

アンドリュー・アシュワース

「予防的刑法の勃興」

川 本 哲 郎 (訳)

近年のイギリス法では、脆弱な証人と精神障害者とを保護する手段が徐々に発展してきています。1999年には、少年司法と刑事証拠法が、28条において、児童証人の反対尋問の事前録音を規定しています。この条文は、その時には施行されなかったのですが、パイロットスタディ（予備的研究）が行われています。この研究は、反対尋問の戦略が裁判官と論じられる場合における基本原則聴聞（Ground Rules Hearing）を導くことと成功し、約3分の1の事件において、媒介手段の利用が議論されました。大抵の事件において、ライブリンク（すなわち、法廷に証人を呼ぶのではなく、ビデオリンク方式で行うなど）が使用されています¹⁾。より広汎には、1999年少年司法と刑事証拠法16-30条が、スクリーン、法服を着用しない裁判官、ビデオリンクのような、脆弱ないし怖気づいている証人を保護するための「特別手段」の採用を規定しています。これまでに著しい進展が見られたのですが、将来の改正を求めるプレッシャーは存在しています²⁾。それは、主に、実務において法の一貫した適用が見られないからです。これについての有力な根拠は、児童の証人の法的保護の（非）一貫的適用についてのプロトニコフとウルフソンの報告書から得られます³⁾。有罪を認定されて量刑判断を待っている、精神障害を有する被告人に関して、さらに積極的な情報に基づいて、最近、量刑評議会が、新しい基準を導入するために、諮問書を公刊しています⁴⁾。

-
- 1) Henderson, M.E. Lamb and A. Rafferty, "The Discussion of Ground Rules Issues in Pre-Trial Preparation for Vulnerable Witnesses in English Crown Courts" [2019] 7 *Criminal Law Review* 599-610.
 - 2) Hoyano, "Reforming the Adversarial Trial for Vulnerable Witnesses and Defendants", [2015] 2 *Criminal Law Review* 107-129.
 - 3) J. Plotnikoff and R. Woolfson, *Falling Short? A snapshot of young witness policy and practice* (NSPCC, February 2019).
 - 4) Sentencing Council, *Sentencing Offenders with Mental Health Conditions or Disorders* (2019), available at www.sentencingcouncil.org.uk

また、近年には、イギリス刑法の構造における著しい変化が生じています。そのひとつは、「予防的刑法」といわれるものの勃興であり、これから、それを3つの事例を通して概観します。最初に、事前・未完成犯罪を簡潔に検討し、次いで、命令の不服従を犯罪とする予防的命令の創設の増加について簡単な検討を行います。そして最後に、新世代の不作為犯について考察します。

1. 予防的理由のための刑法の拡大——事前・未完成犯罪 (Pre-Inchoate Offences)

最近の数十年間に、いわゆる事前・未完成犯罪 (Pre-Inchoate Offences) ないし「事前 (予備) 犯罪 (pre-crime)」の急速な拡大が見られました⁵⁾。前世紀までに、主として犯罪予防という根拠に基づいて、刑法は、未遂、共謀、教唆 (attempt, conspiracy, incitement) という未完成犯罪によって階層的に拡大 (vertical extension) してきました。最近では、刑法は、予防すべき害悪からはるかに遠い前段階の行為を犯罪化する犯罪という形において、さらに階層的な拡大を促進するために、同様の予防的根拠を利用しています⁶⁾。たとえば、2006年テロ防止法は、3種類の事前・未完成犯罪を創設しました。すなわち、①テロを奨励するものと理解される可能性の高い言説を刊行すること、②テロを奨励するかどうかを意図しないで (reckless as whether it encourages terrorism) テロに関連する出版物を配布すること、③テロ行為を実行する意図を実現するための準備行為に従事すること、です。これら3種類の犯罪は、刑法の著しい階層的拡大となっています。たしかに、3番目のものは、あらゆる準備行為について、テロ行為を実行する意図でなされたものであるかぎり、それらを犯罪化するために、「単なる準備以上の」行為を要求する) 未遂犯を大胆に拡大するものです⁷⁾。所持犯罪にはかなり長い歴史がありますが、(さらなる犯罪を実行する意図を要求しない) 所持という危険に基づく犯罪が、現在では反テロ立法などの至るところで重要な役割を演じています⁸⁾。(たとえば、禁止されている組織の) 構成員であるという犯罪も、反テロ立法の特徴です⁹⁾。

5) L. Zedner, 'Pre-Crime and Post-Criminology?' (2007) 11 *Theoretical Criminology*, 261.

