




HUANGHEREN SHENBIAN DE FALU GUSHI
YIGE GONGZHI LUSHI DE GONGZUO SHOUJI

黄河人身边的法律故事

—— 一个公职律师的工作手记

王庆伟 著

 黄河水利出版社

内 容 提 要

本书是集法律、水利事、黄河人于一体的实务类法律书籍。本书主要由四部分组成。第一部分以案说“刑事”，通过近期发生的水利公职人员被刑事追责典型案例，深入浅出地介绍刑法、刑事诉讼法基本知识和法院、检察院办案程序，以加深提高水利人防范法律风险的意识。第二部分以案说“民事”，通过作者代理的工程施工合同纠纷案、溺亡官司等案件诉讼全过程讲述，让大家知道如何打官司，如何处理类似问题。第三部分热点“河事”，精准解析媒体和社会关注的黄河大事件，包括央视“黄河面砂”报道等热点问题，渗透方法引路意识。第四部分“涉河法度”，从横向、纵向角度解读涉河的“显性”和“隐性”法律法规和规范性文件，有助于在遇到相关问题时直接查阅，以寻找解决方法。

本书阅读对象是广大水利工作者，特别是黄委系统4万名干部职工和他们的家属。

图书在版编目(CIP)数据

黄河人身边的法律故事：一个公职律师的工作手记/王庆伟著. —郑州：黄河水利出版社，2018. 11

ISBN 978 - 7 - 5509 - 2186 - 3

I. ①黄… II. ①王… III. ①法律 - 中国 - 通俗读物 IV. ①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 244760 号

出版社：黄河水利出版社

网址：www. yrcp. com

地址：河南省郑州市顺河路黄委会综合楼 14 层

邮政编码：450003

发行单位：黄河水利出版社

发行部电话：0371 - 66026940、66020550、66028024、66022620(传真)

E-mail：hhsclbs@126. com

承印单位：河南承创印务有限公司

开本：787 mm × 1 092 mm 1/16

印张：18.5

字数：427 千字

印数：1—1 000

版次：2018 年 11 月第 1 版

印次：2018 年 11 月第 1 次印刷

定价：98.00 元

专家推荐意见

我国已经进入全面深化改革、全面依法治国的新时代,每个人都应该敬畏法律和制度,在规则中获取最大的幸福和自由。

当今中国治水的主要矛盾和思路都发生了很大变化,水行政管理与执法面临许多新的问题和挑战,在实际工作中,存在着对执法管理要求不断提高和执法人员法律知识相对不足的问题。这本书不失为一本贯彻“依法治水管水”治水方略的应时之作。

法律的意义在于实施,本书把水行政管理和执法人员工作中一些常用法律知识点梳理出来,与身边人、身边事结合起来,以问题为导向,以案释法,特别注意到了实践中用到的刑法、民法等相关法律知识,把普及综合性法律知识和防范法律风险作为写作的出发点和落脚点,具有鲜明的时代感,充满了信仰法治力量的情怀。

庆伟同志采用手记的方式,通过一个个生动的法律故事,片段记载了“法治黄河”,有助于水行政执法管理人员从案例中找寻出一些普遍的定律,举一反三,有效防范身边的法律风险。庆伟同志既是一名教授级高级工程师,又是一名公职律师,对一线水行政工作和人员有深入的了解,因此使得该书针对的对象非常明确,水务法治特点突出。

这本书既适合直接指导执法,作为培训教材,也适合提升从业者个人职业能力。本书的出版填补了黄河水行政执法管理研究上的一项空白,有明显的社会价值和很好的实用价值。黄河水利委员会治黄著作资金资助的一个重点对象是“与黄河治理开发与管理主要业务密切相关的理论研究和实践经验总结”,我很高兴推荐这本书获得黄河水利委员会治黄著作出版资金资助出版。

王渭泾

2018年5月

王渭泾:中国保护黄河基金会原秘书长,政协河南省第八、九届常务委员会委员,享受国务院特殊津贴专家。

序

法治,是中华民族发展进步的艰辛探索,也是实现国家长治久安的必由之路。在全面推进依法治国的新形势下,法律更多浸透我们工作、生活的各个方面,法律和制度成为人们的行为准则。“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”已成为这个时代的鲜明标识。

