

## 论污染环境罪未遂的范围扩张与类型修正

吴情树

**摘要:**《刑法修正案(八)》第 46 条将《刑法》第 338 条所规定的重大环境污染事故罪修改为污染环境罪之后,其犯罪形态与罪过形式必须重新解释。其中,犯罪形态是由“严重污染环境”的性质所决定,因此,其犯罪形态必须结合司法解释就“严重污染环境”的相关规定予以确定。在污染标准功能定位的问题上,“严重污染环境”是污染环境罪的既遂标准,而不是单纯的入罪标准,没有达到“严重污染环境”标准的污染环境行为仍可能被认定为污染环境罪未遂,这就必须扩大污染环境罪未遂的成立范围。在刑法典不特别增设污染环境罪危险犯的情况下,污染环境罪未遂的类型以及处罚体系必须重新确定,以实现环境法益保护的早期化和预防环境犯罪的提前化,从而更有利、更全面地保护生态环境。

**关键词:**污染标准;环境法益;污染环境罪;犯罪未遂

**中图分类号:** D925.101 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-0169(2018)05-0045-11

**DOI:**10.16493/j.cnki.42-1627/c.2018.05.005

2011 年《刑法修正案(八)》第 46 条将《刑法》第 338 条所规定的重大环境污染事故罪修改为污染环境罪,并将原来条文中的“造成重大环境污染事故,致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的”改为“严重污染环境的”。此番修改大大降低了污染环境罪的入罪门槛和指控难度,提高了司法对污染环境罪的惩治力度。2013 年 6 月,最高人民法院、最高人民检察院发布了《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2013〕15 号,以下简称《2013 年解释》),对污染环境罪的定罪量刑标准等问题作出了明确解释。2016 年底“两高”又制定了新的《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2016〕29 号,以下简称《2016 年解释》),对《2013 年解释》作了全面修改和完善<sup>①</sup>。上述两部司法解释都对刑法第 338 条中的“严重污染环境”作出了具体的解释,设定了具体的标准。但司法实务对污染环境罪中的“严重污染环境”到底是成立污染环境罪的构成要件结果,还是成立污染环境罪既遂的结果的问题上尚存争议<sup>②</sup>。换言之,如果污染环境行为没有达到司法解释所设定的严重污染环境的标准,到底是不成立污染环境罪,还是仍可能成立污染环境罪的未遂?对这个问题的探讨将极大影响司法实践对环境犯罪的治理,也影响着污染环境罪成立的范围。本文以《刑法》第 338 条规定和《2016 年解释》为

**作者简介:** 吴情树,法学博士,华侨大学法学院/地方法治研究中心/案例法研究中心副教授、研究员(福建泉州 362021)

**致谢:** 本文得到华侨大学法学院“远大联盟崇法学术午餐会”各位老师和同学的指正,特此致谢!

<sup>①</sup> 参见 2016 年 12 月《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》的新闻发布会实录。

<sup>②</sup> 根据官方的解释和司法实践的通常作法,多将“严重污染环境”作为污染环境罪的入罪标准和追诉标准。相应的,如果案情没有达到“严重污染环境”的标准,则认定行为人无罪而不予追诉。参见线杰、吴峤滨:《最高人民法院、最高人民检察院〈关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,《人民检察》2017 年第 5 期。

根据，以污染标准为视角，结合刑法的基本理论，尝试对我国刑法中污染环境罪未遂的成立范围和类型进行新的解释，希望有助于污染环境罪的实务认定与惩治。

## 一、司法实践认定污染环境罪未遂范围的偏差

案例 1：2016 年 4 月初的一天晚上，被告人张甲伙同张乙驾驶装载危险废物的罐车，行至东营市东营区某一村庄泵站附近后，放下软管准备将车罐内所装的危险废物倾倒入河渠内，结果被周边群众发现并报警。张乙见状后趁乱逃窜，后在附近麦地春灌的村民张丙驾驶的罐车拦停，公安机关接到报警后到达现场，将罐车司机张甲抓获，并扣押他所驾驶的罐车。后经专业机构检测，罐车所装的 8 吨危险废物中苯、甲苯、二甲苯的含量分别为 4 000 mg/L、10 600 mg/L、14 300 mg/L，严重超出国家规定的危险废物含量标准。2016 年 12 月，检察机关以张甲犯污染环境罪为由向法院提起公诉。法院经审理后认为，被告人张甲违反国家规定倾倒入危险废物，严重污染环境，其行为构成污染环境罪。公诉机关提供的证据确实、充分，指控的罪名成立。关于废液数量，根据相关情况，应当认定危险废物的数量为 8 吨。此外，被告人张甲已经着手实行犯罪，因被附近群众发现而致犯罪未得逞，系未遂，可比照既遂犯从轻处罚。……，最后法院以被告人张甲犯污染环境罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年，并处罚金。扣押的作案罐车及危险废物由扣押机关予以没收，依法进行处理<sup>[1]</sup>。

案例 2<sup>[2]</sup>：2014 年 8 月，被告人王某将其经营南京某化学公司产生的 62 桶化工废液（约 15 吨）委托给无经营许可证的被告人朱某处置。后朱某伙同被告人葛某将该批废液运至某工厂厂区内露天存放。2015 年 3 月初，被告人朱某、葛某预谋将该批废液运至某矿坑倾倒入。2015 年 3 月 4 日，该批废液被运至某矿坑附近时被环保局当场查获。经环保部门监测，该批化工废液为危险废物。在本案中，由于两被告人的行为已经对污染环境造成具体、现实、紧迫的危险，且意欲非法处置 3 吨以上，后因意志以外的原因未得逞的，构成污染环境罪的未遂。

