

刑事案件证据实务丛书



渎职侵权犯罪案件 ① 的证据收集、审查与认定

王纪松 / 主 编

Duzhi Qinquan Fanzui Anjian
de Zhengju Shouji Shencha yu Rending

中国检察出版社

刑事案件证据实务丛书



渎职侵权犯罪案件 的证据收集、审查与认定

王纪松 / 主 编

Duzhi Qinquan Fanzui Anjian
de Zhengju Shouji Shencha yu Rending

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

渎职侵权犯罪案件的证据收集、审查与认定/王纪松主编. —北京:
中国检察出版社, 2015. 10

(刑事案件证据实务丛书)

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1502 - 5

I. ①渎… II. ①王… III. ①渎职罪 - 证据 - 研究 - 中国 ②侵权行为 -
刑事犯罪 - 证据 - 研究 - 中国 IV. ①D924. 393. 4 ②D924. 344

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 220975 号

渎职侵权犯罪案件的证据收集、审查与认定

王纪松 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

编辑电话: (010) 68630384

发行电话: (010) 68650015 68650016 68650029

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 21.75 印张

字 数: 400 千字

版 次: 2015 年 10 月第一版 2015 年 10 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1502 - 5

定 价: 60.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

在全省检察机关反渎干警的大力支持下,《渎职侵权犯罪案件的证据收集、审查与认定》一书顺利出炉了!这是我省检察机关反渎职侵权工作的一件大好事!本书收集的这些渎职侵权犯罪办案经验文章,系统地回顾和总结了近几年我省检察机关查办的一批典型精品渎职侵权犯罪案件,集中介绍并展示了我省反渎工作始终坚持和推进的“服务大局、提升质量、突出重点、改善结构、优化效果”等显著特点和亮点。

近年来,在浙江省人民检察院党组的正确领导下,浙江省反渎职侵权工作始终保持着稳中求进的节奏,发展态势健康协调,总体水平逐年提升。办案规模4年翻番,人均立案数、起诉数、有罪判决数等名列前茅;案件质量有效提升,大要案比例逐年提高;办案重点进一步突出,案件结构更加合理;办案领域进一步拓展,办案工作进一步均衡发展。反渎工作得到了党委政府和社会的充分肯定和认同,社会认知度进一步提高。所有这些成绩的取得,离不开我省广大反渎干警的大胆探索、拼搏奋斗,也离不开省内外同行办案经验的指导,尤其是高检院渎检厅的有力指导。

本书的主题集中在对渎职侵权犯罪案件如何开展具体的证据收集、审查和认定工作经验的总结和介绍。渎职侵权犯罪案件具有行业性、系统性、领域性的特征,同个行业系统领域的犯罪,在不同地区、不同单位,都会表现出类似甚至完全相同的犯罪原因、犯罪规律和犯罪手段、手法。渎职侵权犯罪的这类同性特征,客观上便于我们在查办不同地区相同行业系统领域内的犯罪时,既可以有效地“复制”学习到先发案件地区检察院办理案件时所总结出来的犯罪原因、犯罪规律和犯罪手段、手法,同时更可以在具体办案工作中有效“复制”运用相关办案成功经验,迅速高效地掌握相关案件查办的切入点、突破口和定罪量刑的重点、难点以及关键点,并及时高效地开展相应的证据收集、审查和认定工作。“他山之石,可以攻玉”,先发案件地区检察院查办的这些行业系统领域的渎职犯罪案件和成功办案经验(包括一些可能面临的弯路和歧途,都能及时注意和避免),将会大大便利和促进我们本地区对相同行业系统领域内类似渎职犯罪的办案工作,特别是一些新领域、新罪名的渎职

犯罪案件的办案经验。浙江省作为全国经济社会发达省份，经济社会发展很多方面都走在全国前列，一些新领域、新类型犯罪也相应先发。我们及时总结推广这些新领域、新罪名渎职犯罪办案经验，既能有效促进全省类似案件的查处，也能给其他省份检察同行提供一些有益的启发。

