

网络黑恶势力犯罪的生成及其认定

王爱鲜 蔡军

摘要:网络黑恶势力犯罪是网络犯罪与黑恶势力犯罪日益交融的结果。在司法机关的高压打击和网络便捷等因素影响下,信息网络的工具属性日渐被黑恶势力组织利用。伴随着 Web3.0 时代的到来,借助网络空间作为犯罪“场所”的新型黑恶势力犯罪悄然而生。网络黑恶势力犯罪具有“进化”的特点和“异化”的表现。“进化”主要体现在两个方面:一是黑恶势力犯罪的组织特征进一步弱化,二是黑恶势力犯罪的行为特征出现软化;“异化”主要表现在三个方面:一是黑恶势力犯罪的组织形态“无形化”,二是黑恶势力犯罪活动的“产业链化”和“节点化”,三是黑恶势力犯罪活动实施空间的“虚拟化”。当前对网络黑恶势力犯罪的认定仍套用传统黑恶势力犯罪的认定标准,在组织特征、行为特征、危害性特征等认定方面存在诸多问题,致使司法机关无法精准应对网络黑恶势力犯罪所带来的冲击和挑战。为此,有必要立足于网络黑恶势力犯罪的新特点和新变化,确立“形式+实质”的认定标准。

关键词:网络黑恶势力犯罪;进化;异化;认定标准

中图分类号: D901 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-0751(2023)03-0062-12

近年来,黑恶势力犯罪开始向网络蔓延,出现线下和线上相互融合、相互支撑的发展态势。网络黑恶势力犯罪兼具网络犯罪和黑恶势力犯罪的双重属性^[1],与主要在线下实施的传统黑恶势力犯罪相比,其在组织形式、犯罪手段、危害后果等方面均呈现出自身的鲜明特点,这对黑恶势力犯罪的准确认定带来了极大干扰。为此,本文试图对网络黑恶势力犯罪的生成机理及其形变特征进行深入剖析,对黑恶势力犯罪的认定标准予以匡正和重构。

一、网络黑恶势力犯罪的概念界定与生成演变

(一)网络黑恶势力犯罪的概念界定

关于网络黑恶势力犯罪的概念界定,必然和网络

犯罪的概念分析密切相关。就网络犯罪的概念而言,目前学术界主要存在“对象说”“工具说”“空间说”等观点。“对象说”认为网络犯罪是指针对和利用计算机系统,非法操作或者以其他手段对计算机系统内数据的完整性或者系统正常运行造成危害后果的行为^[2];“工具说”认为网络犯罪是以信息网络等设备为工具,采取非法手段使自己获利的犯罪行为^[3]¹⁵³;“空间说”认为网络犯罪就是发生在互联网上的犯罪^[4]。网络犯罪的三种不同概念表述,反映了网络代际的演变过程。计算机信息系统的“犯罪对象化”体现了网络犯罪类型演进初级阶段的整体特征;发展阶段的网络犯罪在吸纳前一阶段“犯罪对象化”的计算机犯罪的基础上,表现出网络“工具化”和“传统犯罪网络异化”等特征;成熟阶段的网络犯罪在吸收和包容计算机信息系统“犯罪对

收稿日期:2023-01-05

基金项目:河南省哲学社会科学规划项目“网络黑恶势力犯罪的认定研究”(2019BFX005);国家社会科学基金项目“恶势力的生成机理及其阻断机制研究”(20AFX013)。

作者简介:王爱鲜,女,河南大学犯罪控制与刑事政策研究所副教授(河南郑州 450064)。蔡军,男,河南大学犯罪控制与刑事政策研究所教授、博士生导师(河南郑州 450064)。

象化”和网络“犯罪工具化”特性的基础上,逐渐显现出产业化、精细化、高度隐匿性和智能性的网络“犯罪空间化”特性^[5]。

网络黑恶势力犯罪是网络犯罪与黑恶势力犯罪日益交融的结果,也是网络犯罪的具体行为样态之一。有学者认为,网络黑恶势力犯罪应当区分为“黑恶犯罪的网络化”和“网络化的黑恶犯罪”两个概念,前者是指黑恶势力利用网络实施传统犯罪,后者则指在网络生态环境下滋生的黑恶犯罪^[6]。还有学者将网络黑恶势力犯罪分为广义和狭义两个方面进行理解,认为现阶段只存在广义上的网络黑社会性质组织,即并非所有行为都在网上实施,而是其中某个关键的特征需要通过网络实现^[7]。

笔者基本同意前述观点,主张依据网络犯罪“工具说”和“空间说”的两种概念表述,从广义和狭义两个方面界定网络黑恶势力犯罪的概念。其中,广义的网络黑恶势力犯罪是指所有融合网络因素实施的黑恶势力犯罪,既包括传统黑恶势力利用信息网络实施的黑恶势力犯罪,也包括以网络为“空间”所实施的黑恶势力犯罪;狭义的网络黑恶势力犯罪是指以网络空间作为实施违法犯罪行为场所的黑恶势力犯罪。一般情况下,网络黑恶势力犯罪是指前者,即采用广义上的概念,具体包括与网络有关的传统黑恶势力犯罪(黑恶势力犯罪的网络化)和纯粹的网络黑恶势力犯罪(网络化的黑恶势力犯罪)两种形态。这一观点也得到最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理利用信息网络实施黑恶势力犯罪刑事案件若干问题的意见》(以下简称《网络黑恶势力犯罪意见》)和《反有组织犯罪法》相关规定的支持。例如,《网络黑恶势力犯罪意见》较为详细地列举了利用信息网络实施黑恶势力犯罪的具体形式,其中既有利用信息网络威胁他人实施强迫交易或者敲诈勒索等传统黑恶势力犯罪的情形,又有在信息网络上散布虚假信息起哄闹事危害网络空间秩序的情形;《反有组织犯罪法》在第23条第1款明确规定利用网络实施黑恶势力犯罪应当认定为有组织犯罪,在法律规范层面上确认了《网络黑恶势力犯罪意见》的基本精神。

(二) 网络黑恶势力犯罪的生成演变

“毫无疑问,技术在方便人们正当、合理、合法的行为,并大大提高效率的同时,也便捷了违法犯罪行为的实施。”^[8]网络犯罪的生成演变即为十分有力的证明:计算机的发明和网络的普及将人类带入信息化时代的同时,也深刻地改变了犯罪行为的形

式;而“随着网络科技从 Web1.0 到 Web2.0,再到 Web3.0 的发展变化,网络犯罪相应经历了不同代际的迭代升级”^[9]。

我国科技界往往用 Web1.0、Web2.0 和 Web3.0 来代表互联网迭代演进的三个不同时代。其中,Web1.0 是网络的早期形态,此时人与网络的关系是单向度的,网络在应用上侧重于“联”,即主要起到信息沟通的媒介作用,用户只是网络信息的受众,商业机构和门户网站则在网络的信息传输中起着主导作用。基于 Web1.0 时代计算机与网络的依存关系,网络犯罪呈现出明显的物理性特征,多表现为将计算机作为犯罪对象,针对计算机系统所实施的侵入和破坏行为。随着网络技术升级到 Web2.0 时代,计算机与网络之间的地位悄然发生改变,计算机逐渐成为网络的物质载体而日渐“工具化”,网络则很快上升为目的本身。尽管 Web2.0 时代网络犯罪的代际特征仍然是物理性,但此时的“物理性”主要体现为犯罪工具上的物理性,而非犯罪对象的物理性,网络不单纯是发布信息的媒介,而更多地表现为“人人互动”的社交平台。与 Web2.0 时代相适应,此时期的网络犯罪主要表现为传统犯罪的网络化,几乎所有犯罪都可以利用网络实施,将网络作为犯罪工具的犯罪形态呈现爆发式增长。近年来,随着互联网和人工智能应用技术的突飞猛进,人类步入“万物互联”的 Web3.0 时代,网络逐渐成为与现实空间相并列的“第五空间”。尽管 Web3.0 时代的网络是虚拟的社会空间,但是也被犯罪人充分利用而成为犯罪空间,传统犯罪的场所从物理空间转移到了网络空间,甚至一些犯罪行为如网络谣言犯罪等离开网络就无法实施。“目前的网络犯罪格局,呈现出多元并存的局面:以网络为‘工具’的犯罪一家独大;以网络为‘空间’的犯罪开始兴起;以计算机为‘对象’的犯罪逐渐隐退;纯粹的以计算机为‘媒介’的犯罪则几乎要绝迹,剩下的则演变为以网络为‘工具’的犯罪。”^[10]

