



明理文丛

读书 || 明理

明 理 文 丛

有组织犯罪的防治对策

赵秉志 主 编

刘志伟 彭新林 副主编

清 华 大 学 出 版 社

北 京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

有组织犯罪的防制对策 / 赵秉志主编. —北京:清华大学出版社,2018
(明理文丛)

ISBN 978-7-302-48822-4

I. ①有… II. ①赵… III. ①犯罪集团—预防犯罪—研究—中国 IV. ①D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 273110 号

责任编辑:朱玉霞

封面设计:汉风唐韵

责任校对:宋玉莲

责任印制:杨 艳

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市铭诚印务有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:28.25 字 数:473 千字

版 次:2018 年 1 月第 1 版 印 次:2018 年 1 月第 1 次印刷

定 价:79.00 元

产品编号:077015-01

前 言

虽然香港、澳门地区已回归祖国,但由于香港曾长期实行英国法律制度、澳门曾长期实行葡萄牙法律制度以及港澳回归祖国后实行“一国两制”的原因,两个特区形成了与中国内地不同的法律制度。就刑事法律而言,三地立法背景不同,法律内容相异,运行机制有别,因而在解决跨法域刑事法律问题方面存在诸多法律障碍。对此,内地与港澳特区的法律理论界与实务界都给予了充分的重视,并在十余年来进行了深入的研究。为了促进各法域刑事法律的研究与完善,探求各法域刑事合作的渠道与途径,建立稳定、高效的刑事司法合作机制,以有效惩治和预防跨法域犯罪,北京师范大学刑事法律科学研究院与香港大学法律学院、澳门大学法学院共同商定发起“中国区际刑事法论坛”,每年举办一届,作为刑事理论界乃至司法实务界交流和沟通的学术平台,充分、全面地研讨三法域刑事法理论与实务问题。该论坛自2008年起已分别由北师大刑科院、香港大学法律学院和澳门大学法学院分别在深圳、香港、澳门成功举办了三届,产生了相当广泛的影响。为了使论坛更具有代表性、取得更丰硕的成果、产生更加广泛的影响,保障论坛今后能够更加顺利举办并进一步发扬光大,经北京师范大学刑事法律科学研究院、香港大学法律学院、澳门大学法学院三方同意,吸收长期热心并积极推动海峡两岸刑事法理论与实务交流的台湾辅仁大学法律学院加入该论坛,成为合作方和承办方之一,论坛的名称相应地更改为“两岸四地刑事法论坛”。该论坛自2008年12月创立以来,已成功举办了七届,开展了一系列工作,取得了丰硕的成果,产生了广泛而良好的影响,已成为了海峡两岸及港澳地区刑事法学界、法律界综合性、高质量的交流平台。

2015年10月24日、25日,“第八届两岸四地刑事法论坛”在江西南昌隆重举行,主题为“有组织犯罪的防制对策”。有组织犯罪被认为是世界三大犯罪灾难之

一,对各个国家都产生了很大的威胁。随着社会经济的发展,全球化的推进,信息化的加剧,有组织犯罪也出现了很多新的问题,亟须研究如何进行治理与防控。除此之外,海峡两岸及港澳地区在打击有组织犯罪中所取得的许多经验也值得探讨、研究和发掘。因而本届论坛紧扣当前刑事司法领域的热点难点,以“有组织犯罪的防治对策”作为主题,集中研讨新形势下有组织犯罪的防治策略、立法規制、司法适用等问题,可谓因时而谋、应势而动,具有十分重要的意义。

本届论坛由北京师范大学刑事法律科学研究院主办,江西省高级人民法院研究室、南昌大学法学院承办,香港大学法律学院、台湾辅仁大学法律学院、澳门检察律政协会、澳门刑事法研究会、江西求真沃德律师事务所共同协办,来自香港特区、澳门特区、台湾地区、内地的法律实务部门和高等院校的近100名专家学者参加了会议。在两天的时间里,与会专家学者围绕“有组织犯罪的防治对策”的主题,对有组织犯罪的防治策略、有组织犯罪的立法規制、有组织犯罪的司法适用问题进行了广泛和深入的研讨,在不少问题上达成了共识,取得了良好的效果。《法制日报》《人民法院报》《检察日报》分别对会议进行了报道。

为了将这次论坛的研究成果推广到社会,取得更好的社会效益,我们延续过去的做法,将与会专家学者提交论坛的28篇论文分“有组织犯罪的防治策略”“有组织犯罪的立法規制”和“有组织犯罪的司法适用”三编编辑出版。在编辑过程中,我们根据内地有关的出版要求和惯例对港澳台地区专家学者之论文有关的用语和表述做了适当的技术处理,但对各位代表在论坛上发表论文或者修正补充后再次提交之论文的观点未作任何改动。北师大刑科院刘志伟教授和彭新林副教授协助我做了大部分的编务工作。

本论坛的成功举办,是论坛各主办方、承办方、协助方和与会的各位专家学者同心协力与大力支持的结果,本书得以出版且装帧精美,端赖于鼎力支持北师大刑科院学术事业的清华大学出版社和编辑同仁的辛勤而卓有成效的劳动,对此我们深表敬意和谢忱!

北京师范大学刑事法律科学研究院院长
中国刑法学研究会会长
赵秉志教授
2017年5月25日

目 录

第一编 有组织犯罪的防制策略

犯罪组织介入儿少性剥削的刑事法对策	张丽卿	(3)
我国黑社会(性质)组织犯罪的现状与预防		
——以第三次全国性“打黑除恶”专项斗争的 11 个典型案件为样本		
.....	石经海 周 鑫	(21)
我国打黑除恶工作的法治检视和思考	彭新林 王天保	(40)
打击有组织犯罪的策略与法制架构		
——以跨境执法合作阻绝有组织犯罪的经济来源为主要思考		
.....	陈建宇	(62)
涉毒恐怖犯罪危害与新兴防制趋势	黄秋龙	(77)
电信诈骗犯罪境内防治体系之构建	邹菲菲	(91)
风险社会下澳门有组织犯罪之演变发展与防控对策	文立彬	(104)
中国内地和澳门两地有组织犯罪的新趋势及预防		
——以电信诈骗犯罪为例	刘思佳	(116)

第二编 有组织犯罪的立法规制

我国惩治有组织犯罪的立法演进及其前瞻		
——以黑社会性质组织犯罪为视角	赵秉志 张伟珂	(131)
“预防性”反恐刑事立法及其法治思考	莫洪宪 何荣功	(152)

澳门《有组织犯罪法》之立法完善

——以刑法典与特别刑法之立法协调为视角	赵国强	(169)
澳门《有组织犯罪法》中的罪名解析	方 泉	(181)
浅析澳门打击黑社会操控卖淫活动的法例及其可完善之处	黄玉叶	(194)
恐怖主义犯罪刑法立法的发展与完善	利子平 石聚航	(205)
恐怖活动犯罪刑事立法述评		
——以《刑法修正案(九)》为重点的思考	王志祥 刘 婷	(217)
台湾地区组织犯罪之立法特色与检讨	靳宗立	(235)
网络暴恐信息筛查标准:网络暴恐信息入罪化的必要补充	印 波	(245)
组织犯罪构成要件立法与实务之比较研究	洪俊义	(266)

第三编 有组织犯罪的司法适用

组织犯罪中的犯罪支配

——以诈骗集团成员的论罪为中心	王皇玉	(289)
台湾地区的组织犯罪与证人保护措施的决定	吴俊毅	(299)
海峡两岸剥夺犯罪组织所有财产之研究	李杰清	(326)
传闻法则于组织犯罪案件审判之适用	张明伟	(345)
台湾地区组织犯罪行为的论处与检讨		
——以太阳会案为例	王纪轩	(365)
“组织犯罪防制条例”转换没收犯罪所得举证责任规定之检讨	吴天云	(383)
论澳门有组织犯罪的特殊侦查方法	赵琳琳	(404)
论共同犯罪、犯罪集团、有组织犯罪三个概念在澳门立法与适用情况		
.....	邱庭彪	(415)
论有组织犯罪中的黑社会性		
——评澳门中级法院第 65/2001 号案件	俞雄武	(432)

第一编 有组织犯罪的防制策略

犯罪组织介入儿少性剥削的刑事法对策

张丽卿*

一、前言

中国台湾地区于 1995 年制订“儿童及少年性交易防制条例”(现称:“儿童及少年性剥削防制条例”)后,历经数次修正。关于儿少性剥削的现象,因犯罪组织的介入,而显得更加复杂。犯罪组织从儿少性剥削中牟取暴利,不只侵害儿少身心的健全发展,同时也伤害社会治安,危害人民幸福至巨。

“性剥削”一词,早年多被视为一种双方合意的“性交易”。近年来,社会逐渐意识到,儿童与少年从事性活动的背后,往往都有极为复杂与不平等的关系。法律如果一再忽视表面没有强制性质的剥削行为,恐怕对于儿童与少年身心健全之保障将会产生漏洞。对于儿少性剥削犯罪的处罚与规制,必须同时着重犯罪组织的抗制,方能收到事半功半的效果。

近年来,台湾地区儿童与少年性剥削犯罪有组织化的明显趋势,不法组织不断透过因特网、金钱利诱,甚至是暴力或毒品控制等手段,从事儿少的性剥削。此外,以儿少性剥削为营利之事业,也容易成为跨国性的犯罪组织,透过各国人蛇集

* 台湾高雄大学法学院教授,台湾地区刑事法学会理事长。

团的分工合作,使犯罪更为隐蔽,侦查也相对困难。

台湾地区目前对于抗制儿少性剥削犯罪手段,主要规范于儿童及少年性剥削防制条例。本文就儿少性剥削组织犯罪的现况进行说明,特别是犯罪组织介入后所产生的现象;同时,介绍台湾地区目前对于儿童与少年性剥削犯罪的处罚规定,并从抗制组织犯罪的政策角度思考,提出必要的立法修正与犯罪侦查上的具体建议。希望对于两岸在抗制儿少性剥削的组织犯罪议题,有一些帮助。

二、儿少性剥削的犯罪组织化趋势

据台湾地区励馨基金会 2015 年 8 月公布的儿少性剥削调查资料发现,性剥削年龄以 15 岁到 18 岁最多;其进入性产业主要原因是金钱需求(61%),其次是因为被骗,或被胁迫(26%);且很多是透过网络媒介,包括实时通信软件、交友网站或性产业网站,甚至是游戏、音乐网站等^{〔1〕}。由此可以发现,对于儿少的性剥削类型,也从过去的强逼、诱拐型,逐渐转型成为儿少为了物质享受的自愿提供型。

儿童与少年的心智不成熟,思虑通常有欠周详,可能一时糊涂而犯错,所以必须保护儿少的身心健康,这是世界人权理念的共识^{〔2〕},但不法分子对儿少进行性剥削的情形,却未随之改变,反而变本加厉。特别是,犯罪组织利用网络设备、跨国合作等方式,结合人口贩运等手法,使儿少性剥削的情形日益严重。以下针对儿少性剥削的情况,及说明犯罪组织投入儿少性剥削后,所带来的影响。

(一) 对于儿童及少年的性剥削

关于“性剥削(sexual exploitation)”的讨论,早期重在雏妓问题上。性剥削往

〔1〕 自由时报,儿少性剥削 网络成主要媒介, <http://news.ltn.com.tw/news/life/paper/910093> (最后浏览日:2015.09.11)

〔2〕 对于儿童权利保护已成为世界各国的趋势,在 1992 年联合国公约确立了《儿童权利公约》(UN Convention on the Right of the Child)第 1 条明文规范适用该公约之年龄为未满 18 岁;亦即,满 18 岁者则不适用该公约之保障,同时在以下条文也确立儿童权(Kinderrechte)的概念,并且列举各个条文保障儿童权利。例如,第 2 条禁止对于儿童的歧视(Achtung der Kindersrechte, Diskriminierungsverbot)、第 3 条儿童最佳利益原则(Wohl des Kindes)、第 6 条生命权(Recht auf Leben)、第 12 条顾及儿童自由意思与意见发展(Berücksichtigung des Kinderswillens)、第 7、第 8、第 23~29 条则为对于儿童的公共照护,例如,生活条件(Lebensbedingung)、衣食照料(Ernährung und Kleidung)、具有基本人性尊严的居住地区(eine menschenwürdige Wohnung)、国籍权(persönliche Identität)以及社会安全(soziale Sicherheit)等。Vgl. Sabine Pfaff, Kinderrechte in Theorie und Praxis: Die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Costa Rica, 2010, S. 8.

往被归纳为青少年“自愿型”的偏差行为。20世纪90年代左右,当时遭性剥削的少女,常被警察以“取缔”“查获”而非“保护”的形式带到警局,被认定是“行为偏差”,依当时“少年事件处理法”第3条规定,视为经常出入不当场所的“少年虞犯”。一旦被归纳为自愿的剥削类型时,司法的处遇上就会被负面标签化,而不利于儿童的健全成长^{〔3〕}。

2015年2月初,台湾地区的儿童及少年性交易防制条例有最新的修法,将条文名称与相关规定中的“性交易”一词,统一修正为“性剥削”。如此将不再受性交易概念下的自愿性影响,希望透过法规的正名,将凡是未成年的儿童及少年,皆视为需要保障维护之权利主体^{〔4〕}。

依据“儿童性剥削条例”第2条的规定,所谓性剥削指:(1)使儿童或少年为有对价之性交或猥亵行为。(2)利用儿童或少年为性交、猥亵之行为,以供人观览。(3)拍摄、制造儿童或少年为性交或猥亵行为之图画、照片、影片、影带、光盘、电子信号或其他物品。(4)利用儿童或少年从事坐台陪酒或涉及色情之伴游、伴唱、伴舞等侍应工作。新“法”的规定,已经呼应1992年《联合国儿童权利公约》第34条,关于儿童性剥削禁止的规范。

性剥削对儿童而言,无论是身体及心灵都有很大的伤害。对儿童来说,身体发育尚未健全,若有性行为,时常会使身体机能产生严重伤害;例如,生殖器官疼痛或瘙痒、走路或坐下均有困难、在衣物上有撕裂的痕迹或血迹、外生殖器部位(如肛门、阴道、会阴等)及口腔或喉咙有瘀伤、肿胀或流血等情形、排尿或排便疼痛、经医师诊断生殖器官血肿、身体不舒服或腹部疼痛、其他身体部位莫名的疼痛、怀孕或者性病^{〔5〕}。而且,因为儿童正学习如何建立自我,且属于封闭式的学习阶段^{〔6〕},对于任何外界的学习知识,会反映出依样画葫芦之效果,其理在于儿童无法辨认价值,若对于儿童予以性剥削,则在其心灵的发展将造成严重影响,甚

〔3〕 丁映君、王淑芬、朱玉欣等:《儿童及少年性交易防制工作手册》,9页以下,台北,“内政部儿童局”,2012。

〔4〕 参照施慧玲:《论我国儿童少年性剥削防治立法》,载《中正大学法学集》(刊2卷),57页,1999。

〔5〕 曾仁美:《儿童青少年性侵害受害者之辅导》,http://drr.lib.ksu.edu.tw/bitstream/987654321/3814/7/.pdf,最后浏览日:2015-09-11。

〔6〕 张春兴,《现代心理学(重修版)》,东华书局,2012,273页。

至对于性产生不健康的认知,更可能导致儿童反过来认同对其性剥削者的价值观^{〔7〕}。

此外,虽然少年的身体逐渐成熟,正常的性行为较无影响身心问题,但若以青少年为工作进行性剥削,将不利于青少年对于性的正常认知,则可能又出现社会偏差行为^{〔8〕}。曾有性创伤的受害者,在心理上会有忧郁、焦虑、愤怒、自卑、羞愧、疏离、冷漠等问题,在青年方面可能会有逃家、药瘾或者酒瘾、性滥交以及反社会的偏差行为,甚至出现卖淫的行为。

(二) 犯罪组织介入儿少性剥削

儿少性剥削,与组织犯罪、人口贩运等有密切关系。犯罪组织一旦投入儿少性剥削的市场,问题会更加复杂。依据台湾地区的“组织犯罪防制条例”第2条规定,犯罪组织是指“三人以上,有内部管理结构,以犯罪为宗旨或以其成员从事犯罪活动,具有集团性、常习性及胁迫性或暴力性之组织。”犯罪组织计划性的进行儿少性剥削,藉此获利;与此同时,更会涉及人口贩运的问题。

台湾地区常见的是,犯罪组织可能透过外籍劳工来台工作的机会,逼迫其从事性交易,也可能透过诈骗出国方式,再辗转去色情工作场所,这些显然已成为跨国的有组织犯罪。此外,在海峡两岸及港澳地区之间,也有犯罪组织合作进行儿少性剥削的模式。例如,目前大陆警方破获超过400人的卖淫集团,该非法集团透过分工,包含物色失足妇女、联系与接送,分工细密;他们将这些女子透过自由行等方式送至台港澳,再经手于台港澳的人蛇集团,分配到各处的声色场所从事色情交易^{〔9〕};同时利用毒品、暴力或强逼签订债务契约等手段予以控制^{〔10〕}。

儿少性剥削的同时,也包含人口贩运的问题。从前的人口贩运,主要是非洲人口被以奴隶方式被贩卖到欧美。时至今日,国际上则出现了所谓的“现代型奴

〔7〕 陈慧美:《性剥削问题的本质与处遇——儿童及少年性交易防制工作的省思》,载《社会发展季刊》,2000(91),317页。

〔8〕 卢映洁:《两小无猜是原罪?——刑法第227条之与幼人性交猥亵罪及相关条文的修正研议》,载《月旦法学杂志》,2008(1),222~224页。

〔9〕 中时电子报:《揽足少女入台 人蛇集团分工细密》,参见 <http://www.chinatimes.com/newspapers/20150922000944-260301>,最后浏览日:2015-09-24。

〔10〕 例如,台湾地区台中市发生集团式应召站,杨嫌以K他命控制当时仍未成年的少女卖淫,少女每次卖淫仅得200元。另外,其同伙吴姓及林姓马夫因不忍而想脱离该组织,结果被杨嫌找人关起来殴打,并拿枪恐吓逼迫签下30万元本票,参见,自由时报:《中部》应召站毒控少女 揍马夫逼签本票,参见 <http://news.ltn.com.tw/news/local/paper/885076>(最后浏览日:2015-09-24)

隶(Modern slavery)”的贩运,主要以人口贩运性剥削以及劳动剥削为主,如强迫劳动、被迫或诈骗卖淫、把自己劳力作为偿还债务、强迫儿童性交易等^[11]。世界各国为了禁止人口贩运的犯罪行为,都制定了相对应的管制及刑罚,台湾地区对于人口贩运问题相当重视,制定有“人口贩运防制法”以管制人口贩运^[12]。

台湾地区的人口贩运问题颇为严重,依据“行政院”“移民署”的统计资料^[13],人口贩运事件又多与劳动剥削及性剥削有关^[14]。例如,2008年查缉人口贩运案件有99件,其中59件为性剥削;2009年查缉人口贩运案件有88件,其中42件为性剥削;2010年查缉人口贩运案件有123件,其中46件为性剥削;2011年查缉人口贩运案件有126件,其中53件为性剥削;2012年查缉人口总共有148件,其中62件为性剥削;2013年查缉人口贩运案件有166件,其中82件为性剥削。以最新的2014年查缉人口贩运案件的数据可知,总数仍有138件,其中87件为性剥削,足见台湾地区的现代型奴隶问题极为严重,尤其性剥削是大宗,其中当然也包含不少的儿少性剥削,甚至仍有许多犯罪黑数未被发现^[15]。

儿少的性剥削问题,同样也存在于人口组织贩运的问题。其实,性剥削一直都是人口贩运犯罪的一部分,对于儿少的性剥削与贩运,多是透过黑道等不法组织,利用经营公司等模式,开设应召站、网络聊天室等,吸收不良分子,以媒介、招募,提供金援、K他命等手段,先行诱骗未成年少女上钩后,进一步再以暴力、胁迫等方式,限制其人身自由来揽客卖淫,过程中尚有组织成员负责监控,确保受害少女不会逃离^[16]。

综上,儿少性剥削因犯罪组织的加入而变得更形复杂,不只是产生跨国或跨

[11] Siddharth Kara, *Sex Trafficking: Inside the Business of Modern Slavery*, Columbia University Press, 2009, pp. 5-6.

[12] 林雍升:《从国际刑法观点检视我国人口贩运法制》,载《台湾国际法季刊》,2011(9),91页以下。

[13] 依“行政院”2006年11月颁定之“行政院防制人口贩运行动计划”指出人口贩运为:“以买卖或质押人口、性剥削、劳力剥削或摘取器官等为目的,而以强暴、胁迫、恐吓、监控、药剂、催眠术、诈术、不当债务约束或其他强制方法,组织、招募、运送、转运、藏匿、媒介、收容国内外人口或使之隐蔽之行为”。

[14] 详参《“移民署”2013年人口贩运防治成效报告》, <https://www.immigration.gov.tw/public/Data/451317524071.pdf>, 最后浏览日:2015-09-11。

[15] 2014资料请参照“移民署”网站, <https://www.immigration.gov.tw/ct.asp?xItem=1092421&ctNode=29712&mp=1>, 最后浏览日:2015-09-11。

[16] 中时电子报, <http://www.chinatimes.com/newspapers/20131121000891-260106>, 最后浏览日:2015-09-11。

区合作,犯罪组织更透过暴力胁迫或毒品引诱等方式,威逼儿少从事性交易,甚至于出现人口贩运的现代奴隶问题。

三、对于儿少性剥削的刑法管制

1995年,为了解决雏妓与儿少买卖问题,台湾地区制定儿童及“少年性交易防制条例”。为了因应社会变迁,曾有6次部分条文的修正。2015年,参照《联合国儿童权利公约》以及“大法官释宪623号”解释,认为“性交易”一词有暗示双方是在平等关系上自主的从事交换,而忽略其中一方是儿童或少年时,有年龄、身心发展、经济、社会身份、权力等各方面的不平等关系,于是整部法规着眼于“儿少性剥削”的角度修法,并将名称更改为“儿童及少年性剥削防制条例”。这次修“法”不仅对于儿少性剥削保护范围扩大,还强化主管机关职责、增订被害人安置需经专业评估、违法行为处罚的多元化以及加重刑责。

该“条例”虽说能与国际接轨,但细究其内容,并非全然完备,须进一步探究。基本上,儿少性剥削类型,从刑法管制的观点,可分为三类:一是“促使儿少从事性交易”;二是“对儿少情色信息的散播”;三是“对儿少买卖质押与贩运”。值得注意的是,在性剥削类型中,对于利用儿童或少年从事坐台陪酒或涉及色情之伴游、伴唱、伴舞等侍应工作部分,仅处以行政罚,故此部分不予论述。

如前所述,儿少性剥削与组织犯罪的关系密切,若要消灭儿少性剥削,不能回避犯罪组织的影响。以下从犯罪组织成员,若介入该等从事儿少性剥削行为所可能成立的犯罪及处罚。

(一) 促使儿少从事性活动罪

犯罪组织成员违反儿少的意愿,使之从事性交或猥亵行为,主要依照“儿少性剥削条例”第33条规定处罚。该条规定行为人若以强暴、胁迫、恐吓、监控、药剂、催眠术或其他违反儿少本人意愿的方法,使儿少为有对价之性交或猥亵行为者,应受刑罚制裁。此等行为,可能另外构成“刑法”第221条强制性交罪,或对未满14岁人性交的加重强制性交罪(“刑法”第222条第1项第2款)。惟“儿少性剥削条例”第33条属于特别法,应当优先适用。

如果该犯罪组织出于营利的目的,则依该“条例”第33条第2项规定处罚;如果行为人是中间媒介、交付、收受、运送或藏匿,受被害儿童及少年隐避者,又或者组织成员属于交付、收受、运送、藏匿行为之媒介者,则分别是依“儿少性剥削条

例”第 33 条第 3 项与第 4 项处罚。

组织成员也很容易与儿少成立性交行为,此时依该“条例”第 31 条第 1 项规定,与未满 16 岁之人为有对价之性交或猥亵行为者,应论以“合意性交或猥亵罪”^[17](“刑法”第 227 条)。但必须注意的是,台湾地区“最高法院”99 年第 7 次刑庭决议^[18],对于未满 7 岁的幼童为合意性交者,解释上自始不具合意能力,直接论以“刑法”第 222 条的加重强制性交罪。另外,该“条例”第 31 条第 2 项特别规定,成年人与 16 岁以上未满 18 岁之人为有对价之性交或猥亵行为者,仍须处罚。另外,同“法”第 3 项则揭示了本条的世界法原则,规定台湾地区民众在台湾地区领域外犯上述罪行,不问犯罪地的法律有无处罚规定,均依该“条例”处罚^[19]。

由于儿少的身体不成熟,对性事不能理解,因此该“条例”第 32 条禁止行为人对儿童引诱、容留、招募、媒介、协助或以他法,进而使儿童或少年为有对价之性交或猥亵行为。若行为人系以诈术犯之,亦同。若意图盈利而犯该罪者,则加重处罚。虽台湾地区“刑法”第 233 条亦规定引诱容留媒介未满 16 岁男女性交或猥亵罪,但“儿少年性剥削条例”第 32 条属于特别刑法,仍应优先适用。若犯罪组织成员系媒介、交付、收受、运送、藏匿被害人或使之隐避者,也受刑罚制裁。

(二) 制播儿少情色信息罪

犯罪组织成员除了以违反意愿方式使儿少从事性交与猥亵者外,亦可能从事拍摄儿少情色影片,并藉此牟利。故为了保护儿少,法律禁止制作、散布涉及儿少的情色录音、录像。对于儿少性剥削行为可能来自于强逼其性交供人观赏,例如,现代科技发达,用以当场的视讯方式供人观览。该“条例”第 35 条,禁止行为人以强暴、胁迫、药剂、诈术、催眠术或其他违反本人意愿的方法,使儿童或少年为性交、猥亵之行为,并且供人观览,违者处刑;若意图盈利犯而犯之者,应加重其刑至二分之一。另外,若行为人系招募、引诱、容留、媒介、协助、利用或以他法,使儿少为性交、猥亵之行为以供人观览,同样构成犯罪。

[17] 关于合意性交猥亵罪的详细说明,参照林东茂:《刑法综览》,载《一品》,2015(8),2~76 页。

[18] 对于 99 年第 7 次刑庭决议之批评,参照高金桂:《强制性交罪的强制力行使》,载《月旦法学杂志》(第 189 卷),2011(2),25 页 1 以下。另外亦可参照卢映洁:《刑法分则新论》,载《新学林》,2015(7),375 页。

[19] 本法适用的详细说明,可参照王皇玉:《台湾对于性交易行为的管制与处罚》,载《台湾法学公法特刊》,2010(8),7 页以下。

若拍摄儿少性交属于非自愿型者,则可依该“条例”第36条第3项处罚;同时,此行为侵害儿少身体隐私法益^[20],依台湾地区“刑法”第315条之1第2款,无故以录音、照相、录像或电磁纪录窃录他人非公开之活动、言论、谈话或身体隐私部位者,亦构成犯罪。惟两罪保护法益不同,属于想象竞合,从一重处断。相反的,若拍摄儿少性交属于自愿型者,则依该“条例”第36条第1项论处;同条第3项则规定,若招募、引诱、容留、媒介、协助或以他法,使儿童或少年被拍摄、制造性交或猥亵行为之图画、照片、影片、影带、光盘、电子信号或其他物品,构成犯罪;且有意图盈利的情形,加重其刑至二分之一;又若有不遂者,亦处罚之。

散播儿少性剥削信息者,如贩卖儿少性交或猥亵行为之信息,则可依该“条例”第38条处罚。若查获前述物品者,不问属于行为人与否,均没收之。此外,“刑法”第235条也禁止犯罪组织成员散布、播送或贩卖猥亵之文字、图画、声音、影像或其他物品,或公然陈列,或以他法供人观览、听闻者。惟“儿少性剥削条例”第38条是“刑法”第235条的特别规定,基于法条竞合,优先适用儿少年性剥削条例。另外,“儿童及少年性剥削防制条例”第40条禁止犯罪组织成员以宣传品、出版品、广播、电视、电信、因特网或其他方法,进而散布、传送、刊登或张贴足以引诱、媒介、暗示或其他使儿童或少年遭受有对价之性交或猥亵行为、利用儿童或少年为性交、猥亵之行为,以供人观览又或者是为了拍摄或制造儿少性交或猥亵行为之图画、照片、影片、影带、光盘、电子信号或其他物品;意图盈利而为之者,加重处罚。

(三) 买卖质押贩运儿少罪

对于儿少的买卖质押以及贩运式的性剥削,更与犯罪组织关系密切,而且常与人口贩运有关;人口贩运之事,非常人能为,背后需要强大的组织力量为后盾,并与其他国家或地区的犯罪组织合作。在台湾地区,对于儿童及少年的质押与贩卖,源于早期贫困的社会环境,父母有庞大的经济压力,一来无法养儿育女,二来卖儿女可以赚取生活存费用,因此过去针对此类层出不穷的社会事件规范。

现在,为防止人蛇集团猖獗,透过法律保障人类的基本生存价值,也为了防制人口贩运集团从中获利,并使得儿少性交易问题无法获得解决,于是规定儿童买卖及质押的刑事处罚规定于“儿少性剥削条例”第34条。台湾地区“刑法”第296

[20] 林山田:《刑法各论(上)》,278页,台北,元照,2006。

条之1第1项,也处罚买卖质押人口^{〔21〕};惟“儿少性剥削条例”第34条属于特别法,应优先适用。

许多儿童及少年心智尚未成熟,并且时常遭受诈骗,故“儿童及少年性剥削防制条例”第34条第1项后段规定,行为人若以诈术犯之者,亦以本项论处。另外,若系以强暴、胁迫、恐吓、监控、药剂、催眠术或其他违反本人意愿之方法,而犯该罪者,应加重其刑至二分之一。

台湾地区存在跨国性人蛇集团,对于儿少可能利用不当债务关系或在其不知以及难以求助情形下使人为性交易,这可能构成“人口贩运防制条例”第31条之罪,亦即,行为人意图营利,而利用不当债务约束或儿少不能、不知或难以求助之处境,使儿少从事性交易之罪。

四、抗制儿少性剥削犯罪组织化的对策

人类社会,黑暗的儿少情色市场,具有很大的获利空间,这是犯罪组织介入的最大诱因。在抗制手段上,也就有必要将之纳入思量。虽然台湾地区已制定儿少性剥削“条例”,藉此应对儿少性剥削行为,但仍无法有效阻止前仆后继的不肖业者或犯罪组织。故对于与儿少性剥削的犯罪组织的应对,必须先从刑事立法政策的脉络出发,再从法规范的调整与组织犯罪之抗制角度,分别检讨对于儿少性剥削刑事规范的妥适性。尤其,如何有效打击与儿少性剥削有关的组织犯罪,更须加以关照。

(一) 以保护儿少身心健康为法益核心

法益保障是当代刑法维护的核心价值,无论是法规范释义,或刑事政策的探讨,无不藉由法益的保护作为思考的起点。

关于儿少性剥削的法益保护,台湾地区的“刑法”与“儿少性剥削防制条例”中,不乏针对媒介未成年人从事性交或猥亵活动的处罚。关于性犯罪的刑事规范,台湾地区“刑法”大致区分为性自主与性风俗(善良风俗)的保障。前者规定于第16章妨害性自主罪章,以使他人违反意愿的性交或猥亵行为类型为构成要件(“刑法”第221条以下);后者则是规定于第16章之1的妨害风化罪章,禁止引诱

〔21〕 关于买卖质押人口罪,可参照甘添贵:《刑法各论(上)》,113页以下,台北,三民,2010。

媒介性交易等盈利行为,如俗称的应召站等色情行业^{〔22〕}。

其中,和青少年相关者,为第 227 条“与未成年合意性交罪”,该条主要处罚行为人与未满 14 岁或 16 岁以下之男女从事性交猥亵活动。本规定立法初期的争议是,条文中未有强制或其他违反意愿的明文,因此是否有侵害未成年人的性自主法益,有不同看法:其一,将本罪归类于“意愿无意义”类型^{〔23〕},认为本罪是专门针对未成年人身心健全法益所设的保障规范;其二,是较折中的看法认为,未成年人的性自主与身心健全应同时为本罪的保障法益^{〔24〕}。

然而,无论采取何种说法,从构成要件可知,以未成年人为性交对象者,就该当本罪。立法者似乎是以 16 岁为年龄门槛,一律以年龄来“拟制”,将未满 16 岁者,皆视为欠缺性自主与自决能力的被害客体。但台湾地区“刑法”的法定成年为 18 岁,对于 16 岁以上未满 18 岁者即无法适用本罪规定。所幸,此漏洞的填补,于“儿少性剥削条例”第 31 条第 2 项有规定,行为人与 16 岁以上 18 岁以下者为对价之性交或猥亵行为者之刑事制裁。这显示立法者有意选择设立专法来维护未成年人的身心健康。

此外,早期儿少与他人从事对价关系的性活动时,被外界视为一种有碍社会善良风俗的“自愿性行为”,所以常以未成年人为取缔与训诫对象,施以生活辅导、保护管束与感化教育等处置,被贴上“非行”的负面标签。伴随着儿少福利团体与国际儿童组织的倡导,立法观点也随之调整从“保护”观点来形塑未成年人于规范中的主体性地位^{〔25〕}。故台湾地区在“儿少性剥削条例”创设后,无论性活动动机是出于自愿或被迫,皆非所问。取而代之者,是利用儿少性剥削的社会现象,将未成年人身心健全的维护,纳为刑法规范系统中的重要法益。

“大法官”释字 623 号解释也明确指出:“儿童及少年之心智发展未臻成熟,与其为性交易行为,系对儿童及少年之性剥削。性剥削之经验,往往对儿童及少年产生永久且难以平复之心理上或生理上伤害,对社会亦有深远之负面影响。从

〔22〕 黄惠婷:《性刑法防制儿童及少年性侵害之修法研究》,载《警大法学论丛》,2013(24),113 页以下。

〔23〕 卢映洁:《“意不意愿”很重要吗?——评高雄地方法院 99 年诉字第 422 号判决暨“最高法院”99 年第 7 次刑庭决议》,载《月旦法学杂志》,2010(186),165 页以下。

〔24〕 李佳玟:《违反罪刑法定的正义》,载《台湾法学杂志》,2010(160),1 页以下。

〔25〕 李丽芬:《论“儿少性交易”为何应正名为“儿少性剥削”》,载《社会发展季刊》,2012(139),282 页以下。

而,保护儿童及少年免于从事任何非法之性活动,乃普世价值之基本人权^[26],为重大公益,‘国家’应有采取适当管制措施之义务,以保护儿童及少年之身心健康与健全成长。”且进一步阐明“儿少性剥削条例”第1条的立法意旨为“防制儿童及少年遭受任何形式之性剥削,保护其身心健全发展。”因此,保护儿童及少年免于因任何非法性活动而遭致性剥削,是为普世价值之基本人权,应是国家以法律保护的重要法益。

综上,儿少性剥削问题,无法单纯依照普通刑法解决;刑事政策上,应赋予法益保障的实质内涵。这也是释字689号解释强调的,行政当局对于未成年人的身心健康,应存有“客观的保护义务”。毕竟性剥削背后的权力结构,可能是从父母家庭、性交易产业、应酬文化以及父权社会体制等影响的效应。若单纯以性自主法益的角度来检视,难保司法单位会忽视未成年人的弱势地位;因此应以儿少身心健康法益为出发,以维护儿童身心健全发展,同时免于身心灵的伤害为方向,无论是否出于自愿,凡有碍其身心发展的性剥削都是刑事规制的对象。

(二) 补足儿少性剥削刑事立法的漏洞

基于风险社会下刑事政策的考虑,为求法益保障的周延,保护儿少健全身心发展的法益,有必要从源头来杜绝风险,思考如何建构一个确保儿少身心健康发展的安全环境。

1. 增定不当债务拘束儿少罪,杜绝儿少人口贩运之性剥削

人口贩运是一个浩大的工程,通常能够进行人口贩运的,多半是犯罪组织;由于人口贩运与色情市场密切相关,儿少性剥削就是其中之一。就规范面而言,依“人口贩运防制条例”第2条之规定,针对未成年人的“人口贩运”是指,意图使未满18岁之人从事性交易、劳动与报酬显不相当之工作或摘取其器官,而招募、买卖、质押、运送、交付、收受、藏匿、隐避、媒介、容留未满18岁之人,或使未满18岁之人从事性交易、劳动与报酬显不相当之工作或摘取其器官^[27]。

因此,对于性剥削为目的的人口贩运犯罪,台湾地区的“人口贩运防制条例”第31条规定:“意图盈利,利用不当债务约束或他人不能、不知或难以求助之处

[26] 参照联合国1989年11月20日通过、1990年9月2日生效之“儿童权利公约”第19条及第34条。

[27] 关于“台湾地区人口贩运防制条例”的刑事处罚,详细说明可参照张明伟:《人口贩运犯罪之规范检讨》,载《辅仁法学》,2011(42),1页以下。

境,使人从事性交易者,处六月以上五年以下有期徒刑,得并科新台币 300 万元以下罚金。”然该规定除未考虑受害者可能是未成年人的情况外,也非属提前消弭风险的法律设计。另外,本罪立法的主要考虑是,实务常见人口贩运集团以各种名目不断增加被害人所负债务,并以此不当债务形成被害人心理约束,迫使其以性服务偿债而遭不当之剥削。因此,一旦未成年者陷入本罪的被害情境,也仅能待实际发生剥削情事后,才得以本罪既遂相绳。

不过,从保障未成年人身心健全的思考出发,当人蛇集团与当地业者合作,以合法掩饰非法的“债务捆绑”手段,逼迫儿少性剥削活动时,究竟该如何有效规制,即生疑义。“儿少性剥削条例”第 34 条规定,行为人若意图使儿童或少年为有对价之性交或猥亵行为,而利用买卖、质押或以他法,为他人人身之交付或收受者。由于买卖与质押人口,是指买方与卖方将未成年人视为交易物品藉以牟利,处罚者为后续造成未成年人置于他人实力支配之下的行为。相对来说,“人口贩运防制条例”第 31 条则是未成年人囿于社会经验不足,成为签具契约而承担不当债务之一方,进而置于他人实力支配之下。

换言之,虽是已经趋近于违反他人意愿的心理压迫与约束,但仍是一种经过未成年者自身的“利益权衡”后,两者间形成合意关系的约定,而无法直接适用“儿少性剥削条例”第 34 条买卖质押人口罪,或第 33 条以违反意愿之方法使未成年人从事性交或猥亵行为罪之处罚规定。

由于此种游走法律边缘的债务捆绑贩运手段,很受不法集团分子青睐。尤其,特种行业组织往往经营得道,一旦利用大量资金的投入邀约,很快就会成为未成年人陷入性剥削困境的元凶。因此,基于防患未然的思考,对于犯罪组织经营贩运模式的打击,有必要参考“人口贩运防治条例”第 31 条之处罚规定,在儿童及少年性剥削专法中制定相应规范。亦即,基于维护儿少身心健康法益与风险管控的政策导向,宜于“儿少性剥削条例”第 34 条买卖质押人口罪之后,新增第 34 条之 1 的“儿少性剥削不当债务拘束罪”,同时考虑法益前置化保障的风险管控精神,可将本条作为危险犯之设计为:“意图盈利,利用不当债务约束儿童与少年或陷于不能、不知或难以求助之处境者,处六月以上五年以下有期徒刑,得并科新台币 300 万元以下罚金。”用以解决此等不法犯罪之一再滋生。

2. 创设儿少性剥削的法人处罚,并没收其不法利得

儿少性剥削犯罪,逐渐趋向组织化的分工经营。黑道与帮派渗入,利用暴力

控制而实行犯罪外。为了躲避追缉,甚至透过企业化经营作为掩护,例如,以法人公司行号作为合法掩饰非法的方式,成为一种犯罪企业的组合,或利用出资吸金,赚取更多不法利益。不过,台湾地区“儿童及少年性剥削防制条例”并未对于这类法人犯罪有相应规范,可能造成特定法人仍可取得不法利得,甚至仅以一人作为犯罪羔羊来承担所有刑事责任,其余股东仍继续获取不法利益。因此,有必要思考如何在儿少性剥削防制专法中创设法人的制裁规定,共同防治儿少性剥削组织化与法人化的问题。

尤其,近年来法人犯罪问题崛起,以大型法人的犯罪为主。如日月光排放废水所造成的污染、味全馊水油事件以及大统混合油事件^[28]。这类案件所侵害法益很重大,只有以行政处罚相应,不足以达到威吓之效。此外,也造成法人东山再起成立,另立一家公司继续挂羊头卖狗肉。因此面对不同犯罪问题,刑法规制的态度也应有所转变,刑法也是一种预防社会被侵害的重要工具^[29]。对于法人应当采取特别预防的思考,法人犯罪操于幕后非单一特定的支配集体或企业文化,故也应当让法人得以承担刑事责任。

虽然,儿少性剥削犯罪组织若有违犯“人口贩运防治条例”,可依照“人口贩运防治条例”第 39 条之规定处罚法人。亦即,“若法人之代表人、法人或自然人之代理人、受雇人或其他从业人员,因执行业务犯人口贩运罪者,对该法人或自然人科以各该人口贩运罪所定罚金。但法人之代表人或自然人对于违反之发生,已尽力为防止行为者,则得以免罚。”该规定属于两罚制的规定,对于人口贩运的组织所成立法人可加以处罚,可以有效遏止该等公司再次成立,甚至于预防该组织转换另外一种形式再次崛起。

不过,“儿少性剥削防制条例”并未有类此法人犯罪的规范,且性剥削犯罪有多种面向,并非仅有人口贩运,故对于从事儿少性剥削犯罪组织,其所成立的公司法人将无法有效遏止,应当参照“人口贩运防治条例”第 39 条,将法人犯罪规范于“儿少性剥削防制条例”之中。增设规定如:“若法人之代表人、法人或自然人之代理人、受雇人或其他从业人员,因执行业务犯‘儿少性剥削防制条例’第 31 条至第 40 条者,对该法人或自然人科以各该条所定之罚金。但法人之代表人或自然人

[28] 参照张丽卿:《妨害食品安全刑事责任之探讨》,载《东海大学法学研究》,2014(42),94 页以下。

[29] 王皇玉:《法人刑事责任之研究》,载《辅仁法学》,2013(46),29 页。

对于违反之发生,已尽力为防止行为者,不在此限。”如此,方能有效制止儿少性剥削犯罪之组织,并能配合“组织犯罪防制条例”第7条规定之财产没收程序^[30],没收其不法利得。

(三) 加强打击儿少性剥削的组织犯罪

对儿少性剥削可能带来的财富,成为犯罪组织覬覦的“发财管道”,让犯罪组织加入儿少性剥削,或对儿少色情业者要求保护费等,皆直接或间接扩大儿少性剥削的现象。如何打击犯罪组织在儿少性剥削犯罪的助力,不可忽略。

1. 组织犯罪定义的新诠释

“儿少性剥削条例”中的刑事制裁规定,多着眼于个别业者的具体不法行为。例如,为促成未成年人提供性服务,而有引诱、容留、协助或媒介等行为。然而,从消弭性剥削风险的政策思考,近年来,随着情色市场国际化的趋势,逐渐凸显出不法分子透过集团化、组织化的经营模式藉此牟利,才是造成儿童及少年遭不当性剥削现象的主要原因。

目前,台湾地区不乏黑道与跨国人蛇集团合作,或是以经营网络事业为手段,实际却是利用债务捆绑、毒品控制或网络传播邀约信息等方式,利用未成年人思虑未周或经济弱势达到剥削目的。这些不法活动的背后运作,通常有集团组织化的分工模式。典型案例是,时常会有黑道帮派,吸收校园内未成年学生为集团成员,以住宿游玩等媒介手段引诱在学之逃家少女坐台陪酒、提供性服务,藉此牟利。此种帮派组织分工细腻,除有负责驱车接送少女卖淫者外(俗称马夫),另有负责监控少女行动之成员^[31]。透过分工,各司其职,除能有效掌控受剥削对象外,也能降低遭受司法人员查缉之风险。

“儿少性剥削防制条例”制定之初,没有考虑如何规制组织犯罪。传统组织犯罪是相对较为狭义的概念。从学理的角度观察,经常会将组织犯罪定位为运用暴力威胁为手段工具,追求利益极大化的“暴力集团”。因此,“组织犯罪条例”主要

[30] “组织犯罪防制条例”第7条规定:“犯第3条之罪者,其参加之组织所有之财产,除应发还被害人者外,应予追缴、没收。如全部或一部分不能没收者,追征其价额。对于参加组织后取得之财产,未能证明合法来源者,除应发还被害人者外,应予追缴、没收。如全部或一部分不能没收者,追征其价额。”第3条之罪指:“发起、主持、操纵或指挥犯罪组织者,处3年以上10年以下有期徒刑,得并科新台币一亿元以下罚金;参与者,处六月以上五年以下有期徒刑,得并科新台币一千万元以下罚金。”

[31] 天眼日报:台东县警察局破获儿少性交易、组织犯罪集团, <http://www.tynews.com.tw/news.php?action=show&nid=20652>,最后浏览日期:2015-10-02。

以帮派暴力犯罪为规范对象。本“条例”第2条规定,犯罪组织是指三人以上,有内部管理结构,而以犯罪为宗旨或以其成员从事犯罪活动,具有集团性、常习性及胁迫性或暴力性的组织。换言之,目前法律认定,成立组织犯罪的前提,须有特定数额的组织成员(三人以上)来持续运作(常习性),同时犯罪内容必须带有暴力、胁迫等强制性特征。

随着时代的转变,犯罪型态也越趋多样化。其中重要的成因是,组织犯罪集团慢慢意识到,为求利益,必须扬弃传统的暴力经营模式,朝向国际化、科技化与分工多样化的方向发展,以求更加技巧性的规避司法调查。不法集团逐渐淡化暴力色彩,也反映在对未成年人性剥削的经营型态中。诸如,“人口贩运防制条例”制定时,特别立法处罚业者利用债务捆绑的方式,对被害人进行剥削。主要原因是,有别于强暴胁迫行为,债务问题本身就附加了民事契约自由的合法外观,若无立法介入定性为犯罪,恐怕会成为法益保护的漏洞。

基于儿少性剥削组织犯罪严重化之趋势,对于集团成员企图利用非暴力手段来技巧性规避的问题,有必要对于台湾地区目前的组织犯罪条例进行调整。传统组织犯罪以暴力手段支撑经营的模式,渐趋没落,取而代之的是透过组织化的分工,以谋取最大利润为目的,运用各种游走法律边缘的利诱技巧达到剥削他人之目的。因此,为求风险控管与法益维护的必要性,宜扩充解释“组织犯罪条例”第2条规定,将组织犯罪重新定义为:组织犯罪是指三人以上,有内部管理结构,以犯罪为宗旨或以其成员从事犯罪活动,具有集团性、常习性及胁迫性或暴力性,“或以剥削他人为目的”之犯罪组织。也藉此呼应目前台湾地区打击儿童与少年人口贩运的政策决心。

2. 侦办儿少性剥削组织犯罪的新利器

组织犯罪是具有目的性的集团犯罪活动,为了追求利益,可能利用类似公司经营的手段,透过暴力控制使他人屈服,或透过政治力量的介入,进而赚取更多不法利益。不仅如此,透过组织犯罪的合作,可以降低犯罪后遭诉追风险,也能在较短时间内,取得更高的经济利益。换言之,多数成员在组织内皆具有专业上的身份与分工。再者,组织犯罪的运作,可能是利用合法商业活动,或合法成立公司的设立,作为不法行为的屏障;另外,犯罪组织会强调内部成员的纪律,严禁消息走漏,如此使得犯罪组织的动向十分隐秘,这可能也是导致司法人员查缉困难的主要原因。

目前台湾地区对于打击组织犯罪主要是采取,搜集多重信息来源,透过被害人报案、通信监察(监听)以及网民提供数据等,侦破组织犯罪^[32]。然而,近年来,由于科技设备日新月异,犯罪组织应对与规避政府侦查的手段更是多元,导致检警侦办组织犯罪案件困难。例如,集团成员都会设想犯罪过程可能遭遇检警监听,故沟通时必会使用暗语、暗号。再者,台湾地区证人保护规范不足,无论是被害人、证人或网民等,由于冒着生命的危险提供线索,想要透过他们出面指认或提供关键性证据,都相当困难。组织犯罪的隐蔽特征,以及现代犯罪者的自我防卫意识,都将导致侦查工作的举步维艰。

尤其,对于儿少性剥削之犯罪,举凡利用暴力、枪支、毒品以及不良债务等方式迫其就范,或同时制作色情信息、从事性交易等牟取利益,背后往往都会有一个庞大的交易市场与纪律严明的组织,如透过合法公司的设立从事儿少非法性剥削之营利活动,使得侦办更加困难。因此必须创设侦办儿少性剥削手段的新利器。

首先,儿少性剥削组织犯罪的侦查与防治策略,应考虑以“被害人的角度”为主要线索的脉络,警方可以透过与学校合作方式,强化法治概念倡导,强化家庭与学校关系,减少儿少进入非法组织从事不法行为^[33]。而且,对于受性剥削之儿少进行感化以及有犯罪前科者作密切连结与监控,以此作为追查组织犯罪方向;另外也可利用网络警察于网络上,诱使企图招募、媒介儿少性交易活动工作者等,皆是能有效打击儿少性剥削组织化犯罪的手段。同时,应定期扫荡区域内部的特种行业,方能全面性的达到抗治儿少性剥削组织犯罪的目标。

其次,可以参考德国的“在线搜索^[34](Online-Durchsuchung)”,以秘密方法侵入组织犯罪的计算机科技等方法,进而取得组织犯罪之犯罪数据^[35],如 App、E-mail、Skype 等。虽然,德国在线搜索的合法性备受质疑,实务判决曾经认为,该行为属秘密侵害他人领域,侵害搜索程序应保障的在场权^[36];但是,德国宪法

[32] 周文勇:《我国组织犯罪次文化与警察机关防制对策》,载《警政工作研讨会论文集》,2007(12),200页以下。

[33] 同上书,210页以下。

[34] Werner Beulke, Straßprozessrecht, 12. Aufl., 2012, Rn. 253c.