本书紧紧依托了我省“反渎职侵权十大精品案件”评比活动中所涌现出来的精品案件，确保入选案例做到了“优中选精”。各个案件都由承办干警亲自执笔，紧紧扣住侦查办案的“线索发现、精细初查、侦查突破”等关键环节，紧紧围绕渎职侵权犯罪构成要件中直接影响本罪构成的主体、职责、行为、结果、因果关系等关键问题，原汁原味地总结出办案当时具体进行的证据收集、分析、研判和论证等主要工作经验和体会，真实客观地再现了当时办案的主要过程，极其便利学习和复制。相信本书出版后更会对省内外反渎职侵权工作产生积极的推动作用。

王纪松同志到我局工作近4年来，工作努力踏实肯干，勤于思考、善于总结，在做好岗位工作的同时，注重理论研究和探索，特别是对一些新类型、新罪名案件，能够主动进行收集、总结。本书虽然主要依靠全省反渎干警的集体智慧，但也凝聚了他这些年的辛勤汗水。当然，侦查办案工作有其特殊性，特别强调亲历亲为和实践经验的积累，王纪松从事侦查办案实践工作时间尚短、办案经验和能力尚有所欠缺。作为局长，我见证了他这些年来的努力。值此书成之日，我欣然应邀作序，并借此机会寄语王纪松同志再接再厉，大胆实践，不断提高自身的侦查办案能力和水平，为浙江省反渎工作作出新的更大的贡献。

斯为序！

浙江省人民检察院反渎职侵权局局长 李汉水

2015年8月25日于杭州

前言

这是一本汇集了浙江省检察机关反渎职侵权部门近年来查办的精品案件和典型案例办案经验文章的书。本书收集的案例，绝大多数是全省精品案件或者典型案例，其中部分案件已经参评并入选了全国检察机关反渎职侵权“十大精品案件”或“三十件精品案件”和“百件优质案件”。另外，我们还选择了部分新领域、新罪名典型案例。所以，本书部分案件可能已经在一些场合进行了经验介绍，经验文章也已经见诸于文，但是考虑到这些案件的代表性，本书这次突出主题加以改编后仍然予以收录。很高兴地看到，本书的部分案件经验文章，已经被我局《反渎职侵权信息与交流》专刊陆续先发为快了。

这是一本由我省检察机关反渎职侵权工作一线干警对自己所办理的渎职侵权犯罪案件，亲自撰写的办案经验总结文章所汇编而成的书。每篇文章的作者都是该案件的主办人，编写时都立足于当初侦查办案的角度，回顾总结当时对该具体案件是如何发现线索并分析研判，如何开展相应的初查调查工作，如何进一步开展具体侦查工作，以及持续整个办案全过程的围绕相关关键问题所开展的证据的收集、分析、研判和论证工作，甚至包括当时走过的一些“弯路”。这些内容都是办案实践参考最需要的实打实的“干货”。希望能够对反渎职侵权工作一线的干警们在具体着手办案时，给予一些实际的启发和指引（每篇文章最后都提供了办案单位和联系人，可供进一步联系）。

这是一本查办渎职侵权犯罪办案工作实践参考类书籍。全书体例以及具体案例文章，都是以渎职侵权犯罪的体系和具体罪名下的具体问题为顺序予以组织编排。首先，由于“滥用职权罪”和“玩忽职守罪”这两个罪名，类似于渎职罪一章的总则和通用兜底罪名，所以实际案件数量最多，经验文章也最多。当然，各篇文章有所侧重反映不同渎职罪构成要件要素在具体实践案例中的体现，以及在具体办案工作中如何收集、审查和分析论证相关证据从而最终认定。其次，渎职侵权犯罪办案实践中，最集中的还是在渎职行为和损失结果这两个核心问题。由于国家行政和司法管理领域繁杂而各有不同，每个领域、每个部门、每个环节，渎职行为表现各有不同，造成的损失结果形态也各有不同，司法实践中大量案件都是围绕着两个核心问题进行证据的收集、审查和认

定工作。我们尽量多地收集不同领域、不同部门、不同环节的国家机关工作人员的渎职犯罪典型案例，通过实例总结展示出该领域、该部门、该环节渎职犯罪的渎职行为表现和损失形态，进而办案实践中该从哪些方面收集证据以及审查、认定需要注意的相关事项。

