

非法采矿罪“情节严重”的认定

马卫军

(兰州大学法学院,甘肃兰州 730000)

摘要:司法解释对非法采矿罪“情节严重的”做了类型化描述。涉案价值认定时,需要以法益为指导,剔除他人开采的矿产资源价值,扣除合理的开采、运输费用,妥善确定价值认定基准日。当难以确定价值时,要从有利被告的角度出发。“二年内曾因非法采矿受过两次以上行政处罚,又实施非法采矿行为的”,是指在任何时间点上起算,二年内有三次非法采矿行为(其中被处罚过两次)即可,做出处罚的不必限定为某一特定机关。已被处罚过的对应价值不累计计算,行政罚款不折抵罚金。多次实施行政违法的非法采矿行为,没有受过行政处罚的,应累计计算价值数额,做出相应处理。非法采矿时严重污染环境,不属于“造成生态环境严重损害的”,应按照想象竞合犯原理处断。在非法采矿之后,又实施其他关联行为,严重污染环境的,应数罪并罚。“造成生态环境严重损坏”,包括造成河道、海洋生态环境损害,植被、林木和耕地毁坏,地表沉降等。“其他情节严重的情形”,应当与前几项具有可类比性,只要在结果或者行为上具有相当的社会危害性与处罚必要性,就可以认定为“情节严重”。

关键词:非法采矿罪;情节严重;类型;认定

中图分类号:DF626 文献标识码:A 文章编号:1005-9512(2024)02-0045-17

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2024.02.004

根据1986年《中华人民共和国矿产资源法》(以下简称:《矿产资源法》)第39条,对非法采矿行为,按照1979年《中华人民共和国刑法》(以下简称:《刑法》)故意毁坏财物罪定罪处罚。1997年《刑法》第343条第1款规定了非法采矿罪。成立本罪需同时具备三个条件:(1)无证擅自采矿,擅自进入特定矿区开采特定矿种;(2)经责令停止开采但拒不停止;(3)造成矿产资源破坏。根据以上条件,无论非法采矿行为如何严重,只有在相关机关发出责令停止开采通知书之后,被通知人拒不停止的,才可能构成犯罪。然而,该规定可操作性差,实践中无法送达行政执法文书的情况较为常见,许多违法人员刻意利用这一漏洞,出现了国家矿产资源遭受严重损害,却难以追究刑事责任的局面。对“造成矿产资源破坏”,最高人民法院《关于审理非法采矿、破坏性采矿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定,“由省级以上地质矿产主管部门出具鉴定结论,经查证属实后予以认定”。但是,实践中无法及时鉴定和鉴定费用过高的问题较为多见,使得公安机关对非法采矿立案侦查不多,检察机关审查起诉更少,法院判决的更是寥寥无几。^[1]《中华人民共和国刑法修正案(八)》(以下简称:《刑法修正案

作者简介:马卫军,兰州大学法学院教授、法学博士。

[1] 参见黄太云:《刑法修正案(八)解读(二)》,载《人民检察》2011年第7期。

(八)》)将“经责令停止开采后拒不停止开采,造成矿产资源破坏的”,修改为“情节严重的”,降低了入罪标准。2016 年最高人民法院、最高人民检察院《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:《解释》),明确规定了“情节严重的”四种情形,即“开采的矿产品价值或者造成矿产资源破坏的价值在 10 万元至 30 万元以上(在国家规划矿区、对国民经济具有重要价值的矿区采矿,开采国家规定实行保护性开采的特定矿种,或者在禁采区、禁采期内采矿,开采的矿产品价值或者造成矿产资源破坏的价值在 5 万元至 15 万元以上)”,“二年内曾因非法采矿受过两次以上行政处罚,又实施非法采矿行为的”,“造成生态环境严重损害的”和“其他情节严重的情形”。“情节严重的”如何认定,应该注意哪些问题,标准是什么,司法实践中有哪些值得总结的经验,值得进一步深入研究。

一、开采的矿产品价值或者造成矿产资源破坏价值的认定

根据《解释》第 3 条第 1 款第 1 项、第 2 项的规定,涉案矿产价值在认定“情节严重”中具有重要意义,对此,需要注意以下问题。

(一) 不能脱离法益确定行为对象

国家经济可持续发展,矿产资源是重要保证,但绝大多数矿产资源是不可再生的。《矿产资源法》《中华人民共和国水法》等与《刑法》一道,对矿产资源形成了严密的、立体化的保护网。成立非法采矿罪,在客观上以行为违反《矿产资源法》等前置法的相关规定为前提,这就需要在妥当界定本罪法益的基础上,根据法秩序统一性原理,确定哪些属于本罪行为对象的“矿产品”,进而为价值认定确定基础。

本罪法益,有国家的矿产资源保护制度说、^[2]矿产资源管理制度说、^[3]国家对矿产资源和矿业生产的管理秩序说等主张。^[4]国家保护矿产资源制度包括:(1)对全国分布的矿产资源统一管理、科学规划、合理布局,以妥当开发利用;(2)对采矿权主体资格的审查;(3)监督、管理采矿行为。^[5]

以上主张的共同点是矿产资源管理制度作为保护法益,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者管理秩序本身……,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”。^[6]此外,作为破坏环境资源保护的犯罪,环境本身及其他环境利益也应当成为本罪的法益之一。^[7]

根据《矿产资源法实施细则》(以下简称:《细则》)第 2 条,矿产资源是指由地质作用形成的,具有利用价值的,呈固态、液态、气态的自然资源。矿产资源可细分为如下类型:(1)能源矿产,包括煤、石油、天然气等 11 种;(2)金属矿产,包括铁、锰、铬等 60 种;(3)非金属矿产,包括金刚石、石墨、磷等 90 余种;(4)水气矿产,包括地下水、矿泉水、二氧化碳气、硫化氢气、氦气、氩气等。本罪的对象是与法益相关联的上列矿产资源。若非法开采这些矿产资源构成犯罪,意味着开采行为造成了以下危害:(1)妨害了矿产资源的合理利用,严重影响矿产资源使用效能;(2)侵害了国家对矿产资源的财产所有权;

[2] 参见高铭暄、马克昌:《刑法学》(第十版)北京大学出版社、高等教育出版社 2022 年版,第 600 页。

[3] 参见周道鸾、张军:《刑法罪名精释》,人民法院出版社 2013 年版,第 877 页。

[4] 参见王作富:《刑法分则实务研究》,中国方正出版社 2010 年版,第 1546 页。

[5] 参见陈兴良:《罪名指南》(第二版),中国人民大学出版社 2008 年版,第 390 页。

[6] 周光权:《非法采矿罪的关键问题》,载《中外法学》2022 年第 4 期。

[7] 关于作为法益的环境本身及环境其他利益的详细论证,参见马卫军:《论污染环境罪的保护法益》,载《时代法学》2017 年第 4 期。

(3)危害了环境及环境利益。

以上结论知易行难,实践中不乏脱离法益而启动刑事诉讼程序追究所谓“非法采矿”的情形。“彭某某、孙某某非法采矿案”就是如此。1992年至2001年期间,彭某某、余某等人合伙经营某村煤矿,生产期间,将废弃煤矸石堆放在煤矿附近,一直未处理。2001年煤矿被政府关停。2018年1月至2019年4月,彭某某雇孙某某用其挖掘机采挖、出售这些废弃煤矸石,销售额三十万余元。2019年5月至2019年12月,孙某某与周某2、邱某采挖、出售煤矸石,销售额九万余元。公诉机关认为,孙某某、彭某某的行为构成非法采矿罪。孙某某、彭某某认罪。孙某某的辩护人做罪轻辩护。彭某某的辩护人做无罪辩护。法院认为,被告人孙某某、彭某某的行为,不构成非法采矿罪。^[8]

本案指控逻辑是:(1)孙某某与彭某某无采矿许可证;(2)煤矸石有利用价值,属于矿产资源;(3)销售金额达到了《解释》第3条第1款第1项的规定,属于“情节严重”。该指控没有考虑本罪法益,形式化地得出了有罪结论。彭某某辩护人的辩护意见值得关注:(1)煤矸石是固体废物,不是矿,再利用无需采矿许可证;(2)出让遗留煤矸石的行为不是犯罪行为;(3)彭某某挖了部分自然形成的煤矸石,违法所得为两万余元,未达到刑事犯罪追诉标准。

