

重构矿产资源产权制度

康纪田*（湖南娄底行政学院，湖南 娄底 417000）

摘要：修改《矿产资源法》，以破除“两证同体”制为入口，以建立现代矿业制度为目标，重构矿业法律体系。从传统的调整矿产物权为主的《矿产资源法》，转向现代的以调整矿山产业为主的《矿业法》。现代矿业制度，明确市场与政府的分工，让权利与权力之间边界明晰：矿产资源国家所有权融入普通物权地位而由民法调整，矿产权的商品市场自由流转；政府对产权归属明晰的矿产开发行为和开发主体进行严格管制，矿业开发市场必须受到严格限制。建立合理且严格的矿业开发市场准入制度，对进入市场后的矿业环境保护、场所健康与安全、矿业用地以及矿业相邻关系等行为进行重点规范，并构建保障这些行为预期的系列矿业法律责任。

关键词：矿业 矿业法 现代矿业制度 矿产资源法修改

中图分类号： **文献标识码：** **文章编号**

调整我国矿山产业的现行矿业法律制度，起源于晚清时期广泛吸取西方矿业法的《大清矿务章程》，继承了学习日本后的《中华民国矿业法》，固定在受原苏联《地下资源法》影响的《中华人民共和国矿业暂行条例》，其计划经济价值牵延至现行《矿产资源法》。打上历史烙印的《矿产资源法》，随着市场经济建立和迅速发展，《物权法》与《行政许可法》等一系列法律实施，特别是土地使用权、林权等自然资源开发利用制度的完善，彰显多年来形成的矿产资源的管理观念、矿业开发的管理方式和管理体系等制度远远落后于矿业发展的实践。于是，2003年决定修改现行《矿产资源法》，已是第十几次修改稿仍举棋不定：法律变革的基本方向、大变还是小变？面对一直困扰着法律修改的两大问题，本文主张重构矿业法体系，方向在于明确市场与政府的分工，重心是规范矿山开发产业行为。

一、从计划经济向市场经济彻底转变

总起来看，“我国矿业立法，解放以后基本上是复制前苏联模式”。¹ 1986年颁布的《矿产资源法》形成于计划经济年代，几乎每一个规则都渗透着计划经济理念，已日益成为市场经济条件下最传统的制度。寻租、矿难、圈占资源、环境恶化以及国有矿产物权流失，以及公权力直接配置矿产资源而取代市场功能，均源于矿业制度的计划经济性。

1986年的《矿产资源法》，禁止探矿权、采矿权以任何形式进行流转。这种禁止性规定成为整个矿业制度的根本特征和核心制度。1996年修改《矿产资源法》时有所松动，将禁止性规定修改为严格限制流转，限制在“企业合并、分立，与他人合资、合作经营，或者因企业资产出售以及有其他变更企业资产产权的情形”范围内流转。可见法定流转的范围极其狭窄。而且即使在法定限制范围内的流转，仍然必须经过政府批准。尤其是，1996年修改的《矿产资源法》保留“禁止将探矿权、采矿权倒卖牟利”的规定。这在制度的逻辑上，既允许在法定范围内以批准为前提的流转，又有严格禁止倒卖牟利的兜底规定，从而使限制性流转的制度松动难以实施。

严格限制条件下的流转与禁止倒卖牟利的规定，源于“两证同体”的传统矿业制度。《矿产资源法实施细则》第6条规定：“采矿权，是指在依法取得的采矿许可证规定的范围内，开采矿产资源和获得所开采的矿产品的权利”。关于探矿权的规定与采矿权相同。法定探矿权或采矿权，是权利与权力的复合体：一是矿产物权归属的明确，其“许可证规定的范围内”的国有矿产物权，已是明确归属于私人支配的财产权，属于民事私权利范畴；二是矿业开发市场的准入，批准主体对该范围内矿产资源具有开发行为权，属于行政公权力许可范畴。² 私法的矿产物权与公法的行政许可权，属于两个完全不同的范畴，公示时应当分别办理关于矿产资源的产权证、关于市场准入的许可证。但是，现行矿业法并没有将其分开，而是两者“连体”置于同一个许可证之中。一个许可证既是矿产

* 作者简介：康纪田，男，1957年生，湖南新化人，湖南娄底行政学院法学副教授，主从矿产资源法研究。

¹ 郑维炜.中国矿业权流转制度的反思与重构[J].当代法学，2013（3）：43-48.

² 这说明，探矿权或采矿权概念的复杂性。即使探矿权或采矿权的私权利层面，也是一组权利束。至于私权利与公权力的复合，是后文关于矿产物权独立的原因，后文将进一步阐述探矿权或采矿权的解体与归位。

物权设立的产权证又是行为资格的准入证,属于“两证同体”制度。将自由的私人物权与强制的行政公权连于一体,对于公权力而言,既从事裁判员又兼运动员;对于矿业开发者来说,既是市场物权主体又是行政相对人。这一体制凸显矿业法制与市场经济的根本冲突,即矿产物权应当自由流转与法律严格限制甚至禁止流转之间的矛盾。一方面,严格限制甚至禁止探矿权、采矿权流转必然损害私人的物权效用。禁止将探矿权、采矿权转让牟利与我国市场化改革的要求相悖。矿产物权的可流转性是市场经济条件下私人产权的内在要求,流转牟利是市场经济发展的驱动力,民事物权通过价格信号流向能人手中才能效用最大化。另一方面,不限制或不禁止探矿权、采矿权流转则必然损害社会公众利益。行政许可授权是政府公权力关于市场准入的审批决定,市场准入权与特定成员的身份不可分离。政府为了维护社会公众的利益,必须选择严格限制甚至禁止公权力许可授权的流转。各国行政法在原则上都禁止行政许可授权转让,更不允许倒卖公权力许可牟利。两者冲突的关键在于,应当流转的矿产物权夹在行政许可的程序和决定之中,可排他性和可支配性的普通物权特性被公权力所吞噬。由此造成的“两证同体”制,在禁止公权力许可权流转的同时被迫禁止矿产物权流转。可以说,只要“两证同体”制存在,就绝不允许矿产物权自由流转。为了公众利益而没有第二种选择,严格限制甚至禁止流转纯属制度的无奈。³而且牵连到违反规定时的行政处置,比如吊销采矿许可证,被迫连同矿产物权一起收缴。用学者的类比说法,相当于吊销司机的驾驶证连同其机动车也没收。

导致探矿权、采矿权流转两难困境的“两证同体”制度,形成于计划经济时期和旧矿业体制交替的特殊阶段。从表面上看,“两证同体”制源于国家作为所有权主体与公权力主体的双重身份混同所致,实质上还是典型的计划经济观念导致身份的混同,因为土地的物权与许可权是截然分开的,并没有因为双重身份而形成“两证同体”制。计划经济条件下的传统矿业制度,严格划分为国有矿山、集体矿山与个体采矿,形成以“国有国营”矿山为主的开发利用格局:一方面是国有矿产资源无偿取得或者是象征性价格,因而可以忽略矿产物权的设立;另一方面是在没有市场条件下的政府公权力直接配置和划拨资源,私人物权与行政公权没有必要各自独立。因为政府行政许可方式的取代性而寻觅不到国有矿产物权的变更路径,实际上根本没有必要明确民事变更方式,可以由公权力包揽一切。那么,在市场条件下的“两证同体”的制度在计划经济时代就是“一证一体”制。在计划经济条件下,“一证一体”制不存在探矿权、采矿权流转的两难选择。“两证同体”制与“一证一体”制,属于市场经济与计划经济的视角差。只是用市场经济的观念审视计划经济制度时才发现其冲突与困境,⁴学者总结认为,“受我国矿产资源保护法律体系中计划经济色彩的影响,导致矿产资源的产权关系不清”。⁵

归根结底,不是“两证同体”制度而是计划经济制度的传统性成为阻止制度创新的障碍。构建现代矿业制度,必须先从根本上转变计划经济观念。但是,目前的倾向不是从源头上变革计划经济制度,而是在“两证同体”制的末端处置上作出让步。主张“仍然保持现有的勘查许可证和采矿许可证的制度框架,同时进一步明确,在什么情况下,可以吊销许可证,防止矿业权被管理机关以各种理由随意剥夺”。⁶为防止行政处罚导致矿产物权的灭失,在修改法律时明确规定:“探矿、采矿核准证被吊销后,允许矿业权人在规定的期限内转让其合法的矿业权有关权益”。⁷这种治标的趋势,认识到了“两证同体”的痼疾而从结果上想办法,但是不愿或者未能想到破除计划经济制度。找不到破解“两证同体”制的入口,则无法找到制度创新的出口。

二、构建矿产物权的产权管理制度

现代产权理论的显著特点,在于强调产权明晰。德姆塞茨指出产权的重要性在于帮助形成人与人的合理预期,科斯定理在于产权明晰才有效率,哈丁在“公地悲剧”中说明产权明晰对资源可持续

³ 根据矿山企业产权结构分析,必须严格限制甚至禁止探矿权或采矿权流转。矿业开发的特许是公权力行为,不是直接的财产权和经济收益,不能作为商品进入市场交易;如果允许自由转让,则势必矿难频仍、生态环境恶化、资源大量浪费等。有一种趋势,就是极力争取探矿权或采矿权的自由流转,责怪立法者的观念和步伐。但是,应当看到立法者的无奈。

⁴ 一个行政许可证既是行政准入行为也是物权流转,这在没有市场和交易的计划经济时期应当属于正常,也行得通。但是,随着市场经济的建立和矿产资源价值的迅速增值,一个许可行为包含物权、主体资格以及企业产权的行政制度明显失当。

⁵ 蒋莉,罗胜利.我国矿产资源管理体制存在的不足及其对策[J].安全与环境工程,2013(2):29-34.

⁶ 曾敏.矿法修改中的“一证载两权”问题辨析[N].中国矿业报,2012-2-2:(1).

⁷ 李显冬,杨城.关于《矿产资源法》修改的若干问题[J].中国国土资源经济,2013(4):4-9.