[35] Constantin Eikel, “Online-Durchsuchungen” durch Polizei- und Sicherheitsbehörden im Spiegel des Verfassungsrechts, 2011, S. 1.

[36] BGH, MMR 2007, 174.

法院并未反对国家针对反恐或组织犯罪等进行预防性的在线搜索^[37]。

由于儿少性剥削的犯罪组织,具有侦查不易以及监听不易等问题,或许未来可审慎探讨,立法授权侦查机关实施在线搜索的权利。立法上也应持续提供证人与网民相应的保护措施,故修正“证人保护法”,并加强公务员之保密员责任等,也是当务之急。

最后,涉及儿少性剥削的犯罪组织,往往具有跨国性特征,故应持续强化台湾地区与各国打击儿少性剥削犯罪的“司法互助”。台湾地区的“组织犯罪防制条例”第15条规定:“为防制国际性之组织犯罪活动,政府或其授权之机构依互惠原则,得与外国政府、机构或国际组织签订防制组织犯罪之合作条约或其他国际协议。”此如国际法上的引渡协议等^[38]。尤其,儿少性剥削的犯罪组织,往往横跨大陆与台湾地区,故对于两岸签订打击犯罪约定的模式^[39],宜有台湾地区与大陆间的信息共通以及证据数据等相互协助管道,以作为台湾地区与亚太地区在组织犯罪打击合作上的参考。

五、结语

组织犯罪介入儿童与少年的性剥削,似乎属于普世的问题,台湾地区亦然。被剥削的儿少,通常有家庭问题或其他困境,犯罪组织因此有机可乘,先以利诱,继之以其他手段控制,如毒品或暴力。被剥削的儿少即使觉醒,企图挣脱控制,也很难成功。组织犯罪有上下阶层的分工关系,纵然被破获,通常是场面上的人物遭到法办,不易从根刨除。斩草不除根,春风吹又生,如何有效对抗组织犯罪,才是保护儿少免受性剥削的根本策略。

本文首先说明台湾地区儿少性剥削的现象,并指出这现象背后有组织犯罪的阴影。其次,介绍台湾地区的儿少性剥削的法律规范,这主要是“儿童及少年性剥削防制条例”,从前称为“儿童及少年性交易防制条例”。法律名称的改变与内容

[37] Vgl. BverfGE 120, 274.

[38] 其实国际法上引渡还是有其难度,尤其必须达到双方可罚性要件,此也造成被追诉者可以依照实体法上的不同,加以对控被接受引渡。因此,签定相对应之合约则可以避免国际法上引渡之问题,如《欧盟逮捕令法》,则可以对于特定犯罪,类如:恐怖攻击、人口贩运、贪污等进行双便可罚性协商,以达到可以做引渡之筹码。Vgl. Rohlff, Europäischer Haftbefehl, 2003, S. 41.

[39] 陈文琪:《两岸刑事司法互助有关人员遣返的法制架构》,载《月旦法学杂志》,2012(10),219页以下。

的增修,主要是呼应联合国保护儿童公约的要求,同时也配合“大法官”对于“宪法”的解释,当然也为了响应保护儿童的社会意识。

本“条例”以保障儿童及少年身心健全,免于剥削侵害的立法。因此,本“条例”的刑事处罚规定中所保护法益的特质,应兼含个人(身心健全)与社会法益(国家客观保护义务)的性质,方能有效对应儿少性剥削背后的复杂成因,并对于少数青少年“自愿卖淫”的行为,亦以身心健康法益维护的立场,对剥削者或其犯罪组织进行刑事处罚。

不过,本“条例”用以对抗背后的组织犯罪,应当不足。台湾地区虽另有对抗人口贩运的“特别法”,但仅能应付性剥削的人口移转与贩运。关于儿少性剥削组织犯罪的对抗,应当以风险控管作为主要的法政策方向,此如,新增第 34 条之一的“儿少性剥削不当债务拘束罪”以及“法人犯罪”的相关处罚规定。当然对于组织犯罪的有效控制,仍然要考虑最根本的“组织犯罪防制条例”。

关于组织犯罪,依照前述条例,定义为三人以上的有组织分工的“暴力性”团体。但是,从事儿少性剥削的组织,不必然有暴力性,而可能是巧妙地利用与支配,所以,“组织犯罪防制条例”用以对抗儿少的性剥削犯罪组织,就会有缺漏。根本的做法,就是要改变组织犯罪的立法定义,刑事司法机关才能师出有名。

最后,针对儿少性剥削组织犯罪的侦查策略,除应持续强化被害人线索的掌控外,亦可考虑透过立法授权,赋与侦查机关“在线搜索”的强制处分权,深入取得犯罪组织的不法信息。同时,完善证人指证与网民相应的保护措施,修正“证人保护法”加强公务员之保密员责任等,也是当务之急。至于,针对儿少性剥削的跨国性犯罪组织,应强化台湾地区与各国打击儿少性剥削犯罪的“司法互助”,共同保障儿童及少年之身心健全。

我国黑社会(性质)组织犯罪的现状与预防

——以第三次全国性“打黑除恶”专项斗争的 11 个典型案例为样本

石经海* 周 鑫**

一、我国黑社会(性质)组织犯罪的当前特点

黑社会(性质)组织犯罪,是国际社会公认的最为严重的有组织犯罪形态,与贩毒、恐怖主义活动一并,被联合国大会宣布为“世界三大犯罪灾难”。在我国,综观各犯罪态势,涉黑组织犯罪可以说是其中发展最快、给社会经济发展和民众生活秩序破坏最大的一种恶性犯罪。这种犯罪自 20 世纪 90 年代中期以来在我国就一直处于持续高峰期。虽然经历多次全国性“严打”整治斗争和“打黑除恶”专项斗争后,其发展势头在很大程度上得到遏制,但这些因社会转型期的诸多问题而滋生、发展的“毒瘤”,还难以在短期内彻底肃清,且在社会综合治理防控系统还没有很好地建立起来的情况下,在每一次“严打”或专项斗争后,又会出现循环式发展,并成为严重影响社会安定与发展和法治国家建设的“毒瘤”。因此,要全面建设法治国家,尚需通过创新社会管理,有效防控黑社会(性质)组织犯罪。从第三次全国性打黑除恶专项斗争的典型案件来看,当前中国大陆黑社会性质组织犯

* 西南政法大学教授、博士生导师

** 西南政法大学毕业硕士研究生。

罪表现出如下几个突出特点。

(一) 在组织目的上仍以获取经济利益为终极目标,并有一定的政治利益需求

首先,从实施的违法犯罪活动来看,当前的涉黑组织仍以获取巨额经济利益为终极目标。虽然以获取经济利益为目的的组织不一定是黑社会(性质)组织,但黑社会(性质)组织一定具有如此组织目的^{〔1〕}。这一点,从涉黑案件的违法犯罪的类别及其内在关系就得以表明。

据我们对第三次全国性打黑除恶专项斗争的 11 起典型案件的统计,这些案件共涉及 40 个罪名^{〔2〕}。这些罪名大致可分为直接为获取经济利益的经济类和为寻求保护、逃避打击的保护类两大类,分别占总罪名数的 45% 和 55%^{〔3〕}。对于经济类,其出现频率高的罪名依次是非法经营罪、强迫交易罪、开设赌场罪和组织卖淫罪;对于保护类,具体又可分为暴力保护和“保护伞”保护两小类,前者出现频率高的罪名依次是故意伤害罪、非法拘禁罪、故意杀人罪、寻衅滋事罪及各种涉枪犯罪,后者出现频率高的罪名是行贿罪。另外,还有诸多分属以上类别的殴打他人、敲诈勒索、暴力收债、行贿等尚未构成犯罪的 general 违法行为。探究以上违法犯罪的内在关系,不难发现这里的所谓保护类违法犯罪,只不过是涉黑组织获取巨额经济利益的非法保护手段而已:既以暴力(软暴力)为手段保护其非法经营活动得以实现和发展(“以暴护黑”),又通过寻求“保护伞”保护其违法犯罪活动不受查处和打击(“以政护黑”),从而形成“以暴护黑”与“以政护黑”的“双重”保护。

以上“双重”保护,从以上 11 个案件的情况来看,确实也都获取了巨额经济利益。据判决书显示,它们的非法获利额分别为张某庆组织为 50 多万元、李某强组织为近 500 万元、黄某新组织为近 1000 万元、黄某益组织为近 4000 万元、宁某飞组织为 4000 多万元、唐某村组织为近 6000 万元、章某军组织为近 7000 万元、令某天组织为 1 亿元左右、程某鸣组织为 1 亿多元、程某坤组织为 1.424 亿元、母某

〔1〕 从组织的结构特征上看,是否具有如此目的,是黑社会(性质)组织区别于其他有组织犯罪的关键所在。如恐怖组织犯罪,以获取政治利益为主要目的;邪教组织犯罪,以获取政治利益和经济利益为主要目的。

〔2〕 其中,个案所涉罪名最少为 9 项,最多为 15 项。选择罪名统计为 1 个罪名。

〔3〕 绑架罪、抢劫罪、强迫交易罪、敲诈勒索罪等直接以暴力(软暴力)获取经济利益的统计为经济类。

刚组织为近 1.7 亿元。^{〔4〕}

其次,在巨额经济利益的追求中,逐渐向政治领域渗透。主要表现在两个方面:一是通过寻求“保护伞”的非法保护,使国家打击黄赌毒等的政策落不到实处和使黑社会(性质)组织的违法犯罪活动得不到打击。在以上 11 个案件中,除了张某庆组织尚没有查出“保护伞”外,其他 10 个组织均有国家工作人员作为组织成员或以包庇、纵容方式充当“保护伞”。如“黑老大”黄某益虽然早就被列入了涉黑名单,但因寻求了分管黑恶案件公安干警孙某清等的保护,并因拉拢了税务局干部陈某平一起为其组织领导者,而使其涉黑组织长期得不到打击。又如唐某村组织因求了市交警总队总队长陈某刚等重量级公安干警的保护,并因其“黑老大”唐某村曾就是在职警察,而其提供非法保护等涉黑活动得以猖獗。还如以从事民营公共交通为主业的李某强组织,也因寻求了公路运输管理人员和政府信访工作人员的非法保护,而不仅其组织不仅得以形成和发展,而且还使政府的很多政策措施得不到贯彻落实。二是通过获取人大代表、政协委员、工商联领导等光环,作为其“以政护黑、以黑取利”的“护身符”和“开路虎”,并由此实现其走上上层社会的欲望。例如,“黑老大”李某强是 G 市第三届人民代表大会代表、政协 G 市某区第十二届委员会常务委员、G 市某区工商联主席、中国道路运输协会出租与租赁协会常务理事、G 市道路运输商会(协会)常务副会长;“黑老大”程某鸣是 G 市某区第十六届人大代表;“黑老大”宁某飞是某区娱乐协会会长;等等。以上“政治”光环,不仅满足了他们走上了上层社会的欲望,而且从他们所从事的违法犯罪活动来看,还大大方便了他们获取更多的非法经济利益。

(二) 在获利途径上主要以合法公司为依托,在暴利行业从事非法经营活动

当前的黑社会(性质)组织,其获取巨额经济利益,主要不是通过“打砸抢”的传统方式,而是主要通过在其注册范围内从事的违法犯罪活动,以合法公司企业为掩护或依托,^{〔5〕}

〔4〕 以上经济利益,均是这些黑社会(性质)组织获取的“收益”,而不是它们的经营额。对于从事需投入资金从事非法经营活动的黑社会(性质)组织来说,它们的非法经营额要远远大于这些“收益”。

〔5〕 实践中常把黑社会(性质)组织所依托的公司企业与黑社会(性质)组织本身混为一谈。实际上黑社会(性质)组织所依托的合法公司、企业,只是其借以进行非法经营活动的平台,是其获取经济利益和壮大经济实力的手段。认识这一点,是准确认定黑社会(性质)组织、保护黑社会(性质)组织所依托的公司企业的合法权益的关键。这也意味着,那些在这些公司企业中依法从事注册范围内事务的职工,不能认定为参加了黑社会(性质)组织和是涉黑组织成员,只有那些在其中从事了组织策划下的一定违法犯罪活动(如三次违法活动,1 次犯罪活动)的职工,才能认定为参加了黑社会(性质)组织和是涉黑组织的成员。

从事非法经营、强迫交易、开设赌场、组织卖淫、贩卖毒品等非法经营活动。以上11个案件的涉黑组织,它们所从事的主要经营活动都无一例外地是以注册合法公司为掩护或依托而开展的。例如,李某强组织以某强实业(集团)有限公司、某强实业(集团)强劲运输有限公司为依托,主要从事公共交通运输的非法经营活动;母某刚组织以××财务咨询有限公司、××夜总会为依托,主要从事“地下钱庄”、开设赌场等的非法经营活动;令某天组织以××食品有限公司、××食品有限公司为依托,主要从事生猪收购、猪肉销售等的非法经营活动;唐某村组织以××实业有限公司(总公司)、××商务信息咨询有限公司、××典当有限公司等为依托,主要从事发放高利贷、商务调查、商账追讨、婚情调查等的非法经营活动;程某鸣组织以××酒店有限公司××俱乐部为依托,主要从事组织卖淫等的非法经营活动;程某坤组织以××财务咨询有限公司等为依托,主要从事“地下钱庄”的非法经营活动;黄某新组织以××运输有限公司和××食品有限责任公司为依托,主要从事运输、猪肉销售等的非法经营活动;黄某益组织以××典当有限公司为依托,主要从事“地下钱庄”的非法经营活动;宁某飞组织以××夜总会为依托,主要从事组织卖淫、开设赌场等的非法经营活动;章某军组织以G城××文化娱乐有限公司及其××国际商务会所为依托,主要从事开设赌场、组织卖淫等的非法经营活动;张某庆组织以××财务咨询有限公司为依托,主要从事“地下钱庄”的非法经营活动。

从以上公司性质及其所从事的主要非法经营活动来看,当前黑社会(性质)组织所疯狂扩张的经济领域,主要是那些能够获取暴利的金融业^[6]、娱乐业^[7]、屠宰业^[8]和运输业^[9]等地上行业或地下行业^[10]。这里的“地上行业”,是指经营的本是正当业务的行业,如生猪屠宰、猪肉销售、民营公共运输、建筑垃圾的除渣和运输等。从事这些行业者,因其在经营中,为获取暴利,有组织地实施了故意伤害、敲诈勒索、聚众斗殴、寻衅滋事、非法拘禁、强迫交易、恶意集访等违法犯罪活

[6] 主要是从事放高利贷(俗称“地下钱庄”或“放水”)的非法经营活动。

[7] 主要是从事开设赌场、组织到澳门赌博、组织卖淫等的非法经营活动。

[8] 主要是通过非法垄断当地生猪收购和猪肉销售市场,获取经济利益。

[9] 主要是通过非法垄断公共交通运输和土建运输,获取经济利益。

[10] 除此之外,它们还通过贩毒、诈骗、敲诈勒索、提供非法保护等获利,但这些已不是它们的主体获利方式。

动,并在一定区域或行业形成了非法控制或重大影响,从而走上了涉黑犯罪道路。这里的“地下行业”,是指长期有组织地以“挂羊头卖狗肉”的方式从事法律禁止经营的不正当行业如放高利贷、开设赌场、组织卖淫等。从事这些行业者,因其长期从事非法经营活动并在一定区域或行业形成了非法控制或重大影响,从而走上了涉黑犯罪道路。

(三) 在人员结构上其成员主要是文化素质较低的闲散青壮年,“黑老大”并有一些共同特点

第一,纠集的成员大多文化素质较低。在 11 个案件的 291 名被判刑人员中,初中以下文化的为 166 人,占有涉案人员的 57.04%;高中及中专文化的为 83 人,占有涉案人员的 28.52%;大学(包括大专和本科,下同)及研究生文化的为 42 人,占有涉案人员的 14.43%。其中,有 7 个案件超半数涉案人员的文化程度为初中以下,只有 4 个案件超半数涉案人员的文化程度为高中以上。

第二,纠集的成员主要是闲散人员(无业者、闲散的农民、失业的工人等无业闲散者)。据统计,在这 11 个案件的 291 名犯罪人中,闲散人员共有 160 人,占涉案人数总数的 54.98%。其中,有 6 个案件,闲散人员占涉案人数的七成以上。

第三,纠集的成员中有很一部分人为刑释解教人员^{〔11〕}。在以上 11 个案件中,除宁某飞案外,其他都有一定数量的刑释解教人员。据统计,在这 11 个案件的 291 名犯罪人中,参与实施犯罪的刑释解教人员共有 77 人,占被判刑人总数的 26.46%。其中,母某刚案的刑释解教人员比例最高,达 50%;其次是程某鸣案和黄某新案,分别是 45.45%和 40.91%。另外,在这 11 个涉黑组织的 15 名“黑老大”中,有 6 人是刑满释放人员或负案犯,比例高达 40%;以上 77 名刑释解教人员中,有 17 人被认定为组织的骨干成员,占刑释解教人员总数的 38.64%。

第四,纠集的成员主要是“70 后”和“80 后”的青壮年。在 11 个案件的 291 名被判刑人员中,“70 后”和“80 后”为 176 人,占有涉案人员数的 60.48%。而且,除两个案件以“70 前”为主体外,其他 9 个案件均以“70 后”和“80 后”为主体,其中,母某刚案为 88.24%,张某庆案为 77.78%,唐某村案为 77.50%,宁某飞案为 77.42%。

〔11〕 主要是刑满释放人员,也有少数为解除劳教的人员。另为了论述方便,在成为涉黑组织成员前的负案犯也纳入这种人员。这些人员,大部分是无业者,只有少部分人有职业。

第五,“黑老大”的形成往往具有一些共同特点。主要表现在:一是在年龄上一般长于其他成员。如上所述,在这 11 个案件中,涉案人员主要为“70 后”和“80 后”甚至是“90 后”的青壮年,而这 11 个案件的 15 名“黑老大”,除 3 名为“70 后”的以外,其余 12 名均是“60 后”甚至是“50 后”的。二是大多有丰富的社会阅历。如从事过具有优势地位的工作或蹲过监狱。这些社会阅历会使得他们在“黑白”两道都能获得支持。这一方面表现为有“不务正业”的闲散人员的支持和他们因“臭味相投”而被笼络;另一方面他们往往可以通过行贿等手段拉拢国家工作人员充当“保护伞”。以上 15 名“黑老大”中,不仅都得到了众多闲散人员的支持,而其中 90%以上的“黑老大”都得到了“保护伞”的非法保护。这是“黑老大”使黑社会(性质)组织坐大成势的重要条件。一方面没有“黑”道人员(不务正业的闲散人员)的支持,无以为黑社会(性质)组织乃至黑恶势力;另一方面没有“白”道人员(“保护伞”)的支持,难以在社会治安总体良好的主流社会中生存和发展。三是有能力在一定行业获取巨额经济利益。在这 11 个案件中,这 15 名“黑老大”均具有不同程度的在金融业、娱乐业、运输业和屠宰业等行业获取巨额经济利益的能力,并依其获利能力而决定其组织领导地位。如张某庆、母某刚、黄某益和程某鸣等被推认为“黑老大”,就在很大程度上都是由于他们的经济能力。四是具有组织领导涉黑组织的组织协调能力,特别是既要“凶狠”,又要细致入微地关心和关照其骨干成员。

(四) 在组织关系即对内笼络控制成员的方式上表现出明显的“家规”性

在当前,黑社会(性质)组织笼络控制其成员的方式,并不是成熟黑社会组织所具有的“帮规”,而是处于“家长”地位的组织领导者所立下的“家规”。综观第三次全国性打黑除恶专项斗争的 11 个典型涉黑组织,其组织关系的“家规”性突出表现在如下两个方面。

第一,各种类型的黑社会(性质)组织都直接使用“家规”笼络控制成员。除了以由亲属为主体成立的家族性公司所依托的组织(简称“家族性公司依托”型组织)如李某强组织、令某天组织外,那些以非家族性公司为依托的组织(简称“非家族性公司依托”型组织)或因所谓朋友关系而纠集在一起的普通黑社会(性质)组织(简称“成员纠集”型组织)也都如此。如在作为“成员纠集”型组织的张某庆组织中,“黑老大”张某庆要求其成员对其安排的事不能互相打听,对通信不通畅、办事不力的组织成员进行责骂。在“非家族性公司依托”型组织中,如在黄某益组织

中,“黑老大”黄某益要求其组织成员要“义”字当头、大家的“面子”要争,对“大哥”要尊重、要听从“大哥”的召唤、遇事须请示报告、遇到“打打杀杀”的事情大家要齐心、当兄弟亲戚朋友有事相求时也要帮忙;在黄某新组织中,“黑老大”黄某新要求组织成员必须忠心,有事汇报等纪律及疏远或开除违反规定和侵犯组织利益的组织成员;在唐某村组织中,“黑老大”唐某村要求组织成员“要忠诚、要听招呼、要懂事、不惹事、不怕事”,对组织的决定,“不求之,不问之”,否则就给予“三刀六洞”的处置。

第二,其他笼络控制成员的方式,在实质上也都具有“家规”性。当前的涉黑组织,除了直接使用“家规”笼络控制成员外,还采用感情联络和公司制度的方式笼络控制成员。对于这两种方式,虽然它们不是通常意义上的“家规”,但从其均是处于“家长”地位的“黑老大”所决定或制订这个本质特性来看,也都具有“家规”性。综观这 11 个案件,无论是“家族性公司依托”型组织,还是“非家族性公司依托”型组织或“成员纠集”型组织,都是如此。如以侨力桑拿俱乐部为依托从事组织卖淫的宁某飞组织,从形式上是按公司的规章约束管理成员,但作为该组织的“黑老大”的宁某飞,对于其成员具有绝对权力,不仅人事安排都是由他说了算,而且公司的其他重大事项如在遇到组织卖淫等非法经营活动被查处或受查处时,都由他出面解决,从而表现出宁某飞在整个公司运行中所处的“家长”地位以及宁某飞所立“公司制度”的实质上的“家规”性。对于联络感情的约束控制方式,如组织负责成员的日常消费开支,给表现较好者的物质奖励,不时让组织成员聚集在一起吃、住、吸毒、嫖娼,给经济困难者以帮助等,既因成员由此感到组织领导者“讲义气”,追随他有保障,而使之成为约束控制成员的方式,又因这些“感情联络”方式也是“黑老大”的意志体现而在实质上也具有“家规”的性质。

(五) 在非法控制即对外形成非法控制或重大影响的手段上把策动群体事件作为新的手段

当前的黑社会(性质)组织并不是传统的主要以“打打杀杀”为形成非法控制或重大影响的手段,而是采用施用暴力(包括“打打杀杀”的简单暴力或那些具有胁迫性的软暴力)、寻求“保护伞”和策动群体事件等多种手段。其中,策动群体事件,是当前黑社会(性质)组织形成非法控制或重大影响的新的特点和趋势。

如前所述,当前中国大陆黑社会(性质)组织的违法犯罪活动,大致可分为直接为获取经济利益的经济类和为寻求保护、逃避打击的保护类两种类型。从以上涉案违法犯罪类别及其内在关系来看,当前的黑社会(性质)组织主要以暴力手

段、“保护伞”和群体事件为手段以形成组织的非法控制或重大影响。在这里,依所使用的以上手段的不同,大致可把当前的黑社会(性质)组织分为“简单暴力”型、“暴力+保护伞”型和“暴力+保护伞+群体事件”型三种类型。

“简单暴力”型,主要依靠简单的“打打杀杀”的违法犯罪活动,在一定区域或行业形成非法控制和获取巨额经济利益,如张某庆组织,它主要是通过组织故意伤害、敲诈勒索、非法拘禁等暴力性活动,对某街道某片区的渣场进行非法控制,对当地土建工程经营者及群众形成心理强制,获取巨额非法经济利益。

“暴力+保护伞”型,既依靠暴力或软暴力^[12]的违法犯罪活动,又依靠“保护伞”的非法保护,在一定区域或行业形成非法控制和获取巨额经济利益。这是黑社会(性质)组织存在的主要形式,当前的绝大部分黑社会(性质)组织都属于这种类型。

“暴力+保护伞+群体事件”型,既依靠暴力或软暴力的违法犯罪活动,又依靠“保护伞”的非法保护,还适时策动群体性事件以对政府或同行等施压,以在一定区域或行业形成非法控制和获取巨额经济利益。这是当前威力最大、危害最深的一种黑社会(性质)组织。如李某强组织,多年来围绕运输业,除了有组织地实施故意伤害、寻衅滋事、寻求“保护伞”等违法犯罪活动外,还通过组织、策划车主及家属到市区县委、县政府信访办上访,在上访、集访中高喊口号,挂出横幅,拦截公务用车,堵塞交通,阻碍民警执行公务等,向政府或同行施压,迫使政府或同行让步,甚至召集其他几家民营公司共同组建“共创公司”,^[13]以对抗政府执法和达到其非法目的。其他涉黑组织如唐某村组织,也有如此策动或利用群体事件的行为表现。如此以此为形成非法控制或重大影响的手段,不仅容易动摇政府的决策和执法,而且还直接带来社会的不安定。

综合以上各涉黑组织,它们在非法控制特征上并有如下两个突出特点:一是“暴力”的共同性,即无论什么层级的黑社会(性质)组织,都无一例外地以暴力(软暴力)为其发展壮大基本手段。对此,理论上称之为“有组织暴力”。这种暴力,“不仅可以给他们带来金钱和财富,还可以带来权力和声望”^[14]。二是利用“群体

[12] 指不直接对行为对象的人身所使用的“暴力”。

[13] 约定公司董事因执行公司事务、执行董事会决议的行为被公安机关追究刑事责任或被拘留,其他董事须每人补助被追究者200万元作为补偿。

[14] 何秉松:《中国大陆黑社会(性质)犯罪研究》(第一卷),437页,北京,中国法制出版社,2002。

事件”的趋势性,即虽然以其为形成非法控制的手段尚不普遍,但已有为越来越多的涉黑势力所利用的迹象。如此两个特点决定了,在以上三种类型的黑社会(性质)组织中,“简单暴力”型因其简单暴力性而是一种易于暴露和易于受政府打击的张扬型和短命型的犯罪组织;后两种黑社会(性质)组织,虽然也因使用了暴力(软暴力)而具有张扬性,但因有“保护伞”的非法保护和群体事件的迷惑性而难以受打击和能够长期存在并得到发展。

(六) 在社会危害性上已严重动摇当地的经济、政治和社会生活基础

俗语云:“基础不牢,地动山摇。”黑社会(性质)组织之所以要严厉打击,其重要原因就是它严重动摇了主流社会的社会基础。社会基础是社会发展的根本或起点。社会基础的动摇主要表现为正常而有规律的社会活动秩序受到破坏,使社会的经济、政治、生活等活动处于无序和紊乱状态。从以上 11 个典型案件的情况来看,当地的经济、政治和生活等秩序因受到这些涉黑组织的严重破坏而在很大程度上处于无序或紊乱的状态。

首先,黑社会(性质)组织已严重破坏当地的经济秩序。如前所述,黑社会(性质)组织以巨额经济利益的追求为终极目标,当前的黑社会(性质)组织向经济领域的扩张已多方位、深层次地表现在能够获取暴利的几乎所有行业和经济领域,从而使当地的经济秩序遭到严重破坏。从第三次全国性打黑除恶专项斗争的 11 个案件来看,它们除了在娱乐业、屠宰业和运输业等行业中从事开设赌场、非法垄断和扰乱当地生猪收购和猪肉销售市场、非法垄断和扰乱公共交通运输市场等非法经营活动外,还在金融业从事放高利贷(“地下钱庄”“放水”)的非法经营活动。这个源于旧社会赌场的“放水”,被这些黑社会(性质)组织引用到当今的建筑、房地产、娱乐以及其他需要大额资金的行业。可因其“利滚利”的计息方式和黑社会的讨债方式,使得那些借贷的公司企业及个人等借贷者,在几个月间就折腾得岌岌可危甚至倾家荡产。如程某坤涉黑组织以其注册成立的 G 城××财务咨询有限公司、G 城立信投资有限公司及入股加入的 G 城国恒投资有限公司等为依托,主要以本市房地产行业为对象,通过行贿张某、毛某、谢某、杜某等重要公职人员以及故意伤害、非法拘禁等手段,长期进行有组织地发放高利贷、强立债权、强占股权、操纵双方代理、串通拍卖土地等违法犯罪活动,涉案资金共计人民币 4.872 亿元,非法获利 1.2404 亿元,不仅严重扰乱了当地的金融秩序和危害了当地的金融安全,而且还严重扰乱了本市房地产行业的正常经营并对当地民间借贷市场

形成重大影响。另外,黑社会(性质)组织还强行向一些公司、企业、个体户等收取保护费,敛取他人财物。如唐某村组织将收取保护费包装成“VIP”服务,^[15]主要替会员处理不便出面亲自解决的事务或账务问题,如窃听、跟踪、处理情人纠缠、解决三角债务等事项,大肆实施各类违法犯罪活动,既严重侵犯了公民、公司企业的人身财产权利,而且还严重破坏了当地的生活和生产经营秩序。据不完全统计,自2009年6月开展打黑除恶专项斗争以来,G城的黑社会(性质)组织控制的“黑色资金”达人民币300亿元以上,并形成了“以商养黑、以黑富商”的地下黑色经济链条。如此巨大的黑色资金数额和如此牢固的黑色经济链条,使得G城“直辖十年”的经济发展背后蕴含着很大的经济泡沫和潜在危机。

其次,黑社会(性质)组织已严重破坏当地的政治秩序。黑恶势力坐大成势后,为实现其团伙利益最大化,还动辄策动群体性事件,迫使竞争对手甚至政府满足其不正当要求。如前述李某强组织,为了使某强公司擅自开通营运的鱼沙线能获得相关的营运手续,组织车主及家属到G市人民政府进行集访;组织数十名特钢厂生活服务车经营者到G市××区人民政府上访闹事,给××区人民政府施压;组织××线车主及家属等60余人到G市交委、市委信访办上访闹事,并对××县领导乘坐的车辆进行围攻、拦堵、踢、砸等。李某强组织的如此动辄策动群体事件和借助群体力量的做法,不仅挤压了竞争对手和对抗了正常的客运管理秩序,而且使得政府的决策、政策、威信等受到严重破坏。

最后,黑社会(性质)组织已严重破坏当地的生活秩序。为了实现非法控制或重大影响,黑社会(性质)组织成员往往滥杀滥伤无辜,以显示自己心狠手辣和震慑人民群众,造成群众敢怒不敢言,严重破坏当地人民群众的生活秩序。如令某天组织为了树立和巩固其在当地垄断控制生猪收购市场的恶名,其成员将没有服从的生猪收购户潘某活活打死,从此以后,在令某天的经营地域范围内,再无人敢与之抗争。张某庆组织以其非法持有枪支弹药和管制刀具等,长期在G市××区等地打打杀杀,使当地群众都不敢惹他,在受到他们欺负时,也不敢报警。这不仅使当地群众的生命健康权利和安全受到严重威胁,而且也使当地民众的基本生活秩序遭到严重破坏。程某鸣、章某军等组织通过以“去必赌、赌必输、输必贷”的办法组织内地私营企业主等到澳门赌博的非法获利方式,使这些企业主们债台高

[15] 其中钻石级会员年费8万元、铂金级5万元、黄金级2万元、一般级1万元。

筑、倾家荡产、走投无路。

二、我国黑社会性质组织犯罪的主要成因

(一) 市场经济的多元化价值观冲突,特别是满足需要方式的异化,为涉黑犯罪的滋生蔓延提供了精神动力

随着市场经济的建立和发展,一方面,社会生产力得到大力发展,社会财富有了很大增加;另一方面,一些人在金钱万能、贪图享乐、个人主义等利益观、人生观和价值观的支配下,发生满足需要方式的异化,“这不仅表现为不择手段地获取物质利益,而且表现在在获取一定物质利益的情况下,还要追求政治上的‘涂金’甚至政治权力的满足”^{〔16〕}。如“黑老大”李某强、令某天和黄某新,不是满足于他们所从事的民营公共交通运输、土建运输、屠宰等正当业务经营,而是以暴力、胁迫、寻求“保护伞”等非法手段形成一定区域、行业的非法控制或重大影响,进行非法经营活动,获取巨额经济利益。“黑老大”母某刚不是满足其做摩托车生意而成为亿万富翁,而后试图通过放高利贷、开设赌场、组织卖淫等非法经营活动,获取巨额非法经济利益,从而走上涉黑犯罪道路。而且,这些“黑老大”们,如李某强、程某鸣、宁某飞等,在巨额经济利益得到一定程度满足后,在功利化和权欲的驱使下,还努力去获取一些如协会会长、政协委员甚至人大代表等政治头衔或准政治头衔,以利于在主流社会更多地获取经济利益和更好地获取社会地位。因此,要建立防治涉黑犯罪长效机制,就应当有针对性地进社会主义利益观、人生观、价值观教育,以在一定程度上防控满足需要方式的异化而为涉黑犯罪滋生蔓延提供精神动力。

(二) 社会控制乏力,特别是基层行政执法和行业治理不力,为涉黑犯罪的滋生蔓延提供了机遇

当前,我国社会正发生着重大的社会转型,在市场化、工业化、城镇化、信息化的过程中,一些社会管理方式尤其是基层政府的执法和行业治理的方式不能适应不断变化的社会需要,导致社会控制乏力,特别是基层行政执法和行业治理不力。在一定意义上,黑社会(性质)组织的发展壮大都是行政执法和行业治理不力的积

〔16〕 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》,载《现代法学》,2010(5),180页。

极或消极作用的结果。前者主要是行政执法者或行业治理者故意包庇或纵容甚至直接参加黑社会(性质)组织以使其发展壮大。这是当前黑社会(性质)组织发展壮大的主要形式。所有被查出有“保护伞”的组织,都属于这种情形。后者主要是由于行政执法者或行业治理者对工作不负责任或行政执法不当而过失放纵黑社会(性质)组织的发展壮大。也就是,那些没有官员故意充当“保护伞”的黑社会(性质)组织,其发展壮大也往往是行政执法者或行业治理者不负责任或行政执法、行业治理的不当所作用的结果。这种没有“保护伞”的黑社会(性质)组织在现实中虽然是少数,但也是客观存在的。例如,G城的张某庆组织,在其霸占他人渣场、强要他人渣场一半股份和强迫土石方工程项目负责人和运渣车驾驶员在其霸占的渣场高价倒渣时,基层执法组织早就接到反映,可没有采取任何有效的处置措施;对于其以在水煮鱼里吃到苍蝇为由敲诈店主10万元事件,公安机关也只是在中间充当“和事佬”轻描淡写地对事件予以处理。黑社会(性质)组织的发展壮大与行政执法和行业治理的以上关系表明,黑社会(性质)组织主要出现在基层行政执法或行业治理存在严重问题的地区,也就是那些官员充当“保护伞”已成风气或那些基层执法者或行业治理者对黑恶势力听之任之的地区。G城的一些地方,之所以黑社会(性质)组织猖獗,在很大程度上是由于这些地方的基层行政执法或行业治理曾经存在严重问题。基层行政执法或行业治理存在严重问题,其结果必然促使黑社会(性质)组织在“以黑护商、以商养黑”“以政护黑、以黑取利”等模式下恶性发展。因此,要建立防治涉黑犯罪长效机制,就必须加强基层行政执法和行业监管等方面的社会控制能力。

(三) 社会帮扶制度的不完善,为涉黑犯罪的滋生蔓延提供了人员来源

如前所述,黑社会(性质)组织的主要人员来源为闲散人员。这些人走上涉黑犯罪道路,既有制度上也有管理上的原因。在制度上,主要是因为社会帮扶制度的不完善;在管理上,主要是由于以上所述的基层行政管理不力。就社会帮扶制度而言,失业人员、闲散农民、流动人员、刑释解教人员等闲散人员,都需要一定的社会帮扶,让他们有正当事可做,让他们得到社会的帮助和感受社会的温暖,从而远离不良“亚文化”的影响,构筑阻隔让他们走上涉黑犯罪道路的客观环境和条件。然而,由于受很多客观条件的限制,我们关于包括社会帮扶制度在内的社会保障体系还没有很好地建立起来,其结果,不仅导致失业人员、闲散农民、流动人员、刑释解教人员等闲散人员,因无正当事可做并缺乏社会关爱而几乎被隔绝

在主流社会之外,而且这些处于社会底层的人们,在黑社会(性质)组织的利诱下和在不良“亚文化”的作用下,容易“臭味相投”地聚集在一起,以求通过有组织的暴力获取中上层社会成员所具有的财富、权力和社会地位,进而成为黑社会(性质)组织的主要人员来源。因此,要建立防控黑社会(性质)组织犯罪的长效机制,就必须构建完善的社会帮扶制度,在很大程度上净化滋生黑社会(性质)组织人员来源的不良环境。

在社会帮扶制度的构建中,刑满释放人员的社会化问题,是其中的重点问题。这种人的一定时期与社会隔绝的监狱生活,使得他们无法重新融入社会。一方面他们自己心理的阴影和自卑使得他们不想或不能同社会成员打成一片;另一方面因他们的罪恶背景而使得社会成员有意或无意地远离他们。如此社会隔离,使得他们无法在社会上正常地工作和生活,而往往是破罐子破摔,进一步跌入更严重犯罪的深渊。

(四)“亚文化”的不良影响,为中國大陸社会性质组织犯罪的滋生蔓延提供了凝聚力支持

理论上的研究表明,我国当今的涉黑组织在很大程度上是“对传统民间帮会、旧有黑社会组织的继承和对国际成熟状态的黑社会犯罪方式的模仿”^{〔17〕}。就G城而言,G城便利的交通条件,加上其独特的市井文化,形成了“具有以方言艺术和茶馆文化为主体的、以天地会等民间秘密结社内部的江湖义气为核心的‘亚文化’”。如此“文化”,提倡侠义与互助共济,重视宗法观念。从形式上看,它崇尚“平等”与“共济”,但实际上其崇尚的是森严的等级制、家长制,以及通过有组织的“暴力”获取上层社会所具有的财富、权力和社会地位的生活方式^{〔18〕}。正如美国犯罪学家莫顿(Merton)所指出:“平淡的个体常规犯罪不能导致辉煌的经济成就”,只有“采用复杂的、计划好的、有技巧的、有组织的犯罪”,^{〔19〕}才能实现其对巨额财富的追求。因此,从犯罪学视角看,如此“文化”实际上是一种以所谓“哥们儿义气”而拉帮结派和进行违法犯罪活动的“亚文化”。

