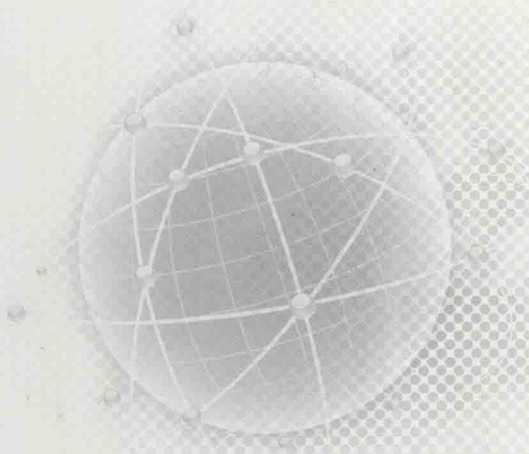


刑法分则解释与判例研究丛书

XINGFAFENZEJIESHIYUPANLIYANJIUCONGSHU

贪污贿赂渎职罪 解释论与判例研究

陈洪兵◎著



中国政法大学出版社

刑法分则解释与判例研究丛书

XINGFAFENZEJIESHIYUPANLIYANJIUCONGSHU

贪污贿赂渎职罪 解释论与判例研究

陈洪兵◎著



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

贪污贿赂渎职罪解释论与判例研究/陈洪兵著. —北京：中国政法大学出版社，2015. 3
ISBN 978-7-5620-5973-8

I. ①贪… II. ①陈… III. ①贪污贿赂罪—研究—中国 ②渎职罪—研究—中国 IV.
①D924. 304

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第059588号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址	北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	北京鑫海金澳胶印有限公司
开 本	720mm×960mm 1/16
印 张	19
字 数	310千字
版 次	2015年4月第1版
印 次	2015年4月第1次印刷
定 价	55.00元

前 言

“从事公务”系国家工作人员主体的本质特征；在“国家工作人员”的认定上，除隐瞒境外存款罪、巨额财产来源不明罪外，应坚决摒弃“身份论”而采“公务论”，因而区分“公务”与“劳务”没有意义，关键在于是否从事公共事务、提供公共服务、履行公共职能；“公务”及“国家工作人员”的内涵具有相对性，出纳、会计、仓管员、售货员、售票员、收费员、车间工人等保管、经手国有财产的活动，虽属于贪污罪、挪用公款罪中的“公务”而可能成立该罪，但因这类人员通常没有“职权”可以利用而无法成为受贿罪的主体；村干部虽可成为贪污、受贿、挪用公款罪主体，却不是隐瞒境外存款罪、巨额财产来源不明罪的主体；委派到不含公共财产成分的单位的人员，不能成立贪污罪、挪用公款罪；《刑法》第382条第2款属于注意规定，因而受委托管理、经营国有财产的人员也能成为受贿罪、挪用公款罪的主体；《刑法》第163条第3款、第271条第2款、第272条第2款、第183条第2款、第184条第2款以及第185条第2款，均为注意规定。

《刑法》中有十个罪名存在“利用职务上的便利”或“利用职务便利”的罪状表述，因主体、对象、行为方式及法益的差异，其含义呈现相对性；贪污罪中“利用职务上的便利”这一要件，相对于不同的贪污行为而言，具有不同的含义；主张职务侵占罪的客观行为方式同样包括“窃取、骗取”之通说，基本上是只有结论而没有论证；应该认为，我国《刑法》中的职务侵占罪相当于域外刑法中的业务侵占罪，仅限于狭义的侵占，故所谓利用职务之便窃取、骗取本单位财物的，应以盗窃、诈骗罪定罪处罚；贿赂罪中“利用职务上的便利”这一要件，旨在说明贿赂的职务关联性。

