

论我国刑法分则中的参加型犯罪

唐稷尧^{*}

内容提要 我国刑法分则中的参加型犯罪是以参加行为作为实行行为的犯罪,是参加行为独立成罪的个人罪类型,也是刑法将预备行为实行行为化的结果。与域外刑法对参加型犯罪的规定相比,我国刑法通过总则与分则的不同规定对参加不同类型不法组织的行为区别对待的基本立场更具科学性。面对参加型犯罪在司法认定中存在的扩张与限缩两种倾向,应在参加行为的判断上坚持依附性、服从性和独立评价性三个标准,重点识别参加行为的三种典型形式:单纯的加入行为;以实施具体违法犯罪行为为表征的“参加”;以向不法组织提供帮助为表征的“参加”。

关键词 参加型犯罪 参加行为 刑法分则 参加黑社会性质组织罪

目 次

- 一、参加型犯罪的类型化特征
- 二、参加型犯罪之比较法分析
- 三、参加型犯罪在司法实践中的限缩与扩张
- 四、参加型犯罪的司法识别

^{*} 西南财经大学法学院教授。本文系 2023 年度国家社科基金西部项目“国家治理体系现代化背景下当代中国刑法解释制度研究”(项目批准号:23XFX005)的阶段性成果。

参加型犯罪是指我国刑法分则规定的以参加行为作为实行行为类型的个罪,包括参加黑社会性质组织罪、参加恐怖组织罪和间谍罪^①。从定罪角度来看,参加行为是作为参加型犯罪构成要件之核心的不法行为类型,但何为参加行为,刑法条文本身并未作清晰界定。就法条而言,除参加型犯罪外,分则还有条文也将“参加”明确规定在罪状中(如聚众犯罪),其与参加型犯罪中的“参加”如何区分值得研究。就司法而言,鉴于相关司法解释均集中于讨论“积极参加”和“其他参加”的区别以明确“积极”的内涵,而对作为判断前提的参加行为的具体含义虽有涉及却尚未真正厘清,导致实践中争议不断。例如,就单纯加入不法组织的行为能否成立犯罪一直存在不同声音;在参加型犯罪适用最频繁的涉黑犯罪中,一些司法人员将“参加”简单等同于“参与犯罪行为”,致使“一次参与,终身涉黑”的裁判时有发生,亟待纠偏。有鉴于此,本文拟对参加型犯罪的立法特征和实践样态进行分析和考察,并提出我国刑法分则中参加型犯罪的判断标准和典型表现,以期规范该类犯罪的认定。

一、参加型犯罪的类型化特征

(一) 参加型犯罪: 参加行为独立成罪的个罪类型

“参加”在现代汉语中是指“加入某种组织或某种活动”^②。作为我国刑法分则较常见的罪状描述词语,它并不只存在于参加型犯罪中,而是有13个条文、17个个罪将其作为重要的罪状要素^③。循着“参加”的基本含义,这些条文可以划分为两类:一类是指加入特定不法组织的犯罪,即参加型犯罪;另一类是参与特定不法行为的犯罪,主要涉及聚众犯罪和危害国家安全类犯罪,如聚众斗殴罪、分裂国家罪。两类犯罪虽然都使用“积极参加”“其他参加”的文字表述,但“参加”要素在二者中的地位与功能迥然不同。

参加型犯罪是将参加行为独立成罪的个罪类型,参加行为是作为独立不法行为类型规定为个罪的核心成立要件。从语法结构上看,参加型犯罪条款中所规定的“参加”都以动宾结构形式呈现,特定的不法组织——黑社会性质组织、恐怖活动组织、间谍组织是参加行为的目标,“参加”是指代一种加入组织的特定行为。在黑社会性质组织犯罪和恐怖组织犯罪的条款中,参加行为不仅与“组织、领导”行为并列规定,而且也独立于行为人加入不法组织后的违法犯罪行为;在间谍罪中,刑法将参加行为与接受间谍组织的任务、为敌人指示轰击目标两种其他间谍行为并列。可见,分则的本意就是将行为人加入特定不法组织这一单纯性活动作为一种独立的具有不法性的实行行为来评价和定罪。

① 间谍罪的实行行为除了参加间谍组织外,还包括接受间谍组织及其代理人的任务和为敌人指示轰击目标,属于不纯正的参加型犯罪。本文的讨论涉及间谍罪部分均特指“参加间谍组织的行为”,不涉及其他两种行为。

② 《现代汉语词典》,商务印书馆2012年版,第122页。

③ 具体罪名是:间谍罪;参加恐怖活动组织罪;参加黑社会性质组织罪;聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪;聚众哄抢罪;聚众扰乱社会秩序罪;聚众冲击国家机关罪;聚众斗殴罪;聚众淫乱罪;组织越狱罪;暴动越狱罪;聚众持械劫狱罪;聚众冲击军事禁区罪;聚众扰乱军事管理区秩序罪;分裂国家罪;武装叛乱、暴乱罪;颠覆国家政权罪。

而在另一类包含“参加”要素的分则条款中,无论是聚众犯罪还是危害国家安全犯罪,罪状中的“参加”要素针对的都是参与实施个罪所规定的特定不法行为,参加行为只是特定个罪的共同犯罪行为,^④会随着所参加个罪的不同而呈现出不同的形式。例如,《刑法》第242条第2款规定:“聚众阻碍国家机关工作人员解救被收买的妇女、儿童的首要分子,处五年以下有期徒刑或者拘役;其他参与者使用暴力、威胁方法的,依照前款的规定处罚。”按照该条罪状的描述,该罪的具体行为类型是“聚众阻碍”行为。又如,《刑法》第104条第1款规定:“组织、策划、实施武装叛乱或者武装暴乱的……对积极参加的,处三年以上十年以下有期徒刑;对其他参加的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”按照该条罪状的描述,该罪的具体行为类型是“组织、策划、实施武装叛乱或者武装暴乱”行为。这里的“参加”是指对特定不法行为的加入,参加行为其实是参与实施的具体个罪行为的组成部分,即“武装叛乱或者武装暴乱”的参加行为或“聚众阻碍”解救被收买的妇女、儿童的参加行为,并不具有类似参加型犯罪罪状所描述的独立不法行为类型的地位。同时,在这些法条中,与“参加”这一要素对应的也不是“组织”“领导”等行为类型,而是“首要分子”这种特定行为人类型。按照语法,有关“积极参加的”“其他参加的”这类词组所呈现的是一种带有省略词的偏正短语,其全称应当是“积极参加分子”“其他参加分子”。因此,规定于聚众犯罪和危害国家安全犯罪条款中的“参加”要素本质上不是对个罪行为类型的描述,而是从行为主体角度对共同犯罪人特殊类型的描述,其所指称的是可与“首要分子”相区别的另一种共同犯罪人类型——“参加者”。

这种以行为人是否对犯罪行为具有组织、策划、指挥作用为分类标准而形成的共同犯罪人类型——“首要分子”和“参加者”,^⑤与我国刑法总则规定的以主从犯为核心的共同犯罪人类型并不具有对应关系。仅就参加者而言,在聚众犯罪和危害国家安全犯罪中,根据其在个罪中的作用和具体行为来看,其既可能是从犯,也可能是主犯;既可能是实行犯,也可能是帮助犯。因为他们在实施此类犯罪时,既可能对不法行为的实施提供帮助(如组织越狱罪中为越狱活动望风),也可能在首要分子的领导下直接甚至积极实施具体的不法活动(如聚众斗殴罪中亲自参与实施暴力活动)。对于前者,应当属于“其他参加者”,可归入从犯范畴;而作为“积极参加者”的后者却已具有了主犯的基本特征——“在共同犯罪中起主要作用”。《上海市高级人民法院关于办理聚众斗殴犯罪案件的若干意见》第1条第2项就明确规定,“积极参加者,是指除首要分子以外其他在斗殴中发挥重要作用或者直接致死、致伤他人者”。可见,聚众犯罪和危害国家安全犯罪条款中有关“参加”要素的规定其实是总则共同犯罪条款的例外,不具有独立成罪的意义。

