

# 适度前置化的污染环境罪规制观 及其法律构造

潘佳

(北京物资学院法学院, 北京 101149)

**[摘要]**《刑法修正案(十一)》颁布后,关于污染环境罪的价值立场之争并未就此终结,至今仍存在预防的前置规制观与传统的谦抑主义两种思路。环境污染犯罪的特殊性及其我国生态文明新阶段使然,适度前置化的规制观更为合理。适度规制观总体坚持了预防面向,由于预防观容易异化,必须对限度给予重点回应。这就需要在预防环境污染与保护财产权之间,在打击环境犯罪与保护受害者之间,求得平衡。适度前置化的规制立场要义在于科学把握适度内涵及理性表达,这不仅要符合宪法的双向要求及刑法基本原则,还需兼顾环境公益的提前保护与个体利益的维护,以及法秩序统一下的相对从属性要求。我国的适度前置化规制实践,已经肩负起预防污染环境犯罪的使命。这在近年来的司法解释和《刑法修正案(十一)》的污染环境罪条款中已经彰显,但有待完善。法律解释层面,适度前置化规制观保证了犯罪圈的范围选择、刑罚配置、非刑罚措施的合理确定。在司法适用层面,亦能够为法益保护分析、主观方面考量、犯罪形态解读、行政附属性判断、因果关系认定提供分析依据。适度前置化规制观的理论优势和科学性,决定了该立场对于解释《刑法修正案(十一)》中的污染环境罪和回应司法适用中的诸多争议,具有重要的指导价值。

**[关键词]** 环境刑法 污染环境罪 适度前置化规制 预防性刑法观 刑法谦抑主义

**[中图分类号]** D924.36 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 2096-983X(2022)02-0106-11

《刑法》第338条“污染环境罪”一直是实践中适用最多、影响最大的环境犯罪类条款。

《刑法修正案(十一)》对该条进行了完善,但改后的污染环境罪并未化解长期以来对其规制的基本立场争议,即,污染环境罪究竟应恪守积极的预防观、刑法规制的谦抑化抑或其他理念。鉴于此,我们有必要立足于当下重新审视污染环境罪秉持的价值理念,探寻污染环境罪规制的解释论基础及其限度,为进一步厘清《刑

法修正案(十一)》实施后法律解释和法律适用中的难点提供理论支持。

## 一、污染环境罪的规制立场反思与重塑

污染环境罪的基本立场决定了该罪的刑事立法价值取向。20世纪90年代后,我国环境刑法的发展开始呈现两种对立的规制观,一种关

收稿日期: 2021-10-12; 修回日期: 2021-11-23

作者简介: 潘佳, 副教授, 法学博士, 主要从事环境法研究。

注人类以及环境的危险,呼吁严厉的刑法,另一种认为环境刑法危害其他利益,应被视为最后的手段。《刑法修正案(八)》颁布后,如何设置污染环境罪一直存在前置化规制的预防观与谦抑主义两种立场。

### (一)两种立场:前置规制与谦抑主义

第一种立场以风险社会理论为基础,倡导污染环境罪的前置规制。污染环境罪的前置规制观,又称预防的、积极的刑法观,应当把造成环境污染或破坏的行为及对环境造成破坏具有诱发性的行为均纳入刑法规制范围。<sup>[1]</sup>由于风险社会中的风险是由人类的行为所引起的,因此刑法可以直接或间接方式成为预防手段之一。随着风险社会理论的提倡,学者们先后进行了风险刑法的理论重构与规范体系反思。劳东燕教授认为,刑法应当从惩罚刑法向威慑刑法转型。<sup>[2]</sup>高铭暄教授认为,要不断优化风险社会的刑法干预。<sup>[3]</sup>付立庆教授认为,我国刑法应提倡积极主义观念。<sup>[4]</sup>

刑法保护法益的前置化,获得了不少学者对环境法益保护前置的支持,代表性观点包括:法益保护早期化出于强化法益保护的考虑,刑法对环境犯罪的规制始终处于软化状态,其不应当继续被削弱;<sup>[5]</sup>单纯损害环境利益或造成危险的活动已为刑法所规制,侵害环境法益最终会损害人类法益;<sup>[6]</sup>污染环境罪治理早期化,反映了中国特色的国家任务与价值选择,及时回应了安全感诉求;<sup>[7]</sup>我国环境犯罪治理理念已然从惩罚主义彻底转向为预防主义;<sup>[8]</sup>在积极刑法观的倡导下,司法实践中强调生态法益,是将保护法益的范围前置并扩大。<sup>[9]</sup>

第二种立场恪守刑法的谦抑性。陈兴良、张明楷等教授秉持谦抑主义立场,主要观点及理由有:当今社会刑罚走向轻缓,过于依赖刑法是迷恋刑罚;守法的公民不会因为规定重刑而去犯罪,刑法的作用总是有限的;<sup>[10]</sup>重刑主义环境下,刑法以扩张为己任,导致刑罚残酷与刑法的恣意;<sup>[11]</sup>常有刑法学者与实务人士谈及“缩小打击面,扩大教育面”“不能扩大处罚范

围”,似乎刑罚处罚范围越窄越好。<sup>[12]</sup>

谦抑立场深刻影响了污染环境犯罪观的认知,代表性观点认为,环境法益保护的早期化带有一定反法治色彩,属于象征性立法;<sup>[13]</sup>环境法益保护的早期化难以得到适用,或者虽然能适用但现实意义不大;<sup>[14]</sup>早期保护法益削弱了刑法的谦抑性,是对刑法当前发展阶段的超越,应严格秉持人类中心主义环境法益观。<sup>[15]</sup>环境刑法的谦抑性要求其他法不处罚时刑法不应处罚;<sup>[16]</sup>环境刑法没有必要为环境行政执法不规范“埋单”。<sup>[17]</sup>

