

# 「税関職員が犯則事件の調査において作成した書面は、 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。」 との判断が示された事例

——東京高判平26・3・13高刑集67巻1号1頁——

渡 辺 咲 子

## I 本判決の概要

### 1 事案の概要

被告人3名が、営利の目的で、覚せい剤約11キログラムを食品の箱39箱に収納して、スーツケース3個に隠し、ラスベガスの空港からソルトレイクシティの空港を経由して東京国際空港に航空機で到着し、スーツケース3個を日本国内に持ち込もうとしたが、税関職員に発見され目的を遂げなかったという事案である。被告人3名は、覚せい剤輸入の故意がないなどとして犯罪の成立を争ったが、原審が被告人3名を有罪としたため被告人3名が控訴した。

被告人らの控訴趣意は、訴訟手続の法令違反及び事実誤認であり、訴訟手続の法令違反も多岐にわたったが、裁判所の主張に関する判断が裁判例として意義があるのは、

財務事務官作成の写真撮影報告書や差押調書等は刑訴法321条3項（以下、単に3項ともいう。）により証拠とすることができるかという点である。

本判決は、覚せい剤密輸入の故意についても、詳細な判断をしており、実務上参考となるものであるが、本稿ではこの点は省略する。

### 2 原審の判断

原審は、以下の財務事務官作成の写真撮影報告

書等及び差押調書①～④について、作成名義人である税関職員を証人として尋問した上、3項を準用ないし類推適用して証拠能力を認めた。

- ①写真撮影報告書3通：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
- ②押収品写真撮影及び品名等訂正報告書、押収品写真撮影及び品名訂正報告書、押収品写真撮影報告書：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
- ③白色結晶の収納状態確認報告書3通：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
- ④差押調書3通：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

### 3 裁判所の判断

裁判所は、被告人らの控訴を棄却して、次のような判断を示した（確定）。

### (1) 税関職員作成の書面と刑訴法321条3項

関税法に定める税関職員は、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、単に「3項書面」ともいう。）に含まれるものと解するのが相当である。

### (2) 写真撮影報告書の3項書面該当性

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。

### (3) 差押調書の3項書面該当性

本件各差押調書は、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。

### (4) 写真撮影報告書等の作成名義

複数の税関職員が分担して行った被告人3名の所持品等の観察及び写真撮影、白色結晶の試薬による検査、及びそれらの結果の書面化の各作業について、写真撮影報告書の作成名義人が応援として実質的に見分に関与した場合と実質的に関与していない場合がある。前者は、作成名義人の証言で作成の真正が立証されたといえるが、後者は、作成名義人の証言では作成の真正が立証されたといえない。しかし、後者についても、作成名義人の署名作成についての関与は、写真の貼付、説明の付記にとどまり、写真貼付部分は機械的なものであり、写真の説明書や試薬検査結果の付記の部分は見分者の代筆というべきものであって、作成名義人の個人的な知見や憶測等が混入する余地はない上、実際に見分に関与した者が証人として尋問を受けて写真撮影報告書等に自らの写真撮影や検査の結果が記載されていることを確認しているから、作成の真正の立証がなされたものというべきである。

### (5) 写真撮影報告書に記載された試薬検査結果

被告人3名が所持していた各白色結晶について観察し、その際に試薬検査を実施した結果、試薬

が覚せい剤を入れたときと同じ色に変化したことを観察、確認したものと認められるから、試薬検査の結果の記載は、見分結果及びこれから論理則、経験則等により推理される意見判断の範囲内のものと認められる。

#### (6) 写真撮影報告書に記載された押収品名等に訂正がある部分

品名等の訂正部分は、押収品を観察した過程で確認した結果を記載したものであるから、この部分も3項書面に含まれるというべきである。

#### (7) 検査の場所が報告書の記載と異なり複数である点

写真撮影者、撮影場所が複数であるが、被告人3名の写真を撮影後、被告人ごとに近接した各別の検査室で撮影したものであるから、携行品の写真撮影被告人複数の撮影者や撮影場所が異なることについて、被告人3名の写真の撮影場所、撮影者が異なることにより作成の真正が否定されるものではない。

## II 刑事訴訟法321条3項の従来解釈について

判示事項中、もっとも重要なのは、(1)の税関職員作成書面に刑訴法321条3項の適用を認めた点であろう。その余の判示事項の検討は後に譲り、まず、この点について検討する。

### 1 刑訴法321条3項の適用・準用についての従来の学説・判例

#### (1) 学説

3項所定の者以外の者が作成した書面にも同項の準用が認められるかについて、学説は3つに大別される<sup>(1)</sup>。

- ① 広く準用を認める説：書面の特殊性に鑑みて証人尋問に特殊な方法を定めたものであるから、書面を基礎として証人尋問を進めることがふさわしい書面について広く準用を認めてよい<sup>(2)</sup>、書面の方が正確かつ詳細であり、内容それ自体が中立的な対象に関することであって作成者の主観的意図によって内容が歪められるお

それも少ない<sup>(3)</sup>、などを理由としている。

- ② 準用を認めない説：3項の予定する処分が主体が限定されている強制処分であることを理由とする<sup>(4)</sup>。この見解によれば、実況見分調書も3項書面に当たらないことになる。例えば、平野龍一博士は「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・記述を意識的にし、正確にする機能をも営むに反し、実況見分には、必ずしもこの保証がない。実況見分も含むとするならば、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。実況見分などの場合には、その書面を見ながら口頭で供述させる方法もとりうるのである（規則199条の11）。」と、強制処分である検証に限定する趣旨を述べられている<sup>(5)</sup>。

令状による処分であることを正確性の保障と考える場合、鑑定人の作成した鑑定書に関する321条4項も準用は限定的になろう<sup>(6)</sup>。

- ③ 捜査機関に類似した者に限定して準用を認める説：3項の主体が捜査機関に限定されていることから、捜査機関に類似した者の作成した実況見分書について、準用を認める<sup>(7)</sup>。

