

社会的迷惑行為のハイブリッド型 規制と適正手続

葛 野 尋 之*

- 1 問題設定——ハイブリッド型規制をめぐる法的問題
 - (1) 社会的迷惑行為のハイブリッド型規制
 - (2) ハイブリッド型規制の利点
 - (3) 本稿の課題
- 2 欧州人権条約における潜脱禁止法理
 - (1) 潜脱禁止法理
 - (2) 三つの判断基準
- 3 イギリスの社会的迷惑行為防止命令と潜脱禁止法理
 - (1) 社会的迷惑行為とハイブリッド型規制
 - (2) ASBO 決定手続と権利保障
 - (3) マッキャン事件貴族院判決
 - (4) マッキャン事件貴族院判決への批判
 - (5) ASBO と ASBO 違反行為の処罰との連続性・一体性
- 4 ハイブリッド型規制と権利保障のあり方
 - (1) 自由権規約のもとでの潜脱禁止法理
 - (2) 行政命令の決定手続と権利保障のあり方
- 5 終 章——ハイブリッド型規制と刑法の謙抑主義

1 問題設定——ハイブリッド型規制をめぐる法的問題

(1) 社会的迷惑行為のハイブリッド型規制

犯罪に至らない社会的迷惑行為ないし反社会的行為に対するハイブリッド型規制が、暴力団対策法をはじめとして、ストーカー規制法、広島市暴走族追放条例など、拡大をみせている。これらにおいては、まず、行政法

* くずの・ひろゆき 一橋大学教授

規によって一定の行為を広く禁止したうえで、禁止違反行為があったときに行政命令による規制を行い、さらに、その命令違反行為に対して刑罰を科するという規制方式がとられている。また、DV 防止法は、民事手続による裁判所の保護命令（接近禁止命令・退去命令、10条）と命令違反行為の処罰とを組み合わせている（29条）。ただし、DV 防止法において保護命令の前提とされているのは、「配偶者からの身体に対する暴力」（10条1項）であるが、この行為自体が、暴行、傷害などの犯罪にあたりうるものであって、この行為を一般に禁止する規定は含まれていない¹⁾。いずれの場合にも、行政的・民事的規制と刑事的規制とを連続的・一体的に結びつけた規制方式がとられていることから、イギリス（本稿においては、イングランド・ウェールズを意味する）における民事的規制と刑事的規制とを結合させた規制方式についての呼称に倣い、ハイブリッド型規制と呼ぶことにする²⁾。

広島市暴走族追放条例を合憲とした最高裁判決³⁾は、行政的規制と刑事的規制とを結合させた規制方式について、とくに行政命令に違反する行為の処罰の部分に注目しつつ、「事後的かつ段階的規制」であるとした。たしかに、行政的規制と刑事的規制とが「段階的」に用いられており、また、刑罰は行政命令違反行為を対象としているという点において、刑事的規制は行政的規制に対する「事後的」規制であるとはいえよう。しかし、一般に、刑事的規制の特徴とされる「事後的」規制としての性格とは、「犯罪」行為がすでに存在していることを前提として刑罰が科されることを意味しているのに対し、ハイブリッド型規制においては、行政命令の前提とされる禁止違反行為は存在しているものの、それ自体は犯罪ではない。刑罰の対象とされる「犯罪」は、行政命令に違反する行為である。ハイブリッド型規制は、「犯罪」が存在しない段階で、まず行政的規制として始動し、行政命令違反行為としての「犯罪」が存在する段階に至ると、刑事的規制へと移行するのである。このような規制方式の本質的特徴は、行政的規制と刑事的規制との連続的・一体的結合にこそあるから、「事後的」規制と

呼ぶことは、その特徴を曖昧にしてしまうくらいがある。むしろ、連続的・一体的規制の目的として強調されるのは、そのような行為とそのもたらす結果としての「被害」の未然防止なのである。本稿が「事後的・段階的」規制ではなく、あえてハイブリッド型規制と呼んだのは、このような理由による。

ハイブリッド型規制の構造について、その代表例である暴力団対策法（1991年制定）による暴力的要求行為の規制をとりあげ、具体的にみておくことにしよう。まず、暴力団対策法9条は、「指定暴力団等の暴力団員（以下「指定暴力団員」という。）は、その者の所属する指定暴力団等又はその系列上位指定暴力団等……の威力を示して次に掲げる行為をしてはならない」として、1号「人に対し、その人に関する事実を宣伝しないこと又はその人に関する公知でない事実を公表しないことの対償として、金品その他の財産上の利益（以下「金品等」という。）の供与を要求すること」、2号「人に対し、寄附金、賛助金その他名目のいかんを問わず、みだりに金品等の贈与を要求すること」以下、20号まで具体的行為態様を列挙している。暴力的要求行為の禁止である。そのうえで、同法11条1項は、「公安委員会は、指定暴力団員が暴力的要求行為をしており、その相手方の生活の平穏又は業務の遂行の平穏が害されていると認める場合には、当該指定暴力団員に対し、当該暴力的要求行為を中止することを命じ、又は当該暴力的要求行為が中止されることを確保するために必要な事項を命ずることができる」とし、同条2項は、「公安委員会は、指定暴力団員が暴力的要求行為をした場合において、当該指定暴力団員が更に反復して当該暴力的要求行為と類似の暴力的要求行為をするおそれがあると認めるときは、当該指定暴力団員に対し、一年を超えない範囲内で期間を定めて、暴力的要求行為が行われることを防止するために必要な事項を命ずることができる」と定めている。それぞれ、中止命令（1項）、再発防止命令（2項）である。これら禁止行為とされる暴力的要求行為の中止・予防を目的とする命令は、公安委員会により発せられる行政命令である。次に、この

暴力団対策法の運用状況

	中 止 命 令	再 発 防 止 命 令	命令違反行為検挙件数
1995年	1,321	33	*
1996年	1,456	43	*
1997年	1,737	60	*
1998年	1,900	43	*
1999年	2,275	25	*
2000年	2,185	95	3
2001年	2,238	96	8
2002年	2,599	141	13
2003年	2,609	114	14
2004年	2,717	161	18
2005年	2,668	112	17
2006年	2,488	128	8
2007年	2,417	110	11
2008年	2,270	86	7

表中*は出典中に数値が示されていないもの。

出典：警察庁組織犯罪対策部暴力団対策課・企画分析課『平成20年度の暴力団情勢』（2009年4月）、同『平成16年度の暴力団情勢』警察庁ホームページ <http://www.npa.go.jp/toukei/index.htm#bouryokudan>

中止命令ないし再発防止命令に違反する行為があった場合について、同法46条は、「第11条の規定による命令に違反した者は、1年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」と定めている。暴力団対策法は、暴力的要求行為以外にも、暴力的要求行為を要求等する行為（10条）、少年の加入を強要・勧誘し、または脱退を妨害する行為（16条1項）、成人に対する威迫を手段とする同様の行為（16条2項）などについても、同じく、中止・再発防止命令による行政的規制（12条、18条）と命令違反行為の処罰（47条）とを連続的・一体的に結合させた規制を行っている。このような規制方式は、2000年に制定されたストーカー行為規制法における、「つきまとい等」により相手方に身体の安全、住居等の平穏、名誉が害され、あるいは行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような行為（3条）の規制にもみられるところである⁴⁾。

暴力団対策法の運用状況をみると、2009年2月16日現在、22団体が「指定暴力団」（3条）として指定されていたが、2008年中、中止命令の発出件数は2,270件であり、暴力的要求行為（9条）に対するものが最も多く1,566件あり、全体の69.0%を占めている。続いて、加入強要・脱退妨害行為（16条）に対するものが423件あり、全体の18.6%を占めている。同年中、再発防止命令の発付件数は86件であり、そのうち、暴力的要求行為に対するものが68%（全体の79.1%）、加入強要・脱退妨害行為に対するものが17件（19.8%）であった。他方、命令違反行為についての検挙件数は、7件に過ぎなかった。

（2）ハイブリッド型規制の利点

このようなハイブリッド型規制については、これまで、犯罪に至らないものの、社会的に有害と目され、規制の必要が認められるとされる社会的迷惑行為について、その「被害」を防止するための広汎な規制が可能になること、禁止対象の明確な規定の要請、個人責任主義、適正手続としてのさまざまな手続保障、伝聞証拠の制限、高度な証明基準など、刑事的規制にともなう繁雑さと障害を回避し、迅速で柔軟な予防的規制が可能になることが指摘されてきた。

たとえば、暴力団対策法については、次のようにいわれている。すなわち、暴力団の寡占化を背景として、「暴力団員が暴力団の『威力を示す』など威力を巧妙に利用して、脅迫、恐喝、暴行等の犯罪にならない形で不当に利得を図るなど、不当な行為を広範に展開している実態にかんがみ」、同法が禁止・取締の対象としたのは、「既存の刑法、暴力行為処罰法等の刑罰法令によっては有効に取り締まることのできない、そもそも犯罪を構成しない不当な行為」である。そして、中止・再発防止命令については、同法の「禁止行為は、犯罪にならない性格のものであり、相手方や社会に及ぼす法益侵害は比較的軽微であるが、相手方や社会に不安と迷惑を与えるものであり、本法（暴力団対策法・引用者注）の禁止行為が継続され、

又は反復して行われることとなれば、相手方や社会に対する不安、迷惑の程度が高まることになるので、これらの違反行為は、中止させ、及び再び行わせないようにすることが必要である。したがって、本法違反の行為に対しては、必ずしも直ちに刑罰により一般的に制裁を課すのではなく、当該行為が継続され又は再び行われるおそれがある場合に、その防止に必要な具体的な命令を課して具体的に禁止し、この種行為を防止することが重要であるとの考え方による」とされている⁵⁾。また、暴力団対策法によって、いわゆる「グレーゾーン」とされてきた、「犯罪によらないものとして必ずしも十分な対応ができていなかった暴力団の威力を利用した民事介入暴力事案に対する対応を有効に行えるようになった」とも指摘されている⁶⁾。広汎な反社会的行為に対する、行政的規制による迅速かつ柔軟な予防的規制という目的は、暴力団対策法の運用状況にも反映しているといえるであろう。

これらに加え、ハイブリッド型規制については、禁止行為を直接処罰するのではなく、予防的な行政命令ないし民事差止命令を前置し、これら命令の実効性を担保するものとして刑罰を位置づけることによって、刑法の謙抑主義に適うともいわれている。暴力団対策法については、既存の法令により犯罪とはならないような反社会的行為の拡大に対して、「直接刑罰の対象となる領域（直罰領域）の拡大」によって対処する方法もありうるが、「従前直罰の対象とされていない領域に属する行為を新たに直別の対象とするに当たっては、直罰とする必要性、妥当性等について慎重な検討を要する」のに対して、「反社会的な資金獲得目的（暴力的要求行為）を予防・抑止するため、これを行政上の禁止行為とし、これに違反した者に措置命令を行うこととした」うえで、「措置命令の履行を担保する手段として刑事罰を採用した」とされる⁷⁾。このような規制方式は、「処罰することが第一次的な目的ではなく、あくまで反社会的行為の中止が主眼であ」って、「いわゆるグレーゾーンに属する民事介入暴力行為に対してこのような弾力的な対応を行うことは、いたずらに刑罰を増加させることな

