

憲法第35条，刑訴法第220条の成立過程

中 園 江 里 人

1 はじめに

憲法第35条は、「第33条の場合」を，搜索・押収に関する令状主義の例外としている。そして，刑事訴訟法第220条は，被疑者を「逮捕する場合」において，「必要があるとき」に，人の住居等に入り被疑者を搜索することと，「逮捕の現場」で搜索・差押えをすることを，無令状で許容している。ここで，憲法第35条の「第33条の場合」については，「適法に逮捕される場合」という理解が一般的である¹⁾が，「現行犯逮捕の場合に限る」という主張²⁾もある。最高裁は，いずれの見解も採用せず，「憲法35条は同法33条の場合を除外して住居，書類及び所持品につき侵入，搜索及び押収を受けることのない権利を保障している。この法意は33条による不逮捕の保障の存しない場合においては搜索押収等を受けることのない権利も亦保障されないことを明らかにしたものである。」と判示した³⁾。また，刑訴法第220条に関しては，「逮捕する場合」（逮捕

1) 法学協会編『註解日本国憲法上巻(2)』（有斐閣，1953年）627頁，宮沢俊義・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』（1978年）308頁，佐藤功『憲法（上）（新版）』（有斐閣，1983年）554頁，芦部信喜編『憲法Ⅲ人權(2)』（有斐閣，1981年）173頁〔杉原泰雄〕，樋口陽一ほか『憲法Ⅱ』（青林書院，1997年）326頁〔佐藤幸治〕など。

2) 大石義雄『日本国憲法逐条講義』（有信堂，1954年）146頁，松井茂記『日本国憲法』（有斐閣，1999年）520頁，辻村みよ子『憲法』（日本評論社，2000年）297頁。

3) 最大判昭和30年4月27日刑集9巻5号924頁。本文で引用した部分に続いて，「33条は現行犯の場合にあっては同条所定の令状なくして逮捕されてもいわゆる不逮捕の保障には係りなきことを規定

に着手することを要するか、逮捕とどの程度の時間的接着性が必要か)、「必要があるとき」(罪証隠滅の主体や可能性をどこまでどのように考慮するか)、「逮捕の現場」(どこまでの空間的範囲と解するか)という各文言の解釈をめぐる、議論が重ねられている⁴⁾が、令状主義の例外の実質的根拠をどう解するかという点を含めて、一致をみるには至っていない。実務の運用も確立しているとはいえ、判例・裁判例の中には疑問を呈されているものもある⁵⁾。逮捕に伴う搜索・差押えは頻繁に行われるから、これについて検討する必要性・実益は大きい。そこで、本稿では、無令状搜索・差押えに関する検討の出発点として、憲法第35条及び刑訴法第220条の成立過程を確認する⁶⁾。

しているのであるから、同35条の保障も亦現行犯の場合には及ばないものといわざるを得ない。それ故少くとも現行犯の場合に限る限り、法律が司法官憲によらずまた司法官憲の発した令状によらずその犯行の現場において搜索、押収等をなし得べきことを規定したからとて、立法政策上の当否の問題に過ぎないのであり、憲法35条違反の問題を生ずる余地は存しない」として、国税犯則取締法第3条第1項(間接国税に関し現に犯則を行い又は現に犯則を行い終わった際に発覚した事件につき、その証憑を集取するため必要にしてかつ急速を要し裁判官の許可を得ることができないときは、(逮捕を伴わない場合でも)許可状なしに犯則の現場で搜索・差押えをすることができる旨の規定)を憲法第35条に違反しないとした。

- 4) 近時の論稿として、井上正仁「逮捕に伴う無令状搜索・差押え」『強制捜査と任意捜査(新版)』(有斐閣, 2014年) 331頁以下。
- 5) ①警察官が緊急逮捕のために被疑者方に赴いたところ、被疑者が不在だったので、帰宅次第緊急逮捕する態勢のもとで搜索・差押えを実施し、警察官の到着から約20分後に、帰宅した被疑者を緊急逮捕した事案で、その搜索・差押えを緊急逮捕する場合にその現場でなされたものといえるとした最大判昭和36年6月7日(刑集15巻6号915頁)、②搜索差押許可状の請求手続を履践することができないほどの緊急性はない場合でも、第220条に基づく搜索・差押えが許されるとした東京高判昭和53年5月31日(刑月10巻4=5号883頁)、③ホテルの5階で大麻たばこ1本所持の現行犯人として逮捕したところ、被疑者が7階の部屋にある所持品を携行したいと申し出たことから、被疑者をそこに連行し、逮捕の約35分後から同室を搜索して大麻たばこ7本を発見し、被疑者がそれらは他出中の同宿者の所持品である旨述べたが、それらを差し押え、その約1時間半後に帰宅した同宿者を緊急逮捕した事案で、上記搜索差押えは「逮捕の現場」から時間的場所的かつ合理的な範囲を超えた違法なものとははいえないとした東京高判昭和44年6月20日(刑月4巻10号1651頁)など。
- 6) 憲法第35条についての先行業績として、上野勝ほか『憲法の刑事手続』(日本評論社, 1997年) 312頁以下〔林敏彦=竹之内明〕がある。

本稿では、引用に際して、漢数字を算用数字とし、明白な誤記は修正した。また、文語文については、カタカナをひらがなに、歴史的仮名遣いを現代仮名遣いに、旧字体を新字体とし、句点を挿入した。

2 日本国憲法成立前の状況

(1) 大日本帝国憲法

大日本帝国憲法は、押収については規定せず、搜索については全面的に法律に委ねていた。

第25条 日本臣民は法律に定めたる場合を除く外其の許諾なくして住所に侵入せられ及搜索せらるることなし。

(2) 旧刑事訴訟法（大正11年法律第75号）

これを受けて、旧刑事訴訟法は、捜査段階における搜索・押収について、① 検察官が判事・予審判事に請求して行う搜索・押収（第255条）、②いわゆる要求事件の場合や現行犯人⁷⁾を逮捕した場合等に検察官・司法警察官が行う搜索・押収（第170条）、③住居等に現行犯ある場合に検察官・司法警察官が行う搜索・押収（第171条）、④住居等に現行犯ある場合に検察官・司法警察官が行う犯人の搜索（第172条）、を規定していた。

第170条 検察官は第123条各号の場合又は現行犯人を逮捕し若は之を受取りたる場合に於て急速を要するときは公訴提起前に限り押収若は搜索を為し又はこれを他の検察官若は司法警察官に命令し若は囑託することを得。

司法警察員は前項の場合に於ては公訴提起前に限り押収若は搜索を為し又は之を他の司法警察官に命令し若は囑託することを得。

第123条 左の場合に於て急速を要し判事の勾引状を求めること能わざるときは検察官は勾引状を發し又は之を他の検察官若は司法警察官に命令し若は囑託することを得。

- 一 被疑者定りたる住居を有せざるとき
- 二 現行犯人其の場所に在らざるとき
- 三 現行犯の取調に因り其の事件の共犯を發見したとき

7) 第130条のとおり、現に罪を行い又は現に罪を行い終わった際に「發見したもの」であり、現行法とは概念が異なる。

四 既決の囚人又は本法に依り拘禁せられたる者逃亡したるとき

五 死体の検証により犯人を発見したるとき

六 被疑者常習として強盗又は窃盗の罪を犯したるものなるとき

第130条 現に罪を行い又は現に罪を行い終りたる際に発覚したるものを現行犯とす。

兇器贓物その他の物を所持し、誰何せられて逃走し、犯人として追呼せられ又は身体被服に顕著なる犯罪の痕跡ありて犯人と思料すべき場合は現行犯人其の場所に在りたるものと看做す。

第171条 人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しは艦船の内に現行犯ある場合に於て急速を要するときは検察官又は司法警察官は何時にても其の場所に入り押収又は搜索を為すことを得。

第172条 人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しは艦船の内に現行犯ある場合に於て急速を要するときは検察官又は司法警察官吏は何時にても其の場所に入り犯人を逮捕する為搜索を為すことを得。検察官又は司法警察官吏現行犯人を逮捕する為追行したる場合に於て犯人人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しは艦船の内に逃げ入りたる時亦同じ。

第255条 検察官捜査を為すに付強制の処分を必要とするときは公訴の提起前と雖押収、搜索、検証及び被疑者の勾留、被疑者若しは証人の訊問又は鑑定の処分をその所属地方裁判所の予審判事又は所属区裁判所の判事に請求することを得。

(3) 戦時立法

1941年、国防保安法（昭和16年法律第49号）と治安維持法改正法（昭和16年法律第54号）が成立した。両法は、各対象犯罪⁸⁾について、検事に捜査段階における押収・搜索の権限を与えた。

国防保安法第26条、治安維持法改正法第27条

検事は公訴提起前に限り押収、搜索若しは検証を為し又は其の処分を他の検事に囑託し若しは司法警察官に命令することを得。

8) 国防保安法第16条、治安維持法改正法第1章。

3 日本国憲法第35条の成立過程

(1) 総司令部による準備的調査

① ラウエル「レポート・日本の憲法についての準備的研究と提案」

終戦後、連合国最高司令官総司令部は、日本政府に自主的に憲法を改正するよう示唆し、日本側から改正案が提出されるのを待つ姿勢をとった。そして、その間、日本側が提出する改正案をレビューする場合に備えて、民政局において、大日本帝国憲法とその運用を分析した。民政局法規課長であったラウエルは、その分析により得た所見と、その結論としての、総司令部によって承認される憲法に設けられるべき諸規定の提案を記載したレポート「日本の憲法についての準備的研究と提案」を、1945年12月6日に作成した。そこには、以下の記載が含まれている⁹⁾¹⁰⁾。

3. 提案

- a 憲法改正案には、次の諸権利を保障する権利章典が含まれていなければならない。
- (7) 権限のある裁判所の発した令状なしに、逮捕され、あるいは私宅の捜索を受けることがないこと。逮捕については、現行犯を追跡する場合、捜索については、逮捕の際になされる場合を除く。
- (7) No person shall be arrested, except in case of hot pursuit, nor any private dwelling searched, except at the time of arrest, without a warrant issued by a court of competent jurisdiction.

9) 高柳賢三ほか『日本国憲法制定の過程 I』(有斐閣, 1972年) 6～9頁。

10) なお、上記レポートの目的は日本政府の代表者等と会談する際の基礎になるような一応のチェックリストを示すことにあり、示されている結論と提案は動かすべからざるものというわけではない、とされている(高柳ほか・前掲注9)4, 5頁)。

② ラウエル「幕僚長に対する覚書〔案件〕私的グループによる憲法改正草案に対する所見」

1945年11月以降、日本の政党や民間団体から、憲法改正の具体的な案が発表されるようになった。しかし、それらの案には、刑事手続上の権利に関する規定は含まれていなかった。

ラウエルは、12月26日に発表された憲法研究会の憲法改正草案要綱について検討し、その所見を1946年1月11日に幕僚長に提出した。そこには、以下の記載が含まれている。

日本の警察は、際限なく市民の家庭に対して捜索および押収を行なったことで悪名が高い。したがって、不当な捜索および押収を禁止する規定が設けられなければならない。¹¹⁾

この憲法草案中に盛られている諸条項は、民主主義的で、賛成できるものである。しかし、若干の不可欠の規定が入っていない。いかなる憲法も、承認を受けるには、以下に示す原理をおりこんでいなければならないと考える。

b 国民の権利〔に関する規定〕を追加し、以下のことを実現すること

(7) 不当な捜索および押収に対し国民を保障すること¹²⁾

(2) 総司令部草案

1946年2月1日、毎日新聞が日本政府の憲法問題調査委員会の改正試案なるものを報道した。そこにも、刑事手続上の権利に関する規定はなかった。

2月3日、マッカーサーは、総司令部民政局において改正草案を作成するよう指示した。民政局は、2月10日に草案（第3次試案）をマッカーサーに提出した。その後、マッカーサーによる修正指示を受けるなどして、2月12日に総司令部草案が完成した。この過程で、捜索・押収に関する規定は、以下のとおりの経過をたどった。

11) 高柳ほか・前掲注9) 29～30頁。

12) 高柳ほか・前掲注9) 35～38頁。

① 第1次試案¹³⁾

SEARCH & SEIZURE

The right of the people to be secure in their persons, homes, papers and effects against unreasonable searches and seizures shall not be violated, nor shall any warrant be issued except upon probable cause, supported by oath, and particularly describing the place to be searched and the person or things to be seized.

