

刑事判例研究(2)

中央大学刑事判例研究会

公判調書中の被告人供述調書に添付されたのみで証拠として取り調べられていない電子メールが独立の証拠又は被告人の供述の一部にならないとされた事例

中 村 真 利 子

詐欺被告事件、最高裁判所平成二二年(あ)第一六三三号、同二五年二月二六日第三小法廷決定、刑集六七卷二号一四三頁、裁時二五七四号七頁、判時二二八一号一五八頁、判タ一三三七号一〇〇頁

【事実の概要】

被告人坂上は、相被告人らと共謀の上、「平成電電システム(20号)」と題する匿名組合契約において、投資家から出資を受ける資金を通信機器メーカーや商社からの通信機器購入に充てる意図はなく、直ちに平成電電の運転資金等の支払に費消するつもりであるのに、その事情を秘し、出資を受けた資金は通信機器メーカー又は商社から通信機器を購入するために使う旨の内容虚偽の説

明を記載した募集パンフレット等を被害者等に送付して閲読させ、その旨誤信させて、金を振込入金させたとして起訴された。

第一審第一〇回公判期日において、被告人坂上に対する被告人質問が行われ、その際、検察官は、被告人坂上が送信した平成一七年一〇月三日付け電子メールのうち、同メールにより転送されたオリジナルメッセージ（同年九月二一日にBが被告人坂上に宛てて送信した電子メール）部分（以下、「本件電子メール」という。）を被告人坂上に示して質問した。本件電子メールは、第一審第一〇回公判調書中の被告人供述調書の末尾に添付されたが、これとは別に証拠として取り調べられてはいなかった。第一審判決は、本件電子メールの存在及び記載内容を被告人坂上の詐欺の故意や共犯者との間の共謀の認定の用に供した。

原判決は、第一審判決が本件電子メールを事実認定の用に供したことについて、①本件電子メールは証拠物と同視できる客観的証拠であること、②それを示された被告人がその同一性や真正な成立を確認していること、③本件電子メールを被告人に示すにあたり刑訴規則一九九条の一〇第二項の要請が満たされていたことを根拠として、本件電子メールは被告人の供述と一体になつたとみることができるとし、訴訟手続の法令違反はないとした。

これに対して、被告人側が、第一審判決及び原判決が証拠として取り調べられていない電子メールの内容を事実認定の用に供したことは、刑訴法三一七条に違反するなどとして、上告した。

【決定要旨】

上告棄却。

本決定は、所論は、憲法違反、判例違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であつて、いずれも刑訴法四〇五条の上告理由に当たらないとした上で、公判調書中の被告人供述調書の末尾に添付された書面を事実認定の用に供したことの適否について、職権で、以下のように判断した。

「1 (1) 本件電子メールは、刑訴規則一九九条の一〇第一項及び一九九条の一第一項に基づいて被告人坂上に示され、その後、

同規則四九条に基づいて公判調書中の被告人供述調書に添付されたものと解されるが、このような公判調書への書面の添付は、証拠の取調べとして行われるものではなく、これと同視することはできない。したがって、公判調書に添付されたのみで証拠として取り調べられていない書面は、それが証拠能力を有するか否か、それを証人又は被告人に対して示して尋問又は質問をした手続が適法か否か、示された書面につき証人又は被告人がその同一性や真正な成立を確認したか否か、添付につき当事者から異議があったか否かにかかわらず、添付されたことをもって独立の証拠となり、あるいは当然に証言又は供述の一部となるものではないと解するのが相当である。

(2) 本件電子メールについては、原判決が指摘するとおり、その存在及び記載が記載内容の真实性と離れて証拠価値を有するものであること、被告人坂上に対してこれを示して質問をした手続に違法はないこと、被告人坂上が本件電子メールの同一性や真正な成立を確認したことは認められるが、これらのことから証拠として取り調べられていない本件電子メールが独立の証拠となり、あるいは被告人坂上の供述の一部となるものではないというべきである。本件電子メールは、被告人坂上の供述に引用された限度においてその内容が供述の一部となるにとどまる（最高裁平成二十二年（あ）第一一二五号同二十三年九月一四日第一小法廷決定・刑集六五巻六号九四九頁参照）。

