

白地刑罰法規の規範補充を私人に 委ねることと罪刑法定の原則

松 宮 孝 明*

目 次

- 1 問題の所在
- 2 道路整備特別措置法における通行方法の委任
- 3 「白地刑罰法規」の意味
- 4 白地刑罰法規と憲法73条6号
- 5 私人への委任の必要性と立法権によるコントロール
- 6 むすびにかえて

1 問題の所在

憲法31条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」と規定する。この規定は、いわゆる「罪刑法定の原則」を定めたものであり、それは実体刑法における（全）構成要件とその法定刑の定めにあつたものと解するのが、今日の刑法および憲法の学界における多数の見解である。そして、ここにいる「法律」とは、「形式的意味での法律」であり¹⁾、国会で制定された法を意味する。その意味で、憲法31条は、罪刑「法律」主義を予定しているものといえる。

もっとも、「この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること」を内閣の事務のひとつとし、「政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない。」とする憲法73条6号によれば、法律の特定の委任があれば、罰則を政令で定めることも可能

* まつみや・たかあき 立命館大学教授

1) 宮澤俊義著・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』(1978年)294頁。

である。また、判例によれば、白地刑罰法規の犯罪構成要件の内容を充足する規範の制定を、より下位の命令や規則に委任することも可能である²⁾。しかし、このような白地刑罰法規補充規範の作定を、私人に委ねることは可能であろうか。筆者には、憲法73条6号が予定する罰則作定の委任は、内閣を頂点とする行政権に服する行政機関のみを予定したものである。しかし、以下に述べるように、近年、いわゆる「民営化」ないし「行政の（一部）民間委託」との関係で、その例外と思われる現象が出てきている。そこで、本稿では、とりわけ道路整備特別措置法に関する事件を手がかりに、この問題を検討してみようと思う。

2 道路整備特別措置法における通行方法の委任

ここで検討する具体例は、次のような事件である。2008（平成20）年6月10日に大阪高等裁判所は、次のような判決を言い渡した³⁾。すなわち、被告人は有料道路の無料通行等を目的とするフリーウェイクラブ（以下「本件クラブ」と呼ぶ。）の副会長であるが、2005（平成17）年10月1日から施行された改正道路整備特別措置法により、これらの有料道路の料金所を通行する際に当該道路を管理する高速道路会社等（以下「会社等」と呼ぶ。）が定めた料金の徴収施設及びその付近における車両の一時停止その他の車両の通行方法に従って、道路を通行しなければならないという法律上の義務が課せられ（24条3項⁴⁾）、これに違反した車両の運転者らに罰

2) 犯罪の構成要件の作定を命令に委任している食糧管理法31条、9条、10条を合憲とした最大判昭和25・2・1刑集4巻2号73頁、酒税法施行規則への帳簿記載事項の委任を合憲とした最大判昭和33・7・9刑集12巻11号2407頁、国家公務員法違反となる「政治的行為」の定め的人事院規則への委任を合憲とした最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁、最大判昭和56・10・22刑集35巻7号696頁等がある。

3) 本判決は未公開であり、京都弁護士会の小原健司弁護士および辻孝司弁護士から資料提供を受けたものである。記して謝意を表す。

4) その条文は、以下のように規定する。すなわち、「会社等又は有料道路管理者は、この法律の規定により料金を徴収することができる道路について、料金の徴収を確実に行う

金刑が科せられうることとなった(同法58条⁵⁾)にもかかわらず、同改正法施行後に同クラブの会員Fら2名が、それぞれ別の機会に、これらの道路の料金所を通行するにあたり、各料金所において、料金収受係員に対し、それぞれ、通行券1枚および『無料通行宣言書』と題する書面1枚のみを交付し、通行料金を支払うことなく、一時停止後係員らによる発進の承諾を受けないまま、あるいは、一時停止しないまま各料金所を走り去り、もって、それぞれ会社等の定めた通行方法に従わないで道路を通行したことにつき、本件クラブの会長らとともに道路整備特別措置法違反(以下、この罪を「通行方法違反罪」と呼ぶ。)の共謀共同正犯が成立するとしたのである。

