

# 刑事判例研究

関 口 和 徳

愛媛法学会雑誌 第42巻第2号 抜刷  
2016（平成28）年1月

# 刑事判例研究

関 口 和 徳

税関職員が犯則事件の調査において作成した書面を刑訴法 321 条 3 項によって許容した事例

東京高裁平成 26 年 3 月 13 日判決

平成 25 年(う)第 1464 号 各覚せい剤取締法違反, 関税法違反被告事件

高刑集 67 卷 1 号 1 頁, 判タ 1406 号 281 頁

## 【事実の概要】

原审東京地裁は、要旨、「被告人 3 名が、氏名不詳者らと共謀の上、営利の目的で、覚せい剤を日本国内に輸入しようと計画し、ラスベガスの空港でデルタ航空 2140 便に搭乗する際、ビニール袋 39 袋に小分けされた覚せい剤約 10.981 キログラムを食品の箱 39 箱に収納し、スーツケース 3 個に隠し、機内預託手荷物として同機に積み込ませ、ソルトレイクシティの空港でデルタ航空 635 便に積み替えさせ、同便により東京国際空港に到着し、スーツケース 3 個を機外に搬出させて日本国内に持ち込み、東京税関羽田税関支署旅具検査場を通過しようとしたが、税関職員に発見され目的を遂げなかった」という事実を認定した上で、被告人 3 名に対して、いずれも有罪を言い渡した（東京地判平 25・7・24 公刊物未登載）。

上記の事実を認定するに際し、同地裁は、「税関職員が、被告人 3 名に係る犯則事件の調査において、㊦所持品等を観察して確認した結果を、撮影した写真を貼付するなどして書面化し、被告人 3 名が携行していたスーツケース及び収納物の形状等を立証趣旨として証拠とされたもの（写真撮影報告書 3 通。原審甲 8, 11, 14）、㊧押収品を観察して確認した結果を、撮影した写真を貼付するなどして書面化し、被告人 3 名から押収した覚せい剤の形状等を立証趣旨として証拠とされたもの（押収品写真撮

影及び品名等訂正報告書・原審甲9, 押収品写真撮影及び品名訂正報告書・原審甲12, 押収品写真撮影報告書・原審甲15), ㊸白色結晶の収納状態を観察して確認した結果を, 撮影した写真を貼付するなどして書面化し, 被告人3名から押収した覚せい剤の形状等を立証趣旨として証拠とされたもの(白色結晶の収納状態確認報告書3通。原審甲10, 13, 16), ㊹所持品の差押手続をした税関職員が, 差押の日時及び場所, 差押物件等を記載して書面化し, 被告人3名から覚せい剤と認められる白色結晶等を差し押さえたこと等を立証趣旨として証拠とされたもの(差押調書3通。原審甲17, 38, 50)」について, 作成名義人らを証人として尋問した上でいずれも刑訴法321条3項によって証拠能力を認め, 税関検査で被告人3名のスーツケースから覚せい剤が発見されたことなどの事実の証明に用いた。

被告人3名はいずれも控訴し, 控訴趣意において, 「財務事務官作成の写真撮影報告書等(原審甲8ないし16)及び差押調書(原審甲17, 38, 50)について, ①財務事務官が作成した書面に刑訴法321条3項を準用又は類推適用することはできない, ②写真撮影報告書等には撮影時間や撮影時の状況等に関する記載がなく, また, 差押調書は法令上検証とは別個の処分である差押えの結果等を記載したものであるから, いずれも性質上検証調書と同視できず, 同項を準用又は類推適用することはできない, ③作成名義に偽りがある, ④記載内容に, 見分結果やそれから論理的に推理される意見判断とはいえない記載が含まれていたり, 誤りがある旨指摘し, これらの書面を同項により証拠とした原審には判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反がある」などと主張した。

## 【判旨】

各控訴棄却(確定)。

判決理由において, 被告人3名が控訴趣意において主張した①および②の点について, 次のような判断が示された。

「作成主体(所論①)について

上記各書面の作成者は, いずれも関税法に定める税関職員であるところ, 犯則事件の特殊性にかんがみ, 同法の規定に基づき, 犯則事件を調査するため必要があると認めるときは, 犯則嫌疑者に質問したり所持する物件等を検査したりできるほか, 裁判官の発する許可状により強制処分である臨検, 搜索及び差押えができるものとされ,

これらの調査をしたときには法令に定める事項を記載した調書を作成すべきものとされている(関税法第11章第1節, 同法施行令第9章参照)。これらの規定に照らせば, 税関職員による犯則事件の調査は, 検察官, 検察事務官又は司法警察職員が行う犯罪の捜査に類似する性質を有するものと認められるから, 税関職員が犯則事件の調査において作成した書面であっても, 検証の結果を記載した書面と性質が同じであると認められる限り, 刑訴法321条3項所定の書面(以下「3項書面」という。)に含まれるものと解するのが相当である。

「書面の性質(所論②)について

刑訴法321条3項が, 捜査機関の検証の結果を記載した書面について, その作成の真正が立証されれば証拠能力を認めることとしているのは, 検証が場所や物の状態を五官の作用により客観的に観察して認識する作業であり, その結果が検証の直後に業務として正確かつ詳細に記載されるという採証活動及び調書作成の特質に照らして, 検証の結果を記載した書面の方が検証者による口頭の報告よりも正確で理解しやすい上, 検証者の主観的意図によって虚偽が作出される余地も少ないことを理由とするものと解される。

このような趣旨を踏まえて考察すると, 本件各写真撮影報告書等(原審甲8ないし16)は, 税関職員が, 犯則物件の発見状況や押収品を明らかにし, 証拠として確保することなどを目的として, 五官の作用により被告人3名の所持品や押収品の状態等を観察, 確認して写真を撮影し, その結果を撮影した写真を貼付するなどして書面化したものであって, 採証活動及び調書作成の点において検証と性質を同じくするものであり, 書面の方が口頭による報告より正確で理解しやすいものであるから, 検証の結果を記載した書面と同質の書面と認められ, 3項書面に含まれるものと解される。所論は, 撮影時間や撮影時の状況, 条件に関する記載がない点を問題視するが, 各書面の内容に照らせば, これらの記載がなくても検証の結果を記載した書面と同視し得る客観的, 技術的性質を有するものと認められる。

