

生态修复量刑情节的司法适用研究

——以 187 份长江环境资源刑事裁判文书为样本

靳匡宇*

目次

| | |
|------------------------|-------------------------|
| 一、制度检视：生态修复作为量刑情节的法律基础 | 的制度局限 |
| 二、实证梳理：我国生态修复量刑情节的审判实践 | （二）操作层面：生态修复情节司法适用的实践制约 |
| （一）从修复形态看生态修复量刑情节的呈现方式 | 四、模式再造：生态修复情节司法适用的实践进路 |
| （二）从参与主体看生态修复量刑情节的确定途径 | （一）生态修复类型在司法适用环节的优化 |
| 三、实践之失：生态修复情节司法适用的现实障碍 | （二）反向激励导向下刑罚配置模式的完善 |
| （一）规范层面：生态修复情节刑罚考量 | 五、结语 |

摘要 基于立法缺失所导致的合法性障碍，生态修复在长江环境资源刑事案件中常常作为量刑情节发挥作用。在各方引导下，被告人具体实施的生态修复行为较为全面地分布在行政执法、侦查、审查起诉、刑罚裁量、刑罚执行等环节之中。形式各异、层次深浅不一的生态修复行为对受损生态环境的实际影响不同，司法实践中的刑罚裁量存在精准度较低、区分化阙如等问题。本文选取 187 份具有代表性的裁判文书，旨在通过样本梳理，分别从规范和操作层面剖析生态修复情节司法适用过程中存在的多重障碍，提出法院在审理长江环境资源刑事案件时，应根据具体情形的需要，确立以直接修复为先，替代性修复为次、补偿型修复补充适用的修复次序，充分运用行政机关在涉刑生态修复领域的角色，将其评价纳入生态修复情节认定的前提，并在此基础上形成对生态修复模式优化的反向激励机制。

关键词 生态修复 量刑情节 刑罚配置 司法适用

* 华东政法大学法律学院博士研究生。

习近平总书记多次强调长江经济带发展要共抓大保护、不搞大开发,并指出要将长江修复放在压倒性地位。与之形成对照的是,生态修复在刑事责任承担上却遭遇合法性不足的困境,只能作为一般量刑情节发挥量刑调节作用。^[1]事实上,通过考察近年来长江流域的环境资源刑事案件可见,生态修复在许多情况下是作为酌定量刑情节适用的,基于司法实践对酌定量刑情节的“价值稀释”,生态修复的刑罚考量和其他一般量刑情节并无二致,甚至等而下之,依附于“悔罪表现”等一般量刑因素之下。这和生态修复情节在刑事实践中缺乏类型化处理的现实有关,并进而同行政机关在生态修复量刑事实认定方面的缺位相牵连。下文在总结刑事司法案例中生态修复典型形态的基础上,分析其存在的现实障碍,并尝试提出妥适的对策进路,以此作为司法服务和保障长江经济带发展的切入点和契合面。

一、制度检视:生态修复作为量刑情节的法律基础

针对生态修复行为对具体量刑的意义,法院、检察院、行政机关均在规范性文件中表现出肯定态度。最高人民法院和最高人民检察院在2016年11月联合公布了《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》),该《解释》明确规定修复生态环境可作为量刑情节进行适用。该司法解释可能是专门为轻微犯罪的出罪而定,且仅限于我国《刑法》第338条、第339条(涉及污染环境罪、非法处置进口的固体废物罪以及擅自进口固体废物罪),并不能涵盖环境资源刑事案件所有案由,导致其在司法实践中的适用受限。2018年10月,新修改的《中华人民共和国刑事诉讼法》第15条明确规定了认罪认罚从宽制度。检察机关在办理破坏环境资源犯罪案件中,把生态修复认作犯罪嫌疑人、被告人认罪、悔罪的表现。最高人民检察院在《关于充分发挥检察职能作用助力打好污染防治攻坚战的通知》中指出,要探索生态修复法治方式,贯彻恢复性司法理念,建立生态环境刑事案件修复工作机制,教育引导犯罪行为人自愿履行生态修复义务,并根据被告人修复生态情况提出量刑处理意见,实现惩罚犯罪与保护生态有机结合。^[2]

在地方司法实践中,四川省高级人民法院于2016年9月公布的《关于加强环境资源审判工作服务我省绿色发展意见》中明确规定,在依法审理破坏环境资源犯罪案件时,补种复绿、增殖放流等环境资源恢复行为将纳入被告人的量刑情节予以考虑。重庆市高级人民法院于2018年6月公布实施的《重庆市高级人民法院关于污染环境犯罪的量刑指导意见实施细则》在体现依法惩治污染环境犯罪的同时,也强调鼓励行为人主动采取补救措施,消除污染,积极赔偿,防止损失扩大,并将之与量刑相挂钩。^[3]江苏省高级人民法院于2018年7月公布施行的《江苏省高级人民法院关于环境污染刑事案件的审理指南(一)》将承担补种复绿、增殖放流以及劳务代偿、缴纳修复费用等生态环境修复责任状况作为污染环境罪量刑的重要因素,并予以具体化。^[4]作为长江经济带

[1] 笔者通过检索《中华人民共和国刑法》第六章第六节设置的15个环境资源类罪名以及其他派生性罪名,发现并不存在生态修复责任的适用空间。为解决生态修复在责任方式中的位置问题,随着刑事附带民事环境公益诉讼成为借力之选,一定程度上缓解了生态修复作为责任承担方式的窘境,然而占比仍然有限。

[2] 参见《最高检:把生态修复作为犯罪嫌疑人被告人认罪悔罪表现》,载搜狐网2019年2月14日,http://www.sohu.com/a/294764373_428290。

[3] 该实施细则一方面规定如果不积极实施生态环境修复行为,一般不适用缓刑。另一方面又规定对于退赃、自愿缴纳罚金及生态修复费用、自愿采取补植、增殖放流、义务劳动等方式修复生态环境的,综合考虑实际履行情况,以及对生态环境的修复程度,可以减少基准刑的10%—40%。

[4] 该审理指南第15条规定:“有下列情形之一的,可相应减少基准刑:(一)及时采取应急措施,防止损失扩大,可减少基准刑的20%以下;(二)积极实施污染治理,消除影响,赔偿损失,可减少基准刑的30%以下;(三)积极修复生态环境;环境难以修复或修复无实际意义的情况下,已经缴纳生态修复资金或者进行替代性修复,可减少基准刑的50%以下。”

11省市之一,云南也有相应的探索,其具体行动之一就是加强环境执法与刑事司法衔接,将植被恢复情况纳入量刑评价体系。^{〔5〕}值得注意的是,在实践中出现其他未出台规范地区的法院在量刑时参照江苏省标准的情形,反映了法官对相关生态修复标准的迫切需求。^{〔6〕}江西省九江市中级人民法院于2019年12月出台了《关于环境资源刑事案件实施生态修复的暂行规定》,就生态修复理念、生态修复案件的适用范围、生态修复工作的办案程序等方面,提出20条具体举措。^{〔7〕}

部分环境行政机关为了更好地推进行政磋商目标的实现,通过和法院等联合发布规范性文件的方式,对生态修复在刑罚考量中的位置予以提示,并将相关落实情况作为法院量刑的参考。例如海南省高级人民法院、省检察院、省环保厅等7家单位于2016年9月联合出台《关于在办理破坏生态环境刑事案件中推行生态修复赔偿机制的若干意见(试行)》,建立刑事司法领域生态修复补偿制度。浙江省丽水市中级人民法院联合检察、公安、环保、林业、国土等部门于2017年9月出台《关于在办理环境资源类刑事案件中统一生态修复标准的工作指导意见(试行)》,对破坏森林资源、渔业资源和污染环境三类案件的生态修复方式及标准作了明确规定和说明,^{〔8〕}同时指出,对于全面履行生态修复义务的犯罪嫌疑人、被告人,司法机关可以综合考虑其犯罪情节、生态修复情况等因素予以从轻处理。重庆高级人民法院、重庆市生态环境局、重庆市财政局等部门于2018年9月共同发布的《重庆市生态环境损害赔偿磋商办法》第19条指出,对积极参与生态环境损害磋商并及时履行赔偿协议的赔偿义务人,赔偿权利人指定的部门可将其履行情况提交法院作为定罪量刑参考。

