

对贩卖毒品罪既遂标准之从严刑事政策的审视与重构

○ 胡 海

(中南财经政法大学 刑事司法学院, 湖北 武汉 430073)

[摘要]长期实践证明,从严打击、从严惩处毒品犯罪,虽然有利于严惩犯罪,但是并没有遏制毒品犯罪的高发势态。现实中,从严刑事政策运用于贩卖毒品罪的既遂标准存在诸多问题,突出表现为,无论行为人具体交易的数量多少、事后的具体行为如何,查获的毒品均算入贩卖的数量,认定为全部既遂,且存在各地的既遂标准不一、“以贩养吸”等问题。因此,有必要对现行的从严刑事政策进行反思,运用宽严相济刑事政策,构建合理合法的贩卖毒品罪既遂标准。

[关键词]刑事政策;反思;既遂标准

一、案例引发的法理思考

案例一:2013年6月,被告人甲按约定携带毒品“麻果”3包及“冰”4小包,前往吸毒人员乙家中准备与其交易。当甲进入乙家中后,被正在查办他案的公安人员当场抓获,并当场收缴其携带的毒品7包。后经鉴定,上述毒品均为甲基苯丙胺,共重30.08克。

法院认为,被告人甲的行为已构成贩卖毒品罪。但甲在着手实行犯罪行为后,因意志以外的原因而未能得逞,系犯罪未遂。

案例二:2013年5月,被告人丙将4颗“麻果”以人民币200元的价格贩卖给丁后,被公安机关当场抓获。其后,民警在丙家中搜出“冰毒”27小袋、“麻果”4袋。后经鉴定,上述毒品均为甲基苯丙胺,共重12.66克。

法院认为,被告人丙的行为已构成贩卖毒品罪(全部既遂)。

案例三:2013年3月某日16时许,被告人丁在吸毒人员戊家中,以人民币200元的价格向戊贩卖毒品“麻果”4颗,供戊及吸毒人员戊、庚吸食。当日20时许,被告人丁及戊、戊、庚又在某酒店房内吸食毒品时被公安机关查获,并当场从被告人丁身上收缴白色晶体8袋、蓝色塑料袋毒品“麻果”1袋、灰色塑料袋毒品“麻果”1袋、毒品“麻果”1瓶。经鉴定,上述毒品均为甲基苯丙胺,净重14.02克。

法院认为,被告人丁的行为已构成贩卖毒品罪(全部既遂)。

由案例一,我们可以看出,该法院对构成贩卖毒品罪既遂的标准,采用的是“交付说”^[1],^[2]即以毒品的实际交付来认定贩卖毒品罪的完成形态。由案例二,我们有点疑问:一是按照该法院适用的标准——“交付说”,可以认定实际交付的4颗“麻果”构成贩卖毒品罪既遂,那么从丙家中收缴的毒品为何也构成贩卖毒品罪,因为该毒品没有进入交易环节;二是即使将家中收缴的毒品纳入贩卖毒品罪的数量,那么为何不能认定为犯罪未遂,因为该毒品系从家中收缴并没有进入交易进而实际交付;三是家中的毒品为何不能定非法持有毒品罪,因为该毒品的主观故意不能确定。由案例三,我们也有疑问:一是丁先前卖的“麻果”4颗可以认定为贩卖毒品罪既遂,之后在酒店从其身上收缴的毒品是否能构成贩卖毒品罪?二是为何不能认定为贩卖毒品罪未遂?三是之前贩卖的行为,为何会影响之后的行为?之前有贩卖的故意,但之后在酒店与他人一起吸食,如果不能查证具有贩卖的行为,那么可以按照是否容留了3人以上吸毒、是否持有了10克以上的甲基苯丙胺等毒品而认定为容留他人吸食毒品罪、非法持有毒品罪。由此,贩卖毒品罪的既遂标准仍有值得研究的地方。通过司法实践,结合刑法理论,笔者发现上述三个案例的判罚涉及的是一个刑事政策问题,即在确立贩卖毒品罪的既遂标准上采取的是“从严”的刑事政策。

