

「司法権の観念」論（再統・補遺その二）（二・完）
—イン・カメラ手続（審理）と憲法原則—

宇都宮 純 一

目次

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
- (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（以上第五十九卷第二号）
- 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）
- (一) イン・カメラ手続の立法例とその特色概観
- (二) 中間手続としてのイン・カメラ手続
- (三) 本案におけるイン・カメラ手続

四 イン・カメラ手続（審理）の憲法問題

- (一) ドイツ行政裁判所法第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・カメラ手続の憲法上の緊張関係の調整可能性と日本法への示唆

五 結（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）

(一) イン・カメラ手続の立法例とその特色概観

(1) ドイツ行政裁判所法 (VwGO) の注釈書において、W・R・シェンケは、同法九九条が、原則において要求される裁判所の包括的な事件の解明とそれと対立する逆方向の秘密保護の利益との間の憲法上の緊張関係の領域のバランスをとり、平衡を保たせようとする旨を指摘している。⁽⁵¹⁾そして、この緊張関係の領域を解決（解消）するため、さまざまな可能性が存在するとし、その区別して取り上げるべき三つの基本類型を提示している。すなわち、以下の三つの基本類型がそれであり、同様の基本類型が、後記のE・シュミット・アスマンの論稿においても提示されている。⁽⁵²⁾但し、シュミット・アスマンは、シェンケの分類よりもさらに細分化して基本類型を提示している。第一の類型は、秘密保護を展望して要求されるこの別個の裁判官団（合議体・Spruchkörper）による事件の解明の制約についての判定という類型である。この裁判官団は、本案の裁判所と一致せず同一のものではないところから、いわゆる「独立したイン・カメラ手続」(selbständiges “in-camera“-VF.) と呼ばれる。続いて第二の類型は、本案の裁判所自身が、秘密保持の必要な事情の利用の制約について決定するという類型である。いわゆる「本案の手続におけるイン・カメラ手続」(“in-camera“-VF. im Hauptsache VF.) と呼ばれる。そして最後に第三の類型は、確かに秘密保持が必要である事情は事件の決定（裁定）において無制限に利用することができるが、しかし秘密保護の利益を保護するために、書類の閲覧及び決定の理由付け（正当化）に際しての制約を規範化することができるという類型である。いわゆる「イン・カメラで用いた記録（文書）の利用 (“in-camera“-Verwertung) と呼ばれる。なお、シェンケに依れば、右の基本類型（モデル）の中で、特定の類型（モ

デル）に関する決定に際して、立法者は完全に自由ではなく、憲法上の基準（準則）そして一部分はヨーロッパ法の基準（準則）をも顧慮し、それらに注意を払わなければならない、と指摘されている。⁽⁵³⁾ 本稿においても、右の基本類型に焦点をあてながら、論述を進めていくこととし、同類型については、改めてシュミット・アスマンの説明・分析を取り上げて、その類型の特性について検討していきたい。以下では、先ずイン・カメラ手続の立法例及びその特色の概観から検討を始めることとする。

(2) さて、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判決が、当時の行政裁判所法九九条二項を憲法適合的に規律すべきことを義務づけられると判示して以来、イン・カメラ手続は訴訟法において求められるところの需要のある制度となつていると言われ、訴訟法の領域では、二〇〇一年には行政裁判所法が、それに相応する手続を導入して整備されたことは周知のところである。前記判決が立法等に及ぼした影響、効果は大きいというのが大方の受け止め方である。

右の立法等に及ぼした影響として、シュミット・アスマンの紹介するところに依ると、一方において訴訟法・裁判法の分野において先ず裁判所の訴訟手続を規律する財政裁判所法は、その審級の特殊性に調和、対応する規律を付加し（八六条三項）、また、社会裁判所法は、従来その一一九条、一二〇条三項において書類の提出及び閲覧の制限を、「不備のある形で規律するもの」と評されていたところ、それに対応するところの行政裁判所法九九条二項の適用が提案されているという。

他方、個別立法の領域では、電気通信法（TKG, Telekommunikationsgesetz）とシュタージ記録法（シュタージ証拠記録法・Stasi-Unterlagengesetz）が独自の規律を内包し、また特許法は、同法の中に以前から秘密保護に対して特別の役割を演じ、それに適合した手続準備措置を要求しているところ、ヨーロッパ連合（EU）のいわゆる施行準則（Enforcement-Richtlinie）の同法への転換に際して、最後の手段（ultima ratio）として、イン・カメ

ラ手続をも内包することになるところの一般条項の性質をもつ授權（権限）を与えられているとされる。なお、ドイツ民事訴訟法もまた、それに対応する修正（改定）に対しては、もはやそれを免除されるものではないと認識される状況に至っているともいわれる。この点に関して、ドイツの関連する研究文献において、イン・カメラ手続をめぐって、その授權を活発にし、その際、行政裁判所法九九条二項をも参照することを指示（ないし支持）する意見の表明が増加しており、前記の日本の先行研究が挙げていたシュタドラーの所説が引き合いに出されている。⁽⁵⁴⁾ 因みに、仲裁裁判権についてさえも、イン・カメラ手続の可能性が研究されているとされている。

さらに、ヨーロッパ各国やヨーロッパ連合の法に目を転ずると、ドイツ以外のヨーロッパの一連の法秩序も、さまざまの形態をとって右のようなイン・カメラ手続を了知しているとされ、⁽⁵⁵⁾ また、ヨーロッパ連合の裁判所の訴訟法においては、二〇〇一年以来、裁判（所）手続法（規則・Verfahrensordnung des Gerichts）六七条セクション三、二項及び三項において、明示的にイン・カメラ審査が規定されているという。正にシュミット・アスマンのいう「イン・カメラ構想の好況（Die Konjunktur des in-camera-Gedankens）」の状況が見られるわけである。

- (3) 右のように、各法律、規則の中で規定され、あるいは研究文献において登場し議論されているイン・カメラ手続は、全くさまざまな型様式を備えており、それゆえ、シュミット・アスマンに依れば、統一的な手続モデル（類型）は存在しない。⁽⁵⁶⁾ ただ、ここで現出している（イン・カメラ手続の）変種（型・Variante）には、特定の基本的特質のみが共通しているにすぎないという。すなわちシュミット・アスマンに依れば、それは常に訴訟（審理）の局面が問題となっておりということである。その審理局面とは、その中で決定的に重大な情報を秘密にしておくことの必要性（秘密保持の必要性）が主張され、この理由から当該文書が提出されず、（回答）情報が与えられないとされる局面である。この局面では、知らされなければならない人の範囲を可能な限り狭く線引

きし、極限（最悪）の場合には、唯一つの裁判官団（合議体）の少数の構成員にまで絞って限定するという特定の手続の形成、具体化が常に必要不可欠になるといえる。

そして、右のような局面では、少なくとも二つの主要類型（タイプ）が概念的にも明確に区別、分離されなければならぬとされる。すなわち、前記のごとく中間手続としてのイン・カメラ手続と本案におけるイン・カメラ手続の二つの主要類型である。前者の中間手続としてのイン・カメラ手続（In-camera-Verfahren als Zwischenverfahren）においては、専ら秘密保持の根拠（理由）に資格（正当性）を付与すること、及び文書提出義務だけがイン・カメラ（手続）で決定される。一方、本案におけるイン・カメラ手続（In-camera-Verfahren in der Hauptsache）においては、訴訟当事者に対して、同時に（彼らを）隔絶している状況下で、例えば、彼らの文書閲覧権及び意見表明権を制限することを通して、事件の決定に際して、裁判所のみアクセスが可能にされた情報の利用がここでは重要な問題とされる。

(4) 以上のように、シュミット・アスマンの説明に依れば、中間手続が、文書の公開か、あるいは秘密保持をめぐる紛争の証拠法上の解決へと（結果として）行き着くのであるが、その一方では、イン・カメラの利用は、これまで支配的学説によって許されていないものとみなされている。しかしながら、そのイン・カメラ（手続）利用を許容することを支持、擁護する重大な声（意見）が増加しているという。そうだとすると、シュミット・アスマンは、イン・カメラ構想全体の性能と能力の限界は、前記のごとく名前を挙げられたイン・カメラ手続の類型を、より詳細に注視すれば、より明確になると説き、イン・カメラ手続の各類型（タイプ）の精査へと論を進めている。⁽⁵⁷⁾ すなわち、シュミット・アスマンのいう（名づける）中間手続としてのイン・カメラ手続に分類されるところの「独立させられた中間手続（Das isolierte Zwischenverfahren）」、「統合された中間手続（Das integrierte Zwischenverfahren）」、「隠されたイン・カメラ手続（Das versteckte in-camera-Verfahren）」の三類型と、「本案にお

けるイン・カメラ手続 (In-camera-Verfahren in der Hauptsache)」を検討の対象とする。本稿においても、シュミット・アスマンの検討、分析するところに依拠して、これら四つのイン・カメラ手続の類型の特色を、具体的な立法例を交えて把握していくこととする。

(二) 中間手続としてのイン・カメラ手続

(1) 中間手続としてのイン・カメラ手続は、当該研究文献において、一番多く「イン・カメラ手続」という名称を付けられる手続類型であるとされる。この手続類型は、その立場でいろいろな変形(変種)の形をとって現れるが、これらの中間手続としてのイン・カメラ手続の変形は、本案におけるイン・カメラ手続に対する関係では、この中間手続が本案の手続から切り離されて独立させられているという基準・尺度によって、つまり自立・自立の基準の点で区別されるという。ここでシュミット・アスマンの分析においては、これらの変形として現れる中間手続を、前記のごとく、先ず「独立させられた中間手続」としてドイツ行政裁判所法 (VwGO) 九九条、次に「統合された中間手続」としてドイツ電気通信法 (TKG) 一三八条、そして「隠されたイン・カメラ手続」としてドイツ競争制限禁止法 (カルテル法・GWB) 七二条の三つの手続類型とその具体的な立法例の手続過程・方法に分類されて検討が加えられており、⁽⁵⁸⁾以下、本稿においても、右の分類に依拠して、それぞれの手続類型の中間手続としてのイン・カメラ手続の特色の概要を瞥見していくこととする。

