

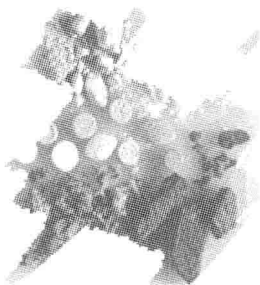
Dupin Fanzui Falü Shiyong Wenti Yanjiu

毒品犯罪 法律适用问题研究

张洪成 黄瑛琦 著



中国政法大学出版社



Dupin Fanzui Falü Shiyong Wenti Yanjiu

毒品犯罪 法律适用问题研究

张洪成 黄瑛琦 著



中国政法大学出版社

2013·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

毒品犯罪法律适用问题研究 / 张洪成，黄琰琦著. — 北京：中国政法大学出版社，2013. 11

ISBN 978-7-5620-5056-8



-
- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
电子邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 10
字 数 230 千字
版 次 2013 年 11 月第 1 版
印 次 2013 年 11 月第 1 次印刷
定 价 32.00 元

序 言

毒品犯罪作为世界公害之一，是当前困扰各国政府的难题。我国作为毒品受害大国，正加大对毒品犯罪的打击力度，并开展了禁毒人民战争，以集中社会的各种力量进行毒品犯罪的整治工作。从过去几十年的禁毒效果看，我国取得了较大的成功，毒品犯罪得到一定的遏制，但我们面临的犯罪形势依然严峻。

在强调对毒品犯罪进行打击的同时，我们也必须反思：在法治时代，国家将相关涉毒行为规定为犯罪的依据何在？从刑法学的角度看，其根本依据在于涉毒行为对国家、社会、公民个人权益造成的严重侵害与威胁。毒品犯罪当属法定犯的范畴，它与传统的自然犯存在着一定的差别，因为毒品作为一类特殊的物品，有些属于医学上的药品，如杜冷丁等，有些在民间传统中一直在使用，如大麻、古柯等，国家只是出于行政取缔的目的，才将此类行为规定为犯罪。而将之规定为犯罪的话，可能就存在与民众价值观念发生冲突的问题，故在当前，加强毒品犯罪的法律研究，对相关毒品犯罪的概念、构成特征等进行详细阐述，并对司法实践中的相关争议问题进行系统论述，就成一项具有重要意义活动：一来可以为司法机关的法律适用提供借鉴；二来也能让民众了解合法行为与违法犯罪的界限，从而不至于从事相关的毒品违法犯罪行为。因此，加强对毒品犯罪的打击，就必须找到法律上将此类行为犯罪化的依据，以

为司法机关刑罚权的发动提供充分的理由；同时，通过对相关法律的详细、全面解读，发挥刑法之于犯罪嫌疑人、被告人之大宪章功能，实现刑罚权的正当化与合理化。

目前我国关于毒品犯罪法律适用的教材或论著不在少数，但司法机关在适用毒品犯罪的相关罪名时，却甚少关注刑法学的研究成果。造成这一现象的原因可能是多方面的，但笔者认为，对毒品犯罪法律适用问题研究的浅显和研究脱离禁毒实践的现状可能是最重要的原因。

毒品犯罪在我国刑法体系中的地位，也能为这种现状找到一定的依据。刑法涉及毒品犯罪的罪名主要集中在刑法典分则第六章的“走私、贩卖、运输、制造毒品罪”一节，这12个罪名中，使用频率较高的是走私、贩卖、运输、制造毒品罪，非法持有毒品罪，其他罪名在实践中使用的较少，由此造成各种刑法学教科书对这类罪名的“遗忘”，很多教材只是通过几页内容概括此类犯罪，很少展开系统研究。毒品犯罪归属于刑法分则的内容，但目前我国在法学的本科、硕士甚至博士的教育阶段，不管是教师还是学生，均对刑法学的分论部分持一种轻视的态度，即使是关注分论研究的人，也很少理会名不见经传的毒品犯罪的12个罪名，认为其均是非常简单的内容，只要套用犯罪构成的要件就能行之四海而皆准了。这样的认识误区，直接导致了毒品犯罪刑法适用上的恶性循环，即学界认为已经研究的很彻底，而实务部门则认为，理论上没有解决任何实际问题，与其依靠一个没有定论的文字游戏左右自己的司法活动，还不如“存在即是合理”来的迅速，而有关的监督部门也因为缺乏客观的操作标准而无法对司法机关的活动进行有效的监督，由此导致法律适用上的混乱。

