

文章编号:1674-8107(2015)06-0114-06

持有型犯罪中的“非法性”来源

张曙光

(井冈山大学政法学院,江西 吉安 343009)

摘 要:持有有合法与非法之分,我国刑法中非法持有型犯罪成立的要求必须是非法持有。这种非法性评价并非来源于持有特定禁止物或管制物,也并非取决于持有主体资格或身份,而是对持有事实和“不能说明来源的”综合评价(法律推定)结果,它是抽象的。“不能说明来源的”与持有特定物品的事实共同构成“非法持有”的客观推定(评价)基础。

关键词:持有型犯罪;“非法性”;客观评价基础;共同客观条件

中图分类号: D924

文献标识码: A

DOI:10.3969/j.issn.1674-8107.2015.06.020

一、问题的提出:如何认定非法持有

持有是我国刑法中非法持有型犯罪的行为要件,^①但行为人只有“非法持有”特定物品(即刑法所规定枪支、弹药、毒品、假币、伪造的发票、国家机密的文件、资料和物品等)才能成立相应的非法持有型犯罪。^{[1](P593)}非法持有毒品罪、非法持有枪支弹药罪等自不待言,持有假币罪、持有伪造的发票罪(尽管刑法没有明确规定是“非法持有”)实际也要求非法持有假币、非法持有伪造的发票的行为。^{[2](P680)}巨额财产来源不明罪则是一种推定意义上的非法持有型犯罪:国家工作人员持有(或拥有)明显超过其合法收入、差额巨大的“非法所得(推定而来的)”,实质就是国家工作人员“非法持有”明显超过合法收入、差额巨大所得——持有

“非法所得”等于“非法持有”所得。^[3]显然,非法持有是非法持有型犯罪成立的关键环节。

那么,如何认定“非法持有”?如何将一个持有(行为或事实)评价为非法持有?其根据是什么?问题乍看起来简单,但理论和实务对此认识上较为含混模糊,且有不同意见,个别罪名的立法也有特殊的规定。

一种影响较大的学理意见认为,^②我国刑法中的持有不同于一般意义上的持有,其本身就是非法的,其非法性(或犯罪性)来源于持有对象是刑法规定的特定物品,如枪支、弹药、毒品、淫秽物品等违禁物或危险品。持有上述违禁品、危险物品本身就具有潜在的社会危险性甚至危害性,^[4]所以,以维护社会秩序与安全为己任的刑法就将这些持有特定物品的行为规定为犯罪,“刑法中的持有”

收稿日期:2015-09-02

基金项目:江西省社科规划项目“刑罚范畴在刑法理论体系中的地位”(项目编号:14FX12)

作者简介:张曙光(1972-),男,山东蓬莱人,副教授,博士,主要从事现代刑法学、中华苏维埃共和国法制建设研究。

①目前,我国刑法中的非法持有型犯罪包括非法持有枪支、弹药罪(刑法第128条第1款)、非法持有国家绝密、机密文件、资料或物品罪(第282条第2款)、非法持有毒品罪(第384条)、非法持有毒品原植物种子、幼苗罪(第352条)、持有假币罪(第172条)、持有伪造的发票罪等典型的非法持有型犯罪,巨额财产来源不明罪(395条第1款)则是一种形式特殊但实质意义上的非法持有型犯罪。对于有争议的非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪(第130条)、非法携带武器、管制刀具、爆炸物参加集会、游行、示威罪(第297条)、非法储存枪支、弹药、爆炸物罪(第125条第1款)等,笔者认为,它们在行为构成和犯罪构成方面与(非法)持有型犯罪迥异,也不具有持有型犯罪特有的政策目的和功能,因而不是真正意义上持有型犯罪,否则将混淆了持有型犯罪与一般犯罪之间的区别,反而不利于对持有型犯罪的准确认识。参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第1014页;参见梁根林:《刑事法网:扩张与限缩》,法制出版社2005年版,第80页等。

