

Systematic Criminal Law

体系刑法学

主 编：顾肖荣 叶 青 刘 华 林荫茂

副主编：杜文俊 陈庆安 安文录

刑法分则五

贪 污 贿 赂 罪
渎 职 罪
军人违反职责罪

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D924.04
201312:
5

阅 览

体系刑法学

主 编：顾肖荣 叶 青 刘 华 林荫茂

副主编：杜文俊 陈庆安 安文录

刑法分则五

贪 污 贿 赂 罪
渎 职 罪
军 人 违 反 职 责 罪



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

体系刑法学/顾肖荣等主编. —北京:中国法制出版社, 2012. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3754 - 7

I. ①体… II. ①顾… III. ①刑法 - 法律体系 - 研究 - 中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 105445 号

策划编辑:刘 峰

责任编辑:潘孝莉

封面设计:蒋 怡

体系刑法学

TIXI XINGFAXUE

主编/顾肖荣等

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2012 年 10 月第 1 版

印张/104.25 字数/2581 千

2012 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3754 - 7

定价:680.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfs.com>

编辑部电话:010 - 66034985

市场营销部电话:010 - 66017726

邮购部电话:010 - 66033288

《体系刑法学》撰稿人

(按姓氏笔画为序)

万国海	王洪青	王宝杰	王利宾	王佩芬	王 瑞
王玉珏	王春丽	王恩海	尹 琳	邓建辉	邓文莉
卢 进	许 佳	叶 青	安文录	刘志高	李 睿
李雅璇	李长坤	刘 华	刘 源	李振林	吕 洁
朱铁军	阮传胜	杜文俊	陈庆安	陈 玲	吴棻弘
肖吕宝	吴 丹	吴 波	吴菊萍	吴允锋	杜小丽
杨庆堂	张少林	张 闽	张本勇	林荫茂	周 娟
周少鹏	易益典	郭 晶	柯葛壮	胡春健	胡健涛
胡洪春	俞小海	顾肖荣	涂龙科	秦新承	夏 草
贾 楠	黄伯青	曹 坚	程兰兰	董秀红	蒋 涛
揭志文	雷丽清	谭兆强			

前 言

《体系刑法学》一书有两个出发点：一是力求阐明刑法理论知识的系统性和完整性；二是详细说明有关刑法的所有重要事项。

为此，本书以我国现行刑法体系为基础，按照我国刑法总则和分则的顺序进行排列。总则方面的内容列为“刑法”、“犯罪”和“刑罚”三册共分二十二章，分则列为五册共分十一章。

本书内容尽可能涵盖刑法学的前沿问题，反映我国刑法最新立法状况，本书已将《刑法修正案（八）》的内容加入其中。

本书的写作注意理论和实践相结合，对某些事项和条文的解说注重比较法的角度和世界性的视野。对有分歧的理论观点，均以通行的学说加以阐明。

试图立足我国刑法学的现状，用比较的方法研究刑法学是本书写作的初衷，但无论从内容到体系编排都有待进一步完善，书中的不足和不当之处，望法学界同仁及广大读者不吝指正。

《体系刑法学》编委会

目 录

第九章 贪污贿赂罪	(1)
第一节 贪污贿赂罪概述	(1)
第二节 贪污类犯罪	(46)
第三节 贿赂类犯罪	(133)
第四节 挪用隐瞒类犯罪	(237)
第十章 渎职罪	(327)
第一节 渎职罪概述	(327)
第二节 一般国家机关工作人员渎职罪	(333)
第三节 司法工作人员渎职罪	(350)
第四节 特定机关工作人员的渎职罪	(446)
第十一章 军人违反职责罪	(488)
第一节 军人违反职责罪概述	(488)
第二节 危害作战利益的犯罪	(496)
第三节 违反部队管理的犯罪	(510)
第四节 危害军事秘密的犯罪	(522)
第五节 危害部队物资保障的犯罪	(530)
第六节 侵犯部属、伤病军人、平民、俘虏利益的犯罪	(540)

第九章 贪污贿赂罪

第一节 贪污贿赂罪概述

我国 1997 年刑法典与 1979 年刑法典不同, 1979 年刑法典将贪污罪、贿赂罪分别规定在侵犯财产罪、渎职罪两章中, 而 1997 年刑法典将贪污贿赂罪单独规定为一章(刑法典第八章), 由此我国贪污贿赂罪被赋予了新的内涵。

