

污染环境罪司法适用的困境及其破解

樊建民*

摘要: 由于地方政府与污染企业的利益联结、污染企业的经济实力与严密的组织构造、直接受害人的程序缺位、刑法谦抑理念的不当助推,因此导致污染环境罪在司法适用中出现“刑不制罪”的困境。在现行立法和司法解释的框架内,应秉持积极能动、又严又厉的刑事司法理念,扩大对犯罪参与者的打击范围和打击力度,强化刑罚的必然性和威慑力,以期实现污染环境罪在司法适用中“以刑制罪”的目标。在完善企业环境保护合规制度的前提下,以环境行政机关、刑事侦查机关、审查起诉机关、刑事审判机关的职能定位为基点,以罪案移送制度为主线,构建污染环境罪司法适用的综合保障机制,强化该罪在司法适用中“以刑制罪”的司法效果,以有效遏制和预防污染环境犯罪。

关键词: 污染环境罪 刑不制罪 以刑制罪 企业环境保护合规制度

一、问题的提出

保护生态环境既是我国的基本国策,也是我国履行联合国气候变化框架公约义务的重要表现。我国于2018年专门设立了生态环境部,并在设立该部不久就开展了全国第一轮生态环境保护督察工作;我国在2021年针对在第一轮督察过程中发现的问题又开展了第二轮督察工作,但仍然发现了大量破坏生态环境资源行为(特别是严重污染环境的行为),并且这些行为对生态环境的损害触目惊心。^① 该类现象的存在凸显我国采用行政手段处理污染环境行为乏力。

我国检察机关于2015年开始构建、试行公益诉讼制度,在各级检察机关内部设立主管公益诉讼的部门,专门负责环境公益诉讼的相关事宜,以期遏制严重污染环境行为,但实践表明这种

* 河南大学法学院教授

^① 根据中华人民共和国生态环境部发布的通报,2021年第二轮第一批、第二批、第三批中央生态环境保护督察曝光的案件,均为2018年第一轮已发现且提出整改意见而没有整改或继续扩大破坏环境的案件。

机制并未能发挥有效遏制污染环境犯罪的功能。^①

行政手段、公益诉讼制度治理效果不佳,导致不得不动用刑法应对污染环境问题。1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第338条关于污染环境罪的内容经过两次修订,法网的严密度和刑罚的严厉度足以应对污染环境犯罪。最高司法机关发布的关于该罪的3次司法解释和两次政策性法律文件,给该罪的司法适用指明了方向、路径、原则和规范,但受各种内外因素的制约,上述法律规范在司法实践中未能得到有效的贯彻适用。

每一次重大污染环境事故被曝光,相关媒体的报道几乎都是“相关企业责任人已被控制”。这看似佐证了刑事追责程序的不可避免性和重要性,但实践中的处理结果基本上都是“雷声大,雨点小”,仅对涉事企业的个别基层人员作出了较轻的刑事处罚,且基本上都适用缓刑,而对企业的主要负责人、实际控制人、负有责任的股东等却很少予以刑事追究。虽然有时也会对环境行政机关的责任人员给予刑事处罚,但是很少对行政机关的领导人进行刑事追究,更很少追究政府主管部门领导人的刑事责任。^②对于个别危害性特别大、影响特别恶劣的污染环境案件,刑事司法机关在公众的压力之下,通常选用以危险方法危害公共安全罪对相关责任人进行特别处理,^③而对相关责任人给予过重处罚的做法既有违罪刑法定原则,又有滥用司法权之弊端,进而会损害刑事司法的公正性。虽然《中华人民共和国刑法修正案(十一)》[以下简称《刑法修正案(十一)》]特意加重了污染环境罪的法定刑,但是笔者经多渠道收集资料,发现至今尚无一例污染环境案件适用了该法定刑档次。出现该种现象的原因之一是情节严重的污染环境罪与以危险方法危害公共安全罪存在模糊、交叉的领域,而在此种场合司法人员往往刻意选择适用其他重罪条款来处罚该种行为。

司法实务部门对本该追究刑事责任的犯罪分子经常予以放纵,对本该重判的犯罪分子经常予以轻判,造成刑罚适用的必然性和严厉性与该类犯罪的社会危害性不相对应,以致司法机关判处的刑罚不能有效遏制、预防该类犯罪,从而陷入“刑不制罪”的困境。

二、“刑不制罪”司法困境的成因

污染环境罪的司法现状暴露了当今社会存在的一些深层次的问题。该类犯罪在客观事实方面一般相当清楚,在证据方面亦不存在太大的问题,只是刑事司法机关在界定犯罪的范围和刑罚的具体适用方面存在较大的不确定性。

(一)“刑不制罪”的外因

1. 地方政府的包庇与干涉

我国现行的法律体制决定了污染环境行为首先归环境行政机关管辖和处理,只有在环境行政机关认为具体的污染行为构成刑事犯罪、超出其行政管辖范围时,才会考虑将污染环境案件移送刑事司法机关,污染环境行为才有可能进入刑事司法程序并受到刑事追究。

^① 参见杨朝霞:《生态文明观的法律表达——第三代环境法的生成》,中国政法大学出版社2019年版,第352~353页。

^② 参见赵秉志、张军:《刑法与宪法之协调发展》(上卷),中国人民公安大学出版社2012年版,第648~649页。

^③ 参见卢志坚、袁同飞:《盐城水污染案:罪名变更的背后》,《检察日报》2009年9月21日。

地方环境行政机关在人、财、物等方面受地方政府的制约和管理,地方政府对其履职行为有强势的话语权。地方政府凭借污染企业能获得更多的可支配财政收入和灰色收入,可以获得更多的政治利益,使其在污染企业兴建之时甚至在招商引资时就开始违反相关环境保护法律法规,对企业破坏环境的行为默许甚至作出违法的承诺。中央督察的恶性污染环境案件,依照我国刑法的规定和社会公众的一般认知,明显应当构成犯罪,但地方政府基于地方利益通常会对环保政策和法律进行消极抵制。在污染环境事故发生后,地方政府和环境行政机关秉持“大事化小,小事化了”的观念,常常对给当地做出经济贡献的税收大户予以包庇,阻止刑事司法机关的介入。这些严重污染环境的企业,有的没有受到刑事追究;有的即使被刑事立案,也常常是一拖再拖、敷衍处理,仅让少许“替罪羊”顶罪,对大多数犯罪参与者采取的是行政追责措施。