「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（3項）を準用してよいであろう。」という見解<sup>(8)</sup>も、この範疇の見解といえる。

#### (2) 判例

この点に関する判例は少ない。

- ① 最判昭35.9.8刑集14卷11号1437頁「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」（同旨、最判昭36.5.26刑集15卷5号893頁）。

昭和35年判決は、「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」(から)「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上取扱を異にする根拠を発見することはできない。」と、処分及びこの結果を記載した書面の性質から結論を導きながら、任意処分としての検証(実況見分)も刑訴法上の根拠(197条)があることを明示し、「(捜査機関のような)職責のない一般私人の作成したものについて準用乃至は類推適用を認めなければならないことに通じはしない」との解説<sup>(9)</sup>に明らかなように、3項の主体はあくまで刑訴法上、検証ないし実況見分の権限を認められたものに限定されることを前提としているようである。

- ② 最判昭47.6.2刑集26巻5号317頁「『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欄の各記載は、いずれも刑訴法321条3項の『司法警察職員の検証の結果を記載した書面』にあたる」

3項書面に任意処分である実況見分調書が含まれるとすれば、捜査機関の同様の性質を有する処分の結果を記載した書面も、書面の題名や形式を問わず、同項の書面であることになる。

- ③ 最判昭62.3.3刑集41巻2号60頁「(警察犬の臭気)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である。」

このように、判例は、書面の性質を検討し、3項に当たるかどうかを判断してきたが、供述者が検察官、検察事務官又は司法警察職員であることを当然の前提としていた。

これに対して、3項に明示された検察官、検察事務官又は司法警察職員以外の者の書面について、同項が準用できるかどうかを初めて判断したのが次の判例である。

- ④ 最決平20.8.27刑集62巻7号2702頁「火災原因の調査、判定に関し特別の学識経験を有する私人が燃焼実験を行ってその考察結果を報告した

本件書面については、刑訴法321条3項所定の書面の作成主体が「検察官、検察事務官又は司法警察職員」と規定されていること及びその趣旨に照らし同項の準用はできない。」(以下、「平成20年判例」として引用する。)

もっとも、この決定は、同項に規定する作成主体が捜査機関に限定されている「趣旨」の内容については明言していない。同決定は、捜査機関以外の者に同項の準用が一切許されないとまで明言しているものではなく、税務職員や消防吏員等が作成した文書について同項の準用を認める解釈の当否については、直接は触れていないものと解されている<sup>(10)</sup>。

- (3) 従来、捜査機関以外の者が作成した書面についての下級審裁判例には、323条3号該当性を認めたもの、321条4項によつたものがあつたが、いずれの解釈にも問題があるように思える<sup>(11)</sup>。

## 2 刑訴法321条4項との違い

321条4項(以下、単に4項ともいう。)は、証拠能力を認める条件について、「前項と同様である。」としているから、4項書面を伝聞例外として認める趣旨は3項と同じであるように思える。

ところが、4項は、主体が「鑑定人」に限定されているから、文理上、4項の主体は裁判所が命じた鑑定を行う「鑑定人」に限定される。そこで、捜査機関が鑑定を囑託した場合の鑑定受託者が作成した鑑定書も同項の文書には含まれず、同項が準用されることになる<sup>(12)</sup>。さらに、判例は、4項の場合、医師の診断書<sup>(13)</sup>、柔道整復師の作成した施術証明書<sup>(14)</sup>等、検察官申請、弁護士申請にかかわらず準用を広く認めている。

3項と異なり準用を広く認めることの合理性については、「検証調書についての刑訴法の作成者の限定は、作成者が資格も含めその活動が我が国の法規制に服していることに意味があるのに対し、鑑定人の資格は公的なものではなく、専門家として実質的に能力を有しているかがむしろ問題であるので、検証調書のように作成者の公的資格はさほど問題とならない」<sup>(15)</sup>との説明がある。3項及

び4項の文理からは、このように解することになる。

しかし、現行刑訴法の起案当時、「鑑定人」が現在のように裁判所が鑑定を命じた者を指すと理解されていたかは疑問である。この解釈を明確に示す資料は見当たらないが、現行法案を国会に提出する直前の昭和23年5月13日付の資料に「捜査官の支給すべき証人、鑑定人の旅費、日当、宿泊料及び鑑定料等に関する件」と題する条文案<sup>(16)</sup>があり、ここにいう鑑定人は、捜査機関から鑑定を嘱託された者を指しているから、当時は、鑑定人と鑑定受託者を区別して考えていなかったように思われる。そうであれば、4項の「鑑定の経過及び結果を記載した書面で鑑定人の作成したもの」には、裁判所が命じた鑑定人による鑑定書のみならず、法的根拠のある鑑定、すなわち鑑定捜査機関の嘱託による鑑定受託者の作成した鑑定書を含む、とするのが、立法当時の意思に沿い、3項とも整合する解釈ではなからうか<sup>(17)</sup>。もっとも、このように解したとしても、4項の準用を広く専門的な知識経験に基づく「鑑定書」に認める妨げにはならず、結論に差異が生じるわけではない。

ところで、前述の警察犬の臭気選別について証拠能力を認めた最高裁決定(③)は、専門的知識・経験を有する警察犬の指導手が選別の経過・結果を記載した書面は4項準用、これに立ち会った捜査官が選別の過程・結果の見分結果を記載した書面は3項に当たると考えているようである<sup>(18)</sup>が、これには疑問がある。この事例では、臭気選別をした警察犬は嘱託警察犬、即ち、民間の畜犬団体に属する犬であり、これに選別をさせた指導手はこの犬を訓練・管理していた者であったというのであるから、民間人であったであろうと思われる。このような場合に、指導手が専門的知識・経験に基づいて選別の経過・結果を記載した書面は4号準用書面になるのは当然としても、選別に立ち会った捜査官の見分と同様に、指導手が立ち会って捜査官と同様に、専門的知識・経験に基づく判断を交えずに選別の過程・結果のみを記載した場合であっても4項準用書面となるのであろうか。このような解釈は、鑑定とは、特別の分野におけ