その際、本判決は、「通行方法違反罪」の保護法益を、「有料道路の料金徴収権を確保するとともに、これを通じて有料道路制度ないし料金秩序の維持を図ること」(以下「料金徴収権の確保等」と呼ぶ。)と解した。すなわち、「道路整備特別措置法58条、24条3項の立法経緯及びその目的は、近年、有料道路において、料金所を強行突破したり、無料通行を宣言するなどして料金を支払わずに通行する不正通行が多発し、その件数が増加傾向にあったところ、この種の不正通行は、料金収入の低下に直結し、有料道路の事業経営に悪影響を与え、道路整備に支障を生じさせるのみならず、正しく料金を支払っている利用者に不公平感を与え、ひいては有料道路制度に対する国民の信頼をも揺るがせる事態にもつながりかねないことから、確実な料金の徴収を確保するため、このような不正通行に対する法的な対策を講じる必要があることから新設されたもの」であり、「高速道路等の料金徴収については、他の施設やサービスの料金や使用料の徴収の場合

ため、国土交通省令で定めるところにより、国土交通大臣の認可を受けて、料金の徴収施設及びその付近における車両の一時停止その他の車両の通行方法を定めることができる。この場合において、第1項本文の規定により料金を徴収される自動車その他の車両は、当該通行方法に従って、道路を通行しなければならない。」と。

5) その条文は、以下のように規定する。すなわち、「第24条第3項後段の規定に違反して道路を通行した自動車その他の車両の運転者は、30万円以下の罰金に処する。」と。

とは異なり、高速道路等を自動車で行く者から料金を徴収するという特殊性がある。すなわち、運転者が自動車の速度を上げて走行することにより通行料金不払いのまま立ち去ることが容易であり、通行料金は大半が比較的少額のものであるが、不払いのまま立ち去った自動車の運転者を特定するには多くの困難が伴うほか、多数の不納者があれば、これに対してその支払を逐一強制的に執行するには実際上困難な面がある」ことを根拠として、規制内容の合理性と罰則の必要性・相当性を導くことで、「料金徴収権の確保等」が刑罰による保護に値する法益であると解したのである。

また、本判決は、道路整備特別措置法24条3項が、運転者が従う義務のある通行方法を私人である会社等が定めることとしている点につき、「会社等が定めることができる通行方法は、『料金の徴収施設及びその付近における車両の一時停止その他の車両の通行方法』であり、かつ、国土交通省令で定めるところにより、国土交通大臣の認可を受ける必要があるとされている」ことと、「この規定を受け、国土交通省令である道路整備特別措置法施行規則13条2項⁶⁾は、一般専用有人施設のうち料金の収受を行な

6) この施行規則は、次のように規定する。「国土交通大臣は、前項の申請書に記載された通行方法が次の各号に掲げる料金の徴収施設の区分に応じ、それぞれ当該各号に定めるものである場合に限り、法第24条第3項の認可をするものとする。

一 一般専用有人施設（料金を徴収する事務に従事する者（以下この項において「係員」という。）が料金の収受又は通行券（法第24条第1項本文の規定により料金を徴収される自動車その他の車両（以下この項において「通行車両」という。）の通行区間を確認するため当該通行車両に対して交付される紙片をいう。以下この項において同じ。）の交付若しくは確認を行う施設であつて、第4号から第6号までに該当しないものをいう。以下この号において同じ。）次のイから八までに掲げる一般専用有人施設の区分に応じ、それぞれ当該イから八までに定める通行方法

イ 料金の収受を行う施設 通行車両は、確実に係員が料金の収受を行うことができる程度に当該係員が当該収受を行う場所に近接した場所（停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所）で停止しなければならないが、かつ、料金の収受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならないこと。

ロ 通行券の交付を行う施設 通行車両は、確実に係員が通行券の交付を行うことができる程度に当該係員が当該交付を行う場所に近接した場所（停止すべき場所につい

う施設については、通行車両は、確実に係員が料金の収受を行なうことができる程度に当該係員が当該収受を行なう場所に近接した場所で停止しなければならず、かつ、料金の収受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならないなどとして、料金の徴収施設の形態に応じ、各施設ごとに具体的な通行方法の基準を定め、国土交通大臣は、会社等から申請された通行方法が、同項各号に定めるものである場合に限り、上記の認可をするものと規定している」ことを指摘し、会社等への通行方法の定めへの委任は、「料金の徴収形態に応じて、料金の徴収を確実に行うため、各施設ごとに具体的な通行方法を定める必要があるからであると考えられる。」と述べる。つまり、「各料金徴収施設に対応するため」に、行政機関が命令や規則によって一律に規制するのではなく、会社等に委ねたほうが合理的だというのである。他方で、本判決は、道路整備特別措置法24条3項によって会社等が定めることができる通行方法は、「料金の徴収施設及びその付近における車両の一時停止その他の通行方法」に限られており、「会社等が全く自由な裁量により定めた通行方法がそのまま法規の内容を構成するものではなく、同規定の趣旨に則った通行方法であるかの点につき、国土交通大臣の認可手続を経ることにしている」ことを指摘して、道路整備特別措置法24条3項前段が、「憲法31条、73条6号に違反して、通行方法違反罪の構成要件の定めを私人である会社等に委任したとの非難は当たらない。」と結論付けた。

