

# 持有型犯罪立法理念偏差及价值冲突检讨

张忠国

(武汉大学法学院,湖北武汉,430072)

摘要:对于持有型犯罪的基本理论问题的争议一直存在,但是,目前刑法学界局限于研究如何界定“持有”的行为属性,以及持有型犯罪的定义、范围等形式层面,而不重视从立法意图、规范角度等实质层面评价持有型犯罪。为了弥补这一缺陷,检讨了持有型犯罪的立法基准是否妥当、罪刑配置是否均衡、规范设计是否存在缺陷、立法价值取向等问题,指出持有型犯罪目前存在的理念偏差及价值冲突问题,并认为持有型犯罪立法不应扩张。

关键词:持有型犯罪;立法基准;罪刑配置

中图分类号:D924

文献标识码:A

文章编号:1672-3104(2006)02-0187-07

持有型犯罪,在刑法理论上从来都是一个备受争议的问题,对持有是作为抑或是不作为,还是其他的样态等等问题的争议一直未断。但是值得指出的是,目前学界争论的焦点主要是非法持有型犯罪的行为属性、定义等基本方面,对于该类型犯罪之立法基准、规范分析、立法价值取向等问题不够重视,稍有涉及也只是“严密法网”“惩罚犯罪,减少司法机关证明难度”等褒奖之声。笔者认为,这些认识不足以包括持有型犯罪立法价值的全部。尤其值得注意的是,我国持有型犯罪立法有扩大化趋势,故对其持一个理性、全面的认识,无疑对刑法理论与刑事立法、司法实践均有重要的意义。

## 检讨之一:立法基准为“持有”还是“可能牵涉的犯罪”

立法者基于何理由将持有某些物品规定为犯罪呢?这是一个不可回避的问题。西方学者边沁在其著作《立法理论——刑法典原理》将其归结为两点:一是剥夺行为人施恶之能力,即通过禁止持有某些种类的可能诱发犯罪的物品以阻止行为人获得方便犯罪实施的便利条件。他认为:在一些案件中,依靠隔绝被塔西陀成为对恶的刺激即犯罪的工具与媒介,施恶能力可以被排除。立法者的策略与守护士相似。在窗台上安装铁栏,炉火旁设置网格,勿将锋利和危险的工具放在儿童所能触及的地方,这些方

法犹如禁止贩卖、制造伪造货币的工具、春药、易于隐藏的武器、骰子或其他可用于赌博的工具,禁止制造、持有某种补网或者其他陷害野兽的工具<sup>[1](98)</sup>。二是预防“主要犯罪”。他在论及“为防止主要犯罪而禁止次要犯罪”中进而又提出:除很好地确定主要犯罪行为之外,还要区别作为主要犯罪行为的预备和表明预备行为意图的大量次要罪行,……,如果犯罪人在第一步时没有被禁止,那么他可能在第二步或第三步被制止,因此,一个警惕性强的立法者就如同一个有谋略的将军,仔细侦察敌人的所有情况,从而破坏和打乱敌人的计划,他认为对荷兰传闻的一种形状如针的杀人工具制造、销售和持有行为应作为谋杀罪的从行为予以处罚<sup>[1](146-147)</sup>。应该说,虽然其把持有犯罪作为相对于“主要犯罪”的次要犯罪不够科学,但边沁的观点有一定的合理性,且与当今学者的认识有共同之处,如有学者指出“在一些多发性和危害性大的犯罪现象中,有些案件难以用传统的罪名治罪,持有型罪名便成为最佳选择。例如非法持有毒品罪的创立,在司法中可以减轻公诉机关的证明责任。罪名是证明的中心,持有是现存状态,容易被证明,发现了事实就等于证明了事实。减轻证明责任,有助于增加刑法的威胁效用”<sup>[2]</sup>。

那么,持有型犯罪的立法意蕴何在?或者说持有型犯罪立法惩治的行为究竟是什么?这个问题从表面上看很简单,根据刑法理论,立法者把某种行为规定为犯罪不外乎该行为具有严重的社会危害