る専門的な学識経験を有する者がその学識経験に基づく考察・判断をいう鑑定の意義<sup>(19)</sup>から離れるように思える。平成20年判例は、私人による燃焼実験の結果を記載した書面について、3項該当性を否定した上で4項該当性を肯定したものであるが、特に、「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」であるから、専門家が自ら行った燃焼事件の結果を何等の考察を交えずに記載した書面が4項書面に当たるとまでは考えていないようである<sup>(20)</sup>。

もっとも、このように解すると、専門家である私人が実験等について、これに立ち会った司法警察職員がその経過を記載すれば3項書面、実験者が学識経験に基づいて燃焼実験を行って、その考察結果を報告したものであれば、4項準用書面、実験者が学識経験に基づく考察を交えずに、司法警察職員の立会報告書と同内容の単に実験の経過・結果を記載した場合は、3項書面にも4項書面にも当てはまらないといういささか不合理な結果になる。3項の適用ないし準用のタイトさと4項の準用の広さを必ずしも整合的に説明することが困難に思える点である。

### 3 立法経緯

とはいえ、3項の準用の可否(主体の限定)については、立法当時においても解釈が分かれていたことが指摘されている<sup>(21)</sup>ので、当時この点についての十分な検討、合意があったわけではないことがうかがわれる。そこで、改めて3項の立法経緯を検討しておく。

#### (1) 6次案まで

刑事訴訟法は、昭和21年8月に全面改正作業が開始され、同年10月に最終案として6次案が完成したことは周知のとおりである。

書類を証拠とすることができるかについては、1次案以来ほぼ一貫して、「証拠は、特別の定のある場合を除いては、公判期日において直接に取り調べたものに限る。」という直接主義の原則を掲げ、例外として

一 公判調書

二 検証、押収又は搜索についての調書及びこ

れを補充する書類図画

### 三 証人尋問調書

### 四 鑑定書又は鑑定人尋問調書及びこれらを補充する書類図画

を証拠として認めていた<sup>(22)</sup>。

ここにいう検証、押収又は搜索、鑑定は、捜査段階におけるそれと公判段階におけるそれを区別して考えたものではなかったと思われる。

すなわち、この規定は、直接主義の例外として設けられたものであった。

## (2) 応急措置法から9次案まで

6次案の検討、修正による改正法案の完成が憲法の施行に間に合わなくなったことから、急きよ、昭和22年3月、「日本國憲法の施行に伴う刑事訴訟法の應急的措置に関する法律」(応急措置法)が制定された<sup>(23)</sup>。ここでは、書類の証拠能力について、12条1項に、「証人その他の者(被告人を除く)の供述を録取した書類又はこれに代るべき書類は、被告人の請求があるときは、その供述者又は作成者を公判期日において尋問する機会を被告人に与えなければ、これを証拠とすることができない。」旨、憲法の保障する被告人の証人審問権に配慮した規定がおかれた。

その後、同年10月に完成した刑事訴訟法改正案(9次案)は、応急措置法12条を引き継ぎ、258条に、「証人その他の者の供述を録取した書類(前條の規定により証拠とすることができないものを除く。)又はこれに代るべき書類は、その供述者又は作成者を公判期日において当該事件について判決をする裁判官の面前で尋問する機会を被告人に与えなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与えることができず、又は著しく困難な場合には、これらの書類についてその制限及び被告人の憲法上の権利を適当に考慮して、これを証拠とすることができる。」という原則を定めていた<sup>(24)</sup>。ここでも、もっぱら被告人の証人審問権を保障することが考えられている。

## (3) 伝聞法則の導入

9次案について検討を行った連合国総司令部の担当者<sup>(25)</sup>は、昭和23年3月、「プロブレムシート」と証される問題提起とそれに対する勧告を行った。

9次案258条に関するものは、第5問で、法廷外の供述を証拠として使用する場合の基準として、次の勧告を行った。

勧告 前掲参照条文及びこれに関する改正案中の他の条文は左の基本原則に従って訂正さるべきであることを勧告する。

1 公判前に保全された証言を録取した書類或いは人の供述を録取した書類(検察官又は司法警察職員の尋問の記録を含む。)は、刑事裁判においては、証言又は鈴術を記録された者が公判期日において死亡又は国外に居る時又は身体の故障、心神喪失により証人として裁判官に訊問され得ないときでなければ使用することができない。

2 この一般原則は、公判手続中に証人として受命又は受託裁判官の面前で訊問された証人の証言の記録には適用しない。蓋し、かかる証人は(第2問の特例により)公判廷においても訊問し得ないものであったからである。又戸籍謄本の如く一定の公務員の作った記録又は外国領事により証明された書類等事実の存在を記録し、かかる事実の存在を公証する書類を作る任務を有する公務員によって適法に認証された書類についても、この原則は適用されない。(第258条第2項参照)

3 右の一般原則にかかわらず、被告人において証拠とすることに異議のない書類は証拠とすることができる。(第259条による)<sup>(26)</sup>

この勧告は、現行法321条1項、323条、326条に相当する伝聞例外の重要な規定をその内容とするものであるが、これについては、当時、以下のようなやりとりもある(第5回刑事訴訟法改正協議会(4月19日)<sup>(27)</sup>)ので、日米ともに現行法のような伝聞法則を十分に理解し、それを踏まえて論議していたかどうかは疑わしい。

兼子 私の考えは大体オプラ氏が言つた通りである。この際思い切つて書いた方がよい。実情が困るから待つてくれと言うことは理由にはならぬ。私は第一〇問も第五問も大体このままでよいと思う。唯第五問では、捜査官の調書も、反対尋問ができるならば証拠となし得ることと

した方がよいと思う。その点では改正案の方がよいと思う。

ブ氏 そうすると前以て見られないのか。何かの理由で証人を呼ぶことがむずかしいのか。

兼子 呼べれば呼んでやる。然し呼んだ場合には聴取書も証拠にとれることにする。

(アプルトンが「そりゃそうだ。That's always permissible」と言う。)

