

# 法律顾问

(核工业江西矿冶局专辑)

总第 28 期

江西中律律师事务所

主任：刘文武律师

法律服务邮箱：zhonglv88@126.com

联系人：余妍律师

法律咨询电话：(0791) 86891234

传真：86891354

2019 年 2 月 22 日

## 本期目录：

1. 最高人民法院 最高人民检察院公安部 司法部 生态环境部印发《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》的通知..... 1
2. 越界越层开采矿产资源行为如何定性..... 11
3. 促进稀土业发展的路径..... 14
4. 最高院判例：女职工退休年龄如何确定..... 17
5. 员工因不服从轮岗安排被开除，是否合理..... 20

## 最高人民法院 最高人民检察院公安部 司法部 生态环境部印发《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》的通知

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局）、司法厅（局）、生态环境厅（局），解放军军事法院、解放军军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局、司法局、环境保护局：

为深入学习贯彻习近平生态文明思想，认真落实党中央重大决策部署和全国人大常委会决议要求，全力参与和服务保障打好污染防治攻坚战，推进生态文明建设，形成各部门依法惩治环境污染犯罪的合力，2018 年 12 月，最高人民法院、

最高人民法院、公安部、司法部、生态环境部在北京联合召开座谈会。会议交流了当前办理环境污染刑事案件的工作情况，分析了遇到的突出困难和问题，研究了解决措施，对办理环境污染刑事案件中的有关问题形成了统一认识。现将会议纪要印发，请认真组织学习，并在工作中遵照执行。执行中遇到的重大问题，请及时向最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、生态环境部请示报告。

最高人民法院 最高人民检察院

公安部 司法部 生态环境部

2019年2月20日

### 最高人民法院 最高人民检察院公安部 司法部 生态环境部关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要

2018年6月16日，中共中央、国务院发布《关于全面加强生态环境保护坚决打好污染防治攻坚战的意见》。7月10日，全国人民代表大会常务委员会通过了《关于全面加强生态环境保护依法推动打好污染防治攻坚战的决议》。为深入学习贯彻习近平生态文明思想，认真落实党中央重大决策部署和全国人大常委会决议要求，全力参与和服务保障打好污染防治攻坚战，推进生态文明建设，形成各部门依法惩治环境污染犯罪的合力，2018年12月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、生态环境部在北京联合召开座谈会。会议交流了当前办理环境污染刑事案件的工作情况，分析了遇到的突出困难和问题，研究了解决措施。会议对办理环境污染刑事案件中的有关问题形成了统一认识。纪要如下：

一、会议指出，2018年5月18日至19日，全国生态环境保护大会在北京胜利召开，习近平总书记出席会议并发表重要讲话，着眼人民福祉和民族未来，从党和国家事业发展全局出发，全面总结党的十八大以来我国生态文明建设和生态环境保护工作取得的历史性成就、发生的历史性变革，深刻阐述加强生态文明建设的重大意义，明确提出加强生态文明建设必须坚持的重要原则，对加强生态环境保护、打好污染防治攻坚战作出了全面部署。这次大会最大的亮点，就是确立了习近平生态文明思想。习近平生态文明思想站在坚持和发展中国特色社会主义、实现中华民族伟大复兴中国梦的战略高度，把生态文明建设摆在治国理政的突出位置，作为统筹推进“五位一体”总体布局和协调推进“四个全面”战略布局的

重要内容，深刻回答了为什么建设生态文明、建设什么样的生态文明、怎样建设生态文明的重大理论和实践问题，是习近平新时代中国特色社会主义思想的重要组成部分。各部门要认真学习、深刻领会、全面贯彻习近平生态文明思想，将其作为生态环境行政执法和司法办案的行动指南和根本遵循，为守护绿水青山蓝天、建设美丽中国提供有力保障。

会议强调，打好防范化解重大风险、精准脱贫、污染防治的攻坚战，是以习近平同志为核心的党中央深刻分析国际国内形势，着眼党和国家事业发展全局作出的重大战略部署，对于夺取全面建成小康社会伟大胜利、开启全面建设社会主义现代化强国新征程具有重大的现实意义和深远的历史意义。服从服务党和国家工作大局，充分发挥职能作用，努力为打好打赢三大攻坚战提供优质法治环境和司法保障，是当前和今后一个时期人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政机关、生态环境部门的重点任务。

会议指出，2018年12月19日至21日召开的中央经济工作会议要求，打好污染防治攻坚战，要坚守阵地、巩固成果，聚焦做好打赢蓝天保卫战等工作，加大工作和投入力度，同时要统筹兼顾，避免处置措施简单粗暴。各部门要认真领会会议精神，紧密结合实际，强化政治意识、大局意识和责任担当，以加大办理环境污染刑事案件工作力度作为切入点和着力点，主动调整工作思路，积极谋划工作举措，既要全面履职、积极作为，又要综合施策、精准发力，保障污染防治攻坚战顺利推进。

二、会议要求，各部门要正确理解和准确适用刑法和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2016〕29号，以下称《环境解释》）的规定，坚持最严格的环保司法制度、最严密的环保法治理念，统一执法司法尺度，加大对环境污染犯罪的惩治力度。

### 1. 关于单位犯罪的认定

会议针对一些地方存在追究自然人犯罪多，追究单位犯罪少，单位犯罪认定难的情况和问题进行了讨论。会议认为，办理环境污染犯罪案件，认定单位犯罪时，应当依法合理把握追究刑事责任的范围，贯彻宽严相济刑事政策，重点打击出资者、经营者和主要获利者，既要防止不当缩小追究刑事责任的人员范围，又要防止打击面过大。

为了单位利益，实施环境污染行为，并具有下列情形之一的，应当认定为单

位犯罪：（1）经单位决策机构按照决策程序决定的；（2）经单位实际控制人、主要负责人或者授权的分管负责人决定、同意的；（3）单位实际控制人、主要负责人或者授权的分管负责人得知单位成员个人实施环境污染犯罪行为，并未加以制止或者及时采取措施，而是予以追认、纵容或者默许的；（4）使用单位营业执照、合同书、公章、印鉴等对外开展活动，并调用单位车辆、船舶、生产设备、原辅材料等实施环境污染犯罪行为的。

单位犯罪中的“直接负责的主管人员”，一般是指对单位犯罪起决定、批准、组织、策划、指挥、授意、纵容等作用的主管人员，包括单位实际控制人、主要负责人或者授权的分管负责人、高级管理人员等；“其他直接责任人员”，一般是指在直接负责的主管人员的指挥、授意下积极参与实施单位犯罪或者对具体实施单位犯罪起较大作用的人员。

对于应当认定为单位犯罪的环境污染犯罪案件，公安机关未作为单位犯罪移送审查起诉的，人民检察院应当退回公安机关补充侦查。对于应当认定为单位犯罪的环境污染犯罪案件，人民检察院只作为自然人犯罪起诉的，人民法院应当建议人民检察院对犯罪单位补充起诉。