一方, 本件各差押調書(原審甲17, 38, 50)は, 税関職員が, 検証(臨検)とは目的や性質が全く異なる採証活動である差押えについて, 処分の適正を期することを主眼として作成された書面であるから, 差押えの際に対象物を認識して特定する作業をしていることや, 差押調書の方が差押えをした者による口頭の報告よりも差押物件等を正確に了解させ得る面があることなどを考慮しても, 検証の結果を記載した書面

と同質のものとはいえない。したがって、本件各差押調書は3項書面に含まれないから、所論③及び④について検討するまでもなく、これらを刑訴法321条3項により証拠とした原審の措置には同項の解釈、適用を誤った違法があるといわざるを得ない<sup>1)</sup>。

## 【研究】

### 1 本判決を検討することの意義

(1) 刑訴法（以下、条項数のみで示す）321条3項は、「検察官、検察事務官又は司法警察職員の検証の結果を記載した書面は、その供述者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述したときは、第1項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる」と規定している。同項によって、「検察官、検察事務官又は司法警察職員」の作成による、218条又は220条に基づく強制処分として行われた「検証の結果を記載した書面」が許容されることに争いはない。もっとも、それ以外にも許容されうる書面はあるのか、あるとすればどのような書面が許容されうるのか、については激しい見解の対立が存在してきた。その上、そこでの見解の対立はやや複雑な様相を呈している。「検察官、検察事務官又は司法警察職員」（書面の作成主体）についても、「検証の結果を記載した書面」（書面の性質）についても、多様な解釈がありうる上、それぞれについてどのような解釈にたつのかによって、321条3項によって許容される書面の範囲は大きく異なることになるからである。

(2) 判例は、書面の性質については、強制処分として行われた「検証の結果を記載した書面」だけでなく、任意処分として行われた「検証の結果を記載した書面」（すなわち、実況見分調書）についても許容するなど、書面の内容に即した実質的かつ柔軟な解釈を一貫して示してきた。その一方で、書面の作成主体については、長らく明確な判断が示されない状況が続いてきたが、近時、最二小決平20・8・27刑集62巻7号2702頁（以下、20年決定）が、書面の作成主体について、321条3項の条文の文言やその趣旨を尊重する立場から形式的かつ厳格な解釈を示すにいたった<sup>2)</sup>。

---

1) 本判決の研究として、松田岳士「判批」『刑事法ジャーナル』42号（2014年）123頁、中村真利子「判批」『法学新報』122巻3＝4号（2015年）355頁。

20年決定の登場により、書面の作成主体については321条3項の条文の文言やその趣旨を尊重し形式的かつ厳格に判断すべきであるが、書面の性質については書面の内容を考慮して実質的かつ柔軟に判断すべきである、という321条3項の許容性についての判例法理が定立されたことになるが、なお課題も残されることとなった。なぜなら、20年決定の射程が必ずしも明らかではないからである。すなわち、20年決定は、書面の作成主体については321条3項の条文の文言やその趣旨を尊重し形式的かつ厳格に判断すべきとの立場にたっていることは明らかであるものの、そこに、「検察官、検察事務官又は司法警察職員」以外の者の作成による書面を一切許容しないとの趣旨までも含まれているのかについては、なお解釈の余地が残されているからである。

(3) 本判決は、20年決定の登場以降もなお解釈の余地が残されることとなった321条3項によって許容される書面について、書面の作成主体と書面の性質それぞれについて綿密な検討を加えて判断を示したものであり、理論的にも実務的にも重要な意義を有するものと思われる。ここに本判決を検討する意義が認められる。

## 2 書面の作成主体について

(1) 書面の作成主体については、①書面の作成主体は、文字通り、「検察官、検察事務官又は司法警察職員」に限定されるのか、②必ずしも「検察官、検察事務官又は司法警察職員」に限定されないとすればどのような者の作成による書面であれば許容されるのか、が問題となる。

(2) この点をめぐる学説は、概ね次の3つの見解に整理することができる。

第1は、321条3項によって許容される「検証の結果を記載した書面」は、「検察官、検察事務官又は司法警察職員」の作成によるものに限定されるとする見解である(以下、A説とする)。たとえば、横井大三元検察官は、「[321条3項にいう一筆者

---

2) 20年決定の研究として、正木祐史「判批」『法学セミナー』648号(2008年)122頁、吉田雅之「判批」『研修』727号(2009年)19頁、伊藤博路「判批」『名城ロースクール・レビュー』12号(2009年)253頁、古江頼隆「判批」『平成20年度重要判例解説』(2009年)214頁、拙稿「判批」『愛媛法学会雑誌』36巻1=2号(2010年)153頁、高橋直哉「判批」『判例評論』615号(2010年)44頁(『判例時報』2069号206頁)、小島淳「判批」『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』(2011年)182頁、三浦透「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 平成20年度』(法曹会、2012年)608頁等。

注] 検証とは、第 218 条及び第 220 条の規定に基づく [すなわち、強制処分としての - 筆者注] 検証であつて、任意処分としての実況見分は含まないものと解する。法文上検証というのは右の二つに限られていて、それには厳格な条件と方式とが定められているので、それに比較的高度の証拠能力を認めることも可能だからである<sup>3)</sup> とし<sup>4)</sup> これに平野龍一博士、岸盛一元裁判官らが同調している<sup>5)</sup> また、中島卓児元裁判官は、横井元検察官らとは異なり、321 条 3 項によって実況見分調書をも許容しうるとの立場にたつものであるが、同項が書面の主体限定したのは、実況見分が捜査機関の権限であることや捜査のために必要であることを考慮したためであるとして、「検察官、検察事務官又は司法警察職員」以外の者の作成による書面に 321 条 3 項を準用することには消極的な姿勢を示している<sup>6)</sup>

