

環境刑法総論の基本問題(1)

著者	川口 浩一
雑誌名	関西大学法学論集
巻	65
号	4
ページ	1187-1204
発行年	2015-11-12
その他のタイトル	Grundprobleme des Umweltstrafrechts, Teil 1
URL	http://hdl.handle.net/10112/9614

環境刑法総論の基本問題(1)*

川 口 浩 一

目 次

- I. はじめに
- II. 環境刑法の正当化——法益保護によって環境刑法は正当化できるか？
(以上、本号)
- III. 環境刑法の行政従属性
- IV. 環境刑法と罪刑法定主義
- V. 環境刑法総論上の解釈論的諸問題
 - 1. 環境刑法上の犯罪の諸類型
 - 2. 環境刑法における因果関係論
 - 3. 環境刑法における故意・過失論
 - 4. 環境刑法における共犯論
 - 5. 環境刑法における法人処罰

I. はじめに (Einführung)

環境刑法に関する議論は、日本においても21世紀に入り活発化するかにみえたが¹⁾、2005年頃を境に次第に沈静化してきたように思える²⁾。特に2010年代

* 本連載は(レーゲンスブルク大学法学部における)関西大学在外研究員(平成24年度)としての研究成果の一部である。

1) 特に2003年には環境刑法に関する最も重要な文献である伊東研祐『環境刑法研究序説』、町野 朔編『環境刑法の総合的研究』と中山研一／神山敏雄／斎藤豊治／浅田和茂編著『環境刑法概説』が相次いで出版された。

2) 最近(2001年以降)の環境刑法に関する日本の文献として、高山佳奈子「将来世代の法益と人間の尊厳」『町野朔先生古稀記念：刑事法・医事法の新たな展開上巻』3-31頁(2014年)、三枝 有「環境刑法と原発規制」信州大学法学論集24号1-25頁(2014年)、同「環境刑法の新展開：環境保護政策と法規制の在り方」法政論叢45巻1号16-25頁(2008年)、同「環境保護と環境刑法」法政論叢38巻2号95-102頁(2002年)、筑紫圭一「イギリスの環境刑法改革(上)2008年規制執行及び制裁法による行政制裁制度の拡充」上智法学論集57巻4号107-138頁(2014年)、高橋佑佳

に入ってから、福島原発事故という環境法に決定的な影響を与える事態が生

- \ 「環境刑法と行政との関係：行政独立性と行政従属性」名城法学論集（大学院研究年報）41号35-43頁（2013年），同「環境刑法と倫理」名城法学論集38号23-57頁（2010年），同「環境刑法における法益論」名城法学論集35号135-139頁（2007年），東 雪見「環境犯罪」佐伯仁志・金光 旭編『日中経済刑法の比較研究』（2011年）270-頁，中西紀夫「公害罪法事件でみる環境刑法の動向——日本アエロジル事件と大東鉄線事件を中心に」四日市大学総合政策学部論集10巻1・2号33-47頁（2011年），今井猛嘉「環境犯罪」西田典之編『環境犯罪と証券犯罪』（2009年）62-80頁，伊東研祐「環境保護における刑法の機能と視座——近代刑法原理を超えて」北大法学論集56巻3号（2005年）253-265頁，長井 圓「環境刑法における保護法益・空洞化の幻想」横浜国際社会科学研究所9巻6号689-705頁（2005年），同「環境刑法の基礎・未来世代法益」神奈川法学35巻2号431-467頁（2002年），篠塚達徳（一彦）「自然保護法規における行為規制」千葉県立衛生短期大学紀要23巻2号1-7頁（2005年），同「環境汚染への米独刑法の対応と我国への示唆」千葉県立衛生短期大学紀要23巻1号31-37頁（2004年），同「環境汚染に対する米国環境刑法の対応」千葉県立衛生短期大学紀要22巻2号75-82頁（2004年），同「環境汚染に対するドイツ刑法の対応」千葉県立衛生短期大学紀要22巻1号45-51頁（2003年），同「環境汚染と刑事規制」千葉県立衛生短期大学紀要21巻2号7-13頁（2003年），同「『法律の範囲内』における環境条例の制定」千葉県立衛生短期大学紀要21巻1号63-69頁（2002年），同「環境条例と罰則の制定」千葉県立衛生短期大学紀要20巻2号29-35頁（2002年），同「自治体の条例制定権と環境保全」千葉県立衛生短期大学紀要20巻1号31-37頁（2001年），小針健慈「アメリカ合衆国における環境刑法——RCRA（資源保護回復法）違反に関する犯罪を中心に」日本法学69巻4号1081-1119頁（2004年），嘉門 優「法益論の現代的意義（1）（2・完）：環境刑法を題材にして」大阪市立大学法学雑誌50巻4号（2004年）934-972頁，51巻1号（2004年）96-132頁，大塚 直／北村喜宣／中谷和弘／丸山雅夫／南川秀樹「セミナー座談会（環境法セミナー第5回環境刑法）」ジュリスト1270号112-139頁（2004年），丸山雅夫「環境刑法（環境法セミナー第5回基調報告）」ジュリスト1270号106-111頁（2004年），同「我が国における環境媒体の刑法的保護——水と大気を中心として」4巻2号48-53頁（2002年），松村格「ドイツ環境刑法の研究（1）」駒澤法学2巻2号118-94頁（2003年）＝同『システム思考と刑事法学：21世紀刑法学の視座』（2010年）所収（「ドイツ環境刑法の概観」）215-240頁，田中利幸「国際環境刑法」現代刑事法4巻2号54-61頁（2002年），京藤哲久「行政と環境刑法」現代刑事法4巻2号40-47頁（2002年），齋野彦弥「環境刑法の保護法益」現代刑事法4巻2号29-39頁（2002年），川端 博／町野 朔／伊東研祐「鼎談 環境刑法の課題と展望（特集 環境刑法をめぐる諸問題）」現代刑事法4巻2号4-28頁（2002年），金 尚均「環境刑法における蓄積犯罪：水域汚染を中心に」龍谷法学34巻3号319-340頁（2001年），同『危険社会と刑法』（2001年），町野 朔「環境刑法の展望」現代刑事法3巻4号81-86頁（2001年）。

