

· 司法文明 ·

检视“打黑”对策

王利荣

(西南政法大学法学院, 重庆 401120)

摘要: 鉴于“打早打小”带来的打黑扩大化风险以及现行刑法第294条配置法定刑过高的问题, 在不可能改变刑法修正结果之当下, 沿黑社会性质组织的立法虚线向内划出司法实线, 高频运用共同犯罪原理惩罚有组织犯罪, 可以合理限缩涉黑犯罪圈; 分离特别没收与财产刑的适用, 可以避免公正价值和常识缺失于司法场合; 跟进“洗底”, 可以抑制其坐大成势; 运用牵连竞合原理并罚组织、领导、参加者, 可将重刑战车拉回理性轨道。

关键词: 黑社会性质组织; 犯罪竞合; 附加财产刑; 特别没收

中图分类号: DF6

文献标识码: A

文章编号: 1006-6128 (2014) 03-0021-12

一、讨论缘起

在近年来的打黑活动中, 侦诉审部门明显增强了遵循程序的意识。由于刑诉法修正案进一步细化了侦诉辩审部门及其人员的义务, 司法透明度还将有所加大。不过, 只要确信一个聪明的制度具有自我改进和更新的能力, 这个社会在历史中学到的就不止是这些。一方面, 打黑的司法对策仍然是除恶务尽。基于“黑社会性质组织犯罪处于活跃期”的基本判断, 最高人民检察院提出了“打早、打小”的刑事对策, 而最高人民法院陆续发布相关解释和座谈会纪要同样是在力图廓清刑法第294条范围的同时强调谨防将其降格为一般共同犯罪处罚。^[1]另一方面, 基于相同的形势判断和对策定位, 打黑的立法取向是重刑儆戒, 刑法修正案(八)尤其凸显出下述问题。

刑法修正案(八)对“黑社会性质组织”成立条件的修正并未突破2002年的立法解释。因而, 长期困扰司法的难结仍未解开。针对个案, 如何在有组织犯罪类型中剥离黑社会性质组织的争议仍将频发。此时, 如果司法部门受实用主义刑法观的强势影响, 那么, 那些经规范刑法学确证的谦抑性原则、由可罚的违法性、一身的阻却刑罚事由等分析工具构织的犯罪标准、罪刑均衡要求等就都可能被归入理论嚼物。高频启用刑法第294条会致使涉黑犯罪越打越“多”。

该修正案增设了强迫交易罪、敲诈勒索罪和寻衅滋事罪等行为要件, 增加了寻衅滋事等罪的法

收稿日期: 2013-11-17

基金项目: 国家社科基金一般项目“黑社会性质组织犯罪定罪量刑实证研究”(10BFX041)

作者简介: 王利荣(1957-), 女, 湖南衡阳人, 西南政法大学法学院教授、博士生导师, 法学博士。

定刑等级。就整个罪定性标准和定量评价而言,上述做法似无不当,但将其连同黑社会性质组织成员被纳入特殊累犯的新规定一道,放在涉黑犯罪人为具体犯罪和为黑社会性质组织形式而承受双罚的基础上,去考量对其如何做到罚当其罪,就显得非常困难了。须予关注的是,立法传达的信息、露头就打的刑事政策与国际社会联手严厉打击有组织犯罪态势相共振,往往引导法院因选择重刑而淡化对个案侵害法益类型和具体程度的差异评价。此时,考虑如何防止判罚陷入“威不可知、深不可测”的境地以及如何现有的法律空间内尽力将其拉回合理的价值度,这不只是对法官的良知和心智的考量,也对刑法理论的回归的呼唤。

该修正案提升了领导、组织黑社会性质组织罪的最低和最高法定刑:行为人在已为具体行为承受刑罚的基础上,需另行领刑最低七年,最长十五年。尽管积极参加者的法定刑上限同时由十年降至七年,但是,对于在并罚基础上加刑的根据却仍需有所追问。目前,无论是以区别两类黑社会性质组织成员的处罚为由,还是以“普通犯罪集团、黑社会性质组织、恐怖组织等三种组织类型所具有的危害性阶梯性增强的特征引起它们各自在刑事制裁体系内定位不同”为由,^[2] 都不具备足够的言说力。因为,毕竟刑法在全面评价的同时还应避免重复评价。不仅如此,在普遍捆绑财产刑和没收追缴不法财产(下文简称特别没收)的司法惯性中,该法案单方面增加了对黑社会性质组织的领导者、组织者、参加者并处没收财产刑或无限额罚金的规定,而非同时明确特别没收对象的范围及比例规则。此种情况下应予回应的是:公权力的运行能否得到规制以及如何避免个人财产被无节制地剥夺的问题。

该修正案生效至今,支配打黑的政治立场正在发生符合社会期待的深刻变化。十八届三中全会提出了全面深化改革、通过“法治中国”应对转型时期等诸多方略。促进社会和谐与政治清明的大思路不仅顺应民心,还契合于实现政治与法律良性互动的理论构想。当年贺卫方、范忠信等针对打黑暴露出的问题所发表的网络言论、董之伟提交给首届中国宪法学学会会员大会交流的相关研究报告均将矛头指向追诉这类犯罪的案外因素,其反证了当下政治选择的合理性。全会提出开展新一轮司法改革,这与程序法学术群体为推动改革所进行的不懈努力是分不开的。陈卫东、徐昕等人提出,司法改革重在解决制约司法公正的两大体制性障碍,即司法地方化和司法行政化。这之所以与决策合拍,乃在于其背靠着倾注了数代学人思想和心血的法治图景。与此同时,现行刑事诉讼法加大了对打黑的过程控制,这一立法进展同样受益于理论的推动。诉讼法学者此次参与立法研判的人数之众、参与程度之高、对立法影响之深,的确不同于以往的相关立法。以致于有学者评价认为,此次“刑事诉讼立法开始从国家意志的单方展现演变成各方(包括公众在内)广泛关注并积极参与、博弈的社会工程。”^[3] 而且,在尊重和保障人权、确保程序正义以及严格证据规则三个方面,它极大推进了我国的司法文明建设。^① “‘2012年刑事诉讼法’极大地推进了我国司法的文明化,在中国和世界司法文明发展进程中具有里程碑意义,从三大方面提升了我国的司法文明:以尊重和保障人权为主题;以确保程序正义为主线;以严格的证据规则为基石。”^[4] 刑诉法将修正重点放在完善非法证据排除制度、明确辩护人的诉讼地位和作用以及侦查直至庭审中给予犯罪嫌疑人或被告有效辩护的权利等方面,明显是汲取了打黑的教训。有些条文甚至是对刑辩困境的直接回应。而针对犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件中违法所得无章可循的状况所设置的特殊程序,更是旨在规制这类司法活动。以上理论与政治、立法实践的良性互动清晰了排除权力干预和遵循程序的规则。但若止步于此,则会得出“理性打黑等于常态亦即依法打黑”的假性结论。前述内在于刑法的不谐音不仅表明:照搬刑法第294条不等于理性打黑;而且还由此引出一个问题:刑法学学术群体何

