

农用地“三权分置”的 生态风险与刑法应对

吴萍¹

【摘要】：“三权分置”落实了农民对农用地的财产性权利，提高了土地资源配置，实现了公平与效率的统一。但贯彻实施中也潜藏着致使耕地数量减少、耕地质量降低的因素，引发生态风险。非法占用农用地罪和污染环境罪是规制“三权分置”生态风险的最有力手段。现行刑法生态法益保护不够，法定刑配置趋轻，非法占用农用地罪和污染环境罪的入罪门槛偏低，影响了刑罚预防功能的实现，不足以应对“三权分置”引发的生态风险。未来刑法修正应确立生态法益为非法占用农用地与污染环境罪的主要法益的立法理念，同时加大自由刑的处罚力度、增加生态恢复等非刑罚处罚措施，为“三权分置”的顺利实施保驾护航。

【关键词】：农用地 非法占用农用地罪 污染环境罪

【中图分类号】 PF461 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1004—518X（2020）12—0181—09

“三权分置”是我国农村土地权利制度的一项重大改革和创新，对推进我国农村现代化建设、乡村振兴战略的实施具有丰富的价值意蕴。“三权分置”在强调农地经济产出、实现农民对土地财产性权利的同时，也会对农地上附着的生态属性造成挤压，威胁到国家的粮食安全与生态安全。

近年来“三权分置”及其风险防范成为学界的研究热点，¹但当前有关“三权分置”制度风险防范的法律规制手段的研究主要集中于民法与行政法的角度，鲜见刑法的身影。实际上，制度变迁带来的社会风险的增加是刑法变革的重要力量，近年来为应对风险社会，刑法逐渐走向立法活性化、干预能动化。

作为一种社会治理和社会控制的机制，为实现其法益保护机能，刑法理应对“三权分置”引发的生态风险做出积极的回应。本文在肯定“三权分置”积极意义及价值意蕴的前提下，深入研究“三权分置”实现途径中潜在的生态风险，指出现行刑法应对“三权分置”生态风险的不足，提出完善的对策与建议，力求使“三权分置”实现最大的制度产出。

一、农用地“三权分置”的实现途径、价值意蕴及生态风险

20世纪80年代的农村集体联产承包责任制实现了两权分离，极大地调动了农民的生产积极性，解决了农民温饱问题。但随着城镇化、工业化的提升，家庭承包责任制下的农地细碎化严重阻碍了农业生产规模化、现代化进程。

1984年中央一号文件首次提出允许农户经集体同意可以转包承包地给种田能手，开始探索农地承包经营权的流转，并最终在2002年颁布的《农村土地承包法》中上升为法律规定。但是农村土地承包经营权不过是身披私权外衣的社会保障之替代品，

¹**基金项目**：江西生态文明建设制度研究中心项目“农用地三权分置制度风险及刑法应对研究”（JXST2004）；国家社会科学基金一般项目“农用地休养生息生态补偿法律问题研究”（15BFX153）；江西省高校人文社会科学规划项目“三权分置下耕地轮作休耕的有效实现研究”（FX18101）

作者简介：吴萍，东华理工大学江西生态文明建设制度中心，东华理工大学文法学院教授。（江西南昌 330013）

^{[1] (P464)} 若允许土地承包经营权自由流转，随之而来的可能是不可逆的农地高度集中，无地农民失去基本保障，进而诱发社会危机。

^{[2] (P33)} 因此，既能确保失地农民的生存保障，又能实现农地的适度规模经营的“三权分置”政策设计应运而生。

党的十八届三中全会首次提出对“承包权”和“经营权”进行分权设置；2014 年中央一号文件对此做出回应，第一次正式使用“土地经营权”的概念；2016 年中共中央办公厅、国务院办公厅（以下简称“两办”）印发《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》（以下简称《意见》），将土地承包经营权分为承包权和经营权，实行所有权、承包权、经营权分置并行；2018 年 12 月 29 日出台的《农村土地承包法》通过第 9 条、第 33 条、第 34 条、第 36 条等条文将承包地“三权”分置的权利结构确立为“所有权+土地承包经营权+经营权”，“三权分置”政策顺利地实现了法律转化。