可以看出，如果上述两个案例中的被告人已经着手实施了污染环境罪的行为，只是由于意志以外的原因而未得逞，从而认定为犯罪未遂并无不当。但如果行为人仅仅是将危险废物拉到倾倒入地点附近，尚未着手实施倾倒入行为，则应该认定该行为为污染环境罪的犯罪预备。但不管如何，上述两个案例中的被告人所实施的污染环境行为均已经构成了污染环境罪。而如果上述两个案例中的被告人已经实施了排放、倾倒入、处置危险废物的行为，即已经将危险废物随意倾倒入到了某个保护地点，但因为倾倒入的危险废物（包括将要倾倒入的危险废物）没有达到 3 吨以上，比如，行为人只倾倒入 2.8 吨的危险废物，司法机关则会认定该行为不构成犯罪。

可显而易见的是，后者对环境的污染和破坏比前者大得多。因为前者仅仅是对环境污染造成了某种危险，而后者则造成了污染环境的现实损害结果，但前者构成了污染环境罪未遂或者预备，而后者却连污染环境罪都不构成，这样的处理并不符合日常生活的逻辑，也非常不利于对环境进行全面、有力的保护。这种矛盾的背后不仅涉及污染环境罪中“严重污染环境”的性质与功能定位，也关涉传统刑法理论和司法实践对污染环境罪未遂范围的认定是否合理的问题。

## 二、污染环境罪中“严重污染环境”的性质与功能

从世界范围内经济发展和社会发展所造成的重大环境污染事件来看，人类对环境的破坏和环境对人类的报复均已经达到了触目惊心的地步。世界各国，尤其是西方发达的法治国家，不约而同地寄希望于重在调整人们行为的法律机制，纷纷着手建立严密甚至是严厉的环境法律保护体系。其

中，刑法规范对环境污染犯罪的惩罚、威慑和预防功能，已经被世界各国所公认，刑法逐渐成为规制环境污染犯罪不可或缺的必要手段<sup>[3]</sup>。我国也紧跟域外环境法治潮流，于1997年《刑法》第338条便规定了重大环境污染事故罪。根据该条的规定，重大环境污染事故罪是结果犯、过失犯，其设定的入罪条件是“造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”。

在随后近二十年里，我国经济、社会发展迅速，上述关于环境犯罪的规定显然已经不符合时代发展的潮流和遏制日益严重的环境污染的需要，且较世界发达国家和地区关于环境犯罪的规定也存有一定差距。环境法治的落后已不利于生态环境的保护，同时也在一定程度上也阻碍了我国经济和社会又好又快的发展。因此，在2011年通过的《刑法修正案（八）》第46条便将《刑法》第338条修改为污染环境罪。根据修改之后污染环境罪的规定，可以看出我国刑法在规制污染环境行为上的三大变化：一是删除了“向土地、水体、大气”等不必要的文字，使得法律条文更简洁，而且没有了排放对象的限制，扩大了污染对象的范围，使得其适用范围包括但不限于污染土地、水体和大气三种环境要素，能够适应惩处新型污染环境犯罪的需要<sup>①</sup>；二是以“有毒有害物质”替换了“危险废物”，这不仅扩大了污染物的范围，也增加了污染物判断的明确性、便利性、可操作性；三是将“造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的”修改为“严重污染环境的”，这在扩大了污染环境罪的入罪范围的同时，也降低了污染环境因果关系的证明标准。

在刑法学界，有学者认为，上述立法变化降低了该罪的入罪门槛、扩大了其刑事追究的范围、增强了定罪的可操作性。在犯罪形态上，也使得该罪由以前的结果犯变为现在的行为犯或者危险犯，相应的，犯罪主观罪过也由以前单纯的过失变为现在的故意<sup>②</sup>。其中，如何理解“严重污染环境”就显得至关重要，具体而言，“严重污染环境”到底是一种结果要素还是危险要素，“严重污染环境”到底是污染环境罪的入罪要素还是既遂要素？这些问题的解释不仅影响了污染环境罪的成立范围，也影响了污染环境罪未遂的成立范围，需要结合司法解释关于污染环境罪的判断标准进行新的解释。

根据修正之后的《刑法》第338条的规定，污染环境罪既遂的成立需要三个基本要素：一是行为首先必须违反国家规定；二是行为人必须实施了排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质的行为；三是这些行为都必须严重污染环境。

那么，《刑法修正案（八）》修改之后的污染环境罪到底是一种结果犯，还是行为犯或者危险犯？这个问题在刑法学界争议激烈。例如，有学者认为，“修正后污染环境罪的基本犯罪形态仍然是结果犯，污染环境的行为只有造成严重污染环境结果的才能构成犯罪。”<sup>[4]</sup>有学者指出，“经过修改后的污染环境罪的基本犯罪形态已经由结果犯转为行为犯或者情节犯，行为人一旦违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质等

<sup>①</sup> 参见姜文秀：《污染环境罪与重大环境污染事故罪比较研究》，《法学杂志》2015年第11期。笔者认为环境空间要素就是由土地、水体和大气组成的，除此之外，想象不出来还有什么环境空间要素，因此，立法者删去“向土地、水体、大气”的字样，完全是为了避免语言表达的啰嗦，并没有扩大排放对象的意思。

