

柏谷周希の「司法試験合格開眼塾 Thinking Lecture 編」ご受講をご検討中の皆様へ

<ご受講に当たっての注意事項>

- 1 筆記用具はボールペンを使用してください。勉強が進んだあとで訂正することがあると思いますが、訂正したところにも意味があり、訂正したところも残すことが重要だからです。
- 2 本講座では、趣旨・規範ハンドブックやご自分が使用している基本書等を随時参照する必要があります。その際、ポストイットのようなものを持参すると、クロスレファレンスに便利です。

<配付資料と使い方についてのご案内>

本講座では、以下のものを配付する予定です。

- (1) 科目体系図
- (2) Pre Thinking シート（事前配布）
- (3) 本体講義レジュメ
- (4) 基本判例シート（適宜配付）

【科目体系図】

柏谷先生が作成された各科目の全体像を示した表です。現在自分が当該科目の体系のどの部分を勉強しているのかが一目で分かるようになっています。講義中は常に手元に置き、現在自分が当該科目の体系のどの部分を勉強しているかを常に意識して学習してください。

【Pre Thinking シート】（事前配布）

予習用レジュメとして事前に配布するものです。

Pre Thinking シートには、①「コアカリキュラムの問い」と②「柏谷の問い」を掲載しています。②「柏谷の問い」は、①「コアカリキュラムの問い」を実務家登用試験である司法試験合格に必要なものに柏谷先生が最適化しモディファイしたものです。

講義前に、この Pre Thinking シートに沿って、各自の基本書（書籍は何でも構いません）で予習をしてきていただきます。

【本体講義レジュメ】

柏谷先生自身がコアカリキュラムに沿って基礎知識と思考方法をまとめた項目レジュメを用意します。このレジュメには、Pre Thinking シートに掲載した①「コアカリキュラムの問い」と②「柏谷の問い」も再掲していますので、講義当日及び講義後は、この本体講義レジュメだけに集中することができます（Pre Thinking シートは、予習後は破棄していただいて結構です。）。

講義では「問い」に対する「答え方」をたっぷり講義しますが、今回の講座ではあえて詳細なレジュメを用意いたしません。どうか講義中に必死にノートを取ってください。ノートの取り方は柏谷先生がきちんと指示します。その上で最終的には、この本体講義レジュメが、皆さんの最終的なレジュメになり、そこにすべてが集約されることとなります。

【基本判例シート】(適宜配付)

講義内容に応じて、押さえておくべき基本判例をシートにして適宜配布します(毎回配付ではありません)。既知っている判例でも、柏谷先生による判例の読み方を受講したあとには、きっと新たな発見があることでしょう。判例の言い回しを覚えるだけでは、実務における法的思考は身に付きません。なぜ、そう判断したのか、その言い回しに込められた意図を読み切ることが、真の思考力養成の第一歩です。

<その他>

【After Thinking】

After Thinking については、先生が講義の終了時に5分から7分くらいの間で、質問を投げかけ、そして考えていただき、それに対する答えを各自考えていただきます。その答えは、本体講義レジュメで既に皆さんが書き込んだものにさらに加わる形になりますので、もう一度講義内容に戻るといことになります。例えば、After Thinking で考えたことは青いボールペンで書く等の工夫があってもいいかも知れません。

【趣旨・規範ハンドブック】

「趣旨・規範ハンドブック」とのリンクについては、皆さんが「趣旨・規範ハンドブック」の使い方について注意をしなければならないところを柏谷先生が簡潔に述べます。そこで、その点については「趣旨・規範ハンドブック」に柏谷先生が述べた注意点を書き込んでおいてください。そして、そのページを各自で本体講義レジュメに書き込んでください。例えば、略語として「SK〇〇頁」として書き込んでおけば、あとで「趣旨・規範ハンドブック」の該当ページを見たときに柏谷先生の注意事項をスピーディーに再確認することができることとなります。

【シャドウイング】

本講座では、講義をMP3ファイルにしたものを講義の翌日13時までには、辰巳HPの受講生専用ページにアップします。また、講義のMP3を聴く際に、柏谷先生の講義をシャドウイングすることをお勧めします。詳細は、辰巳HPにてご案内いたします。

なお、著作権は辰巳法律研究所にあります。各自でダウンロードしたデータは、ご自身で使用することにとどめ、他者に譲渡・貸与したり、複製したりすることは一切禁止します。

