

论我国刑法分则中的组织行为

唐稷尧*

摘要 作为组织型犯罪构成要件之核心的不法行为类型,我国刑法分则中的组织行为具有超越总则规定的特殊意义。以德日为代表的大陆法系国家刑法基于行为支配理论将组织行为纳入总则的共同犯罪体系,从而实现“组织行为的正犯行为化”,最终形成了刑法打击组织行为的基本路径。而在我国,“组织犯+组织行为分则化”是我国刑法打击组织行为的基本路径,并呈现出组织行为分则化的扩张倾向。我国刑法的路径选择是建立在充分评价组织行为的危害性与危险性基础上,既有利于贯彻罪刑法定主义、实现刑法保护功能,也体现了制度设计的历史传承性。由于分则条款对组织行为采取的是单一用语下层级化罪状描述模式,应当从逻辑、常识与体系三个维度,围绕其核心涵义实现对个罪中组织行为的个别化解释。

关键词 组织行为 刑法分则 解释

我国刑法分则中,“组织”是出现频率较高的词汇。根据现代汉语权威解释,作为名词的“组织”是指按照一定宗旨和系统建立起来的集体,作为动词的“组织”则是指安排与整合分散的人或事物,使之具有一定系统性或整体性的活动。^{〔1〕} 刑法语境中,“组织”既可被用于指称特定集体,如“黑社会性质组织”,也被用于标注特定行为,如“组织传销活动”。由于刑法分则是围绕行为类型而展开的规范体系,因此,组织一词在分则中主要作为动词使用,用以描述特定类型化行为——组织行为。即使是在以名词形式用于特定犯罪集体的场合,法条的最终目标还是意在确认与处罚这种类型化行为,如“组织、领导黑社会性质组织罪”。

由于我国刑法总则在共同犯罪一章规定了组织行为,学界多借鉴德日刑法规定从组织行为

* 四川师范大学法学院教授。

〔1〕《现代汉语词典》,商务印书馆2016年版,第1750页。

的实行行为化或正犯行为化角度展开讨论。^{〔2〕} 其预设前提是区分实行行为与非实行行为,而这种区分则是建立在被组织者所实施行为本身成立犯罪的前提下。但事实上,我国刑法中不少以组织行为为核心要件的个罪并无该前提,而是直接将特定组织行为犯罪化,如:组织传销活动罪等。可见,作为组织型犯罪构成要件之核心的不法行为类型,我国刑法分则中的组织行为是组织型犯罪罪状的重要内容,具有超越总则规定的特定规范意义。

一、规范样态:我国刑法分则中组织行为的基本规定

(一)组织行为:分则规范中的制度化表达

我国刑法在罪状条款中使用“组织”一词规定实行行为的个罪共 23 个,可统称组织型犯罪,即分裂国家罪;武装叛乱、暴乱罪;颠覆国家政权罪;组织恐怖组织罪;准备实施恐怖活动罪;组织他人违章冒险作业罪;组织传销活动罪;组织出卖人体器官罪;组织残疾人、儿童乞讨罪;组织未成年人进行违反治安管理活动罪;组织考试作弊罪;组织非法聚集罪;组织黑社会性质组织罪;组织、利用会道门、邪教组织破坏法律实施罪;组织、利用会道门、邪教组织致人重伤、死亡罪;组织参与国(境)外赌博罪;破坏监管秩序罪;组织越狱罪;组织他人偷越国(边)境罪;非法组织卖血罪;组织卖淫罪;组织播放淫秽音像制品罪;组织淫秽表演罪。

有学者将组织型犯罪限于罪名中带有“组织”字样的个罪。^{〔3〕} 我们认为,鉴于我国刑法罪名并非立法设定,对个罪的类型化认识与区分关键在于罪状规定而非单纯的罪名,因此,不能将组织型犯罪仅限于罪名中带有“组织”字样的个罪,而应包含所有在罪状条款中明确规定组织行为的具体犯罪。

组织型犯罪也不等同于有组织犯罪。根据我国《反有组织犯罪法》第 2 条规定,有组织犯罪是指组织、领导、参加黑社会性质组织犯罪和黑社会性质组织、恶势力组织实施的犯罪。该定义关注的是具体实施者的特定组织属性,其分类偏犯罪学角度,而组织型犯罪主要从犯罪成立要件的法规范角度对不法行为类型做的归纳,因此,有组织犯罪包含的个罪虽与组织型犯罪在范围上存在交叉,但因角度与标准的差异,其并不重合且各具独立价值。例如,恶势力组织实施组织卖淫活动既属于有组织犯罪,也属于组织型犯罪,但该组织实施的寻衅滋事罪虽归属有组织犯罪,却非组织型犯罪,而组织考试作弊罪则不大可能是有组织犯罪。

(二)组织行为:分则规范与总则规范的区分

总则有关组织行为的规定涉及两个条文,一是第 26 条从共同犯罪人之一——主犯(组织犯)的视角对组织行为的规定。“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的是主犯”;对于犯罪集团首要分子“以外的主犯,应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚”。该规定事实上

〔2〕 参见罗世龙:“组织行为实行化的正当性根据及其标准”,《法学》2020 年第 4 期,第 149 页;王昭振、赵薇:“组织犯:诠释基础、类型与处罚”,《河北法学》2008 年第 10 期,第 67 页;向朝阳、邹佳铭:“论组织犯及其刑事责任”,《中国刑事法杂志》2006 年第 4 期,第 30 页。

〔3〕 参见孟庆华:“我国组织型犯罪的若干问题及其立法构建”,《法学论坛》2014 年第 4 期,第 154 页。

“将组织犯限定于犯罪集团这一特定范畴”，〔4〕其组织行为实质上是集团犯罪这一特殊共同犯罪中主犯（首要分子与其他组织、指挥集团犯罪者）的特定行为。另一条是第97条有关“首要分子”的规定，从明确特定行为人特征的角度重申组织行为是集团犯罪的核心行为。

就语义而言，总则与分则中的组织行为并无二致，但分则所规定的组织行为在行为类型与法律适用上有别于总则。总则所规定的组织行为是特指作为整体的共同犯罪（集团犯罪）行为中的非实行行为，其犯罪性的取得有赖于实行行为的犯罪性，所适用罪名也依附于实行行为的罪名。例如，电信诈骗集团犯罪中，集团组织者的行为就是此类组织行为，但罪名仍定诈骗罪。而分则所规定的组织行为则是作为个罪犯罪构成中客观要件核心的特定危害行为，是个罪的实行行为，定罪与量刑上都有区别于总则的独立价值，实践中也不再适用总则有关组织犯的规定。可见，我国刑法分则中的组织行为“必须是刑法分则条文中明确规定的，而非指任何共同犯罪中组织犯的犯罪行为”。〔5〕

（三）组织行为：单位犯罪行为的对照性考察

在事实层面，单位是天然的人、财、物组织体，单位行为从来都是在特定自然人（责任人）组织下以单位名义实施的行为，具有鲜明的组织性特征，也为立法者所注意。全国人大常委会在《关于〈中华人民共和国刑法〉第三十条的解释》中就明确指出：单位实施刑法规定的危害社会行为，刑法分则和其他法律未规定追究单位的刑事责任的，对组织、策划、实施该危害行为的人依法追究刑事责任。但在规范层面，单位行为又与分则规定的组织行为有明显区别。

一是主体不同。虽然单位犯罪实际实施者是自然人，但法定犯罪主体则是单位——法律拟制的人格化组织。该组织必须具有设立的合法性与主行为的合法性，即不是为进行违法活动而设立且设立后不以实施犯罪为主要活动。如果丧失了这种合法性，这种人格化组织就不再为法律所认可，法律责任的追究也将刺破组织体的外壳而直接及于特定自然人（组织者）。〔6〕域外的芬兰刑法典也有类似的立法例，即“如果犯罪是以构成企业经营活动一部分的有组织行为，或者以其他类似于法人行为的有组织行为实施的”，直接追究该企业的管理人员、实际决策者的刑事责任。〔7〕在我国刑法中，除了组织传销活动罪之外，其他组织型犯罪都不存在单位作为主体的情形，究其原因就在于这些组织型犯罪的具体活动本身不具合法性，为实施该活动所形成的自然人组织体无法获得成立单位所必须的合法性，也就不可能存在以单位为主体的组织型犯罪。而组织传销活动罪之所以可由单位为主体，是因为它是存在于市场经济中的犯罪。经济活动的复杂性使得作为市场主体的公司企业所实施行为常具有合规与越轨交织的特征，规范意义的越轨与制度上的创新有可能只是一步之遥，即使是作为不法经济行为的传销本身也存在着与直销、团队计酬等合规的复杂经济活动的艰难区分。因此，当一个合法成立的单位开展经济活动时，实践中要识别该单位是为进行违法活动而设立或以实施犯

