

美国利益冲突罪立法体系的发展逻辑及其启示

魏昌东

内容提要:美国贿赂犯罪罪名体系历经 150 多年的发展,形成了“三驾马车”结构。利益冲突罪肇始于 19 世纪中叶,经历三次变革与转型,于 20 世纪中叶成为美国现代贿赂犯罪立法体系的重心。利益冲突罪以公职义务违反作为犯罪化根据,旨在消除公职人员因公私利益悖论而引发的公共利益风险。该罪的设立及其体系化,突破了传统贿赂犯罪的“权—利”关系结构,调整了“结果本位主义”立场,在传统结构模式之外,创造性地建构起“权—职—利”的新型结构关系。通过明晰职责义务在“滥权”与“谋利”之间的衔接关系,实现了立法重点由交易禁止向利益冲突的转型。当下,我国治理贿赂行为立法体系存在定位单一、立场守旧的问题,应当以积极治理主义为导向,引入利益冲突的法益定位,才能促进立法体系的现代化。

关键词:美国贿赂犯罪 利益冲突罪 法益定位 立法体系

魏昌东,上海社会科学院法学研究所教授。

美国现行法典第 18 编第 11 章“贿赂,不法馈赠和利益冲突罪”(Chapter 11-Bribery, Graft, and Conflict of Interest)成型于 1962 年。利益冲突罪、典型贿赂罪^[1]与不法馈赠罪共同构成美国贿赂犯罪立法体系的三大分支。在美国法典建构的贿赂犯罪立法体系的“三驾马车”结构中,利益冲突罪因其所特有的规制定位、简化的犯罪要素,强化了刑法对违反公职义务行为的评价能力,实现了公职违反义务刑法评价的“分层化”与立体化,促进了以积极治理主义为导向的现代腐败治理体系的代际更新与立法完善,传统腐败犯罪的“权—利”直接关联性结构,被改造重组为“权—职”与“职—利”的双结构模式,实现了立法规制基点上结果本位与诱因本位的功能协同,促进了腐败预防目的的实现。我国正在全面推进以监察体制改革为中心的“公权净化”运动,传统的腐败治理立法体系正在发

[1] 典型贿赂罪是指以对价关系为基础而建构的罪名体系。“联邦贿赂法将贿赂罪分为‘重型贿赂罪’和‘轻型贿赂罪’,其根据主要是‘对价关系’或‘犯罪意图’的不同。”参见王云海著:《美国的贿赂罪——实体法与程序法》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 45-46 页。

生深刻变化,建构“分层式”的贿赂犯罪立法体系,是实现国家公共权力建设现代化的基础。

一 美国利益冲突罪立法体系发展的实践逻辑

美国利益冲突罪发展史上有三座里程碑。1853年,刑法首次介入对具有利益冲突关系的公权行为的评价,开启了在传统的以对价关系为基础的“交易互利型”贿赂犯罪之外对违反公职义务谋利行为实施刑法干预的探索,^[2]其后利益冲突罪的行为类型不断拓展。1948年,实现罪名体系法典化,各类职务犯罪被汇集于法典第18编,犯罪规范与行政规范得以分体。1962年,借助于利益冲突罪的实践探索、体系化立法基础搭建完成的契机,正式确立贿赂犯罪的立法体系。

(一) 逻辑起点:“离散式”美国利益冲突罪(1853-1948)

1. “离散式”美国利益冲突罪发展简史

19世纪中叶,美墨战争给部分美国民众造成巨大的经济损失,战后,议会设立具有终裁效力的索赔委员会以处理索赔事宜,但社会制度的不健全导致索赔风逐渐演变成欺诈风,在“加德纳案”(George A. Gardiner v. Luther Tisdale)^[3]的激化下,1853年美国国会通过《防止欺诈政府财政部法》(An Act to Prevent Frauds Upon the Treasury of the United States),明令禁止政府人员代理或帮助索赔的行为,并首次对违背公共职责的代理行为规定了刑罚,^[4]成为美国处罚利益冲突罪之肇始。^[5]十年后的南北战争时期,再次凸显了职务犯罪的危害性,战争物资的紧缺激发了商人的贪婪天性,为谋取军事合同而收买官员,又为谋求利润而粗制滥造。在此过程中,部分官员成为商人的掮客,部分官员成为半官半商,面对内忧外患的局面,美国国会于1863年通过《预防和惩治对美国政府欺诈法》(An Act to Prevent and Punish Frauds Upon the Government of the United States,又称“False Claims Act”),将官员影响公务的行为犯罪化。^[6]1864年通过的《与国会议员、部门负责人

[2] 参见刘士心著:《美国刑法各论原理》,人民出版社2015年版,第297页。

[3] See Ray Sheehan, History lesson: The federal anti-representation statutes (14 Mars 2014), <http://ethicsmadeeasy.com/wp-content/uploads/2014/04/Ray-Sheehan-Article-Compliance-and-Ethics-Professional.pdf>, 最近访问时间[2020-01-02]。“加德纳案”是指,参议员托马斯·科温(Thomas Corwin)代理乔治·加德纳(George A. Gardiner)向委员会索赔并获得50万美元的赔偿,事后调查证实,这是一项欺诈性的索赔,因科温在其中起到了关键性作用,引发了公众长期以来对公职人员代理索赔案件的不满与质疑。

[4] See Robert N. Roberts, *White House Ethics: The History of the Policies of Conflict of Interest Regulation*, Greenwood Press, 1988, 9-12.《防止欺诈政府财政部法》第2条:“官员,公职人员,在行政部门授权下或者协同下或在国会授权下履行公务的人员,作为代理人或者律师起诉美国,或者非履行公务的情况下帮助、支持起诉美国,或者从起诉美国的案件中收受酬金、案件中的利益,意图帮助起诉或者考虑帮助起诉的,构成轻罪,应判5000以下美元罚金,或者1年以下监禁,或者二者并罚。”

[5] See Harold C. Petrowitz, Conflict of Interest in Federal Procurement, 29 *Law and Contemporary Problems* 196, 196-224 (1964).

[6] 《预防和惩治对美国政府欺诈法》第8条:“银行、商业组织的官员或者雇员,商业、贸易公司的人员,或者与上述银行、商业组织、公司有直接或者间接利益关系或者合同关系的人,不得雇为美国政府的官员,或者以美国官员的身份与上述组织或者公司进行商业往来,违者判处500-2000美元的罚金,同时判处2年以下监禁。”

人和政府其他官员有关的法案》(An Act Relating to Members of Congress, Heads of Departments, and Other Officers of the Government),将官员自我交易行为规定为犯罪。^[7]十年后,工业与资本推动的镀金时代,“旋转门(Revolving Door)”成为民众关注的新焦点,在“乔布宁案”(Chorpenning v. United States)^[8]的推动下,1872 年美国国会在制定邮政部门拨款法案时,特意明确了一项不具有强制力的公职义务——公职人员在离职后两年内不得再次参与到原部门管辖的索赔案件中。20 世纪后,资本经济催生了“一美元人”的出现,特殊公职人员一边为政府工作,一边从政府以外的地方获得报酬,最有代表性的是通识教育委员会,为多达 157 人提供薪酬。这种大肆“收买”公职人员的行为引起了议员们的质疑,1917 年国会制定教育部门拨款法案时,明确要求任何公职人员不得为政府服务的行为上获得来自政府以外的薪酬。^[9]