比如，困扰司法界的毒品犯罪中制造的内涵及外延、涉案

毒品的纯度与数量、毒品犯罪中的共同犯罪、强迫他人吸毒罪的客观行为方式等难题，相关的理论研究成果基本没有操作的可能性，这样的理论不能引起实务界的关注也在情理之中。另外一个问题，也是笔者必须强调的，就是毒品犯罪的法律适用，很大程度上需要实践的支撑，没有实践，空泛地研究理论，只能是“无源之水，无本之木”，没有依托，这可能也是目前我国刑法学分论研究上普遍存在的难题。

而实战领域的工作者，虽然有足够的问题意识，但其总结性的理论基础相对比较薄弱，最重要的是其欠缺相当的刑法学理论功底，不能很好地总结问题，更谈不上将之上升到理论的高度，这就需要学者的理论支持。我相信，只要以严格负责的态度，全面彻底地贯彻法律的精神，对现行法作出合法、合理且具有明确操作性的解释，我们的司法人员，包括公安、检察、审判人员等也不会是法律的阻碍者，毕竟，法治社会的建立，也涵括着他们的责任，而且他们也确实为法治的建设作出了应有的贡献。

笔者自2005年以来，一直在从事毒品犯罪法律适用的教学与科研工作，并参与了一系列毒品犯罪的实地办案与调研，对实践中遇到的法律适用难点具有一定的了解，在理论上，学习研究刑法近十年，对刑法学也有浅薄的认识，并积累了一定的理论基础，希望通过这样的结合，能真正地将毒品犯罪法律适用方面的难题进行归纳，并在现行法律体制下找出恰当的处理方法，以期为司法实践服务，并最终扭转司法界对理论的看法。

法律的真实生命应当而且永远存续于实际的司法运行之中。^{〔1〕}法条的设置是否科学、罪名的安排是否合理、罪刑的配

〔1〕 李国如、张文：“刑法实施应贯彻罪刑法定原则——论对法无明文规定的严重危害社会行为的处理”，载《法学研究》1999年第6期。

置是否均衡、罪刑规定之间是否统一等一系列问题只有在司法实践中才能得到最真实的检验。可以说，司法结果是衡量立法科学性、保障立法权威性、体现立法公正性的根本尺度。^{〔1〕}

归根结底，学习法律一定要树立一种思维，即完全理想化、真空化的法律思维是比较有害的，但这种思维又是必要的，理想化的法律应当是我们追求的目标，但是，脱离现实的盲目的理想化，是不值得提倡的。希望本书的写作，能将刑法基础理论与毒品犯罪的司法实践结合起来，真正地为理论及实践界提供一定的交流、沟通机会。

〔1〕 程志宏：“走私犯罪的立法现状与司法困境”，载《中国刑事法杂志》2001年第1期。

目 录

序 言	1
第一章 毒品犯罪概述	1
第一节 毒品与毒品犯罪的概念	1
一、什么是毒品	1
二、什么是毒品犯罪	13
第二节 毒品犯罪立法概观与走向	19
一、域外毒品犯罪的立法概观	20
二、我国毒品犯罪的立法现状之评述	22
三、毒品犯罪的立法走向	24
第三节 我国毒品犯罪的分类、构成特征与刑罚适用	33
一、毒品犯罪的分类	33
二、毒品犯罪的构成特征	34
三、毒品犯罪的刑罚适用	38
第二章 妨害毒品管制秩序犯罪	51
第一节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪概述	51
一、走私、贩卖、运输、制造毒品罪的概念与构成	

