



## 持有型犯罪的刑事政策分析

梁根林

### 一、引言——问题的由来

持有型犯罪是以行为人持有特定物品或财产的不法状态为基本构成要素的犯罪。自从我国刑法陆续设置巨额财产来源不明、非法持有毒品、非法持有、私藏枪支、弹药罪、非法持有假币罪、非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪、非法持有毒品原植物种子、幼苗罪等持有型犯罪以来,各地司法机关根据刑法的规定,运用持有型犯罪构成,对实际发生的诸如巨额财产来源不明、非法持有毒品、非法持有假币等犯罪案件依法追究刑事责任,使犯罪分子受到了应有的追究。与此同时,持有型犯罪的特殊的不法与罪责内涵也引起我国刑法学界的广泛关注,围绕着持有型犯罪的构成要素,特别是行为形式是作为、不作为抑或第三行为形式以及责任形式是罪过责任还是严格责任等规范性层面的问题,我国学界进行了比较深入的探讨。

但是,近年来,我国媒体与学界却出现了质疑乃至否定持有型犯罪构成特别是巨额财产来源不明罪的舆论和意见,其直接原因是,在司法实践中,许多具有重大贪污、受贿犯罪嫌疑而拥有超过合法收入的巨额财产又拒不说明其来源的官员,本应依法受到严厉惩罚,却因适用该罪名而获得了从轻发落。如原阜阳市长肖作新夫妇被查明的全部财产人民币19633500元、美元16243元、港币133880元中,除去已经查明的受贿、贪污、非法倒卖土地使用权的犯罪所得以及肖作新夫妇的合法收入外,尚有人民币12232638元、美元14243元、港币83880元无法说明其来源,对这些无法说明或者查明来源的巨额财产,最终只是以巨额财产来源不明罪判处有期徒刑5年,因此使肖作新夫妇逃脱了法律的最严厉制裁。(1)诸如此类的巨额财产来源不明案件的刑法适用,客观上确实轻纵了许多本应受到刑法严惩的贪官污吏,引起了舆论和学界的广泛关注、质疑与批评,许多人甚至迁怒于巨额财产来源不明罪的立法设计,断言巨额财产来源不明罪已经沦落成为贪官污吏开脱罪责、逃避严惩的“挡箭牌”、“避风港”、“避难所”、“法律漏斗”,甚至已经异化为贪官污吏面临刑事追究时竞相登陆的“安全岛”。按照上述看法,包括巨额财产来源不明罪在内的持有型犯罪,在刑事政策上实际上发挥着轻纵犯罪的功能,刑事立法上应当废除包括巨额财产来源不明罪在内的持有型犯罪构成。(2)

笔者认为,持有型犯罪构成的司法适用,之所以客观上产生轻纵犯罪的后果并因此而导致对持有型犯罪构成的怀疑与否定,究其根源在于,刑法理论对持有型犯罪的刑事政策功能应当如何认识、刑事立法政策选择上对持有型犯罪构成应当如何设计、刑事司法政策上对持有型犯罪构成应当如何适用,特别是对持有型犯罪与可能的关联犯罪的关系应当如何处理等政策性层面的问题,缺乏深入探讨与科学界定,以致刑法理论与司法实践对持有型犯罪构成产生了诸

多认识分歧与适用混乱,这势必影响刑事政策、刑事立法与司法实践对持有型犯罪的科学的选择、设置与适用。有鉴于此,本文拟对持有型犯罪的政策功能与政策选择进行初步分析,并求教于学界前辈、同仁。

## 二、刑事政策功能——堵截犯罪还是轻纵犯罪

刑事政策是指国家和社会整体以合理而有效地组织对犯罪的反应为目标而提出的有组织地反犯罪斗争的战略、方针、策略、方法以及行动的艺术、谋略和智慧的系统整体。(3)刑事政策功能则是某种刑事政策选择对国家和社会合理而有效地预防与控制犯罪可能产生的积极功用。

