

## 検察官が出席しない判決宣告期日における判決言渡し

最2決平成19年6月19日 平成19年(あ)第88号  
覚せい剤取締法違反被告事件 刑集61巻4号369頁,  
裁時1438号2頁,判時1977号159頁,判タ1248号127頁

刑事判例研究会  
吉井 匡\*

### 【事案の概要】

#### (1) 第1審福井地方裁判所での判決宣告に係る事実経過

本件被告事件の第1審は、福井地方裁判所において単独裁判官によって審理された。平成18年8月11日、同事件の第2回公判期日が開かれ、審理が行われて結審し、第3回公判期日（判決宣告期日）が同月18日午後4時30分と指定告知された。

同月18日午後4時30分ころ、上記裁判官が同裁判所第2号法廷に入廷した。同法廷には、裁判所書記官が列席し、被告人及び弁護人が出頭の上在廷し、また、押送担当の刑務官が2名在廷していたが、検察官は出席していなかった。

上記裁判官は、本件被告事件について、判決の主文を朗読し、理由の要旨を告げ、上訴期間等の告知をした。その後、被告人、同裁判官の順で退廷した。裁判所書記官及び弁護人は、法廷内にとどまった。

上記裁判所書記官が、書記官席から、裁判官室に戻った上記裁判官に電話し、検察官が出席していなかった旨を告げた。同裁判官の指示

---

\* よしい・たすく 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

を受け、同書記官において、押送担当者に連絡を試みたが、被告人は既に同裁判所庁舎を出発していたので、被告人を法廷に戻すよう勾留場所の福井刑務所に電話連絡した。

被告人は、同刑務所に到着したが、上記の電話連絡があったことから、直ちに再び同裁判所に押送された。

検察官は、同日午後 4 時 42 分ころ、上記裁判官は、同日午後 4 時 53 分ころ、被告人は、押送担当の刑務官 2 名と共に同日午後 5 時 1 分ころ、それぞれ上記法廷に入廷した。同裁判官は、「先ほど検察官が不在だったので、もう一度検察官出席の上、判決を言い渡します」と述べた上、上記で宣告したのと同じ内容の判決を宣告した。その際、検察官、弁護士及び被告人から何ら異議の申立てはなかった。

以上のような事実経過に対し、被告人は控訴したが、検察官は控訴しなかった。

## (2) 原審における判断 (名古屋高裁金沢支部判平成18年12月14日)

「第 2 回公判期日において指定された日時場所に出頭した被告人に対して、検察官不在のまま、判決主文、理由、上訴期間等の告知がなされた後、被告人及び原審裁判官が退廷しただけでなく、被告人が裁判所庁舎外に出たという上記の事実関係に照らせば、判決宣告のための公判期日は既に終了したとみるべきである。そうすると、その後には裁判所庁舎外にいた被告人を呼び戻し、検察官立会いの下で改めて同一内容の判決宣告を行ったからといって、検察官不在のまま行われた上記判決宣告手続の違法が治癒されるものではない」

「そこで、次に、検察官不在でなされた判決宣告手続について検討すると、検察官は、判決裁判所の構成員ではなく、その不在が刑事訴訟法 377 条 1 号の控訴理由になるものではないけれども、同法 282 条 2 項が、公判廷を開くための要件として検察官の出席を規定していることからみれば、その出席のないまま開かれた判決宣告手続には、軽視できない違法がある

ものというべきである」

「しかしながら、原審第3回公判期日は、事件審理のために開かれたものではなく、既に結審し判決宣告のみのために開かれたものであるところ、検察官がかかる公判期日に出席しなかったからといって、直接、被告人の権利が害されるものではない。また、本件では、後に、検察官が出席して行われた判決宣告においては、従前と同一内容の判決言渡しがなされたに過ぎず、その内容を言直したようなものとは事案を異にするから、被告人に、当初の判決宣告に際して検察官が不在であったという違法を主張して、原判決の破棄を求めることを許さなければならないとまではいい難い。そうすると、検察官が控訴の申立てをしていない本件の事実関係においては、上記の訴訟手続の法令違反は、判決に影響を及ぼすような重大なものということはできない（最高裁判所昭和31年2月10日第2小法廷判決・刑集第10巻第2号159頁参照）」

控訴棄却の原判決に対し、被告人が上告した。

### (3) 弁護人の上告趣意

#### 第1 重大な法令違反

「本件第1審判決手続においては、刑事訴訟法282条2項において法廷の構成員とされている検察官が出席していない。原判決は、これを軽視できない違法があるとしながら、最高裁判所昭和31年2月10日第2小法廷判決を引いて、判決に影響を及ぼすような重大なものということはできないとしている。……しかし、本件のような2回の判決で被告人を混乱に陥れたことは否めない。このことは、1回目と2回目と判決内容が同じであるからと言って左右されない。前記判例は、付審判で通常在宅事件で執行猶予が付された点で特殊な事案であると思量する。以上の次第で、本件第1審判決に検察官が出席しなかった違法は重大であり、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと言える」

## 第2 重大な量刑不当

「第1審判決は被告人を懲役2年に処している。……上記法令違反で第1審及び原判決を破棄し、差し戻すことは、訴訟経済に反するが、違法な手続に対する救済として、減刑することが考えられる。実際、判決言直しの効力を有効とした上で再度の執行猶予を付した最高裁判所の判例として、昭和51年11月4日第1小法廷判決刑集30巻10号1887頁がある」

### 【決定要旨】

最高裁判所第2小法廷は、弁護人の上告趣意に対し、いずれも刑事訴訟法(以下、刑事訴訟法については条文番号のみ)405条の上告理由にあたらぬとして本件上告を棄却した上で、以下のような職権判断を示した(以下、本決定)。

