

# 非法采矿罪的关键问题

周光权<sup>\*</sup>

**摘要** 由于行政管理上对采矿权许证实行严格审批,司法实务上就存在仅根据行政违法认定非法采矿罪的冲动,这种放弃刑法所固有的违法性进行判断的现状亟需改变。非法采矿罪的保护法益是矿产资源及其合理利用,以及国家对矿产资源的财产所有权。单纯侵害矿产资源管理制度或管理秩序的行为难以构成本罪。对采矿许可证到期后的开采行为,“试运转”批复过期至正式取得采矿许可证之间“空档期”采矿的行为,以及特殊情形下的工程性采矿行为,均难以肯定其法益侵害性。在确定行为人是否属于“未取得采矿许可证”时,需要进行实质判断,前置法所允许的采矿权承包、采矿权合作经营都不属于未取得采矿许可证的情形,不宜以本罪论处。在个别案件中,有必要结合被告人无证开采行为事先咨询过矿产资源主管机关或长期得到地方政府及相关主管部门认可或支持的事实,认定行为人的违法性认识错误不可避免,欠缺本罪的违法性认识可能性,从而排除其责任。

**关键词** 非法采矿罪 保护法益 未取得采矿许可证 违法性认识 法秩序统一性

根据《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第 343 条第 1 款的规定,非法采矿罪的实行行为包括未取得采矿许可证擅自采矿,擅自进入“三个矿区”(即国家规划矿区、对国民经济具有重要价值的矿区和他人矿区范围)采矿,以及擅自开采特定矿种等情形。成立本罪,客观上以行为违反矿产资源法的相关规定为前提。因此,就本罪的司法适用而言,真正成为问题的是“未取得采矿许可证擅自采矿”的妥当认定,由此决定了在认定本罪时,需要根据法秩序统一性原理,处理好刑法与前置法(《矿产资源法》《水法》等)的关系,准确界定本罪的保护法益,再结合《矿产资源法》《矿业权出让转让管理暂行规定》等前置法的规定确定哪些非法开采行为按照行政法就可以妥当处理,哪些非法开采行为需要刑法出面予以规制,通过明晰犯罪界限,防

<sup>\*</sup> 清华大学法学院教授。本文系国家社会科学基金重大项目《互联网经济的法治保障研究》(项目编号:18ZDA149)的阶段性成果。

止将前置法上不具有违法性的行为在刑法上认定为犯罪,避免与刑法谦抑性相悖,从而为市场主体采取妥当的行动提供明确指引。

## 一、非法采矿罪的保护法益

### (一)本罪的保护法益具有复合性

有观点认为,本罪既然属于破坏环境资源保护罪,其保护法益(客体)就是国家的矿产资源保护制度。<sup>〔1〕</sup>另有观点认为,本罪的客体是国家对矿产资源的管理制度。<sup>〔2〕</sup>对于矿产资源管理保护制度的具体内容,有学者认为包括对矿产资源进行统一管理、科学规划,对采矿权主体做出行政许可,对采矿行为进行监督管理等三方面。<sup>〔3〕</sup>上述观点虽有一些差异,但其根本立足点是相同的,即都将国家对矿产资源的管理制度作为保护法益。应当认为,上述解释逻辑未必是最为讲得通的。

刑法的目的是保护法益。但是,很难认为某种妨害社会管理秩序罪的保护法益仅是国家对特定资源、特定事项的管理制度或管理秩序本身。对此,有学者在分析盗伐、滥伐林木罪的保护法益时明确指出,由于任何管理制度都是为保护法益服务的,维护制度本身不是目的。国家设立林木采伐等管理制度,不是为了管理而管理,滥伐林木罪是为了保护和合理利用森林资源,即使是个人对林木享有所有权,如果未经批准而滥伐的,也侵害了森林资源及其合理利用,同样构成犯罪;盗伐林木罪妨害了森林资源的合理利用,同时还侵害了他人(包括国家、集体、其他自然人)对生长中的林木所享有的财产权。<sup>〔4〕</sup>与讨论盗伐、滥伐林木罪的保护法益时的问题意识相同,显然不能将本罪的保护法益定位于保护矿产资源管理制度。

对此,合理的主张是,非法采矿罪既妨害了矿产资源及其合理利用,又侵害了国家对矿产资源的财产所有权。单纯侵害矿产资源管理制度或管理秩序,尤其是仅妨害采矿许可证发放秩序或管理制度,而对国家的矿产资源财产所有权没有损害的行为,难以构成本罪;唯有同时侵害矿产资源的国家所有权和矿产资源管理秩序的行为,才有成立本罪的余地。因此,本罪的保护法益具有复合性,不能将其理解为矿产资源管理制度或管理秩序。

《宪法》第9条第2款规定,禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源。《矿产资源法》第7条对矿产资源的勘查、开发和利用做出了明确规定。非法采矿行为显然侵害了国家对保护矿产资源的各项管理制度,妨害了国家对于矿产资源的合理利用。同时,非法采矿行为还侵害了国家对于矿产资源的所有权。根据《宪法》第9条第1款、《民法典》第242条的规定,国家对矿产资源依法享有占有、使用、收益和处分的权利。国家对矿产资源的所有

〔1〕 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第9版),北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第587页。

〔2〕 参见周道鸾、张军主编:《刑法罪名精释(下)》(第4版),人民法院出版社2013年版,第877页。

〔3〕 参见陈兴良主编:《罪名指南》(第2版),中国人民大学出版社2008年版,第390页。

〔4〕 参见张明楷:“盗伐、滥伐林木罪的重要问题”,《上海政法学院学报(法治论丛)》2021年第5期,第4页。

权可以有多种行使方式,民事主体可以经过国家批准依法取得开发和经营矿产资源的权利,其性质为采矿权(他物权),国家作为所有权主体保障依法设立的矿山企业开采矿产资源的合法权益。<sup>〔5〕</sup>没有经过批准,未取得采矿许可证擅自采矿的,严重危及国家的矿产资源所有权的,具有刑事可罚性。因此,未取得采矿许可证非法采矿的行为,具有“盗采”或公然窃取矿产资源进而造成资源破坏的性质。

上述关于本罪保护法益的理解,也与相关司法解释的具体规定变迁背后的理由相一致。最高人民法院、最高人民检察院2007年2月28日制定的《关于办理危害矿山生产安全刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(现已失效)第8条第1款规定,“在采矿许可证被依法暂扣期间擅自开采的”,“视为未取得采矿许可证擅自采矿”。但是,最高人民法院、最高人民检察院2016年11月28日发布的《关于办理非法采矿、破坏性采矿刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《非法采矿解释》)未再明确规定将采矿许可证被暂扣期间的开采行为以本罪论处。司法解释之所以在此处要限定本罪处罚范围,当然考虑了以下因素:一方面,暂扣采矿许可证的原因具有复杂性——有的是因为存在矿山生产安全事故隐患,有的则是因为煤矿改制、承包后,未重新取得或变更采矿许可证等相关证照,因此,暂扣许可证与未取得、吊销、注销许可证等情形存在较大差别。另一方面,也考虑了规范保护目的,即本罪意欲保护的是矿产资源。由于存在重大安全隐患而被暂扣许可证时试图避免的是重大安全事故,因此,对于违反因存在重大安全隐患而被暂扣许可证期间不得开采矿产资源的规定,擅自开采矿产资源的,其行为危及公共安全,而非侵害非法采矿罪所保护的矿产资源,对之适用非法采矿罪的规定,不符合本罪的规范保护目的。<sup>〔6〕</sup>此外,难以否认的是,司法解释对处罚范围的限缩还考虑了采矿许可证被依法暂扣期间的开采行为是否导致国家的矿产资源所有权被侵害这一点。在采矿许可证被暂扣的情形下,行为人之前合法取得了采矿许可证这一事实是无法否认的。行为人是事实上和法律上的采矿权人,有关主管机关通过行政许可赋予行为人开发和经营矿产资源的权利,是代表国家行使对矿产资源的所有权的具体表现。采矿许可证被依法暂扣期间的开采行为不可能对国家的矿产资源所有权产生实际侵害,矿产资源行政主管部门反而应当积极督促行为人及时整改后继续开采,有义务保障依法设立的矿山企业开采矿产资源的合法权益。因此,将此种情形下开采矿产资源的行为认定为未取得采矿许可证并不合适。至于行为人因存在重大安全隐患,在被暂扣采矿许可证期间开采矿产资源造成事故的,对其可以按照重大责任事故罪等安全生产犯罪处理。

## (二) 采矿许可证或“试运转”批复到期后的开采行为并未侵害本罪法益

### 1. 采矿许可证到期的情形

实务中,对于采矿许可证到期后继续采矿的情形,有不少案件以本罪论处。例如,被告人周红标、杨东升和李某在明知联丰石场的采矿许可已到期未取得新的采矿许可证的情况下,以

〔5〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义及适用指南(上册)》,中国民主法制出版社2020年版,第367页。