二、贩卖毒品罪既遂标准从严刑事政策的内容解读

贩卖毒品罪的既遂为何不能只根据犯罪行为本身的完成形态来确立,如采取“交付说”。除了意识形态、立法规定的原因以外,传统刑事政策的影响也是重要因素。

刑事政策的概念,学界莫衷一是,但有一点可以肯定,即其是国家为预防、控制犯罪而制定、实施的一系列策略、方针、措施的总称,是一种公共政策。由此,可以看出,刑事政策具有如下特点:其一,宏观与微观的相统一。不仅包括宏观上预防、控制犯罪的方针,也包括微观上具体的控制犯罪的措施,如重点惩治的犯罪、处罚措施、监管矫正措施等;既有社会对犯罪的处罚策略,也有国家处理犯罪违法行为的具体方法。其二,功能明确。为保障公民自由、维护社会正义,而采取相应的刑事策略以治理犯罪。其三,国家主体性。刑事政策的实施主体只能是国家,是一国为治理犯罪这一社会普遍存在的问题而采取的策略、措施。其四,整体实施的特点。刑事政策是由一个国家推行的,故其必将体现于该国的犯罪制裁体系的整体过程之中,即具体体现在立法、司法、执行等相关的刑事活动

之中,贯穿于国家的刑事处罚体系的每一环节。

具体考察我国预防、打击、控制犯罪的历史进程,笔者发现,我国传统刑事政策主要有惩办与宽大相结合、“严打”、社会治安综合治理、宽严相济等刑事政策。在不同的历史时期,这几种刑事政策都发挥了稳定社会的重要功能,也对贩卖毒品罪既遂标准采取“从严”的刑事政策产生重大影响。具体解读如下:

(一)意识形态领域

“毒品犯罪”一直是我们国家重点打击、惩治的犯罪,除了毒品本身的危害以外,与我国历史上受到列强欺凌以及国人的受害者情节不无关系,反映到意识形态领域,我们(从小就被教育)深信“毒品是有害的,千万碰不得”。同时,我们经常从各类新闻媒体中可以获悉各个地区所采取惩治毒品犯罪的各种专项活动,每年的6月26日相关部门还需做好“国际禁毒日”的宣传教育工作,相关部门在列举成绩时也常常以打击“毒品犯罪”的成果作为标准。

(二)立法领域

我国立法对贩卖毒品罪规定了较为严厉的处罚。比如,现行刑法规定了无论贩卖毒品的数量多少,哪怕贩卖0.00001克毒品,都要进行刑事处罚;同时规定了严厉的刑罚,只要贩卖了50克以上的甲基苯丙胺就被判处15年有期徒刑、无期徒刑或者死刑;查获的贩卖毒品的数量不以纯度折算;因贩卖毒品被判过刑,又犯毒品犯罪的,从重处罚。可以说,犯毒品罪的惩罚不可谓不严,尤其是相较于一般累犯的毒品再犯——特殊累犯,不仅没有5年的时间限制,而且对于前罪也没有刑种的要求(有期徒刑以上),可谓更严厉了。

(三)司法领域

1. 贩卖毒品罪既遂标准的突破

2000年,上海市高级人民法院以沪高法(2000)312号文发布《关于审理毒品犯罪案件具体应用法律若干问题的意见》,该意见突破了刑法关于犯罪完成形态的一般规定,对贩卖毒品罪的既遂标准予以扩大,如只要毒品进入交易环节的,即行为人已经和买毒者约定交易并将毒品带到买毒者面前,不论是否具体交易,就构成贩卖毒品罪的既遂;再如,只要能证明行为人是为了贩卖而买进毒品或者买进毒品的对象是贩毒者的,也构成贩卖毒品罪的既遂。^[3]

2. “以贩养吸”操作的确立

最高人民法院在2008年12月出台的《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》中确立了“以贩养吸”的具体司法操作:只要能够查证被告人购买的毒品是用于贩卖的,虽其本人也吸食毒品,但其被查获的毒品数量均应当认定为贩卖毒品的数量(已被吸食的毒品不计入贩卖的数量),只是在量刑时需考虑吸食情节,进行酌情处理。从在贩卖毒品犯罪中明确将吸食的毒品计入贩卖的数量可见,司法者严厉打击贩卖毒品犯罪的决心。