### (二)立场评述

预防理念,是随着传统刑事立法与政策对环境犯罪的规制乏力,于刑事立法自身层面做出的适用性调整。其意义在于,既要承担传统人类中心主义的法益侵害惩戒责任,还需担负防范环境损害使命,以保证人类可持续地在安全、无威胁的环境中生存。风险社会下的环境污染是经济发展不可避免的伴生物,但严重污染环境的行为是可控的。历史表明,仅关注传统人身、财产法益、环境生态法益受损后的犯罪规制,难以拯救日益脆弱的生态环境,只有主动肩负起环境保护方面的先期屏障作用,才能保障更大的利益。<sup>[18]</sup>

预防观也存在一定不足。首先,预防性环境刑法观,容易导致科学不确定下的盲目决策,产生越早干预越好的过度介入性,构成法治挑战,阻碍排污权、自然资源使用权等财产权的自由行使。其次,预防观容易产生唯刑至上的观念,认为严重侵害环境法益的行为只要前置干预便能解决问题,易削弱了其他部门法、执法、激励等机制的调适空间。再次,整体上的刑法不可能面面俱到地将所有刑事规范纳入预防性规制,不同的环境犯罪具体行为没有必要设定单一的预防规制观。

谦抑性符合我国慎罚、谨刑的刑法传统,通过对造成传统法益侵害的环境犯罪行为惩戒,间接实现环境保护的目的,具有一定的积极意义。谦抑原则有助于刑法规范及刑罚体系

的稳定,守住最后一道屏障,防止情绪主义立法。<sup>[19]</sup>谦抑观还有助于守护民法、行政法、刑法等相对清晰的作用空间,保持刑法的自洽性,并有利于严守罪刑法定原则。

污染环境罪的谦抑观,也存在现实问题。谦抑观以损害确定化的传统法益为基础,难以对非人身的环境法益进行直接保护。当国家将环境风险的应对分配给民事、行政、经济、社会等部门法时,刑法以谦抑性为借口主动避开,后果可能是严重危害环境公共利益的行为无法解决。污染环境犯罪的刑事规制立场,在不同的时空范畴,具有不同的内涵,不顾具体条件而恪守传统的谦抑观,不利于国家全面肩负起生态环境的给付安全任务。<sup>[20]</sup>

### (三)立场重塑:适度前置化的规制观

环境污染犯罪观的确立,需立足于我国环境污染的基本态势及犯罪特点,着眼于刑事立法的发展阶段,理性考量。故而,建议采用适度前置化的污染环境罪规制观。

#### 1.适度前置化规制观的基本内涵

适度前置化的规制观强调,对污染环境罪总体坚持刑法规制的前置化,同时将其限定在适度的范围内,其核心要义为,刑法对严重污染环境活动的介入深度与广度应当科学合理,有所为,有所不为。

适度前置化规制观的内涵有四方面要义。第一,该规制观的适用范围限于污染环境罪本身。第二,污染环境罪大方向上与前置化的积极预防观一致。第三,适度前置规制观将污染环境可能侵害的人身、财产、环境生态法益等均纳入法益前置保护范围进行考量,而非仅在人身与财产损害遭受损害后果时才介入。第四,适度前置化的核心理念在于“适度”,适度包括观念上的适度,立法规制的适度、司法规制的适度。观念上的适度指我们不应将污染环境罪设定得过于超前,不能完全采纳生态利益中心主义,更不能重走人类中心主义老路,应以保护人类利益为最终目标,统筹人类与生态共同体的保护。立法规制的适度,既强调不能盲目超前

立法,也要避免对所有污染环境破坏生态的行为均纳入规制范围,如对所有动物的侵害、对人类无影响植物与环境要素的轻微侵害规定为环境犯罪,还要避免迎合谦抑主义下犯罪轻缓的趋势而一味降低污染环境罪的刑档与量刑幅度,而是要结合发展阶段特点来看待非刑罚措施与其他规制手段,合理安排刑法配置。司法规制的适度强调立足于我国污染环境罪的多样化行为类型与特点,理性分析法益保护与主观方面,避免所有污染环境罪具体行为被视为结果犯与危险犯或均采用因果关系推定,导致行政从属性与非从属性的二元对立。

#### 2.适度前置化规制观的现实性与合理性

一方面,适度前置化的规制观具备现实基础,污染环境罪的规范演变体现了适度前置化的刑法规制方向。改革开放以来,刑法在修改上表现出了积极主动的姿态。<sup>[21]</sup>

晚近20年的刑事立法秉持了适度犯罪化的理念,新型犯罪的增设有所限制<sup>[22]</sup>。我国污染环境罪的立法进程表明,污染环境罪的规制呈现出专门化、精细化和适度前置化的特点。1979年《刑法》制定伊始,只有少数环保有关的条款适用于危害环境犯罪,且需类推适用最相类似罪名。1997年《刑法》在第338条确立了重大环境污染事故罪。2011年《刑法修正案(八)》的颁布,将造成人身财产的严重损害后果取消,直接改为“严重污染环境”,将犯罪结果认定予以了“前置”。之后,2013年及2016年先后两个《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(后者简称2016年《解释》)对概括的“严重污染环境”之细化,使得法益保护的提前从规范转化为行动。2020年的《刑法修正案(十一)》做了更为精细的处理,将原有的“后果特别严重情节”进一步区分为不同刑档。对“严重污染环境”的立法和司法解释意味着刑法保护法益的前置化。尽管如此,当前立法解释没有规定环境的危险犯。<sup>[7]</sup>综上,当前污染环境刑事条款的规制方向坚持了适度前置化的立场。

