

廃棄物処理法における不法投棄罪の 各論的検討 ——近時の動向を中心に——

今 井 康 介

はじめに

I 不法投棄罪の解釈問題

- 1 廃棄物の定義
- 2 「捨てる」の解釈

II 管理権放棄説の近時の展開

- 1 札幌地裁小樽支判平成19年5月11日公刊物未掲載
- 2 船戸宏之の厳格な管理権放棄説（2017年）
 - （1）管理の放棄類型と α 類型？
 - （2）第三者が管理する廃棄物は不法投棄できない？
- 3 従来の管理権放棄説批判
 - （1）管理権放棄説の根拠分析
 - （2）軽犯罪法の汚廃物投棄の罪をめぐる解釈
 - （3）より当罰性の低い行為が、法定刑の重い不法投棄罪に？
 - （4）管理の承継と非承継：非承継＝投棄？
 - （5）管理の放棄では限界を画せない
 - （6）厳格な管理権放棄説の問題
 - （7）故意ある幫助道具の理論の援用？
- 4 小 括

III 廃棄物状況不良変更説の問題？

- 1 福山好典の批判
- 2 渡辺靖明の批判
- 3 小 括

IV 不作為による不法投棄

1 佐久簡判平成12年11月17日 LEX/DB 25450719

2 東京高判平成20年12月24日 LLI/DB L06320764

3 検 討

(1) 措置命令による義務づけ？

(2) 作為義務の発生根拠論？

(3) 撤去すべき根拠

(4) 撤去すべき範囲

4 小 括

V 未必の故意による不法投棄の共謀共同正犯

1 最決平成19年11月14日刑集61巻8号757頁

2 刑法学説による評価

3 不法投棄罪なのか？

4 小 括

おわりに

はじめに

本稿は、廃棄物処理法における刑事罰則の中で最も重要な不法投棄罪のうち、同罪の各論的な問題を検討するものである。

以前、私は不法投棄罪の規定の変遷、判例および学説による解釈問題を検討⁽¹⁾し、さらに特別刑法上の他の犯罪と廃棄物処理法の不法投棄罪との関係を論じた⁽²⁾。つまり不法投棄罪の構成要件を分析し、さらに廃棄物処理法の犯罪を他法の犯罪と比較することで、不法投棄罪の総論的な検討を試みたのである。なぜなら未だ不明確であった不法投棄罪の構成要件解釈を明確化し、他法の処罰規定との関係を明確化することが、我が国で繰り返されてきた大規模不法投棄事件の解決に貢献するだけでなく、刑事事件として不法投棄への対処を行う実務に資すると考えたからである⁽³⁾。

もっとも、その後廃棄物処理法について研究を進めるにつれ、不法投棄罪

に関する判例・裁判例の中には、不法投棄罪の総論的な議論だけでは十分に対処することの出来ない、各論的な問題が存在することが判明してきた。つまり不法投棄罪の構造や解釈を前提とした上で、実際の問題にどのように対処するかが、なお課題として残っている領域があるのである。以前から私の廃棄物処理法研究は、罰則の構成要件を明確化し、実務家にとって使いやすい状況を作り出すことを目標としている。そのため、不法投棄罪の各論的な問題の検討は、避けて通ることの出来ない重要な課題である。

また私が2014年に不法投棄罪についての論文を公刊した後、幾人かの論者が不法投棄罪をめぐる新たな論稿を発表しており、不法投棄罪をめぐる議論が活性化している。⁽⁴⁾それゆえ近時の議論状況を明らかにし、それを踏まえた上で、私見への批判に対し反論を行う必要がある。以下本稿は、不法投棄罪の構造及び議論状況を簡単に紹介し、不法投棄罪をめぐる近時の議論を参照した後に、私見への批判へ反論し、それを踏まえて実務上問題となってきた不法投棄罪の各論的な問題を検討する。

I 不法投棄罪の解釈問題

廃棄物処理法16条は、「何人も、みだりに廃棄物を捨ててはならない。」と規定し、この規定に反し不法投棄を行った場合には、25条1項14号により5年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金またはこれの併科が予定されている。不法投棄罪の解釈論上、最も争われてきた問題は、廃棄物の定義をめぐる問題と、「捨てる」の解釈をめぐる問題の2つである。

1 廃棄物の定義

第1の問題は、「廃棄物の定義」つまり問題となっている物が、廃棄物か否かをどのような判断基準で決定するかである。⁽⁵⁾

この問題につき辰井聡子、⁽⁶⁾神山敏雄、⁽⁷⁾大山弘は、⁽⁸⁾廃棄物か否かを、客観的

に決すべきと主張した。⁽⁹⁾しかし現在の通説及び実務は、適切にも、客観面だけでなく占有者の主観面を加味して判断する総合判断方法を採用する。なぜなら物の利用可能性は、排出者の意思にかかっていることが少なくない一方、また他方で、物の客観的な性質や社会的な取り扱いの実態をも考慮しなければ、廃棄物処理法の目的である生活環境の清潔化、保全、公衆衛生の向上を十分に達成することが見込めないからである。⁽¹¹⁾

それでは実務が採用する総合判断方法とはどのようなものだろうか。総合判断方法が実務に定着したのは、最高裁がいわゆるおから決定(最決平成11年3月10日刑集53巻3号339頁)⁽¹²⁾において、総合判断方法を採用したからである。これは、被告人が豆腐製造業者からおからの処理委託を受け、被告人の経営する工場まで、処理料金を徴収して、収集・運搬し、おからを熱処理して乾燥させていたところ、産業廃棄物の収集・運搬に必要な許可を受けていなかったとして、無許可処理業の罪として起訴された事案である。

最高裁は、「自ら利用し又は他人に有償で譲渡することができないために事業者にとって不要になった物」が不要物であるとし、「これに該当するか否かは、その物の性状、排出の状況、通常のご扱い形態、取引価値の有無及び事業者の意思等を総合的に勘案して決するのが相当である」とした。この事件では、おからは大量に排出されており、非常に腐敗しやすく、大部分が牧畜業者に引き渡され、あるいは有料で廃棄物処理業者に処理が委託されていた実態があり、さらに被告人も処理料金を徴収していた点が指摘され、おからが産業廃棄物に該当するとされた。

おから決定から15年以上が経過した現在、廃棄物該当性判断としての総合判断方法は、完全に刑事裁判実務に定着している。⁽¹³⁾総合判断方法を採用して廃棄物該当性を肯定した近時の刑事裁判例として、仏壇等の収集処理を業とする会社の支店長らが、病院等から委託されたホルマリン、仏壇等を、無許可で業として収集・運搬、処分し、野焼き同然の方法で焼却等していた事案につき、仏壇は産業廃棄物ではないという被告人側の主張を認めず無許可営

業罪（廃棄物処理法25条1項1号）の成立を認めた仙台地判平成24年12月13日 LLI/DB L06750760がある。また山梨県北杜市において、産業廃棄物である混合汚泥肥料の処分を無許可で引き受けていたとして無許可営業罪の成立が認められた甲府地判平成28年1月20日 LEX/DB 25543344及びその控訴審である東京高判平成28年6月14日 LEX/DB 25543149⁽¹⁴⁾においても総合判断方法が前提とされている。さらに許可を得ずに廃墓石の運搬を行ったとして、墓石が産業廃棄物に該当するかが問題とされ、無許可収集・運搬罪が肯定された広島高判平成28年6月1日 LEX/DB 25448093⁽¹⁵⁾において、総合判断方法に基づいた廃棄物該当性の判断が行われている。

なお注意を要するのは、不法投棄罪の場合、廃棄物該当性の判断時点は、廃棄物の排出あるいは収集・運搬された時点ではなく、実際に廃棄物が投棄された投棄時⁽¹⁶⁾だという点である。なぜなら近時は再生利用が進んでおり、排出時あるいは収集・運搬時と投棄時⁽¹⁷⁾で、その性質、形状、外観、有害性等が大きく変わっていることも少なくないからである。裁判例においても、廃棄物該当性の判断時期が、各犯罪類型ごとに異なることが認められている。名古屋高判平成17年3月16日 LEX/DB 28105236⁽¹⁸⁾は、産業廃棄物の収集運搬及び中間処分業を営む被告人が、県知事の許可を受けないで産業廃棄物である汚泥を処分するために脱水処理した産業廃棄物に土を混合した上、住宅建設現場などに同混合物を運搬、投棄して埋め立て処分した事案において、「受入れ当初の時点においては廃棄物の性状を有する汚泥であっても、その後の過程で一定の再生のための加工が加えられ、その性状が変化し、客観的には土砂としての利用価値、取引価値が生じたような場合においては、その獲得した性状に適合した用途に供せられ、かつ、環境に弊害が生じない措置が十分に執られるという条件の下では、有用性のある土砂と同じ物に変化し、その結果廃棄物性を喪失したと認めるのが相当である。」と判示し、不法投棄罪の成否としては廃棄物該当性を否定し、産業廃棄物処分業の範囲を、変更許可を受けずに変更した点については、廃棄物該当性を肯定した。

2 「捨てる」の解釈

第2の問題は、「捨てる」とは何を意味するのか、どのような事態が生じれば「捨てる」と評価できるのかという問題である。

かつての行政解釈は、「捨てる」を、廃棄物を最終的に自然に還元させる行為であると解する理解を採用していた。それを根拠にして主張された最終的・自然への還元説は、安富潔⁽¹⁹⁾、多谷千香子⁽²⁰⁾、小針健慈⁽²¹⁾らに支持されたが、少数説にとどまっている。なぜなら商店街の歩道にタンスを放置したというような場合には、最終的な・自然への還元行為は存在せず、この事例で不法投棄罪を否定するのであれば、不法投棄罪の処罰範囲に問題が生じるからである。現在では、行政解釈も最終的・自然への還元説を採用していない以上、最終的・自然への還元説は支持する根拠も存在しないというべきであろう。⁽²²⁾⁽²³⁾

近時の支配的見解は、管理権放棄説である。管理権放棄説は、問題となっている廃棄物について、管理を放棄する事態が生じている点を捉えて「捨てる」と解する見解である。管理権放棄説は、かつて生盛豊樹⁽²⁴⁾が採用しており、いわゆる野積み事件（最決平成18年2月20日刑集60巻2号162頁）⁽²⁵⁾を契機として、学説において通説化した。野積み事件は、汚泥等を工場敷地内に設けられた穴に埋め立てることを前提に、そのわきに野積みしたところ、不法投棄罪（当時は不法投棄罪の未遂を処罰する規定が存在しなかった。）として起訴されたものである。⁽²⁶⁾最高裁は、「その態様、期間等に照らしても、仮置きなどとは認められず、不要物としてその管理を放棄したものというほかはないから、これを本件穴に投入し最終的には覆土するなどして埋め立てることを予定していたとしても、法16条にいう『廃棄物を捨てる』行為に当たるといふべき」とした。その後管理権放棄説は、松本麗⁽²⁷⁾、平尾寛⁽²⁸⁾、前田巖⁽²⁹⁾、多和田隆史⁽³⁰⁾をはじめとした実務家らだけでなく、辰井聡子⁽³¹⁾、岡部雅人⁽³²⁾、福山好典⁽³³⁾といった研究者らによっても支持されている。

野積み事件の最高裁決定以後、下級審判例においても管理の放棄というフ

ァクターを判示して、不法投棄罪を認定することが定着している。広島高判平成19年5月15日D1-LAW/DB 28155141⁽³⁴⁾は、採石事業により生じた鉱さいを海岸に投棄したとして有罪判決を受けた被告人らが、①投棄した石の廃棄物性及び②廃棄物処理法施行令所定の鉱さい該当性、③管理の放棄がないので不法投棄ではないとして争った事案につき、廃棄物該当性を認めた上で被告人らは何らの管理の措置等もすることなく放置したとして不法投棄行為を認定した。さらに大阪地判平成27年12月14日D1-LAW/DB 28240129は、ごみ集積場に産業廃棄物を含む廃棄物を複数日に渡って投棄したと起訴された事案につき、そのうちの1日について無罪とし、それ以外の日の投棄行為について一時的な仮置きであったとは認められず、被告人らが不要物としてその管理を放棄したものと認められるとして不法投棄罪を認めた。

しかし管理権放棄説には、東京高判平成21年4月27日東高時報60巻1=12号44頁のように、廃棄物を管理放棄して野積みした後に、さらに穴に埋め立てる場合には、先行する野積みが管理放棄である以上、後行する穴埋め行為に管理の放棄があるとして不法投棄罪が成立することを説明し難いという問題が生じた。⁽³⁶⁾

近時不法投棄罪について検討を加え、管理権放棄説の修正を主張する阿部⁽³⁷⁾鋼は、財産犯における占有概念を廃棄物に転用し、廃棄物の占有を放棄したことが「捨てる」とであると解する（占有放棄説）。しかし廃棄物は、法律が管理を要求しないと管理がなされないのに対し、財産は法律が期待しなくても管理がなされる以上、両者は前提からして異なっている、それゆえ、占有概念を廃棄物領域へと転用することは不可能である。さらに占有放棄説が廃棄物に対する占有の事実と意思等を総合的に判断して占有放棄を判断するのだとすると、「捨てる」の構成要件解釈の限界は不明確だけでなく、廃棄物を野積みしたのちに埋め立てる場合に、占有を2回放棄できるのか疑問がある。つまり占有放棄説は、管理権放棄説と同じ問題を抱えている。