く、また、迅速に規制の目的を達成することが期待できるため、おおいに合理性を認めてよい」とされるのである⁸⁾。

暴力団対策法3条に基づく指定処分の合憲性・適法性が争われた訴訟の判決によっても、このような見解が表明された。1993年3月5日の神戸地裁判決⁹⁾は、指定処分の執行停止を求める申立人の被侵害利益をめぐって、同法の「不当な行為を規制する方法について検討すると、指定暴力団員が規制の対象になる行為をしても、それに対して直ちに処罰をするのではなく、その行為の中止を命じたり、事務所の使用を禁じる等の刑罰よりもゆるやかな行政処分によって是正を図り、必要な限度で立入検査などの措置を取るなどして法の施行を確保し、刑罰はそれらの行政処分の実効性を確保するために用意されているにすぎないのであるから、これらの行為のもたらす弊害と比べて決して重い制約ということとはできない」としている。また、指定処分の取消申立に対して、同年5月17日の那覇地裁判決¹⁰⁾は、「不当行為を直接処罰するのではなく、中止命令等の行政命令によって対応し、これに従わない場合に罰則規定が適用される（法定刑も1年以下の懲役や50万円以下の罰金と比較的軽いものである。）にすぎない」ことを、規制方法の合理性を基礎づけるものとして指摘し、指定制度の目的・制度趣旨の必要性・合理性とあわせて、憲法21条に違反しないことの根拠としている。

さらに、このような見解は、先の広島市暴走族追放条例事件¹¹⁾において、最高裁によっても表明されるに至った。広島市暴走族追放条例は、まず、16条1項において、「何人も、次に掲げる行為をしてはならない」と定め、その1号として「公共の場所において、当該場所の所有者又は管理者の承諾又は許可を得ないで、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集又は集会を行うこと」を掲げている。そして、同条例17条は、「前条第1項第1号の行為が、本市の管理する公共の場所において、特異な服装をし、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し、円陣を組み、又は旗を立てる等威勢を示すことにより行われたときは、市長は、当該行為者に対し、当該

行為の中止又は当該場所からの退去を命ずることができる」とし、さらに、19条は、この「市長の命令に違反した者は、6月以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する」と規定している。行政的規制と刑事的規制とを連続的・一体的に結びつけたハイブリッド型規制がとられているのである。最高裁判決は、中止・退去命令の対象行為について限定解釈を行い、それにより明確性が認められるとする判断を前提として、同「条例16条1項1号、17条、19条の規定による規制は、広島市内の公共の場所における暴走族による集会等が公衆の平穩を害してきたこと、規制に係る集会であっても、これを行うことを直ちに犯罪として処罰するのではなく、市長による中止命令等の対象とするにとどめ、この命令に違反した場合に初めて処罰すべきものとするという事後的かつ段階的規制によっていること等にかんがみると、その弊害を防止しようとする規制目的の正当性、弊害防止手段としての合理性、この規制により得られる利益と失われる利益との均衡の観点に照らし、いまだ憲法21条1項、31条に違反するとまではいえない」と判示している。「事後のかつ段階的規制によっていること」が、合憲性を根拠づける「弊害防止手段としての合理性」の内実としてあげられているのである。

(3) 本稿の課題

たしかに、ハイブリッド型規制は、社会的迷惑行為を広汎に、しかも迅速かつ柔軟に規制することを可能にするであろう。また、予防的な行政命令・民事差止命令を前置したうえで、それらの命令に違反する行為を処罰対象とすることにより、実際に刑罰が科される場合が、命令発付に比して少なくなることたしかである。暴力団対策法の運用状況は、その例証である。しかし、行政的・民事的規制と刑事的規制とが連続的・一体的に結びついた規制方式のもと、それ自体犯罪とはならない行為が広汎に規制されるとき、実際に処罰される場合が少ないからといって、はたして、刑法の謙抑主義に適合しているといえるのであろうか。また、たしかに、行政

命令は行政手続により、民事差止命令は裁判所の民事手続によるものであり、命令違反行為の処罰は、もちろん正式の刑事手続によるものである。しかし、ハイブリッド型規制として手続全体を捉えたとき、前段の行政手続ないし民事手続において、はたして、適正手続として本来要求されるべき権利保障がなされているといえるのであろうか。行政的・民事的規制と刑事的規制とが連続的・一体的に結合していることからすれば、その前段手続においても、通常の行政手続・民事手続の水準を超える手厚い適正手続が要求されるというべきではなかろうか。社会的迷惑行為に対する有効な規制方式と目され、ハイブリッド型規制が拡大しつつあるなか、これら法的問題について検討することが重要課題となる。

本稿は、以下、第1に、欧州人権条約6条のもと、「刑事上の罪」の決定手続のための権利保障がどのような手続に及ぼされるべきかという問題をめぐって、人権裁判所判例が確立した潜脱禁止法理（anti-subversion doctrine）の意義とその具体化ための判断基準を明らかにする。第2に、潜脱禁止法理のもと、社会的迷惑行為防止命令（Anti-Social Behaviour Order）（以下、ASBO）の決定手続においてどのような権利保障がなされるべきか、ASBO 決定手続は「刑事上の罪」の決定手続にあたるとされるべきではないか、という問題をめぐるイギリス法の展開を検討する。これらを踏まえ、第3に、日本のハイブリッド型規制をめぐって、行政的・民事的規制と刑事的規制との連続的・一体的結合という本質的特徴に注目しつつ、前段手続において、適正手続として本来要求されるべき権利保障がなされていないのではないか、潜脱禁止法理の趣旨からすれば、少なくとも行政命令を前置するのではなく、司法手続による民事差止命令を前置することによって、「公正な公開審理」（自由権規約14条1項）を直接保障すべきではないか、行政命令・民事差止命令により規制される行為が、それ自体犯罪ではないにもかかわらず、命令違反行為の処罰を媒介として、実質的には直接的・間接的に刑事的規制の対象とされることとなって、法の謙抑主義に適合しないのではないか、という点について論じていく。

2 欧州人権条約における潜脱禁止法理

(1) 潜脱禁止法理

欧州人権条約 6 条 1 項は、「すべての者は、その民事上の権利および義務の決定又は刑事上の罪 (criminal charge) の決定のため、法律で設置された、独立の、かつ、公平な裁判所による妥当な期間内に公正な公開審理を受ける権利を有する。……」と定めており、民事手続か、刑事手続かを問わず、公正な裁判を受ける権利を保障している。同条は、引き続き、2 項において、「刑事上の罪に問われているすべての者は、法律に基づいて有罪とされるまでは、無罪と推定される」と規定し、3 項において、「刑事上の罪に問われているすべての者は、少なくとも次の権利を有する」として、罪責の告知 (a)、防御準備のための十分な時間・便益 (b)、自己弁護および無料の選任保障を含む弁護人の援助 (c)、証人審問・対質権 (d)、無料の通訳 (e) を保障している。また、「刑事上の罪」の決定手続においては、人権条約 7 条による事後法による遡及処罰の禁止、人権条約第 4 選択議定書 2 条による上訴の権利、同議定書 4 条による一事不再理効も保障されている。このように、「刑事上の罪」の決定手続においては、とくに手厚い権利保障が規定されているが、そのことから、これら権利保障の適用範囲を画定するために、人権条約において「刑事上の罪」とはどのような意味を有するのかが問題とされてきた。

この問題について、欧州人権裁判所は、「刑事上の罪」の意味は、国内法による手続分類のいかんによらず、人権条約の権利保障の適用という目的から独自に確定されるべきであるとの立場をとってきた。リーディング・ケースは、エンゲル対オランダ事件¹²⁾における1976年の人権裁判所判決である。この判決は、軍の懲戒手続が人権条約 6 条のいう「刑事上の罪」の決定手続にあたるかどうか判断するにあたり、次のように述べている。「人権条約のもと、疑いもなく締約国は、公共の利益の擁護者として

の役割を果たすうえで、刑事法と懲戒手続に関する法（disciplinary law）との区別を設け、両者の境界線を引くことを許されている。とはいえ、そのことは、一定の条件に服さなければならないのである。……なぜなら、仮に、締約国がその自由裁量によって、ある手続を刑事手続ではなく懲戒手続と分類し、ある行為者を刑事上の罪について訴追するのではなく懲戒事由について告発することができるとしたならば、人権条約6条および7条という基本的条項の機能が、主権国家の意思よりも下位に置かれることになるであろう。このような自由裁量の余地を認めることは、人権条約の目的と両立しない。それゆえ、人権裁判所は、その権限により、懲戒手続の名のもとに、人権条約による刑事手続上の権利保障が侵害されていないかどうか確認することができるのである¹³⁾」。

かくして、エンゲル対オランダ事件判決に続く一連の判例を通じて確立されたのが、潜脱禁止法理である。すなわち、潜脱禁止法理のもと、人権裁判所は、国内法による恣意的な手続分類を通じて、締約国が実体的・手続的権利の保障を潜脱することのないよう、国内法の手続分類によるのではなく、人権条約の見地から実質的検討を行い、手続の性格を明らかにし、それによって「刑事上の罪」の決定手続のための権利保障が適用されるべきかどうか判断するのである。その結果、国内法によれば民事手続、行政手続、懲戒手続に分類されている手続も、人権条約の権利保障との関係においては「刑事上の罪」の決定手続にあたるとされ、人権条約6条2項、3項などの権利保障が及ぼされるべき場合が認められることになる¹⁴⁾。

（2）三つの判断基準

問題となるのは、人権条約の見地から「刑事上の罪」の決定手続にあたるかどうか判断するさい、どのような基準によるべきかということである。エンゲル対オランダ事件判決は、三つの判断基準を提示した。第1に、国内法による手続分類がどうであるか、第2に、問題とされる違反行為の性質はどうか、第3に、制裁の厳格さはどの程度か、という基準である。そ

の後の判例において、これら三つの基準は各独立して評価されるべきものではないとされ、また、制裁の厳格さに関する第三の基準が最も重視されてきている¹⁵⁾。これら三つの基準について、1997年、AP=MP=TP 対スイス事件¹⁶⁾における人権裁判所判決は、明快に次のように述べている。「人権裁判所は、人権条約6条にいうところの『刑事上の罪』という概念は人権条約の見地から独自の意味を有していると、繰り返し述べてきた。これまでの判例において、人権裁判所は、ある人が人権条約6条との関係において『刑事上の罪に問われている』かどうか判断するさいに、三つの基準について検討すべきとの立場を確立した。すなわち、国内法における違反行為の分類、違反行為の性質、問題となっている人が課される可能性のある制裁の性質と厳格さの程度である¹⁷⁾」。これらの基準によって、国内法上、民事手続、行政手続あるいは懲戒手続と分類されている手続が、人権条約の見地から「刑事上の罪」の決定手続あたると判断されたとしても、それは、人権条約における「刑事上の罪」の決定手続のための権利保障が、その手続においても推及されるべきことを意味するものであって、国内法において、その手続を刑事手続と分類し直すべきことを要求するものではない¹⁸⁾。