(i) 独立させられた中間手続 (Das isolierte Zwischenverfahren) —ドイツ行政裁判所法九九条

(2) 独立させられた中間手続としてのイン・カメラ手続の類型を代表するのは、ドイツ行政裁判所法 (九九条) で

ある。因みに同法九九条一項二文は、ドイツ刑事訴訟法九六条に依拠して、九九条一項に基づく提出義務及び（情報の）報告義務（回答義務）、これはより高度の価値のある共同体財、共同体利益あるいは権利の保護のために、特に基本権の保護のために、第三者にとつて必要となる義務であるが、そのような義務の例外を規律している条項とされる。同法九九条の改正の経緯については、行政訴訟（*Verwaltungsprozess*）の分野においてドイツ連邦議会は二〇〇一年六月二二日に従来の行政裁判所法を改正して「行政訴訟における上訴権の（誤りの）訂正に関する法律」を議決し、同年十一月二〇日に同法律（*Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittlerechts im Verwaltungsprozess (Rm Berein VpG) vom 20.12.2001 (BGBl. Is. 3987)*）が成立したことを承けて、この「*Rm Berein VpG*」によつて同法九九条は完全に新しく捉えられることとなり、そのことによつて、ドイツの立法者は、前記一九九九年一月二七日の連邦憲法裁判所判決によつて負わされた義務、すなわち二〇〇一年一月三十一日まで基本法一九条四項と両立しないと宣言された同法九九条の旧条文の代わりに憲法適合的な規律を創り出すという義務を履行したわけである。ただ、シェンケに依れば、秘密保持が必要である記録文書の一般的な利用が不可能になったことが右の第九九条二項の帰結として明らかになったが、このことは、本案の手続の中では、憲法上の権利保護保障の観点の下では依然として完全に疑念が払拭されたわけではないようである。しかしながら、一部分には基本法一九条四項の観点の下で懸念すべき裁判所の権利保護の制限がその中に見い出されるもの、情報請求権の存在に関しては、専門部の手続の中で決定されるのであり、その限りで、実際には本案の手続の中で決定が先取りされているので、いかなる問題も結果として生じないと結論づけられている。このようにシェンケは、右のような請求権の存在に関する決定は本案の裁判所によつてではなくて、専門部によつて行われるということ、第一九条四項の観点の下では、いかなる疑念にも出くわすことはないと思ふが、一方で、シヨッホにあっては、基本法一〇一条一項二文（法律の定める裁判官）の観点の下では、なお疑念の存在が問題とされてい

る。⁵⁹⁾ なお、シュミット・アスマンのいう「独立させられた中間手続としてのイン・カメラ手続」は、シエンケの分類にいう「独立したイン・カメラ手続」に該当する。

(3) 先ず、この「独立させられた中間手続としてのイン・カメラ手続」の概要と特色を右のシュミット・アスマンやシエンケの紹介記述、解説に依拠して瞥見してみよう。⁶⁰⁾

この手続は、あらゆる高等（上級）行政裁判所及び連邦行政裁判所が設置しなければならない特別の専門部（*Trachsenat*）の前で行われ（行政裁判所法一九九条）、これらの専門部に、そして、これらの専門部のみ、官庁によつて当該たるべき請求に基づいて、その秘密保持が問題となるところの文書が提出され、電子記録が引き渡されて情報が与えられなければならない。ここでの特別の資格付与の理由付け（正当化根拠）が、行政裁判所法九九条二項の根本をなす中心的な言明（命題）であり、この理由付けをめぐって議論が行われてきたところであり、必ずしも異論の余地が無いわけではなく、評価の定まらないことも指摘されている。

そして、この手続は当事者の申請を前提条件として必要とし、そのような申請がなされなければ、特別の手続（訴訟）状況を引き起こし、行政裁判所法九九条一項二文において予定されているところの、最上級の監督官庁の拒否の表明（宣言）だけで済まし、それに満足することになる。しかも、文書を要求し、その際にその決定の重大さを審査するところの本案の裁判所は、右の官庁の拒否（表明）それ自体を乗り越えて克服することはできないとされる。したがって裁判所としては、イン・カメラ手続を提案して発足させることすらしないで、訴訟関係者の申請の申し立てのみを、つまり規則通りに、原告（提訴人）の申請のみを、行政裁判所法八六条三項に基づいて、提案して原告の関心を起こさせることができるにすぎないということになる。シュミット・アスマンの理解においては、行政の文書提出義務は行政訴訟（手続）の審理規準及びその公法上の統制任務との関連性が指摘され、この点において、憲法上絶対に容認できる方法で、任意処理（自由裁量）原則（*Dispositions-*

grundsatz) が優位に立つとされる。⁽⁶¹⁾ なお、申請の申し立ては、期限に拘束されないが、申請人が権利保護の要求（必要）を主張することができるといことが求められている。

(4) また、行政裁判所法九九条二項が実効的な秘密保護のために提供する規制細目の抛りどころの点は、法律上確定された右の専門部の特別の権限（資格）とされる。すなわち、この手続は、引き渡された情報及び情報の所持者の極秘を保障するために、全く（きわめて）特定の技術的―实际的、組織的、そして場合によって（場所に関する）空間的な予防措置（Vorkehrungen）を必要とするところの実体的な秘密保護の規定（Satz 7）の支配下であり、右の専門部の構成員は法律上、秘密保持を義務づけられ（Satz 10 Hs. 1）、関係法に依りて、特別の確実性（信頼性）審査（Sicherheitsüberprüfung）が必要になるところの職員（部局）に関する秘密保護の規制が、裁判官でない職員に適用されることになる。ここで特徴的な点は、委託された文書（証拠書類）については、訴訟当事者に行行政裁判所法一〇〇条に基づいて当然に与えられるべき閲覧権が排除されていること（Satz 9）、専門部は、口頭の審理なしに決定によって判定すること（Satz 1）、専門部の決定の理由（根拠）は、秘密に保持される（べき）証拠書類の種類（性質）及び内容をはっきり認識させる必要がない、という点である（Satz 10 Hs. 2）。

(5) 以上の点に関してシュミット・アスマンに依れば、立法者は二つの目的を追求するところの、秘密保持の保護・確保に関する規制の網全体を張り渡したという。すなわち、一方において、訴訟法が当事者に、そしてさらに公衆に提供するところの訴訟資料（Prozessstoff）について、知識（知見）を獲得する通常の標準的な可能性が排除されるということ、そして他方において、しかしながら通常の裁判所の文書の扱い方ないし交わりが、おそらく作り出し、そしてまた繰り返し起こるところの秘密保護の欠陥ないし間隙が阻止されるということ、この二つの目的を立法者は追求しているとされる。⁽⁶²⁾ また、右の専門部を担う特別の裁判官団（合議体）の（管轄）権限は、本案における手続に対する中間手続の訴訟手続上の隔たり（距離・Distanz）によって手に入れられてい

るとの理解も示されている。ただ、専門部は、イン・カメラ手続の実施を求める申請（申し出）によって、手続の初めに直ちに本案の書類、記録をも受け取るが（行政裁判所法九九条二項四文）、この訴訟資料は、同九九条一項に基づく文書請求に先行するところの「決定の重大さ（*Entscheidungsheftigkeit*）」の審査を通して既に本案の裁判所によって前もって、その構造が調査されているのであり、イン・カメラ手続の権限を持つ専門部にとっては、当座の一時的な解決を見出すことは、右の隔たりによって困難にされていると指摘される。

(ii) 統合された中間手続 (*Das integrierte Zwischenverfahren*)

- (6) 「統合された中間手続」としてのイン・カメラ手続の類型的立法例としてシュミット・アスマンが挙げるのは、ドイツ電気通信法 (*TKG・Telekommunikationsgesetz*) 一三八条に規範化されている手続である。この手続にあつては、固有の裁判官団（合議体）を形成することは断念されており、文書の秘密保持の必要性との関連での必要な決定は本案の裁判所に帰せられている。ここでも問題なのは、イン・カメラ利用ではなくて主張されている文書の秘密保持の理由の正当さ（資格付与）であるとされる。そのために中間手続が自由に使えるのであり、この手続においては、官庁は、どんな場合でも文書を裁判所に提出して閲覧に供さなければならないが、しかしながら、通常であれば行政裁判所法一〇〇条に基づいて存在する訴訟当事者の文書閲覧権は、前記同法九九条二項の「独立させられた中間手続」におけると全く同様に排除されている。以上が、この手続の概要である。⁽⁶³⁾

右の中間手続の構造に今少し目を向けてみると、そこでは秘密保持の紛争の多極性が強く意識されている点に特色を見出すことができる。先ず手続の目標は、比較的広範囲に把握されており、当該文書が提出され、閲覧に供されなければならないかどうかという問題にに関してだけでなく、逆に当該文書が提出される必要がないかど

うかという点に関しても、この中間手続において決定されることになっているが（TKG、一三八条二項）、このような把握の背後には、秘密保持の紛争が、しばしば多極的な紛争であり、その中では、公開あるいは秘密保持に関する官庁の決定は、対立的に対置される利益を有する二人の私人に遭遇することになるといふ洞察が存在し、そのことは、例えば経営秘密及び取引秘密（Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen）に当てはまるとされる。このような秘密保護の多極性は、当該規制法（TKG）にとつて標準的な局面を意味し、それが同法一三八条の中に初めから組み込まれているという。右の点を顧慮し、私的な権利の所持者（担い手）にとつて必要な武器平等を確保・保障することに対応して、規制法上のイン・カメラ手続の目標が把握されているのであり、シュミット・アスマンの指摘するところに依れば、一方で、（当局の）意図された（もくろまれた）秘密の公開を阻止する（差し止める）ために、行政裁判所法九九条二項の手続をも利用する可能性は、憲法適合的な解釈の方法でもって初めて得られ（た）なければならなかった。そして、「統合された中間手続」における秘密保持の紛争の迅速な解決をめぐる努力は、右のような規制法にとつて特有の利益状況の多極性から説明がつくという。⁽⁶⁴⁾

(7) なお、今少し「統合された中間手続」における規制の細部を見ていくと、右の利益状況の多極性にもかかわらず、TKG第一三八条の「統合された中間手続」は明確にイン・カメラ手続であると理解されるところ、ここでもまた、基本法一〇三条一項の通常の（正規の）手続標準（スタンダード）の制限の下に「イン・カメラ」が決定され、裁判所構成員は、職務上守るべき一般的な秘密保持の義務及び審議の秘密の保持の義務を越えて、明示的に秘密保持を義務づけられる。すなわち、決定の理由は秘密に保持された証拠書類（資料）の様式や内容（Art und Inhalt）を認識・識別させてはならず、この点は同法一三八条三項三文において、行政裁判所法九九条二項と同様の表現で定式されているという。