收稿日期:2005-10-20;修回日期:2006-02-17

作者简介:张忠国(1976-),男,河南信阳人,武汉大学法学院刑法学2003级博士研究生,主要研究方向:中国刑法学。

性,那么持有型犯罪当然应是针对“持有”行为本身的严重的社会危害性。但笔者认为,从我国的立法思路来看并非如此,有以表象代替本质之嫌,持有型犯罪的法律独立品性受到了严重挑战。如国内有学者在论述持有型犯罪时,提出“在一些多发和危害大的犯罪现象中,有些案件难以用传统罪名(犯罪构成)治罪,持有型罪名便成为唯一的选择,……,法律上所以制定持有型罪名,就是为了在公诉机关难以证明现状的来源和去向的情况下以便不使狡猾的犯罪人逃脱法网,以提高刑法威慑力”<sup>[3]</sup>。在具体论述到非法持有毒品罪时,有论者认为“作为非法持有毒品罪,本身是个堵漏之罪,是在当场查获行为人持有有一定数量的毒品,有无证据证明持有毒品与走私、贩卖、运输、制造、窝藏毒品有关的情况下认定的犯罪,如果仅仅因为无证据证明与这些犯罪有关就不追究刑事责任,就会使狡猾的犯罪分子钻空子”<sup>[4]</sup>。应该说这种表述与立法者的意图基本吻合,如全国人大法制工作委员会刑法室编著的《中国刑法修订的背景与适用》一书指出:“对于被查获的非法持有毒品者,首先应当尽力调查犯罪事实,如果查证是以走私、贩卖毒品为目的而非法持有毒品的,应当以走私、贩卖毒品罪定罪量刑。只有在确实难以查证犯罪分子走私、贩卖毒品的证据下,才能适用本条的规定。”<sup>[5]</sup>立法机关的意图在这里表达得十分明确:非法持有毒品者可能是贩卖、走私毒品者,但是在一定的情形下,该方面的证据确实难以查证或者说证据不确凿,为了严密法网,不使狡猾的犯罪分子逃脱刑罚制裁,转而对其持有进行定罪处罚。应该说立法出发点不存在问题——加强打击毒品犯罪力度,严密法网,我们也不反对通过规定某种行为为犯罪来打击其可能牵涉的其他严重犯罪,但是,我们坚持认为,该种犯罪应该具有独立的法律品性,不应沦为上述边沁论述中的“从罪”,非法持有犯罪的定罪量刑都应从“持有”的社会危害性出发,而不能依附于“可能牵涉的另外的严重犯罪”。依笔者之见,既然规定的是持有型犯罪,本类型犯罪的责难重点就是“持有”行为,就应该考虑“持有”的构成要素。但从人大刑法室的论述来看,其列举了不构成持有犯罪而构成其他较严重犯罪的情况,对于什么是“非法持有”却只字未提,很显然把理解本罪的重心放在如何不使重罪犯罪分子逃脱法网,而不是考虑如何证明

构成持有犯罪。难道非法持有就不需要证明吗?难道不构成走私、贩卖毒品就一定构成持有毒品吗?显然不是。刑法责难的行为都是必须经过证明才能评价的,在这里立法者显然被非法持有毒品牵涉的重罪的“可能性”表象所牵制,而对“持有”本身的本质重视不够,在立法者那里,有倾向使持有型犯罪成为打击“可能牵涉的犯罪”之附属工具——为了不使那部分狡猾的犯罪分子逃脱法网,“持有”成为司法机关打击无法证明之重罪的工具。持有型犯罪的独立法律品性何从谈起?如何去保持罪刑均衡?其应有的法律地位、作用如何得到体现?这不得不发人深思。

也许有人反驳说,以上表述只是持有型犯罪的查证思路,并不代表立法者规定持有型犯罪的初衷。那我们就暂且抛开这些论述,直接从法律条文中来证明。

首先,从刑法条文排列来看,我国刑法规定的非法持有毒品罪的个罪名属于走私、贩卖、运输、制造毒品罪的节罪名下。从我国刑法条文来看,刑法的节罪名可以涵盖下属的个罪名,节罪名对个罪名有限定作用,如破坏环境资源保护罪的节罪名下的个罪名,都是围绕破坏环境资源保护而设计的,考察其他的节罪名与个罪名的关系也是如此。那么这就表示,走私、贩卖、运输、制造毒品罪这个节罪名下的个罪名都是围绕走私、贩卖、运输、制造毒品而设计的,把非法持有毒品罪安排在该节罪名下,立法者的意图显而易见,就是非法持有毒品罪也是围绕走私、贩卖、运输、制造毒品罪而设计的,设立非法持有毒品罪的目的是为了不使狡猾的、没有或没有充足证据证明其构成走私、贩卖、运输、制造毒品犯罪的犯罪分子逃脱法律的制裁的。可见,从法条设计上,非法持有毒品罪深深地打上了走私、贩卖、运输、制造毒品犯罪的烙印。

