利保障の類型は、ウーレに依れば、一般的に定評のある、世間一般に認められた体系化を欠いたところの(実効的権利保護を求める法治国家的請求権を)具体化する個別的保障である。⁽³²⁾

ともあれウーレの近著作の分類に依れば、以下のような構造が示される。⁽³³⁾ すなわち、前著作と同様に、法治国家原理の表現としての効果的(実効的)な権利保護の保障に焦点を当て、実効的権利保護を求める法治国家的請求権が最上位に位置づけられ、そのように措定されていると解される。その上で、先ず、手続的基本権(Prozessgrundrechte)として、法律上の裁判官を求める権利(基本法一〇一条一項二文)、例外裁判所の禁止(基

本法一〇一条一項一文)、法的審尋を求める権利(基本法一〇三条一項)が挙げられ、これら三つの権利は、刑事手続に関する特別の保障とともに「明示的に実定化された司法基本権(Justizgrundrechte)」とも呼称される。これを法治国家的請求権のカテゴリーの領域に拡大すると、右の権利に訴訟上の武器平等の原則(基本法三条一項)と「そのほかの実効的権利保護を求める法治国家的請求権」が加わる。右の請求権の中で、いわば幹となる「そのほかの実効的権利保護を求める法治国家的請求権」の中に、基本法一九条四項から導き出される権利保護の保障並びにいわれる司法付与請求権が組み入れられ、ここで志向され、目的とされるのが実効的権利保護であり、一九条四項と司法付与請求権がその保障の役割を担うことになる。なお司法付与請求権(義務)について、それが即座に個人権として措定することができず、主観化が必要とされることについては後述する。

(4) さらに右の請求権を部分的に具体化し、権利保障の枝となる請求権として以下の六つの請求権が挙げられる。すなわち、

- (i) 公正な手続を求める請求権
- (ii) 公開の手続を求める請求権
- (iii) 訴訟手続の目的(対象)の裁判所の包括的な審査を求める請求権
- (iv) 適時の(時宜に適した)手続(の終結)を求める請求権
- (v) 時宜を得た(時機を失しない)手続を求める請求権
- (vi) 法に耐え得る且つ貫徹可能な(rechtsbeständige und durchsetzbare)裁判所の決定(判決)を求める請求権

これらの請求権は、裁判所の権利保護の法律上の形成(調整)にとって判断の基準ないし尺度並びに裁判所の手続法の適用及び解釈にとつてもまた判断の基準であるので、その名宛人は、立法部でもあり、司法権でもあるとされる。また、この実効的な権利保護を求める権利の法律上の制限は、確かに初めから許されていないというわ

けではないが、しかし、その制限は、先ず目的志向性のもの、適切なもの、そして適当（相応）なもの、並びに権利を求める者にとって要求できるもの（“*zweckgerichtet, geeignet und angemessen sowie für den Rechtsuchenden zunnutbar*”）でなければならない。それゆえ、その制限が不適切で、要求できるものでなく、そして（正当化されないところの）実効的な裁判所の統制（コントロール）を求める請求権の侵害に行き着かないところでのみ、当該制限が許されるということになる。⁽³⁴⁾

(5) 以上のような裁判所の権利保護の保障の体系的ないし段階的理解を提示するウーレにあつては、権利保護にとって実効的な手続進行の保障には、先ず第一に前記の「明示的に実定化された司法基本権」が寄与すると捉えられ、他方、この司法基本権は、法治国家的に基礎づけられた裁判所手続の秩序ある、整然たる進行に対する手続要求によって補足され完全にされると解される。これらの要求の中で、憲法と手続法という二つの素材（*Zwei Materien*）が、それぞれ相互に接し、相通じ合っているとの構図が描かれる。⁽³⁵⁾そして、前述のごとく、ウーレの、世間一般に認められたものでないといわれる体系化された権利の段階構造は、先に見たところの、実効的な権利保護を包括的な権利と捉え、「法的審問請求権」を、この包括的な権利から導かれる個別的な権利として捉えるシュタッドラーの理解するところと、実効的な権利保護を最重要視する発想の点において似通つていると言えるものの、内容にはそれと完全に一致するものではなく、異なるものである。けれども、シュタッドラーの右の分類と同様に、イン・カメラ審理の手続と特に憲法上保障される権利ないし請求権との関係調整を探るに際して、一つの考慮要素として、一定の役割を演じるものと評価することは可能であろう。この段階構造の着想を念頭に置きながら、本稿の考察、立論を進めていくことにしたい。