一些基层环境行政职能部门在利益的驱动下,非但没有依法在职责范围内履行监管职责,反而与污染企业结成利益同盟,成为污染环境犯罪的帮凶。中央第二轮环境保护督察的结果表明,大部分污染环境犯罪的发生,几乎都能看到地方行政机关助推或不作为的影子,且是被发现多次、举报多次,被行政处理多次后仍然实施的违法犯罪。据笔者了解,第二轮中央督导组督察的案件,仍然存在草草处理甚至现在仍在继续污染环境的情形。

地方政府是社会发展的推动者和生态环境保护的责任者,应该基于大局观慎重对待环境保护问题。在当今社会,鉴于大数据技术的全面、成熟运用,地方行政机关只要认真履行职责,一旦发生污染环境事件就很容易被发现,关键问题是对污染环境行为该如何处罚,而这在很大程度上取决于地方政府是否愿意将污染环境行为移送刑事司法机关处理。

2. 污染环境企业的经济实力与组织构造

从司法实践看,污染环境犯罪的主体基本上都是单位。单位犯罪属于集团共同犯罪的一种,且该种犯罪更具严密的组织性、纪律性。污染环境企业一般都有依法获得的身份,在合法形式的掩盖下实施污染环境犯罪;在决策犯罪时往往表现出高智能性,是在单位的组织机构或决策者的集体决策下实施的有组织行为;在罪行暴露后,一般都有应对责任追究的伎俩。

笔者通过收集、分析重大污染环境事故的案例以及对比中央两轮环境保护督查的案例,发现大部分污染环境的企业都属于民营企业。大多数民营企业长期保留家族经营或亲友经营的特征,其用人的原则重在信任和服从。在此种情况下,企业管理人员和员工对股东或实际控制人唯命是从;加上员工之间、领导与员工之间家族、亲友式的紧密关系,导致他们结成一个严密的犯罪共同体,共同实施污染环境犯罪并在犯罪暴露后相互包庇,共同应对法律责任的追究。同时,由于民营企业对地方政府经济政策的持续性存有疑虑,缺乏对企业长远发展规划的考虑,为尽快获利或收回成本,因此便放任或故意实施污染环境的行为。

污染环境的企业与地方政府、环保行政机关的利益联结、权力寻租与利益输送等特定原因,加上其本身具有强大的经济实力和逃避刑事处罚的能力,以及其严谨的内部机制,使其很容易强迫、诱使一些底层员工充当“替罪羊”,从而使得污染环境企业及其主要责任人员逃脱刑事处罚。

3. 直接受害人的程序缺位

刑事诉讼中的直接受害人因被犯罪行为伤害,一般都会积极参与对犯罪人的刑事追究程序,依法控告或协助控告犯罪人,密切关注关于犯罪人的刑事处罚结果,并且其可以对相关的程序问题和处理结果提出自己的意见,从而有助于实现对犯罪人进行刑事追责的目标。与一般的杀人、伤害、盗窃、诈骗犯罪有直接的、特定的、具体的受害人不同,污染环境罪一般没有直接针对的特

定受害对象,也不会直接对受害对象造成实际、可感知的伤害,缺乏像行政诉讼、刑事诉讼中那样的直接受害人参与诉讼。

即使个别污染环境犯罪有具体的受害对象,也因其危害的对象人数众多,受“搭便车”意识和观念的影响,很少有受害对象愿意为了群体的利益而耗费自己个人的人力、物力、精力去参与费时、费力、复杂的刑事诉讼程序。因缺乏传统刑事诉讼中的受害人参与诉讼,故导致对该罪犯罪人的刑事追究缺乏有力的监督和支持,进而为污染环境企业逃避刑事追究或被从轻处罚提供了便利。

(二)“刑不制罪”的内因——刑法谦抑理念的不当助推

传统的刑法谦抑理念潜移默化地影响着法学理论研究和刑事司法实践。立法者、司法者、学者均秉持刑法谦抑理念,特别是在面对参与人数众多的污染环境罪的刑事司法适用中,由于片面地解读刑法的谦抑性,一味反对积极刑法预防观和能动司法观,因此导致在刑事司法中出现追究刑责范围过窄、刑罚处罚力度不够的“刑不制罪”局面。

1. 片面的“少用刑罚”理念导致刑责追究的范围过窄

在我国,发生污染事故后,依照法律规定会成立调查处理事故的专门领导小组,该小组由政府官员、行政执法人员、刑事侦查人员、检察人员等成员组成。在调查和作出事故报告时,对是否涉及刑事犯罪、何人须承担刑事责任等问题,刑事侦查人员、检察人员多秉持刑法谦抑理念而放任一些负有监督、管理涉案企业职责的人员和涉案企业中实施犯罪的组织人员、管理人员,而仅将处罚范围限定在直接参与者和直接负责者。因此,许多依法律规定、依民意诉求本应承担刑事责任的犯罪参与者,被过早地从刑事程序中排除出去。

(1)地方政府中负有日常管理、监督职责的人员,对污染环境犯罪的发生具有重大的过失,却因其是事故调查处理小组的领导人员而不会受到刑事处罚。对负有监督责任的政府工作人员,在实践中一般给予行政处理即告完结,鲜见有追究其刑事责任的情形。

(2)对污染企业的实际控制人、犯罪受益人给予处罚的不多。在我国企业管理制度还没有完全规范化的情形下,不管是国有企业还是私营企业,都会出现实际控制人或股东控制、操纵企业经营行为的现象,而名义上的企业法人仅是其傀儡或代持股人。并且,鉴于需要企业的实际控制人、犯罪受益人筹集资金来配合政府完成污染事故的善后工作,因此政府可能被迫放弃追究其刑事责任。