法院的无罪结论是妥当的。(1)本案的犯罪对象是固体废物煤矸石。根据国家发改委、国土资源部等十部委联合发布的《煤矸石综合利用管理办法》,煤矸石为煤矿生产过程中的含碳废弃物;《一般固体废物分类与代码》将煤矸石归为不具有危险性的工业固体废物,故煤矸石非矿产资源,孙某某等人开采煤矸石无法益侵害性。需要注意的是,国土资源部办公厅《关于煤矸石是否属于矿产资源问题的复函》指出,“根据《细则》第二条第一款的规定,矿产资源是指由地质作用形成的,具有利用价值的,呈固态、液态、气态的自然资源。具有利用价值的煤矸石属于矿产资源。”对该复函,不仅关注“具有利用价值的煤矸石属于矿产资源”这一点,而且应当注意《细则》第2条第1款。只有将两者连贯起来理解,才能对本案煤矸石是否属于矿产资源得出妥当结论。成为本罪对象的矿产资源,应当具备三个特点:第一,地质作用形成;第二,自然资源;第三,具有利用价值。对于煤矸石是否属于矿产资源应具体分析。若处于自然状态,则煤矸石属于矿产资源,能够成为非法采矿罪的对象,未取得采矿许可证擅自开采的,具有法益侵害性,可以构成非法采矿罪。但是,若煤矸石属于煤矿开采出来丢弃的,则收集这些煤矸石不具有侵害矿产资源及其合理利用、侵害国家对矿产资源的财产所有权的特质,相反,对环境及环境利益还有益处,当然不具备法益侵害性,被丢弃的煤矸石自然不能成为非法采矿罪的对象。被彭某某、孙某某采挖的煤矸石,是1992年至2001年期间采煤过程中丢弃于煤矿边上的,为伴随采矿过程中产生的废弃物,自然不是非法采矿罪的对象。(2)被孙某某和彭某某所采的煤矸石,原来处于地表以下,原煤矿在采煤过程中,被开采出来弃于煤矿附近,孙某某、彭某某采挖、出售被弃于煤矿边上的煤矸石,不是开采“矿产”的行为。(3)十部委指导意见未要求开采废矿石、煤矸石应取得采矿许可证。

(二)应当剔除他人开采的矿产资源价值

实践中,非法采矿情形具有争议大、专业性强和客观因素多等特点,如何认定非法采矿、开采数量多少、开采对象是什么,较难界定。如果再介入第三人行为则更为复杂。所以,对于多人先后或同时非法开采,但不是共同犯罪的,司法机关在认定涉案数量及价值时,一定要做到“各安其所”,否则就是让被处罚者不成比例地负担了他不应负担的责任,如此,“公正在于成比例”这一命题将成为一纸

[8] 参见江西省上饶市广信区人民法院(2021)赣1104刑初214号刑事判决书。

空文。^[9]“王某某等人非法采矿案”就是如此。胡某、颜某某、颜某发等五人办页岩砖厂,后经营不善,2005年6月转让给王某某、胡某某、张某某、胡某辉、周某某五人。2010年至2012年,王某某等人将砖厂转租给凌某某、王某能,年租金15万元。2012年由王某某、胡某某、张某某与胡某辉、周某合伙经营至2014年12月。砖厂露天开采,现场加工页岩砖销售。砖厂未取得采矿许可证,但每年正常缴纳税费和矿产资源补偿费。2014年7月,县自然资源局整顿关停砖厂,并委托省煤田地质局第一勘探队(业务范围为工程测量、地形测量、矿山测量等,无矿产资源价值鉴定资质)评估砖厂开采页岩矿产资源的价值。勘探队的评估报告确定非法开采、破坏矿产资源储量32247.44方,价值177361元。县自然资源局向省自然资源厅申请审查评估报告书,出具鉴定意见。省自然资源厅鉴定结论确定评估报告可采信,但鉴定文书无鉴定人员签名,也未附鉴定机构资质及鉴定人员资质证明。原审法院认定被告人胡某某、王某某、张某某犯非法采矿罪。二审法院认定胡某某、王某某、张某某无罪。^[10]

原审法院认定胡某某等人有罪的核心证据是勘探队的评估报告、省自然资源厅的鉴定结论。不过,需要注意的是,自2001年以来,由胡某、颜某某等人开办,2005年胡某转让给王某某等五人。勘探队在对砖厂开采点绘制地质地形图时,包含了砖厂所有开采点,得出非法开采的矿产资源储量为32247.44方,该储量值包含胡某等人开采储量,相应的,在计算矿产资源价值时,也就涵盖了前后所有人开采的矿产资源价值。故而,原审未将他人开采的矿产资源价值剔除,属于事实认定不清。此外,鉴定结论在鉴定程序上有瑕疵,鉴定方法不科学。勘探队接受县自然资源局的委托,评估非法开采矿产资源的价值,超越了其业务范围。勘探队仅凭其他两个砖厂出具的页岩矿市场销售价及直接生产成本价取中间价,就确定了本案矿产资源价值,方法不科学,结论不严谨,难以使人信服。省自然资源厅的鉴定结论既未附鉴定资质,更无鉴定人员签名,程序存在严重瑕疵,应不予采信。法院再审根据存疑有利被告原则,判决原审被告人无罪,是妥当的。

但是,倘若无法剔除他人的开采价值,而根据其他事实能够确定案件属于“情节严重”的情形,则无需考虑因涉案价值不明和存疑有利被告原则,而直接认定为“情节严重”。“某矿业公司非法采矿案”就是如此。2008年1月23日,石某某投资设立某矿业有限公司,性质为一人有限公司,经营范围为铁粉加工、销售。2010年4月,石某某将公司全部股权转让与郭某某。2012年3月5日,郭某某将全部股权转让与李某某。公司没有取得采矿许可证。在担任法定代表人期间,李某某、郭某某分别以公司名义,在四个矿点非法开采超贫磁铁矿。县国土资源局先后六次下达责令停止违法行为通知书,但公司并未停止。2013年3月,受县国土资源局委托,省煤炭地质勘查院出具破坏价值勘测核算报告,认定矿业公司于2007年至2012年期间非法采出的超贫磁铁矿石价值为96.56万元。2013年4月22日,省国土资源厅据此出具鉴定结论,认定非法开采矿石价值为96.56万元。法院另查明,2008年7月19日,矿业公司原股东石某某,经县农村资源综合管理中心同意,承包治理“四荒”地,在该地块中,并不包含非法开采的编号为1号、2号、3号、4号四个矿点。编号为2号、3号的矿点在2006年至2009年期间由外号“曹老大”的人开采,还有个叫“富某”的人也曾在此4号矿点开采过。被告单位对指控事实无异议,被告人李某某、郭某某对部分事实有异议。法院认定被告单位矿业公司、被告人李某某、郭某某犯非法采矿罪。^[11]

[9] [古希腊]亚里士多德:《尼各马可伦理学》,廖申白译注,商务印书馆2017年版,第148页。

[10] 参见湖南省衡阳县人民法院(2020)湘0421刑再审1号刑事判决书。

[11] 参见山西省天镇县人民法院(2013)天刑初字第52号刑事判决书。

公诉机关指控的核心证据,是省煤炭地质勘查院的破坏价值勘测核算报告、省国土资源厅的鉴定结论,但是这两份证据并不具可采性,无法确定被告人开采矿产的价值。^[12]法院也注意到了上述情况,判决认为,核算报告及鉴定结论不具客观性,也无关联性,不应采信。法院采纳了二被告人及其辩护人“不应对全部损害结果承担责任”的辩解与辩护意见。基于以下两点,法院认为被告单位及被告人非法开采矿产行为情节严重,构成非法采矿罪:(1)自被告单位成立之日起,非法采矿行为一直持续,具有连续性;(2)自2011年6月2日起,县国土资源部门先后六次向被告单位下达责令停止违法行为通知书,但被告单位拒不停止,而是继续非法开采。本文认为,法院没有采纳关于开采量及破坏量价值的指控,而是关注到非法采矿行为自被告单位成立后一直持续,并且经主管机关六次责令停止非法开采行为而拒不停止这一事实,认定本案属于“情节严重”情形,在《刑法修正案(八)》出台之前,符合当时《刑法》第343条第1款的规定,是妥当的。

(三)认定矿产品价值时应当扣除合理的开采、运输费用

认定非法采矿罪“情节严重”,“开采的矿产品价值或者造成矿产资源破坏的价值”具有重要意义。根据《解释》第13条第1款,非法开采的矿产品价值,根据销赃数额认定。如果无销赃数额,或者销赃数额难以查证,或者根据销赃数额认定明显不合理的,就根据矿产品价格和数量认定。这一解释原则上确定了矿产品价值要按照销赃数额认定,看似简单明了,但是,也并非没有疑问。即便品质相同的同一种矿产,也有可能“销赃数额”上大相径庭。如果在开采矿区现场销赃,数额可能就是“开采成本+‘利润’”,但如果“采运一体”,可能就是“开采成本+运输费+‘利润’”。这样,同样都是100吨品质相同的原矿,销售价会截然不同。可以肯定的是,若以销赃数额为标准,对后者的处罚一定重于前者,必定受到“同样的犯罪事实(非法采矿100吨),处罚却不一样”这种处罚不公正、不平等的质疑。

在最高人民检察院指导性案例“赵陈春等六人非法采矿案”中,^[13]对涉案江砂的价值,公安机关有三种意见:(1)以出水价格认定价值;(2)以市场销售价格认定价值;(3)以抵岸价格认定价值。本案中,涉案江砂被运输到镇江、南京等多地,运输距离远近直接影响了江砂收购价格。检察机关最终以江砂到达镇江本地抵岸价格作为价值鉴定标准,理由是:(1)本案系“采运一体”作案方式,以出水价格来

