

# 组织未成年人进行违反治安管理活动罪 若干问题浅议

张晓菡

上海政法学院, 刑事司法学院, 上海

收稿日期: 2022年9月8日; 录用日期: 2022年11月7日; 发布日期: 2022年11月14日

## 摘要

组织未成年人进行违反治安管理活动罪位于“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章, 表明了未成年人的权利是本罪的主要保护法益。在主观罪过方面, 本罪有超越一般犯罪故意的犯罪目的, 该特殊目的的存在直接影响到了行为的犯罪性, 在理论上应属于非法定的目的犯。未成年人实施的违反治安管理活动的范围不限于法条规定的四种行为, 也不能作无条件扩张, 违反治安管理活动范围与规定的前述四种行为在性质上作同类解释, 在参照法条上应以《治安管理处罚法》为限。使用概括性词语“等”字的立法方法, 不是对罪刑法定原则的违背, 反而在一定程度上实现了刑法的稳定。

## 关键词

法益, 非法定目的犯, 同类解释, 罪刑法定原则

# Research on Several Issues Concerning the Crime of Organizing Minors to Commit Crimes against the Administration of Public Security

Xiaohan Zhang

College of Criminal Justice, Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Sep. 8<sup>th</sup>, 2022; accepted: Nov. 7<sup>th</sup>, 2022; published: Nov. 14<sup>th</sup>, 2022

## Abstract

The crime of organizing minors to violate Public Security Administration lies in the chapter of

**“The crime of violating citizens’ personal rights and democratic rights”, which indicates that the rights of minors are the main legal interests of this crime. In the aspect of subjective fault, this crime has the criminal aim beyond the general criminal intention, the existence of this special purpose directly affects the criminality of the act, and it should belong to the non-statutory purpose crime in theory. The scope of activities against the administration of public security committed by minors is not limited to the four acts provided for in the law, nor can it be expanded unconditionally, and the above-mentioned four acts violating the scope and provisions of public security management activities shall be interpreted in the same way in nature and shall be limited to the law on penalties for public security management in reference to the law. The legislative method of using the word “*et al.*” is not a violation of the principle of legality, but stabilization of criminal law to some extent.**

## Keywords

Legal Interest, Non-Statutory Purpose Offense, Congeneric Interpretation, The Principle of Legality

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

组织未成年人进行违反治安管理活动罪是在新的犯罪形势下设立的罪名。一个本由行政法规制到被刑法作入罪处理的行为，这一新罪名的出现在学界引发了各式的讨论。本文主要研究有关本罪的三方面问题：

第一，本罪有几个保护法益；具体为何内容？第二，本罪是否为目的犯？第三，“违反治安管理活动的范围”是什么？

本文探讨的以上问题本质上是联系的，之所以会有这样的讨论，是因为本罪作为新的罪名，立法在构成要件的规定上是不成熟的，司法解释尚待完备。应当承认的是，本罪的立法为学界带来了更大的讨论空间，关于学术活动，更重要的在于站在什么立场上对这样的罪名进行解释，亦不至于背离立法者设立本罪的初衷。

本文的要点为，组织未成年人进行违反治安管理活动罪有两个法益：未成年人的权利作为首要保护的法益，社会的治安管理秩序为次要保护法益。虽然法条未对本罪的主观方面明确说明，但将本罪的客观构成要件联系起来，以既不盲目扩大犯罪圈，又能做到对法益保护的立场，本罪在主观方面属于非法定的目的犯，超出一般犯罪目的的特殊目的在确认本罪违法性上的作用不可忽视。最后，被组织者实施的违反治安管理活动的范围应当相对地限制，限制范围为《治安管理处罚法》范围内的、牟利性行为。限制的依据一方面在于反对孤立地看待“等”字，而是将其与法条原文的上下文整体分析；另一方面，有条件地限制、有目的地“扩张”解释，是对个人权利与罪刑法定原则的尊重。

## 2. 组织未成年人进行违反治安管理活动罪的保护法益

### 2.1. 本罪法益的讨论

学界对本罪的保护法益共有两大类观点，“一元法益说”的支持者在观点上有未成年人权利、社会管理秩序，以未成年人相关权利的观点为主流。认同“二元法益说”的论者在两个法益的内容上相差无