持有型犯罪构成,作为国家和社会反犯罪斗争的刑事政策系统中的一项具体的刑事政策选择,对于预防和控制犯罪可能会产生什么样的积极功用,这是刑事立法政策是否应当设计以及如何设计持有型犯罪构成时首先应当予以关注的问题。笔者认为,要恰当地认识持有型犯罪构成的刑事政策功能,首先就必须考察各国刑事立法是基于何种刑事政策需要、针对哪些具有可罚性的情况而规定持有型犯罪构成的。根据笔者的考察,各国刑法中的持有型犯罪构成的立法设计主要限于两种情形:

一是作为实质预备犯规定的持有特定犯罪工具或凶器的独立犯罪构成。现代刑法理论认为,行为符合犯罪构成是追究行为人刑事责任的根据,而犯罪预备行为尚未实施犯罪构成要件行为,也不可能对法益安全构成直接、现实的侵害或威胁,因而一般不具有可罚性。但在例外情况下,基于刑事政策的特别需要,仍得选择性地处罚个别预备行为。而持有型犯罪构成的设置则成为一些为国家追究实质预备犯的刑事责任而运用的一种立法技术。<sup>①</sup>该当持有型犯罪构成的持有特定物品的行为,实际上只是实施其他目的行为所借重的行为,而构成其他目的行为的实质预备行为。但是,刑事立法并未规定这种持有行为为目的犯罪的预备犯,而是根据其持有行为本身的法益侵害危险设计相应的独立犯罪构成。因此,储槐植先生指出:“根据有些国外立法,设立持有型罪名的意义还在于以惩罚早期预备行为来防止严重犯罪的发生。……这种立法的法制价值是,一方面在刑法总则里废除惩罚犯罪预备作为一般原则的规定,更好地贯彻罪刑法定,另一方面又可收到防止重罪发生的效果。”(4)作为实质预备犯的持有型犯罪往往是非法持有犯罪凶器、枪支、弹药、爆炸物等犯罪。

二是就具有重大法益侵害直接危险的持有特定物品的行为、可能掩饰、隐藏重大犯罪行为的持有特定物品行为或者仅针对具有特殊法律义务的行为主体即国家公务员设定少量持有型犯罪构成,如非法持有国家秘密罪、非法持有毒品罪、持有非法或无法解释来源的财产罪等。对于这些持有型犯罪而言,可罚性的根据不仅在于法益侵害的直接危险或可能掩饰法益侵害的危险,而且在于直接的义务违反,有的持有型犯罪构成的立法评价对义务违反的考量甚至还超越了对法益侵害或者法益侵害危险的考虑,可罚性的深层的考虑可能主要在于义务违反。例如,非法持有国家秘密罪违反了国民保守国家秘密义务内涵中的无权知悉或接触国家秘密的人不得接触、刺探、知悉、拥有国家秘密的要求,同时这种义务违反行为也具有对国家安全这一重大法益安全侵害的现实威胁;非法持有毒品罪违反了国家毒品管制法规当然要求国民遵守的不得私藏、拥有、携带毒品的义务,同时也可能掩饰、隐瞒走私、贩卖、运输、制造毒品等具有重大法益侵害结果的犯罪;非法持有财产罪则违反了国家公务员应当履行的就自己的财产与收入状况接受主管部门与公众监督检查以保持其廉洁的法律义务,同时可能掩饰、隐瞒贪污、受贿犯罪等直接亵渎国家工作人员职务行为廉洁性的重大犯罪。然而,即使排除这些持有型犯罪的法益侵害危险,仅仅是根据持有人违反刑法的禁止性规范或者命令性规范所设定的义务,也可以对持有人的持有行为作出具有刑法上的可罚性的评价。

从持有型犯罪构成设计的立法考量可见,持有型犯罪构成实际上是一种区别于传统的作为型犯罪构成与不作为型犯罪的堵截犯罪构成。根据储槐植先生的界定,所谓堵截犯罪构成,是

指“刑事立法制定的具有堵塞拦截犯罪人逃脱法网功能的构成要件”。(5) 作为堵截犯罪构成, 持有型犯罪构成在基本价值取向上, 显然侧重于堵截犯罪、保护法益的功能诉求, 而非轻纵犯罪、保障人权的功能诉求。持有型犯罪的这种堵截功能诉求具体表现为以下两个方面:

首先, 在刑事实体法上, 持有型犯罪构成通过将刑法干预触须延伸至犯罪预备行为以及单纯的法益侵害危险或义务违反行为, 进一步严密刑事法网、严格刑事责任, 发挥其强化法益保护、防止狡猾的罪犯逃避刑事追究的堵截犯罪的功能。刑事立法之所以要设置以非法持有特定物品或财产为构成要素的持有型犯罪的独立犯罪构成, 其可罚性的根据可以求之于非法持有这些物品或财产本身具有重大法益侵害危险性或者严重的义务违反性, 但推动立法者设置这些持有型犯罪构成的立法动机与政策考量则在于, 非法持有这些物品或财产往往是更为严重的先行犯罪的结果状态(如巨额财产来源不明罪之持有可能就是贪污受贿等犯罪的结果状态)、续接犯罪的过渡状态(如非法持有毒品罪之持有可能就是贩卖毒品罪之购买与出售之间的过渡状态)或目的犯罪的预备状态(如非法持有枪支、弹药罪之持有可能就是持有人意图实施的暴力犯罪的预备状态), 只是由于各种原因又无法收集足够完成证明要求的有效证据证明持有状态的先行犯罪或者续接犯罪, 无法证明特定物品或财产的来源或去向, 因而无法认定其行为构成更为严重、危害更大的先行犯罪或者续接犯罪。但是, 如果不认定犯罪追究刑事责任, 则可能放纵重大犯罪嫌疑人、威胁重大法益安全。为了防止狡猾的犯罪分子逃脱法网, 阻止重大犯罪的发生, 保护重大法益安全, 刑事立法乃将非法持有可能用于犯罪的物品或者可能是犯罪的所得的财产的不法状态犯罪化, 设置持有型犯罪的独立犯罪构成。对于控方而言, 证明持有这些物品或财产的现状的存在显然比证明所持有的物品或财产的来源、去向以及持有的目的简单与容易得多。(6) 因此, 持有型犯罪构成就可以在控方难以证明被告人持有的特定物品的来源、去向或目的的情况下, 根据持有特定物品或财产的现状的存在而追究被告人的刑事责任。这种犯罪构成的设计, 无疑反映了刑事立法理念上由客观主义向主观主义、由结果无价值向行为无价值的转变, 可以发挥堵截犯罪分子、周延法益保护、严密刑事法网、严格刑事责任、防止狡猾的犯罪分子逃避刑事追究的基本功能, 这显然有助于进一步强化刑法的保护法益、维护秩序、确认规范的社会保护机能。

其次, 在刑事证据法上, 持有型犯罪构成通过改变刑事证明内容、降低证明要求以及部分倒置举证责任, 发挥其强化法益保护、防止狡猾的罪犯逃避刑事追究的堵截功能。司法实践中, 持有型犯罪往往是公诉机关在难以证明犯罪嫌疑人持有的特定物品或财产的来源、去向和用途、无法对可能的更为严重的先行犯罪或续接犯罪进行追诉的情况下, 出于严密刑事法网、防止狡猾的犯罪分子逃避刑事追究的考虑, 只好退而求其次, 只就已经发现和证明的持有行为进行追诉持有人持有的刑事责任, 而放弃对可能的更为严重的先行犯罪与续接犯罪的追诉。由于控诉内容与要求的改变与降低, 相应地, 公诉机关的刑事证明的内容与要求亦相应地改变与降低, 亦即储槐植先生所言的证明内容由证明“现状发源”转变为证明“现状存在”。(7) 由于持有型犯罪往往又具有人赃俱获的特点, 从持有人处查获特定物品或财产这一事实本身, 即足以证明“现状存在”, 并且一般可以推定持有人对所持有的物品或财产具有持有故意, 因而在持有型犯罪中, 公诉机关刑事证明的难度也大大降低。但是, 这并不意味着持有型犯罪就不需要证明犯意, 而是说持有行为与持有犯意具有高度联系, 证明持有行为一般即意味着证明了持有犯意。但是, 既然有一般就会有例外, 不能完全排除存在持有事实行为人却无持有犯意的例外情况。在控方证明了持有行为的前提下, 持有人仍然可以提出必要的证据合理地怀疑由持有事实至持有犯意的立法推定, 反驳对于自己的控诉, 排除持有犯意。这时, 举证责任就倒置给持有人一方, 但证明责任并不随之转移给持有人一方。持有人并不需要排除合理怀疑地证明自己没有持有故意, 而只需对控方由持有行为至持有故意的推定提出合理怀疑。一旦持有人提出了这样的合理怀疑, 公诉机关仍然应当就持有人提出的合理怀疑举出确实充分的证据加以反驳, 以达到排除合理怀疑地证明的程度。只有在持有人不能提出必要的证据对由持有事实至持