したがって、上記の理由により本件電子メールが被告人坂上の供述と一体となったとして、これを証拠として取り調べることなく事実認定の用に供することができるとした原判決には違法があるといわざるを得ない。

2 しかし、被告人坂上が本件電子メールについてした供述やその他の関係証拠によれば、被告人坂上について第一審判決判示の犯罪事実を認定することができるから、上記の違法は判決に影響を及ぼすことが明らかなものとはいえない。」

【研究】

一 はじめに

本件は、第一審判決及び原判決が証拠として取り調べられていない電子メールの内容を事実認定の用に供したことに ついて、被告人側が、刑法法三一七条に違反するなどとして上告したものである。⁽¹⁾

本件では、刑訴規則一九九条の一〇第一項及び一九九条の一第一項に基づいて被告人に示され、刑訴規則四九条に基づいて公判調書に添付された被告人宛での電子メールの内容について、証拠調べ手続を経ずにこれを事実認定の用に供したことが、証拠裁判主義を規定する刑法法三一七条に反するのではないかという点が問題となる。なお、刑訴規則一九九条の一〇第一項及び一九九条の一第一項の規定は、文言上は、「証人」を尋問する際の書面又は物の提示について定めたものであるが、被告人質問についても、対象が被告人であるということで、黙秘権・供述拒否権（刑法法三一一条一項）等、異なる点はあるが、質問の方法それ自体は、証人尋問の場合と異なるものではないと解され、これに準じた取扱いがなされているようである。⁽²⁾

本稿では、まず、前提問題として、書面又は物を示しての尋問又は質問、及び公判調書への書面等の添付について検討し、次に、添付された書面等の取扱いについてみていくこととする。

二 書面又は物を示しての尋問又は質問

本件では、被告人質問において、被告人に対して、被告人宛での電子メールが示され、その上で、その同一性や真正な成立を確認する質問だけではなく、被告人が本件電子メールを閲読することを通じて得た認識を問題とする質問

がなされたことから、本件電子メールの提示は、刑訴規則一九九条の一〇第一項及び一九九条の一一第一項に基づいてなされたものと解されている。⁽³⁾

まず、刑訴規則一九九条の一〇第一項についてみると、本条は、「訴訟関係人は、書面又は物に関しその成立、同一性その他これに準ずる事項について証人を尋問する場合において必要があるときは、その書面又は物を示すことができる。」とし、書面の成立又は物の同一性等について証人を尋問する場合の書面等の提示について定めている。書面の成立や物の同一性等について証人又は被告人を尋問又は質問する場合には、書面等を提示しなければ尋問又は質問の目的を達成できない場合が普通である一方で、書面等の提示が証人又は被告人の供述に不当な影響を及ぼすということもほとんど考えられないことから、この場合の書面等の提示は、無条件で認められるものと考えられている。⁽⁴⁾

次に、刑訴規則一九九条の一一第一項は、「訴訟関係人は、証人の記憶が明らかでない事項についてその記憶を喚起するため必要があるときは、裁判長の許可を受けて、書面（供述を録取した書面を除く。）又は物を示して尋問することができる。」とし、証人の記憶喚起のための書面等の提示について定めている。供述を録取した書面以外の書面については、特に制限は設けられていないが、この点については、提示された書面そのものが証拠となるのではなく、これによって回復された記憶に基づく証人の供述が証拠となるのであるから、その書面について、証拠調べが済んでいること、証拠能力があること、証人又は被告人自身の作成したものであること等は必要がないと解されている。⁽⁵⁾

したがって、本件電子メールは、証拠として取り調べられてはいないが、刑訴規則一九九条の一〇第一項及び一九九条の一一第一項に基づいて被告人に示すことが許されるということになる。このような証拠の利用方法は、伝聞法則との関係でいえば、その内容が真実であるということを証明するために利用されるものではないため、刑訴法