以上のような点から、さらに管理権放棄説や占有放棄説では、所有者や占

有者以外の者による不法投棄行為を処罰することが出来ない問題があるとして、私は、廃棄物の適正処理がより期待できない状況に置かれることによる周辺環境への影響発生行為が「捨てる」に該当すると主張した(本稿では「廃棄物状況不良変更説」と呼ぶ)。

不法投棄罪をめぐる従来の議論状況は、以上のとおりである。以下では、近時不法投棄罪をめぐる行われた議論を参照し、検討する。

II 管理権放棄説の近時の展開

不法投棄罪の「捨てる」の意義をめぐるのは、後述するように、近時管理権放棄説の立場から管理放棄をより限定的にとらえる見解が主張されている。私の理解によれば、この限定的な見解は、一部の下級審判例の理解に示唆を受けているものと思われるので、まず問題となった下級審判例を参照することにしたい。

1 札幌地裁小樽支判平成19年5月11日公刊物未掲載

いわゆる野積み事件において、最決平成18年2月20日が管理権放棄説の立場を採用して以降、実務上は管理権放棄説が前提とされるようになった。しかし札幌地裁小樽支判平成19年5月11日公刊物未掲載⁽³⁸⁾は、管理権放棄説に限定を加えることにより、被告人に無罪判決を下し、管理権放棄説に新たな問題を提起した。

本件被告人は土地の整地作業を受注した土木会社の社長と役員である。被告人らが土地上に置かれた残土を低地部分に投入して平均化する整地作業を始めたところ、被告人らは低地部分に野積みされた廃タイヤが存在するのを発見した。しかし彼らは、廃タイヤを移動等させることなく、そのまま残土をかぶせて埋めて、その表面を平らにして整地したという行為につき、不法投棄罪⁽³⁹⁾であるとして起訴がなされた。札幌地裁小樽支部は、『捨てる』と

は、一般的用法に従い、不要物としてその所有ないし管理を放棄することと解するのが相当であり、『捨て』るというためには、当該対象物を場所的に移動させることまでは必要ないものの、少なくとも行為者の行為が行為の当時、対象物を所有ないし管理していることを要すると解すべきである。」と一般的な判断を示した上、本件の廃タイヤにつき、たまたま発見しただけで、それを管理していたとまで見ることはできないとして、被告人らに無罪を言い渡した。

この判決は最高裁と同様に管理権放棄説を前提としつつも、行為の当時、対象物を所有ないし管理していることを要するとして管理の態様を問題にすることで、管理権放棄説に一定の限定を付したものと理解することができる。この限定は、実務家に好意的な評価を受けている。城祐一郎は、『『少なくとも行為者が行為の当時、対象物を所有ないし管理していることを要すると解すべき』との判断は確かに肯定できるものでしょうし、また、この事案に照らす限り、勝手に埋めてしまった被告人らの判断が適切であるとは思われませんが、だからといって被告人等がそれを管理しているとは言えないと思われ、これを捨てたとは認定できないとした判断は正当なものとして是認⁽⁴⁰⁾できる』としている。

その後、不法投棄罪の「捨てる」を管理権の放棄と理解しつつ管理放棄の部分に限定を付すという思考は、より徹底されて実務家によって展開された。以下ではこの見解を参照した後に、批判的検討に入ることにする。

2 船戸宏之の厳格な管理権放棄説（2017年）

近時、不法投棄罪の「捨てる」について新たな解釈を行ったのは船戸宏之⁽⁴¹⁾である。船戸の見解の出発点は、従来の管理権放棄説である。船戸は、『『捨て』るの意義については、軽犯罪法の『棄て』ると同様に、『管理を放棄すること』という趣旨のものと解するのが相当である。』とした上で、管理放棄説をより厳格に構成しようとする。⁽⁴²⁾

(1) 管理の放棄類型と α 類型?

第1に、船戸は管理権の放棄といえる場合以外を不法投棄罪で処罰することに疑問を唱える。船戸は、以下のように述べている。

「廃棄物の不適正な取り扱いにより生活環境や公衆衛生という法益を害する行為の中には、管理の放棄では把握できない行為も存在しており、これについても不法投棄罪の成立を認めるべきという見解にも首肯すべきものがある。しかし、管理の放棄という概念では説明できない行為について、不法投棄罪の成立を認めるとすれば、『捨て』るという文言からは離れてしまい、条文の解釈としては困難がある。『捨て』るという条文について、管理の放棄以外に拡張して解釈する必要性も、必ずしも高くないのではないかと思われる。⁽⁴³⁾」

(⁽⁴⁴⁾野積み事件の調査官解説を記した前田は、)「廃棄物の不適正な取扱いの中には、管理の放棄というファクターで捕捉できないが、なお行為類型や生活環境や公衆衛生という法益を害する点で変わりがないとして不法投棄罪を構成するものと解すべきものがないとは限らないと指摘している。生活環境や公衆衛生を害する恐れがあるが、管理の放棄としては把握できない行為があるとすれば、そのような行為については、(他の概念を用いることなどにより、『捨て』る行為に当たると無理なく説明できるのであれば別であるが、)『捨て』る行為を構成要件とする不法投棄罪の成立を否定すべきではないか⁽⁴⁵⁾と考えられる。」

すなわち、従来の管理権放棄説は、①管理の放棄で説明可能な類型だけでなく、②管理の放棄で説明できないが環境侵害の観点から不法投棄罪を肯定する類型(α 類型)を認めていたが、船戸は、①の管理の放棄で説明可能な類型のみ不法投棄罪を肯定すべきであるというのである。さらに船戸はこの限定的な理解を基礎として、さらに管理権を放棄できる主体を限定する解釈を提供する。

（２）第三者が管理する廃棄物は不法投棄できない？

第２に、船戸は自らが管理する廃棄物を放棄する場合のみが不法投棄罪を構成し、第三者が管理する廃棄物については、不法投棄罪の規定が把握していないとして、次のように述べる。⁽⁴⁶⁾

前述のように前田は、⁽⁴⁷⁾「ゴミ集積場に集積されている汚物をまき散らすような行為は、従来から不法投棄罪に当たるものと解されており、その結論に異論がないところと思われる」と指摘している。⁽⁴⁸⁾また中村明は、『例えば、ごみ集積場に集積されている汚物をまき散らかす等他人が排出・集積している汚物を放出・散乱させるような行為も、法益を侵すという点においては全く同一の行為であり、不法投棄の罪に当たる。この意味で、捨てるという行為も本法の趣旨に照らして目的的に解釈されるべきである。』としている。しかし、その行為の態様や周辺の状況など、その事案の事情によるのではないと思われる。もし、行為者が、集積等されていた他人の汚物について、事実上その管理を得て、それを放棄したと評価できない状況であれば、不法投棄罪の成立は否定すべきように思われる。」

「別の想定例として、ゴミの収集運搬車に何者かが駆け寄り、いたずらなどとしてボタン等を操作し、業者が運搬中のゴミを路上に散乱させた場合はどうだろうか。周辺環境に害をもたらす行為であるが、業者が管理している廃棄物について、行為者が管理を取得して放棄したと評価できないため、不法投棄罪の成立は否定すべきように思われる。」

「これらの想定例は、不法投棄罪は自らが管理する廃棄物を放棄する場合に限って成立すると見るのか、それとも第三者が管理する廃棄物について、（行為者が管理を取得したと評価できない場合であっても）第三者の管理下から解き放つ行為をもって不法投棄罪の成立を認めるのか、という視点で整理できるように思われる。法益侵害が生じうる行為であることを重視すれば、全くの第三者が管理する廃棄物についても不法投棄罪の整立を認めるべ

きことになるが、自らの管理下に入ったと評価できない廃棄物について、『捨て』る行為に含まれると解するのは、難しいのではないだろうか。」

「ここでいう『管理』は、必ずしも法律上の根拠に基づくものではなく、事実上のものでもよいが、当該廃棄物を適切に処理すべき立場あるいは身分等を生じさせる何らかの経緯が全くないようなケースでは、不法投棄罪の成立を否定すべきように思われる。」

すなわち船戸説によれば、不法投棄罪の主体は、廃棄物について事実上何らかの関係を有する管理権者のみであり、そのような関係を有する主体が管理権を放棄する事例と、そのような関係を有さない主体が管理権を放棄する事例には、有意的に差があるというのである。

しかしながら、船戸の厳格な管理権放棄説には賛成することはできない。管理権放棄説は、依拠している軽犯罪法の理解からして問題があり、さらに管理権放棄説に依拠しなければ解決できない問題もないからである。以下では、まず従来の管理権放棄説を批判し、その後厳格な管理権放棄説を、批判的に検討する。

3 従来の管理権放棄説批判

(1) 管理権放棄説の根拠分析

管理権放棄説を主張する論者らは、類する規定である軽犯罪法の解釈を参照し、法の統一的解釈の観点から、軽犯罪法と同様に解釈しようとする。

管理権放棄説を採用する前田は、軽犯罪法との関係を明確に述べる。「軽犯罪法1条27号(汚廃物投棄の罪)は、公共の利益に反してみだりにごみ、鳥獣の死体その他の汚物または廃物を棄てた者を処罰する(法定刑は、拘留又は科料)。同罪における『ごみ、鳥獣の死体その他の汚物又は廃物』とは、廃棄物処理法における廃棄物と同義と解されるから、『公共の利益に反して』という制約があるほかは、廃棄物処理法の不法投棄罪と構成要件を同じくするものといえる。そして、汚廃物投棄の罪における『みだりに』と

は、常識からいって棄ててはいけないところにむやみに捨てるような行為を指し、また、『棄てる』とは管理権を放棄することと解されている。ここで管理権というのは、所有権等の正当な権限に基づくものである必要はなく、事実上のもので足りるというべきであるから、そのものの事実上の支配（状態）を放棄することに帰着するといつてよいように思われる。⁽⁴⁹⁾」。

また多和田は、「廃棄物処理法の不法投棄罪は、生活環境の保全という点で軽犯罪法の汚廃物投棄罪の罪質と共通するものととらえるのが相当であり（それゆえ、前記のとおり両罪は法条競合の関係にあると解すべきものである。）、『捨て』るの概念も、基本的には、軽犯罪法、その他の関連法令と統一的に解するのが相当ではないかと思われる。そうすると、『捨て』るとは、端的に『管理権を放棄すること』（主管省庁の見解においては、『占有者の手から離して』との部分に相当しようか。）という趣旨のものとして解するのが相当であるように思われる（なお、ここで管理権というのは、所有権等の正当な権限に基づくものである必要はなく、事実上のもので足りると考えられる⁽⁵⁰⁾。）」と述べる。

たしかに同様の文言は、仮に法律が異なったとしても同様に解されることが、解釈論として望ましいのは事実である。それでは、本当に汚廃物投棄の罪の解釈においては、管理権放棄説が疑う余地のない確固たる基盤を形成しているものなのであろうか。この点から検討していく。

（２）軽犯罪法の汚廃物投棄の罪をめぐる解釈

軽犯罪法における汚廃物投棄罪の解釈状況を参照すると、管理権放棄説以外にも次のように、さまざまな見解が存在することが判明する。軽犯罪の「棄てる」について、①所有権の放棄と解する所有権放棄説⁽⁵¹⁾、②管理権の放棄と解する管理権放棄説⁽⁵²⁾、さらに両説の中間の見解として③所有権ないし管理権の放棄と解する所有権・管理権放棄説⁽⁵³⁾、より限定的に解し、④所有権ないし管理権の放棄に加えて行為者の支配外に置くこととする支配外説が主張⁽⁵⁴⁾

されている。

このように軽犯罪法の「棄てる」の意義については学説上争いがあり、それだけではなく、「棄てる」の意義を判示した判例は、現在に至るまで存在しない。⁽⁵⁵⁾ そうだとすると不法投棄罪の解釈について管理権放棄説を採用する論者は、なぜ軽犯罪法の一学説にすぎない解釈を、当然のごとく受け入れて廃棄物処理法に持って来るのであろうか。廃棄物処理法に持って来る合理的な理由はないものと思われる。

⁽⁵⁶⁾ 前田は、管理権放棄説を主張した当時からこの点を意識しており、「棄てる」を「所有権の放棄とする解釈は、字義通りにとらえたとすれば狭すぎると考える。」と述べている。たしかに廃棄物処理法において、所有権放棄が確認できない場合でも「捨てた」と認定した仙台高裁平成17年3月1日高刑速(平成17)号337頁が存在するので、⁽⁵⁷⁾ 軽犯罪法においても所有権放棄を認定するのは容易なことではないのかもしれない。そうだとすると、軽犯罪法の汚廃物放棄の罪の解釈として管理権放棄説は理由のある見解なのかもしれない。しかし、軽犯罪法における解釈の正当性を論証することは、廃棄物処理法における解釈の正当性を論証することにはならない。軽犯罪法において所有権放棄が解釈として狭すぎるからといって、それが直ちに廃棄物処理法の解釈として狭すぎるとすることはできないと思われる。

