



环境污染： 制度根源与对策

Environmental Pollution:
The System Roots and Countermeasures

魏汉涛 著



环境污染： 制度根源与对策

Environmental Pollution:
The System Roots and Countermeasures

魏汉涛 著

图书在版编目(CIP)数据

环境污染:制度根源与对策 / 魏汉涛著. —北京:
法律出版社, 2017
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1065 - 1

I. ①环… II. ①魏… III. ①污染防治 IV. ①X5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 165328 号

环境污染:制度根源与对策 HUANJING WURAN:ZHIDU GENYUAN YU DUICE	魏汉涛 著	策划编辑 谢清平 责任编辑 谢清平 装帧设计 李 瞻
出版 法律出版社	编辑统筹 社项目运营中心	
总发行 中国法律图书有限公司	开本 710 毫米×1000 毫米 1/16	
经销 新华书店	印张 13.5	
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司	字数 251 千	
责任印制 张建伟	版本 2017 年 9 月第 1 版	
	印次 2017 年 9 月第 1 次印刷	

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
网址/www.lawpress.com.cn	
投稿邮箱/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792
举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司销售电话:	
统一销售客服/400-660-6393	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85330678
上海分公司/021-62071639/1636	重庆分公司/023-67453036
	深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1065 - 1	定价:59.00 元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)	