Each search or seizure shall be made upon separate warrant issued for the purpose by a competent officer or a court of law.

搜索及び拘置又は押収

何人も、その身体、住居、書類及び所持品について、不合理な搜索及び拘置又は押収を受けることのない権利は、侵されない。また、令状は、〔犯罪成立の〕蓋然性の認められるような理由に基づき、かつ、搜索する場所及び拘置され又は押収される人又は物を明示してでなければ、発せられてはならない。

搜索又は拘置若しくは押収は、裁判所の権限ある官吏により、その〔搜索又は拘置若しくは押収の〕ために各別に発せられた令状により、行わなければならない。

この第1次試案は、アメリカ合衆国憲法修正第4条とほぼ同じである。

Amendment IV

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

修正第4条

不合理な搜索及び逮捕押収に対し、身体、住居、書類及び所有物の安全を保障される人民の権利は、これを侵害してはならない。令状はすべて、宣誓または確約によって支持される相当の理由に基づき、かつ、搜索されるべき場所および逮捕押収されるべき人または物を特定の記載するものでない限り、発せられてはならない。¹⁴⁾

13) [Drafts of the Revised Constitution] [1946] 国立国会図書館ウェブサイト http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/002_47/002_47_1151.html 最終アクセス2018年11月26日、犬丸秀雄ほか『日本国憲法制定の経緯』（第一法規、1989年）140頁。

14) 阿部照哉ほか『世界の憲法集〔第4版〕』（有信堂、2009年）12頁〔高井裕行〕。

② 第2次試案¹⁵⁾

Article The right of the people to be secure in their persons, homes, papers and effects against unreasonable searches and seizures shall not be violated, nor shall any warrant be issued except upon probable cause, and particularly describing the place to be searched and the person or things to be seized.

Each search or seizure shall be made upon separate warrant issued for the purpose by a competent officer of a court of law.

第 条 何人も、その身体、住居、書類および所持品について、不合理な捜索および拘置または押収を受けることがないという権利は、侵害されることはない。また、令状は、〔犯罪成立の〕蓋然性の認められるような理由に基づき、かつ捜索する場所および拘置または押収される人または物を明示してでなければ、発せられてはならない。

捜索または拘置もしくは押収は、裁判所の一員で権限を有する者により、その〔捜索または拘置もしくは押収の〕ために各別に発せられた令状により、行なわれなければならない。

第2次試案までは、「不合理な」捜索等を受けない権利を保障するというものであり、「合理的」であれば無令状の捜索等が許容される余地があった。

③ 第3次試案¹⁶⁾

Article The right of the people to be secure in their persons, homes, papers and effects against entries, searches and seizures shall not be impaired except upon judicial warrant issued only for probable cause, and particularly describing the place to be searched and the person or things to be seized.

Each search or seizure shall be made upon separate warrant issued for the purpose by a competent officer of a court of law.

第 条 何人も、その身体、住居、書類および所持品について、侵入、捜索および拘置または押収を受けることがないという権利は、裁判所の発する令状によるのでなければ、侵されない。また、令状は、〔犯罪成立の〕蓋然性の認められるような理由に基づき、かつ捜索する場所および拘置または押収される人または物を明示してでなければ、発せられてはならない。

捜索または拘置もしくは押収は、裁判所の一員で権限を有する者により、その〔捜

15) 高柳ほか・前掲注9) 228, 231頁。

16) 高柳ほか・前掲注9) 228, 231頁。

索または拘留もしくは押収の) ために各別に発せられた令状により、行なわれなければならない。

第3次試案で、「不合理な」が削除され(代わりに「侵入」が挿入され)たことにより、令状によらない搜索等を許容する余地がなくなった。

④ 総司令部草案第33条¹⁷⁾

上記第3次試案と同じである。外務省訳は下記のとおりである。

第33条 人民が其の身体、家庭、書類及所持品に対し侵入、搜索及押収より保障せらるる権利は相当の理由に基きてのみ発給せられ殊に搜索せらるべき場所及拘禁又は押収せらるべき人又は物を表示せる司法逮捕状に依るにあらざして害せらるること無かるべし。

各搜索又は拘禁若は押収は裁判所の当該官吏の発給せる各別の逮捕状に依り行わるべし。

日本側は、2月8日に、憲法改正要綱と説明資料¹⁸⁾を総司令部に提出した。これにも、刑事手続上の権利に関する規定はなかった。

2月13日、ホイットニー総司令部民政局長と吉田茂外相・松本烝治国務相との会談が行われた。そこで、ホイットニー民政局長は、日本側が提出した憲法改正要綱は承認不可能であるとしたうえで、総司令部草案を交付した。

(3) 「3月2日案」

日本側は、憲法改正要綱についての再考を要請するなどしたが、総司令部に受け入れられず、2月22日の閣議で、総司令部草案を受け入れ「アメリカ案を基本として、できるだけ日本側の意向を取り入れたものを起案してみることに

17) 「日本国憲法」[1946年], Constitution of Japan, 1946 国立国会図書館ウェブサイト <http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/03/076shoshi.html> 最終アクセス2018年11月26日。

18) 「憲法改正要綱」[1946年], Gist of the Revision of the Constitution [1946] 国立国会図書館ウェブサイト <http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/03/074shoshi.html> 最終アクセス2018年11月26日。

してみようではないかということに意向が一致した¹⁹⁾。

その後、日本側が作成して3月4日に総司令部に提出したものが、「3月2日案」である。そこでは、総司令部案第33条に対応する規定は、以下のようになっていた。

第34条 凡ての国民は法律に依るに非ずして住所に侵入せられ及搜索せらるることなし。

緊急の場合を除くの外住所の侵入、搜索及押収は正当なる令状に基くに非ざれば之を為すことを得ず。²⁰⁾

総司令部草案第33条は無令状の搜索等を許さない内容だったが、この規定は「緊急の場合」に無令状搜索等を許す内容になっている。(また、令状の記載事項や発付権者に関する文言が削られている。)

このように変更した理由に関して、起案した佐藤達夫(当時法制局第1部長)は、「刑事手続に関する諸規定については、法律にゆづってもよいと思われたものが少なくなかったし、またこの種の事がらについて、マ草案のようにくわしい条文を設けた立法例もあまり見たことがなかったので、マ草案第31条・・・などを除外するとともに、一般に簡潔な形とした²¹⁾と述懐している。

(4) 「3月5日案」

3月4日から5日にかけて、総司令部において、総司令部と日本側が「3月2日案」を逐条的に検討し²²⁾、「3月5日案」²³⁾が作成された。刑事手続に関す

19) 入江俊郎『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題』(第一法規, 1976年) 202頁(初出, 『日本国憲法成立の経緯』憲資・総第46号(1960年))。

20) 「日本国憲法」(1946年) 国立国会図書館ウェブサイト http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/088/088_001r.html 最終アクセス2018年11月26日。

21) 佐藤達夫=佐藤功『日本国憲法成立史3』(有斐閣, 1994年) 79頁。

22) 佐藤達夫「3月4、5両日司令部に於ける顔末」(1946年) 国立国会図書館ウェブサイト http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/089/089_001r.html 最終アクセス2018年11月26日。

23) 「日本国憲法(3月5日案)」[1946年] 国立国会図書館ウェブサイト http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/091/091_001r.html 最終アクセス2018年11月26日。

る条項については、「刑事手続の関係は従来弊害が多かったので総司令部草案に厳格に従ってもらいたい」という総司令部側の要請を受けて、「3月2日案」ではなく総司令部草案をもとに、検討が行われた。その結果、「3月2日案」の第34条に対応する条項（日本文）は、総司令部草案第33条とほぼ同じ内容に戻った。

第31条 人民が其の身体、家庭、書類及所持品に対し侵入、搜索及押収より保障せらるる権利は相当の理由に基きてのみ発給せられ殊に搜索せらるべき場所及拘禁又は押収せらるべき人又は物を表示せる逮捕状に依るにあらずして害せらるること無かるべし。
各搜索又は拘禁若は押収は権限ある司法官憲の発給せる各別の逮捕状に依り行わるべし。

(5) 「3月6日要綱」

日本政府は、「3月5日案」を日本政府の憲法改正案とすることにつき、閣議決定と天皇の了解とを経たうえ、法制局において英文を動かさない範囲で推敲し、3月6日、「憲法改正草案要綱」²⁴⁾を発表した。

第31条 国民が其の身体、家庭、書類及所持品に付侵入、搜索、拘禁及押収を受けざる権利は相当の理由に基き且搜索すべき場所及拘禁又は押収すべき人又は物を明示する令状を發するに非ざれば侵さることなかるべきこと。
搜索又は拘禁若は押収は権限ある司法官憲の發する各別の令状に依り之を行うべきこと。

(6) 「4月13日草案」「4月17日草案」

法制局は、関係各省庁と打合せを行い、「3月6日要綱」の問題点を洗い出した。その主なものをとりまとめた抜き書きには、以下の記載がある。

○第31 (1)現行犯の場合を除外する要あるべし (2)「家庭」は「住居」とする方可なら

24)「憲法改正草案要綱」(1946年) 国立国会図書館ウェブサイト <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/3947830> 最終アクセス2018年11月26日。

ずや (3)拘禁に付ては第29と重複する部分あり (4)「令状」は刑事事件のみを予想するか²⁵⁾

上記問題点の検討・整理を踏まえて、日本政府は、必要最小限度の訂正を総司令部と交渉した。その際に日本側が総司令部に渡したメモ²⁶⁾には、以下の記載がある。

第31条 (a) 現行犯の場合に対する例外を設けたい。そうしないと、犯罪捜査上困難を生ずる(たとえば pickpocket の場合、その場で盗品を押収する必要がある)。第28条は現行犯に関する例外規定を設けているところから見ても、同様の規定がなされるべきものと思う。

(b) seizure of person に関する部分は、第28条と重複するように認められる。したがって、第1項から the person の語を削りたい。

この訂正交渉に対して、「第31条の(b)の問題については、先方は直ちに同意し、この条文から『身体』及び『人又は』を削ることとした。しかし、(a)の問題については先方は(b)の訂正を加えた結果、人身の関係がなくなるから、現行犯の例外規定を設けることは無意味ではないか」といって、容易になっとくしなかった。こちらから、たとえば、警察官が下宿屋で殺人が行われているのを知った場合でも令状がなくては踏み込めないということでは、到底間に合わないではないか」といったところ、先方は、しかし、このような例外を設けると、政党の集会が行われている場所に、現行犯に名をかりて家宅捜索をするようなおそれがある」というので、それでは、殺人の場合、家の外に血が流れ出ているような場合はどうか」とたずねたところ、先方は、それは闇屋で買って来た豚か鶏を殺しているのかも知れないなどとしょう談をいながらなかなか応じなかった。しかし、議論のあげく、結局、先方の提案で、『押収すべき物を明示する令状を発し』の下に『又は第30条(新)に規定する所に依るに非ざれ