有故意的推定提出合理怀疑时,才能使之承担持有犯意成立的不利法律后果。因此,笔者认为,持有型犯罪既非不需要证明持有犯意的严格责任犯罪,也非转移或者倒置证明责任的由持有人证明自己无罪的犯罪。持有型犯罪只是随着控诉主张的改变与要求的降低,而相应地改变了刑事证明的内容,降低了完成证明要求的难度,并在例外情况下倒置了持有人的举证责任,但公诉机关证明持有行为与持有犯意的证明责任既没有被转移,也没有被减轻。那种认为持有型犯罪特别是巨额财产来源不明罪是对控方承担证明责任原则的例外情形、被告人对持有型犯罪应当承担证明自己无罪的责任的观点,无疑是对持有型犯罪的证明责任的错误解读。(8)

当然,持有型犯罪构成的上述周延法益保护、严密刑事法网、严格刑事责任、减轻控方证明责任的堵截功能的发挥不仅取决于刑事立法的犯罪构成的科学设计,更取决于司法实践对持有型犯罪构成的正确的适用解释。如果适用解释不当,严密刑事法网、严格刑事责任的初衷反而可能会导致适得其反的放纵犯罪的后果。例如,就刑事立法政策的考量而言,巨额财产来源不明罪,显然是在没有充分证据证明国家工作人员具有贪污受贿或者其他犯罪行为,但其又拥有不能说明来源的巨额财产的情况下,为了防止狡猾的贪官污吏逃避法网而设计的一个堵截犯罪构成。适用这一犯罪构成的前提是国家工作人员拥有明显超过其合法收入的巨额财产或者支出,具有重大的贪污受贿或者其他犯罪的嫌疑,本人拒不说明财产来源,依法侦查获得的有效证据又不能证明其财产来源于贪污受贿或者其他犯罪,因而无法适用不法、罪责内涵以及可罚性程度相对更为严重的贪污受贿或者其他相关犯罪的犯罪构成追究其刑事责任,科处其更为严厉的刑罚。司法实践中查处贪污贿赂等职务犯罪案件时,检察机关应当首先着眼于依法收集证据证明其巨额财产的来源,以便在查明其巨额财产的非来源的基础上根据行为人非法获取财产的具体性质与情节认定相应的犯罪。只有在无法收集确实、充分的有效证据因而确实无法认定其财产来源非法的情况下,才能把以巨额财产来源不明罪论处作为最后手段加以考虑。在巨额财产来源不明罪与其可能的关联犯罪如贪污受贿等犯罪的关系上,必须强调巨额财产来源不明罪的犯罪构成适用的最后手段性,这种最后手段性由其堵截犯罪构成的属性所决定。反之,如果司法实践中在适用解释巨额财产来源不明罪的犯罪构成时,无视这种司法适用的最后手段性,因为取证的困难、诉讼效率的考虑或者因为受到来自方方面面的非法干预,就机械地、形式主义地根据持有事实优先适用巨额财产来源不明的犯罪构成,不仅容易助长司法惰性与司法腐败,而且会破坏巨额财产来源不明犯罪构成的堵截犯罪功能的发挥,巨额财产来源不明犯罪构成堵截犯罪的立法初衷反而会实际导致轻纵犯罪的事与愿违的后果。