[12] 本案鉴定存在以下问题,致使无法确定开采价值。(1)地质勘查院核算被告单位非法采出的矿石量及价值时,采用2007年至2012年期间的数据,开采价值也是依据该数据得出。该数据也是省国土资源厅作出鉴定结论的依据,但是,被告单位成立时间为2008年,被告人李某某、郭某某担任法定代表人期间为2010年至2012年。在被告单位成立之前,已有他人实施过非法采矿行为。被告单位成立后,在既存的非法采矿点又继续开采,郭某某、李某某在部分采矿点也曾前后重叠开采。因此,鉴定结论中的破坏量是由不同的人在不同时间段内非法开采造成的。地质勘查院在计算开采量及价值时,应扣除被告单位成立前他人的开采量及价值,鉴定结论也应如此。但核算报告和鉴定结论并未核减扣除,更未考虑郭某某、李某某在同一矿点先后重叠开采这一情况,对开采数量及破坏量的认定有失客观,依此量刑,有违罪责刑相适应原则。(2)核算报告及鉴定结论也应区分四个采矿点各自的破坏量,以明确不同采矿人的不同破坏量,相反,核算报告中的计算数据,96.56万元破坏量的鉴定结论,却由编号为1号、2号、3号、4号四个不同采矿点的情况共同构成,认定再失客观性。

[13] 本案案情如下:2013年春节后,被告人赵成春与被告人赵来喜经共谋,由赵成春负责在长江镇江段采砂,赵来喜以小船每船1500元、大船每船2400元的价格收购。2013年3月至2014年1月,赵成春在未办理河道采砂许可证的情况下,雇佣被告人李北海、李永祥在长江镇江段119号黑浮下游锚地附近水域使用吸砂船非法采砂,将江砂直接吸到赵来喜的两艘货船上,后分别由赵来喜的雇工被告人赵加龙、徐培金等人驾船将江砂运输至赵来喜事先联系好的砂库予以销售。经鉴定,涉案江砂成分主要为石英砂,属于非金属矿产。赵成春、赵来喜、李北海、李永祥非法采砂38万余吨,造成国家矿产资源破坏价值152万余元。赵加龙参与非法采砂22万余吨,价值90万余元;徐培金参与非法采砂15万余吨,价值62万余元。参见最高人民检察院2019年3月2日发布的《检察机关服务保障长江经济带发展典型案例·赵成春等六人非法采矿案》, https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/201903/t20190302_410041.shtml#2, 2023年1月9日访问。

认定砂石价值,并不合适;(2) 犯罪嫌疑人的牟利目的,在将江砂运输到岸边并被砂商收购之后方得以实现,以抵岸价格认定具有合理性;(3) 本案销赃地点远近不一,以距离较近的镇江本地抵岸价格认定有利于犯罪嫌疑人。

最高人民检察院指出,本案指导意义在于非法采矿罪的价值认定。鉴于非法开采江砂案件中,有出水价、抵岸价、离岸后市场销售价等不同价格,是否运输以及运输距离远近等因素,都会影响价格高低。为准确认定矿物价值,应综合考虑采砂工作原理、盗采运作模式,以合理确定价格认定节点。若采运双方事前无通谋,在采砂现场销售的,就以出水价格认定;采运一体实施犯罪,则应以抵岸价格为准。倘若销售地点难以确定,一般就以较近的抵岸地为价格认定节点。

但是,倘若考虑到本罪保护法益,则即便以抵岸价作为认定根据,也值得推敲。非法采矿罪的法益,既包括矿产资源及其合理利用,又包括国家对矿产资源的财产所有权、环境及环境利益。本文认为,鉴于矿产资源具备财产属性,犯罪数额应当以开采价计算,在对象为江砂、海砂时,当然是出水价。对此,可以类比参考财产犯罪的数额认定标准。以盗窃罪为例,被盗物品价值认定,是被盗当时的价值,即使被盗物品被运到其他地点销售也是如此,无论如何,运输费不会被计入被盗物品价值中。财产犯罪中,被害人损失多少,犯罪数额就计算多少,即便作为犯罪对象财物价值在事后升值,也不会将升值部分计算到犯罪数额中去。非法采矿案中,市场流通的矿产品价格,因有“利润”追求,必然会高于其本身价值,与财产犯罪类似,对于其中产生的无关成本必须去除,不应列入损失之中。此外,从矿产资源及合理利用的角度来说,矿产运输成本高低,不会影响到矿产资源的合理利用,矿产就地还是被运输到较远地方被非法利用,在不合理利用上毫无二致。

再来观察“造成矿产资源破坏的价值”。可以肯定的是,如果非法采矿人没有开采出矿产资源,自然就没有销赃,但是造成了矿产资源破坏,此时确定涉案价值,所谓的“抵岸价”不复存在,以“实际破坏但未开采的矿产价值”为基准,当无异议。这也能够为本文“应当以开采价作为非法采矿罪的价值认定标准”的主张提供实践支持。其实,无论是在非法开采现场出卖非法开采的矿产,还是将非法开采的矿产品运到其他地方销赃,抑或是虽未被开采成功但在非法开采过程中被破坏的矿产品价值,国家的损失是一样的,尽管对行为人来说,获利或损失不一样。此外,倘若非法开采矿产品导致环境损害严重,可根据环境损害程度,直接认定情节严重或情节特别严重,至于矿产品被运到什么地方,销赃数额多少,意义就相对有限了。所谓行为人非法采矿的“获利目的”是在非法开采的矿产品被出售后才能实现,故以销赃数额认定情节严重的观点,更经不起推敲。无疑,行为人非法开采矿产就是要获利,但是,非法获利目的从来不应该被当作本罪的构成要件要素,无论是成文的,还是不成文的。行为人是否获利,在对环境资源的侵害上,没有任何影响,否则,非法采矿一无所获但严重破坏环境资源的,就不应该追究刑事责任,这个结论匪夷所思。此外,以较近的抵岸价为标准,看似坚持了有利于被告原则,其实不然,因为,运输费用在不同时期也有可能出现波动,这样,运输开支多少而不是非法采矿本身可能决定了“情节严重”或者“情节特别严重”,这并不妥当。因此,结论就是:运输成本不是国家的损失,不应计入非法采矿犯罪数额。

开采费用应否列入矿产价值,也值得研究。在“王某非法采矿案”中,公诉机关指控,2015 年 12 月至 2016 年 1 月,王某未取得河道采砂许可证,在某村蒙河分洪道水域内开采建筑用砂 5289 方,经鉴定,破坏矿产资源价值 15.867 万元。法院认为,被告人王某犯非法采矿罪,罪名成立,但指控矿产资源破坏价值达 15.867 万元,并不妥当,因为未扣除开采费用 26445 元,属事实错误,应予纠正。法

院认定,被告人王某犯非法采矿罪,矿产资源破坏价值 13.2225 万元。^[14] 本文认为,从非法采矿罪的保护法益为矿产资源及其合理利用、国家对矿产资源的财产所有权、环境及环境利益来看,显然,开采费用与国家矿产资源损失之间并无直接关系。否则,同样数量的矿产,若开采技术成熟,开采费用较低,则涉案价值就低,相反,若采用最原始的开采方法,开采费用较高,则涉案价值就高。涉案价值的多少居然取决于开采技术的高低,将之推到极致,就会得出在开采技术极端落后时,对涉案价值起决定性作用的是开采技术而非矿产本身的结论,犯罪将取决于犯罪人的技能而不是对法益的侵害程度,这难以让人接受。因此,法院的意见更为妥当。

(四) 矿产品价值认定基准日的确定

被非法开采的矿产价值,《解释》第 13 条确立了“销赃数额为原则,矿产品价格和数量为例外,报告结合其他证据为补充”的规则。这对解决实务难题具有一定的指导性意义。问题在于如何确定涉案矿产品价值认定基准日? 司法实践中,非法采矿行为往往具有持续性、反复性,而矿产品的价值可能随时间的不同而波动。如果能将每一次矿产价值查清楚,当然再好不过,但是,这只是不可能实现的理想状态而已。

本文认为,当矿产品价值难以确定时,要从有利于被告的角度出发作出认定。这种“存疑有利于被告”的法价值选择,更为契合现代刑法基本精神。在“张某某非法采矿案”中,公诉机关指控,2012 年 12 月 31 日至 2014 年 7 月 19 日期间,张某某越界非法开采灰岩矿,矿产资源破坏价值为 15477588 元。张某某认罪。辩护人认为,鉴定报告认定的鉴定期间超出了被告人实际经营期间,鉴定价值过高。法院查明:对涉案矿产品价格认定基准日,价格认证中心在 2014 年 12 月 5 日的价格认证结论书中选取、确定为 2013 年 1 月至 2014 年 11 月。在此期间,该区域内毛石价格为 6 元/吨。但是,价格认证结论书的价格认定基准日,超出了张某某实际经营期间,显然不妥。2015 年 2 月 2 日,价格认证中心又出具了价格认证结论书,将价格认定基准日做分段处理,2013 年 1 月 1 日至 2013 年 12 月 31 日期间,毛石价格为 3 元/吨。2014 年 1 月 1 日至 2014 年 6 月 30 日期间,毛石价格为 4 元/吨。但是,因无法确定张某某实际经营期间毛石的价格和具体开采毛石数量,法院采纳了对被告人有利的价格认定,即被告人实际经营期间毛石价格为 3 元/吨。再结合非法开采建筑石料用灰岩矿资源储量为 2579598 吨的鉴定意见,法院认定被告人非法开采破坏矿产资源价值为 7738794 元。^[15]