(3)污染环境行为的组织者以及众多参与者受到处罚的不多。在刑事司法系统中,群体性犯罪的参与人在被最终定罪判刑并送至监狱执行刑罚的过程中,数量会不断减少。因为每一个阶段的裁决者都有权决定每个犯罪参与者是否需要进入下一个阶段,从而导致很多犯罪嫌疑人逃脱了刑事司法程序。^①对于组织实施污染环境犯罪的人员,一般应在事故报告中明确需要追究其刑事责任,从而可以勉强进入刑事司法程序,但经过公安机关侦查、检察机关审查、人民法院审判等多层司法程序过滤,大多数人最终都会逃脱刑事追究。污染环境罪众多的其他参与者,也会因这一缘故而最终逃脱刑事处罚。

2. 片面的“轻用刑罚”理念导致刑罚处罚的力度不够

刑事司法人员受刑法谦抑理念的片面影响,对污染环境罪作出处理时,不仅常常将部分责任

^① 参见[美]斯蒂芬·E·巴坎:《犯罪学:社会学的理解》,秦晨等译,上海人民出版社2011年版,第625页。

小的犯罪参与者过滤出犯罪的范围,而且经常为了体现多个犯罪参与人在量刑上的差异,突出所谓的罪刑均衡,对犯罪参与者中罪责较轻的犯罪人适用非监禁刑或非监禁措施。因进入刑事诉讼程序而被追究刑事责任的人数有限,司法者缺乏对他们相互之间刑罚量度的比较,从而在法定的量刑幅度内,未能对犯罪人判处足具威慑性的、较重的刑罚。这体现在以下两个方面。

(1)在司法实践中,对实施污染环境罪的主要人员判处的刑罚一般在3年至5年有期徒刑之间,对次要的犯罪分子判处的刑罚一般在1年至2年有期徒刑之间,对一般参与者常常适用缓刑。

(2)在司法实践中,对单位判处的罚金数额偏低,不足以预防和惩治其污染环境行为,不能弥补其行为给生态环境造成的损害,难以发挥刑罚的一般预防功能。大多数污染环境企业之前已经缴纳、甚至预交了数额较大的税款,或曾接受过当地环境行政机关的巨额罚款,这不可避免地会影响刑事审判人员对其罚金数额的裁量,甚至会在裁定罚金数额时考虑扣除之前的税款或行政罚款。

三、“以刑制罪”司法理念的确立与贯彻

如何在遏制污染环境犯罪与保障国民经济发展之间实现动态平衡,是当前刑事司法面临的重大考验。为此,应妥当厘清积极刑法观与刑法谦抑理念的辩证关系,确立和贯彻刑罚的适用应当与犯罪的社会危害性相对应的“以刑制罪”的司法理念,实现刑法参与社会治理的最优目标。

(一)“以刑制罪”司法理念的确立

为民众生活环境提供保护的刑法,其机能不应仅限于对过去实施的犯罪的打击,还应包括对未来风险的前置介入和积极防控,^①其介入污染环境犯罪的治理将成为必然的趋势。在此背景下,积极主义刑法观应运而生,进而催生、确立和优化“以刑制罪”的刑事立法、司法理念。

1. 现行刑事立法和司法解释秉持积极的刑法观

当今的污染环境犯罪已经不是单纯的违反秩序行为,而是与伤害、偷盗或诈骗等自然犯一样具有伦理非难性质的行为。为发挥刑法打击、预防污染环境犯罪的功能,我国两次对1997年《刑法》第338条进行修订,扩张了该罪的处罚范围,减轻了刑事侦查机关、审查起诉机关的证明责任;提高了该罪的最高法定刑,强化了刑罚的威慑力;增大了量刑幅度的档次和空间,以便在对犯罪众多犯罪主体进行量刑时能体现罪责刑相均衡的原则。在司法实践中,“严重污染环境”的认定范围相当宽泛,只要实施了污染环境的行为(经检测或目测)就大体符合污染环境罪的构成要件,无须具体考虑行为的方式、污染物的性质、污染物对环境的具体损害后果。《刑法修正案(十一)》更是将特定的4种污染环境行为作为应处7年以上有期徒刑的“特别严重情节”进行规定。

2017年1月1日,最高人民法院、最高人民检察院《关于办理污染环境刑事案件适用法律若干问题的解释》把“篡改、伪造自动监测数据或者干扰自动监测设施”行为作为“严重污染环境”的表现形式之一。从实质上看,上述行为仅是污染环境的预备行为、帮助行为,并非污染环境的实行行为。司法解释的目的就是通过处罚污染环境的预备行为、帮助行为来强化刑法的一般预防功能。

^① 参见刘艳红:《环境犯罪刑事治理早期化之反对》,《政治与法律》2015年第7期。

在国外,德、日等国的刑事司法实践处罚污染环境犯罪的抽象危险犯。如果行为人的某一作为或不作为可能导致某一危险状态的存在或实际侵害某一具体的环境利益,那么就会受到刑罚处罚;如果该行为导致严重的污染后果发生,那么将会受到更为严厉的处罚。同时,德、日等国刑法中行政监督责任、企业上级部门监督责任的设定和适用,也保证对污染环境行为的发生具有监督职责的各级行政部门人员、上级部门管理人员受到相应的刑事处罚,从而促使其认真履行自己的监督职责,预防污染环境行为的发生。

2. 积极刑事司法观下“以刑制罪”理念确立的必然性

刑事司法应该积极、能动地适用刑法和司法解释的规定,使得污染环境企业及其犯罪参与者承担相应的刑事责任,以发挥刑法预防污染环境犯罪的功能;否则,会导致立法与司法脱节,不利于维护刑事法治的权威。

对污染环境犯罪给予相对于其他破坏生态环境的犯罪更严厉的惩罚具有合理性。每一历史时期的观念和思想都由特定时期的经济生活条件、社会关系所决定。积极刑事司法观功能主义的导向确保刑法体系的结构因功能而开放。^① 污染环境犯罪与违法占地建房、非法猎捕野生动物等非污染性的生态环境犯罪相比在主客观方面存在质的不同,前者具有更严重的社会危害性,更容易引起社会公众的反感和不安。