其次,从量刑来看,刑法第128条规定“违反枪支管理规定,非法持有、私藏枪支、弹药的,处三年以下有期徒刑、拘役或管制;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑”。刑法第130条规定“非法携带枪支、弹药、管制刀具或者爆炸性、易燃性、腐蚀性物品,进入公共场所或者交通工具,危及公共安全,情节严重的,处三年以下有期徒刑、管制或拘役”。比较这两条刑法条文,我们可以发现,前罪的法定最高

刑期为七年,而后者的法定最高刑期仅为三年。难道说非法持有枪支弹药的社会危害性比非法携带武器进入公共场所直接威胁公共安全的社会危害性还要大吗?显然不是。笔者认为,刑法之所以有这样的规定,惟一的解释途径就是从规定持有型犯罪的目的推理得出其意蕴:非法持有枪支弹药罪,除了“持有”行为外,立法者关注的因素还包括非法持有这些物品,有可能曾经用这些物品从事过诸如杀人、抢劫或其他具有严重社会危害性的犯罪行为,但是,现在没有或没有足够的证据证明罢了,相对于这些犯罪,七年的最高刑期处罚设计应该是合理的;而非法携带枪支弹药进入公共场所,刑法评价的因素只是“进入”这一行为,而无其它不相关考虑,故三年的最高刑期也比较合理。可见,持有型犯罪的“可能牵涉的其他严重犯罪”对立法者影响很深,这是非常危险的。我们说立法者之所以将某种行为规定为犯罪,不外乎其有严重的社会危害性,刑法只能评价这一现象本身,而不能有其他之不相关考虑;同时,罪犯只对已经查明的犯罪负刑事责任,不能考虑到其“可能的犯罪”而加重处罚。如果无视这些,必然破坏罪刑均衡、罪刑法定等基本刑事法原则,使刑事执法产生偏差。

马克思曾经说过这样一句话:“对于法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象。”<sup>[6]</sup>笔者认为还可以进一步认为:“除了司法机关可以证明的行为,我根本不是法律的对象”。在持有型犯罪走向理性化的道路上,如何剔除不相关干扰因素,使“持有”行为单纯化、独立化是我们面临的重大课题。

## 检讨之二:罪刑配置是均衡还是畸轻

罪责刑相适应原则是刑法的基本原则之一,也是刑事立法应遵循的基本理念,那么,持有型犯罪也应该遵循这一基本的精神。那么我国的持有型犯罪在罪刑配置上是否遵循了这一基本原则呢?

就目前的情况来看,对罪刑配置有争议的主要是巨额财产来源不明罪。有很多人提出,怎么案发后这些腐败分子都得了健忘症了?几百万元甚至几千万元的财产来源都想不起来了?这本身就说明犯罪嫌疑人意图逃避罪责,为什么不能对他们加大处

罚,即提高刑期呢?有司法工作者也提出:“从执法、立法的初期来讲,设立此罪是想从严处理的——不因贪官不交代而放纵其罪行。但从现在的司法实践情况来看,不是严了,而是宽了。人大立这个法的目的,是对贪官说不清楚来源的巨额财产也要治罪,而现在的情况是巨额财产的拥有人即使说得清楚他也不说,巨额财产来源不明罪就成了一个口袋,什么都往里面装。江西省原副省长胡长清来源不明财产160多万元、四川省交通厅原副厅长郑道访来源不明财产480多万元、广西区贵港市副市长李乘龙来源不明财产560万元,他们在这个罪上的最高刑就是五年。从司法实践的情况来看,跟我们的立法初衷就不一致了。”<sup>[7]</sup>

有论者干脆提出对巨额财产来源不明应以贪污罪来论处,有网文指出:“在司法实践中,犯罪嫌疑人在被发现其财产或支出超出其合法来源时,如态度积极,讲明其超出部分是贪污所得或受贿所得的,数额超过10万元的,就有可能被处以10年以上有期徒刑乃至极刑;如果态度恶劣,故意隐瞒其贪污行为或者是受贿行为,拒不讲明财产来源的,即使他有千万元甚至上亿元难以查清的犯罪所得,其最高刑罚也就只有5年有期徒刑。可见,巨额财产来源不明罪的法定刑过轻。无怪乎有人把‘巨额财产来源不明罪’称为贪官的‘免死牌’呢!……巨额财产来源不明罪的刑事责任规定得太轻,实在不能满足惩治腐败斗争的需要。如果巨额财产来源不明罪的刑事责任能予以加重,不仅符合党的刑事政策,也会促使犯罪嫌疑人能如实全部交待,使问题得以尽快查清,更会取得更积极的法律效果和正面的社会影响。新加坡的《反贪污法》就规定,在公务员不能说明其财产合法来源时,一律视为贪污所得。新加坡的做法值得我们借鉴。”<sup>[8]</sup>

