



第二届当代刑事司法论坛
THE SECOND CONTEMPORARY CRIMINAL JUSTICE FORUM

刑事司法 热点问题研讨



XINGSHI SIFA
REDIAN WENTI YANTAO

主 编◎赵秉志
副主编◎吴大华 刘志伟

刑事法学研究要关注刑事法治现实问题、注重理论与实践的紧密结合；理论只有面向实践、解决实践中关心的问题，才能凸显其应有的价值。在新的历史时期，如何为全面建设小康社会与建设富强、民主、文明的社会主义国家创造和谐稳定的社会环境与高效公正的法治环境，已经成为当前刑事司法的核心。而刑事法治的发展和完善不仅需要面向实践的刑事法学研究，更需要刑事法理论界和实务界的广泛交流合作，形成刑事法学理论与刑事司法实践之间的良性互动。



第二届当代刑事司法论坛
THE SECOND CONTEMPORARY CRIMINAL JUSTICE FORUM

刑事司法 热点问题研讨

XINGSHI SIFA
REDIAN WENTI YANTAO

主 编 赵秉志
副 主 编 吴大华 刘志伟
主编助理 苏明月 何 挺



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法热点问题研讨/赵秉志主编. —北京: 北京师范大学出版社, 2011.8

ISBN 978-7-303-13113-6

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—中国—文集②刑事诉讼法—中国—文集 IV. ①D924.04-53②D925.204-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 149699 号

营销中心电话	010-58802181 58808006
北师大出版社高等教育分社网	http://gaojiao.bnup.com.cn
电子邮箱	beishida168@126.com

出版发行: 北京师范大学出版社 www.bnup.com.cn

北京新街口外大街 19 号

邮政编码: 100875

印刷: 北京京师印务有限公司

经销: 全国新华书店

开本: 155 mm × 235 mm

印张: 27.5

字数: 454 千字

版次: 2011 年 8 月第 1 版

印次: 2011 年 8 月第 1 次印刷

定价: 48.00 元

策划编辑: 李洪波 责任编辑: 李洪波

美术编辑: 毛佳 装帧设计: 毛佳

责任校对: 李茵 责任印制: 李啸

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697

北京读者服务部电话: 010-58808104

外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话: 010-58800825

前 言

刑事法学研究要关注刑事法治现实问题、注重理论与实践的紧密结合；理论只有面向实践，解决实践中关心的问题，才能凸显其应有的价值。在新的历史时期，如何为全面建设小康社会与建设富强、民主、文明的社会主义国家创造和谐稳定的社会环境与高效公正的法治环境，已经成为当前刑事司法的核心。而刑事法治的发展和完善不仅需要面向实践的刑事法学研究，更需要刑事法理论界和实务界的广泛交流合作，形成刑事法学理论与刑事司法实践之间的良性互动。

北京师范大学刑事法律科学研究院作为我国刑事法学领域首家且目前唯一的具有独立性、实体性、综合性的学术研究机构，自2005年8月创立以来，一直非常关注和重视研究我国在建设社会主义法治国家进程中的现实问题，并加强与各级司法机关的交流与合作。北师大刑科院成立五年来，先后与最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部等中央政法机关的14个相关研究机构、业务部门和北京市人民检察院、广东省人民检察院、西藏自治区人民检察院、河南省高级人民法院等16个地方司法机关建立了良好、密切交流合作关系。为了进一步加强法学研究与司法实践之间的有机联系，研讨刑事司法实务中存在的各种重点、难点、热点问题，促进刑事法学理论和司法实务的共同发展，2009年年初，北京师范大学刑事法律科学研究院与该院建立交流合作关系的北京市海淀区人民检察院、北京市石景山区人民检察院、北京市房山区人民检察院、河南省洛阳市人民检察院、河南省焦作市中级人民法院、河南省焦作市人民检察院、湖北省宜昌市中级人民法院、浙江省义乌市人民检察院、福建省石狮市人民检察院、河北省围场县人民检察院等地方司法机关通力合作，联合创办了当代刑事司法论坛。当代刑事司法论坛作为国内首次由教学科研机构与司法实务部门之间共同打造的常设性刑事司法实务交流合作平台，不仅为科研机构与司法部门之间的交流合作开创了新的模式，而且有助于推动法学理论与司法实务之间的紧密结合和良性互动。“首届当代刑事司法论坛”已于2009年7月21日至22日在河北省承德市成功举行，并取得了丰硕的成果。