④ 聚众犯罪是典型的必要共同犯罪,其他3个危害国家安全犯罪理论上虽可以由单个主体实施,但既然有“参加者”,那就意味着该罪在实施时多是共同犯罪的形式。

⑤ 虽然危害国家安全犯罪并非聚众犯罪,但实践中大多以共同犯罪的形式实施,《刑法》第97条的规定完全可参照适用于此类犯罪中“首要分子”的识别。

（二）参加型犯罪：预备行为实行行为化的个罪类型

虽然刑法将参加行为作为独立行为类型规定为个罪,但在现实生活中,除非是受到欺骗或胁迫,行为人加入不法组织的主观目的都是为了参与该组织所实施的不法活动,而非单纯为了加入而“参加”。从外观状态来看,行为人单纯加入不法组织的举动本身可能并不立刻、直接与具体不法行为相关联,如“宣誓”遵守“纪律”或“帮规”。从行为的自然过程来看,相对于加入组织后所参加实施的不法行为,这些单纯的加入行为本质上仅是后者的预备环节。虽然绝大部分加入不法组织的行为人均继续实质性地参加该组织后续实施的不法活动,但如果没有刑法对加入行为的分则化设置,它就只能被后续参与实施的具体犯罪所吸收而成为具体个罪的一部分,而不会被实质性地单独评价。因此,我国刑法对参加型犯罪的设置实质上是预备行为实行行为化的结果。

相对于后续实行行为对法益的侵害,预备行为距离法益明显较远,其对法益的威胁和实际损害远低于后续行为。为此,近代以来大陆法系刑法理论均主张,犯罪预备行为虽“是具有侵害法益危险的行为,但由于其危险性较小,现实化的可能性很小,刑法原则上不处罚这些行为”^⑥。至于将预备行为作为实行行为而设置为独立个罪,则更为谨慎。我国刑法虽在总则中明确规定预备犯可罚,但司法实践中也鲜见真正予以处罚的。

自近代以来,人们对犯罪的认识就与行为的危害性密切相关。“衡量犯罪唯一和真正的标尺就是对国家造成的损害”,“犯罪对公共利益的危害越大,制止人们犯罪的手段就应该越强有力”。^⑦将损害后果尚未发生、本属预备行为的参加行为设置为独立犯罪显然是一种非常严厉的措施。虽然刑法规定的个罪均是立法者对生活中具有危害性行为的抽象和选择,但立法者并不能随心所欲地设定犯罪。因为以民主法治价值观为内核的现代刑法秉持“刑罚(法)正当性原则”,任何罪刑条款均需直面“正当性”原则的拷问。犯罪必须是实质上危害社会并值得刑罚处罚的行为。

相对于分则规定的其他个罪,参加型犯罪的设置虽是非常严厉之举,但并非不具合理性。当代德国刑法学者认为,就惩罚的正当性而言,犯罪的应受处罚性取决于三个因素——“法益的价值、行为的危险性和行为人思想的可责性”,“具有典型特征和高度危险性的犯罪预备,被作为独立的犯罪受刑法处罚”。^⑧循此思路,参加型犯罪的刑事处罚根据有三:一是相关法益具有重大价值。参加型犯罪侵害的法益分别是国家安全(间谍罪)、重大公共安全(参加恐怖组织罪)和区域社会秩序(参加黑社会性质组织罪),均是涉及国家、社会的存在及正常运转的重大法益,事关社会公众共同生活最基础的利益。通过将间谍组织、黑社会性质组织、恐怖组织明确列为参加行为的目标对象,使之成为参加型犯罪罪状中的典型特征,体现出刑法对这三类不法组织的强烈否定与非难态度,彰显国家对涉及三类不法组织犯罪从严打击、预防为主刑事政策立场,是刑法打击与控

⑥ [日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第5版),黎宏、姚培培译,中国人民大学出版社2023年版,第363页。

⑦ 参见[意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2008年版,第20、17页。

⑧ 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(上),徐久生译,中国法制出版社2017年版,第75、703-704页。

制特定犯罪组织的制度化安排。正如有学者在有关恐怖主义犯罪研究中所指出的,参加恐怖组织罪就是考虑到恐怖活动犯罪的严重危害性,为了将其消灭于萌芽阶段而将原本的预备行为独立犯罪化,体现了我国刑事立法的预防犯罪功能。^⑨二是参加行为具有高度危险性。参加型犯罪所针对的特定不法组织是秉持特定不法目标、具备相对固定成员和相对确定层级结构的人财物集合体,不仅有普通犯罪集团的特点,而且对国家安全、公共安全和区域社会秩序有巨大威胁。在不法组织的加持下,原本分散的个体整合为具有共同目标的系统整体,并为了实现该目标相互鼓励和支持,开展分工协作的统一行动,从而极大提升个体实施不法行为的频率、影响范围和破坏力。单纯的参加行为虽在客观上的确仅是一种预备活动,但每增加一个加入者,就会提升不法组织的潜在犯罪能力,加入不法组织的人数越多,对国家、社会的危险越大。如果等到加入者实施后续不法行为才予以处罚,就相当于坐视这种具有严重危险性的不法组织发展、壮大。因此,参加行为就是在客观上支持不法组织,增强其犯罪实力,是有高度危险性的行为。三是参加行为本身就体现出行为人主观上的可谴责性。黑社会性质组织、恐怖组织和间谍组织都是具有明确犯罪宗旨、目标的不法组织,因此,参加行为不可能是单纯的客观“加入”,而必然意味着行为人对不法组织犯罪宗旨、目标的内心认同。这种通过参加行为表现出的主观认同态度就是行为人主观可谴责性的根据。

二、参加型犯罪之比较法分析

(一) 域外刑法参加型犯罪的立法实践

在大陆法系国家,参加型犯罪并不鲜见。不少国家的刑法还特地将“发起”“建立”不法组织的行为、不法组织实施具体犯罪的行为与“参加”不法组织的行为并列规定在法条中,以彰显后者的独立性和预备行为实行行为化的基本立场。例如,《德国刑法典》第127、129条规定,“非法组织或指挥拥有武器或者其他危险工具的集团,或参加此等集团,为其提供武器或者金钱或给予其他支持的,处2年以下自由刑或罚金;建立犯罪组织或者作为成员参加此等组织,旨在实施法定刑为2年以上有期徒刑的犯罪的,处5年以下自由刑或罚金”;“建立旨在实施下列犯罪(即该条后续款项所列的预谋杀人、故意杀人、灭绝种族犯罪、反人类犯罪、战争罪、损害他人身体或精神的犯罪、损坏财物的犯罪、危害公共安全的犯罪、针对环境的犯罪等)的组织,或者作为成员参加该组织的,处1年以上10年以下自由刑”。^⑩又如,《奥地利联邦共和国刑法典》第246条规定,“建立一社团,以违法的方式动摇国家独立、宪法规定的国家形式、奥地利共和国或其州的宪法机关的,处6个月以上5年以下自由刑”,“参加此等社团……处1年以下自由刑”;第278条规定,“组织犯罪集团或者作为成员参与此等犯罪集团的,处3年以下自由刑”,