几, 分歧集中在主要法益, 有论者认为主要法益为未成年人的权利, 也有论者认为社会治安管理秩序为本罪着重保护的對象。

以上四种观点实则是相互联系的。在法益的相关讨论中, 学界将《刑法》第 262 条之二的法益范围围绕在“未成年人权利”与“社会管理秩序”二者, 可见学界对本罪保护法益的研究达成了一定的共识。尽管上述四种观点对本罪保护法益的分析各有见地, 笔者认为, 第三种观点, 也即本罪的主要保护法益为未成年人权利、次要法益为社会治安管理秩序的观点是恰当的, 其他三种观点在程度上均顾彼失此。

就前二种“单一法益”的观点而言, 认为犯罪行为只侵犯到了单一法益的观点失之偏颇。无论持“未成年人权利侵害”, 还是持“社会治安管理秩序侵害”的学者, 无一例外地对立法者的立法目的进行解释, 结果却截然相反。诚然, “当不同的解释方法得出多种结论或者不能得出妥当结论时, 就必须以目的论解释为最高准则(当然应受罪刑法定原则的制约)” [1], 但单纯引用公安部在立法草案阶段提出的建议[2], 无视立法者颁布的法律条文本就是对立法目的的一种曲解。法律条文中属于客观构成要件的“组织”, 与其唯一的宾语“未成年人”的特殊性, 决定了本罪保护法益的复杂性。

“复合法益”观点对保护法益的内容并无异议, 学者们的争议体现在两个法益的主次顺序上。坚持主要法益为“社会治安管理秩序”的论者, 认同非法组织行为对社会秩序的危害, 忽视了受组织行为控制对象——未成年人。十八周岁以下年龄段的人, 因社会经历和经验的差距与成年人的生理、心理成熟程度有明显差异, 对分辨和控制自身行为的能力, 以及自己行为带来的后果缺乏成年人的认知, 这也是未成年人受到刑法特殊对待的原因。未成年人本应在接受正规教育教学的环境中树立正确的三观, 却被动灌输或主动接受畸形文化的引诱, 脱离学校和家庭环境受到非法的控制, 这对未成年人的受教育权、人身安全等权利的危害是不争的事实。另外, 社会治安秩序作为超个人法益, 虽同未成年人这般的个人法益自范围上相对, 但是未成年人群体的利益当然地属于社会利益的一部分, 缺失部分的利益当然不会成就整体的利益, 对社会利益保护的最终效果亦落实到包括未成年人在内的个人利益中去。可以这样说, 保护社会法益的最终价值不在于强调社会整体利益与公民人权高低位阶的区分, 片面地比较整体与部分利益的优先级不会带来任何有意义的讨论, 此二者的联系提示我们, 对公民个人利益的维护才是最根本的追求, 未成年人的权利是立法者侧重关心的对象。

## 2.2. 本罪法益内容的确定

刑法与犯罪的矛盾突出表现于法益之中, 刑法的保障法益机能与侵损法益的犯罪行为针锋相对。关于本罪法益内容的探讨, 又提出了新的问题: 本罪是否需要将法益的内容具体化?

主流观点认为, 本罪法益的内容应更具体详细, 少部分论者认为不必限定法益内容。反对具体化的论者把《未成年人保护法》等法律确立的未成年人保护等社会制度作为法益。还有论者认同“合法权益”。

在笔者看来, 确定本罪法益的旨趣在于: “行为不是因为它违反了刑法规范, 而在于它侵害了刑法所要保护的实质内容而成为犯罪” [3]。法益侵害是构成犯罪的必要与实质条件。构成犯罪继而纳入刑法规制的范畴, 将牵扯到人权等多方面权利, 因此犯罪的认定必须谨慎, 不宜盲目扩大犯罪圈。所以, 有论者将法益认定为“制度”、“权益”这类词语, 其范围不仅比学界讨论的“权利”外延更广, 且更为笼统和不确定, 这对法益发挥其解释构成要件的机能于事无补, 反倒陷入放弃犯罪实质概念、投身依赖行为规范属性的矛盾中。宽泛的法益无异于将刑法的管辖领域虚置, 刑罚科刑处罚的范围失去了“必要限度”的存在意义, 此举更是对公民权利极为严重的减损。

正如以上对本罪保护法益讨论的, 实践中的个案或多或少都有可能对未成年人的身体或其他相关权利、利益造成侵害。但是, 该行为必须侵犯的合法利益与该行为实际侵犯的合法利益不同, 刑法规定的法律利益保护范围不能依据该行为实际侵犯的合法利益来解释; 理解法益这一问题上, 我们必须意识到

