

黑社会性质组织的阶层认定

——基于犯罪论体系方法论上的思考

王鹏祥¹, 孙继科²

(1. 河南师范大学 法学院, 河南 新乡 453007; 2. 中南财经政法大学 刑事司法学院, 湖北 武汉 430073)

摘 要:我国刑法第 294 条第 5 款关于黑社会性质组织认定的“四特征”具有平面化的特点,借鉴阶层论体系方法论上的启示,应当以“犯罪性”和“涉黑性”为基础构建对黑社会性质组织的阶层认定,沿着“社会组织——异化社会组织——犯罪组织——黑社会性质组织”的逻辑顺序,实现黑社会性质组织认定的规范性和说理性。黑社会性质组织“涉黑性”具有主观面和客观面,具体指非法控制的主观追求意图及客观实现,从而实现从犯罪组织中的剥离。恶势力团伙在组织性、经济性和影响力上与黑社会性质组织存在“量”的差异,同时,是否具有典型的“涉黑性”也成为二者“质”的区分点。

关键词:黑社会性质组织;非法控制;恶势力;阶层认定

作者简介:王鹏祥(1972—),男,河南平顶山人,法学博士,河南师范大学法学院院长、教授,主要从事比较刑法学研究;孙继科(1990—),男,河南平顶山人,中南财经政法大学刑事司法学院博士研究生,主要从事比较刑法学研究。

基金项目:河南省社科规划项目(2018CFX009);中南财经政法大学 2018 年度博士创新教育项目(201810732)

中图分类号:DF611 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-2359(2018)06-0051-08 **收稿日期:**2018-09-30

众所周知,黑社会性质组织的认定依据是刑法第 294 条第 5 款的“四个特征”,因而,司法实践中“四特征”^①在组织性质的判断上发挥着至关重要的作用。就犯罪的成立而言,因使用犯罪体系的不同而存有差异。要件论体系要求行为人必须符合犯罪构成的各个要件,理论上称为“四要件”^②。阶层论体系要求行为人必须同时满足“构成要件该当性”“违法性”“有责性”(称为“三阶层”)。当前,尽管“三阶层”并未取代“四要件”,但可以肯定的是,“四要件”一统天下的局面已经不复存在。并且,“三阶层”在方法论上的论证对于“四要件”的确具有借鉴意义。本文初步认为,黑社会性质组织“四特征”与犯罪认定“四要件”具有方法论上的相似性,应当采用阶层论的模式加以改造,以克服平面论证下对形式要素的过分强调,增强“四特征”的内在逻辑性和认定的说理性。

① “四特征”经历了历史发展的过程。2000 年《关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用法律若干问题的解释》(下文简称《司法解释》)中规定四特征为组织特征、经济特征、保护伞特征、破坏力特征。2002 年《关于〈中华人民共和国刑法〉第二百九十四条第一款的解释》(下文简称《立法解释》)将四特征表述为组织特征、经济特征、行为特征和非法控制特征。2011 年《刑法修正案(八)》在总结司法经验基础上将《立法解释》予以法律化,提升了四特征的法律位阶,凸显四特征在认定黑社会性质组织中的核心角色。

② “四要件”具体指犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面四个要件。由于新中国成立后,取法苏联,因而以特拉伊宁为代表的苏联学者的四要件体系为我国理论和实务所采纳,成为主流犯罪论体系。

一、问题提出：黑社会性质组织认定的平面性及问题

要件论体系下,犯罪的成立以行为人满足“四要件”为必要,任一要件的欠缺都将否定犯罪的成立。进而有学者认为,我国犯罪构成体系是平面化的,“平面犯罪构成的特点是,犯罪构成由具有等价性的要件组成,各个要件处于平面关系中,行为要么符合全部构成要件,要么一个要件也不符合,根本不成立犯罪”^[1]。事实上,这样的论证是存在疑问的。因为犯罪论体系平面性判断的主要标准应是“四要件”内部各要件的关系。目前,犯罪论各个要件是独立的、处在一条平行线上的,每一个要件都是在单独论证社会危害性并进而确认犯罪的成立。同时,各要件并不存在层层递进的关系,要件间的顺序性显得并不重要,重要的是是否符合“四要件”的判断,即使打乱“四要件”顺序亦不影响对于犯罪成立的认定。如高铭暄教授认为,四个要件的排布不是随意的,而是遵循一定的规律的。“我一直坚持客体、客观方面、主体、主观方面的传统排列,始终认为这种排列方式准确地遵循了人们的认识规律”^[2]。有的学者坚持犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪客体、犯罪客观方面的排列顺序^[3],还有的学者坚持犯罪主体、犯罪客体、犯罪主观方面、犯罪客观方面的排列顺序^[4]。也难怪有学者指出,如果四要件之间存在层层递进关系,则刑法理论上不可能存在将四要件颠来倒去都可以称其为犯罪构成理论的各种体系^[5]。由于“四要件”的平面性和各要件的独立性,使得犯罪认定的过程极容易进行要件的拼凑,从而形成“垒积木”的过程,使犯罪的判断过于随意。