2. 逻辑定位:行政伦理义务罚则

初期的美国利益冲突罪,是为回应国家某一时期政治、经济过程中出现的特殊社会问题,针对特定公职行为而采取的立法应对措施。尽管美国资本主义早期的公职关系已然有别于殖民地时期,但是,行政伦理规范义务尚未形成,除个别严重行为被规定为犯罪外,对公职行为的要求长期停留在道德伦理义务之上,既无明确的立法规定,又无强制力保障,导致公职活动与个人活动的界限模糊,公职人员可否兼职、是否需要回避、能否接受额外资助等问题,因缺乏明确的行政伦理规范加以明示,致使某些问题在特殊历史背景衬托下以极端案件的形式显现出来,进而促进了特别规范的出台。可以认为,“离散式”美国利益冲突罪的发展进程,是美国社会构建基本行政伦理与行政管理秩序的缩影,是将模糊不清、精神自束的道德义务明确于行政法律规范之中,成为具有实体意义的规范义务的发展过程。这一过程中所确立的相关犯罪被定位于规范义务的刑事罚则,是依附于行政伦理义务的附属刑法,其本质意义在于确立行政伦理义务在法律上的应有价值,并以之为基础建构相应的制度,使之得到有效遵守。

(二) 结构初成:“聚合式”美国利益冲突罪(1948 - 1962)

1926 年美国开始进行法典编纂,所有生效法律按其性质与内容被分类编排。但是,不同于大陆法系以逻辑体系贯通为法典构建核心的模式,美国法典仅是将各类性质相同、内容相关的规范堆砌在一起,利益冲突罪在此阶段被聚合于法典的同一编之中。

1. “聚合式”美国利益冲突罪的格局纵览

得益于美国法典的编纂工作,依附于各类行政法律规范的刑事罚则得以脱离其原有

[7] 《与国会议员、部门负责人和政府其他官员有关的法案》第 1 条:“当选后以及在职期间的国会议员,政府部门、机构负责人,政府官员就本人或者通过他人实施或者将要实施的劳务,直接或者间接地收受或者同意收受酬金,该劳务事关在政府部门,军事法院,管理机构,官员,民事、军事、海事委员会提起的诉讼、合同、声明、争议、控告、逮捕以及其他事项,且美国政府是一方当事人,或者有直接或者间接利益关系,构成轻罪,判处 10000 美元以下罚金,并处 2 年以下监禁,并且永久性剥夺从事美国政府公职的资格。”

[8] See Harold C. Petrowitz, Conflict of Interest in Federal Procurement, 29 *Law and Contemporary Problems* 196, 196 - 224 (1964). “乔布宁案”是指,原邮政部首席助理乔治·厄尔代理乔治·乔布宁进行对邮政部的索赔,因其利用与原部门的关系帮助乔布宁获得赔偿,导致舆论哗然。

[9] 参见周琪、袁征著:《美国的政治腐败与反腐败——对美国反腐败机制的研究》,中国社会科学出版社 2009 年版,第 32 页。

规范被重新整合,成为独立的刑法规定。“离散式”利益冲突罪在1948年美国法典编纂中被整编至第18编(Title 18: Crimes and Criminal Procedure)中,原1853年法案被整编为第15章第283条“官员或雇员牵涉针对政府索赔诉讼”;原1863年法案被整编为第23章第434条“利益相关人员担任政府人员”;原1864年法案被整编为第15章第281条“国会议员、官员和其他人员为酬金而影响政府公务”;原1872年法案被整编为第15章第284条“取消前官员和雇员参与和其原职务有关的事项的资格”;原1917年法案被整编为第93章第1914条“政府官员和雇员的薪酬只能由美国提供”。

从罪名来看,这些罪的行为主体具有普适性,行为方式均涉及政府事务,规范本质都来自于行政伦理义务。^[10]从所隶属的章节来看,第15章“涉及政府事务的起诉和服务”(Claims and Services in Matters Affecting Government)、第23章“合同类”(Contracts)和第93章“政府官员与雇员”(Public Officers and Employees),都是与公务或者职业义务相关联的犯罪类型,是对行政或者民商领域职业操守与义务遵守作出的刑事法规定。需要说明的是,上述罪名并未被编入法典第18编第11章“贿赂与不法馈赠罪”中,而是归类为以公职义务违反作为核心特征的违背行政伦理义务犯罪。其中,条文最多的第15章是以“涉及”作为该类犯罪的基本特点,而不是“干预”,突出了利益冲突罪在利用权力与谋取利益上的弱关联性。不仅如此,法典第18编在集中设定“贿赂与不法馈赠罪”、分散设定利益冲突罪的同时,还在第93章“公职人员”(Public Officers and Employees)就其他职务犯罪作出规定。显然,尽管利益冲突罪从分散的单行法律被汇集于美国法典之中,但是,由于其仍是被分别规定于不同章中,在立法格局上仍具有分散性,其共性在于,违反公职义务,是对行政越轨行为的刑事矫正。

2. 逻辑定位:公职义务违反的犯罪

1948年美国法典将离散的利益冲突罪聚合于第18编,虽然各项罪名被分置于不同章节,但均属违反公职义务的犯罪,这一立法体系的形成,与美国近现代公职关系的建设存在内在联系。20世纪20年代,对公职人员设定了行政伦理义务,由此出现了道德义务与行政实体规范义务的分界,并初步形成了职前、职中与职后义务的类型。其中,职前义务在于缔结公职关系时应当遵守公序良俗、符合劳动服务的基本原则;职中义务要求公职人员在行使职权过程中不得掺杂个人因素、在非职务期间不得影响他人行使职权,职后义务是针对离职人员所设定的“冷却期”,通过约束相关行为,达到剥离公职与个人联系的目的。“离散式”利益冲突罪的立法发展阶段,道德上的公职义务被自发地提取到各类行政或者刑事规范之中,成为具有实定法意义的规范义务,^[11]无论是否同时设定刑事处罚则,都意味着该类义务不再属于道德范畴的自我评判,而是具有普遍适用性与明确约束力的

[10] Davis R. D., *The Federal Conflict of Interest Laws*, 54 *Columbia Law Review* 893, 893 (1954).

[11] 西方国家在二战期间开始正式使用“利益冲突”这个用语并制定了相关伦理法规。“一般认为,利益冲突一词源于,或者说开始流行于第二次世界大战期间。1942年3月31日,代理司法部长查尔斯·法希(Charles Fahy)给战争部长写了封信,对容许一位军官和他拥有股份的一家公司保持联系的建议提出了自己的看法。法希认为这样势必会导致美国政府、作为国家军队一员的军官,以及作为私人公司股东的军官,这三者之间的利益冲突。”参见[美]马国泉著:《行政伦理:美国的理论与实践》,复旦大学出版社2006年版,第13页。

实体法律义务。所以在利益冲突罪的聚合阶段,公职义务违反便成为该类犯罪的本质。

(三) 系统建构:“体系式”美国利益冲突罪(1962 至今)

1962 年,利益冲突罪迎来体系性变革的又一次重大机遇,各自独立运行的利益冲突罪被统筹到一起,凝聚为统一的利益冲突罪的罪名体系。^[12] 该体系以将利益冲突所侵犯的公职义务作为刑法保护的對象,形成了横跨公职全过程的规范义务,将“碎片化”的防止违反公职义务的保护栏连接起来,构成了公职与个人之间全方位的“隔离网”。

