



非法持有毒品罪：风险社会中的 犯罪构成分析

——基于刑事政策的解读

周 娅

摘 要：非法持有毒品罪的犯罪构成中，客观行为危害在于持续性的毒品控制状态，本质是不作为。而主观归责在于“明知”如何界定，本罪主观认知具有一定概括性与模糊性，漠视法规范的态度以严格责任解释为宜。严格责任本旨在于推定过错，体现功利性的刑法价值观。当代风险社会的刑事政策，要求构造安全刑法，前置社会防卫。但是，本罪的法定刑设置却有违罪刑均衡原则。

关键词：刑事政策；非法持有毒品罪；严格责任；风险社会；法定刑

毒品犯罪被公认为国际社会的“三大公害”之一，历来也是我国刑法的打击重点。比如存在“零容忍”的定罪政策，起刑点低，刑罚设置严厉，数额不以纯度折算等等。但这其中，非法持有毒品罪的立法旨趣与效果却具有一定特殊性。

一、“持有”行为：刑法机能的诠释

作为古已有之的刑法格言，“无行为则无犯罪”深入人心。在刑法范式上，危害行为有“作为”与“不作为”的基本范畴区分，视为行为存在的两种基本方式。作为是违反禁止性规范的积极身体动作；不作为是一种身体静止，违反命令规范而不履行作为义务。而看似不法状态的持有型犯罪，却引起了较大争议。因为作为行为的“持有”在基本范畴归类中，存在矛盾之处。由此，对其定性也出现了“作为说”、“不作为说”、“择一说”、“第三行为形式说”等诸种争议，并且没有哪一种真正成为理论通说。

“作为说”，强调持有行为违反了禁止规范，重点在于取得财物的行为。取得物品之后的持有状态，则是取得行为的当然延续。而“不作为说”，强调的是对特定物品的支配或控制状态。其含义是当这一状态出现，行为人负有义务上缴给相关管理部门以消灭持有状态，但行为人并未履行上缴义务，由此成立不作为犯罪。此外，也有学者将持有视为独立于作为与不作为之外的第三种行为形式，与二者皆有相似和相异之处。其四，也有论者持“择其一”的观点，因为持有型犯罪内部构造复杂，其归属应分析案情具体环境^①。

笔者认为，持有行为的归属争议在很大程度上来自其行为构造的特殊性。“取得”与“保持”共同构筑了持有行为的存在形式。取得物品或财物的行为是积极的作为形式，这是持有行为的存在前提与基础，但同时事物又在发展，行为人继续以保持状态这一不作为

^① 参见高铭喧、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2007 年，第 80 页；梁根林：《合理地组织对犯罪的反应》，北京大学出版社 2008 年，第 143~149 页；邓斌：《持有犯研究》，吉林人民出版社 2004 年，第 64~76 页。

形式使社会法益处于侵害或威胁之中，意即保持着一种支配和控制物品或财物的状态，不履行上缴义务。一如英美刑法中用 possession 一词来表示，阐释为 state of possession(或 state of affairs)，通常翻译成“事态、状态”。那么，第三种行为形式的界定是否契合范畴划分？笔者持否定答案。形式逻辑的分类必须遵循一定的标准。规范即为法律的核心范畴；通过规范，刑法得以调整、引导民众行为。刑法规范均为赋予某种义务，因此非授权性规范，而是义务性规范——或禁止，或命令，这是基于社会生活中相应法律关系或事实而提出的要求。作为与不作为均是对某一特性规范的违反，二者涵盖了危害行为的所有形式。