自 2014 年中央一号文件后，各种中央政策性文件反复多次强调要加快完善“三权分置”的具体实施途径，各地也相继开展了“三权分置”的探索与实践。如贵州湄潭的“两田制”、珠江三角洲的“农地股份制”、成都“确权赋能”模式、重庆“股田制公司”模式、湖南益阳和安徽宿州“土地经营权信托”模式、宁夏平罗“土地信用合作社”模式等。²

在总结各地实践经验的基础上，2016 年“两办”印发的《意见》明确指出：“鼓励采用土地股份合作、土地托管、代耕代种等多种经营方式，探索更多放活土地经营权的有效途径。”截至 2017 年底，全国家庭承包经营耕地流转面积 5.12 亿亩，流转面积占家庭承包耕地总面积的 37%。^{[3] (P45)}《农村土地承包法》第 36 条规定：“承包方可以自主决定依法采取出租（转包）、入股或者其他方式向他人流转土地经营权。”

农用地“三权分置”改革对推进我国农村现代化建设产生多维作用，具有丰富的价值意蕴，破解了农地流转的障碍，实现了农地的规模经营，发掘了农地的融资潜力。“三权分置”的落实，一方面强化了农地的财产属性，实现了农民对农地的财产性权利，让广大农民平等地参与现代化进程，共同分享现代化成果；另一方面用活了经营权，物尽其用，提高了土地资源配置，实现了公平与效率的统一。^{[4] (P57)}然而，任何创新与变化在带动我们进步的同时，也都潜藏着一定的风险。“三权分置”的实现途径，在一定程度上引发了某些生态风险。

首先，“三权分置”下易使农地非粮化、非农化现象加剧，导致耕地数量减少。“三权分置”设计之初就是为了解决“两权分离”下农地零星化、碎片化状态，形成现代农业的规模化、集约化，而农业经营的规模化、集约化是通过庞大的城市工商资本反哺农业与流转农地相结合来实现的。

工商资本是乡村产业发展振兴的重要力量，自 2013 年中央一号文件提出鼓励和引导城市工商资本到农村发展适合企业化经营的种养殖业，工商资本每年投入乡村产业的投资都在万亿元以上。但是工商资本下乡是把双刃剑。

资本都有逐利的本能，资本下乡要挖掘的是土地的高效价值，而农业种植的利润回报率低，因此资本进入农村以后，往往在流转土地上并不进行农业生产经营，而是改变土地使用性质，以观光农业、现代农业、休闲农业等为借口，大搞基本建设、政绩工程，任意修建厂房、大棚、公路、办公用房、乡村酒店等固定设施，对土地进行非农化使用。³

即使有些流转土地没有被改变用途，也由于主粮种植的产出效能低而被下乡资本选择种植更为高效的其他经济作物，如苗木、蔬菜等，威胁粮食安全。

其次，“三权分置”易致农地负荷加重，地力下降，污染严重，导致耕地质量降低。近年来农地信托流转逐渐受到青睐，如浙江“绍兴模式”、湖南益阳“草尾模式”、福建“沙县模式”、安徽宿州“中信信托模式”等，仅仅是福建省沙县采用信托方式流转的土地就占了沙县农地流转的 60%。

农地信托流转一般是分散的土地承包经营权人在同一目的下将土地承包经营权委托给村民委员会（宁夏平罗模式）或政

府部门（安徽宿州模式），再由村委会或政府部门将归集的土地承包经营权转移给信托公司。实践中因信托公司不具有农业经营的优势，其再将信托农地出租给农业经营公司经营。如在安徽宿州的农地信托中，埇桥区政府将朱庙村、塔桥村农户承包经营的 5400 亩农地信托给中信信托有限责任公司，委托人和受益人是埇桥区政府，受托人是中信信托有限责任公司，中信信托有限责任公司再将受托的土地委托给帝元现代农业公司进行经营管理，帝元现代农业公司后将其建成了现代农业循环经济产业示范园。⁴

在农地信托关系中，至少出现了四方主体，分散的农户、政府（委托人）、信托公司（受托人）和农业经营公司（实际经营者），这些人都要从土地经营中受益。在埇桥区政府和中信信托有限责任公司签订的《土地承包经营权信托流转合同》中就约定，中信信托有限责任公司管理农地获得的收益扣除信托报酬之后，交付给埇桥区政府，埇桥区政府再将取得的收益分配至各农户。

[5] (P22-23)