②这种学理意见始于储槐植先生,他在1989年就撰文指出刑法中的持有是一种与作为、不作为相并列的犯罪行为(或危害行为)形式,1994年他又在《三论第三种犯罪行为“持有”》一文中详细论述了持有的“犯罪性”。目前,这一观点为国内不少学者所继承。参见储槐植:《刑事一体化》,法律出版社2004年4月,第184、298-299页。

自身就是一种特殊的违法行为。^[5]只要持有了刑法中持有型犯罪规定的这些特定物品,那么就可认定为非法持有。“‘持有’这一行为形式之所以具有犯罪性在于主体对非法财物的控制状态,非法财物例如毒品、不义之财以及色情物品、犯罪工具(有的国家刑法中有持有色情物品罪和持有犯罪工具罪)等。显然犯罪对象的性质对主体的评价至关重要。”^{[6](P299)}

然而,权威的实务见解为认定“非法持有”指出了不同的认定标准。最高审判机关在关于审理非法持有枪支、弹药罪等案件的司法解释^①中指出,“非法持有”应是指“不符合配备、配置枪支、弹药条件的人员,违反枪支管理法律、法规的规定,擅自持有枪支、弹药的行为。”在这个定义中,持有枪支、弹药仅被描述为一个行为事实,“非法”的评价更依据“不符合配备、配置枪支、弹药的条件”——它指的是不具有某种法律上的资格、身份,“违反枪支管理法律、法规”、“擅自”等语词,也是从广义上表明持有人无资格持有。在这里,非法持有可以笼统地说是无资格持有,与第一种学理意见相比,权威实务意见更强调从持有人的身份或资格上考察持有的非法性问题。

在巨额财产来源不明罪(可谓一种推定意义上的非法持有所得罪)中,非法持有的非法性评价来源于立法推定;立法在“国家工作人员持有明显超过合法收入、差额巨大的财产”和“(本人)不能说明来源的”事实上明令推定“差额部分”为“非法所得”,从而确立了“国家工作人员非法持有明显超过合法收入、差额巨大的财产(所得)”的观念——持有非法所得其实就是非法持有所得。换言之,该罪“非法持有”的认定,是对持有事实(国家工作人员持有明显超过合法收入、差额巨大的财产)和“不能说明来源的”事实的综合评价(推定)。

从学理上看,上述三种情况都是为认定“非法持有”提供依据。前两种中哪种是正确的或者更为合理呢?我们从巨额财产来源不明罪的立法规定(非法性是推定的)又能获得怎样的启示呢?这都是理论上需要认真辩驳的问题。

二、非法持有的“非法性”是否源于持有对象

第一种意见将非法持有的“非法性”归因于刑法规定的特定对象。正如学者指出,现实生活中存在一些对社会具有潜在危险性或现实危险性的物品,如枪支、弹药、毒品、假币、夜盗工具等,对这些“管制物或违禁物”的持有就存在着潜在的社会危害性或危险性,各国刑法将持有这些特定对象规定为非法持有型犯罪,意味着持有这些物品本身就是非法的。因此,非法持有的认定可根据持有刑法规定的特定对象认定。为此,有学者还专门区分了“刑法中的持有”与“一般的中性意义上的持有”的概念,其不同就在于“刑法中的持有”是对刑法规定的特定物的持有,其本身就具有非法性。“刑法上的持有是一种特殊的行为,其特殊就特殊在持有对象的特定性上。”^[4]

依照上述思路,凡持有枪支、弹药都会被认定为非法持有,因为持有枪支、弹药自身就是非法持有,一个警察持有刑法规定的枪支、弹药等所谓管制物应与一个普通公民持有枪支、弹药等一样,也成立为非法持有,进而可以成立非法持有枪支弹药罪。但是,我们都清楚,不仅多数情况下警察不会因持有枪支、弹药被认定为非法持有,相反,通常被视为正当或者说合法持有,而且,就一般民众而言,在日常生活中也完全有可能正当地或合法地持有枪支、弹药,如在林区的猎户、制造鞭炮、礼花的个体户或私人企业、被批准用爆破的方式在自家院里打井的农户等可以合法地持有一定的枪支或爆炸物(弹药)。在上述情况下,人们虽然持有了刑法规定的特定物(枪支、弹药),但并不因此成立非法持有,而是合法持有。同样,“精神病患者或其他病患者,通过正常的医疗途径持有和使用一定数量的精神药品和麻醉药品;依法运输、管理、使用毒品的人们在工作范围内持有毒品等”;负责收回、管理、销毁假币的金融工作人员因为职责持有假币等,都不会因为持有的是违禁品就成立非法持有,相反他们都是合法持有。