上述规定似乎难以显现环境整治“全国一盘棋”的制度愿景,虽对生态修复情节司法适用起到了指引作用,但其操作性难堪期待。与其说其有力地支撑着生态修复实践,不如说其在宣示一种可能性。上述法制现状导致了生态修复现实和恢复性司法愿景之间较大的落差。通过下文的案例分析可以明显看到,法院倾向于认定环境犯罪人完成的生态修复,以达到鼓励修复的目的。然而,标准的付之阙如所导致的适用泛化及混同化,让生态修复情节在刑事进程中有点缀花边之感:有之可谓创新,无之亦无大碍。徒然彰显了“一窝蜂环保”的虚假热情,却难谓有利于环境保护目标的实现。

二、实证梳理：我国生态修复量刑情节的审判实践

纵观各地法院对生态修复量刑情节在刑事案件中的司法运用,保守性适用与突破性做法同

〔5〕 云南省人民检察院:《云南探索“生态修复法治”将植被恢复情况纳入量刑评价体系》,载新浪网2018年11月2日,http://yn.sina.com.cn/news/b/2018-11-02/detail-ihnfikve6366044.shtml。

〔6〕 广西壮族自治区百色市右江区人民法院在审理被告人王志伟、梁红二、包崇军污染环境案时,裁判文书中的本院认为部分述之:“鉴于广西目前尚未出台具体规定,参照江苏省高级人民法院《关于环境污染刑事案件的审理指南(一)》之规定……”参见王志伟、包崇军、梁红二污染环境案,广西壮族自治区百色市右江区人民法院(2018)桂1002刑初273号刑事附带民事判决书。

〔7〕 该规定具体包括:适用生态修复的8类环境资源刑事案件、生态修复权利的主张人员、适用生态修复工作机制的办案程序、生态修复协议的主要内容,针对不同案件提出不同的修复方式和措施,生态修复可作为认罪、悔罪表现,对于犯罪情节较轻并符合条件的,可以综合其他情节,依法予以从轻、减轻或免于刑事处罚,加强刑事司法与行政执法的衔接和协作,修复资金的管理、使用、监督等。

〔8〕 该标准的特点在于:1. 区分破坏森林资源、渔业资源和污染环境三类案件,并根据不同情形确定修复标准。如盗伐林木的,按照盗伐林木价值的3—5倍补植同种类的树木;滥伐林木的,则按照滥伐林木价值1—2倍补植同种类的树;2. 设置了保底性规定。如非法捕捞水产品行为,现实中捕捞的水产品可能价值偏小,起不到实质惩戒作用,针对违禁方法捕捞和毁灭性方法捕捞不同行为分别设置了不低于人民币2000元、3000元的保底性规定。

在,大量机械式判决难掩创新型判决的光芒。^{〔9〕} 鉴于涉长江水环境生态修复案件总体上数量不多,本文在案例择取上没有局限于涉水环境案件,而是将长江生态环境视为一个整体的复合生态系统,适当考虑了珍贵濒危野生动物等不可再生资源类案件。此外,为体现长江经济带法院对于替代修复责任的裁判特点,将长江流域19个省市自治区作为择取裁判文书的地域范围。笔者于2019年12月28日在“法信·类案检索”中以“长江”“生态修复”“刑事”为关键词搜集到自2014年至2019年的187份生效刑事裁判文书,并以此为基础,从审判运行层面,全面梳理生态修复量刑情节的司法适用现状,并力图呈现存在的困难和问题。

(一) 从修复形态看生态修复量刑情节的呈现方式

1. 生态修复量刑情节在刑事案件中的分布样态

从裁判文书类型来看,适用生态修复量刑情节的类型较为集中(刑事判决151件、刑事附带民事判决33件、刑事裁定3件);从案件案由来看,160件为非法捕捞水产品罪,7件为非法采矿罪,6件为滥伐、盗伐林木罪,6件为污染环境罪,5件为非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪,2件为非法占用农用地罪,1件为非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪,可见其适用并不仅限于司法解释规定的案件类型;从生态修复的具体方式看,缴纳生态修复费用120件,增殖放流32件,被告人承诺修复12件,补植复绿+缴纳修复费用10件,增殖放流+缴纳修复费用5件,提供环保劳务+缴纳生态修复费用4件,缴纳生态修复保证金2件,异地补植复绿+缴纳生态修复保证金1件,提供环保劳动1件;从法院判决的认定结果来看,依附于有悔罪表现认定可从轻处罚的53件,综合认定可从轻处罚的52件,单独评价可酌情(酌定)从轻处罚的45件,综合评判可适用缓刑的18件,法院未予认定的11件,依附于认罪认罚认定依法可从宽处罚的5件,综合评判免除处罚的2件,依法可酌定从轻处罚的1件,可知法院判决认定更偏向从轻处罚;从判处的刑罚种类看,^{〔10〕}轻刑化判决多、缓刑适用多,被判处拘役的128件,一年以下有期徒刑28件,一年以上三年以下有期徒刑的14件,单处罚金的14件,三年以上五年以下有期徒刑的2件,单处管制的1件,其中适用缓刑的案件数为125件,缓刑适用率高达66.8%;^{〔11〕}从行政机关参与生态修复的情况看,未参与的159件,参与的28件,参与比例仅为14.97%。由此可知,虽然环境资源刑事案件多因行政机关查处移送侦查机关而案发,但行政机关参与引导被告人进行生态修复的案件总体比例偏低。

2. 生态修复量刑情节在刑事案件中的具体类型

根据最高人民法院相关司法解释,生态修复包括直接修复和替代性修复,直接修复是对受损生态环境的直接修复,替代修复包括同地区异地点、同功能异种类、同质量异数量、同价值异等级等情形。然而这种修复分类并没有将具有代偿性质的修复纳入其中。鉴于弥补型修复和代偿型修复对量刑的影响不同,笔者认为将刑事案件中的生态修复进一步类型化深具意义,兹列举如下。

(1) 作为量刑情节的弥补型修复方式

考虑到其可能对量刑情节的不同影响,此种修复方式又可分为直接修复和替代修复两种类型。此类型修复方式呈现出明显的可视性特点,以追求实效为旨归。具体包括如下实践形态:一

〔9〕 2020年1月9日最高人民法院公布的长江经济带生态环境司法保护十则典型案例中有四则涉及生态修复量刑情节,分别是:被告单位安徽亚兰德新能源材料股份有限公司、被告人吕守国等7人污染环境案,被告人王维凡等4人污染环境案,被告单位成都益正环卫工程有限公司、成都晨光亚克力塑胶有限公司、被告人吕顺体等16人污染环境案,被告人廖若云等3人污染环境案。

〔10〕 对于共同犯罪案件,以被判处最重刑罚的被告人的刑罚为准。

〔11〕 这里仅指对单独犯罪的被告人以及共同犯罪中被判处最重刑罚的被告人适用缓刑的案件,尚不包括共同犯罪案件中其他主犯或从犯适用缓刑的案件,若以适用缓刑的被告人总数计算,则缓刑适用率更高。

