

产业化犯罪的帮助人员处罚畸轻问题思考

叶 小 琴^{*}

摘 要:产业化犯罪是指为谋取同一领域的违法所得,具有不同分工并形成流水线式作业链条的犯罪样态。帮助人员是指以获取劳动报酬或交易对价为目的,明知他人故意实施违法犯罪活动而通过各种形式予以促进的自然人或单位,在产业化犯罪中具有职业化及地域化的特点。帮助人员的数量在刑事司法过程中逐环节显著递减所表现出的处罚畸轻现象在预防犯罪、刑法共同犯罪条款的象征化、处罚结果反制处罚方式及选择性司法方面形成法治风险。为确保和维持正义的社会秩序,应以宽严相济的刑事政策为基本导向,基于行为与行为人的双重视角采取“程序一律从严、实体分层从宽”的处置模式依法从严处罚帮助人员。

关键词:产业化犯罪 帮助人员 宽严相济 刑事一体化 中立帮助行为

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2020.04.009

产业化犯罪是指为谋取同一领域的违法所得,具有不同分工并形成流水线式作业链条的犯罪样态。虽然根据预防刑法观完善网络等产业化犯罪领域的类型化立法已成为共识,但在刑事司法中如何贯彻宽严相济的刑事政策并未引起人们的足够重视。德国学者李斯特建构了整体刑法学理论,并认为刑事政策应建立在对犯罪规律科学认识的基础之上。^①我国有学者倡导从犯罪学到刑法学再到行刑学的刑事一体化,与整体刑法学理论可以说是不谋而合的。^②将犯罪学与刑事政策学等学科视为刑法学研究基础的观念值得肯定。网络及非法采砂等犯罪的产业化趋势日益明显,各环节的帮助人员数量众多,对其处罚畸轻会形成法治风险。那么,对产业化犯罪的帮助人员处罚畸轻会存在哪些法治风险?依法从严处罚产业化犯罪的帮助人员价值何在?如何重构产业化犯罪的帮助人员的处罚模式?笔者拟对上述问题做些刑法教义学思考。

^{*} 武汉大学法学院副教授、武汉大学网络治理研究院研究员

基金项目:司法部国家法治与法学理论研究项目(18SFB2017)

^① 参见[德]汉斯-海因里希·耶塞克:《一个屋檐下的刑法学和犯罪学》,周遵友译,载赵秉志主编:《刑法论丛》(2010年第2卷),法律出版社2010年版,第404~406页。

^② 参见陈兴良:《刑事一体化:刑事政策与研究方法视角的思考》,《中国检察官》2018年第1期。

一、产业化犯罪的帮助人员处罚畸轻的具体表现

产业化犯罪的泛滥使得通过犯罪化全面规制不同环节危害行为的类型化立法成为可能。目前,我国刑法对于产业化犯罪有所规制。例如,1997 年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第 191 条将毒品犯罪等上游犯罪的范围一再扩张,洗钱罪和掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪被归入下游犯罪之列,就是围绕违法所得处理形成的类型化立法的例子。又如,在我国刑法中以网络为空间的罪名在网络犯罪整体中的比例趋大,并逐步确立了以“共犯行为正犯化”“预备行为实行化”“平台责任”为核心的宏观回应路径。^①这是对网络犯罪采取全面规制的刑事立法模式。随着信息网络技术的智能化和人类社交模式的多元化,追求高额违法所得的犯罪活动往往形成分工协作模式,产业化犯罪从涉“黄、赌、毒”犯罪向非法采砂、侵犯公民个人信息、传销和诈骗犯罪等领域蔓延,并且呈现分工精细化、合作市场化、一般参加者大众化和获取高比例违法所得人员幕后化的趋势。

产业化犯罪具有一般参加者大众化的特点,意味着各个环节的一般参加者即帮助人员数量众多,因此,在刑事司法过程中对帮助人员处罚效果的好坏成为影响产业化犯罪治理是否成功的关键。在德国刑法学的共犯人分类中,帮助犯是指对他人故意实施的违法行为予以帮助之人。^②不过此处所指的帮助犯是裁判规范中的概念,其功能在于指示法官对相关人员从宽量刑。本文所说的产业化犯罪的帮助人员借鉴了帮助犯之“帮助”的含义,是指以获取劳动报酬或交易对价为目的,明知他人故意实施违法犯罪活动而通过各种形式予以促进的自然人或单位。这里的帮助人员属于法律事实概念,旨在描述行为人在产业化犯罪中的分工、作用等相关事实,是我国共同犯罪刑法规范评价的对象。当前在刑事司法过程中根据宽严相济刑事政策对帮助人员往往采取轻缓的处罚方式,包括在审判中认定为从犯或胁从犯、适用缓刑及免予刑事处罚、从轻量刑等,也涵盖审前程序的不立案、不提请逮捕、不补充侦查与不起诉等。例如,在河道非法采砂犯罪中已形成造船、采砂、过驳、运、销分工明确的黑灰产业链。^③2016 年最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理非法采矿、破坏性采矿刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《非法采矿解释》)注重从严惩治矿产资源犯罪以及强化对生态环境的刑法保护,但同时严中有宽,也体现了区别对待犯罪活动参与人的政策导向。^④《非法采矿解释》第 11 条规定:“对受雇佣为非法采矿、破坏性采矿犯罪提供劳务的人员,除参与利润分成或者领取高额固定工资的以外,一般不以犯罪论处,但曾因非法采矿、破坏性采矿受过处罚的除外。”

但是,帮助人员具有职业化和地域化的特征,往往通过血缘及同乡纽带形成以违法所得作为主要收入的利益群体,对帮助人员处罚畸轻不利于对产业化犯罪的治理。以《非法采矿解释》施行后长江流域发生的“王某等人非法采矿案”^⑤为例,在有证据线索或证据证明行为人参与采砂犯罪的情况下,涉案人员数量从立案到审判逐环节呈显著递减态势。如图 1 所示,行政执法机关向刑事司法机关移

① 参见于志刚:《中国网络犯罪的代际演变、刑法样本与理论贡献》,《法学论坛》2019 年第 2 期。

② 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》(下),徐久生译,中国法制出版社 2017 年版,第 937 页。