3. 司法解释的从严适用

就笔者所考察的法院而言,司法人员所具体应用的司法解释主要有《关于

审理毒品案件定罪量刑标准有关问题的解释》、《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》(大连会议)、《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》(武汉会议)等规范文件,但这些解释、文件对贩卖毒品罪的既、未遂问题均未提出相应的解决方案。然而,现实中,对贩卖毒品罪一直采用的是一种从严惩处的司法理念。大连会议确立继续坚持“严打”政策,依法从严惩治严重毒品犯罪;武汉会议更加明确提出坚决贯彻落实党中央关于禁毒工作的一系列重大决策部署及首次出台的《中共中央国务院关于加强禁毒工作的意见》,毫不动摇地坚持依法从严惩处毒品犯罪,继续加大惩处力度。在这种思想理念的指导下,实务界在具体判定贩卖毒品罪既、未遂时,呈现“从严”的态势,即在具体判定时,对于不能把握或者把握不准确的情况下,应按照从严、有利于严惩犯罪的要求,直接认定为全部既遂。在此基础上,造成在审理具体的贩卖毒品犯罪时,特别是对既、未遂形态的认定上,司法人员以从严惩处为指导原则,不提甚至回避犯罪的形态问题。

三、反思从严的贩卖毒品罪既遂标准

《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》指出:“走私、贩卖、运输、制造毒品等毒害人民健康的犯罪,要作为严惩的重点,依法从重处罚。”由此,贩卖毒品罪作为严惩的重点,是否在犯罪既遂标准上也应予以从严把握呢? 笔者的回答是否定的。

我国刑法对贩卖毒品罪已经规定了非常严厉的刑罚,最高可以处死刑,相较于其他国家已经是严刑峻法。但是具体到实践,如此严刑下,并没有出现犯罪率的下降,相反有增无减。^[4]为此,学者们就“毒品犯罪的刑事政策”作了大量研究,探讨了如何在毒品犯罪中贯彻执行宽严相济的刑事政策,对如何预防、控制毒品犯罪提出了大量宝贵的意见,如张巍的论文《反思严惩毒品犯罪的传统刑事政策》、胡江的硕士论文《毒品犯罪刑事政策研究》等,但是具体针对贩卖毒品罪既遂标准的从严刑事政策问题,学术界的关注几乎是空白。因此,本文在考察以往的刑事政策的基础上,针对贩卖毒品罪既遂标准上采取的“从严刑事政策”进行反思,进而提出一点完善构想。

(一) 刑法与刑事政策

一般来说,刑法明确刑事政策的处罚对象,刑法圈定犯罪范围,因而刑事政策所确立的只能是刑法主要、重点打击的对象、手段;同时,刑事政策对刑事法律,无论是对刑事实体法还是对刑事程序法均有指导功能,影响刑法、诉讼法的立法走向。但是,刑法与刑事政策之间也有明显的区别。

1. 刑法与刑事政策的层阶不同。刑法是判处行为人有无犯罪以及刑罚轻重的规范文件,然刑事政策却只能对刑法的打击对象、处罚措施进行指导,导向重点打击的犯罪及裁量,不能直接确立犯罪的有无及量刑轻重。可以说,刑法具体处理犯罪的有无及轻重,刑事政策指导刑法的具体处罚对象及处罚措施,因而在

层阶上指导刑法。在此意义上,相较于刑法,刑事政策属公共政策、大政方针,更为宏观、根本。

2. 刑法与刑事政策的作用领域不同。刑法主要在刑事司法过程中发挥作用,主要围绕着判定有无犯罪以及刑罚的轻重展开工作。刑事政策则不仅在司法过程中发挥作用,还指导着立法、执法等活动,无论是全局性的刑事政策(如宽严相济),还是针对具体时期、具体犯罪的个别性的刑事政策(如严打),都对刑事法律的制定、实施、执行等过程起着指导作用。