## 2. 关于犯罪未遂的认定

会议针对当前办理环境污染犯罪案件中，能否认定污染环境罪（未遂）的问题进行了讨论。会议认为，当前环境执法工作形势比较严峻，一些行为人拒不配合执法检查、接受检查时弄虚作假、故意逃避法律追究的情形时有发生，因此对于行为人已经着手实施非法排放、倾倒、处置有毒有害污染物的行为，由于有关部门查处或者其他意志以外的原因未得逞的情形，可以污染环境罪（未遂）追究刑事责任。

## 3. 关于主观过错的认定

会议针对当前办理环境污染犯罪案件中，如何准确认定犯罪嫌疑人、被告人主观过错的问题进行了讨论。会议认为，判断犯罪嫌疑人、被告人是否具有环境污染犯罪的故意，应当依据犯罪嫌疑人、被告人的任职情况、职业经历、专业背景、培训经历、本人因同类行为受到行政处罚或者刑事追究情况以及污染物种类、污染方式、资金流向等证据，结合其供述，进行综合分析判断。

实践中，具有下列情形之一，犯罪嫌疑人、被告人不能作出合理解释的，可以认定其故意实施环境污染犯罪，但有证据证明确系不知情的除外：（1）企业没

有依法通过环境影响评价，或者未依法取得排污许可证，排放污染物，或者已经通过环境影响评价并且防治污染设施验收合格后，擅自更改工艺流程、原辅材料，导致产生新的污染物质的；（2）不使用验收合格的防治污染设施或者不按规范要求使用的；（3）防治污染设施发生故障，发现后不及时排除，继续生产放任污染物排放的；（4）生态环境部门责令限制生产、停产整治或者予以行政处罚后，继续生产放任污染物排放的；（5）将危险废物委托第三方处置，没有尽到查验经营许可的义务，或者委托处置费用明显低于市场价格或者处置成本的；（6）通过暗管、渗井、渗坑、裂隙、溶洞、灌注等逃避监管的方式排放污染物的；（7）通过篡改、伪造监测数据的方式排放污染物的；（8）其他足以认定的情形。

#### 4. 关于生态环境损害标准的认定

会议针对如何适用《环境解释》第一条、第三条规定的“造成生态环境严重损害的”“造成生态环境特别严重损害的”定罪量刑标准进行了讨论。会议指出，生态环境损害赔偿制度是生态文明制度体系的重要组成部分。党中央、国务院高度重视生态环境损害赔偿工作，党的十八届三中全会明确提出对造成生态环境损害的责任者严格实行赔偿制度。2015年，中央办公厅、国务院办公厅印发《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》（中办发〔2015〕57号），在吉林等7个省市部署开展改革试点，取得明显成效。2017年，中央办公厅、国务院办公厅印发《生态环境损害赔偿制度改革方案》（中办发〔2017〕68号），在全国范围内试行生态环境损害赔偿制度。

会议指出，《环境解释》将造成生态环境损害规定为污染环境罪的定罪量刑标准之一，是为了与生态环境损害赔偿制度实现衔接配套，考虑到该制度尚在试行过程中，《环境解释》作了较原则的规定。司法实践中，一些省市结合本地区工作实际制定了具体标准。会议认为，在生态环境损害赔偿制度试行阶段，全国各省（自治区、直辖市）可以结合本地实际情况，因地制宜，因时制宜，根据案件具体情况准确认定“造成生态环境严重损害”和“造成生态环境特别严重损害”。

#### 5. 关于非法经营罪的适用

会议针对如何把握非法经营罪与污染环境罪的关系以及如何具体适用非法经营罪的问题进行了讨论。会议强调，要高度重视非法经营危险废物案件的办理，坚持全链条、全环节、全流程对非法排放、倾倒、处置、经营危险废物的产业链进行刑事打击，查清犯罪网络，深挖犯罪源头，斩断利益链条，不断挤压和铲除

此类犯罪滋生蔓延的空间。

会议认为，准确理解和适用《环境解释》第六条的规定应当注意把握两个原则：一要坚持实质判断原则，对行为人非法经营危险废物行为的社会危害性作实质性判断。比如，一些单位或者个人虽未依法取得危险废物经营许可证，但其收集、贮存、利用、处置危险废物经营活动，没有超标排放污染物、非法倾倒污染物或者其他违法造成环境污染情形的，则不宜以非法经营罪论处。二要坚持综合判断原则，对行为人非法经营危险废物行为根据其在犯罪链条中的地位、作用综合判断其社会危害性。比如，有证据证明单位或者个人的无证经营危险废物行为属于危险废物非法经营产业链的一部分，并且已经形成了分工负责、利益均沾、相对固定的犯罪链条，如果行为人或者与其联系紧密的上游或者下游环节具有排放、倾倒、处置危险废物违法造成环境污染的情形，且交易价格明显异常的，对行为人可以根据案件具体情况在污染环境罪和非法经营罪中，择一重罪处断。

#### 6. 关于投放危险物质罪的适用

会议强调，目前我国一些地方环境违法犯罪活动高发多发，刑事处罚威慑力不强的问题仍然突出，现阶段在办理环境污染犯罪案件时必须坚决贯彻落实中央领导同志关于重典治理污染的指示精神，把刑法和《环境解释》的规定用足用好，形成对环境污染违法犯罪的强大震慑。

会议认为，司法实践中对环境污染行为适用投放危险物质罪追究刑事责任时，应当重点审查判断行为人的主观恶性、污染行为恶劣程度、污染物的毒害性危险性、污染持续时间、污染结果是否可逆、是否对公共安全造成现实、具体、明确的危险或者危害等各方面因素。对于行为人明知其排放、倾倒、处置的污染物含有毒害性、放射性、传染病病原体等危险物质，仍实施环境污染行为放任其危害公共安全，造成重大人员伤亡、重大公私财产损失等严重后果，以污染环境罪论处明显不足以罚当其罪的，可以按投放危险物质罪定罪量刑。实践中，此类情形主要是向饮用水水源保护区，饮用水供水单位取水口和出水口，南水北调水库、干渠、涵洞等配套工程，重要渔业水体以及自然保护区核心区等特殊保护区域，排放、倾倒、处置毒害性极强的污染物，危害公共安全并造成严重后果的情形。

#### 7. 关于涉大气污染环境犯罪的处理

会议针对涉大气污染环境犯罪的打击处理问题进行了讨论。会议强调，打赢蓝天保卫战是打好污染防治攻坚战的重中之重。各级人民法院、人民检察院、公

安机关、生态环境部门要认真分析研究全国人大常委会大气污染防治法执法检查发现的问题和提出的建议，不断加大对涉大气污染环境犯罪的打击力度，毫不动摇地以法律武器治理污染，用法治力量保卫蓝天，推动解决人民群众关注的突出大气环境问题。

