

イギリスにおける予防司法論の展開

～ASBO 政策に関連して～

渡 邊 泰 洋

要 旨

1990年代中葉以降、海外の文献では「予防司法 (preventive justice)」が注目され、特にリスク社会の議論やアメリカの9.11事件などと相まって、世界的に予防を目的とした法制度や運用が増加する傾向がみられる。さらに予防司法論には、テロ事件の未然防止だけでなく、迷惑行為や軽微な刑法違反に対する予防的な法的対応が含まれている。これに対して、伝統的な刑法学の議論では過去に行われた行為が前提であり、これに刑罰を加える処罰司法の性格を有するが、他方、予防司法は、むしろ将来のリスク回避のために、事前介入を行うことが目的とされるという相違がある。したがって、予防司法のアプローチには、デュープロセスなどの法手続的側面や憲法上の「行動の自由」の側面からの批判がみられる。

歴史的にみると、18世紀前半にはすでに予防司法概念の活用が見られたが、20世紀前半には人権意識の高まりとともに犯罪発生後の事後予防が重視され、予防司法の議論は衰退した。しかし、1990年代後半から2000年代にかけて犯罪の減少傾向がみられるなか、刑法の規制外の秩序違反行為が社会問題化し、その結果、予防司法論が再興し、とくにイギリスのオックスフォード大学の研究者たちが行った「予防司法」研究プロジェクトは予防司法論を加速させた。

そこで、本論文は、とくにイギリスで1990年代後半に生まれたASBO（反社会的行動禁止命令）に焦点を当て、予防司法の一部として検討する。ASBOは軽微な違反行為に対する法規制の一例であり、市民に不安を与える犯罪や秩序違反行為に対する予防のあり方が論点となる。わが国では、現在のところ、この種の議論は低調であるが、しかし、秩序違反行為が一部で問題とされており、イギリスの予防司法論の議論の行方は今後の規制の在り方に参考になるとと思われる。

キーワード：事前予防 処罰司法 民事的予防命令 秩序違反行為 ASBO 社会的排除

1. はじめに

海外文献において、1990年代中葉以降、「予防司法 (preventive justice)」というテーマが盛んに議論されている。とくに、リスク社会の議論の高まりや2001年9月に発生した、アメリカにおける航空機を利用したテロ事件、いわゆる「9.11」事件などの発生後、このようなテロ事件を未然に防ぐ必要から、予防を企図した立法やその運用が世界的に盛んになっており、これをめぐる議論が予防司法論である⁽¹⁾。他方、とくに重大とは思われない、迷惑行為や秩序違反行為、公序良俗違反、反社会的行動な

(1) ドイツでは「処罰の早期化 (Vorverlagerung der Strafbarkeit)」というテーマで、同様の議論が行われている (これを紹介する論文として、井田良「変革の時代における刑事法学の在り方」日本学術会議編『学術の動

ど必ずしも刑法が適用されない行為、あるいは軽微な刑法違反行為なども、同様に、予防的な法的対応が検討されてきた。

伝統的な刑法適用の責任原則では、過去の行為が刑法の構成要件に該当して初めて処罰対象となるが、上記の行為を規制しようとする予防司法は、その段階を待たずに介入を可能にしようとする制度であり、伝統的な刑法適用の例外をなす。したがって、後述するように、このような「危害が発生していない行為」の予防を内容とする法制や法運用に対しては、法手続の側面や憲法上における「行動の自由」の側面から批判が喧しい。

もっとも、予防司法手段の活用はけっして新しいものではなく、すでに18世紀前半にはみられたとされるが、厳格に議論されるようになるのは20世紀前半の頃である⁽²⁾。その後、刑法の謙抑性や刑事法における手続的保障などにに基づき、人権意識が昂揚するなかで、刑事司法制度の運用は次第に犯罪発生後の事後予防に重点が置かれるようになり、刑法の一般予防や特別予防という用語はみられたものの、予防司法の議論は衰退したと言わねばならない。ところが、下記にみるように、このテーマは1990年代後半から2000年代にかけて、再び復活し、近年ますます盛んに議論されるようになってきた。もっとも、予防司法をめぐる議論自体は十分な発展をみているとはいえない状況であり、現に予防司法概念は非常に複雑で多くの論点を含んでおり、現在、議論が進行中という段階にあると言わざるを得ない。

他方で、こんにち予防司法 (preventive justice) 概念が再び脚光を浴びるようになった背景の一つは、イギリス・オックスフォード大学の刑事司法グループの中心人物、アンドリュー・アッシュワース (Andrew Ashworth) やルシア・ゼドナー (Lucia Zedner) らの研究が契機となったと思われる⁽³⁾。実際、彼らによって3年間にわたる「予防司法」研究プロジェクト⁽⁴⁾が行われた。このプロジェクトは「安全保障とテロリズム」や「刑法と人権」など複数の分野で構成されており、すでに、その成果として主要な2つの著作⁽⁵⁾が発表されている。また、このプロジェクトは予防司法論に刺激を与え、近年、多くの研究者が予防司法に関わる論文を次々と発表している⁽⁶⁾。

向』2006年3月号56頁以下)。

(2) Preventive Justice (1937), *Journal of Criminal Law* no.1, issue 2, pp.303. これによると、「ある行為に対処しようとするとき、しばしば厳密な意味で、特定の犯罪には該当しない事実に遭遇する場合があるが、その行為が非常に悪質で不適切ゆえに、何らかの手段でそれを停止させる必要がある場合がある。(中略) 単なる不品行に対して法規範は存在しないかもしれないが、法の対応が不十分な場合、治安判事の一般的権限に基づいて有用な応急措置を形成する場合がみられる」との記述がある (p.303)。このように、1930年代においても、秩序違反行為に対する法的対応の必要性が痛感されている状況が伺える。

(3) Andrew Ashworth et al. (eds.) (2013), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press.

(4) 2009年11月にイギリス芸術・人文学研究会議 (The Arts and Humanities Research Council) から3年間の研究助成を受け、2010年からプロジェクトは開始されている。

(5) その他の著作に Andrew Ashworth, and Lucia Zedner (2014), *Preventive Justice*, Oxford University Press がある。

(6) たとえば, Deryck Beyleveld and Roger Brownsword (2019), Punitive and Preventive Justice in an Era of Profiling, Smart Prediction and Practical Prelusion; Three Key Questions, *International Journal of Law in Context* vol.15, pp.198-218. Bernard E. Harcourt (2013), Punitive Preventive Justice; A Critique, A. Ashworth et al. (eds.), op.cit., pp.252-272. James T. Ogg (2015), *Preventive Justice and the Power of Policy Transfer*, Palgrave Macmillan. Tamara Tulich et al. (2017), *Regulating Preventive Justice: Principle, Policy*

そこで、本稿では、1990年代後半にイギリスで生まれた、予防司法の典型例としてのASBO (Anti-Social Behaviour Order, 「アズボ」と呼称される。民事裁判所による反社会的行動禁止命令) に関する議論に焦点を当て、予防司法論の一部の論点として検討することにする。ASBOとは、後に詳述するが、簡単にいえば、軽微な違反行為に対する法規制の一例である。なお、筆者はすでにASBO政策に関する論稿を若干発表しているが⁽⁷⁾、本稿は、ASBOに対する予防司法論からの論点の提示や批判に鑑み、現代社会において市民に不安を与える軽微な犯罪や秩序違反行為に対する予防のあり方を考察するものである。

また、本稿では、後述するように、法改正後に名称が変更されたASBO相当概念についても、現在刑事司法機関関係者、研究者やメディアで‘ASBO’という用語が引き続き使用されている点に鑑み、民事予防命令としての反社会的行動や秩序違反行為に対する規制を‘ASBO’と称していることに留意願いたい。

2. 予防司法と処罰司法

(1) 予防司法の定義

① 予防司法とは何か

この用語自体は、前述のとおり、決して新しいものではなく、すでに19世紀末には、次のように当時の辞典に掲載されるまでに至っている。実際、ブラック法律辞典第1版(1891年 Black's Dictionary of Law)によると、「(予防司法とは) 犯罪を直接的に防止するために政府が講じる措置の制度。一般的には、将来犯罪を行う可能性が高いと疑われる者に対し、治安維持や善行を保証する誓約書(pledge)や証書(security)を提示することで、そのような犯罪が起こらないことを国民に保証するよう義務づけるものである」と定義している⁽⁸⁾。つまり、この概念によると、予防司法は特定人物に対する措置として理解されていることが分かる。

また、アッシュワースら⁽⁹⁾は、「(予防司法とは) 予想される将来の危害を防止し、そのリスクを軽減するために国家が用いる刑法または刑法に類似した手段である。このような手段には、関係当局が早い段階で介入できるようにするために、通常は無害で、一見罪がないように見える行動を犯罪化したり、将来犯罪を行うと疑われる者を無害化したり、将来予測される悪事行為に基づき、将来の行為を予測したうえで、過去に前歴のある者の刑期を加重することなどが含まれる」とし、この他にも、「犯罪を行

and Paradox, Routledge. Henrique Carvalho (2017), *The Preventive Turn in Criminal Law*, Oxford University Press. など。

(7) 渡邊泰洋「イギリスにおける反社会的行動対策の新展開～1998年法から2014年法へ」罪と罰, 52巻3号(2015年)124頁以下, 同「スコットランドにおけるASBO政策の動向」早稲田大学社会安全政策研究所年報2号(2010年)93頁以下, 同「イギリスにおけるASBO政策の展開」犯罪と非行, 159号(2009年)165頁以下。なお, 同「犯罪学における秩序違反行為(Disorder)研究の意義～犯罪不安感と「生活の質」への影響」拓殖大学論集政治・経済・法律研究, 25巻1号(2022年)103頁以下。

(8) Henry Campbell Black (1891), *the Dictionary of Law 1st ed.*, West Publishing, p. 935.

