2019.02.26. 第二期第 12 回選挙市民審議会議事録

衆議院第 1 議員会館地下 1 階第 4 会議室

出席委員　片木淳、三木由希子（以上共同代表）
　　岡﨑晴輝（スカイプ）、小林幸治、田中久雄、坪郷實

報　告　　仲道祐樹さん

欠席委員　只野雅人（共同代表）、石川公彌子、大山礼子、小澤隆一、北川正恭、桔川純子、
　　小林五十鈴、濱野道雄、山口真美

事務局　　太田光征、岡村千鶴子、桂協助、城倉啓、富山達夫、丸井英里

書　記　　岡村千鶴子、城倉啓

城倉啓：では、ただ今から第 2 期の選挙市民審議会の第 12 回を始めたいと思います。今日は、お忙しい中早稲田大学教員仲道祐樹さんにお出でいただきました。本当にありがとうございます。早速お話を伺いたいと思っております。時間割としては、1 時間ほどお話を伺って、45 分ほどたっぷりと質疑応答・全体討論としていきたいと思っております。残った時間で事務局から事務的なお話をさせていただきます。今日の議長を三木由希子共同代表にお願いしておりますので、よろしくお願いいたします。

三木由希子：はい、皆さんこんにちは。第 12 回審議会を開催したいと思います。先ほど城倉さんから進行についてご報告がありましたとおり、最初に罰則規定について、公選法を中心にということになるかと思いますけれども、それに関連した罰則について仲道先生よりお話をいただきたいと思います。よろしくお願いいたします。

仲道祐樹：どうも皆さんこんにちは。本日は選挙市民審議会ということで、お招きをいただきましてありがとうございます。早稲田大学社会科学部で刑法の教員をしております、仲道と申します。元々のきっかけは、坪郷先生の方からこういった会合の中で、罰則規定のあり方についてどのようにするかというのが議論になっているということで、先生からご相談をいただいたというのが最初のきっかけでございました。その時にお答えしたような内容と、更にそこから話を盛り込んだようなことを今日お話できればと思っております。レジュメですけれども、1 ページから 5 ページまでになっているかと思います。

　まず、私自身がどういう刑法学者なのかということをお話させていただければと思うんですけれども。私自身は、いわゆる狭義の刑法と言いますか、刑法典の解釈論の方を中心としている研究者でございまして。元々博士論文などでは、その内もっと中心的な刑法総論のさらに総論のようなことですね、そもそも犯罪のきっかけとなるような行為の概念というのはどういうものなのかとかですね、それを実際に起訴していくときに検察官がどの位の包括記載をさせて良いのかというようなことで研究を始めてきました。その後ですね、刑法の全般に亘って論文を公表してまいりまして、現在はやや風向きを変えまして、刑事立法というものがどのようなものであるべきかというかですね、刑事立法の良し悪しの判定というのは理論的にそのようにできるのかというようなことを研究対象としております。正にこの審議会が第 2 期であるということと同じように、私自身の研究で今第 2 期の研究プロジェクトを走らせ始めたところでございます。そういったこともありまして、坪郷先生から

のご相談と言いますか、ご質問と言いますかに関しては、非常に興味を持って伺わせていただいたところです。

さて、その上で1ページ目ですけれども。まず1ページ目につきましては、私が坪郷先生から伺った情報、それからそれを基にこの市民審議会での議論の内容を私なりにですねウェブページで追いかけさせていただきまして、その結果今日ご報告申し上げる内容が皆さんの問題意識とどの位合っているのかということをまずすり合わせるのが1ページ目です。それから2ページ目以降ですけれども、私個人の考え方というよりは、およそ一般的に刑法学者は罰則規定というような話をするとすれば、このようなことを思い浮かべるであろうというようなお話を全般的に2ページから3、4とさせていただきたいというふうに思います。最後に、4ページから5ページ目にかけてですけれども、この審議会の中心的な議題となっているかと存じます、公職選挙法との関係で罰則規定をどうデザインしていくべきかまでは踏み込むことはできないのですが、刑法学者の目から見るとこういう所が気になりますということを申し上げて、その後質疑の中でお答えできることはお答えしていきたいというふうに考えております。

さて、始めのきっかけの部分なんですけれども、坪郷先生からお話いただいたのが、坪郷先生在職中であったと思いますので、一昨年ぐらいのことだったと思います。その時にこちらの審議会で公職選挙法の罰則規定を刑法に移していく、特別刑法ではなくて刑法にしていこうという意見が出ているんだけれども、というようなことでご相談を受けたというのが最初のきっかけということになります。おそらくその時期のこの審議会の議事録であろうというものを、議事録といいますかプレスリリースのようなものを拝見したのがこちらの「はじめに」に書かせていただいたところです。まずこの審議会そのものの問題意識として、私の承知しているところは、「選挙運動規制のための選挙運動期間の廃止」というのが本丸であるというご発言があり、それを受けて「129 条をその他の規制と併せて削除/廃止するのだ」といったご発言、あるいは「選挙についての罰則規定は一般刑法に移すことで、罪刑法定主義の要請は保障できるのだ」というようなご発言があったということを拝見しております。このような中で、私自身が今日お話しする内容なんですけれども、選挙運動規制を廃止するかどうかに関しましては先ほど申しましたように、私自身の研究キャリアからしましても、完全に私にはできない仕事でありまして、むしろお教えを乞いたいところでありまして。今日はそういった話をさせていただくのではなくて、刑法学者としての私がこの審議会にコミットと言うかですね、何らかの寄与ができるとすれば、〇が付いています二つの点ですけれども。選挙犯罪を刑法典の中に移すというやり方が理論的に許されるのかどうか、可能なのかどうかということ。そしてそれを仮に可能だとしてあるいは不可能だとして、ある犯罪類型を刑法の中に書くということと、公職選挙法のような特別法に規定すること、それぞれにメリット・デメリットがある訳ですけれども。これがどのようなものかということをお話させていただいて、今後の罰則規定をどうするかというご議論に何がしかの寄与ができれば良いなと思っている次第、という心構えで参りました。これがそもそも違うのであれば、この段階で心よりお詫び申し上げるほかはありません。

では、この冒頭の問いを更に公職選挙法に則して噛み砕いていきますと、恐らくこういう

ことなんだろうというのが、ローマ数字のⅡのところです。公職選挙法の中には、大きく自然犯型の犯罪類型と法定犯/行政犯型の犯罪類型が含まれていると一般に言われております。例えば、先ほどの城倉さんの発言などは、129 条以下の規定を廃止すればそれに伴ってそれに紐付いている罰則規定というのは一括して無くなるんだというようなご趣旨であろうと思います。ここで必ずしもこの自然犯・法定犯、刑事犯・行政犯という区分に馴染みのない方もおられるでしょう。と言いますか、普通馴染みがないものでございますので、この点をまず概念から確認をさせていただきたいと思います。この自然犯ないし刑事犯と法定犯ないし行政犯という区別そのものは、刑法学者であれば誰しもが知っている区分であります。或いは法律家であれば必ず知っている区分ということになります。この二つの違いというのはどういったものかということですけれども。自然犯あるいは刑事犯と言われるものは、「法律の規定を待つまでもなく、元来、社会倫理的に非難されるべき行為を内容とするもの」（大塚仁『刑法概説（総論）〔第 4 版〕』（2008 年）95 頁）です。公職選挙法との関係でお話しますと若干わかりにくくなりますので、一番わかりやすい例を挙げますと、殺人罪や窃盗罪といったようなもの、或いは放火罪といったような、そもそも法律がなくても社会的に悪であると、社会倫理的にけしからん行為であるというふうにカテゴリーすることが可能な犯罪類型、これを自然犯ないし刑事犯という言い方をしております。レジュメいったり来たりして恐縮ですけれども、下の具体例を先に飛ばしまして、次の法定犯/行政犯の方ですが。こちらは「法律によって禁じられているから、それに違反することが初めて非難の対象となる」というような性質のものです。好んで挙げられる例ですけれども、日本だと車は左側通行でして右側を走りますとこれは道路交通法違反ということになります。が、ドイツでは逆であります。このように左側を走らなかったではないかという行為をもって行為者を非難できるということは、その前提として車は左側を走るのだというルールがあるのでこれに違反した場合は処罰するということで、処罰の理由がそもそも社会倫理的にいかんのだということではなくて、そのように決まっているのでそのルールに違反するのがけしからんのだというようなことを内容とするのが、法定犯ないし行政犯と言われるものです。

公職選挙法の中には、この二つの類型が共に規定されていると一般に言われております。自然犯的要素とされているのが、典型的には買収であったり選挙の自由妨害であったりといったものが挙げられ、法定犯の方には選挙運動規制に係る諸々の規定がこちらにあると。というか、むしろ選挙運動規制によってその種の行為が規制されているので、違反したときに罰則が付いてくるというような性質のものが後者です。前者は、選挙というものの性質上買収はダメだよねと、それから選挙の自由を妨害しちゃダメだよねというような性質のものというふうに区分けすることが可能です。この両者の区別を前提に、先ほどの城倉さんの発言、それから山口さんの発言を併せて読みますと、どういったことを主張されようとしているのかということですけれども。

① で、選挙運動規制を廃止することによって、これに伴う行政犯的犯罪類型を全廃する
② で、その他の部分はどうするのかということですが、自然犯ないしそれに準ずるものは刑法典に移行せよ

というふうに主張されているというふうに刑法学者の目から見ると、先ほどのご発言は再構成することが可能です。では、このようなご主張が刑法学の立場から支持できるかということが私に与えられた課題のパラフレーズでありまして、以下そのようなお話をさせていただきます。いきなり用語法がやっかいなものが飛び交っていますが、ここまでで何かご質問がありましたら今の段階でお受けしたいと思うんですけれども。よろしゅうございますか。では、続けさせていただきます。

2ページ目です。Ⅲ刑法と特別刑法といった言葉について、私ども刑法学者がふだんどういった言葉遣いをしているのかということを先に確認させていただきたいと思います。山口さんのご発言の中での「一般刑法」という言葉、あるいはこの見出しで「刑法」というふうに使っている、あるいは教科書などでは「狭義の刑法」狭い意味での刑法というふうに言われているものは、指すものは共通して一つのものです。いわゆる六法に載っております「刑法」という法典のことです。正式には明治40年法律第45号というのが、この刑法の正式な名前ということになる訳ですけれども、これを指すということになっています。今日現在で刑法の中にどれ位の法律があるかということですけれども、刑法典の中それ自体には現時点で 264 条までございまして、その内幾つかの削除や幾つかの追加改正が入っておりますので、ザッと 250 をちょっと超えるぐらいの条文を刑法典は含んでいるというふうにご理解ください。逆に言うとこれくらいしか入っていないということです。

