

オーストリア 刑事訴訟法の特徴

田 和 俊 輔

目 次

はじめに

一、全体的展望

1. 予審制度を維持していること
2. 名称は陪審員(Geschworen 陪審裁判所であるが
参審制度を持つこと)
3. 訴追手続きは職権糾問主義に当事者弾劾主義が加味されていること
4. 公判手続きでは当事者主義が口頭主義の形で強調されていること
5. 口頭主義が証拠調べにおいて直接主義に裏付けられていること
6. 直接主義と捜査機関の作成調書との関係
7. 裁判機関の行う捜査が捜査機関に対する司法チェックと捜査チェックの可能性を果たしていること
8. 証拠法原則

二、検察官と警察の関係について

三、オーストリアにおける予審の意義と制度的特色

1. 予審の意義を「職權上の眞理追及」*amtswesige wahrheits forschung* としていることStPO九六条一項。
2. 予審審理は右のように職權に依り發動されるものであるにもかかわらず当事者が各自提議することができる。九七条一項なお一一三条一項
3. 予審審理は非公開である。現在、予審を採用している国にあつても「審理手続きを可視化すべし」との意見が一部にあるほか、また現行法上、フランスの予審は弁護士帯同であり、ドイツも前手続き（捜査手続き）で検事や捜査判事の尋問を受ける際は被疑者、被告に弁護士の帯同を認めることを強制している。オーストリアではその非公開を明文で定めている。StPO九七条二項
4. オーストリア予審の独特概念 予審はオーストリアでは独特の概念を持ち、同一言語国であるドイツ（旧西ドイツ）で一九七五年一月七日迄存在した「予審Vorunt ersuchung」やフランス現行刑法Code de procedure penale以下C.P.P.八一一条以下に規定する「予審」とは趣を異にする。

四、公判手続きの特色

1. 当事者主義と口頭主義が支配的ながら、後見的意味での職權主義が並行していること
2. 陪審員が主体であり、交互尋問は行われず尋問主体と公判審理における眞実発見（起訴前手続き、予審手続き、中間手続きにおける誤審の是正の可能性）を目標とする。

むすび

はじめに

当論文の目的は現在のオーストリア刑事訴訟法がEU加盟国内で見られる傾向、すなわち糺問の否定^①、弾劾主義の導入に批判的であり、従来糺問の持つ非民主性だけを強調し、その真実発見主義の長所が等閑視されて来た嫌いを見直す契機を与える法典であることと、ドイツ語圏にあって、古くハプスブルグ王朝以来、連邦の一員であり、第一次大戦、第二次大戦を通じ大陸法系の中でも特に密接に、同一法概念にあった沿革がありながら、現時点でドイツ法とも際立った異同があるので、現行法の特徴を商會して真実発見と刑事司法の民主化の調整を模索する一助に供することである。

一、全体的展望

オーストリア刑法法の指導原理は「職権に依る真実発見主義 *amtswegigen Wahrheitsforschung*」「審問主義」*Untersuchung*、乃至「職権調査主義」*Ermittlungsgrundsatz*「審問主義」*Inquisitionsmaxime* 乃至（職権主義^②）*Instruktionsmaxime* にも^③。

1. 予審制度を維持していること

ドイツが非公開、職権主義的、かつ糺問的であるという理由で一九七五年一月七日に廃止した予審 *Voruntersuchung* を一九七三年の改正にもかかわらずオーストリア刑事訴訟法 *Osterreichische Strafprozessordnung*（以

説 (SPO) は九一、九二、九三条一項、一八二条一項、一六二a条、四二二条で存続させている。

現行オーストリア刑法訴訟法 Österreichische Strafprozeßordnung、前手続き *Vorverfahren* の特色はドイツ法同様、手続き段階が前手続き *Vorverfahren*、中間手続き *Zwischenverfahren*、公判手続き *Hauptverfahren* に分れるが後述するように前手続きにドイツ法との間に著しい相違がある。殊に冒頭に示した指導原理の「職権眞実発見主義」に依る

「糺問主義」の肯定が前手続きに強くあらわれ SPO 九一〜九三条、九六条一項、九七条二項、フランスの重罪公訴部に近い働きをしている中間手続きでは、予審判事が公判を指示した第一審裁判所に記録を送っている。

2. 参審制度を持つこと

SPO 二〇条一項、陪審裁判所手続き *geschworenengerichtlich Verfahren* ドイツ、オーストリアでは英米語の陪審員 *juror* を使わず、職業裁判官と並んで審理できる素人裁判員 *Laien* - 陪審 (重罪を扱う) 地方裁判所 *Schwurgerichtshof* にあつては *Geschworen*、区裁判所にあつては *Schöffen* を置き、一但しドイツでは現在、両者共 *Schöffen* と呼ばれることに改正されている。オーストリア連邦憲法九一条はこれを規定する。これを参審員といい、(単に有、無罪の票決を行うだけの陪審と違い、民意を裁判そのものに直接反映させるとになる。) にあつては、いわゆる裁判所長尋問 *Präsidentenverhör* を行つて事件を公判手続きに回すか否かを決定し、無用な公判を避ける法意が規定されている。

3. 訴追手続きは職権糺問主義に当事者弾劾主義が加味されていること

これは全くドイツの中間手続きや後述するフランスの重罪公訴部の作用と同じであり、職権糾問主義に依る刑事人権保護であり真実発見主義の冒頭指導原理に沿うものである。

しかしオーストリア刑訴は、職権主義に徹しているとはいえない。訴追について国家訴追主義を原則として公的訴追については勿論、公的事件についても「私人訴追者」Privatanklägerが認められ、検事が訴追を拒んだり、放棄したとき検事の代理者Subsidiaranklägerとして起訴することがStPO 四八条（代理起訴）Subsidiaranklage（これは起訴独占主義の対立概念Gegengewichtとよんでいる⁽⁵⁾）から、ドイツの「起訴強制手続き」Klageerzwingungsverfahren StPO 127—177よりも当事者主義、弾劾主義の精神が強く、見方に依れば一種の糾問だが民意に依て直接訴追を国に強制できる点だけをとりえればやはり変形した当事者弾劾ともいえ、フランスの「私訴」action civileフランス刑事訴訟法 code de procédure pénale以下 C.P.P. 六条、四二六条に近いであろう。

4. 公判手続きでは当事者主義が口頭主義の形で強調されていること

オーストリアの当事者主義は、公判手続きにおいて更に強く「口頭主義」Mündlichkeitの原則があり、「判決裁判所erkennende Gerichtは前手続きの書類ではなく口頭に依る公判手続きに基づいて判決し」、「判決に当っては公判で提出されたものを顧慮してのみ行わねばならない。」「書類は公判で朗読されることに依て証拠方法として使用される」StPO 二五八条、連邦憲法九〇条一項、つまり糾問の特色である書面主義が排斥されて、口頭主義が公判手続きでは建前になっている。

5. 口頭主義が証拠調べにおいて直接主義に裏付けられていること

この口頭主義は証拠調べで更に直接主義に依て裏付けされる。すなわち審理裁判所は公判手続きで自ら証拠調べを行わなければならない。但し前手続きの裁判所の純然たる証拠長所 *Beweisprotokolle* は朗読が可能である StPO 一五八条一項ことはわが国が裁判官の面前調査に公判廷外のものでも強力な証拠能力を認め伝聞法則の例外としたり、フランスが予審調査に証拠能力⁽¹⁾を認めるのと同じ例である。

直接主義 *Unmittelbarkeit* は証拠調べにおいて補足的かつ厳格な要求となっている。受審裁判所は証拠調べにおいて情報の出所に立ち戻らねばならないのを原則とする。つまり、証拠の根原で満足せず可能な限り本来の原因の証拠方法の利用をしなければならない。ただこの点を法は明言せず、StPO 二四五条一項と二四七条が公判手続きでの証拠調べについての規範にあらわれている中で殊に法は当事者の口頭に依る合意に代えて例外的にのみ供述調書の朗読を許すといっているだけである StPO 二四五条一項、二五二条一項。つまり公判手続きでは前手続きと違い当事者主義、弾劾主義を実現する手段として口頭主義と直接主義が前面に出され、書面主義は飽く迄もやむを得ない時の補助代替手段であってそれも「朗読」というテストを公判廷でとらせるので糾問主義の欠点は除去される。この点、わが国の伝聞法則例外規定と同一である。オーストリアの学説は「本規定の根拠は直接の証拠調べは原則として信頼すべき真実⁽²⁾を発見を保証することにある」という。また「本来の証拠と裁判所の間に入られる鎖のリンクは間違いのものを増加させる。(調書は供述を不正に又は着色して再現する。聞き違い、誤解、書き違いがそれである。) またどんな立派な調書でも本来の証拠方法からの直接の印象に代えることは絶対にできない」。もちろん「時には調書が信用できることがある。休憩時に証人が多くのことを忘れたり、被告がその時までには防禦線を整えたりすることがある。

