

论 集 合 犯

林 亚 刚*

内容提要：“集合犯”在海外刑法理论中是使用比较普遍的一个概念，而我国理论界只是在近年才有学者关注。基于我国刑法已经取消了对“惯犯”的规定，因此，有必要借鉴海外刑法理论对于集合犯的研究，联系我国刑法理论和现行刑法的规定，对刑法中的集合犯的基本理论问题予以研讨。

关键词：刑法 集合犯 构成条件 处罚原则

一、集合犯的概念

我国刑法理论过去多注意研究惯犯，而对集合犯则少人问津。考虑到修订的刑法取消了惯犯的规定，而在刑法理论上，常业犯、常习犯、惯犯、职业犯、营业犯等包括在集合犯中，因此，刑法中集合犯的法律规定应当纳入研究的视野。但讨论集合犯，有必要首先考察和借鉴海外刑法理论中集合犯理论的论述。

在海外（主要是大陆法系国家如德国、日本等）的刑法理论中有集合犯的概念。其理论主要在两个方面涉及到集合犯：一是在必要共同犯罪形式中。如日本学者认为：“所谓集合犯罪，是指犯罪的实行以多数人的协力为必要的共犯的形式之一，要求多数人的协力向同一目的（方向）集中的犯罪。”^{〔1〕}二是在罪数形态理论中。如：“集合犯，是指构成要件在性质上，预定有数个同种行为反复实施的情况，但即使数个行为反复实施，全部被包括在一罪中。”^{〔2〕}“集合犯是构成要件本身预想有数个同种类的行为。例如常习犯的场所，常习赌博者即使实施数次赌博行为，只能构成常习赌博（第186条第1款）一罪。又营业犯的场所，即使反复实施未经准许的医业行为，仍不过是成立未经准许医业罪一罪。”^{〔3〕}德国刑法理论中也是在此意义上使用这一概念。如李斯特说：“属于法学上行为单数概念的还有所谓的集合犯。它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。”^{〔4〕}受德、日刑法理论的影响，我国台湾理

* 武汉大学法学院副教授。

〔1〕 [日]犯罪学研究会编，《犯罪学辞典》，成文堂1982年版，第248页。

〔2〕 [日]齐藤信宰：《刑法讲义（总论）》，成文堂1991年版，第397页。

〔3〕 [日]前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会1996年版，第537页。

〔4〕 [德]弗兰茨·冯·李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版，第391页。

论界对集合犯也有相同认识。例如：“集合犯为必要的共犯之一种。即集合多数人，以同一目的而为共同行为之犯罪”^{〔5〕}；“刑法分则中集合某种有惯常性之行为，认为成立特殊一罪者，学理上谓之集合犯。”^{〔6〕}

显然，上述两种对集合犯的界定，认识问题的角度不同，前者是指“人”的聚合，后者则是“行为”的积聚，以至于得出完全不同的概念。诚如日本学者指出的：“集合犯罪一词，也是必要共犯的一种，用于指集合的犯罪或者集团的犯罪，不过这完全是另一种意思了。”^{〔7〕}那么，集合犯在犯罪论中应当在共同犯罪中还是罪数形态中去研究呢。我们认为，集合犯的概念虽然涉及到共同犯罪，也涉及罪数形态，但是，从研究集合犯刑事责任的角度看，罪数形态是问题的主要方面，在此探讨集合犯比较适宜。

首先，在刑法理论上，为区别共同犯罪中的集合犯与罪数形态中的集合犯，日本学者将前者称为“众合犯”，后者称为“集聚犯”，^{〔8〕}但是绝大多数的文献是在罪数形态的理论中使用集合犯这一概念，而在共同犯罪中主要使用“众合犯”这一概念，已成为通行的研究做法。其次，在共同形式的犯罪中涉及人的“聚合”的“集合犯”时，“共同”之意本身是明确的，不存在是“集合”而非“共同”的问题。换言之，在理解共同犯罪中的“集合”时，可以是指：“许多分散的人或物聚在一起。”^{〔9〕}说明在此“集合”一词本意具有“共同”含义。但是，就我国刑法的规定，结合共同犯罪的理论，即使符合“集合”之条件，但未必都构成共同犯罪。例如，我国刑法以首要分子为构成要件的犯罪，其犯罪构成又是以行为的共同形式为犯罪处理必要要件的，但是，当法律规定只处罚首要分子而不处罚参与者，则只能说是“集合犯”但不是共同犯罪。所以，集合犯概念的原本意义是解决行为与罪的单复问题，诚如李斯特所说：“……使用了集合犯之概念，部分地作为构成刑罚事由的情况，使轻微之犯罪不予处罚，部分作为相对于较轻处罚的轻微犯罪的加重处罚事由。”^{〔10〕}