换个角度说,在通常情况下,一个警察因职责

^①2001年5月16日最高人民法院《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2001]15号)第8条第2款。

持有枪支、弹药被认为合法持有,而一个普通公民持有枪支、弹药是非法持有,之所以出现不同评价结果,问题不在于持有枪支、弹药(在这点上二者没有区别),而更可能在于二者不同的资格或身份,前者通常来说有权根据职责持有枪支、弹药,而后者一般情况下不具有持有枪支的资格、弹药。所以,将是否持有刑法规定的、持有型犯罪的特定对象来判断非法持有的存在与否是不准确的。

实际上,持有作为人对物的事实上的控制支配,^①对任何物(无论是生活中的一般物品还是刑法规定的特定物)的持有,都存在合法持有和非法持有两种可能性。如就一般财物而言,如果财物在所有权人或其他用益权人手中,那么这种持有是合法持有,但落入犯罪分子手中(如通过盗窃、侵占等手段),其持有就是非法持有;同样,对刑法中规定的所谓管制物、违禁物等,如前文提到的枪支、弹药、毒品等,也存在着两种可能性(见前述例子)。仅根据持有物是刑法规定的持有型犯罪的对象,并不能必然评价其为非法,仅根据持有对象是刑法规定之外的其他物(如财物、工具等),也不必然认定为合法持有。简言之,持有对象的物理属性并不影响一种持有的合法与非法,不能作为非法持有认定的根据。

而且,在现实生活中存在一种事物本质上就是“非法的”、“危害性”的财物吗?所谓的“管制物”、“违禁品”、“犯罪工具”等难道不是相对于一定的人群(包括大多数人)而言的吗?所谓“淫秽物品”、“假币”也只是客观上的一种物品而已,或许在一般道德观念上被评价为有害的,但是无论其如何特殊、人们在道德上如何否定,在法律上都不能离开其持有主体来谈及其非法性、危害性。另一方面,那些没有被刑法规定的物品,在特定的情况下(即在非法者手中)也会被沦为所谓非法财物、凶器、犯罪工具等,如犯罪分子将他人财物据为己有,用一把水果刀、胶带、绳子用来杀人等,这些物品之所以被称为非法所得、凶器、犯罪工具等,是相对于违法者或犯罪人而言的。所以,不存在什么本质上就是“非法物”、“社会危险性物品”,更不能依据持有对象的属性来认定持有的合法与非法。

三、非法持有的“非法性”是否源于持有人的主体身份(资格)

一个基本事实是,如前文举例,在实行枪支管制的国家,警察因职责持有枪支一般不被评价为非法性或犯罪性,不会因为其持有了作为管制物或违禁物的枪支成立非法持有枪支罪,其持有习惯性地被认为是正当持有或合法持有。另一方面,尽管有时普通民众持有枪支、弹药、麻醉品等也能被评价为合法持有——比如在竞技体育中或狩猎场中或医院批准得到枪支、弹药、麻醉品等,但是,在多数情况下普通民众持有枪支、弹药、麻醉品等被习惯性地评价为非法持有。在上文中,我们还论述了如果离开持有主体,我们不能说一个物品(无论是否持有型犯罪规定的特定物)是“非法财物”或“合法财物”。那么,如果持有对象的性质不能左右持有的合法或非法评价,是否可以根据持有主体的身份或资格来认定持有的合法或非法呢?

