

# 论毒品犯罪刑事政策之修正

## ——以运输毒品罪为视角

詹勇

(西南政法大学法学院 重庆 400031)

【内容摘要】对毒品犯罪的惩处一直存在重刑化倾向,应予适当修正。司法实务中认定运输毒品罪的既未遂标准不利于实现量刑均衡。运输毒品罪与非法持有毒品罪在具体适用时难以区分,可考虑合二为一。

【关键词】毒品犯罪刑事政策 运输毒品罪 非法持有毒品罪  
中图分类号 D915 文献标识码 A

文章编号 :1007-9106(2012)01-0048-03

### 一、毒品犯罪刑事政策的应有之义

《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》指出:“走私、贩卖、运输、制造毒品等毒害人民健康的犯罪,要作为严惩的重点,依法从重处罚。”完整的毒品犯罪可以分为“制毒—卖毒—吸毒”三个环节,“制毒”和“卖毒”应作为打击重点,就犯罪人而言,实际控制制造和买卖毒品的犯罪人应作为打击重点,就罪名而言,走私、贩卖、制造毒品罪应作为打击重点。“吸毒”不应作为打击的重点,受他人控制制造和买卖毒品的犯罪人(含运输毒品)也不应作为打击的重点。

关键在于,如何认定犯罪人是否实际控制制造和买卖毒品?从毒品犯罪的一般规律来看,制毒环节需要多人协作完成,犯罪人之间存在较多交流的机会,实际控制制造毒品的犯罪人一般亲自参与制造毒品;买卖毒品环节一般为多人分阶段依次完成,犯罪人之间一般不存在直接交流的机会,实际控制买卖毒品的犯罪人一般不直接参与买卖毒品。从搜集证据难易程度来看,认定那些为实际控制制造毒品的犯罪人较为容易,更易实现量刑均衡。但是,对于在买卖、运输环节,准确区分毒品交易的控制者和执行者的难度较大。然而,现行刑法对运输毒品罪与制造、走私、贩卖毒品罪给予了相同评价,有利有弊。利在于,实现了对亲自参与运输但无充分证据加以证明的实际控制买卖毒品犯罪人的有效打击,弊在于,对单纯运输毒品但无充分证据加以证明其系受他人指使、雇佣的犯罪人造成了过分打击。从构建和谐社会的长期目标而言,应当对此加以适当修正,更多地体现社会对这一犯罪群体所应有的宽容。

### 二、运输毒品罪既未遂标准之争

关于运输毒品罪既遂与未遂的标准问题,学界主要有

两种观点:一种是到达目的说,即对于运输毒品,行为人以将毒品从甲地运往乙地为目的,而开始运输毒品时,由于行为人意志以外的原因没有到达目的地时,属于犯罪未遂,毒品到达犯罪目的地时是犯罪既遂。另一种是起运说,即运输毒品应当以毒品起运为既遂,若由于各种原因在起运前被查获而未开始运输状态的,以未遂论。实务界同意起运说的观点<sup>①</sup>。换言之,毒品起运即着手并既遂。只要毒品起运,不可能成立犯罪未遂和中止。而对于何为“毒品的起运”并无权威的解释,实务界把握的标准为:只要行为人有运输毒品的目的,并携带毒品,就视为毒品已起运。

先看一个真实的案子。案情概要如下:甲携带毒品在某火车站站前广场找票贩子乙买一张当天前往昆明的火车票,在交易过程中,乙发现甲给其的钞票中有假币,便立刻喊来附近的民警,民警在对甲进行盘查时发现甲携带海洛因60.1克,甲事后供述其是受丙的指使准备运送毒品到昆明,甲的行为如何定性?显然,依据实务界的通行标准,甲构成运输毒品罪既遂。那么,倘若甲向乙买一张十天后前往昆明的火车票,甲的行为又该如何定性?此时,依据起运说,似乎仍然要认定甲构成运输毒品罪既遂。但有疑问的是,甲虽然打算运输毒品并携带毒品,但毕竟有火车票证明他是准备在十天后才真正实施这一行为,在这十天里,甲可能打消了运输毒品的想法,认定其行为已经既遂是不能让人信服的。可以看出,“起运说”体现出毒品犯罪重刑化倾向,最高人民法院对此并不讳言。“在司法实践中,运输毒品的案件大多数是在刚开始起运时或运输途中被查获的,到达目的地后被抓获的情况较少。如果以毒品到达目的地作为既遂的标准,则使大量发生的运输毒品案件只能按犯罪未遂处理,这样不仅在客观上放纵了犯罪,同时也有悖于运输毒品

