

《厦门大学法律评论》总第三十一辑

厦门大学出版社 2019 年 6 月版

《组织、领导传销活动罪：法益的嬗变与行为特质》

第 218 页～第 228 页

## 组织、领导传销活动罪： 法益的嬗变与行为特质<sup>\*</sup>

黄罕敏<sup>\*\*</sup>

**摘要：**传销在不同的时代背景下经历了从经营型传销到诈骗型传销、再到互联网集资型传销的转变，无论在哪个发展阶段，传销犯罪属于诈骗犯罪或组织领导型犯罪的困惑始终影响着对本罪的正确理解和适用。对传销犯罪的分析可知，随着组织、领导传销活动罪的发展，本罪脱离了经营活动的范畴，不应当再以市场经济秩序为保护法益，本罪的主要保护法益是以风险可控性为内涵的社会稳定法益，次要保护法益是个人的财产法益。现行组织、领导传销活动罪也应当借助法益的违法性评价机能实现立法与司法上的完善。

**关键词：**组织、领导传销；法益侵害；行为特征

### The Crime of Organizing Pyramid Selling Activities: the Evolution of Legal Interest and Behavioral Trait Huang Hanmin

**Abstract:** Pyramid schemes experienced the transformation from commodity management pyramid selling to fraud pyramid selling, then to internet financing pyramid selling in different eras. No matter in which stage of development, the confusion that the pyramid selling crime belongs to fraud crime or organizational crime has always affected the correct understanding and application of this crime. Analysis of the pyramid selling crime shows that, with the development of the crime of organizing pyramid selling activities, the crime is separated from the scope of business activities, the order of the market e-

\* 文章 DOI: 10.3966/615471682019060031015。

本文为国家社科基金重大项目“网络金融犯罪的综合治理”(编号 17ZDA148)的阶段性研究成果。

\*\* 黄罕敏,女,1991年生,福建仙游县人,厦门大学法学院博士生,研究方向:刑法学。电子信箱:hanminhuang@163.com。

economy should no longer be taken as the legal interest. The main legal interest of this crime is the legal interest about the social stability with risk controllability as its connotation, and the secondary legal interest is the legal interest about personal property. The current crime of organizing pyramid selling activities should be perfected in legislation and judicature by means of the illegal evaluation function of legal interest.

**Key Words:** organizing pyramid selling activities; infringement of legal interest; behavioral trait

## 一、传销模式的变迁：传销行为的演化及其本质追问

组织、领导传销活动罪的发展模式经历了从经营型到诈骗型、再到互联网集资型的转变,其发展更迭烙印着每个时代的特征,其保护的法益本质究竟为何是本文着力探究的问题。

### (一)传销犯罪前传：经营型传销的探索

1998年4月18日国务院发布了《关于禁止传销经营活动的通知》(以下简称《通知》),其开篇道明禁止传销活动的目的:保护消费者合法权益,促进公平竞争,维护市场经济秩序和社会稳定,国务院决定禁止传销经营活动。《通知》的规定粗简,其并未对违法传销的概念进行明确的界定,对于传销的认定依托于工商局、公安部、人民银行《关于严厉打击传销和变相传销等非法经营活动的意见》(以下简称《意见》)以及2005年8月23日国务院颁布的《禁止传销条例》(以下简称《条例》)。

《意见》界定了六种传销行为,并规定对情节严重涉嫌犯罪的,对组织者按照非法经营罪定罪处罚。《条例》第1条叙明制定条例之目的:“为了防止欺诈,保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护社会主义市场经济秩序,保持社会稳定,制定本条例”;并明确了传销的概念:“本条例所称传销,是指组织者或者经营者发展人员,通过对被发展人员以其直接或者间接发展的人员数量或者销售业绩为依据计算和给付报酬,或者要求被发展人员以交纳一定费用为条件取得加入资格等方式牟取非法利益,扰乱经济秩序,影响社会稳定的行为”。

除却行政机关的相关规定,2001年3月29日最高人民法院《关于情节严重的传销或者变相传销行为如何定性问题的批复》(以下简称《批复》)也作出回应:对传销行为以非法经营罪定罪处罚。该《批复》是《刑法修正案(七)》出台前传销活动入罪的直接依据。

该阶段正值改革开放初期,市场经济尚未发展成熟,关于传销的立法亦处于探索阶段,呈现出如下特征:

首先,随着海外经营理念的引进,鱼龙混杂的经营模式也汹涌呈现,此时的传销行为多以商品经营为幌子,并伴随着和商品经营相关的制假售假、走私贩私等违法行为。因此,该阶段对于传销活动的理解更倾向于认为是对商品经营秩序的破坏,在情节严重的情况下,以

《刑法》第 225 条非法经营罪处置。

其次，在立法目的上，无论是《通知》还是《条例》的规定，除了保障个人合法权益外，还关涉维护社会主义市场经济秩序和维护社会稳定的价值取向。在尚未厘清传销和直销的本质区别的前提下，急于通过行政法规治理经济和社会乱象的痕迹明显，法律家长主义与法律工具主义的倾向突出。

最后，对于传销犯罪的本质缺乏审慎的思考，处罚圈过大且界限模糊。传销行为涵括的范围较广，行为属于“拉人头”“团队计酬”“收取入门费”之一即可。以团队计酬为例，其存在实际的商品，以下线的销售业绩为依据计算和给付上线的报酬，事实上是扩大市场份额之需要，属于正常的直销经营，并无社会危害性，但仍纳入处罚之范围。除此，在打击传销活动中，组织者、经营者和参与者的身份如何加以认定，刑事责任如何分配，都无明晰的标准。

## （二）传销犯罪辩正：诈骗型传销的确立

《刑法修正案（七）》在第 224 条的合同诈骗罪后增设了组织、领导传销活动罪，其规定“组织、领导以推销商品、提供服务等经营活动为名，要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格，并按照一定顺序组成层级，直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据，引诱、胁迫参加者继续发展他人参加，骗取财物，扰乱经济社会秩序的传销活动的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金”。

《刑法修正案（七）》弥补了此前传销犯罪构成要件空白状态，明确了传销犯罪的客观要件，该阶段的立法意识到了以“拉人头”和“收取入门费”为手段的传销行为并无实际的经营行为，而是假借商品经营之名，行诈骗之实，因此在构成要件中强调了“骗取财物”这一限定条件，在性质上实现了从经营型传销到诈骗型传销的转变。诈骗型传销的确立在学界达成了共识，但是对于此罪名的法教义学考察仍存在不同的理解。

陈兴良教授认为：虽然条文主体内容是组织、领导传销活动，但是基于该条文对于传销内容的界定，组织、领导这种以拉人头、收取入门费为主要特征的传销活动，其实就是一种诈骗的特殊类型。<sup>①</sup> 在此，组织、领导行为仅仅是诈骗的手段，行为的本质是诈骗。因此，组织、领导传销活动罪与诈骗罪之间是法条竞合关系，按照特别法优于普通法的适用原则，对于以传销手段骗取财物的行为应当按照组织、领导传销活动罪定罪。张明楷教授持不同的看法，他坚持认为《刑法》第 224 条之一的处罚对象是对诈骗型传销组织的组织、领导行为，“骗取财物”是对诈骗型传销组织的描述，亦即，只有当行为人组织、领导的传销活动具有“骗取财物”的性质时，才成立组织、领导传销活动罪。作为显示诈骗型传销组织特征的“骗取财物”这一要素，并不要求现实地客观化。<sup>②</sup> 因此，组织、领导传销活动罪与诈骗罪之间是想象竞合关系，从一重罪处罚，按照诈骗罪定罪。

组织、领导传销活动罪果断舍弃了其隶属于非法经营的误解，转向“诈骗型传销”的新解

<sup>①</sup> 参见陈兴良：《组织、领导传销活动罪：性质与界限》，载《政法论坛》2016年第2期。

<sup>②</sup> 参见张明楷：《传销犯罪的基本问题》，载《政治与法律》2009年第9期。

释。但是,在诈骗型传销犯罪中始终笼罩着这样的迷云:本罪中“骗取财物”应该作何理解?其处于什么样的地位,是否可以直接决定该罪的性质?以及本罪的实行行为究竟是诈骗行为或对传销活动的组织、领导行为?上述未解的难题决定了定罪的方向以及罪数的认定。