法益排斥盖然的必然性。法益的内容直接影响到判断一个行为的入罪与否。

笔者认为，本罪与拐卖妇女、儿童罪在行为方式与法益内容上异曲同工。将本罪的法益确定为人格尊严是最能体现立法者立法目的，也能实现对未成年人的保护。本文理由如下：

构成要件上来看，拐卖妇女、儿童罪的实行行为是“拐卖”，具体实施中又有“暴力”、“胁迫”等手段。本罪的实行行为是“组织”，此处不是起辅助作用的非实行行为，而是含有多行为要素的实行行为，其中同样包括有暴力、控制等手段行为。这些行为一致地表现出行为主体与行为对象的不平等地位。就行为目的而言，未成年人被当作组织者牟取非法利益的工具；就行为性质来说，“拐卖”由“拐”和“卖”构成，“卖”必定涉及到买卖双方，拐卖妇女简单地说就是将妇女作为商品交易的行为。暴力、胁迫、引诱、拘禁等等对妇女、未成年人的身体健康、人身自由等利益带来侵害的是毋庸置疑的，但是这些外在的事实状态，实则是被害人人格尊严权利减损过程中附随的权利折损。人格尊严权才是实际上受侵害的权利。

“人格尊严”无论在宪法、民法、刑法及一般的文理解释上，都不约而同地表达出“公民应当受到来自社会及其他人最基本的尊重”这一内涵，换句话说，公民不当遭受来自任何国家、社会、个人的侮辱、暴力。康德有言：“人是目的，而非工具”。有论者提到，未成年人自愿受组织者驱使是行使“自我决定权”<sup>[4]</sup>的表现。请试想一种情况，如果本罪的保护法益是未成年人的自我决定权，那么当八岁以下年龄阶段的未成年人被组织实施了违反治安管理活动，这就出现了矛盾。因为十岁以下的未成年人无论是刑事能力或是民事能力，他们都不被认为是具有承诺能力的群体，也就是说，八岁以下的未成年人不具有向他人允诺放弃自我利益的能力，这就招致八岁以下未成年人“自我决定权”内容真空，他们没有可以履行的权利内容，这部分未成年人的权利就得不到刑法的保护。总之，任何人不可能实施以自我为对象的犯罪，未成年人是本罪的受害者，组织者对未成年人剥削的客观事实没有改变，对未成年人人格尊严的贬损是不言而喻的。

### 3. 组织未成年人进行违反治安管理活动罪的主观罪过

#### 3.1. 主观罪过的讨论

基于本罪“组织”这一客观构成要件，“组织性”使得行为人在主观方面存在某种目的是必定的。此处的“目的”非一般故意犯罪所指，“希望或放任犯罪结果发生”的一般犯罪目的，而是超出了“故意”内涵的特殊犯罪目的。从条文原文列举的“盗窃”、“诈骗”、“抢夺”、“敲诈勒索”四种行为来看，本罪的主观罪过似乎具备了“牟利”的特征，由此引发了本罪在主观罪过方面是否应以“牟利为目的”的讨论。关于这一问题，学界主要存在两种观点。

主流观点认为，本罪不存在特殊的目的，不是目的犯。持该观点的论者大多从司法实践的视角，他们认为，增添“牟利”或其他特殊的犯罪目的，无疑在构成要件方面为这一罪名增加了认定条件，这就意味着在对涉嫌本罪的某一行为的违法性判断时设置了过多的障碍。在实践中，不对本罪增加特殊的目的更便于降低指控的难度。少部分论者则持本罪在主观上应当存在特殊的犯罪目的，他们主要以特殊犯罪目的的内容为争论内容，出现了“牟利”、“使未成年人进行违反治安管理活动”等不同意见。

以上两种观点似乎都在以本罪目的犯的存在是否有利于司法实践这一角度提出、解决问题。纵然，立法的滞后性使得应用法条过程中难免出现真空地带，然而自个案倒推一个罪名的主观罪过更是本末倒置的做法，不仅错误理解立法原意，更可能无端招致犯罪圈的扩张。笔者看来，尽管二者对本罪主观罪过的讨论均未能从其本质——构成要件理论的角度进行更详尽的分析，但其论证的过程无一例外地涉及到了同一个问题，也即特殊目之于本罪的作用，或称为机能。