受贿罪中“利用职务上的便利”与“为他人谋取利益”并非实行行为，而是索取或者收受他人财物时伴随的情状，旨在说明所收财物与其职务之间

存在对价关系，故而受贿罪的实行行为只有索取、收受财物，索取、收受了财物即成立受贿罪的既遂，受贿枉法的，应当数罪并罚；对于所谓“感情投资”，只要超出了正常的社交礼仪范围，推定与其职务存在对价关系，即为贿赂，收受之时即成立受贿罪既遂，而无须查明是否为他人谋取利益。斡旋受贿的实行行为，是国家工作人员接受为他人谋取不正当利益的请托而索取、收受请托人财物；利用影响力受贿罪的实行行为，是与国家工作人员关系密切的人接受他人谋取不正当利益的请托而索取、收受请托人财物；被斡旋的国家工作人员是否承诺为请托人谋取不正当利益，是否实际为请托人谋取不正当利益，均不影响斡旋受贿及利用影响力受贿犯罪既遂的成立。

职务关联性是成立贿赂罪的必备条件。相对于纯粹性说，信赖保护说更能合理说明“感情投资”等现实问题。转职者若就过去的职务行为收受财物，难免会在将来实施职务行为时抱有获得不正当报酬的期待，因而具备职务关联性；离职者若在职时没有关于贿赂的要求或者约定，则因缺乏职务关联性，在现有立法框架下只能宣告无罪；收受作为“感情投资”的财物者，其将来实施的职务行为有被置于贿赂的影响之下，从而有损害职务行为公正性的危险，因而具有职务关联性，应当且能够作为贿赂犯罪处罚。

我国受贿罪及其法定刑条款存在致命性缺陷，已俨然成为我国政府大力反腐的掣肘。“为他人谋取利益”既非主观要件，亦非客观要件，而是与“利用职务上的便利”一道，旨在强调所收受的财物与其职务之间存在对价关系，表明财物具有贿赂性质，以将正常的馈赠排除在贿赂之外。通说及司法解释一方面认为“为他人谋取利益”包括承诺、实施、实现，另一方面又认为受贿枉法的应当数罪并罚，故有重复评价之嫌；通说及司法解释认为，承诺包括默示的承诺，而这种所谓的承诺，并非表现于外、能够影响或侵害法益的行为，致使受贿罪中“为他人谋取利益”的要件，事实上成了“皇帝的新装”！受贿罪死刑适用宽严失据，以致“情节特别严重”之所谓死刑适用标准，不过是一块任人拿捏的“橡皮泥”！

政治反腐与法治反腐，两手都要硬，可事实上，我国贿赂犯罪的刑法规范存在诸多根本性缺陷，目前已俨然成为法治反腐的最大障碍！因此首先应删除受贿罪中“为他人谋取利益”之规定，然后将受贿罪罪状修改为：“国家机关工作人员基于其职务，为自己或者第三人索要、约定或者收受任何不正当好处。”至于行贿罪罪状，可考虑修改为：“基于国家机关工作人员或者国

家机关的职务，任何人给予或者许诺给予国家机关工作人员或者国家机关任何不正当好处。”还应规定“行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的，不以犯罪论处”，以置贿赂者于囚徒困境。此外，由于受贿罪在罪质上明显不同于贪污罪，应对受贿罪设置独立的法定刑及适用条件。

准确认定贪污罪中的“侵吞”、“窃取”及“骗取”，对于区分贪污罪与侵占、盗窃、诈骗罪，具有重要意义。除了狭义的“侵吞”，将“窃取”、“骗取”增设为贪污罪的客观行为方式，旨在突出和加强对公共财物的特殊保护；贪污罪中的“侵吞”，是指将自己基于职务而管理、控制、支配、占有下的财物占为己有，所谓的“监守自盗”，不过是一种典型的侵吞；所谓“窃取”，系将自己基于职务而共同占有、支配或者辅助、监视占有下的本单位财物非法占为己有；所谓“骗取”，是指行为人基于自己作为单位成员的身份或地位，欺骗管理、控制、支配、占有本单位财物的人员，使其作出将本单位财物处分给行为人的决定，进而取得财物；将个人债务转移给本单位承担，可谓贪污罪中的“其他手段”。