延续“首届当代刑事司法论坛”的成功经验，北京师范大学刑事法律科学研究院又联合贵州省社会科学院法律研究所、贵州师范大学法学院、贵州民族学院人文科技学院和浙江省义乌市人民检察院于2010年8月18日至19日在贵阳市隆重举行了“第二届当代刑事司法论坛”。本届论坛的议题为当前刑事司法领域的两个重要的热点问题即“黑社会性质组织犯罪的惩治与防范”和“关于两院三部发布的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》和《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》的研讨”。来自最高人民法院、最高人民检察院、司法部等中央和地方20余家政法机关与北京师范大学、四川大学、西北政法学院、中南财经政法大学等10余所高等法律院校的专家学者以及《法制日报》、《贵州日报》、贵州电视台等媒体代表共计120余人参加了本届论坛。在为期一天半的会议中，与会代表围绕上述两个议题，就宽严相济刑事政策视野下黑社会性质组织犯罪的认定与处理、非法证据排除规则的理论与实践等当前刑事司法实践中的突出问题进行了广泛而深入的研讨。

为了充分展示本届论坛的研讨成果，我们从与会专家学者提交会议的论文中挑选出41篇，分“黑社会性质组织犯罪的惩治与防范”和“刑事证据的审查与判断”上、下两编，编辑成册并由北京师范大学出版社出版。为了编排的需要，我们从字句、段落、排版等方面对其中的一些论文进行了必要的修改。本书由我担任主编，由贵州省社会科学院院长吴大华教授和北师大刑科院刘志伟教授担任副主编，由北师大刑科院苏明月副教授和何挺讲师担任主编助理。刘志伟教授、宿命也副教授和何挺讲师协助主编做了大部分的编务工作。

第二届当代刑事司法论坛的成功举办，得益于各举办单位和与会专家学者的大力支持，本文集不仅顺利出版而且装帧精美端赖于鼎力支持北师大刑科院学术事业的北京师范大学出版社和各位编辑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暨法学院院长
中国法学会刑法研究会会长
赵秉志教授 谨识

2011年3月

目 录

上 编 黑社会性质组织犯罪的惩治与防范

黑社会性质组织犯罪认定若干问题研究	3
略论宽严相济刑事政策视野中的黑社会性质组织犯罪	15
关于重庆“打黑除恶”的法理思考	24
黑社会犯罪立法完善之我见	32
美国惩治有组织犯罪法治实践对我国的借鉴与启示	39
黑社会性质组织犯罪的惩治与防范	54
中国刑法中有组织犯罪的制裁体系及其完善	62
西北地区黑社会性质组织犯罪研究报告	72
论黑社会性质组织犯罪构成特征的界定	87
黑社会性质组织认定中的两个误区	107
瓮安黑社会性质组织犯罪的特征、危害、成因及治理对策 ——瓮安事件的犯罪学分析	114
贵州省黔西南州未成年人参与黑恶势力犯罪调查报告	124
贵州省黑社会性质犯罪组织防控对策研究	137
贵州省青少年参与黑恶势力犯罪研究	150
黑社会性质组织犯罪服刑罪犯矫正对策探索 ——六省监狱服刑罪犯问卷调查结论分析	159
黑社会性质组织犯罪防治对策研究	182
经济欠发达地区黑社会性质组织的特征、成因及防控 ——以李国明、刘利国两个黑社会性质组织为视角	194
黑社会性质组织犯罪司法认定若干问题探析 ——以“涉黑”案件刑事审判实践为基础	203
黑社会性质组织犯罪立法缺陷二三思	213
乡土社会的转型、移植与黑社会性质组织犯罪研究 ——由石狮地区外来农民涉黑犯罪说开	219
浅析黑社会性质组织犯罪的预防控制	229
法兰西有组织犯罪刑事责任立法解析	236
黑社会性质组织犯罪向竞技体育领域的渗透及防治	249