(五) 鉴定中的常见问题

鉴定涉案矿产资源的数量、价值时,除前述一些注意事项外,以下情形实践中较为常见,也实质上影响了涉案矿产品价值的准确认定。

1. 检材来源不合法

检材应当来源于非法开采现场或者被查封、扣押的相关涉案矿产品。鉴定文书上也应记载检材

[14] 参见安徽省阜南县人民法院(2017)皖 1225 刑初 275 号民事判决书。

[15] 本案案情如下:被告人张某某从 2008 年起至 2014 年 7 月 19 日一直经营某镇某村采石一厂,系某镇某村采石一厂法定代表人。萧县国土资源局于 2012 年 7 月 19 日给某镇某村采石一厂颁发了采矿许可证,采矿权人为张某某,许可生产规模为 22 万吨/年,矿区面积为 0.0303 平方公里,有效期限二年,即自 2012 年 7 月 19 日至 2014 年 7 月 19 日。在 2013 年 3 月 15 日至 2014 年 6 月 6 日期间,被告人张某某与陶某某合作经营某镇某村采石一厂,后被告人张某某单独经营至 2014 年 7 月 19 日。被告人张某某在经营期间因越界开采于 2013 年 4 月 20 日被萧县国土资源局行政处罚。2012 年 12 月 31 日至 2014 年 7 月 19 日期间,某镇某村采石一厂非法开采萧县某镇某山南坡建筑石料用灰岩矿资源储量 955407 方,合 2579598 吨,造成矿产资源破坏的价值为 7738794 元。参见安徽省萧县人民法院(2016)皖 1322 刑初 275 号民事判决书。

来源、取得、送检过程以及必要鉴定过程的相关内容。司法实践中,办案人员往往有意无意地忽略检材来源与非法开采现场、开采对象之间的关联。比如“许某某非法采矿案”中,鉴定意见认定被告人非法开采矿产资源储量为 1135.01 方,合计 3104.84 吨,经济价值为 85383 元。辩护意见认为,关于非法开采范围,鉴定报告的根据有两个:(1)县国土资源局绘制的《许某某涉嫌非法开采建筑用白云岩矿位置及范围图》;(2)该局工作人员现场确认的范围。但是,该局并未对非法开采前采坑状况做明确标注、封闭、制作相关记录,无法参照对比非法开采前后形成的采坑。在确认非法开采的位置及范围时,许某某不在现场,该局绘制的《许某某涉嫌非法开采建筑用白云岩矿位置及范围图》也未经被告人确认。因此,鉴定报告不具有真实性,不能作为定案依据。法院支持了辩护意见。^[16]

2. 鉴定对象与送检材料不一致

根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称:《最高法解释》)第 98 条第 4 项,鉴定对象与送检材料、样本不一致时,鉴定意见不得作为定案根据。实践中,非法采矿往往发生在不同地点,有多处矿坑,尽管所开采的矿产品可能属于同类,但这并不意味着在含量、品质等方面,所有矿产品一定相同。在鉴定对象是否属于矿产品以及非法开采的矿产数量多少、价值多少等方面,必须全面无遗漏。“赵某非法采矿案”中,公诉机关指控,2013 年 6 月至 7 月期间,赵某未取得采矿许可证,在自家屋基地(CK2 采坑)、其他村民承包地以及附近集体土地范围内(CK1 采坑),非法开采砂砾石销售。经省地质矿产勘查局 332 地质队鉴定及省国土资源厅审查认定,赵某非法开采的砂砾石为矿产资源,开采量 7650.16 方,矿产资源破坏价值 229505 元。法院查明,2014 年 4 月 29 日,公安人员在 CK1 采坑内提取了鉴定样品,在 CK2 采坑内未取样。2014 年 5 月 10 日,公安机关委托省国土厅对提取的砂砾石是否属于矿产、砂石量及矿产资源破坏价值进行鉴定。332 地质队出具的鉴定报告结论为:砂砾石属于矿产资源,开采量 7650.16 方(其中 CK2 采坑开采量为 438.28 方),矿产资源破坏价值为 229505 元(按每方 30 元的市场价格计算),非法开采行为破坏了周边地质环境,形成的采空区破坏了河防洪堤坝的稳定性,易形成沼泽,有安全隐患。2014 年 6 月 13 日,省国土厅出具鉴定意见,确认了以上结论。法院认为,公安人员仅在 CK1 坑中取样,但 CK2 坑未取样,尽管均在同一条河南岸的河漫滩处,但两地相距 500 米左右。鉴定报告仅仅根据 CK1 坑提取的样品,就做出了 CK1、CK2 两个坑中被开采的是否属于矿产资源、开采范围以及破坏价值的鉴定,属于鉴定对象与送检材料、样品不一致。因公安机关未在 CK2 坑提取检材,认定 CK2 坑的砂石质量与 CK1 坑质量完全相同,当然就无任何根据。针对 CK2 坑的结论,当然不能作为定案依据。省国土厅《鉴定意见》确认 CK2 坑开采范围和矿产资源破坏价值的意见,也失去了基础。法院扣除这一部分鉴定的资源储量和破坏价值,最终认定赵某非法开采建筑用砂砾石矿产资源的范围为 CK1 坑储量 7211.88 方,矿产资源破坏价值为 216356.4 元。^[17]

3. 鉴定技术手段不妥,丧失客观性

根据《最高法解释》第 98 条第 1 项,当鉴定机构无法定资质,或者鉴定事项超出业务范围和技术条件的,鉴定意见不得作为定案根据。在“魏某某、罗某某非法采矿案”中,一审法院认为,矿产资源破坏数额,因无合法有效的鉴定意见证实,无法认定二被告人造成矿产资源破坏的实际价值。因本案证据不足,遂判决二被告人无罪。检察机关抗诉。二审法院裁定驳回抗诉,维持原判。就省国

[16] 参见安徽省庐江县人民法院(2014)庐江刑初字第 00238 号刑事判决书。

[17] 参见安徽省黄山市屯溪区人民法院(2015)屯刑初字第 00036 号刑事判决书。

土厅的《矿产资源价值鉴定书》和某公司的《非法开采石煤破坏矿产资源价值评估报告书》，法院认为，鉴定方法不符合专业要求，不能采信。某公司鉴定时参照某石煤场的石煤销售价作为涉案矿石煤价格，依据明显不足。国土厅鉴定书只对“某某溪矿”的煤质做了检验，未取得煤质数据，即对鉴定对象和参考石煤两者进行比较，并不科学。虽然鉴定意见经多次补正和补充说明，但无论是在程序上还是在实体上仍有无法解决的重大瑕疵，使鉴定意见缺乏科学性、严谨性和严肃性，不能作为定案的依据。^[18]

4. 鉴定意见因程序性瑕疵不被采信

根据《最高法解释》第98条第2项、第3项、第4项、第5项、第6项、第7项，以下情形，鉴定意见不得作为定案根据：鉴定人没有法定资质、无相关专业技术或者职称；送检材料、样本来源不明或者因污染不具备鉴定条件；鉴定程序违反规定，鉴定过程和方法不符合专业规范要求，鉴定文书缺少签名、盖章。前述“魏某某、罗某某非法采矿案”中，重要证据存在重大瑕疵，尤其是在鉴定程序上，从检材的提取到结论，都存在无法弥补的瑕疵。

(1) 鉴定对象来源不明。侦查机关未勘查案发现场，没有现场勘验笔录和现场照片，更没有提取矿产样本，也未封存现场，致使犯罪对象不明。何种矿产被开采，成份是什么，含量多少，使用价值如何，是否属于需要颁发采矿许可证的情形，无法确定。被告人到案后，侦查机关没有组织指认作案现场。检察机关指控被告人非法采矿的具体地点、方位、矿产资源的破坏范围、程度均无相关证据直观反映。这样，鉴定人员在评估、鉴定矿产资源破坏价值时，测量、取样地点是否为案发现场，检材是否为非法采掘的矿产，疑问很大。