巨额财产来源不明罪的犯罪构成的这种司法适用的最后手段性存在于所有的持有型犯罪构成之中。最后手段性是所有的持有型犯罪构成作为堵截犯罪构成的根本的适用解释政策。司法机关在适用解释所有的持有型犯罪构成时,都应当正确处理持有型犯罪构成与可能的关联犯罪的犯罪构成的优位关系,坚持持有型犯罪构成的司法适用的最后手段性,将适用持有型犯罪构成作为追究犯罪分子刑事责任的最后的迫不得已的选择,应当首先积极主动地收集能够证明持有人持有的特定物品或者财产来源、去向或者持有目的的证据,能够适用具有更高不法、罪责与可罚性程度的关联犯罪构成的,应当尽量优先适用关联犯罪构成,而尽量不适用持有型犯罪构成。只有在确实无法证明其持有物的来源、去向或持有目的,因而无法按照可能的关联犯罪追究刑事责任,而如果不追究其刑事责任又显然会放纵犯罪分子的迫不得已的情况下,才能例外地适用持有型犯罪构成。只有在刑事司法政策上坚持适用持有型犯罪构成的最后手段性,才能真正发挥堵截犯罪的刑事政策。

### 三、刑事政策选择——积极倚赖还是慎重谦抑

持有型犯罪构成作为堵截犯罪构成,具有堵截犯罪的刑事政策功能。然而,持有型犯罪构成的适用释放出了扩张刑法干预的刑事政策信息,即刑法干预范围可以扩张至无实害的法益侵害危险以及单纯的义务违反行为,并且借由从持有事实到持有犯意的立法推定,减轻了控方的

证明责任,部分地倒置了刑事诉讼的举证责任。因而,持有型犯罪在周延法益保护、严密刑事法网、严格责任、堵截犯罪分子逃避刑事追究的同时,客观上也蕴涵着违反刑法的最后手段性以及强化法益保护功能、削弱人权保障功能甚至因推定出错而冤枉无辜的现实危险。这是持有型犯罪构成在功能属性方面明显区别于以客观主义和结果无价值论为哲学基础的冲突的作为型犯罪和不作为型犯罪的重要特征,由此可能直接影响我们对持有型犯罪构成是采取积极倚赖还是慎重谦抑的态度。

现代刑事政策以合理而有效地组织对犯罪的反应为刑事政策的基本目标。刑事政策在追求国家与社会的有组织的反犯罪斗争的合目的性和有效性的过程中,必须同时顾及人类社会既存的文化情感及价值观念,符合人类社会公正合理的正义判断,从而达成效率与公正、有效性和正当性的协调统一。在刑事政策这样一个双重价值目标体系中,合目的地与有效地组织反犯罪斗争的策略与手段是刑事政策的内在冲动和目的追求,而公正性与合理性则构成对刑事政策的合目的性与有效性的正当限制和价值判断,通过政策目标的公正性、合理性对政策实践合目的性、有效性的约束,一方面使现代刑事政策同过往实际存在的绝对追求有效性的所谓刑事政策决裂,另一方面也使刑事政策与法治国家的原则挂钩,解决了法治国家原则所固有的确定性、安全性与刑事政策所内在的灵活性、功利性的兼容性问题,因而才能使刑事政策在法治国家环境下获得生命力,使法治国家的刑法刑事政策化成为可能。正是在现代刑事政策这种“合理而有效地组织对犯罪的反应”的刑事政策目标的引导下,现代刑法理论强调,刑法典作为实现刑事法治的基本载体,应当既是法益保护法,又是人权保障法。法益保护的需要决定了刑事立法的必要性,行为造成法益侵害后果或具有法益侵害危险,才能具有实质的违法性或刑法上的可罚性,而有予以犯罪化并赋予适当法律效果的必要。此为基于法益权衡原则的立法必要原则;法益保护的需要同时也决定了刑事立法的合理性,只有基于法益价值的衡量,规定与法益破坏程度相当的法律后果,刑事立法才具有合理性。此为基于法益相当原则的立法相当原则。法益保护原则是刑事立法的基本准则,由此而产生“无法益损害即无犯罪,亦无刑罚”的刑事立法原则。作为人权保障法,刑法典又应当是犯罪人与善良公民的大宪章。德国著名刑法学家、刑事政策大师李斯特说:“刑法典是犯罪人的大宪章。它既不是在保护法律制度,也不是在保护集体,而是在保护它所抵御的人。它同犯罪人达成一项文字保证,对他们的惩罚只是当具备法律条件时才在法律规定的限度内实施。法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚,这两句话是一道屏障,保护公民免受国家权威、多数人的权利、利维坦的侵害。我早就指出过,刑罚是受法律制约的国家的惩罚权。现在,我可以这样说,刑法是刑事政策不可逾越的樊篱。”〔9〕罪刑法定原则制约下的现代刑法典作为法益保护法与人权保障法所固有的这种法益保护与人权保障的双重功能诉求使得现代刑法始终处于一种紧张与冲突之中。因此,李斯特的高足、德国著名刑法学家、法哲学家拉德布鲁赫指出:“自从有刑法存在,国家代替受害人施行报复时开始,国家就承担着双重责任:国家在采取任何行为时,不仅要为社会利益反对犯罪者,也要保护犯罪人不受受害人的报复。现在刑法同样不只反对犯罪人,也保护犯罪人,它的目的不仅在于设立国家刑罚权力,同时也要限制这一权力,它不只是可罚性的源由,也是它的界限,因此表现出悖论性:刑法不仅要面对犯罪人保护国家,也要面对国家保护犯罪人,不单面对犯罪人,也要面对检察官保护市民,成为公民反对司法专横和错误的大宪章。”〔10〕刑法不可能完全消除这种内在的紧张与冲突,而只能在公平、正义的最高法律价值的关照下,尽可能平衡地追求法益保护与人权保障两大基本功能。然而,所谓平衡,并不是将两大功能等量齐观,而是指以两大功能的平衡为刑事政策的基础,根据实现公正与功利的客观需要进行适当调整。储槐植先生正确的指出:“把两个保护(保护社会和保护个人)协调起来是最佳的刑事政策,刑事政策进行调整的基准线便是平衡两个保护。两个保护的平衡是调整刑事政策的杠杆:当需要强调保护社会利益时,刑事政策就向‘严’的方向调整;当需要强调保护个人利益时,刑事政策就向‘宽’的方向调整。”〔11〕