在面临司法机关的高压打击和网络便捷等优越性的双重因素影响下,与其他传统犯罪逐步向线上拓展相同,信息网络的工具属性日渐被黑恶势力组织所利用,作为沟通联络、资金流动和行为实施的工具。黑恶势力犯罪的传统线下行为模式,如组织、领导、策划、指挥、参与等,基本上都可以脱离现实空间而在网络上进行。例如,借助信息网络形成的“套路贷”已经成为当下不可忽视的黑恶势力犯罪新形态,敲诈勒索、强迫交易、寻衅滋事等黑恶势力犯罪

的主要传统类型现阶段也都可以借助信息网络实施。正是基于对黑恶势力犯罪网络化趋势的认知,《网络黑恶势力犯罪意见》明确列举了几种利用信息网络实施黑恶势力犯罪的常见类型。例如,“通过发布、删除负面或虚假信息,发送侮辱性信息、图片,以及利用信息、电话骚扰等方式,威胁、要挟、恐吓、滋扰他人,实施黑恶势力违法犯罪的”,“利用信息网络威胁他人,强迫交易,情节严重的”,“利用信息网络威胁、要挟他人,索取公私财物,数额较大,或者多次实施上述行为的”,“利用信息网络辱骂、恐吓他人,情节恶劣,破坏社会秩序的”。

伴随着 Web3.0 时代的到来和智能手机的普及,互联网的即时性和交互性得到极大提高。网络与人的关系从“非实时联系”向“实时联系”转变,网络作为“第五空间”的公共属性日益凸显。信息网络与公共生活逐步融为一体,信息网络上的言论和行为对社会生活开始产生直接和现实的影响。无论社交活动还是经营行为,在某种程度上都离不开依靠信息网络搭建的公共平台。

借助网络的“公共属性”,一种新型的黑恶势力犯罪形态悄然而生,主要有两种表现:一是黑恶势力组织雇佣网络“水军”进行诽谤,利用恶意软件敲诈勒索,以及在购物平台有组织地进行恶拍、恶退、恶评等,形成黑色产业链,谋取不法利益;二是编造虚假信息或者明知是编造的虚假信息而在网络上散布,或者组织、指使他人,在信息网络上散布,起哄闹事,破坏网络秩序和公共秩序。其中,当前尤以网络“水军”和网络“黑公关”最为普遍。网络“水军”的本质就是网络“打手”,他们被人组织或者雇佣在网络空间中实施威胁、恐吓、侮辱、诽谤、滋扰等违法行为;网络“黑公关”惯用的言论操纵等手段其实就是“软暴力”,那些有幕后操纵进行链条化运作的“黑公关”呈现出黑恶势力犯罪在网络空间的新特征。对于这种借助网络空间作为犯罪“场所”的新型黑恶势力犯罪,我们可以称之为“网络化的黑恶势力犯罪”。

比较而言,传统黑恶势力犯罪的网络化模式既可以线下独立实施,又可以线上线下结合进行;而网络化的黑恶势力犯罪必须依赖网络空间而存在,离开信息网络将无法实施。目前,我国黑恶势力犯罪的三种形态即纯粹线下形态、线上线下混合形态和纯粹线上形态同时存在,并呈现出向网络“工具化”和“空间化”急剧转型的发展趋势。

二、网络黑恶势力犯罪的“进化”与“异化”

(一) 网络犯罪的属性之争

不可否认,“网络改变了生活,也改变了犯罪行为的形式”^[9]。但是,关于网络犯罪是否全新的犯罪形式以及其与传统犯罪的关系如何,在理论上却存在着不同的见解,主要有网络犯罪“异化说”和网络犯罪“进化说”。

“异化说”认为,“由网络构成的社会关系,已经成为有别于现实空间的新的社会关系网络,传统的社会关系在网络中的迁移和再造,必然引起传统法律规则的跟进和更新”^[11]。网络社会是一个新的社会结构,网络空间成为一个与现实空间并存的全新领域。在网络空间化时代,网络成为一个全新的犯罪空间或者场域,几乎所有的犯罪都能够利用互联网在网络空间中生成,或者存在于现实与网络双层空间,或者实现线上与线下的紧密互动和无缝衔接,甚至还会出现离开网络即无法生存的犯罪形式。这时,网络犯罪不仅会对现实空间的社会秩序带来挑战,而且会冲击或者摧毁网络空间秩序。根据网络犯罪“异化说”的主张,由于网络技术性和虚拟性的介入,导致犯罪对象、犯罪行为、犯罪目的和犯罪结果等犯罪构成要件产生了网络变异,“使得虚拟网络中的犯罪与现实社会中的同种犯罪在构成要件的设计、行为的样态、危害结果的形式等方面呈现出差别,更加显出犯罪的‘网络特色’”^[12];在网络的进一步影响下,上述不同于往常的表现形式将成为传统犯罪新的常态表现形式,甚至逐渐取代传统表现形式而成为主流表现形式^[13],因此现有的法律规则不适合网络空间时代,必然引起传统法律规则的跟进和更新,以重塑传统的刑法规范。

“进化说”则强调网络犯罪与传统犯罪的密切关系,认为网络空间完全在传统法律(刑法)的效力射程之内,网络犯罪并非一种全新的犯罪形态,而是传统犯罪在网络空间中的进化,发生变化的仅是程度即量变的问题^[9]¹¹¹。“进化说”虽然承认网络犯罪因存在与传统犯罪不同的自身特征而具有相对独立性,但是认为网络犯罪不是传统犯罪在网络空间变异的“怪胎”,而是网络空间建立与发展的必然产物,特别是将互联网作为犯罪工具的网络犯罪仍然保留了线下传统犯罪的强大基因,基于解释论立场,传统刑法规范仍可以对其规制与适用。例如,有学者指出,“大多数的网络犯罪只不过是传统犯罪在

犯罪空间上的改变,其本质并无多大的变化,通过刑法来惩治足以解决问题”^[14];“对于这些发生在网络上的传统犯罪,完全可以根据现行刑法规定进行认定处罚,只不过需要对刑法教义学的犯罪认定原理进行适当的调整”^[15]。

总体而言,持“异化说”观点的学者占据主流,认可网络犯罪相较于传统犯罪的“变异性”;也有学者明确提倡网络犯罪的“进化论”立场,认为“进化说”比“异化说”具有优势,能够为网络空间法治化治理中的惩罚犯罪与人权保障之平衡提供思想基础和实践指南^[16]。比较而言,笔者认为网络犯罪既有相较于传统犯罪的“进化”表现,也有基于网络空间特殊性的“异化”面向。一方面,利用信息网络实施的诸如网络诈骗、网络盗窃等传统犯罪,均是传统犯罪的网络化,其在犯罪手段、场景、客体等犯罪要素方面都不可避免地发生了重大变化,进而会造成传统刑法适用的障碍;另一方面,随着新型信息和通信技术的发展,出现了新型的危害社会的犯罪行为方式^[17],如果某些犯罪行为只能发生在网络空间或者其行为影响及于网络空间,其即成为一种全新的犯罪类型,从而导致规制传统犯罪的刑法规范无法直接适用甚至借用,这就是网络犯罪相较于传统犯罪的“异化”形态。