另一方面,适度前置化规制观适合我国现阶段国情,具有合理性。

首先,环境风险及环境污染的特性决定了刑法规制的前置方向。自党的十八大以来,生态文明思想已成为推动美丽中国目标实现的重要指导,但与此同时,我国的环境污染犯罪态势依然处于高发期。环境侵害机理具有高度的技术性及因果关系非确定性,若依旧坚持以人身与财产损害为要件的犯罪构成,必然无法惩戒污染环境犯罪。我国曾经一度的环境犯罪追诉率低足以说明这一点。<sup>[23]</sup>其次,我国环境犯罪的阶段特定,要求污染环境罪刑法规制的适度前置。可持续发展理念与代际公平观念推动发达国家通过立法将污染环境实害犯转变为危险犯,通过规定因果关系推定,减轻司法证明责任。但是,我国的阶段发展特性决定了,尤其应防止一味扩大环境犯罪圈及加大刑罚的现象出现,避免将环境与生态法益的保护过分提前,以及对所有严重污染行为均规定为危险犯的激进立场。只有严重危害或威胁环境及传统法益的污染行为,才具有环境刑法的非难性。

实际上,环境风险的刑法适度预防,始终被置于整个法律体系范畴内,这就决定了依靠刑法解决所有的严重环境污染问题的思路本身具有局限性。从人权保障及我国经济社会条件出发,我们既要着眼于污染环境刑事立法预防机能的强化,也要将刑法介入的广度与深度控制在理性限度。

## 二、污染环境罪前置化规制的限度要求

首先,适度前置化的环境污染犯罪规制观,应遵从宪法的双向要求及刑法的原则限度。《宪法》明确载明“推动生态文明协调发展,把我国建设成为富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国”“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害”等一般性能动要求。污染环境罪前置化规制的限度还要求

“一切法律都不得与宪法相抵触,一切国家机关都必须遵循宪法,一切违反宪法的行为,必须予以追究”等。以上两方面指向,为适度前置化的环境污染犯罪规制观提出了积极与消极的双向要求。鉴于罪责刑相适应原则意味着环境犯罪行为的危害性与刑罚和刑事责任相匹配,污染环境罪的前置化配置,仍要求合理平衡财产权等其他环境利用行为的自由行使与刑法控制。对严重威胁环境安全的活动,以刑法需要干预为基本前提,统筹公平与效率价值。

其次,公私利益协调目标下,适度前置化的环境污染犯罪规制观的限度要求为,法益保护的衡平和兼顾。刑法保护的公共法益应当以人的利益为基础和目标。<sup>[24]</sup>适度前置化的环境污染犯罪规制,要求保护无差别的环境公共利益,避免以少数个体或团体法益之名绑架环境公共利益。若为了环境管理秩序,随意扩大犯罪圈与入罪标准进而侵犯人身与财产权益,则突破了限度要求。适度前置化的环境污染犯罪规制观强调,通过预防措施防范将可能的严重污染环境损害降低到最小程度,这是对消极的刑法谦抑主义之突破。适度前置化的规制观并未意味着不要谦抑原则。罪刑法定、不得以刑代罚等要求仍要遵循。简言之,适度既要尽早避免环境公益受损,还应以个体利益维护为目标,实现平衡,追求共赢。

再次,应坚持法秩序统一下的相对从属性。适度前置化的环境污染犯罪规制观的限度要求有二:一是在其他部门法无法应对环境风险时,刑法才有介入可能;二是刑事规范不越位亦不缺位。一方面,我国宪法、民法、行政法等部门法均有自己应对环境问题的作用域和方式。刑法针对特定的环境犯罪,应有选择地对该领域法益提供特定的刑法保护。<sup>[25]</sup>适度前置化的污染环境规制观应当是,其他部门法可以应对环境风险和危害时,刑法无需介入。另一方面,相对从属性强调,不能以刑代罚代民,亦不可以民以罚代刑。法益适度前置性保护时,必须对侵害行为出现的概率、后果进行充分评估。<sup>[24]</sup>

审查污染环境罪的入罪和量刑,需综合把握污染的危害程度,全面考察合法合规性、行为次数、方式、时间、地点、主观方面、动机、受损利益的可恢复程度及悔罪表现等。

### 三、适度前置化规制观在污染环境罪立法中的彰显

立法层面,污染环境罪的犯罪圈延展幅度、刑罚配置、非刑罚措施,可基于适度前置化的规制观予以解释。

#### (一) 严重污染环境罪的范围

严重污染环境罪的范围是指,在严重污染环境单一罪名下,哪些严重侵害生态法益的污染行为类型、对象、方式有必要入罪。立法者若不进行污染对象和手段分类,将不利于污染环境罪的一般预防和定罪量刑的个别化。<sup>[26]</sup>

在笔者看来,当前严重污染环境罪的入罪范围,基本坚持了适度法益前置化的立场,实然犯罪圈呈现出不断扩大化趋势。首先,“污染环境罪”行为对象已从“其他危险废物”扩大到含不属于危险废物但有害于环境的“其他有害物质”。其次,行为方式进行了扩大,《刑法修正案(八)》取消了“向土地、水体、大气”的处置方式,包括了一切可能损害环境的方式,<sup>[27]</sup>《刑法修正案(十一)》保留了这方面的规定;再次,严重污染环境罪的入罪行为通过2013年、2016年两次司法解释被不断具体化,使得形式上污染环境罪行为类型增加;《刑法修正案(十一)》还通过吸收前述司法解释部分内容,从立法层面罗列了后果特别严重的情节;另外,2016年的《解释》把“造成生态环境严重损害”解释为“严重污染环境”的内容,已使污染环境型犯罪涵盖了污染环境和破坏生态两种类型,拓展了污染的外延。最后,2019年《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》(以下简称2019年《纪要》)指出,各地可根据案件情况认定生态环境严重损害与特别严重损害,实际上通过赋权地方能动司法,丰富了行为类型。