第一の基準について、エンゲル対オランダ事件判決は、「最初に、締約国の法制度のもと、告発されるべき行為を定めている法規が刑事法と分類されているのか、懲戒手続に関する法と分類されているのか、それとも両者に競合するものなのか、確認する必要がある。しかしながら、このことは出発点でしかない。国内法による手続分類は、形式的なものでしかなく、相対的価値を有しているに過ぎないから、他のさまざまな締約国の関連する法規による手続分類に照らして、再検討されなければならない¹⁹⁾」と述べている。人権裁判所の判例によれば、もし国内法が、問題となる違反行為を「犯罪行為 (criminal offence)」と性格づけている場合には、人権条約の見地からする判断においても、それが決定的となる。他方、国内法により民事手続、行政手続あるいは懲戒手続と分類されていても、第二、第

三の基準に関する実質的検討によって、人権条約の権利保障との関係においては「刑事上の罪」の決定手続にあたるとされる場合がある²⁰⁾。

第二、第三の基準について、エンゲル対オランダ事件判決は、「まさに違反行為の性質は、より重視されるべき基準である。もし、ある軍人が、軍隊の活動を統制する法令に違反したとされる作為または不作為について告発されていると認められた場合には、締約国は、原則として、その者を刑事手続ではなく、懲戒手続に付すことになるであろう。／しかしながら、人権裁判所の検討はここで終わるのではない。そのような人権裁判所の検討は、問題となっている人に課される可能性のある制裁の厳格さがどの程度なのかを考慮に入れないならば、無意味なものになってしまうであろう。法の支配に服する社会においては、懲罰（punishment）として課されるべき自由の剥奪は、その性質、その執行の期間や方法からみて、さほど重大な不利益ではないと認められる場合を除き、『刑罰』にあたるというべきである。問題となっている処分の重大性、締約国における伝統、人権条約がすべての人の身体的自由をことのほか重視していることからすれば、そのように考えるべきなのである²¹⁾」と述べている。

人権裁判所の判例において、第二の基準である違反行為の性質をめぐっては、違反行為を定める法令が市民一般を対象としているのか、特定集団を対象としているのか、手続の始動が法令の執行権限を法的に付与された公的機関によるのかどうか、手続が懲罰的性格あるいは一般抑止的性格を含んでいるかどうか、違反行為に対する制裁が行為者の有責性の認定に基づくものかどうか、同種手続が他国においてはどのように分類されているか、などが具体的に検討されてきた。違反行為が一般市民を対象とする法令によるものであり、法的執行権限を有する公的機関が手続を始動し、手続に懲罰的・一般抑止の性格が認められ、行為者の有責性の認定に基づき制裁が課され、他国において刑事手続と分類されているような場合、人権条約の見地からは「刑事上の罪」の決定手続にあたるとする方向に、判断が促されるのである²²⁾。

第三の基準としての制裁の厳格さは、判例において、しばしば決定的なものとしてきた。とりわけ、施設への収容による自由の剥奪をとまなう制裁についてはそうである。この基準をめぐるのは、懲罰として自由の剥奪が決定される場合には、その性質、期間、執行方法からみればひどく不利益とまでは認められないときでも、「刑事上の罪」の決定手続にあたりとされ、出廷保証命令 (binding over) のように、制裁が過去の行為ではなく、将来の行為を条件に課される場合でも、「刑罰」とされることがあり、多額の金銭的制裁は、とりわけ支払い不能のとき施設収容がなされる場合、「刑罰」にあたるとされ、少額の金銭的制裁でも、明白に懲罰・一般抑止の目的から課される場合には「刑罰」とされ、判断の基礎になるのは、現実には課された制裁ではなく、課される可能性のある制裁であるとされてきた²³⁾。

人権裁判所の判例においては、国内法による手続分類という第一の基準に比べ、第二、第三の基準、すなわち違反行為の性質と制裁の厳格さとが重視されてきたが、いずれか一方のみがとくに重視され、判断にとって決定的なものとしてされることもあった。また、上述のように、国内法により刑事手続と分類され、「刑罰」と性格づけられていれば、違反行為の性質、制裁の厳格さのいかんによらず、その手続は「刑事上の罪」の決定手続にあたるとされてきた。「刑事上の罪」の決定手続であると判断するためには、これら三つの基準すべてが満たされなければならないのではなく、いずれか一つまたは二つでも決定的なものとなりえ、また、個々の基準から直ちに結論が導き出されない場合には、三つの基準について総合的判断がなされてきた²⁴⁾。

このように、欧州人権裁判所は、潜脱禁止法理を具体化するにあたって、国内法による手続分類、違反行為の性質、制裁の厳格さという三つの判断基準によりながら、国内法による手続分類にかかわらず、ある手続が人権条約の権利保障との関係において「刑事上の罪」の決定手続にあたるのではないかと、実質的に判断してきたのである。

3 イギリスの社会的迷惑行為防止命令と潜脱禁止法理

(1) 社会的迷惑行為とハイブリッド型規制

欧州人権裁判所の判例が確立した潜脱禁止法理のもと、イギリスにおいて、決定手続の性格や権利保障のあり方について問題とされてきたのが、社会的迷惑行為防止命令（ASBO）とその違反行為の処罰とを結合させたハイブリッド型規制である。国内法上、ASBO は予防目的による民事差止命令の一種とされ、その決定手続は民事手続と分類されている。しかし、ASBO 自体にともなう長期の重大な行動制限、ASBO の懲罰的性格、ASBO 違反行為が厳格な処罰に直結していることなどからすれば、ASBO 決定手続を民事手続とすることによって、適正手続として本来要求されるべき権利保障を潜脱しているのではないか、との疑問が提起されているのである²⁵⁾。

1990年代末、ニュー・レイバー政権が誕生すると、イギリスにおいては、犯罪に至らない社会的迷惑行為の拡大と、その反復によって近隣住民やコミュニティに生じる被害の大きさが認識されるようになり、それらに効果的に対処することが、政治的な重要課題として位置づけられた。かくして、1998年犯罪秩序違反法（Crime and Disorder Act of 1998）は、裁判所が、嫌がらせ、威嚇・威迫、迷惑など、コミュニティの近隣住民に対する社会的迷惑行為（anti-social behaviour）を防止するために、申立対象者による特定の行動の制限を内容とする社会的迷惑行為防止命令（ASBO）を発付することができるとした（1条1項）²⁶⁾。

社会的迷惑行為への効果的対処は、人々の犯罪不安を和らげ、生活の質（quality of life）を向上させ、コミュニティを強化することになるといわれた。このことは、政府の度重なるキャンペーンにおいて表明されたように、社会的迷惑行為の広がりや深刻化、とりわけ青少年によるそれは、イギリス社会のなかで進行してきた道德水準と家族という価値の低下がもた

らした所産であるから、イギリス社会を再建するために、皆が一致して取り組むべき重要課題であるとの考えを基礎にしている²⁷⁾。他方、犯罪に至らない社会的迷惑行為への効果的対処は、イギリス刑事司法政策において台頭してきたリスク管理の思想や、取締の拡大・強化を促すゼロ・トレランス政策とも結びついて、将来の犯罪を防止するための有効な早期介入の手段になるとも考えられた。

社会的迷惑行為の法的規制は、社会的迷惑行為を防止するための ASBO と、ASBO 違反行為の処罰とを組み合わせたハイブリッド型規制によっている。ASBO は、特定の人物との交遊、夜間外出、特定の場所への接近、他者の敷地の通り抜け、落書き、大騒ぎ、騒音、街頭での飲酒など、社会的迷惑行為に関連する特定の行為を禁止し、社会的迷惑行為の反復を防止するために、裁判所によって決定される民事差止命令の一種である。ASBO 発付の申立は、社会的迷惑行為の影響を受けている近隣住民からの報告を受け、地方自治体、警察、住宅供給公社などによって行われる。ASBO は、最短 2 年の期間を定めて発付される。ASBO の決定には、ASBO 発付の独立した申立に基づき、マジストレイト裁判所によりなされる場合と、刑事事件の有罪認定に引き続いて、マジストレイト裁判所、少年裁判所または刑事法院によって決定される場合とがある。1998 年犯罪秩序違反法によって当初導入されたのは、前者の形態のみであったが、その後、2002 年警察改革法 (Police Reform Act of 2002) によって後者の形態が導入され、全発付件数の 3 分の 2 程度を占めるに至っている。さらに、2003 年社会的迷惑行為防止法 (Anti-Social Behaviour Act of 2003) によって、いずれの形態についても、ASBO の決定に関する国の権限が強化された。また、2005 年組織犯罪警察法 (Serious Organised Crime and Police Act of 2005) によって、内務大臣は、ASBO 発付の申立を行う権限を有する機関を拡張することを認められた。これら以外のものも含む一連の立法によって、ASBO の決定に関する国の権限は強化されてきており、ASBO 以外にも、薬物取引家屋閉鎖命令、介入命令など、社会的迷惑行為に対処

するためのさまざまな民事差止命令が、ASBO をモデルとして導入されてきた。刑事事件の有罪認定に引き続いて ASBO が決定される場合にも、その決定を行う裁判所は刑事裁判所ではなく、民事裁判所として機能するものとされている。ASBO に違反する行為は、直ちに犯罪とされ、刑罰の対象とされている。違反行為自体が犯罪にあたらない場合はもちろん、社会的迷惑行為を構成するものですらない場合でも、ASBO に定められた行動制限の違反があれば、それが直ちに犯罪とされるのである。ASBO 違反行為を処罰する手続は、もちろん刑事裁判所において行われる。刑罰としては、略式起訴手続による 6 月以下の拘禁刑もしくは罰金、または正式起訴手続による 5 年以下の拘禁刑もしくは罰金が定められている（1998 年犯罪秩序違反法 1 条10項）²⁸⁾。

ASBO の運用状況は、以下の表のとおりである。

（2）ASBO 決定手続と権利保障

犯罪としての ASBO 違反行為を認定し、刑罰を科すための手続が、刑事手続であることに疑いはない。他方、ASBO 決定手続は、イギリス国内法上、民事手続とされている。問題となるのは、ハイブリッド型規制の前段を構成する ASBO 決定手続においても、刑事手続における場合と同様の権利保障が及ぼされるべきではないか、ということである。

ASBO 決定手続は、民事差止命令の決定手続としての性格を備えている。ASBO を違反行為の処罰から切り離し、それだけに注目したときは、このような見方に傾くであろう。もっとも、ASBO のみに注目した場合でも、その決定手続を民事手続とすることに対しては批判もある。たとえば、アンドリュー・アシュワースは、ASBO 自体、たとえ懲罰や一般抑止の目的ではなく、予防目的によるものとされていても、裁判所による過去の社会的迷惑行為の認定を前提として課されるものであり、2 年以上の長期に及ぶ広汎な行動制限をとまなう厳格な制裁であるから、その決定手続においては、刑事手続における場合と同様の権利保障がなされるべきで

