

公職選挙法違反に係る罪について一大阪高等裁判所判令和5年7月19日に接して
最高裁判所第2小法廷 御中

令和5年9月22日

法政大学教授

今井 猛 嘉 

1 はじめに

筆者は、大阪高等裁判所判令和5年7月19日に接する機会を得たが、同判決には検討すべき点が残されていると考えている。筆者は、当該事案の被告人には、公職選挙法¹239条1項1号の罪（事前運動罪²）の客観的要件を充足する事実（構成要件該当事実）が認められないこと、仮に、客観的要件が充足される余地があったとしても、被告人には、本罪の主観的要件（である故意責任の要件）を充足する事実が認められないことから、本罪は成立せず、従って、法定外選挙運動用文書頒布罪（法243条1項3号）も成立しないと理解している。以下、本罪の成否について、説明する。

2 本罪の成立要件

法129条は、選挙運動の期間を定め、その期間より前に選挙運動を行うこと（いわゆる事前運動）を禁止し、選挙運動は、各選挙につき、候補者の届出等のあつた日から当該選挙の期日の前日まででなければ、することができない旨を規定する。法239条1項1号は、法129条の規定に違反して選挙運動をした者を、1年以下の禁錮又は30万円以下の罰金に処すると規定する。以上から、本罪は、特定の公職選挙に係る事前運動をした者を処罰する類型であり、本罪の成立には、その客観的要件（特定の公職選挙に係る事前運動）と、その主観的要件（客観的要件該当事実の認識及び認容としての故意、及び違法性の意識の可能性）の充足が必要であることになる。以下、本罪の客観的要件と主観的要件を確認し、本件被告人との関係では、前者が充足されないこと、仮にそれが充足される余地があったとしても、後者が充足されないことを指摘する。

3 本罪の客観的要件

3-1 選挙運動の概念

本罪の客観的要件である事前運動は、特定の公職選挙の公示前に「選挙運動」（法129条）を行うことであるが、法は、「選挙運動」の概念を定義していない。そこで、この概念の内実は、判例を要約して把握すべきことになる。

¹ 以下、「法」と呼ぶ。

² 以下これを「本罪」と呼ぶ。

上記の大阪高裁判決³が是認した奈良地方裁判所令和5年1月18日判決⁴は、最判昭和52年2月24日刑集31巻1号1頁が示した「選挙運動」の定義に従っている。

それによれば、「選挙運動」とは、「特定の公職の選挙につき、特定の立候補者又は立候補予定者に当選を得させるため投票を得若しくは得させる目的をもつて、直接又は間接に必要なかつ有利な周旋、勧誘その他諸般の行為をすることをいうものである。」。

この定義は、本罪により刑罰を科すための前提要件としては広範かつ曖昧であり、以下のように限定解釈されるべきだと考える。

即ち、「選挙運動」とは

- ① 特定の公職の選挙において、
- ② 該当する選挙区の選挙人をして、
- ③ 特定の立候補者、又は、立候補が確定している者（立候補予定者）に対して、
- ④ 投票する又は投票しないという意思決定をさせる、
- ⑤ 蓋然性又は相当の危険が認められる行為、

であり、法により禁止される「事前運動」とは、この意味での選挙運動を、選挙公示前に行うことである、との理解である。

この限定解釈を行うべき理由は、次のとおりである。

- 1) 選挙運動は、代表制民主主義社会における自己統治を支える中核的行為であり、極めて重要な行為である。
- 2) 従って、選挙運動への刑罰の適用は、必要最小限度限に止めるべきである。
- 3) 刑罰を用いて選挙運動に介入することが許されるのは、「選挙人の投票に係る意思決定に直接、干渉する行為」に限定すべきである。さもなければ、本罪の外延が不明確となり、自由であるべき選挙活動に萎縮効果（chilling effect）を与えることになるからである。
- 4) 以上の観点から、不適当な選挙運動の抑止のため、必要最小限度の刑罰の利用が正当化されるのは、選挙人の投票行為に対する明白かつ現在の危険（投票行為への直接的で重大な悪影響発生の蓋然性）が認定されるべき場合に限られる。この意味で、本罪には（憲法学説上、是認されている）明白性の原則⁵が妥当すべきであり、緩やかな審査基準（刑罰の賦科と、刑罰により禁止される行為との間に、最小限度の関連性があれば良いとする基準）による罰則適用の評価は、適切でない。上記・最判昭和52年は、選挙運動の中に「間接に必要なかつ有利な周旋、勧誘その他諸般の行為」をも含めているが、そうした間接的行為の外延は不明確である。更に、そうした間接的行為により、選挙人の投票行為に対する明白かつ現在の危険が生じることは、極めて稀であり、後述するように、本