关于贪污贿赂罪的概念, 学界有以下几种不同观点: 第一种观点认为, 贪污贿赂罪, 是指国家工作人员或国有单位实施的贪污、受贿等侵犯国家廉政建设制度, 以及其他人员或单位实施的与受贿具有对向性或撮合性的情节严重的行为。^① 第二种观点认为, 贪污贿赂罪, 是指国家工作人员或国有单位实施的侵犯国家廉政建设制度, 以及其他人员或单位实施的行贿、介绍贿赂, 情节严重的行为。^② 第三种观点认为, 贪污贿赂罪, 是指国家工作人员利用职务上的便利贪污受贿, 或者拥有不能说明与合法收入差额巨大的财产或者支出合法来源, 或者私分国有资产或罚没财产, 以及向其他人员行贿、介绍贿赂的行为。^③ 第四种观点认为, 一般来说, 贪污贿赂罪, 是指国家工作人员利用职务之便, 贪污挪用公共财物, 收受贿赂, 不履行法定义务, 侵

① 高铭暄、马克昌主编:《刑法学(下编)》, 中国法制出版社 1999 年版, 第 1118 页。

② 马克昌主编:《刑法学》, 高等教育出版社 2003 年版, 第 658 页。

③ 赵秉志主编:《新刑法教程》, 中国人民大学出版社 1997 年版, 第 778 页。

犯职务行为廉洁性和不可收买性的行为。^①

本书认为，要准确界定作为类罪名的贪污贿赂罪定义，必须揭示此类犯罪的共有特征。刑法第八章中贪污贿赂罪这一类罪共有 13 种具体犯罪，即贪污罪、挪用公款罪、受贿罪、单位受贿罪、行贿罪、对单位行贿罪、介绍贿赂罪、单位行贿罪、巨额财产来源不明罪、隐瞒境外存款罪、私分国有资产罪、私分罚没财产罪、利用影响力受贿罪。这 13 种犯罪中，客观行为上一般具有以职务行为为对价的权钱交易的特征，主体一般为国家工作人员，也有和国家工作人员有对应关系或亲密关系的一般自然人。此类犯罪又可细分为三类子犯罪类型：第一类是国家工作人员非法占有型的贪污类犯罪，如贪污罪、私分国有资产罪、私分罚没财物罪；第二类是贿赂类犯罪，如受贿罪、单位受贿罪、行贿罪、对单位行贿罪、介绍贿赂罪、单位行贿罪等犯罪；第三类犯罪是挪用隐瞒类犯罪，如挪用公款罪、巨额财产来源不明罪、隐瞒境外存款罪。以上三类犯罪有两个共同特征：一是以公职行为为对价，如收买公职行为的贿赂行为，利用公职为条件的贪污、私分行为，利用公职之便的挪用隐瞒行为；二是均属于腐败犯罪行为。综合以上特征，本书认为，所谓贪污贿赂罪，是指以公职行为为对价而实施的侵犯国家廉政制度的腐败犯罪行为。

一、贪污贿赂罪的犯罪构成

（一）贪污贿赂罪的客体

关于贪污贿赂罪的客体，刑法理论上有多种不同的观点：第一种观点认为，本类罪侵犯的客体是国家的廉政建设制度。国家的廉政建设制度是以恪尽职守、廉洁奉公、吏治清明、反对腐败为主要内容的。反腐倡廉是我们党和国家一项长期的政治任务。贪污贿赂罪不仅破坏了党群关系，而且妨碍了国家廉政制度建设，进一步威胁到社会主义

^① 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2003 年版，第 907 页。

建设事业的顺利进行。^① 第二种观点认为,贪污贿赂罪侵犯的客体是复杂客体,即国家工作人员职务行为的廉洁性和公私财产所有权。^② 第三种观点认为,这类犯罪侵犯的是选择性客体,或是国家工作人员的职务廉洁性,如挪用公款罪、受贿罪等;或是公私财产所有权,如贪污罪、挪用公款罪、私分国有资产罪等;或是国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体的正常活动,如单位受贿罪、行贿罪、介绍贿赂罪等。^③

