

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2020.01.007

“扫黑打伞”刑法适用问题研究

王秀梅 司伟攀

(北京师范大学刑事法律科学研究院, 北京 100875)

摘要: 现行《刑法》是将“保护伞”作为黑社会性质组织认定的“选择性”要件, 改变了之前“必备性”要件的地位。依据刑法理论的解释以及“扫黑”的现实需要, 除国家机关工作人员之外的其他国家工作人员也可作为“保护伞”成立的主体。黑社会性质组织和保护伞的结合主要有四种模式, 具体分类对实现“打准打实”的目的具有重要作用。在审理“扫黑打伞”刑事案件中, 应坚持认罪认罚从宽制度。当包庇、纵容黑社会性质组织罪与徇私枉法罪发生竞合时, 应根据法条竞合的适用原则以及行为人的主观方面, 认定具体的犯罪。而四种模式中的罪数认定, 应根据具体情况进行分析, 对不同模式的行为分别进行认定。此外, 通过解释刑法总则、分则之间关系, 否定黑社会性质组织犯罪刑罚适用中存在“重复评价”。

关键词: 黑社会性质组织; 保护伞; 结合模式; 刑事制裁

中图分类号: D901

文献标识码: A

文章编号: 2095—8072(2020)01—0074—16

“政之所兴在顺民心, 政之所废在逆民心。”(《管子·牧民》)当前正在进行的“扫黑除恶”专项斗争正是顺民心、稳民心之举。黑社会性质组织与腐败之间存在千丝万缕的关系, 保护伞往往在其中扮演了重要的角色。截至2019年9月25日, 全国共打掉涉黑组织2367个, 打掉涉恶犯罪团伙29571个, 34792名涉黑涉恶违法犯罪人员投案自首, 同时立案查处涉黑涉恶腐败和“保护伞”案件移送司法机关5500人。^①为实现“扫黑”的目的, 必须考察黑社会性质组织和保护伞之间的三方面问题: 一是二者呈现何种关系; 二是相互之间表现为哪些模式; 三是刑事制裁策略为何。

一、黑社会性质组织的认定与保护伞的关系

“黑社会性质组织”概念的界定经历了一个演变过程, 其中最为重要的演变内容为: “保护伞”的有无是不是认定“黑社会性质组织”的必备条件, 而厘清这一问题也将为进一步探讨“扫黑打伞”奠定基调。

1982年深圳市颁布的《关于取缔黑社会活动的通告》是我国在正式文件中首次使用“黑社会”概念。1986年公安部明确将打击黑社会性质犯罪团伙作为最主要的三项工作之一, 当时破获的一起5人犯罪团伙案件中, 有4人身份是民警和保卫干部, 本案预示着在涉黑犯罪中存在“警匪勾结”的危险倾向, 后来的哈尔滨“乔四案”更是进

^① 扫黑除恶再开全国推进会: 要依法打深打透, 除恶务尽[EB/OL]. 澎湃新闻网站[2019-10-13]. https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_4656373.

一步对涉黑腐败发出了强烈预警。^①1992年10月,公安部指出黑社会性质组织一般具有六大特征,^②从其中的第(6)项可以看出,拥有保护伞是当时认定黑社会性质组织的必备特征之一。

尽管“黑社会性质组织犯罪”概念早已在我国法律理念内出现并使用,但1979年《刑法》中并未明确设置该类犯罪罪名,而是以流氓罪、集团犯罪、共同犯罪等进行惩治。1997年《刑法》第294条正式设置了“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”,但没有明确规定黑社会性质组织具备的特征。2000年12月5日,最高院《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》(法释[2000]42号)(下简称《最高院2000年解释》)第1条指出,刑法第294条所规定的“黑社会性质组织”一般具有四个特征,^③从第(3)项可见,保护伞仍是认定黑社会性质组织成立的重要特征之一。有学者认为,黑社会性质组织具有“政治腐蚀性”,且其本质特征是具有一定的社会控制性,故在我国黑社会性质组织必然与腐败分子相互勾结,使腐败分子成为其保护伞,若无保护伞则也难以有黑社会性质组织存在的余地,前者是后者存在的必备条件。^④

2002年黑社会性质组织特征的认定出现了重大变化:保护伞不再是应当具备的特征之一,而成为选择性要件。2002年4月28日,全国人民代表大会常务委员会通过了《关于〈中华人民共和国刑法〉第二百九十四条第一款的解释》(下简称《2002年解释》),该立法解释指出,刑法第294条第1款规定的黑社会性质的组织应同时具备四项特征,^⑤从第(4)项“或者”一词的表述可看出,是否具有保护伞只是作为选择性条件而存在。

2011年《刑法修正案(八)》第43条对《刑法》第294条作出了重大修改,以条文的形式明确了黑社会性质的组织应同时具备的特征,^⑥而保护伞同样被视为选择性特征。至此黑社会性质组织特征认定的演变过程已全部完成,形成了目前我国刑法理念中通行的观点。

① 山旭.中国式反黑30年:少数官员成黑社会组成部分[EB/OL].凤凰网[2019-09-28].http://news.ifeng.com/mainland/200909/0901_17_1328921.shtml.

② 该六大特征为:(1)在当地已形成一股恶势力,有一定势力范围;(2)犯罪职业化,较长期从事一种或几种犯罪;(3)人数一般较多且相对固定;(4)反社会性特别强,作恶多端,残害群众;(5)往往有一定的经济实力,有的甚至控制了部分经济实体和地盘;(6)千方百计拉拢腐蚀公安、司法和党政干部,寻求保护。参见:赵颖.当代中国黑社会性质组织犯罪分析[M].辽宁:辽宁人民出版社,2009:42.

③ 该四个特征为:(1)组织结构比较紧密,人数较多,有比较明确的组织者、领导者,骨干成员基本固定,有较为严格的组织纪律;(2)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;(3)通过贿赂、威胁等手段,引诱、逼迫国家工作人员参加黑社会性质组织活动,或者为其提供非法保护;(4)在一定区域或者行业范围内,以暴力、威胁、滋扰等手段,大肆进行敲诈勒索、欺行霸市、聚众斗殴、寻衅滋事、故意伤害等违法犯罪活动,严重破坏经济、社会生活秩序。

④ 刘宪权,吴允峰.黑社会性质组织犯罪司法认定中若干疑难问题探讨(上)[J].犯罪研究,2002(1):25.