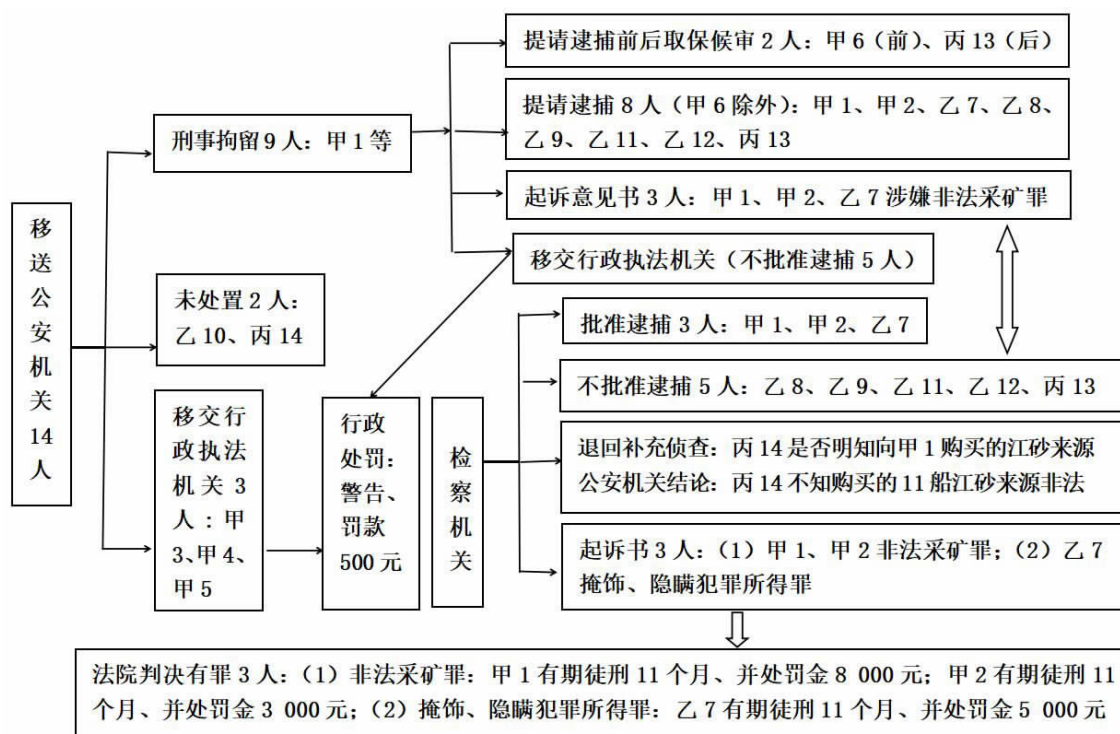
③ 参见叶小琴:《长江大保护中治理非法采砂犯罪的多元共治法律机制》,《环境保护》2020 年第 1、2 期合刊。

④ 参见喻海松:《关于〈办理非法采矿、破坏性采矿刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,《人民司法》2017 年第 4 期。

⑤ 参见湖北省武汉市中级人民法院(2018)鄂 01 刑终 479 号刑事判决书。需说明的是,由于本案的涉案人员较多,为行文方便,因此该案中的行为人在本文中分别用甲、乙、丙+数字来表示。

送了4艘船舶(1艘采砂船、2艘吊机船、1艘运砂船)和14名涉案人员,对涉案人员的处罚分为追究刑事责任与不以犯罪论处,后者包括取保候审、给予行政处罚、不给予行政处罚3种。虽然人民检察院曾退回补充侦查,但是在该案中最终被追究刑事责任的仅有3名涉案人员:采砂船船主甲1、采砂船船长甲2、河砂收购人乙7。在前述人员中,除了采砂船名义船主兼小股东甲1之外,其他人员均是帮助人员。这代表了当前对于采砂犯罪追究刑事责任的常规作法,即“涉案人员水上现场抓现行、定罪人员采砂收砂选典型”。

图1:“王某等人非法采矿案”的处理法律责任示意图



“王某等人非法采矿案”的处理反映了在我国的产业化犯罪中对帮助人员处罚的异常刑事司法系统“漏斗”效应,与我国刑事司法的常态数据不一致。“刑事司法系统漏斗”的想象源于犯罪活动参与者(“漏斗”顶部)在被挪移到监狱成为罪犯(“漏斗”底部)的过程中,数量发生了巨大的减少。因为在刑事司法过程中,每一个阶段的裁决者都决定了一名犯罪嫌疑人是否需要进入下一个阶段,这种决定将很多犯罪嫌疑人“踢出”了刑事司法系统。^① 客观地说,目前我国的“刑事司法系统漏斗效应”并不十分明显。据统计,2013 年有 91.79% 的被告人被羁押,目前仍然维持在超过 80% 的高位;^②2007 年以后不起诉案件数与人数均有明显增加,但不起诉率最高不超过 4%;^③2017 年全国法院审理的刑事一审案件被告人有罪的处刑率高达 98.2%,^④并且长期稳定在 98% 以上。尽管如此,对我国刑事司法

① 参见[美]斯蒂芬·E.巴坎:《犯罪学:社会学的理解》,秦晨等译,上海人民出版社 2011 年第 4 版,第 625 页。

② 参见王禄生:《论刑事诉讼的象征性立法及其后果——基于 303 万判决书大数据的自然语义挖掘》,《清华法学》2018 年第 6 期。

③ 参见成懿萍:《刑事不起诉率偏低之实证分析——以某地 2003—2010 年刑事不起诉案件为分析对象》,《中国刑事法杂志》2011 年第 8 期。

④ 参见伍晓梅主编:《中国法律年鉴(2018)》,中国法律年鉴社 2018 年版,第 1185 页。

系统的“漏斗”效应仍应保持高度警惕。

二、产业化犯罪的帮助人员处罚畸轻的法治风险

虽然对产业化犯罪的帮助人员处罚畸轻的司法现象具有一定的普遍性,但不能因此轻率地得出这是一种“病态”现象的结论,而是应对此种现象进行刑法教义学思考。一般认为,刑法兼具行为规范与裁判规范两种属性。但是,有学者认为,在立法阶段刑法是行为规范,立法应将禁止或者要求的行为明确加以规定,以充分发挥刑法事前预防犯罪的作用;在司法阶段刑法是裁判规范,应从保障人权方面实质性地考察各方面因素进行定罪量刑。^①笔者认为,该学者的观点特别是刑法在司法阶段丧失行为规范属性的观点值得斟酌。

实际上,无论是在立法阶段还是在司法阶段,行为规范和裁判规范都是刑法不可分割的两个方面。在现实主义法学理论的持有者看来,“书本中的法律”即法律文本中的原则和规则与“行动中的法律”即作为控制工具的社会规范事实之间有显著的差别,尤其需要关注后者。^②刑事立法只是“书本中的刑法”,一般人此时还无法确证刑法规范对犯罪行为的真实非难;“行动中的刑法”即刑事司法中的法律适用规则才向公众实际确证刑法规范的妥当性,并划定刑事可罚行为的范围。因此,“书本中的刑法”与“行动中的刑法”差别明显并均具有行为规范属性,司法阶段的刑法仍兼具裁判规范与行为规范的性质,对产业化犯罪的帮助人员处罚畸轻有损对公民刑法规范意识的培养。

(一)预防犯罪的目的落空

首先,产业化犯罪帮助人员的地域性特征使帮助人员的亲朋好友通过“观摩”形成“法不责众”的学习效果,不利于实现刑罚的一般预防目的。现代刑法已经实现从消极的一般预防到积极的一般预防的转型。“积极一般预防理论为刑罚设定的任务是确证民众对规范有效性的认同,因此它注意到了犯罪给社会心理带来的损害并对此进行了回应。”^③但是,对产业化犯罪的帮助人员处罚畸轻,使得公众不但没有被唤醒对刑法的忠诚,相反因对刑法的有效性心存怀疑而被卷入产业化犯罪。其结果是,刑罚畸轻反而成为一般人攫取“犯罪红利”的助推器。

