

【法学研究】

DOI:10.15986/j.1008-7192.2020.01.012

# 论风险刑法视阈下的污染环境罪

——起源、鉴戒与重新界定

鲍 博

(福建师范大学 法学院,福建 福州 350117)

**摘要:**环境犯罪起源于风险社会理论,以刑法进行规制会导致条文内涵的抽象化与前置化,从而成为刑罚扩张的论据。为避免刑法陷入象征化危机,法益的范围应受到限制。德国刑法对环境污染犯罪的规定囿于象征化,在国内也有类似的呼声,值得修法警惕。我国的污染环境罪经过多次修订,表现了立法者对于抗制犯罪的忧虑。但在理论上需要重构,应当坚持双重的法益关联论,且将其定性为抽象危险犯,法益的扩大化趋势需要坚持与罪刑法定原则与比例原则等刑法基本原则相统一,在立法模式上采取刑法典和附属刑法的双轨制。

**关键词:**风险社会;风险刑法;刑法象征化;污染环境罪;抽象危险犯

**中图分类号:**D914 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-7192(2020)01-0086-08

基本上,现代社会的发展样态是从农业社会进入工业社会,再过度至风险社会的结果。在这种发展迅速且社会结构深刻变动的社会中,新型的风险大量出现,大众对于风险的恐惧也日趋敏感,并倾向于国家以公权力的手段出面抗制风险。由此,这种社会性的变化影响到了法律,特别是刑法功能的转变。刑法从一种“市民的防御法(Abwehrrecht des Bürgers)”逐渐转向“国家的干预法(Eingriffsrecht des Staats)”。一种常见的立法倾向是,在诸如德国,中国台湾地区及中国大陆的刑法中出现了越来越多的抽象危险犯规定,并且多为针对风险社会下的新型风险。本文之污染环境犯罪即为其中的典型范例。

自20世纪80年代以来,世界刑法学界一再就风险社会下的刑法前置、扩张趋势做出批判。学者们认为,这种刑法的无限制扩张会导致最终的纯粹规范宣示,即所谓“象征化刑法(Symbolisches Strafrecht)”。如果刑法只余象征意义,那将无异于被立法者任意打扮的小姑娘,任意被界定以出入人罪。但在风险社会的大环境中,这种刑法发展的趋势似乎是不可逆的。因此当今刑法学者的任务不应是去阻断刑法的风险化倾向,而是要去探求这种变化的合理界限,并对于现有法律中的问题作出修正。

环境风险是当下中国面临的重大难题,不仅近年来重大事故频仍,而且刑法的预防效果不彰。归根结底在于现行的污染环境罪法规定难以令民众作出较好的规范理解。无论是理念或者设定,都有一些不合风险社会特征,或者是预防程度过盛之处。因此对于污染环境罪应当具备进行重新界定的必要。本文通过阐述风险社会与风险刑法的相关理念,列举环境刑法的典型象征性立法作为鉴戒,最后提出合风险社会理论及刑法基本原则的重新界定建议,望于立法的推进起到抛砖引玉之作用。

## 一、起源：风险社会理论与刑法象征化

### 1. 风险社会与风险刑法

随着科技的不断进步和社会结构变异,各种新型风险,诸如环境污染、食品安全问题、金融犯罪等出现在人类的视域中,由上述风险导致的新型犯罪具有迥于传统犯罪之特点。从结构上来看,此类新型风险系由多种风险交织而成。以环境污染为例,环境犯罪具有集合性和累积性特征,一次大型的环境污染事故得由多家企业、多次排污得以产生,不但污染方法各有不同,污染发作的时间亦难以预

收稿日期:2019-09-18

作者简介:鲍 博(1996-),男,福建师范大学法学院硕士研究生,研究方向为刑法学。E-mail:715738387@qq.com

料。根据现有的科技手段,责任难以得到准确认定,而一旦事故爆发,足以产生威胁人类生存之结果。然而传统刑法以法益侵害性为罪责要素,强调以出现侵害结果为认定犯罪的主要标准,难以满足抗制风险的现实要求。

从社会的视角,新型犯罪及其严重结果的频繁出现会激起恐慌,因此大众必然对刑法的滞后性产生不满。再加之媒体断章取义式的宣传与夸大,立法者不得不顺应民意,逐渐将刑法推进前置化,特别是对新型犯罪采取大量的抽象危险犯、超个人法益、预防刑的设置,如《刑法修正案(八)》中增设的危险驾驶罪,《刑法修正案(九)》中的从业禁止条款等<sup>[1]</sup>。