³ 以下、これを「第2審判決」と呼ぶ。

⁴ 以下、これを「第1審判決」と呼ぶ。

⁵ 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（1994年）277頁以下。



件でも、本罪を基礎付けるだけの（本罪の保護法益侵害に係る）危険は認定できないものと解される。

5) 法 138 条が戸別訪問を禁止し、法 239 条が禁止違反を処罰していることが、憲法 21 条に違反しないことを確認した最高裁判例⁶において、伊藤正己裁判官は、補足意見において、次のように述べられている。

「戸別訪問はそれ自身として違法性をもつものではなく、買収などを誘発する可能性があるといっても、なお抽象的な危険があるにとどまり、実際にはそのようなおそれのない場合があるし、かりにその可能性があるとしても、不正行為の発生の確率の高いものとは必ずしもいえない。憲法上の重要な価値をもつ表現の自由をこのような害悪発生のおそれがあるということでもって一律に制限をすることはできないと思われる。また、具体的な危険の発生が推認されるときはともかく、単に観念上危険があると考えられるにすぎない場合に、表現の自由の行使を形式犯として刑罰を科することには、憲法上のみならず刑法理論としても問題があると思われる。」

戸別訪問では、公職選挙の候補者が選挙人と対面で接触し、候補者の政策等を説明した上、投票を懇請する等の事態（選挙人の買収や利益誘導等）が起こりうる（と言われてきた）。それ故に、そうした弊害除去のため、（伊藤裁判官によれば、憲法 47 条に基づく）立法規制と処罰が正当化されるところである。これに対して、本件の被告人の行為は、選挙人と対面で接触して、その投票行動に直接の影響を及ぼしうるものではない。（後述する）本件文書①から③の記載を客観的に観察すると、推薦葉書（推薦人欄のある選挙葉書）の作成の依頼（推薦人への氏名の記載と宛名書きの記載）がなされているに過ぎず、投票依頼があったとは認められない。これに加えて、①から③の文書の受領者の大多数は、既に投票意思如何を決めていた蓋然性があり、①から③は、彼らの投票意思を直接的に左右する効果を持ちうる文書ではなかったと認められる（この点の詳細は後述する）。そうすると、本件行為を違法な事前運動と捉えて処罰することは、本罪の保護法益を侵害する危険の発生を擬制することになりかねず、伊藤裁判官の危惧が妥当するように思われる。

6) 以上の理解から、「選挙人の、投票行為への直接的で重大な悪影響の蓋然性」が認められるのは、「直近の選挙における、選挙人の、候補者に対する投票行為の決定に具体的な影響を及ぼすべき行為」として限定解釈される。

7) この限定解釈により、本罪で捕捉できない事例が生じる可能性はあるが、それは、選挙の結果を経た後の代表民主制の履行過程で解消されるべきものである。

8) 選挙運動の自由を尊重するならば、本罪は、その性質上は、具体的危険犯と解される。

9) 他方で、具体的危険犯か抽象的危険犯かという分類自体は、犯罪の成否を画する基準設定として生産的意義を有しないことが、一般的である。本罪との関係では、本罪所定の法益（選挙人に、選挙期日公示後に認められる、投票行動に関する自由）を侵害する相