党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,这是国家治理的一场深刻革命。我国将坚持厉行法治,实现科学立法、严格执法、公正司法、全民守法,建设社会主义法治国家。广大黄委干部职工,特别是在职工作人员,必须更加自觉地学习法律,更加敬畏法律和制度,不断提高自己运用法治思维和法治方式解决实际问题的能力。

庆伟多年从事黄河水政工作,担任过郑州市人民检察院人民监督员,参与起草了《河南省黄河防汛条例》,做了大量的法律实务方面的工作,并结合实际工作出版了几本法律方面的书籍,这几本书都有一个特点,就是坚持把黄河的依法行政管理的最新实践同不断完善的法律制度相衔接。而《黄河人身边的法律故事——一个公职律师的工作手记》一书内容上又有新亮点,立足新时代,为“水利人”“黄河人”提供更多、更专业的法律服务。书中精选了50多个案例,内容涉及刑事、民事、行政等各类现实问题,把黄委干部职工日常遇到的“碎片化”法律问题和充满“地气”的典型案列整理出来,抽丝剥茧、条分缕析,提升到法律层面,不但回答了黄河职工十分关注的法律问题,而且对水行政执法管理工作具有很强的实用性和指导性。

“法治兴,国家兴”。以习近平同志为核心的党中央把全面依法治国确定为党领导人民治理国家的基本方略,是坚持和发展中国特色社会主义的本质要求和重要保障。宣传法律,推崇用法律手段解决棘手的工作难题,倡导崇尚法律、敬畏法律、遵守法律,主动融入“法治人生”。这对黄委系统正在全面推行的“依法治河”和“规范管理”都具有重要的现实意义。把此书推荐给大家,希望对大家的工作有所裨益。

孙茂林

2018年11月

前 言

大河东去水滔滔,如同留不住的今天。在简单、平凡又充满变化的生活中,有些时候,有那么几分钟,我的心会从纷乱的生活突然沉寂下来,思考其他一些问题,比如关于生命的意义,关于过往和当下自己的心性和得与失。我问过自己一个问题:“如果我今晚就去世,该怎么办?”今天,当我静静坐在家书里书桌旁,看着窗外公园中的树叶,想到自己大学毕业到黄河上工作已年满30年,已经符合《公务员法》规定可以申请提前退休的条件,已是头发花白,戴着老花镜的模样,不禁感叹岁月催人。脑海中突然想起少年时代学过的苏联作家奥斯特洛夫斯基关于生命意义的一段话,人的一生应当这样度过:当他回首往事时,他不因虚度年华而悔恨,也不因碌碌无为而羞耻。自己对号入座,在黄河水利委员会河南黄河河务局、西藏日喀则地区水利局等十几个岗位工作过,虽然很多事情变成了记忆,工作、生活也都留有缺憾,但都尽心了、努力了,自评应该是有所作为,并没有虚度自己宝贵的年华。这本《黄河人身边的法律故事——一个公职律师的工作手记》,是对黄河一些时段一些片段的法律记忆,非常荣幸获得黄河水利委员会治黄著作出版资金全额赞助出版。恰逢其时,就让它作为对自己,以及一起同行的亲友、同事们逝去青春年华的一个致敬礼物吧!

时代在变化,国家的政策和人们的观点也在发生深刻变化。全面依法治国成了我们国家的一个基本方略,当今治水的主要矛盾从人民对除水害、兴水利的需求与水利工程能力不足之间的矛盾,转化为人民对水资源、水生态、水环境的需求与水利行业监管能力不足之间的矛盾。当法律和制度成为人们工作、生活的必需品,当工程水利成为法治水利,当法治手段成为解决棘手工作难题的最优之道,当身边的同事面对突如其来的法律风险惊惶失措,甚或成为刑罚的对象时,对法律的爱和黄河人的责任感,让我用3年的时间,有些辛苦但更多是快乐地完成了这本书的写作。

本书以问题为导向,选择了身边发生的50多个具有一定综合性、复杂性、典型性,同时涉及刑法、民法、刑诉法、民诉法等多个法律知识点的真实案例,试图通过以案说法,把最新实用法律和重要规范性文件与黄河、与水利最新实践对接起来,对疑难问题进行深层次解析,对模糊概念、热点、难点问题解惑答疑。我最大的希望是这本书能够成为广大“黄河人”和“水利人”的一本工具书,能够帮助大家敬畏法度,明辨法理是非,提高维权本领,远离法律风险,享受平安幸福的生活!