ブ氏 それも忘れて居た。それも私共の考えの立前である。前の供述が正しいかあとの供述が正しいかは裁判所の裁量である。被告人も当然使うことができる。

馬場 すると、それは出せるのですね。それなら判かる<sup>(28)</sup>。

この勧告は、後に第10問(司法警察職員が行う訊問及び取調については、如何なる規定を設くるのが正しいか。又彼等の手続において作成された書類は公判において如何なる条件の下に証拠としての使用を認むべきであるか。)<sup>(29)</sup>と一括して修正された。

第5問及び第10問の内容は、多岐にわたるが、被告人以外の者の供述の取り扱いについては、

D 証人の供述の使用。

1 被告人以外の者で証人ではない者の作成し若しくは署名のある供述書又は被告人以の者で証人ではない者が或証人の前でなしたことのある供述に関するその証人の口頭の証言は公判において次の場合にのみ証拠として使用することかできる。

(1) 検察官、被告人が共にその提出に異議のない場合。

(2) 次のすべての事実が先に裁判所により充分確認された場合。

a 供述内容が証明さるべき証人が死亡又は国外にあり若しくは証言が不可能な程心身に故障があり又は所在を発見できないこと。

b この供述の使用が被告人の有罪無罪の決定に是非必要なこと。

c 供述が特に信用しうような状況下になされたこと。

であった<sup>(30)</sup>。

ここでは、捜査機関が被疑者及び被疑者以外の者に対する取調べを適正に行うことを保障することに主眼があったから、検証や鑑定については言及がなかった。

この勧告について、刑訴改正協議会(第13回、4月30日)で論議が行われた席上、

オ氏 Dの後段は伝聞のことである。

と、初めて「伝聞」に言及がある<sup>(31)</sup>。

GHQとの正式な交渉は、昭和23年5月5日に終了したが、16回にわたる協議<sup>(32)</sup>の中で、検証の結果を記載した書面の証拠能力には一切触れられておらず、鑑定書についても、合意書面の対象となるかという点の言及だけであった。

4月30日の協議で、初めてGHQが伝聞に触れた結果、我が国の立法担当者は、5月4日付及び5日付の資料として、ウイグモアの証拠法の教科書のうち、伝聞例外を認める要件と公務員作成の文書に証拠能力が認められる場合についての部分の翻訳を印刷配布した<sup>(33)</sup>。そうすると、我が国では、このころ、ようやく伝聞法則を取り入れた証拠法の検討・起案に取り組み始めたことがわかる。

これ以後、国会提出案に至るまで条文の修正が重ねられている。その検討の経緯は、残された資料からは明らかではないので、修正の内容から想像するほかない。

① 最初の修正案(23.5.2)<sup>(34)</sup>

この案は、現行法321条1項にほぼ同じであるが、検証、鑑定に関する規定はない。

この時点では、検証調書、鑑定書も、1項書面「陳述書」(現行法の供述書)に含むと考えていたらしい(団藤重光博士が残されたファイルにその旨の書き込みがある)。

② 5月9日の修正案<sup>(35)</sup>

現行法321条に当たる条文案の4項及び5項に

検察官又は司法警察職員の検証調書又はこれとその性質を同じくする書面は、その作成者の公判準備又は公判期日における供述と同趣旨の記載がある場合に限り、その供述を補充するためには、第一項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

鑑定書又はこれとその性質を同じくする書面についても、前項と同様である。

が設けられた。現行法321条2項に相当する項もこのときに置かれている。

③ 5月12日案<sup>(36)</sup>

現行法321条に当たる条文案の3項及び4項として

(3項) 検察官、検察事務官又は司法警察職員の検証調書又はこれとその性質を同じくする書面は、その作成者が公判準備又は公判期日において真正に作成されたものであることを供述したときは、第一項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

(4項) 鑑定書又はそれとその性質を同じくする書面についても、前項と同様である。

とされ、この案には、3項を「検証調書、実況見分書は、その作成者が公判期日において証人として……」に訂正し、4項を「鑑定の経過及び結果を記載した書面で鑑定人の署名又は押印のあるものについても、……」に訂正するメモ書きがあり、さらに、

(3項) 検察官又は司法警察職員の検証調書は、その作成者が公判期日において、証人として真正に作成されたものであることを供述したときは、前項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

(4項) 鑑定の経過及び結果を記載した書面で鑑定人の署名押印のあるものについても、前項と同様である。

この修正案がメモ書きされている。

④ 5月13日案<sup>(37)</sup>

これが、5月13日付の案では、

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、第一項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

鑑定の経過及び結果を記載した書面〔鑑定人の作成したもの〕についても、前項と同様である。

とされた。

⑤ 5月17日案<sup>(38)</sup>

次のように、4項の〔 〕内の文言を加えた案となった。

検察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、第一項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

鑑定の経過及び結果を記載した書面で鑑定人の作成したものについても、前項と同様である。

⑥ 最終案<sup>(39)</sup>

現行法のテキスト（17日案に検察事務官を加えたもの）は、5月24日に完成、国会に提出されたものである。

検証については、5月9日の修正案において裁判所、裁判官のする検証に関する規定（現行法2項）が置かれたことから、残る検証の主体である捜査機関を4項（現行法3項）の主体としたものである。国会における検務長官説明は、3項及び4項について、「検証の結果を記載した書面についても、裁判官の検証の結果を記載した書面とその他のものとを分ち、裁判官の検証の結果を記載した書面は、そのまま証拠となるけれども、その他のものについては、検察官、警察官等が証人に立ちその書面の真正なことを証明をしなければ証拠とすることができないものとし、鑑定書も同様とした。」（5月31日）<sup>(40)</sup>である。