【柏谷先生ストリーミングチャンネル】

柏谷先生のガイダンスをストリーミングチャンネルで視聴することができます。この視聴をしてから、本講座を受講することをお勧めいたします。本講座のコンセプトや柏谷先生の考え方がよくわかるからです。詳細は、辰巳HPをご覧ください。

【コアカリキュラム】

本講座では、法科大学院協会が公表した「共通的な到達目標モデル(第二次案修正案)」を使用します。これは「コアカリキュラムの問い」としてレジュメにおいて適宜引用します。詳細は法科大学院協会HPをご参照ください。<http://www.lawschool-jp.info/info/info20101018.html>

なお、このコアカリキュラムは、著作権の関係上、受講生各自が個人でダウンロードしてファインリングしていただきます。辰巳では印刷配付はいたしません。

〈Pre Thinking シート〉

コアカリキュラムの問い

共通的な到達目標モデル（第二次案修正案）：刑事訴訟法

第1編 捜査

第7章 その他の捜査手段

第4節 おとり捜査

- おとり捜査の意義について、判例の立場及び主要な考え方をふまえて説明することができる。
- おとり捜査の適否の判断基準について、主要な考え方を理解している。
- 違法なおとり捜査の訴訟法上の効果について、主要な考え方を理解している。

柏谷の問い

共通的な到達目標モデル(第二次案修正案):刑事訴訟法 1-7-4

Aは、ホームページを使って覚せい剤の密売を行っていたところ、Kという人物からホームページの注文フォームから申し込みがあったので、それに応じて覚せい剤を密売した。

しばらくしたのち、Aは、覚せい剤営利目的所持（同法41条の2第2項）で通常逮捕され、勾留された。

Aは取調べの中で、警察官がKという名前を用いて覚せい剤を購入し、その捜査報告書を資料として（規143）として通常逮捕がなされたことを告げられた。

Aからその旨を聞いた被疑者国選弁護人（37条の2）であるあなたはどのように争うか。捜査段階と公判段階に分けて考えなさい。

【ノート欄】

〈本体講義レジュメ〉

コアカリキュラムの問い

共通的な到達目標モデル（第二次案修正案）：刑事訴訟法

第1編 捜査

第7章 その他の捜査手段

第4節 おとり捜査

- おとり捜査の意義について、判例の立場及び主要な考え方をふまえて説明することができる。
- おとり捜査の適否の判断基準について、主要な考え方を理解している。
- 違法なおとり捜査の訴訟法上の効果について、主要な考え方を理解している。

