



## 販賣毒品罪認定中的幾個爭議問題

梁彥軍 何榮功

**摘 要：**販賣毒品罪中，販賣行為的本質是以毒品作為支付手段的對價交易。在為吸毒者代購毒品的場合，代購者即便出於牟利目的，事實上賺取的是介紹費，不宜將代購行為認定為販賣毒品罪的實行行為。販賣毒品罪屬於行為犯，司法實踐宜以毒品是否進入“實際交易狀態”作為認定犯罪既遂的標準。當前，司法實踐對於販賣行為的認定大量採取推定方式，司法機關在處理該類案件時，要特別注意給被告人充分反證的機會。

**關鍵詞：**販賣毒品罪；為吸毒者代購毒品；犯罪既遂；推定

毒品犯罪是個世界性問題，它與艾滋病和恐怖活動被並稱為當今世界的“三大公害”。改革開放以後，毒品問題在我們國死灰復燃，雖然國家一直高度重視毒品的治理，但並未能從根本上改變我國毒品泛濫的嚴峻形勢，“打擊中發展，治理中蔓延”是我們國過去 20 年來毒品犯罪（包括濫用）的基本態勢（何榮功，2012：23）。近些年，隨著我國毒品消費非法需求的增长，販賣毒品案件在司法實踐中日益突出，成為最常見、頻發的犯罪類型之一。本文主要選擇當前販賣毒品案件司法認定中的三個爭議問題展開探討，期望對司法實務準確認定該類案件有所助益。

### 一、“為吸毒者代購毒品”的性質認定

“為吸毒者代購毒品”並非我國近年出現的新現象，但隨著國家禁毒投入的加大和社會對毒品非法需求的增加，該問題在當前表現得尤為突出。對於“為吸毒者代購毒品”的性質，刑法並沒有明確規定，理論上素來爭論激烈。這個問題也一直為我國審判實踐關注。2000 年最高人民法院《全國法院審理毒品犯罪案件工作座談會紀要》（簡稱“南寧會議紀要”）指出：“有證據證明行為人不是以營利為目的，為他人代購僅用於吸食的毒品，毒品數量超過刑法第三百四十八條規定數量最低標準，構成犯罪的，托購者、代購者均構成非法持有毒品罪。”2008 年最高人民法院《全國部分法院審理毒品犯罪案件工作座談會紀要》（簡稱“大連會議紀要”）對該問題作了進一步規定：“有證據證明行為人不以牟利為目的，為他人代購僅用於吸食的毒品，毒品數量超過刑法第三百四十八條規定的最低數量標準的，對托購者、代購者應以非法持有毒品罪定罪。代購者從中牟利，變相加價販賣毒品的，對代購者應以販賣毒品罪定罪。明知他人實施毒品犯罪而為其居間介紹、代購代賣的，無論是否牟利，都應以相關毒品犯罪的共犯論處。”

根據以上規定可見，對於為吸毒者代購毒品行為的性質，兩會議紀要的規定並沒有本質的不同。與“南寧會議紀要”相比，“大連會議紀要”只是進一步明確了行為人代購毒品牟利場合性質的認定。但是，筆者不太贊同會議紀要對該問題的認識，具體理由如下：

首先，在司法實踐中，“為吸毒者代購毒品”可以分為兩種情形：一是主觀上出於牟利

的目的,为吸食毒品者代购毒品;二是主观上不是出于牟利目的,为吸食毒品者代购毒品。根据“大连会议纪要”的规定,代购者是否从中牟利,对于行为是否属于贩卖毒品罪具有决定性意义。具体来说,代购者从中牟利的,代购者成立贩卖毒品罪;反之,代购者不以牟利为目的的,不成立贩卖毒品罪。很明显,“大连会议纪要”对该种情形下,代购者行为的性质是以“代购者主观上是否具有牟利目的”来区分的。也就是说,代购者主观上是否具有牟利目的是决定该场合行为性质的标准。但是,这种理解难以符合刑法理论和司法实务对“贩卖”行为的理解。将代购场合代购者牟利的情形界定为代购者变相买卖商品,难以符合一般国民对贩卖意义的认识,是违反罪刑法定的类推解释。