(9) A. Ashworth et al (2013), *op.cit.*, p. 1.

うことを防ぐために、人々の生活に介入する法的権限の行使」(マシュー・マトラバース)⁽¹⁰⁾、などの定義がみられる。これらを総合すれば、こんにちの予防司法概念は、特定行為に向けられた事前予防政策であり、「将来発生する可能性の高い犯罪を未然に予防するために司法機関が採用する法的措置を指す刑法類似の概念」と言うことができよう。

②処罰司法

予防司法を明らかにするためには、その対語である処罰司法 (punitive justice)⁽¹¹⁾を明らかにするのが得策である。要するに、予防司法が文字通り、犯罪被害の未然発生段階で予防することを企図する司法制度であるのに対して、処罰司法は事後的に犯罪発生をまって介入し刑罰を適用する司法制度を指す。もっとも、通常の国家体制であれば、両者のシステムは併存するのが一般的である。両者が調和的に機能して、国家の安全や治安は維持できるものと考えられる。

なお、ここでいう処罰司法は、厳密には、二つの意義があるように思われる。第一に、応報を基盤とした刑罰の使用を考えるものであり、通常、一般市民の処罰感情を国家が代行する役割を演じる意味に捉えることができる。この方向性は後述するように、近代的な科学としての犯罪学が発展する19世紀中頃までの処罰司法を彩るものであった。これに対して、第二の意味での処罰司法は、そのような国民の応報感情を基盤とするものではなく、処罰指向というより、むしろ刑罰の執行を利用して犯罪者や非行少年の改善・更生をめざし、その結果、再犯予防を図ることが刑罰の機能の中核にある。この方向性を示したのは、19世紀犯罪学におけるイタリア実証学派の業績によるところが大きい⁽¹²⁾。イタリア実証学派の主張に従い、世界的にみて刑事司法機関の役割は「犯罪者処遇 (offender treatment)」, 言い換えれば事後的な再犯予防に大きく傾き、この意味での処罰司法がその後の150年を支配したのである。

③予防司法の必要性

こんにち予防司法法制が講じられる必要性には、それなりの理由や時代的な背景がある。どの社会にも犯罪を行うリスクの高い人たちが一定量存在するのも事実であり、それらの人々の行動を事前に抑止して、社会の損失や犠牲をある程度低減したいと考えるのは、格別突出した考え方でもなく、ある意味でごく自然であると思われる。ところが、処罰司法は専門家からそれほど批判を受けなかったのに対して、以下にみるように、予防司法に多くの批判が集中するのは、両者の規制が犯罪発生の前後に分かれる点にある。つまり、処罰司法においては、犯罪発生後に「犯罪」という外形的に可視的な行為と被害が存在するから、判定が比較的容易に行いやすく、また近代刑法原則に従い、個人責任に根ざして刑罰を科すことについては市民的合意がみられる。たとえその刑罰がかつてのように犯罪者に対する応報としてではなく、イタリア実証学派の主張のように犯罪者を改善更生して再犯を予防するシステムであっても、市民間に一定の理解があると思われる。

(10) Matthew Matravers (2013), On Preventive Justice, A. Ashworth et al (eds.), op.cit., p. 235.

(11) D. Beylveeld and R. Brownsword (2019), op.cit. B.E., Harcourt (2013), op.cit.

(12) 犯罪学の黎明期においてイタリア実証学派が果たした役割については、渡邊泰洋「犯罪学の歴史」守山正・小林寿一編著『ビギナーズ犯罪学第2版』(2020年、成文堂) 25-28頁参照。

これに対して、予防司法は外形的な行為が起こるまえに、それを阻止する強制的な措置を行うもので、「起こっていない行為」、つまり「見えない行為」を対象とする。そこでは、起こるか否かの予測を行い、その危険性を判定する必要があるが、その場合、「危険性の高い行為」の基準は何かを明らかにしなければならず、刑法の厳格な構成要件と比べて、その概念や内容は判然としない。歴史的にみても、いわゆる「保安処分」が多くの国で批判にさらされたことを想起すれば分かりやすいが⁽¹³⁾、将来の危険な行動を予測し、それに基づいて一定の制裁を与える予防司法には多くの批判が寄せられるのにも理由がある。本稿が多くを引用するオックスフォード大学の研究者集団は、まさにその批判の急先鋒に当たる。

そうとはいえ、アメリカの9.11事件のように、社会不安を掻き立てる重大事件が発生すれば、予防司法の社会的ニーズは急激に高まる。まさしく、9.11以降テロリズムに対する厳しい国家の姿勢を求める動きが世界中に広まっているのは、このことを示している。これに対して、処罰司法によってテロリズムを解決するのは困難である。なぜなら、処罰司法は必ず犯罪が発生し、被害者が生み出されたのちに発動されるからである。言い換えると、被害が生じたのちに稼働する処罰司法は、市民に犠牲を強いているという側面は否定できない。後述するように、これが「刑法の限界」であると言われる所以である。

(2) 予防司法の法令

それでは、どのような予防司法に関する法令が存在するのであろうか。先述のアッシュワースらによると、イギリスには被害リスクを軽減するために採られた国家による予防措置は枚挙にいとまがない。彼らは、各種の予防司法の法令を概観し、直接的な措置を伴う制度に限定して次の種類を指摘する⁽¹⁴⁾。つまり、ここでの関心事は、軽微であれ、実質的であれ、対象者にとって何らかの強制や自由の喪失を伴う、法令に根拠を有する予防措置である。以下に、アッシュワースらの記述に基づいて、イギリス法制の概略だけ確認しておこう⁽¹⁵⁾。

① 刑事手続における予防的権限

いわゆる司法警察職員による職務質問に基づく停止命令、令状に基づく家宅捜索、大規模な秩序違反行為のための予防措置などがこれに当たる。実際の刑事手続では、強制力のある公判前勾留が多用されている。イギリスでは、被告人の逃走防止、証人への干渉防止、被告人への危害防止が主たる目的⁽¹⁶⁾であるが、犯罪の実行防止も目的であることは言うまでもない。これらの点については、無罪の推定原則や人身の自由の問題が生じうる。

(13) ここで保安処分を議論することには限界があるが、基本的に言えば、その者の人格上、将来において犯罪の危険性があると判断して、社会防衛の立場から科される司法的措置が保安処分である（詳しくは、宮澤浩一ほか編『刑事政策講座第3巻 保安処分』（1973年、成文堂）参照）。

(14) A. Ashworth and L. Zedner, op.cit., p. 2.

(15) Ibid., pp. 2-5.

(16) わが国の刑事訴訟法では、拘留目的は住所不定、罪証隠滅、逃走防止が規定されている（同法60条）。

② 民事予防命令

イギリスには民事予防命令の長い歴史があり、1361年の治安維持誓約命令まで遡ることができる。現代の民事予防命令は1990年代中葉以降に急速に整備され、基本的には2段階構造を採用する⁽¹⁷⁾。たとえば、ASBOにおける予防命令では、第一段階は、民事訴訟法に従い予防命令を発出し、ある者による特定の行動や特定の場所への立ち入りなどを禁止する。第二段階では、合理的な理由なしにこの命令に違反した場合、最高5年の拘禁刑などが科される。ASBOについては後に詳述する。このほか、民事予防命令には現在イギリスでは、重大犯罪予防命令、性的危害予防命令、テロリズム予防捜査措置など10種類以上が存在する。

③ 被害予防的刑法犯

刑法において、いわゆる心理的強制説などにみられるように、刑法に一定行為が記載されていること自体に予防的効果が期待できる。なぜなら、市民は刑法の各本条に記載された行為に対する刑罰を知ることによって、その行為を控えようとするかもしれないからである。つまり、犯罪予防は刑法の理論的根拠である。とくに問題となるのが、未遂罪と共謀罪である。なぜなら、未遂罪では犯罪の実行行為を開始した時点で実害が生じる可能性はあるから、実際に被害が発生しなくとも、つまり未遂状態でも介入の対象となり、その結果、実害が回避されることになる。共謀罪も共謀した段階で処罰が可能であり、未遂罪と同様の論理構成を採用することができる。このほか、わが国では形式犯として議論される行為形態も処罰対象となる。この例としては、危害が発生する前段階の飲酒運転、あるいは食品衛生法上の違反行為（不衛生な食品を商店で陳列する行為）では実害は発生していない段階で規制を行うことで実害を予防できる。多くの国では、このような法制が採用されている。