(二) 网络黑恶势力犯罪的“进化”

关于网络黑恶势力犯罪的性质,学者们也存在一定的分歧。综合网络犯罪“进化说”和“异化说”的主张并分析黑恶势力犯罪的特征,可以发现网络黑恶势力犯罪既有“进化”的特点,也有“异化”的表现。其中,“进化”主要体现在以下两个方面。

1. 黑恶势力犯罪的组织特征进一步弱化

根据《刑法》第294条和《反有组织犯罪法》第2条的规定,黑社会性质组织要求具备组织稳定、人数较多、有明确的组织者与领导者、骨干成员基本固定等组织性特征,而恶势力组织仅要求具备成员“经常纠集在一起”亦即“纠集者相对固定”的特征就可以。在司法实践中,对于前述组织特征的认定具体转化为对组织存续时间、组织成员人数、组织结构层级的判断。但是,在网络社会的冲击下,网络黑恶势力犯罪日益具有网络犯罪的结构与样态,使得传统黑恶势力犯罪的部分特征在网络黑恶势力犯罪中面临部分消解的状况^[1]。

其一,网络黑恶势力的组织结构逐渐“扁平化”。互联网是一个分布着众多节点的系统,每个节点都有高度自治性,且均可成为阶段性的中心。

当互联网的这种“去中心化”特征作用于有组织犯罪时,就会使得黑恶势力组织成员之间呈现出合作化倾向,各参与主体为了各自的目的、基于各自的利益而分工协作,由此消解了组织的严密性,致使其上下级的支配隶属度降低,层级结构也随之减少,进而使组织的金字塔式层级结构转向链式扁平结构。

其二,网络黑恶势力组织呈现“非稳定化”特征。传统的黑恶势力组织往往由具有血缘、地缘、业缘等密切关系的人员组成^[18],组织成员具有确定化的特点,因而组织的稳定性较强。而网络空间具有虚拟性、开放性、交互性、平等性、匿名性特征,不仅使得黑恶势力组织摆脱了密切关系的束缚,彼此之间不熟悉甚至相互从未谋面的陌生人也能够参与黑恶势力犯罪之中,而且组织的纪律约束更为松散,参与人多具有临时性,可以按照自己的意愿加入或者退出组织、参与部分或者全部行为。

其三,网络黑恶势力组织的形成周期“快捷化”。传统黑恶势力组织的成员组成及其实施犯罪的地域具有明显的局限性,因此黑恶势力组织一般在一个较小的地域范围内经过长期储蓄力量和积累影响才能纠集形成并发展壮大。而互联网突破了现实地域的限制,其交互性、快速传播性和快捷性特点使得不同地域、不同背景下的人们基于同样甚至不同样的违法犯罪欲望而可以在短时间内联系在一起,通过少数成员的组织、领导可以在短时间内轻易纠集成百上千的人员快速地形成一个庞大的黑恶势力组织。

2. 黑恶势力犯罪的行为特征出现“软化”

尽管近年来传统黑恶势力组织的犯罪手段出现“软化”趋势,但是其惯常手段仍然是暴力和威胁,甚至可以说暴力与威胁是黑恶势力犯罪的基本手段。就网络黑恶势力犯罪而言,因其犯罪行为采取线上线下混合或者纯粹线上的行为模式,所以其行为特征的“软化”现象更为突出,主要体现为以下三个方面。

其一,网络黑恶势力的违法犯罪行为以“软暴力”为主。由于网络化的黑恶势力犯罪具有非接触性特征,与被害人几乎不存在面对面的交流,因此其惯用的手段为言论操纵、技术霸凌或者电话滋扰等“非暴力”行为,属于典型的“软暴力”手段。而采取线上线下相结合方式实施的黑恶势力犯罪,在实践中的表现仍是以威胁、恐吓、侮辱、诽谤或者跟踪、滋扰、纠缠、谩骂等“软暴力”为主,暴力手段退化为辅助地位。

其二,网络黑恶势力的犯罪行为呈现“碎片化”。基于网络的开放性和交互性特征,网络黑恶势力犯罪尤其是在网络空间中实施的黑恶势力犯罪表现出来的是复杂的网络化一对多、多对多的关系,犯罪行为被分散化、分割化,尽管表面上看“化整为零”,但在利益驱使下,各个分散的行为又能紧密地联系和整合在一起,最终实现黑恶犯罪的目的。例如,网络黑恶势力犯罪的行为链条主要分解为网络公关公司的组织与策划行为、网络包工头的领导行为、网络打手(“水军”)的虚假言论与暴力言论、网络服务提供者的帮助行为等。

其三,网络黑恶势力犯罪行为性质的“模糊化”。随着黑恶势力犯罪呈现“软暴力化”和“碎片化”倾向,黑恶势力犯罪参与人的行为逐渐“软化”,其各自独立实施的行为性质在减轻。例如,单就跟踪、滋扰、哄闹、聚众造势等软暴力行为而言,难以单独认定其构成犯罪,甚至难以认定其为违法行为。尤其是在网络化的黑恶势力犯罪中,整体的犯罪行为因精细化分工被分散、分割为多个独立的违法行为甚至合法行为,由此造成这样的结果:单就各独立行为而言并不单独构成犯罪,只有在整体评价黑恶势力组织犯罪时,它们才可以被认定为黑恶势力犯罪行为的一部分。例如,“网络黑公关”“网络水军”往往只是负责发布虚假言论或者进行言语攻击,这些行为单独评价可能会构成民事侵权行为,但一般不会定性为犯罪行为。

(三)网络黑恶势力犯罪的“异化”

“当前,网络技术的跨越式进步使其在社会各个领域发展过程中扮演着催化剂的角色,一些领域在网络的‘催化’作用下被重新形塑,开始出现‘网络异化’现象。”^[19]近年来,在信息网络技术的加持下,网络黑恶势力犯罪在诸多方面产生了不同于传统黑恶势力犯罪的“异化”现象,主要表现在以下三个方面。

1.黑恶势力犯罪的组织形态“无形化”

尽管恶势力组织与黑社会性质组织在组织程度方面尚有一定差距,但二者均要求应具有一定的有形形态,即组织相对稳定、人数较多和多个层级结构。在司法实践中,对黑恶势力组织的认定均采用有形的标准,如要考虑是否有组织成立仪式、约定俗成的规约或者标志着组织形成的标志性事件等。不同于传统社会的阶层模式,网络社会是基于节点互联而构建的扁平社会模式,因此总体上属于共同犯罪的黑恶势力犯罪不再以共同的组织行为为基础,

相反,各犯罪参与人本着不同目的“分散式”地参与在犯罪行为之中,在组织形态方面呈现“无形化”特点。

其一,网络的“去中心化”决定了黑恶势力犯罪传统领导模式的“坍塌”。“中心化”是指中心决定节点,节点必须依赖中心,节点离开了中心将无法存在。而“去中心化”与“中心化”恰恰相反,在一个分部有众多节点的系统,每个节点都具有高度自治的特征,每一个节点都是一个“小中心”。网络黑恶势力犯罪明显地呈现出“去中心化”特色:在网络空间中犯罪行为与犯罪意图的共同性不再是必要的,各行为主体之间以参与性为前提的独立性日趋明显,导致以意思联络作为组织形成与维系基础的主观表现不再重要;传统黑恶势力组织的“教父模式”等级结构转变为“蜂窝式”或者“网络式”结构,组织的领导者、组织者退居幕后,甚至不存在明确的焦点人物,组织者、领导者与参加者的联系减少、相互依赖性降低,组织结构呈现“去等级化”;组织成员间的“合作化”倾向导致各节点参加人具有可替代性,由此组织也不再具有很强的稳定性。