〔4〕 向朝阳等，见前注〔2〕，第31页。

〔5〕 邢曼媛、朱芸：“论刑法中的组织行为”，《中国刑事法杂志》2001年第6期，第29页。

〔6〕 《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》第2条：个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处。

〔7〕 于志刚译：《芬兰刑法典》，中国方正出版社2005年版，第31页。

罪为主要活动具有相当难度,同时,这种合法成立的单位在开展合规的经济活动时也会基于逐利动机实施不法经济行为,这就决定了合法成立的单位存在实施组织传销活动的可能。

二是法规范设置的具体行为类型不同。分则所规定单位犯罪从犯罪构成要件来看都具有特定行为方式,例如单位实施的集资诈骗罪,其实行行为是以集资为幌子的诈骗行为,责任人员在代表单位实施集资诈骗过程中的组织活动更接近于共同犯罪中作为非实行行为存在的组织行为。《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》即采取这一思路。该文件规定:直接负责的主管人员是在单位实施犯罪中起决定、批准、授意、指挥等作用的人员……主管人员与直接责任人员在个案中不是当然的主从犯关系……但具体案件可以分清主、从犯,且不清主、从犯,在同一法定刑档次、幅度内量刑无法做到罪刑相适应的,应当分清主、从犯。而对于分则中的组织型犯罪,特定的组织行为本身就是实行行为。可见,单位犯罪中的行为虽具有组织行为的事实性特征,但从规范层面来看,却不能归属于刑法分则所规定的组织行为。

二、比较法视野下组织行为分则化的罪状模式

相对于刑法总则共同犯罪中的组织行为条款,将组织行为规定在分则具体条款中,使之成为个罪犯罪成立要件的核心,这种模式可称之为组织行为的分则化。^{〔8〕}

(一)域外:组织行为的个性化罪状描述模式

组织行为分则化现象并非我国刑法所独有,域外大陆法系国家也存在同样立法例。^{〔9〕}例如,日本刑法典第77条规定:以破坏国家统治机构、排除国家对领土的国权以行使权力,以及其他破坏、扰乱宪法确定的基本统治秩序为目的而实施暴动的,是内乱罪,并对首谋者、参与谋议或指挥者、附和随行及其他参加暴动者,规定了不同的法定刑。^{〔10〕}日本学者认为,由于该罪以多数人所实施集团性暴行为目的,“就必须是由在某种程度上的有组织性集团所实施的行为”,属于“预定有多数人参与的犯罪,是必要的共犯中的多众犯(或称集团犯)”。^{〔11〕}类似规定在法国刑法典第412—6条也可看到。^{〔12〕}

又如,法国刑法典中的淫媒谋利及相关犯罪就与我国的组织卖淫罪相似,其行为包括:招聘、训练或诱骗某人卖淫(第225—5条第3款);以有组织形式实施淫媒谋利(第225—8);掌

〔8〕 笔者不同意将这种现象一律称为组织行为的实行行为化。根据刑法理论,实行行为是与非实行行为相区别而存在的,其主要存在于有关故意犯罪形态(犯罪的预备行为属于非实行行为)与共同犯罪形态(组织行为、帮助行为属于非实行行为)的讨论之中。分则中组织行为的规定其实是设立了一种独立个罪。

〔9〕 英美刑法也存在组织型犯罪(如英国《1986年公共秩序法》规定的暴乱罪),但以英、美为代表的绝大多数英美法系国家刑事制定法与大陆法系法典化刑法在立法模式上存在显著差异,主要体现为单行刑法或附属刑法(谢望原:“英国刑法的渊源——兼论英国刑事制定法之特点”,载谢望原主译:《英国刑事法精要》,中国人民公安大学出版社2003年版,第8页)。鉴于英美法系刑事立法模式不具可比性,本文讨论以大陆法系国家刑法为参照。

〔10〕 张明楷译:《日本刑法典》,法律出版社1998年版,第29—30页。

〔11〕 (日)山口厚:《刑法各论》(第二版),王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第619、620页。

〔12〕 参见朱琳译:《最新法国刑法典》,法律出版社2016年版,第187页。该条规定:领导或组织暴动的,处终身拘押并科75万欧元罚金。

管、经营、开发、领导、运营、资助或协助卖淫机构(第225—10)。^[13] 奥地利刑法典第217条第(1)项、^[14]意大利刑法典第531条(经营、控制、领导、管理卖淫场所)和第536条(在国外进行结伙或组织活动,以便为卖淫或利用卖淫而招揽人员)^[15]以及德国刑法典第180条a(剥削卖淫(职业性地经营或领导妓院)、第181条a(介绍娼妓)^[16]也存在类似规定。

对涉及犯罪组织(集团)的组织行为,不少大陆法系国家也采取了独立设置组织型个罪的方式。奥地利刑法典第278条第1款规定了“组织犯罪集团”;第279条规定了“未经许可建立武装集团或武装已存在的集团,作为领导者在该集团中活动,为该集团招募成员、或者进行军事训练或其他训练”。^[17] 西班牙刑法典在第515条非法结社罪中专门对实施领导、指挥行为的首要分子也做了规定。^[18] 芬兰刑法典在第17章、第13章分别规定了“建立或者组织犯罪组织”和“建立或组织目的在于暴力废除或改变芬兰宪法或芬兰政治基础的团体”的个罪。^[19] 此外,德国刑法典有关组织武装集团、建立犯罪组织、建立恐怖组织的规定也可归属于此类。^[20]

仔细研究上述立法例可发现,这些条款所列举的行为虽在本质上可归属于组织行为,但大多数法条都避免单纯使用“组织”这一文字表述,而是根据被组织者及其所实施行为的特点对犯罪主体的组织行为做个性化描述,如建立、领导、经营、开发、招募、训练等,将更具体的特定方式规定于分则罪状。

(二)中国:组织行为单一用语下的层级化罪状描述模式

我国刑法分则对组织型犯罪的组织行为采取的是单一用语下层级化罪状描述模式。所谓单一用语是指,23个罪名在罪状上一律采取“组织”这个词语来表述客观行为要件,至于更具体的行为方式则留待司法解释与实践来明确。所谓层级化是指分则规定的组织行为根据被组织对象可分3个层级。

第一层级是组织实施特定犯罪行为或成立犯罪组织,具体分3个类型:一是组织特定犯罪组织的行为,即组织恐怖组织罪与组织黑社会性质组织罪;二是组织实施危害国家安全、公共安全犯罪的行为,如分裂国家罪;三是组织实施妨害社会管理秩序犯罪的行为,组织他人偷越国(边)境罪可归属于该类型。该层级中组织行为与被组织者行为的关系存在两种情况。从行为的自然过程来看,相对于被组织者所实施的行为,这一层级的组织行为本身处于后者的预备阶段。例如,相对于恐怖组织成立后所实施的具体犯罪行为,组织恐怖组织的行为是后者的预备行为,组织恐怖组织罪本质上是预备行为的实行行为化,如果没有组织行为的分则化规定,它就只能被该组织成立后所实施的具体犯罪所吸收而成为具体个罪的一部分。又如,组织、策

[13] 同上注,第122—124页。

[14] 徐久生译:《奥地利刑法典(2002年修订)》,中国方正出版社2004年版,第85页。该条为:“介绍或召集他人,到其国籍地或经常居住地以外的外国从事职业性的性行为。”

[15] 黄风译:《意大利刑法典》,中国政法大学出版社1998年版,第153页。

[16] 徐久生译:《德国刑法典》,北京大学出版社2019年版,第135页。

[17] 徐久生,见前注[14],第105、106页。

[18] 潘灯译:《西班牙刑法典》,中国政法大学出版社2004年版,第184页。

[19] 于志刚,见前注[7],第79、65页。

[20] 徐久生,见前注[16],第105—106页。

划行为实际上是实施分裂国家行为的预备行为,但刑法却将组织、策划与实施并列规定在罪状中,作为分裂国家罪的具体行为方式,其实质也是预备行为的实行行为化。从参与者的分工来看,相对于被组织者所实施的行为,组织行为自身本属于被组织者所实施的具体个罪的共犯行为。以组织他人偷越国(边)境罪为例,由于被组织者所实施的行为——偷越国(边)境本身就构成犯罪,相对于被组织者的行为,组织他人偷越国(边)境实际上是偷越行为的共犯行为,其作为非实行行为可与偷越行为共同成立偷越国(边)境罪。分则独立设置组织他人偷越国(边)境罪其实质是将偷越国(边)境罪中的共犯行为实行行为化(正犯行为化)。