④ 予防的量刑

原理的に言えば、有罪判決に基づく刑の言い渡し、つまり量刑も予防的効果が期待できる。なかでも、常習犯は特定犯罪を将来にわたって継続的に行う可能性があり、そのため常習犯に対して刑を加重することで、拘禁期間を長期化し、その間の犯罪を阻止し、また改善更生を図る期間に当てて、将来の行為を予防することが可能となる。もとより、一般的に言って、刑罰が厳しいほど、とくに拘禁刑の期間が長いほど、その間の犯罪を物理的に阻止することもできる。いわゆる、「無害化（incapacitation）」と呼ばれる刑罰の機能である。あるいは、イギリスでは現在は廃止されているものの、いわゆる「危険な犯罪者」に対する無期限の予防拘禁⁽¹⁸⁾制度もその趣旨から設定された。これは、犯罪行為は行っていないものの、危険な徴候がみられる場合に拘束して一定施設に拘禁する制度である。一般には、「保

(17) ちなみにわが国のストーカー規制法では、第一段階では警察の警告、さらには都道府県の公安委員会の禁止命令が発出され、それに違反すると、第二段階として刑事手続に移行し、刑罰が科される場合がある。但し、イギリスの1998年犯罪および秩序違反法と異なるのは、わが国のストーカー対策では第一段階が行政機関による命令である点である。

(18) 1908年に犯罪予防法（Prevention of Crime Act 1908）において創設され、2012年法律扶助、刑罰及び犯罪者処罰法（Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012）によって廃止された。

安処分」⁽¹⁹⁾として機能する側面もある⁽¹⁹⁾。

⑤ テロに対する予防措置

テロ対策としての予防司法論は、こんにちの議論の主要な部分を占める。先述したように、主として、アメリカにおけるテロ攻撃がこのような予防措置の契機となっている。テロ攻撃は壊滅的な被害をもたらすことから、かなり厳格な対応が施されている。イギリスでは刑法として、各種テロ対策が盛り込まれており、テロ行為そのものだけでなく、凶器・爆薬の所持、テロ行為の準備、テロの煽動・拡散あるいはテロ組織への支援などが犯罪と規定されている（たとえば、2001年テロリズム法）。また、それらの行為への予防的手続として職務質問、搜索、拘束の特別な権限が警察に与えられているほか、民事的な予防措置も講じられ、なかでも、2011年テロリズム予防・捜査措置法（Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011, TPIMs）⁽²⁰⁾と呼ばれる法令がよく知られる。

⑥ 公衆衛生法上の予防的措置

イギリスの公衆衛生法には各種の強制措置が含まれ、市民の自由を剥奪する条項がみられる。たとえば、感染症罹患の疑いのある者に対する隔離、精神障害のある者に対する民事的な拘束、犯罪を行った精神障害のある者に対する拘束などがある。これらの権限は政府に与えられているが、その強制権限の正当性が問題とされている⁽²¹⁾。

⑦ 移民法上の予防的措置

テロリズムと同様に移民問題も、こんにちヨーロッパ諸国を悩ます社会問題であり、移民や亡命を扱う際に担当機関に強制権限が付与される特徴的な法令がみられる。イギリスの移民法の代表的法令として、2006年移民、アサイラム及び国籍法（Immigration, Asylum and Nationality Act 2006）がある。すなわち、予防的措置に関する条項では、たとえば、亡命申請が拒否された者、違法行為を行った移民の者を拘束し、あるいは亡命申請者の入国を阻止する権限が政府に認められている。さらには移民が犯罪を行った場合に刑期終了後に国外追放を企図した拘束権限、移民の収容施設に関する権限、移民の帰国を確保するための権限など、政府には多くの権限が付与されている。

(19) わが国には正規の保安処分制度は存在しないが、ドイツには「保安監置（Sicherungsverwahrung）」制度がみられ、一定の犯罪行為を行った者に対して裁判所が将来の同種の犯行危険性を認定し、自由刑の有罪判決と同時に、自由刑の刑期終了後に保安施設への収容を言い渡す制度である。いうまでもなく、危険性があることで将来の犯罪行為を未然に予防する趣旨である。

(20) 同法は、従来の2005年テロ防止法を改正しテロ対策を強化したものであるが、さらにその後も反テロリズムに関する種々の立法が行われている。詳細は、大沢秀介ほか編『変容するテロリズムと法～各国における＜自由と安全＞法制の動向』（2017年、弘文堂）、とくに257頁以下を参照。

(21) A. Ashworth and L. Zedner, op.cit., pp. 196.

3. 予防司法の歴史的経緯

現代において特にイギリスでは、上述のように、予防司法に関する法令が充実しつつある。それでは、このような予防法令はいつごろから発達してきたのであろうか。以下に、繰り返しになる部分もあるが、改めてその歴史を概観してみたい。

もとより、社会において犯罪やそれに類する有害行為が発生しないことが望ましい。しかも、国家には国民の安全を確保する義務も存在する。確かに、これらの行為を取り締まり、刑罰を科す刑法システムがいずれの国家や地域にも整備されており、刑法の抑止効果が期待されている。しかし、それでも犯罪を行う者を未然に抑止できず、刑法の範囲内では、刑罰の力を借りて再犯防止を図るしかない。そして、かりに犯人の検挙を100%果たしても、つまり、全犯罪者を捕まえても、犯罪は発生し被害者が生まれている事実には変わりはない。被害者が生まれれば、現代は「被害者の時代」と呼ばれるように、被害者あるいはその家族に対して手厚い保護や救済を補償する多数の関連法令が存在する⁽²²⁾。したがって、被害者を扱う刑事司法機関の負担は大きく、また究極的に被害者等の満足を得ることが困難であるのも現実である。そこで、「予防」、とくに「未然予防」という思想の下に予防司法論が生まれるのもまた自然であった。以下にみるように、歴史的にみると種々の予防的措置が検討され、実施されてきた。これがまさに予防司法の歴史である。

(1) 予防司法導入の背景

こんにち刑事司法政策の大きな流れとして、刑罰適用の事後予防から未然予防への大きな推移を看取できる。その顕著な特徴は、公衆保護 (public protection)、予防的アプローチ、被害の未然予防に伴う法的な権限と措置であり、これらは現代刑事司法の主要な柱を形成し、世界的にみられる現象である。とくに西欧社会における動向の底流にあるのは、「リスク社会」の台頭、保険数理的司法 (actuarial justice)⁽²³⁾の出現などの動きである。これらが刑罰から予防へのパラダイムの転換をもたらしていると考えられる。

では、これらの源流は歴史的にみてどこにあったのであろうか。まず、そのためには18世紀から19世紀初頭にかけての警察制度の揺籃期に遡らなければならない。すなわち、近代刑事司法国家の黎明期は、刑罰よりも予防の指向性をはるかに強かった時代である。もっとも、このような時期を経て、その

(22) わが国における犯罪被害者の権利擁護、被害救済に関連する法令としては、犯罪被害者等給付金支給法(1980年、その改正法としての犯罪被害者支援法(2021年))、被害者保護法(2000年)、犯罪被害者等基本法(2002年)などのほか、刑事訴訟法などにも被害者・遺族の権利等に関する規定がみられる。なお、()内は新設時の年度。

(23) 保険数理的司法とは、保険会社が統計的リスクを算出する技法に由来し、特定の個人や集団が犯罪を行うリスクを居住地、宗教、民族、性別、年齢などを元に数値化し、それに応じてリスク管理を刑事司法機関が行うという考え方である(Malcolm Feely(2012), Actuarial Justice and the Modern State, Gerben Bruinsma et al. (eds.), Punishment, Places and Perpetrators, Willan, pp.62)。たとえば、特定宗教を信奉する多数の住民の居住地を囲むように、テロ対策として警察機関が監視カメラを設置する例などがある。

後予防思想は後退し、それに代わってその後の200年は、事件を処理する警察その他の刑事司法機関の繁栄時代を迎える。つまり、犯人を検挙して処罰する事後的予防の思想が予防司法にとって代わったのである⁽²⁴⁾。さらに、国家の予防的権限は20世紀に入るとやや息を吹き返す。しかしながら、他方で、国家の予防的機能の根拠と限界についても同時並行して議論され、それが現代のジレンマと直結しているといえる。以前の時代と異なり、人権思想の発達した現代は憲法上、各種の市民的自由が保障されており、予防目的といえども、個人の一定の行為を事前に阻止することは、それほど容易ではないからである。

繰り返しになるが、先述したように、18世紀から19世紀にかけて予防司法論が台頭した背景の一つに、とくにイギリスにおいて、その司法制度における当時の過酷な刑罰の運用状況に対する反発もあったものと推察される。しばしば、当時の刑罰法令は「血塗られた掟 (bloody code)」などと呼称され、犯罪の軽重に関係なく死刑執行が濫用された時代であったからである。以下には、このような社会状況の中で、当時の思想家が予防司法をどのように考えたのかを考察しよう。