这是一本对具体的渎职侵权犯罪案件或者某个具体的犯罪构成要件要素问题从总体上总结论述如何进行证据收集、审查和认定工作的书。文章重点是对具体的渎职侵权犯罪或者某个具体的犯罪构成要件要素问题，司法实践中要从哪些方面入手收集相关证据，怎样进行证据审查和分析，最终综合全案证据作出认定意见，即对案件或者问题的证明是否达到“确实充分”的标准。当然，在办案过程中，对具体证据必须注意做到并始终审查是否符合证据“三性”；对不同种类的具体证据，需要采取不同的方式、方法进行收集、审查和予以认定；凡是不符合证据标准的证据，都应当依法审查排除或者相应补正。但是，本书不是一本对证据种类属性和对具体证据该如何具体运用把握等问题进行深入详细论述的证据法学案例书。因为当前反渎办案工作一线面临的首要问题不是就具体案件个别证据的证据属性进行深入详细的分析和研讨来确定该证据的证明力。我们更需要的是对具体案件或者其中某个关键问题如何多角度、多途径地收集、审查相应证据并提出相应的认定意见。

这是一本汇集了全省反渎职侵权干警集体智慧和辛勤汗水的书。本书编辑工作持续将近两年，能够最终出炉，感谢之人甚众，感激之情良多。首先，感谢全省反渎职侵权干警的大力支持，包括部分已经调离反渎部门的原案经办人，你们成功地查办了这些精品典型案件，又在繁忙工作之余撰写了办案经验文章。天台县人民检察院反渎职侵权局优质高效地提供了好几篇经验文章！其次，十分感谢院、局领导的关心、支持和帮助。局长李汉水直接把本书编撰工作的意义提高到提升我省反渎干警理论研究水平的高度，不但在具体工作中多次给予鼓励和指导，还在全省反渎工作会议上予以强调和落实。许新光副局长及综合指导处的张寿利等同志提供了大量全省优秀案件的信息和经验文章。郑武洪副局长以及侦查处的同志们，在朝夕相处的三年多时间里，把我从渎职侵权犯罪侦查工作的门外汉一点点引进门、领上路，从粗浅的感性认识表面慢慢深入理性把握的深层。当然，斯路漫长，尤待埋头实践不断总结！再次，本书得以成形，感谢检察出版社史朝霞女士的耐心等待、热心鼓励和精心指导！最后，由于编者才疏学浅，从事反渎职侵权工作时间尚短，对反渎办案工作的领悟和把握远远不够，本书难免存在些瑕疵、不足甚至硬伤。真诚欢迎各位领导、同仁、读者提出宝贵的修改意见和建议！

王纪松

2015年7月30日于杭州

目 录

序	(1)
前言	(1)
第一章 渎职侵权犯罪案件的证据收集、审查与认定概述	(1)
第一节 渎职侵权犯罪的概念和法律特征	(1)
第二节 渎职侵权犯罪的证据收集、审查和认定	(21)
第三节 在全面推进依法治国进程中严查渎职侵权犯罪的重大意义	(39)
第二章 滥用职权犯罪案件的证据收集、审查与认定	(45)
一、农村基层组织人员渎职犯罪的查证	
——赵某某、钟某某滥用职权、贪污、受贿案	(45)
二、虚假司法认驰背后工商人员渎职犯罪的查证	
——黄某某滥用职权案	(50)
三、旅游专项补助资金领域渎职犯罪的查证	
——葛某某滥用职权、受贿案	(56)
四、建筑业监管人员违法降低处罚标准渎职犯罪的查证	
——黄某某等三人滥用职权、受贿案	(61)
五、家电下乡补贴领域渎职犯罪的查证	
——周某滥用职权、受贿案	(69)
六、科技人才福利房购买资格审核渎职犯罪的查证	
——陈某某滥用职权、挪用公款案	(76)
七、医疗机构医保定点资格违规审批渎职犯罪的查证	
——王某某滥用职权、受贿案	(82)
八、公安民警违规解冻股权渎职犯罪的查证	
——余某滥用职权、受贿案	(87)