下 编 刑事证据的审查与判断

我国非法证据排除规则及其适用	261
非法证据排除规定适用的几个问题	270
对刑事非法证据排除若干问题的思考	
——兼析“两院三部”证据问题新规定的相关内容	281
非法证据排除规则:挑战与应对	
——从侦查职能角度的分析	290
论量刑事事实的证明责任和证明标准	296
物证、书证的审查与认定	306
非法证据的有限排除主义之惑	
——对《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》	
五大理论问题解读	318
从遏制刑讯逼供的视角看“两院三部”“两个规定”的现实意义	327
刑事非法证据排除新规定若干问题探讨	336
法官为什么倾向于认可控方证据	
——一个认知角度的考察	345
非法证据排除规则新规定的功能期待及其实现	354
“非法言辞证据”证明问题探究	
——“两高三部”《非法证据排除规定》之解读	365
浅论非法证据排除规则在我国的适用	374
论刑事证据的采信与排除	
——以《非法证据排除规定》为基础展开	383
论非法言辞证据的排除范围	397
辩护方的证据先悉权与审前证据展示制度	407
死刑案件中口供的审查判断	419

上 编

黑社会性质组织犯罪的惩治与防范

黑社会性质组织犯罪认定若干问题研究

高铭暄* 王俊平**

作为一种畸形的经济、文化和社会现象，黑社会性质组织的实体存在以及成因具有复杂性，由此也决定着司法实务中查处黑社会性质组织犯罪的复杂性以及防范的艰巨性和长期性。为了准确地认定和查处黑社会性质组织犯罪，本文拟围绕着黑社会性质组织犯罪认定应当注意的若干问题等作一研究，以期为司法实务提供参考。

一、要准确地把握黑社会性质组织的本质特征

本质作为事物的内在方面，体现了构成该事物基本要素的内在联系，对事物本质的准确把握，有助于理解其根本性质及其发展的必然性和规律性。同理，准确地界定黑社会性质组织的内在本质，有助于我们深入地理解和正确地把握黑社会性质组织，对于司法实践正确认定和查处这类犯罪，具有积极的作用和现实的意义。

（一）黑社会性质组织的本质特征辨析

黑社会性质组织的本质特征究竟应该如何把握？对此，我国刑法学界存在一定的分歧。一种看法认为，组织性特征是黑社会性质组织最本质、最鲜明的特征。^①另一种看法认为，黑社会性质组织的本质特征是“犯罪的社会化形态”特征，即判断一个犯罪组织是否具有黑社会性质，就看它是否能够侵入社会公共领域，具备在经济上立足、政治上获得庇护、文化上渗透融合、法律上规避罪责等多种社会功能，并能在主流社会内寄生发展，在一定地域、行业对正常社会生活构成

* 北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长、特聘教授、博士生导师，中国人民大学荣誉一级教授，中国法学会学术委员会副主任暨刑法研究会名誉会长，国际刑法学协会名誉副主席暨中国分会主席。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院外国刑法和比较刑法研究所副所长、副教授，法学博士，博士后。

① 黄京平、石磊：《黑社会性质组织的法律性质和特征》，载《法学家》，2001（6）；曹国君：《关于黑社会性质组织认定的几个问题》，中国法院网，2004-04-28。

全局性危害。^①多数学者认为,黑社会性质组织是对社会进行非法控制的组织的初级形态,非法控制性是黑社会性质组织的最大特征。^②

笔者认为,所谓本质特征,是指某事物区别于相关事物的最显著的标志。相对于黑社会性质组织来说,本质特征应该是其与一般犯罪集团以及其他犯罪组织相区别的最明显的标志。如果黑社会性质组织的某一方面的特征不具有这种鉴别功能,也就不能称其为本质的特征。基于这种认识,第一种观点认为组织性是黑社会性质组织的本质特征,是值得商榷的。因为,无论是一般的犯罪集团,还是特殊的犯罪集团,其成立都必然要求具备组织性特征,也就是说,组织性的特征是一切犯罪集团成立的必要条件。如果三人以上没有形成较为固定的犯罪组织,也就肯定不能成立犯罪集团。可见,组织性的特征作为犯罪集团的共性特征,并不能将一般的犯罪集团与作为特殊犯罪集团的黑社会性质组织区别开来,如果把组织性当作黑社会性质组织的本质特征,其结果必然会混淆一般的犯罪集团与黑社会性质组织的界限,从而可能会出现“打黑除恶”斗争扩大化的结局。第二种观点注意到了黑社会性质组织的社会性,可谓触及了问题的实质,但是这种观点使用了近乎文学式描述的语言来刻画黑社会性质组织的本质特征,在司法上缺乏可操作性,并不足取。

