

吸毒不应入罪化之原因论析

梅 锦

(重庆大学 法学院, 中国 重庆 400045)

摘要:吸毒行为在我国目前立法中并没有规定为犯罪,但关于该行为应否规定为犯罪的争论由来已久。刑法的本质是刑事立法的根本立足点。对刑法的本质,学界有“法益保护论”与“伦理维护论”之分歧。吸毒行为既没有侵犯法益,也没有在反伦理性上达成共识,故不论采用何种观点,都不宜在当今将吸毒行为认定为犯罪。

关键词:吸毒行为;刑法的本质;法益保护;伦理维持

中图分类号:G917 **文献标识码:**A **文章编号:**1671-5322(2010)03-0037-05

当今社会对许多行为,诸如婚外性行为、同性恋行为、近亲相奸、通奸、兽奸、重婚、展示淫秽物品,是否应定罪处罚争论激烈,吸毒行为也是其中之一。对这些行为,欧美各国历来课以较为严重的处罚。但近年来,更多的国家则以这些行为仅仅轻度违反伦理为由,而逐步不再加以处罚。然而在中国,对吸毒行为应否定罪的争论仍然十分激烈。本文则主要从刑法本质的角度来论证吸毒行为在当今不应规定为犯罪。

一、吸毒现象概述

毒品以鸦片为主,流毒于中国社会最严重的时期当属晚清政府,结果给中国人民带来的灾难刻骨铭心。新中国成立后,中国政府奇迹般的在几年之内消除了毒品顽症,毒品吸食近乎被杜绝。但是,随着中国改革开放的发展,我们在向发达国家实行“拿来主义”的同时,严重的毒品问题也再次在中国出现。“吸毒”是我国对滥用被国家管制的麻醉药品和精神药品行为的一般称谓,对于这些药品的滥用在国外被称为药物滥用(drug abuse)^[1]。吸毒行为具有严重的危害性,毒品诱发了大量违法犯罪。在毒品问题严重的地方,男性吸毒者80%有其他违法犯罪行为,女性吸毒者80%从事卖淫行为。毒品泛滥给国民经济带来了巨大损失,按全国现有68万吸食海洛因人员计算,每年因吸食海洛因大约耗费390亿人民币。

一些地区抢劫、抢夺和盗窃案件中60%甚至80%是吸毒人员所为。截至2005年9月底,在国家累计报告的135630例艾滋病病毒感染者中,有40.8%因静脉注射毒品而感染,居艾滋病传播途径的首位……^[2]吸毒最大的“恶”不外乎两种:一是对吸毒者个体的危害:表现为对行为人生理和心理的危害两个方面;二是对社会的危害:破坏了社会人力资源、诱发疾病传播、危害社会治安、浪费了极大的社会财富……。

毒品交易存在于买卖双方。根据我国目前刑法的规定,卖方的走私、贩卖、运输、制造毒品的行为都构成犯罪,而且被处以较重的法定刑。买方因购买而非法持有大量毒品的行为同样构成犯罪,但对吸食毒品的行为,却被认为只是违反了治安管理处罚法的行为而加以惩处。毒品最终要被吸食,如果能抑制了吸毒环节,毒品的种植、贩卖、走私等便不会存在。可以说,解决当今的毒品问题,在很大程度上就是解决吸毒问题。为了打击吸毒行为,很自然的就会有人提出以“刑罚”这一最为严厉的惩罚方式。然则,在当今中国刑法将吸毒行为入罪化合适吗?

二、吸毒行为应否入罪化之争论

对于吸毒行为应否入罪化,我国刑法理论界存在“不应入罪化”和“应入罪化”两种截然对立的观点。

收稿日期:2010-06-24

作者简介:梅锦(1984-),男,江苏扬州人,博士研究生,研究方向:刑法理论。

第一种观点:反对将吸毒行为定性为犯罪。“我国刑法对于吸食、注射毒品的行为没有予以犯罪化并非是一种立法缺陷,相反,建议刑法增设吸食、注射毒品罪倒是值得检讨的。”^[3]原因在于:首先,吸毒是一种“消费”行为,吸毒行为犯罪化违反了犯罪行为“质”的要求,即刑罚手段不可避免性,不符合刑罚谦抑性原则。其次,吸毒行为没有侵犯客体,吸毒犯罪化不具有现实可能性。最后,如何打击毒品犯罪是一个综合政策的问题,不应通过对吸毒犯罪化来实现,否则违背了罪刑法定原则中的刑法合理性的要求。