贪污贿赂罪的客体是指贪污贿赂这类犯罪共同侵犯的社会关系,即所有归属于贪污贿赂这类犯罪的具体犯罪都共同侵犯的社会关系。第二种观点认为侵犯国家工作人员职务行为的廉洁性是不全面的。公私财产所有权也不是贪污贿赂罪所有个罪侵犯的客体,如行贿罪是以公职行为为对价的非法“赠与”行为,其并不侵犯公私财产所有权。第三种观点认为这类犯罪的客体是选择性客体,也失之片面。而第一种观点认为,贪污贿赂罪的侵犯客体是国家的廉政制度,我们认为是一个高度概括并具有普适性的表述,能够涵盖所有具体犯罪共同侵犯的社会关系,因而是比较准确的。因为根据刑法规定,我国贪污贿赂罪作为类罪,还包含了以一般自然人为主体实施的如行贿罪、介绍贿赂罪、利用影响力受贿罪等侵犯国家廉政制度的犯罪。

(二) 贪污贿赂罪的客观方面

贪污贿赂罪的客观方面表现为侵犯国家的廉政制度的行为,可分为三种类型:第一类是利用职务之便,非法占有公共财物的行为,如贪污罪、私分国有资产罪、私分罚没财物罪。第二类是权钱交易型的行为,如受贿罪、单位受贿罪、行贿罪、单位行贿罪、对单位行贿罪、

① 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第626页。

② 周振想主编:《中国新刑法释论与罪案(下)》,中国方正出版社1997年版,第1544页。

③ 高铭暄主编:《新编刑法学(下册)》,中国人民大学出版社1998年版,第970-971页。

介绍贿赂罪等，都具有权钱交易的性质。第三类是其他侵犯国家廉政制度的行为，如挪用公款罪、隐瞒境外存款罪、巨额财产来源不明罪等。

按照我国刑法规定，本类犯罪中绝大多数犯罪系数额犯，要求达到一定的数额才构成犯罪。如隐瞒境外存款罪、私分国有资产罪、私分罚没财物罪的构成均要求行为的对象达到数额较大的标准，而巨额财产来源不明罪则要求国家工作人员的财产或支出明显超过其合法收入，且差额较大；有的犯罪则是情节犯，如单位受贿罪和单位行贿罪，只有单位受贿、行贿情节严重的，才能构成犯罪；有的犯罪则是数额加情节犯，如贪污罪、受贿罪通常要求达到 5000 元才能构成犯罪，但数额没有达到 5000 元而情节严重的，也构成犯罪。

（三）贪污贿赂罪的主体

根据我国刑法的规定，我国贪污贿赂罪的主体可以归纳为两类：一类是特殊主体，即具有特殊身份（国家工作人员或准国家工作人员）的自然人或单位。如贪污罪的主体是国家工作人员以及受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员；受贿罪、挪用公款罪、巨额财产来源不明罪、隐瞒境外存款罪的主体是国家工作人员；单位受贿罪、私分国有资产罪的主体是国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体；私分罚没财物罪的主体是司法机关和行政执法机关。

另一类是一般主体，即年满 16 周岁具有刑事责任能力的自然人或者单位。如行贿罪、介绍贿赂罪的主体是年满 16 周岁具有刑事责任能力的自然人；单位行贿罪的主体则是我国刑法规定承担刑事责任的任何单位；对单位行贿罪可以是任何年满 16 周岁具有刑事责任的自然人，也可以的任何单位；利用影响力受贿罪的主体是与为他人谋取非法利益的国家工作人员具有特殊关系的年满 16 周岁并有刑事责任能力的自然人。

我国刑法第 93 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。”根据这一规定，我国刑法中的国家工作人员实际上包含了两类人员：一类是“标准国家工作人员”，或称“国家机关工作人员”，即在国家机关中从事公务的人员；另一类是“准国家工作人员”，即在非国家机关中从事公务的人员。但由于我国政治组织机构比较复杂，司法实践中对国家工作人员的认定仍然歧义丛生。下面对国家工作人员的具体内容予以论述。

1. 国家工作人员的界定

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》指出：“刑法中所称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。”对于这类人员的界定，在以往的刑法理论研究中探讨不多。但是，在司法实务中，围绕这类人员的认定，实际上也产生了值得探究的问题。特别是修订刑法施行后，最高人民法院、最高人民检察院印发了若干有关渎职犯罪主体界定问题的批复和解释，全国人大常委会也于2002年12月28日通过了《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》，^①这些刑法解释虽然不是针对贪污贿赂罪所作，但是凡能够认定为国家机关工作人员的人员，均可以成为贪污罪、挪用公款罪、受贿罪等罪的主体，因而对有关人员的性质认定，直接涉及贪污贿赂罪的主体问题，不免引发贪污贿赂罪主体理解上的分歧。兹一列举并评释如下：