其次,帮助人员的职业化特征导致其很容易重新参与犯罪活动,而刑罚基本上无法发挥对职业犯罪人员的威慑预防功能。也许有人会说,如前述图1所示的甲3等8人已经被给予行政处罚,今后再犯可适用《非法采矿解释》第3条“二年内曾因非法采矿受过两次以上行政处罚,又实施非法采矿行为”的条款追究其刑事责任,但受帮助人员的犯罪地点具有流动性以及各地行政处罚记录具有封闭性所限,期望通过违法次数这一定罪情节对屡教不改的帮助人员追究刑事责任的制度往往难以奏效。实证研究发现,目前全国唯一一例以违法次数入刑的非法采砂案件是“覃某非法采矿案”^④,但此类案件难以复制。在该案中,覃某于2017年7月至8月间,分别因非法采砂被湖北省松滋县水利局行政处罚1次、被湖北省枝江市水利局行政处罚2次,因为两个水利局管辖的河道相邻,枝江市水利局进行第二次行政处罚后根据抓获覃某时船舶靠近交界水域的情况,主动查询松滋县水利局的行政处罚

① 参见黎宏:《情境犯罪学与预防刑法观》,《法学评论》2018年第6期。

② See Jean-Louis Halpéri, Law in Books and Law in Action: the Problem of Legal Change, Vol.64, No.1, Maine Law Review, 46 (2011).

③ 陈金林:《刑罚的正当化危机与积极的一般预防》,《法学评论》2014年第4期。

④ 参见湖北省宜昌市伍家岗区人民法院(2017)鄂0503刑初224号刑事判决书。

记录才发现行为人的刑事立案线索。覃某是登记在册的货船船主且本人亲自上船安排采砂。由于这种情形非常罕见,因此该案基本不具有可复制性。2018年以来,采砂犯罪幕后出资大股东更注意隐蔽身份,经常通过更换名义船主、改变采砂船外形等方式逃避《非法采矿解释》第3条规定的适用。

在其他产业化犯罪如走私犯罪中,对受雇佣通过海关口岸旅检通道实施走私行为的帮助人员即“水客”适用徐行犯定罪条款的可能性也非常低。2011年5月1日施行的《中华人民共和国刑法修正案(八)》增加“一年内曾因走私被给予两次行政处罚后又走私的”入刑规定,旨在增强对“蚂蚁搬家式”走私行为的处罚力度。由于我国海关系统实行全国信息共享,因此走私普通货物、物品罪属于“徐行犯定罪条款”适用率较高的罪名。即便如此,被追究刑事责任的“水客”仍然极少。2011年5月1日至2012年5月1日,司法机关按行为次数判决走私普通货物、物品罪的人数约为60人;而有些地方的检察机关逐渐根据1997年《刑法》第13条的规定对这类行为作出法定不起诉的审查意见。^①显然,对“水客”从宽处罚逐渐成为多地司法机关的常态作法。北大法意数据库显示,2012年5月2日至2019年7月31日期间,走私普通货物、物品罪一审刑事案件判决书高达3651件,而适用徐行犯定罪条款定罪的“水客”仅有36人。例如,在“谢某甲走私普通货物案”^②中,走私的手表均系“水客”曾某某、肖某某团伙经深圳偷带入境,曾某某根据手表价格收取“水客费”并分配给团伙中其他人员;可是在该案中“水客”没有一人被追究刑事责任。“水客”一般都是职业从事携带走私货物入境并赚取报酬的人员,鉴于其属于走私犯罪产业链最底层的人员,不追究其刑事责任尚有刑事政策的依据。但该案中的曾某某这类“水客”团伙的负责人实际上已经蜕变为管理层,组织“水客”并与走私集团直接对接,不能简单视为“受雇佣人员”并给予从宽处罚。从宽处罚的结果是“水客”作为走私犯罪产业链中的庞大从业人群,屡屡以身试法;并且“水客”的有组织化程度也在逐渐提高,形成若干利益团体以及专门的管理层,管理层组织普通“水客”并与走私集团对接。因此,产业化犯罪的帮助人员出现了“抓了就放,放了再干,再干再抓”的不正常现象。

(二)共同犯罪条款象征化

对产业化犯罪的帮助人员处罚畸轻使刑法中的共同犯罪条款出现“象征化”。宽严相济刑事政策和刑法均体现区别对待犯罪参与人的精神,但对于产业化犯罪应重新思考从宽处罚的范围和方式。在前述“王某等人非法采矿案”中,甲3这类未被追究刑事责任的普通雇员并不会对宽严相济刑事政策从宽的侧面有所认知,因为他们在审前程序中就被司法分流了。对甲3这类人员的处置结果反而会使形成“法不责众”的内心确信,从而被幕后人员再次轻易雇佣,继续成为产业化犯罪的帮助人员。

有学者认为,我国刑法中的恐怖犯罪、网络犯罪与环境犯罪是我国刑法象征性立法的典型,因为在司法实践中此类罪名的适用情况并不乐观,表明此种立法不追求刑罚规范的实际效果,更多的只是为了表达立法者的某种姿态与情绪、态度与立场。这损害了刑法的法益保护、人权保障和实用主义功能。^③这一关于象征性条款对刑法功能损害的概括非常有见地。不过笔者通过实证研究发现,环境犯罪等犯罪欠缺实效性并非立法者有意为之的象征性立法,而是刑事司法的结果,对该类犯罪的帮助人员处罚畸轻正是重要的助推力量。刑法只有通过具体实施才能真正强化公众对法律的认知,并转

① 参见胡平、王彦:《试论一年内三次走私入刑的若干法律问题》,《海关与经贸研究》2014年第3期。

② 参见浙江省湖州市中级人民法院(2014)浙湖刑初字第41号刑事判决书。

③ 参见刘艳红:《象征性立法对刑法功能的损害——二十年来中国刑事立法总评》,《政治与法律》2017年第3期。

化为遵守法律的行动,刑法无法被公众感知时会成为事实上的象征性条款,而1997年《刑法》第27条关于从犯的规定在非法采砂等产业化犯罪中正沦为这样的条款。因此,依法严惩产业化犯罪中的幕后人员并不表示要放纵帮助人员,事实上帮助人员是犯罪产业链中管理层的“人才库”,也是幕后人员切断犯罪证据链的重要路径。只有充分发挥刑法的教育功能,才能逐步减少产业化犯罪黑灰产业链中的普通从业人员。此时再配合扩大就业和生态补偿等公共政策,才能削弱产业化犯罪的根基。

