



# 生态环境犯罪中的拟制财产权

## 前沿话题

□ 焦艳鹏

### 生态环境犯罪判断中拟制财产权的形态

(一)经客观评估形成的拟制财产权:生态环境损害数额的确定

经客观评估形成的拟制财产权,是指在生态环境犯罪司法裁判中,对危害生态环境的行为所造成的后果,特别是对生态环境造成的损害,经以客观评价为主的方法评估后确定其生态环境损害数额,并纳入刑法评价的一种拟制财产权形态。

(二)经种类转换形成的拟制财产权:野生动植物的种类与数量

经种类转换形成的拟制财产权,是指在生态环境犯罪案件的司法裁判中,对危害生态环境的行为所造成的后果不进行基于生态环境损害数额的具体评估,而是以所涉生态环境或自然资源的种类与数量等算法要素计算相应的价值数额,并将其纳入犯罪危害后果的一种拟制财产权形态。

(三)经主观评价形成的拟制财产权:自然遗产与文化遗迹等的价值

经主观评价形成的拟制财产权,是指经以主观方法为主的评价方法,对具有自然价值、文化价值、历史价值等在内的自然遗迹、文化遗迹、历史遗迹等自然景观、文化景观、历史景观等的附着物造成破坏等形成的危害后果进行测量而形成的拟制财产权形态。

### 生态环境犯罪中拟制财产权的主要特征

(一)生态环境犯罪中拟制财产权的稀缺性

生态环境的特殊性决定了破坏生态环境所形成的损害并非如普通财产损失一样,而是会受到诸多自然或技术因素的制约与牵引。价值因稀缺而产生,稀缺是财产权具有价值的重要理据。就生态环境容量而言,其不仅总量有限,且具体生态空间中容纳与吸收污染物的数量也是有差异的。因此,环境容量的承载力表现出鲜明的地区与时空差异。基于对生态环境容量的

消耗是否合法,行为人对生态环境造成影响的行为存在合法与否的区别,消耗生态环境容量的行为在法律评价上可区分为合法行为与非法行为。非法行为中超过刑法容忍限度的行为可成立犯罪行为,因此生态环境容量的分配正义也影响着生态环境犯罪中拟制财产权的性质及其法律意义。

(二)生态环境犯罪中拟制财产权的市场性

市场通过价格调节供求关系,使得生态环境犯罪中的诸多拟制财产权具有市场性。市场价格对生态环境犯罪中拟制财产权具有塑造功能。虽然生态环境犯罪侵害的核心法益是生态环境及其要素所具有的生态系统服务功能,但对生态环境犯罪的危害结果进行评估时,生态环境要素所具有的市场价格仍具有较大参考意义。这既是基于科学与客观事实的考量,也是人们对生活常识和生活情感的尊重。犯罪所得对生态环境犯罪中拟制财产权也具有塑造功能。如当事人污染环境的行为造成的生态环境损害巨大且具体数额无法评估,但当事人污染环境违法犯罪的非法所得可以测量时,此数额在定罪量刑特别是在判处刑罚时具有较大参考价值。

(三)生态环境犯罪中拟制财产权的功能性

生态环境犯罪中拟制财产权具有强功能性与弱替代性。与普通的财产权相比,生态环境拟制财产权并不具有交易属性,人们在市场上不可能通过交易行为获得其功能,而只能通过保持生态环境的原有形态而获得这些功能。在一定程度上,人们保护生态环境不是为了保护其财产权利,而是为了满足人们日常生活或美好生活需要,使生态环境中的诸种要素保持其服务功能,以保障人们在良好的生态环境中实现代际之间的可持续发展。生态环境犯罪造成的生态环境损害具有实质性甚至不可修复性,所以尽管通过生态环境价值评估方法对生态环境所造成的损害进行技术性转化与量化处理,但此价值数额所表征的仅是生态环境受损的程度。