刑法典の中に入っている主要な犯罪ですが、先ほど挙げました殺人、窃盗、傷害、傷害致死ですね。それから性犯罪の類、逮捕とか監禁ですね、それから強盗や詐欺・横領・背任等々といった各種の財産犯規定、それから贈収賄の規定であったり、死体損壊であったりというようなもの、それから内乱とか外患誘致といったもの、文書・通貨の偽造罪の類といったようなものを補足しております。ほかにもいっぱいあるんですけれども。このような刑法典のことを以後刑法というふうに狭い意味で使うときには指します。これに対して、特別刑法という言葉がございます。山口さんのご発言の一般刑法というのは、公職選挙法が特別刑法であるということを前提にしたご発言だろうと思うわけですが。特別刑法というのは、何か特別刑法という法典があるわけではございませんで、罰則規定が付いている法律はすべて特別刑法です。したがって公職選挙法も特別刑法ですし、金融商品取引法、道路交通法、労働安全衛生法、児童ポルノの処罰法とかストーカー行為等規制法などもすべて特別刑法というカテゴリーに入ります。したがいまして、刑法と言った時には広い意味で使うとこの狭義の刑法と特別刑法両方含む訳ですけれども、狭く言い分ける時には刑法と言った時には刑法典のことを指し、特別刑法と言った時には罰則規則が付いているものはすべて特別刑法というカテゴリーに入ってまいります。公職選挙法ももちろんその一つです。

では、山口さんの問題意識に則して少しずつお話を膨らませてまいりますと。刑法学者の認識として、刑法典に入れるのか、特別刑法にするのかということに何か質的な差はあるのかということからお話をしておきたいと思います。つまり具体的には公職選挙法という特別刑法にあるのでは不十分で、刑法典に入れるべきだというような主張を刑法学者が聞いたときにどう思うかというようなお話です。これに関しては、刑法学者としてはその間にそんなに大きな差はありませんというふうに思っています。刑法典の中に置くか、特別刑法と

して個別の法律を作ってその中に罰則規定を置くかということの間に、刑法学者はそんなに大きな違いを見出しません。なぜかと言いますと、刑法典の総則規定といわれるものがあります。刑法というのは、日本国内で起こったときに使えますよとかですね、刑の時効は何年ですよとかですね、故意がない犯罪は処罰してはダメですよとかですね、正当な業務行為として行われたものは処罰してはいけませんよとか、責任無能力者の行為は処罰しませんよ、というようなすべての犯罪に共通する部分というのが総則規定ということで、1条から72条までの規定なんですが。これは特別刑法であっても、この1条から72条までの規定は適用されるというのが、刑法8条に書いてありますので、特別刑法にしたからといって刑法典の1条から72条の規制を免れるということにはなりません。それから下の方がより重要なんですけれども、特別刑法にしたから刑法とは違う解釈メソッドが使われるということもありません。私は、特別刑法判例研究会という研究会に長く事務局として関わって、今もメンバーなんですけれども。そこで、年間大体8から10件ぐらいの特別刑法だけの判例を専門的に研究するという、非常にマニアックな研究会があるんですけれども。そこでは、基本的に特別刑法の専門家もおりますけれども、ただほかの一般的な刑法を専門としている者も同様に議論が可能です。なぜなら、条文と制度趣旨と背景を説明してもらえれば、我々は刑法典を解釈するのと同じように、特別刑法も解釈していきますので、特別刑法に書いたから何かしら解釈が緩くなるとかですね、逆に厳しくなるという、そういったことはない訳です。一例を挙げますと、刑法というのは刑罰という非常に強いサンクションですね、最高の場合日本だと、死刑がありますので、人を殺すこともできます、という強いサンクションを予定した法律ですので、罪刑法定主義の要請からその行為を捕捉する条文が法律によって予め定められていなければならないと。これが山口さんのおっしゃっていた罪刑法定主義というものなんですが。その反面としてですね、適用可能な条文はないんだけれど似ているから処罰するというのは、できないことになっています。類推適用という技法として、民法の領域では普通に使う解釈技法なんですが、刑法の場合はこれが禁止されています。これは解釈作法として禁止されています。どこに条文があるわけでもないので。それから各種の刑罰法規を解釈するときに、この刑罰法規は一体どんな利益を守るために作られた法律なのかということを、必ず最初に考えます。そしてこの法益、この利益を守るためにこの条文があるんだったらこの文言は法益保護に適したように読まなければいけないというような解釈手法を採って参ります。この点では、特別刑法に入れるか刑法典に入れるかというのは、それ程大きな差をもたらしません。そうは言ってもですね、皆さんの中には刑法典というのはより市民生活に関わる根幹的なもので、特別刑法というのは公職選挙法に代表されるようにテクニカルなものだというふうに差があるのではないかということをお考えになる方もいらっしゃるかも知れません。あとから見ますように一面でそれは正しいのですが、ただ現状を見ますとその間というのは非常に流動的になっています。例えばコンピューターウィルスの作成罪、これは正確には不正指令電磁的記録作成・供用という犯罪になっているんですが、これは刑法の中に入っています。これに対して、皆さん日々Yahooですとか Google のサービスに ID とパスワードを使ってログインされていると思うんですけれども、他人のパスワードと ID を使ってログインする不正アクセスは不正アクセス禁止法で規制されてい

ます。コンピューターウィルスの方が根幹に関わって、不正アクセスが根幹に関わらないということは、全く言えないわけです。また、薬物系の犯罪を見ましても、刑法典には実は一つだけそういった向精神性の物質の犯罪がありまして、時代性を反映しておりますが、アヘンに関する罪は刑法典に書かれています。但し、大麻・麻薬・覚せい剤はいずれも個別の特別法の中に規定されております。従いまして両者の違いはですね、質的に違うかと言いますとそうではないと言うことができます。従いまして理論的にはある行為を罰するというふうにするときに、刑法でやるか個別法を作るかということに関しては、どちらでも良いでしょうというのが最初のお答えということになります。但し、この二つの間には立法技術的な部分でかなりの差がありまして、技術的な部分でちょっと面倒なことが幾つか残っております。結論を先取りしますと、公職選挙法を何らかの形で刑法典に移すというような作業をするときには、結構越えなきゃいけないハードルがあるというふうに思っておりまして、その辺が後半戦の中心的なお話になろうかと思っています。

ではこのように、刑法に入れるか・特別刑法に入れるかは、そんなに大きな差ではありませんと申し上げたところで、では実際に立法府あるいは法務省がどのような形で犯罪を追加してきているのかというものを見ていきたいというふうに思います。

（1）が刑法典への追加になっているんですが、申しわけありませんが先に上の定義のところの例に挙がっている幾つかの法律を見ていただきたいんですが。例えばストーカー、例えば児童ポルノ、例えばインサイダー取引のようなものとかですね、ハイジャックの防止ですとか、サリンを使用した大量殺人の防止といったものは、全部個別法です。特別法になっていまして。個別の法律をその都度作っていくという流れが一方にあります。何か新しい犯罪類型作らなければいけないという時に、個別の新しい法律を作って対応するという流れが一方にあります。古くはハイジャック、それから公害事件が出てきた時に公害罪法というのも、刑法の外でつくられています。このような流れと、もう一つの流れが刑法の中に直接追加をしていくという流れです。これは戦後に限って挙げていますけれども、数はそんなに多くはありません。犯罪類型に関して言えばそんなに数は多くなくて、あっせん収賄罪が昭和 33 年に追加。昭和 62 年に電子計算機使用詐欺罪その他の、当時ハイテク犯罪と言われていたものが刑法典に追加されました。それから平成 13 年ですけれども、支払用カード電磁的記録に関する罪、これは何のことかと言いますと、昔のクレジットカードはカードの裏の黒い磁気テープの部分がありまして、そこの部分についてこれを偽造するというのと、その準備になるカードの部分ですね、これを準備するという犯罪を新設したというようなものになります。スキミングが流行っていた時期の話ということでご理解いただけるかなと思います。その下ですけれども、危険運転致死傷罪が新設されました。従来は業務上過失致死傷罪でやっていたところ、法定刑があまりにも低すぎてその行為の悪質性に合わないということで刑法の中に危険運転致死傷罪が、これは傷害罪の特別規定として作られたというのが平成 13 年になります。更にその後自動車による事故が多発するという状況を受けまして、従来の業務上過失致死傷罪の中から自動車に関するものを取り出して、平成 19 年に自動車運転過失致死傷罪を新設したということになります。

刑法典の中に新しく犯罪類型が追加される流れというのはこれくらいなんですが、最近、

といってももう 6 年前になりますが、刑法の歴史に中ではかなり驚くような出来事がありました。それが刑法典から特別刑法に移動するというパターンが起こったという点です。刑法典の中に元々あった犯罪を特別法にくくり出したというパターンです。それが何かと言いますと、平成 25 年の自動車運転過失致死傷罪と危険運転致死傷罪を特別法で規定するという法改正が行われました。現在で言う自動車運転死傷行為等処罰法というものなんですけれども。この刑法典から特別刑法に移動するという動きは、これもそんなに起こることではないんですけれども、これは前例があるわけです。このときの議論は、なぜそのようなことになったかということが、おそらくこの審議会の問題関心との関係では重要なんだろうと思っておりまして。それは何かと言うと、政令委任をすることが必要で、政令委任をするんだったら刑法には入れられないというのがそのときの理由でした。しかもこのときの法制審議会の部会の部会長だった西田典之という東大法学部の教授だった方なんですけれども、このとき自動車運転過失致死とかはやはり刑法に残すべきではないかという議論があったところ、「政令に書く以上はやっぱりダメだ」と非常に興味深いのでこのまま書いてきたんですが、「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。」と議事録にそのまま書いてありますのでそのようなことでございます。

ここまで、特別法を増やしていくパターン、刑法典の中に追加していくパターン、それから刑法典から特別刑法に移すパターンというのはあったわけですが。ここで問題になっている、公職選挙法から刑法典に移すパターンという、特別刑法から刑法典に移したパターンがあるかと言われると、これは前例がありません。日本では前例がありません。では、不可能かと言われると、そうではない法制度はございまして、3 ページです。

ドイツがそのような建付けになっています。刑法の中の選挙犯罪の類型が書かれています。これは本当は坪郷先生のほうがお詳しいので、教えていただいた方が良いのかも知れませんが、私が調べた限り、刑法の中にここに掲げてあるものだけがあり、その他連邦選挙法の中に世論調査の結果の事前公表について行政罰を科すという規定があるほかは、いわゆるサンクションにあたるものは、ドイツの場合はございませんと言って良いかと思います。ただここで注意すべきは、むしろドイツの方はかなり犯罪にするものを絞っているなという印象を私は持ったところです。いずれにしても、そのような例は諸外国を見ればないわけではない。選挙犯罪を刑法典に規定する例は、ドイツを見ればないわけではないということになります。なので、選挙犯罪自体を刑法典に入れるということが突飛なアイデアかと言われると、そうではないということになりましょう。