一方、同法一三八条の手続にとつての関心の的は、私的な秘密であるが、従来、文書提出を義務づけられる官

庁が、個別の事案において国家的秘密保持の利益をも、提出拒否の根拠として挙げることであったところであり、同法一三八条においてそこで引き合いに出される拒否理由の全体的な多様性が、行政裁判所法九九条一項の参照指示と関連づけられていることから、同法一三八条の手続においても国家的秘密保持の利益を提出拒否の根拠とする可能性が排除されていない。ただ、基本的な枠組みにおいては、私的な企業秘密及び取引秘密が疑問の余地なく一義的に同法一三八条の手続において中心的な位置を占めている一方、他方において逆に行政裁判所法九九条は確かに右の私的利益の保護もまた共に包括してはいるが、先ず第一に視野に入れているのは国家的秘密保持の利益であることに変わりはない。⁽⁶⁶⁾

(8) 最後に、「統合された中間手続」としてのイン・カメラ手続の長所、利点として挙げられることは以下の点である。すなわちこの手続は本案手続に対してそれは非常に（高度に）近くにあるという点であり、両手続の権限を持つ裁判所は、当座の一時的な解決を追究することができるし、その裁判所は秘密保持の根拠の正当さ（資格）如何の問題に拘束される専門部よりも柔軟な対応ができる、という点に長所が見い出されている。ただ、現行の（TKG）第一三八条の構想（コンセプト）に従うと、その第四項二文に依れば、証拠書類が提出される必要がないことが正当である場合には、裁判所は、イン・カメラ手続の中で獲得された知見を本案手続の中で利用してはならない、と定められており、また、訴訟当事者の同意をもってのみ、この規定から逸脱することができる⁽⁶⁷⁾とされている。それゆえシユミット・アスマンに依れば、専門部との相違を過大に評価すべきではなく、「統合された中間手続」が、裁判所の組織・構成上は本案手続により近い関係に位置しているにもかかわらず、それでもやはりここでは二つの手続の間に存在する同じような距離が、—この距離が統合された中間手続を特徴づけているように—築かれていることから、本案の裁判所の権限（管轄領域）は、本案手続における、いかなるイン・カメラの利用（の意味）を含意しないとされるのである。⁽⁶⁶⁾

(iii) 隠されたイン・カメラ手続 (Das versteckte in-camera-Verfahren)

(9) 中間手続の第三の手続類型は、いわゆる「隠されたイン・カメラ手続」であり、その具体的な立法例としてシュミット・アスマンが挙げるのは、ドイツ競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. = GWB⁷、いわゆるドイツの独占禁止法) 第七二条に規範化されている手続である。この第七二条の手続は、手続上の秘密保護の問題を解決するための第三の方法として紹介されている。

この手続の主要な第一の適用領域は、カルテル (企業結合) 官庁 (Kartellbehörden、同法第五四条以下) の決定に対する手続であるが、同法第一二〇条二項に依れば、その規制は、同法第九七条以下に分類されているすべての「委託発注上の係争」(Vergaberechtsstreitigkeiten) においても適用されうるとされている。また、規制の内容の面では、エネルギー経済の分野での規制 (調整) 決定についてのエネルギー経済法 (Energiewirtschaftsgesetz = EnWG) 第八四条、と金融監督官庁の一定の決定についての有価証券取得及び引受法 (Wirtpapiererwerbs- und Übernahmegesetz = WpÜG) 第五七条二項が、競争制限禁止法第七二条に相当する規制に当たるといわれている。⁽⁷²⁾

さらに管轄権限の面では、民事裁判所 (Zivilgerichte、ラント上級裁判所、連邦裁判所) が右の争訟のすべてについて、特別の「出訴の途」一条項に基づいて権限を持つことになり、実質的 (実体的) には行政法上の事柄における争訟に関わる問題であるが、同法第七二条は、行政裁判所ではなくて、通常裁判所にゆだねられる。とはいうものの、同法第七二条は行政訴訟法学の関心の的となりうる行政上の権利保護の領域を象徴していることに変わりはないとされる。⁽⁷³⁾

(10) さて、右の同法第七二条は、文書閲覧の権利に係る規定であり、この権利は、カルテル (審査) 手続 (同法第

六七条一項一号、二号及び二項)の主要な当事者(関係者)に包括的に認められ、従ってこの権利は、訴訟書類(関係調書)だけではなくて、事前(準備)書類(Vorkaten)、追加書類(Beikaten)、そして裁判記録に付されているそのほかの関係書類にも適用され、引き合いに出さなければならぬ(ないし書類をも盾にとらねばならぬ)とされる。しかし、最後の関係文書における閲覧は、その文書が所属するところの者、それはそれぞれの事例の様式(型)に応じて、カルテル官庁、そのほかの官庁役所及び企業(会社)の同意に結び付けられていて、それに拘束されることになる(同法同条二項一文)。また、カルテル官庁はそれによつて下される同意決定について、経営秘密及び取引秘密との付き合いにおいて明示的に慎重さを義務づけられることになり、他方、閲覧が拒否されると、その証拠書類(資料)は、後の決定において利用されてはならない、とされる(同法同条項四文、Satz 4)。(98)

ただ、シュミット・アスマンに依れば、同意の拒否がどの範囲(程度)まで裁判所によつて審査されるかという点は全く明確ではないという。というのは、同法第七二条二項四〜六文は、その中で、そのほかの事実解明の可能性が存在せず、そして競争の確保・保全に関する事案(法律問題)の意義が秘密保持の利益に優っている場合には、裁判所が秘密に取り扱われるべき情報の公開を命ずることができるところの中間手続(Zwischenverfahren)を規定しているのであるが、裁判所が、その目的で、秘密保持の必要な書類(文書)それ自体をじっくり吟味することができるかどうか、そして、その吟味がどのような方法で行われなければならないか、ということが結着がついておらず、未解決であるからであるという。因みに、右の中間手続の中に、カルテル官庁の決定がそのようなものとして、条文(同条項一文)に従って裁判所による審査が行われないことまでをもたすいわば完結的(最終的)な規制を見出すことができるかについては議論の余地があるようである。(10)

(11) 以上、中間手続としてのイン・カメラ手続の三類型の基本構造や役割を概観し、比較考察した結果、シュミッ

ト・アスマンの総括分析に依ると、行政裁判所法の一般的、通例の規制と各規制法ないし競争法上の諸変形の規制との間の比較的重要な相違（点）が明確になるといえる。⁽¹⁾

すなわち、右の行政裁判所法第九九条二項（独立させられた中間手続）においては、書類（文書）の提出の拒否（あるいは可能にすること）に関する官庁（Behörde）の決定は、その適法性に関して審査され、それと共に間接的にその書類（文書）への接近（アクセス）に関して決定が為される。これに対して、それ以外の右の二つの中間手続（「統合された中間手続」・「隠されたイン・カメラ手続」）の場合においては、裁判所は、直接的に、次のことに関して決定する。つまり、証拠書類（資料）が提出されるのか、あるいは提出されることが許されていないかどうか、に関して決定し、その際に証拠書類の提出についての利益（利害関係）が、経営秘密あるいは取引秘密の保持に関する利益よりも大きい（あるいは重要である）かどうか、に関して、裁判所が自身の慎重な比較考量による決定を下すのであり、前記のドイツ競争制限禁止法（GWB）第七二条二項第四く第六文において規定されている独自の中間手続が明確にしており、また、右のような慎重な比較考量の任務は、前記のドイツ電気通信法（TKG）第一三二条二項に同じ程度に書き記されているという。そして、右の規制法及び競争法は、アクセス（接近）の確立のために、裁判所をかくも比較的強い且つ積極的（能動的）な役割に縛りつけているのであり、またこれらの両法は確かに、本質的にもまた経営秘密及び取引秘密と関わり合わねばならず、この点が全体の広がりの中で秘密保護に関わり合わねばならない行政裁判所法第九九条の中間手続と相違する点でもある、との指摘が為されている。

(三) 本案におけるイン・カメラ手続

(1) イン・カメラ手続の発現形式として、最後に「本案におけるイン・カメラ手続」の基本構造を概観するならば、シュミット・アスマンの提示するところに依れば、それは以下のようなものである。⁽¹²⁾

すなわち、このイン・カメラ手続において問題となるのは、いわばほかの代償の知識を（それに）与えることなく（ohne Kenntnis anderer Preis zu geben）、本案の裁判所に本案の決定（判決）に際して、秘密に保持されるべき情報を利用することを可能にする安全対策ないし予防措置（Vorkennungen）であつて、中間手続へと集中される独立の手続部分（一面）ではない、と捉えられる。この手続に投入することのできる道具立てと技術は、先ず第一に、その情報が一般的な公衆に対してのみ知らせることを差し控えるべきか（第一の場合）、あるいは、訴訟当事者も含めて知らせることを差し控えるべきか（第二の場合）ということに依存する。右の第一の場合においては、行政裁判所法第一七三条との関連で、裁判所構成法（GVG）第一七一条b、一七二条に従つて、審理の公開を制限し、そして、裁判所構成法第一七四条三項三文に従つて、当事者に処罰の対象となる「沈黙のおきて」を課すことで十分足りるとされる。けれども、これに対して、たいていの場合、すなわち第二の場合においては、まさに訴訟当事者に対しても秘密保持を保障することが問題とされる。その場合には、先ずもつて、その当事者の文書（書類）の閲覧を求める権利は、どんな場合でも必ず制限されなければならないが、それを越えて、当事者を証拠調べから排除し、（事案の）解明の指示及び証拠決定に対応するについては、「不明確に言葉で表現する（定式化する）」ことが必要になる可能性があるし、さらに裁判所の決定の基礎づけ（理由づけ）は、これについても、それが秘密の状態に保たれるべき情報の性質（Art）と内容（Inhalt）を「はつきりと見分けさせない（認識させない）」ように「起草されなければならないという。また、どの程度（範囲）まで、当事者の同

意でもって、それ以上の留保（条項）が作り出されうるかは、この手続においては審理されえないとされる。

- (2) さて、右のような本案におけるイン・カメラ手続の基本構造の全体を概観してみると、シュミット・アスマンの把握に依ると、この手続にあつても問題であり、大事な点は、裁判所の秘密にしておくための実際的な安全措置（ないし予防措置）の全体の網、すなわち、訴訟当事者の自由に行使できるところの訴訟上の権限の制限として張りめぐらされている網の全体であり、その網は、あらゆる段階において効果的な秘密保護が保障されるような方法で引き締められなければならないものであるとされる。この制限の網がうまく適切に機能する場合には、イン・カメラの利用は、実体的な法的状況（法律的に見た事態）の正しい認識・理解を流布させるという長所（利点）を有するという。ただ、その場合においても大事なことは、（やはり）特定の段階で本案手続を秘密手続にし、訴訟（手続）の情報伝達の構成要素を損なうことに対する代償措置であるとする指摘も付け加えられている。⁽⁷³⁾ここで指摘された点は、イン・カメラ手続（審理）の全体領域に関わる課題の一つとなろう。