是承诺修复,此种承诺修复多为直接修复,即被告人尚未具体实施生态修复,仅审理过程中承诺愿意修复。^[12]对于将被告人承诺修复认定为量刑情节的案件,一方面会存在如何监督被告人履行“承诺”的问题,另一方面当被告人违背“承诺”时必然会引起对“量刑”是否合理、如何补救或追偿的问题。^[13]二是增殖放流。增殖放流主要适用于非法捕捞水产品案件,违法行为人多采用电击等方式捕捞,受损生态资源环境为渔业。同样是增殖放流,组织实施的方式不同,对受损生态环境资源修复的层次深浅不一。例如,贵州省湄潭县人民法院审理的被告人张月发、张月文、张明雨非法捕捞水产品案,^[14]张月文、张月发、张明雨共同出资9000元购买鱼苗在案发河流段自行进行生态修复。贵州省清镇市人民法院审理的被告人郑某某、李某某非法捕捞水产品案,^[15]被告人缴纳生态修复费用,购买鱼苗,按照行政机关确定的地点、期限及方式进行增殖放流。上述裁判反映出,增殖放流对于放流水生物的地点、种类、数量、规格、检疫等方面具有较强的专业性要求。三是补植复绿。林木又包括同种类林木和异种类林木,主要适用于林业资源受损的案件,但又不局限于涉林业资源案件。四川省雅安市中级人民法院审理被告人郑涛非法采伐国家重点保护植物案时,^[16]该院将该补植复绿修复作为对郑涛酌情从轻处罚情节的同时,认为其生态环境修复义务未履行完毕,仍应继续履行管护义务,充分体现了法院的司法智慧。

(2) 作为量刑情节的代偿型修复方式

代偿型修复方式又可分为金钱代偿和劳役代偿两种类型。此种修复方式难以看到或者在短期内难以看到实效,多偏重于惩戒教育目标,也较多地被刑事案件中的当事人所采用。一是生态修复费用。从司法适用现状看,生态修复费用已成为司法实践中生态修复的主要方式。在样本案例中,此种类型案件为120件,占绝大部分比例,包括在行政查处阶段向行政机关缴纳生态修复费用、审查起诉阶段向检察机关缴纳生态修复费用、审理阶段向法院缴纳生态修复费用以及向专业第三方机构缴纳生态修复费用等情形。修复费用方式适用面广、简便易行,但一罚了之、生态修复资金去向不明,法院难以监督生态修复费用是否真正用于修复生态环境,在此情形下将缴纳生态修复费用作为量刑情节予以考虑,容易招致社会公众“花钱买刑”的质疑,其实际效果难以期待。二是环境公益劳动。比如法制宣传,该生态修复方式具有教育性质,与受损生态环境的联系不紧密,多适用于不具备金钱履行能力的被告人或被告单位。重庆市万州区人民法院在审理被告人王光平非法捕捞水产品案过程中,^[17]王光平自愿签订承诺书,对位于万州区大周镇铺垭村的三峡库区生态林教育基地种植的树木进行除草护林,以义务劳动方式保护生态环境。不具有金钱赔偿能力的被告人,以提供环境公益劳动方式修复生态环境,具有警示教育被告人、提高公众环保意识的

^[12] 例如,在沈五行、余雄军非法捕捞水产品案,贵州省德江县人民法院(2019)黔0626刑初145号刑事附带民事判决书中,二被告人对公益诉讼人主张的事实和理由不持异议,同意按诉求增殖放流、赔礼道歉。该院认为“诉讼中二被告人均表示愿意增殖放流,投放鱼苗,可视为有悔罪表现,量刑时可酌情考虑”。

^[13] 参见李锐、冉雪瑛、刘俊佚:《积极修复生态环境在环境刑事案件中量刑适用研究》,载成都法院网2019年2月16日,<http://cdfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2019/07/id/4178131.shtml>。

^[14] 张月发、张月文非法捕捞水产品案,贵州省湄潭县人民法院(2018)黔0328刑初291号刑事判决书。

^[15] 郑某某、李某某非法捕捞水产品案,贵州省清镇市人民法院(2016)黔0181刑初282号刑事判决书。

^[16] 郑涛非法采伐、毁坏国家重点保护植物案,四川省雅安市中级人民法院(2019)川18刑初7号刑事附带民事判决书。在该案中,由于郑涛砍伐的3株野生红豆杉系不可再生资源,本案不具备直接修复的条件,荣经县林业调查规划设计队制定的生态修复方案为以异地补种、异种补充的方式,虽不能完全恢复原中国红豆杉作为野生资源的生态系统服务功能,但能够一定程度上恢复生态环境。在审理过程中,郑涛委托家属按照要求在荣经县补植复绿警示教育基地补种植楠树30株。

^[17] 王光平非法捕捞水产品案,重庆市万州区人民法院(2019)渝0101刑初982号刑事判决书。

双重效果。

(3) 不同修复方式对量刑的具体影响

需要注意的是,两种类型的修复方式对相关部门的监督和管理依赖性并不相同,且有很大区别。前者对司法与行政的衔接机制有更高要求。就目前而言,生态修复基地可作为承载上述修复方式的有效载体。修复基地指依托生态环境修复基地的综合性工程,既可吸纳修复费用、补植复绿和增殖放流以及环境公益劳动等内容,又可创造出更多、更为有效的生态环境修复方式,内容更加丰富多样,更具灵活性和系统性。比如,江苏省高级人民法院等多家法院相继成立长江环境资源司法修复基地,为涉长江环境资源刑事案件提供生态修复项目,可提高生态修复的适用效率,推动生态修复的有效落实。

(二) 从参与主体看生态修复量刑情节的确定途径

1. 被告自为型:被告人自行实施的生态修复

在这种类型之下,判决书中常常看不到生态环境受损情况以及被告人采取生态修复行动的事实依据。在很多情况下,被告人采取何种生态修复方式明显是基于被告人的估计和有权机关的非正式建议,由于在事实上表明了被告人的积极态度,法院在量刑中通常会予以考虑。但是问题在于,基于公用地悲剧和当事人的自保心理,被告人很难将生态修复作为第一关切,加之其对生态环境损害的判断并不清楚,更难对其抱以期望。姑且不讲民事责任的含糊性,基于刑事责任和民事责任的区别,法官也很难做出契合生态修复目标的建议,这就使得生态修复成为一种赎买刑期的工具。在缺乏制度制约的情况下,其具体效果难以保证。从司法实践看,此类型生态修复情节往往具有权宜性和投机性,法院即便将之纳入刑罚考量,也不会给予太高权重,但由于其并无清晰可操作的界限,给法官过大的自由裁量空间,容易滋生渎职风险。

2. 行政协议型:行政机关参与下的生态修复

这种类型之下,生态修复的效果最值得期待。其原因在于,环境整治是环境行政机关职责之所在,其在生态修复资源的掌握上,具有其他机构不可比拟的优势。例如江苏省如皋市人民法院审理的中兴能源装备有限公司(以下简称“中兴公司”)、陈卫平等污染环境案,^[18]在审理阶段,被告单位中兴公司与环境行政机关达成生态环境损害赔偿(修复)协议,中兴公司缴纳生态修复保证金,该公司与第三方机构签订合同,对被污染的河道进行修复。环境行政机关就生态修复情况向法院出具说明。在这种类型下,协议成为一种重要的监督方式,具有高度可视性特点的具体生态修复项目也确保了资金使用的相对安全。生态修复的具体成效可以最大化体现被告人认罪悔罪的程度,从而为刑事司法对生态修复情节的认定提供强力支持,也有利于行政机关的事后救济。但从司法实践来看,行政协议型生态修复适用率较低,实事求是地讲,颇具先天禀赋的行政机关在生态修复方面有负众望。

3. 检察促成型:认罪认罚从宽制度下的生态修复

此种修复类型发生于审查起诉阶段。检察机关将生态修复作为认罪认罚得以成立的基本前提,并在很大程度上决定了其建议的量刑尺度。例如重庆市江津区人民法院审理的庞高飞非法捕捞水产品案,^[19]在审查起诉阶段,被告自愿缴纳生态修复金,自愿签署认罪认罚具结书。检察机关认为被告人庞高飞自愿认罪认罚,可依法从宽处理,提出缓刑建议,被法院采纳。检察机关在刑

[18] 中兴能源装备有限公司、陈卫平等污染环境案,江苏省如皋市人民法院(2018)苏0682刑初686号刑事判决书。

[19] 庞高飞非法捕捞水产品案,重庆市江津区人民法院(2019)渝0116刑初544号刑事判决书。

事诉讼中处于事实上的优势地位,在其促成生态修复的情况下,相关量刑建议一般会考量生态修复行为。然而生态修复具有专业性,非作为公诉机关的检察机关所专长,其对于生态修复作为量刑事实的认定,更多的是在惩罚犯罪的意义上,而非环境保护上。在理想的情况下,事实认定不应降低证明标准,但检察机关在环保方面专业性的阙如常常使其陷入困境。总之,在这种类型下,生态修复更多是检察机关的起诉策略,其在认罪认罚方面的工具性在某种程度上会压制其环保取向,亟须环境行政机关的协力参与以达至惩罚目标和环保取向的平衡。

