

おとり捜査（機会提供型・犯意誘発型）

ゼロから司法試験 復習ノート / ゼロから刑事訴訟法#17 / 動画: https://youtu.be/YeSvFDW9o_c

第2章 捜査 ⑫ / 動画の内容を見返し用にまとめたものです（動画には含みません）。

前提——GPS（#16）との違い〔短答・論文共通〕

まず前回との違いを1つ。論点の「階層」が違います。強制処分か任意か、でした。私的領域に踏み込む強制だと。強制だから令状が要る。でも現行令状では賄えない、と。おとり

は「任意であること自体は前提」です。論点は一段先。任意捜査として、どこまで許されるか。第7回でやった任意捜査の限界、その特殊版です。

おとり捜査とは（定義）〔短答・論文共通〕

では定義です。最高裁が言葉にしてくれています。

判例（定義）

おとり捜査とは、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をいう。

→ 最決平16・7・12（第一小法廷決定・刑集58巻5号333頁）。大麻樹脂の有償譲渡につき、捜査協力者が買い手を紹介し、買い手を装った麻薬取締官に被告人が大麻を持参したところを現行犯逮捕した事案。明文の規定はなく、国家の公正さ（廉潔性）の観点が問題となる。

捜査機関、またはその依頼を受けた捜査協力者が。身分や意図を相手方に秘して、犯罪の実行を働きかける。相手がこれに応じて実行に出たところで、現行犯逮捕等で検挙する。問題点が2つあります。明文がないこと。そして「警察が犯罪を作っているのでは」という疑いです。だからこそ、許される範囲を慎重に考えます。

なぜ「任意捜査」なのか〔論文〕

まず詰まり①。なぜ強制ではなく任意なのか。カギは「最後にボタンを押すのは誰か」です。犯罪を実行するか否かを決めるのは、あくまで本人。本人が自分の判断で犯罪に出た。意思を制圧していない。第6回の昭51を思い出してください。強制処分の定義です。意思を制圧し、重要な権利利益を実質的に侵害するか、でした。だから根拠条文は197条1項。任意捜査です。

条文 刑事訴訟法197条1項（任意捜査の原則・強制処分法定主義）

捜査については、その目的を達するため必要な取調べをすることができる。ただし、強制の処分は、この法律に特別の定めのある場合でなければ、これを行うことができない。

1項本文。必要な取調べ、つまり捜査ができる、が原則。但書が「強制の処分」は法律の定めが要る、と絞る。そういう位置づけです。GPSと逆で、令状は要りません。

本丸——やる気を作ったのは誰か 〔論文〕

では詰まり②。任意なら、何でも誘っていいのか。違います。決め手はたった1つ。「やる気を誰が作ったか」。犯罪をやる気、つまり犯意の出どころが本人か、警察か。ここで2つの型に分かれます。表で見ましょう。

機会提供型 と 犯意誘発型——「やる気を作ったのは誰か」

観点	機会提供型（適法）	犯意誘発型（違法）
犯意（やる気）の出どころ	もともと本人の中にあった	警察が外から作った
警察がしたこと	機会＝扉を開けただけ	やる気ゼロの者を犯罪者に変えた
誰の犯罪か	本人が起こした犯罪	国家が作り出した犯罪
適法／違法	適法（最決平16・7・12）	違法

機会提供型。やる気はもともと本人の中にあった。警察はただ扉を開けた、つまり機会を

与えただけ。これは本人が起こした犯罪。だから適法です。もう一方、犯意誘発型。やる気を警察が外から作った。やる気ゼロの普通

の市民を、強い働きかけで犯罪者に変える。本来生まれなかった犯罪。だから違法です。

「水の容器」で掴む〔短答・論文共通〕

イメージで固めましょう。容器に溜まる水を、犯意とします。機会提供型は、すでに水が溜まった容器の蛇口を開けるだけ。犯意誘発型は、空っぽの容器に外から水を注ぐ。うまい。あふれた水が本人由来か警察由来か、