⁶ 最判昭和 56 年 7 月 21 日刑集 35 卷 5 号 568 頁。



当高度な危険が認められる行為だけを、処罰対象にすべきだと理解すれば足りる。

- 10) この限定解釈によれば、前掲・最判昭和 52 年 2 月 24 日によれば処罰対象に含まれる「直接又は間接に必要かつ有利な周旋、勧誘その他諸般の行為」の内容について、更なる検討が必要である。
- 11) 「間接に必要かつ有利な周旋、勧誘その他諸般の行為」とは、曖昧過ぎて、その外延を把握することは、ほぼ不可能である。これと同様の指摘は、美濃部博士により、かねてから指摘されているところである⁷。
- 12) 「直接に必要かつ有利な周旋、勧誘その他諸般の行為」との概念も、曖昧であり、その外延を把握することは、ほぼ不可能である。直接的行為とは、選挙人の、投票に係る意思決定への影響力が明らかに認定できるものとして限定解釈されるべきであり、それが「諸般の行為」にまで広がることは、あり得ない。
- 13) 美濃部博士は、選挙運動を「特定の議員選挙に付き、特定人の当選を図る目的を以って、多数の選挙人に対し、計画的にその意思を動かし、其の特定人に投票せしめることを努める行為」と定義されている⁸。そこでは「特定人の当選を図る目的」という主観的要素が、選挙運動の要件に含められているが、この要件は「特定の議員選挙に於いて特定人の当選を図ることの外部に現はれた目的意思あること」とも説明されており⁹、問題となる政治的行為の社会的意味（という客観的属性）から、目的の存在を推認すべきだと理解されている¹⁰。「特定人の当選を図る目的」という主観的要素を、関係者の供述に頼って立証することは困難なことが多く、主観的要素の常として、その存否は、客観的事実に基づき推認するしかない。美濃部博士の見解も、客観的にみて、特定人の当選を図るに足る行為（即ち、選挙人の投票意思を左右する蓋然性のある行為）か否かを問題にすべきだとの理解と、実質的に相違はないものと解される。

3-2 本件事案の分析

以上の理解に基づき、本件被告人の起訴に係る行為（本件第 1 審判決が言う、本件文書等¹¹の送付）を検討するならば、当該行為は選挙運動に該当しないものと解される。その理由

⁷ 美濃部達吉『選挙罰則の研究』（1937 年）45 頁。大審院判決への批評としてではあるが、前掲・最判昭和 52 年 2 月 24 日が示した「選挙運動」の定義にも妥当する批判である。

⁸ 美濃部・前掲書 54 頁。

⁹ 美濃部・前掲書 54 頁。

¹⁰ 美濃部・前掲書 14 頁も、「当選を図るが為めにするものの目的意思が、客観的に認定せられ得るや否や」を踏まえて、いわゆる、選挙区（地盤）培養行為が選挙運動に該当するかを判断すべきだとされる。

¹¹ 本件第 1 審判決（判決書 8 頁）によれば、「本件文書等」とは、以下の物の総称である。



は、次のとおりである。

- 1) ①のはがき、②の文書、及び③の封筒の準備は、その送付先の者（被送付者ないし受領者）の投票に係る意思決定に影響を及ぼす蓋然性がある行為とは言えない。①と②は、推薦葉書の作成を依頼するものである。①と②を受領した者は、推薦依頼があったことを認識するが、それらの文言からして、推薦に名を借りた被告人への投票依頼が主たる趣旨であるとは認識しないと思われる。この意味で、①と②は、その受領者の投票意思を左右する蓋然性がある意思連絡であったとは認められない。
- 2) とはいえ、①のはがきでは、選挙区では被告人に、比例区では被告人が属する政党への投票が呼びかけられているから、事前の選挙運動に該当するのではないかにつき、念のため検討する。行為の相手方が問題とされていることから考えるに、①から③の文書の受領者の中には、被告人への投票を第三者に推薦すると思われる者が、相応に存在したと思われる。被告人としては、従前の経緯から被告人の政治的立場を認識し、これに賛同するかどうかは別として、被告人からの推薦活動依頼を忌避せず、推薦をも含む選挙準備に関与される可能性があると思われる者（そのような行為が期待できると被告人において想定した者）に対して、①から③の文書を送付したものと思われる。

以上の理解によれば、①から③の文書の受領者として想定される者は、(1)被告人に投票するとの意思を既に固めていた者、(2) 被告人には投票しないとの意思を固めていた者、(3) その他の者に分類されることになる。 (1)及び(2) に属する受領者との関係では、彼らの投票意思が、これら文書により左右される危険はないといえるであろう。