刑法前置化的思想基础来自风险社会理论,源自于德国社会学家乌尔里希·贝克(Ulrich Beck)的专著《风险社会》。贝克认为,当代社会已过渡到后工业化时代,这种时代的风险系工业社会既有之风险及一般生存危险混合而成,其产生之范围和结果不仅难以预测,而且危害远大于传统风险<sup>[2]50</sup>。从社会学的角度,新型风险所引发之冲突会冲破个人领域,造成群体性的矛盾,从而引发社会的动荡不安。为了维持法律的公信力和社会的稳定,相较于传统刑法着重于对法益保护而言,风险社会更强调的是对风险的抗制与预防<sup>[3]</sup>,通过刑法的强制性及规范性以实现风险微量化(Risikominimierung)。

但对于立法来说,风险社会理论并不是来即用之。我们尚需将其与刑法基本精神,如罪刑法定原则、罪刑相当原则、谦抑性原则等相融合,形成独特的风险刑法。这样做的主要原因有三:第一,风险社会原本属于社会学的理论,以保障社会的安全为第一目的,这是一种偏向功利主义的思考路径。保障社会安全势必会限缩人的自由,换言之,极度的安全意味着个人行为的极度萎缩。因为社会学不具备刑法一般的强制性,故在实然层面通过社会的自我调节,终究能够寻找到安全与个人的平衡点。但若将其代入法律,则是体现了重安全而轻人权的国家意志,而这种国家意志又有着刑法作为强制力而保障实施,在强权的压制下容易造成社会经济发

展的停滞。第二,若不受刑法原则的制约,立法者恣意动用刑罚权以侵害人权的现象将无法阻止。重安全而轻人权是直接悖逆了刑法的罪刑法定原则及比例原则的限制。立法者可以保护安全为由,将刑罚不断地扩张化与前置化,使原本无罪的行为纳入刑法打击的范畴,或是对轻微的犯罪行为课以重刑;更有甚者成为打击异己,排除异见的工具。倘若法律工具化、专制化,这于建设民主法治国家的理念是绝难容忍的。何况随着市场经济的发展,政治国家与市民社会的二元分立愈加明显,专制形态的法律早已失去了社会和经济基础,难以起到对社会安全的保护作用。第三,贝克理论的一大弊病为通篇以描述为主,缺乏说理论证。从法教义学角度分析,这种理论不具备规范质量,更不具备规范性,难以作为明确的规制标准。如同刑法中争议巨大的社会危害性要素一般,若以此种空泛抽象的概念直接指导法律适用,是一种实质理性压倒形式理性的展现。对社会大众而言,他们对风险社会理论的概念还停留在感性认知的状态。这种文义向的认知无法使人产生对规范的敬畏感,缺乏法律的一般预防作用。若使刑法得到确实而有效地理解,有必要使风险理论升级为风险刑法,起到沟通法(Kommunikation)的作用,使大众形成对刑法规范的信赖,并自觉地依其行事。

## 2. 现代刑法的象征化危机

在风险社会的大背景下,现代刑法出于风险抗制和抚平恐惧之意图,得以不断地扩张化与前置化。因为保护法益的内容越发抽象,实际上以此来认定犯罪也就愈加不明晰。譬如在抽象危险犯的场所,因其不需要法益侵害结果,实际上也尚未产生,故所谓犯罪的侵害法益通常只是一种概念。换言之,许多新型风险犯罪的成立建构在不确定的标准之上。因此,与其说这是一种法律规范,毋宁说是一种口号宣示。立法者一方面希冀通过象征刑法的颁布引导公众的行为,恫吓不法分子,另一方面只是以此安抚公众惴惴不安的风险心理,表现自己在防止危险发生之上的重视与贡献。这就是象征刑法大行其道的思想基础。

但广而视之,刑法的象征化无异于恶性循环。人们越是担忧风险,施加给立法者的立法压力就越大,刑法条文所保护之法益就越抽象,刑法也即不断地扩张与前置。从立法精神来说,这背离了刑法的谦抑性原则所要求的最后手段性(Franz von Liszt)特质。事实上,对于许多所谓的前犯罪行为运用民事及行政手段即足以规制。刑法并不是万全

之策,就算运用得当也会产生一定的副作用。如对公具有杀伤性,如增加诉讼成本、监狱管理成本、减损社会劳动力;对犯罪人及其家属具有痛苦性等。仅仅是为了满足公众要求而大量施用刑法似乎并不值得。从规范宣示的角度来讲,对于司法人员无疑造成了法律适用的难题。因法益概括抽象,如何去说理论证实是令人为难。万一判词存在漏洞,可能会造成二审及再审的讼累,也不能使犯罪人心服口服,难以达成刑法特殊预防的效果。再则,这种规范宣示能否起到震慑犯罪的作用,也值得商榷。从法律本身观之,刑法的首要任务是保障人权,而象征刑法无异给出入人罪创设了合法的借口。当权者大可以风险抗制为名,通过立法实现社会的严密控制,使刑法彻底沦为政治的工具。