### (三)传销犯罪演变:互联网集资型传销的更迭

尚未从诈骗型传销的困境中走出,传销活动裹挟着互联网席卷而来。电子交易市场的开拓,新技术和新媒介的介入,在经济的虚拟实在,赛博空间的输入过程中,电子乌托邦加创意,资本全球化空间的完整性、互联网交易市场的时空压缩、技术浪漫主义、理想主义和经验主义的传统在虚拟叙事之中相互协调。<sup>①</sup>互联网和虚拟经济改变了经济结构的同时,也出现了与其相生的风险,创新的投资方式结合传统的传销模式开启了全新的传销图景——集资型传销。

纵观互联网集资型传销主要有两种类型:一是资本运作式,二是数字货币式。资本运作式即组织者、经营者首先注册一个电子商务企业,再以此名义建立一个电子商务网站,并假托国家对电子商务产业扶持的相关政策,以网络营销、网络直销等名义,变相收取入门费,并设置各种返利机制,激励会员发展下线,并以其直接或间接发展的下线数量为返利依据。<sup>②</sup>主要以上市融资、购买原始股、投资理财等形式引诱民众交纳会费。数字货币式假借数字货币的概念,宣传没有价值的虚拟或者实体货币,诱导民众投资,鼓励发展会员并以给予奖励。

新型互联网集资型传销呈现无接触、网络化、地域分散化的新特点,利用互联网平台和金融投资理财项目等金融创新的幌子,造成波及地域广泛、受害人数众多的后果。以已经崩盘的钱宝网为例,项目年化收益率高达50%以上,其收益组成=任务收益+签到收益+推广收益+体验任务收益。其中,拉人头推广收益占了很大的比例,从而吸引大量投资者蜂拥而至,涉案金额高达300亿,影响极为恶劣。<sup>③</sup>

这种借助互联网平台的集资行为,采用拉人头和交会费的方式,意图扩大集资范围,事实上与诈骗型传销模式并无本质之区别,仅是方式上采用新花样,属于诈骗型传销的新变种。互联网集资型传销利用互联网传销的方法以达至骗取集资款的目的,同时符合集资诈骗罪的构成要件,如何处理组织、领导非法传销活动罪与集资诈骗罪的罪数适用,是互联网集资型传销所要应对的难题。

综上所述,传销犯罪的发展经历了经营型到诈骗型、再到互联网集资型,与社会经济的构建和发展相呼应。《刑法修正案(七)》对于传销活动的规定,明确否定了非法经营的特性,但是在诈骗型传销和互联网集资型传销中仍有诸多的问题尚未解决,落实到根本即:传销犯罪重在“组织、领导行为”还是“诈骗行为”?厘清传销犯罪选择何种法益为基本立场,方可准确认定传销犯罪的实行行为,以及对罪数问题作出科学的研判。

<sup>①</sup> 朱庆:《传销抑或创新:太平洋直购案的法律解析》,载《法商研究》2015年第1期。

<sup>②</sup> 付霄宇、武宇红:《网络传销犯罪适用罪名探讨》,载《人民论坛》2014年第8期。

<sup>③</sup> 参考《腾讯安全2018年上半年互联网金融安全报告》, <https://slab.qq.com/news/authority/1755.html>,最后浏览日期:2018年11月15日。

## 二、法益内涵的辨析与批判：传销犯罪法益的取舍

张明楷教授对法益的界定是：法益是根据宪法的基本原则，由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益。<sup>①</sup> 庞德对值得由法加以保护和促进的利益进行了分类和论述，把利益分为三类：即个人利益、公共利益和社会利益。<sup>②</sup> 法益具有解释构成要件的功能，用以准确区分罪与非罪、此罪与彼罪。明确传销犯罪的法益，方能对传销犯罪作出正确的理解。如何看待传销犯罪的侵害法益，立法已表明了态度，其主要是从三个维度来阐释立法之目的，即公民的合法权益、社会主义市场经济秩序以及社会稳定。公民的合法权益无疑是个人的利益，而社会主义市场经济秩序和社会稳定属于社会利益，组织、领导传销罪应当取何者为保护法益，或者兼顾哪几种法益，将影响对构成要件的解释。

### (一)个人法益与社会法益的发展交汇

法益的思想基础源于自由主义，自由主义的一项重要内容就是以个人主义反对国家权力的滥用。个人主义要求国家和法律必须服从个体的目的出发，刑罚的动用也因保护个体的生命、身体、自由、尊严、财产等而获得正当性，而非为了国家或法律本身的目的。<sup>③</sup> 将保护个人权益视为启动刑事制裁的理由，已是不容置疑的铁律，这正是人本主义的体现，个人是出发点，是任何国家制度和法律制度的最高价值。<sup>④</sup>