ここでは、私人である高速道路会社等の「確実な料金の徴収」が保護法益であると解されている。しかし、詐欺罪や恐喝罪などの一般の財産

て当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所で停止しなければならず、かつ、通行券の交付後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならないこと。

- ハ 通行券の確認を行う施設 通行車両は、確実に係員が通行券の確認を行うことができる程度に当該係員が当該確認を行う場所に近接した場所（停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所）で停止しなければならず、かつ、通行券の確認後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならないこと。」

犯が成立しない場合に、このような私人の料金徴収が刑罰によって担保されることは、一般的な債権の回収が罰則によって担保されていない点からみて、不均衡であるような印象を受ける。つまり、道路整備特別措置法24条3項の保護法益を私人の「確実な料金の徴収」と解すると、債務不履行に罰則を付したのと同じことではないかという疑問が生じるのである。それは、この法益を「有料道路制度に対する国民の信頼」と解した場合も同じである。というのも、この論理によれば、たとえば貸金債権の債務不履行をして、「正しく債務を履行している債務者に不公平感を与え、ひいては貸金制度に対する国民の信頼を揺るがす」事態であるから罰則を設けてもよいという結論を導きかねないからである。その意味で、このような罰則に刑罰法規としての適正性が備わっているのか否かが、第1の問題となる。

次に、道路整備特別措置法24条3項は、その立法動機が有料道路における「確実な料金の徴収」にあるとしても、法の文言そのものは、あくまで会社等が定める料金所付近での通行方法の違反であって、その法益は「確実な料金の徴収」そのものではなく、料金徴収施設付近における交通の安全であるかのようにも読める。そこで、「交通の安全」であれば、その公共的・普遍的性格のゆえに、罰則による担保にも合理性が出てくるのであるが、しかし、本判決は、特定の私人である高速道路会社等の私的利益を、一般刑法の財産犯の枠を超えて保護するものとみる。つまり、本判決は、本来、刑罰で保護すべき法益たりうる「料金所付近での交通の安全」では道路整備特別措置法24条3項の保護法益を説明できないと考えて、かえって特定の私人に対する債務不履行を保護法益とするという、違憲の疑いのあるバランスの悪い解釈を展開しているのではないかというのが、第2の問題である。

さらに、通行方法の定めを私人である会社等に委任したことの合憲性が問題となる。本判決は、その理由を、「各料金徴収施設に対応するため」、つまり、料金徴収施設の多様性に求めている。しかし、同時に本判

決は、その合憲性を、会社等が定める通行方法が道路整備特別措置法施行規則13条2項に規定する枠組みに応じたものであることが国土交通大臣の認可条件にされていることに求める。しかし、ここでは、道路整備特別措置法施行規則が通行方法の枠組みを定めることができるのであれば、わざわざ通行方法の定めを会社等に委任する必要はないのではないかという疑問が生ずる。もちろん、それでも、施行規則が定めるのはあくまで通行方法の大枠であって、さらなる具体的な内容は、料金徴収施設に応じて会社等が定めているというのであれば、委任にもある程度の合理性が認められよう。しかし、現実には各会社等が定めている通行方法は、道路整備特別措置法施行規則13条2項が規定するものと全く同じである。

たとえば、同施行規則13条1項1号イでは、料金の収受を行う施設に関する通行方法として、「通行車両は、確実に係員が料金の収受を行うことができる程度に当該係員が当該収受を行う場所に近接した場所（停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所）で停止しなければならず、かつ、料金の収受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならないこと。」と規定しており、そして、本件実行犯が違反した西日本高速道路株式会社の通行方法の該当箇所では、「一 通行車両は、確実に係員が料金の収受を行うことができる程度に当該係員が当該収受を行う場所に近接した場所（停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所）で停止しなければならない。二 通行車両は、料金の収受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならない。」と規定する。すなわち、施行規則をそのまま書き写したようなものになっているのである。そして、この点では、他の会社等の通行方法も、調べた限りでは、全く同じなのである⁷⁾。したがって、本判決がいう「各料金徴収施設に対応するため」というのは、