在日本刑法理论界，罪数形态涉及集合犯时，通常是在广义的“包括的一罪”中予以讨论。但是，“包括的一罪”并不是成文法的概念，而是通过判例逐渐形成的。由于这个原因，究竟什么是包括的一罪，它包括哪些罪数形态，在他们学者中间说法不一。台湾学术界受此影响，情形亦大体一致。^{〔11〕}但是，这并不影响我们对其理论中合理内容的借鉴。

我国大陆刑法理论界，虽然对集合犯研究的不多，但从学者对集合犯的探讨来看，主要有三种观点。一种观点对集合犯基本上持否定的看法，认为大陆法系的理论因对集合犯的范围、种类看法不一，所以，集合犯理论尚欠系统和成熟，为避免集合犯理论的弊端，在罪数形态理论中，作为罪数研究对象的不应是集合犯，而是惯犯。^{〔12〕}另一种观点认为，可以适当借鉴集合犯的观念以解决实践中不能以惯犯论处的情况。认为：“行为人多次实施犯罪的，属于惯犯，作为一罪处理。如果行为人只实施了二、三次犯罪，不符合惯犯特征的，如何处理？作为一罪，缺乏

〔5〕 何孝元主编：《法律学》，《云五社会科学大词书》，台湾商务印书馆1971年版，第349页。

〔6〕 韩忠谟：《刑法原理》，台湾雨利美术印刷有限公司1981年版，第382页。

〔7〕 [日]木村龟二主编：《体系刑法事典》，青林书院新社1981年版，第322页。

〔8〕 见[日]青柳文雄、中谷瑾子、宫泽浩一编：《刑法事典》，立花书房1981年版，第133页；木村龟二主编：《体系刑法事典》，青林书院新社1981年版，第322页；板仓宏：《新订刑法总论》，劲草书房1998年版，第358页等。

〔9〕 《现代汉语词典》，商务印书馆1993年版，第526页。

〔10〕 前引〔4〕，弗兰茨·冯·李斯特书，第329页。

〔11〕 吴振兴：《罪数形态论》，中国检察出版社1996年版，第208页。

〔12〕 同上书，第209页。

理论根据;作为数罪,显失公平。因为同种性质的犯罪,多次实施的为惯犯,是一罪,实施次数少反而成为数罪,明显不合理。^[13]这说明,如果仅仅讨论惯犯的问题,不足以解决这些犯罪的全部问题,起码遗留了一些难以解决的问题。所以,我们主张援用集合犯的概念解决这些问题。只要行为人基于特定的犯罪目的,实施犯罪的,无论实施多少次犯罪行为,都视为一罪。行为人实施一次犯罪的,是一罪;行为人实施多次犯罪行为的,也是一罪,无非从重或者加重处罚。”^[14]第三种观点则持肯定的认识,认为以往刑法中对惯犯的规定,就是对集合犯的规定,只不过我国理论界对此以惯犯来研究罢了。^[15]

我们认为,第二种和第三种观点均有可取之处。理由是:

1. 从刑法理论发展的需要看,认为因理论上对集合犯存在的不同观点多,尚不成熟,因而不必借鉴大陆法系集合犯理论的认识是不正确的,因为严格的说,不存在没有争论的理论,正是因为有不同的观点的争论,才使理论得到发展。对于惯犯,我国刑法修订前因尚有若干罪名,需要对惯犯进行研究。但是,在理论上惯犯就是集合犯的一种,这是共识。正如有学者指出的:“刑法上的常业犯、常习犯、惯犯、惯行犯、职业犯、营业犯等可以包括在集合犯中,它们都是集合犯的具体形式,……故集合犯是学理上的一个总称,它概括因惯习倾向、反复实施同种行为的各种具体形式的犯罪。”^[16]所以,既然刑法理论上存在着集合犯的理论,就有必要对其予以研究。