鑑定書に関する「鑑定人」の意義は、前述のとおり、裁判所の命じる鑑定人のみを指していたかどうかについて疑問がないわけではない。

いずれにしても、このような修正の経緯を概観すると、証拠法則の採用は、被疑者の権利を保障する手続として、取調べと一体として検討されている。ここで考えられているのは、被疑者の権利を保障しつつ行った捜査によって捜査機関が作成した書類がどのような要件で証拠として認められるかということであって、捜査に無関係な書面の証拠能力ではなかった。

前記ウイグモア証拠法の翻訳も、公務員の作成する書面に証拠能力を認めることができる場合についての部分である。直接検証調書や鑑定書につ



いての言及はないが、関係すると思われるものとして、

4. 登録簿及び記録。一定の公務員が一定のことをなし又は観察する職務又は権限を有するときは何時でもそのなしたこと又は観察したことを登録又は記録する権限又は職務を有するものとみなす。而してその供述書は証拠として認容できる。

5. 回答書及び報告書

(a)公務員が公務所の外で一定のことをなし又は観察する職務又は権限があるとき彼は公務所に帰つてから彼のなしたこと又は観察したことを回答書又は報告書に記載する権限又は職務があるものとみなされる。而してその報告書は証拠として認容できる。

がある。

検証については、検察事務官を含むかどうかの修正が繰り返された。その趣旨は明らかではないものの、主体を限定しようとする試みであったと推察される。結局、検察事務官が主体に含まれたが、刑事訴訟法中司法審査に認められて検察事務官に認められない処分（又はその逆）を見たとき、検証について検察事務官を外す理由はなからう。

このように、立法経緯を見ると、立法時には、3項書面に捜査機関が作成する書面以外の書面を考えていなかったことが明らかである<sup>(41)</sup>。

#### 4 準用の可否～主体を限定する趣旨

それでは、明文上捜査機関に限定されている主体を、捜査機関以外の者に広げることができるであろうか。

例外を拡張し、3項の類推適用乃至準用を認めるかどうかは、3項書面について作成真正の証言だけで伝聞例外を認める趣旨をどのように解するかにかかっている。

すなわち、検証が対象を客観的に認識する作業であって客観的なものであること、それを正確に書面化した以上、口頭による報告より書面の方が正確で理解しやすい、したがって、「書面化」のプロセスが正確であれば、伝聞例外として認めてよいというのが第1にあげられるが、これだけで

は、主体を捜査機関に限定しなければならないことを説明するには不十分である。

検証調書及び鑑定書は、当初、一般の捜査機関作成の供述書に含むと考えられていたもので、特に検証及び鑑定に関する書面についての例外（より緩やかな要件で証拠能力を認める）として3項、4項が設けられたとすれば、これを安易に拡張することは許されないであろう。

それでは、3項が特に主体を捜査機関に限定した趣旨は何か。

これについては、321条1項及び2項との対比、裁判所、裁判官のした検証調書と捜査機関のした検証調書の対比を考えればよいであろう。

2項は、証人尋問については、当該事件の受訴裁判所の尋問に限るのに対し、検証については、受訴裁判所が行う検証だけではなく、ひろく裁判官のする検証に証拠能力を認める。検証という処分の客観的な性格が重視されている<sup>(42)</sup>。

1項が裁判官、検察官、その他と段階を設けているのは、それぞれの信用性を定型的に定めているからである。そうすると、2項及び3項も裁判官、捜査機関に差を設けて、それぞれの信用性を定めているといえよう。そうであれば、3項の主体を捜査機関以外に拡大するのは、321条の構造上、妥当ではない。

しかし、3項の主体として定型的に正確な検証を行う立場の者を刑事訴訟法の捜査権限に依拠して定めたとすれば、これに準ずる公務員について準用を認めることはできよう。特に、収税官吏や消防官吏等の行う調査は、刑事手続に先行するものであるが、後行する刑事手続を予定しているものであり、真実を発見する過程において連続しているものであるから、準用を認めてよいと考える。

#### 5 一般私人のする検証（の性質を有する調査）の結果を記載した書面について3項の準用を認めないことによる不都合はあるか。

写真等による機械的な「検証」技術の発展、民間の調査機関（例えば、民事訴訟に証拠を提出する研究機関など）の広がり・充実などがあり、採証活動やその書面化において、捜査機関の作成す

る検証（実況見分）調書と質的には異ならないものも存する。

これについて、3項の準用を認めないことが刑訴の目的達成、とりわけ、被告人の利益を損することにならないか。

3項の準用を認めない場合に（もちろん、調査が真実の発見に関連がある場合）には、作成者（供述者）を証人として尋問すればよいし、写真は、多くの場合、非供述証拠として採用が可能であろう。写真や図面等は、記憶喚起のためや、証言を明確にするために利用が認められているから（規則199条の11、同条の12）、私人の作成した実況見分類似の調査結果を記載した書面において立証する事項を証人尋問によって立証し得ない場合はない。

そうであれば、典型的に検証を行い、その結果を書面にする責務を負う捜査機関（準用を認めるとしてもこれに準ずる公務員）の作成した書面についてのみ定型的な信用性を認めることによる不都合はないと思われる。

### Ⅲ 本判決の判示についての検討

#### 1 主体について

これまで、3項の主体が検察官、検察事務官、司法警察職員に限定されていることから、これ以外の者の作成した書面については、同項の準用の可否として考えられてきた。

平成20年判例も、私人の作成した書面に3項の準用ができるかどうかが問題となったもので、前述のとおり、同決定の解説でも、同決定は捜査機関以外の者に同項の準用が一切許されないとまで明言しているものではないとして、同項の主体が捜査機関に限定されていることを前提に、それ以外の者が作成した文書について同項の準用が認められるかどうかを考えている。