そもそも廃棄物処理法(1970年)の前身は、清掃法(1954年)であり、清掃法制定以前から軽犯罪法に汚物の投棄を処罰する規定(11条、24条)が存在した。⁽⁵⁸⁾ 興味深いことに、清掃法が制定された1954年に、軽犯罪法の汚廃物投棄の罪は検挙数が激減したとされているのである。⁽⁵⁹⁾ そうすると、不法投棄的な行為の処罰は半世紀以上前に、軽犯罪法の適用対象ではなくなっていたのである。清掃法はその後、廃止され、廃棄物処理法が制定された。このような経緯からすると、廃棄物処理法の不法投棄罪の解釈に際して、現在の軽犯罪法の汚廃物投棄の罪の解釈を参照する理由はないというべきである。

（３）より当罰性の低い行為が、法定刑の重い不法投棄罪に？

さらに問題となるのは、廃棄物処理法の「捨てる」と軽犯罪法の「棄てる」を同視した場合には、両者は行為・客体で（おおむね）一致し、「みだり⁽⁶⁰⁾に」という限定要件も一致するので、差異は「公共の利益に反するか」否⁽⁶¹⁾にかつすることになる。その結果、公共の利益に反するという意味でより当罰的な行為が軽犯罪法違反でしか処罰されないのにもかかわらず、公共の利益に反しないという意味で当罰性の低い行為が廃棄物処理法により重く処罰されることになる。このように、管理権放棄説は、甘受し得ない帰結を引き起こす問題がある⁽⁶²⁾。

以上のようにして、廃棄物処理法の管理権放棄説はその拠り所とする軽犯罪法の解釈に、十分な根拠や整合性が存在しないことが判明する。

（４）管理の承継と非承継：非承継＝投棄？

管理権放棄説に生じるさらなる疑問は、管理権放棄という思考が、刑事罰としての不法投棄を想定したものではなく、実は適切な廃棄物の流通や廃棄物システムから派生した概念なのではないかという疑問である。

廃棄物処理法は、法律が遵守される限り、次のように廃棄物が流れることを想定している。企業活動等で廃棄物が生成され、廃棄物を排出した排出業者の管理下から、収集・運搬業者へと廃棄物の管理が引き継がれ、処分業者へと管理が引き継がれることになる。そして焼却等の中間処理がなされた後、最終処分業者の下で、土壌投入などが行われる。このようなシステムにおいては、局面ごとに廃棄物の管理が承継される構造となっているといえよう。廃棄物について、誰かに管理が承継されている場合、捨てたと言うことは難しい。もっとも最終段階として廃棄物が土壌投入される際には、管理が承継されておらず、管理を承継する相手方が観念できない。それゆえ廃棄物の管理を最後に放棄する態様が「捨てる」を意味すると解されるようになったのではないであろうか。以前述べた、行政解釈として放棄されたことによ

りすでに過去の学説となった、最終的・自然への還元説もこのような廃棄物の最終到着点をとらえて、最終や自然という要素が登場したものと考えられる。そしてその後、最終・自然というキーワードでは不十分なために、今度は管理という点が強調され、管理権放棄説につながったのではないであろう⁽⁶³⁾か。

しかし廃棄物の管理承継システムから、投棄概念を決める解釈の方法には疑問がある。第1に、たしかに管理の承継がある場合には、捨てたと評価することは難しいかもしれない。しかし我々は、ゴミ捨て場に廃棄物を運び入れるような場合にも、捨てるという表現を用いる。その局面では、ゴミが回収されることにより管理の承継がなされるのにも関わらず、不法投棄罪が成立し、処罰されるのである。例えば仙台地判平成24年10月17日 LEX/DB 25483214は、被告人の事業で生じた廃棄物を、家庭ゴミに繰り返し混ぜて出していた事案につき、不法投棄罪の成立を肯定している。

第2に、一般廃棄物である汚泥の収集運搬業の許可を持つ被告人が、庁舎内の汚水槽内のし尿を含む汚泥である「一般廃棄物」と庁舎内の雑排水槽内の汚泥である「産業廃棄物」を分別せずに混合して収集し、これを市の一般廃棄物のし尿処理施設に搬入・投入した行為が不法投棄罪に当たるとされた最決平成18年2月28日刑集60巻2号269頁では、市のし尿処理施設に搬入・投入した行為が不法投棄罪に当たるとされており、この局面では、し尿などの管理は、承継されているのにも関わらず不法投棄罪が成立すると、最高裁が認めているのである。そうだとすると、管理の承継、非承継を区別し、管理の非承継を投棄概念の中核に据える議論枠組みには疑問が生じる。やはり管理権を中心として不法投棄罪の解釈を行う方法は採用することができないというべきである。

(5) 管理の放棄では限界を画せない

仮に以上の点をおくとしても、管理権放棄説には実際上の問題がある。か

つて野積み事件の調査官解説を執筆した前田は、管理権放棄説を支持したが、その際に次のこと強調していた。「廃棄物をみだりに『捨て』たものとして不法投棄にあたるとされる事案は、多種多様であり、その多くが管理の放棄というファクターで捕捉できるということは出来るにしても、それ以外の廃棄物の不適正な取り扱いの中に、なお行為類型や生活環境や公衆衛生という法益を害する点で変わりがないとして不法投棄罪を構成するものと解すべきものがないとは限らない。不法投棄罪の外延を画する議論は、必ずしも十分に熟したものとはいえず、本決定は、管理の放棄というファクターを示唆しつつ、事例判断にとどめ、そのような議論の余地を残しているものといえよう。」⁽⁶⁴⁾

つまり、管理権放棄説が広まる契機となった野積み事件判決は、管理の放棄を唯一の基準として構成要件解釈を行っているわけではなく、少なくとも管理放棄がある事例においては、「捨てる」を肯定できるとしているにとどまるのである。それゆえ、従来の管理権放棄説は、管理の放棄で説明可能な類型だけでなくそれ以外の要素で説明する＋ α 類型を否定しておらず、その＋ α 類型の基準を何ら示していない問題があるのである。

前田自身も＋ α 類型の問題を認識し、議論を試みていた。前田は、ゴミ集積場に集積されている汚物をまき散らす事例において、「自ら管理する物の管理を放棄したものとしては捉え難いところがある。もっとも、他人がすてたゴミについて自己のほしいうちにこれを散乱させて放置するものであるから、行為時において、行為者の支配設定とその放棄を認めることが出来ないわけではないが、説明としては技巧的に過ぎようか。」⁽⁶⁵⁾としていた。しかしこのような技巧的な説明を行うと、ゴミ捨て場に行き、ゴミに触った人はすべて管理者とされてしまいかねないため疑問がある。

本稿では次に、このような＋ α 類型を否定することで、厳格な管理権放棄説を主張した船戸の見解を参照することにしよう。

(6) 厳格な管理権放棄説の問題

船戸の厳格な管理権放棄説は、たしかに従来の管理権放棄説が問題としていた、 α 類型を否定することで、問題を解決し、投棄主体を廃棄物の管理と関連づけることを試みる。しかしこのような解釈は、すでに述べた管理権放棄説の問題を含んでいるばかりか、別の問題が発生させるものである。

第1の問題は、不法投棄罪の条文にそぐわない解釈が行われる事になるという点である。不法投棄罪は、「何人も、みだりに廃棄物を捨ててはならない。」として、主語は「何人も」、それに対応する述語は、「捨ててはならない」となっている。厳格な管理権放棄説によれば、捨てる主体は、必ずしも法律上の根拠に基づくものではなく、事実上のものでもよいが、当該廃棄物を適切に処理すべき立場あるいは身分が必要である。⁽⁶⁶⁾もしそのように解した場合には、不法投棄罪の主語は法文上、主体を限定しないのにも関わらず、述語だけは主体を限定するという奇妙な事態が、同じ条文のそれも一文の中で発生することになる。これは、条文解釈として無理が生じていると言わざるを得ない。

第2の問題は、裁判例で問題となった事例の中には、厳格な管理権放棄説では説明し難い事案が存在する。東京高判平成5年3月29日東高刑時報44巻1=12号19頁は、路上に散水車を停め、タンクの排水口を開けて、ふん尿を勢いよく車道上に流出させ、更にポリバケツにふん尿をくんで、付近に巻き散らかし、流出したふん尿が車道上を帯状になって流れ、幅10メートルにわたり、4車線をほぼ全面覆う状態に至らせた事案につき、道路交通法76条4項7号及び廃棄物処理法の不法投棄罪の成立を肯定した。この場合、たまたま通りかかった散水車を停止させて中にあったふん尿を投棄したのか、それとも自分で用意した散水車から糞尿を投棄したのかは、不法投棄罪の成否に大きな影響を持つとは考えられない。なぜなら東京高判平成5年3月29日においては、散水車の管理主体について認定しておらず、その原審たる東京地判平成4年3月25日D1-LAW/DB 28166334においてかろうじて被告人が

用意した散水車であると理解できるに過ぎないからである。廃棄物の管理者でなければ、不法投棄を行うことができないという解釈を前提とすると、散水車に糞尿を入れて運んできたことまで明らかとならない限り不法投棄罪を肯定できないことになるが、それは過度の要求であろう。

第3に、厳格な管理権放棄説は、不法投棄される廃棄物には常に管理者がいるという前提を出発点としている。⁽⁶⁷⁾しかしすでに不法投棄された廃棄物を移動するような場合には、前提となる管理者が不明な場合も考えられる。例えば写真家Xは、有名な木の撮影に来たところ、木の前に廃棄物が不法投棄されており、撮影の邪魔になるため、木の裏側にあった崖から廃棄物を下に落としたといった場合、厳格な管理権放棄説によれば、撮影に来ただけの者は、廃棄物について適切に処理する立場でも、また廃棄物処理を要求される立場でもないため、管理放棄があったと評価できず、不法投棄罪が成立しないことになる。しかしこの結論は奇妙である。

たしかに廃棄物には管理者がいるという理解は、委託禁止違反の罪や受託禁止違反の罪の解釈において、法律上、前提とされているようにも思われる。しかしながら、これらの行政犯的な色彩の強い犯罪と、自然犯的な性格の強い不法投棄罪は、前提からして異なっているため、同じように理解することはできないと言うべきである。⁽⁶⁸⁾

（7）故意ある幫助道具の理論の援用？

さらに管理権放棄説を前提とすると、理論的な説明に窮するのは、大阪高判平成15年12月22日判タ1160号94頁である。これは、産業廃棄物中間処理業者の代表取締役Xが、その下請け業者Yらに産業廃棄物の汚泥の投棄を委託し、最終的にYの従業員AらやXらから依頼を受けたBらが、山林に投棄したという事案である。大阪高裁は、YらはXとは「意思を相通じることなく」、Xの「犯行を幫助する意思で犯行に加担した」と認定したうえ、Xは「幫助的意思しか有していない者及び情を知らない者らを利用し、これらを

道具として産業廃棄物を不法投棄したものであって、間接正犯として刑事責任を負う」と判示した。

本判決から、直接的に「捨てる」の意義を読み取ることは出来ない。仮に管理権放棄説によって説明するとすると、いわゆる故意ある幫助道具の理論（幫助利用の間接正犯）を前提とせざるをえないと思われる。⁽⁶⁹⁾なぜなら実際に管理権の放棄である投棄行為を行った者が幫助犯とされ、それを指示したXが正犯とされているからである。⁽⁷⁰⁾

現在の刑法学において、故意ある幫助道具の理論は問題が指摘されている。第1に判例理論が故意ある幫助道具の理論を承認しているのか争われており、⁽⁷¹⁾また第2に故意ある幫助道具の理論が誕生したドイツにおいて、この理論を支持する者はすでにないからである。⁽⁷²⁾仮に故意ある幫助道具の理論が、確立した判例でなく、学説一般にも認められたものでないとするなら、特殊な理論に依拠しなければならない管理権放棄説に問題があるというべきであろう。

4 小 括

本章では、管理権放棄説を前提にそれを限定する試み（厳格な管理権放棄説）が近時主張されていることを明らかにし、その上で管理権放棄説にはその根拠や帰結等に問題があり支持することができないことを明らかにした。それでは、本章の冒頭であげた札幌地裁小樽支判平成19年5月11日の事案は、管理権放棄説を採用しない場合、どのように解すべきなのであろうか。

結論から述べれば、整地作業中にタイヤを発見したのにも関わらずそのまま埋めて整地してしまった被告人に不法投棄罪が成立しないという結論は支持し得るように思われる。本稿のように、「捨てる」概念を、廃棄物管理がより期待できない状況に置かれることによる周辺環境への影響発生行為と解す場合には、確かに埋めてしまえば廃棄物管理がより期待できない状況に置かれることは否定できない。しかし廃タイヤの性質に着目する必要がある。

廃タイヤは、性質が安定していて、生活環境上の支障をおよぼすおそれが少ないと考えられる「安定型産業廃棄物」である。それゆえそのまま埋めたとしても周辺環境への影響はほとんど無視できるレベルにとどまるように思われる。それゆえ、周辺環境への影響発生行為が存在せず、不法投棄罪は否定されるべきであると思われる。