4. 法院判决型:判决主文中确认的生态修复

在审理环境案件中,将通常情况下在执行程序阶段的处理事项提前到裁判阶段,是环保案件的自身特点,也是必要的内容。^[20]从时间上的先后来看,作为民事责任承担形式的生态修复理应在量刑之后,是无从同时对量刑发生影响的。然而,实践中诉讼策略的运用,导致大量此类情形的出现。此种类型大部分体现为判决前事先履行的形态。意即法院判决被告人承担已履行在前的生态修复责任,同时在本院认为部分将之认定为量刑情节。该做法看似多此一举,其合理性依据在于确保修复效果。例如四川省雅安市中级人民法院审理的被告人郑涛非法采伐国家重点保护植物案。^[21]实践中有法官认为,在环境资源刑事案件中法院判决被告人承担民事责任的,均可将之视为被告人具有“积极修复生态环境”量刑情节。^[22]值得注意的是,实践中也存在执行替代的情形,意即将量刑节点延伸到刑罚执行环节,修复行为作为刑事责任的替代性条件出现。在此种情况下,其成为量刑情节具有偶然性,^[23]不具备大面积推广的可能性,但无疑进一步拓宽了生态修复作为量刑情节的可能性空间。

三、实践之失:生态修复情节司法适用的现实障碍

随着环境保护理念的进一步深入人心,恢复性司法被各级法院积极宣示,并在不同程度上被践行,极大地促进了长江生态环境保护的进一步深入。从时代背景来看,刑罚正当性理论已经呈现出从传统刑罚论到表达论与沟通论的发展趋势,其中一个突破性进展是开始关注当事人的利益,尤其是被害人视角的提出,弥补了传统刑罚理论忽视被害人利益的不足,完善了刑罚的法益保护功能。^[24]然而,付诸刑事司法实践的传统刑罚理论并没有得到及时更新,契合恢复性司法的现代刑罚理念似乎在很大程度上还躁动于学者的文字之中,生态环境刑事审判尚未真正实现以“犯罪惩治为中心”向“生态法益为中心”的转变,难谓起到环境治理的整合效果。

(一) 规范层面:生态修复情节刑罚考量的制度局限

1. 生态修复作为量刑情节的特殊性被遮蔽和消解

生态修复情节具有特异性,虽然司法实践对生态修复的重要性有所认识,并企图将其从一般

[20] 参见时永才主编:《无锡法院环保审判理论与实践》,人民法院出版社2014年版,第69页。

[21] 参见郑涛非法采伐、毁坏国家重点保护植物案,四川省雅安市中级人民法院(2019)川18刑初7号刑事附带民事判决书。在该案郑涛委托家人根据荣经县林业调查规划设计队出具的方案补种了30株桢楠,该院认为其生态环境修复义务仍未履行完毕,仍应继续履行管护义务,对未成活的桢楠及时替换、补种,确保整体成活率达到85%以上,判决由郑涛采取异地补种桢楠30株、连续管护3年并确保成活的方式进行生态修复。

[22] 参见前注[13],李锐、冉雪瑛、刘俊佚文。

[23] 潘某某盗伐林木案,贵州省清镇市人民法院(2015)清环保刑初字第20号刑事判决书。

[24] 参见杨红梅:《生态环境修复中刑法正当性适用问题研究》,载《云南师范大学学报(哲学社会科学版)》2019年第2期,第130—139页。

量刑情节的丛林中分离出来,然而通过仔细分析案例,不难发现,这种分离更多地止于一种规范化操作,并没有真正对其特殊性做出有针对性的安排,被“重视”的生态修复情节不过让法官的关注多一点罢了,并未有实质的改善。生态修复量刑情节具有不同于一般量刑情节的明显特征。首先,相对于一般量刑情节,生态修复情节具有一定的社会牵连性。一般量刑情节常常是一个独立的事实,而生态修复情节关涉恢复性司法的成效以及整体环境正义的实现。其次,和一般量刑情节的向后追溯性不同,生态修复量刑情节的影响具有向后延展性。比如作为一般量刑情节的坦白等,其发生与否,影响的只是案情自身,并不会对将来再发生任何影响。而生态修复情节不同,其修复与否,将可能导致所损害环境在将来的有利或不利改变。再次,和一般量刑情节不同,生态修复量刑情节具有效力上的变动性。在环境刑事进程之中,生态修复具有流动性和结果未定性,修复效果如何尚属未知,需要经过时间的检验,而一般量刑情节往往已经是确定不移的存在。此外,在刑法报复性色彩消退的当下,作为恢复性司法理念的重要呈现形式,生态修复虽然在刑事责任体系中缺位,却并不妨碍其法益恢复的独立功能。忽视上述独立价值在事实上导致了生态修复情节和一般量刑情节在规范上的混同。纵观中央及各省相关定罪量刑的规定,在大多数情况下,生态修复情节并未占据一席之地,此种影响直接体现在司法适用实践之中。

2. 在责任承担依据体系中呈现出权宜性和补充性

一般而言,若生态修复在责任承担依据体系中占据一席之地,能更大程度上凸显生态修复的成效。然而,反观我国刑法责任体系,并未见生态修复责任方式的踪影。针对这种或有意或无意的缺位,有法院进行了擦边球式的探索性适用,^[25]网上赞同者有之,^[26]反对者亦众。^[27]在此议题上,学界亦是聚讼纷纭。持肯定意见的学者引用《刑法》第36条和第37条的刑法上非刑罚处罚措施为之辩护。^[28]持反对意见的学者则认为生态修复司法适用的主要法律困境在于“法源依据不明确”或者“没有直接的法律依据”。^[29]除了以上对立观点外,还有一种观点比较温和,该观点指出生态修复作为刑法非刑罚处罚措施的牵强,认为这些措施只能算作间接依据。^[30]在上述问题上,笔者持否定观点,认为将生态修复方式作为判决内容则在事实上违背了罪刑法定主义。因为在一般情况下,生态损害并无明确的受害人,以存在受害人为前提的《刑法》第36条^[31]自难有适用之余地。只适用于犯罪情节轻微不需要判处刑罚情形的《刑法》第37条,^[32]决定了纳入生态

[25] 例如,在2011年,惠州市中级人民法院关于生态修复在刑事判决中的创新举措在网上引发关注。参见惠州对盗林者适用非监禁刑,载《人民法院报》2010年12月31日,第3版。

[26] 杨润生、贺洁:《安福法院做出首例生态修复判决 保卫“碧水蓝天”》,载江西法院网2018年1月11日, <http://jxfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2018/01/id/3151340.shtml>。

[27] 有论者指出,生态修复方式既带有行政处罚又带有民事处罚的性质,违反了“一事不二罚”的法律原则,参见《如何对待“合理不合法的判决”》,载搜狐网2011年1月13日, <http://roll.sohu.com/20110113/n302096451.shtml>。

[28] 参见蒋兰香:《生态修复的刑事判决样态研究》,载《政治与法律》2018年第5期,第134—147页。

[29] 参见毋郁东:《恢复性司法视野下的环境刑事司法视野研究——以古田县法院“补种复绿”生态补偿机制为例》,载《福建警察学院学报》2016年第4期,第24—33页。

[30] 比如王立新、黄剑、廖宏娟:《环境资源案件中恢复原状的责任方式》,载《人民司法》2015年第5期,第9—13页。

[31] 我国《刑法》第36条规定:“由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的,对犯罪分子除依法给予刑事处罚外,并应根据情况判处赔偿经济损失。”

[32] 我国《刑法》第37条规定:“对于犯罪情节轻微不需要判决刑罚的,可以免于刑事处罚,但是可以根据案件的不同情况,予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失,或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。”