〔17〕 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》,载《现代法学》,2010(5)。

〔18〕 何秉松:《中国大陆黑社会(性质)犯罪研究(第一卷)》,436页,北京,中国法制出版社,2002。

〔19〕 李文燕、柯良栋:《黑社会性质犯罪防治对策研究》,258页,北京,中国人民公安大学出版社,2006。

“亚文化”的不良影响,主要是“为涉黑犯罪的滋生蔓延提供了很强的精神力量,使得互不相识的社会边缘人物紧紧地聚集在一起”^{〔20〕}。在一定意义上,对于那些以“家规”维系组织存在的涉黑组织,其凝聚力在很大程度上是靠“亚文化”来实现的。其中,培养组织成员的“义气”观,并由此在组织内部形成“要忠诚、要听招呼、要懂事、不惹事、不怕事”等文化氛围,使只要是组织中的一员就要受到这种“义气”的软约束,从而实现对其成员的持续控制。同时,“黑老大”通过物质上的“小恩小惠”,以及经常聚集在一起吃喝玩乐等方式,以不断巩固和强化“有福同享、有难同当”等“亚文化精神”,也对凝聚组织成员起到相当大的作用。另外,诸如“事不关己,高高挂起”“多一事,不如少一事”等不良“亚文化”,也导致民众不愿参与到“打黑除恶”的行动中。然而,“打黑除恶”毕竟是一项长期而又艰难的工作,没有民众的积极参与,难以实现对黑社会性质组织的“打早”“打小”。第三次全国性“打黑除恶”之所以取得如此成绩,在很大程度上是由于其通过多种便捷有效的方式,挤压以上不良“亚文化”的影响,而发动民众积极参与其中。因此,要建立防治中国大陆社会性质组织犯罪长效机制,就必须弘扬主流文化,防控“袍哥文化”等不良“亚文化”为中国大陆社会(性质)组织犯罪的滋生蔓延提供凝聚力支持。

(五) 国家工作人员充当“保护伞”,为中國大陸社会(性质)组织犯罪的滋生蔓延提供了权力堡垒

哪里涉黑势力猖獗,哪里就有严重的腐败现象。国家工作人员充当“保护伞”与黑社会(性质)组织犯罪的发展壮大的这个因果关系,主要表现在,黑社会(性质)组织凭借其非法形成的强大经济实力,极力拉拢、腐蚀、控制某些党性不强、意志薄弱的国家工作人员,形成“官一黑”共生模式:一方面,涉黑组织为了生存、发展及其保护其非法经营活动,总想尽一切办法寻求官员充当“保护伞”;另一方面,一些蜕化、变质官员,在金钱、人情甚至女色等的诱惑或作用下,直接或间接利用手中的权力包庇、纵容“涉黑”犯罪。如此“共生模式”,使得黑社会(性质)组织能够形成或得到发展乃至长期存在。据G市人民检察院发布的数据,2009年专项斗争中已立案查办的涉嫌包庇纵容黑社会(性质)组织犯罪,充当黑恶势力“保护

〔20〕 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》,载《现代法学》,2010(5),181页。

伞”的国家工作人员共 33 人。其中,公安机关工作人员 21 人(64%),党政机关工作人员 4 人(12%),税务系统工作人员 1 人(3%),交通系统工作人员 2 人(6%),国家安全机关工作人员 1 人(3%),司法行政机关工作人员 1 人(3%),检察机关工作人员 1 人(3%),审判机关工作人员 2 人(6%)^{〔21〕}。上述数据表明,国家工作人员尤其是公安队伍的公权力的严重滥用,是黑社会(性质)组织犯罪猖獗的重要缘由。如果说黑恶势力的产生是基于基层行政执法的不力和社会管理的漏洞,那么黑恶势力发展壮大为涉黑性质犯罪组织并长期存在,在很大程度上是因为国家工作人员充当“保护伞”的包庇、纵容。第三次全国性打黑除恶的情况表明,几乎都有重大黑社会(性质)组织都有“保护伞”,甚至有几个黑社会(性质)组织受共同“保护伞”保护;而且,黑社会(性质)组织的犯罪能量越大,其“保护伞”的级别也越高,甚至有的还是负有查处涉黑犯罪职责的领导或责任人。因此,将打黑与反腐有机结合在一起,深挖黑社会(性质)组织幕后的“保护伞”,是建立防治黑社会(性质)组织犯罪的关键所在。这一点,早就为许多国家打击涉黑等有组织犯罪的基本战略。^{〔22〕}第三次全国性打黑除恶专项斗争此次“打黑除恶”专项斗争之所以能够取得重大成效并为世人所瞩目,其重要原因就是深挖并打掉了一批“保护伞”。

(六) 法律制度的不完善与治理对策的不科学,使涉黑违法犯罪得不到有效遏制并出现循环式发展

完善的法律制度和科学的治理对策是社会有序运行、健康发展的基本规则所在。而相反,法律制度的不完善和治理对策的不科学,必然会因基本规则的瑕疵而出现社会运行无序和难以健康发展问题,并带来一系列重要不良后果。其中,黑社会(性质)组织的滋生和发展壮大,在很大程度上就是这个社会健康运行失范的结果和表现。这里的法律制度不完善,包括行政立法、经济立法和刑事立法等的不完善。如我国现行刑法没有按罪责刑相适应原则对组织领导者和积极参加者设置不同的法定刑,没有规定摧毁黑社会(性质)组织经济基础的财产刑,没有考虑犯罪主体(国家机关工作人员)的特殊性而对包庇、纵容黑社会(性质)组织罪设置不同于窝藏、包庇罪等不同的法定刑;我国现行刑事诉讼法律没有针对涉黑

〔21〕 来源于 G 市人民检察院为 2010 年 4 月 27 日“涉黑性质犯罪与法律控制”理论研讨会所提交的《G 市检察机关“打黑除恶”情况汇编》。

〔22〕 冯树梁:《中国预防犯罪方略》,847 页,北京,法律出版社,1994。

性质犯罪特别规定污点证人制度以及监听、刑事特情侦查、卧底侦查、诱惑侦查、秘密录音录像、秘密搜查等秘密取证制度。如此等等的立法不完善,在很大程度上会带来行业治理、基层行政执法、对罪犯的打击和对刑释解教等闲散人员的帮扶等的不力。这里的治理对策的不科学,主要是指没有很好地贯彻社会治安综合治理政策、宽严相济和“打早打小”等政策,从而使“打黑除恶”成为阶段性的工作,致使专项工作结束以后,那些没有被打击的黑恶分子或者那些被刑释解教的涉黑人员,很快又组成新的黑恶团伙,肆无忌惮地实施违法犯罪活动,从而使黑恶势力得不到长久遏制并出现循环式发展。因此,要建立防治中国大陆社会(性质)组织犯罪长效机制,就必须完善相关立法制度与治理对策。

三、防控中国大陆黑社会性质组织犯罪的主要对策

基于以上分析,要建设法治社会,尚需通过创新社会管理,有效施行社会综合治理,预防和化解社会矛盾,其中,最关键的是有效贯彻“打早打小”的防控对策和宽严相济的刑事政策、坚持打黑与反腐相结合的治本措施和营造积极健康的城乡新文化氛围。

(一) 坚持社会综合治理,是有效防控中国大陆黑社会性质组织犯罪的基本对策

对于涉黑组织犯罪在内的涉黑组织犯罪,“严打”式的集中打击,都只是治标不治本的权宜之计。如果说当今中国的涉黑组织犯罪主要是改革开放的产物的话,则纵观改革开放后的打黑斗争,除了1983年8月至1986年年底的“严打”斗争、1994年7月至1995年2月的“严打”整治斗争、1996年4月至8月的“严打”斗争、1996年12月至1997年2月的“冬季行动”、2001年4月至2002年12月的全国“严打”整治斗争、2002年3月至2003年4月的继续深化“严打”整治斗争外,已有两次全国性的打黑专项斗争,即2000年12月至2001年10月的全国打黑除恶专项斗争和2006年2月至2009年7月的全国打黑除恶专项斗争。然而,这些“严打”斗争和打黑专项斗争,虽然均取得了阶段性的重大成果,但终究还是没有较好地解决涉黑组织犯罪及社会治安问题。一方面,一些地方的团伙被打掉后迅速出现了替代者,一些黑恶分子刑释后又组成新的团伙,变本加厉违法作恶;另一方面中国大陆社会(性质)组织犯罪往往也会根据经济和社会的发展,出现许多新的趋势。因此,要“治本”性地防控黑恶势力,必须建立打防结合的长效机制。但

专项斗争只是“严打”式打黑模式,同样不是防控涉黑组织犯罪的长效对策。要真正铲除涉黑组织犯罪滋生蔓延的土壤和条件,使社会健康正常地发展,使城乡居民安居乐业,就必须寻找和构建防控涉黑组织犯罪的长效对策。

从理论上,防控涉黑组织犯罪对策,应是“加强社会治安综合治理,打防结合,预防为主”。其中,关键在于“宜早不宜迟,宜小不宜大,宜攻不宜守,宜宽不宜严,露头就打”,即坚持“打早打小”的防控对策,以预防和化解社会矛盾和将涉黑组织犯罪解决在萌芽状态。一方面,对涉黑组织犯罪,一经发现,就重拳出击、斩草除根;另一方面,要建立常态化的制度体系,始终形成对涉黑组织犯罪的常态打击,包括完善相关立法制度与治理对策。

以上“打早打小”对策,具体表现在:在刑事司法上,严格按刑法的规定,实事求是地对待和处理涉黑势力,其中,对于符合刑法关于黑社会性质组织犯罪规定的,按黑社会性质组织犯罪予以定罪处罚;对于不符合刑法关于黑社会性质组织犯罪规定但符合一般共同犯罪规定的,按一般共同犯罪规定定罪处罚;对于只符合有组织犯罪以外的单个犯罪规定的,按单个犯罪定罪处罚;对于既不符合有组织犯罪规定,也不符合单个犯罪规定的,不予定罪处罚。在行政执法上,严格依法有效处置行业管理中的各种不良现象,采取严格措施避免和打击各种积极或消极包庇、纵容、放纵不良现象发展转化为涉黑组织犯罪。基于法治社会建设的理念,行政执法意义上的“打早打小”比刑事司法意义上的“打早打小”更为重要,并由此决定了,要有效地防控涉黑组织犯罪,就必须使各行政执法机关严格依法有效执法,贯彻“零容忍”观念,防止在自己职责范围内包庇、纵容、放纵不良现象的存在和涉黑组织犯罪的形成。

同时,既然社会控制乏力,特别是基层行政执法和行业治理不力,为大陆社会(性质)组织犯罪的滋生蔓延提供了机遇,既然社会帮扶制度的不完善,为大陆社会(性质)组织犯罪的滋生蔓延提供了人员来源,那么要有效防控涉黑组织犯罪,就必须加强城乡基层行政执法和行业监管等方面的社会控制能力,必须构建完善的社会帮扶制度,以净化滋生涉黑组织人员来源的不良环境。在社会帮扶制度的构建中,刑满释放人员的社会化问题,是其中的重点问题。这种人的一定时期与社会隔绝的监狱生活,使得他们无法重新融入社会。一方面他们自己心理的阴影和自卑使他们不想或不能同社会成员打成一片;另一方面因他们的罪恶背景而使社会成员有意或无意地远离他们。如此社会隔离,使他们无法在社会上

正常地工作和生活,而往往是破罐子破摔,进一步跌入更严重犯罪的深渊。

(二) 正确和有效贯彻宽严相济的刑事政策,是预防和化解社会矛盾并防控中国大陆黑社会(性质)组织犯罪的政策措施

宽严相济刑事政策是我国的基本刑事政策,其实质是通过针对不同犯罪分子处理上的区别对待,缩小刑法打击面,把刑罚打击的“好钢”用在真正需要用刑罚打击的犯罪分子的“刀刃”上,从而减少社会对立面,促进社会和谐稳定。如此政策,是我国刑事立法、司法都必须遵循的基本指导思想,对如何制定和适用刑事立法、对如何预防和化解社会矛盾,均有着非常重要的现实意义。虽然在理论上对如何理解宽严相济刑事政策有争议,但在司法上完全可把它理解为,在罪刑法定、罪责刑相适应和刑法面前人人平等刑法基本原则下,对具体犯罪和犯罪人区别对待、宽严结合,以实现打击犯罪与构建和谐有机统一。据此,对于严厉打击涉黑组织犯罪来说,这并不是一味“严”,而是当宽则宽、当严则严、宽严相济。其中,对于那些在涉黑组织犯罪中起主要作用、人身危险性较大的组织者、领导者、骨干成员等,应严厉打击,决不手软;但对那些因好奇、无知、胁迫、诱骗、义气等在组织中不起主要作用、人身危险性相对较小者,应“宽”地予以处理。在这里,对人身危险性较小者尽可能地适用非监禁刑,是防控轻微涉黑者再次走上违法犯罪道路和分化瓦解黑社会性质组织的重要对策。在这 11 个案件中,有很多组织成员就是曾经有轻微犯罪而被判处短期自由刑后,因难以重新融入社会而被张某庆等纠集的。而相反,对于这些人,用宽大的政策和刑罚予以处罚,使他们在社会工作和生活中接受教育、改造,因始终没有脱离社会而有利于他们走上正常的工作和生活道路。

(三) 坚持打黑与反腐相结合,是预防和化解社会矛盾并防控中国大陆黑社会(性质)组织犯罪的治本措施

既然国家工作人员充当“保护伞”,为中國大陸社会(性质)组织犯罪的滋生蔓延提供了权力堡垒要有效,那么要有效防控涉黑组织犯罪,将打黑与反腐有机地结合在一起,深挖涉黑组织幕后的“保护伞”,是建立防控中国大陆黑社会(性质)组织犯罪机制的关键所在。这一点,早就为许多国家打击涉黑等组织犯罪的基本战略。从世界各国及我国各省市的打击黑社会(性质)组织犯罪的经验来看,不反腐的“打黑”是不彻底的。“保护伞”既是腐败的突出表现,也是涉黑组织犯罪发展壮大的重要影响因素。第三次全国性打黑除恶专项斗争的第三次“打黑除恶”

专项斗争之所以能够取得重大成效并为世人所瞩目,其重要原因就是将“打黑”与“反腐”有机地结合在一起,深挖黑社会性质组织幕后的“保护伞”。

对于如何实现“打黑”与“反腐”相结合,从第三次全国性打黑除恶的经验来看,关键是坚持“四心”,即决心、民心、信心和责任心。首先是党政和法律部门要真正有决心“打黑”和“反腐”;其次是在“打黑”和“反腐”中要注重调动民众的参与和积极性,赢得民心的支持;再次是在贯彻“打黑”与“反腐”的决策时,要选拔敢打、能打、善打的“打黑”与“反腐”队伍,只有这样才能把“打黑”和“反腐”有效地贯彻下去,才能获得有效“打黑”与“反腐”的信心;最后是针对所有“打黑”与“反腐”工作人员,包括各种行政执法人员和司法工作人员,都要有责任心对待自己的职责。应当说,以上“四心”,是构筑防控涉黑组织犯罪的坚强堡垒。

(四) 弘扬社会正气和营造积极健康的地方文化氛围,是预防和化解社会矛盾并防控中国大陆黑社会(性质)组织犯罪的文化措施

既然市场经济的多元化价值观冲突,特别是满足需要方式的异化,为中国大陆黑社会(性质)组织犯罪的滋生蔓延提供了精神动力,以及“亚文化”的不良影响,为中国大陆黑社会(性质)组织犯罪的滋生蔓延提供了凝聚力支持,那么要有效防控涉黑组织犯罪,就必须弘扬主流文化和有针对性地社会主义利益观、人生观、价值观教育,以在一定程度上防控满足需要方式的异化而为涉黑犯罪滋生蔓延提供精神动力和凝聚力支持。毕竟,防控涉黑组织犯罪,是一项长期而又艰难的工作,没有民众的积极参与,是难以实现对涉黑组织的“打早打小”。第三次全国性打黑除恶之所以取得如此成绩,在很大程度上是由于其通过多种便捷有效方式,挤压以上不良“亚文化”的影响,而发动民众积极参与其中。不可否认,某些“亚文化”是地方文化长期发展的产物,带有深厚的地域根基,不可主观废弃,何况,它也有很多可进行正确引导而发挥积极作用的方面,如崇尚孝敬父母,不排除,提倡侠义与互助共济,提倡“有饭大家同吃,有难大家同当”等,都是具有积极意义和充分弘扬的方面。但同时,我们也必须正视其消极方面,如整天休闲娱乐、不求上进、到处以“哥们义气”拉帮结派,在派别内等级森严、形同主仆等,也确实为涉黑组织犯罪的滋生和发展壮大提供了温床。对此,应采取社会管理创新措施,进行正确引导和改造,以营造积极上进的城乡新文化。

我国打黑除恶工作的法治检视和思考

彭新林* 王天保**

一、我国黑恶势力犯罪的演变与发展

(一) 中华人民共和国成立前:黑恶势力犯罪的产生和形成

在 1949 年中华人民共和国成立以前,帮会和黑社会组织就一直存在过。早在清代,就有天地会、哥老会和青帮三大帮会组织。天地会是洪二和尚郑开于乾隆二十六年(1761 年)在福建云霄高溪观音亭所创立;哥老会由嘯嚕逐渐演化而成,嘯嚕最早是雍正末、乾隆初进入四川的外省移民和四川本省游民所结成的武装抢劫集团;青帮由咸同年间漕运水手行帮演变而成,而且与秘密教门罗教有着密切关系。^{〔1〕}民国初年,帮会势力一度恶性膨胀,如最为著名的以黄金荣、杜月笙和张啸林为首的青帮三大亨,尽管当时还仅仅是外国殖民者手下豢养的打手,在国内政治舞台上还没有形成气候,但其帮会组织已具备了黑社会组织的结构和特点,成为上海滩最大的黑帮。上海青帮利用黑白两道的地位,攀附洋人、勾结官

* 北京师范大学刑科院中国刑法研究所副所长、副教授,中国刑法学研究会副秘书长。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院硕士生。

〔1〕 参见秦宝琦:《江湖 300 年:从帮会到黑社会》,1~2 页,北京,中国社会科学出版社,2011。

僚政客,广收门徒,不断扩充势力,不仅大肆从事鸦片走私,经营赌场、妓院,而且也经营合法工商业、金融业,并且把触角伸入了演艺界。在蒋介石发动的“四一二”政变中,以三大亨为首的上海青帮投靠国民党当局,成为反共的打手,为国民党当局反共立下了汗马功劳,成了国民党政府的统治基础,“四一二”事变可以说是上海青帮从旧式帮会向黑社会蜕变完成的标志。^{〔2〕}一言以蔽之,经过清末民初的风风雨雨和民国时期的打打杀杀、政治投机,上海青帮终于从一个下层群众的帮会组织逐步完成了向黑社会组织的蜕变。至于上海青帮三大亨最后不同的人生结局,黄金荣愿意悔过却难以自新,杜月笙晚年凄凉客死香港,张啸林暴毙在军统枪口下,这是后话。

(二) 中华人民共和国成立后至 20 世纪 70 年代:黑恶势力犯罪基本绝迹

中华人民共和国成立初期,建立了工会、农会等劳动者的组织,帮助广大穷苦百姓解决就业和生活问题。帮会以往那种互助和抗暴的功能已经失去了作用,帮会的组织也就不再有存在的理由,因此人民政府便命令帮会和黑社会组织自行解散,对于有罪恶的帮会头子则予以惩处;对于一般帮会成员,则帮助他们解决生计问题,使之重新回到劳动人民当中。一般的帮会和黑社会的头子失去了群众基础,成了光杆司令,也就无法同共产党和人民政府相抗衡,只好接受改造,重新做人,成为自食其力的劳动者。^{〔3〕}应当说,中华人民共和国成立前的帮会和黑社会组织的一般成员,原本也是底层社会的穷苦大众,由于他们的生存权利和基本利益的不得保障,才被迫铤而走险,走上和主流社会相悖离或对立的道路。正是考虑到这一点,中华人民共和国成立后,人民政府对帮会和黑社会组织采取的基本政策是令其自行解散,对一般成员进行改造,使其成为自食其力的劳动者;而对顽固不化、血债累累的黑恶势力头子则坚决予以镇压。早在 1949 年中华人民共和国成立前夕,毛泽东主席带领部属“赴京赶考”进驻北平,看到妓院林立、黑道猖獗、满目疮痍,怒不可遏,对时任公安部部长兼北京市公安局长的罗瑞卿说:“新中国决不允许娼妓遍地,黑道横行!”不久,北京市各界人民代表大会就通过了“立即封闭一切妓院”的决议。罗瑞卿在 1949 年 11 月 12 日北京市公安局集体办公会议上宣布:“为了彻底消灭城市的封建势力,解放妇女,我们对妓院必须坚决封闭

〔2〕 参见秦宝琦:《江湖 300 年:从帮会到黑社会》,第 1 章,北京,中国社会科学出版社,2011。

〔3〕 参见辛华:《上海青帮三大亨的结局》,载《牛城晚报》,2011-03-09。

取缔,并依法惩办那些罪大恶极或有较多血债的妓院老板。”^{〔4〕}同年11月22日凌晨,北京市一夜之间关闭了全市224家妓院,集中拘留了400多名老板,收容了1268名妓女。解救出来的妓女,政府给她们检查身体、治病,组织学习生产技术,让她们掌握谋生之道,很多人都去了纺织厂工作。中华人民共和国成立初期,全国各地还结合当时的清匪反霸、镇压反革命运动,对于黑恶势力犯罪采取了严厉而坚决的打击政策与镇压措施,以帮会为代表的黑恶势力组织遭到毁灭性打击,社会治安明显好转,人民群众拍手称快,取得了良好的政治和社会效果。例如,1951年5月18日至20日北京市政府召开各界人民代表、政协委员联席会议,对市公安局提交的恶霸案卷进行审查,一致同意对天桥恶霸张德泉、福德成、孙永珍、林文华等恶霸处以死刑。当北京市公安局宣读“三霸一虎”(东霸天张德泉、西霸天福德成、南霸天孙永珍、林家五虎之一林文华)残害14条人命的罪状时,“枪毙三霸一虎”“为死难同胞报仇”口号响彻会场。^{〔5〕}可以说,中华人民共和国成立初期人民政府对帮会和黑社会组织正确政策以及对黑恶势力的严厉打击,不仅使全国反对黑社会势力的斗争取得了决定性胜利,而且对于正确解决人民内部矛盾、维护当时的社会稳定,使人民群众建立起对新政权的信心,均起到了非常重要的作用。可以说,在很大程度上,直接换来了20世纪50年代至70年代黑恶势力犯罪组织的基本绝迹。

(三) 改革开放以后至20世纪90年代初期:黑恶势力犯罪死灰复燃

自20世纪80年代初期以来,国家实行改革开放的政策,随着经济体制改革的推进和社会的转型,境内诱发犯罪的因素大量增长,境外的黑社会势力也开始渗透到中国境内,到20世纪80年代中后期出现了流氓恶势力逐渐演化成黑社会性质组织这样的犯罪现象,黑恶势力犯罪在中国社会死灰复燃,呈现故态复萌的趋势。特别是1983年“严打”之前,以流氓集团犯罪为主的黑恶势力组织犯罪形式,为黑犯罪性质组织犯罪在中国内地的死灰复燃奠定了基础。如1983年6月16日发生了一起新中国罕见的特大凶杀案,8名犯罪分子连续作案10多个小时,他们杀死的27名无辜群众上至75岁下至2岁,其中男性19人,女性8人。多名女青年被强奸、轮奸。这一团伙还犯有抢劫罪、爆炸罪。同年7月17日,时任公

〔4〕 参见周海滨:《长子罗箭回忆父亲:“打黑”公安部部长罗瑞卿》,载《中国经济周刊》,2009-11-27。

〔5〕 参见董世贵:《北京12小时封闭妓院 毛泽东:决不允许娼妓遍地》,载《大地》,2009年10月24日。

安部长刘复之在北戴河向邓小平汇报了严重的治安状况,邓小平当即指出:对于当前各种严重的刑事犯罪要严厉打击,要从重从快。^{〔6〕}1983年8月25日,中共中央发出《关于严厉打击刑事犯罪的决定》,提出从现在起,在三年内组织三次战役。于是,声势浩大的“严打”斗争在全国拉开帷幕。虽然经过1983年“严打”,但这一时期已经复活的黑恶势力犯罪的基础没有得到根本性的根除。在这一时期,比较典型的黑恶势力犯罪案件,当属“东北乔四集团案”,^{〔7〕}乔四集团不仅是当时哈尔滨黑恶势力的龙头,也是东北最大的黑恶势力团体,他们有着20多个分舵、上千名打手,到处烧杀抢掠、收保护费和强奸妇女,当时人们说乔四是“夜夜做新郎”,可谓横行一时。多行不义必自毙,乔四集团的罪恶行径终于惊动了中央领导,乔四手下的19个主要人物先后落入法网,包括乔四在内的14名犯罪集团骨干于1991年6月被判处死刑立即执行。随着乔四的处决,20世纪80年代中后期哈尔滨乃至东北最大的黑恶势力犯罪集团结束了。

(四) 20世纪90年代初至21世纪初期:黑恶势力犯罪开始猖獗

20世纪90年代后,我国正处在经济转轨、社会转型时期,各项制度新旧交替之际,许多黑恶势力组织如雨后春笋般涌现,有的组织帮规严酷、有一定经济实力,在一些城市和乡村称霸一方,无恶不作,残害群众,严重危害社会治安,人民群众对此深恶痛绝。与过去相比,这一时期的黑恶势力蔓延四处、发展加快,活动更加猖獗,成为当时影响我国社会治安的一个突出问题。这一阶段,比较有代表性的黑恶势力犯罪案件当推一度轰动全国的“沈阳刘涌黑社会性质组织案”。刘涌从1995年年末至2000年7月初被沈阳警方打掉,在四年半时间里,纠集一批有前科劣迹的人员充当打手,勾结一些基层民警和个别腐败分子入伙作“保护伞”,购买大量枪支弹药和管制刀具,以打、砸、砍、杀等暴力手段滥伤无辜,暴敛钱财,严重影响了人民群众生命和社会稳定。以刘涌为首的带有黑社会性质的犯罪集团,作案47起,致死致伤42人,其中死亡1人,重伤16人,其中刘涌参与和单独作案32起,造成1人死亡、多人伤残及巨额财产损失等严重后果。^{〔8〕}2002年4月17日,刘涌被辽宁省铁岭市中级人民法院以组织、领导黑社会性质组织罪

〔6〕 参见“83年严打记忆:中国最严厉的一次严打”,http://news.ifeng.com/history/1/jishi/200901/0121_2663_979164.shtml

〔7〕 参见元坤编著:《中国二十年重案追踪》,2~17页,西安,中国长安出版社,2011。

〔8〕 参见最高人民法院(2003)刑提字第5号《刑事判决书》。

等多项罪名一审判处死刑,后又“一波三折”,辽宁省高级人民法院终审改判刘涌为死缓,最高人民法院依照审判监督程序对刘涌一案提起再审后,又重新判处刘涌死刑立即执行。

(五) 21 世纪初期至今:黑恶势力犯罪仍处在活跃期

当前,我国正处于人民内部矛盾凸显、刑事犯罪高发、对敌斗争复杂的时期,虽然经过多年的专项打击,滋生、发展黑恶势力的土壤和环境仍然存在,黑恶势力犯罪活动仍然处于活跃期的基本态势没有改变,尤其是近年来黑恶势力犯罪的发展出现了一些新特点、新情况,犯罪的破坏性不断加大,犯罪分子逃避法律制裁的行为方式不断变换,对经济、社会生活秩序和基层政权建设都构成了严重威胁。在实践中,黑恶势力组织犯罪手段更加隐蔽,向政治领域渗透明显,如通过进行社会公益活动等,为其头目获得一定的政治地位,使其以民意代表的身份得以直接插手或者干扰地方政治和经济管理实务;组织化程度进一步提高,“企业化”“公司化”趋势显著,往往以公司、企业掩盖黑恶组织,用合法幌子掩盖非法手段,用公司利润掩盖非法暴利;犯罪的国际化趋势日益明显,跨境跨区域勾连聚合,境外黑社会组织渗透活动严重;黑恶势力千方百计拉拢、腐蚀国家工作人员为其犯罪行为提供保护,政黑勾结进一步紧密,一些黑恶势力之所以能“坐大成势”,横行十多年乃至数十年,就是因为黑恶势力组织与“保护伞”形成了利益同盟关系。这一时期比较有代表性的黑恶势力犯罪案件,如宋留根组织、领导黑社会性质组织案,以宋留根为首的黑社会组织犯罪团伙,是新中国成立以来河南省最大的黑社会性质组织团伙,该团伙采取杀人、绑架、伤害、敲诈勒索、非法拘禁、赌博、组织卖淫等犯罪手段,疯狂作案 200 余起,杀死 15 人,打伤打残 100 余人,年均牟取暴利 3000 万元。警方已收缴团伙成员用于作案的枪支有 10 余支,子弹 2400 余发,汽车 61 辆,追缴、冻结黑金赃款近 1000 万元。^{〔9〕}2005 年 4 月 25 日,宋留根因犯组织、领导黑社会性质组织罪等多项罪名,被河南省许昌市中级人民法院押赴刑场,执行枪决。

二、全国“打黑除恶”专项斗争的开展

黑恶势力犯罪活动直接侵害人民群众生命财产安全,破坏社会治安稳定,扰

〔9〕 参见马洪涛等:《河南最大黑社会组织头目宋留根庭审目击》,载中央电视台经济频道《经济半小时》,2005 年 1 月 22 日。

乱社会经济秩序,腐蚀党政司法干部,败坏党风、政风和社会风气,阻碍改革开放和经济建设的顺利进行,是影响人民群众安居乐业的一大祸患。因此,必须坚决地开展打黑除恶斗争,遏制其滋生蔓延的态势。党中央和国务院历来高度重视对黑恶势力犯罪问题,要求各级党委、政府和政法机关从维护社会稳定的高度,坚决铲除黑恶势力,维护社会治安大局稳定。

早在改革开放初期,当时国家的治安形势比较严峻,人们渴望国民经济的腾飞,渴望社会治安根本好转的愿望是强烈的,当时的国家领导人也希望通过类似于解放初期“镇反运动”等方式,使中国的社会治安恢复到五六十年代的“路不拾遗,夜不闭户”的状态。另外,王志刚北京火车站爆炸案、姚锦云天安门广场驱车杀人案、廊坊王云龙驱车杀人事件、冯大兴盗窃杀人案、承德李煦等流氓结伙轮奸少女案等大案要案震动中央领导。1983年7月19日,邓小平同志在北戴河同公安部部长刘复之谈话中,明确指出:“刑事案件、恶性案件大幅度增加,这种情况很不得人心。为什么不可以组织一次、二次、三次严厉打击刑事犯罪活动的战役?”8月25日,中共中央发出《关于严厉打击刑事犯罪活动的决定》,提出从现在起,在三年内组织三个战役。公安机关也提出“三年为期实现社会治安的根本好转”的口号。由此拉开了全国严厉打击刑事犯罪的“三大战役”的序幕。^{〔10〕}在“严打”过程中,公安机关对黑恶势力犯罪采取了“打早打小,露头就打”的方针,打掉了一批死灰复燃、影响恶劣的黑恶势力犯罪组织,取得了初步成效,在一定程度上遏制了黑恶势力犯罪故态复萌的势头。

及至20世纪90年代初,随着改革开放力度加大,商品经济大潮奔涌的影响,一些犯罪团伙、黑恶势力犯罪活动开始猖獗,全国治安形势依然相当严峻,刑事犯罪和其他治安问题有增无减,不少地方人民群众缺乏安全感。1991年1月15日,中央政法委员会在山东烟台召开了全国社会治安综合治理工作会议;同年2月19日,党中央、国务院做出了《关于加强社会治安综合治理的决定》,明确指出要“依法严厉打击严重危害社会治安的刑事犯罪分子,及时查处、取缔‘六害’活动,坚决防止境外黑社会势力和丑恶现象侵入。”同年11月召开的第18次全国公安会议,也明确将“坚持打击流氓犯罪团伙和严重暴力犯罪集团,绝不能使黑社会

〔10〕 参见张荆:《北京社会治安六十年》,第1章,北京,科学出版社,2008。

组织和境外的犯罪集团在我国存在和发展”^{〔11〕}作为 20 世纪 90 年代公安工作的基本任务。时任公安部部长陶澍在该次会议上更是强调:“公安机关要特别注意打击犯罪团伙和黑社会组织,绝不能让他们形成气候!”^{〔12〕}在中央领导的高度重视和公安部的正确部署下,全国公安机关相继侦破了一大批黑社会性质组织,如成功打掉了东北“乔四”黑恶势力集团、吉林省梁旭东黑恶势力集团等一批影响巨大的黑恶势力犯罪组织。这一时期,为了适应打击黑恶势力犯罪的需要,1997 年我国刑法修订时首次^{〔13〕}在立法中设专条(第 294 条)规定了三个黑社会性质组织犯罪的罪名,分别是“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”“入境发展黑社会性质组织罪”和“包庇、纵容黑社会性质组织罪”,为公安司法机关打击黑恶势力犯罪提供了明确的法律依据。20 世纪 90 年代的“打黑除恶”,是当时社会治安综合治理以及严厉打击刑事犯罪活动的重要组成部分,陆续摧毁了一大批黑恶势力,查处了一批黑恶势力背后的“保护伞”,打击了境外黑社会组织渗透活动,取得了丰硕成果。

至 21 世纪初,由于我国市场经济体制和社会防范管理机制还不健全,以及组织结构、利益关系的深刻调整,加之境外黑恶势力的渗透等多种因素的影响和诱发,黑恶势力犯罪并没有得到有效根除,仍在不断滋生蔓延,并且日益向经济、政治等领域渗透。正是在这种情况下,中央酝酿在全国范围内开展首次“打黑除恶”专项斗争。2000 年 11 月 19 日,公安部向党中央、国务院提交了《公安机关关于开展全国“打黑除恶”专项斗争有关工作情况的报告》。党中央、国务院对公安部的报告高度重视,很快做出决策:“针对当前我国一些地方黑社会性质组织和黑恶势力违法犯罪活动猖獗的情况,公安部要从 2000 年 12 月到 2001 年 10 月,组织全国公安机关开展一场‘打黑除恶’专项斗争,集中打击黑恶势力的违法犯罪活动。”公安部也迅速成立了“全国公安机关‘打黑除恶’专项斗争领导小组”,各省、自治区、直辖市公安厅、局也成立专项斗争领导小组,全力以赴搞好专项斗争。^{〔14〕}

〔11〕 参见李琰编著:《打黑除恶——中国大力开展扫荡黑社会斗争》,16 页,长春,吉林出版集团有限责任公司,2010。

〔12〕 同上书,17 页。

〔13〕 我国 1979 年刑法没有“黑社会性质组织”这个概念,也未明确规定黑社会性质组织犯罪的罪名,当然这与当时黑恶势力犯罪的基本绝迹以及社会治安形势是密切相关的。

〔14〕 参见于滨:《决不让黑恶势力在中国坐大——公安部“打黑除恶”专项斗争综述》,载《瞭望新闻周刊》,2003(26)。

同年12月4日,最高人民法院及时出台了《关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体适用法律若干问题的解释》,对《刑法》第294条规定的有关内容进行了详细解释,为依法惩治黑社会性质组织的犯罪活动,更好地认定、审理黑社会性质组织犯罪案件提供了有力武器。至此,全国范围内首次“打黑除恶”专项斗争拉开帷幕。

2001年4月,中央召开全国社会治安工作会议,决定将“打黑除恶”专项斗争并入为期两年的“严打”惩治斗争,并将专项斗争的时间延长两年(至2003年4月)。自2001年开展以“打黑除恶”为龙头的“严打”整治斗争以来,全国公安机关掀起了更为猛烈的打黑除恶风暴,两年来先后摧毁了河北省李建设、山西省宋魁祥、辽宁省刘涌、河南省宋留根等一批黑社会性质组织,铲除了一大批“街霸”“村霸”“市霸”等黑恶势力。同时,对境外黑社会组织渗透活动也给予了有力打击,香港张子强、澳门叶成坚等一批黑恶势力犯罪集团在境内覆灭,一批境外黑社会组织入境渗透人员被查处,打黑除恶工作取得了很大成绩。据公安部的统计显示,在这次专项斗争中,600余个多年以来霸占一方、拉拢腐蚀党政干部、无恶不作、民愤极大的公安部挂牌督办的黑社会性质组织被摧毁,1万多个街霸、村霸、菜霸、市霸等黑恶势力被打掉;各地公安机关摧毁的黑恶势力盘踞的高利润、高回报行业和场所,共收缴没收的黑社会性质组织资产价值达5.3亿元人民币,查封的黑社会性质组织开办的经济实体646个、经营的赌场909个,以及霸占的集贸市场301个、建筑工程144个、矿山154个。^{〔15〕}由上可以看出,两年多时间的全国首次“打黑除恶”专项工作,取得了辉煌战绩,沉重打击了黑恶势力的嚣张气焰,有效遏制了黑恶势力犯罪在我国的滋生蔓延势头,为保持社会和谐稳定发挥了重要作用。另外,特别值得一提的是,为解决实践中司法机关对“黑社会性质组织”认定的分歧,应最高人民检察院的要求,全国人大常委会于2002年4月对《刑法》第294条第1款规定中“黑社会性质的组织”的含义做出了立法解释,明确了认定“黑社会性质组织”必须具备的四个特征。以此为契机,全国“打黑除恶”工作的开展以及法制保障都进入了一个良性发展的阶段。

前文已述,21世纪初期两年多的“打黑除恶”专项斗争,取得了很大成绩,有效遏制了黑恶势力犯罪在我国的滋生蔓延势头。当前,我国已进入改革发展的关

〔15〕 参见于滨:《决不让黑恶势力在中国坐大——公安部“打黑除恶”专项斗争综述》,载《瞭望新闻周刊》,2003(26)。

键时期,经济体制深刻变革,社会结构深刻变动,利益格局深刻调整,思想观念深刻变化。在这样的历史条件下,黑恶势力犯罪也出现了一些新的变化和特点,黑恶势力犯罪仍然比较活跃的基本态势尚未改变,特别是受国际金融危机的影响,各种社会消极因素和矛盾明显增多,在一定程度上也助长了黑恶势力的滋生和发展。在这种情况下,继续深入推进“打黑除恶”专项斗争就非常必要。基于此,2006年2月22日,中央政法委在京召开全国“打黑除恶”专项斗争电视电话会议,再次部署开展打黑除恶专项斗争。时任中共中央政治局常委、中央政法委书记罗干出席会议并在讲话时强调,要在以胡锦涛同志为总书记的党中央坚强领导下,全面落实科学发展观,在全国范围内有重点地开展“打黑除恶”专项斗争,依法严惩黑恶势力犯罪,建立健全打黑除恶长效工作机制,推进各项社会治安工作,实现社会治安持续稳定,为“十一五”规划的顺利实施、为全面建设小康社会创造良好的社会环境。^{〔16〕}自2006年2月中央政法委部署开展全国“打黑除恶”专项斗争以来,各地区、各有关部门认真贯彻落实罗干同志在全国打黑除恶专项斗争电视电话会议上的重要讲话精神和中央政法委《关于进一步深化全国打黑除恶专项斗争的工作意见》,精心组织,周密安排,向黑恶势力发起凌厉攻势,取得了明显成效。截至2009年7月,全国公安机关共侦办涉黑案件1221起,打掉恶势力12850个,抓获犯罪嫌疑人8.7万多名,破获各类刑事案件10万余起,缴获各类枪支2500多支;检察机关公诉涉黑案件1000起;人民法院宣判涉黑案件689起,有力地震慑了黑恶势力犯罪。^{〔17〕}2009年7月15日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部还在北京联合召开了办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会,会议总结了各级人民法院、人民检察院和公安机关办理黑社会性质组织犯罪案件所取得的经验,分析了当前依法严惩黑社会性质组织犯罪面临的严峻形势,研究了办理黑社会性质组织犯罪案件遇到的适用法律问题,就人民法院、人民检察院和公安机关正确适用法律,严厉打击黑社会性质组织犯罪形成了具体意见,^{〔18〕}并将《最高人民法院、最高人民检察院、公安部办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》下发。上述《座谈会纪要》的印发,有助于公安司法机关正确理解和适用刑法、立法

〔16〕 参见邹声文:《罗干出席全国打黑除恶专项斗争电视电话会议》,新华社,2006-02-22。

〔17〕 参见“孟建柱:保持主动进攻高压态势 纵深推进打黑除恶”,新华社,2009-07-08。

〔18〕 参见最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于印发《最高人民法院 最高人民检察院 公安部办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》的通知(法〔2009〕382号)

解释、司法解释关于黑社会性质组织犯罪的规定,依法及时、准确、有力地惩治黑社会性质组织犯罪,有力配合了全国“打黑除恶”专项斗争的纵深推进。2010年10月15日,为了进一步规范法院系统的打黑除恶工作,确保黑恶势力犯罪案件的审判工作取得更好的法律效果和社会效果,最高人民法院还下发了《关于人民法院深入推进打黑除恶专项斗争的工作意见》,对今后一个时期人民法院的打黑除恶工作做出了有针对性的部署。2011年2月25日,第11届全国人民代表大会常务委员会第19次会议通过的《刑法修正案(八)》,又对1997年《刑法》的49个条文进行了修改、补充和完善,其中将2002年全国人大常委会对“黑社会性质组织”的法律解释纳入了刑法,即对“黑社会性质组织”的特征在法律上做出明确规定。同时,增加规定了财产刑,加强了对黑恶势力犯罪的打击力度。由此可见,近些年来,中央关于“打黑除恶”的专项斗争力度是大的,成绩也是有目共睹的,一直保持着对黑恶势力主动进攻的高压态势,纵深推进打黑除恶。

这里特别值得一提的是,自2009年6月以来,重庆市掀起的疾风骤雨般的“打黑除恶”风暴,在全国先声夺人,关注度最高,社会影响最大,质疑和非议也最多。据重庆市公安局、重庆市人民检察院发布的数据显示,自2009年6月重庆开展打黑除恶专项斗争以来,截至2010年1月,该市共抓获涉黑涉恶人员3193人,有14个涉黑涉恶团伙受到致命打击,67名黑恶团伙首犯和骨干分子被抓捕,12名厅官涉黑落马,冻结、扣押、查封涉案资产达21.746亿元。^{〔19〕}另据重庆市高级人民法院日前发布的“白皮书”显示,自2009年6月以来,重庆全市法院一审受理以“涉黑”罪名起诉案件41件687人,公安部挂牌督办案件10件281人;二审受理23件478人。截至2010年3月31日,一审审结30件,占同期一审刑事案件案件审结数的0.16%,判处罪犯520人,占同期判处罪犯数的2%;二审审结13件219人。2009年6月至2010年3月,一审审结数相当于2007年、2008年两年结案数,“涉黑”案件数量大幅上涨。^{〔20〕}涉案人数之多,涉案金额之大,涉案面积之广,可谓“盛况”空前。重庆高调打黑除恶,特别是重庆市公安局原副局长、司法局原

〔19〕 参见“打黑成果”,载《长江日报》,2010年1月25日;田文生:《重庆“打黑”打掉12名“厅官”》,载《中国青年报》,2010年1月7日;朱薇:《重庆打黑:抓获涉黑分子3193名 查扣21亿元涉案资产》,载《重庆时报》,2010年1月19日。

〔20〕 参见重庆市高级人民法院:《重庆的“涉黑”案件审判》(白皮书)。

局长文强^[21]的落马,一再引发民意井喷。在较长一段时间内,重庆“打黑除恶”风暴成为公共空间广泛热议的话题,重庆也成为中国乃至全球舆论的焦点。

三、深入开展“打黑除恶”专项斗争的意义

我国自21世纪初开始的全国范围内的两轮“打黑除恶”专项斗争,铲除了一大批黑恶势力组织,有力地震慑了黑恶犯罪分子,取得了重大成果,为促进转型期社会的和谐稳定做出了重要贡献。深入推进“打黑除恶”专项斗争的意义,主要体现在以下几个方面。

(一) 顺民心、合民意,是坚持以人为本、落实科学发展观的具体体现

当前我国黑恶势力犯罪正处于活跃期,危害十分严重。黑恶势力往往集多种犯罪于一身,显著特点是靠暴力、威胁或者其他手段树立淫威,为非作恶,称霸一方,欺压、残害群众,有组织地多次进行违法犯罪活动。黑恶势力犯罪严重破坏社会治安秩序,危害人民群众的生命财产安全,影响群众安全感,人民群众对此深恶痛绝。打黑除恶可以说顺民心、合民意,是人民群众的强烈要求,亦与人民群众的切身利益息息相关。全国范围内开展的声势浩大的“打黑除恶”专项斗争,成功侦破了一大批黑恶势力犯罪案件,依法打掉了一批黑恶势力,清除了隐藏在政法队伍中的害群之马,取得了有目共睹的成绩。这无疑狠狠打击了黑恶势力的嚣张气焰,有力地维护了当地社会治安秩序的稳定,人民群众是拍手称快的。如2009年10月9日,重庆市长寿区农民易大德在《重庆商报》花10万元刊登整版彩色广告:“铲除黑恶势力,得民心顺民意,向奋战在打黑除恶一线的人们致敬。”^[22]这就在相当程度上反映了老百姓强烈要求打黑除恶的普遍心声,人民群众是衷心拥护打黑除恶的。此外,打黑除恶也是坚持以人为本、贯彻落实科学发展观的具体体现。以人为本是科学发展观的核心,坚持以人为本,就要始终把实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益作为党和国家一切工作的出发点和落脚点,尊重人民主体地位,发挥人民首创精神,保障人民各项权益,走共同富裕道路,促进人的全面发展,做到发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享。开展“打黑