现代刑法已经实现从消极的一般预防到积极的一般预防的转型,以确保民众对规范有效性的认同。^② 污染环境犯罪大多受强大的经济利益驱使而实施,其犯罪参与者如果不能受到严厉的刑罚处罚,那么就会鼓励、纵容其继续实施该类犯罪;同时,对污染环境犯罪参与者不给予处罚或从轻处罚,会诱使潜在的犯罪人对刑罚的必然性、有效性产生怀疑,甚至成为其实施污染环境犯罪从而攫取暴利的助推器。污染环境犯罪一般具有牟利的目的,对该类犯罪适用严厉的罚金刑,会令犯罪企业和犯罪参与者感觉无利可图甚至得不偿失,可以从根本上减少该类犯罪的发生,在客观上削弱犯罪分子的再犯能力并对其他相关企业、人员产生威慑作用。英、美、德、日等发达国家,在刑事司法中对污染环境犯罪所处的罚金数额特别巨大,动辄判处“天价罚金”,对遏制、预防该类犯罪的发生起到了很好的作用。

污染环境犯罪多属于“明知故犯”,对其适用严厉的刑罚,能够为社会大众所接受。如果对犯罪参与者适用刑罚威慑力不足,那么会导致犯罪分子出狱后因被认为对企业“有功”,不但可以继续上班而且还会升职加薪,而且企业往往会给予其巨大的经济补偿,最终会起到一个负面的激励犯罪作用,诱使企业的其他工作人员在平衡利益后,自觉地去实施污染环境犯罪行为,以期获得犯罪后的经济补偿或“奖励”。

3. 积极刑法观下“以刑制罪”与刑法谦抑理念的辩证关系

由于采用其他法律手段难以有效遏制污染环境犯罪,因此我们不得不比以前更加依赖刑法,并适当扩大刑罚适用的范围和处罚的力度。刑事司法中的谦抑理念,是指针对具体的犯罪行为,至少是针对某一时期某一类犯罪行为而言,是具有针对性的、相对谦抑的,而不是刑事立法、刑法学理论上的谦抑。针对污染环境犯罪难以遏制的现状,适用其他法律、惯常的刑罚量度已经不能有效应对,需要刑事司法的积极介入和能动适用。

^① 参见劳东燕:《网络时代刑法体系的功能化走向》,《中国法律评论》2020年第2期。

^② 参见陈金林:《刑罚的正当化危机与积极的一般预防》,《法学评论》2014年第4期。

当然,不在利用和开发环境的基础上讨论环境问题是没有任何意义的,现代刑法不可能无条件地支持这样的保护环境观念。^①就此而言,对刑法的谦抑理念应该给予考虑,但在目前污染环境形势恶化、难以遏制的情形下,积极的刑法观更应得以坚守。依法从严处罚环境犯罪参与人的刑事政策导向与刑法的谦抑理念并不冲突,刑法事后保障法的性质并不禁止刑法基于保障功能严厉打击某类犯罪,单纯基于刑罚权启用的谦抑性、刑法功能的有限性等考虑,一概地将刑法置于事后保障法的地位,并不妥当。^②为了捍卫行政法的尊严,刑法应该对严重违反行政法的行为给予刑事处罚;片面坚持刑法的谦抑理念,仅用行政法来处罚污染环境行为,难以收到令民众满意的震慑效果。

(二)“以刑制罪”司法理念的贯彻

1. “又严又厉”刑事政策在该罪司法适用中的确立

“又严又厉”的刑事政策,通过提高对犯罪的追诉率来强化刑罚的必然性,通过提高对犯罪的刑罚量来强化刑罚的威慑力,促使潜在的犯罪分子权衡污染环境行为的高昂违法成本,预防该类犯罪的发生。

(1)民意的需求

刑罚,是以国家对犯罪的谴责为根据而科处的痛苦和损害,其本质是报应。^③重刑威吓主义传统和倾向目前在我国的社会民众中仍具有强大的威慑力。刑事司法必须考虑民众的意愿,对特定的恶性犯罪需要适当施以重刑,以便遏制该种犯罪。^④加强对污染环境犯罪的治理,关键在于对企业犯罪中个人责任的强化,以及加重企业高层管理人员的刑罚,对其应更多地适用监禁刑而不是非监禁刑,以强化刑罚的实际效应。

对严重污染环境行为适用重刑进行处罚符合民意,在一定程度上代表着一定社会范围内的正义情感。虽然受主客观诸多因素的影响和制约,其反映的正义情感可能是不稳定的,但是对于污染环境的犯罪而言,对其进行重处的民意是始终存在的。

重大恶性污染环境犯罪发生后,民众往往呼吁对其进行重罚,甚至在怀疑污染环境罪的刑罚太轻而不足以惩罚犯罪时,有的司法机关被迫适用以危险方法危害公共安全罪等其他重罪来处理。这种做法不但导致以危险方法危害公共安全罪的过度适用,有违罪刑法定原则之嫌疑,而且使得专门针对环境犯罪的条款不能适用,导致该条款中的重刑条款被虚置,与立法的意旨相悖。

关于污染环境罪的规定是惩治污染环境行为的特别法,应优先适用,并且适用该罪名可以名正言顺地收到威慑该类犯罪行为、教育公众自觉守法的效果。若对该类行为按其他罪名定罪而不适用污染环境罪,则会减弱刑法和刑事司法的教育效能,浪费立法资源,并且会给公众留下“最适合惩治该行为的法条不能应对该行为”的印象。《刑法修正案(十一)》加重该罪的法定刑,也是出于对污染环境行为避免适用以危险方法危害公共安全罪或投放危险物质罪来处理的考虑,是通过增设轻罪的重刑来避免其他重罪条款被滥用。