^①参见张文显:《司法文明新的里程碑——2012年刑事诉讼法的文明价值》,《法制与社会发展》2013年第2期。

以未能成为影响修法的理性力量?

从历次刑法修正案的情形来看,规范刑法学的谨慎反应一直未能抑制立法的犯罪化和刑罚化的趋势,而此次修法亦不例外。^①绝大多数刑事政策学者所坚持的从严打击涉黑犯罪的立场基本同向于司法对策。2010年前后,关于惩治涉黑犯罪的文章频见于法学类期刊。基于对涉黑犯罪“养肥了再打”的被动和悖理,言者或以“其是世界三大犯罪灾难之一”为由,或以“打早、打小”的对策为逻辑起点,进而论证“抑制黑社会性质组织犯罪的滋生和漫延的对策”,提出“摧毁其经济基础”、“增设财产刑”或“提升法定刑下限”等具体建言。^②由于结论具有同质性,即使他们同时强调应当谨防打黑的扩大化,但抽象的倡导至多只是被视为支配实践的理念,具体建言则被写入到刑法之中。这至少在客观上成全了立法的重刑选择。有鉴于此,在不可能更改刑法修正的情形下,规范刑法理论若运用诠释技术来指导个案实践,则可以为重刑的选择降温。刑事政策学者若改变在场的方式,检视严打涉黑犯罪的整体对策,正视立法之不足,与法理阵营中的其他学人及司法部门一道,探索犯罪控制与规制犯罪控制间的良性互动,则可以将重刑战车拉回到理性轨道上来。^③

二、“黑社会性质组织”之立法虚线

从现制演进的过程看,自1997年刑法设立“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”以来,准确界定这类组织的性质便始终是理论与实践关注的焦点。

一直以来,立法者都在试图廓清组织的性质。继2002年全国人大常委会对“黑社会性质组织”的立法解释,2011年的修正案将其特征正式确认为:“(1)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;此为结构特征。(2)有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益,具有一定的经济实力,以支持该组织的活动;此为经济特征。(3)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;此为行为特征。(4)通过实施违法犯罪活动,或者利用国家工作人员的包庇和纵容,称霸一方,在一定区域或者行业内,形成非法控制或者重大影响,严重破坏经济、社会生活秩序。”此为危害特征,或简称为“非法控制”的特征。最高人民法院同样重视对这类案件的指导。司法权威部门一方面肯定法案“准确全面概括了黑社会性质组织的外在表现形式和本质属性”;另一方面通过编制《打黑除恶办案手册》的方式,细致解读上述规范和附上相应的案例,以进一步清晰组织标准。该部门强调:“(1)应以稳定、规模和严密等关键词判断组织结构,(2)在把握四个特征内在关联基础上将以内对外非法控制的特征作为关键标准。”但尽管如此,由于深受解释难的困扰,该部门还是反复提醒各级法院:“涉黑涉恶案件涉及的法律关系非常复杂”,“黑社会性质组织的认定始终

^①规范刑法学又称诠释刑法学。解释对应即存事实,严格解释刑法的要求还限定了解释者的能动性,况且刑法修正效果的实验性评估和预测并非逻辑推演所能替代。因而,解释者的实际作用似乎只能是在那些叠床架屋式的法条竞合中择选具体方案。

^②参见西南政法大学课题组:《防治黑社会性质组织犯罪的长效机制建设研究报告》,《现代法学》2010年第5期;姜涛:《当前黑社会性质组织犯罪若干问题研究》,《中国人民公安大学学报》2010年第4期;郇尔彬:《反思打黑立法对策》,《贵州民族学院学报》2006年第5期;彭文华:《黑社会性质组织犯罪若干问题研究》,《法商研究》2011年第4期;莫晓宇、刘畅:《黑社会性质组织犯罪增设财产刑之研究》,《中国公安大学学报(社会科学版)》2010年第4期。

^③2011年9月,《红旗》杂志刊登王立军的《对黑社会组织的打击与治理》一文。即使运用现今标准评价,言者对黑社会组织的形成发育和抑制对策也均无不是,文章主旨也未必不是学界通识。该文言简意赅之表述手法还明显高于学者中的平庸之作。但这样的手笔并不能表明言者在现实中按规则出牌。它侧面说明了细节决定成败的道理。质言之,缺少了刑法的精细表达,控制犯罪的控制仍会落空。因而,如果说那些基于价值想象、现象粗识和以保护民生为由提出的重刑建言被写进了刑法,须予检讨的就不应只是立法者。

是一个司法难点。”^[1]¹² 近年来，涉入有组织犯罪研究的学者都已经看到了立法和司法的困境，他们或不吝篇幅地强调清晰界定黑社会性质组织的重要性，或花费大量精力界定黑社会性质组织的概念。毕竟一个概念与相似概念的区分取决于它具有的独有内核。^① 但是，这些力图廓清定义的理论努力并没有取得预期的效果。一个有力的例证是：立法者仍不得不照搬立法解释。正因为如此之多的聪明人做足功夫却未见实效，疑点才逐步集中到该罪名的设置上。比如，有人在辩识黑社会性质组织与恶势力团伙的性质之后，得出了这样的结论：刑法第 294 条列举的组织“结构特征、经济特征、行为特征几乎成为较高级有组织犯罪所具备的重要特征。在这些特征逐渐成为有组织犯罪一般化特征的情况下，已无法满足判定黑社会性质组织的实务需求。”^[5] 再如，在 2013 年 6 月西南政法大学主办的《惩治有组织犯罪理论与实践》研讨会上，有学者以巴勒莫公约为依据，参照多数国家抑制有组织犯罪的刑法模式，提出了废除刑法第 294 条的主张。^② 这些立法、司法和理论研究的状况都表明，1997 年刑法设置第 294 条时并未经过充分的论证。

