

编者按:任何事物都具备两面性,网络的发展也不例外。网络的快速发展除促进社会各个要素之间的交流、融合、发展外,毫无例外的也带来了一定的负面后果。近年来,利用网络实施的犯罪日益增加。除许多新兴的网络犯罪之外,传统犯罪也纷纷利用网络开辟自己的“战场”如网络诈骗、网络赌博等。这些犯罪利用网络的便捷性的特点,能在短时间内积聚大量的人员、资金,其影响范围也超越了狭隘的地域限制,具备全国性、甚至是世界性的特点。

网络吸毒

——8·31 特大网络吸贩毒案

案件链接

◆2011年10月,公安部指挥全国公安机关开展统一行动,破获“8·31”特大网络吸贩毒案,查获涉毒违法犯罪嫌疑人员12125名,破获制贩毒案件496起,打掉制贩毒团伙144个,吸毒窝点340个,制毒工厂(点)22个,缴获毒品308.3千克。该案是全国首例利用互联网视频交友平台进行涉毒违法犯罪活动的新类型毒品案件,涉及全国31个省、自治区、直辖市。

本案中,涉案人员利用互联网视频聊天网站进行吸毒、贩毒等活动。涉毒人员除网上进行毒品交易外,还开设“房间”作为隐蔽,“房主”设置了访问权限,加入房间必须经过熟人引荐,并且需要通过视频表演吸毒行为进行“认证”后才能进入。大量吸毒人

员在网站设立的虚拟“十人房”、“百人房”内从事吸毒活动,表演吸毒行为,交流吸毒感受。

◆中国互联网络信息中心公布,截至2011年10月,中国网民规模预计为5.01亿人,互联网普及率为37.4%,互联网成为我们日常生活中不可缺少的部分。

◆随着网络的普及,网络成为不法分子发布易制毒化学品销售信息、联络毒品交易的重要平台和渠道。为了打击网络贩毒行为,2010年9月27日,中国公安部、工信部、工商总局、安监总局和食品药品监督管理局公布《关于加强互联网易制毒化学品销售信息管理的公告》,要求进一步加强互联网易制毒化学品销售信息管理。

“网络吸毒”行为的刑法学分析

- ◆刘仁文 中国社会科学院法学研究所刑法研究室主任、研究员、博士生导师
- ◆刘瑞平 徐州师范大学政法学院副教授,中国社会科学院法学研究所博士生

新课题。正如湖南省公安厅禁毒总队滕章贵队长在其微博中写下的一句话:“禁毒多年,听说‘网络吸毒’有点发懵。”网络吸毒让人发懵的原因之一,在于其行为性质认定的复杂性。本文从刑法学专业的角度,对这一新词所指向和可能涵盖的具体行为作一分析。

首先要说明的是,下面关于网络吸毒涉罪行为的探讨,是以中国的刑罚与治安处罚二元并存的结构为背景的。说明这一点,有助于廓情探讨问题的语境。司法实践中,大量的涉毒案件不是通过刑事处罚的方式,而是通过治安管理处罚方式进行处理。有资料显示,截止2010年,全国共有登记在册的吸毒人员143.7万

临近岁末,如果要盘点一下2011年法律领域的新词语,“网络吸毒”可为其中之一。如何认识和评价网络吸毒现象,即使对于专业人士,也是一个颇具挑战性的

余人,实际数字显然比这还要大。单纯的吸毒行为在我国刑法中并没有作为犯罪来规定,而是作为行政违法行为来处理。这种违法行为制裁体系的二元结构是中国刑法的一个重要特点。

因此,探究网络吸毒所涉及行为的性质,就不是仅以狭义的刑法为参照系,而是在违法犯罪的二元结构框架下进行。故本文所谓的“涉罪”行为,既包括刑法中的犯罪行为,也包括行政法上的违法行为(如吸毒行为)。

违法行为制裁体系的二元结构决定了行为人法律责任的二元性,即从广义刑事司法的角度看,行为人承担刑事责任的方式不仅可以是作为犯罪处理进而受到刑罚处罚,也可以是接受某种治安处罚(甚至劳动教养)。这是由于中国刑法上的犯罪定义的特殊性决定的。中国刑法上的犯罪,特指严重违法行为,即大约相当于国外刑法上的重罪部分,外国刑法上轻罪乃至违警罪的那部分行为,在中国是作为劳动教养和治安处罚来处理的。