(2)一般预防的需要

^① 参见王世洲:《德国环境刑法中污染概念的研究》,《比较法研究》2001年第2期。

^② 参见高铭暄、孙道萃:《预防刑法观及其教义学思考》,《中国法学》2018年第1期。

^③ 参见[日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年版,第97页。

^④ 参见劳东燕:《刑事政策与功能主义的刑法体系》,《中国法学》2020年第1期。

随着民营企业的发展壮大,其逐渐成为国民经济的重要支柱,但其天然的逐利本性和相对较高的经营成本,导致其过于偏重通过降低经营成本来获取暴利,因而容易实施破坏生态环境的犯罪。对于人的行为的控制,需要依靠外在的规则强制,以及内化的规则信赖。司法阶段的刑法兼具裁判规范与行为规范的性质,对污染环境犯罪处罚畸轻有损对公民遵守刑法规范意识的培养。^①虽然将所有的犯罪都绳之以法并不现实,但是仍有必要在制度设计上促进其最大程度的实现。只要是公众一致感觉应受处罚的行为,并且依据法律的规定也应受到处罚,我们就没有理由不予以处罚。

在我国的刑事司法实践中,对污染环境犯罪从重处罚,有国内的历史经验和国外的司法经验可供借鉴。在刑事司法实践中污染环境罪的适用效果不佳,其中一个重要原因是因为不对犯罪企业的高级管理人员判处监禁刑,这种处罚的严厉性是明显不足的。即使相当数量的罪犯有严重的认知缺陷或情感缺陷,惩罚严厉性或确定性的提高还是会降低犯罪率的。^②世界上多国刑罚运作的实践证明,严密的法网、确定的追诉和严厉的刑罚能形成强大的心理威慑效应,为刑罚一般预防和特殊预防目的的实现提供现实可行的基础;^③并且其主要依靠的就是通过司法适用来实现刑罚的确定、及时、公正、均衡性。在德、日等国,刑事司法对污染环境行为给予严厉的刑罚处罚,其具体表现是制裁范围广、制裁力度大。例如,行为人只要没有按照规定倾倒垃圾或倾倒垃圾后不报告,就成立污染环境犯罪;只要在水中混入泥土、尘埃等污染物,妨碍人们对水的正常使用,或者使人们对水产生不安感、厌恶感,从而拒绝、减少使用该水源,就构成污染环境犯罪。在英、美等国的司法实践中,由于法官具有非常大的自由裁量权,因此其对污染环境行为经常适用严厉的刑罚。例如,美国对污染环境犯罪设置了最高15年有期徒刑的重刑,并时常对污染单位判处巨额罚金。此外,英、美等国的法官在作出裁判时无须考虑污染行为造成的结果,也无须考虑行为与结果之间的因果关系,甚至无须证明犯罪参与人具有故意或过失,采取客观刑事责任的归属原则对污染环境行为予以制裁。

(3)特殊预防的需要

污染环境犯罪具有鲜明的职业化犯罪特征,导致污染企业及其犯罪参与人员很容易重新参与类似的犯罪活动,刑罚应加大对污染环境犯罪的惩罚力度,以打消行为人再次犯罪的念头。

污染环境犯罪多属于故意犯罪,犯罪主体的主观恶性较大。由于该犯罪伤害了一般社会公众的共同利益和道德情感而具有伦理上的可谴责性,因此应对该犯罪给予相对严厉的刑罚处罚,以期收到刑罚的报应效果。污染环境罪在司法适用中一般不存在所谓违法性认识错误的问题,亦即不存在对行政法认识错误的问题;行为人对其行为的违法性、危害性没有可以从轻、减轻或免除处罚的辩护理由。污染环境企业具有强大的经济能力和宣传能力,对其所处罚金太少,无法收到预防其再犯的效果;仅处罚参与犯罪的底层人员而不严厉处罚其组织者、决策者等实际控制人,无法阻止这些人员继续从事该类犯罪。此外,笔者通过调查发现,在所有涉及该类犯罪的案件中,对企业底层人员判处的罚金均最终由其所在企业承担,并且多数企业还给犯罪人发放了相比犯罪之前更多的工资或给其升职,以对其犯罪行为进行“奖励”。这一不正常现象应引起我国

^① 参见叶小琴:《产业化犯罪的帮助人员处罚畸轻问题思考》,《法商研究》2020年第4期。

^② 参见[美]波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第19~20页。

^③ 参见梁根林:《刑事法网:扩张与限缩》,法律出版社2005年版,第161~162页。

司法人员的足够重视。

2. 单位刑事责任承担的强化

污染环境罪多数属于单位犯罪。单位犯罪的意识和意志具有整体性,来源于单位决策机构中自然人的意识和意志,但不是每个自然人意识和意志的简单相加。应对单位犯罪的刑事政策应当超出传统刑事政策的范畴,从单位内部治理与外部环境两个方面对其进行控制。

国外有学者很早就认识到,加强企业自我控制是控制企业犯罪的一条有效途径。^①企业虽然是股东营利的工具,但是也应当关注利益相关者的利益,并负起社会责任。应以企业、企业的股东、企业的管理者、企业的职工,以及其他相关利害关系人之间的相互权利及利益关系为基点,重新评估和构建企业刑事责任承担的原则和规范,保证企业刑事责任承担的确定性和妥当性。只有当一种行为的犯罪性已经被贴上标签并被多次适用时,才会在社会中形成固化,以致人们能够通过联想而不是被强制就能自觉遵守法律规范。通过刑事司法强化污染环境企业的守法观念和意识,促使其形成守法的习惯,是遏制和预防污染环境犯罪的必要措施之一。

对污染环境企业适用严厉的刑罚措施,如对其判处巨额的罚金,并不会超出民众的一般心理认知,不会导致民众在心目中产生不公平感。若企业污染环境行为情节特别恶劣或多次实施该类犯罪,或为了逃避处罚而处理、销毁证据,则环境保护行政机关和司法机关均可给相关的行政机关发出法律建议,吊销该企业的生产经营执照,同时将其相应的资产、企业整合、拍卖或整体转让,终止其从事该类生产经营业务,以此来迫使企业的相关利害关系人,包括但不限于股东、实际控制人等,因担心自己的经济利益受损而主动关注、监督其企业的日常生产经营行为,避免或减少其企业实施污染环境的行为。