〔6〕 参见喻海松:《环境资源犯罪实务精释》,法律出版社2017年版,第174页。

排除安全隐患为由实施非法采矿出售获利,非法开采的矿产品价值共计64万余元。法院认定两名被告人未取得采矿许可证擅自采矿,情节特别严重。<sup>〔7〕</sup>又如,甲公司的采矿许可证有效期至2012年9月5日。该期限届满后,甲公司未办理延续手续继续采矿,内蒙古自治区国土资源厅于2016年1月22日将甲公司的许可证注销(以下简称“超期采煤案”)。法院认定甲公司负责人李永先2012年9月5日之后至采矿许可证被吊销之前所实施的采矿行为,都以非法采矿罪论处,其理由在于:依据国务院《矿产资源开采登记管理办法》第7条第2款关于“采矿权人逾期不办理延续登记手续的,采矿许可证自行废止”的规定,认定在甲煤矿的采矿许可证到期、未办理延续手续的情况下,行为人实施擅自开采煤炭的行为属于“未取得采矿许可证”,构成非法采矿罪。<sup>〔8〕</sup>但是,这一定罪的说理值得推敲。

前述《非法采矿解释》第2条对“未取得采矿许可证”的解释,只是在第(2)项中明确列举了“许可证被注销、吊销、撤销”的情形,并未规定许可证过期至被注销之前逾期采矿的情形也属于“未取得采矿许可证”。“《解释》起草过程中,对于采矿许可证到期后继续开采矿产资源的情形,能否认定为未取得采矿许可证,存在不同认识。经研究认为,实践中采矿许可证到期后继续开采矿产资源的情形十分复杂,一律认定为未取得采矿许可证恐有不妥。而且,对于其中情节严重的,可以吊销许可证,对于此后采矿的可以认定为《解释》第2条第(2)项规定的情形。”<sup>〔9〕</sup>这说明,最高司法机关在对《刑法》第343条的“未取得采矿许可证”作出解释时,已经考虑到了采矿许可证到期后逾期采矿的情形,但由于这种情形的社会危害性与无采矿许可证不可同日而语,因此,为限制刑法的处罚范围,并未将逾期采矿的情形明确列举在内。既然如此,对于逾期采矿的行为,既不能认定为前述《非法采矿解释》第2条第(1)项的“无采矿许可证”,也不能适用第(5)项的兜底条款“其他未取得许可证的情形”进行处罚,只有在采矿许可证被实际注销、吊销或撤销以后,才能依据解释第2条第(2)项“许可证被注销、吊销、撤销”的规定,认定为未取得采矿许可证以本罪进行处罚。归结起来讲,《非法采矿解释》的本意是要限制对逾期采矿行为的处罚范围,仅在许可证被注销、吊销或撤销之后继续开采的,才有必要动用刑法处罚。

实务中,有个别判决对采矿许可证到期后继续开采矿产资源的情形不予定罪。例如,有的判决书认为,县水务局于2017年8月30日对瞿卫冬等人在采矿许可证到期后的采砂行为仅作出责令纠正违法行为,并给予行政警告的行政处罚,并未吊销其采砂许可证,因此,瞿卫冬、薛胜宝、詹卫和超期开采的部分不构成非法采矿罪,仅对其超越采矿许可证范围开采的行为以本罪定罪处罚。<sup>〔10〕</sup>这一裁判结论是符合罪刑法定原则的,值得充分肯定。

〔7〕 参见周红标、杨东升非法采矿案,广西壮族自治区浦北县人民法院刑事判决书,(2021)桂0722刑初256号。

〔8〕 参见李永先非法采矿等案,内蒙古自治区乌海市海勃湾区人民法院刑事判决书,(2021)内0302刑初73号。

〔9〕 参见喻海松:“《关于办理非法采矿、破坏性采矿刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用”,《人民司法》2017年第4期,第19页。

〔10〕 参见瞿卫冬等非法采矿案,湖南省桃江县人民法院刑事判决书,(2021)湘0922刑初190号。

但是,在很多案件中,由于处罚冲动强烈,定罪似乎成为法院的首选。但是,将采矿许可证到期后继续开采矿产资源的行为认定为未取得采矿许可证,在实务中极有可能得出不合理的定罪结论。例如,有的是采矿许可证到期后的继续开采行为得到了相关主管部门事实上的同意;有的是办理采矿许可证吊销或延期手续需要一段时间,难以做到无缝衔接而在此期间开采;有的是采矿许可证虽然到期,但不继续开采可能存在煤层坍塌重大安全隐患,行为人为消除重大安全隐患而继续开采矿产资源的。对于上述情形,都不宜适用非法采矿罪的规定。

在前述“超期采煤案”中,虽然甲公司的采矿许可证有效期至2012年9月5日,但内蒙古自治区国土资源厅于2016年1月22日才将采矿许可证注销,在注销之前的逾期采矿行为,不属于《刑法》第343条的“未取得采矿许可证”,不构成非法采矿罪。对于其具体理由,还有必要进一步加以展开。

首先,根据《行政许可法》第70条的规定,行政许可有效期届满未延续的,行政机关应当依法办理有关行政许可的注销手续。由于采矿许可属于特殊行政许可,在采矿许可证有效期届满未办理延期手续的情况下,应当由行政主管机关依法办理采矿许可证的注销手续。那么,逾期采矿只是应当注销的情形之一,不能将逾期直接视作行政法上的实际注销,否则就有类推解释的嫌疑。

其次,现实生活中并不认可将某种证件到期视为没有证件的逻辑。与采矿许可证逾期相同的情形是驾驶证过期,即关于“无驾驶资格驾驶机动车辆”的认定问题。根据公安部《机动车驾驶证申领和使用规定》第67条的规定,只有超过机动车驾驶证有效期一年以上未换证的,机动车驾驶证才应当由车辆管理所予以注销。也就是说,如果驾驶证没有被注销,就不属于无证驾驶。最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条在列举构成交通肇事罪的违反交通运输管理法规的情形时,关于驾驶证问题,也仅限于“无驾驶资格驾驶机动车辆”的情形,并不包括驾驶证过期的情形。由此推论,将采矿许可证逾期直接认定为“未取得采矿许可证”,就与处理其他类似问题的司法立场不一致,显然是将采矿许可证“到期”类推解释为许可证“被注销、吊销、撤销”,有违反罪刑法定原则的疑虑。

再次,本案证据表明,在甲公司采矿许可证于2012年9月5日到期截至2016年1月22日被内蒙古自治区国土资源厅注销期间,行政主管机关霍林郭勒市国土资源局分别于2013年、2014年以及2015年多次向甲公司下发《限期整改通知书》,要求其办理采矿权延期手续以及采矿权年检,这本身也意味着相关主管部门对行为人许可证到期后的采矿行为知情并予以默许,甲公司的行为显然不属于《刑法》第343条规定的“未取得采矿许可证”的情形,与那些自始就没有取得采矿许可证的情形完全不可同日而语。

最后,与采矿许可证被注销之后,或自始就无采矿许可证的非法开采行为相比,在采矿许可证虽然逾期但被注销之前的采矿行为的法益侵害性尤其是对国家矿产资源所有权的侵害相对轻微,属于取得开采权之后滥用权利的行为,责令采矿许可证到期后的开采者补缴应当缴纳的费用,要求其办理采矿权延期手续以及进行采矿权年检,或者直接注销其采矿许可证,进行相应的行政处罚,就可以实现弥补损失、恢复矿产资源管理秩序的效果,没有必要动用刑罚手段。

## 2.“试运转”批复到期后继续开采的情形

实务中存在行为人所取得的《划定矿区范围批复》即采矿“试运转”批复到期之后持续开采的定性问题。行为人在采矿“试运转”之后,正式取得了采矿许可证,但由于这两个批准文件不是无缝衔接的,行为人在批复到期,且尚未取得采矿许可证的“空档期”采矿的,是否属于“未取得采矿许可证”?例如,针对涉案矿井,乙公司于2008年获得国土资源部门划定的矿区范围批复文件,2014年该公司在获得行政主管部门批准之后,首次进行了试运转,之后获得了三次试运转延期的批复,2019年乙公司正式获得采矿许可证。但是,由于每次试运转的批复文件明确规定了期限,因此,乙公司在2014年首次试运转至2019年获得采矿许可证期间,有两段时间(其中一次为一年半,一次为半年左右)存在试运转与批复期限“脱节”,即无权试运转的情形。对乙公司“超出批复期限”试运转的行为,司法机关认定其为无证开采,构成非法采矿罪。

但是,这一定罪结论未必具有合理性,核心的观点在于该行为没有侵害本罪的保护法益,不同于从未取得采矿许可证的情形。由于这种情形与采矿许可证到期还略有一些不同之处,因此,有必要特别予以讨论。