考虑到主要阅读对象不是专业法律工作者这个问题,我在写作时注意法律语言的完整性和趣味性同步,力求做到“专业性”与“大众性”相统一。全书通过第一人称叙述,真人实地实景,应该可以引起更多共鸣,但这样也让我同时担心是否侵害了别人的隐私。为此,我多次听取同事们和专家的意见,淡化人物,突出法理,不忘初衷,几易其稿。即便如此,如果仍然有朋友感觉受到了伤害,我恳请得到谅解。

孙益沛撰写了本书第四部分内容。

真诚感谢王渭泾、孙寿松等四位推荐专家和黄河水利委员会治黄著作出版资金全体专家评委, 特别感谢王渭泾专家写序、耿自礼老师题写书法作品。我的同事于澜、高永传、李怀前、艾广章、秦金虎、王永川等提供了书中部分照片。高军彦编辑、刘岚编辑对本书提出了中肯的修改意见。付梓之际, 非常高兴, 一并向他们表示感谢!

生命来来往往, 来日并不方长, 所有的事情也不是都可以重来。期待一路前行的水利人, 更加珍惜自己和当下的每一件事, 在新的时代有新的担当、新的作为、新的收获、新的幸福。

下面是我的邮箱号和微信二维码图案, 恭请您的友谊和批评指正。

E-mail: wangqw@163.com。



王庆伟

2018年10月10日于郑州

目 录

专家推荐意见

序

前言

王渭泾

苏茂林

第一部分 以案说“刑事”

- 大河聚焦三名干部获刑 (3)
- “9·14”大火引发“民加刑”双案 (14)
- 被判缓刑是否要开除公职 (26)
- 插手工程渎职受贿获刑六年 (32)
- 非法采砂是“非法采矿罪” (37)
- 河务部门如何向公安机关移送涉嫌犯罪案件 (42)
- 检察院办案程序与办案期限 (44)
- 写给检察机关的一封公函 (54)
- 他“栽”在一个陌生罪名前 (57)
- 敬畏法度者最幸福 (59)

第二部分 以案说“民事”

- 担任河务局和企业法律顾问 (65)
- 河务局该不该为“黄河内涝亡”买单 (74)
- 杀鸡拜河神与《建设工程解释》第二十六条 (80)
- 一起告状五年未果的案件 (86)
- 争议的解决有多种方式 (95)
- 黄河人汶川地震的“得与失” (104)
- 长垣堤防加高施工合同纠纷案 (107)
- 一起没有立上案的案件 (113)
- 做法律援助公益律师 (119)
- 机关服务中心七件“法事” (122)

第三部分 热点“河事”

- 原阳没了“黑砖窑” 封丘来了“新墙材” (135)
- “应当”“或者”……请使用“法律语言” (140)
- 给行政首长宣讲黄河 (144)
- 河南黄河水行政许可“负面清单” (149)

河道里的“商品房”敢要吗?	(151)
答复人大代表滹池段管理建议	(153)
河南“黄河派出所”调研报告	(155)
黄委水利综合执法改革“前奏曲”	(160)
河南武陟“六死一伤”事件处理始末	(166)
黄河大桥施工垃圾难题破解	(172)
黄河浮桥的安监与战备	(174)
黄河浮桥审批的“前招后招”	(178)
花园口浮桥举报问题调查报告	(182)
温孟滩移民安置区不同于黄河下游一般滩区	(185)
向省政府报告河道垃圾问题	(189)
新华社报道河南黄河生态问题	(191)
央视报道“黄河面砂”	(198)
工作中有“公证”相随	(201)
信息公开行政指导许可注销小案例	(205)
河务局能收哪些行政事业性收费	(211)
专家咨询提前退休个人事项报告三事浅解	(214)