其次,与毒品制造、走私、运输一样,贩卖是促进毒品流通的重要环节,正因为贩卖毒品具有促进毒品流通的重要价值,所以,刑法才认为其社会危害性大,各国刑法都将其规定为最为严重的犯罪类型之一。而为吸毒者代购毒品的行为,本质是吸毒者购买毒品用于吸食的帮助行为(或称为居间行为),和毒品吸食者行为一体构成了毒品的“购买行为”。在刑法上,任何帮助行为的可罚性及其可罚程度都不能脱离被帮助者的行为孤立看待。如果将“为吸毒者代购毒品的行为”解释为贩卖,在法律上则明显拔高了该行为的性质,不符合该行为的事实属性。还有,司法实践中,毒品的贩卖行为人主观上往往具有牟利的目的,但必须注意的是:这里的“牟利”是以毒品作为对价交易而获取的利润,“为吸毒者代购毒品”的场合,其中的“利”并不是毒品的对价,赚取的多是少量或一定量的介绍费。所以,不能认为“赚取少量介绍费的代购行为,实际上相当于变相加价出售毒品。”

第三,如前指出,“大连会议纪要”之所以将“以牟利为目的,为毒品吸食者代购毒品”行为解释为贩卖毒品罪,重要原因在于刑法第355条第2款的规定,即“以牟利为目的,向吸食、注射毒品的人提供国家管制的能够使人形成隐僻的麻醉药品、精神药品的,依照本法第三百四十七条规定定罪处罚。”对此,我们认为,刑法第355条第2款之所以要强调“以牟利为目的”要件,主要是为了限定向吸食、注射毒品的人提供毒品行为的处罚范围,避免实践中将对该类对象的毒品赠与行为也按照贩卖毒品罪处罚。该款中的“以牟利为目的”应当采取限制解释的方法,限于“毒品作为对价交换场合”,而不能将为毒品吸食者代购毒品场合赚取少量介绍费或劳务费的也解释为属于该款的“以牟利为目的”。

综上,我们认为,在“为吸毒者代购毒品”的场合,代购者并不具有独立的交易地位,即便行为人主观上出于代购牟利目的,也不宜认定为属于毒品的贩卖行为(或变相贩卖行为)。若为他人代购毒品数量超过刑法第348条规定数量最低标准,宜按照非法持有毒品罪认定。

“大连会议纪要”提出的“在代购的场合,行为人牟利的,虽然形式上可能是赚取少量介绍费,但实际上却相当于变相加价出售毒品”,该结论过于武断,并不足取。

## 二、贩卖毒品罪的犯罪既遂与未遂

在我国,贩卖毒品罪属于行为犯,且属于过程行为犯<sup>①</sup>已是学者们的共识。也就是说,一方面,只要犯罪分子实施了贩卖行为,即可认定为犯罪既遂,无需毒品的成功交易;另一方面,与即成行为犯不同,并非行为人一经实施贩卖行为即认定为犯罪既遂,本罪的实行行为具有过程性特征。正是因为贩卖毒品罪的该特点,使得本罪中哪一阶段的行为,或者说行为人实施了何种程度的行为时,才能认定贩卖毒品罪的实行行为,成为解决本罪既遂与未遂的关键。

在刑法理论上,关于本罪犯罪既遂与未遂的标准,主要有以下不同认识:(1)契约说,认为贩卖毒品的双方当事人就毒品交易事项达成一致即构成本罪的既遂,而不管毒品是否交易(于志刚,1999:132)。(2)毒品交付说,认为应以毒品是否实际交付为犯罪既遂的标准。只要尚未实际交付毒品,就不是既遂;即使交易款尚未支付,只要毒品已交付也构成既遂(韩建设、陈洪兵,2003:56)。(3)毒品转移说,提出贩卖

<sup>①</sup>刑法理论上,根据实行行为的差异,行为犯又被区分为即成行为犯(举动犯)和过程行为犯。前者指的是行为一经实施犯罪即告既遂,如背叛国家罪、传授犯罪方法罪等,一般认为即成行为犯无犯罪未遂。过程行为犯指的是实行行为的实施有个过程,并非一经实施实行行为,犯罪即成立既遂,实行行为只有实施到一定程度,犯罪才成立既遂。参见史卫忠:《行为犯研究》,中国方正出版社2002年版,第140页。