从上述语境可以推出,如果要强化对网络吸毒的治理,可能的路径不仅包括对某些行为犯罪化,还可以包括对某些行为虽不作为犯罪来处理但应给予治安处罚的方式。也就是说,治理网络吸毒,不一定(但不是一定不)要在狭义的刑法上犯罪化。二元的刑法结构决定了行为法律后果的两种可能性,认识到这一点,既不妨碍必要的犯罪化,又可以防止过于轻率的犯罪化。立法者和司法者具备这样的基本认知和理论共识,对于正确处理网络吸毒案件,应是有意义的。

二

“网络吸毒”本身并不是一个严格的法律词汇,而只是用最简单的几个字描述了一种违法犯罪现象。以不久前告破的全国首例利用互联网视频交友平台进行涉毒违法犯罪活动的新类型毒品案件为例,我们可以看到,所谓“网络吸毒”,所涉及的具体违法犯罪行为其实是十分复杂的。换言之,“网络吸毒”是一个多行为的结合体,具体包括:

(一)吸毒行为

吸毒行为,即本人吸食行为。吸毒的行为在我国刑法中没有作为犯罪来处理,虽然曾有人建议要把吸毒行为犯罪化,但这种看似彻底的解决方法其实

是简单的和不理性的。我国的《禁毒法》也没有将吸毒者定位为单纯的违法者,而是将吸毒者视为兼具病人、违法者和受害者三重身份。世界上确有国家把吸毒行为规定为犯罪的,但这种中外区别主要是由于前述刑法结构的不同造成的。依《禁毒法》第62条规定,吸食、注射毒品的,依法给予治安管理处罚。吸毒人员主动到公安机关登记或者到有资质的医疗机构接受戒毒治疗的,不予处罚。《禁毒法》同时规定了对吸毒成瘾人员的戒毒治疗、强制隔离戒毒等措施。强制隔离戒毒的期限为二年,并可以延长一年。

(二)贩毒行为

贩毒行为,即通过网络发布销售信息和进行毒品交易的行为。网络已经成为不法分子发布易制毒化学品销售信息、联络毒品交易的重要平台。从司法实践看,往往表现为“以贩养吸”。通过聊天室发布出售毒品信息的行为在性质上属于贩毒行为。发布求购信息的行为则不完全属于贩毒行为,具体而言,这种求购如果是以购买以后再出售为目的,则属于贩毒的一个环节,如果不以出售为目的,则另当别论。

(三)聚众行为

聚众行为,即通过在聊天室“开房”容纳和吸引其他吸毒者参与的行为。据媒体披露的信息,涉案的视频网站注册用户达数千万,平时在线人数达几十万人,开设有数千个“房间”,因为网络的特殊性,网上聚众的规模十分惊人,涉毒行为的危害性因此剧增。

(四)介绍行为

介绍行为,即介绍他人加入“房间”的行为。这种网络聊天室由吸贩毒人员组建,“房主”会设置密码,须通过有人介绍才能进入。介绍行为是刑法上一种重要的涉罪行为。介绍行为既可能独立成罪,也可能构成共同犯罪。独立成罪的情形,如《刑法》第205条规定的介绍他人虚开增值税专用发票的行为、第359条规定的介绍他人卖淫的行为、第392条规定的向国家工作人员介绍贿赂的行为。除了这些刑法定原则在现行刑法中不能独立成罪,但有可能构成共同犯罪。可以构成的具体罪名取决于加入“房间”以后实施的行为,理论上讲,可以构成《刑法》第

347条到 355 条规定的各种具体罪名。

(五)引诱行为

引诱行为,包括但不特指引诱他人吸毒,而是强调引诱他人加入“房间”的行为,引诱他人加入房间,是一种间接的引诱吸毒,因为如果进入房间后自己不吸毒而只做旁观者,几乎是不可能的,应当承认这种引诱行为的社会危害性。而引诱他人吸食和注射毒品的行为,是《刑法》第 353 条明文规定的犯罪行为。

(六)传授方法行为

传授方法行为,具体又可以分为传授毒品制造方法的行为和传授吸毒工具制造行为。因为制造毒品是犯罪,所以传授毒品制造方法其实是传授犯罪方法的行为;而吸毒本身不是犯罪,传授吸毒工具制作的行为虽然有害,但在法律性质上有别于传授犯罪方法。《禁毒法》第 24 条规定,禁止非法传授麻醉药品、精神药品和易制毒化学品的制造方法。公安机关接到举报或者发现非法传授麻醉药品、精神药品和易制毒化学品制造方法的,应当及时依法查处。