(二) 実効的権利保護の保障の基礎とその位相

(1) ドイツ基本法の標榜する法治国家原理にとって、無視することのできない本質的なものは、独立の裁判所による権利保護の保障であり、前稿においてウーレの所説として紹介したように、この保障は二つのことを目標にする。すなわち、一方において、裁判所への現実のアクセスと、他方において、裁判所の手続の実効的権利保護の進行であった。⁽³⁶⁾さらに、公権力による権利侵害の際の裁判所へのアクセスは、(本質的に)第一にドイツ基本法一九条四項を通じて、そしてそれ以外の権利侵害の際には、いわゆる一般的な権利付与請求権を通じて、保障されると解されていた。また、前述のごとく、権利保護にとって、実効的な手続進行の保障に先ず第一に寄与するとされるのが、前記「明示的に実定化された」ところの基本法一〇一条二文(法律上の裁判官を請求する権利)と同法一〇三条一項(法的審尋を求める請求権)(並びに同法一〇一条一文(例外裁判所の禁止))に保障規定を有するいわゆる「司法基本権」であった。⁽³⁷⁾

(2) さて、前述のごとくウーレに依れば、実効的な権利保護の保障の憲法(基本法)上の基礎は、ドイツ法にあつては基本法一九条四項の権利保護の保障、並びにいわゆる司法付与請求権に存し、この保障状況においては、公権力による権利侵害に対する権利保護が関係しているか、あるいは、そのほかの領域での権利保護が関係しているかどうかのそれぞれの場合に応じて、(実効的な)権利保護の保障の基礎が指定される。そして、そのことは、基本法一九条四項も、いわゆる司法付与請求権も、裁判所の権利保護へのアクセスを保障するだけでなく、それを越えて、その保障の実効性をも保証しているという点に基づいていると説かれる。⁽³⁸⁾

(3) 右の基本法一九条四項の適用領域の外では、一九条四項の場合と同様のことが、この領域において法治国家的に基礎づけられた一般的な司法付与義務から生じるとされる。⁽³⁹⁾それゆえ、この司法付与義務から、それによって包括される領域に関して―なかならず民法上及び労働法上の請求権の裁判所による貫徹に関して―同様に実効

的な権利保護の保障が帰結として出てくることになる。しかも、その実質的な内容は、既に共通の法治国家的核心（*Kern*）及び権利保護保障、並びに司法付与義務の共通の関心事を顧慮して、基本法一九条四項の内容に対応している。そして、連邦憲法裁判所の判決もまた、右のような理解に依拠していると評される。というのは、連邦憲法裁判所の判決（裁判）の枠の中で、広く（遠方まで）基本法一九条四項あるいは一般的な司法付与義務が同裁判所の論述の基礎になっているかどうかとは関わりなく、裁判所の権利保護の実効性に対する同一の要求に行き着くと捉えられるからである。そのことは、とりわけ、これに関して、実効的な権利保護保障についての連邦憲法裁判所の原則的な確認においてだけでなく、ここから結果して生じる具体化（された権利）、たとえば時宜に適した（適時の）権利保護の保障のような具体化もまたそこに重なり合うという点に示されるという。その上さらに、それを越えて、たびたび同様の裁判所による定式化が、これらの個別の事例において、基本法一九条四項あるいは一般的な司法付与義務を引き合いに出すかどうかとは関わりなく使われているとされるのである。⁽⁴⁰⁾