「第1審裁判官は、判決宣告期日として指定告知された日時である平成18年8月18日午後4時30分ころ、裁判所書記官が列席し、被告人及び弁護人が出頭の上在廷する法廷で、判決の主文を朗読し、理由の要旨を告げ、上訴期間等を告知した上、被告人の退廷を許し、被告人は法廷外に出たものであるから、この時点で、判決宣告のための公判期日は終了したものであるべきである。その後、同日午後5時過ぎころ、勾留場所に戻った被告人を呼び戻して検察官出席の上で再度行われた判決の宣告は、事実上の措置にすぎず、法的な効果を有しないものというほかはない」

「そうすると、同日午後4時30分ころに行われた本件第1審の判決宣告手続には、刑訴法282条2項違反があり、この違反は判決に影響を及ぼすことが明らかというべきであるから、これが判決に影響を及ぼすような重大なものではないとした原判決の判断は、法令の解釈を誤ったものといわざるを得ない。しかしながら、上記のような本件の経過等にかんがみると、第1審判決の上記法令違反は、これによって被告人に実質的な利益侵害を生じさせるものではなく、かつ、事実上検察官も直ちに判決を了知しているものと認められるから、原判決は、上記法令解釈を誤った違反はあるも

のの、いまだこれを破棄しなければ著しく正義に反するものとは認められない<sup>1)</sup>

## 【研究】

### 一、問題の所在

342条は、「判決は、公判廷において、宣告によりこれを告知する」と定め、公判廷の定義につき282条2項は「公判廷は、裁判官及び裁判所書記が列席し、且つ検察官が出席してこれを開く」と規定するところ、本件では、1回目の判決宣告手続（以下、先行宣告手続）において検察官の出席がなかったことから、282条2項の規定に反する。その上、本件ではその瑕疵を治癒する目的で、すでに退廷し勾留場所に戻っていた被告人を再度法廷に呼んだ上で、検察官出席のもと、2度目の判決宣告手続（以下、後行宣告手続）をなしている。これによって、先行宣告手続の瑕疵が治癒され得るのが問題となる。加えて、この後行宣告手続の法的位置づけも問題となる。

次に、先行宣告手続につき、282条2項違反が存在する場合、その違反が379条の「判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反にあたり、控訴審で397条によって破棄されるかを検討する必要がある。さらに原判決は396条により控訴棄却しているが、上告審が原審判断に411条1号の「判決に影響を及ぼすべき法令の違反」があり、これを破棄しなければ著しく正義に反する（同条柱書）と判断すれば、原判決は破棄される。控訴審及び上告審の判断について各々検討する必要がある。

### 二、先行宣告手続の瑕疵と後行宣告手続の法的位置づけ

#### (1) 先行宣告手続の瑕疵と判決訂正・変更の時期的限界

---

1) 本決定の評釈類として筆者が接することができたものに、池田公博「判批」刑事法ジャーナル10号（2008年）145頁、匿名「判批」法律時報80巻1号（2008年）124頁、田淵浩二「判批」速報判例解説 Vol. 2.（2008年）225頁、黒澤睦「判批」平成19年度重要判例解説（2008年）219頁、田中優企「判批」法学新報115巻3=4号（2008年）293頁がある。

判決の成立は、内部的成立と外部的成立の2つの段階に分けて説明される。内部的成立は、裁判機関の内部で判断内容が形成されることを意味し、外部的成立は、対外的にもそれが認識可能な状態におかれることを意味する<sup>2)</sup>。

次に、判決宣告にあたって、裁判長が判決の朗読を一旦開始したら、誤読に基づく訂正であれ内容の変更であれ一切認めないとする見解は判例、学説とも見あたらぬ。いずれの見解であれ、判決の外部的成立以前であれば、判決宣告の訂正や、判決内容の変更(以下、判例訂正・変更)が許され、外部的成立以降は、宣告裁判所による判決変更、撤回は認められないとする<sup>3)</sup>。ここに、判決訂正・変更の時期的限界が存在する。

そこで、どの時点が判決訂正・変更の時期的限界となるかについて、判例を確認する。

東京高判昭和41年12月27日判時473号64頁は、「懲役4月」との判決を宣告後、被告人に退廷を許可したのち、検察官の指摘によって、法廷外の廊下で立話しをしていた被告人を再度入廷させ、「さきほどは懲役4月ときこえたかもしれないが、懲役1年4月が本当だから、そのように理解しているように」と告げた事案につき、「判決宣告手続が完了する以前にその朗読ないし告知の誤りに気付き、その場でこれを訂正することは許容されるものと解すべき」とした上で、本件では、判決宣告手続がすべて終了しているため訂正は無効であり、宣告刑は「懲役4月」として拘束力を生じるとし、原審判決書記載の刑期と、口頭で言渡された刑期が異なることから、原審の訴訟手続には法令違反があると見て、原判決を破棄した。

東京高判昭和43年10月28日家月21巻7号127頁は、判決言渡しに際し、「禁錮6月」と告げた後、「被告人に対しては本裁判確定の日から

---

2) 田宮裕『刑事訴訟法』(有斐閣、新版、1996年)418頁。

3) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要』(創文社、7訂版(17刷)、1975年)296頁、田宮・前掲注2)421頁など。

5年間」といいかけたが、「もとい、いまいった但し書部分は取消す」と述べ、判決理由朗読後、改めて但書のない主刑を言渡した事案につき、「被告人に対する刑の言渡は、告知の誤りが、その場で適法に訂正され、実刑の禁錮6月が判決の内容としてその効力を生じた」とした。