じたにもかかわらず³⁾、環境刑法の基礎理論を扱う論文は減少傾向にある。同様の状況は、環境法先進国といわれるドイツにおいても見られる⁴⁾。例えば Ransiek は、2009年に「環境刑法は、より静か (stiller) になった」、すなわち

- 3) 伊佐智子「『ケア倫理』とリベラリズムのパラドックス」法の理論33 (2015年) 142頁は、2014年8月の発表によれば福島では104人の子供達が甲状腺がんと診断されており、「国側は被爆影響を認めないが、……これは明らかに公害問題であり、子どもの身体や健康への侵害、つまり日本国憲法第13条の幸福追求権そして、健康で文化的最低限度の生活を保障した第25条の生存権への侵害である。国の原子力推進政策と、国民の生命や健康の保全とのいずれが、正義原則に合致するか、考えなければならない」とする。
- 4) ドイツの文献 (2001年以降) としては *Athanassiou*, Die Strafbarkeit der juristischen Personen am Beispiel des Umweltstrafrechts: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, griechischen und angloamerikanischen Recht, 2002; *Busch/Iburg*, Umweltstrafrecht, 2002; *D'Avila*, Das Unrecht der Umweldelikte, GA 2011, 578; *Dannecker/Streinz*, Umweltpolitik und Umweltrecht: Strafrecht, in: Rengeling (Hrsg.), HdB zum europäischen und deutschen Umweltrecht Bd I, 2. Aufl. 2003, 126; *Dominok*, Strafrechtliche Unterlassungshaftung von Amtsträgern in Umweltbehörden, 2007; *Fischer*, Deutschlands Umweltstrafrecht unter Änderungsdruck der EU, NuR 2011, 564; *Franzheim/Pfohl*, Umweltstrafrecht, 2. Aufl. 2002; *Gebhard*, Unternehmensangehörige und Straftaten gegen die Umwelt, 2001; *Günther-Nicolay*, Die Erfassung von Umweltstraftaten mit Auslandsbezug durch das deutsche Umweltstrafrecht gemäß §§ 324 ff. StGB, 2002; *Hecker*, Europäische Integration und Strafrechtsentwicklung in der EU am Beispiel des Umweltstrafrechts: in Gropp/Lipp/Steiger (Hrsg.), Gießen-FS 2007, 455; *ders./Heine/Risch/Windolph/Hühner*, Abfallwirtschaftskriminalität im Zusammenhang mit der EU-Osterweiterung: Eine exploratorische und rechtsdogmatische Studie, 2008; *Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009; *ders.*, Das 45. Strafrechtsänderungsgesetz—Ein erstes europäisiertes Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität, ZIS 2012, 211; *ders.*, Zur Europa rechtsabzessorietät des Strafrechts, insbesondere des deutschen Umweltstrafrechts, kühl-FS, 2014, 669; *Jaeschke*, Informale Gestattungen und §§ 327, 325 StGB, 2003; *ders.*, Zur rechtlichen Beurteilung von Duldungsabsprachen als einer Form verwaltungsrechtlicher Informalität, ZfVerw 2004, 18; *Jedwab*, Irrtum des Genehmigungsempfängers im Umweltstrafrecht, 2006; *Kemme*, Das Tatbestandsmerkmal der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten in den Umweltstraftatbeständen des StGB, 2007; *Kim*, Seong-Eun, Neue Tatbestandstypen im Umweltstrafrecht: zu Möglichkeiten und Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes, 2009; *Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004 (4. Aufl. in Vorbereitung); ↗

環境刑法のヨーロッパ化に関する議論はあるが、ドイツ「刑法典324条以下の可罰性に関する公刊された判決は、ほとんど品不足 (Magelwaren) になっている」⁵⁾ とし、また Saliger は2012年に公刊された環境刑法の教科書のまえが

↘ *ders./Vierhaus*, Umweltstrafrecht, 2. Aufl. 2002; *Kloepfer/Heger*, Umweltstrafrecht, 3., völlig neu bearbeitete Aufl. 2014; *Knaut*, Die Europäisierung des Umweltstrafrechts, 2005; *Kühn*, Moderne Verwaltung und Strafrecht: Risiko und Chance, *wistra* 2002, 41; *Mansdörfer*, Einführung in das europäische Umweltstrafrecht, *Jura* 2004, 297; *Martin*, Sonderdelikte im Umweltstrafrecht, 2006; *Matejko*, Der Irrtum über Verwaltungsnormen im Rahmen der Verwaltungsakzessorietät., 2008; *Nida-Rümelin/von der Pfordten* (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtslehre, 2. Aufl., 2002; *Pfohl*, Schutz der Umwelt, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, 1398; *ders.*, Das 45. Strafrechtsänderungsgesetz, *ZWH* 2013, 95; *Rogall*, Umweltschutz durch Strafrecht—eine Bilanz, in: Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, 2001, 795; *Saliger*, Umweltstrafrecht, 2012; *Sammüller-Gradl*, Die Zurechnungsproblematik als Effektivitätshindernis im Deutschen Umweltstrafrecht: Untersuchung im Hinblick auf das Rechtsgut der Umweltschuld, 2014 (Diss. München); *Schall*, Systematische Übersicht der Rechtsprechung zum Umweltstrafrecht, *NStZ-RR* 2001, 1; 2002, 33; 2003, 65; 2005, 33; 2006, 161, 263, 292; 2007, 33; 2008, 97, 129; *ders.*, Die “Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten” als strafbegründendes Tatbestandsmerkmal im Umweltstrafrecht, *Küper-FS*, 2007, 505.; *ders.*, Der Umweltschutzbeauftragte: Ein Mann ohne Eigenschaften? *Amelung-FS*, 2009 287; *ders.*, Öko-Audit—Entlastungsinstrument im Unternehmensstrafrecht?, *Schindhelm-GedS*, 2009, 469; *ders.*, Das 45. StÄG: Echte Gesetzesreform oder auftragsgemäße Erledigung?, *Wolter-FS*, 2013 643; *Schmalenberg*, Ein europäisches Umweltstrafrecht, 2003; *Schmitz*, Nachhaltigkeit und Sanktionen, in: Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, 2008, 512; *Seelmann*, Die Berücksichtigung der Natur im Rahmen der Straftheorien, in: *Nida-Rümelin/v. d. Pfordten*, 281; *Silva Sanchez*, Strukturen der Zurechnung bei den Straftaten gegen die Umwelt, *Volk-FS*, 2009, 755; *Suilmann*, Bekämpfung der Umweltkriminalität, 2006; *Szeny/Görtz*, Das neue Umweltstrafrecht—Kritisches zur Umsetzung der Richtlinie Umweltstrafrecht, *ZUR* 2012, 405; *von der Grün*, Garantenstellung und Anzeigepflichten von Amtsträgern im Umweltbereich, 2003; *Weber*, Das deutsche Umweltstrafrecht nach dem 45. StrRG, *Kühl-FS*, 2014 S. 747 ff.; *Witteck*, Der Betreiber im Umweltstrafrecht, 2004; *Wohlers*, Verwaltungsrechtsakzessorietät und Rechtsmissbrauchsklauseln—am Beispiel des § 330 d Nr. 5 StGB, *JZ* 2001, 850.