农地的盈利空间是非常有限的，受益主体的增多势必导致对土地穷兵黩武式的掠夺，加之实际经营人通过流转合同取得对农地占有、耕作、收益的权利，具有期限短、不确定的特性，对土地没有天然的情感，一定是极尽所能地对耕地进行掠夺性开发，化肥和农药大量使用，造成土壤硬化、酸化、盐碱化、重金属污染，地力下降、水土流失等等，威胁生态安全。

二、现行刑法应对“三权分置”生态风险的罪名梳理

现行刑法关于破坏土地资源犯罪的罪名共有五个，分别是非法转让、倒卖土地使用权罪（第 228 条），非法占用农用地罪（第 342 条）和非法批准征收、征用、占用土地罪（第 410 条）、非法低价出让国有土地使用权罪（第 410 条）及污染环境罪（第 338 条），前四个罪注重土地数量保护，污染环境罪重在土地的质量保护。

非法占用农用地罪和污染环境罪是规制“三权分置”生态风险的最有力手段。首先，非法批准征收、征用、占用土地罪及非法低价出让国有土地使用权罪的客观方面的危害行为并不出现在土地的流转环节，故不在本文的讨论范围之列。其次，非法转让、倒卖土地使用权罪是指以牟利为目的，违反土地管理法规，非法转让、倒卖土地使用权，情节严重的行为。该条采用的是空白罪状的模式，根据全国人大常委会 2001 年通过的《关于〈中华人民共和国刑法〉第 228 条、第 342 条、第 410 条的解释》的规定，违反土地管理法规，是指违反土地管理法、森林法、草原法等法律以及有关行政法规中关于土地管理的规定，而与“三权分置”相关涉及农用地使用权合法转让方式则主要规定在《农村土地承包法》中。该法第 38 条规定：“土地经营权流转应当遵循以下原则：（一）依法、自愿、有偿，任何组织和个人不得强迫或者阻碍土地经营权流转；（二）不得改变土地使用权的性质和土地的农业用途，不得破坏农业综合生产能力和农业生态环境；……”依第 38 条第 2 项的规定，当非法转让、倒卖土地使用权罪的犯罪对象为农用地时，其行为方式表现为“改变农用地的性质和用途，破坏农业综合生产能力和农业生态环境”，与第 342 条非法占用农用地罪状“改变被占用土地用途，造成耕地、林地等农用地大量毁坏”存在重合与交叉，且两罪还具有法益（土地资源保护）的同一性，符合法条竞合的形式与实质判断标准，^{[6] (P127)}二者具有法条竞合关系。按法条竞合特殊优于一般的处理原则，实务中该情形一般会按非法占用农用地罪进行处理。此外非法转让、倒卖农用地罪主观方面必须以牟利为目的，入罪证明标准比非法占用农用地罪高，且较之于建设用地，农用地的经济价值小得多，实务中该罪也多见于国有建设用地及农村集体经营性建设用地的非法转让、倒卖犯罪活动。因此，非法转让、倒卖土地罪司法实践中适用于农用地场合较为罕见。

非法占用农用地罪经由 2001 年《刑法修正案（二）》的修改，犯罪对象由“耕地”扩大为“耕地、林地、草地”等农用地，是指自然人或者单位违反土地管理规定，非法占用耕地、林地等农用地，改变被占农用地的用途，数量较大，造成耕地、林地等农用地大量毁坏的行为。^{[7] (P135)}从犯罪客观方面看，该罪是典型的行政犯，违反土地管理相关法规是成立本罪的前提条件。2019 年出台的《土地管理法》第 75 条以附属刑法的方式对非法占用耕地的行为加以明确规定，指出违反本法规定，占用耕地建窑、建坟或者擅自在耕地上建房、挖砂、采石、采矿、取土等，破坏种植条件的，或者因开发土地造成土地荒漠化、盐渍化的，由县级以上人民政府自然资源主管部门、农业农村主管部门等按照职责责令限期改正或者治理，可以并处罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。同时该罪是结果犯，该罪的成立条件是行为人非法占用农用地数量较大，且造成农用地大量毁坏的结果，根