ところが、本判決は、税関職員が、関税法により

- ① 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

- ② 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

ことを根拠に、税関職員が作成した書面が3項書面に含まれるとした。

しかし、本判決が「3項所定の書面に含まれる」としたのは正確ではないと思われる。

実況見分の場合に「包含する」（①判例）とされたのは、主体を拡大したものではなく、任意捜査としての検証も3項にいう検証に含むというのである（この場合、任意処分として行う検証が捜査実務上実況見分と呼称されるというのに過ぎない）が、本判決の場合、主体を拡大した上、検証の性質を有する任意の調査の結果を記載した書面も「検証の結果を記載した書面」としてよいというものであり、3項の文言に「含まれる」（＝3項の適用がある）とはいえないのではないだろうか。従来、捜査機関以外の者による検証（と同性質の）書面については、3項の準用が認められるか否かとして論じられてきた。本判決のように「含まれる」とすると、3項の「検察官、検察事務官、司法警察職員」は、法令に根拠を持つ調査権限のある公務員の例示に過ぎないということになるが、これは、321条1項、2項において主体が厳格に限定されているのとそぐわない。

#### 2 書面の性質について

本判決は、3項書面がいわゆる伝聞例外とされた趣旨について、上記I 3(2)のとおり判示した。すなわち、

- ① 採証活動の客観性（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る）
  - ② 書面の正確性（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）
  - ③ 書面による報告の方が正確で理解しやすい
  - ④ 検証者の主観的意図によって虚偽が作出される余地が少ない
- 点をあげて3号該当性を肯定した。

このうち、「業務として行われる」ことが、「書

面作成」のみにかかるのか、採証活動（検証）にもかかるのかは必ずしも明らかではないが、判決文の書き方から見る限り、①は、主体を限定したことで足り、その上で、書面作成が「業務として」行われることを根拠としているようである。

採証活動と書面作成をこのように分けて指摘した点は、新しく、より明晰な説明であると評価する見解もある<sup>(43)</sup>。しかし、従来、3項書面について①、③及び④が指摘されてきたのは、採証活動の書面化が正確になされている点を、真正作成の証言によって担保しようとした、言い換えれば、捜査機関が法律上の根拠をもって行った検証であっても、その書面化、すなわち、②は、無条件には信用できず、この点は、公判において直接吟味する必要があると考えてきたのである。

確かに、検証調書や実況見分調書においては、書面化のプロセスが正確に行われていることが定型的に期待されているが、それでもなお、裁判所・裁判官の検証調書と異なり、真正作成の証言が必要なのである。3項書面の性質として特にこれを取り上げるのであれば、3項で要求されている真正作成の証言の趣旨・内容<sup>(44)</sup>との関係をさらに検討する必要があるだろう。

特に、問題は、②について、業務性のほか、「検証の直後に」作成されることが挙げられている点である。これが「調書」が採証活動の直後に作成されることを求めているとすれば、疑問がある（以下、本稿では、実施主体を問わず、「五官の作用によって対象の存否、性質、状態、内容等を認識、保全する処分<sup>(45)</sup>」を「検証」と呼ぶこととし、特に刑事訴訟法上の検証を指す場合には、「強制処分である検証」とする）。検証に当たって、その結果をメモ書きするのは当然であるが、清書した調書は、これに基づき後日作成されるのが一般である。特に、図面や写真<sup>(46)</sup>の整理には相当の時間がかかる。採証活動の結果が書面化されるまでの時間は、まさに真正に作成されたかどうかを判断するための要素に過ぎない<sup>(47)</sup>のであって、3項書面をい

わゆる伝聞例外とする趣旨に取り込むべきものではないであろう。

### 3 差押調書について

差押調書は、処分が適法に行われたことを記録するために作成されると同時に、搜索の状況、差押え物の発見状況等を明らかにするものである<sup>(48)</sup>。公判廷に証拠として請求される場合、通常は、発見された物と公判に証拠として提出される物の同一性を示すことを目的とする<sup>(49)</sup>。この場合、押収物の発見状況は、別途写真や図面を添付した報告書が作られることが多いが、搜索差押調書に写真や図面を添付する場合もある。搜索・差押えに当たって、差押物件の証拠価値を保存するため発見された場所、状態においてその物を写真に撮影することが、検証と解されるべきものであっても、搜索差押に付随するため、搜索差押許可状により許容されていると解される<sup>(50)</sup>。したがって、別途作成された報告書はもとより、差押物の発見状況を明らかにした写真や図面の添付された差押調書もまた、検証の性質を有する文書と解することもできるはずである。

本判決の差押調書の内容は明らかではないが、本判決は、差押調書の内容が、差押調書を処分の適性を期することを目的としていることをもって、書面の性質が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とした。これは、差押調書の作成目的・機能を余りにも狭く解しているばかりでなく、書類のタイトルに拘わらず、処分の性質・内容に着目して3項書面に該当するかどうかを判断してきた従来の取扱い及び試業検査結果報告書についての本判決の判断とも整合しない<sup>(51)</sup>。要は、捜査機関（関税官吏）が五官の作用によって事物の存否・状態を正しく把握する捜査（調査）を行っていたかどうかであるが、本判決の事例のように、覚せい剤の発見状況を保全しようとするのは、搜索・差押でも検証でも異ならない。ただし、判決によ

れば、差押調書の立証趣旨は、「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」であるから、そうであれば、差押調書は、作成者の供述書であって321条1項3号該当性が問題となるに過ぎない<sup>(52)</sup>。

#### 4 その他の判示事項について

- (1) 覚せい剤試薬検査結果の記載について3項該当性を認めた点は、検査主体の点を除けば、酒気帯び鑑識カードや警察犬の臭気選別結果報告書などに関する従来の判例<sup>(53)</sup>に沿ったもので、事例を積み重ねたという意義はあるが、新しい判断ではない。
- (2) 複数者が関与した検証（実況見分）について検証調書は、みずから検証に当たった者が作成しなければならず、全くこれに関与しなかった者が作成した書面には証拠能力が認められない<sup>(54)</sup>。

本判決は、実質的にこれを行ったといえない者の作成した書面について、写真撮影等実際に検証を行った者の証言と、作成名義人の証言を併せ、作成名義人が書面に記載した内容は、実際に検証を行った者の代筆というべきもので、作成名義人の個人的な知見や憶測等が混入する余地がないことから、実質的には見分に当たった写真撮影者や試薬検査実施者が各報告書を作成したと同視できるとともに、それが真正に作成されたものであることを供述したと理解することができるとした。