(1) 中国共产党机关、政协机关的工作人员，是否属于国家机关工作人员？

中国共产党是我国执政党，人民政协是参政议政机构。但是，从

^① 顺便指出，因为我国刑法总则与分则“章”的序号分别排列，故该《解释》的名称应为《关于〈中华人民共和国刑法〉分则第九章渎职罪主体适用问题的解释》，方为贴切。

实践的情况看，对于中国共产党的机关工作人员、政协机关的工作人员是否属于国家机关工作人员，存在较大的争议。有人持肯定态度，认为在我国，这些机构的经费来自于国家的财政拨款，组成人员在编制、福利待遇等方面和国家权力机关、行政机关、司法机关完全相同，而且这些机构及其成员实际上部分行使着国家机关的职权，在国家事务中具有十分重要的作用，因此，这些机构虽然不是国家机关，但应当以国家机关论，其中的工作人员也应当“以国家机关工作人员论”，属于“准国家机关工作人员”。有人则持反对态度，认为根据我国宪法的规定，这些机构并不属于国家机关，党的组织和国家意志不是同一概念，相应地，在这些机构中从事管理的人员不是国家机关工作人员，他们属于刑法第93条第2款所讲的“其他依照法律从事公务的人员”，可以对其利用职务上的便利非法侵占本单位财物、挪用公款和受贿的行为，按照贪污罪、挪用公款罪、受贿罪定罪处罚，但不可以构成渎职罪。

由此看来，确定国家机关的含义，是认定国家机关工作人员的前提。对于何为“国家机关”，我国目前没有法律明文规定。从当前的司法实践来看，“国家机关”的界定，主要在于如何理解宪法中的“国家机构”与刑法中的“国家机关”的关系。在我国宪法中，没有使用“国家机关”这一概念，但却使用了“国家机构”。根据宪法第三章的规定，我国国家机构包括七种，即全国人民代表大会、中华人民共和国主席、国务院、中央军事委员会、地方各级人民代表大会和地方各级人民政府、民族自治地方的自治机关、人民法院和人民检察院。

司法实务和理论界有人认为，刑法中所谓“国家机关”，应当在宪法中寻找根据，因此“国家机关”理应是指根据宪法的规定而设立的这些“机构”。而从严格意义上说，中国共产党机关和人民政协机关，都不属于宪法规定的国家机构，因此也不属于刑法中的国家机关，其中的工作人员也自然不属于国家机关工作人员。

本书认为，从我国政治生活的实际情况看，国家机关并不限于宪

法所规定的国家机构。宪法中国家机构的设置，主要是为了将属于人民的权力通过人民代表大会和其他国家机构的工作方式予以充分实现，体现的是国家权力的配置、各种权力部门的职权范围及其相互关系。而刑法中规定“国家机关”，将国家机关工作人员作为某些犯罪的主体，强调的是身份背后体现的实际职权，利用这种职权或背离这种职权实施的犯罪行为值得非难。所以，刑法中的“国家机关”，应当从另一个角度来理解，即应指具有行使国家管理社会公共事务权力的组织，是事实上行使公共管理职能的具体主体。所以，实践中，应当将国家机关界定为：在国家政治或者社会生活中具有重要作用，行使公共组织、管理、监督、协调职能的机构。凡是符合这一概念内涵的组织或机构，都应理解为刑法所规定的国家机关。而根据我国实际情况，中国共产党的机关、人民政协机关，就是在国家政治或者社会生活中实际行使公共组织、管理、监督、协调职能的组织，应当属于刑法中所说的“国家机关”，所以其中的工作人员也应当属于国家机关工作人员。

上述肯定说的观点把中国共产党的机关工作人员、政协机关的工作人员视为“准国家机关工作人员”，进而以此为根据认为他们就属于“国家机关工作人员”，论证逻辑上有所欠缺，因为刑法并没有规定“以国家机关工作人员论”的一类人员，人为地归纳出一类“以国家机关工作人员论”的人员，于法无据。