与“四要件”相似,黑社会性质组织的认定过程也是对“四特征”逐一进行检视和判断的过程,任一特征的缺失都将否定黑社会性质组织的成立。在这里,四特征是平行并列的,并且顺序显得并不重要了,重要的是只要对“四特征”进行了判断就能够确认是否黑社会性质组织。由此产生的疑问是,为什么“四特征”的认定便可以肯定黑社会性质组织的成立?难道仅仅依据刑法对“四特征”顺位的规定,便能够直接肯定黑社会性质组织认定的逻辑顺序吗?显然,黑社会性质组织的认定过程欠缺足够说服力。结合刑法第294条条文、具有可操作性的两个纪要^①的规定,“四特征”将会被进一步细化为若干要素,且这些若干要素有的还要进行规范性的判断,则事实上增加了认定上的复杂性、琐碎性和认定上的难度。例如,“组织特征”被分化为“组织稳定性的判断”“组织人数的判断”“犯罪组织形成时间的判断”“内部层级的判断”“内部是否存有纪律、活动规章的判断”。其他特征也同样存在上述问题,由此黑社会性质组织的认定过程就呈现出经由孤立的“四特征”对内部诸多细微要素的判断,且这些细微要素在认定中究竟存在什么功能并不明确,最终导致黑社会性质组织的认定不可避免地被“四特征”平面拼凑、简单堆砌。

应当看到的是,有学者在论述“四特征”关系时指出,“不能将黑社会性质组织的四个特征割裂开来予以孤立的评价,而应放在一个有机整体中进行相关性评价”^[6]。换言之,认为黑社会性质“四特征”是一个有机的整体,在司法认定中缺一不可,应综合考察判断。在“四要件”关系上,“我国犯罪构成是一种‘有机体’,各要件之间具有内在的、有机的、不可分割的联系,通过相互作用形成协调一致、不可分割、相互制约、‘荣辱’与共的有机体,并非各要件的‘总和’与‘藕合’”^[7]。上述有机整体说的论述与“四特征”的论述惊人地相似,由于注重于宏观上“有机整体”的论述,事实上并没有具体阐明“四特征”和“四要件”内部要素的关系,并不能以此否定“四特征”的平面性特征。也有论者认为,非法控制特征应被视为黑社会性质组织的核心特征,另外“三个特征”是围绕非法控制特征证成黑社会性质组织犯罪^[8]。这样看起来,似乎“四特征”具有了阶层的性质,因为毕竟强调了“非法控制特征”与“其他三特征”之间的层次关系,然而,“非法控制特征”究竟是“独立的判断特征”还是“判断的指针”,并不明确,因此,该观点也不能否定“四特征”的平面性进而认为“四特征”具有阶层的性质。

鉴于此,我们得出的结论是,“四特征”具备“四要件”的平面性特点,在黑社会性质组织的认定上容易导致平面拼凑、内部要素堆砌。这种平面性特征,源于“四特征”和“四要件”本身的独立性、并列性,内部欠缺逻辑自洽性,也没有上位概念进行统筹,使得“黑社会性质组织”的认定欠缺规范性、准确性。

二、样本参照：阶层论体系方法论上的贡献

阶层论体系认为犯罪的认定应当坚持“构成要件该当性”“违法性”“有责性”的判断路径。其中,第一步,

^① 具体指2009年《办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》(也称2009《北京纪要》)和2015年《全国部分法院审理黑社会性质组织犯罪案件工作座谈会纪要》(也称2015《北海纪要》)。两个纪要被司法机关认为是认定黑社会性质组织可操作的实用性指南。

“构成要件该当性”进行犯罪的初步判断,符合构成要件的行为原则上应肯定行为的形式违法性。第二步,进行实质违法性的判断,避免将正当防卫、紧急避险等符合构成要件的合法行为视为犯罪,从而构成要件该当性和违法性,实现完整意义上的不法判断。第三步,贯彻责任原则,对行为人实施不法行为的主观责任进行判断,避免将欠缺可谴责的行为定为犯罪,最终确定完整意义上犯罪的判断。整个犯罪认定的过程,层层推进,层层过滤:第一步过滤掉合法行为和一般违法行为,第二步过滤掉形式上符合构成要件但不具有实质上法益侵害性的行为,如正当防卫、紧急避险等,第三步过滤掉欠缺非难可能性的行为,从而使得犯罪的认定逻辑清晰,论证严密,环环相扣。三阶层论以阶层性打破了“四要件”的平面性,其方法论上的意义主要贡献在以下方面。