Ⅲ 廃棄物状況不良変更説の問題？

以上のようにして管理権放棄説や厳格な管理権放棄説には、賛同することが出来ないことを明らかにした。しかしながら管理権放棄説に立脚する一部の論者から、廃棄物状況不良変更説に対し批判が提起されている。以下では現在までに提起された批判に反論することにする。

1 福山好典の批判

福山は、「捨てる」を廃棄物状況不良変更説のように、「廃棄物処理がより期待できない状況に置かれることによって周辺環境に影響が生じること」と解すると、①「捨てる」という言葉が持つ本来の語義を超える、②単なる廃棄物の不適正な取り扱いを不法投棄罪に変質させる、具体的には③周囲に悪臭がしないように密閉してごみ集積場に置かれたゴミ袋を単に破る行為にすら不法投棄罪が成立してしまい不当ではないかと私見を批判する⁽⁷³⁾。

①確かに廃棄物状況不良変更説は、捨てるの語義を他の見解より広く解する見解である。しかしすでに別稿で明らかにしたように⁽⁷⁴⁾、廃棄物処理法だけでなく他法領域においても「捨てる」や「棄てる」の規定方法や語義について、コンセンサスは存在しない。それゆえ廃棄物状況不良変更説は、解釈としてその語義を越える無理な解釈をしているとまで評価することは出来ないというべきである。

次に、②単なる廃棄物の不適正な取扱を、不法投棄罪に変質させていると

いう批判は、一定の限度で正当な批判である。しかし不法投棄事案の多くは、廃棄物の不適正な保管・管理・取扱が存在し、その延長線上に不法投棄が行われていることが判明する。不適正な取扱の延長に不法投棄が存在するのであるとすると、不法投棄とそれ以前の不適正な取り扱いには、質的に差異が存在せず、泰然と区別出来るわけではない。そうすると不適正な取扱の一部は、不法投棄罪とすることが現状に適合した解釈というべきであろう。実は、福山の立脚する管理権放棄説も、不適正な取り扱いと不法投棄を質的に差があるとは見ない見解である。なぜなら管理が不適正であるという事実が積み重なることにより、管理の放棄と評価されることになるからである。

③ゴミ袋を破いて悪臭を広める行為の場合、被害として、まさに周辺環境への影響が存在し、「みだりに」という要件も満たされる必要があるが）不法投棄罪を成立させるべき事例であると思われる。この事例においては、悪臭防止法は適用されない。というのも悪臭防止法は工場その他の事業場における事業活動に伴って生じる悪臭を規制する法律であり（1条）、罰則は改善命令違反などの間接罰が中心だからである。そうすると、廃棄物処理法の不法投棄罪の適用を肯定することが正当であるといえよう。

2 渡辺靖明の批判

渡辺は、正確には管理権放棄説に立脚するわけではないが、私見に⁽⁷⁵⁾2つの方面からの批判を加える。⁽⁷⁶⁾第1に、廃棄物状況不良変更説の定義が、実質的には誤りでないとしても、自然への還元や管理の放棄という他の見解の定義と比較すると、分かりやすい定義でなく問題があるというのである。

しかし不法投棄罪は、不法投棄によって引き起こされる環境破壊の防止を第一目標としており、決して市民に分かりやすい定義であれば不法投棄されてもかまわないとする調和条項的な規定ではない点に注意しなければならない。豊島事件などの大規模不法投棄を経験した苦い経験のある我が国では、市民が環境保護と分かりやすい定義のどちらを選ぶかと言えば、前者を選ぶ

のは確実であると思われる。さらに廃棄物実務に関わる者にとって、「捨てる」の定義が分かりにくいことは問題である。しかしながら廃棄物はその定義として総合判断方法が採用されている。この判断方法は、廃棄物該当性が局面ごとに異なり、さらに判断者が自ら判断しなければならない不明確な判断方法である。そうだとすると、日頃から総合判断方法で鍛えられた実務家にとっては、廃棄物の処理がより期待出来ない状況という判断は、難しい判断ではないと思われる。

なお廃棄物状況不良変更説のいう、周辺環境への影響は、どのような内容を指しているのかは、不明確な面があることは否定できないため、今後解釈による具体化が課題となる。これについては、さしあたり2つの解釈指針を示す事が出来る。

例えば廃材を公園に投棄した所、オブジェと勘違いした野次馬が集まって来たことを周辺環境への影響と評価する事は許されないであろう。しかしながら廃タイヤを投棄したところ、雨で水がたまり、蚊が大量発生する場合には周辺環境への影響があると解して差し支えないと思われる。それゆえ第1に、周辺環境への影響という要素は、廃棄物処理法の目的規定からして、その保護範囲内に収まる影響でなければならない。ただし第2に、不法投棄罪は具体的危険犯ではなく、抽象的危険犯である。それゆえ、周辺環境への影響という要素は過度に具体化してはならないというべきである。廃棄物処分場に、夜間にこっそりと、処分されているのと同種の廃棄物を捨ててくる場合、不法投棄罪が成立すると解されるが、この場合⁽⁷⁷⁾に問題となっている周辺環境への影響は、廃棄物処分場が予定より早く満杯になり廃棄物処分場から廃棄物があふれ出すという将来の影響にあるというべきである（もしくはすでに将来の廃棄物処分計画が瓦解した点にある。）。

続いて第2の批判は、他罪との関係を問題とした批判である。周辺環境への影響という点は、私が不法焼却罪で採用する定義と共通しているので、不法投棄罪と不法焼却罪が同じになってしまうのではないかという批判である。

私は以前、不法焼却罪について論じた際、不法焼却罪の焼却概念は、刑法上の放火罪における焼損概念とは異なって解されなければならないと主張した。その理由は、刑法典が「物が燃える事態」と「それによって周りに生じる事態」を区別して規定しているからである。刑法典においては、前者が焼損と規定されており、後者が公共の危険と規定されている。しかし不法焼却罪は、両者を区別して規定していないため、「物が燃える事態」と「それによって周りに生じる周辺環境への影響」は、「焼却」という1つの要件内で処理されなければならない。その際、一部の廃棄物は難燃性であることに注意しなければならない。すなわち炎は出さず、溶けだしてダイオキシンを発生させるなど、高温で変化するものの独立燃焼しない廃棄物が存在する。このような点を踏まえると、廃棄物が独立燃焼することは「焼却」の要件ではなく、ある程度高温で廃棄物が変化し周辺環境への影響が発生すれば不法焼却罪が肯定されるべきである。このように解した場合には、不法投棄罪も不法焼却罪も周辺環境を侵害するという意味で、全く同じ環境犯罪の類型であるという帰結が導かれる。渡辺は、この点をとらえて不法投棄罪と不法焼却罪が同じになってしまうと批判するのである。

しかしこの批判には疑問がある。まず不法焼却罪は、不法投棄罪の枝条文の形で立法されており、条文の上では不法焼却罪と不法投棄罪が全く異質の犯罪であるとは考えられていないからである。仮に不法投棄の解釈として管理権放棄説に立脚したとしても、不法焼却罪と不法投棄罪は同質の犯罪となる。なぜなら、廃棄物に火を放つという行為は、典型的な廃棄物の管理を放棄する態度だからである。裁判例の中にも不法投棄罪と不法焼却罪のどちらが適用されてもおかしくない事例が存在する。仙台高判平成19年9月4日高刑集(平19)号467頁は、被告人がなめこの栽培に使用したおがくず及び増収剤等の混合物である廃おがくずを、他人との共有地に持ち込んで野積みし、その一部を希望者に譲渡したが引き取られなかった部分を5ヶ月ほど放置したという事案につき、不法投棄罪の成立を肯定した。5ヶ月間の放置の

間には、おがくずの発酵が進み、一部が発酵して湯気を立てていたことが認定されている。そうすると私見からは、ある程度高温で廃棄物が変化する現象が認められるため、不法焼却罪としても構成することが出来る事案であった。

このように不法投棄罪と不法焼却罪は異質な犯罪ではないのである。むしろ私見のように同質の犯罪であることを認めた場合、罪数処理の問題にも解決を与えることが出来るという利点がある。実務上、廃棄物が野焼きされた場合には、焼却灰がそのまま現場に放置され、あるいはどこか違う山などに投棄されることが少なくなかった。この場合、先行する不法焼却罪と、後行する不法投棄罪の罪数をどのように処理すればよいか問題となる。私見によれば、先行する不法焼却罪の周辺環境への影響と、不法投棄罪による周辺環境への影響を比較し、両者が同じであれば包括一罪となる。例えば焼却灰を現場に放置するような場合には、不法焼却罪と不作为による不法投棄罪が成立した上で、包括一罪とされるべきである。これに対し焼却灰を別の山に捨てた場合には、別の山で新たな環境への影響が存在する。それゆえ周辺環境への影響が異なり、併合罪として処理されるべきである。

しかし、渡辺はこの処理を否定する。生活環境や公衆衛生は、生命・身体・自由・財産・名誉のような個人的法益とは異なり、その個別具体性は必ずしも要件ではないから、同一廃棄物に対する一連一体の不適正な処理とみて、その意思決定及び違法結果の1個性を肯定し、併合罪は成立しないというのである。⁽⁷⁸⁾しかし沖縄で燃やした焼却灰を北海道に捨てても包括一罪だという帰結には賛同できない。廃棄物処理法が保護しようとする生活環境や公衆衛生は、およそ地球レベルで1つの生活環境や公衆衛生ではないのであるから、むしろ個別具体的に判断するべきであろう。

この点で参考となるのは、京都地判平成15年12月5日 LEX/DB 28095072である。これは2回の不法投棄が、京都府と滋賀県という違う現場にて1月の間隔を開けて行われた事案である。京都地裁は2回の不法投棄を併合罪と

して処理している。京都地判の判断に際しては、投棄現場が異なることや間隔が空いていることが重要な役割を果たした。このような実務上の判断に照らし合わせても、周辺環境への影響が重なるか否かを問題として罪数を決するのは正当な方法であると思われる。

3 小 括

以上のようにして、廃棄物状況不良変更説へ加えられた批判の検討・反論を行った。検討の結果、廃棄物の管理がより期待出来ない状況に置かれることによる周辺環境への影響発生行為を「捨てる」と解する廃棄物状況不良変更説が改めて適切であるとの結論に至った。本稿はこのことを前提にして、実務上生じている各論的な問題の検討に移っていくことにする。まず以下では、不法投棄罪の行為態様、つまり不作為形態での不法投棄罪の問題について検討する。なぜなら従来の「捨てる」をめぐる議論は、作為犯を念頭に置いており、不作為犯の場合を十分に意識した議論ではなかったからである。

IV 不作為による不法投棄

犯罪は、通常、何らかの積極的な作為により実現される。もっとも期待された作為をしないことにより実現される（不真正）不作為犯も存在する。⁽⁷⁹⁾不法投棄罪においても、廃棄物について期待された作為をしないことにより、周辺環境への影響を発生させる事態が考えられるので、不作為犯の成立が考えることが出来るであろう。それではどのような場合に不作為による不法投棄が問題となるのであろうか。これまでの不作為犯の研究において、廃棄物処理法における不法投棄罪の不作為事例を検討・分析を行ったものは存在しないように思われる。⁽⁸⁰⁾それゆえ本稿では、まず裁判例を参照することで、不作為による不法投棄罪が問題となる事例を明らかにし、それを踏まえて理論的な問題を検討することにする。

1 佐久簡判平成12年11月17日 LEX/DB 25450719

裁判例において不作為による不法投棄罪が問題とされたのは、佐久簡判平成12年11月17日 LEX/DB 25450719⁽⁸¹⁾が初めてである。本事件は、長野県内の山林に使用不可能な自動車2台を捨てたとして不法投棄罪に問われた事件である。検察官は略式命令を請求して被告人を起訴し、佐久簡易裁判所が罰金50万円を命じる略式命令を出したが、有罪とされることに不満を抱いた被告人が正式裁判を請求することにより係属した事件である。

検察官は当初、被告人らが千葉県内から長野県内にやってきて不法投棄を行ったと証明しようとしたが、自白の信用性問題等から、作為犯として故意に不法投棄を行ったことの証明が難しくなった。その為、論告において不作為犯の主張を追加した。すなわち、仮に被告人が運搬を依頼したCが道を間違えたことにより本件現場に車を置いたものであるとしても、現場に車が置かれたことを承知した以上、その車両を移動させるべき作為義務が生じ、不作為による不法投棄罪が成立するという主張である。

佐久簡易裁判所は、不作為による不法投棄を認定するには、被告人に防衛の機会を与えるために訴因変更の手続が必要であると一般論を述べた後、この点をおくとしても、「本件車両が本件現場に置かれたのはCが道を間違えたことによるものであること、被告人が容易に本件車両を本件現場から移動させ得る状況にあったことについては、十分な立証があるとはいえない…（中略）…作為による不作為があったとは認め難いといわざるを得ない」として、被告人に無罪判決を下した。

本件訴訟での主たる争点は、自白の信用性や証明にあるが、不作為による不法投棄罪の構成が主張された初めての事案であり、刑法的にも重要な意義を有する。本判決からしばらくして、正面から不作為による不法投棄罪を認める裁判例が現れた。