ASBO 発付件数

	1999年4月 ～ 2000年5月	2000年 6～12月	2001年	2002年	2003年	2004年	2005年	2006年	2007年	総数
ASBO 発付件数	104	137	350	427	1,349	3,479	4,122	2,705	2,299	14,972
うち対象者が 10～17歳		62	193	251	628	1,340	1,581	1,053	920	6,028

ASBO 違反行為

	2000年7月 ～2001年末	2003年	2004年	2005年	2006年	2007年	総数
ASBO 違反行為数	327	564	1,415	2,204	1,852	1,619	7,981
ASBO 違反機会数	876	1,564	4,401	8,126	8,693	8,740	32,400
一人あたりの平均違反機会	2.7	2.8	3.1	3.7	4.7	5.4	4.1

ASBO 違反行為の処罰状況

年齢および性別	ASBO 違反数	処 分 の 内 訳				
		手続打切	罰 金	コミュニティ 内処分	拘禁処分	そ の 他
10～17歳 男女総数	2,768	68	130	1,227	1,142	201
	男性 2,525	60	121	1,103	1,062	179
	女性 243	8	9	124	80	22
18歳以上 男女総数	5,213	83	425	855	3,086	764
	男性 4,516	66	361	700	2,727	662
	女性 697	17	64	155	359	102
全年齢 男女総数	7,981	151	555	2,082	4,228	965
	男性 7,041	126	482	1,803	3,789	841
	女性 940	25	73	279	439	124

	処 分 の 割 合 (%)					
10～17歳 男女総数	100	2	5	44	41	7
	男性 100	2	5	44	42	7
	女性 100	3	4	51	33	9
18歳以上 男女総数	100	2	8	16	59	15
	男性 100	1	8	16	60	15
	女性 100	2	9	22	52	15
全年齢 男女総数	100	2	7	26	53	12
	男性 100	2	7	26	54	12
	女性 100	3	8	30	47	13

出典：ASBO に関する統計数値は、すべて英国内務省ホームページ <http://www.crimereduction.homeoffice.gov.uk/asbos/asbos2.htm> による。

あると論じている²⁹⁾。また、ゲオフ・ピアソンも、通常の民事差止命令とは異なり、ASBO は過去の社会的迷惑行為の認定を前提として、長期にわたる広汎かつ重大な行動制限を課すものであって、それ自体、懲罰的性格を有していることを見過ごしてはならないとしている³⁰⁾。しかし、ASBO は民事差止命令であり、ASBO 決定手続は民事手続であるというのが、英国政府の立場である。

他方、マジストレイト裁判所などが社会的迷惑行為の認定に基づき、ASBO を決定する「民事」手続の段階と、刑事裁判所が犯罪としてのASBO 違反行為を認定し、刑罰に関して決定する「刑事」手続の段階とを切り離すことなく、連続する一体のものとして捉えたうえで、手続全体として刑事手続としてみるべきである、とする立場がある。すなわち、ASBO の申立は公的機関によって行われ、ASBO の対象は市民一般である。さらに、ASBO と疑いもなく厳格な刑罰とが連続的・一体的に結びついており、刑事手続上、ASBO 違反行為について、「意図的違反」であることや「有責な注意懈怠」であることの認定が要求されない。被告人が合理的抗弁を提起しない限り、たんに違反行為の存在が証明されるだけで十分なのである。これらのことからすれば、ASBO 決定手続を含め、手続全体として刑事手続にあたるというべきである、とされるのである³¹⁾。

英国政府は、ASBO 決定手続は民事手続であるから、ASBO の前提となる社会的迷惑行為の立証において伝聞証拠が許容され、証明基準は証拠の優越の程度で足りるとの立場をとっていた。国内裁判所においてこのことが問題とされたのが、マッキャン事件である。この事件においては、警察署長の申立によって、マジストレイト裁判所が一部伝聞証拠を用いて社会的迷惑行為を認定し、それに基づき ASBO を決定したことの適法性が争われた。

2001年、控訴院民事部³²⁾は、ASBO 決定手続は、国内法上も、欧州人権条約の見地からも、刑事手続にはあたらず、民事手続であると判示した。判決は、1998年犯罪秩序違反法1条の規定からも、立法過程における政府

答弁からも、ASBO 決定手続が民事手続として意図されていたことは明白であるとしたうえで、さらに実質的検討へと進んだ。判決は、ASBO 決定手続のもたらす結果は重大なものであると認めながらも、他の民事差止命令のなかにも、同じく重大な結果をもたらすものはあると指摘し、決定される命令の重大性のみでなく、その命令の目的がなにかを考慮すべきであるとした。判決は、「問題となっている命令は、社会的迷惑行為から一定区域内で生活する人々を保護するために必要とされる行動制限に限定されており、それゆえ明らかに、過去の非行 (misconduct) に懲罰を科すことではなく、将来における保護を目的としている³³⁾」と認めた。このように、判決は、ASBO の予防目的を強調し、その決定手続は民事手続であると判示し、ASBO 違反行為の処罰を考慮に入れても、この結論に変わりはないとしたのである。

(3) マッキャン事件貴族院判決

2002年、貴族院は、マッキャン事件と同様の法的問題を含むクリンガム事件を併合したうえで、裁判官全員一致の判決により、ASBO 決定手続は民事手続にあたると判示した³⁴⁾。クリンガム事件においては、自治体当局の申立によって、マジストレイト裁判所が主として伝聞証拠によって社会的迷惑行為を認定し、それに基づき ASBO を決定していた。ところで、イギリスにおいて欧州人権条約の国内法的効力を認めた1998年人権法が施行されたのは2000年10月2日であるが、これら両事件において、ASBO の決定に対して不服申立がなされたのはこれより以前であったため、欧州人権条約が直接適用されることはなかった。しかし、両事件の当事者は、欧州人権条約における「刑事上の罪」の決定手続のための権利保障が ASBO 決定手続にも及ぼされるべきかについて主張・立証を行ったため、貴族院判決は、この問題について詳細な判断を示している。このことは、マッキャン事件の控訴院民事部判決においても同じであった。

貴族院判決において、冒頭に意見を述べたスタイン裁判官は、まず、

ASBO 立法の背景について説明した。それによれば、多くの人々が、犯罪に至らない社会的迷惑行為の反復により深刻な影響を受けながらも、報復の重大な危険があるため、警察に報告することができないままにいるが、「刑法それ自体は、そのような人々に対して、十分な保護を提供することができなかった。しかし、このような社会問題を解決するための立法として、役立つモデルが存在した³⁵⁾」。1998年以前より、民事差止命令によって特定の行為を禁止したうえで、命令違反行為を処罰するという規制方法が採用されていた。1998年犯罪秩序違反法に基づく ASBO も、そのような規制方式によるものであり、その後も、2000年フットボール（秩序違反）法に基づくフットボール観戦禁止命令が設けられている。

続いて、スタイン裁判官は、実質的にみたとき、ASBO 決定手続は刑事手続にあたるとの主張について検討した。それによれば、「出発点とすべきは、1998年犯罪秩序違反法 1 条に基づく第一段階の（ASBO 決定）手続においては、検察庁（the Crown Prosecution Office）が関与することがまったくないことである。この段階において、刑法違反の行為について正式な訴追は存在しない。決定手続は、民事手続としての申立によって、開始されるのである」。同条 1 項(a)のもと、立証が要求されているのは社会的迷惑行為の存在のみであって、「これは客観的な立証に過ぎず、犯罪の構成要素としてのメンス・レア（mens rea）の立証は要求されていない。刑事責任（criminal liability）の立証は必要ないのである。かくして、手続の真の目的は、予防的なものである」。このことは、同条 1 項(b)が、社会的迷惑行為の行われる地域に居住する人々の保護の必要を ASBO 決定手続の申立の要件としていることから、窺い知ることができる。「以上から分かるように、ASBO の発付は、ある人が犯罪行為について有罪であるとする認定でも、法的非難でもない。ASBO 決定手続により、いかなる刑罰（penalty）が科されるわけでもない。その人の有罪の記録として残されるわけでもない。また、指紋採取が許される記録保存犯罪でもない（警察刑事証拠法27条参照）³⁶⁾」。

スタイン裁判官は、エンゲル対オランダ事件のあげた三つの基準によりつつ潜脱禁止法理に関して判断した欧州人権裁判所の判例を概観し、欧州人権裁判所が、手続の当事者に対して生じる不利な結果として刑罰が科されないにもかかわらず、手続が「刑事上の罪」の決定手続にあたると判示した例はひとつもないとした。そのうえで、社会的迷惑行為に関するハイブリッド型規制について、「もちろん、法がこの方向にさらに発展していく可能性が認められるであろう。他方、もし、人権条約 6 条 1 項にいう『刑事上の罪』にあたる範囲を広く画定したならば、それは、民事差止命令の決定手続の有効性を失わせることとなり、したがって、自由な民主主義社会が民事差止命令を活用することによって法の支配を維持しようとする自由を、阻害することになるであろう³⁷⁾」とした。

スタイン裁判官は、ASBO 決定手続が、人権条約 6 条 1 項にいう「民事上の権利および義務」の決定手続にあたると判示した。マッキン事件およびクリンガム事件において、「被上訴人である国側は、ASBO 決定手続が性格上民事手続であること、そしてそれに人権条約 6 条 1 項による公正な裁判の保障が及ぼされるべきことを認めている。もっとも、内務大臣の代理人弁護士は、立場を留保している。私の意見によれば、人権条約 8 条による私生活および家庭生活の尊重を受ける権利とともに、差止命令という民事的救済手段の具体的な活用の仕方に照らし考えるとき、明らかに、ASBO 決定の申立の対象者は、人権条約 6 条 1 項のもと、民事手続に適用される保障を享受することができるというべきである。さらに、イギリス国内法のもとでも、疑いもなく、民事手続に関する公正な審理を受ける憲法上の権利を保障されているのである³⁸⁾」。

以上から、伝聞証拠の許容性について、スタイン裁判官は、「問題となっている手続は、国内法および人権条約 6 条のもと、民事手続であるとの結論を得たのであるから、したがって、1995 年民事証拠法および民事手続における伝聞証拠に関するマジストレイト裁判所規則に基づき、1998 年犯罪秩序違反法 1 条による ASBO 決定手続において、伝聞証拠を使用す

ることが許されることになる。伝聞証拠の有する証明力には限界がある。しかし他方で、伝聞証拠も積み重ねられることによって、事実認定を決定する力を持ちうる。それは具体的事実によって決まることである³⁹⁾」との結論を示した。

他方、証明基準の問題について、貴族院判決は、証拠の優越の基準によるのではなく、刑事手続の場合と同様、合理的疑いを超える証明の基準によるべきであると判示した。スタイン裁判官によれば、「問題の手続が民事手続であるとの結論からは、原則として、民事手続において通常適用される証明基準、すなわち証拠の優越の基準が適用されることになる。しかし、関連する問題の重大性にかんがみると、少なくとも、特別に高度な民事手続上の証明基準が要求されることになるというべきである。……私の意見によれば、マジストレイト裁判所は、1998年犯罪秩序違反法1条に関するすべての事件において、刑事手続の証明基準を適用すべきであると判示することをもって、マジストレイト裁判所がその職責を果たすうえでより分かりやすい準則を示すことこそが、実際上有用であろう」。すなわち、マジストレイトは、同条1項(a)により、ASBO 決定手続の被申立人が社会的迷惑行為をしたかどうか判断するさいには、刑事手続の証明基準に従うべきことになる。他方、同条1項(b)に基づき、そのような行為の影響を受けた人々を保護するために ASBO が必要かどうか判断するさいには、そのような判断は法的評価によるものであるから、この基準による必要はない。「このようなアプローチは、正確な判断を促進し、同法の適用における一貫性と予測可能性を確保することにつながるはずである⁴⁰⁾」。