### 3.2. 非法定目的犯存在之确定

在讨论本罪特殊的犯罪目的之前，我们首先要回答第一个问题：本罪是否为目的犯。换句话说，也即本罪是否为非法定的目的犯？笔者认为这是肯定的。

我国刑法分则对目的犯的规定大致有“以……为目的”、“为……”、“意图……”三种方式，例如第一百五十二条的“以牟利或传播为目的”、第三百零五条“意图陷害他人或者隐匿罪证的”等等，此为法律明文规定的目的犯。那么在刑法中，是否有非法定的目的犯存在的空间？学界的通行观点承认了非法定目的犯的地位。有论者言：“在目的犯中，特别目的之有无影响到行为有罪还是无罪，是此罪还是彼罪，它是构成犯罪必不可少的构成要件要素。所以，一定的目的不管是法定的还是非法定的，只要有这样的功能都应该是目的犯。”<sup>[5]</sup>。申言之，如果本罪的特别目的影响到了行为的罪与非罪，且对于成立本罪是不可或缺的条件，那么本罪即为非法定的目的犯。

实际上，无论从目的犯的概念或是机能，都将目的犯的目的与一般故意区别开来。本罪在客观构成要件的“组织”一词使得其在目的上必然表现为直接故意，而在认为本罪不是目的犯的论者看来，仅有直接故意即可成立本罪。言外之意则为，他们认为，另外的犯罪目的没有增加新的法益侵害，它没有反映出特殊目的的机能，那么这种犯罪目的当然可以被直接故意包容。笔者认为这种观点是不准确的，理由有如下两点：

第一，从概念上来讲，犯罪故意是犯罪者的心理态度，他们知晓自己的行为会产生对违反法律规定的有害结果，并且希望或者允许该结果发生。犯罪故意有两类：直接故意与间接故意。目的犯的目的同样是一种心理态度，只不过它是由“具有不同心理内容的直接故意目的和特定犯罪目的”<sup>[6]</sup>所构成。从以上两个概念的比对中不难看出，目的犯的目的是超出直接故意的存在，其内容无法被直接故意普遍地推测出来。如刑法中法定的目的犯，它们主观方面在一般情况下均有直接故意，但它们的目内容有“牟利”、“营利”、“非法占有”等等多种，不尽相同。目的犯自身无可避免地会带有主观的意志因素，而以“目的犯”命名，代表其作为不同于直接故意的特殊目的作为犯罪的主观构成要件存在。这是直接故意与特定犯罪目的的区别，它们之间不能以包含与被包含关系来简单界定。

第二，抛开有关本罪目的内容的讨论，本罪在主观罪过上无法只因为其直接故意而被认定的原因，在于组织未成年人进行违反治安管理活动在《刑法修正案(七)》之前不作为犯罪处理，而纳入《治安管理处罚法》(后称《处罚法》)等治安法律法规的管辖之下。但值得提到的一点是，《处罚法》第20条已经有关于组织他人违反治安管理活动的规定。显然，如若没有特殊的犯罪目的，仅凭直接故意是无法将犯罪与行政违法行为划分开的，也就是说，本罪如果没有特定的犯罪目的，组织未成年人进行治安违法行为的法益侵害方面尚且不及值得刑法打击的程度。“构成要件是违法性认识的根据……不能将二者混同的一个重要理由可以说是主观的违法要素的存在”<sup>[7]</sup>，麦耶同样不否认构成要件有主观要素的存在，且认同主观违法要素对行为违法性的判断功能。由上述的论述，我们无法否认目的在确认行为违法性上的作用。

简要说，正如我国刑法中存在着大量以“非法占有”、“非法销售”、“牟利或传播”等等为目的的犯罪，这代表这些行为可能由于法律所不能接受的目的而被予以无价值处理，那么就应当承认，判断行为违法性的基准无法脱离主观要素的作用，毋论组织未成年人进行违反治安管理活动罪，这种由原行政违法行为作入罪处理的罪名，在主观目的的认定上当然更为慎重。在开放的构成要件和犯罪的情节标准没有足够司法解释的情况下，主观目的的分析在本罪的出入罪方面具有极为重要的意义。

### 3.3. 主观罪过内容的分析与确定

本罪应当属于未被刑法明文规定的目的犯，正因法律没有对本罪的目的进行明晰地确定，由此产生

对其内容的诸多分歧。关于本罪主观罪过的内容，学界主要有两类观点：“以牟利为目的”为主流，除此之外，仍有小部分论者认为，特殊目的应当是“使未成年人实施违反治安管理活动”。