(2) 鉴定存在重大程序瑕疵。法院审理过程中，先后发现省国土厅《矿产资源价值鉴定书》和某公司《非法开采石煤破坏矿产资源价值评估报告书》有以下问题：评估报告未盖公章，无鉴定评估人员签名。鉴定人资质存疑，鉴定过程有违常理。鉴定程序中，第一，鉴定工作在先、委托鉴定在后，且鉴定部门在接受委托当日即出具了鉴定书，侦查机关补充说明电话委托在先，书面委托在后，因此，委托日期应当在先，但是，根据《非法采矿、破坏性采矿造成矿产资源破坏价值鉴定程序的规定》第7条，电话委托并不符合法律规定；第二，根据《非法采矿、破坏性采矿造成矿产资源破坏价值鉴定程序的规定》第8条，委托某公司做破坏矿产资源价值评估的主体，只能是省国土厅，但本案由县国土局同时委托省国土厅和某公司，显属违法。鉴于定案的关键证据存在重大瑕疵，加之本案部分证据相互矛盾，二审法院认为本案事实不清，证据不足，应宣告被告人无罪，遂裁定驳回抗诉，维持原判。这是妥当的。

(六) 矿产品价值的认定方法

《解释》第13条、第14条总结实务经验，明确规定了矿产品价值认定规则。在落实该规则时，需灵活运用。若能查明开采的矿产品数量，就可以直接据此认定涉案矿产品价值，毋需有关部门出具报告。^[19]如果需要有关部门做价值认定，有两种路径选择，由价格认定机构出具价格认证和由省级以上人民政府国土资源主管部门出具报告。由价格认定机构出具价格认证较为便捷，可作为价格认证首选。如果价格认证机构不便做出价格认证，则由省级以上人民政府国土资源主管部门出具报告。^[20]

[18] 参见湖南省益阳市中级人民法院(2015)益法刑一终字第197号刑事裁定书。

[19] 当然，如前所述，对于以销售额来认定涉案价值，笔者有不同意见。倘若在案发现场销售的，可以据此认定涉案价值。但是，在“采运一体”模式下的销售数额，以销售额确定涉案价值并不妥当。

[20] 参见喻海松：《实务刑法评注》，北京大学出版社2022年版，第1603页。

司法实践中,因开采现场被毁坏,或者其他原因(比如非法开采人回填矿坑),鉴定人员无法取得出具鉴定所必需的现场一手资料成为难题。实践中,有以下几种处理方式。

其一,不计入涉案价值,作为犯罪情节之一。比如“周某某非法采矿案”中,周某某未取得开采许可证,在某村三社、四社、七社非法开采膨润土。其中,在三社、七社开采数量达三千余吨。经省国土资源厅鉴定,在该两处矿产资源破坏价值为 180000 元。因四社开采点在原侦查过程中已回填复垦,无法鉴定资源破坏价值。鉴于周某某在四社非法开采两千八百余方膨润土事实存在,但因这一部分矿产资源破坏价值无具体鉴定结论,法院将该事实未作为犯罪构成来认定,而是作为情节予以考量。^[21] 本文认为,倘若结合其他证据仍无法确定这一部分矿产资源价值,法院的做法值得肯定。

其二,以销售方量做出价格鉴定意见。比如“刘某非法采矿案”中,争议焦点之一为非法采砂的价值如何认定。辩护人称刘某非法开采时间是 2014 年和 2015 年,但在销售时,包含 2013 年合法开采的砂石,按照有利被告原则,应按照 2013 年和 2014 年砂石 8 元/方的价格计算。公诉机关认定刘某从薛某某处购买砂场时,砂场有一定存量,在指控犯罪数量时予以扣减。鉴于受委托的专业机构无法鉴定非法采挖的方量,法院遂按照《解释》的规定,根据销赃数额认定矿产品价值。鉴定机构在确定了销售方量后,与物价局出具的销售时间价格相对应,做出了鉴定意见,法院也从有利被告原则出发,将成品或半成品的方量均认定为价值较低砂石的方量计算。^[22] 尽管本文不赞同按照销售数额确定涉案价值,但仅就本案,鉴于出水价与销售价差别不大(因销售地就在开采本地),加之法院又将成品、半成品均按价值较低的砂石方量计算,法院的结论值得肯定。

其三,由省级以上人民政府国土资源主管部门出具报告,并与其他证据补充。比如“林某某非法采矿案”中,^[23] 因开采时间已过三年,现场已形成面积巨大的堰塞湖,无法对生态环境损害、现场堆放的矿产品价值及开采面积形成时间进行鉴定。省地质局第二地质大队出具检测报告,对林某某涉嫌非法开采、破坏的 1 号采坑开采量做了计算,认定自 2014 年至 2016 年 11 月 7 日,非法开采及破坏矿产资源总面积 658 平方米,非法开采及破坏花岗岩石材总量 5630.5 方,荒料量 2207 方。根据价格认

[21] 参见四川省达州市中级人民法院(2014)达中刑终字第 146 号刑事裁定书。

[22] 本案案情如下:2010 年 3 月 16 日,薛某某从江油市水务局处竞拍得江油市香水乡盘江河荣华村段砂石开采权,砂石场名称为宝磊砂场,《四川省河道采砂许可证》上载明采砂有效期限为三年,自 2010 年 4 月 23 日起至 2013 年 5 月 30 日止。2013 年 5 月 8 日,薛某某将江油市西屏镇宝磊砂场和河道采砂许可证以 400 万元人民币转让给被告人刘某和陈某某,2013 年 5 月 14 日砂场变更个体工商户登记,个体工商户名称为江油市西屏乡场镇宝磊砂场,申请者为刘某 2(刘某的儿子),砂场平时由刘某负责具体经营。2013 年 8 月 14 日,刘某向江油市水务局提出延期开采的申请。2014 年 2 月 20 日,江油市水务局以《关于顺延西屏乡苍林村等 7 个采砂场开采期的请示》报市人民政府,未得到批复,该局未批准香水荣华砂场顺延开采期限的申请,以及未办理香水 × × 华村砂场延期开采许可。2014 年至 2016 年期间,被告人刘某在未取得河道采砂许可证的情况下,组织人员在江油市荣华村、西屏镇 × × 村等地段的河道范围内开采砂石,所采砂石销售给江油市凯逸混凝土有限公司、江油城投混凝土有限公司等。2014 年销往凯逸公司砂石总计 38722.3 方,价值 309778.4 元;2015 年销往凯逸公司砂石总计 57398.6 方,价值 746181.8 元;2016 年 1 月 1 日至 2 月 23 日销往凯逸公司砂石总计 1760.7 方,价值 35214 元。2015 年销往城投公司砂石总计 5875.8 方,价值 47006.4 元,2016 年 7 月至 11 月销往城投公司砂石总计 6140.1 方,价值 122802 元。综上,总计销售砂石 109897.5 方,价值为 1260982.6 元。参见四川省江油市人民法院(2019)川 0781 刑初 335 号刑事判决书。

[23] 本案案情如下:2016 年 11 月 7 日 21 日 30 分许,公安机关对被告人林某某经营的无采矿许可证的揭阳空港经济区地都镇大瑶村官仔后(铁场山)1 号矿点进行查处,现场查获正在非法开采花岗岩石材的工人喻长金(另案处理),并查扣到空压机、柴油桶、氧气瓶、柴油枪、油管、风管、挖掘机等开采设备。经广东省地质局第二地质大队勘测,该矿点被非法开采及破坏矿产资源部面积 658 平方米,非法开采及破坏建筑用花岗岩石材总量为 5630.5 方,荒料量为 2207 方估算;涉案矿种建筑用花岗岩石材于非法开采期间的市场价格为人民币 630 元/方,非法开采破坏的建筑用花岗岩荒料量 2207 方折算经济价值为人民币 139.04 万元。经广东省国土资源厅鉴定,本案造成矿产资源破坏价值人民币 139.04 万元。参见广东省揭阳市榕城区人民法院(2020)粤 5202 刑初 160 号刑事判决书。

定结论书,涉案矿种市场价格为 630 元/方,折算经济价值为 139.04 万元。省国土资源厅据此做出鉴定结论,确认了以上认定。法院结合现场勘验检查笔录、证人证言、电量电费明细、被告人供述等证据,综合分析认定了本案非法开采矿产资源破坏价值。这种以省级人民政府国土资源主管部门出具的报告为核心,并寻求其他证据予以印证的作法,具有现实合理性。但是,本案如果有出矿记录、过磅单或者附近同类同源的开采现场作为参考,证据就会更为扎实。

二、“二年内曾因非法采矿受过两次以上行政处罚,又实施非法采矿行为的”的认定

《刑法修正案(八)》将非法采矿罪入罪门槛修改为“情节严重”,这样,造成实害结果仅为情节严重的情形之一。《解释》第 3 条第 1 款第 3 项将“二年内曾因非法采矿受过两次以上行政处罚,又实施非法采矿行为的”规定为情节严重的情形之一。“在刑法中不存在没有行为不法的结果不法。”^[24]该司法解释吸收了“经责令停止开采后拒不停止开采”的合理内核,体现出重视行为无价值的倾向。