会议认为，司法实践中打击涉大气污染环境犯罪，要抓住关键问题，紧盯薄弱环节，突出打击重点。对重污染天气预警期间，违反国家规定，超标排放二氧化硫、氮氧化物，受过行政处罚后又实施上述行为或者具有其他严重情节的，可以适用《环境解释》第一条第十八项规定的“其他严重污染环境的情形”追究刑事责任。

#### 8. 关于非法排放、倾倒、处置行为的认定

会议针对如何准确认定环境污染犯罪中非法排放、倾倒、处置行为进行了讨论。会议认为，司法实践中认定非法排放、倾倒、处置行为时，应当根据《固体废物污染环境防治法》和《环境解释》的有关规定精神，从其行为方式是否违反国家规定或者行业操作规范、污染物是否与外环境接触、是否造成环境污染的危险或者危害等方面进行综合分析判断。对名为运输、贮存、利用，实为排放、倾倒、处置的行为应当认定为非法排放、倾倒、处置行为，可以依法追究刑事责任。比如，未采取相应防范措施将没有利用价值的危险废物长期贮存、搁置，放任危险废物或者其有毒有害成分大量扬散、流失、泄漏、挥发，污染环境的。

#### 9. 关于有害物质的认定

会议针对如何准确认定刑法第三百三十八条规定的“其他有害物质”的问题进行了讨论。会议认为，办理非法排放、倾倒、处置其他有害物质的案件，应当坚持主客观相一致原则，从行为人的主观恶性、污染行为恶劣程度、有害物质危险性毒害性等方面进行综合分析判断，准确认定其行为的社会危害性。实践中，常见的有害物质主要有：工业危险废物以外的其他工业固体废物；未经处理的生活垃圾；有害大气污染物、受控消耗臭氧层物质和有害水污染物；在利用和处置过程中必然产生有毒有害物质的其他物质；国务院生态环境保护主管部门会同国务院卫生主管部门公布的有毒有害污染物名录中的有关物质等。

#### 10. 关于从重处罚情形的认定

会议强调，要坚决贯彻党中央推动长江经济带发展的重大决策，为长江经济带共抓大保护、不搞大开发提供有力的司法保障。实践中，对于发生在长江经济

带十一省（直辖市）的下列环境污染犯罪行为，可以从重处罚：（1）跨省（直辖市）排放、倾倒、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的；（2）向国家确定的重要江河、湖泊或者其他跨省（直辖市）江河、湖泊排放、倾倒、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的。

#### 11. 关于严格适用不起诉、缓刑、免于刑事处罚

会议针对当前办理环境污染犯罪案件中如何严格适用不起诉、缓刑、免于刑事处罚的问题进行了讨论。会议强调，环境污染犯罪案件的刑罚适用直接关系到加强生态环境保护打好污染防治攻坚战的实际效果。各级人民法院、人民检察院要深刻认识环境污染犯罪的严重社会危害性，正确贯彻宽严相济刑事政策，充分发挥刑罚的惩治和预防功能。要在全面把握犯罪事实和量刑情节的基础上严格依照刑法和刑事诉讼法规定的条件适用不起诉、缓刑、免于刑事处罚，既要考虑从宽情节，又要考虑从严情节；既要做到刑罚与犯罪相当，又要做到刑罚执行方式与犯罪相当，切实避免不起诉、缓刑、免于刑事处罚不当适用造成的消极影响。

会议认为，具有下列情形之一的，一般不适用不起诉、缓刑或者免于刑事处罚：（1）不如实供述罪行的；（2）属于共同犯罪中情节严重的主犯的；（3）犯有数个环境污染犯罪依法实行并罚或者以一罪处理的；（4）曾因环境污染违法犯罪行为受过行政处罚或者刑事处罚的；（5）其他不宜适用不起诉、缓刑、免于刑事处罚的情形。

会议要求，人民法院审理环境污染犯罪案件拟适用缓刑或者免于刑事处罚的，应当分析案发前后的社会影响和反映，注意听取控辩双方提出的意见。对于情节恶劣、社会反映强烈的环境污染犯罪，不得适用缓刑、免于刑事处罚。人民法院对判处缓刑的被告人，一般应当同时宣告禁止令，禁止其在缓刑考验期内从事与排污或者处置危险废物有关的经营性活动。生态环境部门根据禁止令，对上述人员担任实际控制人、主要负责人或者高级管理人员的单位，依法不得发放排污许可证或者危险废物经营许可证。

三、会议要求，各部门要认真执行《环境解释》和原环境保护部、公安部、最高人民检察院《环境保护行政执法与刑事司法衔接工作办法》（环环监〔2017〕17号）的有关规定，进一步理顺部门职责，畅通衔接渠道，建立健全环境行政执法与刑事司法衔接的长效工作机制。



## 12. 关于管辖的问题

会议针对环境污染犯罪案件的管辖问题进行了讨论。会议认为，实践中一些环境污染犯罪案件属于典型的跨区域刑事案件，容易存在管辖不明或者有争议的情况，各级人民法院、人民检察院、公安机关要加强沟通协调，共同研究解决。

会议提出，跨区域环境污染犯罪案件由犯罪地的公安机关管辖。如果由犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖更为适宜的，可以由犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖。犯罪地包括环境污染行为发生地和结果发生地。“环境污染行为发生地”包括环境污染行为的实施地以及预备地、开始地、途经地、结束地以及排放、倾倒污染物的车船停靠地、始发地、途经地、到达地等地点；环境污染行为有连续、持续或者继续状态的，相关地方都属于环境污染行为发生地。“环境污染结果发生地”包括污染物排放地、倾倒地、堆放地、污染发生地等。

多个公安机关都有权立案侦查的，由最初受理的或者主要犯罪地的公安机关立案侦查，管辖有争议的，按照有利于查清犯罪事实、有利于诉讼的原则，由共同的上级公安机关协调确定的公安机关立案侦查，需要提请批准逮捕、移送审查起诉、提起公诉的，由该公安机关所在地的人民检察院、人民法院受理。

## 13. 关于危险废物的认定

会议针对危险废物如何认定以及是否需要鉴定的问题进行了讨论。会议认为，根据《环境解释》的规定精神，对于列入《国家危险废物名录》的，如果来源和相应特征明确，司法人员根据自身专业技术知识和工作经验认定难度不大的，司法机关可以依据名录直接认定。对于来源和相应特征不明确的，由生态环境部门、公安机关等出具书面意见，司法机关可以依据涉案物质的来源、产生过程、被告人供述、证人证言以及经批准或者备案的环境影响评价文件等证据，结合上述书面意见作出是否属于危险废物的认定。对于需要生态环境部门、公安机关等出具书面认定意见的，区分下列情况分别处理：（1）对已确认固体废物产生单位，且产废单位环评文件中明确为危险废物的，根据产废单位建设项目环评文件和审批、验收意见、案件笔录等材料，可对照《国家危险废物名录》等出具认定意见。（2）对已确认固体废物产生单位，但产废单位环评文件中未明确为危险废物的，应进一步分析废物产生工艺，对照判断其是否列入《国家危险废物名录》。列入名录的可以直接出具认定意见；未列入名录的，应根据原辅材料、产生工艺等进一步分析其是否具有危险特性，不可能具有危险特性的，不属于危险废物；可能具有危