从目的的内容上可以见得，以“使未成年人实施违反治安管理活动”为目的属于德日刑法目的犯分类中的短缩的二行为犯。至于后一行为，行为人或第三人必须实施才有可能完成犯罪。套用短缩的二行为犯的定义到本罪似乎很合理，但以此为内容的目的并不能与目的犯的机能，以及立法者的立法目的相照应。对此，笔者的观点如下：

首先，目的犯的目的作为构成要件的主观部分，具有排除不符合刑罚处罚规定的行为之机能，也就是构成要件的罪刑法定机能。换句话说，如果本罪的主观罪过是“使未成年人实施违反治安管理活动”，那么例如以“恶作剧”、“牟利”、“打击报复”等等为目的的行为不在刑法的科刑范围内。然而，从本罪构成要件所列举的“盗窃”、“诈骗”、“抢夺”、“敲诈勒索”四种治安违法行为的性质来看，无一不与非法获取他人利益有关。与“牟利”作为目的相比，以“使未成年人实施违反治安管理的活动”这种目的所体现行为的社会危害性质更弱。

其次，比对两种观点的联系，从中可以看到，“牟利”与客观的构成要件部分是相互对照的，其反映的是行为人意图通过诱骗、暴力、胁迫等诸多非法手段使未成年人处于自己的控制之下，并利用他们通过实施侵权类的行政违法行为最终实现获利的目的。但是，另一目的的内容似乎尚且留有疑问。组织、控制未成年人的根本目的只是让他们能够实施非法获益类的违法行为，在理论上可以讲通，但在实践中是极少出现的。这种目的不禁让人进一步发问，让未成年人实施治安违法行为又是为了什么？犯罪经济学指出，在利益的刺激下犯罪产生。犯罪人在衡量犯罪所得大于犯罪成本(例如刑罚惩罚)后，在利益的刺激下才会进行犯罪。单纯无利益驱使而实施“组织类”此种规模和危险性的犯罪行为在实践中较为少见。从最高法等部门发布的典型案例中可得知，组织者们实施的非法行为无一例外都有利用未成年人获得收益。由实践中的行为方式，我们不难看出组织者组织未成年人实施违法行为的真正目的所在——牟取利益。所以，“使未成年人进行违反治安管理活动”这种主观目的事实上无法与客观的构成要件相联系，也无法表现出这种目的的社会危害性和应受刑法处罚性。

最后，从本罪法益的角度考量，正如前文所述，本罪被设置于《刑法》分则第四章，表明立法者意图着重维护的是未成年人的相关利益。单从主要法益的角度，“使未成年人实施违反治安管理活动”更能彰显《刑法》的法益保护初衷。然而，法益保护的实现不能仅凭字面意思表述的目的，“牟利”作为目的不仅能够体现对本罪主次法益的保护，并且相对地，它体现出对本罪法益更明确的侵害性。在牟取利益心理的驱使下，犯罪人不可避免地会采取任何手段控制、利用未成年人，使他们在有组织地安排下实施小偷小摸、诈骗、敲诈等违法行为。“牟利”所能体现在未成年人这一主体方面的是对其各项权利的剥削；在社会治安管理的角度，则是一系列侵财案件给社会公众带来的不安全感，和对正常建立的社会秩序的干扰和破坏。

## 4. 组织未成年人违反治安管理活动的范围

### 4.1. “等”字含义的讨论

“等”之一字在《刑法》包括总则和分则共出现 77 次。“等”通常附加于前述具体事项或者行为之后，表达列举未尽的涵义。然而，作为一个立法高频字，由于其在现代汉语中有两个相悖的字义，导致论者对法条进行解释时多有争议。在对本罪的“等”字范围进行深入剖析前，确定该字代表“列举未尽”还是“列举煞尾”，是首要解决的问题。

本罪当中“等”字的主流观点为“列举未尽”。该观点的论者认为，未成年人从事的违反治安管理活动，是《处罚法》规定的其他行政违法行为，当然包括“盗窃”、“诈骗”、“抢夺”、“敲诈勒索”。

相对的，认为“等”字意指“列举煞尾”的少数论者，以罪刑法定原则中的明确性原则为依据，指出本罪处罚的侧重点在于法律条文列明的四种行为。至于“等”字设置的意义，基于维护刑法安全价值和确定性的考量，这个字应当从条文中删除。