5) *Ransiek*, Literaturbericht: Umweltstrafrecht, *ZStW* 121 (2009), 162.

環境刑法総論の基本問題（1）

きにおいて、「本書は10年ぶりに公刊された環境刑法に関する新しい教科書である」が、「このように間隔があいたことには理由がある」として次のように述べている。すなわち「前世紀の80年代と90年代の、新たな法益、構成要件類型、行政従属性および公務担当者の可罰性に関する激しい論争の後で、21世紀の初めには環境刑法が沈静化したことが一つの要因となっている。このことは、実務においても重要な刑事事件がないこと、統計においてもはっきりと環境事犯の認知件数が減少していること、文献の公刊数の減少に現れている学問的関心の減退から読みとることができる。」⁶⁾ またかつての環境刑法規定の特に明確性原則からの違憲論⁷⁾ や、刑法典への環境刑法の導入は実効的な環境保護措置がとられていないことから目を逸らせるための政治的な戦略に過ぎないといった議論は息を潜めている。それにもかかわらず、Kubiciel が指摘するように「刑法が環境保護の促進のためにいかなる寄与をなすべきなのか、そしてなしうるのか?、という刑法理論的な根本問題については、未解決のままなのである。」⁸⁾

以下では、この根本問題として Kubiciel が挙げている環境刑法の正当化問題（Ⅰ）とそれとの関連における行政従属性の問題（Ⅱ）をまず取り上げ、次にドイツで議論されている明確性原則の問題に加え、日本においては特に鳥獣保護管理法⁹⁾ の罰則規定において特に問題となる類推禁止の問題を含めた罪刑法定主義の問題（Ⅲ）を「環境刑法総論の総論」として取り上げたうえで、環境刑法総論上の解釈問題（Ⅳ）として ① 環境刑法上の犯罪の諸類型、② 環境刑法における因果関係論、③ 環境刑法における故意・過失論、④ 環境刑法における共犯論、⑤ 環境刑法における法人処罰の諸問題を検討していきたい。

6) Saliger, Umweltstrafrecht, 2012, Vorwort, S. V.

7) 明確性原則についての議論を概観したものとして NK (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2013)-Ransiek, Vor § 324 ff. Rn. 18 ff.

8) Kubiciel, Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 259.

9) 鳥獣の保護及び管理並びに狩猟の適正化に関する法律（平成十四年七月十二日法律第八十八号）、平成二六年五月三〇日法律第四六号による改正により表題に「鳥獣の保護」に加え「及び管理」の文言が付け加えられた。

Ⅱ. 環境刑法の正当化 (Legitimation des Umweltstrafrechts)

——法益保護によって環境刑法は正当化できるか？

環境刑法がいかにして正当化できるかという問題は、上述のように環境刑法の根本問題であるにもかかわらず、これまで十分に論じられてこなかった。この点に関して日本の通説は、既に環境刑法の概念の中に法益保護説を組み込んだ定義づけを行っている。例えば、町野朔は、環境刑法とは「環境を保護するために、それを侵害・危殆化する行為を処罰する法律」¹⁰⁾、また今井猛嘉もそれを「環境に関係する法益を保護する手段として、一定の違反行為をした者に刑罰を科すための規範」¹¹⁾と定義し、さらに神山敏雄も、実質的環境刑法概念として、保護法益論との結合を図り、環境犯罪行為を「環境媒体を侵害又は悪用することによって人間の生命、身体、健康、財産、生活上の平穩等の具体的利益を侵害し又はその具体的危険を惹起する行為」と定義し、それに還元できない法令違反行為＝行政秩序違反行為として非犯罪化するべきだとしている¹²⁾。これに対して伊東研祐は、法益保護論に批判的な立場から、刑法に規範形成機能を認めるが、これに対して法益保護論からは、法と倫理（道德）の区別という観点から、刑法は人に一定の倫理・道德を押しつけるものであってはならず、伊東説は法と倫理を混同しているとの批判がある¹³⁾。またそもそも刑法によって新たな環境倫理を形成することは可能かも問題であろう。このように日本における環境刑法の正当化論においては、法益保護論が中心的役割を果たしているといえる。ドイツにおける法益保護論に対する批判論の中らから、環境刑法にも言及している Jakobs (1.) と Kubiciel (2.) の見解を以下に紹介し、この問題に関する一応の私見 (3.) を示しておきたい。

10) 町野『環境刑法の総合的研究』(脚注1) 3頁。

11) 今井・前掲論文(脚注2) 63頁。

12) 神山『環境刑法概論』(脚注1) 17頁。

13) これに対する反論として、伊東・前掲論文は、法益保護論からも新しい法益を認める立場(町野)があり、環境刑法による処罰を肯定しているが、これは新しい倫理を言い換えたものに過ぎないのではないかという疑問を呈している。