第 2 は、「検察官、検察事務官又は司法警察職員」には、それらの者に準ずる公務員も含まれるとする見解である（以下、B 説とする）。例えば、西原春夫教授は、「臨検頭末書作成の主体 [収税官吏 - 筆者注] は本項所定の人的範囲に属さないが、刑事訴訟法上の捜査機関と類似する公務員であるばかりでなく、書面の性格は実況見分調書よりもむしろ検証調書に類似していることを考えるならば、本項の準用を認めるのが妥当である<sup>7)</sup>」としている。また、臼井滋夫元検察官も、「捜査機関の作成にかかる書面でなくとも、例えば、国税犯則取締法に基づき収税官吏が犯則事件調査の一環と

3) 横井大三『新刑事訴訟法逐条解説Ⅲ』（司法研修所、1949 年）113 頁。

4) 218 条および 220 条の規定に基づく検証の主体は「検察官、検察事務官又は司法警察職員」であることから、321 条 3 項にいう「検証」を 218 条および 220 条の規定に基づく「検証」に限定する立場は、必然的に、321 条 3 項によって許容される「検証の結果を記載した書面」は「検察官、検察事務官又は司法警察職員」の作成によるものに限定される、という解釈に結び付くことになるのである。

5) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958 年）216 頁、岸盛一『刑事訴訟法要義 [新版 9 版]』（広文堂書店、1978 年）174 頁、高田卓爾『刑事訴訟法 [2 訂版]』（青林書院新社、1984 年）232 頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法 [改訂版]』（青林書院、1990 年）210 頁等。なお、団藤重光『新刑事訴訟法綱要 [7 訂版]』（創文社、1984 年 [22 刷]）263 頁注 11 も A 説に親和的と解される。

6) 中島卓児「実況見分調書」熊谷弘ほか編『証拠法大系Ⅲ』（日本評論社、1970 年）203 頁以下。もっとも、中島元裁判官は、準用対象について「弁護人、被告人または一私人」を念頭に検討していることから、次にみる B 説までも排斥する趣旨を含んでいるのかについては必ずしも明らかではない。

7) 青柳文雄ほか『注釈刑事訴訟法 第 3 卷』（立花書房、1978 年）347 頁〔西原春夫執筆〕。

して行った臨検の結果を記載した臨検てん末書とか、消防法に基づき消防官吏が火災原因調査のために行った出火現場の実況見分のでん末を記載した書面などのように、権限を有する公務員がその職責遂行上作成した書面であって、当該処分の性質が捜査機関の検証ないし実況見分に類似するものについては、捜査機関の作成にかかる検証調書ないし実況見分と同視することができよう<sup>8)</sup>としている。さらに、石井一正元裁判官も、「主体の面における準用の範囲はせいぜい捜査機関に類似した者の作成した実況見分調書に限定される」とした上で、その具体例として、収税官吏の作成による臨検てん末書と消防吏員の作成による出火現場の実況見分のでん末を記載した書面（実況見分書）を挙げている<sup>9)</sup>。

第3は、当該書面がその性質において「検証の結果を記載した書面」と認めうるものであれば、その作成主体を問わず、321条3項により許容されるとする見解である（以下、C説とする）。例えば、栗本一夫元裁判官は、321条3項はアメリカの「メモの理論」を参考にしたものであるとの理解のもと、「被告人、弁護人等の実況見聞書……等もすべて本項によることができるものと考えて差支ない<sup>10)</sup>」などとしている。また、本田正義、桂正昭両元検察官も、「検証調書を伝聞法則の例外として証拠能力を認めたのは、検証という、技術的で且つ詳細な事項は虚偽性の介在する虞が少く、従つて検証者を証人としてその記憶により検証の結果を供述せしめるより、検証の直後その結果を記載した書面の方がより正確であるとしたことに外ならない……。右のように解すれば、捜査機関の実況見分調書に限らず、私人の作成したものも本項により証拠能力を認めることができる<sup>11)</sup>」としている。さらに、田宮裕博士は、「捜査機関以外が作成した実況見分の書面も、正確性・職務性が認められるならば、同項[321条3項-筆者注]を準用してよいであろう<sup>12)</sup>」また、松尾浩也教授も、「測量士、建築士、消防吏員など、特定の仕事を業とする者が、その業務の一環として実況見分をし、報告書を作成したとき」のように「捜査機関の実況見分に準ずるだけの客観性・業務性が認められるときは、321条3項の準用を考慮する余地があ

8) 白井滋夫『改訂 証拠』（立花書房、1992年）144頁。

9) 石井一正『刑事実務証拠法〔第5版〕』（判例タイムズ社、2011年）183頁。

10) 栗本一夫『改訂 新刑事証拠法』（立花書房、1950年）109頁。

11) 本田正義＝桂正昭「伝聞法則の例外」団藤重光責任編集『法律実務講座刑事編 第8巻』（有斐閣、1956年）1932頁。

12) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）384頁。



〔る〕〕として<sup>13)</sup>それぞれC説を支持している<sup>14)</sup>

(3) 先述のように、書面の作成主体について、最高裁は長らく明確な判断を示してこなかった。これに対し、下級審判例には、この点について明確な判断を示したものが存在していた。それが、東京高判昭57・11・9東京高等裁判所(刑事)判決時報33巻10~12号67頁である。この判決は、消防司令補の作成による実況見分調書について、「刑訴法321条3項は、特に作成の主体を『検察官、検察事務官又は司法警察職員』と限定したうえ、その検証の結果を記載した書面について、所定の要件のもとで証拠能力を肯定しているのであるから、……その実質が右の書面と異ならないという理由のみで右規定を準用又は類推適用し、その証拠能力を肯定するのは、……規定の明文を無視した拡大解釈の嫌いがあり、妥当でない」として、321条3項の準用を否定する判断を示したものである<sup>15)</sup>

なお、東京高判昭57・11・9以外に書面の作成主体について明確な判断を示した裁判例は管見の限り見当たらないが、参考となりうる裁判例としては、仙台高秋田支判昭25・4・19高刑判特7号93頁を挙げることができる。この判決は、収税官吏の作成にかかる「犯則事件調査顛末書」について、321条3項ではなく、323条によって証拠能力を肯定したものである。書面の性質の点では「検証の結果を記載した書面」との類似性を認めうると解される<sup>16)</sup>「犯則事件調査顛末書」について、その書面としての性質を具体的に検討することなく321条3項の準用を回避していることから、こ