毒品罪应以毒品实际上被转移给买方为既遂。在毒品未转移之前,即使买卖双方已达成转让协议或者已现行获取经济利益的,均不能认定为是贩卖毒品罪既遂(赵秉志,于志刚,2003:184)。(4)毒品交易说,强调应以毒品是否进入交易为本罪既遂和未遂的标准,至于是否实际成交、是否获利,不影响本罪既遂的成立(赵秉志、于志刚,1998:174)。

我国司法实践对贩卖毒品罪的既遂与未遂标准的把握也不尽一致。过去一个时期,司法实践曾倾向“毒品交付说”。但是,近年来最高法院态度有明显转变,倾向于模糊贩卖毒品罪的既遂与未遂界限,对有争议的案件,原则上不再区分犯罪的既遂与未遂,而是按照贩卖毒品罪的既遂处理。最高法院副院长张军同志在论及该问题时就明确强调:“对于实践中出现的极为典型的未遂案件,应按照犯罪未遂来处理。”“在毒品犯罪既遂与未遂的认定上,应当以有利于依法严厉惩罚犯罪为原则。具体判定时如产生争议、把握不准的,应按照从严打击犯罪的要求,认定为既遂。”(蔺剑,2000:212)

当前,最高人民法院之所以模糊贩卖毒品罪既遂与未遂的标准,我们认为,可能与过去一个时期我国司法实务对该问题存在争议,进而导致对贩卖毒品罪既遂与未遂标准把握不统一有关。若从该角度看,最高法院的态度有利于贩卖毒品罪既遂与未遂标准的统一。但问题在于:犯罪既遂与未遂是我国刑法中的重要问题,刑法第23条对此有明确规定,该问题的科学认定直接关系到行为人刑事责任的轻重。而对于贩卖毒品犯罪而言,则更具有重要意义。贩卖毒品罪属于我国刑法中的重罪,刑法对此规定有死刑。而对于未遂犯,刑法第23条明确规定“可以比照既遂犯从轻或减轻处罚。”因此,在行为人成立贩卖毒品罪的场合,即使罪行极其严重,但若行为人一旦被认定为犯罪未遂,则可依法从轻或减轻处罚,难以再适用死刑。因此,贩卖毒品罪既遂与未遂的认定,是一个事关毒品犯罪死刑适用的重要问题,直接关系到我国当前死刑政策的贯彻和执行。在当前我国贯彻宽严相济刑事政策和严格限制、减少死刑适用的大背景下,最高法院为了体现对毒品犯罪严厉打击,模糊贩卖毒品罪既遂与未遂的界限,对有争议的案件,原则上不再区分犯罪的既遂与未遂,按照贩卖毒品罪的既遂处理,显然值得商榷。首先,我国刑法总则明确规定了犯罪的各种停止形态,从立法本意看,我国任何一种故意犯罪类型,都原则上存在犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止。毒品犯罪自无例外的理由。而且,毒品犯罪是一种世界各国普遍存在的社会现象,国外的刑法上都规定走私、制造、贩卖毒品罪,国外刑法理论和实践都是积极承认毒品犯罪的停止形态。其次,从司法实践发生的案件看,毒品犯罪的停止形态是客观事实。如甲是毒贩,让乙开车去送货(海洛因10克)。乙对甲的贩卖毒品事实主观上是明知的。根据甲的指示,乙事先并不知道毒品在何时送往何地,而是要等待对方联系电话后再具体确定。乙开车携带欲贩卖的毒品,在街上待命。结果一天并没有接到购买方电话,交易没有成功。该案就属于意志以外原因没有完成的,而且,乙携带毒品等待交易的行为,在行为性质上应当属于为毒品交易创造条件的行为,宜认定为属于贩卖毒品罪的预备行为,更不用说可能存在贩卖毒品罪的未遂了。

那么,究竟应当如何认定本罪的既遂与未遂。我们认为,“毒品交付说”和“毒品转移说”没有能够正确认识贩卖毒品罪属于行为犯的本质特征,实际上将贩卖毒品罪视为结果犯,其缺陷是显而易见的。因此,上述见解中,真正需要研究的是“契约说”和“毒品交易说”。笔者赞同交易说。在我国,毒品属于违禁品,交易双方为了规避法律风险,很多情况下,毒品买卖双方并非采取现货交易的方式,而是在买卖双方达成毒品买卖合意后买方再寻求货源。在该种场合,卖方能否找到货源实现交易,具有很大的不确定性。因此,将对法益侵害结果尚不确定的行为认定为犯罪的实行行为,显然为时过早,不符合实行行为的属性。另外,就毒品的交易达成合意的行为和其后执行合意的行为,在性质上是存在差别的,如果将合意认定为实行行为,那么,其后执行合意的行为在刑法上如何评价必将成为难题。