第二种观点:主张将吸毒行为定性为犯罪。“为弥补我国毒品犯罪刑事立法的不足,同时也是为了与当前打击毒品犯罪的现状相适应,应当将吸毒行为规定为犯罪,并给予刑事处罚。”^[4]持该种观点的学者所坚持的主要理由为:一方面,吸毒行为具有社会危害性。吸毒行为严重摧残了行为人的身心健康,致使艾滋病等恶疾迅速蔓延诱发种种犯罪,严重扰乱社会,吸毒行为可能引发其他违法行为,甚至是犯罪行为;另一方面,从打击毒品犯罪的角度来看,控制了吸食毒品的行为更有利于打击其他的毒品犯罪。这种观点在我国具有一定的代表性。

时至今日,刑法理论早已超越了纯粹结果责任的立场,因而,单单从吸毒行为所造成的客观危害性来探讨是否应将其入罪化是不充分的。犯罪是对刑法本质的侵犯,故只有从刑法本质的角度来探究是否将吸毒行为入罪化才最为合理。对此,本文认为有必要先从探讨刑法的本质入手。

三、刑法本质之探究

对于刑法的本质,刑法学界有不同的认识,大体可以分为两派,即“法益保护论”和“伦理维护论”。两派之间,在英国有过激烈的争论,在德、日等大陆法系国家也有过观点对立。同样,在当今的中国,刑法学者对于此二种观点的争辩也是旗鼓相当,尚没有出现哪一种观点占据主导地位的情形。

1. 刑法的本质在于保护法益

持法益保护论的学者认为,刑法的任务或者目的是保护法益,犯罪行为应当被限定为对法益加害的行为(侵害法益或者具有侵害法益危险的行为),单纯违反社会伦理秩序的行为不应以犯罪论处。如德国著名刑法学者李斯特认为:“制

定法律的宗旨就是为了保护人们的生存利益。保护人们的利益是法的本质特征,这一主导思想是制定法律的动力。”^[5]日本的平野龙一认为:“刑罚是一种重大的痛苦,不是维持伦理的适当手段;特别是在现代社会,伦理是一个相对的概念,社会对不同的伦理价值观念应当宽容,即法律应当保障具有不同价值观的人共存;如果认为刑法的任务是维持社会伦理,则容易导致在刑法的名义下,强制人们服从自己的价值观;所以,原则上只能是当行为造成了对他人的严重侵害或者危险时才适用刑法。”^[6]所谓法益是指,“根据宪法的基本原则,由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益……其中由刑法所保护的人的生活利益,则是刑法上的法益。”^[7]犯罪的本质在于侵犯法益,刑法的本质就是对法益的保护。将刑法的本质认定为保护法益具有如下的优点:

一方面,有助于合理地限定刑法的处罚范围。犯罪行为具有严重的社会危害性应当受到刑法的处罚,刑罚又具有相当的严厉性。刑法的处罚范围过窄,则意味着许多法益得不到保护,不利于社会的稳定;刑法的处罚范围过宽,又会导致侵犯人权的危险。因此,刑法的处罚范围必须有一个合理的界限。众所周知,并非任何违反伦理道德的行为都是侵犯法益的行为,如不讲卫生的行为,虽然在伦理上受到否定评价,但并没有侵犯到法益。如果以行为是否违反了伦理、宗教作为认定刑法的处罚范围,则必然导致扩大刑法处罚范围的后果,因为伦理规范无处不在、不同种群的规范准则互有差异。反之,将刑法的处罚对象限定为侵犯法益的行为,便可以合理地确定刑法的处罚范围。

另一方面,有助于明确刑法的处罚界限。刑法处罚界限的合理并不必然表明刑罚处罚界限的明确。民众对伦理规范的认识存有差别,以维护伦理作为刑法的本质必然会导致刑罚范围的不明确,反之以保护法益作为刑法的本质则符合刑法处罚界限明确性的要求。采用“法益”的概念之所以能够保证刑罚界限的明确,囿于法所保护的“利益”具有清晰的内涵和外延。利益是客观存在的,其判断标准在于是否能够满足人们的需求。这种判断并非以某单个个体的认识为标准,而是以多数人的认识为标准,如此就可以确保法益的外延不会因人而异。法益是否受到侵害的结果是明确的,故而以此作为刑法本质的对象可以确保刑法处罚范围更加明确。因此,刑法的本质在于