柏谷の問い

共通的な到達目標モデル(第二次案修正案):刑事訴訟法 1-7-4

Aは、ホームページを使って覚せい剤の密売を行っていたところ、Kという人物からホームページの注文フォームから申し込みがあったので、それに応じて覚せい剤を密売した。

しばらくしたのち、Aは、覚せい剤営利目的所持（同法41条の2第2項）で通常逮捕され、勾留された。

Aは取調べの中で、警察官がKという名前を用いて覚せい剤を購入し、その捜査報告書を資料として（規143）として通常逮捕がなされたことを告げられた。

Aからその旨を聞いた被疑者国選弁護人（37条の2）であるあなたはどのように争うか。捜査段階と公判段階に分けて考えなさい。

講義レジュメ

1 おとり捜査とは

捜査官またはそのおとりが、捜査目的を隠して、犯罪を実行するように働きかけて、犯罪を実行させてそれを検挙する捜査手法

【ノート欄】

2 問題点

(1) 将来捜査ではないか？

ア 既に行われている犯罪の嫌疑に基づいている

イ 将来捜査も刑事法上の任意捜査としてなら許される

H19年新司刑事系第2問：既に行われている建造物等以外放火の嫌疑に基づき、捜査のために新たな犯行が行われそうな場所にカメラを設置

(2) 任意捜査か強制捜査か？

→犯人が自分の意思で行動している以上、任意捜査（197I参照）

(3) 国家が犯罪者を作り出すという捜査手法に問題はないのか（憲31）？

ア 必要性：被害者なき犯罪のような密行型の犯罪か否か

イ 相当性：機会提供型か犯意惹起（誘発）型か、あるいはそれ以外か

※ 基本判例①（おとり捜査（その1））

3 違法なおとり捜査の訴訟法上の効果

(1) 逮捕・勾留を違法にして、被疑者の身体を解放できるか？

(2) 公訴提起を違法（憲31）として、公訴棄却（338④）の判決をできるか？

(3) 国家に処罰適格がないとして免訴（337類推）にできるか？

(4) 違法なおとり捜査で収集した証拠を排除できるか？

※ 基本判例②（おとり捜査（その2））

4 違法なおとり捜査の実体法上の効果

(1) 故意なしとして不成立とできるか

(2) 違法性がないとして不成立とできるか

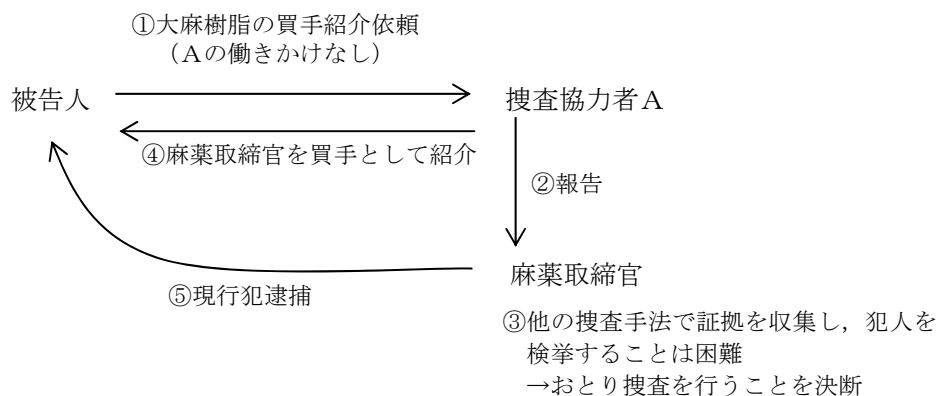
※ 刑法61参

【ノート欄】

〈基本判例シート〉

基本判例①（刑訴） おとり捜査（その1）（判例百選12事件） 最決平16.7.12

1 <事 案>



- (1) 被告人は、我が国であへんの営利目的輸入や大麻の営利目的所持等の罪により懲役6年等に処せられた前科のある外国人で、上記刑につき大阪刑務所で服役後、退去強制手続により帰国し、平成11年12月30日偽造パスポートを用いて我が国に不法入国した。
- (2) 捜査協力者Aは、大阪刑務所で服役中に被告人と知り合った者であるが、自分の弟が被告人の依頼に基づき大麻樹脂を運搬したことにより被告人の本国内で検挙されて服役するところとなったことから、被告人に恨みを抱くようになり、平成11年中に2回にわたり、近畿地区麻薬取締官事務所に対し、被告人が日本に薬物を持ち込んだ際は逮捕するよう求めた。
- (3) 被告人は、平成12年2月26日ころ、捜査協力者Aに対し、大麻樹脂の買手を紹介してくれるよう電話で依頼したところ、捜査協力者Aは、大阪であれば紹介できると答えた。被告人の上記電話があるまで、捜査協力者Aから被告人に対しては、大麻樹脂の取引に関する働き掛けはなかった。捜査協力者Aは、同月28日、近畿地区麻薬取締官事務所に対し、上記電話の内容を連絡した。同事務所では、捜査協力者Aの情報によっても、被告人の住居や立ち回り先、大麻樹脂の隠匿場所等を把握することができず、他の捜査手法によって証拠を収集し、被告人を検挙することが困難であったことから、おとり捜査を行うことを決めた。同月29日、同事務所の麻薬取締官と捜査協力者Aとで打合せを行い、翌3月1日に新大阪駅付近のホテルで捜査協力者Aが被告人に対し麻薬取締官を買手として紹介することを決め、同ホテルの一室を予約し、捜査協

- 力者Aから被告人に対し同ホテルに来て買手に会うよう連絡した。
- (4) 同年3月1日、麻薬取締官は、上記ホテルの一室で捜査協力者Aから紹介された被告人に対し、何が売買できるかを尋ねたところ、被告人は、今日は持参していないが、東京に来れば大麻樹脂を売ることができると答えた。麻薬取締官は、自分が東京に出向くことは断り、被告人の方で大阪に持って来れば大麻樹脂2kgを買い受ける意向を示した。そこで、被告人がいったん東京に戻って翌日に大麻樹脂を上記室内に持参し、改めて取引を行うことになった。その際、麻薬取締官は、東京・大阪間の交通費の負担を申し出たが、被告人は、ビジネスであるから自分の負担で東京から持参すると答えた。
- (5) 同月2日、被告人は、東京から大麻樹脂約2kgを運び役に持たせて上記室内にこれを運び入れたところ、あらかじめ捜索差押許可状の発付を受けていた麻薬取締官の捜索を受け、現行犯逮捕された。