2. 从惯犯在实践中的适用看,由于惯犯在刑法中只有法定少数的几种,涉及面狭窄,同时,事实上存在着对不符合惯犯、连续犯特征的数个犯罪行为,作为一罪处理,缺乏理论根据:作为数罪显失公平的问题。在刑法修订后,现行刑法已经删除了“以走私、投机倒把为常业的”、“惯窃、惯骗”和“一贯……制造、贩卖、运输前款毒品的”规定,仅保留了“以赌博为业的”即常业犯的规定,而常业犯包括在集合犯的概念中,故可以说我国刑法已删除了对惯犯的规定。

3. 从现行刑法的具体规定看,大量规定的是属于集合犯的犯罪,例如,刑法第140条至148条规定的生产、销售伪劣商品罪;第333条第1款规定的非法组织卖血罪;第336条规定的非法行医罪等等,均具有集合犯的特征,而非惯犯。正是根据这种情况,我们认为,应当对集合犯予以探讨,作为营业犯的只是集合犯中的一种。

关于集合犯的概念,在借鉴的前提下,我国刑法学界目前有三种表述。一是认为,“所谓集合犯,是指反复实施同种犯罪行为,或者虽然只实施一次,但确有反复意图,因而概括地评价为一罪。”^[17]第二种则表述为,“集合犯是指行为人基于特定的犯罪目的,反复实施同种性质危害行为的犯罪形态。”^[18]第三种认为,“集合犯是指以一定的意思倾向,反复实施同种犯罪行为,依法律特别规定,成立一罪的犯罪。”^[19]

上述三种对集合犯概念的表述,共同表明集合犯具有下特点:第一,行为人客观上反复实施同种行为;第二,主观上具有反复实施同种行为的意思;第三,只成立一罪。区别在于:第1

[13] 笔者认为,惯犯在刑法修订前只有几个罪名,事实上并非所有的实施数个行为,都存在需要根据惯犯特征来认定的问题。

[14] 姜伟:《犯罪形态通论》,法律出版社1994年版,第345页。

[15][16] 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年修订版,第661页。

[17] 前引[11]。

[18] 前引[14],姜伟书,第341页。

[19] 前引[15]。

种表述,强调虽然只实施一次,但确有反复实施意图,同样是集合犯,而第2、3种表述并没有说明集合犯的这一特点。我们认为,所谓集合犯,是指行为人具有实施不定次数的同种犯罪行为营利的犯意倾向,但即使实施了数个同种犯罪行为,刑法规定仍作为一罪论处的犯罪形态。

二、集合犯的要件

根据上述对集合犯的界定,我们认为集合犯应符合以下几个要件:

(一)集合犯是行为人具有以实施不定次数的同种犯罪行为营利的犯意倾向。所谓以实施不定次数的犯罪行为营利的“犯意倾向”,即行为人不是意图实施一次犯罪行为,而是预定连续实施不定次数的同种犯罪行为来营利。例如刑法第336条规定的非法行医罪,行为人就是意图实施不定次数的非法行医行为。这是集合犯的主观方面的特征。因此,集合犯在主观上,表现为对实施的数个相同的犯罪行为具有连续实施的犯意倾向。所谓“连续实施的犯意倾向”,包括两层含意,一是指犯罪故意产生于一次而非数次,如果是数次产生数个相同的犯罪故意,则不成立集合犯,在这一点上,与连续犯犯罪故意是相同的;二是指犯意是连续的意思,即在犯罪着手时就预定连续实施。如果在预定之外又产生的故意,即使故意的内容是同一的,也不成立集合犯,可能为同种数罪。