据最高人民法院《关于审理破坏土地资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（2000 年）第 3 条的规定，非法占用耕地“数量较大”是指非法占用基本农田五亩以上或者非法占有基本农田以外的耕地十亩以上，“造成耕地大量毁坏”是指行为人非法占用耕地建窑、建坟、建房、挖沙、采石、采矿、取土、堆放固体废弃物或者进行其他非农业建设，造成基本农田五亩以上或者基本农田以外的耕地十亩以上种植条件严重毁坏或者严重污染。从犯罪主体看，该罪主体为一般主体，可以是自然人或单位，包括农民、村民委员会、土地承租方或使用人等。该罪的主观方面只能是故意，且必须是直接故意，即主观上有非法占用农用地意图。该罪的犯罪客体是国家对土地资源的管理活动或管理秩序。

对于非法占用以外的滥用农用地，如向农用地排放、倾倒或者堆放有放射性的废物、有毒有害物质则构成污染环境罪。污染环境罪由 2011 年《刑法修正案（八）》（以下简称《修（八）》）对 1997 年刑法中的重大环境污染事故罪修正而来，污染环境罪是指自然人或者单位违反国家规定，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，严重污染环境的行为。农用地作为重要的环境资源要素成为该罪的犯罪对象。2013 年最高人民法院、最高人民检察院（以下简称“两高”）联合发布的《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（2016 年修订）（以下简称《解释》）第 1 条第 12 项规定，致使基本农田、防护林地、特种用途林地五亩以上，其他农用地十亩以上，其他土地二十亩以上基本功能丧失或者遭受永久性破坏的，应当认定为“严重污染环境”。通说认为，本罪的犯罪客体为国家环境保护管理制度，客观方面表现为违反国家规定，排放、倾倒或者处置有毒有害物质，严重污染环境的行为，犯罪主体为一般主体，包括自然人和单位，犯罪主观方面为故意。^{[8] (P229-232)}

三、污染环境罪、非法占用农用地罪应对“三权分置”生态风险的不足与修正

制度变迁带来的社会风险增加是刑法变革的重要力量。近二十多年来是我国土地制度改革最为活跃的二十多年，土地市场化正逐步深入。现行刑法自 1997 年修订后通过一个单行刑法及十个刑法修正案不断地得到补充与完善，但关于土地资源保护的规范却未作实质性的调整，在应对农用地“三权分置”的生态风险方面尚有不足。面对土地制度的重大变革，刑法应积极回应社会关切，做出相应的调整与修正。

（一）传统的秩序、人身、财产法益不足以应对“三权分置”生态风险，应确立生态法益为侵犯农用地犯罪主要法益的立法理念

判断犯罪所保护的法益，应当根据具体犯罪所属的类罪及刑法规定的罪状内容来确定。^{[9] (P139-141)}与犯罪客体存在复杂客体，且有主次之分一样，个罪保护的法益也是多样且有强弱之分。非法占用农用地罪和污染环境罪的法益依次为秩序法益、人身财产法益及生态法益，但生态法益处于最弱地位。⁵

首先，非法占用农用地罪和污染环境罪处在刑法分则第六章“妨害社会管理秩序罪”的第六节“破坏环境资源保护罪”中，我国刑法分则的章节名即类罪名，是按照同类客体来分类与排序的，因此刑法分则第六章的同类客体是社会管理秩序，同时第六节的犯罪在罪状描述中大都以违反行政法律法规作为前提条件，通常表述为“违反国家规定”或“违反管理法规”，非法占用农用地罪和污染环境罪也不例外，可见秩序法益是这两罪的首选法益。

其次，人身法益和财产法益也是污染环境罪和非法占用农用地罪的重要法益。虽然《修（八）》已将人身法益和财产法益作为危害结果的重大环境污染事故罪修改成危害结果为“严重污染环境”的污染环境罪，向生态法益迈出了重要一步，甚至有学者认为本罪已建立起了多元的法益保护体系，生态法益是其基本法益，人身、财产安全是间接的、反射性法益。^{[10] (P2-7)}但事实上 2016 年“两高”的解释却表现出了对生态法益保护的相对谨慎态度，^{[11] (P4)}在《解释》第 1 条对“严重污染环境”的 18 种情形的列举中，既有属于结果型的情形（如致人重伤、公私财产损失），又有属于行为型的情形（如在饮用水源一级保护区倾倒有毒物质），但前者的数量远多于后者，而专门规制农用地污染的第 12 种情形无疑选择了财产法益作为其保护法益。非法占用农用地罪也表现出了以农用地承载的财产法益的损失为犯罪构成标准的倾向。根据《刑法》第 342 条，非法占用农用地罪的成立