三二〇条一項には反しないということになると思われる。⁽⁶⁾

また、刑訴規則一九九条の一〇第一項及び一九九条の一一第一項については、両者とも、証人又は被告人に示す書面等が「証拠調を終わつたものでないときは、あらかじめ、相手方にこれを閲覧する機会を与えなければならない。ただし、相手方に異議がないときは、この限りでない。」という条件が付与されているが（刑訴規則一九九条の一〇第二項、一九九条の一一第三項）、原判決が、提示の際に弁護人が全く異議申立てをしなかった状況に照らして、本件電子メールはあらかじめ弁護人の閲覧に供されていたものと認定し、この点について、上告趣意においても、第一審被告人質問において検察官が本件電子メールを被告人に示した際に弁護人が異議を申し立てなかった事実を認めていることから、本件は、少なくとも、刑訴規則一九九条の一〇第二項にいう「相手方に異議がないとき」に該当し、被告人質問において本件電子メールを被告人に示して質問することは、適法であったといえる。

三 公判調書への書面等の添付

本件では、以上のように、被告人質問において被告人に対して適法に示された電子メールが、公判調書中の被告人供述調書に添付された。刑訴規則四九条は、「調書には、書面、写真その他裁判所又は裁判官が適当と認めるものを引用し、訴訟記録に添付して、これを調書の一部とすることができる。」と定めているため、公判調書についてもこの措置をとることができる。⁽⁷⁾ 本条は、主として、調書作成についての労務上の負担の軽減を図つたもので、同時に、本条を適当に活用することによって、調書の内容の正確を期し得る場合も多いということが指摘されている。⁽⁸⁾

公判調書への書面等の添付については、当事者の同意が必要かという点、及び添付する書面等には証拠能力が必要

かという点が問題となる。まず、当事者の同意が必要かという点については、証人の供述の明確化のための図面等の利用について定める刑訴規則一九九条の一二二第一項に基づいて証人に示された被害再現写真の添付について扱った最高裁平成二三年九月一四日第一小法廷決定⁽⁹⁾(以下、「平成二三年決定」という。)は、当該写真を参照することは証人の証言内容を的確に把握するために資するところが大きいとして、調書への添付は適切な措置であるとした上で、この措置は、訴訟記録に添付された被害再現写真を独立した証拠として扱う趣旨のものではないから、この措置を決するにあたり、当事者の同意が必要であるとはいえないと判断した。調書に何をどのような範囲で添付するかについては、公判の経過を記録化する観点から、裁判所が判断する事柄であり、証拠採否の問題とは別次元であって、平成二三年決定は、このことを明らかにしたものとされている⁽¹⁰⁾。ただし、実務上は、添付に関する意見を当事者から聴取する扱⁽¹¹⁾いも多いようで、本件においても、明示的な同意があったとはいえないが、原判決及び上告趣意の内容からすると、相被告人の弁護士が添付に対して異議を申し立てたものの、「あくまでも証拠になるのは公判供述である」という裁判所の回答があったことから、弁護士らからそれ以上の異議申立てはなく、本件電子メールが調書に添付されるに至ったようである。

次に、添付する書面等には証拠能力が必要かという点であるが、平成二三年決定は、伝聞例外の要件を満たさず⁽¹²⁾、弁護人の同意もないために証拠採用されていない被害再現写真について、弁護人の同意のないままに証人尋問調書に添付した措置を適法としていることから、証拠能力は不要であるという立場にたっているものと思われる。学説においても、刑訴規則四九条に基づいて証拠能力のない書面等が添付され得ることを前提として、添付された書面等がどのように扱われるかについて議論されているため⁽¹³⁾、証拠能力は不要であると考えられているものと解され⁽¹⁴⁾、同様の理

由で、証拠調べが済んでいる必要もないということになるものと思われる。したがって、本件において、証拠として取り調べられていない電子メールを被告人供述調書に添付した措置は、適法であるといえる。

四 添付された書面等の取扱い

以上のように、本件電子メールは、被告人質問において被告人に対して適法に示された後、公判調書中の被告人供述調書に適法に添付されたわけであるが、証拠として取り調べられていないために、第一審判決及び原判決がこれを事実認定の用に供したことが刑法三二七条違反となるのではないかという点が別途問題となる。