(4) マッキャン事件貴族院判決への批判

以上のように、マッキャン事件およびクリンガム事件の貴族院判決は、国内法上も、また、欧州人権条約6条との関係においても、ASBO 決定手続は刑事手続ではなく、民事手続としての性格を有することを認めた。その理由とされたのは、検察庁が手続に関与しないこと、ASBO は犯罪

記録に残されないこと、社会的迷惑行為に対して直ちに、すなわち ASBO 決定手続によって拘禁処分が課されることはないこと、社会的迷惑行為について同様の規制を定めるスコットランド法が明確に民事手続としていることなどであったが、最も重視された点はやはり、ASBO は社会的迷惑行為の行為者に対して懲罰的性格を有する制裁を課すのではなく、将来の社会的迷惑行為を予防する目的を有していると認められたことであった⁴¹⁾。

しかし、貴族院判決に対しては、厳しい批判が提起されている。貴族院判決が最も重視した予防目的をめぐることは、欧州人権裁判所の判例のなかには、ハイブリッド型規制ではないにせよ、社会的迷惑行為の予防を目的とする規制について、それにとりまう行動制限の広汎さ、重大さなどから懲罰的性格があるとして、その決定手続を人権条約6条のいう「刑事上の罪」の決定手続にあたるとしたものがある。これらは懲罰的性格を承認したものであるが、それと同時に、予防目的があることも認めていた。すなわち、国内法上、予防目的が意図されている場合でも、それと併存する形で、たとえより重要とはいえなくとも、同等に重要な目的として、懲罰や一般抑止の目的があることを認め、それを理由にして「刑事上の罪」の決定手続にあたると判断したのである。ところが、貴族院判決は、このような判例を参照していない。貴族院判決による人権裁判所判例の参照は、自己の結論にとって都合のよいものだけを選択的に参照しているらしいがある、と批判されるのである⁴²⁾。

たしかに、1998年犯罪秩序違反法1条においては、予防目的が意図され、重視されていた。しかし、そのことから直ちに、ASBO 決定手続が懲罰目的によるものでない、とすることはできないはずである。潜脱禁止法理の意義は、手続の性格を、国内法による手続分類のいかんによらず、実質的検討によって、欧州人権条約の見地から独自に決定するという点にあった。しかし、貴族院判決は、手続の目的に関する判断を予防、懲罰のいずれなのか、という形で過度に単純化したうえで、立法時の意図とともに、社会的迷惑行為によってもたらされるとされる「社会の崩壊 (social

disruption)」を食い止める（クレイヘッド裁判官）⁴³⁾ という効果にのみ注目して、ASBO 決定手続が予防目的によるものと認めた。そして、それを根拠にして、民事手続として性格づけたのである。貴族院判決は、一方で、「問題の重大性」という理由から刑事手続の場合と同じ高度の証明基準を要求しているにもかかわらず、他方で、民事手続であると結論づけるうえでは、意図された予防目的の背後にある ASBO の懲罰的性格を看過しているといつてよい。この意味において、貴族院判決は、立法者の意図と、それが具現化した国内法による手続分類との背後にある違反行為の性質や制裁の厳格さについて、実質的検討をしているとはいえない。かくして、貴族院判決は、人権条約の権利保障の潜脱を許している。ピアースンは、このように厳しく批判している⁴⁴⁾。

また、判決においては、ASBO の申立が市民一般を広く対象にしている点が検討されていない。人権裁判所の判例のなかには、この点を重視して、国内法による手続分類のいかんによらず、人権条約の見地からは「刑事上の罪」の決定手続にあたると判断したものもある。貴族院判決は、ASBO 決定手続の予防目的を示す、あるいは非懲罰的な性格を示す要素のみを選択的にとりあげ、予防目的によるものと結論づけた。しかし、そのような判断方法は、潜脱禁止法理の趣旨に適合しない。人権裁判所の判例の精神に悖るのである。もし、ASBO 決定手続について人権裁判所が判断していたならば、おそらく、貴族院とは異なる結論に達していたであろう。このように批判されるのである⁴⁵⁾。

貴族院判決は、伝聞証拠が許容されるべきと判示するさい、もし伝聞証拠が許容されないならば、社会的迷惑行為の深刻な影響を受け、その害悪を被ってきた人は、報復行為などを畏怖して裁判所において証言することに消極的であろうから、法秩序の維持が困難になるであろうとの懸念を示した。ハットン裁判官は、「コミュニティ、すなわち本件においてのように、社会的迷惑行為によって自己の権利を侵害されていると訴えている無力で脆弱な人々によって代表されるコミュニティの全体利益に奉仕すると

いう要請と、ASBO 決定手続の被申立人の権利を保護するという要請とのあいだに真に公正な均衡を図るためには、天秤を、コミュニティの保護の方に傾斜させる必要があり、それゆえ、ASBO 発付の申立について判断するにあたっては、伝聞証拠の使用を許さなければならない⁴⁶⁾」と述べている。しかし、コミュニティの保護の必要から伝聞証拠の許容が導かれるというのであれば、それは、ASBO 決定手続にのみ妥当することではないはずである。同じ理由から、刑事裁判において犯罪事実を認定する場合にも、伝聞証拠が許容されるべきとの結論が導かれることになるであろう。しかし、刑事手続において伝聞証拠は排除される。貴族院判決が、一方で、ASBO 決定手続に「関係する問題の重大性」のゆえに、合理的疑いを超える証明という高度の証明基準を要求しながら、他方で、「法の支配」や「コミュニティの保護」という広汎で曖昧な概念から、伝聞証拠の許容を導いていることには、説得的理由を見いだすことができない、と批判されるのである⁴⁷⁾。

(5) ASBO と ASBO 違反行為の処罰との連続性・一体性

社会的迷惑行為に対してハイブリッド型規制が用いられたのは、マッキャン事件の貴族院判決においても指摘されたように、伝統的な刑事的規制によっては、広汎かつ深刻な社会問題としての社会的迷惑行為に効果的に対処することができず、伝聞証拠の排除など、それにともなう実体的・手続的な権利保障が有効な対処の障害になると認識されたからであった。政府は、ハイブリッド型規制を通じて、民事的規制と刑事的規制双方の利点を組み合わせて、それぞれを最大限に活用しようとした⁴⁸⁾。このように、ハイブリッド型規制としての本質的特徴は、民事差止命令である ASBO とその違反行為の処罰とが連続的・一体的に結合している点にこそあるのである。

この点は、潜脱禁止法理のもと、「刑事上の罪」の決定手続にあたらぬのか判断するうえでも、重要な意味を有するはずである。実際、マッ

キャン事件の控訴院民事部判決は、「ASBO 決定手続については、そのみを別個切り離して検討すべきではなく、1998年犯罪秩序違反法1条10項に基づき ASBO 違反行為に対して科されうる制裁と結びつけつつ検討しなければならない。この制裁は疑うべくもなく刑罰であって、最高5年の拘禁刑も科されうる」だけでなく、「法規の構造上、当初の手続により認定された社会的迷惑行為が、同条項に基づく有罪認定の対象となる犯罪行為の構成要素、しかも最も重要な構成要素とされることになる」という上訴人側の主張に対して、参照すべき先例がないとして、正面からの判断を回避したものの、「この主張は、上訴理由を裏づける主張のなかで最も説得力のあるものである」と認めていた⁴⁹⁾。しかし、貴族院判決は、ASBO 違反行為の処罰に関する刑事手続について、それが ASBO 決定手続と連続的・一体的に結びついている手続全体の一部であるという見方をしていない。むしろ、貴族院判決は、これら両者を別個の独立した手続として捉えたうえで、ASBO 決定手続自体の結果としていかなる刑罰も科されるわけではなく、ASBO は懲罰的制裁というより予防的手段であるとの判断を行っているのである⁵⁰⁾。

この点をめぐって厳しい批判を展開したのが、アシュワースである⁵¹⁾。アシュワースによれば、たしかに、マッキャン事件の貴族院判決がいうように、ASBO 決定手続において、刑法違反の行為の認定が要求されているわけではなく、ASBO の決定が犯罪記録に残されることもない。しかし、これらのことは、国内法により ASBO が民事差止命令とされ、その決定手続が民事手続と分類されている以上、当然のことである。本来、潜脱禁止法理のもとで重要なのは、国内法の手続分類のいかんによらず、被申立人に対して刑事手続においてと同様の権利保障を与えるべきか、ということのはずである。

アシュワースは、このような観点から、ASBO 決定手続を民事手続とすることによって、本来要求されるべき権利保障を潜脱していないかについて検討している。それによれば、第1に、貴族院判決が「問題の重大

性」を理由にして刑事手続と同様の証明基準、つまり合理的疑いを超える証明を要求したことは、判決のなかに、矛盾する二つの認識が反映していることを示している。すなわち、ASBO 決定手続は、刑事手続上要求される権利保障という「障害」を迂回しつつ、社会的迷惑行為に対して最大限の統制を及ぼそうと意図したものである一方、それと同時に、ASBO 違反行為は直ちに犯罪とされ、最高5年の拘禁刑という厳重な刑罰が科される規制構造となっているのである。証明基準に関する判断からすれば、貴族院判決は、ASBO 決定手続と違反行為の処罰のための刑事手続とを合わせた手続全体について、民事手続と刑事手続の中間に位置づけているといつてよい。

第2に、貴族院判決において問題されたのは、法廷侮辱の手続によって担保された通常の民事差止命令を決定するための民事手続ではなく、ASBO 違反行為に対する最高5年の拘禁刑という厳格な刑罰によって担保された「予防」的命令の決定手続なのである。このことこそ、民事手続と刑事手続との区別を都合よく利用しつつ、両者を連続的・一体的に結合させていることを示している。ASBO は民事手続によって決定されるが、その違反行為があれば、それは直ちに犯罪とされ、処罰のためには刑事手続としての権利保障が与えられる。しかし、ASBO の場合、犯罪としての違反行為は、「正当な理由」がない限り処罰されるものであり、行為者は実質的に厳格責任を問われることになる。このとき、検察官は、ASBO 違反の行為の存在を立証すれば足りるのであり、主観的な有責性の立証を要求されない。被告人が「正当な理由」を示す証拠を提出した場合にのみ、検察官は、「正当な理由」が存在しないことを立証すればよいのである。ASBO 決定の根拠や ASBO の内容に関する実質的な主張・立証はすべて、民事手続において行われることになる。さらに、民事裁判所には、ASBO の内容として、「被申立人によるさらなる社会的迷惑行為から保護する目的のために必要とされる」行動制限を定めることが認められているから(1998年犯罪秩序違反法1条6項)、ASBO において、特定の家屋・敷地、