^⑨ 参见贾宇主编:《中国反恐怖主义法律问题研究》,中国政法大学出版社2018年版,第165、177页。

^⑩ 参见《德国刑法典》,徐久生译,北京大学出版社2019年版,第105-106页。

“作为成员参与此等恐怖主义集团的,处1年以上10年以下自由刑”。^⑪再如,《法国刑法典》第212-3条规定,“参与某组建的集团或达成的串通,以一项或多项实际行动表明准备实施第211-1条、第212-1条和第212-2条(种族灭绝罪和其他反人类之重罪)所指之某一项重罪的,处无期徒刑”;第214-4规定,“参与某组建的集团或达成的串通,以一项或多项实际行动表明准备实施第214-1条、第214-2条(非法优生行为、非法克隆行为)所指之某一项重罪的,处无期徒刑并科75000000欧元罚金”;特别是第421-2-1条规定,“参加组建的集团或已达成的串通,并以一项或多项实际行动表明准备实施前述条款所指之任一恐怖主义行为的,亦构成恐怖主义行为罪”,^⑫该条款将加入行为和加入不法组织的目的(“准备实施前述条款所指之任一恐怖主义行为”)规定在同一条款中,更是清晰地显示出预备行为实行行为化的基本立场。

由于法律文化与传统的差异,当代英美法系国家的刑事制定法主要体现为单行刑法或附属刑法。在针对特定不法组织的刑事制定法中,也有参加型犯罪。例如,英国《1989年预防恐怖行为法》第2条第(1)项a款规定,“参加或公然声明参加一个被禁止的组织”构成犯罪,^⑬根据该法第1条的规定,这里所说的被禁止的组织即恐怖组织,因此,该条款实际就是参加恐怖组织罪的规定。而该部法律标题中的“预防”一词也显示出整部单行法规定的包括参加恐怖组织罪在内的个罪相对于具体恐怖犯罪而言具有的预备性特征。

(二) 中外刑法设置参加型犯罪之路径比较

虽然中外刑法都基于预备行为实行行为化的立场将参加行为规定为分则中的单独犯,但在路径选择上依然呈现出明显的差异。^⑭

大部分大陆法系国家的刑法对于涉及不法组织(犯罪组织)的犯罪大多采取将普通犯罪组织与特定犯罪组织(黑社会、恐怖组织等)并列设置的模式,与此相对应,对参加型犯罪的设置也采取了“概括规定+特别规定”模式,即在明确规定参加特定不法组织的个罪罪名同时,还概括性地将参加普通犯罪组织也规定为独立犯罪。例如,《德国刑法典》在第127、129条规定参加武装集团罪、参加恐怖组织罪之外,还同时概括规定了参加犯罪组织罪,此处的犯罪组织显然就是排除了武装集团、恐怖组织以外的普通犯罪组织;《奥地利联邦共和国刑法典》在第278条并列规定了参加犯罪集团罪和参加恐怖主义集团罪;《意大利刑法典》在第416条并列规定了参加犯罪集团和参加黑手党型集团两种个罪^⑮。更有甚者如《西班牙刑法典》除在专章设定有关“提倡、创建、组织、指挥”“参与”犯罪组织与犯罪团伙的犯罪(分则第22编第6章)和有关“提倡、创

⑪ 参见《奥地利联邦共和国刑法典(2002年修订)》,徐久生译,中国方正出版社2004年版,第94-95、105-106页。

⑫ 参见《法国刑法典》,孙平译,法律出版社2023年版,第61、63、200页。

⑬ 参见《英国刑事制定法精要》(1351—1997),谢望原主译,中国人民公安大学出版社2003年版,第116页。

⑭ 英美法系刑法大都采取单行制定法模式针对特定不法组织设置单行刑事法,参加型犯罪都是针对特定不法组织的犯罪,这一点与我国相似。故此处主要讨论我国刑法与大陆法系刑法的比较。

⑮ 参见《意大利刑法典》,黄风、杨超译,法律出版社2023年版,第157页。

建、组织、指挥”“积极参与”恐怖组织、恐怖团伙的犯罪（分则第22编第7章）外，还在第515条非法结社罪中列举了4类非法组织，其中既包括特定的、具体的非法组织——达到合法目的、使用暴力手段雇佣、改变或者控制他人的组织，准军事性质组织，助长或煽动因种族主义等而针对他人、某派别或某组织的仇视、侮辱或攻击的组织；也包括概括性、兜底性的普通非法组织，即为实施犯罪而结社并在结社后实施犯罪的组织，进而在第517条将参加上述不法组织的行为规定为犯罪。^⑩这种立法例意味着任何参加不法组织的行为均被纳入刑法处罚范围，行为人只要加入以实施犯罪为宗旨的组织即成立参加型犯罪。法国等少数国家虽没有设置将单纯参加普通犯罪组织规定为个罪的条款，但《法国刑法典》在第212、214、421、431条中所规定的参加以实施特定犯罪为宗旨的不法组织在事实上涵盖了广泛的类型，尤其是第431条有关参加武装集团的规定，基本上将所有参加以暴力为目的的犯罪组织均包括在参加型犯罪之内。^⑪可见，大陆法系国家在立法层面对参加型犯罪的设置采取的是广覆盖甚至全覆盖的立场。

相对而言，我国刑法仅将单纯加入特定不法组织的行为规定为独立犯罪，参加型个罪仅针对少数特定不法组织，立法选择的是“特别规定”模式。对于参加其他类型不法组织（如电信诈骗集团、传销集团）的控制和处罚，则通过适用总则有关犯罪集团的条款来实现。而大陆法系国家的刑法由于在共同犯罪条款中并不存在类似中国刑法总则针对犯罪集团（组织）的一般性规定，为了解决打击普通犯罪组织的现实需求，只能选择在针对恐怖组织等特定犯罪组织设置个罪之外再设置专门针对普通犯罪组织的个罪，通过将“发起”“建立”“领导”“参加”等不法行为类型明确规定在各类涉及犯罪组织的分则条款中，实现刑法在涉犯罪组织领域对组建、领导、加入行为乃至具体实施犯罪整个过程的全覆盖。

从更深层面分析，中外刑法的差异还不止于表面的立法模式。仔细分析我国刑法相关条款就可发现，对于普通犯罪组织，行为人仅单纯加入该组织并不成立犯罪，更不存在独立的罪名。按照刑法规定，犯罪集团本质上是特定的共同犯罪组织形式，犯罪集团所实施的集团犯罪则是共同犯罪的特定形式，具体犯罪的认定最终必须落脚于分则规定的个罪，行为人单纯加入犯罪组织的举动（如“宣誓”遵守帮规、接受任命等），只要不涉及具体的不法活动，就不可能归属于分则所规定的任何个罪。加入犯罪组织的行为人只有在参与该组织实施的具体犯罪时，才能以共犯身份承担刑事责任，只有实际参与具体犯罪才成立刑法意义上的“参加”。可见，相对于大陆法系刑法将单纯参加不法组织的行为普遍定罪立法模式，我国刑法只针对特定不法组织设置参加型犯罪的模式体现出一种相对限缩和慎刑的倾向。

如前所述，将单纯加入行为独立设罪本就是一种非常严厉的立法措施，而在现实生活中，不法组织的类型复杂多样，并非任何一种不法组织都像黑社会性质组织、恐怖组织

^⑩ 参见《西班牙刑法典》，潘灯译，中国检察出版社2015年版，第251-255页。

^⑪ 参见前注^⑩，《法国刑法典》，第61、63、200、207页。

与间谍组织那样对国家和社会具有巨大危险性和严重破坏性。如果不加选择地将任何一种加入不法组织的行为都设置为参加型犯罪,对于从严打击有组织的违法犯罪活动固然有利,但就刑法正当性而论却值得商榷。从这个角度看,我国刑法对参加不同类型不法组织的行为区别对待的立场相比大陆法系刑法更具合理性和科学性。