毒品犯罪通常被视为无被害人犯罪，因此其法益的侵害具有特殊性，尤其是非法持有毒品罪。有论者将法益定义为“在以个人及其自由发展为目标进行建设的社会整体制度范围之内，有益于个人及其自由发展的，或者是有益于这个制度本身功能的一种现实或目标设定。”^①这种“目标设定”使行为具有可罚性。非法持有毒品行为所带来的对公共福利的侵害与威胁，将进而间接地使超个人法益还原成个人法益。而这种本质意义的重大法益侵害危险，是持续性毒品控制状态导致的；至于获取毒品的先行行为，更似一种早期预备行为。当危害行为存在诸多环节时，应以法益为基点分离出核心要素。本罪可罚性，这种支配控制状态正是关键。（正如逃税罪中，尽管可能有篡改账簿与修改凭证的积极举动，但可罚核心却在于不履行纳税义务这一消极态度。）这种状态本质正是不作为，违反了国家毒品管制法规要求民众不得携带、拥有、私藏毒品，这是禁止性规范所赋予民众的一般性义务。

刑法条文简洁明确，更多时候需要以刑事政策解读。刑法学与刑事政策看似两个研究领域，但难以截然分开。刑法的制定与实施需要以刑事政策为指导，而政策的优劣也有待实践检验。刑事政策始自费尔巴哈，复兴于李斯特，后世论证颇多，但互有差异。较具共性的归纳应是“有效与犯罪作斗争的方略（策略）”。作为公共政策的一种，以及对事实科学回应的决策科学，刑事政策以预防犯罪为根本目的。现代社会，刑法的刑事政策化已成为一种趋势。在政策立场分析刑事立法与司法，将政策精神转化为细节运作。“作为调整社会关系的手段之一，刑法首先加以考虑的应是社会保护、社会防卫，即通过一定的禁止规范确保国家自身的存续及社会基本秩序的维护，否则刑法就失去了其自身存在的合法性的基础。”^②对“持有”毒品行为的性质归属，正是机能主义刑法观的反映。作为社会保护的最后屏障、防卫社会的有效手段，功利性策略的出现有其必然性与合理性。

二、严格责任：主观归责的价值诉求

非法持有毒品罪的主观过错如何归责？以我国传统的犯罪构成理论分析，应归纳为违反国家相关管理法规，明知是毒品而非法持有且数量较大。但明知如何解释？明知自己的持有物是毒品，或者说明知自己的行为会造成自己对物品的持有事态？而现有的犯罪故意对此类“明知”的阐释是较为苍白的。主观罪过心理具有行为人自我评价与社会评价的双重属性。作为自我评价机制，是人的心理活动；而作为社会评价机制，强调的是入罪功能。二者共存于对法规范的认知。但笔者认为，这种对法规范的拒绝或漠视的态度，以严格责任来解释为宜。

我国理论界一般认为，严格责任是英美法的一项归责制度，与其注重法律效率与实践结果的司法理念联系密切。近年来，关于严格责任的研究逐渐增多，尤其是针对严格责任在刑法理论上存在的合理性问题，学界或赞成或反对，各执一词。有论者持批评态度，认为我国不能引入；也有论者认为我国本就存在，只是法律未明确表述。本文对此不拟一一引证，而欲批判认为“严格责任犯罪即为不具有犯罪心理（或心理不明确）的犯罪，是客观归罪”这一观念。

笔者认为，这种观念偏离了英美刑法的严格责任本旨。任何事物的产生都有其特定历史背景，严格责任亦然。自 19 世纪末起，随着大工业的发展，高新技术的开发与应用，出现了一些高度危险行业。工