⑤ 该四项特征为:(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;(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;(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;(4)通过实施违法犯罪活动,或者利用国家工作人员的包庇或者纵容,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。

⑥ 《刑法修正案(八)》的第43条规定:黑社会性质的组织应当同时具备以下特征:(一)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;(二)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;(三)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;(四)通过实施违法犯罪活动,或者利用国家工作人员的包庇或者纵容,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。

我们认为,保护伞的有无并不是认定黑社会性质组织成立的决定性要件,上述特征认定的演变过程正体现了这种观念。同时从打击涉黑犯罪现实需要而言,也不应将保护伞作为其认定的必备性特征。

首先,黑社会性质组织的特征应从“法律特征”和“本质特征”两方面进行把握。上述特征认定之演变凸显的乃是其“法律特征”的变化,而非“本质特征”的转化。历次特征界定的演变中,皆展现出了“黑社会性质组织具有一定的社会控制性”,而这也正是其“本质特征”之所在。“法律特征”会随着国家治理的方略、打击犯罪的刑事政策、法律规范的修订、刑法理念的发展、立法技术水平的提高等原因发生变化,但“本质特征”却是该罪成立的核心。如《2002年解释》特征认定中之所以摒弃保护伞标准,关键原因就是“体现‘打早打小’的立法精神”,对只要符合该解释四个特征的案件,就必须依法予以刑事制裁。^①故可知“法律特征”并不是固定不变的,而是基于合理需要可以作出适当调整。就本罪而言,即便承认保护伞是认定黑社会性质组织成立标准的观点,也没有否认其本质特征是“具有一定的社会控制性”。^②

其次,从犯罪客体的角度衡量,将保护伞作为黑社会性质组织成立的认定必备标准,是在打击此类犯罪时过于重视反腐的结果。^③“犯罪侵犯主要客体的不同”是《刑法》章节设置的依据之一,黑社会性质组织犯罪设置在第六章“妨害社会管理秩序罪”第一节“扰乱公共秩序罪”之中,其侵犯的主要客体为“公共秩序”,而腐败犯罪侵犯的客体主要为“国家工作人员的职务廉洁性或国家机关的正常活动”。因此二者所保护的主要客体是不同的,若将保护伞作为认定黑社会性质组织成立的必备条件,则势必表明涉黑腐败的存在是必须的。如此就可以得出这样的结论:黑社会性质组织犯罪中皆存在腐败犯罪,而腐败犯罪也就被分为了“涉黑腐败”与“其他腐败犯罪”两类。这样“扫黑”实质上就具备了“反腐”的功能,出现了在惩治“黑社会性质组织犯罪”之下“扫黑”与“反腐”并重的局面,没有凸显出本罪所保护的主要客体。因此过于重视保护伞这一要件,实质上是对立法者设置该类犯罪初衷的偏离,混淆了各自所处罪名体系的功能,也是刑事政策过度司法化的表现。^④《2002年解释》将保护伞设置为选择性条件,并被《刑法修正案(八)》所延续,表现出该问题在刑事政策方面的纠偏。

再次,从刑事政策方面考察,将保护伞设置为选择性条件能最大化地实现扫黑效果。一是“扫黑”须坚持“打早打小”的方针。2002年5月13日,最高检在认真贯彻《2002年解释》的通知中指出,对黑社会性质组织依法严惩,以体现“打早打小”

① 最高人民法院.关于认真贯彻执行全国人民代表大会常务委员会《关于刑法第二百九十四条第一款的解释》和《关于刑法第三百八十四条第一款的解释》的通知(高检发研字[2002]11号)(2002年5月13日发布)[DB/OL].北大法宝网站[2019-09-22].http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Gid=45398&Db=chl.

② 孙应征,逢锦温.黑社会性质组织的司法认定[J].人民司法,2002(1):45.还可参阅刘宪权,吴允峰.黑社会性质组织犯罪司法认定中若干疑难问题探讨(上)[J].犯罪研究,2002(1):25.

③ 王秀梅,戴小强.“打伞”式扫黑的法理分析[J].河南警察学院学报,2018(6):7.

④ 王秀梅,戴小强.“打伞”式扫黑的法理分析[J].河南警察学院学报,2018(6):7.

的立法精神。同时,不存在保护伞的黑社会性质组织客观上也是存在的。“在一般情况下,犯罪分子要在一定区域内或行业内,形成非法控制或重大影响,如果没有国家机关工作人员的包庇或者纵容是难以实现的,但也不能排除尚未取得国家机关工作人员的包庇或者纵容,通过有组织地实施多次犯罪活动形成黑社会性质组织的情形。”^①2018年中共中央、国务院《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》同样继续秉持了“依法严惩,打早打小”的精神。^②二是坚持以“零容忍”的态度依法惩治黑恶势力。2018年2月2日,“两高两部”《关于依法严厉打击黑恶势力违法犯罪的通告》指出,“要以‘零容忍’态度,坚决依法从严惩治,对黑恶势力违法犯罪重拳出击”。^③从本质上衡量,“打早打小”和“零容忍”异曲同工,将黑社会性质组织消灭在萌芽状态是二者共同的目标,当前对黑社会性质组织的四项认定条件正体现了“打早打小”“零容忍”的立场。同时也与“对于黑社会性质的犯罪,必须坚决打击,一定要消灭在萌芽状态,防止蔓延”的刑事政策相契合。^④

但二者之间存在的紧密联系却没有因上述认定标准的变化而消弭,大量的司法案例表明,它们的相互结合呈现出一种“常态化”现象,“打伞”仍是“扫黑”斗争中十分重要的组成部分。

二、保护伞的主体界定及与黑社会性质组织的结合模式

“扫黑打伞”的重要前提之一是要准确界定“保护伞”的范围,不能随意将其扩大或缩小。在当前“扫黑除恶”专项斗争中,更是要防止“运动式扫黑打伞”,避免错误认定保护伞主体。故须对保护伞主体加以厘清,进而探讨二者结合的模式。

(一) 保护伞主体之厘清

刑法理论对保护伞主体的认定主要存在广义和狭义的立场分野。广义上保护伞的范畴为国家工作人员,即指“国家工作人员包庇纵容黑社会性质组织的犯罪行为,为其提供各种便利或非法保护,或者国家工作人员组织、领导、参与黑社会性质组织,沆瀣一气,共同实施犯罪的情况”。^⑤而也有学者认为“‘保护伞’不能无限扩大化,应当限制为握有实权并对违法犯罪活动具有直接影响的国家机关工作人员”。“其他在国有公司、企事业单位和人民团体中从事公务的人员,不能成为‘保护伞’。因为‘保护伞’主要是那些能够为黑社会性质组织提供最直接、最有效的权力庇护、供职于国家社会管理职能部门的工作人员”。^⑥

① 邹伟. 深刻理解人大立法内涵, 准确认定黑社会性质组织犯罪. 行成于思——邹伟法律文集[C]. 北京: 中国法制出版社, 2016: 176.

② 中共中央, 国务院发出《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》[EB/OL]. 中华人民共和国中央人民政府网站[2019-09-22]. http://www.gov.cn/zhengce/2018-01/24/content_5260130.htm.

③ 四部门联合发布《关于依法严厉打击黑恶势力违法犯罪的通告》[EB/OL]. 新华网[2019-09-22]. http://www.xinhuanet.com/politics/2018-02/05/c_129806074.htm.

④ 王志祥. 论黑社会性质组织的界定[J]. 法治研究, 2010(2): 14.

⑤ 黄立. “保护伞”研究[J]. 河北法学, 2005(8): 92.

⑥ 莫洪宪. 黑社会性质组织认定相关问题探讨[J]. 湖北社会科学, 2011(1): 152-153.

