意　見　書

――国税査察官報告書は鑑定書か――

　　　　　　　　平成29年8月○日

立命館大学大学院法務研究科教授　浅田和茂

**はじめに**

　法人税法違反幇助被告事件（平成26年（わ）第55号）につき、同事件の弁護人から、平成29年3月3日岡山地方裁判所第２刑事部が下した判決（以下「本判決」という。）において、国税査察官報告書等が刑事訴訟法321条4項に基づき「鑑定書」として証拠採用された点につき、刑事法学の観点から検討するよう依頼を受けたので、その検討結果を、以下のとおり「意見書」として提出する。

**１　本判決の内容**

　本判決の理由のうち本意見書が検討の対象とする部分は、弁護人から提供された判決書によれば、以下のとおりである[[1]](#footnote-1)（以下、本件査察官報告書等を作成した者をＫ、法人税法違反に問われた業者をＩ建設とする。）。なお、下線部及びその番号は筆者が付したものである（特に記載がない条文は刑事訴訟法の条文である）。

３　本件査察官報告書等の証拠能力

　Ｉ建設のほ脱行為を認定するためにその所得金額を認定する必要があるところ**（①）**、その基礎となるＩ建設の売上高等の証拠として刑事訴訟法321条4項に基づいて採用した本件査察官報告書等について、弁護人はその採用決定の適法性を争っている。

（１）弁護人の主張

　弁護人が本件査察官報告書等には証拠能力が認められないとする理由の骨子は、次のとおりである。

本件査察官報告書等の大半は、定められた会計基準に従って計算されたものであって、特別の知識経験によって作成されたものではなく、会計知識に基づく判断は客観的、自然科学的なものでもないから、同法321条4項にいう鑑定の経過及び結果を記載した書面に当たらない**（②）**。

本件査察官報告書等を作成したＫは、Ｉ建設に係る法人税法違反犯則事件の調査及び検察官への告発をした者であり、国税査察官は、収税官吏として国税犯則取締法により捜索差押え等の強制調査の権限や告発義務を有する捜査官に類する性格を有する者であって第三者ではないから、鑑定人の資格を欠く**（③）**。

本件査察官報告書等は、Ｋ以外の収税官吏が作成した査察官報告書を資料とした再伝聞証拠であるのに、その真正立証はされておらず証拠能力は認められない**（④）**。

（２）本件査察官報告書等の鑑定書該当性

（ａ）刑事訴訟法321条4項にいう鑑定書等に当たるか否かの判断方法

同法321条4項は、鑑定の経過及び結果を記載した書面（以下「鑑定書等」という。）で鑑定人の作成したものは、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、証拠とすることができる旨規定する**（⑤）**。その趣旨は、鑑定書等は同法165条の定める学識経験のある者による判断を内容とし、その判断は、詳細な事実や学識経験の内容である特別の知識経験を前提として、その知識経験に基づく一定の法則や実験則を当該事実に当てはめて導かれるものであるところ、そのいずれもが複雑で公判廷において口頭により正確に伝達することが困難であるという立証上の必要に加え、その客観性及び技術性の強さに照らして、通常の供述証拠が有する記憶や叙述の正確性を吟味する必要性は乏しく、供述者の知覚の内容である鑑定の結果及び正確性を吟味することが重要であることから、鑑定書等を証拠とした上で、その内容の正確性について尋問することが合理的であることにあると解される。

そうすると、ある書面が同法321条4項にいう書面に該当するか否かは、その書面が学識経験に基づく判断を内容とするか否か、記述や叙述の正確性の吟味を要さない程度の客観性及び技術性が認められるか否かによって決せられると解される。そして、そのような客観性及び技術性が認められるのであれば、その特別の知識経験の分野は問わないと解され、鑑定書等が自然科学的判断に基づくことを要するとの弁護人の主張は採用することができない**（⑥）**。

以上は、同項が準用される捜査機関等の嘱託により作成された鑑定書等や嘱託によらず自発的に作成された鑑定書等についても妥当する**（⑦）**。

（ｂ）本件査察官報告書等の性質

１）Ｋの学識経験

本件査察官報告書等は、いずれも、作成当時広島国税局調査査察部査察部門に所属する収税官吏である財務事務官Ｋが作成したものである。国税局調査査察部は、内国税の賦課及び徴収に関する事務のうち所得その他の内国税の課税標準の調査並びに内国税に関する検査及び犯則の取締り等を掌り、収税官吏は、国税犯則取締法に基づいて国税犯則事件の調査等を行う権限を有する官吏である。Ｋは、平成元年に採用され、本件の調査が行われた平成25年当時で通算6年以上にわたって国税局の査察部門において査察調査等に従事していたものであり、税理士の資格を有していた。

したがって、Ｋは、法人税法の解釈運用に通じ、簿記会計の知識を備え、高度の専門知識を有する税務の専門家ということができるから、刑事訴訟法165条にいう学識経験のある者に当たる**（⑧）**。

２）本件査察官報告書等の作成に当たっての調査及び判断の性質

Ｉ建設の会計処理が適法にされているか、事業年度毎に恣意的な会計処理がされていないかを精査するには、個々の売上を正しい事業年度に帰属させ、各事業年度の各勘定科目を算出する必要がある**（⑨）**。