1. “体系式”美国利益冲突罪的时代呼应

“点式”立法是英美法系刑事立法与生俱来的特色,问题意识与实务思维使得犯罪碎片化,罪名互不统涉、独立运行,体系性犯罪几乎不存在。如果说这种模式在应对传统的自然犯罪中尚具有一定的便捷适用性,却难以应对现代化中复杂的法定犯罪。第二次世界大战结束后,美国取得了世界霸主地位,经济“爆炸式”的增长极大地促进了各领域的发展,也为职务犯罪提供了“适宜的”环境。较之于传统职务犯罪,现代职务犯罪更为隐蔽、非典型化和复杂化,最突出的特征在于,公职权力与个人利益的直接关联逐步转为间接关联或者多重分散性,以致以“权(力)—利(益)”结构作为犯罪设立模式的传统职务犯罪难以“由果溯因”地追究某项腐败行为,更难以处理多项职务违反行为复合于一体的腐败行为。面对新的治理难题,1962 年美国 87-849 号公法(Public Law 87-849)仿照大陆法系国家立法,将利益冲突罪整编为一套现代化的职务犯罪体系,集中于第 18 编第 11 章第 203-209 条,并将该章的章名变更为“贿赂、不法馈赠和利益冲突”,美国现代贿赂犯罪立法体系的“三驾马车”结构自此成型,在该章的 21 个罪名中,利益冲突罪的罪名有 6 个,且均做出了体系性的调整,如,第 205 条(原 283 条)的适用范围,从法律事务扩大至整个政府事务;第 207 条(原 281 条)将离职后的禁止范围,从索赔诉讼,扩大至几乎所有可以由代理人参与的政府事务,使得各罪名的衔接更为紧密,不同类型公职义务的配合更为协调。

2. “利益冲突型”贿赂犯罪的行为模式类型

在美国,“广义上的利益冲突可以围绕特定人可能具有的任何两个或多个相反的利益或义务而产生,这几乎可以发生在任何领域,包括社会、政治和宗教以及经济领域”,然而,在法律范围内,则是将“政府官员在其公职和有义务服务的公众之间的职责与他对个人经济利益的自然渴望之间可能发生的冲突”作为重点内容。^[13] 1962 年美国法典规定的利益冲突罪涉及以下四类行为模式。

第一,身份或职权型的利益冲突。规定在第 203 条至第 205 条,第 203 条“一般事务身份冲突型”的行为内容为,国会议员、行政、立法或者司法机构公职人员,接受私人委托担任其代理人或者律师,并收受或者索要报偿的行为。第 204 条“职权冲突型”的行为内容为,国会议员(或当选但尚未就职的国会议员)在美国联邦国家赔偿法院、美国联邦巡

[12] See Roswell B. Perkins, The New Federal Conflict of Interest Law, 76 *Harvard Law Review* 1113, 1113 (1963).

[13] See Harold C. Petrowitz, Conflict of Interest in Federal Procurement, 29 *Law and Contemporary Problems* 196, 196-224 (1964).

回上诉法院执业。第 205 条“特别事务身份冲突型”的行为内容为,政府行政、立法或者司法部门的公职人员,担任国家赔偿诉讼起诉方的代理人或者律师,或者在美国是一方当事人或者有直接重大利益的事项中,担任他人的代理人或者律师,无论是否收取或者要求提供报偿的行为。显然,此类利益冲突行为的构成要件,不要求“权—利”之间的交易关系,只要存在身份或者职权冲突的状态即成立犯罪。由此表明,一方面,利益冲突是违反义务的伴随状态,而非影响行为发展到一定阶段后的伴随结果。另一方面,出现利益冲突状态后,公务活动便因个人因素不当进入公权运行环节造成了秩序紊乱,动摇了国民对公权信赖的基础。

第二,职后型利益冲突。第 207 条规定,公职人员在离职后权力冷却期内联系原公职岗位人员,或者实施其他与原职权相关的活动。根据职责类型,规定了不同权力冷却期和不同的禁止行为类型。以该犯罪作为刑事保障的“旋转门”规则,正是致力于健全完善的离职后再就业制度规范。^[14] 此类行为造成的利益冲突,同样表现在个人因素干扰公权运行造成的公共利益危险,其与职中损害的区别在于,离职后公民个人与公职之间的联系已被切断,完全以个人身份再次参与公务活动并施加影响,将动摇公权力的正当性与公信力,危及“委托—代理”关系的基础。

第三,参与决策制定的利益冲突。第 208 条规定,政府行政部门、独立机构的公职人员,参与与其个人及家庭成员经济利益有关事项的决定制定过程。此类行为是对于涉及到自身或关系密切人利益的公务活动回避义务的违反,又称为自我代理行为。代理关系源于民事领域,其内置原理决定了“自我交易”与代理制度完全相悖。除造成与前两类相同的公共法益危险外,其利益冲突集中表现为,实体利益与主观意图极大地增加了公共法益的危险程度。^[15]

第四,职外取酬型的利益冲突。由第 209 条规定,指政府行政部门、独立机构官员或者雇员在政府支付的薪水之外接受外来资助、补贴、捐款的行为。公务活动的公共性与公共利益的重要性,决定了公权力应由政府垄断,公职人员的各项公务活动仅应依政府需求进行,并由政府支付其服务对价。如果非政府组织因公职人员履行公职而提供资助,则会打破政府对公权力的垄断,影响公共利益配置,危及整体公权力的运行秩序。

二 美国利益冲突罪立法体系的理论逻辑

美国利益冲突罪脱胎于早期的行政伦理观念,以公职义务违反作为立法建构的根据,是现代职务犯罪立法更新的体现。19 世纪 50 年代,美国进入工业革命准备期,政府在社会秩序维护中的作用日渐强化,公共利益及其分配关系初步形成,利益冲突罪创设了新的公职行为犯罪化的根据,实现了贿赂犯罪立法理论基础的代际更新。

[14] See James S. Roberts, The “Revolving Door”: Issues Related to the Hiring of Former Federal Government Employees, 43 *Alabama Law Review* 307, 343 (1992).

[15] See Branon Brendan & D. D. Fauvre, Federal Criminal Conflict of Interest, 39 *American Criminal Law Review* 403, 563–566 (2002).

(一) 治理模式由“结构性预防”向“惩治性预防”的转型

1. “结构性”预防制度的构建与失灵

较之于其他民族国家,美国因其新生国家特性而享有人为建构制度的“特权”。如何消除权力腐败,是建国初美国领导者高度关切的问题,立基于共和主义的道德基础,力图通过结构性分权、控权与制衡系统,消除腐败机会,是美国政治制度的一大特色。“美国的制宪者们秉持一种苛刻的腐败观来制定相关制度,相比于较为常见的需要证明腐败意图的法律,他们偏好一种结构性或预防性的反腐败规则,这些规则严格排斥暗中交易和其他一些并不入罪的行为,例如不准政府成员随意收受外国政府的礼物。这些结构性规则力图在腐败行为发生之前便着力塑造和影响政治行动者的动机。”^[16]以之为导向,美国更加重视宪法性法律,并未将具体的腐败治理立法作为重点,仅有英国式的腐败惩治法律,囿于英国法观念的局限,^[17]主张对法官与政府官员收取贿赂行为做差别化处置。^[18]“新成立的美国联邦政府没有通过反贿赂或反敲诈勒索的一般性法规,也没有针对立法者的任何反贿赂法规。作为替代,他们通过了一部反贿赂法,只禁止某些法官、海关官员和和税务官员收受贿赂,处罚是罚款和监禁,缺乏一般性的联邦法定罪名。”^[19]