修复责任的空间亦不宽裕。基于其在责任承担依据体系中的缺位,生态修复情节欲在环境刑法中觅得一席之地,只有厕身于量刑情节的丛林之中,间接影响环境违法犯罪人的权益。实际上,司法实践中大量生态修复情节的适用正是在规范缺失之下对生态修复情节价值的一种探索性措置,这种探索性在很大程度上决定了其在规范上的权宜性和补充性的角色。

(二) 操作层面:生态修复情节司法适用的实践制约

1. 生态修复情节在刑事进程中缺少明确性和规范化

(1) 生态修复情节认知中的模糊性

从样本裁判文书可以看出,在生态修复量刑情节认定中,鲜有环境法官对生态修复概念进行有效的界定。相关辨析在判决书中的付之阙如,并非源于纰漏或者简洁表述的需要,而是折射出生态修复内涵和外延在学界的悬而未定状态。生态环境损害自身具有复杂性,不同于人身、财产损害,在某种程度上突破了民法范畴,是一种全新的损害类型。^[33] 然而实践认定中的技术复杂性使得现实操作呈现不同的面貌,比如许多刑事判决并未考虑生态环境功能损失,其在事实上被有意地回避。此外,在应急处置费用是否属于生态修复费用一部分的问题上,法院判决也不尽一致,^[34]这说明实务界在此问题上的认识并不统一,在许多情形下不当限缩了生态修复的概念。追根溯源,正是学术和实务的隔阂,在某种程度上造成认知的混乱,从而直接导致了法官们对相关概念的模糊,并常常利用概念的模糊性,进行灵活伸缩,将之示意被告人,进而诱发了环境案件犯罪人的投机行为。虽然相关建议不能说是毫无凭据,但在很大程度上不是基于专业的考虑,而是源自寻求轻刑的目的。

法官上述貌似随性的在法律边缘的游移,并非完全不可理解,在某种角度可以被认为是对复杂实践的一种灵活因应。^[35] 若严格采取生态环境全面保护的做法,生态损害将远远超出相当一部分人的偿付能力。法官的现实主义态度反而成为合情合理之举。法院与环保等部门的衔接机制、联动机制尚未完全建立,环保、林业等部门事实上无法参与相关的生态修复监督工作。^[36] 因缺少专业机构的参与,法院在具体生态修复方面很难采取专业的态度,更多地偏向于传统刑法的调处立场。这种灵活态度常常在生态修复概念可能的射程之内,较好地完成了犯罪惩处的司法任务,但对于环境整治目标来说,却有不少遗憾。这是行政机关缺位的必然后果,也是其参与生态修复的必要性之所在。纵然如此,弥补型修复方式依然有相对于代偿型修复方式的优越性,只是需要进一步完善。当然,除了上述似乎渐成默契的“有意而为”之外,对生态修复量刑情节认知的模糊性也带来了许多不可控制之处,导致在实践中呈现生态修复行为的泛化现象,并进而导致法院对生态修复行为“来者不拒”的形式化倾向,不可不察。

^[33] 一般来讲,生态环境损害赔偿范围主要包括三个部分,即生态修复费用、修复期生态环境功能损失,以及因赔偿损害所支出的必要合理费用。参见刘画洁、王正一:《生态环境损害赔偿范围研究》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2017年第2期,第30—35页。

^[34] 福建省浦城县人民法院(2019)闽0722刑初125号刑事判决书将应急处理费用和生态修复费用并列,而河北省青县人民法院(2019)冀0922刑初201号刑事判决书将生态修复费用等同于处置费用和运输费用。

^[35] 根据笔者基于相关课题的调研以及对法官的访谈,由于环境类犯罪和其他许多刑事案不同,大多和生产活动直接相关,缺少刑事被害人的追求重刑的压力,顺利结案和环境修复成为法官在案中的重大关切,为当事人尽量争取更优惠的量刑情节成为常见的选择。为了让案件得以妥善解决,防止可能的缠讼,存在大量法院在审理过程中提醒当事人具体如何操作的现象。这具有合理性,但处在合法性的灰色地带。法官对当事人获得量刑优待的关切很真实,却很难清晰统一,使得实践中当事人的理解并不相同,导致在执行上的进一步歧异化。

^[36] 见前注[28],蒋兰香文,第134—147页。

(2) 生态修复情节适用中的随意化

在司法适用过程,生态修复情节的规范性同样难乎期待,在实践中有将生态修复认定为缓刑适用前提条件的情况、^[37]对承诺修复等不予认定的情况,^[38]还存在“依法从宽处罚”的情况^[39]以及依法酌情从轻的情况^[40]等。规范性问题常常与监督实施机构的专业性密切相关。生态修复情节由相关参与机构和环境违法犯罪嫌疑人共同的行动完成,他们的活动最终呈现在法官的面前。因此,生态修复情节的规范性缺失首先体现在具体生态修复行为监督实施机构的多样化上。根据对样本案例的实证分析可以发现,在生态修复实践中,除了环境违法当事人外,还有其他诸多角色的参与,基本涵盖了法院、检察机关、环境行政机关以及村民居民委员会等机构,貌似实现了社会层面的广泛动员,但往往出现全而不周的现象。在实践中,人们在感奋于各家机构之间共同参与的繁荣局面时,却看不到一个有力的协调性机构运转,让人很难不质疑行动的实效。此外,部分机构的专业性比较弱,无法有效监督违法犯罪人的修复活动,即便认为其由于实践的积累而具备了一定的专业性,鉴于其环境保护职能的有限性,又很难期待其能做到整个环境功能区“一盘棋”。在喧嚣背后,环境在暗暗付出代价。无疑,这种“雷声大雨点小”的治理模式不利于生态修复规范性的养成。

在司法实践中,规范性缺失也体现为生态修复量刑事实和刑罚结果之间缺少持续稳定的联系。有法官通过对环境资源犯罪裁判文书的梳理发现,环境资源类刑事裁判文书除存在传统常见问题外,更存在缺乏环境资源裁判说理应有特性的问题。^[41]在生态修复行为和刑罚结果的勾连上,呈现出一种随机的状态,比如很少适用资格刑、缺少生态修复的独特性。实践中存在对承诺生态修复的被告人适用缓刑的情况,然而,另案缴纳生态修复费用的被告人却被判处自由刑,在其他量刑因素相近的情况下,明显缺少罪刑均衡感。又如,在缓刑的适用上,生态修复到底发挥着多大的作用、是否有独立的实质性影响,并不能从判决书中看到明显的规律性。在上述情况下,合理刑罚配置的缺失,将会使生态修复量刑变得无章可循。再如,由于生态修复资金和罚金对当事人的意义基本相同,其恢复性司法理念在某种程度上被销蚀。此外,规范性的阙如往往导致法院在涉生态修复行为裁量中出现裁量尺度不一致的现象。这体现在二审期间缴纳生态环境赔偿资金是否被认定为量刑情节上。比如在舒正峰、陈世水污染环境案和向文军污染环境案中,不同法院做出了截然相反的认识,^[42]这其实就是在生态修复方面缺乏规范性所致,这显然不符合生态修复在环境司法中的定位。

2. 生态修复情节在司法适用中缺少独立性和区分化

通过分析样本裁判文书发现,法院在生态修复量刑情节的适用上更偏于认定“酌定从轻处罚”,具体分为三种类型:首先是包括依附于悔罪表现的从轻处罚,其次是结合其他量刑情节综合评价的从轻处罚,最后是单独评价可酌情(酌定)的从轻处罚。三者相加占裁判文书样本总数的80.2%,而在其中,前两者又占据大部分,约为55.6%,反映出生态修复情节独立性缺失的现象;尚