(七)展示行为

展示行为,即通过网络展示本人吸毒行为的行为,这种行为包含着明显的对于他人特别是未成年人的不良影响。据媒体报道,在全国首例网络吸贩毒案件中查获的涉案人员多为“80 后”、“90 后”,超过半数在 25 岁以下,年龄最小的吸毒人员仅 14 岁。而由于借助网络的便利,这种展示行为的不良影响是难以估量的。本案涉案人员达 12125 名,涉及全国 31 个省、市、自治区,这种展示行为影响的范围和程度,由此可见一斑。展示行为在现行刑法中没有规定,但考虑到其社会危害性,未来可以考虑给予一定的治安管理处罚。

(八)教唆行为

教唆行为,即通过网络平台以文字、图片、语音、视频方式引起他人尝试吸毒的行为。教唆是刑法上十分复杂的理论问题,教唆本身不能独立成罪,而是通过共同犯罪方式来确立其承担刑事责任。从有关案件披露的信息看,网络吸毒多发生在聊天室的“十人房”内,可见被教唆的对象是特定的,教唆者特别是“房主”和介绍他人加入者具有教唆他人的主观意图。这种教唆行为的社会危害性显而易见,应作为共

同犯罪处理。

(九)其他行为

其他行为吸毒是其他犯罪的诱因。由于吸毒需要大量的金钱,有数据显示,吸毒者毒资主要来源于非法所得。为了获取毒资,男性吸毒者 80% 以上兼有其他违法犯罪行为,女性吸毒者 80% 从事卖淫活动。一些地区的抢劫、抢夺、盗窃案件有 60% 甚至是 80% 是吸毒人员所为。而由于吸毒者中艾滋病感染者比例较正常人群高,所以还可能導致艾滋病和性病传播。网络聊天室可能成为这些行为的犯意交流和共犯联络的场所,行为入因而可能构成这些犯罪的共犯。

上述行为有两个特点,一是通过网络实施,二是多为双向的行为,如贩毒行为的卖与买,聚众行为中的聚众与参与,介绍行为的介绍与加入,展示行为的展示与观看,传授方法行为的传授与学习。这些行为在刑法上具有不同的社会危害性,因而应区别对待,处罚主行为比较符合刑法一般理论。

三

通过以上分析,可以看到,“网络吸毒”所涉及的具体行为是多种多样的,不能笼统地称为“网络吸毒”打包处理,而必须具体分析每种涉案行为的性质及其社会危害性,并进行相应的法律规制。在众多的涉罪行为中,聚众行为是所有“网络吸毒”涉罪行为的核心和关键,如果失去了聚众这一点,则吸毒似无惊人之处。“网络吸毒”案件之所以成为重大刑事案件,原因有二,一是网络,二是聚众,而网络只是个平台,是聚众的手段,聚众才是关键。

我们认为,对此种聚众行为有必要作法律上单独的考量。对于聚众吸毒行为,目前还是一个法律空白点。《中华人民共和国禁毒法》、《中华人民共和国治安管理处罚法》和《中华人民共和国刑法》都没有做出具体规定。

从《禁毒法》看,《禁毒法》只有一处提到“聚众”,即《禁毒法》第 65 条,娱乐场所及其从业人员实施毒品违法犯罪行为,或者为进入娱乐场所的人员实施毒品违法犯罪行为提供条件,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,依照有关法律、行政法规的规定给予处罚。娱乐场所经营管理人员明知场所内发生聚众吸食、注射毒品或者贩毒活动,不向公

安机关报告的,依照前款的规定给予处罚。这里提到的追究刑事责任是追究“不报告”的刑事责任,而不是追究聚众吸毒的刑事责任。

从《治安管理处罚法》看,该法关于吸毒没有提及“聚众”。治安管理处罚法关于“聚众”有两处,一是聚众淫乱(第69条),一是聚众扰乱公共秩序的(第23条),但这里“秩序”是指机关、团体、企业、事业单位秩序,车站、港口、码头、机场、商场、公园、展览馆或者其他公共场所秩序,公共汽车、电车、火车、船舶、航空器或者其他公共交通工具上的秩序,以及选举秩序。

从《刑法》角度看,《刑法》分则第6章规定了非法持有毒品罪(第348条)、引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪(第353条)、强迫他人吸毒罪(第353条)、容留他人吸毒罪(第354条)等罪名,对持有、引诱、教唆、欺骗、强迫、容留等行为进行了犯罪化,但并未就聚众吸毒行为做出任何规定。