贪污与受贿，在罪质上存在根本性差异，定性贪污还是受贿，不仅可能导致犯罪数额认定上的悬殊而影响处罚轻重，而且事关能否挽回被害单位所实际遭受的财产损失，因而准确性意义重大。贪污与受贿的关键区别，在于所收受财产的性质和来源。具体个案中，贪污与受贿之间可能发生竞合，为了实现罪刑相适应及最大限度地弥补被害单位所遭受的财产损失，两罪竞合时通常应以贪污罪定罪处罚。无论是特意高价购买，还是有意低价出售，然后要求对方自己支付合同价与市场价之间的差价款，都是名为收受经济往来中的回扣、手续费，实则“迂回贪污”，系伙同交易对方变相地将本单位财物非法占为己有，应成立贪污罪或者职务侵占罪。

挪用公款罪是单行为犯，实行行为只有“挪”，“挪而未用”成立其他活动型挪用公款罪既遂；“归个人使用”的本质是违背单位意志将公款非法置于自己的控制支配下，可根据是否体现单位意思、是否为单位打算、是否尽到善良管理人义务等进行判断；包括“挪新还旧”在内的多次挪用，无论案发时是否归还，均应根据各自的用途累计计算，然后按照“举轻以明重”原理计算挪用数额；挪用公款罪虽然也可谓片面对象犯，但使用者既不是被害人，亦不缺乏期待可能性，故要求、提议挪用公款的成立共犯，挪出之后仅参与使用公款的成立赃物犯罪；挪用公款罪不是继续犯而是状态犯，追诉期限均

应从挪用行为完成之日起计算，司法解释主张其他活动型追诉期限从超过3个月开始计算，会导致与非法活动型及营利活动型处罚不均衡。

贪污罪与挪用公款罪构成要件间不是对立、排斥关系，而是包容、竞合关系。两罪之间的关键区别并非在于有无永久性非法占有的目的，而是类似于盗窃罪与不可罚的盗用行为之间的区别；具体而言，界定两罪应从挪用行为对于单位公款利用可能性的妨碍程度、挪用金额的大小、挪用时间的长短、挪用人本身的财力大小、公款的风险性程度等方面，进行综合判断；携款潜逃、平账、不入账等因素，只是判断的一种资料，不能绝对化；不管主观上是否想还，只要客观上没有还，就属于“不退还”；不管主观上是否想还，挪用公款数额较大不退还的，只需评价为挪用公款“情节严重”；挪用公款数额特别巨大不退还的，可以贪污罪判处死刑；不是自己控制支配下的公款，只可能成为贪污罪的对象；长期挪用公物的，应该且能够以贪污罪定罪处罚。

巨额财产来源不明罪的实行行为不是拒不说明财产来源的不作为，而是拥有来源不明的巨额财产，因而属于持有型犯罪；该罪不是举证责任倒置，而是一种立法推定，是证明对象的变更；该罪的溯及力及追诉期限起算的时间节点均为结束非法敛财之日，通常为离退休之日；该罪只是在理论上有成立共犯的可能，但实践中难以认定；夫妻双方均为国家工作人员的，也不宜认定成立本罪的共犯，因而在来源不明财产数额的计算上不能适用“部分实行全部责任”归责原则；家属参与保管财产的，应单独以妨害司法罪论处；主动交代存在来源不明的巨额财产的，能够成立该罪的一般自首和特殊自首；由于我国目前尚未建立完善的财产申报制度，该罪判决生效后查明财产真实来源的，只要行为人已尽自己所能积极地说明了财产来源，就应当启动审判监督程序撤销原判，重新做出判决。

巨额财产来源不明罪只是贪污贿赂罪的兜底性犯罪，而非整个经济犯罪、财产犯罪的兜底性犯罪，因而，“不能说明来源”，是指不能说明非来源于贪污贿赂所得，故收受红包、礼品等违纪所得，以及因证据等因素不能查实但可能来源于贪污贿赂所得的，应当计入不明财产数额，但若存在来源于赌博、非法经营、盗窃、诈骗、抢劫等非贪污贿赂所得的可能性与合理性的，不应计入不明财产数额；现金、存款以外的动产、不动产，原则上应以购入时价格计算价值，已经作为以往支出计算的，不应在现有财产价值中重复计算；确已查明的非合法收入的孳息部分，不应计入不明财产数额，但应予以追缴；