[37] 彭东、杨泉、黄源非法采矿案,四川省宜宾市翠屏区人民法院(2019)川1502刑初501号刑事判决书。

[38] 李飞非法捕捞水产品案,四川省乐山市市中区人民法院(2019)川1102刑初160号刑事附带民事判决书。

[39] 王光平非法捕捞水产品案,重庆市万州区人民法院(2019)渝0101刑初982号刑事判决书。

[40] 刘福成非法捕捞水产品案,四川省乐山市市中区人民法院(2019)川1102刑初531号刑事附带民事判决书。

[41] 参见王显波:《环境资源类刑事裁判文书说理问题初探——以更好实现环资刑事裁判的社会功能为视角》,江苏省法学会环境资源法学研究会2018年年会论文。

[42] 参见舒正峰、陈世水污染环境案,江西省九江市中级人民法院(2019)赣04刑终381号二审刑事判决书;向文军污染环境案,湖北省荆州市中级人民法院(2019)鄂10刑终79号二审刑事裁定书。

需进一步检讨的是,实践中这三种适用形态所基于的基础修复行为,并没有实质性的不同,甚至在环境违法当事人主观恶性明显不同的情况之下,实践中对此缺乏自觉的认识,更遑论区分对待,具体表现为生态修复模式区分化对待的不足。

(1) 生态修复情节外部独立性的缺失

通过对样本案例的梳理发现,在司法适用过程中,生态修复情节常常依附于其他量刑情节,缺少适用上的独立性。作为恢复性司法的重要举措,生态修复在量刑情节中应当有适当的定位,才能充分体现恢复性司法理念。然而其在量刑体系中的位置模糊,并不具有独立性。在样本裁判文书中,只有 24.6% 的生态修复行为被单独评价,其他或者依附于悔罪表现,或者与其他量刑情节共同发挥一般意义上的量刑作用。在案件从轻情节与从重情节同时并存的情况下,法官根本没有机会当庭确立适当的量刑基准,更不可能对这些量刑情节做出恰如其分的权衡和考量。^[43] 生态修复作为刑事恢复性司法的重要目标价值,不应止于其他一般量刑情节的手段性地位,而应通过其呈现形式来得到独立的评价,并在此基础上加强其制度功能,以发挥其应有的优越价值。

在司法实践中,生态修复行为很多时候是通过悔罪表现来影响量刑的。这赋予了作为客观行为的修复行为以主观的意味。必须承认,这在大部分情况下是成立的。但不问修复行为的效果呈现而将修复行为和悔罪表现等同的认定行为,在很多时候可能错置了修复行为和悔罪表现的关系问题。一般来讲,修复行为之中包含着修复意愿,然而修复意愿是否可以独立存在(即,仅有修复意愿是否可以认定为具有从轻处罚情节)? 比如在吴天素、吴艳尼污染环境案一审刑事判决书中,^[44] 法院认为当事人虽然没有进行环境修复,但其修复的意愿较强,可以酌情从轻处罚。而在多数案件中,被告人表示愿意积极采取措施,消除污染、修复生态环境,法院判决却未予以认定。^[45] 何谓修复意愿较强? 为什么较强的修复意愿才构成“悔罪表现”而予以认定? 其较强的主观色彩,显然不利于生态修复行为的具体实施。

鉴于生态修复情节不同于一般量刑情节的意义,其独立性价值不应被遮蔽。基于生态修复在恢复性司法层面的意义,其改革方向应主要在于独立发挥对量刑的影响作用上。随着我国量刑规范化改革的开展,量刑逐渐被提升至与定罪同等重要的地位,确立与定罪证明标准等量齐观的量刑证明标准似乎成为大势所趋。^[46] 值得庆幸的是,在破坏环境资源犯罪中,量刑问题也日趋受到重视,统一的量刑规范化值得期待。这正是生态修复情节量刑适用独立化的适宜时机。然而,上述改革建议在实践中困难重重,并没有转化为实践中的统一遵循,其操作性困境亟须在探索中被进一步求解,生态修复量刑情节独立化的未来依然不甚明朗。

(2) 生态修复模式内部区分化的阙如

在司法实践中,生态修复除了外部欠缺独立性之外,其内部也存在缺少区分化问题。事实上,不同类型的生态修复方式对环境整治的效果并不相同。诚然,以金钱缴纳为主的代偿型修复方式对当事人“方便快捷”,但其在操作层面存在较大局限性。各界虽然在资金管理方面有宝贵的探索,但从实际情况来看,由于生态修复资金点对点、用途明确且又自带环保属性,因此以金钱缴纳

^[43] 参见陈瑞华:《论量刑程序的独立性——一种以量刑控制为中心的程序理论》,载《中国法学》2009年第1期,第163—179页。

^[44] 吴天素、吴艳尼污染环境案,福建省晋江市人民法院(2018)闽0582刑初1081号一审刑事判决书。

^[45] 比如在丛富刚、王刚非法采矿案,吉林省白城市洮北区人民法院(2017)吉0802刑初301号一审刑事判决书和江苏苏源辉普化工有限公司、余根青等污染环境案,江苏省射阳县人民法院(2017)苏0924刑初431号一审刑事判决书中,法官均否定了这种修复意愿之于量刑的影响。

^[46] 参见吕泽华:《美国量刑证明标准的变迁、争议及启示》,载《法学杂志》2016年第2期,第86—95页。

为主的代偿型修复方式用起来较为谨慎,常常要经过烦琐的审批手续,使得相应机构可能采取不作为延迟作为的情况,如在泰州市天价环保案中,烦琐的资金使用流程让人易生却步之心。相关部门对此类大案或许不敢怠慢,但对那些难被人关注的较小案件,就难保尽职如此。此外,缺乏资金使用的公开渠道和监督力量,也是此类生态修复类型受人指摘之处。综合以上考虑,其不应是生态修复实践中的优先选择。具体到作为代偿性生态修复类型之一的劳役代偿,只有在个别情况下,比如环境违法当事人确实不具有履行能力时,才适宜采取公益劳动方式,在多数情况下,应由当事人自愿补充适用,才具实际意义。相反,弥补型生态修复方式由于其可视性以及对环境修复的即时性实现等特点,更具有优越的价值。

由此可见,不同生态修复类型是不该等量齐观的,其需要有合理的适用次序。根据上述分型,将生态修复情节分为两种:一种是恢复型修复方式,一种是代偿型修复方式。对于弥补型生态修复方式而言,对效果的追求是必要的。否则,这种弥补将流于形式,不利于恢复性司法的实施、环境正义的实现。然而对于代偿型生态修复方式来讲,并没有或不需要效果的呈现。在对量刑的影响上,如果不加区分的话,必然会导致人们倾向于选择那些不需要效果的代偿型生态修复方式,对环境保护来讲,这种激励未必是最佳的选择,甚至可能不利于相应目标的实现。遗憾的是,司法实践似乎并未充分践行上述认知。根据笔者对具体案件的梳理,发现不同类型的修复方式对具体量刑影响呈现出趋同化现象,不同修复类型的区别呈现出笼统难辨的状态,这直接导致对受损生态环境具有不同意义的修复活动被混同化处理。

不难想象的是,生态修复运作模式的非类型化区分必然导致环境违法犯罪人在生态修复履行上的投机化,这无异于诱导环境违法犯罪嫌疑人选择成本较低的修复方式,具体修复效果则不在考虑之列。这在实证案例中得到了印证。在不尽合理的刑罚配置模式难对生态修复模式优化起到反向激励效果的情况之下,环境违法当事人倾向于选择成本最低的方式,这就必然导致生态修复在环境刑法领域中出现“劣币驱逐良币”的现象。既然较为随意的生态修复方式完全可以达到犹如认真履行一般的减刑效果,当事人自然没有动力和必要去“避轻就重”。可见,得到圆满解决的是具体的案件,付出沉重代价的是生态环境。根据笔者对相关生态修复案件的实证分析,以缴纳修复金为主的代偿型生态修复占据了较大的比例,而最能体现环境治理成效的弥补型修复方式却由于操作性上的复杂性占比并不多。这不能不说是生态修复实践中存在的错位现象,极大地影响了环境整治的整体效果。

四、模式再造:生态修复情节司法适用的实践进路

生态修复情节的司法适用困境在很大程度上影响到恢复性司法在环境刑法领域的成效,如何破解?其路径如何选择?对问题的回应直接决定了环境正义的实现与否。诉诸实践,不难发现赖以量刑的生态修复信息常常处于混同为一的状态,缺少必要的区分度。因此,亟须厘清其适用次序,以归正司法适用实践。在其中,行政机关的参与是解决问题的关键。

