



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	環境刑法における法益保護（４）：環境媒体侵害の刑法的規制を中心に
Author(s)	梁，小煒
Citation	北大法学論集，76(4)，87-133
Issue Date	2025-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/98293
Type	departmental bulletin paper
File Information	03_Liang_lawreview_76_4-3.pdf



環境刑法における法益保護（４）

—— 環境媒体侵害の刑法的規制を中心に ——

梁 小 煒

目 次

序章 はじめに

第一章 ドイツ刑法における環境犯罪をめぐる検討

第一節 刑法典における環境犯罪の立法沿革

第二節 環境犯罪の保護法益に関する各見解

第三節 法益論に基づく検討（以上、75巻5・6合併号～76巻3号）

第四節 環境法益侵害の犯罪態様—水資源の汚染（刑法324条）を素材として

第一項 総説

第二項 現在の通説としての侵害犯説

1. 学説と判例の見解

2. 伝統的侵害犯説に対する批判

3. 侵害犯説の新たな提案

第三項 蓄積犯の構想

1. 蓄積犯概念の提唱と発展

2. 蓄積犯法理への批判と反論

3. 結論

第四項 私見の展開—蓄積犯に対する制限的解釈の可能性

1. 蓄積犯構想の肯定

2. 蓄積効果への規制—道徳哲学の視点から

3. 蓄積犯の構築—水資源の汚染の場合

4. 重大性のハードルの試論

5. 結論

第五項 小括

（以上、本号）

第四節 環境法益侵害の犯罪態様—水資源の汚染（刑法324条）を素材として

第一項 総説

人間存続の必要な前提条件としての環境基盤が環境犯罪の保護法益とされた後、さらなる問題は、環境法益のどの形式・どの程度の破壊は刑法で対処されるべきか、もし刑法で対処されるのであれば、どのような犯罪態様で評価されるべきかところにある。本節では、環境法益に影響を与える行為を正確に評価・対処できるような犯罪態様の類型について検討する。

犯罪態様の考察の重要性としては、例えばSaligerは、「形式的法益保護のほか、法治国の刑法は実質的法益保護をも促進すべきである。それは、実定法が（個人的または集合的）法益を侵害または危殆化する行為のみを処罰できると意味する」¹という。すなわち、有効な法益保護のため、適格な保護財の確定だけでは十分でない。その保護技術として、刑法の構成要件は、保護財に真実の影響をもたらし、かつ、処罰に値する行為を規制することも重要である。それが実質的法益保護の意義である。

また、実質的法益保護について、D'Avilaは「刑法的不法の正当性のために、規範的保護対象である刑法財の確定が不十分である。また、具体的事情で、伝統的に規範の保護対象への損害または危殆化を確認することにより決定されるような、保護法益への事實的攻撃が存在するかは問われるべきである」²とする。Kindhäuserも、法益の利用可能性がいかに影響されるかということは、犯罪態様の構造に関連していると指摘する³。

このように、保護法益に対する行為の事實的効果を考慮すべきであり、当該効果の確定がまさに刑法的構成要件の設置の前提条件である。さもないければ、構成要件の対応が行為の影響を正確に評価することはできな

¹ Frank Saliger, Positives und symbolisches Strafrecht, ZIS2022, S.280.

² Fabio Roberto D'Avila, Das Unrecht des Umweltdelikte, GA2011, S.579.

³ Vgl. Urs Kindhäuser, Rechtsgüterschutz durch Gefährungsdelikte, in: Knut Amelung u.a. (Hrsg.) Festschrift für Volker Krey, 2010, S.249Fn.1.

くなり、この場合、刑法による法益保護の事実的可能性に不利に働くおそれがあるだろう。ゆえに、保護法益に対する行為の事実的效果を確定して、当該効果に相応する合理的犯罪態様で行為を法的に評価することが、法益保護説の維持にとっては当然である。

それでは、環境財侵害の場合、その犯罪態様について、本稿では刑法324条「水資源の汚染」を代表的例として考察を行う。以下では、同条の行為客体としての、「自然的生態循環の一部に属する水域」に悪影響を与えた行為の効果を構成要件で正確に評価するために、その可能な犯罪態様を検討したい。

第二項 現在の通説としての侵害犯説

1. 学説と判例の見解

刑法324条の成立に「水資源を汚染しまたはその他水質を悪化させた」ことが必要である点から、本罪を結果犯と認められることに疑いがない。人間の生存基盤である環境法益の保護を前提として、通説によれば、同条の構成要件は侵害犯と評価されるべきである。すなわち、「水資源の相対的清潔性」⁴に着目し、「化学的、物理的、生物的・生態的自然水域の性質」の行為前後の変化が問題となり、水資源の現実かつ具体的生態学上の「現在の状態」(Ist-Zustand)の悪化すべてが侵害結果と理解されるべきである⁵。

判例でも、水資源に現状の不利変更をさせたことが外見により認識され得る場合、汚染が認定できるとされる。代表的事例として、被告人が権限なく工場の廃水をマイン川に合計127回排出した件について、OLG Frankfurtは以下のように判示した。すなわち、

⁴ 「相対的清潔性」を採用する理由として、「不利変更」は各対象の間の比較に基づく概念に属するから、「絶対的清潔性」についての検討がもはや不可能である。Vgl. *Hero Schall*, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9. Aufl., 2016, §324 Rn. 25.

⁵ Vgl. *Manfred Möhrenschrager*, in: *Lepiziger Kommentar Strafgesetzbuch*, 12. Aufl., 2020, §324 Rn. 9f., 27.

「水質のマイナス、すなわち、その事実上の利用可能性の少なからぬ客観的低減、あるいはその物理的、化学的、生物的または温度上の性質の少なからぬ客観的悪化は確定されるべきである……水質の悪化のゆえ、人間、動物または植物が事実上損害を受け、あるいはその具体的危険のみが発生したことは必要でない。悪化は—何らかの—不利益を生じさせることができれば十分である。刑法324条は、動物、人間または植物に対する損害惹起の抽象的可能性を必要としない。構成要件の形式によって、必要な損害可能性は生命体及び植物のところまで制限されていないからである」⁶とした。

この判決はつまり、具体的事情において、特定の水資源に少なからぬ程度に達する悪化を生じさせたような排出行為が、生態機能への侵害行為として同条の構成要件に合致すると肯定した。しかも、ここでの「悪影響」は、人間や動植物への侵害または具体的危殆化ばかりでなく、抽象的危殆化さえも必要としないとされた。

その後の判例は、基本的には同様な結論を採用するのである。例えば、被告人は中古自動車売買の経営のために、自分が購入した土地での、時間を経てすでに動植物の生息空間として自然的に発展してきた複数の池（これらの池は、最初では製材所の水たまりとされた）を干拓した行為について、OLG Stuttgartは次のように判示した。すなわち、

「少なくとも、長年を経て動植物の自然生息空間と発展してきたという二つの下部の池（本件の問題となった一部の池）は、刑法324条の水の概念を満たす……生態志向的解釈によって、物理的、化学的または生物的意義上の自然性質の悪化は水質の不利変更と理解されるべきである。そのため、水位を下げること、障害物を運び込むこと、あるいは酸素を大量に抽出することを通じて、動植物の自然的群集を侵害するのは十分である。池を大幅に乾かすことを通じて、被告人はそこでの動植物の群集を破壊した。下部の池に対する部分的充填によって、彼は動植物の群集を著しく侵害した」⁷とした。

⁶ OLG Frankfurt, Urt.v.22.5.1987, NStZ1987, S.508;auch vgl.NJW1987, S.2753f.

⁷ OLG Stuttgart, Urt.v.26.8.1994, NStZ1994, S.590f.

このように、本判決は自然的基盤としての水を保護客体とした上で、その性質の悪化を本条の侵害結果としている。確かに、本判決は動植物の自然的群集への侵害にも言及したが、これはあくまでも「酸素の抽出」という本件行為が刑罰に値する程度に達したことを認定するための要素に属し、動植物を同条の保護客体とされると意味しない。

また、近時では、水質の不利変更の意味に言及したBGHの判決もある。許可なくスカンジウムを含む砂礫の露天掘りの一部を、合計二十万トン以上の未浄化汚泥の堆肥で充填していた事案について、BGHは結論として刑法326条の成立を認定しているが、以下のように、水資源の汚染がいかに成立するかについても判示した。すなわち、

「持続的水汚染が存在するかという問題にとって、決定的なのは、具体的に特定されたような許容されない影響を考慮して、水（どのような形式と品質でも）が汚染され、よってその生物的価値が持続的に減少させられる可能性があったかことである。持続可能な必要性は汚染された保護財にも関連しているので、同必要性はあくまでも侵害の強度と持続時間に関係するものであり、影響された環境媒体を越える危険性を把握すべきだということを意味しない。それゆえ、具体的に影響される媒体に単に一時的または軽微な損害の作用を与えるような影響のみが排除される」⁸とした。

それゆえ、同判決も、水の生態的価値の低減を侵害結果として、それ以外の客体への侵害や危殆化を必要としないように、前述の侵害犯説と一致する。

2. 伝統的侵害犯説に対する批判

この侵害犯説への批判としては、①まず、水質の悪化が処罰できる程度に達するかについて、検討される水の範囲により、その答えがこれに依じて変わってくる。評価者自身の希望する結果(処罰するかしないか)を取得するため、刑法的規制に値する侵害と評価できるかについて、水の恣意的区分けを通じて、主観的に決定されるおそれがある。「有害物

⁸ BGH, Urt.v.23.10.2013, NStZ2014, S.92;BGHSt59, 55.

質の排出において、最小の限界（Minima-Grenze）は、問題となる水の範囲を拡大したり縮小したりすることにより恣意的に操作され得ることになる」⁹とするように、水質の悪化という侵害結果の有無が不明確であるとの指摘は適切である。

このように、侵害犯説の問題点としては、処罰に値する法益侵害の明確性が不十分である。確かに、些細な侵害を排除するために、「海洋の沖に対する同様の量の物質の排出という場合と比べて、小さい池に対する危殆化の物質の排出の場合、汚染がより容易に肯定されるのは当然である。軽微性の限界（Bagatellgrenze）はどこで取得され得るかにについては一般的でなく、具体的事情に基づいて個別に確定されるべきである」¹⁰と主張する見解がある。しかし、水資源の具体的性質や現在の状態を考えて構成要件該当性を判断するというアプローチを要求するにすぎないだろう。それゆえ、汚染行為の可罰性に関する有効な基準は依然として欠けているというべきである。

②次に、保護法益の通説からして、保護財は生態資源であり、その維持には公衆の長期的利益がある。そうすると、特定範囲の水資源機能の一定程度の低下ではなく、その全体的利用不可能こそが侵害結果となるべきである。なぜなら、ある範囲の水質の悪化があったとしても、問題となる特定の水資源は総体として、なお社会生活の要求を正常に満足できるからである。ゆえに、機能を大幅に弱体化させ、ひいてはそれが発揮できなくなった場合のみ、水資源の提供していた客観的生存・発展条件が失われることになるといえるだろう。例えばHenfendehlによれば、個別の構成要件の行為は、このような程度の侵害の惹起に適しないものだといわれるべきである¹¹。

すなわち、侵害犯説のもう一つの問題点は、侵害結果の成立にとって一部の水質の悪化が十分だと認められるところにある。環境犯罪の立法

⁹ *Erich Samson*, Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht, ZStW99(1987), S.625.

¹⁰ *Möhrenschlager*(Fn.5) LK-StGB, §324Rn.28.

¹¹ Vgl. *Roland Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S.153.