本研究以为,结合适度前置化规制观,一方面要看到当前各国的环境犯罪处罚范围从水到大气、土壤污染,从保护陆地到惩治破坏海洋资源,从对环境物理性破坏拓展到功能性损害,已不断扩大;<sup>[28]</sup>另一方面需坚守前置化规制的限度要求,不盲目扩大犯罪圈,只有在环境危害行为不能容忍时才能启动立法程序。<sup>[1]</sup>故而,建议适时进一步修改立法和司法解释,结合适度前置化规制观,作出如下调整。

其一,将当前第338条罪名调整为污染与破坏环境罪,后续司法解释同步将破坏海洋环境、生物多样性保护、遗传资源保护等环境问题纳入进来,予以概括式描述;其二,不宜将只涉及人身损害的光污染、噪声污染、震动等能量流污染在司法解释中纳入污染环境罪,而应在现有司法解释中丰富污染环境罪的具体行为类型;其三,细化《刑法修正案(十一)》中新增的情节特别严重的——即适用七年以上有期徒刑且并处罚金情形的具体认定标准。

#### (二) 刑罚配置

针对污染环境罪的刑罚配置有两种对立观点:一种认为,中国对环境犯罪的处罚力度总体较高,不宜再提高,环境犯罪治理的重点在于法网的严密性,过于严厉的刑罚并不能收到好的犯罪治理效果;<sup>[29]</sup>另一种则认为,《刑法》第338条故意犯罪的法定刑与之前的过失犯法定刑完全等同,不利于体现故意与过失犯罪对于定罪量刑的意义,宜调整严重污染环境罪的法定最高刑。<sup>[30]</sup>

以笔者所见,应基于适度规制理念慎重对待污染环境罪法定刑期的拾升。首先,根据适度前置化预防规制观,环境污染罪的刑罚配置应兼顾严重污染环境行为主体的客观危害性与主观恶性,权衡配置相应的刑罚。其次,严重污染环境罪的立法需全面考虑污染环境侵害的法益类型、采取的手段、造成的危害结果等客观性因素,配置与犯罪客观危害性相当的刑罚。<sup>[31]</sup>对于严重侵害人身法益的污染行为,相对于财产法益、环境法益而言,应配置相对较高地刑

罚。环境污染犯罪情节轻微的,通过非刑罚措施能恢复法益的,无需刑事处罚。《刑法修正案(十一)》总体上坚持了犯罪、刑事责任和刑罚三者之间的均衡关系,将结果加重情节实质上区分为两类:后果严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金;后果特别严重的,处七年以上有期徒刑。现行条款体现了适当提高污染环境罪的起刑点与刑期,但不宜过度拔高适度提前的规制理念。

### (三) 非刑罚措施

环境污染中的恢复性非刑罚措施是指,通过罪犯与利益相关主体协商形成修复受损环境与利益相关方权益的方法。我国刑事司法实践中已有大量补植复绿、增殖放流、土壤修复、交纳修复金、赔偿损失等非刑罚措施。遗憾的是,《刑法修正案(十一)》依然没有增加环境修复类非刑罚措施的法律依据,无法体现罪刑法定。随着恢复性理念日益发展,越来越多的恢复性措施出现在环境刑事司法实践中。为更好地实现环境修复目的,理论界和实务部门都应当更新环境司法理念。从长远来看,未来刑事立法中宜明确环境恢复性措施为环境犯罪的刑罚辅助措施。对于其适用条件,笔者认同应规定对犯罪行为相对轻微的初犯可适用辅助措施,惯犯和累犯不能适应。<sup>[32]</sup>

环境污染案件中的从业禁止措施是指,污染环境罪行为人在刑罚执行完毕之日或者假释之日起一定期限内不得从事相关职业的设置,而被禁止的职业限于与前犯罪相关的职业范围。禁止措施只能以刑罚附随的形式出现,是为预防利用职业便利再犯罪而创设,而非新设刑罚类型。<sup>[21]</sup>《刑法》第37条职业禁止内容被《刑法修正案(九)》扩充后,环境刑法判决中已大量援引,违反禁止内容的可依据“拒不执行判决、裁定罪”处罚。2019年《纪要》提出,对判处缓刑的被告人,应同时禁止其在考验期内从事与排污或者处置危险废物有关的经营管理活动,对上述管理者所在单位,依法不得发放排污许可证或者危险废物经营许可证。遗憾的是,《刑法修

正案(十一)》对污染环境罪的从业禁止条件没有进一步确定。对此,建议完善现行司法解释,按照适度要求明确该制度的适用范围,避免该措施在司法适用上超过限度。待污染环境罪从业禁止制度适用相对明确后,可将其规定为具体犯罪责任方式之一,转化为资格刑。<sup>[33]</sup>

## 四、适度前置化规制观在污染环境罪中的司法适用

司法层面,适度前置化规制观的指导与制约价值体现在法益保护的解释、主观方面考察、犯罪形态界定、行政附属性判断、因果关系认定等方面。

### (一) 法益保护的解释

适度前置化的污染环境罪规制观,与预防刑法观指向的法益类型一致,但也必要对所有累积污染行为在污染风险出现伊始便进行预防。<sup>[34]</sup>污染环境罪突破了传统具确定性的个体法益侵害,公益色彩浓厚。当被污染的环境涉及国有自然资源时,将被纳入损害国家所有权的规制范围;当涉及集体所有自然资源时,被纳入损害集体所有自然资源的规制范围;当污染环境导致大气污染、生态功能、不确定性人身及财产损害等损害时,将受到公益损害规制。