この点について、原判決は、①本件電子メールは証拠物と同視できる客観的証拠であること、②それを示された被告人がその同一性や真なる成立を確認していること、③本件電子メールを被告人に示すにあたり刑訴規則一九九条の一〇第二項の要請が満たされていたことを根拠として、本件電子メールは被告人の供述と一体になったとみることができるとし、訴訟手続の法令違反（刑訴法三七九条）はないと判断した。

これに対して、本決定は、本件電子メールが、その存在及び記載が記載内容の真実性と離れて証拠価値を有するものであること、被告人に対してこれを示して質問をした手続に違法がないこと、被告人が本件電子メールの同一性や真なる成立を確認したことを前提としても、証拠として取り調べられていない本件電子メールが、独立の証拠となることも、あるいは被告人の供述の一部となることもないと述べた上で、平成二三年決定を引用し、本件電子メールは、被告人の供述に引用された限度においてその内容が供述の一部となるにとどまるとし、本件電子メールを証拠として取り調べることなく事実認定の用に供することができるとした原判決には違法があると判断した。

調書に添付された書面等の効果については、大阪高裁昭和五九年二月二一日判決⁽¹⁵⁾（以下、「大阪高裁昭和五九年判決」という。）が、不同意とされた国税査察官作成の調査報告書が弁護人の承諾を得て証人尋問調書に添付されたという事案について、当該「証人を取り調べた期日の公判調書の末尾に弁護人の同意に基づき添付されること」によって、同公判期日における同証人の供述と一体となったものと認められるのであり、また、租税実務の専門家である国税査察官が、その調査した諸般の資料を明示しこれを総合して行った建物の完成割合の判断に関する供述は、その判断の過程が反対尋問にも耐え、合理的と認められる限り、建物の完成割合を認定するための資料となりうる」と判示しており、これを、弁護人の承諾に、その真実性は留保しつつ証言の一部として取り扱ってよいという一種の合意書面的効果ないし個々の事実に関する証言を省略する効果を認めたものと解する立場もあるようであるが、弁護人の同意に基づく添付によって当該調査報告書が証人の供述と一体化するという点については、その理論的根拠に疑問が呈されており、⁽¹⁶⁾租税刑事事件における国税査察官調査書の取扱いに関わる特殊な事案であって、少なくとも、通常の証人尋問の場合に一般化すべきではないといった指摘がなされているところである。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾

本稿では、租税刑事事件の特徴について述べることは避けるが、調書に添付された書面等の効果については、一般的には、証人又は被告人に示された書面等であっても、当然に証拠となるわけではなく、証拠とするためには別に申請、決定、証拠調べが必要であるという点から、⁽¹⁹⁾証人又は被告人に示された書面等が調書に添付されたからといって、その効果として、当然にこれらが証拠となるわけではないとの見解が示されている。⁽²⁰⁾本決定も、同様の考え方に基いて、本件電子メールが被告人の供述の一部となるものではないと判断したのではないかと思われる。⁽²¹⁾

なお、原判決の文言からすると、原判決は、被告人が、証拠物と同視できる客観的証拠である本件電子メールの同

一性や真正な成立を確認していることによつて、本件電子メールは被告人の供述と一体となると判断しているように見受けられるが、本決定が平成二三年決定を参照して述べているように、供述に引用された限度において、その内容が供述の一部となるにとどまるのであつて、その同一性や真正な成立を確認したからといって、供述で述べられていない部分までもが供述と一体となるわけではないと考えられるから、供述で述べられていない部分までもが事実認定の用に供するのであれば、別途証拠調べを行う必要があるものと思われる。⁽²²⁾ 反対に、供述に引用された部分については、その内容が供述の一部となるわけであるが、この場合においても、事実認定に用いられるのはあくまでその供述であつて、添付される書面等は、供述内容を明らかにするという限定的な目的のために利用されるにとどまるため、伝聞法則を定める刑訴法三二〇条一項には反しないものと思われ、またそれ自体が証拠として用いられるというのではなく、供述の一部として証拠となるにとどまるため、別途証拠調べをする必要もないということになるものと思われる。⁽²⁴⁾

