



Studies of Disputes
on Drug-related Crime

毒品犯罪 争议问题研究

张洪成 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



Studies of Disputes
on Drug-related Crime

毒品犯罪 争议问题研究

张洪成 著

图书在版编目(CIP)数据

毒品犯罪争议问题研究/张洪成著. —北京:法律出版社, 2011. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2643 - 5

I. ①毒… II. ①张… III. ①毒品—刑事犯罪—研究
IV. ①D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 208668 号

©法律出版社·中国

责任编辑/马丽娟

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律考试出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/A5
版本/2011年12月第1版

印张/7.625 字数/150千
印次/2011年12月第1次印刷

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2643 - 5

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)

作者简介

张洪成，男，1978年出生，江苏省新沂市人，先后毕业于中南财经政法大学（2002-2005）、武汉大学（2007-2010），分别获得刑法学硕士、博士学位。2005年-2011年，任教于中国刑警学院禁毒学系，2008年-2011年，任中国刑警学院禁毒学系毒品犯罪侦查教研室主任，专业技术二级警督。现为安徽财经大学法学院副教授，硕士研究生导师，法律系副主任，西北政法大学禁毒法律与政策研究中心兼职研究员。在《中国法学》（海外版）、《刑法论丛》、《中国刑事法杂志》、《中国社会科学院研究生院学报》等核心期刊和报纸上发表学术论文近60篇，主持、参与省部级课题10余项。

本书受安徽财经大学著作出版基金资助

目 录

导 言	001
第一章 “毒品”与“毒品犯罪”新解	004
第一节 毒品的概念	004
一、“毒品”的事实概念	006
二、“毒品”的法律概念	008
三、软性毒品是否毒品	011
四、本书对“毒品”的界定	014
第二节 “毒品犯罪”概念重辨	016
一、“毒品犯罪”的形式概念	016
二、“毒品犯罪”的实质概念	018
三、本书对“毒品犯罪”的重新界定	020
第三节 毒品犯罪对象的界定	021
一、不同毒品犯罪对象对毒品犯罪 的影响	021
二、作为“人”的毒品犯罪对象	022
三、作为“物”的毒品犯罪对象	023

第二章 毒品犯罪主观故意之辨析	025
第一节 毒品犯罪中主观故意认定的困境	025
一、毒品犯罪的主观故意类型之论争	025
二、毒品犯罪主观“明知”的认定存在的困境	029
三、违法性认识对毒品犯罪定性的影响	031
第二节 毒品犯罪中主观故意认定的域外经验	034
一、国外毒品犯罪主观故意的内容	034
二、域外毒品犯罪主观故意认定的经验	035
第三节 毒品犯罪主观“明知”的认定	039
一、主观明知认定的实践困难	039
二、主观明知的内容程度及证明	040
三、主观明知推定的基本规则	043
四、公众的一般认识标准之考虑	050
第四节 毒品犯罪主观故意认定中的自由心证	052
一、主观明知认定的自由心证	052
二、主观明知推定的排除性规则	056
第三章 毒品犯罪中毒品的数量计算与换算	059
第一节 毒品犯罪的数量认定对定罪量刑的制约与影响	059
一、涉毒案件毒品定量鉴定是量刑的重要节点	059

二、毒品犯罪的数量对定罪具有重 要的制约作用	061
三、涉毒案件毒品的数量是推定行 为人主观明知的重要因素	062
第二节 毒品犯罪中新型毒品在定 罪量刑中的数量认定	063
一、域外毒品种类是确定刑罚种类 的依据	063
二、新型毒品在定罪量刑中的数量 折算方法	064
第三节 毒品犯罪数量认定中的争 议问题及分析	066
一、以贩卖吸毒犯罪中毒品数应是已 查清毒品数	066
二、毒品犯罪数量累计计算的方法	067
三、毒品的纯度与毒品数量的关系	072
四、毒品灭失情况下对毒品数量的 认定	077
五、“掺假”后出卖毒品的数量认定	080
六、吸毒者非法持有毒品数量的计 算标准	082
第四章 特殊毒品犯罪行为定性 与处理	085
第一节 非法使用毒品行为性质之 争	085
一、非法使用毒品行为的内涵与外 延	085
二、非法使用毒品行为犯罪化与非 犯罪化之争	086
三、非法使用毒品行为的性质界 定	096
第二节 控制下交付行为的定性 与	