经营收益、炒股盈利、卖房获利，应将当初投资额计入以往支出，而不应计入合法收入；隐瞒境外存款又不能说明来源的，应以隐瞒境外存款罪与巨额财产来源不明罪数罪并罚。

关于渎职罪，理论与实务存在诸多认识误区：混淆违法与责任、将“重大损失”与“情节严重”区别对待、混淆事实上的因果关系与刑法上的因果关系、混同实害犯与结果犯、混淆溯及力与追诉时效等。因渎职行为通常只是结果发生的间接原因，即便行为人对“重大损失”持希望或放任的态度，以渎职罪法定刑处罚也能做到罪刑相适应，故理论上有关滥用职权罪罪过的争论，没有实际意义；只有根据规范的保护目的，能够将“重大损失”归属于行为人时，才能肯定渎职罪的因果关系；可将渎职罪大致分为行为犯、实害犯、情节犯三种类型；渎职行为完成时为渎职罪溯及力确定的时间点，而非重大损失发生之日；实害犯及情节犯类型渎职罪的追诉时效，应从发生实害或情节严重时起算；只有行为犯类型的渎职罪存在未遂。

《刑法》第397条中“本法另有规定的，依照规定”，并非特别关系法条竞合适用原则的重申，而是一种重法适用的指引与提醒，属于注意性规定。行为同时符合普通渎职罪与特殊渎职罪构成要件，以及行为不符合特殊渎职罪构成要件，但符合普通渎职罪构成要件的，可以转用普通渎职罪定罪处罚；滥用职权罪与玩忽职守罪之间存在竞合，必要时可将滥用职权的犯罪事实评价为玩忽职守罪；特殊渎职罪之间存在广泛的竞合，竞合时从一重处罚；渎职罪与故意杀人罪、故意伤害罪、非法拘禁罪、刑讯逼供罪、虐待被监管人罪、敲诈勒索罪等相关人身犯罪、财产犯罪之间可能存在竞合，从一重处罚即可。

目 录

前 言	I
第一章 “国家工作人员”的认定	1
一、从事公务：“国家工作人员”主体的本质特征	2
二、应否区分“公务”与“劳务”	12
三、“国家工作人员”内涵的相对性	17
四、“委派”与“委托”的纠缠	21
第二章 “利用职务上的便利”的认定	23
一、贪污罪中“利用职务上的便利”	24
二、职务侵占罪中“利用职务上的便利”	33
三、受贿罪中“利用职务上的便利”	39
四、挪用公款罪中“利用职务上的便利”	40
五、其他条文中“利用职务上的便利”	41
第三章 受贿犯罪的实行行为	43
一、确定实行行为的意义	44
二、（普通）受贿的实行行为	46
三、斡旋受贿的实行行为	50
四、利用影响力受贿罪的实行行为	52
第四章 贿赂犯罪的职务关联性	55
一、对我国贿赂犯罪特有表述的重新诠释	56
二、贿赂犯罪的保护法益	59

三、职务关联性的具体认定	61
第五章 我国受贿罪的适用困境	70
一、“利用职务上的便利”的认定	72
二、“为他人谋取利益”的功能定位	82
三、“情节特别严重”之死刑适用标准判断	88
第六章 贿赂犯罪体系的反思与重构	93
一、受贿罪条文的缺陷及改造	94
二、行贿罪条文的缺陷及完善	106
三、单位贿赂犯罪规定的检讨	108
四、其他条文的修正	110
五、贿赂犯罪条文的具体设计	113
第七章 贪污罪客观行为的认定	116
一、增设“窃取”、“骗取”及“其他手段”的原因	117
二、“侵吞”	119
三、“窃取”	121
四、“骗取”	128
五、“其他手段”	133
第八章 贪污与受贿的界限与竞合	137
一、由薄熙来案引发的疑问	137
二、界分贪污与受贿的意义	139
三、界分的标准	140
四、竞合的处理	143
五、典型判例评析	145
第九章 挪用公款罪的适用	154
一、实行行为的确定	155
二、“归个人使用”的理解适用	159
三、多次挪用的数额计算	165
四、共犯的认定	168
五、犯罪形态的确定及追诉时效的起算	170