目的は保護法益としての生態基盤を維持するのである。しかし、侵害犯説により、法益侵害と評価された水質の低減は、あくまでも行為客体である水の悪化を意味するにすぎず、通常、水の生態的機能の侵害を意味するものではない。ゆえに、個別の汚染の程度から見て、人間の生活品質の顕著な低下に達する程度の水資源機能の侵害と考えられ得ない。

3. 侵害犯説の新たな提案

最近では、水資源の汚染の構成要件的解釈のみに検討を絞るものではないが、個別行為による環境基盤への不利影響を法益侵害とした侵害犯説に賛成しながら、新たな視点から法益侵害の性質や程度を解明する提案が出てきた。以下で見るように、特定の環境基盤への部分的影響を法益侵害とする説（A.）と、マクロの視点から、総体的環境基盤の意味における質の低下を法益侵害とする説（B.）という二つの見解が提唱されている。

A. 環境基盤の部分的侵害の主張—Sammüller-Gradl 説

Sammüller-Gradl説は、主に環境犯罪と財産犯を比較するように提案する。つまり、人間存続のための有限な自然資源を「財産の一種、あるいは少なくとも財産と類似したような客体」と認定する¹²。財産犯との平行の評価（行為客体、及び法益の平行）による環境犯罪の再構成について、環境犯罪の行為客体である各環境基盤を、財産犯の行為客体に統合できるという。

具体的にいえば、まず、環境媒体に有体物（水域と土壌）と無体物（大気）があり、「無体物」までも財産犯上の「財物」と認定され得るかは問題となる。しかし、「データを不法に削除し、隠匿し、使用不能にしたりまたは変更する」行為を規制する刑法303a条「データの変更」も財産犯である刑法典第27章「器物損壊」に規定されている。ゆえに、直接知覚

¹² Vgl. *Hanna Sammüller-Gradl*, Die Zurechnungsproblematik als Effektivitätshindernis im Deutschen Umweltstrafrecht—Untersuchung im Hinblick auf das Rechtsgut der Umweltdelikte, 2015, S.162ff.

できないデータは、確かに有体物に属せず、よって「物」に係る刑法303条の器物損壊罪により保護され得ないが、刑法303a条の立法を通じて、依然として財産犯の保護客体と認められている。

同説によれば、有体性は器物損壊の行為客体とされるための前提でない。そのため、環境基盤が生態資源として、確かに財産犯で直接保護されないにもかかわらず、データと同様に財産と解釈されるのは不可能でない¹³。つまり、有体か無体か、あるいは人間が知覚できるかに構わず、人間の生活に資する自然基盤が環境犯罪の保護客体とすると同時に、その有用性に基づいて財産犯の意味での「財物」（少なくとも財物と類似した）とも考えられ、その侵害は財産犯である器物損壊の性質があると認められる。

環境基盤が財物とされれば、その所有権及び帰属は問題となる。財産犯の場合、例えば刑法303条「器物損壊」は個人の財産の所有権と利用権を保護している一方、環境基盤の利用権の成立は可能であるが、特定の個人に帰属されない（不可分配性）ため、両者にはかなりの違いがある。ただ、同説によれば、公共利益の視点から出発すると、環境犯罪は刑法304条「公共侵害的器物損壊」¹⁴と類似したといえる。つまり、同条は公共的器物損壊を規制しており、その保護法益は有体物の所有権に関連せず、器物の「公共価値」に係るものである¹⁵。それによって、同条の法益は、環境犯罪の保護法益と同様に、いずれにしても所有権の基準を取り上げるものではない。同罪の構成要件にとって、「他人」の物という要件が不必要だからである¹⁶。このように、同条の保護法益は集合財としての「特定器物の普遍的利用における公共価値」であり、個別の人間に帰属されない。この点は環境法益と同様に、集合的法益の「不可

¹³ Vgl. *Sammüller-Gradl* (Fn.12) S.163f.

¹⁴ 本条の行為客体として、公的道路や広場などの公共施設があるし、公的記念碑や天然記念物等もある。

¹⁵ Vgl. *Brunhild Wieck-Noodt*, in: *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, 3. Aufl., 2019, §304 Rn.1.

¹⁶ Vgl. *Sammüller-Gradl* (Fn.12) S.164ff.

分配性」の特徴に関連している。

そして、同説により、刑法304条の行為客体としての「天然記念物」は、確かに環境犯罪の章において規定されないが、環境犯罪の行為客体である各環境要素との共通点を持っているというべきである。なぜなら、両者とも自然環境の特定の一部の価値に対する刑法的保護を考慮するからである。すなわち、刑法304条の「天然記念物」も刑法324条以下の生態環境の各要素も、人間が関与せずに自然によって創造されたものである。それゆえ、刑法304条は324条以下の環境犯罪と同様に、人間の創設したものでないような自然的に産出した客体を、人間の攻撃から保護していると認められ得る¹⁷。

結局、集合財の不可分配性と、自然の創造物の性質という共通点から、同説は「環境犯罪の犯罪群と刑法304条の天然記念物の刑法的保護にはこのような共通性があることから、環境犯罪を刑法303条以下の器物損壊の章に含めることについて、両者は全く内容上の関係がないとはいえない」¹⁸と結論づける。

そして、以上の構想は環境侵害を財産犯のように侵害犯と認定し、しかも、軽微不法の排除という問題を、財産犯上の損害に照らして解決するものであるとされる。まず、折衷説の立場を維持した上で、財産保護の視点から環境財を「公共財産」としており、環境財の損害を、結局的には人間の資源の損害と理解している¹⁹。そうしたら、環境の悪化の実質は人間が利用できる資源の減少となり、これがまさに公共財産の損害（客体の使用可能性の低減）として環境法益の侵害結果と認められ得る。

刑法の最後手段の原則及び過度犯罪化の防止は一般的に承認され、それによって、軽微不法の排除が必要である²⁰。ただ、刑法上の法益侵害を認めるために、どの程度の侵害に達する必要があるかは、環境犯罪にとって困難な問題である。この点について、環境犯罪と財産罪とのパラ

¹⁷ Vgl. *Sammüller-Gradl* (Fn.12) S.167f.

¹⁸ *Sammüller-Gradl* (Fn.12) S.168.

¹⁹ Vgl. *Sammüller-Gradl* (Fn.12) S.170f.

²⁰ Vgl. *Sammüller-Gradl* (Fn.12) S.175.

レルから出発して、同説は両者の法益侵害の性質のほか、器物損害罪の侵害の重大性ハードルを環境犯罪にも適用できると主張する。

例えば刑法303条「器物損壊」1項の場合、「損壊」は物に対する少なからぬ物理的侵害に達すべきである。ゆえに、構成要件に合致するのは「物の実質（Sachsubstanz）または外観上（すなわち、物の外部的表現、状態または外形）の、かなり軽微でない侵害、あるいは一物の実体を侵害しない場合―物に物理的影響を与え、よって目的・用途が決定された一場合によって技術的も―その利用可能性が永続的に損害される」²¹という侵害である。すなわち、ある程度以上の使用可能性の低減が法益侵害と評価され得る。

同説によれば、環境犯罪の重大性ハードルの確定について、確かに器物損壊罪の軽微不法の排除基準を環境汚染に直接に転用できないが、同基準は明確な指示可能性及び方向づけを提供している。例えば刑法324条の場合、軽微不法の排除のために、伝統的侵害犯説による「水の物理的、化学的、生物的または温度上の性質の少なからぬ客観的悪化の惹起」の基準は、実際には利用できないからである²²。環境犯罪でどの程度の汚染が軽微不法の程度を越えて刑罰的処罰に値するかについて、器物損壊罪の重大性ハードルが指示的機能を果たしている。

したがって、Sammüller-Gradl説は財産犯、すなわち器物損壊を手がかりに環境財の侵害を検討する。同説は環境財を有限な自然資源と評価し、それによって、処罰対象となる環境破壊を有限な資源の不法消耗と認定する。資源の有限性に基づき、公共的意義のある財物（集合財）と理解された生態資源に一定の損害を与えた場合、損失の分それ自体が法益侵害に属する。このように、総体的生態圏の悪化の存否や程度を考察する必要がなく、刑法324条の「水質の不利変更」のような法益侵害の成立によって、環境基盤の部分的侵害の発生（生態資源のある程度の消耗）で十分であると認められ得る。

²¹ Wieck-Noodt(Fn.15)MK-StGB, §303Rn.24.

²² Vgl.Sammüller-Gradl(Fn.12)S.175.

B. 環境基盤の全体的侵害の主張—Satzger/von Maltitz 説

他方、Satzger/von Maltitz説は、気候変動の問題に着目して、環境要素の部分的損害の代わりに、マクロの視点から総体的環境基盤の悪化を法益侵害とする。同主張は、二酸化炭素等の温室効果ガスの排出による全球の大気圏（Atmosphäre）損害の阻止を現代社会で必要とすることを検討の背景としている²³。

具体的にいえば、まず、大気の侵害可能性及び保護の必要性を明確にした。つまり、全球の生態循環を構成する大気は、別の環境要素と同様に有限な財となり、その利用には世界的規模の資源の衝突が生じる²⁴。個人や企業が有害ガスを排出し、大気中の温室効果ガスの濃度を高くさせることで利益を獲得している同時に、大気循環に過度の負担をかけるおそれもある。気候変動の結果として、「熱波、豪雨、旱魃、及びそれと結びつけた山火事、広範囲の火災のような極端な気象現象、及び世界の平均海水面の激しい上昇、沿岸地域の浸水、北極と南極の氷層の永久的喪失、種の大規模絶滅は、最終は基本的個人的法益（身体、生命、健康、財産または自由）の損害または毀滅をも生じさせる」²⁵のような各種の大規模侵害が現れる。ゆえに、限りある生態資源としての大気（圏）は法的保護に値する集合財であり、その過度の消耗に由来する侵害の連鎖反応を避けるために、その利用を一定の限度にまでコントロールすべきである。

そして、気候の不可逆な終局的悪化を阻止するため、気候刑法の構想は、世界的レベルの気候変動で惹起された各種の法益侵害（その帰属が困難である）の代わりに、「大気中の温室効果ガスの濃度」を保護財と評価する²⁶。しかも、温室効果ガスの濃度は特定の地域に関連せず、世界の視点から把握されるべきである。グローバルな気候システムの性質に鑑みて、単なる具体地域の温室効果ガス濃度の上昇は、地球レベルの

²³ Vgl. Helmut Satzger/Nicolai von Maltitz, Das Klimastrafrecht, ZStW133(2021), S.3ff.

²⁴ Vgl. Satzger/von Maltitz (Fn.23) ZStW133, S.3.

²⁵ Satzger/von Maltitz (Fn.23) ZStW133, S.4.

²⁶ Vgl. Satzger/von Maltitz (Fn.23) ZStW133, S.10.

大気圏の悪化を意味するわけでないからである。この点について同説により、「確かに区切られた地域の大気空間における温室効果ガスの濃度の地域差は確定できるが、大気圏中の長期的滞留による温室効果ガスの事實的（グローバルな）混合は、気候を地球規模で統一的なシステムと理解するための証明となる。グローバルな統一性を規範的で正当に評価するため、世界的平均の温室効果ガスの濃度を出発点とすることが説得力のあるように見える」²⁷とされる。つまり、地球の大気圏あるいは気候システムを総体的環境基盤としており、局部的考え方（すなわち、環境基盤の部分的侵害）が「恣意的」であり、大気のグローバルな特性に合致しないように主張する²⁸。

そうすると、同説によれば、気候刑法の場合、気候変動に惹起された結果の代わりに、温室効果ガスの平均濃度の上昇、すなわち気候変動（気候自身の損害）が構成要件の結果となる。しかも、それは抽象的危険犯に関係しない。この場合、「大気中のガス濃度」という新たな保護財を客体とする侵害犯の成立が認められ得る²⁹。同説は伝統的侵害犯説と異なり、環境基盤の部分的損害に着目しないと評価されるべきである。

C. 両説の問題点

環境基盤の部分的侵害に立脚するSammüller-Gradl説は、環境要素を生態資源と理解した上で、環境犯罪を財産犯とパラレルに検討する。すなわち、環境犯罪を財産犯と評価し、自然環境に損害を与える行為について、環境法益と同様に集合財である公共的意義のある財物への侵害をその実質としている。そうすると、法益侵害の肯定のために、環境基盤の総体的機能の弱体化が必要でなく、器物損壊罪のように、部分的侵害

²⁷ Satzger/von Maltitz (Fn.321) ZStW133, S.10. あるいは、「人為的気候変動は、工業化以降の大気圏の温室効果ガス濃度の上昇により、生態の温室効果を強めることに基づいている。温室効果ガスはグローバルな規模で混ざり合い、時には大気圏の中でかなり長い滞留時間を持つ」ともいえる。dies.Globales Klimastrafrecht: Reflexionen zum Strafanwendungsrecht zwischen Territorialität und Universalität, GA2023, S.68f.

²⁸ Vgl.Satzger/von Maltitz (Fn.23) ZStW133, S.11.

²⁹ Vgl.Satzger/von Maltitz (Fn.23) ZStW133, S.15, 26.