こういう場合に時宜に応じた調書の朗読は証拠の喪失を防ぐ」ともいわれる。

また公判における直接主義の法律上の例外がある。被告人の以前の供述についての調書は公判では被告が供述を拒んだり、以前と異なった供述をしたり§PO二四五条、弁論に欠席したりする場合§PO四二七条、要するに被告の供述拒否は別としてわが刑訴が裁判官、検察官、その他の者の面前証拠能力を伝聞法則の例外として認める場合の証拠法則である。オーストリア刑訴は、その中で「証人や共同被告人の供述が確定された裁判所その他の共同被告人、証人の尋問についての職権調書、その他の書類は専門知識に依る鑑定、証人尋問についての技術的記録§PO一六二a条は§PO二五二条一項に依り、そのほかの根拠薄弱のものはその後で朗読や提出され得るにすぎない」としている。これもまたわが国の近例である。この扱いをされる例示の一は「休憩中に、被尋問者が死亡したり、その滞在所が不明だったとか、年齢、病氣、老衰、遠隔地滞在、その他の重大な根拠でその出廷が事実上、実現できない」場合、例示二は「公判廷での被尋問者の供述が、実質的に以前の供述と相違したとき（これも「前の供述の方が信頼度が高い場合」という制限がない点を除けばわが国刑訴の検察官面前調書と全く同じである）、例示二a五項は§PO一六二a条、二四七条に依り「証人が§PO二五二条の供述拒否権があって、両当事者が裁判所の尋問に関与しなければならぬ」時、例示三は、「証人が立会権がないとか共同被告人が供述を拒否した時」（この点わが国では共同被告人は審理を別にしない限り、いづれか一方の供述を証拠にとれないが）。例示の四は、「起訴者と被起訴者が朗読に同意した時」（これはわが国の合意書面に相当し、当事者主義の一つである事故処分主義と考えてよい）。オーストリアの現学説も次のように云う。すなわち「この例外は現実には特に重大であるが、憂慮には価しない。というのはこの例外は手続きの安定と迅速の為に直接主義を犠牲にしたのだから」「職権に依る真実追及が短絡的に使用さ

説
れているのだ」とする。

三

論

直接主義貫徹上重要なのは朗読が禁止される場合である。法は朗読禁止をあらゆる職務上の調書だけではなく、証人や共同被告人の供述が確保されている他の職務上の書類にも適用している。こういった報告内容のものである限り Gendarmerie (発音もシャンドメリーであってフランスの gendarme と同じ綴だがフランスの憲兵とは違い地方国境警備に当る州警察隊、保安・行政警察の性格である) の提出報告も同列である。朗読制限を回避することは明らかに彼等の方で更に処置の無効をおそれなければならぬことになる。

6. 直接主義と捜査機関の作成調書との関係

学説は「またそうすること (捜査機関作成書類の朗読制限をすること) に依て尋問者や傍聴者が利用できない供述の内容について尋問したり、こういう方法でその供述を除去できる。捜査機関は彼等がやったそれ迄の観察 (たとえば供述者の目に見えた負傷についてのようなど) について尋問されるに過ぎない」とする。つまり彼等の調書がそのまま採証されるのではなく、彼等がそれ迄にやった観察について捜査機関が尋問を受けるのである。StPO 一五二条に依って公判で初めて拒否権を行使した証人の供述の朗読は裁判所での供述では制限され、当事者達が尋問に参加する機会を持つことが朗読できる条件である StPO 二五二条一項 Z 二 a 項、一六二 a 項、二四七条。また伝聞法則は厳しく、伝聞の証人つまり証人が知る事実を自らは観ていないで相互に経験したに過ぎない証人を尋問する権利は法定されていない。これは隠された捕縛 Verdeckte Fahndung の領域で最も意義があり、StPO 一六六 a 条にもかかわらず残存している。それで StPO 二五二条一項の様な事件に於ては厳格に類推適用されている。それ故、尋問はそれまで

の証拠喪失や当事者の合議にあって帰責供述がされると裁判所は「基本的人権の防衛のための規約」Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten 1958以下MRK六条一項の公正要求を載^たして、被告の申立てか職権に依って、あらゆる重大で合法的な捜査を行う。そしてその捜査は間接証拠の説得力を弱めたり排除したりする可能性のあるものである。Evidenzblatt der Rechts mittelentscheidungen (Österreichische Juristenzeitung) 以下EvBl一九九三年三〇号。以上のようにオーストリア証拠方は対当事者面では直接主義、口頭主義に依る当事者主義を原則としながら一方裁判所の職権主義に依る真実発見に充填がおかれ、わが国で認められるような伝聞法則の例外つまり(検察官以外の捜査機関に依る面前調査の証拠能力)を認めず、逆に捜査機関の捜査に対する尋問権を裁判所に認めることで法の支配を確保し、そのような捜査を裁判所に行わせていることに特色がある。

7. 裁判機関の行う捜査が捜査機関に対する司法チェックと捜査チェックの機能を果たしていること

裁判機関が捜査を行うことは、一見糾問と見られたことは、一見糾問と見られるが、旧幕時代のわが国や一九八五年迄の英連合王国イングランド、ウエルス地方に見られた捜査機関が裁判機関を兼ねた立法例に比べれば法の支配が捜査に及ぶわけで伝聞の不性格さと警察という実態捜査機関に依る準司法行為を排除する意味でむしろ賞揚すべき職権主義というべきである。因にオーストリアには、上訴手続きRechts mittelverfahrenにおいても右の原則が及び「中立原則」Prinzip der Mittelbarkeitとなり、上訴裁判所はあが国のような事後審でなく、第二の第一審、旧わが国刑訴の(覆審)というべく第一審の調書を起訴に判決しながら、証人、鑑定人を尋問する時は、更に尋問しなければならぬのである。

次にその様な絶対中立の立場で法の支配を掌るといふ信頼を受けている裁判所に課せられる証拠法上の原則はわが国と同じ自由心証主義 *freie Beweiswürdigung* である。StPO二五二条二項は「ある事実を証拠として受け取るべきかは裁判官が証拠法則でなく、その自由かつ攻撃防禦の手段として提出されたすべての証拠方法に対する良心に拘束された吟味に依って得た信念に従つてのみ判断する」としている。わが国刑訴のように「証拠の証明は裁判官の自由な心証に依る」とか憲法で「裁判官はこの法律と良心のみに拘束される」とか極めて抽象的な上、証拠能力と証明能力が別個の条項に規定されている為そのいづれを欠くのが違法なのかいづれも欠くのがそうなのか曖昧模倣な表現が上訴理由をめぐって角逐を演ずる間違いを回避しているといえる。

このことについてブラッキューモア Winfyied Plazsummer はいう「糺問手続きは法律上の証拠法則を知っていたから裁判官はどういう証明方法で、ある事実を証明として受け入れるべきかを充分裁判官に知らせていた。被告人の 告白や両当事者に異議のない証人の供述は裁判官自身が被告人の罪責について確信を持っていなくても充分な証拠になる。現行刑事訴訟法はこのような機械的な規定を放棄して心証主義を排他的に裁判官に委ねている」と。つまり証拠法の証拠能力の大枠は嚴重に客観的に定めておいて、その枠内で証拠の証明力の吟味は裁判官に自由にやらせることだから、糺問主義の眞実発見と弾劾主義の当事者弁論の重討議とが巧みに折衷されている点、わが国より優れているといえる。この点についてもオーストリアの学説はいう。「この糺問での根拠は、無形式の証拠法は全く信頼できる眞実発見を保障しないとする認識にある。何故ならば一つの証拠方法の価値はすべての場合を固定させるのでなく、個々の事件の状況に従つてのみ常に判断されるべきだからである。又、たとえば三十代の者は嘘をつくことがあり得る。しかし又ある者は眞実をいふとか、虚偽の告白をすることは純心理学的にはありそうにないが、全くその可能性

がないとはいえない」などといわれる。また記録「Inkunde」と調書は刑事手続きでは民事手続きと違って高い証明力はない。「精神病者についての証人供述について」EVRBI op. cit., 一九八四年一五四号。と云う見解も発表されている。

8. 証拠原則

証拠法上の次の原則は「疑わしきは罰せず」*in dubio pro reo*である。今日ドイツで明文化されているが構成要件該当性については原告に挙証責任があるとするのが弾劾主義の原点であるから刑事司法の民主化、自由主義化の目的に最も適う原則である。オーストリア刑訴はStPO二五九条Z三項、二五八条二項に規定されているがその親規定は前記一九五八年人権擁護規約MRK六条二項の規定する所である。わが国はこの点、明文がない。