その勘定科目算出のための調査は、Ｉ建設の取引先の銀行証明書、施主との契約に関する決算計算書、総勘定元帳、振替伝票、仕訳日記帳、工事台帳、住宅の瑕疵担保責任保険に関する書類等を資料として、その中から各勘定科目に計上すべき取引に関する書類を抽出し、必要な記載を特定して、資料中に齟齬がある場合は、いずれの資料が正確かを検討し、算出の基礎とし得るかどうかを判断した上、それを簿記会計の原理に従って適切な勘定項目に仕訳し、法人税法の解釈運用に従った売上計上基準に従って帰属させるべき事業年度を特定して集積し、申告額と対照し、修正された前年度の所得金額に対応して増加した事業税等を翌事業年度の経費として計上することを内容とする。

本件査察官報告書等は、このような調査及び判断の結果を集計するなどしたものであるから、法人税法の解釈運用の知識、簿記会計及びその実務に関する知識に基づくものということができる**（⑩）**。

したがって、このような調査及びそれに基づく判断は、学識経験に基づくものということができ、その内容は、会計帳簿等の内容に対する簿記会計や法人税法の解釈運用の知識に基づく評価が重要であり、記憶や叙述の正確性の吟味を要さない程度の客観性及び技術性も認められるから、本件査察官報告書等は、いずれも刑事訴訟法321条4項にいう書面に該当する**（⑪）**。

（３）鑑定人の資格

（ａ）鑑定人の意義

鑑定人の資格については、同法165条が学識経験のある者と定めるほかに文言上の限定は見当らない一方、捜査機関の嘱託に基づき作成された鑑定書にも同法321条4項を準用することができるとするのが判例であり、捜査機関内部の者による鑑定書等は広く刑事公判において証拠として用いられている**（⑫）**。これは、前述の鑑定の客観性及び技術性に鑑み、実質的に専門家としての能力を有するか否かが重要であることに基づくと考えられる。そうすると、鑑定人の帰属は、証拠能力に影響を与えるものではなく、その鑑定内容に偏りがないかどうか、信用性を判断するに当たって考慮すべき事項と解される。すなわち、一般に鑑定人とは鑑定事項について鑑定能力を備えた当該訴訟の第三者をいうといわれるところ、そこでいう第三者とは、たとえば捜査機関や訴追権者といった一方の当事者と同じ属性の者でないことまで求められるのではなく、鑑定人も証拠方法の1つであることから、当該訴訟の裁判体及び当事者以外の者であることが求められることをいうと解される。

Ｋがこのような意味で本件の第三者に当たることは、論を俟たない**（⑬）**。

（ｂ）告発人作成の鑑定書等

ただ、Ｋは、国税査察官として、Ｉ建設の前記犯則事件を検察官に告発した者本人であり、捜査担当者から鑑定の嘱託を受けた者よりも一層訴追者に近い立場にあるということができるから、この点について更に検討を加えておく。

告発者本人であること自体は、鑑定の客観性や技術性を損なわせる事情ではない**（⑭）**。そして、鑑定は、裁判所が判断をするに当たって、特別の知識経験に基づく判断を１つの証拠方法として得ることにより、専門的知識や知見を補う手段である。科学技術や社会構造が高度に専門化し複雑化した現代社会において、航空機、船舶、鉄道、医療等の特殊事故、金融・経済取引に関連する事件等、裁判所が鑑定によって専門的知識や知見を補充すべき場面は増大している。分野によっては、裁判の段階のみならず、訴追や訴追前の段階に特別な専門知識を有する者が関与することが必要又は相当なものもあり、実際にそのような調査等のための機関が設置され、検察官に対する告発をするものもある。このような場合、その機関に属する者の専門的判断を鑑定書等として証拠とすることが許されないとは解されない**（⑮）**。

さらに、同法321条4項が「同様である」と定める同条3項は、検証の結果を記載した書面について、同条2項が裁判官によるものに無条件で証拠能力を認めているのと異なり真正立証を要求するものの、捜査機関に属する者によるものにも作成者の立場に関わりなく証拠能力を認めている。このように、同法上裁判所が証拠資料を獲得する方法を捜査機関の活動の結果に拡張しているものがあることからすれば、訴追者に近い立場の者が作成した書面について合理的根拠に基づいて法令の範囲内で証拠とすることが許されないとは考えられない**（⑯）**。

以上によれば、告発者本人が作成した書面であっても、それが鑑定書等に当たると認められる限り、同条4項を準用して証拠とすることができるというべきである**（⑰）**。

（ｃ）他人が作成した書面の利用

本件査察官報告書等の資料には、公判廷において取り調べられていないものが含まれており、売上高調査書（甲４）における一般工事の調査売上高や、期末商品棚卸高調査書（甲14）における期末商品棚卸高の算定には、他の国税査察官が作成した査察官報告書が資料とされている。

鑑定は、その過程において必要かつ相当な資料を幅広く収集し、専門的知識及び法則を適用することが求められているものであり、その資料が証拠として取り調べられることは要しない**（⑱）**。もっとも、鑑定人が作製名義人でありながら、その内容が他人の鑑定をほぼ引き写したものにすぎないような場合、鑑定人が専門的知識及び法則を適用したとはいえないから、鑑定書の証拠能力は否定される。

本件において、Ｋは、本件査察官報告書等の作成に当たり、他の国税査察官に売上高の算定に必要な一般工事の売上高や期末商品棚卸高に関する査察官報告書等を作成させ、それを資料としている。しかし、Ｋは、Ｉ建設のほ脱の調査の責任者として、同一部門に所属する国税査察官にこれらの査察官報告書等を作成させ、その際、担当査察官と法人税法の解釈運用等を踏まえて処理基準を協議した上、作成過程において担当査察官が作成した査察官報告書等の内容を確認し、適宜修正を指示していた旨説明する。そうすると、Ｋが作成した本件査察官報告書等において他の国税査察官の査察官報告書等が資料とされる場合でも、その処理基準やその基準に基づく各勘定科目の額やその内容を確認している点で、Ｋも鑑定の要件である専門的知識及び法則を適用していると認められるから、Ｋがその作成の真正を供述したことにより証拠能力が認められるというべきである**（⑲）**。