3. 刑法与刑事政策本身的特性也不同。罪行法定是一个刑法原则,决定了刑法条文在出台后即具有相对的稳定性;同时,刑事司法理性指引着条文的具体施行,法律属性是其特有属性。与此相对,刑事政策是一国推行的公共政策,是作为预防、控制犯罪的一种社会策略,具有自身的特有属性。其一,具有多变性。刑事政策作为公共政策,是一国根据现实惩治犯罪的需要而作出策略、措施,需要不断随着社会生活的发展变化而予以调整,由此决定了刑事政策必须具备一定的多样变动性。我们国家从建国到现在所采取的刑事政策一直在发展变化,已经证明了调整刑事政策是历史、现实发展的必然要求。其二,具有政治属性。刑事政策是一国政府制定并推行于全国的指导刑事活动的策略、措施,具有明显的政治属性,是国家政府的政治行为,对刑法起着政治的作用。

因此,刑法作用于具体的司法领域,遵循法律理性,具有稳定性、法律属性;而刑事政策贯穿于刑事活动的全过程,属于全局性的策略,具有多变性、政治属性。但是,刑事政策弥补着刑法,刑法规制着刑事政策,二者彼此分明,但稳定性与多变性良性互动,这正是刑事政策对刑法能够发挥作用的基本前提。^[5]

(二) 反思既遂标准上的从严刑事政策

审判实践中,以笔者所列的三个案例为例,后两个全部定贩卖毒品罪既遂,是对现有关于贩卖毒品罪既遂标准的理论研究的突破,也是对实务界“以贩养吸”的深化,即只要能查证犯罪人具有贩卖的行为,那么在其身上、家中查获的毒品均算入贩卖毒品罪的数量,不论其身上、家中毒品的主观故意、具体行为,并且不论时间长短,如贩卖当天查获的毒品与过一段时间(几个小时)或相隔几天查获的毒品并没有区别,统统计入贩卖毒品罪的数量。因此,在审判实践中,案例三的犯罪人实施了先前的贩卖行为,之后的吸毒以及身上查获的毒品并没有被认定为非法持有毒品罪或容留他人吸毒罪,而直接依据“以贩养吸”,不论其主观故意以及客观行为,均认定为贩卖毒品罪既遂。

司法实践中的上述做法,与最高人民法院原有关领导于2008年9月在大连会议上的讲话不无关系,其说到“在毒品犯罪既遂与未遂的认定上,……如产生争议、把握不准的,应按照从严打击犯罪的要求,认定为既遂。”^[6]紧接着2009年第2集的《刑事审判参考》在“刑事政策”一栏刊登了该讲话。因此,有学者认为该讲话的内容代表了作为处理毒品犯罪的刑事政策。^[7]从实践来看,这一刑事政策已经成为认定贩卖毒品罪既、未遂的直接标准,作为定罪量刑的直接依

据,是对我国刑法所规定的总则条款中关于完成形态一般规定的任意扩展,是将刑事政策作为我们法官判案的直接依据,是以刑事政策代替了刑法的一般规定,这种做法混同了刑法与刑事政策,将刑法进行刑事政策化,而不是刑事政策的法律化,实质是刑事政策的越位和扩张。^[8]这一做法也有悖于刑事法治背景下“法律至上”的观念,“在法治社会,决定被告人命运的是而且只能是刑法典的规定。”^[9]

(三)具体制度的改进

1. 刑事政策的法治化

在建国初期,由于一些基本法律制度的缺失,在司法实践过程中形成了“有法律,依法律,但还得适合政策;没有法律,依政策,有了政策也就不需要法律。”^[10]不可否认,在法制不健全、不发达的形势下,我们国家采取用刑事政策代替刑事法律的做法具有一定的历史必要性,即将刑事政策作为判案依据是历史的抉择。然而,在我国目前刑事立法较为发达(刑法修正案已经出台了九个),“罪刑法定”原则已深入立法、司法等各个领域的现实环境下,需更加凸显刑法条文的自身价值、规律,确立刑法条文的法治地位,进而应当准确区分刑法条文与刑事政策,促成刑事政策的法治化,将刑法条文作为司法人员判案的唯一依据,牢固树立“法律至上”,实现依法治国。