《刑法》有23处明文规定了“聚众”构成犯罪的行为,但没有规定聚众吸毒,即使通过法律的扩张解释,也很难将聚众吸毒包括进去。虽然聚众吸毒的行为从最广义上讲也是对社会秩序的扰乱,但很难用聚众扰乱社会秩序罪来涵盖,因为《刑法》第290条规定,聚众扰乱社会秩序,情节严重,致使工作、生产、营业和教学、科研无法进行,造成严重损失的,对首要分子,处三年以上七年以下有期徒刑;对其他积极参加的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。虽然聚众吸毒也是对于社会秩序的扰乱,但因无关工作、生产、营业和教学科研,故难适用本条。

说到毒品,人们很自然会联想到中国改革开放以来在司法实践中逐渐形成的一个颇具中国特色的词——“黄赌毒”,做一些横向的比较也许有利于我们对问题的理解。因此不妨简单考察一下刑法对于“黄”和“赌”的聚众情形的规定,虽然没有绝对的可比性,但或可有益于我们对问题的理解。

关于“黄”,《刑法》第301条规定,聚众进行淫乱活动的,对首要分子或者多次参加的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。引诱未成年人参加聚众淫乱活动的,从重处罚。可见,对于“黄”的聚众,是入罪的,处罚首要分子和积极参加者,并不以是否具有盈利为限。

关于“赌”,《刑法》第303条规定,以营利为目的,聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金。可见,对于“赌”的聚众,也是入罪的,但强调以盈利为目的。

但关于“毒”的聚众情形,《刑法》只字未提。

“黄赌毒”这个在司法实践中历史形成的词语,以一种司法文化和社会认知的方式,将三者的社会危害性放在了一个大体相当的水平。当然,“黄赌毒”在不同历史时期的社会危害性也是不断变化的。随着中国经济的腾飞,“赌”在当下似乎危害性已大不如前,而人们对“黄”的心态也是在暧昧中趋向宽容。对于“毒”,应该说,当下毒品泛滥的危害性远远超过改革开放初期,社会心理在对“黄”和“赌”渐趋淡定的同时,对于“毒”则是高度警惕的。虽然社会心理对“黄赌毒”三者的认识存在此种微妙的差异,但无论如何,“黄赌毒”这个语词的存在,本身就反应出三类行为之间的某种可比性。

从法益的角度考虑,“赌”主要关乎钱财,而钱财乃身外之物。而毒品则直接关乎人体,对人身的保护应高于对身外之物的保护。“黄”主要关乎风化,即受害的不是人身,而是社会公序良俗。“毒”直接侵害人身健康,更有摧毁中华民族体质之历史教训,在法律上似应有更妥善的规制。

但目前情况是,聚“黄”、聚“赌”均已入罪,惟有聚“毒”例外。应该承认,毒之祸,当在“黄”和“赌”之上,因此,对于“毒”的法律规制,亦应在“黄”和“赌”之上。

鉴于网络吸毒的社会危害性,我们认为,有必要对于聚众吸毒行为(包括网上的和网下的聚众吸毒行为)进行法律处置上的单独考量。

第一种可能性是对其犯罪化。当然,必须同时指出,犯罪化并不意味着所有参与者都将面临刑事责任,这既不合理,也不现实。对于犯罪化,我们持十分谨慎的态度。但这并不排斥,我们可以借鉴刑法中关于其他聚众型犯罪的立法模式,追究“房主”和其他积极参与者的刑事责任。

另一种可能是不入罪,而作治安处罚层面的考量。考虑到《禁毒法》对于吸毒者身份的基本定位(兼具病人、违法者和受害者三重身份),同时考虑到涉案人数和司法效率问题,不进行犯罪化而进行治安处罚层面的设计,也是中国语境下的一个立法选择。

具体采用哪一种,还可进一步研究。

网络吸毒案中“房主”行为的法律定性

◆谢金金 浙江省杭州市萧山区人民法院助理审判员

◆陈羽 浙江省杭州市拱墅区人民法院

一、“房主”行为的性质如何界定

网络吸毒案中,“房主”的主要行为有吸毒、交流吸毒经验、提供虚拟“房间”、召集瘾君子们到“房间”里共同吸毒等行为。因此需要对“房主”的上述行为进行分析,判断其是否符合入罪的条件,最终确定在现行刑法立法体系下“房主”行为性质的界定。

从我国目前的法律规定来看,单纯的吸毒行为应认定为治安违法,不应承担刑事责任。同时,“房主”召集瘾君子们通过视频表演吸毒行为以及在“房间”交流吸毒经验的行为虽然存在较大的社会危害性,但我国现行刑法及相关法律未对该行为追究刑事责任,故根据罪刑法定原则不应纳入刑事犯罪领域。而争议最大的便是“房主”通过虚拟的网络平台开设“房间”供吸毒人员吸毒的行为是否符合犯罪构成。