其二,实施犯罪活动的组织依托淡化。伴随着网络黑恶势力犯罪的“去中心化”趋势,其犯罪活动也明显地表现出对黑恶势力组织依托性的降低。具体而言,在网络黑恶势力犯罪中组织者、领导者不再亲自参与犯罪活动,组织的一般参加者也不再是稳定的组织成员,其与组织之间是“商业合作”关系,在相对独立于黑恶势力组织的主观犯意支配下实施违法犯罪活动甚至合法行为,因而这些成员也趋于“市场的雇佣化”和“参与的临时化”;黑恶势力组织的组织者、领导者或者骨干分子也不能像传统组织那样,通过内部“规约”“纪律”对一般参加者进行行为约束和纪律规制,只能通过“商业合作”方式将各参与人的分散独立行为整合为黑恶势力犯罪行为。

2.黑恶势力犯罪活动的“产业链化”和“节点化”

网络商业化运作模式催生了数量庞大的“网络推手”“网络水军”等网络组织,他们为非理性网络舆论推波助澜,助推了“网络黑社会”的快速产生^[14]。随着网络与黑恶势力犯罪相融合,网络黑恶势力组织的犯罪活动出现了“产业化”“精细化”“链条化”特征。网络空间中黑恶势力犯罪的行为方式主要有三种类型:一是利用信息网络发布、删除负面或虚假信息,侮辱、诽谤、滋扰他人;二是利用信息网络威胁他人,强迫交易;三是利用信息网络威胁要挟他人,索取公私财物。

从行为类型来看,犯罪分子惯用的手段是言论操纵,即以网络中的虚假言论、暴力言论或者言论控制作为非法获利的基本手段。在组织者、领导者策划和组织下相关犯罪活动被“分割”为不同的节点,整体犯罪活动体现为由若干不同节点组成的犯罪链条,主要包括“接受客户订单、分析网民心理和策划事件、精心制作炒作帖子、雇佣大批‘网络水军’、密集发帖”等环节^[20],犯罪各参与者彼此形成一个分工合作、彼此依赖、利益交织的利益共同体(黑色产业链)。当然,网络黑恶势力组织所实施的具体犯罪也存在产业化“链条”。例如,黑恶势力组织实施的“网络赌博”,其犯罪链条至少有三个节点:一是为赌博网站提供推广服务的网站;二是为赌博网站提供代码、为参赌人员提供投注服务的软件开发商;三是用于赌资流转的第三方支付平台和地下钱庄。

在网络黑恶势力犯罪的整个产业化链条上,尽管各个节点的违法犯罪活动在整体上构成一个完整的黑恶势力犯罪行为,但是各个节点却是自成体系的,分别对应着不同的违法犯罪组织,而且这些组织基于不同的目的和网络技能,分别从事不同的违法犯罪活动,相互间互不隶属,独立性较强,在商业利益的驱动下,其合作对象不仅限于某一特定的上游或者下游组织。“产业链条化”和“节点化”特点,在诸如恶意索赔犯罪、负面舆情敲诈犯罪、网络水军滋事犯罪、网络“软暴力”催收犯罪、网络“套路贷”犯罪等网络黑恶势力组织所实施的常见犯罪中都有体现。

3.黑恶势力犯罪活动实施空间的“虚拟化”

传统黑恶势力犯罪发生于我们接触的现实社会,具有相当强的“空间依托性”和“地域限制性”,即其犯罪活动须处于“一定区域”或者“行业领域”内。如前文所述,网络黑恶势力犯罪分为黑恶势力犯罪的网络化和网络化的黑恶势力犯罪两种类型。如果说前者的犯罪活动还需要显现于现实的物理空间,对空间的依托性仍然十分强烈,那么后者则完全消除了对现实空间的依托性,因为在网络空间中并不存在物理边界,也就不存在与现实区域一一对应的“一定区域”。

一方面,随着以论坛、微博等为代表的即时通信平台的迅速发展,包括社交平台、支付平台、搜索平台、信息平台以及其他服务平台等网络平台逐渐成形,每个平台都是一个独立的网络生态系统,用户可以在其中满足几乎所有需求,网络空间和网络社会开始形成,现实社会与网络社会的“双层社会”结构

随之奠定,网络空间也就成为一个全新的犯罪场域。另一方面,随着平台思维的兴起,网络也为犯罪的滋生提供了广阔空间和肥沃土壤,传统犯罪开始向网络空间转移,并对网络空间秩序带来冲击和挑战。黑恶势力犯罪正是借助网络空间的生成以及虚拟网络的便捷性,开始从现实空间向网络空间快速扩张。比如,黑恶势力组织在网络空间中利用虚假言论、暴力言论或者言论控制进行敲诈勒索、寻衅滋事、非法催收等。又如,即使是需要依托具体固定卖淫场所的组织卖淫犯罪,组织者也开始利用网络招募卖淫者,并根据嫖客需求通过信息网络安排不同的卖淫地点,同时线上支付嫖资。可以说,以网络作为“犯罪空间”的黑恶势力犯罪已经大大减少甚至摆脱了对现实空间的依赖。

三、网络黑恶势力犯罪的认定问题

(一)网络黑恶势力组织性特征的认定问题

与传统黑恶势力犯罪相比较,网络黑恶势力组织在成员数量、组织稳定性、层次结构等组织形式方面发生了不小的变化。如果仍然固守组织的传统判断标准,将会导致网络黑恶势力犯罪的组织性特征认定存在困难。

1.网络黑恶势力组织成员数量多

“人数较多”是黑恶势力组织的认定因素之一,尽管相关法律、法律解释和司法规范性文件均未明确黑社会性质组织“人数较多”的底线,从而存在“3人说”“10人说”和“无下限说”等争议,但一般认为至少3人以上。诚然,“基于功能论的考量,黑社会性质组织‘人数较多’的功能性特质是限定黑社会性质组织的高级群体性特质,因为只有具备了这种高级群体性特质才符合黑社会性质组织‘功能主体’特征的功能性要求,才具有组织实施相应功能行为并实现相应功能目标的功能性特质”^[21],亦即人数的多寡与黑恶势力组织的规模、结构形态、活动范围及危害程度存在一定的关联。但是,借助信息网络技术的黑恶势力组织,其犯罪活动区域、组织结构、犯罪能量及社会危害已经与组织成员人数的多寡没有必然的关联性,机械地根据人数多少来认定组织性特征,极易作出不当的判断——拔高或者降格认定黑恶势力组织。例如,在“关某、李某、邹某、彭某等涉嫌敲诈勒索案”中,仅有4人的松散的网络黑恶势力组织先后设立41家非法网站控制舆论进行敲诈勒索,被害人涉及上万家企业和个人^[22]。