第二层级是组织实施一般违法行为,例如组织卖淫行为,相对于被组织者的违法行为,组织者本应是违法行为的共同实施者,其行为尚不能构成犯罪,但是由于在组织特定的违法行为的过程中,提高了违法行为发生的频率、扩大了违法行为的社会危害范围,使得此类违法行为也具有了造成与一般犯罪行为同等的社会危害的可能,故将该类组织行为犯罪化。第三层级是组织实施特定中性行为,例如组织残疾人、儿童乞讨罪、非法组织卖血罪等,个体化的乞讨、卖血并不构成违法,更不是犯罪行为,只是一种中性的自然行为。

三个层级的划分可清晰感受到刑法对组织行为危害性大小由重到轻的判断。从行为的发生过程来看,预备行为相对于实行行为距刑法所保护法益更远,在立法者心目中,只有保护法益非常重大,预备行为对于法益存在显著危险,才会在分则中将预备行为予以实行行为化。而在共同犯罪中,虽然刑法总则对组织犯明确规定按照“集团所犯全部罪行”或“组织、指挥的全部犯罪”处罚,但却未有相对实行犯从重或加重处罚的规定,通过组织行为分则化而独立成罪后,则普遍设置了更重的法定刑。因此,第一层级组织型犯罪应该是三个层级中社会危害性最为严重犯罪,体现出立法者对此类行为强化打击的态度。而对第二、三层级的组织型犯罪来说,由于被组织者行为本身仅是一般违法行为甚至中性行为,其社会危害性程度当然低于第一层级,刑法投入的法定刑呈现出一种偏轻的梯度变化。在这种层级化立法模式下,不同类型组织型犯罪的成立要件理应有所不同,尤其是对组织行为这个关键要件,其具体内容应给予差别化解释和更精准的把握。然而,单一性用语的描述方式却将这种差异隐藏起来,给刑法的妥当适用带来挑战。

三、比较法视野下中外刑法打击组织行为的路径选择

“犯罪对社会的危害是犯罪的真正标尺,这是一条显而易见的真理,不需要借助象限仪和放大镜”,^[21]相对于单一主体实施不法活动,“不论从实施行为还是从形成犯罪心理的角度看,犯罪都会因为多个行为人适当的力量联合与分工而变得更为容易”。^[22]组织行为将多个行为人聚合起来实施具有系统性与整体性的不法活动,显然会提高行为的危害性。因此,各国刑法对控制与打击组织行为存有共识。但具体到制度设置,中外则存在显著的路径差异。

[21] (意)贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社,2003年版,第78页。

[22] (意)杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,中国人民大学出版社2004年版,第279页。

(一)大陆法系刑法的基本路径:组织行为的正犯行为化

在德、法、日、奥等大陆法系国家,刑法分则规定的组织型犯罪只存在于危害国家安全、公共安全和风化犯罪领域,涉及个罪寥寥二、三个,体现出对组织行为分则化这种方式的克制与限缩。但这并不意味着这些国家的刑法对组织行为的处罚仅限于此。事实上,将组织行为纳入共同犯罪体系并视为正犯行为才是大陆法系主要国家打击组织行为的基本路径,分则化仅是辅助方案。

1.支配理论:组织行为正犯行为化之法理根据

自近代确立罪刑法定原则以来,大陆法系的刑法理论与实践都以分则规定的不法行为类型(构成要件)为核心构建行为成立犯罪的具体条件。“以罪刑法定主义的构成要件观念为基础,以符合构成要件的实行行为为核心的犯罪论体系是德日刑法中展开有关组织犯概念研究与司法适用的宏观理论背景与基本出发点。”〔23〕

实施符合构成要件行为的犯罪人被称之为正犯或实行犯,直接适用分则条款予以处罚,而对于实施了不符合分则所规定不法行为类型但又对危害后果的产生具有原因力的行为人,其刑事可罚性则通过总则有关共犯的规定予以确立,即正犯刑事可罚性的扩张。正如德国学者所指出:“刑事可罚性必须与行为构成的满足有联系并且必须与之有关,这是符合法治国的要求的……即对实行人、教唆人与帮助人应当予以区分”,“实行人在原则上就被限制在分则的行为构成所描述的举止行为之上。教唆与帮助是刑罚的扩张根据,超出了由实行人所表示的刑事可罚性的核心领域”。〔24〕解决这些教唆、帮助等共犯行为的目的,“是为了在追究刑事责任时,避免只考虑直接参与实施犯罪的实行人,将其他主体撇在一边,使那些行为可能不直接具备刑法规定构成要件的人逍遥法外”。〔25〕除极少数已分则化的组织型犯罪,作为与正犯行为密切联系的组织行为显然与教唆、帮助行为一样,其处罚根据也只能在共犯体系中才能解决。

吊诡的是,相对于总则中对教唆、帮助行为的明确规定,德、日等国刑法典并未对组织行为或组织犯做明确规定。德国刑法典第25条规定:自己实施犯罪,或通过他人实施犯罪的,依正犯论处;数人共同实施犯罪的,均依正犯论处。第26条规定,故意教唆他人故意实施违法行为的是教唆犯。第27条规定,对他人故意实施的违法行为故意予以帮助的,是帮助犯。〔26〕日本刑法典第60—62条规定,二人以上共同实行犯罪的,都是正犯;教唆他人实行犯罪的,判处正犯的刑罚;帮助正犯的,是从犯。〔27〕类似规定在法国刑法典第121条、奥地利刑法典第12条、西班牙刑法典第27—29条也可见到。〔28〕这种立法导致的结果是,组织行为只能通过对总则条款的解释或司法判例等方式归属于正犯行为,其背后逻辑则是建立在“主体—工具”观念基础上的行为支配理论。

行为支配理论是大陆法系刑法区分正犯与共犯的重要理论。德国近代刑法学家韦尔策尔

〔23〕 王昭振等,见前注〔2〕,第68页。

〔24〕 参见(德)罗克辛:《德国刑法学总论(第2卷)》,王世洲译,法律出版社2014年版,第8、9页。

〔25〕 帕多瓦尼,见前注〔22〕,第279页。

〔26〕 徐久生,见前注〔16〕,第12—13页。

〔27〕 张明楷,见前注〔10〕,第25页。

〔28〕 朱琳,见前注〔12〕,第8页;徐久生,见前注〔14〕,第5页;潘灯,见前注〔18〕,第12页。

(Hans Welzel)从目的行为论出发指出：“目的性正犯……是他的构成要件行为的支配者……教唆或帮助他的人……并非其支配者。”〔29〕罗克辛(Claus Roxin)也指出：“一个人也能够利用他人(行为中介人)并为了自己的目的,通过将其工具化,自己间接地(作为幕后人)控制这个事件,用这种方式来使用这个人以实现一个构成行为。这种通过他人实施构成行为者,人们称之为间接实行人。这种人出现在‘意志控制’案件中。”〔30〕西班牙刑法典第28条甚至直接把“将他人作为工具利用其实施犯罪”的行为人与实行行为人并列规定为共同犯罪中具有同等地位的主犯。〔31〕从行为支配理论出发,罗克辛将这种“意志控制”划分为凭借强制的意志控制、凭借认识错误的意志控制、凭借有组织的国家机关的意志控制三个类型,创造性提出组织支配理论,用以论证“办公桌上的行为人”——幕后组织、操控实行行为的主体之正犯性,从而将组织行为纳入到《德国刑法》第25条间接正犯行为的范畴。〔32〕另一些德国学者基于行为支配理论甚至提出将组织行为直接归属于共同正犯行为的观点,认为“幕后操纵者利用他人作为自己实施犯罪行为的工具,由于他的‘优势’实现了与直接实施犯罪等价的行为支配……通过最符合目的的‘角色分工’,在共同正犯情况下可以产生这样的结果,即形式上不属于构成要件该当行为范畴的单个行为,足以作为正犯受处罚”。〔33〕

日本刑法由于没有像德国刑法那样的间接正犯条款,组织行为无法通过法解释而纳入正犯行为,对其的定性及处罚是通过判例及理论归纳所创设的“共谋共同正犯”学说实现的,其背后的依据依然与行为支配理论相关而指向于处理“关键人物对实施实行行为起重要支配作用的场合”。共谋者行为的实行行为性在于其“通过谋议,形成和实行人行为有同样重要作用的对等关系,以及将实行人作为自己的代行者,让他完成自己的实行行为,并据此而实现犯罪的支配关系”。〔34〕奥地利刑法则走得更远,干脆采取单一正犯观念,明确规定“自己实施应受刑罚处罚的行为,或者通过他人实施应受刑罚处罚的行为,或者为应受刑罚处罚的行为的实施给予帮助的,均是正犯”,〔35〕实际上是将所有对分则构成要件的实现有原因力的行为均视为正犯行为,而不再考虑其各自对实行行为的影响力大小。组织行为作为一种“通过他人实施应受刑罚处罚的行为”当然也就被纳入刑罚处罚范围。

2.得失评析:组织行为正犯行为化路径之优缺点

组织行为的正犯行为化是通过将组织行为归属于构成要件行为,在构成要件符合性前提下实现组织行为的归责,体现的是罪刑法定主义下对定罪正当化的追求,客观上实现了对组织行为分则化的从严控制,符合刑法谦抑的要求。但缺陷也是明显的。

首先,从存在论的角度而言,组织行为与分则规定的不法行为类型在外在特征上存在显著

〔29〕 Hans Welzel, Studien Zum System des Strafrechts, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 58(1939), S. 539.