污染环境罪的法益之辩源自不同的环境伦理观认知。目前,较有说服力的立场为兼顾人类及生态(环境)利益的综合保护立场,其又分两种代表性学说:一种认为严重污染环境罪侵犯了生态学的人类中心法益论,该法益论实行二重保护,一是人的生命、身体、健康等个人法益,二是环境媒介、动植物等生态法益;<sup>[35](P4-5)</sup>另一种倡导双层次的生态法益观,认为生态法益是法律实现的包括人在内的生态主体对生态要素及生态系统的利益需求。<sup>[36]</sup>生态法益区分为可类型化与不可类型化形态,前者包括传统的人身与财产法益,后者包括其他生态法益。<sup>[37]</sup>笔者认为,兼顾传统人类法益与环境或生态法益的观点,具有合理性,但对不同法益间及环境与生

态法益的逻辑关系界定不够清晰。

笔者持多重法益保护说,因为严重污染环境罪既可能损害人的生命、健康、人格利益,也可能损害公私财产权益、环境自然要素乃至生态系统安全稳定。尽管过分超前的预防观认为,只要前置化保护了环境与生态法益,便能保护人类法益,但这不过是一种理想状态。适度前置化规制观要求必要立足于实际将损害传统法益的结果行为纳入规制范围。

进一步,多重法益之间的逻辑关系如下。

第一,多重法益之间具有独立性,互不隶属。根据环境科学的解释,环境是以人为中心的自然要素综合。<sup>[38](P134)</sup>生态系统是指生物与生存环境之间形成的不可分割的整体。<sup>[38](P328)</sup>据此,环境法益指人类对舒适、安全、美好的自然要素的享有。对环境法益的侵害,便是破坏环境容量能力及人类对良好环境的享有。生态法益指人类等生物及环境要素对人与自然共同体内部安全、稳定的物质循环、能量流动和信息交换可持续地享有。损害生态法益,则意味着破坏生态系统导致巨大的灾难。所以,将环境媒介、动植物及生态法益混淆使用的观点以及生态法益可类型化的结论,不具有科学性。

第二,无论是保护环境法益、生态法益抑或不确定的人身财产法益,其最终服务于每一个个体权益的保障,但这绝不等同于个体权益的简单叠加。

第三,传统法益保护具有相对滞后性与间接性。人身与财产损害,通常发生于污染环境损害之后的二次间接损害。结合适度前置化的规制观与现行《刑法》第338条规定,刑法并不能直接保障人身财产法益,应当将法益保护的重心集中于对人类有影响的环境与生态法益等。刑法客观上以直接保护环境、生态法益为目标,以保护人身及财产法益为间接和最终目标。毕竟,人类利益只能通过保护与人密切联系的整体环境来实现。<sup>[39]</sup>为体现适度前置化的规制观,建议完善目前的司法解释,对侵害环境与生态法益的具体类型、方式进行细化。

## (二)主观方面

污染环境罪的主观方面,存在故意说,<sup>[35](P17)</sup>过失说,<sup>[40]</sup>混合说<sup>[41]</sup>三种观点。在笔者看来,故意说具有明显优势。第一,过失犯罪只能是结果犯,严重污染环境罪显然不是。对同一犯罪行为不可能同时持有过失与故意种心态,混合说不符合常理。第二,我国司法实践存在大量污染环境共同犯罪,刑法规定的共同犯罪仅指共同故意犯罪。第三,过失犯不可能存在未遂,2019年《纪要》明确犯罪未遂的认定、主观过错的认定。第四,本罪的保护法益是多重的,只要行为人对环境与生态法益侵害持故意,或者对人类因环境污染而遭受危险或者侵害持故意,足以成立故意犯罪。<sup>[35](P4-5)</sup>

就适度前置化规制观的要求而言,污染环境罪的主观方面为间接故意。故意的认知,既需要行为人认识到犯罪构成的外在事实,还需要知晓污染环境行为的负面效应,该认知标准只需行为主体在一般评价中认识到相关规范的社会意义。污染环境主体只要认识到行为对象是法定有害物质,即可判断具备认识要素,且是一种概括性认识,而非对具体侵害后果持明确认识。若纳入直接故意,则背离了限度要求。由于犯罪故意的认识对象是客观的犯罪事实情况,违法性认识不是犯罪故意的内容。<sup>[42]</sup>

设置违法规定作为前置,在于提升行为主体的注意义务标准与参照界限,预防严重污染环境的犯罪行为发生。尽管司法实践存在环境犯罪嫌疑人以不知违反环境保护法律法规为由进行抗辩,但不影响入罪。违法性认识错误与影响犯罪故意的事实认识错误是相互独立的。

## (三)犯罪形态

污染环境罪的犯罪形态争议包括:行为犯还是结果犯,危险犯还是实害犯。单就《刑法》第338条而言,严重污染环境的文义表达为结果犯或实害犯,后果严重及特别严重的属于结果加重犯。但2016年的《解释》,针对不同的污染环境情形,设定了多重犯罪形态。其中,行为(一)~(四)既可以解释为行为犯,也可以

解释为结果犯、实害犯,理由在于这些严重污染环境的行为与损害结果往往是同时发生,一旦实行便会发生严重损害环境的结果,同时污染行为与环境损害程度达到严重的时间还具有实践间隔性;行为(五)~(八)属于抽象危险犯,理由在于,该《解释》对这些行为没有规定量的程度,认为具有这些行为表现时,推定其严重污染环境,抽象危险犯只要存在定型的污染行为,不需要有实害结果,也不需要现实的具具体危险<sup>[43]</sup>;行为(九)~(十七)属于结果犯与实害犯,因为,其根据行为损害不同法益的结果界定了明确的量化程度。根据《刑法修正案(十一)》规定,后果特别严重处七年以上有期徒刑的情节列举了四种。