四 イン・カメラ手続（審理）の憲法問題

- (1) 前述のように、W・R・シエンケは、イン・カメラ手続をめぐる問題領域におけるドイツ行政裁判所法第九九条の役割に関して、原則において要求される包括的な裁判所の事件の解明と、それと逆方向の秘密保護の利益との間の憲法上の緊張の場の釣り合い（バランス）をとっていると捉え、二つの利益の対立軸を提示したが、右の問題状況を巨視的に見ると、そのように理解することも可能であろう。これに対してシュミット・アスマンが提示するように、やや微視的に見れば、権利保護と秘密保護の間、聴聞（審尋）原則と秘密実務（運用）の間、そして実体的な法の理解と手続的な法の理解の間の緊張状況ないし対立関係として、すなわち、多極性を特徴とす

る問題領域として捉えることもできよう。⁽⁷⁴⁾

右のような緊張状態ないし対立関係が憲法上調整（調停）される必要があることは確かで、ドイツ公法学も、この課題に取り組んでいるところであるが、シュミット・アスマンの理解に依れば、整合ないし一致点（Konkordanz）に向けて検討するも、確固たる、そして一般的に受容されたいかなる比較考量準則も存在せず、このことは前記の旧行政裁判所法第九九条に関する最初の連邦憲法裁判所の判決において既に明確に認識できるようになっていっている。⁽⁷⁵⁾

- (2) この多極性という特徴を持つ問題状況の中でイン・カメラ手続については、その後のドイツ連邦憲法裁判所の判決において、その紛争（性）としての輪郭が明瞭に際立ってきており、ここでは「適当な衝突（対立）の克服」や「衝突する法益」という概念を用いて議論が展開されており、そのことは特にガイアー裁判官（Gaier）の少数意見においてはつきり示されているとされる。そして、その結果、憲法上の論争が長く継続し、それが言わば社会的な制度の中へと移行していき、その論争は、一方において、一連の個別的問題に係り、他方において、イン・カメラの構想それ自体の適切な転換という根本問題にも関係することになったという。⁽⁷⁶⁾

右の論争についてシュミット・アスマンの説明に依れば、最近では二つの基本類型とその両類型の相互の関係如何が問題として設定されているとされる。すなわち、それは、シュミット・アスマンのいう「目立つように広告的に」（plakativ）定式化されるとすれば、「中間手続イン・カメラ対（記録）利用イン・カメラという憲法争訟（Verfassungsstreit “Zwischenverfahren in camera” versus “Verwertung in camera”）」として位置づけられる。この二つの類型については、シュミット・アスマンによっても、その法実践的な長所と短所が検討されてきたところであるが、法ドグマ（解釈）上は、行政裁判所法は、その第九九条二項において、今日、中間手続の排他性要求（Ekkklusivitätsanspruch）を規定（確定）している。すなわち、（同規定は）既に事実上の（実際上の）手続進行か

ら、秘密にしておくことが必要であるものとして（の必要性が）承認された証拠書類の「イン・カメラで用いた記録の利用（in-camera-Verwertung）」を許容しないところの中間手続の排他性要求を規定していると捉えらる。ここから、シュミット・アスマンによつて、以下に示すように、そのような利用を有意義なものとしてだけでなく、それが憲法によつて要請されるものとみなしたり（評価したり）、あるいは、右のイン・カメラ手続の二つの類型をそれに対応した法律改正を通じて相互に新たな関係へと至らしめる急進的な提案も容易に想起されるものとして取り上げられている。⁽⁷⁷⁾以下、本章第一節では、先ず右の前者の主張、すなわち「イン・カメラで用いた記録の利用」（特に本案手続における利用）を有意義であり、且つそれが憲法によつて要請されるものとみなす理解ないし解釈を取り上げて、その概要を瞥見していくこととする。

（一）ドイツ行政裁判所法第九九条二項の憲法適合性 — 行政裁判所法第九九条二項への一般的非難について —

（1） さて、（従来の）行政裁判所法第九九条に基づく規制に対する異議については、二〇〇六年三月一四日の連邦憲法裁判所決定におけるガイアー裁判官の「多極性の観点」という視座を強調して、本案（手続）におけるイン・カメラ手続の導入の必要性を説いた少数意見が知られているところであり、この少数意見は、既に前記の日本の先行研究において取り上げられており、⁽⁷⁸⁾また、ドイツの公法学説も同意見に注目して、議論の俎上に載せている。このうち、シュミット・アスマンは、さらにドイツ公法学説により提示された一般的な批判ないし非難として、とりわけW・R・シェンケやFr・ショッホなどの所説にも注目し、これらの所説を取り上げて検討・分析を加えている。

その中で先ず、イン・カメラで用いた記録の利用を有意義且つ憲法によつて要請されるものと捉えるシェンケ

の学説について、⁽¹⁹⁾ その出発点を権利保護の切りつめ（短縮）の必要性如何の問題に取り組んだ前記一九九九年一〇月二七日の判決に見い出している。そして、（旧）行政裁判所法第九九条二項に従った中間手続に関して言えば、（それに加えて）以下のことがつき足される。すなわち、今少し詳しく言えば、専門部（Fachsenat）が秘密保持の必要性の確認に到達するならば、本案の裁判所は、文書の内容についてのどのような種類の知識も受け取らないし、また、これを調達することもできない。決定的に重大な文書をそのように顧慮（斟酌）しないというところの中には憲法上保障された権利保護の制限が存在する。が、基本法第一九条四項を満たすために、このことは秘密保護という理由から必要であるにちがいない。しかし、それ（右のことが）が欠けているならば、例えば訴訟当事者（関係者）に文書がその閲覧に供されず、それに相応した然るべき決定理由が表示されることを通じて「イン・カメラで用いた記録の利用」に際してもまた、この保護は保障されうる。尤も、そのような記録の利用は、たとえそれが事実上のものに過ぎないものであっても、秘密を明かすことなしに（は）行なわれ（実現され）えないところでは、それが制限される。そのような場合（ケース）は実際上は珍しくない。しかし、このような事態（場合）の範囲外では、「独立していない」決定的に重大な情報請求（権）と関連しての「イン・カメラで用いた記録の利用」を、本案の手続に関してもまた、原則として必要である（望ましい）とみなす、ということが、一九九九年一〇月二七日の前記憲法裁判所判決の論理の中に徹頭徹尾含まれている。以上がシェンケの学説の骨子である。

右のシェンケの見解は、シュミット・アスマンに依れば、前記のガイアー裁判官の少数意見（BVerfGE. 115, 205 (250, 253 ff.)、すなわち、行政裁判所法第九九条二項における規制の構造的不十分さを批判し、司法付与と秘密保護の効果（作用）を最善の状態にし、完全にされた配分（組みこみ）を要求するところのガイアー裁判官の少数意見を通じて支持されるように見えるとされ、そして、そのような配分は、本案の手続において秘密保持

の必要のある証拠書類（資料）の「利用」の許可の中に（実質的に）存するのであって、その限りで手続は、「イン・カメラ」が行なわれうる。そのことに結びつく基本法第一〇三条一項の制限は、彼の少数意見の見解に従えば、「いかなる有効な（徹底的な）憲法上の疑念にも遭遇しない。なぜならその制限は、客観的な根拠を通じて正当化されているからである。」それに比べて行政裁判所法第九九条二項は、「いずれにせよ、イン・カメラが実施された中間手続に限定する」という点については、多極的な情勢（組み合わせ）の中で、基本法と調和させられないに違いない、という。⁽⁸⁰⁾

- (2) 一方、シエンケと同様に、本案の裁判所によるイン・カメラ（手続）の利用を要求しているFr・シヨツホは、この問題の別の局面、すなわち基本法第一〇一条一項二文のいう「法律上の裁判官」であることの憲法上の要請という局面にも着目している。

すなわち、独立した情報請求（*selbständige Informationsansprüche*）に関して言えば、決定は、もはや本案手続においてではなくて、実際には（事実上）既に専門部（*Fachsenat*）において下されており、そのことが、基本法第一〇一条一項二文における、いわゆる「法律上の裁判官」の保障と両立し調和できるかどうかを問うているのである。そして、シヨツホもまた、前記のシエンケと同様に、右のことに加えて、基本法第一九条四項の保障内容を想起させているのであり、同規定の中で課されている（とされる）権限ある裁判所による権利保護の要求の包括的な審査をも合わせて想起させている。こうして、シヨツホもまた本案の裁判所によるイン・カメラ（手続）の利用（導入）を要求しているのである。そして、（シユミット・アスマンに依れば）ここで動員された法律上の権限に鑑みると、行政裁判所法第九九条二項、及びこの規定が示すところの「排他性（独占性）の要求の「命は、旦夕に迫っている」ように思われるともいう。⁽⁸¹⁾

以上は、行政裁判所法第九九条二項が示しているイン・カメラ手続の導入ないし利用をいわゆる中間手続に限

定する排他性ないし独占性という特徴をもつ規制に対する一般的な批判（非難）としてのシエンケ、シヨツホの所説であるが、以下、本章第二節においては、この点に関連して、今少し論点ないし争点を絞り込み限定して検討を加えていくこととする。

(二) 中間に位置する考慮要素 — 実効的保護としての秘密保護と法的審尋の保障を中心に —

(1) それでは、右に見たような一般的な非難を受けて、行政裁判所法第九九条二項の規定は、その命運を断たれることになるのであろうか。いわゆる「解任状」が最終的に起草され、行政裁判所法第九九条二項に「死刑の判決」が下され排撃される前に、それにとつておそらく何か別の評価や判断のきっかけとなるような考慮（考察）が明確に述べられているということもありえるのか。そこで、この点についてシュミット・アスマンは、次のように説く。すなわち、シュミット・アスマンの見方に依れば、やや短縮され、切りつめられた展望（パースペクティブ）の中で、最新の議論をとらえ、利用するものであるが、しかし、その意味（意義）の点について不完全（不十分）にしか把握・理解しなかったのが、秘密保護と裁判所の前での審尋（聴聞）を求める権利という（二つの）古くから知られた対立的（対抗的）立場がそれである。そこで、以下では既述のごとく、これら二つの立場を「解任状」や「死刑判決」の「進行を遅らせる考慮」として措定するシュミット・アスマンの論述に従って、(i)実効的保護としての秘密保護、(ii)法的審尋（請求権）として論点を設定して、検討を加えていくこととする。