因此,笔者认为,在现行法律、刑事政策没有改变的情况下,司法实践中,司法人员一方面应在坚持贯彻落实宽严相济刑事政策的基础上,对构成贩卖毒品罪的从重处罚,即采取“严”的刑事政策;但另一方面,对贩卖毒品罪的既遂标准则应坚持刑法总则的相关规定以及相应的刑法理论,以“交付说”为标准,即采取“宽”的刑事政策。

2. 贩卖毒品罪的既遂标准

笔者认为,贩卖毒品罪既遂与未遂的认定,应以行为人是否实际交付毒品为标准,即采取前述的“交付说”。具体而言,“交付说”比较简单明了,只需行为人的实际交付,即表明犯罪的完成,也能表明犯罪的社会危害性——毒品的扩散,从而认定为贩卖毒品的既遂;同时,虽然行为人与买毒者就毒品交易进行了约定,但由于意志以外的原因未完成实际交付,即表明犯罪的未完成,也表明犯罪的社会危害性并未产生——毒品未扩散,因而宜认定为贩卖毒品罪的未遂。因此,笔者认为,前述上海市高级人民法院规定的贩卖毒品罪的既遂标准是不妥的。

3. “以贩养吸”问题的消解

司法实践中,“以贩养吸”对贩毒者进行单一界定,只要有贩卖行为,无论是从其身上、还是其它藏毒地点查获的毒品,一律算入其贩卖的数量,有利于严惩犯罪,严厉打击贩卖毒品的犯罪分子,一定程度上有利于控制、预防犯罪。但是,笔者认为,“以贩养吸”属于“简单粗暴”的司法操作手段,没有具体区分犯罪行为的多样性,而是用单一的贩卖行为吸收其它行为。上文案例三,笔者认为,犯罪人在实施贩卖之后的行为,因收缴的毒品甲基苯丙胺的数量已达10克以上,

故可以认定为非法持有毒品罪(构成容留他人吸毒的,可以认定为数罪)。理由在于行为是单独的,一个贩卖行为不能囊括犯罪人的其它行为,犯罪人起初有贩卖的故意,不表示之后他(她)仍有这种故意,可以自己吸食也可以容留他人吸食,如果没有贩卖的客观行为,那么完全可以认定为其它犯罪。因此,笔者建议,在认定犯罪人具有贩卖毒品行为的基础上,考虑以下几种情形,根据事实、证据分别予以定罪量刑。

第一,贩卖人在交易完成后被当场抓获的,从其身上收缴的毒品,如果有证据证明,该毒品也是贩卖给该收买人的,可以将该毒品计入该贩卖人的犯罪数量,并以贩卖毒品罪的既遂定罪量刑。

第二,贩卖人在交易完成后被当场抓获的,从其身上收缴的毒品,如果没有证据证明,该毒品也是贩卖给该收买人的,可以将该毒品计入该贩卖人的犯罪数量,但宜以贩卖毒品罪的未遂定罪量刑。

第三,贩卖人在交易完成后被当场抓获的,根据其交代或其它线索,从其家中或其它藏毒地点收缴的毒品,如果有证据证明,该毒品也是贩卖给该收买人的,可以将该毒品计入该贩卖人的犯罪数量,并以贩卖毒品罪的既遂定罪量刑。

第四,贩卖人在交易完成后被当场抓获的,根据其交代或其它线索,从其家中或其它藏毒地点收缴的毒品,如果没有证据证明,该毒品也是贩卖给该收买人的,可以将该毒品计入该贩卖人的犯罪数量,但宜以贩卖毒品罪的未遂定罪量刑。

第五,贩卖人在交易完成后,隔一段时间(几小时、几天)后,因吸毒、持毒、容留吸毒等非贩卖的行为被抓获的,如果有证据证明,之后的吸毒、持毒、容留吸毒等行为具有相应的主观故意和客观行为,并达到立案标准的,宜以相应的持有毒品罪、容留他人吸毒罪等罪名与贩卖毒品罪对贩卖人进行数罪并罚。