東京高判昭和47年4月17日高刑集25巻2号213頁は、被告人について「懲役1年6月、未決勾留日数全部算入、3年間懲役刑の執行猶予、保護観察に付す」旨の主文を朗読し、つづいて、罪となるべき事実、証拠の標目、法令の適用の順にその理由を告げている際に、立会の検察官が被告人には累犯前科があって執行猶予の要件を欠いている趣旨の発言をしたため、原審裁判官は、直ぐ判決理由の告知を一時中断し、被告人を後方の長椅子に着席させて、即座に問題の点につきなおよく記録を調べた後に、出頭の弁護士に対し、いまの判決は間違っていたから異存がなければこれを取消して言直したいと弁護人の意見を求めたところ、同弁護士は被告人と相談のうえ異議ない旨答えたので、裁判官は再び被告人を起立させ、改めて被告人に対し「懲役1年6月、未決勾留日数中211日算入」の判決を言渡した事案につき、「原裁判所は、前記のとおり、法令の適用を告げている段階で、判決の誤りを悟り、その場において、最初に朗読した執行猶予の主文を実刑の主文に変更したのであるから、右猶予の判決は未だ宣告を完了せず、原審の前記公判において宣告されたのは、改めて言い渡された懲役刑の実刑判決であるということが出来る。……原裁判官が判決理由の告知中に、検察官に指摘されたためとはいえ、誤りに気づいて、前叙のような経過で、即刻前記のような訂正をしたことを深く咎めることはできない」とした。

最1判昭和47年6月15日刑集26巻5号341頁は、裁判長が「被告人を懲役1年2月に処する」と朗読し、次いで判決の理由の要旨を告げ、上訴期間等の告知を行ない、席を立ちかけたところ、弁護士から

判決内容の確認する質問を受けたので、裁判長は、即座にその場で被告人の刑は懲役1年6月である旨および今一度主文を朗読する旨を告げ、直ちに主文を朗読し直した事案につき、「被告人に対する宣告刑は懲役1年6月としてその効力を生じたものと解すべき」とした。

最1判昭和51年11月4日刑集30巻10号1887頁は、併合審理していた3名の共同被告人とともに、被告人に対し判決の宣告をした際、一旦懲役1年6月、5年間の保護観察付き刑の執行猶予とする旨の主文を朗読した後、説示を行い、控訴期間等の告知をしたところ、列席の裁判所書記官から、被告人の犯行が前刑の保護観察期間中のものである旨指摘されたこともあって、他の共同被告人に対し判決の宣告を終わった旨を告げてこれを退廷させたいと、被告人を在廷させたまま記録を検討し、約5分後に、先に宣告した主文は間違いであったので言直すと告げて改めて懲役1年6月の実刑を宣告した事案につき、「判決の宣告は、裁判長……が判決の主文及び理由を朗読し、又は主文の朗読と同時に理由の要旨を告げることによって行うものであるが(刑訴規則35条)、裁判長がいったんこれらの行為をすれば直ちに宣告手続が終了し、以後は宣告をし直すことが一切許されなくなるものと解すべきではない。判決の宣告は、全体として一個の手続であって、宣告のための公判期日が終了するまでは、完了するものではない。また、判決は、事件に対する裁判所の最終的な判断であって、宣告のための公判期日が終了するまでは、終局的なものとはならない。そうしてみると、判決は、宣告のための公判期日が終了して初めて当の裁判所によっても変更することができない状態となるものであり、それまでの間は、判決書又はその原稿の朗読を誤った場合にこれを訂正することはもとより(最高裁……昭和……47年6月15日第1小法廷判決……参照)(判例 引用者注)、本件のようにいったん宣告した判決の内容を変更してあらためてこれを宣告することも、違法ではないと解する



のが相当」とした上で、「変更後の判決が第1審裁判所の終局的な判断であって、その内容どおりの判決が効力を生じたものというべきであり、かつ、変更後の判決内容にそった判決書が作成されているのであるから、第1審判決及びこれを是認した原判決にはなんら法令の違反はない」とした。

東京高判平成15年3月20日東高時報《刑事》54巻1-12号14頁は、判決宣告期日において、被告人に対し、「被告人を懲役2年6月に処する。未決勾留日数中30日をその刑に算入する」旨の判決を宣告し、控訴期間等の説明をした後、被告人を退廷させ、弁護士も退廷した。原審裁判官は、引き続き、同じ法廷において、別事件の裁判所として判決宣告を行った後、退廷し、本件及び上記別事件に立会していた検察官も退廷した。その後、原審は、立会書記官等を通じて、検察庁及び弁護士事務所にそれぞれ戻っていた検察官及び弁護士を呼び戻し、拘置所に戻っていた被告人も呼び戻して、それらの者を在廷させた上、先ほど未決勾留日数30日を算入すると言ったが、被告人は受刑中であつたので、誤りであり、未決勾留日数は算入しないこととする旨述べた上、「被告人を懲役2年6月に処する」旨、先に宣告した判決の内容を変更して改めて判決宣告を行い、上記訂正後の判決内容を表示する判決書を作成した事案につき、関係者を呼び戻す前の判決宣告で判決宣告手続は終了しており、後の判決宣告は無効であるとし、原判決を破棄した。