一方面,在“空档期”采矿的行为不会侵害本罪的保护法益。采矿权“试运转”批复的法律意义类似于不动产登记中的“预告登记”,探矿权人在此矿区范围内获得了排他性的矿业权益。原国土资源部《关于矿产资源勘查登记、开采登记有关规定的通知》(国土资发〔1998〕7号)规定,矿区范围划定后各级采矿登记管理机关在该区域不再受理新的采矿权申请。此外,根据原国土资源部《关于进一步完善采矿权登记管理有关问题的通知》(国土资发〔2011〕14号)的规定,行政机关在作出划定矿区范围批复的行政许可时,需审查矿产资源储量是否已经评审备案、是否符合矿产资源规划(及矿业权设置方案)、是否处置并缴纳了出让收益以及对矿山开发利用情况提出意见和要求(包括矿山建设规模,矿山预计服务年限、矿产资源开发综合利用、综合回收等方面的要求)。因此,在划定矿区范围审批过程中,行政机关即已对该矿产资源的开发、利用、保护、管理进行了严格审查,在符合上述条件的情况下,才会作出划定矿区范围批复,行为人根据这一批复缴纳了采矿权出让中包括出让收益在内的各种费用,所以并未侵害矿产资源的国家所有权。

另一方面,在“空档期”采矿的行为人可能存在违法阻却事由而不构成本罪。例如,前述乙公司经过试运转之后,形成了井上、井下联合生产系统。如果乙公司在发现“试运转”批复到期之日立即停止生产,大型煤矿综合生产设备长期停运,将会对煤矿的后续顺利投产造成重大影响。更为重要的是,煤矿试运转之后一旦停产,来自井下采煤工作面的矿山压力及掘进工作面的通风、涌水、用电等问题均成为严重的安全管理隐患。如果长时间停止煤矿生产作业,暴露在通风状态下的煤层与空气结合之后极易产生自燃;设备在井下长期停运,增加设备的故障率,从而增大安全生产事故的概率。因此,此时的开采行为有基于法益衡量而实施的紧急避险性质,是有利于保证煤矿安全、保障后续正式生产顺利进行的必要措施。

### (三)工程建设性采矿与本罪法益

#### 1.公益性建设采矿并未侵害本罪的保护法益

根据有关矿产资源管理规定,有的采矿行为原本就不需要办理采矿许可证,很难认为该行

为对保护法益有侵害。例如,公诉机关指控,2016年4月23日,浙江省义乌市苍王村召开村民代表会议,经讨论决定,义兰公路苍王隧道口至横坞里林区道路由被告入余建义施工。2016年4月26日,苍王村村委会(甲方,发包方)与被告入余建义(乙方,承包方)签订《苍王村林区道路建设施工合同》,约定该项目由乙方承担施工,并由乙方负责补偿该项目涉及的林地、水果等农户补偿款,村集体概不负责费用,多余“石渣”抵工程款。合同签订后,被告入余建义组织施工,并在未依法取得采矿许可证的情况下,将开采出来的矿石出售给曹某等人,得款120万余元。2021年1月21日,被告入退还违法所得120万元。浙江省义乌市人民法院经审理,以非法采矿罪判处被告入有期徒刑3年,缓刑4年,并处罚金,违法所得120万元予以没收。<sup>[11]</sup>

此案发生的背景是:由于政府当年取消了新建林区道路补偿政策,而村级组织又缺乏工程启动资金,为完成林区道路建设,该工程未公开招投标,仅通过村民代表会议决定由被告入承包该工程,并由其负责各项补偿款,工程款以多余“石渣款”抵扣,村集体不负责费用支付,村集体的决定事实上也得到了所在镇政府的默许。本案所提出的是,行为入余建义在修路过程中必须开采矿石时,是否也必须取得采矿许可证?如果无须取得采矿许可证,其事后销售矿石的行为违法,接受行政处罚是否即为已足?本案辩护人提出,行为入采矿不是为了牟利,其销售矿石仅为抵偿工程款,且经工程所在地镇政府同意并与村委会签订协议,被告入主观上没有非法采矿的故意,不构成犯罪。在本案审理过程中,有的审判人员认为,由于村集体委托被告入出售矿石,出售方是村委会,行为入将矿产资源变现是为了抵偿自身债务,其行为仅仅是为了实现债权,应当宣告其无罪。

法院的最终结论是:本案被告入与村委会所签订的合同违反了法律、法规的禁止性规定,不具有法律效力,不能阻却行为的违法性。此外,原国土资源部《关于开山凿石、采挖砂、石、土等矿产资源适用法律问题的复函》(国土资函[1998]190号)第4条规定,凡以营利为目的开采上述及其他矿产资源的单位、个人,均应按照矿产资源法及其配套法规的有关规定办理采矿登记手续,领取采矿许可证。法院据此认定行为入余建义构成非法采矿罪。

法院对于本案的定罪结论存在疑问,理由在于:①本案中决定为林区修路而采矿的主体是村委会而非被告入本人。因为该项目是公益性项目,为确保修路顺利进行必须开采矿石加以利用或消除障碍,决定采矿的正犯因此不具有营利目的,其不需要就村里修路的事项办理采矿许可证,其决定在林区修路的行为对于国家的矿产资源所有权也没有侵害。显而易见的道理是,该工程如果由地方政府提供新建林区道路补偿,通过正常招投标程序进行施工,在修路时也必须开采这些矿石,因此,不存在当地政府提供资金、组织施工就不再侵害国家矿产资源所有权,村委会在相同路段自行组织施工就侵害了法益的逻辑。在村集体(正犯)就此工程项目无须办理采矿许可证且其行为并未侵害国家矿产资源所有权的情形下,被告入余建义接受其委托开采矿石的行为,无论认定其是共同正犯还是帮助犯,均不具有法益侵害性,不构成本罪。②前述《关于开山凿石、采挖砂、石、土等矿产资源适用法律问题的复函》第2条规定:建设单位

[11] 参见王珺、李双:“矿产销售款抵偿工程款的约定是否有效——以余建义非法采矿罪案为例”,《中国审判》2021年第15期,第78页。

因工程施工而动用砂、石、土,但不将其投入流通领域以获取矿产品营利为目的,或就地采挖砂、石、土用于公益性建设的,不办理采矿许可证,不缴纳资源补偿费。本案中,在林区修路这一建设项目的公益性是无法否认的,按规定无须办理采矿许可证。<sup>③</sup>确实,按照现有规定,被告人余建义应将多余的渣石交给当地政府统一处理或者予以填埋、堆放,而不是自行出售。但是,这仅仅是其事后处理矿石上的瑕疵,其出售行为仅涉及行政违法及相应销售款的追缴问题,应当与刑事责任无关。事实上,按照权利义务相统一的基本法理,被告人余建义即便事后将多余的渣石依法交给当地政府统一处理,后者也应当将处理或销售渣石所得用于支付余建义的劳务付出。因此,实务中对于公益性建设过程中的采矿行为,不宜轻易认定其成立非法采矿罪。

## 2. 政策性关停矿区范围内的工程性采挖与本罪的保护法益

例如,2019年6月,经某县政府常务会议研究,同意以招商引资方式引进甲公司实施纺织科技园建设项目,项目选址定在该县沙子镇小寨村一组(原“洞湾煤矿”所在地)。随后,参与投资的翁某、林某、郭某等人开始进行“三通一平”施工。在施工过程中从“洞湾煤矿”处挖出煤炭后,郭某便向该县自然资源局报告,该县自然资源局随后以项目施工发现工程煤为议题提请县政府常务会议研究煤炭处置事宜。后经县政府常务会议研究,决定成立煤炭处置领导小组,并两次组织煤炭销售竞标,陆续将开采出的煤炭销往多个电厂。经调查,甲公司无证开采煤炭量27.66万吨,该煤炭资源量位于原“洞湾煤矿”采矿权范围内。检察机关据此认为,翁某、林某、郭某违反矿产资源法的规定,在未取得采矿许可证的情形下,开采煤炭27.66万吨,占用基本农田14124平方米,情节特别严重,应当以非法采矿罪追究其刑事责任。<sup>[12]</sup>