\* 作者简介:詹勇(1983—),男,西南政法大学刑法学博士生,四川省人民检察院成都铁路运输分院助理检察员,研究方向为刑法学。

罪的立法精神。”<sup>[1]</sup>在现行立法已存在不合理的前提下采用“起运说”，对单纯运输毒品但无充分证据加以证明其系受他人指使、雇佣的犯罪人造成了过分打击，并不符合毒品犯罪刑事政策的要求。运输毒品罪是行为犯，也是抽象危险犯。<sup>[2]</sup>抽象危险犯中的“抽象危险”，是立法者所拟制的危险，是立法者的一种主观判断，在防范危险的同时，其本身就是一种危险。因为这种危险太抽象了，“当危险成为刑法处理的对象时，犯罪的边界便会因危险评价的不确定性而变得不确定”<sup>[3]</sup>。与实害犯相比，它的构成要件简化得多，司法机关承担的证明责任小得多，犯罪人更容易被定罪，因而应当慎用之。为了尽可能在个案中实现公平，在现行法律不做修改之前，对运输毒品罪既遂认定采取限缩性解释，是十分必要的。

基于此，笔者认为到达目的地说是较为妥当的。对于“到达”的界定应依据运输方式的不同区别对待：自身携带或让他人携带乘坐交通工具运输的，一般以是否到达车票载明的到达地为标准，通过邮寄方式运输毒品的，一般以毒品是否达到邮寄目的地为标准等等。理由在于：1.法官可以在面对被抓获的马仔们依据案情的不同而量刑。毒品交易的隐秘性决定了被抓获的马仔们很难提供有价值的线索帮助侦查机关抓到上下家，也就很难构成立功，加之在法定刑以下判处刑罚核准程序之启动的重重困难，此时，法官“只能上不能下”，纵然犯罪人具有若干个酌定量刑情节，法官也不可能逾越法律的界限。倘若采取到达地说，法官获取了实现量刑相对公平的有利武器。2.倘若采取此标准，虽然被查获的绝大多数犯罪人将以运输毒品罪未遂论处，而对于未遂犯的处罚是否要比照既遂犯从轻或者减轻处罚，法官拥有裁量权，那么，并不一定会放过涉嫌以走私、贩卖、制造毒品为目的实施运送毒品的行为人，因为法官对这类犯罪人可以不比照既遂犯从轻或者减轻处罚。3.同起运说相比，它更接近民众对“运输”的一般理解，即“用交通工具把人员或物资从一个地方运到另一个地方”<sup>[4]</sup>。

### 三、运输毒品罪与非法持有毒品罪之惑

司法实践中，运输毒品罪与非法持有毒品罪是适用率最高的“涉毒”罪名，据不完全统计，大概占到了毒品案件的90%左右。能否对两者加以恰当区分，对于实现毒品犯罪的定罪及量刑公正具有重要意义。

运输毒品罪与非法持有毒品罪的区分难点在于：在广义的运输环节中，被抓获的毒品犯罪行为人倘若为了自己吸食和为他人吸食而运送作为抗辩事由时，该如何定性？实务中有三种处理方式：1.当行为人携带毒品进入运输环节且为非吸毒人员时，一般以运输毒品罪论处；当行为人为吸毒人员进入运输环节且携带毒品数量在50克以上的（以海洛因为衡量标准），一般也以运输毒品罪论处；当行为人为吸毒人员且携带毒品数量在10克以上50克以下的，一般以非法持有毒品罪论处，当行为人为吸毒人员且携带毒品数量在10克以下的，不以犯罪论处。2.当行为人携带毒品进入运输环节且为非吸毒人员时，一般以运输毒品罪论处；当行为人为吸毒人员进入运输环节且携带毒品数量在10克以上的（以海洛因为衡量标准），一般也以运输毒品罪论处；当行为人为吸毒人员且携带毒品数量在10克以下的，

不以犯罪论处。3.当行为人携带毒品进入运输环节，不论携带毒品数量多少，也不论行为人为是否为吸毒人员，一般均以运输毒品罪论处。它基本扼杀了当行为人携带毒品进入广义运输环节时构成非法持有毒品罪的可能，忽视了行为人在很多情形中必须通过进入运输环节的方式才能实现非法持有毒品之目的客观情况，应当予以摒弃。这里着重讨论前两种处理方式的合理性。前两种处理方式的区别在于，当行为人为吸毒人员时，划分两罪的分水岭的标准是50克还是10克（以海洛因为衡量标准）？