为有效实现对黑社会性质组织的“打准打实”，深挖隐藏在背后的“保护伞”，必须对该主体作出准确界定，本文认为后一种观点有失偏颇。

《刑法》总则第93条第1款指出：“本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员”。第2款规定的是“以国家工作人员论”^①的情形。就两款的关系而言，“第一款是对国家机关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。”^②可见刑法中同时有“国家机关工作人员”“国家工作人员”两个概念的适用，且后者的范畴广于前者。

《刑法》第294条第3款“包庇、纵容黑社会性质组织罪”规定的犯罪主体是“国家机关工作人员”。但本条第5款第（四）项又指出“……利用国家工作人员的包庇或者纵容……”是黑社会性质组织应具有的特征之一。此时条文前后的表述就出现了“冲突”：涉黑包庇犯罪的主体究竟是国家机关工作人员还是国家工作人员？此“冲突”也出现在了有关立法解释和司法解释中。《2002年解释》中指出“黑社会性质的组织”应当同时具备以下特征：“……（四）……利用国家工作人员的包庇或者纵容……”。《最高院2000年解释》第5、6条在认定“包庇”及“情节严重”情形时，却均采用了“国家机关工作人员”之表述。2015年10月13日，最高院《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》（法[2015]291号）“一、……（四）依法加大惩处‘保护伞’的力度”中采用的也是“国家机关工作人员”之表述。

我们认为《刑法》第294条第3、5款之所以会出现概念适用的不同，主要原因在于第3款“包庇、纵容黑社会性质组织罪”为身份犯，构罪主体只能是“国家机关工作人员”，是否具备该身份是本罪是否成立的关键；而第5款规定的则是“黑社会性质组织应具备的特征”。当包庇、纵容黑社会性质组织的“国家工作人员”同时也是“国家机关工作人员”时，便可构成“包庇、纵容黑社会性质组织罪”；否则就不符合成立该罪的主体要件，而只能以其他罪名定罪量刑。二者一是包庇、纵容黑社会性质组织“罪名认定”中的保护伞，一是黑社会性质组织“特征认定”中的保护伞。

（二）保护伞与黑社会性质组织结合的四种模式

随着“扫黑”的力度不断加大，使得黑社会性质组织的生存空间不断被挤压，其活动方式也向隐蔽型发展，通过披上公司、协会的外衣，变换组织形态，攫取利益，腐败分子同黑恶势力的勾结形成了“以黑经商、以商养黑、以商养官、以官护黑”利益链。^③同时其犯罪手段也向“软暴力”方向转化，为此“两院两部”发布了《关于

① 《刑法》第93条第2款规定：“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”。

② 肖中华，贪污贿赂罪疑难解析[M]，上海：上海人民出版社，2006：6。

③ “黑老大”多次犯事为啥安然无恙？他哥是副市长[EB/OL]，上观网[2019-09-28]，<https://www.jfdaily.com/news/detail?id=95986>。

办理实施“软暴力”的刑事案件若干问题的意见》。^①司法实践中以保护伞所采用保护方式的不同，将与黑社会性质组织的结合分为了15种类型，^②而从保护伞在黑社会性质组织犯罪中所处地位的角度，也可分为四种模式：

1. 单纯作为保护伞的模式。此时，国家工作人员只是单纯作为保护伞，并没有加入或组织、领导黑社会组织，这也是涉黑腐败最为常态的情形，上述15种类型在本模式之下皆有可能存在。如在“王俊、丁佩刚包庇黑社会性质组织案”中，二人分别利用自己担任派出所所长、公安局副局长的职务便利，打压受害人、妨碍司法秩序、为犯罪分子通风报信和提供实施违法犯罪活动的便利。^③又如在“黄城荣、王大平、邱磊案”中，^④黄城荣、王大平身为派出所警务辅助人员，负有协助民警打击违法犯罪活动职责，邱磊身为国家机关工作人员，明知朱某等人在丽水市区有组织地长期从事违法犯罪活动，仍以通风报信的方式，多次积极帮助该组织成员逃避查禁，为其充当“保护伞”，最终三人皆因包庇黑社会性质组织罪被判处刑罚。

2. 双重身份模式。此种模式内又可分为两种类型：一是原本为国家工作人员却也成为黑社会性质组织的成员。“从更深的层次来看，极少数官员实际上已成为黑社会组织的组成部分，而后者已掌握了合法的政治权力。”^⑤典型案例如鸡西市人民检察院原副检察长刘立，不仅长期组织、参与、纵容家族黑恶势力并充当保护伞，而且涉嫌组织领导黑社会性质组织犯罪。^⑥又如“范泽忠案”中，范泽忠原是云南省昭通市镇雄县林业公安稽查队队长，其利用自己的特殊身份，承诺手下干了违法犯罪的事他能保出来，网罗数十人，逐渐形成以其为首的黑社会性质组织，实施各种违法犯罪活动，称霸一方。后经法院审理，以组织、领导黑社会性质组织罪等8个罪名判处其死刑。^⑦二是黑社会性质组织人员摇身一变具有了国家工作人员的身份或攫取了某些系统或基层的权力。2019年北京法院审理的涉黑案件表明：“黑势力染指基层政权，攫取非法经济利益，同时伴有‘保护伞’，是当前黑社会性质组织犯罪的突出特点。”^⑧如“陈海涛案”中，陈海涛是黑社会性质组织的组织者、领导者，其不仅隐瞒犯罪前科，骗取党员身份，而且采用拉拢、利诱选民的手段，攫取了村党支部书记、村委会主任

① 最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部关于办理实施“软暴力”的刑事案件若干问题的意见[法发(2018)1号](2019年4月9日起施行)[EB/OL]. 最高人民检察院[2019-09-28]. https://www.spp.gov.cn/zd gz/201904/t20190409_414128.shtml.

② 这15种模式为：出资分红型、纵容包庇型、阻挠查处型、站台撑腰型、打击报复型、有案不查型、通风报信型、开脱罪责型、枉法裁判型、追赃不力型、串通案情型、违规吃请型、违规减刑型、帮人说情型、打击不力型。参见：万田乡。黑恶势力“保护伞”的十五种类型[EB/OL]. 衢州市柯城区人民政府[2019-09-28]. http://www.kecheng.gov.cn/art/2019/4/11/art_1499081_33234922.html.

③ 何秋生 王俊等与王刚 郑凯等组织、领导、参加黑社会性质组织罪二审刑事裁定书[(2019)新30刑终4号][DB/OL]. 裁判文书网[2019-09-28]. <http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=97a7ab443a094b08a742aa5600c7cb15>.

④ 黄城荣、王大平、邱磊包庇、纵容黑社会性质组织罪一审刑事判决书[(2019)浙1102刑初168号][DB/OL]. 裁判文书网[2019-09-28]. <http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=f5303c604a19491aacecaad100a0ea4e>.

⑤ 山旭. 中国式反黑30年：少数官员成黑社会组成部分[EB/OL]. 凤凰网[2019-09-28]. http://news.ifeng.com/mainland/200909/0901_17_1328921.shtml.

⑥ 高语阳. 罕见！这位检察院领导直接当上了黑社会老大[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/xFrPp014P5d-eDvrO4vuLw>; 新京报. 黑龙江鸡西副检察长落马调查：吸毒涉黑当保护伞[EB/OL]. 新浪网[2019-09-28]. <https://news.sina.com.cn/c/2019-06-12/doc-ihvhiqay5174125.shtml>.

⑦ 云南最大的镇雄黑帮覆灭记[EB/OL]. 搜狐网[2019-09-28]. http://www.sohu.com/a/285423338_120078003.