(2) 予防司法に関わる思想

① ジョン・スチュアート・ミル (John Stuart Mill) の思想

上記で示したように、18世紀イギリスでは前近代的で過酷な刑罰が広く用いられていた。しかし、そのような時代に、ジョン・スチュアート・ミルは、その著『自由論 (On Liberty)』において、人々の幸福のためにいかに自由が重要であるかを説いたことで知られる。他方、ミルは、自由の限界についても、「誰の行為の自由に対してであれ、個人あるいは集団として干渉する場合、その唯一正当な目的は自己防衛だということである。文明社会のどの成員に対してであれ、本人の意向に反して権力を行使しても正当でありうるのは、他の人々への危害を防止するという目的の場合だけである⁽²⁵⁾」と論じており、これはこんにち「侵害原理 (harm principle)」として知られる。要するに、個人の人権を制約できるのは他者に危害を及ぼす場合のみであり、他者に危害を及ぼさない限り、人は自由に振る舞うことができるということの意味する。

この侵害原理は、国家が個人に対して強制的な介入を正当化するための原理、すなわち各種刑事法の正当化根拠としても位置づけられている。もっとも、一般的な刑事法は、実際の侵害が発生したことを要件としているが、予防司法の場合、侵害の発生可能性に重点をおく点に大きな違いがある。未然予防は、犯罪被害リスクを削減することであり、ひいては人々の犯罪不安感の解消にも資する。それは、言うまでもなく人々の幸福、現代的な用語によれば、「生活の質 (quality of life)」向上につらなる。そして、予防司法は一方でこのような要請に応えつつ、他方で各種の批判に耐えなければならない。つまり、侵害の発生可能性を重視することによって、潜在的犯行者の市民的自由や人権が制約されるかが問われるのである。

(24) David Garland (2000), Ideas, Institutions and Situational Crime Prevention, Andrew von Hirsch et al. (eds), Ethnical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention, Hart Publishing, pp. 3-8.

(25) ジョン・スチュアート・ミル (関口正司訳) 『自由論』(2020年、岩波書店) 27頁。

② ウィリアム・ブラックストーン (William Blackstone) の思想

アッシュワースとゼドナーは、「予防司法」なる語は18世紀まで遡ることを指摘する⁽²⁶⁾。すなわち、イギリスの著名な法理学者であったブラックストーンは、「(予防司法は) 理性, 人道, 健全な政策のあらゆる原則に照らして, 処罰司法よりも全ての点で望ましい」と主張したという⁽²⁷⁾。彼らは、ブラックストーンによると、予防司法は将来犯罪を行うと疑うに足りる十分な証拠がある者に対して、治安の維持, 善行保証のための誓約をとり、懸念される将来の犯罪が起こらないという保証を一般公衆に与えることを義務づけるものであると解釈する。しかしながら、他方で、ブラックストーンは刑法のいわゆる一般抑止という機能も強調し、刑法の予防的機能にも言及しており、処罰司法自体を否定しておらず、これはこんにちのわれわれの理解と通底する。実際、彼は「人間に対する刑罰は全ての大局的かつ拡大的な文脈で考えれば、過去の罪を償うためというよりも、むしろ将来の犯罪を予防するために計算されていることが理解できる」と述べて、刑法の刑罰理論でいう特別予防、言い換えれば再犯予防を指摘している。もっとも、ブラックストーンは、予防司法はあくまでも実際に犯罪が行われる前段階の議論であり、何らかの犯罪が意図され、それが起こる蓋然性の高さから生じる疑念に対する予防的措置であるとして、刑罰との相違も強調している⁽²⁸⁾。

要約すれば、ブラックストーンの予防司法に関する考察では、犯罪予防は潜在的な犯罪者をその行為によってではなく、むしろそのように見える人、つまり「評判のよくない人 (persons not of good fame)」を特定することが可能であるという前提に立っていることは明らかであり、行為ではなく行為者に焦点を当てる。この点はこんにちの予防司法論と異なるところである。ちなみに、ここでいう「評判のよくない人」とは、18世紀当時の「夜間徘徊者, 悪漢, ならず者, 浮浪者その他治安を乱す無秩序な者, 公共の平和を乱す者, あるいは悪意を疑うのに正当な理由のある者など」がこれに当たり、ロンドンでは警察官にはこれらの者を逮捕する権限が与えられていたという⁽²⁹⁾。

③ パトリック・カフーン (Patrick Colquhoun) の思想

イギリスの予防司法思想の発展において、さらに、18世紀におけるスコットランドの判事パトリック・カフーンの考察も傾聴に値する。その著『大都市警察に関する論考 (A Treatise on the Police of the Metropolis)』(1796年)では、確かに、刑罰よりも予防が優先されるべきことが主張されている。すなわち、「刑法典における完全性 (perfection in a criminal code) という望ましい目的を達成するためには、賢明な立法者は全て、罰することよりも予防することを念頭に置くだらう⁽³⁰⁾」と。刑法思想の歴史を研究するデイヴィッド・ガーランド (David Garland) によると、同書でカフーンは概要、次

(26) A. Ashworth and L. Zedner (2014), op.cit., p. 28.

(27) William Blackstone (1765), Commentaries on the Laws of England. A. Ashworth and L. Zedner (2014), op.cit., p.29. からの引用。

(28) Ibid., p. 29.

(29) A. Ashworth and L. Zedner, op.cit., pp. 196.

(30) Patrick Colquhoun (1796), Treatise on the Police of the Metropolis, H. Fry for C. Dilly, p. 32. Ibid., p. 31 からの引用。

のような主張を展開している⁽³¹⁾。

- (i) 犯罪は誘惑と機会の問題であり、犯罪者が有する特別な傾性 (criminality) の問題ではない。犯罪行動は広く分布しており、特別な者の特殊な行為ではない。
- (ii) 豊さには犯罪がつきものである。近代資本主義は富を自由に循環させ、その結果犯罪に対する新たな誘惑と機会を生み出している。
- (iii) 貧困者は常に存在する。犯罪者もしかり。犯罪統制に対するわれわれの努力は、犯罪者の傾性を変えるのではなく、犯罪発生事実 (criminal event) に対する好機を減少させることに焦点を当てるべきである。
- (iv) 「治安維持活動」や「予防」は、安全性の改善、対象物の堅固化、潜在的被害者の減少に向けた作業である。この作業は、近代商業社会の動産が略奪にさらされる無数の方法に向けられるべきである。
- (v) 治安維持活動は、国家でも単一の専門機関の任務でも責任でもなく、私有財産、身体的安全の確保に関心を有する全ての者、つまり国民の任務ないし責任である。

この主張は、いみじくも 20 世紀後半に日常活動理論を展開した環境犯罪学者マーカス・フェルソンの議論⁽³²⁾をすでに 2 世紀以上も前に展開していたことを示すものである。ガーランドも、カフーンの当該論文が近年の環境犯罪学の議論と驚くほど近似すると指摘している⁽³³⁾。

しかしながら、当然とはいえ、カフーンとフェルソンの議論に対する時代的背景は大きく異なる。すなわち、前者においては 18 世紀のイギリスにおける産業革命期の大きな社会変動や混乱に対する考察であって、実際、とくにロンドンでは貿易や交通の発達による急激な都市化により人口過密に起因するスラム化、社会的混乱、犯罪の激増という状況に対する刑事司法の効果的な対策が強く求められたのである。チャールズ・ディケンズの小説『オリバー・ツイスト』を想起すれば、当時のイギリス社会の混乱状況は容易に理解される。これに対して、フェルソンは、20 世紀中葉の第二次大戦後におけるアメリカ社会の経済的發展における社会構造の変化に着目したマクロ的な犯罪分析に基づく理論を展開したものであった。ただ、いずれの議論でも処罰よりも未然予防の重要性を強調した点では同じ文脈にある。

(3) 1970 年代の予防論

刑事政策の歴史において、カフーンの犯罪予防論はその後衰退し、19 世紀から 20 世紀の後半において、圧倒的に処罰司法が優位を占めるようになる。しかし、1970 年代にパラダイム・シフトが生じて、環境犯罪学に根ざすフェルソンらの犯罪予防論が台頭し、こんにちに至っている。

(31) David Garland (2000), op.cit., p. 3. 守山 正「環境犯罪学の倫理」所一彦編著『犯罪の被害とその修復』(2002 年, 敬文堂) 197 頁以下参照。

(32) Marcus Felson (1994), *Crime and Everyday Life: Insight and Implications for Society*, Pine Forge Press. 本書につき邦訳書として、守山 正 (監訳)『日常生活の犯罪学』(2005 年, 日本評論社)がある。

(33) D. Garland (2001), op.cit., p. 31.