目 录 Contents

导论:日渐消失的青山绿水在哭泣 / 1

第一节 青山绿水之殇 / 1

第二节 国内外研究动态 / 3

一、国内研究现状 / 3

二、国外研究现状 / 4

第三节 本研究的学术价值和应用价值 / 5

一、丰富和发展了环境法治理论 / 5

二、发现了立法上的重大漏洞,揭示了立法原理 / 5

三、促进司法走出误区与偏见 / 5

四、发现了导致环境污染的深层制度根源,有利于经济社会可持续发展 / 6

五、有利于环境友好型社会建设 / 6

第四节 研究方法与主要创新 / 6

一、研究方法 / 6

二、方法视角的新颖性 / 7

三、内容方面的创新 / 7

第一章 环境污染的法律制度根源 / 10

第一节 制度根源之一:违法成本与违法收益失衡 / 10

一、一则报道引出的思考 / 10

二、违法排污的成本收益分析 / 12

第二节 制度根源之二:环境污染治理模式单一 / 20

一、我国环境治理模式基本上是“公力执行” / 21

二、“公力执行”存在的问题 / 24

第三节 制度根源之三:制度设计没有跟上风险社会的现实 / 27

一、风险社会对刑法的影响 / 27

二、在风险社会环境刑法和环境行政法的滞后 / 30

第四节 根源之四:制度缺乏创新致市场失灵和政府失灵 / 34

一、市场失灵的表现 / 34

二、政府失灵的表现 / 38

第五节 根源之五：刑事应对不力致后盾法效应未现 / 44

一、司法对污染环境罪注意义务的误解 / 45

二、环境法与刑法竞合时解决方式的偏差 / 46

三、环境犯罪归责原则的僵硬 / 48

第二章 环境污染违法成本提高之路径 / 51

第一节 梳理与启示：破窗理论之回放 / 51

第二节 困难与障碍：“零容忍”政策难以实施的根源 / 53

一、客观原因导致环境违法犯罪难以查证 / 53

二、排污企业的反查处能力较强 / 54

第三节 对策与措施：提高环境违法成本的路径 / 55

一、提高偷排污的行政处罚力度 / 55

二、革新环境犯罪的处罚范围、力度和措施 / 58

三、革新环境侵权的救济措施 / 60

四、革新两种监督，提高环境违法的机会成本 / 62

第四节 归纳与引申：法律责任设置的内在机理 / 64

一、法律责任的配置要考虑被查处概率 / 64

二、传统罪责原则的内在缺陷 / 67

三、刑事干预的界限 / 74

第三章 环境污染双轨治理模式之构建 / 77

第一节 比较与借鉴：美国环境污染治理模式 / 77

一、美国环境污染治理模式的变迁 / 77

二、美国环境公益治理模式的特色 / 79

第二节 必要与可能：真正实现双轨治理模式的现实考察 / 82

一、环境公益诉讼面临着无案可审的尴尬局面 / 82

二、现实需要真正实现双轨模式 / 84

第三节 不足与缺陷：现行环境公益诉讼制度之检讨 / 87

一、立法对环境公益诉讼主体资格仍不敢放手 / 87

二、环境行政公益诉讼尚未实质破冰 / 93

三、环境公益诉讼仍然没有完全摆脱行政干预 / 95

第四节 完善与建议：双轨治理模式的中国化 / 97

- 一、调动检察机关积极参与环境公益诉讼 / 97
- 二、培养环保民间组织,降低环保组织提起环境公益诉讼的
 门槛 / 102
- 三、采取激励措施让公民积极参与环境污染治理 / 107
- 四、环境信息和决策公开 / 108

第四章 风险社会下环境法治的未来 / 113

第一节 背景与现实:风险社会对环境监管制度的挑战 / 113

- 一、危险犯开始攻城略地 / 113
- 二、推定规则、疫学因果关系越来越受青睐 / 115
- 三、大陆法系刑法拒绝严格责任的传统有所松动 / 116
- 四、生态中心主义渐渐受到追捧 / 118

第二节 引进与消化:环境污染治理的新理念 / 120

- 一、法律重心从面向过去转向面向未来 / 120
- 二、立法理念从惩罚向保障安全过渡 / 125
- 三、司法制度从综合向专门化发展 / 128

第三节 转变与更新:环境污染监管的政策选择 / 133

- 一、保守主义的危害 / 133
- 二、风险社会应对环境风险的应然态度 / 135

第四节 建议与展望:水土监管法治之变革 / 135

- 一、入罪标准从偏重结果移向偏重行为和危险 / 135
- 二、预防观念从消极的一般预防向积极的一般预防转变 / 137
- 三、立法理念从人类中心主义向生态中心主义过渡 / 138
- 四、因果关系推定应成为环境犯罪因果关系认定的主要原则 / 141

第五章 化解市场失灵和政府失灵之举措 / 144

第一节 推进排污税制:负外部性内化之路 / 144

- 一、外部性与制度的关系 / 144
- 二、环境污染负外部性内化的措施 / 146

第二节 产权与交易:避免“公地悲剧”上演之法 / 148

- 一、产权明晰对环境资源定价的作用 / 149
- 二、构建污染物排放交易制度 / 150
- 三、建立跨区域的环境监管机构 / 153

第三节 革新监管制度:促使监管生威之策 / 156

一、改变环境监管主要依靠政府的局面 / 157

二、改变地方环境保护部门的隶属关系 / 157

三、完善相关机关联动机制 / 159

第四节 转换防治策略,防止“小算盘”作怪之举 / 164

一、加大群众对决策的影响力 / 164

二、改革和重塑政府考核机制 / 165

三、唤醒和强化国民对法的忠诚 / 167

第六章 环境刑法生威的路径探索 / 170

第一节 旧过失还是新过失:污染环境罪的注意义务 / 170

一、三种过失理论入罪门槛的差异 / 171

二、三种过失论的适用场域 / 173

三、污染环境罪应适用何种过失论 / 176

第二节 责任竞合与法条竞合:环境法与刑法竞合的解决路径 / 181

一、环境法与刑法竞合的现状与根源 / 181

二、环境法与刑法竞合的处理原则之争 / 183

三、环境法与刑法竞合的处理原则 / 186

第三节 排斥还是接受:环境犯罪归责原则的反思 / 189

一、英美法中严格责任之梳理 / 189

二、社会发展变化需要引入严格责任 / 191

三、环境污染犯罪的特殊性需要严格责任 / 193

结论与结语:法治革新才会重现青山绿水 / 198

参考文献 / 202

导论：日渐消失的青山绿水在哭泣

拥有时不懂得珍惜，等到失去后才后悔莫及！

第一节 青山绿水之殇

随着第四次科技革命的到来，人类改造自然的能力在显著增强，社会经济也在快速转型。与此同时，人类面临的环境问题也越来越突出。重金属污染、大气污染、生物多样性被破坏，等等，这些环境问题对人类的生存与发展构成了严峻挑战。让我们先了解一下中国“铅都”的现状。