险特性的，抽取典型样品进行检测，并根据典型样品检测指标浓度，对照《危险废物鉴别标准》（GB5085.1-7）出具认定意见。（3）对固体废物产生单位无法确定的，应抽取典型样品进行检测，根据典型样品检测指标浓度，对照《危险废物鉴别标准》（GB5085.1-7）出具认定意见。对确需进一步委托有相关资质的检测鉴定机构进行检测鉴定的，生态环境部门或者公安机关按照有关规定开展检测鉴定工作。

#### 14. 关于鉴定的问题

会议指出，针对当前办理环境污染犯罪案件中存在的司法鉴定有关问题，司法部将会同生态环境部，加快准入一批诉讼急需、社会关注的环境损害司法鉴定机构，加快对环境损害司法鉴定相关技术规范和标准的制定、修改和认定工作，规范鉴定程序，指导各地司法行政机关会同价格主管部门制定出台环境损害司法鉴定收费标准，加强与办案机关的沟通衔接，更好地满足办案机关需求。

会议要求，司法部应当根据《关于严格准入严格监管提高司法鉴定质量和公信力的意见》（司发〔2017〕11号）的要求，会同生态环境部加强对环境损害司法鉴定机构的事中事后监管，加强司法鉴定社会信用体系建设，建立黑名单制度，完善退出机制，及时向社会公开违法违规的环境损害司法鉴定机构和鉴定人行政处罚、行业惩戒等监管信息，对弄虚作假造成环境损害鉴定评估结论严重失实或者违规收取高额费用、情节严重的，依法撤销登记。鼓励有关单位或者个人向司法部、生态环境部举报环境损害司法鉴定机构的违法违规行为。

会议认为，根据《环境解释》的规定精神，对涉及案件定罪量刑的核心或者关键专门性问题难以确定的，由司法鉴定机构出具鉴定意见。实践中，这类核心或者关键专门性问题主要是案件具体适用的定罪量刑标准涉及的专门性问题，比如公私财产损失数额、超过排放标准倍数、污染物性质判断等。对案件的其他非核心或者关键专门性问题，或者可鉴定也可不鉴定的专门性问题，一般不委托鉴定。比如，适用《环境解释》第一条第二项“非法排放、倾倒、处置危险废物三吨以上”的规定对当事人追究刑事责任的，除可能适用公私财产损失第二档定罪量刑标准的以外，则不应再对公私财产损失数额或者超过排放标准倍数进行鉴定。涉及案件定罪量刑的核心或者关键专门性问题难以鉴定或者鉴定费用明显过高的，司法机关可以结合案件其他证据，并参考生态环境部门意见、专家意见等作出认定。

## 15. 关于监测数据的证据资格问题

会议针对实践中地方生态环境部门及其所属监测机构委托第三方监测机构出具报告的证据资格问题进行了讨论。会议认为，地方生态环境部门及其所属监测机构委托第三方监测机构出具的监测报告，地方生态环境部门及其所属监测机构在行政执法过程中予以采用的，其实质属于《环境解释》第十二条规定的“环境保护主管部门及其所属监测机构在行政执法过程中收集的监测数据”，在刑事诉讼中可以作为证据使用。

## 越界越层开采矿产资源行为如何定性

越界越层采矿，是指在采矿许可证的水平标高、拐点以外开采矿产资源，其行为与矿产所有权息息相关。对越界越层开采矿产资源数额特别巨大的行为构成何种犯罪的争议主要集中在两方面，有人认为构成非法采矿罪，也有人认为构成盗窃罪。认为构成非法采矿罪的理由大致为：首先，以盗窃方法非法采矿的行为系法条竞合，根据特别法条优先适用原则，应认定为非法采矿罪。其次，根据刑法谦抑性原则和刑罚轻缓性趋势，定性为非法采矿罪更为妥当。再次是作为反驳构成盗窃罪的观点，认为不存在“公然盗窃”情形，所以不构成盗窃罪。主张构成盗窃罪的观点则认为，该类行为同时构成非法采矿罪与盗窃罪，但是二者系想象竞合犯，按照想象竞合犯择一重处的原则，应当认定为盗窃罪。司法实践中，以盗窃罪或以非法采矿罪定罪处罚的都有。

越界越层开采矿产资源数额特别巨大的，其行为性质到底属于非法采矿还是盗窃？结合竞合犯等相关刑法理论进行分析，对该类行为以盗窃罪定性较为适宜。

### 法条竞合情况下，特别法条优先适用原则并不具有普遍适用性

有人认为，法条竞合概念意味着只要存在特别关系，特别法条的适用优先性是不可动摇的。据此，对于越界越层开采矿产资源的行为，毫无疑问应当以非法采矿罪定罪处罚。其实，特别法条优先适用原则并非法律适用的绝对原则。一是刑法分则规定，同时构成刑法第 140 条规定的生产销售伪劣产品罪与生产销售第 141 条至第 148 条所列产品相关犯罪的，按照处罚较重的规定定罪处罚。该条款明显排除了特别法条优先适用原则。二是与罪刑法定、罪责刑相适应等刑法明文

规定的刑法原则相比较，刑法并没有明确规定特别法绝对优先适用。三是法条竞合时禁止适用普通法条，法律对此有明确规定。比如刑法规定“本法另有规定的，依照规定”时，就禁止适用普通法条，或者从立法精神来看只能适用特别法条时就禁止适用普通法条。除此之外，当然可以适用普通法条。很显然，盗窃罪和非法采矿罪并不存在上述禁止性情形。

### 以盗窃罪论处契合竞合理论

根据我国刑法学通说，盗窃行为是以秘密窃取手段实施，而秘密窃取又以行为人自认为不被发觉为判断标准。以此而言，越界越层开采矿产资源的行为人在自以为无他人（至少是许可人）发觉的情况下，以非法占有为目的，采掘国家矿产资源，数额特别巨大的，构成盗窃罪。根据我国刑法规定，未经批准，擅自开采矿产资源的，构成非法采矿罪。

值得探讨的是，越界越层开采矿产资源的行究竟适用哪一罪名。首先需要引入竞合理论。当一个行为符合数个犯罪构成或者触犯数个罪名，属于竞合。那么，越界越层开采矿产资源数额特别巨大的行为究竟属于想象竞合还是法条竞合？竞合理论通说认为，当一个行为触犯了数个刑法规范，而此数个刑法规范之间存在包容或交叉的逻辑关系时，属于法条竞合，如果不存在这种逻辑关系，则多为想象竞合。也有学者认为这强调了两者划分的形式标准，还应该结合实质标准进行判断，即法条竞合应当满足法益的同一性和与不法的包容性要求。