首先，从犯罪组织的内在结构来看，立法者设下的司法难题之一是：区别黑社会性质组织犯罪和单位犯罪。

近年来，我国大陆地区打掉的绝大多数黑社会性质组织并非美国学者威廉·福特·怀特笔下的纽约市街角社会的黑帮团伙。它们或内生于企业，或以企业面目示人。在强政府、弱社区的社会生态中，民间组织多半需要政府的登记认可才能立足。因此，除有半官方背景的之外，非营利性民间组织难以发展壮大。因此，合法结社的普遍形式通常只能是非国有企业。若进一步辩识这类社会组织的刑法色度，则多半会引发对民营企业性质的争端。对应刑法所给定的黑社会性质组织的特征，亦不难看到二者的相似性：其一，企业具有管理层级和内部规章制度，因而符合黑色组织的结构稳定和严密的特点；其二，企业具有追求利润的原动力和经济基础，因而符合其经济特征；其三，企业因同业竞争和做大做强内驱力令其具有影响地区或行业的效果，因而符合控制特征；其四，尽管牟利结社本色偏灰，但市场竞争中并非都是赢家，这又表明经济主体因逐利而实施的对他人的有害行为会被法律有限容认，可经济体却极易因此被推定为“原罪”，“依托于地缘、血缘共同体，不脱离乡土人际关系与家庭的基盘，具有庄主经济色彩的乡镇企业”更是如此。^[6] 当下，经济领域蕴含着活力的同时也弥散着无序。一些共有价值的缺失和制度的缺陷致使若干行业暗藏陋规和集体越轨的倾向。企业为牟取暴利而开设“地下钱庄”或变相提供色情服务等不惜游走于刑法边缘的现象并不罕见。一些民营企业靠不时运用强行占股参股、抽头吃红及强迫交易等方式占居更大市场的份额，因而具有“非法控制”的特征。而区别结论直接关系到犯罪人的重大利益。如果考虑到经济人逐利的天性和我国大陆地区市场经济发育和保护程度的不足，将其定性为单位犯罪，犯罪人所受的处罚就会略轻于自然人主体；若重在抑制社会组织由灰转黑，企业管理层和直接实施犯罪的人员就都会被扫入黑社会骨干成员的范围而接受并罚。这是各地司法聚讼于此的重要原因。

其次，从甄别有组织犯罪的性质看，立法者设下的司法难题之二是：甄别黑社会性质组织犯罪与其雏型。

在有组织犯罪中，辩识刑法特定的“黑色”性质具有更大的难度。单位犯罪仍是自然人所为，基于单位犯罪只是法律拟制，因此，剥离和评价深隐其中的真实关联仍能甄别出有组织对抗的程度

^①参见彭文华：《黑社会性质组织犯罪若干问题研究》，《法商研究》2011年第4期；蔡军：《惩治有组织犯罪的实践困境与立法对策》，《华东政法大学学报》2013年第4期。

^②在该次会议上，重庆大学周国文副教授以《应当废除刑法第294条》为题发表了自己的看法，他的核心意思并非否定打黑除恶的必要性和正当性，而是意在强调运用共同犯罪的原理来惩罚有组织犯罪活动。

和形式；直接由具体犯罪入手判断犯罪人关联，仍可能辨识出到底是企业犯罪还是少数人借其名义犯罪。而黑社会从来不是严格的法律概念，参考越轨社会学及犯罪学定义，结合刑法第 294 条规定的特征，人们所能看到的是它的雏型黑社会性质组织。对此，即使下述说法，即“立法者为把黑社会的活动消灭在萌芽状态，可以把尚未形成规模的黑社会性质组织作为刑法规制的对象，这如同刑法把尚未造成被害结果的危险状态予以刑事追究的原理一样”，^[7]是可以成立的，黑社会难以定性的问题仍然导致它的雏型黑社会性质组织的内在层级、人数规模、多人多次犯罪与非法控制或者造成某区域重大影响的关联度难以准确界定。进而导致黑社会性质组织与其雏型（即黑恶势力）难以界分。以致于刑法拟制的危险的状态被夸大，安全刑法不当侵蚀责任刑法的根基。如前所述，根据最高人民法院的意见，认定黑社会性质组织的关键在于判断其“非法控制”的特征。但仍然需要追问的是，“非法控制”究竟是行为人意欲（即主观要件）还是实害程度（即客观要件）？如果答案是前者，顺延敌人刑法的潜意识，司法部门可能反因为果，即通过行为人拥有非法控制的故意而定性组织，再决定适用多少具体罪名和框定人数，进而酿成打黑的扩大化。最高人民法院办案手册中的一则案例是笔者看到的以此为根据的为数不多的出罪选择。案例是这样的：某地区私采矿石的情况比较普遍。季某误以为他人合法转让该地区采矿权证，于是花数百万元购买，后由于未能过户而不得不另托他人继续办证，与此同时，他建立护矿队，此后一年多时间，护矿队用钢管、砍刀等在该区域实施故意伤害、敲诈勒索、寻衅滋事等犯罪三十余起，在当地造成重大影响。对此，编制者认为季某实施具体犯罪目的是私力维权，不能得出他意在非法控制该地区矿石生产和经营活动的结论，因而不宜适用刑法第 294 条。或许是出于不法护矿与私采均为乱象而不愿重罚任何一方的真实缘故，司法部门排除了该案的涉黑性质。但其给出的理由却不大具有说服力。明知尚未取得开采权，季某如此维权实有非法控制的故意；季某指挥护矿队成员实施三十余起犯罪，即使没有收到非法控制矿石生产经营的客观效果，所造成的重大影响也已经足以符合黑社会性质组织的法定特征。这里，笔者没有否定本案结论的意思，只是认为，编制者将非法控制视为主观要件甚为不妥。相反，若明确限制解释黑社会性质组织的特征即将非法控制作为结果要件，则可以沿立法犯罪圈向内划出司法实线。如此限定立法犯罪圈更重要的根据在于，如果量化入罪，组织领导者至少要受刑七年，而如果出罪，则不适用刑法第 294 条。这与行为人实施了其他具体违法犯罪行为的后果不同，后一情形违法人仍可能受到行政处罚。因而入罪尤须审慎。