总之,用危机二字形容象征刑法并不为过。为了使风险刑法避免向象征化倾向靠拢,在刑法前置化的同时,一定要以基本的刑法原则为底限。作为刑法的核心,法益的范围必须受到严格的限制。对于环境刑法来说,因为其涵摄之法益具备特殊性,且关于其认定亦是观点林立,更是容易跳脱出基本原则的限制,这足应引起立法者的警惕。

## 二、鉴戒:环境刑法的象征性立法倾向

### 1. 典型的象征化刑法设置——以德刑为例

1980年,德国刑法典統合了各行政法附属刑法中关于环境犯罪的规定,加以修改或扩充,归为第二十九章《环境犯罪》,开创了制定统一环境刑法的先河。立法者希冀通过将环境犯罪保护法益的抽象化来有效遏制初现苗头的环境污染犯罪,但在实务上的效果并不尽如人意。因为保护法益范围过于庞大,导致与行政法规出现大量竞合,许多犯罪直接以行政手段处理,而不做成有罪判决<sup>[4]</sup><sup>113</sup>,尤其是对于可能对环境造成严重侵害之企业活动,则极少见诸案卷之中<sup>[5]</sup>。这会引发一种危险的现象:在工业化社会中,企业排污所造成的风险远较其他排污行为高,且负责人的专业性更强。这些都意味着企业主对于谨防环境污染的注意义务是最高的。但事实上企业主却往往得以因此逃脱刑事制裁。又因为德国刑法理论不处罚法人犯罪,因此对此类

案件找不到归责主体,只能以行政处罚了事。

由此可见,尽管德国刑法界极早地认识到了环境犯罪的隐患,但可能由于风险刑法理论的不成熟,在立法技术方面不尽妥当,致使法律规范起不到实质性作用,沦为了一部典型的象征刑法。虽然近年来法律条文通过修正有所和缓,但这种象征化的立法方式,随着德系刑法的广泛传播,影响了嗣后诸多国家的立法方向。

### 2. 中国环境刑法预防观念的兴起

受新中国的历史背景所限,环境刑事立法可谓“一波三折”。1979年刑法典诞生之前,法律虚无主义盛行,自然环境的保护难以得到重视。所幸在计划经济体制下,国家的管控全面且严密,社会治安处于极度稳定的状态,环境刑法确实未有用武之地。正基于此,1979年《刑法》只规定了盗伐、滥伐林木罪等三个罪名,且归属于“破坏社会主义经济秩序罪”一章中。言下之意,设此三罪是对破坏经济行为的规制,并未带有任何保护环境的提法。改革开放后,在大力发展生产力的政策感召下,工业体系蓬勃发展,所带来的副作用便是对环境的极大破坏。在1997年《刑法》中,参酌本国实际情况及国外罪刑体例,专设一节“破坏环境资源保护罪”,实现了以“重大环境污染事故罪”为首的环境刑法的法典化。在此之后,《刑法修正案(四)》《刑法修正案(八)》也对环境犯罪进行了不同程度地修正。总体来说,修法的倾向在于不断扩大犯罪的成立范围,体现了立法者积极的预防倾向。

学术界也基于风险预防的观念提出多种改革理论。一种主流理论认为,如今中国环境刑法的弊端在于立法体例过于松散<sup>[6]</sup>。大量的派生性罪名散落在分则其余章节中,如第二章中的非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪,第九章环境监管失职罪等。最大的问题是,我国刑法分则以所保护之基础法益不同分编成章,如此散落的特点使得环境法益的特征暧昧不明,无法令公众形成有效的规范理解。因此其提出了独立设置“破坏环境犯罪”一章的构想,并要求创设新罪名、扩大制裁体系。

对此类观点,笔者认为,对环境刑法的重视确有必要。而罪名的散落系属立法技术问题,也得以通过调整章节顺序解决。但对于扩大犯罪口径而言,应当结合实际与理论谨慎论证,避免造成刑法

