

刑法博士

博士文丛

武汉大学

刑法博士

博士文丛

武汉大学

刑法博士

博士文丛

武汉大学

武汉大学刑法博士文丛 (6)

贩卖毒品罪研究

FANMAIDUPINZUI YANJIU

◎高 巍·著



中国人民公安大学出版社

武汉大学刑法博士文丛(6)

湖北警官学院

贩卖毒品罪研究

高巍 著

刑法

中国人民公安大学出版社

·北京·

03.01

图书在版编目 (CIP) 数据

贩卖毒品罪研究/高巍著. —北京: 中国人民公安大学出版社,
2007.5

(武汉大学刑法博士文丛; 6)

ISBN 978 - 7 - 81109 - 688 - 0

I. 贩… II. 高… III. 毒品—刑事犯罪—研究—中国
IV. D924.364

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 044273 号

贩卖毒品罪研究

FANMAIDUPINZUI YANJIU

高 巍 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2007 年 5 月第 1 版

印 次: 2007 年 5 月第 1 次

印 张: 8.75

开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数: 236 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978 - 7 - 81109 - 688 - 0/D · 648

定 价: 22.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E - mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.porclub.com.cn

武大刑法博士文丛

编 委 会

顾问：马克昌

主任：莫洪宪

委员：莫洪宪 林亚刚 康均心 许发民

刘艳红 皮 勇 陈家林

总 序

依法治国、建设社会主义法治国家已成为我国的基本治国方略，而刑事法治是社会主义法治的重要组成部分。因此，以刑事法治为研究内容的刑法科学也一直受到国家和社会的重视。改革开放以后，我国的刑法学研究取得了长足的进步，研究领域日益扩展，研究层次不断提高，呈现出空前繁荣兴旺的景象。这一大好局面的取得，离不开几代刑法学人的奋斗；其中也包括刑法学博士研究生们的努力。他们风华正茂、思想活跃、勤于探索、刻苦钻研，所撰写的博士论文一般说来选题合理，资料翔实，思路开阔，论证充分，精品迭出，为刑法理论的完善与发展作出了贡献。

武汉大学刑法学科从 1987 年开始招收博士生。在将近 20 年的时间里，为社会输送了一批又一批高质量的人才，同时也使博士点本身得以不断发展壮大。武汉大学刑法学的博士生们关注刑法基础理论的研究，重视学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到颇好的评价。进入新的世纪，由于博士生招生规模的扩大，每年毕业的博士生数量大增，优秀博士论文的数量也相应增多，以往每年出版两本毕业论文的规模已经跟不上形势的发展变化。而如果优秀的博士论文因各种原因不能付梓，研究成果无法与读者见面，既不利于理论成果的社会共享，也不利于年轻学者的脱颖而出。有鉴于此，我们与中国人民公安大学出版社洽商，设立《武大刑法博士文丛》，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版一批优秀的刑法学博士论

贩卖毒品罪研究

文，形成规模效益，可以凝聚成一股学术力量，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

《武大刑法博士文丛》，由武汉大学法学院刑事法研究中心的教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选题范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。《武大刑法博士文丛》的质量，取决于入选论文的水平。它的社会评价的高低，是检验武大刑法学博士点教学研究水平的试金石。希望我们的博士研究生，能够潜心治学、求真务实、重视创新、锐意进取，写出高质量的博士论文，使这套文丛不断有优秀著作问世。

最后需要提出的是，多年来中国人民公安大学出版社给予了武大刑法学科大力的支持，《武大刑法博士文丛》的顺利出版正是这种支持的又一具体体现。借此机会，我本人并代表编委会谨向中国人民公安大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

2006年夏于珞珈山

引 言

在 Google 上输入“贩毒”一词，有 943000 项符合“贩毒”的搜索结果。其中一篇文章的标题为《四名贩毒女囚临刑前的十小时记录》，文章中真实而平静的记录了四名女性毒品罪犯生命中最后的十个小时。^① 亢奋与恐惧、前仰后合的欢笑与泪流满面的沉默、刻意夸张与难以自持，这一系列看似矛盾的情绪发生在同一个年轻女囚的最后十小时中。如果这篇文章记录的是四个杀人犯，我们很容易从朴素的直觉中找出她们罪有应得的合理性解释。“杀人偿命、欠债还钱”这条近似于自然法的信条仍支撑着社会的基础

^① 参见 <http://www.southcn.com/law/fzsytp/200307250138.htm> 2006-2-5.