25) 佐藤(達) = 佐藤(功)・前掲注21) 246頁。

26) 佐藤(達) = 佐藤(功)・前掲注21) 287頁。

ば (to be seized or except as provided by Article XXX.)』を加えることとした」²⁷⁾ この交渉に臨席していた入江俊郎（当時法制局長官）は、『第30条の場合を除いては』という意味が現行犯の場合だけをいうのか、あるいはもう少し広いのかということは、解釈上疑問であります。当時は、そこまでつきつめず、とに角こちらの主張を通しました²⁸⁾と述懐している。

日本側の訂正要求は、「現行犯の場合に対する例外」であり、そこで挙げられた具体例は、①現行犯逮捕の場合に、被疑者が身体に取り込んだ（捜査官がそれを現認した）証拠物を、被疑者の身体を捜索して取り出し、押収すること、②事件が起きている現場に（被疑者を逮捕するために）捜査官が立ち入ること、の2つであった。令状による逮捕に伴う捜索・押収や、捜査官が現認していない証拠物の発見を目的とする捜索については、論じられていない。しかし、訂正交渉の結果は、これらの捜索・押収をも包含し得る文言となった。

訂正交渉の結果を加味し、口語化・推敲を加えた「4月13日草案」²⁹⁾で、以下のとおり、現行憲法35条とほぼ同じ（相違点は「国民が」→「何人も」）規定になった。

第32条 国民が、その住居、書類及び所持品について、侵入、捜索及び押収を受けることのない権利は、第30条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ捜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。

捜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行う。

日本政府は、4月17日、「4月13日草案」に微修正を加えた憲法改正草案

27) 佐藤（達）＝佐藤（功）・前掲注21）294～295頁。

28) 入江・前掲注19）274～275頁。

29) 「日本国憲法 [口語化第2次草案]」（1946年）国立国会図書館ウェブサイト http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/106/106_014r.html 最終アクセス2018年11月26日。

(「4月17日草案」)³⁰⁾を公表した。第32条は、「4月13日草案」と同じである。英文も同時に発表されたが、その第32条は、以下のとおりである³¹⁾。

Artticle XXX II The right of the people to be secure in their homes, papers, and effects against entries, searches and seizures shall not be impaired except upon warrant issued only for probable cause, and particularly describing the place to be searched and things to be seized, or except as provided by Article XXX.

Each search or seizure shall be made upon separate warrant issued for the purpose by a competent judicial officer.

(7) 枢密院における審議（法制局作成の答弁資料）

憲法改正草案は4月17日に枢密院に諮詢され、枢密院は審査委員会を設置して4月22日から6月3日まで11回の委員会を開き、6月8日の本会議で可決した。

第32条に関しては、審査委員会において、要綱にあった「身体」の語を削除した理由について委員から質問があり、内閣当局者が「要綱に拘禁の語があったのに対応するものであるが、第31条との重複を嫌い削除したのである。所持品でないものについては、第28条の原則を適用する」と答弁したほかには、議論された形跡がない³²⁾。

なお、4月に法制局が答弁資料として作成した「憲法改正草案逐条説明（第2輯）」³³⁾には、第32条に関して、以下の記載がある。

30) 「憲法改正草案」(1946年) 国立国会図書館ウェブサイト http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/03/109/109_007r.html 最終アクセス2018年11月26日

31) 芦部信喜ほか編『日本国憲法制定資料全集(5)』(信山社, 2009年) 93頁。

32) 諸橋襄「枢密院に於ける日本国憲法審議(2)」自治研究31巻6号(1955年) 33~39頁。

33) 「憲法改正草案逐条説明(第2輯)」(1946年) 国立国会図書館ウェブサイト http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/04/118/118_222r.html 最終アクセス2018年11月26日。

第32条

本条は国民が、その住居、書類及び其の他の所持品について、官憲から故なく侵入、搜索及び押収を受くることなきことを保障せんとする規定であります。即ち官憲が此等のことを致しますのには権限ある司法官憲が正当の理由に基いて発したところの令状がなければならぬのでありまして、而も此の令状は搜索する場所及押収する物を明示したものであり且搜索又は押収の度毎に各別に発せられなければならないことを規定致したのであります。ただ然し第30条に規定致しました場合、即ち現行犯のありました場合に其の現場又は其の犯人の所持品に就き侵入、搜索又は押収を致します場合、及び第30条の逮捕令状に基きまして逮捕を行います為に逮捕せらるべき者の住居に侵入し、搜索し又は押収する場合は右に述べました様な要件はいらぬことと致して居るのであります。

現行犯の場合には現行犯のあった現場及び被疑者の所持品を搜索して押収することができ、令状による逮捕の場合には被疑者方を搜索して押収することができる（上記以外の場所で逮捕した場合には、言及がない）。いずれの搜索も、「押収」できる以上、被疑者の発見のみならず証拠物等の発見を目的として行う場合を含むと解されるが、そのような（証拠物等の発見を目的とする）搜索がどのような場合にいかなる範囲で許されるのか（訂正交渉における要求・説明では、スリが盗品を身体に取り込むのを捜査官が現認した場合を例に挙げていたが、そのような場合に限るのかなど）は、明確でない。

(8) 司法省刑事局の意見書

4月27日、司法省刑事局が「4月17日草案」に対する詳細な意見書を提出した。第32条に関しては、以下の記載がある。

何人も権限のある司法官憲が正当な理由に基いて発する令状によらなければその住居又は物について侵入・搜索又は押収を受けない。令状には立入り若しくは搜索する場所又は押収する物を明示することが必要である。但し第31条〔引用者注：「何人も、権限のある司法官憲が発し、且つ逮捕の理由となっている犯罪を明示する令状によらなければ逮捕されない。但し現行犯その他犯罪を行ったことが明白で且つ直ちに逮捕しなければならないときはこの令状を必要としない。」〕によって犯人を逮捕するためには令状によらないで人の住居に立入ることができる。又、同条但書によって犯人を逮捕する場合に

はその犯罪に関係のある物であれば、令状によらないで搜索又は押収することができる。
(註) 草案第32条の修正である。

修正の理由

1 「書類及び所持品」では狭い。英語のeffectsとは動産及び土地の賃借権の意味であるという。

2 「第30条の場合を除いては」というのでは意味がわからない。少くとも修正案のようにしなければ搜索を充分に行い得ない。搜索のためでない侵入例えば検証のために住居に立入ることも許されなければならない。又、殺人の現場に落ちている兇器を押収するのに一々令状を求めているは迅速な捜査はできない。³⁴⁾

逮捕のための犯人の搜索については、通常逮捕の場合も含めて、無令状で許すとしつつ、証拠物の無令状搜索・押収については、無令状で逮捕する場合に限定している（ただし、無令状逮捕が許される範囲を現行犯以外にも広げている。他方、押収の対象を被疑事実に関係する物と明示している）。これは、訂正交渉における日本側の要求・説明を素直に条文化したものといえる。ただ、無令状逮捕の場合に証拠物等の発見を目的とする搜索がどこまで許されるのか（捜査官が現認した場合に限られるのか）は、ここでもやはり不明確である。

(9) 帝国議会における審議（司法大臣の答弁）

憲法改正草案は、第90回帝国議会において審議された。まず、衆議院において、憲法改正委員会による修正を経て、8月24日に本会議で可決された。衆議院での修正により、第10条（国民の要件）、第17条（国家賠償）、第30条（納税の義務）が追加されたため、草案第32条は第35条となり、「第30条の場合を除いては」は「第33条の場合を除いては」となった。その後、貴族院において、帝国憲法改正案特別委員会による修正を経て、10月6日に本会議で可決された。そして、翌10月7日に、衆議院本会議で可決された。その後、10月29日に枢密院で可決され、天皇の裁可を経て、11月3日に「日本国憲法」として公布された。

34) 佐藤（達）＝佐藤（功）・前掲注21）353～354頁。

このうち、貴族院特別委員会（9月19日）において、第35条がとりあげられ、同条の「第33条の場合を除いては」について、司法大臣が「現行犯として逮捕される場合を除いては」の意である旨、答弁した。

- 牧野英一君・・・第35条で「何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、捜索及び押収を受けることのない権利は、第33条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ捜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。」先づ第一に疑になりますのは、「第33条の場合を除いては、」と斯うあります、それから第33条は「令状によらなければ逮捕されない。」と云う規定なのでございますから、33条を除くと云うのでは意味が通じないと思います、是は現行犯等の場合、又は権限を有する司法官憲の令状による場合の外、斯う云う意味だろうと思っておりますので、是では「33条の場合を除いては、」では基だ映りが悪い、斯う心得ます、是は私の誤解かも知りませぬが、どうも斯う云う風には33条を直ちに承けて居りませぬ、之を能く一つ御考慮を仰ぎたいと敢て申し上げますけれども、私の誤解でございましょうか
- 国務大臣（木村篤太郎君）此の33条の現行犯として逮捕される場合を除いてはかかる云う規定であります
- 牧野英一君 どうしてもそう云う御趣旨と私も理解致しますので、斯う云う所は整理の問題になりまして、実体に付いは争いが無いのでございます、併し此の儘にして置きますと、どんな所から紛議が起るかも知れぬと云うことを私は憂えて居ります、のみならず其の次の35条に対する疑と致しましては、斯う云う権利は斯う云う場合でなければ侵されないとあって、相当に廻り遠い規定になって居ります、是も言葉の「レトリック」な議論になりますが、「何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、捜索及び押収を受けることのない権利」を明かにして、其の権利は正当な理由に基いて発せられ、且令状のある場合にのみ制限せられる、斯う云うような風に分けて御書き下さると大変分りが宜いのではないかと存じます、実は此の憲法の斯う云う条文に付て稍稍教養のある、併しながら素人、法学部の学生と致しましてもまだ幾らもやって居らぬ学生に付てやって見ますと、斯う云う規定は相当に分りにくいそうであります、私共は斯う云うことを長年仕事として居りますから、そう云う意味かと心得ますけれども、どうぞ一つ、斯う云う所は整理の問題でございましょう、今実体に付ては私と考えが同じであると司法大臣の御答でございまして、どうぞ一つもう少し滑らかにすることに付ての御考慮を煩わしたいと思います、・・・³⁵⁾

牧野議員が「現行犯『等』の場合」と述べたのに対して、司法大臣が「現行

35) 第90回帝国議会議貴族院帝国憲法改正案特別委員会第17回会議録（帝国議会議録検索システム <http://teikokugikai-i.ndl.go.jp/>（メインページ）最終アクセス 2018年11月26日）。

犯として逮捕される場合」に限定し、それを受けた牧野議員が「そういう御趣旨と私も理解致します」「実体については私と考えが同じであると司法大臣のお答えでございます」と述べている。「令状による逮捕の場合を含まない」という理解は、法制局が作成した答弁資料の記載（前掲）と明らかに異なることにも鑑みると、牧野議員と木村司法大臣が「令状による逮捕の場合を含まない」という共通認識を有していたのかについては、疑問が残る。

4 刑事訴訟法第220条の成立過程

(1) 司法制度改正審議会による答申

終戦後、憲法改正と並行して、(旧)刑事訴訟法の改正に向けた検討が進められた。

1945年11月に司法制度改正審議会が設置され、同審議会は12月に「犯罪捜査に関する人権擁護の具体的方策」等について答申した³⁶⁾。その答申には、以下の内容が含まれている。