(二)集合犯通常实施了数个同种的犯罪行为。我们认为,所谓“通常”,是指刑法是将行为人可能实施数个同种犯罪行为的这一情形,规定为集合犯的客观构成要件,而实践中行为人一般也是实施了数个同种犯罪行为的(至于构成集合犯是否以必须实施数个同种犯罪行为为必要要件,容后论述)。所谓“同种犯罪行为”,是指其数个行为的法律性质是相同的。如数个生产、销售伪劣商品的行为;数个走私普通货物、物品的行为;数个非法组织卖血的行为;数个非法行医的行为等。集合犯虽然是行为人意图实施不定次数的同种犯罪行为,并且通常也是实施了数个同种的犯罪行为,如非法行医罪,虽多次非法行医,但仍然只构成非法行医一罪。由此,集合犯的数个同种犯罪行为,必须触犯的是同一个罪名。

所谓“同一个罪名”,包括单一罪名,也包括选择性罪名。例如,非法行医罪,还包括犯罪未完成形态的修正罪名,和属于共犯的修正的罪名。需要说明的是,选择性罪名虽然犯罪的名称不同,是排列性的,但是,只要犯罪构成同一的数个行为,也属于触犯同一罪名。例如,甲实施了五次生产假药的行为,其行为的法律性质相同,只构成一个生产假药罪;如果第五次的行为是未遂,触犯的也是同一个生产假药罪名。再如,甲、乙二人共同生产、销售假药,甲生产,乙销售,但是乙在销售中被抓获,属于犯罪未遂,也同样属于触犯同一个生产、销售假药罪名的集合犯。如果法律是将不同构成的犯罪规定在一个条文中,例如,刑法第114条规定的放火罪、决水罪、爆炸罪、投毒罪则不属于同一罪名。

(三)集合犯必须是刑法将可能实施的数个同种犯罪行为规定为一罪,即集合犯是法律规定的一罪。这就是说,“所谓‘集合犯’,因为构成要件本身预定同种行为的反复,所以被反复的同种行为无例外地予以包括,被作为一罪评价。”^[20]正因为刑法是将可能实施的数个同种行为规定为一罪,所以行为人实施了数个同种行为,仍然只能构成一罪。但是,需要注意的是,刑法只是将可能实施的数个同种犯罪行为规定为一罪的,即“构成要件在性质上,预定有数个同

[20] [日]中山研一:《刑法总论》,成文堂1989年版,第527页。

种行为反复实施。”^[21]那么,集合犯是否以行为人必须已经实施数个同种犯罪行为为成立条件?有学者对此持肯定的看法,认为“集合犯的客观特征在于行为人具有多次实施犯罪的性质。犯罪次数的多少并不是集合犯的必要条件,但凡是集合犯,行为人都可能多次实施犯罪。例如营利犯,行为人的一次危害行为构成犯罪的,原则上不是集合犯,即没有集合的必要,如果行为人实施两次以上的危害行为,就是集合犯。”^[22]

我们认为,这种认识还值得商榷。集合犯是法定的一罪,这就是说集合犯构成要件性质上,本身预定的是同种行为的反复,数个相同的犯罪行为是法律将其评价为一罪,规定在刑法中的,并不是因为事实上实施了数个相同的犯罪行为,在处断时作为一罪来评价,这正是集合犯与连续犯区别的界限之一。正如日本学者久礼田一喜所说:“集合犯也是特别性的法律上的一罪而实质上的数罪,集合犯表现出其特有的主观意思倾向,因而较连续犯具有更深更强的反社会性。”^[23]所以,集合犯与实施的行为次数并没有必然的联系。因而,我们同意“犯罪次数的多少并不是集合犯的必要条件”的认识,但是,正是基于相同的理由,我们认为集合犯是法定的一罪。就我国刑法对集合犯的规定而言,除常业犯(赌博罪)以外,不能说行为人的一次危害行为构成犯罪的,不是集合犯。例如,生产、销售伪劣商品罪,生产销售伪劣商品的一次行为达到销售金额5万元以上,构成生产、销售伪劣商品一罪;生产、销售伪劣商品的10次行为,达到销售金额50万元以上,也只构成生产、销售伪劣商品一罪。因为行为触犯的就是集合犯的条文。上述学者的观点,是将集合犯作为处断时的一罪来看待,这显然与集合犯的理论不相符合。