(三)处罚结果反制处罚方式盛行

处罚结果反制处罚方式,是指刑事司法工作人员预先决定其所希望的处罚结果,最终采取一种宣称根据有效法律规则及其正当解释所做的处罚方式。例如,实证研究表明,“能回避而未回避”“提前准备防卫工具”等与正当防卫成立要件无必然联系的情节,在司法中对成立正当防卫具有显著的阻却作用,司法人员对相关理论“各取所需”以便“为我所用”是重要的论证手段。^① 审判阶段的量刑反制定罪现象属于处罚结果反制处罚方式的表现之一,对此学界存在“否定说”与“肯定说”两种学说。持“否定说”者认为,量刑反制定罪违反罪刑法定原则,^②为追求个案量刑公正而在罪名之间随意“挑选”完全脱离构成要件,可能会破坏普遍正义。^③ 持“肯定说”者则认为,以刑制罪并不违反罪刑法定原则,而是对罪刑关系的全面审视,应该从量刑妥当性的基点出发思考与相对妥当之刑罚相适应的构成要件;^④罪刑相适应意味着罪与刑处于一种互动关系,一定严厉程度的刑罚必然对应一定严重程度的符合构成要件的行为。^⑤ “肯定说”与“否定说”的分歧在于对罪刑法定原则的内涵如何界定,罪刑法定与罪刑均衡原则哪个优先,以及由此衍生的罪刑关系问题。但是,上述两种学说只关注疑难刑事案件的审判阶段从视野看稍显狭窄。无论是在审判阶段还是在审前程序,抑或在疑难案件或简单案件中,刑事司法工作人员基于行为的社会危害性和涉案人员人身危险性的价值判断,对涉案人员采取处罚结果反制处罚方式的做法普遍存在。处罚结果反制处罚方式在不违反刑法规定的情况下具有一定的合理性,但是由于司法工作人员认识不一,因此很容易造成类案处罚不统一的结果。例如,审判机关基于以刑制罪对释放人质的绑架罪的被告人从轻量刑具有一定的合理性,但司法人员往往因认识不一导致出现同案异判的结果。^⑥ 因此,在法律限度内的以刑制罪具有一定的合理性,但应分析不同类型犯罪中处罚结果反制处罚方式的原因并予以规范化。

对产业化犯罪的帮助人员处罚畸轻加剧了处罚结果反制处罚方式不规范作法的盛行,也加剧了类案处理的不统一。产业化犯罪涉及上游犯罪、共同犯罪与下游犯罪的认定,对前者的处罚通常更为宽缓。共同犯罪的帮助人员处罚畸轻的普遍性,导致在有些场合司法机关为了从严处罚帮助人员而认定其构成下游犯罪,结果在类似案件中对同类帮助人员的处罚不统一。如前述图1所示,起诉意见书认定河砂收购人乙7涉嫌非法采矿罪,但人民检察院以掩饰、隐瞒犯罪所得罪起诉乙7,审判机关支持了检察机关的意见。该案证据显示乙7与甲1等人事前通谋,很可能是从严处罚乙7的倾向产生了前述处罚结果。因为,如果起诉乙7构成非法采矿罪,而乙7没有直接参与非法采挖河砂活动而

① 参见赵军:《正当防卫法律规则司法重构的经验研究》,《法学研究》2019年第4期。

② 参见白斌:《刑法的困境与宪法的解答——规范宪法学视野中的许霆案》,《法学研究》2009年第4期。

③ 参见赵希:《“量刑反制定罪论”不违反罪刑法定》,《南京师大学报》(社会科学版)2015年第1期。

④ 参见梁根林:《现代法治语境中的刑事政策》,《国家检察官学院学报》2008年第4期。

⑤ 参见叶良芳:《量刑反制定罪:实践和理论的双重批判》,《东南大学学报》(哲学社会科学版)2018年第1期。

⑥ 参见徐光华:《“以刑制罪”视阈下绑架罪的定性与量刑——对大样本绑架释放人质案件的实证考察》,《政法论坛》2018年第5期。

只负责销赃,那么通常会被认定具备从犯情节,从而比甲1、甲2的处刑要低。例如,在同时查获了采砂船和运砂船的类似案件中,被告人吕某驾驶采砂船非法采砂并出售,被告人王某驾驶运输船收购河砂,判决书认定吕某成立非法采矿罪,判处有期徒刑9个月,并处罚金人民币20万元,被告人王某成立非法采矿罪,判处有期徒刑6个月,缓刑1年,并处罚金人民币10万元。^①显然,运砂船船主如果被认定为非法采矿罪,量刑通常轻于采砂船船主。而在前述“王某等人非法采矿案”中,乙7被起诉下游犯罪罪名后,最终与甲1量刑相同,即处罚结果与上游犯罪主犯相同。这种处罚结果反制处罚方式的作法不仅在非法采矿罪中常见,而且在其他产业化犯罪上游与下游犯罪认定具有模糊性的场合也非常普遍。刑事司法人员在办理案件的过程中将行为定性与司法处罚结果作为不可分割的整体进行考虑具有合理性,因为刑法全部机能的实现均依赖司法处罚结果。对此,应在坚持构成要件定型性的前提下,进一步具体研究符合罪刑法定原则的罪刑相适应的司法实现路径。

(四)选择性司法具有普遍性

产业化犯罪的帮助人员人数众多,畸轻处罚帮助人员的结果是极少数人被筛选到被告席,个案中普遍出现选择性司法现象。定罪的“少数”与不入刑的“大多数”之间的区分标准非常模糊,个案处罚标准缺乏规范性,有时还具有偶然性。以《非法采矿解释》第11条的适用为例,该条规定参与利润分成或者领取高额固定工资以外的“受雇佣提供劳务人员”一般不以犯罪论处,但对该类人员范围的认定却存在明显的分歧。有学者提出应从提供劳务的人员是否具备共同犯罪的构成要件,并根据相关刑事政策的规定以控制打击面,对仅领取非固定工资的受雇佣人员不宜以共犯追究其刑事责任,但如果明知其行为非法且多次积极参与的,应当作为共犯处理。^②前述观点的持有者,主张先贯彻刑法关于共同犯罪构成要件的规定再考量刑事政策的处置方式是非常妥当的。不过,对于前述司法解释规定的标准,在刑事司法过程中各环节工作人员的自由裁量权都比较大,既难以确定具体标准,也无法形成相似标准。《非法采矿解释》规定的参与分红、领取高额固定工资是判断是否从宽处罚帮助人员的重要指标,但在司法实践中该类标准的适用面临以下困难。

第一,获取高比例违法所得人员的幕后化使得行为人参与分红的事实基本难以查证。在“王某等人非法采矿案”中,查获采砂船时,甲6不在船上,甲1供述购买及改装采砂船支出约100万,其中甲1出资20万,甲6以个人名义出资80万,实际出资由甲6与其他7人共同支付。但是,甲6供述出资是本人资助弟弟甲1买运输船,没有实际参与采砂船经营和分红,其经营的砂场只允许甲1堆放河砂,也只是偶尔从甲1处购买河砂。因此,甲6及其名义参股的其他7名幕后人员属于疑似参与分红的人员。在缺乏确实充分证据的情况下,甲6被取保候审。这类多位大股东隐身幕后、1位小股东名义上负责经营的情形是非法采砂等产业化犯罪的常态。

第二,高额工资难以查实也容易被规避。在“王某等人非法采矿案”中,相关雇员的工资均系本人供述,并与甲1或者甲2的供述相印证,却没有工资单或转账记录等书证。根据本人供述,甲3工资最高,甲2与甲4工资则偏低,但最终被追究刑事责任的是甲2。这在司法实践也属于常态。因为幕后出资股东安排不同的人员担任“生产主管”和“财务主管”,前者在非法采砂时跟船,后者则不定期上船。甲2等人的供述显示,人员聘任及工资发放实际上是由甲6委派的另外一位人员(甲6与甲1的弟弟)负责。但对于没有在现场抓获的人员,实际上很难收集确实充分的证据证明其涉嫌犯罪,