需同时具备三个条件：第一，必须违反了土地管理法规；第二，必须非法占用农用地；第三，必须改变被占用土地用途数量较大，且造成农用地大量毁坏。前两个条件中的“违反”和“非法”体现了对“秩序”法益的维护，第三个条件采用结果无价值的“数量较大”且“大量毁坏”的立法表达，其保护“财产法益（经济价值）”的立法用意一览无遗。显然，“破坏环境资源保护罪”的罪名使生态法益成为该分类罪名的法益，但并没有成为首选法益。

当前侵犯农用地犯罪以秩序法益、人身法益和财产法益保护为主，弱化生态法益抬高了侵犯农用地犯罪的入罪门槛，不足以应对“三权分置”引发的生态风险。“三权分置”的政策取向是发挥市场在农用地资源配置中的主导作用，它一方面鼓励工商资本下乡，另一方面推行多种方式流转土地经营权，承包方享有设立土地经营权的完全自主权，而工商资本能量巨大，为了逐利它能广泛调用各种宗族关系、权威关系、熟人关系，二者结合使得农用地极易在合法外衣下被“非农化”和“非粮化”。现行立法在秩序法益下成立侵犯农用地犯罪必须要具备违反土地管理法规的前提条件，使得前述有实质违法性但形式上没有违反行政法规的占用与滥用农用地，在司法实践中无论是持形式解释论还是实质解释论都无法定罪。持形式解释论自不必证，因为行为虽有实质违法性，但不具备构成要件的符合性，根据罪刑法定，不得入罪。持实质解释论者认为，对构成要件的解释不能仅停留在法条的字面含义上，必须以法条的保护法益为指导，^{[12] (P49)}行为是否具有违法性，是根据法益是否受到侵害或者危险来评价的，而不是根据行为本身是否违反规范来决定的。^{[13] (P208)}秩序法益也同样使这种有实质违法性但没有违反行政管理法规的行为出罪。而财产法益的强化也使得侵犯农用地犯罪的罪名实务中适用范围极为有限，因为“数量较大”且“大量毁坏”的犯罪门槛很高，大大降低了刑法的威慑力。如重庆市某基层人民检察院 2009—2011 年间办理的非农占用农用地犯罪案件仅有 11 件，^{[14] (P73)}而国土资源部的数据显示，农用地遭破坏的面积一直在增长，如 2015 年全国违法用地面积达 3.44hm²，耕地破坏达 1.45 万 hm²，违法用地案件数上升高达 10%。^{[15] (P4)}

“三权分置”下为更有效地规避生态风险，保护农用地，应确立生态法益作为侵犯农用地犯罪保护的**中心法益。

其一，能扩大法益保护范围，既符合刑法发展趋势，又能防患于未然。作为一种自然资源，土地之上共生着资源与财产双重属性，土地的财产属性追求的是经济效率价值目标，土地的资源属性则蕴涵着人类对生态调和、粮食安全等生态价值理念的追求。刘俊认为：“当人们对土地资源属性的关注越少，则其财产属性越充分。反之，资源属性越受关注，则其财产属性被稀释。”^{[16] (P41)}“三权分置”的政策目标是要用活经营权，强化农用地的财产属性，而生态属性相对被忽略。为做好风险防范，其他的配套制度则更应重视耕地保护和生态安全，避免重走先破坏后治理的老路，农用地的生态利益理应成为刑法重点关注的对象。德国早在 20 世纪 70 年代就完成了环境刑法从局限于保护人类生命、健康、财产利益到保护生态利益的转变，其在 1998 年颁布的《德国刑法典》中规定，环境犯罪的构成不再以人类受到损害为必要要件，而是以造成环境不利影响为标准。^{[17] (P103)}

其二，能为刑法介入的前倾化、设立抽象危险犯提供支持。风险一旦转化为害将具有时间与空间上的延展性，可能造成无法控制的、灾难性的、不可修复的系统性法益侵害，为防患于未然，近年来各国的刑法立法出现了法益保护早期化的特点。^{[18] (P26-27)}其突出标志就是危险犯立法，特别是抽象危险犯取代实害犯立法。以财产法益为保护重点的侵犯农用地罪只有发生严重危害后果时刑法才介入，然而此时对于农用地保护来说为时已晚，农用地的重要性、不可替代性和难以恢复性决定了刑法保护必须提前。生态法益的确立将农用地的质量与数量保护大为提前，提前到只要有侵害的危险性，刑法就可介入，而抽象危险犯正是把具有典型危险性的行为作为处罚对象，而不是要等到侵害结果出现后才处罚行为。^{[19] (P30)}因此，生态法益的确立更有利于防范生态风险，保护农用地。

