

刑法学前沿

陈正云◎著

CHI YOU FAN ZUI
YAN JIU

持有犯罪 研究



“持有”行为作为犯罪方式在刑法中的确立，反映了国家在立法技巧和控制犯罪的刑事政策的变化，丰富和发展了刑法学中关于犯罪行为的理论，具有重大的实践价值和理论意义。

本书是国内第一本系统研究持有犯罪的学术著作，旁征博引的论述，入木三分的阐释，填补了刑法理论研究上的一项空白。

中国方正出版社

刑法学前沿

持有犯罪研究

陈正云 著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

持有犯罪研究/陈正云著. —北京: 中国方正出版社, 2004.5

(刑法学前沿)

ISBN 7-80107-531-5

I. 持… II. 陈… III. 研究—持有犯罪—学查研究—理论
IV. D.274.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 072136 号

刑法学前沿

持有犯罪研究

陈正云 著

责任编辑: 许 杰

责任校对: 张 蓉

责任印制: 郑 新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 63099854 出版部: (010) 66510958

网址: www.fzpress.com

责编 E-mail: Xujie@fzpress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京地质印刷厂印刷

开 本: 890 毫米×1240 毫米 1/32

印 张: 8

字 数: 110 千字

版 次: 2004 年 5 月第 1 版 2004 年 5 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-531-5

定价: 16.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

自序

犯罪行为方式，是刑法学理论研究尤其是犯罪行为理论研究的重要内容。长期以来，由于将犯罪行为方式概括为作为、不作为这一简单的对立分野，刑法学关于犯罪行为方式的理论研究也是基于此而展开的，也满足于此种划分而疏于对其他可能或已经存在的行为方式的理论探讨。

随着犯罪行为方式在客观上发生的变化，尤其是由于某些、某类危害社会的行为方式超越在作为、不作为方式之外，而成特殊类型，由此引发了犯罪行为理论的危机，这其中之一便是“持有”。事实上，在英国、美国、加拿大等国家，无论是在刑法理论中，还是在有关刑法条文中，都有对作为、不作为之外的作为犯罪行为方式之一的“持有”的探讨和规定。在我国刑事立法中，随着刑法的修订，关于对以“持有”方式实施的犯罪也是呈上升趋势，刑法界也越来越注意对“持有”行为的理论研究。

实际上，“持有”行为作为犯罪方式之一在刑法条文中予以确立，具有重大的实践价值和理论意义。从中反映出立法技巧、国家控制犯罪的刑事政策的变化，还牵涉到若干重大的刑事诉讼中的程序问题，当然对刑法学中关于犯罪行为的理论的丰富、发展、深入，更是具有推进作用。

“持有”行为不仅涉及刑法实体理论问题，还涉及许多刑事程序问题，笔者对“持有”行为的立法规定和理论研究一直予以关注，早在1993年便不揣冒昧撰文论证“持有”行为是一种独立的新型犯罪行为样态。^①转眼十余年过去了，我也有幸师从我国著名刑法学家高铭暄先生，研修刑法，攻读学位，并有机会受益于其他一些德高望重的刑法学前辈和青年才俊。参加工作后研修刑法兴趣不减，对“持有”行为的刑法理论研究也持续关注，结合自己司法实践中的一些体认和思考，写了这本小册子，也算对自己这十余年来关于“持有”行为的认识、思考的一个总结。

^① 陈正云、李泽龙：《持有行为——一种新型的犯罪行为样态》，载《法学》1993年第5期。

由于水平所限，这本小册子中肯定存在不少错漏之处，敬请大方之家批评指正。

陈正云

2004 年 2 月于北京

目 录

第一章 持有犯罪的概念和特征	(1)
第一节 持有犯罪的概念	(1)
第二节 持有犯罪的特征	(6)
第三节 持有犯罪与相关类型犯罪的立法 评价的比较	(16)
第二章 持有行为独立化的理论基础	(23)
第一节 传统犯罪行为分类理论及其 缺陷	(23)
第二节 持有行为独立化的根据	(35)
第三章 持有行为的构成特征	(51)
第一节 持有行为的支配性	(51)
第二节 持有行为的静态性	(53)
第三节 持有对象的法定性	(53)
第四节 持有时间的持续性	(54)
第五节 持有行为犯罪构成功能的 单一性	(56)
第六节 认定构成持有应注意的几个 特殊问题	(57)
第四章 持有行为的分类	(64)
第一节 本人持有与委托他人持有	(64)
第二节 附条件持有与不附条件持有	(65)