第十章 贪污罪与挪用公款罪的界限与竞合	175
一、理论上的认识误区	176
二、“携款潜逃型”	184
三、“平账型”	187
四、“不入账型”	191
五、“不退还型”	193
第十一章 巨额财产来源不明罪的适用	196
一、实行行为的厘定	198
二、证明责任辨析	203
三、犯罪形态的确定及其适用	207
四、自首的认定	214
五、既判力的处理	217
第十二章 巨额财产来源不明罪不明财产的计算	221
一、“不能说明来源”的含义解读	222
二、典型错案评析	226
三、简单总结	235
第十三章 渎职罪的适用	236
一、混淆违法与责任	237
二、将“重大损失”与“情节严重”区别对待	240
三、将事实上的因果关系等同于刑法上的因果关系	242
四、混淆实害犯与结果犯概念、溯及力与追诉时效制度	249
第十四章 渎职相关犯罪的界限与竞合	259
一、“本法另有规定的，依照规定”的新注解	260
二、滥用职权罪与玩忽职守罪之间的关系	266
三、特殊渎职罪之间的界限与竞合	270
四、渎职罪与相关侵犯人身、财产犯罪的关系	278
主要参考文献	283

第一章

“国家工作人员”的认定



主要观点

1. “从事公务”系国家工作人员主体的本质特征；
2. 在国家工作人员的认定上，除隐瞒境外存款罪、巨额财产来源不明罪外，应坚决摒弃“身份论”而采“公务论”，因而区分“公务”与“劳务”没有意义，关键在于是否从事公共事务、提供公共服务、履行公共职能；
3. “公务”及“国家工作人员”的内涵具有相对性，出纳、会计、仓管员、售货员、售票员、收费员、车间工人等保管、经手国有财产的活动，虽属于贪污罪、挪用公款罪中的公务而可能成立该罪，但因这类人员通常没有“职权”可以利用而无法成为受贿罪的主体；
4. 村干部虽可成为贪污、受贿、挪用公款罪主体，却不是隐瞒境外存款罪、巨额财产来源不明罪的主体；
5. 委派到不含公共财产成分的单位的人员，不能成立贪污罪、挪用公款罪；
6. 《刑法》第382条第2款属于注意规定，因而受委托管理、经营国有财产的人员也能成为受贿罪、挪用公款罪的主体；
7. 《刑法》第163条第3款、第271条第2款、第272条第2款、第183条第2款、第184条第2款以及第185条第2款，均为注意规定。



主要法规链接

《刑法》第93条：“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。”

作为一个刑法概念,可以说“没有哪一个概念能像‘国家工作人员’一样,认定与否,不仅涉及罪与非罪,而且涉及此罪与彼罪,甚至涉及有期徒刑或者死刑这一最重刑罚的巨大差异”。事实上,“刑法中没有哪一个概念能比‘国家工作人员’这一概念在近年司法实践中被人为规定和改革冲击得如此复杂、如此难以把握”。〔1〕“国家工作人员”何以让实务工作者“抓狂”、理论工作者亦为之“魂牵梦绕”呢?原因无非在于,“国家工作人员”是贪污罪、受贿罪、挪用公款罪、隐瞒境外存款罪以及巨额财产来源不明罪五个罪名的犯罪主体,是否属于“国家工作人员”,对于隐瞒境外存款与巨额财产来源不明而言,关系到罪与非罪,而对于非法占有单位财物、挪用资金以及索取或者非法收受他人财物的行为而言,直接关系到是定贪污、挪用公款、受贿罪,还是职务侵占、挪用资金、非国家工作人员受贿罪,而这两类犯罪的法定刑相差悬殊,乃至关涉“生死抉择”。