1828 年安德鲁·杰克逊赢得大选,这是美国政治模式发展的转折点。次年入主白宫后,杰克逊开启了美国政府模式从“绅士政府”向“大众政府”的转变,以政党分赃制为核心的政治权力分配模式成为主导形式,由此刺激了腐败的衍生。^[20]“在‘政党分赃制’下,人们除了通过投靠政党和总统进入政府任职外,还可以花钱买到官职,一度导致美国‘卖官鬻爵’猖獗。特别是内战以后,出钱购买政府官职的事例比比皆是,甚至国会议员手中也有大量的联邦政府职务可以出售和馈赠。伴随杰克逊政府时期‘政党分赃制’的盛行,政府腐败也就成为美国不可避免的政治现实……并演变成 19 世纪中后期美国历史上一个严重的政治和社会问题。”^[21]结构性腐败预防制度在现实的腐败治理中已经失灵。

2. “惩治性”预防制度的兴起与探索

19 世纪 50 年代后,美国政府中的腐败开始出现有别于传统贿赂的形式,核心特征是政府公职人员从借助其公职身份而实施的行为中获取与公共利益相背离的利益。如果立法仍坚守“互利交易性”的传统贿赂犯罪的评价立场,则根本无法对此类公职义务违反行为作出评价,“这些最初的关于利益冲突的法律反映出美国当时的一种公众舆论:政府雇员和前政府雇员不应在对美国政府的赔偿要求起诉中代表公民个人,他们在针对美国的

[16] 褚向磊:《美国腐败问题的历史演变与制度根源》,《南京政治学院学报》2017 年第 6 期,第 80 页。

[17] 原始的贿赂罪是指诉讼当事人收买法官的情形。

[18] 美国学者泽菲尔·提绍特教授提出,英国早期腐败犯罪包括两种基本类型:一是适用于所有政府大臣的敲诈勒索罪(索贿),由 1275 年《威斯特敏斯特条例》规定。二是适用于法官的贿赂罪,由 14 世纪 80 年代施行的反贿赂法规定。对此,库克做出总结,“贿赂罪与敲诈勒索罪的区别是,贿赂罪只发生在担任司法职务的人身上,敲诈勒索罪则可能发生在担任内阁职务的人身上”。参见[美]泽菲尔·提绍特著:《美国的腐败——从富兰克林的鼻烟盒到联合公民胜诉案》,冯克利、苗晓枫译,中国方正出版社 2016 年版,第 76-77 页。

[19] 参见[美]泽菲尔·提绍特著:《美国的腐败——从富兰克林的鼻烟盒到联合公民胜诉案》,冯克利、苗晓枫译,中国方正出版社 2016 年版,第 78 页。

[20] See Mosher Frederick C., *Democracy and the Public Service*, Oxford University Press, 1982, Part Contents.

[21] 参见石庆环:《杰克逊总统与美国联邦政府腐败之缘起》,《贵州社会科学》2015 年第 4 期,第 57 页。

行动中代表私方是对政府的不忠诚。公众担心,如果公共官员和雇员在与自己有直接或间接财政利益的问题上采取行动,就存在滥用公职或表现为滥用公职的可能性”。^[22] 利益冲突行为犯罪化的核心在于,以一种积极的立法姿态,防范公权行使中可能受到的个人私利影响。建构“禁止因公职而得利”的规范体系,成为贿赂犯罪立法体系完善的必然。在美国学者看来,利益冲突是“公务员的社会关系、金钱往来或个人信念有可能会妨碍他(她)从公众利益出发,依照法律秉公办事”。^[23] 甚至认为,利益冲突与制度性腐败相关联,“腐败的一个重要根源在于利益冲突,当一个人或一个集团的自我利益与其受委托的职责发生冲突时或其具有两个相互冲突的职责时,便会产生利益冲突。利益冲突是引起制度性腐败的重要因素”。^[24] 伴随利益冲突型贿赂犯罪立法的发展,惩治性预防制度成为结构性腐败预防制度的补充。

(二) 犯罪结构转向“权—职—利”新型职务犯罪结构

美国利益冲突罪犯罪化的进程中,公职义务是解构“权—利”犯罪结构的工具,通过对公职义务的全新理解,重新确立了公职义务在“权”与“利”之间的地位,构建出以公职义务为纽带的新型职务犯罪结构:“权—职—利”犯罪结构模式。

1. 传统“权—利”犯罪结构的局限

传统贿赂犯罪的“权—利”关系犯罪结构是指,公职人员将公共权力作为与行贿人交易以为自己或他人谋取利益的媒介,“权力”与“利益”的直接关联是犯罪构成的基础。在这一以对价关系为基础而建构的犯罪结构中,贿赂犯罪立法的特点体现在三个方面。第一,将公职活动是否属于滥用权力的判断标准置于“谋取利益”上。因公共利益主体的不特定性与公共事务的复杂性,“委托—代理”关系中公职人员被赋予较大的自由裁量权,然而,这并不意味着公职人员在自由裁量范围上是完全“自由”的,其行为是否符合公职目的具有实质的标准。而就传统立法的内容而言,不具有充足强制力的行政伦理义务尽管设置了更高要求,但真正起到约束作用的仍然是刑事规范,因而判断标准就被定位于“未为他人谋取利益”这一反向标准上。但实质上,该标准是自由裁量的边界,只是公职行为的及格线。第二,对“利益”性质的判断强调需要借助权力的形式外观。一项公务活动,不仅是对关联主体之间权利义务关系的调整,且是在依照公共职能对公共利益的再分配,所以行政相对人享有因公职活动而获取分配利益的权利。“分配利益”是否属于合理、合法的应得利益,不能仅依据是否为“公权力部门做出”而确定,传统立法中,只要该利益的分配属于职权范围之内,满足了形式要件,就属于应得利益,这其实是由“‘职权’性质由‘利益’判断、‘利益’性质又由‘职权’决定”的因果悖论造成的。第三,要求公权使用与谋得个人利益之间具有直接的关联性。传统职务犯罪以滥用权力的效果显现于客观实体利益作为犯罪成立的标准,这种结果本位的因果标准是对普通财产犯罪的不当借鉴,也是对现代职务犯罪本质的误读。财产犯罪的本质在于,破坏公私财物的原支配关

[22] 周琪:《美国的政治腐败和反腐败》,《美国研究》2004年第3期,第53页。

[23] [美]马国泉著:《行政伦理:美国的理论与实践》,复旦大学出版社2006年版,第143页。

[24] See Seumas Miller, Peter Roberts & Edward Spence, *Corruption and Anti-Corruption: An Applied Philosophical Approach*, Pearson Education Inc, 2005, pp. 46 - 59.