从刑事诉讼现象看，受严打对策的支配以及刑法立法未取得实质进展的影响，司法部门很难缩小“想办成铁案”与“实际办成铁案”之间的距离。

在各地的打黑活动中，几乎所有被告及辩护人都会明确否认就该罪的指控，即使被指控人承认共同实施了敲诈勒索、强迫交易等行为。这种众口一词的现象的确不致影响法院的判决，但是，同样是在从具体犯罪倒推组织性质的过程中，控方回应辩方意见及法官在判罚时不能给出充分的理由，其原由就应予深思了。通过近距离对打黑活动的观察，笔者还发现，侦检两家以及同一部门的不同办案人员在某些案件是否适用刑法第 294 条的问题上，意见往往存在分歧。法检部门甚至不得不牺牲程序以会诊案情和协调步骤。这表明，诉审人员对组织性质是拿捏不定的。这至少说明，刑法第 294 条的规定与罪刑法定之明确性的要求是有距离的，而司法的任务恰恰是紧缩犯罪圈。

三、对涉黑犯罪人之重复处罚

首先，黑社会性质组织的成员既为犯罪组织形式承担责任，又为其具体犯罪行为承担责任，这使得合理并罚成为亟待解决的问题。

对于并罚涉黑犯罪人的根据,学界似已达成共识。第一,黑社会犯罪是有组织犯罪的高级形式,它的破坏能量即欺压、残害民众的程度明显大于一般犯罪,刑法应予回应。^[8]第二,黑社会头目不是盗贼,盗贼是低级行径,而前者追求尊严、权威和权力且无改造社会的宏愿。黑社会与主流价值对立却不反政府,它借合法外衣建立和维系一个反主流文化的隐蔽系统,令其成为一种参与社会管理的力量。黑社会组织及成员通过暴力、胁迫或经济高压等手段充当社区及行业纠纷的调停角色,很多时候甚至比正式反应的效率更高,这明显侵蚀正式权力领域。它们不时利用公众裹胁政府,致使刑法不得不反应。^[9]第三,黑社会组织一旦由原始结社过渡到现代企业阶段,其经济实力的增强将呈负面连锁反应。其自身抗打击的能力增强,会形成行业垄断;其向高利润行业的渗透会直接破坏市场竞争秩序;其对社会盘剥程度的不断加码会严重损及公共利益及他人的合法权益,直至破坏经济命脉。这种水火不容之势致使刑法筑起屏障。第四,所谓的“红顶商人”渗入权力要害部位,黑红混流必然腐蚀政权的根基,对此刑法应予反应。^[10]第五,仅靠共同犯罪原理不能有效应对这类有组织犯罪,相反,将组织、领导、参加行为独立成罪(即将其组织行为实行行为化)则令那些幕后指使者无法逃脱法律的制裁。^①其实,除第五条理由之外,运用共同犯罪原理打击这类有组织犯罪同样是可以之前的四条理由为依据的。对照第五条理由,笔者梳理了最高人民法院《打黑除恶办案手册》中的23个典型案例,但并未看到组织领导者难以入罪的“难点”。对于组织成员以组织名义或为组织利益实施具体犯罪的,领导者组织者都无一例外的被认定为共同犯罪人。另外,在笔者所掌握的60余个黑社会性质组织案件的材料中,同样没有看到领导者、组织者未受并罚的情况。相反,透过上述司法活动可以看到,如何在现有刑法框架下合理并罚这类有组织犯罪的成员,已经成为须予正视的迫切需求。

其次,由于法案加大了对黑社会性质组织主要成员的惩罚力度,且增高了敲诈勒索罪、寻衅滋事罪的法定刑幅度,不当并罚的风险概率仍在扩大。

2011年,重庆市高级人民法院发布重庆涉黑案件审判白皮书,提议提高组织、领导黑社会性质组织罪的法定刑。学界亦不乏类似主张。较为激进的观点是:“原有规定对组织者、领导者的法定刑偏低,与行为人的危险程度和所犯罪行的严重程度不相适应,难以起到准确评价和有力震慑的作用。可以考虑将我国黑社会性质组织犯罪的法定刑设为处10年以上有期徒刑、处10年以上有期徒刑或者无期徒刑、处无期徒刑或者死刑等三档。同时增设财产刑和资格刑。”^[11]相对温和的建议是:“对组织、领导黑社会性质组织的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金或者没收财产;积极参加的,处三年以上七年以下有期徒刑,可以并处罚金或者没收财产;其他参加的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制,可以并处罚金。”^[12]刑法修正案(八)取值其间,将组织者、领导者的处罚下限由三年调至七年,上限由十年调至十五年。对此,司法权威部门正面评价它:“不仅体现了宽严相济刑事政策,刑法分则体系内的刑罚设置更加均衡。”^[1]但是,根据实证资料尤其根据最高人民法院公布的审判数据,这个结论是不能成立的。在2006年全国法院审结的涉黑案件中,组织领导参加黑社会性质组织罪的重刑率(据公布者拟定的标准,重刑是指判处五年以上有期徒刑、无期徒刑和死刑)已达到59.5%。在2009年,这项数据是47.5%。而组织者、领导者承受重罚的比率更高。据笔者掌握的情况,在2011年前后重庆市的46个涉黑案件中,组织者、领导者承受重罚的比率是100%。这既足以驳正那些粗阅刑法294条而得出的刑罚过轻的结论,也足以证明此次修法还在加大罪刑失衡的风险。

^①参见赵微、王昭振:《有组织犯罪界定及其组织行为实行行为化》,《法学家》2008年第3期;蔡军:《惩治有组织犯罪的实践困境与立法对策》,《华东政法大学学报》2013年第4期。