13) 松尾浩也『刑事訴訟法(下)[新版補正第2版]』(弘文堂, 1999年)90頁。

14) これらのほかにC説にたつと解されるものとして、松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』(有斐閣, 1992年)264頁〔松本時夫執筆〕、井戸田侃『刑事訴訟法要説』(有斐閣, 1993年)222頁、伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法[新版]第5巻』(立花書房, 1998年)330頁〔香城敏磨執筆〕、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法[第4版]』(弘文堂, 2009年)864頁等。

15) もっとも、次のように述べ、323条3号を根拠に証拠能力については肯定している。すなわち、「右規定は、当該規定により検証の結果を記載した書面の証拠能力を肯定する場合の要件を定めているにとどまり、他の規定にかかわらず、検証の結果を記載した書面に証拠能力を認める場合をおよそ検察官等の所定の資格者が作成した場合のみに限定する趣旨までを含むものではないから」、321条3項の書面と同視しうる書面については、323条3号の「特に信用すべき状況の下に作成された書面」として証拠能力を認める余地が残されている。「消防司令補が作成した現場見分調書は、その性質上刑訴法321条3項の書面に準ずるものと解するのが相当であり、したがって、その供述者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述したときは、刑訴法323条3号の規定により、これを証拠とすることができる。」

16) 石井・前掲(注9)183頁参照。

の判決からは書面の作成主体を限定的に解釈する姿勢を見て取ることができよう。

(4) こうした中、書面の作成主体について、最高裁として初めて明確な判断を示したのが20年決定である。

20年決定の事案は、消防士として15年間の勤務経験を有し、通算約20年にわたり火災原因の調査、判定に携わってきた私人の作成による「燃焼実験報告書」と題する書面の抄本（以下、「本件報告書抄本」）の証拠能力が争われたというものである。

原判決の福岡高判平19・10・31刑集62巻7号2738頁は、「本件報告書抄本」について、「刑事訴訟法321条3項は、当該書面が意識的に観察され、その直後に詳細に叙述され、口頭で主尋問に答えさせるよりも、調書を提出させた方が正確で理解しやすい上、そうしても反対尋問の効果を損なうことがないという、本条項の書面の特殊性にかんがみ、証人尋問について特殊な方法を定めたものと理解できるところ、本件報告書は、1,000件以上、火災原因の調査を行ってきた会社が、福岡県消防学校の依頼を受けて、たんすの燃焼実験を行い、これによるフラッシュオーバー現象発生の可能性を考察して報告した書面であり、実際に実験を担当したA……は、消防士として15年間の勤務経験もあり、通算、約20年にわたって火災原因の調査、判定に携わってきた人物であることからすると、本件報告書は、私人（有限会社J）作成の文書ではあるものの、捜査機関の実況見分に準ずるだけの客観性、業務性が認められることから、同条項を準用して証拠能力を認めるのが相当である」との判断を示した。

これに対し、20年決定は、「同項所定の書面の作成主体は『検察官、検察事務官又は司法警察職員』とされているのであり、かかる規定の文言及びその趣旨に照らすならば、本件報告書抄本のような私人作成の書面に同項を準用することはできないと解するのが相当である」との判断を示したのである<sup>17)</sup>

20年決定は、321条3項の条文の文言やその趣旨を尊重し、書面の作成主体について形式的かつ厳格な解釈を示したものであることは明らかであるものの<sup>18)</sup>その射程を

---

17) もっとも、次のように述べ、321条4項を根拠に証拠能力については肯定している。すなわち、「上記証人尋問の結果によれば、上記作成者は、火災原因の調査、判定に関して特別の学識経験を有するものであり、本件報告書抄本は、同人が、かかる学識経験に基づいて燃焼実験を行い、その考察結果を報告したものであって、かつ、その作成の真正についても立証されていると認められるから、結局、本件報告書抄本は、同法321条4項の書面に準ずるものとして同項により証拠能力を有する」。

18) 三浦・前掲（注2）627頁等参照。

めぐっては様々な見解が存在している。この点、射程を最も広く捉える見解は、次のように述べる。すなわち、「本決定は、『本件報告書抄本のような』私人作成の書面に同項〔321条3項－筆者注〕を準用することはできないと判示しているように、事例判断にとどまるものであって、およそ『私人作成の書面』一般について同項を準用する余地を否定したものでないと解することも不可能ではない」<sup>19)</sup>

しかし、この見解は、20年決定の判断内容と不整合をきたすものといわざるをえないように思われる<sup>20)</sup>まず、20年決定は、「検察官、検察事務官又は司法警察職員」という321条3項の条文の文言と、それにより書面の作成主体を限定している同項の趣旨を尊重し、書面の作成主体について形式的かつ厳格に解釈する姿勢を明確に打ち出している。また、20年決定は、「本件報告書抄本のような私人作成の書面に同項〔321条3項－筆者注〕を準用することはできない」と判示しているが、ここからは、「私人作成の」という一言をあえて挿入することにより、私人作成の書面を321条3項の準用対象から除外しようという思考がうかがえる<sup>21)</sup>さらに、先に見たように、原判決の福岡高判平19・10・31が、「本件報告書抄本」の内容に即した判断を行ったのに対し、20年決定は、こうした原判決の判断を確認した上で、「しかしながら、同項〔321条3項－筆者注〕所定の書面の作成主体は『検察官、検察事務官又は司法警察職員』とされているのであり、かかる規定の文言及びその趣旨に照らすならば、本件報告書抄本のような私人作成の書面に同項を準用することはできないと解するのが相当」としているものであり、このような文脈に照らせば、20年決定は、「本件報告書抄本」が321条3項の書面の作成主体の要件をみたすか否かの判断において、「本件報告書抄本」の作成主体が「検察官、検察事務官又は司法警察職員」に当たるか否かという点こそを問題にしていることが見て取れる<sup>22)</sup>このように見てくると、20年決定が私人作成の書面について321条3項を準用する余地を残していると解するのは困難というべきであろう<sup>23)</sup>