如前指出,贩卖毒品包括非法销售毒品和以贩卖为目的而非法收买毒品的行为,无论属于哪种形式的贩卖毒品,贩卖的本质是交易,而只有毒品进入“实际交易状态”时,该行为才符合贩卖毒品罪实行行为的基本特征,才能认定为贩卖毒品罪的既遂。而贩卖毒品的双方当事人就毒品交易事项达成合意实际上是为其后毒品的交易创造条件的行为,应当理解为属于贩卖毒品罪的预备行为。

### 三、“贩卖”行为的推定与案件量刑

从我国当前司法实践的做法看,推定在毒品犯罪案件定性方面一直广泛适用<sup>①</sup>,早在2000年,最高人民法院就发布了该类指导案例。被告人张敏,因涉嫌犯贩卖毒品罪,于1999年12月6日被逮捕。江苏省常州市中级人民法院经公开审理查明:1999年10月25日至10月26日,被告人张敏在常州市清潭新村附近陈玉燕暂住处,先后三次贩卖给陈玉燕海洛因50克。1999年10月26日,张敏在常州市清潭新村菜场附近贩卖给向红海洛因5克。1999年10月28日上午,张敏携带海洛因13.5克欲外出贩卖时,在常州市马公桥附近被公安人员抓获。随后,公安人员在张敏暂住地常州市花园西村3幢甲单元401室搜缴海洛因62包,重310.5克。最终人民法院认定被告人张敏贩卖毒品共计379克。本案中,对于1999年10月26日张敏行为的性质应当认定为贩卖毒品罪,并无异议。但是,对于张敏随身携带并在暂住地藏匿毒品的行为性质认定,却存在争议。被告人辩护律师认为,该两行为应当属于非法持有毒品行为,但三级人民法院最终都没有接受辩护意见,一致认为该行为同样属于贩卖毒品罪,贩卖毒品的数量共计379克。人民法院之所以如此认定,主要理由是,“被告人贩卖毒品的事实清楚、证据充分,而被查获的部分毒品处于尚未交易状态的,应把被告人的犯罪事实作为一个整体看待。如果行为人主观上有贩卖毒品的故意,客观上有贩卖毒品的经历,并且,行为人本人不吸毒或者行为人虽然吸毒,但藏匿或者储存的毒品数量明显超过个人吸食所需数量,行为人非法持有毒品的行为应视为是为贩卖毒品做准备,是贩卖毒品行为的组成部分,应以贩卖毒品罪定罪。”(熊选国,2009:190-191)很明显,人民法院在认定被告人对379克毒品实施的是贩卖行为时,显然采取的是推定方式,而且,采取的是对被告人不利的推定。

推定的主要功能在于解决案件证明上的困难(熊选国,2009:14),有利于国家对犯罪的惩罚。但是,推定也是一把“双刃剑”,在强调保护国家的同时,极有可能危及刑法的人权保障机能。上述案例中,被告人曾经有贩卖毒品经历、被告人也不吸毒或者行为人虽然吸毒,在藏匿或者储存的毒品数量明显超过个人吸食所需数量的场合,该数量毒品究竟流向为何?需要司法机关具体认定。而在客观事实上,该宗毒品虽不能排除贩卖的可能,但也完全可能是自己制造的或者用于运输的。根据刑事诉讼法的规定,公诉机关和人民法院应当积极证明其来源。本案中,人民法院在没有积极查清其来源情况下,根据上述基础事实认定被告人构成贩卖毒品罪,显然没有采取“罪疑有利于被告”的处理方式,而是采取了明显的对被告人不利的推论。笔者认为,这种做法之所以在我国司法实践中根深蒂固,司法实践中普遍适用,可能与我国长期奉行的对毒品犯罪从严打击的立场有关。所以,希望当前完全改变上述思维方式是不现实的。但是,必须注意的是,我国刑法对毒品犯罪刑罚设置十分严厉,一旦认定被告人构成贩卖毒品罪,可能会被判处死刑,所以,司法机关在采用推定方式处理该类案件时,注意以下方面问题是很有必要的:

第一,给被告人充分反证的机会。推定结论是否具有高度的确定性,不能一概而论,在有些案件中,通过基础事实推定的结论是相当肯定的,如体内藏毒案件,行为人主观明知基本是可以确定的,但绝大部分推定的案件,其结论确定性程度需要具体分析。从举证责任来说,推定明显降低了公诉机关的证明责任,也在很大程度上降低了案件事实的证明标准。证明标准的降低,则意味着推定结论与客观事实出现偏差的机会升高。所以,在这类案件中,司法机关一定要给被告人充分反证的机会。如果被告人能够提出反证的,而且反证事实具有一定的证明力,对于该类案件的定性和量刑,则要十分慎重。

第二,在推定的场合,死刑的适用一定要慎之再慎,判决尽可能要留有余地。关于刑事案件的证明标准,我国刑事诉讼法并未区分一般刑事案件和死刑案件,笼统规定为要达到“案件事实清楚、证据确实充分”。但无论是理论界,还是司法实务中,对于涉及死刑案件证明标准,都要求的更高更严格,除了案

<sup>①</sup>其实,推定并非仅存在于贩卖毒品罪中,司法机关在认定运输毒品罪与非法持有毒品罪的界限,也有明显的推定倾向。原本意义上,毒品的持有也可以是动态的,在动态持有的场合,如何区分其与运输毒品罪的界限,便成为问题。从司法实践做法看,主导性观点认为,当毒品处于动态场合(如在高速公路、城市道路)被查获的,往往被认定为构成运输毒品罪。其实,该认定也有明显的推定痕迹。

件事实清楚,证据确实、充分外,还要求对案件事实的证明要达到排除一切合理怀疑的程度。在绝大多数属于上述类型案件中,推定实际上减轻了公诉机关的证明责任,降低了案件证明标准,决定了对案件事实往往很难完全达到“排除一切合理怀疑的程度”。所以,该类案件中,即便被告人贩卖毒品,涉案毒品数量大或者有其他从重处罚情节的,死刑的适用(立即执行)要尽可能留有余地。

#### 参考文献:

- [1] 高贵君(2009).毒品犯罪审判理论与实务.北京:人民法院出版社.
- [2] 韩建设,陈洪兵(2003).浅析毒品犯罪.甘肃行政学院学报,4.
- [3] 何荣功(2012).二十年来我国毒品犯罪动向的实证分析.青少年犯罪问题,1.
- [4] 蔺 剑(2000).毒品犯罪的定罪与量刑.北京:人民法院出版社.
- [5] 于志刚(1999).毒品犯罪及相关犯罪认定处理.北京:中国方正出版社.
- [6] 熊选国(2009).刑事审判参考(第69集).北京:法律出版社.
- [7] 熊选国(2009).中国刑事审判指导案例(妨害社会管理秩序罪).北京:法律出版社.
- [8] 赵秉志、于志刚(2003).毒品犯罪.北京:中国人民公安大学出版社.
- [9] 赵秉志、于志刚(1998).毒品犯罪.北京:中国人民公安大学出版社.
- [10] 郑蜀饶(2001).毒品犯罪的法律适用.北京:人民法院出版社.

## On Several Controversial Issues in the Determination of the Crime of Drug Trafficking

*Liang Yanjun* (Doctoral Candidate, University of International Business & Economics)

*He Ronggong* (Associate Professor, Wuhan University)

**Abstract:** The crime of drug trafficking refers to the equivalent transactions where uses drug as a means of payment. When purchasing drugs for drug addicts, The person affording shopping service, who is even for profit-making purposes, should not be identified to be drug trafficking, owe to he just earns a small amount of referral fee. The crime of drug trafficking belongs to a kind of act crimes, therefore once the drugs are into the stage of actual transaction, we could recognize it as accomplishment of the crime. In current judicial practice, presumption is extensively adopted for identification of trafficking drug crime. Presumption is not definitely inaccurate, so the court should provide enough opportunity for the defender to disprove. Additionally, the judge should not apply capital punishment for such case as possible as he could.

**Key words:** crime of drug trafficking; purchasing drugs for drug addicts; accomplishment of a crime; presumption

■ 作者简介:梁彦军,对外经济贸易大学法经济学中心博士生;湖北 武汉 430072。

何荣功,武汉大学法学院副教授,法学博士。

■ 责任编辑:车 英