(一)生态修复类型在司法适用环节的优化

1. 生态修复类型化前提下适用次序的厘正

在司法实践中,生态修复情节呈现出混同为一的状态,各形态之间鲜明的分际不为实务所重视,导致其对当事人的激励呈现消极状态。为消解上述生态修复量刑情节区分化不足的困境,宜倡导一种以直接修复为先、替代性修复为次、补偿型修复补充适用的修复次序。显然,对环境保护而言,恢复型生态修复方式具有可视性,更能避免寻租风险,应该成为更优位的选择。在其中,替代性修复方式具有更大的适用性,更契合环境保护头筹性和整体性的需求,而作为代偿型修复的劳役修复很难评估

其对环境的实际效果,金钱代偿又缺乏可见性,且具有修复上的不确定性,应在补充适用之列。恢复型生态修复方式(尤其是其中的替代修复方式)有比较法的强力支持。从异域经验看,美国环保局肯定了“在较小的案件中利用替代环境项目(SEP)政策做出更有意义的贡献”。^[47]

在理想情况下,生态修复情节和量刑之间应该存在良好的互动。和其他仅仅作为手段的量刑情节(比如很难说自首是人们追求的一种目标)不同,量刑和生态修复是两个并行的目标。前者主要为打击犯罪,实现刑法的规制目的;后者主要在于环境正义的实现。以量刑为本位观察,生态修复的完善程度决定了量刑的轻重,这是实现罪刑相适应的必然要求。以生态修复为基础观察,量刑配置模式应该能够反向促成生态修复具体操作模式向有益于环境正义目标的方向改进。如果实践模式未能或者未能很好地实现这样的目标,就必然是具有缺陷的实践模式,这就需要从刑罚配置方式方面着手解决。

2. 生态修复情节类型化下的环境行政机关角色

显然,上述目标的实现需要行政的通力配合。据笔者对案件的梳理,行政机关实质上常常呈现缺位的状态,这显然不利于环境修复目标的实现。在环境刑法领域,可以试行类似少年犯罪领域中的社会调查报告制度,环保机关通过生态修复调查报告的方式,作为沟通行政和司法的中介。行政机关对于环境保护的第一位监管责任,有比较法的经验支持。在美国,法院比较强调对行政的尊重,大部分替代环境项目是在环境监管机构的主导下完成的。^[48]环境监管机构独立达成的项目,当存在疑义时,由法院确认合理性。^[49]美国最高法院认为,法院对环境行政机关参与的生态修复协议进行量刑纳入时,应该充分尊重环境行政机关的专业性和职责,以不违背基础性原则为限。具体而言,宜将环境资源刑事案件中的生态修复统一纳入行政机关的先行处置之下。当事人追求轻刑的动机无可厚非,但须通过行政机关以签订协议或者部分签订协议^[50]的方式予以规范化过滤,将与行政机关签订协议的方式作为量刑的前提,根据履行情况给予有区别的激励,在量刑方面给予不同的权衡。上述认定之外的其他情形一般不作为量刑情节考虑。对生态修复协议的履行程度不必求全,根据修复对象实际情况,可以采取分阶段、部分履行的方式,充分尊重当事人的意愿。

从自身禀赋来看,行政机关在生态修复情节区分化方面具有资源优势。在行政的角色判断方面,美国布雷耶大法官曾有过经典的论述:“在把握程序、权衡公正、解释宪法方面,法院当然拥有更多经验。但是,行政机关对与自身主管事务相关的事实认定、政策把握方面,拥有更多的经验和优势。”^[51]在我国目前的环境资源审判中,如果不考虑司法与行政之间的衔接,将可能导致生态修复情节量刑适用的形式化和混同化,因此有必要把视线转向行政领域。在传统行政运作领域中,“行政超越了与司法之间的权力分工,在行政判断、行政程序、行政主体等方面逐渐呈现出司法化

[47] See Memorandum from John Peter Suarez, Assistant Administrator, U. S. Environmental Protection Agency, to Regional Counsels (Region I - X) et al. (Dec. 15, 2003).

[48] 在替代环境项目(SEP)s历史上,第九巡回上诉法院是第一个就替代环境项目(SEP)s的有效性做出裁决的联邦上诉法院。在一个案件中,地方法不顾联邦政府的反对,批准了拟议中的替代环境项目(SEP),提倡使用替代环境项目(SEP)s,尽管项目超出了法律授权的范围,而且不只是有利于原告。

[49] Edward Lloyd, *Supplemental Environmental Projects Have Been Effectively Used in Citizen Suits to Deter Future Violations as Well as to Achieve Significant Additional Environmental Benefits*, 10 Widener Law Review 413, 416 (2004).

[50] 美国环境实践中,政府“鼓励”这类协议,既保留了执法行动的惩罚性,又将筹集的资金用于环境保护。H.R. Conference Representative No.1004, 99th Congress, 2d Session 139, 1986, p.877.

[51] [美] 斯蒂芬·布雷耶:《法官能为民主做什么》,何帆译,法律出版社2012年版,第147页。

的倾向”。^[52]在生态文明法治领域中,处在发展阶段的环境司法难以满足日益增多的环境诉讼的需要,环境行政机关的介入恰逢其时。在我国众多的职能权力交叉里,只有在环境保护这一独特的领域,司法权和行政执法权才特别具有既不混同又不分离的融合条件。^[53]行政机关在生态修复刑罚考量中的优越性可从生态修复的系统性特点得以解释。充分利用行政机关统一调配生态修复资源的优势,化零为整,让“各家自扫门前雪”的环境犯罪被告人通过间接协作做出实质贡献,从而有利于整合既有的生态修复资源,发挥更大的环境保护效益。

(二) 反向激励导向下刑罚配置模式的完善

对于环境资源类刑事犯罪来说,环境正义是法官在个案中的重要考量。是故,突出刑罚配置模式对生态修复反向激励的功能,是优化刑罚配置的重要方向。

1. 生态修复刑罚配置模式优化的路径分析

在当下,我国相关的量刑规定更为细化,^[54]对一般量刑情节发挥了较好的指导作用,然而生态修复作为酌定量刑情节尚处于未纳入状态,更遑论照顾到生态修复情节的特殊性和优越性,导致司法实践中未规范化的量刑配置对生态修复的激励功能微弱,甚至可能结出“误导投机”之意外果实,导致生态修复实践常常流于形式化,极大地损害了环境正义。因此,为保证恢复性司法的实效,亟须进一步完善环境资源犯罪的刑罚配置模式。在具体量刑环节,可以建立分层级按比例从轻制度。由法院在环境行政机关进行履行形态及程度评价的基础上进行分级按比例从轻。这样既可实现量刑均衡,又可引导被告人积极修复生态环境。需要注意的是,实践中存在行政协议在定罪量刑之后被违反的情况,针对其量刑补救问题,应具体问题具体分析。如果归咎于环境行政机关,原量刑不宜改变;如果是基于环境违法当事人的恶意,可以视情追加其他责任方式。这样不仅可以有效降低行政机关的渎职风险,还可以激发环境违法人有效参与的动机。

为了进一步增强刑罚模式对生态修复优化的激励功能,需要从规范层面对生态修复情节量刑过程进行制度化改造。首先,将生态修复纳入当下的量刑规范化改革之中,区分不同修复形态,并细化相应的量刑规则;其次,在程序方面着力,通过对生态修复量刑的程序化改造,规范其制度功能,比如视情选择相对独立式量刑程序或隔离式量刑程序。^[55]改变司法适用中量刑情节“你中有我、我中有你”的一锅粥状态,将生态修复行为独立出来,给环境被告人以明确的预期,并进而达到以刑促和的目标。当然,司法也应该将那些真正具有意义的生态修复情节纳入进来,而拒斥那些与环境保护关联不大的情形。依据美国实践,法院倾向于将环境保护的法定要求与最有效保护环境的法定目标相协调。^[56]如果法院认定修复协议公平合理,且与相关法律或公共政策不相抵触,则应允许相应协议。此异域经验可资参照。

[52] 耿玉基:《超越权力分工:行政司法化的证成与规制》,载《法制与社会发展》2015年第3期,第178—191页。

[53] 参见前注[20],时永才主编书,第221页。

[54] 在最高人民法院下发的《人民法院量刑程序指导意见》(试行)中,总体上确立了一种“相对独立”的量刑程序改革模式,即在维持现有的定罪与量刑程序交错进行的状况下,突出量刑程序的重要性。这显然不能实质改变酌定量刑情节在庭审中的附属地位,不利于生态修复量刑情节地位的彰显。我国2010年最高人民法院颁行《人民法院量刑指导意见(试行)》与2014年《人民法院量刑指导意见》出台后,更多的量刑要素在常见犯罪中获得了与法定量刑情节相同的规范性要求。

[55] 参见陈卫东:《论隔离式量刑程序改革——基于芜湖模式的分析》,载《法学家》2012年第2期,第1—8页。

[56] *Sierra Club, Inc. v. Environmental Controls Design, Inc.*, 703 F. Supp. 879 (D. Or. 1989).