不当的扩张,落入象征化的陷阱。

### 3. 对污染环境罪的未来修法启示

可以预见的是,如果未加干预,国内环境刑法的预防观念将会持续上升,但若想使这种观念回归理性,方式绝非是对修法的全盘摒弃。随着风险社会的深化,污染环境犯罪抽象化、前置化的进程将会无可避免地加快。这种变化来自于公意的呼唤,且对于扼杀新型风险、确定追责主体等方面具备一定的积极意义。甚至如法兰克福学派的反对者所云:如果不改变传统的刑法释义学观点,根本无从应对风险<sup>[7]130</sup>。因此我们现在所要探讨的已经不是重构法条的必要性,而是应如何通过修订法律形塑公民意识,起到预防刑法之作用,同时又不至于使其陷入象征化。我们应该在以诸如德国的失败教训为鉴戒的同时,压制住一味扩张的立法冲动。避免成为象征刑法的基准在于,对于污染环境罪的构造必须被限制在符合风险社会特征及刑法原则的大框架中。

## 三、重新界定:合风险社会特征及刑法原则的污染环境罪构造

### 1. 保护法益:坚持双重的法益关联论

法益理论作为刑法的核心,对厘清具体犯罪起到提纲挈领的作用,因此在重构污染环境罪时,其所侵害法益应当被最先认定。因为环境犯罪所保护的法益性质特殊,学界中从不同哲学基础出发,产生了如下三种主要观点。

(1)生态的法益理论(kologischer Rechtsgutslehre)。生态法益论者认为生态法益,抑或环境法益,是环境刑法所唯一保护的法益内容。对于个人法益的保护,不应也无此必要出现于法律规范之中。因为若保护环境的目标得以达成,人类的利益当然可以得到解救。简言之,生态法益论把环境与人本完全割裂进行思考。其思想基础来自于人类自居地球之主,对地球上的一切资源应当负有保护义务。与其说这是种法律的约束,不如说更接近道德义务。法谚有云:“法律是外在的,道德是内在的。”因此道德能否作为法律规范的依据,或者说法律能否调整人的内部思想是难以被确定的。我国学者认为,独立使环境法益作为刑法之保护客体具备以下实

益:一是体现环境犯罪之本质,明确犯罪客体;二是确定环境刑法并不以适用行政法为前提,因其所保护之法益并非制度;三是有利于法律对环境的保护<sup>[8]</sup>。后两者确有道理,但对于第一点笔者颇有微词。

作者此处将“犯罪客体”与上文“刑法之保护客体”相对,实为“行为客体”之意,即犯罪行为所直接作用的对象。具而论之得为自然界中矿藏、水流、森林等实际存在的物理现象。

为延及说理,此处必然要论及行为客体与法益间的逻辑关系。行为客体是确实存在的客观实体,且被明确规定于不法要件中。而法益,是一种值得法律所保护的利益,而这种利益往往带有抽象的特质。如盗窃罪所针对之行为客体是被害人的财物,其所保护的法益却是规范设定的所有人之所有权兼持有人之持有权。从认知径路上来讲,人们是先通过感性认知认识到实体的行为客体存在,再从理性的高度去判断行为是否升高了法益的风险,这也是客观归责理论的基本逻辑。因此,对法益的判断是后于对行为客体之认知的。而作者却认为,是先确定环境法益,而后才能够明确行为客体究属于何。这形成了逻辑上的颠倒错乱,是生态法益论难以自洽的体系缺陷。

另外,将环境与人本截然二分的取向也颇值探讨。从社会契约论的角度来讲,国家是每个社会成员让渡出一部分权利形成的社会契约体,法律,特别是刑法对于维护国家、维护各社会成员的权利起到了强制担保之作用。因此,法律必须以人的权利为根本出发点。自然法益固然有独立存在之价值,但保护自然法益的最终归宿还是保障个人的权益。再则,现代社会环境犯罪情况错综复杂,人类活动与自然变化密切相关,想完全排除人本法益的搭结根本难以实现。因此生态法益论在当今学界难以得到多数支持。

(2)个人的法益理论(Personale Rechtsgutslehre)。与生态法益论截然相反,法兰克福学派提出了个人的法益理论。顾名思义,个人法益论者认为环境本身并非适格法益,真正适格的是因环境犯罪所被侵害之个人利益,如生命、财产、身体、健康法益等。通过刑法规制环境犯罪只是使得对个人法益的保护前置化。

个人法益论的思想基础来自于人本主义和自

由主义。人本主义重在强调“责任自负”原则,即对于环境犯罪来说,犯罪人“不得不”被动承担犯罪后果。换句话说,对环境的侵害只是一种手段,环境法益本身不具备规范意义上的重要性。关键是犯罪人透过污染环境完成了对他人自属法益的侵害。在这种攻击他人的立场下,必须受到刑法之规制。自由主义则是认为,保护个人法益系属法律创设之核心。于此思路,环境法益因属于超个人法益,根本就与保护个人法益无涉,最多只具备形式上的宣示作用。近些年来,随着自由主义思潮的兴起,个人法益论颇有发展之势。