这种思考有其合理性。因为持有是一个关系范畴,包含持有主体(人)、持有对象(物)和二者之间的控制、支配关系三个要素。对持有的非法还是合法评价不应当是脱离主体谈持有的合法与非法,其实也只有针对主体,合法还是非法评价才是有意义的,脱离主体单纯对物谈合法或非法没有意义。具有财物的所有权的人是合法持有其财物,盗窃犯对其盗窃物品的持有是非法持有,都是建立在人对物的关系评价上。当我们认为某种持有关系是非法持有或合法持有,我们是指就主体对持有某特定物是合法或非法而言的。

法律、法规一般也根据主体的身份或资格预先规定了主体对特定物之间一般权利和义务关系,如警察的身份或职责一般意味着可以持有枪支、弹药,而普通民众则一般不具有持有枪支的权利资格。所以,同样是持有作为管制物枪支,会因持有主体的身份或资格导致不同的评价结果:合法持有或非法持有。立足于主体身份或资格来评价对某物持有的合法或非法是有其理由的。

上述最高人民法院的司法解释(即第二种观点)就是将非法持有认定与持有主体的身份或资

^①参见陈兴良:《口授刑法学》,中国人民大学出版社2007年版,第144页;陈正云、李泽龙:《持有行为——一种新型的犯罪行为态样》,载《法学》,1995年第5期,第17页。

格关联起来,其开宗明义地指出,只有“不符合配备、配置枪支、弹药条件的人员,违反枪支管理法律、法规的规定,擅自持有枪支、弹药”才成立非法持有。“不符合配备、配置枪支、弹药条件的人员”表明了持有人不具有某种身份或资格,“违反枪支管理法律、法规”、“擅自”等也从广义的、不同的角度强调了表明无资格。

但这还不能解释以下问题:在上文例子中,我们提到普通公民(即一般说来不具有持有枪支的资格、身份)的人有时也能够合法持有枪支、毒品等管制物品(或违禁品),如从事矿区生产的农民,在给予准许的情况下,也可以持有生产需要的炸药、雷管等爆炸物;精神病患者或其他病患者乃至其家属,虽然不具有法律规定的持有毒品的一般身份或资格,但是通过正常的医疗途径获得并持有一定数量的精神药品和麻醉药品,也应认定为合法持有。另一方面,一个警察也并非在有的时候持有枪支都是合法的,如根据法律规定或职责要求,行为人只能在行使职务期间持有一支手枪,但实际是它私下配备了另外一支手枪,他(或她)尽管具有警察的身份和配枪资格,但也有可能成立非法持有枪支罪。可见,持有的非法性判断,仅仅根据法律预设的一般资格和身份还是不够的,还需要根据具体情况来进行认定。换言之,对持有非法性的评价,持有主体的一般身份或资格仅仅能够提供一般性的指导,还要看具体对持有物品是否有合法的根据。在上述最高人民法院的司法意见中,除了要求主体是“不符合配备、配置枪支、弹药条件的人员”资格或身份外,我们还能从“违反枪支管理法律、法规的规定”、“擅自”的条件要求中读出另外的含义:它意味着即使一个“不符合配备、配置枪支、弹药条件的人员”,如果得到法律或法规的容许或经有关权威部门的批准或授权,也可以合法持有一定的枪支、弹药,就不再是“擅自”。相反,如果一个符合配备、配置枪支、弹药条件的警察违反法律、法规的规定,擅自持有超过规定的枪支、弹药,那么他(她)也可以成立非法持

有。更根本问题其实在于持有是否具有具体合法的根据或理由,持有主体的一般身份或资格其实还是为确定这一点服务的。

所以,持有主体的一般身份或资格(如警察和普通民众之分)可以为持有合法或非法评价提供一般指导,这固然重要,但是如果得到彻底的认定,还是不够的,在根本上应追问该持有是否具有具体的合法根据(或理由)。