需要指出，中国共产党的机关工作人员、人民政协的机关工作人员属于刑法所讲的国家机关工作人员，是从总体上而论的。由于中国共产党的机关、政协机关还存在级别、建制问题，因此是否任何级别、建制的机构都应视为国家机关，还需要进一步具体分析。本书认为，原则上，与各级行政建制相对应的乡（镇）级以上的中国共产党的机关工作人员、人民政协机关工作人员都应视为国家机关工作人员，其他级别较低的中国共产党的机关中的工作人员，除非其受国家机关聘请在该机关中从事公务，否则不宜视为国家机关工作人员。比如，目前，在一些沿海经济发达地区，有的私有企业也建有中国共产党的组

织，这些组织中的工作人员如果不是依法接受聘请从事公务，就不属于国家机关工作人员。

(2) 非国家机关所设的具有国家机关性质的机构和行政性公司、事业单位中从事管理活动的人员，能否认定为国家机关工作人员？

由我国特殊的政治和经济体制决定，在我国，存在一些非国家机关所设的、具有国家机关性质的机构和行政性公司、事业单位。如我国铁路、林业、农垦、油田等系统内设立的公安机关、人民检察院、人民法院、监察机关和新疆生产建设兵团，它们都属于企业编制，经费来自于本系统、企业自身的经营收入，其中在上述机关中从事公务的人员享受的福利待遇，也是企业性质的。又如我国专利局、气象局、地震局、科学院等单位，属于行政性事业单位编制，但具有行政性质的公共管理职能。再如，国家的烟草公司和烟草专卖局，实际上是一套人马两块牌子，类似此种具有行业垄断地位的大型国有公司，往往也具有一定的公共事务管理、协调职能。那么，这些单位的工作人员能否视为国家机关工作人员呢？

本书认为，从前述关于国家机关的概念出发，凡是非国家机关所设的具有国家机关性质的机构，以及具有公共管理职能的事业单位，都应当纳入“国家机关”的范畴。全国人民代表大会常务委员会《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》明确指出，在司法实践中视为国家机关工作人员的包括“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。”最高人民检察院2000年4月30日《对〈关于中国证监会主体认定的请示〉的答复函》中援引中央机构编制委员会办公室的意见：“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。”最高人民检察院

2000年5月4日给上海市人民检察院的《关于镇财政所所长是否适用国家机关工作人员的批复》中指出：“对于属行政执法事业单位的镇财政所中按国家机关在编干部管理的工作人员，在履行政府行政公务活动中，滥用职权或玩忽职守构成犯罪的，应以国家机关工作人员论。”最高人民检察院2002年4月24日给陕西省人民检察院的《关于企业事业单位的公安机关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》中指出：“企业事业单位的公安机关在机构改革过程中虽尚未列入公安机关建制，其工作人员在行使侦查职责时，实施渎职侵权行为的，可以成为渎职侵权犯罪的主体。”

上述立法解释、两则《批复》和一则《答复函》虽然没有从“国家机关”性质的角度阐述“依法行使国家行政管理职权的组织”、“受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织”、中国证券监督管理委员会、北京证券监督管理委员会、镇财政所、企业事业单位的公安机关中的工作人员为什么应当属于“国家机关工作人员”，甚至《答复函》还使用了“视同”国家机关工作人员的表述，其中一则《批复》也使用了“以国家机关工作人员论”的词语，在论证依据上存在问题，但其将有关人员作为“国家机关工作人员”认定的结论是十分正确的。

当然，应当注意，具有垄断地位的国有公司、企业，是计划经济的残余，其将随着市场经济的完善而逐渐以完全市场主体的身份出现，其社会管理职能也会因此而丧失，因而不宜纳入国家机关的范畴。如果有单位（如烟草公司与烟草专卖局）是一套人马两块牌子，对其应根据行为人所从事的具体工作性质来确定其身份。

（3）刑法第93条第一款与第二款即“国家工作人员”与“国家机关工作人员”是什么关系？

简单地说，刑法第93条第一款是对国家工作人员本义的阐释，内涵是国家机关工作人员；第二款是对国家工作人员含义的延展，是国家机关工作人员之外的“以国家工作人员论”的人员。刑法中的“国家工作人员”范围，要比“国家机关工作人员”的范围宽。可是，近年来在司法实务和一些理论著述中，却大有混淆两款、两类人员关系

