

集合犯研究

Research on the Aggregate Offence

张莉琼 著

武汉大学刑法博士文丛（18）



中国人民公安大学出版社

武汉大学刑法博士文丛 (18)

集合犯研究

张莉琼 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

集合犯研究/张莉琼著. —北京: 中国人民公安大学出版社,
2011. 1

(武汉大学刑法博士文丛)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0253 - 4

I. ①集… II. ①张… III. ①犯罪构成—研究—中国

IV. ①D924. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 243853 号

集合犯研究

张莉琼 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2011 年 1 月第 1 版

印 次: 2011 年 1 月第 1 次

印 张: 8. 875

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 240 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0253 - 4

定 价: 30. 00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

武大刑法博士文丛

编 委 会

顾问：马克昌

主任：莫洪宪

委员：莫洪宪 林亚刚 康均心 许发民

刘艳红 皮 勇 陈家林

总 序

依法治国、建设社会主义法治国家已成为我国的基本治国方略，而刑事法治是社会主义法治的重要组成部分。因此，以刑事法治为研究内容的刑法科学也一直受到国家和社会的重视。改革开放以来，我国的刑法学研究取得了长足的进步，研究领域日益扩展，研究层次不断提高，呈现出空前繁荣兴旺的景象。这一大好局面的取得，离不开几代刑法学人的奋斗，其中也包括刑法学博士研究生们的努力。他们风华正茂、思想活跃、勤于探索、刻苦钻研，所撰写的博士论文一般说来选题合理、资料翔实、思路开阔、论证充分、精品迭出，为刑法理论的完善与发展作出了贡献。

武汉大学刑法学科从 1987 年开始招收博士生。在将近 20 年的时间里，为社会输送了一批又一批高质量的人才，同时也使博士点本身得以不断发展与壮大。武汉大学刑法学的博士生们关注刑法基础理论的研究，重视学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到好评。进入新的世纪，由于博士生招生规模的扩大，每年毕业的博士生数量大增，优秀博士论文的数量也相应增多，以往每年出版两本毕业论文的规模已经跟不上形势的发展变化。如果优秀的博士论文因各种原因不能付梓，研究成果无法与读者见面，既不利于理论成果的社会共享，也不利于年轻学者的脱颖而出。有鉴于此，我们与中国人民公安大学出版社洽商，设立“武大刑法博士文丛”，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版一批优秀的刑法学博士论文，形成

集合犯研究

规模效益，可以凝聚成一股学术力量，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

“武大刑法博士文丛”由武汉大学法学院刑事法研究中心的教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选择范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。“武大刑法博士文丛”的质量，取决于入选论文的水平。它的社会评价的高低，是检验武汉大学刑法学博士点教学研究水平的试金石。希望我们的博士研究生能够潜心治学、求真务实、重视创新、锐意进取，写出高质量的博士论文，使这套文丛不断有优秀著作问世。

最后需要提出的是，多年来中国人民公安大学出版社给予了武汉大学刑法学科大力支持，“武大刑法博士文丛”的顺利出版正是这种支持的又一具体体现。借此机会，我本人并代表编委会谨向中国人民公安大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

2006年夏于珞珈山



引 言	(1)
第一章 集合犯概念辨析	(4)
第一节 集合犯的概念	(4)
一、国（境）外刑法学中的集合犯概念	(4)
二、我国刑法学中的集合犯概念	(14)
三、集合犯概念的检讨	(18)
第二节 集合犯的理论依据	(21)
一、国（境）外刑法学中集合犯的理论依据	(21)
二、我国刑法学中集合犯的理论依据	(27)
第三节 集合犯的体系定位	(31)
一、集合犯罪数与构成辨析	(31)
二、定位于法定一罪之辨析	(35)
第二章 集合犯的构成特征	(46)
第一节 集合犯的客观特征	(46)
一、集合犯的行为特征	(46)
二、集合犯的时空特征	(59)
第二节 集合犯的主观特征	(63)
一、集合犯的罪过形式	(63)
二、集合犯的罪过内容	(64)
第三节 集合犯的法益特征	(71)
一、集合犯规范所保护的法益特征	(71)
二、集合犯所侵害的法益特征	(74)
第四节 集合犯的法律特征	(78)