(3) に属する受領者は、(1) でも(2) でもないという中立的立場にあるが、本件文書は、その文言上、推薦依頼文書である。そうすると、本件文書により、本来、被告人の政治的立場等につき中立的立場にあった(3) に属する者の意思決定が左右される可能性は極めて低いと解さざるを得ない。また、(3) の中には、①から③の文書に接した後も、投票に係る意思決定を先送りにした上で、推薦活動には関与する者がいる蓋然性も、否定できない。公職選挙においては、その候補者の政治信条に賛同し、推薦することに吝かでは無いとしながらも、投票直前まで、どの候補者に投票するか熟慮を続ける等した結果、最終的な投票先は別の候補者とする者が存在することは、経験上、否定できないところである。そうすると、(3) に属する者との関係では、いずれにせよ、(選挙

即ち、

- ①選挙運動用通常はがき（以下「選挙はがき」という。）2枚（以下「①のはがき」という。）、
- ②「『選挙はがき』ご協力のお願い」と題する文書1枚（以下「②の文書」という。）、
- ③「前川事務所行」の返信用封筒1通（以下「③の封筒」という。）、
- ④「関西大学校友の皆様」で始まる挨拶文1通（以下「④の挨拶文」という。）、
- ⑤「ポスターのお願い」と題する文書1枚（以下「⑤の文書」という。）、
- ⑥「機関紙日本維新号外」と題する機関紙1通（以下「⑥の機関紙」という。）、である。



人の投票意思を決定する蓋然性が認められる行為を処罰する類型である) 本罪は成立しないと解される¹²。(3)に属する者の投票意思の決定に関しては、本件文書は、中立的情報に止まるものと解される。

第1、2審判決は、(3)に属する者が受領者の中にどの程度存在したのかの定量的判断をしていない。(3)に属する者に対する本件文書の影響が認定されているとはいいがたい。第1審判決は、①から⑥の文書の送付は「実質的には、被送付者に対し、被告人に投票することを呼びかけるのと同様の効果を目的としたものといわざるを得ない。」とする¹³。これは、特定人に投票をさせる目的でなされた行為であれば、当該行為は選挙運動としての違法性を帯びるとの理解、即ち、本罪との関係で、投票させる目的を、主観的違法要素に整理するものとも理解できる。確かに、未遂罪における既遂故意や、各種偽造罪における行使の目的のように、一定の主観的状态が、行為の違法性を左右するとの理解は可能であり、学説上も有力である。これに対して、筆者は、行為者の主観的事情(目的等)により、被告人の行為の結果(としての違法性の評価)が左右されることは、無いものと理解している。この見地からは定量的認定(本件文書の送付により、その受領者の投票意思が変更した可能性の有無

¹² この点では、第2審判決(同判決書5頁)が「推薦依頼をすればこれに応じてくれると相当程度期待できるような人的関係が被告人との間に築かれている者を相手方とする場合であれば、その者は既に被告人に対する投票の意思を持っている蓋然性があるから、推薦依頼が投票依頼行為と実質的に同様の効果を有するとはいえない。このような場合は、宛名書きの依頼の部分も含めて選挙運動の準備行為として許容されるものといえよう。」と判示した点は、「相当程度期待…人的関係…(を)築く」といった厳しい基準を設けている点は正しいとは考えられないが、このような者であれば、意思決定を左右されないという意味では間違っていないものと思われる。問題は、意思決定を左右されない者は、これに限られるわけではなく、本件文書の送付先において、このような関係性を有すると思われる者が、どの程度存在したのかの判断如何である。これは、本罪の保護法益を侵害する相当の危険性の有無を測定するために必要である。この観点からは、第2審判決(同判決書6頁)が、本件行為を一体のものと捉え、全体として選挙運動に当たると認定した点、及び、被告人の政治信念に共感する等の人的関係が認定できれば良く、そうした人的関係を有する者の送付先全体での割合を問題にしていない点(同判決書9頁)は、首肯できない。

¹³ 同判決書11頁。同12頁は、本件文書の送付先が「積極的な関与を要する選挙はがきの宛名書きやポスターの掲示までをも期待し得る集団であるとは到底いえない。」とも判示する。しかし、集団全体の属性が問題なのではなく、そのような期待に応じて行動する者の定量的判断が問題なのである。