第2 捜査機関に対し、必要且適切なる捜査上の権限を賦与し其の他捜査制度を合理化する為左の措置を講ずること。

- 1 検事及司法警察官は犯罪捜査の目的を達する為必要とするときは押収、搜索、検証及被疑者の召喚、勾引、勾留、被疑者若は証人の訊問を為し又は鑑定、通訳若は翻訳を命ずることを得るものとする。

これは、戦前に捜査機関による人権蹂躪が生じたのは、捜査機関に適正な強制捜査権が与えられておらず、捜査機関が行政検束等を脱法的に利用したからであるという認識のもとに、捜査機関に適正な強制捜査権を与え、それについて検事に責任を持たせようという発想に基づくものである。そして、検事に与

36) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(4)」法協91巻11号(1974年)104頁以下〔松尾浩也〕、井上正仁ほか『刑事訴訟法制定資料全集—昭和刑事訴訟法編(1)』(信山社、2001年)83頁以下。

える権限として、戦時立法（国防保安法、治安維持法改正法）により検事に与えられた権限と同じ内容を想定している。

(2) 司法省刑事局別室による「刑事訴訟法中改正要綱案」

司法制度改正審議会による答申が出た後、1946年1月から2月にかけて、司法省刑事局別室において、改正法の立案作業が行われた。1月26日にまとめられた「刑事訴訟法中改正要綱案」³⁷⁾には、以下の内容が含まれている。

第2 強制捜査権に関する事項

- 1 検事及司法警察官に左の如き強制捜査権を認むること。
- (8) 検事は公訴提起前に限り押収、搜索若は検証を為し又は其の処分を他の検事に囑託し若は司法警察官に命令することを得るものとする。
- (13) 司法警察官は急速を要し検事の命令を受くること能わざるときは公訴提起前に限り押収、搜索若は検証を為し又は其の処分を他の司法警察官に囑託することを得るものとする。
- (27) 現に罪を行い又は現に罪を行い終りたる際に発覚したるものを現行犯とするものとする。

兇器、贓物其の物を所持し誰何せられて逃走し、犯人として追呼せられ又は身体被服に顕著なる犯罪の痕跡ありて犯人と思料すべき場合は現行犯人其の場所に在りたるものと看做すものとする。
- (29) 人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若は船舶の内に現行犯ある場合に於て急速を要するときは検事又は司法警察官は何時にても其の場所に入り押収又は搜索を為すことを得るものとする。
- (30) 人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若は船舶の内に現行犯ある場合に於て急速を要するときは検事又は司法警察官吏は何時にても其の場所に入り犯人を逮捕する為搜索を為すことを得るものとし検事又は司法警察官吏現行犯人を逮捕する為追行したる場合に於て犯人人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若は船舶の内に逃入りたる時亦同じきものとする。

(3) 総司令部民間情報部保安課法律班による修正意見

1946年2月に総司令部憲法草案が示された後、同年3月頃、総司令部民間情

37) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(5)」法協91巻12号（1974年）48頁以下〔松尾浩也〕、井上ほか・前掲注36）222頁以下。

報部保安課法律班が、刑事訴訟法に対する修正意見³⁸⁾を作成して、日本政府に提示した。これは、旧刑事訴訟法に逐条的にコメントを付したものであり、そこには以下の内容が含まれている。

第170条 本条は第149条として之を存続せしむべし。第1項の「第123条」…は…「第105条」…と之を変更すべし。

第123条 本条は第105条として之を存置すべし。

第130条 本条は第112条として之を存続せしむべし。

第171条 本条は第150条として之を存続せしむべし。

第172条 本条は第151条として之を存続せしむることを得。

第255条 既に為された変更に鑑み本条は左の如く改正すべきである。

新第211条 捜査を為すに付強制の処分を必要とするときは司法警察官又は検事は公訴の提起前と雖も押収捜索検証証人若くは被疑者の訊問又は鑑定を徴することに付令状若くは保証を其の所属地方裁判所の予審判事又は所属区裁判所の判事に申出づることを得。

(4) 刑事局別室による「刑事訴訟法改正方針試案」

3月6日に「憲法改正草案要綱」が、4月17日に「憲法改正草案（4月17日草案）」が、それぞれ日本政府から発表された。その後、司法省刑事局別室において、4月30日付「刑事訴訟法改正方針試案」³⁹⁾が作成された。それには以下の内容が含まれている。

捜査について強制の処分を必要とするときは、現行犯事件及び要急事件の場合を除いて、常に裁判所の令状を求めなければならないものとし、令状を得たうえは、捜査機関が自ら被疑者の勾引及び勾留、押収、捜索、検証、証人の訊問等を行うものとする。

「要求事件の場合」に裁判所の令状を求めなくてよいとしているが、これは、検事にも令状発付権限があるという理解を前提にしているからである。

38) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(6)」法協92巻5号(1975年)108頁以下〔小田中聰樹〕、井上正仁ほか『刑事訴訟法制定資料全集—昭和刑事訴訟法編(2)』(信山社、2007年)19頁以下。

39) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(7)」法協92巻6号(1975年)102頁以下〔小田中聰樹〕、井上ほか・前掲注38)356頁以下。

(5) 刑事局別室の「新憲法に伴い司法に関し本省として態度を決すべき事項」翌5月、司法省刑事局別室は、「新憲法に伴い司法に関し本省として態度を決すべき事項」⁴⁰⁾を作成した。それは以下の内容を含んでいる。

第二 憲法草案第3章（国民の権利及び義務）中刑事司法に関し解釈を定めて置く必要のある主な点

一、第30条の「司法官憲」は裁判所及び判事の外検事及び司法警察官をも含むものと解すること。

第三 刑事訴訟法の改正に関し決定して置く必要のある主な点

一、捜査

2、強制処分は現行犯事件及び要急事件の場合を除いて裁判所の令状に依り検事がこれを行うものとする。

(6) 臨時法制調査会・司法法制審議会による「刑事訴訟法改正要綱」

1946年7月、憲法改正に伴う法律制定に関する総理大臣の諮問機関として、臨時法制調査会が設置され、その第3部会が司法関係の法律を担当した。また、同月、司法大臣の諮問機関として司法法制審議会が設置され、その第3小委員会が刑事訴訟法を担当した⁴¹⁾。

刑事局別室は8月5日に「刑事訴訟法改正要綱試案」⁴²⁾を作成し、それを司法法制審議会第3小委員会に提出した。そこには、以下の内容が含まれている。

第20 検事の強制捜査権は、次の要領により、これを認めること。

1 検事は、捜査を行うにあたって、強制の処分を必要とするときは、公訴の提起前に限り、押収、捜索、検証、被疑者の召喚、勾引、勾留、訊問及び証人の（召喚、勾引）訊問をなし、鑑定、通訳及び翻訳を命ずることができるものとする。

40) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注39) 106頁以下〔小田中〕、井上ほか・前掲注38) 365頁以下。

41) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(8)」法協92巻7号（1975年）100頁以下〔小田中聰樹〕。

42) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注41) 113頁以下〔小田中〕、井上正仁ほか『刑事訴訟法制定資料全集—昭和刑事訴訟法編(3)』（信山社、2008年）301頁以下。

前項の処分については，別段の規定がある場合を除く外，裁判所を行う前項の処分に関する規定を準用するものとする。

第21 司法警察官に対しては，現行犯の場合を除くの外，原則として，強制捜査権を認めないものとする。但し，検事の命令があるときは，被疑者及び証人の召喚及び訊問をすることができるものとする。

第22 現行犯に関する強制処分についての規定は，整理して，捜査の章に移すこと。

現行犯の場合には，令状なくして犯人の逮捕，身体の搜索及び現場における押収，搜索，検証を行うことができるものとする。

司法法制審議会第3小委員会は，上記試案を審議して，8月8日に「刑事訴訟法改正要綱案」⁴³⁾を作成した。そこでは，第21が以下のように修正された。

第21 司法警察官にも或る程度の強制捜査権を認めること。但し勾留の期間は10日を限度とすること。

上記「刑事訴訟法改正要綱案」は，その後，司法法制審議会総会・臨時法制調査会第3部会，司法法制審議会第3小委員会で一部修正されたうえで，9月11日に司法法制審議会総会・臨時法制調査会第3部会で可決され，それがそのまま10月23日に臨時法制調査会総会で可決されて，「刑事訴訟法改正要綱」となった。そこには，以下の内容が含まれている。

第20 検事の強制捜査権は次の要領によりこれを認めること。

1 検事は捜査を行うにあたって，強制的処分を必要とするときは公訴の提起前に限り押収，搜索，検証，被疑者の召喚，勾引及び勾留，被疑者及び証人の訊問をなし鑑定通訳及び翻訳を命ずることができるものとする。

前項の処分については別段の規定がある場合を除く外裁判所を行う前項の処分に関する規定を準用するものとする。

第21 司法警察官にも或る程度の強制捜査権を認めること。

但し，勾留の期間は10日を限度とすること。この場合においては速かに検事の指揮を受くることを要するものとし，且つ，その勾留日数は検事が為す勾留日数に通算するものとなすこと。

第22 現行犯に関する強制処分についての規定は整理して捜査の章に移すこと。

43) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(9)」法協92巻10号(1975年)117頁〔小田中聰樹〕，井上ほか・前掲注42)384頁以下。

現行犯の場合には、令状なくして犯人の逮捕、身体の搜索及び現場における押収、搜索、検証を行うことができるものとする⁴⁴⁾。

上記要綱に至る、臨時法制調査会・司法法制審議会における審議には、1946年8月に総司令部から発せられた『『司法官憲』は裁判官に限る（検事を含まない）』という見解が、反映されていない。

(7) 刑事局による改正刑事訴訟法案（第1次案～第6次案）

司法省刑事局では、臨時法制調査会・司法法制審議会における「刑事訴訟法改正要綱」の作成と並行するかたちで、刑事訴訟法草案の作成を開始した。そして、8月30日に改正刑事訴訟法第1次案⁴⁵⁾が完成した。これは、上記「刑事訴訟法改正要綱」にほぼ沿った内容であるが、捜査については、8月8日頃に総司令部から「司法官憲は裁判官に限る」という見解が示されたことを受けて、判事による事前承認制を採用している。公訴提起前の搜索・差押えに関する主要部分は、以下のとおりである。

捜1第11条（新） 検事及び司法警察官は、捜査をするについて強制の処分を必要とするときは、左の処分をすることができる。

- 一、被疑者を召喚し、勾引し、勾留し、又は訊問すること。
- 二、公訴の提起前に限り、証人を訊問し、押収、搜索若しくは検証をし又は鑑定、通訳若しくは翻訳を命ずること。

検事及び司法警察官は、前項の規定により、勾引、勾留、差押、搜索若しくは検証をし又は鑑定を命ずるには、あらかじめ、その検事若しくは司法警察官の職務執行地又はその所属する官署の所在地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所の判事の承認を受けなければならない。但し、急速を要しその承認を受けることができないときは、この限りでない。

前項但書の場合には、その処分をした後、速かに、前項の承認を受けなければな

44) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注43) 129頁〔小田中〕、井上正仁ほか『刑事訴訟法制定資料全集—昭和刑事訴訟法編⑤』（信山社、2013年）82～83頁。

45) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程③」法協93巻4号（1976年）141頁以下〔小田中聰樹〕、「同④」法協93巻5号（1976年）145頁以下〔同〕、井上正仁ほか『刑事訴訟法制定資料全集—昭和刑事訴訟法編⑥』（信山社、2013年）3頁以下。