如何看待这个问题呢?我们认为,以上的观点是值得商榷的,持以上观点者主要是由于观念认识上的偏差,即深深打上了“来源不明的巨额财产极有可能是贪污所得”这种观念的烙印,我们在上面谈到持有型犯罪不应沦为“相关可能犯罪”的附属品,其实,如果我们撇去其他不相关的考虑,单纯就其“持有”来源不明的巨额财产,笔者认为,这种刑罚绝对不能说是畸轻。考察持有型犯罪规定较多的法国,可以发现,其对持有型犯罪处罚都比较轻。退一步

来讲,假使认为持有型犯罪就是“相关犯罪”附庸,那么,其处罚也不畸轻,譬如法国刑法典第442条规定,伪造或变造流通钱币或者银行券的,处30年徒刑并科300万法郎罚金,而持有专用于制造钱币或银行券的材料,处1年监禁并科10万法郎罚金。两者刑罚力度的比例为1:30。相对这种比例,仍然认为我国的持有型犯罪处罚力度偏轻,认为巨额财产来源不明罪处罚畸轻的观点让人难以接受。

正如有学者指出的那样:“司法实践当中存在一些比较复杂的情况,有些可能是我们的办案机关由于能力或者经费的不足,无法来证明;有些是犯罪嫌疑人拒不交代,使得我们司法机关很难去查清情况。另外在极个别情况下,我认为也不排除有些案件是我们能够查清而不去查。如果是这种情况,在这些案件中,可能就会存在一些不正常的现象。关键是我们能不能证明他的贪污或受贿行为。如果能够证明,加重刑罚是可以的,如果在不能证明的情况下,我觉得不能只把希望寄托在被告人的认罪态度上,而更应该在提高我们的反贪能力、侦查能力上下功夫。现在之所以存在我们所讨论的种种状况,一方面是由于案件情况本身的复杂性,另一方面也说明了我们在惩治这些腐败犯罪上,可能还存在某些制度方面的缺陷,需要立法机关进一步修补。”<sup>[7]</sup>我们赞同该学者的观点,持有型犯罪的处罚力度较轻和本罪的社会危害性是相适应的,至于现实生活中的某些犯罪分子量刑畸轻,这是司法实践和司法制度的问题,而不能把该问题归咎于持有型犯罪罪刑设置,我们只有纠正对持有型犯罪的认识偏差,才能恰当衡量持有犯罪的罪刑配置是否恰当。

### 检讨之三:罪刑规范设计应该明确抑或“模糊”

1997年刑法条文中5种持有型犯罪可以分为两种类型:一是拒不说明合法来源型。如非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪和巨额财产来源不明罪。二是单纯非法持有型犯罪。如非法持有枪支弹药罪、非法持有毒品罪和非法买卖、运输、携带、持有毒品罪。笔者拟以此分类对其进行规范分析来探讨规范设计是否合理。

其一,拒不说明合法来源这类持有型犯罪,刑法

条文可以抽象为:主体+非法持有特定物品而拒不说明行为合法性+处罚。为论证方便,笔者且以巨额财产来源不明罪为样本,来探讨这类持有型犯罪的各个要件规定的基本属性。刑法规定“国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入,差额巨大,可以责令说明来源,本人不能说明来源是合法的,差额部分以非法所得论,处五年以下有期徒刑或者拘役”,可见,特定主体(国家工作人员)为一定行为(持有的财产或支出明显超过合法收入),由于其所处的敏感地位和拥有的权力,尽管持有人可能完全未参与取得行为,都势必对国家机关的威信和正常的工作秩序产生影响。为了消除影响,国家特定机关有权令其解释行为的合法性——持有超过合法收入的巨额财产的来源,相对应,持有者产生说明行为合法的义务。当持有者不能说明时,就产生刑法意义上的不作为危害行为,从而对国家机关的威信和正常的工作秩序带来严重的危害性。同时,持有者不可能对其拥有的巨额财产不知或遗忘,也不会对其不履行说明义务造成的严重社会危害性不知,故其不说明为“拒不说明”,由此可以推定持有人主观方面为故意。故本罪主观方面为故意;客观方面是持有超过合法收入的巨额财产,且不能说明合法来源。同理,分析非法持有国家机密、绝密文件、资料罪的犯罪构成,犯罪构成要件也是完备的。我们可以得出结论:此类型的持有犯罪构成同传统的犯罪构成理论并无冲突之处,也不存在有罪推定和举证责任倒置的问题。