① 参见湖北省武汉市江汉区人民法院(2018)鄂0103刑初1321号刑事判决书。

② 参见田野:《非法采砂类案件办理争议问题三人谈》,《人民检察》2017年第22期。

在该案中甚至没有传唤其到案制作笔录。因此,非法采砂等产业化犯罪案件中雇员的工资往往仅有本人的陈述,难以收集确实充分的证据证明具体的金额。并且,刑事司法机关往往也不根据工资的高低认定行为人在犯罪中所起作用的大小。

第三,“高额工资”缺乏统一的认定标准容易导致类案处罚不一致。例如,在“张某等人非法采矿案”^①中,采砂船的名义船主张某甲、驾驶员李某(工资每月16 000元)、轮机员周某(工资每月12 000元)3人被认定构成非法采矿罪,运砂船的名义船主张某乙及驾驶员梅某(每月6 000元)被认定构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。在该案中,检察机关出示《湖北省道路交通事故损害赔偿标准》(2017年度)“全社会分行业在岗职工人均年平均工资收入”作为证据,该标准显示“交通运输业”年平均工资是58 401元。但是,何谓“高额”工资?检察机关对李某与周某的指控似乎可以解读为二人的月工资超过行业工资两倍,而梅某工资仅仅略高于行业工资。并且,采砂船上打砂工谢某工资为18 000元,其他4位工作人员的工资为6 000元至7 500元,却均没有被追究刑事责任。因此,高额工资的认定实际上缺乏明确的标准。此外,采砂犯罪具有流动性,而高额工资具有相对性。在湖北省河道管理范围内抓获的很多船舶来自安徽、江西与湖南等省,此时以湖北省交通行业工资标准作为追究行为人刑事责任的参考标准也缺乏法律依据。

三、依法从严处罚产业化犯罪的帮助人员的价值

对产业化犯罪的帮助人员处罚畸轻是诸多理论与现实因素交织造成的。产业化犯罪幕后人员的隐蔽性与刑事司法工作绩效考核的时效性使刑事司法机关往往以“抓小鱼”即帮助人员作为办案目标,此时“挑少数典型”成为通常的处罚方式。采砂犯罪发生在水上,但其根源在岸上,而实践中抓获岸上人员的案例非常少。因为岸上人员的查获依靠对非法采砂船只相关线索的情报研判,即以船只行踪轨迹为导向,全面调查河砂的收购、运输、销售与购买环节。在非法采砂案件中,这种通过查找“经营线索”的方式将岸上非法收购河砂的砂石公司及其股东抓获的案件非常少,湖北省目前仅有一例。^② 这样的案件,在司法实践中因为高昂的时间和经济办案成本以及涉案人员逃脱或毁灭证据的办案风险而难以复制。因此,在产业化犯罪中通常容易抓获帮助人员而难以抓获幕后人员是常态,也符合刑事侦查的客观规律,此时依法从严处罚帮助人员尤其重要。

刑事立法的原则是实现刑法的内在价值。自然法学派关注法所促进的价值,即法的内在价值或实质价值,这是法本身固有而由其性能和特殊的调整、保护和程序机制等法律手段所反映的、满足社会和个人法律需要的价值;实在法学派则更关注法所具有的价值,即法的外在价值或形式价值。^③ 刑事法规范充满两组重要冲突:一组是犯罪人与被害方之间的冲突。另一组是犯罪人与国家之间的冲突。第一组冲突体现为正义与公平的冲突,被害方追求正义,即他们希望犯罪人被追究刑事责任,而犯罪人则需要公平,即受到公正的审判以及有关判断有罪与无辜的程序保障;第二组冲突体现为国家的刑罚权与公民免受国家制裁权利的冲突。^④ 刑事立法的原则在于通过法律框架实现国家、犯罪人

① 参见湖北省武汉市江汉区人民法院(2018)鄂0103刑初898号刑事判决书。

② 参见湖北省宜昌市中级人民法院(2019)鄂05刑终152号刑事附带民事裁定书。

③ 参见陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社2017年第3版,第38页。

④ See George P. Fletcher, *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, and International* (Volume One: Foundations), Oxford University Press, 2007, pp.4-5.

与被害方 3 者之间价值目标的平衡。

为了实现刑法的内在价值,刑事立法的目标是创设一种正义的社会秩序。“总体而言,刑事实体法律确立‘有罪行为的准则’,刑事程序法律决定行为人是否‘事实上有罪’”。^① 因此,实体法主要兼顾正义与秩序,程序法兼顾公平与秩序。美国学者罗尔斯提出了“作为公平的正义”观念,指出正义原则是在一种公平的原始状态中被一致同意的。^② 从这种意义上讲,正义与公平在一定程度上具有等价性,刑事立法的目标是构建一种正义的社会秩序。刑法学理论通常以谦抑主义为根据探讨刑法干预的正当性。三阶段递进收缩式犯罪化作业机制过滤原理给出了贯彻谦抑主义思想的实践方式,即刑事立法在决定是否将特定种类行为犯罪化并赋予刑事制裁法律效果时,应当渐次考量道德规范体系、民商法、行政法等一次法规范体系以及刑事法作为第二次法规范体系对该行为调整的必要性、可能性与有效性。^③ 改革开放 40 多年来,我国刑法立法基本完成立法理念由单纯注重秩序走向秩序与自由并重、立法内容由相对科学走向更加科学的过程。^④ 因此,当前我国的刑事立法具备合理性,刑事立法文本意味着正义和秩序这些价值标准已经形式化为具体的法律规则。目前我国刑事法有关处罚产业化犯罪的帮助人员的法律规定并无明显的法律漏洞,无须通过法律解释进行补正,也无须司法工作人员以个别化价值标准进行司法分流。

刑事司法是执行实体与程序刑事法的过程,其价值在于确证与维持一种正义的社会秩序。“一个法律制度若不能满足正义的要求,那么从长远的角度来看,它就无力为政治实体提供秩序与和平。但在另一方面,如果没有一个有序的司法执行制度来确保相同情况获得相同待遇,那么正义也不可能实现。”^⑤ 因此,在惩治产业化犯罪时坚守实定法至关重要。刑事立法已经界定正义的具体要求,不能因为产业化犯罪的帮助人员具有受雇佣从事劳务等情节而简单地认为其情节显著轻微、危害不大。实际上,帮助人员并非“被动卷入”而是“主动加入”产业化犯罪并直接实施大多数违法犯罪活动,其碎片化的个人行为看似微不足道,但众多帮助人员的职业化行为会产生不可估量的叠加效应,对产业化犯罪的泛滥起到推波助澜的作用。

综上所述,在打击产业化犯罪时依法从严处罚帮助人员有利于维持一种正义的社会秩序。犯罪学的学习理论认为,犯罪行为的学习主要发生在亲密私人团体之间的“差别接触”,这种学习是一种操作性的条件反射,即通过观察行为对他人和本人带来的结果进行后续的行为决策。^⑥ 犯罪行为的学习包括观察与体验两种方式,观察通常发生在亲密团体的社交活动中,体验通常发生在行为人与社会环境的非社交性互动中。产业化犯罪的帮助人员的职业化和地域化使得行为人容易通过观察和体验两种方式进行犯罪学习,这种学习既包括犯罪手段的升级,也包括犯罪动机的强化。刑事司法对产业化犯罪的帮助人员处罚畸轻,既会强化其继续从事违法犯罪活动的体验学习结果,也会对涉案帮助人员的“朋友圈”传达一种“没事,继续干”的观察学习结果。依法从严处罚则有利于阻断这种犯罪学习的过程。只有在刑事司法过程中依法从严处罚产业化犯罪的帮助人员成为一种具有经常性的裁判规

① George P. Fletcher, Basic Concepts of Criminal Law, Oxford University Press, 1998, p.7.