兰坪白族普米族自治县位于中国西南边疆的怒江、金沙江、澜沧江“三江并流”区域，是世界自然遗产的核心区域，地处滇西四地十县旅游环线的中心节点和主要入口，当地森林、生物资源丰富。兰坪境内位于金顶凤凰山的特大铅锌矿已探明储量位居亚洲第一、世界第二，因此兰坪又被称为中国的“绿色锌都”。数千年来，金顶凤凰山曾经郁郁葱葱，植被茂盛。然而，今天如果你通过谷歌卫星地图观察，那里已经出现了一个巨大的伤疤，与其他矿山一样青山不再。近十余年，整个山脉已经被大型采矿机器挖得满目疮痍、伤痕累累。植被已经被破坏，巨大的矿坑到处可见。更为可怕的是，由于矿山开采导致当地水土污染严重，不少儿童因血铅严重超标而得了多动症。一名白族妇女的大儿子已经8岁了，但身高只有1.2米，脖子很细，脸上瘦骨嶙峋，颧骨和眼睛十分突出。2010年，兰坪卫生局在当地开展了一次体格检查。检查结果显示，距离矿场最近的麦杆甸村共有61名儿童，其中59名儿童的血铅超标，血铅值在 $300\mu\text{g/L}$ 以上的有9名儿童，血铅值在 $100\sim 200\mu\text{g/L}$ 的有35名儿童，血铅值在 $200\sim$

300 $\mu\text{g/L}$ 的有 15 名儿童。^① 工厂附近的土壤早就被污染了,农作物无法正常生长。一名农夫告诉记者:矿厂附近农田种植的玉米没有成熟就开始枯死,他家栽种的桃子、柑橘等水果尚未成熟就会脱落。2013 年,与兰坪县相临的剑川环境监测站发布了一则研究报告,该报告显示,兰坪铅锌矿区周边农田土壤的铅含量是国标的 7.5~25.8 倍,玉米籽铅含量高达中国粮食卫生标准的 19.1~588.9 倍。“公众环境研究中心”是在北京注册的一个非营利环境机构,该中心建设了一个企业环境检测记录平台。据该平台显示,兰坪铅锌矿开采公司于 2009 年因私设排污口,私自向泚江偷排镉浓度超标 887 倍的废水而受到过云南省环保厅的行政处罚。^②

在中国大地上,不少昔日青山绿水、蓝天白云、绿树成荫、细水长流的美丽山河,由于滥采滥挖、环境污染,昔日的蓝天白云演变得灰蒙蒙,污染使树木枯死,山体已千疮百孔,水体不再适合饮用,土地不能再满足人类生存的需要。草长莺飞的景象已经成为历史,“阡陌交通,鸡犬相闻”的生活只能是美好的记忆。提及日益恶化的环境,一些人将责任归咎于非法排污的企业,对那些滥排污的企业恨之入骨;谈及每况愈下的生态,一些人将责任归咎于行政执法人员的不作为,对那些利用权力寻租的行政执法人员深恶痛绝。不可否认,环境污染是那些企业非法排污所致,环境恶化与那些行政法人损公肥私脱不了干系。然而,人性有弱点,难以抵制利益的诱惑,易于被“糖衣炮弹”击溃。良法可以彰显人善,抑制人恶。法律制度不完善,人性的弱点就有展现的机会。换言之,政治因素、经济因素、技术因素、伦理因素、历史因素等,虽然在客观上对环境恶化起着推波助澜的作用,从这些方面入手对“治疗”环境问题也能起到一定的作用。然而,治理环境污染的上乘之策只能是制度,因为法治社会就是主要依靠法律制度治理社会,维护社会秩序的主要工具是法律制度,诸如道德、宗教等其他手段在社会控制方面发挥的作用有限。环境污染的主要根源在于人们不恰当的消费和生产行为,而不恰当行为产生的原因,要进一步追溯到法律制度,因为法律制度是当今社会规范人类行为的主要外