第三节	独立持有与从属持有	(69)
第五章	持有行为犯罪独立化的根据	(71)
第一节	持有行为具有相当的社会危害性 是其犯罪独立化的根本依据	(71)
第二节	社会保护和人权保障的平衡是其 犯罪独立化的刑事政策上的 选择	(76)
第三节	持有行为犯罪独立化是刑事立法 与刑事司法协调平衡的结果	(79)
第六章	持有犯罪形态	(85)
第一节	持有犯罪的过程形态	(85)
第二节	持有犯罪的罪数形态	(98)
第三节	持有犯罪的共同犯罪	(104)
第七章	持有犯罪司法认定的程序问题	(110)
第一节	持有犯罪的刑事证明内容	(110)
第二节	持有犯罪的刑事证明标准	(116)
第三节	持有犯罪的推定	(120)
第四节	持有犯罪证明责任的承担	(132)
第八章	持有犯罪刑事立法的完善	(146)
第一节	持有犯罪刑法规定概览	(146)
第二节	持有犯罪刑法规定存在的问题	(149)
第三节	持有犯罪刑法规定的完善	(157)
第九章	现有持有犯罪的认定	(172)
第一节	非法持有枪支、弹药罪	(172)
第二节	非法携带枪支、弹药、管制刀具、 危险物品危及公共安全罪	(178)

第三节	持有假币罪	(186)
第四节	非法持有国家绝密、机密文件、 资料、物品罪	(190)
第五节	非法携带武器、管制刀具、爆炸物 参加集会、游行、示威罪	(194)
第六节	非法持有毒品罪	(200)
第七节	非法携带、持有毒品原植物 种子、幼苗罪	(208)
第八节	巨额财产来源不明罪	(213)

第一章 持有犯罪的概念和特征

第一节 持有犯罪的概念

传统的刑法理论把犯罪客观行为穷尽地划分为“作为”和“不作为”两种情形。从 20 世纪 60 年代左右开始，在许多国家的刑事立法中出现了对非法持有管制物品行为予以追究刑事责任的规定，即规定了持有犯罪这一新型犯罪类别。例如，美国《模范刑法典》关于犯罪行为的规定，除包括作为、不作为外，还规定了“持有”行为。其规定为：“如果持有人有意识地获得或接受了该持有物，或者在能够终止其持有的充分时间内知道自己控制着该物，则此种持有即为一种行为。”^① 日本刑法第 140 条规定：“持有鸦片烟或吸食鸦片烟之器具者，处 1 年以下惩役。”意大利刑法第 435 条规定：“意图加害公共安全而制造、获得、持有炸药或其他爆发性、窒息性、眩感性、有毒性或燃烧性物质或使用制造或调和原料者，处 1 年以上 5 年以下徒刑。”英国刑法中关于犯罪定义的规定，包括外部事件，即只要有

^① 储槐植著：《美国刑法》，北京大学出版社 1996 年版，第 54 页。

事件就可以构成某项犯罪。其《盗窃罪法》第 25 条规定，如果一个人在其住所之外携带用于夜盗、盗窃或欺诈或与此有关的任何物品，此人就构成了犯罪。^① 这种外部事件，从本质上说，即是持有。^② 此外，联合国《1961 年麻醉品单一公约》第 36 条第 1 款将“持有”与“种植、生产、制造、贩卖、运输”等行为并列规定。我国刑法中也规定了大量的持有犯罪，诸如非法持有枪支、弹药罪、持有假币罪、非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪、非法持有毒品罪、非法持有毒品原植物种子、幼苗罪及巨额财产来源不明罪等。随着持有犯罪在刑事法律中大量被规定，人们对持有犯罪的研究也相继展开。

对持有犯罪的研究，首要问题便是对持有犯罪的内涵和外延进行科学准确的揭示界定，即科学准确地把握持有犯罪的概念和特征。何谓持有犯罪，理论界观点不一，归纳起来，主要有以下几种看法：第一种观点认为，“所谓持有型犯罪就是指刑法明文规定根据行为人实际支配或控制法律禁止持有物品的不法状态作为追究刑事责任客观基础的一类犯罪。”^③ 第二种观点认为：所谓持有犯罪，是指行为人实施支配或控制国家法律禁止持有的管制物品，