（三） 実効的権利保護の保障の内容―その主観的内実

（1） 前款において概略的に示された背景を前にした場合、ウーレの所説にあつては、一方の基本法一九条四項の適用領域における実効的権利保護の保障と、他方の一般的な法治国家的な司法付与義務の適用領域における実効的権利保護の保障は、それ自体、それぞれの領域に対応するとしても、そのことがそのまま、それらの保障の主観的内容に当てはまるわけではなく、とりわけ後者の司法付与義務については、その「主観化」という基礎づけの手順を踏むことが必要となると指摘される。⁽⁴¹⁾

というのは、基本法一九条四項と一般的な司法付与義務とは、それらの解釈上の（ドグマティックな）構成の点で相当に区別されるからである。すなわち、ウーレに依れば、この二つの保障の相違は、一方の基本法

一九条四項が「正式の主要基本権」として何の問題もなく（直ちに）国家の権力に対する個人の主観的権利を包括しているのに対して、⁽⁴²⁾ 他方の法治国家的に基礎づけられ、その限りで、なかならず基本法二〇条三項にその起源を帰せられる司法付与義務は、その出発点において客観的な性格（本質）のものであるということから結果として生じている。従って、個人の請求権をそこから推論して導き出すために、司法付与義務は、基本権として基礎づけて確立することによる「主観化」を必要とするというのである。⁽⁴³⁾ 従って、司法付与義務の側で、憲法上の個別的の基本権へと導いていく推論をすることが必要とされる。

- (2) 右の点に関して連邦憲法裁判所は、ウーレの指摘に依れば、この「主観化」を、主として個別的に基本権、とりわけ基本法二条一項に立ち戻ることから獲得しているが、これは比較的詳細に基礎づけられているわけではないという。そして、結論において同裁判所が定立するところは、次のような基本権である。つまり、部分的に法治国家原理との関連で、基本法二条一項を通じて、民法上の争訟の中で保障されるところの「実効的な権利保護の供与を求める基本権」である。⁽⁴⁴⁾

但し、連邦憲法裁判所によつて援用された憲法上の基礎づけのための手掛かりも不確実なものであり、同裁判所の説示も揺れていると評される。右の基礎づけは、単に法治国家原理のみへの立ち戻り、あるいは基本法一九条四項、並びに同法二条一項への画一的な立ち戻りもまた、法治国家原理と関連してみられたところであるが、ウーレにとつてこの不確実さの原因（源）は次の点にあると説明される。⁽⁴⁵⁾

すなわち、そこから帰結として給付（請求）権が生じるという限りにおいてのみ、基本法二条一項から国家の司法付与義務の主観的内容が取り出され得るという点に不確実さの原因があるとされ、それは、裁判所の権利保護は基本的に国家の給付を意味しており、その給付に向けられた（それを根拠づける）個別的請求権は、――結局それを裏づけるのは基本法一九条四項ではなくて――基礎としての給付（請求）権を必要とするところ、そのよう

な給付（請求）権を自由権から導き出すことは、（散発的には研究文献において、そのことが指摘されることはあるものの）、自由の基本権が何にも優つて防御権と一般に解されることから、解釈上の（ドグマティックシユな）異議ないし疑念に遭遇せざるをえないということが指摘される。

