

中国

禁毒

高巍◎著

云南大学
禁毒防艾研究丛书

三十年

——以刑事规制为主线



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国
禁毒
三十年
——以刑事规制为主线

高巍◎著

云南大学
禁毒防艾研究丛书



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国禁毒三十年:以刑事规制为主线 / 高巍著. —
北京:法律出版社,2011.8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2397 - 7

I. ①中… II. ①高… III. ①禁毒—研究—中国②毒品—刑事犯罪—研究—中国 IV. ①D669.8②D924.364

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 162509 号

中国禁毒三十年:以刑事规制为主线

高巍著

责任编辑 高山
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.25 字数 221 千

版本 2011 年 9 月第 1 版

印次 2011 年 9 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2397 - 7

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《云南大学禁毒防艾研究丛书》 编委会

编委会主任：刘绍怀 何天淳

编委会副主任：肖 宪 林文勋

编委会委员（按姓氏拼音排序）：

陈云东	何天淳	李 聪	李晨阳
李东红	林文勋	刘绍怀	刘 稚
沈海梅	王启梁	向 荣	肖春杰
肖 宪	杨 毅	邬 江	

《云南大学禁毒防艾研究丛书》序

毒品和艾滋病问题是全球面临的重大社会问题。在我国,这一问题早已引起了社会的广泛关注和党和国家的高度重视。胡锦涛总书记强调:“禁毒工作事关人民群众的身心健康和安居乐业,事关社会主义精神文明建设,事关经济社会协调发展,事关全面建设小康社会宏伟目标的顺利实现,事关国家安危和民族兴衰。禁毒工作必须全社会共同参与,各部门通力合作,综合治理。首先要抓教育,第二要抓戒毒,第三要抓打击,第四要抓管理,最后要抓法制,加强立法。”“艾滋病防治是关系我中华民族素质和国家兴亡的大事,各级党政领导需提高认识,动员全社会从教育入手,立足预防,坚决遏制其蔓延势头。”

地处祖国西南边疆的云南,因其特殊的地理位置和地缘情况,毒品和艾滋病问题较为突出,是国家禁毒防艾工作的前沿。近年来,按照国家的统一部署,通过持续不断地开展禁毒防艾人民战争,云南的毒品和艾滋病问题得到有效控制和治理。但因受国际、国内多种因素的影响,我们还必须充分认识到这一问题

的长期性、复杂性和艰巨性。特别是从我国建设和谐社会、和谐边疆,进一步扩大对外开放,把云南建设成向西南开放的桥头堡等重大战略需要来看,我们要做的工作还很多,任务依然十分艰巨。新的形势、新的任务给我们提出了新的更高的要求。

云南大学作为云南省唯一一所“211 工程”重点建设大学、西部大开发重点建设院校和省部共建高校,一直致力于服务地方经济社会发展和国家战略需要。自 20 世纪 80 年代初以来,针对毒品和艾滋病问题,就有一批学者相继投入此方面的研究。1995 年,在前期研究积累的基础上,云南大学与美国迈阿密大学合作,联合成立了毒品综合研究中心。2004 年,学校成立云南大学法律援助中心,专门为艾滋病患者提供法律援助。2007 年,学校又进一步组建了禁毒防艾研究与援助中心。2008 年,经云南省教育厅的批准,“云南省学校禁毒防艾志愿者培训基地”在云南大学成立。2009 年年初,云南大学禁毒防艾研究与援助中心列为“云南省省院省校合作研究基地”。与此同时,学校还在校外的一些禁毒防艾机构和社区建立了一批实践基地和社会工作站。经过长期的建设与发展,云南大学禁毒防艾问题的研究及其工作取得了显著的进展,并形成了三个突出的特色,即一是充分发挥多学科的优势,综合开展禁毒防艾问题研究;二是理论与实践运用相结合;三是注重国际间的交流与合作,彰显国际性。这为进一步的建设与发展奠定了坚实的基础。

为进一步加强禁毒防艾问题的研究,更好地适应形势发展的需要,2009 年 5 月,我校在整合相关资源和力量的基础上,组建了云南大学禁毒防艾研究中心。中心围绕禁毒防艾的法律与政策问题、国际禁毒防艾合作、禁毒防艾的技术控制、禁毒防艾的社会控制,以及禁毒防艾与公共卫生安全等主要研究方向,科学研究、人才培养、社会服务并举,正在全力推进建设与发展,力争成为国内外具有较高水平和重要影响的