其二,单纯非法持有型犯罪的规范分析,这种类型的持有型犯罪,刑法条文可以抽象为:“非法持有+管制物品+处罚。”从这一模式我们可以看出:一定主体非法为一定行为,即加以处罚。从条文的字面表述来看,未强调持有者主观方面对持有物品必须是明知,客观方面也未强调对管制物品的来源进行说明。如此,从法条我们可以得出结论:只要查处管制物品的直接归属关系即可定罪。若按此理解,则传统的犯罪构成四要件,除了客体和主体明确,客观方面、主观方面都存在模糊现象。法律实践告诉我们,在刑事立法过程中,精确性是法律规范的追求,是保护法律稳定性的逻辑前提,也是有效地限制刑罚权保障实现罪刑法定的基本要求,贝卡里亚提出:“你们想预防犯罪吗?那你们就应该把法律制定

得明确和通俗。”<sup>[9]</sup>但是法律语言有一定的含混性,这不可避免,“消除一个给定术语的模糊性,这是一个不切实际的目标。我们所希望做到的是,至多是渐渐接近于消除模糊性。”<sup>[10]</sup>

国内有学者提出持有型犯罪构成的模糊性“是立法者深层次价值取向的生动体现与反映——简言之,它反映了立法者严密刑法法网、严厉打击某些严重犯罪、充分发挥刑法社会保护功能的价值追求。对于司法机关而言,在持有型犯罪构成中,对于犯罪构成客观要件的要求标准比普通犯罪要低,司法机关只要证明‘持有’这种状态性行为的现实存在,便可以认定犯罪的成立。而‘持有’是一种客观事实,是容易证明的。”<sup>[11]</sup>笔者认为这种观点值得商榷。首先,法律用语的模糊性并不等于犯罪构成要件的模糊性,并不等于认定犯罪成立与否的模糊性,尤其是我国的犯罪构成要件对于认定犯罪成立与否的决定性意义要求犯罪构成要件要明确,如果犯罪构成要件可以模糊,那么谈何罪刑法定。即使是在认为持有是“事件”的英国,也要求证明持有成立要在“指控中既要证实‘紧紧接触’而不仅是一般拥有,有要证实构成持有所必须具备的主观要件”<sup>[12]</sup>。笔者认为,法律用语的模糊性不等同于犯罪构成的模糊性,认为持有型犯罪构成模糊性的观点根据值得探讨。总之,在单纯非法持有型犯罪中,犯罪构成要件的规定存在缺陷。

#### 检讨之四：立法价值取向的两个悖论

虽然持有型犯罪可以严密法网,符合罪刑法定原则。但是,这只是理论上的一种美好愿望,考察立法规定,笔者认为,持有型犯罪立法价值取向不成熟,具体表现为以下两个悖论:

##### (一) 保障机能的悖论

对犯罪嫌疑人来说,对其以持有型犯罪论处,而不是以其不能被证明“相关犯罪”处罚体现了保障机能,但是,还存在以下两个问题:

其一,保障机能关注不足。现代刑法理念的重要体现就是对保障机能与保护机能的双重追求,这也是当前刑事立法的普遍指导思想。通过对持有型犯罪的规范分析,我们不难得出如下结论:持有型犯罪特别是单纯持有型犯罪保护机能超前过度扩张,