（二）现行侵犯农用地犯罪法定刑配置畸轻，应优化与提升刑罚配置，实现罪刑均衡，达到预防生态风险的目的

《刑法》第 338 条的污染环境罪设置了两档法定刑，基本量刑档为三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金，后果特别严重的结果加重犯升格法定刑为三年以上七年以上有期徒刑，并处罚金；第 442 条的非农占用农用地罪只有一个法定刑幅度，为五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。这两个罪的法定刑配置都明显趋轻，违背了罪刑相适应原则，影响了刑罚功能与目的的实现。

首先，对故意犯的污染环境罪与过失犯的重大责任事故罪规定了相同的法定刑，违背了罪责相适应的刑罚配置原则。污染环境罪是经由《修（八）》对1997年刑法中的重大环境污染事故罪修正而来。比较《修（八）》前后的《刑法》第338条，其在法定刑设置方面没有任何变化，但在罪过形式方面，修改前的重大环境污染事故罪的罪过形式为过失，修改后的污染环境罪的罪过形式存在故意说、过失说、混合说之争，但故意说为有力学说，62019年7月出版的贾宇主编的马工程教材《刑法学》对“故意说”的支持，我们可以认为“故意说”已成为污染环境罪通说。^{[8] (P231)}刑法以处罚故意犯为原则，以处罚过失犯为例外，故意犯罪的处罚通常重于过失犯罪，刑法对故意犯的污染环境罪与过失犯的重大责任事故罪规定相同的法定刑，在故意与过失之间实施无差异的非难谴责，难免造成罪刑失衡的结果，尤其是在扩大犯罪圈，加大处罚力度成为刑法发展共识的当下。

其次，污染环境罪和非法占用农用地罪的法定刑都明显低于密切相关犯罪的法定刑，违背同态相应的刑罚配置原则。如非法占用农用地罪与第275条故意毁坏财物罪都是对财物的毁坏，农用地是特殊的财物，二者具有特殊与一般的关系。但故意毁坏财物罪的法定最高刑为七年有期徒刑，农用地不仅承载财产利益，还承载生态利益，从法理上说超个人法益重于个人法益，因此非法占用农用地罪的法定刑应略高于故意毁坏财物罪。然而事实恰恰相反，此处显然存在罪刑不协调问题。污染环境罪也存在同样的问题。污染环境罪的危害性水平大体上与故意投放危险物质罪具有相当性，只不过故意投放危险物质罪是直接危害不特定人或者多数人的生命、健康，而污染环境罪是通过污染环境进而对不特定或者多数人的生命、身体、健康造成危害，^{[20] (P46-48)}但污染环境罪的法定刑明显低于故意投放危险物质罪，尚未造成严重后果的投放危险物质罪法定最高刑为十年有期徒刑，有实害结果的法定最高刑为死刑。

刑罚配置结构的合理化是刑罚功能有效发挥的基础，^{[21] (P42)}畸重或畸轻的刑罚规定都会对刑法功能的实现带来障碍。^{[22] (P189)}相较于对犯罪的惩罚，刑罚的预防功能更为人们所关注，刑罚的预防功能通过其威慑效能来实现对犯罪控制和预防。面对“三权分置”下的工商资本下乡，土地经营权集中，农用地被非法占用与滥用的风险，侵犯农用地犯罪的刑罚配置过轻使其威慑、预防功能大打折扣，优化与提升侵犯农用地犯罪的刑罚量势在必行。

第一，加大自由刑处罚力度。就污染环境罪而言，因为故意犯罪的法定刑肯定比过失犯罪的法定刑高，同时兼顾与其他污染环境犯罪如非法处置固体废物罪的法定刑在刑罚体系上的协调，建议将该罪的法定最高刑修正为10年有期徒刑；于非法占用农用地罪而言，由于农用地上财产与生态属性共生，考虑到生态法益可以通过附加刑或非刑罚处罚措施加以体现，但其法定刑至少与故意毁坏财物罪相当，同时兼顾与其他土地资源犯罪如非法转让、倒卖土地使用权罪在法定刑上的协调，建议非法占用农用地的法定最高刑提高至7年有期徒刑。