では、次に刑法典に入れるか各種の特別刑法に入れるかによって、どういった違いがあるのかということをお話しておきたいというふうに思います。

まず、先ほどの自動車運転死傷行為等処罰法の場合、政令委任の必要があるので、刑法には書けないというようなことが理由となりまして、自動車運転死傷行為等処罰法という特別法にくくり出されるに至りました。該当のものは、そこに挙げているんですけれども、いわゆるてんかんですとか統合失調症のようなときに、病気の発作が起こってしまうということを捕捉しようとしたときに、病気の名前を法律で書くのかといったときに、これは政令

で書くということにしたり、或いは道路の部分がですね政令で書かれている部分があるようでして。そういったところを政令で定めなければいけないということで、これを政令に定めるということを書く必要があるので、これは刑法の中には置けないということが西田部会長発言の中にありました。

これは理論的に無理なのかと言われると、ちょっと私は断言しにくいところがあります。ただ、刑法典の中に現時点で政令委任をしている条文は一つもないというのは、事実として申し上げることができます。そもそも罪刑法定主義の要請がありますので、そんなに軽々にコアの部分を政令委任しても良くない訳でして。刑法という、先ほどと言うことが 180 度変わりますけれども、正に市民生活の基本になっている法典だとすれば、その中身に政令委任されている部分があるというのは行動準則としての機能を落としますので、そういったことはしないことにしているのではないかと推測はできますが。ちょっと刑法典で下位法令に委任しちゃ絶対ダメだとは言い切れないのではないかと思っています。なので、レジュメの方は「？」を付けさせていただいている訳ですが。ひとまずそういうことを言う方がいらっしゃるということは指摘しておきたいと思います。

次です、２と３の方がこの審議会の問題関心との関係では重要だと思っております。

２の方なんですが、それは目的規定を置けるかどうかという違いが、刑法に入れるか、個別法令を使うかで、最大の違いと言ってよいと思います。目的規定というのは何か？ということなんですが、大体色々な法律の１条に書かれている立法目的を謳った規定のことでして、「その法律をみる人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する規定のことを言う」とされています。例えば公職選挙法の１条を見ますと、「この法律の目的」という肩書きの下に、「この法律は日本国憲法の精神に則り、衆議院議員、参議院議員並びに地方公共団体の議会の議員及び長を公選する選挙制度を確立し、その選挙が選挙人の自由に表明せる意思によって、公明且つ適正に行われることを確保し、もって民主政治の健全な発達を期することを目的とする。」という目的規定が掲げられているということになります。多くの特別刑法では、１条に目的規定が置かれます。というか個別法では、目的規定を置くのが通例と言って良いでしょう。この目的規定は、先ほどの引用部分にありますように、「法律中の各規定の解釈指針を与える」規定ですので、この目的規定から各種の犯罪類型の解釈が導かれるという関係に立ちます。

これに対して刑法典の場合、目的規定は存在しません。１条というのは勿論ありますけれども、１条は何が書いてあるかというと、「この法律は、日本国内において罪を犯したすべての者に適用する。」という、そういった条文になっていまして、目的が書かれていないわけです。この刑法の目的というのは、じゃあどのように扱われているのかと言いますと、それが下に書いてあります保護法益というものでして。個別の条文が一体どんな利益・公益を守ろうとしているのか、これを解釈によって確定させるところから作業が始まります。なぜなら刑法典には目的規定が存在せず、何々した者は何々の刑に処するという条文がズラーッと続いているだけだからです。総則規定の中にも、刑法はこれを目的とするという規定は一切ありません。そもそも刑法が何のためにあるのかということ自体が、大きな学問上の争いの対象になっております。そして、細かな話としましても、個別の犯罪類型の保護法益が

何か？自体が解釈問題として大きな論争の対象になる場合があります。アホらしい話ではあるんですけれども。

例えば住居侵入罪一つをとってもですね、何を保護する規定かというのは見解の一致はそんなに簡単には見ません。例えば住居権者の意思に反した立ち入りということで、「ビラ貼り配りお断り」という表示が管理組合の意思の下に表示されたというパターンを考えてみましょう。このときに、住居の敷地内に誰を立ち入らせるかの自由と捉えますと、ありとあらゆるポスティングが住居侵入罪を構成することになります。それがどんなに平穏な対応で立ち入っていたとしても、それが侵入したというふうに帰結としてはなるでしょう。では、平穏だというふうに読むべきかと言うと、今度は違う問題がありまして。例えば議員会館ということにさせていただきますと、私が先ほどのように極めて平穏に入ってきたわけですけれども。実際はこの中でとてもいけないことをするつもりであったということが明らかになったという時に、「お前の真意を知っていたら、あなたは今日ここに報告しに来たのであって、まさかそのようなことをするとは思わなかった。」と言う時に、私が「でも、入る時に平穏は害さなかったですよね。」と言ったとして、それが住居侵入にするかしないかというのは、かなり難しい問題を提起します。このように住居侵入一つとっても、何が保護法益かというのは、解釈で確定していくほかありません。刑法典の中にある犯罪というのには、全部この作業をする必要が出てきます。もちろん新規で刑法典の中にある条文を追加するという作業をするときには、多くの場合、議員立法は当然可能なので多くの場合という制限は付きますが、立案担当をした法務省刑事局の方の解説が、「法曹時報」という法曹会から出ている雑誌があるんですけれども、そういったところに掲載されます。裁判所も最初のうちはそれを見て解釈をしていきます。ただ、それだとどうも上手くいかない事案が出てくるというときに、立案担当者の法益理解が、その解説の中に書かれてはいますが。これはこういう趣旨で書きましたということを表明するだけであって、法文そのものは何々したらこうなると書いてあるだけなんですね。したがって、「これが保護法益だと思って作りました。」というのは非常に重要なファクターではあるんですけれども、これが未来永劫解釈者を拘束するかと言うと、そんなことはありません。したがって、目的規定のありなしというのは、こういった解釈指針自体が、刑法典の中というのは実は結構ブレるところがありまして、それを防ぐ意味が目的規定の方にはあると。個別法に残すときには、その意味というのはかなり大きいというのが一点です。

三点目なんですが、段階的規制の可否という書き方をしてみました。刑法典に入れるとこれができなくて、個別法を使うとこれができるという趣旨です。刑法典の中に入れるということは、かなり大きな効果をあるいは副作用をもたらす訳でして。刑法というのは、犯罪と刑罰に関する法律なので、基本的には刑法の中に書かれている個別の条文はどのような帰結をもたらすかというと、有罪判決が出たら刑罰を科されるという、そういう帰結をもたらします。もちろん、執行猶予はありますけれども、基本的には刑罰を使うことを前提とした仕組みです。従いまして、刑法典の中にある行為規制に関しては、それに違反したら基本的に刑事手続のルートにのります。つまり、警察で逮捕あるいは勾留されて検察官に起訴され裁判にかけられて判決までいく。場合によって不起訴になることもあるでしょう。

これに対して個別法を使う最大のメリットは、段階的な介入を設計することが可能になるという点です。なぜならば、正に 129 条以下の規制と 220 何条以下でしたか以下の規制が行為規制と罰則を切り離して書いているということによって、これが可能になります。ある行為義務を規定し、違反したら直ちに罰則が出てくるというのではなく、行為義務を措定しておいてそれに違反した場合には、まず中間的な、例えば行政的な介入をしてそれで問題状況が解決されれば、罰則が出て行くまでもないと。逆に行政的な介入をしてもなお同種行為を反復するのであれば、そこは刑罰をもって威嚇しなければいけないというような中間項を設定することができるというのが個別法を使うメリットの一つです。このような建付けをしているのが、今は改正されましたのでこういうふうにきれいに順番になっていないですけれども、平成 28 年改正前のストーカー行為等規正法です。

① 最初は被害者からスト-カーされていますというような申し立てを受けた警察署長が、その該当者に対して更に反復してつきまとい等はしてはいけませんよと警告を出します。この警告に従ってやめる方がほとんどだと聞いています。

② この警告に違反した場合には、今度は一つレベルが上がりまして公安委員会による禁止命令というのが出されます。

③ この禁止命令に違反した場合に、刑罰が出てくるということで。

ここでは、ストーカーと言う問題そのものを解決するために、まずは行為者側に「あなたがやっているのはストーカーなんですよ。」ということを自覚させたほうが効果が高いということもあって、警告をして、なおそれでもやめない場合に、禁止命令を出して、それでも従わない場合に刑罰が出てくると言うような段階的な設計をしています。

刑法典の中に入れると、この段階的設計の可能性をいきなりオミットすることになりますので、その点は罰則規定を作るときに注意が必要かなというふうに思います。もちろん現行の公職選挙法に、この中間段階というのを必ずしも規定されていないと承知しておりますので、あまり大きな問題ではないのかも知れませんけれども。この審議会との関係ではそうなのかもしれませんけれども、個別法にしておくメリットというのはこういった設計の可能性を残すという点にある、というのは申し上げておきたいと思います。

この後の話というのが、まとめ的な話なんですけれども、ここまで非常に駆け足できましたので、今の段階で確認をしておきたいことなどあれば承りたい、あるいはここがわかりにくかったということがあれば、ここで補足の説明をさせていただきたいと思いますが、いかがでしょうか。

では、よろしければこういったことを踏まえまして、最後のⅥのところですけれども。刑法学者の目から見たときに、公職選挙中の何らかの一定の犯罪を刑法典に入れるという作業をされるのであれば、次のようなことが気になります。ということを申し上げて、あとは質疑ということにということにさせていただきたいと思います。

まず、私この間の議論を必ずしもすべて承知しているわけではございませんので、どのような可能性を模索されているのかということを、きちんと承知せずにお話をしているということを先にお断りしておきます。

最初の点として、今ある公職選挙法それ自体を全部廃止するのか、選挙運動規制だけを廃

止するのかという点が気になって準備をしてまいりました。冒頭で挙げました、選挙運動規制のための選挙運動期間の廃止ということでいきますと、選挙運動規制を残して公職選挙法は残すという選択肢が真っ先に浮かんだわけです。このような選択肢を採ったときになかなか難しいルートだろうと思いました。