利用的功能。矿产资源产权明晰,是指矿产资源物权归属关系、矿业开发中矿业主体与国家之间的人与人的关系等能从法律制度上作出清晰的界定,使不同矿产物权主体之间的责、权、利关系有确定的边界。“我国矿产资源管理逐步实现矿产资源资产管理,并由矿产资源资产管理向矿产资源产权管理转变,从而改变计划经济体制下的计划管理模式”。⁸以此明确政府与市场的分工。

(一) 矿产物权独立的资产管理

“两证同体”制度,在于没有赋予矿产物权独立的财产权地位,这就导致矿产物权因行政干预而不能排他性地支配,则不能以普通物权身份而平等地到市场进行交易。矿产物权人因产权边界不清而缺乏稳定预期和长期激励。必须明确界定矿产物权,才能从根本上消除“两证同体”制及其后果。

1. 明确矿产物权的独立地位。

计划经济条件下,国有矿产资源被赋予“神圣”地位。关于“两证同体”制,都是因为国有矿产资源只有“神圣”地位而缺乏独立的物权地位,私权利与公权力之间没有边界。矿产物权摆脱公权力的出路,在于将矿产物权独立出来归入普通物权。其归入法可类比于土地使用权,土地使用的物权制度与对土地开发利用的许可制度是先后存在的,土地使用权证与用地许可证截然分开。

要让矿产物权独立而不与公权力搭边,必须揭开矿产资源的神秘色彩。一是回归矿产物权的财产属性。各国矿业法都认可矿产资源属物权,我国《物权法》也已明确矿产资源为物权。但是学界认为,“对于国家来说,矿产资源资产是一项政策性资产而非营利性资产”。⁹政策性资产则不能到市场牟利而只能由公权力配置和管领。二是还原矿产物权的普通身份。《物权法》规定了物权一律平等的原则,在矿业法中应明确矿产资源的物权属性及其独立、平等和自由的市场地位。矿业立法参与者曾认为,如果“套用民法原理和物权法规则来解释矿产资源这种特别的物,将矿产资源所有权视之为民事权利或者普通的私权,则必然误入歧途”。¹⁰一旦特别的物给予特别的物权身份,依然将矿产物权置于神圣地位,才真是误入歧途。三是认定矿产物权的私人性。物权分类中有公共产品与私人产品的区别。计划经济时期就无所谓这种区别,通常将公有产权等同于公共产品。至今认为“矿产资源在中国是名副其实的公共资源,本质上具有公共产品的属性”。¹¹如果属于公共产品,理所当然地由公权力的政府配置才有效率。但是按照萨缪尔森关于公共产品的界定,公共产品是指不可分割又不能排他性地使用的物品,如路灯。而矿产物权,是既可以分割又能够排他性支配的物品,应属于典型的私人产品。

2. 矿产物权独立的路径

矿产资源作为国家所有权的客体,是个统一的“整体性”概念。客体包括已知的和未知的,具有抽象性、概括性和广泛性等特点,无法用价格评估,因而只能属于资源而不能归入资产。法定国家为唯一所有权人,不允许买卖;在形式上只能归国家所有,没有价格而无法出让,也不可能有受让人。大陆法系的多数国家,都采取初始界定矿产资源国家所有权的方法。

整体性矿产资源可以分割,无论是已勘探查明的还是未经勘探查明的矿产资源,都可以将特定区域范围内的块段资源从整体性矿产资源中分割出来。经分割并特定出来的块段资源,因已具体化而变得可以支配和可以进行价值评估。一旦评估便成为矿产资源资产,简称为“矿产”,可归入“资产管理”。矿产,在出让前不改变国有物权性质,但在形式上与整体性矿产资源分别独立存在。许多国家将矿产资源与矿产进行了区别,《西澳大利亚采矿法》在法律中明确区别矿藏、矿产与矿产品,这就相当于我国的森林、树木和木材的区别。可砍伐的是树木而不是森林,能成为开采对象的是矿产而不是矿产资源。矿产,是矿产资源与矿产品的中间物品。

国有矿产必须出让,才能实现其所有权价值。必须强调,从整体性矿产资源中分割出来而独立存在的是矿产而不是矿产资源。矿产资源与矿产是种属关系,矿产资源是唯一的,而矿产是多样的,两者具有本质区别。不允许买卖的客体是国有矿产资源而不是国有矿产,矿产资源的主体是唯一的而矿产的主体可以是众多的,以招标、拍卖和挂牌方式出让的客体是国有矿产而不是矿产资源。¹²具有独立地位的国有矿产,在市场上以招拍挂方法、依价格信号出让,受让方则获得私人性矿产物权。受让人所具有的矿产物权,是国有矿产归属关系的变更。受让方用于勘探的矿产物权属用益物

⁸ 汪小英,成金华.基于产权约束的中国矿产资源管理体制分析[J].中国人口资源与环境,2011(2):160-166.

⁹ 李裕伟.矿产资源法立法若干问题辨析[J].中国国土资源经济,2012(12):14-16.

¹⁰ 刘欣,肖先华.对《矿产资源法》修改的建议[J].国土资源通讯,2009(5):41-47.

¹¹ 陈德敏,王华兵.《矿产资源法》的修改:以增强政府公共服务性为导向[J].重庆大学学报,2012(1):98-102.

¹² 因为许多人喜欢以国有矿产资源不允许买卖为由去吓唬买卖国有矿产的人,致使国有矿产因不允许买卖却允许耗竭而流失。这种吓唬,也是矿产物权未能独立的人为因素。

权,矿产用益物权设立则限制了国家矿产所有权;受到一定的期限约束,到期如数向国家返还客体物。受让方用于开采的矿产物权则属自物权,开采性矿产经过劳动以后转化成可处分的矿产品,不需要也不可能向国家返还客体物。但限定在开采性的矿产,学者认为受让方“获得矿产资源的法律所有权并向国家支付相应的价款,而国家因此将失去矿产资源法律所有权”,¹³这种结论从多方面忽视了受让客体的准确界定。

3.撤销矿业权才有独立的矿产物权

运用率最高的矿业权,是民国时期从日本抄袭来的、但歪曲运用的、被现代神化了的私权利与公权力的虚拟体,¹⁴是“两证同体”制的理论来源,是矿产物权独立的理论障碍。矿业权成了任人控制的泥人,既是物权,又是公权力,更是两者的化合体。¹⁵如果坚守矿业权理论,则看不到传统矿业制度落后的实质。

一般都认可矿业权的物权属性,“矿业权是指矿产资源使用权”。¹⁶^[10]但在运用中,又认为矿业权是物权依附于公权力的多面体。往往同时使用矿业权的两面:“地方政府通过变相降低审批条件而使不够资格的企业获得矿业权……在一级市场取得的矿业权在二级市场出售、作价出资、股权转让”。¹⁷在二级市场流转的矿业权A,是指静态的矿产物权;有主体资格限制的矿业权B,是指进行矿业开发的行政许可授权。“矿”A与“业”B两面,结合成虚无的矿业权。将矿产物权A暗含在矿业开发权B之中,这样得出的结论就是:“矿业权作为民事的财产性权利属于私权……矿业权的取得必须以行政许可作为前提条件……禁止不具备探矿或采矿资质的主体从市场中取得矿业权”。¹⁸这个结论中的矿业权成了变色龙,让人无法琢磨。虚无的、冲突的矿业权,是传统矿业制度关于“两证同体”的坚强堡垒,后患无穷。¹⁹在矿业领域里,必须撤销矿业权及其理论,才有矿产产权独立的空

4.独立的矿产物权由普通法调整

无论是国有矿产资源、国有矿产还是出让后的私人矿产物权,都属于私法调整的对象。通过市场竞争价设立的矿产物权属于普通物权,不受行政干预也不具公权色彩,可以自由流转并不需要行政审批,权利持有人没有资质限制。因此,矿产物权的归属、流转及其登记等,均由民事私法范畴。一旦归入普通物权就应平等地进入民法调整范畴,这就需要矿业法在界定产权的同时明确矿产物权为民法调整的对象。多数国家采取这种方式,如《巴西矿业法典》第83条规定:“普通法适用矿产权”;《波兰地质与采矿法》第13条规定:“民法中与权利使用有关之规定亦适用于采矿使用权”。²⁰

(二)矿业宏观规划的资源管理

抽象而概括的整体性矿产资源,以其整体性归入“资源管理”,包括资源的所有权、主权和安全等。由于矿产资源的稀缺性、生态性以及不可再生性特点,不能完全放任市场自由。从资源安全角

¹³ 刘卫先.对我国矿业权的反思与重构[J].中州学刊,2012(2):63-68.

¹⁴ 只有日本韩国出现了“矿业权”概念,但不是指财产权。《日本矿业法》第4条规定:矿业,系指矿物的钻探、采掘以及选矿、冶炼等事业;第5条规定:矿业权,系指在业经登记注册的特定土地区域内,采掘及获得矿物的权利。《日本矿业法》以“业”为对象的矿业权,与在他人矿区内采掘的“租矿权”并列存在。由此看出,日本的矿业权是行为权。

¹⁵ 众多学者为各自论述的便利而站在不同角度诠释矿业权,但将矿业权的各分论囊括一起以后的矿业权体系则是一个矛盾体。近年来,有不少的学者从不同角度反思和检讨矿业权,由于对矿业权的暧昧而未能进一步揭示矿业权的虚无性。学者在反思矿业权系列概念的基础上,将矿业权定义为:基于国家矿产资源所有权,由行政机关依法授予具有适格资质条件的市场主体,勘探、开采、销售矿产品并维护周边环境的经济权利。权利,应当是明确、独立而有边界的。而通过反思后的矿业权定义,只是各学派的总结归纳而已,其内容主要是由明确归属的物权、行政特许经营权和企业产权三大块聚合成“三面一体”的系列权利集合。

¹⁶ 龚兴祥.当前矿业权出让若干问题的探讨[J].现代矿业,2011(10):63-66.

¹⁷ 丁志帆,刘嘉.中国矿产资源产权制度改革历程、困境与展望[J].经济与管理,2012(11):9-14.

¹⁸ 张璐.《矿产资源法》修改中的“权证分开”问题研究[J].甘肃政法学院学报,2010(6):65-71.