② See John Rawls, A Theory of Justice, Revised Edition, Harvard University Press, 1999, p.11.

③ 参见梁根林:《刑事法网:扩张与限缩》,法律出版社 2005 年版,第 34 页。

④ 参见赵秉志:《改革开放 40 年我国刑法立法的发展及其完善》,《法学评论》2019 年第 2 期。

⑤ [美]E.博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 2017 年版,第 318 页。

⑥ See Thomas J. Bernard, Jeffrey B. Snipes & Alexander L. Gerould, Vold's Theoretical Criminology, Seventh ed., Oxford University Press, 2016, pp.198—199.

范,才会形成罪刑均衡的可预测性效果,从而确保刑事立法的效力并使其逐步内化为民众的行为规范。

依法从严处罚产业化犯罪的帮助人员并非主张形成对社会治理的刑法路径依赖,而是旨在通过刑事打击的统一化促进政府治理的协同化。从严处罚产业化犯罪的帮助人员并非一律重刑化,而是依法进行处罚。产业化犯罪的源头治理需要依靠公共政策,这需要各行政机关充分发挥其管理职责,而刑事政策也能助力公共政策的推行。产业化犯罪的滋生与泛滥与行政机关之间大量的执法交叉点与空白点相关。因为政府是一个宏观的系统,由不同层级、不同地域、不同部门的子系统构成,在处理生态文明建设等问题时政府整体利益与组成部分间的利益诉求相悖,政府协同不畅问题突出,必须构建不同行政主体之间的利益共容机制。^① 行政机关的职能具有分散性和多元性,仅仅依靠行政机关之间互相协商或有关部门协调难以形成利益共容机制。但是,刑事司法是依据统一的刑事立法追究产业化犯罪参加人刑事责任的过程,这种终端环节的统一治理能对政府治理产生“反推力”,从而提升行政机关的社会治理效能,产生“打击促管理”的效果。

四、依法从严处罚产业化犯罪帮助人员的模式

依法从严处罚产业化犯罪帮助人员,是指根据我国刑法和刑事诉讼法的规定,以宽严相济刑事政策的从严侧面为基本导向,基于行为与行为人的双重视角区别对待,采取“程序一律从严、实体分层从宽”处理模式。具体而言,即尽量采用立案、逮捕、起诉、补充侦查等处置方式,并从产业化犯罪整体方面认定共同犯罪,量刑时根据行为人在犯罪产业链中所处的经营者、管理者、受雇佣的专业技术辅助人员、受雇佣的劳务辅助人员之层级化地位分析其作用,分别认定为主犯或从犯,并视具体案情把握从宽幅度。

对产业化犯罪的帮助人员的处罚应以宽严相济刑事政策的从严侧面作为基本导向。有学者认为,德国主要把刑事政策的功能限定在刑事立法领域,刑事司法领域的刑事政策只能在罪刑法定原则之下为出罪提供依据;借鉴德国的理论,我国从基本观念和意识形态上赋予刑事政策全面指导刑事司法的意义在很大程度上背离了法治立场。^② 应该说,该学者提出厘清刑法与刑事政策关系的观点非常有见地,但其否定刑事政策对刑事司法全面指导作用的观点有待商榷。英美法系国家的学者认为,法官既不是“空隙立法者”,即法官与真正立法者之间的唯一区别在于前者要填补后者留下的空白,也不是有权忽略法律的纠纷解决者。在具体案件的司法过程中,制定法的语言、先例以及其他常规因素缩小了法官可选择的范围,这样就留下了一块空白,在这块空白中,法官一定会被迫努力按照有充分理由的政策来决定案件,同时适当注意不要轻率地将个人的政策观和社会理想强加于不听话的公民身上。这并非说明法官就是一个司法能动主义者,因为司法的自我约束本身就是司法过程的一部分。^③ 我国的刑事司法过程中,有关涉案人员人身自由的司法决策分散于从侦查到刑罚执行各个环节,司法工作人员的决策过程具有不同程度的自由裁量空间,用机械的、精密计算的方式限制司法决策过程并不妥当。司法自由裁量权不应该诉诸个人价值、偏好或者政治观点等理性或非理性的偏见,而应以刑事政策作为指导,因为刑事政策代表了政治及法律共同体的共识,能够最大限度地保障

① 参见张雪:《生态文明多元共治的利益悖论及共容路径探析》,《云南社会科学》2018年第5期。

② 参见苏永生:《德国刑事政策与刑法关系的理论及其借鉴意义》,《法学杂志》2017年第10期。

③ 参见[美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第165~167页。

同样或类似情况得到相同或相似的处置,保证刑法规范的可预测性和非人身化。刑事司法机关在遵循刑法及刑事诉讼法的前提下,根据刑事政策从严处罚产业化犯罪的帮助人员符合证据裁判原则,而并非对罪刑法定原则的背离。因此,确定刑事司法工作人员作出具体决定的刑事政策导向至关重要。

第一,宽严相济是我国的基本刑事政策,对控制产业化犯罪具有极强的指导意义。我国宽严相济刑事政策的基本内容包括:(1)该严则严,对严重犯罪依法严厉打击;(2)当宽则宽,对情节较轻、社会危害较小的犯罪尽量宽缓;(3)严中有宽,对严重刑事犯罪中具有法定或酌定从宽情节的被告人应依法从宽;(4)宽中有严,对罪行较轻但具有法定从重情节的应依法从重处罚;(5)宽严有度,对犯罪人的处理无论宽或者严都应在法律范围内进行;(6)宽严审时,在法律规定的范围内根据经济社会的发展和治安形势的变化,适时调整从宽和从严的对象、范围和力度。^① 总之,宽严相济刑事政策宽缓或严厉的维度基于行为与行为人的二元视角展开,体现为突出惩治严重犯罪、罪行较重行为人或者从宽处罚轻微犯罪、罪行较轻行为人的基本导向,以及从严或者从宽基本导向之下对具备不同法定或酌定情节行为人的区别对待。产业化犯罪的滋生与泛滥严重侵害并威胁了个人、社会和国家法益,理应以从严作为刑事政策的基本导向。在从严的基本导向之下对组织产业化犯罪的幕后人员从程序与实体两个方面从严处罚;对大量的将参与违法犯罪活动作为职业的帮人员则应采取“程序一律从严、实体分层从宽”的模式,即在程序层面依法尽量追究其刑事责任,在实体层面根据行为人的作用依法严格把握从宽处罚的幅度。