有一种观点认为,虚拟的网络平台不能成为容留他人吸毒罪中的“场所”。容留他人吸毒罪中的“场所”应该是客观的物理场地,如具有所有权的住宅、车辆、游艇,抑或临时取得使用权或支配权的宾馆、KTV包厢等。根据罪刑法定原则要求,在司法适用过程中,裁判者判决的形成是在刑法条文中寻求对案件事实的适用,其逻辑思维必然忠实地体现刑法条文的逻辑结构。在网络吸毒案中,各吸毒者实际是在各自的场所,所谓的吸毒“房间”实际上是通过视频聚集到虚拟网络平台的镜像,并不存在吸毒人员聚集在某一场所吸毒的行为。若随意对“场地”进行扩大解释,将虚拟空间纳入“场地”的理解,类推成容留他人吸毒的行为,适用容留他人吸毒罪的刑法条文定罪,显然违反罪刑法定原则。故“房主”的行为不符合我国现行刑法第六章第七节关于“走私、贩毒、运输、制造毒品罪”项下的任一罪名的犯罪构成,应定性为一般的违法行为,按照《中华人民共和国治安管理处罚条例》的规定对其进行行政处罚。

笔者认为,上述观点值得商榷。“房主”设立“房

间”的目的就是为了召集吸毒人员相互表演吸毒,其行为包庇、纵容吸毒行为的发生,破坏了正常的社会秩序和人们的身心健康。只是其提供的吸毒人员吸毒的空间不是物理意义上的场所,而是虚拟的网络平台。基于以上分析,只要能确定“房主”开设的虚拟的“房间”属于容留他人吸毒罪中的“场所”,就能认定“房主”的行为符合容留他人吸毒罪的犯罪构成。

二、开设网络“房间”是否属于提供“场所”

判断“房主”行为是否构成容留他人吸毒罪的关键在于对“场所”的理解,笔者认为对此不能过于教条主义,过分强调“场所”的物理特征,而应从“场所”的三个内涵特征进行把握。

(一)具有控制权

控制权包括对某一空间具有所有权、使用权或者支配权。在交友平台上开设“房间”,首先需要向该交友平台提出开设“房间”的申请,同时说明开设“房间”的目的、用途等,然后等待管理员批准这一申请。这一过程类似于建房时需提交建房申请手续,然后由有关的行政机关进行审批的过程。当管理员批准了开设“房间”的申请后,“房主”便拥有了对“房间”的控制管理权。在网路吸毒案中,“房主”对于其开设的“房间”具有绝对的控制权,其可以根据自己的意愿对“房间”的各项功能进行设置,比如房间密码的设置,可以邀请其他玩家到自己的房间聊天,批准其他玩家成为该房间的成员,将房间中的成员踢出等权限。其对“房间”的权利类似现实社会中房东对其房屋的所有权和管理权。

(二)具有隐蔽性

隐蔽性是指与外界具有一定程度的隔离。这并不要求处于物理意义上的完全封闭状态,其可以是封闭状态的房屋,可以是半封闭式的交通工具,甚至可以是看似开放的网络空间。公安机关在查处“8·13”网络吸毒案过程中,发现虚拟的网络平台使得该犯罪行为变得更为隐蔽、更加难以查处。因为每个“房间”均设有密码,外人不能进入,也不能了解里面的情况,使得其事实上处于与外界隔离的状态。媒体在采访有关吸毒人员时,他们也表示在网络上吸毒更为安全,“房间”内的成员在现实中彼此互不认识,而且他们往往以匿名的方式申请多个账号,加入不同的“房间”。网络的虚拟性使得人性的弱点无限扩大,使得人的避法潜能充分发挥,网络成为有关人员进行违法犯罪活动的得力帮凶。

(三)可以独立地在该范围内进行活动

网络吸毒案中,各吸毒者都是各自在自己具有所有权或使用权的物理空间内吸毒,“房主”为这些具有共同需求的人群提供虚拟的网络平台供这些人交互来往。“房间”内的成员可以在此平台上发言、交流经验、寻求价值观相同的志同道合者。网络打破了地域、时间、空间的限制,人们可以借助这一平台进行超越现实空间的交流,也可以实现网络之外的互动。网络平台成为这些人们现实社会关系的镜像,成为他们进行交互式群体活动的一种行动结合体,是一种看似无形却实质有形的公众关系网。