〔30〕 罗克辛,见前注〔24〕,第20页。

〔31〕 潘灯,见前注〔18〕,第12页。

〔32〕 罗克辛,见前注〔24〕,第20页。

〔33〕 (德)汉斯·海因里希·耶赛克等:《德国刑法教科书(总论)》,中国法制出版社2001年版,第789页。

〔34〕 参见(日)大谷实:《刑法总论》(第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第387—392页。

〔35〕 徐久生,见前注〔14〕,第5页。

差异。现实中,对不法行为的策划、领导、指挥也常与不法行为的具体实施存在时空分离。如如果要罪刑法定原则一以贯之,更妥当的做法应当像规定教唆、帮助行为一样将组织行为也规定在总则中。在缺乏明确法规范情形下,虽然德日等大陆法系国家刑法基于正犯概念的实质化理解,通过法解释实现了将组织行为归属于正犯行为,但这种方式与罪刑法定主义存在潜在的冲突,可能导致对正犯及实行行为概念之法律定型的侵蚀。

其次,从方法论的角度而言,为了妥当解释组织者与被组织者关系,实现将组织行为归属于正犯行为,德日等国都将行为支配论作为根据,认为组织者是通过利用他人行为来实现构成要件行为。但用该理论阐释组织行为的刑事可罚性存在重大可质疑之处。行为支配理论的核心是将具体行为的实行者作为支配者的工具来看待,支配者对于实行者而言存在“意志控制”关系。在传统的凭借强制的意志控制与凭借认识错误的意志控制情形中,^[36]实行者事实上是处于不能反抗或不知反抗的境地,幕后支配者控制其意思决定,进而支配着构成要件的实现,实行者无意识地成为了达成幕后者目的的工具。然而,在组织行为中,刑法面临的情形是,作为具体行为直接实行人的被组织者是具有意志自由的主体,将他们单纯视为幕后组织者实现其意思决定的工具显然不妥当。有鉴于此,罗克辛创设了组织支配理论,将组织者视为“正犯后正犯”,用以专门论证“办公桌上的行为人”的(间接)正犯性。^[37]该理论虽有成为德国学界主流见解的趋势,也获得了判例的肯定,但仍面临有力质疑。“反对的观点一般性地拒绝了利用组织性地权力机器成立间接正犯,并认为执行者在法律上负有完全的责任……幕后操纵者的行动则要替代性地成立共同正犯或者成立教唆”,^[38]因为“在组织支配情形中,直接行为人既无认识错误,也未被强迫,无论如何不能被解释为‘不自由’的‘行为工具’,借由直接行为人的可替换性肯定幕后的正犯性势必颠覆自主原则。而自主原则意味着直接行为人全无意思瑕疵时不得肯定幕后的间接正犯性”。^[39]我国学者在研究了上述论争后评价说:“组织支配理论的问题并不在于其肯定了完全负责的正犯背后的正犯,而在于直接行为人之行为是完全自由的,无法成为被利用的‘工具’……直接行为人的可替换性存在事实性方法论与参照系问题,并非肯定正犯性的恰当依据……(该)理论在台前者完全不存在意思瑕疵时肯定幕后的正犯性,有悖意思自主原则……并非证成正犯性的可靠根据。”^[40]

[36] 凭借强制的意志控制是指“一个人能够通过强制直接实施人去实现行为构成,从而作为幕后人控制构成行为”,凭借认识错误的意志控制是指“一个人能够通过欺骗实施人并由此使之成为不知其犯罪计划的执行人,从而在背后引导着事件的发展”。参见罗克辛,见前注[24],第21页。

[37] 幕后组织者成立组织支配型间接正犯应具备三项条件:命令者必须在一个组织框架内行使命令权;该组织在其具有刑法上之重要性的活动领域内必须背离于法律;直接执行者是可替换的。其中,直接执行者的可替换性是核心条件。由于直接执行者是可替换的,其意志自由“对幕后的支配而言就无关紧要”,具体受命者拒绝执行命令不会影响命令的最终落实,“未受欺骗且未被强制的行动者的选择自由并不构成通向犯罪目标路上的障碍”。参见罗克辛,见前注[24],第37—43页。

[38] (德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第六版),蔡桂生译,北京大学出版社,2015年版,第417—418页。

[39] Vgl. Luis Greco, Kausalität und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 8—9(2011), S. 13.

[40] 袁国何:“刑法中组织支配理论的逻辑及其反思”,《法学家》2020年第6期,第96页。

再次,从功利性角度而言,这种处理路径不利于刑法保护社会的价值功能的实现。就客观危害来看,组织行为使分散的个人聚合为一个互有分工、互相协作的系统整体,其所实施行为的危害性及其自身的社会危险性都远胜于分散存在的个人犯罪,理应采取更有针对性的刑法措施。但由于德日等国刑法对组织行为分则化的严控,对此类行为的打击只能有赖于总则共同犯罪体系,更遑论对组织特定的非犯罪行为(非构成要件行为)进行处罚。然而,总则规定的不明确性和理论根据的缺陷客观上又限制了运用刑法总则对组织行为的处罚。例如,日本判例适用共谋共同正犯处罚组织行为最初仅适用于诈骗罪、恐吓罪等智能犯,后延伸至杀人罪、放火罪,再后才扩展至盗窃罪、强盗罪等实力犯。^[41] 罗克辛所创设的组织支配理论在德国仅针对“利用组织性的权力机器实施的行为”,如纳粹时代消灭犹太人的行为或类似黑社会组织构造下的行为。虽然近年来逐渐通过判例扩展到经济企业中基于组织支配而实施的行为,但却受到强烈质疑,认为通过考虑企业中基本的法律控制而对成立间接正犯的领域加以扩张是不合适的。^[42] 此外,即使通过解释或判例将组织行为纳入到共同犯罪体系,最终结果仅是将组织者按正犯处罚,而无法针对组织行为的实质危害性从重或加重打击,显然也不符合罪责刑相适应原则。

(二)我国刑法的基本路径:组织犯+组织行为分则化

我国刑法总则共同犯罪一章专门在主犯条款中设置了与实行犯相并列的组织犯类型,明确规定了对组织行为的处罚。同时,为了实现对生活中各种特定的组织行为的重点控制,确立并不断扩大组织行为分则化的覆盖范围,涉及个罪从79刑法的3项膨胀到97刑法颁布时的14个,再通过之后历次刑法修正案扩展到目前的23个罪名,呈现出组织行为分则化的扩张倾向,形成了打击组织行为的“组织犯+组织行为分则化”之独特路径选择。

1.我国的路径选择是充分评价组织行为危害性与危险性的结果

按照贝卡利亚(Cesare Beccaria)“犯罪对社会的危害是犯罪的真正标尺”的观点,行为危害性是处罚犯罪的根本性标准。我国刑法规定及犯罪论体系都以社会危害性为核心构建与展开,重视行为的社会危害性是我国刑法的天然选择,行为的危害性与不法行为的类型化之间具有较清晰的对应关系。

组织行为是一种围绕共同目标将多个行为人聚合起来,并使其所开展的活动具备系统性与整体性的行为。如果组织行为的最终目标是开展不法活动,则有组织地实施的不法活动相对于单人行为或多人无组织的分散行为而言其社会危害性与危险性会显著升高。其原因与组织行为在不法活动中所呈现出的聚合性、教唆性、控制力密切相关。组织行为的聚合性是指其能够将分散个体集中、整合为具有共同目标的系统整体,体现出组织行为客观面的特征;组织行为的教唆性在于组织者总是通过设置某种目标,引导、诱使分散个体认同该目标并为了实现该目标而聚合为整体开展统一行动,彰显出组织行为的主观面;组织行为的控制力是指组织者在整体中居于核心、控制地位,对于整体及每一个体具有领导、指挥、管理、协调作用,最终通过被组织者的活动实现其不法目的,体现出组织行为与具体实施行为之间的关联性及其与危害结果之间的因果性。由于组织行为的加持,形成了不同于单人或无组织状态的多人合意、共同

[41] 山口厚,见前注[11],第336页。

[42] 参见金德霍伊泽尔,见前注[38],第416—417页。

目标、分工协作等状态,最终提高了不法行为发生的频率,扩大了不法行为的影响范围,提升其危害后果的严重程度。因此,组织行为的聚合性、教唆性与控制力特征是体现此类行为社会危害性及其刑事可罚性的基础。