(i) 実効的保護としての秘密保護

(2) 前節においてみた多極的な利益の組み合わせ（ないし位置関係）という特殊性は、ドイツ連邦憲法裁判所の下した電気通信法（TKG §138）上のイン・カメラ手続に関する判決、いわゆるテレコム事件判決（BVerfGE. 115, 205ff.）⁽⁸²⁾においてガイアー裁判官が少数意見の中で強調した観点であるが、この観点は、行政裁判所法第九十九条二項の規定に対する批判（非難）をも根拠づけるものであった。同じように、右の電気通信法以外の規制法や前記のカルテル法、そしていわゆる委託発注法（Vergabericht）においても、行政手続の中に組み込まれた私的な権利の担い手たちが彼らの対立的な立場を貫徹すべく行動していることも指摘される。ここでは、紛争に係る秘密は、通常、経営及び取引上の秘密であり、これらの秘密も憲法上の認知を享受し、従ってその秘密も行政裁判所法第九十九条一項二文に準じて権限ある官庁が、根拠のない不当な開示（要求）から擁護されなければならない秘密に属するものと捉えられる。しかし、シュミット・アスマンに依れば、これらの秘密もまだ保護に値する秘密の範囲やそのグループを汲み尽くしていないだけでなく、それを代表するものでもない⁽⁸³⁾とされる。このことは先ず第一に、これらの秘密が、それらと反対の立場と同様に基本権としてもまた基礎づけられており、このような法的基礎（基盤）の「対等性（平等）」は、権利の貫徹及び権利の防衛（防衛）に際して、できるだけそれに対応する手続的な手段にも注意を向けるきっかけになっているという。

なお、行政裁判所法第九十九条一項二文において、保護に値するものとして認められたそのほかの秘密に関しては、さらなる区分（細分）を必要とすることが指摘され、シュミット・アスマンに依れば、このような秘密をめぐる注釈文献等で、その素材として多く拡大されている（秘密）ものは、それぞれ異なる起源（由来）の利益とその保護の必要性の例示的な集合体である。すなわち、それらの秘密は、例えば税金関係の秘密、社会的秘密（社会福祉の秘密）、人事記録（身上書）、憲法擁護公文書における申し立て、外交上の交渉事項、領事館の交渉の資料、審査文書等多数のものに及んでいる。ただ、連邦及びラントの「情報の自由法」は、事実構成要件（事

情)を、比較的具体的に捉えてそれに表現を与えているものの、結局、個別の事例における「保護する価値のある」という要件の点については、明確な指示をしていないということも指摘される。確かに、大多数のもの(秘密)は、その保護要求の点では納得のゆくようにも見え、部分的に基本権として防護されてもおり、行政(官署)及び裁判所にあつては、これらを慎重に保護する(あるいは、すべき)ことは自明のこととされるのであるが。

(3) また、比較的狭い範囲の秘密であるが、概念的にそれが知れ渡ることが、行政裁判所法第九九条一項二文の定式化の中に存する「連邦あるいはラントの福祉(利益)に不利益(不都合)をもたらす」秘密のグループに分類されるものが存し、それらは、判定された保護の必要(性)の点から言えば、それらの秘密が発覚した場合に高度の潜在的な危険(の可能性)を伴った先例として強調される。ただ、右の定式化に係る秘密も、言うならば「その中核的な存立(存在)」のみを特徴として持つに止まり、例えば国際的な関係あるいは国内的な討議や交渉にとつて不利になるといふ事情は、この中核(部分)の中に数え入れられるようになるものの事情としては十分ではないとされている。むしろ重要なのは、軍事、ポリツアイそして工業技術の方であり、それはすなわちいわゆる核の技術及び化学設備の安全構想に関する鑑定書(専門家の判定)、対人保護の投入計画、ポリツアイ情報の名前等である。従つて(政府の)憲法擁護及び秘密情報機関が秘密保持(要求)の点で優遇されるとともに、これらの機関に限定されず、さらに対人保護及び対物保護(警察、軍隊による建造物、施設などの保護)の事例などの行政も広く分布して、これらの事例に関する秘密も重要になる。

さらに、いわゆる「国家秘密」といわれるものの背後には、訴訟法もまた、あらゆる事件において考慮し尊重しなければならない基本権的な保護利益や保護委託の存在も指摘されている。これらも比較的狭い範囲における保護の必要のある、保護に値する秘密であるが、これらの点も裁判事例において承認されているという。⁽⁸⁴⁾

(4) 一方、シュミット・アスマンに依れば、右にみたような、その秘密が保護に値するということだけが重要なのではなく、むしろ決定的なのは、保護に値するということと同程度に、保護の実効性という観点であるとされる。実効性という観点は、本稿においても既に言及したように、それはドイツ基本法第一九条四項の解釈をめぐって研究論稿や裁判判決において展開され、その具体的な規範内容が提示されてきたところであり、さらにそれ以外の「憲法上の保護財 (Schutzgüter)」においてもまた考慮される必要が求められる観点である。そして、シュミット・アスマンに依れば、この秘密保護の実効性を保障することは、法的な「隔離規制 (Abschottungsregelungen)」と並んで、相当な程度の実際上の（現実的な）「安全措置 (Vorkehrungen)」をも要求する。既に言及したように、この規制の基礎をなすのが、右の「安全措置」、すなわち少数の専門部にイン・カメラ手続の権限を集中することによって供与される「安全措置」である。この基礎は、安全という点に敏感な秘密の限定された中核的存在 (Kernbestand) の保護のためには取り除かれてはならないのであって、この種類（類型）に属する秘密を裁判所の日常のイン・カメラの利用にゆだねることは、そこに存在する潜在的な危険を正当に評価していないこととなり、許されないとされる。このような実効的な「安全用ネット」を広げてピンと張るために行政裁判所法第九九条二項において、組織的及び技術的に「安全措置」あてに書かれて（定められて）いることは、あらゆる裁判所のすべての裁判官団（合議体）において差し出されるものではなく、少なくともここで強調された秘密にとっては、それに関連して本案におけるイン・カメラの利用は可能ではないと結論付けられることになる。⁽⁸⁵⁾

(ii) 法的審尋の保障

(5) 前章においてみたように、イン・カメラ手続は、裁判所に秘密保持が必要な情報を、この情報が必然的に、す

べての訴訟当事者（利害関係者）に開示されることなしに（この情報を）心に留めることを可能にする訴訟上の技術がそのように呼ばれ、個別的には、さまざまな特色と効果を持つ技術であるが、既述のごとく、統一的な手続モデルは存在しないとされる。ただ、その内容が変化に富んでいることに鑑み、手続の輪郭を見通すことを容易にするために、シュミット・アスマンは、別に「さまざまな形態のパレット（多彩さ）の角の頂点としてイン・カメラ手続の二つの類型を際立たせることが適当である」として、「中間手続としてのイン・カメラ手続」と前記シエンケの提示した類型としてもみられたところの「イン・カメラで用いた記録の利用」の経過としてのイン・カメラ手続という二つの類型を措定し、それぞれのイン・カメラ手続の特別な役割にも注目していた。⁽⁸⁶⁾そして、イン・カメラ手続の核心を特定の訴訟段階における特定の訴訟当事者の法的審尋の制限として把握していた。

この聴聞を求める権利は、前述のごとく「裁判所の手続法の原成岩」であり、人間の訴訟に関する始原的権利とも捉えられており、その権利は基本法第一〇三条一項や、一連のそのほかのヨーロッパ諸国の憲法によって明示的に保障されている。さらにヨーロッパ人権規約（EMRK）においてその権利は、同規約第六条によって保障される「公正な手続を求める権利」の核心をなす本質的要素としてもみなされていることを始めとして、同じようにヨーロッパの基本権憲章（GRCh）第四七条の権利保護保障の要素とみなされるべき不文の一般的な法原則を出発点としており、この聴聞を求める権利は訴訟の（情報）伝達に関する前提条件を形成するものとされる。そして、シュミット・アスマンに依れば、この権利は、次のことを保障する。すなわち、訴訟当事者の間では「武器平等」が支配し、彼らは（目と同じ高さで）裁判所の制限の前で出会うことができ、聴聞基本権（Gehörgrundrecht）の実効的な行使にとつての前提条件は、訴訟当事者が文書の内容を知っていること、特に相手側の訴訟当事者によって申し立てられた意見の表明及び立証手段（証拠物件）を知っていることであり、この

要求は、訴訟法ドグマティーク（解釈論）全体を貫いている、とされる。訴訟を締めくくる裁判所の判決は、訴訟当事者（関係者）が、（それについて）意見を述べることできたところの事実及び証拠（証明）結果のみを抛りどころとしていることを首尾一貫して必要としているという（行政裁判所法第一〇八条二項）。⁸⁷

(6) けれども他面において、法的審尋を求める権利は、あらゆる制限に対して抵抗力があり、免責されるものではないことも承認されており、ヨーロッパの法は、そのような判定を次のような定式の中にはめ込んでゐる。すなわち「法的審尋は絶対的な（他に制約されない）権利ではない。」と。そして制限は、正当な（合法的な）目標を追求しなければならぬが、しかし、比例原則に準拠して調整されなければならない、ともいわれるのである。こうして、基本法第一〇三条一項に規定する保障もまた、条文上は制限留保を認めてはいないが、制限を排除しないのである。⁸⁸

尤もこれに対して、意見表明の根本的な可能性が訴訟において短縮されなければならない場面では、とりわけ特別に、より重大な反対根拠を必要とするのであり、そのような状況は、それがイン・カメラ審査に際して起こる場合のように、決定的に重大な情報が特定の訴訟当事者に知らせることが差し控えられなければならない場合に存在することになる。そして、ここでは反対の立場は、聴聞原則（*Gehörgrundsatz*）に適合した高い序列（地位）を持たなければならないとされ、前述のごとく秘密の保護もまた、この種類の反対の立場として考慮に値する。とりわけ個人の（私的な）秘密については、右のことは基本権から導き出される。すなわち、既に前節において言及した個人的な（プライバシーの）領域の保護（基本法第二条一項iv、一条一項）から、職務上守るべき秘密（商売上の秘密）、企業秘密及び営業上の秘密（基本法第一二一条）あるいは著作権の保護（基本法第一四一条）から推論されるし、（しかし）また国家秘密もシユミット・アスマンに依れば、決して時代遅れの秘密伝統（*Arkantradition*）の表現に過ぎないのではなく、憲法上の保護を享受するとされる。そして、これらの承認され