第二,应根据产业化犯罪的结构确定重点打击的环节。不同类型的产业化犯罪的分工有所不同,不过多数产业化犯罪的分工与正常经济活动的社会分工大体类似,根据犯罪对象的流转过程通常可分为生产、流通、消费及违法所得处置4个环节。生产环节主要体现为刑法中的生产、制造、伪造、种植、非法获取等实行行为,如生产有毒、有害食品、制造毒品、非法种植毒品原植物、伪造增值税专用发票、非法获取公民个人信息等行为。流通环节体现为刑法中的走私、贩卖、运输、出售等实行行为,如销售有毒、有害食品,走私、贩卖、运输毒品及非法提供公民个人信息等行为。消费环节体现为刑法中的购买、利用、非法持有等实行行为,如非法购买增值税专用发票、利用公民个人信息、非法持有毒品等行为。违法所得处置环节则主要包括掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益以及洗钱等行为。控制犯罪的理想状态当然是彻底遏止乃至摧毁产业化犯罪的各个环节,但是,“刑法的制定、实施与执行都需要消耗一定的公共资源,分配到预防和打击犯罪的这部分公共支出就是预防犯罪的成本。显然,正确的决策必须考虑‘犯罪造成的损失’与‘防治犯罪的成本’之间的比例关系,意即只有当防治犯罪的成本等于或者小于犯罪造成的损失时,决策才是科学合理的。犯罪化过剩或不足、刑罚过剩或不足都不符合犯罪经济学的观点”。^② 不同类型的产业化犯罪的结构与特点不同,重点打击哪个环节不能一概而论。从犯罪经济学的角度看,对消费及违法所得处置等终端环节进行从严打击是重中之重。因为消费刺激生产,违法所得处置则是行为人享受“犯罪红利”和继续扩大“犯罪产业”的关键,所以,应对这两个环节倾注刑法治理资源,在刑事司法过程中对前述两个环节的帮人员依法酌情从严处罚,从而使得司法资源配置达到福利经济学的“帕累托最优状态”。

第三,在产业化犯罪中应根据犯罪对象生产与流通环节的交易模式认定“事前通谋”,流通环节的收购型和求购型帮人员通常构成上游犯罪的共同犯罪。产业化犯罪帮人员的实体处置包括定罪

① 参见马克昌:《宽严相济刑事政策研究》,清华大学出版社2012年版,第72~81页。

② 叶小琴、赵忠东:《侵犯公民个人信息犯罪治理的经济学分析》,《太原理工大学学报》(社会科学版)2019年第3期。

与量刑,定罪的关键在于共同犯罪的认定,核心问题是上游犯罪共同犯罪与下游犯罪罪名的适用。根据《非法采矿解释》第7条和最高人民法院《关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第5条的规定,事前与非法采矿等上游犯罪分子通谋,掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益的,以共同犯罪论处。在产业化犯罪中应根据犯罪对象在生产与流通环节的交易模式认定“事前通谋”。如前述图1所示,购买河砂人员与非法采砂人员之间有3种交易模式:(1)收购型交易模式,以乙7为代表,从甲1处长期直接购买河砂后转卖给其他货船船主和砂场赚取差价。(2)求购型交易模式,以丙14等为代表。这类人员是货船船主,通过各种渠道了解到甲1有河砂出售并向其求购,预付定金后在船甲非法采砂时到河道上“自提货物”,然后各自转卖赚取差价。(3)购买型交易模式,以丙13等为代表。这类人员是船甲非法采砂时经过同一水域的货船,船主知道转卖河砂有利可图,所以主动靠舷向船甲购买。显然,收购型交易行为与求购型交易行为通常符合“事前通谋”的条件,一般应以上游犯罪的共同犯罪追诉,购买型交易行为通常符合掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的成立条件。

第四,在产业化犯罪中对帮助人员确定罪名及认定共同犯罪时,应从犯罪活动方面理解1997年《刑法》第26条“在共同犯罪中”的规定。我国有学者认为,从解释论方面完全可能将我国刑法总则规定的主犯解释为正犯,从犯解释为帮助犯,胁从犯解释为帮助犯的亚类型。^①应该说该种观点有一定的道理,但是在产业化犯罪中应从整体犯罪活动方面来理解共同犯罪。在犯罪实行行为的着手至既遂期间参与犯罪活动的构成共同犯罪,但是在着手之前的犯罪预备阶段以及犯罪既遂后至犯罪活动实施终了前参与犯罪活动的,如果行为人之间事前有共同犯罪的意思联络,那么也构成共同犯罪。1997年《刑法》第156条规定:“与走私罪犯通谋,为其提供贷款、资金、账号、发票、证明,或者为其提供运输、保管、邮寄或者其他方便的,以走私罪的共犯论处。”该条规定属于提示性的规定,是从开始实施犯罪活动到犯罪活动实施终了的事实层面界定共犯,与该法第26条的规定互相照应,应适用于所有类型的犯罪。因此,在非法采砂类产业化犯罪中,在犯罪实施阶段不直接参与非法采砂活动的收砂人员显然可以构成共同犯罪,并且不一定是从犯,也可以根据具体情形认定为主犯,与收砂行为具有因果关系的全部采砂活动均可归责于收砂人。在前述图1中,乙7对于甲1为完成其收购计划而非法采挖的河砂总量承担刑事责任,其涉案案值并非局限于案发当日现场查获的运砂船所载河砂。因为此时居于河砂(犯罪对象)流通环节的乙7主导了犯罪对象生产环节的甲1的活动。总之,分工层面的帮助人员不一定是作用层面起次要或辅助作用的行为人。流通环节的收购型帮助人员往往对生产环节进行了组织与引导,刺激并扩大了上游违法犯罪活动的实施,可以依法认定为主犯。

第五,应根据帮助人员在产业化犯罪中的分工区分类型,重点打击经营者、管理者、专业技术人员,酌情从宽处罚受雇佣提供劳务的普通帮助人员。经营者负责与犯罪产业链其他环节人员的交易活动,属于“对外拓展犯罪业务”的人员,管理者负责本环节帮助人员的日常活动组织与监督,属于“对内组织犯罪活动”的人员。例如,走私犯罪产业链中“水客”团伙的负责人,运输毒品犯罪中与毒品持有者进行直接联系的人员,负责承接走私集团、毒品贩卖集团的“业务”,属于经营者;在具体走私、运输毒品活动中负责联络、协调其他帮助人员者属于管理者。经营者通常在犯罪中所起的作用大于管理者在犯罪中所起的作用,前者可以视情节认定为主犯,后者虽然可以视情节认定为从犯,但量刑从宽的幅度应从严控制。