[21] 2010年4月14日,重庆市第五中级人民法院判处文强死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产;同年5月21日,重庆市高级人民法院对文强案二审公开宣判,依法驳回文强的上诉,维持原判。经最高人民法院核准,2010年7月7日文强在重庆被执行死刑。

[22] 参见“重庆市民花10万元刊登整版广告:向打黑致敬”,载《新京报》,2009年10月16日。

除恶”专项斗争是人民群众广泛支持的正义之举,正是坚持以人为本,实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益的重要举措。只有权为民所用、情为民所系、利为民所谋,把老百姓的切身利益放在心上,不惧风险、不怕艰难,持续深入地推进“打黑除恶”专项斗争,最大限度地铲除黑恶势力犯罪滋生蔓延的土壤和条件,切实维护人民群众切实利益,才能让群众喝彩,才能更好地体现以人为本的科学发展观。

(二) 维护社会主义市场经济秩序、创造良好发展环境的迫切需要

从实践中的情况看,黑恶势力多数靠非法敛财起家、具备一定经济实力后,以商养黑,以黑护商,主要盘踞在建筑、运输、商品批发等各类市场,歌舞、洗浴等娱乐休闲场所和餐饮业,有的还渗透到能源、文化等领域,欺行霸市,强取豪夺,采取非法手段攫取巨额经济利益,积极扩张经济实力。如吉林省打掉的桑粤春黑社会性质组织采用非法手段骗取银行贷款2亿元人民币,其中1.7亿元被挥霍。又如辽宁省打掉的以刘涌为首的黑社会性质组织,创办的嘉阳集团涉足商贸、服装、餐饮、娱乐、房地产等行业,下属公司26家,员工2500人,资产7亿元人民币,^[23]而这些资产主要是通过非法掠夺和暴力聚财获得。通过专项斗争打掉黑恶势力组织,摧毁黑恶势力的经济基础,查封黑恶势力的经济实体和场所,收缴没收黑恶势力的资产,坚决遏制其向经济领域扩张,不仅有助于从源头上铲除黑恶势力滋生、发展的土壤和条件,而且对于优化市场经济环境、维护公平、竞争、法治的市场规则,服务经济又好又快发展,促进改革开放和市场经济建设的顺利进行,具有重要意义。

(三) 维护社会治安大局稳定、建设和谐社会的必然要求

当前我国正处于社会矛盾的凸显期和刑事犯罪的高发期,滋生、发展黑恶势力的土壤和环境仍然存在,虽然经过多年的专项打击,但黑恶势力犯罪处于活跃期的基本态势没有改变,分布范围广,涉足领域多,滋生发展快。许多黑恶势力集多种犯罪于一身,涉及故意杀人、故意伤害、寻衅滋事、敲诈勒索、聚众斗殴等多种犯罪,与“黄赌毒枪”合流的趋势也很明显,严重影响社会治安秩序的稳定。特别是近年来,各种社会消极因素和人民内部矛盾明显增多,而且矛盾的关联性、聚合性、复杂性、敏感性和对抗性明显增强,这也在一定程度上助长了黑恶势力的滋生

[23] 参见宗合:《从小混混到黑道老大 刘涌“发家”史》,载《华商报》,2002年04月18日。

和发展。很多群体性事件和突发性事件的发生,就有黑恶势力介入或者在背后推波助澜,有的甚至就是由黑恶势力团伙直接制造、操控,意图要挟政府,谋求经济利益最大化。如果不有效打击和消除黑恶势力,老百姓就难以过上安定日子,就难以维护社会治安大局的稳定,更遑论和谐社会的建设。因此,必须持续深入地推进“打黑除恶”专项斗争,坚决维护良好的社会治安环境,将打黑除恶工作当作一项长效性的工作来抓,从而为建设和谐社会提供坚实保障。目前,全国纵深推进的“打黑除恶”专项斗争,是中央为了维护社会治安稳定、促进和谐社会建设而做出的一项重要决策,对于遏制刑事犯罪高发态势、提高人民群众安全感,维护社会主义市场经济秩序、创造良好发展环境,加强政权建设、巩固党的执政基础,都具有十分重大的意义。

(四) 深入开展反腐败斗争、巩固党的执政基础的重要举措

应当说,黑恶势力与腐败官员往往是一丘之貉,都是政商勾结、权钱交易的行径,都是一荣俱荣、一损俱损的既得利益链条,都让人民群众深恶痛绝。当前,黑恶势力之所以坐大成势,屡打不止,对抗打击能力增强,出现明显的“割韭菜”现象,其中一个很重要的原因就是背后有国家工作人员充当“保护伞”。黑恶势力与“保护伞”就好比是两株相互依存的毒草,黑恶势力背后如果没有国家工作人员“撑腰”,就不可能坐大成势。如辽宁省打掉的刘涌黑社会性质组织就牵扯出沈阳市人民检察院原检察长刘实、沈阳市原中级人民法院副院长焦玫瑰、和平区劳动局原副局长高明贤等一批“保护伞”。这些腐败官员,一些是利用职务或身份形成的地位和影响,指使或斡旋有关职能部门予以包庇,更多的则是直接利用职务之便,赤裸裸地滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊。他们收受或索取黑恶势力各种方式的贿赂,沦为黑恶势力的政治靠山,为黑恶势力实施犯罪提供着有利的外部环境。政商勾结、以黑养商、以红护黑、沆瀣一气,形成强大的利益集团,成为一种新的“无间道”,严重损害党的执政形象,削弱党的执政基础。可见,打黑除恶有利于深入开展反腐败斗争,揪出政法队伍中的“害群之马”,从而更好地维护党的执政形象,巩固党的执政基础,是坚决防止黑恶势力向政治领域渗透,进而巩固党的执政地位的战略决策。打黑除恶不仅是一个维护社会治安的问题,也是一个重要的政治问题,实践充分证明,要深入开展反腐败斗争,就必须把“打黑除恶”专项斗争摆在更加突出的位置,自觉地把打黑除恶与加强政权建设结合起来、与反腐败斗争结合起来、与加强政法队伍建设结合起来,狠狠地打击黑恶势力的“保护伞”,坚决

防止黑恶势力的滋生蔓延。

四、当前我国打黑除恶工作存在的问题

当前全国打黑除恶工作,总的来说取得了明显成效,并向纵深推进,但也还存在少数不适应和被动的地方,打黑除恶工作还面临一些问题。择其要者如下。

(一) 少数地区和部门对打黑除恶工作认识不到位、重视不够

中央开展“打黑除恶”专项斗争的力度是大的,绝大多数地区和部门能够认真贯彻中央部署,对打黑除恶工作立场坚定、态度坚决,充分认识到黑恶势力的严重危害性以及打击的必要性,始终保持着对黑恶势力犯罪严打的高压态势。但也有少数地区和部门的领导干部对黑恶势力的严重危害性认识不高、估计不足、重视不够,担心影响投资环境,害怕打黑除恶阻力大,搞不好收不了场;有的地区甚至掩盖黑恶势力真相,不愿承认本地有黑恶势力,对开展“打黑除恶”专项斗争敷衍应付,没有打掉真正的黑恶势力,更没有把打黑除恶作为控制社会治安大局的重要举措来抓,作为促进社会和谐、确保重要战略机遇期社会稳定的一件大事来抓。“谈黑色变”和“无黑可打”的现象还在一定程度上存在。这些地区的黑恶势力往往猖獗,群众对此反映特别强烈。不难想象,如果不深入开展“打黑除恶”专项斗争,不铲除黑恶势力,任由黑恶势力横行,政府在群众中就会丧失基本的威信,甚至会激化社会矛盾,引发新的社会问题,也难以体现以人为本、执政为民的要求;而且不坚持“打早打小”,不将黑恶势力消灭在萌芽状态、低级层次,黑恶势力一旦坐大成势,就更难打掉,更谈何“斩草除根”。因此各地区和部门应当保持清醒的头脑,要充分认识到黑恶势力的严重危害性,坚持“打早打小,露头就打”,以高度的责任感和紧迫感推进“打黑除恶”专项斗争,铲除黑恶势力滋生的土壤和条件,确保打黑除恶取得实效。

(二) 个别地区打黑除恶没有完全遵守法治原则

黑恶势力为非作歹,祸国殃民,向来为民众所深恶痛绝,司法机关也一直保持了严打态势,这无疑是民心所向,维护社会安定、群众利益的必要举措。但打黑除恶的目的终究是维护法治秩序,守护公平正义,倘若偏离法治的轨道,用“黑打”的思维和方式来“打黑”,本身就是对法治秩序的一种破坏,不但不可避免地造

成错打、误伤,而且也让公平法治蒙羞。^{〔24〕}应当说,在“打黑除恶”专项斗争中,广大政法机关能够坚持实事求是、严格依法办案,做到不枉不纵、不偏不倚,没有偏离法治的轨道,得到了社会的普遍认可。但确实有个别地方的“打黑除恶”专项斗争,虽然声势浩大,成绩不容抹杀,也大体上遵守了法治原则,为全国打黑除恶工作的立法、司法实践提供了一些经验,但还存在不少不尽人意的地方,并没有做到完全遵守法治原则,有些做法甚至在一定程度上与法治精神背道而驰,因而非议和质疑不断。其实,法治既是打黑除恶应当遵守的底线,也是其取得胜利的根本保障。只有善于运用法治思维和法治方式推进“打黑除恶”专项斗争,以法治武器对抗黑恶势力,以常态化的打黑除恶机制取代运动式的打黑除恶风暴,才能有效消弭“黑打”的质疑,才能切实保障好人权,才能推动法律权威的确立,进而带动全社会普遍形成法治思维和法治方式。毕竟,现代法治思维、方式的养成以及法治的进步和发展,并非可以一蹴而就,而是需要我們不断地去关注、去维护、去历练乃至去引导,从而内生于一个国度、一个社会。

（三）相关法律法规尚有不完备之处，执法认识和标准还不够统一，影响了打黑除恶的“稳、准、狠”

虽然《刑法修正案(八)》对涉黑犯罪的条文进行了修改完善,将全国人大常委会关于“黑社会性质组织”的立法解释纳入了《刑法》,并补充规定了财产刑,增强了对涉黑犯罪的打击力度。但对于何为“恶势力”,什么是“保护伞”等,缺乏明确的界定;对恶势力犯罪也没有专门的条文规定,因此司法实践中公安司法机关对“恶势力”和“保护伞”的认定,存在一定的困惑。此外,虽然法律明确界定了“黑社会性质组织”的定义和特征,但由于各地公安司法机关执法的认识以及黑恶势力犯罪证据、犯罪事实要求不一致,把握标准不一样,往往表现在具体个案的定罪量刑上存在很大分歧,其结果要么是造成一些黑恶势力犯罪案件被降格处理、黑恶势力头目被重罪轻判,严重影响了对黑恶势力犯罪的打击力度;要么是一般的犯罪团伙或者共同犯罪被错误定性为黑社会性质组织,从而犯轻罪而被重判,未能做到罪责刑相适应。还有的公检法三机关对某些黑恶势力犯罪案件的定性分歧很大,导致使用强制措施、证人保护措施等方面要求过严,给侦查取证工作以及证人保护工作带来了一定困难,难以起到“稳、准、狠”的打击效果。

〔24〕 参见范子军:《“打黑”成“黑打”让法治蒙羞》,载《大江时评》,2013年5月7日。

（四）打黑除恶的长效工作机制还未完全建立起来

在实践中,有不少地方的打黑除恶,通常是一阵风,“紧一阵、松一阵”的运动式执法比较明显,打黑除恶工作还未实现常态化,打黑除恶以及有效预防黑恶势力滋生的社会环境和长效机制未能建立起来,严重影响了打黑除恶的效果。诚如有学者指出,打黑除恶工作常态化的核心在于打黑除恶工作机制法治化。那就是为打黑除恶工作量体裁衣,精心打造,规定一整套规章制度,并且将责任落实到人,在这基础上,将这些规章制度通过法定的程序上升为法律,使得打黑除恶工作不因领导人的改变而改变,不因领导人的看法和注意力的改变而改变。这样,才能保证黑恶势力一露头就被打,而且,领导人不断变更,而打黑除恶工作却能始终长抓不懈,保持高压态势。^{〔25〕}诚然,根据一个时期的社会治安形势,以及黑恶势力犯罪的新动向、新变化,采取“专项斗争”的形式对黑恶势力犯罪进行集中重拳出击是非常必要的,短期内也收到了立竿见影的效果,广大人民群众是拍手称快的。不过,时刻保持对黑恶势力的高度警惕,坚持“打早打小,露头就打”,建立健全打黑除恶的长效机制,实现常态化的打黑除恶,注重铲除黑恶势力滋生的土壤和条件,将黑恶势力消灭在萌芽、初级状态,对实现社会治安大局的持续稳定和国家的长治久安,具有更为深远的意义,也才是治本之策。

五、推进打黑除恶工作法治化的思考

无可否认,全国“打黑除恶”专项斗争打掉了一大批黑恶势力,清除了政法队伍中的害群之马,成绩有目共睹、可圈可点。不过,自重庆市在全国掀起声势浩大的“打黑除恶”风暴以来,质疑和非议声就不绝于耳,伴随着重庆打黑除恶的整个过程。特别是2009年12月“李庄案”发生以来,网上质疑声更是一浪高过一浪,有的对打黑初衷提出质疑,有的对打黑方式进行批评,有的对司法程序提出诘问,还有的对人权保障表示担忧,这些声音渐渐汇聚,不断进入媒体和公众视野,成为打黑除恶过程中不得不面对的问题。这其实涉及打黑除恶的法治化问题。立足于刑事法治建设的视角,要深入推进“打黑除恶”专项斗争,就必须确保打黑除恶在法治的轨道上运行,使其经得起法律和历史的检验。详言之,应当强调以下几点。

〔25〕 杨涛:《法治化是打黑除恶常态化的保障》,载《法制日报》,2013年7月22日。

（一）打黑除恶应当依法进行，不能运动化和扩大化

打黑除恶如果不依法进行，不恪守法治原则，而通过搞政治运动或者群众运动的方式进行，那么，势必会导致打黑的扩大化甚至变成人们所担忧的“黑打”，这必然也会破坏法制，不利于法治秩序的确立，有悖于依法治国、建设社会主义法治国家的根本要求。例如，2009年6月重庆掀起的“打黑除恶”风暴，声势不可谓不浩大，不仅重庆市委成立了“打黑除恶”专项斗争领导小组，而且政法各部门、纪检监察、组织、宣传、工商、税务、银行等均参与联动，公安机关组织了14个专案组重点突破；该市“打黑除恶”专项斗争进入全面攻坚阶段后，打黑除恶专项行动由最初的14个专案组发展到了200个，参战干警由3000人增加到了7000人。^{〔26〕}另据有关媒体报道，无论是大学教授、企业家、医生、警察、街道办人员凡是被预设为“知情者”，均逐一谈话，要求知情必报。重庆某高校的法学教授王力也指出：“这次重庆的除黑行动，其声势之浩大，参与人之众多前所未有的。大量人员（包括我自己）被谈话盘查。打黑已经不仅仅是公安部门所有的责任，而更像是一个‘全民运动’，每个人都参与其中，发动群众，利用可以利用的一切力量，这是我们多年来惯有的做法。”^{〔27〕}无怪乎有不少媒体质疑重庆打黑除恶具有运动化和扩大化的趋向。在我们看来，立足于长远，打黑除恶应当常态化、制度化，应着力探索和建立打黑除恶工作的长效机制，坚决不能搞那种以人画线、上挂下联、层层检查、人人过关以及号召检举揭发的政治运动模式。以政治运动或者群众运动的方式打黑除恶，不仅不能从根本上解决问题，反而会带来一系列严重后果。十年“文革”这一血的教训应当记取，不能重蹈大搞“群众运动”的覆辙。打黑除恶应当遵循社会主义法制原则，在法治的轨道上运行，这不仅是现代法治的基本要求，也是从我国国情和法治文明发展需要出发得出的正确结论。当然，深入开展“打黑除恶”专项斗争不搞群众运动或者政治运动，并不等于不走群众路线，不发动和不依靠群众。事实上，这两者并不矛盾。一方面，打黑除恶要真正取得实效，就必须广泛发动和依靠群众，鼓励群众踊跃向警方提供打黑线索，在社会上营造出对黑恶势力“人人喊打”的强大声势和良好氛围；但另一方面，又不能搞“群众运动”或者“政治运动”，只有这样，才能保证打黑除恶斗争健康有序地进行，始终不偏离社会主义法

〔26〕 参见“重庆67名黑恶团伙首犯落网 1544人被捕”，载《重庆晚报》，2009-08-17。

〔27〕 参见谢文轩：《重庆打黑“幕后”》，载《南都周刊》，2009-08-31。

治的轨道。

（二）在打黑除恶过程中，要善于尊重少数人合理的意见

据媒体披露的时任重庆市主要领导估计，网上 95% 的人对重庆打黑给予很大的支持，少数人质疑的声音，恐怕不足 5%；而且质疑的声音中，有的是不了解情况，有的是善意的，还有极个别的是涉及了有联系的人、触及了其本身的利益，所以对这些不足 5% 的质疑杂声不必介意。^{〔28〕}从政治的角度讲，上述观点可能是无可厚非的；但从法治的角度看，公众、媒体和学界对重庆打黑除恶质疑的所谓不足 5% 的某些符合法治精神的声音，也许恰恰是弥足珍贵的。姑且不说网上是否有 95% 的人支持重庆打黑除恶或者说网上的声音是否真实代表了人民群众的意见？就算网上有 95% 的人对重庆打黑除恶给予支持或者说网上的声音代表了广大群众的意见，这也只能说明重庆开展“打黑除恶”专项斗争有着广泛的民意基础，而不代表重庆的“打黑除恶”工作就不存在问题，不存在法治上的缺失。比如，“打黑除恶”专项斗争中打掉的“黑老大”，也许会有超过 95% 甚至 100% 的人认为该杀，但我们的法院并不能因为有这么多人支持而不考虑其犯罪事实和情节，就径行判处他们死刑立即执行。否则，无异于主观擅断、出入人罪。罪有多大、刑事责任有多重，就判多重的刑，这是法治社会的基本要求。恰恰最为令人担忧的，倒不是“打黑除恶”专项斗争在法治上有多少缺失，而是人们对这种法治缺失竟那么包容。从法治的高度审视打黑除恶，善于尊重少数人的意见，恰是公权力自我约束、理性和审慎行使的客观要求。不能因为“打黑除恶”专项斗争有群众支持，就放松对公权力的警惕、制约和监督，就对存在的问题视而不见。在法治已成为时代主旋律的今天，我们更没有理由说，为了确保能打掉一些黑恶势力，就必须给权力横冲直撞的自由。在打黑除恶的过程中，善于尊重少数人合理的意见，无疑是一种社会进步，是社会理性和法治意识的重要体现。

（三）打黑除恶的同时应当注意切实保障人权，不能忽视程序正义

在打黑除恶过程中，公安、司法机关既要尊重和保障被害人以及其他广大群众等多数人的权利，也要尊重和保障犯罪嫌疑人和被告人等少数人应有的人权。公民犯了罪，应当受到法律的制裁，但是犯罪嫌疑人、被告人也应当享有作为一个公民、一个人所应有的权利。特别是在他们丧失了人身自由的情况下，就更应该

〔28〕 参见《95% 网民支持重庆打黑 五六百起命案还未破》，载《京华时报》，2010-03-07。

注意保障其应有的权利。对于他们权利的剥夺和限制,必须经过严格的正当的法律程序。在任何情况下,不能剥夺犯罪嫌疑人、被告人的人格尊严;即使对于罪行极其严重论罪当杀的犯罪分子,也是“可杀而不可辱”,应当切实保障其人权。

司法程序公正是法治的生命线,打黑除恶不能忽视程序正义。要把涉黑案件办成经得起法律和历史的铁案,显然不能在法律程序上有明显瑕疵。而从重庆市办理的不少涉黑案件看,据有关媒体报道,律师难以会见当事人、案卷不允许复印、行政力量干预司法等不同程度地存在,而这些显然不利于充分保障犯罪嫌疑人、被告人的辩护权,忽视了程序正义的价值。其实,不管是什么样的涉黑案件,追究被告人的刑事责任都应当经过正当的法律程序,只有确保案件事实清楚,证据确实、充分,才能定案。任何忽视甚至对抗程序正义的做法都是不符合现代法治精神的,也是经不起历史检验的。如辩护律师受托为涉黑案件被告人辩护,本是履行其法律职责、维护被告人合法权益的客观要求,这也是一个法治社会最起码的社会规则。然而,在重庆涉黑案件审理中,律师赵长青、周立太等人因为给涉黑案件中的“黑社会”头目辩护,遭到网民群情激奋的炮轰和人身攻击,被辱骂为“黑社会的狗头军师”。强大的舆论氛围和外部压力,对于辩护律师辩护工作的有效开展,难免会有一些负面影响,这也涉及程序正义的维护。再如,被称为重庆“打黑除恶”专项斗争中插曲的“李庄案”,被告人李庄从刑拘到开审总共只有18天,效率之高,被律师界称为“重庆速度”。“李庄案”经媒体披露报道后,引发社会广泛关注,各种声音也从未止息。刑辩律师执业风险、程序正义、人权保障、媒体报道与司法独立等话题,不断进入媒体和公众视野。在重庆打黑除恶被高度关注的背景下,“李庄案”持续发酵,其引发的连锁反应不断显现:律师群体激烈反弹,老百姓对抓“黑律师”普遍叫好,法学学者们开始反思,网络空间则继续热议不断。在“李庄案”审理过程中,最高人民法院于2009年12月23日下发了《关于人民法院接受新闻媒体舆论监督的若干规定》(以下简称《若干规定》),其中第9条第2项明确规定,新闻媒体如果对正在审理的案件报道严重失实或者恶意进行倾向性报道,损害司法权威,违反法律规定的,将依法追究相应责任。此《若干规定》是否是针对有关媒体对“李庄案”的倾向性报道而出台,给人留下了无限联想的空间。反观“李庄案”,从大的方面来说,该案定案证据是否真的达到了确实、充分的证明标准,程序正义是否得到了有效的维护,社会反应是否符合现代法治精神等问题,确实都值得我们深入反思。

六、构建打黑除恶长效机制的几点建议

打黑除恶是一项长期、艰巨、复杂的任务,要铲除黑恶势力,必须坚持标本兼治,积极探索构建打黑除恶的长效机制。我们认为,当前打黑除恶长效机制的构建,尤其要抓好以下几个结合。

(一) 要把坚持打黑除恶与反腐败斗争结合起来

一般讲,黑恶势力之所以能够坐大成势,根本原因在于有“保护伞”的庇护。“保护伞”越多越大,黑恶势力就越猖獗。如果只打击黑恶势力本身而不涉及“保护伞”,或者对“保护伞”心慈手软,包庇纵容,那也很难从根本上铲除黑恶势力。^{〔29〕}从各地打黑除恶的实际情况看,几乎每一个黑恶势力的背后,都有一个甚至多个“潜伏”在党政机关、司法机关中的腐败分子充当其“保护伞”。黑恶势力用金钱美色、贵重物品等收买这些腐败分子,腐败分子则庇护黑恶势力,政黑勾结,沆瀣一气,相互之间存在利益同盟关系。例如,重庆“打黑除恶”专项斗争中打掉的以黎强为首的黑恶势力,就以金钱美色铺就了多条利益输送链条,其终端通向重庆多个政府部门,其中手握营运指标和非法营运查处权的运管部门更是其“主攻对象”。沙坪坝区运管所原所长肖庆隆,放任渝强公司17辆黑车非法营运,帮助黎强获得249万余元非法利益。他还给黎强介绍生意,帮助其收购70辆生活服务车。黎强则许诺肖庆隆“入干股”共同经营,分两次给肖庆隆银行账户上转款48万元。黎强曾当众叫嚣:“随便你们到哪里去告,到处都是我的‘兄弟伙’。”^{〔30〕}可以想象,背后没有强大的“保护伞”,没有为其提供庇护的腐败分子,黑恶势力是不会有如此嚣张气焰的。因此要深挖彻查黑恶势力背后的“保护伞”,坚持把打黑除恶与反腐败斗争紧密结合起来。对于国家工作人员充当黑恶势力“保护伞”的,应当坚决查处,决不能姑息养奸。纪检监察机关和政法委要加强对深挖“保护伞”工作的组织、协调和监督,确保查处腐败分子与案件侦办工作同步进行。检察机关要加大案件侦破力度,进一步畅通群众控告、投诉、举报的渠道,广泛收集黑恶势力犯罪及其“保护伞”职务犯罪案件线索,对于充当黑恶势力“保护伞”的职务犯罪线索,要抓住不放、一查到底。

〔29〕 参见胡云腾:《谈谈重庆“打黑”的特点》,载《红旗文稿》,2011-11-14。

〔30〕 参见王晓磊、朱薇:《重庆黑恶势力坐大轨迹:与保护伞形成利益链条》,载《法制日报》,2009-11-02。

（二）要把专政机关的重拳出击与社会治安综合治理结合起来

通过开展“打黑除恶”专项斗争,以雷霆万钧之势掀起严打黑恶势力犯罪的风暴,形成对黑恶势力犯罪主动进攻、积极防范的态势,把打黑除恶作为推动和带动对其他刑事犯罪打击的首要工作来抓,发现一起,及时打掉一起,减少和挤压黑恶势力对社会的危害和坐大成势的空间,可以起到“快刀斩乱麻”的显著效果,从而实现“打早打小,除恶务尽”的目标。与此同时,应当进一步加强源头预防、综合治理。毕竟,黑恶势力的滋生蔓延,有着复杂的政治、经济、文化等各方面的社会根源,单靠“严打”并不能铲除黑恶势力犯罪滋生蔓延的土壤和条件,难以从源头上遏制黑恶势力犯罪的发生。故而应当把专政机关的重拳出击与综合治理有机结合起来,将打黑除恶纳入社会治安综合治理总体规划,以打黑除恶带动各类突出治安问题的解决,从源头抓起,从基层基础抓起,“坚持源头预防、多管齐下,在打击、防范、教育、管理、建设、改造等环节上狠下功夫,综合运用政治的、经济的、行政的、法律的、文化的、教育的等多种手段,对黑恶势力犯罪问题进行综合治理,最大限度地铲除黑恶势力犯罪滋生蔓延的土壤和条件”,^[31]从源头上防范黑恶势力犯罪,推动平安中国建设向纵深发展,实现社会治安大局的持续稳定。

（三）要把健全相关法律法规与完善工作机制结合起来

健全相关法律法规是推进打黑除恶工作法治化,确保打黑除恶顺利进行并取得实效的根本保障。因此要针对打黑除恶过程中遇到的种种执法难题和新情况、新问题,加强调查研究,明确“恶势力”“保护伞”等范畴的内容,及时提出立法或者司法解释的建议,解决制约“黑社会性质组织”认定、黑恶势力犯罪案件证据标准等方面的法律瓶颈问题,从而逐步统一执法尺度,确保打黑除恶有法可依、有章可循。要认真总结各地区、各部门打黑除恶的工作经验,将行之有效的做法和成功的经验及时制度化、规范化,推广运用到打黑除恶工作中。

同时,也要着力完善打黑除恶工作机制,进一步夯实工作基础,注意把健全相关法律法规与完善工作机制结合起来。要切实加强党委的组织领导,发挥各级打黑除恶专项斗争领导小组的协调、指导作用,完善各部门联席会议制度,加强沟通和协调。要认真贯彻中央有关文件精神,将打黑除恶工作作为综合治理考核、平安建设考核和干部政绩考核的重要内容,对领导不力或工作不到位致使黑恶势力

[31] 参见中央政法委:《关于深入推进打黑除恶专项斗争的工作意见》(2009年7月)。

坐大成势、长期得不到打击处理的地方,坚决实施“一票否决”,并严格追究责任。要坚持和完善领导包案、挂牌督办、备案审查、信息收集反馈和责任追究等工作责任制,加强督促检查,提高打黑除恶的工作实效。要探索建立公安、检察、法院、纪检、海关、工商、税务、质监、建设、国土、金融等职能部门的执法信息互连互通和资源共享的协作机制,特别是要充分利用公安部建立的“打黑除恶”信息管理系统和数据库,及时摸清掌握黑恶势力的活动情况、主要罪行和违法犯罪证据,真正形成预防和打击黑恶势力犯罪的合力。要加强打黑除恶的专业化队伍建设,进一步充实力量,重视业务培训,培养一支熟悉黑恶势力犯罪特点和规律和办案技能的精兵队伍,全面提高打黑除恶工作的专业化水平。

打击有组织犯罪的策略与法制架构

——以跨境执法合作阻绝有组织犯罪的 经济来源为主要思考

陈建宇*

一、前言

“打击有组织犯罪(Organized Crime)”已成为国际社会的重要议题。此由美国国务卿 William Burns 于 2011 年 7 月 25 日宣示奥巴马政府的打击跨国有组织犯罪新战略^{〔1〕},及英国在 2013 年成立“国家打击犯罪调查局”(the National Crime Agency, NCA),负责打击贩毒集团、贪污、网络犯罪及性侵犯儿童等组织犯罪^{〔2〕},即可明了。

究其原因,现代的有组织犯罪,其目的往往就在攫取利益。除以所攫取的不法利益维系组织营运外,对外尚在拓展组织的规模。为顺利取得、保有及利用其不法利益,有组织犯罪的过程,常伴随着不法利益的汇洗隐匿——洗钱(money

* 台湾地区“法务部”调部办事检察官。

〔1〕 新闻报道:美国宣布进一步打击跨国有组织犯罪的新战略,请见 <http://iipdigital.usembassy.gov/st/chinese/article/2011/07/20110726162234x0.8078991.html#axzz3lxaAB1OA>,最后访问日期:2015-09-28。

〔2〕 新闻报道:英国“FBI”开始运作 打击有组织犯罪,请见: http://www.bbc.com/zhongwen/trad/uk/2013/10/131007_uk_new_crime_agency,最后访问日期:2015-09-28。

laundering)。其结果是,一国经济秩序及金融体系因此紊乱,甚至影响他国的经济秩序。复因交通便利、科技进步及全球化结果,犯罪集团中的人、物及利得有跨境移动或相互结合倾向,使前述负面影响急速加剧。从速有效地打击有组织犯罪,已显其迫切之必要性。

历来针对打击有组织犯罪的方针,有诸多面向的讨论。但近年来广为人注意者,厥为“跨境执法合作阻绝有组织犯罪的经济来源”。^{〔3〕} 本文以此为主要思考方向,提出打击有组织犯罪的策略,并举数例佐证策略的实效性。又在提出策略前,拟先立于上揭思考角度,略述现代有组织犯罪的特性。再者,有良善的打击策略,若乏完善的法制架构也不易付诸实现,故本文拟再介绍台湾地区现有及未来打击有组织犯罪的相关法制架构。

为使讨论聚焦,本文参考《联合国打击跨国组织犯罪公约》第2条(a)项,及联合国毒品和犯罪问题办公室提出的“打击有组织犯罪示范立法条文”第3条(e)项,对“有组织犯罪”定义如下:“由三人或多人所组成,于一定时期内存在,为实施一项或多项重大犯罪(包括军火、毒品走私、人口贩运等),以直接或间接获得金钱或其他物质利益,而一致行动的有组织结构的集团。”^{〔4〕}

二、打击有组织犯罪的策略

(一) 有组织犯罪的现代特性

理论界对于有组织犯罪的特性已论述甚详^{〔5〕},在此不赘述。但从实务观点,

〔3〕 例如,林辉煌:《建构有效打击利得犯罪法制——美国“民事没收充公”制度之借镜》,载《法学丛刊》(第57卷第2期),1~28页;《锁定犯罪财产·打击利得犯罪——精进策略、完备法制、交流合作》(第八届国际检察官协会亚太暨中东地区年会演讲稿),载《司法新声》(第102期),93~102页;陈文琪:《追讨犯罪不法所得——没收制度之法制建构》,载《检察新论》(第12期),2~15页;林宗志:《论犯罪资产之没收与保全——以第三人正当权利保障为中心》,载《辅仁法学》(第48期),187~256页。

〔4〕 台湾地区法制上对“有组织犯罪”的概念,莫不以“组织犯罪防制条例”第2条定义:“本条例所称犯罪组织,系指三人以上,有内部管理结构,以犯罪为宗旨或以其成员从事犯罪活动,具有集团性、常习性、胁迫性或暴力性之组织”为理解的内容。实务上则多以“帮派(俗称‘黑社会’、‘黑帮’或‘团伙’)”为组织犯罪防制条例之适用对象。但从全球观点而言,Organized Crime原不以“帮派”为限,亦不以“帮派”为外在的形态组织;有时常现“多角化”形态,而与其他重大犯罪,如毒品走私,或人口贩卖等重叠或结合。

〔5〕 例如李杰清教授[剥夺组织犯罪所得之研究——台湾地区及日本组织犯罪现象与对策之比较(第1版),43~57页,台北,元照出版公司,2001]举出数个现代型帮派的实例及其特征。又如谢立功教授[《两岸跨境犯罪及其对策》,载《刑事政策与犯罪研究论文集(七)》,176~177页,台北,“法务部”司法官学院,2005]也指出相关特性。

有组织犯罪具下列现代特性,此与打击有组织犯罪的策略甚具关联,而与各国渐趋一致之态势,必须先予以指明:

第一,有组织集团经营某种不法事业,常与境外集团合流;相关经营或事务数据多在境外,司法机关不容易于第一时间取得。打击有组织犯罪的效率因此降低。以有组织集团经营运动赛事签赌为例,实务经验反映,有组织集团为避免司法机关查缉,辄透过因特网将签赌网站设在境外;或境内签赌网站为境外签赌网站的下线网站,使境内有组织集团成为境外集团的下线共犯。司法机关发动查缉前,往往不易取得境外犯罪资料(如境外成员数据、资金流动轨迹等信息),或与境外司法单位同步打击。故不能彻底瓦解有组织集团。

第二,有组织犯罪的某数种类型,其共犯和被害人常具跨境移动性。人口贩运(trafficking in persons)即是典型跨境犯罪^{〔6〕}。实务案例显示,人口贩运集团建立起一种非正式网络,或专门从事在台湾地区无证移民人口贩运,为各类型雇主提供劳工;或先在母国诱拐被害人,再贩运来台湾地区。集团的被害人在犯罪过程中在不同境域内移动,使其真实身份及行踪不易被掌握,司法机关查缉的难度因此增加。司法机关发动查缉后,集团常有共犯往境外逃窜,也是常见现象。

第三,有组织犯罪的犯罪过程,集团为逃避查缉,其交付犯罪工具或利得的地点有时选在境外。渐成常态。又所攫取的犯罪利得,亦不必然汇入或者留在境内享用;常见透过洗钱手法汇至境外,用以支应或维系集团的运作,或者以海外置产方式转变其利得形态,都使追回赃物(款)日益困难。有组织犯罪中的走私毒品(drug trafficking),为最显著的类型。^{〔7〕}除有前两点所述“境外共犯合作”及“人员跨境移动”的特性外,如何清查其买、卖方资金来源,乃至其间的非法利得,每每是查缉上的难点。

基于上述有组织犯罪的现代特性,司法机关为有效打击,即应将情资交换、调查取证——包括金钱流向的信息整合等,及罪赃追偿——包括非法利得的没收、

〔6〕 这里所指人口贩运,依“行政院”2006年11月8日颁定之“行政院防制人口贩运行动计划”第2点第1项,其定义为:“以买卖或质押人口、性剥削、劳力剥削或摘取器官等为目的,而以强暴、胁迫、恐吓、监控、药剂、催眠术、诈术、不当债务约束或其他强制方法,组织、招募、运送、转运、藏匿、媒介、收容国内外人口或使之隐蔽之行为”。人口贩运本质上系由多种犯罪类型归纳出来的犯罪“类型”,并非单一的犯罪罪名。

〔7〕 以台湾地区走私毒品犯罪的主要型态而论,不论是货柜及邮包走私、渔船走私、旅客夹带,或利用某些交通管道走私毒品,就交付毒品的角度而言,都是跨境交付毒品。请见李宛凌:《两岸合作打击毒品犯罪实务现状及改进意见》,载《2011年两岸检察实务研讨会论文集》,366~367页。

资产追回(asset recovery)及罪赃返还等,列为策略的重点;另在考虑境内反制策略外,尚应考虑到跨境执法合作(law enforcement cooperation)^{〔8〕}。

(二) 打击有组织犯罪的境内反制策略

1. 加强扫荡不法勾当以断绝组织财源

现代型有组织犯罪,为取得财源以维系其组织存在,常从事贩毒、走私、贩卖枪械、职业赌场及色情行业的不法勾当,甚至介入重大公共工程围标。为彻底瓦解犯罪组织,对组织成员予以剥夺自由的惩罚,并对犯罪工具加以没收,固然是基本的打击方法,但最佳方式即是切断组织的经济来源。如果没有经济来源,犯罪组织多无从维系。

“最高法院检察署”为彻底扫除犯罪组织,所明列的扫黑执行方法即具体指出:“加强扫荡贩毒、走私、贩卖枪械、职业赌场及色情行业及介入重大公共工程围标等不法勾当,以断绝犯罪组织财源。”而这项策略的效益可由下述实例证明。

在一则有组织犯罪经营运动签赌站暴力追债案件中,集团首脑经营上游签赌站,下游则有十余处签注站,依组织规定,必须按时上缴签赌金额对账;如各签注站无法按时上缴签赌金时,组织高层即找合作的暴力讨债集团追债;同样,下层赌客若无法偿付赌资逃跑时,下游签注站要全权负责追讨。该运动签赌站经营一年半,签赌金额高达新台币 18 亿元。^{〔9〕}案经检察官侦办,扣得集团所有供经营职业运动赌博所用的计算机主机、账册。该集团无法再经营运动签赌站,因此解散。

在另一则有组织犯罪经营地下钱庄案件^{〔10〕}中,犯罪集团以茶行及当铺为掩护,对外经营放款业务(即俗称地下钱庄);如借款人未能及时偿还借款及利息,则集团成员将施以言词恐吓及暴力逼债。该案因此造成 3 名借款人自杀身亡。^{〔11〕}案经检察官侦办,查扣其经营对外放款联络所用的移动电话、计算机设备及本票、

〔8〕 “最高法院检察署”早已将跨两岸港澳或跨国性之犯罪组织列为打击对象。相关文件说明:许多帮派组织利用两岸港澳法域不同,互不协助之空窗现象,与日本、菲律宾及中国大陆等地帮派组织结合,进行有计划之犯罪,必须强力扫荡,避免犯罪国际化。请见 <https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=27911&ctNode=11600&mp=001>,最后访问日期:2015-09-28。

〔9〕 新闻报道:赌金 18 亿运动签赌站暴力追债,《中国时报》2007 年 11 月 8 日,请见 <https://www.ptt.cc/man/BaseballNEWS/DB8C/DFBD/DE33/M.1194589827.A.835.html>,最后访问日期:2015-09-28。

〔10〕 请见台湾地区“高等法院”高雄分院 99 年度上诉字第 825 号刑事判决。

〔11〕 新闻报道:暴力吸血,讨债逼死 3 人。请见 <http://news.ltn.com.tw/news/society/paper/209436>,最后访问日期:2015-09-28。

账户、账册及资金,该集团就此瓦解。

又在一则贩毒暴力犯罪组织案件^{〔12〕}中,集团之首专门吸收未成年的青少年,除聚众飙车扰乱社会治安外,尚唆使旗下成员对外贩卖毒品;遇有毒品债务未获满意解决时,即率众持枪及刀械暴力相向,甚至借机强索财物。^{〔13〕}经检察官侦办,查扣集团所有的武士刀、毒品及本票借据等物,集团之首入监执行,集团成员无从依附,犯罪组织也无法再继续。

2. 没收不法利得使有组织犯罪失能

为有效遏阻有组织犯罪,除断绝其组织经济来源外,更重要在剥夺犯罪过程中其所取得的不法利得;务必使犯罪集团成员在获释后,仍无法坐享其犯罪成果。有组织犯罪因此无利可图,甚至赔本,自然难以维系。

台湾地区早已意识到这项策略的重要。自2011年6月起,“法务部”在台湾地区北、中、南三地成立查扣犯罪所得专责机构,建立跨“部”会联系机制,整合金融信息,对于重大贪渎、毒品、经济犯罪等被告,在侦查中即先扣押其犯罪所得,防止其脱产或过户,并于必要时实时变价,保全财产价值。^{〔14〕}

实务上数则案例也体现这项策略的效益。在一则非法吸金并涉洗钱案件中,集团首脑及丰厚利息为诱因,办理心灵讲座鼓吹被害人存款,吸金181亿元。案经检察官侦办,查扣现金4亿元、2000多万元黄金及上亿元古董、象牙及玛瑙等物。^{〔15〕}在另一则跨国诈欺集团案件中,集团首脑经营长达7年,每年诈骗达1亿元。案经检察官侦办,查扣现金1亿2700余万元,更进而扣得供取款犯罪所用之BMW轿车,及以犯罪所得转购的兰博基尼跑车各1辆。以上案例不但使有组织犯罪失能,更确保被害人日后求偿的基础。

〔12〕 即台湾地区高雄地方法院2012年度诉字第222号刑事判决事实。

〔13〕 新闻报道:破获何××为首贩毒暴力犯罪组织集团,请见<http://news.e2.com.tw/utf-8/2012-4/3636011.htm>,最后访问日期:2015-09-28。

〔14〕 请参考林辉煌:《前揭演讲稿》,94页。“法务部”更于2011年12月16日订定“检察机关办理刑事案件侦查中扣押物变价应行注意事项”,俾实务操作有所依据。该注意事项之立法总说明中即提到:“为顺应国际发展趋势及因应台湾地区现实所发生不符公益之案例,彻底剥夺不法所得,断绝犯罪人之利基,进而杜绝犯罪诱因,本部积极推动查扣犯罪所得之相关政策。”

〔15〕 新闻报道:非法吸金骗百亿 红富海案主嫌求刑10年,请见<http://www.justlaw.com.tw/News01.php?id=5755>,最后访问日期:2015-09-28。

(三) 打击有组织犯罪的跨境合作策略

1. 加强境内外之情资交换及调查取证

现代有组织犯罪既有前述跨境移动或合流趋势,则仅仅虑及境内反制策略,自然未尽完足。为精确掌握犯罪集团中金钱与财物流向的信息,以成功阻绝有组织犯罪的经济来源,则加强境内、外之情资交换及调查取证有其必要。

以两岸间一则分尸断臂案之情资交换及调查取证为例。2014年5月,金门县海岸发现人体右手断臂1支,经金门地方法院检察署完成无名尸相验程序。嗣大陆公安部于6月通报“法务部”,关于福建省厦门市、漳州市之公安机关在所辖海滩发现不明人体尸块,很可能是一起分尸命案,协请我方查明被害人否为台湾地区人士。“法务部”接获大陆方请求及所提供之尸块DNA数据,函请金门地检署协办。

经“法务部”法医研究所比对,确认与断臂DNA相符,随即回复大陆公安部。大陆公安机关循线追查后,发现系大陆籍女子于2013年4月间遭其大陆籍男友勒死后分尸。案经厦门市人民检察院以杀人罪对被告提起公诉,基于该手臂系杀人案之重要物证,大陆最高人民检察院于2014年6月间,向“法务部”提出移交证物即该断臂之司法互助请求。经双方联系安排,2014年8月4日大陆最高人民检察院指派福建省及厦门市检察机关人员前往金门,由“法务部”及金门地检署移交前述手臂,完成调查取证程序,使该刑事案件之追诉程序得以顺利进行。

再以两岸联手调查诈欺案件为例。在与浙江公安联手破获电信诈骗集团(“1011”项目)中,浙江省公安厅查缉某假冒大陆公安之诈欺案件,发现有一分工严密的两岸诈骗集团分布大陆20余省,大陆民众被骗金额不计其数。为克服侦查瓶颈,大陆公安部循两岸司法互助协议合作协查机制,协请我方刑事警察局合作侦办。双方于2010年6月21日同步就诈骗集团分设于两岸之99处据点展开大规模的拘捕、搜索行动,逮捕嫌犯计218人(台湾地区嫌犯76人、大陆嫌犯142人),顺利侦破当时治安史上重大且规模完整之两岸诈骗集团。