1. 法益論による刑法の正当化に対する Jakobs の批判

(1) 法益保護論への批判

日本においては、法益保護論（法益保護主義）は、「刑法は、社会倫理の維持を目的とし、国民が守るべき倫理を強制するために、倫理違反行為を処罰するものであるとする」社会倫理保護論（社会倫理主義）¹⁴⁾ と対比され、「現在は、社会倫理の維持・強制自体は国家の任務ではないとする理解から、法益保護主義の立場が基本的に支持されている」¹⁵⁾ との理解が圧倒的に多数である。同様の理解は、ドイツにおいても有力なものである¹⁶⁾。しかし、これに対して Jakobs は、最近（2012年）の著書『法益保護によって刑法は正当化できるか？』¹⁷⁾ において刑法史的観点、刑罰機能論的観点および法哲学的観点から根本的批判を加えている。このことから日本においては Jakobs 説を法と道徳の区別を否定するものであるかのごとく理解するものもみられる¹⁸⁾。一方で伊東研祐の一連の業績のように、Amelung の研究¹⁹⁾ を参照しつつ、独自の法益論

14) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年）9頁は、このような考え方を「醇風美俗主義」と呼んでいる。

15) 山口厚『刑法』（第3版・2015年）6頁。

16) 例えば Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 2 L. VII (S. 53).

17) Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012. (同書の邦訳として川口浩一／飯島暢訳『法益保護によって刑法は正当化できるか？』2015年) なお

18) 小林憲太郎「『法益』について」立教法学85号（2012年）483頁（「……法と道徳の区別といっても、それは究極的には、一定の歴史や文化的伝統を有する特定の社会において、たまたま引かれた公私区分の境界を指すにすぎず、法による価値観の保護を廃絶することは、原理的に不可能だという発想がある。というより、そもそも政治的リベラリズムというのは、そのようなものであった。しかし重要なのは、一定の価値観を押しつけているのではないかと、常に恐れながら法を道徳から切り離すことであって、上記のことから『それなら切り離さなくてよい』と結論づけるのは、まさに本末転倒である。周知のように、この本末転倒をドイツで行っているのがヤコプスであり、わが国でも支持者を増やしつつあるが、私には適切とは思われない」）。

19) Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchung zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmenschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozial-↗

批判を提示し、それを特に環境刑法の分野で展開した観点はやや異なるが Jakobs と同様に法益概念の過大評価に警鐘を鳴らすものもある²⁰⁾。さらに Jakobs が、単に法益論の批判のみならず、自説である「社会損害」モデルによる問題となる具体的な事例の解決を試みていることも注目される。Wohlers も「本書 [Jakobs 前掲書] が特に興味深いのは、とりわけヤコブスが法益論を批判するだけでなく、刑法的規範の正当性に関する判断についての代替的モデルを議論しているからである」²¹⁾ とする。

そこで以下では、環境刑法における Jakobs の法益論批判と代替的正当化モデル（社会損害モデル）を概観しておく。Jakobs によればまず ① 法益保護論による刑法の目的は法益保護であるという命題は、刑法は法の一部であることの確認に過ぎず、法益保護は刑法にとって特有のものではないが、刑法は、現実の規範妥当を保護し、それに媒介されてのみ財を保護する。例えば「身体の不可侵性」という法益を病院の法的組織は、直接的に保護しているのに対して、刑法による保護の仕方は異なるのである。さらに ② 法益保護論においては、既存の財の保護だけが対象となっているのではなく、良き関係の創出ということも主張されていることに注意が必要である。これは法益保護論の根拠の一つとなりうるものであるが、それが刑法によって可能なものかが問われなければならない。③ 法益保護論（特に Hassemer の人格的法益論²²⁾）は、その保護を個々の人格に役立つ財に限定するが、そこで問題となるのは、そのような個々の人格とはいったいどのような者なのかである。ここでは、自然状態での

↳schädlichkeit“ des Verbrechens, 1972. これに関しては *Jakobs*, Sozialschaden? — Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem, in: Böse u. a. (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung, 2009, S. 37 ff. (邦訳・川口浩一／飯島 暢・前掲書75頁以下) も参照。

20) 伊東研祐『法益概念史研究』（1984年）、同・『環境刑法研究序説』（脚注1）、同・前掲論文（脚注2）などを参照。

21) *Wohlers*, GA 2013, 718.

22) 特に *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973, を参照。

個人ではなく、人格としての相互承認に基づく関係を有するシトワイヤン（公民）が想定されていると考えられるが、そのような人格が存在する条件として、自由な展開のための成功した社会化および法の妥当を保障する国家があることが必要である。個々の人格を社会化し保障しようとするものは、それとともに社会と国家も考えているのであり、「個人、社会および国家は、同じ起源のものなのである」²³⁾。④ その際、そのうちどこにアクセントが置かれるかは歴史的・社会的に規定されるが、ドイツの基本法におけるような自由主義的な憲法（国制）における国家、社会、個々の人格は、自由（Freiheitlichkeit）と結びつき、自由な市民、自由な社会の展開、民主主義的な国家機構として理解される。⑥ 規範妥当、法益および憲法の問題、さらに既存の財とこれから作出されるべき財を区別して考察すべきである²⁴⁾。⑦ 歴史的考察からも明らかのように、法益保護論には指導理念がなく、刑法規範によって保護された法益とは、刑罰規定の目的に他ならず²⁵⁾、法益概念はそれ自体（per se）「空虚な概念（Leerbegriff）であり²⁶⁾、「正当な刑法の形成のための補充的想定」を必要とする。⑧ この刑罰規定の正当化のための代替モデルの出発点は、Hassemer の人格的法益論の検討によって展開された、社会・国家と個人を対立するものと把握してはならないというテーゼである。すなわち社会なき人格的自由は不可能であり、その社会は機能的な諸制度を必要とするとされるのである²⁷⁾²⁸⁾。このことからヤコブス説によればある行為の当罰性を基礎づける「社会損害（Sozialschaden）」とは、当該個々人が自己の社会的役割の充足の

23) *Jakobs, Rechtsguterschutz?* (脚注17) Vorwort (日本語版へのまえがき) S. v (邦訳 ii 頁), 27 (邦訳42頁).