らない。承認が得られなかったときは、検事及び司法警察官は、被疑者を釈放し、又は差押えた物を還付しなければならない。

司法警察官が前2項の承認を受けるには、その所属官署の所在地を管轄する検察庁の検事を経由しなければならない。

捜1第21条(新) 検事及び司法警察官は、公訴の提起前に限り、他の検事又は司法警察官に対して、被疑者の勾引、被疑者若しくは証人の訊問、押収、搜索、検証、鑑定、通訳又は翻訳を囑託することができる。

捜1第22条(新) 前条第1項の場合において、検事及び司法警察官は、あらかじめ、囑託すべき処分について、その所属官署の所在地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所の判事の承認を受けることができる。

前項の承認を受けないで、囑託をした場合には、囑託を受け、その処分をする官署が捜1第11条の規定による承認を受けなければならない。

捜1第31条(171) 人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶の内に現行犯がある場合において、急速を要するときは、検事又は司法警察官は何時でも、その場〔所〕に入り、押収又は搜索をすることができる。

捜1第32条(172) 人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶の内に現行犯がある場合において、急速を要するときは、検事又は司法警察官吏は何時でもその場所に入り、犯人を逮捕するため、搜索をすることができる。検事又は司法警察官吏が、現行犯人を逮捕するため追行した場合において、犯人が人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶の内に逃げ入ったときも亦、同様とする。

捜1第34条(130) 現に罪を行い又は現に罪を行い終ったとき発覚したものを現行犯とする。

兇器、赃物その他の物を所持し、誰何せられて逃走し、犯人として追呼され又は身体、被服に明かな犯罪の痕跡があって、犯人と認められるときは、現行犯人がその場所にいたものとみなす。⁴⁶⁾

判事の承認なしに搜索・押収できる場合として、現行犯がある場合の証拠物等の搜索・押収と被疑者の搜索とを挙げているが、令状による逮捕の場合は挙げていない。また、証拠物等の搜索が許される空間的範囲は、「現行犯がある場所」である。なお、緊急を要する場合は事後承認で足りる旨の規定がある。

9月に作成された改正刑事訴訟法第2次案⁴⁷⁾では、第1次案の第11条、第12

46) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注45)「刑事訴訟法の制定過程(4)」146～148頁〔小田中〕、井上ほか・前掲注45)43～47頁。

47) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(5)」法協95巻8号(1978年)98頁以下〔小田中聰樹〕、井上ほか・前掲注45)96頁以下。

条が、以下のように修正された。

捜1第11条(新) 検事及び司法警察官は、捜査をなすについて強制の処分を必要とするときは、左の処分をなすことができる。

- 一 被疑者を召喚し、勾引し、勾留し又は訊問すること。
- 二 公訴提起前に限り、証人を訊問し、押収、搜索若しくは検証をなし又は鑑定、通訳若しくは翻訳を命ずること。

検事及び司法警察官は、前項の処分に関しては、裁判所又は裁判長と同一の権限を有する。但し、特別の定のある場合は、この限りでない。

捜1第11条(新) 別案 検事及び司法警察官は、捜査をするについて強制の処分を必要とするときは、公訴の提起前に限り左の処分をすることができる。

- 一 被疑者の召喚、勾引、勾留若しくは訊問、証人訊問、押収、搜索、検証又は鑑定、通訳若しくは翻訳の処分。
- 二 前号に規定する処分に関連する処分。

前項の処分については、特別の定のある場合を除いては、第1編第9章乃至第15章の規定を準用する。

捜1第12条(新) 検事及び司法警察官は、前条の規定により、勾留、差押、搜索若しくは検証をなし又は鑑定を命ずるには、あらかじめ、その検事若しくは司法警察官の職務執行地又はその所属官署の所在地を管轄する地方裁判所判事又は簡易裁判所の判事の承認を受けなければならない。但し、急速を要しその承認を受けることができないときは、この限りでない。

前項但書の場合においては、その処分をなした後48時間以内に、前項の承認を受けなければならない。承認が得られなかったときは、検事及び司法警察官は、被疑者を釈放し、又は差押えた物を還付しなければならない。

司法警察官が前2項の承認を受けるには、その所属官署の所在地を管轄する検察庁の検事を経由しなければならない。

10月から12月にかけて作成された第3次案⁴⁸⁾では、以下のとおり、令状主義が採用された。

第277条(新) 検事及び司法警察官は、犯罪の捜査をなすについて必要があるときは、所属官署の所在地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所の裁判官の許可を得て、差押、搜索及び検証をなすことができる。但し、当該事件に関し、公判が開廷された後は、この限りでない。

48) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(Ⅱ)」法協95巻9号(1978年)136頁以下〔小田中聰樹〕、井上ほか・前掲注45)203頁以下。

前項の許可の申請をなすには、その処分を必要とする理由を示さなければならない。

第278条（新） 裁判官は、前条の申請を理由があると認めるときは、許可状を発してこれを申請者に交付しなければならない。

許可状には、差押うべき物、搜索又は検証すべき身体、物、場所その他の事項、申請者の官氏名及び許可状の有効期間を記載し、裁判官がこれに記名捺印しなければならない。犯人の氏名及び犯罪事実が明かなときは、これらの事項も記載しなければならない。

第279条（新） 検事は、前条の許可状を得たときは、これを司法警察官吏に交付して、差押、搜索又は検証をなさしめることができる。

司法警察官が前条の許可状を得たときは、これを司法警察吏に交付して差押、搜索又は検証をなさしめることができる。

第281条（新） 検事又は司法警察官吏は、逮捕状によって被疑者を逮捕する場合、及び現行犯人を逮捕する場合には、第277条の規定にかかわらず、許可状なくして、人の住居又は人が看守する邸宅、建造物若しくは船舶の中に入り犯人の搜索をなし、その犯罪に関する証拠物又は没収すべきものと思料するものについて差押又は搜索をなし、又はその現場の検証をなすことができる。但し差押及び搜索は、犯人以外の者の所持又は保管に属するものについては、これをなすことができない。

検事又は司法警察官吏が第261条の規定によって被疑者を逮捕する場合についてもまた、前項と同様とする。但し、この場合において、その逮捕につき裁判官の逮捕状が得られなかったときは、差し押えた物は、直ちにこれを還付しなければならない。

第269条（130） 現に罪を行い又は現に罪を行い終った際に発覚したものを現行犯とする。兇器、贓物その他の物を所持し、誰何せられて逃亡し、犯人として追呼され又は身体、被服に犯罪の痕跡があって明かに犯人と認められるときは、現行犯人がその場所にいるものとみなす。

第261条（新） 検事又は司法警察官吏は、死刑又は無期若しくは1年以上の懲役若しくは禁錮に処することができる罪を犯したことを疑うに足る相当な理由がある場合であって、急速を要し、裁判官の逮捕状を求められないときは、直ちにその被疑者を逮捕することができる。

前項の罪以外の罪については、その被疑者の氏名若しくは住居が明かでない場合又は逃亡の虞がある場合に限り、前項の規定を適用する。

ここではじめて、令状による逮捕の場合にも証拠物等の搜索・差押えを許す旨の規定が現れた。この搜索が許される空間的範囲については、犯人以外の者の所持・保管するものを除外しているが、原則的な規律を欠いている。第2次案までは「現行犯がある場所」であったが、それがどう変わるのか不明確である。

12月に作成された第4次案では、第277条に関して、裁判官に許可請求できる時期が、検察官は公判開廷まで、司法警察官は公訴提起までとされた⁴⁹⁾。

1947年2月に作成された第5次案では、第4次案の第281条（第5次案では第293条）第1項に関して、「但し犯人の所有、所持又は保管に属しない物については、この限りでない。」という部分が削除された⁵⁰⁾。

第5次案に対して、検察側から修正意見⁵¹⁾が出された。そこには、以下の記載がある。

2 変死体の検視により犯罪を発見したる場合の強制捜査

(修正) 変死体の検視により犯罪のあることを発見したときは、検察官は一定の条件の下に引続き捜査並びに押収の処分を為すことができる。検察官の命により検視を為したる検察事務官又は司法警察も同様の権限を有する。

(意見) 草案は強制力を以て捜査を為し得る場合〔を〕極めて小範囲に限定した。(277, 285, 293) 検視によって犯罪のあることを発見した場合には強制力を用いることが出来ないことになっている。而し此の場合は本来現行犯の一態様と解することが出来るのであって、憲法35条に抵触しないと認められる。殊に其の場合の犯罪は人命に関する重大犯罪であって即時機宜の捜査が為される必要がある。

1947年3月に作成された第6次案では、以下のようになった⁵²⁾。

第288条 検察官又は司法警察官は、犯罪の捜査をするについては必要があるときは、その所属官署の所在地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所の裁判官の許可を得て、押収、捜索又は検証をすることができる。

前項の許可を請求するには、その理由を示さなければならない。

第1項の許可の請求は、検察官については当該事件の公判が開廷された後、司法警察官については当該事件につき公訴の提起があった後は、これを行うことができ

49) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注48) 159～160頁〔小田中〕、井上ほか・前掲注45) 296頁以下。

50) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注48) 161頁〔小田中〕、井上ほか・前掲注45) 406頁以下。

51) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注48) 162頁以下〔小田中〕。

52) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程07」法協95巻12号（1978年）50頁以下〔小田中〕、「同08」法協96巻1号（1979年）75頁以下〔同〕、「同09」法協96巻2号（1970年）75頁以下〔同〕、井上ほか・前掲45) 490頁以下。

ない。

第289条 前条第1項の許可は、許可状を發してこれをしなければならぬ。

許可状には、押収すべき物、搜索し、又は検証すべき場所、身体又は物、請求者の官職氏名及び許可状の有効期間を記載し、裁判官が、これに記名押印しなければならない。犯人の氏名及び犯罪事実が明かなときは、これらの事項をも記載しなければならない。

第290条 檢察官は、前条の許可状を檢察事務官又は司法警察官吏に交付して、押収、搜索又は検証をさせることができる。

司法警察官は、前条の許可状を他の司法警察官吏に交付して、押収、搜索又は検証をさせることができる。

第292条 檢察官、檢察事務官又は司法警察官吏は、第257条の規定により被疑者を逮捕する場合又は現行犯人を逮捕する場合に必要なときは、左の処分をすることができる。第276条の規定により被疑者を逮捕する場合についても、同様である。

一 人の住居又は人が看守する邸宅、建造物若しくは船舶内に入り犯人の搜索をすること。

二 逮捕の現場で押収、搜索又は検証をすること。

前項後段の場合において逮捕状が得られなかったときは、押収物は、直ちにこれを還付しなければならない。

第1項の処分をするには、許可状は、これを必要としない。

第257条 檢察官又は司法警察官は、被疑者が罪を犯したことを疑うに足る相当な理由があるときは、その所属官署の所在地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所の裁判官の逮捕状を得て、これを逮捕することができる。但し、500円以下の罰金、拘留又は料料にあたる罪については、被疑者が、定まった住居を有しない場合又は正当な理由がなく前条の規定による召喚に応じない場合に限る。

逮捕状の發付を請求するには、その理由を示さなければならない。

司法警察官が逮捕状の發付を請求するには、檢察官を経由しなければならない。

第282条 現に罪を行い、又は現に罪を行い終つた際に發覺したものを現行犯とする。

兇器、贓物その他の物を所持し、誰何されて逃走し、犯人として追呼され、又は身体、被服に犯罪の証跡があつて、明かに犯人と認められるときは、現行犯人がその場所にいるものとみなす。