但学界中仍旧不吝批评意见。瑞士刑法学家冈特·施特拉腾韦特(Gunter Stratenwerth)认为,环境法益毕竟具备自身之独有特征,需要特殊的规制方式。就算从保护个人利益出发,也需要通过对环境犯罪的责任判定进行。如上所述,环境犯罪具有集合性等特征,如果不对此进行特殊的认定与规制,并体现在法律规范中,潜藏在后面的个人法益根本难以得到保障。笔者认为,另一大显著缺陷同生态法益论相同。如今社会,环境与人类之连结根本无法分开。无论是撇开环境谈人本,或是撇开人本谈环境,都是断章取义的做法。因此综合考虑二者,提出复合型的法益理论似是较为妥适的思路。

(3)双重的法益关联论(Doppelter Rechtsgutsbezug)。作为上述两观点之折衷,法益关联论者认为环境确实有以规范保护之必要,但仅其本身并不能构成适格的法益,人本法益的要素也应被环境刑法所涵摄。且从价值位阶而言,保护环境终究是为了保护个人之权利,即形成一种以人本法益为里,环境法益为表的思考路径。法益关联论初现于德国立法者对于“保护环境”的规范定位,并在《德国刑法典》324、325条污染水域、土地、空气罪中通过设定双重构成要件之立法技术予以体现。因本论兼及环境保护与自由主义之人权保障,能够充分发扬刑法基本原则的精神,时至今日已成为了德国学界的通说见解。

从理论上分析,法益关联论自无问题,但将之规范化则并非易事。因对于法条之构造要兼具环境法益与人本法益的内涵,还要体现保护人本法益之终端性,这显然对立法技术和司法者的规范理解都提出了较高的要求。一种危险的倾向是,因规范

中含有保护环境的部分,且破坏环境往往出现于个人利益的损害之前,故整个司法过程乃至判词说理都偏重于对环境问题的讨论,个人利益反而变成了环境犯罪的附属产品。这种本末倒置的做法大大背离了立法初衷,难以做好对被害人的权利保障。

从刑法之沟通作用方面,如果立法字面偏重于对环境问题的叙述,则形同作为一种禁止或诫命要求。譬如若只是写明禁止抛弃危险废物,则只能令人形成“不能乱扔垃圾”的刻板印象,无法让其领会到本罪之法益保护重心是对公众健康、财产的损害。若不能使公众形成有效的规范理解,法律的效力与威信都会大打折扣。在风险刑法的背景之下,则是无法安抚公众的风险恐惧,甚至会摧毁社会的稳定性基础。

笔者认为,尽管依此观点于应用上略有不易,但立法技术系属方法论的问题。风险社会是后工业化时代新型风险与传统风险糅杂的产物,如果一味用旧思想、旧手段去面对新事物,那才是法律失灵的信号。一旦环境刑法之法益被认定具有双重性,且能得到合理的构造与解读,在现实与法律众多条件的钳制之下,完全可以改制得到理想的结果。因此就环境污染犯罪的保护法益而言,我们应当坚持双重的法益关联论,即环境法益与人本法益并存。

## 2. 法益范畴:根据刑法基本原则的精神加以修正

随着污染环境罪规制范围扩大,其所内涵的保护法益也会因此扩张。如果对法益的范围和底线没有要求,就容易陷入象征化刑法的恶性循环,将刑法的基本原则弃于一旦。首当其冲的便是刑法的谦抑性原则。风险社会赋予了刑法预防风险的功能,这就势必要求刑法主动出击去消弭犯罪。一者被动一者主动,谦抑性与现代刑法看似存在难以自恰的逻辑矛盾。

但笔者认为,对于谦抑性的理解不能仅流于字面,应从保障被制裁人合法权益的立法原意出发进行解读。首先,在社会制裁层面,刑事处罚相较行政、民事处罚具备谦抑性。如果污染环境的行为只是轻微违法,或单纯就是单纯的民事侵权问题,那当然不需刑法出面调整。反而为了保护人权,对于轻微犯罪要积极运用刑事程序,因为过程公开公平,未必会招致更严重的处罚结果。这何尝不是谦

抑的一种体现。其次,作为谦抑性原则背后的理论基础,结果无价值论也在发生修正。如今二元的结果无价值论已成为了学界通说,严格的结果无价值论则慢慢淡出学术市场。二元论兼采行为主义与结果主义,并不禁止合理的法益扩大化。综上所述,在坚守正确出发点的前提下,法益的扩大化倾向并不会破坏谦抑性原则。