另在与福建公安联手击溃电信诈骗集团(“0810”项目)项目中,两岸警方于2010年8月10日在福建省宁德市召开会议,共同侦办电信诈骗项目,就非法电信商、诈骗话务平台、洗钱管道、假冒公务机关诈骗机房及网络购物诈骗集团等多面交换情资,整合双方打击犯罪力量,透过合作侦查及部署,于2010年8月25日破获两岸诈欺集团,共查获572名嫌犯。

前开跨境相互协助调查结果,对境内打击犯罪有其卓著成效。据刑事警察局统计,2011年“1011”项目破获后,台湾地区诈骗案降幅达45%，“0810”项目查获后降幅更达52%，2011年“0310”专案后降幅达26%。显见在两岸共同努力下,已有效瓦解诈骗集团,并吓阻其跨境从事诈欺犯罪。^{〔16〕}

2. 促进境内外之赃物移交及追偿

为防止有组织犯罪者利用法制差异追查困难而坐享犯罪利益,不同法域间得依协议相互请求他方冻结、查扣己方流入对方境内之犯罪资产,再移交原犯罪资产或变价所得,使犯罪者无法藏匿犯罪资产于境外而享有不法所得,并可追回填补被害人损害。

两岸间有数则实例。2009年,13名台湾地区人士及4名大陆籍人士合组诈欺集团,在浙江省杭州某大楼房内,雇用两岸人员,冒充户政及检警人员,拨打电话联络台湾地区被害人,诬骗被害人涉嫌洗钱犯罪,要求被害人将银行资金交给地检署保管。待被害人陷入骗局,再联系在台湾地区的车手集团向被害人领取现金。嗣主嫌等人经逮捕,复经大陆法院以诈骗罪判处无期徒刑等不同刑期。于本案中,台湾地区民众17人获返还被骗之款项共1100余万元。

另邱姓男子等诈欺集团成员,自2012年3月陆续在中国台湾地区、菲律宾等地成立诈骗机房,设定诈骗话务系统,将“您有刑事传票尚未领取,如须咨询请按‘9’”之诈骗语音封包传送大陆地区民众,待回复电话至境外诈欺机房,即由成员冒充大陆法院强制执行处、公安厅、经济犯罪调查科等人员,向民众谎称其涉案,须至金融机构操作自动柜员机设定认定密码等,骗取大陆民众款项。本案中,大陆民众4人获返还被骗之款项共30万元。

又陈姓与李姓男子组成之两岸诈欺集团成员,自2009年1月间起,陆续在台中市潭子区、西屯区等地成立诈欺机房及转账机房。“诈欺机房”内成员分别冒充为中国电信公司、大陆公安局警官及大陆金管会主任、检察官,向大陆民众表示其涉嫌洗钱案,使被害人误信并将款项汇入犯罪集团指定之银行账户,再由“转账机房”成员委托泰国之车手集团,在泰国以大陆金联卡提领诈骗所得后,透过地下汇

〔16〕 以上案例取自“法务部”“两岸共同打击犯罪及司法互助6周年成果展”展览内容,请见 <http://www.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=40605&CtUnit=16263&BaseDSD=7&-mp=001>,最后访问日期:2015-09-28。

兑业者将犯罪所得汇回台湾地区,本案中,大陆民众1人获返还被骗之款项32万元。^{〔17〕}

三、打击有组织犯罪的法制架构——与两岸港澳相关者

(一) 目前打击有组织犯罪的法制架构

1. “组织犯罪防制条例”

台湾地区为防制组织犯罪,自1996年起即定有“组织犯罪防制条例”。当时立法已考虑到“阻绝有组织犯罪的经济来源”。此观该“条例”第7条即可知:“犯第3条之罪(即发起、主持、操纵、指挥或参与犯罪组织)者,其参加之组织所有之财产,除应发还被害人者外,应予追缴、没收。如全部或一部分不能没收者,追征其价额。(第1项)犯第3条之罪(即发起、主持、操纵、指挥或参与犯罪组织)者,对于参加组织后取得之财产,未能证明合法来源者,除应发还被害人者外,应予追缴、没收。如全部或一部分不能没收者,追征其价额。(第2项)为保全前二项之追缴、没收或追征,检察官于必要时得扣押其财产。(第3项)”

此外,此部立法亦早已考虑“跨域合作”而有第15条规定:“为防制国际性之组织犯罪活动,政府或其授权之机构依互惠原则,得与外国政府、机构或国际组织签订防制组织犯罪之合作条约或其他国际协议。”

2. “洗钱防制法”

为防制洗钱,追查重大犯罪,台湾地区于2009年制定“洗钱防制法”。其中,将“组织犯罪防制条例”第3条第1项、第2项后段、第4条、第6条之罪,列为“重大犯罪”范畴(第3条第1项第1款)。与阻绝有组织犯罪的经济来源相关者,则系该法第14条第1项及第2项规定:“犯第11条之罪者,其因犯罪所得财物或财产上利益,除应发还被害人或第三人者外,不问属于犯人与否,没收之。如全部或一部不能没收时,追征其价额或以其财产抵偿之。(第1项)为保全前项财物或财产上利益追征或财产之抵偿,必要时,得酌量扣押其财产。(第2项)”与“组织犯罪防制条例”同样考虑到跨境执法合作,“洗钱防制法”更缜密规范:“对于外国政府、机构或国际组织依第16条所签订之条约或协议或基于互惠原则,请求台湾地

〔17〕 以上案例取自“法务部”“两岸共同打击犯罪及司法互助6周年成果展”展览内容,请见:<http://www.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=40605&CtUnit=16263&BaseDSD=7&-mp=001>,最后访问日期:2015-09-28。

区协助之案件,如所涉之犯罪行为符第3条所列之罪,虽非台湾地区侦查或审判中者,亦得准用前二项之规定。(第14条第3项)“外国政府、机构或国际组织依第16条所签订之条约或协议或基于互惠原则协助台湾地区执行没收犯罪所得财物或财产上利益者,‘法务部’得将该没收财产之全部或一部拨交该外国政府、机构或国际组织。(第15条第2项)“为防制国际洗钱活动,政府依互惠原则,得与外国政府、机构或国际组织签订防制洗钱之合作条约或其他国际书面协议。(第16条第1项)对于外国政府、机构或国际组织请求台湾地区协助之案件,除条约或协议另有规定者外,得基于互惠原则,提供第7条、第8条、第10条受理申报或通报之资料及其调查结果。(第16条第2项)”。

3. “外国法院委托事件协助法”

对于外国法院委托诉讼事件,台湾地区早于1963年定有“外国法院委托事件协助法”。其中除对“文书送达”部分有如下规定:“法院受托送达民事或刑事诉讼上之文件,依民事或刑事诉讼法关于送达之规定办理(第5条第1项)”外,对于“调查取证”部分亦定有“法院受托调查民事或刑事诉讼上之证据,依委托本旨,按照民事或刑事诉讼法关于调查证据之规定办理之(第6条第1项)”。

4. 《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》及“法务部”制定的相关作业要点

为保障海峡两岸人民权益,维护两岸交流秩序,两岸于2009年签订《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》。^{〔18〕}其中与本文相关者为:

1. 第5条:“双方同意交换涉及犯罪有关情资,协助缉捕、遣返刑事犯与刑事嫌疑犯,并于必要时合作协查、侦办。”

2. 第8条:“双方同意依己方规定相互协助调查取证,包括取得证言及陈述;提供书证、物证及视听数据;确定关系人所在或确认其身份;勘验、鉴定、检查、访视、调查;搜索及扣押等。受请求方在不违反己方规定前提下,应尽量依请求方要求之形式提供协助。受请求方协助取得相关证据资料,应及时移交请求方。但受请求方已进行侦查、起诉或审判程序者,不在此限。”

3. 第9条:“双方同意在不违反己方规定范围内,就犯罪所得移交或变价移交事宜给予协助。”

〔18〕 关于两岸司法互助相关协议及规范、内容及其适用,进一步可见陈文琪:《开启两岸司法互助之新纪元——简介海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》,载颜大和、倪英达主编:《海峡两岸检察实务研究——强化检察职能对犯罪之追诉处罚》(第1版),377~396页,北京,中国检察出版社,2011。

“法务部”为妥适执行上开协议事宜,进而订定相关作业规定如下:

1. “海峡两岸犯罪情资交换作业要点”。相关规定为:

“检察机关、经授权之司法警察机关或其他机关,因下列情形,得提供犯罪情资予大陆地区主管机关:

(一) 大陆地区主管机关请求提供。

(二) 于预防或侦(调)查犯罪有帮助时。

依前项规定提供犯罪情资时,须审酌下列事项作为是否提供协助之依据:

(一) 有助于打击犯罪目的之达成。

(二) 无碍台湾地区安全与社会公共秩序、善良风俗之维护。

(三) 不违背台湾地区相关法令之规定。

(四) 确保台湾地区相关调查、侦查、审理或执行程序进行不受干扰或中断。(第5点)”及“大陆地区主管机关主动提供犯罪情资予‘法务部’后,由‘法务部’依该情资内容、性质,转交检察机关、司法警察机关或其他机关处理。(第12点)”

2. “海峡两岸调查取证及罪赃移交作业要点”。相关规定为:

“有下列情形之一的,检察机关认有请求大陆地区主管部门协助之必要者,应检附请求书(如附件一)及相关数据,函请‘法务部’转向大陆地区主管部门提出协助之请求:

(一) 取得证言及陈述。

(二) 提供书证、物证及视听数据。

(三) 确认关系人所在或确认其身份。

(四) 勘验、鉴定、检查、访视或调查。

(五) 搜索及扣押。

(六) 犯罪所得移交或变价移交。

(七) 其他调查取证事项。

前项之请求于紧急情况下,得以电话、口头、传真、电子邮件或其他适当方式,向‘法务部’提出。但应于三日内补提书面请求书以资确认。(第2点)”及“检察机关就受请求协助事项之执行方式如下:

(一) 受请求代为取得证言或陈述

1. 检察官应即依据刑事诉讼法相关规定讯问证人。

2. 证人如引用大陆地区法律主张有拒绝证言之事由时,检察官仍应尽力取

得相关证言。

(二) 受请求促使台湾地区人民至大陆地区作证

大陆地区主管部门请求促使台湾地区人民至大陆地区作证时,检察官应即征询该受请求作证者之意愿,并将有关响应陈报‘法务部’转知大陆地区主管部门。征询不得施用任何强制力,并应尊重该证人之意愿。

(三) 受请求协助大陆地区指定人员至台湾地区参与调查取证

1. 如请求书内载明拟指定人员于讯问时在场者,应事先将讯问之时间通知大陆地区主管部门并陈报‘法务部’。

2. 在场之大陆地区指定人员不得直接讯问。但得请求检察官代为讯问并进行记录。

3. 如请求书内载明拟指定人员至台湾地区参与讯问以外之调查取证程序,应事先将同意参与之部分及其限制通知大陆地区主管部门并陈报‘法务部’。

(四) 受请求提供书证、物证及视听数据

1. 大陆地区主管部门请求提供政府机关所持有得公开之书证、物证及视听资料,检察官应即函请相关政府机关提供该书证、物证及视听数据,并告知其使用目的。

2. 大陆地区主管部门请求提供非政府机关所持有之书证、物证及视听资料,除不符合台湾地区法令规定外,检察官应于取得后尽速提供。

(五) 受请求勘验、检查或鉴定

1. 大陆地区主管部门请求勘验、检查或鉴定,检察官应依据刑事诉讼法相关规定进行。

2. 检察机关协助执行完毕,应填写结果通报书检附勘验笔录或鉴定报告书,报请‘法务部’转送大陆地区主管部门。

(六) 受请求搜索及扣押

1. 大陆地区主管部门提出搜索特定人、处所,或扣押及移交物证之请求者,检察官应先行审核请求书所述之犯罪事实,依台湾地区‘法律’之规定亦构成犯罪时,始得‘依刑事诉讼法’规定向法院声请搜索票,指挥检察事务官、司法警察官或司法警察执行。

2. 检察机关应将扣押物报请‘法务部’转送大陆地区主管部门。

(七) 受请求移交或变价移交犯罪所得

1. 大陆地区主管部门提出移交或变价移交犯罪所得之请求,应符合下列要

件,检察官始得移交

(1)请求书所述之犯罪事实,依台湾地区法律也构成犯罪。

(2)请求移交或变价移交之犯罪所得未经台湾地区法院宣告没收。

(3)对犯罪所得,在台湾地区并无得主张权利之人,或经得主张权利之人同意。

2. 检察官认大陆地区主管部门请求移交或变价移交方式有变更之必要,得经‘法务部’征询大陆地区主管部门意见后变更之。

3. 协助执行之检察机关,应将执行结果报请‘法务部’转送大陆地区主管部门。如全部或一部不能执行,应将其事由报请‘法务部’转知大陆地区主管部门。

4. ‘法务部’就请求移交之犯罪所得,经大陆地区主管部门同意,得移交一部。”(第12点规定)

(二) 未来打击有组织犯罪的法制架构

1. 《联合国打击跨国有组织犯罪公约施行法(草案)》

联合国大会于2000年11月15日通过《联合国打击跨国有组织犯罪公约(United Nations Convention against Transnational Organized Crime)》(以下简称“本公约”),并于2003年9月29日生效。本公约之制定目的,在指导并提供各国政府打击跨国有组织犯罪的法制和政策,内容包括对跨国犯罪的预防、情资交换、定罪与法制、被判刑人移送、被害人及证人保护、国际合作及不法资产追回等执行机制,促使世界各国共同努力打击跨国有组织犯罪。就本公约,总计至今共有197个缔约国,足见本公约为国际社会所广泛接受。

为与各国政府共同打击跨国有组织犯罪,并与全球打击跨国犯罪趋势及国际法制接轨,台湾地区决定将《联合国打击跨国有组织犯罪公约》“内国法化”。目前“法务部”已拟具“联合国打击跨国有组织犯罪公约施行法(草案)”,经“行政院”送请“立法院”审议。^[19]该草案之要点如下:

(1) 明定该公约之规定具有台湾规章之效力;涉及国际法义务之履行,应本于互惠原则。(草案第2条)

(2) 适用该公约规定,应参照联合国打击跨国有组织犯罪公约实施立法指南

[19] “行政院”于2014年11月27日通过拟加入《联合国打击跨国有组织犯罪公约施行法》草案,并函请“立法院”审议。

及公约缔约方会议之相关决议；有关打击跨国有组织犯罪案件之法律适用与解释，应以符合该公约规定为原则。（草案第3条）

（3）各级政府机关行使职权，应符合该公约之规定，并应筹划、推动及执行该公约规定事项；政府应与各国政府及相关国际组织共同合作，以落实公约所建立之打击跨国有组织犯罪法律架构。（草案第4条及第5条）

（4）法令与行政措施有不符该公约规定者，各级政府机关应于该法施行后3年内完成法令之制（订）定、修正或废止，及行政措施之改进。（草案第6条）

待本“公约施行法”通过立法后，即可健全预防及打击跨国有组织犯罪体系；在加强国际合作之下，并可确保刑事定罪与执行，及追回不法资产，具体保障民众权益。

2. “国际刑事司法互助法（草案）”

由于国际交通便捷，经济活动发达且复杂化，人员、金钱或物品的跨境流动已成常态，跨国刑事犯罪乃日益迅速增加。为避免犯罪者利用各地之地理距离或法制差异，以逃避刑事追诉，形成打击犯罪的漏洞^{〔20〕}；复鉴于中国台湾地区原有之“外国法院委托事件协助法”规范之事项，仅及于“文书送达”及“调查取证”，已不能负荷刑事司法互助事项烦琐而细腻之实务运作需求；再者，若透过司法互助法之立法，将司法合作之要件、程序及格式制度化、法制化，无论对请求方及受请求方，都相对地明确而可预期，将可保持司法合作的稳定发展^{〔21〕}，乃有“国际刑事司法互助法”之研议制定。

查“国际刑事司法互助法”草案，除明定本法为执行刑事司法互助事项之准据法外，与本文相关之要点可叙述如下：

（1）刑事司法互助之协助事项包括调查取证、送达文书、搜索、扣押、禁止财产处分财产、执行没收、追征或追缴之裁判或命令、犯罪财产之返还及其他不违反台湾地区规章之协助等。（草案第6条）

（2）明定请求方之人员经“法务部”同意，得于中国台湾地区执行请求时在场；又中国台湾地区协助询问、讯问时，如有必要，得由请求方之人员再请求补充询问、讯问。（草案第18条）

〔20〕 请见“国际刑事司法互助法草案总说明”。

〔21〕 请见陈文琪：《国际刑事司法互助的法制建构——催生我“国际刑事司法互助法”》，载《第70届司法节学术研讨会论文》，4页，2015。

(3) 请求方为调查之便利,请求安排人员至中国台湾地区领域外之指定地点作证时之相关限制及请求方应保证之事项。(草案第 19 条)

(4) 中国台湾地区依请求方之请求提供物证或书证,得要求请求方保证使用完毕立即或于指定期限内返还。(草案第 20 条)

(5) 于请求协助搜索、扣押、禁止财产处分财产或为其他必要之处分时,其所涉行为须符合双重可罚之原则。(草案第 22 条)

(6) 助执行请求方法院确定裁判或命令与犯罪有关之没收、追征或追缴裁判或命令应具备之条件及其检附之数据。(草案第 23 条)

(7) 请求协助执行没收、追征、追缴,须先向中国台湾地区法院声请裁定许可执行。(草案第 24 条)

(8) 受理协助执行没收、追征、追缴之请求后,声请裁定许可执行之管辖法院。(草案第 25 条)

(9) 法院为许可执行没收、追征、追缴之裁定前,得请相关当事人到庭陈述意见。(草案第 26 条)

(10) 法院为许可执行没收、追征、追缴或驳回声请之裁定及其救济程序。(草案第 27 条)

(11) 中国台湾地区请求询问、讯问时,得请求以远距讯问为之;如有必要,得请求再为补充询问、讯问。(草案第 30 条)

(12) 中国台湾地区提出请求时得保证之事项及豁免前来中国台湾地区提供协助人员之义务或责任。(草案第 37 条)

(13) 明定跨国合作执行没收、追征、追缴犯罪所得后之犯罪资产分享方式。(草案第 32 条)

(14) 中国台湾地区与大陆地区间之刑事司法互助准用本法规定。(草案第 33 条)

(15) 中国台湾地区与香港及澳门间之刑事司法互助准用本法规定。(草案第 34 条)

四、结论及今后的课题

现今有组织犯罪之目的及手段多与攫取利益相关。因此,本文认为“阻绝有组织犯罪的经济来源”为最根本的打击方法。又因现今有组织犯罪具跨境移动及

合流特性,故本文认为“跨境执法合作”为最佳的打击模式。提出相关策略,并介绍台湾地区的法制架构。惟就实际运作而言,至少有下列课题尚待厘清。在此并予指明:

第一,各法域内法制架构的落差应予调和,以免此等落差成为打击有组织犯罪的阻隔。举远距视讯跨境取证为例,在需跨境取得证人证词时,是否容许利用视讯设备——此方式有其便利性并可提升办案效率,但属穿透式的执法且涉及司法权的延伸行使——直接讯问证人^[22]? 是否在条约协议架构下或个案在互惠基础上,进行调查取证之联系与安排,而将视讯讯问结果评价为有证据能力?^[23]

第二,司法互助基本原则应有其适用上的坚持与松绑。例如,国际间进行刑事司法互助,通常基于双方存在的条约或协议关系。惟一味强调“条约前置主义”,有时限缩合作的对象而使司法互助受局限。故是否宜放宽“条约前置”的要求^[24],而依现行国际司法互助的惯例及双方互惠的原则? 又在互惠原则^[25]下,是否应将互惠承诺列为互助请求需载明之事项?^[26]尚有待各方共同思考、解决。

[22] 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 18 条第 17 项、《联合国反贪腐公约》第 46 条第 18 项均有远距视讯跨境取证之相关规定。

[23] 国际间多透过司法互助解决,即在条约协议架构下,或个案在互惠基础上,进行调查取证之联系与安排,因此,在律定的司法互助管道经双方同意进行之视讯讯问结果,实宜认有证据能力。请见陈文琪:《前揭司法节学术研讨会论文》,35~36 页。

[24] 在无条约协议关系时,依现行国际司法互助之惯例,本于双方互惠之原则提供协助,较有利于推动合作。请见陈文琪:《前揭司法节学术研讨会论文》,32 页。

[25] 所谓互惠原则,系基于平等地位,请求方承诺将来受请求方如遇有相同或类似案件须请求提供协助时,亦当为同等之协助。

[26] 基于中国台湾地区在表达合作意愿时能兼顾对等性及区域利益,在立法上宜以“互惠原则”进行司法互助;若请求方欠缺互惠之承诺,此点应列为得拒绝提供协助之理由。请见陈文琪:《前揭司法节学术研讨会论文》,33 页。

涉毒恐怖犯罪危害与新兴防制趋势

黄秋龙*

一、前言

涉毒恐怖主义(narcoterrorism)在1983年首度使用时,系指贩毒者使用暴力影响政府或阻挠政府取缔毒品买卖之行为,尤其是中南美洲。至今则包括恐怖组织利用毒品贩运来筹措资金、发展组织甚至衍生出跨境犯罪。^{〔1〕}防制涉毒恐怖犯罪指涉之实体范围,除了具有跨越公私部门藩篱的跨界特性之外,在理论范畴上还涵括由机关执法合作,转向执法安全(law enforcement security)领域,以及公私部门伙伴关系跨域治理趋势。^{〔2〕}例如,涉毒恐怖主义行为、结果或目的,具有异地、离散之特性,经常使得不同国家或部门,对其行为样态之掌握与分析程度互不相同,不仅造成跨领域、跨境合作的困难,也导致犯罪现象管辖权模糊,让罪

* 台湾地区“法务部”调查局两岸情势研析处科长、元智大学社会暨政策科学系兼任副教授。

〔1〕 Amy Zalman, “Types of Terrorism: A Guide to Different Types of Terrorism,” last visited September 21, 2015, <http://terrorism.about.com/od/whatisterrorism/tp/DefiningTerrorism.htm>.

〔2〕 John R. Wagley, “Transnational Organized Crime: Principal Threats and U. S. Responses,” (March 20, 2006), last visited September 21, 2015, p. 13, “The Library of Congress”, <https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL33335.pdf>.

犯有机可乘。所以,即使在地域的帮派、有组织、洗钱、毒品犯罪,都可能因而升高为全境性质或向区域、全球扩散之现象。然而,此现象未必有组织联系,却因犯罪之相互模仿、外溢,导致危害范畴乃涉及共同安全领域。在面临此新兴危害下,期望借鉴新兴防制趋势,了解解决问题的技术性机转,进而为两岸暨港澳地区共同打击跨境犯罪,创新既有合作措施的能量。

二、问题范畴与研究概念架构

(一) 问题范畴

当前恐怖主义衍生成同时具有暴力危害、构成心理威胁,甚至侵害跨境管辖的抽象与实体法益之现象,亦即对于恐怖犯罪之理解,不能仅只局限于暴力与物理层次,而且需要更进一步理解其暴力属性。包括为何其行动能离散化运作,相对的,有些部分又组织性强度,甚至产生跨境威胁的高风险危害。概括而言,恐怖犯罪可视为犯罪型暴力(criminal insurgency),不仅足以产生跨境影响力,甚至在全球扩张其非法利益。^{〔3〕}而今,恐怖袭击不再局限于组织规模与全球化程度,而是恐怖袭击更易于受到在地(local)不满情绪诱发,并应用全球(global)暴力袭击模式,进行“全球性在地型袭击”(glocal attack)。此新兴危害情势,已超越传统执法范围,指涉跨境合作与全球治理之共同安全观范畴。新兴涉毒恐怖犯罪,不仅难于与恐怖分子运动、暴乱、组织犯罪区分,而且彼此的策略与建构资源也已越加相似,其之所以对区域安全造成更严重的危害,乃因为随着其活动路径与区域之差异,而会有不同的易变行为样态,但却经常让人忽视,仅将其等视为一般犯罪案件处理。加以公部门分工过细、本位主义、专业偏执与信息落差的问题,不仅成为反恐政策漏洞,更让恐怖主义有恃无恐而强化恐怖犯罪心理,有利于转向涉毒恐怖主义发展。

“全球性在地型袭击”的新兴危害,因其组织性强度与威胁风险高,不仅对生命、财产构成实体危害,更威胁社会心理安定与高阶抽象法益。然而,使在地治安机关,难以充分应对该犯罪型暴力之原因,还涉及“全球性在地型袭击”,会选择易地袭击,进而在远程发展组织、输送非法利益;甚至,利用当地社会组织与结构关

〔3〕 Michael L. Burgoyne, “The effectiveness of counterinsurgency principles against criminal insurgency: the right tool for the job,” *Small Wars Journal*, February 11, 2012, pp. 2-3.

系,与官员形成共谋贪腐(collusive corruption)。^{〔4〕}因此,犯罪型暴力已从犯罪防制实务层面,指涉到共同安全范畴;相对的,各机关的执法合作,也将转向执法安全的跨域治理领域。换言之,两岸暨港澳地区合作打击涉毒恐怖主义衍生之犯罪型暴力,虽具有克服彼此法制体系上差异,可就个案进行协商处理等合作。然而,当涉毒恐怖犯罪涉及共同安全范畴时,在现行可运作机转前提下,为防制涉毒恐怖犯罪不同的动机、社会组织与结构关系,是否存在指涉跨部门合作、多领域整合的可能,确实值得探索。

(二) 研究目的

本文研究目的是先就执法合作之组织障碍、结构困境进行检视,再从跨部门合作、多领域整合,论述制度创新(institutional innovation)与合作动力。制度创新并非取代有形之制度结构,而是在既定条件不变下,进而创新可供政策应用的立论。同理,也可以在不与有形的典章制度产生冲突,且不增加人力、经费条件下,以调整信息透明度、知识应用架构与创造新颖情境(novel situation),使制度的有形能力,得以在心智结构、行为模式与集体表征上,创新制度的应用空间。

(三) 研究概念架构

新兴涉毒恐怖犯罪值得重视与研究,乃在于非法鸦片经济(Illegal opiate-economy)与暴力行动,已与跨境有组织犯罪复合为新兴危害,并成为共同安全的重要研究议题。^{〔5〕}从而,新兴的毒品犯罪防制政策,已同时可从毒品供需关系角度、恐怖势力社会结构条件以及反恐力度,整合分析毒品犯罪情势。事实上,新兴涉毒恐怖犯罪与阿富汗毒品卡斯特(Afghan narco-castels)的发展趋势密切相关,不仅将毒品种植、提炼、贩运与通信、洗钱复合为完整的产业流程,而且持续冲击阿富汗内部与周边安全。^{〔6〕}同时,也让人们惊觉到,应对易变的涉毒恐怖犯罪,

〔4〕 John P. Sullivan, "Criminal insurgency: narcocultura, social banditry, and information operations," *Small War Journal*, December 3, 2012, p. 2.

〔5〕 Rani D. Mullen, "Afghanistan in 2008: state building at the precipice," *Asian Survey*, Vol. 49, Issue 1, 2009, p. 35.

〔6〕 United Nations Office on Drugs and Crime, *Addiction, Crime and Insurgency: The transnational threat of Afghan opium*, p. 17; Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs, "2009 International Narcotics Control Strategy Report: Country Reports—Afghanistan through Comoros," (February 27, 2009), last visited September 21, 2015, pp. 1-2, "United Nations Office on Drugs and Crime", <http://www.state.gov/p/inl/rls/nrcrpt/2009/vol1/116520.htm>.

侦查、审判机关必然要与其他部门进行跨界合作与共同安全政策倡议。换言之,其内涵应针对刑事政策与共同安全需求,能在心理与态度上有所改变创新。此亦系整合论犯罪学(Integrative criminology)制度创新的重要内涵,不仅能对防制与研究涉毒恐怖犯罪,在心理与态度上有所改变创新,其带给人们在犯罪学与刑罚学上更重要的启迪,乃在于善加应用跨学科典范(Interdisciplinary paradigm)研究方法,跨越使用传统、单一理论或研究途径的研究脱离实际的困境。

在整合论犯罪学看来,传统、单一的犯罪学理论或研究途径,主要着重犯罪行为样态与犯罪活动,犯罪处罚与犯罪控制,或者侧重犯罪、正义与社会控制的关系。然而,复合型犯罪,却存在不同的层次动机、社会组织与结构关系,必须对其间的交互或互动关系的形式以及运作概念之要素(Formalistic and consist of conceptualizing the reciprocal or interactive relations),要有更具创新的认识架构。^{〔7〕}显然,应用整合犯罪学概念,不仅契合本文研究主题与所涉及的问题范畴,而且有助于提升人们对涉毒恐怖犯罪,指涉复合不同层次动机、社会组织与结构关系的犯罪特性;更有意义的则是,基于这整合模式的研究途径,将有助于跨部门合作、多领域整合的制度创新。

因此,本文以涉毒恐怖犯罪情势以及刑事政策应用的概念为出发,研究概念架构(Conceptual framework)包括:

- (一) 描述涉毒恐怖犯罪发展与危害问题;
- (二) 说明涉毒恐怖犯罪复合不同层次动机、社会组织与结构关系的犯罪特性;
- (三) 解释认识涉毒恐怖犯罪与防制整合行动之间,出现相互迭合的趋势;
- (四) 提出研究价值:藉上揭防制整合的新兴趋势,解释其刑事政策意涵与应用价值,期望藉此趋势研究,能对防制恐怖主义持以务实态度,并有助于提升吾人在刑事政策的影响力与贡献度。

三、涉毒恐怖犯罪发展与危害问题

(一) 涉毒恐怖犯罪发展

中亚所处地缘连接东半球的安全情势,尤其美国于2001年在阿富汗发动反

〔7〕 Gregg Barak, "Integrative theories, integrating criminologies," last visited September 21, 2015, "critcrim. org", http://critcrim.org/critpapers/barak_integrative.htm.

恐怖主义军事行动后,更使该区域的问题扩及全球,与国际权力平衡及安全情势产生联系,而且也牵动到国家与非国家行动者在该区域的复杂冲突与利益。与中國大陸相邻的中亚情势,之所以越加引人注目,不仅是因国际恐怖主义、民族分裂主义、宗教极端主义“三股势力”上的政治、民族、文化冲突问题;其实,中亚各国在脱离苏联后,内部羸弱的政治、经济与法制因素,更加重问题冲突的程度,甚至衍生跨境的复合型犯罪。阿富汗在美国反恐军事行动后,因重建经济、法制因素不足,伴随兴起非法鸦片经济,成为新兴的跨境安全威胁。新兴毒品经济不仅难于与恐怖分子运动、暴乱、组织犯罪区分,而且彼此的策略与建构资源也已越加相似,其之所以对区域安全造成更严重的危害,乃因为随着其活动路径与区域之差异,而会有不同的易变行为样态,但却经常让人忽视,仅将其等视为一般犯罪案件处理。

由于中亚各国与阿富汗及周边国家在市场经济与法制体系缺乏健全而善良治理的条件,从而诱发出非法鸦片经济。各类行动者为控制鸦片路线与地域,乃竞相持有、贩运武力,甚至在境外衍生出分配网络的组织犯罪,进而成为跨境危害,影响包括中国大陆与周边国家之政治稳定。这些利益不仅助长阿富汗官员贪腐,也是塔利班(Taliban)与暴乱团体借机制造与阿富汗政府、多国部队冲突。更藉以保护或胁迫农民种植罂粟,从中谋取的利益,除再组建发动突袭、暴乱行动,也从事提炼贩运鸦片、海洛因,进口先驱化学物质(Precursor chemicals)^{〔8〕}与武器、人口贩运及洗钱犯罪。显然,阿富汗问题已将中亚情势复合成恐怖运动—暴乱—毒品犯罪的相互循环流程。^{〔9〕}

据美国国务院国际反毒品暨执法事务局(Bureau of International Narcotics

〔8〕 先驱化学物质,系指可流供制造毒品之原料,依其特性分为两类,一类系指参与反应并成为毒品之化学结构一部分者;另一类则为参与反应或未参与反应并不成为毒品之化学结构一部分者。目前在阿富汗常见之毒品先驱化学物质包括:醋酸酐/乙酸(Acetic anhydride)、氯化铵(Ammonium chloride)、盐酸(Hydrochloric acid)、丙酮(Acetone)、酸橙(Lime)、碳酸氢钠/小苏打(Sodium bicarbonate)。United Nations Office on Drugs and Crime,“World Drug Report 2014,”(June 2014),last visited September 21,2015,p.101,“United Nations Office on Drugs and Crime”,https://www.unodc.org/documents/wdr2014/World_Drug_Report_2014_web.pdf.

〔9〕 United Nations Office on Drugs and Crime,“Addiction, Crime and Insurgency: The transnational threat of Afghan opium,”(October 2009),last visited September 21,2015,p.101,“United Nations Office on Drugs and Crime”,http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Afghanistan/Afghan_Opium_Trade_2009_web.pdf.

and Law Enforcement Affairs)估计,仅2008年塔利班与反政府武力,因保护罂粟种植获利约5000万美元至7000万美元(以下同);其余各地军阀、毒贩、暴乱团体因毒品制造与贩运所得则约两亿至四亿美元。^{〔10〕}再者,联合国毒品控制暨犯罪预防办公室(United Nations Office on Drugs and Crime)报告指出,虽然美国多年来投入约76亿美元,在阿富汗与盟国进行反毒行动,阿富汗2014年罂粟种植面积却扩大到22.4万公顷,较2013年多出7%。依此估算其鸦片产值,达8.5亿美元,占阿富汗国内生产毛额4%。然而,对照2002年塔利班被美国推翻时,罂粟种植面积仅7.4万公顷。^{〔11〕}

可见,阿富汗毒品泛滥危害伴随着涉毒恐怖犯罪发展,甚至成为国际政治隐忧,不仅令人质疑反毒行动的效能与持续性,而且随着国际维和部队撤出阿富汗之后,恐将导致罂粟种植、毒品贩运扩大。同时,也涉及阿富汗内部治理因素,因为政治不稳定因素、农民收入不足,转而广种罂粟或从事毒品贩运牟利,甚至成为塔利班与国际恐怖主义势力扩张之经济来源。^{〔12〕}显然,涉毒恐怖犯罪发展之所以衍生为新兴危害,正系经由不同层次动机、社会组织与结构关系,相互复合运作的结果,若仅用传统或单一的犯罪学理论或研究途径,将难以了解其间的交互或互动关系的形式,以及运作概念之要素。

(二) 涉毒恐怖犯罪发展出新兴危害

阿富汗鸦片、海洛因贩运,之所以发展出新兴危害,一方面,肇因于地缘运作之要素;再者,伴随着贪腐问题。首先,涉毒恐怖犯罪地缘运作之要素,存在着与外部、周边国家相互作用的复合条件。因为,与阿富汗跨境相比邻的普什图族(Pashtuns)、俾路支(Baluchi),不仅成为最直接又高隐秘的毒品贩运联结关系,而且主要的毒品转运国或目的地——巴基斯坦、伊朗、中亚地区、波斯湾,都由此源

〔10〕 Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs, “2009 International Narcotics Control Strategy Report (INCSR): Country Reports—Afghanistan through Comoros,” (February 27, 2009) p. 1, last visited May 7, 2015, “Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs”, <http://www.state.gov/p/inl/rls/nrcrpt/2009/vol1/116520.htm>.

〔11〕 Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs, “2014 International Narcotics Control Strategy Report (INCSR): Country Report, Afghanistan,” (2014), last visited May 7, 2015, “Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs”, <http://www.state.gov/j/inl/rls/nrcrpt/2014/vol1/222838.htm>.

〔12〕 Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs, “2014 International Narcotics Control Strategy Report (INCSR): Country Report, Afghanistan.”

族(Diaporas)网络与“哈瓦拉”(Hawala)隐秘组织,而进一步衍生成物资走私、人口、武器贩运跨境有组织犯罪。尤其,年约 650 亿美元以上的毒品非法交易,其中 90%~95%更透过源族网络与企业经营方式,转换成合法资产。^{〔13〕}

其次,阿富汗出境检查站,由于官员贪腐,毒品缉获率仅 1%。出境检查问题,在阿富汗与巴基斯坦边境更为严重。因为,两国高山峻岭边境有长达 110 公里未设置官方检查站,而部族与前塔利班政权同为普什图族,从而使该区阿富汗南部边境赫尔曼德省(Hilmand),成为植栽鸦片罂粟最大产区与提供最大宗贩运海洛因途径,更有助于植栽劳力流动与提供机动性海洛因工场。而邻近塔吉克斯坦(Tajikistan)、乌兹别克斯坦(Uzbekistan)的北方省巴德赫尚(Badakshan)、塔哈尔(Takhar),则加上地理崎岖、隐秘因素,更有助于毒品贩运。^{〔14〕}可见,未来防制涉毒恐怖犯罪之新兴危害,必然是跨部门且涉及多领域的整合,包括市场组织结构关系,以及毒品供应链动力要素等。证诸联合国毒品控制暨犯罪预防办公室在“2015 世界毒品年度报告”(World Drug Report 2015)即呼吁,未来不仅只是缉毒执法层面合作,有关毒品价格,市场规模、价值、组织,以及毒品供应链动力要素等,都将是防制毒品犯罪的新兴趋势。^{〔15〕}

(三) 涉毒恐怖犯罪衍生毒品贩运路线与特殊模式

与阿富汗仅局部相邻的中国大陆,也成为阿富汗涉毒恐怖犯罪的外部条件。原因之一是彼此间有长达 76 公里的无人设施国界,而且边境向来存在着完备小型路径,有利于毒品贩运。其次,中国大陆对物资相对匮乏的中亚国家发挥替代效果,成为提供阿富汗各类金属、生活必需品的重要途径。最后,更关键的先驱化学物质,在新疆缉获发现,80%以上朝向阿富汗贩运;由于阿富汗缺乏制造海洛因所需之醋酸酐(Acetic anhydride),而在巴基斯坦楠格哈尔省(Nangarhar)查获之醋酸酐,也几乎系准备转运阿富汗。犯罪组织甚至利用中国大陆与巴基斯坦自由

〔13〕 United Nations Office on Drugs and Crime, *Addiction, Crime and Insurgency: The transnational threat of Afghan opium*, pp. 7 & 18-20.

〔14〕 United Nations Office on Drugs and Crime, *Addiction, Crime and Insurgency: The transnational threat of Afghan opium*, p. 61; Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs, 2009 *International Narcotics Control Strategy Report: Country Reports—Afghanistan through Comoros*, p. 9.

〔15〕 United Nations Office on Drugs and Crime, “World Drug Report 2015,” (May 2015), last visited September 21, 2015, p. 38, “United Nations Office on Drugs and Crime”, https://www.unodc.org/documents/wdr2015/World_Drug_Report_2015.pdf.

贸易的途径,透过海、空运,将相关物资与先驱化学物质辗转进入阿富汗。^{〔16〕}

阿富汗毒品之新兴危害,不仅因为其植栽鸦片罌粟与毒品之贩运,其中关键而常被忽略的是制成毒品的先驱化学物质,以及如何分散毒品制造工场。由于,阿富汗需要进口先驱化学物质,并将制造、加工场地分散,以规避被缉获风险。由于阿富汗政府本身禁、缉毒恪责能力不足,边境执法人员检验、采证先驱化学物质,在专业知识与设施上都显得落后。而阿富汗毒品先驱化学物质乙酸(Acetic anhydride)、氯化铵(Ammonium chloride)、盐酸(Hydrochloric acid)、丙酮(Acetone)、酸橙(Lime)、碳酸氢钠/小苏打(Sodium bicarbonate),年需求量约一万吨,本身即具有一定危险性且体积庞大,运输成本高、获利率较低,因此需要较完善的运输条件。^{〔17〕}从而,铁、公路系统不仅有利于先驱化学物质贩运,加以现有陆上点状检查职能,显难以应对幅员广阔、沿线绵长的挑战。

先驱化学物质不同于传统毒品贩运模式,而系直接应用便捷运输交通工具,甚至利用多种伪装欺瞒形式交互应用。例如,贩运者已企业化经营,掩饰成油品或贸易商,再以机油包装或货柜运输伪装先驱化学物质,甚至变造文件欺瞒官员。因此,先驱化学物质可以透过贸易形式,进行远程买卖规避风险。在实际案例中,即曾缉获从韩国假冒纺织品进口方式,运送先驱化学物质。值得注意的是,鸦片制剂与先驱化学物质之贩运者及路线,几乎是重叠的,甚至出现在一地卸下先驱化学物质,同车再装载鸦片制剂回程之现象。^{〔18〕}先驱化学物质对毒品防制的危害,不仅将出现新兴替代化学物质,以规避法令管制;而且,地下化学工厂的泛滥以及贩运手段,都将考验跨境执法合作的效能。^{〔19〕}

可见,涉毒恐怖犯罪衍生毒品贩运路线与特殊模式,不仅其犯罪行为样态与犯罪活动,具有不同层次动机,也难以由单一部门或措施,达成犯罪处罚、社会控制效果。事实上,涉毒恐怖犯罪之特殊性,还取决于与当地的社会组织与结构关系,显然存在一定的互动关系形式,以及运作概念之要素。

〔16〕 United Nations Office on Drugs and Crime, *Addiction, Crime and Insurgency: The transnational threat of Afghan opium*, p. 73.

〔17〕 同上书, p. 67.

〔18〕 同上书, pp. 68 & 74-75.

〔19〕 United Nations Office on Drugs and Crime, "World Drug Report 2014," p. 93.

四、涉毒恐怖犯罪的互动形式与运作概念要素

近年来,新兴涉毒恐怖主义之所以引人注目,可从阿富汗毒品向中亚、南亚、东南亚、非洲等地之贩运路线。对照路线所经过的地区,吾人可以发现,其间的暴力恐怖活动,武器、人口贩运与洗钱等跨境有组织犯罪,几乎与阿富汗毒品贩运路线相互重叠。显然,涉毒恐怖犯罪应已与当地社会组织与结构关系,存在一定的互动关系形式,以及运作概念之要素。

(一) 暴力恐怖活动之心理鼓舞与掩护作用相互关联

暴力恐怖活动与当地社会组织与结构关系,通常先利用因特网技术进行人员吸收。例如,暴恐组织在网络上发布些思想宣传视讯,却未必采取聊天互动,导致安全机关网络监控难度提高。此外,则藉由非法传教、地下讲经,在形成传播点后,进而利用诈诱拐骗式聚会手法、口耳相传等传统形式,对周边人进行“洗脑”,来发展组织影响力。其等常用“圣战殉教进天堂”“真理召唤”等理论进行宣传,煽动人们在“战场”实现雄心壮志。由于,“伊拉克与黎凡特伊斯兰国”新兴恐怖组织(The Islamic State of Iraq and the Levant, ISIL[ISIS],简称伊斯兰国,ISIS)崛起,显然已对中国暴恐组织形成心理鼓舞作用,让它们觉得有用武之地,所以偷渡前往伊拉克、叙利亚等地,加入“圣战”的兴致乃更为高昂。从而,导致“迁徙圣战”屡见不鲜。

(二) 涉毒恐怖犯罪低罪恶感且无受害者

新兴涉毒恐怖犯罪,不仅难于与恐怖分子运动、暴力危害、有组织犯罪区分,而且彼此的策略与建构资源已越加相似。其实,所谓涉毒恐怖犯罪,即系指贩毒者使用暴力,影响政府或阻挠政府取缔毒品买卖之行为,它已明显有别于一般的毒品犯罪行为样态与犯罪活动。即使,涉毒恐怖主义原发展自中南美洲地区,而今,该地区毒品贩运已进入中国澳门,甚至辗转进入中国大陆、台湾地区、香港地区。涉毒恐怖犯罪最主要之危害,乃在于恐怖组织利用毒品贩运,筹措资金、发展组织甚至衍生出来的跨境犯罪。^[20] 阿富汗与远程中南美洲涉毒恐怖犯罪,不仅经常与跨境犯罪相复合,而且所衍生出的犯罪型暴力,都将对两岸暨港澳地区共

[20] Amy Zalman, "Types of Terrorism: a guide to different types of terrorism."