三、参加型犯罪在司法实践中的限缩与扩张

我国刑法中参加型犯罪的罪状均属于典型的简单罪状,参加行为作为独立的实行行为类型虽是个罪成立的核心要件,但刑法并未进一步描述其具体内涵与外延。从司法实践来看,目前只有最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部(以下简称“两高两部”)在2018年发布的《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》第5条针对参加黑社会性质组织的行为有过较为完整的解释:知道或者应当知道是以实施违法犯罪为基本活动内容的组织,仍加入并接受其领导和管理的行为,应当认定为“参加黑社会性质组织”;没有加入黑社会性质组织的意愿,受雇到黑社会性质组织开办的公司、企业、社团工作,未参与黑社会性质组织违法犯罪活动的,不应认定为“参加黑社会性质组织”。按照该解释的思路,能成立犯罪的参加行为的核心特征是:明知是以实施违法犯罪为基本活动内容的组织,仍加入并接受其领导和管理。然而,对于什么是“加入并接受其领导和管理”,其典型表现形式又是怎样,各类解释文件均语焉不详,使得实践中对参加型犯罪的认定呈现出限缩与扩张两个截然相反的倾向。

(一) 参加型犯罪的限缩

参加型犯罪的限缩主要出现在有关单纯加入特定不法组织行为的司法认定中。按照刑法条文字面含义,只要行为人实施了加入特定不法组织的行为就当然成立犯罪。然而,2000年最高人民法院《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》第3条第2款却规定,“对于参加黑社会性质的组织,没有实施其他违法犯罪活动的……可以不作为犯罪处理”。2015年《全国部分法院审理黑社会性质组织犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称2015年《审理黑社会犯罪案件纪要》)延续该立场进一步规定,“对于参加黑社会性质组织后仅参与少量情节轻微的违法活动的,也可以不作为犯罪处理”。有鉴于此,有学者提出,行为人即使加入黑社会性质组织,也可以基于“没有实施其他违法犯罪活动”“仅实施轻微违法行为”等违法阻却事由而不成立犯罪。^⑮在间谍罪的研究中,也有学者提出,间谍罪是危险犯而非行为犯,实施加入间谍组织行为后还必须具备危害国家安全这一要素才能成立间谍罪,单纯加入间谍组织的行为并不必然成立犯罪。^⑯按照上述司法解释及主张,行为人即便加入了刑法所规定的特定不法组织也可以基于没有后续行为或后续行为的轻微违法性而不成立犯罪。例如,在“邹某志

^⑮ 参见刘振会:《参加黑社会性质组织罪的司法认定》,载《法律适用》2020年第24期,第58-59页。

^⑯ 参见李永升、胡胜:《论间谍罪的司法误区及立法完善》,载《江西警察学院学报》2017年第4期,第100-101页。

黑社会性质组织案”中,法院正是基于被告人“慕某元参加该组织后仅参与了一起索要高利贷的寻衅滋事违法活动,且在该起活动中以威胁、纠缠等方式讨债,属于参加黑社会性质的组织后仅参加少量情节轻微的违法活动”,对检察机关指控的参加黑社会性质组织罪不予支持。^{②①}这显然是对参加型犯罪的限缩适用。如果不对参加行为的具体内涵与判断标准进行厘清,这种限缩可能会削弱刑法对特定不法组织的打击力。

(二) 参加型犯罪的扩张

与参加型犯罪的限缩适用相比,该类犯罪的扩张适用倾向在实践中更为明显,其主要出现在有关参加特定不法组织实施的违法犯罪行为的定罪上。“李某甲参加黑社会性质组织案、故意伤害案”就是典型。在该案中,检察机关指控被告人李某甲受白玉岗黑社会性质组织成员张某指使参加该组织实施的斗殴并致人重伤,同时构成参加黑社会性质组织罪、故意伤害罪。但被告人李某甲则辩称,其只是受邀约打架,主观上没有参加黑社会性质组织的故意。法院认为,参加黑社会性质组织罪“并不要求李某甲对黑社会性质组织进行法律上的评价并故意参加”,李某甲和黑社会性质组织成员张某关系紧密,且与骨干成员沈某来往,是“明知张某、沈某是黑社会性质组织成员而受其指使参加其违法犯罪活动”,应成立参加黑社会性质组织罪。^{②②}在该案中,法院显然是将被告人“知道张某、沈某是黑社会性质组织成员”并接受其指使实施违法犯罪活动直接等同于司法解释所要求的“知道或者应当知道是以实施违法犯罪为基本活动内容的组织,仍加入并接受其领导和管理”,将在不法组织成员的指使下实施犯罪直接作为参加不法组织的具体表现。在笔者看来,这一认定值得商榷。

从逻辑上看,任何不法组织都以实施特定不法行为为宗旨,但加入不法组织与参加不法组织的具体违法犯罪活动并不能直接划等号。虽然不法组织的确是由单个自然人组成,但基于不法组织的体系性、层级性特征,接受不法组织某个成员的指使而参与特定犯罪活动与接受该不法组织的领导和管理显然还存在较大差距,因为在现实生活中,行为人完全有可能单纯基于特定利益、特定朋友关系等因素而临时性、一次性地参与特定犯罪活动。这种单纯受雇、受邀、被纠集而为不法组织实施违法犯罪活动或者为其提供协助,行为人如果主观上不具有加入不法组织的意图,客观上与该组织不存在管理与被管理关系,则并不能成立参加型犯罪。最高人民法院发布的典型案例“陈金豹等组织、领导、参加黑社会性质组织案”就鲜明体现了上述立场。在该案中,法院经审理查明,被告人刘应平虽然应黑社会性质组织的领导者陈金豹的要求为其赌场提供看场人员、为其故意杀人犯罪活动提供打手,但其“主要是基于二人的‘牢友’关系和感情因素,主观上没有任何加入该组织的愿望,客观上既未在该组织中担任职务和谋取利益,也未受该组织的管理和纪律约束”;被告人王清华虽受刘应平邀约参与作案,但“与该组织未就加入组织的问题达成共识……未受该组织的管理、纪律约束,未从该组织领取报酬,不受该组

^{②①} 参见刘振会:《黑社会性质组织犯罪的法律适用研究》(修订版),人民法院出版社2023年版,第156页。

^{②②} 参见河南省南阳市宛城区人民法院(2010)南宛刑初329号刑事判决书。

织的控制,只是临时受指使参与了故意杀人的行为”,法院据此否定了刘应平、王清华等人构成参加黑社会性质组织罪,而只令其对被邀约参与的杀人行为承担刑事责任。^②

参加型犯罪扩张适用的主要原因在于,现行司法解释不仅未真正厘清“参加行为”的核心内涵与典型表现形式,而且在解释条文中就存在扩张,进一步模糊了参加行为的含义。例如,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》和两高两部《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》均规定,“积极参与较严重的黑社会性质组织的犯罪活动且作用突出”属于积极参加黑社会性质组织;两高两部《关于办理恐怖活动和极端主义犯罪案件适用法律若干问题的意见》第1条规定,“在恐怖活动组织中实施恐怖活动且作用突出的”,属于积极参加恐怖活动组织。对于“其他参加”的含义,相关司法解释均采取排除性概括表述,即“积极参加”以外的情形。而对于行为人加入不法组织的主观意愿的反向考察,司法解释虽有所关照,但也仅限于未实施具体违法犯罪者,即没有加入黑社会性质组织的意愿,受雇到黑社会性质组织开办的公司、企业、社团工作,未参与黑社会性质组织违法犯罪活动的,不应认定为“参加黑社会性质组织”。

从逻辑上讲,“积极参加”不法组织肯定是以“参加”不法组织为前提,按照上述解释条款,剔除了“积极”要素的“参与黑社会性质组织的犯罪活动”和“在恐怖活动组织中实施恐怖活动”就可以直接视为参加不法组织的具体表现形式。这样一来,只要行为人参与不法组织(甚至不法组织个别成员)实施的具体犯罪行为,就有可能被直接认定为独立的参加型犯罪。这种完全不考虑具体情形而将“参加行为”的认定标准简单地等同于“参与犯罪的行为”,不仅会导致罪名适用错误,而且还会基于参加型犯罪有关数罪并罚的特别规定而对行为重复评价,动摇处罚的正当性。