3. 追究犯罪参与者刑责时共犯理论的合理阐释

鉴于实践中发生的污染环境犯罪多属单位故意犯罪,作为单位中应当承担刑事责任的参与人员,应该按照共同犯罪的理论作为共犯进行处理。单独出于报应主义的重刑治世政策虽然不能解决污染环境的所有问题,但是在污染环境严重的当下,需要合理阐释共同犯罪理论,以有效扩大污染环境罪刑事处罚的范围和力度,将污染环境企业的股东、实际控制人或受益人等纳入该罪刑事追究的范围内,以强化刑法的预防效应。2015年12月16日,最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释》明确规定,重大责任事故罪的犯罪主体包括对生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人、实际控制人、投资人等人员,以及直接从事生产、作业的人员。《刑法修正案(十一)》第8条规定,控股股东、实际控制人组织、指使实施欺诈发行证券行为的,应该按欺诈发行证券罪定罪。以上立法及司法解释体现了一个趋势,即对单位实施的犯罪行为,可以追究参与犯罪或对犯罪具有一定责任的相关利害关系人的刑事责任。污染环境罪的立法和司法解释虽然未明确作出上述规定,但是在刑事司法中完全可以根据通行的刑法学理论对污染环境罪参照适用,将相关利害关系人中的“幕后人员”作为共犯追究其刑事责任,从而强化其对涉案企业的监管职责,预防其一味追求经济利益,放任或纵容其企业实施污染环境的行为。

增大对犯罪参与人的刑事处罚范围和刑罚力度,会对污染环境犯罪分子产生分化、瓦解作

^① See Sally S. Simpson, Papers of General Interest: Low Self-Control, Organizational Theory, and Corporate Crime, *Law and Society Review*, 6(2002).

用,使各参与人均有所忌惮而不敢去实施污染环境行为。参与犯罪的企业下属员工也应受到严厉的处罚,企业下属员工按照上级的命令实施污染环境行为,不能成为减轻其刑事责任的理由,避免其替上级管理人员承担刑事责任,以此遏制污染环境犯罪的发生。

刑事司法对污染环境犯罪的参与人员处罚畸轻甚至不予处罚,不利于有效预防污染环境犯罪。司法人员应树立对污染环境犯罪参与者根据共同犯罪理论依法给予处罚的意识,然后再援引刑法关于共同犯罪的规定来对其作出解释。

4. 强化对政府监督人员及企业独立董事刑责的追究

(1) 对政府监督人员刑责的追究

2013年1月9日施行的最高人民法院、最高人民检察院《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》明确规定了政府工作人员的监督过失责任。在刑事司法中可以此为据,对地方政府工作人员追究刑事责任,以有效治理地方政府工作人员的官僚作风。地方政府和环境行政机关中对污染企业负有监督、管理职责的责任人实施渎职行为的,按照渎职罪的规定定罪处罚;与他人共谋实施污染环境犯罪的,根据共同犯罪理论同时成立污染环境罪的,可以考虑实行数罪并罚或者择一重罪处罚。

(2) 对企业相关独立董事刑责的追究

我国借鉴英、美等国的上市公司独立董事制度建立了我国公司管理中的独立董事制度。设立独立董事制度的目的是用外部第三方监督力量实现对公司的有效监控。据笔者调查核实,这项制度目前在我国一直都没能落到实处。但是,追究公司独立董事法律责任的实践已经开始。例如,2021年11月12日,广东省广州市中级人民法院对我国首例证券集体诉讼案作出一审判决,在判定康美药业承担24.59亿元巨额赔偿的同时,又判定该公司5名兼职独立董事承担5%或10%的连带责任,对应金额高达1.23亿元或2.46亿元,远超其在康美药业任职期间获得的劳动报酬。独立董事虽然没有直接参与违法犯罪活动,但是其并未尽到法律、公司章程规定的勤勉尽责义务,因而应受到严厉的惩罚。^①

四、构建“以刑制罪”综合保障机制的路径

依据我国现行法律的规定,对具体的污染环境行为,一般需要依次经过环境行政机关、刑事侦查机关、审查起诉机关、刑事审判机关4个职能部门的逐次审查和处理,才能最终确定是否需要给予刑事处罚、处以何种刑事处罚以及处以多重的刑事处罚。

在现行法律制度和法律体系的框架内,在确立和完善企业环境保护合规制度的基础上,通过构建合理的案件移送制度,厘清各个执法部门的职责,能够较好地排除地方政府的行政干预,提高和保证该类犯罪参与者进入刑事司法程序的比率,强化对该类犯罪适用刑罚的必然性、相当性,以有效发挥污染环境罪司法适用“以刑制罪”之功能。

(一) 以企业环境保护合规制度的确立为基础

企业环境保护合规制度的确立和完善,能有效避免污染环境犯罪的发生,并为追究污染环境企业及其相关责任人的刑事责任提供便利。

^① 参见王乐涛:《崩溃!17家上市公司独董集体辞职》,《济南时报》2021年11月21日。

1. 建立企业环境保护合规制度的必要性和可行性

企业作为营利性组织,主要目标就是获取经济利益的最大化,但其常常忽视应承担的社会责任。为了增强与同类企业的竞争力,一些企业往往忽视环境保护的重要性甚至故意实施污染环境的行为,从而攫取更大的经济利益。若不能遏制这些污染环境犯罪的发生,则会产生“劣币驱逐良币”的效应,使得遵纪守法的企业反而难以生存下去。解决这一问题的关键,不在于道德的约束和谴责,而在于环境保护合规制度的外强制。

传统的企业合规理论将合规视为一种责任豁免或减免的前提条件,促使企业强化内部风险管理。^① 现代企业合规理论注重强化企业、相关利害关系人等依法依规的法律意识,保证其知悉、理解相关法律法规的内容,知道何种行为应该做、何种行为不能做,以及其违反规定应承担的不利后果。企业环境保护合规制度确立后,时刻给企业及其相关利害关系人敲响警钟,能有效约束其不去实施犯罪。同时,企业合规环境保护制度的实施,可以合理解决刑事司法实践中该罪主观罪过的认定问题。在实践中,只要实施了污染环境行为,就可推定企业及其相关利害关系人在主观上有罪过,除非其提出相反的证据否定推定的结果。