<sup>②</sup> 参见陈君：《对〈刑法修正案（八）〉关于污染环境罪规定的理解与探讨》，《北京理工大学学报》（社会科学版），2012年第6期；刘清生：《论污染环境罪的司法解释》，载《福州大学学报》（哲学社会科学版）2013年第5期等。事实上，刑法学界就污染环境罪的主观罪过形式也众说纷纭。目前大多数学者认为本罪的罪过形式是故意，但这种解释无疑会放纵犯罪，因为现已无法把过失造成严重环境污染的行为解释为污染环境罪。然而，以往都处罚过失污染环境的行为，现行刑法在修正之后反而不处罚，这不符合治理环境污染犯罪的刑事政策要求。参见苏永生：《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》，载《法商研究》2016年第2期。也有学者主张采取“模糊罪过”的形式，认为不管行为人是故意，还是过失实施污染环境的行为，亦不管行为人对可能造成严重污染环境的结果持什么态度，只要行为人对可能造成严重污染环境的结果具有预见可能性即可。参见陈洪兵：《解释论视角下的污染环境罪》，《政治与法律》2015年第7期。

严重污染环境的行为,就侵犯了本罪的法益,同时,要求污染环境行为需要达到‘严重’程度方可入罪,否则由行政机关给予相应的处罚,……所以‘严重污染环境’可以视为是本罪的情节。”<sup>[5][6][7][8]</sup>有学者主张,“修正后的污染环境罪应为危险犯,因为其除了要求行为人实施了污染环境的行为,还要求这种行为必须具有严重污染环境的危险”<sup>[9]</sup>。更有学者提出,污染环境罪属于行为犯、准抽象危险犯,“严重污染环境”既是对排放、倾倒、处置的对象——有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质的毒害性程度的要求,也是对非法排放、倾倒、处置行为本身的限定<sup>[10]</sup>。

笔者认为,要确定污染环境罪的具体犯罪性质,必须结合《2016年解释》第1条关于“严重污染环境”情形的规定进行判断。《2016年解释》第1条规定了《刑法》第338条污染环境罪中“严重污染环境”的18种情形,这18种情形也是认定“严重污染环境”的具体污染标准。可以看出,上述司法解释改变了以往刑法就重大环境污染事故罪所持的、单一法益保护立场,即从仅保护公民的健康与生命权、公私财产权转为视环境法益(生态法益)与公民人身法益、公私财产法益等双重法益并重的保护立场,并从这两个法益出发对“严重污染环境”进行了界定<sup>①</sup>。其中,(1) — (7)项侧重于对环境法益的保护,确立了污染环境罪危险犯的基本犯罪形态,即只要行为人实施了上述污染环境的行为,并符合了这7项标准,司法实践就可认定为“严重污染环境”,进而认定其构成污染环境罪;而(8) — (17)项则仍然侧重于对公私财产法益和公民人身法益的保护,确立了污染环境罪结果犯的基本犯罪性质,只有当行为人实施污染环境的行为并造成了上述损害结果,才可以认定为刑法第338条所规定的“严重污染环境”而构成污染环境罪<sup>②</sup>。

从环境法研究的语境来说,这种变化更多地是体现了源头治理以及风险预防原则在制度设计的影响。由于污染环境罪的危险犯和结果犯的标准都由《2016年解释》第1条规定,并且适用同样的法定刑,体现了我国刑法和司法解释对污染环境罪两种不同的治理理念,前者顺应现代风险社会下重视对环境法益的早期预防和提前保护,后者则仍然坚持传统的环境保护的结果本位思想,从而使得“严重污染环境”的不同情形成为污染环境罪的危险要素和结果要素,也使得污染环境罪在不同情形下具有危险犯和结果犯的双重属性。从污染环境罪在我国刑法分则中所处的位置来看,该罪系规定在我国《刑法》分则第六章妨害社会管理秩序罪中,其保护的同类法益是社会管理秩序,具体法益是国家对环境资源保护的管理秩序,而这种超个人法益可以还原为公民个人的法益,即公私财产权和公民人身权。这样,污染环境所造成的法益损害本质上也是对公民个人法益的侵害,只不过这种侵害对于人类利益而言是一种法益侵害的危险。因此,污染环境罪对于单纯环境法益的破坏是一种危险犯,而对于造成公民的生命、健康和财产的损失则是一种结果犯。根据污染对象的不同,污染环境罪中的“严重污染环境”既可以是一种危险状态,也可以是一种结果状态,即“严重

<sup>①</sup> 有学者认为,司法解释没有权力通过对“严重污染环境”的解释将污染环境罪规定为危险犯和结果犯,并要求适用同一个法定刑,其犯罪形态应当由立法明确规定,并建议刑法明确增设污染环境罪的危险犯。参见张洪成、苏恩明:《风险社会下污染环境罪之处罚扩张问题——以危险行为犯罪化为视角》,《太原理工大学学报》(社会科学版)2015年第3期。也有学者认为,行为犯与结果犯作为相对应的两种犯罪类型在逻辑上无法共存,也即同一刑法条款不可能既是行为犯,又是结果犯。参见张志钢:《摆荡于激进与保守之间:论扩张中的污染环境罪的困境及其出路》,《政治与法律》2016年第8期。笔者认为,司法解释的规定确实存在这样的问题,这个问题应该通过刑法的修改加以解决。例如,可以将司法解释第1条的前七种情形规定为污染环境罪的行为犯或者危险犯,并规定情节加重犯;而另设刑法条款将后面造成公私财产损害或者人身损害结果的情形规定为污染环境罪的结果犯,并规定结果加重犯。针对两种不同形态的污染环境罪配置不同的法定刑,是符合罪刑相适应原则的。不过这是一个立法论的问题,而本文侧重于从解释论的角度对污染环境罪的犯罪形态进行探讨。