四、非法持有的“非法性”取决于能否说明(包括查明)持有来源合法

所谓持有是否具有合法根据或理由,是指持有状态产生的根源是否合法的问题,也就是应当探求持有物品的“来龙去脉”。如果持有的枪支是因职责规定(如警察、护林员)并履行了一定的程序,或者经某定部门批准(如农民被批准少量炸药用于打井),那么其持有来源就是合法的,持有即有合法根据;相反,如果没有合法的缘由,即使满足了一般资格或身份,持有枪支也可以成立非法持有。这是因为持有是一种状态,这种状态并不足以说明自身的合法与非法(也就是说在逻辑上不能排除持有枪支这样的行为是合法的)。一个人持有刑法规定的特定物,即便了解了其在法律上一般资格或身份,也不能排除其是合法持有(或非法持有),还应当根据持有状态的来源来确定持有合法与非法。如在普通公民家中发现了雷管、炸药等爆炸物,我们并不能直接根据其主体身份和对象性质来判断其为非法,还要审查其是否具有具体的合法来源。

这种查明其来源是否合法的要求其实已在个别的实体法规定中有所体现——巨额财产来源不明罪中“本人不能说明来源的”、非法持有国家机密、绝密文件物品资料罪中的“拒不说明来源和用途的”,其内涵既包括持有人能否说明其持有物品的来源(合法),也包括司法机关能否核实或证明其来源(合法)。^①而就其他非法持有型犯罪而言,如非法持有枪支、弹药罪,非法持有毒品罪,尽管

^①巨额财产来源不明罪中的“本人不能说明来源的”与非法持有国家机密、绝密文件物品资料罪中的“拒不说明来源和用途的”实际是同义的,后者应不限于拒不说明,还包括不能说明等情况。根据2003年11月13日《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》第五条(一)规定,“不能说明来源的”是指“以下情况:(1)行为人拒不说明财产来源;(2)行为人分辨不出财产的具体来源而无法说明;(3)行为人说明了财产来源,经过司法机关查证并不属实;(4)行为人说明了财产来源,因线索不具体等原因,司法机关无法查实,但能排除存在来源合法的可能性和合理性的。”概括之,两方面含义:一是本人局部说明、不能说明、虚假说明等;二是司法机关不能证明。而刑法第282条第2款规定的非法持有国家机密、绝密文件、资料、物品罪中的“拒不说明说明来源和用途的”,虽然表述与前者有所不同,但实质解释起来二者含义是一样的,应扩张解释为“不能说明来源和用途的”,同样应包含前者司法解释的情况。

刑法没有规定“不能说明来源”,但人们普遍认为应当在持有事实的基础上,另行要求“不能证明持有物品的来源或目的”的情况下才成立非法持有型犯罪。这个额外的“条件”,其实不是一个简单的工作程序,它与非法持有的“非法”有着内在的逻辑联系——它要在“不能说明具体非法来源”的领域(排除了来源合法和具体来源非法)建立推定意义上的、抽象的非法性评价:非法持有。

巨额财产来源不明罪的立法规定可作为一个典型的说明。根据常理,我们仅根据国家工作人员的财产、支出明显超出其合法收入、差额巨大的持有事实,不能评价其为非法持有。因为就一个公民而言,国家工作人员有资格拥有财产,其拥有数额巨大的财产,尽管可以令人怀疑,但不能因此就说其具有社会危害性(在某种意义上是一种对社会有益的行为,因为这意味着公民个人福利和社会整体财富的增加),更不能说其具有非法性,特别是在目前开放的社会主义市场经济社会里,财物创造和来源的多元化,使国家工作人员的财物远超过其表面上的合法收入成为可能。因此,立法者在其拥有这种持有明显超过合法收入、差额巨大财产的持有事实基础上,进一步要求其说明来源(包括合法来源和具体的非法来源),如果其不能说明财产来源是合法和具体的非法来源,那么,立法就推定其差额所得为非法所得,从而成立非法持有,在国家工作人员非法持有明显超过合法收入、差额巨大的财产的意义确立巨额财产来源不明罪。可见,巨额财产来源不明罪中,国家工作人员持有明显超过合法收入、差额巨大财产的事实本身,并不能说明合法还是非法,其非法还是合法是根据持有人是否能说明来源(包括司法机关能够查明其合法来源)来进行最终确定。