处理·····	103
一、控制下交付行为的含义·····	103
二、控制下交付行为的法律适用困境·····	105
三、处理控制下交付行为的理论和 实践出路·····	110
第三节 特殊贩毒行为的争议及认 定·····	116
一、互易毒品行为的刑法性质评析·····	116
二、居间介绍买卖毒品行为的认定·····	119
三、毒品与其他非物质利益进行交 易行为的认定·····	125
四、帮助购买毒品行为的定性·····	127
五、贩卖假毒品行为的认定·····	129
第四节 制毒行为的争议问题及剖 析·····	130
一、毒品“制造”行为认定中的争议 问题·····	130
二、国际公约及域外刑法对“制造” 的界定·····	132
三、我国现行法律对“制造”的界定 及存在的弊端·····	134
四、“制造”行为的本质与方式之重 新界定·····	135
第五节 其他毒品犯罪行为争议问 题及解决·····	135
一、教唆、引诱、欺骗他人吸毒罪之 “他人”的认定·····	135
二、非法种植毒品原植物罪定罪问	

题之界定	139
三、携带枪支、爆炸物等走私毒品行 为的认定	149
四、运输毒品罪与非法持有毒品罪 的界限	154
第五章 毒品犯罪的既遂与未遂	161
第一节 毒品犯罪既未遂标准之争	161
一、毒品犯罪既未遂区分的沼 泽——构成要件齐备说与法益 侵害说的论争	161
二、毒品犯罪是否存在统一的既未 遂标准	165
三、几种常见毒品犯罪既遂与未遂 标准之争议	166
第二节 毒品犯罪既未遂现行标准 的适用困境	168
一、毒品犯罪手法多样化对既未遂 的认定构成冲击	168
二、特殊侦查措施导致毒品犯罪的 既未遂区分标准出现矛盾	169
第三节 毒品犯罪既未遂标准的重 新确立	170
一、实质的既遂观之提倡	170
二、毒品犯罪未遂的成立条件	172
第四节 特殊毒品犯罪行为既未遂 之认定	173
一、诱惑侦查措施侦破毒品犯罪案 件的既未遂标准认定	173

二、控制下交付侦破毒品犯罪案件 的既未遂标准认定	178
三、运输毒品罪的既遂判断标准	182
四、走私毒品罪的既未遂判断标准	184
第六章 毒品犯罪的其他争议问题	188
第一节 毒品犯罪的罪数形态问题	188
一、毒品犯罪中的罪数形态之争	188
二、盗窃、抢劫、抢夺毒品后又贩卖、非 法持有毒品行为的争议及认定	189
三、为贩卖毒品而运输、制造毒品行 为的认定	192
四、既贩卖又非法持有毒品的认定	194
第二节 毒品犯罪中的共同犯罪问 题	195
一、毒品共同犯罪的概念及成立条件	195
二、特殊毒品共同犯罪的成立	198
三、不成立毒品共同犯罪的几种情形	201
四、毒品共同犯罪的主从犯认定及 处罚问题	205
第三节 运输毒品罪存废论	209
一、其他国家和地区运输毒品犯罪 行为之立法模式	209
二、我国运输毒品罪存废之争	210
三、运输毒品罪废止之可能性	212
第四节 毒品犯罪的管辖权之确定	216
一、毒品犯罪对于管辖权的冲击	216
二、构建符合毒品犯罪侦查特点的 管辖权	217