⑧ 新京报. 北京高院发布扫黑除恶典型案例[EB/OL]. 中国新闻网[2019-09-28]. <https://wine.chinanews.com/gn/2019/07-03/8882020.shtml>.

之职务,将基层政权长期把持在自己手中,同时违规发展他人入党,基层政权基础、当地的经济生活秩序都受到了严重的损害。

3. “伞上之伞”模式。因保护伞的等级分层,一个较亮级别的保护伞之下往往滋生小的保护伞,进而形成“伞上之伞”模式。该模式的典型案例为“孟建伟案”。^①孟建伟在任包头市委常委、政法委书记、公安局局长期间,充当黑恶势力组织领导者郭某某的保护伞,放任其实施“黄赌毒”等违法犯罪活动。2009 年郭某某被公安机关调查时,孟建伟指使有关人员对其经营的酒店从轻查处,致使该酒店继续违法经营,放任、助长郭某某黑恶势力组织发展壮大。在孟建伟这把“大伞”纵容之下,包头市滋生了多把“小伞”。如时任包头市公安局副局长杜某某、包头市公安局昆区治安分局局长夏某某、包头市公安局副局长黄某、包头市公安局青山治安分局党委书记、局长刘某某皆以不同的方式纵容、包庇甚至直接参与黑社会性质组织的违法犯罪活动。2019 年 5 月 10 日,孟建伟被依法审查起诉。

4. “庸伞、软伞”模式。现实中还存在另一种保护伞现象:一些公职人员、党员干部听任黑社会性质组织蔓延发展,虽然和该组织犯罪并没有实质上的交集,也没有主动或受拉拢而为其充当保护伞,但却习惯于当老好人,或为政绩而粉饰太平,扫黑中搞形式主义、官僚主义,客观上充当了“保护伞”。^②此类型的保护伞实际上可因其在“扫黑”斗争中的退缩、妥协态度,而成为缺乏作为的“庸伞、软伞”,“打伞”不仅要打“官伞”“警伞”,也要打击“扫黑”不力的“庸伞、软伞”。如天津市在扫黑除恶专项斗争中目前共打掉履职不力、失职渎职的“庸伞”22 件 107 人;又如天津市红桥区司法局社区矫正和安置帮教工作管理科原科长管维铭等人失职失责,在对黑社会性质组织成员社区矫正工作的前期调查评估、后期监管中,不认真履行职责,被执行社区矫正的黑社会性质组织人员在矫正期间又多次实施犯罪,管维铭等人因此受到党纪严肃处理。^③

三、黑社会性质组织犯罪与保护伞的刑事制裁策略

(一) “扫黑打伞”与认罪认罚从宽制度

改革开放以来,我国对黑恶势力犯罪的刑事制裁经历了探索前进、标准明确、标准细化三大时期,审判中更加重视宽严相济的刑事政策,更加注重程序的公正和人权保障理念。^④“认罪认罚从宽制度”是当前“扫黑打伞”中重点把握的内容之一。

① “伞”上之“伞”孟建伟[EB/OL]. 内蒙古纪委监委网站[2019-09-28]. <http://www.nmgjjc.gov.cn/single/2019/06/06/19060615312667291364-18050210073909710005.html?i=1560084843441>.

② 中国纪检监察报.谁在充当黑恶势力“保护伞”? [EB/OL]. 中共中央纪律检查委员会网站[2019-09-28]. http://www.ccdi.gov.cn/yaowen/201810/t20181011_181159.html.

③ 深挖彻查“官伞”“警伞”“庸伞”天津市集中通报17起充当黑恶势力“保护伞”典型案例[EB/OL]. [2019-09-28].<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1630660984682049656&wfr=spider&for=pc>.

④ 张向东.黑恶势力犯罪审判:从严打到重程序、重人权保障[N].人民法院报,2018-11-07(005).

1. “扫黑打伞”中认罪认罚从宽制度的适用

2015年最高院《关于全面深化人民法院改革的意见》（法发[2015]3号）（下称《改革意见》）指出：“完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度。明确被告人自愿认罪、自愿接受处罚、积极退赃退赔案件的诉讼程序、处罚标准和处理方式，构建被告人认罪案件和不认罪案件的分流机制，优化配置司法资源。”^①2016年9月我国在18个城市进行了认罪认罚从宽制度的试点工作，并颁布了《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》（下称《试点办法》），以此来对该制度的具体适用进行有益探索。2018年修订的《刑事诉讼法》中正式吸收了认罪认罚制度，其第15条规定：“犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实，愿意接受处罚的，可以依法从宽处理。”至此该制度正式在我国刑法中得到确立。

但在试点工作期间，也展现出一些现实问题，如“重罪案件能否适用该制度”？^②一些地方检察院和法院，对重罪案件适用该制度颇有顾虑，尤其是对可能被判处有期徒刑以上刑罚的案件适用该制度时显得特别保守和谨慎。^③同时，也有学者认为，从宽处理的制度只能在简易程序或者轻罪案件中。^④而根据刑法第294条的规定，涉黑社会性质组织犯罪的三个罪名的刑罚设置皆在3年以上，更毋论经常与黑社会性质组织相伴发生的故意杀人罪、故意伤害罪、非法拘禁罪等罪，某些罪的最高刑甚至可以判处死刑。而保护伞所涉及的贪污、贿赂犯罪等罪名同样属于重罪的范畴，贪贿犯罪也存在死刑的设置。因此从刑罚设置的角度来说，“扫黑打伞”案件一般都是严重的犯罪，判处的刑罚也通常较重。那么，认罪认罚从宽制度是否适用于“扫黑打伞”案件？

为什么一些地方检察机关仍对重罪案件适用此项制度持小心、保守的态度？有观点指出，刑事政策及技术操作是重要原因，即涉黑、贪腐等严重犯罪历来是打击的重点领域，无论对司法工作人员还是一般民众来讲，对此类案件适用该制度都需要观念上的转变；而技术操作上，该制度在我国仍属于“新鲜”制度，在如何达成量刑建议等问题上尚存在困难。^⑤

我们认为，无论是从规定的角度，还是从刑事政策、合理配置、优化司法资源的角度考察，都不应将重罪案件排除在认罪认罚从宽制度的适用范围之外。首先，《改革意见》《试点办法》《刑事诉讼法》三者皆未对该制度的适用案件范围作出限制，这无疑表明将“扫黑打伞”案件排除在该制度的适用范围之外是缺乏法律依据的。其次，随着时代的变化，为应对新的需要，刑事政策也会随之改变。宽严相济是我国长期以来坚持的刑事政策，认罪认罚制度则是该政策的延续发展，符合现代刑

① 最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见[EB/OL]. 最高人民法院网站[2019-09-28]. <http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-13520.html>.

② 重罪、轻罪的分类标准，在我国并没有形成统一的认识，主要分为三年以上有期徒刑刑罚和五年以上有期徒刑刑罚两种划分观点，本文采用以三年以上有期徒刑为界限的划分标准。

③ 苗生明，卢楠. 重罪案件适用认罪认罚从宽制度的理论与实践[J]. 人民检察，2018(17): 36-37.

④ 陈卫东. 认罪认罚从宽制度研究[J]. 中国法学，2016(2): 59.

⑤ 苗生明，卢楠. 重罪案件适用认罪认罚从宽制度的理论与实践[J]. 人民检察，2018(17): 37.