① 罗克辛：《德国刑法学总论》，法律出版社 2005 年，第 15 页。

② 黎 宏：《刑法的机能和我国刑法的任务》，载《现代法学》2003 年第 4 期。

业灾害、环境污染、产品伪劣等直接侵犯公共利益的所谓公害犯罪日趋增多,传统的归责方式遭遇严重挑战。严格责任以其特有的优势出现在公众面前。

在英美刑法中,所谓的严格责任乃是一个主客观相统一的概念。它是指对某些特殊犯罪,即使主观罪过难以辨清,法律依据特定的侵害行为也可推定行为人具备犯罪意思(至少存在过失)的一种归责制度。认定行为人存在犯罪意思,并不能凭空、臆想地运用自由裁量权,其前提是必须有特殊侵害行为存在,尤其是诸如环境污染、生产销售伪劣产品等侵犯公共利益的犯罪。“但这绝不意味着犯罪心理在坚持犯罪结构的观点中没有被要求”^①。如果说,严格责任是一种客观归罪,即只要有犯罪行为就必须承担责任,则将不存在任何辩护理由。但事实上,“无过失”即为一一条很好的辩护理由。在英国,制定法上第一个以该理由辩护的是《1986年贸易种类法》第24条。该条规定,如果被告能证明他触犯该法的犯罪是由于认识错误、意外事故、或不能控制的其他原因,并且他曾作出了适当努力来避免发生该项犯罪,则可以此为辩护理由。从逻辑上看,“无过失”所对抗的事由应该是“有过失”,或者“至少有过失”——这正是严格责任的存在根据。问题的关键在于:这种“至少有过失”的心理状态不是法官或检察官有绝对把握明确认定的,而是依据法律推定的。推定过失责任乃是其本质!再者,要真正理解严格责任,必须将其与绝对责任加以区分。绝对责任将特殊侵害行为作为追究责任的唯一依据,余者包括犯罪心理在内的各种犯罪构成要件都不必予以考虑。二者的共性在于同样经历了个人利益保护向公益保护的社会重心转移过程,对传统罪责存在缺陷的一种救济、弥补与例外。但现实中,二者易被混淆。在绝对责任的场合,行为人知道无论怎样履行注意义务,一旦出现结果,仍然没有任何申辩理由和免责机会,则或许会直接放弃采取保护措施。绝对责任只注重惩罚,在预防目的上毫无作为。而严格责任的基点却是将社会利益作为公正价值的最终目标,其严厉性在于警醒人们更加谨慎地履行自己的注意义务。这种威慑效力是必要的,也是可能实现的。

作为一种主观归责方式,严格责任的价值诉求是明显的。当前的持有型犯罪,控方的罪过举证责任极低,仅需查证持有行为成立,且毒品数量大这一现状,即推知行为人的认知状态。从另一视角看,这正是罪过责任基础上的推定运作,也是由此类犯罪的客观构成要件决定的。严格责任的制定与英美法注重实效的功利思想不无关系。功利与公正都是法律追求的价值目标,互为对立统一。刑法价值的终极目标就是为二者寻求一切实结合点,当难以两全时,优先考虑者反映了价值诉求与取向。但应该强调的是,基于刑事法基本精神,功利仍应以法律的公正性为边界。现代社会中,各种利益相依存且相博弈,法律的公正性要求在多种利益间求得平衡。在刑法上,严格责任主要适用于侵犯公共利益的犯罪,或无特定被害人,或行为人相较更能防止危害结果的发生。亲历整个犯罪过程,行为人显然比控方更容易就某些问题(如犯意)承担举证责任。严格责任在诉讼经济上的功效毋庸置疑。它减小了诉讼成本,提高了诉讼效率,解决了举证责任症结,加强了刑法预防功效。从经济分析法学看,国家作为刑事诉讼主体,发动任何诉讼程序,也应追求利益最大化。司法成本的投入本质上就是司法资源的分配。稀缺性是资源特性,尤其是极易高消耗的司法资源的相对稀缺与惩罚犯罪的社会无限需求,永远是一对矛盾。因此,合理地配置、利用有限司法资源,提高刑事诉讼效率尤为重要。

同时,严格责任也并未丧失法律的公平性。首先,行为的客观存在及其因果关系是道义责任的可罚基点,究其本旨,严格责任重在改变了诉讼的证明内容,降低了证明难度。其次,区别于绝对责任,它允许辩护理由的存在,苛责程度有所缓和。再者,英美刑法中,与处罪严厉性匹配的是较为轻缓的刑罚,如罚金和短期监禁,如此则对严厉性有了一定的平衡与缓和。在此基础上,实践运作已证明,严格责任更能促进刑法目的的实现和公共秩序的维持。

三、风险社会的法益保护

之所以提倡严格责任观念,是因为这与风险社会的环境背景极为契合。“风险社会”由德国著名社

^①J. C. Smith, Brian Hogan. *Criminal Law*. Butterworths, 1988. pp. 98~99.