因此,我们认为有必要具体分析我国刑法中集合犯的两种情况:第一,根据我国刑法的规定,有的集合犯可能多次实施相同的犯罪行为,但即使只实施一次行为,也可构成犯罪的,同样属于集合犯。如前述虽然只实施一次非法行医行为,但却造成就诊人死亡的,也同样构成非法行医罪,属于集合犯。第二,根据我国刑法的规定,有的集合犯,只实施一次行为尚不足以构成犯罪,从犯罪成立的条件看,要求行为的反复实施才构成犯罪。如刑法第303条规定:“……以赌博为业的”构成的赌博罪。如果偶尔赌博,不是以赌博为业的,则不构成犯罪;以赌博为业,数十次赌博,也只构成一罪。

三、集合犯的种类

集合犯分为几种,刑法理论上还有不同的认识。当前在日本刑法理论中大体有三种意见。一是分为常习犯和营业犯两种。^[24]二是分为常习犯、营业犯和职业犯三种。^[25]三是认为,除上述通行的三种类型外,结合犯也是集合犯的种类之一。^[26]所谓常习犯,也称为惯行犯,是指以一定的行为作为常习的犯罪,如常习赌博罪;所谓营业犯,是作为构成要件的,是为了营利目的的反复实施一定的行为为业的犯罪,如贩卖淫秽书刊罪;所谓职业犯,是指作为构成要件要素

[21] [日]齐藤信宰:《刑法讲义(总论)》,成文堂1991年版,第397页。

[22] 前引[14],姜伟书,第345页。

[23] [日]久礼田一喜:《日本刑法总论》,严松堂1925年版,第428页。

[24] 前引[3],前田雅英书,第465页。

[25] 前引[7]。

[26] 前引[8],青柳文雄等编书,第133页。

的,是不以营利为目的,反复实施一定的行为为业的犯罪,如非医师的违反禁止医业,构成未经准许医业罪。^[27]分为三类是其理论界多数学者的观点。例如在德国刑法理论上,对于集合犯的分类就如上述第二种分类,李斯特将集合犯分为职业犯、常习犯、习惯犯。^[28]当然,从日本刑法向德国刑法学习的角度看,可以说日本学者的主要观点是从德国学者而来的。我国台湾有学者也将集合犯分为三种,但是,没有使用“常习犯”、“营业犯”,而是以“常业犯”替“常习犯”,“营利犯”替“营业犯”,保留“职业犯”,但在解释上基本从日本学者。^[29]在上述分类中,可以看出我国原刑法规定的惯犯,是包括在集合犯的概念之中的。但从我国现行刑法的规定来看,已经删除了有关“以常习性”构成犯罪的规定,如赌博罪规定的是“……聚从赌博,开设赌场或者以赌博为业的”,显然与日本刑法中的赌博罪在构成要件上要求“常习赌博的”,必须是行为已为常习的不同。因此,还不能认为我国刑法的集合犯可划分出“常习犯”一类。而且,在我们看来,我国刑法中也并没有类似德、日刑法中的职业犯的规定。刑法中所规定可以反复实施一定的行为,并以此为业的犯罪行为,事实上通常是以营利为行为目的,如非法行医罪,如果不以营利目的医疗行为。例如,甲出于同情用自己的偏方为邻居乙治疗,致使乙死亡,只能构成过失致人死亡罪,而不是非法行医罪。所以,以某种行为反复实施为营业的犯罪,区别仅在于法律是否将“营利目的”作为犯罪的构成要件,而不存在主观上是否出于营利的目的的问题。而且,事实上行为人是以前述行为反复实施为营业,但要主观上是否具有营利的目的来区别营业犯和职业犯,这种差别是无法准确掌握和区别两者的。因此,我们认为我国刑法的集合犯中,不具有也无必要划分出职业犯的类型。结合我国现行刑法的规定,我们参考前一分类,对集合犯分为如下两种:

第一种为常业犯,指以一定的行为为常业的犯罪。就我国刑法的规定而言,属于常业犯的集合犯是第303条规定的赌博罪一种。详言之,其构成要件是:1. 行为人主观上出于营利目的,意图实施多次同种犯罪行为。“营利目的”,是指行为人实施该种行为主观上是为了获取钱财,但构成犯罪不以行为人实际获取钱财为条件,只要出于营利目的即可。这是其主观条件。2. 法律规定以反复实施同种犯罪行为为构成犯罪的必要要件。换言之,对这种犯罪来说,只实施一次行为,犯罪还不能成立,只有反复实施同种犯罪行为,才能构成该罪。这是其客观要件。所以,根据刑法第303条的规定:“……以赌博为业的”构成赌博罪的,如果偶尔赌博,不是以赌博为业的,则不构成犯罪;以赌博为业,数十次赌博,也只构成一罪。

第二种为营业犯,指通常以营利为目的,意图反复实施一定的行为为业的犯罪。其构成要件是:1. 行为人主观上通常出于营利目的,意图实施多次同种犯罪行为。所谓“通常”是说实践中行为人一般是出于营利的目的而反复实施同种犯罪行为,但是,并不排除在某些情况下,行为人的一次或者数次行为不是出于营利目的的可能性。虽然如此,也不影响集合犯的成立。所谓“营利目的”,是指行为人实施该种行为主观上是为了获取利润,但构成犯罪不以行为人实际获取利润为条件,只要出于营利目的即可。这是其主观条件。2. 行为人反复实施一定的行为并以此为业,但即使只实施一次行为,也可构成犯罪;实施了数个同种行为,仍然只能构成一罪。这里所说的行为,必须是符合构成要件,能够独立构成犯罪的行为,如果数次举动(行为)

[27] 见[日]板仓宏:《新订刑法总论》,劲草书房1998年版,第358页以下。

[28] 前引[10],弗兰茨·冯·李斯特书,第392页。

[29] 见郭君勋:《案例刑法总论》,台湾三民书局1988年版,第566页。

而实现的是一个犯罪构成的,是接续犯非集合犯中的营业犯。这是其客观条件。

可见营业犯与常业犯的区别在于:对常业犯来说,实施一次某种行为,不构成犯罪;必须反复实施同种行为,才构成犯罪。而对营业犯来说,实施一次某种犯罪行为,可能构成犯罪;反复实施同种犯罪行为,仍然构成该种犯罪一罪。属于营业犯的集合犯,在我国刑法中比较多,大体上刑法中以营利为目的的破坏社会经济秩序的犯罪、危害社会秩序的犯罪以及在罪状中规定“多次”实施同一犯罪行为为从重处罚情节的,均属之。前者如刑法第363条第1款规定的制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪,以牟利为目的,虽然只是实施制作、复制、出版、贩卖、传播一次淫秽物品的行为也可能构成犯罪,但即使多次制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品,仍只构成一罪。后者如,刑法第318条第1款第2项组织他人偷越国(边)境罪,“多次组织他人偷越国(边)境”的规定,也属于集合犯。

四、集合犯与相似犯罪形态的区别以及处断原则

从数个同种行为构成一罪来看,集合犯与连续犯相近似,两者相似之处在于:其一,都具有连续实施同种犯罪行为的意思倾向。其二,数个同种行为触犯的是同一罪名。但两者存在根本区别:其一,集合犯是刑法规定同种的数行为为一罪,所以是法定的一罪;而连续犯,连续实施的同种数行为均独立构成犯罪,是数罪而只是作为一罪处理,所以是处断的一罪。其二,集合犯的数个犯罪行为之间,在时间上可以有间隔,即在行为与行为之间,不要求有连续性;而连续犯的数个犯罪行为之间表现为必须具有连续性,行为与行为在时间上不能间隔的过久。