现代刑事政策的“合理而有效地组织对犯罪的反应”的刑事政策目标以及刑法典既是法益保护法又是人权保障法的功能定位,决定了刑事政策选择上,虽然不排除适当设置若干持有型犯罪构成以保护重大法益、预防或者堵截重大犯罪的正当性,但是又不能不兼顾刑法典的法益保护与人权保障的双重功能诉求,不能不对持有型犯罪构成固有的过于强调法益保护与堵截犯罪机能而可能损及人权保障机能的痼疾保持清醒的认识,不能不采取适当的措施平衡持有型犯罪构成中法益保护与人权保障的内在冲突。

基于以上考虑,笔者主张,刑事政策选择上对待持有型犯罪,应当采取既积极又慎重的态度。出于周延法益保护、严密刑事法网、严格刑事责任、防止狡猾的犯罪分子逃避刑事追究的刑事政策需要,刑事立法应当积极设置若干持有型犯罪构成,充分发挥其堵截犯罪构成的上述功能。但是,持有毕竟不是常态的犯罪行为形式,持有型犯罪包含立法推定(根据被证明的持有行为的存在一般性地推定持有人具有持有故意,除非持有人提出证据合理地予以怀疑)。既然是推定就有出错的可能(当持有人由于无知、疏忽或者被栽赃陷害而没有提出合理怀疑的证据或者无法提出合理怀疑的证据时),刑事立法在设计持有型犯罪的罪刑规范时即应当考虑出错的可能而未雨绸缪,为可能发生的错误追究留出纠错与救济的余地。因此,笔者主张,刑事政策选择上对待持有型犯罪可能采取的反应应当包括两个方面:

一方面,应当慎重设置持有型犯罪构成,使持有型犯罪构成在刑事立法中成为特例而不是常例。笔者认为,刑事立法政策上只能出于保护重大法益、预防重大犯罪的特别需要,而例外地与选择性地设置持有型犯罪构成,既不能基于处罚预备犯的考虑而不加选择地、普遍地以持有型犯罪构成的形式规定实质预备犯,也不能出于减轻公诉机关的证明责任的考虑而任意地设置其他持有型犯罪构成。现代刑法理论认为,该当犯罪构成的不法行为必须是行为人主观上决定性地使构成要件实现即法益侵害实现的最后一个行为,行为本身即能表征行为人的犯罪意志,因而存在对行为进行道义责难与否定评价的依据和可能。只有在预备行为本身即足以表征行为人的犯罪意志并且对刑法所保护的法益形成相当的危险,根据社会相当性的评价认为与犯罪构成要件具有密切关系时,预备行为才得进入刑法干预的范围。为避免举证证明这种行为作为其他目的行为或关联行为的预备行为的困难,刑事立法才可以对这种具有法益侵害危险的具有刑法意义的实质预备行为独立设计犯罪构成。这样一种立法技术运用,既防止了刑法不恰当地扩张追究预备行为的刑事责任的范围,又可以保证对确实具有社会危险性的预备行为进行必要的刑法干预,符合刑法干预必要性和谦抑性的双重要求。此外,为了堵截其他重大犯罪分子漏网而设计的持有型犯罪构成,也只能基于刑事政策的特别需要而限于个别与例外的场合,亦即一般只能限于那些持有特定物品可能直接威胁重大法益安全并隐藏重大犯罪,而要证明这样的犯罪又存在着取证上的确实困难的个别场合,以及国家公务员持有来源不明的巨额财产的特殊场合。不能出于减轻控方的证明责任或转移举证责任的功利主义与实用主义的考虑,而把威胁一般法益或可能隐藏一般犯罪的持有行为任意地独立设置为持有型犯罪构成。那种认为持有型犯罪是一个独档一面的“主力”罪名而非补漏性的“替补”罪名甚至主张大量设置持有型犯罪构成的观点,显然是不可取的。(12)

另一方面,刑事立法在规定持有型犯罪的刑罚裁量标准时,也应当反映持有型犯罪的不法、罪责内涵以及可罚性程度,考虑持有型犯罪的立法推定的特点而留有纠错与救济的余地。由于持有型犯罪在犯罪形态上不是实害犯而是危险犯,不是针对其可能存在的更为严重的先行犯罪、续接犯罪或者目的犯罪追究刑事责任,而仅仅就其非法持有特定物品或财产进行可罚性评价,持有行为的不法与罪责内涵均迥然不同与可能存在的先行犯罪、续接犯罪或者目的犯罪,其可罚性程度亦必然远远低于可能的先行犯罪、续接犯罪或者目的犯罪,不能以可能的先行犯罪、续接犯罪或者目的犯罪的可罚性程度衡量单纯持有行为的可罚性程度。同时,持有型犯罪包含立法推定可能出错的特征也决定,为给纠错救济提供余地,对持有型犯罪的刑罚也不

宜太重。两个因素的结合,决定刑事立法对持有型犯罪所设置的法定刑在内容上必须是可救济的刑罚,不可救济的刑罚如死刑绝对不应成为持有型犯罪的刑罚选择,同时在强度上必须是大大低于可能的先行犯罪或续接犯罪的法定刑。只有这样,才可能及时有效地抵御、救济可能出现的罚及无辜,实现法益保护与人权保护的平衡和协调。

根据以上刑事政策分析,检讨与评估我国现行刑法规定的持有型犯罪的法定刑,我们发现,我国刑法有些规定基本上考虑到了持有型犯罪可罚性程度与其他关联犯罪的差异,大体上体现了刑法第5条规定的罪责刑相适应原则的要求,有关持有型犯罪的法定刑的设置也为纠错救济保留了必要的空间。

但是,我国现行刑法对持有型犯罪与可能的关联犯罪的法定刑设置也存在明显的罪刑关系的失调。其情形包括三种:

(1)有的条文规定的持有型犯罪与某些关联犯罪的法定刑保持了适当的落差,而与另外一些关联犯罪的法定刑则没有拉开必要的差距。如第172条规定持有假币罪的法定刑主刑根据数额较大、数额巨大以及数额特别巨大的不同情形,分别为3年以下有期徒刑或者拘役、3年以上10年以下有期徒刑、10年以上有期徒刑。而可能的关联犯罪如伪造货币罪的基本法定刑则为3年以上10年以下有期徒刑,加重法定刑则为10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。彼此之间的法定刑保持了适当的落差。而刑法第171条规定的出售、购买、运输假币罪,虽然针对数额较大、数额巨大以及数额特别巨大三种不同情节,分别规定了3年以下有期徒刑或者拘役、3年以上10年以下有期徒刑以及10年以上有期徒刑或者无期徒刑三个法定刑幅度,在数额特别巨大的情况下,出售、购买或者运输假币的最高法定刑较之持有假币数额特别巨大的最高法定刑高出一个刑罚等级(前者为无期徒刑,后者为15年有期徒刑),但在数额较大与数额巨大的情况下,出售、购买、运输假币罪与持有假币罪的基本法定刑与加重法定刑则完全相同。