① 儿童铅中毒的诊断和分级主要依照血铅水平:I. 血铅 <99 微克/升,相对安全;II. 血铅 100~199 微克/升,血红素代谢受影响,神经传导速度下降;III. 血铅 200~499 微克/升,铁锌钙代谢受影响,出现缺钙、缺锌、血红蛋白合成障碍,可有免疫力低下、学习困难、注意力不集中、智商水平下降或体格生长迟缓等症状;IV. 血铅 500~699 微克/升,可出现性格多变、易激怒、多动症、攻击性行为、运动失调、视力和听力下降、不明原因腹痛、贫血和心律失常等中毒症状;V. 血铅 ≥ 700 微克/升,可导致肾功能损害、铅性脑病(头痛、惊厥、昏迷等)甚至死亡。

② 《中国锌都血铅之殇:土壤铅含量最高超标 25 倍》,载《环球时报》2015 年 6 月 26 日。

在力量。

法律制度之所以在当今如此受青睐,能上升为最主要的社会控制手段,是由于法律制度可以规范人们的行为,甚至重塑人们的行为方式,改变人们的思维方向。从某种角度来看,法律制度通过提供、扩散信息,降低了社会风险,提高了人们对他人行为的依赖感,帮助人们预测他人如何行为,进而为自己应当采取何种行为提供借鉴。^①法律制度通过鼓励、要求某种行为,引导人们行善;通过禁止某种行为,并事先告知实施该行为的法律后果,从而引导人们避恶,甚至改变人们的行为习惯。良法会引导人向善,抑制人作恶;反之,恶的制度(恶法)会逼迫好人做坏事,促使坏人变得更坏。如果在某社会中人们普遍偏爱实施错误行为(如不遵守交通规则),首先应当指责的不是那里的民众为何道德伦理如此差,而是要检讨那个社会的法律制度是否恰当,是否提供了正确的引导,是否创造了适当的激励。正如没有不称职的士兵,只有不称职的将军一样,不合理的制度才是不合理行为的根源。因之,对当今令人困惑的环境污染,我们不能仅仅停留于探究造成环境污染的技术原因、经济原因,而应当进一步检讨,我们的法律制度是否提供了正确的引导与适当的激励,引导人们自觉地放弃可能污染环境的行为。从某种程度上可以说,我们的制度是我国环境问题“久病难治”不可忽视的重要原因。基于这种考虑,本课题尝试从制度层面探究我国环境污染难以根除的原因,并据此提出具有针对性的对策。

第二节 国内外研究动态

一、国内研究现状

改革开放以来,中国在各个方面都进行了改革。在经济方面实施了许多振兴计划。如西部大开发号角的吹起,使西部的大量矿产资源得以开发利用,带动了整个西部经济的发展与繁荣。然而,随着中国经济的腾飞、社会的变革,环境也在不断恶化。萦绕在中国中东部大多数城市的雾霾让国人感到苦恼与困惑,诸如四川涪江锰矿水污染事件、云南曲靖镉污染事件、贵州柳江砷污染事件等,此起彼伏的环境污染事件,一幅幅触目

① 谭崇台主编:《发展经济学的新发展》,武汉大学出版社1999年版,第232页。

惊心的场面、一声声撕心裂肺的哭喊触动着国人的神经。在这种背景下,法学界也开始关注环境污染问题,一些研究成果相继问世。有学者通过比较研究认识到我国现行主要依靠行政执法来治理环境问题的方式之不足,进而提出应当让公民有资格成为环境公益诉讼的原告^①。有学者提出,应加大环境资源犯罪的惩处力度^②。还有学者提出了“水域分类管理”“污染源分级控制”“划分水环境功能区”“发放排污许可证”等建议。经检索,已公开发表的有关环境污染方面的法学研究论文达数百篇之多。除此之外,还有一批涉及环境问题的专著面世,如刘晓莉博士的《生态犯罪立法研究》,蒋兰香博士的《环境犯罪基本理论研究》。应该说,这些研究成果从不同角度、在不同层次上丰富和深化了我国环境污染法治的研究,对环境污染的治理作出了重要贡献。