7) 1 西日本高速道路株式会社

「(料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法)」

第3条 料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法は、次の各号に定めるとおりとする。

- 一 通行車両は、確実に係員が料金の収受を行うことができる程度に当該係員が当該収受を行う場所に近接した場所（停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所）で停止しなければならない。
- 二 通行車両は、料金の収受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならない。」

2 東日本高速道路株式会社

「(料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法)

第3条 料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法は、次の各号に定めるとおりとする。

- 一 通行車両は、確実に係員が料金の収受を行うことができる程度に当該係員が当該収受を行う場所に近接した場所（停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所）で停止しなければならない。
- 二 通行車両は、料金の収受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならない。」

3 中日本高速道路株式会社

「(料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法)

第3条 料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法は、次の各号に定めるとおりとする。

- 一 通行車両は、確実に係員が料金の収受を行うことができる程度に当該係員が当該収受を行う場所に近接した場所（停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所）で停止しなければならない。
- 二 通行車両は、料金の収受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならない。」

4 阪神高速道路株式会社

「(料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法)

第3条 料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法は、次の各号に定めるとおりとする。

- 一 通行車両は、確実に係員が料金の収受を行うことができる程度に当該係員が当該収受を行う場所に近接した場所（停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所）で停止しなければならない。
- 二 通行車両は、料金の収受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならない。」

5 首都高速道路株式会社

「(料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法)

第3条 料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法は、次の各号に定めるとおりとする。

- 一 通行車両は、確実に係員が料金の収受を行うことができる程度に当該係員が当該収受を行う場所に近接した場所(停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所)で停止しなければならない。
- 二 通行車両は、料金の収受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならない。」

6 本州四国連絡高速道路株式会社

「(料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法)

第3条 料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法は、次の各号に定めるとおりとする。

- 一 通行車両は、確実に係員が料金の収受を行うことができる程度に当該係員が当該収受を行う場所に近接した場所(停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所)で停止しなければならない。
- 二 通行車両は、料金の収受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならない。」

7 名古屋高速道路公社

「(料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法)

第3条 料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法は、次の各号に定めるとおりとする。

- 一 通行車両は、確実に係員が料金の収受を行うことができる程度に当該係員が当該収受を行う場所に近接した場所(停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所)で停止しなければならない。
- 二 通行車両は、料金の収受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならない。」

8 広島高速道路公社

「(料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法)

第3条 料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法は、次の各号に定めるとおりとする。

- 一 通行車両は、確実に係員が料金の収受を行うことができる程度に当該係員が当該収受を行う場所に近接した場所(停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所)で停止しなければならない。

二 通行車両は、料金の収受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならない。」

9 北九州市道路公社

「(料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法)

第3条 料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法は、次の各号に定めるとおりとする。

一 通行車両は、確実に係員が料金の収受を行うことができる程度に当該係員が当該収受を行う場所に近接した場所（停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所）で停止しなければならない。

二 通行車両は、料金の収受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならない。」

10 静岡県道路公社

「(料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法)

第3条 料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法は、次の各号に定めるとおりとする。

一 通行車両は、確実に係員が料金の収受を行うことができる程度に当該係員が当該収受を行う場所に近接した場所（停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所）で停止しなければならない。

二 通行車両は、料金の収受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならない。」

11 長野県道路公社

「(料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法)

第3条 料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法は、次の各号に定めるとおりとする。

1 通行車両は、確実に係員が料金の収受を行うことができる程度に当該係員が当該収受を行う場所に近接した場所（停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所）で停止しなければならない。

2 通行車両は、料金の収受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならない。」

12 青森県道路公社

「(料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法)

第3条 料金の収受を行う一般専用有人施設における通行方法は、次の各号に定めるとおりとする。

一 通行車両は、確実に係員が料金の収受を行うことができる程度に当該係員が当該収受を行う場所に近接した場所（停止すべき場所について当該係員の指示又は

実際には、道路整備特別措置法24条3項による委任の理由になっていない。それどころか、通行方法の具体的内容は道路整備特別措置法施行規則に書かれているものと、「こと」という末尾を除いてほとんど同じなのであるから、私人である会社等に通行方法の定めを委任する理由は全くないといわなければならない。したがって、委任自体が不必要であるなら、私人への当該委任の合憲性は、始めから論外ではないかという疑問が生ずる。