もっとも、検証は、グループで、写真撮影や計測などをそれぞれ分担して行うのが普通であり、この場合の調書は、グループの責任者が作成する。従来、写真撮影や計測結果の図面作成などを行うのは、あくまで補助者としてであると理解し、作成名義人（責任者）の真正成立証言により3項書面としての証拠能力を認めてきた。本判決は、作成名義人について、応援として関与したにとどまり、見分に実質的に関与していたと認めることはできないとしているので、おそらく、従来の取扱いを否定するものではないと思われるが、この判示に従う限り、書面の

作成名義人が実質的にどのように見分に関与したのかを明らかにする必要があることに留意する必要がある。書面の作成名義人が見分全体を統括する立場にない場合には、写真撮影者、図面作成者及び作成名義人すべての真正成立証言を要することとなるから、実務的には影響が大きいと思われる。

本判決は、その上で、見分に関与しない者が複数の写真撮影報告書や検査結果報告書を総合して一つの書面を作成することを認めた。再伝聞と同じ考え方といえよう。

このような結論からは、13(6)品名等の訂正がある点や、(7)検査の場所が報告書の記載と異なり複数である点が書面の証拠能力を左右しないという判断は当然といえよう。

#### IV おわりに

本判決には、これまで検討したとおり、いくつかの疑問があるが、その結論は、妥当なものとして支持し得よう。

本判決は、平成20年判例が未解決の問題として残した3項書面作成者が捜査機関の者が作成した書面が3項書面として認められるかについて、一つの判断を示した。

本判決は税関職員についての判断であったが、同様に、国税犯則取締法に基づく調査を行う収税官吏、消防法に基づく調査を行う消防長等についても、検証の性質を有する調査結果を記載した書面は3項書面として証拠能力を認めてよいであろう。

今後の問題としては、「犯罪の捜査に類似する性質」が認められない、或いは、強くない場合に、なお3項の準用が認められるかが残る。犯罪とは直接関係のない行政目的を達するために公務員が調査権限を有する場合もあろう。この場合に、法令に根拠を持つ調査権限であることを重視するか、それとも、犯罪捜査に類似する性質を有することが必要であろうか。犯罪捜査は、特に、事案の真相を発見することが重要であるという点を重視すれば、犯罪捜査に類似する性質のものに限られよ

うが、他の行政目的遂行のために行われるものであっても、当該職務にかかわる公務員に真実義務があることを重視すれば、3項の準用を認めてよいように思われる<sup>(55)</sup>。今後の裁判例の集積が待たれるところである。

もっとも、本事案において、3項書面に当たるかどうかの判断が必要であったかについては、疑問がある。問題となったのは、写真撮影報告書とその中に記載された試薬検査結果報告である。このうち、試薬検査報告が覚せい剤輸入罪の立証に必要なかということ、必ずしもそうではないであろう。問題の物が覚せい剤であることは、正規の鑑定によって立証すべきであるからである。

そこで、この試薬検査報告部分を除くと、残るのは、いずれも押収物等の写真であり、3項をまつまでもなく、独立の非供述証拠として採用が可能である。事件との関連性は、当該写真自体又は他の証拠により認めることができれば、必ずしも、撮影者の証言は必要とされない<sup>(56)</sup>。

したがって、本例に関する限り、原審の対応によっては、3項書面の問題に触れずに解決が可能であったといえよう。

本判決は、このまま確定しているが、平成20年判例が、「3項の主体が限定されていること及びその趣旨」としか示さなかった内容を具体的に示し、適用か準用かの問題は残るにせよ、一定の者の作成した書面について3項による証拠能力を認めたところに意義がある。

## 注

- (1) 詳細は、判解刑(平20)〔三浦透〕619頁以下。なお、松田岳士「判例批評」刑事法ジャーナル42号123頁参照。
- (2) 伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法(5)〔新版〕(香城敏磨)』330頁
- (3) 松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』264頁
- (4) 横井大三『新刑事訴訟法逐条解説Ⅲ』113頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』209頁など
- (5) 平野龍一『刑事訴訟法』216頁。もっとも、平野博士は、検証調書に証拠能力を認める趣旨につい

ては、「検証調書に特別の証拠能力が認められるのは、観察も意識的であり、叙述もその直後に詳細になされるので、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、理解しやすいからであろう。」とする(同215頁)。強制処分と任意処分の差異はこの点にはないので、同じ性質の任意処分に準用を認めないとする説明は十分とは言えないように思える。

- (6) 平野・前掲216頁は321条4項について、鑑定受託者作成書面には準用を認め、私人作成書面への準用は否定する。
- (7) 石井一正『刑事実務証拠法〔5版〕』182頁。同旨、白井滋夫『改訂 証拠』144頁、青柳文雄ほか『註釈刑事訴訟法(3)』346頁等)
- (8) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』384頁
- (9) 判解刑昭35〔田中永司〕344頁
- (10) 判解刑平20〔三浦透〕628頁。同旨、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7頁。本決定が私人作成書面すべてについて3項準用を否定するものではないとする理解(吉田雅之・研修727号30頁)もある。その余の解釈について、松田・前掲126頁
- (11) 詳細は、前掲平20判解刑615頁参照
- (12) 最判昭28.10.15刑集7巻10号1934頁
- (13) 最判昭32.7.25刑集11巻7号2025頁
- (14) 福岡高判平14.11.6判時1812号157頁
- (15) 古田祐紀「刑事司法における国際協力」現代刑罰法大系I 409頁。同旨、古江。ジュリ1376号19頁214頁、小島淳・百選9版182頁
- (16) 「刑事訴訟法制定資料全集昭和刑事訴訟編(12)」資料111
- (17) 3項の根拠を令状による強制処分に置く見解によれば、4項についても、裁判所での宣誓が根拠とされることとなるから、鑑定人に限られることとなる。
- (18) 判解刑昭62〔千波厚〕52頁
- (19) 例えば、最判昭28.2.19刑集7巻2号305頁「鑑定は裁判所が裁判上必要な実験則等に関する知識経験の不足を補給する目的でその指示する事項につき第三者をして新たに調査をなさしめて法則そのもの又はこれを適用して得た具体的事実判断等を