正是从这一点出发,我国刑法没有将组织行为的可罚性规定囿于总则共同犯罪,而是针对被组织者实施的不同行为,科学衡量其社会危害性与危险性,在总则组织犯之外同时选择了组织行为分则化路径。正如有学者指出:“没有正犯的组织行为,虽然往往组织的是违法行为或中性行为,但这并不意味着组织行为没有严重的社会危害性。组织一次或两次中性行为和违法行为,可能并不具有多大的社会危害性。但当这种行为高频率、大范围发生时,尤其是已演变为一个牟取经济利益的产业链后,它就会对公民或集体的利益产生严重的社会危害性,影响社会正常秩序。”〔43〕刑法分则中有关组织传销、组织卖血、组织卖淫的规定无不体现出立法者对组织行为所具有的独立社会危害性的判断。相较于大陆法系国家的路径选择,我国的方案更具实质正当性与科学性。

2. 我国的路径选择更利于贯彻罪刑法定主义和实现刑法保护功能

由于大陆法系国家的刑法在总则未规定组织行为的情形下又限制组织行为的分则化,导致其只有不断通过理论的阐释来证成组织行为的正犯行为性。这种路径选择不仅面临来自理论的诘难而且无法解决处罚组织一般违法活动的组织行为之法律根据问题。由于被组织者所实施行为本身并不成立犯罪,共同犯罪的归责模式无法适用,其最终结果就是,刑法无法有效应对已经具有明显的严重社会危害性行为。即便是可以通过法解释实现正犯化的情形,这种方式也难以针对组织行为的实质危害性做到罪刑相适应。相比较而言,我国刑法“组织犯+组织行为分则化”的路径选择简洁、明快地解决了行为的刑事可罚根据和罪责刑的协调问题,也避免了像大陆法系刑法那样的理论聚讼不休。

首先,总则共同犯罪一章将组织行为与教唆行为、帮助行为并列规定为非实行行为类型,并确定其为集团犯罪中重点打击的主犯行为,为刑法处罚共同犯罪中的组织行为提供了法律根据。按照国内学者的观点,总则规定的“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动”就是组织支配类型,“犯罪集团组织者就是基于有组织的权力机构的间接正犯,他必须为其集团的全部罪行负责”,可以归属于德国学者基于“组织支配理论”所提出的“正犯后正犯”的类型。〔44〕

其次,针对组织行为介入一般违法行为或中性行为后所产生的破坏社会秩序、提升社会危险性的效果,刑法在妥当衡量组织行为社会危害性的基础上将特定类型的组织行为分则化,避免了此类组织行为因无法纳入共同犯罪体系而难以实施刑罚处罚的困境。

再次,我国的规定更利于实现罪刑相适应。在三个层级的组织型犯罪中,第一层级中的被组织者所实施的行为本身就成立具体的个罪,组织行为因属于非实行行为而具有从属性,可作为该罪的预备犯或共犯处罚。由于总则对犯罪预备的处罚是“可以比照犯罪既遂从轻、减轻或免除”,对组织犯是按照“犯罪集团所犯的全部罪行处罚”或“按照组织、指挥的全部犯罪处罚”,

〔43〕 罗世龙,见前注〔2〕,第151页。

〔44〕 参见陈毅坚:“作为组织支配的正犯后正犯——支配型共谋的德国理解与中国问题”,《北方法学》2010年第4期,第46页。

如果将组织行为仅从属于单独成罪的被组织者的实行行为,最多就是获得与后者同样的处罚。这样的处罚力度相对于组织行为在犯罪中所起的作用明显罪刑失衡。从刑罚正当性和刑事政策的角度来看,通过组织行为分则化,非实行行为升格为独立犯罪行为,从而摆脱了从属于被组织者所实施行为的地位,可以根据组织行为的危害性单独设置更为适当的法定刑,既符合罪刑相适应原则,更能通过提前打击、扩大处罚范围实现将危险扼杀于摇篮的刑事政策目的,利于刑法保护社会功能的实现。

3.我国刑法的路径选择体现了制度设计的历史传承性

首先,重视对组织行为的处罚是中华法系的传统。《尚书·胤征》记载了夏朝国君征讨羲氏时发布的命令——“歼厥渠魁,胁从罔治”,渠魁是指叛乱集团的首恶,即组织者,“歼厥渠魁,胁从罔治”,就是“首恶必办,胁从不问”。〔45〕这算是中华法系处罚组织者的最早记载。晋代律学家张斐在《注律表》中首次从刑法理论对共犯下了定义:“唱首先言谓之造意,二人对议谓之谋,制众建计谓之率”,〔46〕其中的“造意”“制众建计”等描述生动体现出组织行为的聚合力、控制力与教唆性特征。中华法系的代表——唐律在《名例》篇中将共犯分为首犯和从犯,“诸共犯罪者,以造意为首;随从者减一等”,在《贼盗》篇中通过有关盗窃、抢劫的具体规定对首犯的含义做了进一步的明确,“主遣部曲、奴婢盗者,虽不取物,仍为首”。〔47〕这里的首犯即现代刑法中的组织犯。

其次,组织行为分则化的路径选择是从民主革命到新中国建国初期中国共产党刑事法治经验的直接继承。1934年的《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》在包含总则性条款的短短41条中就有5条组织行为分则化条款,分别是:组织入侵苏维埃领土、煽动反革命暴动行为;组织反革命团体行为;组织居民拒绝纳税或不履行其他义务行为;组织、领导红军战士逃跑行为;组织秘密机关破坏交通、仓库、企业及各项建筑的行为。1939年的《陕甘宁边区抗战时期惩治汉奸条例》所列举的18种汉奸罪的具体行为中也明确规定了4种组织行为,即阴谋颠覆国民政府所属各级政府、建立傀儡政府;组织及领导土匪进行扰乱活动、组织领导军队叛变或逃跑、组织领导叛乱。〔48〕建国后颁布的《中华人民共和国惩治反革命条例》继承了民主革命时期的经验,不仅专门规定了“策动、勾引、收买公职人员、武装部队或民兵叛变”“暴动越狱”等组织型犯罪,而且对组织者的处罚还做了特别规定。

再次,前苏联与俄罗斯刑法的借鉴与影响。新中国是在废除国民党政府“六法全书”和借鉴前苏联法律制度的基础上开始自己的法治建设历程的,刑法当然也不例外。1960年的苏俄刑法典及其继受者俄罗斯联邦刑法典都明确在总则中规定了组织犯。俄罗斯现行刑法典第33条规定:组织犯、教唆犯和帮助犯与实行犯一样,都是共犯;组织犯罪的实施或领导犯罪的实行的人,以及成立有组织的团伙或犯罪团体(犯罪组织)或领导这些团伙或团体的人,是组织犯。同时,该法典还在分则第208、209、210、232、239、241条明确规定了“组建非法武装”“武装

〔45〕 参见宁汉林:《中国刑法简史》,中国检察出版社1997年版,第154—155页。

〔46〕 高绍先:《中国刑法史精要》,法律出版社2001年版,第180页。

〔47〕 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社2013年版,第92、322页。

〔48〕 相关内容参见韩延龙等:《革命根据地法制文献选编(中)》,中国社会科学出版社2013年版,第606—607、637页。

匪帮”“组织犯罪团体”“组织或开设嗜用麻醉品或精神药物的场所”“组建侵害公民人身和权利的团体”“建立卖淫场所”等具体的犯罪。^[49]这种在总则中明确规定组织行为的同时又在分则将特定组织行为单独犯罪化的立法模式显然对我国刑法产生了较大的影响。

4. 我国刑法打击组织行为基本路径选择的不足

一方面,组织型犯罪的数量存在过度扩张趋势。在当今理论与实务界倾向于积极刑法观与能动司法背景下,这种过度扩张并非没有隐忧。在目前分则所规定的组织型犯罪中,存在相当部分组织一般违法行为甚至组织中性行为而被个罪化的条款,这在域外刑法中是极其罕见的。如果不加必要的限制,不仅可能模糊刑事处罚与行政处罚的界限,导致行政法律规范的虚化,而且还可能侵害公民的基本自由与权利。而对于已经犯罪化的组织行为而言,如何通过妥当的法律解释防止其适用上的不当扩张也是司法者所必须思考的问题。

另一方面,分则对组织型犯罪的设置采取的是单一用语下层级化罪状描述模式,23个罪名在罪状上一律以“组织”这个词语来描述危害行为要件。但由于被组织者所实施的具体行为不同,各组织型犯罪社会危害性显然是有差异的。以非法组织卖血罪为例,既然个体化卖血行为本身并不构成违法,^[50]从正当性的角度而言,刑法要将此类组织行为作为犯罪对待是否需要设置比组织实施违法行为或组织实施犯罪行为更加严格的标准以限缩刑法的打击范围?相对于前述域外刑法对组织型犯罪在行为方式上的具体化规定,这种单一用语的罪状描述客观上就要求对个罪的组织行为之具体内涵进一步给予妥当的解释。