そこで、まず、なぜ18世紀末のカフーンの主張が衰退し、予防司法は議論されないようになったのであろうか。これにつき、前出のガーランドは、その後、ヨーロッパ社会では警察をはじめとする刑事司法機関が徐々に整備されるようになり、それに従って犯罪者を検挙して処罰を与える法制度が充実したからではないかと指摘している⁽³⁴⁾。つまり、処罰司法が優勢になり、それを基に、犯罪者を改善更生して再犯を予防する形態が発達し、それが1970年代まで続いたのである。他方で、19世紀後半には、いわゆる科学的基盤を有する近代犯罪学が誕生し、ロンブローゼを初めとする実証主義研究者の精力的な犯罪原因論の探求が始まり、ロンブローゼが属したイタリア実証学派の台頭により、犯罪原因解明に基づく犯罪者処遇が強く主張されるようになった。こうして、犯罪者や非行少年を収容し、施設において再犯防止をめざす社会復帰思想が定着するようになる。これも処罰司法を支える一因になったものと思われる。

しかしながら、1970年代アメリカにおいて、一つの衝撃的な論文が発表される。犯罪者処遇を中核とする処罰司法を揺るがす論文であった。なぜなら、それまで、犯罪発生後に犯人を検挙し、刑罰執行の過程でその犯罪原因を探求し、その原因を犯罪者自身から除去すれば更生できるとする、約150年間にわたって世界的に普及していた、いわゆる社会復帰思想を全面的に否定するものであったからである。当時、アメリカにおける刑務所効率の検証を委託されてメタ分析研究を行ったロバート・マーティンソン（Robert Martinson）が、刑務所は機能していないと結論づけた研究論文を発表したのである⁽³⁵⁾。これがアメリカの犯罪対策のパラダイム転換を呼び起こした「刑務所機能不全（Nothing Works）論」であった。

この理論は明瞭に、従来の再犯予防を中心とした処罰司法に大きな打撃を与え、未然予防の重要性を再認識させる転機となったのである。その結果、処罰司法は、犯罪者の改善モデル（reform model）から正義モデル（justice model）へと舵を切ることになった。要するに、刑務所収容中の犯罪者に改善（すなわち、再犯防止）への心理的な働きかけを行うことを止め、むしろ改善如何に関係なく、過去に行った犯罪の重大性（すなわち応報・正義）のみに基づき収容期間を決定するという方向性に変化し、この結果、受刑者は刑務所収容期間中、格別の処遇を受けることなく、ひたすら刑期が徒過するのを待つことになったのである。

もっとも、マーティンソン自身は予防司法に言及していたわけではなく、いわば処罰司法の限界を論じたものであるが、その議論の反射的効果として、未然予防の必要性を浮かびあがらせ、げんに環境犯罪学はこの議論に踵を返すように、ほぼ同じ時期に出現している。但し、環境犯罪学は刑事司法論ではなく、むしろ実務論、とくに警察の活動論であって、そもそも警察を除く刑事司法機関の機能や犯罪者処遇に関心を有せず、刑罰論にも全く言及していないか、無視している。ただ、先述のとおり、アッシュワースやガーランドが指摘したように、予防司法も環境犯罪学も犯罪を未然に防ぐという点においては、軌を一にするものと言わねばならない。

(34) Ibid., p. 32.

(35) Robert Martinson (1974), What Works? Questions and Answers about Prison Reform, *The Public Interest*, vol. 35, pp. 22-54.

(4) 1990年代以降の予防司法論

この時期の予防司法法制の典型例が1998年犯罪及び秩序違反法（Crime and Disorder Act 1998）であった。この法制は、先述のとおり、予防司法としてハイブリッド型の民事的禁止命令、刑事的処罰のいずれも採用し、おそらく最初の現代的な予防命令である重要性を示していると言える。それ以前には、秩序違反行為ないしは軽微な犯罪行為である、たとえば若年者のストーキング行為や住宅損壊行為に対処する1997年ハラスメント防止法（Protection from Harassment Act 1997）や1996年住宅法（Housing Act 1996）などが立法化されていた。その際、労働党政権は「犯罪に厳しく、犯罪原因にも厳しく（Tough on Crime, Tough on Causes of Crime）」をスローガンとして、本格的な若年者行動問題に取り組んだのである。このスローガンでいう「犯罪原因」は若年者による秩序違反行為、反社会的行動を指し、そこでアメリカ産の「割れ窓」理論のアプローチを採用し、それを1998年法の民事的予防命令に結実させ、その民事的予防命令に違反すると刑事罰を科す2段階システムを導入したのである⁽³⁶⁾。

この時期、トニー・ブレア政権下の労働党政府は、また、このような軽微な犯罪行為や秩序違反行為に対する政策だけではなく、テロリズム、性犯罪、組織犯罪へと予防司法の対象を広げ、多くの民事的、刑事的予防法令を打ち出した。とくにテロリズム法は多くの関連法令を伴い、2000年から2008年の間に5つの法律が立法化されている。すなわち、2000年テロリズム法、2001年反テロリズム法、犯罪及び治安法、2005年テロリズム防止法、2006年テロリズム改正法、2008年反テロリズム改正法などである。

他方で、この時期に1998年人権法（Human Rights Act 1998）が成立したことも注目される。同法は、イギリス政府も批准しているヨーロッパ人権条約（European Convention on Human Rights, ECHR）を意識したものだが、イギリス国民の権利と自由を法廷において主張する被告人にとっては多くの意義をもたらし、人権団体や刑事法研究者からも強大な支持を獲得している⁽³⁷⁾。この人権法において、イギリスでは初めて私生活、家庭、通信などの領域における権利の保障が謳われ、したがって、予防司法における法的論点は、イギリスの法廷において、ヨーロッパ人権条約やヨーロッパ人権裁判所の判例に準拠することが必要になった。しかしながら、現実には、この種の人権法は「国家の公衆の安全を保証する義務（the duty to protect the security of the public by the state）」論の主張⁽³⁸⁾によってかき消され、国家は、「国民の身体や財産への危害を恐れることのない日常生活を保証する」予防的措置を推進した。

要するに、「市民の秩序違反行為に対する脆弱な自律性を補い、本来享受すべき安全に対する権利の保障という観点」⁽³⁹⁾から合理化されたのが、次に述べるASBOやテロリズム法制などの民事的予防命令

(36) 渡邊泰洋・前掲論文（2009年）185頁。

(37) Barbara Hudson (2001), Punishment, Rights and Difference, Kevin Stenson and Robert R. Sullivan (eds.), Crime, Risk and Justice, Willan, p. 161

(38) A. Ashworth and L. Zedner, op.cit., pp. 7.

(39) Peter Ramsey (2012), The Insecurity State: Vulnerable Autonomy and the Right to Security in the criminal Law, Oxford University Press, p. 214.

であったのである。

4. ASBO 政策と予防司法

(1) イギリスの秩序違反行為対策

1990年代中葉にイギリスの犯罪状況は減少に転じたが、犯罪に代わって治安対策の対象として注目されるようになったのが秩序違反行為（disorder. 法令上、「反社会的行動（anti-social behaviour）」と呼称される）であった。つまり、犯罪は統計上減少したにもかかわらず、住民の不安感は解消せず、犯罪に類似する秩序違反行為に日々悩まされていたからである。とくに一定の地域における集合住宅において、若者による種々の迷惑行為や秩序違反行為⁽⁴⁰⁾、たとえば深夜に居室で大きな音量で騒ぐ、居室内での暴力により住宅の壁を損壊する、飼犬を放任するなどの行為が目立ち、その結果、同じ居住者から強い不満が寄せられ、これらの人々の政権支持率にも影響を与えかねない状況がみられた。

そこで、ブレア政権の目玉政策として登場したのが1998年犯罪及び秩序違反法（Crime and Disorder Act 1998）であった。とくに、若者の迷惑行為に対する都心部や公営住宅に居住する高齢者の不満は強く、彼らの「生活の質」を著しく低下させているとされた。もっとも、犯罪として処理できない秩序違反行為は当然ながら刑罰の対象ではなく、とくにある種の危害を伴う行為、あるいは危害が想定される行為に対して、刑法の限界のほかに刑事司法機関の能力の限界も指摘されるようになった。そこで、将来的に有害であり不快と予想される行為に対して、刑事罰に依存することなく、対処することが政府に求められた。このため、前述のとおり、政府はアメリカ産の「割れ窓理論」を参考に、民事命令による処理を可能にする同法を成立させたのであった⁽⁴¹⁾。

(2) ASBO 法制の変遷

上述のように、ASBOは民事予防命令の典型であり、1998年犯罪及び秩序違反法は、こんにちまで数度の改正が行われ、現在ではASBOという名称は廃止され、2014年反社会的行動、犯罪及び警察活動法（Anti-Social Behaviour, Crime and Policing Act 2014）により、新たに民事差止命令（Civil Injunction（実務上、「迷惑不快差止命令（Injunctions to Prevent Nuisance or Annoyance (IPNA)）」と呼ばれる）（同法第1条から第21条）と犯罪行動禁止命令（Criminal Behaviour Order, CBO）（第22条から第33条）という名称に変更されている⁽⁴²⁾。初期のASBO制度（以下「旧ASBO」とする）では、反社会的行動を行ったことが民事裁判所で認定されると、これに対する禁止命令が言い渡され、この命令にかかわらず反社会的行動を継続すると刑事裁判所で最高5年の刑事罰が科される可能性がある。もっとも、旧ASBOは2002年警察改革法で改正され、刑事ASBO（CrASBO、「クラブボ」と発