一方で、本件電子メールについて、原判決の指摘するように、証拠物と同視できる客観的証拠である、つまり、その存在及び記載が記載内容の真实性を離れて証拠価値を有するにとらえると、この場合には伝聞法則の適用がなく証拠能力が肯定されることから、添付までの措置によつて証拠調べがあつたものとみなすのであれば、独立の証拠として、事実認定の用に供することも可能ということになるかと思われる。⁽²⁶⁾

この点、刑訴法三一七条が、「事実の認定は、証拠による。」とし、犯罪事實は、証拠能力が認められ、かつ、公判廷における適法な証拠調べを経た証拠によつて証明しなければならぬことを定め、⁽²⁷⁾ 刑訴法三〇四条以下で厳格に証拠調べの方式について規定していることからすると、証拠物と同視できる客観的証拠であつても、この手続を経るべきであり、調査に添付されたことのみをもつて証拠調べがあつたものとみなすことは妥当ではないと思われる。⁽²⁸⁾

もっとも、証拠物については、その取調べは展示の方法による（刑事法三〇六条）、展示とは、法廷において証拠物を示すことをいい、裁判所及び訴訟関係人が証拠物の存在又は状態を明確に認識し得る程度になされる必要があり、またそれをもって足りるとされているから、⁽²⁹⁾ 刑訴規則一九九条の一〇第一項及び一九九条の一第一項に基づく提示によって、本件においては、実質的には展示に類する措置がとられていたとも考えられる。また、原判決の認定によれば、本件電子メールは、刑訴規則一九九条の一〇第二項の要請により、あらかじめ弁護人の閲覧に供されていたものと認められ、さらに、これを提示された被告人の供述により、その同一性や真正な成立が確認されているのであって、原判決は、これらの点をもって、本件においては、添付までの措置によって証拠調べがあったものとみなすことができるから、本件電子メールを事実認定の用に供することができると判断したものと解することも可能であるように思われる。

しかし、刑訴規則四九条に基づく公判調書への書面の添付は、証拠の取調べとして行われるものではなく、これと同視することはできないという本決定の理屈は、刑訴規則一九九条の一〇第一項及び一九九条の一第一項に基づく書面の提示についても妥当するものと思われる、当該書面について、弁護人による閲覧、被告人への提示、被告人による同一性や真正な成立の確認といった、実質的に証拠調べとみることも可能であるような措置がとられていたとしても、またこのような手続を経て公判調書中の被告人供述調書に添付されたものであっても、独立してこれを証拠として取り調べる必要があるというのが、本決定の立場ではないかと思われる。

五 本決定の意義

刑訴規則四九条に基づく公判調書への書面の添付は、証拠の取調べとして行われるものではなく、これと同視することはできず、当該書面を事実認定の用に供するためには、別途証拠調べを行わなければならないという本決定の判断は、従来の判例の一般的な立場と同様のものと考えられるが、平成二三年決定を具体的に適用し、これと併せて、添付された書面については、供述に引用された限度においてその内容が供述の一部となるにとどまるということを確認するものであるという点で、意義のあるものであると思われる。

本件においては、被告人は本件電子メールの内容のほとんどについて供述をしていたようであり、第一審判決が、本件電子メールの内容を事実認定の用に供したことについて、実際には、被告人の供述から、第一審判決とほぼ同じ内容の事実認定をすることが可能であったものと思われ、したがって、本決定も、結論としては、第一審判決判示の犯罪事実を認定することができるとして、原判決の違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであるとはいえないと判断したものと考えられる。しかし、原判決が、本件電子メールは被告人の供述と一体になったとして、これを証拠として取り調べることなく事実認定の用に供することができる⁽³⁰⁾と判断したことについては、結果的に証拠調べ手続の省略につながりかねず、これは平成二三年決定の立場からすれば相容れないものであつて、また、大阪高裁昭和五九年判決のように、書面が弁護人の同意に基づき公判調書へ添付されることによって、その内容が証人の供述と一体化するという考え方も存在したところであり、本決定は、この点について整理し、証人尋問又は被告人質問における書面の提示や公判調書への書面の添付は、証拠の取調べとして行われるものではなく、これと同視することはできず、当該書面の内容を事実認定の用に供するのであれば、別途証拠調べ手続を経る必要があるということを確認したものと考えられる。また、このような本決定の立場からすれば、書面の作成過程についての反対尋問を経たからといって、