四、适用解释:我国刑法分则中组织行为具体内涵的确定

我国刑法对组织行为分则化的扩张立法与分则条款所采取的单一用语下层级化罪状描述模式给司法活动贯彻罪刑法定原则和实现处罚的正当性提出巨大的挑战,有必要对分则中“组织行为”的内涵进行深入分析。

(一) 扩张与虚化:分则中的组织行为内涵的确定所面临的问题

成文刑法的特点及其普遍适用的效力决定了法条用语的抽象性与概括性,这样才能最大程度涵盖现实生活中各种不同情形。但法条的明确性与确定性又是罪刑法定主义的基本要求,这就需要法条用语必须具有精确性与典型性,彰显所要惩罚的不法行为类型区别于其他行为的本质特点,反过来又对法条的抽象与概括性构成约束,形成一种此消彼长的关系。

由于采取单一用语下层级化罪状描述模式,作为组织型犯罪最为核心的客观要件——组织行为的抽象性程度较高,可以与存在于不同领域的组织型犯罪的具体行为特征相匹配,但也使得组织行为这一词语在个罪中的涵义呈现出复杂状态,给法律的妥当适用带来极大困惑。例如,两高2017年颁布的《关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》中将“招募”解释为组织卖淫的具体行为方式,但2011年刑法修正案八中,已明确将“为组织卖淫的人招募人员”规定为协助组织卖淫罪的客观行为。那么,这两种“招募”区别

[49] 黄道秀等译:《俄罗斯联邦刑法典》,中国法制出版社1996年版,第15、108—109、121、124、125页。

[50] 《中华人民共和国献血法》第18条仅将“组织他人出卖血液”规定为违法行为。

何在? 由于组织卖淫罪与协助组织卖淫罪的法定刑存在显著的差异,组织行为具体内涵的确定就成为定罪量刑的关键。又如,在两高《关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》中,“在传销活动中承担宣传、培训的人员”被纳入组织、领导者范畴,这意味着宣传、培训行为也被归属于组织行为,这实际上扩大了组织行为的内涵,其妥当性又何在?

总的来说,目前实践中对组织行为具体涵义的解释大致分三个类型。类型一:创建、设立、领导、管理特定组织的活动。如《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》第4条所规定的“发起、创建黑社会性质组织,或者对黑社会性质组织进行合并、分立、重组的行为”。类型二:策划、指挥、领导多人实施特定行为的活动。典型的如《关于办理妨害国(边)境管理刑事案件应用法律若干问题的解释》第1条所规定的领导、策划、指挥他人偷越国(边)境行为。类型三:为特定组织发展或特定行为顺利开展而实施的介绍、宣传、培训活动。典型的如《关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》第2条将“在传销活动中承担宣传、培训等职责的人员”确认为传销活动的组织者与领导者。

就核心涵义而言,“组织行为”是指将分散的人或事物整合为一个系统化整体的活动。以此为圆心,目前司法解释所确定的组织行为内涵呈现出一种扩张趋势,从典型的对分散人或事的整合活动一直扩张到与之相关联的辅助性活动。其积极性就是显著扩大了组织型犯罪的覆盖面,在既有规范下实现严密法网的效果,尤其是对那些没有将参加行为明确纳入分则罪状所规定的行为类型的组织型犯罪,如组织传销活动罪、组织他人偷越国(边)境罪等。然而,这种扩张也存在消极面。一方面,它在扩大适用范围的同时也稀释了组织行为的核心内涵。这种核心内涵本来具有区分组织行为与非组织行为的功能,但这种扩张却有可能使得组织行为的内涵变得模糊乃至虚化。以《关于办理妨害国(边)境管理刑事案件应用若干问题的解释》为例,针对偷越国(边)境行为的组织行为本身应是对该行为的领导、策划、指挥活动,但司法解释却将“招募、拉拢、引诱、介绍、培训”也列为组织他人偷越国(边)境行为的具体方式,几乎涵盖了围绕策划、指挥这一核心行为所实施的各种外围性、帮助性活动,有超出普通人常识的嫌疑。如果各种组织型犯罪都采取这种解释立场,则存在从根本上动摇罪刑法定主义所坚持的法之明确性原则的风险。^[51] 另一方面,这种扩张也影响到公正量刑。“实行行为的表述越抽象,各种参加人形式之间的差别就越模糊。”^[52] 组织型犯罪通常是多人共同实施,但不同主体实施的具体行为各不相同。从外在特征来看,前述组织行为具体涵义的三种表现类型存在显著差异,客观危害各不相同。但刑法采取的单一用语的罪状描述方式为抹平各参加者之间的差别提供了空间,司法解释则将如何抹平这种差别展现在我们面前。通过司法解释,不同的行为方式被统一于“组织行为”这一单一类型中,最终可能影响对不同行为的公正量刑,特别是对典型组织行为的重点打击。

(二)逻辑、常识与体系:准确阐释组织行为内涵需考虑的三个维度

特定的罪状描述模式使23个危害性各有千秋的组织型犯罪都统一用“组织”这个词语来

[51] 需要指出的是,由于该司法解释所做的解释结论存在特定的限制条件,故其结论还是具有合理性。此处以该解释为例,是想指出这种解释立场所存在的潜在风险。

[52] 罗克辛,见前注[24],第10页。

描述核心行为类型,这就需要实践中的解释者针对个罪的客观差异从逻辑、常识与体系三个维度对其具体内涵做更精细阐释。

从逻辑维度来看,组织行为的准确阐释要遵循同一性解释规则,这是形式逻辑同一律的要求。同一律是人类社会基本逻辑规则,其核心就是人们在思维活动与人际交流中,为了正常交往的需要,概念与论题的含义应保持同一性。具体到刑法,同一性规则要求对于同一词语即使是在不同的条文中也首先应当做相同的理解,以避免“偷换概念”导致对条文含义的理解混乱。只有在同一性规则下,法之确定性要求才能真正得以落实,以个人意志和理解而出人人罪的罪刑擅断才能得以避免。由于我国刑法对组织型犯罪中核心行为类型采取单一用语描述,司法机关在确定个罪中组织行为具体内涵时,遵循同一性规则就尤为重要。不能为了扩大某一组织型犯罪打击面而一味扩张甚至超越组织行为的内涵来解释具体个罪。

从常识维度来看,对组织行为涵义的科学确定应考虑日常含义与规范含义的协调与统一。作为行为规范与裁判规范的统一体,刑法用语的规范性是显而易见的,它要求条文的含义应当明确与确定,以符合法的安定性价值。但刑法并没有独立的表达工具,其使用的语言文字源于社会生活,是日常语言文字在刑法中的运用,也必然以其日常含义为基础。更为重要的是,“社会共同生活的规则,并不是通过法律来告诉国家的人民。人民学会这些规则,是在日常生活的沟通里……人民对于合法与不法的想象并不是在法律语言的范畴中进行,他是通过日常语言而被给定的”。^[53]因此,刑法作为普通人的行为规范,对其文字含义的解释只有从社会生活的角度出发才能为普通人所理解与认同,才能保证刑法的人民性。“组织”一词,是日常生活中常用的词语,而司法实践中对“组织”一词的理解则显然具有规范性,日常含义与规范含义的协调与统一关系到对组织行为具体内涵的正确理解与法规范的妥当适用。

从体系维度来看,对组织行为涵义的科学确定须考虑不同条款的协调。任何法律条款都不是孤立存在,而是存在于与其他条款的普遍联系中,孤立地理解法律条文是典型的形而上学。刑法体系解释,就是“根据刑法条文在整个刑法中的地位,联系相关法条的含义,阐明其规范意旨的解释方法。其目的在于避免断章取义,以便刑法整体协调”。^[54]鉴于刑法规定了23个组织型犯罪,且组织行为在总则与分则均有规定,对组织型犯罪客观行为方式的阐释应做到三个协调:总则中组织行为条款与具体分则条款的协调;分则中各组织型犯罪之间组织行为具体内涵的协调;同一条款中组织行为与其他并列行为(如领导、指挥行为)具体内涵的协调。