应当说,对于本案的指控是值得商榷的,难以认为翁某等三人的行为构成非法采矿罪。问题的关键是:翁某等人采挖的浅层煤在已被政策性关停的原“洞湾煤矿”矿区范围内,按照贵州省和黔西南州地质矿产主管部门的政策,不存在采矿权重启审批,矿区剩余资源依法可以由县政府处置,对其采挖只需县政府同意即可,只要其同意就属于法益主体做出了有效的承诺,就不存在法益侵害之说,被告人的行为并不属于必须取得采矿许可证的情形。按照《国务院关于煤炭行业化解过剩产能实现脱困发展的意见》、贵州省人民政府《关于煤炭工业淘汰落后产能加快转型升级的意见》和贵州省人民政府办公厅《关于印发推动煤炭电力行业供给侧结构性改革促进转型升级的实施意见》的要求,该省能源局对2018年度拟关闭退出煤矿名单进行公示,本案所涉“洞湾煤矿”主体企业自愿申请不参与兼并重组直接关闭。根据贵州省能源局《关于加快推进兼并重组煤矿分类处置促进煤炭产业转型升级发展的通知》的精神,对“洞湾煤矿”这种不参与资源整合直接政策性关闭的煤矿,注销相关许可证或者到期不延续,由煤矿所在地县级政府限期关闭。这意味着针对原“洞湾煤矿”矿区范围内的剩余资源,贵州省地质矿产主管部门不再重新颁发采矿许可证,转由县级人民政府统筹处置。翁某等人开采的浅层煤处于原“洞湾煤矿”矿区范围内,处置权归县政府,对其进行采、挖只需要县政府委托授权,不需要也不可能另行提请省级地质矿产主管部门审批许可。对涉案资源有处置权的县政府委托授权甲公

[12] 参见翁某等人非法采矿案,贵州省册亨县人民检察院刑事起诉书,册检一部刑诉(2021)23号。



司实施工程煤剥离作业,翁某等人可据此在并未持有采矿许可证的情况下,伴随着“三通一平”施工进展,开挖项目建设范围内的工程煤。对于这种原本就不需要采矿许可证的行为,不宜评价为“未取得采矿许可证”的非法采矿。

上述分析表明,《矿产资源法》等前置法以及国家对矿产资源的管理制度等,均只是成立非法采矿罪的前提或判断素材,不宜将前置法所确立的各种制度等同于刑法所试图保护的法益;刑法将何种利益作为保护对象,要与《民法典》《矿产资源法》等部门法所确定的法律制度体系保持协调;对于本罪的认定,不能仅以矿产资源管理方面的法律、法规或制度为根据,而应当从刑法规定非法采矿罪的目的进行判断,必须考虑刑法所固有的违法性。

### 3.采空塌陷区灭火工程与本罪的保护法益

2010年5月,某镇人民政府与上级元宝山区人民政府签订了“煤田火区治理工作责任书”,明确镇政府是煤矿采空塌陷区灭火工程项目的责任主体。被告人万某等人与镇政府签订“灭火工程承包合同书”,具体实施灭火工作,2019年工程竣工验收。检察机关指控,2010年至2017年期间,被告人万某等人在实施采空塌陷区灭火工作期间未经批准实施采矿施工,在没有取得采矿许可证的情况下盗采煤炭资源进行销售,构成非法采矿罪。<sup>[13]</sup>但是,这一指控的合理性存疑。首先,从行为性质上看,被告人的行为发生在已关闭矿井范围内,其所实施的是治理工程,该行为不是矿山开采,原本就不属于《矿产资源开采登记管理办法》第3条规定必须取得采矿许可证的情形,现行法律、法规本身也允许用露天剥离方式对采空塌陷区范围内的煤层火区实施专项灭火工程。其次,采空塌陷区火灾治理不是一蹴而就的,在长达数月或数年的施工过程中,包括施工监理单位、当地政府以及环境监测机构、矿产资源管理部门都会进行跟踪监管,被告人要实施非法采矿行为事实上不具有可能性。再次,既然政府有关部门委托被告人实施废弃矿区治理工程,只要其采坑范围总体上位于该矿区废弃之前的采矿许可证范围内,被告人的行为意思就难以被评价为具有非法采矿的故意。最后,值得特别关注的是,从保护法益的角度看,《矿山地质环境保护规定》第6条规定,国家鼓励企业、社会团体或者个人投资,对已关闭或者废弃矿山的地质环境进行治理恢复。这一规定的科学性在于对废弃矿山环境的治理是有益于社会的行为。针对废弃煤矿的火区治理行为,在很多时候不具有单一性,要消除火灾隐患就必须采挖其中留存、剩余且可能引起燃烧的煤炭,因此,火灾治理与露天采矿很多时候都必须一体考虑、同步推进,在灭火的同时进行露天开采。由于已关闭煤矿在闭坑之前要完成储量评审备案,国家资源台账对该部分资源已经注销,在已关闭或废弃煤矿环境治理过程中采挖煤矿,不会对国家矿产资源的所有权造成侵害,从法益衡量的角度看反而是有利于环境资源保护的行为——既使得废弃矿井的火灾危险得以消除,灭火工程中附带取出的原本以危险源存在的矿产资源又得以重新利用。因此,在实施不具有法益侵害性的采空塌陷区灭火工程时,实施必要的采挖矿产资源行为的,不宜以本罪论处。

[13] 参见万某等人非法采矿案,内蒙古自治区赤峰市宁城县人民检察院刑事起诉书,宁检二部刑诉(2021)Z3号。

## 二、“未取得采矿许可证”认定中的突出问题

《刑法》第343条非法采矿罪的典型情形是未取得采矿许可证擅自采矿,即被告人在没有采矿权的情形下从事矿产开采活动。实务中,被告人是否取得采矿许可证,在有的情况下并非不言自明,有时甚至成为控辩核心争点。对此,前述《非法采矿解释》第2条规定,“未取得采矿许可证”包括以下情形:①无许可证的;②许可证被注销、吊销、撤销的;③超越许可证规定的矿区范围或者开采范围的;④超出许可证规定的矿种的(共生、伴生矿种除外);⑤其他未取得许可证的情形。司法解释虽然列举了五种情形,但是,司法实践中仍然有一些围绕采矿许可证的争议问题发生,值得仔细研究。

### (一)采矿权承包不属于“未取得采矿许可证”

根据《矿产资源法》第6条的规定,除特殊情形外,探矿权、采矿权不得转让;在符合法律规定的条件下需要转让采矿权的,必须经过相关主管部门的批准。由于相关矿产资源管理法律、法规对于采矿权转让有严格限制,合法转让门槛高、周期长,难于实现,因此,实务中,变相转让采矿权的情形为数不少,当事人之间的类似约定应当无效。对此,《探矿权采矿权转让管理办法》第15条规定,禁止以承包等方式擅自将采矿权转给他人进行采矿。显而易见,这里禁止的是以承包方式“擅自转让采矿权”,即当事人之间不能签订及履行“名为承包、实为采矿权转让”的合同即变相的采矿权转让合同,但并不禁止涉及真实内容的采矿权承包经营合同。

当然,由于变相采矿权转让合同与采矿权承包合同之间往往是“一纸之隔”,实务中,将涉及采矿权承包的情形认定为非法转让采矿许可证,进而成立非法采矿罪中“其他未取得许可证的情形”的判决也为数不少。例如,甲公司与陈某签订合同,将A矿的采矿工程发包给陈某,由陈某组织施工。甲公司按生产每吨矿石支付陈某一方向劳动工资90元。后陈某开始组织人员在甲公司的A矿井清渣并开采矿石直至案发。对于本案,检察机关指控被告人陈某未取得采矿许可证,非法开采铁矿石1万余吨,价值为200余万元,造成矿产资源严重破坏,构成非法采矿罪。被告人陈某辩解其没有在甲公司的A矿井非法采矿,其通过交纳管理费、承包费等形式合法取得了A矿井的采矿资格,其开采矿石均由甲公司提供电力机车将矿石拉出矿井。就此类案件而言,多数情况下法院会认同指控意见,对被告人以非法采矿罪定罪处罚;仅在少数案件中,法院可能以地质大队所做出的储量报告不具备证据的客观性、关联性,省级国土资源厅以此储量报告作为鉴定材料做出的矿产资源价值鉴定不能作为定案依据为由,对指控不予认可,认定被告人无罪。总而言之,在刑事司法中,对于采矿权承包极有可能被认定为行为人以合法形式掩盖非法目的,从而易于肯定被告人构成本罪。但是,这种立场没有顾及矿产资源管理法律法规、合同法等的立场,对刑法谦抑性原则没有给予充分重视。

在这里,问题的关键是厘清变相采矿权转让和采矿权承包的界限。采矿权承包体现的是采矿权人对开采作业的选择权:对矿产资源亲力亲为、自行开采?还是让他人提供开采的劳务,或与他人共同完成开采任务?对于采矿权人,应当允许其自由行使采矿权,既可以与他人共同进行开采活动,也可以将其开采权所当然地包含的经营管理权交由他人行使。如此一来,