社会法益具有内容抽象、本质模糊的弊端，学者们对社会法益持警惕的态度，隐忧于法益丧失了约束国家权力的初衷而沦为国家权威的治理工具。能否将保护社会法益直接作为刑事处罚的根据一直争议不断，并由此分流两种观点：一元的法益观认为只有当集体法益间接地也是个人利益时，才能得到认可。共同利益以及国家利益都是从个体出发行使功能的，反推则不允许。<sup>⑤</sup> 二元的法益观倾向于认为集体法益与个人法益应当具有平等的地位，相互独立。

然而，坚持一元的法益观，固守个人法益的思维，并不能应对关系愈加紧密且日益复杂的社会情况。互联网社会、信息社会和风险社会无不强调着一个现实：人无法孤立地活着。“我们正从自我决断、个人主义、自由主义以及自我实现的理想转向越来越强调建立在人际间的愿望、期待、需求以及敏感性基础上的社会性、同情心以及宽容心——其影响方式体现

① 参见张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2000年第1版，第167页。

② 参见张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社2006年版，第104页。

③ 参见苏青：《法益理论的发展源流及其启示》，载《法律科学（西南政法大学学报）》2011年第3期。

④ 参见杨萌：《德国刑法学中法益概念的内涵及其评价》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2012年第6期。

⑤ 参见杨萌：《德国刑法学中法益概念的内涵及其评价》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2012年第6期。

为人们所表达的意见与愿望。”<sup>①</sup>只有缔造一个安全、稳定、和谐、相互信任的社会环境,关于人的各种价值才得以实现。一个社会必须拥有某些社会的、经济的、政治的、文化的制度与秩序,以作为个人与他人互动、沟通以及实现个人利益的平台界面。因而将社会各种秩序与制度正常运转的利益,提升为刑法所要保护的对象,本身即具有正当性的基础。<sup>②</sup>

因此,刑法的任务开始转向对社会法益的关注,正如国家制度、像司法机构或者货币体系或者其他的公众法益,虽然不是有形有体的对象,但是它确实是生活所必要的现实,对它的损害会长远地危害社会的效能和公民的生活。<sup>③</sup>刑法的控制不再局限于对公民个人法益侵害的关注,现代社会的刑事政策在把握风险控制上,将关口大为提前。

## (二)传销犯罪中的社会法益分析

打击传销犯罪的目的中所强调的维护市场经济秩序和社会稳定皆是社会法益的一种。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》(以下简称《意见》)中对组织、领导传销犯罪的定罪标准予以了明确,即组织内部参与传销活动人员在30人以上且层级在3级以上。该《意见》没有将骗取金额作为入罪标准予以规定。组织传销人员的人数和层级意味着什么?究竟是破坏经济秩序还是破坏社会稳定?虽然说市场经济秩序和社会稳定关涉公民生活的共同安全和自由,但是在没有规定骗取金额的情况下,高举“秩序”的名义处罚组织、领导传销活动的行为,仍有肆意扩大国家刑法权的风险,其同样面临作为法益概念不具体和不明确的质疑,对于市场秩序和社会稳定的理解应当进一步破解其背后的终极法益,这种法益应该是更为具体化和客观化的。

### 1. 市场经济秩序法益的摒弃:“经营性”本质的缺失

我国《刑法》明确规定了“破坏社会主义市场经济秩序罪”一章,“秩序法益观”受到了普遍的认同。<sup>④</sup>然而,市场经济秩序因其内容的空泛和不确定受到普遍的批判,主要认为秩序的过于抽象违背了罪刑法定原则及人权保障机能。超个人法益内容不断膨胀、宽泛,将稀释法益概念创立之初所具备的实质内涵,使其限制刑罚权的功能不断萎缩,而观念上的过于空洞的法益概念只能助长没有现实内容的总体概念假冒法益的趋势,由此就会瓦解法益概念的刑法界定力量、贬低其效能。<sup>⑤</sup>基于此,学者们苦心追问市场经济秩序法益的内在意涵。现今,对于破坏社会主义经济秩序犯罪的法益有了更多元的解读:

有学者提出社会主义市场经济秩序罪保护的是“资本配置利益”,在经济系统中,资本才是最为重要的财富形式,贯穿于生产、交换、分配和消费等经济系统的各个环节,经济系统是资金流动的载体,资本的流动过程表现为在内部市场规律或外部干预下的资本配置过程,通过合理的资本配置,国家、社会、市场主体及市场参与者均能享受到由此带来的财产性利益