保护法益而非维护伦理。

2. 刑法的本质在于维护伦理

持伦理维护论的学者则认为,刑法具有维护社会伦理的任务,应当处罚反伦理的行为。如日本的小野清一郎认为:“伦理规范是国家法律的根底;所谓法,实际上是由国家认可、限定、组织和形成的伦理;法律的实质是伦理,甚至可以说法就是伦理;只是由于国家所认可和制定,才使伦理具有作为法而应有的特殊机能。”^[8]这种观点可以从探讨刑法起源的角度得到理论支撑。

刑法是整个法律体系的分支之一,因此探讨刑法的起源实质上就是探讨法律的起源。对于法律的起源有不同的观点:“法人类学者将法看作社会行为规则或是受物质强制力保障的特殊行为规则,认为法律伴随着人类社会的始终,因此,它无所谓起源;法学学者多把法律作为人类社会发展到特定阶段的产物,把法律的产生与国家的产生作为共生现象加以研究。”^[9]本文在此则是站在实证主义法学的立场,试从“纵”(国内法)和“横”(国际法)两个方面追溯国家意义上的法律起源。在人类社会的早期,社会关系相对较为简单,主要任务就是在填饱肚子的同时繁衍后代,其社会的调控准则是原始社会规范。这种社会规范是人们在长期的共同生产和生活中缓慢、自发的形成的,为人们所遵循的各种道德规范的总和。但是随着生产力的发展,奴隶制的出现,原有的以道德为主导的社会规范不能有效的发挥调节社会的功能。为了不让社会中冲突的各方同归于尽,使主流的道德规范得以运行,就需要有一种凌驾于双方之上的力量来维持基本的平衡,也需要有一种强有力的社会规范来调节各种尖锐而混乱的社会关系。于是国家出现了,法律也随之产生了。可见,法律的产生是在传统的原始禁忌、道德规范不能有效作用的情况下而必然出现的产物。法律源于道德规范,法律的作用是维护社会核心的道德规范。从“横”(国际法)的层面考察,在人类社会的早期,“国家”的概念并不深入人心,不同区域的人进行相互的贸易、流动,都是靠着一些基本的行为准则而进行。但随着生产力的发展,资源的稀缺性逐渐凸显,各方的利益就不能通过道德规范来约束,于是出现了战争,和防止战争的国际法。但由于没有一个凌驾于国家之上的一个主体制定这一系列国际法(联合国并不能算作严格意义上的凌驾于主权国家之上的一个组织,因为它

没有自己独立的监狱、警察与军队等维护其权威的工具。),各国之间只能通过谈判来解决。而这种谈判的基础就是国与国之间长期交往所遵循的那些最基本的道德准则,没有这些最基本的国家间的道德准则为基础,我们难以想象一系列国际法的产生。从法律的起源可以得知,法律源自于道德,法律的使命是保障道德中最基本、最核心的部分而出现的。刑法是法律体系中最重要分支之一,又由于其极其严厉的特征,因而更不当违背道德准则,同时其任务也应当是维护社会最基本的伦理道德准则。故而,刑法的本质在于维护社会的伦理道德规范。

刑法本质的两种观点,都具有相当的合理性。“伦理维护论”打击那些破坏社会伦理的行为,偏重于对社会整体的保护;“法益保护论”则将犯罪限定为侵犯刑法所保护的法益的行为,偏重于对个人自由的保障。而刑事立法,则需要在两者之间找到恰当的平衡点。