本书以为,理论与实务之所以在“国家工作人员”的认定上陷入困境,是因为未能准确把握国家工作人员主体的本质特征,以致纠缠于“公务”与“劳务”、“委派”与“委托”之类的区别,没有从各罪所保护的法益以及行为方式的特殊性出发,对“公务”及“国家工作人员”的内涵进行相对性把握。

一、从事公务:“国家工作人员”主体的本质特征

《刑法》第93条对“国家工作人员”的界定是:“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。”据此,理论与实务普遍认为,“从事公务”是国家工作人员主体的本质特征。〔2〕

但何谓“从事公务”,理论与实务争议很大:①是指依法履行职责的职务

〔1〕 张军:《非公有制经济刑法规制与保护论纲》,中国人民公安大学出版社2007年版,第121~122页。

〔2〕 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第6版),北京大学出版社、高等教育出版社2014年版,第620页;刘艳红主编:《刑法学》(下),北京大学出版社2014年版,第397页;刘宪权主编:《刑法学》(下)(第3版),上海人民出版社2012年版,第789页;沈志先主编:《职务犯罪审判实务》,法律出版社2013年版,第45页;浙江省海宁市人民法院(2000)海刑初字第153号刑事判决书。

行为以及其他办理国家事务的行为；②是指依法进行的管理国家、社会或集体事务的职能活动；③是指在各级机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体等单位中履行组织、领导、监督、管理等职责；④认为将现行刑法中的公务活动本质特征界定为管理性是正确，但对公务活动的把握不能过于拘泥于形式。^{〔1〕}2003年11月13日最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《纪要》）指出：“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。那些不具备职权内容的劳务活动、技术服务工作，如售货员、售票员等所从事的工作，一般不认为是公务。”

可见，无论理论还是实务，有关“公务”的关键词无非是“组织”、“领导”、“监督”、“管理”，而且在对“公务”以及“国家工作人员”内涵的把握上，都强调“职权性”或者“管理性”。而域外刑法理论与实务未必如此。日本刑法理论与判例认为，所谓“公务”，泛指国家或者地方公共团体的事务（不限于权力性事务）。即便是单纯从事机械性、体力性劳动者，如果其所从事的事务属于国家或者地方公共团体的事务，仍应属于公务员，如邮政收发员。^{〔2〕}《联合国反腐败公约》亦认为，所谓“公职人员”是指履行公共职能或者提供公共服务的人员。

在我国，“国家工作人员”范围非常广泛，不仅包括了国家机关工作人员，还包括了大量“以国家工作人员论”的准国家工作人员。本书认为，所谓“从事公务”，就是指从事公共性事务、提供公共性服务、履行公共性职能。诚如学者所言，“对公务作广义的解释，只要是为了公共利益以公权力为依托而进行的管理和服务行为，都应作为公务认定，即将所有与公共职能、公共服务有关的活动，都做公务活动认定”。^{〔3〕}例如，记者虽然只是耍耍嘴

〔1〕 参见孙国祥：《贿赂犯罪的学说与案解》，法律出版社2012年版，第278～279页。

〔2〕 参见〔日〕西田典之：《刑法各论》（第6版），弘文堂2012年版，第420页以下；〔日〕前田雅英：《刑法各论讲义》（第5版），东京大学出版会2011年版，第596～597页；〔日〕山口厚：《刑法各论》（第2版），有斐阁2010年版，第541～542页；日本最判昭和35（1960）.3.1刑集14卷3号，第209页。

〔3〕 孙国祥：“论刑法中的国家工作人员”，载《人民检察》2013年第11期。

皮子、动动笔杆子,但因为“履行社会舆论监督职能,行使对国家公共事务的管理监督权力,属于国有事业单位中从事公务人员”〔1〕。而律师、税务咨询代理人员等,属于为社会提供中介服务的人员,这类人从事的代理咨询等活动,“是一种服务性质的劳务活动而非公务”〔2〕。