そこで述べられていない書面の内容についてまで、弁護人の同意に基づき公判調書へ添付されたことで、証人の供述と一体となることはないと考えられ、大阪高裁昭和五九年判決の判断にも疑問が呈されることになるのではないかと思われる。⁽³²⁾

- (1) 本決定の紹介・解説として、浅沼雄介「判批」研修七八三号一九頁(二〇一三年)、江見健一「判批」刑事法ジャーナル三八号一〇三頁(二〇一三年)がある。
- (2) 渡部市郎「尋問における書面等の提示と証拠制限規定(刑訴法三二六条の三)」との関係「判例タイムズ一三八号二八頁(二〇一〇年)。
- (3) 判例タイムズ一三八七号一〇〇頁(二〇一三年)。
- (4) 横川敏雄「刑事訴訟規則の一部改正(証人の尋問方法等に関する改正)について」法曹時報九卷二号二二五頁、一四二頁(一九五七年)、最高裁判所事務総局「刑事訴訟規則の一部を改正する規則説明書」刑事裁判資料二二〇号(一九五七年)二九頁、法曹会編「刑事訴訟規則逐条説明」第二編第三章「公判」(法曹会、一九八九年)一〇六頁、河上和雄ほか編「大コンメンタール刑事訴訟法(第二版)」第六卷(青林書院、二〇一〇年)六五八頁(高橋省吾)、石井一正「刑事実務証拠法(第五版)」(判例タイムズ社、二〇一一年)三三三頁。
- (5) 法曹会編・前掲注(4)一〇八頁、伊藤栄樹ほか「註釈刑事訴訟法」第四卷(立花書房、一九九七年)二八六頁(小林充)。
なお、記憶喚起のために証人に示す書面は、原則として証人が自己の経験した事実についてその当時作成した書面に限られ、また、当該書面は、実質的には証拠として使用されているといえるのであって、原則として証拠調べをすべきであるため、その前提として証拠能力を備えるものであることが必要であるという見解もあるが(小野慶二「メモの証拠能力」河村澄夫・柏井康夫編「刑事実務ノート」第一卷(判例タイムズ社、一九六八年)八七頁、九一頁―九三頁)、これに対しては、第三者が作成し、かつ必ずしも証拠能力を有しないものであっても記憶喚起に有用なものがあり得ると思われるから、このように狭く解する必要はなく(小林・二八七頁)、証拠能力については、証拠能力を有するか又は後に付与される可能性の高いものであることが必要であると解すればよいとの見解が示されている(長岡哲次「書面等を示しての尋問」判例タイムズ

ズ六七六号四頁、八頁（一九八八年）。また、書面が証拠能力を有するなら、記憶の曖昧な不正確な証言を求めるよりその書面を証拠として提出する方がよい。ため、証拠能力は不要であるとの見解もある（山根治「記憶の明らかでない証人に対し書面等を示してする尋問」平野龍一・松尾浩也編『刑事訴訟法（新版）』実例法学全集（青林書院新社、一九七七年）二三八頁、二四一頁）。