“等”字的两种观点无疑都是从语言学对单字解释含义的基础之上，加入到法条之中对法律术语进行带有法律意义的解释，也就是法学研究中的“文义解释法”。但是法律条款的最终表述，是在立法者对当前社会现实和未来社会发展趋势的审查的背景下发挥主观能动性，将自己意图保护的社会、公民利益以法律的形式最终发布出来的一种方式。因此，在运用文义解释对法律文本进行内涵的分析时，将解释的结果与立法目的相联系，以排除与立法目的相矛盾的解释是不可或缺的步骤。由此，两类观点的短板就此显现出来，两种观点至少都没有结合立法者的目的进行讨论，所以将“等”字孤立地放到法律条文中解释，那么这些争论都是论证不充分的。

笔者认为，从语言学来讲，以“列举煞尾”为含义的例子如“德国、英国、法国等三大欧洲国家”，但是本罪的“等”后没有说明“此四种违法行为”，没有表明对违法行为的数量限制词。如果立法者立意惩处的就是条文列举的四种行为，从法律条款行文，和罪刑法定原则原有之意的明确性原则的角度来说，大可不使用此种含义模糊的字，直接删掉则不会导致法律解释的歧义，且能起到强调前文四种行为的作用。另一方面，我们必须意识到，法律以全体社会成员为指向，那么法律的含义至少应当达到以一般公民的认知程度所能够认识和理解的水平，在解释时“应取文字之通常含义，而不应当取其偏义或罕义”[8]。故本罪的“等”字不可轻易将其界定为“列举煞尾”。

同时，从立法的角度解释，《刑法修正案(七)》出台前，就有针对“一些不法分子组织未成年人从事扒窃、抢夺等违反治安管理活动的情况，在一些地方比较突出”[2]此种社会现象的描述。在当时的背景下，立法者将本罪的构成要件明文规定为四类侵财类的违法行为是回应社会打击此类犯罪行为的需要。另外，立法者在对行为的范围界定时也使用了“等”，立法语言学指出，“立法语言所表述的法律和法规是调整全社会的行为规范，因此，不仅需要准确、具体，同时还要求周密、完备”，所以，本罪“等”字的设置在顺应社会发展以及对未来犯罪趋势的变化方面，表现出立法的灵活性和前瞻性，这亦是刑法面对不断变化的刑事司法实践活动保持自身相对稳定性的要求。

## 4.2. 违反治安管理活动范围的探索

违反治安管理活动范围的讨论和分析是建立在“等”字取“列举未尽”含义基础上的。对于这个问题的讨论，学界主要有两类观点：大部分的论者坚持，未成年人实施的除条文确定的四种行为之外，对其他违反治安管理活动不应当做性质上的限定，也就是说违反治安管理活动的性质可以是侵犯人身权利、社会秩序、公共安全等等。与持“扩张”观点的论者相反，较少的论者认同对治安管理活动的范围进行有条件地缩小。该观点的论者认为，其他违反治安管理活动的性质应当与条文前述四项行为的性质相同，也就是应当限制在侵财类违法行为的范围内。

从以上两种观点的对比中，我们应当注意到两种观点对立的本质，那就是明确性原则与人权保障发生冲突时的价值取舍问题。“扩张论”的论者主要从法益保护和未成年人保护的立场，但他们忽视了试图通过扩大刑法处罚的范围达到法益保护目的的做法，与《刑法》实质的目的背道而驰。与此同时，这部分论者还犯了一个错误，那就是将刑法和行政法的任务混淆。不作限制的扩大在惩治犯罪方面在一定时间段内确实会发挥预期的效果，然而，这同样招致刑法处罚范围的边界与《处罚法》交叉，甚至取代《处罚法》的结果。此举无疑违背了刑法谦抑性的要求。几乎所有持“限缩论”的论者都运用罪刑法定原则理论反驳“扩张论”，但是他们却没能全面地将罪刑法定原则的内涵运用当中，千篇一律地强调“明确性原则”这一形式主义原则，实质的罪刑法定原则尚未得到彻底探究，最终难免陷入僵化的教条主义。



尽管在对“等”字含义筛选和对治安管理范围的讨论上，大多数论者都将罪刑法定原则作为辅助论点，但其中明确性原则的分类和地位未能引起他们的注意，以至于不能做到从罪刑法定原则的宏观视角去整体把握，这也导致了援引罪刑法定原则论点的不完整问题。