店舗への立入禁止、特定の場所からの要求による即時退去、他者を畏怖させる行為の禁止など、立証された社会的迷惑行為を超える行動制限を広く課することが可能となっている。これら ASBO に含まれる行動制限のいずれか一つにでも違反したならば、最高5年の拘禁刑によって処罰されるのである。これらのことからすれば、ASBO とその違反行為の処罰とを連続的・一体的に結合させたハイブリッド型規制は、手続全体として「刑事上の罪」の決定手続にあたるというべきであり、ASBO 決定手続は、「刑事上の罪」の決定手続に要求されるべき権利保障を潜脱しているというべきである。アシュワースは、このように論じている。

以上のように、イギリスの ASBO 決定手続については、貴族院判決により民事手続とされた後にも、それが ASBO 違反行為の厳格な処罰と連続的・一体的に結合したハイブリッド型規制の一部であることに注目し、潜脱禁止法理のもと、欧州人権条約の権利保障との関係においては「刑事上の罪」の決定手続にあたるとしたうえで、そのための権利保障を推及すべきとする見解はなお有力である。ウェルチ対英国事件⁵²⁾において、欧州人権裁判所が、ハイブリッド型規制ではないものの、イギリスの没収命令について、命令違反に対して自由の剥奪をとまなう制裁の可能性があることを理由のひとつとして、その決定手続が「刑事上の罪」の決定手続にあたると判示していたことから、近い将来、人権裁判所は、ASBO 決定手続についても、同様の判決をすることになるであろうとの見通しも示されている⁵³⁾。実際、欧州評議会人権弁務官は、2005年、英国訪問調査の報告書⁵⁴⁾において、ASBO の発付が容易になされている現状があること、ASBO 決定手続において伝聞証拠が広く使用されていること、ASBO において広汎な行動制限が定められていること、それゆえ不可避的なこととして ASBO 違反の行為が頻発するにもかかわらず、それに対してとても厳格な処罰がなされること、ASBO 発付にともない実名・顔写真が公表されていること、少年に対する ASBO の発付件数が多いことなどについて、深刻な懸念を表明している。スペインの法律家である人権弁務官は、

「私にとっては、刑事手続の証明基準を要求する一方で、それと民事手続の証拠法則とを組み合わせるとするのは、了解困難なことである。なぜなら、伝聞証拠や警察官の証言、あるいは『専門家証人』の供述のみから、ASBO 発付の申立の根拠とされた違反行為の存在を、合理的疑いを超える程度にまで立証することは不可能なように思われるからである」。「ASBO は、民事司法システムと刑事司法システムとの境界線を曖昧なものにした。それゆえにこそ、公正な裁判を受ける権利と人身の自由とが尊重されることを確保するために、高度の注意を払わなければならないのである⁵⁵⁾」と述べている。

4 ハイブリッド型規制と権利保障のあり方

(1) 自由権規約のもとでの潜脱禁止法理

欧州人権裁判所の判例が確立した潜脱禁止法理、そのもとでの ASBO 決定手続における権利保障をめぐるイギリス法の展開は、日本法における社会的迷惑行為のハイブリッド型規制のあり方に対して、どのような示唆ないし視点を提供してくれるであろうか。

本稿冒頭にも述べたように、日本においては、暴力団対策法、ストーカー規制法のように、予防的な行政命令と命令違反行為の処罰とを組み合わせた規制方式が主流となっている。ASBO の場合と同様、民事差止命令と命令違反行為の処罰とを結合させた規制方式は、DV 防止法において採用されている。これらを問題にするさい、これまでは、行政命令ないし民事差止命令の決定手続と命令違反行為の処罰のための刑事手続とを切り離し、別個独立の手続として捉えてきたといってよい。両者を含む手続全体をハイブリッド型規制として捉えようとはしてこなかったのである。しかし、このような規制方式においては、両者の連続的・一体的な結合にこそ本質的特徴があるというべきであるから、手続全体をハイブリッド型規制として捕捉することが、適正手続の観点から権利保障のあり方を考える

うえで不可欠であるといえよう。両者を別個独立の手続として理解し続ける限り、前段部分については、行政手続としての、あるいは民事手続としての水準を満たす権利保障がなされていれば十分であるとの旧来の見方を超えることはできないであろう。

ハイブリッド型規制として捕捉したときにこそ、潜脱禁止法理を日本法のなかに具体化する可能性も生じる。もちろん、潜脱禁止法理は、欧州人権条約6条の適用の仕方を判断するにあたって、人権裁判所の判例が産みだし、確立した法理である。日本は、欧州人権条約の締約国ではない。しかし、自由権規約14条は、欧州人権条約6条とほぼ同じ文言によって、「刑事上の罪（criminal charge）」の決定手続における、あるいは「刑事上の罪に問われた」者に対する権利保障を規定している。また、自由権規約15条は、欧州人権条約7条と同様、遡及処罰を禁止し、規約9条3項は、「刑事上の罪に問われて逮捕され又は抑留された者」の権利を保障している。この自由権規約は、日本において国内法的効力を有している。自由権規約14条のもとでも、国内法による手続分類のいかんによらず、その権利保障との関係において「刑事上の罪」の決定手続にあたるかどうかは、実質的に判断されるべきである。すなわち、潜脱禁止法理が妥当すべきなのである。この点について、自由権規約の注釈書のなか、マンフレッド・ノヴァックは、『『刑事上の罪』という文言は、欧州人権条約6条の同じ文言に対応するものであるが、自由権条約の見地から独自の意味を有するものとして解釈されるべきである。そうでなければ、締約国は、実質的にみれば犯罪に関する、刑罰の賦課を含む決定を行政機関の権限に委ねることによって、規約14条の適用を潜脱することが可能となってしまうからである⁵⁶⁾』と述べ、潜脱禁止法理が妥当することを説いている。

もっとも、1983年発表の文献によれば、規約人権委員会においては、未だ、潜脱禁止法理が完全に受け入れられている状況にはないとされるが⁵⁷⁾、ノヴァックが指摘するように、この法理を具体化させるにあたっては、欧州人権裁判所の判例により用いられてきた判断基準を、自由権規約のもと

でも適用すべきであろう。すなわち、国内法による手続分類とともに、違反行為の性質、課されうる制裁の厳格さを実質的に検討すべきことになるが、欧州人権裁判所の判例からすれば、予防目的と併存して懲罰または一般抑止の目的が認められる場合、市民一般が適用対象とされる場合、公的機関の申立により手続が始動する場合、制裁にともなう行動制限や自由の制約が広汎・重大である場合には、「刑事上の罪」の決定手続にあたるとする方向に、判断が促されるであろう⁵⁸⁾。このとき、ハイブリッド型規制については、前段の行政命令ないし民事差止命令の決定手続を別個独立に検討するのではなく、命令違反行為の処罰のための手続と連続的・一体的に結合していること、どのような行為が命令違反になるか、すなわちどのような行動制限をとまう命令が発付されるかが前段の手続において決定されること、命令違反行為に対して科されうる刑罰がどの程度厳格なものかなどを十分考慮しなければならない。

(2) 行政命令の決定手続と権利保障のあり方

自由権規約14条のもと、日本法においても、潜脱禁止法理が妥当すべきとするとき、ハイブリッド型規制における権利保障は、どのようにあるべきなのか。日本のハイブリッド型規制の典型例として、暴力団対策法による暴力的要求行為の規制をとりあげ、検討することにした。

イギリスの ASBO 決定手続については、上述のように、欧州人権条約 6 条との関係においては「刑事上の罪」の決定手続にあたるとの見解が有力であった。しかし、このような理解に立つかどうかにかかわらず、ASBO 決定手続は、まぎれもなく裁判所による司法手続である。それゆえ、マッキン事件の貴族院判決によって民事手続として性格づけられたとしても、「民事上の権利および義務」の決定に関する司法手続として、欧州人権条約 6 条 1 項による「公正な公開審理」の保障を受けることになる。他方、暴力団対策法に基づく暴力的要求行為の規制においては、まず公安委員会による中止命令・再発防止命令による規制がなされ、これらの

行政命令に違反する行為がある場合、命令違反行為の処罰がなされることになる。司法手続ではなく、行政手続が前置されている点に特徴があるが、そうであるがゆえに、よりいっそう広汎で、迅速かつ柔軟な規制が可能となっているであろう。

潜脱禁止法理に関する欧州人権裁判所判例の判断方法と判断基準によったとしても、暴力団対策法に基づく暴力的要求行為の規制手続全体が「刑事上の罪」の決定手続にあたるべきであって、その前段部分としての中止命令・再発防止命令の決定手続においては、自由権規約14条2項ないし6項などに規定されている「刑事上の罪」の決定手続のための権利保障がなされるべきである、との結論を導くことは難しいかもしれない。ASBO 決定手続の場合と同じとはいえないのである。それは、司法手続ではなく、行政手続であるからというのではない。第1に、ASBO が市民一般を対象としているのに対し、暴力団対策法による中止命令・再発防止命令の対象は、「指定暴力団員」に限られる（同法11条）。第2に、ASBO 違反行為の処罰の場合、5年以下の拘禁刑または罰金が科されうるのに対して（1998年犯罪秩序違反法1条10項）、暴力団対策法の定める法定刑は、1年以下の懲役もしくは100万円以下の罰金またはこれらの併科である（46条）。刑罰の厳格さにかなりの違いがある。第3に、ASBO 違反行為の処罰においては、行為者に厳格責任が問われることになる。また、ASBO 自体に対して不服申立の権利が与えられている反面、ASBO 違反行為の処罰に関する刑事手続においては、ASBO 自体の適法性を争うことは許されていない。他方、暴力団対策法による処罰においては、犯罪一般の場合と同様、行為者の主観面での有責性も要求される。また、処罰対象となる行為の内容を実質的に決めることになる行政命令について、その適法性を刑事手続の段階であらためて争うことも可能であろう。

もっとも、刑罰の厳格さに差があることはたしかであるが、暴力団対策法においても拘禁刑の可能性があり、また、前段の行政手続によって決定された行政命令に違反する行為が直ちに処罰されることに違いはない。さ

らに、暴力団対策法による行政命令については、刑事手続においてその適法性を争いうるとしても、行政命令の前提となる禁止行為の認定と、それに基づく行政命令の決定自体は、あくまでも行政手続によってなされる。刑事手続において争いうる行政命令の適法性も、これを基準とする。これらのことからすれば、暴力団対策法においても、行政的規制と命令違反行為の処罰による刑事的規制とが連続的・一体的に結びついていることに変わりはないのである。

加えて、暴力団対策法や同法施行規則の規定によれば、中止命令・再発防止命令の決定手続は、公安委員会の職権により始動するとの手続形式がとられているものの、実質的には、暴力的要求行為の取締にあたる警察の申立によって始動するといえるであろう。また、これらの行政命令が予防目的を有するものであり、それ自体懲罰的性格を含むとはいえないにせよ、広汎な行動制限がともなうことは否定できない。しかも、中止命令の場合でも、その内容は、暴力的要求行為の中止にとどまらず、中止を「確保するために必要な事項」にまで及ぶ（同法11条1項後段）。再発防止命令の場合、行動制限は、予防上必要な事項に広く及ぶことになる（同条2項）。このようにして定められた行政命令のいずれかの事項にでも違反すれば、直ちに処罰されることになるのである。このことからすれば、処罰対象となる命令違反行為の具体的内容が、行政命令の決定手続によって定められている、ということができらるであろう。暴力団対策法制定当時になされた罪刑法定主義の潜脱という批判は、このような趣旨によるのである⁵⁹⁾。