24) 以上は *Jakobs, Rechtsguterschutz?* (脚注17) Vorwort (日本語版へのまえがき) i 頁以下参照。

25) *Jakobs, Rechtsguterschutz?* (脚注17) S. 16 (邦訳19頁).

26) *Jakobs, Rechtsguterschutz?* (脚注17) S. 22 (邦訳34頁).

27) *Jakobs, Rechtsguterschutz?* (脚注17) S. 26 ff. (邦訳41頁以下).

28) *Jakobs, Recht und Gut—Versuch einer strafrechtlichen Begriffsbildung*, in: Freund u. a. (Hrsg.), *Grundlagen der Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*. Festschrift für Wolfgang Frisch, 2013, S. 81 ff., S. 89 ff. も参照。

ために必要な確信・確実性 (Gewissheit) を動揺させることおよび社会の存立にとって不可欠な機能的インフラストラクチャーを危険に晒すことだとされるのである²⁹⁾。

(2) 社会損害論による正当化の試み

このようなアプローチからもたらされる帰結を, Jakobs は, (a) (性的な)「風俗犯」³⁰⁾, (b) 環境犯罪, (c) 動物保護刑法の規定³¹⁾, (d) いわゆる「アウシュヴィッツの嘘」³²⁾の刑法的禁止規定³³⁾, (e) 宗教的信仰侮辱の処罰規定³⁴⁾が扱われ³⁵⁾, 最後に (f) いわゆるパターンリズムに関する³⁵⁾とされる3つ

29) *Jakobs, Rechtsgüterschutz?* (脚注17) S. 28 f. (邦訳45頁以下)。

30) 社会的に承認された制度の保護および/または「それに基づき共通のものが構築されうる」基盤のとみなされるものである限りで正当なものであるとする (*Jakobs, Rechtsgüterschutz?* [脚注17] S. 23 f. [邦訳37頁])。

31) これは, 公共の野蛮化・粗暴化 (Verrohung) を防ぐ規範 (*Jakobs, Rechtsgüterschutz?* [脚注17] S. 29 f. [邦訳48頁]) であるとする。

32) これに関しては拙稿「『アウシュヴィッツの嘘』とドイツ司法」奈良法学会雑誌第7巻3・4号 (1995年) 155頁以下等参照。

33) 社会の自己理解の正当な保護のための規範 (*Jakobs, Rechtsgüterschutz?* [脚注17] S. 30 f. [邦訳49頁以下])

34) ここでもこれらの規定の根拠はパターンリズムではなく, 「社会損害」であり, (aa)は道路交通という制度の保護 (*Jakobs, Rechtsgüterschutz?* [脚注17] S. 32 f. [邦訳51頁以下]), (bb)は, 社会的共同生活の基本条件としての倫理 (人倫) の最小条件の保証 (*ders, a.a. O. S. 33 f. [邦訳52頁以下]*) のための規定であるとされ, そして(cc)は, 自書性が要求される遺言と同様の「様式行為」を定めた「様式規定 (Formvorschrift)」として, 死の決意の成熟性を担保するための「社会の管理可能性」に関する抽象的危険犯とするが, その規定の正当性は限定的なものと解している (*ders, a.a. O. S. 34 ff. [邦訳54頁以下]*)。

35) その他の争いのある構成要件として *Hörnle, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005, S. 209 ff.*, は, ドイツ刑法111条及び130条 a の唆しおよび手引きによる犯罪 (Aufforderungs- und Anleitungsdelikte), S. 254 ff. は89条 a, 90条, 90条 a のプロパガンダおよび扇動犯罪 (Propaganda- und Verhetzungsdelikte), S. 340 ff. は166条, 167条, 167条 a, 168条の宗教犯罪 (Religionsdelikte) 等, S. 386 ff. は131条の暴力的表現 (Gewaltdarstellungsdelikte), S. 410 ff. は184条 a, 184条 b の暴力的, 児童, 動物ポルノグラフィ等, S. 449 ff. は, 172条, 173条, 183条, 183条 a, 184条 d, 184条 e の重婚 (Doppelehe) と近親相姦等を論じている。

の犯罪類型，すなわち（aa）シートベルト等の装着義務違反，（bb）麻薬等の薬物犯罪，（cc）要求に基づく殺害（ドイツ刑法216条³⁶⁾）・ヘルメットの不着用の処罰規定を取り上げている³⁷⁾。ここでは本稿との関係で重要な（b）の環境犯罪の基礎となる「社会の継続的存立を保証する規範」³⁸⁾の保護が重要であるとされる。「社会保護としての刑法への，すなわち個人的法益の侵害から社会損害への転換は，一連の争いのある構成要件において具体化されるべきである」が，その中で比較的説明が容易なのは，環境に対する犯罪構成要件³⁹⁾，例えば土壌・水質・大気の汚染構成要件の必要性と正当性を，生じた「社会損害」から証明することであるとする⁴⁰⁾。すなわち「損なわれていない環境の維持ということに多くの今日生きている主体は無関心かもしれないが，社

36) ドイツ刑法においては日本刑法202条とは異なり自殺教唆・幫助は不可罰であり要求に基づく殺人のみが処罰されている。このドイツ刑法216条に関する最近の文献としてはさしあたり *Kubiciel, Wissenschaft* (脚注8) S. 182 ff. 参照。

37) *Jakobs, Rechtsgüterschutz?* (脚注17) S. 16 (邦訳19頁)。

38) *Jakobs, Rechtsgüterschutz?* (脚注17) S. 29 (邦訳47頁)。

39) その一方で *Jakobs* は「犯罪構成要件としての正当化は非常に争われている」とし，法益概念に基づく正当化の否定 (*Delegitimierung*) に反対するものとして特に *Stratenwerth, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?* *ZStW* 105 (1993) S. 679 ff., 668 ff., 個々の構成要件について区別して論じるものとして *Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts—zur Dogmatik moderner Gefährdungsdelikte*, 2000, S. 5. 11 ff. 等，要約として S. 339 f. を挙げている—刑法324条以下についての議論状況におよび文献については *Schönke/Schröder-Heine/Heger* (Eser [Gesamtredaktion], *Strafgesetzbuch. Kommentar*), 29. Aufl., 2014, Vor §§ 324 ff., Rn. 8.