集合犯研究

一、集合犯是立法现象	(78)
二、触犯同一罪名	(81)
第三章 集合犯的理论分类	(86)
第一节 集合犯理论分类之概览	(86)
一、国(境)外刑法学中集合犯的理论分类	(86)
二、我国刑法学中集合犯的理论分类	(92)
三、集合犯理论分类之小结	(96)
第二节 集合犯基本类型之辨识	(98)
一、常习犯	(98)
二、常业犯	(108)
三、营业犯	(116)
四、职业犯	(125)
五、集合犯基本类型之小结	(129)
第四章 集合犯立法分析	(131)
第一节 集合犯立法概述	(131)
一、国(境)外集合犯立法概述	(131)
二、我国集合犯立法概述	(140)
三、集合犯立法之小结	(143)
第二节 我国刑法中的隐性集合犯分析	(144)
一、以“多次”表述的集合犯	(144)
二、以“情节”表述的集合犯	(156)
第三节 我国刑法中的常业犯	(160)
一、以“多次”表述的常业犯	(161)
二、以“情节”表述的常业犯	(172)
三、以曾受处罚为前提的常业犯	(179)
四、赌博罪中的常业犯	(180)
第四节 我国刑法中的营业犯	(183)
一、生产、销售型营业犯	(184)
二、非法经营型营业犯	(185)

三、知识产权犯罪中的营业犯	(187)
四、金融犯罪中的营业犯	(188)
第五节 我国刑法中的常习犯	(190)
一、财产犯罪中的常习犯	(191)
二、侵犯人身权犯罪中的常习犯	(191)
三、妨害社会管理秩序罪中的常习犯	(192)
第五章 集合犯与相关罪数形态的关系	(194)
第一节 集合犯与连续犯	(194)
一、连续犯理论概述	(194)
二、集合犯与连续犯关系辨析	(198)
第二节 集合犯与接续犯	(205)
一、接续犯理论概述	(205)
二、集合犯与接续犯关系辨析	(208)
第三节 集合犯与继续犯	(212)
一、继续犯理论概述	(212)
二、集合犯与继续犯关系辨析	(216)
第四节 集合犯与同种数罪	(220)
一、同种数罪理论概述	(220)
二、集合犯与同种数罪关系辨析	(224)
第六章 集合犯理论的司法运用	(228)
第一节 集合犯的处断原则	(228)
一、国（境）外刑法中的常习犯处断方式	(228)
二、我国集合犯的处断方式	(229)
第二节 集合犯的既未遂形态	(231)
一、国（境）外集合犯既未遂形态的认定	(231)
二、我国集合犯的既未遂形态	(233)
第三节 集合犯的追诉时效	(236)
一、集合犯追诉时效的计算原则	(236)
二、我国集合犯的追诉时效起算方式	(238)

集合犯研究

第四节 集合犯遗漏行为的处理	(241)
一、国（境）外集合犯的处理原则	(241)
二、我国集合犯的处理原则	(243)
第五节 集合犯的共同犯罪	(245)
一、集合犯的继承的共同正犯	(245)
二、集合犯的帮助犯	(247)
余论 集合犯的立法建议	(250)
一、有关数额累计计算的规定	(250)
二、集合犯的规定应考虑同一罪名的前科	(253)
参考文献	(256)
后记	(270)

引 言

罪数问题不仅仅是一个犯罪论、刑罚论的问题，更是一个涉及刑法价值取向标准的问题，在判断上显现出特有的复杂性。我国刑法总则没有对罪数形态作统一规定，学界对各个罪数形态的构成特征与处断原则也少有一致的观点，连续犯、牵连犯与吸收犯等罪数形态更是面临存废与否的争议，这都增加了罪数理论研究的难度。

在我国罪数形态领域中，以同种危害行为反复实施为客观构成特征的连续犯、接续犯以及集合犯等罪数形态的研究相对薄弱。我国刑法学通说一方面承认这些罪数形态各有其独立的构成特征、法理基础及处断原则；另一方面又认为我国司法实务对同种数罪不并罚，这些相近罪数形态也就没有区分的必要。这种既承认其现实存在性又否定其存在意义的做法使这一领域的理论与实务都比较混乱。其实，连续犯、接续犯、集合犯以及同种数罪都各有其独立的特征，如果无视它们之间的区别而作统一的理解与处断，则很难作出令社会信服的刑事判决。

在上述罪数形态中，其存在有法律依据但研究却最为薄弱的是集合犯。在我国刑法学界，集合犯罪形态仅在一部分统编刑法教材中有简单介绍，期刊论文也只有林亚刚教授的《论集合犯》（载《法学研究》2001年第3期）对集合犯进行了深入系统的研究。此外，张小虎教授所著《犯罪论的比较与建构》一书、蒋晗华的论文《集合犯研究》对集合犯的构成特征都作了一定的研