(三)核心内涵与个别化解释:刑法分则中个罪组织行为内涵的确定

在单一用语下层级化罪状描述模式下,面对不同的组织型犯罪,科学阐释个罪中组织行为的具体内涵是正确适用刑法规范的前提。

1.组织行为:核心涵义及其具体表现形式

按照同一性规则,组织型犯罪的不法行为类型——组织行为的核心涵义应具有一致性,它是所有组织型犯罪的共同特征,也是阐释个罪组织行为具体内涵的出发点。

(1)从行为的聚合性特征把握组织行为的核心涵义。相对于大陆法系刑法从行为支配性

[53] (德)阿图尔·考夫曼:《法律哲学》(第二版),刘幸义等译,法律出版社2011年版,第139—140页。

[54] 张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版,第28页。

角度把握组织行为并将其视为正犯行为,基于我国刑法对组织行为社会危害性的重视和对被组织者主体性的肯定,应当从行为聚合性特征把握组织行为的核心涵义。

就常识而论,围绕共同目标将多个行为人及其行为聚合为一个整体是组织行为的外在特征。组织行为的对象是分散的人或事项,通过组织行为的聚合,分散的单人行为转化为一个整体,最终爆发出的合力具有“1+1>2”的效果。如果以汽车制造做一个不完全恰当比喻,组织行为就如同将汽车零件这种将分散要素组装、整合、调试为整车的活动。因此,组织行为本质上是一种具有聚合性特征的行为,普通的、分散的不法活动得到组织行为的加持会整合为更具危害性与危险性的行为,组织行为的刑事可罚性根据即在于此,这也是我国刑法选择“组织犯+组织行为分则化”路径打击组织行为的根本原因。

作为组织行为核心特征,聚合性既在于组织者对被组织者不法意识的造意与教唆,也体现为组织者对被组织者客观行为的管理与指挥,造意与教唆使拥有自主意识的被组织者能够在组织者提出的共同目标下汇聚,管理与指挥使被组织者按照组织者的分工与指导实施具体的被组织行为。组织行为的聚合性特征主要体现为两种。一是对人的聚合,即通过特定方式将多人聚合成特定团体,主要包括创设团体与管理团体的行为;二是对行为人所实施的特定事项的聚合,即围绕准备实施的特定行为,对具体实施方案、步骤予以规划,对各参与者的行为进行分工,对实施过程予以监控、指导,主要包括策划、领导、指挥行为。对我国刑法产生深远影响的前苏联刑法及俄罗斯刑法大体上也是按照上述两分法的思路规定和理解组织行为。前苏联学者在解读1960年《苏俄刑法典》第17条第2款有关组织犯的规定时,就将组织行为概括为组织实施具体的犯罪和组织犯罪集团并指导犯罪集团的活动。^[55] 现行俄罗斯刑法也将组织行为分为两类:组织或领导犯罪实施;成立或领导有组织团伙或犯罪团体。^[56]

(2)从体系角度确定组织型个罪中组织行为的涵义。刑法在规定组织行为时存在并列式与单一式两种基本形式。并列式是指在法条中除规定组织行为以外,还同时将领导、策划、指挥等相关行为并列表述。如分裂国家罪将组织与策划行为并列,组织、领导恐怖组织罪将组织与领导行为并列。单一式则是法条中仅规定组织行为,如组织他人偷越国(边)境罪。

就单一式而言,组织行为的具体内涵应既包括对人的聚合,也包括对事的聚合,因为对人的聚合是对事的聚合的前提与必不可少的条件,即使这种对人的聚合活动并未像组织恐怖组织罪或组织黑社会性质组织罪一样被独立设置为个罪。两高在《关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》中对组织、利用邪教组织破坏法律实施罪中组织行为的解释就是采取的这一思路,将发起、组建邪教组织的行为和邪教组织成立后聚集开展邪教活动、破坏国家法律实施的行为并列解释为该罪的组织行为。也只有循着同样思路,司法机关有关组织他人偷越国(边)境罪的解释中将特定的招募、引诱、拉拢、纠集这种人的聚合活动扩张解释为组织行为才具合理性。^[57]

[55] (苏)别利亚耶夫等:《苏维埃刑法总论》,马改秀等译,群众出版社1987年版,第234页。

[56] 黄道秀,见前注[49],第15页。

[57] 《关于办理妨害国(边)境管理刑事案件应用若干问题的解释》第1条规定,“在首要分子指挥下,实施拉拢、引诱、介绍”“以组织他人偷越国(边)境为目的,招募、拉拢、引诱、介绍、培训”都属于组织偷越国(边)境行为的具体方式。

如果法条将组织行为与领导、策划、指挥等具体行为并列表述,基于领导、策划、指挥本质上都可以被组织行为的核心内涵所覆盖,都是有关人之聚合活动与事之聚合活动的一部分,此时组织行为的具体含义就应在其核心内涵基础上做相应限缩。例如,对于组织、领导黑社会性质组织罪,《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》就将组织行为具体化为发起、创建、合并、分立、重组黑社会性质组织,而将对整个组织的发展、运行进行决策、指挥、管理的行为解释为领导行为。

(3)注意把握组织行为与聚众行为的异同。刑法分则还规定了12个聚众犯罪。按照“三人成众”的常识,“聚众”也体现出人的聚合与事之聚合的特点,与“组织”具有相似性。但其特殊性在于这种聚合性活动是有条件的,其必须存在于现实世界中,被聚集者在物理状态上应当具有时空的同一性,即聚众必须最终在实体性公共场所以得以实施或实现。这就区别于具有更宽泛的人与事之聚合特征的组织行为,因为后者并不以“物理状态上的时空同一性”为条件。尤其是在网络环境下,一些组织行为甚至可完全依托网络而实现和存在,如组织赌博、组织传销。

司法实践中区分聚众行为与组织行为的原因还在于,在目前有关组织型犯罪与聚众犯罪的解释文件中,多处可见“组织、策划、指挥”与“聚众”等用语的互相解释现象。《刑法》第97条规定,聚众行为的具体内涵即“组织、策划、指挥”。在最高检、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)》的规定中,聚众斗殴罪、聚众淫乱罪中的聚众行为均被解释为“组织、策划、指挥行为”。而在两高《关于办理组织、利用邪教组织破坏法律实施等刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条第(二)项中,组织邪教组织破坏法律实施则被解释为聚众包围、冲击、强占国家机关、企事业单位或公共场所的行为。为了避免语义上的混乱,作为聚众行为具体实施方式的“组织”与一般意义上的组织行为的内涵应有所区别,前者应是“策划、指挥”相并列的具体行为方式,主要指对人的聚合——即“纠集、邀约、召集”,且必须在实体性公共场所实施或以在实体性公共场所实施为目的。

2.组织行为:组织型犯罪的个别化解释及其限制

同一性规则要求对同一词语即使是在不同条文中也要做相同理解,但并不意味做无差别解释,而只是要求核心涵义的一致。由于任何词语都存在于特定语境中,其涵义在不同语境中有个别化差异,因此,组织行为作为23个组织型犯罪共同的类型化行为模式,其个罪具体内涵存在差异是必须和必然的,通过个别化解释彰显这种差异是实现个罪成立要件明确化的最后一步。在不超越核心涵义最大限度和公众常识性认识的基础上,个别化解释需考虑两个要素。

(1)被组织对象的不同类型是影响个别化解释的首要因素。从自然状态来看,犯罪人实施组织行为的最终目标是通过人与事的聚合实现被组织团体的创设、发展或被组织行为的顺利实施。为实现该目标,基于被组织对象(行为或团体)的类型差异,组织者所需要实施的具体方式是不同的,而他们选取何种方式实现人与事的聚合则取决于这些行为方式对于实现其目标的作用。就这个意义而言,某种行为能否被认定为组织行为,关键在于其对被组织团体的创设、发展或被组织行为的顺利实施所具有的地位与作用。例如,日常生活中,宣传、培训活动通常不能纳入组织行为的范畴,但就传销活动而言,其“拉人头”的庞氏骗局模式决定了宣传与培训活动是建立传销组织、开展传销最重要、最典型的手段,是实现人与事的聚合的关键。司法解释因此将其规定为组织、领导传销活动罪具体行为方式。两高《关于办理组织领导传销活动

刑事案件适用法律若干问题的意见》第2条对组织者、领导者具体类型的规定中,在明确列举了发起、管理、宣传人员后,还单独设置了“其他对传销活动的实施、传销组织的建立、扩大等起关键作用人员”这一兜底性条款。按照“只含同类规则”,这一兜底性条款的描述就是该条所列举的具体类型的共性特征,也展示出将宣传、培训行为解释为组织行为具体方式的根本性理由。又如,在组织淫秽表演罪中,司法解释将提供场地、资金等手段列举为组织行为的具体方式。^[58] 因为从自然状态来讲,场地、资金是实施被组织行为——淫秽表演活动的基础,对组织行为最终目标的实现起着关键作用。而在组织、领导传销活动罪中,相对于宣传、培训活动,提供场所只是宣传、培训的帮助行为,在网络传销模式中,场所甚至都已不再重要,因此,提供场地行为就不能解释为组织行为。类似规定在组织考试作弊罪中也有体现。刑法明确规定为组织考试作弊而“提供作弊器材”依照组织考试作弊罪处罚,意味着将“提供作弊器材”这种通常的帮助行为也纳入组织行为范畴,其原因就在于作弊在现实生活中多有赖于特定器材的使用,提供器材实质上是组织考试作弊罪得以实施不可或缺的关键性环节。