まず一つ目は、「選挙関連規制はとりあえず公職選挙法を見ればわかる」という、ある種の一望性・明確性ですね。これを失わしめることになります。一定の選挙の運営に関する規定は公職選挙法に、それ以外の選挙犯罪は刑法典にというふうに書かれていますと、各種の選挙運動に関わる方、或いは選管の方も含めてですね、常に両にらみで作業をしなければならないということになりまして、ある種の明確性を失うということがまず気になった点です。ただ、これは現在でも先ほど申しましたように、行為規制と罰則が公職選挙法では書き分けられておりますので、それ程大きな問題ではないのかなという風にも思うところです。

実際に刑法を改正するという観点で見たときにより重要なのは、二つ目の「・」のところです。これまでの日本の刑法改正の流れの中で、先ほど申しましたように個別法で対応してきた領域と刑法典の中に入れ込んできた領域というのがあって、個別法で対応してきた領域のほうが圧倒的に多いです。例えば薬物に関連して、大麻・覚せい剤・麻薬これ全部特別法になっています。それから 18 歳未満の者を対象とした性犯罪の内、先般の改正で監護者わいせつ罪というのが刑法典の中に入りましたけれども、それ以外の児童ポルノの製造に関する犯罪、それから児童ポルノの提供に関する犯罪、児童に淫行をさせる犯罪、それからこれは国法ではありません国の法ではありませんけれども、いわゆる青少年健全育成条例のような都道府県の条例でやっているものがあり、これらはかなり重大な社会的影響のある類型と言って良いと思うんですけれども。これは個別法/特別法で対応してくるというのが、日本の立法府あるいは法務省のこれまでの経緯、確固たる方針があるかどうかは承知していませんけれども、少なくともそのような経緯であった。その中で、今なぜ選挙犯罪だけを公職選挙法自体は残すにも関わらず刑法典に取り込むのかという点に関しましては、相当な説明が求められるというふうに感じております。したがって、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だろうと。逆に言うと、公職選挙法を残す限りは、それを刑法典の中に動かすというのは、相当なご説明が必要だろうというふうに思っております。または公職選挙法の全廃ということを言うときに、現行の公職選挙法を見ますと、これは完全に釈迦に説法で恐縮ですが、議員定数に関する規定、それから選挙管理委員会の規定、選挙権等の規定、これらはいずれも根拠法令が必要となります。この根拠法令をどこかに置くということになりますので、公職選挙法の全廃というのは、今の文脈に関する限りちょっと難しいのではないかという感触を、私お話を伺っていて思ったというのが、まず一点目です。

更に進みまして、これは坪郷先生から事前に伺っていましたポイントですけれども、公職選挙法は国政に限定すると。これは手続的には非常に簡単だと思うんですが。2 条・3 条に地方公共団体と書いてあるのを削除するだけですので、そんなに大ごとではないような気はするんですが。公職選挙法は国政に限定した上で、地方自治体選挙は条例で規制するというやり方、これは恐らくあり得るだろうというふうに思います。理念的な話としましても自

分たちのコミュニティーの選挙の仕方は自分たちで決めるというのは、かなり筋の通った話なので、これは伺ったときになるほどと思った次第です。このような方法を採りますと、自治体選挙に関しては、公選法を全廃すると同様の状況が生じることになり、先ほど一つ目の「○」のところで申し上げた問題は一応クリアするということになります。

ただ次の問題は、条例罰則を使うかどうかという話になってきて。これはですね、条例にも罰則をつけることが可能です。都道府県の迷惑防止条例や青少年育成条例の類には必ず罰則が付いていますが、これは地方自治法 14 条 3 項の定めにより「2 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」に限定されておりまして、要するに条例罰則を使えるのは、非常に軽い類型だけです、ということが規定されているわけです。そうしますと、現状の法定刑を維持しようとする限り、地方自治体選挙に関する選挙犯罪は刑法典に入れてくる必要が生じてまいります。具体的に言いますと、大きく二つぐらい理由が考えられるかなと思うんですけれども。

・現行の選挙犯罪の内、長期 2 年以上の懲役を科すものですね。おとり罪・投票管理者への暴行などほとんどの犯罪が 2 年を越えていると思うんですけれども、長期の懲役を科すものを捕捉する必要性があるので、これは国法でやります。これは多分筋としては通り得るんだろうと。

・それから選挙の公正を保護するという観点から、ここは全国的に引いていなければいけない線だよねというラインは国法で決めておく必要はあるので、という理由で刑法典の中に入れていくということは、十分考えられる理由付けということになるでしょう。

もちろん条例でできる範囲でやるという選択肢もあり得るわけです。ただ、同様の選挙犯罪に対して、国政の場合だけ重くするという結論を採るかどうか、ということが問題となってきます。2 年以上はどうやっても条例の場合は罰則つけられませんので、同じ選挙犯罪を条例でも規定するということになってしまいますと、国政選挙の場合だけ特に重く保護する必要があるということになりますが、その理屈は通るのかどうかというのは、ちょっと私にはよくわかりません。それを避けるために、では公選法の法定刑を併せて引き下げるという作業が考えられますが、これは率直に申し上げて悪手だと思います。なぜなら公選法の 229 条に投票管理者等への暴行罪というのがありまして、これが 4 年以下の懲役・禁錮としています。これ刑法の中の暴行罪の法定刑の倍あるんですけれども。なぜ倍になっているかの説明は結構簡単でして、選挙の公正という保護法益が、暴行罪の人の身体という法益にプラスされているので、その分重く保護しているのだという説明で 4 年という法定刑、これ説明可能だと思うんですが、これを条例罰則の範囲に合わせて 2 年に引き下げてしまうと、今度刑法の方の暴行罪を更に下げるのかとなってきますと、暴行罪の法定刑 1 年以下という設計になってきます。ただ、暴行というのは怪我をさせない有形力の行使全般を含みますので、1 年というのは正しい評価をしているのかというと、若干刑法学者としては疑問が残ります。したがって条例でやるというよりは、自治体選挙は条例で規制して、ただその部分の選挙犯罪、特に全国的に統一が必要な部分については刑法典の中に入れていく。あるいはそれ用の特別法を作るのかもしれませんけど、というルートはあり得るのかなと感じております。というのが一つ目の部分です。

二つ目の部分なんですけれども、今度刑法典に入れてくるということだけにフォーカスしたお話をしますと。現行法上のすべての自然犯的犯罪を全部刑法典にそのまま移すのか、更なる絞り込みを行うのかという作業が必要になってくると思います。これに関しては、こういった作業が必要ですねということを指摘するにとどめたいと思います。というのは、私やはり公職選挙法そのものに関しては必ずしも専門としているわけではございませんので、ここはみなさまの知恵をお借りしたいところです。二つ目の「・」ですけれども、今度は刑法典のどこに入れていくのかという、かなり具体的な話が気なってまいります。選挙に関する規定を想定せずに作られている日本の刑法典でございまして、明治 40 年にできて以降全面改正というのは経験しておりません。したがって部分改正で似ているところに突っ込んでいくというような形で改正をしております。例えば、旧危険運転致死傷罪は暴行罪の特別規定 208 条の２に入れましたし。先ほどのウィルス作成罪は文書偽造罪の特別規定です。このようにある基本となる犯罪類型があって、その後ろに項目を入れていくというのが追加改正をしていくときのやり方になっているんですけれども。さてそうすると、選挙犯罪というのはどこに入るだろうということが、これ瑣末な問題なんですが、魚の小骨のようにきいてくる問題でもありまして。じゃあどこに入れるのかというのは、かなり意識しておいたほうが良いかなというふうには思います。一番近いのは、197 条・198 条の賄賂のあとに選挙犯罪という項目を入れていくという可能性です。ただ、198 条は贈賄罪の規定なんですが。じゃあ 198 条の２として贈賄のあとに選挙犯罪を入れていくというのが、わかりやすい体系的な法典の組み立てになっているのかというと、私は少し気持ち悪いという感想を持ちます。なぜなら贈賄だけではないので、贈賄だけではないものがかなり含まれていますので。贈賄に関連するものに関して言えば、198 条の２で、例えば選挙候補者・選挙管理委員会への贈賄という形で置くことは十分可能だと思いますけれども。一括して選挙犯罪がその後ろに 198 条の 2･3･4･5･６･7･8 って入ってくるのは気持ちが悪いところがあります。では、更にその後ろに置くかというと、199 条になってきますと殺人罪の規定になってしまうので、簡単に性質が変わってきてしまいます。もちろんですね、立法のやり方としては今の殺人罪を 200 条に移して、今ちょうど 200 条って空いているんですね。尊属殺といわれていた規定があったところで、違憲判決が出て平成 7 年に削除されましたので、200 条は空いています。そこに 199 条の殺人罪を移して 199 条を賄賂のあとの条文に持って行って、そこに選挙関連で 199 条の 2･3･4･5･6･7 と並べるというのは多分あるとは思います。ただ、条文の番号を変えるというのが、法務省の人たちがどの位やりたがるかというのはちょっとわからないところではあります。もう一つのやり方は、先ほどの選挙管理委員会への贈収賄を 198 条の２にしましょうと言ったのと同じように、刑法の中に基本犯罪があるものについては、その第 2 項なり 3 項を作る、或いはその条文の 2 の条文を作るといった形で個別の犯罪の加重類型に落とし込んでいくというような方法は考えられると思います。ただ、私は必ずしもきちんと理解できていないせいかも知れませんけれども、いわゆるおとり罪のように、これを刑法に対応する基本類型があるのかないのかちょっとよくわからないといったものをどう取り扱っていくのかといったところがなお課題としては残るでしょうと思います。

最後なんですけれども、これがどの位大きな影響をもたらすのかはちょっと読みきれないというか、よくわからないところがありますけれども。刑法の中に入れますと、所轄官庁が変更になります。もっと言いますと、所轄官庁が選挙というひとつのイベントに対して二つにまたがるということになってくると思います。具体的に言いますと、刑法を所管しているのは法務省でして、公職選挙法を所管しているのは総務省です。で、刑法の中に入れるということだけを見ますと、刑法典の方を改正する場合には通例法制審といって法務省の中の法制審議会での議論を踏まえることが多くなります。法制審議会は、学者・裁判官・弁護士・検察官・各種の有識者から成る審議会ですけれども。ここでの議論を踏まえることが多くなりますが。これは私の印象論でして、法制審にかけるとなると改正まで2年ちょっとかかるというようなイメージを持ちます。例えば先般の性犯罪改正ですが、松嶋みどり法務大臣が就任されて、肝いりで始まった企画だった訳ですけれども。企画と言いますか、法改正の流れだったわけですが、それでも2年8ヶ月という時間がかかりました。これは非常に慎重な審議をしたという言い方もできるけれども。大臣肝いりで始まった法改正であっても、法制審議会で慎重な議論を経るということは良い面ももちろんたくさんあるんですが、すぐに変えるということは、かなり難しくなってくるということがあります。もっと言うと、次の選挙までに改正できるという保障は全くないということにもなってくるのかなと思います。ここはちょっと瑣末な問題ですけれども、所轄官庁が複数にまたがってくる、或いは刑法にしたときの改正の問題が出てくる、ということは指摘しておきたいと思います。