### 拟制财产权与生态环境犯罪的实质客体

(一)拟制财产权并非生态环境犯罪的实质客体

无论对犯罪概念,刑法目的还是刑法功能上,拟制财产权均非生态环境犯罪的实质客体。

生态环境犯罪是以生态环境为侵害对象,造成人的生活利益被侵害或威胁的犯罪,从实质刑法观尤其是实质的犯罪概念出发,拟制财产权显然不是生态环境犯罪的实质客体。经由科学方法评估出的生态环境损害数额并没有直接指向人基于生态环境的根本生活利益,因此其并非生态环境犯罪的立法目的,也并非刑法所保护的实质客体。生态环境犯罪判断中的拟制财产权并非生态环境犯罪保护的全部内容,也并非该犯罪的实质客体。虽然大多数生态环境违法或犯罪行为并不直接剥夺他人的生命权、财产权或自由权,但对人的生命质量、生活质量等有或多或少的影响。从这个角度而言,生态法益既具有公法维度,也具有私法维度,且与人的生活利益紧密相关。在这个意义上,可以将生态环境犯罪界定为:生态环境犯罪是造成人的基于良好生态环境的生活利益受损或威胁他人的健康利益等核心生活利益的犯罪行为。

(二)生态法益在一定程度上可转化为拟制财产权

健康利益的受损在一定程度上可由医疗疾病的成本体现,因此生态环境犯罪产生的健康利益损失在一定程度上可转化为拟制财产权。在危害生态环境的违法犯罪行为中将此种利益转化为生态环境的价值损失或生态环境价值相关的数额,在本质上是将犯罪的危害后果转化为可供司法测量的拟制财产权利益。在严密的法治体系之下,对属于公共物品的生态环境造成破坏,不应仅从道德上谴责,还应追究行为人的民事责任、刑事责任等法律责任。将生态环境受损情况在技术上转化为价值或财产数额,转化为拟制财产权利益,可更好地进行精细化司法度量,更公正合理地确定行为人的刑事责任。

(三)拟制财产权在生态环境犯罪判断中的运用

拟制财产权在生态环境犯罪判断中的运用,关键在于如何界定生态环境犯罪的实质客体。健康利益的受损在一定程度上可由医疗疾病的成本体现,因此生态环境犯罪产生的健康利益损失在一定程度上可转化为拟制财产权。在危害生态环境的违法犯罪行为中将此种利益转化为生态环境的价值损失或生态环境价值相关的数额,在本质上是将犯罪的危害后果转化为可供司法测量的拟制财产权利益。在严密的法治体系之下,对属于公共物品的生态环境造成破坏,不应仅从道德上谴责,还应追究行为人的民事责任、刑事责任等法律责任。将生态环境受损情况在技术上转化为价值或财产数额,转化为拟制财产权利益,可更好地进行精细化司法度量,更公正合理地确定行为人的刑事责任。

### 拟制财产权在生态环境犯罪判断中的运用

(一)拟制财产权在生态环境犯罪判断中

的功能

因固危害行为导致的生态环境拟制财产权的损失作为危害后果纳入犯罪判断中,有利于实现对生态环境犯罪中犯罪后果判断的基本价值指引。将生态环境犯罪侵害的生态法益具体转化为拟制财产权后,可较好地实现与人们在日常生活中已经拥有或可感受的财产利益特别是货币利益的对比,这既有利于人们判断生态环境犯罪危害后果的大小,也有利于人们基于罪责刑相适应的朴素观念对犯罪行为建立起准确、可感知与认同的评价标准。

(二)拟制财产权在生态环境犯罪判断中的使用限制

拟制财产权是一种观念性、技术性权利,并非民法中的法定权利,而是基于司法目的构造的权利。构造拟制财产权这一分析框架的目的是为了公正司法与精细化犯罪判断建立技术性指引。就拟制财产权而言,在生态环境犯罪判断中应仅在促进对犯罪行为所侵害法益的判断与测量方面使用。

(三)将拟制财产权纳入生态环境犯罪的综合考量体系

应在基本生活利益满足前提下理解生态环境拟制财产权的侵害。刑法在考量人们所从事的危害生态环境行为的违法性时既要注意行为人对既有法律规范的认知,也要注意其行为是否是为了满足基本的生活需求。危害生态环境的行为中,如果行为人的行为不违反民法、行政法确立的产权制度、行政管理规定,则其危害生态环境并造成拟制财产权等生态环境价值受损的行为也不应被刑法评价。在考量生态环境拟制财产权侵害的同时,有必要考量此类犯罪的社会相当性,并充分考虑公众的法感情,将法律效果、社会效果等统筹起来进行精细化考量,最大限度地保障个案的公正合理裁判。