た保護の要求は、すべて訴訟において、すべての訴訟当事者にすべての情報に接近（アクセス）できるようにはしないということの誘因（きっかけ）となりうるのである。

- (7) 右のように、法的審尋の保障内容については、既に前稿においても比較的詳細に考察を加えたところであるが、イン・カメラ手続の実施が必然的に訴訟当事者の法的審尋（の保障）の制限と結び付けられることは周知のことに属する。このことは、前記一九九九年一〇月二七日の連邦憲法裁判所の判決が詳しく説示し、いわばイン・カメラ手続によつて全体として改善された権利保護のことを指示して、何らかの一定の切りつめ（短縮）の正当性を理由付け、そこでは、そのことによつて「審尋の制限の誤つて考えられたタブー（禁忌）が破られた」と表現したことが知られている。この判決以後、いずれにせよイン・カメラ手続の問題性の議論は、基本法第一〇三条一項の規定を排除することになったとも言われる一方で、この保障規定は法治国家性の全く重要な「保証人」とみなすことができるし、後に触れるように、「個人は手続の単なる客体ではない」という命題が確実に実行されるべきであるとの主張とも結び付いている。

このように、イン・カメラ手続の実施が法的審尋の制限に結び付けられることの必然性は否定できないところであるが、シュミット・アスマンに依れば、右の連邦憲法裁判所の判決が述べるところの「タブーの破壊」は重要ではないという。というのは、基本法第一〇三条一項の制限は既にそれより以前からは認められていた経緯があるとの認識があるからであるが、⁽⁸⁹⁾ ただ、このことの結果として、右の判決から、より良い権利保護が得られる場合には、聴聞権（*Gehörrecht*）のあらゆる短縮が受け容れられるという原則を導き出すことはできず、この判決は、あくまでイン・カメラによつて実施された中間手続にのみ関係するものであると説かれる。従つて、イン・カメラ手続の利用を可能にするために、聴聞権が「本案の手続において」制限されなければならない場合には、双方の利益の「重要さ」の間で釣り合わせ、均衡が保たれなければならないことが指摘される。このことに

ついで、二〇〇六年三月一四日の連邦憲法裁判所の判決において、部の多数意見は、その目的で二、三の観点をあちこちから集めたが（BVerfGE 115, 205 (239, 246)）、シュミット・アスマンに依れば、問題は未解決のままにされているという。⁽⁹⁰⁾この点は次節の課題でもある。

尤も、右のような事情によって、イン・カメラ手続の利用の憲法上の許容性如何に対して最終的に反対の態度がとられることにはならないとされるが、しかし、手続権の固有の価値と、そのようなイン・カメラ手続の利用と必然的に結び付けられる基本法第一〇三条一項の保障規定の切りつめは、より厳密に熟慮されなければならないとも指摘される。シュミット・アスマンにとって聴聞（審尋）を求める権利は自己目的ではないという指摘で事が済むのではなく、やはり彼にとつて法的審尋は自己目的でもあるのであり、そうでなければ「人間の尊厳」をはつきり刻印するものという機能が実現されないことになる」と説かれる。この「人間の尊厳」に関することは前稿においても言及したところである。そのことに関連して、以下のような連邦憲法裁判所の合同部（全員総会）決定における説示が引用されている。⁽⁹¹⁾すなわち「個人は裁判官（裁判所）の決定（判決）の客体であるばかりでなく、彼の権利に関係する決定に先立って、主体として手続やその結果に対して影響を及ぼすことができるために、その決定に対して意見を述べる立場にある。」と（BVerfGE 107, 395 (408f.))。

(8) なお、シュミット・アスマンに依れば、手続公開の原則が、イン・カメラ手続の利用の許容（許可）によって受け入れなければならない制限もまた考慮されうることが指摘される。そしてそのすべては、広い幅で行政裁判所法第九九条二項を憲法違反として格付けするものでないということを物語っているという。⁽⁹²⁾こうして議会の立法者は、望ましい改正に向けて、行政裁判所法第九九条及び第一〇八条二項の本文改正に取り組まなければならないだけでなく、当該問題領域における調整の可能性についても熟慮することが求められることになったといわれる。

(iii) EU法（ヨーロッパ法）の潜在的威嚇 (Drohpotential) について

- (9) また、同じくシュミット・アスマンは、イン・カメラ手続の導入の可否の問題に関するヨーロッパ法の潜在的「威嚇」(?) という事象にも言及している。⁽⁹³⁾ というのは、行政裁判所法第九九条二項に基づく「独立させられるイン・カメラ手続」のコンセプト（構想）に対する異議の拠りどころが、ヨーロッパ法ないしEU法にも求められることが珍しくないからである。それは、とりわけ特殊な行政領域における手続のみが、例えば、電気通信法 (TKG) 上の手続、そしてのちには委託発注法 (Vergaberecht) 上の手続も、右のような異議に関連して捉えられているという。この領域においては、関係基準（方針）が、それによって「効果的な異議可能性」を与えられなければならないところの独立した抗告官署ないし（再）調査官署 (Beschwerdestellen, Nachprüfungsstellen) を定めており、ヨーロッパ裁判所は、そのことに関して、その官署は「全体の情報を持つていなければならず、そのことよって十分完全な事情（状況）の知識を持つている状態で」、——秘密に保持されるべき事情もまた——決定することができるということを要求している。それに加えてその事情について、さらに次のように説示する。すなわち、しかしながら、この情報の保護及び取引の秘密は確保されていなければならず、その保護が実効的な権利保護の必要条件及び法的係争の当事者（利害関係者）の防御（弁解）権の確保（擁護）と一致（調和）しているように整えられなければならない、と。⁽⁹⁴⁾ シュミット・アスマンに依れば、確かに右のことよってここでは、「秘密保護、権利保護そして法的審尋の三者択一（ト・リ・レン・マの窮地）」が命名されているが、その三者択一の解決に多くが貢献しているわけではないというが、それ以来、電気通信法第一三八条は、第四項二文の（記録）利用禁止を使わずに、ヨーロッパ連合（EU）法に適合的な解釈に基づいて適用されており、その結果、本案の手続においてイン・カメラ（手続）で用いた記録の利用が可能にされている事例も紹介されている。⁽⁹⁵⁾

一方、シュミット・アスマンの紹介に依れば、委託発注法に関連する二〇〇八年の判決⁹⁶において、ヨーロッパ裁判所は、とりわけ聴聞（審尋）を求める権利が、その一部に数えられるところの世間一般に認められた手続上の防御権の取引の秘密の保護に対する関係に取り組み、（再）審査機関が、情報の競争相手への転送から発生する極めて重大な損害に鑑み、証拠書類（資料）を極秘に取り扱い、そのことによつて競争相手の聴聞権を制限する場合には、「公正な手続の原則」（EMRK, §6）と一致（調和）しうることもみなしている。

(10) 右のEU、ヨーロッパ連合は、構成国の行政手続法を一般的に規律する権限を持っているわけではなく、EU（ヨーロッパ連合）法の干渉は、常に部分のみを捉えているとされる。けれども、シュミット・アスマンの指摘に依れば、この干渉は、右のような方法で、現行の国家の規制を相当に「骨抜きにする（無効にする）」ことができ、そのことはドイツ行政裁判所法第九九条にも当てはまる。前記の「独立させられたイン・カメラ手続」は、そのようなものとしてドイツの意のままにはならないのである。ただ、シュミット・アスマンに依れば、イン・カメラで用いた記録の利用は、EU構成国にとつて、電気通信法及び委託発注法とは異なる分野においても（構成国の）義務とされることはできたのであり、その際、経済法及び環境法の分野がEUの活動にとつて中心（となる重要な位置）を占めるであろうとされる。この中で重要なのは、多極的な紛争状況及び営業並びに取引の秘密であるところの分野であり、それはその分野にとつては、ドイツの展望（パースペクティブ）からみて、最も容易にイン・カメラで用いた記録の利用を許容することが適当で望ましいところの分野・領域であるという。その際、EU法の衝撃は、その件においては全く一義的で明確ではなく、従つて、いずれにせよ、そのような衝撃から聴聞権の劣位（Nachrang）を読み取る、あるいは取り出すことは間違いであろうと指摘する。というのは、EU裁判所の固有の訴訟法が示しているように、確かに、証拠書類（資料）及び証拠物件は、それらが利用されなければならない場合には、訴訟当事者にアクセス（接近）できるようにされなければならないし、一方

で法律によって規定された特別の局面においては、イン・カメラで用いた記録の利用が考慮に値すると考えられるからである。

(三) ドイツにおけるイン・カメラ手続の憲法上の緊張関係の調整可能性と日本法への示唆

(1) 前述のごとくヨーロッパ法は、法的審尋を求める権利は、あらゆる制限に対して、それを免れるような絶対的な権利ではないという定式のもと、その制限は、正当な(合法的な) 目標を追求しなければならず、またその制限は、比例原則に準拠して調整されなければならないということを要請している。シュミット・アスマンに依れば、法的審尋を求める権利の制限が許容しうることは、それでもって非常に抽象的・概念的にのみ範囲を限定されるに過ぎない。そして、個別的には、衝突する法益の比例した(釣り合いのとれた) 分類(割り当て) が重要であり、その際の当座の(一時的な) 解決として、例えば、秘密に保持されるべき情報の短縮された、あるいは匿名にされたテキスト(Fassung)、あるいは中立公平で秘密保持の義務を負わせられた情報仲介者を介入させることが考慮されうるという。⁹⁷⁾ ここで、必要と望ましき調整の目標は、権利保護の要求(Art. 47, Art. 19 Abs. 4, GG) 及び裁判所の権利保護の使命(任務)(Art. 19 Abs. 1, EUV, Art. 92 GG) 全部をできるだけ広く顧慮することで行なければならないとされ、そのためにまさにこの保障の別の要素のために追加として獲得されたもの、すなわち、裁判所の決定の実体的な正しさ(正確さ) のための、より高度の保障に到達するために、聴聞基本権の切り詰め(短縮) を、「実効的な権利保護の一つの構成要素」として(他の利点を考慮して) 甘受する(我慢すること) が要求されうると説かれる。⁹⁸⁾ 無論、シュミット・アスマンが指摘するように、この(決定的な) 調整の着想は、法的審尋を求める権利が個々の訴訟当事者に確固不動に認め、授与している「個人の地位」を一般的に劣

位ないし下位のものとみなすという結果に行き着いてはならないことに留意すべきである。

- (2) 右のような様々の異なる憲法上の地位（立場）とそれらの地位の区分され、きめ細かな比較考量がなされ、釣り合わせることの交差点にイン・カメラ手続の制度は位置しているとされる。この交差点から出発して構築される個々のバリエーション（変形）は、シュミット・アスマンに依れば、運用することの可能な訴訟法上の「硬貨（Münze）」の中で、望ましい釣り合いのとれた（比例した）分類（Zuordnung、配分）の形を仕上げる（べき）立法者の試みである。