笔者认为，它们的优点如下：1.以行为人持有毒品是否进入运输环节作为区分两者的标准之一，对于在家中搜出毒品等情形一般认定为未进入运输环节，以及对于在邮递过程中发现毒品等情形一般认定为进入运输环节，还是有意义的。2.标准明确、操作方便，有利于同类案件的定罪量刑均衡。3.非吸毒人员拥有毒品进入了运输环节，一般不能构成非法持有毒品罪的做法，是符合常情常理的。

它们的缺点同样不容忽视：1.这实际上可能会降低公诉机关所应承担的证明责任，并不当增加被告人的证明责任。根据黄维智博士的研究，当公诉机关提出了有罪争点后，被告人从理论上讲不需要证明自己无罪，当然，更不需要自证有罪。在控方履行争点形成责任，使法官形成有罪的临时心证后，被告为对自己负责，会积极行使辩护权提出诉讼主张形成合理疑点，以推翻或改变法官的临时心证<sup>[5]</sup>。被告人提出为了自己吸食或为他人吸食而运送作为抗辩事由时，他举证所要达到的证明标准一般应适用优势证据原则，即存在的可能性大于不存在的可能性。当以为他人吸食而运送作为抗辩事由时，被告人至少需要提出相关人员的线索。而当以为了自己吸食作为抗辩事由时，其所携带的毒品数量是否超过了正常范围，不仅对于被告人本身，而且对于公诉机关而言，都是一个不小的难题。不论是以10克或50克（以海洛因为衡量标准）作为它的界限，这种一刀切的做法没有考虑到个案中的具体情况，变相将司法机关所应承担的证明责任转嫁给了被告人。2.这在很大程度上扼杀了行为人构成非法持有毒品罪的空间，极易导致量刑偏重。根据刑法第347条和第348条的规定，行为人涉案毒品的数量对基本量刑幅度的适用影响很大。当涉案毒品数量超过10克不到50克时，倘若以非法持有毒品罪论处，一般在三年以下有期徒刑、拘役、管制中量刑，情节严重的，可在三至七年有期徒刑之内量刑；倘若以运输毒品罪论处，则是在七至十五年有期徒刑之间量刑。不同的定性对量刑影响之大不言而喻。3.当涉案毒品数量不满10克时一般不以犯罪论处的做法又可能放纵一部分犯罪人。虽然根据刑法第348条之规定，当行为人非法持有毒品数量不满10克，不以犯罪论处，但是根据刑法第347条第4款之规定，倘若以运输毒品罪论处，仍可最高判处七年有期徒刑。

可以看到，上述做法的弊大于利。造成这一局面固然有司法机关本身的问题，但笔者认为，它与运输毒品罪与非法持有毒品罪的法条设计上所存在的重大缺陷存在很大关联。从表面上看两者的区分比较明确，就在于主观目的及动机的不同。运输毒品行为人的主观目的是意图走私、贩卖、制造毒品和为了帮助意图走私、贩卖、制造毒品的人运送毒

品,其动机为获得非法利益;非法持有毒品行为主观目的是为了追求对毒品的占有,其动机是为了自己吸食或为其他吸食者代购。但是,从功能诉求上看,两者均具有“兜底”功能,即,在没有充分证据证明行为人具有特定犯罪目的的情况下,对行为本身进行处罚。区别仅仅在于,运输毒品罪相对于走私、贩卖、制造毒品罪而言,是兜底性条款,而非法持有毒品罪则是相对于走私、贩卖、制造、运输毒品罪而言,是兜底性条款。在证据要求上则表现为,对于主观明知的证明大量使用推定,被告人所能提出的抗辩事由较少,抗辩成功的可能性也较低。而法律对于相关证据的证明责任分配的不明确进一步加剧了法律适用的混乱。因此,司法机关在相关法律适用时才会左右为难,最后选择“一刀切”的做法。可以说,在运输毒品罪和非法持有毒品罪的法律适用上,很难找到一个相对明确且合理的标准。

既然如此,可以考虑将运输毒品罪与非法持有毒品罪合二为一,统一为“非法持有毒品罪”,将刑法第347条中关于运输毒品罪的规定删除,并将刑法第348条修改为:“(第一款)非法持有鸦片二百克以上不满一千克、海洛因或者甲基苯丙胺十克以上不满五十克或者其他毒品数量较大的,