（４）結論

　以上によれば、本件査察官報告書等は、Ｋがその特別の学識経験に基づき真正に作成した書面であるから、刑事訴訟法321条4項にいう鑑定書に当たり、証拠能力がない旨の弁護人の主張は採用することができない**（⑳）**。

**２　検討**

　**下線部①**および**下線部⑨**のとおり、「Ｉ建設の会計処理が適法にされているか、事業年度毎に恣意的な会計処理がされていないかを精査するには、個々の売上を正しい事業年度に帰属させ、各事業年度の各勘定科目を算出する必要」があり、そのようにして作成された国税査察官の調査報告書（以下「**査察官報告書**」という。）が訴追および事実認定の基本的資料となる。本件のように被告人側がそれを**不同意**とした場合、その報告書を321条以下の伝聞例外として証拠採用しうるか否かが問題となる。

通常であれば、書面（伝聞証拠）が不同意とされた場合は、作成者を証人として尋問し、その内容を証言させれば足りるが、ほ脱事件の場合、大量の資料を基に作成された書面の内容を逐一反対尋問の対象とするならば膨大な時間を要することになるであろう。したがって、書面を何とかして証拠として採用することにより、その手間を省こうという要請が生ずることは理解できる。

しかし、**証拠裁判主義**（317条）の下で、伝聞証拠が安易に採用されてはならないことも当然である（320条）。

では、本件「査察官報告書」を本判決のように321条4項により証拠採用することは可能であろうか。その可否を検討するには、その前提として、鑑定受託者の鑑定書の扱いおよび鑑定受託者以外の者の鑑定書の扱いについて検討を要する。これらが否定されれば、当然に本件査察官報告書の証拠採用も否定されることになるからである。

（１）鑑定受託者の鑑定書について

（ａ）昭和28年最高裁判決

　**下線部⑫**に指摘されているとおり、**最一小判昭28・10・15**（刑集7巻10号1934頁）は、覚せい剤取締法違反事件（製造罪）において、司法警察員の嘱託により警視庁警察技師が作成した鑑定書を、被告人の同意なしに法321条4項によって証拠採用した点につき、「捜査機関の嘱託に基く鑑定書（刑訴223条）には、裁判所が命じた鑑定人の作成した書面に関する刑訴321条4項を準用すべきものである」と判示した。

この判決以前に、警察技官が作成した掌紋鑑定書を321条4項の書面に「当たる」とした東京高判昭24・12・10（判タ24号30頁）などの下級審判例があり、昭和28年最高裁判決の原判決も、鑑定受託者の鑑定書も4項に「含まれる」として、同項の「適用」を認めていた。これに対し、昭和28年最高裁判決は、同項を**「準用」**すべきものであるとして、鑑定人の鑑定書（「裁判所が命じた鑑定人の作成した書面（321条4項）」）と鑑定受託者の鑑定書（「捜査機関の嘱託に基く鑑定書（223条）」）とを明確に区別している点に特徴がある。しかし、その理由は何ら示されていない。

なお、本判決の**下線部⑤**は、「鑑定の経過及び結果を記載した書面（以下「鑑定書等」という。）」と述べているが、321条4項が規定しているのは、「鑑定の経過及び結果を記載した書面」すなわち「鑑定書」についてであって、鑑定書「等」についてではない。

　もともと、刑事訴訟法は、裁判所の命により鑑定を行う者を「鑑定人」（165条以下）、捜査機関の嘱託により鑑定を行う者を「鑑定の嘱託を受けた者（＝鑑定受託者）」（225条）として明確に区別している。321条4項が「鑑定人」の鑑定書について規定したものであることは明らかであって、「鑑定受託者」による鑑定書にそれを「適用」することは不可能であり、問題は、その「準用（＝類推適用）」の可否にある。

（ｂ）321条4項の準用を肯定する説

321条4項の準用を肯定する説では、当初、いわゆる**メモの理論**を援用する説が有力であった。メモの理論は、もともと供述者の記憶が喪失しているか曖昧な場合に、過去に本人の作成したメモを公判廷で用いることに関する理論である。メモには「過去の記憶の記録」と「喚起された現在の記憶」とがあるが、規則199条の11は後者を規定したものであり、この場合、証拠となるのは供述であってメモではない[[2]](#footnote-2)。

メモの理論を援用する説からは、検証調書や鑑定書は、記憶の喪失ではなく、**記憶を喚起し供述を正確にする手段**として使用されるものであるが、書証として提出され、反対尋問を許すのであるから、伝聞法則の例外ではなくメモに近いので、「伝聞法則によって排斥されるべき理由はない」とし、321条4項の鑑定とは「裁判所又は裁判官の命令による鑑定又は捜査機関の嘱託による鑑定である」とされ[[3]](#footnote-3)、あるいは、本項の立法理由がメモの理論の変形である以上、「鑑定受託者に類推適用して差し支えない」と主張された[[4]](#footnote-4)。

これに対して、321条4項は**伝聞証拠の例外的許容**のうち、不完全ながら反対尋問の機会を与えた場合にあたり、その理由は、鑑定人の人選が公平で、鑑定人は宣誓すること、鑑定の複雑な内容は口頭よりも文書による方が正確であることにあるとして、メモの理論の拡張を批判する見解が主張された[[5]](#footnote-5)。現在、学説では、このように321条4項を伝聞例外と解するのが一般である。