以上のように、暴力団対策法による暴力的要求行為の規制において、前段の行政命令の決定手続と命令違反行為の処罰のための刑事手続とは、まさにハイブリッド型規制として連続的・一体的に結合しているのであって、そのような本質的特徴からすれば、たとえ、行政命令の決定手続を含む手続全体について、「刑事上の罪」の決定手続のための権利保障が要求されるべきとまではいえないとしても、中止命令・再発防止命令の決定手続において、行政手続一般における水準を超える、より強力な権利保障が要求

されるというべきであろう。現在、暴力団対策法においては、再発防止命令の発付にあたって、公開の意見聴取が要求され（34条1項）、関係指定暴力団員が、「当該命令に係る業務と当該命令に係る暴力的要求行為との関係に関し、意見の陳述を求め」られるに過ぎない（暴力団対策法に基づく意見聴取の実施に関する規則28条の2）。この意見聴取も、中止命令の発付にあたっては、違反事実の明白性と、「命令の性質から機動的に命令を行う必要があり事前手続として意見聴取を行っていたのでは命令を行う意味がなくなる」ことを理由として要求されていない⁶⁰⁾。決定の基礎となる証拠になら制限がないこと、不利な証人を「審問」する機会の保障がないこと、指定暴力団の指定のための意見聴取（暴力団対策法5条）の場合と異なり、保佐人による法的援助が規定されていないこと、不服申立の権利が保障されていないこと（行政手続法27条2項、行政不服審査法5条1項参照）など、行政命令の対象となる指定暴力団員に対する防御権の保障は貧弱である。適正手続の保障としては、ハイブリッド型規制の前段部分をなす行政命令の決定手続について本来要求されるべき水準に遙かに及ばない、といわざるをえない。自由権規約14条のもと、日本法においても潜脱禁止法理が妥当することを認める以上、その趣旨からして、このことは許されない。

適正手続の保障の弱さは、ストーカー規制法に基づく公安委員会の禁止命令の決定手続（5条）についても、同じく認められる。公安委員会の行政命令を前置する暴力団対策法、ストーカー規制法など異なり、DV防止法は、DV行為のハイブリッド型規制として、まず、被害者の申立に基づく司法手続によって裁判所が保護命令を発付することとしており（10条）、保護命令に違反する行為の処罰をそれに結びつけている（29条）。保護命令は、接見禁止命令と退去命令とを含む、一種の民事差止命令である。保護命令の発付は、原則として、「口頭弁論又は相手方が立ち会うことができる審尋の期日を経なければ」ならず（同法14条1項）、決定理由を付すこと（15条1項）、即時抗告の権利の保障（16条）などが定められてい

る（配偶者暴力に関する保護命令手続規則参照）。対審構造の公開手続のもと、弁護士の法的援助を受ける機会も保障される。司法手続によることから、行政手続による場合に比べ、相当に手厚い権利保障がなされているといえよう。行政命令ではなく、民事差止命令を前置することによって、直ちに自由権規約14条1項のいう「民事上の権利及び義務の争いについて」の決定」手続として、「公正な公開審理を受ける権利」が保障されることになる。もちろん、憲法32条による公正な裁判を受ける権利も保障される。

ハイブリッド型規制において本来要求されるべき適正手続の水準を満たすためには、行政命令を前置するのではなく、少なくとも、司法手続により裁判所が決定する民事差止命令を前置し、「公正な公開審理」（自由権規約14条1項）のための権利保障を及ぼすべきであろう⁶¹⁾。このとき、処罰対象となる犯罪行為の重要部分が、民事差止命令の内容として、前段の民事手続によって決定されることからすれば、その命令の前提となる禁止行為の立証については、証拠の優越の基準ではなく、合理的疑いを超える証明の基準によるべきであろう。イギリスの ASBO 決定手続について、マッキン事件の貴族院判決もこのことを要求していた。社会的迷惑行為への迅速な対処のためには、行政命令によるべきとの考えもあるであろう。しかし、従来のような形で行政手続を前置することは、適正手続の保障という観点から許されないというべきである。迅速な対処のために必要であるならば、適正手続を強化したうえで、行政手続による仮の命令のみを認め、その後速やかに、裁判所による民事差止命令の決定手続へと移行させるべきであろう。

5 終 章——ハイブリッド型規制と刑法の謙抑主義

以上、本稿は、社会的迷惑行為のハイブリッド型規制の特徴を明らかにし、欧州人権条約の判例により確立された潜脱禁止法理、ASBO 決定手続における権利保障をめぐるイギリス法の展開を検討した。そのうえで、

自由権規約14条のもと、日本においても潜脱禁止法理が妥当すべきであるとし、ハイブリッド型規制の前段手続においては、それに相応しい水準の適正手続が保障されなければならない、そのためには、暴力団対策法、ストーカー規制法のような行政命令の前置ではなく、少なくとも、DV防止法の例に倣い、司法手続による民事差止命令が、命令違反行為の処罰に前置されるべきことを論じた。潜脱禁止法理の趣旨からすれば、自由権規約14条1項の要求する「公正な公開審理」の保障を推及すべきなのである。

ところで、ハイブリッド型規制については、禁止行為すべてを直ちに処罰対象としないことから、刑法の謙抑主義に適うものとされていた。広島市暴走族追放条例事件の最高裁判決も、禁止行為が明確であるとの判断を前提として、「事後のかつ段階的規制によっている」ことを、合憲性の根拠となる「弊害防止手段としての合理性」を示すものとして指摘していた。本当に、ハイブリット型規制は、刑法の謙抑主義に適合するのであろうか。

刑法の謙抑主義について、内藤謙は、強制的な人権剥奪という刑罰の性格からして、「刑法は、たとえ生活利益を保護するためであっても、ただちに発動すべきものではない。……他の社会統制手段でまにあうときは、その手段に委ねるべきなのである。刑法が発動するのは、倫理的制裁や民事的損害賠償、行政手続による制裁などのような、刑法以外の社会統制手段では十分でないときに限られなければならない。刑法は生活利益保護のための『最後の手段』なのである」と論じている⁶²⁾。また、平川宗信は、「刑罰は、最後の手段（ultima ratio）であり、それを用いることが必要不可欠な場合以外は使用されてはならない。……社会的制裁や民事的・行政的制裁で足りる場合は刑罰を用いるべきではなく、どうしても刑罰によるしかない場合に限って刑罰を用いることが許される」としたうえで、刑事的規制のためには、補充性、当罰性、適応性が認められなければならないとしている。平川宗信によれば、このような刑法の謙抑主義が、憲法31条から要請されているのである⁶³⁾。たしかに、ハイブリッド型規制においては、まず行政的規制ないし民事的規制がなされたうえで、命令違反行為が

あったときに限り、その処罰がなされるという規制構造がとられている。刑事的規制は、行政的・民事的規制の実効性を担保するものとして位置づけられている。ハイブリッド型規制が刑法の謙抑主義に適うという理解は、このことから生じている。暴力団対策法の運用状況に示されているように、実際にも、行政命令が発付された後、命令違反行為が処罰されることは少ない。

しかし、このような理解は、ハイブリッド型規制において、前段におかれた行政的・民事的規制と命令違反行為の処罰による刑事的規制とが連続的・一体的に結合していることを看過している。二つの規制が連続的・一体的に結びついて、全体としてハイブリット型規制を構成しているという視点に欠けるのである。ハイブリッド型規制は、まさにこのような規制方式をとることによって、実質的には、むしろ刑事規制の対象を拡大させている。それは、次の二点においてである。第1に、行政命令が前置されているハイブリッド型規制の場合、行政命令に違反する行為がすべて直ちに処罰とされることから、結局、暴力団対策法における暴力的要求行為（9条）、ストーカー規制法における「つきまとい等」により相手方に身体的安全、住居等の平穏、名誉が害され、あるいは行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような行為（3条）など、行政命令が前提とする禁止行為、すなわち、未だ犯罪とされず、刑罰の対象とされていない、その意味において立法者により処罰に値するとは評価されていない行為が広く、行政命令を媒介としつつ、刑罰の威嚇による制約を受けることになる。このことは、間接的なものながら、刑事規制の拡大というべきであろう。第2に、行政命令のみならず、民事差止命令においても、その内容として、犯罪として処罰されていないことはもちろん、各法令において禁止対象となっているわけでもない行為が制限されることになる。すなわち、暴力団対策法においては、暴力的要求行為の中止を「確保するために必要な事項」（中止命令、11条1項後段）やその「防止するために必要な事項」（再発防止命令、11条2項）、ストーカー規制法においては、「つきまとい等」

により相手方に身体的安全、住居等の平穩、名誉が害され、あるいは行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような行為（3条）の反復（5条1項1号）やそのような行為を「防止するために必要な事項」（同2号）、DV防止法においては、「つきまとい」や「はいかい」（10条1項1号）、住居からの「退去」や「はいかい」（同2号）にまで、行動制限は及ぶこととなる。そして、行政命令・民事差止命令の内容とされた行動制限に違反する行為は、直ちに犯罪とされ、処罰されることになる。この場合、もともとは犯罪とされておらず、処罰対象とされていなかった行為が、行政命令・民事差止命令による行動制限の対象とされることによって、まさしく直接、処罰対象とされることになる。

このように、実質的にみたととき、ハイブリッド型規制は犯罪に至らない行為にまで刑事的規制の対象を拡大させることになり、その点において、むしろ刑法の謙抑主義に反するのである⁶⁴⁾。広島市暴走族追放条例事件の最高裁判決において、田原睦夫裁判官の反対意見が、「市が管理する公共の場所を利用する公衆の漠とした『不安』、『恐怖』を保護するために、『人間の根源的な服装や行動の自由、思想、表現の自由』を『刑罰の威嚇の下に直接規制するもの（傍点は引用者）』であるから、『保護法益ないし侵害行為と規制内容の間の乖離が著しい』と指摘したことは、このような趣旨において理解することができる。暴力団対策法について、かつて福田雅章が、「本来刑法の処罰対象にもなりえない些細な行為に対して行政的に介入し、その規制権違反に刑罰を科するという間接的な方法を用いることによって、実質的に刑罰権の発動が拡大されることになるから」、「刑法の謙抑主義に反する⁶⁵⁾」と指摘したのも、同様の趣旨による。刑法の謙抑主義との矛盾は、曾根威彦が指摘するように、広島市暴走族追放条例にも妥当するのである⁶⁶⁾。

ハイブリッド型規制において、命令違反行為の処罰が行政命令・民事差止命令の実効性を担保する目的によることはたしかである。しかし、実質的にみたととき、犯罪とされていない行為にまで刑事的規制が拡大している