系,并建立新的支配关系,因而其危害性需要根据所造成的公私财产损失加以判断,而职务犯罪的本质在于,侵犯非物质化的公共利益,公私财产仅是该类利益被侵犯后的附随情状,是个别法益被侵犯后的客观化表现。所以,在“滥用权力”与“财产利益”之间建立直接联系是不具有锚定本质功效的做法。^[25]

2. “权—利”犯罪结构下的利益冲突

公职义务是“委托—代理”关系的基础,是隔绝个人因素进入公权力运行环节的屏障。以公职义务作为审视“权—利”犯罪结构的工具,可以发现,腐败行为并非仅存在于权钱交易或者以权谋私行为过程中。在这一视角下,贿赂犯罪立法有三个判断标准。第一,“及格线”上的利益冲突。赋予公职人员自由裁量权是为了更好地实现行政效率,但这并不意味着裁量范围内的任何决定均符合公职义务的要求,这是因为长期以来裁量范围的边界被置于“未被滥用于谋利”,而非“符合公职的基本标准”。由于利益冲突以公职义务违反与否作为评判标准的法益,并以此标记公共法益进入危险状态的时点,所以当公职行为仅违反公职义务却未超出自由权限时,尽管存在利益冲突,但却不在传统犯罪结构的评价范围之内,由此导致公信力降低、行政秩序混乱、资源配置误差等非物质性的法益侵害处于规范保护的空白地带。第二,职权范围内的利益冲突。对社会公共利益再分配是公务活动的专属职能,而公共利益是资源再分配的质与量的集合,即使确保了分配的“质”符合职权的要求,但“量”上的不公正,依然能够造成利益冲突。如,资不抵债的公司进入破产清算程序后,法官在职权范围内对清偿顺序的微调,使得关系人得到全额补偿。尽管关系人具有受偿权,但多获得的“应得利益”则是利益冲突下的产物。第三,间接关联下的利益冲突。谋取利益并非滥用权力的充要条件,对二者之间需存在直接关联性的要求往往阻碍犯罪的认定。如,负责城市规划的官员向朋友透露城建规划,而后,其朋友投资获利,该官员在离职后进入其朋友的公司任职高管。在这种间接性的“权—利”模式下,能够认定违反公职义务,也存在利益冲突,但往往难以认定滥用权力与谋得利益之间的因果关系。

3. “权—职—利”关系的犯罪结构

以公职义务为纽带、以利益冲突为立足点的“权—职—利”双结构,有效弥补了传统贿赂犯罪在腐败治理中的局限性。“权—职”子结构可以应对公信力与行政秩序危机。公职义务既是公职人员对政府承诺正确行使权力的保证书,也是政府同意并授权个人代表其行使权力的前提。现代行政意义上的公职义务,是行政伦理在个人利益与公共利益之间设置的不得逾越的屏障,公职人员是唯一能够直接接触到公权力背后公共利益的特殊群体,但他们并不是等级特权者,这类群体的任何行为都处于公职义务的监控下,以确保他们接触公权力的全过程都是公开透明、公平公正的,这是由公民让渡权利的社会契约本质决定的。违反公职义务行使权力,侵犯了“委托—代理”关系的基础,动摇了公权的公信力与运行秩序。当权力行使脱离公职义务监管时,即表明个人因素

[25] 参见钱小平:《创新中国贿赂犯罪刑法立法之选择——基于刑法预防功能的考察》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2017年第4期,第46-47页。

已绕开公职义务混入公权力的运行环节,此时已对公权力运行秩序和公信力造成影响,利益冲突已经产生。所以,“权一职”子结构的特点在于,实施公职义务违反行为即符合利益冲突罪的成立条件,无需实际谋得利益,或证实其具有主观的谋利意图。“职一利”子结构可以应对分配秩序与公共利益危机。从美国立法的历史来看,公职义务的性质经历了从伦理道德义务到行政规范义务,再到刑事规范义务的转变,在这个愈加明确与严厉的过程中,其出发点在于,划清个人身份与公职身份的界限,避免个人利益接触到公权力背后的公共利益。公职义务既是对公职人员划定的规范公权的标准线,也是为公职人员设定的个人利益回避的警戒线。即,公职人员的个人利益,应当被完全屏蔽在公权力运行环节之外,并非只有意图谋取个人利益时才属于危及公共利益与分配秩序。因为个人利益介入公权领域时就已出现利益冲突,即使尚未造成实害,但却对应然的利益分配秩序造成冲击,对公共利益造成严重威胁。易言之,并非将个人利益从公权力领域中输出时才属于腐败,将个人利益输入到公权力领域中时即构成利益冲突。“职一利”子结构的特点在于:未履行公职义务而导致个人利益进入公权力运行环节,进而出现与公共利益的对立状态。

综上所述,“权一职一利”犯罪双结构以公职义务为核心,将传统贿赂犯罪的“权一利”结构进行拆解重组,形成“权一职”与“职一利”两类子结构。前者以主动违反公职义务为基本形态,后者以不积极履行公职义务为基本形态,从而将作为与不作为形式的行政越轨行为都纳入到利益冲突罪立法体系的规制范围中。

(三) 犯罪根据体现公职义务来源与利益冲突本质

公职义务并非泛泛的道德伦理义务,而是具有实体法意义的规范义务,是以维护行政“委托—代理”关系为目的而设立的行政法律规范。利益冲突既是公职义务违反的基本形态,也是公职义务违反的本质内涵。^[26]基本形态表现为个人利益与公共利益的对立,其本质在于,通过个人因素介入公权运行环节而侵蚀公共利益、降低行政公信力、破坏资源配置。

1. 公职义务来源

政府与公职人员之间的权利义务关系基于“委托—代理”关系而产生,以确保委托与代理关系基础的有效性。首先,“委托—代理”关系的基础。符合现代劳动关系是担任公职的前提,表现在两个方面。一是先契约义务。政府的先契约义务是为公职人员的劳动提供薪酬,公职人员的先契约义务是遵守诚实信用原则要求仅为政府服务,并满足政府需求作为出发点。二是后契约义务。政府的后契约义务在于,为离职人员办理离职手续、结清薪酬、确保离职人员顺利交接、脱离岗位等;而对于公职人员来说,则是遵守诚实信用原

[26] 西方学者对此亦存在争议,威廉姆斯(S. Williams)认为,利益冲突是一种“情形”。在这种“情形”中,官员的私人经济利益足够影响或者可能影响官员履行公共职责。参见 S. Williams, *Conflict of Interest: The Ethical Dilemma in Politics*, Gower, 1985, p. 6。而古泽塔(G. Guzzetta)则认为,“利益冲突”指的是官员追求私人利益时与其有权力也有义务履行的公共利益相冲突的状况。参见 G. Guzzetta, *Legal Standards and Ethical Norms: Defining the limits of Conflicts Regulations*, in Christine Trost & Alison L. Gash (Eds.), *Conflict of Interest and Public Life: Cross-national Perspectives*, Cambridge University Press, 2008, p. 23。

则要求彻底脱离原职务,切断因“委托—代理”关系而建立的公职与个人之间的联系,对公职期间获得的内部信息、渠道、资源等保密或者封存等。其次,“委托—代理”中的委托关系。委托关系属内部关系,政府因行使公共权力需要而委托具体人员以其名义从事相应公务活动,公民接受委托后具有了公职身份,并代表政府从事相应公务活动。委托义务要求接受公职的个人应仅参与到获得授权的公务活动中,主动避免接触其他自己无权过问的公共事务,并约束不当的个人行为,以免侵害委托关系的正当性。最后,“委托—代理”中的代理关系。代理关系属外部关系,公职人员为政府利益而以政府名义对相对人做出具体行为,并由政府承担其后果与责任。代理义务要求实施代理行为的公职人员以被代理人的利益为根本,避免自我代理或双方代理等行为。