321条4項準用の理由の第1は、被告人・弁護人は証拠保全として裁判官に鑑定の処分を請求できる（179条）のに対し、捜査機関側にはそのような手段が認められておらず、裁判官に鑑定処分許可状を請求することができるとすることでバランスが考えられているとし、そうであれば「準用をみとめることも、理由のないことではない」という**179条とのバランス論**である[[6]](#footnote-6)。

これに対しては、「被告人側は常に無条件で証拠保全としての鑑定を認めて貰えるわけではなく（179条1項は「あらかじめ証拠を保全しておかなければ云々」という条件を課している）、これに反して捜査機関側の鑑定嘱託にはとくに条件はないのであるから、逆に権衡を失する結果となりかねない」という批判がある[[7]](#footnote-7)。

321条4項準用の理由の第2は、同条3項の検証調書との対比から、特別の学識経験を必要とするため、鑑定受託者を用いて、いわば**間接に検証した場合**を別に取り扱う理由はないというものである[[8]](#footnote-8)。

しかし、検証が「物の存在および状態を五感の作用で実験・認識すること」をいうのに対して、鑑定は「第三者に行わせる特別の知識経験に属する法則またはこれに基づく具体的事実の判断の報告」であり、大幅に推論・意見を含むことからすると、鑑定を間接的検証とすることには無理がある。

その後、学説では、昭和28年最高裁判決を契機として、「書面の内容が**実質的に鑑定人の鑑定書と同視できるもの**であれば、準用を肯定してよいであろう」という立場が有力となった[[9]](#footnote-9)。もっとも、それを無条件に許容するわけではなく、たとえば「準用否定説があげるように欠陥（不十分さ）が鑑定嘱託人の鑑定書にはあるのですから、これについては、鑑定受託者が証人として供述する際、被告人、弁護人に対し、鑑定書の記載の正確性のほか、鑑定につき十分な能力、適正さを有するか、反対尋問の機会を与え、鑑定受託者がこの反対尋問をクリアしたときにはじめて証拠能力が付与される」とされている[[10]](#footnote-10)。かくして、現在は、321条4項の準用を肯定する説が通説かつ確立した判例の立場とされているのである[[11]](#footnote-11)。

（ｃ）321条4項の準用を否定する説

321条4項の準用を否定する説の理由は、第１に、鑑定人は**公平・中立な裁判所（裁判官）が選任**するのに対し、鑑定受託者は一方当事者である捜査機関の嘱託によるものであるという点にある。それは、実際に鑑定に当たる者が客観的・中立的に鑑定を行ったか否かという問題ではなく、それ以前に制度の問題として、刑事裁判においては「公平らしさ・中立らしさ」も重要なファクターと考えるからである[[12]](#footnote-12)。

否定説の理由の第２は、鑑定人は**宣誓**し（166条）、**虚偽鑑定罪**（刑法171条）の対象となり、このことが鑑定の中立性・客観性を担保しているのに対し、鑑定受託者はそうではないという点にある。この点については、かつて昭和28年最高裁判決に関し「宣誓した鑑定人（法166、規128）と宣誓しない鑑定受託者とを同列に見ることは、宣誓の厳粛なる意義を軽んずるものであって、わが国人の弊風である。判例は弊風への追随である」という厳しい批判があった[[13]](#footnote-13)。

否定説の理由の第3は、鑑定人の鑑定については**当事者に立会権**がある（刑訴170条）のに対し、鑑定受託者の鑑定についてはそれがない点で、両者を同列に扱うことはできないという点にある[[14]](#footnote-14)。

（ｄ）私見

私見は、321条4項準用否定説である。上記の肯定説に対する批判はいずれも説得的であり、否定説の理由はいずれも納得がいく。たしかに上述のように判例・通説は肯定説であるが、なお否定説も有力に主張されていることに留意されたい[[15]](#footnote-15)。

（２）鑑定受託者以外の者の鑑定書

　本件で問題になった査察官報告書は、捜査機関が嘱託して作成されたものではない。鑑定受託者の鑑定書に321条4項の準用を否定する説は、当然に、鑑定受託者以外の者が作成した「鑑定書」に準用を認めることも否定する[[16]](#footnote-16)。しかし、たとえ鑑定受託者の鑑定書について準用を認めるとしても、そのことが、鑑定受託者以外の者の「鑑定書」にも4項準用を認めることにはならない。

（ａ）医師の診断書

　このことが、最初に問題になったのは、**医師の診断書**についてである。

　**最一小判昭32・7・25**（刑集11巻7号2025頁）は、強姦致傷被告事件において医師が作成した被害者の診断書につき、321条4項の準用を認めた原判決の判示は正当であるとした。この判決にも何ら具体的な理由は示されていない。

　学説には、これに賛成する説もあるが、少数である[[17]](#footnote-17)。

　賛成説の論拠として挙げられているのは、「正規の鑑定書と単なる診断書との間に信頼度の上で著しい差異がない」という点である[[18]](#footnote-18)。

　しかし、学説の多数は、反対説に立つ。その理由は、321条4項は「鑑定の経過及び結果を記載した書面」と規定されているところ、診断書には一般に診断の結果のみが記載され、その経過については記載がないという点にある[[19]](#footnote-19)。

書面の内容が実質的に鑑定人の鑑定書と同視できるものであれば準用を肯定するという立場からも、その点に加えて、「作成の実態も比較的手軽に記載し交付されることの多いものであるから、準用が妥当かは疑問である」とされている[[20]](#footnote-20)。