禁毒防艾研究中心和基地。

为集中反映云南大学禁毒防艾研究中心的成果,增进与国内外学术界和相关部门的交流,我们组织编辑出版了“云南大学禁毒防艾研究丛书”。丛书的出版和中心的建设与发展,得到了许多部门、机构和专家学者的关心与支持,在此,谨致谢忱!同时,我们也将更加努力地工作,争取有更多的新的成果奉献给大家。

林文勋

(云南大学副校长、云南大学禁毒防艾研究中心主任)

目 录

第一章 从神话到现实——禁毒宏观战略的嬗变 001

第一节 禁绝毒品的神话 003

一、新中国成立初期的毒品形势 003

二、三年禁绝毒品运动始末 010

三、禁绝毒品的基本经验与实现路径 016

第二节 复制神话的尝试 023

一、卷土重来 024

二、硝烟再起 029

第三节 冷静对待毒品 036

一、当理想遭遇现实 036

二、揭开宏大叙事的面纱 040

第二章 从宏大到焦虑——禁毒刑事立法的沿革 048

第一节 1979 年《中华人民共和国刑法》关于毒品

犯罪的规定及修补 048

一、1979 年《中华人民共和国刑法》对毒品犯罪的

规定 049

二、1990 年《全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定》颁布前的三次修补	054
第二节 1990 年《全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定》	059
一、《决定》出台的迫切性	060
二、《决定》的主要特点	064
三、《决定》的缺陷与不足	069
第三节 1997 年《中华人民共和国刑法》关于毒品犯罪的规定	077
一、1997 年《刑法》对《决定》的完善和修订	077
二、1997 年《刑法》中禁毒刑事立法的评析	081
第三章 从权力到权利——禁毒刑事司法解释的变迁与正当性检讨	104
第一节 刑事司法解释概述	105
一、刑事司法解释的界定	105
二、刑事司法解释的边界	106
三、刑事司法解释的效力	108
第二节 禁毒刑事司法解释的演进	110
一、1997 年《刑法》颁布前的司法解释	110
二、1997 年《刑法》颁布后的司法解释	118
第三节 禁毒刑事司法解释的正当性建构	134
一、危险的立法化倾向	135
二、禁毒刑事司法解释的合理性构建	142
第四节 几个具体司法解释的正当性质疑	149
一、何谓“贩卖”	149
二、“制造”是什么	156
三、数罪不并罚	164

四、明知的推定 168

第四章 维新抑或守旧——禁毒刑事司法适用的艰难转型 173

第一节 禁毒刑事司法适用中的若干困境 175

一、诱惑侦查之合法性焦虑 175

二、盘查之任意性发动 185

三、特殊群体毒品犯罪之规制困境 187

四、充满争议的毒品犯罪死刑适用 192

五、犯罪形态认定中的严打阴影 199

第二节 禁毒刑事司法适用的路径重建 208

一、禁毒刑事司法适用的合法性 208

二、禁毒刑事司法适用的正义性 216

第五章 陷阱抑或曙光——犯罪化与合法化之间的博弈 228

第一节 吸毒行为犯罪化的进路与辩驳 229

一、犯罪化的基准 229

二、吸毒行为犯罪化的依据何在 233

三、吸毒行为与“自伤不罚” 238

第二节 毒品合法化之图景与想象 246

一、毒品合法化的图景 246

二、毒品合法化的理论依据 254

三、毒品合法化的批评意见 265

四、博弈与争议中的中国路径 268

参考文献 272

后 记 284

第一章 从神话到现实——禁毒宏观 战略的嬗变

1838年9月,林则徐上书道光皇帝,不无忧患地指出:“当鸦片未盛行之时,吸食者不过害及其身……迨流毒于天下,则为害甚巨,法当从严。若犹泄泄视之,实是数十年后,中原几无可以御敌之兵,且无可以充饷之银。兴思至此,能无股栗。”^①历史的吊诡在于,三十六年后的1874年2月,林则徐却一改慷慨激昂之辞,表示:“鄙意亦以内地栽种罂粟,于事无妨。所恨者,内地之民嗜洋烟而不嗜土烟。”^②当鸦片战争的硝烟散尽,当历史的车轮风雨不惊走过,留下的只是林则徐在1838年所言的那句“中原几无可以御敌之兵,且无可以充饷之银”,淡忘的却是英雄迟暮时的徘徊、犹豫、踌躇。这种踌躇和徘徊正是清末禁毒战略从激越归于困顿的苍凉写实。