前述のごとく、イン・カメラ手続は、世間一般に認められた制度であり、その意義はさらに増大することが予想されるところである。（政府の）情報機関の活動の限界をめぐる係争（紛争）や経済網の規制や情報の自由法に基づく文書へのアクセス（接近）をめぐる論争に際しての多極的な情報紛争がそのことをさし示しているという。そして、シュミット・アスマンに依れば、その展開・発展は、全体的には情報に関する紛争の持つ特別の構造（その一つが多極的な紛争状況）のための法の感受性の強さが増大していることを反映しているという。⁹⁸

- (3) 右のようなとりわけ憲法上の背景のもと、この法の発展について、シュミット・アスマンは以下のように総括している。すなわち、行政裁判所法第九九条二項は、依然として保持されなければならない。しかし、それは行政裁判所法第九九条一項二文の「秘密」概念のもとに分類されるものすべてが（費用のかかる）独立させられた中間手続のもとに置かれてはならないし、本案手続において、イン・カメラ（手続）で用いた記録の利用から取り去られてはならない。そのことから、イン・カメラの技術の“Kern-Schalen-Konzept”（芯と実の理論）が生み出されるといふ（イン・カメラ手続の法における法律上の“Kern-Schalen-Konzept”）。その趣旨とするところは、中心の核となる部分に実体的な保障内容として実効的な権利保護の保障が位置付けられ、その周囲に言わば「実ないし殻」として実体的基本権や手続的基本権が存在し、これらの基本権は、その相互間では、いずれも考慮要

素あるいは「妥協の候補」として把握されるという構想内容と理解することができようか。そうだとすると、この構想は、前記のA・ウーレの示した分類構造と似通ったものとなる。この構想については具体的に次のような内容のことが説かれる。⁽⁹⁹⁾

先ず高度に微妙な証拠書類のより局限された存立にとつて、特別の裁判官団（合議体）の前での中間手続は不可欠である。というのは、そのように（目的のために）必要で、組織で人員上の、そして技術的な安全措置、つまり憲法上望ましい保護の実効性を一貫して保障する安全措置は、自由に裁量できる形で保持されうるからである。

次に、行政裁判所法第九九条二項によつて事実上包括される秘密の大部分（主要部分）について、イン・カメラ（手続）での独立させられた中間手続あるいは本案手続における（材料としての）利用を企図することは、立法者の自由裁量に任されている。憲法、そしてEU法も、特定のモデルを拘束力をもつて指示していない。結局は―特に分野に特有のヨーロッパ法の間接的な影響のもとに―長い間には、イン・カメラ（手続）で用いた記録の利用への進展が世間一般に認められ、確固たる地歩を占めたのである。それと必然的に結びつけられるところの法的審尋を求める権利の切りつめ（短縮）や裁判所の審理の公開の切りつめが綿密につきつめられて、それが可能である範囲内で、裁判所の実務（実践）によつて調整され、埋め合わせられなければならない。

そして第三に、多極的な利益状況に在る秘密にあつては、特に（企業の）経営秘密及び取引秘密にあつては、今日既にそのイン・カメラ（手続）で用いた記録の利用を法律上許容することについて、もっとすぐれた根拠が（イン・カメラにとつて）プラスの材料を提供している。必要な法律改正は、先ず第一に、特別の行政法の個別の分野に集中しなければならなかったし、しかし、立法者はカールスルーエあるいはルクセンブルク（の裁判所の）判決が、立法者にそうすることを強制する前に自発的に、その改正を行なわなければならない。

という。

- (4) さて、基本法第一〇三条は前述のごとく、いかなる法律の留保も含んでいない。そのことから、グラースホフは法的審尋を求める権利の侵害（制限）は、この保障規定と衝突する（対峙しうる）憲法（規定）によってのみ、その正当性を手に入れることができるに過ぎない、その目的のために、先ず第一に、法的安定性と司法（Rechtspflege）の機能を果たす能力がある（Funktionsfähigkeit）ということが考慮に値すると説く。そして、シュミット・アスマンの説くところと同様に、既に右の法治国家的な観点へと向けて、基本法第一〇三条一項の保護領域の必要不可欠で、より詳細な法律上の形成が調整され、方向づけられており、従って、その限りで、それを越えて進行する保護領域への侵害（介入）は、なお狭い、局限された範囲内においてのみ正当化されうるに過ぎないという。⁽¹⁰⁾ 右のような訴訟の相手方が判決（決定）の公表の前に聴聞を受けることになると、その訴訟の特別の目的が実現されえない裁判手続の例として、グラースホフが挙げるのは、「不意討ちの効果」にのみ成功が見込まれる刑事法上の捜査手続における措置（例えば逮捕状の発布・捜索・臨検・押収あるいは電気通信の監視の命令）などで、このような措置にのみ認められ妥当するという。このような場合には、基本法第一〇三条一項が事前の聴聞を見合わせることを許容すると説く。そして、右のような事例形成においては基本権類似の権利による制限は、そのほかの憲法上の利益（憲法財）、たとえば連邦憲法裁判所の判決において承認された効果的（実効的）な刑事訴追への不可避の必要（欲求）あるいは実効的な権利保護を求める権利のような他の憲法上の利益を実現するために（制限が）適当であり、必要でもあるとされ、これら二、三の事例は、（訴訟）手続法が事前の聴聞を見合わせることを明示的に認めているとされる。この点の指摘は、前記のシュミット・アスマンの説くところと同様である。いずれにせよ、制限の決定は、その時々の手続の法治国家的目的に向けて方向づけられなければならないし、（責任に適合した）裁判官の裁量に基づいて、すべての事情の比較考量のもとに下さ

れなければならぬとされる。⁽¹⁰⁾

なお、グラスホフは、前記の比例の原則にも言及し、この原則は、手続基本権への侵害（介入）を、その侵害が過大でない限り、それを正当化するとも述べ、聴聞を受けなかつた当事者は事後になってから追加の機会を与えられなければならないとされる。そのような場合にのみ侵害は釣り合いのとれたものとなる。

右のようにグラスホフにあつては、原則として、以下のような内容が保障される。すなわち、事前の聴聞なしに基本権侵害に見舞われる当事者は、事が終わつてから追加として、なお裁判所によつて（再）審査されることが可能である。聴聞なしに命令、執行された措置が、結果として深刻な基本権侵害に行き着くならば、当事者（関係人）は、後になつて法律上の手段、つまり上訴という方法の中で侵害の根拠（の正当さ）を審査されうるのであり、その場合には、当事者（関係人）に権利保護の利益が拒絶されてはならない。以上のことが原則として保障されているという。⁽¹⁰²⁾

- (5) イン・カメラ手続（審理）をめぐる憲法上の法的利益の緊張・対立関係を解消しないし調整しようとする際に、規範テーゼとして設定、援用されるべき命題をどのような点に求めるかについて、これまでの検討・考察から浮かび上がってくるのは、今のところ以下の二つであろう。すなわち、その一は、前記の一九九九年一〇月二七日の連邦憲法裁判所判決が提示したところの「法的審尋権は、実質的（客観的）な理由によつて、それが正当化されるときは、制限もやむを得ない」さらに「権利を求める者が法的審尋権を限定的に放棄することによつて、その者の法的保護がより改善される場合には、これを是とすることができるといふテーゼ⁽¹⁰³⁾と、その二は前記のグラスホフが提示するところの「憲法上の権利を制限する根拠は、憲法上の権利のみである」というテーゼの二つである。いずれのテーゼも一般的、抽象的な理論のレベルに止まる。

右のような二つのテーゼ及び前記のシュミット・アスマンの分析や考察に鑑みて日本法における対応を検討し

てみると、日本における秘密保護をめぐる問題の調整を判断するに際しては、先ず第一にそれぞれの秘密を、秘密保護の必要性の度合及び秘密保護の必要性を支え、基礎づける憲法上の実体的基本権の性質や法的地位に応じて、分類・区別（格付け）する作業を行った上で、その分類・区別を受けて、各秘密の保護を認定することとし、そして第二に、このような認定をする際には、その秘密保護の必要性を基礎づける根拠は、グラーヌホフが説くように、原則として、秘密保護を実施する措置によって制限される、あるいは失われる訴訟当事者に憲法上保障される手続基本権と対等に対峙しうるところの同じく憲法上の（実体的）基本権でなければならないとする要件が設定されるべきであろう。この実体的基本権は、プライバシー権に止まらず、それ以外の基本権にも及ぶ可能性がある。

右のグラーヌホフは、ドイツ憲法上の審尋請求権の切りつめ、制約を正当化しうると同じ実体的基本権として人格権と健康の保護を指定するが、¹⁰⁴日本法の状態にあつては、現時点で、その点については検討が及ばず未開拓の感があり、当該問題に対応する法理論の精緻化の作業が要請されるところである。

いずれにしても、既に見たドイツの法事情、法的対応に鑑みると、日本においても問題となる秘密の憲法上の位置付け及び区分・分類の作業は、不可欠の前提となる課題である。その際には、グラーヌホフの提言、指摘が常に念頭に置かれるべきであろう。

五 結

(1) 今後将来、立法者が、より広い範囲で、イン・カメラ（手続）で用いた記録の利用を許容しようとする場合、そこで関係する秘密の間での必要とされる区分（ないし細分）は、法律学的見地から、いかにして実行に着手さ

れるのか。この問いに対して、シュミット・アスマンは、係争の中に存在する情報請求に基づく区別（類別）は、さらに先へ前進させるように思われるとした上で、人々は特定の、主として公安の分野において活動している官庁及び部局のみの書類（記録）の提出を、独立させられた中間手続に託することを意図してもよいが、そのような思考パターンないし概念的枠組は、大まか過ぎると評する。というのは、これらの官庁の書類（記録）の中に見い出されるものすべてが、特別に微妙な秘密の領域（範囲）に属するわけではなく、逆に、独立させられた中間手続の保護に値する特別に微妙な秘密が、それ以外の他の官庁にあっても存在する可能性がある、とされるからである。¹⁰⁵⁾