九、违规用指挥部定期存单为私人企业担保案的查证

——叶某某滥用职权、受贿案 (92)

十、港航管理处人员船舶档案监管渎职犯罪的查证

——王某某、李某某滥用职权案 (97)

十一、企业征地拆迁补偿领域渎职犯罪的查证

——汪某滥用职权、受贿案 (103)

十二、国企改革监管渎职犯罪的查处和认定

——华某某等人滥用职权案 (109)

十三、拆迁安置领域渎职犯罪的查证

——虞某等人滥用职权案 (115)

十四、交通运管部门规费征收领域渎职犯罪侦查和损失的证据认定

——余某某滥用职权、受贿案 (122)

十五、农机购置补贴领域渎职犯罪的查证

——马某某等 11 人滥用职权案 (127)

十六、人防办主任等违规审批渎职犯罪的查证

——周某某等 2 人滥用职权、受贿案 (134)

十七、农村沼气项目资金领域渎职犯罪侦查和损失的证据认定

——孙某滥用职权、挪用公款案 (141)

十八、物价工作人员“打折执法”渎职案的查证

——叶某、胡某某、程某某等人滥用职权案 (147)

十九、建设局长违规批准违法建筑渎职犯罪的查处和认定

——许某某滥用职权、受贿案 (152)

二十、计生部门违规少征收社会抚养费渎职犯罪的查证

——章某某、叶某某滥用职权、贪污案 (156)

二十一、公安协警违规发放临时居住证渎职案的查证

——陈某某、管某某等 5 人滥用职权案 (161)

二十二、公安局长违规强令办理取保候审渎职犯罪的损失认定

——蔡某滥用职权、受贿案 (164)

二十三、公安民警违法泄露公民个人信息案的查证

——王某某滥用职权案 (168)

二十四、婚姻登记员违规办理虚假婚姻登记渎职犯罪的损失认定	
——樊某滥用职权、受贿案	(171)
二十五、副县长违规批示提高容积率渎职犯罪的查证	
——程某滥用职权、受贿案	(174)
二十六、码头违规偷排建筑泥浆监管渎职犯罪的查证	
——陈某某滥用职权、受贿案	(178)
二十七、民政局长违规改变土地用途渎职犯罪的查证	
——杨某某滥用职权、受贿案	(184)
二十八、建委房开处处长违规让无资质者中标项目渎职案的认定	
——张某滥用职权、受贿案	(189)
二十九、拆迁补偿滥用职权共同犯罪的查证	
——俞某滥用职权、非国家工作人员受贿案	(193)
第三章 玩忽职守犯罪案件的证据收集、审查与认定	(199)
一、食品药品监管玩忽职守犯罪的查证	
——“4·15 问题胶囊”案	(199)
二、结合现场勘验笔录判断渎职犯罪的主观方面	
——洪某某玩忽职守案	(205)
三、国土工作人员监管小产权房渎职犯罪的查证	
——王甲某玩忽职守、受贿案	(212)
四、街道副主任违规签署土地权属证明渎职案的查证	
——尤某某玩忽职守案	(216)
五、结合月度主体资格认定表查证福利企业监管领域渎职罪	
——陈某某、戴某某玩忽职守案	(222)
六、房管领导玩忽职守致使员工伪造房产证骗取贷款案的查证	
——裘某某玩忽职守、受贿、贪污案件	(230)
七、订单粮食补贴监管领域渎职罪损失的证据认定	
——湖州市粮食系统唐某某等人玩忽职守、受贿窝串案	(235)
八、结合检疫数查办禽流感补贴监管人员渎职罪	
——许某某玩忽职守案	(244)