两次鸦片战争均惨遭败绩的清朝政府,放弃了全面禁毒的宏观战略,转而弛禁鸦片,鼓励、刺激鸦片的

① (清)林则徐:《林文忠公政书》,中国书店1991年版,第104页。

② 杨国桢:《林则徐传》,人民出版社1981年版,第433页。

国产化,期望“以土制洋”,用国产鸦片的种植和销售减少、压制进口鸦片在中国的销售。如英国议员拉瑟福德·阿尔柯克 1871 年在下议院的演讲中不无忧虑地指出:“中国的罂粟种植正在迅速增长,中国政府也在认真考虑——如果他们无法对付或左右英国政府的话——在中国大规模种植,以更低廉的价格制造鸦片。”^③自 19 世纪 70 年代清朝政府默许、容忍鸦片的国产化以来,全国范围内罂粟种植面积迅速扩大,逐渐取代了进口鸦片。到 20 世纪初期,中国生产的鸦片已达 2.2 万多吨,超过了 1895 年世界非法产量的四倍。吸食鸦片的中国人约 1500 万人,消耗量占全球的 95%,地区之间的鸦片贸易价值超过稻米和食盐。^④这种弛禁、宽容的禁毒政策是内忧外患、风雨飘摇的晚清政府无法选择而必须接受的,一方面因为无法抗拒英国坚船利炮高压下的“自由化贸易”要求,另一方面也是出于减少白银外流、增加财政收入的考虑。

尽管鸦片的国产化有效地遏制了以英国为代表的殖民者向中国倾销鸦片的行为,减少了白银的外流,并通过对鸦片生产、销售课税增加了财政收入,充实了岌岌可危的国库,但却使鸦片的价格伴随产量的大幅增加而迅速下滑,为更多的人吸食鸦片提供了更为方便和宽松的条件,使吸食者大量增加,从宏观上造成了人民健康更大程度、更大范围的受损。因此,在某种意义上,“清廷实施的‘以土抵洋’的鸦片政策,无疑是饮鸩止渴的政策,是以鸦片烟毒害更多百姓的涸泽而渔的政策,其危害相当大。”^⑤此后,我国禁毒战略一直处于变化和调整中,时宽时严,时而暴风骤雨,时而波澜不惊,但鸦片战争情结和毒品亡国论却一直萦

③ [美]特拉维斯·黑尼斯三世、弗兰克·萨奈罗:《鸦片战争——一个帝国的沉迷和另一个帝国的堕落》,周辉荣译,三联书店 2005 年版,第 328 页。

④ [法]蒲吉兰:《犯罪致富——毒品走私、洗钱与冷战后的金融危机》,李玉平等译,社会科学文献出版社 2002 年版,第 15 页。

⑤ 先波:《烟毒的历史》,中国文史出版社 2005 年版,第 61 页。

绕在大多数中国人的心头。

一百多年后的21世纪初,我国台湾地区“司法院”大法官在释宪理由中仍强调和延续了林则徐1838年的振聋发聩思想,指出毒品犯罪重罚的依据为:“烟毒之遗害我国,计自清末以迄民国,垂百之年,一经吸染,萎靡终身,其因此失业亡家者,触目皆是……萃全国有用之国民,日沉湎于鴉毒之乡而不悔,其戕害国计民生……是其非一身一家之害,直社会、国家之巨蠹,自不得不严于其法。”^⑥因此,自虎门销烟迄于今,或禁或弛,或激进或宽缓,或悲愤或淡定,我国的禁毒战略总是以林则徐“流毒于天下,则为害甚巨,法当从严”的言论为理论原点和情绪基础的。但是,直至1949年新中国成立前,各种禁毒战略并未能实现中国大地上毒品的根绝,反而呈现出愈演愈烈的趋势。新中国成立后,通过三年运动式禁毒人民战争,实现了毒品禁绝的神话,并基本持续到“文革”结束。随着改革开放的开始,毒品又开始出现在华夏大地,并呈逐渐扩大之势,无论是从吸毒人员的数量,还是从毒品犯罪行为的普遍化趋势来看,毒品与毒品犯罪已成为改革开放三十年来挥之不去的隐痛。

第一节 禁绝毒品的神话

一、新中国成立初期的毒品形势

新中国成立之初,我国毒品形势非常严峻。据有学者初步统计,其时全国吸食鸦片等毒品的烟民大致有2000万人,占全国人口总数的4.4%。^⑦以鸦片的主产区西南地区为例,仅云南省罂粟种植面积即可耕地的20%~30%,云南省的吸毒人员超过200万人,占全省总人口