また、たとえ私人への委任にある程度の合理性があるとしても、そもそも最も権力性の強い活動である犯罪構成要件の作定が、私人に委ねられることを現行憲法は予定しているのだろうかという根本的な疑問も生じて当然である。

3 「白地刑罰法規」の意味

しかし、とりわけこのの問題に立ち入る前に、その準備作業として、そもそも道路整備特別措置法24条3項および58条が「白地刑罰法規」に当たるか否かを検討しておかなければならない。というのも、この事件の控訴審に提出された検察官の「答弁書」では、道路整備特別措置法58条が合憲であると主張する中で、これらの規定を憲法73条6号ただし書きが「特にその法律の委任がある」ことを要求する「白地刑罰法規」ではないと主張していたからである。

すなわち、この「答弁書」は、「本罪は『定められた通行方法に違反して道路を通行すること』を処罰するものであり、構成要件の内容は法律自体において十分に明確に定められており、構成要件の内容について委任がなされているものではない。」と主張するのである。

標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所)で停止しなければならない。

二 通行車両は、料金の収受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならない。」

ここでは、「定められた通行方法」が誰によって定められるのか、あえて言及を避ける表現が採られている。しかし、これは、道路整備特別措置法24条3項を見れば明らかなように、同法が定めているのではなくて、「会社等又は有料道路管理者」が定めているのである。これをして、「構成要件の内容は法律自体において十分に明確に定められており、構成要件の内容について委任がなされているものではない。」と述べるのは、すでに日本語の意味からみて無理であろう。

なお、「白地刑罰法規」とは、一般に、「刑罰法規において法定刑だけは明確に定められているが、犯罪行為の内容の全部または一部が、他の法令、特に政令以下の命令に委任されている場合⁸⁾」、あるいは「一定の刑罰だけを法律で規定し、犯罪事実の具体的内容の規定を他の法令あるいは行政処分にした刑罰法規⁹⁾」を意味し、たとえば刑法94条の中立命令違背罪などがこれに当たるとされる。

そこで、たとえば刑法94条を読んでみよう。そこには、このように書いてある。すなわち、「外国が交戦している際に、局外中立に関する命令に違反した者は、3年以下の禁錮又は50万円以下の罰金に処する。」と。ここにいう「局外中立に関する命令」が、「犯罪行為の内容の前部または一部が、他の法令、特に政令以下の命令に委任されている」部分である。これは、先の「答弁書」の表現を借りるなら、一般に、「本罪は『局外中立に関する命令に違反すること』を処罰するものであり、構成要件の内容は法律自体において十分に明確に定められており、構成要件の内容について委任がなされているものではない。」などとはいえないものなのである。

さらに、いわゆる「猿払事件」につき、国家公務員法102条1項における人事院規則への委任は、国家公務員法82条による懲戒処分および同法110条1項19号による刑罰の対象となる政治的行為の定めを一樣に人事院規則に委任しているものであるからといって、憲法の許容する委任の限度

8) 三井 誠ほか編『刑事法辞典』(2003年)444頁〔門田成人〕。

9) 竹内昭夫ほか編『新法律学辞典(第3版)』(1989年)769頁。

を超えるものではないと述べた昭和49年11月6日の最高裁大法廷判決¹⁰⁾も、「政治的行為の定めを人事院規則に委任する国公法102条1項」という判決理由中の表現から明らかなように、「人事院規則で定める政治的行為をしてはならない。」という規定を、構成要件の内容の全部または一部を下位の法令に委任した白地刑罰法規と見ているのである。これを、「本罪は『定められた政治的行為をすること』を処罰するものであり、構成要件の内容は法律自体において十分に明確に定められており、構成要件の内容について委任がなされているものではない。」などと読む法律家はいない。

このように、犯罪行為ないし犯罪事実の全部または一部を他の法令あるいは行政処分に譲った刑罰法規が「白地刑罰法規」なのであり、道路整備特別措置法24条3項およびその違反に対する罰則を定めた同法58条がこれに当たることにより、異論の余地はない。