贩卖毒品罪研究

价值评判体系。^①但是，对于贩卖毒品而获罪的死囚，什么是国家剥夺其生命的合理性解释呢？还有，他们究竟侵犯了什么法益？法益原则要求我们必须寻求贩卖毒品行为所侵害的法益，罪刑法定原则要求我们衡量其罪责与刑罚的均衡性和实质上的正当性。因为，生命虽然都是普通的，但是不能因为普通而漠视生命的价值和尊严。

对向他人贩卖毒品的行为人所规定的法定刑与直接杀死他人的法定刑在严厉程度上相差无几，那么，二者在罪责上是否相近呢？所侵害的法益及程度是否相似呢？我国台湾学者认为：“如此的刑罚规定，显然形成刑法整体规范的内部价值之不一致性。因为毒贩将毒品贩卖给买受人，所受到的处罚比直接杀死买受人还严厉。这样的刑罚规定，已足以使社会大众的法感情钝化，且对于不法行为的感受程度混淆到无法分辨到底是杀人行为，还是贩卖毒品比较值

^① 从严格的刑法理论角度出发，这样的信条并不适合成为具体的规范。因为，信条或理念总是以不成文的形式蕴藏于社会人的每一个行为和每一个细节中。美国刑法学者一般把“杀人偿命”这样的理念或者说信条解释为报应论，并从实用主义角度指出：“官方社会机构不应当以报复的破坏性情绪为根据，这种情绪不仅是解决问题的一种幼稚方式的表现，而且对保护社会的目的也具有不公正性和破坏性。”参见〔美〕谢尔登·格卢克：《理性刑法的原则》，载《哈佛法律评论》（刑法学精粹），刘仁文等编译，法律出版社2005年版，第9页。而作为规范的刑法，除了依赖灵魂深处的道德直觉，还需要谨慎的思考和质疑、体系的完善、论证的周延、经验的验证、价值的诘难。这一切都影响着刑法理论对于信条的解读，并可能影响到每一个社会人。此外，朴素而简明的信条内在于法律文化之中，也潜移默化地影响着刑法理论的建构和刑法学说的权衡，更是社会大众进行价值评判的重要依据。如德国学者罗克辛认为：“报应理论的好处在于其从社会心理方面具有给人深刻印象的力量，并且，这种内在的力量为刑罚的严厉性提供了一个限度原则（Masssprinzip）。当刑罚应当与罪责的程度相适应时，它在任何情况下都禁止采用对很小的过错适用严厉惩罚的方法来以儆效尤。因此，报应思想现在就为国家的刑罚威力规定了一个界限，在这个范围内，它具有一种自由的和维护自由的功能。虽然，人们不能像数学那么精确地确定，多么严厉的刑罚才能与多么严重的罪责相适应，但是，借助法律规定的量刑规则（第46条）和通过学术加以优化了的量刑理论，总还是能够得到比较好计算的刑罚幅度的。”参见〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第38页。

得非难。”^①无论是在我国大陆还是台湾地区，对于贩卖毒品罪的社会意识总是充满着浓烈的鸦片战争情绪。但是，刑法是理性的学问，不能舍弃刑法的基本理念和怀疑的精神。而应该理性地建构贩卖毒品行为的罪责，冷静地区分毒品控制的社会性与刑事处罚的补充性，这才是研究贩卖毒品罪的正确方法。