四、吸毒行为不应入罪化

对刑法本质的不同理解,对刑事立法具有重要的影响。但不论对刑法的本质持“法益保护论”还是“伦理维护论”的观点,都不应在当今将吸毒行为入罪化。

1. 吸毒行为没有侵害法益

对刑法的本质持“法益保护论”观点的学者认为,犯罪是对法益的侵犯,因此探究吸毒行为应否入罪化的关键就看该是否侵犯了法益(包括法益造成了实质侵害或侵害的威胁)。但仔细分析便可得知,单纯的吸毒行为并没有对法益造成侵犯。对此,笔者认为可以从两个方面来考察。其一,从吸毒行为对外界造成的影响来看:吸毒行为仅是引发犯罪后果的间接原因。吸毒行为能够诱使吸食者实施其他危害行为(包括犯罪行为),这已经被诸多的事实所证实,但是我们应当明确一点,即吸毒行为与犯罪行为以及犯罪结果之间并没有必然的因果关系。吸食毒品尽管对犯罪结果的发生有一定影响,但该行为本身不是犯罪发生的直接原因而仅仅是间接原因(当然,对于吸毒行为所诱发的其他犯罪进行定罪处刑是没有疑问的)。对于犯罪结果发生的间接因果关系事实,刑法是不应当加以评价的。其二,从吸毒行为自身来看:吸毒可以使吸食者身心遭到严重的摧残,但这种摧残仅限于吸食者自身。换句话说,吸毒行

为只是吸食者不求上进、自甘堕落的表现,行为本身并没有对刑法所保护的法益造成侵害或威胁。因此从吸毒行为对外和对内两个方面考察,该行为都没有对刑法所保护的法益造成侵害,故从“法益保护”的角度来看不应将吸毒行为入罪化。

2. 吸毒行为的反伦理性没有达成共识

正所谓“物以类聚,人以群分”,不同种族、群体之间的道德准则自然不尽相同。而随着社会的发展,不同种族、团体所处的不同时空状况更是加剧了各自道德准则间的分歧。然则,应当将哪一种道德准则上升到刑事法律的层面而作为共同遵守的社会规范呢?从刑法的起源可以得知,结论只能是那些社会中的主流道德准则,它是某个时代中多数人的“是非善恶”共识。相对而言,同时代中次要的、非主流的道德规范则不需要也不应当用刑法来维护。具体到吸毒行为而言,在过去的很长一段时间,认为其违反了社会主流的道德准则、应予以严厉打击的观点是多数人的共识。但是在今天,随着人权观念逐步深入人心,越来越多的人尽管对吸毒行为不赞成,但是却对其持相对宽容的态度:吸毒的被害人是吸食者自己,尽管其下场悲惨,但毕竟是其自由处分权的体现,其并没有对社会最基本的伦理道德规范加以违反,故不应当对吸毒行为加以定罪处罚。可见在当今,对吸毒行为是否违反了社会主流的道德规范存在不同的看法,而两种对立的观点之间同样没有形成绝对的主导。如若认定刑法的本质在于维护社会主流的伦理规范,当社会尚没能对吸毒行为是否违反社会伦理形成多数人的共识时,则刑法是不应当匆忙将其认定为犯罪而加以处罚的,否则就可能造成利用刑法强制推行部分人价值观的不良后果。

3. 吸毒行为不应入罪化的其他因素考量

除了从刑法的本质可以得知不应将吸毒行为认定为犯罪之外,其他一些因素同样决定了现行刑法不应当将吸毒行为认定为犯罪。

首先,吸毒行为不应入罪化是“刑法谦抑性原则”的应然之意。从刑法的谦抑性原则来看,由于刑罚是最严厉的惩罚性措施,其以剥夺公民的自由、财产甚至生命为手段,故对其适用更应加以谨慎对待,这也是人类社会的共识。在意大利刑法中,“当一种制裁或措施直接或潜在地涉及到剥夺人身自由时,立法者是不能随心所欲的;只有在最适当,即‘完全必要的’情况下,立法者才

有权规定刑事制裁。因为,宪法中有关‘刑罚’、‘刑事责任’以及有关保护人身自由的规定,不论对立法时规定刑罚,或是对实践中适用刑罚来说,都是必须遵循的基本原则。”^[10]因此对于没有侵犯法益的吸毒行为不应当用刑罚加以制裁。

其次,吸毒行为不应入罪化与“保障人权”的世界潮流相符。从保障人权的层面来看,在当今“人权”的观念已经深入人心,“保证公民基本人权不受侵犯,发展和丰富公民基本人权的内容,为公民基本人权的实现创造更好的条件,是现代国家存在的惟一目的。”^[11]同时人权的外延也在不断扩大,除基本人权之外的其他权利也逐步得到认同,这其中就包括个体“自残的权利”(在古代,行为人为自伤、自杀的行为通常被认定是犯罪,但在今天,世界上大多数国家都不再将自伤、自残的行为认定为是犯罪便是实例)。毒品会使吸食者身形憔悴、形容枯竭、精神受到摧残,无异于一种“自残”的行为,但这毕竟也是行为人为自由处分权体现。“吸毒自残”的行为不能说没有违背丝毫的社会伦理,但刑法不应将此轻微违反社会伦理的行为定罪处罚,因为这与最大限度保障人权的观念相悖。