(6) 最判昭和三八年一〇月一七日（刑集一七卷一〇号一七九五頁）参照。

(7) 粟本一夫『刑事訴訟規則概説』（立花書房、一九四九年）一九頁。

(8) 法務庁『刑事訴訟規則説明書』（法務庁、一九四八年）三二頁。

(9) 最一小決平成二三年九月一日（刑集六五卷六号九九四頁）。本決定の紹介・解説として、上岡哲生「判解」ジュリスト一四四二号八〇頁（二〇一二年）、古江頼隆「判批」ジュリスト増刊（平成二三年重要判例解説）一四四〇号一九二頁（二〇一二年）、岡田志乃布「判批」研修七七〇号一九頁（二〇一二年）、町井裕明「判批」研修七六一号九三頁（二〇一二年）、石田倫識「判批」法律時報八五卷一〇号一二二頁（二〇一三年）、櫛清隆「判批」捜査研究七二七号四八頁（二〇一一年）、笹倉香奈「判批」法学セミナー六八三号一二八頁（二〇一一年）、前田雅英「犯行再現写真の使用方法和証拠能力」警察学論集六四卷二二号一五九頁（二〇一一年）、田淵浩二「判批」法学セミナー増刊（新判例解説 Watch）一〇号一六七頁（二〇一二年）、川上拓一「判批」法学教室別冊（判例セレクト二〇一一年Ⅱ）三七八号四三頁（二〇一一年）がある。

(10) 上岡・前掲注(9)八二頁、岡田・前掲注(9)二六頁、二七頁。なお、添付の要否については、本条の趣旨と平成二三年決定の文言から、公判手続の更新後の裁判官や上訴審の裁判官にとって、証人に示した書面等を参照することによって、証人の証言内容を的確に把握するために資するところが大きいかどうかによって判断されるべきであるとの指摘（古江・前掲注(9)一九三頁）や、調書への添付は、可能な限り、証言で引用された限度・部分にとどめるべきであるとの指摘（石田・前掲注(9)一二三頁）がある。

(11) 上岡・前掲注(9)八二頁、的場純男「証人尋問の際に利用された図面等の取扱い」大阪刑事実務研究会編『刑事実務上の諸問題』（判例タイムズ社、一九九三年）一二二頁、一二五頁。

(12) 被害再現写真については、被害再現状況に関する実況見分調書及び犯行再現状況に関する写真撮影報告書の証拠能力について扱った最高裁平成一七年九月二七日第二小法廷決定（刑集五九卷七号七五三頁）が、これらは、「捜査官が、被害者や被

疑者の供述内容を明確にすることを主たる目的にして、これらの者に被害・犯行状況について再現させた結果を記録したものと認められ、立証趣旨が『被害再現状況』、『犯行再現状況』とされていても、実質においては、再現されたとおりの犯罪事実の存在が要証事実になる」として、実況見分調書及び写真撮影報告書それ自体について刑訴「法三二一条三項所定の要件を満たす必要があることはもとより、再現者の供述の録取部分及び写真については、再現者が被告人以外の者である場合には同法三二一条一項二号ないし三号所定の、被告人である場合には同法三二一条一項所定の要件を満たす必要がある」と判断している。

(13) 的場・前掲注(11)一二四頁―一二七頁、一三二頁―一三三頁、小林・前掲注(5)二八七頁、二八八頁、高橋・前掲注(4)六六一頁、六六二頁。

(14) ただし、証人に示す書面等について、証拠能力が必要であるという立場(小野・前掲注(5))からは、結果的に、調査に添付される書面等には証拠能力があるということになるかと思われる。

(15) 大阪高判昭和五九年二月二日(判例タイムズ五四六号一九四頁)。

(16) 的場・前掲注(11)一三四頁参照。もっとも、この判断については、国税査察官作成の調査報告書の証拠能力に関する①刑訴法三二一条一項三号説、②刑訴法三二三条三号説、③刑訴法三二一条三項四項説のうち、③説が根底にあるのではないかと推察する考えも示されているが(判例タイムズ五四六号一九四頁、一九五頁(一九八五年)、長岡・前掲注(5)一二頁、的場・前掲注(11)一四二頁)、この立場のように、証拠法の一般理論を、租税刑事事件の審理に即応し得るよう若干修正して、理論と実務の調和を図ろうとするものであると考える方が、合理的であろうと思われる。