^⑥ 王皇玉:“论贩卖毒品罪”,载《政法法学评论》第84期。

^⑦ 凌青、邵秦:《从虎门销烟到当代中国禁毒》,四川人民出版社1997年版,第103页。

的12.5%。其中,省会昆明市烟馆林立,约有1670家,烟贩6968人,吸毒者5万余人。贵州省吸食鸦片者达300多万人,占全省总人口的21%。省会贵阳有烟馆1000余家,遵义也有400多家。人口仅万余人的贵州省镇远县有毒贩700余人,其中贩运大烟一百两左右者571人,百两至千两者200余人,万两以上者也有20余人。^⑧据有学者考证,新中国成立之初,仅重庆一地的烟膏毒品厂就有400余家,涪陵一县有60余家,川西有367家。1950~1952年,叙永县马相如等四个鸦片制贩集团即制造鸦片2.5万两,吗啡500余两,定期运输至泸州、永州、重庆等地贩卖。盘山县城半边街的烟市,每逢赶集天均有上千人进行鸦片交易,成交量超过3000两。^⑨概括言之,新中国成立之初的毒品形势具有以下几个显著特征:

(一) 罂粟种植遍布全国,从业人员众多

1949年,全国范围内种植罂粟的农民约1000万人,从事毒品贩运、交易的从业人员高达50万人。^⑩因为耽于战乱和军阀割据,国民党中央政府对于禁毒的控制力和执行力非常微弱,尽管制定了严格明确的禁毒法律和政策,但在事实上却无法有效执行。因此,至新中国成立前夕,几乎每个省份均有罂粟种植,全国罂粟种植面积达100多万公顷。其中,罂粟种植、鸦片生产最重要的地区除了西南地区外,还有西北地区,其他省份也存在面积不一的罂粟种植。有学者统计,到1950年6月止,西北地区的甘肃省皋兰县、永靖县等十三县种植罂粟达123,135亩,仅皋兰一地即种植61,341亩。广西壮族自治区西北地区三十个县的罂

⑧ 邵雍:《中国近代贩毒史》,福建人民出版社2004年版,第295页。

⑨ 王金香:《中国禁毒史》,上海人民出版社2005年版,第291页。

⑩ [法]蒲吉兰:《犯罪致富——毒品走私、洗钱与冷战后的金融危机》,李玉平等译,社会科学文献出版社2002年版,第15页。

粟种植面积为 20 万亩。^①事实上,自清朝末年被迫推行、容许鸦片国产化以来,至新中国成立初期,我国罂粟的种植面积一直未能够大幅减少,尽管有所反复,但在宏观上罂粟种植的面积和范围长期处于高位。

当时,我国罂粟种植的长期存在和扩大,一方面与政府的控制力减弱有关,另一方面也与罂粟种植的高获利性有关。因为,自清朝政府瓦解,中国大地上军阀割据、各种势力风起云涌,禁止罂粟种植的驱动力被扩大势力、夺取政权的野心和现实需要所压制。如有学者所指出的:“中国的改革人士虽然在 20 世纪二三十年代断断续续发起反对抽鸦片、种鸦片的运动,却都没有成效。企图控制中国的各方势力都知道,鸦片带来的财源太重要了。毛泽东的名言是‘枪杆子里出政权’,但先决条件是需要有钱来买枪杆子,而且有钱付给挥舞枪杆子的那些人。凡是有私人军队、有地区性冲突、有外国势力挑起战争、政府软弱无能的地方,鸦片走私都非常猖獗。近几十年的金三角地区 and 阿富汗是如此,1949 年前的中国也是如此。”^②出于巩固政权、增加财政收入的考虑,旧中国时期一些地方政府还主动组织、参与罂粟种植,鸦片生产、销售。1941 年年初,四川、西康地区鸦片价格大幅上涨,云南省主席龙云即决定从统运处储存的生土中提出 2000 箱,运往便于进川的昭通存储,并由其次子、驻军旅长龙绳祖主持销售。在进行实际的销售时通常委托一个商号名义办理,每人每次交易都以一箱起价,每箱 1120 两,每箱价格在国币 5000 元~8000 元,此外还需要另加保管费 100 元。这种烟土买卖一直持续到龙云离职之时。^③正是地方政府的积极参与、组织,在事实上鼓励和促进了罂粟的大面积种植。