福岡高判平成16年2月13日高刑速（平16）192頁は、原審裁判官が、判決宣告手続を開始し、主文を朗読した上、理由として罪となるべき事実と法令の適用を告げ、続いて量刑の理由を説示中に、被告人が異を唱え説示を遮ったため、判決宣告手続を中断し、職権によって弁論を再開し証拠調べをした上で改めておよそ4ヵ月後に判決を宣告した事案につき、「裁判官が主文を朗読し、遅くとも、理由の要旨即ち罪となるべき事実と法令の適用を告げた時点において、既に当該事件に

対する裁判所の判断が公開の法廷で明らかにされ、判決の外部的成立を見たも同然というべきであるが(判決宣告手続が完結するまでは、判決の効力が発生しないことはもちろんである。)、このような段階に至った以上は、もはや判決宣告手続の取消(撤回)は許されないと解すべき」であり、「宣告した判決を全面的に取消(撤回)した上で、弁論を再開し又は判決宣告期日を続行したり、あるいは判決宣告手続を中断し、次回期日に取り消すことを予定して続行したりすることは法の予定するところではないばかりか、判決の明確性、法的安定性が損なわれること著しく、被告人の立場を不安定にし、ひいては、裁判の威信を危うくするおそれがある(当該裁判への違法不当な介入を招くおそれすら考えられる。)から、許されない」とした上で、「第2回公判期日に宣告された判決については、本来発生してしかるべき効力の発生を滞らせ」た違法があるとし、原判決を破棄した。

福岡高判平成16年2月25日判タ1155号129頁は、原審裁判官が、判決の宣告を開始し、被告人に対して懲役刑とその刑の執行を猶予する旨の主文を告げたところ、検察官から判決主文に誤りがある旨の指摘を受けたので、理由の朗読にすすむ前に言渡しを中断し、7日後の次回期日に改めて被告人を懲役10月に処する判決を宣告した事案につき、「もし、複数期日にわたる判決の宣告、例えば、判決の内容を一部朗読するなどした上、今回の判決宣告期日を指定することが可能であり、しかも、判決宣告手続の終了前に、既に朗読等をした内容を変更することも許されるものとするれば、判決の明確性を害し、いたずらに被告人の地位を不安定にするだけでなく、裁判に対する信頼をも失いかねない。また、判決の言い渡しを終えるまでの間に、裁判への不当な圧力や介入を招く原因ともなりかねない」とした上で、「宣告終了前であれば、判決内容を変更した後の手続に何ら制約がないと解するのは相当ではなく、裁判所は、途中で判決内容を変更をした場合でも、原則として、当該判決宣告期日において、その判決の宣告手続を完結さ

検察官が出席しない判決宣告期日における判決言渡し（吉井）

判決訂正・変更に関する判例一覧

裁判所・年月日	種別	事案の概要	判断
東京高判 昭和41年12月27日	訂正	検察官の指摘を受け、退廷後法廷外の廊下にいる被告人を再度入廷させ、刑期訂正	訂正無効、 破棄差戻
東京高判 昭和43年10月28日	訂正	判決言渡中、執行猶予を言いかげ、取り消す	訂正有効
東京高判 昭和47年4月17日	変更	執行猶予付判決の理由説明中、検察官の指摘を受け、言渡中断、被告人を後方長椅子に着席させ、記録検討後、弁護人の意向を確認の上、実刑判決宣告	変更有効
最1判 昭和47年6月15日	訂正	裁判長が席を立ちかけたが、弁護人の指摘を受け、刑期訂正	訂正有効
最1判 昭和51年11月4日	変更	執行猶予付判決の主文を朗読後、控訴期間を告知したが、書記官の指摘を受け、他の共同被告人を退廷させた後、実刑判決宣告	変更有効
東京高判 平成15年3月20日	変更	未決算入ありの実刑判決宣告後、被告人は退廷、拘置所に戻っていたところ被告人、弁護人、検察官を法廷に呼び戻し、未決算入しない実刑判決宣告	変更無効、 破棄差戻
福岡高判 平成16年2月13日	変更	判決理由説明中に被告人が異を唱え言渡し中断、職権で弁論を再開し、判決期日を126日後に変更	変更後の期日の判決は無効 破棄差戻
福岡高判 平成16年2月25日	変更	主文宣告後に検察官の指摘を受け言渡し中断、判決期日を7日後に変更	変更後の期日の判決は無効 破棄差戻

種別：訂正……誤読に基づく言直し等、変更……判決内容の変更

せることが当然のこととして要請されていると解され」、「判決の最も重要な部分である主文を言い渡した後、その宣告手続を中断し、これを撤回し又は撤回することを前提として、判決宣告のために他の日時を指定して改めて判決を宣告することは、許されていないと解するのが相当」とし、原判決を破棄した。

ここで注目されるのが、東京高判昭和41年12月27日（判例以下、昭

和41年東京高判)と、最1判昭和51年11月4日(判例以下、昭和51年最判)、福岡高判平成16年2月13日(判例以下、平成16年福岡高判(13日))及び福岡高判平成16年2月25日(判例以下、平成16年福岡高判(25日))である。

まず、昭和41年東京高判であるが、同判決は判決宣告手続の完了をもって判決訂正・変更の時期的限界とする。ここで、判決宣告中どの段階の終了をもって「判決宣告手続の完了」と見るかにつき、説が分かれていた。判決は、( )「判決主文及び理由の朗読」<sup>4)</sup>、( )(有罪の場合)「上訴期間等の告知」<sup>5)</sup>、( )(保護観察に付する場合)「保護観察の趣旨等の説示」<sup>6)</sup>から構成され、必要に応じて( )「訓戒」<sup>7)</sup>をすることができる。この点、( )の手続が終了した時点において判決の外部的成立があるとするもの<sup>8)</sup>、( )～( )までの段階では判決訂正を許すが、( )の段階では疑問とするもの<sup>9)</sup>も見られる。他方最1判昭和47年6月15日は、判決訂正が有効とされる理由を詳述していないが、同判決の調査官解説は、( )～( )を含んだ「判決宣告手続の実質的終了まで宣告の訂正が許されるとする前提をとったものと推察される」とする<sup>10)</sup>。