<sup>②</sup> 其中,“(10)造成生态环境严重损害的没有具体量化标准”这一点仍需要结合个案做具体的判断,因为这又属于从单纯环境的严重损害结果(环境法益或者生态法益)的角度来确定污染环境罪的结果犯。

污染环境”具有危险和结果的双重属性<sup>①</sup>。在这种情况下，污染环境罪中的“严重污染环境”在功能上应该重新定位，不管是作为结果犯的污染环境罪，还是作为危险犯的污染环境罪，其中，“严重污染环境”不能只被视为污染环境罪的成立标准（入罪标准），而应该被视为污染环境罪的既遂标准。换言之，在污染环境罪中，不能简单地将“严重污染环境”理解为污染环境罪的入罪条件，相反，应该将其理解为污染环境罪（结果犯或者危险犯）的既遂条件。对于一些严重污染环境的行为，尽管没有达到司法解释所确定的污染标准，但完全有可能成立污染环境罪，只不过其犯罪形态属于未遂，这就涉及到对我国传统刑法理论中将犯罪既遂标准与入罪标准进行同一性理解的反思与检讨。

### 三、犯罪既遂标准与入罪标准同一性的检讨

犯罪既遂是故意犯罪的完成形态，刑法分则所规定的每个犯罪的罪状和配置的法定刑都是以单独犯和既遂犯为模板的，而犯罪未完成形态则属于刑法总则所规定的修正构成要件。众所周知，在判断犯罪既遂与未遂的标准上，国内外刑法存在着各种各样的学说，其中，“构成要件说”是国内外刑法理论中较为通行的观点。“构成要件说”主张犯罪既遂是指着手实行的犯罪行为具备了具体犯罪构成全部要件的情况，认为既遂与未遂区别的标志是犯罪实行行为是否具备了犯罪构成的全部要件。完全具备者即为既遂，反之则是未遂。至于犯罪构成要件是否全部具备的具体标志，在各类犯罪里则可以有不同的表现。详言之，既遂的构成要件说认为：所谓的犯罪既遂，是指行为人所故意实施的行为已经完全具备了某种犯罪构成的全部要件。确认犯罪是否既遂，应以行为人所实施的行为是否具备了刑法分则所规定的某一犯罪的全部构成要件为标准<sup>[11]</sup>。

根据我国刑法分则关于直接故意犯罪构成要件的不同规定，犯罪既遂主要有以下四种不同的类型：（1）结果犯；（2）行为犯；（3）危险犯；（4）举动犯。其中，结果犯是指不仅有具体犯罪构成客观要件的行为，而且必须发生法定的犯罪结果才构成既遂的犯罪，即以法定犯罪结果的发生与否作为犯罪既遂与未遂区别标志的犯罪。所谓法定的犯罪结果专指犯罪行为通过对犯罪对象的作用而给犯罪客体造成的物质性的、可以具体测量的、确定的、有形的损害结果。危险犯是指以行为人实施的危害行为造成法律规定的某种危害结果的危险状态作为既遂标准的犯罪<sup>[11]</sup>。

可以看出，我国传统刑法理论和司法实践均将行为的入罪标准和犯罪既遂标准同等对待，认为只要符合某罪的构成要件，不仅成立该罪，同时也构成该罪的犯罪既遂，即入罪标准与犯罪既遂标准具有同一性。但这种认定方法并不符合理论逻辑，忽视了刑法总则关于故意犯罪停止形态这种修正构成要件的规定，混淆了入罪标准和犯罪既遂标准，只是根据刑法分则关于罪状或者行为类型的规定来认定某个犯罪的构成要件。从逻辑上讲，入罪标准应该低于犯罪既遂标准，二者不应该是同一个标准或者同一层次的标准。某个行为如果不符合既遂条件，只是说明该行为不构成犯罪既遂，而不能说明该行为不构成犯罪。所以，在认定某个行为是否成立犯罪上，除了根据刑法分则的规定，还必须同时结合刑法总则关于故意犯罪停止形态这类修正构成要件的规定。某个行为虽然不符合刑法分则关于犯罪既遂的规定，但根据刑法总则的规定，该行为仍有可能构成犯罪预备、未遂或者中止。例如，故意杀人行为的入罪标准就与故意杀人罪的既遂标准不一样，只要行为实施了故意杀人行为，就成立了故意杀人罪，但要成立故意杀人罪既遂，还要求行为造成被害人死亡的结果。

<sup>①</sup> 如果从单纯环境法益的保护来看，《2016年解释》第1条第（1）—（7）项中，只要行为人实施了这些污染环境的行为，本身就是破坏了环境，造成了环境污染的结果，这又可以说是污染环境罪的结果犯。参见张明楷：《污染环境罪的争议问题》，《法学评论》2018年第2期。

因此，在司法认定上，首先要根据刑法分则和总则的规定，判断某个行为是否成立犯罪，如果成立犯罪的话，再进一步继续判断构成何种犯罪停止形态。如果某个行为不符合刑法分则的规定，只是说明该行为不构成犯罪既遂，而不能说明该行为不构成犯罪，相反还必须结合刑法总则关于故意犯罪停止形态修正构成要件的规定，认定其构成相应犯罪的预备、未遂或者中止。