最高人民检察院率先关注企业合规的建设问题,已经开展相关的试点工作,积累了一定的经验。笔者认为,合规问题首先是行政合规,而非刑事合规;如果行政合规了,那么就不会发生企业违法犯罪的事情。刑法仅是在行政合规的前提下给予辅助,强化行政合规的效力。依此,对企业合规起主要指导、监督作用的应该是行政机关而非检察机关,检察机关应该承担的主要职责是对行政机关的支持和监督。企业应注重环境保护合规制度的建设、宣传和培训,印制专门的企业环境保护合规手册发放到每一位职工手中,并在企业内部张贴公布,特别是在容易发生犯罪的场合进行特别提示。

2. 企业环境保护合规制度下相关责任人刑责的界定

(1)污染环境企业中相关参与人的刑事责任。污染环境犯罪与平常的行政犯不同(如非法采矿罪等),其因受到民众的广泛谴责,已经可以归入自然犯的行列,可以说其既是自然犯,又是行政犯。若在企业环境保护合规制度实体化后,企业中相关参与人故意违反制度规定而实施污染环境行为,则属于故意犯罪,可追究其严厉的刑事责任。

(2)环境行政机关及地方政府中相关责任人的刑事责任。环境行政机关应加强企业环境保护合规制度的宣传、教育工作,监督、指导企业构建环境保护合规制度并切实贯彻实施。如果环境行政机关中的相关责任人没有依法履行上述职责,那么就应依法追究其滥用职权罪或渎职罪的刑事责任。

(二)环境行政机关的职能定位与案件移送

环境刑法具有行政属性是一个客观存在的法律现象,其积极意义是可以节约环境犯罪的治理成本,有效治理环境问题。^② 不过,仅将环境犯罪视为从属、依附于环境行政执法和行政管理的观点,在实践中很容易导致环境行政执法和行政管理机关处于强势地位,易滋生更多的不正当行政干预和地方保护主义,助长行政权排斥司法权的不正之风,并容易催生环境刑事手段被架空

^① 参见师索:《犯罪控制合规性建构的基础理论研究》,《犯罪研究》2020年第5期。

^② 参见付立庆:《积极主义刑法观及其展开》,中国人民大学出版社2020年版,第78页。

的巨大风险。^①在我国,污染环境行为没有进入刑事司法程序之前,环境行政机关有权决定是否将案件以及相关犯罪参与人移送刑事侦查机关。污染环境行为是否受到刑事司法机关的追究,在很大程度上还要依赖于行政机关的移送,应当通过建立完善的行政机关移送案件的机制,杜绝以罚代刑现象的发生。^②

英、美等国的立法对犯罪的成立没有定量的规定,而是交由司法机关来判断,且规定了大量的轻微犯罪行为。因英、美等国行政机关的处罚范围小,与之相对应的司法机关的自由裁量权就大,从而使得污染环境的行为大部分都会进入刑事司法程序,保证刑事司法机关能够对众多的犯罪参与人追究刑事责任。

我国现行的犯罪构成是在立法上既定性又定量,从而赋予行政机关很大的自由裁量权,许多具有刑事可罚性的行为都因上述原因而没有进入刑事司法程序,导致刑事司法机关能自由裁量的范围有限。在具体案件的办理过程中,环境行政机关对犯罪主观方面证据的收集缺乏专业的技能和有效的手段,但对犯罪客观方面证据的收集具有丰富的专业知识和扎实的专业技能;而刑事侦查机关与之相反。这就要求环境行政机关与刑事侦查机关应该相互配合才能更好地查清案件事实,以便准确地适用法律。在企业环境保护合规制度确立的前提下,环境行政机关发现污染环境行为后,只要依据其收集的客观证据足以证实符合污染环境罪的犯罪客观方面构成,就应及时将案件移送刑事侦查机关,并配合刑事侦查机关处理刑事案件。

刑事司法相对独立,政府主导的行政案件一旦移送刑事侦查机关就可以在某种程度上排除地方政府的不当干预。司法解释的运行模式和效果显示,实行全国统一的司法制度在我国司法实践中已经成为共识,很少有地方政府敢于明目张胆地违背司法解释,因此,可通过司法解释预防地方政府的违法违规行为。环境行政部门故意不履行移送刑事案件职责的,可依照1997年《刑法》第402条规定的徇私舞弊不移交刑事案件罪定罪量刑;恶意给涉案企业或其他犯罪参与人通风报信、提供便利的,可按照1997年《刑法》第417条规定的帮助犯罪分子逃避处罚罪定罪量刑。

(三)刑事侦查机关的职能定位与案件移送

刑事诉讼一般坚持不告不理原则。虽然我国法律规定审查起诉机关发现有需要追究刑事责任的、未被移送的犯罪参与人,可以向刑事侦查机关发出司法建议,要求刑事侦查机关追加移送,但是实际效果并不理想,导致诸多应该被追究刑事责任的人员逃脱刑罚惩罚。目前,我国被刑事侦查机关立案侦查的被告人大多数被羁押,但不能说均已经受到刑事追究,因为大量的需追究刑事责任的人员并没有被移送审查起诉、审判,当然也就没有被判处刑罚。

刑事侦查机关负责查实、收集案件相关参与人员主观方面的证据,只要依据企业环境保护合规制度,认定犯罪参与人员具有主观上的故意或过失,结合环保行政部门的客观危害评定,就应依法将涉嫌犯罪的人员及单位全部移送审查起诉机关,以此增强有罪认定的可能性。社会公众一般认为,受到刑事处罚的显著标志是将涉案犯罪分子移送检察机关审查起诉,将案件移送检察机关审查起诉后,会在很大程度上增加该类犯罪受刑事处罚的机会。