然而,现行相关研究或者停留在传统法学理论框架内对环境立法进行“就事论事”式的“修补”,或者主张将“生态中心主义”作为环境污染治理的价值基础,在以下几个方面仍显不足:一是从法律制度层面来看,环境污染泛滥的根源有哪些;二是环境监管双轨模式要真正在我国落地生根,还有哪些路要走;三是如何构建环境行政公益诉讼制度;四是环境民事公益诉讼制度有哪些不足,应怎样完善(2012年新《民事诉讼法》实施后环境公益诉讼案件极少);五是风险社会环境监管法律制度应做哪些变革;六是如何提高环境污染的违法成本,在为环境违法行为设置法律责任时应遵循哪些内在法则。

二、国外研究现状

环境污染事件泛滥不是中国特有的现象,西方工业国家同样面临着相似的问题。为应对环境污染泛滥问题,西方发达国家在学界的推动下采取了一系列行之有效的措施。例如,日本于1967年颁布了《公害对策基本法》,并于1970年召开了以审议与公害有关的法案为中心的临时国会,史称“公害国会”。^③再如,美国学者借助经济学的方法揭示了环境污染的负外部性,促使西方国家建立了排污收费制度及排污权交易制度(See Tietenberg, T. H. *Environmental Economics & Policy*)。美国于20世

① 曾粤兴:《走出环境公害治理模式的误区》,载《昆明理工大学学报》(社会科学版)2013年第1期。

② 冯军:《通过刑法的污染治理:理念与路径》,载赵秉志、张军主编:《刑法与宪法协调发展》(上卷),中国人民公安大学出版社2012年版,第564页。

③ 李晓玲:《日本环境公害与治理介绍》,载《青海环境》2010年第4期。

纪70年代引入了“私人总检察官制度”，授权无利害关系的公民就环境污染提出公益诉讼，以遏制和补充行政执法之不足（See Carolyn Abbot, Regulation, Enforcement and Governance in Environmental Law, 22, *J Environmental Law*, 2010）。在刑事应对措施方面，在环境污染犯罪问题上，西方发达国家没有顺应“非犯罪化”的总体趋势，而是倡导“犯罪化”“刑罚化”甚至“重刑化”，有的国家还适用严格责任、危险犯等措施应对环境污染犯罪。总之，西方工业国家为应对环境污染泛滥问题采取的一些措施，对我国完善环境污染治理具有重要的借鉴意义。

第三节 本研究的学术价值和应用价值

本研究的学术价值和应用价值体现在以下几个方面：

一、丰富和发展了环境法治理论

结果本位、单轨模式、消极的一般预防等法律理念或模式，暴露出我国现行环境法治理论基本上停留于早期工业社会治理污染的阶段，需要革新。本研究从风险社会、社会转型的高度审视现行环境监管法律制度，检讨、批判现有环境监管理论，促进相关理论与时俱进，推动了制度创新，适应了社会的发展变化。

二、发现了立法上的重大漏洞，揭示了立法原理

根据一般法理，对违法行为，不仅要没收违法所得，还要额外处以罚款，这样才能体现惩罚性。然而，本研究发现，新《环境保护法》忽视违法所得与罚款的差异，仅规定了罚款而没有规定没收违法所得，出现法律责任设置方面的重要漏洞。另外，本研究还探究了法律责任设置不仅要考虑危害程度，而且要考虑查处概率。这一重要原理不仅有利于环境立法的完善，而且可以推广适用于其他法律。

三、促进司法走出误区与偏见

本研究纠正了当环境法与刑法竞合时，优先适用环境法的偏见；本研究论证了达标排放不一定免责，达标排放并不属于被允许的危险，达标排放致污仍然可能构成犯罪。这些研究有利于破除司法偏见。

四、发现了导致环境污染的深层制度根源,有利于经济社会可持续发展

本研究借助法经济学的分析方法,以风险社会和社会转型为视角,从环境法、经济法、刑法、诉讼法等多维度、多视角剖析导致环境污染泛滥的制度根源,并提出了如何真正实现双轨治理模式、如何破解难以“零容忍”的难题、如何化解市场失灵和政府失灵、如何让环境刑事法律真正发挥后盾法效能等建议,将极大地提高环境污染事件的查处概率、降低查处成本,可以有效地遏制环境污染泛滥的势头,有利于促进经济和社会的可持续发展。