(一)位阶性

位阶性是相对于犯罪成立要件之间的关系而言的。阶层论体系中各要件间具有明确的前后顺序之分,陈兴良教授形象地概括说:“就前一要件与后一要件的关系而言,存在着‘即无后者,亦有前者’的关系;就后一要件与前一要件的关系而言,存在着‘若无前者,即无后者’的关系。”^[9]换言之,一方面注重前后要件的独立性,另一方面重视前后要件的顺位性。尤其强调后一要件对前一要件的依附性,前一要件判断的失败,导致无需对后一要件进行多余判断。

就三阶层理论体系而言,各个阶层之间是彼此独立的关系,如果没有违法性的判断,仍旧可以在违法性之前进行构成要件该当性的判断。事实上,就正当防卫行为而言,正是在构成要件该当性之后进入违法性阶段排除行为犯罪的性质。同样的,如果没有有责性的判断,仍旧可以进行前期行为不法(构成要件该当性与违法性)的判断。现实中也客观存在着欠缺非难可能性的不法行为,如未达刑事责任年龄的人实施的具有法益侵害性的行为。因此,前一要件与后一要件之间存在“即无后者,亦有前者”的关系。就后一要件与前一要件的关系而言,如果不符合构成要件该当性,就无须进行违法性的判断。同样的,在符合构成要件该当性而不符合违法性时,亦无须进行有责性判断。在整个判断过程中,任一要件的欠缺都将导致判断的终局性,否认犯罪的成立。如果在不符合构成要件该当性或者不符合违法性的情形下,继续进行后一要件判断,只能是画蛇添足、多此一举。因而,可以认为后一要件与前一要件存在“若无前者,即无后者”的关系。从而,阶层论体系上的位阶性,使得犯罪的判断层层推进,层层过滤,最终筛选出完整的犯罪行为。

(二)不法与责任的分离

唯有实现狭义构成要件且欠缺阻却违法事由者,才会构成不法;唯有不法且具有罪责者,才是犯罪^[10]。考虑到违法与有责在当今刑法理论中与构成要件符合性判断的融合趋势,以违法和有责为支点构建二阶层的犯罪论体系应该是反制平面化犯罪构成体系的最好出路^[11]。不法与责任的分离,不仅使各犯罪成立要件找到了上位概念,而且使阶层犯罪论体系的适用成为逻辑连贯的整体。不法的判断有赖于构成要件该当性和违法性的统一判断,就此而言,不法是欠缺容许构成要件的法益侵害行为。行为人实施了刑法上的不法行为,并不能当然肯定犯罪的成立,还需要判断行为人在实施行为时是否有非难可能性,具体而言,有无故意、过失、违法性认识可能性、期待可能性,只有经过责任判断,确认行为人实施的不法行为具有谴责性,才能够最终认定犯罪的成立。由此,犯罪是违法与有责统一的概念被确立起来,从而犯罪的判断过程也是先进行不法判断,进而进行有责判断的逻辑清晰的过程。

(三)形式与实质、主观与客观分离

从历史角度看,阶层犯罪论体系经历了从古典犯罪论体系到新古典犯罪论体系、目的行为论体系的嬗变过程。由于古典犯罪论体系坚持“违法是客观的,责任是主观的”原则,因此在构成要件判断上坚持构成要件的客观与价值无涉性,从而构成要件与违法性的关系是:构成要件是对形式违法性的判断,违法性要件是实质违法性的判断,二者之间是违法性的形式判断与实质判断的关系。但是伴随新古典犯罪论体系和目的行为论的发展,构成要件中规范构成要件和主观构成要件的发现,违法性中主观违法要素的承认,二者的关系已经没有原先那么清晰。但由于构成要件注重刑法“合目的性”,在罪刑法定原则下实现犯罪认定的征表功能,而违法性注重刑法和其他相关法律的“合目的性”,事实上在整体法秩序范围内深层探究犯罪的本质,因此,一般来说,可以认为在不法层面方法论上实现了形式与实质的分离,不法主要针对客观的判断,责任主要针对主观判断,客观在先主观在后。

迄今为止,阶层论体系方法论上的轮廓已经显现:阶层论体系以判断的阶层性打破了要件论体系的平面性,阶层判断表现为层层推进、层层过滤。在推进的过程中,违法与责任两大支柱的作用“功不可没”,缺乏违法与责任两大概念,要件的推进便缺乏合适的功能依归。不法层面形式判断与实质判断分离,不法与责任判断上客观与主观的分离,使得判断上逻辑清晰、体系连贯。

由此,对于黑社会性质组织认定上的启示是,由于刑法第 294 条只规定了“四特征”作为黑社会性质组织犯罪认定的基础,并且由于常规顺位并不能当然解释为“四特征”认定顺序的前提,因而黑社会性质组织的阶层认定成为可能。这对于打破“四特征”认定的平面性意义重大,对于实现黑社会性质组织认定规范性和论证的说理性亦价值非凡。问题是,一旦确立了黑社会性质组织阶层认定的思维,必然面对的问题是,如何恰当地安排阶层顺序,如何恰当地寻求如阶层论体系中“违法”和“责任”这样的两大支柱?后续的问题是,是否有必要及如何在判断的过程中贯彻阶层论体系将形式与实质、客观与主观分离方法论上的精神?