第四部分 涉河法度

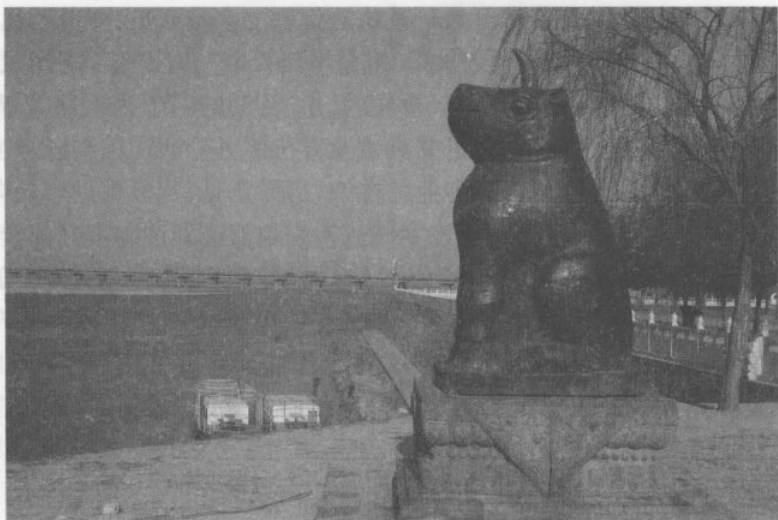
《河南省黄河河道管理办法》修订与解读	(221)
十年磨一剑:《河南省黄河防汛条例》出台纪实	(228)
《河南省黄河防汛条例》解读	(235)
河南黄河最早的地方性法规	(243)
《河南省湿地保护条例》涉河 22 条	(246)
涉河“隐形法律”	(251)
黄河河道内土地管理有关规定	(256)
河南公益诉讼部门协作配合机制	(263)
黄河上第一份“权责清单”	(266)
与时俱进的水行政许可文件	(271)
“选民证”里的《选举法》学问	(276)
侯巡视员与《著作权法》	(278)

河道里的“商品价”敢要吗？	(151)
答复人大代表淮河段管理建议	(153)
河南“黄河滩出沙”调研报告	(155)
黄委水利综合扶站改革“前奏”	(160)
河南武陟“六死一伤”事件外	(166)
黄河大桥施工期没有预警	(172)
黄河浮桥的设置与改善	(174)
黄河滩涂开发——前期规划	(178)
花园口“事件”	(182)
治黄工程“事无巨细”	(185)
河南省政府批复《黄河滩涂开发规划》	(189)
新华社报道黄河流域生态治理	(191)
黄委组织“黄河滩涂”考察	(198)
工作中有“余震”和“地震”	(201)
黄委召开行政事业单位“三定”	(205)
黄委启动“黄河滩涂”行政改革	(211)
专家咨询团提出治理个人	(214)
黄委组织“黄河滩涂”考察	(221)
十年磨一剑，河南黄河流域生态治理	(228)
《河南省黄河滩涂条例》	(335)
河南黄河流域最早的治黄工程	(343)
《黄河农区地保条例》	(346)
黄河“隐形法律”	(351)
黄河河道内土地管理有关	(356)
河南公路设计院三门峡作	(363)
黄河上第一份“权资清单”	(266)
与时俱进的水行政许可	(371)
“惠民能”里的《选举法》	(376)
换届选举与《著作权法》	(278)

法律是治國之重器
良法是治國之前提

大河聚焦三名干部获刑

这是一起大河上下广泛关注的因黄河河道内采砂管理引发的刑事案件。事发 2015 年,最早起因是国土资源部在遥感监测全国土地时发现黄河滩某处土地颜色呈现异常,随后一级级落实下来,确定为黄河河道内堆砂引起。最后事态演化的结果是:3 名黄河水政干部被检察机关以滥用职权罪提起公诉,在法院判刑后被单位双开。



守望黄河,雄威正义,居安思危,波涛永息——黄河铁犀

一、案情简述

2015 年 6 月 8 日 8 时许,某区检察院和公安人员 30 余人到某区河务局,以调查黄河河道采砂为由,将某区黄河河务局(简称河务局)水政科、财务科办公计算机、财务账簿及许可材料封存。13 时许,在没有出示任何书面手续的情况下,将某区河务局主管水政工作的副局长,水政科科长、副科长、1 名科员,执法中队队长,财务科科长带离前往检察院配合询问(备注:后向当事人了解询问情况,知晓区人民检察院(简称检察院)询问的主要问题是:①采砂许可程序是什么?需要哪些手续?许可小组成员由哪些部门和人员组成?具体是如何分工、如何办理的?②河务局对采砂行为是如何监管的?③砂场管理费和保证金如何收取、如何使用?④单位是否设有账外账和小金库?水政上是否有小金库?如果有,小金库如何使用和分配?⑤为什么在“禁采区”内批准采砂?采砂规划禁采区划定是否考虑到土地、湿地、饮用水水源保护区等其他行业规定?),同时带走了相关材料物品。15 时许,某区检察院分别到省局、市局水政处询问某区河务局辖区采砂的审批、规划是否越权等问题。18 时许,某区检察院以询问为由带走市局主管副科长。后市局主管副科长、区局主管副局长、水政科科长 3 名干部被采取强制措施,分别被判 7 个月至 1 年的