証拠法の最後の原則は、公開制 *Öffentlichkeit* である。オーストリア刑訴法は連邦憲法 *Bundes Verfassungsgesetz* 九〇条一項の規定する所であり、わが立法例も同様に憲法が規定しているが、この親規定は「疑わしきは罰せず」同様MRK六条一項に基づいて職権で捜査を行うから真実発見の為の職権主義は活きており、真実発見と刑事司法の民主化、当事者主義化という二つの相反する要求を充している。またわが国では伝聞法則の例外として刑訴法三二一条三項が主として司法警察職員の面前調書について「特に信用すべき状況」下になされ「犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」必要性があれば証拠能力があるとされるのと反対に、オーストリアは警察（治安機関と法は表現する）の調書がそのまま採証されることはなく、公判迄に彼等がやった被疑者、被告に対する所見（観察）を裁判所が尋問する点に重大な相違がある。これに依って司法機関が警察という捜査機関に背負われることは防止でき、一八九五年迄のイングラントウエルズの刑事司法の様な警察訴訟といった当事者主義のすり替えの実質的糺問が行われる

説ことも排除できる。そして何よりも誤審、誤判を公判の場で回避できる点で眞実発見と法の支配と民主化という刑事司法の根本要請に応えているわけである。

論

二、検察官と警察の関係について

オーストリア刑訴は連邦憲法 Bundesverfassungsgesetz 以下 B V G 九〇条二項において、「刑事手続きに起訴主義 Anklagegrundsatz 及び」旨明言している。すなわち『被訴追者』 Verfolgende (ドイツ法の様に被告 Angeklagte とか被疑者を含む被告 Beschuldigte という表現をしていない点に重要な意味がある。それはドイツ法の被告よりも広く捜査対象者全部を意味するからである。)と裁判官の活動は別々の人間に分割されている」とすることで弾劾主義を裁判所の刑事手続き開始の要件とする StPO 二条一項。つまり裁く者(裁判所)と裁かれる者との間に両者とは別の訴追者(弾劾者)の存在を予定し、この訴追がなければ公判は開始せず、被疑者は被告にならない。

この点で裁判所と被告という二訴訟主体しかない糾問とは違っていると云っているのであるが、起訴がなければ訴追が開始しないという原則を裁判所が行う予審 gerichtliche Voruntersuchung にも適用する StPO 九二条一項とあって、糾問もまた前述の様に基本主義として認めている点が立法論的に異質である。これは前述オーストリアが眞実発見の爲の職権主義を刑事司法の大前提としている事に一致するが、紹介したとおり予審が広義では二通りあり、検事の起訴後の予審は予審判事や区裁判所判事が主体であるが、起訴前の予審(「起訴前処分」という)がもう一つあって、後者の主体は検事であり、共に現行ドイツ法の捜査手続き Ermittlungsverfahren に相当するとも云えるであらう。

しかしそれなら起訴は国家訴追独占主義 *Staatliches Anklagenmonopol* で、検事はその唯一の代表者であるかというところではない⁽⁵⁾。国家訴追を検事の職権主義と定義すればその例外として私人訴追 *Privatanklage* が法で規定されている *StPO* 二条二項。では私人訴追とは何か 言葉の上でこそ英米法殊に私人訴追 *Private prosecution* という名の法曹でない(警察が私人の資格で私人たる被害者や告発者の訴追を代行するという無論理な一種の糺問) 訴追やドイツ現行 *StPO* 三七四条一項の私人訴追 *Privatklage* (家宅侵入、侮辱、信書毀棄、身体傷害、脅迫、故意の器物破壊、特許、不正競争防止違反、著作権、商標権、意匠権侵害、等の軽罪、軽微犯罪に限り被害者が検事に代って公訴者になるが⁽⁶⁾、いつでも検事が引継ぐことができる)とは異なり、検事(及び区裁判所検事 *Bezirksanwalt*) が訴追を拒絶したり 断念したときにのみという限定はつくが、臨時に私人の関係者が補助者として検事の代りに公訴を提起できる訴訟手続きである。*StPO* 二条三項、四八条、四四九条、犯種に限定はないが刑法にいう被害者又はその縁類者の要求(すなわち告訴)があった時のみ訴追できる犯罪という *StPO* 二条二項から親告罪である。例示犯罪は無免許医療行為 *eigenmächtige Heilbehandlung*、名誉棄損、無断録音、盗聴、営業妨害、企業秘密侵害、家族内の財産犯、婚姻詐欺、結婚強要などである。

この様に私人訴追の例外はあるが原則は国家訴追でありそれは検事に依って行われる。

先にオーストリアの刑事手続きは前手続き、中間手続き、公判手続きがあると述べた。この前手続きに起訴前処分と裁判所の予審があり、起訴前処分がドイツの捜査手続きに当ることは既に述べた。この起訴前処分の主導者 *Leiter* は検事であると *StPO* 八八条一項はいう。ところで *StPO* 二四条は *Sicherheitsbehörde* 治安官庁なる言葉を用い *Polizei* とは言わぬ。しかし *Sicherheitspolizeigesetz* 治安警察法なる法律以下 *SPG* には警察 *Polizei* なる語が用いら

説、これと検事の関係を同法二・三項で規定しているから治安官庁即警察と読むべきである。

論

ところで検事と警察の関係はイギリス連合王国のイングラントとウェルズの様に一九八五年迄大陸法という検事を持たず、同年創設の Crown Prosecution Service (C.P.S.)、その成員たる Crown Prosecutor も警察に対する捜査権も指導権も持たず、公訴官といっても、治安裁判所 (ドイツ法始め大陸法にいう区裁判所に相当する) でしか弁論権がなく、地方裁判所に相当する女王座裁判所 Queen's court での弁論は別に弁護士を頼まなければならない。要するに私人訴追が現在も原則で公訴官は女王の名でそれを代行しているに過ぎず、一九八五年迄、被害者たる私人とそ
の被依頼者たる告訴代行人の警察 (しかも彼は私人の資格でという無論理と矛盾に充ちた) との間に立ってその警察訴追を指導助言、その相談に応じて来た公訴局長 Director of public Prosecution や警察署内の訟務部 C.P.S. に委嘱されていた弁護士集団の名称変更過ぎず、現行法下の C.P.S. 構成員も身分は (王室顧問) 弁護士である立法例や合衆国連邦法、一部州法に依る大陪審 Grand jury が起訴陪審として捜査権を持ちその票決に依って検事に起訴させ、捜査 investigation は逮捕迄、逮捕後は治安判事 magistrate of peace に依る逮捕の合法性の判断を経て検事の起訴、不起訴の決定と進んで行く立法例とは根本的に相違する大陸法系に属しながらその中で最も近い筈のドイツ語圏のドイツ刑訴下のそれと可成り相違している。

オーストリアや刑訴法は前述の「起訴前処分において指揮者が検事である」と明言している StPO 八八条一項。にもかかわらず「検事は自分で取調べ行為をすることはなく、予審判事 Untersuchungsrichter 以下 Ur. か区裁判所単独判事 Bezirksgericht einzelrichter か前記治安官庁 (警察) の申立てに依って行わなければならない StPO 八八条一項。検事は警察に依って次の取調べ行為だけをさせる (その時、臨場はする)。しかし慣例上臨席しないことが多い

と言われる⁽⁷⁾。但しこれは検事が捜査主体としての地位を放棄したり、警察に委任したりしてはならない。検事の監督の下で、取調べの事実行為をさせているだけである。オーストリアでは糾問の歴史が古く、糾問手続きは書面審理が原則だったからに他ならない。なおフランスの予審判事は被疑者の尋問を司法警察官に委任できないC.P.P.152必要な時は、その予審裁判所の司法官か、小審裁判所の裁判官に委任しなければならない。被疑者の尋問を行う者は、独立矜自の司法官でなければならないとの法旨である。私訴原告人の聴聞すら、司法警察官は同人の請求がない以上、聴聞できないC.P.P.152。検事が警察にさせる取調べ行為は

- 一、犯罪行為の解明のために役立ち得る人間を宣誓させないで尋問すること。
- 二、検証と家宅搜索。

しかしこの両者は裁判所の立合で遅滞のない処置をとる必要性が生じた時に限る。この処置をする為には、この種の書類としてあらかじめ書かれたあらゆる形式を備えて置かなければならないSPO八十八条三項。

こうして取られた調査（わが国の検面調査であって、前述の警察その他これに類する機関の調査ではない）は以前に無効であったSPO二八一条Z二項の場合だけ、（調査の証明）つまりその形式と完全性を吟味し、緊急の場合には取調べ行為を完全にしたり、繰返したりしなければならぬ予審判事に、遅滞なく通知されたときにだけ証拠方法として利用されることが出来るSPO八八条三項。

なお前に一言したが予審判事と区裁判所判事は起訴前処分において、予審判事が予審に於て持つに至ると同じ権利責務を持つSPO八八条二項（たとえば証人を宣誓させて尋問するなど）が、勾留は起訴前処分の間はできないSPO一八〇条一項。また私人訴追者は起訴前処分を促すことはできても自ら裁判所にそれを要求してはならない⁽⁸⁾。