四、参加型犯罪的司法识别

作为刑法分则规定的将“参加”独立评价为不法行为类型的个罪,参加型犯罪的识别有赖于对参加行为的正确理解与判断。为此,有必要进一步明确参加行为的具体判断标准和典型表现。

(一) 参加行为的判断标准

从犯罪成立角度来看,认定某种行为属于分则规定的能够独立成罪的参加行为,应同时符合以下三个标准:

1. 标准之一:就犯罪行为与对象的关系而言,参加行为具有依附性,即参加行为必须依附于不法组织而存在。特定不法组织是参加行为的对象,“参加”是一种后续加入活动,参加行为的成立应以不法组织的存在为前提。正如有学者在讨论参加恐怖组织罪

^② 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第74集),法律出版社2010年版,第5-10页。

成立条件时指出,参加行为要构成犯罪应以恐怖组织成立为前提,没有恐怖组织的存在,就根本谈不上参加恐怖组织的问题。^{②③}如果某行为是不法组织成立前实施,就不可能被认定为独立的参加型犯罪。

由于参加行为的依附性特征,在司法实践中,对于不法组织存续与否及其成立时间的判断就尤为重要。根据不法组织的不同类型,判断其存在与否及成立时间的具体规则和主体各有不同。对于间谍组织和恐怖组织,由于相关法律规范已经明确了基本标准与认定主体,其判断较为明了。《反恐怖主义法》第12条规定:“国家反恐怖主义工作领导机构根据本法第三条的规定,认定恐怖活动组织和人员,由国家反恐怖主义工作领导机构的办事机构予以公告。”《反间谍法实施细则》第4条第2款规定:“间谍组织和间谍组织代理人由国务院国家安全主管部门确认。”

相对而言,黑社会性质组织的存续及成立时间点的判断较为复杂。虽然刑法明确了该组织的四项基本特征,但没有规定类似认定间谍组织和恐怖组织的专门机构,而是将认定权赋予审理案件的各级法院。由于黑社会性质组织一般都有一个从产生、发展到逐步壮大的过程,随着组织的发展演变和违法犯罪行为的积累,其组织特征、经济特征、行为特征和非法控制特征并非一蹴而就,而存在一个逐渐形成、逐步完备的过程,因此,基于何种标准判断黑社会性质组织的形成及成立的时间节点就尤为重要。2015年《审理黑社会犯罪案件纪要》在总结司法经验的基础上提出,“黑社会性质组织存续时间的起点,可以根据涉案犯罪组织举行成立仪式或者进行类似活动的时间来认定。没有前述活动的,可以根据足以反映其初步形成核心利益或强势地位的重大事件发生时间进行审查判断。没有明显标志性事件的,也可以根据涉案犯罪组织为维护、扩大组织势力、实力、影响、经济基础或按照组织惯例、纪律、活动规约而首次实施有组织的犯罪活动的时间进行审查判断”。上述意见为判断黑社会性质组织成立与否及其时间节点提出了具有不同优先级的判断标准。“举行成立仪式或者进行类似活动”是确认组织成立的第一标志。基于对黑社会性质组织“打早、打小”的刑事政策,将其作为该类组织形成时间的起点是妥当的。不过,鉴于实践中通过举行专门仪式来宣告成立黑社会性质组织的情况并不多见,最高人民法院提出了判断该组织是否成立的次一级标准,即“足以反映其初步形成核心利益或强势地位的重大事件发生时间”。这些重大违法犯罪事件有的表现为击垮主要竞争对手,有的表现为抢得重要资源,还有的是制造重大社会影响并极大提升了该组织的“知名度”。其共同点在于,它们都是对不法组织树立非法权威、争夺势力范围、获取稳定经济来源具有重要意义的违法犯罪活动,对该组织的发展具有显著的推动或催化作用。如果上述两项标准都无法适用,则采用再次一级判断标准,即将“首次实施有组织犯罪活动”的时间作为形成起点。但需特别注意的是,这里的“首次实施有组织犯罪活动”并非仅指实施犯罪的方式具有组织性,更重要的还要看该次犯罪是否为了组织利益、按照组织意志而实施,能否体现该组织在一定区(领)域追求非法控制的意图。

^{②③} 参见杜邈:《反恐立法研究》,法律出版社2008年版,第121页。

2. 标准之二:就行为的主客观特征而言,参加行为具有服从性。参加型犯罪的具体行为必须从主客观方面体现出行为人作为个体对组织的服从,即真心接受不法组织的领导和管理,而不只是个体(及其行为)与组织或组织中的某些成员(及其行为)客观上的关联性。

服从性是参加行为之核心特征,也是区别参加行为与单纯参与不法组织特定犯罪行为的关键,前者成立独立的参加型犯罪,后者构成所参与犯罪的共同犯罪。之所以强调参加行为的服从性,是因为参加型犯罪是以行为人加入特定不法组织为核心要件,而这些不法组织在本质上属于刑法总则规定的犯罪集团,集团的组织性特征决定了参加行为的服从性。作为犯罪组织的高级形式,犯罪集团与临时性、一次性形成的共犯组织(团伙)的核心区别就在于犯罪集团是一种具有相对稳定的人员层级结构和明确不法目标的组织,其成员作为该组织系统的一部分而服从于组织体的共同目标,成员的行为是不法组织意志、宗旨的体现,而不是独立于不法组织之外的个人行为,即不法组织对成员存在一种“组织控制”关系。

一个原本处于不法组织之外的个体通过加入行为而成为组织成员,意味着其主观上认同该组织的不法目标、宗旨和组织规约;客观上听从组织的控制、指挥和管理;在身份上从不法组织处获得了相对固定的层级归属或位置,形成相对固定的从属关系。因此,能够成立参加型犯罪的参加行为应当体现出行为人主观上的认同性、身份上的附属性和客观行动上的受控性,总结起来就是个人对组织的服从性,这也是当前司法实践中认定参加型犯罪的核心标准。例如,在最高人民法院发布的“陈垚东等人组织、领导、参加黑社会性质组织案”中,法院就是从“服从性”的角度展开论证,基于“无证据证明被告人文稳权在组织层级结构中处于何位置,无证据证实其对该组织及其运行、活动起到决策、指挥、协调、管理作用以及曾发展下线成员”,最终否定其行为成立参加黑社会性质组织罪。^{②④}在“蔡某成等人组织、领导黑社会性质组织案”中,法院同样也是从判断黑社会组织与行为人之间控制与服从关系的角度最终否定实施“暴力外包”行为的被告人袁某华构成参加黑社会性质组织罪。^{②⑤}而在“黄图望等人组织、领导、参加黑社会性质组织案”中,面对被告人郑剑波提出的“与黄是朋友关系,没有加入该组织”的辩护意见,人民法院也是着重从“服从性”的角度进行调查,进而认定:“郑剑波认可该犯罪组织的活动规约”,“听从、接受黄图望的领导”,“已经在组织内拥有了一致认可的稳定地位”,构成参加黑社会性质组织罪。^{②⑥}

3. 标准之三:就参加行为与加入不法组织后所实施行为的关系而言,参加行为具有

②④ 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考:办理黑社会性质组织案件专辑》(总第107集),法律出版社2017年版,第4页。

②⑤ “暴力外包型”涉黑犯罪是指黑社会性质组织通过雇佣或者其他方式邀约组织之外的其他人员实施相应犯罪行为。在该案中,法院基于袁某华是受黑社会性质组织雇佣实施犯罪行为,判决其行为仅构成故意杀人罪。参见陈佳佳:《论黑社会性质组织犯罪的司法认定》,西南政法大学2011年博士学位论文,第68-69页。