与普通的自然犯不同，贩卖毒品罪的危害性与惩罚幅度一直受到质疑和争论。有位极端的英国毒品医学专家认为：“极少有或者没有证据表明这些毒品本身严重有害，倒是后来政治状况导致产生了真正有害的东西——精神错乱，上瘾；但是有充分的证据表明，毒品的危害实际上是围绕它们而设的政策造成的。”^②还有更多的学者对贩卖毒品犯罪化的依据本身提出质疑，如另一位英国学者指出：“另一方面，毒品交易的犯罪性尚不清楚。一些施加于毒品上的控制性措施与施加于酒精上的控制措施很难区分。假如在这样一种情况下，贩卖毒品者只是想获得一种体面的生活，而这种‘商品’是他人为了娱乐目的而消费的。对于毒品的禁止以及因此导致的巨大的财政投入并没有道德上的合理基础。”^③在大陆法系国家，也有学者提出质疑，如德国学者罗克辛也认为，惩罚那些仅仅传播了供自己使用的不具有危害他人性质的大麻制品的行为，的确可能违反德国宪法上关于禁止超过必要限度的规定。^④而要回应这些批评和质疑，就有必要重新审视现在的主流理论，重构贩卖毒品罪的本质。

贩卖毒品罪所引发的诸多问题冲击并影响着现行的刑法理论和

① 王皇玉：《论贩卖毒品罪》，载《政大法学评论》第84期，第263页。

② [英] 罗伊·波特、米库拉希·泰希：《历史上的药物和毒品》，鲁虎等译，商务印书馆2004年版，第255页。

③ Peter Alldridge. (2000), *Relocating Criminal Law*, (Aldershot, Ashgate Publishing Ltd), p. 199.

④ 参见[德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第17页。

贩卖毒品罪研究

司法实务。诱惑侦查、控制下交付手段在贩卖毒品犯罪案件的侦查中得以合法化，影响着国家权力干涉公民自由的限度。有日本学者指出了诱惑侦查的危险在于：“可能使人们对侦查方法的公正性失去信赖，可能侵害国民的隐私权和人格权。”^①而且，普遍存在的诱惑侦查和控制下交付还可能对贩卖毒品罪的形态认定和故意的存否产生影响。电子监听和监视也广泛使用于贩卖毒品等犯罪行为的过程中。尽管如此，“毒品市场仍然不停地在很多国家和国际上扩张。贩卖毒品成风，市面上毒品数量增加，毒品的非法使用居高不下，尽管在毒品流行种类上有一些变化，但是毒品市场在严格的管制下几乎未受到任何影响，更不用说崩溃了。”^②反而贩卖毒品等行为的犯罪化与惩罚引发了一系列的关于扩大的警察权力与国家资源的浪费、警察道德的怀疑、刑法国际化等问题的激烈争论。^③此外，贩卖毒品罪也使刑法的基础之一——“危害原则”或者说

① [日] 西原春夫：《日本刑事法的重要问题》（第2卷），金光旭等译，法律出版社、成文堂2000年联合出版，第148页。正当化贩卖毒品犯罪案件的侦查中使用诱惑侦查的另一种理论是国家只会对贩卖毒品等犯罪案件实施诱惑侦查，只要不犯这些罪的人就不会因诱惑侦查受到国家的权力的干预。这种理论忽视了在实施侦查行为时并无从有效排除未犯罪的公民不受到诱惑侦查的侵犯。

② Peter Alltridge. (2000), *Relocating Criminal Law*, (Aldershot, Ashgate Publishing Ltd), p. 198.

③ Peter Alltridge. (2000), *Relocating Criminal Law*, (Aldershot, Ashgate Publishing Ltd), p. 199.