2. 黑恶势力犯罪的组织形态具有较强的稳定性

组织的稳定性需要从两个方面进行判断:一是组织内部的纪律约束机制,二是在一定时间内持续存在。对于后者,尽管仍存在“不必要说”“必要说”和“折中说”的争论,但是在司法实践中普遍支持“必要说”的观点。如2015年的《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》和2018年《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》均要求“组织形成后,在一定时期内存在,应当认定为‘形成较稳定的犯罪组织’”。对于前者,除了需要查明组织内部是否存在“帮规”或者制度性的纪律约束(奖励)机制外,最重要的莫过于审查组织成员是否具有“确定性”了。传统的黑恶势力组织的稳定性比较容易认定,一则组织成员普遍具有很强的地缘、血缘或者业缘关系,彼此间相互认识甚至非常熟悉;二则传统黑恶势力组织往往存在形式多样的“帮规”或者“规章制度”,这些均是凝聚组织对内对外力量的制度性纪律约束机制。然而,网络黑恶势力犯罪“产业链条化”“节点化”决定了组织缺乏对内对外的制度性纪律约束机制,组织成员之间不再是传统黑恶势力犯罪的隶属和支配关系,而是变成了雇佣、交易关系,不再通过“帮规”或者“规章制度”来统一参加人的行为,而往往是采取商业化运作模式即通过市场机制整合各参与人相对独立的行为。

同时,受匿名性、开放性、自由性的影响,网络黑恶势力的组织成员日趋“非确定化”,组织成员不再是传统的家族、亲属、老乡、同学或者狱友关系,多为彼此不熟悉甚至不认识的陌生人,由此造成网络黑恶势力组织虽然相对确定,但是其参与人却难免处于不断变动的状态。以“网络水军”为例,“网络公关公司”或者“网络包工头”招募的“网络水军”往往不是犯罪组织的固定成员,即使是“网络包工头”也可能是由“网络公关公司”临时招募而来,其合作不具有长期的稳定性。网络黑恶势力组织的“非稳定性”特征,造成“形成较稳定的犯罪组织”的认定存在困难。

3. 网络黑恶势力组织的层级结构具有鲜明特征

在司法实践中对于传统黑恶势力组织层级结构的认定争议不大,但是网络黑恶势力组织的层级结构却有着自身的鲜明特色。一方面,网络黑恶势力组织通常以“半紧密型”特别是“松散型结构”呈现于外,在黑恶势力犯罪体系中各参与人基于自己的经济利益参与犯罪活动,没有明确的上下级关系和

组织领导关系,甚至组织的核心人物在部分网络黑恶势力组织中并不具有绝对的核心地位,从而导致组织形式灵活且易变,这使司法机关在评价网络黑恶势力组织的组织性特征时陷入困境。另一方面,网络的开放性和便捷性促使网络黑恶势力组织的层级减少,由传统黑恶势力组织的“金字塔型”三层级以上的阶层结构转向链式的“扁平型”结构。“扁平化”改变了传统黑恶势力组织层级结构以“支配”“隶属”为基础的“威权”功能,转而倾向于以“雇佣”“交易”为外在形式的合作协同,组织成员对组织者、领导者的人身依附性减弱,往往形成横向的组织结构,而不再沿袭传统的纵向组织结构。网络黑恶势力犯罪组织层级结构的“扁平化”,使得司法实践中对黑恶势力组织性特征的认定更为艰难。

(二) 网络黑恶势力组织行为特征的认定问题

伴随着司法机关的持续高压打击,近年来传统黑恶势力犯罪的行为手段日益“软化”,“软暴力”逐渐成为黑恶势力犯罪的重要行为方式。然而,网络黑恶势力犯罪的“软暴力”有别于传统黑恶势力犯罪所实施的“软暴力”:传统黑恶势力犯罪的“软暴力”更多的是“面对面”实施的,而且以暴力性手段为基础,一旦威胁不成即可立即转化为“面对面”的“硬暴力”;网络黑恶势力犯罪虽然也是“以恶害相通告,使他人产生心理恐惧或者形成心理强制”,但网络化的黑恶势力犯罪主要是通过线上的方式对他人形成精神压力和心理强制,且不以转化为“现实性暴力”为后盾。黑恶势力犯罪的网络化形态也会利用信息网络向被害人转告“恶害”,如利用信息网络威胁、要挟他人等,但往往在线上威胁不成时即可转为线下的现实暴力,且线下的行为部分还是采用传统的黑恶势力犯罪行为模式,这种“软暴力”仍未超出传统黑恶势力犯罪“软暴力”的涵摄范围。网络化的黑恶势力犯罪则完全摆脱了传统黑恶势力犯罪的行为样态,体现出网络“软暴力”特有的表现形式和特点。

网络黑恶势力犯罪出现之初,主要是以攻击他人网站相威胁变相收取保护费即网络技术霸凌行为为代表,典型案例如“骑士攻击小组”案件。随着互联网技术的更迭换代,涌现了大量形形色色的网络公关公司,网络黑恶势力犯罪随之演变为网络公关公司等借助信息网络平台通过编造虚假信息来操纵言论,在网络空间敲诈、诽谤、恐吓、骚扰他人来实现非法牟利。在网络空间中,网络黑恶势力组织与被害人几乎没有面对面对面的交流与对抗,其所产生的

威胁只来源于“非暴力”的网络言论,缺乏现实空间“硬暴力”的后盾支撑。

网络黑恶势力犯罪行为的“软暴力”特征给黑恶势力组织的司法认定带来了两个难题:一是由于网络黑恶势力组织以网络“软暴力”作为实施犯罪活动的主要手段,如果单独对这些行为进行评价,可能许多行为仅仅属于违法行为而非犯罪行为,从而导致在黑恶势力组织行为性质的评价方面存有疑问;二是由于网络黑恶势力犯罪“软暴力”的网络特性,如网络言论、网络技术等均缺乏现实的“硬暴力”支持,导致网络“软暴力”是否能与传统黑恶势力犯罪的“软暴力”一样被评价为黑恶势力组织行为特征所要求的“其他手段”,成为认定网络黑恶势力组织是否成立的关键问题和疑难问题。在对这些组织是“黑”还是“恶”的定性方面,司法机关也存在严重分歧。

(三) 网络黑恶势力组织危害性特征的认定问题

在认定黑恶势力组织时,“一定区域”“一定行业”和“非法控制”“重大或者恶劣的社会影响”是判断黑恶势力组织具备危害性特征的重要因素。传统黑恶势力犯罪的活动范围主要在现实的物理空间中,尽管在司法实践中对于何谓“一定区域或者行业”、如何判断“形成非法控制或者重大影响,严重破坏经济社会生活秩序”等存在规定不明确、标准不好把握等问题,但是司法人员仍然可以根据具体案情和生活实际,并结合黑恶势力犯罪对经济社会生活秩序的危害程度加以综合判断。

随着“物理社会—网络社会”双层社会的形成,物理空间中的各种法益开始向网络空间延伸,黑恶势力犯罪组织随之也在网络中积极拓展犯罪活动空间,在活动范围和危害后果方面均形成“网络空间与现实空间”“网络暴力与物理暴力”并存的二元状态。网络空间由于“无边界性”和“虚拟性”而缺乏物理性支撑,这导致网络黑恶势力犯罪危害性特征认定面临困惑。

其一,在网络空间中,互联网是按照不同的门户网站、网络平台而非地理区域进行分区,因此,在判断某一组织是否属于黑恶势力组织时,首先要明确网络黑恶势力犯罪活动的“网络空间”“互联网行业”是否能够被解释为传统黑恶势力犯罪危害性特征的“一定区域或行业”。对此,理论界和司法实务界均存在不少分歧。