ここにもオーストリア法の職権主義と糺問主義が生きていて、その名は私人訴追であつても弾劾主義、当事者主義は一步譲つており英米法の私人訴追制度とは一線を画するのである。

起訴前処分における検事自身の権限は、告発（告訴）と起訴前処分執行可能状況を把握した後、次の権能を行使することである。

1. 特定の人間に対して刑事手続きを起すだけの根拠があれば、予審の開始の請求か即時に起訴かを行うことができる。StPO 九〇条一項。

2. そうでなければ、畧式手配書に依る告発の吟味の依頼を差し置いて自ら書面にある被疑者を調べなければならぬ。StPO 九〇条二項。

もし裁判所に依る起訴前処分が行われると、検事はそれ以上の追行の根拠を認めないとの所見をつけた書類を予審判事に送付する。そうすると予審判事は起訴前処分を中止し、勾留中の被疑者を即刻釈放しなければならない。つまりオーストリアの検事は「起訴前手続き」という名の捜査手続きにおいてその指揮者StPO 八八条一項にふさわしく起訴の適否、予審の要否を判断する責務を持つが、ドイツの検事と異なり「告発又は起訴前処分可能の認知後」StPO 九〇条、右の職権を行使する点で一種の不告不理原則が支配し、ドイツの様な主観的嫌疑に依つて公訴提起の爲、被疑者帰責証拠だけでなく免責証拠も捜査して真実を探究することで公益を代表する。その爲に一切の公的機関から情報を提供させ証拠、被疑者の不分明なるのを防ぐ責務を有する検事とは性質を異にする。オーストリアの検事はドイツ検事が右の理由で非当事者なのに反し、当事者Parteiであり、かつ客観性を要求される。しかも国益のみに従うから純粋な当事者ともいえない。その当事者性は形式的意味においてにすぎない。それは被告を人権規約六

条に依って、「弁論権を持った訴訟主体 Prozeßsubject と扱い、最早裁判官と同一体でなくなった起訴者（つまり検事）と対峙させる点での当事者という意味での当事者だからである。」そして刑訴手続きは、民訴にいう本当の当事者手続きではない。当事者は少なくとも公訴事件における対等な当事者ではないし、検事は真実と正義の為に闘うこと、それは被疑者（被告）には全く期待されないが、それを極めて厳格に義務づけられているからである。¹³⁾唯前述の私人訴追では先ず、追行権については和解が考えられ、それが原則として許されている。何故ならば此処では起訴の義務が全くないからである。¹⁴⁾

要するにオーストリアの検事は当事者である点がドイツの検事と根本的に違うがその当事者性の中で国益を代表し、客観的眞実主義にのっとって眞実と正義を追及する責務を負うのである。ドイツ検事が「告発その他に依り犯罪行為ありと思考する時は直ちに公訴を提起すべきか否かを決定する為に事実関係を探究しなければならない。検事は帰責事情だけでなく免責事情も捜査し、証拠を挙げ、証拠消失の防止に努めなければならない。検事の捜査は行為の罪体的特定に意味がある事情にも及ぶべきで、そのために裁判所の支援を得ることができドイツ StPO 一六〇、この目的達成の為に検事は全官庁から情報を受け、自ら一切の捜査を行いまた警察官庁と警察官に捜査をさせることができ、警察官庁と警察官は検事の要請や指揮に従わなければならない」ドイツ StPO 一六一のと対照的である。前述したとおりオーストリアの検事は告発その他の通報を警察官署から受けて初めて起訴前処分（つまり捜査）に着手すること、着手しても自ら取調べをせず、警察職員にさせたが臨場だけはして、強制処分も警察にさせる上、困難な事件については予審判事に予審を請求し、その予審判事は事宜に応じ検事の請求を待たずに勾留の伴わない起訴前手続きをすることができ、しかも検事の意志に拘束されないで捜査活動をし、予審が開始すると検事の行為の適法性を吟味する点

でドイツとは正反対である。この事が当然ながら検事と警察の關係に反映し、オーストリアでは、検事が法律上は「起訴前手続きの指揮者」StPO八八条一項とされながらその実体はなく、学説もまた「進展は法律を越えて了っている。今日、実体捜査は治安機関Sicherheitsbehörde（つまり警察）に比重がかかり、全く一方的に捜査を進め、多くの場合、その完成した結果だけを検事に提供している。この現象から生ずる法治国の問題は部分的には治安警察法Sicherheitspolizeigesetz以下SPG一二条三項が、ある犯罪の行為者の容疑が特定された瞬間に刑法法が独占的に適用されると規定されたことに依って、（つまり検事の捜査手続きにおける主体性の確保）爆発は避けられたものの、

なお、法治国として刑事追行の任務への道を警察活動に与えないようにする改革要求が未だ手つかずで残っている。」⁽¹⁴⁾という。

この点、ドイツではかつて警察という治安行政機関が、刑法法の弾劾化を逆手にとって世人に警察を当事者と誤認させる発想があつて、「検事を検査から撤退させ、公訴官に留まらしめる」という提案がドイツでなされたことがあるが、これは捜査の結実が公訴であり、公訴は決して捜査の化体であつてはならぬという公式を顛覆させることになるから、ドイツの「法治国の原則を覆えすものである」として、全面的に国会で否決され、今日「検事は捜査の主体であり」、「そのために非当事者であり」、「それが被疑者のための有利な証拠も捜査させ、正義と真実の発見者である。それが公益の代表性を位置づけ、だから法の番人の名に価する」とされているのである。提案は内務省から出され、検事の捜査権を否定し公訴に専念させ、刑事警察が全面的に捜査権を把握しようとするものだった。しかしロクシン Claus Roxin、リュージュング Hinrich Riping やペーターズ Karl Peters 等の諸説は、いづれも実体捜査に携わつて初めてその集大成としての公訴があり、公益代表者として真実を発見する非当事者の検事に依る捜査主体性は、公訴

提起準備手続きとしての捜査の適正の維持のために絶対必要であるとす。ペータースのいう予審が廃止された現在、捜査チェック司法チェックする者が前手続きで検事しかいなくなったから、前手続きは捜査手続きしか残らず、検事はこの指導者でコントロールだからこれ迄廃止しては刑事人権が護れない。またゲゼルの所説「検事が捜査面から全面撤退すると警察の捜査の結果だけを起訴状にするだけになる。それでは紙加工業者だ。検事は警察と裁判所の中間指令所であるから、警察から上がってくる捜査結果を取捨選択するフィルターで、公判を維持できるだけの公訴資料をふるいにかけなければならぬ。これは実体捜査に対して管理捜査といってよく、こうすることに依って警察の違法捜査や不当捜査を排除できる。それこそが公益代表者であり、法の番人である検事の役割である」また警察捜査に対する矯正捜査の必須を説く者にシェーファー Gerhard Schäfer があり、これ等の批判が勝を制し現行法が再確認されている。

それでも現実には警察が実体捜査の結果を検事に報告せず、捜査が完決してから検事に結果を報告している実状があり、ロクシンはこれを憂慮し^⑩その結果、検事直属の刑事警察が生まれている^⑪。ただし、ドイツでは、法律上、警察の独走を制御する装置を設けている。すなわち

- (一) 警察は犯罪について着手権を認められるが介入権はない
- (二) 着手後速やかな検事への事件送達の義務づけ（わが国の様な例外はない）つまり警察に捜査終結権を認めない。
- (三) 一切の捜査情報の検事への一括集中
- (四) 検事と検事直属刑事警察官（前記捜査補助警察官と、それ以外の捜査補助の要請を受ける警察官（一般警察官）との間に強制処分権に差等をつけている。

(五) 告訴、告発の受け方の差等。

三、オーストリアにおける予審の意義と制度的特色

1. 予審の意義を「職権上の真理追及」*amtswegige wahrheitsforschung* とし、*StPO* 九六条一項。

2. 予審審理は右のように職権に依り発動されるものであるにもかかわらず当事者が各自提議することができる。
九七条一項なお一二三条一項。

3. 予審審理は非公開である。現在、予審を採用している国にあっても「審理手続きを可視化すべし」との意見が一部にあるほか、また現行法上、フランスの予審は弁護士帯同であり、ドイツも前手続き（捜査手続き）で検事や捜査判事の尋問を受ける際は被疑者、被告に弁護士の帯同を認めることを強制している。⁽¹⁸⁾ オーストリアでは、その非公開を明文で定めている *StPO* 九七条二項。しかもその「非公開」の概念はフランスの予審やドイツの捜査判事の尋問を受ける場合と違い、厳密な意味に於てである。すなわち起訴者と弁護人は原則的に被告（被疑者）の尋問の場合に出席できない。ここで注意すべきはオーストリアが「予審」を立法として是とする所以を述べなければならぬ。