还需说明的是，组织领导黑社会性质组织罪与组织领导参加恐怖组织行为独立成罪的情形不尽相同。根据刑法第294条第1款的规定，通常需要从具体犯罪入手来判断成员间的非法利用关系，以证明非法利益共同体的存在，进而判断组织的性质，所以，组织、领导黑社会性质组织的犯罪人通常都会被并罚。^①根据刑法分则法定刑构造的特点，该罪起点刑是三年徒刑，这是绝大多数轻罪基本构成所对应的法定刑上限，部分重罪基本构成所对应的法定刑下限。在组织者、领导者均被并罚的情形下，这一处罚起点已经很高，它已经体现出重其所重的政策取向。再将该罪起点刑提升到七年（即个别重罪的起点刑），其重上加重的理由就明显不充分了。何况该法案已经增设了寻衅滋事、敲诈勒索等黑社会性质组织成员经常实施的具体犯罪的法定刑等级。如此双双提升刑罚重处将导致刑罚过剩的风险。

再次，隔离行为人维系组织形式和实施具体犯罪之间的密切关联、运用数罪并罚的一般规则做出刑罚评价的做法与清晰犯罪竞合处罚规则的教义刑法学的努力方向以及罪刑均衡原则的要求不相符合。

早些时候，有学者这样解释刑法第294条的配刑根据：“我国刑法典对组织、领导、参加黑社会性质组织罪规定的法定刑较轻，最高为10年有期徒刑。这主要是考虑到本罪只要有客观行为就构成既遂，而且如果行为人在组织、领导、参加黑社会性质组织后还实施其他犯罪行为的，与本罪实行数罪并罚。”^[13]后来，有人基于罪数论认为：“《刑法》第294条第4款规定的其他犯罪行为不应当包括敲诈勒索罪、聚众斗殴罪、寻衅滋事罪和故意伤害罪（故意伤害致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的除外）。理由是，这些行为往往是领导组织实行行为的具体体现，不应当重复评价。”^[14]有人批评这种理解不仅“在理论上不能成立，还会带来大量的实践难题”，^[15]最近有人再度提出：“凡在形成、发展黑社会性质组织过程中实施犯罪行为的，法定刑低于组织、领导、参加黑社会性质组织罪法定刑的罪名的罪，就包括在本罪之内，不再数罪并罚；凡触犯的罪名的法定刑高于本罪的法定刑的，则另定为他罪（如故意杀人、抢劫、放火、爆炸、组织卖淫等）与组织、领导、参加黑社会性质组织罪数罪并罚。从罪刑配置的角度考查，刑法修正案（八）已将组织、领导、参加黑社会性质组织罪的法定刑提高到七年以上，用想象竞合原理来处断黑社会性质的组织犯罪与他罪的关系，其罪刑的轻重与危害行为所侵害法益的严重程度是基本相当的，不会产生轻纵犯罪分子的情况。”^[16]另有观点认为：“从数行为构成数罪名的关系看，组织领导参加黑社会性质组织与该组织实施其他犯罪间明显存在法条竞合的现象，理应择其重者从重处断”。^[17]第二种观点的缺陷在于：根据犯罪事实和刑罚轻重将同类事实分别评价为一罪和数罪的主张是不大经得起逻辑拷问的。因为，行为人维系组织和实施具体犯罪更具牵连竞合的性质，而且，无论是想象竞合还是牵连竞合都属实质的数罪。刑法第294条既已规定数罪并罚，那么就只能定数罪而非一罪。第三种观点的缺陷在于：法条竞合是一个行为触犯数个罪名，不是数行为触犯数罪名。而且，既然一罪名涵摄行为充分构成要素，只定一罪就不可能适用所谓的择一重重处断的规则。但三种观点的合理之处是：行为人为维系组织形式实施具体犯罪或者借具体犯罪维系组织体存在是有密切关联的，因而，应当节制处罚力度。遗憾的是，在讨伐涉黑犯罪声潮中，这些声音太弱了。

^①根据刑法规定，明知组织的犯罪的性质仍然参与组织管理和为组织服务的行为，即使没有直接参与具体犯罪，也可单独构成参加黑社会性质组织罪，目前，已经存在仅以参加黑社会性质组织罪单罚参加者的案例。这一方面表明刑法第294条的存在仍有价值，笔者没有提出废除该罪名主要是基于这一考虑。另一方面该罪名的适用仍须慎重，因为这可能成为判断十人以上组织规模直至升格处罚的缺口。

近年，随着规范刑法理论试图澄清犯罪竞合领域观点纷呈和结论零乱的状态，理论视线逐渐集中到了犯罪真实竞合处置规则上。无论将真实竞合之实质数罪归入科刑的一罪还是数罪，无论是对其从一重处、从一重重处断，还是将轻罪应受刑罚作为限定宣告刑的底限，又或者另立竞合下的并罚规则，清晰的结论是：不能照搬完全没有竞合关系的数罪并罚的规则。这一理论进展为合理评价涉黑犯罪提供了基本方法。由于黑社会性质组织成员为实现对某区域或某行业的非法控制所实施的故意伤害、敲诈勒索及强迫交易等犯罪行为已被刑法单独评价，他们为其组织形式另行买单时，罚量就应予限制。具言之，如果认定领导者、组织者的某具体犯罪是维系组织存在和扩张的重要手段，那么，若其因维系组织的行为所受到的处罚的罚量重于其因该罪已承受的罚量，则须予质疑；如果认定领导者、组织者的某具体犯罪是其对内控制的主要手段，那么，若其因维系组织的行为另行受罚高于该罪罚量，亦须质疑；至于参加者，若因其维系组织的行为受到重于其具体犯罪的处罚，更须质疑。因为，只要不能证明领导者、组织者、参加者另有具体犯罪，就只能推定其为维系组织所实施的其余非法手段在程度上轻于已被认定的犯罪的危害。

四、财产刑与特别没收之不当捆绑

从司法惯性上看，与隔离涉黑犯罪间实质关联而适用数罪并罚的一般规则不同，基于瓦解黑色经济链条与基础的强烈诉愿和司法便利，法院往往以关联方法处置复杂的问题。质言之，法院倾向于适用财产刑，以替代追缴没收不法所得或犯罪工具。