从犯罪在时间上可能存在一定的过程来看,集合犯又与继续犯相近似,两者相似之处在于:集合犯实施了数个同种的犯罪行为侵害的是一个客体,继续犯持续危害的也是一个客体。但两者也存在明显区别:其一,继续犯是一行为处于不间断的持续之中,它是一行为,所以是实质的一罪;而集合犯可以由数个同种的犯罪行为组成,并且行为之间可以存在时间的间隔,数个犯罪行为因法律性质相同,在总体上被法律评价为一罪,所以是法定的一罪。其二,继续犯是在犯罪既遂后,犯罪状态并未終了而仍在继续中;^[30]而集合犯的数个犯罪行为在既遂后并不存在犯罪状态的继续。

从集合犯可具有数个犯罪行为来看,集合犯与吸收犯相近似,两者相似之处在于:其一,集合犯与吸收犯,均是在着手行为之前具有连续实施数个犯罪行为的意思倾向。其二,集合犯与吸收犯的数个犯罪行为之间,在时间上可以有间隔,即在行为与行为之间,不要求有连续性。两者的主要区别在于:第一,集合犯的数个犯罪行为,必须是法律性质相同的数个犯罪行为;而吸收犯的数个犯罪行为,必须是不同的犯罪行为。第二,集合犯的数个犯罪行为之间,不存在吸收关系,而是数行为在总体上被法律评价为一罪,所以是法定的一罪;而吸收犯的数个行为均独立构成犯罪,存在着一行为吸收其他行为的吸收关系,数行为本质是数罪只因吸收关系而作为一罪处理,即成立吸收行为为一罪,所以是处断的一罪。

根据笔者的理解,集合犯是法定的一罪,刑法分则条文设有明文规定,对集合犯,不论行为人实施多少次行为,都只能根据刑法的规定以一罪论处,不实行数罪并罚。即只需要按照刑法分则条文规定的刑罚予以处罚即可。但是,这仅就判决确定前的一般情况而言,但在司法实践

[30] 参见前引[15],马克昌主编书,第622页。

中,具体适用时往往存在数行为危害轻重不等,或者在对某一行为或某一部分行为已经作出判决的情况下,又发现漏掉相同行为没有予以审判认定的情况,对此应当如何适用法律。

笔者认为,对于前者来说在有罪判决确定前,实施行为次数的多寡,数行为危害程度不等,并不影响行为人所犯一罪的成立,次数是量刑的重要情节。即如李斯特所言,作为“相对于较轻处罚的轻微犯罪的加重处罚事由”。而且,根据刑法的规定在具体的犯罪中,次数有时是决定刑罚的法定情节,如刑法第318条组织他人偷越国(边)境罪,“多次组织他人偷越国(边)境”的“多次”的规定。即使在法律没有明确以行为次数为法定量刑情节的情况下,行为的次数,也应当作为酌定的情节来考虑。

对于后者而言,应当如何处理,是值得研究的。众所周知刑法上有禁止重复评价的原则。然而,对于这种情况是否应当属于禁止重复评价的范畴。在日本刑法学界对此种情况通说观点认为,对集合犯需要根据刑事诉讼法337条规定,实行“一事不二理”的原则,“在集合犯の場合,构成集合犯的一部分有罪判决确定后,此前的其他的同种行为即使被发觉,受一事不二理效力的影响,如果决定免于起诉,就是确定一事不二理效力范围的时间。^[31]这里决定免于起诉”显然是指未经审判的行为危害轻于已经审判的行为。

上述处断原则的探讨,是在属于大陆法系的日本刑法理论的主张,那么,英美法系的刑法理论如何呢?英美法系由于属于判例法,可以说,在其理论中并没有“集合犯”的概念。但是,没有集合犯的概念,^[32]并不等于其不具有集合犯这种犯罪的形态。以美国刑法为例,“罪数(一罪与数罪区分)的标准,既不是采行为说,也不是采结果说;既不是采犯意说,也不是采构成要件说。或许可称作“法定”说,即行为或者结果符合几项法律规定便构成几个罪。这是美国刑法罪数概念的基本原则。”即使是“同一行为构成两个以上罪的,对各罪均应追诉,这是美国刑法不同于大陆法系刑法的一项原则。这个原则显示了美国刑法的严厉性。”“一个被告人在一次打斗中伤了几个人,可定几项伤害罪;开一枪打死打伤各一人,构成杀人和伤害两项罪;某人殴打并威逼一妇女令其跟随到他家,进而实施了性行为,这一行为过程(同一行为)构成了三项罪,即殴打罪、绑架罪和强奸罪。”^[33]