4) 刑事訴訟規則35条2項「判決の宣告をするには、主文及び理由を朗読し、又は主文の朗読と同時に理由の要旨を告げなければならない」

5) 刑事訴訟規則220条「有罪の判決の宣告をする場合には、被告人に対し、上訴期間及び上訴申立書を差し出すべき裁判所を告知しなければならない」

6) 刑事訴訟規則220条の2「保護観察に付する旨の判決の宣告をする場合には、裁判長は、被告人に対し、保護観察の趣旨その他必要と認める事項を説示しなければならない」

7) 刑事訴訟規則221条「裁判長は、判決の宣告をした後、被告人に対し、その将来について適当な訓戒をすることができる」(傍点引用者)

8) 萩原寿雄「裁判の宣告」河村澄夫ほか編『刑事実務ノート(2巻)』(判例タイムズ社、3版、1972年)281頁。萩原は、( )の手続が終了した後でも言渡しを訂正できると解することは、判決宣告手続に弛緩を来すので、裁判の威信という観点からも厳格に解したいとする(同282頁)。

9) 横井大三「判批」研修225号(1967年)25頁。

10) 小田健司「判解」最高裁判所判例解説(昭和47年度)(刑事篇)(1974年)89頁。同解説は、「裁判長こそ席を立ちかけたとはいうものの、他の裁判官は在席しており、被告人、検察官、弁護人もそのままの席にとどまっている……右の段階では、未だ判決宣告手続は

このように、「判決宣告手続の完了」につき、何をもって完了とするか学説や判例が分かれていたところ、昭和51年最判は、新たに「判決の宣告は、……宣告のための公判期日が終了するまでは、完了するものではない」と判示した。これにより、判決訂正・変更の時期的限界は拡張されたことになる<sup>11)</sup>。同最判に賛同する見解もある<sup>12)</sup>が、批判も多く、「言い直しの許容期間についていうと、この期間は、原則的には、理由の朗読またはその要旨の告知に続いている間と解するのが相当」とするもの<sup>13)</sup>や、「終了」の幅などといった不透明な問題はそのまま残されているとするもの<sup>14)</sup>、「宣告のための公判期日が終了するまでの間」という表現はいたずらに幅を広げ、適切でないとするもの<sup>15)</sup>、判旨の結論に賛成しつつ、言直しにつき「錯誤に基づく場合に限るとはっていない点」が問題だとするもの<sup>16)</sup>、などが存在する。

これに対し平成16年福岡高判（13日）は、判決の外部的成立の効力の発生については、判決宣告手続の完結を待つとしながら、「裁判官が主文を朗読し、遅くとも、理由の要旨即ち罪となるべき事実と法令の適用を告げた時点において、……判決の外部的成立を見たも同然」（傍点引用者）とし、平成16年福岡高判（25日）も、「判決の明確性」や「被告人の地位」、「裁判に対する信頼」を守り、「裁判への不当な圧力や介入」を防ぐといっ

---

完全に終了していないものとみることが十分可能」とするが、裁判長が席を立ちかけたということは「黙示の閉廷宣言」（同92頁（注7））があったことを示すものに他ならない。閉廷宣言は、判決の外部的告知の完了を意味するのである。さらに、もっとも厳格に訴訟行為がなされるべき判決において、その終期を「実質的」に判断することには疑問がある。

- 11) この点につき、最高裁が判決宣告手続の完了時と、公判期日の終了時を同一の時点と考えたかどうかについては不明であり、なお検討を要する。
- 12) 例えば、林修三「判批」時の法令959号（1977年）61頁、香城敏彦「判解」最高裁判所判例解説（昭和51年度）（刑事篇）（1980年）318頁、太田幸夫「判批」判例タイムズ347号（1977年）114頁、田中・前掲注1）304頁など。
- 13) 横川敏雄「判批」刑事訴訟法判例百選（5版）（1986年）205頁。
- 14) 米田泰邦「判批」昭和51年度重要判例解説（1977年）183頁。
- 15) 米山耕二「判批」警察研究49巻3号（1978年）66頁。
- 16) 青柳文雄「判批」判例評論220号（1976年）48頁。

た立場から、「宣告終了前であれば、判決内容を変更した後の手続に何ら制約がないと解するのは相当ではな」とした。昭和51年最判の認める判決訂正・変更の時期的限界に一定の限界があることを明らかにした点に両判決の意義がある<sup>17)</sup>。

そこで、本決定につき検討するに、本決定は昭和51年最判に倣い、同内容の判決のやり直しであっても、その時期的限界を公判期日の終了とした。その上で、原判決認定事実の下では、先行宣告手続によって判決宣告期日が終了していたと判断せざるを得なかったため、すでに、先行宣告手続において判決は外部的成立を見ており、先行宣告手続における検察官不在の瑕疵は後行宣告手続によっては治癒されないことを明確にした。よって、本決定は結論の限りにおいて妥当であるが、なお、判決やり直しの時期的限界につき、公判期日の終了としか示さなかったのは、特に「判決の明確性」や「裁判に対する信頼」の点において疑問がある。