6) スペイン刑法における同様の傾向については、A. Alonso Rimo, "Impunidad general de los actos preparatorios? La expansion de los delitos de preparacion", *InDret* (4), 48-55.

7) Sentencing guidelines for these offences may be found in Sentencing Council, *Terrorism Offences: Definitive Guideline* (2018); see also *R v. Boular and Boular* [2019] EWCA Crim 798, for an example.

8) 所持という危険に基づく犯罪に対する批判については、A. Ashworth, *Positive Obligations in Criminal Law* (2013), ch. 6.

9) この段落において触れられている法律の詳細については、C.P. Walker, *Blackstone's Guide to*

2. 予防的理由のための刑法の拡大——予防的命令

イギリス法における予防的命令に目を転じると、最も有名な例はASBO = 反社会的行為禁止命令であり、(市の一区画に侵入することや一定の人たちとの交流・交際のような)禁止される行為を特定し、特定の条件に従わないことを犯罪として、上限5年の拘禁刑を科すものですが、将来の反社会的行為から国民を守る目的のために必要とみなされる場合に、民事法廷において治安判事によって対象者に課されています¹⁰⁾。ASBO自体は、現在では廃止されており、他の命令に置き換えられていますが、依然として、イギリス法における20以上の予防的命令の基本モデルとなっています¹¹⁾。

ひとつの例は、性的危険行為禁止命令 (Sexual Risk Order) です。警察が治安判事裁判所に申し立て、被告人が性的行為を実行し、それに対して、裁判所が、児童・脆弱な者・一般国民を守ることが必要とされると確信した場合に命令が言い渡されます。この命令は、被告人による危害からの必要な保護を規定するために、禁止で構成されています。これは民事命令ですが、禁止命令に従わないときは、上限5年の拘禁刑が科される犯罪となります。これらの犯罪については反対の意見もあります。その主たる理由は、被告人個人に合わせた刑法典となっていて、禁止に従わないときは5年の拘禁刑が科されることがよくあるのですが、その禁止を課す権限が裁判所(ときに民事裁判所)に委ねられているという結果になっていることです¹²⁾。

3. 新世代の不作为犯——報告の懈怠

これまで、事前・未完成犯罪の勃興と予防的命令不遵守という犯罪について述べてきましたが、次に、これからの、予防目的のための刑法の利用という問題に移りまし

the Anti-Terrorism Legislation (Oxford U.P., 3rd ed, 2014).

10) 詳細な議論については、A.P. Simester and A. von Hirsch, 'Regulating Offensive Conduct through Two-Step Prohibitions', in A. von Hirsch and A.P. Simester (eds), *Incidivilities: Regulating Offensive Behaviour* (Hart Publishing, 2006); P. Ramsay, *The Insecurity State* (Oxford U.P., 2012), ch.4; A. Ashworth and L. Zedner, *Preventive Justice* (Oxford U.P., 2014), ch. 4; H. Carvalho, *The Preventive Turn in Criminal Law* (Oxford U.P., 2017).

11) 12の命令については、Ashworth and Zedner, *Preventive Justice* (2014), pp. 75-76.