事司法理念,可促进黑社会性质组织的瓦解分化,有利于案件的侦办。再次,适用该制度有利于案件审理机制的完善,提高诉讼效率,节约有限的司法资源。由“两院两部”颁行的《关于办理恶势力刑事案件若干问题的意见》对恶势力如何适用宽严相济刑事政策提出了相关要求。^①2019年10月24日“两高三部”《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(下称《认罪认罚从宽意见》)指出该制度“没有适用罪名和可能判处刑罚的限定”,^②至此该制度的适用范围得到了权威认定。

2. “扫黑除恶”适用认罪认罚从宽制度的理解

(1) 认罪的理解。追溯至2003年“两高”和司法部《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见(试行)》(下称《2003年意见》)第1条之规定^③可知,“认罪”应具备“对被指控的基本犯罪事实无异议”和“自愿认罪”两个条件。根据2018年修订的《刑事诉讼法》第15条,“认罪”的成立需要“自愿如实供述自己的罪行,承认指控的犯罪事实”。这两个时期针对“认罪”认定的表述虽有所不同,但基本内涵却一脉相承,都要求犯罪嫌疑人不仅要自愿如实供述,而且承认指控自己的犯罪事实。

因此犯罪嫌疑人必须基于自己真实意思自愿供述自己的罪行,而不能为掩饰、隐瞒其他犯罪行为等目的而作出不真实的供述。在认罪的程度,犯罪嫌疑人要对被指控的基本、主要的犯罪事实予以承认,不能避重就轻。当然,也不能将犯罪嫌疑人正常的自我辩解当成“不认罪”的表现,否则就走向了另一个极端。

(2) 认罚的理解。根据《刑事诉讼法》第15、174条的规定,“认罚”是指犯罪嫌疑人自愿接受处罚,同意检察机关提出的量刑建议,并签署认罪认罚具结书,亦即对“对检察机关建议判处的刑罚种类、幅度及刑罚执行方式没有异议”。^④在认罪与认罚的关系上,二者是有机统一的,认罪注重考察犯罪嫌疑人、被告人对犯罪事实和罪名的承认,认罚则是其对相关法律后果的接受。“认罪是前提,认罚是后果”。^⑤如果黑社会性质组织犯罪嫌疑人和保护伞对他们各自的犯罪行为并不认罪,即表明犯罪嫌疑人缺乏真诚悔罪的态度,也就不会出现认罚的情形,这样的结果就是该制度不能被有效激活。同时《认罪认罚从宽意见》指出,认罚但有串供等行为的也不能适用该制度。^⑥

① 最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部关于办理恶势力刑事案件若干问题的意见[法发(2018)1号](2019年4月9日起施行)[EB/OL]. 最高人民法院网站[2019-09-28].https://www.spp.gov.cn/zdgg/201904/t20190409_414134.shtml.

② 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》中规定:“认罪认罚从宽制度没有适用罪名和可能判处刑罚的限定,所有刑事案件都可以适用,不能因罪轻、罪重或者罪名特殊等原因而剥夺犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚获得从宽处理的机会。”

③ 《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见(试行)》第1条规定:“被告人对被指控的基本犯罪事实无异议,并自愿认罪的第一审公诉案件,一般适用本意见审理。”

④ 孙谦.检察机关贯彻修改后刑事诉讼法的若干问题[J].国家检察官学院学报,2018(6):7.

⑤ 张国轩.“认罚从宽”的认定和实现方式[J].国家检察官学院学报,2018(5):105.

⑥ 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》指出:“‘认罚’考察的重点是犯罪嫌疑人、被告人的悔罪态度和悔罪表现,应当结合退赃退赔、赔偿损失、赔礼道歉等因素来考量。犯罪嫌疑人、被告人虽然表示‘认罚’,却暗中串供、干扰证人作证、毁灭、伪造证据或者隐匿、转移财产,有赔偿能力而不赔偿损失,则不能适用认罪认罚从宽制度。”

(3) **从宽的理解**。认罪、认罚、从宽三项内容是共同组成该制度的有机体,缺一不可。该制度的适用“主要围绕着量刑种类和量刑幅度进行协商,检察官对自愿认罪的被告人可以承诺给予一定幅度的量刑减让,因此,我们可以将其称为‘量刑协商制度’。”^①但认罪认罚作为一项法定量刑情节,《刑事诉讼法》只是规定了符合条件的,可以从宽处罚,但对如何从宽并没有作出明确的规定,即从宽的幅度、比例并不清晰。为实现从宽处罚,认罪认罚的时间段须予以重点考虑,“认罪越早,从宽幅度越大”是应当坚持的一般原则,以此来做到“从宽有据,从宽有别”。《认罪认罚从宽意见》规定,应结合认罪认罚的不同时间段、对案件的价值、罪行严重程度等因素,确定从宽的幅度。^②但其中也没有明确指出从宽的比例,而实务中已作出了此方面的实践。如福建省厦门市集美区人民法院就提出了“根据认罪认罚阶段不同,确定不同的从宽幅度,侦查阶段认罪可减少基准刑的30%,起诉阶段认罪可减少20%,审判阶段认罪可减少10%,翻供不从宽”^③的从宽方案。又如2017年杭州市中级人民法院出台《刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作量刑指引》,明确了认罪认罚案件中“从宽”的幅度:在案件办理的侦查(公安)、审查起诉(检察院)、审判(法院)这三个阶段以评级的方式(分为“好”“较好”“一般”等等级)分别衡量从宽的幅度。在侦查阶段认罪认罚的,“好”“较好”“一般”三个等级都可作为评价结果;在审查起诉阶段认罪认罚的,评“一般”或“较好”;在审判阶段认罪认罚的,通常评“一般”。这也就意味着认罪阶段越靠前,建议从宽幅度越大,且最高可依法减少基准刑的30%。^④司法实践的经验给更好地理解“从宽”处罚制度带来了有益的借鉴。有学者提出,要建立“阶梯式从宽量刑机制”,即“根据嫌疑人、被告人认罪认罚的诉讼阶段,确定程度不同的量刑优惠比例”。^⑤因此,从宽处罚的幅度按照认罪认罚发生时间段的不同而不同。

“扫黑打伞”案件往往比较复杂,涉及人员众多,侦办困难且周期长,有些犯罪成员之间甚至会订立攻守同盟以逃避刑事制裁,这在一定程度上影响了案件的进程,消耗了大量的司法资源。而认罪认罚从宽处罚制度的重要作用之一就是可有效分化瓦解犯罪组织人员,促进案件的侦办。如广东省江门市新会区检察院办理的一起涉案犯罪嫌疑人多达29人、罪名11个、犯罪事实多达40余起案情非常复杂的案件时,就拟定其中8名犯罪嫌疑人作为适用该制度的对象,最终有6人在符合法定程序下签署了《认

① 陈瑞华. 刑事诉讼的公力合作模式——量刑协商制度在中国的兴起[J]. 法学论坛, 2019(4):6.