第六,贩卖人在交易完成后,隔一段时间(几小时、几天)后,因吸毒、持毒、容留吸毒等非贩卖的行为被抓获的,如果没有证据证明,之后的吸毒、持毒、容留吸毒等行为具有相应的主观故意和客观行为,可以将该毒品计入该贩卖人的犯罪数量,但宜以贩卖毒品罪的未遂定罪量刑。

四、结 语

在依法治国的背景下,决定行为人的定罪量刑依据只能是刑法,因而刑事政策只能在法治化的前提下才能作用于具体的审判实践。尽管“大连会议”对以贩养吸问题作出一些改进,即如果能够查证所查获的毒品并非用于贩卖,贩毒人的行为另构成非法持有毒品罪等其它犯罪的,可以认定为非法持有毒品罪等罪名进行定罪处罚,但是这并没有实际解决贩卖毒品罪的既、未遂标准问题,仅区分了此罪与彼罪。因此,本文在对我国贩卖毒品罪既遂标准上所存在的从严刑事政策的具体渊源、表现形式进行分析、评判的基础上,明确指出刑事政策需走法治化的道路,进而反思在贩卖毒品罪既遂标准上存在从严刑事政策的原因,随之提出司法人员在具体认定贩卖毒品罪的既遂、未遂时,应准确区分刑法和刑事

政策,以法治化的刑事政策指导审判实践,在坚持贯彻落实宽严相济刑事政策的同时,以刑法作为唯一定案依据,以“交付说”为标准,落实“宽”的刑事政策,根据六种不同的情况区别对待贩卖毒品罪的既、未遂问题。

注释:

[1] 目前理论界关于贩卖毒品罪的既遂标准主要有三种不同的观点。第一种观点认为,当贩卖毒品的买卖双方意思达成一致,也即双方达成毒品买卖契约的,就应当认为构成既遂。可以称为“契约说”。第二种观点认为,贩卖毒品犯罪的既遂与否,应以毒品是否进入交易环节为准。至于行为人是否已将毒品出售获利,或是否已实际成交,不影响贩卖毒品罪既遂的成立。若行为人具有贩卖毒品的故意,由于意志以外的原因毒品未能进入交易环节,则以贩卖毒品罪未遂论处。可以称为“交易说”。第三种观点认为,贩卖毒品行为是一种有偿转让毒品的行为,行为人构成贩卖毒品罪的既遂,在主观上要具有贩卖毒品的故意,在客观上实施了有偿转让毒品的行为。如果行为人没有实际交付毒品,而仅与他人达成协议,不能认为贩卖毒品行为构成贩卖毒品罪的既遂。可以称为“交付说”。

[2] 于志刚:《毒品犯罪及相关犯罪认定处理》,中国方正出版社,1999年,第130页;张穹:《刑法各罪司法精要(修订版)》,中国检察出版社,2002年,第751页;王作富:《刑法分则实务研究(下)》,中国方正出版社,2010年,第1575页。

[3] 张巍:《反思严惩毒品犯罪的传统刑事政策》,《犯罪研究》2011年第2期,第71-72页。

[4] 以湖北省武汉市H法院为例,2012年审理贩卖毒品案5件,2013年审理10件,2014年审理58件,2015年审理112件。

[5] 陈兴良:《宽严相济刑事政策研究》,中国人民大学出版社,2007年,第3页。

[6] 张军:《在全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会上的讲话(节录)》,最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主编:《刑事审判参考》(2009年第2集)(总第67集),法律出版社,2009年,第208页。

[7] 张建、俞小海:《贩卖毒品罪未遂标准的正本清源》,《法学》2011年第3期,第153页。

[8] 严励:《刑事一体化视野中的犯罪研究》,北京大学出版社,2010年,第299页。

[9] 李立众:《刑法一本通:中华人民共和国刑法总成》(第十版),法律出版社,2013年,第1页。

[10] 李淑娟:《我国刑事政策的回顾与反思》,《周口师范学院学报》2009年第4期,第119页。

[责任编辑:禾平]