としての、少なからぬ物理的影響があれば十分である。

しかし、私見によれば、同説の問題点として、まずは財産犯適用の恣意性がある。つまり、同説は刑法303a条「データの変更」から出発して、刑法の「器物損壊」の章に無体の客体もある現状を理由として、(無体の大気を含む)環境要素をも同章の客体と認定できるとする。そして、環境要素が「天然記念物」と同様に「自然の創造物」に属するといえるから、刑法304条「公共侵害的器物損壊」も適用可能である。しかし、304条の文言から見て、同条はそもそも有体物以外の客体の保護を予定しないので、単なる「自然の創造物」という共通点は環境保護の承認にとって不十分であろう。しかも、環境法益に関する罪に対して、なぜ別種類の罪が指導的意義を持っているかは明白でないので、類推解釈の疑念がやはり払拭できないように思われる。

次に、環境基盤の全体的侵害に着目するSatzger/von Maltitz説は、マクロの視点で地球の大気圏を総体的生態システムと理解する。これに対応して、大気侵害も総体的大気圏の変化に関連し、(特定地域での)大気への部分的影響は、まだ侵害犯の意義における大気法益侵害とはいえないと認められるべきだと主張する。

私見によれば、確かに、基盤の全体的レベルの質の低下を法益侵害と評価するのは、大気圏という自然環境基盤の機能の性質を正確に理解していると思われる。各地の極端気象現象の発生等の悪影響は、温室効果ガスの「世界的平均の」濃度変化による全球的温暖化現象によって惹起されるものであり、特定地域の一時的なガス濃度上昇と関連する必然性はないからである。しかし、この法益侵害の判断基準は、別の環境要素、特に刑法324条の場合に利用しがたい。大気侵害の場合、自然科学的視点で、世界的レベルの温室効果ガスの濃度という統一的数値を統計することが可能であるのに対して、別の環境基盤の場合、その負担に関する世界的レベルの基準は不明確である。つまり、水汚染の場合、統一的基準の欠缺の結果として、特定汚染物質負荷の増加が、「全球の水資源」というレベルの水質の低減と評価されるのは困難だから、侵害犯の意味での法益侵害を肯定するために、環境基盤の全体的侵害の検討がもはや不可能であろう。

第三項 蓄積犯の構想

１．蓄積犯概念の提唱と発展

A. Kuhlen 説

前述したように、刑法324条の構成要件について、通説は「水質の悪化」を侵害結果とする。しかし、通常は、これは人間の生存基盤の（機能でなくなった程度の）破壊にまで至らないので、実際には、水資源の生態機能への危殆化がない汚染が、本条の構成要件的行為と認められている。それゆえ、個別行為による生態機能の損害ができない点に着目して、Kuhlenは蓄積犯（Kumulationsdelikt）の適用を主張する。すなわち、危険運転のような抽象的危险のある行為（侵害結果の発生が可能）と異なり、個別の水汚染には一般的意味における抽象的危险さえもないのであり、刑法324条は行為と保護法益との結合を通常な抽象的危险犯よりもっと緩やかなものとする構成要件である。しかし、もし同行為を規制しなければ、同類型の行為が多数回に行われる結果として、将来的に法益の侵害や危殆化を生じさせ得る³⁰。この場合、個々の行為が侵害または危険につながることを要求せず、大規模実行が法益侵害や危殆化に至ることのみを要求するので、Kuhlenはこのような「蓄積構成要件」を侵害犯、具体的危険犯そして抽象的危险犯とせず、独自の種類の構成要件と評価する³¹。

そして、処罰の必要性の根拠として、工業化及び人口発展の現状から見て、多数回の汚染行為の実行は現実的であることが指摘される³²。すなわち、人間社会の発展に伴い、環境汚染の各領域において発生している多数回実行の問題の重要性は、すでに生じている現状と比べて、将来の時代においてより強い程度で全世界に及ぶといえるべきである。ゆえ

³⁰ Vgl. Lothar Kuhlen, Umweltstrafrecht-auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW105(1993), S.698, 715f.; ders., Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§324StGB), GA1986, S.399. Kuhlen説の紹介について、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（2001年）322頁以下、川口浩一「環境刑法における予防原則と累積犯」法律論叢93巻6号（2021年）86頁以下等も参照。

³¹ Vgl. Kuhlen (Fn.30) GA1986, S.399. 金・前掲注30) 323頁も参照。

³² Vgl. Kuhlen (Fn.30) GA1986, S.402.

に、現代社会において、汚染の大規模な発生は予見でき、環境基盤の維持のために、このような行為を規制することが必要となる。

B. Loos 説

実際には、Kuhlenが水汚染の構成要件を解釈するために「蓄積犯」を提唱する前に、蓄積危険行為の処罰に関する検討がすでに現れた。例えばLoosは環境犯罪でなく、同じ集合的法益に関わる賄賂犯罪を検討の対象とする。彼によれば、生命等の個人財の安全に対する信頼の欠如は法益の危殆化をもたらすわけではない一方、賄賂犯罪は行政の純粋性への保証に関連するものであり、行政の純粋性に対する信用の低下は、国家行政の機能的条件に直接に悪影響を与えるとされる³³。すなわち、賄賂は確かに官庁の機能の発揮を直接・物理的に阻止するといえないが、官庁の正常活動に対する信用を動揺させる。信用の低下の結果として、国家行政に係るシステム及びその機能を保証する社会的規範の不遵守を引き起こし、よって機能の危殆化を生じさせる³⁴。

そして、集合財としての行政的機能がいかに侵害されるかは問題となる。Loosは収賄罪を抽象的危険犯とする同時に、2つの種類の抽象的危険犯を提起する。第1類型は、個別の危殆化行為がほかの因果的要素との共同作用または特別事情に基づくとしても、潜在的に法益侵害を引き起こせる。そして、第2類型は、個別の危殆化行為自体が法益侵害をもたらせないが、危殆化行為の累積（Summierung）によって侵害が可能となる。この類型は、いわば法益危険が個別行為の代わりに、「大衆行為」に基づいてしか生じない場合に対応する抽象的危険犯である³⁵。このように、個別の危険行為が実害に至り得る構成要件でなくとも、個々行為の「集合」が実害を実現する構成要件もある。

同説によれば、収賄罪において、個別の賄賂行為は個別の官庁の機能

³³ Vgl. Fritz Loos, Zum >Rechtsgut< der Bestechungsdelikte, in: Günter Stratenwerth u.a. (Hrsg.) Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S.890.

³⁴ Vgl. Loos (Fn.33) S.889.

³⁵ Vgl. Loos (Fn.33) S.891.

に影響を与えるにふさわしくないとされる。つまり、「一人の公務員の個別の犯罪行為は一純粹たる仮定的極端事例を度外視して一前述の機能的条件を損なうには適さないからである。この種の単独の行為は、公務員の側でも国民の側でも、社会的行動構造またはそれを支える態度に影響を与えない」³⁶という。それゆえ、このような行為が頻繁に発生してはじめて、行政の機能は相当な影響を受ける。そうすると、前述の抽象的危険犯の第２類型である「大衆危険犯」(Massengefährdungsdelikt)が適用できる³⁷。収賄罪の大衆行為は、同種行為の反復実行による集合財への危殆化という点で、水汚染の蓄積行為と同様である。

C. Wohlers 説

Kuhlenが水汚染の場合において「蓄積犯」の適用を提唱した後、そのほかに、同概念を支持し発展させる見解が現れる。例えば、Wohlers説とHefendehl説がそうである。彼らの見解は、蓄積犯の構想を環境犯罪以外の集合財に係る罪の構成要件解釈にも使用しようとする。しかも、Kuhlenは蓄積犯を法益の抽象的危険さえもない新型構成要件と理解するのに対して、WohlersとHefendehlは前述のLoos説と同様に、蓄積危険行為を抽象的危険犯の構成要件的行為と理解する。

Wohlersによれば、現代社会において、抽象的危険犯は、様々な潜在的风险のある犯罪行為の集合である。それゆえ、抽象的危険犯という犯罪群は、その各種のリスクに基づいて、さらなる分類を必要とする。そして、現行法において、抽象的危険犯はさらに３つの類型に分けられる³⁸。すなわち、

①まずは具体的危険性犯である。この場合、行為者が法益の損害に至り得る事情をもはやコントロールできなくなった状況の惹起がその行為の危険性である（例えば放火罪と飲酒運転）。この場合、危殆化または

³⁶ Loos(Fn.33)S.891.

³⁷ Vgl.Loos(Fn.33)S.891f.

³⁸ Vgl.Wolfgang Wohlers, Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur, GA2002, S.18f.

侵害が発生したかに依存せず、行為それ自体は抽象的危険行為として処罰に値するのである。

②次は蓄積犯である。この場合、保護財を侵害し得ない個別行為が、ほかの多数の同種行為との共同作用で損害を引き起こせる。これは主に集合的法益を保護対象とする（環境基盤や各社会的制度）。つまり、例えば人間の生存に必要な環境媒体の保証に保護法益としての環境財を見出す場合、廃棄物を投棄する行為は、「相当数の者」がそのような行為を実行した場合にのみ、法的関連のある損害につながる可能性がある。

③最後は予備犯（Vorbereitungsdelikte）である。同行為の潜在的危険は、行為の結果が他人または行為者自身の後の犯罪実現と関連するところにある（例えば通貨偽造や証券偽造）。これが個人的法益の場合でも集合的法益の場合でも適用可能であるが、この行為方式が集合財侵害の前段階にある場合において、通常は予備犯と蓄積犯の結合としての構成要件態様は存在している。例えば、通貨偽造罪の場合、個別の予備行為（偽造）が比較的で大量に発生してはじめて、集合的利益の真実な損害に至る。

それでは、蓄積犯が抽象的危険犯の一種として、その処罰根拠は次のようである。すなわち、ある行為の大量実行が容認できない結果に至る場合、同結果を回避するため、行為を止める義務が生じる。同種行為の影響の蓄積が公共財に重大な害悪を与える必然性がある状況で、すべての国民は法的地位において平等に取り扱われるべきであるので、何人も、当該行為を行う便乗者（Trittbrettfahrer）になりえない³⁹。言い換えると、現在の法秩序では、一定の集合財の機能を維持するように多元的現代社会の構成員に必要な指示を与えている。集合財の供給と保証に係る（すべての国民の）平等な共同作用に対して拒否しようとする便乗者は、平等な権利実現の原則に反する法的地位を不当に要求する者と評価されるべきである⁴⁰。

³⁹ Vgl. *Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers*, Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur-zu den Kriterien fairer Zurechnung, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S.207.

⁴⁰ Vgl. *Wolfgang Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafsrechts, 2000, S.321.

したがって、同説に基づくと、蓄積犯は個々の行為がその大量な実行で特定の集合的法益に害悪をもたらす行為態様を捕捉する抽象的危険犯である。そして、汚染等の個別のただ乗り（フリーライド）はそれ自体としては公共財に侵害や危殆化を与えないが、その不処罰が社会の構成員の平等な法的地位を動揺させるというべきである。社会の構成員が不公平の現状を認知した結果として、フリーライドの蓄積により、終局的には保護に値する集合財を機能させなくなる。それゆえ、特定の集合財を保障するために、蓄積危険行為としてのただ乗りを法的手段でコントロールする。

D. Hefendehl 説

Hefendehl説はまず、Loos説と同様に賄賂犯罪を検討の対象とし、刑法第30章「公職における犯罪行為」（331条以下）の罪を分析する。刑法331条「利益收受」の保護法益は国家機能の担当者の不可買収性に対する信用、及び国家の決定の公正性に対する信用であるので、集合的法益に係る同場合で侵害概念との区別を見出せると指摘する。

すなわち、もし法益侵害結果を保護財の価値の低減と見なされれば、個別の公務員による不当利益の取得では、このような侵害をもたらさないことは明らかである。法益とその因果的侵害可能性との連関が主張される場合、集合的法益は、通常は個別の行為に侵害され得ないと。なぜなら、このような公共財は、公衆に利用できる同時に、侵害から防御可能でもあることが証明された場合にのみ、公衆に資することが可能となるからである。この防御力（Wehrhaftigkeit）は、集合的法益の包括的隔離に由来するのではなく、「ある程度の個別影響を損害なしに耐えられる」能力に由来するものである。このように、一方で、公共財は公衆による実現を必要とし、他方で、公共財は、その状態にとって納得のいくような個別の違反行為によって壊滅させられることは不可能である⁴¹。

つまり、国家の機能に対する信用のような集合的法益が問題となる場合、このような公共財は特定の容認限度において、個別の者の不正利用

⁴¹ Vgl. Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S.151.