就盗窃罪和非法采矿罪而言，二者虽然侵犯的对象都是公私财物，但是侵害客体或者法益却不尽相同。根据上述判断标准进行分析，盗窃罪与非法采矿罪在犯罪构成上并不存在严格逻辑意义上的重合或者包容关系。最主要的区别在于二者所侵害的主体法益（犯罪客体）不同。盗窃罪侵犯的主体法益是财产所有权，而非法采矿罪侵犯的主体法益是国家对矿产资源的管理制度。在行为方式上，越界越层盗采矿行为亦并非等同于未取得采矿许可证擅自开采行为。所以，应根据想象竞合犯理论，对越界越层开采矿产的行为选择适用盗窃罪。

即使上述行为同时符合法律规定的普通刑法与特别刑法的犯罪构成，即为法条竞合犯，也应当以盗窃罪定罪处罚。刑法理论上有关法条竞合适用法律的原则，除了特别法优于普通法之外，还有重法优于轻法的原则。因此，在特殊情况下，特别法条优先于普通法条适用的原则仍然应当受重法优于轻法的原则所规制。所谓特殊情况是指以下两种情况：一是法律明文规定，按照重罪定罪处罚。二是法

律没有明文规定按照普通法条定罪处罚，但对此也没有作出禁止性规定，而且按照特别法条定罪，明显不能做到罪责刑相适应的，宜按照重法优于轻法的原则定罪处罚。对越界越层开采矿产资源数额特别巨大的行为，以非法采矿罪定罪处罚，明显不能做到罪责刑相适应，因而应以盗窃罪定罪处罚。

### **以盗窃罪论处能够完整保护矿产资源所有权**

非法采矿罪并不具有保护财产所有权的功能。采矿许可证是主体在特定范围内实际进行矿产开采活动的市场准入证，是矿产开采市场准入的外在标志。无证开采矿产资源的行为，侵犯的是矿业开发市场的准入管理秩序，而非财产安全。刑法规定非法采矿罪并不是完全为了保护作为矿产品的财产归属。因为，假设该罪具有保护财产的功能，那么以任何方式非法采矿的行为，都可以被聚众哄抢、盗窃等刑法规定的其他侵财类罪名所涵盖，因而致使非法采矿罪之罪名设置失去意义，并且也无法解释盗窃罪与非法采矿罪之间刑罚差异巨大的问题。因此，在非法采矿罪客体单一特定的情况下，对越界越层开采矿产资源数额特别巨大的行为以盗窃罪定罪处罚，更加符合对其法益（财产权）保护的要求。

无论从哪个角度进行判断，设立非法采矿罪的目的都在于加强保护国家对矿产资源管理秩序，而不是相反。作出符合立法目的的司法判断，是法律对司法机关适用法律的根本要求。从刑法的角度来看，若要加强对某一法益的保护，就应适当增强刑罚的严厉性，而不是削弱。对于盗采矿产资源的行为，以刑罚更为严厉的盗窃罪定罪处罚，更加符合国家加强对矿产资源保护的立法目的。

对于国有财产与私人财产，法律都应该给予平等的保护，不能以刑罚轻缓化为由弱化对国有财产的保护。犯罪的最本质特征是社会危害性。社会危害性也是确定刑罚的最重要考核标准。从对财产权平等保护的角度看，盗窃国有财产和盗窃私人财产在社会危害性上并没有什么本质区别。就犯罪数额而言，如果盗窃私人财产数额特别巨大，可能被以盗窃罪判处无期徒刑，而越界越层盗窃国家矿产资源，如以非法采矿罪定罪，法定刑最高为有期徒刑七年，并不利于国有财产保护。刑罚轻缓化固然是现代刑法发展的一种趋势，但仍应受制于罪刑法定原则，并兼顾对犯罪的预防和改造的社会效果。虽然对于特别法条直接适用可能有利于提高诉讼效率，减少法律适用上的争议，但与立法目的不符。刑法的适用，不能简单追求理论或者实务操作简便，而忽略了实质正义的要求。在严格遵循罪刑法定情况下，探寻并遵循立法精神，才能真正实现法律的价值。

## 以盗窃罪论处能够充分评价罪行

符合想象竞合犯的行为侵犯的是两个以上客体，从罪行充分评价的角度，应当对侵害两个以上的客体的行为都全部予以评价，在此基础上再决定罪名和刑罚。对于越界越层开采矿产资源的行为直接以非法采矿罪评价，实际上是对财产权这一重要法益侵害评价的疏漏，更是与想象竞合犯对于所有被侵害法益充分评价并决定适用何种罪名的原理不符。

以非法采矿罪定罪量刑，即使以最高刑处罚，也只是对国家自然资源管理秩序遭受破坏行为的评价，对于盗窃数额特别巨大的财物的犯罪事实没有评价。从犯罪竞合的角度看，只有当适用一个法条能够充分评价一个行为的所有不法内容时，才可能是法条竞合，否则就是想象竞合，进而适用择一重处的规定。就此，有学者明确指出，非法采矿符合盗窃罪犯罪构成的，属于想象竞合，应从一重罪处罚。实际上，从本质上看，越界越层开采国家矿产资源就是一种盗窃行为，以盗窃罪对其评价恰如其分。

另外，与其他破坏环境类的犯罪相比较，非法采矿罪的刑事责任配置明显较轻。如盗伐林木罪可以处以七年以上有期徒刑，而非法采矿罪最高刑为七年有期徒刑。两相比较，矿产资源不仅产生周期长，使用价值高，而且从司法实践来看，盗采矿产资源行为的盗采能力、数量、价值都远远高于盗伐林木行为，造成的社会危害性也更大。如此，对于越界越层开采国家矿产资源，如果仅以非法采矿罪评价的话，会更加导致罪责刑失衡。

## 促进稀土业发展的路径

随着第三次科技革命的迅速发展，素有“工业维生素”之称的稀土作为重要的战略资源，成为了国际竞争发展的重要动力。我国稀土工业储量在数量上有着绝对优势，未来市场发展也具有很大潜力。江西作为全国乃至全球的中重型稀土基地，在当前国际关系急剧变化和激烈竞争的形势下，却面临着诸多挑战，存在着企业创新力不足等系列难题。