4 白地刑罰法規と憲法73条6号

このような、「白地刑罰法規」の白地構成要件を埋めるルールを、「政令」等の国家機関が定めるのではなく、民間人である会社等が定めるといふ事態は、日本国憲法73条6号の予定しないものであるように思われる。すなわち、憲法73条6項は「内閣の事務」として「この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること。」を規定するが、そのただし書きには「政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない。」と定め、政令ですら特にその法律の委任がある場合にしか罰則を定められないとしているのである。それにもかかわらず、民間人がこの委任を受けて罰則の白地を補充するルールを定めることには、根本的な疑問がある。

この問題に関して、従来の最高裁判例は、おおむね次のような判断を示

10) 前掲最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁。

してきた。すなわち、憲法73条6号ただし書きは「内閣の制定する『政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない』と規定しているのであって、これを裏から云えば、特に法律の委任がある場合においては、政令で罰則（すなわち犯罪構成要件及び刑を定める法規）を設けることができると及び法律は罰則を設けることを政令に委任することができることの趣旨を表明していることは、一点の疑いを挿む余地がない」として、犯罪の構成要件の決定を国会の議を経ない命令に委任している食糧管理法31条、9条、10条を合憲とし¹¹⁾、酒税法「54条は、その帳簿の記載等の義務の主体およびその義務の内容たる製造、貯蔵又は販売に関する事実を帳簿に記載すべきこと等を規定し、ただ、その義務の内容の一部たる記載事項の詳細を命令の定めるところに一任しているに過ぎないのであって、立法権がかような権限を行政機関に賦与するがごときは憲法上差支ないことは、憲法73条6号本文および但書の規定に徴し明白である。そして、前記酒税法施行規則61条は、その1号ないし8号において、帳簿に記載すべき事項を具体的且つ詳細に規定しており、同条9号は、これらの規定に洩れた事項で、各地方の実状に即し記載事項とするを必要とするものを税務署長の指定に委せたものであって、前記酒税法施行規則においてこのような規定を置いたとしても、前記酒税法54条の委任の趣旨に反しないものであり、違憲であるということはできない。」として酒税法施行規則への帳簿記載事項の委任を合憲とし¹²⁾、さらに、「政治的行為の定めを人事院規則に委任する国公法102条1項が、公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を具体的に定めることを委任するものであることは、同条項の合理的な解釈により理解しうるところである。そして、そのような政治的行為が、公務員組織の内部秩序を維持する見地から課される懲戒処分を根拠づけるに足りるものであるとともに、国民全体の共同利益を擁護する見地から科される刑罰を根拠

11) 前掲最大判昭和25・2・1刑集4巻2号73頁。

12) 前掲最大判昭和33・7・9刑集12巻11号2407頁。

づける違法性を帯びるものであることは、すでに述べたとおりであるから、右条項は、それが同法82条による懲戒処分及び同法110条1項19号による刑罰の対象となる政治的行為の定めを一様に委任するものであるからといって、そのことの故に、憲法の許容する委任の限度を超えることになるものではない。」と述べて、国家公務員法違反となる「政治的行為」の定め的人事院規則への委任を合憲としている¹³⁾。

くわえて、地方公共団体の定める条例への罰則の委任に関しては、「地方公共団体の制定する条例は、憲法が特に民主主義政治組織の欠くべからざる構成として保障する地方自治の本旨に基づき(同92条)、直接憲法94条により法律の範囲内において制定する権能を認められた自治立法に外ならない。従って条例を制定する権能もその効力も法律の認める範囲を越えることはできないけれども、法律の範囲内にあるかぎり、条例はその効力を有するものといわなければならない」と述べて、地方自治法による条例への包括的な罰則の委任を合憲としている¹⁴⁾。

すなわち、白地刑罰法規における白地の構成要件部分を含めて、最高裁が下位法令への委任を合憲としているのは、すべて、政令、施行規則その他の行政機関の定める規則、および、憲法94条に認められている地方公共団体の定める条例に限られているのである。それは、政令、施行規則等については法律の施行に関する細則は所轄の行政機関に委ねるのが適当であるからであり、地方公共団体の条例に関しては、憲法が特に民主主義政治組織の欠くべからざる構成として保障する地方自治の本旨に基づき、直接憲法94条により法律の範囲内において制定する権能を認められた自治立法であるからである¹⁵⁾。

13) 前掲最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁。ただし、この判決には、この委任は包括的にすぎるとする反対意見が付されている。なお、同じく人事院規則への委任を合憲としたものに、前掲最判昭和56・10・22刑集35巻7号696頁がある。