¹⁹ 通常认为,矿业权包括探矿权与采矿权。矿业权作为探矿权与采矿权的上位权是更加有害的:探矿权与采矿权,两者各自是权力束,组成结构与矿业权相同;两者所包含的物权性质不同,存在必须向国家返还客体物与肯定不能返还的区别。两者不能捆绑在一起并置于某一权利之下。必须撤销矿业权的上位权地位,分离探矿权与采矿权中的矿产物权,剩下的探矿权与采矿权,就是只含“探”与“采”的勘探权与开采权。这要进行理论上的革命。矿业权理论,将是我国矿业制度短命的关键。

²⁰ 这关系到矿业法与民法的衔接。没有任何理由要为矿产资源制定特别法,只要去掉矿产资源的神圣性,则自然列入民法调整。这就为矿业法应当调整的对象腾出了空间。但是,矿业法必须为矿产物权适用民法的法律立场定位,防止法律之间脱节。矿产物权适用民法,是《矿产资源法》向《矿业法》转变的前提。

度看,矿产资源含有国家主权,资源安全才能国家安全。保障安全与主权,这要依靠矿产资源规划和储量管理。世界许多国家高度重视战略性矿产资源管理,把战略储备列入国家的资源安全计划。我国应从制度上确立矿产资源规划的法律地位,建立宏观的“资源”规划管理与微观的“资产”自由流转相结合的机制。通过国家宏观经济管理部门对矿产资源的出让和开发进行规划管理,以确保矿产资源经济安全和可持续发展战略。^{21[13]}传统矿业制度忽视矿业规划,则矿产资源分散开采、化小开采、分层设计矿山企业的现象严重,场所健康安全事故多发、生态环境破坏严重,少数企业囤积矿产资源并趋向资源垄断、国家缺乏投放市场的资源,市场因资源垄断壁垒而阻止竞争和扰乱秩序。出现此类现象时,便被迫从末端花大力气进行全国性的整合运动,由此承受很大的代价。在饱受诟病之后,便提出进一步严控矿产物权流转市场,似乎要向计划经济回归。²²事实说明,为了资源安全和合理开发,将公权力放在资产管理或在末端处置,效率很低而代价很高。

矿业规划分为矿产资源规划和矿产开发规划。矿产资源规划,是指根据矿产资源禀赋条件和开发现状、当代人与后代人关于资源利用的分配、当前国民经济和社会发展对矿产资源的需求,还要根据矿产资源储量、产业结构调整方向、可持续发展战略、国家资源安全、生态文明建设的目标等,对矿产资源储量、出让、开发以及保护等多方面作出整体而长期的安排,属于“资源管理”范畴。矿产开发规划,是指对地质勘查、矿产资源开采、矿山地质环境保护、矿业用地以及土地复垦等相关活动作出结构、布局和时序安排。²³矿业规划是国家规划体系的重要组成部分,应当与土地利用总体规划、环境保护规划及社会发展规划等相互协调和衔接。矿产资源规划包括专项规划和年度计划,由职能部门根据总体规划和一定时期的重大部署制定。一方面是国有矿产权出让规划。在全国范围内,哪些矿种可以投入市场,该类矿种在一定时期内投放多大区域或多大储量到市场中去,应符合国家规划。只有符合规划与年度计划范围的国有矿产权才能出让,只有依规划出让的矿产权才能在市场自由流转。目的是让处于垄断地位的政府从源头和宏观上控制资源的市场化。另一方面是矿山产业伸向海外和海底的规划。跨国开发,与资源富有国建立良好关系,构筑海外矿产资源开发基地;加大海洋石油、天然气及其他资源的开发力度,归入国家的专项性资源规划。

明确矿业规划的基础性和全局性作用,通过纲领性规划来的指导和调整矿业领域:总结矿产资源整合的经验,尤其是在煤矿的整合和稀土控制方面的经验,参照土地规划和年度计划的相关做法,制定合理的规划;依据法定的规划出让矿产资源、审批和监督管理矿业开发行为活动,保障矿山企业的合理设置;按照设定的规划,处置与平衡矿产资源开发中不同利益的博弈,推动矿产资源开发朝着有序、规范、合理和效率的方向发展。现代矿业立法主要是确立矿业规划的功能、地位和作用,明确规划体系的编制、内容与要求、审批权限及规划编制原则,并明确规定违反规划必须承担的法律責任。

(三) 国家双重主体的身份管理

国家或政府对抽象的资源管理与对特定的资产管理的性质不同,两者是公权力主体与私权利主体的关系。宪法与法律初始界定矿产资源国家所有权属于民事物,国家及其政府以私权利主体身份进行活动并受私法调整,贯穿于资产管理的全过程,包括矿产资源的资产化、竞价出让、他物权管理等。同时,国家及其政府作为国家主权主体又是矿产资源宏观规划的制定和实施者,还是矿业开发利用活动的管制和监督者,受公法调整而属于公权力主体,贯穿于资源管理及矿业开发全过程。这两个意义上的主体身份,使国家及其政府的公法人格与私法人格相叠加,必须从法律上按市场经济原则对其进行区别和划定边界。矿产资源规划主体与国有矿产出让主体的性质不同,前者带有强制性的公权力主体,后者是市场平等的民事主体。国家及其政府双重主体身份的明确分辨,是矿产物权独立和破除“两证同体”制的关键点。

现行《矿产资源法》未能明确界定和明晰国家及其政府的双重职能,而且明确规定矿产资源的私权利主体挟持公权力主体出入市场的矿产交易,成交时则以行政“决定”方式认可,以“征收”的手段收缴矿产出让价款;受让方违约时则给予行政处罚,对处罚不服的可提起行政复议或进行行政诉讼。以行政方式认可和处置民事关系,源于“两证同体”制度。矿产物权暗含在行政许可证之中,就

²¹ 雷汉云. 矿产资源产业的整合及可持续发展[J]. 资源与产业, 2013(3): 29-33.

²² 由于矿产资源具有不可再生性和稀缺性特点,关系到国家主权和安全。所以学者提出,矿业权的取得和转让并非依据民法上的自由,而是申请加批准的方式,在本质上附属于政府行政权力,通过行政批准来平衡公权力和私权利、国家利益和个人利益。这种微观的严格限制,不能保障资源安全,只能损失市场效率而回到计划经济年代。

²³ 对矿产进行实地开发的规划。根据地质勘查技术、矿产利用效率和保护能力,在资源总量、企业结构、矿井布局和时间顺序等方面作出安排,属于“产业管理”范畴。矿产开发规划是后文的产业管理和调整的重要依据。

是因为国有矿产物权主体隐于公权力主体之内的缘故。传统矿业制度“从形式到内容都主要是关于矿产资源的行政管理制度”。²⁴ 虽然规定由国务院代表国家行使对矿产资源的国家所有权，但是并未因为代表权的创设而改变公权力行使民事物权的性质，而是“架空了作为矿产资源所有人的国家作为民事财产权主体的民法地位”。²⁵ 当政府及其部门对国家矿产物权独立行使代表权时，代表的权利边界、代表的行使能力、代表主体与归属权主体之间的关系等方面，缺乏相应的系统性安排，代表国家行使权利但缺乏义务或责任的约束。

现代矿业制度应着重明确国有矿产物权主体和公权力主体的关系，从制度上理顺一身二任的职能。《波兰地质与采矿法》规定，由国家财政部设置和处分国家矿产物权；环境保护自然资源和森林部管制矿业市场准入；国家地质管理机构和最高采矿办公室分别管理勘探与开采的生产；由不同部门分工管理，在审批、登记、检查以及处置等方面的职能更清晰。由于我国的土地、森林与水等自然资源体制均为“一身二任”制，波兰的分开制在我国实际行使的难度很大。但可以尽量分散，可由特殊职能部门履行一定的民事主体职能，负责配置矿产和实现矿产价值。这种分散，便于不动产物权的统一登记。同时，在国有矿产出让方面应立法明确中央与地方的权限和利益分配关系，调动多方面的积极性。

三、设置矿业开发市场的准入制度

矿业市场，分为矿产物权流转市场和矿山企业勘探、开采、选矿等矿产开发市场。²⁶ 矿产要素市场与对矿产开发的产业市场，两者必须截然分开，矿产物权市场是平等和自由的，而矿业开发市场必须进行严格管制；²⁷ 两者的分立是政府与市场职能定位的关键，也是破除“两证同体”制的入口。

（一）矿业开发属发挥效用的动态权利

《物权法》第1条规定了立法目的：“明确物的归属，发挥物的效用”。物的归属，是指此物属于我的而不是其他任何人的一种效力判断和法律界定。矿产归属物权的明确，是主体与客体之间的一种关于人与物的法律关系。明确归属物权只须法律效力的附加，可以忽略时间与空间，称之为“静态”权利。物权归属的明确，其目的是为了通过排他性支配而发挥物的效用。现代财产权制度，逐步转向关注财产の利用而不是财产的持有，因此更关注物的效用。效用，一般是指通过物权行使过程而对主体和社会的有用性，通过对归属权的充分行使而产生满足主体收益的最大化。效用发挥的过程，是在一定的时间和空间变化的过程，故称之为“动态”权利。这种权利，不再是人与物的归属关系，而是由人与物引起的一种人与人之间的相互关系，需要相关联他人的支持、配合和默契，也给相关联他人的生存、权利和发展带来影响，因而具有显著的“社会性”。

根据权利静态与动态的关系，可以区别矿产物权与对矿产的开发利用权。²⁸ 矿产物权，是明确矿产归属的静态产权，是关于主体与矿产之间的法律关系，说明该特定矿产物权归属国家还是归属私人；矿产开发权，是对已明确归属权的矿产发挥效用以实现收入的系列动态行为权，是关于开发者与周围民众之间的人与人的相互关系，说明主体对特定矿产进行勘探、开采、选矿和处分矿产品的权利。两者之间是手段与目的的关系，有先后顺序之分，有静态与动态的区别，应当在理论上和

²⁴ 李晓燕，段晓光. 矿产资源立法：存在的问题、根源及其完善[J]. 《理论探索》，2013（4）：120-123.

²⁵ 石江水. 矿产资源立法的私权化进路分析[J]. 河北法学，2012，3：106-111.