「この制度は糺問手続きから継承されていると考えられている。というのはそれが証拠を最も有効な時期に集め、喪失や偽造を防ぐからである。その上、見込のない事件において、公判の出費を避け得ることができ、結論的にこの制度は不当な追行に対する裁判所の監督を意味する。ただこの制度は手続きが延期される危険を伴っている」⁽¹⁹⁾ というの

が一貫した通説である。つまり真実発見こそが刑事司法の終極目標だから苟も不当な追行があってはならない。それを節にかけ、無用な公判審理を避けるのが予審である。それこそが刑事司法の正義である。ただ時間がかかるという以外に欠点はない。だから審理非公開²⁾も密室審理として糾問の非民主的刑事法の一つとはされずむしろ刑事人権の秘密保護であってそれを裁判所という国家の独立絶対公正中立な法の宣言機関が行うことで法の支配が保たれると考えている。

4. オーストリア予審の独特概念 「予審はオーストリアでは独特の概念を持ち、同一言語国であるドイツ（旧西ドイツ）で一九七五年一月七日迄存在した「予審 Voruntersuchung」やフランス現行刑法 Code de procedure penale 以下 C.P.P. 八一条以下に規定する「予審」とは趣を異にすることを注意しなければならない。すなわち、前述旧ドイツ刑訴は、検事から予審の請求があると公訴を提起でき旧 StPO 一七〇条、予審の請求は原則として比較的重要な犯罪についてなされ、請求がなされると検事から独立した予審判事 Untersuchungs richter が事件を取調べ、その結果にもとづいて裁判所が公判手続きを開始するかどうかを決定した旧 StPO 一九八条²項。また現行フランス刑訴の「予審」instruction は、検事 ministere public が収集情報から犯罪の存在を判断すると犯人が不明であっても重罪 crime と重要または複雑な軽罪 delit について必ず予審判事 Juge d'instruction に予審の請求をすることを義務づけられ、「予審判事は真実の発見に有用と思料する一切の予審行為を法律に従って行なう」C.P.P. 八一条ものとされる。つまり、検事の起訴を待ってその検事が事件の更に高度の吟味を求めるのに答える形である。

しかしオーストリアでいう「予審」は、旧西ドイツや現行フランスのものとは異なる。オーストリアでいう「予審」

論

説には広義で実質面から言えば二通りのものが考えられる。オーストリアの刑法は審理手続きを三段階に分け、前述の如く前手続き *Vorverfahren*、中間手続き *Zwischen verfahren*、公判手続き *Haupt verfahren* としている。この分類は統一後の現行ドイツも同様である。ただ前手続きが旧西ドイツでは、その中に検事に依る捜査手続き *Ermittlungsverfahren* と裁判所に依る予審手続き *Gerichtliche Voruntersuchung* があったが、前述のように裁判所に依る予審すなわち *gerichtliche Voruntersuchung* が廃止された今日では、検事による「捜査手続き」 *Ermittlungsverfahren* だけが前手続き *Vorverfahren* になっている。⁽²³⁾ その意味で今日前手続きの主体は検事である。そして通常は捜査手続きが刑事追行の中止に至らない限り「公判手続き」 *Hauptverfahren* の開始を裁判所が決定するいわゆる「中間手続き」 *Zwischenverfahren* に入る。⁽²⁴⁾ もっとも法律上は迅速手続き *beschleunigten Verfahren* StPO 二二二、二二二 b 条の場合は例外であって、捜査の終結後、直ちに公判手続きに入る。⁽²⁵⁾ ドイツの「中間手続き」というのは起訴状の伝達後、証拠申立てと意義に依って公判手続きの開始に影響を与える機会をもう一度被疑者が手に入れるためのものであり、⁽²⁶⁾ 具体的には、非公開廷での独立裁判官か裁判所の委員会に依りそれ以上の刑事追行の許容と必要が吟味されることに依って本人が常にこぼんで来た公判手続きを避ける機会を作ってやろうとするものである。⁽²⁶⁾ その特徴は、全裁判所のうちで最高の客観性を想定する職業裁判官だけがそれについて決定を下すことである。⁽²⁷⁾ 手続き的には検事が管轄裁判所に、起訴状を提出し、手書きに至る迄、書類を裁判所に差し出すことに依って公訴を提起することから開始される StPO 一七〇、一九九条二項。

起訴状受理の後の手続きとして法は次のことを定めている。

- 一、裁判長を定める StPO 二〇一。 a. 被告人に起訴状を伝達する。
- b. 被告人に証拠または抗弁の提出を促す。

c. 必要がある場合の義務弁護士の任命 SPO 一四一条一項。被告人が証拠や抗弁の提出をすると、裁判長単独でなく、裁判所が異議のない合意に依って決定を下す SPO 二〇一条二項。証拠提出については、公判手続きに適用される二四四条三項の厳格な規定ではなく、羈束裁量に依って決定される（異議あり）⁽²⁶⁾。

二、裁判所は職権か二〇一条の申立てに依って、捜査の補正を命じ、異議なき合意に依って、個々の挙証を指示することが出来る SPO 二〇二条。しかし検事もそれを委任できる（但し異論あり）⁽²⁷⁾。

以上でわかるようにドイツの「中間手続き」は真実発見の為に誤審が推測されるような要素を含む事件を未解決の俾で、公判に持ち込むまいとする法意が窺われる。それは無辜を罰し、善良な者に要らざる苦痛を与え、刑事司法の正義の実現からも、訴訟経済面からも得策でないからである。この行き方は起訴状一本主義や処分権主義、弾劾主義、当事者主義、弁論主義、紛争解決主義にはなじまず、裁判所の職権真実発見主義、審問主義を刑法の骨子とする前述べたオーストリアの刑事司法原理に一致する。またこの「中間手続き」がその構成員⁽²⁸⁾、制度趣旨共にきわめて現行フランスの刑訴法 重罪公訴部 *Chambre d'accusation* に酷似しているのに気付くのである。

すなわちその審理がフランスにおける重罪第二審の裁判所だからである。重罪公訴部の構成員が上訴法院 *Cour d'appel* の判事⁽²⁹⁾、同検事局所属の検事であることは前述したドイツ「中間手続き」の構成員が練達の職業裁判官のみであることと軌を一にする。審理が非公開であることも同一であり、その活動が検事の起訴後⁽³⁰⁾その職権又は請求に依り⁽³¹⁾（この点は予審と違うが）、（仮令、フランスの重罪が予審を法律上必須とするものであっても、予審開始の為に形の上では）検事 *ministere public* の請求 *demande* を要する点⁽³²⁾で、起訴と予審の分離⁽³³⁾がはかられ、予審を担当した予審判事を公判審理から外すことで予断排除を期している点も同一である。この点で当初に紹介したオーストリア

刑事司法は微妙に独仏と相違する。すなわちオーストリアはその広義の予審が前述のように二種あって、前者は検事に依る「起訴前処分」⁽¹⁰⁾ Vorehebung、後者は地方裁判所予審判事又は区裁判所判事に依る「裁判所の予審」⁽¹¹⁾ Voruntersuchung である。従つてドイツの現在の「前手続き」Vorverfahren が、「予審」が廃止されたため捜査手続と Ermittlungs verfahren だけで、その主体が検事であるのに比して、オーストリアの前手続きにはドイツの捜査手続きに相当する「起訴前処分」StPO 八七条一項、八八条一項（但し捜査手続きとは言わない）と、地方裁判所の単独制判事である予審判事 Untersuchungsrichter 又は区裁判所判事 Bezirksrichter に依る「予審」とが、この主体は予審判事及至区裁判所判事である。次に起訴前処分は、主体が原則的には検事であり、緊急の場合は時宜に依つて、予審判事又は区裁判所判事が行なう。内容は刑事手続きを特定の人間に及ぼせるかどうか確認するための手がかりを得るために行うもので、不特定の人間に対して行われることもありうる。そして「予審」は、検事の起訴後、その請求に依つて犯罪の科で告発された特定の人間に仮取調べをしたり、手続きの中止か、起訴、公判における証拠調べの準備のために必要な限りでの事実関係の解明をするための裁判所の前手続きである⁽¹²⁾。それ以前にも予審判事又は区裁判所判事が検事の請求を待たずして「起訴前処分」を行うこともある⁽¹³⁾。

予審を請求するかしないかは原則として起訴者（検事のほか私人訴追者 Privat an kläger が含まれる）の裁量に属する。しかし次の場合は義務的である。

一、判決が陪審裁判所 Geschworenengericht で行われなければならない重罪 Verbrechen と軽罪 Vergehen の場合 StPO 九一条一項。フランスの例に同じである。