2 東京高判平成20年12月24日 LLI/DB L06320764

東京高判平成20年12月24日 LLI/DB L06320764は、廃自動車を生入れ解体し有価物を取り出して売却する自動車解体業を営む被告人が、事業活動に伴って生じた自動車の車体等3000立方メートルを、静岡県富士市の官有地から撤去しなかったとして、不作為による不法投棄罪の成立が検討された事案である。

東京高判は、被告人が本件自動車を放置した場合には、自動車解体業者として利用する意思がないことになり、廃棄物性の否定要因が失われ、産業廃棄物となるとした。なぜなら、『捨て』る行為の時点で、その対象物も、同時に、産業廃棄物性を満たすという一体的な関係があり、これは「それまで利用していた物を投棄した場合には、投棄の時点で不要物となると考えられるのと同じ」であるとする。

これを前提に、被告人は自動車解体業が行き詰まり、賃貸借契約も解除され、原状回復しないまま名古屋の実家にいってしまい、さらに警察から物件を撤去されるよう指示されたために戻って重機で解体撤去作業を開始したが、重機が壊れ、重機の修理代も出せないため、名古屋にまた戻っている等の事情から、客観的に、自動車の車体等を放置するしかない状況にあったことを認定した上で、主観面としてもこのような客観的状況の存在を認識していたとして、故意を肯定し、不作為による不法投棄罪の成立を肯定した。

3 検 討

以上の2つの事案により、実務上、不作為による不法投棄罪が考えられているだけでなく、実際に不作為犯として処罰されていることが判明した。⁽⁸²⁾これについては、基本的に賛成することが出来よう。実際に不作為による不法投棄罪が肯定された東京高判平成20年12月24日を念頭に置いて考えてみよう。この事例においては、廃棄物を土地に放置し続けているものの不動産侵奪罪（刑法235条の2）は成立しない。なぜなら不動産侵奪罪が成立するに

は、他人の占有を新たに奪取する必要があるとされているところ、賃貸借期間満了後も継続的に土地に居座り続けるような場合、新たな占有奪取が存在しないからである（東京高判昭和53年3月29日高刑集31巻1号48頁⁽⁸³⁾）。すでに「捨てる」の解釈として占有放棄と解する見解を批判したように、不法投棄罪は、占有奪取を不法内容とする犯罪ではなく、周辺環境への影響を不法内容とする犯罪である。そうすると新たな投棄がなくても、不作為による不法投棄罪の成立の余地は存在するというべきである。

不作為による不法投棄が考えられるとすると、問題となるのは「なぜ作為義務が発生するのか」という点である。基本的には、刑法総論において議論されている保障人的地位の発生根拠論が、不作為による不法投棄罪にも妥当すると解されるが、廃棄物処理法固有の問題として行政による撤去の義務づけの問題を先に検討することにしたい。

（１）措置命令による義務づけ？

廃棄物処理法は、都道府県知事等が廃棄物の処理が適切に行われているかをチェックし、問題が生じている場合あるいは問題が生じそうな場合には、対応を行う仕組みになっている。廃棄物処理法は19条の4、19条の4の2、19条の5、19条の6に措置命令を定めており、例えば不法投棄のように処理基準に適合しない廃棄物の処理が行われた場合であって、生活環境の保全上支障が生じまたは生じるおそれがある場合に、都道府県知事等はその支障の除去、発生の防止のために必要な措置を講じることを命じることが可能である。

そこで、措置命令として廃棄物の撤去が命じられたものの、措置命令に反して廃棄物の撤去を行わなかった場合には、措置命令による義務づけが、不法投棄罪の作為義務を基礎づけ、不作為による不法投棄罪を構成するのではないかが問題となる。

結論から述べれば、措置命令による義務は、不法投棄罪の作為義務を構成

しないというべきである。なぜなら第1に、廃棄物処理法の定める措置命令の対象は、廃棄物の不適正な処分を行った者に限定されていないからである。例えば産業廃棄物の場合には、不法投棄を行った者だけでなく、それ以前の排出事業者も措置命令の対象とされている。そうすると措置命令による義務づけを不作為による不法投棄罪の作為義務と同視することは、主体という観点から問題があると考えられる。

第2に、措置命令は生活環境の保全上支障が生じる場合だけでなく、生じる恐れがある場合にも発せられる。不作為による不法投棄罪の作為義務の内容は、廃棄物の撤去に尽きると思われるが、措置命令によって生じる義務は、廃棄物の撤去以外にも多くの内容を含んだものであり、不法投棄という重い刑事罰を基礎づける義務としては内容が抽象的に過ぎると思われる。

第3に、措置命令によって生じる義務は、被命令者が行政との関係で負う義務であり、これに対し不法投棄罪の場合の作為義務は、被害者との関係で行為者が廃棄物を撤去する義務である。それゆえ、措置命令によって生じる義務と作為義務は、義務の前提が異なっており混同してはならないというべきである。

第4に、措置命令違反には別個の刑事制裁が用意されている点も指摘することが出来る。廃棄物処理法25条1項5号は、19条の4第1項、19条の4の2第1項、19条の5第1項又は19条の6第1項の規定による命令に違反した場合に処罰するとしている（措置命令違反の罪は、廃棄物処理法1976年改正により新しく導入されたものである）。これは、措置命令による義務が、不作為による不法投棄罪の作為義務とはなり得ないことを前提とした規定と解することができる。長崎地判平成21年1月8日 LEX/DB 25450329⁽⁸⁴⁾は、措置命令（19条の5第1項1号）違反の罪を肯定した。長崎地裁は、会社敷地内に放置してある廃タイヤの撤去命令にしたがわなかったとして、廃品回収業の被告人に懲役1年2月及び罰金100万円に処したが、その際、不作為による不法投棄罪の成立を検討しなかった。これは、措置命令による義務が不作

為による不法投棄罪の作為義務とは別のものであることを前提としていると解されよう。

以上のようにして、措置命令による義務は、不作為による不法投棄罪の作為義務を基礎づけないというべきである。措置命令による義務が不法投棄罪の作為義務を基礎づけないとすると、措置命令に至らない措置である改善命令（9条の2、15条の2の7、19条の3）による義務も当然、作為義務を基礎づけないと解すべきである。不作為による不法投棄罪における作為義務の発生根拠は、刑法一般に議論されているところの作為義務論でなければならないのである。

（2）作為義務の発生根拠論？

刑法上の作為義務の発生根拠論が、廃棄物処理法の不法投棄罪においても同様に妥当するとして問題となるのは、従来、学説が作為義務について論じる際、①作為義務の発生根拠、②作為義務の内容を渾然一体のものとして作為義務論と称してきたため、作為義務の発生根拠論と作為措置の具体的内容の理論的な関係は必ずしも明らかな点である。⁽⁸⁵⁾ 不作為による不法投棄罪の成立を認めた東京高判平成20年12月24日が作為義務の根拠論を論じていないのは、作為義務の発生根拠について、実務上、確固たる基準が存在しないことだけでなく、作為義務の内容が根拠論からは判明しないからと評価するべきであろう。そこで本稿では、①作為義務の発生根拠と、②要求される作為義務の内容を区別して分析することにする。

（3）撤去すべき根拠

現在に至るまで、保障人的地位を基礎づける作為義務の発生根拠は激しく争われてきた。かつて有力であった形式的三分説は、法令、契約・事務管理、慣習・条理等を根拠に作為義務を肯定したが、これらの義務が刑法上の⁽⁸⁶⁾ 作為を義務づける理由は明らかでなく、学説は異なる根拠を探究してきた。

そこで法益保護が事実上の引受により不作為者に依存していることを根拠とする具体的依存性説や不作為に先行する行為の存在に着目する見解も主張され、さらに不作為者だけが法益保護を達成しうるという意味での排他的支配を重視する見解も主張されている。⁽⁸⁷⁾⁽⁸⁸⁾⁽⁸⁹⁾

上の東京高判平成20年12月24日の事案においては、いずれの見解によっても保障人的地位の発生が認められるように思われる。というのも、形式的三分説によれば、土地賃貸借契約に含まれる原状回復義務が、先行行為説によれば処理能力を超える廃棄物を運び入れたという点が、排他的支配説によれば他に撤去を期待できる他人がいない点が、不法投棄罪の保障人的地位を基礎付ける事情となるからである。

実務上、作為義務発生の一般的な要件論は明らかではない。不作為による殺人罪を認めた、いわゆるシャクティ事件（最判平成17年7月4日刑集53巻6号403頁）⁽⁹⁰⁾において、最高裁は「被告人は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上、患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当を全面的に委ねられた立場にあった」として、保障人的地位を肯定した。ここでは、（義務違反的な）先行行為と排他的支配の双方を考慮しているように見え、もし双方を考慮することが作為義務の発生根拠であるとしても、東京高判平成20年12月24日の事案においては、投棄された廃自動車類は、被告人の自動車解体業の処理能力を超えて受け入れている点や、撤去を行う者が他にいないという点から、保障人的地位が肯定しうると思われる。

（４）撤去すべき範囲

以上のようにして、作為義務が発生するとしても、なお検討すべき問題は、不作為による不法投棄が認められる範囲、言い換えれば撤去義務が及ぶ範囲である。なぜこれが問題となるのであろうか。それは東京高判平成20年12月24日の事案においては、被告人が被告人以外の者が投棄したものが含ま

れている点を主張していたからであり、廃棄物事犯においては投棄した量（ここでは撤去する義務を負う範囲）が、量刑において極めて重要な意義を有するからである。

刑法理論的には、本人が持ち込んだ廃棄物や本人が依頼して持ち込ませた廃棄物について撤去義務があることは否定できないであろう。しかし全く関係のない第三者が勝手に持ち込んだ廃棄物についても、不作為による不法投棄罪が成立するという点については、疑問の余地がある。なぜなら刑法上、第三者の不法行為を阻止するような一般的な義務は存在せず、さらに廃棄物処理法上も他人の廃棄物を片付け、これを撤去する義務は存在しないからである。⁽⁹¹⁾

このことは、例えば土地の所有者が見ず知らずの他人によって自らの土地に廃棄物を不法投棄されたが、それを撤去しなかったことを理由に不法投棄罪（の単独正犯ないし片面的共犯）として処罰されない点に現れているといえよう。富山地判平成12年4月14日 LEX/DB 25420563⁽⁹²⁾は、土地の所有者である被告人が、本件土地に産業廃棄物を不法投棄することを知りながら貸したとして不法投棄罪の幫助犯に問われたが、被告人はそのような意図は知らなかったことが訴訟で明らかとされ、不法投棄罪の罪責は否定されている。

それでは、東京高判平成20年12月24日のように第三者の持ち込んだ廃棄物についても本人の持ち込んだ廃棄物とあわせて撤去義務が認められ、全体について不作為による不法投棄罪が成立している点をどのように解すべきであろうか。結論から述べれば、関係のない第三者が持ち込んだ廃棄物についても、例外的に一定の限度で撤去義務が発生すると解すべきである。理由は以下のとおりである。

第1に、廃棄物は、「自ら利用したまたは他人に有償で譲渡することができないために不要になった物」であるから、売り物である有価物と異なり、ぞんざいに扱われることが少なくない。そしてぞんざいに扱われる事例としては、さまざまな廃棄物を混合するという事態が考えられる。このような混合

が起った場合には、その一部分についてのみの撤去義務を認めるのは奇妙であり、全体について撤去義務を認めるべきであろう。撤去義務が及ぶ範囲については廃棄物の性質や種類、性状等から具体的事例にあわせて個別的に判断するほかないが、自らが持ち込んだ物と、関係のない第三者が持ち込んだ物が、主一従の関係にたっている必要があるというべきである。自ら持ち込んだ物についての撤去義務を果たす際には、それに付随する限度で関係のない第三者が持ち込んだ物についても、混合してしまっている以上、全体について撤去義務が生じると解すべきであろう。

第2に、従来から実務上、適正な手続きによる正規の廃棄物と、そうではない廃棄物を混合して処分した場合、全体について不法投棄罪を認める処理が行われてきたからである。混合する廃棄物の取り扱いが、初めて最高裁レベルで問題となった最決平成18年2月28日刑集60巻2号269頁は、一般廃棄物の収集運搬業の許可を持つ被告人が、庁舎内の汚水槽内のし尿を含む汚泥である「一般廃棄物」と庁舎内の雑排水槽内の汚泥である「産業廃棄物」を分別せずに混合して収集し、これを市の一般廃棄物のし尿処理施設に搬入・投入した行為が不法投棄罪に当たるとされた事案である。この事案では、汚泥⁽⁹³⁾の全体について、不法投棄罪が肯定された。その後も下級審において、廃棄物でない土と廃棄物たるコンクリートを埋め立てた事案において、埋め立てた全体について不法投棄罪を肯定した大阪地判平成18年8月18日 LEX/DB 28115303も登場している。それゆえ、撤去すべき廃棄物についての範囲についても作為による不法投棄の範囲の場合と同様に考え、全体についての撤去義務を認めるべきであろう。

4 小 括

以上のようにして、不作為による不法投棄も処罰が考えられるだけでなく、実際に処罰が行われていることが判明した。不作為による不法投棄罪固有の作為義務の発生根拠論として、措置命令による義務が問題となるが、こ