(一) 从“身份论”到“公务论”

以前实务中,司法人员在认定贪污贿赂罪的主体时,总是在行为人有无填写过国家人事部门制定的所谓干部履历表、是否属于国家干部编制、系干部还是合同制工人、是长期聘用的正式职工还是临时工等问题上纠缠不休。〔3〕这被学者形象地称为“身份论”、“血统论”,即注重对行为人本身是否具有干部身份的资格判断。后来,最高人民检察院、最高人民法院于合同制民警〔4〕、属于工人编制的乡镇工商所所长〔5〕、企事业单位公安机构工作人员〔6〕、狱医〔7〕等一系列的司法解释均指出,不管行为人是否具有干部身份或者编制、工作职责是什么,只要实际在依法执行公务、履行国家机关工作人员职责,就应认定为国家机关工作人员。这被学者称之为“公务论”。可见,关于国家工作人员的认定,我国司法实务有从形式到实质、从“身份论”向“公务论”的演变趋势。〔8〕

不过,2008年11月20日最高人民法院、最高人民检察院在《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》中指出,依法组建的评标委员会、竞争性谈判采购中谈判小组、询价采购中询价小组中国家机关或者其他

〔1〕 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编:《刑事审判参考》(总第72辑),法律出版社2010年版,第81页。

〔2〕 参见河南省新乡市新华区人民法院(1998)新刑初字第67号刑事判决书。

〔3〕 参见赵震:《职务犯罪重点疑难精解》,法律出版社2013年版,第125页。

〔4〕 参见2000年10月9日最高人民检察院《关于合同制民警能否成为玩忽职守罪主体问题的批复》。

〔5〕 参见2000年10月31日最高人民检察院《关于属工人编制的乡(镇)工商所长能否依照刑法第三百九十七条的规定追究刑事责任问题的批复》。

〔6〕 参见2002年4月29日最高人民检察院《关于企事业单位的公安机构在机构改革过程中其工作人员能否构成渎职侵权犯罪主体问题的批复》。

〔7〕 参见2000年9月19日最高人民法院《关于未被公安机关正式录用的人员、狱医能否构成失职致使在押人员脱逃罪主体问题的批复》。

〔8〕 参见陈娇蓉、郭大磊:“论国有医疗机构信息管理人员的受贿主体资格”,载《法学》2013年第10期。

国有单位的代表有索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，以受贿罪定罪处罚。这意味着，这些委员会或者小组中的参与人员，实施同样的行为将因“出身”不同而适用不同的罪名和法定刑。然而，这些机构的活动本身是独立的，不会因为来自国有单位就代表国有单位利益，来自非国有单位就代表非国有单位的利益。也就是说，不会因为身份的不同就导致其评标等行为的性质发生变化。^{〔1〕}可见，国家工作人员认定的实质标准并不是统一的，同一种活动，不同身份的人实施，可能得出是“公务活动”或者“非公务活动”的结论，“公务”由此完全丧失了独立的品格。难怪有学者慨叹，上述规定“实际上是在国家工作人员认定标准上，‘身份论’大有峰回路转之势，又重新强调身份的重要性，重回了‘身份论’”^{〔2〕}。

本书认为，既然公认国家工作人员的本质特征在于从事公务，因而不管理为人原来是什么身份，只要实际从事的是公务，就应认定为国家工作人员，故“公务论”具有合理性。不过，司法实务中似乎还在“身份论”与“公务论”之间摇摆不定。

主张“身份论”的判例如：①1994年10月5日，河南省西峡县田关乡党政联席会议商定让被告人李某^{〔3〕}到田关乡救灾扶贫互助储金会（系社会团体法人）工作，按乡招聘人员对待，被告人先后担任出纳和会计。其利用职务之便挪用资金。检察院以挪用公款罪起诉，法院则认为，被告人李某不属于国家工作人员，应构成挪用资金罪。^{〔4〕}②被告人姚某系海口市邮政局解放路分局储蓄班合同制职工。1997年4月17日中午12时许，其趁人不注意，利用同事的工号和密码操作电脑，将30万元转入自己所支配的账户上。检察院以侵占罪起诉，法院亦以“海口市邮政局是国有企业，被告人姚某是该局的合同制工人”为由，认定构成侵占罪（系全国人大常委会《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》中规定的罪名）。^{〔5〕}③被告人王某于1988年11月14