对于采矿权承包就不应该轻易用刑事手段予以禁止。

一般来说,具备下列情形之一,即便当事人之间在履行合同过程中发生争议,进而进入刑事司法视野的,也应当认定为民事领域可以妥当处理的采矿权承包经营纠纷,不属于刑事领域变相转让采矿许可证,不宜认定为犯罪。这些情形大致包括:①发包人作为采矿权人自始至终并未退出矿山管理,持续履行采矿权人的开采控制权,以及环境资源保护、安全监管等法定义务的,采矿权主体事实上并未发生变更的,应认定为承包人仅从事劳务。在前述陈某被控非法采矿案中,当事人双方在合同中约定承包人每开采一吨矿产,发包人给承包人90元报酬,这表明承包人并不享有矿产的所有权。在刑事上,将这种典型的劳务承包认定为非法转让采矿许可证,明显是不合适的。②实际负责采矿事务的承包人使用发包人的营业执照、采矿许可证、安全生产许可证等证照进行开采作业,在出现生产、作业违章行为时,接受处罚的主体也是发包人,以及承包期限固定,但与采矿许可证所载明的期限通常并不绝对相同的,合同都不属于以承包为名变相转让采矿权的范畴。③发包人对开采后的矿产资源的流向及买卖价格结算等极为关注,甚至委派专人参与有关管理事务的,应当肯定承包合同的效力。

与之相反,如果发包人除收取固定费用或者收益外,不再参与采矿日常经营、管理活动,也不再实际履行安全生产责任的,或者承包约定的期限很长,与采矿许可证的有效期限几乎重合,以及承包人提供所有固定资产投资,独享开采经营权益、承担开采经营风险,从矿产资源的占有、处分中直接获得收益的,都更符合名为承包经营合同,实为采矿权变相转让的特征,有成立非法采矿罪的余地。

回到前述“陈某被控非法采矿案”的定性问题,甲公司将甲矿的采矿工程发包给陈某,约定甲公司按生产每吨矿石支付陈某一方的工资,这属于劳务提供型采矿权承包,并不为民事法律、矿产资源管理法规所禁止,《民法典》第153条、《民法典》合同编的相关规定,以及《探矿权采矿权转让管理办法》第15条都并不否认当事人之间协议的有效性。在此前提下,如果仅认可甲公司有权发包,但否认陈某可以承包,在法理上也是讲不通的。当然,如果甲公司在委托陈某开采过程中,指使、纵容陈某超越甲公司采矿许可证载明的矿区范围、采矿范围、开采量、矿产开采矿种类型开采的,这也属于甲公司“未取得采矿许可证”采矿,陈某可能与其构成本罪的共犯。

因此,在判断采矿权承包合同的效力问题时,不应仅根据合同名称中的“承包”字眼的有无来判断,应根据合同内容尤其应结合采矿权人是否获得矿产品,是否参与矿山企业的日常管理,承包人在生产经营活动中是否以发包人名义,开采期限是否过长等事实进行判断。

## (二) 采矿权合作经营不属于“未取得采矿许可证”

### 1. 关于采矿权合作经营的民事立场

从法秩序统一性的角度看,在认定合作开采经营和非法采矿罪的界限时,需要处理好刑法与前置法的关系,对于民事法律(尤其是合同法)以及《矿产资源法》《矿业权出让转让管理暂行规定》等并不反对的合作开采经营等行为,不宜认定为犯罪,否则就与法秩序统一性原理相悖。

对于立足于采矿权的合作开采经营,民事上并不是仅根据合同名称以及当事人是否约定过采矿权转让等事实,就简单地否定合作合同的效力,而是根据合同的内容,在仔细审查采矿

权人是否参与采矿行为的日常管理、行使监督权,经营者以谁的名义开展活动等方面的证据后进行综合判断。如果采矿权人事事实上已退出项目实施,不承担经营风险,只收取固定收益,不再履行作为采矿权人的法定义务、承担相应责任,经营活动由实际经营者自行开展的,可以认定为变相转让采矿权,有成立非法采矿罪的余地。

从实务看,对于变相转让采矿权的认定,在民事上历来都极为慎重。例如,在最高人民法院2016年发布的《最高人民法院关于依法审理矿业权民事纠纷案件典型案例》之六“朗益春与彭光辉、南华县星辉矿业有限公司采矿权合作合同纠纷案”中,星辉公司取得某矿的采矿许可证后,其法定代表人彭光辉与郎益春签订协议,约定双方合作开发该锰矿,具体开采活动由郎益春组织力量自行实施,为此,郎益春支付给彭光辉323万元,并具体实施了采矿行为。2011年,国土资源主管部门因案涉锰矿存在“漂移”现象,向星辉公司发出《停止采矿通知书》。星辉公司在提交了变更矿区范围的材料后,因其采矿许可证遗失导致相关变更手续未实际办理完毕。郎益春因此难以继续实施采矿行为。之后,郎益春提起诉讼,请求确认合作协议未生效,彭光辉返还合作款及占用期间的利息。云南省楚雄彝族自治州中级人民法院一审认为,本案当事人之间签订的合作协议约定由郎益春出资并组织力量实施采矿行为,属于采矿权的变相转让,该约定因违反法律规定而无效,彭光辉、星辉公司应连带返还对方323万元。云南省高级人民法院二审后认为,从合同约定内容和实际履行情况看,星辉公司虽未实际从事开采活动,但仍然对矿山经营的财务监督、项目实施等进行管理,且采矿权主体并没有因双方签订合作协议而改变,该协议不构成变相转让采矿权。但由于星辉公司根本违约导致朗益春的合同目的不能实现,应解除合作协议并由星辉公司返还郎益春323万元。对于本案,最高人民法院再审后认为,二审法院认定合作协议合法有效,但无继续履行可能,由此判令解除合作协议,并由星辉公司返还朗益春323万元合作款,该判决结论妥当。最高人民法院由此认定,如果矿业权人并未实际放弃矿山经营管理,继续履行其法定义务并承担相应法律责任,矿业权主体并未发生变更的,相关合作协议不属于矿业权变相转让。<sup>[14]</sup>不难看出,民事上对此的态度是比较清晰的。就这类案件的处理而言,正确认定合同的效力是妥当处理合同纠纷的关键,如果合同约定在开采矿山的进程中,各方都以不同方式参与经营、管理活动的,就不属于采矿权转让。“矿业权转让是指矿业权人将矿业权依法转移给他人的行为,其核心特征在于矿业权主体的变更。只要所述矿业权交易需要变更矿业权主体,即可认定矿业权转让,若矿业权交易不涉及矿业权主体的变更,则原则上不属于矿业权转让。”<sup>[15]</sup>由此可见,矿业权主体是否发生变更,是判断矿业权合作经营与一般合作经营的一项重要指标。

## 2. 采矿权合作经营与犯罪界限

根据《矿产资源法》第6条的规定,已取得采矿权的矿山企业,可以与他人合资、合作经营。

[14] 参见朗益春与彭光辉、南华县星辉矿业有限公司采矿权合作合同纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2015)民申字第88号。

[15] 参见最高人民法院环境资源审判庭编:《最高人民法院审理矿业权纠纷司法解释理解与适用》,中国法制出版社2017年版,第92页。

基于采矿权的合作经营这一方式为法律所允许。《矿业权出让转让管理暂行规定》第 42 条对此予以更进一步明确：“合作开采经营是指矿业权人引进他人资金、技术、管理等，通过签订合同约定权利义务，共同开采矿产资源的行爲。”对于合作开采经营行为与名为合作经营实为采矿权转让即“变相转让采矿权”之间的界限如何厘清，进而准确认定被告人行为的性质，在刑事司法实务中是一个难题。

例如，湖南省岳阳市灏东砂石有限公司（以下简称“砂石公司”，法定代表人胡某清）在取得岳阳县东洞庭湖砂石开采权后，交纳出让金存在困难。被告人马某龙得知这一信息后，多次与胡某清洽谈并商定：双方合作成立岳阳市灏东荣湾实业有限公司（以下简称“荣湾公司”），砂石公司将其业已取得的砂石开采权转让给荣湾公司，再由荣湾公司与县政府签订砂石开采权转让协议，由荣湾公司进行经营，马某龙上交河道砂石开采权出让款，开采、销售经营砂石所得由胡某清与马某龙平分。后荣湾公司注册成立，其中砂石公司持股 51%，马某龙持股 49%。马某龙按照协议提供资金，以砂石公司的名义交纳资源开采权出让款 1.5 亿元。因荣湾公司自身没有采砂船，公司以组织他人的采砂船开采砂石，砂石销售款由公司收取，公司向各工程船支付采砂款的方式进行生产经营。以马某龙和胡某清为主，采矿方与砂石采挖行业协会的代表商谈工程船采挖款支付标准等问题并达成协议。马某龙和胡某清等人组织工程船采挖作业后，以荣湾公司为甲方，采砂工程船主为乙方，砂石公司为第三方，签订了 38 份《岳阳市荣湾实业有限公司砂石采挖承揽合同》，明确“第三方将上述两处的采矿权交给甲方开采经营”。马某龙和胡某清等人先后组织 68 艘船从事河道采砂作业，开采的砂石销售金额共计 9 亿余元（其中，马某龙分得 1.5 亿余元）。对于本案，一审法院认为，砂石公司违反法律规定和程序，未经县政府同意擅自将河道砂石开采权转让给荣湾公司，其转让行为无效。马某龙与胡某清成立荣湾公司后，从砂石公司转让砂石开采权，没有取得政府主管部门许可，也没有取得采矿许可证。马某龙和胡某清等人的行为属无证采砂，构成非法采矿罪。据此，对马某龙以非法采矿罪判处有期徒刑 3 年，缓刑 4 年，对其他被告人亦以本罪分别处刑。二审维持原判。<sup>[16]</sup>