① 孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,载《法学研究》2018年第6期。

② 参见何荣功:《经济自由与经济刑法正当性的体系思考》,载《法学评论》2014年第6期。

③ 参见[德]克劳斯·罗克辛:《刑法的任务不是法益保护吗》,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》第19卷。

④ 参见魏昌东:《中国经济刑法法益追问与立法选择》,载《政法论坛》2016年第6期。

⑤ 参见时方:《我国经济犯罪超个人法益属性辨析、类型划分及评述》,载《当代法学》2018年第2期。

或利益机会。<sup>①</sup> 有学者提出保护“经济自由”，有学者认为经济自由才是现代自由经济体系下的核心，经济刑法的根本目的在于保护市场主体的经济自由。经济犯罪本质上是平等市场主体滥用经济自由而导致的对其他平等主体或社会、公共利益伤害的行为。<sup>②</sup> 还有学者提出保护“国家与社会利益”，经济刑法的保护法益包括两个方面的内容：其一是国家在经济活动中的经济利益；其二是社会在经济活动中的经济利益，是指一般市场主体享有的经济自由和经济收益，如市场参与的自由、市场交易的自由、市场竞争的自由和财产安全。

将传销犯罪中所关涉的“市场经济秩序”放置在新时代市场经济的解读中，是否能够找到其应有的位置？传销犯罪的资本主要来源于以推销商品、提供服务等经营活动为名，要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格从而收取的入门费，刑法中特意明确了“以推销商品、提供服务等经营活动为名”，一针见血地指出了推销产品、提供服务只是用来作为一个哄骗他人加入传销组织的道具，而收费则是真正的目的。<sup>③</sup> 传销以直接或者间接发展的人员数量作为报酬依据，一旦没有新的成员加入，就将面临资金链断裂的结局。

因此，入门费实际上并未进入生产、交换、分配和消费等经营环节，也就谈不上侵害了资本配置利益；非法传销行为属于非法逐利，但是区别于市场经济中的逐利行为，其不依靠商品或者服务经营获利，也就不是滥用市场经营优势干预他人经营自由的行为，构不成侵害经济自由以及以市场参与自由等为内容的国家与社会的经济利益。

综上所述，传销犯罪无法在经济刑法法益中找到栖身之地，这源于传销犯罪的发展已经不再是以“市场经营”为依托，其脱离经济系统的运行轨道，不再归属于市场经济生产领域。因此，传销犯罪不属于经济刑法规制的范畴，市场经济秩序不应当再成为传销犯罪的法益。

## 2. 社会稳定法益的深解读：社会稳定风险的可控性

对于社会稳定的解释，有从哲学的辩证法、观念划分等各个不同的角度进行阐述。<sup>④</sup> 在刑法保护的语境之下，对于社会稳定的理解更多是出于风险的控制和预防，因此本文认同下述对于社会稳定的看法：社会稳定是指通过人们的自觉干预、控制和调节而达到的社会生活的动态平衡。社会稳定是指社会生活的可控性状态。所谓社会生活的可控性，是指现行的社会规范能够有效地组织人们的社会活动、协调人们之间的社会关系，即便人们的社会活动中出现了一些越出现行社会规范的行为，人们之间的社会关系上出现了一些不协调、不和谐的情况，其消极后果也总是能够被有效地限制在一定的范围之内，最终能够为现行的社会规范这样那样地化解掉。<sup>⑤</sup>

长远观之，一个处于可控状态的社会才能保证民众的安居乐业和国家的长治久安，才能营造一个安全、和谐、有序的生活和生产环境。传销犯罪的手段注定与社会稳定相抵牾，传销活动采用的是“直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据”，这就意味着传销活动

<sup>①</sup> 参见魏昌东：《中国经济刑法法益追问与立法选择》，载《政法论坛》2016年第6期。

<sup>②</sup> 参见何荣功：《经济自由与经济刑法正当性的体系思考》，载《法学评论》2014年第6期。

<sup>③</sup> 参见王恩海：《组织、领导传销活动罪的司法认定》，载《法学》2010年第11期。

<sup>④</sup> 具体对于“社会稳定”的定义性阐释详见：张恒山《“社会稳定”概念释义》，载《中共中央党校学报》2013年第2期。

<sup>⑤</sup> 参见石柏林：《安定有序社会的法学内涵与构建》，载《广州大学学报（社会科学版）》2008年第12期。

采取的是鼓励不断发展新人员加入的策略,以扩大卷钱的范围,这种“一拉十,十拉百”的传销手法扩张人数速度快且影响范围广,其破坏力不可小觑,使得社会处于失控的危险之中。