笔者赞成多数说,主要理由如下:第一,从词义上讲,所谓黑社会,是指与政府对社会的合法规制而形成的法律秩序相对抗的一种“社区形态”,这种“社区”,一方面,通过有组织的违法犯罪,使用暴力、威胁或者向国家工作人员贿赂的方式来对抗合法控制,与此同时,通过违法犯罪的实施,也在削弱着国家的合法控制力。而黑社会性质的组织作为黑社会的初级形态,其本质与黑社会组织的本质一样,也在于通过有组织的违法犯罪的实施来实现对社会的非法控制。第二,把非法控制作为黑社会性质组织的本质特征,能够将其与一般的犯罪集团区别开来。有的学者可能会说,一般的犯罪集团也具有非法的控制性,只不过这种控制性表现在对犯罪集团成员的控制上。诚然,一般的犯罪集团为了维系其存在与发展,往往会对集团成员采取一定的约束手段,以保证犯罪集团实施犯罪的高效性,逃避打击的有效性。但

① 蒋文烈、罗伟:《浅析黑社会性质组织的特征》,载陈明华、郎胜、吴振兴主编:《刑法热点问题与西部地区犯罪研究》,北京:中国政法大学出版社,2002,第1130页。

② 陈兴良:《关于黑社会性质犯罪的理性思考》,载《法学》,2002(8);赵秉志:《赵秉志刑法学文集之二——刑法分则问题专论》,北京:法律出版社,2004,第560页。

这种控制与黑社会性质组织的非法控制性是有很明显的区别的。黑社会性质组织的非法控制性不仅表现在其对组织成员的约束上,更为重要的是,它企图通过非法的手段来垄断行业、控制某一区域,从而对抗政府对合法社会的控制。因此,这两种性质的控制具有质的不同,不能混淆。第三,从国外的立法上看,是否属于黑社会组织也是以该组织是否对某一行业或地区具有控制性为标准来判断的。例如,意大利《刑法》第416条就规定:“当参加集团的人利用集团关系的恐吓力量以及因实施犯罪而产生的从属和互隐条件,以便直接或间接实现对经济活动许可、批准、承包和公共服务的经营或控制,使自己或其他人取得不正当利益或好处,阻止或妨碍自由行使表决权,或者在选举中为自己或其他人争取选票时,该集团为黑手党型集团。”^①黑社会性质组织作为黑社会组织的初级形态,对本质特征的把握也应着眼于它是否具有对社会的非法控制性上。第四,根据《全国人大常委会关于〈中华人民共和国刑法〉第二十九条第一款的解释》(以下简称《立法解释》),黑社会性质组织的一个必备特征是:通过实施违法和犯罪活动,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、社会秩序。可见,把对社会的非法控制性作为黑社会性质组织的本质特征与《立法解释》的这一规定是相吻合的。第五,我国的司法实践在认定黑社会性质组织时,也基本上是以犯罪组织的非法控制性为识别标志的,如果某一犯罪组织不具有对社会的非法控制性,就不能认定为黑社会性质组织。例如,曾经轰动全国的“张君抢劫集团案”。自1991年6月至2000年9月,张君犯罪集团在重庆、湖南、湖北、云南、广西等地持械抢劫、故意杀人、抢劫枪支弹药22次,致28人死亡、5人重伤、15人轻伤、2人轻微伤,抢劫财物价值人民币536.9万元。由于该犯罪集团无意于对社会形成非法控制,故法院没有将其定性为黑社会性质组织,而仅仅是一般的犯罪集团。

总之,对社会的非法控制性是黑社会性质组织的本质所在,据此,能够准确地将黑社会性质组织这一特殊的犯罪集团与一般的犯罪集团界分开来。

(二)对立法解释有关规定的解析

根据立法解释之界定,对黑社会性质组织的本质特征应当从以下两个方面加以把握。

① 黄风译注:《最新意大利刑法典》,北京:法律出版社,2007,第148—149页。

首先,控制的领域。在一定区域或者行业内形成非法控制或者重大影响是黑社会性质组织的一个关键特征。所谓“一定区域”,是指一定的地域范围。地域范围的大小与黑社会性质组织的实力密切相关,有的组织势力范围限于某一村镇、县城、地级市;有的组织之势力范围则有可能远远超出了上述范围。所谓“一定行业”,是指一定的职业领域。从实践中看,主要是运输业、建筑业、商品批发业、餐饮娱乐行业等。所谓“非法控制”,是指将这些地区或行业处于自己的操控、左右或者支配之下。所谓“重大影响”,是指虽没有实际操控、左右或者支配这些区域或行业,但对其具有相当程度的决定性的影响。