12) 極めて少数の例外のひとつは、2014年反社会的行動・犯罪・治安維持法第1編 (Part 1 of Anti-Social Behaviour, Crime and Policing Act 2014) に反する、反社会的行動差止め命令であり、これは、法廷侮辱の手続の際に適用される。

よう。つまり、新世代の不作为犯という問題です。このような展開の背景には、「不作为の処罰を例外とみなして、特別の正当化が必要とされる」というイギリス法理論が存在します。たしかに、イギリス刑法の教科書において、シメスターとサリバンは以下のように述べています。つまり、「被告人は、自分の行うことに従って責任を負うのであって、他人の行うことや、防止をしないことについて責任を負うのではない、ということが法の指導原理 (guiding principle) である」¹³⁾。この原理が存在しているかぎり、ここで検討する3種類の不作为犯—①報告 (report)、②予防 (prevent)、③保護 (protect) という3種類の行為の懈怠が取り上げられることにはなりません。

イギリス法には、刑事制裁を伴わない報告義務が数多く存在していますが¹⁴⁾、報告の懈怠が犯罪とされているものも存在します。著名な3つの例は、①マネーロンダリングの疑いを報告することを一定の専門家が怠るという犯罪と¹⁵⁾、②テロに関連する金融犯罪 (financial offence) の疑いを報告することを一定の従業員が怠る犯罪¹⁶⁾、③ (すべての人が) テロ行為に関する情報の報告を怠るという犯罪¹⁷⁾、です。これら全ての犯罪には、上限5年の拘禁刑が科されているので、犯罪者 (offender) は、刑法が防止しようとしている危害を実際に惹起した人物ではないという事実を考慮すると、上限5年の拘禁刑を比較的重いと見る者も存在するのです。

これら3種の報告義務の3番目は、テロ行為に関する情報の報告義務です。2000年テロ防止法38条Bは、ある人物が、「(a) テロ行為が別の人物によって実行されるのを防止すること、ないし (b) イギリスにおいて、テロ行為の実行、準備、教唆を含む犯罪に対して、逮捕、起訴、有罪判決を得ること、(この両者において、) 実質的な援助 (material assistance) の可能性について、認識ないし確信を有している」情報を開示しないことを犯罪としています。38条Bは、このようにして、2つの犯罪、つまり、①これからのテロ行為の防止に関連するものと、②既に生じたテロ行為に関連するもの (これに準備、奨励ないし援助行為が含まれるにもかかわらず) という2つの犯罪を創出しています。これらの犯罪の意思的要素 (fault) は、(疑いではなく) 認識ないし確信なのですが、認識ないしは確信には、実質的な援助 (material assistance) の「可能性 (possibility)」に関するもののみが必要とされます。行為の要素は、警察に対して、できるだけ早く実施できるように関連情報を開示するのを怠

13) A.P. Simester, J.R. Spencer, F. Stark, G.R. Sullivan and G. Virgo (eds), *Simester and Sullivan's Criminal Law* (6th ed., 2016), p. 15.

14) Ashworth, 'Positive Duties, Regulation and the Criminal Sanction' (2017) 133 *L.Q.R.* 606, at 620-626.

15) 例として、Proceeds of Crime Act 2002, ss. 330-331.

16) 例として、Terrorism Act 2000, ss. 19 and 21A.

17) Terrorism Act 2000, s. 38B. の2つの犯罪。

ることです。38条4項は、不開示に合理的な理由があることを証明することが免責事由となる、と規定しているのですが、上訴裁判所の判決は、家族の絆は、いかに緊密なものであろうとも、合理的な免責事由とはならないとしています¹⁸⁾。