传销手段吻合了社会稳定风险扩散性和累积性的特点,在传统诈骗型传销中,还容易衍生出各种犯罪,如非法拘禁、强奸、卖淫、抢劫、绑架屡见不鲜,这也是传销最大的危害所在。<sup>①</sup>在现代互联网集资传销中,其危害更是不言而喻,通过互联网的传播,打着集资和金融创新的幌子,传销组织幽灵一般腐蚀着公民的财富和社会的安宁。社会稳定风险是网络时代的系统性风险,风险认知由于网络传媒的发达而被加强,社会稳定风险因此变得极具扩散性和传染性。<sup>②</sup>

综上所述,传销活动中组织和领导者拟定了传销策略,并将分散的人员汇集于传销组织之内,以拉人头的方式极速扩大了社会的危害范围,使得骗取财物的行为处于不可控的状态之下,亦即破坏了社会稳定。社会稳定是社会法益的一部分,严重的传销活动触碰了可控性的红线,便是对社会稳定这一社会法益的侵害。因此,传销犯罪所侵犯的社会法益为社会稳定,更具体而言,是一种社会风险的可控性。

### (三)传销犯罪中的个人法益分析

个人利益包括了人格和财产两大部分,财产为个人赖以存之必要物质,且为多数人参与社会活动之重要原动力,故也应为社会共同之重要生活利益。刑法所保护者包括财产之所有权与持有权。<sup>③</sup>无论是《宪法》第13条还是《刑法》第13条皆明确了对私有财产的保护。在传销犯罪中,明确指出,传销行为并无实际的正规经营活动,而是以收取入门费的方式以达骗取财物之目的,骗取财物是传销犯罪中重要的构成要件之一,特别是在集资型传销犯罪中,借由互联网平台吸引被害人投资而使其遭受财产损失的案例比比皆是。因此,立法目的中一再强调的保护消费者合法权益或是保护公民、法人和其他组织的合法权益皆指个人的财产权利,传销犯罪侵犯了公民的财产权利这一个人法益,不言而喻。

综上分析,组织和领导行为是传销犯罪骗取财物得逞的根源,且使得非法传销活动大肆扩张,置社会稳定于失控的风险之中。追究传销犯罪应当走出破坏社会主义市场经济秩序的误区,明确保护公民的个人财产法益和可控性的社会稳定法益方为设立传销犯罪的应有之义。

## 三、传销犯罪的适用与革新:社会稳定风险的可控性

### (一)传销犯罪法益以保护社会法益为优先

确定了传销犯罪中个人法益与社会法益并存的情状之后,定有新的疑问:个人财产法益

<sup>①</sup> 参见贾宇:《论组织、领导传销活动罪》,载《人民检察》2010年第5期。

<sup>②</sup> 参见徐亚文、伍德志:《论社会稳定风险评估机制的局限性及其建构》,载《政治与法律》2012年第1期。

<sup>③</sup> 参见林山田:《刑法特论》(上册),台湾三民书局印行1978年第5版,第8页。



与社会稳定法益,应当以何者保护为先?本文观点认为应当以保护社会稳定的法益为优先,基于以下几个理由:

### 1. 骗财手段的特殊性

传销犯罪规定“骗取财物”为构成要件,缺乏“骗取财物”这一关键要素,甚至都不能称为非法传销行为。有学者认为组织、领导传销活动罪作为传销诈骗罪,其与诈骗罪之间显然存在特别法与普通法的竞合关系。<sup>①</sup>但事实上,组织、领导传销活动背后的诈骗行为并不能吸收和评价组织、领导的行为。

与传统诈骗或者合同诈骗不同,传销犯罪是席卷范围广泛的涉众型犯罪,其受骗对象多数且不特定,骗财手法极具特殊性,危害性大。因此“骗取财物”这一行为通过诈骗罪即可得以规制,但诈骗罪无法全面评价这种目标广泛、发展迅速的诈骗行为,打击通过“组织、领导”行为直接或者间接发展下线,扩大传销组织的行为才是本罪设立的重点所在。骗取财物损害的是个人财产法益,“组织、领导”行为危害的是社会稳定的社会法益,本罪重在保护社会法益,而以保护个人法益为辅。