司法实践中,“蚂蚁搬家式”非法采矿行为时有发生。行为人单次非法采矿达不到犯罪程度,在交易时采取现金结付方式,导致办案单位搜集相关证据较为困难,往往只能就查获的当次非法采矿行为给予行政处罚。对这些“小错不断”的违法者,行政处罚难以达到预期效果。比如“成某某非法采矿案”中,成某某于 2015 年 3 月 26 日用自家稻田与本村杨某某等三人换得河边一块地。成某某未取得河道采砂许可证,就在该地开采河砂。县水务局于 2017 年 4 月 13 日向成某某下达《责令停止水事违法行为通知书》,并于 4 月 21 日发出《水行政处罚告知书》。成某某置之不理。同年 4 月 26 日,水务局对成某某处以行政处罚,责令其立即停止违法行为,五日内自行撤出所有采砂设备,恢复河道原状。成某某未履行文书义务,仅短时间停止采砂,后断断续续继续开采。水务局于 2018 年 5 月 24 日再次对成某某下达《责令停止水事违法行为通知书》,9 月 11 日再次作出行政处罚,责令成某某立即停止违法行为,自行撤出所有采砂设备,恢复河道原状,并处罚款 2000 元。9 月 18 日,成某某缴纳罚款,暂时停止违法行为,不久又继续非法采砂。鉴于成某某屡次违法,水务局于 2018 年 10 月 31 日又向其送达《水行政处罚告知书》,并于 11 月 6 日发出《水行政处罚听证告知书》和第三次行政处罚决定,责令成某某立即停止违法行为,自行撤出所有采砂设备,恢复河道原状,并处罚款 5000 元。成某某置若罔闻,继续断断续续非法采砂,直至 2019 年 3 月 28 日。法院认定成某某犯非法采矿罪。^[25]

法院结论是妥当的。对于“二年内曾因非法采矿受过两次以上行政处罚,又实施非法采矿行为的”,按照非法采矿罪定罪处罚,可能有违背“一事不再理原理”的疑问。“二年内曾因非法采矿受过两次以上行政处罚,又实施非法采矿行为的”,应如何理解?多次非法采矿的,数额应如何计算?都是实务中迫切需要解决的问题。

关于是否违背“一事不再理原理”。成某某以“一审判决将 2017 年 4 月 26 日所受行政处罚强行累加于上诉人一个人,将上诉人单独被行政处罚两次变成三次,从而导致对上诉人适用了较重的刑罚,且违背一事不再理原则”为由,提起上诉。二审法院认为,成某某在两年内被水务局行政处罚三次后,仍继续实施非法采砂行为,这才是追究刑事责任的依据所在。“二年内曾因非法采矿受过两次

[24][德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法总论》(第 1 卷),王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 213 页。

[25]参见贵州省黔东南苗族侗族自治州中级人民法院(2019)黔 26 刑终 141 号刑事裁定书。

以上行政处罚”,既包括行为人自己单独实施、也包括与他人合伙期间的违法行为,只要二年内受过两次行政处罚即可。“一事不再理”,是禁止同一位阶规范对同一行为做出两次或者两次以上的处罚,如一行为被行政处罚后不能再次对该行为做出行政处罚。但是,倘若该违法事实达到需追究刑事责任的程度,即不在“一事不再理”原则的框架之内。法院的论证说理颇具说服力。刑罚总是与行为人对规范的态度相关联,“二年内曾因非法采矿受过两次以上行政处罚,又实施非法采矿行为”,意味着行为人对行政处罚,屡屡实施违法行为,体现出行为人“人格性的”反法规范、藐视法规范的态度,确实有特殊预防的必要性。发动刑罚,不是针对之前“二年内曾因非法采矿受过两次以上行政处罚”,而是因“二年内曾因非法采矿受过两次以上行政处罚”而体现出藐视法规范态度者“又实施了非法采矿行为”,处罚行为人是因“又实施了非法采矿行为”。

对于“二年内曾因非法采矿受过两次以上行政处罚,又实施非法采矿行为的”,如何理解?“二年内……两次以上……,又……”,意味着时间限度为两年之内,非法采矿的次数至少三次,其中前两次受过两次行政处罚。这与《刑法》第 264 条中“多次盗窃”有些类似。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第 3 条第 1 款规定:“二年内盗窃三次以上的,应当认定为‘多次盗窃’”。学者认为,这不是指从第一次盗窃开始算二年内是否盗窃了三次,也不是指从最后一次回溯看二年内是否盗窃了三次,而是从任何时间起算,看行为人是否在二年内盗窃了三次。只要该多次盗窃的最后一次处在追诉期内,就应该追诉。^[26]这个观点值得借鉴。

比如行为人在 2014 年 1 月 1 日非法采矿被处罚,2014 年 12 月 31 日非法采矿被处罚,2015 年 10 月 2 日非法采矿被处罚,2016 年 12 月 30 日非法采矿,2023 年 1 月 1 日非法采矿。由于在 2014 年 12 月 31 日至 2016 年 12 月 30 日这两年内有两次非法采矿被处罚过,又实施了一次非法采矿行为,追诉时效应当从 2016 年 12 月 30 日起算。倘若在追诉时效内,就应当追究刑事责任,而不是从 2023 年 1 月 1 日回溯,看是否存在二年内有三次非法采矿行为,也不是从 2014 年 1 月 1 日第一次被处罚,然后再看二年内是否有三次非法采矿行为。简言之,只要在任何时间点上起算,二年内有三次非法采矿行为(其中被处罚过两次),就构成非法采矿罪。两次以上行政处罚,只要是相关有权机关针对非法采矿行为做出处罚即可,而不应当限定为某一特定机关。^[27]值得讨论的是行为人反复多次实施非法采矿行为,每次都是行政违法,但有权机关没有做出过行政处罚,如何处理?《解释》第 8 条规定:“……二年内多次非法采矿、破坏性采矿未经处理的,价值数额累计计算”。本文认为,根据司法解释,只要在任何时间点起算二年内三次或者三次以上非法采矿未经处理,就应当累计计算价值数额。如果累计数额达到了《解释》第 3 条的规定,应当追究刑事责任,如果没有达到,又没有其他严重的情节,应当由相关机关依法做出行政处罚。

对于“二年内曾因非法采矿受过两次以上行政处罚,又实施非法采矿行为的”,数额应该如何计算?比如“蔡某某非法采矿案”,^[28]一审法院认为,被告人蔡某某、张某某违反矿产资源法,未取得海

[26] 参见张明楷:《刑法学》(下),法律出版社 2021 年版,第 1242 页。

[27] 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》,载《人民司法》2017 年第 4 期。

[28] 本案案情如下:2018 年 3 月 31 日,蔡某某、张某某商定出海非法采挖海砂,采砂过程中被广东省徐闻县海洋与渔业局查获,查扣海砂 1000 方,经鉴定,涉案海砂价值 2 万元;同年 5 月 9 日,该局对蔡某某罚款人民币 10 万元。2018 年 8 月 9 日,二人商定出海非法采挖海砂,采砂过程中被海南省文昌市海洋与渔业局查获,查扣海砂 937.5 方,经鉴定,涉案海砂价值 2.625 万元;同年 10 月 10 日,该局对蔡某某罚款人民币 3.5 万元。2018 年 8 月 21 日,二人商定出海非法采挖海砂,采砂过程中被海南省文昌市海洋与渔业局查获,查扣海砂 4385 方,经鉴定,涉案海砂价值 8.77 万元。参见海南省高级人民法院(2020)琼刑终 155 号刑事判决书。

砂开采海域使用权证、采矿许可证,擅自开采海砂,价值 13.395 万元,情节严重,构成非法采矿罪。海南省人民检察院第一分院提出抗诉,认为蔡某某实施三次非法采矿行为,前两次已被行政处罚,已被处理的非法采砂行为涉及的数额不应累计认定,应只认定第三次非法采矿的数额,即 8.77 万元。一审法院认定蔡某某非法采砂价值 13.395 万元,属于事实认定错误。

这与如何理解《解释》第 8 条有关。本条前半段是对多次非法采矿、破坏性采矿构成犯罪的,数额如何计算的规定。既然多次非法采矿行为构成犯罪应当追诉,那么,价值数额累计计算,当无疑问。本条后半段的关键词是“二年内多次”“未经处理的”。本文认为,“二年内多次”是指二年内三次以上,而“未经处理”既包括未经行政处罚,也包括未经刑事处理。蔡某某、张某某非法采矿三次。前两次受过两次行政处罚,共计罚款 13.5 万元,对张某某未作行政处罚。蔡某某、张某某第三次非法采矿价值 8.77 万元,未做处理。蔡某某两次已被行政处罚的非法采矿的价值数额不应累计认定,蔡某某非法采矿的价值,应当以第三次数额 8.77 万元认定。根据《解释》第 3 条第 1 款第 3 项,按照二年内曾因非法采矿受过两次以上行政处罚,又实施非法采矿行为,认定为“情节严重”,定非法采矿罪。而对于张某某,应当按照三次的总数额认定价值,定罪处罚。

检察机关抗诉的另一事由为两次行政处罚折抵罚金的问题。一审法院以蔡某某、张某某为共同犯罪为由,将前两次行政罚款折抵了二被告人刑事犯罪的罚金。抗诉机关认为,一审法院判处张某某罚金正确,但判处其罚金以行政罚款折抵错误。