行為から自身の機能を維持することができる（公共財の防御力）。それゆえ、この場合、個別の行為は法益侵害や危殆化をもたらせない。同説は集合財のこのような特徴、すなわち、行為と法益侵害との間の事実的な因果性が欠けることを認識した上で、構成要件的行為と保護法益との連関を肯定するため、「事実的因果性と実質的に相当するもの」（materielles Äquivalent）を採すべきであると主張する⁴²。

それによって、「蓄積理論」は公共財に関連する環境犯罪や賄賂犯罪の場合において適用される。すなわち、水汚染の場合、蓄積構成要件は伝統的な（例えば個人的法益の場合での）法益侵害の因果性との相当性を創設するものとして、「もし処罰しなければ大量に実行する見込みがあり、よって水資源の機能の破壊を生じさせる」という行為態様を規制していると認められる⁴³。

E. D'Avila 説

さらに、前述した論理と区別するものとして、D'Avila説は危険配慮の概念を提唱して、抽象的危険犯に対応する特別な法益攻撃態様(Offensivitätsart)としている。

具体的にいえば、抽象的危険犯は具体的危険犯と異なり、法益客体が構成要件的行為の効果範囲内に存在することを要求せず、事後的損害可能性の考察を不要とするものであるとされる。抽象的危険犯は法益客体の「動態的次元」を保護しているからである。法益客体は動態的存在と構想されるので、特定の法益の存続を確保するため、立法者は刑法的保護を（法益客体の）「顕在領域」（Manifestationsbereich）にまで拡張させるべきである。それゆえ、法益客体の実存を確証したこの顕在領域は、抽象的危険犯に係る規範の保護領域と一致する⁴⁴。それに加えて、構成要件的行為による法益侵害の蓋然性をも確定すべきである。事前的考察からの法益侵害の可能性がなければ、危険性もなくなり、法益侵害の蓋然性は存在せず、よって抽象的危険行為は否定されるべきである。しか

⁴² Vgl. Hefendehl (Fn.41) Kollektive Rechtsgüter, S.182.

⁴³ Vgl. Hefendehl (Fn.41) Kollektive Rechtsgüter, S.183.

⁴⁴ Vgl. D'Avila (Fn.2) GA2011, S.581, 584.

し、不法の内容にとって単なる損害の可能性が不十分なので、その量的基準も必要である。そうすると、抽象的危険犯は結局、混合的規範な客観基準に基づき、法益侵害の「軽微でない」程度の可能性に対する「事前的」考察をその成立の必要条件としている⁴⁵。

このように、同説は抽象的危険犯を、いわゆる「危険配慮」という形式の法益攻撃態様と理解する。具体的事情において、軽微でない程度の法益侵害の可能性が法益客体の「顕在領域」に入った場合、危険配慮という攻撃態様は形成したといえる。すなわち、構成要件的行為が事前の時点から危殆化状態を創設して、同危殆化状態が法益客体の顕在領域と重なる場合、抽象的危険犯の不法内容はそれによって現れる⁴⁶。

それでは、個別実行の場合で規範の保護客体に対して危険がない蓄積犯の構成要件的行為が問題となっている。同説は324条の構成要件を蓄積犯の一例と評価して、これをも抽象的危険犯の一種と認定する⁴⁷。確かに、蓄積危険行為には保護法益への直接的攻撃が欠如している。それにもかかわらず、前述の「危険配慮」の適用で蓄積犯の実質的不法内容を解明することが可能であると述べる。

具体的にいえば、危険配慮の場合、単なる行為の性質の代わりに、個別の行為事情を超えて、「完全に事実の前後関係（Kontext）に依存すること」という刑法上の否定的状態が重要となる。すなわち、損害可能性を承認するか否定するかによって決定的なのは事実の前後関係であり、構成要件的行為の危険性のみを検討する代わりに、具体的事実の前後関係における法益侵害の一定程度の可能性があってはじめて、危険配慮という攻撃態様の存在は承認できる。それゆえ、例えば放火罪や危険運転の場合、このような考え方から出発すれば、適格な行為方式の欠如によらず、行為の事実的連関に関する考慮によって法益侵害の可能性を

⁴⁵ Vgl. *D'Avila* (Fn.2) GA2011, S.582.

⁴⁶ Vgl. *D'Avila* (Fn.2) GA2011, S.584. 結局、事前的判断により、法益侵害の発生が不可能だとされた場合、法益への危殆化の存否を考慮すべきではない。Vgl. S.585.

⁴⁷ Vgl. *D'Avila* (Fn.2) GA2011, S.585.

排除できると考えられる⁴⁸。

そうすると、危険配慮を適用するため、蓄積犯の場合でも「具体的事実の前後関係」を検討すべきである。立法者は蓄積危険の論理に基づいて、例えばすべての工場が一蓄積的に一特定汚染物質の排出等の同種の行為を実行し、よって将来的に環境基盤の損害を生じさせることによって、刑法的処罰を正当化するつもりである。確かに、他人の同様の行為が現実においてまだ行われていないので、蓄積効果は仮定的である。しかし、蓄積効果に係る事実の前後関係及び同関係の変更は、構成要件にその刑法的意味内容を与えている。それによって、いわゆる蓄積犯は、「行為」の問題から「事実の前後関係」の問題に移行するのである⁴⁹。

もちろん、各危険配慮の不法内容が同様に事実の前後関係に依存するが、蓄積犯は法益侵害をもたらさない行為を規制しているので、伝統的抽象的危険犯と異なる事実関係を持っている。すなわち、環境犯罪に関する蓄積犯の事実関係には高度な複雑性があり、事前的視点から見て、この複雑性は「変動する、不確実な、単なる蓋然性にすぎない無数の要因の相互作用」から生じたのである。他方、蓄積犯の場合、環境法益が現実とその物理的存在（海洋、森林等の環境基盤）を通じて変わらずに存続しているという点も、伝統的抽象的危険犯の保護財とは異なる。

それゆえ、同説によれば、もし法益客体が常に存在するのであれば、確かに複雑な事実の前後関係を全体的に把握できないが、法益侵害の代わりに、法益侵害の発生の可能性だけが必要なので、事実関係の全体的把握は蓄積犯に要求されないとされる。つまり、危険配慮の形成の可能性は、法益客体がすでに危険行為の作用範囲に入った時点で、事実の前後関係の要因の顕在に取り組むことになる⁵⁰。

以上のことから、同説は抽象的危険犯を「危険配慮」という法益攻撃態様として、法益侵害の可能性について、行為自体の危険性だけでなく、具体的状況での事実の前後関係をも検討する。また、環境法益侵害を抽象的危険犯の一種である蓄積犯と認定して、同様に危険配慮の適用を主

⁴⁸ Vgl. *D'Avila* (Fn.2) GA2011, S.586.

⁴⁹ Vgl. *D'Avila* (Fn.2) GA2011, S.586.

⁵⁰ Vgl. *D'Avila* (Fn.2) GA2011, S.587.

張する。前述のように、蓄積犯は「行為」の問題から「事実の前後関係」の問題に移行するものである。個別の汚染行為は無害であるが、同種行為の大量実行という仮定的蓄積効果が事実の前後関係として、将来の環境法益侵害の可能性を肯定する根拠と評価される。確かに、環境基盤の侵害が不確定な複雑要素による結果であり、その事実関係の総体は事前に把握し難いのである。それにもかかわらず、グローバルな環境法益が絶えず汚染の作用範囲に存在しているので、もし蓄積危険行為の大規模実行の可能性があれば、具体的事実関係での法益侵害可能性の存在にとっては十分である。

F. 結論

したがって、例えば環境犯罪の場合、個別の行為で生態基盤の機能損害が実現しないという特徴に相応して、蓄積犯の法理は、法益侵害に至る可能性がない行為態様の処罰根拠を見出す。行為の多数回の実行という蓄積的形式を通じてはじめて法益侵害または危殆化を惹起するのであれば、このような行為を規制すべきであり、個別の実行さえも処罰できると認められる。前述した各見解は、通常は「法的規制をしないと多数の社会の構成員の実行が予見できる」ことをその処罰根拠としている。

つまり、刑法324条の場合、個人が水質を悪化させる行為を実行しても、その不利益の程度が保護法益としての水資源にとっては機能の障害に達しない。しかし、利己主義的な汚染行為の多発性という現状から見て、多数の社会の構成員による群体行為の蓄積は、最終的に水環境の生態機能の破壊のハードルを越える必然性がある。それゆえ、自然基盤を効果的に保護するため、その個別の実行で水資源への抽象的危殆化さえも実現できないにもかかわらず、汚染行為の「大衆危険」や「蓄積危険」の特徴を理由として、新たな類型の抽象的危険犯としてなお処罰に値すると考えられるべきである。

2. 蓄積犯法理への批判と反論

ただし、行為者が蓄積犯の構成要件的行為を行ったとしても、法益侵害をもたらす現実的可能性がないことは確実である。確かに、事前の時点から見て、行為の大規模実行の場合、将来の不可逆な法益侵害の発生

は予見できるが、行為の不法内容は法益侵害の実現に不十分な危険しかないので、法益保護という刑法規制の実質的根拠との関係についてやはり疑問がある。ゆえに、蓄積犯の理論は下記のような批判を招いている。逆に、その批判に対して、蓄積犯の支持者からも相応の反論が出されている。

A. 蓄積犯の創設の恣意性

まずは、蓄積危険を恣意的に肯定するおそれがあるとの批判がある。蓄積犯は「皆が同種の行為を行う場合、その集合的效果によって重大な事情が生じることになる」という論理を基礎にしたにすぎないからである。すなわち、「ある行為態様＋大量実行＝法益侵害の発生」という事前の予測に基づき、立法者は有効な法益保護を理由として、対応の蓄積構成要件を創設して規制することができるはずである。しかし、もしこのような認定を一定の条件で制限しなければ、その結果として、蓄積犯の成立基準は不明確となり、社会の構成員の行動の自由に過剰な制限を与えるおそれがある。

例えば、Samsonの批判によれば、そうすると、皆が街で口笛を吹く場合、その騒音は耐えられないので、立法者は蓄積犯の理論を通じて同行為を処罰すべきだと考えることが可能となる。しかし、このような恣意的規制は法治国家の観点に適しない⁵¹。

つまり、「ある行為態様＋大量実行＝法益侵害の発生」という経験的論理は、単に蓄積効果による法益侵害の可能性を重視している。多数回実行の予測について判断の基準を提供しないところに、蓄積犯の創設の恣意性がある。より合理的根拠がなければ、口笛吹き、拍手等の迷惑行為の蓄積性についての主観的予測に反論できないであろうし、迷惑行為の蓄積の否認と汚染行為の蓄積の承認を両立させるのは困難であろう。

この点に対して、蓄積犯の支持者は、行為者の憲法的に保護されてい

⁵¹ Vgl. *Erich Samson*, in: *Walter Perron*, Tagungsbericht, ZStW99(1987), S.663; *Ioanna Anastasopoulou*, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2005, S.182f.

る行動自由に対する比例性に適った制限を保証するため、立法者が多数回にわたる実行の現実的可能、すなわち「現実的な蓄積効果」を考えるべきだとする⁵²。それゆえ、もし皆が実際に行うつもりではないと確信できれば、「皆が行う」という蓄積効果の前提条件は否定され得る。例えば、Hefendehlは現実性に着目して、口笛吹きの例に反論を提示する。つまり、口笛吹きの蓄積という問題は重要ではないことは予測できる。なぜなら、現代の工業社会において、口笛とは異なり、人間はより多く汚染をすることを認めるべきだからである⁵³。

しかし、この確信はあくまでも主観的評価であり、どの時点で蓄積効果が現実的であるかはまだ不明確である。その現実性を確認するために、Hefendehlは「動機状況」への調査を予測の条件とする。つまり、「通常には、人は当時の気分で口笛を吹くものだが、だからといって、それが自動作用を構成するわけではない。のどがかわいたら、皆は何かを飲もうとするが、上機嫌の場合、一部の人が口笛を吹くのである。時には、ドアを開けてもらうためや、誰かを怒らせるためなど、何かを達成するために口笛を吹くこともあるかもしれない。この機能的または非機能的、各個人に依存する動機の束に基づき、時間の同時性と場所の同一性がある場合にのみ関連性が認められるという現実的蓄積効果を心配する必要はない」⁵⁴と述べる。

つまり、同説によれば、現実的な蓄積効果の存否は、行為動機への客観的考察により明確化できるとされる。また、Wohlersも、ある行為が現実上十分に蓄積できるかについて立法者が評価の優先権を持っていると承認する一方、それが自由裁量ではなく、「経験科学」の認識を指導基準とすべきだとする。つまり、環境汚染の効果がすでに科学技術で確認されただけでなく、その効果の事實的蓄積性も承認できるので、少なくとも環境犯罪の場合に蓄積犯を肯定することは特に問題がない⁵⁵。ゆ

⁵² Vgl.Hefendehl(Fn.41) Kollektive Rechtsgüter, S.185;Kuhlen(Fn.30) ZStW105, S.716Fn.93.