特征	52
二、罪名的确定与适用	55
三、走私、贩卖、运输、制造毒品罪的刑罚适用	56
第二节 走私毒品罪	71
一、走私毒品罪的概念和构成特征	71
二、走私毒品罪的认定	82
第三节 贩卖毒品罪	92
一、贩卖毒品罪的概念和构成特征	92
二、贩卖毒品罪的认定	103
第四节 运输毒品罪	131
一、运输毒品罪的概念和构成特征	132
二、运输毒品罪的认定	138
第五节 制造毒品罪	142
一、制造毒品罪的概念和构成特征	142
二、制造毒品罪的认定	148
第六节 非法持有毒品罪	156
一、非法持有毒品罪的概念和构成特征	157
二、非法持有毒品罪的认定	162
三、非法持有毒品罪的刑罚适用	178
第三章 妨害禁毒司法活动的犯罪	180
第一节 包庇毒品犯罪分子罪	180
一、包庇毒品犯罪分子罪的概念和构成特征	182
二、包庇毒品犯罪分子罪的认定	190

三、包庇毒品犯罪分子罪的刑罚适用	196
第二节 窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪	197
一、窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的概念和构成特征	197
二、窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的认定	205
三、窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的刑罚适用	213
第四章 妨害毒品前体物、毒品原植物及其种子、	
幼苗管制秩序的犯罪	214
第一节 走私制毒物品罪	215
一、走私制毒物品罪的概念和构成特征	216
二、走私制毒物品罪的认定	219
三、走私制毒物品罪的刑罚适用	220
第二节 非法买卖制毒物品罪	221
一、非法买卖制毒物品罪的概念和构成特征	221
二、非法买卖制毒物品罪的认定	222
三、非法买卖制毒物品罪的刑罚适用	223
第三节 非法种植毒品原植物罪	224
一、非法种植毒品原植物罪的概念和构成特征	224
二、非法种植毒品原植物罪的认定	235
三、非法种植毒品原植物罪的刑罚适用	241
第四节 非法买卖、运输、携带、持有毒品原	
植物种子、幼苗罪	242
一、非法买卖、运输、携带、持有毒品原	

植物种子、幼苗罪的概念和构成特征	242
二、非法买卖、运输、携带、持有毒品原 植物种子、幼苗罪的认定	247
三、非法买卖、运输、携带、持有毒品 原植物种子、幼苗罪的刑罚适用	248
第五章 侵犯公民身心健康权利的毒品犯罪	249
第一节 引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪	249
一、引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪的概念和构成 特征	250
二、引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪的认定	256
三、引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪的刑罚适用	258
第二节 强迫他人吸毒罪	259
一、强迫他人吸毒罪的概念和构成特征	259
二、强迫他人吸毒罪的认定	261
三、强迫他人吸毒罪的刑罚适用	264
第六章 无被害人的毒品犯罪	265
第一节 容留他人吸毒罪	265
一、容留他人吸毒罪的概念和构成特征	266
二、容留他人吸毒罪的认定	269
三、容留他人吸毒罪的刑罚适用	271
第二节 非法提供麻醉药品、精神药品罪	271
一、非法提供麻醉药品、精神药品罪的概念和构成 特征	272

二、非法提供麻醉药品、精神药品罪的认定	276
三、非法提供麻醉药品、精神药品罪的刑罚适用	278
第七章 毒品犯罪的国际刑法适用	279
一、禁毒国际刑法的演进	279
二、国际禁毒公约有关毒品犯罪的实体性规范	280
三、国际禁毒公约有关毒品犯罪的程序性规定	288
参考文献	293
后 记	302