《中华人民共和国行政处罚法》第 35 条第 2 款是附加刑折抵的规定,在行为构成犯罪之时,倘若行政机关已给予行为人罚款,则法院判处罚金时,应当折抵相应罚金。

本文认为,该条的“违法行为”就是指“犯罪行为”,两者有同一性。蔡某某犯非法采矿罪,是因符合《解释》第 3 条第 1 款第 3 项,为“二年内非法采矿被两次行政处罚后又再实施非法采矿行为”这种“情节严重”的情形。行政机关对蔡某某做出了两次行政处罚,蔡某某所缴纳的罚款是对其犯罪之前的两次行政违法行为的处罚,不应折抵其犯罪行为(在已经被行政处罚了两次之后,又实施非法采矿这一犯罪行为)的罚金。换言之,法院判处的罚金是针对第三次非法采矿行为的,不及于前两次,当然不能折抵。这样,在刑事范畴内没有重复评价(仅从特殊预防的必要性,考虑了二年内受过两次行政处罚这一事实,但这不属于重复评价),当然不属于“一事二罚”。但是,倘若行政机关对第三次行为给予了行政罚款,则该罚款应当折抵罚金。当然,这种情形也不属于“一事二罚”,本质上是通过刑事处罚否定了原来的行政处罚的妥当性,使得行政处罚实质上归于无效。因此,一审法院对蔡某某的罚金以行政处罚罚款折抵是不妥当的。对张某某的犯罪认定依据则完全不同于蔡某某,是将三次非法采矿的价值累计计算,涉案价值 13.395 万元,按照情节严重来定罪处罚。本案行政机关只对蔡某某的前两次行政违法行为给予了行政处罚,这两次的行政处罚责任主体是蔡某某,并不包括张某某。在行政机关未对张某某作出任何行政处罚的前提下,一审法院将两次行政处罚罚款折抵张某某的罚金更是不妥当的。

三、“造成生态环境严重损害的”的认定

《解释》将“造成生态环境严重损害的”规定为“情节严重的”情形之一,体现出本罪作为破坏环境资源犯罪的特点,值得肯定。实践中对“造成生态环境严重损害的”如何认定存在困难。

(一) 非法采矿时严重污染环境, 不属于“造成生态环境严重损害的”

在最高人民法院发布的服务长江经济带发展典型案例“赵某某等六人非法采矿案”中, 最高人民法院指出: “河砂是保持河床稳定和水流动态平衡不可缺少的铺盖层和保护层, 在河道非法采砂, 破坏河床结构和水流动态平衡, 掏空防洪工程基础, 使堤防控水能力下降, 影响防洪安全。非法采砂行为还改变局部河段泥沙输移的平衡, 影响河势稳定, 导致废弃物、污染物随意排放, 扰动底泥引发重金属污染, 危害饮水安全, 破坏长江渔业资源生存繁衍环境。检察机关应当……以非法采矿罪追究刑事责任。”^[29] 本文认为, 指导意见中的“导致废弃物、污染物随意排放, 扰动底泥引发重金属污染, 危害饮水安全, 破坏长江渔业资源生存繁衍环境”, 应当理解为没有达到“严重污染环境”的程度, 但是, 对生态环境有损害, 比如采矿时伴随有严重噪音, 致使经常栖息在本地的稀有鸟类迁徙他处, 造成生态失衡等。倘若非法采矿同时又严重污染环境, 就需要对污染环境做出否定性评价, 否则有评价不足的嫌疑。当然, 这并不意味着一定要数罪并罚。在“王某某非法采矿案”中, 王某某采用“原地浸矿法”非法开采稀土, 向下游山涧排放含有锰、氨氮等浓度较高的废水。经检测, 重金属锰的浓度是 25.6mg/L, 是国家排放标准的 12.8 倍。法院认为, 被告人王某某未取得采矿许可证, 采用“原地浸矿法”非法开采稀土矿, 情节特别严重。在采矿过程中又直接排放含有重金属锰严重超标的污水, 严重污染环境。因被告人实施的一个犯罪行为导致两个侵害结果, 属于想象竞合, 应择一重罪即非法采矿罪定罪处罚。^[30] 法院的做法是妥当的。

但是, 倘若行为人在实施非法采矿行为之后, 又实施其他相关联行为, 严重污染环境的, 按照非法采矿罪一罪来处理, 就是评价不足, 此时应当按照数罪并罚原则予以处理。比如“孙某、韩某某非法采矿案”中, 2013 年 1 月 31 日, 青海某公司取得格尔木市小干沟东金矿探矿权(槽探、钻探、嗣探), 由韩某某全权负责探矿事宜, 韩某某为节省费用, 联系无任何探矿及堆浸流程操作资质的孙某到该金矿做浸堆流程、提取金矿相关数据等工作, 2015 年 7 月至 2016 年 7 月间, 二人未取得采矿权, 即在探矿区域内非法开采岩金矿石, 并采用堆浸、打水、加化学药剂、黄金选矿剂等流程提炼黄金。经有关部门测量, 非法采出岩金矿原金总量 16380 吨, 破坏矿产资源价值为 18516771 元。在采用堆浸选金工艺提炼黄金时, 孙某使用金蝉选矿剂、氢氧化钠等化学试剂配置提炼溶液。该溶液在喷淋浸堆时渗漏, 造成浸堆附近自然及溪水氰化物污染。经环境保护部环境规划院评估, 本案应急处置费用为 368144

[29] 《检察机关服务保障长江经济带发展典型案例》, https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/201903/t20190302_410041.shtml#2, 2023 年 1 月 2 日访问。

[30] 本案案情如下: 2016 年 7 月底, 陈某 1 与宁某 1 (均因本案被判决) 等人在茶陵县腰潞镇建民村霹雳仙山场共同出资 100 万元非法开采稀土矿, 双方商定由宁某 1 等人提供山场、负责当地的关系等前期工作; 由陈某 1 负责提供开采技术、购买采矿原料, 招募采矿工人和稀土矿产品的销售等。2016 年 9 月, 陈某 1 以 6000 元/月(出矿后为 8000 元/月) 的工资聘请被告人王某某到茶陵负责采矿技术指导以及电机维修, 同时王某某又邀请了王某、陈某 2 等人一同来到茶陵, 与陈某 1 招募的吴某、朱某 1 等人一同在山场帮陈某 1 非法开采稀土。在被告人王某某指导下, 自 2016 年 11 月 4 日开始以“原地浸矿法”非法开采稀土矿, 截止 2017 年 7 月 31 日, 被告人王某某等人非法开采湿稀土矿 537.15 吨, 其中 509 吨湿稀土矿被陈某 1 运往江西赣县灼烧出售。被告人王某某明知陈某 1 等人在未取得采矿许可证、未办理环境影响评价审批手续和排污许可证, 在无废水处理设施的情况下, 仍指导工人采用“原地浸矿法”非法开采稀土, 致使产生的锰、氨氮等浓度较高的废水未经处理, 直接外排至下游的山涧。2017 年 8 月 17 日, 经株洲市环境监测站从采矿点排出管道污水中, 检测出重金属锰的浓度是 25.6mg/L, 是国家规定的排放标准(限值 2.0mg/L) 的 12.8 倍。被告人王某某等人非法采矿行为造成周边生态环境特别严重损坏, 并引发当地群众恐慌, 造成恶劣的社会影响。2017 年 8 月 1 日茶陵县公安局民警和茶陵县环保局执法人员将该非法采矿点查获, 被告人王某某与其他江西籍开采人员逃回江西, 执法人员在现场查获了 28.15 吨中钇混合稀土氧化物, 经鉴定价值 1585542 元。被告人王某某在茶陵非法采矿期间, 非法获利 8.2 万元。参见湖南省茶陵县人民法院(2019)湘 0224 刑初 47 号刑事判决书。

元,后期生态环境修复费 82106444.74 元。法院认定被告人犯非法采矿罪、污染环境罪,数罪并罚。^[31] 法院的结论是妥当的。辩护人提出取得探矿权证必然有采矿行为,行为人无罪。但是,探矿权是指在依法取得的勘查许可证规定的范围内,勘查矿产资源的权利。采矿权则不同,是指具有资质条件的法人、公民或其他组织依法对国家所有的矿产资源享有占有、开采和收益的一种物权。探矿时一定会有采矿行为,但是这种采矿行为仅是为了获取所勘查的矿产资源的一些必要的的数据,采矿数量仅为获取数据所必需,而不得随意扩大。这与作为物权的采矿权截然不同。因此,以有探矿权证当然要开采矿产资源为由,认为获取的非法利益不是犯罪行为,是站不住脚的。即便有采矿权,倘若越界开采或超出许可证范围开采(伴生共生矿除外),就有可能构成非法采矿罪,倘若对矿物进行加工处理时又严重污染环境的,则当然构成数罪。