14) 最大判昭和37・5・30刑集16巻5号577頁。なお、最大判昭和33・10・15刑集12巻14号3305頁も同旨。

15) 宮澤・前掲書577頁、前掲最大判昭和37・5・30参照。

にもかかわらず、改正道路整備特別措置法24条3項は、会社等が「料金の徴収施設及びその付近における車両の一時停止その他の車両の通行方法を定めることができる。」と定め、この通行方法に違反した運転者に対して刑罰を科している。ここには、¹⁶⁾ という法律を施行する所轄の行政機関への細則委任という性格も、¹⁷⁾ という地方公共団体の自治立法という性格も看取できない。

たしかに、道路整備特別措置法施行規則13条1項は、「会社等又は有料道路管理者は、法第24条第3項の認可を受けようとするときは、当該認可を受けようとする通行方法を記載した申請書を国土交通大臣に提出しなければならない。」と規定し、同条2項柱書きは、「国土交通大臣は、前項の申請書に記載された通行方法が次の各号に掲げる料金の徴収施設の区分に応じ、それぞれ当該各号に定めるものである場合に限り、法第24条第3項の認可をするものとする。」と規定して、会社等が定める通行方法の雛形を提示し¹⁶⁾、そのとおりの通行方法を記載した申請書を国土交通大臣に提出した場合に限って、同法24条3項の認可が得られるものとしている。

しかしながら、このことは、通行方法が道路整備特別措置法施行規則によって定められていることを意味しない。というのも、仮にそうであるなら、通行方法は端的に道路整備特別措置法施行規則に規定されるべきだからである。そうではなくて、この通行方法は、あくまで、有料道路の利用

16) 前述のように、同施行規則13条1項1号イでは、料金の收受を行う施設に関する通行方法として、「通行車両は、確実に係員が料金の收受を行うことができる程度に当該係員が当該收受を行う場所に近接した場所（停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所）で停止しなければならない。かつ、料金の收受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならないこと。」と規定しており、そして、たとえば大阪府道路公社の通行方法の該当箇所では、「一 通行車両は、確実に係員が料金の收受を行うことができる程度に当該係員が当該收受を行う場所に近接した場所（停止すべき場所について当該係員の指示又は標識その他の方法による表示がある場合には、当該指示又は表示に係る場所）で停止しなければならない。二 通行車両は、料金の收受後に当該係員が発進を承諾するまでの間は発進してはならない。」と規定する。すなわち、施行規則をそのまま書き写したようなものになっているのである。

契約の一部をなす「供用約款¹⁷⁾」に定められているものなのである。したがって、白地刑罰法規の内容を、このような私的な契約の一部である民間人の定める約款に委ねることは、たとえ施行規則がその雛形を示しているも、やはり憲法73条6号に違反するという疑いが濃厚である。

5 私人への委任の必要性と立法権によるコントロール

もっとも、この点につき、本判決が述べるように、道路整備特別措置法24条3項によって会社等が定めることができる通行方法は、「料金の徴収施設及びその付近における車両の一時停止その他の通行方法」に限られており、「会社等が全く自由な裁量により定めた通行方法がそのまま法規の内容を構成するものではなく、同規定の趣旨に則った通行方法であるかの点につき、国土交通大臣の認可手続を経ることにしている」ことを指摘して、道路整備特別措置法24条3項前段が、「憲法31条、73条6号に違反して、通行方法違反罪の構成要件の定めを私人である会社等に委任したとの非難は当たらない。」と解する余地もないではない。そこで、最後に、このような認可手続によるコントロールが、道路整備特別措置法24条3項および58条の違憲性を払拭する理由になりうるか否かを考えてみよう。

もっとも、道路整備特別措置法24条3項が「料金の徴収施設及びその付近における車両の一時停止その他の車両の通行方法」の範囲内でその通行方法を定めることを私人に委ねているにもかかわらず、その通行方法が、現実には、道路整備特別措置法施行規則13条1項の定めをコピーしただけのもので足りるというのであれば、そもそも私人への定め委任の必要性自体が否定されてしまうことは、先に指摘したとおりである。そこで、こ

17) 道路整備特別措置法6条1項に「会社は、第3条第1項の許可に基づき料金を徴収しようとするときは、あらかじめ、国土交通省令で定めるところにより、供用約款を定め、国土交通大臣の認可を受けなければならない。これを変更しようとするときも、同様とする。」と定められているものである。