- (3) ただ、ウーレがさらに指摘するところに依れば、このような原則上の異議（疑念）にも拘らず、国家の司法付与義務の場合においては、基本権としてその「主観化」（の可能性）を肯定する、つまり、国家の司法付与義務の範囲内において、基本法二条一項から基本権としての給付（請求）権を推論して導き出し得るということを支持する、あるいはそれを証拠立てることのできる考慮要素はありうる。すなわち、国家が、それ自身によつて要求される権力独占の結果、権利の貫徹、並びにこれに対応する基本権の貫徹に際して独占（権）をも手中にしているところでは、例外的に別様のことが妥当することになるとされ、それは、それに続いて権利の持ち主が、その権利の現実化のためには、国家及びその裁判所に頼らざるを得ず、このことはそれだけ一層、国家の権力独占を根拠として、同時に市民の平和義務及び自力救済禁止がこの持ち主に適用されることになるからである。⁽⁴⁶⁾ 右のように例外的にはあるが、国家の権力独占を出発点として、そこから司法付与義務の「主観化」の道筋が見えてくるというわけである。

- (4) なお、ウーレは基本法一九条四項について、この規定の制定史から見ると、同条項は、特に公権力の権利侵害に対する市民の権利保護が憲法（基本法）制定の時点では、包括的な方法で現代の法治国家的観念に対応しておらず、それゆえ、ずっと以前から正当と認められてきた司法付与請求権とは異なり、市民の法（民事の法）の争訟において特別に規律を必要としたのであり、従つてそのことのゆえに一九条四項が基本法の中に採用されて入れられたとの理解も提示している。そのことから基本法は、この一九条四項の規定でもって、一般的な司法付与請求権の特別な発現形式として理解することのできる権利保護請求権を規範化していると解されることにな

る。⁽⁴⁷⁾

- (5) 以上のような考察を前提にすると、連邦憲法裁判所が、基本法二条一項に立ち戻ることによって、司法付与義務を「主観化」したことは結論においてそれに同意し、是認されうることになる。従って、国家の司法付与義務は、個人の司法付与請求権に対応し、この請求権は、憲法訴訟を利用して貫徹可能であるとされる。そのような憲法上の貫徹可能性にとつて、それは、一方において、国家の司法付与義務が基本権として基礎づけられた「主観化」の帰結の中に存在し、他方において、公法（基本法一九条四項に基づく）及び民（事）法の領域における二つの司法付与請求権の共通の法治国家的関心事を顧慮するところの司法付与請求権の貫徹可能性の「平行性（Parallelität）」へと結果として行き着くということに相応するという。⁽⁴⁸⁾

なお、右の司法付与請求権は、その基本法二条一項を通じての「主観化」に基づいて、当然の結果として、基本法で規範化された制限に服することになるとの指摘も付加されている。⁽⁴⁹⁾

- (6) こうして実効的な権利保護の基本法上の保障について、その保障は、一般的な司法付与請求権の領域においても、主観的な中味を含むということ、つまり、その現実化の上に個別的な（個人の）請求権が存在し、それに応じてその保障は、基本権と同様の実効的な権利保護を求める権利であることが明らかになるという。

右のことを考慮に入れて勘案するならば、実効的な権利保護に関する保障は、基本法一九条四項の適用領域において、並びに一般的な法治国家的司法付与義務の適用領域において、その客観的な内容において相応するだけでなく、その個人権的な貫徹可能性においても相応することになる。

そうすると、これまでウーレの所説において説かれてきたことを背景にすると、実効的な権利保護の保障は、かの裁判所の手続の組織及びその進行に対する要求、すなわち、特別の（特定の）憲法規範によって包括されないが、しかし、裁判所の権利保護が法治国家的に要求されるところの実効性にとつて欠くことのできない要求を

保証する主観的な権利として描くことができるということになる。そして、確かに実効的な権利保護を求める権利は、このような「接近（*Anäherung*）（適応）」でもっともまた書き換えられているのであり、それゆえ、ウーレが主張するように、それは、細部において具体化すること（部分的な具体化）を必要とするということを示すのである。⁽⁵⁰⁾