刑罚。此案没有经过二审，一审结案。

检察院对此案高度关注，专门向河务部门出具检察建议书并与黄委各级召开相关座谈会。该案案情复杂、涉及面广，侦办过程中法律适用冲突、法律与制度打架、公诉人与辩护人在法庭上多次展开激烈交锋；河务部门采砂许可程序原来是县局审批、市局复核，因此案件而改变，改变为：县局审批，许可意见下达前要征得国土、林业等部门的书面明确意见，市局也不再复核。

此案影响深远，不但在检察系统得以传播交流，后期类似案件中，也采用了类似侦查手段，而且给黄河职工上了一场生动的普法课，警示教育作用十分明显，同时不可否认也带来了一些负面影响，一度造成部分职工人心不稳，工作不积极作为。

被判刑的3名干部都是基层从事水行政执法管理的水政人员，业务上比较过硬，我与他们彼此很熟悉。检察院在侦查阶段向多人进行问询，也派人到省局水政处向我和其他同志了解相关情况，希望出具相关证明。事发后，市、县局的同志找到省局，希望提供指导和帮助，省局领导很重视，要求主动跟进并提供全方位服务。我积极与各方当事人及律师进行沟通协调，召开案情分析会，提出专业的咨询、指导意见，积极帮助市局向政府提交请求市政府高度关注的紧急报告，参与了该案件从检察院侦查到法院审判的全过程。

此案结束后，我花两个多月时间，就此案总结了六个问题，分别是“检察院检察建议书与座谈会”“采砂许可的‘隐性法律’和‘显性法律’”“怎么回答黄河河道内土地管理问题”（详见第四部分“黄河河道内土地管理有关规定”）“‘集体研究’不能摆脱领导责任”“企业身份也是滥用职权罪的犯罪主体”“律师辩护的主要论点”。

二、检察院检察建议书与座谈会

（一）检察院检察建议书

检察建议是人民检察院为促进法律正确实施、促进社会和谐稳定，在履行法律监督职能过程中，结合执法办案，建议有关单位完善制度，加强内部制约、监督，正确实施法律法规，完善社会管理、服务，预防和减少违法犯罪的一种重要方式。对于本案，市检察院给市河务局出具的检察建议书主要内容如下：

本院在办理某某涉嫌滥用职权犯罪案件时，发现你局存在采砂许可证审批管理混乱、耕地保护意识淡薄等问题，根据有关法律规定，提出如下建议：

严格执行采砂许可证的审批、管理制度。国家法律、行政法规及有关规范性文件对采砂主体、采砂位置、采砂量均有明确的禁止性规定。在不合理的区域采砂、在不当的时间采砂、采用不当的作业方式采砂，均会对黄河河势稳定产生不利影响，并对防洪安全、水环境和水生态保护和饮水安全等方面带来不利影响。建议你局立即清理整顿采砂市场，违规审批的采砂许可证应逐一清理，同时加强采砂管理，审查梳理相关审批程序，严格执行法律规定。

积极作为，消除危害后果。超量无序采砂会改变原已相对稳定的河床形态，使堤防失稳，严重危及桥梁、堤岸及防洪工程安全，同时对水环境和水生态保护等方面带来不利影响。建议你局在汛期之前迅速采取有效措施消除危险状态，避免更大危害后果发生；同时应采取复耕耕地，加强耕地保护。

严格履行耕地保护职责。《河道管理条例》^①第二十一条规定,滩地的利用,应当由河道主管机关会同土地管理等有关部门制定规划,报县级以上地方人民政府批准后实施。第二十五条规定,在河道管理范围内进行采砂和在河道滩地存放物料的,必须报经河道主管机关批准,涉及其他部门的,由河道主管机关会同有关部门批准。为依法合理利用土地,加强对耕地的管理保护,建议你局商请国土资源管理部门建立相应制度,制定相关规划,并报县级以上地方人民政府批准后实施;同时会同国土资源管理部门加强在河道滩地存放物料的审批管理。

