選挙市民審議会報告（2019 年 2 月 26 日）

罰則規定―刑法学の観点から

早稲田大学　仲道　祐樹

Ⅰ　はじめに

○選挙市民審議会の問題意識
「選挙運動規制のための選挙運動期間の廃止」（とりプロなう 83 号：片木発言）
○罰則のあり方の関連
「129 条をその他の規制と併せて削除／廃止する」（同：城倉発言）
「選挙についての罰則規定は一般刑法に移すことで、罪刑法定主義が実現できる」（同：山口発言）

⇒刑法学者である報告者に与えられている課題
×選挙運動規制を廃止するかどうか　→　完全に門外漢
○選挙犯罪を刑法典の中に移すというやり方が理論的に可能かどうか
○ある犯罪類型を刑法典で規定すること／特別法に規定することのメリット・デメリット

Ⅱ　公職選挙法が含む犯罪の性質

○自然犯／刑事犯
「法律の規定をまつまでもなく、元来、社会倫理的に非難されるべき行為を内容とする」（大塚仁『刑法概説（総論）〔第 4 版〕』（2008 年）95 頁）
・買収（221 条～223 条）
・選挙の自由妨害（225 条）

○法定犯／行政犯
「法律によって禁ぜられて初めて非難の対象となる行為を要素とする」（大塚・前掲 95 頁）
・選挙運動規制にかかるもの

⇒山口発言、城倉発言を合わせ読むと・・・
①選挙運動規制を廃止することにより、これに伴う行政犯的犯罪類型を廃止する
②自然犯ないしそれに準ずるものは刑法典に移行せよ
との主張？
→それは刑法学の側から支持可能か？

Ⅲ　刑法と特別刑法（行政刑法）

１　定義

○「刑法」「狭義の刑法」「一般刑法」　＝　刑法典（(明治 40 年法律第 45 号）

○「特別刑法」　＝　罰則規定を有するあらゆる法

e.g. 金商法、道交法、労働安全衛生法、児童ポルノ処罰法、ストーカー行為等規制法 etc.

２　刑法学者の認識

○刑法典に入れるか、特別刑法とするかそのものに大きな違いはない

・刑法 8 条：刑法典総則の各規定は特別刑法にも及ぶ

　e.g. 故意犯処罰の原則、責任能力

・特別刑法も刑法と同様の解釈方法により解釈される

　e.g. 類推適用の禁止、保護法益からの目的論的解釈

○刑法典は市民生活に根幹に関わるもの、特別刑法はテクニカルなものが対象との認識？

⇔・コンピューターウイルスの作成は刑法典（168 条の 2）／他人の ID・パスワードを使ったログインは不正アクセス禁止法（3 条、11 条）

　・あへんに関する罪は刑法典／大麻・麻薬・覚せい剤は特別法

∴両者の違いは相当に流動化＝理論的にはいずれの形式も可能

　⇔立法技術的な部分での差（後述Ⅴ）

３　刑法改正との関係

（１）刑法典への追加

・昭和 33 年（1958 年）：あっせん収賄罪（197 条の 4）

・昭和 62 年（1987 年）：電子計算機使用詐欺罪その他コンピュータ犯罪

・平成 13 年（2001 年）：支払用カード電磁的記録に関する罪（163 条の 2～163 条の 5）

　危険運転致死傷罪の新設（旧 208 条の 2）

・平成 19 年（2007 年）：自動車運転過失致死傷罪の新設

（２）刑法典から特別刑法への移動

・平成 25 年（2013 年）：自動車運転過失致死傷罪・危険運転致死傷罪の特別法化

○法制審議会での議論

「政令委任がある以上は、これは刑法にはやはり置けない」「政令委任をせざるを得ないわけですから、そうすると、どうしても刑法では書き切れない」「私も心情的には、もうこれは刑法に残してほしいと思っているのですけれども、もう本当に涙を飲んでというところですね。」（法制審議会刑事法（自動車運転に係る死傷事犯関係）部会第 6 回会議議事録 32 頁〔西田部会長発言〕）

（３）特別刑法から刑法典への移動

・これまで例がない

Ⅳ　選挙犯罪を刑法典に規定する例：ドイツの場合

○刑法典における選挙犯罪（刑法 107 条から 108e 条）
・暴行・脅迫による選挙の妨害
・不正投票、選挙結果の不正操作
・選挙人名簿の虚偽記載
・選挙の秘密侵害
・暴行脅迫ないし職業上・経済上の依存関係を用いた投票の強要
・選挙人を欺罔して投票内容について錯誤させる／投票をさせない／無効投票させること
・選挙人への贈賄

※連邦選挙法（BWahlG）上に秩序違反（Ordnungswidrigkeit）規定あり
・世論調査（Wählerbefragungen）の結果の事前公表（49a 条 1 項 2 号）：過料

Ⅴ　刑法典と各種特別刑法の立法技術的差異

１　下位法令への委任？

○下位法令委任の例
自動車運転死傷行為等処罰法 3 条 2 項
「自動車の運転に支障を及ぼすおそれがある病気として政令で定めるものの影響により、その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態で、自動車を運転し、よって、その病気の影響により正常な運転が困難な状態に陥り、人を死傷させた者も、前項と同様とする。」
⇔自動車運転死傷行為等処罰法の場合は、法文としての書きにくさから政令に委任した側面（第 7 回議事録 5 頁〔西田部会長発言〕）