网络的介入,使得传统犯罪产生了新的特质、新的犯罪形态。笔者认为,考量虚拟网络平台能否纳入容留他人吸毒罪中的“场所”范畴这一问题,除了把握“场所”本身所具有的特征外,还可以结合之前司法实务中对网络赌博、网络盗窃、网络裸聊等行为进行比较分析综合进行认定。反观我国司法界对网络赌博、网络盗窃等行为的界定、应对,可以看出网络平台的介入严重冲击了传统刑法理论和规则,对此司法界对传统犯罪进行了新的界定,有效地处理实务问题。比如网络赌博、网络盗窃行为中虚拟财产价值的认定,这些虚拟财产以游戏帐号、游戏货币、游戏装备等特定符号表现出来并供游戏玩家在网络中占有、支配、使用的电子数据,其具有价值,应用刑法对其加以保护。同理,虽然网络空间、网络平台最大的特点是其虚拟性,但其却承载着一定的社会关系,产生虚拟空间物化的效果。

三、罪刑均衡下“房主”行为的理性思考

网络空间存在巨大的社会价值和经济价值,网络社会正在衍生成为现代人追求数字化生存的一种社群活动平台,其不仅成为现实社会关系的镜像,更改变了传统社会结构和人们的生存方式,但游离于现行法律监管之外的网络社会正成为滋生、制造新型社会问题的温床。网络的超时空特征使网络犯罪不再受制于时间、地点,使得网络犯罪具有无限延展的可能性,这使得“房主”开设“房间”供瘾君子吸毒的行为不能完全等同于传统意义上的容留他人吸毒行为,其行为已发生一定程度的变异,“房主”从开设“房间”这一刻起便具有组织类犯罪的特征,但现行刑法并未对组织吸毒的行为进行规制,有违罪刑均衡原则。

(一)罪刑的横向均衡

我国现行刑法将持有毒品、容留他人吸毒的行为纳入其调整范围,而作为社会危害性相同甚至更大的组织他人进行吸毒的行为却无法律规范。以司法实践中的一个案件为例:甲召集乙、丙、丁一起吸毒,并提供毒资,乙提供场所,丙联络贩毒分子购买毒品,丁制造吸毒工具,四人在主观过错程度和促成吸毒的作用上是大致相同的。根据我国现行刑法及相关规定,只能追究乙的刑事责任。该罪质评价引发了学界的广泛讨论。“8·13”网络吸毒案中,“房主”有目的地利用网络组织吸毒人员进行吸毒行为,其危害性也远远超过了容留他人吸毒的行为。但根据现行刑法只能对“房主”按照容留他人吸毒罪的量刑幅度对其进行量刑,该量刑幅度明显偏轻,难以体现罪刑均衡。而且根据现行刑法总则的精神,聚众、组织类的犯罪,应对首要分子配置较重的法定刑,但刑法分则的毒品类犯罪中并未对类此行为进行规制,有失偏颇。

(二)罪刑的纵向均衡

网络吸毒行为出现之前,吸毒者出于安全的考虑以及空间的限制,致使吸毒行为限定在小圈子内,聚集吸毒的人员比较有限,而且大部分情况下都是吸毒人员相约一起吸毒,故未将召集、组织吸毒的行为纳入刑法考量范围。但随着网络的发展,整个社会处于前所未有的高速发展中,也带来巨大的风险,考验着现有的社会风险预防体系。刑法作为社会防卫的最后一道屏障,随着需要保护的社会关系变化,进入其视野以犯罪评价的法益必然发生变化。如今传统的吸毒行为集合了现代的信息传播方式使得组织吸毒者的行为产生了变异,其突破了物理空间的限制,致使吸毒空间无限延展、安全指数不断提高,受众主动性和参与性加强,参与吸毒的人员剧增、规模不断扩大,其危害性也日益凸显,故应该引起立法者的重视。

网络吸毒犯罪的认定与处罚

- ◆关振海 北京市石景山区人民检察院助理检察员 法学博士
- ◆张水生 河南省郑州市高新区人民检察院检察长

一、网络犯罪认定的逻辑顺序

本文界定的“网络犯罪”是指以网络为工具实施

的各种犯罪行为,不包括专门针对计算机系统的犯罪。与依附物理空间的传统犯罪相比,该类犯罪行为的最大特点便是犯罪空间的虚拟性。网络犯罪的认定并不困难,其逻辑顺序界分为三个层次,分别是网络行为还原、行为类型比对和侵害法益评价。

(一)网络行为还原

网络并非虚无缥缈的存在,而是可以还原为物理空间。与此相对应,网络空间的行为也可以还原为物理空间的行为。为避免人们在认定网络行为时产生的不确定性,在判断某一网络行为是否构成犯罪时,首先可将相关行为还原为一般物理空间的行为。例如,网上裸聊可以还原为在同一物理空间(如同一房间)内的裸聊行为,网上赌博可以还原为在同一物理空间内的赌博行为,等等。