②⑥ 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考:办理黑社会性质组织案件专辑》(总第123集),法律出版社2020年版,第41-49页。

可独立评价性。参加型犯罪是行为人在特定时间、场合与情景下所实施的行为,是能够在刑法上作独立评价的不法行为,不应与加入不法组织之后所实施的行为相混淆。具体而言,对加入不法组织的行为与加入不法组织后所实施的不法行为可以且应当进行必要区分,前者构成独立的参加型犯罪,后者则根据其所实施不法行为的具体特征适用相应罪名。

在一起间谍案中,司法机关就是根据这一立场将被告人在境外加入间谍组织的行为和后续为间谍组织提供情报的行为按间谍罪和非法获取国家秘密罪数罪并罚。^⑦而对于涉黑类犯罪,有学者指出,应当区分独立成罪的参加行为和加入后所实施的成立其他个罪的行为,行为人着手实施特定的加入行为即成立参加黑社会性质组织罪而无需考虑加入不法组织之后的行为。^⑧从这个角度出发,现行有关黑社会性质组织犯罪的司法解释所列举的以实施违法行为次数为具体表现形式的“积极参加”行为,在具体适用上应当将“多次”理解为认定行为人“积极”性的条件,而不是成立参加黑社会性质组织罪的要求。如果行为人“多次参与黑社会性质组织的违法犯罪活动”,应考虑分别成立参加黑社会性质组织罪和其他具体犯罪。当然,也有学者认为,“参加行为的法益侵害性就源自其参与实施组织的具体违法犯罪活动。剔除其所参与实施的具体违法犯罪活动,其参加的违法性将无从体现”^⑨;“‘参加’必须以其他违法犯罪行为为载体……是加入后通过一系列违法犯罪活动证明自己是该组织成员的状态,它包含加入行为,但假如仅仅是参加的开始,如果没有后续的违法犯罪活动,加入几乎没有意义”^⑩。

笔者认为,区分加入不法组织的行为与加入不法组织后所实施的不法行为是必要的,也是可行的。一方面,基于刑法分则所规定的参加型犯罪的独立性,必须对二者予以区分。参加行为是参加型犯罪的不法行为类型,也是一种实行行为类型。这种不法行为类型是罪法定原则在分则中的集中表现,对于识别犯罪而言具有“体系性”功能,因为它“包含了与犯罪的产生有关的全面典型特征”,可以说明“一个行为必须具备什么样的特征,才应当使用刑罚加以威胁”。^⑪也就是说,刑法分则对个罪实行行为的规定具有从类型上区别于其他个罪行为的功能。因此,参加行为应当是一种具备实质性内涵和可独立评价性的行为类型,必须与其他个罪的行为类型相区别。另一方面,从生活常识的视角,行为人通过实施某种活动而表达对特定不法组织的服从从而成为该组织的一员,是一种可识别的客观事实,相对于行为人加入组织后实施的行为,其在发生时间上显然是存在先后顺序的。实践中真正需要的是,厘清这种加入不法组织的活动在现实生活中可能表现为何种具体形式。如果不考虑参加行为与加入不法组织后所实施行为之间

⑦ 参见《广西破获一起间谍案:某部委干部被境外间谍色诱策反 被判死缓》,载澎湃网, https://m.thepaper.cn/baijiahao_4841216, 2024年9月25日访问。

⑧ 参见何龙:《参加黑社会性质组织罪若干疑难问题探析》,载《中国检察官》2012年第11期(下),第24-26页。

⑨ 陈洪兵:《组织、领导、参加黑社会性质组织罪的“口袋化”纠偏》,载《东岳论丛》2023年第4期,第176页。

⑩ 赵靖、赵亮:《论参加黑社会性质组织罪之“参加”》,载《西南农业大学学报(社会科学版)》2011年第5期,第45页。

⑪ 参见[德]罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洵译,法律出版社2005年版,第181页。

的区别,不认可参加行为客观上可独立评价的属性,将二者混同并将后者作为参加行为的具体表现形式,在司法实践中就可能出现这样一种矛盾的局面:或者将原本应当成立数罪的数个行为全部纳入参加行为的范围,评价为单一的参加型犯罪,导致违反法律的明确规定而轻纵犯罪人,也与刑法通过设立参加型犯罪实现预备行为实行行为化、强化对特定有组织犯罪的控制的立法初衷相违背;或者针对同一不法行为以参加型犯罪和其他独立个罪数罪并罚,导致对同一行为重复评价,有违刑罚的正当性。

(二) 参加行为的典型表现形式

对于能够独立成罪的参加行为的具体范围与表现形式,同样在分则中设置参加型犯罪的奥地利刑法给出了一个有借鉴意义的回答。《奥地利联邦共和国刑法典》第278条第3款规定:“作为成员参与犯罪集团,是指在该犯罪集团的计划范围内实施应受刑罚处罚的行为,或者通过提供信息或财产价值,或以其他方式参与该犯罪集团的活动,因此对犯罪集团及其应受刑罚处罚的行为有所促进。”^②该条款一方面描述了参加行为的具体表现形式,既可以体现为参与不法组织的犯罪活动,也可以体现为其他形式的活动;另一方面,还从所起作用的角度揭示了参加行为对于不法组织的意义与价值,即参加行为应当对所加入的不法组织具有实质上的促进功能。借鉴以上思路,通过对实践的总结并结合前文所述三项标准,我国刑法规定的参加型犯罪中的参加行为可以归纳为三种表现形式。

1. 单纯的加入行为

单纯的加入行为是指行为人所实施的、能够表达其认同不法组织并作为成员接受该组织指挥、管理的特定言行举止,而无需考虑其是否已经实施或后续实施的具体违法犯罪行为。根据不法组织的性质,这种加入行为在实践中既可以表现为参与特定仪式、履行特定手续,也可以表现为通过获得组织头目的批准或默许而达成加入组织的合意,还可以表现为实施某种特定的活动。虽然这种加入活动在外观上并非直接、具体的违法犯罪行为,但核心都是通过相关举动表达对不法组织的服从、接受不法组织的管理,对不法组织的稳固、发展具有直接促进作用。例如,在“陈垚东等人组织、领导、参加黑社会性质组织案”中,法院针对参加者的具体行为明确指出,“加入该组织……一般是敬茶、敬酒、封红包等形式,也有个别未履行仪式,口头拜老大且得到老大的认可……目的都是增加组织力量,壮大组织声势”^③。可见,这种特定的仪式、言语、活动就是不法组织接纳新成员的标志,不仅体现出新成员与不法组织之间的依附关系,也体现出行为人“接受不法组织领导、管理”,表明其对不法组织的服从。

将单纯的加入行为认定为参加型犯罪是当前我国司法实践的主流立场。《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》规定,知道或者应当知道是以实施违法犯罪为基本活动内容的组织,仍加入并接受其领导和管理的行为,应当认定为“参加黑社会性

^② 前注⑪,《奥地利联邦共和国刑法典(2002年修订)》,第106页。

^③ 前注②④,最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办书,第305-306页。

质组织”；《关于办理恐怖活动和极端主义犯罪案件适用法律若干问题的意见》规定，“纠集他人共同参加恐怖活动组织的”属于（积极）参加恐怖组织罪。因此，行为人只要实施了具有特定意义的加入行为，即可认定犯罪成立，即使其后续尚未实施具体的违法犯罪行为。例如，在“杨某明等人参加黑社会性质组织案”中，被告人杨某明、黄某强、潘某峰等人在被告人杨某雄的召集下，在香港“新义安”的“师爷”主持下，举行黑帮入会仪式，领取相关的人员编号，承诺接受组织的管理和杨某雄的领导。虽然多名被告人后续并未实际参与该组织的具体违法犯罪活动，但法院依然直接认定其行为构成参加黑社会性质组织罪。^{③4}