(7) さて、右に検討してきた実効的権利保護の保障を、本稿にとつて第一義的且つ基礎的な指導原則として指定した上で、本稿の課題であるイン・カメラ審理の手続が惹起する憲法問題について考察を加えていくこととする。そこで次節では先ずイン・カメラ審理の手続の基本的な二つの発現形式を取り上げ、これを本案における手続といわゆる中間手続とに分けた上で、それらの憲法原則との関係における問題点をシュミット・アスマンやグラースホフ等の所説を参考にして明らかにしていきたい。

〔註〕

- (1) 最一小決平成二二年一月一五日民集六三卷一号四六頁
- (2) 長谷部由起子「第一章 秘密保護手続と民事訴訟の基本原則」同・民事手続原則の限界（有斐閣、二〇一六年）六頁参照。
- (3) 長谷部由起子・前掲書五頁以下参照。
- (4) 長谷部由起子・前掲書三七頁以下参照。
- (5) 笹田栄司「イン・カメラ手続の憲法的定礎」川上宏二郎先生古稀記念・情報社会の公法学五一頁、同・司法の変容と憲法（有斐閣、二〇〇八年）二二八頁は、この見解に近い。なお、同「裁判の何を知っていますか？」松井茂記編著・スターバックスでラテを飲みながら憲法を考える（有斐閣、二〇一六年）二五四頁以下、及び、同「インカメラ審理の憲法適合性」曾我部真裕Ⅱ赤坂幸一編・憲法改革の理念と展開・下巻（信山社、二〇一二年）六九頁以下も参照。
- (6) 最一小決平成二〇年十一月二五日民集六二卷一〇号二五二六頁、長谷部由起子・前掲書二九頁以下参照。
- (7) 鎌野真敬・法曹時報六二卷二二号（二〇一〇年）一四六―一四八頁、一五〇―一五一頁並びに二五九頁注（15）―（17）（19）、一六二頁所引の文献、及び長谷部由起子・前掲書七八頁注（9）―（13）、並びに二四頁注（37）所引の文献参照。

- (8) 長谷部由起子・前掲書七頁注(9) 所引の各見解を参照。
- (9) 「対話で学ぶ行政法 第八回」法学教室二五六号(二〇〇二年)一〇九頁(宇賀克也発言)
- (10) 鎌野・前掲解説一五〇頁及び同解説所引の笹田栄司・前掲論文五一五頁、同・前掲書二二八頁参照。
- (11) 長谷部由起子・前掲書二二頁注(35) 所引の行政改革委員会行政情報公開部会の見解並びに長谷部由起子教授の見解参照。
- (12) 長谷部由起子・前掲書二四頁注(37) 所引の竹下守夫教授の見解参照。竹下教授は、文書提出義務の除外事由についての証明責任につき次のように述べる。「除外事由にあたらないうことを提出命令を申し立てている当事者のほうが証明すべきだとの解釈になるのではないかと考えられます。そう考えても、新法では、イン・カメラ手続ができましたから、最終的には裁判所がこの手続で文書の内容を見て、除外事由にあたるか否かの判断をすればよいこととなりますので、除外事由にあたらないうことの証明といっても裁判所がイン・カメラの手続でその文書の内容を見る必要があると考える程度まで心証を形成させれば足りるのであり、既存の概念でいえば、証拠の優越程度でよいのではないかと思います。」竹下守夫「新民事訴訟法と証拠収集制度」法学教室一九六号(一九九七年)一九頁参照。
- (13) 鎌野・前掲解説一四八頁参照。
- (14) 鎌野・前掲解説一四八頁以下参照。
- (15) 深山ほか「民事訴訟法の一部を改正する法律の概要(下)」ジュリスト一二二〇号(二〇〇一年)一七九頁参照。なお、民事訴訟法二二三条四項の高度の公務秘密文書に関する司法審査の特則に関連して、例外的に監督官庁の意見を基礎づけるべき文書中の記載の存否・内容等が争われ、裁判所がこれらの点についての心証を形成することができない結果、相当の理由があるかどうかを判断することができないような特別の事情がある場合には、「裁判所は、監督官庁の意見が相当であるか否かを判断するためにイン・カメラ手続を利用することも可能である」とされる。深山ほか・前掲解説・ジュリスト一二二〇号一七七頁参照。
- (16) 鎌野・前掲解説一四九頁並びに二五九頁注(15) 参照。この点、笹田・前掲論文・前掲書二〇八頁では、「わが国においては……決定手続に焦点を合わせた法制化がなされたのである。」と説明され、さらに同論文は、「文書提出命令についてのイン・カメラ手続の導入が憲法上さしたる議論・関心を呼ばなかったのも、それが決定手続において行われるからであり」とし、「わが国においては憲法八二条が厳格な裁判公開の原則を定めていることから、それを回避した理論構成がイン・カメラ手続の立法化に際して求められた。それが『決定手続』という手法であったが、」と述べ、また、日本の「憲法学説は訴訟事件と非訟事件の相対化には関心を寄せることはあっても、判決手続と決定手続の区別、なかならず決定手続にはほとんど関心を示していない。」とも述べる。同・二二〇頁参照。
- (17) BverfGE, 101, 106
- (18) 笹田・前掲書二二〇頁以下参照。