２　目的規定の有無

○目的規定：
「立法目的をうたった規定」
「その法律をみる人々に対し、その法律の理解を容易にし、また、その法律中の各規定の解釈指針を与えようという〔規定〕」（林修三『法令作成の常識〔第 2 版〕』（1975 年）146 頁）

・各種特別刑法：ほとんどが 1 条に目的規定を有する／公選法も目的規定あり
⇒目的規定により、各種犯罪類型の解釈が拘束される／指導される

・刑法典：目的規定は存在しない（1 条は刑法の適用範囲に関するもの）
⇒保護法益＝当該犯罪類型により保護しようとしているものが何か自体が解釈問題となる
e.g. 住居侵入：住居の平穏か、住居に誰を立ち入らせるかの自由か
※立案担当者の刑法改正の解説（法曹時報などに掲載）は、立案担当者の法益理解を説明はするが、それ自体は民主的決定に基づくものではないため、必ずしも解釈を拘束しない

３　段階的規制の可否

○刑法典が予定している法効果＝刑罰（死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料、没収）のみ
⇒基本的には刑事手続のルートに乗る（逮捕・勾留→起訴→公判→判決／or 不起訴）

○罰則規定を含む個別法の場合：段階的な介入が設計可能
∵行為義務に関する規定と、罰則に関する規定を切り離して規定
⇒その中間段階／グラデーションとして、行政的な介入という手段が投入可能
　→行政的な介入が効果を発揮しない場合にはじめて刑事罰が投入される
e.g. 平成 28 年改正前ストーカー行為等規制法の段階的立て付け
①更に反復してつきまとい等をしてはならない旨の警告（警察署長等による警告）
②更に反復してつきまとい等をしてはならないことの命令（公安委員会による禁止命令）
③禁止命令違反に対して刑罰を投入／その他直罰規定もあり

Ⅵ　公職選挙法中の〈中核的犯罪〉を刑法典に入れる際に気になること

１　公職選挙法自体を全廃するのか、選挙運動規制のみを廃止するのか

○選挙運動規制のみを廃止し、公職選挙法自体は残す場合
・「選挙関連規制は公職選挙法を見ればわかる」というある種の明確性を失う
・薬物犯罪、対児童性犯罪（児童ポルノ、児童福祉法）など、重大な社会的影響のある類型についても個別法／特別法で対応してきた経緯の中で、なぜ、今、選挙犯罪だけを「公職選挙法があるにもかかわらず」刑法典に取り込むのかについては、相当な説明が必要
∴刑法典に入れるという選択肢は公職選挙法の全廃と表裏の関係にある
　⇔議員定数、選挙管理委員会、選挙権等の根拠法令はいずれにしても必要では？

○公職選挙法は国政に限定（2 条、3 条の改正）、自治体選挙は条例で規制する場合
⇒自治体選挙については公選法を全廃したのと同じ状況が生じる
※条例罰則は「二年以下の懲役若しくは禁錮、百万円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収」に限定（地方自治法 14 条 3 項）
　⇒地方自治体選挙に関連する選挙犯罪は、刑法典に入れる必要が生じる
　　・現行の選挙犯罪のうち、長期 2 年以上の懲役を課すものを捕捉する必要性
　　・選挙の公正を保護するという観点からの統一的な（国法による）規制の必要性

※条例で出来る範囲だけやるという選択肢も当然ある
　⇔同じ選挙犯罪に対して、国政の場合だけ重く処罰する必要性？
　　・公選法の方もあわせて引き下げる？
　　×公選法 229 条（投票管理者等への暴行）：4 年以下の懲役・禁錮
　　　→2 年以下に引き下げると、暴行罪（刑 208 条：2 年以下）との平仄があわない

２　刑法典に入れるべき犯罪のセレクト

・現行法上のすべての自然犯的犯罪を取り込むか、ドイツのようにさらに絞り込むか？
・刑法典のどこに入れるか？
　→197 条・198 条（賄賂関係）の後に選挙犯罪という章を立てる？
　　⇔199 条が殺人罪、以降は人身犯罪と財産犯／198 条の 2？197 条の 6？
　→強要罪の加重類型としての投票強要、といった形で個別の犯罪類型に落とし込む？
　　⇔おとり罪のように刑法に対応する基本類型を持たないものは？

３　所轄官庁の変更（総務省から法務省へ）

刑法改正の場合、法制審議会での議論を踏まえることが多くなる
→改正までに時間がかかる？
e.g. 性犯罪改正：検討開始から 2 年 8 ヶ月
・平成 26 年 10 月 31 日から平成 27 年 8 月 6 日まで計 12 回の検討会
・平成 27 年 11 月 2 日から平成 28 年 6 月 16 日まで計 7 回の部会審議
・平成 28 年 9 月 12 日の法制審議会にて採択、法務大臣に答申
・平成 29 年 6 月 8 日衆議院通過、同 6 月 16 日参議院にて可決・成立

Ⅶ　まとめ

○刑法典で選挙犯罪を規定するということそれ自体は理論的に可能
○（刑）法学者としての報告者から見ると、立法にあたってのハードルは相当に高い
　・公職選挙法を残したままの刑法典への移行ルート
　　→これまでの刑事立法の経緯から見たときに相当な説明が必要
　・自治体選挙を条例で規制する場合
　　→地方自治法 14 条 3 項の制限：条例罰則の範囲でどこまでのことができるか？
　　→選挙犯罪を刑法典に取り込む必要性は高くなる
　⇒いずれの場合でも、刑法典の中のどこに、何を入れるかがなお問題