二、不在者に対して刑事手続きが開始される場合 StPO 九一条一項

三、加害者起訴のための代替起訴者（私人訴追者）の登場の場合

四、刑法二一条二項か二三条に依る施設強制収容が命ぜらるべきとき StPO 四三条一項

ところでオーストリア予審判事は前述のように起訴前処分を行う権限、時宜に依っては（義務）を有している点が明白に独、仏と異なる。（但しフランス予審判事は軽罪現行犯について事前に司法警察業務としては介入できるから、オーストリアに近いともいえる。）またオーストリア予審判事、区裁判所判事が検事の請求を待たずに予審を行えるのは、事件の性質上、被疑者証拠の保全が遅滞を許さず、時機を失すると後日、犯跡の不明、証拠物の消滅、被疑者の不確保という事件解明の不可能につながる惧がある場合である。そして右の場合、勾留処分が行えないのも職権糾問主義に対する当事者主義と弾劾主義からの調整的制限と解する。なお、前述、「起訴前処分手続き」において、主体は検事であるが、検事自らこれを行うことはせず、治安機関（つまり警察）にこれをさせるから検事は警察に対する指揮性を有する。これもまた当事者主義、弾劾性からの配慮と考えられる。

なお、起訴前処分を予審判事や区裁判所判事が検事の請求なしに行える場合、検事の意思に依ってその処分が拘束されることはない。但し、予審判事、区裁判所判事、治安機関は検事の請求を合法的に受けるのであって、これを自らの処分をする時の合目的性に使ってはならない。また予審判事、区裁判所判事は検事の請求の合法性を審査でき

説
 だけでなくあってその合目的性を審査することはできない。従ってこの限りでは検事は予審判事、区裁判所判事、治安機関とは逆に捜査について合目的々に動くことも可能な予知が残ることになる。これは見方に依れば、起訴前処分について検事は弾力的な捜査ができることになるともいえよう。

論

四、公判手続きの特色

1. 当事者主義と口頭主義が支配的だが、後見的な意味での職権主義が並立していること。

公判手続きでは前述のとおり、当事者主義と口頭主義が強調されてはいるが後見的な意味での裁判所の職権主義が強い⁽⁴⁵⁾。すなわち裁判長は証拠調べを伴う口頭弁論を開き、被告人、証人を尋問し StPO 232(3)、245(1) 当事者の発言を統制し StPO 232(2)、(3)、被告、証人、鑑定人を再尋問^{*}し StPO 249(2)、職権で証拠調べをし StPO 254(1)、証拠調べを終結できる StPO 255(1)。

しかし裁判長がこれ以外にも公判手続き中、必要な決定をするのは当事者が何等申立てをせず、又は申立てに異議がなかった場合に限られ、当事者が相対立する申立てをしたり、当事者相互が争ったり、裁判長が当事者の一方の申立てを却下しようとするときは、参審裁判所(区裁判所) Schöffengericht⁽⁴⁶⁾では、また地方裁判所(陪審裁判所)にあっては陪審員 Geschworen の決定を待たなければならない StPO 238(1)。ここに職権主義に対する重大な制約と共に、名称は陪審 Geschworen であっても本質は参審制であるが、市民の司法参加として陪審と違い判決のみならず審理そのものにかかわっている点特筆に価する。職権主義が強い例証として、「武器対等原則」 Waflengleichheit は公判手続きと上訴手続きの Rechtsmittel ver fahren になって始めて存在することが挙げられる⁽⁴⁷⁾。すなわち検事と被告は

共に申し出と解明に依って手続きに影響を与えるから当事者であるが、検事の影響が遥かに大きい。検事だけが前述のとおり起訴前処分ができ StPO 八十八条一項、常時、調書 Akte を閲覧できる StPO 三四条三項。予審判事 Untersuchungsrichter が検事の申出を許さない時は、裁判所の協議部 Ratskammer にそれを提出しなければならぬ StPO 九七条一項。これは同八八条二項に依って起訴前処分にも準用されている。しかも検事はその裁判所の協議中、出席しその見解を、それ以前には全く口頭手続きが先行していない決定をする際に、主張することができる StPO 三五条二項、九四条⁽⁴⁶⁾。そしてこれを受けて必要的弁護 Notwendige Verteidigung は公判手続きや Hauptverhandlung に移ってからである。

2. 起訴前手続き、予審手続き、中間手続きにおける誤審の是正、可能性

証拠調べはスカンジナビア三国、スペイン、わが国で行われている交互尋問 Wechseltverhör Kreuzverhör とは違つた尋問形式で行われている。交互尋問は行われず、尋問主体と公判審理における真実発見と起訴前手続きについていえば、オーストリアの尋問は先ず主体が陪審員 Geschworen であること（区裁判所 Schöffengericht）にあっては陪審員 Schöffen）。その尋問は陪審裁判所 Schwurgerichtshof の協議を経て確定され、尋問は裁判長の署名が必要な文書に作成され、その他の無効な点があれば読み聞かせられなければならない。起訴者（原則として検事）と弁護士は尋問の草稿を保持しなければならない StPO 三二〇条一項。尋問が朗読された後は不変更主義 Immutabilitätsprinzip ドイツ刑訴は「主要手続き（公判手続き） Hauptverhandlung 開始後は検事は公訴を撤回しない」としてこの主義をうたっている StPO 一五六条。が適用される StPO 三二〇条二項。つまり一旦なした尋問の撤回はできない。しかし

尋問を受ける側つまり当事者は尋問形式と内容の補正変更を申立てることができる。陪審裁判所がこの申立てを許すと、尋問内容は新たに文書化され、裁判所長の署名を得た上で再朗読されるStPO三二〇条三項。ちなみに陪審員の質問形式は様式化されている。陪審員達は罪責について熟知しなければならぬからである。それ故、法律は正義発見のややもすれば難しい問題を、素人裁判官Laienrichterたる陪審員達に、イエスノーでのみ答えなければならぬ尋問形式の中から判断材料が呈示されるやり方に依って容易にさせているStPO三二七条一項。

次に劈頭述べたとおり尋問様式そのものもスカンジナビヤ、スペイン、わが国の交互尋問とは違う。オーストリアでは尋問形式を規格統一しており、罪責尋問Schuldfrageと修正尋問Zusatzfrageに分かれ、罪責尋問は更に主尋問Hauptfragen StPO三二二条か予備尋問Eventualfragen StPO一一四条に分かれる。予備尋問は主尋問が否認された場合のみに備えてされるからこう呼ばれる。またこの様に特別な名称をつけられなければならない。修正尋問は主尋問、予備尋問を通じて罪責尋問を肯定する場合になされる。この尋問も同様に特にこのように呼ばれる。そして再「本質」"eigentliche" StPO三二三条または「非本質」"uneigentliche" StPO三一六条修正尋問たり得る。すべての尋問は原則として同時になされる可きである。尋問は相互に一つの論理的つながりがあって総体的に判断され、複雑化した法律問題を克服することができる。主尋問だけが常に、他の尋問もまた個々の場合にかかっているかどうかをたしかめる。主尋問は、起訴がその基礎とする処罰に値する行為をしなければならなかった被告に刑事責任があるかどうかに向けられるStPO三二二条。それ故、主尋問は起訴の立脚点を明らかにすべきである。尋問の中には処罰せらるべき行為のあらゆる法律上の特徴が加えられるべきであるStPO三二二条。犯罪形式が暗々裡に前提としている例えば犯罪構成故意を前提とし得る特徴などがあるが、それは引用されてはならない。一九八四年司法新聞九八号。

行為は個別化され、また客観的な行為の特徴に関しても具体化されるべきである。あらゆる被告人とあらゆる行為に対して独自の主尋問がなされるべきであり、これは「想像上の競合」*Idealkonkurrenz*の場合にも適用される。また予備尋問は主尋問否認の場合のみになされ、公判手続きに行為事実が持ち出され、その後でそれが証明されて受けとられた場合にのみすべて行われる。つまり既遂犯罪でなく未遂 *Versuch* 直接正犯 *Taterschaft* 規定や共犯（寄与犯）*Beitragstäterschaft*、起訴犯罪でなく一二の可罰犯罪がなされたと仮定して、それに厳罰が科せられないような場合である。つまり証拠手続きからその争点があらわれた時、行為事実が持ち出される。一九九〇年司法新聞 262号。弁護人の単なる主張では認められない。しかし被告の答弁はそれが直接の思想違反でない限り（上訴審判決 新聞一九八一年一三号）常に顧慮されなければならない。それは公平手続きの基本として要求されるのである。（一九五八年人権、基本的自由権保護規約6条1項）

その際、証拠評価の権限は全く参審裁判所に帰属していない。被告の信憑性の判断は排他的に参審員に留保されている。一九八七年上訴判決新聞一三号。刑訴三二三条の本来の修正尋問は証明されたものとして受け入れられた行為事実が公判手続きに持ち出され、つまり刑の免除や刑の廃止がなされた時、主尋問や修正尋問の肯定の場合になされる。刑の免除の根拠の訴訟上の概念は釈明 *Rechtfertigung* と弁明 *Entschuldigung* もまた包括する。それに依って何人も可罰性が免除されたり廃止されたりする行為事実が持ち出された場合には適当にどちらかを選んで修正尋問がされるべきである。刑訴三一六条に依る非本質的な修正尋問は罪責尋問や予備尋問を肯定する場合になされる。つまり公判手続きにおいて行為事実が持ち出されその事実、証明されると、いわゆる可罰命題変更の困難又は緩和の原因とされる事実だが、それが持ち出されるとなされるのである。