拟制财产权对生态环境犯罪的定罪、量刑以及综合治理均具有重要意义,但在保障人的基本生活利益、维护法秩序统一以及行为与惩罚具有社会相当性的基础之上引入,且其具体适用应受到刑法中主客观相一致原则、罪责刑相适应原则等的制约,唯其如此,方能促进公正的司法裁判,让人们在每一个生态环境刑事案件中感受到公平正义。

(原文刊载于《中国法学》2023年第6期)

## 观点新解

### 彭岳谈在线市场操纵行为的法律规制——可从三个维度对其实施不同类型的规制



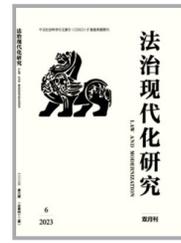
南京大学法学院彭岳在《法律适用》2023年第11期上发表题为《在线市场操纵行为的法律规制》的文章中指出:

随着数字时代的来临,得益于大数据分析技术的发展,受制于同业竞争压力的增加,以在线平台为代表的各类营利主体越来越倾向于大量收集、获取、储存和分析个人数据,以扩大其对电子商务个人消费者的信息优势,并利用行为经济学关于个人有限理性、有限意志力和有限自利的洞见,强化对个人消费者的影响,促使后者作出非理性、非自愿或有损个人利益的消费决策。相关在线市场操纵行为不仅可能妨碍个人意思自治、侵害个人尊严,还可能扰乱市场竞争过程和秩序,进而有损整体社会福利。

传统规制方法将消费者视为理性经济人,试图通过信息范式来解决信息不对称引发的经营者和消费者议价能力差异问题。这一规制方法没有充分重视消费者普遍存在的认知偏差。在线市场操纵行为无论在范围、规模还是深度上均与传统商业操纵行为有明显不同。在消费者被数字技术诱导,个人行为数据化过程不可逆的情况下,国家有必要认真对待此类操纵行为,限制它们对消费者真实意思自治的过度侵犯。即使某一市场行为构成典型的在线操纵,在现代规制理念下,并不意味着国家强制力可以随时介入予以矫正。在确立操纵概念之后,还要进一步分析在线市场操纵行为的社会危害性,进而确定引入法律规制的门槛要件。

现有立法对在线市场操纵行为规制不足的问题,可从三个维度对其实施不同类型的规制。个人信息保护路径旨在增强个人对个人信息的控制力,将“取得个人的同意”作为授权他人处理个人数据的前提要件之一。问题是,受思维模式所限,普通个人往往过于轻易作出同意决定,从而陷入“隐私悖论”。与之不同,利益一致规制路径和法律助推路径并不认为个人同意是万能解药,而是分别从给特定市场主体施加额外义务和促进消费者理性思考的角度来应对在线市场操纵行为引发的规制危机。此类规制方法有助于缓解在线市场操纵对消费者的剥削。但是,无论是利益一致规制路径还是法律助推路径,均有可能深度干预市场主体自主决策,在引入相关规制措施时,有必要对之施加实质性限制。就此,行为经济学的洞见将提供极为有益的指导。

### 姜红利谈中国特色新型城镇化道路的核心——应凸显对城镇化进程中农民权益的保护



南京师范大学法学院姜红利在《法治现代化研究》2023年第6期上发表题为《城乡融合发展中的新型城镇化路径》的文章中指出:

城乡融合发展理念下的中国新型城镇化道路承载着时代和实践特色,既不同于传统常住人口的城镇化,也不应简单追求户籍人口的城镇化。中国特色新型城镇化道路既要承认城乡二元政策下乡村对城镇化建设的支持保障作用,也要直面城镇化进程中乡村的凋敝和农民的弱势;既是和农业现代化及乡村振兴战略协同发展的城镇化,也是提高城乡社会保障和公共服务水平相协调的城镇化,要转变依靠土地征收和农村劳动力低成本、单向度扩张的传统城镇化模式,应积极构建城乡互动共荣的新型城镇化模式。首先,城乡二元政策的功能应由对乡村的“利用”转变为“优先发展”。对农村和农民保护的城乡二元政策是缩小城乡差距,保持社会稳定、积极稳妥推进中国特色新型城镇化、全面建成小康社会的坚实保障;其次,新型城镇化进程中的乡村应从原来的经济稳定调节器扩展到文化生活调节器,使其成为一种和现代性相协调的城乡二元政策;最后,新型城镇化建设应转变目前的用地模式,控制城市的用地规模,提高用地效率,优化土地利用结构。

传统城镇化发展模式是以牺牲农村和农民为代价的,新型城镇化道路应凸显对城镇化进程中农民权益的保护,这是中国特色新型城镇化道路的底线也是核心。在相关制度设计上,应对弱势的农民群体予以保护,同时对于强势群体施加压力机制,如此方能预防或避免实践中出现地方政府以城镇化为名,损害侵占农村和农民利益的情形。其一,新型城镇化建设更加强调户籍人口的城镇化,但进城落户的农民和原有城市居民在城镇化带来的发展红利享有上仍存在不平等,如何保障进城农民权益,加快缩小城乡居民收入差距,是中国新型城镇化进程中以人为核心的根本体现;其二,征收农地是地方政府推进城镇化的主要用地模式,如何保障被征收农民的合法权益是城镇化进程中的重要问题。关于农地征收的法律规定,主要体现在民法典和土地管理法两部法律中;其三,保留进城落户农民的集体“三权”可以促进城乡要素的流动,是构建新型城乡互动关系的体现。进城落户的农民往往都是村里的能人或经济条件较好的成员,保留此类群体的集体“三权”,有助于促进其带动家乡和村民发展,进而维系乡村凝聚力和文化传承。

(赵珊珊 整理)



# 《周礼》中的内朝和外朝制度

## 法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

据《周礼》记载,周朝有内朝、外朝之别。郑玄注《周礼》,以为天子所在地有五门,由外而内依次为皋门、库门、雉门、应门、路门,外朝在库门外,内朝在路门外,路门以内又有一内朝,亦称燕朝。路门以外的“内朝”又称“治朝”。治朝对库门外的外朝而言为“内朝”,对燕朝而言,又可称为外朝。

按照正常的历史发展顺序,最早的奴隶制国家都是经过军事民主制阶段而跨入文明社会的。军事民主制时期有两种情况值得注意:一是“军事首长、议事会和人民大会构成了由氏族制度中发展起来的军事民主制的各个机关”;二是“世袭王权”和“世袭贵族”的形成。从世界范围来看,建立在军事民主制废墟之上的国家政权组织,都会保留军事民主制的某些残余,并且长期地存在于后代。

根据人类社会的这一发展规律,这些说法,笔者判定周初的内、外朝是这样的:外朝——国人集会。《周礼·秋官司寇》载:“小司寇之职,掌外朝之政,以致万民而询焉。一曰询国危,二曰询国迁,三曰询立君。”《周礼·地官司徒》载:“乡大夫之职……国大询于众庶,则各帅其乡之众寡而致于朝。”《周礼·地官司徒》载:“凡国之大事,先卜而后卜。”这种国人集会实质上是军事民主制时期“人民大会”的一

种遗留。但国人集会并非昔日军事民主制时期的“人民大会”,它不是权力或决策机构,而是一个供统治者咨询的团体,是周朝统治者企图争取国人的支持,以克服困难、摆脱危机的一种手段。统治者“致万民而询焉”,并不是说统治者准备依据国人的意见去行动,而是让国人秉承统治者的意图去行动。

内朝(治朝)——贵族议事会。彝铭中有“御事”一词。御事是由军事民主制时期贵族议事会演变而来,在周初,它是王室执政大臣处理军政事务的合议机构。所谓“治朝”(内朝),即“群臣治事之朝”。一般政务,御事可自行处理,如《师永孟》载益公、井伯、荣伯、尹氏、师俗父、遣仲等办理王赐师永田事;《卫盂》载伯邑父、荣伯、定伯、琯伯、单伯处理鲁卫与矩伯庶人之间的以物易田事。但重大事情,则由周王亲自决断。例如,分封诸侯,册命官吏,皆由周王主持,彝铭中几乎没有大臣主持分封、册命事务者。