(2)有的根本没有反映持有型犯罪与可能的关联犯罪在不法、罪责内涵与可罚性程度上的差异。如刑法第352条规定没有把非法携带、持有毒品原植物种子、幼苗罪的法定刑与非法买卖、运输毒品原植物种子、幼苗罪的法定刑拉开,而是用选择性犯罪构成的方式对非法买卖、运输、携带、持有毒品原植物种子、幼苗罪规定了同一个法定刑;

(3)有的则没有恰当地反映持有型犯罪与可能的关联犯罪在不法、罪责内涵与可罚性程度上的差异,或者表现为把持有型犯罪与可能的关联犯罪的法定刑差距拉得过小,如第348条规定非法持有毒品罪的最高法定刑为无期徒刑,而具有高概率联系的关联犯罪走私、贩卖、运输、制造毒品罪的最高法定刑为死刑,两者法定刑差距显然过小;或者表现为把持有型犯罪与可能的关联犯罪的法定刑差距拉的过大,如第395条规定巨额财产来源不明罪的法定刑为5年以下有期徒刑或者拘役,财产的差额部分予以追缴,而具有高概率联系的关联犯罪如贪污、受贿罪的法定刑则远远高于这一规定,个人贪污受贿数额在10万元以上的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑,可以并处没收财产,情节特别严重的,处死刑,并处没收财产。巨额财产来源不明罪与关联犯罪的法定刑出现巨大落差。正是这一巨大落差促使许多被追究刑事责任的贪官污吏纷纷患上了“健忘症”,拒绝说明财产来源或者无法说清财产来源,以至司法实践中出现了贪污受贿10万以上被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑甚至死刑,而持有说不清来源的数百万甚至数千万元的巨额财产却至多只能被判处5年有期徒刑的荒唐现象。因此,笔者主张,立法者应当对持有型犯罪与可能的关联犯罪的不法与罪责内涵进行科学界定,据此恰当地评价持有型犯罪与可能的关联犯罪的可罚性程度,设置科学地反映持有型犯罪的不法与罪责内涵以及可罚性程度的适当的法定刑,并使之与可能的关联犯罪保持必要的距离。这既是平衡持有型犯罪立法的双重刑法机能的需要,也是我国刑法第5条罪责刑相适应原则关于“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应”的要求。

(1) 孟庆华. 巨额财产来源不明罪研究新动向[M]. 北京:北京大学出版社, 2002. 352-353.

(2) 查庆久. 这条刑律何以尴尬——析反腐败斗争中“巨额财产来源不明罪”的处境[N]. 法制日报, 2001-02-07. (7). (3) 梁根林. 解读刑事政策. 陈兴良. 刑事法评论. (第11卷)[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2002. 17. (4) 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.

(5) 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. 358. 中外法学, 1992, (4). (6) 储槐植. 三论第三犯罪行为形式“持有”[J]. 中外法学, 1994, (5).

(7) 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. 292-293.

(8) 王国枢. 刑事诉讼法学(新编本)[M]. 北京:北京大学出版社, 1998. 171.

(9) (日)庄子邦雄. 刑罚制度的基础理论[J]. 国外法学, 1979, (4).

(10) (德)拉德布鲁赫. 法学导论[M]. 北京:中国大百科全书出版社, 1997. 96.

(11) 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. 224.

(12) 李立众. 持有型犯罪研究. 陈兴良. 刑事法评论(第11卷)[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2002. 420-428.

更新日期: 2007-8-20

阅读次数: 449

上篇文章: 空白罪状之“梳”议(上)

下篇文章: 谈单位犯罪中的几个问题

 打印 |  关闭

 TOP