集合犯研究

究。由于理论研究薄弱，实务部门通常用连续犯、接续犯或同种数罪的理论解释集合犯问题，但因为理论与事实缺乏对应性，解释也就缺乏说服力。笔者认为，研究集合犯，正确厘定集合犯罪形态的本体与关系问题，是解决以同种危害行为反复实施为客观构成特征的罪数形态领域混乱局面的关键。在本书中，笔者意图探究集合犯的本体、关系以及相关司法疑难问题，并提出一定的立法建议。

集合犯理论研究的意义主要体现在以下两个方面：

首先，作为一种立法现象，集合犯的存在有立法依据，这与作为司法现象的连续犯、接续犯是有区别的。因此，集合犯不应有存废与否的争议，而是应该根据集合犯理论对立法规定进行解释，明确集合犯的存在范围。因此，借鉴德日集合犯理论并结合我国集合犯立法，加强对集合犯构成特征与法理基础的研究，对集合犯设置规律进行科学总结和概括，对集合犯立法不足进行深入检讨和建议，是本书要解决的问题之一。从这一角度而言，集合犯理论研究具有一定的立法指导意义。

其次，针对刑法实践性强的特点，对集合犯与连续犯、接续犯、继续犯、同种数罪等相近罪数形态进行比较研究，对集合犯的构成特征、处断规则、既未遂形态、共同犯罪形态以及诉讼时效进行研究，为司法实务解决实际问题提供理论支撑。而且通过介绍德日刑法理论与实务的做法，可以为我国司法实务解决实际问题提供有益的思路。

集合犯理论产生和发展于德日刑法学。德国与日本刑法对集合犯的明确规定以及成熟的集合犯理论体现了其刑法学研究之深入细致性的一贯传统。这些对我国刑事立法与理论研究都是值得学习和借鉴的。因此，加强对集合犯理论的比较研究，借鉴和吸收德日刑法学关于集合犯理论的合理内核为我所用，对完善我国集合犯立法与理论具有重要的理论价值与实践意义。基于此，笔者主要以比较刑法学的视角展开对集合犯理论的论述。

在本书的写作过程中，作者参考了中外刑法学界前辈和同仁已有的研究成果，在此表示感谢；同时，也对其中的一些观点提出了商榷、质疑乃至批评，不当之处，敬请学界批评指正。

第一章

集合犯概念辨析

第一节 集合犯的概念

集合犯概念及理论并非我国传统刑法学的产物，它源自德国，由德国传入日本等大陆法系国家和地区。集合犯理论所研究的犯罪现象在多数国家刑法中有规定，如意大利刑法中的惯犯、俄罗斯刑法中的屡次犯等。本书的研究主要借鉴德日等大陆法系刑法学集合犯理论，并立足我国刑事立法与实务。

一、国（境）外刑法学中的集合犯概念

（一）德国刑法学中的集合犯概念

根据现有资料分析，集合犯理论源于德国。刑事社会学派的代表人物德国学者李斯特较早使用了这一概念，他认为，集合犯（Kollektivdelikt）属于法学上的行为单数概念，是指出于一个犯罪故意而实施数个行为、科处一个刑罚的犯罪。^①德国学者耶赛克和魏根特认为，短期内多次实现同一构成要件的行为属于自然

^① [德] 弗兰茨·冯·李斯特著：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版。李斯特先生在该书中论述了集合犯的概念及分类。此书初版于1881年，1919年李斯特先生逝世前再版。我国学者翻译的是1931年的第26版，这应该是最早介绍集合犯概念的著作了。

的行为单数。有些刑法规定在行为描述中就已经将不特定数量的具体行为包括在内，如谍报行为、伪造金钱、实施性行为、侵害狩猎权或互殴。认定行为单数的先决条件是，数个构成要件的反复对法益的破坏只是意味着数量的增加（单一的不法），此外，犯罪行为是基于单一的动机基础（单一的罪责）。自然的行为单数不因不同主体的人身专属法益的被破坏而排除。^①德国学者冈特·施特拉腾韦特洛塔尔·库仑认为：“只有从教义史的理由出发，竞合论中值得一提的还有集合犯（Sammelstraftaten 或 Kollektivdelikt）。很多犯罪构成要件中，职业性、习惯性或者业务上的犯罪行为，要么是构成犯罪的行为，要么是加重处罚的行为。过去，根据单独行为之间的相互联系，法院也认为成立行为单数，但后来考虑到，在刑事政策上以及程序法上由此出现的错误结果，比连续犯中还要严重，因而放弃了这种观点。理论界对此完全赞同。”^②