従ってその区分は、実体的な法律上の保護を必要とする段階、程度に関してのみ達成されうると説く。法律上の「連邦あるいはラントの福祉にとって不利益」という伝統的な概念（規定）は、それ自体広すぎるものであり、そのために、侵害（違反）の結果の重さ（ないし深刻さ）を指摘することを通じて、個々に明確にされ、詳細に記されなければならないし、さらに「生命・自由そして健康」という保護財（Schutzgüter）に関して補充されなければならないと指摘する。そして例えば、これらの特別に微妙な秘密に関してのみ、目下の形式での、且つイン・カメラ手続を申請する可能性を伴った最上位の保安官庁の差し止め（禁止）の表明が維持されうるのであって、その限りでは、将来もまた、秘密に保持されるべき資料（証拠書類）の本案手続におけるイン・カメラで用いた記録の利用は、さして問題にならないであろうという。

(2) 他方、あまり微妙でないものの、秘密概念の範囲に含まれる情報については、将来の規制とは逆に、本案の裁判所への提出義務が考慮に入れることができるであろうとも指摘する。さまざまのイン・カメラの技術（メカニック）によって包摂される事例の組み合わせ、あるいは複合した情勢は、それらの事例の組み合わせから調整、妥協へともっていかれるところの幾重もの、並びに反転する（*gegenläufig*）権利及び利益の状況局面

(Recurs- und Interessenspositionen) であるとの認識のもと、シュミット・アスマンの総括的な結論は、イン・カメラ手続は、それ自体「妥協の候補」であるが、しかし、情報社会の手続法にとつて是非とも必要なものであるというものであった。⁽⁶⁶⁾ 日本法における秘密保護の必要性の判断における秘密の区分、その際、考慮要素とされる憲法上の実体的基本権の位置付け、そして右にみられた「福祉」や「生命・自由そして健康」という保護財の概念を見据えて、イン・カメラ手続の憲法上の緊張関係の調整の実現を目指して解決の進展を図ることが今後求められることになると思われる。

(六元)

[註]

- (61) W.R.Schenke, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 22. Auflage (2016), S. 1224.
- (62) E.Schmidt-Abmann, In-camera-Verfahren, in: Hrsg. von P.Baummeister, W.Rohr und J.Ruhling, Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Wolf Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag (2011), S. 1150 ff.
- (63) Schenke, aa.O.S. 1224.
- (64) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1147-1148, S.1148 Fn.8,9, 春日偉知郎「インカメラ手続による秘密保護の新たな展開」判例タイムズ一三四三号(二〇一一年)七六頁 註(4) 参照
- (65) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1148, Fn.11 (フリンクス、スイス)
- (66) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1149, ders. Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsschutzes, S.248.
- (67) Schmidt-Abmann, In-camera-Verfahren, aa.O.S.1149.
- (68) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1150 ff.
- (69) Schenke, aa.O.S.1226, シュミットの見解はメンケの引用による。筆者未見。Schenke, aa.O.S.1227, Schoch, in: Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg, 2010, 342.
- (70) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1150 f.
- (71) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1150.
- (72) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1150-1151.

- (63) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1151.
 (64) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1152.
 (65) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1153. (1) (2) の法律における規制状況の相違は、考えられる問題に際して、一方で企業秘密及び取引秘密の侵害が必要とあれば、金銭給付（弁済）を通じて調整され得たが、他方でそのような補償（代償）は、重大な国家的秘密の侵害に際しては、通常の事例においては除外される、ということに連なるとされる。このことは、(TKG) 第一三八条の統合された中間手続が時折、一般的な訴訟法のイン・カメラ手続にとっても、「模範のひな型」として推挙されるときには顧慮されなければならない点であることも指摘される。
- (66) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1153.
 (67) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1153.
 (68) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1154. (1) の第七二条の条項は、「出訴の途」に係る基本法第一四三条三項及び第三四三二条の伝統的なテーマを包括しているのではなく、エネルギー監視（監督）法及び金融監督法が示しているように、比較的最近においては増大傾向をはっきり示しているという。そして、さらに(1)では、二つの手続法（規則）の手続基準（Prozessmaximen）を異なった（さまざまの）混合の割合で提供するところの、行政裁判所法と民事訴訟法との間で不安定に揺れ動く第三の「出訴の途」が存在すると考えられるならば、この第七二条は行政裁判所法第九九条、一〇〇条と全く体系的に（系統立てて）対比されうるともいわれる。
- (69) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1154.
 (70) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1154-1155. シェニット・アスマンに依れば、裁判所の公開命令がたどる道（方法）は、先行するカルテル官庁の決定から読み取れる（推論できる）紛争可能性（Konfliktpotential, 紛争ポテンシャル）を論じ尽くしていない。とりわけ、官庁が、同条項第二文において、確立された企業秘密及び取引秘密の保持義務の違反という状況のもとで、書類へのアクセス（接近）を解除しようとするような事態がとらえられていないという。そこで、シェニット・アスマンの指摘するところに依れば、先ず、同条項第四文の考量（吟味）手続を追加の方法・手段としてみなすこと、カルテル手続における情報状況をより明瞭で理解しやすくすること、それに加えて、文書閲覧の同条項第一文に従って、カルテル官庁の決定に同意する、あるいは拒否する可能性を当事者に確保することを裁判所によって審査させることの方がより自然であるという。そして、右のような事例にとっては行政裁判所法第九九条二項（1）の類似の通用が推挙されることが適切であり、その際には、本案の裁判所によってイン・カメラ審査（In-camera-Prüfung）が行われうる。というのは、民事裁判権の中で別個の専門部がそのことに用いて予定（規定）されていないからであると指摘されている。 Schmidt-Abmann, aa.O.S.1155.
- (71) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1155.
 (72) Schmidt-Abmann, aa.O.S.1155-1156.

- (73) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1156.
- (74) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1156.
- (75) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1156. 同判決は、「基本法第一九条四項と同第一〇三条一項は、対立（矛盾）の状態に持ちこまれてはならない。第一〇三条一項に基づく法的審尋を求める請求権は、むしろ第一九条四項の帰結として出てくる（推論される）権利保護保障と密接に関連している。両規定は、同一の目標、すなわち実効的な権利保護を可能にするということに仕える。さまざまの諸利益とそれに基づく法的審尋の制約（制限）との間の比較考量を第一〇三条一項は排除しない。法的審尋は、これが客観的な根拠を通じて十分に正当化される場合には、制限されるべきでない。」(BVerfGE, 101, 106 (129))と説示するが、シュミット・アスマンの指摘に依れば、その言明内容は、それが解決に寄与するということよりむしろ問題性を覆い隠す（隠蔽する）ものであり、二つの規定は制限されうるし、特定の状況においては、そのたびごとに（一方が）他方の制限を強く勧める（それを容易に起す）させることができると述べる。Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1156, Fn. 34. 大事なのは、個別の際立った特徴（Einzelausprägungen）というところになる。同じで指摘された点は、イン・カメラ手続（審理）の全体に関わる課題となろう。
- (76) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1157, BVerfGE, 115, 205 (240).
- (77) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1157, ff.
- (78) 春日偉知郎・前掲論文七三頁参照。
- (79) W.R.Schenke, in: Kluth/Rennert, (Hrsg.), *Entwicklungen in Verwaltungsprozessrecht*, 2009, s.117 ff. Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1157, Fn. (39) より所引。
- (80) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1158.
- (81) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1158.
- (82) 春日偉知郎・前掲論文七二頁以下参照。
- (83) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1159.
- (84) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1160.
- (85) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1161. なお、権限の集中は、特別部の前でのイン・カメラ手続に結果として行き着くとされ、例えば、一般的なイン・カメラ利用のための模範となりえた前記のドイツ電気通信法第一三八条の規制手続法では、そこでは特殊な被告（すなわち連邦通信事業社 [Bundesagentur]）のみが問題であるということから、集中は、ほとんど自動的に生じると言われる。そうすると、シュミット・アスマンに依れば、イン・カメラ手続の秘密保持の問題は、その権限状態に鑑みると、本案手続について、初めから非常に小さな範囲の裁判官団（合議体）に関する問題として立てられることになり、それは行政裁判所法第九九条の一般的な規制が直面している状況とは全く別の状況であり、そこにおいては、本案の裁判所は、あらゆる行政裁判所であり、そして、裁判所内部では、あらゆる部 (Kammer; Senat) も本案裁判所である。

ありうることを説明されよう。

- (86) Schmidt-Abmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsschutzes, a.a.O.S.248.
- (87) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.249.
- (88) Kemeyer, in: HStR, VIII §178, Rn. 33f, Schmidt-Abmann, a.a.O.S.249, Fn(118)
- (89) Schmidt-Abmann, in: Manz/Dürig, GG, Art. 103 Abs. 1, Rn 17 ff.
- (90) Schmidt-Abmann, In-camera-Verfahren, in: FS, Schenke, a.a.O.S.1162. 手続権を制約される訴訟当事者は、どんな場合でも、その問題事案において(それに対応する)利益を与えられるという弁明は、この場合には思惑通りに事が運ぶわけではないといわれる。イン・カメラを利用して示された事実が、苦情(不平)が存在しないということを明らかにする結果を生み出すならば、その場合には、原告(提訴人)は、彼がこの事実について意見を述べうる可能性を持つ(という)こととした(申し立てを)棄却されることになり、このことは重大な苦情(抗告の前提となる不利態)であるとされる。
- (91) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1162.
- (92) Schmidt-Abmann, a.a.O.1162.
- (93) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1163 f. EU指令による外庄については、春日偉知郎前掲論文七五頁参照。
- (94) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1163, EuGH, Urteil vom 13.7.2006, Rs. C-438/04 "Movistar".
- (95) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1163, BVerfGE, 127, 282 (282, 291 f.).
- (96) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.1163, EuGH, Urteil vom 14.2.2008, Rs. C-450/06 "Varec SA".
- (97) Schmidt-Abmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsschutzes, a.a.O.S.250.
- (98) Schmidt-Abmann, a.a.O.S.250-251.
- (99) Schmidt-Abmann, In-camera-Verfahren, in: FS, Schenke, a.a.O.S.1164-1165.
- (100) K.Graßhof in: HGR, Band V, §. 133, Rechtliches Gehör, a.a.O.S.1354.
- (101) Graßhof, a.a.O.S.1355.
- (102) Graßhof, a.a.O.S.1356.
- (103) 春日偉知郎前掲論文七三頁参照。
- (104) Graßhof, a.a.O.S.1356.
- (105) Schmidt-Abmann, a.a.O.1165.

(10) Schmidt-Abmann, a.a.O.1165.

〔付記〕

脱稿後、以下のシュミット・アスマンの論稿に接した。

Eberhard Schmidt-Abmann, Die Process und Grundrechtsschutz durch Verfahren, Eine vergleichende Untersuchung zum amerikanischen und deutschen Verwaltungsverfahrenrecht. in : AoR. 142. Band (2017), Heft3, S.325ff (S.348).