对保障机能关注不足,罪刑规范存在缺陷是对保障机能的重大挑战。主要是“持有”的含糊性,例如在英国法院的判例中曾经认为对指控有淫秽资料不能成立犯罪,因为没有行为可以被证明<sup>[13]</sup>。在主观方面对“持有”是否要求持有者对持有物品“明知”还存在争议,甚至有人认为持有型犯罪等同于严格责任。我们可以假设两种方案:第一,要求持有必须是“明知”,那么主观方面就为故意。司法机关必须证明犯罪嫌疑人“明知”,与此相对应,犯罪嫌疑人就可以以“不知是管制的特定物品”“不知道有管制物品”等理由来辩护,由于证明主观方面的困难性,又由于这类案件发生的隐秘性、物品体积小隐蔽性强,大大增加了证明的难度——往往要求从客观方面入手查明管制物品的来源或用途来证明,如果能查明这些情况,就可以以相关的罪名定罪处罚,规定此类犯罪就失去了意义,这也与规定此类犯罪严密法网的立法初衷相违背。第二,不要求“明知”,只要查明客观的“持有”表象事实即可,如毒品、伪钞等管制物品是在犯罪嫌疑人控制的空间如房屋、汽车、行李等事实,不要求查明主观方面,这就成为刑法理论的严格责任问题,与我国主客观有机统一的犯罪构成理论不相容。

其二,重罪推定的嫌疑。如前所述,立法者之所以规定持有型犯罪,是考虑到犯罪嫌疑人有可能犯其他可能严重的犯罪,但又没有确切的证据可以证明,只有在查明其确实不构成其他犯罪情况下,才能以本罪处罚。应该说这种提法初步看上去行得通,可仔细分析,就经不起推敲。持有型犯罪案件发生之后,司法机关不是去查明“持有”的犯罪事实,而是先查明是否构成其他重罪,逻辑上混乱。笔者认为,立法者在这里表达存在有罪推定之嫌,即发现了一个表象事实之后,首先想到的是查明其是否不构成其他重罪,而不是证明这一表象事实是否成立,其实也就是在立法上默认这一表象事实的成立,这对保障犯罪嫌疑人的权利构成了挑战。

##### (二) 对司法公正的挑战

对司法机关来说,虽然可以让其有法可依,防止刑讯逼供,避免放纵犯罪。但是在持有型犯罪立法面前,我们也必须注意到其负面作用:司法擅断可能性的增加,可能使无辜的人受刑事追究,也可能放纵一些犯罪分子。首先,易于培养司法机关的惰性。

规定此类罪名后,由于我国司法机关的资源有限性及司法人员素质的现状,又由于查明“持有”的证明难度低,不排除司法机关或为追究结案率,或由于司法资源不足,或考虑到证明其他严重犯罪的困难性等,而停止进一步侦查,草率以持有型犯罪定罪了事,而放纵一些涉嫌更严重的犯罪分子。其次,可能为司法腐败提供合法面具。不排除司法机关出于不正当目的,在能查清其他的犯罪而不继续深究,而以持有犯罪定罪。这已经引起了部分学者的关注<sup>[14]</sup>。

### 余论:持有型犯罪立法不应继续扩张

西方一些国家如法国、德国刑法典规定了一定数量的持有型犯罪,学者也有许多思考。同时,西方某些国家的持有型犯罪立法存在扩张现象,如法国新修订的刑法典中的持有型犯罪就显著增多。综观我国刑法立法,持有犯罪罪名数是由少到多,体现的是逐步扩张的立法思路。有论者提出持有型犯罪还应在此基础上进一步扩大,如有人提出:“我国1997年新刑法废除了类推制度,实行严格的罪刑法定主义。为了不放纵犯罪分子,因此,有必要编织一幅疏密相间的刑法网络,将一些多发性的社会危害行为纳入刑罚评价范畴,最大程度地发挥刑法惩罚犯罪、保护人民之机能。笔者认为,在经济领域中,应增设持有变造、伪造的金融票证罪,持有变造、伪造的证券罪和持有伪造或擅自制造他人的注册商标标识罪。”<sup>[15]</sup>

该如何看待这一问题呢?笔者认为规定持有型犯罪是立法的理性选择:第一是严密法网的合理选择,是实现刑法保护机能的要求。把“持有”规定为犯罪,既可以严密法网,又能预防更加严重的犯罪的发生,这无疑是一种理性的选择。第二是现代刑事司法理念的要求,是实现罪刑法定原则的必然要求,也体现出罪责刑相适应。近现代以来,罪刑法定原则陆续在各国确立,刑法被称为犯罪人权利的大宪章,且证据规则日益科学,要求更加严格。在这种情况下,对一些可能涉及严重犯罪而又没有确切证据证明此类犯罪的前提下,规定持有型犯罪可以防止司法机关滥用刑罚权,刑讯逼供,出人入重罪,相对就起到保障人权的效果,从而与现代刑事司法理念相符合,反过来,对非法持有者又可以依法定罪量