“法益原则”中的“危害”的内涵和界限变得模棱两可。^①

具体到贩卖毒品罪的犯罪构成中，无论是主观要件还是客观要件都还有许多问题需要研究，如毒品的界定就是一个突出的问题。特别是我国刑法中对于毒品范围的规定较为简单，且毒品的种类、数量、纯度、分级等问题都可能与其危害性相关，但是刑法并未细致规定，或者有规定却因为缺乏可操作性而有待商榷。从严格的形式解释角度来说，依据我国刑法的规定，不仅贩卖1克海洛因构成犯罪，就是贩卖1克咖啡因也构成犯罪。而这种结论明显是非理性的，在司法实践中也几乎没有实例。此外，对于贩卖行为的认定、故意的确立、犯罪形态的认定都因为贩卖毒品罪本身的特殊性而需要进一步的研究。

对于分则具体个罪的研究，可以有多种角度。本书尝试从比较法的角度入手结合我国刑法中关于贩卖毒品罪的规定与刑法的基本理念进行思考。基于此，并不单纯解释法律，也希望能揭示贩卖毒品罪成为犯罪的本质所在，还希望对于贩卖毒品罪认定中的若干问题的可行性进行分析。

从某种意义上讲，本书对于贩卖毒品罪的研究是以具体的刑法规范为蓝本的解释和思考。既然是对于刑法规范的解释，罪刑法定原则所追求的安定性就为解释大致划定了一个边界——刑法规范原

① 危害原则是英美法系中对于犯罪化依据或基础的一种原则。即主张“刑法应主要禁止那些危害他人的危险性和严重性超过执行法律的损害（自由、隐私等的损失）的行为。”参见[美]迈克尔·D·贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第358页。这是为了限制道德通过刑法进行强制的推行而建立的作为一种行为成为犯罪的界限性标准。而法益原则是大陆法系所坚持的一种犯罪行为的界限标准。即主张没有法益的侵害就没有犯罪。但是，贩卖毒品罪却使“危害”或“侵害”的范围和性质变得更加不确定。如贩卖毒品罪本身是一种抽象危险犯，那么，其既遂犯就是对于法益的抽象危险，那么，未遂犯对于法益的危险呢？是否是抽象危险的危险呢？另外，贩卖毒品罪的危害是指向不特定多数人的身体健康，在客观上和经验上很难界定其危害，而且，在危害中还加入了受害者的自主决定行为，那么，危害原则的界限性作用又如何维持呢？

贩卖毒品罪研究

文文字的可能含义。但是，这个界限仍然不够清晰。德国学者雅科布斯认为，在四个条件下可以超越原文的文字界限：符合概念发展的连续性；否则就会发生任意评价；根据同等适用的需要；具有解决问题的恰当性。^① 这种认识其实已经突破了罪刑法定原则的界限。而作为正处于建设法治国家的我国，原文文字这样一个界限是应该坚持的。因为，只有法律的安定性形成一种普遍的信仰和共识后，追求特殊情形的突破安定性的解释才是有意义的。^② 我国有学者指出：“刑法通过文字规范人们（包括一般人与司法者）的行为，人们通过文字把握刑法的含义。如果脱离刑法用语追求所谓‘正义’，人们在具体情况下便没有预测可能性，刑法本身也丧失安定性，国民的自由便没有保障，国民的生活便不得安宁。所以，刑法的正义，只能是刑法用语可能具有的含义内的正义。”^③ 因此，本书对于贩卖毒品罪的阐释就坚持这样一个原则：在法律条文字义的范围內，寻求理性而正义的解释。

① 参见 [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第89页。

② 笔者认为，我国刑法规定中粗线条的内容较多，很多时候，原文字义的模糊性和外延的广袤性会导致扩张刑罚权的现象，因此，可以尝试突破刑法原文字义进行限制。但是，不能突破文字界限以扩张入罪的范围和提高处罚。从某种意义上讲，超出原文含义的解释无论是扩张刑罚权还是收缩刑罚权都有悖于刑法的安定性。但是，罪刑法定的实质层面要求还应该考虑到刑法实体的正当性，所以并不违背罪刑法定原则，如马克昌教授所指出的：“罪刑法定主义不是在任何情况下都禁止类推，而只是禁止设立新的刑罚和加重处罚这样的类推解释，而不禁止排除违法性、减轻或免除刑罚这样的类推解释。”参见马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第72页。