事实上，类似的问题并不仅限于污染环境罪，刑法分则中所有的情节犯、数额犯、结果犯等都存在同样的问题。由于司法解释都对这些犯罪的情节、数额、结果等罪量要素作出具体的规定，划出具体的判定标准，而司法机关均毫无疑问地将这些情节、数额、结果等罪量当作入罪的追诉标准，一旦行为人的行为不具备司法解释所规定的情节、数额、结果，都是认定该行为无罪而不予刑事追诉，并非认定为犯罪未遂而予以刑事追诉。这背后的原因在于刑法理论和司法实践都混淆了入罪标准与既遂标准，在无形中拉高了司法认定的入罪标准。

因此，在污染环境罪中，不管“严重污染环境”是污染环境罪的结果要素，还是污染环境罪的危险要素，不管是作为结果犯的污染环境罪，还是作为危险犯的污染环境罪，“严重污染环境”都是污染环境罪既遂的条件，而不是单纯成立污染环境罪的条件。具体而言，只要行为人实施了刑法分则所规定的污染环境的行为，并达到了《2016年解释》第1条所规定的“严重污染环境”的标准，就成立污染环境罪既遂（结果犯或者危险犯）；而当行为人所实施的污染环境的行为没有达到“严重污染环境”的标准，无法成立污染环境罪既遂的结果，但是已经造成了一定的污染环境的损害结果或者具有严重污染环境的危险时，仍然可能成立污染环境罪，只不过成立的是污染环境罪未遂。又因为未遂犯都是一种危险犯<sup>①</sup>，所以，可以认定该行为构成污染环境罪的危险犯。

#### 四、扩张污染环境罪未遂范围的必要性

长期以来，在我国司法实践中，司法解释关于具体犯罪数额或者标准的规定都被认为是某个犯罪的追诉标准，如果某个行为的数额或者损害结果没有达到司法解释所规定的标准，往往会被认为无罪而不予刑事追诉，一般不会认定构成某个犯罪的未遂而予以追诉。可以看出，这是坚持结果本位的司法理念，过于注重行为所造成的法益侵害的结果，忽视了行为本身的危险性。同样的，在污染环境罪中，司法实践通常认为上述《2016年解释》第1条关于“严重污染环境”的标准中，除了第（18）项属于“严重污染环境”兜底性、概括性的解释之外，其他标准都属于污染环境罪危险犯或者结果犯的成立标准。只有当行为人所实施的污染环境行为已经达到了这些标准或者造成了这些结果，该行为才成立污染环境罪，相反，如果行为人所实施的污染环境的行为没有达到上述标准或者没有造成上述结果，则不仅不成立污染环境罪未遂，而是根本不构成污染环境罪。而这样的认定，不利于环境法益的前置、全面保护，不利于环境犯罪的提前预防，也使得其他一些具有严重污染环境危险或者已经造成环境污染结果的行为得不到刑法的及时惩处，造成对部分污染环境犯罪分子的放纵。因此，必须结合《2016年解释》第1条关于“严重污染环境”的标准，对“严重污染环境”的功能进行重新定位，对污染环境罪未遂的成立范围进行重新解释，并适度扩大污染环境罪未遂的范围。

笔者认为，尽管《刑法修正案（八）》将“造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的”修改为“严重污染环境的”，但这仍然改变不了污染环境罪具有结

<sup>①</sup> 这里的危险犯有两种情况：相对于污染环境罪结果犯的危险犯，是一种具体危险犯；而相对于污染环境罪危险犯的危险犯，即抽象危险犯。至于未遂犯中所说的危险能否包括抽象危险，则是一个需要深入探讨的问题。本文认为，未遂犯中的危险，既包括具体危险也包括抽象的危险。

果犯的属性，同时，《2016年解释》又增加了污染环境罪的危险要素，使得污染环境罪具有危险犯和结果犯的双重属性，既不属于单一的结果犯，也不属于单一的危险犯，而是在不同污染对象下可以构成污染环境罪的结果犯或者危险犯<sup>①</sup>。在这种情况下，不管是作为结果犯的污染环境罪，还是作为危险犯的污染环境罪，其中“严重污染环境”不能只被视为污染环境罪的成立标准（入罪标准），而应该被视为污染环境罪的既遂标准。换言之，在污染环境罪中，不能简单地将“严重污染环境”理解为污染环境罪的入罪条件，相反，应该将其理解为污染环境罪（结果犯或者危险犯）的既遂条件。当行为人实施污染环境的行为达到了严重污染环境的标准，该行为就成立了污染环境罪（结果犯或者危险犯）既遂，而当该行为没有达到该标准，既可能成立污染环境的行政违法行为，也可能成立污染环境罪的未遂。这就必须扩大污染环境罪未遂的成立范围。这样的重新解释和认识，更有利于全面保护生态环境，更有利于利用刑罚手段来达到对污染环境行为的一般预防。具体理由如下：

#### （一）适应风险社会下全面有效治理环境的需要

随着经济和科技的发展，全球范围内弥漫着许多风险：恐怖主义的风险、交通风险、网络风险、食品安全风险、环境污染的风险。这些风险对人类和平、安宁健康的生活构成强大的威胁，各国、各地区的刑法也在积极地作出回应，从而形成“风险刑法”的研究热潮。一些国家和地区的刑法甚至开始将原本属于犯罪中的预备行为、帮助行为进行实行化、既遂化，以突出对这些风险的早期防范，实现法益保护的提前化和早期化。在环境领域，为了有效、全面地保护环境，提升生态环境的质量，国家必须改变传统刑法理论关于污染环境罪“单一结果本位”的思想，借鉴日本、美国、德国等发达国家关于环境治理的有效经验，突出我国在风险社会下法益保护的前期化和处罚的早期化的刑事立法思想，对污染环境罪进行扩张化处罚。