### 一、江西稀土业现状

(一)优势。一是矿产资源优势。江西省稀土矿产种类丰富、质量高、储量多，

是我国中重型稀土矿产资源储量最多的地区之一，也是我国乃至世界的稀土矿产的开采和生产基地之一。矿产资源分布的地域性明显，集中度较强，开采所需要的地质条件优势明显，利于稀土企业从事开发工作。二是研发技术优势。江西省有较完整的研发体系，有多家研发能力较强的研究开发机构，各大高校也成立了实力较强的稀土科研单位，为稀土企业提供了科研技术保证，在稀土开采和分离冶炼方面，研发出紫外光接枝制备离子交换纤维法等 11 项专利，有力推动了江西省稀土产业的发展。三是政策支撑优势。2016 年以来，作为“稀土王国”之称的赣州市出台了一系列的稀土扶持政策，其中给予了赣南稀土企业财税、金融等方面的扶持与优惠，促使全省稀土产品销售收入达到历史最高峰，稀土企业综合实力达到全国领先水平。四是产业集群优势。近几年来，江西省稀土产业发展迅速，江西钨业、赣州稀土、虔东稀土等企业规模壮大，重点发展稀土发光材料、稀土永磁材料、中重稀土合金材料等五条稀土产业链。生产基地配套日益完善，产业集群效应呈现，促进了一批特色产业集群优势的形成和发展。

(二)劣势。一是资源流失严重，环保意识薄弱，污染问题突出。江西省稀土矿储采比降低，稀土资源回收率也不断降低。在稀土开采和生产过程中，大量排出的污水、废渣、废气给当地造成环境污染和生态污染。二是产业链延伸不够。据调查，江西稀土企业大部分局限于追求短期经济效益，科技投入较低，吸收研发技术的能力不足，以致产品附加值也不高，发展重心停留在产业的前端，产品趋同单一，产业链延伸能力有限，造成稀土应用型产品、高附加值的下游产品少之又少，企业发展后劲严重不足。三是人力资源和支持力度不足。江西稀土企业的从业人员学历较低，高端人才贫乏。同时，有效的激励和约束机制不健全，不利于江西稀土企业引进人才，留住人才。这直接影响江西省稀土企业的经营发展，阻碍可持续发展。四是行业监管力度薄弱。由于地方保护主义和统一监管体制缺位，加之稀土企业自律性差，民间非法开采走私现象屡禁不止，使得稀土资源流失严重，资源利用率低，严重制约江西稀土行业可持续发展。

(三)机遇。一是稀土发展前景广阔，高新技术领域的稀土需求量增长。由于稀土不可再生，其特殊的不可替代性，新能源、航天航空、国防军事等领域的发展都离不开稀土产品的使用，对稀土的需求量逐年增长，2017 年全球稀土需求量相比于 2016 年增长了 5624 吨，预计 2018 年全球稀土需求量同比增长 12%左右，市场对于稀土的需求在继续增长。二是全球化和国际经济合作水平的不断加深，

提供新的发展机遇。国外的先进的稀土生产技术向我国扩散和传播，有利于学习国外企业在公司管理、研发技术等方面的经验，提升江西稀土企业的生产研发技术水平，改进企业稀土产品结构，把握住发展机遇。三是“一带一路”建设提供了发展的新格局。“一带一路”的提出是为了加强各国之间的政治经济文化交流，为各方提供发展新机遇，创造一个开放新格局。江西稀土企业应该利用好这条宏观政策，进行结构调整、产业升级，将产品输出扩展到产业链输出，可以建立企业品牌形象，提高企业的竞争力，抢占全球稀土中重离子型稀土的市场份额。

(四)挑战。国际稀土替代品的研发，对中国稀土产品出口造成较大冲击。国际政治经济形势变化，造成稀土市场波动较大。生态文明建设的推进和绿色金融政策的推行，提出了更高的环保要求。我国不断推进生态文明建设，相继出台的环保法律法规对于稀土行业的生产、研发等方面产生了限制。国家大力推行绿色金融政策，要求金融机构提供信贷等融资，将环境评估纳入流程，不断要求稀土企业加强环境保护和污染治理投入，企业在融资方面的压力会继续增大。

## 二、发展路径

(一)实施增长型战略，强化优势，减弱劣势，促进稀土企业健康发展。一是要加强科技开发，扩大稀土应用领域。江西稀土企业加快自主创新能力建设，增强企业的创新能力，要走学术与产业相结合，科研机构、高校与稀土企业形成一条完整的科研信息流通渠道。要研发新产品新工艺，要转变当前这种以稀土冶炼和分离为主的生产经营方式、转变科研模式，提高技术资源的整合力。二是要保持资源优势，树立品牌形象。江西稀土企业要充分运用大数据技术，完善企业对于市场信息把控的不足，建成完整的市场信息体系，明确指引企业定位和发展方向。要树立品牌形象，使用得当的品牌延伸策略，防止企业形象消耗。顺应市场对应用型和高附加值产品的需求趋势，加大研发和延长现有的产品线。要加快建立新的品牌线，占据有利市场地位，树立好的企业形象。三是紧盯政策与市场，开拓国内外市场。江西省稀土企业要用国际的眼光，综合分析企业的内外部环境因素，最大限度地利用好政府政策与市场提供的多种发展机会，踊跃开辟海外市场，加强与跨国公司的合作，将企业做大做强，提高抵挡风险的能力，才有能力逐步主导市场。

(二)实施扭转型战略，抓住机遇，消除劣势，实现稀土行业稳健发展。

一是要大力培养优秀的科技人才和管理人才。企业要定期培训员工稀土开采、



生产、管理等方面的知识和技能。要重视科技研发人才的引进和培养，大力建设技术一流的创新中心，努力开发具有自主知识产权的产品和设备。销售人员及时反馈客户的需求信息和意见建议，及时更新稀土产品，调整产品结构，改进企业管理和明确发展方向。管理人员要拥有持久的动力，善于发现他人优点的能力和  
组织驱动能力。

二是重视资源综合利用和环境保护保障措施。要认识到当前形势下所面临的挑战，积极转变发展方式，向集约型、创新驱动型发展方式转变和发展。要重视资源综合开发和利用，完善污水废气处理设施。完善企业内部管理办法，增强企业的生态环境保护能力，承担环境污染和治理恢复的责任，向绿色可持续的新型工业化发展。

三是绿色金融推进稀土行业持续健康和高质量发展。在绿色金融政策的引导下，引导资金技术人才向稀土企业聚集，推动企业进行节能环保的升级改造；要积极发挥信贷、基金、债券等金融服务工具的聚集和引导作用，大力推动稀土企业向应用型和高附加值产品转型发展，实现江西稀土行业的高质量发展。

## 最高院判例：女职工退休年龄如何确定

1995年5月1日《中华人民共和国劳动法》颁布实施，明确企业实行劳动合同制。《山西省人民政府办公厅转发关于山西省企业全面实行劳动合同制实施办法的通知》（晋政办发【1994】100号，下称100号文件）规定，无论干部还是工人，一律取消原来的职工身份，打破干部与工人身份界限，统称“企业职工”。