③ 张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2004年版，第5页。

目 录

引 言	(1)
第一章 毒品概述	(1)
第一节 毒品的语源及沿革	(1)
一、“毒品”的语源	(1)
二、“毒品”的沿革	(2)
第二节 刑法学中的毒品	(5)
一、毒品的物质属性	(5)
二、毒品概念之比较与重构	(7)
第二章 贩卖毒品罪的本质	(21)
第一节 英美等国贩卖毒品罪本质的学说	(22)
一、主流学说的考察	(22)
二、两种新理论的考察	(31)
第二节 德日等国贩卖毒品罪本质的学说	(39)
一、法益一元论模式	(40)
二、法益二元论模式	(45)
三、比较与评析	(48)
第三节 我国刑法理论中贩卖毒品罪的本质	(50)
一、现有学说述评	(50)
二、贩卖毒品罪本质的重构	(61)
第三章 贩卖毒品罪的客观方面	(71)
第一节 贩卖毒品行为与抽象危险犯	(71)

贩卖毒品罪研究

一、抽象危险犯概述	(72)
二、贩卖毒品行为之抽象危险犯类型	(82)
三、贩卖毒品行为作为抽象危险犯类型 在立法上的正当化依据	(84)
第二节 贩卖毒品行为的表现形式	(87)
一、国外立法例及主要争论	(87)
二、我国刑法界的主要争论评述	(90)
三、本文观点	(96)
第三节 贩卖毒品行为的界限	(98)
一、贩卖毒品行为与赠与毒品行为	(98)
二、贩卖毒品行为与杀人行为	(104)
第四节 毒品的数量与纯度	(107)
一、毒品的数量	(107)
二、毒品的纯度	(117)
第四章 贩卖毒品罪的主观方面	(122)
第一节 “明知”的内容和认定	(122)
一、“明知”的内容	(122)
二、“明知”的认定	(134)
第二节 贩卖毒品罪的目的	(140)
一、肯定说面临的困境	(140)
二、否定说之合理性论证	(145)
第三节 贩卖毒品罪的故意与诱惑侦查	(148)
一、诱惑侦查概述	(148)
二、诱惑侦查对贩卖毒品罪故意的影响	(156)
第五章 贩卖毒品罪的完成与未完成形态	(161)
第一节 贩卖毒品罪的预备和中止	(161)
一、贩卖毒品罪的预备	(161)
二、贩卖毒品罪的中止	(166)
第二节 贩卖毒品罪既遂与未遂的区分	(168)

一、贩卖毒品罪既遂与未遂区分标准之争	(168)
二、贩卖毒品罪既遂与未遂的认定	(174)
第三节 两种特殊情形的犯罪形态	(182)
一、控制下交付的形态认定	(182)
二、贩卖假毒品形态的认定	(186)
第六章 贩卖毒品罪的共犯与罪数	(193)
第一节 贩卖毒品罪的共犯	(193)
一、贩卖毒品罪共犯的基本问题	(194)
二、贩卖毒品罪中主犯、从犯的认定	(202)
三、居间介绍买卖毒品行为	(208)
第二节 贩卖毒品罪的罪数	(213)
一、贩卖毒品行为与持有毒品行为的竞合	(214)
二、贩卖毒品罪连续犯的认定	(216)
第七章 贩卖毒品罪的量刑	(227)
第一节 贩卖毒品罪的法定刑设置	(227)
一、国外立法例	(227)
二、我国立法例	(229)
三、贩卖毒品罪的死刑设置	(231)
第二节 贩卖毒品罪刑罚的具体适用	(243)
一、量刑幅度的确定	(243)
二、法定量刑情节的认定	(248)
三、酌定量刑情节的认定	(250)
主要参考文献	(253)
后记	(261)