2016年《解释》没有超越我国的发展阶段,其聚焦于预防与安全,适当前置当前污染环境罪中法益保护,以便国家在特定犯罪的具体化之前就开始介入。<sup>[44]</sup>2016年《解释》坚持了适度前置化的规制观,将逃避监管方式等行为设置为抽象危险犯。一旦将特定风险领域的法益通过设置危险犯来实现对个人法益的前阶保护,<sup>[45]</sup>当行为人呈现出具体危险或者抽象危险时,违法性就得以证成。<sup>[46]</sup>危险犯不需要证明环境污染行为与损害结果之间存在因果关系,是应对环境犯罪无法立案、久拖不判的良方。<sup>[27]</sup>虽然污染环境罪坚持积极预防的基本方向,但不宜将污染环境罪中对生态法益的直接侵害行为均设定为危险犯。毕竟,在高度强调司法责任又极度缺乏污染环境罪司法经验时,司法人员环保专业性水平提升仍需要较长时间。<sup>[47]</sup>为此,建议针对现行司法解释完善严重污染环境的一般情节、后果严重、以及七年以上有期徒刑后果特别严重三类不同犯罪情节。

#### (四) 行政附属性

对于污染环境罪是否具有行政附属性,一直有肯定说与否定说两种认识。肯定说认为,基于预防风险和社会管控的需要,刑法的附属性不再被严格遵守,刑法不会再耐心等到其他法律干预无效时才出手。<sup>[48]</sup>行政犯具有较弱的伦理

违反性,而环境犯罪已经日渐发展为具有伦理责难性的行为,环境犯罪宜由行政犯向刑事犯转化。<sup>[49]</sup>否定说认为污染环境罪具有应然及实然的独立性,行政前置规定不附属于行政执法,从属性使环境犯罪的适用空间被挤占,易被当做一般违法行为处理。<sup>[50]</sup>缺乏行政规范谙熟的语境下,司法机关难以判断违法程度,不利于污染环境罪追究,且“违法国家规定”表述极为模糊。<sup>[51]</sup>

本研究以为,基于适度前置保护法益立场,污染环境罪以行政附属性为原则,以相对独立性为例外。污染环境罪规定在形式上具有较强的行政依附特点。从环境犯罪的侦查、审查起诉、提起公诉、裁判等刑事诉讼流程看,很大程度建立在行政违法性判断的基础之上。对于污染环境罪的内部体系,主要依据环境法的规定来建构。<sup>[26]</sup>而且,行政犯的立法模式,衔接了环境行政法与刑法。

但有两个现实问题不容忽视。其一,污染环境罪的行政违法与刑事违法边界不清,在立法层面两者仅有量的区别,没有质的差异。环境行政权与刑罚权的行使边界模糊处理,使得执法人员很难区分案件是否涉嫌犯罪,造成环境行政权对司法权的挤压。<sup>[52]</sup>其二,若行为无违反相关行政法规,仍严重污染环境的,是否应当入罪?

回应上述困惑,需统筹罪刑法定与污染环境罪适度前置规制。针对第一个问题,环境行政违法和刑事违法实质是危害程度的差异,无需在法律条文单独强调。2017年《环境保护行政执法与刑事司法衔接工作办法》实施后,环境保护行政执法与刑事司法衔接开始日渐顺畅,建议在当前司法解释中,针对常见的污染环境犯罪行为具体类型,细化案件移送标准。针对第二个问题,首先,建议在司法解释中将“违反国家规定”这一空白罪状明确化,细化哪一级国家机关制定的生态环境管理规范属于国家规定,明确不违反国家规定但违反地方规定的如何处理。其次,行政法具有多变性,和刑法不可能在违法性上永远一致。通过对适度前置化



保护的环境生态法益之独立判断,对于一些特别危害环境的行为,即使环境行政法没有规定为违法,也可以对其单独处罚。再次,行政许可和行政义务的遵守对危害环境罪的成立也不能绝对阻却,因为行政机关存在实质违法但形式合法的环境行政许可等行为。<sup>[53]</sup>

### (五) 因果关系认定

严重污染环境罪的因果关系证明难题源于污染致害因素的复杂多变性以及犯罪行为与污染结果的时间间隔不确定。<sup>[54]</sup>国内学者针对这一难题,提出了两种应对思路:一是主张适用无过错或者严格责任原则,<sup>[55-56]</sup>但反对声音认为,将源于民法的严格责任适于环境犯罪缺乏正当性,环境刑法上的严格责任正趋于软化;<sup>[57]</sup>另一种主张借鉴日本的因果关系推定规则认定环境犯罪的因果关系,<sup>[58]</sup>但反对者指出,因果关系推定建立在有罪推定基础上,也违背了由控方证明因果关系的基本刑诉规则。<sup>[27](P60)</sup>

笔者持污染环境罪的因果关系推定理论立场。严重污染环境作为高风险活动,若固守传统的因果关系原则,即使专业技术部门亦很难完成证明责任。特别是持续性、累积性的环境污染,因果关系更难以判定。由于污染环境罪因果关系证明难以达到排除合理怀疑的程度,若一律“疑罪从无”,将放纵侵害生态环境法益与人身法益的行为。我国宜对损害环境生态法益、人身与财产法益的行为,采用因果关系推定证明方法。因果关系推定方法融合了疫学因果关系与间接反证理论。具体应用方法为:首先由原告以疫学因果关系(或者间接反证中的部分事实)为基础证明污染行为与损害结果存在盖然性因果关系;其次由被告反证自己不是污染源,推翻因果关系。