处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。(第二款)非法持有鸦片一千克以上、海洛因或者甲基苯丙胺五十克以上或者其他毒品数量大的,处七年以上有期徒刑,并处罚金;情节特别严重的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。”这样既有效避免了运输毒品罪与非法持有毒品罪司法适用中的诸多困难,又在保证对毒品犯罪从严打击的同时,形成了较为合理的犯罪阶梯。

参考文献:

- [1]高贵君.毒品犯罪审判理论与实务[M].北京:人民法院出版社,2009:211.
- [2]高巍.贩卖毒品罪研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2007:72-82.
- [3]劳东燕.危害性原则的当代命运[J].中外法学,2008(3).
- [4]中国社会科学院语言研究所词典编辑室.现代汉语词典[M].北京:商务印书馆,2005:1688.
- [5]黄维智.刑事证明责任研究[M].北京:北京大学出版社,2007:208-238.

(上接第43页)机构,以政府购买服务为由,公共服务经费貌似提供给中介组织,其实只是由基层政府的“左口袋”放入“右口袋”。如果说这些在基层政府主管下的社工机构能以成立社区综合服务中心为契机,充分利用政府资源,为社区居民提供高品质的专业服务,那也无可厚非。但也不能忽视的是,少数基层政府管理积弊较深,强权意识突出,服务意识淡薄。成立社区综合服务中心被当作是社会管理创新背景下顺势而为的“政治任务”,而非真正为了民生。对他们来说,社区综合服务中心提供的所谓“一站式”服务也就是政府承担的原有公共服务的集合而已,是完全可以沿袭行政的操作模式达成的。“政府购买服务项目的经费”也就理所当然“肥水”不可轻易流到真正的民办社工机构手里。与此同时,一批真正意义的民办社工机构却可能因为很难获得政府项目和经费的支持,难以维持生计。政府创新社会管理的理念和措施让襁褓中的社会工作者看到了新生,而良莠不一的社工机构、品质不一的服务质量又令他们茫然。

### (三)政府:社会公共服务提供的让渡者?

创新社会管理模式,由社会组织介入公共服务,是政府职能转变过程中根据实际需要主动让渡边缘空间的结果。然而,由于非营利组织管理法律体系尚不完善、社工机构自身能力不足等原因,社工机构的发展举步维艰。2007年5月臧宝瑞等对民办社工机构的一项问卷调查显示,财政资金支持不够、社会募集资金困难、税收优惠力度不够是民办社工机构发展面临的主要问题,分别占调查总体的56.2%、53.4%、38.4%。西方发达国家社会管理经验表明,合作伙伴关系已成为政府与社工机构关系的主导模式。“社工机构提供服务+公共筹资”成为社会管理的共同发展趋势。政府退出直接提供服务的角色,并不代表政府不再承担社会福利和社会服务的责任。政府的责任由服务提供者转向资金提供者。尽管各国政府的福利支出与非营利组织并

不相同,社工机构服务领域的规模大小不一,但是政府资助都是社工机构的主要收入来源之一,其比例超过非营利部门的平均水平。相比较而言,我国社工机构在财政和政策方面还没有建立完善的配套政策,社会工作者社会地位低、薪酬水平低、政府行政意志强等都制约着社工机构快速健康地发展。社工机构生存压力大,还难以和政府平等对话,政府与社工机构有效互动的难度较大。可见,政府主动让渡的空间非常有限,从西方发达国家经验来看,它不仅需要观念上的革新,更需要在财政、政策、法规等方面提供支持。

注释:

社区综合服务中心也叫家庭综合服务中心。本文统一使用“社区综合服务中心”的称谓。

民政部:全国有4.5万个社工岗位,500多家民办社工机构, <http://politics.people.com.cn/GB/13590207.html>

参考文献:

- [1]何增科.公民社会与非营利组织[M].北京:社会科学文献出版社,2000.
- [2]田凯.国外非营利组织理论述评[J].学会月刊,2004(10).
- [3]马凯.当前我国非政府组织发展面临的主要问题[J].上海师范大学学报,2004(3).
- [4]张玉磊.非营利组织与政府新型关系的社会学思考[J].山东省农业管理干部学院学报,2006(6).
- [5]齐海丽.参与式合作——政府与非营利组织关系新模式[J].学会,2009(12).
- [6]张杰华.近年来政府与非政府组织的合作关系研究综述[J].西南石油大学学报(社会科学版),2010(2).
- [7]臧宝瑞.民办社会工作服务机构发展与管理政策研究报告[EB].<http://www.chinanpo.gov.cn/web/showBulletin.do?id=31473&dictionid=5301>.