⁵³ Vgl.Hefendehl(Fn.41) Kollektive Rechtsgüter, S.185.

⁵⁴ Hefendehl(Fn.41) Kollektive Rechtsgüter, S.185.

⁵⁵ Vgl.Wohlers(Fn.40) Deliktstypen, S.323.

えに、前述の口笛の場合、経験科学からの評価が欠いているので、その蓄積効果は否定され得る。

結局、蓄積犯の支持者は、蓄積効果への評価の恣意性が多数回実行の「現実性」により回避できると認めている。ただし、最近では、この現実的蓄積を「純粹経験的」予測と評価して、ここで依然として問題点があるとの指摘がある。すなわち、Teixeiraは、経験的予測になお蓄積理論の濫用の危険があるということを認識し、しかも、合法な行為態様の場合でも消極的蓄積効果の発生可能性がある」と批判する。例えば、同性愛はそもそも処罰され得ないが、多数の民衆が同性愛者になった場合、出生率の大量減少を生じさせ、よって労働力の不足という不利結果をもたらす。確かに、多数人が同性愛者になったという現象を安易に予想できないものの、「純粹経験的かつ偶然なのである」ということはまさに蓄積効果の予測の特徴である。それゆえ、ある地域で同性愛者が年々爆発的に増加しているという「現実的な」事実基礎に基づき、立法者が刑法に蓄積理論を適用して同性愛を禁止することは不可能でない⁵⁶。

B. 輕微性の原則の違反

次に、蓄積危険行為の処罰は輕微性の原則（Bagatellprinzip）に反するとの批判がある。すなわち、些細な侵害をも処罰することにより、刑法と別の対処メカニズムとの限界は削除されてしまうことになる⁵⁷。

例えば、「蓄積犯」の適用が提唱される前に、Schittenhelmは環境財のような集合的法益の場合、保護法益の危殆化に達せない個別行為の多数回の発生という特徴をすでに認識した。すなわち、「行為の非危険性が法益侵害に対する個別行為の不適格性に基づく場合、考えられる違反

⁵⁶ Vgl. Adriano Teixeira, Das Unrecht der privaten Korruption im geschäftlichen Verkehr, 2018, S.130. しかし、同説は単に「現実的蓄積」への期待という前提条件が蓄積犯の濫用の危険を排除できないと指摘するにすぎず、蓄積犯の適用を否定するわけではない。S.131f.

⁵⁷ Vgl. Rudolf Rengier, Überlegungen zu Rechtsgütern und Deliktstypen im Umweltstrafrecht, in: Lorenz Schulz (Hrsg.), Ökologie und Recht, 1991, S.33.

行為の多発性により集合的・蓄積的効果で法益が危殆化されるという最終的予防的根拠から、この非危険性を無視することが適切であるように見える」⁵⁸と述べて、単に個別行為が環境に損害をもたせないことを理由にその危険性を否定することができないと指摘する。

他方では、同説はこのような違反行為の「多発性」に基づく危険性の惹起が単なる規範の不遵守の無価値内容を持っており、秩序違反に属すると評価する⁵⁹。このように、同説は、そもそも法益侵害の危険のない行為の大規模実行が将来の環境基盤の損害を生じさせるという「蓄積危険」を認識しながら、蓄積効果のある行為態様を刑法の代わりに、秩序違反法で対処すべきだと主張する。それゆえ、蓄積危険行為の危険性が集合的法益の侵害可能性の代わりに、行為の多発性のみにあって、個別行為の不法が刑法上の不法の程度に達せず、行政不法にすぎないと認める。また、Herzogも不法の内容を「皆が行う」にまで短縮する蓄積構成要件の場合、「単なる危険の制御及び違警の秩序罰との関係に、刑法の限界は消えていくことになる」⁶⁰と指摘し、蓄積危険行為の不法内容が刑法上の法益侵害・危殆化の要求に合致しないように批判する。

しかし、蓄積犯の支持者は、蓄積犯と軽微性の原則とは両立し得ると反論する。すなわち、個別の事情に、行為と結果の不法程度は「重大性のハードル」を越える必要があるとされる。Hefendehl説によれば、蓄積効果が、構成要件のレベルの代わりに、犯罪化のレベル⁶¹に「事実的因果性と実質的に相当するもの」の証明に関連する。確かに、純粋な蓄積の考え方は軽微事案をも含む。現実的予測に基づき、軽微汚染でも、その蓄積が保護法益の侵害に至ることは確かである。ただし、軽微性の

⁵⁸ Ulrike Schittenhelm, Probleme der umweltgefährdenden Abfallbeseitigung nach §326StGB, GA1983, S.320.

⁵⁹ Vgl.Schittenhelm (Fn.58) GA1983, S.320.

⁶⁰ Felix Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991, S.146.

⁶¹ 犯罪化のレベルにおいて、検討されるのは、ある行為態様を刑法で規制する根拠としての、憲法上の合法的な犯罪化の条件である。Vgl.Hefendehl (Fn.41) Kollektive Rechtsgüter, S.182.

原則を遵守するため、構成要件的结果の発生と法益侵害とは区別すべきである。構成要件のレベルで重要でないもの（例えば社会的相当性のある行為）は、犯罪化のレベルでも検討に値しない⁶²。

そうすると、重大性ハードルを越える程度の不法は、刑法を適用するための前提条件であり、環境犯罪に係る蓄積犯の場合でも同様である。同説によれば、構成要件のレベルにおいて、軽微な行為はすでに「社会的相当性のある」ものとして排除された。構成要件的结果を検討する際に、蓄積効果への検討は別次元にあるものである。

この点について、Anastasopoulouは次のように説明した。すなわち、「個別事案での行為とその結果が越えるべき重大性のハードルにとっては、多数回の行為寄与の累積の場合にどのような結果が期待されるべきかことは決定的でない。さもなければ、最低限の違反すら構成要件に該当してしまうからである。逆に、構成要件結果は最初から蓄積の検討に依存せずに確定されるべきである。むしろ、Hefendehlによる構成要件該当性のない軽微違反は以下の場合に存在すべきである。すなわち、具体的状況での行為の『法益からの遊離』（Rechtsgutsferne）のゆえに、法益に関連しない次元が決定的である」⁶³として、軽微性の原則は構成要件的行为と結果への制限であると指摘する。

このように、軽微性の原則の違反への反論として、蓄積効果及び期待された将来の法益侵害は、あくまでも立法論上の犯罪化の根拠と認められるべきである。本項前述1.で言及したHefendehl説のように、行為は法益侵害や危殆化をもたらさず、行為と法益侵害との間の事実的因果性がないので、行為の蓄積効果を「事実的因果性と相当するもの」として、構成要件創設の根拠と評価すべきだとされる。法益侵害を招致するプロセスから、蓄積危険行為と通常な危殆化行為とは異なる。

それゆえ、蓄積構成要件において、構成要件的行为と「法益侵害」との関係を検討する必要はない。汚染が軽微であっても、絶えずに蓄積し

⁶² Vgl. Hefendehl (Fn.41) Kollektive Rechtsgüter, S.188; auch vgl. Anastasopoulou (Fn.51) S.186.

⁶³ Anastasopoulou (Fn.51) S.186.

必要な規模に達すれば、環境基盤の崩壊を招くからである。ただ、「重大性のハードル」は刑罰に値する不法の最低限の要求であり、蓄積犯でも適用できる。蓄積効果が事前の犯罪化の根拠にすぎないため、構成要件該当性に関する重大性のハードルの確定にとって、最終的法益侵害への個別寄与の程度は関係しない。結局、法益侵害や危殆化の程度の代わりに、構成要件の行為と結果の程度が重大性のハードルを越えると、刑法で蓄積危険を対処することは軽微性の原則の要求に合致する。それによって、軽微不法は蓄積構成要件から排除されるべきである。

C. 自己責任原則の違反

さらに、蓄積危険行為の処罰は、他人による侵害（ex iniuria tertii）に対する責任を行為者に負わせる結果になり、責任原則に反するとの批判がある。すなわち、蓄積効果は他人の多数回実行の予測に基づくものであり、法益侵害への他人寄与を理由に、この寄与と関係しない行為者を処罰する自己責任原則の違反を意味するはずである。

例えば、Sánchezは蓄積の考え方を、刑法が「普遍的リスクへの懲罰的管理法」に転向したことで行政法に適応するという結果の要因と評価する⁶⁴。同説によれば、蓄積的損害が刑法上の帰責の要求に合致せず、秩序違反法で規制されるべきであるとされる。

具体的には、刑法は具体的状況での法益保護を目的とし、自分の不法の個人的帰責の基準に従うのに対して、秩序違反法は一般的方式で行為領域を規制して、法益侵害と具体的危殆化の代わりに、「統計学上の一般的障害」に着目し、厳格な帰責をも不要とする。それゆえ、秩序違反法は、行為が重大な態様で法益を侵害したことを要求せず、それによって、具体的事案での損害調査の代わりに、行政法上の管轄での統計学上の危険だけを必要とする。「蓄積的損害」は、特定の行為態様の総体的意義の評価（皆がこれを行うという現象の結果を中核問題として）に関わり、同様に秩序違反の不法の一種と評価されるべきである。ただ、このような「包括的、統計学上の、推測上の」不法は、個別行為への帰責のための具体的損害の要素を取得できないので、自分の侵害部分に対し

⁶⁴ Vgl. Jesús-María Silva Sánchez, Die Expansion des Strafrechts, 2003, S.69.

て責任を負うという刑法上の帰責の要求に適しないといわざるを得ない⁶⁵。

また、Frischも他人のための答責を理由に蓄積犯の構想を批判する。すなわち、「それ自体がかなり有限な環境侵害の多数回発生は、特に長期的蓄積の場合、環境財の持続的かつ重大な影響のある損害に至る可能性はある」⁶⁶とし、蓄積犯の特徴を説明した。「蓄積の考え方は、単独で見れば公共財のかなり些細な侵害を、第三者の類似な財侵害の可能性を提示することによって、それ自体が非常に重大なものと分類されるべき財侵害にするために適用できることは説得力がない。なぜなら、第三者から差し迫る侵害に対して、制限された法益侵害や危殆化する態様のみで行動する者は責任がないのであり、第三者からされる財侵害を、自己の行為の危険性に加えて、自己の行為の行為無価値の判断に算入することもできないからである」⁶⁷として、特定の個別行為の行為無価値と結果無価値を検討する際に、他人の寄与を考慮するには疑問があるように指摘する。

このような批判に対して、蓄積犯の支持者は、他人による寄与の行為者への帰属という考え方を否認して反論を提示する。つまり、具体的構成要件の規定において帰責の根拠が第三者の不法に関連する場合にのみ、責任原則の違反が認められる。しかし、水汚染の構成要件においては、行為者は単に自分の行為の部分に対して責任を負う⁶⁸。つまり、構成要件の文言は、特定の行為者の行為のみを行為者への帰責の根拠としており、第三者の寄与との関係を規定しない。また、前述B.で言及したように、「構成要件」のレベルと「犯罪化」のレベルを区別すべきである。具体的構成要件に第三者の不法を考慮することは確かに責任原則

⁶⁵ Vgl. Sánchez (Fn.64) S.70ff.

⁶⁶ Wolfgang Frisch, Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens, in: Heffendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn.39) S.235.

⁶⁷ Frisch (Fn.66) S.235.

⁶⁸ Vgl. Kuhlen (Fn.30) ZStW 105, S.697.