刑,体现罪责刑相适应原则。

但是,规定持有型犯罪的合理性,并不意味着我国立法设计不存在瑕疵,也并不意味着持有型犯罪的立法应该扩张。我们必须看到,首先,“我国刑法由于近期才规定了持有型犯罪,因此在理论上准备不足。加之过去大陆法系和前苏联刑法理论影响较深,在犯罪行为方式、分类上一直采用作为或不作为两分法,否定持有状态的存在,因此在理解上一时还难以脱离已经成型的思维模式。”<sup>[16]</sup>学者们大量的论争一方面显示了刑法理论的争鸣,另一方面,也证明了持有型犯罪理论的臻待完善。其次,从我国的传统法律文化、现行诉讼模式来看,历来趋向严厉打击犯罪,对刑法保障机能关注不足,虽然现在有了较大改观,但根深蒂固的观念还有着一定的影响,持有型犯罪的设立主要是从保护社会的角度出发,在这种背景下,盲目规定大量持有型犯罪是无益的;最后,刑法不是万能的,有无必要大量地把持有违法物品纳入刑法来评价?笔者认为答案是否定的,刑法没有必要,也没有理由介入一切的违法行为中去,对于非法持有伪造、变造的金融票证、商标等行为,其社会危害性不大,完全可以用行政等手段来予以规范。

总之,从我国的持有型犯罪理论现状、传统法律文化、诉讼模式以及现行法律规定来看,我国刑法没有必要匆忙中过多地规定持有型犯罪。

### 参考文献:

- [1] 吉米·边沁. 立法理论—刑法典原理[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1993.
- [2] 储槐植. 美国刑法[M]. 北京: 北京大学出版社, 1996. 55.
- [3] 储槐植. 刑事一体化与关系刑法论[M]. 北京: 北京大学出版社, 1997. 414.
- [4] 桑红华. 毒品犯罪[M]. 北京: 警官教育出版社, 1992. 163.
- [5] 李淳, 王尚新. 中国刑法修订的背景与适用[M]. 北京: 法律出版社, 1998. 464-465.
- [6] 马克思. 评普鲁士最近的书报检查令[A]. 马克思恩格斯全集(第1卷)[C]. 北京: 人民出版社, 1956. 16-17.
- [7] 吴伟民. 尴尬的罪名何时不再尴尬[EB/OL]. <http://www.dffy.com/fayanguancha/fangyuan/200405/.html>. 2004-05-28.
- [8] 沈峰. 巨额财产来源不明罪应视同贪污[EB/OL]. <http://www.people.com.cn/GB/guandian/1036/2165678.html>. 2003-11-03.
- [9] 贝卡里亚. 论犯罪与刑罚[M]. 北京: 中国大百科全书出版社,

- 1997.104.
- [10] 威廉·阿尔蒙顿. 语言哲学[M]. 北京: 三联书店, 1998. 206.
- [11] 杨春洗. 试论持有行为的性质及持有型犯罪构成的立法论意义[J]. 人民检察, 2001(6): 22-25.
- [12] J·C·史密斯, B·霍根. 英国刑法[M]. 北京: 法律出版社, 2000. 504.
- [13] 道格拉斯·N·胡萨克. 刑法哲学[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2004. 16.
- [14] 赵秉志. 论运输毒品罪和非法持有毒品罪之立法旨趣与隐患[J]. 法学, 2000(2): 32-36.
- [15] 张广庆. 持有行为的法律性质和持有型犯罪的立法完善[J]. 江苏公安专科学校学报, 1998, (5): 77-80.
- [16] 刘生荣. 犯罪构成原理[M]. 北京: 法律出版社, 1997. 147.

## On comprehension warp and value conflict of possession crime legislation

ZHANG Zhong-guo

( Law School , Wuhan University , Wuhan 430072 , China )

**Abstract:** The possession crime is a question that always attracts much concern on criminal theory circle about such aspects as how to define the behavior attribute of "holding", range of the possession crime, etc. But the scholars pay little attention to how to appraise the legislation purpose of possession crime, how to analyze the composing of the crime. Based on the analysis of the legislation criterion, the penalty suitable, the law form and the value of legislation, the article points out that the code designs has defect and that the possession crime legislations shouldn't be expanded.

**Key words:** possession crime; legislation criterion; penalty structure

[编辑:苏慧]