会学家贝克首次系统提出，作为核心概念以诠释后现代社会。意指现代社会高速发展，高科技和工业化创造了大量社会财富，但同时也带来了巨大社会风险，诸如环境污染、食品安全、疾病传播等等——由此人类进入“风险社会”。很大程度上，现代社会的风险是由人类理性认知与行为导致，是现代化进程的必然伴生。其已不仅限于公共安全领域，威胁对象也远超出人身与财产范畴；社会秩序的破坏，直接损失之外的潜在、尚不为人所知的生存威胁，都是不可避免的问题。

风险社会里的危险存在形式多样，涉及面广泛，持续时间长，发展不可控制，损害结果也难以预期。在这一社会背景下，作为社会调控最后手段、最有力保障的刑法，必须进行功能转化与价值重设。正如庞德所言：“在现代法律科学中，最重要的推进也许就是从以分析性态度转向以功能性态度对待法律”；“着重点已经从戒律的内容转向实践中戒律的效力，从救济是否存在转向为实现戒律的设计目的而设立的救济能否获得以及是否有效”^①。传统刑法以法益侵害和罪责基础构建自身价值体系，重在客观实害的反应。但过于重视实害犯的价值选择并不契合当下公众对刑法的期待。而伴随风险社会出现的安全刑法，已在悄然改写当前刑事法体系与精神。它出现的最佳契机在于公众安全感的降低，是此时寻求法益安全保护与秩序维持的必然结果。法益概念具有强烈的刑事政策机能，对划定刑罚处罚范围具有决定意义。但它也必然随着时代发展与公众观念的变更而加以变革，甚至带来刑法价值观的重构。传统法益观念更倾向于一种个性化、具体化、现实化的现实感知范畴，而风险社会的法益显然向普遍性、抽象性扩展，它更为重视的是与个人法益息息相关的公共秩序、环境、安全等抽象的社会利益，体现了风险时代人们对安全价值的首要追求。

安全刑法重在社会保护，追究罪责时重在犯罪预防与风险控制。基于这一刑事政策，犯罪圈扩张、社会保护前置才能满足安全与秩序的价值选择，乃至提高公众的刑法感知程度。因为社会防卫作为可罚性基础，以一般危险性作为判断标准，在这种提前而更为周延的保护中，危险犯将作为规范核心构造。因为犯罪一旦得逞，便会造成不可估量的灾难性侵害后果，由此必须对法益提前保护。危险犯以法益发生侵害危险作为正当性根据，不待社会损害结果出现，甚至不予预设法益具体内容，而是重在评价行为的危险性及其状态，震慑风险行为。尤其是在某些超个人法益的犯罪中，特定行为方式本身即被认为具有危险性而受到刑法规制。

非法持有毒品罪的法益诉求即是如此。本罪的入罪机理正在于毒品作为特殊物品，其存在本身具有法益侵害的重大危险。通常认为，非法持有毒品罪具有堵截、补漏作用，是毒品类犯罪中的兜底条款。全国人大法工委曾对《关于禁毒的决定》（1990）释义，其中某些观点对此有所说明：“应当注意的是，在执行中，对被查获非法持有毒品的人应首先调查犯罪事实，对以走私、贩卖毒品而非法持有毒品，并查证属实的，应当以走私、贩卖罪定罪处罚，而不能以本条的规定处罚来代替必要的侦查，以致使犯罪分子逃避应得的惩罚。只有对于确实难以查实走私、贩卖毒品的证据的非法持有毒品的罪犯才能适用本条处罚。”^②本罪的刑事政策意义首先正在于当社会危害性更为严重的走私、贩卖毒品罪难以查实之际，减轻控方的证明责任。不需证明来源或去向，而直接证明现状本身。这同时也凸显了本罪的独立品格。因为持有的毒品有可能牵涉到贩卖、走私毒品行为，或者窝藏、转移、隐瞒毒品毒赃行为。根据“相当性”的社会评价，持有行为本身即足以表征主观心态及客观所造成的危险，它会带来某种不安感，甚至直接产生社会心理恐惧。风险社会的价值选择推崇的是客观归责论。其精髓在于风险控制，而并不是风险消灭，“被允许的风险”有着存在空间，它也是民众自由行为与国家刑罚权的边界。刑事不法的罪责内涵在于“制造了法所不允许的风险”。由此，非法持有毒品罪的诉求得以表达：严密刑事法网，扩展刑法干预，防范危险发生，强化法益保护，堵截可能产生的法律疏漏。