　**私見**は、鑑定受託者の鑑定書について321条4項の準用を否定する立場から、当然に鑑定受託者以外の者が作成した鑑定書への準用も否定することになるが、医師の診断書の場合、作成した医師を証人として尋問することは比較的容易であり、通常であればそれほど困難な問題は生じないようにも思われる。

（ｂ）私人作成の燃焼実験報告書

　**最二小決平20・8・27**（刑集62巻7号2702頁）は、非現住建造物放火、詐欺未遂被告事件において、原審が、火災原因調査を多数行ってきた会社が消防学校の依頼を受けて作成した**燃焼実験報告書の抄本**を321条3項を準用して証拠能力を認めたのに対し、3項の作成主体は「検察官、検察事務官又は司法警察職員」とされており、「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」としたうえで、「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」であるから、321条4項の書面に準ずるものとして証拠能力を有するというべきであると判示した[[21]](#footnote-21)。

本決定は、書面の性質（正確性・職務性など）に基づいて3項の準用を認めるのではなく、作成主体を基準に3項の準用を否定している点に特徴がある。問題は、4項も、作成主体を「鑑定人」に限定しているにもかかわらず、書面の性質（特別の学士経験に基づく実験結果の報告）から4項の準用を認めている点にある。本来、3項の準用について作成主体を基準にするのであれば、4項の準用についても同様に解すべきであろう。それにもかかわらず、このように4項のみを拡大解釈するのは、従来の判例が、鑑定受託者の鑑定書に4項の準用を認め、さらに私人である医師の診断書についてまで準用を認めてきたことの延長線上にあるといえよう。

なお、本判決が**下線部⑥**で、「ある書面が同法321条4項にいう書面に該当するか否かは、その書面が学識経験に基づく判断を内容とするか否か、記述や叙述の正確性の吟味を要さない程度の客観性及び技術性が認められるか否かによって決せられる」とし、**下線部⑦**で、「以上は、同項が準用される捜査機関等の嘱託により作成された鑑定書等や嘱託によらず自発的に作成された鑑定書等についても妥当する」と述べているのは、作成主体を軽視し、もっぱら書面の性質に依拠して4項準用を拡大するものであり、その限りでは、平成20年最高裁決定に沿うものともいえる。

もっとも、本件で問題になった査察官報告書の作成主体Ｋは、鑑定人でも鑑定受託者でもないが、平成20年最高裁決定の事案のように全くの私人でもなく、また、書面の性質・内容も、平成20年最高裁決定のように実験結果を報告したものではない。なお、**下線部⑯**は、321条3項を例に「捜査機関に属する者によるものにも作成者の立場に関わりなく証拠能力を認めている」と指摘しているが、平成20年最高裁決定は、むしろ3項について作成主体を限定するものであったことに注意を要する。

（ｃ）私見

私見は、このような作成主体の無限定な拡大に反対であるが、たしかに平成20年最高裁決定で問題になった「燃焼実験報告書の抄本」は、書面の性質からは（医師の診断書とは異なり）書面で提出し証拠調べを行うのが適切であるように思われる。したがって、どうしても燃焼実験報告書を証拠として採用したい（採用させたい）というのであれば、裁判所（裁判官）が作成者に改めて鑑定を命じて鑑定書を作成させるか、（鑑定受託者の鑑定に4項準用を認める判例の立場からは）捜査機関が作成者に鑑定を嘱託することによって解決すべきであったと考える。国税査察官報告書については、このような処理も認めることはできないところに問題がある。

（３）国税査察調査官の査察官報告書

（ａ）特別の専門知識

　「本件査察官報告書等の大半は･･････特別の知識経験によって作成されたものではなく、会計知識に基づく判断は客観的、自然科学的なものでもない」という**下線部②**の弁護人の主張に対し、本判決は、まず、**下線部⑥**において、その書面が学識経験に基づく判断を内容とし、記述や叙述の正確性の吟味を要さない程度の客観性及び技術性が認められれば、その特別の知識経験の分野は問わないと解され、鑑定書等が自然科学的判断に基づくことを要しないと述べている。

　たしかに、鑑定は自然科学的分野に限られるわけではないが、自然科学的な鑑定は客観性・技術性が認められ易いという特徴がある。それ以外の分野の鑑定については、その客観性・技術性について慎重な判断を要するといえよう。

　本判決は、さらに、**下線部⑧**において、「Ｋは、法人税法の解釈運用に通じ、簿記会計の知識を備え、高度の専門知識を有する税務の専門家ということができる」としたうえ、**下線部⑩**において、「本件査察官報告書等は、このような調査及び判断の結果を集計するなどしたものであるから、法人税法の解釈運用の知識、簿記会計及びその実務に関する知識に基づくもの」であるとし、**下線部⑪**において、「このような調査及びそれに基づく判断は、学識経験に基づくものということができ、その内容は、会計帳簿等の内容に対する簿記会計や法人税法の解釈運用の知識に基づく評価が重要であり、記憶や叙述の正確性の吟味を要さない程度の客観性及び技術性も認められるから、本件査察官報告書等は、いずれも刑事訴訟法321条4項にいう書面に該当する」としている。

　しかし、本件でＫが行っている主な作業は、法人税の確定申告書について、その誤りや意図的な隠蔽などを発見し計算をやり直すというものである。そうすると、事業者が確定申告書を作成するのと作業の内容自体は変わらないといえる。本判決によれば、企業で正しく確定申告書を作成している者は、すべて「高度の専門知識を有する税務の専門家」ということになってしまうであろう。そのために必要なのは、「専門知識」ではあっても鑑定の対象となるような「特別の専門知識」ではないのである。この種の事件で4項の鑑定書がありうるとすれば、それは、たとえば法人税法の解釈・運用に問題があるとする税法学者の鑑定（鑑定意見書）くらいであろう。