王小玉1966年4月4日出生，1989年8月从电力学校毕业分配至山西某供电公司，先后在校表工、自动化工、计量资产岗位工作。

1995年6月24日，供电公司与王小玉签订《劳动合同书》。约定合同期限从1995年6月24日起至2005年6月24日止；工作内容：甲方根据本企业生产、工作的需要，安排乙方从事生产岗位工作。2005年6月25日甲乙双方协商同意续订劳动合同，劳动合同内容同上一期，续订合同期限为无固定期，从2005年6月25日起至退休止。2016年3月25日，省人社厅依据劳部发[1995]309号文件，审核王小玉从2016年3月起办理退休手续。

### **员工：我是女干部，坚决不同意 50 岁退休**

王小玉起诉称，1989 年 8 月我从电力学校毕业分配至供电公司工作，是干部身份。2016 年 3 月 25 日，省人社厅认定我属于企业女职工，按"生产岗位"审核我从 2016 年 3 月起年满 50 周岁办理退休手续是错误的，应当按国策执行，以档案确定身份。

### **人社厅：你是女工人，就得按 50 岁退休**

人社厅答辩：根据企业女职工退休年龄的规定，企业女职工退休年龄应分为两个阶段：实行全员劳动合同制前，按"身份"办理退休；实行全员劳动合同制后，尤其是《劳动法》颁布后，按"退休时所在岗位"办理退休。

王小玉属实行全员劳动合同制后企业女职工退休，根据其所在单位上报的《关于王小玉同志退休年龄的认定报告》，明确所在岗位系生产岗，我厅在其年满 50 周岁对其审批退休事实清楚、程序合法，依据法律法规政策正确。

### **中院：退休时所在岗位是生产岗位，是女工人，当然按 50 岁退休**

太原中院经审理认为，《劳动法》实施后，以前企业职工按身份管理的模式已经被劳动合同制管理取代，根据 100 号文件"用人单位全部职工实行劳动合同制后，职工在用人单位由转制前的原工人岗位转为原干部（技术）岗位或由原干部（技术）岗位转为原工人岗位，其退休年龄和条件，按现岗位国家规定执行"、"职工办理退休手续的，应按其现工作岗位国家规定的年限和条件执行"以及山西省劳动厅晋劳关字【1995】195 号规定，打破干部、工人身份界限后，职工办理离退休手续，应以其现在工作岗位国家规定的年限和条件执行。

结合《国务院关于工人退休、退职的暂行办法的通知》（国发【1978】104 号，下称 104 号通知）规定，企业干部，女年满五十五周岁退休。企业工人，女年满五十周岁退休。即：在管理岗位的，按照 104 号通知规定的原干部退休年龄和条件执行；在生产岗位的，按照 104 号通知规定的原工人退休的年龄和条件执行。

综合审理查明的事实及上述文件规定，企业女职工退休年龄分为两个阶段：实行全员劳动合同制前，按身份办理退休；实行全员劳动合同制后，即《劳动法》颁布后，按退休时所在岗位办理退休。

本案中王小玉从 1989 年 8 月参加工作以来，一直从事生产技能岗位相关工作，系女工人。其在实行全员劳动合同制后退休，即应当按退休时所在岗位办理退休。人社厅审核原告年满 50 周岁退休事实清楚、程序合法，依据法律法规政策合法有

效。王小玉的诉求于法无据，本院不予支持。

**高院：退休前在生产技能岗位工作，应按女工人的退休条件办理退休手续**

山西高院经审理认为，根据相关法律法规及文件的规定，企业实行全员劳动合同制后，职工需要办理退休、退职手续的，按其现工作岗位国家规定的年限和条件执行。其中“现工作岗位”是指企业实行全员劳动合同制后，职工不再保留原固定身份。如原身份是干部的，现到工人岗位工作的，按工人的退休、退职条件执行；原身份是工人现到管理岗位工作的，按干部的退休、退职条件执行。

本案中，王小玉退休之前在生产技能岗位工作，省人社厅按工人的退休条件给她办理退休手续合法。

综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，依法应予维持。判决如下：驳回上诉，维持原判。

王小玉仍不服，向最高人民法院申请再审。

**最高法院一锤定音：女职工退休年龄不以身份确定，应按岗位确定！**

最高法院经审查认为，结合王小玉的再审申请理由，本院主要对王小玉应当以身份性质办理退休还是以工作岗位性质办理退休问题进行审查。

根据《劳动部关于试行全员劳动合同制有关问题处理意见的通知》(劳力字(1992)46号)、《劳动部办公厅关于企业全员劳动合同制职工退休、退职问题的复函》(劳办发(1994)169号)、《劳动部关于印发(关于贯彻执行若干问题的意见)的通知》(劳部发(1995)309号)等文件的规定，企业实行全员劳动合同制后，职工需要办理退休、退职手续的，要按照现工作岗位国家规定的年限和条件执行。

“现工作岗位”是指企业实行全员劳动合同制后，职工不再保留原固定身份。如原身份是干部，现到工人岗位工作的，按工人的退休、退职条件执行；原身份是工人，现到管理岗位工作的，按干部的退休、退职条件执行。

根据原审查明事实，王小玉自1989年8月参加工作以来，一直从事生产技能岗位相关工作，系工人岗位，应当按退休时所在岗位办理退休。因此，按照工人的退休标准进行审核、批准退休并无不当。

综上，最高法院于2017年12月28日做出裁定：驳回王小玉的再审申请。

## 员工因不服从轮岗安排被开除，是否合理

**案件简介：**2001年3月，农某锋到莱尼公司工作，岗位为工人。双方签订了劳动合同，最近一份劳动合同的期限为2011年12月4日至2014年12月31日。

2013年8月23日，莱尼公司以农某锋威胁其上司陈某为由，给予农某锋书面警告处分一次。9月16日，莱尼公司作出调整工作岗位决定，要求农某锋从挤塑岗位到收线岗位工作，并承诺级别及薪资待遇不变，但农某锋拒绝执行。17日，莱尼公司以农某锋不执行公司要求未到新岗位报到为由，再次给予农某锋书面警告处分。2013年9月18日，莱尼公司作出与农某锋解除劳动合同的决定并将解除通知书于同年9月22日送达农某锋。农某锋不服，遂提起劳动仲裁申请。

2013年12月12日，常州市新北区劳动争议仲裁委员会作出常新劳仲案(2013)第947号仲裁裁决书：1、确认双方劳动关系解除，时间为2013年9月22日；2、莱尼公司于本裁决生效之日起十日内支付农某锋2013年9月份工资差额243元；3、莱尼公司于本裁决生效之日起十日内支付农某锋赔偿金128125元。

莱尼公司不服，遂诉至法院。

另查明，农某锋因自己的上司陈某没有安排自己加班而不满，遂于2013年6月和8月两次电话威胁陈某，陈某将情况汇报莱尼公司后，莱尼公司遂对农某锋作出书面警告处分。该处分决定作出并送达农某锋后，农某锋未提出异议。