ここでは、各高速道路会社間での通行方法の一致は偶然の産物であると善解したうえで、検討を進めることにしよう。

ひとつ、忘れてはならないことは、国土交通大臣の認可手続というコントロールは、本来の立法機関である国会のコントロールではないということである。つまり、国土交通大臣が白地刑罰法規の構成要件を定めること自体が、すでに、憲法73条6号ただし書きの趣旨からして、例外的な事態であるということである。見方を変えれば、国土交通大臣による構成要件作定自体が、国会による「承認」を必要とすべきであるとしてもよいからいなのである。

そもそも、行政法上の概念である「認可」とは、「第三者の行為を補充してその法律上の効力を完成させる行政行為¹⁸⁾」であって、たとえば銀行法37条による認可を受けない銀行の廃業および解散等は無効である。道路整備特別措置法24条3項に即して言えば、認可を受けない通行方法の定めは、「供用約款」の内容をなす通行方法の定めとして無効ということになる。しかし、「認可」が私人に白地刑罰法規の補充構成要件を作る権限を与える行政行為であるなどという理解は、これまでどこにもない。これは、たとえば、高速道路会社が「認可」を受けて道路交通法の一部をなす高速道路における車両通行方法を定めることができるかという問題を考えてみれば、その不自然さは明らかであろう。刑罰という効果を伴う行為規範の作定は、国家機関が私人に譲ることのできない権限であり、「認可」という行政行為によってもその譲渡は不可能であるというべきである。

もっとも、船舶や航空機のように、国家の領域を離れた閉鎖空間では、船長や機長という私人に特別の規則制定権が認められることがある。たとえば、船員法128条は、同法の「第12条乃至第14条に規定する場合において、船長が人命、船舶、航空機又は積荷の救助に必要な手段をとるのに当り、上長の命令に服従しなかったとき。」に1年以下の懲役を定めており、

18) 竹内昭夫ほか編・前掲1131頁参照。

また、航空法73条の4第5項は「機長は、航空機内にある者が、安全阻害行為等のうち、乗降口又は非常口の扉の開閉装置を正当な理由なく操作する行為、便所において喫煙する行為、航空機に乗り組んでその職務を行う者の職務の執行を妨げる行為その他の行為であって、当該航空機の安全の保持、当該航空機内にあるその者以外の者若しくは財産の保護又は当該航空機内の秩序若しくは規律の維持のために特に禁止すべき行為として国土交通省令で定めるものをしたときは、その者に対し、国土交通省令で定めるところにより、当該行為を反復し、又は継続してはならない旨の命令をすることができる。」と定め、その違反には50万円以下の罰金を予定している。

しかし、このような「船舶や航空機内での秩序維持権限は、生命や安全を守るためにやむを得ない必要最小限の例外と考えざるをえない¹⁹⁾」上に、国家の領域を離れた閉鎖空間であるという特殊性があり、そうではない有料道路の料金所付近での通行方法についてまで一般化できるものではない。

6 むすびにかえて

有料道路の無料通行は、たしかに、民法上の債務不履行として違法な行為である。したがって、このような行為を奨励することもまた、好ましくない行為といわなければならない。しかしながら、現在の道路整備特別措置法は、料金不払いそのものを犯罪とはしていない。なぜなら、有料道路の料金不払いのみを犯罪化することは、他の債務不履行一般が犯罪でないことと比較して、道路会社に対する国家の不当な優遇に当たるおそれがあるからである。ゆえに、現行法は、料金所付近での通行方法の違反のみを犯罪化したのである。

しかしながら、このような罰則の内容をなすルールが私人によって作定

19) 米丸恒治『『民』による権力行使 私人による権力行使の諸相とその法的統制』、小林武ほか編『『民』による行政・新たな公共性の再構築』(2005年)68頁。

されるという事態は、憲法の予定しないところといわなければならない。私的自治は、損害賠償など私法的制裁の範囲内でのみ妥当するのであり、刑罰権を私人に委ねることは、国家刑罰権の根本を揺るがしかねない事態であると認識すべきである。

筆者は、このような私人への権力委任が、結局は、社会的強者である大企業等に対する「授権法」(Ermächtigungsgesetz)への露払いとならないことを祈るとともに、このような公法と刑事法にまたがる主題を扱った拙稿を、憲法学および行政法学の先達である大久保史郎教授、安本典央教授の退職に捧げたいと思う。