本決定を含む過去の判例を確認すると、判決訂正・変更、あるいはやり直しの時期的限界について、訴訟関係人（特に被告人）が在廷中か否かを1つの基準として時期的限界について判断しているとも考えられる。学説の中にはこの基準を支持するものもある<sup>18)</sup>。確かに被告人が在廷しているか否かは客観的に把握可能であり、一見、訴訟経済にも適い、妥当なようにも見える。しかし他方、本来適式になされるのが当然であるはずの訴訟行為の瑕疵について、法廷内の状況いかんでその治癒の可否を判断するのは、手続の公平性・適正性確保という観点からすれば、疑問があるといわざるを得ない。判決の構成内容から、例えば、先述の( )「保護観察の

17) 鎌田隆志「判批」研修677号(2004年)20頁。

18) 太田・前掲注12)114頁は、「公判期日が終了したか否かについての判断は主として被告人の退廷の有無……によって客観的に判断されるべきで……形式的な閉廷宣言の直後であっても、被告人が在廷する限り、当事者から声をかけ、宣言内容について発問をなせば、裁判所がこれを直ちに取り消し、宣言内容を明確化し、違法な点を是正することも、その限りにおいて許される」とする。さらに、田中・前掲注1)316頁(注10)は、昭和41年東京高判のような、被告人が法廷外の廊下にいるような場合も、「手続を直ちに再開することが可能」として、この段階まで時期的限界を拡張する。

趣旨等の説示」が時期的限界であるとする説は、( )までの手続と( )「訓戒」との間に刑事訴訟規則上明らかに時間的差異が設けられていることから、時期的限界を画する基準として今なお検討すべき価値を有していると思われる<sup>19)</sup>。

## (2) 後行宣告手続の法的位置づけ

判決宣告も訴訟行為の一部であるところ、訴訟行為について従来学説は、その成立を前提に、訴訟行為の諸種の価値判断を行う<sup>20)</sup>。

学説上、訴訟行為は、「訴訟手続を組成する個々の行為で訴訟法的効果を認められるもの」<sup>21)</sup>ととらえられ、「法のみとめる訴訟行為の定型に合致するとき」<sup>22)</sup>、あるいは「一応、訴訟行為の型にあてはまる場合」<sup>23)</sup>に成立し、「行為の外観をそなえてない場合」<sup>24)</sup>不成立となる。「成立の有無は訴訟行為の構成要件の充足の有無にほかならないから、抽象的・一般的・静的に、訴訟行為じたいの側面から判断される」<sup>25)</sup>とするが、その内実、つまり、訴訟行為の成立、不成立の境界は必ずしも明らかではないように思われる。

一方、判決の成立を前提として、訴訟行為の有効・無効についての判断が必要となる。有効・無効とは、「訴訟行為がその内容に応じた効力を生ずるか否か」<sup>26)</sup>であり、「効力とはその訴訟行為の構成要件の効力のほか

---

19) なお、この点、( )を時期的限界とする説に対し、「判決の宣告の実際においては……たとえば、主文の朗読と理由の朗読またはその要旨の告知の後……訓戒が行われ、その後……上訴期間等の告知が行われるという場合が実務上少くない。……このような場合どの様に解するのであろうか」とする見解（小田・前掲注10）91頁（注5））もあるが、そうであっても、たとえば( )～( )の内容が、どのような順番であれ（たとえ、訓戒がその途中に挟まれたり、( )～( )が混ざり合ったとしても）すべて宣告された段階を時期的限界とすることは決して不合理な基準ではないと思われる。

20) 団藤・前掲注3）185頁。

21) 高田卓爾『刑事訴訟法』（青林書院新社、2訂版、1984年）109頁。

22) 団藤・前掲注3）185頁。

23) 光藤景皎『口述刑事訴訟法（中）』（成文堂、補訂版、2005年）17頁。

24) 田宮・前掲注2）249頁、田口守一『刑事訴訟法』（弘文堂、5版、2009年）185頁。

25) 団藤・前掲注3）186頁。

26) 田宮・前掲注2）249頁。



ならない<sup>27)</sup>とする。訴訟行為が無効である場合、構成要件の効力が認められないのであって、そこに「何らの法的効果も生じないという意味ではない<sup>28)</sup>。例えば、「時効停止の効力を生ずるためには、……公訴の提起が有効であることを必要としない<sup>29)</sup>」のである。

そこで、本案の下での判決公判について、検察官の不在という瑕疵を、訴訟行為の成立・不成立を左右する瑕疵と見るべきか、判決の成立を認め、その効力の有効・無効について判断すべき程度の瑕疵と見るべきかについて検討する。

本決定は、上記<sup>(1)</sup>において示したように、先行宣告手続については、検察官不在の瑕疵がありながらその成立を認めている。なぜなら、先行宣告手続が不成立なら、「これを無視することができる<sup>30)</sup>」のであり、後行宣告手続を否定する理由がないからである。後行宣告手続に基づく判決は成立しているが、無効であるために上訴による是正を待つしかないと裁判所が判断したものと思われる。これは、「一般に訴訟当事者の出席は判決宣告に不可欠の構成要件ということはできず、判決の成立を否定するほどの瑕疵とはいえない<sup>31)</sup>」からであろう。

これを踏まえて、後行宣告手続の法的位置づけを検討する。後行宣告手続につき本決定は、「再度行われた判決の宣告は、事実上の措置にすぎず、法的な効果を有しない」とし、これに賛同する見解も見られる<sup>32)</sup>が、訴訟行為の有効・無効の観点からの見ると、疑問がある<sup>33)</sup>。確かに本決定は、先行宣告手続の成立を認め、その瑕疵の治癒は後行宣告手続では治癒されないとしたが、後行宣告手続がおよそ訴訟行為として不成立となるほど、