第一章

毒品概述

第一节 毒品的语源及沿革

一、“毒品”的语源

“毒品”一词，在汉语中究竟自何时出现，几不可考。^①有学者认为，“在中国，大约一直到20世纪20年代才开始使用‘毒品’一词，第二次世界大战前后才流行起来。”^②至于现代汉语中的“毒品”一词究竟是欧洲的传教士直接引入，还是经由日本间接传入中国，也不清楚。而在其他语言中，相对应词语之含义也繁芜多变，如英语中，可指称“毒品”一语之词大致有“drug”、“narcotic”等，而“drug”一语通常作为药品之类称，亦可指麻醉

① 笔者查阅了一些辞书，1979年版《辞海》与1980年版《辞源》均无“毒品”词条，相关的仅有“毒”及“毒药”等。《辞海》释“毒”为“毒物”，释“毒药”为“一般指毒性大而很少或没有防治意义的物质”。参见《辞海》，上海辞书出版社1979年版，第2795页。《辞源》释“毒”为“苦恶有害之物”。参见《辞源》（修订本），商务印书馆1980年版，第1693页。而1991年出版的《汉语大词典》有“毒品”词条，其释“毒品”为“指作为嗜好品用的鸦片、吗啡、海洛因等”。参见《汉语大词典》（第7卷），汉语大词典出版社1991年版，第824页。

② 参见崔敏：《毒品犯罪发展趋势与遏制对策》，警官教育出版社1999年版，第24页。

贩卖毒品罪研究

品等能使人形成瘾癖之物。“narcotic”则常指麻醉品。^① 19世纪末的美国，“drug”一词就与物质滥用相关，1897年发表的一篇文章的题目第一次出现了“毒瘾”（drug addict）一词。到了20世纪初，“drug”在英语国家更为频繁的指称与依赖相关之义，如出版于1913年1月的《纽约时报》索引第一册就将“毒品罪恶”作为标题主词，在英美均有很大影响的《不列颠百科全书》于1910年出版的第11版中把“麻醉品”专作为一个词条，除了对其的医学解释外，还补充道：“‘麻醉药’往往既用来特指‘麻醉品’，又用来特指‘毒品’。因此，‘服麻醉药’就意味着失去知觉或服毒品。”^② “drug”与“narcotic”之间虽有内涵广狭之别，然而作为一般意义上的理解，均可涵摄毒品之义。

二、“毒品”的沿革

毒品之内涵并非恒定如一，随着历史之演进，其一直处于变化状态。鸦片作为最早的毒品种类之一，其兴奋作用在公元前1500年的埃及已被人认识。^③ 随后，鸦片自埃及传入欧洲。据文献记载，“在公元前323年至公元前1世纪时期的古希腊，医师已经非常了解鸦片镇静的危险，并增加了迪奥里斯对迪亚戈拉斯、安德烈

① 参见《牛津现代高级英汉双解词典》，商务印书馆，牛津大学出版社1988年版，第363页、第749页。有台湾学者考证，英语中“drugs”本无“毒物”含义，后来由于这些药剂具有使人产生严重依赖而导致大量滥用并进而危害人体健康之性质。故欧洲一些国家方将这种“吸食麻醉品”的行为视为“吸毒”，从而使“毒品”一词形成并具备了现代的含义。参见崔敏：《毒品犯罪发展趋势与遏制对策》，警官教育出版社1999年版，第26页。

② [英] 罗伊·波特、米库拉什·泰希：《历史上的药物与毒品》，商务印书馆2004年版，第202页。

③ 参见 Charles R. Swanson, Neil C. Chamelin and Leonard Territo. (1996) *Criminal Investigation*, (New York), p. 699.