れは作為義務を基礎づけるものではなく、刑法で議論されている作為義務の発生根拠がそのまま不作為による不法投棄罪にも妥当すべきことが判明した。もっとも現在の作為義務犯論は、作為義務の根拠論と作為義務として果たさなければならない内容論を区別しないで論じているが、これは区別して論じるべきであり、特に不作為による不法投棄罪の場合に問題となる作為義務の内容については、撤去すべき範囲が問題となる。これについては、原則として自らの運び入れた（運び込ませた）廃棄物について撤去義務を負うが、例外的に関係のない第三者が運び入れた廃棄物についても自ら運び入れた廃棄物と混合しているような場合であれば、ともに撤去義務を負うと解すべきであろう。

V 未必の故意による不法投棄の共謀共同正犯

近時不法投棄罪をめぐるのは、次の最高裁決定を契機として、刑法学者が盛んに議論を行っている。まずは最高裁の判断を参照し、刑法学者の議論を参照した後、現在の法律状況に照らした評価を行うことにしよう。

1 最決平成19年11月14日刑集61巻 8 号757頁

最決平成19年11月14日刑集61巻 8 号757頁は、次のような事件であった。⁽⁹⁴⁾
倉庫業や産業廃棄物の収集・運搬を営む会社Xは、甲会社から有価物であるとの説明を受けて、ドラム缶を有償で保存してきた。しかし、甲会社は、ドラム缶の保管料を払わなくなり、引き取り要請にも応じなかった。その後ドラム缶の中身が危険な硫酸ピッチであることが判明し、また地主から借地の明け渡し請求を受けた。このような状況を知った乙は、ドラム缶の処理を請け負うと執拗にXに働きかけた。そこでX社の取締役Yら 5 人が処理を委託したところ、乙はこれを北海道に不法投棄したという事案である。⁽⁹⁵⁾

最高裁は、「乙において、被告会社が上記ドラム缶の処理に苦慮している

ことを聞知し、その処理を請け負った上、仲介料を取って他の業者に丸投げすることにより利益を得ようと考え、その処理を請け負う旨被告会社に対し執拗に申し入れたところ、被告人5名は、乙や実際に処理に当たる者らが、同ドラム缶を不法投棄することを確定的に認識していたわけではないものの、不法投棄に及び可能性を考えて乙に処理を委託したというのである。そうすると、被告人5名は、その後乙を介して共犯者により行われた同ドラム缶の不法投棄について、未必の故意による共謀共同正犯の責任を負うというべきである。」と判示した。

2 刑法学説による評価

最高裁決定の登場後、刑法学者は本判決に多くの論評を行っている。その理由として2つの点を指摘することが出来る。

第1に、刑法60条の共同正犯には実行共同正犯と共謀共同正犯が存在すると理解されてきた。そして実行共同正犯の場合には、単独犯と同様に、故意の内容として確定的故意に限らず未必の故意で足りると解されてきたので、共謀共同正犯においても同様の理解が妥当するのか問題とされた。

かつて実行共同正犯と共謀共同正犯の差異を強調し、共謀共同正犯の特殊性を強調する学説が有力であった。仮に実行共同正犯と共謀共同正犯は大きく質的に異なるのであれば、後者については未必の故意で足りないとする議論も成立するところである。しかしながら、実行共同正犯と共謀共同正犯の異質性を強調する理解はすでに過去のものとなっている。本件判例評釈類において未必の故意の共謀共同正犯を肯定した点に異論は存在しないように思われる。⁽⁹⁶⁾

また第2に、従来の最高裁判例との関係が、すなわちスワット事件（最決平成17年11月29日刑集57巻5号507頁⁽⁹⁷⁾）における判示内容との関係が問題となったからである。スワット事件の判示において、最高裁は「被告人は、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するよう直接指示を下さなくて

も、スワットらが自発的に被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していた」としていた。それゆえ、共謀共同正犯の成立には未必の故意では足りない⁽⁹⁸⁾と最高裁の判示を理解する可能性も示唆されていた。

もっとも、本判決により未必の故意しかない場合であっても共謀共同正犯が肯定される場合のあることが判明した。刑法学説は、この点についても好意的にとらえているように思われる。⁽⁹⁹⁾

3 不法投棄罪なのか？

しかしながら、廃棄物処理法の罰則を全体から見た場合には、以上のような評価には疑問が生まれる。⁽¹⁰⁰⁾なぜなら、現在の廃棄物処理法に照らし合わせた場合には、本件がそもそも不法投棄罪の共謀共同正犯を問題とすべき事案ではないように思われるからである。

廃棄物処理法は、（本事件後である）2003年改正において一般廃棄物の処理委託について、——産業廃棄物と同様に——正規の処分業者へ委託しなければ刑事罰を科すことにした。すなわち25条1項5号により、排出事業者が、一般廃棄物の運搬又は処分を一般廃棄物収集運搬業者・処分業者その他環境省令で定める者以外の者に委託した場合には、5年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金又はこの併科とされるようになったのである。これは、不法投棄罪と同じ廃棄物処理法で最も重い法定刑である。本件ドラム缶は、会社の事業により生じた廃棄物ではなく預けられることにより発生した、一般廃棄物に該当すると思われる。そうすると、25条1項5号違反が容易に肯定でき、しかも不法投棄罪と同じ法定刑で罰することが出来る。そのため、一般廃棄物の処理委託の局面において、当事者らに共謀が行われて、共謀者各人につき認識内容を精査しなければならない共謀共同正犯を問題にすることに、大きな意義を見い出すことは出来ないというべきである。

さらに本稿は、不法投棄罪の捨てるの解釈につき、廃棄物状況不良変更説

を採用した。この見解からは、最決平成19年11月14日のように、第三者が行う不法投棄についても、不法投棄罪（の単独正犯）を肯定することが可能である。なぜなら、本件ドラム缶を資格のない不正規の処分業者へと委ねること、廃棄物の管理状況を悪化させ、それが北海道に投棄されることで周辺環境への影響が発生したと評価することが出来るからである。したがって、厳密には共謀共同正犯とするまでもなく単独正犯としての起訴が可能であったと評価すべきである⁽¹⁰¹⁾。単独正犯の場合、犯罪成立に必要な故意の内容として、未必の故意で十分とされてる。それゆえ、本件のような未必の故意による共謀共同正犯の問題は、現実化しないのである。

4 小 括

本章では、不法投棄罪において、未必の故意による共謀共同正犯が肯定された最決平成19年11月14日を参照し、刑法学説が問題点とする点を参照した。しかしながらこの事案は、すでに法改正により不法投棄罪の共謀共同正犯が問題とされるべき事案ではなくなっており、また仮に共謀共同正犯での起訴を考えると、本稿の採用する廃棄物状況不良変更説からすると、共謀共同正犯ではなく単独正犯として扱うことの可能な事案であることが判明する。最高裁の採用する管理権放棄説の問題点は、このような局面においても現れているというべきである。

おわりに

本稿は、不法投棄罪の近時の議論を検討した上で、近時の学説や下級審判例から明らかとなった各論的問題を参照しつつ検討してきた。近時管理権放棄説に展開が見られ、管理権を厳格に解する見解が主張されているが、管理権放棄説が妥当ではなく、廃棄物状況不良変更説（廃棄物の管理がより期待できない状況に置かれることによる周辺環境への影響発生行為）が適切であ

る。管理権放棄説の論者らの加える私見への批判は理由がないことも明らかにした。

近時の裁判例においては、不作為による不法投棄が肯定されており、今後学説による検討が必要である。その際、措置命令に基づく義務は不法投棄罪の作為義務とは区別されるべきであり、作為義務の発生根拠は刑法上の議論が妥当するべきである。その際、作為義務の発生根拠論と、作為義務の内容論を区別し、特に後者、すなわち撤去義務の範囲論が自ら持ち込んだ廃棄物に限定されるのか否かを論じる必要がある。私見によれば、一定の限度で、第三者が持ち込んだ廃棄物についても、撤去義務が発生すると解すべきである。

最後に未必の故意による不法投棄罪の共謀共同正犯について、刑法的な観点及び廃棄物処理法的な観点から検討を加えた。

不法投棄罪をめぐるっては、近時議論が活性化しつつあるように感じる。本稿が、今後の議論に貢献すれば幸いである。

- （１）今井康介「廃棄物の不法投棄と廃棄物処理法16条の解釈について」早稲田法学会誌65巻 1号（2014年）45頁以下。
- （２）今井康介「廃棄物を捨てる行為を罰する特別刑法上の諸犯罪について——不法投棄罪の新しい議論を踏まえて——」早稲田法学会誌65巻 2号（2015年）47頁以下。
- （３）豊島事件、青森・岩手県境不法投棄事件、いわき市沼部不法投棄事件のいずれにおいても、——未だ全ての問題が解決したとは言えないものの——警察の捜査が入ったことが、不法投棄事件の終結・解決へ向けてのきっかけとなったと評価することが出来るのではないであろうか。我が国の不法投棄事件をめぐるは、実近昭紀『汚染の代償 豊島事件の23年』（かもがわ出版、2001年）、大川真郎『豊島産業廃棄物不法投棄事件』（日本評論社、2001年）、畑明郎＝杉本裕明『廃棄物列島・日本』（世界思想社、2009年）、福島大学いわき市沼部事件研究会『不法投棄と廃棄物処理法 いわき市沼部事件の検証』（法律情報出版、2014年）等参照。
- （４）最近では、廃棄物処理法違反と家電リサイクル法違反の罰則の関係等も問題とさ

れている。この問題については、阿部鋼「循環事犯と廃棄物事犯の関係——使用済み家電製品の不適正処理の事例を素材として——」長井圓先生古稀祝賀記念『刑事法学の未来』(信山社、2017年)531頁以下参照。

- (5) 厳密には液体も含まれる。廃棄物処理法2条1項が、「この法律において『廃棄物』とは、ごみ、粗大ごみ、燃え殻、汚泥、ふん尿、廃油、廃酸、廃アルカリ、動物の死体その他の汚物又は不要物であつて、固形状又は液状のもの(放射性物質及びこれによつて汚染された物を除く。)をいう。」としているからである。
- (6) 辰井聡子「判批」ジュリスト1212号(2001年)127頁。
- (7) 中山研一ほか編著『環境刑法概説』(成文堂、2003年)242頁〔神山敏雄〕。
- (8) 大山弘「廃掃法16条にいう『みだりに廃棄物を捨て』の意義」神戸学院法学36巻1号(2006年)53頁。
- (9) さらに立法論としては客観化しようとするのは、阿部泰隆＝淡路剛久編『環境法』(有斐閣、第4版、2011年)305頁以下〔川口浩一〕。
- (10) 土本武司「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」平野龍一ほか編『注解特別刑法(3)公害編』(青林書院、1985年)5頁、古田佑紀「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」伊藤栄樹ほか編『注釈特別刑法 第7巻 公害法・危険物法編』(青林書院、1987年)232頁、藤永孝治ほか編『環境・医事犯罪』(東京法令出版、1999年)20頁〔中村明〕、伊東研祐「判批」判例評論494号(1999年)230頁以下、神例康博「廃棄物処理法違反の罪をめぐる解釈論的諸問題——不法投棄罪を中心に——」臨床法務研究13号(2014年)119頁以下、渡辺靖明『『廃棄物』とは何か』環境管理52巻10号(2016年)84頁以下、同「循環型社会における『廃棄物』概念のジレンマ」環境管理52巻12号(2016年)92頁以下。
- (11) 詳しくは、今井康介「廃棄物処理法における不法焼却罪の構造——環境法と刑法が交錯する一つの問題——」早稲田法学会誌64巻2号(2014年)157頁以下参照。
- (12) 秋吉淳一郎「判解」『最判解 刑事篇 平成11年』(法曹会、2002年)66頁以下参照。さらに本決定については、刑法学者による評釈として伊東・前掲注(10)230頁以下、本田稔「判批」法学セミナー552号(2000年)116頁、辰井・前掲注(6)124頁以下、長井圓「判批」北村喜宣編『産廃判例を読む』(環境新聞社、2005年)182頁以下、行政法学者による評釈として、山田洋「判批」ジュリスト1158号(1999年)89頁以下、岩橋健定「判批」法学教室228号(1999年)130頁以下、田村泰俊「判批」法学新報107巻7＝8号(2000年)199頁以下、黒川哲志「判批」ジュリスト1179号(2000年)47頁以下、小西義博「判批」ちょうせい26号(2001年)26頁以