① [英] 鲁珀特·克罗斯、菲利普·A·琼斯著，赵秉志等译：《英国刑法导论》，中国人民大学出版社 1991 年版，第 28 页。

② 参见储槐植著：《美国刑法》，北京大学生出版社 1996 年版，第 55 页。

③ 唐世月、谢家友：《论持有型犯罪》，载《法律科学》1995 年第 4 期。

触犯刑法，依法受到刑罚处罚的行为^①。第三种观点认为：“非法持有犯罪是指违反法律法规的规定，擅自以购买、携带、藏匿、保管、借用或其他方式持有管制物品的行为。”^②第四种观点认为：“所谓非法持有管制物品的犯罪，是指行为人违反国家法律法规的规定，非法持有管制物品，根据证据尚不能确认是为其他犯罪而非法持有管制物品的行为。”^③上述观点的共同点在于都将违反法律法规而持有国家禁止持有的管制物品视为该类犯罪的核心。区别在于：第一种观点将持有管制物品的不法状态作为刑事处罚的依据；第二种观点则强调持有犯罪的法定性；第三种观点则认为只要非法持有管制物品的行为就是犯罪；第四种观点则强调非法持有管制物品行为的独立性。

我们认为，上述观点都具有一定的正确性，但都失之于片面，因此并非完全正确科学。第一种观点将行为人非法持有管制物品的不法状态作为刑事责任的客观基础不尽科学。因为，如果行为人非法持有某种管制物品系其先前行为的结果或者是为了实施其继后行为的原因，而其先前行为或继后行为又被法律独立评价为构成犯罪的，则对其持有行为的否定评价不再具有独立意义，而被包含在对其先

① 于英君、张志勇：《论持有型犯罪的立法完善》，载《法学》1996年第5期。

② 赵秉志主编：《刑法新探索》，群众出版社1994年版，第461页。

③ 龙洋：《非法持有型犯罪问题的研究》，载《中外法学》1999年第3期。

前行为或继后行为的否定评价之中，并因此对持有行为不再作独立的犯罪认定并处以刑罚。例如因先前盗窃、抢劫、受贿等犯罪而持有赃物或因走私、贩卖等犯罪行为需要而持有毒品的，因先前行为或继后行为与持有行为之间具有直接的确实的因果关系，其持有行为不具有独立性，因此，对盗窃、抢劫、受贿、走私、贩卖等犯罪行为的刑法评价则包含着对行为人持有管制物品的评价，刑事法律规定只追究行为人的先前行为或继后行为的刑事责任。因此，将非法持有管制物品的不法状态作为刑事责任的客观基础是不妥当的，不符合刑法理论，且有重复评价之嫌。此外，将持有犯罪评价为追究其“持有”的不法状态，而不是“持有”行为本身，即将“持有”界定为一种“状态”，而非是一种“行为”，也是不科学的。恕后文申述。第二种观点不足之处在于同样没有揭示出持有行为的独立性。此外第二种观点仅从犯罪的一般概念来描述持有犯罪的概念，显得生硬空洞。第三种观点强调刑事责任的客观基础是非法持有行为，是值得肯定的，但是所归纳的持有行为的具体方式，即“购买”、“保管”、“借用”，有不够确切之处。首先，“购买”、“保管”管制物品在法律有规定的情况下，应构成相应的犯罪而不属于非法持有的犯罪。例如，为走私毒品而购买的、替走私毒品者保管毒品的，前者自应是走私毒品罪，后者则应构成窝藏毒品罪，而不构成非法持有毒品罪。其次，“借用”管制物品，从实践中

看只要借用者未使用该管制物品犯罪，难以就“借用”行为本身论罪。例如，甲欲打猎向民警乙借枪而非法持有枪支，该种情况下就很难仅因借用而以“非法持有枪支弹药”论罪，即使借用者故意或过失致人死亡、重伤的，也只构成相应的犯罪而不构成非法持有的犯罪。再次，“购买”、“借用”从行为实质上说，只不过是获得管制物品的具体方式，认为此方式即为非法持有管制物品，是不够确切的。最后，论者还以“其他方式”来界定“持有”行为方式的外延，也不够科学，从现行立法上看，虽然法律对“持有”行为方式并没有限制性的规定，但立法上并没有任何一种具体的持有管制物品的犯罪在具体条文中以“以其他方式持有”管制物品的规定，无限制地扩大“持有”的行为方式，很难说是符合罪刑法定原则的。第四种观点基本上是正确的，但有两点不足：一是没有揭示出行为人主观罪过形式，即要求行为人在主观上必须是出于故意，排除过失的可能性；二是刑法明确规定构成犯罪，也就是说并不是所有非法持有国家管制物品的行为都构成刑事犯罪，只有刑法明确加以规定的，才能以犯罪论处。例如黄金、国家重点文物、国有档案等也属于国家管制物品，但行为人非法持有这些物品，并构成非法持有型犯罪。原因在于刑法没有规定此种犯罪。