(2)被组织对象的性质是影响个别化解释的限制性因素。23种组织型犯罪各自的被组织对象在性质方面存在从犯罪性(犯罪行为或组织)、一般违法性(行为)到中性(行为)的层级化差异,进而影响到组织型犯罪本身的社会危害性与危险性并反映到各自的法定刑中。组织实施中性行为的组织型犯罪法定刑总体上要低于组织实施一般违法行为的犯罪,组织实施犯罪行为(或犯罪组织)的法定刑总体上最高。因此,即使使用单一用语,不同个罪中组织行为的内涵与具体覆盖范围也应有所区别,从而与该罪的社会危害性及立法目的相协调。

第一层级的组织型犯罪本质上是对预备行为或共犯行为的实行行为化,折射出的是立法者对被组织对象提前开展刑事控制与加重实施刑罚打击的立场与态度,因此,组织行为具体内涵的个别化解释可以秉持适当扩张的态度,以实现对各种可罚行为类型的覆盖。正是基于这一考虑,两高有关组织他人偷越国(边)境罪的司法解释将“领导、策划、指挥他人偷越国(边)境”这种典型的组织行为与其他具有帮助色彩的行为并列,“在首要分子指挥下,拉拢、引诱、介绍他人偷越国(边)境”“以组织他人偷越国(边)境为目的,招募、拉拢、引诱、介绍、培训偷越国(边)境人员”均解释为组织行为就是该立场的体现。

第二层级的组织型犯罪体现的是立法者对此类不法行为的强化管控立场,重点在于防止通过组织行为使一般违法行为因聚合而转化为对重大社会利益或社会秩序的严重破坏,因此,此类罪中组织行为的个别化解释应有所限缩,需通过考察特定行为的聚合性效果决定是否将其纳入组织行为的范畴。

例如,从生活逻辑来看,宣传行为是指对特定信息的“介绍、推广、传播”,其内涵与组织行为本身并不具有同一性,但在《关于办理组织、领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》中,司法机关却将承担宣传职责的人员也解释为组织者,这使得在组织、领导传销活动罪的认定中,“宣传”的规范含义与普通理解的日常含义间出现差异。对此,应如何正确理解呢?在现代法治国家,“法律并不仅是为法律人而存在,它的规范也不仅是一个判决规范……法律的功能并不仅仅在它的立法理由上,最重要的是它在界定国家权力的范围,尤其是刑罚权,它

[58] 《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)》第68条。

是在保证市民只有在法律的范围之内才被要求负责任。在这个保证功能中,存在‘无法律则无刑罚’原则的意义。也只有从这里,我们才能够说明法律的本来语言”。^[59]因此,法律用语的规范含义不能超越普通公众的常识,不能逾越词语核心涵义的最大限度。由于传销活动参与者众多且具有典型的人际间信息传播的特征,而单纯的参加传销仅构成行政不法,这就要求司法者必须在符合公众常识的基础上正确理解作为组织行为的“宣传”之实质内涵,不能无差别地将所有的传播、介绍活动均作为组织行为来认定。能够成立组织传销活动罪的“宣传行为”的范围应当较日常范围而有所限缩。具体来说,就是不仅要考察行为是否存在“介绍、推广、传播”具有传销性质的产品或服务的外在特征,而且还须从宣传对象的数量、涉及区域、宣传的具体方式等方面进一步考察“介绍、推广、传播”活动的实现程度与实施效果,特别是对后续加入传销者的煽动、造意效果。总之,能够被认定为组织行为的“宣传”应当是行为人主动且积极实施的行为,体现出致使行政不法状态得以进一步扩大或强化的效果,而非被动的、单纯的信息传播,惟其如此,这种“宣传”才是为传销组织的建立、传销的实施起关键性作用的活动。

第三层级的组织型犯罪——组织实施中性活动的行为体现的是立法者在特定领域对特定行为的针对性管控立场,折射出刑法对中性行为组织化的否定评价,典型的就是非法组织卖血罪。我国在上世纪末已从立法上建立无偿献血制度,但由于巨大的医疗需求和互助献血机制的存在,事实上的有偿献血并未禁绝,客观上形成了血液买卖的灰色地带。鉴于《献血法》第18条仅规定了“血站、医疗机构出售无偿献血的血液”和“非法组织他人出卖血液”两种与血液买卖相关的行政违法行为,因此,刑法对血液买卖行为的打击应当主要针对以“血托”为代表的在献血者与用血患者之间促成血液交易并获取利益的组织者,其目的是防止个体化血液买卖被组织化进而危害无偿献血制度。依循该思路,非法组织卖血罪的组织行为的典型方式主要是以牟利为目的引诱、拉拢、介绍等行为,而为个体化血液买卖单纯提供帮助的行为则不宜纳入组织行为。

3.组织行为的帮助犯:超越组织行为分则化的处罚路径

单一用语下层级化罪状描述模式使得组织型犯罪的核心要件——组织行为在司法实践中获得了巨大的解释腾挪空间,通过对它的扩张解释,刑法实现了对具有潜在危险性行为的控制。鉴于组织型犯罪在现实生活中常是多人共同实施且各有分工的活动,即使司法机关可通过扩张解释和个别化解释将处于组织行为核心涵义边缘的具体方式纳入组织行为,依然存在与该罪的实施直接相关但却难以被纳入组织行为的具体行为方式。如果对组织行为的内涵做强行扩张,势必面临违反法律规定、超越解释权限的诘问。为此,可以考虑适用有关共同犯罪的规定,将这些行为归属于组织行为的帮助行为,按照从犯处理相关行为人。

例如,我国刑法在组织卖淫罪之外还单独设置协助组织卖淫罪,其“潜台词”就是承认组织卖淫活动的帮助行为具有相对独立性。按照刑法及两高《关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定,组织卖淫的帮助行为是指明知他人实施组织卖淫犯罪活动而为其招募、运送卖淫人员的行为或为维护卖淫场所秩序而提供劳务的行为。假如刑法没有单独设置协助组织卖淫罪,就应当适用总则共同犯罪从犯条款中有关帮助犯的

[59] 考夫曼,见前注[53],第141—142页。

规定,以组织卖淫罪定罪处罚。尤需指出的是,就在招募行为已被刑法纳入协助组织卖淫罪后,前述司法解释第1条依然把“招募”归属于组织行为的特定行为方式,即“以招募、雇佣、纠集等手段,管理或者控制他人卖淫”。为了区别作为帮助行为的“招募”,最高司法机关专门为这种被解释为组织行为的“招募”设置了限制性条件,即具有“管理或者控制他人卖淫”的核心特征。这也从一个侧面体现出司法机关强调真正的帮助行为之相对独立性和避免将帮助行为混同于组织行为的态度。循着上述思路,对于那些刑法未独立设罪且又不宜直接纳入组织行为的特定行为方式,可考虑适用共同犯罪的从犯条款,只是其罪名依然保留组织型犯罪的具体罪名。2022年6月,最高人民法院等机关联合制定的《关于依法惩治妨害国(边)境管理违法犯罪的意见》就遵循了这一思路。该文件第3条规定,“事前与组织、运送他人偷越国(边)境的犯罪分子通谋,在偷越国(边)境人员出境前或者入境后,提供接驳、容留、藏匿等帮助的,以组织他人偷越国(边)境罪或者运送他人偷越国(边)境罪的共同犯罪论处”。这里的“接驳、容留、藏匿”行为显然难以被扩大解释入组织行为中,但通过适用总则有关从犯(帮助犯)的规定,也可以较好地实现对此类行为的打击与处罚。

Abstract: The organizational behavior in the specific provisions of China's criminal law is the type of illegal behavior as the core of the constitutive elements of organized crime stipulated in the specific provisions, which has a special significance beyond the provisions of the general provisions. The criminal laws of Germany and Japan, as the representatives of the countries of the continental law system, is based on the theory of behavior domination and incorporates organizational behavior into the joint criminal system of the general provisions of criminal law, in order to regard organizational behavior as a principal offense, ultimately forming the basic path for criminal law to combat organizational behavior. In China, “organizational crime plus defining organizational behavior as a crime in the specific provisions of criminal law” is a unique path for the criminal law to combat organizational behavior, and shows the tendency to expand the number of organizational behavior as a crime in the specific provisions of criminal law. Such a path choice by China's criminal law is based on the full evaluation of the harmfulness and danger of organizational behavior, which is not only conducive to the implementation of the principle of legality and the realization of the protection function of criminal law, but also reflects the historical inheritance of the system design. Since the specific provisions of the Criminal Law adopt a single term to describe the low-level criminal behavior, the individual interpretation of the organizational behavior in individual crimes should be realized from the three dimensions of logic, common sense and system around its core meaning.

Key Words: Organizational Behavior; Specific Provisions of Criminal Law; Interpretation

(责任编辑:车 浩)