---

27) 団藤・前掲注3)187頁。

28) 高田・前掲注21)122頁。

29) 伊藤栄樹ほか編『注釈刑事訴訟法(3巻)』(白井滋夫)403頁(立花書房,新版,1996年)。

30) 団藤・前掲注3)186頁。

31) 田淵・前掲注1)227頁。

32) 池田・前掲注1)148頁,田中・前掲注1)307頁。

33) 田淵・前掲注1)228頁参照。



行為の外観を備えていないとは考え難い。先行・後行両宣告手続に基づく判決は、双方とも成立しているが、先行宣告手続に基づく判決には検察官不在の瑕疵があり、後行宣告手続に基づく判決は無効なのである。その上で、本決定のいう「法的な効果」は、当該訴訟行為の構成要件の効力を指しているものであると限定的にとらえる必要があると思われる。例えば、上訴期間など判決成立に伴う訴訟法上の期間の定めのある規定の起算は、後行宣告手続の終了をもってはじめるべきである。先に紹介した平成16年福岡高判（13日）は、126日後に期日変更した後の判決を無効としたが、その期日変更後の判決を受けた被告人側の控訴を認めている。当然、期日変更前の裁判宣告期日を控訴提起期限の起算点とするなら、126日以上経過した後の控訴は棄却されなければならないのであるから、判決は無効であっても、そこに一定の法的効果は認められる必要がある。

### 三、検察官不在の瑕疵

#### (1) 379条の「判決に影響を及ぼすことが明らかな」法令違反

旧刑事訴訟法329条2項は「公判廷八判事，検事及裁判所書記列席シテ之ヲ開ク」となっており、大決昭和2年6月7日〔大〕刑集6巻205頁は、「判決ヲ宣告スル爲公判廷ヲ開ク場合ニ於テモ其ノ構成ヲ缺クニ於テ八同法第四百十條第一號（法律に従って判決裁判所を構成しなかった場合の絶対的上告理由 引用者注）ニ該當スル不法アルモノト云ハサルヘカラス」とした。一方、現行法は、検察官につき特に「出席」と改めたが、これは戦後検察庁が裁判所から分離され、訴訟当事者としての地位を強調するためであるとされ<sup>34)</sup>、そのため、377条1号の定める「法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと」には該当しないと解されている。最2判昭和31年2月10日刑集10巻2号159頁において、池田克判事は、付審判請求事件における判決宣告期日に検察官の職務を行う弁護士が出席しなかったと

---

34) 平場安治ほか編『注解刑事訴訟法（中）』（高田卓爾）451頁（青林書院新社，全訂新版，1982年）。

いう事案について「検察官の職務を行う弁護士の不出席のまま、……公判廷が開かれたときは、公判開廷の手續上の違反ではあるが、判決裁判所の構成には影響がないのであるから、刑訴377条1号の定める絶対的の上訴理由たる『法律に従って判決裁判所を構成しなかった』場合にはあたらない。」右……公判が事件の審理のために開かれたものでなく、すでに結審して判決言渡のみのために開かれたものであることを併せて考えてみると、判決には影響を及ぼさないものと認めるのを相当とする」との補足意見を付した。

絶対的控訴理由にあたらないとすれば、検察官不在という法令違反が相対的控訴理由として379条にいう「判決に影響を及ぼすことが明らか」な場合に当たるか否かを検討することになる。「判決に影響を及ぼすことが明らか」の意義については、最大判昭和30年6月22日刑集9巻8号1189頁が「その法令違反がなかったならば現になされている判決とは異なる判決がなされたであろうという蓋然性がある場合」とする。本件において、検察官の出席なく判決の宣告を行ったとしても、すでに審理は結審しており、裁判官の心証形成において何らかの影響を与えることも考えにくい以上、「現になされている判決とは異なる判決がなされたであろうという蓋然性」はあるとはいえない。そこで学説は、「判決に影響を及ぼすことが明らか」の中身として、「手續の違法の結果、判決の無効を来したものであり、もし手續の違法がなければ有効な判決を言い渡したであろうという場合」<sup>35)</sup>も含むととらえる。そうしなければ、無効な判決を是正する機会を失うからである<sup>36)</sup>。

本事案について見ると、原判決は、「原審第3回公判期日は、事件審理のために開かれたものではなく、既に結審し判決宣告のみのために開かれたものであるところ、……上記の訴訟手續の法令違反は、判決に影響を及ぼすような重大なものということとはできない」としたが、本決定は、「本

35) 光藤景皎『口述刑事訴訟法(下)』(成文堂, 2005年)26頁。

36) 池田・前掲注1)148頁。

件第1審の判決宣告手続には、刑法282条2項違反があり、この違反は判決に影響を及ぼすことが明らか」とする。決定はその理由について特に言及していないが、本事案の状況を見れば、282条2項違反は、「判決宣告手続における様式性を重視し、原告官たる検察官が欠ける」<sup>37)</sup>こととなり、「手続の違法の結果、判決の無効を来た」すほど重大なものであると裁判所が判断したと考えるのが妥当であろう<sup>38)</sup>。その限りで、先の池田補足意見の引用部分を否定し、最高裁としての立場を明らかにしたものだと考えられる<sup>39)</sup>。

## (2) 訴訟関係人の瑕疵と411条1号

本決定は、検察官不在での判決が379条の定める「判決に影響を及ぼすことが明らか」な場合に該当するとしたが、その上で、これを破棄しなければ著しく正義に反するものとは認めなかった。つまり職権破棄事由を定めた411条1号には該当しないとしたのである。この点について検討するに、そもそも411条1号による破棄は「原判決の存在……自体、又はそれによって生ずべき法状態が、何よりも司法の公正維持の趣旨から見て許されない場合」<sup>40)</sup>になされる。