これらの報告懈怠を犯罪化することの根拠は、どれくらい有力なのでしょう。これらの犯罪は、家族構成員間に適用されるという意味において、プライバシー権と対立します。しかし、おそらく、死を含む重大な危害の予防は、この権利を凌駕するものとみなされているのです。テロの定義は過度に広いのですが、これらの主張は、重大な危害の危険を提示するものと推察されます¹⁹⁾。これらの犯罪の存在によって、実行されるテロ行為の発生の確率が減少する可能性が高いかどうかを判定するのは難しいことです。Walkerの調査研究によれば、捜査段階の間に情報を得るために、主として、仲間や家族に対する脅迫として、これらの犯罪が、警察によって利用されていることが示されています²⁰⁾。犯罪それ自体については、責任要件が相対的に低いものになっています。それ（本条）が、情報が実質的な援助（material assistance）となる可能性についての認識ないし確信を処罰することとしているからです。最後に、5年という拘禁刑の上限が均衡のとれたものであるのか、という議論があります。テロ行為は、頻繁かつ正当に、これよりも重い刑を科されていますが、38B条の本質は情報開示の懈怠であることを想起するのが重要です。情報の開示によって防止できたと考えられる危害が、量刑の決定要素とされるべきですが、それは、情報を開示しなかった者の責任に応じて減少します。情報を開示しなかった者はテロリストではありません。そして、彼が実際に行うことが、テロ行為を援助ないし奨励するという、より重大な犯罪になる場合は、行為者は、その犯罪によって起訴されるべきです。

情報開示懈怠を犯罪化すべしという主張は、情報開示によって、別の者による切迫したテロ行為を防止するという効果が生じた場合は、はるかに有力なものとなります。「テロ行為」という言葉は、死亡ないし傷害のおそれを含む重大な事例に犯罪を限定できるように立案されるかぎりにおいて²¹⁾、根拠のバランスは犯罪化に傾きます。しかし、犯罪実行者の犯罪反復の可能性が議論されるとしても、事件後の情報開示の懈怠の悪性は低いものとなります。そして、犯罪と犯罪者についての情報を開示することは、刑法によって強化される義務とされるべきであるのか、という全般的な質問

18) *Abdul Sherif* [2008] EWCA Crim 2653; [2009] 2 Cr. App. R. (S.) 235, particularly at [45]; *Esayas Girma* [2009] EWCA Crim 912; [2010] 1 Cr. App. R. (S.) 172.

19) C. Walker, "Conscripting the Public in Terrorism Policing: Towards Safer Communities or a Police State?" [2010] Crim.L.R. 441, at p. 456.

20) Walker, "Conscripting the Public in Terrorism Policing" [2010] Crim.L.R. 441, at pp. 442-445.

21) Walker, "Conscripting the Public in Terrorism Policing" [2010] Crim.L.R. 441, at p.456.

の一部と考えられるようになるのです。

4. 企業の予防懈怠犯罪

1975年から2000年にかけての大きな政治的变化は、企業の作爲ないしは不作為が甚大な被害（死亡も含む）をもたらすという認識であり、とくに、政府が、刑事責任を課してでも、企業による危害に対して行動を起こすべきであるということの是認が増大したことです。イギリスの裁判所は、同一視理論、つまり、企業は、関連する意思的要素（fault）が、企業の「管理の精神と意思（directing mind and will）」である幹部に、（過失などの）当該意思的要素（の責任）を負わせることができるならば、会社の刑事責任が問われるべきであるという同一視理論を導入することによって、一定の役割を果たしました²²⁾。この理論によって、企業に有罪判決を言渡すことが可能になりましたが、その影響は、企業の「管理の精神と意思」と呼ばれる企業の幹部が、要件とされる認識ないし意図を有していたかということを実証するのが困難であるという事実によって、限定されたものとなっています²³⁾。その結果として、この理論は、大企業よりも中小企業の刑事責任を問う際に、効果を発揮しています。10年前に、イギリスにおける企業の刑事責任の諸原理は、企業による殺人について改正されました。2007年企業による故殺と殺人法では、経営幹部による組織の運営方法が、当該注意義務（duty of care）違反における実質的な要件である場合に、企業による故殺に対する責任が課されています。そして、本法は、陪審員に対して、義務遵守の懈怠に対する寛容を生み出す可能性の高い「組織内の態度、方針、システムないし承認されている実務」という証拠を考慮に入れることを認めています²⁴⁾。しかしながら、このような法律は殺人に限定されているのですが、他の犯罪については、同一視理論は今でも普及しているように思われます²⁵⁾。

22) *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass* [1972] A.C. 153.