第一章 毒品犯罪概述

第一节 毒品与毒品犯罪的概念

一、什么是毒品

毒品犯罪是围绕着毒品展开的，或是以毒品本身为对象，或者以毒品的前体物——易制毒化学品为对象，或者针对毒品原植物及其幼苗、种子实施犯罪，故正确理解毒品的含义，是进行毒品犯罪研究的先决条件，是真正实现国际间禁毒合作的基础。

从涉毒行为的入罪过程看，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，毒品犯罪当属法定犯范畴，而毒品的定义、范围的不断变更也体现了法定犯的变异性。正因为国家取缔的毒品种类不断变化，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打破其外延的固化，影响概念的确定性，“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践界普遍接受的定义却是理论研

〔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。

究者的神圣任务。

从毒品的历史演进来看,实质意义上的毒品已经存在了几千年。现代意义上的毒品初始多是作为药物或者其他无害化的物质而加以使用的,如鸦片被作为毒品加以管制前,在很多地区是治疗腹泻的药物,即使是现在,在一些边远地区,鸦片仍是人们治疗腹泻的重要物品。而古柯等植物,在南美等地区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,该习惯存在于南美的很多少数民族地区,一直延续到今天。在我国西南、西北边陲的少数民族地区,使用大麻草、食用罂粟籽的行为仍然存在,这甚至已经作为生活习惯,融入到当地的文化中。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。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,以充分地实现国家的刑事政策,就成为一个难度较大的课题。

在现代社会,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中性名称,而是含有贬义的僭越社会规范的用语”。〔1〕各国、各民族在社会规范认同上的差异,使得人们对毒品的认定范围自然就存在较大差别,由此导致毒品犯罪认定上的分歧。人们对毒品的认识,存在着立足于其物质属性的事实概念与立足于价值判断的法律概念。

(一)“毒品”的事实概念

“毒品”是汉语中约定俗成的专有名词,顾名思义就是能使人产生“毒瘾”的物品,其正式的名称应该是由“鸦片烟毒”的称谓演变而来,是对能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药

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

品的统称。罂粟、鸦片等物质在我国出现的早期，其名称也并非为“毒品”，而是有其特殊的名称，如“阿芙蓉”、“阿片”等，这就说明毒品应当是一个法律的、价值的概念，像“阿芙蓉”、“阿片”、“鸦片”等毒品并不因为其名称的改变而改变其毒品的本质属性。因此，按照毒品这个名词在我国出现的历史看，毒品的事实概念首先应当是对人体有害的，能使人形成瘾癖的药品或者其他物品。

而在国外，并没有“毒品”这个专有词汇，与之相对应的是“麻醉药品和精神药物”。国际禁毒公约和正式的规范性文件均称之为列入国际管制清单的“麻醉药品和精神药物”。以此为基础，多数国家也都直接采用此称谓，另外也有一些国家在法律中采用专有名词来定义所谓的“麻醉药品和精神药物”。但与汉语中的毒品称谓一样，在麻醉药品、精神药品被界定为毒品以前，这些物质在各个国家、民族一般都有自己的特定名称。

从多数“毒品”的医学属性看，“毒品”首先多是一种药品，是用来防病、治病、缓解病痛或维护健康的物质。使用得当，能够恢复和维护病人一定程度的生理功能，使某些疾病的恶化过程减缓；可以延长生物体的寿命，或使人安乐死，或起到助产、节育等作用。但如果不正确地使用或者滥用，那么，这种可以作为“药品”的物质便失去了医学上的含义和作用，从而产生社会性的危害，逐渐被人们认为是“毒品”。

一位名叫莫德尔的西方学者于1967年曾给毒品下过这样的定义：毒品是由其化学特性改变现存生物体的结构或功能的任何物质。这项定义的中心是强调它有活跃的化学成分，能影响人类的肉体或精神行为。^{〔1〕}介于此定义，不但非法的物