再一个就是与罪刑法定原则的冲突。罪刑法定原则要求法律条文实定性、明确性,且比之保护法益,其核心为保障人权。抽象危险犯并不存在语焉不详的问题,条文过度的预备化反而会使内容过于明确,因为条文所描述的越细致,个中漏洞就会越多。但保护法益过度确实会导致侵夺人权的现象发生,因此对人本法益的范围还是要做出一定的限制。它应当只包括与个人最密切相关的法益,诸如生命、财产、自由等。对于一些与个人关联较小的抽象法益,则要审慎思忖以此定罪是否有侵犯人权之虞。

### 3. 构成要件:体现以环境映射人本的思想

此处之“重构”,是针对《刑法修正案(八)》中的修法而言的。修正案将刑法338条原本的“致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”一段删去,改为“造成环境污染,后果严重,依照法律应受到刑事处罚的行为”。罪名也由“重大环境污染事故罪”改成了如今的“污染环境罪”。从此处的法律修订,我们可以看出两点端倪:第一,本罪成立的范围被愈加扩大。罪名去掉了“重大”“事故”二词,意味着非重大、非存在疏忽的环境污染事件也成为了刑法的规制对象。此外,相较于原罪对污染环境行为的明确列举,污染环境罪使用了“依照法律应受到刑事处罚”这种开放式行为的设置,使得刑法典中一切可能招致环境污染的罪名都能与本罪产生竞合。此二处立法改变当然源自国家意志的向导,表达了立法者对环境污染行为的忧虑和严格规制环境犯罪的倾向。第二,从法条结构上,所删去一段为构成犯罪所需要的结果性要件,而所增加的“造成严重污染”则是行为层面的要求。换言之,本罪之犯罪形态逐渐由结果犯向行为犯、实害犯及危险犯发生转变。可能改革的原意是出于打击环境犯罪之现实需要,因将本罪认定为结果犯将贻误对结果的矫治<sup>[9]</sup>,但从犯罪设置前置化、抽象化的角度观之,这体现了风险刑法对于立法者立法思维的转换。也许风险社会理论在当今中

国不能得到共识的认可,但它确实潜移默化中改变公众的思想。

但若从保护法益的角度分析,这是一次失败的修法。重大环境污染事故罪因同时规定了环境及人本利益的要件,其思想基础源自于双重的法益关联论。而污染环境罪仅保留了环境污染的要件,即将环境法益视为环境刑法所唯一保护之法益,系属生态法益论的观点。如上文所述,生态法益论存在重大的缺陷,以其作为基础观点不亚于立法的倒退。立法者知道创制符合风险社会现状的法律,但对于风险刑法背后的原理尚有理解欠妥之处。诚然,对污染环境罪的口颈放大、法益简明可以有效地遏制犯罪,但人们只是出于对法律的畏惧,而不是自觉地避免,这与传统的刑法功效别无二致。在风险社会中,刑法作为重要的抵抗风险手段,若还是一味沉溺于震慑,不能把法律的保护连结到公众的切身利益之上,即不能使公众意识到保护环境法益最终是对个人法益的保障,根本难以起到预防风险之作用。如上所述,污染环境罪的构成要件必须反映出,对环境的侵害最终会导致他人罹于生命、财产、身体受损的危险。

### 4. 犯罪形态:提倡设置为抽象危险犯

受结果本位思想的影响,在我国的刑法中并未有大量危险犯的设置,更遑论抽象危险犯。在贯彻罪刑法定原则和保障人权的大背景下,危险犯确实难有生存的土壤,以往的规定也主要聚焦于诸如以危险方法危害公共安全罪等极具危险度的犯罪中。但在风险社会中,出于对新型风险的抗制,理应搁置刑法后置性的特质,对其抽象危险犯化。

其理由有四:第一,于立法上已经出现了危险驾驶罪的先例。作为风险理论进入刑法的先导,危险驾驶罪的立法目的即为使用规范手段提前防控危险(醉酒驾驶可能引发之安全事故)的源头,符合现代社会的预防理念,并以此作为回应公众之需求<sup>[10]</sup>。这种立法目的完全可以套用在任意新风险犯罪之上。换句话说,若危险驾驶罪得以进入刑法,那对法益危害程度只高不低的污染环境罪完全具备成立危险犯的正当性基础。第二,从证明要求来讲,要做到对具备累积性、集合性特质的环境犯罪的责任划分,乃至对刑法上因果关系的确认,都存在巨大的难度。随着环境犯罪的口径放大,犯罪