で適否が決まる。事案を変えられても、この問いに戻れば当てはめられます。

判例の基準——最決平16・7・12〔論文〕

では最高裁の基準です。平成16年7月12日の決定。買い手役の麻薬取締官に、被告人が大麻を持参し逮捕。機会提供型にあたる事案で、最高裁はこう述べました。

判例（許容基準）

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。

→ 最決平16・7・12。本件は機会提供型にあたるとして適法・証拠能力も肯定。冒頭の「少なくとも」は、この3要素を満たす場合に限定する趣旨ではない（＝最低ライン・3要素は許容の一例）。

少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査で。通常の方法のみでは、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、197条1項の任意捜査として許容される。3つ目がまさに「機会提供型」の言い換えです。鋭い。これは「3つを満たせば限定」という趣旨ではない。「少なくともこまでは許される」という最低ラインです。

なぜ薬物・銃器に限るのか〔短答・論文共通〕

では、なぜ被害者のいない薬物などに限るのか。同じ軸で腑に落ちます。空き巣を考えてみてください。被害者が「入られた」と通報

し、目撃証言も出ますよね。では薬物の密売は？ 売る側も買う側も黙っている。だから中に入り込む「おとり」でしか崩せない。例外的に要る。判例の「被害者なし・摘発困難」は、この発想から出ています。

違法だったらどうなる〔短答・論文共通〕

では犯意誘発型、つまり違法なおとりだったら。そこは学説が割れます。3つだけ名前を出します。1つ、裁判を打ち切る公訴棄却説。338条4号が根拠。2つ、免訴とする説。337条です。3つ、有力なのが違法収集証拠排除説。裁判は止めず、違法に得た証拠を法廷から外す。結果として立証できず、無罪になりやす

い、という筋です。そこ大事。排除の中身は、証拠法の回でじっくりやります。

隣の手法——泳がせ捜査〔短答〕

おとりの隣に、似て非なる手法があります。泳がせ捜査です。禁制品が見つかって、その場で捕らず監視で運ばせる。受取人や背後の組織が判明したところで、一網打尽にする。決定的な違いは1点。犯意に働きかけるかどうか。おとりは犯罪をやる気を起こさせる。意思に踏み込みます。泳がせは、すでに起きている犯罪を、ただ監視するだけ。だから任意捜査とされやすい。手法の詳細は別の回で。

短答ひっかけ

- おとり捜査には令状が要る？ → 否（実行を決めるのは本人＝意思を制圧しない＝任意捜査・197①）。
- 機会提供型／犯意誘発型の二分説は判例が採用した？ → 否（二分説は学説の整理。有力説は型で分けず必要性・相当性で測る）。
- 違法なおとりの効果は確定している？ → 否（公訴棄却説338④・免訴説337・違法

収集証拠排除説で争い。排除説が有力）。

論文の型 | おとり捜査の適法性

- 【コア規範】（逐語暗記は太字だけ）おとり捜査とは、捜査機関等が身分・意図を秘して犯罪の実行を働き掛け、相手方が応じて実行に出たところで検挙するもの（最決平16・7・12）。犯罪を実行するか否かは**相手方の自由な意思に委ねられ意思を制圧しない**から、**任意捜査**（197条1項）である。もっとも無制限でなく、**直接の被害者がいない薬物犯罪等で通常の捜査方法では摘発が困難な場合に、機会があれば犯罪を行う意思のある者を対象とする機会提供型は適法、犯意誘発型は違法**と解する。
- 【復元キー】①定義（平16）②性質＝相手の自由意思＝意思を制圧しない→任意捜査（197①）③限界＝必要性・相当性④許容要件＝被害者なし＋摘発困難＋犯意ある者（機会提供型）⑤犯意誘発型は違法。