2. 利益冲突的本质

探究利益冲突的本质,既是在探究利益冲突罪及其立法体系的正当化根据,也是在探究具体利益冲突法益的差别。安德鲁·斯达克(Andrew Stark)从客观的角度来研究主观的冲突,从主观意识形态角度来研究客观的利益。他指出,冲突包括自我交易、不正当影响、滥用职权、假公济私、以权谋私和“旋转门”等形式;利益一词包括意识形态、组织和心理的内容,如影响、忠诚、情感、性情、偏见、关系、依附因素都可成为妨碍公务员判断的特殊利益。^[27] 所有公职义务违反行为的共同点在于,公职者在行使职权、促进公共利益实现中存在与其个人利益的冲突。利益冲突的内涵揭示了在存在公私利益困境的情况下,使得个人因素介入公权的运行环节中,造成个人利益与公共利益之间出现不应有的冲突或对立状态,导致出现公权力秩序紊乱、公共资源配置失控与行政公信力丧失等法益侵害的现实危险,也即,公共法益脆弱无助的危险状态。

利益冲突罪的“体系式”立法,是美国为加强行政伦理道德与职务犯罪治理而做出的时代回应。^[28] 该体系以公职义务违反所可能造成的利益冲突为建构基础,将散在的罪名统一为一个整体,并拓展各种犯罪的适用范围。任何基于“委托—代理”关系形成的公职服务都需要满足购买需求与购买价值,当为个人利益降低甚至反向满足购买需求与购买价值时就出现利益冲突,因而,从根本上危及公职服务关系的存续。基于公职关系而产生的公职义务,其基本出发点都在于防止利益冲突。传统贿赂犯罪同样侵害此类公共法益,二者的差异在于,传统贿赂犯罪以“权(力)—利(益)”结构作为犯罪化根据,以公共职权与不法利益的交换或者实际受损作为刑法介入的基础,重点在于惩治造成公权实际损害的结果犯。而利益冲突罪则以公职义务为中心,以防止法益出现危险状态为目的,刑法在公职行为尚未造成公权实际损害之时即介入,据以形成对违反公职义务行为的预防功能。所以,利益冲突概念在不同层面具有不同的内涵。在形式层面,利益冲突是指公职义务违反后的个人利益与公共利益发生对立冲突的基本形态。在实质层面,利益冲突是公职义务违反后的所有被侵害法益的代称。在具体层面,利益冲突是各类具体法益的上位概念,因义务违反类型不同而有不同的表现形态。

[27] See Andrew Stark, *Conflict of Interest in American Public life*, Harvard University Press, 2000, pp. 17 - 18.

[28] See John M. Dobson, *Politics in the Gilded Age: A New Perspective on Reform*, Praeger Publishers, 1972, p. 72.

三 利益冲突罪与中国贿赂治理立法体系发展

经过一百多年的探索发展,美国利益冲突罪立法体系通过前置犯罪评价的策略,强化了刑法在腐败预防性治理中的作用,这种立法理念的代际更新,对中国完善贿赂犯罪立法体系的路径选择具有启示功能。

(一) 中国贿赂治理立法体系的创立与发展

1949年中华人民共和国成立后,中国共产党领导的新政权即在百废待兴中开启了反腐立法建设,经历70多年的发展,实现了立法体系由一元的“结果本位”主义为中心,向以二元的“结果—诱因”治理模式的历史嬗变,腐败治理立法体系正在加速更新中。

1. 以贿赂惩治法为中心的立法体系建设

党规与国法二元结构、惩治性规范优先发展与“以赃计罪”的结果本位主义立场,是我国反腐立法的鲜明特色,惩治性规范始终是立法体系建设的首要中心。

惩治性规范体系的发展经历了三个阶段:(1)创立时期(1949-1979)。1952年4月21日施行的《中华人民共和国惩治贪污条例》是我国第一部反腐败特别法,通过“包容性”立法和“以赃计罪”模式首次规定贿赂罪,初步形塑了贿赂罪的立法雏形。(2)建构时期(1979-1997)。这一时期的核心特色是法典化。1979年刑法典将贿赂罪设定独立罪名,1988年1月21日《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》作为中华人民共和国建立后第二部反腐败特别法,构建了自然人与单位贿赂犯罪的“分体式”结构,贿赂犯罪立法体系得以丰富。^[29]1995年《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》,创立私营部门贿赂犯罪,由此形成公营部门(含自然人和单位)与私营部门(仅含自然人)的双重犯罪结构。1997年刑法典进一步增设新罪,并实现了法典化,贿赂犯罪立法体系框架形成。(3)完善时期(1997-2020)。这一时期的核心特色是增设新罪、调整刑罚结构与优化罪刑关系。2005年我国批准加入《联合国反腐败公约》以后,再次加快了贿赂犯罪立法的完善,通过《刑法修正案(六)》至《刑法修正案(九)》的补充,贿赂犯罪罪名已达11个,罪刑关系实现了数额犯与“数额—情节”的并重。

2. 以贿赂预防法为中心的立法探索

改革开放促进了社会的迅速转型,然而,由于国家法治资源供给不足、理念尚未转型,在治理情势持续严峻、治理需求增大等诸多元素叠加下,惩治法规成为治理资源建设的重点,刑法和党内纪律处分规定占据了立法建设的中心地位。然而,在经历了短暂的“严厉打击”腐败犯罪的斗争后,党和国家的腐败治理理念发生了重大转型,逐步确立了依靠制度反腐败的战略思路,开始进入“惩处为主、兼顾预防”的阶段。对腐败行为的预防性治理受到重视,进而成为制度与规范体系建设的中心。在中国特色腐败预防性治理体系建设中,党内法规始终处于优先发展地位,坚持了以规范权力为中心的方向,1984年12

[29] 参见游伟、李长坤:《反腐败30年:我国贿赂犯罪立法回顾与前瞻》,《东方法学》2008年第6期,第102-103页。

月 3 日中共中央、国务院发布《关于严禁党政机关和党政干部经商、办企业的决定》，是“中国式”防止利益冲突的最早规范，其后的多项规范均涉及利益冲突的内容，^[30] 这些规定远早于西方利益冲突理论在中国的传播，^[31] 是“中国式”自我探索的开始。总体而言，我国在建国之初基于建构国家权力运行机制、管理经济活动的需要，已经注意到具有控权功能的立法建设问题，但是，真正具有规范权力运行功能的立法建设，则起步于改革开放之后。

伴随腐败治理的系统推进，对利益冲突的治理成为最高决策机关关注的重点。2000 年 1 月中央纪委全会文件中首次使用“利益冲突”概念。^[32] 2007 年 5 月，中央纪委发布《关于严格禁止利用职务上的便利谋取不正当利益的若干规定》，以防止利益冲突为主要内容制定“八条禁令”，这是党内法规推进防止利益冲突制度的具体化。2009 年 9 月，党的十七届四中全会通过的《关于加强和改进新形势下党的建设若干重大问题的决定》中提出建立健全防止利益冲突制度，这是中央文件第一次对防止利益冲突制度做出的部署。2010 年 1 月，中纪委十七届五次全会提出，要进一步建立健全防止利益冲突制度，形成有效预防腐败的长效机制。2010 年 2 月修订的《中国共产党党员领导干部廉洁从政若干准则》，以防止利益冲突为基础，对党员领导干部设定“八大禁止、52 个不准”，实现了防止利益冲突由观念到制度的现实化。