(二)行为类型比对

行为类型比对,是指将现实存在的某种行为类型与刑法规范中的行为类型相比对,判断该行为是否属于刑法中规定的犯罪类型。例如,我国刑法第240条规定了拐卖妇女、儿童罪,则拐卖14周岁以上男子的行为便不能被评价为该罪的行为类型。再如,我国刑法仅对制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的行为进行了规制,而没有规定非法持有淫秽物品的行为,因此非法持有淫秽物品便不是刑法规定的犯罪类型。

(三)侵害法益评价

犯罪的本质是侵害法益,因此,在判断某一行为是否侵害特定法益进而构成犯罪时,必须以保护法益为指导,对构成要件做实质的解释,从而实现刑法的目的。例如,侵犯商业秘密罪意在惩处给商业秘密的权利人造成重大损失的严重违法行为,如果行为人只是以不正当手段获取了权利人的商业秘密,既没有披露,也没有使用或者允许他人使用,权利人依然可以继续使用该商业秘密,则该行为就不具备给权利人造成重大损失的可能性。这时,如果以侵犯商业秘密罪定罪处罚就扩大了处罚范围,违背了立法目的。

二、网络吸毒犯罪的司法认定

(一)网络吸毒行为的还原

就目前查获的网络吸毒行为而言,主要包括在网络上进行吸毒、表演吸毒、交流吸毒感受、熟人引荐通过认证、毒品交易、组织他人吸毒等。这些

行为均可还原为物理空间内的行为。例如,在“十人房”、“百人房”网络空间内的吸毒行为可以还原为在同一物理空间(如同一房间)内的吸毒行为;熟人引荐通过认证行为可以还原为一般物理空间内由熟人介绍表演吸毒行为。

(二)网络吸毒相关行为类型比对

根据我国刑法关于毒品犯罪的相关规定,网上毒品交易中贩卖毒品的一方符合《刑法》第347条规定的贩卖毒品罪的行为类型,为吸食而购买,个人吸毒,吸毒者之间相互表演、交流吸毒感受的行为,吸毒者之间相互引荐通过认证的行为均不属于刑法规定的犯罪类型,不构成犯罪。但是,吸毒者向没有吸毒经历的人表演吸毒、告知其吸毒感受,或者介绍无吸毒经历者表演吸毒以获得认证的行为则可能构成引诱、教唆他人吸毒罪。此外,为他人吸毒提供网络空间或者在网络上发表“不吸毒就‘踢出去’”威胁言论的行为是否属于犯罪类型(分别是容留他人吸毒罪和强迫他人吸毒罪)也需要进一步的思考。

(三)网络吸毒相关行为侵害法益评价

1.关于引诱、教唆他人吸毒罪。引诱、教唆他人吸毒罪的法益是他人不吸毒的自由,具体表现为引诱、教唆从未吸食、注射过毒品的人,或者曾吸食、注射过毒品但已戒除的人吸食、注射毒品的行为。因此,正在吸毒(未戒毒)人员之间相互鼓动吸食毒品的,或者以欣赏他人吸毒为名劝诱他人吸毒的,没有侵犯上述法益,因而不宜认定为本罪。此外,被害法益必须与犯罪行为之间具有刑法意义上的因果关系。如果某人吸毒系自己主动实施的,则其法益被侵害与他人没有因果关系,其法益不能认定为犯罪法益。例如,没有吸毒经历者听说网上吸毒非常刺激,为了获得认证主动自行表演吸毒的,也不宜认定为本罪。

因此,无吸毒经历的人或者已经戒毒的人因他人表演吸毒、告知其吸毒感受,或者介绍吸毒以获得认证的原因实施了吸毒行为的,则相关行为人则可能构成引诱、教唆他人吸毒罪。

2.关于强迫他人吸毒罪。强迫他人吸毒罪的法益是他人不吸毒的自由。值得讨论的是,本罪中的“强迫”程度是否必须对他人产生了一定的威胁。与地理空间的强迫他人吸毒不同,网络吸毒的“强迫”基本上只能通过相关的言论威胁而不能通过肢体暴