- (19) 笹田・前掲書一九五頁以下参照。
- (20) 笹田・前掲書二〇〇頁以下、春日偉知郎「第2章 ドイツにおける行政庁の文書提出義務とその審理」同・比較民事手続法研究（慶應義塾大学出版会、二〇一六年）六一頁以下（初出・法学研究八三巻一号一八頁以下、二〇一〇年）参照。
- (21) 笹田・前掲書二〇一頁参照。
- (22) 笹田・前掲書二〇五頁参照。
- (23) 笹田・前掲書一九九頁以下、春日・前掲書二五頁以下など参照。
- (24) 例えば、実効的権利保護を理由として、イン・カメラ手続の許容による「法的審問請求権の制限」が憲法上是認されるというテーゼに示される。春日・前掲書三一頁注（45）参照。また、笹田・前掲書一九五頁も、ドイツにおいては、一九条四項並びに一〇三条一項に対する評価が学説、判例とも極めて高い、と述べる。
- (25) 春日・前掲書二八頁注（41）参照。
- (26) 宇都宮『『司法権の観念』論（再続・補遺）——法的審尋請求権の保障と実体的権利保護——金沢法学第五十七巻第二号四六頁以下（二〇一五）参照。
- (27) Eberhard Schmidt-Altmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes (2015), S. 249.
- (28) Schmidt-Altmann, a. a. O. S. 249, fn. 112 所引に於て。
- (29) Karin Grafhof, in : Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Bd. V (2013) §133, Rn. 12 (S. 1330)
- (30) Schmidt-Altmann, In-camera-Verfahren, in : Staat, Verwaltung, und Rechtsschutz, Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag (2011), S. 1147.
- (31) Schmidt-Altmann, a. a. O. S. 1148.
- (32) Arnd Uhlé, §129 Rechtsstaatliche Prozeßrechte und -grundsätze, in : Meren / Papier (Hg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band V (2013), S. 1125, Rn. 57
- (33) Uhlé, Das Recht auf wirkungsvollen Rechtsschutz, in : Verfassungsstaatlichkeit im Wandel, Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag (2013), S. 935 ff. (S. 941)
- (34) Uhlé, a. a. O. S. 942.
- (35) Uhlé, a. a. O. S. 935-936.
- (36) 宇都宮『『司法権の観念』論（再続・補遺）——法的審尋請求権の保障と実体的権利保護——金沢法学第五十七巻第二号一一頁（二〇一五）参