加强人员管理,预防职务犯罪。建议加大法制教育宣传力度,使依法办事、公正廉洁、恪尽职守的观念深入人心。加强对有关法律法规及制度的学习、培训,建立操作性强的规章制度。

以上建议,请认真研究落实,督促整改,并将整改落实情况限期函告我院。

市河务局慎重处理,回函主要内容为:

(1)高度重视,召开专题会议研究检察建议,全面落实整改贵院检察建议书所提建议。

(2)严格执行采砂许可证的审批、管理制度,开展采砂治理专项整治行动。

(3)加强河道滩地管理,严格履行耕地保护职责。拟就辖区黄河河道内滩地的利用问题,专题行文报请郑州市人民政府,建议由郑州市人民政府组织河务、国土、环保、湿地等部门,同时邀请河南黄河河务局相关专家,共同制订《郑州市黄河滩地综合利用规划》,并按照程序报经郑州市人民政府审核批准后实施。

(4)定期约谈各县(市、区)河务局班子,定期开展对业务部门的监督指导,抓好廉政建设。

(二)黄委、河务局分别与市检察院座谈河道管理和履职问题

黄委、河务局与市检察院就检察建议书涉及内容及河道管理履职到位问题分别在黄委、市检察院进行了座谈。

河务部门在座谈会上提到:河南黄河滩地有128万人居住生活其中,滩地面积大,据了解,很多滩地已经被各地划为基本农田或湿地。这些土地在划定及设立时没有让河务部门参与,在事后,河务部门也很难了解这些土地具体的四至范围。根据《防洪法》《河南省黄河工程管理条例》等水利法律、法规规定,黄河河务部门仅对依法划定的黄河沿岸护堤地、护坝地、护闸地、淤临区和淤背区等区域具有比较全面的管理权。但是对于河道内的其他绝大部分区域滩地的管理,河务部门的主要任务是处理水事违法行为,土地管理权由土地管理部门行使,湿地、自然保护区的管理由林业部门负责。河道管理属于国土、林业、河务等部门多头负责。对于黄河河道滩区如何管理,对于“责任追究”,黄河上一线执法的同志一直纠结、困惑,管多了怕“越权”,不管少管又怕“不作为”。对于如何处理上述问题,希望检察院帮助指导、解决。

在与市局的座谈会上,检察院领导对河务部门高度重视检察建议、举一反三、查漏补缺的工作作风表示了肯定,最后提出要求:

① 《河道管理条例》是《中华人民共和国河道管理条例》的简称,本书法律、法规多用简称。

(1)河务部门打击非法采砂时,认为已涉嫌触犯刑法的,移交公安机关查处,公安机关不接收的,属地检察院介入,督促公安机关查处,不得以罚代刑;能否入刑适用法律条款问题,市检察院近期会进行研究并通报河务部门。

(2)划定禁采区应当依照法律法规规章等规定进行,遵循合理合法原则,依法划定禁采区,不要超越权限。

(3)河道采砂及浮桥管理中导致的损坏道路、污染水体、破坏环境的,通报其监督管理部门进行监督管理,报请政府建立联合查处、沟通机制;滩区综合利用规划应依法报请政府组织有关部门制定,经政府批准后实施。

(4)对采砂、涉河项目许可制度应当进行梳理,建立简单可行、操作性强的制度,便于基层执行,减少因理解不到位造成的渎职风险。

(5)对水行政案件立案查处的、当事人拒不执行的,依法移交法院执行,法院不接收的,属地检察机关介入,督促法院接收并强制执行,畅通河务部门水行政案件移交法院强制执行的渠道,维护法律法规的威严。河务部门对已作出行政处罚且未超出追诉期,当事人拒不执行的案件进行梳理登记,及时移交属地法院,检察机关监督移交。

(6)河务部门要以此为戒,举一反三,依法履职,加强廉政风险教育,减少渎职风险。河务部门要未雨绸缪,开展一次廉政风险专项行动,对涉及个人经济问题的限期上交。

三、采砂许可的“隐性法律”和“显性法律”