对于马某龙等人的行为，如果只从形式上考察，似乎能够得出有罪结论。但是，如果体系性地顾及民事审判的上述基本立场，就不能轻易认定被告人的行为属于变相转让采矿权，马某龙等人非法采矿案的定罪结论就很值得质疑。

首先，在前述最高人民法院再审的“朗益春与彭光辉、南华县星辉矿业有限公司采矿权合作合同纠纷案”中，民事裁判的逻辑非常明确：合作过程中仅以采矿权人的名义活动的，以及采矿权人继续参与采矿行为的管理、监督的，都不宜认定合作行为构成采矿权变相转让。在本案中，砂石公司对于采砂行为始终“在场”，该合作完全符合民事上认定合同有效的要求。具体表现是：开采活动由砂石公司提出申请；在采砂过程中，《采运凭单》作为政府认可的合法开采凭证，由砂石公司开具，持有采砂许可证并参与开采砂石的工程船均在该公司名下，与采挖行业协会的代表商谈时，作为拥有采矿权企业负责人的胡某清亲自出面；相关政府部门的日常监管对象、违法处罚对象都是砂石公司。

[16] 参见马高龙、程勇非法采矿案，湖南省岳阳市中级人民法院二审刑事判决书，(2018)湘 06 刑终 150 号。

其次,砂石公司与荣湾公司之间“人格混同”的事实,恰恰说明砂石公司并没有退出砂石开采的项目实施。砂石公司是荣湾公司的大股东,两个公司“两块牌子、一套人马、一套账目”,在一起办公。一审法院认为,公司“人格混同”并不必然导致砂石公司取得的河道采砂许可权,荣湾公司也合法持有。这一逻辑当然是成立的,荣湾公司也确实没有采矿所有权,但在案证据证明,其也从未直接以采矿权人的名义开展活动。法院对两个公司存在“人格混同”事实的肯定,从侧面印证了在实际采矿过程中,砂石公司始终发挥监督、控制作用。如果两个公司之间不是关联公司,没有这种“人格混同”特征,荣湾公司独立运作,似乎可以认为砂石公司退出了矿产资源开采活动,放弃了对采砂活动的日常监管。但是,在两个关联公司事实上“合二为一”的情形下,至少不能排除砂石公司参与了采矿及监管过程,一、二审判决断然否定砂石公司对于采矿行为的参与和管理,与案件事实不符。因此,应当认为,在采矿权主体始终参与相关活动的情形下,荣湾公司仅起到协助砂石公司进行河砂经营管理或合作开采经营的作用,对此,在荣湾公司与各采砂船主签订的《砂石采挖承揽合同》中均附有砂石公司授权委托书这一点上也可以看得很充分。

再次,双方在合作协议中约定,砂石公司应当向岳阳县政府申请变更河道砂石开采权给荣湾公司,这一约定并不违法。根据《矿产资源法》第6条的规定,已取得采矿权的矿山企业,与他人合资、合作经营,需要变更采矿权主体的,经依法批准可以将采矿权转让他人采矿。对此,合同法通说认为,采矿权转让未经批准的,相关合作协议并不是无效合同,而只是“尚未完全生效”的合同。具体而言,在我国,矿业权转让要经过严格的审批程序。《矿业权出让转让管理暂行规定》第37条规定:各种形式的矿业权转让,转让双方必须向登记管理机关提出申请,经审查批准后办理变更登记手续。同时,我国对矿业权受让人有严格的资质条件限制。根据《探矿权采矿权转让管理办法》第7条,探矿权或者采矿权转让的受让人,应当符合《矿产资源勘查区块登记管理办法》或者《矿产资源开采登记管理办法》规定的有关采矿权申请人的条件。在尚未依据《矿产资源法》第6条第1款第2项的规定办理批准手续之前,也不能认定当事人之间订立的采矿权转让合同无效。因为批准手续的办理,是采矿权转让合同的法定特别生效条件。该条件未满足的,采矿权转让合同中须经批准方可生效的条款处于未生效的状态;但采矿权转让合同中无须批准即可生效的条款自依法成立之时起生效。此时,采矿权转让合同并非无效合同,而是尚未完全生效的合同。<sup>[17]</sup> 更何况,由于砂石公司并未向当地政府提出相关变更申请,上述采矿权主体直至案发也并未变更,其实际运作模式应属法律所允许的合作经营,不属于变相转让采矿权。马某龙按照协议提供资金,由砂石公司交纳河道砂石资源开采权出让款,只不过是砂石公司和马某龙之间形成了另外一个借贷(垫付)关系,因为法律没有限定取得采矿权者必须用自有资金缴纳有关矿产资源出让款项。事实上,在前述“朗益春与彭光辉、南华县星辉矿业有限公司采矿权合作合同纠纷案”一案中,最高人民法院也明确认可这一点:即便合作协议约定采矿权人并不实际出资,由对方出资并实际实施采矿行为的,也并不当然地构成采矿权的变相转让。据此,荣湾公司组织采砂船开采砂石是协助采矿权人完成特定业务,与采矿权人合作开采经营,砂石销售款收取、采砂船的款项支付等由谁完成,只要得到采矿权人

[17] 参见韩世远:《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第193页。

的认可,就是合作者之间的内部分工事宜,不能成为对马某龙等人定罪的理由。如果要求砂石开采中的所有事务都要由采矿权人亲力亲为,势必使关于采矿权合作经营的制度设计落空。

最后,马某龙和胡某清成立荣湾公司,约定该公司参与经营,对于经营所得进行分配,这是为了保证马某龙在与砂石公司开展合作开采经营活动后,收回垫付的合作出让金,并获得合法收益的举措。按照《矿产资源法》第6条、《矿业权出让转让管理暂行规定》第42条的精神,无论是马某龙以其个人名义,还是在成立新的公司之后,与采矿权人开展合作开采经营,都为法律所允许。因此,马某龙和胡某清成立荣湾公司这一事实,不能成为支撑定罪的理由。反而应该认为,荣湾公司成立后,由于在该公司的股权结构中,砂石公司是大股东,其为获取应有商业收益,会更在意对荣湾公司规范地参与合作开采经营活动的日常监管,不可能对荣湾公司的相关活动放任不管,由此也应该得出砂石公司始终未退出项目实施的结论,将这一背景下的荣湾公司参与经营活动认定为非法采矿,有类推解释的嫌疑。

### (三)超层越界开采与“未取得采矿许可证”

前述《非法采矿解释》第2条第(3)项规定,“超越许可证规定的矿区范围或者开采范围”采矿的,属于“未取得采矿许可证”擅自采矿的情形。关于超越矿区范围采矿,原国土资源部办公厅《关于认定超越矿区范围采矿法律适用问题的复函》(国土资厅函[2007]231号)指出,根据《矿产资源开采登记管理办法》第32条“本办法所称矿区范围,是指经登记管理机关依法划定的可供开采矿产资源的范围、井巷工程设施分布范围或者露天剥离范围的立体空间区域”的规定,在采矿登记管理机关批准的矿区范围(即由拐点坐标和开采深度圈定的立体空间区域)内开采矿产资源的,不属于超层越界开采。按照这一批复的精神,超层越界开采构成非法采矿。不少司法裁判也按照这一逻辑对被告人定罪处罚,“被告人潘亚敏及两被告人的辩护人提出的两被告人未越界开采、仅是在相关政府部门默许下修建运输通道,以及不明知超深开采的辩解、辩护意见,显然与客观事实不符”,因此,对其以非法采矿罪定罪处刑。<sup>[18]</sup>“被告人胡玉旗、胡玉晴等人明知矿区的开采深度不得超过-28米,仍在-28米以下非法开采矿石”,显然构成非法采矿罪。<sup>[19]</sup>

不过,这并不意味着所有违法的超层越界开采行为达到一定数量后,就都能够构成本罪,因为违法性的判断是实质的,认定犯罪要考虑刑法所固有的违法性。违反行政管理法律、法规的行为具有行政违法性,但其是否具有刑事违法性是存疑的,因此,违反规定固然是刑事违法的判断工具,但仅仅是判断构成要件该当性是否具备的“辅助性”工具。顾及前置法,审查其所提供的刑事违法性判断基础,绝对不等于“从属于”前置法,否则就可能陷入思维的简单化、定罪的扩大化。因此,在实务中,既要判断行政犯中“违反规定”的内容,又要认识到其仅能对客观构成要件判断提供有限支撑。<sup>[20]</sup>