三、理论建构:黑社会性质组织的阶层认定

(一)黑社会性质组织的判断:阶层性

依据经验的视角,在黑社会性质组织之外,大量存在着其他组织,如拥有合法政权依法行使国家法定职权的国家机关,为谋取经济利益、扩大市场占有额的公司制的企业,为维护自身合法权益依法行使宪法赋予的结社自由而成立的维权组织,等等。几乎可以肯定,任何组织在成立之初都是基于特定的目的,实现从单一个体式“独舞”到多数人集合式“分工协作”的转变,利益共同体由此产生。黑社会性质组织的阶层判断意味着黑社会性质组织首先拥有社会组织(异化的或非法的)的属性;其次,黑社会性质组织属于犯罪组织,属于刑法规制的对象;最后,黑社会性质组织特指具有“涉黑性”的犯罪组织,从而与其他类型的犯罪组织区分开来。

1. 第一阶层:黑社会性质组织“犯罪性”形式认定

根据刑法第 294 条第 5 款,黑社会性质组织的“组织特征”为:“形成较稳定的犯罪组织,人数较多,有明确的组织者、领导者,骨干成员基本固定。”然而,组织特征究竟在黑社会性质认定中具有何种功能,却是需要提前予以澄清的问题,因为这直接关系到组织特征的地位及阶层认定的前提和基础。对于组织特征功能的研究早期就受到重视,目前的研究可以说更为深入。例如有学者认为,组织特征作为首要特征,是黑社会性质组织与其他犯罪组织相区别的主要标志^[12]。也有学者认为,组织结构是区分一般犯罪集团最突出的标志。一般犯罪集团也有一定的组织特征,但这种组织相对宽松,主要是集团成员之间的联系^[13]。也有学者在论述黑社会(性质)组织的组织性时指出,当涉及黑社会性质组织时,正是由于其组织特征,黑社会性质组织犯罪比普通的共同犯罪和犯罪集团更具社会危害性^[14]。综上所述,由于组织特征具有区分黑社会组织与一般犯罪组织的作用,因此突出和强调了“四个特征”中组织特征的本质属性。

笔者对上述结论持怀疑的态度,原因在于即便在普通的盗窃集团和抢劫集团中都可能出现类似等级森严的犯罪结构体系,组织特征并不能将这些犯罪集团与黑社会性质组织相区分。换言之,组织特征在不同类型犯罪组织中区分功能并不显著。事实上,组织特征的主要功能有二:其一,组织轮廓的“描述功能”。评价黑社会性质组织的前提在于有组织实体的存在,亦即存在社会组织。在社会学的研究中,所谓社会组织是指“人们有意识地建构起来以完成特定目标的社会群体”。社会组织具有目标的特定性、内部关系的功利性、规范的内部互动和合理的结构等特性。社会组织必须具备以下要素:一定数量的成员,具体活动目标,正式的行为准则(或组织亚文化),某些监管机构,某些物质技术设施^[15]。黑社会性质组织作为社会发展过程的产物,应当满足社会组织的基本属性。只是相对于社会组织而言,黑社会性质组织是社会组织的异化。这种异化性主要表现在组织内规范演变为成文或不成文的帮规,并借助于非法的手段约束成员行为,确立角色和权威,实现成员的服从和组织内秩序的稳固。其二,黑社会性质组织“犯罪性”的初步征表功能,初步肯定犯罪组织的成立。刑法对组织特征的描述意味着该组织为非法组织,其非法性或犯罪性主要表现为通过成文或不成文的帮规实现对组织内部成员的约束和控制。从司法实践看,具体表现为内部管理暴力化。一旦有人敢违反纪律规则,就可能受到严厉的纪律制裁,而这种纪律制裁可以说都是通过非法或犯罪手段进行的^[16]。依靠暴力来实现自身的管理,达到组织成员对组织的服从,从而具有了非法组织的性质。因此,某种组织结构是构成黑社会性质组织的前提,从而将其与一般的共同犯罪和犯罪团伙区分开来。