同安全构成新兴危害。换言之,吾人若欲提高刑事政策的影响力与贡献度,应用整合论犯罪学概念架构,论述涉毒恐怖主义与跨境犯罪相互复合的新兴情势,显然是务实的可行途径。

涉毒恐怖主义复合跨境犯罪的新兴情势,不仅对应着恐怖组织离散化之趋势,也使得涉毒恐怖犯罪更为分流化与隐匿,从而转移、淡化信奉伊斯兰教教义者,种植鸦片罂粟、贩运毒品之罪恶感。同时,又得以调整使用爆炸之传统恐怖袭击手段的消极、血腥观感,进而吸引组织外部之同情、支持。再者,涉毒恐怖犯罪虽非对生命财产造成明显而立即之危害,且其等行为与被害者间并无明确因果关系。然而,却凸显毒品对远程与周边之高强度危害,包括威胁人员身体健康、诱发地下非法经济,甚至造成官员贪腐与袭击执法人员。涉毒恐怖犯罪将令人改变对跨境有组织犯罪之传统认识,亦即过去以为该犯罪具有制式阶层组织、自鄙为社会边缘群体,人们通常都将之视为公部门执法问题,在防制犯罪上缺乏社会参与空间与效能感。而今,涉毒恐怖犯罪不仅会应用科技改变组织模式,且自视为上层社经人士足以对政治、法律、经济政策产生影响,进而经营慈善事业、传播媒体以左右视听。^{〔21〕}甚至合法企业渗透,从事大规模武器与战略资源买卖。^{〔22〕}

质言之,涉毒恐怖主义复合跨境犯罪的新兴情势—涉毒恐怖犯罪,因上揭社会组织与结构关系,不仅伴随低罪恶感、造成无被害者现象,更衍生为特定的互动关系形式,以及运作概念之要素。甚至,防制涉毒恐怖犯罪,已非单一国家、部门所能充分应对,抑或只作为反毒、移民等片面刑事政策议题所能包括。相对的,应该对涉毒恐怖犯罪新兴危害,出于整合论犯罪学更具创新的认识架构,将更有助于防制危害扩溢之合作。

(三) 呈现涉毒恐怖主义复合跨境犯罪新兴情势

土耳其军队,于2015年4月10日,曾在边境逮捕134名涉嫌非法入境的外国公民,其中包括6名中国公民。此系土耳其近期来第三次在边境截获中国公

〔21〕 Moisés Naim, “Mafia state: organized crime take office,” *Foreign Affairs*, Vol. 91, No. 3, May/ June 2012, p. 109.

〔22〕 Jeanne Giraldo and Harold Trinkunas, “Transnational crime,” in Alan Collins eds., *Contemporary security studies* (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 431.

民,加上前两次拦截,已截获至少 23 名中国公民,据信他们企图前往叙利亚加入新兴恐怖组织“伊斯兰国”。越来越多的迹象显示,新疆“东伊运”等“三股势力”与“伊斯兰国”逐渐出现合流趋势。其等加入“伊斯兰国”有两种途径,一是赴叙利亚和伊拉克直接加入“伊斯兰国”;二是到东南亚参加“伊斯兰国”在当地的分支。“迁徙圣战”之所以选择东南亚,显然系因新疆边防管控相对严密,乃转而由中国西南边境广西或云南等地偷渡出境。^{〔23〕}

在相当长时间内,亚太地区几乎是远离“伊斯兰国”的威胁,但从上揭情势演变看来,“伊斯兰国”对亚太区域安全的威胁却已渐成现实。但随着公安部门加大反恐力度,“迁徙圣战”为掩人耳目,不仅已由传统的固定偷渡路径,转变为多途径“存在不同性质的偷渡犯罪”,分散到土耳其、叙利亚、印度尼西亚以及吉尔吉斯斯坦。而且,就整合论犯罪学概念看来,“迁徙圣战”所需要的经费、资源与人力,更有赖组织性跨境犯罪来维系。显然,应用合法企业渗透(infiltration of legal business)复合毒品贩运的模式,最有利于“迁徙圣战”之运作。

而今,就在今(2015)年 8 月 17 日,泰国曼谷巴吞旺县知名景点四面佛,发生爆炸恐怖袭击事件,才让人们惊觉恐怖主义复合跨境犯罪的现实,已无地缘远近之分别。事实上,与其追查此案是否与国际恐怖组织有直接关联,毋宁检视其危害情势与防制趋势。因为,吾人得了解并警惕暴力恐怖行动,既能离散化运作;相对的,有些部分又组织性强度,甚至产生跨境威胁的高风险危害,重点是如何在全球扩张其非法利益。故而,此案涉嫌人,具有何种跨境犯罪样态与活动特性,不仅可以推论其等不同的层次动机、社会组织与结构关系;同时,也可发现其间的交互或互动关系的形式,以及运作概念之要素。故而,考察这些动机、结构关系以及运作要素,显然以毒品贩运与跨境犯罪最具效能,不仅犯罪低罪恶感且无受害者,又能发挥心理鼓舞与掩护作用。依此推论,东南亚不仅会持续出现如菲律宾恐怖组织宣布效忠“伊斯兰国”之现象,也让“伊斯兰国”易于招募“圣战士”。甚至,被强势社会所压迫的缅甸罗兴亚人、马来西亚与菲律宾的摩洛人、泰国南部的伊斯兰社群等,亦可能成为“圣战士”生力军。值得警惕的是,当其与中国暴力恐怖活动

〔23〕 “土耳其截获 23 名中国籍 ISIS 成员”(2015 年 4 月 14 日),2015 年 9 月 21 日下载,大公网 <http://news.takungpao.com/world/roll/2015-04/2971632.html>.

产生联系时,也将较中东、中亚恐怖分子来得更易于掩饰。

五、涉毒恐怖犯罪的新兴防制趋势

由上揭“存在不同性质的偷渡犯罪”之新兴情势看来,可推论出暴力恐怖犯罪组织、“迁徙圣战”与涉毒恐怖主义之间,同时存在着扩溢路径与彼此活动所在区域,具有相互关联的特性。从而,吾人不仅可合理推论东亚地区,正面临中亚、西亚涉毒恐怖主义危害;同时,也验证本文概念架构,说明涉毒恐怖犯罪已与当地社会组织与结构关系,存在一定的互动关系形式,以及运作概念之要素。因为,涉毒恐怖犯罪将决定恐怖袭击动机与能力。从而,认识涉毒恐怖犯罪之新兴情势,其运作概念之要素,以及组织与结构关系,无非就是涉毒恐怖主义复合跨境犯罪的过程。换言之,藉由更具创新的认识架构,了解涉毒恐怖犯罪,将有助于提升吾人在反恐刑事政策的影响力与贡献度。

概括而言,整合论犯罪学并非刑事政策上全新的发明,其内涵是针对当吾人面临跨部门合作、多领域整合之需求时,能在心理与态度上带来认识架构的制度创新。然而,整合论犯罪学概念架构,能否成为涉毒恐怖犯罪的新兴防制趋势,还系乎人们得有意识且系统性的学习整合方式,改进各部门过于分工缺乏整合的漏洞,才有助于各种不同反恐职能的部门,导引出新颖且更具效能的策略与战略,甚至实现全新的神气活现(divine)防制行动。^{〔24〕}

而今,随着各种不同层次的反恐合作机制加大,固然有助于摧毁恐怖核心组织,而公安部门缺乏整合的反恐漏洞,却强化恐怖主义犯罪心理。相对的,若得进一步认识涉毒恐怖主义复合跨境犯罪,了解其原生、扩溢与远程等各种不同易变行为样态,其实也就意味着创新反恐战略的认识高度。不仅将因此改变原有的本位主义或片面认知,而且原本的消极、守势反恐态势,也将转向积极防御,发挥整合与主动防制效能。事实上,整合论犯罪学并非凭空出现,其内涵只在于心理与态度上,能对防制涉毒恐怖犯罪需求,有所改变创新而已。换言之,当各部门之间更具创新的认识架构,不仅将决定防制涉毒恐怖犯罪的合作效能,也证明本文所提整合论犯罪学研究架构,对创新刑事政策应用价值,有一定效度。

〔24〕 Anthony Vinci, "Waiting to Win: from Deterrence to Deference in the War on Terror," pp. 10-11.

显而易见,涉毒恐怖犯罪已超越传统执法合作范围,指涉跨域合作与全球治理之执法安全范畴。在执法合作上创新整合论认识,将有助于认同、接受彼此合作的必要。事实上,整合论并非要专门耗费成立特别机构,或组织重整却又叠床架屋,而是为促进打击跨境犯罪、反恐怖主义、领土安全,衍生出有效交换信息与情报的技术与解决问题的机转或方案。整合论甚至为机关或部门间创新合作空间,它不仅是由部门整合的制式执法合作观念,朝向创新执法安全领域之递移,而且也经由合作打击犯罪,创新共同安全意识,进而优化公私部门跨域合作空间。

两岸暨港澳地区防制涉毒恐怖犯罪,也可彰显犯罪防制与安全政策的关联性,并有助于创新全球反恐话语权之应用。因为,在地的暴力恐怖活动,经常是与全球或区域跨境犯罪相复合。若两岸暨港澳地区进一步应用共同安全意识,论述帮派犯罪、有组织犯罪、恐怖主义、暴力犯罪与未来犯罪防制行动研究,不仅有利于与全球反恐行动进一步整合,也有助于情报、执法、侦查、审判部门检视本身职能的特殊贡献,捐弃既有包袱、成见与自利心态,进而为跨部门合作、多领域整合创新范畴,却不减损各自原本权能。

六、结论

研究发现,应用整合犯罪学概念,不仅有助于人们了解涉毒恐怖犯罪所涉及的问题范畴,认识其所复合的不同层次动机、社会组织与结构关系之犯罪特性;更有意义的则是,基于这整合模式的研究途径,将有助于跨部门合作、多领域整合的制度创新。

目前全球对恐怖主义并无一致之定义,固然有其现实因素,但却不能阻止防制恐怖主义之合作。相对的,即使台湾地区仍非恐怖主义直接袭击之目标,若因不了解恐怖主义新兴情势,不仅可能使得反恐刑事政策或亚太区域安全上出现漏洞,甚至让台湾地区因而被边缘化。质言之,当吾人认知到一般的毒品、人口、武器贩运或洗钱犯罪案件,已系涉毒恐怖犯罪的远程或易变行为样态时,也就意谓其扩溢危害已成为共同现象,该所谓的犯罪现象,显然应成为区域或全球的共同安全议题。

暴力恐怖活动、“迁徙圣战”与涉毒恐怖主义之间,同时存在着扩溢路径以及

彼此活动所在区域相互关联之特性。然而,在其等路径与区域中,却有不同的易变行为样态,若仍将其片面的视为一般犯罪案件,势必限缩反恐合作与善良治理效能,从而加剧涉毒恐怖犯罪趁机坐大。可见,未来反恐合作效能,还系于如何从整合智谋上防制涉毒恐怖犯罪,以有效防制其危害扩大。故而,论述新兴涉毒恐怖犯罪情势,事实上就是一种防制整合策略,不仅有助于缩减反恐合作的认知差距与障碍,更可促进军事安全、情报执法与犯罪侦查不同部门之间的共同安全观,进而体会本身职能与共同安全之互利内涵,发挥各自影响力与贡献度。

电信诈骗犯罪境内防治体系之构建

邹菲菲*

“在我国,通常认为,电信诈骗犯罪是指犯罪分子为了非法占有他人的财物,通过现代通信技术手段向他人发送各种虚假语音书面信息,使对方在轻信虚假信息后通过各种方式自愿将其财物交付给犯罪分子的行为。”^{〔1〕}

电信诈骗犯罪的社会危害日益严重,随着金融、网络和通信技术的迅猛发展,电信诈骗的犯罪形态也由低级转为高级,不仅以组织结构完整的有组织犯罪的形态出现,而且运用更多的科技支持,并在犯罪行为地域分布上更多的选择跨境犯罪,采用犯罪集团窝点在境外,犯罪各环节行为人在境内,境外指挥,境内执行的模式。其作案技术含量更高、组织更加严密、分工更加明确。与普通诈骗犯罪相比,电信诈骗犯罪在发生的场域,侵害的法益与犯罪形态上都有其特殊性,本文结合近期电信诈骗犯罪的相关数据,对现行法律规定存在的不足以及缺乏一个整体电信诈骗防控机制的现状进行分析,建议构建完整的电信诈骗犯罪的防治体系。

* 澳门大学法学院博士生。

〔1〕 谢连桑:《电信诈骗的防控体系研究》,载《法制与社会》,2011(5)。

一、电信诈骗犯罪的外部环境和特点

(一) 外部环境

1. 通信行业迅猛发展

随着通信网络技术的蓬勃发展,人们已迈入信息技术时代,在信息的传递和交换方式上发生了巨大变化。电话、手机、短信、电子邮件、视频等各种现代化的通信工具,使人与人之间的沟通不再受到距离的限制。工信部数据显示,“截至2015年3月,我国移动电话用户总数达到12.9亿户,普及率达94.6部/百人,全国共有10个省份移动电话普及率超过100部/百人,分别为北京、广东、上海、浙江、福建、内蒙古、江苏、辽宁、宁夏、海南,其中前5省(区、市)移动电话普及率均突破110部/百人。移动宽带用户总数达到6.4亿户,较上年末提高4个百分点。3G用户加速向4G用户转换,4G用户持续爆发式增长,3月净增2388万户,总数达到1.62亿户,占移动电话用户的比重达到12.5%。互联网宽带接入用户净增137.2万户,总数达到2.04亿户。移动互联网用户规模近9亿。宽带基础设施日益完善,光纤宽带网络加速建设。”〔2〕

2. 银行卡的普及应用和电子商务的迅猛发展

银行卡以其方便、快捷、安全等优点成为人们消费支付的重要手段,并由此形成了完善的全球性信用卡计算机网络支付与结算系统,为电子商务中的网上支付提供了重要手段。“截至第一季度末,全国银行卡在用发卡数量49.99亿张,较上季度末新增0.63亿张,环比增长1.28%。全国人均持有银行卡3.69张,其中,人均持有信用卡0.31张。第一季度,全国共发生银行卡交易177.79亿笔,金额151.84万亿元。第一季度,全国银行机构共处理电子支付业务227.39亿笔,金额772.54万亿元。其中,网上支付业务71.24亿笔,金额602.93万亿元,同比分别增长12.79%和109.53%;电话支付业务0.49亿笔,金额2.87万亿元,金额同比增长132.20%;移动支付业务13.76亿笔,金额39.78万亿元,同比分别增长108.85%和921.49%。”〔3〕

〔2〕《2015年3月通信业经济运行情况》,中华人民共和国工业和信息化部网站,网址:<http://www.miit.gov.cn/n11293472/n11293832/n11294132/n12858447/16548851.html>,最后访问日期:2015年8月29日。

〔3〕中国人民银行《2015年第一季度支付体系运行总体情况》。

银行卡的普及应用,使我国社会进入电子货币时代,随着银行卡网络在境内外的不断延伸和完善,资金的流动与提取不再受到传统时空的限制,变得更加快速便捷,网上银行和网络支付迅速发展起来。“据中国电子商务研究中心监测数据显示,2014年我国网上银行个人客户数达到9.09亿户,新增1.5亿户,同比增加19.71%;交易笔数达608.46亿笔,同比增加21.59%;交易总额达1248.93万亿元,同比增加17.05%。”^{〔4〕}全球上网用户呈级数增长趋势,快捷、低成本的特点为电子商务的发展提供了应用条件。“据全国工业和信息化工作会议披露,在过去的2014年,电子商务交易额超过12万亿元,增幅达到20%,电商将替代传统零售行业说法也在不断地被验证,高速增长让传统零售行业感到咄咄逼人。”^{〔5〕}越来越多的人参与到电子商务中,并选择网上交易,这也就意味着电信诈骗犯罪分子的潜在犯罪对象日益增多。

3. 个人信息保护法的缺位

随着互联网渗透到人们工作生活的各个领域,个人信息通过网络平台也进行着大规模的传输,当人们为了办理银行卡、会员卡、网上购物、求职应聘、物业登记等事务录入个人信息时,那些存储进数据库的个人信息就有了潜在的危险。一些不法分子以偷盗或交易个人信息牟利。社会上出现了大量兜售房主信息、股民信息、商务人士信息、车主信息、电信用户信息、患者信息的现象,并形成了一个新兴的产业。比如,个人在办理购房、购车、住院等手续之后,相关信息被有关机构或其工作人员卖给房屋中介、保险公司、母婴用品企业、广告公司等。银行信用卡客户数据泄露现象也颇为严重,一条条包括姓名、电话、地址等完整隐私的信用卡开户数据,在网络上公开贩卖。在微信及一些电子商务平台,“销售行业资料群”也大量存在,非法买卖个人信息已成新兴产业。我国法律中对于个人信息的保护并没有形成体系,最直接的是《中华人民共和国刑法修正案(七)》对253条增加了部分规定。^{〔6〕}除此之外,虽然在《宪法》《民法通则》《侵权责任法》等法律规范对个

〔4〕 中国电子商务研究中心网站金融数据,网址:<http://b2b.toocle.com/detail-6245694.html>.

〔5〕 2015年中国电子商务门户大会网站金融数据,网址:<http://www.cnindustry.org>.

〔6〕 《中华人民共和国刑法修正案(七)》第7条:“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员,违反国家规定,将本单位在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息,出售或者非法提供给他人,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。窃取或者以其他方法非法获取上述信息,情节严重的,依照前款的规定处罚。单位触犯前两款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照各该款的规定处罚。”

人信息的保护有所规定,但这些规定往往是很零散的,只能从有关人权、人格尊严保护方面寻得依据,缺乏系统性的专门立法。对于网络化背景下个人信息保护的原则、信息主体所享有的权利、个人信息在被损害时的责任认定等都还没有明确的规定,缺乏追责惩罚性条款,造成法律适用上的障碍,为电信诈骗犯罪分子以他人身份信息办理身份证、开设银行账户、获取潜在受害人个人信息资料提供了有利条件。

(二) 电信诈骗犯罪的特点

1. 犯罪行为跨境跨区域趋势明显

计算机通信网络的广域网(WAN)可以连接多个城市或国家,或横跨几个洲并能提供远距离通信,形成国际性的远程网络。计算机通信网络的空间跨越性显著扩大了犯罪者的犯罪能力,犯罪分子利用便利的通信网络,逐渐形成跨境跨区域的有组织犯罪集团。

“2015年4月、5月,广东省公安厅组织深圳、珠海、江门市公安机关,与印度尼西亚、越南警方成功合作,连续侦破两起特大跨境电信诈骗系列案,涉案金额高达7000多万元。”^{〔7〕}这两起大案的犯罪窝点分别设在印度尼西亚巴厘岛和越南胡志明市。为了躲避中国警方的追捕,越来越多的犯罪集团选择跨境跨区域作案,犯罪组织内各环节分散在不同区域,为案件的侦破带来更大挑战。

2. 犯罪组织分工专业化、运营公司化

电信诈骗犯罪的各个环节呈现出了越来越强的专业化趋势,犯罪行为具有明确分工,以公司化形式运作。“从目前已破获的案件来看,跨境电信诈骗团伙一般分为投资层、经理层和操作层三个层面,在操作层面又分为发短信或拨打电话、接听电话、开设银行账户、取款、培训等若干独立单元;在单元内部仍有细分,如取款组、资金调拨组及监察组等,通过明确、细致的分工,犯罪团伙通过多个环节共同实施诈骗。”^{〔8〕}越大规模的电信诈骗团伙,其团伙成员的专业化程度越高。团伙整体往往具有完善的犯罪机制和流程,单就其诈骗所用借口而言,就是由专门的策划人员精心设计的。有专门负责写“剧本”的编剧,有专门提供技术支持和维护的技术人员,还有专门为新入行的犯罪人员进行培训的培训人员。

〔7〕《广东侦破7000万跨境电信诈骗案 网络诈骗一年翻一倍》,载《羊城晚报》,2015-06-02。

〔8〕王世卿,杨富云:《新技术条件下我国跨境有组织经济犯罪研究——以电信诈骗和银行卡犯罪为视角》,载《中国人民公安大学学报》(社会科学版),2012(4)。

3. 犯罪手段非接触性、隐蔽性强

非接触性一方面指电信诈骗行为人与受害人之间不发生直接接触,即犯罪行为通过电话、短信、微信、QQ 等各种媒介与受害人联系,并伪造电话号码、身份等特征,使受害人在未见到行为人的情况下就被骗走钱财;另一方面是指“电信诈骗流程的各环节在时间、空间上高度分离,互不认识或不见面,甚至分处于多个国家和地区,各个环节之间按照‘第三方’的指令或通过电信联通信息,司法机关难以进行全面打击处理,难以做到连根铲除。”〔9〕

4. 犯罪集团组织机动性强

电信诈骗犯罪集团中各环节独立性较强,犯罪人员可以固定服务于一个犯罪组织,也可以同时为几个诈骗团伙服务,而且有些环节还采用服务外包方式完成,给案件侦破带来很大困难。“去年7月,武汉警方曾远赴柬埔寨,侦破武汉首例远程控制操作转账电信诈骗案,抓捕80名犯罪嫌疑人归案,涉案金额达1700万元。在这起案件中,犯罪链条复杂,犯罪团伙中设有指挥组、技术组、话务组、剧本编制组等,取款则外包通过层层转账完成。在柬埔寨案件中,警方派了30人去银行查账,半个多月才查清资金流向。而在这起堪称成功的跨国追捕案例中,也未能将躲在中国台湾地区的主犯抓回。在警方已经破获的案件中,抓获最多的往往是取款人,但是取款人可能和作案人根本不认识,只不过是雇用关系。”〔10〕可见,犯罪集团可适时解散或合并,各操作小组相互独立又可随意组合,而最易被抓获的取款人大多并不了解整个犯罪集团的情况,甚至不知在为谁取款。

5. 作案手段技术含量不断提高,作案手法不断翻新

通过2004年以来多起电信诈骗案件进行分析后发现,电信诈骗的犯罪手段不断更新:从2004年的发送中奖信息、发短信获话费,2005年的短信通知信用卡被盗刷,2006年的信用卡异地消费,2007年的以购房购车退税方式诈骗以及“猜猜我是谁”方式诈骗,2008年的“电话欠费、安全账户、资金保全、退税、退款、补贴、节目中奖、冒充老师医生、炒股投资、放贷、网络购物出问题、冒充公检法等国家机关工作人员”等名目相继出现,2009年出现“房东汇款短信”形式诈骗,同年,公安部组织开展“打击电信诈骗犯罪专项行动”,电信诈骗犯罪分子的气焰

〔9〕 吴照美、许昆:《两岸跨境电信诈骗犯罪的演变规律与打击机制的完善》,载《青海社会科学》,2014(4)。

〔10〕 郝洪、程远州:《电信诈骗新招:短信链接藏木马 假冒网站搞“通缉”》,人民日报,2015-05-04。

并没有被熄灭,而是开始向国外、境外转移并改进了技术,作案手段更具有隐蔽性和迷惑性。如2010年出现“邮包藏毒”名目的电信诈骗,2011年出现冒充部队采购、冒称社保卡被透支的诈骗方式,2012年“网银升级”电信诈骗露头,2013年伪造的“网上通缉令”开始出现,2014年出现专门盗取手机银行动态验证码的木马软件,以及“到我办公室来一趟”的诈骗方式,2015年更是出现了扫描二维码植入木马程序进行诈骗的新方法。纵观电信诈骗犯罪手段的变化,纯电话诈骗案件所占比例有所下降,网络诈骗所占比例进一步增大,有持续蔓延趋势。

二、现有法律关于电信诈骗犯罪的规定及其不足

(一) 现行法律规定

关于电信诈骗犯罪我国主要在刑法中做出规定,但现行刑法并未对电信诈骗犯罪规定单独罪名。从现有规定看,电信诈骗犯罪行为可能触犯的罪名主要有诈骗罪、妨害信用卡管理罪、招摇撞骗罪、非法获取公民个人信息罪、黑社会性质组织犯罪等罪名。针对目前电信诈骗犯罪使用高科技手段,还可能触犯《刑法》第287条规定:利用计算机实施金融诈骗盗窃贪污挪用公款窃取国家秘密或者其他犯罪的,依照本法有关规定定罪处罚。但这条规定中的犯罪行为只是利用计算机网络诈骗犯罪众多手段中的一小部分,面对新技术时代所有的利用信息化网络化的设备实施的新型犯罪,在司法实践中,难免会导致出现无法可依的状况,而对于实施电信诈骗行为同时触犯多个罪名的情况,通常以牵连犯或法条竞合进行定罪处罚。

2011年,最高人民法院、最高人民检察院针对电信诈骗行为查处难取证难,诈骗数额难以查清的情况,出台了《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,对电信诈骗罪的定罪量刑标准做出了以下规定:(1)诈骗公私财物价值3000元至10000元以上、30000元至100000元以上、500000元以上的,应当分别认定为《刑法》第266条规定的“数额较大”“数额巨大”“数额特别巨大”;(2)利用发送短信、拨打电话、互联网等电信技术手段对不特定多数人实施诈骗,诈骗数额难以查证,但发送诈骗信息5000条以上的,拨打诈骗电话500人次以上的,或者诈骗手段恶劣危害严重的,以诈骗罪(未遂)定罪处罚;(3)明知他人实施诈骗犯罪,为其提供信用卡、手机卡、通信工具、通信传输通道、网络技术支持、费用结算等帮助的,以共同犯罪论处。

（二）从刑罚的根据来看现行法律规定之不足

如同盖好房子需要打好地基一样,建立一座成熟而又理性的刑罚理论大厦无疑也需要坚实牢固的根基,这根基就是刑罚的根据。

1. 从报应主义理论出发,现有刑罚不足以体现立法、司法之公正

根据现有法律规定,电信诈骗行为主要以普通诈骗罪定罪处罚,但较之普通诈骗罪,电信诈骗犯罪具有显著的特殊性。

第一,电信诈骗犯罪侵犯多重法益。其对财产法益的侵害是显而易见的,同时,电信诈骗犯罪主要通过通信网络在信息空间大量传播虚假信息来实行诈骗,侵害了信息法益。“信息法益是存在于信息空间中具有信息本质特征包含有人类创造性劳动的信息资源以及与之相关的权利,由于受到法律的保护而形成的权益,从整体上可划分为财产性法益和权利性法益。”^{〔11〕}电信诈骗犯罪侵犯到多项信息法益。比如,公民的信息安宁权与信息环境权,“信息安宁权是信息社会的主体在信息化的生活中不被外界不必要因素干扰的权利,它依赖于其他的一切信息关系人不非法介入主体有序生活为保障,而电信诈骗犯罪所发送发布的各种垃圾信息充斥着信息空间,使人们的信息生活不胜其扰。”^{〔12〕}电信诈骗的泛滥使人们日渐失去了对信息空间的信任,导致人们不敢回拨陌生电话,不敢接收陌生电子邮件,不敢阅读陌生号码发送的手机彩信等。“在一起医保卡盗刷案件中,浦东法院刑庭副庭长肖波通知被告人家属代缴罚金,可家属就是不相信这是法院打来的电话。”^{〔13〕}长此以往,信息空间存在的基石将被动摇。另外,电信诈骗犯罪行为中会建立大量诈骗网站,无疑是对电信资源的侵害。

第二,电信诈骗的行为对象是不特定的多数人。犯罪分子通常使用短信群发机、邮件群发器等工具向不特定多数人发送欺诈信息,或购买大量公民电话号码逐一拨打,受害人遍布各个行业并分散于不同区域。较之普通诈骗犯罪,电信诈骗涉案范围更广,社会危害性更大。

第三,电信诈骗犯罪是典型的有组织犯罪,且其犯罪组织比其他犯罪组织更为复杂,表现为三个方面:一是涉案窝点多;二是犯罪嫌疑人数量大;三是公安机关追踪难度大。犯罪集团各环节相对独立,也可以说电信诈骗犯罪是由多个犯罪

〔11〕 黄德胜:《信息犯罪研究》,吉林大学博士学位论文,2010。

〔12〕 葛磊:《电信诈骗罪立法问题研究》,载《河北法学》,2012(2)。

〔13〕 李鹏飞:《电信“骗术”起底:击中痛点和弱点》,载《人民法院报》(第六版),2015-03-30。

组织纠合在一起,相对独立运作,相互利用谋利。犯罪团伙一般采用远程的、非接触性的方式作案,而且这类犯罪会借助于模拟号码、境外服务器、虚假信息开户等手段,反侦查能力强,公安机关追踪难度大。

根据报应理论,刑罚的对象是已然犯罪行为,刑罚的意义和本质在于报应犯罪行为所造成的恶害,用刑罚所施加于犯罪人的痛苦来均衡犯罪行为的恶害和犯罪人的罪责,以实现社会正义的要求。它强调,设定刑罚量的依据是犯罪行为对社会造成的客观危害和体现于犯罪行为的主观罪责,刑罚的轻重应当与犯罪行为的严重性和罪犯主观罪责的大小相对称。然而,诈骗罪在立法时并未考虑到电信诈骗行为所侵犯的法益类型、行为类型之特殊性以及社会危害的严重性等特征。“尽管司法解释规定,对电信诈骗犯罪应酌情从严惩处,但这只是在司法实践层面因立法欠缺,不得已而适用诈骗罪这一兜底罪名的办法,诈骗罪的刑法条文本身并不能完全体现出国家对电信诈骗行为的否定评价。因此,适用诈骗罪的罪刑规定,难以体现出罪刑相适应和区别对待的原则,有违刑法公正。”^{〔14〕}

2. 从功利主义理论出发,现有刑罚不利于防控电信诈骗犯罪

与报应主义相对立,功利主义从未然之罪中去寻求刑罚的合理限度,关注的是刑罚权行使的社会功利性,它认为,无论刑罚对已然之罪的事后报应多么公正,都不可能弥补犯罪所造成的伤害或恢复犯罪行为发生前的原状,强调刑罚作为社会防卫手段的必要性和合目的性,主张刑罚的目的是预防犯罪防卫社会,是实现国家预防犯罪目的必不可少的手段。

第一,电信诈骗犯罪预期刑罚成本不足以抗衡犯罪收益,难达预防犯罪的目的。电信诈骗犯罪破案率低,犯罪金额不易认定,且赃款追回难度大。犯罪分子诈骗得手后,资金迅速通过地下黑钱庄转移到境外,这就牵涉到司法协助等方面的实际问题,如果案件涉多米尼加这类未与我国建交的地区,协调打击就很困难。即使赃款没有转移到境外,犯罪团伙通过网络转账,短短几分钟内就可以把巨额赃款分散转移,分头再取,追赃困难重重。“电信诈骗案件武汉警方破案率1%~2%,能够追回的资金更是寥寥无几。每年大量的涉案资金被转移到了台湾地区,但是台湾地区没有和大陆建立打击电信诈骗、退还钱款的工作机制。而仅发生在境内的电信诈骗案件上海警方的破案率只维持在10%~20%之间,跨国

〔14〕 葛磊:《电信诈骗罪立法问题研究》,载《河北法学》,2012(2)。

案件破案率更低。”^{〔15〕}这些情况,在一定程度上降低了刑罚的确定性。刑罚的确定性与刑罚的严厉程度应成反比,如贝卡利亚所说:“如果让人们看到他们的犯罪可能受到宽恕,或者刑罚并不一定是犯罪的必然结果,那么就会煽惑起犯罪不受处罚的幻想。”^{〔16〕}当刑罚确定性降低时,现有法律规定的刑罚就显得过轻了,犯罪分子对刑罚成本的预期较低,而犯罪收益巨大。“如果有 10% 的利润,资本就保证到处被使用;如果有 20% 的利润,资本就会蠢蠢欲动;如果有 50% 的利润,资本就会冒险;如果有 100% 的利润,资本就敢于冒绞首的危险;如果有 300% 的利润,资本就敢于践踏人间一切的法律。”^{〔17〕}所以,较低的刑罚成本预期无法抵抗巨大的利益诱惑,难以达到预防犯罪的目的。

第二,现有法律规定刑罚配置单一,难以适应电信诈骗集团的犯罪成员配置,预防犯罪效果甚微。未成年人参与电信诈骗犯罪的案件越来越多,“上海市浦东新区人民法院对 2014 年以来审结的 18 件电信诈骗案做了分析,在 18 件电信诈骗案中,有 7 件被告人全部为未成年人。而 2014 年以来,浦东法院审理的各类未成年人涉诈骗罪案件一共才 9 件。”^{〔18〕}而刑法中诈骗罪的规定并未针对未成年人做出特别规定,根据刑法规定,未满 16 周岁的未成年人实施诈骗行为不承担刑事责任,而其父母或监护人又难以对其进行有效的教育监管,所以,现有法律很难预防未成年人参与电信诈骗犯罪或者再次犯罪。

第三,犯罪集团组织结构机动性导致共犯的认定困难重重,不利于预防犯罪。司法解释关于共犯的规定,前提是明知他人实施诈骗犯罪。但是在电信诈骗犯罪中,犯罪成员之间往往单线联系,互不熟悉。从近年的司法实践看,在警方已经破获的案件中,抓获最多的往往是取款人,但是取款人可能和作案人根本不认识,只不过是雇用关系,这些被抓获的人员到案后往往以对案件事实不知情为由进行辩解,公安机关难以取得有效证据证明其与主犯有犯意联络,从而难以认定其有共同的犯罪故意,而主犯往往身处境外,难以归案。这种情况助长了犯罪集团的犯罪分子有恃无恐的心理态度,难以达到预防犯罪的效果。

〔15〕 郝洪、程远州:《电信诈骗新招:短信链接藏木马 假冒网站搞“通缉”》,人民日报,2015-05-04。

〔16〕 [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,60 页,北京,中国大百科全书出版社,1993。

〔17〕 邓林格:《公会与罢工》,36 页,伦敦版,1960。

〔18〕 李鹏飞:《电信“骗术”起底:击中痛点和弱点》,载《人民法院报》(第六版),2015-03-30。

三、电信诈骗犯罪防治的域外考察

一些发达国家从 20 世纪 60 年代起,就已经开始对电信诈骗犯罪进行广泛研究,世界上很多国家也已经实行手机实名制,很多国家禁止国际 IP 线路随意买卖,这在一定程度上遏制了此类犯罪的发展。这对我国防治电信诈骗犯罪有着很好的借鉴意义。

美国于 19 世纪 60 年代末颁布了《综合犯罪控制与城区街道法》和《霍布斯反诈骗法》。美国联邦贸易委员会还制定了《联邦贸易委员会邮购或电话订购商品规则》《信用卡诚实记账法案》《电子资金转账法案》以及其他规章。规定了美国的手机用户采取实名制等措施。不仅如此,美国对公民个人信息的保护也做出了法律规定。美国于 1997 年公布的《全球电子商务框架报告》鲜明地彰显出了国家对于个人信息隐私保护实行行业自律的态度。该报告指出,美国政府对私人企业制定保护个人隐私政策的行为提供鼓励。1998 年美国以“在线隐私联盟”为渠道来进行公众隐私指引及指导,要求联盟内的成员必须落实联盟所发布的在线隐私保护政策,并依靠合法的渠道对个人信息进行搜索,联盟以对个人信息的优先保护为前提,要求任何公民信息在需要被使用之前必须征得对方的同意,以免个人资料遭受侵害,造成损失。

欧洲的许多国家用立法形式直接赋予手机用户短信息选择权。例如,欧盟国家在 2002 年就制定了《个人数据处理和隐私权保护指令》(2002/58/EC),其中明确规定,手机用户享有信息的选择权,有权拒绝那些未经要求而提供的信息。

英国 1984 年正式颁布了《数据保护法》,该项法规有五篇四十三条,还有另外四个附件。这项法律制定了有关个人信息保护的八项原则,分别从信息获取途径、获取目的、持有信息期限、信息持有者的义务等方面做出了严格的规定,旨在保护个人信息不受非法侵害。

德国于 1977 年制定实施的《联邦数据保护法》采用了统一立法的模式,对个人信息进行统一、规范的法律保护。并于 2003 年通过了《联邦反垃圾邮件法案》。它规定,向用户推销商品和服务的手机短信均要征得用户的书面同意,从当晚 21 时至次日 8 时发送的广告须再次征得用户同意,如果发送非正常信息(如诈骗信息),将追究刑事责任。德国的手机号码实行入网登记实名制,各运营商必须签订杜绝滥发行为协议。德国政府和监察部门也成立了一个“联邦手机短信处理中

心”，负责处理有关违规者及解答普遍用户的问题。

瑞典于1973年制定了《数据法》和《瑞典资料库条例》，它们详细规定了有关数据资料在使用、收集和保管等方面的具体措施。瑞典的《个人信息法案》也明确对个人资料保护进行了具体的规定。

在亚洲的日本、韩国都明确禁止使用任意显号软件。日本的移动通信运营商曾动用270亿日元，引进新技术和新设备，使用户可以自动屏蔽那些一天内发送量超过200次的短信。此外，该公司还引进了用户可以自行在手机上设定短信地址的技术，使发信人无法按照电话号码向手机用户发送短信。

韩国早在2001年就开始采取一户一网、机号一体的手机号码入网登记制，并规定广告商在发布手机短信广告时，必须注明“广告”字样和发送者的单位、电话及手机号码，取得良好的效果。并且制定了《电子商务基本法》以确保个人信息在互联网背景下得以安全存在和使用。

四、我国电信诈骗犯罪的防治体系之构建

任何一种新型犯罪的产生都会引发法律缺失的探讨，都会引发人们向法律寻求解决方案的高潮。法律作为社会秩序调控的重要手段，应随社会发展与时俱进，然而只修改立法就足以防控犯罪了吗？一个法律完善的国家就不会有犯罪发生了吗？显然答案是否定的。因为法律不是社会调控的唯一手段，完善的法律制度最大限度地保障人们的行为有法可依，法律确定性高，但面对作案手段隐蔽又快速更新的电信诈骗行为，即使修改了立法，犯罪行为的侦破难、赃款追回难的现状也难以得到改善。所以，电信诈骗犯罪的防治不只是修改立法那么简单，需要社会其他层面的配合，需要削弱人们对刑法的完全依赖，建立一个完整的防治体系。笔者对境内防治体系的构建提出如下建议：

（一）刑法层面建议增设电信诈骗罪

关于电信诈骗罪，学者们阐述了不同的观点，提供了各种解决方案，主要观点有三种：一是建议增设电信诈骗罪的条文；二是不增设电信诈骗罪，降低诈骗罪的立案标准，加重刑罚力度；三是不改变立法，对电信诈骗行为适用诈骗罪法律条文规制。

笔者认为，应将电信诈骗犯罪从诈骗罪中分离出来，在刑法中增设电信诈骗罪。

(1) 将其定义为“通过计算机信息网络、电信设备等媒介传播虚假信息,诈骗公私财物的行为”。由于电信诈骗犯罪侵害多重法益,所以不论最终是否骗得财物,都造成了法益的侵害。不规定以非法占有为目的,降低入罪门槛,并相对于诈骗罪提高法定刑,优化配置自由刑与财产刑,提高罚金数额。

(2) 针对特殊身份的人,增设资格刑。由于电信诈骗犯罪中提供技术支持的人员专业化程度较高,有些犯罪行为具有高级电信工程人员资格或者电信工程人员资格,所以针对可能存在的特殊身份之人,加设特别规定,如具有高级电信工程人员资格或者电信工程人员资格之人参与电信诈骗犯罪,以后不得再从事电信行业。这样有助于消除犯罪行为人的土壤,在一定程度上起到预防犯罪的目的。

(3) 增设电信运营商和银行为损害赔偿主体。早在2013年5月,工信部就向电信、移动、联通下发了关于在国际通信业务出入口局拦截改号电话的通知,并要求对网络设备条件进行升级改造,有效拦截。这表明运营商有义务、有能力对来自境外的改号电话实施拦截。2014年4月,一位老人杨先生因被电信诈骗向法院提起诉讼,被告为广州电信公司,老人起诉广州电信公司来电显示服务存在巨大的安全漏洞。该案中,老人接到从“邮政局”打来的电话,便稀里糊涂被诈骗了48万元。2015年7月,广州天河区法院对这起通信信息诈骗案做出一审判决,运营商没有按照约定准确显示来电号码,使得犯罪嫌疑人诈骗得手,应承担部分赔偿责任,判决广州电信公司赔偿杨先生损失1万元。虽然仅赔偿1万元,未能挽回杨先生的全部损失,也对运营商威慑力不大,但作为国内首例运营商为电信诈骗担责的案例,意义深远。这起案件的判决给运营商等部门履行安全监管、源头防范通信信息诈骗敲响了警钟。笔者建议,增设电信运营商和银行为赔偿责任主体,如电信运营商和银行等部门不切实履行安全监管责任,如出现未能履行源头拦截网络改号电话的义务,未能有效审查开户人身份信息等情况,应承担部分赔偿责任。

(4) 为犯罪组织提供取款、存款等辅助性工作的行为人,除有合理的理由,主观方面推定为知道或应该知道他人实施诈骗犯罪而提供帮助,以共同犯罪论处。

(二) 加快制定《个人信息保护法》

在个人数据资料保护方面,可以借鉴美国、英国等一些国家制定专门法律的经验,加快我国《个人信息保护法》的制定。美国联邦政府主张采取自律模式,欧

洲国家则采取了国家立法主导的模式。笔者认为,我国应采取国家立法主导的模式进行规制。一方面针对政府部门公务人员,对利用公权力获得公民个人信息的公务人员故意或过失泄露的情况进行规制;另一方面针对金融、电信、教育、医疗等服务类行业的从业人员,对此类从业机构及其从业人员将在从业中获得的个人信息故意或过失泄露的情况进行规制。

(三) 完善相关行业规范,加强电信运营商和银行的监管机制建设

如前所述,电信运营商有义务对来自境外的改号电话实施拦截,也应该对电信网络中存在的各种群呼群叫、群发短信等异常数据传输行为负有实时监控并限制的责任。而实践中电信诈骗犯罪的泛滥,不能不说电信运营商存在一定的监管不力之责。建议完善行业规范,对专业技术人员加强守法意识培训,避免技术人员误入歧途,并有效地督促电信运营商改进监管技术,实现有效监管。

电信诈骗犯罪人利用银行监管机制的漏洞,冒用他人信息或使用虚假身份证开设账户办理银行卡,在一定程度上造成了银行卡监管的混乱,公安机关难以追踪取证。而且,在公安机关冻结涉案银行卡过程中,由于银行设置的程序较为烦琐,各机构之间没能建立良好的联动机制,推延了冻结时间,为犯罪分子转移赃款提供了有利条件。建议完善银行业监管机制,对开户人进行有效身份审查,并制定紧急情况下冻结银行卡的简易程序。

(四) 加大预防电信诈骗的宣传力度

媒体应积极宣传电信诈骗的预防知识,可采取公检法、银行、电信、媒体等部门相结合的方式,将近期侦破的电信诈骗案件在媒体上向大众告知,揭露犯罪分子作案手段、常见类型,受害人特征等。同时,呼吁人们加强对个人信息的保护,避免因身份证复印件的使用不当、填个人信息领取免费礼品、注册一些非正规商户的会员卡等行为泄露个人信息。并告知大众如果遭遇电信诈骗应如何以最快速度减少或避免经济损失。教育大众提高警惕,全民防范。

风险社会下澳门有组织犯罪之演变发展与防控对策

文立彬^{*}

一、澳门有组织犯罪之演变与刑事立法之沿革

澳门和世界其他国家或地区一样,有组织犯罪的演变与当地的历史背景、社会情形和经济状况密切相关。所不同的是,澳门的有组织犯罪大多涉及争夺赌场利益。澳门有组织犯罪的起源可追溯至鸦片战争时期,在鸦片战争后澳门成了鸦片走私的转运站,而负责上落货的当地华人为了争夺利益和底盘就逐渐形成了各种组织,澳门有组织犯罪由此萌芽。由于公权力介入不足,间接助长了澳门有组织犯罪的发展势头。进入 19 世纪 70 年代末,澳门有组织犯罪依附着“黄赌毒”行业的发展逐渐发展壮大,造成有组织犯罪案件急剧上升,“14K”“水房”“胜义”“友联”成了澳门当时最大及最有组织的黑社会。澳门当时适用 1886 年《葡萄牙刑法典》,该部刑法典对澳门歹徒组织的实施行为和适用刑罚之间存在严重的不相称性,故有必要更新立法以加重刑罚。就此,澳葡当局在 1978 年 1 月通过了《歹徒组织法》(第 1/78/M 号法律),试图遏制频发的有组织犯罪,但由于打击面过于狭

^{*} 澳门科技大学博士生。

窄等原因,该部单行刑法未能完全发挥其应有作用。到了19世纪90代,很多香港的黑社会在香港回归前后跑到澳门的赌场进行放高利贷、操纵卖淫等活动,使得澳门本来就严峻的有组织犯罪活动变得更为复杂。为此,澳门立法会首先是参照了《葡萄牙刑法典》和《德国刑法典》,在1995年通过了新的《澳门刑法典》并在第218条规定了犯罪集团罪,该罪名与《葡萄牙刑法典》第299条之犯罪集团罪(Associacao criiminosa)基本相同,但澳门的刑罚较重;其次,澳门立法会于1997年重新制定并颁布了《有组织犯罪法律制度》(第6/97/M号法律),规定了9个罪名,^[1]同时废止了之前施行了近20年的《歹徒组织法》。《有组织犯罪法律制度》较之《歹徒组织法》,主要更新了两方面,其一是将黑社会的目的确定为“取得不法利益的好处”,替代了旧法规定的“以犯罪为目的”;其二是将黑社会组织的犯罪类型由原来的12种扩充至21种,扩大了刑法规制的范畴。实际上,《有组织犯罪法律制度》并非纯粹的刑事实体法,在其43个条文中,关于刑事诉讼程序的规定亦占有很大比例,因此该法属于综合性法律。

目前,澳门反有组织犯罪的刑事立法主要由《澳门刑法典》《有组织犯罪法律制度》《预防及遏止清洗黑钱犯罪》(第2/2006号法律)和《打击贩卖人口犯罪》(第6/2008号法律)构成。这几部刑事法律均未界定“有组织犯罪”之概念,而仅给出“黑社会”的法律定义。实际上,澳门的立法者无意或尽量回避将有组织犯罪和黑社会罪作严格的区分。换言之,有组织犯罪等同于黑社会罪。^[2]澳门在回归后,经过警方和各政府部门对有组织犯罪的严厉打击,现在澳门的有组织犯罪已得到控制,大部分的黑社会头目因黑社会罪被判入狱或已移民海外。同时,澳门目前有组织犯罪的发展趋势是操纵卖淫、贩卖毒品、非法赌博、跨境贩运枪支和走私犯罪,且渗透政界和警界的犯罪活动十分少见。^[3]根据澳门检察院网站提供的统计数据,澳门检察院2001年至2013年间以有组织犯罪/黑社会罪起诉的案件数,从2001年的10件,经历2009年的38件,到2013年的30件,年均起诉量维持在

〔1〕《有组织犯罪法律制度》(第6/97/M号法律)规定的9个罪名分别是:黑社会罪、以保护为名的勒索罪、自称黑社会罪、不当扣留他人证件罪、操纵卖淫罪、在公共场所可处罚的行为罪、联群的不法赌博罪、易燃或腐蚀性物质或物料罪和违反司法保密罪。

〔2〕根据《有组织犯罪法》之规定,黑社会的定义以列举犯罪组织实施行为的方式做出。所谓黑社会,是指为取得不法利益或好处所成立的所有组织,而其存在是以协议、协定或其他途径表现出来的。

〔3〕粤港澳三地警方正式启动“雷霆15”联合打击有组织跨境犯罪专项行动, http://www.gdga.gov.cn/jwzx/jsyw/201506/t20150617_740905.html.