第276条 檢察官、檢察事務官又は司法警察官吏は、死刑又は無期若しくは1年以上の懲役若しくは禁錮に処することができる罪を犯したことを疑うに足る相当な理由がある場合で、急速を要し、裁判官の逮捕状を求めることができないときは、直ちにその被疑者を逮捕することができる。

前項の罪以外の罪については、被疑者の氏名若しくは住居が明かでない場合又は被疑者が逃亡する虞のある場合に限り、同項の規定を適用する。但し、500円以下の罰金、拘留又は料料にあたる罪については、被疑者が定まった住居を有しない場合に限る。

ここで、逮捕に伴う証拠物等の搜索が許される空間的範囲について、「逮捕の現場」という文言が入った。これによって、「逮捕する場合」に「必要があるとき」は「逮捕の現場」で証拠物の搜索・押収が許されるという、現行法と同じ枠組が示された。

(8) 日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律

① 応急措置法の成立

日本政府は、第6次案を最終案とし、総司令部の承認を得て第92帝国議会に提出しようとしていた。しかし、総司令部側における審査の遅延や、第92帝国議会の会期切迫により、それが不可能な状況となった。そこで、政府は、1947年5月3日の日本国憲法施行に伴う応急的な措置のための立法を行った。まず、3月7日に「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の臨時特例に関する法律案」⁵³⁾が作成された。そこには、以下の内容が含まれていた。

第6条 検察官又は司法警察官は、勾引状及び勾留状を発することができない。検察官又は司法警察官は、裁判官の令状がなければ、押収、搜索又は検証をすることができない。但し、現行犯人を逮捕する場合及び勾引状又は勾留状を執行する場合は、この限りでない。

第8条 検察官又は司法警察官は、捜査をするについて必要があるときは、裁判官の令状を得て、押収、搜索又は検証をすることができる。

3月13日、これに若干の修正を加えた「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律案」⁵⁴⁾が作成された。上記2か条に対応する条文は、以下ようになった。

第7条 検察官又は司法警察官は、勾引状及び勾留状を発することができない。検察官又は司法警察官は、裁判官の令状がなければ、押収、搜索又は検証をすることが

53) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程②」法協97巻5号（1980年）106～108頁〔松尾浩也〕、井上正仁ほか『刑事訴訟法制定資料全集—昭和刑事訴訟法編(7)』（信山社、2014年）54頁。

54) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注53) 108～109頁〔松尾〕、井上ほか・前掲注53) 102頁以下。

きない。但し、現行犯人を逮捕する場合及び勾引状又は勾留状を執行する場合は、この限りでない。

第9条 検察官又は司法警察官は、捜査をするについて必要があるときは、公訴提起前に限り、裁判官の令状を得て、押収、搜索又は検証をすることができる。

応急措置法案は、3月13日から3月15日にかけて、総司令部側と日本政府側の委員とで構成される「特別法案改正委員会」において審議された。その中に、以下の内容が含まれている。

オ〔オプラー総司令部民政局長〕 第7条第2項但書によると、現行犯人を逮捕する場合及び勾引状又は勾留状を執行する場合には、検察官や司法警察官も令状なしで押収、搜索又は検証をすることができることになっているが、細野院長は、この点、憲法との関係で何かご意見はないか。

細〔細野大審院長〕 別に疑問はないと思う。

・・・

オ それでは本条についても異議はない。⁵⁵⁾

オ 第9条は何故入れたのか。余り必要がないのではないか。

日〔司法省出席者〕 憲法第35条がある関係から入れた。

オ 第7条第2項と同じ趣旨ではないか。

日 第7条第2項は、「検察官又は司法警察官は、裁判官の令状がなければ、押収、搜索又は検証をすることができない。但し、現行犯人を逮捕する場合及び勾引状又は勾留状を執行する場合は、この限りでない。」旨規定している。しかし、現在では現行犯でなくても、或る一定の場合には、これらの者も押収、搜索、検証をやっている。それ故第7条第2項をおくと、いかなる場合にも全然許されないことになったのではないかという疑問を持っては困るので、第9条で、捜査をするについて必要があるときは、公訴提起前に限って令状を得て押収搜索又は検証ができる旨を積極的に明かにしたのであるが、もし判っていることだと言われるならば、第9条は削除してもよい。

オ それならば削除せられたい。

日 ではさようにしよう。⁵⁶⁾

こうして応急措置法案が確定し、3月18日から第92帝国議会で審議され、3

55) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注53) 111～112頁〔松尾〕、井上ほか・前掲注53) 128頁。

56) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注53) 121～122頁〔松尾〕、井上ほか・前掲注53) 131頁。

月31日に応急措置法が成立した。

なお、帝国議会における審議で、第7条第2項但書が取り上げられることはなく、同条項は法案のとおり成立した。

② 刑事局別室作成の逐条解説資料

1947年3月24日から28日にかけて、司法省刑事局別室が、応急措置法の逐条解説資料を作成した。そこには、以下の内容が含まれている。

第7条

2 第2項について

検察官又は司法警察官は、現行犯人を逮捕する場合及び勾引状又は勾留状を執行する場合を除いては、裁判官の令状がなければ、押収、搜索又は検証をすることができない。刑事訴訟法上検察官又は司法警察官が押収又は搜索をなし得る場合については、170条乃至百173条に規定がある。これらの場合においても、現行犯人を逮捕する場合及び勾引状又は勾留状を執行する場合にのみ、検察官又は司法警察官は、裁判官の令状なくして、押収又は搜索をすることができる。「現行犯」には所謂準現行犯を含むものと解する。現行犯人を逮捕する場合とは、現行犯人の逮捕行為に接続する前後の時に於いて、而も逮捕の現場で、押収又は搜索をすることができるという意味である。逮捕行為に着手したけれども、現行犯人を取り逃した場合においても、それに引き続き現場で押収又は搜索は差支えないものと解する。押収又は搜索することができる物又は場所は、犯人の所有、所持又は保管するものに限るかどうかという問題があるが、必ずしも犯人の所有、所持又は保管するものに限らないと解する。170条乃至173条の個々について検討すれば、170条は、現行犯人を逮捕する場合にのみ適用がある。171条は、現行犯人がその場所に在ってこれを逮捕する場合にのみ適用がある。172条及び173条は、現行刑事訴訟法通り許される。⁵⁷⁾

③ 刑事局作成の立案趣旨

同年4月に司法省刑事局が作成した「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律の立案趣旨」「同(補足)」「同(補足2)」は、以下の各記載を含んでいる。

57) 井上ほか・前掲注53) 507～508頁。

第7条

(第2項について) 検察官又は司法警察官は、裁判官の令状を得て、押収、搜索又は検証をすることができる。この場合には、原則として、刑事訴訟法総則の規定が準用される。現行犯人を逮捕する場合は、現行犯人の逮捕に時間的、場所的に接着する場合をいう。

刑事訴訟法第150条の命令状による押収、搜索、同法255条の規定による押収、搜索及び検証の処分の請求権は、本項により影響されない。⁵⁸⁾

第7条

問 逮捕状によって逮捕する場合に令状なくして押収、搜索又は検証ができるか。

答 被疑者の搜索はできるが、その他の処分はできないものと解する。⁵⁹⁾

問 本条第2項及び第2項の趣旨如何。

答 (1)本条第2項は、次のことを規定している。

イ、刑訴第170条、第171条及び第180条によれば、検察官又は司法警察官は、現行犯人を逮捕した場合、これを受け取った場合及び刑訴第123条各号の場合において急速を要するときは、公訴提起前に限り自ら押収、搜索又は検証をなし、又人の住居等に現行犯がある場合には、犯人がその場所にいないときでも、押収、搜索又は検証をすることができることになっているのであるが、これでは憲法違反の疑があるので現行犯人を逮捕する際のみ本項但書によって許されるものとしたこと。

ロ、刑訴第172条及び第173条は、そのまま許されること。

ハ、其の他の場合にも、裁判官の令状を得れば、押収、搜索、検証をなすことができることとしたこと。⁶⁰⁾

問 第2項但書の現行犯人を逮捕する場合の意義如何。

答 逮捕行為に時間的場所的に接着する場合の意である。従って逮捕行為に着手すれば、逮捕できなくても引き続き押収、搜索又は検証をすることは可能である。甲の場所で行われた現行犯人を甲の場所から乙の場所まで逮捕するために追行し乙の場所で逮捕したときは、甲乙両場所で押収、搜索、検証ができる。⁶¹⁾

(9) 最高裁臨時刑事委員会による決議、刑訴改正準備懇談会による報告書

応急措置法の施行後、最高裁判所では、臨時刑事委員会を開き、施行後の問

58) 井上ほか・前掲注53) 552頁。

59) 井上ほか・前掲注53) 560頁。

60) 井上ほか・前掲注53) 618～619頁。

61) 井上ほか・前掲注53) 620頁。

題について検討した。その中で、応急措置法第7条第2項但書に関して、以下のような決議がなされている。

- (3) 食糧管理法（第13条）金銀又は白金の取引等取締に関する件（第2条）其の他度量衡法、税法等に於て、取締官吏に臨検、検査の権能を認め、之を拒否した者に対する罰則が設けられている場合に、拒否の現行犯ありとして、直ちに押収、搜索を為し得るか（旧東京区検提出）

決議—(1)所問の場合には、新憲法第35条、刑訴応急措置法第7条第2項但書の趣旨に鑑み、拒否罪の現行犯人逮捕という「本来の目的を達するのに通常随伴する限度内に於てのみ」搜索、押収及検証が許されるに過ぎない。即ち、その限度を超えた搜索、押収等には、裁判官の発した令状が必要である。〔5月17日〕⁶²⁾

- (59) 勾引状又は勾留状に基く検察官又は司法警察官の搜索、押収及び検証は令状の執行に必要な限度に限られるか。

又、応急措置法第8条の逮捕状に基き、検察官及び司法警察官は、搜索、押収及び検証をなすことができるか。（旧東京区裁提出）

決議（6・23）—(1) 現行犯人や勾引状又は勾留状の執行を受くべき者が、屋内に潜伏する疑の存する場合には、現行犯人の逮捕に向けた捜査官憲や、令状執行の任務を負う者は、仮令私人の住宅であっても、屋内に立入って目指す相手を捜査することが許されねばならぬ。而して、これは新憲法第33条及び第35条が互に相俟って、明かに許容しているのである。そこで問題となるのは、右の如き「人」を目指した搜索の過程において、測らずも当該犯罪の証拠品乃至可没収品を発見し、或は当該犯罪の痕跡顕然たる房室に行き当たったような場合にも、物又は場所に対する搜索、押収乃至検証の令状の持合せがない限り、空しくこれを看過せねばならぬか否かである。本委員会が前に(3)問に対する決議の(1)において本来の目的を達するのに通常随伴する限度内においては、搜索、押収及び検証が許されるとしたのは、前記の如き場合においては「人」に対する令状等の許容する範囲を多く逸脱することなくして、克く犯罪検挙という公益を完うし得べきが故に、敢て証拠品その他を拱手傍観するの要なしと考えたがためであって、所問第1点についても、この見解を変更する必要を認めない。

- (2) 所問第2点については、勾引状執行の場合と同様な限度で、搜索、押収及び検証が許されるものとする。応急措置法第7条第2項但書が、逮捕状を挙げていない理由は詳かでないが、勾引状に準じて考えるのが、新憲法第33条及び第35条の趣旨にも適合する正しい解釈であろう。⁶³⁾