第二，增加生态恢复等非刑罚处罚措施。农用地犯罪侵犯的主要法益是生态法益，自由刑和罚金刑的运用能有效实现刑罚惩罚、威慑、预防、补偿、安抚等功能，但已被破坏的生态与被污染的环境仍然得不到填补与恢复。当前一些国家开始尝试补偿性或恢复性的非刑罚方法。如《巴西环境犯罪法》中规定了对犯罪者实行“权利限制”，具体包括：社区服务、暂时中止权利、部分或全部中止活动、支付现金、家庭拘禁。其中“社区服务”划分为资助环境计划与工程、在环境退化地区从事恢复性工作、维护公共区域及捐助公共环境机构与文化机构等。上述非刑罚措施具有较明显的补偿性，可以实现惩罚犯罪与修复环境的较好结合，有利于生态刑事司法目的实现。^{[23] (P97)}近年来我国司法实践中不少法院在环境犯罪的裁判中也体现出对生态法益的关怀，在判罚主刑的基础上责令被告人实施一定的恢复生态的行为。

2018年2月江西省抚州市中级人民法院在审理时某、黄某某非法处置危险废物67.27吨造成严重环境污染的案件时，认定应以污染环境罪追究两被告的刑事责任，同时判令两被告承担生态环境修复费8万元，并在焚烧危险废物的现场和周边40余亩土地上进行植树造林，养护3年。7当前生态恢复作为刑罚种类尚无法律依据，理论界对司法实践的学说回应包括刑罚辅助措施说、赎刑说、行为刑说、综合法律责任说等。^{[20] (P134-136)}但法律既是由理性所发展的经验，又是由经验所证明的理性，高铭暄也认为：“司法实践中对盗伐滥伐林木或者失火毁林犯罪人判罚植树还林是对现行刑法中颇具弹性空间的非刑罚处罚方法的创造性运用，值得充分肯定、总结和拓展。”^{[24] (P28)}未来的刑法修正应将生态恢复作为非刑罚处罚措施之一规定在刑法总则第37条中。

四、结语

2019年10月14日我国时隔23年第二次发布粮食安全白皮书,白皮书中“三权分置”下的适度规模经营被誉为中国的特色粮食安全之路。“三权分置”为中国特色新型农业现代化开辟了新的路径,但在一定程度上也对推进耕地数量(严守耕地保护红线)、质量(提升耕地质量)、生态(保护生态环境)“三位一体”的保护带来了隐忧与风险。社会转型带来的社会风险增加是刑法变革的重要力量,刑法应充分发挥其社会保护机能,密切回应社会关切,以积极的姿态去预防控制风险。

处罚范围扩大、干预起点前置、入罪门槛降低、结果本位让位于危险本位甚至行为本位、犯罪圈逐步扩大是近年来刑法修正的基本维度与主要方向。未来刑法修正仍将沿着这一方向继续前进,为“三权分置”的顺利、安全落地提供强有力的法治保障。当然,刑法是一把“双刃剑”,在实现刑法目的,发挥社会保障机能的同时,刑法的介入应保持清醒、谨慎与谦抑,以期实现法益保护和自由保障的合理均衡。

参考文献:

[1]朱庆育.民法总论[M].北京:北京大学出版社,2013.

[2]蔡立东,姜楠.承包权与经营权分置的法构造[J].法学研究,2015,(3).

[3]周维德.“三权分置”下农村土地承包经营权公司资本化的构想[J].人民法治,2019,(2).

[4]吴萍.“三权分置”与耕地轮作休耕的实现[J].内蒙古社会科学(汉文版),2018,(5).

[5]范小玉,许成宝,冯润达.安徽农地经营权信托情况调研[J].农村经营管理,2014,(5).

[6]张明楷.法条竞合与想象竞合的区分[J].法学研究,2016,(1).

[7]张明楷.刑法学:下[M].北京:法律出版社,2016.

[8]贾宇.刑法学:下册[M].北京:高等教育出版社,2019.

[9]张明楷.刑法分则的解释原理[M].北京:中国人民大学出版社,2004.

[10]张明楷.污染环境罪的争议问题[J].法学评论,2018,(2).

[11]刘艳红.环境犯罪刑事治理早期化之反对[J].政治与法律,2015,(7).