²⁶ 矿产开发市场“开发”，包括勘查、勘探、开采、选矿和炼矿等。学术界与一些部门规章，受“矿业权”与“两证同体”制的约束，未能将这两个市场分开，统一称为“矿业权市场”。提出“矿业权市场”，包括矿业的要素市场、开发市场、资本市场以及中介服务市场。但是，矿业权是虚无的，则矿业权市场成了变幻莫测的市场。这种笼统性不利于政府与市场之间的分工，更不利于现代矿业制度的建立。所以，本文称“矿业市场”，以此取代矿业权市场。同时，矿业资本市场以及中介服务市场没有必要从其他市场中分离出来归入矿业市场。

²⁷ 区别于政府服务的政府管制，主要指市场进入管制，分为经济管制与社会管制。经济管制的目的，在保留有效率的垄断的同时，限制垄断者的垄断能力；社会管制的目的，是为了公共利益的社会公平目的，是市场失灵时的政府弥补功能，可以改变资源配置但可能牺牲必要的效率。矿业开发市场的进入管制，属于为了公平的社会管制，不需要市场结构优化的经济管制。参见笔者《矿业市场进入管制研究》专文，载《资源与产业》。

²⁸ “两证同体”制，在于模糊了矿产与对矿产进行开发的关系。关于“采矿权”的法定含义，就是将一定范围内的矿产隐含在对其开采的过程之中。在此，必须将矿产的“矿”与对其开发的“业”予以分开。本文利用“物权结构二元理论”帮助辨析（可参见本人《物权的经济分析》一文，载《政法论丛》2011年第10期。）。这一辨析，是矿产物权独立、政府管制定位的基础。

制度上予以严格划分。²⁹ 矿业发达国家对于矿产物权与开发利用权进行了严格的分辨,我国的土地使用权与对土地的开发利用权是明确区分的,汽车的归属权与汽车上路行驶权界限明显。传统矿业制度的“两证合体”制,就在于矿产物权与开发行为权的揉合而未曾分辨。

(二) 设置矿业开发市场的准入条件

矿产物权与矿产开发权,两者分别建立矿产流转市场和矿业开发市场。矿产物权独立,是为了实现矿产市场的自由和平等;矿业开发成为产业,是为了有利于矿业开发市场的管制、监督和社会福利。而且,随着经济的发展,对矿业开发市场的管制更严。而矿业开发市场管制的重点:是市场准入制度。³⁰关键在于市场进入管制,政府事前阻止妨害公共利益的行为发生,应是一种有效率的制度安排。

矿产物权的明确,不具有社会损害性,对关联他人不构成任何风险,如国有矿产权出让而设立企业矿产权的过程并不影响周围相关人的利益。矿业开发行为则不同,属于人与人相之间互依存的社会行为,容易侵害相关联他人的权益,并且比其他行业行为的损害程度更严重。矿业开发尤其是矿山开采,对矿业社区的环境权、居住权以及收益权等形成威胁,对矿业场所安全与健康形成风险。矿业开发弃置废物、形成地质灾害、出现安全风险等不具有商业价值的副产品,而让矿区民众及矿工等相关他人被迫消费这些副产品,意外地承担不应当的成本,称为社会成本。矿山企业与相关他人没有约定而让相关他人意外承担成本,称为经济的负外部性。矿山企业应当把社会成本内部化,社会才能公平。

但是,矿山企业如果只生产矿产品而不生产非商业价值的副产品,则花费较多的成本去生产清洁物品和安全物品,这自然会减少矿产品的产出,产品的产出结构改变而使矿山企业的收入降低。矿山企业是理性经济人,主要目的和基本追求是市场物品的产出最大化;市场却总是鼓励矿山企业的目的和追求,也没有办法提供任何看得见的手段阻止矿山企业的追求。因此,在矿业开发的经济负外部性方面,市场总是失灵的。矿业开发市场失灵时彰显市场的局限性,只有通过政府这只看得见的手弥补市场的不足,市场失灵是政府管制定位的根本理由。

弥补矿业开发市场失灵的政府管制,分为事前的进入控制、事中的检查监督和事后的违法处置三个阶段,将矿业开发的全部行为纳入政府的视线和控制范围。其中的事前管制是最有效率的制度安排,通过事先的市场准入控制以阻止负外部性的发生,不但可以减少事中监督和事后处置的行政成本,而且有利于矿山企业和社会相关联民众双方的利益。因而,矿业开发市场准入制度,已成为矿业发达国家的通行做法。一般将特定矿产开发的市场准入制度称为矿业特许权制度,是一种严格而特殊的行政许可。法国一直施行这种严格制度,巴西将这种矿业特许权制度写入宪法。通常是,未经政府特许授权,任何人不得擅自进入市场从事勘探与开采活动。³¹这种控制的严格程度和范围,决定于权利客体的社会联系和社会功能。对汽车行驶的控制比摩托车要严格得多,开采比勘探要控制得更严。

矿业开发市场的进入管制,既要管制主体也要管制行为。就像机动车,既要偏重车的行驶也要侧重车的驾驶,两者不能忽视其一。法律应为矿业开发市场的行为和主体分别设置条件,作为市场进入的门槛。一是矿产可以开发的市场准入。³²即使有了归属权明确的矿产,也不等于有了开发权的矿产。法律对矿产开发设置系列进入标准与条件:有归属明确的矿产物权,符合矿业开发整体规划、计划和产业政策,有批准的矿床开发计划、开发资金与开发技术,达到安全与健康保护标准,经过环境影响评价,矿业社区相邻关系安排妥当,有相应的矿业用地方式、矿地复垦与退出安排等。职能部门根据标准与条件进行审查,符合法定标准与条件者则准予开发,因而具有开发权。这种权利的持有受到开工时间与有效期的限制,有效期长短可根据矿种和开发类型区别规定。二是对矿产

²⁹ 这本是很容易区别而无需讨论的问题。但目前从理论到制度,都没有将这两者截然分开,而是搅合在一起的。国有矿产资源像是一个大饼,每个经过批准的人都蹲到这块大饼上去采掘,采出来的是个人的,未采出来的是国家的。这种吃公共食堂的方式,就叫做勘探与开采国有矿产资源的权利,亦即“两证合体”制。

³⁰ 随着经济的发展和民众需求的提高,健康与安全、环境权利等越来越重要,因而政府对这些方面的管制任务更重。而这些制度都从市场准入制度开始,后文讨论的内容离不开准入制度的内容。所以准入制度是构建现代矿业制度重要关口。

³¹ 必须经过进入许可,如果矿产物权不能独立出去而继续夹在行政许可之中,这就必然导致矿产权通过行政许可取得的结局。这就是前述学者关于矿业权取得的理论,“矿业权的取得必须以行政许可作为前提条件”。

³² 许多国家将特定矿产的开发或开采,称为“特许权”授予。国外的这种特许授权,不包括后面的主体资格。相当于汽车上路的行驶许可不包括驾驶许可一样。汽车放在车库里政府不干预,要上路行驶必须有行驶许可手续。

实际开发的主体资格。通过法律设置勘探企业和开采企业的资质条件³³：开发矿山的技术力量和设备要求，工程队伍的用工条件和培训水平，场所安全与健康防范能力，环境保护措施和经验等。并且，对开发普通矿产与特殊矿产、小型矿山与大型矿山等，应有不同层次的资质条件和要求。依法设立的有相应资质的矿山企业，可以给不同主体的、已具有开发权的矿产进行勘探或开采，以此超越传统的“一矿一企业”制度。行为与主体的这两项进入条件，共同构成矿业开发准入制度。在矿业发达国家，一般将可以开发与实际开发予以完全分开，分别设立进入制度。《波兰地质与采矿法》特别强调这种分开制度，认为具体分开是一种有效率的制度设置。³⁴

（三）明确政府关于矿业开发市场准入的职能

“两证合体”制度解体，矿产权流转市场与矿业开发市场分立，以此建立的现代矿业制度依赖于政府职能转变：政府公权力有退有进，退出矿产权流转市场的干预，将管理重心转移到矿业开发市场。这种转变，既不是简单地放权也不是单纯地建设服务型政府，而是集中构建产业管制型政府。政府公权力在矿产物权方面的职能，除了矿业规划的制定和实施以外，还要进一步界定和保护产权，并随着资源升值而进一步精细地安排产权；政府主要起到市场服务的作用，服务的目的是为了市场经济的秩序和效率。在现代矿业制度下，政府公权力的主要职能是对矿山产业进行社会管制，管制的目的是为了维护相关联公众权益的社会公平；矿业管制型政府应将这只看得见的手伸到矿业开发的每一个阶段、每一个矿井，哪里有矿产开发活动哪里就有政府管制的身影。

政府管制的重点和关键，是矿山产业的事先控制。政府站在矿业开发市场的入口，根据矿业开发市场进入标准和条件对进入矿业开发市场的申请事项进行审查，凡符合法定进入标准和条件的则批准进入市场从事矿业开发活动；符合标准和条件的事项，由政府及其部门与进入企业订立矿业行政合同，作为事中的监督依据和行为约束；准予进入开发市场的申请者给予行政登记，并公示市场准入权利，标明政府向社会提供的公信力。凡到矿业市场进行开发者，都必须从政府手中领到这张“门票”。这是一张不再含矿产物权的许可证，矿业发达国家通常将这张市场准入的“门票”管制得很严。³⁵

四、重心定位于以产业为调整对象

有权跨过市场门槛与跨过后可以和必须做什么，是产业行为的一个连续状态。经过市场准入的矿山企业，在进入市场后的产业行为必须继续受到约束和予以规范。矿业立法的主要调整对象就是以勘探、开采为主的产业行为，主要任务就是给矿山产业行为设定边界。学术界至今认为，“《矿业法》属于私法的范畴，侧重于调整民事主体在矿产资源上的财产权利”。^[16]如果仍然侧重于调整民事财产权，就无法从传统矿业制度中摆脱出来，只能继续维持“两证合体”制度。因此从法的应然性出发，以“业”而不是以“矿”为调整的重心，创建现代的社会性《矿业法》或至少是《矿业管理法》。³⁶以“业”为主要调整对象的《矿业法》，才能将矿业环境保护、健康与安全、矿业用地等重要内容纳入法典并各设专章予以规定。矿业开发市场行为的规制是矿业立法的主轴，矿业法典的重心是关于矿山产业的规范和调整。所谓矿业法，就是调整矿山产业行为的法律。

（一）设置“矿业环境利用与保护”制度

在过去的矿业开发中普遍地存在，土地、水源和空气的污染，引发地面塌陷、山体滑坡等地质灾害，地下水抽干、井水干涸、江河断流等水源枯竭，水利设施破坏、房屋裂缝以及耕地不能耕种等资源价值损失。据《中国青年报》在2013年7月31日报道：国土部门多年统计，山西省仅采煤形成的采空区面积达到2万多平方公里，相当于山西1/8的国土面积；往往矿产资源越丰富的区域其民众越贫穷，甚至有些村民被迫迁移安家。³⁷普遍认可的事实是，为了矿产的开发效率，让当代