首先，大陆法系在对罪刑法定原则的理解上有两个方向，因此我们有必要对刑法进行定位。刑事法律所针对的对象不当然是犯罪人，“罪刑法定原则就是保障以人的尊严为基础的基本权利和自由不受国家刑罚权的恣意行使侵害的实质的人权保障原理”[9]，此为罪刑法定原则的实质侧面。相对地，就是罪刑法定原则的形式侧面。实质与形式只是理解罪刑法定原则时的相异视角，形式上来看，犯罪被理解为对成文法律的违反。在形式的罪刑法定原则中，“明确性原则”从字面意思可得其侧重于法律条文的表述方面，要求其对犯罪行为的描述、处以的惩罚应当做到确定、明白。

欲实现刑法的普遍约束力，明确的法律条文的是不可取代的重要部分。然而，在对本罪违反治安管理活动范围这一问题上的讨论，无疑显现出一个趋势，那就是只注意到形式主义的罪刑法定原则，对实质的罪刑法定原则视而不见，在对法条进行理解时过度迷信法律条文的绝对确定性，如此导致的结果则是挤占掉法官自由裁量权的空间，最终法律成为失去灵魂的教条。

为了避免在本罪的解释上再次将罪刑法定原则引入僵局，笔者认为有以下两个方面必须引起重视：

第一，承认法律的不确定性以及不确定性的价值。“等”字无论从语言文字的角度，或是在要求相对确定的法律规范的角度，都不可回避地面临开放性字义、语义的问题，这是语言文字本身特有的属性，在法律面前可以称之为一种局限。法律条文又是由语言文字进行描述的，这从根本上就决定了法律条文不可能达到高度的精确。我们有必要承认刑法中存在不确定性。这是因为社会发展变化的速度加快，立法者即便调用极大的主观能动性，也无法穷尽和制定出能够应对现实所有犯罪问题的刑法出来。使用“等”字这种集合性、概括性的法律术语正是为面对复杂司法状况的一种包容性设置，同时避免了频繁地修改刑法，这在一定程度上实现了刑法的稳定性。

第二，对本罪治安管理范围的理解，本质为实质与形式的罪刑法定原则的权衡，这一问题与实质和形式的关系有关。基于当时的历史背景，罪刑法定原则最初是被进行了形式上的理解，然而从理论的认识和发展顺序来讲，引入实质原则是为了补充形式原则的缺陷。与形式主义不同的，实质主义注意到了法律的内在价值——实质的人权保障，并且反对形式主义对法律法规僵化、教条化解释。值得注意的是，过分强调形式主义，会导致法律理解的教条主义；过分追求实质主义，则会落入另一个陷阱——法律虚无主义。所以，对罪刑法定原则的理解，不是任何情形下舍我取它的二选一命题，而是在矛盾面前，要将两者结合起来综合性地解释运用。故而这一规则可以被概括为：当形式的罪刑法定原则明显与人权保障相冲突，那么以实质罪刑法定原则为主予以修正就是可以被接纳的。

### 4.3. 违反治安管理活动范围的确定

笔者认同“限缩论”，本罪治安管理活动的范围应当作限缩，且为《处罚法》中包括侵财类行为在内的、具有“牟利”性质的行为，理由如下：

首先，从司法实践的角度来讲，不同于“盗窃”、“诈骗”等四类法条明文规定的违法行为，“组织未成年人非法有偿陪侍”近几年逐渐被大量地以第262条之二定罪。从被组织的未成年人在KTV等娱乐场所实施的行为来看确实不属于法条规定的行为。表面来看，司法活动中有将“治安管理活动范围”作扩大处理的做法，但是对比“有偿陪侍”和其他四类行为便可知，它们无一例外都带有利用未成年人并从中谋取利益的属性。此外，最高法、最高检自2019年后发布具有指导意义的典型案例只将违反治安管理活动的范围扩大至“非法有偿陪侍”，并不如同“扩张论”所言进行了无限制的扩张。

其次，“扩张论”的大部分论者在解释“等”字的范围时运用了“同类解释”的方法，这在罗马法



中又被称为同类规则(ejusdem generis)。该规则的具体适用条件可以概括为三点,“第一,作为属概念的列举应当比较多,至少两个以上;如果只有一个列举事项,在很多情况下则不容易判断“类”为何物……;第二,类概念(种概念)应当出现在具体列举之后,而不是在其之前……;第三,所有具体的属概念必须有一个明确的、重要的“公分母”[10]。将以上适用条件对应到本罪当中,可以看到,在“等”字这一概括性术语前列举有四个行为,并且在“等”字之后,更有“违反治安管理活动的”,则将前述四个行为的性质界定于“违反治安管理活动”。如此,本罪中的概括性用语便被前文的四种具体行为,以及后文的行为性质框定在违反《处罚法》的、具有牟利性的行为中。