23) 更なる議論については、C. Wells, *Corporations and Criminal Liability* (Oxford U.P., 2nd ed., 2001), esp. ch. 5; see also Ministry of Justice, *Corporate Liability for Economic Crime: Call for Evidence* (January 2017): www.gov.uk/government/consultations/corporate-liability-for-economic-crime-call-for-evidence pp. 12-17; Law Reform Commission of Ireland, *Regulatory Enforcement and Corporate Offences* (2016), Issue 7.

24) この法律については、イギリス刑法の全ての教科書において論じられているが、広汎で優れた全体像は、Wells, 'Corporate Criminal Liability: a Ten Year Review' [2014] Crim.L.R. 849. 参照。

25) Cf. Lord Hoffmann in *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v. Securities Commission* [1995] 2 A.C. 500. ここでは、条文の表現によって、異なったアプローチが正当化されることが示されている。さらに、A.P. Simester, J.R. Spencer, F. Stark, G.R. Sullivan and G. Virgo (eds), *Simester and Sullivan's Criminal Law* (6th ed., 2016), pp. 281-289; D. Ormerod

法規定についての、このような極めて混乱した弥縫策に、企業予防懈怠モデルは陥っています。このモデルの立法的起源は2010年収賄法7条です²⁶⁾。犯罪の行為要素は、営利組織に「関連する」(associated with)人物が別の人物に賄賂を贈る、つまり、「関連する人物」とは、従業員や代理人、子会社、営利組織を代表して業務を行う全ての者のことですが、そのような者が別の人物に賄賂を贈ることとされているのです。明示された意思的要素は存在しませんが、企業の事業を獲得ないし維持する意図で、賄賂が贈与されたことを証明しなければなりません。営利組織が、「[関連する人物]がそのような行為を実行するのを防止するように設計された適切な手続を備えていたこと」は、抗弁(defence)となります。これは、(適切な防御手続を備えることを怠ることによる)不作為犯であり、相当な注意を払ったという抗弁が可能²⁷⁾。意思的要素の証明を必要としない不作為犯として、それは同一視理論には依拠していません。必要なのは、企業が、特定の行為を行う(ないしは防止する)ことを怠ったという証明だけです²⁸⁾。企業の予防懈怠犯罪について、明示されている目的は、企業が予防手続を設けることによって、あるいは、刑法の言葉で言えば、経済犯罪に対して企業の側に、企業の非関与ないし受動性を抑止する効果を与えることによって、企業の文化を変えることです。このことによって、賄賂に関して、そして、2017年金融犯罪法の下での脱税促進犯罪(tax evasion facilitation offence)に関して、企業に法執行の負担を負わせることになります。このように、企業の予防懈怠犯罪は、行政機関や警察によって通常果たされている犯罪予防の役割に、企業を取り込むだけでなく、新しい犯罪化の層を挿入しているのです。このことは正当化されるのでしょうか? セリア・ウエルズは、このモデルに基づく犯罪は正当化される、としています。その理由は、「企業が、契約的ないし営業的利益ないし税の限定(tax limitation)を追求する行為を行っている関連人物の悪行から利益を得ている」ということです²⁹⁾。このことは、営業組織に、そ

and K. Laird, *Smith, Hogan and Ormerod's Criminal Law* (Oxford U.P., 15th ed., 2018), 249-255. 参照。

26) 「企業の予防懈怠」モデルは、法律委員会によって考案された。Law Commission, *Reforming the Law of Bribery* (Law Com. No. 313, 2008); 意思的要素(fault)要件については、paras. 6.100-6.101 参照。

27) 予防形態モデルには少数の変種が存在する。たとえば、K. Laird, 'The Criminal Finances Act 2017 - an Introduction' [2017] *Crim.L.R.* 915, at 930-935. 参照。