将单纯加入活动作为参加型犯罪的典型表现形式也是域外刑法的基本态度。为了强调单纯加入行为独立成罪的意义，有些国家甚至在刑法中将单纯的加入行为与加入非法组织所实施的特定犯罪的行为并列规定。例如，《瑞士联邦刑法典》第275条b规定，“建立旨在实施第265条、第266条、第266条a、第271至274条、第275条和第275条a所规定的应受处罚的行为的社团的；参加此等社团或参与他们的行为的”，构成违法结社罪，处监禁刑。^{③5}又如，《西班牙刑法典》在第571—574条中，将“创建、组织、指挥恐怖组织或恐怖团体”犯罪区别于“积极参与恐怖组织或恐怖团伙”犯罪、“隶属或帮助恐怖组织、恐怖团伙”实施刑法规定其他罪行的犯罪分别规定在不同条款中。^{③6}

而对于最高人民法院在《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》和2015年《审理黑社会犯罪案件纪要》中作出的有关单纯加入黑社会性质组织行为可有条件出罪的司法解释，则必须结合刑法总则与分则条款作全面理解。从立法目的来看，参加型犯罪将预备行为实行行为化并予以入罪，是立法者为了打击特定不法组织而作出的特别制度安排，既明示了刑法对加入行为本身的谴责立场，又可以震慑潜在加入者，有效预防不法组织的扩张。从罪状结构来看，参加行为既独立于组织、领导行为，也独立于加入不法组织后的行为，其成立犯罪并无更多的附加条件，或者说是“无条件”的。司法机关在判断加入行为成立犯罪与否时，在该行为之外再考虑行为人是否后续实施不法行为以及实施不法行为的违法性程度，既有画蛇添足之嫌，也违反了刑法的明文规定。就此而言，上述文件中有关“参加黑社会性质的组织，没有实施其他违法犯罪活动的，可以不作为犯罪处理”和“参加黑社会性质组织后仅参与少量情节轻微的违法活动的，也可以不作为犯罪处理”的规定是值得商榷的。在笔者看来，即使要出罪，也只能从“加入行为”自身的角度来考虑。基于刑法总则对分则的指导性作用，上述司法解释中的出罪规定只有置于第13条但书——“情节显著轻微危害不大”中来理解才是合理的，即只有当加入行为在“服从性”这一标准上呈现“情节显著轻微”的客观状况时，如受胁迫、诱骗而履行了加入仪式但后续未参加过任何不法活动，才可能具有将该行为予以除罪化的条件。这也是《反间谍法》第55条有关“在境外受胁迫或者

③4 参见广东省惠州市惠阳区人民法院（2015）惠阳法刑一初397号刑事判决书。

③5 参见《瑞士联邦刑法典（2003年修订）》，徐久生、庄敬华译，中国方正出版社2004年版，第86页。

③6 参见前注①6，《西班牙刑法典》，第254-255页。

受诱骗参加间谍组织”有条件除罪化条款背后的基本逻辑。反之,如果行为人加入不法组织是明知且主动、甚至是积极的,即使其后续未实施不法行为,也不应除罪化,因为这种加入行为本身就是对这些具有高度危险性的不法组织的促进和鼓舞,是刑法不可容忍的;如果行为人不仅自愿加入不法组织,而且后续还实际参与了该组织的不法活动,则更丧失了除罪化的可能,成立参加型犯罪是完全符合立法精神和刑法规范的。

还需指出的是,将单纯加入活动作为参加型犯罪的表现形式意味着此类犯罪在实践中既可以个人单独实施,也可以多人共同实施。例如,《关于办理恐怖活动和极端主义犯罪案件适用法律若干问题的意见》中列举的“曾因参加恐怖活动组织、实施恐怖活动被追究刑事责任或者二年内受过行政处罚,又参加恐怖活动组织”就是可以单独实施的参加行为,而“纠集他人共同参加恐怖活动组织”则是一种多人共同实施的参加行为。至于以加入间谍组织为具体表现形式的间谍罪,通常是个人单独实施。因此,是否可以单独实施也是参加型犯罪与组织、领导黑社会性质组织罪及组织、领导恐怖组织罪在个罪类型上的一个重要区别,虽然组织、领导、参加这三种行为并列规定在同一条款中,但只有前两者属于必要共同犯罪,而参加型犯罪则不能归属于必要共犯的范畴。^{③7}

2. 以实施具体违法犯罪行为为表征的“参加”

虽然可将举行某种仪式、履行某种手续作为行为人加入不法组织的重要认定依据,但在实践中,多数不法组织发展成员时并无此类程序,而往往由行为人通过实施具体违法犯罪活动来实现和体现个体对不法组织的加入。此时,行为人所实施的违法犯罪行为同时也是其参加不法组织的具体表现,或者说是行为人加入不法组织的“投名状”。在涉黑犯罪中,实施组织安排或认可的违法犯罪活动是最普遍的向黑社会性质组织递交“投名状”的方式。^{③8}这些违法犯罪活动既可以是组织为测试行为人的真实意图和决心而安排、要求的,也可以是行为人为表明加入意愿和决心而主动实施的,如间谍活动中的“主动投靠”行为;^{③9}既可以是行为人单独实施的,也可以是参与实施不法组织的特定不法行为。从定罪角度而言,此时的不法行为如果仅是一般违法行为,可基于该行为直接认定参加型犯罪,如果不法行为同时成立分则规定的其他个罪,则该行为属于参加型犯罪与其他个罪的想象竞合,应从一重罪定罪。也就是说,当行为人实施了与特定不法组织相关联的具体违法犯罪行为时,并不能径行认定成立参加型犯罪,而需要进一步分析、判断。此时需讨论的是,如何将此类参加行为区别于行为人作为不法组织成员后续参与实施的违法犯罪行为,或者区别于行为人作为独立个体参与实施的不法组织的具体犯罪行为。具体而言,可以从以下三个角度着手:

^{③7} 有学者将参加黑社会性质组织罪和参加恐怖组织罪也归入必要共犯的范畴。参见张明楷:《刑法学》(第6版上),法律出版社2021年版,第502页。笔者认为,该观点值得商榷。

^{③8} 参见前注^{②0},刘振会书,第149页。

^{③9} 部分接密人员携涉密资料主动投靠间谍组织及其代理人,希望长期为对方“效力”(如“黄宇案”)。有学者曾提出对于“主动投靠”行为无法按间谍罪处理。参见董为:《我国间谍罪立法问题检视与修正》,西南政法大学2021年博士学位论文,第99-100页。在笔者看来,这主要是由于对“参加行为”的内涵没有作全面理解造成的。

一是考察行为动机。动机是行为人实施行为的内心驱动力,是主观目的背后的主观内容。虽然犯罪动机并不是所有个罪的必要成立要件,但在司法实践中,其对于定罪量刑均具有重要的价值。同样是剥夺他人生命,基于义愤而杀人和图财杀人因动机所反映的主观恶性差异对于量刑显然具有重大影响;而行为人是否具有“徇私”动机更直接关系徇私枉法罪的认定。鉴于参加行为必须从主客观方面体现出行为人对组织的服从,因此,当行为人首次实施与不法组织存在客观关联性的某种违法犯罪行为时,考察行为人是基于何种动机实施该行为,对于判断该行为是否成立参加型犯罪就十分关键。如果行为人仅是基于特定的动机,如受雇佣、被诱骗或因情感因素而偶然性地参加不法组织的违法犯罪行为,则该行为无法彰显个体对该组织的服从,不应构成参加型犯罪,只成立特定的个罪或只是单纯的违法行为。在“陈金豹等人组织、领导、参加黑社会性质组织案”中,法院在否定共同被告人刘应平构成参加黑社会性质组织罪的理由中,就重点考察了其参与实施杀人行为的动机,认为主要是基于与该组织的领导者——陈金豹的“‘牢友’关系和感情因素,主观上没有任何加入该组织的愿望”,只成立故意杀人罪。^⑩