の認定)¹⁴がない限り、本罪の法益を侵害する相当な危険が存在したとは言えないが¹⁵、その認定がなされていない以上、第1、2審判決が認定した事実の下では、本罪は成立しないことになる。被告人への投票依頼の効果に比べて、推薦の効果のほうが下回っているともいえず、これは、本件文書が、その受領者との関係で、その投票意思を左右する蓋然性を有しておらず、本罪が成立しないことを示すものである。

3) 学説では、例えば、無料葉書に推薦人として加名方の依頼をすることは、選挙運動の準備行為に過ぎないとしつつ、当該行為も、特定の候補者に当選を得又は得させるために選挙人に働きかけることをも目的としてなされた場合には、選挙運動たることを免れない、との理解が示されてきた¹⁶。ここでも「特定の候補者に当選を得又は得させるため」という主観的事情が考慮されているが、当該主観的要素の認定は、客観的事情から推認せざるを得ないことは、上述のとおりである。本件文書の①から③を通覧すると、そこから読み取れる作成趣旨は、推薦人への氏名の記載と宛名書きの記載の要請であり、これら文書の受領者をして、被告人へ投票するように意思決定をさせる蓋然性があったとは、認められない。

4) ④のあいさつ文は、被告人が、来たるべき公職選挙に立候補する意思があることを伝達するものだが、その受領者が、④により、被告人への投票意思を決定するとの蓋然性は認められない（第1、2審判決でも、この蓋然性は認定されていない）。

5) ⑤のポスターのお願いは、選挙の準備行為への依頼に止まる¹⁷。

6) ⑥の機関誌の発行も、一般的な政治活動であり、選挙の準備行為に該当しうるに止まる¹⁸。

4 本罪の主観的要件

4-1 本罪の故意

本罪は、その規定上、故意犯であることが明らかである。

¹⁴ これは、本件文書①のはがきを返送する者の、受領者内での割合によっては、測定できない。被告人の行為により、被告人への投票意思が左右されたことと、はがきを返送することとの間に、相関関係を認めることも、困難である。この意味で、第1審判決の認定方法（同判決書13頁以下）には、賛同できない。

¹⁵ 第1、2審判決には、上述したように、本罪の主観的違法要素を問題にしたとも整理できる判示部分もある。しかし両判決は、実質的には、本罪の故意の有無しか判断していないと思われるので、以下、（主観的違法要素認めない）筆者の観点からの分析を続けることとする。

¹⁶ 法曹会『例題解説 公職選挙法（新版）』（1985年）167頁以下。

¹⁷ 前掲・法曹会『例題解説 公職選挙法（新版）』167頁。

¹⁸ 前掲・法曹会『例題解説 公職選挙法（新版）』167頁。



一般に、故意（刑法 38 条 1 項本文）とは、犯罪事実の認識及び認容と定義されることが多い（認容説）。犯罪事実とは、構成要件該に該当する違法な事実（個々の犯罪における法益侵害又はその危険の発生という違法事実）である¹⁹。

本罪における犯罪事実とは、公職選挙の公示前に、特定選挙区における選挙人に対して、候補者として予想される者に対する投票に係る意思を決定させる蓋然性のある行為である。この事実が存在しても、その認識が行為者に欠けていれば、故意を認めることはできない。

故意犯が成立するには、故意の存在に加えて、違法性の意識の可能性の存在が必要である。故意に固有の要素は、犯罪事実の認識であり、犯罪事実とは、法益侵害又はその危険性という違法な事実であるから、故意が認定された者には、違法事実の認識も認められることが多い。しかし、故意及び過失の前提要件として、違法性の意識の可能性を、独立した要件として整理することが、責任主義から要請される。即ち、犯罪事実の違法性を認識し得た者は、この心理状況を踏まえて当該犯罪事実の実現を回避する意思決定が可能であったと言えるが、それにも係わらず、これをしなかった場合、当該消極的動機形成に着目して、責任を肯定することが許容される。この意味での消極的動機形成が責任を基礎付けるという関係は、過失犯でも認められなければならない。違法性の意識の可能性が欠けているのに、処罰することは、責任主義（刑法 39 条）に反するものであり、過失犯においても許されない解釈である²⁰。以上から、違法性の意識の可能性は、故意、過失に共通する、独立した前提要件として整理される（制限責任説）。