### 2. 刑事政策的考量

我国奉行“宽严相济”的刑事政策,在案件中区别对待、宽严有度。在涉众型刑事案件中就表现为对负主要责任,起组织、领导、决策作用的,要从严打击;对起次要作用且积极退赃、认真悔罪的,可从宽处理;对于一般参与者,特别是本身也是受害者的,要本着教育挽救的原则,可以考虑不予追究刑事责任。<sup>②</sup>

传销犯罪是一种非常特殊的犯罪,所有参与者一旦加入传销组织,即参与进骗取财物的非法活动,但是普通参与者同时也是受害者,很多参与者为了使自己早日解套而发展下线以收取人头费,因此对于普通参与者而言,其实质危害性并不大。故而,如若以侵害个人财产法益为主要法益,无论其在传销组织中发挥的作用是大是小,参与诈骗财物的大部分人员都将受到刑事追究,打击面积过大,有失公允。因此,出于刑事政策的考量,将以危及社会可控性风险为核心的社会法益作为主要法益,划定对社会稳定影响较大的传销活动主要领导者以及组织者作为刑事责任承担者,才能真正实现宽严相济。

### 3. 立法原旨的偏向

《刑法修正案(七)(草案)》也规定:“组织、领导实施传销行为的组织,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”《关于〈中华人民共和国刑法修正案(七)〉(草案)的说明》有如下表述:“当前以‘拉人头’、收取‘入门费’等方式组织传销的违法犯罪活动,严重扰乱社会秩序,影响社会稳定,危害严重。目前在司法实践中,对这类案件主要是根据实施传销行为的不同情况,分别按照非法经营罪、诈骗罪、集资诈骗罪等犯罪追究刑事责任的。为更有利于打击组织传销的犯罪,应当在刑法中对组织、领导传销组织的犯罪作出专门规定”,由上述组织、领导传销活动罪的“立法前史”可见,设立组织、领导传销活动罪的初衷是为了处罚组织、领导传销犯罪的行为。

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》中以组织内部参与

<sup>①</sup> 参见陈兴良:《组织、领导传销活动罪:性质与界限》,载《政法论坛》2016年第2期。

<sup>②</sup> 参见印仕柏、李春阳:《涉众型经济犯罪之刑事政策及其适用》,载《法学评论》2010年第5期。

传销活动人员在 30 人以上且层级在 3 级以上为入罪的依据,也体现了对传销行为传播性的警惕,重点打击的是组织、领导行为,而传销资金多寡的量刑规定仅在“情节严重”上体现。因此,从立法的原旨中可以窥见对于组织、领导传销活动罪的设立,意在优先保护社会法益。

## (二)组织、领导传销活动罪的立法重构

### 1. 将本罪调整放置于“扰乱公共秩序罪”中

有学者认为组织、领导传销活动犯罪严重危害公共秩序,应当将组织、领导传销活动罪放入《刑法》第六章“妨害社会管理秩序罪”的第一节“扰乱公共秩序罪”中。因赌博犯罪与传销犯罪都是利用人们投机取巧、不劳而获、快速敛财的人性弱点,两者都是一种投机行为,在《刑法》第 303 条中增设传销犯罪,列为第 303 条之三位位于赌博罪之后。<sup>①</sup>

本文认为组织、领导传销活动犯罪不存在实际的经营行为,不适宜放置在破坏社会主义市场经济秩序罪的章节之中,本罪以保护社会稳定的法益为主,第六章第一节的“扰乱公共秩序罪”是其应有的归宿。本文不认同将其放置在赌博犯罪中,因其处罚的并非投机行为,而是传销模式使社会风险失控的行为,因此建议可以在扰乱公共秩序罪这一节中直接增设组织、领导传销活动罪。