五、有利于环境友好型社会建设

人与自然的和谐是未来社会价值体系的核心概念,也是环境友好型社会建设的重要内容。只有人与自然和谐相处,人类才能可持续发展。环境污染让人类的生存空间恶化,不仅影响我们当代人的需要,还可能断送我们后代的未来。本课题的研究,着力于探究环境污染的制度根源,并提出对应措施,可以减少或遏制环境污染事件的发生,再现昔日的青山绿水,具有重要意义。

第四节 研究方法与创新

一、研究方法

第一,法经济学分析方法。本书借助法经济学成本收益分析、博弈分析、公共选择理论、产权理论等分析方法,对导致环境污染泛滥的制度根源进行了分析,并根据这些理论探讨了在环境犯罪中刑事责任、行政责任配置的内在机理,阐述了刑法介入环境污染的深度的理论根据,从而为环境污染治理对策的提出提供了理论支撑。

第二,比较研究方法。西方工业国家在应对环境污染方面进行了长期的探索和实践,并积累了许多行之有效的经验。在本书中,笔者不仅比较了西方环境污染治理的模式,梳理了西方构建的排污收费制度、环境公益诉讼制度,还借鉴了西方应对风险社会风险的措施,为我国环境刑法变革提供了参考。吸收和借鉴域外的相关理论研究成果和实践经验,使本研究成果更有前瞻性。

第三,实证调查的研究方法。为了研究更有针对性,不至于无病呻吟,在执行本研究过程中,笔者走访了企业、行政执法机关及司法机关。实证调查研究所获取的资料,为提出有针对性的建议提供了实践依据。

二、方法视角的新颖性

环境污染防治必须走出传统的研究框架,只有建构新的价值基础与本体理论,才能扭转当前的趋势。为此,笔者在研究方法和视角上进行了革新:一是运用法经济学的分析方法,借助法经济学的成本收益理论、博弈论,深入探索导致中国环境污染愈演愈烈、环保努力举步维艰的法律制度根源,进而根据经济学的原理提出对策和建议。二是以风险社会为视角。人类已进入风险社会,风险社会风险的特殊性要求,法律制度应当吸收风险治理机制。环境风险是风险社会的重要风险之一,应对这种风险,就要更新治理理念,用治理风险的理念治理环境污染问题。如果我们仍然存留工业社会的治理理念,就会出现治理方法与现实脱节的问题。笔者将环境污染治理放到风险社会的背景下展开研究,根据风险社会理论探讨解决环境污染治理的出路。

三、内容方面的创新

1. 揭示了导致我国环境污染泛滥的五种法律制度根源。有不少学者探讨过导致环境污染的原因,他们或者从技术角度研究,如何减少污染物的排放;或者从制度方面去分析,探讨政府失灵和市场失灵是如何产生的。但尚没有学者系统地、从多角度探索导致环境污染的制度根源。本书通过实例揭示了导致环境污染泛滥五个方面的制度根源:违法成本与违法收益失衡、治理模式单一、应对措施没有跟上风险社会的现实、市场失灵和政府失灵、刑事应对不力致后盾效应未现等。这些制度根源的揭示,将为寻求破解之策提供基础。

2. 检讨了我国现行环境污染治理模式之不足,提出了真正实现双轨治理模式的具体路径。本书梳理美国环境污染治理的发展历程,揭示了美国环境污染治理的成功经验——双轨治理模式。我国虽然引入了环境民事公益诉讼,但从实践来看,通过分析环境公益诉讼制度实施近两年来环境公益诉讼案件寥寥无几的原因,揭示了我国当前仍然没有实质性地突破单轨治理模式。不仅如此,借鉴美国“私人总检察官制度”,本书通过揭示阻碍双轨治理模式实现的制度障碍,从公众参与的范围、途径、方

式、程序、司法救济等方面论证了双轨治理模式的必备条件,进而提出了实现双轨治理模式的路径。

3. 揭示了企业为什么宁愿受罚也偷排污的秘密。企业宁愿受罚也偷排污的原因有二:一是环境保护法在法律责任设置上没有区分违法所得与罚款,对违法排污行为仅规定了罚款,且罚款以违法所得为依据。这种法律责任实际上仅相当于没收了违法所得,没有处以罚款,以致大多数偷排企业偷排污节约的成本大于罚款数额,没有体现惩罚性,达不到警示的效果。二是立法中罚款数额设置低,执法中罚款数额更低。不仅如此,新《环境保护法》在这方面的修改仍显不足。新《环境保护法》仅对处罚后拒不改正的行为采取了按日计罚制,没有在罚款数额确定中引入按日罚金制。因此,提出应当引入双重日罚金制。