（ｂ）訴訟の第三者

　Ｋは、Ｉ建設に係る法人税法違反犯則事件を調査し、検察官への告発をした者であり、国税査察官は、国税犯則取締法により強制調査の権限や告発義務を有する捜査官に類する性格を有する者であって第三者ではないから、鑑定人の資格を欠くという**下線部③**の弁護人の主張に対し、本判決は、**下線部⑭**において、「Ｋは、国税査察官として、Ｉ建設の前記犯則事件を検察官に告発した者本人であり、捜査担当者から鑑定の嘱託を受けた者よりも一層訴追者に近い立場にある」ということから、はたして「告発者本人であること自体は、鑑定の客観性や技術性を損なわせる事情ではない」といえるかが問題になるとして応えている。

たしかに、**下線部⑫**にいうように、捜査機関内部の者による鑑定書等は広く刑事公判において証拠として用いられている。たとえば、警察内部の組織である科学警察研究所（科警研）や科学捜査研究所（科捜研）の職員の「鑑定書」は、（前述のとおり私見は反対であるが、鑑定受託者の鑑定書にも321条4項の準用を認める判例の下で）広く証拠として認められている。

しかし、それは、あくまで科警研・科捜研の職員が、もっぱら被疑者を訴追するためではなく、訴追の可否をも判断するために、科学者として、科学的・客観的・中立的に**科学鑑定**を行うことが前提とされているからである。近時、33年間にわたり科捜研の職員として勤務してきた著者が、「科捜研の職員が鑑定に専念し科捜研の中立性・独自性を発揮するには、警察部外に出ることが最善の姿ではないかという考えに至りました」と述べていることに注目すべきであろう[[22]](#footnote-22)。

**下線部⑬**で「第三者とは、たとえば捜査機関や訴追権者といった一方の当事者と同じ属性の者でないことまで求められるのではなく･･････、当該訴訟の裁判体及び当事者以外の者であることが求められることをいう」と解したとしても、必ずしも「Ｋがこのような意味で本件の第三者に当たることは、論を俟たない」とはいえないのである。

　本件と若干類似する事案を扱ったものとして、**東京高判昭34・11・16**（東京高裁判決時報10巻11号〔刑〕419頁）がある。本判決は、**国税庁監察官Ａの作成した答申書**について、弁護人が不同意としたので、検察官が323条3号の書面として証拠調べの請求をし、原審はこれを認めたが、「右各書面の如きは、･･････本件右犯行後捜査段階において国税庁監察官が検察官の要請の下に、本件瀆職事件の捜査に協力する目的で、原判示各納税義務者たるＡ、Ｂらの納税の対象となるべき所得額を調査し、その経過及び結果を検察官宛に報告した書面であって、かかる書面は刑事訴訟法第323条第3号に該当する書面として取り扱うことは相当でない」としつつ、右書面を除外しても証明は十分であるから、右法令の違反は判決に影響を及ぼさないと判示した。

　この判決を評した横井氏は、監察官Ａの答申書のような書面の証拠能力については、第１説として、321条1項3号に当たるとする説、本説は、さらにＡが公判で証言できる以上証拠能力はないとする説と、Ａが記憶を喪失していた場合や供述に重要性・特信性があれば証拠能力を認める説とに分かれ、第2説として、323条3号に当たるとする説、すなわちＡが法廷で作成の真正を証言することにより特信性を帯びるに至るとする説、第3説として、メモについて321条3項4項を準用する説があるとしたうえ、この判決は、第１説に立ったものとしている。そして、「この答申書が一種の鑑定書と見られるように思うので、その点からいって、刑訴321条4項により証拠能力の有無を判定すべきであったと思う」と述べている[[23]](#footnote-23)。

**323条3号の書面**は、「前2号の書面すなわち戸籍謄本、商業帳簿等に準ずる書面を意味する」（最三小判昭31・3・27刑集10巻3号387頁）あるいは「その作成時の情況及び書面自体の性質において前2号に掲げる書面と同程度の高度の信用性の情況的保障を有する書面を指称する」と解されており（東京地決昭53・6・29判時893号8頁など）、国税庁監察官の答申書がこれに当たらないとしたこの判決は当然である。本件の場合も、査察官報告書の基になった帳簿類は323条3号の書面に当たるが、査察官報告書自体を323条3号の書面とすることは許されない。

他方、横井氏が、国税庁監察官の答申書を「一種の鑑定書」とする点は、321条3項4項を「メモの理論」によって理解することが前提になっており、前述したように、すでに克服された理論といえる。

やはり、問題は、Ｋが、国税査察官としてＩ建設の前記犯則事件を調査し検察官に告発した者本人であることにある。このことは、査察官が「鑑定の嘱託を受けた者よりも一層訴追者に近い立場にある」（**下線部⑭**）というのに止まらず、**訴追者そのもの**であることを意味する。通常の刑事事件であれば警察の捜査に当たることを、ほ脱事件の場合は査察官が行うのであるから、査察官の調査は、ほ脱事件の捜査そのものであり、告発は捜査の終了と検察官への事件送致を意味する。これまで、検察官が査察官報告書を321条4項の鑑定書として証拠請求してこなかったのは、査察官は第三者とはいえないということが当然の前提となっていたからであろう。