³³ 主要指勘探或开采企业的设立条件。相当于驾驶许可条件，具有法定资质的人才能驾驶相应机动车，驾驶许可与行驶许可是分开的。土地方面，房地产开发公司与工程建设公司是分开设立的。在矿业发达国家，矿产权、矿产可以开发权以及矿产实际开发权三者是分别独立的，称为矿业的“三权分立”。

³⁴ 波兰矿业法：将具有特许权的“企业主”与直接从事矿产开采的“采矿企业”并列分开。巴西矿业法第37条规定：只有采矿企业方可有资格得到开采权，一个企业可拥有多个特许权（这里的特许权，专指“可以开发的市场准入”）。

³⁵ 在美国，一般一个环境影响报告要经过几年时间才能走完全部过程，直至各方都满意为止方可动工开采；在加拿大，矿业公司邀请各路专家进行环境评估，评估持续两年多，耗资比较大。

³⁶ 最好是直接制定《矿业法》，民国时期的是《中华民国矿业法》，多数国家也是以“业”为主要调整对象的《矿业法》。只有原苏联制定的是《地下资源法》，但在苏联解体以后都陆续地转向制定《矿业法》。

³⁷ 参见郭建光：《山西全省1/8面积成采空区 村民根据天气决定睡哪》，载《中国青年报》2013年7月31日。此题内容，从2010年8月起，逐年见于媒体。

民众和后代人承担代价,这种代内与代际之间的不公平现象到了无法承受的地步。这与当时的发展方式有一定关系,但是矿业法制滞后也是直接原因。传统的矿业制度中,缺乏矿山企业应当保护矿业环境的规定。因此现代矿业制度应以生态文明建设为目标,在矿业立法中设专章规定矿山企业保护矿业环境的义务。

矿业环境,是指因矿产开发所能影响到的周围一切生态资源要素。矿业开发影响的程度、方式及其表现形式等,明显区别于其他产业对周围环境的影响,这就有必要从环境保护中单列出来予以特别规定。与其他产业比,矿业开发的主要特点在于对环境的破坏性。矿产具有多功能属性,除了经济价值以外还有生态价值,矿体本身是生态环境的重要组成部分。将矿体取走时因矿体资源的减少和取走方式的失当,均将导致生态失衡而破坏环境。如山西省的采空区面积相当于山西1/8的国土面积,这种破坏程度和方式就源于取走矿体生态价值和取走矿体方式不当引发的,其破坏性是矿业开发所独有的现象。矿业开发的排放与弃置导致的污染形式与其他产业没有多大区别,但影响程度不同,矿业开发对土地的污染面积广、时间长、污染源复杂等。因而,矿业立法比林业、水利以及土地等自然资源产业方面的环境保护立法的任务艰巨和特殊。

只要经济继续发展,矿业开发就有权利用周围的环境,因而矿山企业具有“企业环境利用权”。但所利用的环境又是矿山企业与周围相关民众的共享资源,周围相关民众有权继续享用相关环境资源,民众的这种环境享用权属“公民环境权”,现已被国际人权组织归入基本人权。³⁸企业环境利用权与公民环境权是一种现代“相邻权”,也是冲突的权利,民众容忍矿山企业的必要利用,而矿山企业必须限制自己的利用行为。³⁹这就应当规定矿山企业对环境进行必要利用的同时,维持当地民众原有环境享用的基本水平,保护公民环境权。在保证矿山企业经济人的利益最大化目的的同时,还要履行矿山企业公民的社会责任,使民众社会福利更好或至少不会变差。这种社会责任,主要体现在矿山企业与当地民众之间的相邻关系和社区建设中,矿山企业为利用环境而有责任处理好相邻关系及承担相应的社区建设。⁴⁰企业社会责任是分层次的,矿业社会责任中必须履行的基本责任,通过矿业立法而设定为矿业法律义务,以矿业的环境相邻和矿业社区为载体构建矿业环境保护义务体系。⁴¹矿业环境保护义务的规定,就是矿山企业必须承担的基本社会责任的法律化。包括环境影响评价、矿业社区环境保护计划和措施、环境保护的技术和设施、矿业环境修复与矿地复垦、环境恢复保证金、退出矿山时的环境责任等,均应通过矿业立法予以明确。

我国考察秘鲁矿业制度后得到很多启示,“其中,最重要的是要处理好矿区范围内的相邻关系,只有完全处理好相邻关系,才能真正动工开采”。⁴²处理好这种矿业的相邻和社区关系,矿业环境保护规则必须体现民众的参与权。相邻对方民众享有的公民环境权是民众自己的事,民众有权也应该由自己主宰。矿山企业利用矿业环境,有义务与民众协商一致、向民众公开相关信息、接受民众监督等。矿业开发中凡要利用他人环境权利的,必须经他人同意,未经权利人同意的不得动工。比如掘进经过他人房屋的地底下、水利设施以及耕地等地底下,有可能影响相关财产权时,都必须事先与权利人订立协议,明确矿山企业的义务。矿业立法保障民众参与矿业环境影响评价、监督环境利用过程和环境修复的执行。而且,政府有职责督促和责令矿山企业接受民众参与矿业环境利用过程。

(二) 构建矿业“场所健康与安全”制度

以人为本,人是最宝贵的资源,发展的最终目的是为了人,这不当只是口号。而应当在现代矿业制度中设专章予以明确规定。

1992年颁布《矿山安全法》,2002年颁布《安全生产法》,这些法律不适应现代矿业制度的构建:一是立法目的不符。受计划经济与增长主义影响的《矿山安全法》的基本立法目的,是“为了

³⁸ 公民环境权,是指公民享有适宜生态条件下健康和良好地生活的权利。公民环境权,又是由众多同类权利组成的权利束,包括通风权、日照权、清洁空气权、清洁水权、安宁权和观赏权等多方面的权利。学术界强调的环境权,是一个笼统的权利。欲划定环境利用与享用的区间,必须构建环境权体系。

³⁹ 在矿业环境相邻关系中,矿山企业一方利用生态要素的吸纳功能属性而进行排放、弃置的必要性利用;矿山企业相邻对方的矿业社区成员,则享用该生态要素的养生性功能属性而进行有效用的享用,比如呼吸空气和饮用水等。两者因同一资源体的相互使用而形成现代相邻关系,《物权法》也已有相关规定。

⁴⁰ 康纪田.矿业环境相邻关系立法初探[J].中国环境管理干部学院学报,2010(6):19-25.

⁴¹ 对于一些可以或者必须自觉履行的企业社会责任,则不需要进入立法层面,那些必须承担而且需要强制性履行的社会责任应纳入法律义务。在此,将矿业环境社会责任按层级分类,分为基本社会责任、高级社会责任和超高级社会责任三类。基本责任以公平为原则,保证各方都有同等发展的机会。

⁴² 甘藏春.在《矿产资源法》修改协调小组会议上的讲话[J].国土资源通讯,2012,(2):20-22.

保障矿山生产安全”。可以看出，该法“片面强调财产权益的保护，把劳动者的生命健康置于相对次要的地位”。⁴³目的是保障矿山生产安全与目的是保障矿山职业安全的性质完全不同，前者以采矿设备和生产利润为本而属于民法调整，后者是以人为本而属于劳动法调整。⁴⁴二是缺失健康保护规定。矿业场所的风险对健康的危害更广，矽肺病每年以一万多例在增加，活着的矽肺病人比死还难受。在所有行业中，要数矿业开发对人的健康威胁最大，而《矿山安全法》缺失健康保护的规定，矿业立法应加大场所健康方面的保护力度。三是行政管理体制不统一。在场所健康与安全方面，我国目前分别由卫生部门与安全监督部门主管。多数国家由劳动部门主管，1977年美国颁布的《联邦矿业安全与健康法》，规定新设矿山安全与健康管理局并隶属于内务部，1989年改为隶属于劳动部。我国于2006年批准的国际劳工大会组织关于《职业安全健康与工作环境公约》也是由劳动部门主管安全与健康工作，我国《劳动法》明确规定由劳动部门管理。关于矿山职业健康与安全，应规定统一由劳动部门进行许可、监督、检查和处置。矿业场所健康与安全归入劳动部门，便能与工伤、保险、培训等构成一个整体。

重构矿业健康与安全保护制度，必须以保障劳动场所健康与安全为立法目的，以人为本，矿山企业的优先考虑和第一要务是矿工的健康和安全；将矿业场所健康与安全规定为矿山企业的基本社会责任，以此设置健康和安全制度；实行一票否决，若存在对矿工健康与安全构成威胁的现象时，矿山企业必须立即全部或部分暂停开发活动，直到危险排除为止。为此，必须建立系列健康和安全矿业制度。一是矿业市场安全与健康准入管制。矿产开发行业必须提高市场进入门槛，设置矿业场所健康与安全的专门许可制度。政府部门专项审查进入企业的健康与安全措施、设备、技术和救护等。二是事故预防制度。制度设置前移至防止事故发生，在矿山开发经营决策、成本投入、技术成员配备等多方面融入健康与安全事故的预防。同时，应从预防传统的矿难转向预防所有的大小事故。⁴⁵政府及矿山企业只担忧矿难发生，则不能从整体上构建安全场所。三是矿工安全培训制度。矿山属于高危行业，发生的一些事故往往是因为人的行为不当。因此，应培训矿工避免事故、及时发现事故和事故中的自救，让矿工在发生事故时善于自救和救他；培养矿工的风险意识、健康与安全的内在需要，提高矿工在这方面的行为能力。强制培训，未经合法培训可视为非法用工。《中华民国矿场法》规定：非经两个月以上培训不得令其在坑内工作。四是紧急预案制度。矿山企业必须制定书面的事故紧急预案，包括矿山事故发生后人员的撤离方案、为被困矿工提供生命维持条件、为救出人员进行医疗保护等。紧急预案要根据矿山条件变化进行变更，要接受政府职业安全部门审查和监督。五是矿业工会制度。矿山企业工会与矿山企业讨价还价，为矿工创造健康与安全的矿业工作场所。应立法规定矿山企业设立工会组织，工会具有场所健康与安全的建议、检查和处置的独立权。六是政府监督制度。满足矿业场所健康与安全方面的需要，应明确规定政府所必须发挥的监督作用。政府和矿山企业都应看到健康与安全是企业的一个重要因素，并真正重视健康与安全的问题。当矿工很难通过自己的努力在矿山企业那里要回属于自己的安全和尊严时，依靠政府干预、工会组织以及社会力量的共同作用。

构建矿山职业健康与安全制度，可以吸取国内外的经验。国民南京政府在1930年颁布《中华民国矿业法》后，又于1936年制定了保障矿工健康与安全的《矿场法》。《矿场法》以“矿场之安全及卫生”为调整对象，主要是关于矿业场所的矿工健康与安全、矿工保险待遇等方面的内容，是改变劳工福利制度的具体安排。《矿场法》规定了保障矿工健康的卫生条件、矿场职业病防止、矿工卫生的强制性培训等，具体规定了“设置合于卫生之公共浴室”、“以清洁饮料供给矿工”、“聘请或特约有经验之医师”、“矿工千人以上者应设医院”等。国外在矿山健康与安全方面的立法经验也较多，美国在1977年颁布了《联邦矿业安全与健康法》，其中关于安全与健康的监管体制很有效率，强制构建政府监察、矿工代表参与、工会组织出力、社会组织干预的矿主预防风险体系，值得我国立法时借鉴。此外还有南非、波兰和巴西等国家的相关立法也比较成功。

⁴³ 任国友.中美职业安全健康法对比[J].中国安全科学学报, 2009, 19(7): 46-71.