(17) 的場・前掲注(11)一三七頁、江見・前掲注(1)一〇六頁。

(18) 渡部・前掲注(2)三四頁(注一九)、江見・前掲注(1)一〇七頁。

(19) この表現は、刑訴規則一九九条の一二について用いられているものであるが(横川・前掲注(4)一四四頁、最高裁判所事務総局・前掲注(4)三一頁、法曹会編・前掲注(4)一一〇頁)、これは、刑訴規則一九九条の一〇及び一九九条の一について、でもないことであると思われる(刑訴規則一九九条の一について、的場・前掲注(11)一三二頁)。

(20) 的場・前掲注(11)一二七頁、一三三頁、渡部・前掲注(2)三四頁。

(21) 本決定の紹介・解説においても、被告人や証人に示された書面が供述や証言の一部となるかどうかについては、本来、当

該書面につきどのような供述又は証言がなされたかが問題であつて、当該書面の証拠価値や証拠能力、尋問手続の適法性といった事項は、別の問題であるという指摘がなされている（浅沼・前掲注（1）二六頁）。

- (22) 原判決について、その判決書において明言こそされていないものの、原判決は、被告人が本件電子メールの内容のほとんどについて供述していたことを前提としているのではないかと指摘もある（江見・前掲注（1）一〇七頁）。

- (23) 浅沼・前掲注（1）二六頁。

- (24) もっとも、これらの書面等が証拠調べを終わつたものではないときは、公判調書への添付の措置のみでは、これらの書面等が証拠となつているのかが不明確であるため、なるべく証人尋問終了後に独立した証拠として請求し取り調べておくのが妥当であるとの指摘もあり（石井・前掲注（4）三二五頁）、このような手続がとられていれば、本件においても問題は生じなかつたように思われる。ただし、本件においては、被告人の供述状況を前提とすると、そこまでの必要はないと考えられるものと推測され、本件電子メールを証拠として取り調べなかつたことが相当でないというわけではないという指摘もある（江見・前掲注（1）一〇五頁）。

- (25) 具体的には、原判決は、本件電子メールについて、平成電電のサーバーコンピュータ内の記憶媒体に保存されていたという性質から、証拠物と同視できる客観的証拠であると認定しているのであるが、本決定は、この点をもつて、本件電子メールは、「原判決が指摘するとおり」、その存在及び内容がその真实性と離れて証拠価値を有するものと思われる。本件電子メールの存在及び内容がその真实性と離れて事実認定の用に供される場合、例えば、本件電子メールに何が書かれているか、どのようなファイルが添付されているかということや、本件電子メールがいつ受信されたものであるかといったこと自体を認定するために用いられる場合には、これらの情報は、サーバーコンピュータ内の記憶媒体に保存されるものであつて、原判決のいうように、平成電電のサーバーコンピュータ内の記憶媒体に保存されていたという性質から、証拠物と同視できる客観的証拠であるといえるのではないかと思われる。

- (26) 判例タイムズ・前掲注（3）一〇一頁、江見・前掲注（1）一〇六頁参照。

- (27) 高橋・前掲注（4）三二五頁、三三五頁、松本時夫ほか編『条解刑事訴訟法（第四版）』（弘文堂、二〇〇九年）八〇七頁、八〇九頁。

- (28) 浅沼・前掲注（1）二六頁、江見・前掲注（1）一〇六頁。

(29) 松本ほか編・前掲注(27)六六七頁、高橋・前掲注(4)三二八頁、三二九頁。

(30) 江見・前掲注(1)一〇七頁。

(31) 原判決の裁判年月日は、平成二二年二月二三日であつて、平成二三年決定を意識した判断とはなっていないかつたものと思われる。

(32) なお、従来の国税査察官作成の調査報告書の証拠能力に関する議論のように(前掲注(16)参照)、伝聞例外として当該書面自体に証拠能力が認められる可能性は、いまだ残されているものと思われる。

(脱稿後、岩崎邦生「判解」ジュリスト一四六四号一〇三頁(二〇一四年)、田淵浩二「判批」法学セミナー増刊(新判例解説 Watch)一四号一六五頁(二〇一四年)、笹倉香奈「判批」法学教室別冊(判例セレクト二〇一三Ⅱ)四〇二号四〇頁(二〇一四年)に接した。)

(本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍)