①转引自卡多佐：《司法过程的性质》，商务印书馆2000年，第44页。

②全国人大法制工作委员会刑法室：《关于禁毒的决定和关于惩治走私、制作、贩卖淫秽物品犯罪分子的决定的解释》，中国法制出版社1991年，第21页。

四、法定刑悖论

持有型犯罪的刑法机能是明显的。但刑法必须兼顾法益保护与人权保障的双重价值定位,则非法持有毒品罪的设立与运作应慎之又慎。持有毒品作为一种预备或过渡的特例,包含某种程度的法律推定,尤其又以危险犯为立法标尺,其法定刑设置必须考虑到与相邻犯罪的衔接与协调问题。

综观我国刑法第347、348、349条,可视为犯罪群组,各行为间互为预备和后续。其中,非法持有毒品罪法定最高刑为无期徒刑,而走私、贩卖、运输、制造毒品罪的法定最高刑为死刑。罪刑阶梯的均衡原则在此并未得以体现。如此相近的法定最高刑设置,并未凸显两罪的危害性之别,也未能有效救济推定责任可能产生的误判。法律预设持有行为人可能存在更为严重的先行行为或接续行为,但毕竟查无实据;法律不能以疑罪的可罚性来等同本罪。其实,本罪的罪责内涵应远远低于这些可能存在的犯罪。而另一重要相关毒品行为——窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪法定最高刑为10年。但窝藏、隐瞒行为显然比单纯的持有行为危害性更为严重。窝藏毒品必然要持有毒品,甚至窝藏的过程也是持有的过程。作为堵截性、补充性法律规制,拟制出的社会危害性应较邻者为低。就犯罪构成本身而言,持有行为相较更为简单,犯罪恶性的征表在窝藏行为中则更为凸显。概言之,当前刑法设置的非法持有毒品罪之法定刑,与持有型犯罪的正当性基础存在一定悖论。

司法实践中,各地出现过多起类似案例:侦查机关在行为人家中查获大量毒品,行为人坚称是某毒贩托自己代为保管。但涉嫌毒贩在逃,现有证据无法核实当事人陈述毒品来源的真伪。案件审理过程也多存在争议——窝藏、转移毒品罪与非法持有毒品罪之争,但多以非法持有毒品罪为定论。理由是辩方无法提供证据证实窝藏行为存在,控方也无法验证。但从刑事诉讼逻辑分析,只有在窝藏、转移毒品罪法定刑高于非法持有毒品罪的基础上,重罪查无实据,轻罪构成要件齐备,才应根据疑罪从轻原则,以非法持有毒品罪论处。而现实案情是控方无法提出确实、充分的证据以合理排除窝藏毒品行为的成立。诉讼法的精神在于,行为人并无自证无罪或自我归罪的责任。无法排除合理怀疑的情形下,作出有利于被告人的结论,才能体现刑事法律的人权保障机能,实现利益平衡,敦促国家公诉机关更好地履行自身责任。

持有型犯罪的法定刑设置必须经过多方面考量。现实立法例中,过高或过低的情形均出现在人们的视野中。刑法第七修正案将巨额财产来源不明罪的法定最高刑由5年提升至10年即为明证。这是一个补漏型犯罪与相邻犯罪法定刑差距过大的例子。而其修正后的法定刑,使得整个法律体系中衔接得当,罪刑均衡

■作者简介:周 娅,深圳大学法学院副教授,法学博士,硕士生导师;广东 深圳 518060。

■责任编辑:车 英