62) 井上正仁ほか『刑事訴訟法制定資料全集—昭和刑事訴訟法編(8)』（信山社、2014年）63頁。

63) 井上ほか・前掲注62) 232～233頁。

犯人を捜索する際に証拠物等を発見した場合に、それを（捜索して）差し押さえること（及び犯跡顕然たる房室に行き当たったときにそれを検証すること）について、人に対する令状等の許容する範囲を多く逸脱することなく犯罪検挙という公益を全うし得るから許されるとしている点が、注目される。ここでの捜索は、捜査機関が現認した証拠物等（を被疑者が身体等に取り込んだ場合に、それ）を取り出す行為であり、捜査機関が現認していない証拠物等を探索する行為ではないように読める。そうだとすると、「通常逮捕の場合も同じ範囲で無令状の処分が許されるべきだ」という主張は、理解できる。ただし、「人に対する令状等の許容する範囲を多く逸脱することなく」という点については、さらに分析・検討する必要がある。

1947年7月1日から8月8日にかけて、東京の裁判所と検察庁から判検事が集まり、刑訴改正準備懇談会が行われた。8月9日付の報告書に、以下の記載がある。

第3 押収、捜索及び検証

- (6) 緊急押収、緊急捜索の制度を創設すること。
- (7) 検察官又は司法警察官は、現行犯逮捕又は逮捕状による逮捕の場合には、令状なくして押収、捜索、検証をなし得るものとする。

第5 捜査

- (5) 刑訴255条の制度は廃止すること。⁶⁴⁾

(10) 司法省による改正刑事訴訟法案（第7次案～第9次案）

司法省では、刑事訴訟法の全面改正作業を再開するに際して、1947年7月、全国の検察庁に実情の調査を求め、改正意見を徴したほか、各裁判所及び弁護士会にも意見を徴した。これに対して、検察庁からは、無令状捜索・差押え・

64) 井上ほか・前掲注62) 375～376頁。

検証の許容範囲の拡大（通常逮捕・緊急逮捕の場合への拡大，緊急搜索押収制度の創設，検察官への令状発行権限の付与など）を求める意見が多数出された⁶⁵⁾。裁判所，弁護士会からは，この点に関する意見は出なかった⁶⁶⁾。

8月16日から9月12日にかけて，第7次案が作成された。そこには，以下の内容が含まれている。

第288条 検察官，検察事務官又は司法警察官は，犯罪の捜査をする必要があるときは，裁判官の令状を得て差押，搜索又は検証をすることができる。但し，司法警察官については，公訴の提起前に限る。

（註）草案288条を左の点において修正する。

- イ， 検察事務官を加えたこと
- ロ， 裁判官を特定しなかったこと
- ハ， 許可を令状としたこと
- ニ， 押収を差押としたこと
- ホ， 検察官の権限を公判開廷前に限らなかったこと
- ヘ， 2項を削り3項の後段を但書としたこと
- ト， 新たに領置に関する規定を加えたこと

第292条 検察官，検察事務官又は司法警察官吏は，第257条の規定により被疑者を逮捕する場合又は現行犯人を逮捕する場合に必要なときは，左の処分をすることができる。第276条の規定により被疑者を逮捕する場合についても，同様である。

- 一 人の住居又は人の看守する邸宅，建造物若しくは船舶内に入り犯人の搜索をすること。
- 二 逮捕の現場で押収，搜索又は検証をすること。

前項後段の場合において逮捕状が得られなかったときは，差押物は，直ちにこれを還付しなければならない。

第1項の処分をするには，令状は，これを必要としない。⁶⁷⁾

9月25日に作成された第8次案においても，上記部分は維持されている（条文の移動に伴う記載変更として，288条→195条，292条→197条，257条→164条，

65) 井上正仁ほか『刑事訴訟法制定資料全集—昭和刑事訴訟法編(9)』（信山社，2015年）19～20頁。

66) 井上ほか・前掲注65) 3頁以下，34頁以下。

67) 井上正仁ほか『刑事訴訟法制定資料全集—昭和刑事訴訟法編(10)』（信山社，2015年）37～38頁。

276条→185条。字句修正として、第8次案197条1項2号の「押収」→「差押」⁶⁸⁾。

10月15日に作成され20日に修正された第9次案では、以下のようになった。

第192条 検察官、検察事務官又は司法警察官吏は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により、差押、搜索又は検証をすることができる。

前項の令状は、検察官、検察事務官又は司法警察官の請求により、これを発する。

司法警察官は、公訴提起前に限り、前項の請求をすることができる。

第193条 検察官、検察事務官又は司法警察官吏は、第173条の規定により被疑者を逮捕する場合又は現行犯人を逮捕する場合において必要があるときは、左の処分をすることができる。第183条の規定により被疑者を逮捕する場合において必要があるときも、同様である。

一 人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶内に入り被疑者の搜索をすること。

二 逮捕の現場で差押、搜索又は検証をすること。

前項後段の場合において逮捕状が得られなかったときは、差押物は、直ちにこれを還付しなければならない。

第1項の処分をするには、令状は、これを必要としない。

第173条 検察官、検察事務官又は司法警察官吏は、被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があるときは、裁判官の発する逮捕状により、これを逮捕することができる。但し、500円以下の罰金、拘留又は科料にあたる罪については、被疑者が定まった住居を有しない場合又は正当な理由がなく前条の規定による呼出に応じない場合に限る。

前項の逮捕状は、検察官又は司法警察官の請求により、これを発する。

第185条 現に罪を行い、又は現に罪を行い終った際に発覚したものを現行犯とする。

兇器贓物その他の物を所持し、誰何されて逃走し、犯人として追呼され、又は身体若しくは被服に犯罪の証跡があつて、明らかに犯人と認められるときは、現行犯人がその場所にいるものとみなす。

第183条 検察官、検察事務官又は司法警察官吏は、死刑若しくは無期若しくは長期3年以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪又は刑法第97条、第113条、第201条若しくは第237条の罪を犯したことを疑うに足りる充分な理由がある場合で、急速を要し、裁判官の逮捕状を求めることができないときは、その理由を告げて被疑者を逮捕することができる。この場合には、直ちに裁判官の逮捕状を求めなければならない。逮捕状が発せられないときは、直ちに被疑者を釈放しなければならない。⁶⁹⁾

68) 井上ほか・前掲注67) 118～119頁。

69) 井上ほか・前掲注67) 173～178頁。

(1) 総司令部との協議

総司令部は、第9次案に警察法の制定をふまえた修正を加えたものを検討して、1948年3月、多岐にわたる意見を出した。そして、これについての協議が同月から5月まで続いた。

3月23日から4月5日にかけて、「刑訴改正小審議会」が行われ、総司令部側のマイヤース、ブレイクモア、アップルトンと、法務庁の担当者とは、第9次案を逐条的に検討した。捜査に関しては、3月31日に審議され、同日付のマイヤースによる意見書が作成された。それらにおいては、第192条について、請求書及び令状の記載事項等に関する議論⁷⁰⁾、記載⁷¹⁾がなされている。しかし、第193条については、審議において⁷²⁾も、意見書において⁷³⁾も、何ら触れられていない。

刑訴改正小審議会によって明らかになった検討課題について、総司令部側担当者が「プロブレムシート」を作成し、それについて4月13日から刑事訴訟法改正協議会が開催され議論された。しかし、プロブレムシートにも、それに基づく協議会の議論にも、第193条は登場しない。

協議会で一応の結論を得た問題について、4月24日から、各問題に関する修正案として順次条文案が作成された。その条文案は、協議会終了後に総司令部に提出され、その後5月8日から開催された日本側及び総司令部側の担当者による小委員会で最後の詰めが行われ、改正案が確定した。

小委員会においては、第192条に身体検査に関する規定が付加され⁷⁴⁾、第192

70) 井上正仁ほか『刑事訴訟法制定資料全集—昭和刑事訴訟法編①』(信山社, 2015年) 97~98頁。

71) 井上ほか・前掲注70) 83~84頁。

72) 井上ほか・前掲注70) 93~98頁。

73) 井上ほか・前掲注70) 84, 90頁。

74) 井上正仁ほか『刑事訴訟法制定資料全集—昭和刑事訴訟法編②』(信山社, 2016年) 275, 306頁。

条第3項が削除され⁷⁵⁾、マイヤースの勧告に従って第192条の2の規定が加えられた⁷⁶⁾が、第193条については何ら触れられていない。

5月24日に確定した刑事訴訟法を改正する法律案は、以下のとおりである。

第218条 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により、差押、捜索又は検証をすることができる。この場合において身体の検査は、身体検査令状によらなければならない。

前項の令状は、検察官、検察事務官又は司法警察員の請求により、これを発する。

検察官、検察事務官又は司法警察員は、身体検査令状の請求をするには、身体の検査を必要とする理由及び身体の検査を受ける者の性別、健康状態その他裁判所の規則で定める事項を示さなければならない。

裁判官は、身体の検査に関し、適当と認める条件を附することができる。

第220条 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、第199条の規定により被疑者を逮捕する場合又は現行犯人を逮捕する場合において必要があるときは、左の処分をすることができる。第210条の規定により被疑者を逮捕する場合において必要があるときも、同様である。

一 人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶内に入り被疑者の捜索をすること。

二 逮捕の現場で差押、捜索又は検証をすること。

前項後段の場合において逮捕状が得られなかったときは、差押物は、直ちにこれを還付しなければならない。

第1項の処分をするには、令状は、これを必要としない。

第1項第2号及び前項の規定は、検察事務官又は司法警察職員が勾引状又は勾留状を執行する場合にこれを準用する。被疑者に対して発せられた勾引状又は勾留状を執行する場合には、第1項第1号の規定をも準用する。

第199条 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があるときは、裁判官のあらかじめ発する逮捕状により、これを逮捕することができる。但し、500円以下の罰金、拘留又は科料にあたる罪については、被疑者が定まった住居を有しない場合又は正当な理由がなく前条の規定による出頭求めに応じない場合に限る。

前項の逮捕状は、検察官又は司法警察員の請求により、これを発する。

検察官又は司法警察員は、第1項の逮捕状を請求する場合において、同一の犯罪事実についてその被疑者に対し前に逮捕状の請求又はその発付があったときは、その旨を裁判所に通知しなければならない。

75) 井上ほか・前掲注74) 322頁。

76) 井上ほか・前掲注74) 156頁。

第212条 現に罪を行い、又は現に罪を行い終った者を現行犯人とする。

左の各号の一にあたる者が、現に罪を行い終ってから間がないと明らかに認められるときは、これを現行犯人とみなす。

- 一 犯人として追呼されているとき。
- 二 贓物又は明らかに犯罪の用に供したと思われる兇器その他の物を所持しているとき。
- 三 身体又は被服に犯罪の顕著な証跡があるとき。
- 四 誰何されて逃走しようとするとき。

第210条 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、死刑又は無期若しくは長期3年以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪を犯したことを疑うに足りる充分な理由がある場合で、急速を要し、裁判官の逮捕状を求めることができないときは、その理由を告げて被疑者を逮捕することができる。この場合には、直ちに裁判官の逮捕状を求める手続をしなければならない。逮捕状が発せられないときは、直ちに被疑者を釈放しなければならない。⁷⁷⁾

(12) 第2回国会における審議

① 衆議院における質疑

刑事訴訟法を改正する法律案は、5月26日に第2回国会に提出され、同日、衆議院司法委員会に付託された。同委員会において、同月28日に鈴木法務総裁が提案理由を説明し⁷⁸⁾、同月31日に木内検務長官が改正の要点を条文の順序に従って説明した⁷⁹⁾が、いずれも、第220条への言及はなかった。6月4日から実質審議が行われた。6月5日の審議で、第220条に関して、以下の質疑がなされた⁸⁰⁾が、それ以外は同条に関する質疑はなされていない。