〔1〕 其实，评价小组成员系依照《中华人民共和国招标投标法》开展工作，因而属于“依照法律从事公务的人员”。同样，由人民法院根据《破产法》等法规指定到清算小组从事工作的人员，也属于“依照法律从事公务的人员”。

〔2〕 孙国祥：“论刑法中的国家工作人员”，载《人民检察》2013年第11期。

〔3〕 为保护当事人的姓名隐私权，文书判例中的“名”一般用“某”代替。

〔4〕 参见河南省西峡县人民法院（2000）西刑初字第37号刑事判决书。

〔5〕 参见海南省海口市新华区人民法院（1997）新刑初字第197号刑事判决书。另参见江苏省徐州市泉山区人民法院（1999）泉刑初字第278号刑事判决书。

日被招入浙江省兰溪市建设银行，为“全民单位合同制工人”。1995年5月29日，被告人王某利用担任兰溪市建设银行奎风储蓄所所长的职务之便，在自己所支配的账户上虚增存款。检察院以贪污罪起诉，一审法院亦认定成立贪污罪。之后，兰溪市法院再审认为，被告人王某身份是企业职工，与贪污罪的主体不符，故改判为侵占罪。^{〔1〕}

上述三个案例中，虽然被告人系临时招聘的人员或是所谓“合同制工人”，但实际从事的都是公务，而判例否定行为人的国家工作人员主体地位，显然坚持的是“身份论”立场。

坚持“公务论”的判例如：①被告人李某系河南大学师范学院工人，其利用自己负责教职工医疗费报销发放工作之便，冒领医疗费予以侵吞。检察院以贪污罪起诉，法院也以“被告人李某在河南大学师范学院担负教职工医疗费发放职责，属于在国有事业单位中从事公务的人员，其身份依法应以国家工作人员论”为由，认定成立贪污罪。^{〔2〕}②被告人蔡某系合同制工人，被海南省三亚市梅山区公所（今为三亚市梅山镇人民政府）任命为电管站站长，负责本辖区的供用电管理及电费的收取、上缴等工作。其在任站长期间，集抄表、收款、付款、记账等财会业务于一身，利用职务上的便利侵吞、挪用公款。检察院以贪污罪、挪用公款罪起诉，法院也以被告人“是代表镇政府履行《梅山镇人民政府关于供用电管理暂行规定》中的职责，因此，被告人蔡某具有国家工作人员身份”为由，认定成立贪污罪、挪用公款罪。^{〔3〕}③被告人郑某系临时工，任福建兴业银行晋江支行磁灶分理处复核员。其利用自己作为复核员的职务之便，向自己所支配的账户中虚增存款。检察院以贪污罪起诉，一审法院认定为盗窃罪。二审法院则认为，上诉人郑某身为国有企业的工作人员，其行为符合贪污罪构成要件，故改判为贪污罪。^{〔4〕}

上述三个判例中，被告人虽然本身系工人或者临时工身份，但因实际从事的是公务，因此认定为国家工作人员。法院显然坚持的是“公务论”立场。应该说，坚持“公务论”立场认定国家工作人员，是完全正确的。

〔1〕 参见浙江省兰溪市人民法院（1995）兰刑初字第120号刑事判决书；浙江省兰溪市人民法院（1996）兰刑再初字第02号刑事判决书。

〔2〕 参见河南省开封市龙亭区人民法院（2001）龙刑初字第31号刑事判决书。

〔3〕 参见海南省三亚市中级人民法院（2000）三亚刑初字第20号刑事判决书。

〔4〕 参见福建省泉州市中级人民法院（1999）泉刑终字第296号刑事判决书。