2. 第二阶层:黑社会性质组织“犯罪性”实质认定

黑社会性质组织的“犯罪性”主要体现在组织实施的行为上,如果组织被第一阶层认定为异化的社会组织,并不能当然地肯定犯罪组织的性质,只是在形式上征表组织犯罪性。只有组织实施特定的行为才能彰显其严重的社会危害性或法益侵害性。通过第二阶层犯罪性的实质判断与第一阶层犯罪性的形式判断,完整实现犯罪组织的认定过程。如果某种异化的社会组织成立后,并不实施任何的违法犯罪活动,便不能肯定组织犯罪性。正所谓“黑社会性质组织并不是由名称、计划决定的,而是由其所实施的行为决定的。多次实施违法犯罪活动是黑社会性质组织的载体,没有多次实施违法犯罪活动的,欠缺行为特征,黑社会性质组织将难以成立”^[17]。

黑社会性质组织的“行为特征”表述为:“以暴力、威胁或者其他手段,有组织地多次进行违法犯罪活动,为非作恶,欺压、残害群众。”司法实践中把握时应当以证立黑社会性质组织的犯罪性为导向,注意以下问题:(1)行为方式。尽管在黑社会性质组织发展到一定形态后更多采取软暴力的手段,也仍应肯定行为的暴力性特征。(2)行为性质。应当认识到“有组织的多次进行违法犯罪活动”是对组织犯罪性的表述,从而有别于犯罪成员个人的犯罪性。同时,如行为人仅实施违法活动,而没有实施犯罪活动的,由于没有体现犯罪性,应当否定黑社会性质组织的成立。(3)“为非作恶,欺压、残害群众”的规定,由于描述上并非法言法语,判断上也缺乏明确标准,因而有学者指出,黑社会性质组织特征只需要体现“以暴力、威胁或者其他手段,有组织地多次进行违法犯罪活动”^[18]。该批判应仅止于条文的模糊性,仍应看到立法者试图通过行为结果的描述以区别于一般犯罪集团、其他类型犯罪组织的严重社会危害性。

3. 第三阶层:黑社会性质组织“涉黑性”认定

至此,前两个阶层的判断并不必然肯定黑社会性质组织的性质,而仅仅表明组织的犯罪性,因此,必须深层次追问,黑社会性质组织“黑”的本质是什么,从而将黑社会性质组织从众多犯罪组织中抽离出来,以实现认定的精准性、规范性。对于“黑”性的判断可以从客观面和主观面展开。

(1)“涉黑性”的客观面:实现非法控制

“组织特征”与“行为特征”在一般犯罪集团(包括“恶势力”)中表现得较为明显,所以,“经济特征”和“非法控制特征”对于区分一般犯罪集团与黑社会性质组织更具有意义^[19]。目前,主流观点认为,非法控制特征是黑社会性质组织的本质特征。非法控制的实施是黑社会性质组织所有行为的起点和终点,它具有犯罪组织社会化的本质属性,是黑社会性质组织最突出的标志^[20]。周光权教授也认为,如果不形成非法控制或重大影响,就不能成立黑社会性质组织犯罪。非法控制特征是黑社会性质组织的本质特征,也是黑社会性质组织区别于一般犯罪集团、恶势力团伙的关键^[21]。也有论者在论述四特征关系时指出,危害性特征是黑社会性质组织不同于一般犯罪集团的本质特征,也是认定该犯罪组织为黑社会性质组织的关键^[22]。强调经济特征意义的观点认为,经济特征是黑社会性质组织的必要特征之一,原因在于,黑社会(性质)犯罪组织一般都有较为稳定的经济来源和一定的经济实力。在“再生性犯罪的经济基础”上,以合法手段或以打“擦边球”的方式获取财富,黑社会势力加剧了犯罪活动,对抗法律,攫取大量社会财富^[23]。否定经济特征功能的观点认为,黑社会性质组织的判断并不必须依赖经济特征,理由在于,黑社会性质组织存在“初级”和“典型”之分,如果要求必须具备一定的经济实力,显然会放纵对“初级”黑社会性质组织的打击,也不能有效贯彻“打早打小”的刑事政策^[24]。可见,必须通过明确经济特征的功能及其与非法控制特征的关系,才能进一步确定“涉黑性”客观面。

笔者认为,“涉黑性”客观面主要是犯罪组织实现了对社会和经济的非法控制,而非谋取一定的经济利益。理由在于:首先,经济特征并非黑社会性质组织所独有,事实上,在普通犯罪集团、传销组织中大多都有追求和实现经济利益的特征。换言之,以经济特征为基础对犯罪组织的抽离并不能彰显“黑”的特性。其次,经济特征与非法控制特征是双向互动关系。一定的经济基础为组织的存在、发展、做大做强创造了物质条件,对于非法控制的实现起到强化和助长的作用。反过来,在非法控制实现过程中,伴随组织影响力的逐渐增强,为组织经济规模的扩大起到反向推动作用,进而使得经济特征和非法控制特征逐渐显现出来。因此,经济特征只有在借助于非法控制特征才实现了意义。如果只是单纯地增强组织的经济实力,而没有通过一定手段对外彰显非法控制,便不能认为是黑社会性质组织。最后,非法控制特征具有独特性,黑社会性质组