に違反するが、他人の多数回実行及びその保護法益への影響が期待されるべきことは、最初からは犯罪化のレベルで決定的な予測上の問題である。それゆえ、構成要件上の不法が各個別の行為で実現されるかにかのみ関連している。小さな寄与を通じてどのような大規模損害が作り出されるかに対して説明することは、自分の不法あるいは他人の不法に対して責任を負うかという問題と関係しない⁶⁹。

したがって、前述した軽微性原則の違反への反論と同じように、責任原則の違反への反論として、「蓄積効果」及び予測された将来の可能な法益侵害は具体的構成要件の帰責根拠ではなく、特定の構成要件の立法根拠にすぎない。そうすると、蓄積犯の場合、行為者は他人の同種の寄与のためでなく、自己の構成要件の行為と相応の構成要件結果のために責任を負うというべきである。逆に、他人による侵害に係る要件を明文で規定する場合に限り、自己責任の原則に反することになる。

D. 部分的侵害説の主張可能性

最後は、集合的法益の場合でも、部分的侵害または個別的侵害を確認できるならば、そもそも法益侵害が存在するのであり、全体系の侵害の必要はないとの主張がある。

Roxinによれば、蓄積犯は「個別の賄賂、虚偽の陳述、偽札の使用、脱税等は、全体としての国家機関の機能を損なうことはないが、不処罰の場合に予想され得るその行為の累積は、そのような全体的機能に損害を与える可能性がかなり高いだろう」⁷⁰という構想に基づくものであると評価される。そして、彼はこれに反対して、集合的法益の侵害が他人の行為に関連せず、各構成要件該当の行為にあると主張する。すなわち、「水質の悪化を行う者は環境を侵害し、公務員として収賄する者は適正な公的行政を損なう。全体としての生態系システムまたは国家の行政を考慮する必要はない」と述べるほか、これが個人的法益の侵害と同様で

⁶⁹ Vgl. Hefendehl (Fn.41) Kollektive Rechtsgüter, S.189f.

⁷⁰ Claus Roxin, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: Felix Herzog/Ulfrid Neumann (Hrsg.) Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S.580.

あると認定し、「一回の平手打ちは、被害者の身体的全体系がそれによって被害を受けなくとも、傷害として処罰される。被害者の全体の財産にとって重要でないほどの些細な金額の場合でも、詐欺罪の構成要件の意義上の既遂の財産侵害が存在する」⁷¹という。つまり、同説は集合財の一部の損害を十分な法益侵害とし、わざわざ蓄積危険の概念を使用する必要がないと考える。

また、Anastasopoulouは蓄積犯の適用を徹底的に否定するのではないが、真正の集合的法益の「個別的侵害」を侵害犯と評価できるとする。すなわち、個別の行為は通常、保護された集合的制度の崩壊を引き起せないが、集合的法益の侵害には、財に対する完全抑圧（Totalunterdrückung）の代わりに、「個別の事案で回避すべき損害」から定義された個別的侵害のみがあっても十分であるという⁷²。それゆえ、この場合でも、法益侵害の時点は条文の目的と個々のケースで回避すべき損害により確定される。例えば、「刑法153条以下での司法的法益の侵害の時点としては、誤判が出された時点である。そして、刑法331条以下で保護された行政的機能の法益の場合、不当利得のための公務員による義務違反の実行が侵害である」⁷³等がその例である。結局、ある個人または団体による最初の作為または不作為が行われ、よってその個人による法に対する敵対が徐々に定着していることが明らかになった場合、社会的共同生活において構成され、人間たちの直接関係のプロセスに築かれた「真正の集合的法益」の侵害が現れると考えられる⁷⁴。

このような部分的侵害の見解への反論として、集合財の「部分的侵害」は単なる「中間的法益」への侵害であるという指摘がある。この場合、個別の行為が実際に影響を与えたのは保護法益でなく、集合的法益に関連する「行為客体」にすぎない⁷⁵。それゆえ、部分的侵害の見解が、構

⁷¹ Roxin (Fn.70) S.588.

⁷² Vgl. Anastasopoulou (Fn.51) S.297.

⁷³ Anastasopoulou (Fn.51) S.300.

⁷⁴ Vgl. Anastasopoulou (Fn.51) S.301.

⁷⁵ Vgl. Roland Hefendehl, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer

成要件上の行為客体の変更とその背後にある保護法益の侵害をはっきりと区別しないという点には疑問がある。

3. 結論

以上のことから、蓄積犯構想の反対者は、A. 認定の恣意性が払拭できない点、B. 軽微不法への規制は刑法の謙抑性に合致しない点、C. 蓄積効果による将来の法益侵害を予測することは自己責任の原則と整合的でない点、及びD. 集合的法益の場合でも個別行為による法益侵害は肯定でき、ここでは侵害犯が適用できる点を挙げている。一方、蓄積犯の支持者も反論を提示している。それゆえ、これらの批判は的を射ておらず、蓄積犯の適用は依然として可能であると考ええる。

前述C.の「自己責任原則の違反」について、蓄積の考え方は、結果発生のために複数の前提条件が相互独立に作用する「累積的因果関係」に対する責任（複数行為による侵害犯の成立に係る責任）と関係せず、あくまでも自己の構成要件の行為による個別の寄与に対する責任（抽象的危険犯の一種としての蓄積犯の責任）を考慮しているので、自己責任原則を維持しているといえる。また、前述D.の「部分的侵害説」については、保護法益と行為客体が混同するおそれがあると評価される。ゆえに、集合的法益の場合、法益の「部分的」侵害の肯定に対して、これが行為規範違反を法益侵害と誤認しているとの反論が可能である。個別の行為者の寄与ではなく、その蓄積のみが総体として機能する集合財にかなりの影響を与えうる点から見て、蓄積犯の適用のほうが適切である。

そして、A. 認定の恣意性とB. 軽微原則の違反の批判に対して、反論者は蓄積犯を創設する際に二つの必要基準を満たすべきだとして、蓄積犯の構想をさらに発展させた。

①前述A.の「認定の恣意性」に対して、反論者は「現実的蓄積効果」あるいは「期待された蓄積効果」を蓄積犯の合法性の前提条件としている。なぜなら、ある行為態様の蓄積の発生が予測により現実上可能であると認められた場合のみ、同行為の蓄積は私たちの社会に相応の損害を

与えうるからである。それゆえ、立法者は理論上の構想をそのまま適用することができず、現実的発生の可能性を検討すべきである⁷⁶。この可能性の事前的予測は、充分な事実上の根拠や経験に基づくべきである。

②前述B.の「軽微性原則の違反」に対して、反論者は「最小の自重」の基準を提示している⁷⁷。すなわち、軽微性の原則に基づき、刑法の構成要件の適用を重大性のハードルで制限すべきであり、許された蓄積の寄与と許されない蓄積の寄与を区別して、後者のみを刑法で規制すべきだとされる。

ただ、蓄積の考え方と軽微性の原則は両立できるとしても、個別の蓄積危険行為の重大性の存否をどのような基準に基づいて確定できるか（すなわち、構成要件のレベルでどの程度やどのような態様の蓄積危険行為が処罰に値するか）について、支持者は具体的説明をしない。この点は蓄積犯適用の明確性を保障するために重要なので、蓄積犯の重大性ハードルの可能な基準をさらに検討しなければならない。

第四項 私見の展開―蓄積犯に対する制限的解釈の可能性

1. 蓄積犯構想の肯定

以上のような議論を踏まえて、環境法益への侵害を蓄積危険と認めるのが合理的であると思われる。前述したように、環境財機能の全体的低減に至る程度の損害こそが、集合財としての環境法益の侵害と評価されるべきである一方、個別の行為は、この侵害だけでなく、法益の具体的、抽象的危殆化の惹起にも適しない。それゆえ、「水質の悪化」のような環境犯罪の構成要件を「蓄積犯」と評価するのは、環境法益侵害の現実的プロセスに相応する。そして、上述の蓄積犯への批判には、次のような反論がなされ得る。

①「現実的な蓄積効果」という基準はなお維持できると考えられる。蓄積犯でも単なる行為規範の違反を処罰するためではなく、法益保護をその目的とするからである。もし現実的蓄積効果がなければ、これが悪化の大規模発生は生じないことを意味し、ここでは法益侵害の発生に対

⁷⁶ Vgl. Wohlers (Fn.40) Deliktstypen, S.322f.

⁷⁷ Vgl. Wohlers (Fn.40) Deliktstypen, S.322, 324f.

する刑法上の予防必要性がないというべきである。前述第三項 2. A. で紹介したTeixeiraの批判は、蓄積の現実性に対する経験的予測への反論としては、説得的でないと思われる。なぜなら、同説の挙げた例としての「同性愛」行為はそもそも蓄積危険行為ではなく、すなわち、それ自体が外部に対して何ら悪化を招く因果的影響をも生じさせず、法益侵害のプロセスへの直接的「寄与」と評価され得ないからである。

また、蓄積犯の創設の恣意性を回避するために、蓄積犯の適用はいわゆる「オッカムのかみそり」(Ockhamsche Rasiermesser) という原則にも基づくべきだと思われる。すなわち、「現実的蓄積効果」の有無のほか、通常の侵害または危殆化が可能な場合、そもそも蓄積危険を考慮すべきではない。さもないと、全体的な刑法規範の体系の視点から見て、法益保護にはアンバランスが生じるのであろう。例えば、財産犯の場合、1パックのティッシュを盗むことができるから、「皆が1枚のティッシュを取るなら、最終的にXのティッシュは使い切れる」という事情を判断する必要はない⁷⁸。また、集合的法益としての信用に関する法益の場合、私見によれば、一回の偽札の使用でも通貨の信用に抽象的危殆化を生じさせる可能性は否定できないから、蓄積犯の代わりに、通常の抽象的危険犯で十分に対応できる。これに対して、環境法益の場合、個別の行為では抽象的危殆化さえも生じさせ得ないことは確かである。

②軽微性の原則について、確かに、軽微な寄与すら、十分に蓄積された場合、法益侵害に達せるが、蓄積犯で軽微不法への規制を予定する必要がない。なぜなら、構成要件的行為と結果はそもそも一定の違法性の質と量を要求しており、軽微な汚染は社会的相当性を越えなければ、刑法で処罰され得ないからである。さもないと、刑法と秩序違反法との限界が喪失してしまう。ゆえに、軽微性の原則は蓄積犯の場合にも適用する。

③責任原則について、他人による大規模実行は、蓄積犯を設置する必要性の根拠にすぎない。つまり、確かに他人の実行を理由として、特定

⁷⁸ しかも、財産に対する通常な抽象的危険犯をそもそも処罰しないという財産犯の体系から出発して、財産に対するより遠い「蓄積危険」を考慮することは不適切であろう。

の行為者が処罰されるが、行為者は他人の不法の責任を負っているわけでない。処罰の理由は、これが「蓄積したら侵害が生じる」という処罰に値する行為類型に属するからである。

④集合的法益の場合、「部分的侵害」を法益侵害と認定すべきでない。個人的法益の場合、一回の平手打ちが傷害となり、身体全体の障害の有無を考慮する必要はない。個人にとって、身体各部分への傷害がそれぞれ法益侵害となるからである。これに対して、集合的法益の場合、人間社会にとって重要なのは総体的機能であるから、「部分的損害」は総体的機能の障害に達しないのであれば、法益侵害とはいえない。

蓄積犯の適用のため、特に上記②軽微性の原則の保証について、具体的な重大性ハードルの基準を見出すことが必要である。実際には、同原則の維持は刑法上の違法の質と量の要求だけでなく、蓄積効果への規制に係る規範の有効性にとっても重要である。この点については、以下の討論で説明したい。

2. 蓄積効果への規制—道徳哲学の視点から

A. いわゆる「普遍化論証」の原理

蓄積危険を規制する根拠として、皆が特定の行為を行うのであれば、最終的に重大な結果を生じさせるので、皆が同行為を行うことができないという。この論理は、道徳哲学上の「普遍化論証」(das Argument der Verallgemeinerung)に属する。つまり、道徳哲学においても、「皆がこの行為を行う場合、何が発生するか」という問題に対して、「皆がこの行為を行ったら、その結果が悪くなるゆえに、皆はこの行為を行うべきではない」という結論がある⁷⁹。同結論は道徳的判断(行為が良いか悪いか)の対象となり得るか、なり得るのであればどのような条件に基づくべきかが問題となる。この点は蓄積犯の適用にも関連している。

本稿では、道徳哲学者M.G.Singerの普遍化論証の研究に基づいて検討を行う。同説はまず、①論証の基礎として、いわゆる「結果原則」(das

⁷⁹ Vgl. Uwe Volkmann, Wer handelt hier unmoralisch?, in: FAZ 07. März. 2023, S. 12.