在确立企业环境保护合规制度的前提下,该类犯罪的主客观责任就容易准确判定。除非污

^① 参见赵星:《环境犯罪的行政从属性之批判》,《法学评论》2012年第5期。

^② 参见赵秉志、张军:《刑法与宪法之协调发展》(上卷),中国人民公安大学出版社2012年版,第637页。

染环境案件具有例外情形,刑事侦查机关必须将案件移送审查起诉机关,由审查起诉机关作进一步的处理。

(四)审查起诉机关的职能定位与案件移送

我国刑事诉讼法赋予审查起诉机关对轻微犯罪具有相对不起诉的职权,其有权在此环节将罪责较轻的犯罪参与人员排除出刑事诉讼程序。2018年修正的《中华人民共和国刑事诉讼法》第177条第2款规定,对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,人民检察院可以作出不起诉决定。我国的相对不起诉制度具有特定的含义,并非一概否认被告人无罪,而是在认定其有罪的前提下,考虑到其罪量的因素而不起诉。在该种情形下,检察机关实际上已经认定该种行为成立犯罪,已经肯定涉案人员罪犯的身份,故而才有“犯罪情节轻微”的规定,只是依法不起诉至人民法院审判。相对不起诉的适用对涉案人员有一定的震慑作用,也会给社会一般公众形成这些人有罪且受到相应刑事处罚的印象,从而有利于实现刑罚特殊预防和一般预防的目的。

对于刑事侦查机关移送的污染环境刑事案件,符合认罪认罚规定及其他特殊情况的,审查起诉机关可依法作出不起诉的决定;不符合上述情形的,一律移送审判机关审判,以加大对该类犯罪的打击范围和力度。将企业污染环境案件作为刑事案件移送审判机关,必将增大污染环境企业及其涉案人员受处罚的可能性;并且,因为移送的犯罪参与人数量较多,所以必然会导致审判机关最终裁量的刑罚相对较重。

(五)刑事审判机关的职能定位与裁判

刑事审判程序相对于其他程序而言,最大的特点就是其公开性。刑事审判要求其判决书、办理程序等事项,除特殊情况外,全部公开。这一特点要求其裁判理由、结果等必须充分实现情、理、法的有机统一。面对污染环境犯罪严重的现状,刑事审判机关应当对之保持高度审慎,积极回应民众的合理需求和理性的刑法偏好,在刑事立法框架下,依据相关的司法解释和刑法学理论,秉持积极刑事司法观和又严又厉的司法理念,对污染环境罪适用相应的刑罚。

如前所述,我国关于污染环境罪的刑事立法设置已经相当严厉,法网较为缜密,仅是在司法适用中因存在片面的刑法谦抑理念而导致处罚范围不足、处罚力度不够。在一些民愤极大、影响特别恶劣的情形下,违反常规按照以危险方法危害公共安全罪等重罪处理,又有滥用司法权的嫌疑。在司法实践中,应该充分利用立法对该类犯罪的多幅度法定刑设定,首先设定罪责最小的犯罪参与人的刑罚,以此作为该案犯罪参与人整体的刑罚基准,然后依此对其他犯罪参与人适用相对较重的刑罚,一直到最高的法定刑为止,从而增加对该类犯罪惩罚的严厉性,增强刑罚的威慑力。另外,刑事审判机关针对污染环境犯罪,一般应该避免适用非监禁刑,慎用缓刑和免于刑事处罚。因为检察机关在审查起诉阶段已经行使不起诉的职权将罪责较轻的犯罪参与人排除在刑事审判程序之外,刑事审判机关在非特殊的情形下,不宜再次适用非监禁刑类的轻罚措施;否则,就有放纵污染环境犯罪之嫌疑。

刑事审判机关针对该类犯罪涉案人员众多的情形,可以考虑在判处的自由刑相同的情形下,充分利用罚金刑的量刑幅度来实现该罪在裁判中的罪责刑相均衡。另外,是否对相关犯罪参与人采取职业限制等类似刑罚措施,或提出相应的司法建议,也可作为对被告人进行惩罚的辅助措施予以考量,以增强刑事司法遏制、预防犯罪的效果。

五、结 论

法学尤其是部门法学立足于把科学理论和普遍规范运用到具体案件中,是一种实践智慧的实现。刑法学理论与司法实践需要做的就是不断丰富和完善这种理论和规范,不应总是期盼通过立法修正、增设新罪来强化刑法的功效,而应注重刑事司法程序机制的合理构建以及实体适用过程中定罪和量刑的妥当性。近年来,我国颁布了 11 个刑法修正案,增设了诸多新罪名,虽然增设诸多新罪的目的是避免重罪罪名的过度适用,但是在客观上给人留下了刑事处罚范围在积极扩张的印象。为克服这种弊端,应在现行刑事立法框架、现行法律体制范围内,丰富法学理论知识和注重实用规范的可操作性,并将其适用于司法实践之中,充分发挥刑事司法在遏制、预防污染环境犯罪方面的重要作用。

Abstract: The interest connection between the local government and the polluting enterprises, the economic strength and strict organizational structure of polluting enterprises, the absence of procedures for direct victims, and the improper promotion of the concept of modest criminal law lead to the dilemma of non punishment in the judicial application of environmental pollution crime. Within the framework of current legislation and judicial interpretation, adhering to the criminal justice concept of active, strict and severe, expand the scope and intensity of attack on criminal participants, and strengthen the inevitability and deterrence of punishment, so as to achieve the realization of punishment being able to prevent crime in the judicial application of the crime of environmental pollution. On the premise of improving the enterprise environmental protection compliance system, based on the functional orientation of environmental administrative organs, criminal investigation organs, review and prosecution organs and criminal judicial organs, and taking the crime transfer system as the main line, build a comprehensive guarantee mechanism for the judicial application of the crime of environmental pollution, so as to realize punishment being able to prevent crime in the judicial application of this crime, to effectively curb and prevent environmental pollution crimes.

Key Words: the crime of polluting environment, punishment non preventing crime, punishment being able to prevent crime, enterprise environmental protection compliance system

责任编辑 田国宝