思うに、上述の諸点に加え、後に見るように、過去の判例が321条3項によって許容してきた書面はいずれも「検察官、検察事務官又は司法警察職員」の作成による書

19) 吉田・前掲（注2）30頁。

20) 古江・前掲（注2）215頁等参照。

21) 拙稿・前掲（注2）162頁参照。

22) 拙稿・前掲（注2）162頁参照。

面であり、判例が書面の作成主体について柔軟な解釈を示してきた形跡が見当たらないことをも考慮すれば、20年決定は、321条3項に掲げられている「検察官、検察事務官又は司法警察職員」以外の者の作成による書面については同項の適用ないし準用を認めない立場にたっている（すなわち、「検察官、検察事務官又は司法警察職員」を限定列挙であると解したものと解するのが最も素直なのではなかろうか<sup>24)</sup>）もっとも、20年決定は「本件報告書抄本のような私人作成の書面」の証拠能力について判断したものであることから、「検察官、検察事務官又は司法警察職員」に類似する私人以外の者、例えば、収税官吏などが作成した書面についてまでも321条3項の準用を否定したものではないと解すること<sup>25)</sup>も、あながち不可能ではないとも思われる。

(5) この点、本判決は、「税関職員が犯則事件の調査において作成した書面であっても、検証の結果を記載した書面と性質が同じであると認められる限り、刑法321条3項所定の書面……に含まれる」との判断を示している。

本判決は、20年決定の登場以降もなお議論の余地が残されていた321条3項の書面の作成主体について、1つの判断を示した高裁判例として重要な意義が認められる。

もっとも、本判決が20年決定をどのように理解しているのかについては必ずしも明らかではない。本判決は、20年決定について特段引用も言及もしていないからである。ただ、本判決は、321条3項によって「検察官、検察事務官又は司法警察職員」には該当しない税関職員の作成による書面についても許容しようとの判断を示したも

23) 古江・前掲(注2)215頁、拙稿・前掲(注2)162頁、三浦・前掲(注2)629頁、植村立郎「実況見分調書の証拠能力等について(上)」『研修』771号(2012年)9頁、後藤昭=白取祐司編『新・コメンタール刑事訴訟法[第2版]』(日本評論社、2013年)876頁〔後藤昭執筆〕等参照。

24) 拙稿・前掲(注2)161頁。こうした解釈が成立する可能性につき、河上和雄ほか編『大コメンタール刑事訴訟法[第2版]第7巻』(青林書院、2012年)620頁〔中山善房執筆〕(20年決定は、「私人作成の書面に本項を準用することはできないとして、本項書面の作成者を捜査機関である検察官、検察事務官又は司法警察職員に限定的に解していることが注目される」とする)、河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法[第3版]第6巻』(立花書房、2015年)522頁〔香城敏磨=朝山芳史執筆〕も参照。

25) こうした解釈にたつものとして、古江・前掲(注2)215頁、高橋・前掲(注2)208頁、三浦・前掲(注2)628頁等。

のであるから、少なくとも、20年決定を「検察官、検察事務官又は司法警察職員」を限定列挙であるとの判断を示した判例であると解していないことは確かであるように思われる。

(6) ところで、本判決は、321条3項によって税関職員の作成による書面をも許容しうる根拠について、次のように判示している。すなわち、「上記各書面の作成者は、いずれも関税法に定める税関職員であるところ、犯則事件の特殊性にかんがみ、同法の規定に基づき、犯則事件を調査するため必要があると認めるときは、犯則嫌疑者に質問したり所持する物件等を検査したりできるほか、裁判官の発する許可状により強制処分である臨検、搜索及び差押えができるものとされ、これらの調査をしたときには法令に定める事項を記載した調書を作成すべきものとされている（関税法第11章第1節、同法施行令第9章参照）。これらの規定に照らせば、税関職員による犯則事件の調査は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が行う犯罪の捜査に類似する性質を有するものと認められる」。税関職員による犯則事件調査と「検察官、検察事務官又は司法警察職員」による犯罪捜査との類似性を挙げて、税関職員の作成による書面を321条3項によって許容していることから、本判決は、先にみた学説のうちB説と親和的であるように見受けられる<sup>26)</sup>

もっとも、B説は、なぜ321条3項によって「検察官、検察事務官又は司法警察職員」に類似する公務員の作成による書面をも許容しうるのかについて、たんに収税官吏などの職務内容が犯罪捜査と類似することなどを挙げるのみで、その根拠を十分に示してきたとはいえない側面があった。そのため、犯罪捜査との類似性の捉え方次第では、書面の作成主体の要件が弛緩するおそれが否めなかったように思われる。これに対し、本判決は、税関職員の作成による書面を許容しうる根拠について、相当程度具体的に示している。こうした判断を通じて、本判決は、B説よりも、書面の作成主体の要件を厳格に解釈する立場を打ち出したものとも解しえよう。

20年決定の調査官解説も指摘しているように、刑訴法は、320条で伝聞証拠の証拠能力を原則的に否定しつつ、321条ないし328条でその例外を定めている。そして、321条各項は、「誰の面前による供述か、あるいは、書面の作成者が誰かなど」に応じて、その要件を具体的に掲げて伝聞法則の例外を定めている。このような規定の在り

26) 松田・前掲（注1）128頁。なお、匿名「解説」判タ1406号248頁も参照。

方からすれば、3項において証拠能力が付与される書面の作成者が『検察官、検察事務官又は司法警察職員』と規定されているのも、限定的な趣旨で規定されていると解するのが素直であると思われる。少なくとも上記条文の文言は立法者の意思を表しているのであるから、文言に当てはまらないものに準用を認める解釈をするには、それを正当化するに足りるだけの十分な根拠が必要というべきであろう<sup>27)</sup>。その上、「検証・実況見分については、必ずしも特別の学識経験を必要とするものでないから、『検察官、検察事務官又は司法警察職員』という枠を外した場合、作成者の限定がなくなり、……作成者を具体的に列挙することとした規定の趣旨に反する<sup>28)</sup>」ことにもなりかねないであろう。