40) *Jakobs* は「環境媒体 (*Umweltmedium*) の損壊が，原則として多数の『小さなアタック (*Kleinattacken*)』から生じるものであることは，これらの構成要件の正当化を否定する (*delegitimieren*) 理由とはならず，むしろ主観主義 (*Subjektivismen*) に捉われた共犯論 (*befangene Beteiligungslehre*) を脱心理主義化する (*entpsychologisieren*) 根拠となるのである」とし，参照文献として *Wohlers, Deliktstypen* (脚注38) S. 142 f., 318 ff.; *von Hirsch/Wohlers, Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur— zu den Kriterien fairer Zurechnung*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, S. 196 ff., 207 ff. を挙げている。

会の存続にとっては明らかに無関心ではいられない」⁴¹⁾とされるのである。

以上で概観したように、Jakobs 説は、従来の通説的法益保護論が法益概念を明確化することに成功せず、立法者にも正義に適った判断基準⁴²⁾を提供することができなかったこと⁴³⁾に対する批判に基づき、システム外在的な法益論の限界を指摘し、むしろシステム内在的な刑法の正当化理論の構築を目指すものであるといえよう⁴⁴⁾。次に同様の観点からの法益保護論に対する批判に基づき、特に環境刑法の正当化に関する法益論に代わる新たなモデルを提示するものとして Kubiciel の見解を見ておこう。

2. Kubiciel の環境刑法の正当化論

(1) 法益保護による環境刑法正当化論への批判

Kubiciel も Jakobs と同様に「法益概念の機能と内容」を批判的に分析し⁴⁵⁾、「法益保護アプローチは、具体化と補充が必要である」⁴⁶⁾と結論づける。そして環境刑法に関する法益保護アプローチの主要な3つの見解への批判を試みる。

(a) 生態系中心的アプローチ（価値としての環境の保護）

生態系中心的法益論の主張の中核は、独自の価値としての環境の保護という

41) Jakobs, Rechtsgüterschutz? (脚注17) S. 29 (邦訳47頁)「社会」ではないが、同様に将来の世代に焦点を当てるものとして *Schünemann*, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, GA1995, S. 201 ff., 206; *ders.*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlens, Rechtsgutstheorie (脚注40), S. 153 f.; *ders.*, Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts, in: Triffterer-FS, 1996, 5.437 ff., 453.

42) NK-Hassemer/Neumann, Rn. 15 vor § 1.

43) Wohlens, GA 2013, 719 は「将来もこのことはおそらく達成されないであろう」とする。

44) Wohlens, GA 2013, 719 f. は、この見解には従来からそれは保守的・体制肯定的理論であるとする批判があることを紹介しつつ、結論的にはむしろヤコブス説のようなシステム内在的検討の重要性を強調している。

45) Kubiciel, Wissenschaft (脚注8) S. 51 ff.

46) Kubiciel, Wissenschaft (脚注8) S. 80.

環境刑法総論の基本問題（1）

人間非中心主義的思想であり、ここでいう法益は「理念的財」⁴⁷⁾、それ自体としての価値（Wert an sich）を持つとされる環境そのものである。そして生態系中心主義は、個人より環境を優先するものであり、環境媒体が独立の保護に値する法益なのだから、すべての環境媒体への軽微でない作用が「価値に反したるもの」として構成要件該当的になるはずである。このような考え方自体がおよそ維持できないものであると Kubiciel は批判する。なぜならば、環境媒体の消費は人間の生活・経済の基本前提なのだから、それをすべて禁止することは不可能だからである。また現代社会における環境は、既に「人間によって経済管理された環境」であり、それは人格的展開の基礎ではあるが、それ自体保護に値する価値ではない。環境刑法構成要件は、絶対的保護ではなく、衝突する諸利益・諸価値の調整の結果を法定したものなのである⁴⁸⁾。

(b) 純粋人間中心的アプローチ（人格危殆化犯としての環境犯罪）

Hassemer⁴⁹⁾ や Hohmann⁵⁰⁾ などの人格的法益論によれば環境媒体は、生命・健康・身体という個人的法益によって機能化され、環境犯罪は人格危殆化犯罪⁵¹⁾ として理解される。しかし既に大量に発生している環境媒体の配慮のない利用の防止に関して、環境刑法は、社会心理的にもそれを防止する手段として有効ではない。また生命・身体の保護との関係では、著しく早期化されたものとなるし、現行法の規定にはおおよそ生命・身体の危殆化と関係のないものがあり、それらの規定が説明できないという問題がある⁵²⁾。Kuhlen も「このテーゼは……現行法と調和しない」⁵³⁾ としている。

47) Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3., neu bearbeitete Aufl. 2015, § 41 Rn. 6.

48) Kubiciel, Wissenschaft (脚注 8) S. 262 f.

49) Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, 378, 383.

50) Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltdelikte—Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes, 1991, S. 189; ders., Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht, GA 1992, 84.

51) Schmidhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, 1983, S. 195.

52) Kubiciel, Wissenschaft (脚注 8) S. 264 f.

53) Kuhlen, Umweltstrafrecht—auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105 (1993), 703.