再次,借用“扩张论”论者使用的法益与人权保护的理据,笔者不甚赞同。“刑法,首先是没有实施犯罪的善良国民的大宪章。刑法也保障实施了犯罪的国民即犯罪人的自由”,这句百年前的名句至今对学术研究仍有启示性的作用,它意味着刑法的存在不仅为了无罪公民的正当权利,而且也将犯罪人的自由视为其保护的对象。对善良公民和犯罪人的保护犹如天平的两端,绝对公平的不偏不倚是过分理想化的解释方法,不具备现实意义,但是在对本罪的概括性法律用语进行解释时,我们却可以做到相对地实现对犯罪人的惩罚范围,控制犯罪圈的无节制扩张。换句话说,对本罪的“等”字需要作相对的缩小解释,无论是对权利人的法益,或是对犯罪人的人权都能做到有逻辑和法律根据地保护,不至于陷入“口袋罪”的泥沼。

最后需要注意的是,当行为人组织未成年人所实施的行为,符合《处罚法》中的盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索该四类的,在大多数情况下应当按照本罪定罪处罚。但是,如果行为人组织实施的四种行为并未造成财产损失,或者实施的侵财行为按《处罚法》的规定情节轻微、可以弥补甚至可以忽略不计,对这种罪行程度较轻的情形,不必要按照本罪的规定定罪处罚,完全可以以人权保障的原则为指导,给予刑罚以下的其他处罚措施。

## 5. 结语

组织未成年人进行违反治安管理活动罪作为一种典型的法定犯,其诞生处于国家将行政、经济等前置法中具备严重法益侵害的行为确立为刑事犯罪的阶段,这样的刑事立法正是回应了我国部分地区的大批未成年人遭受指使,有计划地实施敲诈、勒索、偷盗等危及社会治安的现象。需要注意的是,任何新罪名出台面临着法律解释不足,和受制于语言文字与当下社会情景,不可能适配于任何情况的短板。因此,刑法学研究者有必要谨慎地对静止的法律加以解读,同时避免犯罪圈的无端扩张、将新罪名推入口袋罪的深渊。遵循这样的原则,本文在对保护法益进行分析时,以人权保障原则和罪名设置于分则第四章为出发点,认为本罪的主要法益应当限制在未成年人权利的范围,具体则是未成年人的人格尊严权。未成年人身为被害人的身份不应被“被组织者”的名称所掩盖,未成年人同样不应以任何目的被用作他人工具。本文认同:有逻辑地扩张犯罪圈不违背罪刑法定原则,此举亦为限制国家刑罚权的手段。因此,本罪实际上属于非法定的目的犯,“牟利”是犯罪目的,其超出一般犯罪故意的特殊犯罪目的是确认行为违法性必不可少的要件。违反治安管理活动的范围的性质应与前述的“盗窃”、“诈骗”、“抢夺”、“敲诈勒索”四种行为保持一致,违反的法条应与其后所述“违反治安管理活动的”——以《治安管理处罚法》为参照。如此一来,本罪解释的结论均有脉络可循,并且并不超出一般国民的理解能力。

## 参考文献

- [1] 张明楷. 法益初论[M]. 北京: 商务印书馆, 2021: 263.
- [2] 李适时. 关于《中华人民共和国刑法修正案(七)(草案)》的说明——2008年8月25日在第十一届全国人民代表大会常务委员会议第四次会议上[J]. 中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会议公报, 2009(2): 190-193.

- 
- [3] 李东海. 刑法原理入门(犯罪论基础) [M]. 北京: 法律出版社, 1998: 13.
- [4] 陈细田, 马骏. 组织未成年人进行违反治安管理活动罪适用研究[J]. 华北电力大学学报(社会科学版), 2012(5): 56-60.
- [5] 桂亚胜. 目的犯之目的争议研究[J]. 法商研究, 2006, 23(4): 69-76.
- [6] 彭辅顺. 目的犯的目的研究[J]. 河北法学, 2004, 22(11): 48-52.
- [7] 王充. 论麦耶(Mayer)的构成要件理论[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2005, 20(5): 88-92.
- [8] 致远. 文义解释法之基本认识[J]. 法律适用, 2001(8): 9-11.
- [9] 王充. 罪刑法定原则论纲[J]. 法制与社会发展, 2005, 11(3): 46-53.
- [10] 致远. 系统解释法的理论与应用(上) [J]. 法律适用, 2002(2): 38-41.