^① 参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2017年第5版,第389页。

受雇佣的专业技术人员通过本人的技能帮助实施犯罪活动从而获取报酬,是具有一定程度不可替代性的帮助人员,有时也担任管理者。如前述图1所示,甲2是专业技术人员兼采砂活动现场管理者,甲3是水手、甲4是采砂工,属于普通专业技术人员。追究甲2这类人员的刑事责任通常争议不大,但是对于普通技术人员是否应该追诉呢?处罚受雇佣的普通专业技术人员应遵循“程序从严、实体通常从宽”的原则。对于甲3这类受雇佣的普通专业技术人员必须“程序从严”,即一般应逮捕并作为从犯起诉。审判机关可以“实体从宽”,即根据行为人的具体岗位、工资、工作时间等情况认定为从犯,从宽处罚幅度可以大于现场管理人员的处罚幅度,优先考虑判处有期徒刑并适用缓刑、拘役、单处罚金及免于刑事处罚。当然,追究专业技术人员的刑事责任必须考虑中立帮助行为的可罚性。对于主观上不追求非法目的、客观上属于不具有刑事违法外观的日常行为,实质上却对他人违法犯罪行为起到助益作用的中立帮助行为,只有在具备如下条件时才具有可罚性:帮助行为人在主观方面对正犯的犯意具有明确认识和积极意志,客观方面的帮助行为对正犯实行行为起到实质上的促进作用,并使得法律保护的法益危殆化。^①目前在刑事司法中对普通技术人员的司法分流力度过大,有放纵犯罪之嫌。例如,在“舒某非法采矿案”^②中,被告人舒某组织他人3次在长江水域非法采砂共计约2879吨,被认定构成非法采矿罪,但是案发当日抓获的两条非法采砂船上包括船主陈某、周某在内的6名涉案人员均未被追究刑事责任。司法机关以证据不足为由不追究陈某、周某等人的刑事责任实难自圆其说,因为恰恰是陈某等人的供述才证明舒某组织他人非法采砂,被组织的两条船按照其指令非法采砂,舒某与陈某等人之间当然有犯意联络,否则也不能认定舒某的行为成立犯罪。

受雇佣的劳务人员,是指在犯罪活动中提供劳务从而获取较低报酬的人员,确定其范围的关键在于对“提供劳务”的理解。在产业化犯罪中受雇佣提供劳务人员对于参与犯罪活动往往是明知的,《非法采矿解释》规定不追究这类人员的刑事责任是为了贯彻宽严相济刑事政策区别对待的精神,这种从宽处罚的合理性在于提供劳务人员的高度可替代性与极低的影响度。但经营者、管理者、专业技术人员即使属于受雇佣人员,也不属此列,因此应根据体系解释原理理解“提供劳务”的刑法意义。“刑法体系解释应从三个层面展开,即刑法条文的合宪性、刑法条文与其他部门法的协调性、刑法条文之间的协调性。”^③劳动法严格区分劳务派遣关系与一般劳动关系,是为了区分用工形式,前者系劳务派遣用工,涉及派遣单位、用工单位与劳动者三方的关系,后者则为劳动合同用工,是用人单位与劳动者之间的法律关系;不过就法律关系的客体而言,在两种用工形式中,劳动者都是为了完成用人单位安排的任务而支付劳动力的活动。^④因此,劳动法规定的提供劳务是指基于劳务派遣关系而支付劳动力的活动,具体工作性质与内容非常广泛。但是,刑法中的提供劳务不关注用工形式,而注重行为人为人支付劳动力的内容,显然不能照搬劳动法有关提供劳务的字面意思。2003年最高人民法院发布的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》将“劳务活动”“技术服务工作”“从事公务”并列,并规定:“公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动。……那些不具备职权内容的劳务活动、技术服务工作,如售货员、售票员等所从事的工作,一般不认为是公务”。参考前

① 参见付玉明:《论刑法中的中立帮助行为》,《法学杂志》2017年第10期。

② 参见湖北省武汉市江汉区人民法院(2018)鄂0103刑初1051号刑事判决书。

③ 叶小琴:《公民就业权视域下劳动者前科报告义务的体系解释——以美国雇员案犯罪记录争议为切入》,《法学评论》2019年第2期。

④ 参见王全兴:《劳动法》,法律出版社2017年第4版,第78页。

述司法文件的精神,刑法中的提供劳务是指通过低技术含量重复性简单体力劳动获取报酬的行为,与监督管理活动、脑力劳动及高技术性含量的体力劳动相对。在产业化犯罪中受雇佣从事经营、管理、技术服务工作的人员不属于提供劳务的人员。

五、结语

依法从严处罚产业化犯罪的帮助人员的刑事政策导向与刑法的谦抑性并不冲突。一般认为,刑法立法与刑法适用环节均应体现刑法的谦抑性,优先考虑使用非刑罚措施。^①但是,刑法事后保障法的性质并不禁止刑法基于保障功能严厉打击某类犯罪,单纯基于刑罚权启用的谦抑性、刑法功能的局限性等担忧,一律将刑法置于事后保障法并不妥当。^②非法采砂等产业化犯罪属于应依法应从严打击的犯罪。评价法学的一个基本认识就是每项法律规范都追求一个目的,该项目的缘于法律背后的利益和立法者对利益的评价,因此应当查明该部法律是如何评价各项利益的,即哪些利益优先,以及出于哪些理由。^③以《非法采砂解释》为例,明确规定对非法采砂行为适用非法采矿罪,体现了生态环境犯罪的刑法治理与环境立法目的转变的一致性。环境立法目的已经从以人类为中心环境条件下的经济优先或人类优先,转变为以生态为中心环境下的生物优先和地球优先思想。^④随着刑法的不断健全发展,应当重视以人类为集合体的环境法益,以保护全人类的长远生存和永续发展。^⑤因此,《非法采矿解释》从严打击矿产资源犯罪的刑事政策导向属于优先利益。非法采砂、走私和诈骗等产业化犯罪助推了犯罪职业化群体的扩大,对这类犯罪的帮助人员依法进行打击有利于保障人权和公共安全。

从刑事一体化的角度看,对于产业化犯罪应从程序与实体两个方面在刑事司法全过程贯彻宽严相济刑事政策,如果在程序方面对帮助人员处罚过宽,那么实体的从严或从宽将成为“空中楼阁”。2010年《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第45条规定:“各级人民法院要加强与公安机关、国家安全机关、人民检察院、司法行政机关等部门的联系和协调,建立经常性的工作协调机制,共同研究贯彻宽严相济刑事政策的工作措施,及时解决工作中出现的具体问题。要根据‘分工负责、相互配合、相互制约’的法律原则,加强与公安机关、人民检察院的工作联系,既各司其职,又进一步形成合力,不断提高司法公信,维护司法权威。”2019年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、生态环境部《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》提出,要在全面把握犯罪事实和量刑情节的基础上严格依照刑法和刑事诉讼法的规定,切实避免不起诉、缓刑、免予刑事处罚不当适用造成的消极影响。因此,对于破坏生态环境、走私等产业化犯罪的帮助人员,应根据刑事诉讼法的立案、逮捕、补充侦查、起诉及刑法关于共同犯罪的规定,采取“程序一律从严、实体分层从宽”的处罚模式,通过刑事规范的严格实施充分发挥刑法的行为规制机能,从而有效预防和控制犯罪。

责任编辑 田国宝

① 参见何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,《法学研究》2017年第4期。

② 参见高铭喧、孙道萃:《预防刑法观及其教义学思考》,《中国法学》2018年第1期。

③ 参见[德]伯阳:《德国公法导论》,北京大学出版社2008年版,第26页。

④ 参见汪劲:《环境法学》,北京大学出版社2018年第4版,第28页。

⑤ 参见喻海松:《环境资源犯罪实务精粹》,法律出版社2017年版,第13页。