### 2. 增加传销金额为入罪标准

追究传销犯罪以侵害社会法益为主要的参考标准,也应当兼顾侵害个人法益的考量。当前,传销犯罪的认定以传销发展人数和层次为入罪标准,没有考虑“骗取财物”这一因素,其仅仅在“情节严重”上规定了“直接或者间接收取参与传销活动人员缴纳的传销资金数额累计达二百五十万元以上”的数额标准,因此,存有打击范围过大之嫌。在传销犯罪的入罪门槛设置上可以增加收取传销资金数额的标准,除了满足发展传销人员人数和层级之外还需骗取一定的传销资金方能构罪,以此符合侵害个人财产权利这一次要法益,体现刑法的谦抑性原则。

### 3. 降低传销发展层级的标准

传统传销犯罪多发生于熟人圈内,通过人身和精神的双重控制发展下线。这种通过“杀熟”发展下线的主要方式,以个人基于亲人和朋友的信任为砝码,扩大其骗取财物的范围。在现今互联网集资诈骗的模式中,互联网成了发展下线的新媒介,其突破了固定“朋友圈”的限制,传播速度之快呈指数倍增长,因此互联网的社会稳定风险可控性与传统社会的社会风险可控性不可同日而语,互联网空间的三个层级影响范围远大于传统社会线下发展的三个层级范围,因此,降低传销发展层级的标准才能应对互联网时代的新情势。

## (三)组织、领导传销活动罪的司法适用

### 1. 组织、领导传销活动罪的实行行为

本罪以侵害社会法益为主,组织、领导行为是本罪的实行行为。以行为自身的有责性为

<sup>①</sup> 参见贾宇:《论组织、领导传销活动罪》,载《人民检察》2010 年第 5 期。

基点,组织、领导行为可基本被区分为反映行为实行性和非实行性两类,前者(如非法组织卖血的行为)区别于后者(如一般犯罪集团中的组织、领导行为)的实质在于将传统意义上身居幕后的实行行为提至幕前,以行为的实行性为独立评价标准。<sup>①</sup>组织、领导传销活动罪以破坏社会稳定的传销行为为主要规制对象,不同于合同诈骗罪、诈骗罪等传统诈骗罪,其骗财模式以一对多的方式发展,因此,将组织、领导行为视为实行行为,在罗织犯罪网络时即可予以打击,有助于犯罪预防的前置。

## 2. 组织、领导传销活动罪与诈骗罪、集资诈骗罪的罪数问题

“骗取财物”作为组织、领导传销活动罪一个重要的构成要件要素,同时也符合《刑法》第266条诈骗罪的相关规定,组织、领导传销活动罪是“以拉人头”和“收取会费”为特殊诈骗手段的诈骗犯罪。因此,二者具有普通法条和特别法条的竞合关系,因诈骗罪中明确“本法另有规定的,依照规定”,故而,以传销的手段实施骗取财物的行为只能按照组织、领导传销活动罪实施刑事处罚。

在互联网集资型的传销模式中常常混杂着与集资诈骗相互交融的关系,但是以侵害法益不同为界分标准,二者的关系便可泾渭分明。互联网集资型传销中以侵害社会稳定为主要法益,集资诈骗破坏的则是金融秩序法益,如果在集资过程中以缴纳入门费以及以发展人数为计酬依据的话,显见是符合传销犯罪特点的,对其组织和领导者应当以传销犯罪论处,如果并非采取上述的集资手段,而是通过发行股票、债券等方式进行集资的宜认定为集资诈骗罪,对于二者的认定可谓“上帝的归上帝,恺撒的归恺撒”。

对传销犯罪的认定关键在于是否采用缴纳入门费和以发展人数为计酬依据的手段骗取财物,传销的特殊手段是认定传销犯罪区别于其他犯罪的关键。当然,组织、领导传销活动犯罪仅对组织者和领导者予以刑事规制,对于积极参与者,如果未达到组织、领导的层级标准,但是骗取财物较大,具备实质违法性,达到了诈骗罪的入罪标准的,仍然可以按照诈骗罪予以制裁。

本文看来,传销犯罪经历了从经营型到诈骗型再到互联网集资型的转变,立法者所忌惮的是传销这种不切实际的发财梦的急速扩张和蔓延,它所搭建的金字塔没有以现实厚重的经营为支撑,时刻立于摇摇欲坠的危险之中,而这种金钱游戏仍在继续,传销犯罪所要打击的正是这种不可控的危及社会稳定的风险,以恢复免于焦躁的社会风气,并努力于人心秩序的重新建立。

<sup>①</sup> 参见刘博:《刑法中“组织、领导”行为类型探究》,载《西南石油大学学报(社会科学版)》2015年第9期。