そこで、判決宣告期日において訴訟関係人に瑕疵があった場合について、裁判所がどのような判断を下しているかを確認する。

最3判昭和30年1月11日刑集9巻1号8頁は、必要的弁護事件における判決公判において、弁護人不在のままなした判決につき、「被告人が弁護人を選任するのは主として公判における弁論のためであり、公判の審理においてよく攻撃防禦の方法を講じ被告人の利益を保護するために外ならないのであるが、判決宣告の公判期日は、すでに攻撃防禦の方法が尽され弁

---

37) 匿名・前掲注1)125頁。

38) 黒澤・前掲注1)220頁。

39) 田淵・前掲注1)227頁。

40) 伊藤栄樹ほか編『注釈刑事訴訟法(6巻)』(柴田孝夫)451頁(立花書房、新版、1998年)。

## 判決宣告期日における訴訟関係人の瑕疵と著反正義判断

	判決裁判所を構成するか	判決時に瑕疵ある場合、破棄しないと著反正義となるか
弁護士	しない(282条2項に記載なし)	ならない(不在の場合・最3判昭和30年)
検察官	しない(旧法からの変化, 最2判昭和31年の池田補足意見)	ならない(不在の場合・本決定)
裁判官	する	なる(審理に関与しない裁判官が判決に関与した場合・最2判昭和28年, 権限のない裁判官が出席した場合・最3判平成19年)

但し、検察官の出席につき、裁判の適正さを確保するために重視する見解がある。注43) 参照。

論が終結した後の期日であるから、弁護人にその期日を通知して出頭の機会を供するかぎり、必ずしもその立会を要するものと解しなくとも被告人の権利保護に欠けるところはない」とし、その上で「刑訴411条を適用すべき事由も認められない」とする。

一方、最2判昭和28年4月17日刑集7巻4号873頁は、公判審理に関与していない裁判官が原判決に関与した場合は、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するとし、また最3判平成19年7月10日刑集61巻5号436頁は、最高裁から高裁判事の職務を代行させる旨の人事措置が発令されていない判事補が、判決宣告期日にのみ加わって構成された裁判体によってなされた判決につき、「原判決の宣告手続には、裁判所法18条等の法律に従って判決裁判所を構成しなかった違法があることが明らかであり、これは判決に影響を及ぼすべき法令の違反であって、かつ、原判決を破棄しなければ著しく正義に反する」とする。

ここで、検察官について検討するに、旧法が、検察官につき「列席」としていたのを、現行法において「出席」と表現を変えたのが、当事者主義における訴訟当事者としての地位を強調するものであるならば、法廷にいなかったことで不利益を受ける検察官が上訴や異議の申立てをしなかったことを責問権の放棄として、282条2項違反の治癒を認めるべきとの見解

もあり得る<sup>41)</sup>。しかしながら、原審が「検察官が控訴の申立てをしていない本件の事実関係においては」と述べているにもかかわらず、本決定はこの点について一切言及していない。これにつき、「当事者の便宜のために設けられた事項は、むしろ原則として瑕疵が治癒される」<sup>42)</sup>と考え、282条2項の規定は、当事者主義の発露と考えるのではなく、公判廷を構成する上で検察官は裁判の適正さの確保のためには不可分の存在であることを示しているとの見解も成り立つであろう<sup>43)</sup>。

また、411条の著反正義判断につき、本決定において「事実上検察官も直ちに判決を了知しているものと認められる」ことを破棄しなくても著反正義とはならないとの判断を導く上での1つの要素として挙げていることについては検討が必要である。手続の適正性を担保するために検察官の出席を求めているのならば、検察官が判決を了知しているか否かは著反正義の判断と直接の関係を有しないであろう。裁判所が「法的な効果を有しない」と判断した後行宣告手続によって判決を了知したという本事案の下で、何故「了知」を積極的に評価するのか、疑問がある。確かに、破棄すれば同内容の判決が繰り返されることが予想でき、これが訴訟経済上必ずしも好ましくないのはその通りである。ただ、本件のような場合、裁判所は、一方当事者の了知という事実面だけを見るのではなく、手続的正義の観点から手続全体を俯瞰したとき、手続の適正性確保に重大な関心を払うという裁判所自身の姿勢を示すことにも大きな価値があるという点も強調されるべきではなかろうか。

被告人に実質的利益侵害が存在しないという点についても、手続的正義や手続の適正性確保といった観点から見れば、「被告人に実質的不利益が存在する場合」に上告審での破棄判決をもたらす方向に強く働く点は認めうるとして、不利益が存在しない場合であっても、手続の適正性確保の要

---

41) 田淵・前掲注1)228頁。

42) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）38頁。

43) 田淵・前掲注1)228頁。

請から、破棄する場合も当然あり得るであろう。例えば、先に紹介した最3判平成19年7月10日は、判決宣告期日だけに適法に判決裁判所が構成されなかったという、「被告人に実質的不利益が存在しない」場合の破棄事例であり、裁判所が適正手続保障を重視するという姿勢を示したものである。

本事案においても、最3判平成19年7月10日のように、「被告人に実質的不利益が存在しない」場合であってもなお、最高裁が破棄判決をなすことは不可能ではなかったと考えられる。そして、仮に破棄判決がなされていれば、それは裁判所が適正手続保障に強い関心を有していることを示す一例となったのではないかと思われる。