其次,控制的手段。黑社会性质组织对某一区域或行业的非法控制或重大影响,是通过以下两种途径来实现的:第一,依靠有组织地实施违法犯罪活动来实现非法控制或产生重大影响。显然,这里的“有组织地进行违法犯罪活动”不等于这类犯罪集团中的个别成员的擅自行动,而是要在该组织的统一策划、组织、指挥下实施违法犯罪活动。第二,是因国家工作人员的包庇或纵容造成的。所谓“包庇”,是指受到国家工作人员的保护,即国家工作人员为黑社会性质组织逃避打击提供方便,如,为黑社会性质组织通风报信;隐匿、伪造、毁灭黑社会性质组织犯罪的证据;阻止他人作证或检举揭发;指使他人作伪证;帮助涉黑犯罪分子逃匿;阻挠其他国家机关工作人员依法查禁等,不一而足。所谓“纵容”,是指国家工作人员不依法履行职责,放纵黑社会性质组织进行违法犯罪活动的行为。无论通过何种途径,只要对某一区域或者行业形成了非法控制或产生了重大影响,严重破坏经济、生活秩序的,即可认定黑社会性质组织的非法控制性特征。

二、黑恶势力不等于黑社会性质组织犯罪

自2000年我国开展“打黑除恶”专项斗争起,“黑恶势力”堪称使用频率较高的一个语汇。^①无论是有关的政策文件,还是主流的媒体报道,均可见到这一词的广泛使用。如同1997年《刑法》通过之前的“犯罪团伙”一词的广泛使用引发了其与犯罪集团之间关系的争论一样,“黑恶势力”的普遍使用也引起了我国刑法学界的关注。有学者认为,我国当前存在的黑恶势力团伙,是一个政治概念。在法律性质上,它

^① 也有人称之为“流氓恶势力团伙”“恶势力团伙”等,无论称谓如何,大概所指是同一现象,即在一定区域或者行业内,称王称霸,欺压群众,进行违法犯罪活动的团伙。

既不同于一般的共同犯罪，也不同于黑社会性质组织犯罪，而是在从一般团伙犯罪向黑社会犯罪的动态发展过程中处于较高级阶段的有组织犯罪形态，是黑社会性质组织的雏形。^①也有学者认为，黑恶势力可以分为两个部分：一部分是“黑势力”，即黑社会性质组织；另一部分是“恶势力”。对于前者，以黑社会性质组织犯罪处置；对于后者，如果构成犯罪的，依照有关罪名处罚，如果尚未达到犯罪程度的，给予行政处罚。^②

理论上对“黑恶势力”法律性质理解的分歧也影响了我国的司法实践。从我国近些年的打黑斗争看，实践中出现了“黑”“恶”不分，打黑扩大化的倾向。在打黑过程中，不少地方甚至下达了打黑除恶的硬性指标。这种错误的倾向和做法，既影响了我国司法资源的有效配置和打黑专项斗争实效性的发挥，也违背了犯罪的发生发展以及刑事司法的规律，其结果是非常有害的。

事实上，“黑恶势力”并非严格的法律概念，对其法律性质的判断，当然应该立足于我国刑法的规定进行，而不能想当然地来确定其性质。从司法实践看，有些“黑恶势力”以一定的区域或者行业为依托，长期以来有组织地实施违法犯罪活动，以强取豪夺、欺行霸市获得的非法收入作为其进一步发展的物质基础，具有一定的经济实力，欺压残害群众，对该区域或者行业形成了重大的影响或者非法控制，以致当地群众敢怒不敢言，严重影响了当地社会、经济生活秩序。对于这种“黑恶势力”，完全符合黑社会性质组织的成立条件，应以黑社会性质组织犯罪处理。有的“黑恶势力”虽人数较多，也长期聚结在一起有组织地实施敲诈勒索、强买强卖、盗窃等犯罪活动，但犯罪得逞后的非法所得往往会被瓜分殆尽，从不考虑“原始积累”问题，也没有一定的经济实力控制一方或对当地形成重大的影响。显然，这一非法的结合体就不能认定为黑社会性质组织。^③还有些人是为了实施违法活动或者追求低级趣味或基于落后思想而纠合在一起的，他们中虽然有人利用地缘的优势，欺行霸市，强买强卖，向市场摊派或收取各种名目的费用，但其行为不是利用该群体的名义实施的，而是一种个体的行为。对此，如果实施上述行为的人构成犯罪的，依照个人犯罪来处理，但决不能