② 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》指出:“办理认罪认罚案件,应当区别认罪认罚的不同诉讼阶段、对查明案件事实的价值和意义、是否确有悔罪表现,以及罪行严重程度等,综合考量确定从宽的限度和幅度。在刑罚评价上,主动认罪优于被动认罪,早认罪优于晚认罪,彻底认罪优于不彻底认罪,稳定认罪优于不稳定认罪。认罪认罚的从宽幅度一般应当大于仅有坦白,或者虽认罪但不认罚的从宽幅度。对犯罪嫌疑人、被告人具有自首、坦白情节,同时认罪认罚的,应当在法定刑幅度内给予相对更大的从宽幅度。认罪认罚与自首、坦白不作重复评价。对罪行较轻、人身危险性较小的,特别是初犯、偶犯,从宽幅度可以大一些;罪行较重、人身危险性较大的,以及累犯、再犯,从宽幅度应当从严把握。”

③ 宋一心,李晨. 关于刑事诉讼中“认罪越早、从宽越多”理念的探索[N]. 人民法院报, 2019-09-05(06).

④ 陈东升,平安君,严静. “认罪认罚从宽”有了法制保障——杭州刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作全面推进[EB/OL]. 中国法院网 [2019-09-28]. <https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/08/id/2957853.shtml>.

⑤ 陈瑞华. 刑事诉讼的公力合作模式——量刑协商制度在中国的兴起[J]. 法学论坛, 2019(4): 8.

罪认罪具结书》，自愿认罪认罚，从而得到从宽处罚。^①从本案可知该制度的适用可产生以下积极作用：一是分化瓦解黑社会性质组织，促使涉案人员尽早认罪认罚，争取宽大处理，为接下来的诉讼程序的进行提供基础。对那些在审理阶段仍执迷不悟、拒绝认罪认罚的被告人可依法从严、从重处罚。二是通过该制度的具体适用，向其他黑社会性质组织和保护伞犯罪人员作出良好示范，吸引他们认罪认罚。

（二）“扫黑打伞”案件的定罪问题

1. 包庇、纵容黑社会性质组织罪与徇私枉法罪的竞合

法条竞合是当行为人仅实施了一个犯罪行为，但却因为数个在犯罪构成上具有包容或交叉关系的刑法规范，而只能以其中一个刑法规范进行定罪量刑的情况。^②“包庇、纵容黑社会性质组织罪”的犯罪主体为国家机关工作人员，主观方面为故意，客观行为是包庇、纵容黑社会性质组织进行违法犯罪活动。“徇私枉法罪”的犯罪主体是司法工作人员，主观上为故意，客观行为是通过徇私、徇情枉法的方式使无罪的人受到追诉，或包庇有罪的人不受追诉或违背事实和法律作出枉法裁判。两罪的犯罪主体皆为特殊主体，但“国家机关工作人员”的范围显然包含“司法工作人员”，故前罪的犯罪主体比后罪大。犯罪客观行为方面，后罪是采用徇私、徇情的方式包庇他人，是包庇的具体表现，因此前罪在犯罪的客观行为也比后罪广。但后罪所包庇的对象并不仅限于黑社会性质组织犯罪人员，也包括其他一般的犯罪人员以及无罪的人在內，所以后罪包庇的对象比前罪要宽。基于这些原因，当司法工作人员实施了包庇行为时，两罪就出现了交叉关系，出现法条竞合的现象。

包庇、纵容黑社会性质组织罪的刑罚设置除了基本刑以外，还有“情节严重”这一量刑情节。徇私枉法罪则在基本刑的基础上设置了“情节严重”“情节特别严重”两档法定刑。当两罪在基本刑的范畴内发生竞合时，根据“重法优于轻法”原则，前罪属于重法，应定为该罪。

当司法工作人员的包庇行为构成加重犯时，有观点认为，司法解释只对黑社会性质组织犯罪案件的“情节严重”情形作出了解释，而未对徇私枉法罪的“情节严重”情形作出认定，故认为当前罪的“情节严重”相当于后罪的“情节特别严重”时，该认定为何罪仍有待商讨。^③本文认为，可从行为人主观方面的不同进行考察。2009年12月9日，“两高”和公安部发布的《办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》（法[2009]382号）中指出，包庇、纵容黑社会性质组织罪主观要件只要求行为人“知道或应当知道”是从事违法犯罪活动的组织即可，而不需要行为人的“明知”；而徇私枉法罪则要求主观上“明知”时才可构成本罪。当两罪为上述加重犯的

① 广东检察. 检察机关适用认罪认罚从宽制度, 分化瓦解近30人的黑社会性质组织攻守同盟[EB/OL]. 腾讯网[2019-09-28]. <https://new.qq.com/omn/20190514/20190514A07OKG.html?pc>.

② 高铭喧, 马克昌. 刑法学(第九版)[M]. 北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 2019: 183.

③ 骆多. 黑社会性质组织犯罪“保护伞”定罪疑难问题实证研究[J]. 重庆理工大学学报(社会科学)版, 2015(2): 79.

情形时,如果司法工作人员主观上“知道或应当知道”其所徇私包庇的对象为黑社会性质组织犯罪成员时,应认定为前罪,只有在其的确不知时才可认定为后罪。

2. 四种模式的罪数认定

上文论及保护伞和黑社会性质组织犯罪存在四种结合模式。在模式一和模式三中,行为人实际上明知自己在为黑社会犯罪组织充当保护伞。此时若行为人不存在受贿等其他犯罪行为,则构成包庇、纵容黑社会性质组织罪,否则应数罪并罚。

模式二中,有学者认为保护伞是否具有黑社会性质组织成员的身份并不影响其构成包庇、纵容黑社会性质组织罪,当其具有该组织成员的身份时,则应和组织、领导、参加黑社会性质组织罪实行数罪并罚。^①但也有观点认为,就保护伞本人来讲,兼具黑社会性质组织成员的身份从本质上衡量是一种“自我保护”状态,不存在“谁保护谁”这种情形,且自我保护是人之本性,情理逻辑上可以实现自治;只有当这种具有双重身份的人员在这两个身份中扮演了不同的角色,利用不同的身份实施不同的行为时,才可数罪并罚。^②我们认为,后一种观点更具有理论上的合理性。首先,当保护伞具有双重身份时,不应认定其作为保护伞对其自己所实施的黑社会性质犯罪构成包庇、纵容。其次,包庇行为分为包庇黑社会性质组织和该组织的组织、领导、参加者两种情形,当保护伞通过自己的职务便利保护其他黑社会性质组织的成员时,可以成立包庇、纵容黑社会性组织罪,此时应当数罪并罚。

另外,还需特别考察“一贯对其进行包庇或者纵容”的情况。此情形中,若包庇、纵容已对黑社会性质组织的存续发展产生了“常态的功能性”作用时,实质上衡量该保护伞已成为犯罪组织架构中的重要成员,此时该保护伞成立包庇、纵容黑社会性质罪与组织、领导、参加黑社会性质组织罪的想象竞合,应从一重罪处罚。^③

模式四表明现实中不仅存在以明目张胆或暗通款曲形式为黑社会性质组织充当保护伞的“官伞”“警伞”,还存在履职不力、失职渎职、变相纵容,客观上助长黑社会性质组织蔓延坐大的“庸伞、软伞”。中纪委对此明确指出:“深挖彻查‘官伞’‘警伞’‘庸伞’,确保线索没见底不罢休、案件没查透不放手。”^④该模式主要表现为“不作为”,与直接包庇、纵容的情形在主观上存在一定的不同。根据《最高院2000年解释》第5条第1款对“包庇”的解释^⑤可知,包庇行为是保护伞通过积极实施某种行为来包庇黑社会性质组织的违法犯罪活动。第2款则解释了何为“纵容”,^⑥更加突出负有查禁黑社会性质组织职责消极的不作为。但包庇、纵容都不需

① 赵秉志. 扰乱公共秩序罪[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2003: 344-345.