在对涉黑案件的处理中，对涉黑成员所处以的罚金数额的差异往往比较明显。某些判罚一经宣布就引起网络舆论的质疑，其中巨额罚金的根据尤其难以经受追问。而对涉黑成员判处巨额罚金并非某地个例，深圳陈垚东组织受罚达 1.27 亿，而北京房广成组织受到的罚金是一千余万。对此，司法实务界的人士都很清楚，实际上，如此罚金是部分替代了罚没不法财产。近年来，随着此类案件的增多，再加上判决书中涉及特别没收的财产数额和种类均显模糊，舆论似乎正在接受这种混同财产罚和特别没收的做法。应当看到，相对于普通案件而言，为涉黑犯罪案件制作的判决书篇幅更长，说理性更强。可是，在长达数十页甚至上百页的判决书中，却大多没有涉及犯罪人财产的不法与合法的界点。最高人民法院所提供的 23 个范本也是如此。其实，在刑事审判活动中省略对犯罪人财产性质进行甄别的做法已是较为普遍的司法现象。只是，与处置普通案件不同，司法部门对涉黑成员判处财产刑的主要理由是：防止黑社会性质组织死灰复燃。这一颇具传统“籍没”意味的做法似乎体现了不加掩饰的便利取向（巨额罚金针对的是先前查封、冻结或扣押的个人财产而非对应犯罪的危害程度），其在客观上洗白了犯罪人的部分不法财产。而且，这种做法打破罪刑的因果关联，其使公正、人权等基本价值毁于技术处理。如此不当处置涉黑企业资产的做法还可能损及无过错的员工及债权人的利益，也给司法部门自身留下难以估测的后遗症。神秘面纱掩住了办案部门的利益链条，还直接酿成制度性的腐败，将整个刑事司法机制引入“塔西陀陷阱”之中。

从立法变化上看，在已明确是数罪的基础上，刑法修正案（八）规定对组织、领导黑社会性质组织罪并处没收财产，对积极参加者可以并处罚金或没收财产，其他参加的可以并处罚金。这会进一步弱化特别没收的适用，强化重刑选择。

在刑法分则中，对一罪并处主刑和附加刑的规定很常见。况且，刑法修正案（八）为该罪增设财产刑的做法已被主流理论反复论证：对黑社会性质组织犯罪直接规定财产刑，体现刑罚报应之义；在客观上消除其再犯罪的物质基础，具有特殊预防的价值；由此打消那些潜在犯罪人的心理冲动，还具有积极的以儆效尤的意义。^[18] 其中，发挥刑罚的剥夺功能被反复强调。有观点认为：“有

组织犯罪之所以能够不断发展、蔓延甚至持续猖獗，与其具有较强的经济实力不无关系。仅仅规定较重的自由刑，对防止黑社会性质组织犯罪的生成和发展极为不利。”^[19] 有学者甚至认为：“追缴没收不法所得和供犯罪所用之物的措施不如财产罚有效，如果说将黑社会性质组织违法犯罪所得的财物予以追缴还能成立的话，那么对其以其他手段获取的利益，如黑社会性质组织利用其强势地位和影响敛财所得，组织者、领导者、成员自身积攒的钱财或合法经营获取的财物等，简单归入个罪处罚并予追缴没收，在法律与实践上并不可行。”^[11] 其实，这些结论未必经得起事实的验证。第一，前文列举的涉黑犯罪案件大多是在修法之前审结的，这些案件中的犯罪人都被判处了不同程度的罚金，这表明，即使该罪名未配置财产刑，法院以具体罪名处罚组织者、领导者和参加者时频频判处罚金的做法并没有受到多大的牵制。第二，以实现预防犯罪为目的而叠加无限额的财产刑，在表象上，确实多了一种打击犯罪的手段，但是在实际上，却是固化以财产罚替代特别没收的本末倒置的司法手段，其固化了原本就存在的重刑取向。没收个人全部财产的笼统规定还可能避开罚金巨额数字带给人们的在听觉和视觉上的冲击，从根性上削弱司法理性。^①

从罪刑均衡原则的要求来看，增设该罪没收财产刑或无限额罚金的做法扰乱了刑法的价值体系。而如何适度并用自由刑与财产刑则更具难度。同时，还可能加剧司法领域的罚没财产乱象。

增设财产刑的确具有防止黑社会性质组织死灰复燃的客观效果。相对财产刑空判的普遍现象，由于经济体运行良好和涉黑成员拥有个人财产，对这类犯罪的财产刑执行率也更高。但仅以防止再犯罪为由而配置财产刑是经不起刑罚正当性价值的过滤的。因为，在具体条文设计细节上割断罪与罪的对应关系，背离了“责任决定刑罚上限”这一已被反复验证过的处罚原理。这里，行为与责任同在。责任是指具有刑法意义的犯罪行为，亦即指决定宣告刑的事实基础。质言之，行为构成与法定刑的对应是指应由行为侵害法益的程度来决定刑罚的上限，而为报应所允许的特别预防的目标需求则只能是调低刑罚的理由，却不是加重刑罚的根据。显然，在已经实现对涉黑犯罪数罪并罚的情形下，无论是对该罪配置没收财产刑还是无限额罚金，层层加码的刑罚已经明显虚化了刑罚的道义底色。对此，不妨听听这样的声音：“《刑法修正案（八）》正式公布了，如同每一次修改一样，总会得到司法实务界和刑法理论界的赞美与喝彩。但面对刑法如此频繁的补充修改，面对此次刑法修改有点‘伤筋动骨’的现象，面对整个社会对刑法寄予过高的‘救火’治世的期望，我们是否应该静下心来好好想一想，对刑法补充修改的立法观念、制度设计和立法技术是否需要进行一次反思和改进。”^[20] 这里，本文并非否定刑法的预防目的，只是想说明：财产刑是针对犯罪人合法财产而言的，特别没收是针对不法财产而言的，因而，在司法环节上，改变特别没收混同财产罚的状况并高频启用和规制特别没收，才是平衡预防再犯与保护犯罪人合法财产的正确选择。