(c) 生態系・人間中心のアプローチ（二元的法益構想）

以上のような両説の問題点を、ドイツの通説は、二元論的法益構想によって解決しようと試みる⁵⁴⁾。そこでは特に、「将来の人類世代によって居住・利用可能な環境」が保護の対象になるとされる⁵⁵⁾。これに対して Kubiciel は、本説は一方で狭すぎ、他方で広すぎると批判する。すなわち、地球温暖化・航空機・自動車による重大なエミッションなどは実際上は不可罰なのに対し、将来の生命の存在に直接関係ないような小規模水域の汚染などは処罰されることになってしまうのである。また環境刑法は、せいぜい現在の環境を保障しうるのみであるということも看過してはならない。法益の侵害・危殆化が処罰を正当化するのではなく行為規範違反が処罰を正当化するのである。

(2) 新しいアプローチ：法益論から刑罰論へ

このような問題を抱える法益論からのアプローチには、さらに ① 実際には刑法による法益保護は達成できないために「環境刑法の危機」へと必然的に導かれるということ⁵⁶⁾ および ② 現行環境刑法の諸規定は、例えば325条のように、一定の法益の保護を目指すというよりも、環境保護と他の経済的・交通政策的利益等の目標抵触を調整しようとするものが多いが、法益保護の強調はこのような実際の立法目的を曖昧にしてしまうということという2つの根本問題がある⁵⁷⁾。そこで Kubiciel は、法益論に換えて刑罰論的分析の必要性を強調する⁵⁸⁾。その際、個別構成要件の解釈においてはしばし威嚇予防（消極的一般予防）の道具として、行政法上の義務違反へのリアクションではなく、この義務の妥当を実効あらしめる手段とする見解がみられる。これに対しては、この

54) Saliger, Umweltstrafrecht (脚注6) S. 18 は、本説を「媒介的生態学的・人間中心のアプローチ」とよびそれに賛成する。なお *Kloepfer/Heger*, Umweltstrafrecht (脚注3) Rn. 43 (S. 19) における名称をめぐる議論も参照。

55) Fischer, StGB 62. Aufl. 2015, Vor § 324. Rn. 3a; MK (Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2014)-Schmitz, Vor §§ 324 ff. Rn. 18; NK-Ransiek, Vor § 324 ff. Rn. 12; LK-Steindorf, Vor § 324. Rn. 17 等を参照。

56) Kubiciel, Wissenschaft (脚注8) S. 265.

57) Kubiciel, Wissenschaft (脚注8) S. 266.

58) Kubiciel, Wissenschaft (脚注8) S. 260 ff.

環境刑法総論の基本問題（1）

ような刑罰論からは解釈論的帰結を導くことはできないし、それは責任主義と調和しない刑罰論であるとして、むしろ自由論的に基礎づけられた義務違反へのリアクションとしての刑罰という観点から刑罰の予防モデルを批判した新しいタイプの応報刑論を主張する⁵⁹⁾。そこから次節（Ⅱ）で検討する行政法従属性の問題についても、むしろさまざまな利益衡量の結果得られた環境行政法上の規範は、同時に刑法的な行為規範でもあるので、その規範の妥当性を維持することを環境刑法の正当化根拠とすることが可能になるとする（行政法との関係についてはⅡで後述）。また立法者は、いかなる行為に刑罰を科すべきかという決定において一定の裁量の余地を持っているが、その裁量は Kindhäuser が適切にも指摘している⁶⁰⁾ ように、「合理的に根拠づけ可能な（刑事）政策的正義の構想」に基づくものでなければ「白紙の権力行使 (blanke Machtenthaltung)」になってしまうであろう⁶¹⁾。そのような構想は「刑法的義務づけによる自由の制約と現実力のある法による人格的自由の保障の双務的關係」⁶²⁾を前提としている。再び Kindhäuser の言葉を借りれば「自由のための自由の放棄 (Freiheitsverzicht um der Freiheit willen)」⁶³⁾が必要となるのである。したがって「それによれば、正当といえるのは（行為者をも含めた）すべての市民の現実の自由の状態の維持に必要な規範なのである⁶⁴⁾。そして「公的な環境法は、その規定にによって、自然的リソースの社会福祉的観点に即した利用のための一種の法的なインフラを整備するものであり、環境刑法によって保護されるのはそのような制度に基づき「潜在的にコンフリクトが生じうる領域において人格的な自由を可能にする規範」なのである。したがって「第一次的に

59) Kubiciel, Wissenschaft (脚注8) S. 159 ff., 刑罰論に関する結論として S. 172 f.

60) Kindhäuser.: Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz, in: Lüderssen/Nestler: Modernes Strafrecht und Ultima-ratio-Prinzip, 1990, S. 29, 34 f.

61) Kubiciel, Wissenschaft (脚注8) S. 267 f.

62) Kubiciel, Wissenschaft (脚注8) S. 268.

63) Kindhäuser, Strafe (脚注) S. 34 f.

64) Kindhäuser, Rechtstheoretische Grundfragen des Umweltstrafrechts, FS-Helmrich, 1994, S. 973 は、これを「すべての側に利益のある」規範 („allerseits vorteilhafte“ Norm) 呼んでいる。

は刑法が保護するのは、環境行政法的な義務の妥当であって、人間や動植物の健康や物の所有ではないのである。」⁶⁵⁾

3. 日本の議論との関係

前述のように日本の通説は、法益論からのアプローチを行い、Kubiciel と同様に⁶⁶⁾ 環境刑法の法益論を3つに分類した上で⁶⁷⁾、ドイツと同様に人間中心主義／生態系中心主義を総合的に理解する見解⁶⁸⁾ が通説である。また行政法・環境法学者の北村喜宣も環境「法学を議論する以上……人間を中心に考えざるをえない」ので人間中心主義を採用するが、但し「『人間が環境を支配する』という不遜な姿勢であってなら」ず、「『環境に生かされている』『自然に感謝する』『環境容量に配慮しながら活動する』という認識が絶えず踏まえられるべきである」⁶⁹⁾ とし、さらに環境基本法（特に3条⁷⁰⁾）の解釈として

65) *Kubiciel*, *Wissenschaft* (脚注8) S. 269.