（ｃ）再伝聞

　**再伝聞**については、**最三小判昭32・1・22**（刑集11巻1号103頁）が、放火未遂事件において、被告人ＸからＸを含む4人で「Ａ方に火炎瓶を投げてきた」という話を聞いたというＹの検面調書（2号書面）をＸの火炎瓶投擲の証明に用いる場合、Ｘの供述が324条（322条1項の準用）の要件を満たせば、証拠能力を取得するとした。

　この判決に対しては、Ｘ自身がその内容を肯定し確認することが必要であるとする有力な反対がある[[24]](#footnote-24)。重要なのはＸがＹにそう言ったかどうかであり、Ｙの供述録取書が採用されても、それによってＸの供述が公判廷供述と同等のものとなることはありえないからである。

　しかも、これは被告人の供述に関する再伝聞であるが、被告人以外の者の供述を対象とする再伝聞の場合には、この判例の立場からも、原供述者について321条1項3号の要件を満たすことを要する。反対説からは、当然に原供述者の反対尋問を要するということになる。

　本件査察官報告書等は、Ｋ以外の収税官吏が作成した査察官報告書を資料とした再伝聞証拠であるのに、その真正立証はされておらず証拠能力は認められないという**下線部④**の弁護人の主張に対し、本判決は、まず、**下線部⑱**において、「鑑定は、その過程において必要かつ相当な資料を幅広く収集し、専門的知識及び法則を適用することが求められているものであり、その資料が証拠として取り調べられることは要しない」と述べている。

　たしかに、判例は、鑑定命令にある資料以外の資料を用いて作成された鑑定の効力について、鑑定命令で特に資料の制限をしていないかぎり、その物が鑑定のために必要かつ相当なものであれば、その鑑定は有効であるとしており（大判大13・1・28集3巻12号834頁、最判昭35・6・9刑集14巻7号957頁）、さらに、証拠能力のない書面でも資料として利用できるとしている（大判昭11・11・16集15巻19号1446頁）。しかし、鑑定人の活動によって、証拠法上の原則が側面から崩されることには問題がある。鑑定資料の提供は、本来、裁判所の任務であり、原則として与えられた資料に基づいて鑑定すべきである[[25]](#footnote-25)。

　もっとも、鑑定資料の中に伝聞証拠がある場合については、伝聞法則を厳格に貫くならば、この鑑定結果は許容されないことになるが、それでは鑑定の機能は阻害されるとして、「裁判所によって任命された鑑定人は、公平な立場で、関係者にも十分に質問した上で、事実を認定するものと考えてよいから、このような伝聞は許容されるものと解される」という見解があり[[26]](#footnote-26)、このような見解が学説上有力であって、実務もこの立場に立っている[[27]](#footnote-27)。

しかし、この理屈は「裁判所によって任命された鑑定人」について言われていることであって、それがそのまま、他の鑑定人について通用するわけではない。しかも、この場合、念頭に置かれているのは精神鑑定であり、精神鑑定では、被告人の近親者など参考人の供述が資料に用いられる場合があり、それは再伝聞に当たる。326条の同意があれば、その効力は再伝聞事項にも及ぶが、不同意の場合、321条4項の適用において問題は顕在化する。この点については「鑑定資料はつとめてすでに証拠調べを終えた証拠を用いるようにすべきであろう」と指摘されている[[28]](#footnote-28)。

　本判決は、さらに、**下線部⑲**において、「Ｋが作成した本件査察官報告書等において他の国税査察官の査察官報告書等が資料とされる場合でも、･･････Ｋも鑑定の要件である専門的知識及び法則を適用していると認められるから、Ｋがその作成の真正を供述したことにより証拠能力が認められる」と述べている。

　しかし、他の査察官の報告書も伝聞証拠であるから（その意味では再々伝聞である）、その報告書が321条1項3号の要件を充たすか、当該査察官の反対尋問なしに証拠とすることは許されないものと言わなければならない。1項3号の要件を充たさないことは明らかであるから、**下線部④**の弁護人の主張には理由がある。

**おわりに**

以上、鑑定受託者の鑑定に321条4項の準用を認める判例・通説には、なお疑問があること、ましてや鑑定受託者以外の私人の鑑定書に同項の準用を認める判例には、賛成できないことを指摘した。そのうえで、たとえそのような判例の立場に立ったとしても、本件の査察官報告書は、必ずしも特別の専門知識を用いたものとはいえず、とりわけ査察官は訴追者そのものであって第三者としての鑑定人とはいえないこと、さらに、たとえ書面の内容が鑑定に当たり査察官が第三者に当たるとしても、他の査察官の報告書の利用は再伝聞であって、そのままでは証拠能力を有しないことを述べた。

　査察官報告書のような膨大な資料を基に作成された書面を刑事事件の証拠として使用する場合、検察官としては、弁護側と協議して、同意が得られる部分と同意が得られない部分とを区分けし、後者について、直接報告書を作成した者を公判で尋問することにより証明すべきであろう。本件の弁護人によれば、起訴後、当初から主張と証拠の整理し争点を明らかにするために公判前整理手続の実施を求めたが、検察官は反対意見を述べ、原審もそれを採用しなかったとされている。むしろ訴訟の進行に責任を有する裁判所こそが、公判前整理手続を提案すべき事案であったといえよう。

公判前整理手続で、証拠を整理しようとしても不同意部分が多く、時間がかかりすぎるというのであれば、許容される時間内に審理できると思われる部分に絞って起訴（一部起訴）するしかないように思われる。

そのような手立てを取ることなく、査察官報告書に321条4項を準用して証拠採用することで済ませることはできないものといわざるをえない。刑事裁判である以上、証拠裁判主義と伝聞法則を蔑にすることは許されない。