需要指出的是,因果关系推定容易导致控辩双方不平等,其适用需满足特定条件,这也是污染环境罪前置化规制的限度要求:第一,若被告有证据证明污染行为与损害结果不存在因果关系,推定便不成立;第二,污染环境罪的具体行为中,因果关系推定理论仅适用于结果犯,

对不以为损害结果为要件的行为犯与危险犯不适用;第三,污染行为排放的物质达到对人身、财产、生态环境等侵害或者危险的程度;第四,适用于多个行为主体或污染源致损的情形,该情形下依赖专业技术判断仍难以证明因果关系,这就需要在证明方法的安排上求得控辩权义平衡;第五,因果关系推定不意味着司法懈怠,应明确侦查、检察机关尽职搜集证据的基本要求,避免其渎职或者不作为。<sup>[59]</sup>

## 五、结论

适度前置化的规制立场,是在谦抑主义与积极预防观长期博弈的语境下,结合我国当前国情,对污染环境罪给予的理性回应,是对牺牲长远环境利益之短视模式的深刻反省。<sup>[60]</sup>适度规制观总体坚持了预防面向,由于预防观容易异化,必须对限度给予重点回应,这就需要在预防环境污染与保护财产权、在打击环境犯罪与保护受害者之间求得平衡。可喜的是,我国刑法通过内在功能的不断调试与扩充,以适度法益前置化方式,肩负起污染环境犯罪的预防使命,这在近年来的司法解释和《刑法修正案(十一)》中的污染环境罪条款中已经彰显,但后续司法解释仍有待跟进完善。适度前置化规制观的理论对于理解污染环境罪的诸多争议及指导适用,具有现实价值。

### 参考文献:

- [1]周光权. 积极刑法立法观在中国的确立[J]. 法学研究, 2016, 38(4): 23-40.
- [2]劳东燕. 公共政策与风险社会的刑法[J]. 中国社会科学, 2007(3): 126-139.
- [3]高铭暄, 孙道萃. 预防性刑法观及其教义学思考[J]. 中国法学, 2018(1): 166-189.
- [4]付立庆. 论积极主义刑法观[J]. 政法论坛, 2019, 37(1): 99-111.
- [5]黄旭巍. 污染环境罪法益保护早期化之展开——兼与刘艳红教授商榷[J]. 法学, 2016(7): 144-151.
- [6]赵秉志, 冯军. 论环境污染的刑法治理: 理念更新与立法完善[J]. 法治研究, 2013(4): 15-20.

- [7]李梁. 环境犯罪刑法治理早期化之理论与实践[J]. 法学杂志, 2017, 38(12): 133-140.
- [8]王勇. 再论环境犯罪的修订: 理念演进与趋势前瞻[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2021, 27(5): 197-207.
- [9]陈禹衡, 陈洪兵. 法益重塑和路径调整: 积极刑法观下农用地生态法益的刑法保护转向[J]. 新疆社会科学, 2021(4): 102-113, 169-170.
- [10]陈兴良. 刑法的品格[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 7-13.
- [11]张明楷. 论刑法的谦抑性[J]. 法商研究(中南政法学院学报), 1995(4): 55-62.
- [12]张明楷. 网络时代的刑法理念——以刑法的谦抑性为中心[J]. 人民检察, 2014(9): 6-12.
- [13]刘艳红. 象征性立法对刑法功能的损害——二十年来中国刑事立法总评[J]. 政治与法律, 2017(3): 35-49.
- [14]李梁. 环境污染犯罪的追诉现状及反思[J]. 中国地质大学学报(社会科学版), 2018, 18(5): 34-44.
- [15]刘艳红. 环境犯罪刑事治理早期化之反对[J]. 政治与法律, 2015(7): 2-13.
- [16]徐澍. 污染环境罪罪过形式探析[J]. 东北农业大学学报(社会科学版), 2021, 19(2): 87-94.
- [17]简筱昊. 积极主义刑法观下谦抑主义的坚守[J]. 广西警察学院学报, 2021, 34(5): 1-7.
- [18]张旭. 我国环境犯罪立法的梳理与前瞻[J]. 东北师大学报(哲学社会科学版), 2016(4): 98-103.
- [19]刘宪权. 刑事立法应力戒情绪——以《刑法修正案(九)》为视角[J]. 法学评论, 2016, 34(1): 86-97.
- [20]钟宏彬. 法益理论的宪法基础[M]. 台北: 台湾元照出版公司, 2012: 246.
- [21]郎胜. 我国刑法的新发展[J]. 中国法学, 2017(5): 23-46.
- [22]赵秉志. 中国刑法立法晚近20年之回眸与前瞻[J]. 中国法学, 2017(5): 47-68.
- [23]李霞. 论环境犯罪因果关系的判断进路[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2016, 32(4): 46-52.
- [24]孙国祥. 集体法益的刑法保护及其边界[J]. 法学研究, 2018, 40(6): 37-52.
- [25]王世洲. 科学界定法益概念指引刑法现代化[N]. 检察日报, 2018-07-26(3).
- [26]苏永生. 环境犯罪的独立性和体系性建构[J]. 中国地质大学学报(社会科学版), 2018, 18(5): 23-33.
- [27]王勇. 环境犯罪立法: 理念转换与趋势前瞻[J]. 当代法学, 2014, 28(3): 56-66.
- [28]侯艳芳. 关于我国污染环境犯罪中设置危险犯的思考[J]. 政治与法律, 2009(10): 98-103.
- [29]赵秉志. 中国环境犯罪的立法演进及其思考[J]. 江海学刊, 2017(1): 122-132, 238.
- [30]田国宝. 我国污染环境罪立法检讨[J]. 法学评论, 2019, 37(1): 163-171.
- [31]于改之, 吕小红. 比例原则的刑法适用及其展开[J]. 现代法学, 2018, 40(4): 136-149.
- [32]王树义, 赵小姣. 环境刑事案件中适用恢复性司法的探索与反思——基于184份刑事判决书样本的分析[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2018, 42(3): 102-110.
- [33]李兰英, 曾荣胜. 论从业禁止制度在公害犯罪中的适用[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2017(1): 141-148.
- [34]李川. 二元集合法益与累积犯形态研究——法定犯与自然犯混同情形下对污染环境罪“严重污染环境”的解释[J]. 政治与法律, 2017(10): 39-51.
- [35]张明楷. 污染环境罪的争议问题[J]. 法学评论, 2018, 36(2): 1-19.
- [36]焦艳鹏. 法益解释机能的司法实现——以污染环境罪的司法判定为线索[J]. 现代法学, 2014, 36(1): 108-120.
- [37]焦艳鹏. 生态文明保障的刑法机制[J]. 中国社会科学, 2017(11): 75-98, 205-206.
- [38]中国大百科全书编委会. 中国大百科全书: 环境科学[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 2002.
- [39]周光权. 刑法各论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2016: 421.
- [40]苏永生. 污染环境罪的罪过形式研究——兼论罪过形式的判断基准及区分故意与过失的例外[J]. 法商研究, 2016, 33(2): 114-122.
- [41]陈洪兵. 模糊罪过说之提倡——以污染环境罪为切入点[J]. 法律科学(西北政法学院学报), 2017, 35(6): 89-100.
- [42]侯艳芳, 秦悦涵. 论我国污染环境犯罪与危害公共安全犯罪的界分[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2018, 42(1): 125-132.
- [43]王钢. 非法持有枪支罪的司法认定[J]. 中国法学, 2017(4): 69-87.
- [44]姜文秀. 污染环境罪的抽象危险犯[J]. 学术交流, 2016(9): 90-95.
- [45]乌尔里希·齐白. 全球风险社会与信息生活中的刑法: 二十一世纪刑法模式的转换[M]. 周遵友, 江瀚, 等, 译. 北京: 中国法制出版社, 2012: 167.
- [46]王永茜. 论集体法益的刑法保护[J]. 环球法律评论, 2013, 35(4): 67-80.
- [47]高巍. 刑法教义学视野下法益原则的畛域[J].