（二）中国贿赂治理立法体系定位的短板

1. 过度偏重财产价值

我国刑法将贿赂犯罪的法益设定为职务行为的廉洁性或不可收买性，体现出以财产价值为导向的评判标准，之所以将贿赂犯罪的社会危害性定位于此，有以下几点原因。第一，历史传统影响。腐败与人类同寿，其生命周期大体与侵犯人身、财产等自然犯相当，早期原始、奴隶与封建社会出现的腐败犯罪，因其危害结果多表现为公私财物的损失，而被理所当然地视为财产犯罪。但是，近现代社会以来，随着政治经济文化的发展，腐败的定义与范围呈代际更新趋势，非物质性利益的存在与价值损失逐步得到证实，更倾向于认为腐败的核心并非财产侵害。尽管社会普遍接受了腐败犯罪造成非物质性侵害的观念，但仍未完全脱逸于财产的范围，要彻底扭转其对法益定位的影响仍需时间。第二，社会形态更替。早期等级制社会无实质意义的公共利益，行政管理维护的是统治阶级的利益，公职人员由统治者任命并仅对其负责，故将腐败犯罪视为对统治阶级财产的伤害大体可以接受。近现代社会以来，公共意识的觉醒、平等社会的确立、政府职能转变等一系列社会变

[30] 例如，1989 年 8 月 17 日中共中央、国务院《关于进一步清理整顿公司的决定》，1993 年 10 月 5 日中共中央、国务院《关于反腐败斗争近期抓好几项工作的决定》。前者明确规定了双重身份的禁止，后者除规定禁止双重身份外，还规定了禁止职外取酬的要求。

[31] 根据我国学者聂资鲁的观察，利益冲突概念与防止利益冲突制度渊源于西方，学界将其介绍和引入到中国是 20 世纪 90 年代末及以后的事情。李雪勤于 1999 年 9 月 8 日在《检察日报》发表《谨防利益冲突》和孔祥仁在 2000 年第 5 期《正气》上发表《防止利益冲突——欧美国家反腐新动向》是较早的介绍性论文。参见聂资鲁：《防止公职人员利益冲突立法的理论与实践》，《中国法学》2013 年第 6 期，第 153 页。

[32] 2000 年 1 月，十五届中央纪委四次全会明确提出：“省（部）、地（厅）级领导干部的配偶、子女，不准在该领导干部管辖的业务范围内个人从事与公共利益发生冲突的经商办企业活动。”

革,促使公权力摆脱私人所有,承担维护社会稳定发展、公共利益再分配等职能,职务犯罪被视为对公共利益占有与分配关系的侵犯。将贿赂犯罪的危害性固守于前现代社会的财产侵害性,忽视了行政性质、公职内容和社会基础等对职务犯罪评价的实质影响。第三,法律文化束缚。一般而言,传统刑事观念要求“自然犯存在侵害结果、法定犯有二次违法性”才构成犯罪,所以无论是将职务犯罪理解为财产犯罪以要求公私财产损失,还是理解为法定犯罪以要求严重违反行政规范(通常以造成重大损失为标准),都是结果本位主义的评价方式。虽将造成财产损失作为职务犯罪的构成要件体现了刑法谦抑性,但却过于置后,未能满足法益保护的需要。^[33]

2. 公职义务不应偏废

中国古代崇尚“出礼入刑”“以礼治国”,注重以伦理道德进行社会统治,统治阶级虽对贪官污吏施以严刑峻法,但对官吏的管理更注重伦理道德约束,通过道德教化与熏陶,使官吏自省自觉、自我约束,由此形成的公职人员管理模式为“加强道德约束、严惩贪腐”。从公职义务的性质类型来看,伦理道德义务是不具有明确性和强制力的思想约束,贪腐犯罪是对严重违反特定公职义务的刑事约束,这一模式影响了我国对公职义务规范体系的建设。一方面,有规范义务而无刑事保障。以《公务员法》为例,该法第59条规定了18种禁止行为,包括影响公务行为;第76条规定了利益回避义务;第107条规定了离职冷却期,可见行政规范设定了较为全面的规范义务。但从该法的处罚规定来看,只有主管部门人员实施滥用职权等严重行为的,才构成犯罪,对一般公职人员违反规范义务的监督与惩治,仅停留在行政自管阶段。刑法分则第八、九章也规定只有造成严重后果或重大损失的职务违反行为才构成犯罪。行政保护与刑事保护的断层,表明我国行政规范义务仍欠缺全面的刑法保障。另一方面,有刑事保护但非保护义务。从我国刑法对贪污贿赂犯罪的规定中可以看出,公职义务违反仅是其形式外观,未造成实害结果的义务违反行为不会受到刑事苛责,易言之,腐败犯罪是以实害结果为内容的“自然犯化”的法定犯罪,公职义务违反仅是附随情状,并不具有独立的刑法意义。从上文分析来看,公职义务并非仅是“委托—代理”关系的象征性立法宣示,而是具有丰富内涵的义务规范,是防止利益冲突的最后屏障。

中国特色腐败治理立法正处于全面转型期,提高腐败治理效能的关键是要优化腐败治理观念、修正腐败的界定标准、降低对腐败的容忍度。在被称“第三部反腐败特别法”的《中华人民共和国监察法》中,腐败的界定标准已然实现了由交易禁止、利益本位向公职义务违反标准的转型。^[34] 立基于此,在堪称腐败治理最后一个堡垒——贿赂犯罪的治理中,将利益冲突罪纳入立法规制范围成为当务之急。

(三) 中国反贿赂立法体系的完善

腐败治理的现实是对立法效能的最好评估,实践证明,在惩治法一端独大,而预防法

[33] 参见魏昌东:《中国刑法惩治贪污贿赂犯罪罪刑规范立法运行效果考察》,《刑法论丛》2009年第4期,第285页。

[34] 《监察法》第3条通过监察委员会职责内容的规定,首次对改革开放,乃至中华人民共和国成立以来所确立的反腐败的内容进行了修正,根据该条规定,反腐败的范围涉及职务违法和职务犯罪。从该法第11条关于监察委员会职责范围的规定来看,腐败的范围已然超出单纯的利益占有与交换的界定标准。

功能定位失当、实效性不足的情况下,难以取得真正的反腐实效。十八大以来,取得压倒性胜利的治理实践再次验证了这一判断的正确性。经过惩治与预防两手抓、两手都要硬的实践,推进了腐败治理的深化。当下反贿赂立法发展再次步入转型关键期,选择并推进何种立法策略,促进以“不能腐”为中心的贿赂治理成为关键,立法策略的科学性,将决定治理的成败,较之于惩治性及其他预防性举措,防止利益冲突情形属于贿赂的环境性、前置性治理,具有治理的积极功能。尽管在党内法规、国家立法中已经置入了相关内容,但我国相关犯罪的立法建设处于起步阶段,要加快防止利益冲突罪的立法进程,需要解决以下几个问题。

1. 明晰中国语境下“利益冲突”的概念

“利益冲突”概念源自西方,是对公职者处于的公私困境状态,以及该状态下实施公职行为的指称,以期对公职者提出明确的规范义务要求。对“利益冲突”的判断,受制于文化传统与权力属性的影响,一方面,西方个人主义倾向决定了利益冲突关系相对简单,而东方集体主义倾向可能造成家庭与家族关系对公职者的影响,进而决定了利益冲突关系判断的复杂性。另一方面,在中国,由于公共权力在国家、社会关系中具有较高的影响力,由此决定了利益冲突的层次与范围广泛于西方,据此,对利益冲突的概念与范围不能简单移植西方,对于利益关系的界定有必要提出“中国版本”。

防止利益冲突立法需界定的基本要素有两方面。一是利益的范围与类型。利益冲突中的利益包括物质性和非物质性利益,包括直接利益和间接利益,甚至包括党派利益。^[35]二是冲突的范围与类型。作为冲突关系的主体,不仅包括公职者本人,也包括公职者的家庭乃至家族成员,即,国家工作人员因其公职身份所代表或维护的公共利益与其个人利益及特定关系人(其近亲属、拟制血亲、近姻亲和其他共同利益关系人等)利益之间可能发生的矛盾和冲突。^[36]