其二,当网络黑恶势力犯罪仅仅造成网络空间秩序混乱或者主要造成网络空间秩序混乱时,是否

能够被认定为“形成非法控制或者重大影响,严重破坏经济社会生活秩序”或者“扰乱社会秩序、经济秩序”,理论界和司法实务界尚未形成统一明确的意见。

其三,我国对传统犯罪的认定采取定性 with 定量相结合原则,在认定犯罪时要考虑数额、数量、情节、后果等罪量因素。但是,随着网络技术的介入,原有的定量标准难以准确评价“进化”和“异化”后的犯罪行为,如“公共场所秩序严重混乱”无法评价发生在网络空间的寻衅滋事罪等。对网络黑恶势力犯罪的评价也不例外,网络的虚拟性使得在认定“严重破坏经济社会生活秩序”“扰乱社会秩序、经济秩序”时,已经无法直接通过侵害对象及其数量、违法犯罪次数、手段、规模、人身损害后果、经济损失数额、违法所得数额、引起社会秩序混乱的程度等作出完整判断,需要在传统标准的基础上加以调适以体现网络特色。

四、网络黑恶势力犯罪认定标准的重构与调适

(一) 网络黑恶势力犯罪认定标准的规范梳理

从广义角度观察,网络黑恶势力犯罪属于网络犯罪的特殊形态之一,因此有关网络犯罪认定的法律、解释以及规范性文件均可归属于网络黑恶势力犯罪认定规范的范畴。例如,《刑法修正案(九)》增设拒不履行信息网络安全管理义务罪、非法利用信息网络罪和帮助信息网络犯罪活动罪的规定,以及“两高一部”《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》和“两高”《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》等,都可以作为认定网络黑恶势力组织实施违法犯罪行为的规范标准。在黑恶势力犯罪的狭义层面,除了《刑法》第294条及共同犯罪等其他相关条款是认定黑恶势力犯罪的基础规范外,《反有组织犯罪法》和近年来最高司法机关颁行的系列规范性文件是认定黑恶势力犯罪的事实依据。

仅就网络黑恶势力犯罪来说,《反有组织犯罪法》第23条明确规定,“利用网络实施的犯罪,符合本法第二条规定的,应当认定为有组织犯罪”,“为谋取非法利益或者形成非法影响,有组织地进行滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等,对他人形成心理强制,足以限制人身自由、危及人身财产安全,影响正常社会秩序、经济秩序的,可以认定为有组织犯罪的犯罪

手段”。该规定对“网络化的黑恶势力犯罪是不是有组织犯罪”以及“何为‘软暴力’”这两个颇具争议性的实践问题给出了肯定性答复,也为网络黑恶势力犯罪的认定确立了总标准。

此外,直接体现网络黑恶势力犯罪特点的规范性文件主要还有如下几个:其一,《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》。该文件第2条明确将“组织或雇佣网络‘水军’在网上威胁、恐吓、侮辱、诽谤、滋扰的黑恶势力”列入重点打击范围,表明司法机关已经关注到黑恶势力犯罪网络化的现象。其二,《关于办理实施“软暴力”的刑事案件若干问题的意见》。该意见第1条对“软暴力”的概念作出明确规定,第2条规定:“通过信息网络或者通讯工具实施,符合本意见第一条规定的违法犯罪手段,应当认定为‘软暴力’。”由此不仅将以网络方式实施“软暴力”纳入黑恶势力犯罪的打击范围,而且树立了网络黑恶势力犯罪“软暴力”的判断标准。其三,《关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》。该意见肯定了网络“套路贷”的有组织犯罪性质,从而将其纳入黑恶势力犯罪打击的范围。其四,《关于办理利用信息网络实施黑恶势力犯罪刑事案件若干问题的意见》。该意见第9—13条从组织特征、经济特征、行为特征和危害特征四个方面,结合互联网的特点对网络黑恶势力组织的认定标准作出了调整和细化。该意见既是对司法实践经验的归纳和总结,也是对既有针对网络黑恶势力犯罪规定的系统梳理和再提炼,在一定程度上回应了网络化对黑恶势力犯罪带来的变化,对于准确认定网络黑恶势力犯罪提供了重要的规范指引。

(二) 网络黑恶势力犯罪认定标准的重构

尽管现有立法和司法规范均就网络社会对黑恶势力犯罪的再构进行了具体回应^[1],在一定程度上纠正了网络黑恶势力犯罪认定过于机械化的弊端,但是笔者从《网络黑恶势力犯罪意见》及其他司法规范性文件规定来看,仍感觉相关规定属于“小修小补”,没有从根本上突破既有认定标准的桎梏。因此,有必要立足于网络黑恶势力犯罪的新特点和新变化,确立“形式+实质”的认定标准。

传统的黑恶势力犯罪通常具有清晰的层级结构、相对外显的组织者与领导者、较多的组织成员、暴力性的行为外观、确定的活动空间和体感性的危害后果,这些特征决定了当下司法实践中对黑恶势力犯罪的司法认定更倾向于“形式层面”的认定标准。例如,在认定黑恶势力组织的组织性特征时,需

要重点考察是否具有严密分层的组织结构、组织人数是否较多、组织者或者纠集者是否明确固定、组织存续是否超过一定期限等;在认定黑恶势力组织的行为特征时,需要重点观察是否在一定时间内多次实施了暴力、威胁或者“软暴力”等违法犯罪行为;在认定黑恶势力组织的经济性特征时,需要摸清组织牟利的状况和支撑组织发展的经济实力;在认定黑恶势力组织的危害性特征时,需要明确受害者人数、人身和财产损失的程度以及犯罪活动的范围、受到影响的行业等。可以看出,“形式化标准”是依据传统黑恶势力犯罪现象抽象概括而来,具有相当的经验性和精细化。因此,依“形式化标准”认定传统的黑恶势力犯罪不仅符合对犯罪现象的规律揭示,而且也因“形式化标准”非常直观明了而更易于司法实践操作。

由于利用信息网络实施的黑恶势力犯罪无论在犯罪本质还是在行为的外在表现上,均与传统的黑恶势力犯罪差别不大,因此“形式化标准”在应对“黑恶势力犯罪的网络化”形态时尚有“余力”,因为其整体上仍未超出传统黑恶势力犯罪各个构成要件的涵摄范围,本质上仍属于传统黑恶势力犯罪的网络“进化”。但是,当以“形式化标准”去应对“网络化的黑恶势力犯罪”带来的“异化”时,却存在着明显的“僵硬化”缺陷:随着黑恶势力犯罪与网络的深度融合,网络黑恶势力犯罪出现了组织形式“松散化”、组织层级“去中心化”、组织成员“非确定化”、上下级关系“模糊化”、活动空间“虚拟化”等特点,致使传统黑恶势力组织所固有的“稳定性”在不断弱化和消解,此时如果仍旧固守传统的“形式化标准”来认定黑恶势力犯罪,将会把部分网络黑恶势力犯罪错误地排除于黑恶势力犯罪之外。例如,在传统的“形式化标准”中,组织人数较多一直是判断黑恶势力组织是否稳定的重要指标。然而,网络黑恶势力组织采取网络化的管理方式,组织结构呈现“松散化”,除了核心成员外一般成员并不固定,多为临时雇佣人员,但是组织的行动力并不弱于传统的黑恶势力组织,此种情况下如果仍机械地坚持传统的人数标准,则无法将所有的网络黑恶势力犯罪纳入司法打击的范围。

因此,对于网络黑恶势力犯罪的认定,不能再“抱残守缺”般地坚守传统的“形式化标准”,应当适时改变对黑恶势力犯罪的传统观念和认知,将功能性评价为主的“实质化标准”纳入网络黑恶势力犯罪认定标准之中,确立“形式+实质”的认定标准,即

对于传统黑恶势力犯罪和“黑恶势力犯罪的网络化”形态,仍然可以“形式化标准”为主要判断依据;对于“网络化的黑恶势力犯罪”即纯正的网络黑恶势力犯罪,应在“形式化标准”基础上辅之以“实质化标准”加以修正性认定。