そして以上の評決はどうかというと参審裁判所（区裁判所）の場合と同様、尋問の朗読について当事者の陳述がこの順序で続いて行われる。刑訴三二八条。陪審員 Geschworen 達は合議室に行き単純多数で座長を選ぶ。裁判長は陪審裁判所の合議に従って、陪審員達に与えられる教示を書き、書証に署名し、陪審員達に与えられている書類を封ずる。この後で裁判長は陪審員達に口頭でも法律教示を与える。裁判長がその際、文書の教示に反対だったり、補正する時は、その変更を調書に書き、長達が署名し、法律教示が付加されなければならない。刑訴法三二二条一項。正式な合議をするに際しては陪審員達はひとり、嚴重な密室にいる。刑訴三二六条。しかし陪審裁判所は陪審員達の合議に出席することを一致で決議できる。その前に陪審裁判所は合議体の意見を求めねばならない。合議体がこれに異議を唱えるとこの決議は採択されない。陪審員達は個々の質問の意義について個々の答弁の投票様式や理解を裁判長に教示するように求める。教示は陪審裁判所と書記官の出席している場所で行われる。教示は調書にとられ公判手続き調書にとじこめられる。刑訴三二七条一、二項。陪審員達が証拠手続きの補正や変更、尋問の補正を終ると、公判手続きは再開される。刑訴法三二八条。その他の無効について陪審員の投票に何人も同席できない。刑訴法三二九条。陪審員達はアルファベット順に座長を最後にして投票する。彼等は個々の質問にイエスカノーで答えるが、一つの質問を部分的に肯定しても良い。刑訴法三三〇条。一つの質問に絶対的多数（五票）が必要である。投票の平等にあたって被告に有利な意見が決定を与える。有責尋問を否定し、かつそれを否決された陪審員達が修正尋問に投票することはできる。彼等の投票はだから被告に好意的な票に加算される。刑訴三三一条。座長は票を数え、すべての尋問に平行的に質問の二枚の下書きにイエスカノーを記し、投票手続きを記入し、あらゆる場合の制限を付記する。刑訴法三三一条二項。彼はその訴答が過半数に達しないすべての質問に対して別に下書きで吟味を申立てる。すべての下書き

は座長に依って署名される。吟味の下書きは法律上、厳しい拘束力を持ち監督手続きや訴訟中止の要点を与えることになる。これは公判調書に寄与する刑訴三二六条六項が、判決正本については何の影響もない。刑訴法三四二条。

陪審評決 *Wahrspruch* と判決宣言の精査（検査）座長は裁判長に吟味についての評決と草稿（下書き）の記録を手交す。裁判長はそれに署名し、書記に朗読と署名をさせる。朗読の後でどの陪審員も原則として意見を変えることはできない。刑訴法三三二条三項。

監督手続きの可能性 *Möglichkeit des Monitorverfahrens*

陪審裁判所は陪審員達に陪審票決の修正を課する。それは一、二の陪審員から、投票に一票不和が紛れ込んでいると申立てられた時又は陪審裁判所が説得の為に起訴者と弁護人の言い分を聞いた後で、陪審員の票決が不明瞭で、不十分で又は本質的に矛盾しているとか或いは、陪審裁判所が草稿について矛盾した吟味をしているとの結論に達した時である。

一九八八年の裁判官新聞に依れば次のような場合もある。質問や法律（権利）教示についての誤解が草稿から明らかに（推論される）されたり、票決そのものが観念的な法律上はいかなる状態の下のものであっても、そこから変えられることのない考え方の中に、誤解の可能性がある時である。陪審裁判所が質問の変更や補正を望み又はそのようなことが起訴者や弁護人から申立てられた時は、口頭弁論が再開されることになる。刑訴三三二条五項。陪審員達は更新された投票に於て、異議を申し立てられた訴答のみを変更し、又は変更された理解で、新たに提出された質問のみに答えるべきである。刑訴法三三三条。

論

陪審裁判所が、陪審員達が判決言渡しに当り主要事実において誤っているという見解で一致すれば、それを目的にした申出を許すことなく、判決を中止し、事案を最高裁に提出することを決定する。中止は被告と訴因にのみ限定される。刑訴三三四条一項。この決定の否認はできない。この制度は陪審裁判所の判決は不完全な根拠（刑訴法二八一条一項五節）では取消し得ないように和解をなすように運用されるべきである。刑訴法三四五条一節一〇章の無効もまた被告の有利にのみ運用されるべきである。

最高裁 Oberster Gerichtshof OGH は職権に依って中止決定を吟味せずに一、二の陪審裁判所や一、二の管区や中止された可罰事実が陪審裁判所の管轄に属さない場合は、その陪審裁判所に依って表示された事物管轄を持つ裁判所に事件処理を命ずる StPO 三三四条二項。再開された公判手続きではどの裁判官も裁判長になれず、最初の公判に加わった陪審員は何人も認められない StPO 三三四条三項。二度目の陪審裁判所の投票が最初のそれと全く一致すれば裁判所はそれを判決の基礎とすることが出来る StPO 三三四条四項。一九五〇年以降、中止は被告の利益の為に不利益の為に許されている。決定が中止されなければ陪審員の投票は判決の基礎とされる StPO 三三五条。陪審員が罪責尋問を否認したり修正尋問を StPO 三三三条に従って肯定したり、陪審員に依って確定された行為と陪審裁判所が、陪審員がその行為に与えた法律判断を基礎付けるに当ってその追行が訴訟法の基礎から中止されたり、陪審に依って取り上げられた行為が裁判所に依る刑罰に値しないという考えを持っている被告を陪審員が有罪と判断した時は陪審裁判所は直ちに無罪を言い渡す StPO 三三七条。その他の場合には陪審裁判所は有罪判決を言い渡し陪審員と共に刑罰と、私法上の請求と訴訟費用についての措置を決定する。三三八条。再開廷の後、陪審員長はすべての陪審

員の出席で、その他の無効について質問と、質問の後で直接に陪審員の適切な投票を朗読する§PO三四〇条一項。裁判長は本質的な根拠と共に判決を又は根拠を挙げずに中止決定を宣告し、被告に彼の上訴について教示する§PO三四一条一項、二項。判決宣告の決定根拠は有責尋問の中に確認も証拠判断も法律判断も包含されていない。この際に陪審員に対する裁判所の尋問と陪審投票が行われる。刑の量定が基礎づけられる§PO三四二条。

むすび

オーストリアの公務員犯罪は前述のとおり補助訴追者（私人）に依る訴追で実効があるが公務員犯罪が告訴犯罪でもありかつ告発犯罪であり、告発の場合、当該職員の所属する公務署の管理者、職務関連者に依っても、一般私人に依っても可能な点に特色がある。この為折角私人が付審判の請求をしてもわが国のように本案に入る前に訴訟判決で形式的に棄却されることがない。又わが行政事件訴訟法三一条のように「処分又は採決が違法であっても、これを取り消すことに依り公の利益に著しい障害を生ずる場合において、原告の受ける損害の程度、その損害の賠償又は防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮したうえ、処分又は採決を取り消すことが公共の福祉に適合しないと認めるときは、裁判所は、請求を棄却することができる」として正に支配者（現憲法の国民主権からは認められない概念であるが）としての「国」の利益が「公共の福祉」の名目で、「法の支配」を法の宣言者が踏みにじることを許さないのである。この事は、同法二五条に依る「処分の取り消しの訴え」の申立てに対し、二七条の内閣総理大臣が異議を述べると、「裁判所は執行停止をすることができず、また、すでに執行停止の決定をしているときは、これを取り消さなければならぬ」同条四項ことで「法の支配」は政治的都合でいとも簡単に画餅に帰する可能性があり、またこれと

説

論

同趣旨の規定が檢察庁法一四条にあって、議員である（政治的官職の）法務大臣が檢察官の職務同法四条、檢察官の犯罪の捜査同法六条に關し、檢察官を一般に指揮監督できる上、個々の取調べ又は処分について檢事総長を指揮できることは、かつての諸々政治疑獄事件についての指揮權が発動され、主權者たる國民の法的制裁への期待が果たされなかつたことを考へるとき、わが憲法は自ら前文の「主權が國民に存することを宣言し」、「國政は國民の嚴肅な信託によるものであって、その權威は國民に由来し」、及び一條の「主權の存する日本國民」が規定する「國民主權」、一三条の「個人の尊重」、一四條の「法の下の平等」、一五條の「公務員の罷免權、公務員の奉仕者性」にいう九七條の「基本的人權の保障」、これを制度的に保障した四一條の國會の立法機關性、七六條の司法權の獨立で表明した筈の「權力分立」制が全く形骸化しているだけでなく就中、八一條、九八條一項の「法の支配」は全く空洞化し、憲法の基本原理で永久不可侵と斷つてある基本權の尊重は全く画餅と歸せしめる矛盾した法律とその執行をかかえていないとは言えない。