五、基本结论

（一）打破重刑迷信以归还司法理性

所谓黑社会组织，指处于社会底层的一部分人“在社会对金钱的追求的驱动下产生了追求金钱和权力的强烈欲望，在犯罪亚文化的支配下，在政治腐败和社会控制弱化的庇护和纵容下，自发地组织起来，形成了一个以追求金钱和权力为共同目的的、以有组织暴力为支柱的犯罪集团。”^[21]

^①在我们这个社会中，司法精英和相关领域的学者群体都应当被推定为“明白人”。职业法律人通常选择混用财产罚和特别没收而不深谈原由，不失为聪明之举，研究者也未必都不深谙其中的门道。但是小聪明不等于大智慧，灵活过度的司法便利取向会牺牲规则和架空原则。事实也不只一次证明，刑事司法机制多一点仁厚就会多一份社会信用。

这类犯罪组织“寄生于正常社会，又与某些利益群体形成共生关系。”^[22]因此，在社会心理层面，不患过度而恐不及的惩罚观极具代表性，犯罪人只不过是模糊影像而不值得同情，再伴随上打黑斗争的深得人心，重罚有组织犯罪被认定是当然的正义之举，犯罪受到重罚亦被认为是罪有应得。然而，希冀借刑法除恶务尽和构造良好社会关系的良好愿景却可能如同追影逐幻。因为，毕竟“社会秩序的源泉在于社会政治经济和社会文化，而非警察自身的壮志。”^[23]²¹³对此，现代战争外科手术式的精准打击模式揭示了相似的道理：即使是在隔开了复杂致因终端评价犯罪行为，处罚亦须准确和适度。毕竟刑罚是和平社会不得使用的最后手段，若对其无节制地适用，其较重的后果是欲治反乱，社会底层心理倒向对受罚人的同情；其较轻结果是受罚人被归类为制度不幸选中的倒霉蛋，而恐惧犯罪的公众却不会同时对司法产生敬意。

（二）勾画相应司法实线以限缩立法犯罪圈

目前，废除刑法第294条几乎不可能，明智的选择是划出相应的司法实线。应明确规定黑社会性质组织同时具有以下特征：在组织结构和规模上，有明确的组织者、领导者，有三层以上管理级差和至少十人以上的规模；组织在对内控制和管理手段上，既有活动规约又有严厉处罚；组织在对外控制手段上，存在强迫交易、敲诈勒索、行贿、故意伤害等不同类型的三次以上犯罪；在控制程度上，实现了对某区域某一行业的非法控制。为防止因判断其非法控制的特征而倒推组织人数的司法取向，四个特征应予并重。此外，即使某案已被定性为黑社会性质组织罪，也应当根据刑罚必要性原则，对曾经参与有组织犯罪但现已回复守法生活的人员予以从宽处理，即只处罚其具体犯罪，而不再适用刑法第294条规定的罪名。如此限缩犯罪圈绝非是将犯罪组织“养肥了再打”，而是旨在控制并罚的范围。

（三）运用共同犯罪原理“打早打小”

对共同犯罪的刑罚应区别于民事责任的承担方式。数个共犯人分别承担与单人犯罪的犯罪人相同的罚量已经具有为其组织形式买单的意味。目前，除意大利刑法以外，将非法结社行为独立成罪的域外法例并不多见。运用共同犯罪原理惩罚有组织犯罪，这既可保护公民的结社自由，又因其可以坐实行为人的刑事责任而将有组织犯罪抑制在社会可控程度。况且，没有系统数据和确凿事实证明，意大利抑制有组织犯罪的效果明显强于其他国家。可见，即便在我国刑法设立了特定罪名的前提下，更高频率地运用共同犯罪原理惩罚有组织犯罪的做法对于平衡保护社会安全和个人自由仍是必要和可行的。其原因在于以下四个方面。其一，可以准确评判有组织犯罪且不会影响反腐的力度。而且，这样做尤其有利于分离涉罪企业和犯罪组织的财产，可以降低伤及正常社会结构及经济网络的程度。其二，打击面不致过泛，即避免将组织、领导、参加黑社会性质组织罪当作兜底罪名使用。其三，整体保持罪刑均衡。在理论与实践层面，对黑社会性质组织犯罪的“妖魔化”令人很少关注这样的事实：与那些存在时间很长、专业化程度很高的走私、贩毒集团以及作案频次很高、社会恐慌指数很大的抢劫、诈骗集团相比，黑社会性质组织雏型的组织化程度相对较低，犯罪危害社会的程度也相对较轻，而对于同是组织、领导、参加者的犯罪者，前者只对集团全部犯罪承担责任，后者却被并罚。这在逻辑上是经不住拷问的。唯有将其统一于处置共同犯罪的规则之下，才会使事实与规范的对接度更高。其四，有利于将所有犯罪置于同一的证据规则之下。目前，一种说法甚是耳熟：即传统共同犯罪处罚规则不足以抑制黑社会性质组织犯罪，尤其不利于挖出幕后指使者。可这种观点却缺乏数据支持，也经不起逻辑论证。因为，选择任何罪名都须形成完整的证据链，而组织领导者的责任同样不宜被简单推定，亦即不宜降低相关证据的证明程度。为证实幕后者与具体犯罪实施者之间存在刑法意义上的犯罪关联，只有积极跟进电子监控、豁免权和证人保护计划等，才是将犯罪人悉数送上法庭的正确选择。

（四）合理并罚黑社会性质组织成员

在超法规的层面，由犯罪竞合处罚规则可以推演出如下方案：如果认定某具体犯罪行为是维系组织存在和扩张的重要的非法手段或者是对内控制的重要手段，领导者、组织者仅因维系组织形式受到的刑罚就不宜重于该犯罪的刑罚，参加者仅因维系组织形式受到的处罚就不宜重于其实施具体犯罪中最轻犯罪的罚量。在现行刑法框架下，鉴于组织、领导黑社会性质组织罪的法定刑起点已经升至七年，目前的司法选择较为被动：一方面，按其罪名在法定刑起点上为宣告刑；另一方面，以领导者、组织者对内对外非法控制的状态已被刑法整体评价为由，慎重决定对两类人实施具体犯罪的罚量。