2. 生态修复刑罚考量中刑罚配置模式的构建

刑罚模式的构建应该从加强生态修复和具体刑罚的关联性方面着手。从样本案例来看,在生态修复情节与缓刑的关系上,并没有呈现出可察觉的规律性。为增强量刑之于生态修复的激励效果,缓刑适用宜以生态修复为基础前提。具体言之,环境违法当事人没有相关修复行为,不考虑缓刑的适用;反之,如果实施了有效生态修复行为或有明确可行规划者,除了明显恶意、共同犯罪主犯等情节严重情形外,应优先考虑缓刑的适用。^[57] 应有完整修复方案及资金投入以及环境行政机关和法院共同认可其效果作为缓刑适用的约束条件。环境行政机关可采取增加制约条款、要求被告人缴纳保证金等方式以确保协议的履行。在生态修复和罚金的关联上,应转换传统刑罚观念,注意发挥罚金之于生态修复的激励功能。应该充分考虑环境违法人的履行能力,但应设置底线限制。^[58] 在生态修复和资格刑的设计上,有必要激活资格刑之于环境违法当事人的吓阻功能。环境刑法应改变资格刑运用的寥落状态,通过恰当的组合设计,释放资格刑的威慑潜力,使其适当超越与缓刑捆绑适用的实践形态。在资格刑运用的制度保障方面,行政机关的参与至关重要,宜在资格审查环节和日常执法环节双管齐下,夯实资格刑之于生态修复的激励功能。

总而言之,在刑罚模式的再造方面,不应止于简单地为当事人的修复行为提供推动力,必须强调其之于生态修复模式优化的激励功能。通过合理的关联设置,以及对缓刑、罚金、资格刑以及其他可用制度工具的灵活适用,使得恢复性司法理念不至于成为一种空洞的宣示,而是转化为实实在在的行动。当然,真正实现刑罚模式的完善,还必须正视制度运行的外部环境,充分考虑其约束条件,确保刑罚模式配置中的操作可行性。我国在生态修复情节刑罚考量上,应该充分考虑到责任主体的履行能力等社会因素,以实现生态修复量刑领域中的矫正正义。在这方面,美国的经验可资参照,其替代环境项目对民事罚金减轻的程度,最高设定为80%,但存在两种可以全额免除的情形。一是被告人是小型企业、政府机构或非牟利机构;二是被告人负责的一个防止污染的替代环境项目(SEP),经过EPA^[59]确定质量优秀。这一点应该由第三方法院认定。^[60]由此可见,刑罚配置模式设计并非简单的技术处理,其中还应蕴含着深刻的关怀。

五、结 语

在长江经济带“共抓大保护、不搞大开发”的要求下,修复长江生态环境被摆在压倒性位置,恢复性司法成为一种被寄予厚望的创新话语。然而,在未曾全面拥抱现代刑罚观念的时代,尚深陷于传统刑罚观念的环境法官们,却很可能在对恢复性司法理念报以热诚的同时,将之无可奈何地形式化。生态修复情节的呈现形式千姿百态,其对刑罚裁量的影响自不相同,然而在司法实践中

^[57] 那么,实践中存在被告人在判处缓刑之后违背协议义务的情形,能否引起撤销缓刑的结果呢?《刑法》第77条规定的关于缓刑考验不合格的情形中并无相应的规定,法院或协议另一方是否可以根据被告人违背协议约定的义务而撤销缓刑,不无疑问,这显然不利于生态修复效果的实现。正是因为此,环境行政机关更有介入的必要。

^[58] 比如美国环保局考虑到威慑违法的必要性,对责任减轻百分比进行了强制规定。显然,环保局企图制造一种政府对违规者“强硬”的假象,这与政策相符,突出了“实质性货币惩罚”的重要性。参见替代环境项目(SEP) Policy (1995), 60 Fed. Reg., p.24856;替代环境项目(SEP) Policy (1998), 63 Fed. Reg., p.24796。

^[59] Environmental Protection Agency 是美国环境保护署的缩写。

^[60] Kenneth T. Kristl, *Making a Good Idea Even Better: Rethinking the Limits on Supplemental Environmental Projects*, 31 Vermont Law Review 235 (2007).

却难以对其精准分类并实现量刑上的合理化。显然,一刀切的做法有将复杂问题简化处理之嫌,虽然在反向激励方面有一定的意义,但无疑在很大程度上弱化了刑罚配置模式倒逼而成的优化整合功能,对生态修复中“避重就轻”的倾向无法形成有效的抑制。为有效解决环境刑法中生态修复量刑情节的司法适用问题,行政介入前提下优化生态修复模式是可取的选择。

环境行政机关利用自身掌握的丰沛资源,通过强大的整合能力,将信息不对称降至最低,并通过和司法协力的方式倒逼生态修复量刑模式的择优选用以及生态修复情节的合理分级,并进而实现刑罚配置的规范化。在缺少环境行政机构的参与下,法庭最终常常根据一些零碎片段的信息,通过一种“办公室作业”式的决策过程,对量刑问题做出草率的认定。^{〔61〕}政府作为公权力机关和其公共属性决定其是堪当生态法治建设的最恰当主体。^{〔62〕}在更新刑罚理念的基础上,通过刑罚配置模式的适当改造,进一步发挥司法的反向激励功能,更有利于恢复性司法的实现。从当下“一窝蜂环保”的虚假热情中抽身而出,将生态修复的核心职能交给行政机关,或许是最大的理性。当然,制度的改进并非一时之功,而是需要漫长时间的经验积累,行政机关之于生态修复司法适用的功能,以及生态修复情节刑罚考量的制度设计,值得进一步探索。

Abstract Based on the legal obstacles caused by the lack of legislation, ecological restoration often plays a role as a sentencing plot in criminal cases of the Yangtze River's environmental resources. Under the guidance of all parties, the defendant's specific ecological restoration activities are more comprehensively distributed in administrative enforcement, investigation, prosecution, penalty determination, penalty execution and other links. Different forms and different levels of ecological restoration behaviors have different actual impacts on the damaged ecological environment. The penalties in judicial practice have problems of the low accuracy and the lack of differentiation. This article selects 187 representative judgment documents to analyze the double obstacles in the process of the judicial application of the ecological restoration plot from the normative and operational levels through sample combing. It proposes that the court should establish a repair sequence that prioritizes direct repairs, takes repairs as the second choice, and supplements with compensation-based repairs according to specific situations. Furthermore, the court should make the full use of the role of administrative agencies in the field of criminal ecological repair, and incorporates its evaluation into the premise of ecological repair plot determination. On this basis, a reverse incentive mechanism to optimize the ecological restoration model is formed.

Keywords Ecological Restoration, Sentencing Circumstances, Penalty Allocation, Judicial Application

(责任编辑:高琪)

〔61〕 见前注〔43〕,陈瑞华文,第163—179页。

〔62〕 参见杨治坤:《生态法治建设中的政府职责》,载《法治社会》2019年第4期,第64—71页。