20年決定は、こうした点を踏まえ、321条3項の条文の文言やその趣旨を尊重し、書面の作成主体については形式的かつ厳格に判断すべきとの立場を明確に打ち出し、私人の作成による書面については同項によって許容しえないとの判断を示したものであると解される。しかも、先述のように、20年決定の判断内容は、それを素直に読めば「検察官、検察事務官又は司法警察職員」以外の者の作成による書面については321条3項の適用ないし準用を認めないとの立場にたっているようにも解しうるものである。こうした20年決定の判断を前提とするならば、20年決定について「検察官、検察事務官又は司法警察職員」以外の者の作成による書面を一切排斥する趣旨の判断を示したのではないと解し、「検察官、検察事務官又は司法警察職員」以外の者の作成による書面を許容しうるとの判断を示すとしても、書面の作成主体について形式的かつ厳格な解釈を示している20年決定の趣旨に反して書面の作成主体の要件が弛緩することがないよう、先に見た20年決定の調査官解説が指摘しているような諸点をも踏まえた上で、十分な根拠を示すことが要請されるというべきであろう。

税関職員の作成による書面を321条3項によって許容しうる根拠を相当程度具体的に示した本判決は、まさにこのような要請に対応したものと解しえよう。そして、こうした本判決の判断は、「検察官、検察事務官又は司法警察職員」以外の者の作成による書面に321条3項を準用する場合に問題となりうる書面の作成主体の要件の弛緩を防止することに貢献しうるものであるように思われる。

(7) また、書面の作成主体の要件と書面の性質の要件とを明確に区別し、それぞれ

27) 三浦・前掲（注2）625頁。

28) 三浦・前掲（注2）626頁。



について綿密な検討を加えた本判決の判断方法についても、少なからぬ意義が認められるように思われる。

従来 of 学説の中には、C説のように、書面の性質の要件のほうに重点を置き、その結果、書面の作成主体の要件と書面の性質の要件とが相対化し、事実上、書面の性質の要件が骨抜きとなるような事態を招来しかねない見解が存在していた。また、裁判例の中にも、20年決定の原判決のように、書面の作成主体の要件と書面の性質の要件とを必ずしも明確に区別することなく、書面の作成主体の要件については実質的な検討を加えることなく、もっぱら書面の性質についての検討結果に基づき、私人の作成による書面をも321条3項によって許容したものが存在していた。しかし、321条3項は、同項によって書面が許容されるための要件として、書面の作成主体の要件と書面の性質の要件とを、それぞれ別個の要件として掲げていることは明白であり、同項によって書面が許容されるためには、同項が掲げている書面の作成主体の要件と書面の性質の要件の両方をみることが必要となるはずである。

書面の作成主体の要件と書面の性質の要件とを明確に区別しそれぞれについて綿密な検討を加えた本判決の判断方法は、書面の作成主体の要件と書面の性質の要件との相対化の防止につながりうるものと思われる。そして、この点もまた、書面の作成主体の要件の判断の弛緩を防止する上で重要な役割を果たしうるものと思われる。

(8) なお、書面の作成主体に関する本判決の判断をめぐっては、その射程が問題となりうる。本判決の判断により、税関職員の作成による書面については321条3項によって許容されうることになるが、それ以外の者の作成による書面で許容されうるものはあるのだろうか、また、あるとすればどのような者の作成による書面が許容されうることになるのだろうか。

本判決は、「税関職員による犯則事件の調査は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が行う犯罪の捜査に類似する性質」を有するとしているが、なぜ「税関職員による犯則事件の調査」が「検察官、検察事務官又は司法警察職員が行う犯罪の捜査に類似する」といえるのかについては、税関職員は、「犯則事件の特殊性にかんがみ、同法〔関税法－筆者注〕の規定に基づき、犯則事件を調査するため必要があると認めるときは、犯則嫌疑者に質問したり所持する物件等を検査したりできるほか、裁判官の発する許可状により強制処分である臨検、搜索及び差押えができるものとされ、これらの調査をしたときには法令に定める事項を記載した調書を作成すべきものとされて

いる」ことを挙げている。こうした本判決の判断によれば、税関職員と同じく、犯則調査の権限を有し、「嫌疑者に質問したり所持する物件等を検査したりでき」、「裁判官の発する許可状により強制処分である臨検、搜索及び差押えができ」、「これらの調査をしたときには法令に定める事項を記載した調書〔ないしは顛末書〕を作成すべきものとされている」国税査察官（国税犯則取締法1条以下、国税犯則取締法施行規則8条参照）、証券取引等監視委員会職員（金融商品取引法210条以下参照）および公正取引委員会職員（独占禁止法101条以下参照）の作成による書面については321条3項によって許容されうることになるのではなかろうか。

その一方で、従来、321条3項によって許容しうるとの理解も有力に主張されてきた消防吏員の作成による書面については、たしかに消防吏員は「火災原因の調査と証拠の収集を行う職権と職務とを有する公務員であり（消防法31条以下参照）、火災現場において行う検証の結果を信用しうる資質上、制度上の保証を備えている」（前出・東京高判昭57・11・9）とは解しうるものの、搜索・差押えなどを行う権限については認められていないなど、税関職員や国税査察官などはその法的地位をいささか異にしているように解されることにてらすと、本判決を根拠に321条3項によって許容することにはなお慎重な検討を要するものと思われる。

### 3 書面の性質について

(1) 書面の性質については、③321条3項の「検証の結果を記載した書面」とは、強制処分として行われた「検証の結果を記載した書面」に限定されるのか、⑥限定されないとするれば、どのような書面であれば許容されうるのかが問題となる。

(2) 書面の性質について、判例は一貫してこれを実質的かつ柔軟に解釈し、強制処分として行われた「検証の結果を記載した書面」に限らず、それ以外の書面についても、書面の性質において「検証の結果を記載した書面」と認めうるものについては幅広く321条3項によって許容してきた。