故意が認定できない場合には、次に、過失の有無を検討することになる。過失は、故意未満の心理状況だからである。しかし、本罪による過失犯の処罰はできない。刑法 38 条 1 項但書にいう特別の規定は、法 239 条には規定されていないからである。そうすると、故意を欠いた経過に照らし、不注意であったと思われる者との関係でも、この意味での過失に着目して本罪を肯定することは、明文無き過失犯処罰となるため、罪刑法定主義（憲法 39 条）に違反し、許されないことになる。

4-2「投票を得若しくは得させる目的をもって」の位置付け

前掲・最判昭和 52 年は、選挙運動の定義の中で「投票を得若しくは得させる目的をもって」との文言を用いている。この文言は、昭和 52 年当時の学説状況をも踏まえると、本罪の主観的違法要素として要求されたとの推測が成り立つ。

しかし、筆者の理解によれば、本罪の犯罪事実（公職選挙の公示前に、特定選挙区における選挙人に対して、候補者として予想される者に対する投票に係る意思を決定させる蓋然性）を認識している者との関係では、「投票を得若しくは得させる目的をもって」との心理状

¹⁹ 今井他『リーガルクエスト刑法総論第 2 版』（2012 年）117 頁（今井猛嘉）。

²⁰ 以上につき、前掲・今井他『リーガルクエスト刑法総論第 2 版』291 頁以下（今井執筆部分）。



態は、故意形成の前提事情として考慮されうるから、故意とは別に、この心理状態を問題にする実益は乏しいと解される。「当選を得させるため投票を得若しくは得させる目的」は、事実上、本罪の（主観的責任要素である）故意の中に取り込まれており²¹、「投票を得若しくは得させる目的」の独自の価値は、故意の成立を前提とした上での責任加重要素として機能する点にあると解される²²。

4-3 本件事案の分析

4-3-1 故意の不存在

第1審判決は、「被告人は、本件文書等の内容、本件文書等の頒布先の属性、本件文書等の頒布時期に関して、いずれも明確に認識していたものであるから、事前運動及び法定外選挙運動用文書の頒布のいずれについても、被告人に故意が認められることは明らかである。」と認定している²³。しかし3-2で上述したように、本件文書の送付は、客観的には選挙準備行為に過ぎず、選挙運動には該当しない。したがって、被告人が「本件文書等の内容、本件文書等の頒布先の属性、本件文書等の頒布時期に関して、いずれも明確に認識していた」としても、違法な事前運動をするとの認識（即ち、本件行為が、「選挙人の投票行為に直接かつ明白な害悪を及ぼす相当の危険のある違法な行為」であることの認識）があったことの証明にはならない。確かに、本件文書が、その受領者をして、被告人への投票意思を決定する蓋然性を持ち得たかの検証は、「本件文書等の内容、本件文書等の頒布先の属性、本件文書等の頒布時期」を踏まえてなされなければならない。しかし、上述したように、その受領者に属する者は三つの層に分類され、そのいずれの層に属する者との関係でも、そのような蓋然性を認定することはできないのである。

4-3-2 明文なき過失犯処罰の禁止

本件文書等の送付が、客観的には選挙運動に該当すると仮定した場合、被告人は、本件文書等の送付が違法であるとの認識を、不注意にも欠いていたことになる。しかし、本罪は故意犯であり、明文なき過失犯処罰は責任主義に反して認められないから、そのような不注意により違法性の意識を欠いていたことを、本罪により処罰することはできない。

被告人は、本件行為に類する行為が、これまで立件され有罪とされてこなかったと認識し

²¹ この事情は、例えば、背任罪における加害の目的が、その故意に吸収され、主観的違法要素としては機能せず、主観的責任要素（加重事情）としてのみ機能するのと、同様である。今井猛嘉「背任罪における図利加害目的」、芝原邦爾他編『判例百選刑法各論（第5版）』別冊ジュリスト No167（2003年）136頁参照。