织正是通过暴力的手段达到非法控制的状态,从而在国家合法政权之外构建起“非公开的”对经济和社会生活的支配的秩序,干扰和弱化了国家政权的正常行使。

(2)“涉黑性”的主观面:追求非法控制

一般认为,“四特征”是黑社会性质组织犯罪的客观构成要件要素,因此,实践中尤其基层法院在认定黑社会性质组织时过分强调黑社会性质组织的客观面。应当承认,客观面作为客观的存在较之于主观面更便于司法实践,且以证据作为佐证的客观面的认定,具有充分的说服力。不可否认的是,黑社会性质组织是特定目的推动下的必然产物,如此才能够满足作为社会组织的基本特性。也就是说,组织成立的目的对于组织性质的认定具有显著的意义。王作富教授在黑社会性质组织的认定上也肯定组织基本目的的意义。通过组织基本目的的不同,实现与恐怖组织、普通犯罪集团的区分,侧面肯定了“涉黑性”主观面对于组织性质评定的价值与功用^[25]。事实上,最高人民法院也肯定了组织目的的重要意义^①。例如,在邓伟波案和张更生案裁判理由中,都注重组织目的在组织性质判定上的功能和意义^②。

论述至此,存在疑问的或许是组织目的应当如何理解,究竟是组织成立的目的,还是组织实施违法犯罪的目的?应当认为,任何组织原则上都是基于特定目的而成立,并在成立后对最初目的加以实现的。组织目的并非静态的主观存在,而是组织自身特性经由外在行为的彰显。通过组织外在的活动,映射出组织外在在行为的目的及成立时的目的,二者原则上是统一的。因而,不难理解多数基层法院对组织目的的轻视,原因之一在于,将组织性质认定上的组织目的与具体犯罪认定上的犯罪目的混为一谈,质言之,将组织性质的认定与组织实施相关犯罪的认定混为一谈。因而,这种简化处理的做法并没有凸显“涉黑性”主观面在组织性质认定上应有的价值与功用。

接着需要考虑的是,黑社会性质组织的目的究竟是什么?有观点认为,黑社会性质组织并非试图谋求政治上的地位,其违法犯罪活动都直接指向经济利益。谋求最大的经济利益是其最终目的^[26]。也有观点认为,黑社会性质组织犯罪的目的不仅是为了追求非法经济利益,更深层次或者本质上是要实现对社会的非法控制^[27]。于志刚教授则区分了主要目的和附随目的,主要目的是实现非法控制,一般具有追求经济利益的目的^[28],因此认为组织目的具有复合性。应当看到的是,“四特征”本身就包含有主观的内容,组织成立的目的是什么?为了单纯的实施违法犯罪?为了获取经济利益?还是为了实现非法控制?作为对犯罪组织“涉黑”性的彰显,应当认为追求非法控制是组织的目标,这不仅是因为在客观面向肯定了非法控制特征的功能,而且应当看到无论组织实施违法犯罪活动抑或是谋求经济利益,最终指向的目标都是追求实现非法控制。也只有在主观面承认了组织目标是追求非法控制,才能说犯罪组织是“黑”的,因为在主观面追求非法控制是黑社会性质组织所独有的主观心态。这种主观心态的确定,在有成文规章和纪律的场合,通过规章的具体内容加以确定。在组织规章或纪律以不成文状态存在时,需要仔细审查其组织成员对组织性质和组织目标的认识程度,从成员是否在稳定的犯罪集团内活动、是否认识到组织经常实施违法犯罪活动、是否认识到组织是在有组织的实施违法犯罪活动等方面进行考察。

(二)阶层认定的适用原则:动态性

黑社会性质组织从产生、存在、发展到做大做强,具有时间性,其成为黑社会性质组织需要一定的过程。因此,对于黑社会性质组织的认定,应当以动态的方式进行考察。

首先,黑社会性质组织的认定并不存在明显的时间分界点。在认定中,应当改变认定的“点”思维为“面”思维,从而与一般犯罪组织相区分。由于黑社会性质在组织发展的过程中各个特征会存在一定的差异,不必要求每个特征必须非常典型。鉴于此,应当肯定2009年《北京纪要》的积极意义,在非法控制特征比较明显,而成员人数较少、经济实力规模相对较弱时,也可以认定为黑社会性质组织。

其次,黑社会性质组织在发展过程中存在“量”的要求。例如组织的稳定程度、组织实施违法犯罪的危害

① 通过最高人民法院刑事指导案例第619号邓伟波等组织、领导、参加黑社会性质案、最高人民法院刑事指导案例第627号张更生故意杀人、敲诈勒索、组织卖淫案,可以管窥最高人民法院对于“组织目的”在组织性质认定上持肯定态度。