⁴⁴ 立法的目的说明《矿山安全法》及《安全生产法》的初衷，根本不是以职业安全为需要的。整个安全法律体系都是以经济建设为中心，这说明：我国安全生产法旨在维护企业的安全生产来促进经济发展，着重于“经济性”而非“社会性”立法。我国关于矿工基本人权保护的立法处于空白。

⁴⁵ 矿难只是事故的最突出表现而已。在事故处理中，普遍承认的海因里希法则，每330次事故中，会造成死亡、重伤一次，轻伤、微伤29次，无伤事故300次，即1:29:300的比例。矿难占事故比例极小，那么，根据比例法则，要遏制矿难必须阻止所有事故发生。要清除一次矿难就要阻止10次轻微伤害事故和300次无伤的事故。

(三) 遴选股份合作为主的用地方式

矿业用地接近其他商业用地的总和,且85%的用地在农村。但土地法及矿业法都没有农村矿业用地的规定。传统矿业用地方式中,有合法用地手续的属少数,少量采矿区、尾矿库用地办理了临时用地手续,多数矿业用地未能办理合法手续,主要依靠“地下”租用的方式。通常是矿山企业与村集体或承包户擅自签订土地租赁协议,由矿山企业支付一定的补偿费用,其中长期性占地的则按照征地补偿标准一次性签订补偿协议并支付补偿费。这种趋势,对于法律威信、土地市场秩序以及农民利益等方面都是损失,因而亟待选定合理的矿业用地制度。

综合国外矿业法律规定,可将国外矿业用地制度大致概括为三类:一是以美国为主的分离式用地。美国的矿产是土地的构成并统一为权利客体,用地的直接目的是从土地中“分离”出矿产。二是以法国为主的地役式利用。《法国矿业法》规定:经批准,矿山开采者占有和通过土地的地役权转为地权人,被法律标明为“地役”权,但必须依法批准。三是以澳大利亚为主的定期式租赁。澳大利亚与我国一样也是地权、矿权分离制,矿业用地以定期承租为主,矿主向地权人通知所行使的权利及支付约定土地租金。比较国外这三种主要的用地方式,澳大利亚的定期式租赁相对典型。但受土地国情的制约,国外矿业用地制度难以借鉴于我国。

从2002年开始,土地及矿产均迅速升值,导致矿权与地权日益冲突,因而矿业用地方式引人关注。通过国家征收出让获取土地的矿业用地方式,不符合“公共利益”的征地目的,也难保障矿山获得土地⁴⁶。因而,学者主张“国土资源部门应当以矿产资源开发为导向,优先满足矿业权人对矿区土地的需求”。⁴⁷这种优先权的不公平性,将会损害土地权益。学术界和实践者倾向通过临时用地、年租赁、土地股权和土地置换等多元化的选择方式取得土地,多数人提出首选“租赁”方式。⁴⁸广西平果铝土矿从2008年起试行承租模式,较为接近澳大利亚的租赁:定期租用土地,按约支付租金,用后返还。但铝土矿是矿体分散、点多面广的蜂窝矿,易开采且周期短,其经验不宜深开采、长周期和矿区集中的一般性矿山。

矿业用地属建设用地,按用地时间长短分为短期用地和长期用地。其中,矿产勘查、暂时堆放等用地时间在一年以内的少量用地应属于短期用地,可适用临时用地方式或租赁方式。直接用于开采的井巷用地、排土石场、选矿场,尾矿库用地以及矿区建设等大量用地,均属于长期用地甚至永久用地,选用临时用地方式或租赁方式并不合适。“租赁”,不利于土地保护,租赁物脱离归属物权主体的直接支配以后容易被破坏,承租人在使用不属于自己的他人资源时缺乏保护客体的激励;土地承包物权的租赁,虽然企业便捷且减少投入,但农民的物权因租赁而成为债权,因此失去了稳定的财产性收入,企业有效率而农民承担成本。在选择用地方式时,不能只顾及如何获取土地,而应重点关注土地获取后的劳动者与劳动对象结合的资源利用效率,以及各方从制度安排中的利益均衡,应将矿地的利用、保护和退出等进行“整体性”考虑。农村矿业用地制度应安排农地权人分享农地转用途的收益,农村土地流转时创新土地与矿产之间异质性资源的“股分合作”,比土地与土地的同质性资源合作更有效率,并能使股份合作形式多样化;把生产要素与生产条件“帕累托”组合引入矿业用地,使土地转用途收益在地与矿的双方合理分配;通过物权平等以维护土地产权的收入,权利平等才能公平分配。总之,矿地股份合作是收入的重新分配。

长期矿业用地首选“股份合作”,土地入股的规模收益、增值收益、规避风险收益、规避管制收益、外部性内部化及企业替代市场等多方面的收益,综合形成诱致性制度变迁的动力。股份合作需建立系列制度:一是股份合作的市场准入制。矿业用地需改变农地用途,应符合规划并有计划指标;政府审查用地规划、开发计划、耕地置换方案等,才批准农用地转为建设用地;土地所有者与承包者订立土地入股转用途协议;政府根据转用途批准书和地权人的流转协议,决定允许股份合作。二是股份合作的基本构成。不改变集体土地性质,土地权人和矿产权人各自将物权折价入股而属于资本联合;土地权人与企业管理,是经营者又是劳动力的合作属于成员联合;按两种联合的权利,分

⁴⁶先由国家征收,矿山企业再以出让方式去获取土地,主要存在法律制度的障碍。《宪法》、《物权法》及《土地管理法》规定,国家为了公共利益的目的才能将集体土地征收为国有,而农村矿业开发属于商业性经济利益。因此,宪法和法律不允许为了矿山企业而动用强制手段征收农村土地。关于保障矿山获得土地的问题:因为出让程序,只有当竞买者在招标、拍卖或挂牌时出价最高才是成交人。这种竞争,对于矿山企业是非成交不可的机会,而其他竞争者明知矿产资源属地的不动产性,不可能搬到其他地方去开采,正是其他竞争者投机竞价的动力。最终因为市场交易成本阻碍矿业用地的获得。

⁴⁷李浩然.论矿业权的法律秩序[J].理论学刊,2013(5):92-97.

⁴⁸李锴.矿业用地使用权取得方式的改革[J].湖南社会科学,2011(3):93-96.

享剩余和承担分险；既分红又获得工资收入的合作是根本特征；矿山企业是资本联合与成员联合的统一体。三是股份合作的内部治理。不是地缘内熟人间的诚信成员合作，应属于以资源产权联合为基础的成员联合。这特点决定企业股东大会实行“双重职能”原则：决定组织人选时依“一人一票”制度，决定经营、分红和终止等重大事务时以“一股一票”制度。成员权与股权整合于一体，倾向资源产权。四是股份合作的退出制度。设立时有退出协议，在环境保护、矿地复垦、相邻关系等方面事先约定。在矿山企业转让、变更、破产或其他终止等方面，建立系列退出制度。⁴⁹

（四）规范地质勘查及地质报告

从现实来看，勘探企业对特定矿区范围进行地质作业和地质调查，形成矿产赋存状况、地质工作结果以及拟开采实现的目标等地质报告及其行为，有待于法律的进一步规范。勘探企业的市场竞争意识和风险意识不足，难以为市场主体，也难以扭转开发经营中的短期行为。勘探的风险比任何行业都大，一旦未发现矿藏，则其全部投入都无法收回。这种风险仍然归于市场，应由市场来承担，而不应靠企业福利和国家资助。制度应当使勘探企业真正成为市场主体，在市场中提高抗风险能力；将地质报告作为企业的产出品，同时或连续勘探不同的矿区，让高回报的矿区弥补低回报或无回报的矿区；勘探企业的产出品市场化运作，参照知识产权保护的激励方法，保障产出品处分的有偿性和充分性。一般来说，为维持勘探企业而以矿区的矿产物权优先取得为动力的指向，对国家、企业和社会都不利。⁵⁰为了防止边探边采或以探代采，应立法禁止勘探企业在勘探中擅自取走非样品性的矿产。

地质报告资料汇交制度不健全和不到位，大量矿藏信息资料滞留在地质勘查企业甚至散落在企业的技术人员手中，导致国家勘查投资形成的信息资产、国有矿藏品位及含量等资料通过非正常渠道流失。现代矿业立法应规定地质报告的内容、形式、批准、保密以及价值实现等：地质构造的勘探目的，以确定矿床中赋存的资源以及为采矿企业规划的需要，包括矿产种类、数量、质量、共生矿与伴生微量元素等，开采方式、开采对环境的影响、水文地质、地表条件等。地质报告应经职能部门审查批准方能有效，职能机关应以合理方式保护地质报告的信息和样品，不能透露给任何第三方。勘探所形成的地质报告及样品的所有权，属于投资进行勘探的企业当事人，有权通过市场转让其地质报告及样品，法律应予以保护。

五、重构矿业法律责任

根据矿山企业应承担的基本社会责任所设置的第一性义务进一步构建矿业法律责任，通常称为第二性义务。矿业法律责任，是指矿山企业、行政执法主体不履第一性义务则按第二性义务而必须承担的不利后果。矿业开发的第一性义务的设置方向，决定了第二性义务的结构内容和实现方式；第二性义务又是矿业法律义务履行的基本保障，如果缺乏合理的法律责任安排，那么第一性义务就必然会落空。《矿业法》作为矿业领域的基本法，既要整体上保障法律责任的独立性和特殊性，又要让矿业法律责任分别与行政、民事以及刑事的三大法律责任保持统一性。

（一）反思传统的矿业法律责任

矿难、环境污染和破坏、非法采矿以及行政监管失控等现象严重，与缺失或不当的矿业法律责任承担规定有直接关系。现行《矿产资源法》缺失矿山健康与安全风险、矿业环境影响、行政监管失职等方面的法律责任，在矿难或环境事故之后的处置依赖于“人治”或问责制，依法行政则让位于传统的“人治”，因而治不胜治。

矿业法律责任缺失或不当，在于第一性义务的不当，诸多问题均离不开“两证同体”的根源。现行《矿产资源法》在矿业法律责任性质和承担方式等方面配置不合理。主要是行政法律责任取代民事法律责任。明显的民事违法，却普遍实施行政制裁形式：矿产有偿出让后应支付的所有权价款，却将其定性为税收性质的“征收”，未按约定缴纳征收价款的，则由公权力“责令”限期缴纳，仍不缴纳的给予行政罚款直至吊销相关许可证，对行政处罚不服的可以申请行政复议或向法院提起行政诉讼。如此行政取代方式，在市场经济的法律中比较罕见的现象。同时，行政法律责任严重错位。现行法律规定未取得采矿许可证擅自采矿或者越界开采的，“责令停止开采、赔偿损失”。责令，是公法的一种行政处置措施，而赔偿损失是民事主体的侵权方给被侵权方的经济填平方式，却采用行政

⁴⁹康纪田.矿业法论[M].中国法制出版社, 2011, 288.