Prinzip der Folgen) に言及する。すなわち、「Xを行った結果が望ましくない場合、Xを行うべきでない」または「Xを行わなかった結果が望ましくない場合、Xを行うべきである」という。ただ、「Xを行った結果が望ましい場合、Xを行うべきである」ことは「結果原則」ではない。結局、Xを行った場合、悪い結果は現れるので、正当化事由がなければ、Xを行うべきではない⁸⁰。

次に、②上記結果原則の「普遍化」を行う。すなわち、「皆がXを行うと、その結果が望ましくない場合、皆がXを行うべきではない」のである。そして、③いわゆる「普遍化原則」(das Prinzip der Verallgemeinerung)が行われる。すなわち、「もし皆はXを行うべきではないのであれば、何人もXを行うべきではない」あるいは「もしXを行うことは皆にとって正しくないのであれば、Xを行うことは、誰にとっても正しくない」という結論がなされる⁸¹。

最後は、当該②と③から、「皆がXを行うと、その結果が望ましくない場合、何人もXを行うべきではない」という「普遍化論証」がなされる。ここでの「皆」は集合的意味での人(jeder im kollektiven Sinn)であり、「各個人」ではない。ゆえに、「皆が行動すると、結果が望ましくない」は、「各個人が行動する結果が望ましくない」と区別すべきである。後者はあくまでも個別行為の結果が悪いことを根拠に「特定の個別行為が正しくない」を意味して、普遍化論証と直接関係しない⁸²。つまり、集合的効果の普遍化論証における「ある行為が正しくない」という判断から、「個別行為の結果それ自体が望ましくない」ことを出す必然性がない。

B. 普遍化論証への主体的制限

ただ、普遍化論証は一定の制限を受けている。第1には「すべての人

⁸⁰ Vgl. *Marcus George Singer*, Verallgemeinerung in der Ethik-Zur Logik moralischen Argumentierens, 1975, S.88ff. (原著として、*Marcus George Singer*, Generalization in Ethics, 1.Edition, 1961; 2.Edition, 1971.)

⁸¹ Vgl. *Singer* (Fn.80) S.90f.

⁸² Vgl. *Singer* (Fn.80) S.91f.

は類似の条件を持ち、類似の状況にある」という制限があり、第2は、正当化事由がなければ、誰もXを行う権利がない。ゆえに、より合理的な普遍化論証は「皆が特定の方式で行動すると、その結果が望ましくない場合、何人も理由なしにこれを行うべきではない」という。

そこで、同説は「制限された普遍性の条件」をさらに検討する。つまり、普遍化論証における「皆」を「特定のクラス」、すなわち「特定の性質を持つか、特定の条件を満たす者」にまで制限すべきである。ゆえに、普遍化論証は「Kの構成員の皆が行動すると、その結果が望ましくない場合、Kの構成員の皆が行動すべきではない」を意味する。特定のクラスを確定するために、事実の前後関係を考慮すべきである⁸³。

C. 普遍化論証の結果への制限

さらに、簡単に「その結果が望ましくない」と主張することはできない。例えば、普遍化論証への批判としては、もし皆が食品を生産するのであれば、衣服の生産や家屋の建造が停止する結果として、人間たちは蓋然的に凍死することになる。この場合、皆が食品を生産すると、その結果が好ましくないのが、普遍化論証によれば、食品の生産行為は正しくないように見えるが、明らかに不合理である⁸⁴。

ただ、逆にいうと、皆が食品を生産しない場合、その結果も耐え難い（皆が餓死することになる）ので、皆が食品を生産すべきであるとの結論も成立できる。結局、論証の有効適用のため、正反対の結論（Gegenargument）を避けるべきである。すなわち、「皆が特定の行為を行う結果」は、「誰も同行為を行わない結果」と同様に好ましくない場合、相応の論証は「裏返せる」（umkehrbar）ものとなる。有効な普遍化論証の場合、かかる行為態様に関してはこのような「論証の裏返し」が存在できない⁸⁵。

その上で、有効な論証は、前述の「特定のクラス」及び「正当化事由」の制限をも考慮すべきである。そうすると、より説得的なのは「Kの構成員の皆が特定の状況においてXを行うと、その結果が好ましくないの

⁸³ Vgl. *Singer* (Fn.80) S.93f.

⁸⁴ Vgl. *Singer* (Fn.80) S.97.

⁸⁵ Vgl. *Singer* (Fn.80) S.98.

に対して、Kの構成員は同様の状況において誰もXを行わないと、その結果が同様に望ましくないのではないという場合、もし特別な理由がなければ、Kの構成員の皆がXを行うべきではない」という論証である⁸⁶。

それでは、「論証の裏返し」が発生する原因は何か。同説によれば、おそらく食品や衣服の生産は、その内容がそれぞれ道徳的に漠然としたものだからである。道徳的判断のため、事実の前後関係を明確化すべきである。漠然とした「食品の生産」は事実の背景がないので、「食品の生産が良いか悪いか」の判断は明白な意義がない。ゆえに、具体的態様のある生産行為が良いか悪いかについて判断を下すことは可能であるが、単なる「食品の生産」は道徳的に判断できず、普遍化原則の適用はできない。窃盗等とは違い、食品の生産それ自体は道徳的中立の記述にすぎないからである⁸⁷。

ゆえに、特定状況下の行為が正しいかについて判断を行うことが可能となる場合（道徳的中立でない場合）に、普遍化論証を適用できる。道徳的に判断するため、具体的事実関係の補充でその一般性・漠然性を回避すべきである⁸⁸。このように、特定の行為態様を特定の事実関係で道徳的に判断できることが、普遍化論証の前提である。

D. 普遍化論証への過度な制限の回避

前述した過度の一般性のほか、論証の有効適用は、不当制限をも避けるべきである。例えば、皆が6時に食事をする結果として、6時には各重要機能を果たす人々が誰でも仕事をしなくなるので、「誰も6時に

⁸⁶ Vgl.Singer(Fn.80)S.99ff.

⁸⁷ Vgl.Singer(Fn.80)S.102ff.

⁸⁸ 具体的状況を補充するものとして、例えば、伝染病の感染者が食品を生産すると、この病気が食品を通じて伝染する蓋然性があるので、「感染者による食品の生産行為」への道徳的判断は可能となる。感染者が食品の生産を行わない場合、その結果が望ましくないといえないだろう。結局、感染者の場合、食品の生産が正しくないと評価されるべきである。ここで普遍化論証は適用可能である。もちろん、普遍化論証の前提として、「伝染病」という補充条件は全体人間に及んではならない。さもなければ、この制限的条件は無意味となる。Vgl.Singer(Fn.80)S.105ff.

食事をすべきではない」という不合理な結論がなされる。これも普遍化論証への批判である。この点について、同説によれば、5時や7時にも食事をすべきでないとの結論が可能となり、それによって、任意の時点で食事をする権利がなくなる結果として、最終的には「誰も食事をする権利がない」ことになる」と指摘される。この場合、論証は「反復可能」(iterierbar)で無効となる⁸⁹。

すなわち、「時間や場所、行為、物や人」への恣意的特定は、反復可能な論証に至り得る。同説により、反復可能な論証は前述の「裏返せる」ものにも属する。「誰も6時に食事をすべきでない」は、繰返して「誰も食事をすべきでない」になる必然性があり、これと「皆がすべての時点で食事すべきである」とはいずれも望ましくない結果に至るからである。ゆえに、不当制限を避けるため、恣意的条件を使うべきでない。もし行為の特定時間や場所は道徳上重要であれば、時間や場所の論証は「反復可能」なものではない。

その後、同説は例外としての「正当化事由」について検討を行う。例えば、クラスKの構成員がSを行う場合、第1には、K以外の者のSは正当化問題の対象外にある。第2には、Kの構成員が皆でSを行う結果が望ましくない場合、Kのある構成員がSを行う特定の「状況」を示すことが可能である。すなわち、その「状況」でKの構成員が皆でSを行うのであれば、望ましくない結果にならない。第3には、Kの構成員が皆でSを行う結果が望ましくない場合、クラスKの含む下位クラスLを持ち出して、Lの構成員が皆でSを行うのであれば、望ましくない結果にならないことは可能である⁹⁰。

ただ、すべての人が正当化の対象になることを避けるため、いわゆる「論証の非反復可能性」(die Nichtiterierbarkeit des Arguments)の基準を要求する。例えば、税金の支払いの場合、「一定の収入以下」を根拠とするのが可能であり、一定の収入以下の者が皆で税金を支払わない場合、望ましくない結果にならない。「生存のための必要収入のみを稼ぐ」

⁸⁹ Vgl. *Singer* (Fn.80) S.107f.

⁹⁰ Vgl. *Singer* (Fn.80) S.111f.

者と、「それ以上の収入を稼ぐ」者との区別は重要な区別として正当である。これは恣意的でなく、すべての人が例外になるおそれがないからである⁹¹。

したがって、道徳哲学の場合、普遍化論証とは「皆がXを行うと、その蓄積的効果が望ましくない場合、何人も正当な理由なしにXを行うべきではない」を指す。同説によれば、普遍化論証に際して、その有効性のために、論証の裏返し（皆がXを行っても行わなくても、同様に悪い結果に至る）を回避すべきである。そして、例外としての正当化事由を確定する際に、論証の非反復可能性（正当化根拠の適用が恣意的でないこと）を顧慮せざるを得ない。

3. 蓄積犯の構築—水資源の汚染の場合

それでは、有効な普遍化論証の必要条件は、刑法上の蓄積犯にどのような影響を与えるかについて検討すべきである。確かに、道徳判断と刑法判断と次元が異なるが、ある行為態様に対して道徳的に判断できるかは、刑法による規制の可能性にも関連している。なぜなら、前述のように、抽象的食事や生産等の「道徳的中立の記述」の場合、その結果が良いか悪いかは判断できず、その刑法的規制が法益保護に資するかは同様に不明確になってしまうからである。すなわち、道徳的中立の記述は、実質的には「行為の蓄積は何らかの悪影響を生じさせるかは不明確である」ことを意味する。

それゆえ、具体的事実関係の補充で「道徳的に判断できるもの」にする普遍化論証の要請は、将来の法益侵害を予防する蓄積犯でも顧慮されるべきだろう。しかも、この具体化は、刑法の明確性の原則にも合致する。私見では、蓄積犯の場合、①普遍化論証の「論証の裏返し」の排除、及び②正当化根拠の「論証の非反復可能性」をも考慮に入れる。以下では、水資源の汚染について検討を行う。

①すでに言及したように、「水質の悪化」が構成要件の結果であり、皆が無限に汚染行為を行うと、その蓄積は最終的に自然基盤の壊滅とい

⁹¹ Vgl. *Singer* (Fn.397) S.117.

う法益侵害になり得る。この侵害プロセス及び発生の現実性は、科学の予測で確認されたので、汚染行為を蓄積危険行為と評価することに問題がない。しかし、他方では、環境法益は重要な生態資源であり、その消耗の不可避性にも注目すべきである。環境が資源に属する考え方は、「現世代と未来世代が環境法益に依存すると同時に、その利用と損害にも依存する構想に基づく……その限り、環境犯罪の法益は集合的法益の見地を越えて、集合的に利用されている法益とも理解されるべきである」⁹²というように、通貨制度や司法制度等と違い、環境財の利用は、必然的にその保有量の減少や質の低減を伴う。

人間社会の維持のために、環境資源の消耗すべてを禁止することができないので、環境法益に関する蓄積犯は、前述の「普遍化論証」の有効性に適応すべきである。対象や範囲の限定を考慮せず、「環境資源に悪影響を与える」行為すべてを蓄積犯の行為と評価するのは合理的でない。日常の廃棄物の排出等は、生態資源の利用と理解され得るので、その徹底した禁止は不可能である。水資源の汚染の構成要件も有効な普遍性論証に倣うべきであろう。あらゆる人間が汚染を行っても行わなくても望ましくない結果（排出による環境基盤の崩壊か、排出しないことによる社会生活の停滞か）になるので、この「論証の裏返し」を排除するため、同構成要件への制限的解釈は必要となる。

②それゆえ、普遍化論証の客体である水汚染に係る正当化根拠は問題となる。まず、刑法324条1項に「権限なく」の要件があり、もし「権限がある」のであれば、違法性阻却事由が存在すると認定されている⁹³。環境刑法の行政従属性の特徴に基づき、汚染物質の排出が行政上容認された場合、権限のある汚染は、事前に確定された限界の範囲内において正当化される。

そうすると、「権限のない者」をクラスKとして、ここでの普遍化論証は「Kの皆が水汚染を行うと、耐え難い結果になるので、Kの何人も

⁹² *Sammüller-Gradt*(Fn.12)S.104f.Auch vgl.*Paul Krell*, Welche Lehren lassen sich aus der Kritik am Umweltstrafrecht für ein Klimastrafrecht ziehen?, GA2023, S.85.

⁹³ Vgl.*Möhrenschlager*(Fn.5)LK-StGB, §324Rn.65ff.