この点、ドイツの檢事制度は「檢事を非当事者として捜査の主体にし、法の番人として公益の代表者たらしめてい

るから、わが國の檢察庁法四條の「公益の代表者」という文言が同法六條の「捜査する」にかかると否か、とか、刑訴法一九三條一項後段の「捜査を適正にし」に結び付くかどうかという合目的な疑問提出や前記檢察庁法一四條の法務大臣の檢察官の公訴、捜査に対する指揮監督權の在り方についての國民に対する説得力の欠如とかの問題を生じさせない。けだし、ドイツの檢事は階層をなし上命下服の關係にあるが、上級者が発した違法な命令に服する義務を持たず、安んじて政治部門や行政部の違法、不当を捜査、起訴できる反面、⁴⁹ 実體捜査機關（刑事警察）の違法捜査に依り送檢された者の無実を發見した場合はこの者の無実を晴らす捜査も義務づけられているからである。⁵⁰ 英米法にお

ける公訴者の「被告を有罪にさえずれば良い」という片面的当事者観、わが国学説の一部に見られる「弾劾的訴訟観の下にあっては、ドイツの検事のような二面性は許されない。検事は須く弾劾者に徹すべきである。仮令無実のケースがあつても訴訟を進行することに依つてその審理仮定の間に訴訟構造の中で真実が発見されれば良い」とする訴訟観に論者は正反対の立場をとるものである。けだし、旧法の予審が実体捜査をスクリーニングし、その調書を充分に検事も公判廷も熟読、吟味したうえ審理したのと違い、それが糾問の欠点として廃止され、弾劾主義のあらわれとして予断排除、起訴状一本主義としながら刑訴二五六条六項、第一回公判期日後には、警察の捜査調査が一括送付されそれも三二〇条の伝聞排除の原則にもかかわらず、三二一条一項三号の特信状況下作成の犯罪事実存否証明のための不可欠供述として例外的に（むしろ一般的に）証拠として採用されるから、弾劾的訴訟観に立つ学説は実質的には警察糾問に回頭している矛盾がある。これでは全く本来の刑事人権保障の目的とは逆でありその為にする一種の詭弁といえるであろう。この点、オーストリア刑訴はドイツ刑訴を更に一步進めているといえる。けだし、既述の如くオーストリアの検事はドイツの起訴強制手続きを待たず、公務員犯罪については当然に起訴法定主義であり検事は他の事件における起訴便宜主義の裁量を許されないからである。⁽⁵¹⁾この権利、義務についてこれを阻止する訓令権を上位者の検事は持たず、司法大臣もこれを阻止する指揮権を發動してはならないことはオーストリア連邦憲法の規定する所であることは既に述べた。

これがいわゆる官から民に対する刑事人権の保障であるとすれば、この外に、公務員犯罪に対して私人が被害者として告訴できる場合と、いわゆる民衆訴訟の形で私人が犯罪を犯した公務員を補助訴追者として訴追できることは、民から官に対する刑事人権の保障であり能動的刑事人権の保障であるから、常に私人たる国民を受身の被支配者と見

説
 ているわが国とは対照的である。オーストリアでは、検事を代表者とする国家訴追主義、起訴独占主義を原則としながら、私人が被害を受けた場合、親告罪について、公務員犯罪については被害者たる私人の告訴と、一般私人に依る民衆訴訟としての告発を認めそれが原則となっているから、フランスの法理「国は一つの法人だから私人と法律上対等」であり、「国もまた法の下に裁かれ、罰せられるべし」という能動の形での刑事人権を認めていることになる。

論
 範とすべき立法例という他はない。

- (1) Christine van Den wyngaert, Criminal procedure Systems in the European Community, Butterworths, London, Brussels, Dublin, Edinburgh, 1993, P226, P.i conf.
- (2) Winfried Platzgummer, Grundzüge des Österreichischen Strafverfahrens, fünfte, neubearbeitete Auflage, Wien, Springer, 1993, S17
- (3) Winfried Platzgummer, Grundzüge des Österreichischen Strafverfahrens, Sechste neubearbeitete Aufl., Springer, Wien, 1994, S.56
- (4) 沢登佳人、沢登俊雄、新倉修訳G・ステファニ、Gルヴァースール、Bブーロック著フランス刑事法、成文堂昭和五七年十二月十日、五二六頁、沢登佳人「フランス刑事訴訟法に於ける『判決手続と訴追、予審との機能分離の原則』と『陪審制度』自由心証主義および口頭弁論主義の一体不可分制」一五一頁(b)自由心証主義以下一六四頁、一七一頁(b)予審記録に現れた資料に対する証拠能力および証明力の付与以下一七五頁、法政理論一六卷二号
- (5) Winfried Platzgummer, Sechste Aufl., op.cit., S.13
- (6) Theodor Kleinkecht, strafproze Berdnung, 33 Aufl. Beck'sche, München, S.820
- (7) Christian Bertel, Grundriß des österreichischen Strafprozeßrechts, Manzsche, Wien, 1990, S.138

- (8) Winfried Platzgummer, op.cit., S.126 ann.
- (9) Winfried Platzgummer, op.cit., S.127
- (10) Winfried Platzgummer, op.cit., S.149
- (11) Winfried Platzgummer, op.cit., S.48
- (12) Winfried Platzgummer, op.cit., S.49
- (13) Winfried Platzgummer, op.cit., S.49
- (14) Winfried Platzgummer, op.cit., S.125
- (15) 田和俊輔著「ドイツの検事制度の比較法的研究」勸業書房一九九二年十月二十日、三〇頁―五二頁。
 Karl Heinz Gössel, Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei, Goldammer's Archiv für Strafrecht, Herausgehen von Paul-Günter Pötz Ministerialdrigent im Bundesministerium der Justiz, 9 September, 1980, 127 Jahrgung, R.V. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, Hamburg, S.325
- (16) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 23 Aufl., München, 1993, S.59, Ann.
- (17) Claus Roxin, a.a.O.
- (18) 佐々木 誠 StPO168c,d, Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 23' Aufl., C.H.Beck, München, 1993, S.125
- (19) Winfried Platzgummer, fünfte Aufl. op.sit., S.129
- (20) Claus Roxin, op.sit., S.429
 Winfried Platzgummer, fünfte Aufl. op.sit., S.128 Ann.
- (21) Ernst Carsten, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, Schleier'sche Buchhandlung, Breslau, 1932, S.19, 21
- (22) Claus Roxin, op.sit., S.263' 44 Bundesgesetz zur Reform des Strafverfahrens rechts vom 9. 12 1974
 1- St VRG 44 Bundesgesetz blatt 1, 3393 v.g1.
- (23) Claus Roxin, op.cit., S.280

説

論

- (24) Claus Roxin, op.cit., S.280
- (25) Claus Roxin, a.a.O.
- (26) Claus Roxin, a.a.O.
- (27) Claus Roxin, a.a.O.
- (28) Claus Roxin, op.cit., S.280
- (29) Claus Roxin, op.cit., S.281
- (30) Claus Roxin, a.a.O.
- (31) Jean-Claude Soyer, Droit Penal et procédure pénale, cinquieme edition, L.G.D.J. Paris, 1977, P.305
- (32) Jean-Claude Soyer, op.cit., P.273, P.306
- (33) Claus Roxin, op.cit., S.280
- (34) Claus Roxin, op.cit., a.a.O., Jean-Claude Soyer, op.cit., P.276 art. 186 C.P.P.
- (35) Claus Roxin, S.281
- (36) Jean-Claude Soyer, op.cit., P.273
- (37) Jean-Claude Soyer, op.cit., P.273
- (38) Jean-Claude Soyer, op.cit., P.275
- (39) Jean-Claude Soyer, op.cit., P.274
- (40) Winfried Platzgummer, op.cit., S.125
- (41) Winfried Platzgummer, fünfte Aufl. op sit., S.128
- (42) Claus Roxin, op.cit., S.262
- (43) Winfried Platzgummer, fünfte Aufl. op.sit., S.128
- (44) Winfried Platzgummer, Sechste, neubearbeite Aufl. op.cit., SS.126-127
- (45) Winfried Platzgummer, op.cit., S.116 Anm. Christian Bertel, op.cit., S.158
- (46) Winfried Platzgummer, op.cit., S.117. Christian Bertel, op.cit. S.158 44178

- (47) Christian Bertel, *op.cit.*, S.59
- (48) Christian Bertel, *a.a.O.*
- (49) Claus Roxin, *op.cit.*, S.48
- (50) Claus Roxin, *op.cit.*, SS.48-49.
- (51) Winfried Platzer, *op.cit.*, S.15