① 孙勤：《我国刑法中黑社会性质组织探析》，载《人民检察》，2002(4)。

② 阮齐林：《关于黑社会性质组织司法解释的意见》，载赵秉志主编：《刑事法判解研究》，2002(1)，北京：人民法院出版社，2002，第126页。

③ 当然，如果符合一般犯罪集团成立条件的，应该按照犯罪集团的有关规定对其所实施的犯罪行为进行处理。

以其群体中的个别人的犯罪行为就将该群体升格为黑社会性质组织或者一般的犯罪集团。

三、黑社会性质组织成员的角色定位

由于我国《刑法》第294条第1款依据犯罪组织成员在黑社会性质组织中的作用、地位或充当的角色，为组织者、领导者和积极参加者或者其他参加者分别设定了独立的法定刑，因此，在司法实践中，必须对黑社会性质组织成员在犯罪组织中的角色予以准确的定位，以恰当地追究他们的刑事责任。

（一）黑社会性质组织的组织者和领导者

如何界定黑社会性质组织的组织者和领导者呢？欲解决这一问题，必须先弄清组织和领导行为的内涵和外延。从立法上看，组织行为和领导行为都属于这类集团犯罪的实行行为，而从实际上看，这两种行为多有交叉。因为，组织者在黑社会性质组织建立以后往往会成为领导者，而领导者又往往须实施组织行为。然而，既然立法将组织行为和领导行为并列予以规定，因此又必须找出一个标准，将其区别开来。对此，有的学者认为，可以犯罪组织建立前后为标准，对组织行为和领导行为加以区分。建立前为促使犯罪组织的组建而实施的组织、领导行为称为组织；在犯罪组织建立以后的组织、领导行为称为领导。^①这种见解具有可操作性，是合理的。据此，所谓组织，是指在黑社会性质组织成立之前，通过策划、指挥、招揽、引诱、拉拢、安排、调配等行为使分散的个人聚集起来，以促使该组织成立的行为。实施这些行为的人，就属于组织者。所谓领导，是指在黑社会性质组织建立以后，在其中起组织、领导作用，从而居于统率、支配地位。实施这些行为的人，就属于领导者。^②

（二）黑社会性质组织的积极参加者

对于“积极参加者”的界定，我国刑法学界存在着理解上的分歧。有学者认为，积极参加是指明知是犯罪组织而以积极的态度通过中介

① 仝作俊、仝连生：《组织、领导、参加恐怖活动组织罪论析》，载《河南省政法管理干部学院学报》，1998（4）；王作富主编：《刑法分则实务研究》第3版，北京：中国方正出版社，2007，第1287页。

② 其实，无论是组织者还是领导者，都与一般犯罪集团的首要分子相当，因为，即使刑法不把这类犯罪集团类型化，那么，在对这类犯罪集团处理时，也一般都会把犯罪集团的组织者和领导者当作集团首要分子的。

或者直接加入该组织中。^①也有学者认为,积极参加是指主动参加犯罪组织,在组织者、领导者的指挥下特别卖力地参与犯罪活动,死心塌地地效忠于犯罪组织,并在实施具体犯罪时起主要作用的犯罪分子所为的行为。^②

笔者认为,第一种界定不可取,因为,所谓积极参加,解释重点在于何谓“积极”,而论者在解释积极参加时为了说明“积极”的含义,又使用了“积极的态度”的字眼,其实并没有真正解决何谓积极参加的问题。第二种界定看到了积极参加者属于在实施具体犯罪时起主要作用的犯罪分子这一点,有一定的合理性,但是,在解释时,使用了形象化的语言加以描绘,欠缺可操作性。