(40) 渡邊泰洋「イギリスにおける青少年問題対策の展開に関する研究～ASBO制度の課題」社会安全研究財団編（2010年）年度若手研究助成対象研究報告書4頁。

(41) 同法の成立経緯については、渡邊泰洋・前掲論文（2009年）165頁以下参照。

(42) 2014年法の内容の詳細については、岩切大地「イギリスの反社会的行動対策に関する憲法学的検討序論」法學研究（法律・政治・社会）91巻1号（2018年）366頁以下参照。なお、2014年法の施行日は、2015年3月23日である。

表1 ASBOの2014年法による改正前後の比較表

	改正前	改正後	
人への対処権限	ASBO	差止命令（第1部）	
	飲酒禁止命令		
	ASBI		
	個人支援命令		
	介入命令		
	刑事ASBO		
	有罪に基づく飲酒禁止命令	犯罪行動禁止命令（第2部）	
場所への対処権限	ゴミ除去通告	地域保護通告 地域保護命令（第4部1章）	
	ゴミ清掃通告		
	街頭管理通告		
	落書等除去通告		
	閉門命令	公共空間命令（第4部2章）	
	アルコール禁止指定公共空間命令		
	飼犬管理命令		
	ASB建築物閉鎖命令		
		薬物販売所閉鎖命令	閉鎖通知、閉鎖権限
		騒音施設閉鎖命令	
		許可施設閉鎖命令	
警察権限	解散命令	退去権限（第3部）	
	退去指示		

※原典：渡邊泰洋「イギリスにおける反社会的行動対策の新展開～1998年法から2014年法へ」罪と罰52巻3号（2015年）133頁。

音する)⁽⁴³⁾など3種類のASBOが追加され、種類が増えて非常に複雑となったことから、2014年法では簡略にASBOの種類を6種類に縮減した⁽⁴⁴⁾（表1参照）。2002年法から2014年法への主要な改正点は、旧ASBOが差止命令に、刑事ASBOが犯罪行動禁止命令（CBO）に変更されたことである。

まず差止命令は、次の二つの条件を満たすと10歳以上の者に対して裁判所が発出することができる（2014年法第1条（1））。

- ①対象者が反社会的行動に関与したか、あるいは関与する恐れがあること（第1条（2））
- ②対象者が反社会的行動に関与することを防ぐために禁止命令を発出することが正当かつ妥当であること（第1条（3））

これらを判断する際の証明の基準は、民事上の蓋然性の優越（the balance of probabilities）法則が適用され、また禁止命令の内容は、消極的義務としての禁止事項（prohibition）と積極的義務としての遵守事項（positive requirement）に分かれる。

旧ASBO制度からの主要な変更点は、反社会的行動の定義が「あらゆる者に嫌がらせ、困惑、苦痛を引き起こし、あるいは引き起こすおそれのある行為」（第2条（1）（a））と単純化され、それに加えて、「住宅施設の所有者等に迷惑や不快感を引き起こすおそれのある行為」（第2条（1）（b））、「いずれかの者に住宅関連の迷惑や不快感を引き起こすおそれのある行為」（第2条（1）（c））の二つが付加

(43) 刑事ASBO（CrASBO）とは、検察官の申請の有無にかかわらず、刑事裁判所が独自に判断して、犯罪に対する有罪判決と同時に一定の行動に対する禁止命令を言い渡す制度である。要するに、ある犯罪で有罪判決を言い渡す際に、裁判官がこれに関連する秩序違反行為も認定し、犯罪に対する刑罰と秩序違反行為に対する禁止命令も並行的に言い渡す、いわば有罪に基づくASBO制度である（渡邊・前掲論文（2009年）185～186頁参照）。

(44) この間の改正経緯については、渡邊・前掲論文（2015年）124～139頁参照。

された。したがって、禁止命令の対象となる反社会的行動には3種類の定義が存在することになる。つまり、新たに付け加えられた2つの定義は、住宅関連の反社会的行動や家庭内暴力を対象としていた旧ASBO、旧介入命令などが民事禁止命令に統合されたのである。このように住宅関連の反社会的行動が重視されるのは、反社会的行動には、貸家（大半は公営住宅）において借主の居住者が住宅の一部を破壊したり、深夜に騒いだり、住宅関連の騒動が多いことを示している⁽⁴⁵⁾。

(3) ASBO に対する予防司法の視点

民事命令としての反社会的行動禁止命令（ASBO）を含む1998年犯罪及び秩序違反法の構造は、前年に成立したハラスメント保護法（Protection from Harassment Act 1997）⁽⁴⁶⁾と近似する。なぜなら、最初に民事裁判所で禁止命令を言渡し、この禁止命令に違反すると刑事罰が使用される2段階ないしはハイブリッド構造を両者とも採用しているからである。もっとも、ハラスメント保護法は禁止命令を刑事裁判所で言い渡すものであるから、民事命令ではなく、したがって刑事法上の予防命令といえることができる。このようにイギリスで最もよく知られた民事予防命令は反社会的行動禁止命令、つまりASBOであり、上述した民事的予防命令のほとんどはASBOをモデルとしている。

それでは、なぜASBOは民事命令の形式に依存せざるを得なかったのであろうか。

その理由として、第1に刑法の限界が指摘されていることは既に述べてきた⁽⁴⁷⁾。すなわち、問題となる行為が実際には有害で悪質にもかかわらず、刑法の各構成要件に該当しない場合、これらの行為を規制する国家的介入を行うには、民事手続に頼らざるを得ない状況がみられたのである。とくに、1回的な行為自体はそれほど重大性がなくても、通行人や隣人への嫌がらせ、あるいは賃貸公共住宅の壁などを反復継続して破壊する行為は、次第に有害性が高まるとはいえ、刑法による処罰対象にするのは困難である。つまり、行為が継続反復することで有害性が累積し、次第に相手方の「生活の質」を損なう場合は民事的手続によるべきとされたのである。もっとも、ASBO政策の問題には、その二重性、つまり、刑法違反として処罰の意図が隠されており、民事的処理と言いつつも最終的には刑事手続に移行することが予定されている点にある。要するに、刑事手続に取り込むための技法ということである。

第2に、これも刑法の限界に関連する。上述のように、多くの迷惑行為や秩序違反行為は継続反復して有害性を増幅するようになるが、刑法では犯罪である場合、イギリス法では、過去の1個の行為につき1個の起訴や有罪判決が求められる。したがって、個別の犯罪に焦点を当てる近代の刑法システムでは、将来の行為としての継続性や持続性の判断になじまないとされる。これはストーキング防止を含む1997年ハラスメント保護法の立法の際にも議論された。つまり、刑法は継続性、反復性のあるような将来の行為を適切に処理することが困難なのである。

第3に、ASBO訴訟において、民事手続における原告や証人は警察や自治体の役人などの「専門家

(45) 渡邊・前掲論文（2015年）134頁。

(46) 同法の詳細な内容については、守山 正「ストーキングの実態と対策」（同『イギリス研究Ⅱ』）（成文堂、2017年）117頁以下に譲る。

(47) 岩切・前掲論文 374頁。

証人 (professional witness)」⁽⁴⁸⁾が果たすため、被害者は出廷の義務がなく、必要性もないとされる。しかも、ASBOの場合、被害者が仕返しとして威嚇される恐れすらある。したがって、基本的に伝聞証拠が重要となり、厳格な刑事訴訟ではASBO事件の審理が難しいとされるのである。もっとも、イギリスでは2008年刑事証拠(証人の匿名性)法(Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008)が成立し、この問題を若干ではあるが解決している。

第4に、政治的な文脈におけるポピュリズムがASBOの導入を誘導したという見方である。とくに、反社会的行動の被害者の大半は高齢者であり、政府支持者の重要な年齢層であって、イギリスでは、しばしば厳罰主義が高齢者層や中流階級に強く支持され、政権政党に有利に働く可能性がある。しかも、政府側からすれば、ASBOのような民事法的処理は警察や検察などの機関が犯罪統制の任務から解放され、政府批判を回避できるというメリットを生むからである。

これはしばしば、「責任化(responsibilisation)」⁽⁴⁹⁾という論点で議論されている。それによると、責任化とは、国家が統治権力の限界を認識し、犯罪統制の一部責任を個人、家族、地域社会、他の政府機関に移す努力を指す。簡単にいえば、犯罪への対応は国家機関の責任にとどまらず、民間や地方の個人や団体にも責任があるという主張である。実際、1998年犯罪及び秩序違反法は、まさしく反社会的行動の処理を警察から地方自治体や住宅協会⁽⁵⁰⁾に移すという構成となっている。

5. 予防司法論からのASBO批判

上記のASBO構造を有する民事予防命令には、予防司法論からの多くの批判がみられる。アッシュワースらの批判⁽⁵¹⁾に従って、以下に列挙しよう。

(1) 広範な禁止内容

民事的予防命令は、たとえばASBOでは「嫌がらせ、不安または苦痛を引き起こす」ことをその要件に掲げるが、非常に曖昧であり、刑法であれば罪刑法定主義の観点から問題となる場面である。他方で、禁止事項の内容も非常に広範であり、しばしば無害な多くの日常活動が阻害される可能性があるという。したがって、禁止事項が将来の犯罪や秩序違反行為を防ぐための必要性を備えることが求められ

(48) 2014年法第5条において、内務省ガイダンスによると、「専門家証人」として、次の者が原告の役割を果たすとされる。地方自治体参事会、社会的家主(公共住宅)、警察本部長(イギリス運輸警察を含む)、ロンドン交通局、環境庁と天然資源庁、NHS関係機関などである。もっとも、内務大臣によって専門家証人は変更できる(Home Office (2014), Reform of Anti-social Behaviour Powers: Statutory Guidance for Frontline Professionals.)。

(49) たとえば、P. O'Malley (1996), Risk and Responsibility, A. Barry et al (eds.), Foucault and Political Reason: Liberalism, Neo-Liberalism and Rationalities of Government, Routledge, pp. 189-207. D. Garland (2001), op.cit., pp. 124-127.