最后,吸毒行为不应入罪化也是刑法特殊预防的要求。特殊预防功能是刑法的重要功能之一。所谓特殊预防,就是国家通过特定的手段防止已经犯罪的人再次触犯刑法。而科学实践表明,一旦行为人为吸食毒品后,毒品会使人体体能产生适应性改变,形成在药物作用下的新的平衡状态。若一旦停掉药物,生理功能就会发生紊乱,出现一系列严重反应。从而导致行为人对毒品产生强烈的生理和精神依赖。因此,通过对吸毒者采用剥夺财产、自由的方式并不是一种有效的手段。反之,对吸食毒品者采用特殊的医疗方式就更容易使其远离毒品,而这也为各国的司法实践所证明:“尽管对吸毒行为是否有必要予以犯罪化,各国立法的规定不尽一致;但是对吸毒成瘾者必须采取相应的强制戒毒与治疗措施这一点,则为大多数国家所认同。”^[12]同样,目前我国对吸毒者只是予以治安管理处罚。《关于禁毒的决定》规定,吸毒者“由公安机关处15日以下拘留,可单处或并处2000元以下罚款。”对吸毒成瘾的,“予以强制戒除”,强制戒除后复吸的,“可以实行劳动教养”。世界大多数国家也对吸毒者也没有用刑罚予以处罚。

将吸毒行为不规定为犯罪的原因有很多,不仅有毒品吸食者特殊的生理原因,也有刑法适度谦抑以保障人权的原因。但是最深层次的原因在于:吸毒行为既没有侵犯社会的法益,也没有在其反伦理性上达成共识。因此,在当今人们不宜将

吸毒行为入罪化。同时,我们也可以得知立法的过程实质就是一个社会各方面利益的综合考量过程,其中最核心的是个人利益与社会利益的博弈,而立法的最终结果也体现了两者的平衡。

参考文献:

- [1] 郭建安,李荣文.吸毒违法行为的预防与矫治[M].北京:法律出版社,2000:10.
- [2] 中国公安部.2005年中国禁毒报告[EB/OL].(2006-06-23)[2010-07-12].[http://society. people. com. cn/CB/8217/156443/156445/9373213. html](http://society.people.com.cn/CB/8217/156443/156445/9373213.html).
- [3] 刘福谦.吸毒行为犯罪化的主张不可取[J].人民检察,2005(3):57-58.
- [4] 刘艳红.吸毒罪初探.法商研究[J].1996(3):72-75.
- [5] [德]李斯特.德国刑法教科书[M].徐久生译.北京:法律出版社,2006:6.
- [6] 张明楷.外国刑法纲要[M].北京:法律出版社,2007:35.
- [7] 张明楷.法益初论[M].北京:中国政法大学出版社,2003:167.
- [8] [日]小野清一郎.犯罪构成要件理论[M].北京:中国人民公安大学出版社,1991:17.
- [9] 付子堂.法理学初阶[M].北京:法律出版社,2005:125.
- [10] [意]杜里奥·帕多瓦尼.意大利刑法学原理[M].陈忠林译.北京:法律出版社,1998:5-6.
- [11] 陈忠林.刑法散得集[M].北京:法律出版社,2003:19.
- [12] 赵秉志,于至刚.毒品犯罪[M].北京:中国人民公安大学出版社,1998:138.

The Analysis Of Drug Taking which Is No Criminal Behavior

Mei Jin

(Law school, Chongqing University, Chongqing 400045, China)

Abstract: Drug abusing is not considered as a crime in recent laws in our country, but whether drug abusing should be considered as a crime or not has been debated for a long time. The nature of criminal law is the basic standpoint of criminal legislation. On the nature of criminal law, there is difference between "protecting the Legal Interest" and "maintaining ethical theory". Neither drug taking violates legal interests, nor it reach a consensus on anti-ethics. As a result, no matter what a point of view do we take, drug abusing should not be considered as a crime today.

Keywords: drug abusing; the nature of criminal law; protecting the interests of law; the maintenance of ethics

(责任编辑:李开玲;校对:李 军)