事实上,这里的积极参加者应该大体相当于《刑法》第26条第1款中的其他主犯。具体而言,所谓积极参加者包括:一是从组织者、领导者那里受领任务又组织、领导或者指挥他人实施违法犯罪的人。二是在黑社会性质组织预谋的违法犯罪中虽不起组织、领导或者指挥作用,但较为固定地参与该组织的违法犯罪活动,并且起主要作用的行为人。三是作为黑社会性质组织的成员,参与该组织预谋实施的犯罪活动,是主要的实行犯。

(三)黑社会性质组织的其他参加者

关于其他参加者的内涵和外延,我国刑法学界也存在一定理解上的分歧。有学者认为,所谓其他参加者,是指组织中的一般成员,包括随声附和者、消极对待者。^③也有学者认为,这类犯罪分子是指处于这类犯罪集团底层的一般成员。^④笔者认为,这两种观点都认识到了其他参加者是这类犯罪组织的成员,从而将偶尔参与组织犯罪的局外人排除在外,就此而言,都具有一定的合理性,但都没有很清楚地予以界定。

当然,要清晰地对此正面予以界定,确有一定的难度,故我们可以用排除的方法对此加以说明。首先,在解释其他参加者时,必须将

① 仝作俊、仝连生:《组织、领导、参加恐怖活动组织罪论析》,载《河南省政法管理干部学院学报》,1998(4)。

② 陈明华、王政勋:《组织、领导、参加黑社会性质组织罪研究》,载《中国刑事法杂志》,总第46期。

③ 仝作俊、仝连生:《组织、领导、参加恐怖活动组织罪论析》,载《河南省政法管理干部学院学报》,1998(4);王作富主编:《刑法分则实务研究》第3版,北京:中国方正出版社,2007,第1287页。

④ 陈明华、王政勋:《组织、领导、参加黑社会性质组织罪研究》,载《中国刑事法杂志》,总第46期。

犯罪组织的局外人排除出去。因为，从司法实践看，有的人并不是该类犯罪组织的成员，但却参与了该犯罪组织实施的犯罪活动。这样，如果不从理论上将这类人排除在犯罪组织成员之外，那么，在对他们定罪量刑时，势必会将其作为这类犯罪组织的成员而追究其行为的刑事责任，这对他们来说，显然是不公平的。那么，何谓黑社会性质组织的成员呢？笔者认为，这类成员具备主观和客观两个方面的特征：从主观上看，行为人必须具有为共同实施犯罪而与他人结成稳定的联合体的意图；从客观上看，行为人为了共同实施犯罪而与他人一定时间内形成了较为稳定的联合体。具备这两个方面特征的人，就是犯罪组织的成员。其次，既然立法者为其他参加者与组织者等成员分别设定了轻重不同的法定刑幅度，那么，其他参加者就必然是指组织者、领导者、积极参加者以外的人。将以上两点结合起来可见，所谓其他参加者，是指组织者、领导者、积极参加者以外的黑社会性质组织成员。

四、要准确地界定首犯的罪责范围

根据我国《刑法》第26条第3款所蕴涵的法理以及2000年公布的《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》的规定，黑社会性质组织的组织者、领导者应当对其所组织、领导的黑社会性质组织所犯的全部罪行负责。按照主客观相统一定罪原则的要求，这里的“全部罪行”当然不是指犯罪组织成员实施的一切罪行，而是指该犯罪组织犯罪故意范围内的全部罪行。如果犯罪组织成员超出了犯罪故意范围而独自实施了犯罪行为，则不属于黑社会性质组织所犯的罪行。对于这种过限的罪行，自然不能让黑社会性质组织的组织者或领导者承担刑事责任。可见，实行犯实行过限的恰当认定，关涉到黑社会性质组织首犯的罪责范围，因而具有重要的现实意义。

（一）实行过限的判定标准辨析

如何判定实行犯的实行行为超越了共同犯罪故意的范围或者说偏离了共同犯罪的约定，中外理论界主要有如下四种见解。

第一，非当然的可能后果说。该说系由美国的一些判例确立而来，按照该说，同谋者对实行者（主犯）在实行共同犯罪计划过程中所发生的一切“当然的可能后果”承担责任。^①反之，如果某一后果不是实行

^① 储槐植：《美国刑法》第2版，北京：北京大学出版社，1996，第158页。