(50) 反社会的行動の処理に住宅協会が関係するのは、この種の行動では公共住宅の賃借人である行為者が賃借住宅に対して壁に穴を開けたり、落書きをしたり、室内で騒音を出したりして、危害を加える状況がみられるからである。

(51) A. Ashworth and L. Zedner, op.cit., pp. 84.

るが、その範囲を超えているという。

その例として、しばしばラム事件⁽⁵²⁾が指摘されている。この事件の概要は次のとおりである。「被告人ラムは、ニューキャッスル市のタインサイド地下鉄（現タイン・アンド・ウィア地下鉄）を運行する列車の車両に繰り返し落書きを行ったが、その結果、裁判所から ASBO を言い渡された。その ASBO の禁止事項には、彼が当該地下鉄路線の全線に立ち入らないことが含まれていた。これにより、彼はこの路線を利用することが困難となった。」この事例で問題とされるのは、禁止事項が「落書きを止めること」ではなく、「地下鉄路線の全線に立ち入らないこと」であった点である。すなわち、禁止事項は最小限の必要性を超越しており、過去に本人が誰にも危害を加えていない行為（たとえば、当該地下鉄車両内で他人に嫌がらせをする、など）までが禁止の対象となっていることである。しかも、被告人に翻意や反省の機会も与えず、彼に、将来の害悪を加えないとする選択肢を与える前に禁止措置が取られていることも問題とされる。

この点を強く批判するダフは次のように主張する⁽⁵³⁾。「(このような民事的予防命令は) 被害を未然に防ぐためとはいえ、主体としての責任ある行為者を対象としていない」、「それは単に、彼が不品行をするかもしれないという文脈から彼を排除するだけである。但し、(タクシー運転手や医師のように) 免許が必要な活動において、その活動に安全または適切に従事できない人を排除すること自体は正当化される。したがって、安全でない、または不適格な運転手の運転や、不正行為や無能な医師の診療を禁止することはできる。しかし、これらの人々を居住する団地やショッピングモールから物理的に排除することは、免許が適切に求められる専門家のとくに危険のある活動という訳ではないのであるから、規範的に合理化することはできない。なぜなら、日常生活の中心的側面からの排除だからである。」

この批判の中心は、禁止事項が過去に本人が行った危険な行為が引き続き将来も行われる可能性の範囲内に限定されるべきという内容であり、被害の及ばないような範囲に拡大して被告人の日常生活を過度に侵害してはならないという主張であろう。つまり、アッシュワースらは、「秩序違反行為への対応では、あくまでも行為者本人の自覚に基づいて将来の危険な行動をするか、しないのかの選択権を奪ってはならないのである。そうしない限り、被告人が反省して主体的に選択する合法的な機会を否定し、その結果、責任ある主体としての扱いに失敗する⁽⁵⁴⁾」としている。

それでは、秩序違反行為に対して、どのような対応が求められるのであろうか。このような禁止事項の在り方につき、ダフは、唯一の正当化は、明確な公共悪に対しては刑事裁判所によって科される刑罰と行為の均衡原則にあるという。たとえば、性犯罪防止命令に関連して、被告人に対して学校や子どもの遊び場などから 200m 以内に立ち入ることを刑事罰として規定するのは正しいが、他方、民事訴訟でこのような禁止事項を認めることは、被告人が誤った選択を行うことが前提とされていると言わざるを得ないことになる。たとえば、先の地下鉄の例でいえば、被告人が通勤のために地下鉄を利用せざるを得ない場合、裁判所の命令に違反し、刑事裁判所で有罪となる可能性があるが、地下鉄利用が何ら公衆

(52) Lamb [2006] 2 Cr App R (S) 84 (n59).

(53) Antony Duff (2010), *Perversions and Subversions of Criminal Law*, A. Duff et al (eds.), *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford University Press, pp. 88-112.

(54) A. Ashworth and L. Zedner, *op.cit.*, p. 86.

に危害を与えなかったり、あるいはそもそも本人の社会復帰を妨げたりした場合に、どのような判断になるのだろうか⁽⁵⁵⁾。

(2) 裁判所への過剰な委任

この点については、シメスターとボン・ハーシ（Andrew Simester and Andrew von Hirsch）が批判する⁽⁵⁶⁾。彼らによると、ASBOは、「犯罪化の形態であって、事後的な刑法犯罪の形態をとらない実質的な犯罪の禁止」に該当し、そうであれば、この形態は立法府によって審議されねばならないところ、裁判所が裁量によってその禁止内容を決定しており、憲法に違反するという主張である。事実、イギリス議会は裁判所に対して特定の禁止事項の幅広い内容を決定する権限を委任しており、しかもその違反行為には最大で5年の拘禁刑が科せられる可能性がある。これは、シメスターらによれば、裁判所にいわば立法権を与えるもので、権力分立原則を侵害することになる。しかも、ASBOの発出手続においては、被告人の弁明や反省の機会を与えず、前出ダフの批判にみられたように、「主体的な選択」としての改善更生の機会を一方向的に制限しており、「立憲的異常性（constitutional anomaly）」の状態にあるとしてASBO手続を厳しく批判している。

(3) 禁止内容の齟齬

イギリスでは、1982年刑事司法法（Criminal Justice Act 1982）第71条において、1959年街頭犯罪法（Street Offences Act 1959）第1条第2項を改正し、街頭における物乞いや売春勧誘行為に対する拘禁刑を廃止し、罰金刑のみの適用とした。ところが、政府は前述の2014年反社会的行動、犯罪及び警察活動法第2条の「嫌がらせ、不安、不快を引き起こす」行為の一例として、「攻撃的な物乞い（aggressive begging）」を挙げている⁽⁵⁷⁾。この結果、同種の行為に対するASBOの違反は拘禁刑が可能となるなどの矛盾が生じている。つまり、民主的手続で行われた1959年街頭犯罪法の改正による特定行為の法定刑が変更されていながら、民事裁判所が物乞い禁止を予防命令として発出した場合、1982年法の趣旨を没却し、立法府の権限を侵害する明らかな憲法違反ではないかというのがここでの主張である⁽⁵⁸⁾。

このように、反社会的行動をめぐる政府の対応は、立法府、司法府を巻き込んで裁判所に委ねられた刑罰賦課の権限に関して混乱が生じているのである。つまり、対象者の自由剥奪の措置の範囲を決定するのは民主的な手続によるとするならば、ASBOの実施は正当性が欠如するという判断になるであろう。

(55) 実際、ラム事件の控訴審（Lamb [2006] 2Cr App R (S) 84 (n59)）では、禁止事項違反は「公衆に何ら影響を与えるものではなかった」と判示している。もっとも、裁判所は害悪を認定しなかったものの、有罪として22ヶ月の拘禁刑を2ヶ月に減刑し拘禁自体は否定しなかった（*ibid.*, p. 86.）。

(56) Andrew von Hirsch and Andrew P. Simester (2006), *Incivilities: Regulating the Offensive Behaviour*, Hart Publishing.

(57) Home Office (2023), *Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014: Anti-Social Behaviour Powers Statutory Guidance for Frontline Professionals*, p. 33.

(58) A. Ashworth and L. Zedner, *op.cit.*, p. 86.