照。

- (37) Uhlé, a. a. O. S. 935, Hartmut Maurer, Rechtsstaatliches Prozessrecht, in : P. Badura / H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Band, S. 493 ff. (2001)
- (38) Uhlé, a. a. O. S. 936. その理由づけは、ウーレに依れば以下のような考察である。すなわち、裁判所（一）の（仲介の）依頼の事実上の可能性が、一たとえば、個人権保護の排除によって、あるいは、裁判所への依頼が理論的なものにすぎない可能性のままに放置するところのアクセスの制限の理由づけ（正当化）によって―不適切に（要求できないほど）及び客観的な正当化根拠なく困難にされているところのみ、公権力による権利侵害に対して、基本法一九条四項によって保障される権利保護が欠けているのではない。むしろ、裁判所の手続の進行の過程において、法治国家的な公正な審理（公判）の原則が無視されるところ、また、手続の対象（目的）が裁判所によって包括的に審査されず、権利保護が（裁判手続の）不当な遅延（引き延ばし）を伴って初めて（裁判所によって）任意に処理せられ、あるいは（裁判）手続が拘束力を持たずに、また、貫徹可能な裁判所の決定を伴わずに落着させられるようなところでも、この権利保護が欠けているとされる。そして、このような背景を前にすると、基本法一九条四項から結果として生じる実効的な権利保護の保障は、裁判所の手続の法治国家的な進行を求める要求に対する次のような違反（抵触、すなわち、基本法の特別の規定によって―特にいわゆる司法基本権によって―包括されないが、しかし、裁判所の権利保護の実効性を、法治国家に反する方法で損なうような違反に制裁を加えることになるという）。
- (39) このことも連邦憲法裁判所の判決並び研究文献（たとえば以下の論者：D. Lorenz, Schmidt-Jorzig, Degenhart, Papierなどが挙げられている。）において承認されているという。Uhlé, a. a. O. S. 937 Fn. 12.
- (40) Uhlé, a. a. O. S. 937-938. なお、参照：Maurer, a. a. O. S. 493.
- (41) Uhlé, a. a. O. S. 938 f.
- (42) マウラー曰く、基本法一九条四項は、直接受当する法であり、主観的基本権を保障する」と。Maurer, a. a. O. S. 474.
- (43) この点はバビィアも強調するところで、司法付与義務には基本法一九条四項にとって本質をなす（固有の）基本権としての性質を欠いて「*gegenüber*」。Hans-Jürgen Papier, in : Jenseite / Kirchhof (Hrsg.) HSR Band III, 3. Aufl. (2010), §177, Rn. 16.
- (44) Uhlé, a. a. O. S. 938-939.
- (45) Uhlé, a. a. O. S. 939.
- (46) Uhlé, a. a. O. S. 939. この点はバビィアが、特に民事の法の争訟においては、一般的な法治国家原理は、国家の権力独占並びに市民にとっての原理的な自力救済禁止に対応しているところの国家の権利保護の保障を含んでいると叙述していることに符合する。Papier, a. a. O. §177, Rn. 16.

- (47) Uhlé, a. a. O. S. 939-940.
- (48) Uhlé, a. a. O. S. 940.
- (49) Uhlé, a. a. O. S. 940, Fn. 28.
- (50) Uhlé, a. a. O. S. 940. なお、ウーレに依れば、実効的な権利保護を求める権利は、先ず第一に、いわば消極的な（観）点においては、「受け止める性格（Aufangscharakter）」を持った保障と捉えられる。つまり、手続基本権が初めから特別法（*lege speciales*）として関連しないところではじめて、そしてそのところでのみ、その現実化へと至るのであり、そのことを前提に、その範囲を決定し、その範囲の中で実効的な権利保護を求める権利が自身の機能を發揮することができるのが手続基本権であると捉えられ、次いで、いわば積極的な（観）点においては、この枠の中で、具体化にとつては、手続関係人の「人間らしさ（*Persönhaftigkeit*）」及び、これに対応する実効的な手続法の最小限のもの、しかし、とりわけ裁判所による権利貫徹の事実上の可能性が決定的であるとされる。Uhlé, a. a. O. S. 941.