（五）借重特别没收预防再犯

适用特别没收和财产刑，首先需要晒出犯罪人个人的财产清单，因而要求司法部门辩识犯罪所用之物（犯罪工具）；根据刑法第64条规定，细分犯罪取得物、创设物和报酬物等基本类型；合理推定替代所得、混合所得和增值所得等衍生类型；界定犯罪人个人的合法财产。而后紧接着的步骤是没收追缴前三类不法财产。这将带来不同于现制的结果。第一，无论组织、领导、参加黑社会性质组织罪附加的财产刑有无必并的性质，适用特别没收的概率都会明显高于判罚财产刑，于是，系统规制特别没收成为完善刑事立法和调整司法对策的重点。比如，根据犯罪危害程度、财产在实现犯罪中的作用和财产价值，确立比例没收犯罪工具的规则。再如，遇到涉黑犯罪之所得没收不能时，对替代物的没收力度不仅应当根据行为时的财产价值折算，也应考虑行为人基本生活和家庭成员生计的需要。确立不过度负担的规则，彰显刑法的人道基础。第二，由于采取和遵循特别没收与被害人优先受偿的规则，所以，同类犯罪罚金数额的差异将明显缩小。第三，可以彻底割掉办案部门的利益脐带。在审判涉黑犯罪中，始终存在如下难点：其一，如何在涉黑企业的长期生产经营活动中有效分离和推算涉黑成员的犯罪所得；其二，对于那些利用企业资本实施犯罪的涉黑组织，如何把握没收其资本的额度。确立比例规则可促使司法部门不得不把这些敏感的问题摆上桌面，这促使法官不仅需慎重判罚还得给出充分的理由。

（六）反借无限额节制财产刑

对犯罪人适用主刑、没收不法财产且赔偿直接被害人之后，应当视其财产情况，对组织者、领导者适度适用没收财产刑，对积极参加者和参加者视情况可不处财产刑。其理由不仅是遵循罪刑均衡原则，从长远考虑被判刑人再社会化的基本需求来考虑，更是预防其再犯罪的选择。

在全文结尾，笔者还想说明的是，从制度和理论层面反思过去虽不是令人愉快的事情，但在“我们的知识世界里面，有很多常识、有很多历史定论，过去我们并不去想它对不对，但是现在回头来仔细思考就会发现，有很多东西是可以怀疑的。”^{[24]54}深究制度也会得到相同的结论。在国家利器被过度适用，其存在着背离社会理性且易颠覆普通人心理天平的风险之时，系统地检视刑事对策，就不只是希望那些普适价值与社会常识不致缺失于司法场合，不只是希望获知一套经得起理论质证和实践拷问的刑事法知识谱系，而更是希望刑事法机制能够实现“社会善治”提供基本保障。

参考文献：

- [1] 熊选国，主编，最高人民法院刑事审判庭，编。打黑除恶办案手册 [M]。北京：法律出版社，2011。
- [2] 于志刚。我国有组织犯罪的制裁体系及其完善 [J]。中州学刊，2010，（5）。
- [3] 左卫民。从国家垄断到社会参与——当代中国刑事诉讼立法的新图景 [J]。清华法学，2013，（5）。
- [4] 张文显。司法文明新的里程碑——2012 刑事诉讼法的文明价值 [J]。法制与社会发展，2013，（2）。

- [5] 于冲. 黑社会性质组织与“恶势力”团伙的刑法界分 [J]. 中国刑事法杂志, 2013, (7).
- [6] 秦晖. 传统十论——本土社会的制度、文化及其变革 [M]. 上海: 复旦大学出版社, 2010.
- [7] 楼伯坤. 有组织犯罪的名与实 [J]. 江苏警官学院学报, 2010, (4).
- [8] 宋海山. 社会意识的局限性与黑社会犯罪 [J]. 人民论坛, 2012, (20).
- [9] 莫洪宪, 张小宁. 中日犯罪组织比较研究——中国黑社会性质组织 VS 暴力团 [J]. 法学杂志, 2011, (5).
- [10] 贾宇, 舒洪水. 黑社会组织犯罪的经济分析 [J]. 现代法学, 2005, (1).
- [11] 彭文华. 黑社会性质组织犯罪若干问题研究 [J]. 法商研究, 2011, (4).
- [12] 梅传强, 胡江. 我国惩治黑社会性质组织犯罪的刑法完善 [J]. 现代法学, 2011, (2).
- [13] 赵秉志, 肖中华. 论黑社会性质组织犯罪的司法认定 [C] // 高铭暄, 马克昌. 刑法热点疑难问题探讨, 北京: 中国公安大学出版社, 2002.
- [14] 王恩海. 组织、领导、参加黑社会性质组织罪中并罚的适用标准 [J]. 法学, 2009, (9).
- [15] 姜涛. 当前黑社会性质组织犯罪若干问题研究 [J]. 中国人民公安大学学报, 2010, (4).
- [16] 赵长青. 刑法修正案(八)中刑法第二百九十四条第一款与第四款的罪数关系探 [N]. 检察日报, 2011-3-28 (4).
- [17] 陈建清, 胡学相. 我国黑社会性质组织犯罪立法之检讨 [J]. 法商研究, 2013, (6).
- [18] 莫晓宇, 刘畅. 黑社会性质组织犯罪增设财产刑之研究 [J]. 中国公安大学学报, 2010, (4).
- [19] 西南政法大学课题组. 防治黑社会性质组织犯罪的长效机制建设研究报告 [J]. 现代法学, 2010, (5).
- [20] 杨兴培. 公器乃当公论、神器更当持重——刑法修正方式的慎思与评价 [J]. 法学, 2011, (4).
- [21] 何秉松. 黑社会犯罪的自组织原因论 [J]. 政法论坛, 2001, (4).
- [22] 马皑. 析黑社会组织的特征与社会控制 [J]. 甘肃社会科学, 2010, (5).
- [23] [英] 罗伯特·雷纳. 警察与政治 [M]. 朱俊瑞, 等译. 北京: 知识产权出版社, 2008.
- [24] 葛兆光. 思想史研究课堂讲录 [M]. 北京: 生活·读书·新知三联书店三联书店, 2005.

[责任编辑: 郑怀宇]