28) これに基づく企業の責任は、初期の段階で確立された。*Birmingham and Gloucester Railway Co.* (1842) 3 Q.B. 223は、法的義務違反の犯罪(この場合は、制定法上の命令によって要求されている鉄道橋の建設を怠ること)について、企業が起訴されることを認めている。

29) C. Wells, "Corporate Failure to Prevent Economic Crime - a Proposal" [2017] *Crim.*

のような犯罪を防止する義務を負わせるためには十分な理由となりますが、このような義務が刑法によって強化されるべきであるということにはなりません。最初の一步は、「行政法規の改革による悪しき行為に対する抑止の強化」という選択肢が、適切かつ効果的であるかどうかを検討するということではなければならないのです³⁰⁾。(i) 過料を課す行政権力を有する行政制度と、(ii) 「企業の予防懈怠犯罪」に基づく犯罪化との、相対的有効性 (comparative effectiveness) についての議論は解決されていません。(そのときの) 想定は以下のようなものです。すなわち、刑法という制度は、より厳格であり、より大きな予防効果を有するのですが、罰金刑は、たとえば、行政機関によって課されるものよりも低いことがあります³¹⁾。抑止と予防という議論を離れても、さらに次のような問題が存在します。つまり、ここで刑法を発動するのが適切かという問題です。賄賂や脱税、詐欺などの犯罪は、十分な予防手段を講じない企業に刑事責任という特別の階層を課すことを正当化するのについて、十分に重大な悪行であるのでしょうか？ 我々は、営業組織の運営が、これらの経済犯罪の「関連人物」による実行にとっての背景と原動力とを与えているという点は容認できるでしょう。そして、企業の利益に重点を置く構造が経済犯罪の本質的な背景であるのであるから、企業に刑事責任を課すのは正当であるという主張も受け入れることができるでしょう。しかし、義務を課すということから刑事責任を課すということへの重要な一步を踏み出すことを正当化できるのでしょうか。要するに、適切とみなされる予防手段を講じることを怠るということに対して、正当化できるのでしょうか。

5. 雇用主と土地建物賃貸人 (landlord) の移民調査懈怠

犯罪化のための予防理論的根拠は、これまでも、移民法の施行という、イギリスの政治的に困難な問題と関連して、援用されてきました。2016年移民法35条は、2006年移民・庇護・国籍法の21条に含まれている不法滞在労働者 (illegal worker) を事情を知って (knowingly) 雇用するという犯罪を改正しています。不法滞在労働者の雇用に対する刑事制裁は、1996年底護・移民法8条において初めて導入されました。雇用される予定の労働者の労働調査 (work check) を行う権利の行使を怠ることが犯罪とされ、労働者1人当たり5,000ポンド以下の罰金を科すこととされました³²⁾。

30) Ministry of Justice, *Corporate Liability for Economic Crime: Call for Evidence* (January 2017); www.gov.uk/government/consultations/corporate-liability-for-economic-crime-call-for-evidence, at p.16. 金融部門における行政法規の改革の例については15頁参照。

31) これについては、C. Wells, 'Corporate Failure to Prevent Economic Crime – a Proposal', [2017] Crim.L.R., pp.432-435. 参照。

その範囲と重大性とを拡大する2006年移民・庇護・国籍法21条の改正の主たるものは2つです。最初のものは、「事情を知って」という表現から「従業員が、その移民という身分 (status) という理由によって、雇用の資格がないことを信じる合理的な理由があること」へと、有罪認定の基礎を拡大したことです。この変更の効果は、主観的テストを客観的テストへと置き換えることによって、犯罪の(範囲)を広げることであり、政府の表明した意図というものは、通常、適切なチェックを怠ることによって、従業員の移民資格を故意に黙認する雇用主を処罰できるようにするというものでありました³³⁾。しかしながら、大臣は、また、雇用主が単純な過失 (simply negligent) しか犯していない場合は、(2008年以降適用されている) 民事罰制度が依然として適用され、初犯かどうかによりますが、上限が1万5,000ないし2万ポンドの(民事) 罰金が課される、と述べています³⁴⁾。2015/16年には、雇用主に対して、2,594件の民事罰が課されています³⁵⁾。犯罪(の場合)は、「従業員に労働権がないことを実際に認識していた」か、あるいは、調査を故意に怠る (deliberately refrain from checking) 雇用主を対象としています。しかしながら、「信じる合理的な理由がある」という表現 (formulation) は、犯罪の立証を容易にすることを意図するものですが、責任の閾値を下げています。