② 王秀梅, 戴小强. “打伞”式扫黑的法理分析[J]. 河南警察学院学报, 2018(6): 9.

③ 涉黑犯罪“保护伞”认定应注意的两个问题[EB/OL]. 新浪网[2019-09-28]. <http://news.sina.com.cn/o/2010-09-29/013018173623s.shtml>.

④ 中国纪检监察报. 深入督导再发力惩腐拔“伞”不停步[EB/OL]. 中共中央纪律检查委员会网站[2019-09-28]. http://www.ccdi.gov.cn/special/bwzp/wqhg_bwzp/201904/t20190402_191695.html.

⑤ 《最高院2000年解释》第5条第1款指出“包庇”是指国家机关工作人员为使黑社会性质组织及其成员逃避查禁, 而通风报信, 隐匿、毁灭、伪造证据, 阻止他人作证、检举揭发, 指使他人作伪证, 帮助逃匿, 或者阻挠其他国家机关工作人员依法查禁等行为。

⑥ 《最高院2000年解释》第5条第1款指出“纵容”是指国家机关工作人员不依法履行职责, 放纵黑社会性质组织进行违法犯罪活动的行为。

要行为人主观上明知对方属于黑社会性质组织,只需具有认识的可能性即可。通过对“庸伞”“软伞”的客观行为进行考察,其更符合“纵容”的表现行为,但是否可构成“纵容黑社会性质组织”的犯罪,还需从行为人主观方面进行认定。若行为人主观上对其不作为“纵容”的对象属于刑法意义上的黑社会性质组织的可能性不具有认知,仅是单纯的不履行职责、失职渎职时,对行为人一般进行党纪行政处罚。当行为人主观上已经具有上述认识的可能性甚至明知时,构成纵容型的保护伞,成立包庇、纵容黑社会性质组织罪。

当行为人明知某组织(此时该组织尚未被认定为黑社会性质组织)正在实施违法犯罪活动并听之任之之时,能否成立包庇、纵容犯罪?对此可通过对明知内容进行宽泛理解处理,即如果行为人明知其所纵容的是某个犯罪组织或犯罪活动是犯罪组织所实施的,若该犯罪组织日后被认定为黑社会性质组织,行为人就可构成包庇、纵容黑社会性质组织罪。^①对已经存在,但在较长的一段时间内没有实施任何违法犯罪活动的黑社会性质组织的“纵容”是否成立犯罪呢?因黑社会性质组织存续、发展的本身就属于犯罪行为,故只要纵容了该组织的存续、发展也应成立犯罪。但构成包庇、纵容黑社会性质组织罪的犯罪主体是“负有查处职责”的国家机关工作人员,不具有此职责的其他国家机关工作人员(如法官),即便存在纵容行为(如在黑社会性质组织控制的娱乐场所消费、与犯罪成员往来等)也不成立本罪。^②

(三) 黑社会性质组织犯罪中“禁止重复评价”原则争议的考量

《刑法》第294条第4款规定,实施本条犯罪又触犯其他罪名的,应数罪并罚;同时依据第5款的规定,“实施违法犯罪活动”是认定黑社会组织成立的重要特征之一。而这种立法逻辑直接导致在认定组织、领导、参加黑社会性质组织罪时,是否有违“禁止重复评价”原则的争议,并由此引发了三种不同的观点,本文将它们分别简称为“废除说”“改造说”和“解释说”。^③

1. “禁止重复评价”的解决方案

理论界从不同角度对“禁止重复评价”提出的三种解决方案,均有较强的刑法理论支撑。

“废除说”指出,组织、领导、参加黑社会性质组织罪是行为犯,实施本罪又犯其他罪的,应当数罪并罚,但当一组织没有实施任何违法犯罪活动时,便不可能将该组织认定为黑社会性质组织,故本罪具有重复评价的性质。该说进一步认为,聚众斗殴、敲诈勒索、寻衅滋事等是黑社会性质组织经常实施的行为,但随着这些行为具体罪名法定刑的提高,将组织、领导、参加黑社会性质组织罪作为独立罪名就不存在意义了。且刑法难以准确描述黑社会性质组织,同时在其他原因的综合下,容易导致

① 刘宪权,吴允峰.黑社会性质组织犯罪司法认定中若干疑难问题探讨(下)[J].犯罪研究,2002(2):28.

② 张明楷.刑法学(下)(第五版)[M].北京:法律出版社,2016:1073.

③ 这仅是本文为了便于论述而作的简称,并非学界统一、固定的称呼。

本罪成为“口袋罪”，出现处罚范围不明确等弊端，建议废除本罪。^①

“改造说”则在承认该罪适用中的确存在“重复评价”这一问题之上，主张保留本罪，但立法上需加以改造，司法上要遵循“禁止重复评价”的精神。^②本说认为，因“重刑主义观念导致对形势政策片面理解”以及“立法技术使得有罪罪名发生冲突”的原因造成黑社会性质组织罪中存在“数罪并罚型”“酌定从重型”“实质累加型”三种重复评价类型，故需通过立法和司法途径进行改造：一是应将组织、领导、参加行为和在该组织之下的具体犯罪行为进行分离，且取消数罪并罚的设置。即只有在行为人仅组织、领导、参加黑社会性质组织且尚未实施其他任何具体犯罪或实施具体行为不构成罪的情况下，才成立本罪。除此之外，若行为人又实施了其他具体犯罪，则依据吸收犯原理，按照具体犯罪进行处罚。同时构成特别累犯的成立，应将“一般参加者”排除在外。二是司法上不可违背“罪责刑相适应”原则。即不能将行为人具有黑社会性质组织犯罪背景、组织、领导者身份作为酌定从重处罚情节。

“解释说”则是力求通过刑法总则、分则有关理论的解释，证明本罪适用数罪并罚的合理性，实现刑法逻辑的自洽。^③本说认为，出现罪数分歧的原因主要是刑法总则、分则之间的适用冲突。《刑法》总则第26、27条分别对共同犯罪中首要分子、一般主犯、从犯的处罚原则作出了规定，即主从犯的处罚方式是不同的。^④该说主张通过“社会危害实质评价的观点”来消解存在的冲突，解释该问题中适用数罪并罚的理由，并进一步认为，该数罪并罚问题争议的核心在于“共同犯罪”“集团犯罪”“有组织犯罪”三者关系的厘清，进而认为“黑社会性质组织犯罪”是由上述三种犯罪类型逐级演化而来。但刑法总则中并未就“黑社会性质组织犯罪”的刑罚适用作出明确规定，因此导致“共同犯罪”“集团犯罪”理论是否可以适用于其的争议。进而该说认为，如果有组织犯罪的犯罪形态比共同犯罪、集团犯罪要高，且属于不同犯罪类型的话，《刑法》分则就可设置比总则更高的刑罚；鉴于黑社会性质组织犯罪相较于一般的共同犯罪、集团犯罪而言具有自身的特殊性，导致各自的社会危害性之间存在程度上的差异，应将“黑社会性质组织犯罪”在“集团犯罪”的刑罚基础上进行类似“结果加重犯”的处理。因此《刑法》第294条中的数罪并罚是从社会危害性的角度进行的调整，并不会造成重复评价。

2. “解释说”的进一步阐释

对黑社会性质组织犯罪中“禁止重复评价”的争议，不仅会对我国《刑法》罪名体系设置产生影响，还会对本罪犯罪人员的定罪量刑产生影响。所以无论是刑法中罪名的兴废，或是某些罪名量刑原则的变化，都必须坚持审慎的态度，在能够刑法中通

① 张明楷. 刑法学（下）（第五版）[M]. 北京：法律出版社，2016：1071-1072.