① 王金香:《中国禁毒史》,上海人民出版社 2005 年版,第 292 页。

② [美]戴维·考特莱特:《上瘾五百年——瘾品与现代世界的形成》,薛绚译,上海人民出版社 2005 年版,第 188 页。

③ 邵雍:《中国近代贩毒史》,福建人民出版社 2004 年版,第 242 页。

（二）对于毒品危害性的认识比较淡漠，缺乏强有力的道德共识

由于旧中国未能实现政府与人民、中央与地方之间对于鸦片危害性的统一认识，使鸦片吸食、罂粟种植的危害性处于社会舆论的模糊地带，缺乏道德上的可谴责性。新中国成立之前，毒品吸食已成为一种社会文化现象。社会大众与精英阶层对于毒品吸食的危害性均存在认识不足的问题，兼之毒品吸食已成为很多地区、很多群体重要的生活方式，很难形成遏制毒品的社会舆论环境。据记载，1930年春，上海大亨杜月笙筹资50万银元在浦东高桥兴建“杜家祠堂”，祠堂于1931年落成。为庆贺祠堂落成，杜月笙举行了盛大的典礼，向社会贤达发出请柬。蒋介石、徐世昌、段祺瑞、曹锟、吴佩孚、张宗昌等人馈赠贺匾。中外来宾逾万人前往祝贺。在临时搭起的席棚内，除了两千多桌酒席，还有几十张烟榻，并从烟馆内调来28名钎子手专门伺候客人吸食鸦片。庆典首日即吸食掉5000余两大烟膏，三天共计吸食大烟膏8000余两。^⑭ 因此，在这样一种社会文化和心理氛围中，对于鸦片的吸食已成为一种道德上比较中性的生活方式。

尽管国民党政府在执政后期修订《肃清烟毒办法》、《禁烟禁毒治罪条例》，对于毒品的种植、运输、销售、制造、藏匿、吸食行为同时断禁，并提高了吸食毒品行为人的惩罚标准，强调凡是国民政府“所控制地区，绝不容烟毒继续存在，仍当排除万难，决心禁绝”。并要求发动社会力量，形成广泛的拒毒运动，使毒品犯罪行为入置于法律和道德的双重制裁下，进而自知羞愧，心惧严刑，最终弃恶从善。但是，社会力量的薄弱和地方政府的失控却使拒绝毒品的道德共识无法达成。在某些地区，鸦片吸食已成为一种常见的交际方式和文化现象，特别是上层社会普

^⑭ 冼波：《烟毒的历史》，中国文史出版社2005年版，第198页。

遍吸食鸦片的现状使毒品危害性和反伦理性在舆论上逐渐势微。以旧中国时期的山东省济宁市为例,“济宁的官僚豪绅,阔商大贾,朱门广厦中别辟烟室,罗汉榻上枕衾锦绣,烟具罗列,件件考究。主要有紫檀木大盘,内放白铜刻花点翠小盘,正中放置烟灯。烟灯主要有两种:一是太古灯,用紫铜制成承座、灯身,全高14~15公分,灯座直径10公分,精雕细刻着各式花纹,外套玻璃罩,通体呈宝塔型。二是胶州灯,高约10公分,以白铜制成,形制与太古灯相似,但八角玻璃短罩,外有雕花栏栅套住,其花纹有字等。烟枪则由嘴口、枪身、花子、抓、斗等五部分组成,全长约66公分,粗3公分。枪身为紫竹、湘妃竹、象牙制成,嵌以翠、玉、玛瑙、犀角、象牙质料的嘴口(即烟枪嘴)。在枪身的五分之四外开口,覆以白铜钻花长条,名曰花子。上面留口,装上翠、玉、水晶之类做成的‘抓’上安烟斗。烟头以安徽寿州陶斗最为知名,有八角、六角、四方和圆形,上面嵌有银线。枪的末端则有象牙、牛角、翠、玉之类的包头。烟钎以‘张判钎子’为名品,以14号钢丝制成,长约18公分。”^⑤诸如此类的毒品吸食工具和方式的精细化趋向也折射出毒品文化的强势和毒品危害性认识逐渐淡漠的现实。

(三)毒品吸食人数居高不下,毒品贩运规模空前

正因为国民党政府对于毒品的控制不力,新中国成立前夕毒品吸食人数居高不下。以四川省为例,在四川省北部地区,一些县家家都有烟灯,有的家庭有两三盏烟灯。川东涪陵一县吸食毒品者即高达10万人,叙永县则有吸食、贩卖、制造鸦片者6000余人,占全县总人口的20%以上。凉山地区的毒品吸食人数占总人口的50%~60%,个别地方达到80%~90%。由于吸毒所致的社会问题也非常突出。如川东涪

⑤ 洗波:《烟毒的历史》,中国文史出版社2005年版,第183~184页。