数量大大上升,检察机关的工作负担和举证压力亦成倍增长。污染环境的排污者自会竭力排斥自己的责任,如若没有有力证据驳斥,法官便难以形成有利于检察方的心证,最终达成轻纵犯罪的下场。将环境污染罪设置为抽象危险犯,只要犯罪人的行为达到了产生法益侵害事实的盖然可能性,即足以成罪。换言之,在是否构成犯罪的立场已经达成了共识,具体的责任划分则只是事关刑罚的量度。以此则可以打消犯罪人逃脱法律制裁的侥幸心理,不得不尽力举证以减少刑罚。对于因环境污染而饱受痛苦的群众而言,也可以尽快尽足地拿到补偿。第三,比起事后之惩治,污染环境罪应当更加重视事前之预防<sup>[11]</sup>。环境的破坏不是既成的事实,如若不及时加以控制,将会无止境的蔓延下去;且它如同定时炸弹一般,很可能会与其他自然物质结合成二次污染物,在人们预料不到的时间、地点爆发。这种突袭性的侵害一旦出现,所造成的后果将是惨重且绝难预防的。因此,将污染环境罪抽象化、预防化尤其具备现实意义。第四,宽严相济的刑事政策要求将轻罪犯罪化,其中的一个重要特征就是预备行为正犯化。污染环境的行为系属现今环境污染罪的预备行为,将其认定正犯化不但符合刑事政策的要求,还具备两大实益:一是出于刑事法治保障人权的要求。将以往由行政处罚、劳动教养调整的轻微犯罪行为纳入刑事处罚的范畴,将使诉讼中的弱势方受到法定程序的保护,不至成为公权力的一言堂。二是弥补劳动教养制度废除后形成的处罚真空,使行政处罚和刑事处罚的衔接更加流畅,避免实务中的应用困境。

#### 5. 立法模式:转向刑法典与附属刑法的“双轨制”

自1997年《刑法》颁行以来,提出刑法修正案成为了我国主流的修法方式,单行刑法与附属刑法多被弃置不用。从司法文化的角度来讲,这固然是一种“父爱文化”与“无限理性”在作祟。立法机关认为一部完美的刑法典理应涵括世间所有的犯罪情况,这样才能被称之为完美<sup>[12]</sup>。但在风险社会中,这种法典化的立法模式恰与新型犯罪对法定犯的大量需求相悖。再则,刑法修正案需要全国人大首肯,通过程序繁多费时,难以满足即时抗制风险的需要。更重要的是,许多风险小众且琐碎,为此专门颁布修正案显然不够必要,而且难以穷尽。如果针对环境污染犯罪的

某一细部作出抽象危险犯化的规定,那在其他同由新型风险引发的类似犯罪领域,譬如食品犯罪、金融犯罪、毒品犯罪等等,是否都要做出相应的修改?如若全部进行更改,显然是不现实的。

通过对上述弊端的总结,笔者认为,如果是以在其他法律中设置附属刑法规范的方式进行处理,以上问题都可以得到较好的解决。

首先,对于环境犯罪适用附属刑法的方式,符合国内外的现实立法情况。纵观历年的刑法修正案,其中与新型犯罪相关的部分,尤其是经济与行政类犯罪,在国外通常是以附属刑法的方式体现的。就算是在以不成文法为主流的英美法系国家,倘若适用成文法,也多采用附属刑法<sup>[13]</sup>。通过实践证明,这种行政规范附带刑事规范的立法模式兼具行政管理的效率性与刑事制裁的严厉性。细言之,行政命令颁布与更改的便捷消解了法律变更的滞后性,而对于具体的行为实施行政——刑事的二级制裁模式,可以构建更加合理的处罚梯度,并通过引入刑事措施恫吓犯罪分子。由此观之,这种不盲从于大刑法典化的理性似比“无限理性”更加实用。

其次,对于环境犯罪适用附属刑法的方式,不会与相近领域的犯罪发生关系。刑法典作为一套完整的规范,具备严密的体系性。在修法时,不仅要考虑本项罪名,还要顾虑是否和其他罪名发生逻辑冲突。由此可能会产生“牵一法而动全身”的蝴蝶效应,要改动的地方可能难以穷尽。反之,若只是在其他法律中建构附属刑法,该刑法规定将只及于本法涉及的范围。譬如《环境保护法》的附属刑法规定及于对整体环境的保护,《水污染防治法》《大气污染防治法》只及于对水或大气的法益侵害行为。这样设计的另一大优点在于,《刑法》可以直接作为上位规范抵触掉违背其原则的附属刑法规定。因此毋需担心不合理的刑法规定会造成的强权侵害。

## 四、结 语

近年来,环境犯罪的频繁发生触动着民众。人们出于对未知风险的恐惧,要求对污染者予以严惩;对于立法者来说,民众的意见尽管不具专业性,却又不能不纳入考虑。就在二者的合力作用下,刑法的发动时点被不断提前。诚然,将污染环境罪进行一定的前置化是应付风险社会所必需,但若介入