ことからすれば、この目的によって刑法の謙抑主義との適合性が根拠づけられるわけではない。謙抑主義からすれば、補充性・当罰性・適応性が無い限り、刑事的規制は許されないはずである。それが、憲法31条の要請なのである。たとえ、社会的迷惑行為ないし反社会的行為が、他者の人権の保障との関係において一定の制約を受けることが認められるにしても、犯罪にあたらぬ行為を行政命令・民事差止命令により広く制限したうえで、その命令に違反する行為をくまなく処罰するというハイブリッド型規制は、刑法の謙抑主義の観点から、見直されるべきであろう。

- 1) DV 防止法については、千葉景子ほか監修『詳解・DV 防止法 (2008年版)』(ぎょうせい, 2008年), 山田秀雄編著『Q&A ドメスティック・バイオレンス法, 児童虐待防止法解説 (第二版)』(三省堂, 2004年) など参照。
- 2) Gardner, Clause 1: The Hybrid Law from Hell?, (1998) 31 Criminal Justice Matters 25. ジョン・ガードナー, アンドリュー・フォン・ハーシュ, A. T. H. スミス, ロッド・モーガン, アンドリュー・アシュワース, マーティン・ワージックというイギリスを代表する刑事法学者の連名によるこの論文は, いち早く, 1998年犯罪秩序違反法 1 条に基づく社会的迷惑行為防止命令 (ASBO) のハイブリッド型規制としての特徴を明らかにしたうえで, 刑事手続のための権利保障の潜脱というそれにとまなう危険性を指摘した。
- 3) 最判平成19年9月18日・刑集61巻6号601頁。
- 4) ストーカー規制法については, ストーカー規制法研究会・園田寿『わかりやすいストーカー規制法』(有斐閣, 2002年), 檜垣重臣『ストーカー規制法解説 (改訂版)』(立花書房, 2006年) など参照。生田勝義『行為原理と刑事違法論』(信山社, 2002年) 24~25頁は, ストーカー規制法を刑法による感情保護の拡大の現れとしてあげている。
- 5) 吉田英法「刑事警察と暴力団対策法の法制上の位置付け」警察学論集45巻1号 (1992年) 50~51頁。同「暴力団員不当行為防止法の概要と要点」ジュリスト985号 (1991年) 31, 34頁も同旨。
- 6) 國松孝次「暴力団対策法の成立と今後の暴力団取締りについて」警察学論集45巻1号 (1992年) 2~4頁。
- 7) 内田淳一「暴力団対策の構造と暴力団対策法」河上和雄=國松孝次=香城敏磨=田宮裕編『講座日本の警察 (第2巻)・刑事警察』(立花書房, 1993年) 433~435頁。
- 8) 日本弁護士連合会民事介入暴力対策委員会編『注解暴力団対策法』(民事法研究会, 1996年) 80頁。
- 9) 神戸地判平成5年3月5日・判タ826号219頁。福岡地判平成7年3月28日・判例地方自治146号88頁も同旨である。
- 10) 那覇地判平成7年5月17日・判タ883号124頁。
- 11) 最判平成19年9月18日・刑集61巻6号601頁。この判決については, 数多くの評釈・論

致があるが、とくに、曾根威彦「判批」判例評論604号（2009年）34頁、渡辺康行「集会の自由の制約と合憲の限定解釈——広島市暴走族追放条例事件最高裁判決を機縁として」法政研究75巻2号（2008年）424頁参照。

- 12) Engel v Netherland, (1979-80) 1 EHRR 647.
- 13) (1979-80) 1 EHRR 647, at para. 81.
- 14) Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings 14-16 (2005).
- 15) Ben Emmerson, Andrew Ashworth and Alison Macdonald, Human Rights and Criminal Justice 193 (2nd ed., 2007).
- 16) AP, MP and TP v Switzerland, (1998) 26 EHRR 541.
- 17) (1998) 26 EHRR 541, at para. 39.
- 18) Pieter van Dijk et al (eds.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights 544 (4th ed., 2006).
- 19) (1979-80) 1 EHRR 647, at para. 82.
- 20) Emmerson et al., *supra* note 15, at 193-194.
- 21) (1979-80) 1 EHRR 647, at para. 82.
- 22) Emmerson et al., *supra* note 15, at 194-195.
- 23) *Id.* at 195.
- 24) *Id.* at 195-196. Karen Reid, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights 73-77 (2008) 参照。
- 25) Pearson, Hybrid Law and Human Rights: Banning and Behaviour Order in the Appeal Court, (2006) 27 Liverpool Law Review 125, 128.
- 26) 1998年犯罪秩序違反法について、「特集・イギリスの刑事司法」外国の立法205号（2000年）参照。法文の翻訳とともに、背景や概要の解説として、横山潔「1998年犯罪及び秩序違反法解説」が掲載されている。また、最近の日本の研究として、渡邊泰洋「イギリスにおける‘ASBO’政策の展開——若者の反社会的行動への対応」犯罪と非行159号（2009年）が、ASBOの背景、正当化根拠、具体的事例、批判について明快にまとめている。本稿作成にあたっても参照した。
- 27) 英国政府は、2004年から2008年、社会的迷惑行為の防止と取締強化に向けて、Together と Respect という二つの大キャンペーンを展開した。内務省ホームページ <http://www.asb.homeoffice.gov.uk/default.aspx> 参照。
- 28) Maya Sikand, ASBOs: A Practitioner's Guide to Defending Anti-Social Behaviour Orders 10-14 (2006); Andrew Millie, Anti-Social Behaviour 102-106 (2009). 控訴院刑事部は、2005年、ポーネス事件の判決において、ASBOは、対象者に対してそれぞれ特定の行為を禁止するにあたり、「その者による将来の社会的迷惑行為の反復を防止するために必要とされるもの」として、個別事件の具体的状況に応じて決定されなければならないと判示する一方（R v Boness and Ors, [2005] EWCA Crim 2395）、同年、マックグラス事件の判決において、ASBOにおいて制限される行為がそれ自体として嫌がらせ、威嚇・威迫、迷惑をもたらすものである必要はないとしている（R v McGrath, [2005] EWCA Crim 353）。実際、ASBOに含まれる行動制限は広汎にわたり、非常に些細な事柄にまで及ん

であり、不適切な行動制限がなされることも少なくないと批判されている (Millie, *id.* at 109-111)

- 29) Ashworth, Social Control and "Anti-Social Behaviour": The Subversion of Human Rights?, (2004) 120 Law Quarterly Review 263, 280-283. アシュワースは、遡及処罰を禁止する欧州人権条約 7 条の適用においても、潜脱禁止法理のもと、実質的検討によって、人権条約の見地から「刑罰」にあたるかどうか判断しなければならないとする。
- 30) Pearson, *supra* note 25, at 140-141.
- 31) Emmerson et al., *supra* note 15, at 223-224.
- 32) R (on the application of McCann and others) v Crown Court at Manchester, [2001] EWCA Civ 281.
- 33) [2001] EWCA Civ 281, at para. 40.
- 34) R (on the application of McCann and others) v Crown Court at Manchester; Clingham v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council, [2002] UKHL 39.
- 35) [2002] UKHL 39, at para. 16.
- 36) [2002] UKHL 39, at para. 22.
- 37) [2002] UKHL 39, at para. 31.
- 38) [2002] UKHL 39, at para. 29.
- 39) [2002] UKHL 39, at para. 35.
- 40) [2002] UKHL 39, at para. 37.
- 41) Bakalis, Anti-Social Behaviour Orders: Criminal Penalties or Civil Injunctions?, (2003) Cambridge Law Review 583, 583-584.
- 42) *Id.* at 584.
- 43) [2002] UKHL 39, at para. 42.
- 44) Pearson, *supra* note 25, at 139-141.
- 45) Bakalis, *supra* note 41, at 584.
- 46) [2002] UKHL 39, at para. 113.
- 47) Bakalis, *supra* note 41, at 585.
- 48) Ashworth, *supra* note 29, at 289.
- 49) [2001] EWCA Civ 281, at para. 45-46.
- 50) Sikand, *supra* note 28, at 38.
- 51) Ashworth, *supra* note 29, at 275-278, 287-288.
- 52) Welch v UK, [1995] 20 EHRR 247.
- 53) Sikand, *supra* note 28, at 40.
- 54) Report by Mr. Alvaro Gil-Robles, Commissioner for Human Rights, on His Visit to the United Kingdom, 4th-12th November 2004, Office of the Commissioner for Human Rights, 8 June, CommDH (2005) 6.
- 55) *Id.* at para. 115-116.
- 56) Manfred Nowak, U. N. Convention on Civil and Political Rights Commentary 243 (1993).
- 57) Pieter van Dijk, The Right of the Accused to a Fair Trial under International Law 21

(1983).

- 58) Nowak, *supra* note 56, at 244.
- 59) 福田雅章『『暴力団対策法』の問題点と危険性』法律時報64巻2号（1992年）4頁。
- 60) 暴力団対策法制研究会『逐条・暴力団による不当な行為の防止等に関する法律』（立花書房，1995年）222頁。
- 61) 実際，ストーカー規制法案の国会審議においては，大森礼子議員から，公安委員会による禁止命令の決定手続について，「権限乱用」や「市民の自由」が脅かされる危険性が示唆され，本来ならば，裁判所による民事差止命令の一種としての「保護命令」と，その実効性を担保するための命令違反行為の処罰とが結びつけられるべきであって，行政手続による禁止命令によるのは「過渡的形態」であるとの認識が示されていた（第147回国会参議院地方行政・警察委員会議録第10号〔平成12年5月16日〕）。
- 62) 内藤謙『刑法講義総論（上）』（有斐閣，1993年）55～56頁。
- 63) 平川宗信『刑事法の基礎』（有斐閣，2008年）160～168頁。
- 64) イギリスにおける社会的迷惑行為のハイブリッド型規制についても，アシュワースらは，「明白なこととして，政府は，刑事法による適正手続の保護を迂回するための装置として，民事裁判所を通じて，実質的には新たな犯罪を作り出すというこのような規制方式を開発したのである」と早くから批判していた（Ashworth, Gardner, Morgan, Smith, von Hirsh and Wasik, *Neighbouring on the Oppressive: the Government's 'Anti-Social Behaviour Order' Proposals*, (1998) 16 (1) *Criminal Justice* 7, 10）。かつて厄介事ではあったものの，刑事的規制のもとにおかれることはなかった行為が広く，ASBO とその違反行為の処罰を通じて，十分な適正手続のないまま，実質的に「犯罪化」されるに至ったとの批判は，現在もなお強い（Millie, *supra* note 28, at 113）。
- 65) 福田・注59論文4頁。
- 66) 曾根・注11評釈183頁。この指摘について，葛野尋之「コメント」刑法雑誌48巻2号（2008年）を参照している。

＊ 本稿は，日本刑法学会第86回大会の共同研究「自由と安全と刑法」（コーディネイター・生田勝義立命館大学教授）（2008年5月17日・神戸大学）における私のコメント「社会的迷惑行為に対するハイブリッド型規制と適正手続」をベースにしている。このコメントは，すでに，刑法雑誌48巻2号（2008年）において発表している。