縷々雑駁なお話を重ねてきたわけですけれども、私自身が私自身に課した課題との関係でみなさまにお伝えしておくべきことをまとめると、次のようなことになろうかと思います。

第一点目は、刑法典で選挙犯罪を規定することそれ自体は理論的には可能です。それに対して異を唱えるつもりはございません。できるかできないかで言ったらできます。ただし、できますが簡単ではないということを申し上げたいというのが今日の報告の趣旨です。

公職選挙法を維持したままですね、刑法典に犯罪だけ移すというのは、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となってきます。公職選挙法を全廃するというルートはもちろん考えられますが、これがどこまで説得力のある提案になるのかというのは、私には評価しかねるところです。

可能性として考えられるのは、地方自治体選挙のみ条例で規制し、その点についての犯罪は刑法の中に入れ込んでいくという可能性は十分可能です。あり得るとは思います。ただその場合でも、どの犯罪を刑法のどこに入れるのかがなお問題となってくる、というふうに考えられます。

非常に駆け足かつ雑駁な報告で、また必ずしもみなさまの問題意識を完全に汲みきった上での報告となっていないことは承知していますので、わかりにくかった点、あるいはここをもう少し説明してほしいということがありましたら、何でもお答えしたいと思いますのでどうぞよろしくお願いいたします。まずは、ご静聴ありがとうございました。

三木由希子：ありがとうございました。私たちが議論すべきところと言うか、これまで議論してこなかったところについて色々と示唆的なことを言っていただいたかと思います。
法務省との関係でいうと、お話をお聞きしながら思いましたけれども、諮問というハードルと議論してもらうハードルの二段階あって。そのために以下に法務省を通さずに個別立法で対応してきたということに、自分自身が腐心してきたかということを思い出しました。実現ベースの話にするのか、あるべき姿を求めるのかというところでも議論の方向が変わってくるのかなということを、お話をお聞きしながら思いました。
　それでは、質問・ご意見両方でかまいませんので、いかがでしょうみなさま。
片木淳：どうもありがとうございました。我々の問題意識を相当的確に捉えていただいて、それに対して的確な綿密なご説明をいただいて、非常に我々としても成る程なと思った点が多かったということを申し上げて感謝したいと思います。
　それで内容的に、ちょっと質問ということでもないんですが、確認しながら教えていただきたいと思いますけども、一つは、先程も言われたように委任の関係ですね。４ページでしたかね。ああ３ページ、法制審議会での議論ですね。書ききれないという、政令委任がある以上というところですが、仲道さん自体もおっしゃっていたんですが、理屈として納得しにくいところがあるのは、何と言いますか、今までの流れから言って刑法の中には政令委任のようなものは入れていないんだという意味では分かるんですけども、冒頭ご説明にあったように、８条で特別法も変わらないんだと。特別刑法も一般刑法も内容的には変わらないんだということになると政令委任があっても良いんじゃないかという開き直ったような議論もできると思うんですけども。やっぱりそういう意味だとちょっと綿密な理屈というよりは、何か今までの流れとか収まりが悪いとかっていう、そういう感じのものだというように理解してよろしいのでしょうかね。
仲道祐樹：断定することはもちろんできないんですけれども、私自身の感覚として最初これを読んだ時に「まあ、そうだよね」って思ったんですね。政令委任があるんだったら、それはまあ刑法には書けないわなあと、最初一読した時にすっと思ったんですね。これは事実でして、ただ考えてみると、今おっしゃったように、さてそれはしかし理屈の問題としてはどのようになっているんだろうかと。特別刑法だから政令委任して良くて、刑法典じゃダメだという理屈はないよなあという風には思っています。それは何かというと過去の経緯というものもあるんでしょうし、一つにはやっぱり刑法という一つの法典としての書き方の統一性ですね。といったものはやはりあるんだろうという風には思うところです。はい。
片木淳：あれですね。もうちょっとギリギリ議論していけば今のこの２ページの下の政令委任の言い方ですけども、言い方と言いますか、例えばこの例で平成 25 年の自動車運転過失致死傷罪の特別法化が挙げられて、その時の議論なんですけれども、厳密に言えば罪刑法定主義から言って、そもそも政令委任がおかしいんじゃないか。「書け」と。
仲道祐樹：そもそもそれがあります。
片木淳：ということから言うと、政令委任を前提にしていることがらがおかしいような感じがしますよね。
仲道祐樹：それは法制審の中でも議論が実はありまして、行動準則のうちの、どういう人が

運転しちゃいけないのかという部分について、法律だけ見ても分からないようになっていると。それだとやっぱりまずいんじゃないかと。やっぱり法律に書くべきじゃないかという議論はもちろんあったわけなんですけども、ただことは要は病気の種類を挙げるって話なんですね、これ。てんかん、統合失調症、それから躁鬱、あともう二つぐらいあるんですけれども。それを法律の中に書くというのが良いのかどうかっていう議論が、また別途この時はありまして、ご記憶の方あるかもしれませんけれども、要はてんかんの人は乗ったらだめなんだって書き方をすることが良いのかどうかっていうのが、この時かなり激しく議論になりまして、そことのバランスっていう面も、実はこの議論にはあるんですね。だからちょっとこの例は、なんで持ってきたかというと、特別刑法に刑法から出て行ったものはあった、この時の議論はこうですというに留まりまして、この時のプロパーの、これでやり方良かったかっていう議論は色々あり得るというところではあります。はい。

片木淳：ただあれですか、病気の名前も、しつこいようですが罪刑法定主義の本来の定義みたいなことから言えば、それを、じゃあ政令に委任して同じことじゃないかと、あるいはもっと悪いじゃないかと、内閣にね、という、逆に言えば内閣に書かせれば国会の責任は逃れられるというような印象も受けたんですけれども、そこはどうでしょうか。分かるんですけどね。あえて言えば。

仲道祐樹：もちろん政令委任そのものが罪刑法定主義の要請から禁止されているわけではないんですね。法律の書く範囲で、この部分についてだけ政令に委任するという形でかなりきっちり書いた上で委任することは、正に今おっしゃっていましたけれども、立法府からこの部分は立法府で決めますと、あとその詰めの部分は政令でやっていただいて構わないという風に、ここはやってくれと明確に委任している場合には政令に委任することというのは一応許されることになっておりますので、解釈上です。一応罪刑法定主義との関係ではできないわけではないです、政令委任そのものは。

片木淳：分かりました。それと４ページですけども、相当な説明が仮に刑法典に入れるということに、気になる点をご指摘いただいているわけですけれども、一番目のところで、そうするにしても相当な説明が要ると。

　それから一つ前提としておっしゃっていた公職選挙法の全廃ということは我々も考えていないと。これはずっと我々の議論で、公職選挙法の選挙運動規制の全廃と。これも残すものも若干出てくる可能性もあるんですけれども、それはこれから議論していくんですが。ということを前提にして相当な説明が必要だというご指摘をいただいたんですけども、我々は、これは気持ちの問題で厳密な議論じゃないんですけども、公職選挙法に書いてある選挙運動規制というのは、先進諸外国には無い規制であって、これはできたら全廃ぐらいの気持ちでやらないかんと。そうなるとドイツ、ご紹介ありましたように、ドイツのような形に行くんじゃないかと。つまり自然犯的なものだけ絞って刑法典に入れて、あとは公職選挙法は、逆に言えば手続き的な、特別刑法的なものは全廃というね。元々要らないんだというものを、根っこを廃止するという発想できてるので、逆に今の公職選挙法規制の特別刑法部分に、公職選挙法の特別刑法的規制の部分を全廃するということだけなんですよ。ただ自然法的なやつは残さざるをえないから、それも中に残す必要はないじゃないかと。刑法に移動すれば

できるということですね。という主張がなんとなくあったんですね。

今日のご議論で、いや、そうは言っても中々実際に立法の案を作る時には相当引っかかってくるなという印象をね、ご指摘でよく分ったんですけれども、そこで場所の問題のご指摘があったんですが、確かに入れにくいと思いますけど、これご存知だったらということなんですけれども、ドイツの刑法典ではどんな場所に入れているのかご存知ですかね。まあ、一般的な、日本の刑法にも公共に対する罪みたいなものは何かありましたよね。あんなところに放り込むとかですね、というのもちょっと思いつきなんですけれども。それは無理なのかな。

仲道祐樹：今条文を出しておりまして、はい。これ順番で行きますと、順番というか一番大きなところで行きますと、条文の並びで言いますと、まず内乱の類の後ですね。それから外患誘致のような類ですね。

片木淳：騒乱罪とか何か。

仲道祐樹：そう。それが来まして、その他外国国家に対する罪がありまして、その後に、まず最初に元々は憲法上の機関に対する様々な犯罪ですね。例えば憲法上の機関というのはこの場合、連邦議会とか、そういったものに対する犯罪を規定しているところが 105 条というところにありまして、106 条が連邦大統領とその他の憲法上の機関の構成員に対する脅迫・強要の罪というのがあって、その後に選挙妨害が来ていました。それが 107 条でして、その後に何が来ているかと言うと国防関係の罪ですね。その間に丁度入っていると。

これは今見ますと、つまり連邦議会に対して何か圧力をかけるのはいかんよねと。ちょっと今注釈書を持っていないのでおそらくこういうことだろうという推測でお話をしておりますが、連邦議会の判断に対してドイツ語の Nötigung 強要という風に訳すんですが、これはちょっと特殊な意味がありまして、相手方が何か判断をすることが出来る人であるというのを前提に、その意思を捻じ曲げて別のことをさせるという、そういう犯罪なんですね。105 条は州または連邦の立法機関またはその委員会、それから連邦会議、大統領を選出するところですけれども、あとは連邦政府に対して暴行または脅迫を用いて権限にないことをやらせる。あるいは権限あることをやらせないというような犯罪というのが 105 条にあって、連邦大統領がその次に来て、その前提となる選挙のところでやるというのが続いていると。そういう建て付けですね。ただドイツ刑法の場合には 1975 年に全面改正をしていますので、その時に多分そういったところに入れるということにしたんだろうという風に思います。

日本の改正刑法草案という議論が昭和の 30 年代だったと思いますけれども、一応ありまして、ただその時に選挙犯罪等を取り扱っていたかは、すいません、調べてくれば良かったんですが。