(4) 不均衡な禁止期間や刑罰

2014年法では、差止命令 (injunction) の言渡しが可能で、被告人に一定の行動の禁止 (消極的義務) と一定の行動の実施 (積極的義務) を求めている。命令発出の対象者は10歳以上の者であり、まず少年が含まれることに注意を要する。そして、差止命令期間は18歳未満の場合は1年以内であるが、18歳以上、つまり成人に関しては規定がなく、裁判所の裁量に委ねられている。すなわち、18歳以上の場合、無期限もありうるということになり、被告人の法的地位がきわめて不安定であることが問題とされる⁽⁵⁹⁾。これは他の民事的予防命令、たとえば海外旅行制限命令の2年間、性犯罪防止命令の5年間、飲酒禁止命令の2年間と比較しても不均衡であるように思われる。

他方、それらの違反行為に対する刑事罰も最大で5年拘禁刑がASBOや海外旅行制限命令に規定されており、先述した地下鉄車両に対する落書きなどの犯罪行為ではない軽微な秩序違反行為に対して裁判所命令に抵抗した場合は、警察官への暴行行為や重度の傷害行為と同等の刑罰が科され、重大犯罪扱いになることを意味している。アッシュワースらが指摘するように⁽⁶⁰⁾、このような重罰に対しては強力な正当化理由が必要と思われるが、そのような説明は政府から与えられていない点は問題と思われる。

6. おわりに

上記で考察したように、予防司法論の論点の一つであるASBO政策は、種々の法的ないし事実的な問題を孕んでいる。ASBO政策はたんに研究者やマスメディアだけではなく、多くのイギリス国民の関心を呼んできた。なぜなら、しばしば指摘されるように、この種の反社会的行動、秩序違反行為を行う社会階層は、主として下層階級の貧困層や少数民族派の若者であり、ASBOがあたかもこれらの階層を標的にしているように見えるからである。これはとりもなおさず、少数派に対する社会的排除を意味し、メディアはASBOを「街路清掃機能 (street cleaning function)」と揶揄している⁽⁶¹⁾。

しかしながら、現代社会における犯罪対策には、一方で、市民、とくに高齢者の犯罪不安感を緩和し、日常生活上の安全、安心を確保することも強く要請されている。そこで、将来に発生する可能性のある犯罪や秩序違反行為に対して公的機関の予防的権限を活用し、これらの有害行為の実行前に一定の予防措置を施す構造を採用している。

とくに警察機関の予防的役割はこんにち多岐にわたっている。たとえば、イギリスでは性犯罪前歴者については登録制度を整備し、不審な行動を監視して、将来の同種の犯罪を抑止しようとしている⁽⁶²⁾。その意味では、民事的予防命令は、19世紀初頭にみられた「予防警察」、すなわち疑わしい人物の特定と監視、拘禁の復活ともいえるが、現代での人権思想はこのような制度を大幅に制約する方向に機能し

(59) *ibid.*, p. 8.

(60) *ibid.*, p. 8.

(61) Elizabeth Burney (2005), *Making People Behave: Anti-Social Behaviour, Politics and Policy*, Willan, p. 11.

(62) この性犯罪者登録制度はMAPPA機関が対応し、刑務所を出所した性犯罪者は危険性に応じて類別され、本人の住所等の登録から、GPA機器の装着など多様である (守山 正「性犯罪対策の概要～「子どもの安全」を確保する」『イギリス犯罪学研究 I』(2011年、成文堂) 121頁以下参照)。

ている。しかし、アメリカの9.11事件に象徴されるように、現代の犯罪不安は過去の比ではなく、何らかの対応を市民が求めているのも現実であろう。他方で、国家の公衆を保護する義務（the duty of the state to protect the public）も一般には承認されている⁽⁶³⁾。これに対する国家の対応が本稿で概観した各種の予防司法制度であった。つまり、現代において、従来の刑事司法機関による事後処理から予防的措置を多用する現代の司法制度の変更は、しばしば「パラダイム・シフト」と呼ばれている⁽⁶⁴⁾。その代表例が上述したASBOを始めとする民事的予防命令であり、そして、これらの制度には多くの弊害が存在することが上記の分析で明らかになった。したがって、これらの民事的予防命令を限定的に使用しつつも、公衆の不安感を削減し、日常的な安全を確保する方法を検討する必要がある。

一つの解決策は、ASBO制度などの民事的予防法制の見直しである。わが国において、反社会的行動対策としての実定法には、戦前の警察犯処罰令を引き継ぐ軽犯罪法がある。法律名に「犯罪」が冠されていることから、軽犯罪法に列挙される34個の行為は、わが国では犯罪扱いであり刑事罰が科される一方で、犯罪ではない秩序違反行為や無秩序行為は含まれない。これにつき、軽犯罪法は「重い犯罪行為の類型を規定した刑法と処罰されない道德規範との中間に位置する」という解説もみられる⁽⁶⁵⁾。ただ、構成要件を個別にみると、たとえば、第5号では、「娯楽場や乗物内での粗野又は乱暴の言動で迷惑をかけた」者とあり、この内容からみるとイギリスの秩序違反行為に該当し、わが国ではすでこれに対して刑罰をもって対応していることになる。軽犯罪法における適用は一部の行為に偏しており⁽⁶⁶⁾、ときに別件逮捕に利用され、あるいは労働運動や市民運動などの弾圧に利用される恐れがあるなどと制定当時に批判が根強かった事情もある⁽⁶⁷⁾。このため、同法には第4条が設けられ、国民の権利を不当に侵害しないこと、他の目的のために濫用しないことが運用上の注意として条文化されている。

他方で、イギリスのASBOが最終的に最大で5年の拘禁刑に至る可能性に比して、軽犯罪法上の刑罰は拘留又は科料のみであり、拘留は1日以上30日未満の拘禁刑（刑法16条）であり、科料は1千円以上1万円未満（同17条）の財産刑であって、極めて軽い点に特徴がある。これらの犯罪は簡易裁判所で扱われるとはいえ、刑事手続の原則が適用され、「合理的疑いを超える程度」の証明が求められることから、イギリスにおける、証拠法則からみたASBO批判を回避できる部分はあると思われる。要するに、イギリスのASBO法制をわが国の軽犯罪法形式へと改善する方向性が指摘できよう。

このように、ASBO問題は、高齢者などの社会的弱者の保護が少数派若年者の社会的排除につながることで、法理論的には手続的保障の侵害などの主張がメディアや研究者の間で展開されている。そこで、先に提案したように、ASBO政策の改訂によって、これらの問題を回避する一方で、いま一度、

(63) 予防法制に厳しい見方をするアッシュワースらも、国家の公衆保護義務自体は一定程度承認している（A. Ashworth and L. Zedner, op.cit., pp. 7）。

(64) *ibid.*, p. 8.

(65) 井坂博『実務のための軽犯罪法解説』（2018年、東京法令出版）2頁。

(66) 統計によると、軽犯罪法違反件数は平成30年度で8,375件、うち上位には凶器携帯（3,141件）、立入禁止場所等侵入（1,843件）、火気乱用（1,031件）が並ぶ一方で、適用件数が10件未満の行為は過半数を超える（井坂・前掲書238頁以下参照）。また、起訴率は15%を切っており、公判廷で扱われる軽犯罪行為はごく一部と言ってよい。これは別件逮捕に利用され、本件で起訴するという現象を示しているように思われる。したがって、軽犯罪法において処罰に至る行為はきわめて例外といえよう。

(67) 井坂・前掲書2頁。

社会における若者の秩序違反行為、反社会的行動への別の対応を検討すべきであろう。これにつき、予防司法論に火をつけたアッシュワースとゼドナーも言及しているが⁽⁶⁸⁾、有害性の高い行為に限定してASBOを使用し、その他の有害性の少ない行為に対しては、ASBOのような強制的手段を使用せず、むしろ状況的犯罪予防、社会的犯罪予防⁽⁶⁹⁾の活用を検討することも秩序違反行為対策の選択肢の一つに含めるべきであると考ええる。

すなわち、状況的犯罪予防は理論的には経済学の「期待効用」理論に由来する合理的選択理論に依拠する。つまり、犯行者が犯罪機会に遭遇した際に、犯行の容易性、犯罪から得られる利益・報酬、検挙を免れる可能性を勘案して犯罪の実行に至るとし、それらの要素を削減して、その実行を阻止する予防理論である。簡単にいえば、犯行を難しくする、利益や報酬を無くすか少なくする、犯行を行ったらすぐに検挙できるなど、物理的環境を改善して、犯行を思いとどまらせる方策を検討するのである。その実践例は枚挙にいとまがないほど多くの文献で示されており、たとえば、法律が禁じる未成年者への酒類の販売を各店舗で徹底して控えるなどの例がある。若者の反社会的行動にはアルコールにねざす騒動事例が非常に多いことから、この方策はかなりの効果が期待できると思われる。

これに対して、社会的犯罪予防は伝統的にいつの時代にもみられた方策である。状況的犯罪予防が直接的に犯行を阻止するのに対して、社会的予防は間接的な技法である。つまり、物理的な犯罪誘発環境に働きかけるのではなく、いわば人の心に働きかけるのである。家庭で両親が子どもを育成する場面で、犯罪や非行を行わないように躰を施す、つまり「規範の注入」が最も端的な例であろう。あるいは、集合的に地域における青少年を対象とした余暇活動なども社会的予防の一例である。しばしば非行防止活動などとも呼ばれるが、犯罪や非行を意識しなくとも、子どもの健全育成の場は社会には多くみられる⁽⁷⁰⁾。

いずれにせよ、最終的には、ASBO制度を改善する一方で、市民の活動によって若者の「いたづら」や「悪ふざけ」を日常的に注視し、そのような行為を阻止する物理的環境を構築し、また家庭や学校、地域社会で若者への社会化活動を展開するなど、硬軟両用の手法を講じて、これらの秩序違反行為に対応するのが最も現実的であると考えられるし、必要であると思われる。

(68) A. Ashworth and L. Zedner, op.cit., p. 74.

(69) 守山 正「犯罪予防における『状況モデル』と『社会モデル』」犯罪社会学研究18号（1993年）121頁以下参照。

(70) 所 一彦「『増える』非行とその背景」法学教室19号（1982年）98頁以下。