然而,具体在数次行为触犯同一罪名(类似集合犯)的情况下,又当如何处罚?虽然英美法系与大陆法系都具有遵循禁止重复评价的原则,但是,在何种情况下禁止重复评价的标准是否有别?例如《美国模范刑法典》第1.08条对同一罪禁止双重追诉规定:“追诉如与以前所为之追诉,属于同一罚条而又基于同一事实者,倘有下列情形之一时,因曾经追诉应予以禁止。”^[34]其限制追诉的情况有:对以前的追诉知道已有无罪宣告时;对以前的追诉确定后轻于前一判决,而且认定其有罪所依据的必要事实与法律上判断互相排斥时;对于以前之追诉已认定为有罪时;对于以前之追诉不当被终止时。换言之,在美国刑法中,只要不具有依法被认定属于同一事实的前行为已经被法庭经过正式判决有罪或者无罪,或者因为追诉不当被终止的情形,则所犯的数行为,均应当被认定为数罪而实行并罚。根据这样的原则,对数次实施相同的行为采取绝对并科,而判处百年或者千年徒刑,也就不足为奇了。“一般说来,当代美国刑事

[31] 前引[8],青柳文雄等编书,第133页。

[32][33] 储槐植教授认为美国刑法和理论中也没有想像竞合犯和牵连犯的概念。见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第152页。

[34] 台湾“司法行政部刑事司”:《各国刑法汇编》(下),司法通讯社1980年版,第1895页以下。

立法和司法中的并合罪,主要是吸收犯,而且并合罪基本上只存在于罪质相同,仅仅程度有差异的数罪之间。所以,美国刑法(立法和司法)中并合罪的范围远远小于大陆法系刑法中的并合罪。”^[35]因此,象美国刑法中的数行为即使触犯同一罪名,尚未经过审判一律需要实行数罪并罚,这样的追诉和并罚原则与大陆法系不同,也与我国刑法的规定以及刑法理论不同,因而无法为我们在处理集合犯时所借鉴。

就《美国模范刑法典》中禁止重复评价看,其前提在于对前一行行为已经作出有罪或无罪的判决。从具体内容看,《美国模范刑法典》与日本刑法理论的主张有相同之处,例如,对以前的追诉确定后轻于前一判决,不能就同一事实再次予以重复评价,即认为属于“同一事实”。但是,我国刑法理论中并未有将判决宣告前后相同的数行为触犯同一罪名的情况都视为“同一事实”的主张。例如,前行为被宣告有罪,而未经审判的行为的危害明显重于已经审判行为的情况,一般是不宜视为属于“同一事实”的。但是,当未经审判的相同行为危害明显轻于已经审判的行为,是否可以借鉴日本与《美国模范刑法典》中视为“同一事实”的情况,适用“一事不二理”的原则,不再重复评价。笔者认为,禁止重复评价的原则对于集合犯的这种情况的处理是有借鉴意义的,即根据我国刑法规定,对集合犯在有罪判决确定后发觉的同种犯罪行为,原则上只能根据刑法第 70 条的规定,作为“判决宣告以后,刑罚执行完毕以前,发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的”的漏罪看待,决定是否实行并罚,而不能否定已经确定的有罪判决实行数罪并罚,否则,就是对禁止重复评价原则的违反。如果尚未处理的行为的危害明显轻于已经判决有罪的行为,或者,前行为已经被宣告无罪的,则司法机关不应当就发觉的相同事实再次提起诉讼或者审判,否则,同样是对禁止重复评价原则的违反。

Abstract :The conception of “the volumed offender”, which is used usually in overseas criminal law theory, only has gotten notice recently in our country. Because the conception of “the habitual offender” was canceled from our criminal code, the author relates our criminal theory and criminal legislation in effect, gives a further discuss on the basic question of the volumed offender on the base of the experiences in overseas.

[35] 前引[32],储槐植书,第153页。