- 報告せしめるものである。」
- (20) この決定の要旨「刑訴法321条3項所定の書面の作成主体が『検察官、検察事務官又は司法警察職員』と規定されていること及びその趣旨に照らし同項の準用はできないが、同条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。」は、3項の性質を有する書面について、作成主体が私人の専門家の場合には4項によるという趣旨に読めるが、決定本文を見ると、「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」であるとして、学識経験に基づいた考察結果であることによって4項書面該当性を認めている。
- (21) 前掲平20判解刑622頁参照。準用を認めない前掲横井に対し、準用を認める栗本一夫「改訂刑事訴訟法」109頁がある
- (22) 「刑事訴訟法制定資料全集昭和刑事訴訟編（6）」資料8
- (23) 同（7）資料35
- (24) 同（10）資料14
- (25) 連合国総司令部（GHQ）民政局法律班が担当した。責任者はオプラー（Alfred C. Oppler）氏。班員としてブレイクモア（Thomas Blakemore）氏、アブルトン（Richard Appleton）氏、マイヤース（Howard Meyers）氏がいた。
- (26) 「刑事訴訟法制定資料全集昭和刑事訴訟編（11）」資料59
- (27) 同資料71
- (28) ブはブレイクモア（Thomas Blakemore）氏、我が国側の発言者の兼子は兼子一教授、馬場は馬場義統検事。
- (29) 「刑事訴訟法制定資料全集昭和刑事訴訟編（11）」資料44
- (30) 同資料78
- (31) 同資料113
- (32) 同資料52以下
- (33) 同資料117
- (34) 「刑事訴訟法制定資料全集昭和刑事訴訟編（12）」資料55
- (35) 同資料89
- (36) 同資料107
- (37) 同資料112
- (38) 同資料146
- (39) 同資料185
- (40) 同資料191
- (41) 320条以下のいわゆる伝聞法則に関する立法経緯全般については、拙稿「現行刑事訴訟法中の証拠法の制定過程と解釈—伝聞法則を中心として—」（河上和雄先生古稀祝賀論文集293頁）参照
- (42) もっとも、2項の適用範囲については、あくまで当該事件についての検証に限るとする見解と他事件の検証でも2項書面に含まれるとする見解に分かれる。通説は後者であり、妥当である。前者とすると、裁判官・他事件の裁判所の行った検証調書の証拠能力を認める規定が存しないことになる。
- (43) 松田・前掲129頁
- (44) 的場純男＝渡部市郎「実況見分調書の作成の真正」刑事証拠法の諸問題（上）149頁は、「真正に作成された」とは、作成名義の真正及び記載の真正をいい、「（証人として）供述したとき」とは、それらが反対尋問に対して崩れなかったことを意味するが、記載内容の真実性についても、相当な範囲で反対尋問の機会を与えるというのが実務上一般的であるとする。同旨、那須彰「実況見分調書などの作成の真正」刑事実務上の諸問題200頁、大コンメンタール刑事訴訟法（第2版）7巻〔中山善房〕620頁
- (45) 最決平11.12.16刑集53巻9号1327頁
- (46) フィルムカメラの時代には、フィルムの現像、焼き付けに時間がかかったし、特に、カラー写真は、各警察署では行えないことが多く、県警本部等によって現像等を行ったため、写真を得るまでに相当の時日を要していた。
- (47) 被疑者が否認していることから作成の必要があるとして、司法巡査が事件より40日を経過した後、現場付近の距離関係等を記載して作成した現場見取図について証拠能力を認めた事例（東京高判昭44.6.25高刑集22巻3号392頁）があるが、正当と思われる。
- (48) 犯罪捜査規範149条1項（差押にも準用）は、捜索調書に捜索の状況を明らかにすることを求めている。2項が、令状を示すことができなかつたときや立会人を得ることができなかつたときなどに、

- その旨及び理由を調書に記載することを求めているのは、捜索の適法性を明らかにするという趣旨による。
- (49) 本件でも押収物と公判提出の覚せい剤の同一性が争われ、裁判所は、写真撮影報告書・鑑定書に記載のある押収番号、写真撮影報告書の作成者の証言による検察庁の領置番号から同一性を認めている（判決理由第 2, 3）が、本来は、差押調書に記載される押収番号及び同調書に証拠物が検察庁に送致された際に記載される領置番号が同一性判断の資料となるべきであろう（この点に限れば、厳格な証明は不要である）。
- (50) 最決平 2.6.27 刑集 44 卷 4 号 385 頁（藤島昭裁判官の補足意見）参照
- (51) もっとも、本件では、証拠物の発見状況等については、写真撮影報告書等十分な証拠が収集されており、差押調書が証拠物の発見状況を立証するのに必要であったかどうかは疑問である。
- (52) 石井・前掲 178 頁等
- (53) 前掲 II 1（2）掲記の②、③のほか、速度測定カードに関する東京高判昭 49.10.24 刑裁月報 6 卷 10 号 1012 頁、東京高判昭 51.9.30 浸したか時報 27 卷 9 号 132 頁など。
- (54) 交通事故に関する実況見分について、全く実況見分に関与しなかった者の作成した図面の証拠能力を否定した大阪高判昭 59.7.13 判タ 544 号 263 頁がある。
- (55) 前述のウイグモアの証拠法の翻訳部分「一定の公務員が一定のことをなし又は観察する職務又は権限を有するときは何時でもそのなした事又は観察したことを登録又は記録する権限又は職務を有するものとみなす。而してその供述書は証拠として認容できる。」の趣旨によれば、犯罪捜査類似性は要件ではないとも考えられる。
- (56) 最決昭 59.12.21 刑集 38 卷 12 号 3071 頁