参考文献·····	221
一、中文类·····	221
二、外文类·····	228
后记·····	230

导 言

毒品犯罪在各国的刑事立法与司法中均占有举足轻重的地位,尤其是其作为一个国际性的犯罪,国际公约对毒品犯罪亦作出了明确的规定,这样,毒品犯罪就因各缔约国的加入而内化为各国的刑法规范,并成为各国刑法研究的重点。我国对毒品犯罪的研究起步相对较晚,大概始于20世纪80年代,目前也积累了一定的研究成果,但成果不够系统全面,尤其是对一些争议问题的探究不够深入。

当前,新型毒品的不断翻新,客观上增加了国家打击毒品犯罪的难度。与此相适应,新型毒品的出现及蔓延对传统的毒品犯罪的法律适用问题提出了严峻的挑战。如何使现行的刑法理论适应新的毒品犯罪形势,并使刑法在打击新型毒品犯罪方面有效发挥遏制力,就成为刑法理论及实务界面对的新课题。

随着毒品犯罪的发展及蔓延,最高人民法院、最高人民检察院和公安部等相关部门相继出台了

一系列规范毒品犯罪的法律文件,对毒品犯罪法律适用中的一些争议问题进行了说明与澄清,但是,这并没有从根本上解决问题。即便是上述三机关出台的规定,不仅从刑法理论来看未必合理,而且对于指导基层司法机关在处理毒品犯罪法律适用中的争议较大的问题上,也未能得出真正令人满意的解决结果。这一方面导致法律适用的公正性丧失,另一方面也使法律的公信力下降。

与我国类似,国外关于毒品犯罪的理论研究也认为毒品犯罪适用频率不高,这使其在整个刑法典体系中处于不受重视的地位,因此,对其专门研究的专著比故意杀人罪、财产犯罪的专著要少。但是,这并不能成为阻碍我们研究的原因。毒品犯罪在很多国家的法律中,一般是通过单行刑法的方式来实现对其的法律规制,这样,刑法典中涉及毒品犯罪的罪名就比较简单,只规定了一些基本的罪名。

从毒品犯罪立法体例的差别看,德日刑法只将基本的毒品犯罪行为在刑法典中加以规定。从构成要件上看,他们对毒品犯罪保护客体的认定比中国更加灵活,即归入侵害社会法益中,并明确其是针对公众健康的犯罪。社会法益虽然具有抽象性,但从其承担主体看,还是比较明确的,这样的规定使德日的刑法学界对毒品犯罪的保护法益较少产生实质性争议。因为在社会法益这一含义广泛的同类客体之下,理论及实务界可以将毒品犯罪的直接客体表述为公众的身体健康权等;而我国将毒品犯罪规定在妨害社会管理秩序中,多少还是存在争议的,尤其是社会管理秩序作为一个抽象的概念,其内涵与外延均难以界定。实践中,对于贩卖毒品罪,其侵害的客体究竟是社会管理秩序,还是公众的健康权利,存有争议,如此一来,就影响了法益的解释论机能的正常发挥。这尤其体现在对一些特殊毒品犯罪行为的既遂、未遂认定上,如果行为没有对社会管理秩序造成侵害或者威胁,那么行为就很难认定为既遂,如诱惑侦查、控制下交付等侦查措施的实施,客观上就没有使社会管理秩序遭到犯罪行为的侵害,如此一来,只能对相应的毒品犯罪作未遂处理,这与司法机关主张的对

毒品犯罪严厉打击的初衷无疑是相悖的。

截至目前,从我国学者对毒品犯罪问题的研究成果来看,以毒品犯罪的法律适用作为研究对象的博士论文也有几篇,但是其研究的视角均是所有的毒品犯罪,即将我国刑法所规定的 12 个罪名均纳入其研究范围,而且其研究的成果更类似于教材性质。近几年,专门将毒品犯罪中的具体罪名作为研究对象的,主要有高巍的博士学位论文《贩卖毒品罪研究》等,这一文章对贩卖毒品罪所涉及的理论及实践问题进行了全面的研究,其他以具体的争议问题作为研究重点的博士论文则较为稀少。有针对性地对毒品犯罪中的争议问题进行梳理,并结合司法实践进行论证的专著、论文亦不多见。