在这种“风险刑法”的实践理念下，笔者主张，在不修改现行《刑法》第338条所规定罪状的前提下，必须对“严重污染环境”的功能进行重新定位，将其确定为污染环境罪既遂的条件，而不仅仅是污染环境罪的成立条件，这样，我们就可以将那些尚未达到“严重污染环境”标准，但又具有严重污染环境危险或者已经造成了一定程度污染结果的污染环境行为视为污染环境罪的未遂，从而将这些行为纳入刑事处罚的范围，实现刑罚处罚的扩张，实现刑法对污染环境防控的前置保护功能，而不是如目前司法实践仅仅将“严重污染环境”视为入罪条件，将那些没有达到“严重污染环境”标准，但又有一定污染环境损害结果或者具有严重污染环境危险的污染环境行为排除在刑事处罚的范围之外。传统司法实践将“严重污染环境”视为污染环境罪的入罪标准的做法，非常不利于实现刑法对污染环境行为的全面覆盖，也不利于发挥刑法对污染环境行为的有效威慑作用。

#### （二）合理处罚污染环境罪未遂的实践逻辑结果

在上述司法解释所规定的18种标准中，第（1）、（5）、（7）项属于司法解释推定的污染环境行为已经达到了“严重污染环境”的程度；而第（6）项则是因为行为人具备两次行政处罚的前科而又实施了污染环境的行为而被推定“严重污染环境”，从而构成污染环境罪，但这个解释混淆了不法与责任，因为行为人有无行政处罚的前科仅仅是影响责任的大小，并不影响不法的大小，可司法解释却把不法与责任看成是一种简单的相加关系，对于污染环境罪的社会危害性采取“客观不足，主观补”的思维；其中，“第（10）项造成生态环境严重损害的”规定则没有具体的量化标准，仍需要结合个案对生态环境是否遭受严重损害进行判断；“第（18）项其他严重污染环境的情形”属

<sup>①</sup> 笔者认为，在刑法理论中，行为犯就是危险犯，因为刑法只处罚有法益侵害危险或者法益侵害结果的行为，如果某个行为没有任何法益侵害的危险，刑法根本不会处罚它。在这个意义上，可以说行为犯与危险犯是同义词，二者难以进行严格的区分。

于兜底性的概括解释。除了上述 6 种情形之外，其他 12 种情形均有具体数字化的污染标准，如果行为人所实施的污染环境行为没有达到这个标准，司法实践都是认定不构成污染环境罪，而不是认定污染环境罪未遂。但是，这样的认定，不符合处罚污染环境罪未遂的实践逻辑，也不符合罪刑相适应原则，会导致法益侵害较小的污染环境行为构成犯罪，而法益侵害较大的污染环境行为却不构成犯罪的不合理局面。上述两个案例即是这种局面的鲜明体现。

当然，这涉及如何衡量法益侵害的危险与法益侵害结果对犯罪成立影响大小的问题，这是整个犯罪论判断的难题，需要做进一步的研究。但笔者认为，在污染环境罪中，对环境造成了现实损害结果的社会危害性肯定比仅仅造成环境污染危险的社会危害性大，只要行为人违反国家规定，实施了排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质的行为，就构成了犯罪，如果达到了司法解释所确定的“严重污染环境”的标准，则构成污染环境罪的既遂，如果没有达到，则可能构成污染环境罪的未遂。

也许有人会问，这样处理是否会导致刑罚处罚的扩大化，从而将日常生活中一些轻微污染环境的行为也认定为污染环境罪，是否会混淆了环境行政违法行为与环境犯罪之间的界限？事实上，这是行政违法行为与犯罪之间临界点的判断问题，是所有的行政犯（法定犯）的认定难点，并非仅仅存在于污染环境罪，在其他所有的行政犯或者法定犯中都存在同样的难题。只要我国坚持“立法定性，司法定量”的立法模式，授权司法人员结合具体个案，根据法益侵害的大小、行为方式、社会影响大小等因素进行综合判断，就能保证个案的司法公正。

笔者认为，本文的解释根本不会导致司法机关将日常生活中一些轻微的污染环境的行为也认定为犯罪，因为《刑法》第 338 条已经对污染环境罪设置了许多基本的条件。例如，首先行为要违反国家规定；其次，行为方式是排放、倾倒或者处置。这便说明该种行为方式具有一定的规模和程度，并非任何排放、倾倒或者处置污染物的行为或者说是日常生活中随意排放、倾倒、处置污染物垃圾的行为都构成犯罪，只有在特定的地点、超过特定的数量排放、倾倒、处置的才可能构成犯罪。再次，排放、倾倒或者处置的对象被限定为放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，而不是一般的生活垃圾或者其他普通废物。

至于会不会导致司法机关混淆了环境行政违法行为与环境犯罪之间的界限，如上所述，这不仅是环境犯罪的认定问题，也是所有犯罪的认定问题。只要司法人员经过严格的法律学习训练，心中具有刑法“可罚的违法性”的概念和“实质构成要件”的观念，便能够根据具体的个案，区分污染环境的行政违法行为与环境犯罪之间的界限，将那些值得刑罚处罚的污染环境行为纳入刑法调整的范围。而坚持本文的观点则可以减少许多司法人员在办案过程中基于“结果导向”的思维，使其避免对于尚未达到严重污染环境标准、但有一定污染环境的结果或者严重污染环境危险的行为仅仅采取行政处罚的手段对其加以惩罚，以致造成了“以罚代刑”的司法局面，从而不利于环境法益的保护，不利于生态文明建设，不利于国家的绿色发展<sup>[12]</sup>。