事实上,为数不少的超层越界开采都是因为后续实际矿产开采过程中,由于井下地质条

[18] 参见潘亚敏、潘建明非法采矿案,安徽省马鞍山市博望区人民法院一审刑事判决书,(2019)皖0506刑初133号。

[19] 参见胡玉旗、胡玉晴非法采矿案,安徽省马鞍山市雨山区人民法院一审刑事判决书,(2020)皖0504刑初134号。

[20] 参见周光权:“论刑法所固有的违法性”,《政法论坛》2021年第5期,第38页。

件特殊(例如,煤层走向存在倾斜角度等),发生了核定标高范围与批复可采煤层不完全相符合的“超层越界开采”情形。此时,就很难完全按照核定标高开采,只能根据煤层赋存等实际情况进行开采,该行为在一定程度上具有意外事件的性质,只需要履行弥补相关许可证批准手续的义务即可,不需要刑法介入。

前述分析表明,实施采矿活动的行为人虽未持有采矿许可证或其采矿许可证存在一定瑕疵,行为虽然违反了前置法的相关规定,但这一事实对于犯罪认定至多有提供判断客观构成要件的线索的意义。换言之,行为具备前置法的违法性,极有可能产生类似于刑事程序上“初查”的效果,提示司法人员行为人有构成犯罪的高度嫌疑。但是,行为人是否属于刑法意义上的“未取得采矿许可证”的情形,司法实务上还必须结合具体犯罪的构成要件与规范目的(包括法条关系、法益种类等)、刑法谦抑性等进行实质判断,既不能形式地将行政违法判断套用到犯罪认定上,也不能不加甄别地直接援用行政机关的决定或鉴定作为直接的、决定性的判断依据。<sup>〔21〕</sup>

### 三、违法性认识与非法采矿罪

#### (一)违法性认识错误阻却责任的一般法理

近代刑法除了高度重视罪刑法定主义、法益保护主义之外,还特别强调责任主义,即没有责任就没有刑罚。按照责任主义的逻辑,即使某种行为符合刑法条文规定的构成要件,给法益造成了侵害或者危险,但仅此并不能科处刑罚。行为人主观上具有责任(非难可能性),是确立刑事责任的重要考量因素。违法性认识是责任要素之一,在行为人没有认识到自己行为的违法性,并且认为自己的行为不违法(存在违法性认识错误),也不具有违法性认识的可能性(违法性认识错误不可避免)的情况下,行为人就没有责任,对其行为不能以犯罪论处。通说认为,一个行为只要得到了主管机关的许可,行为人就缺乏违法性认识的可能性,因而没有责任。因此,在实务中的个别案件中,行为人可能不具有违法性认识的可能性,其责任应当被否定。

对于上述主张,有关司法解释性文件也予以认同。最高人民检察院公诉厅《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》(高检诉〔2017〕14号)明确指出,对于犯罪嫌疑人提出因信赖行政主管部门出具的相关意见而陷入错误认识的辩解,如果上述辩解确有证据证明,不应作为犯罪处理,但应当对行政主管部门出具的相关意见及其出具过程进行查证。参照该司法解释的精神,在涉及矿产资源开采这类专业化程度较高的行政“强监管行业”,行为人因信赖相关行政主管部门对开采行为合法性所出具的意见而陷入违法性认识错误的,属于不可避免的错误,应当能够阻却被告人的责任。

#### (二)围绕非法采矿罪中违法性认识的争议类型

在认定本罪时,被告人是否具有违法性认识可能性是少数案件中控辩论争的焦点问题之一。

其一,实践中最为常见的是,矿产资源行政主管部门允许被告人“边采边办证”的情形下,被告人是否具有违法性认识?例如,公诉机关指控,2017年7月8日至8月13日、2018年5

〔21〕 参见周光权:“法秩序统一性原理的实践展开”,《法治社会》2021年第4期,第11页。



月至7月间,李某为获取非法利益,在明知该砂坑无采矿许可证的情况下,仍组织姜某、朱某等人在竞拍的砂坑内进行非法开采矿砂。对此指控,辩护人认为,2017年6月12日,李某以“满洲里市正红再生资源回收加工有限责任公司”的名义,以挂牌竞拍的方式取得古河道2号砂坑的采矿权,其于2017年7月7日与满洲里市国土资源局签订《采矿权出让合同》并缴纳采矿权价款后,得到了国土资源局工作人员“边采边办证”的口头答复即从事采矿活动,该市经济合作区国土资源局执法监察大队于2017年8月13日通知正红砂场停止生产。因此,被告人李某在2017年7月7日至8月13日期间的采砂行为,不应当构成非法采矿罪,其采砂所得应从犯罪数额中扣除。

对于这一辩解,一审法院认为,被告人李某在开采砂矿前,曾得到满洲里市合作区国土资源局工作人员的口头许可,且2017年以前满洲里市砂场采矿存在与国土部门签订采矿权出让合同和矿山环境治理责任书后,受让人即可进行开采的事实,被告人李某在行为时没有认识到自身行为的违法性,并且认为自身行为不违法,其存在违法性认识错误。但被告人李某对此是否具有违法性认识的可能性呢?若被告人李某没有违法性认识可能性,即会阻却犯罪成立。应当认为被告人李某具有违法性认识的可能性,应当承担2017年非法采矿的刑事责任,其原因为:一方面,采矿行业属于国家特别规制领域,被告人李某在法律特别规制领域从事活动时,应当努力收集,并知悉了解采矿行业领域相关法律信息,其在当前信息发达、科技搜索手段如此方便化的时代,并未努力搜集相关法律信息,其违法性的错误系可以避免的错误,不阻却责任,行为人的行为具备有责性,其具有违法性认识的可能性。另一方面,本案中被告人李某仅在得到合作区国土资源局工作人员的口头答复后便实施了采矿行为,不能阻却责任。原审法院认为合作区国土资源局工作人员的口头答复仅能代表该工作人员的个人对该事项的见解,不能代表主管机关的意见,口头答复也不属于主管机关的正式答复。综上,基于法律对在特别规制领域范围内从事活动人员的较高要求,被告人应当对没有采矿许可证是否能够开采矿产资源的违法性产生疑问。但被告人并没有真正思考该疑问,未向主管机关征求正式答复,也未向上级主管机关征求正式答复,而是轻率地相信其行为具有合法性,被告人虽然存在违法性认识错误,但是该错误是可以避免的,其具有违法性认识的可能性。故被告人李某应当对2017年的采矿行为承担刑事责任,2017年的采砂数量应当计入总数,因此,对这一辩护意见不予采信。

二审判决对于辩护人关于违法性认识可能性欠缺的辩解的反驳意见是:“经查,2017年7月8日,满洲里市国土资源局经济合作区分局工作人员经请示上级主管部门领导后,口头同意正红砂场进行采砂,这一行政管理行为确实存在不规范之处,但并不能阻却上诉人李某对非法采砂属于犯罪的违法性认识。上诉人李某与满洲里市国土资源局签订的《采矿权出让合同》第3条明确约定,受让人应当获得环评手续并办理采矿许可证。上诉人李某应当知晓口头通知不能等同于行政许可,行政许可应严格按照行政许可法规定申请办理。因此对于上诉人李某及其辩护人以2017年采砂行为不是‘擅自’开采为由提出的李某不构成犯罪的意见不予采纳。”<sup>[22]</sup>

[22] 参见李某非法采矿案,内蒙古自治区呼伦贝尔市中级人民法院二审刑事裁定书,(2020)内07刑终118号。

其二,行为人未取得采矿许可证的开采行为得到县级以上政府持续支持的,被告人是否具有违法性认识?例如,公诉机关指控:由行为人担任负责人的A公司仅在取得某矿区的《勘探勘查许可证》,未取得采矿许可证的情况下,在长达10年的时间里,违反矿产资源法的规定,擅自以“以探代采”的方式非法开采煤炭资源并予以销售,行为人对A公司没有采矿许可证这一事实,不存在认识错误。但是,值得讨论的是其违法性认识可能性问题。行为人之所以能够在长达数年的时间里“以探代采”,是因为该企业是地方政府通过招商引资引入当地的,是政府扶植和关注的对象,且政府明知行为人所在企业未取得采矿许可证,但以行政合同的方式允许行为人在特定矿区进行煤炭资源开发,要求合同相对方履行合同,并按时下达具体的采矿指标,明令该企业必须每月完成的开采、对外销售煤炭数量,甚至明确强调其保煤炭供应的责任。涉案企业也并未隐瞒开采煤矿的事实,而是按照行政机关要求,按时向县级相关部门、地方煤炭行业管理部门等行政机关或官方协会报送煤炭生产销售外运信息、依法缴纳自然资源税的。开采行为事实上自始即得到有关省、市级地方政府的允诺,有关县级以上政府均不认为行为人的开采行为涉嫌犯罪。相应地,行为人对无证开采是否违反刑法存在认识错误,且该错误在一系列行政行为强力主导下不可避免。换言之,涉案行为人作为行政相对人,其无可避免地误以为在当时情形下,其“以探代采”的行为是合法的,县级以上人民政府及主管行政机关不可能纵容或帮助犯罪行为,行为人基于这种不可避免的违法性认识错误就不具备责任;其因为对对方政府具体行政行为的信赖而实施的行为即便触犯刑法的,也应当以没有违法性认识可能性为由,不以犯罪论处。在这类案件中,如果地方政府或有关主管机关不允许行为人开采,其违法性认识错误显然能够避免,自然不能阻却责任。