② 石经海. 黑社会性质组织犯罪的重复评价问题研究[J]. 现代法学，2014(6)：91-106.

③ 童春荣. 黑社会性质组织犯罪之预防性刑法規制研究[J]. 当代法学，2019(5)：70-74.

④ 根据《刑法》第26条3款、第4款的规定：“对组织、领导犯罪集团的首要分子，按集团所犯的全部罪行处罚；对于第三款规定以外的主犯，应当按其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。”第27条规定：“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯；对于从犯，应当从轻、减轻或者免除处罚。”

过合理的解释达到逻辑的自治时，就没有必要对刑法本身大动干戈。本文认为“解释说”应是目前的最优选择。

首先，从时代和立法背景来看，黑社会性质组织犯罪在我国的出现以及蔓延，是不争的事实，需要刑法的介入。就时代背

表 1 1986~1994 年我国带有黑社会性质的犯罪团伙发展情况

年度	查获的犯罪团伙数(个)	团伙成员数(人)
1986	3万多	11.4万
1988	5.7万	21.3万
1990	10万	36.8万
1991	13.4万	50.7万
1992	12万多	46万
1993	15万	57.5万
1994	20万	90万

景而言，数据显示1997年《刑法》颁行之前，我国带有黑社会性质的犯罪团伙出现爆发性增长的局面(参见表1)。^①从表1可以看出，1997年之前我国涉黑犯罪团伙一直在持续、急剧地增长，说明涉黑组织犯罪已经发展到了十分严重的地步。同时，这些涉黑犯罪组织已形成地域型、流动型、帮会复辟型、境外渗透型四大类型，存在具有一定的势力范围、反社会性、欺行霸市、拉拢腐蚀党政干部等特征。^②在这种时代背景下，我国有必要在立法上予以回应。

从1979年到1997年的近20年间，随着我国体制的改革以及经济的迅速发展，出现了一些新的犯罪，涉黑犯罪正是其中之一，为满足现实的需要，1997年《刑法》增设了相关“黑社会性质组织犯罪”的条文。^③这正是立法对现实需要的反映。当前我国正在进行最新一轮的“扫黑除恶”斗争，说明黑恶势力犯罪在我国仍未能彻底杜绝，仍存在其生存的空间，这更进一步表明利用刑事手段予以打击的必要性。

其次，以《刑法》第294条“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”等罪名处罚涉黑犯罪，能够直接体现犯罪组织以及行为手段的“黑社会性质”。如果按照“废除说”的观点将本罪在刑法中废除，虽然通过对行为人适用具体罪名能够实现同样的幅度的刑罚制裁，但像“寻衅滋事罪”“聚众斗殴罪”“故意杀人罪”等罪名难以直接彰显行为人“组织、领导、参加黑社会性质组织”的性质。故“废除说”的观点缺乏对犯罪性质的明确指向。

再次，依据“改造说”的主张，尽管避免了像“废除说”那样直接废除罪名的“激进”做法，同时也能较好地实现犯罪行为和犯罪性质的统一，但面临的最大问题在于该观点认为《刑法》第294条的适用存在“重复评价”的现象。而通过上文“解释说”的立场可知，本条所具有的“重复评价”争议是可以通过解释的方式加以消解的，最终本条的刑罚适用中也就不存在所谓的“重复评价”了。因此，从这个角度考察，“改造说”虽然把握住了刑罚罪名彰显犯罪性质这一问题，但仍陷入了认为存在

① 康树华. 中国大陆带黑社会性质犯罪现状及其发展趋势[J]. 法学探索, 1997(1): 27.

② 康树华. 中国大陆带黑社会性质犯罪现状及其发展趋势[J]. 法学探索, 1997(1): 28-30.

③ 马克昌. 新刑法对1979年刑法的重大修改[J]. 学习与实践, 1997(9): 22.

“重复评价”的窠臼之中，故该说也不为本文所取。

最后，刑法罪名的增设与废除、法定刑的升格与降低，都是刑法中非常重大的事情，只有当现行的刑法在应对一些犯罪行为实在无能为力、力不从心时，才可以对刑法现有的规定予以重新修订。否则，不仅会破坏刑法本身具有的稳定性，而且有时甚至会带来得不偿失的负面效果。因此，当刑法某些争议问题可以通过解释这种“和缓”的方式得到较好地解决时，就没有必要动用更为“激烈”的修法方式。“解释说”正是在坚持刑法结构应尽量保持稳定统一的基础上，通过一定的解释方法，希冀达到刑法总则与分则、共同犯罪和集团犯罪、有组织犯罪在刑法理论逻辑上的自治。此既保持了刑法既有体系的稳定，又将有关争议问题予以消弭，可谓一举两得。

【作者简介】王秀梅：北京师范大学刑事法律科学研究院教授，博士生导师，法学博士，G20反腐败追逃追赃研究中心执行主任，国际刑法学协会副主席，中国廉政法制研究会副会长。研究方向：国际刑法学。

司伟攀：北京师范大学刑事法律科学研究院刑法专业博士研究生。研究方向：国际刑法学。

Study on Cracking down Mafia-type Organized Crimes and Breaking up the Umbrella through Criminal Law

WANG Xiu-mei & SI Wei-pan

(College for Criminal Law Science of Beijing Normal University, Beijing 100875, China)

Abstract: The current criminal law considers "umbrella" as a "selective" element of mafia-type organized crimes, which changes the status of its "essential" role than before. According to the interpretation of criminal law theory and practical requirement for "sweeping underworld", other officials can also be considered as playing the role of "umbrella" for mafia-type organized crimes rather than those officials in state-owned agencies. There are four patterns for combination of mafia-type organization and "umbrella" that are playing the fundamental roles on punishing accurately and strongly after specific the categories. It is admitted that the confession of guilt and punishment should be insisted when dealing with the case of "Mafia-type organized crimes and breaking up the umbrella. If there is competition between harboring, conniving mafia-type organized crime and crime of engaging in malpractices and perverting with the law, the conducts should be considered as a specific crime in accordance with the principle of statute concurrence and the perpetrator's *meas rea*. While defining the number of "four patterns" related to mafia-type organized crimes, each of them should be investigated separately and identified the specific crime in match with the patterns. In addition, it should be concluded that there is no repeated negative evaluation in applying for criminal punishment by explaining the relationship between the general provisions and special provisions of criminal law that are related to the mafia-type organized crimes.

Keywords: organized crimes; umbrella; combined mode; criminal punishment

(责任编辑：黄志瑾)