在其他典型的非法持有型犯罪中,尽管持有对象本身是刑法中规定的特定物品(枪支、弹药、毒品、假币、伪造的发票、毒品种子幼苗等),即使

持有人在法律预设意义上不具有某种身份或资格,我们也不能因此排除其合法持有而断定其非法持有,我们必须进一步查明“持有物品的来源”,然后进行综合判断,只有本人不能说明来源(包含了拒不说明、虚假说明、不能说明等情况),司法机关也无法查明的情况下,我们才能认定其为非法持有。如持有假币罪,如果持有假币是基于职务行为,那么它因存在一种合法来源途径而成立合法持有,而如果其说明了具体来源(如盗窃、拾得等),那么它按照相应的犯罪处理,只有不能说明来源(或拒不说明来源),司法机关也无法查明的情况下,才是非法持有。它来源是合法还是非法的认定最终依靠持有人能否说明来源(是合法的)。一言以蔽之,“不能说明来源的”其实是非法持有认定的共同要求。

五、余论

“非法持有”实际上包含了两个层面要素:一是事实层面(持有);二是规范评价层面(非法性)。非法性的评价不能仅依赖持有关系本身,还需要对持有状态、来源进行考察,它是对持有事实和“本人不能说明来源的”程序性事实的综合评价,这是一种推定意义上的、抽象的非法性评价(相对于有具体非法来源的持有,如盗窃后的非法持有)。持有事实和不能说明来源共同构成这个非法性评价的客观基础,因此,巨额财产来源不明罪中的“不能说明来源的”,非法持有国家机密、绝密文件、资料、物品罪中的“拒不说明说明来源和用途的”,乃至理论上对其他持有型犯罪附加的所谓“没有证据证明持有特定物品来源与目的的”,其内涵和功能其实都是一样的,都应是我国非法持有型犯罪成立的客观方面,是共同的客观要件。据此,我国非法持有型犯罪立法可普遍采用统一的基本立法模式:持有xxx,其来源非法或者不能说明来源合法的,处……。

参 考 文 献

- [1] 高铭喧,马克昌.刑法学[M].北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2011.
- [2] 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2011.
- [3] 张曙光.论持有的实质[J].刑事法评论,2010,26.
- [4] 李立众.持有型犯罪研究[J].刑事法评论,2002,11.
- [5] 李立众.“持有”的概念辨析[J].政法论丛,2001,(6).
- [6] 储槐植.刑事一体化[M].北京:法律出版社,2004.

(下转第133页)

On the Basic Problems of China Free Trade Area Dispute Settlement Mechanism

SUN Zhi-yu

(Law School of Guizhou University, Guiyang 550025, China)

Abstract: Dispute settlement mechanism of China Free Trade Area (CFTA) has become a hot research topic in regional legal system. But some basic problems of the mechanism are not duly noted in academic circles. Clarification of these problems would be beneficial for further studies. Dispute settlement mechanism of CFTA belongs to international dispute settlement mechanism. According to dispute settlement approaches, it can be classified into political, legal and mixed modes. This mechanism is featured in its diversity, universality and legality, with value goals of guaranteeing the equal status of the members, meeting the requirements of the order of regional governance, and promoting effectively the healthy development of regional economy. It works in normative, incentive and constructional functions.

Key words: China Free Trade Area Dispute Settlement Mechanism; Types and characteristics; value and function

(责任编辑:曾琼芳)

(上接第 118 页)

On the Origin of " Illegality" in Illegal Possession Crime

ZHANG Shu-guang

(School of Politics and Law, Jinggangshan University, Ji'an 343009, China)

Abstract: Possession may be legal or illegal. In PRC Criminal Law, an constitutive element for illegal possession crime is illegal possession. This illegality assessment does not originate from possession of particular prohibited or regulated object, nor from the qualification or identity of possessor, but an abstract comprehensive assessment (legal presumption) result based on the fact of possession and that " the source is not duly justified" . " Source -not -duly -justified" and the fact of possession jointly constitute the objective presumption (assessment) basis for " illegal possession" .

Key words: illegality; origin not duly justified; objective assessment basis; joint objective conditions

(责任编辑:曾琼芳)