例えば、最一小判昭35・9・8刑集14巻11号1437頁は、「刑訴321条3項所定の書面には捜査機関が任意処分として行う検証の結果を記載したいわゆる実況見分調書も包含するものと解するを相当と〔する〕」として、321条3項にいう「検証の結果を記載した書面」には、「実況見分調書」も含まれるとの判断を示している<sup>29)</sup>また、最二小判昭47・6・2刑集26巻5号317頁は、「酒酔い鑑識カードのうち化学判定欄



および被疑者の言語、動作、酒臭、外貌、態度等の外部的状態に関する記載のある各欄の記載は検証の結果を記載した書面に当た[る]として、「酒酔い鑑識カード」のうち「検証の結果を記載した」と評価しうる部分については321条3項によって許容されるとの判断を示している。さらに、最一小決昭62・3・3刑集41巻2号60頁は、括弧書きにおいてではあるが、「各臭気選別の経過及び結果を記載した本件各報告書は、右選別に立ち会った司法警察員らが臭気選別の経過と結果を正確に記載したものであることが、右司法警察員らの証言によつて明らかであるから、刑訴法321条3項により証拠能力が付与されるものと解するのが相当」として、司法警察員が作成した警察犬による臭気選別の結果が記載された報告書についても、321条3項の「検証の結果を記載した書面」に含まれるとの判断を示している。

以上のような判例の判断の根底には、どのような思考が存在しているのであろうか。この点については、いずれの判例においても明確には示されていない。もっとも、前出・最一小判昭35・9・8の調査官解説においては、判例の根底に存在する思考について、次のような説明がなされている。すなわち、「検証が強制処分として行われると、任意処分として行われることによって、事物の形状、現象を五官の作用によって直接実験、認識するものであることの性質に相違はなく、又その結果を記載した書面の方が口頭による報告よりも正確に了解させ得るということにも相違はない。強制処分としての検証には……令状によらない場合もあるばかりでなく、いずれも捜査の必要上行われるもので、令状の有無が検証者の観察と記述を注意深くなさせ、正確ならしめることに関係や保証を有するものとは解されない。又刑訴法上任意処分としての検証が禁じられていない以上、刑訴法上の『検証』の用語をすべて強制処分としての検証のみを指すものと解するのは妥当ではない。要するに、検証が任意処分であるか強制処分であるかによって、その結果を記載した書面につき証拠法上取扱を異にすべき根拠を発見することが出来ない。本判示は右のような思考に出たものと推察される」<sup>30)</sup>判例の判断の根底にある思考がこのようなものであるとするならば、当該書面が「事物の形状、現象を五官の作用によって直接実験、認識」した結果を記載した実質を備えたものと認めうるものであれば、321条3項の「検証の結果を記載した書

29) 同旨、最一小判昭36・5・26刑集15巻5号893頁。

30) 田中永司「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 昭和35年度』（法曹会、1973年）344頁。

面」に当たるものとして取り扱われることになる。

(3) これに対し、学説においては、書面の性質についても形式的かつ厳格な解釈に徹し、321条3項で許容される書面は、強制処分として行われた「検証の結果を記載した書面」に限定すべきとの見解も有力に主張されてきた。先に紹介した、書面の作成主体に関するA説のうち、横井元検察官、平野博士らの見解はこの立場を前提とするものである。この点、平野博士は、さらに次のように述べている。すなわち、「検証は、裁判官の令状によって行うという形式をとるものであることにより、観察・記憶を意識的にし、正確にする機能をもいとなく反し、実況見分には、必ずしもこの保証がない。実況見分を含むとするならば、私人がその見聞を記録したものも、同様に取り扱わなければならないであろう……。限界を明確にするためには、検証に限るのが妥当だと思われる」<sup>31)</sup>ほかには、高田卓爾博士が、「実質論によって伝聞法則の例外を拡張することには警戒すべきであり、とくにこの場合、どこまで実質的な検証とするか明確な限界線を引きがたい」<sup>32)</sup>として、また、鈴木茂嗣教授が、「もし処分の実質に着目し実況見分調書に証拠能力を認めるなら、一般私人の作成したものについても同様に扱わざるをえないであろう。これは妥当でなく、適用の限界を明らかにする意味でも、また実況見分という形での無制約な捜査活動を制限し、できる限り事前の司法審査を伴う検証の方法によらせるのが望ましい」<sup>33)</sup>として、それぞれ書面の性質を形式的かつ厳格に解釈すべきことを主張している<sup>34)</sup>

もっとも、学説全体を眺めると、判例と同様に、書面の性質を実質的かつ柔軟に解釈し、「検証の結果を記載した書面」には実況見分調書も含まれると解する見解が通説的地位を得てきたように見受けられる。先に見た書面の作成主体に関するA説のうち中島元裁判官の見解、B説およびC説は、いずれもこの立場を前提とするものである。このうち、B説およびC説は、さらに書面の性質を実質的かつ柔軟に解釈し、B説は収税官吏や消防吏員の作成した「検証の結果を記載した書面」の実質を備えた書面について、C説は私人も含めて主体を問わず「検証の結果を記載した書面」

31) 平野・前掲(注5)216頁。

32) 高田・前掲(注5)233頁。

33) 鈴木・前掲(注5)210頁。

34) これらのほかに、書面の性質の要件について厳格な解釈を志向するものとして、渥美東洋『全訂刑事訴訟法[第2版]』(有斐閣, 2009年)436頁、白取祐司『刑事訴訟法[第8版]』(日本評論社, 2015年)421頁等。

の実質を備えた書面について、321条3項の「検証の結果を記載した書面」に含まれるとの立場にたつものであることは、先に見た通りである。

(4) この点、20年決定は、「本件報告書抄本」の作成主体が私人であることから、書面の作成主体の要件をみたさないことを理由に321条3項の準用を否定する結論を導いており、さらに進んで「本件報告書抄本」が書面の性質の要件をみたすものなのかについては具体的な判断を示していない。

もっとも、20年決定は、「本件報告書抄本」を321条3項によって許容することは否定した上で、321条3項からは離れて、書面の性質それ自体に検討を加え、「本件報告書抄本」は書面の性質としては「鑑定の経過及び結果を記載した書面」に準じて取り扱うことができるとして321条4項によって許容している。すなわち、「本件報告書抄本」は、「火災原因の調査、判定に関して特別の学識経験を有する」者が、「かかる学識経験に基づいて燃焼実験を行い、その考察結果を報告したものであって、かつ、その作成の真正についても立証されていると認められるから、結局、本件報告書抄本は、同法321条4項の書面に準ずるものとして同項により証拠能力を有する」と判断したのである。