力实施。这时,言论威胁(如“不吸毒就‘踢出去’”)是否能够侵犯本罪法益便成为问题的焦点。笔者认为,一般而言,基于网络空间的虚拟性以及空间的间隔性特征,言论威胁并不能对他人产生实质意义的精神胁迫,亦即被胁迫者仍然是自由的,他完全具有不吸毒的可能性(吸毒并非必须的选择,不吸毒不会损害自己的其他权益)。这时,如果他选择吸毒行为,则可以评价为被害人主观自愿的结果。但是,如果威胁者知道被害人的具体身份信息,以人身伤害或者揭发隐私等损害其他合法权益的方式相威胁的话,则可以认为达到了本罪要求的强迫程度,可以构成强迫他人吸毒罪。

3.关于容留他人吸毒罪。虚拟空间提供者为他人吸毒提供了“第二”场所,其是否构成容留他人吸毒罪的关键,是该场所与犯罪法益之间是否具有刑法意义的因果关联性。最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》将建立赌博网站并接受投注等行为解释为“开设赌场”行为,就是考虑到在网上建立赌博网站并接受投注的行为同样侵害了本罪所保护的法益。几年前学界及实务部门对网上“裸聊”的“虚拟空间”争议甚多,其焦点之一也是“虚拟空间”与聚众淫乱的传统地理空间是否得到同样的否定评价。肯定者认为裸聊的参与者来自各地,不具有地理概念上的空间同一性,但是由于聊天室的IP地址是固定的,即他们所聚集的网络虚拟空间的地点是固定的,同样侵犯了社会关于性的公序良俗秩序。否定论者则将“淫乱”限定为自然性行为,认为裸聊不是自然性行为,因而不可能侵害该罪保护的法益。目前,容留他人吸毒罪同样面临这样的争议。

就网络吸毒行为而言,吸毒者本身已经具有了吸毒的第一场所(地理场所),为他人提供网络空间不过是将大家聚集在一起,为大家相互欣赏、相互交流提供了“第二”场所。正是在这个意义上,否定论者认为该行为不构成容留他人吸毒罪。笔者认为,认定这一行为首先应当明确容留他人吸毒罪的法益。与引诱他人吸毒罪不同,本罪的法益不是他人不被引诱吸毒的自由,而是他人吸毒的空间可能性。也就是说,对于经常吸食毒品的人来说,不提供场所其不具有吸毒的可能性,这时,为他提供吸食场所就侵犯了本罪的法益。同样的道理,不提供虚拟空间一般情况

下其不吸毒,提供了网络空间其觉得新鲜刺激实施了吸毒行为,这时,提供网络空间的行为同样达到了为他人吸毒提供空间可能性的结果,进而构成容留他人吸毒罪。

三、网络吸毒犯罪的处罚

网络吸毒犯罪是新出现的犯罪现象,在依法处理时必须正确处理罪与非罪、法律与政策、制裁与预防三对关系。

(一)罪与非罪的区分

罪与非罪的区分直接影响犯罪嫌疑人是否承担刑事责任。因此,必须将自己吸食、注射毒品的行为与引诱、教唆他人吸毒或者贩卖毒品的行为相区分。对于前者按照《关于禁毒的决定》第八条之规定,由公安机关给予治安处罚。必要时可以强制戒毒。对于后者依据前述方法进行认定,依据刑法规定定罪处罚。

(二)正确贯彻宽严相济刑事政策

办案机关应坚持宽严相济刑事政策,区别对待,最大限度地分化瓦解犯罪分子。对组织未成年人聚众吸毒或者引诱、教唆、欺骗未成年人参与吸毒等情形的,应当依法从严处理。对实施抢劫、盗窃、抢夺、贪污、挪用公款等犯罪,并将犯罪所得的款物用于吸毒的,分别依照刑法有关规定从重处罚;同时构成毒品类犯罪的,应依照刑法规定实行数罪并罚。坚持教育挽救与打击惩处相结合的原则,对被教唆引诱而偶染毒品尚未成瘾的人员,特别是不满18岁的青少年以及在校学生,依据相关法律规定不予处罚,以家庭为主进行教育。

(三)将刑事制裁与网络监管有机结合起来

网络的特点为聚众吸毒活动提供了可能性,也给侦查机关查获违法犯罪行为带来很大困难。鉴于网络犯罪的高发态势,相关部门应加大对网络的监管力度,尤其对于网络视频网站进行严密监视,与公安机关密切配合,预防、制止违法犯罪的发生。对于正在进行的违法犯罪行为,及时通知公安机关固定证据,为追究其刑事责任做好准备。

总之,在对因网络出现的新现象进行刑法评价时,应在宽严相济刑事政策的指引下,坚守罪刑法定原则的底线。以一般公众的评价为基础,徘徊于事实与规范之间,得出符合新时代标准的公正结论。