## 五、污染环境罪未遂类型的修正

如上所述，不同情形下的污染环境罪具有不同的犯罪形态。作为结果犯的污染环境罪，只要行为人实施污染环境的行为没有造成司法解释所规定的损害结果，就不能认定为“严重污染环境”，也不能认定为污染环境罪既遂，但如果造成司法解释所规定的损害结果的危险时，则可以认定为污染环境罪未遂。同样的，作为危险犯的污染环境罪，只要行为人实施了污染环境的行为，并且达到了司法解释所规定“严重污染环境”的标准，就构成了作为危险犯污染环境罪的既遂，但如果未达到“严重污染环境”的标准，则可能构成污染环境罪危险犯的危险犯（抽象危险犯），同样可

能构成污染环境罪的未遂。这样，从不同角度看来，污染环境罪的未遂就具有不同的类型。

#### （一）污染环境罪基本犯的未遂

1. 作为结果犯污染环境罪的未遂。如上所述，《2016年解释》第1条（8）—（17）项是污染环境罪结果犯的基本犯罪形态。根据本文的观点，只有当行为人实施污染环境的行为并造成了上述法益损害结果，才可以认定为“严重污染环境”，才可以认定构成污染环境罪既遂。相应的，如果行为人违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，没有造成司法解释所规定的损害结果，该行为仍然成立污染环境罪，只不过必须认定为污染环境罪未遂，并结合刑法总则关于犯罪未遂的规定，予以从轻或者减轻处罚。

2. 作为危险犯污染环境罪的未遂。如上所述，《2016年解释》第1条所规定的（1）—（7）项是污染环境罪抽象危险犯的基本犯罪形态，因此，根据本文的观点，只要行为人实施了上述污染环境的行为，并符合了这7项标准，就视为“严重污染环境”，进而认定为污染环境罪既遂；相应的，如果行为人违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，没有达到司法解释所规定的7项标准，那么，该行为仍然可能成立污染环境罪，只不过必须认定为污染环境罪未遂，并结合刑法总则关于犯罪未遂的规定，予以从轻或者减轻处罚。此时，行为人所实施污染环境的行为对环境仅仅造成了抽象的危险，是危险犯的危险犯。

#### （二）污染环境罪结果加重犯的未遂

1. 基本犯既遂+加重结果未出现的情形。根据修正之后《刑法》第338条的规定，污染环境罪包括基本犯和结果加重犯。根据《2016年解释》第3条的规定，实施刑法第338条、第339条规定的行为，共有13种情形认定为“后果特别严重”。司法解释对于污染环境罪加重结果的规定是一种量刑规则，只存在符合还是不符合的问题，不存在未遂问题<sup>[13][14]</sup>，即只有当行为人所实施的污染环境的行为，达到了严重污染环境的标准，并造成了特别严重的后果时，才构成污染环境罪既遂，并适用三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金的法定刑，如果没有出现特别严重的后果，则仍然构成污染环境罪基本犯的既遂，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金的法定刑，不能认定为污染环境罪，后果特别严重未遂，适用三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金的法定刑，同时适用总则关于犯罪未遂的规定，比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

2. 基本犯未遂+加重结果出现的情形。在司法实践中，污染环境还可能出现另外一种情形，即行为人所实施的污染环境的行为并没有达到严重污染环境的标准，但却出现了上述司法解释所规定的特别严重的后果，在这种情况下，该行为是否构成污染环境罪以及如何适用法定刑就是一个难题。

案例3：甲违反国家规定，向一废水池非法排放、倾倒、处置废物两吨，由于所排放的废物具有毒性，导致水池附近的一位拾荒者乙在饮水后死亡。那么，甲是否构成犯罪？应当如何量刑？

对于上述案例，有学者认为，甲虽然排污量未达到基本犯罪构成，不能适用基本犯罪构成中的法定刑，但造成了一人死亡的加重结果，符合罪量加重犯罪构成，可以依照罪量加重构成相应的法定刑对甲进行处罚。此时，便不再考虑甲排污两吨是否犯罪未遂的问题，直接认定甲构成污染环境罪，在三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金的法定刑幅度内量刑<sup>[15]</sup>。

笔者不赞同这样的观点。因为该学者仍然按照传统司法实践的思维，将“严重污染环境”当作入罪标准，而不是当作既遂标准。这使得其在认定污染环境罪结果加重犯的类似问题存有疑问。因为按照其观点，甲的行为没有达到严重污染环境的标准，所以不能适用污染环境罪基本犯的法定刑，但可以适用污染环境罪结果加重犯的法定刑，同时，还不能将甲的行为认定为犯罪未遂。可是，既然甲的行为没有达到严重污染环境的标准，则根据司法实践的思维，应该是连污染环境罪的基本犯都不能成立，既然犯罪成立的基础都不存在，怎么会因为出现了特别严重后果而成立犯罪

呢？这样的行为都不具备适用污染环境罪基本法定刑的基础，怎么又能因为某个加重结果的出现而跳档直接适用污染环境罪结果加重犯的法定刑呢？

但按照本文的基本观点，这样的疑问就不存在了，甲仍然成立污染环境罪未遂，但由于出现了特别严重的后果，适用三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金的法定刑；同时，考虑其犯罪形态是未遂，比照既遂犯从轻或者减轻处罚。这就像在强奸罪中，行为人虽然强奸未遂，但由于其使用暴力导致被害人遭受重伤，仍然要认定为构成强奸罪未遂；同时适用十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑的法定刑，并比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