○猪俣委員 次にこれも御論議になったことだと思いますが、念のためにお聴きしたいと思うのであります。憲法の第33条及び第35条と本法案との関係について、2、

77) 井上ほか・前掲注74) 418～422頁。

78) 第2回国会衆議院司法委員会議録第22号(国会会議録検索システム <http://kokkai.ndl.go.jp/>(メインページ)最終アクセス2018年11月26日)。

79) 第2回国会衆議院司法委員会議録第23号(国会会議録検索システム <http://kokkai.ndl.go.jp/>(メインページ)最終アクセス2018年11月26日)。

80) 第2回国会衆議院司法委員会議録第25号(国会会議録検索システム <http://kokkai.ndl.go.jp/>(メインページ)最終アクセス2018年11月26日)。

3お尋ねしたいのであります。それは憲法の33条は「何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となっている犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない。」ということになっております。35条は捜索及び押収の場合、やはり令状がなければ侵されないというふうに、原則がきまっておりますのであります。この草案を見ますと、210条の緊急事件、これにやはり令状なしで逮捕することが規定されております。それから220条にやはり緊急事件に対して逮捕令状が出ておる場合には、捜査及び検証が令状なしにやれるという規定があります。なお73条の3項になりますが「勾引状又は勾留状を所持しない場合においても、急速を要するときは、前2項の規定にかかわらず、被告人に対し公訴事実の要旨及び令状が発せられている旨を告げて、その執行をすることができる。」こういうふうな規定があって、要するに令状なしで執行できるという規定があるのであります。どうもにせ警察官なんかはやっている今日におきまして、かようなことが憲法の第33条及び35条とどういうふうに調和するのであるか、その御意見を承りたいのであります。

○野木政府委員 ただいま御質問の点につきましては、刑事訴訟法緊急措置立法案当時も、問題になりましたところでありまして、当時各方面の意見なども聴きまして、いろいろ研究した結果、一応違憲にあらずというので、こういう結論に達したわけでありまして。今そのことを申し上げてみますと、まず210条の緊急逮捕の問題であります。これからまず申し上げますと、憲法33条は「何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となっている犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない。」ということでありまして、結局この解釈論になるわけでありまして、私どもとしては、33条は現行犯の場合を除いては、令状によらなければ逮捕されないというので、令状があらかじめ事前に出てあることが、多くの場合原則的であることはもちろんでありますけれども、必ずしも絶対に事前に出ておるわけではないということ、そこをはっきり言っておるわけではない。要するに令状によって逮捕するということになりまして、普通の社会の見解上、令状によって認められる程度のものはよいのではないかと。憲法はそこまで厳格なことを要求しておるわけではない。そういう解釈のもとにおきまして、この210条は3年以上の懲役もしくは禁錮、そういうような割合に重い罪であって、しかもそれを犯したことを疑われる十分な理由があって、しかも急速を要して裁判官が逮捕状をもってすることができない。そういうような条件のもとで身体を拘束した場合には、ただちに裁判官に逮捕状を請求する。結局逮捕状と逮捕という行為は、一面逮捕の行為がある意味でまだ継続しておるという場合に、令状がおっつけ出るというようにも観念されますので、この程度のことは弊害も認めないし、憲法も許しておる。そういう解釈のもとに、これを立案しております。

次の220条の方でございますが、これも第33条の場合を除いてはと書いてありまして、その2の33条の場合というのは、現行犯として逮捕される場合、それから令状によって逮捕される場合、こういうことになりまして、210条の緊急逮捕もやはり令

状による逮捕だという解釈のもとに立ちますれば、その限度においても33条の場合を除いたというところにはいつてきますので、220条も違憲ではない。そういう見解であります。

73条の方は勾引状または勾留状を所持しない場合においても、現実にすでに勾引状が出ておいて、しかもたまたま持っていないという場合でありまして、逮捕状のところも、この規定は同様になっております。もしこれがないとすれば、逮捕状はリュックサック一ぱい出さなければならぬということになりまして、実際上にも副わないし、しかもある意味で緊急逮捕という観念が、不当に拡がる関係にもなりますので、要するにこの場合は、すでに逮捕状が出ておる。勾引状がすでに出ておるという場合でありますから、これは33条に反するということは言えない。こういう見解であります。

- 猪俣委員 今の見解よくわかりましたが、これにつきましては、相当の学者がやはり憲法違反だと言うておるのでありまして、憲法普及会で発行いたしております憲法大系の第十巻「新憲法と人身の自由」に木村亀二氏、これは司法関係の人はよく御存じの人であります、この人などが憲法違反だと言っております。最高裁判所の問題になったときに、最高裁判所で違憲の審判でもされることがありますと困ると思つて、御質問申し上げた次第であります。

② 参議院における政府委員説明

参議院においては、法案は司法委員会に予備付託され、5月29日から審議が行われた。同日、木内検務長官が提案理由及び改正の要点を説明したが、第220条には触れていない。その後、政府側による逐条説明が行われ、第220条については、6月18日に、宮下政府委員（法務庁事務官）から、以下のとおり説明された。⁸¹⁾

次に第220条の規定であります、これは218条の裁判官の発する令状によってする差押、捜索、検証の例外規定でございまして、応急措置法第7条第2項但書の規定を更に合理化いたしまして明確ならしめたのであります。検察官、検察事務官又は司法警察職員は、通常の捜捕状によって被疑者を逮捕する場合、又は現行犯人を逮捕する場合、又は緊急逮捕をする場合におきましては、令状を持たないで人の住居、又は人の監視する邸宅、建造物、若しくは船舶の中に入って被疑者を捜索することができる。又逮捕の現

81) 第2回国会参議院司法委員会議録第43号（国会会議録検索システム <http://kokkai.ndl.go.jp/>（メインページ）最終アクセス2018年11月26日）。

場におきましては、令状を持たないで差押、搜索、又は検証をすることができるということを特に規定いたしたわけでございます。これは憲法第35条におきまして「第33条の場合を除いては、」とございまして、現行犯の場合に限らず、権限のある司法官憲の発する令状によって被疑者を逮捕する場合においても、亦差押、搜索等の令状を持たないで、差押、搜索をすることを憲法自身が許しておりますので、220条の規定を設けたわけがあります。これが又実際の捜査の実情にも合致する所以と考えておるのであります。第4項の規定は本案の第216条と吻合する規定でございます。126条は起訴後勾引状、勾留状を執行する場合に、被告人の搜索をすることができるという規定でありまして、220条末項の規定は、検察事務官又は司法警察職員が、勾引状、勾留状を執行する場合に、その執行の現場で差押、搜索又は検証をすることができる。又起訴前の被疑者に対して発せられた勾引状、又は勾留状を執行する場合においては、人の住居などに入りましてその被疑者を搜索することができるという趣旨を明かにいたしたわけでありまして。

しかし、質疑において第220条が取り上げられることはなかった。また、参議院司法委員会では学識経験者による公述の公聴会も開かれたが、そこでも第220条については触れられていない⁸²⁾。

これらの審議を経て、衆参両院の司法委員会・本会議が内容の異なる修正案を可決したことから、両院協議会が開催され、各院の修正案の一部を採用した修正案がまとまり、それが両院の本会議で可決され、改正刑事訴訟法が成立した。

5 おわりに

本稿では、無令状搜索・差押えに関する検討の出発点として、憲法第35条及び刑訴法第220条の成立過程を振り返った。その概要は、以下のとおりである。

まず、憲法第35条については、総司令部案がもとになっている。総司令部は、当初、合衆国憲法修正第4条と同様の、不合理な搜索・押収を禁じる旨の規定

82) 第2回国会参議院司法委員会議録第40号(国会会議録検索システム <http://kokkai.ndl.go.jp/> (メインページ) 最終アクセス2018年11月26日)。

を立案したが、その後、常に令状を必要とする内容に変更した。それを示された日本側が、「スリの場合にその場で盗品を押収する必要がある、逮捕に関して現行犯の場合に令状主義の例外を認めていることからしても、捜索・押収についても現行犯の場合に例外を認めるべきである」旨、求めたところ、総司令部が「〈総司令部草案〉第30条の場合を除いては」という文言を提案した。日本側は、この文言が不明確であることを認識しつつ、そのまま取り込んだ。これについて、司法省が「意味がわからない」と批判し、①逮捕のための犯人の捜索と、②無令状逮捕の場合の証拠物等の捜索・押収とを認める内容への変更を提案した。この提案は、日本側が総司令部に例外を認めるよう求めた際の説明内容と整合しており、注目される。しかし、この提案が議会において顧慮されることはなく、憲法第35条は「第33条の場合を除いては」という文言のまま成立した。この文言の意義について、法制局が作成した議会答弁資料には、「令状による逮捕を含む趣旨」とされており、現行犯の場合は現行犯のあった現場及び被疑者の所持品を捜索して押収することができ、令状による逮捕の場合は被疑者方を捜索して押収できるとされているが、その実質的根拠について説明はない。他方、議会において司法大臣は、「現行犯逮捕される場合を除いて」の意である旨、答弁した。このように、立法過程においては、「無令状の捜索・押収」として、主として、「現行犯の場合における、捜査官がその存在及び隠匿等を現認した証拠物等の捜索・押収」が念頭に置かれており、これについては、現行犯逮捕と同様に（現認という令状審査に代わる状況的保障があり、即時実施の必要があるという実質的根拠から）正当化できると考えられていたとみることができる。しかるに、成立した憲法第35条は、通常逮捕の場合にも証拠物等（捜査官が現認したものに限らない）の捜索・押収を許容し得る文言となった。しかし、その限界及び実質的根拠に関する議論は、見出すことができない。

次に、刑訴法第220条については、当初日本側は、検察官にも令状発付権限

があることを前提に，立案を進めていた。総司令部側からそれを否定する見解を示されると，原則として裁判官の承認を要することとし，例外として，住居等の内に現行犯がある場合にその場所に入って被疑者を捜索し証拠物等を捜索・押収することを，許容する案を作った（第1次，第2次案）。ここでは，逮捕状による逮捕の場合は，例外とされていない。その後，承認を許可に変更し，例外を逮捕状による逮捕の場合にまで拡張した（第3次案～第6次案）。これに伴い，証拠物等の捜索が許される空間的範囲が，「現行犯がある場所」から「逮捕の現場」になった。この案について，総司令部の承認を得ることが時間的に不可能になったことから，日本側は応急措置法を立案し，総司令部の承認を得て成立させた。そこでは，無令状の捜索・差押えは，現行犯人を逮捕する場合（及び勾引状又は勾留状を執行する場合）に限定されている。応急措置法施行後，裁判所サイドから，「逮捕状による逮捕の場合にも無令状捜索・差押えを許すべき」旨の意見が出された。しかしそこでいう捜索は，①被疑者の捜索と，②その際に発見された（後に隠匿された）証拠物等の捜索であり，捜査機関が現認していない証拠物等を探索することまでは，含んでいないとみられる。しかし，その後の改正案には，①被疑者の捜索と，②逮捕する場合における逮捕の現場での証拠物等の捜索・差押えとを許容する規定が盛り込まれ，それがそのまま成立した。総司令部との協議においても，国会における審議においても，この限界及び実質的根拠に関する議論は，見出すことができない。

このような憲法第35条，刑訴法第220条の成立過程をふまえて，引き続き，学説，実務の展開等について，検討を進めたい。

（2018年11月26日脱稿）