“实质化标准”实质上是基于黑恶势力犯罪的“功能性认知”来确定的认定标准。与普通暴力性犯罪不同,黑恶势力犯罪不仅侵害了国家安全、社会秩序、经济秩序以及公民和组织的合法权益,更严重之处在于其称霸一方,在一定区域或者行业内,形成非法控制或者重大影响,试图在正式的国家管理体系之外另行建立组织系统,动摇了国家对社会的有效管理与控制,体现出与政府对社会有效管理和控制的根本性对抗^[23]。因此,黑恶势力犯罪的根本目的是通过实施公开的暴力和威胁以实现对社会的非法控制,这也正是司法机关对其持续开展高压打击的根本原因。可见,黑恶势力犯罪的功能目标就是实现对社会的非法控制,也正因为如此,“非法控制性”才成为黑恶势力犯罪区别于一般集团犯罪的根本性标志,从而被公认为黑恶势力组织的本质特征。“非法控制性”的犯罪本质进一步揭示了黑恶势力犯罪的组织特征、行为特征和危害性特征的内在规定性:黑恶势力组织的组织功能定位是形成一致行动的主体力量,黑恶势力组织的行为功能定位是对外输出公开性的暴力、威胁及相当的方法,黑恶势力组织的危害性特征是在一定区域和行业内“为非作恶、欺压残害群众”,实现“称霸一方”。

当网络技术的嵌入导致黑恶势力组织的“外在指征”弱化或者异化而无法依据“形式化标准”作出准确判断时,围绕黑恶势力犯罪本质所揭示的黑恶势力犯罪各要件的功能定位,可以用来作为判定网络黑恶势力犯罪的“实质化”认定标准。以组织性特征为例,尽管网络黑恶势力犯罪的组织形式逐渐“去依托化”,组织层级逐渐“扁平化”,组织成员逐渐“非确定化”,领导权威逐渐“去中心化”,但是只要能够判断该组织具备一致行动的力量,能够在组织者、领导者的指挥下有组织地实施违法犯罪活动,就可以认定该组织具备黑恶势力犯罪的组织性特征,具有实现对社会的非法控制的主体能力,可以形成“组织体之恶”。

(三)以“实质化标准”认定网络黑恶势力犯罪

对于网络黑恶势力犯罪的认定,主要争议点集中于组织性特征中的层级结构、行为特征中的“软暴力”以及非法控制性特征中的“一定区域和行业”

等问题的具体认定。

1.网络黑恶势力犯罪组织性特征的认定

传统的“形式化标准”强调黑恶势力组织应当具备“三要素”——“形成较稳定的犯罪组织”“人数较多”和“有明确的组织者、领导者,骨干成员基本固定”,无非是为了说明该组织是“一致行动的主体力量”。具体来说,从组织特征的功能定位层面分析,对黑恶势力犯罪组织性特征的认定不应只局限于组织形式、组织人数、组织层级等形式判断,只要这种“人的结合体”能够将违法犯罪参与人的行为凝结为一个整体,并使得各参与人的行动具有协调一致性和目标统一性,就可以认为它形成了组织并且具备了黑恶势力组织所要求的组织性特征。

在网络黑恶势力犯罪中,尽管组织形式及其层级结构呈现出“松散化”“扁平化”“去中心化”“非确定化”的发展趋势,但从整个组织结构体系看,“网络公关公司”始终处于组织、策划和指挥的领导地位;虽然“网络水军”仅受临时雇佣在网络平台上实施发帖、删帖、滋扰、要挟、恐吓等“软暴力”行为,但是在一个完整的犯罪活动中,它实际上受“网络公关公司”的统一领导和指挥,在犯罪活动中仍然可以清楚地观察到组织的核心层比较稳固,组织者、领导者、骨干成员较为稳定,并且能够起到聚合犯罪的作用;组织活动的分工依然明确,配合非常娴熟,各参与人即使相互之间未谋面或者不相熟,但是通过信息网络指派工作任务等联系依然紧密;基于网络空间信息传递的瞬时性,“网络公关公司”“网络包工头”“网络水军”等形成相互配合、行动一致的犯罪组织,较之于传统黑恶势力组织具有更强的犯罪组织能力,也展现出更大的社会危害性。因此,网络黑恶势力组织完全具备黑恶势力犯罪组织性特征的“功能性”要求——“一致行动性”,符合组织性特征的“实质化标准”。《网络黑恶势力犯罪意见》指出:“对部分组织成员通过信息网络方式联络实施黑恶势力违法犯罪活动,即使相互未见面、彼此不熟悉,不影响对组织特征的认定。”这一规定实际上是肯定了依据“实质化标准”的认定结论。

2.网络黑恶势力犯罪行为特征的具体认定

基于犯罪行为的功能性分析,黑恶势力组织意欲形成对社会的非法控制,最直接、最有效的方式就是经常性地采用暴力或者威胁的手段为非作恶、欺压残害群众。在传统的黑恶势力犯罪中,暴力和威胁手段是树立组织威信的方法,比如绑架、故意杀人、故意伤害、非法拘禁、强迫交易、敲诈勒索等侵

害他人人身、财产的暴力行为。因此,司法机关在依据“形式化标准”认定黑恶势力犯罪时尤其强调行为的暴力性色彩,将犯罪组织是否有组织地实施经常性暴力或者威胁视为判断黑恶势力组织是否成立的重要依据。随着黑恶势力犯罪的升级演变和司法机关对其的高压打击,黑恶势力组织开始收敛暴力的锋芒,转而更多地采用“软暴力”手段实施犯罪。

网络黑恶势力组织所实施的“软暴力”与传统黑恶势力组织采用的“软暴力”有着显著不同,它往往仅在网络空间中实施,且不以转化为“现实性暴力”作为后盾支撑。网络“软暴力”的特点模糊了网络黑恶势力组织行为特征的形式判断。其实,不论是以“现实性暴力”为支撑的传统“软暴力”,还是不以“现实性暴力”为支持的网络“软暴力”,其功能定位均是使他人产生心理恐惧或者形成心理强制,软暴力犯罪亦能造成严重的社会危害^[24],这也是《刑法》和《反有组织犯罪法》均将黑恶势力组织采用的“其他方法”与“暴力”“威胁”方法相并列的内在根据。换言之,作为“其他方法”的“软暴力”必须与“威胁”方法具有价值相当性,即足以使他人“产生心理恐惧或者形成心理强制”。

尽管网络“软暴力”不能转化为现实的“面对面”的“硬暴力”,但是如果其达到了“软暴力”的功能性标准——使他人“产生心理恐惧或者形成心理强制”,同样也应该认定其具备了黑恶势力犯罪的行为特征。正因为如此,笔者认为《网络黑恶势力犯罪意见》有关“单纯通过线上方式实施的违法犯罪活动,且不具有为非作恶、欺压残害群众特征的,一般不应作为黑社会性质组织行为特征的认定依据”的规定仍然较为保守,没有突破“形式化标准”的桎梏,不利于准确认定网络黑恶势力犯罪。

3. 网络黑恶势力犯罪危害性特征的认定

有学者认为,黑社会性质组织的本质在于其对政府及其有效管理形成了根本性对抗,即形成对特定领域或者行业的非法控制,而恶势力组织具有扰乱公共秩序的性质;如果涉案人数、违法犯罪事实等组织及其行为的外在形式不能体现这一本质时,就不能被认定为黑恶势力犯罪^[25]。笔者认为,恶势力组织向黑社会性质组织转化并没有明显的节点,二者在自然属性和组织功能上并没有本质的差异,都意在谋求对社会的非法控制,只是在组织形式、行为表现和危害后果等方面存在程度上的差异——恶势力组织是尚未形成黑社会性质组织的犯罪组织。传统黑恶势力犯罪危害性特征的认定可以通过在