② 具体可参见最高法:17项组织、领导、参加黑社会性质组织观点集成, http://www.360doc.com/content/16/0817/15/35605688_583861953.shtml。存在不同的是邓案认为追求非法控制是黑社会性质组织的目的,张案则认为黑社会性质组织成立目的是为了实施违法犯罪活动。

程度、组织的经济实力、非法控制目的是否实现等,都可以视为组织发展过程中必然呈现的特性。在未达到量上的要求时,原则上不应当认定为黑社会性质组织。

最后,黑社会性质组织的认定应重视“黑”性主观面的区分功能。黑社会性质组织正是在这种主观目标的推动下最终实现了人的集合,但由于组织的主观心态也是在时刻变化的,组织成立的目的也可能在发展中变化,因此,应当看到组织目标不要求在成立之初便完全具备,只要组织在成立、存在、发展过程中展现出“涉黑性”的主观面即可。如果组织在成立后并不实现组织的目标或者偏离特定组织目标,在整个过程中都无法肯定“涉黑性”主观面,则原则上不成为黑社会性质组织,但存在认定为其他犯罪组织的可能。

黑社会性质组织阶层认定的思路应当是:首先,通过组织特征的认定,用以确定社会组织实体的基本轮廓。组织满足了刑法第294条第5款规定的“组织性”特征,便可以初步肯定其为异化社会组织,同时,形式上以其成文或不成文帮规或内部管理的暴力性征表组织的犯罪性。其次,对组织犯罪性进行实质判断,判断主要依据是组织外部行为,与第一阶层完整实现对组织是否为犯罪组织的判断。最后,对黑社会性质的“涉黑性”进行判断,通过“涉黑性”将黑社会性质组织从犯罪组织中剥离出来,以区别于其他犯罪组织、犯罪集团、恶势力团伙。

四、实践运用:黑社会性质组织与恶势力团伙的区分

鉴于恶势力团伙在法律上缺乏统一界定,加之受新一轮“扫黑除恶”专项行动中对政绩追求的影响,极易人为降低黑社会性质组织认定的门槛,扩大打击面,从而导致黑社会性质组织认定的泛化。当然,黑社会性质组织与恶势力团伙的区分本身也是理论上的疑难点,因此,有必要对二者进行准确的区分。

事实上,在2009《北京纪要》和2018年“两高两部”《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》(简称“2018《意见》”)中对恶势力存在相关的规定。两部文件都对恶势力团伙的基本特点作了一般性的描述。两相比较,2018《意见》在行为的描述上更加准确、细致。由于注重一般特性的描述,仍旧不容易将黑社会性质组织和恶势力团伙区分开来。其中,2009《北京纪要》将恶势力团伙定性为“尚未形成黑社会性质组织的犯罪团伙”,2018《意见》则将恶势力定性为“尚未形成黑社会性质组织的违法犯罪组织”,从“犯罪团伙”到“违法犯罪组织”的变化,表明恶势力团伙的认定性质上以“违法犯罪组织”为必要,事实上抬高了恶势力认定的门槛。2009《北京纪要》则明确二者的区分应结合组织化程度高低、经济实力强弱、有无追求和实现对社会的非法控制进行。应当承认的是,恶势力团伙在法律性质上既不同于一般共同犯罪,也不同于黑社会性质组织犯罪,而是从一般团伙犯罪向黑社会犯罪的动态发展过程中处于较高阶段的有组织犯罪形态,是黑社会性质组织的雏形^[29]。同时,考虑到“涉黑性”具有将黑社会性质组织从众多类型的犯罪组织中剥离的功能,因而对于组织性质的辨别,应当从“量”和“质”两个方面进行把握。

第一,组织结构的严密程度不同。其一,组织结构严密,具体表现在组织的成员角色、分工明确,组织者、领导者居于核心地位,骨干成员相对稳定且环绕领导层,不会出现大规模人员流动,成员间保护能力强。尽管违法犯罪的具体实施者可能临时雇佣而来,但并不损害组织整体的严密性。恶势力团伙较黑社会性质组织松散,多为松散组织结构,往往根据需要临时集结,成员人数不固定,时多时少。其二,组织结构稳定,通过异化的规范和权威实现了金字塔式结构的稳定。恶势力团伙层级不高,通常表现为一到两级结构,并没有表现出明显的至少三级的科层结构,很少像黑社会性质组织那样采用较为严密的管理方式。其三,黑社会性质组织必须是犯罪集团,首先是一种有组织的力量,是有机整体的力量,从而成为与恶势力团伙的重要区分点。

第二,经济实力的强弱不同。黑社会性质组织要实现对经济或社会生活的非法控制,必须具有相当的经济实力。就此而言,恶势力团伙虽然表现出一定逐利性,但是逐利性并非恶势力团伙的主要的犯罪目的;同时,恶势力团伙不具有稳定的经济来源,在违法所得钱财的使用上,通常被组织成员瓜分、消耗、挥霍殆尽,缺乏为组织发展的长远目标规划,因而经济利益很难保存下来,不具有一定经济实力。