- 下、田村泰俊「判批」淡路剛久ほか編『環境法判例百選』（有斐閣、第2版、2011年）114頁以下参照。
- (13) 刑事だけでなく廃棄物処理法全体における廃棄物該当性の問題については、北村喜宣「総合判断説・再考」環境管理50巻8号（2014年）4頁以下参照。
- (14) 同事件は、その後上告され、最決平成29年9月26日公刊物未掲載が上告を棄却している。
- (15) 本事件の高裁での争点は、主に可罰的違法性や故意が肯定できるかであるが、原審たる岡山地裁倉敷支判平成28年1月27日公刊物未掲載においては、廃棄物該当性が中心に争われている。原審の事案や判決については、今井康介「廃棄物処理法における無許可収集・運搬罪についての一考察——墓石収集・運搬事件を参考に——」早稲田大学大学院法研論集161号（2017年）1頁以下が、詳細に紹介している。高裁判決の評釈として、高橋信行「行政刑罰における違法性の意識 廃墓石無許可収集運搬事件」法学教室437号（2017年）42頁以下、前田雅英「行政刑罰法規の実質的解釈と故意の認定」捜査研究66巻4号（2017年）13頁以下、赤瀬康明「判批」いんだすと32巻8号（2017年）42頁以下、岡部雅人「判批」刑事法ジャーナル52号（2017年）135頁以下参照。
- (16) 今井・前掲注（1）65頁。
- (17) 再生利用の問題については、伊藤渉「再生利用と廃棄物処理法上の犯罪」東洋法学54巻3号（2011年）77頁以下参照。
- (18) 同判決の原審たる名古屋地判平成16年5月27日 LEX/DB 28105237は、不法投棄罪についても肯定していた。
- (19) 安富潔「廃棄物処理法 不法投棄」捜査研究613号（2012年）53頁。
- (20) 多谷千香子『廃棄物・リサイクル・環境事犯をめぐる101問〔改訂〕』（立花書房、2006年）92頁以下。
- (21) 小針健慈「環境法の刑事法的側面——いわゆる廃棄物処理法違反の事例を中心に——」日本大学法学紀要52巻（2011年）206頁。
- (22) 商店街にタンスを放置する事例に類する事例で有罪判決を下した事件がある。これについては、東京簡判平成14年12月25日公刊物未掲載（実務判例研究会「最新判例に見る身近な犯罪」捜査研究706号（2010年）100頁以下に紹介）参照。
- (23) 今井・前掲注（1）68頁以下。
- (24) 生盛豊樹『公害問題と警察活動』（立花書房、1983年）126頁。
- (25) 長井圓「判批」NBL834号（2006年）28頁以下、谷直之「判批」受験新報673号

- (2007年) 22頁以下、小名本明宏「判批」刑事法ジャーナル10号(2008年) 157頁以下、阿部鋼「判批」法学新報115巻3 = 4号(2008年) 261頁以下、長井圓「判批」北村喜宣編『産廃判例が解る』(環境新聞社、2010年) 178頁以下、角田進二「企業が廃棄物を保管する場合の注意点について——野積み事例を例として」環境管理49巻6号(2013年) 45頁以下、芝田麻里「判批」いんだすと29巻3号(2014年) 32頁以下等参照。
- (26) 同事件の原々審たる福島地裁会津若松支判平成15年12月3日 LLI/DB L05850920は、捨てるの意義について不明瞭であるが、原審たる仙台高判平成16年7月6日 LLI/DB L05921086が管理権放棄説的な判示をしており注目される。
- (27) 松本麗「判批」警察公論61巻9号(2006年) 95頁。
- (28) 平尾覚「判批」研修700号(2006年) 123頁以下。
- (29) 前田巖「判解」『最判解 刑事篇 平成18年度』(法曹会、2009年) 91頁以下。
- (30) 多和田隆史「判解」『最判解 刑事篇 平成18年度』(法曹会、2009年) 192頁。
- (31) 辰井聡子「判批」淡路剛久ほか編『環境法判例百選』(有斐閣、第2版、2011年) 239頁以下。
- (32) 高橋則夫=松原芳博編『判例特別刑法』(日本評論社、2012年) 285頁、292頁〔岡部雅人〕。
- (33) 高橋則夫=松原芳博編『判例特別刑法 第2集』(日本評論社、2015年) 274頁〔福山好典〕。
- (34) 本判決は、高刑速(平成19)号433頁にも掲載があるが、採石作業中崖に滑落した石の、廃棄物の処理及び清掃に関する法律施行令2条8号の「鉤さい」該当性の紹介しかないので、本稿ではD1-LAW/DBを参照した。
- (35) 本件判例評釈として、長井圓「判批」いんだすと27巻43号(2012年) 41頁以下、阿部鋼「判批」法学新報119巻11=12号(2013年) 121頁以下、福山・前掲注(33) 268頁以下参照。
- (36) 今井・前掲注(1) 75頁以下参照。
- (37) 阿部鋼「循環型社会推進過程における廃棄物事犯の研究(1)」法学新報117巻3 = 4号(2010年) 216頁以下。
- (38) 本判決の引用については、城祐一郎『特別刑事法犯の理論と捜査[2]』(立花書房、2014年) 199頁以下による。
- (39) 有罪判決については、北海道新聞2007年5月11日(夕刊)第12面参照。
- (40) 城・前掲注(38) 200頁。

- (41) 船戸宏之「廃棄物処理法（無許可処理業、不法投棄）」判例タイムズ1436号（2017年）62頁以下。
- (42) 船戸・前掲注（41）68頁。
- (43) 船戸・前掲注（41）69頁。
- (44) 前田・前掲注（29）93頁。
- (45) 船戸・前掲注（41）69頁の脚注34）。
- (46) 船戸・前掲注（41）69頁の脚注35）。
- (47) 前田・前掲注（29）95頁の注27。
- (48) 中村・前掲注（10）29頁。
- (49) 前田・前掲注（29）86頁。
- (50) 多和田・前掲注（30）191頁。
- (51) 垂本正名＝榎野敏雄＝野本国彦＝児玉十三一「軽犯罪法（昭和23年5月1日法律第39号）第一条逐号解説」警察学論集15巻1号（1962年）99頁。
- (52) 植松正『軽犯罪法講義』（立花書房、1948年）152頁、野木新一＝中野次雄＝植松正『註釈 軽犯罪法』（良書普及会、1949年）85頁、教官室「軽犯罪法（四・完）」研修229号（1967年）39頁、伊藤栄樹「軽犯罪法」伊藤栄樹ほか編『注釈特別刑法 第2巻 準刑法編』（立花書房、1982年）125頁、伊藤栄樹『軽犯罪法』（立花書房、3訂版、1997年）193頁、法務省刑事局軽犯罪法研究会編著『軽犯罪法101問』（立花書房、1995年）169頁及び170頁、伊藤栄樹（原著）＝勝丸充啓（改訂）『軽犯罪法』（立花書房、新装第2版、2013年）185頁。
- (53) 安西温『特別刑法〔7〕』（警察時報社、1978年）177頁、稲田輝明＝木谷明「軽犯罪法」平野龍一ほか編『注解特別刑法 第7巻 風俗・軽犯罪法編』（青林書院、第2版、1988年）124頁、橋本裕蔵『軽犯罪法の解説』（一橋出版、5訂版、2005年）72頁。
- (54) 管理権の放棄に加えて行為者の支配外に置くこととする見解として俵谷利幸『軽犯罪法解説——新時代のニーズに応える——』（日世社、第5版、1992年）158頁、所有権・管理権の放棄に加えて行為者の支配外に置くこととする見解として井阪博＝田淵大輔＝西岡剛＝富士原志奈＝楠智裕『実務のための軽犯罪法解説』（日世社、第7版、2008年）174頁がある。
- (55) 東京高判昭和56年6月23日刑刑13巻6＝7号436頁は、人糞を新聞に載せて山手線の車内の網棚の上に置いて行為が、軽犯罪法1条27号に該当するとされている。もっとも、棄てるの意義は明らかとされていない。汚廃物放棄の罪が、いかなる場

合に成立するかについては、警察庁刑事局調査統計官編著『判例中心 特別刑法』(立花書房、補訂版、1982年)36頁以下が詳しい。

(56) 前田・前掲注(29)88頁の(注19)。

(57) 同事件は、承諾を得て父親の所有地に穴を掘った上、家屋解体工事にともなって排出されたコンクリート破片等を投げ入れた事案である。原審が、廃棄物処理法16条の実行行為は、廃棄物を「みだりに捨てる」ことであり、その所有権を放棄することを不可欠の要素として含むものであると解し、再利用の意思があった旨の被告人の弁解を容れて、所有権を放棄したと認めるには合理的な疑いがあるとしたが、控訴審は、原判決を破棄し、被告人の再利用の意思は喪失していたとし、かつ、同条16条の行為は、所有権放棄の意思が確認できる場合に限定されるものではないから、再利用の意思が絶無でなかったとしても「みだりに捨てる」行為といえるとして、さらに(未必の)故意を認め、有罪判決を下した。

(58) 木村又雄＝福田勉『清掃法の解説』(日本厚生通信社、第2版、1954年)19頁以下参照。

(59) 伊藤栄樹「軽犯罪法の20年」時の法令639号(1968年)24頁。

(60) 「みだりに」の意義については、馬屋原成男『軽犯罪法要解』(盛文社、1948年)54頁、新警察社編『軽犯罪法詳解』(新警察社、1948年)87頁、磯崎良譽『軽犯罪法解説』(法文社、1948年)124頁、福原忠男＝柏木博『軽犯罪法解説』(三芳書房、1948年)88頁、入戸野行雄『軽犯罪法詳解』(警察時報社、1948年)50頁、増永義一『軽犯罪法解説』(高文社、1948年)123頁、警察研究会編著『註釈警察全書』(警察時報社、第4版、1951年)31頁等、小野清一郎『新訂 刑法講義 各論』(有斐閣、第15版、1956年)304頁及び303頁等参照。

(61) 「公共の利益に反する」の意義については、藤友寅雄『軽犯罪法釈義』(大蔵省印刷局、1948年)9頁、大塚仁『特別刑法』(有斐閣、1959年)118頁参照。

(62) 今井・前掲注(2)71頁。

(63) このような発想については、多和田・前掲注(30)193頁も参照。

(64) 前田・前掲注(29)93頁。

(65) 前田・前掲注(29)95頁の(注27)。

(66) 船戸・前掲注(41)69頁の脚注35)。

(67) 廃棄物の定義を、管理態様などから推定で解決しようとする見解(嘉屋朋信「いわゆる『廃棄物の定義』の問題に関する一考察」警察学論集64巻4号(2011年)53頁以下)にも同様の思考が存在すると思われるが、妥当でない。

- (68) 受託禁止違反の罪については、今井康介「産業廃棄物の受託禁止違反の罪とその周辺」早稲田法学会誌68巻1号（2017年）31頁以下参照。受託禁止違反の罪、委託禁止違反の罪、委託基準違反の罪の3者は、行政犯的な性格が強いと解される。しかし渡辺靖明「廃棄物処理の委託禁止違反が処罰されるのは何故か？」環境管理53巻10号（2017年）66頁以下は、委託禁止違反の罪（25条1項6号）を、不法投棄による環境破壊の危険を抑止する規定と理解し自然犯的に構成しようとする。
- (69) 故意ある幫助道具の理論については、寺西輝泰「故意ある幫助的道具と正犯意思（1）（2・完）」受験新報27巻2号（1977年）57頁以下、27巻10号（1977年）63頁以下、藤木英雄「幫助利用の間接正犯」研修343号（1977年）16頁以下、坂本英雄＝船山泰範『刑法の入門（例題と判例）——総論——』（高文堂出版社、1979年）138頁以下、相内信「故意ある幫助的道具」金沢法学23巻1＝2号（1981年）201頁以下、安西温「間接正犯（その六）——故意ある幫助的道具の利用」同『刑法総論』（警察時報社、新訂第1版、1989年）128頁以下、齊藤誠二「いわゆる『故意ある幫助的道具』」受験新報516号（1994年）28頁以下、田川靖紘「期待可能性論と従犯について」愛媛法学会雑誌39巻3＝4号（2013年）81頁以下等参照。
- (70) これに対し、「捨てる」を廃棄物の適正処理がより期待出来ない状況に置かれることによる周辺環境への影響発生行為であると解する廃棄物状況不良変更説（私見）によれば、故意ある幫助道具の理論を前提とせずにXの罪責を説明することが可能である。Xは、汚泥の投棄を委託することにより、廃棄物の適正処理をより期待できない状況を作り出し、そしてその後実際にBらが投棄をすることにより、周辺環境への影響が発生する事態が発生しているからである。
- (71) 会社の代表取締役が会社の使用人に命じ自己の手足として米を運搬輸送させた場合は、右使用人がその情を知っていたとしても、右代表取締役は、食糧管理法違反の刑責を免れないとした最判昭和25年7月6日刑集4巻7号1178頁が存在する。この判決は、故意ある幫助道具をみとめた判決と紹介されることも多いが、必ずしもそのように解されなければ説明がつかないわけでもない。米の運搬を自分で行うことだけでなく、他人に行わせることも、輸送と解することができるからである。本判決については、木村亀二編『判例による刑法入門』（青林書院新社、1972年）274頁以下、富田敬一「判批」西原春夫編『判例刑法Ⅰ 総論』（日本評論社、1975年）141頁以下、佐々木養二「判批」阿部純二編『刑法〔総論〕』（同文館、1980年）198頁以下、大沼邦弘「間接正犯」西原春夫ほか編『判例刑法研究4 未遂・共犯・罪数』（有斐閣、1981年）134頁以下、板倉宏＝船山泰範「判批」同『判例ゼミ