其三,在剥离工程煤的案件中,被告人的违法性认识如何判断?例如,在前述“政策性关停矿区范围内的工程性采挖”所涉案件中,甲公司在土地平整过程中发现浅表煤层后履行了报告义务,县政府常务会议在研究该科技园项目相关事宜时,提出“由县自然资源局牵头,及时帮助企业完善相关建设手续,确保项目建设合法性”。这说明县政府是在已对“三通一平”施工过程中一并剥离工程煤的行为合法性进行审查的基础上,才在《专题会议纪要》中确定由涉事公司代表县政府销售采挖出的工程煤,并与甲公司签订《补充协议》,明确委托授权该公司剥离工程煤,由此产生的费用由县财政补贴。据此应当认为甲公司及其负责人翁某可以合理信赖县政府委托授权的合法性,主观上没有认识到也不可能认识到在没有采矿许可证的情况下剥离工程煤违反矿产资源法,不具备违法性认识。此后,甲公司的整个施工过程也都受到县委工作专班和包含县自然资源局在内的监管小组的实时监控,以上机关均未指出无采矿许可证剥离工程煤是矿产资源法所禁止的行为,省、州、县三级地质矿产主管部门也从未向甲公司或翁某等人发出过责令停止开采的口头或书面通知,这更强化了翁某等人对开采行为合法性的信赖。

### (三)关于违法性认识的合理司法立场

无可否认,对于违法性认识可能性对于司法裁判的影响,实务中一直持消极态度,鲜见根据行为人不具有刑事违法性认识的可能性就判决无罪的案件。在多数案件中,被告人对于其欠缺违法性认识的辩解也确实难以立足。例如,公诉机关指控,2019年4月份,被告人冯某未取得采砂许可证或采矿许可证的前提下,擅自在绥中县某村翁泉山东屯狗河边自己经营管理的果树地里,擅自挖掘2个大方塘,将挖出来的砂子出售,价值82万余元,应当以非法采矿罪

追究其刑事责任。辩护人辩称被告人的采矿行为是在“造方塘”的过程中偶然发生的事实,被告人的行为不具有违法性,不构成非法采矿罪。<sup>[23]</sup>但是,被告人未取得采矿许可证,也从未向有关政府主管部门进行咨询,未取得有关机关及其工作人员任何许可或口头同意,将数量巨大、价值高昂的矿产资源开采并出售的,要辩解其没有违法性认识的可能性确实存在难度。但是,在所有案件中都绝对地否认被害人的违法性认识可能性欠缺或违法性认识错误的不可避免,显然又和责任主义原理相悖。<sup>[24]</sup>

实务上,还是应当认同行为人欠缺违法性认识或违法性认识错误不可避免时,就不具有非难可能性的基本观念。“行为人虽未取得采矿许可证,但地方政府要求或者同意行为人采矿并缴纳相关费用的,不宜认定为非法采矿罪。”<sup>[25]</sup>对这一结论在学理上予以展开的当然逻辑就是:在具体裁判中,只要行为人违法性认识的欠缺是具有在一定程度上“讲得通”的理由的,或者行为人主张其认为特定行为被法律所允许具有“可以接受的理由”的,就应当阻却责任。金德霍伊泽尔认为,如果行为人合乎义务地向主管的、内行的或者没有成见的人员进行了询问,但仍得不到可靠的资讯,从而产生错误认识的,该错误就是不可避免的,行为人就不必再为该错误承担责任。<sup>[26]</sup>山口厚同样指出:“尤其成为问题的是,咨询了行政机关、按照其指点而行动的场合的处理。在这一场合,通常来说,是能够否定违法性意识的可能性的,换言之,是能够认定欠缺违法性意识这一点具有相当理由。”<sup>[27]</sup>既然行为人在咨询行政机关后得到了该行为“在法律上是允许的”这一指点时,都有可能阻却其责任,那么,在个别被控非法采矿罪的案件中,行为人虽未取得采矿许可证,但如果其已经得到行政主管部门工作人员可以先行开采的正式答复,或者其相当长时期内的采矿行为都是在县级以上地方政府的指令、安排、委托、授意下实施的,就应当认为其没有认识到也不可能认识到该开采行为是“为刑法所禁止的”,难以肯定行为人的责任,应当做出无罪判断。法院在其裁判中,以矿产资源管理部门工作人员的答复存在疑问;凡是实施采矿行为的人都知道应当办理采矿许可证等理由肯定被告人的罪责,是强人所难,没有考虑到责任是个别的、需要在个案中结合每一个人的认识情况特别地予以考察这一点。在我国,由于长期以来各级政府积极主导各项经济活动,市场主体参与特定经济活动时充分信任行政主管机关所做决定的正确性,不会质疑其所做答复或指示的权威性,这是再正常不过的事情。如果行为人就是否可以采矿咨询、报告过有关矿产资源管理部门,又得到了肯定的答复然后再行动的,就应该认为其错误是不可避免的,其主张缺乏违法性认识可能性这一点就具有相当理由,难以期待行为人朝着行政管理机关及其工作人员答复或指导的相反方向行事。

对于被告人缺乏违法性认识可能性就不宜定罪这一点,如果一定要寻找规范依据,可以从《刑法》第16条关于不可抗力的规定入手,将其中的“不是出于故意或者过失”理解为不是故意或者过失地违反法规范,而是缺乏违法性认识的可能性;将其中的“不能预见”解释为欠缺违法

[23] 参见冯某某非法采矿案,辽宁省绥中县人民法院一审刑事判决书,(2020)辽1421刑初391号。

[24] 参见周光权:《刑法总论》(第4版),中国人民大学出版社2021年版,第247页。

[25] 张明楷:《刑法学(下)》(第6版),法律出版社2021年版,第1497页。

[26] 参见(德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第6版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第273页。

[27] (日)山口厚:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第266页。

性认识之可能性,使得根据违法性认识可能性欠缺出罪这一结论的作出“于法有据”。〔28〕

## 四、结 语

非法采矿罪的典型形态是违反《矿产资源法》《水法》等其他部门法中关于矿产资源开发、利用、保护和管理的规定,在未取得采矿许可证的情形下擅自采矿。前置法能够在一定程度上为本罪的认定提供支撑,行政违法的规范目的在多数时候可能和刑法相同。但是,也可能存在行政法上的违法性判断与刑事违法性之间存在质的差别的情形。违反前置法的烟雾之下是否真的有非法采矿罪的“火”,还需要具体结合本罪的保护法益、构成要件要素等进行仔细甄别。认定犯罪需要考虑前置法,但更应当重视刑法所固有的违法性,实质地对犯罪成立范围进行限定,这一点在本罪的认定中表现得特别充分。

**Abstract:** In judicial practice, due to the strict examination and approval of mining right license by the government, there is an impulse to determine the crime of illegal mining only on the basis of administrative illegality in practice. The current situation of giving up the illegality inherent in the criminal law urgently needs to be changed. The legal interests of the crime of illegal mining are mineral resources and their rational utilization, as well as the property ownership of mineral resources by the state. It is difficult to constitute this crime by simply infringing upon the mineral resources management system or administrative order. For the mining activities after the expiration of the mining license, the mining behavior of the “gap period” between the expiration of the 4“trial operation” approval and the formal acquisition of the mining license, and the engineering mining behavior under special circumstances, it is difficult to affirm the infringement of the aforementioned legal interests. When determining whether the prosecuted action constitutes “not obtaining a mining license”, it is necessary to make a substantive judgment. The mining right contracting and cooperative operation allowed by the law does not constitute “not obtaining a mining license” and should not be punished as such a crime. In individual cases, it is necessary to consider the fact that the defendant has consulted the competent authority of mineral resources in advance or has been recognized or supported by the local government and relevant competent departments for a long time in the act of mining without a license, and to find that the prohibition error of the actor is inevitable and the suspect lacks the possibility of understanding the illegality of this crime, so as to rule out criminal responsibility.

**Key Words:** Crime of Illegal mining; Protection of Legal Interests; Failure to Obtain Mining License; Knowledge of Illegality; Unity of Law and Order

(责任编辑:车 浩)

〔28〕 参见柏浪涛:《错误论的新视角》,中国民主法制出版社2020年版,第355页。