基于上述分析，我认为，非法持有犯罪，是指行为人违反国家法律法规的规定，故意非法持有国

家管制物品，根据证据尚不能确认构成其他犯罪，而又符合刑法明确规定，应以刑罚处罚的行为。

第二节 持有犯罪的特征

持有犯罪作为刑法规定中的犯罪类型的集合概念，同其他类型的犯罪诸如侵犯财产罪、危害公共安全罪等在犯罪构成上具有共同之处以外，还具有许多不同之处，从而形成本身独有的特征。

一、持有犯罪的双重法定性

我国刑法明确规定了罪刑法定原则。对任何行为的定罪处罚必须以刑法有明确规定为前提，也仅以刑法有明确规定为限。从这个意义上说，持有犯罪同其他任何类型的犯罪并无不同，都必须以刑法有明确规定为据。但是，所不同的是，持有犯罪的法定性具有双重性，而其他类型的犯罪的法定性则只具有单一性。持有犯罪的法定性的双重性是指任何一种持有型犯罪都必须以该持有行为为刑法所明确规定，其持有的对象即物品也必须以刑法有明确规定，两者缺一不可。从这点说，持有犯罪法定性的双重性表现为犯罪行为方式的法定性和犯罪对象的法定性。例如，非法持有毒品罪，刑法不但要规定持有行为本身，而且要对持有对象毒品作明确规定，两者缺一不可，必须同时被明确规定并且结合在一起。而刑法中其他许多犯罪，刑法往往只对行

为作明确规定，对犯罪对象却不作要求。例如盗窃罪，刑法只对盗窃行为作规定，至于盗窃对象财物不作特别规定。无论是盗窃公共财产，还是私有财产；不论盗窃的是汽车、电视，还是现金，都构成盗窃罪。

二、持有犯罪的客体多样性

大家都知道，刑法分则有关类罪大都是按照同类客体来划分安排的。例如危害国家安全罪的同类客体是国家安全；危害公共安全罪的同类客体是公共安全；侵犯财产罪的同类客体是财产所有权等等。即使是某些集合概念型的犯罪，例如暴力犯罪、性犯罪等等划分，其侵犯的客体也有相近之处：暴力犯罪侵犯的往往是公共安全、人身安全；性犯罪侵犯的大多是他人性权利的自主性、专有性。而作为集合概念型的持有犯罪侵犯的客体却具有多样性，也即其犯罪客体因持有对象本身的特征、性质的差别而呈现差异，不具有总体上的同类性或者相近性。由于国家管制物品的种类很多，存在不同的领域，涉及不同的社会关系和社会利益，因此，非法持有不同的管制物品并因此触犯刑法构成犯罪的，则其危害社会关系和社会利益的性质和种类也就必然不同，由此，具体的非法持有犯罪的客体也就不同，具有多样性。例如，持有假币罪，由于假币直接与金融秩序相联系，一旦进入流通领域，必然损害金融秩序，因此，持有假币罪属于破坏金融秩序罪，

持有假币罪的犯罪客体为金融秩序。非法持有枪支、弹药罪，由于枪支、弹药本身具有危及人身和财产安全，损害公共安全的性能，非法持有枪支、弹药行为足以使公共安全遭受损害的危险，因此，非法持有枪支、弹药罪属于危害公共安全罪，其犯罪客体为公共安全。还如非法持有毒品罪，由于毒品具有极大的毒害性、腐蚀性，一旦散落社会，必然会造成社会公共秩序遭受破坏，因此，非法持有毒品罪属于妨害社会管理秩序罪，犯罪客体是社会管理秩序。再如巨额财产来源不明罪。由于其犯罪主体是国家工作人员，国家工作人员持有来源不明的巨额财产，在无法肯定属于正当来源的情况下，在很大程度上必然是其利用职务之便非法获取的，侵害的是国家工作人员职务的廉洁性。因此，巨额财产来源不明罪属于贪污贿赂罪，犯罪客体是国家工作人员职务的廉洁性。通过上述诸例，我们可以看出，由于刑法规定的持有型犯罪的对象的属性、功能不同，直接关系社会关系、社会秩序、利益的种类、性质也不同，因此，虽然在犯罪行为种类上是相同的，即都是非法持有，但其犯罪客体却是完全不同的，呈现出多样性，这与其他犯罪客观行为完全相同、其犯罪客体也基本相似的犯罪，具有明显的差别。

三、持有犯罪的排他性

刑法中规定的绝大多数犯罪在认定上，具有自