[12]张明楷.实质解释论的再提倡[J].中国法学,2010,(4).

[13]张明楷.法益初论[M].北京:中国政法大学出版社,2003.

[14]张红良,彭子游.非法占用农用地犯罪的司法认定及其反映出的法治问题研究——以重庆市某基层检察院办理的此类案件为样本[J].西南政法大学学报,2012,(2).

[15] 中华人民共和国国土资源部. 2015 中国国土资源公报[R]. 2016.

[16] 刘俊. 土地所有权国家独占研究[M]. 北京: 法律出版社, 2008.

[17] 李文杰. 以“生态法益”为中心的环境犯罪立法完善研究[D]. 长春: 吉林大学, 2015.

[18] 吕英杰. 风险刑法下的法益保护[J]. 吉林大学社会科学学报, 2013, (4).

[19] 苏彩霞. “风险社会”下抽象危险犯的扩张与限缩[J]. 法商研究, 2011, (4).

[20] 张明楷. 论以危险方法危害公共安全罪——扩大适用的成因与限制适用的规则[J]. 国家检察官学院学报, 2012, (4).

[21] 王志祥, 敦宁. 刑罚配置结构调整论纲[J]. 法商研究, 2011, (1).

[22] 储槐植, 何群. 论我国数量刑法学的构建[J]. 中国法学, 2019, (3).

[23] 焦艳鹏. 生态文明视野下生态法益的刑事法律保护[J]. 法学评论, 2013, (3).

[24] 高铭喧, 徐宏. 改革开放以来我国环境刑事立法的回顾与前瞻[J]. 法学杂志, 2009, (8).

注释:

1 参见潘俊《农村土地“三权分置”：权利内容与风险防范》（《中州学刊》2014 年第 11 期）；聂婴智、韩学平《农地“三权分置”的风险与法治防范》（《学术交流》2016 年第 10 期）；伊庆山《“三权分置”背景下农地权利体系的重构、制度优势及风险规避》（《西北农林科技大学学报（社会科学版）》2017 年第 4 期）。

2 参见梅琳《我国农村土地流转模式研究》（福建师范大学 2011 年政治经济学专业博士论文，第 75-124 页）；文杰《“三权分置”视阈下农地信托法律规则之构建》（《法商研究》2019 年第 2 期）；范小玉、许成宝、冯润达《安徽农地经营权信托情况调研》（《农村经营管理》2014 年第 5 期）；张占锋《土地经营权信托实践中的政府角色——以安徽和湖南省土地经营权信托实践为例》（《世界农业》2017 年第 1 期）。

3 在安徽宿州埇桥区，作为土地承租商的帝元现代农业公司将 360hm² 的流转土地规划为帝元现代农业循环经济产业示范园，其业务板块包括：粮食丰产科技示范工程、设施农业和农业物联网、现代化养殖、生物质能源和基质肥项目、现代农业科技孵化器。除粮食丰产科技示范工程外，均需改变耕地种植用途。参见张占锋《土地经营权信托实践中的政府角色——以安徽和湖南省土地经营权信托实践为例》（《世界农业》2017 年第 1 期）。

4 参见高圣平《农地信托流转的法律构造》（《法商研究》2014 年第 2 期）；文杰《“三权分置”视阈下农地信托法律规则之构建》（《法商研究》2019 年第 2 期）；范小玉、许成宝、冯润达《安徽农地经营权信托情况调研》（《农村经营管理》2014 年第 5 期）。

5 在 2003-2017 年 14 年间 20 个省份的 500 例非法占用农用地案件样本中存在 49 例属于土地资源的合理开发利用行为，仅因为未办理行政审批手续而被法院认定为非法占用农用地罪。秩序法益是非法占用农用地罪的首选法益。参见晋海、胡漫漫《非法占用农用地罪实证研究》（《林业调查规划》2017 年第 2 期）。

6 参见陈洪兵《模糊罪过说之提倡——以污染环境罪为切入点》（《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第6期）；张明楷《刑法学（下）（第五版）》（法律出版社2016年版，第1131页）；侯艳芳《污染环境罪疑难问题研究》（《法商研究》2017年第3期）。

7 参见裁判文书网：2018年2月6日抚州市中级人民法院《时均、黄任生污染环境一审刑事判决书》（2018赣10刑初4号）。