では答案の型にします。逐語で覚えるのは太字のキーワードだけ。あとは趣旨から復元する流れです。

★ 覚える規範 | おとり捜査の適法性

おとり捜査とは、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、身分や意図を相手方に秘して犯罪の実行を働き掛け、相手方がこれに応じて実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙するものをいう（最決平16・7・12）。犯罪を実行するか否かは**相手方の自由な意思に委ねられ、その意思を制圧するものではない**から、強制処分（最決昭51・3・16）にあらず**任意捜査**（197条1項）である。もっとも任意捜査も無制限でないから、適否は**任意捜査の限界**（必要性・相当性）の枠で判断する。判例は、**直接の被害者がいない薬物犯罪等で、通常の捜査方法のみでは摘発が困難な場合に、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行うおとり捜査（機会提供型）は任意捜査として許容されるとする**（最決平16・7・12）。犯意のない者に働き掛けて**初めて犯意を生じさせる類型（犯意誘発型）は違法**と解する。

第1段、おとり捜査にあたるか。定義に当てはめる。第2段、法的性質。本人の意思で実行＝任意捜査、197条1項。第3段、適法か。任意

捜査の限界の枠で切ります。判例の3要素、つまり機会提供型かを検討する。第4段、もし違法なら効果。排除が有力、と触れる。

答案の型（司法試験で使う型） | おとり捜査の適法性

【事例】

捜査機関は、以前から規制薬物の密売を反復していると疑われる甲に対し、買い手を装った捜査協力者を接触させ、甲が取引場所に薬物を持参したところを現行犯逮捕した。

【問題提起】

明文の規定がないおとり捜査は、いかなる法的性質を有し、本件のおとり捜査は適法か。

【規範】

上記の規範を定立（定義→意思を制圧しない＝任意捜査（197①）→任意捜査の限界→判例の3要素（被害者なし・摘発困難・犯意ある者＝機会提供型）は適法／犯意誘発型は違法）。

【あてはめ】

本件は規制薬物の密売という直接の被害者がいない犯罪であり、密室で行われ通常の捜査方法のみでは摘発が困難である。また甲は以前から密売を反復していると疑われ、機会があれば犯罪を行う意思があった＝犯意は甲にもともと存在し、捜査機関は機会を与えたにすぎない（機会提供型）。よって本件おとり捜査は任意捜査として許容され適法であり、これにより得られた証拠の証拠能力も認められる。なお仮に犯意誘発型であれば違法となり、違法収集証拠排除法則の適用が問題となる。

答案では、簡単な事例で実演します。被告人が以前から密売をしていたと疑われる事情を拾う。これは犯意が元からあった＝機会提供型だと評価する。よって任意捜査として適法、と結論づける。型に沿えば、初見の事案でも書けます。

今日の地図（保存版）

- おとり捜査＝捜査機関等が身分・意図を秘して犯罪の実行を働きかけ、相手に応じて実行に出たところを検挙する手法（最決平16・7・12）。
- 性質＝実行するか否かは本人の自由な意思に委ねられ意思を制圧しない→任意捜査（197①）。GPSと逆で令状は要らない。
- 適否の決め手＝犯意の出どころ。機会提供型（やる気は元から本人＝適法）／犯意誘

発型（やる気を警察が作った＝違法）。

- 判例（平16）＝直接の被害者がいない薬物犯罪等で通常の捜査では摘発が困難な場合に、機会があれば犯罪を行う意思のある者を対象とするのは任意捜査として許容（＝最低ライン）。
- 違法な場合の効果＝学説対立（公訴棄却338④／免訴337／違法収集証拠排除）。排除説が有力（詳細は証拠法）。
- 隣の手法＝泳がせ捜査（犯意に働きかけず監視のみ＝任意とされやすい）。

今回は第2章⑬「強制採尿」。身体への侵入の可否（真にやむを得ない最終手段）と、令状の種類（条件付捜索差押許可状）を扱います。