事情发生后,很多黄河干部为受到刑罚的同志抱屈,认为他们的审批行为明明符合水利行业的法律法规和黄委规范性文件规定,怎么会犯罪呢?为什么法庭就不认可黄河上的独家审批,还非要征得土地、湿地等部门同意?河务局是黄河滩区的河道主管部门,国土部门在土地利用总体规划编制过程中,没有征求河务局的意见,也没有按照法律规定设置基本农田保护区标志,国土、林业部门又没有告诉我们哪些是基本农田、哪些是湿地。冤枉不冤枉?可以说冤枉——《河南省黄河河道管理办法》中,没有规定河务部门采砂审批时需要征求其他部门的意见,河务部门可以一家说了算的;也可以说不冤枉——国家有上位法规定,采砂许可需会同有关部门批准。

多年来,黄河系统的同志习惯了依据水法、防洪法等水利行业“显性法律”开展河道管理和执法,而有意无意忽略了国家其他行业和部门涉河的“隐性法律”,这实际上成了一个大问题,形成了一个大的风险隐患。结合本案,检察院公诉引用的是国务院关于公路安全保护的行政规章——《公路安全保护条例》。《公路安全保护条例》于2011年7月1日起施行,其中的第二十条和第二十一条和黄河河道内采砂有关。

第二十条规定,禁止在公路桥梁跨越的河道上下游的下列范围内采砂:

- (一)特大型公路桥梁跨越的河道上游500米,下游3000米;
- (二)大型公路桥梁跨越的河道上游500米,下游2000米;
- (三)中小型公路桥梁跨越的河道上游500米,下游1000米。

第二十一条规定,在公路桥梁跨越的河道上下游各500米范围内依法进行疏浚作业的,应当符合公路桥梁安全要求,经公路管理机构确认安全方可作业。

分析认为,第二十条针对的是“采砂”,对采砂范围是硬性规定,河南黄河上的大桥都

是特大桥,应符合桥梁跨越的河道上游 500 米、下游 3000 米不能采砂的规定。第二十一条针对的不是“采砂”,是“疏浚”,相应扩大了许可的外延范围。

什么是“采砂”?什么是“疏浚”?到底是适用第二十条,还是第二十一条?检察机关和河务部门意见严重分歧。公诉机关认为,县局在黄河大桥下游 2600 米左右的禁采区范围内批准本案 11 家采砂场。河务部门认为,《公路安全保护条例》将一般采砂与疏浚采砂行为区别开来,本案中河务部门许可的采砂在条例规定的 500 米范围以外的主河槽内,不用经公路管理机构确认安全即可进行疏浚采砂作业,应当适用《公路安全保护条例》第二十一条规定。

河务部门专门组织人员对“采砂”和“疏浚”写了有关情况说明。从国务院 2008 年批复的《黄河流域防洪规划》等处着手,解释“采砂”与“疏浚”的关系,提出黄河河道内采砂是解决黄河下游河道主槽泥沙、疏浚河道、开发黄河泥沙资源的一种重要措施,黄河河道内采砂是疏浚行为。河务部门将有关情况说明作为诉讼证据书面提交给了检察院和法院,并且按照律师意见,安排了市局总工作为有专门知识的专家出庭解读,可惜公诉检察官当庭质疑,不认可总工的专家身份。

毋庸讳言,因为法律法规制定主体和制定时效的不同,有时法律法规在部门之间适用时难免会有交叉、重叠,有法律冲突。遇到这种情况,怎么办?我认为,首先部门之间应该加强沟通协作,建立联审联批、综合执法机制,不能争权要位,要实现双赢,共同维护国家法律的尊严。比如,对于查处自然保护区各类违法违规活动,河南省环保厅、林业厅、国土资源厅、农业厅、水利厅、河南黄河河务局,在 2017 年、2018 年连续开展了“绿盾行动”,取得了显著效果。其次,要从法律中寻找解决办法。我国《立法法》明确了不同法律规范效力等级的三大基本原则,即“上位法优于下位法,同位法在各自的权限范围内适用”“特别法优于一般法”“新法优于旧法”的原则。即:宪法具有最高的法律效力;法律的效力高于行政法规、地方性法规、行政规章;行政法规的效力高于地方性法规、行政规章;地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章;省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的较大的市的人民政府制定的规章;部门规章与部门规章、部门规章与地方政府规章具有同等效力,在各自的权限范围内施行。