片木淳：今の日本の刑法典の中には、ちょっとさっきおっしゃった以外に、そういう公共の、国会議員に対して何とかっていう罪は無いですよね。

仲道祐樹：無いです。

片木淳：だけど今見たようにどこかに放り込むという手もありますか。

仲道祐樹：そうですね。今ざっと見ますと公務執行妨害罪の後に付けていくというのが一番

近いですかね。今のやり方で言うと。95 条なんですが。ただここで言う公務執行妨害は、3 年以下の懲役もしくは禁固または 50 万円以下の罰金ということになっておりまして。もちろんここに国会議員等々の職務は含まれてくるんですが、そうですね、ここに入れていくというのが一つの方法かなという気はいたします。はい。

片木淳：ドイツにちょっと似てる。

仲道祐樹：そうですね。ここに入れるというのは一つの方法かなという気がしますね。はい。

片木淳：分かりました。ありがとうございました。とりあえず。

三木由希子：はい。他にいかがでしょうか。はい、どうぞ。

田中久雄：どうもありがとうございました。本当に分かりやすくご説明いただきましてありがとうございました。質問なんですけれども、ちょっと罰則規定とは外れるんですけれども、先生の刑法学者としてご専門の立場からご意見を伺いたんですが、ご承知のとおり公職選挙法というのは「べからず集」といって、あらゆる選挙運動の形態を禁止しているということで、それで特に事前運動禁止ということがありますけれども、その時に、公示なり告示があって選挙運動期間に選挙運動というものはやるものであって、それ以前に選挙運動はやってはいけませんと。政治活動はできますよというわけなんですけれども、法律、公職選挙法の中に選挙運動は何かという定義が無いんですよね。無くて事前の選挙運動は禁止ですよと。しかもその事前に可能な政治活動と選挙運動はどこが違うんですかと。政治活動は事前であっても OK ですよと。選挙運動はいけませんよと。政治活動についても定義が無いんですよね。だから根本原則について罪定法定主義とかね、あるいは刑法の構成要件に合致して実際そういう風に該当するから罰則規定がありますよというのが、通常の形だと思うんですけれども、その定義の無い、選挙運動はいけませんよと言いながら、じゃあ何が選挙運動ですかということが何の法文上も書いてなくて、実際の実務上は最高裁の判決で運用されていると。そういう形態で運用されるということに対して、専門家の立場からどうお考えかということをお願いします。

仲道祐樹：ありがとうございます。実は特別法を使う時のもう一つのメリットとして今回レジメに入れようとして入れなかった点が正にそれでして、公職選挙法は実は違うんですが、普通の特別刑法だと 1 条が目的規定で、2 条か 3 条に定義規定が入ります。「本法において〇〇とはこれを言う」というのが大体つくのが特別法を使う時のもう一つのメリットでして、そういったことが一つある。ただ公職選挙法は、定義規定があるなと思ってわくわくして確認したんですけれども、「この法律にいう公職とは」っていうのが一部だけ書いてあるだけで、他の大事なこと何も定義が無いっていう、びっくりしたというのがあります。

その上で刑法学者としてこの状況をどう思うかって言われると、刑法学者として申し上げると、そもそも刑法典は定義規定を有しておりませんで、処罰の限界みたいな本当にボーダーラインケースは最高裁の判例で規律されている面というのは相当程度ありますので、刑法の適用の問題としてということで申し上げれば、ちょっと皆様の空気がピリっとしたんですが、それ程違和感を感じないというのが一つあります。

ただし、行動準則は明確であるに越したことはありませんし、何よりも次の問題は選挙運動とか事前運動という言葉から合理的にその意味に到達できるかどうかというのが、実は

刑法学者が一番気にするところでして、最高裁の判例で意味が確定しているから良いんだという言い方をしたのではなくて、私必ずしもきちんと全部の規定を承知しているわけではないんですけれども、その政治活動とか条文の建て付けを見たときに自分の行為が例えば事前運動に当たるという風に、一般的な判断能力があった人がたどり着けるかどうかを重視するのが刑法学者の思考方法です。

ちなみにやっぱりご覧になって無理無理な形の帰結が今出されているんだとすると、それはやはり最高裁まで争うと若干ガラガラポンというと語弊がありますが、その時までは意味が確定しないということなので、そこは明確にするような定義規定を置くというような方向は十分ありうるんだろうという風には思っております。はい。

なのでまとめますと、最高裁の解釈によって意味内容が確定すること、それ自体は問題があるとは思っていません。問題になるのは、その意味内容が条文を見た時に一般人が普通に推論すればたどり着けるものなのかということをより重視するのが法学者としての発想ということになります。現状がそうなっていないのであればきっちりと書くべきなんだろうという風に思うというお答えになろうかと思います。はい。

三木由希子：はい、ありがとうございます。よろしいでしょうか。

田中久雄：正におっしゃる通りで、立候補した人が自分たちが一年前ぐらいに準備するわけですよね。それが事前運動になるのかならないのかということが分からないまま実際にやってみて後からそれに触れているということで、常識的に法文の規定から事前に抑止効果というかね、やっていけないこととやっていいことというか、明確になっていないから候補者なりあるいはそれを応援する推薦者とかね、運動員とかも皆分からないわけですよね。それで選挙管理委員会それこそ都道府県にそれぞれありますけれども、解釈がバラバラなんですよね。それで統一的にやるために総務省の地方選管とか何か統一的に通達か何かを出すこともありますけれども、必ずしもそれが全部網羅しているわけではなくて。だから当道府県ごとに解釈の仕方が違うし、取り締りの厳しさも違うわけですよ。

ちょっと脱線しますけど、沖縄はかなりゆるやからしいんですよ。昔米軍の占領を機にアメリカの選挙運動っていうのがかなり染み付いているわけなので、ですから復帰してもかなりおおっぴらに選挙運動みたいなのを事前にやっていると。それが今でも残っていてかなり沖縄県については、戸別訪問や何かもかなりゆるやかだとか話を聞きますけどね。それだけかなり地域ごとに、あるいは選管なり警察自体も分からないわけですよ。これが果たして選挙運動の構成要件に該当するかしないかということ、取り締まる側が分からない。法律を管理する選挙区の選管自体も分からないと。そういうものがまかり通って、選挙運動について取り仕切っているということ自体がちょっと私自身疑問に思っているわけですけれども。これはちょっと余談ですけど。

三木由希子：他いかがでしょうか。私も一点お聞きしたいことがありまして、要は刑法典か特別刑法かっていうことで言うと、私の色々関わっている領域で言うと、個別の法制度や条例の中に諸規程を設けるときって、大体法で規制とか禁止している事項があって、立法趣旨に当たる目的規定とか定義規定があって、法文に違反しているから刑事罰ではなくて、その中でも特に悪質で刑事罰に値するものを取り出して、刑事罰の罪状にするっていう構成に

通常はしますよね。そうすると、結局公職選挙法みたいなものを手続法に特化した場合には、刑事罰をいきなりぽこっと入れるわけではなくて、その前段階の様々な禁止規定とか規制とおそらくセットで構成していかないといけないことになると思うんですけど、一方で刑法典に入れるとそこの議論を飛ばして刑法に何するかってことになりますよね。そうすると、何か本質的な違いみたいなものが、そういった制度の作り方によって発生しうるのかどうかっていうのが、基本的には無いという理解で良いんですかね。要は公職選挙法の作り方そのものに、ある程度影響するような話になるのかどうかっていうのが、ちょっとお話をお聞きしていて、つまり公職選挙法に何か禁止規定が無いと刑法典の方に上手く入れられない話になるのか、それとも全然そんなもの関係なく別の問題として議論すればよいのかというところですね。はい。

仲道祐樹：例えば、選挙というものが民主社会の根幹を成す制度であり保護の必要性が高いと。そうすると選挙の公正を侵害する行為のうち、特に刑罰の対象にするべきものは何だろうかという発想で考えていくのが刑法で犯罪化をしていく時の発想です。この時には、禁止規定があるからこれを犯罪にするという発想ではなくて、選挙が公正に行われるためには、あるいはもっと言い方を変えると、もう少し抽象度を上げると、本当に民主的な選挙を達成するにはどういう風にすれば良いのかっていう話がまずあって、今のところ普通、今のところドイツなんかが考えているのは、選挙権者の意思を歪めないというのが一番大事なんだ。あるいは選挙そのものの秘密が担保されることが、選挙そのものの実施の公正が保たれることだという風に考えていると。これを害する犯罪、行為っていうのはいくつかありえるところ、そのうちこれはやっぱりダメだという順番で刑法典に入れるときは考えていくだろうという風に思います。いわゆる犯罪化の思考ステップですかね。保護するに値する利益が存在するか。そしてそれをどういう行為からどうやって保護するのかっていうことを考えていく。そういう手順になると思います。

今の公職選挙法の建て付けは、べからずの行動準則がざっとあって逐一に罰則規定が付いてきているという建て付けになっている。この時は何を禁止するかが先にあるという感じですね。イメージとしては。どういった行為をさせたくないのか、あるいはさせるべきなのかという規制の仕方がまず先にあって、その規制の実効性を担保するために罰則を使っているという。なのでちょっと発想が逆と言えば逆なのかなという印象は持っています。

なので刑法典の中に入れる場合には、それほど細かな行為類型の書き方、例えば仮に「95条の2」になったとして、「95条の2第1項3号のウ」とかなるとですね、これは刑法典としての一望性みたいなものが美しくなくなるという言い方をすると語弊がありますけれども。というよりは、こういうことをしたら、「〇〇した者は〇〇に処する」というシンプルな形式で書くことが多くなってくるのかなという形で思っています。はい。ちょっとお答えになってるかどうか分からないですが。

三木由希子：いえ、ありがとうございます。よく分かりました。

坪郷實：今日はどうもありがとうございました。前にご相談した時よりもはるかに多くの重要な論点を整理をしていただいたので、論点は非常に明確になったんですが、ただこれを踏まえての具体的にどうまとめるかっていうのはちょっと見通しがすぐつかないという気が

してるんですが、後でちょっと城倉さんに3月18日もう一度これをやるのは日程的に無理ではないかというのは、今日のお話を聴いて正直な感想なんですが。その上で今日言われたこととの関係で半分ぐらいテクニカルな問題含むかも分からないんですが、先ほど片木さん言われたように、現在の公職選挙法というのは選挙規制が非常に前面に出た法律であるので、ある意味では従来の公職選挙法を基本的には廃止をするという方向で考えて新たに当然選管も含めて必要不可欠な手続きの規定を盛り込んだ「選挙法」を新たに作ると。その場合には衆議院・参議院といった国政レベルの選挙の手続きを決める法律と、自治体の選挙については別途法形式を考えるというやり方も考えられるんじゃないかという議論をしてきているわけですね。最終的にどうするのかはまだこれからではあるんですが、その時にそれぞれの国政レベルでの選挙手続きの法律。それから自治体に関しては各個別の条例でやるのかどうするのかとか色んな選択肢があると思うんですが、それとまた別に先ほど言われたような公正な選挙を実現するためにどのような犯罪については禁止すべきかという発想で自然犯になるでしょうか。非常に限定的に選挙犯罪についての法律を別途定めるというような。こういう風にやると、こういう構成を例えばとることは可能なのか。あるいはそれに関連して何か良いヒントがあればお聞かせ願えればと思います。