“一定区域或者行业”造成的影响、损害或者成员获得的职务来加以综合判断,但是网络的“虚拟性”“无边界性”和“非接触性”使得无法参照前述“形式化标准”来直接认定网络黑恶势力犯罪。因此,《网络黑恶势力犯罪意见》指出,对于利用信息网络实施黑恶势力犯罪非法控制和影响的“一定区域或者行业”,应当结合危害行为发生地或者危害行业的相对集中程度以及行为人在网络空间和现实社会中的控制与影响程度综合判断,在网络空间和现实社会造成重大影响、严重破坏经济社会生活秩序的,应当认定为“在一定区域或者行业内形成非法控制或者重大影响”。

从该意见的表述来看,司法实践是肯定了网络黑社会性质组织犯罪和网络恶势力组织犯罪均可以成立。但是,该意见又指出:“单纯通过线上方式实施的违法犯罪活动,且不具有为非作恶、欺压残害群众特征的,一般不应作为黑社会性质组织行为特征的认定依据。”这一规定其实又否定了纯正的网络黑社会性质组织犯罪的成立,亦即否定了单纯在网络空间中形成非法控制的可能性,非法控制性必须呈现于现实空间“一定区域或者行业”之中,网络空间中只能认定造成“较为恶劣的社会影响”。

可见,《网络黑恶势力犯罪意见》虽然针对网络犯罪的“异化”和“进化”在认定标准上有所改进,但并未彻底突破传统“形式化标准”的观念束缚,仍将“网络社会”与“现实社会”二元对立。其实,从公共属性视角分析,“信息网络与公共生活逐步融为一体,信息网络上的言论和行为,将对社会生活产生直接和现实的影响”^[26];“随着‘物理社会—网络社会’双层社会的形成,物理空间中的人格法益、财产法益以及社会法益开始向网络空间延伸,由此出现传统法益的网络异化”^[27]。因此,应当正视网络黑恶势力犯罪危害性特征在网络空间的异化现象,采取“实质化标准”认定网络黑恶势力犯罪的危害性特征。这并不是对黑恶势力犯罪认定的“扩大化”,而是基于网络黑恶势力犯罪的“异化”而进行的认定标准调适。对此,《反有组织犯罪法》第23条规定“利用网络实施的犯罪,符合本法第二条规定的,应当认定为有组织犯罪”,并未排斥网络黑社会性质组织犯罪的成立。

参考文献

- [1]莫洪宪.网络有组织犯罪结构的嬗变与刑法转向[J].中国刑事法杂志,2020(4):15-34.

- [2] 杨正鸣.网络犯罪概念论[J].犯罪研究,2002(2):2-7,48.
- [3] 江彬.计算机法律概论[M].北京:北京大学出版社,1992.
- [4] 于志刚.“双层社会”中传统刑法的适用空间:以“两高”《网络诽谤解释》的发布为背景[J].法学,2013(10):102-110.
- [5] 崔仕绣,崔文广.智慧社会语境下的网络犯罪情势及治理对策[J].辽宁大学学报,2019(5):87-97.
- [6] 郭莉.如何规制源自网络空间的黑恶犯罪[J].检察日报,2019-09-25(3).
- [7] 朱军彪,郭旨龙.网络空间中黑社会性质组织与恶势力的刑法认定[J].北京警察学院学报,2019(6):82-90.
- [8] 康树华.网络犯罪是一种典型的最新犯罪(上)[J].辽宁警专学报,2006(5):1.
- [9] 刘艳红.网络犯罪的法教义学研究[M].北京:中国人民大学出版社,2021.
- [10] 于志刚,吴尚聪.我国网络犯罪发展及其立法、司法、理论应对的历史梳理[J].政治与法律,2018(1):61.
- [11] 于志刚.网络“空间化”的时代演变与刑法对策[J].法学评论,2015(2):120.
- [12] 卢建平.犯罪“网络化”与刑法应对模式[J].人民检察,2014(3):5-10.
- [13] 郭玮,韩玫.传统犯罪网络化刑法解释的隐喻进路[J].河北大学学报(哲学社会科学版),2021(1):152-160.
- [14] 宋鹏.“网络黑社会”:概念、根源及惩防:以刑事司法为视角[J].贵州警官职业学院学报,2013(3):30-33.
- [15] 陈兴良.互联网账号恶意注册黑色产业的刑法思考[J].清华法学,2019(6):13-25.
- [16] 刘艳红.网络犯罪的刑法解释空间向度研究[J].中国法学,2019(6):202-223.
- [17] 希尔根多夫.德国刑法学:从传统到现代[M].江溯,黄笑岩,等译.北京:北京大学出版社,2015:422.
- [18] 龚培华,秦新承.网络时代黑社会性质组织犯罪的惩治与防范[J].犯罪研究,2010(1):10-15.
- [19] 郭玮.传统犯罪网络异化的刑法解释限度研究[M].北京:中国政法大学出版社,2022:5.
- [20] 李润华.“网络黑社会”的刑法规制[J].法治论坛,2013(29):346-355.
- [21] 魏东.黑社会性质组织“组织特征”解释论[J].当代法学,2020(5):36-46.
- [22] 90后小夫妻创办非法网站,以不实新闻敲诈勒索年入百万[EB/OL].(2019-02-28)[2022-11-12].<https://www.163.com/dy/article/E947G49705259VJL.html>.
- [23] 何荣功.避免黑恶犯罪的过度拔高认定:问题、路径与方法[J].法学,2019(6):3-16.
- [24] 卢建平.软暴力犯罪的现象、特征与惩治对策[J].中国刑事法杂志,2018(3):86-99.
- [25] 何荣功.准确认定黑恶犯罪的方法论思考[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2020(2):145-153.
- [26] 刘静坤.加强网络空间治理 惩治黑恶势力犯罪[J].人民法院报,2019-10-25(2).
- [27] 于冲.有组织犯罪的网络“分割化”及其刑法评价思路转换[J].政治与法律,2020(12):47-58.

The Formation and Identification of the Crimes of Cyber Mafia

Wang Aixian Cai Jun

Abstract: The crimes of cyber mafia are the result of the increasingly blending of cyber crimes and mafia crimes. Under the influence of the high-handed crackdown by the judiciary and the convenience of the internet, the tool attribute of the information network is gradually being used by the mafia organizations. Along with the advent of the Web3.0 era, a new type of mafia crimes has emerged quietly with the help of cyberspace as the “place” of crime. The crime of the cyber mafia has the characteristic of “evolution” and the performance of “alienation”. “Evolution” is mainly reflected in two aspects: first, the organizational characteristics of the crimes committed by mafia are further weakened; second, the behavioral characteristics of the crimes committed by mafia are softened. “Alienation” is mainly manifested in three aspects: the first is the “invisibility” of the organizational form of the criminal activities of mafia, the second is the “industrial chain” and “node” of the criminal activities of mafia, and the third is the “virtualization” of the implementation space of the criminal activities of mafia. At present, the identification of the crimes committed by the cyber mafia is still applied to the traditional identification criteria of the crimes committed by the cyber mafia. There are many problems in the identification of organizational characteristics, behavioral characteristics, harmful characteristics and other aspects, which make the judicial organs unable to accurately respond to the impact and challenges brought by the cyber mafia crimes. Therefore, it is necessary to establish the identification standard of “form+substance” based on the new characteristics and changes of the crimes committed by the cyber mafia.

Key words: crime of cyber mafia; evolution; alienation; identification criteria

责任编辑:一鸣