――以上――

1. 平成29年3月3日岡山地方裁判所第２刑事部判決13―17頁。 [↑](#footnote-ref-1)
2. 江家義男『刑事證拠法の基礎理論』（1951年）217頁以下、浅田和茂「鑑定受託者による鑑定書」刑事訴訟法判例百選〔第４版〕（1981年）178頁、松尾浩也『刑事訴訟法（下）〔新版補正第2版〕』（1999年）65頁、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅱ』（2013年）230頁など参照。 [↑](#footnote-ref-2)
3. 江家・前掲注(2)112頁以下、115頁。 [↑](#footnote-ref-3)
4. 平場安治『改訂刑事訴訟法講義』（1958年）204頁以下。 [↑](#footnote-ref-4)
5. 平野龍一『刑事訴訟法』（1958年）216頁。 [↑](#footnote-ref-5)
6. 団藤重光「捜査機関の嘱託により作成された鑑定書と刑訴321条4項の準用」警察研究29巻7号（1958年）85頁以下、88頁、もっとも、同『刑事訴訟法綱要〔七訂〕』（1967年）264頁は、準用を認めた判例には「疑問がある」とし、さらに同329頁では「しばらく疑問を留保しておく」とされていて、必ずしも4項準用肯定説とはいえない。鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』（1990年）210頁も、この点を準用肯定説の理由としている。 [↑](#footnote-ref-6)
7. 高田卓爾『刑事訴訟法〔二訂版〕』（1984年）234頁。 [↑](#footnote-ref-7)
8. 平野・前掲注(5) 216頁 [↑](#footnote-ref-8)
9. 松尾・前掲注(2) 94頁以下、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（1996年）384頁は「鑑定人の鑑定書と同視できれば（通常は同視できよう）、準用を認めてよかろう」としている。 [↑](#footnote-ref-9)
10. 光藤・前掲注(2) 235頁（松尾説も「同様の考えといえる」とする）、三井誠『刑事手続法Ⅲ』（2004年）369頁は、判例同様、準用を認めるとしても、反対尋問権が実質的に保障される必要があるとし、「具体的には、被告人側は、鑑定書の信用性を減殺するために、鑑定能力の不足、鑑定資料の不適切さ・不十分性、鑑定方法の誤り、判断に至る過程・理由の問題性などを争うことになろう」と述べている。 [↑](#footnote-ref-10)
11. 田口守一『刑事訴訟法』（1996年）314頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕7巻』（2012年）631頁〔中山善房〕、寺崎嘉博『刑事訴訟法〔第2版〕』（2008年）354頁、上口裕『刑事訴訟法〔第4版〕』（2015年）457頁など。 [↑](#footnote-ref-11)
12. 浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』（1994年）221頁参照。 [↑](#footnote-ref-12)
13. 毛利与一「証言と鑑定」判例時報部編『刑事訴訟法基本問題46講』（1965年）344頁。 [↑](#footnote-ref-13)
14. 高田・前掲注(7)234頁、渥美東洋「鑑定をめぐる諸問題」植松博士還暦祝賀『刑法と科学　法律編』（1971年）745頁以下、756頁など。 [↑](#footnote-ref-14)
15. 福井厚『刑事訴訟法講義〔5版〕』（2012年）383頁は、中立・公平な裁判所（裁判官）の選任、宣誓、立会権、虚偽鑑定罪といった保障がない鑑定受託者に321条4項の準用を認めるのは疑問であり、321条1項3号によるべきであろうとし、白取祐司『刑事訴訟法〔9版〕』（2017年）442頁も、選任に関する客観性の担保がなく、宣誓による公正さの担保、当事者の立会も保障されていないから、鑑定嘱託書については321条1項3号により証拠能力の有無を判断すべきであると述べている。 [↑](#footnote-ref-15)
16. 高田・前掲注 (7) 234頁、白取・前掲注 (15) 442頁など。 [↑](#footnote-ref-16)
17. この判決以前すでに、江家・前掲注(2) 116頁は、メモの法則に近いと言う立場から、「弁護人又は被告人などの委嘱による鑑定書も、本項の類推適用によりこれを証拠書類として取扱ってよいであろう」と述べていた。平場・前掲注(4)

204頁も同旨である。 [↑](#footnote-ref-17)
18. 横井大三『証拠　証拠裁判例ノート (2) 』〈1971年〉120頁。 [↑](#footnote-ref-18)
19. 団藤・前掲注(6) 264頁および平野・前掲注 (5) 217頁は、端的に「不当である」とする。 [↑](#footnote-ref-19)
20. 松尾・前掲注 (2) 95頁、鈴木・前掲注 (6) 210頁など。 [↑](#footnote-ref-20)
21. 古江頼隆「私人作成の火災原因に関する報告書の証拠能力」平成20年度重要判例解説（2009年）214頁参照。 [↑](#footnote-ref-21)
22. 平岡義博『法律家のための科学捜査ガイド　その現状と限界』（2014年）144頁。 [↑](#footnote-ref-22)
23. 横井・前掲注(18) 136頁。 [↑](#footnote-ref-23)
24. 光藤・前掲注 (2) 256頁以下。寺崎・前掲注 (11) 366頁、渡辺直行『刑事訴訟法〔第2版〕』（2013年）502頁など。 [↑](#footnote-ref-24)
25. 浅田・前掲注 (12) 168頁以下参照。 [↑](#footnote-ref-25)
26. 平野・前掲注 (5) 203頁。 [↑](#footnote-ref-26)
27. 光藤・前掲注 (2) 235頁。 [↑](#footnote-ref-27)
28. 三井・前掲注 (10) 368頁。 [↑](#footnote-ref-28)