仲道祐樹：ありがとうございます。ご質問の趣旨は、要は手続規定と禁止されている選挙犯罪を別の法律にするという方法はありうるかということだと思うんですけれども、これも別に可能ではあると思います。可能ではあると思いますが、私の今日のお話は全てそのパターンなので非常に恐縮なんですが、可能ではあると思いますが、なぜ分ける必要があるのかが逆に今伺っていてまず直ぐに気になった点です。というのは、先ほど申しましたように選挙の手続を定める目的は何かというと、それはやはり公正な選挙を達成するためですし、その罰則規定を抽出する基準もおそらく公正な選挙を阻害する行為のうちどのようなものを特に規制していくのかということですので、相当程度両者の領域がオーバーラップしてくるのが普通だと思うんです。そうしますとあえて手続はこっちで、実体法はこっちでという風なやり方を選挙の場面でやるのが良いのかどうかというのは、ちょっと分かりません。よく分かりませんということです。ただ手続法と実体法を分けるということそれ自体はそんなにおかしなことではなくて、現に今日本の法体系の基本のところは民法という実体法と民事訴訟法は別になっていますし、刑法も刑事訴訟法という手続法を別に持っていますので、そこが分かれることそのものは、ありうるんだろうとは思います。ただ目的が共通していて使われている文言がおそらく定義規定などが相当オーバーラップしてくる時、そしてその正に他ならぬ選挙を進めるための手続規定と、その手続の過程で生じてくる違反行為といったものをわざわざ書き分けるというのは、理論的にはできます。ただし、実際の法改正あるいは法の新設を伴うわけですね。そうすると片方が通って片方が通らないってことがありえます。これはあんまり考えられない事態ですけれど、理論上は十分考えられます。国会の会期が満了して片方通ったけど片方廃案になるってことは考えられないではなくて、そうなるリスクを考えると一本の法案で通したほうが安全ではなかろうかというのと、やはりこの手続のこの部分でこの行為が問題になるということは逆に言うと行動準則としての明確性を高めるという風に思いますので、そこは強いて切り分けるというのには、私は刑

法学者だからかもしれませんけど、違和感を感じるところです。はい。
三木由希子：はい、ありがとうございました。岡﨑さん、何かありますか。
岡﨑晴輝：今のお話を伺って、もう全面的に説得をされました。ありがとうございます。
仲道祐樹：ありがとうございます。
岡﨑晴輝：刑法典に移行するというのは、もうかなり無理があるんじゃないかというのが私の考えですね。ちょっとその辺りも含めて刑法典に移行するのが理論的に無理であって公職選挙法の改正で代用したほうが良いんじゃないかという辺りをもう少し議論したいなという風に感じました。以上です。
仲道祐樹：ありがとうございました。
三木由希子：はい。他いかがでしょうか。じゃあ桂さん。
桂協助：すいません。私最初の方の、この審議会での運動規制をとっぱらおうということで話し合われていたことは「大体刑法で対応できるんじゃないか」というような楽観的な話をしてたように思うんですけども。未だに私はそのレベルにいるんですけれども。選挙運動の規制をほぼ全面的にとっぱらった時に、残る、問題になる処罰っていうのは何なんだろうかというと、まず贈収賄の問題がありますよね。それから第二に運動規制をとっぱらうことによる過剰な運動が行われることになる。例えば戸別訪問をして相手先でドアを閉めさせないで強引にドアを開けて話し込んでいくと。こんなのは多分住居侵入罪の類ではないのかと。それから、後は相手の判断に有無を言わさずに押しつけをすると。これは思想信条の自由の侵害ではないのかと。というようなことで、多分、刑法をちゃんと読んでない人間が言うのは恥ずかしいんですけど、刑法の中にはそういうのはあるんじゃないだろうかという思いをしているんです。

それから後、過剰な運動の逆で、選挙妨害の方もエスカレートする可能性があると。こういうものも多分刑法の中に対応する犯罪があるんじゃないかなと。だからこの大きく言って三つ、贈収賄と過剰な運動、それから過剰な妨害。この三つとも多分、刑法で対応できるんじゃないかと思うんですけども、そこはどうでしょうかということです。
仲道祐樹：ご質問の趣旨は今ある既存の刑法典でということですか。そうですよね。まず選挙に出ている候補者に対する事前の贈収賄ということですけれども、これは事前収賄罪・贈賄罪が一応規定としてはあるんですが、当選した後ですね、要は、条文一応、ちょっと待ってください。197 条の第 2 項というものなんですけども、「公務員になろうとする者が」というのが主体になっている事前収賄罪という規定が一応ありまして、これを使うことはもちろん可能なんですが、ただこれは公務員になろうとする者が、その担当すべき職務に関連して請託を受けている。つまり、当選した暁にはこれをやってくださいっていう風に言われて賄賂を受け取った時です。その後、晴れて公務員になった時に処罰されるという規定なので、まずこれ当選しなかったら処罰されません。それからこれをやってくださいっていうのを候補者に対して言うというのが必要になってきます。なのでおそらく想定されている候補者への贈収賄とは違った類型を捕捉するものになると思います。おそらく選挙期間中というのは基本的に候補者の方は公務員ではないことになっているということで良いんですよね。なので適用できるのは刑法典の中に今あるのはこれだけです。というのが一つ。

もう一つは戸別訪問が行き過ぎて、玄関先でというような先ほどの例ですが、これは典型的に刑法 130 条の住居の不退去罪という法があります。侵入する方、入ってくる時には「何ですか」と言って、「〇〇さんのところの選挙の件で来たんですけど」と来て、「ああ、はいはい、どうぞ」と言って、「でもまあそういう風に言われるんならちょっとうちは協力できないから帰って」と言ったのに帰らないパターンですね。これは不退去罪の典型例になりますので、それは不退去罪というものが 130 条です。捕捉は可能です。

もう一点が・・・

桂協助：思想信条を脅かすような働きかけ。

仲道祐樹：はい。それは刑法が、今の既存の犯罪で言うと、脅迫か強要になると思うんですが、ただいずれも暴行か脅迫を用いていないといけないんですね。行為態様として。従って例えば無理にどこかのカフェのトイレに連れ込んで「投票するって言わないと帰さないぞ」というようなことならともかく、例えばしつこくしつこくメールが来るであるとか、投票呼び掛けの電話が来るといったことで脅迫になるという評価をできるかというと、これはちょっと難しいのではないかなという風には思っています。もちろん文脈によるんですけどね。私なんかの出身している地域のような小さいコミュニティで「どこそこの誰々さんが今度選挙に出るからユウくん投票よろしくね」という風に言われてきた時に、「NO」と言ったら何が起こるか分からない。うちは違いますけれども、「NO」と言ったら何が起こるか分からないシチュエーションの下で、それをやったら脅迫に当たる可能性はありますが、それは文脈による。全てが捕捉できるというわけではないということです。

三木由希子：よろしいですか。

桂協助：とするとやはり、規定が新たに必要になってくるだろうという見方になるでしょうか。

仲道祐樹：例えば、贈収賄というのと、基本的に贈収賄は公務員が職務を売り渡す犯罪だと理解していますので、選挙の過程で買収をするというところまでは含んでいないわけですね。買収行為を捕捉したいのであれば少なくとも既存の贈収賄罪では無理だと思います。それから、おとり罪の類もこれ刑法典で状況によっては使えるものもあるんでしょうけれども、片方に選挙違反をさせるように落とし込むというやつですね。これも刑法典の中にパチっと嵌る犯罪類型があるかというとすぐには思い浮かびません。

選挙自由の妨害の類の中で、例えば選挙管理委員会に対する偽計の業務妨害とか、そういったもので捕捉できるものは相当数あるとは思うんですけれども。相当程度は捕捉できるのかなという感じはしております。

あと難しいのは刑法の中に秘密の漏示罪ですね。投票の秘密そのものを暴露するという行為を規制するかどうかということなんですが、仮に規制するとして投票の秘密侵害に適用可能なものっていうのは、おそらく投票箱を壊すとかの器物損壊とかっていう程度になろうと思いまして、それがその投票の秘密を害したという行為の性質をちゃんと捉える処罰評価なのかというと、ちょっと疑問もあるかなと。なので必ずしも全部が全部既存の刑法典で対応できるかというと精査が必要だろうという風には思います。

逆に今申し上げたような買収、それからおとり、投票の秘密の侵害あたりを差し当たり挙

げさせていただくと、これを処罰しないというのであれば、刑法典だけで対応することが多分できると思うんですが、投票の秘密侵害罪は流石に選挙制度のコアだろうと思いますので、これを外すというのはちょっと、分かりません、私は専門家ではありませんので評価を差し控えますが、ちょっとそれは賛否が分かれるのではないかなという風に思います。はい。

桂協助：そうしますと、刑法に新たに書き込むか、または別途の特別法ということにするか、やはりその選択が必要になってくるだろうということになりますね。

仲道祐樹：そのように考えています。

三木由希子：ありがとうございます。刑法典でカバーできるものであっても、特に例えば選挙の自由とか、民主的プロセスの重要性という観点から、例えば選管に対する妨害行為をより厳しく罰するということも当然考えられるという話ではありますよね。ドイツなんかはそういう感じになるんですかね。

仲道祐樹：新しく立法する場合という前提ですよね。

三木由希子：はい、そうです。

仲道祐樹：その場合は、例えば途中４ページに例で挙げましたけども、投票管理者への暴行というのが一般人への暴行に比べて重く処罰されている理由というのは正にそういうことなんでしょう。選挙の公正を担保するという価値が乗っかっているからこそ、その部分で重く処罰されるに値するという評価になっているという。ドイツなんかでも、ちょっとごめんなさい、今日法定刑まで持ってこなかったんですが、おおよそ注釈書を見ますと、選挙の公正というものが中核にあって、それを侵害する方法として例えば暴行・脅迫をしているとか、強要しているとか、欺罔的手段・詐欺的手段によって「Ja」に入れたところを「Nein」にマークさせるとかですね、そういったようなことを処罰するのが選挙の公正を保護するためであるということで説明しますので、新規に立法する場合に選挙の公正を守るためプラス人身の自由とかいったことで、少し刑を重くする建て付けは、これは十分考えられるところです。