四、“集体研究”不能摆脱领导责任

本案 3 名黄河职工均委托了律师辩护,2015 年 11 月本案开庭,庭审中 3 名黄河职工和他们的律师都发表了意见。有的人提出自己刚到岗,对业务不熟悉,在此之前所在的县河务局已经多次对类似事项进行许可,自己只是沿袭惯例,无论是审批的程序上还是审批的内容上都同以往审批的采砂许可并无不同之处;有的人提出河务局的采砂许可审批权限是由县局行政许可领导小组集体行使,是按照少数服从多数的原则作出决定,不是某个许可小组成员个人意志决定,自己虽然是主管领导,但只是许可小组成员之一,不是组长,在实施涉案许可事项时,也没有以个人意志影响其他许可小组成员,没有对不应许可的事项进行许可,该许可是集体研究的结果,自己负的只是间接领导责任;有的提出自己只是部门负责人,作为行政许可小组的成员之一,有参与表决权,但没有最终的决定权;有的提出自己不是部门负责人,虽然自己签字了,但只是按照领导指示办事走形式,代表不了单

位,也不影响单位公章的加盖。

检察机关在法庭上对他们的这些辩解逐一批驳,法院最终也没有采纳他们的意见。法院认为“沿袭惯例”不是免罪理由,“集体研究”不是推诿责任的托词,“执行领导指示”也不能摆脱违法的具体责任。

对于以“集体研究”形式实施的渎职犯罪,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》明确规定:以“集体研究”形式实施的渎职犯罪,应当依照刑法分则第九章的规定追究国家机关负有责任的人员的刑事责任。对于具体执行人员,应当在综合认定其行为性质、是否提出反对意见、危害结果大小等的基础上决定是否追究刑事责任和应当判处的刑罚。所以,“集体研究”不能摆脱自己的领导责任,只会增加其他领导责任。

黄河职工整体是一支比较淳朴、有较好执行力的团队,一般都是听领导的话,领导叫怎么干就怎么干。本来嘛,作为下级,服从上级,把领导交办的事情想法办成、办好,是一个工作原则。但“领导错了,怎么办?”“是不是什么都要执行领导指示?”不是,作为一名国家工作人员不能无原则地给上级抬轿子,要服从而不盲从,尊重而不逢迎,领导指示有严重错误时,要停止执行并报告。《公务员法》第五十四条规定,公务员在执行公务时,认为上级的决定或者命令有错误的,可以向上级提出改正或者撤销该决定或者命令的意见;上级不改变该决定或者命令,或者要求立即执行的,公务员应当执行该决定或者命令,执行后果由上级负责,公务员不承担责任;但是,公务员执行情况明显违法的决定或者命令的,应当依法承担相应的责任。这一条规定就是很明白地告诉公务员不但有反对上级错误的权力,对上级的错误决定命令有建议权,而且不能执行领导明显违法的决定或者命令,否则就要与领导共同承担法律责任。

五、企业身份也是滥用职权罪的犯罪主体

一名涉案人员在接受检察机关询问后,专门找到我问了一个问题,他说:“我查了《刑法》,按照刑法规定,滥用职权罪是指国家机关工作人员违反职责要求,任意行使职权或者超越权限行使职权,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为,犯罪主体是国家机关工作人员。我虽然在水政监察大队上班,却是局里临时抽调来的,我的真实身份是养护公司工作人员,不是国家机关工作人员,不应该构成滥用职权罪啊?”

我给他讲了下面几个概念,他说:“我明白了。”

(1)《刑法》第九十三条规定,本法所称国家工作人员,是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其他依照法律从事公务的人员,以国家工作人员论。

本条是关于国家工作人员定义的规定。根据该条规定,刑法上所称国家工作人员,就是国家机关中从事公务的人员。我国的国家机关包括各级国家权力机关、行政机关、司法机关以及军事机关,在这些国家机关中从事公务的人员,在国家机关中行使一定职权、履行一定职务的,都属于国家工作人员,在生活中,人们通称为“国家干部”。不是上述国家机关的人员或者在上述国家机关中不从事公务而是从事劳务性工作的人员,包括司机、门