⁵⁰若优先取得或直接取得矿产物权，则否定了资源的市场配置功能，将导致垄断、国有物权流失以及公权力寻租等。专门从事矿产勘探的企业，在资本、技术、设施与从业成员等方面的投入，远远低于既要从事勘探又要从事开采的企业。所以，“只要探矿权人完成了相应的工作，原则上就将采矿权赋予探矿权人”的企业福利制度是有害的。

强制的“责令”赔偿方式,实属错位。

在矿业刑事责任方面,只有非法采矿罪与破坏性采矿罪,规定的罪名过窄而且入罪门槛过高。非法采矿气焰嚣张,政府部门出重拳打击,就像割韭菜而不断蔓延。主要是获取非法采矿暴利的违法成本过低,非法采矿的民事责任空缺。同时,破坏性采矿罪一直闲置,很少适用也不宜适用,需要转向。2011年刑法修正案(八)对非法采矿罪进行了修改,但仍嫌修改的幅度不大。

(二)全面设置矿业环境法律责任

矿山企业利用环境的保护义务特别是未履行义务的法律责任制度不明确,是矿业环境受到严重破坏和污染的重要原因。现代矿业立法的方向是全方位设置矿业环境法律责任,加大违反矿业环境保护义务的成本。

1、矿业环境民事责任

矿山企业影响公民环境权导致他人的财产权或人身权的损害结果,就应当承担相应环境民事侵权责任。矿业环境侵权原因行为、危害结果的特殊性,致使侵权责任在归责原则、构成要件、责任承担方式等方面更特殊。传统的侵权行为须有过错才承担责任,而矿业环境民事责任可适用无过错归责原则,不论矿山企业是否有过错,造成损害结果就应承担侵权责任。因为矿业环境的损害结果,在技术认定和信息收集等方面很难归咎于过错,若按传统的过错原则,则受害人承担了不应该的损失,无过失的受害人的利益得不到保护。⁵¹这种情况下法定矿山企业承担民事责任,主要是矿山企业有途径转移和分摊损失,也有动力阻止环境事故的再次发生,实质上是一种“分配正义”。⁵²

对于矿山企业的弃置和排放行为,还应从行为、结果以及因果关系方面挑战传统民事责任。一是不受违法性要件的制约。其弃置和排放行为造成了损害结果,就应承担民事责任。因为受科技水平的制约而未对某些有害排放规定标准,或多个矿山企业排放而共同超过标准,或者因不同地域与环境条件不同等。这系列情况说明,即使矿山企业的弃置和排放符合标准,由于导致了损害结果,也不能免除民事责任。二是无损害结果也要承担责任。许多矿业环境侵权行为处于危险状态,如果让危险状态转化成损害事实结果则造成难以挽救的后果。为此,矿山企业有责任依法消除危险状态。三是由矿山企业证明自己无责任。矿业开发的专业性和复杂性存在,受害人因经济财力、取证能力、技术实力制约而难以证明自己无责任,所以应立法规定由矿山企业承担举证责任。四是民事责任承担方式以物权优先。传统的损害赔偿方式,不利于恢复和保持矿业环境秩序。公民环境权属物权,用赔偿方式的债权填补将使物权消灭。而矿业环境的污染和破坏是累积增加的,这会导致当代人与后代人的公民环境权逐步消亡。因此,应选择恢复原状为主并限制货币赔偿的方式。⁵³

2、矿业环境行政法律责任

矿业环境行政责任,属于行政法的环境行政责任范畴,是矿业环境行政法律的落脚点。⁵⁴我国矿业环境行政法制存在的问题还严重,矿业环境行政责任制度的建设薄弱。传统矿业制度基本缺失矿业环境行政责任设置。

矿业环境行政责任主体。按照矿业环境管理关系来说,矿业环境行政违法的主体是指行政主体、相对人主体和第三方。行政管理主体当然是责任主体,环境行政管理部门是责任主体;矿业行政管理部门是矿业环境管制的市场准入主体和责任主体。行政机关主体和公务员这二者之间的责任应进行内部分配,具体执法人员承担内部行政责任。矿山企业应当成为矿业环境行政法律责任主体,企业负责人、技术人员和矿业环境保护义务人等都是违法行为的主体。行政主体与行政相对人以外的、与矿业环境相关联的第三方,亦应属于矿业环境行政法律责任主体。因为与矿业环境相关联的他人负有不干涉矿业开发利用环境的义务。

矿业环境行政责任的承担方式。传统矿业制度并没有具体规定行政主体承担责任种类、方式,导致行政问责制度替代法律责任制度。为此,现代矿业立法应关注行政责任承担方式的设定。矿业环境行政法律责任方式,区别于限制人身自由和财产赔偿方式,包括警告或严重警告、记过、记大过、撤职等内部性的行政处分,警告、罚款、吊销证照、行政拘留等社会性行政处罚。

⁵¹刘晗,李静.环境资源相关权初探[J].兰州大学学报,2012(3):131-137.

⁵²矿山企业有两条途径转移和分摊损失:通过市场的价格机制,将赔偿费用计入成本而提高价格,从而使损失得以分摊;通过市场保险机制,使事故的赔偿费用在投保群体中分摊。

⁵³比如,污染和破坏的耕地,应以恢复原状为原则,尽一切可能复垦和复绿,以此维持物权的存在;以货币赔偿为例外,经合法途径认定,确实不能恢复物权原状,则只能以债权形式实现。以“物权优先”,还在于环境民事责任与行政责任以及刑事责任同时存在时,应优先保证环境民事责任的实现。

⁵⁴武奕成,沈玮玮.试论清代以来的矿业环境保护[J].兰州学刊,2011(1):121-128.

3、矿业环境刑事责任

传统的矿业环境刑事责任，具有经济性、从属性和滞后性的特点，总的犯罪成本较低。根据矿业环境犯罪的特点，应创新刑事责任方式。在刑罚适用原则方面，引入严格责任制度，实现责任判定原则的法定化。还必须整合罪名体系，增设危险犯、增加资格刑等。

一是增加“破坏矿业环境罪”。矿山开发从多个层面破坏环境：地表面塌陷、道路断裂、房屋倒塌等，河水断流、泉水干涸、饮用水困难等，导致崩塌、滑坡、泥石流以及植被破坏等。这类现象，仅靠矿山企业承担民事责任与行政责任，显然不足以遏制。若承担刑事责任则缺乏可适用的罪名。采空导致山西八分之一的国土面积受到损害，因找不到罪名而无法构成犯罪。应扩大“犯罪圈”，以此避免矿业环境犯罪人选择实施未设立罪名的行为。据此，必须增设“破坏矿业环境罪”。属于专为矿业领域设立的罪名，有独立的犯罪构成。犯罪客体是“公民环境权”，犯罪的客观方面是因为采矿而破坏地质物理结构的违法行为，犯罪主观方面是间接故意与过失。

二是矿业环境犯罪设置危险犯。“为预防犯罪，防止潜在的危险转化为现实，我国立法的切入点必须前移至危害行为造成的潜在危险状态”。⁵⁵在国外环境犯罪中，危险犯已被广泛运用。矿业环境被严重破坏或污染，超过某个度而产生的严重后果不可逆转。必须让矿业开发者的行为在超过某个度之前采取措施，防止污染或破坏行为的事实性结果发生。⁵⁶这就有必要立法规定，矿业环境的破坏或污染达到足以威胁人身与财产安全状态时，就是环境犯罪行为，以此起到预防犯罪的作用。“危险犯作为合理分配社会风险的刑事政策工具，其功能性价值已经得到广泛认同，社会效果也得到普遍认可”。⁵⁷

三是矿业环境刑事责任适用非刑罚措施。“国外大多数国家在惩治环境犯罪的刑法中，规定了许多具有针对性的非刑罚方式”。⁵⁸我国关于矿业环境犯罪，必须突破传统的刑罚措施，根据矿业环境犯罪的特殊性来选择合适的非刑罚措施作为辅助手段。为此，矿业环境犯罪的刑罚，要关注犯罪者未来行为对矿业环境破坏和污染结果的复原效果，要重视阻断非法获利的机会，最大限度地消除犯罪行为的持续性危害。非刑罚措施包括责令复垦、复绿和恢复其原状，也包括责令社区服役、临时终止或者全部终止权利、限期治理、赔偿金等。这些都属于非正式刑罚，但又确实贴上刑法的标签。

（三）合理设置矿业劳动法律责任

矿业劳动法律责任，是指矿山企业、矿工以及相关行政部门等违反劳动法律法规以及矿业法义务而必须承担的后果；主要是指违反劳动合同、劳动保险尤其是场所健康与安全等方面的内容；是多种法律责任类型的综合，包涵了民事、行政和刑事方面的法律责任。在高风险的矿业开发中，矿业劳动法律责任具有明显特征：在过程上必须受公权力干预而非自由的，在合同方面又是自由的而非强制的，在归责原则方面突破传统的方式，在行政责任主体方面是劳动部门而非其他机关，在实现相关法律责任方面工会起着重要作用。⁵⁹