九、海关人员玩忽职守放纵走私、偷税犯罪的查证	
——葛某玩忽职守、受贿案	(251)
十、非法吸储案背后基层综治工作人员渎职案的查证	
——王某玩忽职守、受贿案	(257)
十一、刑庭法官未依法将罪犯交付执行渎职犯罪的查证	
——朱某某玩忽职守、受贿案	(263)
第四章 其他渎职侵权犯罪案件的证据收集、审查与认定	(268)
一、司法考试监察人员故意泄露秘密案的查证	
——林某某故意泄露国家秘密、受贿案	(268)
二、公安民警查办“顶包案”徇私枉法罪的查证	
——钱某、詹某某等人徇私枉法案	(275)
三、游戏厅型赌场犯罪背后徇私枉法罪的查证	
——林某等人徇私枉法案	(280)
四、枉法仲裁犯罪行为及主观故意的证据认定	
——梁某、胡某、王某3人枉法仲裁案	(289)
五、工商经检人员徇私舞弊不移交刑事案件案的发现和查证	
——陈某某徇私舞弊不移交刑事案件案	(296)
六、徇私舞弊发售发票罪主观故意与损失结果的查证	
——赵某、徐某某徇私舞弊发售发票案	(303)
七、海关检验人员违法提供出口退税凭证罪的查证	
——贺某某违法提供出口退税凭证、受贿案	(307)
八、环保所长环境监管失职罪的查证	
——赵某某环境监管失职案	(312)
九、畜牧检疫部门放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的查证	
——杨某某放纵制售伪劣商品犯罪行为、受贿案	(319)
十、公安民警帮助犯罪分子逃避处罚案的查证	
——谢某某、黄某某帮助犯罪分子逃避处罚案	(325)
十一、公安协警刑讯逼供案的查证	
——张某甲等人刑讯逼供案	(332)

第一章 渎职侵权犯罪案件的证据收集、审查与认定概述

第一节 渎职侵权犯罪的概念和法律特征

一、渎职侵权犯罪概念

（一）内涵

渎职侵权犯罪是指我国刑法规定的国家机关工作人员在行使职权过程中违反法定职责，滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊，妨害国家机关的正常活动和秩序，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

（二）外延

刑法规定的渎职侵权犯罪，根据刑法条文具体分析主要包括两大块。

首先是刑法第四章相关条文规定的国家机关工作人员利用职权实施的侵犯公民人身权利、民主权利的侵权犯罪，具体包括以下罪名：（1）（国家机关工作人员利用职权实施的）非法拘禁罪（第238条）；（2）（国家机关工作人员利用职权实施的）非法搜查罪（第245条）；（3）刑讯逼供罪（第247条）；（4）暴力取证罪（第247条）；（5）虐待被监管人罪（第248条）；（6）报复陷害罪（第254条）；（7）（国家机关工作人员利用职权实施的）破坏选举罪（第256条）。

其次是刑法第九章各条文规定的渎职犯罪，包括以下罪名：（1）滥用职权罪（第397条）；（2）玩忽职守罪（第397条）；（3）故意泄露国家秘密罪（第398条）；（4）过失泄露国家秘密罪（第398条）；（5）徇私枉法罪（第399条）；（6）民事、行政枉法裁判罪（第399条），枉法仲裁罪（第399条之一，据《刑法修正案（六）》）；（7）私放在押人员罪（第400条）；（8）失职致使在押人员脱逃罪（第400条）；（9）徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪（第401条）；（10）徇私舞弊不移交刑事案件罪（第402条）；（11）滥用管理公司、证券职权罪（第403条）；（12）徇私舞弊不征、少征税款罪（第404条）；（13）徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪（第405条）；

(14) 违法提供出口退税凭证罪 (第 405 条); (15) 国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪 (第 406 条); (16) 违法发放林木采伐许可证罪 (第 407 条); (17) 环境监管失职罪 (第 408 条), 食品监管渎职罪 (第 408 条之一, 据《刑法修正案 (八)》); (18) 传染病防治失职罪 (第 409 条); (19) 非法批准征用、占用土地罪 (第 410 条); (20) 非法低价出让国有土地使用权罪 (第 410 条); (21) 放纵走私罪 (第 411 条); (22) 商检徇私舞弊罪 (第 412 条); (23) 商检失职罪 (第 412 条); (24) 动植物检疫徇私舞弊罪 (第 413 条); (25) 动植物检疫失职罪 (第 413 条); (26) 放纵制售伪劣商品犯罪行为罪 (第 414 条); (27) 办理偷越国 (边) 境人员出入境证件罪 (第 415 条); (28) 放行偷越国 (边) 境人员罪 (第 415 条); (29) 不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪 (第 416 条); (30) 阻碍解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪 (第 416 条); (31) 帮助犯罪分子逃避处罚罪 (第 417 条); (32) 招收公务员、学生徇私舞弊罪 (第 418 条); (33) 失职造成珍贵文物损毁、流失罪 (第 419 条)。