25 件左右,呈现出整体数量稳定、局部波动式发展的情形。这表明澳门已经根据自身情况建立起了一套反有组织犯罪的法律防控体系并取得一定成效,但澳门刑事法律存在的立法恣意、罪名重叠和财产刑缺乏严重制约着澳门反有组织犯罪刑事防控体系效能的发挥。

二、风险社会视野下有组织犯罪之理性剖析

(一) 风险社会的安全取向与刑法积极一般预防机能之契合

“风险社会并非具体某个国家或地区的历史状态而是当前人类社会的客观反映。”^{〔4〕}自“风险社会”由德国学者乌尔里希·贝克首次系统性提出以理解和反思现代性社会,原本属于社会学范畴的风险社会理论,随着 20 世纪德国学者普里维特将此理论运用并发展于刑法学领域,该理论发展至今已经成为一种独立的刑法范式,即风险社会理论为刑事立法的发展开辟了一条新的路径——对传统刑法进行体系性的反思,在此逻辑下,刑法通过立法转变以积极应对风险社会下新型犯罪的挑战。上述有组织犯罪的发展态势正说明了包括澳门正处于风险社会背景下,科技的高度发展推动国家经济繁荣的同时也孕育了新型犯罪的土壤,而有组织犯罪恰为其例。故以风险社会理论来分析和化解当前严峻的有组织犯罪现状具有积极意义。在风险社会中,“风险”首先具有人为性,即人为制造的风险,显著区别于诸如地震、洪水等的传统风险;其次是国际性,指风险往往跨国境,波及全球,如有组织犯罪由港澳台向内地进行渗透;再次为现代性,即风险与社会发展密切关联,如有组织犯罪者往往利用科技手段实现相互勾结;还有是危害性,即风险的威胁巨大,一旦发生则难以挽救;最后是不确定性,即风险处于难以控制的状态,一方面难以预警,另一方面补救困难。有组织犯罪属于风险社会背景下滋生的新型犯罪,故其具有上述风险之特性。因此面对人为制造的风险,施加刑罚的目的是为了避免这种危险行为给社会公众带来更大风险,以维护社会的长治久安。可知,风险社会的安全取向与刑法的保护防机能具有高度的契合性。强调刑法的保护机能,尤其是积极的一般预防机能,理由在于任何社会的良好运行都必须以安全秩序为基础。刑法作为风险社会下的一项社会行为规范,刑法应有所转变,从消极的、事后的规制手段向积极的、事前的规制方式演化,从而最大程度的

〔4〕 [德]乌尔里希·贝克:《世界风险社会》,吴英姿等译,102 页,南京,南京大学出版社,2004。

把控风险及保障安全。

（二）有组织犯罪法律属性之分析

第一，牟利性犯罪，且以获取垄断性经济利益为最终目的。犯罪经济学认为，人的犯罪行为同其他行为一样，都是理性选择的结果和表现，而效用的最大化是经济人意识的最大特点。只有以有组织犯罪这种形式才有可能实现利润最大化的经济目标。^{〔5〕}换言之，只有有效地将犯罪成员组织起来，通过既分工又合作的运作方式，才能实现犯罪能量的高效聚集和合理发散，既达到组织效能的最大化，也达到犯罪收益的最大化。与其他犯罪“打一枪换一个地方”的方式不同，有组织犯罪者通过在一定区域或行业内形成非法控制的手段，对资源进行垄断，进而获取垄断性的非法经济利益。有组织犯罪获取非法巨额利润的行业，主要包括走私毒品、操纵卖淫或者介入经济纠纷，收取保护费等。在积累足够的资本后，如今的有组织犯罪与以往不同的是，正逐步向合法领域渗透，一方面是为了逃避打击，另一方面是谋求利益最大化。其发展途径可归纳为：以合法企业的身份为掩护，引诱社会闲散人员为打手，采用压制性手段强买强卖、驱逐对手，实现对本地区或本行业的经济活动的控制，达到经济利益最大化的最终目的。在风险社会的语境之中，强调风险控制和安全诉求，而有组织犯罪在侵蚀澳门现行制度之余还常常引发诸多下游犯罪，因此一方面将有组织犯罪纳入刑法范畴具有正当性，另一方面将遏制经济来源作为反有组织犯罪的工作重点具有合理性。

第二，暴力性犯罪，且以实施软暴力为发展趋势。暴力无非是有组织犯罪谋取经济利益和扩张势力的基本手段，也是该组织内控制成员和维持组织存在的必要方式。但随着有组织犯罪的演化，获取非法利益和强化势力范围的途径呈现多元化发展，即有组织犯罪者除了采取原始暴力外，更倾向于采用集体心理威慑、合法领域渗透和寻求政治保护伞的方式达到牟利目的，这同时使得有组织犯罪的隐蔽性日益增强。虽然说有组织犯罪仍具有显著的暴力性特点，但采用直接暴力的行为方式注定是短命的，一方面由于法律的严峻打击，另一方面手段的多样化更易于达成犯罪目的，进而促使有组织犯罪在行为方式上由采用原始暴力转变为实施软暴力。软暴力具有多种样态，如言语威胁、动作恐吓、跟踪纠缠、出场摆阵等。即便在必须要使用原始暴力的场合，组织者常常要求打手们把握分寸，做到伤而

〔5〕 宋浩波：《犯罪经济学》，23页，北京，中国公安大学出版社，2002。

不重、重而不死。这种有组织犯罪的发展态势,既能造成社会心理上的威慑,达到打击对方、扩张势力、牟取暴利的目的,又增加了司法机关及时侦破和有效打击的难度。因此,有必要针对有组织犯罪这一特征设置特殊的追诉方式。

第三,组织性犯罪,且在组织内部有细致而明确的分工。在牟取暴利的共同动机支配下,有组织犯罪成员之间已经形成了有序的层级,有明显的头目和从属之分,这使得组织犯罪行为的计划性和协同性进一步增强,法益侵害性亦由此加重。在这样的犯罪组织结构中,外围成员具有高度的流动性,核心成员规模较小且隐匿性强,使其借助于各种通信工具指挥犯罪、谋取暴利,同时躲避打击。从区域性的视角考察,有组织犯罪正朝着区域化、国际化的方向发展。澳门黑社会正不断地向内地发展成员,不断催生两地犯罪组织进行跨区域的犯罪,如近年来频频发生的贩卖毒品案件、网络诈骗案件及跨境暴力催讨赌债案件等。就此,粤港澳的警方每年都会开展一次“雷霆”行为,针对有组织犯罪展开缜密侦查和严厉打击,这对于打击区域性有组织犯罪无疑具有积极作用。我们应该看到,有组织犯罪不同于个人犯罪和共同犯罪,就犯罪心理而言,“有组织犯罪不论其组织规模大小,都不是一个独立的心理实体而是一种表现为犯罪组织的价值、态度以及适合于有组织犯罪的气氛、倾向或集团的行为定式。”^{〔6〕}有组织犯罪成员的心理特点可归纳为:心理兼容,关系融洽,配合默契。有组织犯罪活动被警方破获时,成员之间往往相互袒护,攻守同盟。因此,在澳门刑事法律的发展路径规划中,如何有效预防和打击有组织犯罪成了一个需要体系性思考的问题。

三、澳门反有组织犯罪刑事立法之瓶颈

在澳门刑法领域,特殊刑法^{〔7〕}作为刑法典的补充,占据着重要的地位。有学者则直接指出:“研究澳门刑法,如果只知《澳门刑法典》,不知澳门特别刑法,则谈不上对澳门刑法的了解。尤其是在罪名问题上,如果以为只要知道《澳门刑法典》分则规定的罪名就知道澳门有多少种犯罪,更是大错特错。为此,要知道澳门刑法所规定的犯罪,离开了特别刑法无异于鼠目寸光。”^{〔8〕}可知,研究澳门反有组织

〔6〕 莫洪宪:《澳门有组织犯罪研究》,23页,武汉,武汉大学出版社,2005。

〔7〕 所谓“特殊刑法”,是指刑法典以外的一切包含刑事责任的法律规范,包括“单行刑法”和“附属刑法”。

〔8〕 赵国强:《澳门刑法研究》,174页,广州,广东人民出版社,2012。

犯罪的刑事立法必须立足于刑法典和附属刑法的基础上。通过研究,澳门反有组织犯罪刑事立法目前主要存在以下三个方面的缺陷。

(一) 立法恣意性

从反有组织犯罪的刑事立法模式考察,澳门与多数大陆法系国家或地区一样,采取刑法典与单行刑法结合的立法模式,即在适用刑法典一般规定的同时,另外制定单行刑法对有组织犯罪做出专门规定。如德国制定了《有组织犯罪法》、日本出台了《暴力集团对策法》、台湾地区颁行了“组织犯罪防止条例”。澳门反有组织犯罪立法以《有组织犯罪法律制度》为主体,并补充适用其他刑事法律,一方面突出澳门针对自身的有组织犯罪特点做出规定;另一方面凸显了立法者治理有组织犯罪之决心和打击犯罪之重点。该种立法模式的优势在于能及时有效的补充刑法典的缺漏,而弊端在于单行刑法具有较强的时机性,因此在立法时往往与其他法律之间缺乏协调性,此外过多的单行刑法亦给司法实践造成诸多困扰。如相较于《澳门刑法典》分则规定的 185 个罪名,澳门特别刑法竟规定了 200 多个罪名,罪名数量已经显然超过了《澳门刑法典》分则规定的罪名,无不让人感到惊讶。澳门作为具有制定法传统的地区,理应重视刑法典之法典地位和导向机能,却因受政治环境、立法观念、立法技术和立法管理等诸多因素的影响,造成了澳门刑法罪名繁多,其中不少罪名具有重叠或冲突关系。此外,澳门刑法中的附加刑种类繁多且各自为政,这在大陆法系国家或地区的刑法中亦是很少见的。以《有组织犯罪法律制度》为例,单是附加刑就规定了 11 种,同样是禁止从事公共职务的附加刑,《澳门刑法典》总则规定的期限为 2 年至 5 年,而《有组织犯罪法律制度》规定的期限是 10 年至 12 年;又如,《澳门刑法典》总则只规定了“普通累犯”制度,而《有组织犯罪法律制度》却规定了“特别累犯制度”。〔9〕 综上,《澳门刑法典》总则的导向性地位被未得到立法者的重视,作为最为严肃的刑法都难以找到一个标准尺度,印证了澳门刑事立法存在恣意性。

(二) 罪名重叠性

第一,《有组织犯罪法律制度》以列举犯罪组织实施行为的方式对“黑社会罪”的范围进行了规定,而《澳门刑法典》规定了“犯罪集团罪”,该罪是以实施犯罪为

〔9〕 即构成黑社会罪,以保护为名的勒索罪以及违反司法保密罪的,即使超逾 5 年后再犯,亦不妨碍视为累犯。

目的,或活动是为实施犯罪的团体。“犯罪集团罪”较之“黑社会罪”,行为方式的范围更广,即犯罪集团罪的行为方式不仅涵盖且超出了黑社会罪的 21 种。可知,黑社会组织系犯罪集团中的一种特定类型,二罪在规制范围上具有包含和被包含的关系。从刑罚幅度来看,黑社会罪的法定刑较重于犯罪集团罪。因此,黑社会罪为特殊法及重法,在发生竞合时,应适用黑社会罪。然而,在预防犯罪和打击犯罪层面,刑法典具有单行刑法所不具有的总则性作用和导向性机能,同时为了避免立法的恣意性,有必要将单行刑法中的部分罪名适时的移植刑法典之中,从而维护制定法地区的法典作用和刑法权威。考虑到黑社会罪和犯罪集团罪具有的规制范围重叠关系,进而将“黑社会罪”纳入“犯罪集团罪”之中,即在《澳门刑法典》第 288 条犯罪集团罪中增加一款:涉及黑社会犯罪的,处……

第二,《有组织犯罪法律制度》规定的“以保护为名的勒索罪”与《澳门刑法典》规定的“勒索罪”在行为方式上基本重合,即二罪均采用暴力,或以重大恶害向威胁等手段,对他人进行勒索的行为,二罪不同在于前罪实施的勒索行为要以“黑社会名义或借用黑社会名称”做出。同样的行为方式,却因勒索的理由不同,进而增设新罪名,这无疑导致澳门刑法罪名繁多的一个缩影。考虑到“以保护为名的勒索罪”和“勒索罪”具有的重叠关系,建议将“以保护为名的勒索罪”纳入《澳门刑法典》第 215 条勒索罪之中。

第三,《有组织犯罪法律制度》规定的“操纵卖淫罪”与《澳门刑法典》规定的“淫媒罪”具有重叠关系。详言之,二罪均是对组织卖淫的行为进行规制,本质差异在于“淫媒罪”要求行为乘人之危,卖淫者多因被迫或无奈而卖淫,而“操纵卖淫罪”不以卖淫者的被迫为要件。从澳门司法实践来看,一些涉案女子参与卖淫活动的确出于自愿,将在这类个案中实施“淫媒”行为的人认定为淫媒罪是不适当的,而操纵卖淫罪可以相对较低的刑罚追究这类卖淫活动中实施淫媒行为的人的刑事责任。^{〔10〕} 值得注意的是,尽管操纵卖淫罪不要求犯罪主体为黑社会成员或声称黑社会成员,但操纵卖淫却属于《有组织犯罪法律制度》第 2 条列明的黑社会组织实施的犯罪,这就造成了刑事立法与现实需求的脱节。如个人或两人操纵自愿从事卖淫服务的女性进行卖淫活动,首先因缺乏乘人之危的要件,不构成淫

〔10〕 构成操纵卖淫罪的,处 1 年至 3 年徒刑。构成淫媒罪的有两档法定刑,第一档属于基本刑,处 1 年至 5 年徒刑,第二档属于加重刑,处 2 年至 8 年徒刑。

媒罪,其次因不符合行为主体条件,不构成操纵卖淫罪;^[11]又如,行为人以黑社会的形式实施淫媒行为,过程中对卖淫女性实施暴力、胁迫等行为,虽然行为方式符合淫媒罪的要求,但因行为主体属于黑社会则可能被判处刑罚较轻的操纵卖淫罪,这涉嫌违反罪责刑相适应的刑法基本原则。如何优化“操纵卖淫罪”和“淫媒罪”成了当下澳门刑事法律发展需要解决的现实问题。考虑到二罪的规制范围上具有的颇多重合性,建议将“操纵卖淫罪”纳入“淫媒罪”之中。值得注意的是,《澳门刑法典》第163条和第164条分别规定了淫媒罪和加重淫媒罪,二罪的区别在于加重淫媒罪的行为方式是“使用暴力、严重胁迫、奸计或欺诈策略,又或利用被害人精神上之无能力”,换言之是行为人主观恶性和人身危险性更大。因此,“操纵卖淫罪”纳入《澳门刑法典》后的罪状是,第163条淫媒罪增加一款:不以强迫卖淫的,处……。对于操纵卖淫过程中以暴力迫使他人卖淫的,按《澳门刑法典》第164条加重淫媒罪处罚。

第四,《有组织犯罪法律制度》规定的“违反司法保密罪”与《澳门刑法典》规定的“违反司法保密罪”具有重叠和竞合关系。二罪的差异在于前罪保密的内容是“黑社会犯罪的实施和行为或刑事诉讼行为之内容”,后罪的保密是“刑事诉讼行为之内容”,行为方式均为泄露或发布司法保密内容。可知,二罪罪状具有法条竞合关系,前罪为特殊法和重法,竞合时应优先适用。鉴于上述罪名间关系,建议将《有组织犯罪法律制度》中的“违反司法保密罪”纳入《澳门刑法典》中的“违反司法保密罪”,在该条文中增加一款:不正当让人知悉有关黑社会犯罪的实施和行为的,处……

综上,《有组织犯罪法律制度》和《澳门刑法典》规定的罪名之间多具有重叠或交叉关系,造成法条竞合的常态。从理论上讲,法条竞合的出现不应当是无限限制的,只有当某种利益需要特殊保护时,立法者才使用法条竞合的立法方式。并且上述法条竞合关系完全可以安全刑法典的规定予以处罚。再者,大量存在的法条竞合情况,会导致刑事立法体系的臃肿,进而严重损害刑法规范的整体性和严谨性。

[11] 根据《有组织犯罪法律制度》的规定,构成黑社会罪的行为主体必须是黑社会,其行为主体要求三人或多人所组成。因此个人组织的犯罪或两人组织实施的犯罪均不满足黑社会罪的主体要求。根据《有组织犯罪法律制度》第1条第1款第d)项的规定,操纵卖淫、淫媒及做未成年人之淫媒,概视为黑社会。

（三）财产刑缺乏性

前述谈及有组织犯罪的发展基础和最终目的在于资金,若是不断绝、不收缴有组织犯罪的资金,仅仅依靠较重的自由刑和较泛的附加刑,则难以有效预防和沉重打击有组织犯罪。然而作为澳门反组织犯罪主要立法的《有组织犯罪法律制度》并没有规定财产刑,这无异于留给有组织犯罪一扇后门。香港与澳门为邻且两地均为《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的缔结成员,香港通过颁行《有组织及严重罪刑条例》,授予法庭可以针对一些罪刑在法定最高刑之上判处加重刑罚的权力,如可以没收自该人被起诉日期之前6年的所有犯罪所得,拒不缴纳的,按照数额多少,可以再其原判刑期基础上增加12个月到10年不等的刑罚;再如将清洗黑钱定为刑事罪行,最高可判处14年监禁及罚款500万元。从香港司法实践情况看,没收有组织犯罪的非法所得,这对于有效打击有组织犯罪的非法收入来源、遏制有组织犯罪的势力扩张起到了立竿见影的作用。因此,澳门有必要在反有组织犯罪刑事防控体系中增加财产刑的条款,如在《澳门刑法典》分则中具体规定可适用没收财产刑的罪名。

四、澳门反有组犯罪刑事防控体系之完善路径

有组织犯罪固然对社会治安造成破坏,若我们的认识仅停留于此,而忽略了有组织犯罪对澳门现行制度的侵蚀,对民主社会核心价值的损害,则会导致我们对反有组织犯罪刑事立法政策的失误及行为的缓慢。当有组织犯罪者公然以身试法时,他们遵循的是为大部分民众所厌恶的行为准则:公权力是可以收买的,犯罪是获得财富的捷径,诚实与道德只是束缚傻瓜的工具。^{〔12〕}正是有组织犯罪具有如此严重的法益侵害性,会给社会带来如此负面的道德侵蚀,我们有必要通过多元化手段推动澳门反有组织犯罪刑事防控体系的完善。

（一）强调《澳门刑法典》之法典地位和导向机能

在大陆法系刑事立法领域,刑法典总则对刑法典分则以及特别刑法所具有的导向性机能是普遍认可的,同属于大陆法系的澳门理应遵循该种基本的刑事立法规制。然而,从上述分析中不难看出,《澳门刑法典》总则的规定与特别刑法的条

〔12〕 张远煌:《美国惩治有组织犯罪的法治实践及其对我国的借鉴与启示》,载《山东警察学院学报》,2011(1)。

款存在脱节状况。对此情形,在查阅相关资料的基础上,我们认为可从两方面进行完善。首先,通过修改《澳门刑法典》总则的规定以弥补其与特别刑法之间的衔接问题。例如《有组织犯罪法律制度》规定了“特别累犯”制度,可对《澳门刑法典》总则关于累犯的规定作相应修改,其实只要在累犯规定之后加上一个“法律有特别规定者除外”的但述即可。^{〔13〕}对于特别刑法可否做出与刑法典总则不同规定的问题,从大陆法系刑法理论进行考察,我们对此持肯定态度且认为,问题的关键是要获得刑法典总则的授权。这种授权可以是在刑法典总则作一次性的总体性授权,如《意大利刑法典》第16条规定,“本法典的规定,除相应法律有特别规定外,也适用于由其他刑事法律调整的范围”;也可以在规定具体制度时作特别授权,如按照《澳门刑法典》第10条之规定,“仅自然人方负刑事责任,但另有规定者除外”,这说明授权特别刑法可以设置法人犯罪的条款。^{〔14〕}其次,应适时将特别刑法的内容纳入《澳门刑法典》之中。上述论及澳门特别刑法的恣意设置,导致了罪名众多且附加刑繁杂的局面,进而有必要加强特别刑法的整理汇编工作,将具有重叠或交叉关系的罪名纳入刑法典之中。如《有组织犯罪法律制度》中的“黑社会罪”“以保护为名的勒索罪”“操纵卖淫罪”和“违反司法保密罪”等,可基于罪名之间的重叠或交叉关系纳入《澳门刑法典》之中。再者,在澳门今后制定新的特别刑法时,立法者有必要做到统筹兼顾。无论是设置罪名还是新的法定刑,皆应当注意与《澳门刑法典》保持协调,并且还须恪守刑法的谦抑性,避免刑罚权的恣意使用。总之,《澳门刑法典》之法典地位和导向机能必须值得现实的尊重,进而才能确保澳门刑事立法之统一性和严谨性,这对于澳门反有组织犯罪之立法完善具有基础性作用和体系性保障。

(二) 反有组织犯罪刑法规制半径之优化

有组织犯罪属于个人犯罪和共同犯罪演变后的高级形态,其具有的犯罪特征值得我们重视。在立法层面应严密法网,在追诉制度层面应制定针对性的法律条款,以此为司法实践提供有效的制度支持。从风险社会的视角出发,有组织犯罪依托科技手段,提升了实施犯罪跨域性和隐蔽性,从而增加了其行为与结果的危害性和不确定性,因此刑法在防卫社会 and 保障人权这两大价值取向上应偏向于维

〔13〕 赵国强:《澳门刑法概说(犯罪通论)》,51页,北京,社会科学文献出版社,2012。

〔14〕 《澳门刑法典》总则并没有规定法人犯罪的概念及相关处罚制度,但不少特别刑法都规定了具体的法人犯罪制度。

护社会利益的需求。

首先,从制度规划层面考察,严密刑事法网应体现由近及远、逐步推进的特点。即先强化和完善有组织犯罪的刑事诉讼程序和司法制度,而后将刑法规制的范围延伸至与有组织犯罪关联度极高的洗钱犯罪和腐败犯罪,从而使犯有组织犯罪刑事防控体系日趋完善。其次,从司法实践层面来看,如何有效打击和预防有组织犯罪,关键点还不在于配置严厉的刑罚,而是表现于对反有组织犯罪设置特别的追诉制度。以反有组织犯罪立法较早的美国为例,美国在反有组织犯罪实践中遇到的最大阻碍是获取证据的困难。这是由有组织犯罪的特点所决定的,因而具有普遍性。对此,若不更新理念,坚持以传统的追诉手段和证明方式打击有组织犯罪,由于打击手段与打击对象存在的不对称,往往导致成效甚微。刑事追诉的本质是为了防卫社会、保障人权而不得不采取的“以暴制暴”的策略。现代法治社会为了平衡社会利益的维护和个人权利的保障,对刑事追诉设置了诸多限制以防止刑罚权的恣意运用。然而,在刑事追诉屡陷泥沼的情形下,再严厉的刑罚也只能沦为摆设。此结论的得出,也是美国在经历长时间的挫折后才最终认识到的。澳门目前已通过《有组织犯罪法律制度》确立了污点证人和卧底证人制度,这对于证人的身份和人身安全起到了保护作用,但生活安置方面仍然缺乏制度保障,导致证人作证后依然存在较大生计担忧,同时这将对证人身份保密制度和人身安全保护制度造成负面影响。^{〔15〕} 因此,确立与有组织犯罪特点相适应的特殊的定罪制度和司法制度,是澳门反有组织犯罪刑事防控体系的应然路径。

(三) 加强澳门与内地反有组织犯罪刑事防控体系之构建

有组织犯罪正朝着区域化、国际化的方向发展,相较于澳门而言,中国内地具有市场需求广阔、资源储备丰富且市场经济管理滞后的特征,加剧了澳门黑社会组织向内地进行渗透活动,同时内地有组织犯罪亦常与澳门黑社会进行勾结,如实施跨境操纵卖淫、贩卖毒品、网络诈骗、暴力催讨赌债等犯罪行为,这正说明了有组织犯罪在澳门与内地间的往来频繁,进而有必要加强澳门与内地反有组织犯罪的协调与合作。上述目标的实现,可以从以下三方面逐步推进:首先是确定两地反有组织犯罪的规制范围。由于澳门与内地在有组织犯罪的法律概念上规定不同,而两地都是《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的缔约成员,因此可以该公

〔15〕 赵国玲、于小川:《澳门有组织犯罪研究》,载《人民检察》,2011(6)。

约为合作基础,确定两地反有组织犯罪的具体范围;其次是建立反跨境有组织犯罪的情报中心,因为及时、准确的情报是两地警方共同实施打击有组织犯罪的基础。一方面跨境有组织犯罪分工明确、隐蔽性强,另一方面两地不同刑事制度常常导致情报交流的滞后,这间接地促进了跨境有组织犯罪的发展,进而两地应积极建立以收集和交换有组织犯罪情报为基础的反有组织犯罪情报中心。最后是成立反跨境有组织犯罪的协作机构,依托情报中心的优势,两地通过反跨境有组织犯罪的协作机构协调制订统一的行动计划、协调个案的合作与处理,以期实现反有组织犯罪刑事追诉的及时和有效。

中国内地和澳门两地有组织犯罪的新趋势及预防

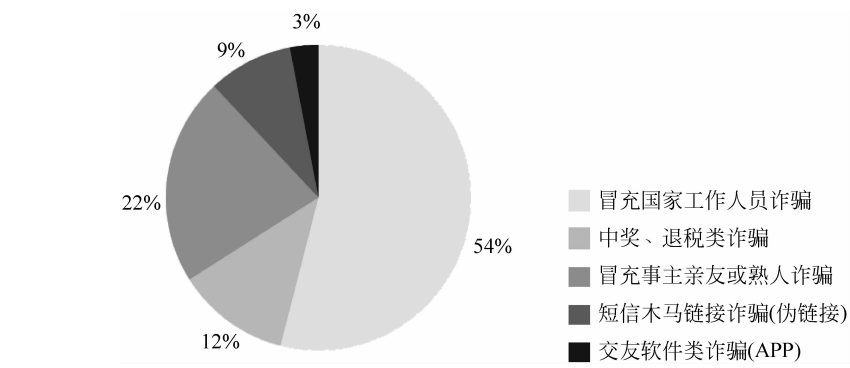
——以电信诈骗犯罪为例

刘思佳^{*}

自 2014 年以来,澳门电话诈骗案件呈现急剧上升之趋势,仅 2015 年上半年就有超过 100 宗电话诈骗个案向司法警察局求助,迄今已造成逾 1000 万澳门元的财产损失,而其中一半以上的损失属于“冒充内地国家机关工作人员”的电话诈骗^{〔1〕},因而打击跨境电信诈骗犯罪成了上半年度澳门司法警察局工作的重中之重。作为隐秘程度高、调查难度大、分工组织严密的新型有组织犯罪,电信诈骗受害人往往缺乏辨别意识,甚至一时头脑发热,在犯罪分子的恐吓引诱下,转账汇款或者泄露银行机密资料,导致账户往往在几分钟内便被洗劫一空,给受害人及其家庭带来沉重的经济损失,也给社会带来不安定因素。

^{*} 澳门大学法学院博士生。

〔1〕 数据来源:澳门司法警察局 http://www.pj.gov.mo/NEW/news_2015.htm,最后访问日期:2015 年 8 月 20 日。



一、澳门地区电信诈骗的类型

以司法警察局最新公布的案件为例,犯罪分子往往假冒“国家工作人员”尤其是“内地国家机关工作人员”,利用澳门市民对内地情况的不了解以及盲目相信对方身份,令诈骗分子屡屡得逞、钱财尽失。

例 1 假冒邮局、公安等国家工作人员行骗(如图 1)

(1) 骗徒 A 假扮珠海市某邮政局职员致电事主,讹称有一份由上海市某公安局寄予事主的急件,要求事主提供个人资料以便核对,并提供一个该公安局的电话号码予事主查询;

(2) 事主收到该公安局的来电,骗徒 B 假扮公安局警员表示事主的身份资料可能已被人盗用,建议事主将其所有内地银行账户内的存款转至某银行储存;

(3) 事主按骗徒指示在珠海某银行开设新储蓄账户,并将所有存款转移至新账户内;

(4) 骗徒 B 又指示事主到某宾馆,透过宾馆的互联网登入某网站,再将银行发出的外置密码认证工具(内地称为“网银盾”)插入电脑及输入银行账户资料;

(5) 事主完成骗徒 B 的指示后,发现其内地银行账户内的款项全数被转走。

而另一类型则是“熟人作案”,骗徒预先掌握部分事主个人信息,然后借口亲友在外地出事、遭遇绑架或者急需资金协助,要求汇款,趁机诈骗。此种类型在 2013 年至 2014 年较为常见。

例 2 “熟人作案型”诈骗

(1) 骗徒 A 致电事主家中固网电话,讹称其子女在上学或上班期间被人掳走,或因替友人作担保借贷不还而被禁锢,要求事主交出赎金。

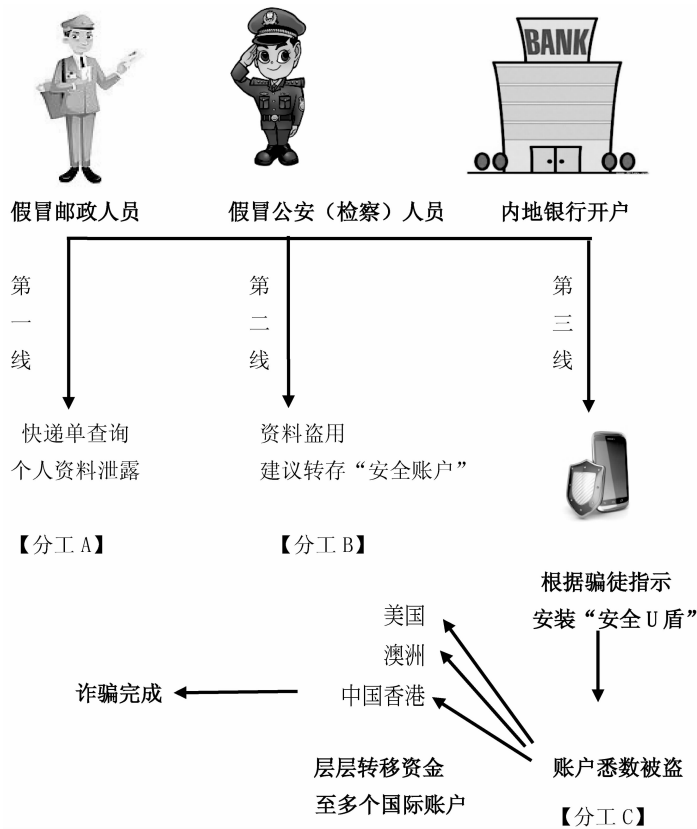


图1 假冒国家工作人员电信诈骗全过程图

- (2) 骗徒 B 假扮事主家人，以沙哑声音假装求救。
- (3) 骗徒要求事主讲出自己的手提电话号码，并即时致电要求事主接听，目的为阻止事主使用手提电话联络家人或报警。
- (4) 骗徒要求事主不可挂线及报警，并以事主家人的安全作威胁。
- (5) 情急下事主信以为真，将款项按骗徒指示交付。

二、澳门地区电信诈骗的特征以及与有组织犯罪的联系

“电信诈骗”是指利用通信工具(电话、声讯台)或者互联网(APP 软件、网络电信)借助公共通信网络拨打不特定人手机、固定电话或发送虚假信息,对被害人实施诈骗的犯罪行为。澳门地区电信诈骗猖獗已成为社会公害。司法警察局、澳

门电信管理局以及多家电信运营商代表于 2015 年 8 月 11 日召开联席座谈会议,共同商讨打击电信诈骗对策。但是在多个层面来看,联动打击对策,尤其针对跨境有组织犯罪仍然面临极大的困境,追击效果大打折扣:

(一) 跨境电信诈骗组织严密、分工明确

作为当前有组织犯罪的高级形态,整个电信诈骗组织网络极为严密,呈“宝塔状”,一环扣一环,高端决策人员一般躲在境外(国外),遥控指挥内地负责人在港澳地区的组织和指挥活动。在“电信诈骗产业链”上,有的团伙专门负责设计“诈骗方案”;有的团队负责提供技术支持,比如跨境虚拟号码,或者变声伪装;有的专门负责将赃款进行国际转账,设置数十个子账户和数百个子子账户进行消化分流,令侦查人员无处下手;有的团伙甚至专负责假扮“演员”,安抚受害人,甚至与警方周旋。所有上述步骤均有专门人员分工,各司其职,不相交叉。

(二) 智能化、科技化程度高,更新换代迅速

电信诈骗犯罪分子从早期的群发短信,到后来的互联网语音聊天系统,以及到现在的无线转接、任意显号、语音变声、APP 木马植入等,犯罪手段的科技含量越来越高,演变速度也越来越快。现阶段的电信诈骗不再局限于老年人,年轻人甚至明星、艺人,经验老到的公司职员也屡受其害。由于“桥段剧本”更新迅速,流程设计极为精细,甚至各个环节均有岗前培训操作,所以准备工作相当到位。比如,伪装成检察机关工作人员的骗犯,会专门熟悉内地检察系统拘留、逮捕流程,如何“发布通缉令”,如何“下达监视居住指令”,以达到以假乱真的程度,甚至会专门网页制作“网上追逃系统”发布受害人信息,使得受害人产生恐惧心理,从而间接使得受害人信服,主动转移手中财产。

(三) 作案隐蔽、反侦查能力极强

尽管组织分工严密,但是电信诈骗组织内部实行单线联系,个单元独立作案,各自单位仅存在纵向往来,彼此互不认识、互不联系。为逃避警方追查,犯罪分子用来层层分账的电子账户往往是冒用其他人的废弃卡,或者冒用他人身份信息注册账户,甚至雇用他人单独开设账户;子子账户,环环相扣,紧密互联但又无从追根溯源,极力掩饰自己的身份。一旦发现有成员落网,则迅速销户,更换手机号码,阻碍警方侦查,反侦查能力极强且警惕性高。比如,澳门司法警察局最近查获的“2014·9·26 特大电信诈骗案”中,台湾地区主犯 A 在台北,遥控内地团伙成员 B 向港澳地区打电话行骗,最后让嫌疑人 C 在东南亚地区取钱,并将所有赃款

再汇往美国和澳洲^{〔2〕},最终致使大部分受害人钱财流往海外,手段极其隐蔽复杂,追踪极难。

(四) 与有组织犯罪形态的联系

有组织犯罪目前是联合国公认的一种最高级犯罪形态,联合国大会宣称其为“世界三大犯罪灾难之一”,由于各国(地区)针对有组织犯罪的认知不同,有组织犯罪所能涵盖的犯罪种类和数目也大大超出了传统的犯罪学定义。2000年11月15日通过的《联合国打击跨国组织犯罪公约》(U. N. Convention Against Transnational Organized Crime)将“有组织犯罪集团”定义为“由三人或多人所组成的、在一定时期内存在的、为了实施一项或多项严重犯罪或根据本公约确立的犯罪以直接或间接获得金钱或其他物质利益而一致行动的有组织结构的集团”^{〔3〕}。其中“严重犯罪”系指“构成可受到最高刑至少四年的剥夺自由或更严厉处罚的犯罪的行为”^{〔4〕}。由此可见,公约本身对于有组织犯罪的形态没有明确的定义,而将其规制留给了国内法。

参考《澳门有组织犯罪法》,该单行法规也只是列举性地针对有组织犯罪进行了立法归类,回避了“何为有组织犯罪?其与一般犯罪的边界在哪些地方”这一重要问题^{〔5〕}。而且《澳门有组织犯罪法》虽然名为专门规定有组织犯罪的单行法律,但实际上立法者考虑到有组织犯罪是一种极为复杂的犯罪现象,因此列举性地指出部分犯罪可以代表有组织犯罪,如犯罪集团罪、黑社会罪、恐怖组织罪、恐怖主义罪和贩毒集团罪。

中国内地现行法律中没有类似《澳门有组织犯罪法》的单行刑事法规,只是在《刑法》第294条对黑社会性质组织犯罪的罪与罚做出明确规定。根据内地最高人民法院关于执行《刑法》确定罪名的规定(法释〔1997〕9号),上述条文规定的有组织犯罪包括三个罪名:(1)组织、领导、参加黑社会性质组织罪;(2)入境发展

〔2〕 参见新华网“澳门宣布与大陆及港台警方合作侦破特大跨境电信诈骗案”http://news.xinhuanet.com/photo/2014-09/26/c_127039950.htm(2015年9月1日访问有效)。

〔3〕 参见《联合国打击跨国组织犯罪公约》第2条第1款。

〔4〕 参见《联合国打击跨国组织犯罪公约》第2条第2款。

〔5〕 《澳门有组织犯罪法》主要规定了十项罪名。这些罪名包括:a.黑社会罪(第2条);b.以保护为名的勒索罪(第3条);c.自称黑社会罪(第4条);d.不当扣留他人证件罪(第6条);e.国际性贩卖人口罪(第7条);f.操纵卖淫罪(第8条);g.在公共场所骚扰他人罪(第9条);h.不法资产或物品的转移、转移或掩饰罪(第10条);i.联群不法赌博罪(第11条);j.违反司法保密罪(第13条)。

黑社会组织罪；(3)包庇、纵容黑社会性质组织罪。此外，一般认为，内地《刑法》第120条规定的组织、领导、参加恐怖组织罪，第300条规定的组织、利用会道门、邪教组织罪亦属有组织犯罪^{〔6〕}。

正是由于有组织犯罪的开放性和多元性，笔者认为：有组织犯罪形态不应拘泥于传统黑社会犯罪、恐怖活动犯罪等形式，在目前有组织犯罪形态没有统一的学术定论下，应充分考虑新型有组织犯罪模式对当今社会的影响，将一些新型犯罪纳入进来，如电子敲诈、电信诈骗、快速洗钱、网络黑客犯罪等。尤其是经济、金融领域。随着现代通信技术和互联网的发展和普及，高性能的电信网络和金融服务使不同区域间犯罪组织相互勾结联手作案的可能性空前加强，传统的实施暴力犯罪的组织纷纷向经济犯罪领域渗透。针对跨境电信诈骗的犯罪特点和趋势，我们应当适时将其定义为跨境有组织犯罪活动，纳入跨境有组织经济犯罪活动的一个分支。这不仅符合传统有组织犯罪领域“严重犯罪”和“集团”的定义，更与当前全球经济犯罪的特点息息相关。

因此，综合以上定义，笔者认为：跨境电信诈骗属于综合性经济犯罪和有组织经济犯罪，代表着当今跨境有组织犯罪的最新趋势和预防重心。

三、如何理解电信诈骗中的“跨境”？

“跨境”(Cross-boarder)，顾名思义，是指超越国境或者边境，资金、信息或者人员通过多种途径在短时间内双向或者单向流动。尤其是在决定人们通信方式、经济活动方式的通信行业、金融和互联网行业发生巨大变化的条件下，“跨境”更成为新型社交的代名词。

从通信的角度看，在当今互联网通信高度发达的时代，通信行业高速发展，区际和国际长途电信使人与人之间的沟通不再受距离的限制，同时手机、APP、微信、QQ、Skype、电子邮件等各种即时辅助工具的出现亦使得聊天方式发生天翻地覆的变化。据澳门统计及普查局数据显示：2014年全澳流动电话在网人数已经达到了1856453部，而最新数字2015年7月更是高达1857818部（包括储值卡用户）^{〔7〕}，这对于仅仅60万人口的澳门小城来说，用户潜力是巨大的；而内地电信

〔6〕 王牧、张凌、赵国玲编：《中国有组织犯罪实证研究》，68页，北京，中国检察出版社，2014。

〔7〕 参见澳门统计及普查局网站常用指标栏目，<http://www.dsec.gov.mo>，最后访问日期2015年9月1日。

用户更是不胜枚举,早在2012年2月,内地电话用户总数已达12.91亿户,其中固话电话用户28428.7万户;移动电话用户突破10亿户大关,达100692.3万户^{〔8〕},如此众多的用户基数,为跨境电信诈骗提供了充足的数量基础。

而从银行卡和互联网金融的角度看,金融机构电子化技术的高速发展,使得无论内地还是澳门,都已经全面进入以银行卡为主要载体的电子货币时代。信用卡、借记卡已经成为主要用于消费信用、转账结算、存取现金、跨境交易的支付工具,截至2014年第一季度末,中国内地信用卡已经累计发行超过4亿张,达到4.14亿张,环比增长5.83%,大致相当于每一个内地家庭都拥有一张信用卡,银行卡跨行支付系统联网商户超过600万户,社会银行卡渗透率达到45.5%^{〔9〕}。而澳门作为中国银联首要渗透的海外地区,基本过半商户可以受理银联卡,甚至不包括通过赌场和地下钱庄进行的POS机交易。繁荣的银行卡交易在境内外的不断延伸,使得资金的流动和提取也变得更加便捷迅速,不再受到传统时空的限制。

借助于上述有利条件,电信诈骗活动得以顺利跨越边境障碍,通过境内外呼出诈骗电话或者发送短信,对澳门本地民众施骗,诱骗被害人操作自己的银行卡,将卡内存款转入诈骗账户中。得手后,嫌疑人利用便捷的电子金融和银行卡渠道,在极短的时间内将赃款迅速化整为零,转出境外,实现诈骗目的。

四、跨境电信诈骗的运作机制

跨境电信诈骗犯罪与传统的诈骗罪相比,有着更为突出的技术特征,比如,完全避开与受害人的直接接触,也即“非接触”性,从而堵塞了侦查机关通过调查被害人着手推进案侦工作的路径。有鉴于此,探索跨境电信诈骗的运作机制,必须通过更加科学的路径分析“人”“财”“物”的分流模式,“抽丝剥茧”,为系统掌握有组织犯罪打下坚实基础。所以,从针对性的角度出发,探索犯罪主体流、信息流和资金流这三条线来认识案件、搜集证据是科学和有效的途径。