三木由希子：ありがとうございました。要は何のために刑事罰を位置づけるかというのと、何のためにどういう制度目的として、こちらが公職選挙法なり選挙制度を位置づけるかというところを一緒に議論しないと刑事罰の議論というのはちょっと中途半端になる可能性があるということかなと理解をしました。ありがとうございました。他にご質問何かありますか。どうぞ。

片木淳：折角の機会ですので、ちょっと直接の関係ではないんですけれども、元々この公職選挙法の選挙運動規制が厳しすぎるというのは、戦後何回か検察官の方自体が「これはひどい」と。「こういう規制は止めろ」ということを検察官が捜査する過程で自覚して、さっきの田中さんの話ではありませんが罪刑法定主義からしてもおかしいというようなことを公にされているのが何回かあるんですけれども。それに関連して、ちょっと疑い、これはもう日本の刑法の運用そのものの問題なんですけれども、疑うものはこの間のゴーンさんの逮捕の問題でちょっとみんなが意識しだしている日本の刑法のおかしさっていうか、何とか司法ですね。人質ですね、「人質司法」という言葉で非難されるようにもなって。実際はフランスとの違いは議論されてますけども、良くないと単純には言えないんだと論調が多い

と思いますけれども、そこで質問なんですけども、日本の公職選挙法の取り締まりもそうなんですけども、全部含めて一般刑法も特別刑法も含めて、刑法の根本的な姿勢というのが昔の戦前とあまり変わっていないんじゃなかろうかという疑いですね。日本国憲法ができたにもかかわらず。特に今外国との関係でゴーンさんのことも出てきて、非常に問題になってきているという状況だと思いますけど、その辺、刑法学者の方々の中には日本の刑法の、わたしに言わせれば前近代的なところがあるんじゃないかと疑っているんですが、その辺の議論というのは無いものでしょうか。

仲道祐樹：非常にお答えをしにくいんですけれども、そのような議論が有るか無いかで言えば、もちろん有ります。もちろん有ります。つまり今回の場合は特に未決勾留で、起訴前勾留ですね。起訴前勾留の部分で新しい被疑事実を追加して逮捕して、もう一回拘留をして、しかも保釈を認めなかったという点を捉えて、おそらくは人質司法であるという風な批判がなされているだろうと拝察します。

私、人質司法、日本の刑事裁判が人質司法であるということを言う論文というのはいくつも読んでおりますけれども、変な逃げ方をするわけでもないんですけれども、証拠を見ていないんですね、我々は、刑法学者は、少なくとも。証拠に基づいて判断をしなければいけないと。我々外から見て長期に拘留が及んでいるのでこれは帰す気がないんじゃないか、人質、中にずっと閉じ込めておいて意見を聞いているんじゃないかと。取り調べをしているんじゃないかと。そのために保釈を認めていないんじゃないかということですけども、基本的には証拠に基づいた判断をしているという点では、しているということは、これは間違いなく言えると思っていまして、証拠を見ていない以上は何を言ってもそれは科学的な学術的な発言にはならないだろうという風には思っております。これは私自身の意見です。なので持って回った言い方をしましたがノーコメントということになります。正直よくわからないです。実際のところを見ていないので、見ていないものについて論評するというのは差し控えたいというのがお答えになろうかと思います。ただそのような議論があるのは間違いありません。ただしそのようなことをお書きになっている論文というのはもちろんいっぱいあるんですけれども、弁護士さんがお書きになっているというのがもちろん当然多いわけです。ただ逆に当事者、勾留延長を申し立てる検察官であるとか、その勾留延長を認めている裁判官というのは必ずしもその点についての論文というのは書いておられないわけですね。なので、人質司法という言葉が出てきているというのは承知していますし、おそらくその言葉が出るだけの何か背景はあるんだろうとは推測はできるんですけれども、日本が人質司法であるという命題を述べるには私はまだまだ勉強が足りていないというようなお答えになるのかなと。

片木淳：あれですね。新聞情報しか私も知りませんけど、例えば鈴木宗男氏が二年ちょっとでしたかね、相当長期に渡ってやられた時には認めないと釈放しないというようなことがあったっていう風に。心が折れかけたってこの間も新聞に書いてましたけども、要するに自白しないと出してもらえないということで長期になっているんだというようなこととか、それから弁護士が付いていないと。フランスは付いているのにという話もありますよね。そういうような点についてはいかがですか。

仲道祐樹：具体的な話として、取調手法において自白しない限り出さないぞという、これは限りなくファールに近い部分だと思いますので、そうした捜査手法を認めて良いかという論点になってくるとそれはやっぱりダメだろうという風には思うところですし、後は勾留中の被疑者に弁護人を付けるようにするかどうかですね。これは改正がこの間あったような。ちょっとすみません。どの段階で弁護人を付けていくかということ自体が刑事訴訟は人権保障をしながらも、やはり真相の解明ですね。真実の発見をしなければならない。そのバランスの中でどの段階から弁護人を付けるのが良いのかというのは制度設計論としては、色々ありうるところですが、個人的には早ければ早いほうが良いんだろうとは思っていますけれども、ただそれを私選で付けられるのか、国選でそこまでやるかという話も出てきますので、ちょっとその辺りはそういったことに話が及ぶとは考えておりませんでした。準備が不十分で申し訳ありませんが、そのぐらいにさせていただければと思います。

三木由希子：はい、どうぞ。

小林幸治：ちょっと感想みたいな話になってしまいますけど、さっき桂さんもおっしゃっていただいたように、この審議会で答申を罰則の部分をどうしようかって時に、最終的に買収だけは残さないとダメだよねって話になって、買収だけだったら公職選挙法の罰則規定に残すのではなくて刑法に持って行っても良いんじゃないかって話になって。僕は刑法自体本当に学んだことも触れたこともなく、今日は本当に勉強になりましたとしか言いようがないんですけれど。極端な言い方をすればどちらでも良くて、個人的には。きちんとルールに則って運動がされてないんであれば、警察になると思いますけどちゃんと取り締まる。できる限り、先ほど田中さんがおっしゃっていたように地域ごとに全然違うので、完全な一律になるかどうかは別ですけど、ちょっと差がないようにというか、あんまり緩い所と厳しい所というのが出るというのもおかしな話だと思っているので、それはどうしようかということなんだと思う。実際に選挙運動として法律、ルールとしてどこを残すのかという議論を一方でやっているので、それの罰則規定をどう置くかというのは当たり前ですけど相まっているものなので、そこを考えていかないといけないんですけど、現実に今の公職選挙法の中だと選挙事務所に拳銃を置いていたらダメですよとか、銃刀法違反でしょ、それは、みたいな話も乗っかっていたりするので、そんなものはもう要らないだろうとか。何かそういう議論をきちんとしていかないといけないんだろうなというのが、ちょっとそこまで作業がこちら側もできていないので、やっていかないといけないことなんだろうなと思ってます。

ただお話の中で立法技術というか法技術的には、刑法の中で位置づけることも不可能ではないけども、その実現可能性から言うとかなり現状では薄いんじゃないかというご指摘をいただいたので、そこら辺も踏まえてどこを残すのか、どういう風に。総務省と警察、法務との関係も、今の「べからず選挙」で、どうなっているかの、本当に担当者レベルでもわからないような状況になっている中で警察は、これは本当に法律に抵触しているのかどうかという判断がすごく難しくなっちゃっているので、そこら辺、わかりやすくした上でどういう風な仕組みということをこちらで位置づけたら良いかもうちょっと考えていかないといけないだろうというのと、これは逆にちょっとお願いです。ある程度もうちょっとこの議論が審議会の中で進んだ段階で、こういう考え方でこういう立法でどうかなといった時に

は、また改めて呼ばせていただけたら大変ありがたいなというようなことで、本当に感想で恐縮ですけれどもありがとうございました。

三木由希子：はい、他に言っておきたいこととかありますでしょうか。そろそろ時間になりますが、城倉さん、ありますか。

城倉啓：今日は本当にありがとうございました。早口で資料の G というところで、先程来坪郷委員からの話もありましたし、今小林委員からもこの先どうするかという話がありましたので、少しこちら事務局が考え出した第９案でございますけれども、３月の罰則規定・坪郷委員担当というのは、これはちょっと無理であろうと。ですので４月の罰則規定（新法）とありますけれども、今日の議論を受けて罰則規定の中の整理すべきところ、目的規定とも関わってくるぞとかの問題もありましたけれども、現状の公選法での罰則規定の内容の吟味というのはまだなされていないというご指摘がありましたから、その辺りを坪郷委員に論点整理みたいな形でしていただいて、今日の議論を引き受ける議論を３月ではなく４月にという風にしていただいたらどうかなと思いました。

そしてそうなると３月１８日が声明文だけになってしまうので、ここは事務局で考えたいと思いました。例えば５月に動かしている国政選挙と地方議会選挙の積み残し課題の整理ぐらいまでなら事務局がやっても良いのかなと。ただ大山委員がいないとこれは中々難しいのではないかと、この間田中久雄委員と桂事務局とで打ち合わせながら感じたところなんですね。やっぱり積み残しというのは地方議会と国政の関係が大きいんじゃないかということで思っておりますので。ですのでその辺りの問題意識を踏まえて３月は事務局で積み残し課題、我々事務局が考えるものは何かということをお出しして、ご議論いただければなという風に思います。

あと波線を引いてあるところが前回からの少し前に進んだ、ちょっと変えたところでございます。請願法のことを国会改革の視点から話し合うということが必要だと前回審議がありましたので、５月に大山さんがいるところでやったらどうかという風に思いました。小林委員、ぜひよろしくお願いいたします。

それと「まとめ」と言っても余りにも雑駁だったので内容を仮に書いておきました。こんな風な形でまとめていったらどうかなということなんですが、もしかすると罰則はもうちょっと後の方になるかもしれないなという風な今日の感触でございます。裏面は前回答申で書いてあったところ、下線が引いてあるところは今回議論しているところ、波線が引いてあるところは今回さらに増えたところという部分。目標に着々と到達しているというような意味で読んでいただければと思います。こんな予定にしていただいて良いでしょうか。

三木由希子：はい。特にご異論は無いと思うので、はい、当面の予定としておきたいと思います。それでは仲道先生本当にどうもありがとうございました。色々と私たちが何をしなければいけないのかということをだいぶ整理できたような気がいたしております。先程小林さんからもありましたけど、もう少しお付き合いいただく可能性があるので、申し訳ありませんがその節はよろしくお願いいたしたいと思います。今日はこれで終わりたいと思います。どうもありがとうございました。

〔岡﨑晴輝委員未校正〕