2 <決定要旨>

「以上の事実関係によれば、本件において、いわゆるおとり捜査の手法が採られたことが明らかである。おとり捜査は、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙するものであるが、少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の見守り方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、刑訴法197条1項に基づく任意捜査として許容されるものと解すべきである。

これを本件についてみると、上記のとおり、麻薬取締官において、捜査協力者からの情報によっても、被告人の住居や大麻樹脂の隠匿場所等を把握することができず、他の捜査手法によって証拠を収集し、被告人を検挙することが困難な状況にあり、一方、被告人は既に大麻樹脂の有償譲渡を企図して買手を求めていたのであるから、麻薬取締官が、取引の場所を準備し、被告人に対し大麻樹脂2kgを買い受ける意向を示し、被告人が取引の場到大麻樹脂を持参するよう仕向けたとしても、おとり捜査として適法というべきである。

したがって、本件の捜査を通じて収集された大麻樹脂を始めとする各証拠の証拠能力を肯定した原判断は、正当として是認できる。」

＜決定要旨＞

「被告人A，同Bの弁護人の上告趣意について。

所論第一点，第二点は，原判決が弁護人のいわゆる囮捜査の抗弁につきなした『被告人Aは囮であるCに初めて犯行を誘発せしめられたものであるということではできない。』との事実判断は，重大な事実の誤認であり，証拠に基かない事実認定であり，採証法則に反するというに帰し，同第五点，第六点は，量刑不当の主張であつて，いずれも刑訴405条の上告理由に当らない。そして，原判決の右事実判断は，論旨第二点で主張するような推測又は予断に基いたものではなく，結局第一審第四回公判調書中の証人Dの供述記載によつたものであることその説示に照し明白であり，且つ，これによれば原審の右事実判断を肯認できるから，所論のごとき誤認又は訴訟法違反も認められない。また，所論第三点，第四点は，右のごとき単なる訴訟法違反又は事実誤認を前提とする違憲の主張であつて，右のごとくその前提を欠くものであるから，刑訴四〇五条の上告理由に当らない。そして，他人の誘惑により犯意を生じ又はこれを強化された者が犯罪を実行した場合に，わが刑事法上その誘惑者が場合によつては麻薬取締法53条のごとき規定の有無にかかわらず教唆犯又は従犯として責を負うことのあるのは格別，その他人である誘惑者が一私人でなく，捜査機関であるとの一事を以てその犯罪実行者の犯罪構成要件該当性又は責任性若しくは違法性を阻却し又は公訴提起の手續規定に違反し若しくは公訴権を消滅せしめるものとするのでないこと多言を要しない。それ故，本件では刑訴411条を適用すべきものとも思われぬ。

被告人Bの弁護人の上告趣意について。

所論第一点は，原判決が弁護人のいわゆる囮捜査の抗弁につきなした『被告人BはEより本件犯行を誘発されたものでない。』との認定を証拠上条理上誤認であるというに過ぎないものであるから，刑訴四〇五条の上告理由に当らない。そして，原判決並びに所論挙示の証拠によれば，被告人Bは相被告人Aから麻薬の第三号を世話してくれと頼まれこれに応じ原判示のごとき麻薬取締法第四条第三号所定の塩酸ジアセチルモルヒネ約六七六瓦の多量な麻薬を入手したものであること明らかであり，この事実と就中その交渉の際における『取引は現金と品物引換だ，勿論試験した上で良い』と隣の部屋にお客さんが居り聞えるといけなと思つたから筆記で話した旨の供述記載等を総合すれば，原判決の右認定を肯認できるばかりでなく，寧ろ被告人は麻薬取引の常習者であることを窺い知るに難くはないのである。また，所論第二点，第三点は事実誤認を前提とする理由不備又は違憲の主張であつて前述のごとくその前提を欠くものであり，同第四点は，単なる訴訟法違反の主張に帰し，

同第五点は量刑不当の主張であるから、すべて刑訴405条の上告理由に当らない。

そして、記録を精査しても同411条を適用すべきものとは認められない。」