根据《刑事诉讼法》、《人民检察院刑事诉讼规则 (试行)》、《最高人民检察院关于人民检察院直接受理立案侦查案件范围的规定》的规定, 上述两块渎职侵权犯罪, 都由人民检察院立案管辖。

二、渎职侵权犯罪的法律特征

渎职侵权犯罪的法律特征, 主要表现在其独特的犯罪构成要件各个方面。

(一) 犯罪客体

渎职侵权犯罪的客体是复杂客体。由于渎职侵权犯罪行为广泛, 每个犯罪可能侵犯的具体客体各不相同, 甚至一个犯罪行为同时侵犯多个犯罪客体, 因此无论从渎职侵权犯罪类罪的角度, 还是从具体渎职侵权犯罪个罪的角度, 所侵犯的犯罪客体一般都呈现出复杂客体特征。具体表现出四个层次: (1) 妨害国家机关正常活动和秩序。渎职侵权犯罪都是国家机关工作人员行使职权或者利用职权过程中, 违反了相关依法公正客观履行职责的法律法规规定, 违法行使职权, 都表现出“渎职”的明显特征。所以一切渎职侵权犯罪首先必然妨害了国家机关的正常活动和秩序。(2) 侵犯公民的人身权利、民主权利、财产权利。渎职侵权犯罪中, 国家机关工作人员背离法定职责行使职权时, 往往对职务行为的相对人的合法权利造成损害。公民被侵害的权利, 既可能是人身权利, 也可能是民主权利, 当然更多地表现为财产权利。而且很多时候也会出现多种权利同时被侵害的情形, 呈现出复杂客体的特征。(3) 造成国家和集体利益重大损失。这种损失主要表现在经济损失, 但也会呈现出多重多样的

损失样态,例如严重损害了国家机关的形象和声誉。(4)侵害国家机关工作人员职务行为的廉洁性。一些渎职侵权犯罪的实施,往往伴随着权钱交易进行,因此同时侵害到国家机关工作人员职务行为的廉洁性。我们在司法实践中,在查处渎职犯罪同时,要特别重视查处侵害职务行为廉洁性的职务犯罪。

司法实践中,我们在侦查认定相关渎职侵权犯罪时,首先必须考虑行为是否妨害了国家机关的正常活动和秩序,这个问题直接决定着罪与非罪、此罪和彼罪的区分认定。在此基础上,我们进一步仔细审查确定其他可能被侵害的客体,从而准确地区别认定此罪和彼罪。

(二) 犯罪主体

渎职侵权犯罪的主体,一般认为是国家机关工作人员^①,即在国家机关中从事公务的工作人员^②,其中重点是要明确“国家机关”和“从事公务”的概念。

1. 国家机关

我国现行法律未对国家机关作出明确定义。依据宪法和法律的相关规定,一般认为,国家机关是指国家依法设立,代表国家意志,行使国家权力,实现国家统治或者管理职能,并以国家预算作为其独立活动经费的政治组织。具体包括国家权力机关(各级人民代表大会及其常务委员会)、行政机关(各级人民政府及其所属职能部门和派出管理机构)、审判机关(各级人民法院)、检察机关(各级人民检察院)、军事机关(各级军事机关和所属部门机构)。

另外,根据我国宪法规定和国家机构设置的实际情况,我国的国家机关还应当包括以下几个方面:

(1) 中国共产党的各级机关及其所属部门。我国宪法明确规定中国共产党是执政党,在国家管理事务中居于领导核心地位,具有行使国家权力和管理国家事务的职能。因此,中国共产党各级机关及其所属部门,属于国家机关。但是,如果国有公司、企业、事业单位和人民团体中的中国共产党委员会以及

① 关于故意或者过失泄露国家秘密罪,刑法分则第398条规定,非国家机关工作人员犯此罪的,依照国家机关工作人员的规定酌情处理。

② 《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》附则(三):本规定中的“国家机关工作人员”,是指在国家机关中从事公务的人员,包括在各级国家权力机关、行政机关、司法机关和军事机关中从事公务的人员。在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员,或者在受国家机关委托代表国家行使职权的组织中从事公务的人员,或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员,在代表国家机关行使职权时,视为国家机关工作人员。在乡(镇)以上中国共产党机关、人民政协机关中从事公务的人员,视为国家机关工作人员。

各种非国有公司、企业的中共党组织、党的基层组织，仅仅是党的一级组织，所从事的工作同国家管理没有直接联系的，不具有行使国家权力和管理国家事务职能的，就不符合国家机关的特征，不属于国家机关。

(2) 中国人民政治协商会议的各级机关及其所属部门。根据宪法规定，政治协商会议是由中国共产党领导的，有各民主党派和各人民团体参加的，包括全体社会主义劳动者、社会主义事业的建设者、拥护社会主义的爱国者和拥护祖国统一的爱国者的广泛的爱国统一战线。各级政协委员会机关是组织各民主党派、社会各界参政、议政的职能机关，对国家的各项事务具有监督职能，其在参与国家事务方面特定的管理作用，实际发挥着国家机关的职能作用，因此，各级政治协商会议及其所属部门，应视为国家机关。

2. 从事公务

即从事代表国家意志，行使国家权力，实行国家统治或者管理，实现国家职能的活动。这是国家机关工作人员应当具有的实质要件和本质特征。

国家公务活动，一般具有以下特征：(1) 代表国家意志。公务活动都是代表着国家意志，实现的是国家职能，是国家权力的一种体现，而不是代表某个集体、团体或个人意志的行为。公务活动过程根据国家授权或者委托进行，对国家负责，其后果也由国家承担。(2) 管理性。任何公务活动，都是对一定领域一定范围一定层次的公共事务的统治或者管理行为。从管理范围来看，涉及国家的政治、经济、军事、文教、卫生、体育、科技等各个领域；从管理方式来看，有计划、领导、指挥、决定、执行、监督等；从管理层次来看，有中央和地方等。从具体管理者职责来看，有总管、主管、分管、经管、经营等。(3) 国家强制性。国家公务是代表国家意志进行的统治或者管理活动，必然依靠国家强制力来贯彻其行为、实现其目的。(4) 合法性。任何国家公务，其活动内容和程序，都必须具有宪法和法律上的依据，并且符合一定的法律程序，不能有超越法律、法规规定的随意性或违法性。

2003年11月13日印发的最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》明确“从事公务，是指代表国家机关、国有公司、企业事业单位、人民团体等履行组织、领导、监督、管理等职责。公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动。如国家机关工作人员依法履行职责，国有公司的董事、经理、监事、会计、出纳人员等管理、监督国有财产等活动，属于从事公务”。

从事公务，是认定国家机关工作人员的本质特征。司法实践中要注意充分把握。一些人员，虽然在国家机关里工作，但不是从事公务活动，而是从事一般性劳务、杂务、事务、服务性质工作的，不能认定为国家机关工作人员。相

反,一些人员虽然不是在国家机关中工作、并不具有国家机关的正式编制身份,但是依据相关的法律法规以及立法解释、司法解释规定,司法实践中应当根据其实际行使的职权、职责,判断其是否从事公务,是否履行着国家机关的管理职能,依此来判断其是否属于“视为国家机关工作人员”或者“以国家机关工作人员论”的情形。

3. 司法实践中认定国家机关工作人员的情形及其依据^①

综合前述国家机关工作人员认定的两个主要特征,特别是“从事公务”的本质特征,根据刑法规定和相关立法解释、司法解释规定,司法实践中,对以下人员应当认定为国家机关工作人员。