应特别规定，矿山企业在健康与安全供给方面实行严格责任原则：特别注意义务、完全赔偿与危险状态。一是特别注意义务。生产安全的人身伤害实行过错原则，并且要由受害人承担举证责任。而职业安全的区别在于，应由矿山企业负“特别注意义务”。不以矿山企业是否有过错为前提，矿主或矿山企业在开发的用工中即使没有违反法定与约定的义务，而是矿工在掘进中违反安全操作规程造成事故伤害，也必须由矿主或矿山企业承担赔偿责任。因为矿山企业掌握健康与安全供给的决定权，保障安全投入、培训矿工、检查和维修设备等；确保健康与安全的条件是矿山企业的责任，保证矿工能够遵守政府安全规章是企业的责任，矿工操作造成的过失不能成为矿山企业免责的辩词。以特别注意义务向企业施加压力，促使企业为矿工提供场所健康与安全的物品。二是完全赔偿。由于潜在风险成为事故的概率并不大，往往预防风险的成本大于事故责任赔偿的成本，这就为矿山企业选择前者提供了支持。因此，应当让特别注意义务“捆绑”完全赔偿制度，刺激矿山企业花成本预防场所的风险。区别于补偿性赔偿的完全赔偿，在于矿山企业的支出明显增加了，但矿工除了事故经济损失的填平以外，还得到了人权方面的救济，矿工因此获得了一定的尊严。完全赔偿是一种更有力而且间接地控制场所伤害事故的措施。在这方面，日本、德国较早地实施了。三是确立危险状

⁵⁵李林.风险社会背景下我国危险犯立法趋势研究[J].东北大学学报, 2012(2): 153-157.

⁵⁶康纪田.矿业环境犯罪应增设危险犯[J].公安研究, 2013(7): 30-35.

⁵⁷王雯汀.风险社会下抽象危险犯的理论境域[J].河北法学, 2013(2): 177-182.

⁵⁸雷鑫.环境犯罪刑事责任实现方式的多元化[J].法学杂志, 2011(3): 63-66.

⁵⁹肖进成.重构用人单位违法解除劳动合同法律责任的思考.西部法学评论, 2013(1): 61-70.

态。让矿工在危险状态下工作,即使没有出现危险后果,矿山企业也应当承担相应法律责任。企业以利润最大化为目的,在安全条件不足、不具备开工条件、已经发现安全隐患、粉尘与瓦斯严重超标时,仍然让矿工作业,则企业应承担法律后果。美国《联邦矿业安全与健康法》成功的关键在于对雇主的“严格责任”,发现野蛮地使雇员处于足以致命的工作条件中,则以杀人罪论处。

(四) 重构市场准入的法律责任

在矿业开发的市场准入方面,主要是未取得采矿许可证擅自采矿的,应构成非法采矿罪。构成犯罪与应当处罚,两者必须区别。情节严重,不是构罪的要件而是处罚的依据。应尽快立法界定犯罪情节严重与特别严重,并将现有非法采矿罪中关于在特定区域开采或对特定矿种开采的罪状改为犯罪的情节。罪状应简单化,多数国家的矿业市场准入严格,违反准入制度而构成犯罪的门槛又较低。我国《刑法修正案(八)》对“非法采矿罪”进行了修改,但步子迈得太小,仍不利于打击非法采矿现象。

由于对设置非法采矿罪的目的认识不统一,因而对非法采矿罪的犯罪客体争议较大。如果破除“两证同体”制,并将非法采矿罪的犯罪客体置于市场准入方面就可以确定:非法采矿罪的客体就是侵犯矿业市场准入制度或特许权制度,而不是国有矿产物权。明确非法采矿罪的犯罪客体是降低入罪门槛和有效惩罚犯罪的关键。关于将非法采矿罪认定为损害矿产物权的财产性犯罪,在于“两证同体”制的障碍而没有将其放在破坏市场准入制度之列,导致犯罪客体把握的偏离。

非法采矿属于系列犯罪,破坏市场准入制度的非法采矿罪是基本罪,还有由非法采矿导致牵连犯罪、想象竞合犯罪、共同犯一罪或数罪等系列犯罪。⁶⁰这就要区别非法采矿罪与非法采矿的犯罪,两者是擅自进入市场与进入后继续违法的关系。进入矿业市场后继续实施采矿行为,将国有矿产物权据为己有并达到起点数额则构成盗窃罪,属牵连犯罪。⁶¹未经许可的秘密开采,缺乏地质信息、缺乏开采计划、缺乏技术和设备等而导致系列后果,如严重破坏矿业环境、造成矿难、他人房屋倒塌等,因而触犯了多个罪名,应按罪数理论评价非法采矿罪。

“破坏性采矿罪”与“非法采矿罪”不能并列存在,两个罪都与公共利益、矿产物权的保护有直接联系,破坏性采矿罪含于非法采矿罪之中,属于非法采矿的一种方法性犯罪。从适用上来看,破坏性采矿罪一直赋闲,很少有以破坏性采矿罪定罪的案例。破坏性采矿罪设置于上世纪90年代中期,2008年四川省才判决了全国首例破坏性采矿罪。⁶²必须改造这种冰凉局面,将破坏性采矿罪改道后并入“破坏矿业环境罪”,破坏性采矿的方法作为破坏环境罪的一种方法性犯罪,也为“破坏矿业环境罪”拓展道路。

六、结语

全球化背景下的世界矿业立法革命正在进行,国际矿业结构正在调整,矿业市场上新的国际分工正在基本形成。也正是在这个机遇与挑战并存的时期,建立中国现代矿业制度。为此,应将民法、刑法、行政法以及劳动法的基本原则相融合,将资源法系与产业法系的基本精神相贯通,并与土地法、环境保护法、行政许可法、劳动法以及物权法等法律相衔接,从时代高度制定《矿业法》。还要制定国家矿业政策、部门规章以及规范性文件,并制定统一的国家矿业战略、矿业规划等,通过多元化调整手段构建矿业法律体系。

立法指导思想及其法律体系取向,由产生法律的那个时代因素决定。修改《矿产资源法》,应以推进市场经济建设、资源可持续利用以及保护社会公众利益为出发点,按照合理开发、生态文明、社会和谐的科学要求,确立矿业立法的基本原则。根据立法的指导思想、基本原则、客观需要等要素,决定取舍现行法律规定、借鉴国外经验、融入改革成果等,构建调整保护和合理开发利用矿产资源为产业的法律体系。

矿业立法的重心或者主轴,不是保护和实现国有矿产资源的价值,而是调整矿山开发的产业行

⁶⁰非法采矿的犯罪,在理论和司法实践方面都极为复杂,该罪可符合所有罪数形态:牵连犯罪,牵连犯盗窃罪和抢夺罪;想象竞合犯,盗窃矿产资源的行破坏了生态环境以及私人财物,构成破坏公私财物罪;吸收犯,秘密开采行为导致山体滑坡、地陷以及矿难等,分别构成相应犯罪;非法采矿需多人共同合意才能实现目的,共同犯一罪或共同犯数罪,等等。目前的理论,一律以非法采矿罪取代非法采矿的犯罪,非法采矿罪就是一个新的“口袋罪”。总起来看,当时设置“非法采矿罪”的罪名不太科学,合法以外的一切属于“非法”,这就准备了法律上一个最大的“口袋”。

⁶¹事实上,全国非法开采矿产价值几百万元的案例相当多,但均以非法采矿罪定罪和判刑,最高刑限7年以下。这样,明显地违法成本太低,放纵犯罪而导致打击非法采矿无效(关于非法采矿的犯罪,见作者相关系列的专门论述)。

⁶²吴念胜,何琰.论破坏性采矿罪的认定[J].资源与产业,2008(4):137-140.

为。现代矿业制度的关键在于，矿产物权市场与矿产开发市场各自分开、独立，才能从根本上破除“两证同体”的传统矿业制度。各自独立以后，国有矿产物权的保护、矿产权市场、抵押与出租、矿业的费与税等，这些过去长期争议的难题都将会简单和明了。而且，破除的入口也就是创新的出口，意味着认识传统性的症结才能和把握未来的方向。方向的把握，决定了现行《矿产资源法》不只是完善而是重构，目标是以“业”为主的《矿业法》，而不再是以“矿”为主的《矿产资源法》。唯有《矿业法》或《矿业管理法》，才能保障矿业立法的方向。

构建现代矿业制度，还需要改革行政体制和排除既得利益者的阻力。国有矿产物权主体、矿业管制部门、环境与用工的监督机关、矿产物权与市场准入特许权的登记者，都需要理顺和确定。比如砂石、煤炭、天然气、石油等资源的产权行使、产业管制，需要通过改革才能理顺。同时，公权力远离矿产物权但又要严格管制矿业开发，这将使既得利益者失去较多的收入预期，他们为维持原状而成为现代矿业制度的阻力。矿业领域中体制和机制改革的任务很艰巨。

矿产物权价值实现以及矿业开发利益最大化的过程离不开相邻方的民众，可持续发展的产业应重视权利平等和利益均衡。矿业资本投入矿业社区，从劳动力、土地、环境等方面挤压社区原有利益。公平的社会里，当地民众承担增长代价的同时也应获得更多收入。从制度上保障分配正义，前提是建设矿业民主、支持民众参与。广泛的民众参与既是矿业开发的力量，也是维护民众利益的途径。现代矿业制度不只是矿产物权或矿山企业的制度，而是政府、市场与社会三者之间的和谐以及默契。

Research of China Modern Mining System

Abstract: Amend the existing “Mineral Resources Law”, modern mining system should be established for the target. Therefore, “Mineral Resources Law” is not modified but the reconstruction. Traditional adjustment mineral property, which based on “Mineral Resources Law”, should turn to the modern mining industry, mainly in order to adjust the “Mining Act”. Modern mining system allows a clear boundary between the rights and powers, and clearly the division of labor markets and governments. “Sacred” State ownership of mineral resources into common property status by the civil law, and mineral rights transfer market is free. Government property ownership clear mineral development activity and the body strict controls, and mining development of the market must be restricted. Establish reasonable and strict market access system for mining development, workplace health and safety, mining and mining land adjacent to focus on the relationship between behavioral norms, and these actions are expected to build a series of safeguards mining law.

Key words: Mining; Mining Act; Modern Mining System; Mineral Resources Modified