「本件報告書抄本」について、原判決の福岡高判平19・10・31が、「捜査機関の実況見分に準ずるだけの客観性」を理由に「検証の結果を記載した書面」に準じて取り扱ったのに比して、20年決定は、「本件報告書抄本」が作成された経過やその内容を踏まえて、それが真に「検証の結果を記載した書面」と認めうるか否かという観点から、より厳格に取り扱おうとする姿勢にたっていることが見て取れるように思われる。

たしかに、先述のように、書面の性質について、判例は一貫してこれを実質的かつ柔軟に解釈し、強制処分としての「検証の結果を記載した書面」に限らず、それ以外の書面についても321条3項によって許容してきた。しかし、実質的かつ柔軟に解釈するといっても、それは無制約ではありえないであろう。なぜなら、321条3項が許容しているのはあくまでも「検証の結果を記載した書面」なのであるから、当該書面が「検証の結果を記載した書面」と認めうるか否かという「枠」が存在しなければならぬはずだからである。

こうした観点から改めて過去の判例を見直してみると、書面の性質について、判例は一貫してこれを実質的かつ柔軟に解釈してきたものの、それは、当該書面を「検証の結果を記載した書面」と認めうるか否かという枠内での判断であったように思われ

る。このことは、「酒酔い鑑識カード」について、その記載内容を検討し、同カードのうち「検証の結果を記載した」と評価しうる部分についてのみ321条3項によって許容した前出・最二小判昭47・6・2の判断からも明確に見て取ることができる。

(5) この点、本判決は、まず、「刑訴法321条3項が、捜査機関の検証の結果を記載した書面について、その作成の真正が立証されれば証拠能力を認めることとしているのは、検証が場所や物の状態を五官の作用により客観的に観察して認識する作業であり、その結果が検証の直後に業務として正確かつ詳細に記載されるという採証活動及び調書作成の特質に照らして、検証の結果を記載した書面の方が検証者による口頭の報告よりも正確で理解しやすい上、検証者の主観的意図によって虚偽が作出される余地も少ないことを理由とするものと解される」として、321条3項が「検証の結果を記載した書面」を許容している趣旨について明示的な判断を示している。

本判決が判示した内容は、先に紹介した最一小判昭35・9・8の調査官解説において述べられている内容と軌を一にするものであり、特段目新しいものではない<sup>35)</sup>とはいえ、過去の判例が、「検証の結果を記載した書面」について実質的かつ柔軟な解釈を行う一方で、そのような解釈の正当性をはかる上で不可欠ともいふべき321条3項が「検証の結果を記載した書面」を許容している趣旨については必ずしも明示的な判断をしてこなかった中であって、この点について明示的な判断を示した高裁判例として、本判決には少なからぬ意義が認められるのではなからうか。

(6) また、本件で証拠能力が争われた「本件各写真撮影報告書等」および「本件各差押調書」の書面の性質について、本判決は、前者については「税関職員が、犯則物件の発見状況や押収品を明らかにし、証拠として確保することなどを目的として、五官の作用により被告人3名の所持品や押収品の状態等を観察、確認して写真を撮影し、その結果を撮影した写真を貼付するなどして書面化したものであって、採証活動及び調書作成の点において検証と性質を同じくするものであり、書面の方が口頭による報告より正確で理解しやすいものであるから、検証の結果を記載した書面と同質の書面と認められ、3項書面に含まれるものと解される」とする一方で、後者については「税関職員が、検証（臨検）とは目的や性質が全く異なる採証活動である差押えについて、処分の適正を期することを主眼として作成された書面であるから、差押えの

35) 松田・前掲（注1）129頁参照。

際に対象物を認識して特定する作業をしていることや、差押調書の方が差押えをした者による口頭の報告よりも差押物件等を正確に了解させ得る面があることなどを考慮しても、「検証の結果を記載した書面と同質のものとはいいい難い」としている。

先に見たように、過去の判例も、書面の性質について実質的かつ柔軟な解釈をしてきたとはいえ、その判断は、当該書面が「検証の結果を記載した書面」と認めうるか否かという枠内においてのものであった。本判決の判断は、こうした過去の判例の判断と軌を一にするものであり、必ずしも新たな内容を含むものではない。とはいえ、本判決は、「税関職員による犯則事件の調査は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が行う犯罪の捜査に類似する性質を有するものと認められるから、税関職員が犯則事件の調査において作成した書面であっても、検証の結果を記載した書面と性質が同じであると認められる限り、刑訴法321条3項所定の書面……に含まれるものと解するのが相当」として、書面の作成主体の要件をみたく書面については、その内容が「検証の結果を記載した書面と性質が同じであると認められる限り」321条3項によって許容しうるものであること、すなわち、書面の性質について実質的かつ柔軟な解釈が可能であるとしても、その解釈には、当該書面が「検証の結果を記載した書面」と認めうるか否かという「枠」が存在することを明らかにしており、この点には重要な意義が認められるのではなからうか。

また、本判決は、当該書面が五官の作用により物の状態を観察・確認し記録したものであるという内容を備えたものであるか否か、すなわち、検証という処分とはどのような処分かという本質的な問題に立ち戻った上で、当該書面が真に「検証の結果を記載した書面」と同質のものと認めうるかという観点から、本件において証拠能力が争われた「本件各写真撮影報告書等」および「本件各差押調書」について書面の作成過程とその内容について厳密な検討を加え、前者については「検証の結果を記載した書面」と同質のものと認めうるとして321条3項によって許容する一方で、後者については、「検証の結果を記載した書面」と同質のものとは認めえないとして321条3項によって許容することを否定している。書面の性質の要件をみたく否かの具体的な判断においても、当該書面が「検証の結果を記載した書面」と認めうるか否かという「枠」に徹した判断を貫いており、この点にも本判決の少なからぬ意義を見出すことができるのではなからうか。