刑法総論』(学陽書房、改訂版、1982年)164頁、石堂功卓編著『刑法と判例(総論)』(中部日本教育文化社、1986年)188頁以下、高橋則夫「間接正犯」西原春夫ほか編『刑法マテリアルズ』(柏書房、1995年)390頁、中義勝「判批」内藤謙編『判例ハンドブック(刑法総論)』(日本評論社、第2版改訂版、1998年)156頁、内田文昭編『三訂 刑法判例体系 総論』(八千代出版、第3版、2002年)194頁以下〔福山道義〕、植田博「判批」曾根威彦＝日高義博編『基本判例5 刑法総論』(法学書院、第2版、2006年)113頁、増井敦「判批」成瀬幸典＝安田拓人編『判例プラクティス 刑法I 総論』(信山社、2010年)352頁等参照。

(72) その理由は、ドイツ刑法1975年改正により、「犯罪を自身であるいは他人を通じて行った者は、正犯として処罰される」(25条1項)と規定されたため、犯罪を自身で行っている場合には直接正犯であることが明確となったからである。また故意ある幫助道具の理論の基礎となったのは、正犯と共犯の区別に関する主観説である。そしてドイツではこの主観説の支持者がすでに存在しないからである。

(73) 福山・前掲注(33)273頁参照。

(74) 今井・前掲注(2)47頁以下。

(75) 渡辺は、明示的でないものの、「捨てる」を環境負荷増大行為と解している。しかし、日本に存在する環境罰則は、行政犯的な規定を除けば、ほとんど環境負荷増大行為であると思われる。例えば不法焼却も、不法投棄も環境負荷増大行為であることは否定できないのではないであろうか。それゆえ、不法投棄罪固有の行為内容を明らかにしておらず、不十分である。

(76) 渡辺靖明「廃棄物を『捨て』なくとも不法投棄に当たるか？」環境管理53巻4号(2017年)71頁。

(77) 古田佑紀「廃棄物処理法罰則の解釈と運用(上)」警察学論集32巻1号(1979年)72頁以下参照。処分場への投入は、主に「みだりに」という点が問題となる

(78) 渡辺靖明「同じ廃棄物を2度捨てると二つの不法投棄罪で処罰されるのか？」環境管理53巻8号(2017年)63頁。

(79) 不作為犯の実務的問題については、本庄武＝山下幸夫「刑事弁護人のための刑法 第7回 不作為犯」刑事弁護73号(2013年)124頁以下参照。

(80) 特別刑法における不作為犯の問題については、堀内捷三「特別刑法と真正不作為犯」警察研究60巻4号(1989年)3頁以下、刑法における不作為犯論の状況については大塚裕史「不真正不作為犯論」法学セミナー731号(2015年)93頁以下、橋爪隆「不真正不作為犯における作為義務」警察学論集69巻2号(2016年)105頁以

下参照。

- (81) 本件判例評釈として中島宏「判批」季刊刑事弁護28号（2001年）158頁以下。
- (82) さらに、実務上次のような事案がある。被告人が6月に山林に自動車を捨てたとして起訴された事案において、訴因とは異なる8月に自動車を捨てたと認定した原判決が問題とされ、公訴事実の同一性があり、審判の請求を受けない事件について判決した違法があるとはいえないが、訴因変更の手続きを取らないまま認定した点に訴訟手続きの法令違反があるとして破棄差し戻しとした東京高判平成22年11月30日東高刑時61巻1＝12号308頁がある。仮にこの事案を前提として、8月に自動車を捨てたとして不法投棄罪の成立を認めるのであれば、6月に自動車を乗り捨てたこと（先行行為）を理由とする不作為による不法投棄が問題となろう。

また大津地判平成26年12月2日D1-LAW/28225066は、原子力発電所の事故により放出された放射性物質により汚染された木くず約310立法メートルを、市内の河川管理用通路上に敷きならして放置した被告人につき、不法投棄罪の成立が肯定されている。もっとも敷きならした点が作為による不法投棄罪を構成するのか、放置した点が不作為による不法投棄罪を構成するのかは、必ずしも明らかでない。

- (83) 東京高裁は、賃貸借契約に基づき他人の土地につき適法な占有を取得した者については、その占有を失わない限り、民事上債務不履行の問題は起こりえても、不動産侵奪罪に問われることはなく、これは、たとえ賃貸借の期間が終了し、その終了後賃借地を引き続き占有する場合でも、賃借人において占有を失わない限り新たな占有の取得ということは生じないから、同様であるとし、被告事件につき犯罪の証明がないとして、被告人に無罪を言い渡した。
- (84) 同判決については、穴沢大輔「判批」いんだすと27巻3号（2012年）44頁以下参照。主たる論点は、命令違反により懲役（実刑）及び罰金が処されたという量刑にある。
- (85) このことを過失不作為犯の文脈で明確に述べたのは、岡部雅人「過失不作為犯における『注意義務』』『曾根威彦＝田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕（成文堂、2014年）205頁。

岡部は、次のように述べる。「思うに、これまでの学説は、不作為犯における作為義務の『発生根拠』と、作為義務の『具体的内容』とを、渾然一体として『作為義務』と称して論じてきたために、議論を複雑なものにしてきたのではないだろうか。従来から議論されてきている作為義務の発生根拠論からは、保障人的地位までは導くことができて、その者に対して課されるべき具体的な保障人的義務の内容

までも導くことはできないように思われる。すなわち、その者に対して『作為すべし』とまではいえても、具体的に『どのような作為すべし』とはいうことはできないのである。』。このような指摘は全く正当であると思われる。

しかし岡部は、「過失不作為犯においては、この義務の具体的な内容は、結果の予見可能性に応じて導かれるところの結果回避義務であるというべき」とする。これは、作為義務の内容までを規律するような作為義務の根拠論を論じなければ、故意不作為犯の場合の問題は解決できないからであろう。それゆえ、故意不作為犯の場合をペンディングにし、結果回避義務の内容で過失不作為犯における義務内容を解決するのは、場当たりの解決に過ぎず、理論上問題がある。

鎮目征樹「不真正不作為犯における作為義務の『発生根拠』と『具体的内容』」
刑事法ジャーナル46号(2015年) 4頁以下は、故意犯も念頭に置いて発生根拠論から具体的な内容への議論の発展可能性を検討する。鎮目は、作為義務の発生根拠として2つのモデルを対立させて考える。第1モデルは、先行行為(危険創出)を作為義務の根拠事情と要求する見解であり、これに対し第2モデルは、因果的支配の欠如(不特定性)に着目し、これを埋め合わせる要件として支配・依存の関係(排他的支配)の必要性を導く見解である。

鎮目は、第2モデルが想定する支配・依存の有無は想定される結果回避措置と切り離すことは出来ないが、第1モデルとは異なり、義務の根拠についての理解(因果的支配の欠如や主体の不特定性という理論的ハードルを克服する必要性)から、義務の内容の限定を論理的に導き出すことは非常に困難であるとする。なぜなら、「原因から結果に至る因果の流れに介入しておらず、ゆえに主体が不特定である問題性を克服するためにどのような事情が必要か」という問いの中に、「結果回避措置として何をさせてよいか」という結論を導く論理的接点を見いだしにくいからである。鎮目は結論として第2モデルは、結果回避措置の具体的な内容は、むしろ、依存の有無の判断に先行するものであると評価する。

これに対し第1のモデルは、一定の作為を強制することによる量的な自由制約の程度の大きさ、あるいは法益保護のための積極的な措置(他者への配慮)を強制することの質的な特殊性に着目するモデルであり、「他者の自由制約」あるいは「他者への配慮の強制」の正当化という観点から、義務内容の限定が導かれる。もっとも、義務内容を限定する論理としては脆弱なため、行為者に対する強度の自由制約という不利益を賦課することによって実現すべき利益(法益保護)の中身を問題にすることを提案する。

注目すべき試みであるが、作為義務の内容までを明確に規律するような作為義務の根拠論が必要であると思われる。本稿は不法投棄罪の場合の作為内容は廃棄物の撤去以外には考えられず、問題となるのは、撤去すべき範囲にあると考え、異なる観点から検討を行った。

(86) これに対し高山佳奈子「不真正不作為犯」山口厚編『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003年）67頁以下は、作為義務は法規範によって基礎づけられるべきであり、事務管理や契約などによって基礎づけられるとする。

(87) 例えば、堀内捷三『不作為犯論』（青林書院、1978年）254頁以下。

(88) 様々なバリエーションがあるが、例えば日高義博『不真正不作為犯の理論』（慶應大学出版会、第2版、1983年）157頁以下、島田聡一郎「不作為犯」法学教室263号（2002年）117頁、日高義博「刑法解釈論と不真正不作為犯」専修ロージャーナル10号（2014年）18頁。

(89) より正確には排他的支配に加えて要件を要求する見解である。例えば佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」香川達夫先生古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』（有斐閣、1996年）95頁以下、同『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）108頁以下等参照。

排他的支配説を批判するのは、島田聡一郎「不作為による共犯（2・完）」立教法学65号（2004年）221頁、山口厚「不真正不作為犯に関する覚書」小林充＝佐藤文哉先生古稀祝賀『刑事裁判論集 上巻』（判例タイムズ社、2006年）28頁以下。

(90) 松宮孝明「判批」法学セミナー611号（2005年）119頁、川端博「不作為による殺人罪と共同正犯の成立範囲」研修697号（2006年）3頁以下、高橋則夫「判批」刑事法ジャーナル2号（2006年）95頁以下、平山幹子「判批」判例セレクト2005（2006年）38頁、塩見淳「判批」ジュリスト1313号（2006年）160頁以下、日高義博「不作為による殺人」専修ロージャーナル2号（2007年）129頁以下、山中敬一「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅰ』（有斐閣、第6版、2008年）14頁以下、高橋則夫＝山口祐一郎＝鈴木隼平＝酒井優大「『犯罪論における複数行為による結果惹起』の問題」Law&Practice6号（2012年）201頁以下、鎮目征樹「判批」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選 総論』（有斐閣、第7版、2014年）14頁以下等参照。

(91) それゆえ今後の立法論的には、見ず知らずの他人が不法投棄した場合に、何もしない土地の所有者に撤去義務を定め、この義務を履行しない場合には、不作為による不法投棄罪の成立させる立法を行う余地がある。

(92) さらに無罪事例集6集285頁参照。

- (93) 本件については、長井・前掲注(25)25頁以下、小名木・前掲注(25)157頁以下、阿部鋼「判批」法学新報115巻3＝4号(2008年)261頁以下、多和田・前掲注(30)182頁以下、岡部・前掲注(32)288頁以下、芝田麻里「判批」いんだすと29巻2号(2014年)28頁以下参照。なお、本件の原審たる福岡高判平成17年7月26日LLI/DB L06020962は、原原審が収集開始時を基準に廃棄物該当性を検討した点を批判した上で、し尿の中間処理施設への搬入は不法投棄罪に該当するとした。
- (94) 長井圓「判批」速報判例解説編集委員会編『速報判例解説3号(法学セミナー増刊)』(日本評論社、2008年)309頁以下、山元裕史「判批」研修724号(2008年)19頁以下、十河太郎「判批」判例セレクト2008(2009年)33頁、松原芳博「判批」刑事法ジャーナル14号(2009年)112頁以下、山本紘之「判批」法学新報115巻11＝12号(2009年)261頁以下、田川靖紘「判批」早稲田法学84巻4号(2009年)99頁以下、松田俊哉「判解」『最判解 刑事篇 平成19年度』(法曹会、2011年)453頁以下、小針健慈「環境法における未必の故意による共謀共同正犯論の再検討——最終決平成19年11月14日——」法政論叢48巻2号(2012年)31頁以下、手塚明「共謀共同正犯における未必の故意にもとづく共謀について」明治大学法科大学院論集13号(2013年)184頁以下、川崎友巳「判批」大谷實編『判例講義 刑法I』(悠々社、第2版、2014年)151頁、芝田麻里「判批」いんだすと29巻4号(2014年)51頁以下、前田雅英「判批」同『最新重要判例250 刑法』(弘文堂、第11版、2017年)78頁参照。
- (95) 本件第一審(札幌地判平成18年3月15日LEX/DB 28145270)及び原審(札幌高判平成19年1月18日LEX/DB 28145042)は、ともに未必の故意による共謀共同正犯を認めている。さらに本事件の実行犯らも有罪判決が確定している(札幌地判平成16年8月5日LEX/DB 28095637及び札幌地判平成16年12月1日LEX/DB 28105078)。
- (96) 松田・前掲注(94)459頁によれば、本事件の控訴審で弁護人が提出した白鳥祐司教授の意見書が、未必の故意なる共謀共同正犯はそもそも認められないとしているようである。
- (97) 増井敦「判批」産大法学40巻2号(2006年)94頁以下等参照。
- (98) 島田聡一郎「判批」ジュリスト1288号(2005年)159頁。
- (99) 前掲注・(94)の文献参照。
- (100) 環境法学者による刑法学者とは異なる角度から分析が参考になる。北村喜宣「判批」ジュリスト1376号(2009年)50頁以下、黒坂則子「判批」人間環境問題研究会編『最近の重要環境判例(環境法研究35号)』(有斐閣、2010年)77頁以下参照。

- (101) 委託者が1人でなく数人であるから共謀共同正犯とする余地も存在するが、端的に不法投棄罪の同時犯とすべきである。