集合犯是德国刑法学中竞合理论的内容，其地位相当于我国刑法学中的罪数理论。竞合理论主要通过行为单数与行为复数来衡量罪数单复。某些犯罪从外观上看有数行为，似乎是数罪，但从实质上看，该数行为间有一定的联系，故为行为单数，只构成一罪。行为单数包括自然的行为单数、构成要件的行为单数和法的行为单数，数个行为单数则构成行为复数。

构成要件的行为单数可分为两类：一是狭义的构成要件行为单数，即从单纯实现构成要件本身就可认定为行为单数。这包括三种情况：（1）实现了法定构成要件的最低先决条件的单一的行为；（2）构成要件本身是以实施数个具体行为为条件的情况；

① [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 864 页。

② [德] 冈特·施特拉腾韦特洛塔尔·库仑著：《刑法总论——犯罪论》，扬萌译，法律出版社 2006 年版，第 433 页。

集合犯研究

(3) 继续犯的情况,即犯罪行为造成一种违法状态,该违法状态由行为人所维持,并因其继续存在而不间断地继续实现犯罪构成要件。

二是广义的构成要件的行为单数,即如果行为人超越了单纯实现构成要件,根据相关刑法规定也应当被认为是行为单数(自然的行为单数)。这其实是指这样一些情况,在某些情况下,数个不同的行为同时或在狭窄的时空范围内彼此联系,或为实现单一目的而实施,包括集合犯与接续犯两种情况。

法的行为单数是指连续行为。即通过解释构成要件,将数个具体行为概括为一个行为单数。如同一人实施大量同种类犯罪类型,对这些犯罪单个进行程序上的确认和审理是没有意义和不可能的。这种情况下,判例通过认定一个“法律上的行为单数”来致力于避免强制对所有具体的行为进行确认和避免强制适用实质竞合的有关规定。^①

广义的构成要件行为单数是对构成要件行为文义解释的结论,这与狭义的构成要件行为单数是清清楚楚规定在刑法条文中的情况不同,与连续犯的法的行为单数也不同。法的行为单数中的数行为并非构成要件本身具有的内容,而是出于诉讼便宜的需要,将数个犯罪拟制为法的行为单数。集合犯中数个自然意义的一行为是基于目的的单一性成为自然的行为单数,并基于构成要件的规定而成为构成要件的行为单数,多次行为只具有单一的违法性与罪责,根据法律的规定,只需要进行一次违法性评价与罪责评价就够了。因此,集合犯属于一罪,是法定一罪。

从定义上看,上述学者所定义的集合犯范围有一定的区别。耶赛克教授与魏根特教授认为集合犯属于自然的行为单数,所谓的自然的行为单数,并非是从规范的角度而言的,而是根据社会一般观

^① 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第861~873页。

念,从行为本身的性质观察,该行为由数个相同的举动构成。这对集合犯的存在范围作出了严格的限制,集合犯成为行为本身具有反复复制性质的犯罪类型。相比较而言,李斯特教授与冈特·施特拉腾韦特洛塔尔·库伦教授都是从规范的角度定义集合犯,认为集合犯是构成要件的行为单数,“是构成犯罪的情节,要么是加重处罚的情节”,因为在德国刑法中,情节是构成要件的组成部分,这就揭示了集合犯构成要件规定性的本质特征。

(二) 日本刑法学中的集合犯概念

日本刑法学界普遍承认集合犯概念,对集合犯的理论认识也基本一致。只是在概念的表述上有所不同:(1)集合犯,由于是以同种行为的反复为构成要件要素的犯罪,所以被反复的同种行为即使各个行为每一个都符合其构成要件,在构成要件的性质上,被评价为一个犯罪。^①(2)集合犯是可以预想在构成要件的性质上,数个同种类的行为,基于同一的意思倾向而反复实施时,即使实施了数个行为,他们全体只不过构成单纯一罪。也有认为只有在集合犯的场合才成立包括的一罪。^②(3)集合犯是指构成要件自身预设了同种行为的反复实施的情况。反复实施的同种行为分别符合各个构成要件,但是,在性质上他们被包括地作为一罪评价和处断,有常习犯、营业犯和职业犯三种。^③

在日本刑法理论学中,集合犯属于罪数论中包括一罪的一种类型。但日本刑法学中包括一罪的含义并不明确。从广义上讲,是指“某一犯罪事实外形上似乎数次符合构成要件的场合,应包括于一

① [日]板仓宏著:《新订刑法总论》,劲草书房1998年版,第359页。转引自马克昌著:《比较刑法原理(外国刑法学总论)》,武汉大学出版社2002年版,第778页。

② [日]木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣、郑树周等校译,上海翻译出版公司1991年版,第398页。

③ [日]西原春夫等编著:《判例刑法研究4》,有斐阁1981年版,第273页。