## 六、结 语

总之，在污染环境罪中，“严重污染环境”是认定污染环境罪既遂的条件，与犯罪既遂相对应的是犯罪未遂，而不是无罪。如果某个污染环境行为没有造成“严重污染环境”的后果，可能成立污染环境罪未遂，而不是一律无罪。因为污染环境罪成立的判断，必须同时结合刑法总则关于故意犯罪停止形态的修正构成要件的规定和刑法分则关于污染环境罪罪状的表述加以判断。具体而言，如果某个污染环境的行为没有达到严重污染环境的标准，不能说明该行为就不构成犯罪，而是相当于犯罪未遂中的“未得逞”，只要具有严重污染环境的危险，就可能成立污染环境罪未遂<sup>①</sup>。因此，《刑法》第338条所规定的污染环境罪的处罚体系应该是：未遂（具体危险犯或者抽象危险犯）——既遂（结果犯或者危险犯）——结果加重犯（情节加重犯）。这样，通过对污染环境罪未遂处罚体系的重新解释，就可以在刑法典不特别增设污染环境罪危险犯的情况下<sup>②</sup>，实现对污染环境罪处罚和预防的早期化、环境保护的提前化，使得刑法能够全面覆盖所有的污染环境行为，保持对污染环境行为的刑罚威慑。

## 参考文献

- [1] 匿名. 东营:趁深夜非法倾倒废液未遂 因污染环境罪被判刑[EB/OL]. [http://dongying.dzwww.com/dyxw/201702/t20170217\\_15553187.htm](http://dongying.dzwww.com/dyxw/201702/t20170217_15553187.htm), 2017-02-17.
- [2] 吴超令. 如何认定污染环境罪的既遂与未遂[J]. 中国检察官, 2016(3).
- [3] 郭世杰. 从重大环境污染事故罪到污染环境罪的理念嬗递[J]. 中国刑事法杂志, 2013(5).
- [4] 冯军. 污染环境罪若干问题探讨[J]. 河北大学学报(哲学社会科学版), 2011(4).
- [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).
- [6] 叶良芳. “零容忍”下污染环境罪的司法适用[J]. 人民司法, 2014(18).
- [7] 何珊. 论污染环境罪的既遂形态[J]. 天水行政学院学报, 2014(3).
- [8] 李涛. 污染环境罪属于行为犯而非结果犯[N]. 检察日报, 2016-11-19(03).
- [9] 林芳惠. 污染环境罪立法的反思与重构[J]. 福建农林大学学报(哲学社会科学版), 2014(6).
- [10] 陈洪兵. 解释论视角下的污染环境罪[J]. 政治与法律, 2015(7).
- [11] 高铭暄, 马克昌. 刑法学(第三版)[M]. 北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 2007.

<sup>①</sup> 根据本文的观点，污染环境罪未遂包括行为人已经着手实行污染环境的行为，因意志以外的原因而尚未实行完毕，但具有造成“严重污染环境”危险的行为和行为人已经着手实行污染环境的行为，并且已经实行完毕，造成一定环境污染的损害结果，但由于意志以外的原因而导致尚未达到“严重污染环境”标准的行为。

<sup>②</sup> 德国刑法分则不仅明文规定了各种污染环境罪的具体危险犯，而且规定了污染环境罪之各种基本形态的未遂犯，甚至还直接规定了污染环境罪的抽象危险犯，包括对人的抽象危险犯和对环境的抽象危险犯。参见李梁：《中德两国污染环境罪危险犯立法比较研究》，《法商研究》2016年第3期。

- [12]张洪成,苏恩明.风险社会下污染环境罪之处罚扩张问题——以危险行为犯罪化为视角[J].太原理工大学学报(社会科学版),2015(3).
- [13]张明楷.加重构成与量刑规则的区分[J].清华法学,2011(1).
- [14]张明楷.犯罪论的基本问题[M].北京:法律出版社,2017.
- [15]李鲲.基本犯未遂但结果加重犯既遂的定罪量刑问题——以污染环境罪的犯罪构成分析为视角[J].人民司法,2017(1).

## On Range Expansion and Type Correction of the Attempted Environment Pollution Crime

WU Qing-shu

**Abstract:** The Article 46th of the Criminal Law (Eighth Amendment) modifies the 338th Article of the Criminal Law, i. e., the crime of major environmental pollution accidents, to the crime of environment pollution, so the criminal form and the form of culpability must be reinterpreted. The form of crime is determined by the nature of the act of serious pollution of the environment. Therefore, the criminal form of environmental pollution crime must be determined in accordance with the relevant provisions of judicial interpretation. But the judicial interpretation will be identified as potential damage offence and consequential offence according to legal interests of the environmental pollution crime (pure environmental damage and people's life, health and property damage), so the crime of polluting the environment shows different forms in different circumstances. Under the pollution standards, serious pollution of the environment is the accomplished standard of the environment pollution crime rather than the conviction standard. Therefore, the environmental pollution behavior that does not reach the standard of serious environment pollution is the attempted form of environmental pollution crime, other than innocence. Since the Criminal Code does not have special articles concerning the creation of potential damage offence of environmental pollution crime, the type of environmental pollution crime and the punishment system asks for new interpretation for early prevention of environmental crimes and protection benefits of environmental law in advance, so as to achieve better and more comprehensive protection of the ecological environment.

**Key words:** pollution standard; environmental interests; environment pollution crime; attempted crime

(责任编辑 周振新)