二是考察行为时行为人与不法组织之间的关系。黑社会性质组织、恐怖组织和间谍组织区别于普通共同犯罪组织的重要特点就是前者具有相对稳定的人员层级、结构,其组成人员之间存在领导与被领导、管理与被管理、指挥与被指挥等关系,作为组织成员的个体在不法组织中均具有相对固定的位置,以体现出个体对不法组织的服从。当行为人参与不法组织的具体违法犯罪行为时,如果只是临时受邀或基于单一性的意愿参与,既未表达出认同组织“帮规”“宗旨”的主观意思,也未与该组织及其成员之间形成服从与被服从的控制关系,即便其实施的违法犯罪活动与不法组织相关联,该行为也只是行为人独立意志的结果而不是履行组织意志的表现,不能基于该行为而认定行为人参加不法组织。在前述“李某甲参加黑社会性质组织案、故意伤害案”中,虽然与李某甲关系密切的张某的确系黑社会性质组织成员,但法院认定的不法事实仅能证明李某甲受张某邀约参与了单次故意伤害行为,很难说明故意伤害行为是李某甲接受黑社会性质组织的指挥、作为该组织成员而实施,其更像是基于熟人关系而单纯受邀参与的单次犯罪活动。法院以李某甲“明知张某是黑社会性质组织成员而受其指使参加其违法犯罪活动”为由认定其构成参加黑社会性质组织罪是将“受不法组织成员的邀约(指使)”不加区别地直接等同于“受不法组织指挥(管理)”,显然忽略了独立成罪的参加行为所必须具有的服从性特征。

三是考察行为人实施具体违法犯罪行为的时间与次数。现实中,行为人可能存在多次参与不法组织违法犯罪行为的情形。但从事物发展的进程上讲,加入不法组织而成为其成员,对于行为人身份而言是一个从零到有的质的转变,存在相对确定的时间节点。参加行为导致的直接结果就是行为人获取了特定身份,形成了一种身份上的不法状态,而行为人后续实施的其他违法犯罪行为在本质上则是这种不法状态的存续。因此,当存

^⑩ 参见前注②,最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办书,第5-10页。

在多次参加违法犯罪行为时,原则上只有行为人第一次参与实施的不法行为对于参加型犯罪的认定具有实质意义。但如果行为人后续又多次参与不法组织的违法犯罪行为,恰恰进一步反映出其认同该组织宗旨、接受该组织管理的主观心理态度。在这种情况下,对于多次实施的不法活动,应当区别首次实施的不法行为与后续实施的不法行为,按参加型犯罪和其他个罪分别定罪、数罪并罚。

3. 以向不法组织提供帮助为表征的“参加”

即使行为人既未通过某种仪式表示加入不法组织,也未直接参与不法组织所实施的违法犯罪行为,但客观上又实施了对不法组织的存在、发展具有促进作用的活动,该行为也可能被认定为参加不法组织的行为,进而成立参加型犯罪。我国有关黑社会性质组织犯罪和恐怖组织犯罪的司法解释中将“具体主管黑社会性质组织的财务、人员管理”和“在恐怖活动组织中积极协助组织、领导者实施组织、领导行为”明确列举为(积极)参加行为。《刑法》第121条之一甚至还直接将资助恐怖活动组织规定为独立个罪。

单纯从功能上看,上述活动都可以归为向不法组织提供帮助的行为。但司法实践又显然不能将所有与不法组织在客观上存在帮助关系甚至与不法组织的生存、发展具有条件关系的行为都认定为加入不法组织的行为。这是因为不法组织并非存在于真空中,而是与正常社会有千丝万缕的联系,这种联系包括资金与物质联系、信息与技术联系、后勤劳务(如驾驶、保安)联系等。相对于行为人实施的有特定标志含义的加入行为和实施的违法犯罪行为,这些与不法组织存在客观联系的行为大多和日常活动具有相同的外观形态,如不能准确理解参加型犯罪的本质,对于这些行为的判断就可能出现偏差。例如,在“汪某参加黑社会性质组织案”中,法院查明:光山县北向店市场管理所所长汪某为谋取个人私利,主动与黑社会性质组织领导者蔡均志、吴新等人勾结,将屠宰设施服务费收费权承包给二人,以威胁等手段强行收费,所收取的费用50%上缴市场管理所,剩余的由三人私分。检察机关指控汪某的行为构成参加黑社会性质组织罪。汪某则辩称,其只是履行工作职责,没有参加黑社会性质组织。人民法院基于汪某行为与“应承担的管理市场、服务市场的工作职责不符”且“为蔡均志等人有组织地进行违法犯罪活动提供基础”,认定其构成参加黑社会性质组织罪。^④但仔细分析可以发现,汪某的行为主要表现为将收费权对外发包给涉黑人员并获取私利。该行为虽存在职务上的违规违法之处,但却无法直接归属于黑社会性质组织实施的具体违法犯罪活动。更重要的是,汪某是基于市场管理机构负责人的身份实施相关行为,其所拥有的管理权及其对外发包的事实反而是其不归属于黑社会性质组织管理、指挥的有力证据,也难以仅凭该事实而认定汪某对该组织具有领导、指挥作用。故司法机关的认定值得商榷。

鉴于帮助关系自身的客观性,与不法组织存在帮助关系的行为要成立参加型犯罪不能仅从客观方面判断,而应着重审查行为人是否存在加入并服从不法组织管理的主观意愿。具体应同时符合三个条件:一是行为人明知该组织的不法性,即知道所提供帮助的

^④ 参见河南省光山县人民法院(2009)光刑初237号刑事判决书。

对象是实施违法犯罪活动的组织,但无需对该组织属于何种不法类型有明确认识;二是在较长一段时间内向不法组织提供帮助活动;三是行为人在组织中具有相对固定的地位。也就是说,这种以提供帮助为表征的“参加行为”往往具有一定时间的持(连)续性,单纯提供一次性帮助的行为如果缺乏行为人明确的意思表示,很难说其具有加入组织的意愿。相反,如果行为人在明知该组织不法属性的情况下却持续为其提供帮助,则通常可以认定其作为组织成员的属性。在“黄某金参加黑社会性质组织案”中,法院正是循着上述思路,基于被告人黄某金已知道其所任职的公司以实施违法犯罪为主要活动但仍较长时间担任出纳且听从该组织领导人指挥的客观事实,否定了其提出的不构成参加黑社会性质组织罪的辩解。^⑫也只有从上述角度,我们才能正确理解相关司法解释将“主管黑社会性质组织的财务、人员管理”“协助组织、领导者实施组织、领导行为”认定为“(积极)参加行为”的真正含义。

Abstract: The participatory crime in the specific provisions of the *Criminal Law of China* is a crime that takes participation behavior as the type of implementation behavior. It separately defines participation behavior in joint crimes as a type of crime, and it is also the result of the criminal law separately defining preparatory behavior as a crime. Compared to the participatory crimes stipulated in foreign criminal laws, China's criminal law adopts a more scientific approach of treating participation in different types of illegal organizations differently in the general and specific provisions. In the face of the two tendencies of expansion and restriction in the identification of participatory crimes in judicial practice, when judging participatory behavior, we should adhere to the three standards of dependence, obedience, and independent evaluation and focus on identifying the three typical forms of participatory behavior: simple joining behavior; 'participation' characterized by the implementation of specific illegal and criminal acts on the surface; 'participation' characterized by providing assistance to illegal organizations on the surface.

(责任编辑:王 楷)

^⑫ 参见徐伟红主编:《办理黑社会性质组织犯罪等案件法律规范理解与典型案例》,中国法制出版社2019年版,第30-33页。