2013年9月16日，莱尼公司按例作出轮岗决定，要求农某锋从挤塑岗位到收线岗位工作，并承诺级别和薪资待遇不变，但农某锋拒绝执行。由于两岗位均属于操作工系列，轮岗时间也并不长，故莱尼公司认为农某锋违反规定，遂于2013年9月17日再次对其作出书面警告处分，该处分决定于当日送给农某锋，但农某锋拒绝签收，莱尼公司后又以邮寄的形式进行了再次送达。

2013年9月18日，莱尼公司以农某锋已经两次受到书面警告处分为由，作出与农某锋解除劳动合同决定并通知了工会。2013年9月22日，农某锋收到了该份解除合同通知书。

莱尼公司依法作出的《员工手册》中第8.3.4条规定：员工有以下任一情形，公司将给予书面警告：……，（5）拒绝完成指派任务，不服从上级指示……。 （8）以攻击性、威胁性、侮辱性、歪曲性语言或书面形式对待自己的同事和客户。

另外，第8.3.6条还规定：12个月内累计两次及以上书面警告处分，直接解

除劳动合同。该《员工手册》系通过民主协商程序制定，制定后已经依法告知了农某锋。农某锋离职前 12 个月平均工资为 5125 元。农某锋 2013 年 9 月份工资未足额发放，尚拖欠 243 元。

**一审法院观点：**原审法院认为，农某锋在 2013 年 9 月 22 日收到解除劳动合同通知并离职，对此双方无异议，因此双方劳动关系的解除时间应认定为 2013 年 9 月 22 日。

双方目前争议的主要焦点为莱尼公司单方作出的解除劳动合同决定是否符合法律规定。

对此法院认为，用人单位依法制定的规章制度，不违反法律规定并依法公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。因此，本案中莱尼公司的《员工手册》可以作为本案审理的依据。依据该份《员工手册》中规定，员工受到两次书面警告处分的，莱尼公司有权解除劳动合同。农某锋在解除劳动合同前已经两次因违反规定被给予书面警告处分，故莱尼公司解除劳动合同不违反法律规定。

农某锋辩称，第一次书面警告处分缺乏事实依据，经过庭审查证，该说法不能成立。首先，第一次警告处分是因农某锋两次威胁自己的上司陈某引起，陈某为此当庭作证陈述了相关事实；其次，莱尼公司在依据陈某陈述于 2013 年 8 月份作出处分决定后，农某锋并未提出异议，也未提出申诉或者其他辩解。

综合上述情形，法院认为农某锋该抗辩主张缺乏依据，不符合客观情理，法院不予采纳。

综上，莱尼公司请求符合法律规定，法院予以支持。在本案审理过程中，法院虽主持调解，但因双方差距较大，致使调解未果。原审法院依照《劳动法》第三条第二款，《民事诉讼法》第一百四十二条之规定，作出如下判决：一、确认双方劳动关系解除，时间为 2013 年 9 月 22 日。二、莱尼公司于本判决生效之日起十日内支付农某锋 2013 年 9 月份工资差额 243 元。三、莱尼公司无需支付农某锋经济赔偿金 128125 元。如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

农某锋不服，提起上诉。

**二审法院查明事实：**

二审经审理查明，原审中，被上诉人申请出庭作证的证人施某陈述：我是被上诉人单位人力资源部的负责人。公司开展轮岗计划是早就安排的，由生产部递

交的，涉及很多人。轮岗计划开始实施后，告诉上诉人几次，我和生产经理郑某在9月16日跟上诉人当面沟通过一次，上诉人不同意，他说不适合这个岗位，我们认为他的理由不成立，这两个岗位的工作性质是一致的。第二份警告信作出当天，我在会议室给上诉人的，他看了看警告信，也没有拿，也没有签字，后来寄送给他了。

上诉人陈述：关于轮岗的问题，只有5天的时间，作为一个企业根本不需要将上诉人轮岗、折腾。上诉人没有在被上诉人提供的内部转岗表、轮岗计划表上面签过字，不知道该事情。第一份警告信2013年8月25日上午收到，收到后上诉人继续上班，不认可这份警告信。第二份警告信也收到了，是在被上诉人解除劳动合同当天（9月22日），两张单子同时拿的，之前不知道第二次警告的事情。

被上诉人陈述：轮岗是公司整体安排，不是针对上诉人一个人，所以没有单独要求上诉人签字。上诉人陈述不知情不是事实，公司人力资源部的人和上诉人都有谈过。因为公司当面给上诉人的相关资料他都是拒收的，所以通过EMS寄送，他也拒收，这从EMS可以看出来。9月17日，被上诉人对上诉人作出第二次警告，并当面送达给上诉人，但是上诉人拒绝签收。9月22日被上诉人第二次将该警告信送达给上诉人。

关于警告信中所涉轮岗等事宜，本院依法向被上诉人单位员工沈某明、高某收进行了调查。

二审中，双方均未提交新的证据。二审经审理查明的事实与原审相一致，本院依法予以确认。

**二审法院观点：**本院认为，《劳动合同法》第三十九条规定，劳动者严重违反用人单位的规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。

本案中，被上诉人单位的《员工手册》中明确规定，12个月内累计两次及以上书面警告，直接解除劳动合同。同时，被上诉人单位的《员工手册》中对于给予书面警告的情形亦作了具体规定。因上诉人威胁其领班陈某，被上诉人根据《员工手册》中“以攻击性、威胁性、污辱性、歪曲性的语言或书面形式对待自己的同事或客户”的规定，于2013年8月23日对上诉人作出第一次书面警告。在该次警告中，被上诉人已明确告知上诉人警告的次数、类型及“12个月内累计两次及以上书面警告，直接解除劳动合同”等内容。

后因上诉人拒绝接受被上诉人的工作指令，未按要求到收线工位轮岗，被上

诉人根据《员工手册》第8章员工劳动纪律与行为规范的相关规定，于2013年9月17日对上诉人作出第二次书面警告。结合被上诉人关于轮岗情况的说明及证人施某的证言来看，被上诉人已向上诉人告知轮岗的情况，并要求上诉人临时到收线工位操作，另外，双方在劳动合同中亦约定“被上诉人根据生产经营需要，可以安排上诉人到莱尼集团公司其它岗位完成临时性工作任务”，据此，上诉人应予以服从轮岗安排。

在上诉人未按照被上诉人的要求到轮岗后的岗位工作的情况下，被上诉人根据《员工手册》的规定对其作出书面警告，并无不妥。

虽然被上诉人出具的解除劳动合同通知上的落款时间是2013年9月18日，但从上诉人原审陈述来看，第二份书面警告与解除劳动合同通知同时收到，无论被上诉人所称第二次书面警告在作出当天即向上诉人送达的情况是否存在，至少表明被上诉人是同时将第二份书面警告与解除劳动合同通知送达上诉人。

基于此，上诉人对被上诉人作出的第二次书面警告的异议不能成立，原审法院认定被上诉人单方解除与上诉人的劳动合同合法，并无不当。

综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。