第三,非法控制的主观追求意图和客观实现。“涉黑性”主观面和客观面是黑社会性质组织“黑”性的独特表现,黑社会性质组织具有相当的社会影响力,具备对一定地区或者行业实施非法控制的影响力,甚至为了达到控制效果,寻求政治庇护和政治“联姻”。而恶势力团伙在影响力程度上不及黑社会性质组织,并不具备非法控制的能力。恶势力团伙主要通过在一定区域内为非作歹、横行霸道树立暴力淫威,在影响力程度上,尚未实现对一定区域、行业的非法控制。同时,黑社会性质组织主观上具有追求非法控制的主观心理,而

恶势力团伙并不寻求非法控制,以实现区域、行业的影响力,除了部分有获取非法经济利益的目的外,主观上倾向于寻求精神上的刺激。

五、余论

在认定黑社会性质组织的犯罪时,首先应建构一种黑社会性质组织的确认程序^[30]。黑社会性质组织阶层认定模式可以视为一种规范的确认程序。建立在“犯罪性”和“涉黑性”基础上的阶层认定模式应不仅与公民依法行使国家赋予的结社自由、宗教信仰自由等的合法组织相区分,也与各类非法组织、犯罪组织、恶势力团伙相区分,避免黑社会性质组织在司法实践中认定的泛化。司法机关在“扫黑除恶”专项斗争中,一定要坚守罪刑法定原则,认真贯彻“打准打实”的方针,做到不枉不纵。

参考文献:

- [1]张明楷.犯罪构成理论的课题[J].环球法律评论,2003(3).
- [2]高铭喧.论四要件犯罪理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持[J].中国法学,2009(2).
- [3]陈明华.刑法学[M].北京:中国政法大学出版社,1999:108.
- [4]何秉松.刑法学教程[M].北京:中国法制出版社,1998:107.
- [5]刘艳红.犯罪构成体系平面化之批判[J].法学研究,2011(5).
- [6]石经海,李佳.黑社会性质组织本质特征之系统性理解与认定[J].法律适用,2016(9).
- [7]赵秉志,彭文华.文化模式与犯罪构成模式[J].法学研究,2011(5).
- [8]李林.黑社会性质组织司法认定研究[J].河南财经政法大学学报,2013(4).
- [9]陈兴良.刑法阶层理论:三阶层与四要件的对比性考察[J].清华法学,2017(5).
- [10]林钰雄.新刑法总则[M].北京:中国人民大学出版社,2008:102.
- [11]刘艳红.犯罪构成体系平面化之批判[J].法学研究,2011(5).
- [12]徐斌,杜开林.涉黑犯罪组织四特征的理解与运用[J].人民司法,2009(5).
- [13]朱本欣,梁健.黑社会性质组织的司法认定[J].法学评论,2008(1).
- [14]徐跃飞.黑社会性质组织犯罪研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2007:67—68.
- [15]风笑天.社会学导论[M].武汉:华中理工大学出版社,1997:139—142.
- [16]贾宇,舒洪水.黑社会性质组织犯罪的经济分析[J].现代法学.2005(1).
- [17]何荣功.黑社会性质组织“行为特征”的认定[J].中国检察官,2013(1).
- [18]阴建峰,万育.黑社会性质组织行为特征析[J].政治与法律,2011(7).
- [19]何荣功.关于黑社会性质组织“经济特征”的认定[J].中国审判,2012(10).
- [20]武和平.黑社会犯罪新论[M].北京:中国人民公安大学出版社,2006:200.
- [21]周光权.黑社会性质组织非法控制特征的认定——兼及黑社会性质组织与恶势力团伙的区分[J].中国刑事法杂志,2018(3).
- [22]于天敏.黑社会性质组织犯罪理论与实务问题研究[M].北京:中国检察出版社,2010:75.
- [23]冯殿美,周长军,于改之,周静.全球化语境中的有组织犯罪[M].北京:中国检察出版社,2004:84.
- [24]黄京平,石磊.黑社会性质组织的法律性质与特征[J].法学家,2001(6).
- [25]王作富.刑法分则实务研究(第五版)[M].北京:中国方正出版社,2015:1142—1143.
- [26]郭子贤.黑社会(性质)组织形成研究[M].北京:知识产权出版社,2006:33.
- [27]王勇.从组织社会学看黑社会性质组织的组织特征[D].湘潭:湘潭大学,2010.
- [28]于志刚.案例刑法学·各论(增订版)[M].北京:中国法制出版社,2016:417.
- [29]周光权.刑法各论(第三版)[M].北京:中国人民大学出版社,2016:369.
- [30]陈兴良.关于黑社会性质犯罪的理性思考[J].法学,2002(8).

[责任编辑 张家鹿]