- 法学, 2018(4): 36-47.
- [48]侯艳芳. 污染环境罪疑难问题研究[J]. 法商研究, 2017, 34(3): 113-122.
- [49]周光权. 转型时期刑法立法的思路与方法[J]. 中国社会科学, 2016(3): 123-146, 207.
- [50]侯艳芳. 环境刑法的伦理基础及其对环境刑法新发展的影响[J]. 现代法学, 2011, 33(4): 114-122.
- [51]赵星. 环境犯罪的行政从属性之批判[J]. 法学评论, 2012, 30(5): 129-133.
- [52]焦艳鹏. 生态文明视野下生态法益的刑事法律保护[J]. 法学评论, 2013, 31(3): 90-97.
- [53]王树义, 冯汝. 我国环境刑事司法的困境及其对策[J]. 法学评论, 2014, 32(3): 122-129.
- [54]杜琪. 我国环境刑法行政从属性概念解析[J]. 公民与法(法学), 2011(4): 22-24.
- [55]杜澎. 破坏环境资源犯罪研究[M]. 北京: 中国方正出版社, 2000: 67.
- [56]戚道孟. 有关环境犯罪刑事立法几个问题的思考[J]. 南开学报, 2000(6): 10-13, 27.
- [57]赵军, 周娅, 彭志刚. 环境犯罪主观归责制度研究[J]. 江西社会科学, 2010(10): 181-185.
- [58]李永升. 破坏环境资源保护罪的构成特征探究[J]. 现代法学, 2005(2): 131-138.
- [59]姚贝. 论污染型环境犯罪的因果关系[J]. 中国刑事法杂志, 2015(5): 72-89.
- [60]刘耀辉, 龚向和. 环境法调整机制变革中之政府环境义务嬗变[J]. 法学杂志, 2011, 32(5): 112-114.

【责任编辑 刘绚兮】

## A Moderately Prepositioned View on Regulation of Environmental Pollution Crime and Its Legal Structure

PAN Jia

**Abstract:** After the promulgation of the “Amendment to the Criminal Law (11)”, the debate on the value position of the crime of environmental pollution has not ended. Up to now, there are still two discourse ideas: the pre-regulation view of prevention and the traditional modesty doctrine. Due to the particularity of environmental pollution crime and the new stage of ecological civilization in China, the regulation view of moderate predisposition is more reasonable. Nevertheless, it is necessary to set a moderate limit to the pre-regulation view, which requires a balance between preventing environmental pollution and protecting property rights, and between cracking down on environmental crimes and protecting victims. The essence of the regulatory position of moderate predisposition lies in the scientific grasp of the connotation and rational expression of moderation, which should not only conform to the two-way requirements of the Constitution and the basic principles of criminal law, but also take into account in advance the protection of environmental public interests and ultimate maintenance of individual interests, as well as the relative subordination requirements under the unification of law and order. The theoretical advantages and scientific nature of the moderately pre-regulated view determine that this position has important guiding value for explaining the crime of environmental pollution in the “Amendment of Criminal Law (11)” and responding to many disputes in judicial application.

**Keywords:** environmental criminal law; environmental pollution crime; moderate pre-regulation; preventive criminal law; the modesty and restraint of criminal law