二つ目の大きな変更は、刑の上限を、2年から5年の拘禁へと2倍以上に引き上げたことです。このような著しい増加によって、刑事責任の基礎を、「事情を知って」から「信じる合理的な理由があること」へと拡大することと相俟って、2016年以前よりも法は厳格なものになっています。犯罪の同様な構造は、英国外からの賃借人(テナント)を有する賃貸人にも当てはまります。2016年移民法39条では、2014年移民法に33条 A, B, Cが挿入され、「信じる合理的な理由があること」という要件が規定されるとともに、拘禁刑の上限が5年へと引き上げられています。

新しい犯罪の効果は、雇用主と土地建物賃貸人とに、移民法の執行に関与する義務を課すことです。従業員と賃借人との移民資格を調査する義務が課されるのは、彼らです。移民の法執行に対する、英国政府の「敵対的な環境」という情況 (context) においては、このような予防的義務を雇用主と土地建物賃貸人とに課すことは、耐え

32) B. Ryan, 'Employer Enforcement of Immigration Law after Section 8 of the Asylum and Immigration Act 1996' (1997) 26 *Industrial Law Journal* 136.

33) これらの詳細については、*Immigration Act 2016*, 98-99.

34) *Immigration, Asylum and Nationality Act 2006* s.15. 民事制裁は、2014年5月に1万ポンドから2万ポンドに引き上げられた。

35) 'Immigration Act 2016: Factsheet: Illegal Working' (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/537205/Immigration_Act_-_Part_1_-_Illegal_Working.pdf) (accessed 28 August 2018).

難い負担となります。たしかに、彼らは、営利事業を営んでいるので、従業員と賃借人とを有することから経済的利益を得ていますが、すでに、相当な額の民事罰によって裏打ちされている、現行の行政規制制度 (regulatory system) が存在しています。これを進めて、刑事責任を課すとなれば、とくに、5年の拘禁刑という重さの量刑が含まれるとなれば、更なる正当化が必要とされるでしょう。たしかに、犯罪の形式 (formulation) は、誰かを雇用する (あるいは、誰かに物件を賃貸する) という積極的な行為を処罰することですが、犯罪の本質は、要求されている調査の実施を怠ることを犯罪化することです。さらに、刑法理論からの以下のような有力な論拠があります。すなわち、あらゆる強制的な予防手段は、行政罰による民事的手段によっては適切に処理できない、もっとも重大な悪行のみを対象とすべきである、ということです。

6. 保護の懈怠

保護の懈怠という犯罪には、また、不作為に対する刑事責任によって強制される予防的義務を課すことが含まれています。ひとつの例は、16歳以下の少女に対する責任を有している者が、正当な理由がないのに、彼女を割礼 (女性器切除: genital mutilation) から守るための十分な手段を講じなかった場合です³⁶⁾。いまひとつの例は、家族の一員が、家族の中の子どもないしは脆弱な者に対する死亡ないしは重大な傷害が、家族の別の一員から惹起されるのを防止しない場合です³⁷⁾。後者の犯罪は、とくに困難な諸問題を提起します。この犯罪は、両親の一人が、自分の不在のときに相手が引き起こしたものであると主張する児童虐待を処理するために考案されたのですが、この犯罪の場合は、規定されているように、(通常は) 女性に対してですが、その女性が伴侶から暴力ないし脅迫を受けている場合でも、彼女に物理的に介入することを要求するということが起きる可能性があります³⁸⁾。個人に対して物理的な介入を要求するということは、たとえ、子どもないしは脆弱な者を保護するためのものとしても、過大な要求です。主たる義務は、警察や児童保護センターに電話をかけるというものであるべきでありましょう。その後で、介入することによって自分が物理的危害を受けるおそれと、暴力の被害者を守らないこととの間の明白な葛藤が生じるかもしれません。イギリス法は、後者に優先権を与えています。家族の成人構成員

36) Female Genital Mutilation Act 2003, s. 3A (inserted by s. 72 of the Serious Crime Act 2015).

37) Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004, s.5.

38) 更なる議論については、J. Herring, 'Familial Homicide, Failure to Protect and Domestic Violence: Who's the Victim?' [2007] Crim.L.R. 923, and Ashworth, 'Positive Duties, Regulation and the Criminal Sanction' (2017) 133 *L.Q.R.* 606, at pp. 628-629.

に対する「著しい危険」のおそれに基づく例外は認めていないのです。

7. 間違った方向への歩み？

予防的刑法の勃興は、誤った方向へ一歩を踏み出すものでしょうか。上述した諸犯罪の効果は、いわゆる「基本犯罪 (base crime) (マネロン、テロ、収賄)」の予防に貢献する立場にある個人と企業に対する刑事責任の新しい基盤を生み出すということです。上述の代表的な例は、新世代の不作为犯であり、とくに、報告を怠る、予防を怠る、保護を怠る諸犯罪です。これまでも、(準備行為を犯罪化するために未遂を超えて刑法を拡張することのような) 事前・未完成犯罪や、「予防的命令に従わないという犯罪」のような形式で、刑事責任の拡張は行われてきています。

新世代の不作为犯のひとつの特徴は、それらによって、「基本犯罪」に必然的な関連を有しない人々が犯罪化されているということです。賄賂罪を取り上げてみましょう。企業の一員 (agent of a company) が贈賄を行った場合、刑法の標準的な対応は、完成犯罪 (full offence) や、(たとえば、贈賄の未遂、未遂の共謀のような) 関連する未完成犯罪について、その一員に責任を負わせるか、また、(たとえば、犯罪の援助ないし奨励、あるいは、共犯理論によって) 何らかの点で他人が関与しているかどうかを捜査することでしょう。贈賄を予防しなかったという犯罪によって個人ないし企業を有罪とすることは、本質的には、適切な予防システムを有していないということに対して企業を有罪とするということです。法は、企業に対して、基本犯罪の予防に貢献するための手段を採用するか、あるいは、手続を導入することによって、法執行の役割を果たすことを要求しているのです。そこで、先に提起した諸問題に戻ることにしましょう。このような法執行の役割を、企業、雇用主、土地建物賃貸人、予防手段をとる立場にある個人に課すことは正当化されるのでしょうか。報告義務が十分に果たされているという状況は存在するのでしょうか。予防懈怠ないし保護懈怠という犯罪を設けるべきであるとしても、さらに、どのような正当化が要求されるのでしょうか。そして、これらの義務が正当化されるとしても、最初の対応は、(行政) 規制制度を用いて、経済的制裁を課すことであるべきです。これは、かなり高額の経済的制裁を課す権力を有する規制の枠組みによって強化されている、インターネットのすべてのプロバイダーに管理義務 (duty of care) を課すという、最新の要求のアプローチであるように思われます。この要求では、刑法との関係は存在しません³⁹⁾。規

39) Home Office, *On-Line Harms* (CP 57, 8 April 2019). 本書の3.3は、プロバイダーに対して、「利用者の安全を確保することと、プロバイダーの業務に対する行為の直接的な結果として、他人

制によって強制される管理義務が存在するだけです。強力な犯罪化の根拠が存在するのは、当該の利益が重要なもの(生命身体)であり、過度にかけ離れたものでない(not unduly remote)という場合だけである、というのが常に出発点とされるべきなのです。

が危害を加えることを防止するために、合理的な配慮を払う義務を課すこと」に言及している。