的倾向。就贪污罪、挪用公款罪、受贿罪、巨额财产来源不明罪等罪而言，主体是国家机关工作人员还是“以国家工作人员论”的人员，对于犯罪的成立虽然没有影响，但两类人员的混淆必定会困扰法律的适用，而且将导致理论上的混乱，不能不引起人们的注意。

首先，对最高人民检察院的两则《批复》发表观点。这两则《批复》及其内容：一是最高人民检察院2000年10月9日给辽宁省人民检察院的《关于合同制民警能否成为玩忽职守罪主体问题的批复》，指出：“根据刑法第九十三条第二款的规定，合同制民警在依法执行公务期间，属其他依照法律从事公务的人员，应以国家机关工作人员论。对合同制民警在依法执行公务活动中的玩忽职守行为，符合刑法第三百九十七条规定的玩忽职守罪构成条件的，依法以玩忽职守罪追究刑事责任。”二是最高人民检察院2000年10月31日给江西省人民检察院的《关于属工人编制的乡（镇）工商所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》，指出：“根据刑法第九十三条第二款的规定，经人事部门任命，但为工人编制的乡（镇）工商所所长，依法履行工商行政管理职责时，属其他依照法律从事公务的人员，应以国家机关工作人员论。如果玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失，可适用刑法第三百九十三条的规定，以玩忽职守罪追究刑事责任。”

本书认为，上述两则《批复》的内容，均存在将“国家工作人员”与“国家机关工作人员”、刑法第93条第一款与第二款予以混淆的问题：（1）合同制民警，尽管是公安机关以合同聘用的形式招收录用的民警，但是毫无疑问属于刑法第93条第一款所说的“国家机关中从事公务的人员”，而不属于刑法第93条第二款规定的“其他依照法律从事公务的人员”。如果此类人员如《批复》中所说属于刑法第93条第二款规定的“其他依照法律从事公务的人员”，那么自然应将其纳入“以国家工作人员论”的人员之列，而不是“以国家机关工作人员论”的人员。（2）乡（镇）工商所如果属于国家机关，那么其所长便是国家机关中从事公务的人员；如果属于非具有行政执法职责的事

业单位，那么其所长便属于刑法第93条第二款规定的在国有事业单位中从事公务的人员，即“以国家工作人员论”的人员。最高人民检察院的《批复》在肯定合同制民警、工人编制的乡（镇）工商所所长属于国家机关工作人员时，运用的法律依据却是规定“以国家工作人员论”的人员的刑法第93条第二款，这在逻辑上是值得推敲的。何况，刑法第93条第二款也并没有规定《批复》所说的“以国家机关工作人员论”的这样一类人员。本书认为，最高人民检察院上述两则《批复》的正确结论，法律依据应当是刑法第93条第一款，而非同条第二款。实际上不管行为人是干部编制人员还是工人编制人员，只要在国家机关中从事公务，他就是刑法第93条第一款规定的国家机关工作人员，并不是“以国家工作人员论”的人员。前述最高人民检察院《对〈关于中国证监会主体认定的请示〉的答复函》和最高人民检察院《关于镇财政所所长是否适用国家机关工作人员的批复》，虽然没有明确其结论是刑法第93条第二款，但从其内容和措辞看，显然也是将该款作为“以国家工作人员论”的人员的依据。

值得注意的是，最高人民法院2000年9月14日给吉林省高级人民法院的《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》指出：“对于未被公安机关正式录用，受委托履行监管职责的人员，由于严重不负责任，致使在押人员脱逃，造成严重后果的，应当依照刑法第四百条第二款的规定定罪处罚。”最高人民检察院2001年3月2日《关于工人等非监管机关在编监管人员私放在押人员脱逃行为适用法律问题的解释》指出：“工人等非监管机关在编监管人员在被监管机关聘用受委托履行监管职责的过程中私放在押人员的，应当依照刑法第四百条第一款的规定，以私放在押人员罪追究刑事责任；由于严重不负责任，致使在押人员脱逃，造成严重后果的，应当依照刑法第四百条第二款的规定，以失职致使在押人员脱逃罪追究刑事责任。”这两个司法解释从结论上看也是正确的，尽管没有阐明法律依据，但应当将其法律依据认为是刑法第93条第一款而非同条第二款。