4. 探索了法律责任设置的内在机理。本书探索了法律责任设置的两个机理:一是法律责任的设置不仅要考虑危害程度,而且要考虑被查处概率。环保法律法规在给环境违法行为设置法律责任时,遵循的是法律责任与危害程度相适应的原则。然而,法经济学分析告诉我们,预防效果与被查处概率直接相关,在被查处概率较低时,只有加大处罚的严厉程度,才能达到预期的效果。现行环保法律法规在法律责任设置上忽视了违法排污行为被处分的概率相当低的实际,导致违法成本与违法收益失衡。推而广之,法律责任的设置应同时兼顾危害程度与被查处概率。二是责任严厉程度与责任人范围成反比。刑事责任越严厉,责任人的范围应越小;侵权人的责任越弱,责任人的范围应越大。

5. 论证了刑法介入环境污染治理的尺度。风险社会防范风险的措施有利有弊,过分保守或一味排斥风险防范机制,不利于水土保持;过分冒进或大面积地引入风险防范机制,会引发新的风险。因之,必须廓清刑法介入环境污染治理的尺度。笔者认为,“有所进、有所守”应成为刑法介入环境污染治理的政策选择。在这一政策指导下,结合我国国情探索如何具体引入风险防范措施。

6. 破除了达标排放致污不承担刑事责任的误解。达标排放致污是否承担过失犯罪的刑事责任,根据不同的过失理论会得出不同的结论。旧过失论强调结果预见义务,入罪门槛相对较低,达标排放致污可能成立过失犯罪;新过失论突出结果回避义务,入罪门槛相对较高,达标排放致污不成立过失犯罪。新过失论的理论和实践告诉我们,只有利益显著大于所造成的弊害,并且不会危及大多数人的生命,不会造成生态浩劫或社会灾难的现代风险行为,才能适用新过失论。企业的排污行为基本不

符合新过失论的适用条件,适用新过失论将会给司法造成困难,从保护生态环境出发,企业的排污行为应适用旧过失论,达标排放致污也可能承担刑事责任。据此建议,污染环境罪应当删除“违反国家规定”这一前提条件,“违反国家规定”的刑法意义在于罪重还是罪轻。

第一章 环境污染的法律制度根源

医治犯罪疾患的手段应当适应导致犯罪产生的实际因素。

——菲利

近年来,环境污染不知不觉间成为高频词汇,无论是正式的官方会议还是坊间茶余饭后的谈资,环境污染经常成为热点话题。2014年李克强总理在全国人民代表大会报告中郑重宣布国家采取系列措施打击环境污染,前所未有地提出:“要像对贫困宣战一样,坚决向污染宣战。”^①这些讲话或表态都在暗示,环境污染是当前困扰中国的重大问题之一。应该说,导致中国环境污染泛滥的原因是多方面的,诸如“先污染后治理”的错误观念、一些企业“图小利害大利”的违法犯罪行为、防止污染的相关设备有待技术革新等,一系列主观和客观原因都为中国的环境污染问题“贡献”了自己的力量,都值得检讨和反思。但在笔者看来,制度缺陷是导致中国环境污染问题突出的重要原因,环境污染的制度根源最值得检讨,因为好的制度可以减少甚至避免其他方面的不足。

第一节 制度根源之一:违法成本与 违法收益失衡^②

一、一则报道引出的思考

2013年8月2日,《每日经济新闻》发布了一则“长江黄河流域重金属超标、企业宁受罚也偷排”的新闻。根据该则报道,在我国十大流域中,西北地区河流的高锰酸盐平均浓度较低,没有超标,海河流域的高锰

① 申罡:《中国向环境污染宣战》,载《科技日报》2014年3月13日。

② 本部分的部分内容作为前期成果已先发表,参见魏汉涛:《环境公害事件泛滥的制度根源分析》,载《江汉大学学报》2014年第4期。