2. 构建防止利益冲突的立法体系

防止利益冲突法是中国特色“三不腐”立法体系中“不能腐”立法的重要组成部分。“不能腐”立法的核心是最大限度地消除腐败机会,包括在公共权力的设定与行权制度设计中最大限度地减少腐败机会,以及确定对公权者面对权力行使冲突时的规范指导。改革开放以来,我国的相关立法建设已取得了一定的进展,但是,从腐败治理现代化的总体要求来看,防止利益冲突法的现代化正成为关键。

立法体系的加快建设需要重点关注以下三个方面。首先是对体系结构的选择。中国特色腐败治理立法体系由国家法与政党法组成,基于在国家与政党治理中的功能,设定了不同的腐败容忍度标准。中国共产党作为执政党,具有高度的先进性,因之,政党法对腐

[35] 经济合作与发展组织将“利益冲突”中的“利益”定义为:不仅限于个人的经济或者其他物质利益。私人的社会关系、债务或其他义务、宗教或类似团体、专业和党派政治组织、家庭利益都可能影响官员公正履行他们的职责。See OECD, *Managing Conflict of Interest in the Public Service: OECD Guidelines and Country Experiences*, OECD Publishing, 2003, p. 59.

[36] 聂资鲁:《防止公职人员利益冲突立法的理论与实践》,《中国法学》2013年第6期,第161页。

败的容忍度低于国家立法,这一定位必须继续强化,并不断明确不同立法形式中所规定的腐败范围与治理功能,与此同时,防止利益冲突法目前多以党内法规形式存在,有必要加快其国家法化的进程。其次是对立法模式的选择。西方防止利益冲突法多分散立法方式,以伦理道德法为中心建构相应立法。^[37] 中国防止利益冲突法因权力行使模式、公权主体类型的多样性,单一立法模式不利于规制范围的全面性,有必要选择“基本法+辅助法”模式。其基本法为公职人员官员法,支撑法为公职行为规范法与监督法。最后是对立法结构的选择。党内利益冲突法可以选择一体化立法模式,在一部立法中规定行为规范与责任机制。我国早期颁布的具有利益冲突内容的党内法规大多仅做禁止性规定,欠缺责任机制规定,造成适用障碍与形式化问题,必须在未来的立法中加以完善。国家利益冲突法则须建立由前置法和处置法组成的“分层式”结构。其中,前置法包括三方面,一是公职主体透明法。透明是利益冲突关系判断的基础,也是为公职者设定基础报告义务的前提,对此,有必要对公职者透明身份关系与财产关系设定法定义务,明确报告其家庭关系与财产状况,以为判断利益冲突奠定基础。二是公权行为规范法。在官员法、公权行为法中规定明确的主动规避利益冲突的规则、程序与要求。三是公职回避规范法。防止利益冲突需要扩大回避制度适用的类型与范围,将公务回避、职务回避、职权回避、经济利益回避和特定关系人回避均纳入其中。惩治性立法包括:一是政务处分法。规定违反公职禁止义务的行政责任。二是刑法。将特定违反公职禁止义务的行为规定为犯罪,追究其刑事责任。

3. 寻找利益冲突型贿赂犯罪立法的中国方案

我国现行贿赂犯罪立法体系以“权—利”结构为基础,存在法律规制范围与评价能力的缺陷,面对深化治理需求,更新犯罪结构,调整治理理念,确立更为全面的立法体系,是应对现代贿赂治理需要的唯一途径。^[38] 如何将利益冲突行为犯罪化,是立法完善中的当务之急,为此,有学者提出了将违反利益冲突禁止义务行为犯罪化,增设非法收受财物罪和非法从事营利活动罪的建议,^[39] 该建议具有一定价值。但是,笔者认为,一是若将利益冲突型贿赂犯罪仍定位于财产内容的犯罪,则不能充分揭示利益冲突义务违反的独立价值;二是并未就其与前置法的衔接作出立法回应。《公务员法》和《政务处分法》规定的具有严重社会危害性的行为,有必要在坚持以微罪入罪的前提下,增设利益冲突罪的独立罪名,通过列举式规定,将不主动报告利益冲突关系;在具有利益冲突状态下参与公共决策;纵容、默许特定关系人利用本人职权或者职务上的影响谋取私利;拒不按照规定纠正特定关系人违规任职、兼职或者从事经营活动等行为予以犯罪化。通过这一立法改造,在现行以犯罪主体为中心建构的贿赂犯罪“分体式”立法体系之外,形成以行为模式及其危害程度为中心的“分层式”立法体系,并通过“微罪—轻罪—重罪”结构性罪名体系模式,形成预防与惩治并重的贿赂犯罪的立法体系。

[37] 参见聂资鲁、刘小春:《域外防止利益冲突立法:模式与选择》,《中国行政管理》2016年第1期,第131页。

[38] 参见魏昌东:《贿赂犯罪“预防型”刑法规制策略构建研究》,《政治与法律》2012年第12期,第62页。

[39] 参见钱小平:《我国惩治贿赂犯罪立法检讨——以积极治理主义为视角》,《法商研究》2018年第1期,第50页。

四 结 语

美国利益冲突罪将公职义务违反作为行为的基本特征,是立法体系对新时代犯罪的回应。与传统职务犯罪不同,利益冲突罪立法体系解构了传统的“权—利”关系犯罪结构,创建“权—职”与“职—利”的两类子结构,从而形成了“权—职—利”犯罪的双结构,使得美国贿赂犯罪立法体系实现了从结果本位向“诱因—结果”双本位的跃迁,以及从单纯注重惩治到“预防优先、兼顾惩治”的功能性复合转变。当下我国腐败犯罪立法体系,正面临现代腐败的多方位挑战,以物质性法益作为保护对象,使得腐败犯罪立法体系处于后置法的惩治地位,既不利于保护非物质性法益,又不利于预防腐败行为的发生,只有将法益定位从物质性利益转到以利益冲突为代表的非物质性利益上,并通过公职义务重构新型“权—职—利”体系双结构,组建以积极治理主义为导向的现代贿赂犯罪立法体系,才能够有效实现我国腐败犯罪刑法治理的代际更新。

[本文为作者主持的 2017 年度国家社会科学基金重大课题“中国特色反腐败国家立法体系建设重大理论与现实问题研究”(17ZDA135)的研究成果。]

[**Abstract**] After more than 150 years of development, a “troika” structure of the crime system of bribery has formed in the United States. The crime of conflict of interest was established in the mid-19th century and, after experiencing three changes and transformations, became the focus of modern bribery legislation system in the United States in the mid-20th century. This crime is based on the violation of public duties and aims to eliminate the public interest risk resulting from the public and private interests paradox faced by public officials. The establishment and systematization of this crime has broken through the “power - benefit” relationship structure of the traditional bribery crime, adjusted the position of “result departmentalism”, and creatively constructed a new type of “power - duty - benefit” structural relationship outside the traditional mode of structural relationship. By clarifying the connection between “abusing power” and “seeking profits”, it has shifted the focus of legislation from transaction prohibition to interest conflict. At present, the Chinese bribery legislation system has the problems of single orientation and conservative position. The modernization of this system can be achieved only by taking positive governance as the guidance and introducing the legal interest orientation of conflict of interest.

(责任编辑:西 倍)