(二)造成生态环境严重损坏

1. 造成河道生态环境损害

河道是经济发展的重要支撑,河道江砂不仅是宝贵的自然资源,而且是鱼类、河底栖息动植物赖以生存的栖息地,兼具经济资源属性和生态功能价值。盗采江砂不仅破坏河道矿产资源和生态环境,而且影响河流水势稳定、防洪和通航安全,具有严重的危害性。为此,开采江砂必须科学合理,在有些地段,基于防洪、通航安全和生态保护,禁止采砂。在“李某某等人非法采矿案”中,就李某某等人在河道非法采砂造成的生态环境损害程度,经安徽省环境科学院评估,采砂行为造成河道破坏面积 6.812316 公顷,滩涂地破坏面积 0.201058 公顷,生态损害具体价值量化总价为 4544149 元。^[32] 法院判决书中特别提及造成河道生态环境损害,是妥当的。当然,认定河道生态环境损害时,需要针对采砂水域的特殊性,借助相关专业部门支持,对生态环境造成破坏导致的河床结构修复需生态环境修复费用、水源涵养量修复费用、渔业资源恢复费用进行专业的规范调查和系统全面的评估。

2. 造成海洋生态环境损害

海洋是地球上最庞大的一个生态系统,包括海洋生物群落和无生命的海洋环境及海洋边际。海洋生物群落包括海洋动植物、微生物。海洋环境包括海水、无机盐、底土、阳光和空气。海洋边际包括潮间带、海岸带。海洋生态环境系统的物质循环和能量流动是个动态过程,在无外力干扰时相对平衡,即便偶尔因自然变化(比如自然灾害)打破这种平衡,大自然也可以通过自我调节方式修复。人类活动对海洋生态环境造成的负面影响一旦形成,就很难逆转。海岸带是人类活动影响最严重的区域。当前,破坏海洋生态环境违法犯罪行为主要表现为对海洋生态环境损害和海洋自然资源损害,前者是海洋环境污染行为,比如海上倾倒废弃物等,后者如非法开采海砂。非法开采海砂,实践中呈现危害严重化、产业链条化特征。比如“张某某等人非法采矿案”中,2018 年 3 月至 2019 年 3 月,张某某、张三、韩某某未取得海砂开采海域使用权证、采矿许可证,在某区附近海域开采海砂 160798 吨,先后由曹某某、邵某、张某丁、时某等人收购,销赃款 7568302 元。本案中,曹某某等人和张某某事前达成一方采砂、一方购砂的合意,事中形成固定的合作模式和稳定的供需关系,由曹某某等人向张某某下购砂订单,张某某安排人驾驶船只去海上采砂,并将海砂运到指定码头交货付款。法院认为,作为海洋矿产资源,海砂具有重要的经济、生态和景观价值,也是海洋生态环境的重要组成部分。在海浪自然作用下,海砂按照一定规律分布在不同区域,起到削弱海浪冲击力的作用,成为海岸、海堤的天然

[31] 参见青海省海西蒙古族藏族自治州中级人民法院(2019)青 28 刑终 72 号刑事裁定书。

[32] 参见安徽省宣城市中级人民法院(2020)皖 18 刑终 118 号刑事附带民事判决书。

水下保护屏障。一旦海砂被过分开采,海岸将会失去保护,影响海底生物群落和生态环境的稳定,尤其会干扰和危害赖以海底进行繁衍生息的生物,进而给海洋生物的生长环境乃至整个海洋生态系统带来不可逆转的改变。被告人的行为构成非法采矿罪。^[33]

3. 造成植被、林木和耕地毁坏

纵观全球荒漠化加剧发展和治理历程,无不由人类破坏植被引起。历史上古巴比伦的消亡、楼兰古城和罗布泊的湮没,都是破坏植被而荒漠化带来的严重后果。植被恢复具有投入大、周期长等特点,要恢复植被实非易事。非法采矿案件中,因矿层采挖导致表土层破坏、地表干旱,植被失去生存条件。大量开采煤炭会崩毁山体,毁坏植被。废矿石堆放掩盖植被,使其不能生长。凡此种种,对生态环境的影响颇为严重。比如“唐某某非法采矿案”中,2020年7月,唐某某无证租赁他人土地,采挖石灰岩矿石共计2810.16吨,销售至某搅拌站,得价款146128.32元。破损山体地质环境恢复治理设计方案施工工程包括:危岩体排险、堆积渣石土回填、外购渣石土回填、种植土回填等。工期计划为14天,费用预算261545.37元。法院认定被告人的行为构成非法采矿罪。^[34]唐某某非法采矿行为导致植被破坏、岩体破损、岩石裸露、水土流失,采矿地区的原始地貌形态遭到严重破坏,严重危害生态景观,损害了社会公众利益。环境恢复治理预期投入数额巨大,仅此一项,就属于“情节严重”,应以非法采矿罪追究刑事责任。

4. 造成地表陷沉

非法采矿案中,往往会出现采空区塌陷和地裂缝,使原来平整的土地变得高低起伏、支离破碎,丧失生产能力。长期大规模地下非法采矿,最终可能会使采空区上覆岩土体破裂,甚至塌陷。比如“刘某某非法采矿案”中,刘某某系某煤矿实际控制人、矿长中,该煤矿采矿许可证上核准开采范围为0.0362平方公里,深度为+100米至-124米,许可证于2009年4月到期,但煤矿长期超深越界开采,至2010年1月5日发生矿难事故,当时,开采最大深度已至-590米水平。经湖南省国土资源厅鉴定,煤矿2008年2月至2008年3月计产原煤11674.3吨,破坏矿产资源价值人民币4503944.9元。湖南省湘潭县人民法院(2006)潭民一初字第643号民事判决书认定,某某煤矿与湘潭矿业集团有限公司邻近采煤,共同致地面沉陷,导致其上建筑物损害。法院认定刘某某的行为构成非法采矿罪。^[35]

四、“其他情节严重的情形”的范围

司法解释中“其他情节严重的情形”,属于“情节严重”的兜底性条款。如同非法经营罪中“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”一样,在理解“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”时,需要结合《刑法》第225条前3项进行同类解释。作为兜底性的其他非法经营行为,与本条前3项具有可类比性。在对兜底性规定做实质理解时,需要与前3项非法经营行为社会危害性、刑事违法性和刑事处罚必要性进行相当性的判断。在“王某某收购玉米案”中,最高人民法院指令再审意见认为,王某某收购玉米,对于粮食流通的主渠道没有起到任何破坏作用,更谈不上严重扰乱市场秩序。收购玉米与非法经营罪前3项行为相比较,无论在社会危害性上,还是在刑事处罚必要性上,均不具有相当性,

[33] 参见江苏省灌南县人民法院(2020)苏0724刑初188号刑事判决书。

[34] 参见山东省济南市长清区人民法院(2021)鲁0113刑初68号刑事附带民事判决书。

[35] 参见湖南省湘潭市中级人民法院(2014)潭中刑终字第176号刑事裁定书。

因此王某某的行为无罪。^[36]最高人民法院的意见就是实质性思考的结果。

非法采矿罪中的“其他情节严重的情形”，也要与《解释》第3条第1款的前4项具有可类比性。本款第1项、第2项、第4项规定的“情节严重”，表现为非法采矿的侵害结果方面的“结果恶”，而第3项表现为非法采矿人的“行为恶”，只要“其他情节严重的情形”在结果或者行为上与这4项中的任一项具有相当的社会危害性与刑事处罚必要性，就可以认定为非法采矿罪中的“情节严重”。

(责任编辑:杜小丽)

On the Determination of the "Serious Circumstances" of the Crime of Illegal Mining

MA Weijun

Abstract: The judicial interpretation gives categorization-based description of "serious circumstances" of the crime of illegal mining. When determining the value involved in a case, it is necessary to take the legal interest as the guideline to exclude the value of mineral resources exploited by others, deduct reasonable mining and transportation costs, and properly determine the base date of value determination. When it is difficult to determine the value, the case should be determined in favour of the defendant. "Engaging in illegal mining again after he or she has been subject to two or more administrative penalties due to illegal mining" means that starting from any point of time, he or she has had three instances of illegal mining within a two-year period (two of which have been punished), and there is no need to limit the imposition of penalties to a specific authority. The value corresponding to the illegal mining that has been penalized shall not be accumulated, and the administrative fine shall not be converted into the criminal fine. If acts of illegal mining of administrative violation have been committed many times and no administrative penalty has been imposed, the amount of the value shall be accumulated and such acts be handled according to law. When illegal mining seriously pollutes the environment but does not "cause serious damage to the ecological environment", and it should be dealt with according to the principle of imaginative concurrence of offenses. Any person who, after illegal mining, commits other related acts and seriously pollutes the environment shall be punished for several crimes. "Causing serious damage to the ecological environment" includes causing damage to the river, marine ecological environment, destruction to vegetation, forest and arable land, as well as surface subsidence, etc. "Other serious circumstance" should be comparable with the previous circumstances, and as long as the consequence or behavior has equivalent social harmfulness and necessity of punishment, it can be considered as "a serious circumstance".

Keywords: Crime of Illegal Mining; Serious Circumstance; Category; Determination

[36] 参见内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院(2017)内08刑再1号刑事判决书。