公众的时点过早,就容易成为被政治操控的工具,从而只余象征之意义。因此,划定一道可受容许的危险界限<sup>[14]</sup>显得尤为重要,这就是重构污染环境罪的思想基础。

德国环境刑法产生的时间较早,但由于同风险社会特征和刑法基本原则不相合致,所取得的效果并不理想。中国自身的污染环境罪随着不断地修正,也逐渐产生了类似的倾向。在日后的修法中,应当以上述情况为戒,使立法回归框架、回归理性。

在具体构造的层面,污染环境罪应当建构于双重的法益关联论上,即条文对于环境法益和人本法益都应有所体现,且保护重心应当居于人本法益之上。犯罪形态设置为抽象危险犯,即有污染环境之行为,且根据一般人经验判断足以产生对不特定人之生命、健康、财产法益的抽象危险即足以成罪。为了避免成为象征刑法,法益的内涵要与谦抑性原则和罪刑法定原则相统一,并与个人利益紧密相关。在立法模式方面,建议转向刑法典与附属刑法并行的“双轨制”方式。

### 参 考 文 献

- [1] 陈伟.《刑法修正案(九)》的刑罚特点及其前置化趋势[J]. 净月学刊,2016(3):44-50.
- [2] 古承宗. 刑法的象征化与规制理性[M]. 台北:元照出版公司,2019.
- [3] 李茂生. 风险社会与规范论的世界[J]. 月旦法学杂志,2009(173):145-153.
- [4] KASPER, BERND. Die Erheblichkeitsschwelle im Bereich des Umweltstrafrechts[M]. Deutsch: Peter lawg GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 1997.
- [5] SCHWINGE, CHRISTINA. Strafrechtliche Sanktionen Gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts[M]. Deutsch: Centaurus, 1995.
- [6] 付立庆. 中国《刑法》中的环境犯罪:梳理、评价与展望[J]. 法学杂志,2018,39(4):54-62.
- [7] 张丽卿. 全球风险社会刑法新议题——以食品及医疗为中心[M]. 台北:元照出版公司,2015.
- [8] 张道许. 风险社会视角下环境刑法的理论调适[J]. 河南警察学院学报,2019,28(3):70-77.
- [9] 李涛. 污染环境罪属于行为犯而非结果犯[EB/OL]. [2016-11-09]. [https://newspaper.jcrb.com/2016/20161109/20161109\\_003/20161109\\_003\\_4.htm](https://newspaper.jcrb.com/2016/20161109/20161109_003/20161109_003_4.htm).
- [10] 赵文龙. 抽象危险犯的限缩认定研究——以醉酒型危险驾驶罪为例[J]. 上海公安高等专科学校学报, 2019,29(2):66-73.
- [11] 罗梓心. 风险社会语境下污染环境罪抽象危险犯之提倡[J]. 法制与经济,2019(5):118-120.
- [12] 张伟. 两岸食品安全犯罪刑事立法比较研究[J]. 当代法学,2015,29(2):22-33.
- [13] 吴情树.《食品安全法》中刑事责任条款的设定——以附属刑法为研究视角[J]. 重庆工商大学学报(社会科学版),2008,25(6):100-105.
- [14] 张丽卿. 海峡两岸有关毒奶事件的法律关照[J]. 东海大学法学研究,2009(31):105-149.

## On the Offense of Environmental Pollution from the Perspective of Risk Criminal Law

——Cause, warning and reconstruction

BAO Bo

(Law School, Fujian Normal University, Fuzhou 350117, China)

**Abstract:** Given the environmental criminology originates from the theory of risk society, the regulation of criminal law will lead to an abstraction and preposition of the article's connotation and become the argument of penalty expansion. In order to avoid the symbolic crisis of criminal law, the scope of rechtsgut (legally protected interest) should be limited. This is a cautionary issue worth paying attention to in the amendment of law, for the provisions of German criminal law on environmental pollution crime are emblematic and there are similar appeals in China. After several revisions, the definition of the offense of environmental pollution in China shows legislator's anxiety about criminal prevention and control. However it is necessary to reconstruct the theory by holding on the dual relevance theory of legal interests and defining it as abstract dangerous crime. The expansion trend of legal interest needs to be consistent with the basic principles of criminal law, such as the principle of legality and the principle of proportionality. In the legislative mode, we should adopt the dual system of both criminal law and accessory criminal law.

**Key words:** risk society; risk criminal law; symbolization of criminal law; offense of environment pollution; abstract dangerous crime

【编辑 吴晓利】