(1) 刑法修正案规定

2006年6月29日通过的《刑法修正案(六)》规定:在刑法第399条后增加一条,作为第399条之一:“依法承担仲裁职责的人员,在仲裁活动中故意违背事实和法律作枉法裁决,情节严重的,处3年以下有期徒刑或者拘役;情节特别严重的,处3年以上7年以下有期徒刑。”根据我国《仲裁法》的有关内容并结合其他相关法律分析,我国的仲裁委员会属于登记设立的独立法人,民间性是仲裁的本质特征,仲裁员不是国家机关工作人员。但《刑法修正案(六)》上述规定,明确认定其为渎职罪犯罪主体。

2011年2月25日通过的《刑法修正案(八)》规定:在刑法第408条后增加一条,作为第408条之一:“负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员,滥用职权或者玩忽职守,导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果的,处5年以下有期徒刑或者拘役;造成特别严重后果的,处5年以上10年以下有期徒刑。”该条明确将负有食品安全监督管理职责的人员,认定为渎职罪的犯罪主体。

(2) 立法解释规定

全国人民代表大会常务委员会2002年12月28日通过的《关于〈中华人民共和国刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》规定:“在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员,或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员,或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员,在代表国家机关行使职权时,有渎职行为,构成犯罪的,依照刑法关于渎职罪的规定追究刑事责任。”

根据该立法解释,国家机关工作人员还应当包括以下几种情况:

^① 以下参见张峻:《渎职罪主体司法解释的法律适用问题》, http://www.hbgucheng.jcy.gov.cn/llyj/201310/t20131022_1230140.shtml。

第一，在依照法律、法规授权规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员。《行政处罚法》第17条规定：“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚。”近年来，随着机构改革的深入进行和政府部分权力的下放，一些法律、法规授权某些非国家机关的组织在某些领域行使国家行政管理职权。如证券监督管理委员会，不属于国家机关，但是《证券法》赋予了其对证券市场实行监督管理的职责，包括行政处罚的权力。保险监督委员会，也不属于国家机关，但是按照《保险法》的规定行使了国家行政管理职能。像这些不属于国家机关，但是法律、法规赋予其国家行政管理职权的组织中从事公务的人员，应当视为国家机关工作人员。

第二，在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员。《行政处罚法》第18条规定，行政机关依照法律、法规或者规章的规定，可以在其法定权限内委托符合法定条件的组织实施行政处罚。这种情况比较多，一些政府机构改革后，过去很多属于机关性质的组织，现在都改成事业单位了。虽然机构性质和编制变了，但这些机构仍然根据国家机关委托，实际履行着部分行政管理职责。机构人员在实际履行受委托的行政管理职责时，应当视为国家机关工作人员。例如一些基层街道站所，文化市场管理办公室、卫生防疫者站等。

第三，虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员。这些人不属于国家机关的正式编制，但由于临时借调、聘用等关系实际上在国家机关中行使了国家机关的职权。最高人民法院对此专门出台了司法解释，公安机关聘用的合同制民警，包括监狱里聘用的狱警，他们不是正式的民警，是合同制的，但实际上行使了看守罪犯等监管职责，与正式的公安人员没有差别，这些人员应当算作国家机关工作人员。

（3）最高人民法院、最高人民检察院司法解释规定

鉴于渎职侵权犯罪主体在司法实践中的复杂情形和认识分歧，最高人民法院、最高人民检察院，先后总结各地实践问题，就具体情形是否认定为国家机关工作人员，作出了大量的司法解释（有的已经被之后的立法解释、司法解释所吸收）。主要有：

2000年4月30日《最高人民检察院对〈关于中国证监会主体认定的请示〉的答复函》明确：“中国证券监督管理委员会为国务院直属事业单位，是全国证券期货市场的主管部门。其主要职责是统一管理证券期货市场，按规定对证券期货监管机构实行垂直领导，所以，它是具有行政职责的事业单位。据此，北京证券监督管理委员会干部应视同为国家机关工作人员。”

2000年5月4日《最高人民检察院〈关于镇财政所长是否适用国家机关