西周初期,外朝、内朝是周初政权机构的基本格局。外朝(国人集会)是一种咨询机构;治朝(御事)是中央最高官署,而到了西周中期,除了御事之外,《毛公鼎》铭文中又出现了与之并列的大史察,两者似有相互制约关系。促使大史察产生的关键因素是西周中期策命制度的建立。陈梦家先生指出,西周成康时期虽有史官代宣王命的事例,然尚未形成一种制度。到了恭王时期始为定制,策命的时间通常常在“旦”,策命仪式是:受命者在左,侯相在其右,导引受命者入门立中庭,面北向,王南向,直读策命的两种

史官:一种是册册的史官;另一种是宣读者,形成了一套完整的策命制度。

笔者认为,策命制度是天子企图以大史察制约御事权力的一种手段。从此,周王颁布政令便可一人作主,是否与御事商量,决定于周王个人意愿,史官将王命公布于朝,御事则有承受执行而已。“乡饮酒礼”虽还存在,但变成了一种单纯的敬老酒会仪式。

史官随着策命制度的建立,便从御事察中分化出来,《礼记·曲礼》云:“天子建天官,先六大,曰大宰、大宗、大史、大祝、大士、大卜,典司六典。天子之五官,曰司徒、司马、司空、司士、司寇,典司五众。”天官是宗族祭祀官,五官是治民之官。杨宽先生考证“天官”属于大史察,“五官”属于御事察。御事察大都由那些大宗族贵族元老组成;大史察则由一些微臣卑职组成,不像御事察成员那样与周王具有宗法血缘关系。周王为了牵制外朝的御事察,让近侍侏臣即属于大史察的宰、膳夫、公族等同御事察成员一道参与政务。

西周中期以后,又设立大史察,作为内朝,御事察变成外朝;到西周晚期,《番生簋》铭文中又出现了公族、御事和大史三察并举,公族亦成为一察。《礼记·文王世子》云:“公族朝于内朝,内亲也。虽有贵者以齿,明父也。外朝以官,体异姓也。”那么由公族组成的内朝就是礼书上所讲的燕朝。孙诒让《周礼正义·朝士》疏云:“贾疏云:‘天子诸侯皆三朝,内朝二,路门外与路寝庭是也。外朝一,此朝在皋门内,库门外是也。’”“内朝二”,一为治

朝,位于路门外;一为燕朝,位于路门内的寝庭。

西周中期,周王设立大史察以牵制御事察,御事察成员大都为贵族元老,而大史察成员大都为微臣卑职。但是,虽为微臣卑职,却也有着自己独立的经济利益,并且由于周王的宠爱信任,握有军政实权,发展了自己的经济势力,随着羽翼丰满,亦会同御事察一样,与周王离心离德,这是无法避免的一种趋势。御事察不可靠,大史察现在也靠不住了,怎么办呢?只有依靠公族了,公族大都与周王有较近的血缘关系,两者也有较多的共同利益(公族靠周王的赏赐分封而生活)。

公族察产生后,周朝内、外朝制度的格局便呈现为:内朝(燕朝)——公族察,内朝(治朝)——大史察,外朝——御事察,外朝——国人集会。其演变趋势为:内朝逐渐夺取外朝的权力而变为外朝;但新的内朝很快形成,然后再取代原来的外朝,如此循环不已,波澜迭起。西周初期的外朝是国人集会,内朝为御事察;西周中期以后,大史察成为内朝,御事察变为外朝;西周晚期,公族察成为内朝,大史察变为次一级的内朝。

周代以后的历代封建王朝,皆有内朝、外朝之分,其发展趋势,一般都是君主重用近臣、宦官等内朝官抑制外朝大臣,以内朝侵夺外朝实权;等到内朝官掌握朝政,权势渐重而有震主之威时,君主便引用新的心腹近臣,组成新的内朝,抑压权臣。如此循环往复,长达数千年之久,而这种内朝与外朝的对立、演化,则肇始于周代。