〔1〕 亢泽春等：“山东某高校学生毒品知识调查分析”，载《河北医药》2008年第9期。

质，如海洛因、大麻等，即便现存的合法物质，如酒精、烟草、咖啡、茶叶甚至食品等也都被看成了毒品，因为从化学、医学角度看，每一种物质都包含有活跃的化学成分，而且酒精、烟草等物质也具有改变生物体结构或者功能的作用，这也是毒品本质属性的表现。但从现代各国的立法看，几乎没有国家将酒精、烟草、咖啡、茶叶等物质规定为毒品，相反这些物质甚至成为国家财政收入的主要来源而受到相应的保护。故每一种物质在其使用中都有积极的和消极的后果，只要其在本质上具备一定的毒害性，长期服用能够使人成瘾，并改变人体生理结构的药物，均可谓毒品。

我国也有学者认为：“毒品是以各种方式吸进人体的并且最终能给人带来危害的各种非食物的自然物品或化学合成物品。”〔1〕而我国在《禁毒法》起草过程中，卫生部门和药监部门从药理学的角度给毒品下了一个事实概念：“本法所称的毒品，是指以非医疗和科学用途目的而走私、贩卖、运输、制造、持有与使用的麻醉药品、精神药品”。〔2〕以上的定义从自然属性的角度来界定毒品概念，具有自然科学上的依据，即“毒品”首先是一种“药品”，能为人类提供一定的医疗帮助，但出于非医疗用途的过量使用，则会产生强烈的毒副作用。在一定的历史时期，由于受到人们的认识水平和科技发展水平的限制，毒品与药品之间并没有严格的界线，使用适当，毒品就是药品；失控滥用，所谓药品也就是毒品。

我国台湾地区的“毒品危害防治条例”第2条第1款从事

〔1〕 张文峰主编：《当代世界毒品大战》，当代世界出版社1995年版，第1页。

〔2〕 于志刚：“‘毒品’定义应否包含违法性”，载《检察日报》2007年5月8日。

实的角度阐释了毒品的概念：“本条所称毒品，指具有成瘾性、滥用性及对社会危害性之麻醉药品与其制品及影响精神物质及其制品。”同条的第2款又采取列举的方式，根据各类毒品在成瘾性、滥用性及对社会危害性程度上的差别，将毒品分为四级：第一级主要包括吗啡、海洛因、鸦片、古柯碱及其相类制品等；第二级主要包括古柯、大麻、罂粟、配西汀、安非他明、潘他唑新及其相类制品等；第三级则包括异戊巴比妥、西可巴比妥、纳洛芬及其相类制品等；第四级主要包括二丙烯基巴比妥、阿普唑他及其相类制品等。随着级别数字的提高，毒品的毒性逐渐变低，其成瘾性、危害性等也相对变小。

因此，从毒品的事实概念上看，毒品应当是指出于非医疗和科学用途而反复使用，并能使人产生瘾癖且不易戒断，对公民个人、社会、国家具有严重危害的药品，毒品的本质属性应当是成瘾性及危害性。展开而言，毒品应当具备以下几个特征：第一，毒品一般都属于药品。按照国际禁毒公约及相关的外国立法，中国的毒品在国外对应的名称是麻醉药品和精神药物，其都属于药品的范畴；第二，毒品具有成瘾性，反复使用该物质，能使人产生瘾癖，并使人产生对该物质的耐受性；第三，毒品一般对公民个人、社会及国家具有危害性，无害的物质，无论其能否使人成瘾都无法将之纳入毒品的范畴。

毒品所具有的这些特性是现代毒品概念得以建构的前提和基础。按照现代社会的观念，法律上的毒品概念要依存于事实上的毒品概念，由事实上的毒品概念为其提供正当性支持。

（二）“毒品”的法律概念

毒品的法律概念指向毒品的违法性，一种物质究竟能否成为法律规制中的毒品，主要还是看该物质有无被法律纳入毒品的范畴。强调毒品的法定性旨在说明，决定何种物质成为毒品