66) これに対して *Saliger*, *Umweltstrafrecht* (脚注6) S. 12ff. は、学説を ①「純粹人間中心主義的アプローチ」、②「純粹生態学的アプローチ」、③「行政的アプローチ」、④「媒介的生態学的・人間中心的アプローチ」に分類している。

67) 齋野・前掲論文(注2)は32頁以下は法益論を①生態学的法益論、②生態学的＝人間中心的法益論および③人間中心的法益論に分類し、自身は③に賛成する。これに対して神山敏雄は、日本の環境刑法の法益論を①純粹生態学的法益論、②純粹人間中心の法益論、③生態学的・人間中心の法益論、④行政的法益論、⑤個別的法益論、⑥次世代の生命・人類の公共財論、⑦健康論、⑧憲法の価値・諸原則論、⑨「環境媒体を侵害又は悪用することによって人間の生命、身体、健康、財産、生活上の平穩等の具体的利益」説(自説)に分類している(神山『環境刑法概論』[脚注1]11頁以下)。

68) 今井・前掲論文(脚注2)70頁など。

69) 北村喜宣『環境法』第3版、2015年、10頁。

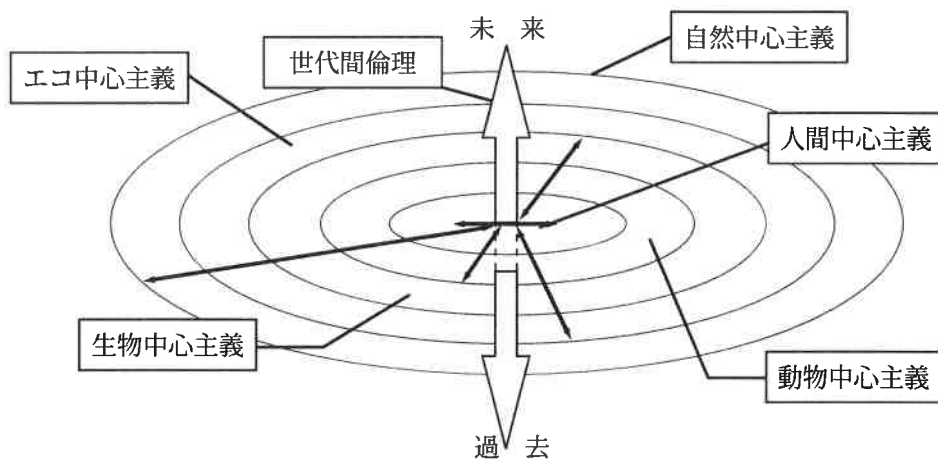
70) 環境基本法3条(環境の恵沢の享受と継承等)は「環境の保全は、環境を健全で恵み豊かなものとして維持することが人間の健康で文化的な生活に欠くことのできないものであること及び生態系が微妙な均衡を保つことによって成り立っており人類の存続の基盤である限りある環境が、人間の活動による環境への負荷によって損なわれるおそれが生じてきていることにかんがみ、現在及び将来の世代の人間が健全で恵み豊かな環境の恵沢を享受するとともに人類の存続の基盤である環境が将来にわたって維持されるように適切に行われなければならない。」と規定している。

環境刑法総論の基本問題（1）

「……環境基本法は、人間中心主義の立場に立つことを明らかにしている。法は人類のためにあることから、基本的立場としては適切である」が、「そのうえで、過度の『現在世代中心主義』に陥ることなく、将来世代、生態系、将来の地球を考えた政策を立案・実施しなければならない」⁷¹⁾とする。これは実質的には日独の刑法の通説である生態系＝人間中心のアプローチ（二元的法益構想）に近いものであり、特に予防原則を志向する環境行政法においては妥当な考え方であろう。しかし問題はそのアプローチによって環境刑法をも正当化できるかということであり、これについては Kubiciel が指摘しているように刑罰論的観点からの考察が不可欠であろう。この点については次節（Ⅱ）の行政従属性の検討の際の前提（環境刑法と環境行政法の関係）において詳しく論じることとする。この点とも関係するが、日本においては、法益保護論だけでは環境刑法は正当化できないという前提に立ったうえで、ドイツの刑法学⁷²⁾と異なり人間非中心主義⁷³⁾・生態系中心主義的アプローチをとる見

71) 北村『環境法』（脚注69）・274頁。

72) Saliger, Umweltstrafrecht（脚注6）Rn. 33 (S. 14) は、現在のドイツ刑法学においては、純粹生態学的アプローチは、それに一定のシンパシーを示す者はいるが、それを明確に主張している者はいないとする。なお純粹生態学的アプローチを主張するドイツの哲学者としては Meyer-Abich, Wege zum Frieden mit der Natur. Praktische Naturphilosophie für die Umweltpolitik. 1984, S. 162 ff. などが挙げられている。Meyer-Abich 説については高橋広次『環境倫理学入門』2011年、91-95頁参照。



73) なお高橋『環境倫理学入門』（脚注72）2011年、64頁によれば、人間中心主義と非人間中心主義の諸類型は以下の図のように分類できる。

解（伊東研祐）があることが注目される。この見解は、法益論の限界を指摘する点⁷⁴⁾においては、Jakobs, Kubiciel 説と共通する面もあるが、Jakobs 説とは、特に刑罰による規範の形成力（いわゆる「刑法の人倫形成機能」）を認めるかどうかという点⁷⁵⁾で、Kubiciel 説とは、特に行政従属性に関するスタンスという点⁷⁶⁾で大きな差異がある。これらの点に関しては私見も含め、次節（Ⅱ）において検討を加えようと思う⁷⁷⁾。

74) 伊東『環境刑法研究序説』（脚注1）23頁以下，同・前掲論文（脚注2）260頁以下。

75) 伊東『環境刑法研究序説』（脚注1）19頁以下，同・前掲論文（脚注2）258頁以下。

76) 伊東『環境刑法研究序説』（脚注63）19頁以下。

77) なおその際、高橋『環境倫理学入門』（脚注72）で示された環境倫理学上の諸学説と刑法の理論の関係（この問題について既に検討を加えたものとして町野朔「環境倫理，環境法，環境刑法」『環境刑法の総合的研究』（脚注1）所収17-47頁がある）についても補論として検討を加える予定である。