汚染を行うべきでない」になる。しかし、私見では、同論証にはなお「論証の裏返し」が存在すると思われる。企業の生産や市町村の公共的汚染物質処理は行政法上の特別権限に関連する一方、それ以外の一般民衆の日常生活も汚染の発生に伴い、これらの汚染をすべて禁止することは困難だからである。ゆえに、行政法上の権限がなくとも、社会的相当性のある汚染をも普遍化論証から排除するべきであろう。この社会的相当性の基準を明確にするため、論証の「非反復可能性」を考える必要がある。

前述のように、税金の例の場合、「一定の収入以下」が正当化の理由として、限定された例外を保証できる。これに倣って、汚染の場合でも、「一定の排出規模以下」の行為を構成要件の適用の例外と評価できる。そうすると、権限のない排出のうち、「日常生活に容認できる程度の排出」⁹⁴と「日常生活に耐え難い程度の排出」を区別して、後者のみを蓄積犯と認定すれば十分であろう。この制限的解釈は、軽微性の原則にも合致する。

結局、水資源の汚染の構成要件は蓄積犯として、「一定の排出規模を越えた汚染」のみを規制している。同理解は、普遍化論証の有効性要求としての具体的事実関係の補充に顧慮するものとして、「許された蓄積寄与」と「許されない蓄積寄与」を区別する刑法上の重大性のハードルを、排出規模で確定するとはいえる。それでは、「許されない蓄積の寄与」は、どの程度に達するべきであるか。それを明らかにするため、行為の規模・効果をさらに考察せざるを得ない。以下では、その可能な構想について試論を行う。

4. 重大性のハードルの試論

一つの構想は、いわゆる環境の自浄力を重大性のハードルとして、この基準を越えた行為を、刑法上許されない蓄積の寄与と評価する。すなわち、生態圏の循環が、一定の量の汚染を除去できるので、自浄力の限界を越えない程度の行為は刑法で処罰する必要がないという。自浄力の

⁹⁴ すなわち、当罰性の欠く行為と評価される。もちろん、規制の必要性があれば、行政上の規制は可能である。

具体的意味につき、Dickenhorstの研究によれば、例えば水汚染において、自浄力とは、排出された負荷を消滅または不活性化する能力を指す。負荷である複雑有機物が酸素の酸化作用によって、低分子の無機物に変化する。この無機物、すなわちリン酸塩や硝酸塩が植物の栄養物として、さらに藻類の繁殖を促進する。つまり、自浄プロセスを経て、水質（構成成分の相互作用）は負荷排出前の状態に戻る。しかし、生物学的自浄力の有効性は、負荷が生物的に分解可能なものに属することを前提とする。アルミニウムのような分解できない有毒金属には、効果的に機能しない⁹⁵。

他方、自浄力の概念は、判例でも言及された。OLG Stuttgartは、水の自浄力に対する影響があった場合、水汚染が成立するとしている。すなわち、「汚染により、水資源の生物学的自浄力が遅延し（verzögert）、または妨げられた」⁹⁶と判示した。しかし、「自浄力の機能への影響」を侵害結果とする理解は合理的でないと思われる。なぜなら、環境の自浄力は生態循環の本来の状態に戻る能力を指し、環境財の利用と直接関係しないので、自浄機能への阻害は保護財である生態的基盤の損害を意味しないからである。

それでは、自浄力の基準を、「汚染の程度」の提示とするのは可能か。つまり、自浄力の阻害を汚染結果とせず、生態の浄化能力を重大性のハードルの具体化と評価する。その理由としては、生態環境の現実に着目して、自浄力を越えた汚染は水資源に除去できない負荷を与え、よって生態の将来的崩壊を招くものであると認められ得る。そうすると、水資源における自浄力程度を越える行為のみが法益侵害の蓄積危険を持っており、刑法上の不法に達するといえるはずである。

しかし、これは否定されるべきである。その問題点は、自浄力はすべての汚染物質に対処できるわけでないところにある。Kleine-Cosackの批判によれば、金属を含む有毒物質等は、その不可解体性のゆえに水の自浄機能と関係しないが、水質の悪化を生じさせることは否定できな

⁹⁵ Vgl. Christian Dickenhorst, Gewässerschutz durch Umweltstrafrecht, 2013, S.78f.

⁹⁶ OLG Stuttgart, NJW1977, S.1408.

い⁹⁷。しかも、前記Dickenhorstの研究も、自浄力は分解できない有毒金属で機能しないという⁹⁸。結局、自浄力の対応は狭い範囲内に制限され、酸素で分解できない有害物質の排出は重大性のハードルに達するかについて説明できない。

そのほか、いま一つの構想は水外部に及ぶ影響を考慮し、「動植物存続の侵害適性」のある汚染を刑法上許されない蓄積寄与と評価する。これは実際、刑法324条を適性犯と解釈した見解を、蓄積構成要件への限定解釈に転用するといえるので、まずはこの主張を検討すべきである。適性犯(Eignungsdelikte)とは、裁判官が行為時の具体的状況において行為の危険性を判断すべきものであり、実害や具体的危険の発生を必要としないものである。それゆえ、適性犯も抽象的危険犯である。その成立について、構成要件の行為は構成要件に合致しない行為と比べて侵害のリスクを高めたことへの証明で十分である。これに対して、通常の抽象的危険犯の場合、危険性がない行為は構成要件に合致するのであり、裁判官が行為の危険性を具体的に判断せずに構成要件の該当性を肯定する⁹⁹。

つまり、適性犯の場合、具体的行為事情に基づき、行為が一般的に危害化の適性を持つかということを、裁判官により判断される。このような構成要件は法益侵害に適した行為を規制しているが、法益侵害の具体的危険を要求しない。

刑法324条を適性犯と解する見解、例えば（１）Kleine-Cosack説によれば、水質を悪化させた行為は「人間、動物または植物といった生物の自然の生存」に悪影響をするに適した場合のみ、同条の構成要件に該当すると認められる¹⁰⁰。その理由としては、水資源はそれ自体のためでは

⁹⁷ Vgl. *Eva Kleine-Cosack*, Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht, 1988, S.95f.

⁹⁸ Vgl. *Dickenhorst* (Fn.95) S.79.

⁹⁹ Vgl. *Lothar Kuhlen*, Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen, in: *von Hirsch/Seelmann/Wohlers* (Hrsg.), *Mediating Principles*, 2006, S.149.

¹⁰⁰ Vgl. *Kleine-Cosack* (Fn.97) S.124.

なく、人間や動植物の生存という目的のために保護されるからである。また、(2) Kasper説は健康と動植物の侵害に着目している。まず、「刑法223条1項の健康侵害の適性」を刑法324条の可罰性限界と認める。同侵害適性は、生態法益の侵害及び可罰性の評価基準となる。その上、可罰性の制限のため、健康侵害を刑法223条の意味で解釈し、すなわち、「吐き気すら惹起しない負荷、または軽微な健康侵害」のみに達する汚染は、健康侵害の適性に不十分であるとする¹⁰¹。そして、人間生存と関連する必然性がないことを理由に、動植物の侵害適性を基準としない。むしろ、動植物存続の「事実的侵害」が必要である。特定の動植物種は、自然の共生に重要な役割、あるいは風景や生態に特別意義を有すれば、ここの客体に属する。結局、人間の生存と発展に関連するため、いくつかの動植物の侵害でなく、むしろ動植物の存続（動植物群）の侵害のみが、「水資源の人間生存のための機能が少なからぬ侵害を受けた」という反証できない推測を正当化できると考えられる¹⁰²。

以上のことから、前説は「人間の健康、重要な価値のある財物及び動植物」の侵害適性で「水質の悪化」を具体化するのに対し、後説は健康の侵害適性と動植物存続の実害を要求している。蓄積犯説に賛成する私見としては、刑法324条は適性犯でないが、構成要件の解釈の際に、水資源以外の客体の「侵害適性」がある汚染を「許されない蓄積寄与」と解することは可能である。同条に水汚染の量的基準への明確規定が存在しないので、水質変化の程度のみに着目すれば、水質の「些細な悪化」と「重大な悪化」をいかに区別するかについて判断し難いからである。ただ、上述の両見解と異なり、私見では、もし条文から「環境法益の保護」しか読み取れないのであれば、「人間の健康の侵害適性」を考える必要がないと思われる。人の健康が問題となる場合、別罪の保護で十分であろう。

結局、人間の健康よりも、周辺の動植物への影響を考慮したほうが生

¹⁰¹ Vgl. Bernd Kasper, Die Erheblichkeitsschwelle im Bereich des Umweltstrafrechts, 1997, S.201ff. 同説について、金・前掲注30)329頁以下も参照。

¹⁰² Vgl. Kasper (Fn.101) S.206ff, 213.

態保護の視点に合致するだろう。しかも、動植物存続の侵害は過剰な要求であり、その適性を蓄積危険の重大性ハードルと評価するのは合理的であると思われる。動植物の個体群はそもそも刑法324条の保護客体ではなく、その事実的侵害でも侵害適性でも同様に汚染の不法程度を提示する基準であり、水域周辺の動植物の侵害適性さえあれば、環境侵害の蓄積の重大性にとって十分である。また、これは自浄力の視点からも説得的である。動植物存続の侵害適性があれば、行為の効果は環境の処理プロセスで十分に対処できず、それによって、環境の侵害プロセスによって有効な蓄積の寄与に属するといえよう。

したがって、行為の「動植物存続の侵害適性」を蓄積危険の基準とし得るように思われる。これは環境法益保護の目的に合致し、環境基盤の有害物質の処理機能との関連性をも顧慮するからである。しかも、（環境の処理プロセスで除去できる）軽微汚染を排除できると同時に、大規模公害にまで達する汚染を要求しないので、この不法程度に至る行為を社会上「許されない蓄積の寄与」と評価するのは可能である。

5. 結論

本項で検討したように、環境法益に特殊性があり、すなわち、社会生活上不可避免的に利用されているので、生態資源の消耗を徹底的に阻止する代わりに、これを一定の限界にまでコントロールするのみが可能である。蓄積犯の創設は普遍化論証の有効性をその前提とするので、単なる「皆が環境を汚染すべきではない」という抽象的結論は、環境の必要利用を無視して、「論証の裏返し」に陥る。ゆえに、その侵害に係る蓄積犯の適用が「一定の排出量以上」あるいは「許されない蓄積寄与」への処罰にまで制限される限定は、有効な普遍化論証の前提条件を満たす解釈である。

そうすると、許されない蓄積寄与はどの程度の汚染に達するべきかが問題となる。すなわち、水汚染の構成要件に資する不法の重大性のハードルを具体化すべきである。私見では、刑法324条を蓄積犯とした上で、「動植物存続の侵害適性」のある汚染は、その規模が日常生活に随伴する排出（社会秩序に耐えられた排出）の範疇から離れて、重大性のハードルを越えた蓄積危険として処罰に値すると思われる。

第五項 小括

本節では、人間生活に資する生態基盤である環境法益への侵害はどのような犯罪態様で評価すべきかについて、ドイツ刑法324条「水資源の汚染」を例として考察をした。判例・通説によれば、同条は侵害犯に属し、水質現状の悪化すべてが水資源の侵害結果と評価され得る。しかし、この考え方には問題がある。第1に、行為客体である水資源の範囲に対する区分けが恣意的であり、法益侵害の有無が不明確である。第2に、水域のような人間の生存基盤の維持に公衆の長期的利益があるので、社会生活上の利用の阻害に達しない特定範囲の水質悪化の代わりに、総体的利用可能の低下こそが法益侵害となるべきである。しかし、これは一般的には個別の汚染によって惹起され得ない。

現在では、一部の学説はいわゆる「蓄積犯」の構想を支持する。つまり、水資源の機能への危殆化がなく、しかも、通常の抽象的危険さえもないが、この汚染を法的手段で規制しなければ、同行為が多数回に行われる結果として、いつかは法益侵害に至る。このように、同条を新型の抽象的危険犯である蓄積犯とする考え方は、水資源を効果的に保護するため、将来の法益侵害の防止に相応する刑法的予防を構想するものである。

ただし、蓄積危険の可罰性について、具体的基準は欠けている。私見では、行為当時の事情に基づき、もし行為に「動植物存続の侵害適性」があれば、環境の処理プロセスがその悪影響を十分に除去できないというべきである。生態の自浄力で対処できる軽微汚染の場合、水資源以外の客体に悪影響をもたらす危険がないからである。ゆえに、動植物存続の侵害に適する汚染は、外部環境で長時間に残留していくので、将来の環境法益侵害への現実的蓄積寄与と認められる。結局、動植物存続の侵害適性の存否を蓄積構成要件の重大性のハードルとすることは不可能でない。