²² 平野龍一『刑法総論I』（1972年）125頁をも参照。

²³ 第1審判決書16頁。



ていた²⁴。本件行為に類する行為が、適法な立候補準備行為であるか、あるいは違法な選挙運動（の前倒し）であるかを明確に区別する基準は、従来の支配的見解においても示されてこなかった²⁵から、その種の行為が違法であると認識することは、確かに困難であったと想像される²⁶。そうすると、被告人には、本件行為が違法である（即ち、選挙人の投票行為に直接かつ明白な害悪を及ぼす相当の危険がある）との意識が欠けていたと認定するのが合理的であり、被告人には、本罪の故意が否定される。

4-3-3 違法性の意識の可能性の不存在

前述のように、被告人が行ったのは、事前の選挙運動ではなく、選挙の準備行為に止まる。

被告人が、この種の行為（推薦葉書の作成の依頼）が公職選挙法に抵触する違法なものであると認識していたことは、認められない²⁷。

そこで、被告人には、本罪の故意が欠け、故意責任を問われることはないが、念のため、被告人に違法性の意識の可能性が認められるかについても検討する。

違法性の意識の可能性が認められない場合には、（故意につき、故意説を採るか責任説を採るかは格別）故意責任が否定されとの理解は、判例の傾向とも矛盾しない。この理解は、最決昭和62年7月16日刑集41巻5号237頁（100円紙幣事件判例）以後、最高裁におい

²⁴ 第2審判決書10頁以下に見られる弁護人の主張を参照。

²⁵ 前掲・法曹会『例題解説 公職選挙法（新版）』167頁以下。そこでは、選挙人（即ち、選挙人）に対する「投票を得若しくは得させる目的をもつて、直接又は間接に必要なかつ有利な行為」が選挙運動に該当するとの理解が一貫して示されているが、当該行為の有無は、具体的事案毎に諸般の事情を踏まえて判断するしか無い点が強調されている。その際には、「投票を得若しくは得させる目的をもつて」か否かの点が重視されているが、前述した美濃部博士の見解（そうした目的の有無は、客観的行為事情から推認するしかないとの理解）も支持されており、結論としては、行為者の主観的意図ではなく、行為の属性という客観的要素に照らした判断がなされている。最後に示された方向性こそが、これを踏まえた先例が蓄積されていれば、選挙関係者にとって、より明確な判例が示されていたのではないと思われる。

²⁶ 従前、処罰されてこなかった行為は、違法ではないと認識されることが、想定されるからである。

²⁷ 第2審判決書10頁以下に見られる弁護人の主張を参照。第2審判決は「記録によれば、これに加えて、被告人の事務員らが同名簿登載者から被告人と何らかの関わりを持った者を除外して前川名簿に移していたという事実も認められるが、上記の判断は、この事実の有無によって影響を受けるようなものではない。」とも判示する。しかし、この点の認識の有無は、被告人の本罪所定の犯罪事実の認識の有無に直結する事項であり、「仮に被告人がこの事実を知らなかったとしても、それは故意の成否に影響するような事情ではない。」とは言えない。



ても事実上、是認されていると認められる²⁸。

最判平成8年11月18日刑集50巻10号745頁（岩手県教組同盟罷業事件第二次上告審判決）の河合伸一裁判官の補足意見を踏まえると、本件被告人が、本件行為が違法かもしれないが、訴追され処罰されることはないであろうと思っていた場合であったとしても、違法性の意識の可能性が否定されうる。しかし本件被告人は、本件行為が違法な事前運動とは認識しておらず、他の候補者も利用してきた選挙準備活動を行ったに過ぎないと認識していた。そうすると、被告人との関係では、河合伸一裁判官の補足意見自体ではなく、その前提にあると思われる理解（違法性の意識を持ち得なかった行為者には、故意責任を肯定することは出来ないとの理解）に基づき、故意責任を否定すべきことになる。

被告人に、故意が認定されたとしても、違法性の意識の可能性が欠如するため、（故意の存在と、違法性の意識の可能性の存在の、双方が充たされなければ肯定されない責任類型である）故意責任を問われることはないと解される。

以上。

²⁸大阪高判平成21年1月20日判タ1300号302頁も、制限責任説から説明可能である（前掲・今井他『リーガルクエスト刑法総論第2版』296頁（今井猛嘉）参照）。