但是由于电信诈骗的特殊性,“犯罪主体流”呈现断层的特点,各个犯罪主体之间互不联系,导致追踪困难,定位容易出错。因此,警方需要从“现金流”和“信

〔8〕 参见《中华人民共和国2013年国民经济与社会发展统计公报》,2013年6月国务院印发。

〔9〕 参见中国银联风险管理部《2014年度银行卡欺诈风险报告》。

息流”出发,逆向回溯才有可能“顺藤摸瓜”,揪出犯罪嫌疑人,打通搜集证据的各个“关节”。

(一) 跨境信息流视角

在跨境电信诈骗犯罪中(如图 2),设在内地的终端网将包含各种诈骗信息的信号通过互联网传输到设在内地的相应的软交换平台,软交换平台再通过互联网连接到澳门境内的中继网关,信号再借由各种网络电话软件和服务以某个号码的形式接到澳门地区诈骗对象的电话上,最终使其显示为内地某个国家机关的号码。

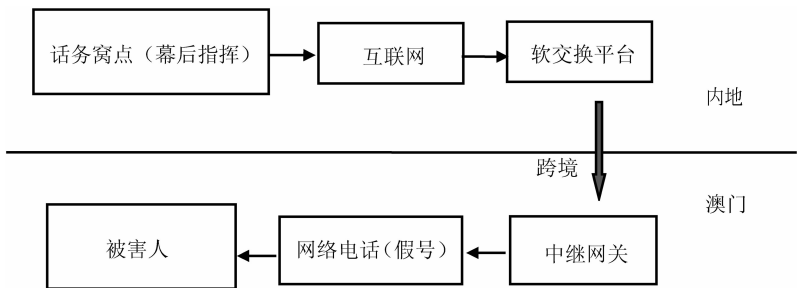


图 2 跨境电信诈骗信息流图

从被害人接到的电信信息看,他可能认为是在同国内某一机关单位的工作人员交流,而实际上与他对话的人是远在境外某一窝点的诈骗团伙中的“话务员”,显示的号码为虚假号码^{〔10〕}。这一正向的信息流流程可以在一定程度上说明犯罪分子借助先进的互联网技术和计算机技术达到最大限度切断与被害人物理联系的目的,且懂得伪装和反侦查。

(二) 跨境资金流视角

诈骗犯罪是典型的侵犯财产利益的犯罪,在一般的诈骗案件侦查中,赃物普遍具有重要的侦查价值和法律意义。在电信诈骗犯罪中,被害人被骗的财物是单一且特定的资金。因此,在整个诈骗过程中,涉案资金流实际上是一条将被害人与诈骗犯罪主体相连接的重要路径,同时资金流的趋向也可成为破案的关键渠道。

〔10〕 在绝大部分诈骗犯罪中,通过技术手段,被害人电话上显示的号码均为犯罪分子通过任意显号软件修饰过的伪号码,且多为国内公检法机关的办公电话。由于这一号码在我国的 114 查询平台中可以获知,这也更增强了被害人对虚构的事实的信任度。

在所破获的陆澳跨境电信诈骗案件中(如图 3),被害人的资金通常会被诱骗至所谓的“安全账户”(内地账户)中即一级卡,一旦得手,犯罪团伙在极短的时间内通过网上远程跨行跨区域的操控将资金分散到二级卡、三级卡等,当最低一级银行卡中的金额在 1 万元以内时,专业的取款人员会在中国台湾地区或者东南亚等地的 ATM 机上迅速兑现^{〔11〕},短期内实现诈骗所得款项的跨境迅速转移,也即“大量现金不过夜”的特点。甚至有的诈骗团伙还会将资金汇总到一个或若干个海外账户,并通过地下钱庄等渠道进行洗钱活动,对金融秩序构成极大威胁。

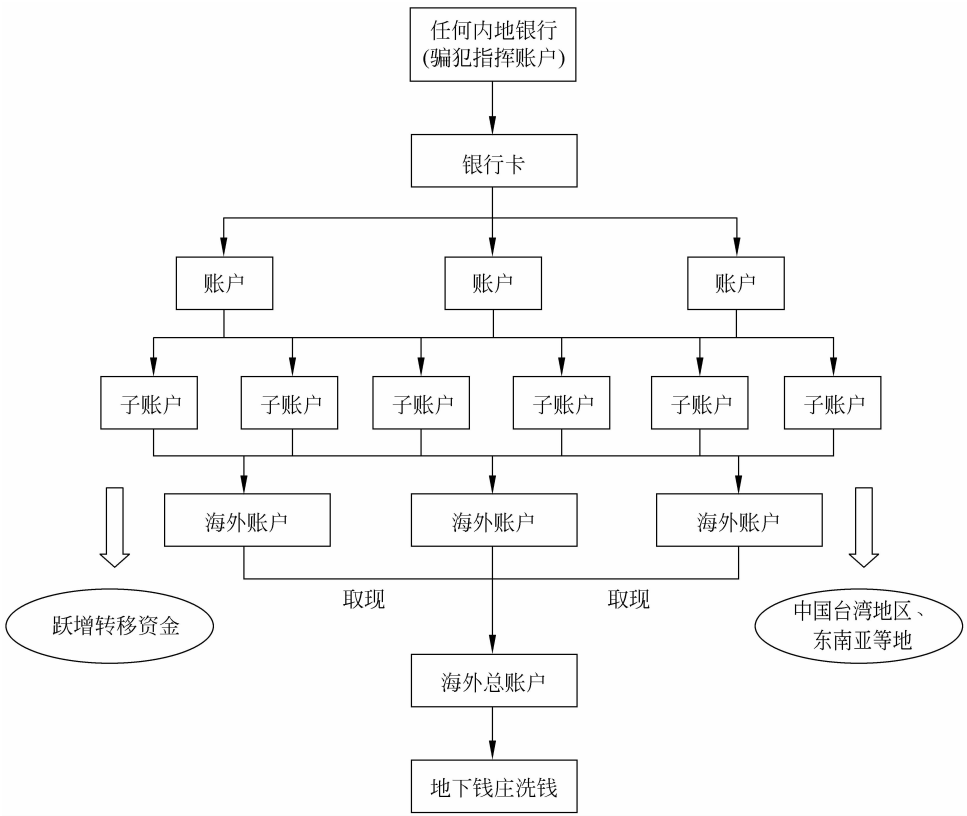


图 3 跨境电信诈骗现金流图

〔11〕 中国银联要求境外取现每日单笔不超过 1 万元人民币。

五、从电信诈骗案件体现出两地有组织犯罪新趋势和难点

(一) 调查取证难

跨境电信诈骗中,工作任务量最大、实施难度最高的便是跨境调查取证问题。其投入的人力物力之多、利用的技术侦查手段之复杂,堪称史上之最。以“2014·9·26特大电信诈骗案”为例,该团伙成员涉及海峡两岸及港澳地区,开立账户高达400多个,遍布澳门12家银行、香港20家银行,内地18家银行,涉案金额高达4亿港元,同时与澳门赌场和地下钱庄有着千丝万缕的联系,这给警方前期调查和取证工作带来极大难度,由于内地与香港、澳门至今尚未签署《刑事司法互助协议》^{〔12〕},这也给海峡两岸及港澳地区警方联手带来巨大困难。

从线索追查的角度来看,在侦办电信诈骗案件中,主要由通过电话号码和汇款账户两条线索进行查证。一方面,诈骗电话、短信源头号码频繁变换,难于锁定;另一方面,犯罪分子指定的汇款账户多使用假身份证开设,或是雇用其他无关人员在内地开设多个银行账户,涉案线索高度分散,使打击对象确定工作难上加难。

从证据的固定角度来看,内地与澳门之间至今只达成了《关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》^{〔13〕},而且仅局限在民商事领域,两地之间刑事调查取证仍处于空白阶段,无法单独派员跨境取证。而且由于两地法律制度不同,银行之间的信息交换机制不畅,都会导致证据链的形成面临较大风险。比如实践中,警方在银行调取账户信息时,需要逐一核对涉案账户,调取大量涉案资金来往记录、视频监控等物证书证,不仅任务量大,而且周期较长,两地警方能否获得境外批准进行调查取证更是未知数,这些因素都对于证据的落实与固定不利。

(二) “跨境抓捕难”

跨境电信诈骗涉及境内外勾结作案等多个环节,犯罪分子流动性强、反侦察

〔12〕 目前海峡两岸及港澳地区只有大陆与台湾地区于2009年4月28日签订有《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》,而香港与内地,澳门与内地,以及港澳之间都尚未达成任何刑事司法互助协议,海峡两岸及港澳地区的刑事司法互助联动机制尚处于起步阶段。

〔13〕 该《安排》只局限于民商事案件的跨境调查取证,排除了刑事案件的适用。目前只有内地2000年通过的《公安部关于加强对内地公安机关赴港澳调查取证工作管理的通知》对相关调查取证程序予以了单方面的规定。

能力强。目前在各项抓获的电信诈骗犯罪中,大多数落网成员多是处于底层或者中间的“马仔”以及实施人员,他们主要负责拨打诈骗电话、开设银行账户,以及转账分流等活动,且往往分散各地,互无联系,只是按分工负责各个环节,对上层组织者和遥控者知之甚少。

至于境外抓捕,由于一些核心人物藏匿在中国台湾地区或者东南亚、美国等地,平时仅通过电话通知、支付佣金等形式指挥境内人员从事违法犯罪活动,他们相互之间多是单线联系,很难将作案分子一网打尽;而且由于引渡等问题程序烦琐,即使成功抓捕,能否移送国内又存在多种可能,因此,跨境抓捕更需要建立联动打击机制。

(三)“赃款追回难”

跨境电信犯罪分子一旦诈骗得手,就会以最快的速度转移赃款到境外,想追赃难上加难。即使赃款还来不及转移到海外,但是经过多级网络的层层分流,子账户甚至子子账户的密集细分,赃款早已分散到不同地区的卡上了,如果在境外已经提款,追赃成功的可能性微乎其微。

从银行审批的程序来看,目前任何国家、地区的银行在接到警方或法院的冻结命令之前都无权予以冻结,也即强制措施的“令状主义”;但是警方在接到报案,最后查到账户资金走向之前往往需要时间,这就给了犯罪分子可乘之机。实践中,往往警方已经查到了取款账户,但是由于时间过长、审批手续烦琐、跨境联络机制不畅等诸多原因,账款还是被不法分子转走了。

六、跨境有组织犯罪之预防

当前,中国内地和澳门两地跨境有组织经济犯罪的严重化、普遍化、多样化,严重影响两地人民生活和社会的稳定。因此,研究打击和预防范跨境有组织经济犯罪的对策,成为目前两地警方的当务之急。

基于以上分析,对于这些以澳门地区受害人为目标的、犯罪的源头在内地、受害人群相对集中的跨境经济犯罪,打击与防范的策略是“打防结合,以防为主”:

(一) 警方侦察能力亟待提升,需要构建更加专业侦查队伍

跨境电信诈骗具有超越时间和空间的特点,其特色是“闪电战”“信息战”,分工明确、收工迅速。因此,警方在办案时需要加强各个警种(刑侦、网监、治安等)的相互协作,建立多警种联动作战机制;内地与澳门警方更需要加强区际协作,针

对电信诈骗案件,建立统一的网上信息共享平台,建立跨境警务联动机制,实现远程信息共享,在两地尚未签署《区际刑事司法协助协议》前,落实好区际代为取证、抓捕工作,实现真正的资源共享、信息互通、整体作战。

在技术侦查方面和网络跟踪上,运用科学方法,全面及时有效取证。针对电子信息证据易篡改、易删除、易消失等特点,利用技术侦查手段全面、及时地发现、提取、固定受害人通信设备中的电子信息、电信部门通信运行系统中的电子信息、银行系统中的资金流转信息、账户信息等。对于 VOIP 任意显号技术服务器等通信技术^[14],要全力跟踪、坚决予以查处,从源头上减少、遏制电信诈骗犯罪。

(二) 强化与电信、银行等部门深度合作,提升跨行业联合防控工作机制

跨境有组织经济犯罪涉及金融、电信、互联网等行业,单靠某一地区、某一部门无法及时有效地打击和防范此类犯罪,因此当务之急应尽快建立由警方、商业银行、银联、各大通信运营商在内的负责联合打击与防控工作机制。该联合工作机制应确定固定的联系人员和联系方式,确保信息能够直接快速的传递,尤其是涉及相关涉案银行或手机账户信息的查询、冻结等,提升跨境打击效率;陆澳两地各部门还要定期召开联席工作会议,一方面分析和交流犯罪趋势;另一方面及时将各单位在工作中发现的犯罪线索进行集中报送和移交。

针对目前两地金融机构协助查询、扣划、冻结等规定的严重滞后,跟不上打击跨境有组织经济犯罪形势需要的现状,建议金融主管部门尽快修改相关规定,在接获内地或澳门警方查询、冻结请求后,可以给予“特殊情况、特殊处理”,同时迅速通知其他金融机构予以协助,防止再次转移资金和损失扩大化,最大程度保护受害人利益。

(三) 大力提升金融部门反洗钱等下游犯罪的阻截能力,建立“可疑报告机制”

目前,电信诈骗犯罪的下游犯罪主要是洗钱犯罪及伪造金融票证等犯罪,这些下游犯罪的存在和蔓延是电信诈骗与银行卡犯罪屡打不绝的重要原因,也是这些犯罪团伙赖以生存的产业链。因此,金融部门尤其要加强针对洗钱活动的监管力度,增强洗钱犯罪等下游犯罪的阻截能力,将下游犯罪纳入跨境经济犯罪打击合作机制的范畴之中。

^[14] 胡向阳,刘祥伟,彭魏:《电信诈骗防控对策研究》,载《中国人民公安大学学报》(社会科学版),2010(2),90~98页。

尤其是针对短时间内有大量异常的资金入账、小额分头转账或多次查询余额、试密码的异常账户行为,金融机构应建立“可疑报告机制”,通过风险监控系統加强监测,进行碰撞比对、分析,在发现可疑线索后及时提供警方侦查,使犯罪行为在第一时间就能被发觉,从而争取打击和防范犯罪的先机。

(四) 社区预防工作和澳门居民“反诈骗能力”亟待加强

电信诈骗属于可防性案件,防范电信诈骗案件,治本之策还是不遗余力地加大防范宣传,而源头在于社区。社区预防(communitv prevention),是指从社区的角度,在社区范围内进行的犯罪预防。电信诈骗的社区预防和一般的犯罪预防侧重点有所不同,其预防重心在于通过广泛的宣传提醒社区群众认识电信诈骗这种犯罪形式,了解电信诈骗的特点、方式和方法,帮助居民防止受骗上当。

结合澳门“熟人社会”的特点,社会工作局及司法警察局工作人员需要深入社区,因人施策、多方宣传,调动群众的关注度和参与程度,通过实例讲解、专家讲座等深入提升居民的“反诈骗能力”。同时结合多媒体,以报纸、电视、电台、互联网广告、手机等多种宣传方式和通信工具为载体,进行防范宣传。强化群众直观感受,消除当事人心理困惑。

第二编 有组织犯罪的立法规制

我国惩治有组织犯罪的立法演进及其前瞻

——以黑社会性质组织犯罪为视角

赵秉志* 张伟珂**

一、前言

关于有组织犯罪的概念学界可谓众说纷纭。有学者认为,根据《联合国打击跨国有组织犯罪公约》规定的基本精神,有组织犯罪应当是指三人以上组成的,具有比较稳定的组织结构,以追求经济利益为基本目标,在一定时期内采取暴力、威胁、贿赂或者其他手段实施的犯罪活动。参照我国刑法典的规定,主要包括一般的集团犯罪和黑社会性质组织犯罪。^{〔1〕}也有学者认为,有组织犯罪应有广义和狭义之分,即一般的有组织犯罪概念和典型的有组织犯罪概念。所谓广义的即犯罪学意义上的有组织犯罪,是指三人以上故意实施的一切有组织的共同犯罪或犯罪集团。包括一定组织行为的结伙性犯罪和团伙性犯罪,也包括有一定组织形式的集团性犯罪,还包括有一定组织机构的黑社会性质的犯罪。狭义的即刑法学意义上的有组织犯罪概念,是指由故意犯罪者操纵、控制或直接指挥和参与的,人数

* 北京师范大学刑事法律科学研究院院长、教授、博士生导师。

** 中国人民公安大学讲师。

〔1〕 参见张远煌主编:《犯罪学》,155页,北京,中国人民大学出版社,2007。

众多的犯罪分子的结合或几个犯罪集团的联合体,具有严密而稳定的组织结构,有一套能逃避社会控制和法律制裁的防护体系,通过暴力、恐怖等犯罪手段,以达到追求垄断,谋取经济利益,并对政治和社会问题施加影响的目的。^{〔2〕}按照这种观点,除了黑社会性质组织犯罪以外,恐怖活动组织犯罪也应当属于有组织犯罪的范畴。而恐怖活动组织犯罪的立法也是近年来我国刑事立法的重点所在。尤其是2015年8月29日全国人大常委会通过的《刑法修正案(九)》适应恐怖活动犯罪的新变化,加强对恐怖活动组织的惩治力度,从多个方面对恐怖活动(组织)犯罪的刑事立法进行了完善,比如引入了“恐怖主义”“极端主义”的概念,通过增设多种新罪、修改罪状等方式严密了犯罪体系,完善刑罚配置,增设财产刑,并且根据行为人在恐怖组织中的地位和作用,分别配置了并处没收财产、并处罚金和选处罚金的不同刑罚,从而为更有效地打击恐怖主义奠定了刑法基础。因此,对有组织犯罪研究当然可以将恐怖活动犯罪尤其是恐怖犯罪组织及其惩治纳入。然而,一般认为,在我国,有组织犯罪的典型表现形式乃是黑社会性质组织犯罪。因此,本文关于有组织犯罪刑法立法的研究,将以黑社会性质组织犯罪的相关规定为基本对象;而在立法演进的考察中,亦兼顾对非典型的有组织犯罪即一般的集团犯罪的立法介述。

随着社会经济转型步伐的加快,我国惩治和防范有组织犯罪的形势越发严峻。一方面,从发展趋势来看,我国有组织犯罪依然“呈现出数量上日益增多,质量上由黑社会性质组织向典型的黑社会组织演化,活动区域趋于跨国跨地区性发展的特点;在组织架构上,呈现出组织化程度越来越高、组成人员越来越多,职业化、智能化和现代化趋势愈加强化的基本特征”。^{〔3〕}另一方面,就发展模式而言,有组织犯罪中的“保护伞”特征更加明显,越来越多的黑社会(性质)组织通过向政界渗透,寻求官方保护,“以黑代政”“以政养黑”的现象亦较为普遍;而在产生形态层面,传统的帮派拉伙式组织形式逐渐被企业化运作的新型有组织犯罪模式所取代。可以说,我国惩治和防范有组织犯罪的社会形势并没有因为1997年修订刑法典时增设有关黑社会(性质)组织犯罪的新罪名而有明显好转,也没有因为连续不断的“打黑除恶”专项斗争而有显著改观。究其原因,既受社会经济迅速发展的

〔2〕 参见康树华:《当代有组织犯罪与防治对策》,14~15页,北京,中国方正出版社,1997。

〔3〕 参见赵秉志、于志刚:《论中国新刑法典对有组织犯罪的惩治》,载《法商研究》,1999(1)。

特定时代背景的影响,也与刑法立法状况相关。尤其是面对有组织犯罪所呈现出的新特点,面对打击和预防有组织犯罪的新形势,传统的立法思维已难以适应司法实践的丰富多样性;而我們也需要认真反思刑法立法的相关内容,以根据有组织犯罪形势的新变化,调整有关刑法立法,实现法律规范对不法行为的有效惩治。

二、我国惩治有组织犯罪的立法演进

中华人民共和国成立至今,伴随着我国社会有组织犯罪由盛转衰再到重新出现并快速发展的变化,惩治有组织犯罪的相关立法也经历了从无到有、从粗到细的历史过程。

(一) 我国有组织犯罪刑法立法的孕育

虽然在1997年刑法典生效之前,我国并没有系统的惩治有组织犯罪的刑法立法;但是在中华人民共和国成立后起草的多份刑法草案中,对非典型的有组织犯罪即一般的集团犯罪有所规定,这些草案的相关规定为以后的有组织犯罪的刑法立法奠定了基础。如早在1950年7月25日,在中央人民政府法制委员会刑法大纲起草委员会拟订的《刑法大纲草案》中,其总则第2章第15条即规定有“犯罪组织”这一共同犯罪形式,其分则第4章第39条和第5章第58条则分别规定了组织或参加武装匪帮行为,利用、操纵、收买武装土匪、封建会门,或迷信团体行为,以及执持枪械,结合大帮行为的刑事责任。^{〔4〕}虽然我国立法者当时并没有明确犯罪组织的特征,但是已经将其作为共同犯罪的一种特殊形式。由此,该规定可以视为刑法发展过程中关于有组织犯罪刑法立法的萌芽。中国立法工作机关于1954年下半年开始主持起草刑法,在之后的多部刑法草案中有进一步的相关规定,如1962年12月的《刑法草案(初稿)》(第27次稿),以“犯罪集团”之名代替了“犯罪组织”的称谓,不但在总则第23条对犯罪集团的组织者和领导者的处罚做了原则性规定,而且在分则第181条对流氓集团的首要分子的处罚做了具体规定。^{〔5〕}尤其需要注意的是,在我国刑法立法史上占有重要地位的1963年10月9

〔4〕 参见高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(第2版),75页、78页,北京,中国人民公安大学出版社,2015。

〔5〕 同上书,132页、140页。

日拟订出的《刑法草案(修正稿)》(第33次稿)^{〔6〕}中仍沿袭了该条款,其第23条第1款规定:“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中其主要作用的,是主犯。”^{〔7〕}此后的历次刑法草案也多沿用这一规定,直到1979年7月1日五届全国人大二次会议通过的《中华人民共和国刑法典》第23条第1款仍然做了同样的表述。而此期间有关有组织犯罪的立法亦一直停留“犯罪集团”的表述上。

1979年刑法典是中华人民共和国成立后的第一部刑法典,其创制和通过标志着我国当代刑法体系的基本形成。^{〔8〕}此后,自1988年将修改刑法典的工作提上国家立法工作日程,至1997年间研拟了多个刑法典修订草案。其中对于有组织犯罪立法影响较大的修正草案是:(1)全国人大常委会法制工作委员会刑法修改小组在1993年11月21日形成的《刑法分则条文汇集》。其第20章第11条流氓罪的条文中增加了“结为团伙,称霸一方,欺压群众的”表述。^{〔9〕}这一表述与后来1997年刑法典关于黑社会性质组织犯罪的罪状描述已具有一定的相似性。(2)1996年8月8日全国人大常委会法制工作委员会形成的《刑法分则修改草稿》第6章第2条规定,对组织犯罪集团,以非法手段控制社会经济组织或者试图控制国家机关的立法、行政活动的,应对组织者、领导者或者其罪恶重大者处以刑罚。^{〔10〕}从该罪状的表述来看,这是刑法立法过程中首次以叙明罪状的形式对那些在组织结构、非法控制方式等方面具有独特性的犯罪集团,在定罪量刑方面予以单独规定;更为重要的是,该条第2款明确规定了“犯本条规定之罪,与境外黑社会组织相勾结的,从重处罚”,从而在刑法草案中首次使用了“黑社会组织”的表述,表明立法者已经注意到黑社会组织与犯罪集团在社会危害性程度上的差异。因此,该条款可以称为典型有组织犯罪立法的雏形。(3)1996年12月20日全

〔6〕之所以说《刑法草案(修正稿)》(第33次稿)在刑法立法史上占有重要地位,一方面是因为该刑法草案曾经经中共中央政治局常委审查通过;另一方面在于该刑法草案相对较为成熟,是1979年刑法典的蓝本。

〔7〕参见高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(第2版),152页,北京,中国人民公安大学出版社,2015。

〔8〕参见赵秉志:《当代中国刑法体系的形成与完善》,载《河南大学学报》,2010(6)。

〔9〕参见高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(第2版),392页,北京,中国人民公安大学出版社,2015。

〔10〕参见高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(第2版),468页,北京,中国人民公安大学出版社,2015。

全国人大常委会法制工作委员会印发的《刑法(修订草案)》，在总则第27条明确了犯罪集团的含义，即三人以上为共同实施犯罪而组成的较为稳定的犯罪组织，并在分则第6章第266条分3款设置组织、领导、参加黑社会性质组织犯罪，入境发展黑社会组织犯罪两种行为方式以及数罪并罚的量刑原则，^{〔11〕}对组织犯罪的惩治做出了更为系统的规定。此刑法修订稿经三次审议，在1997年2月17日全国人大常委会第二十四次会议上讨论的《刑法修改稿》中，又将犯罪集团概念中的“稳定的犯罪组织”改为“固定的犯罪组织”，同时在分则第290条增加了包庇、纵容黑社会性质组织罪。^{〔12〕}从而为1997年刑法典中有组织犯罪的创制奠定了基础。

(二) 我国有组织犯罪立法的创制

1997年3月14日在第八届全国人大五次会议上新刑法典获得通过，是当代中国刑法体系发展历程中具有里程碑意义的事件。尽管在总体上其基本延续了我国1979年刑法典的体系，但是在具体设计上显然更为完备。^{〔13〕}就我国有组织犯罪立法方面而言，新刑法典弥补了1979年旧刑法典的缺陷，初步创立了有关有组织犯罪的刑法立法体系。

具体来看，除了在总则中明确了犯罪集团的概念及其刑事责任认定的原则性之外，在分则中，从五个方面加强了对有组织犯罪的刑法惩治：一是明确并强化对组织、领导、参加黑社会性质组织行为的惩治，在《刑法》第294条第1款增设了组织、领导、参加黑社会性质组织罪，并根据行为人所实施的犯罪行为的轻重、主观罪过的差异等规定了三个档次的法定刑；二是在第294条第2款增设入境发展黑社会组织罪，旨在严厉打击境外黑社会组织的成员利用该组织的名义到我国境内实施发展成员的行为，从而防范我国的黑社会性质组织犯罪与境外黑社会组织犯罪相互勾结，形成跨境的有组织犯罪；三是在第294条第4款增设了包庇、纵容黑社会性质组织罪，以严厉惩治违法犯罪的国家工作人员，加大对“保护伞”的惩治力度；四是在第294条第3款明确了罪数形态上涉黑犯罪数罪并罚的原则，即触犯组织、领导、参加黑社会性质组织罪或入境发展黑社会组织罪，同时又有其他犯

〔11〕 参见高铭暄、赵秉志编：《新中国刑法立法文献资料总览》(第2版)，535页，北京，中国人民公安大学出版社，2015。

〔12〕 同上书，650页。

〔13〕 参见赵秉志：《当代中国刑法体系的形成与完善》，载《河南大学学报》，2010(6)。

罪行为的,应当数罪并罚而不是择一重罪处罚,亦体现了严厉打击有组织犯罪的刑事政策;五是在第191条增设洗钱罪,将黑社会性质组织犯罪作为洗钱罪的上游犯罪之一,从而为依法严厉打击有组织犯罪中扰乱金融管理秩序的行为提供法律依据,有利于阻断有组织犯罪的经济来源,进而铲除其物质基础。

(三) 我国有组织犯罪立法的发展

随着1997年刑法典的颁行,我国依法惩治和防范有组织犯罪进入新的历史时期。在此后迄今的近20年时间里,根据犯罪形势的变化,国家最高司法机关和国家立法机关又相继通过司法解释、立法解释和刑法修正案促进惩治有组织犯罪之立法的发展。

1. 以法律解释的形式完善有关黑社会性质组织犯罪的立法

1997年刑法典虽然描述了黑社会性质组织犯罪的基本表现形态,但并没有对黑社会性质组织的构成特征做出具体的规定,由此造成司法机关无法准确区分黑社会性质组织犯罪与其他集团犯罪。为了更好地指导司法实践,2000年12月5日最高人民法院发布了《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》,其主要内容就是从组织特征、经济特征、“保护伞”特征和客观危害特征四个方面详细列举了黑社会性质组织的基本特征。^{〔14〕}2002年4月28日,为了解决最高司法机关之间对“保护伞”应否是黑社会性质组织的必备特征等问题所存在的分歧,九届全国人大常委会二十七次会议通过了《关于〈中华人民共和国刑法〉第二百九十四条第一款的解释》,以立法解释的形式对黑社会性质组织的含义予以阐释,明确了其组织特征、经济特征、行为特征和非法控制特征。^{〔15〕}从其内容来

〔14〕 该解释第1条规定:《刑法》第294条规定的“黑社会性质的组织”,一般应具备以下特征:(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。

〔15〕 该解释认为,《刑法》第294条第1款规定的“黑社会性质的组织”应当同时具备以下特征:(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。

看,这两个解释的最大区别,在于司法解释将“保护伞”作为黑社会性质组织犯罪的一个必备特征,而立法解释则将“保护伞”特征作为黑社会性质组织犯罪的一个选择性要素而非必备要素,从而降低了该罪入罪门槛,扩大了其适用范围。

2. 以刑法修正案的形式完善有关黑社会性质组织犯罪立法

为了进一步加大对黑社会性质组织等犯罪的惩治,2011年2月25日全国人大常委会通过的《刑法修正案(八)》从五个方面对有关黑社会性质组织犯罪立法进行了完善:一是将全国人大常委会所做的黑社会性质组织特征的立法解释纳入刑法典中,从而在法律上明确了黑社会性质组织的特征;二是在刑罚方面,提高法定刑并增加了可以并处罚金、没收财产的规定,加大对相关犯罪的惩治力度;三是将包庇、纵容黑社会性质组织罪的基本法定刑由“三年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利”提高为“五年以下有期徒刑”,加大了对“保护伞”的打击力度;四是扩大特殊累犯的范围,将黑社会性质的组织犯罪纳入其中;五是调整、完善黑社会性质组织相关联犯罪的行为类型、入罪门槛并提高法定刑,主要涉及敲诈勒索罪、强迫交易罪和寻衅滋事罪。^{〔16〕}

通览我国有组织犯罪的立法演进,可见其呈现出刑法立法与司法实践相互影响和彼此促进的鲜明特色。具体来讲,可以从以下两个方面加以概括:(1)有组织犯罪刑法立法的孕育时期远远长于其创制、发展期,时间长达近半个世纪。这主要有两个方面的原因:一是受犯罪形势的客观影响。中华人民共和国成立以后,针对匪患严重,敌对势力猖獗的状况,中央人民政府通过查禁烟毒、取缔娼妓等整顿措施,摧毁了有组织犯罪赖以生存的经济来源和物质基础,而土地改革、清匪除霸、镇压反革命运动等则从根本上清除了以帮会组织为代表的黑社会犯罪组织。^{〔17〕}经过这一系列的严厉打击,在中华人民共和国成立后直至20世纪80年代实行改革开放政策前夕的30年时间里,有组织犯罪几乎销声匿迹。直到改革开放以后,在国内外各种因素的影响下,才又出现了大量的团伙犯罪,黑社会性质组织犯罪也悄然而生,并进一步由黑社会性质组织犯罪向黑社会组织犯罪逐渐发展。因此,关于涉黑犯罪的立法直到20世纪90年代以后才出现在刑法修改草案

〔16〕 参见赵秉志:《〈刑法修正案(八)〉热点问题研讨》,载《刑法论丛》(第24卷),38~39页,北京,法律出版社,2010。

〔17〕 参见何秉松:《中国有组织犯罪研究:中国大陆黑社会(性质)犯罪研究》(第1卷),76~88页,北京,群众出版社,2009。

中。二是受立法者主观认识的局限,立法前瞻性不足。比如在1979年到1997年间,中国共通过了25部单行刑法对较为严重的犯罪行为予以严厉惩治,但是由于主观认识上尚未对有组织犯罪的现状和发展规律有充分认识,因此对于严重危害社会秩序的黑社会(性质)组织犯罪并没有制定相应规范进行规制,只能以团伙犯罪或流氓集团之名进行打击,从而使刑法立法严重滞后于犯罪形势的发展,在一定程度上导致了20世纪80年代末到90年代出现大量的涉黑犯罪。(2)我国有组织犯罪立法的演变,向我们清晰地呈现了刑法规范从司法实践经验上升到刑法立法的发展脉络。这一方面表明中国立法的科学性、规范化程度有了较大提高,初步形成了以刑法典第294条和其他关联条款为主体,以刑法修正案和相关法律解释等法律文件为补充的有组织犯罪之立法惩治体系,从而为惩治和预防国内有组织犯罪并防范跨国组织犯罪提供了必要的法律依据;另一方面也凸显出立法发展过程中过多地注重对司法实践经验的总结,根据每一阶段打击犯罪的实际需要,从经验中发现立法的不足和缺陷并予以完善。但是,也正是由于立法者过于关注从经验中挖掘法律的“生命”,把积极地、及时地回应司法实践的需求作为立法工作的目标,而较少对犯罪预防、犯罪趋势做实证性分析,所以相关法律规范并未能充分而有效地应对有组织犯罪的发展趋势。

三、我国惩治有组织犯罪的现行立法评析

自1997年刑法典实施以来,现行刑法立法在惩治和预防有组织犯罪方面扮演了重要角色,司法机关严厉处罚了一大批严重破坏公共秩序、威胁社会治安稳定的黑社会(性质)组织及其成员;同时,相关的立法规范对于遏制境外黑社会组织与境内犯罪组织的联系和结合发挥了积极的作用。但是,也要注意,当前正处于社会矛盾的凸显期和刑事犯罪的高发期,滋生、发展黑恶势力的土壤和环境仍然存在。虽然经过多年的专项打击,但黑恶势力犯罪处于活跃期的基本态势并没有改变。^{〔18〕}在此情况下,全面回顾、理性审视有组织犯罪现行刑法惩治体系的相关规定,根据国内外有组织犯罪出现的新情况、新问题,结合国际公约提出的新要求,客观评价其积极之处并予以坚持,发现其不足之处以待改进,对于有组织犯罪的严厉惩治和有效预防十分必要。基于此,下面对我国惩治有组织犯罪的先行

〔18〕 参见赵秉志、彭新林:《关于重庆“打黑除恶”的法理思考》,载《山东警察学院学报》,2011(1)。

刑法立法从宏观和微观两个层面予以简要评析。

(一) 关于宏观层面的立法评析

在宏观上,我国惩治有组织犯罪的刑法立法表现出以下特征:

在立法体例上,我国关于有组织犯罪的刑法立法采取的是分布式立法,而非制定专门的反有组织犯罪法。从刑法典规定来看,主要包括总则中的犯罪集团条款,分则中的组织、领导、参加黑社会性质组织罪,入境发展黑社会组织罪,包庇、纵容黑社会性质组织罪以及其他诸如洗钱罪、寻衅滋事罪等关联犯罪条款。从刑法立法进程来看,不管是1979年刑法典中的集团犯罪,还是1997年刑法典中的有组织犯罪,我国一贯采取的是纳入刑法典中由多个条文规定的分布式的立法模式。这样的选择与立法者对有组织犯罪的认识密切相关。在1979年刑法典创制时,由于当时的立法者认为我国基本不存在有组织犯罪,司法机关也往往将其视为严重的共同犯罪加以惩处,因此认为不需要制定专门的立法加以调整;而在1997年刑法典修订以后,立法者采取了单一刑法典的立法模式,放弃了单行刑法和附属刑法等其他立法形式,所以也不可能对有组织犯罪采取专门立法。另外,受司法实践的影响,当时立法者对有组织犯罪的认识尚不全面。这样一来,不管从犯罪种类还是条文设计考虑,都不会制定专门的反有组织犯罪立法。当然,从域外相关立法情况来看,关于立法体例的选择也没有统一的做法。既有国家将有组织犯罪的立法规定于刑法典之中,如法国、奥地利、俄罗斯、泰国等国;也有国家以专门立法的形式惩治有组织犯罪,如1982年意大利制定的《黑手党犯罪斗争紧急处置法》《黑手党型犯罪对策统一法律》,1970年美国政府通过的《有组织犯罪控制法》,此外,德国、日本以及中国的香港地区也采取了专门立法的模式。^{〔19〕}而究竟哪种立法模式更有利于打击有组织犯罪,还有待于结合各国各地区反有组织

〔19〕 意大利关于有组织犯罪的专门刑法文件较多,从1956年到1990年共颁布了16个打击控制黑手党的刑事法律文件,其中包括打击非法勾结贩毒的法律。相比之下,日本近年来也一直加大对有组织犯罪的惩治力度,1992年10月颁布了《麻药二法》(《毒品及精神药物取缔法等部分修改法》《修改关于在国际合作之下防止助长与管制药品相关的非法行为的毒品以及精神药物取缔等特例法令的法律》)。1991年、1993年、1995年三年,日本立法者三次修改了《枪炮持有取缔法》,如在罪名当中增加了走私手枪等武器预备罪(31条第12项)(1991年),1999年,日本通过了三部预防有组织犯罪的重要法律:电话窃听法、刑事诉讼法部分修改法、打击有组织犯罪及控制犯罪所得法。参见莫洪宪:《国际社会反有组织犯罪立法概况》,载《中国刑事法杂志》,1998(3);[日]白取佑司:《日本近期预防有组织犯罪立法及其问题》,王鲲鹏译,载《国家检察官学院学报》,2009(6)。

犯罪的实践和需要做深入考察。

在立法技术上,我国关于有组织犯罪的刑法立法可谓经验立法有余而科学立法不足。言之前者,即立法过于注重实践需要;谓之后者,乃立法缺乏前瞻性。在现代法治社会里,立法越来越趋向于被视为一门具有科学性的技术。立法科学性是立法规范化、文明化并最终获得公众认同的必然要求。而在理论层面,“立法如果依科学性而为之就应立足于法律制定中的自然意义,而非单单关注立法的人为环境和其他以人的因素为核心的非理性的东西。经验立法除了过分关注了立法中的人文因素外,还在于其以人们对法律涉及事物的先前认识为唯一的、绝对的依据,考虑的是人们在调适某一事态中的历史进路,而不是这一事态本身所具有的由自然因素决定的情势。”^{〔20〕}而我国刑法立法的相关修改与完善多与特定时期打黑除恶的需要有关。^{〔21〕}惩治有组织犯罪立法也恰恰是基于“适应与犯罪做斗争的实际需要,有必要对刑法进行修订、补充、完善”^{〔22〕}而做出的,从而导致立法中过于注重立法经验而缺少对犯罪发展的自然规律的把握。比如在1997年修订刑法典时,立法者受“在中国,明显、典型的黑社会犯罪还没有出现,但带有黑社会性质的犯罪集团已经出现”^{〔23〕}观念影响,仅仅在刑法典中规定了三种有关黑社会性质组织的犯罪,因而导致在此后十多年间无法有效地充分打击新出现的其他严重有组织犯罪类型。事实上,从犯罪集团发展的规律来看,有组织犯罪在短时间内是不可能被消灭的,且极有可能再向更高级、更多样化的犯罪形态发展。它们一方面自己不断总结经验与教训,加强成员的选择与组织管理,同时也不断借鉴中国旧社会青、红帮的经验和注意吸收国外黑社会的管理方式,甚至模仿学习现代化国家组织及现代公司企业的管理方式。按照这一“规律”,以目前的立法状况,将来我国刑事司法对“明显的、典型的黑社会犯罪”的惩治就难免无法可依。^{〔24〕}因此,这种立法技术固然可以在短时期满足司法实践的需求,但是从长远来看则难以适应犯罪形势的发展变化。

〔20〕 参见关保英:《科学立法科学性之解读》,载《社会科学》,2007(3)。

〔21〕 参见于改之:《中国关于有组织犯罪的立法与司法完善》,载《法学论坛》,2004(5)。

〔22〕 参见高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(第2版),773页,北京,中国人民公安大学出版社,2015。

〔23〕 同上书,776页。

〔24〕 参见田宏杰:《试论中国“反黑”刑事立法的完善》,载《法律科学》,2001(5)。

在立法视野上,我国关于有组织犯罪的刑法立法过于注重国内犯罪状况而忽视了国际犯罪形势的变化。随着全球经济一体化进程的加快,区域人口流动、文化交流的频率较以前也有较大提升,随之而来对立法的要求就是要有更为宽阔的视野,甚至需要以全球化的视角来确保法律的权威性和公信力。而我国惩治有组织犯罪的刑法立法恰恰对这一点有所忽略,即立法的全球化视野不足。以 2003 年 8 月由全国人大常委会批准并生效的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(以下简称《公约》)为例,其一方面将法人作为有组织犯罪的主体纳入其中,规定了刑事没收程序,并变通了刑事司法协助的一些国际原则,反映了国际社会严厉打击有组织犯罪的主张;另一方面加强了对被害人的权利救济,彰显了国际社会一直呼吁的人权保障理念。而《公约》的这两个方面在我国惩治有组织犯罪立法中并未有充分体现,即使 2011 年通过并实施的《刑法修正案(八)》也未能关注这一点。可以说,我国刑法立法中所规定的情形与签署的联合国《公约》相比,显然存在犯罪网络不够严密、人权保障不够全面的现实问题。而这恰恰背离了刑法立法的全球化趋势。“立法视野的全球化既表现在立法的整体格局上,也表现在一些具体的行为规则制定上。”^{〔25〕}也许我们在立法的整体格局上没有太大的瑕疵,但是在具体的行为规则上,恐怕可以说我国的有组织犯罪立法距离前述的《公约》的要求还有很长的路要走。

(二) 关于微观层面的立法评析

我国 1997 年刑法典所规定的刑事惩治措施为有组织犯罪立法的进一步完善,搭建了良好的法治平台。但需要强调的是,这里仍然存在一些应当引起我们关注的、有待于补充、健全的地方。

刑事制裁范围不完整。从我国近几年被依法惩治的有组织犯罪情况来看,黑社会性质组织向黑社会组织发展的趋势已经出现,境内外有组织犯罪相互来往、勾结的趋势也十分突出。在此情况下,我国现行刑法典的规定显然不能满足司法实践的需要,将黑社会(性质)组织犯罪的处罚范围仅限定为三类行为(即组织、领导、参加黑社会性质组织的行为,入境发展黑社会组织的行为,以及包庇、纵容黑社会性质组织的行为),导致刑事制裁范围存在漏洞。我们认为,在区分黑社会性质组织与黑社会组织的前提下,刑事制裁范围的不完整性主要表现在:一是对于

〔25〕 参见关保英:《科学立法科学性之解读》,载《社会科学》,2007(3)。

司法实践中存在的少数黑社会组织的组织者、领导者和参加者的处罚不力;二是对到境外实施组织、领导、参加黑社会组织行为的中国公民予以处罚的根据不够明确;三是对于包庇、纵容入境发展黑社会组织的境外成员之国家工作人员的处罚根据不够明确。

刑事制裁对象不完整。根据《刑法》第30条的规定,法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任。而从刑法典分则第294条的规定来看,有关黑社会性质组织犯罪的三种罪名都是纯正的自然人犯罪,不能成立单位犯罪,即犯罪主体只能是自然人,法人不能构成本罪。显然,我国刑法典关于有组织犯罪的犯罪主体未涵盖单位的规定没有充分反映社会发展的情势,在刑事制裁对象上是不完整的。在司法实践中,“随着形势的发展,有组织犯罪组织内部不断分工细化,有些犯罪组织出资并创立或控制公司,为其犯罪行为做掩饰;有些犯罪组织逐步采取‘公司法人’式的管理形式,犯罪组织与合法企业有时亦难以准确区分;一些单位、法人以合法经营为掩护,从事走私、制假、售假、侵犯知识产权、偷税、诈骗等犯罪活动。”^{〔26〕}法人参与有组织犯罪已不足为奇。事实上,国际社会也早已经注意到这一状况,不但有些国家已经立法将法人作为涉黑犯罪的犯罪主体,而且在联合国《公约》中也明确要求各国政府严厉惩治参与有组织犯罪的法人。就此而言,对于有组织犯罪主体未涵盖单位的规定不仅不利于惩治国内犯罪,而且也未能与《公约》的规定充分衔接。

刑罚种类配置不完整。在我国1997年刑法典中,涉嫌黑社会性质组织犯罪的刑罚配置主要涉及主刑中的有期徒刑、拘役和管制,以及附加刑中的资格刑,而缺少了财产刑的相关规定。但是,“从现实来看,犯罪现象和犯罪人的情况是复杂多样的,而作为对犯罪反应的刑罚方法也应该与这种复杂多样性相适应,从而以保证所选刑种不仅与犯罪的社会危害性相适应,而且也与犯罪人的各种具体的情状相适应。”^{〔27〕}而附加刑以其适用灵活、针对性强的特点,成为实现刑罚个别化、满足特殊预防需要的有效方式。尤其是财产刑的配置,对于以获取经济利益为目的的犯罪而言,其对财产权的直接剥夺可以对犯罪行为形成较大威慑,同时也可以限制甚至剥夺犯罪分子的再犯能力。但遗憾的是,我国关于惩治有组织犯罪立法在附加刑

〔26〕 参见于改之:《中国关于有组织犯罪的立法与司法完善》,载《法学论坛》,2004(5)。

〔27〕 参见王俊平:《资格刑适用范围之比较》,载《河南师范大学学报》(哲学社会科学版),2002(6)。