而从笔者现有的外国毒品犯罪相关资料来看,其对毒品犯罪争议问题的研究,主要集中在程序法或者侦查措施方面,主要探究的是如何在法治国发展的进程中,使侦查措施能够最大限度地保护公民的自由与人权。对于实体法上的系统研究亦是很少。

本书以刑法理论、刑事诉讼法、犯罪学理论为基础,结合毒品犯罪理论研究与司法实践中毒品犯罪及其侦查措施的特殊形式,对涉及毒品犯罪的争议问题进行梳理与总结,希望本书的研究能够为理论及司法实践提供一定的助益。

第一章 “毒品”与“毒品 犯罪”新解

第一节 毒品的概念

正确界定毒品的概念,是进行毒品犯罪研究的先决条件,也是有效打击这一国际性犯罪的基础。只有构建合理的、能被人们普遍接受的毒品及毒品犯罪概念,才能真正实现国际间的禁毒合作。从相关涉毒行为的人罪过程看,毒品犯罪是国家行政取缔措施在毒品这一特殊物质上的具体表现,故从自然犯与法定犯的区分标准看,毒品犯罪当属法定犯的范畴,而毒品的定义、范围乃至毒品犯罪的内涵与外延的不断变更就是其表现形式之一,故无论是毒品还是毒品犯罪的范围,其变异性均比较大。正因为毒品的种类不断推陈出新,国家取缔的毒品范围不断变化,由此导致人们很难为毒品下一个非常确定的概念,因为概念的内涵一旦确定,势必使其

外延相对固化,而现实中毒品种类及范围的变化又必然影响了概念的确定性,即便是一般的概念,我们也无法为其作出非常确定的概念,因为“过分强调确定性,有可能使我们崇拜一种难以容忍的刻板”^{〔1〕},但在特定的时期,作出一个相对能为当代的理论及实务界普遍接受的定义却是理论研究者的神圣义务。

从毒品存在的时间上看,实质意义上的毒品已经存在几千年,而从其历史看,现在意义上的毒品初始是作为药物或者其他无害化的物质出现并加以使用的,如鸦片在被作为毒品并加以管制以前,其在很多地区作为治疗腹泻的药物使用,即使是现在,在一些边远地区,鸦片仍是人们治疗腹泻的必备品。而古柯等植物,在南美等地区,则一直是人们用于提神的草药,而且印第安人有咀嚼该物质以提神,甚至作为行军能量补充的必备品的习惯,即使现在,在很多南美的少数民族地区,咀嚼古柯叶仍然是居民的生活习惯;而在我国一些边远的少数民族地区,如我国西南、西北部分地区,使用大麻草、食用罌粟籽的行为仍然存在,这甚至已经作为部分地区民族的生活习惯,而成为其文化、生活的一部分。但按照现在的毒品目录,像鸦片、古柯等这些少数人作为生活习惯而使用的物质,无疑均属于毒品的范畴,由此,法律与传统、习惯就发生了冲突。因此,如何定义毒品,并使其概念的内涵、外延能为社会公众所接受,并且充分地实现国家的刑事政策,就成为一个难度较大的课题。

从现代社会人们对毒品的界定来看,毒品是一个包含了价值判断的概念,“毒品不是一个无色无味的中性名称,而是含有贬义的僭越社会规范的用语”^{〔2〕}。因各国、各民族在社会规范认同上的差别,导致人们对毒品的认定范围也就自然存在较大差别,由此导致毒品

〔1〕 [美]本杰明·内森·卡多佐:《法律的生长》,刘培峰、刘骁军译,贵州人民出版社2003年版,第11页。

〔2〕 许桂敏:“扩张的行为与压缩的解读:毒品犯罪概念辨析”,载《河南政法管理干部学院学报》2008年第5期,第90页。