

# 贩卖毒品罪基本理论问题探析

高艳东

(西南政法大学, 中国·重庆 400031)

**内容摘要:** 贩卖毒品罪中对“贩卖”定义应表述为: 贩卖应当以流通为目的且行为人能按照自己的意志转让事实所有权, 贩卖的成立不需具备牟利目的; 贩卖不同于买卖。就毒品犯罪的刑事责任年龄而言, 14~16周岁的人走私毒品应当负刑事责任, 而运输、制造毒品则应有所区别。就司法难题而言, 无偿赠与毒品, 以毒品换毒品均属于贩卖毒品行为。

**关键词:** 毒品犯罪; 贩卖; 牟利目的; 刑事责任年龄

**中图分类号:** D918      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1672—6057 (2004) 01—27—06

## 一、界定贩卖毒品罪之难点症结

### (一) 界定贩卖的理论前提

关于贩卖毒品行为的定义, 有以下几种有代表性的观点: 一是认为, 贩卖毒品应当包括两个方面的特征。从交易方面讲, 可以是先买进后卖出, 但只要以牟利为目的, 即使只有卖出行为, 也构成贩卖毒品; 从有偿性讲, 必须以牟利为目的。<sup>[1](P97)</sup> 二是认为, 贩卖是指非法地有偿转让, 包括买卖与交换、批发和零售。不论是先买后卖或者自制自销, 只要行为人以牟利为目的, 将毒品买入或者卖出, 皆属贩卖毒品。<sup>[2](P120)</sup> 三是认为, 贩卖毒品是指有偿转让毒品或者以贩卖为目的而非法收购毒品。<sup>[3](P866)</sup> 司法实践采用的是1994年12月20日最高人民法院《关于执行 全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定 的若干问题的解释》中对贩卖的定义: “明知是毒品而非法销售或者以贩卖为目的而非法收买毒品的行为。”

上述观点的共同缺点是: 其一, 将贩卖毒品的前提限定为有偿性, 这是把刑法术语的含义等同于其他部门法的“刑法从属性”观念。的确, 在《现代汉语词典》中, 贩卖是指“商人买进货物再卖出以获取利润。”在生活中, 人们通常的观念也认为贩卖具有营利性。但是, 对刑法术语的含义作与其他领域同样解释的“刑法从属性”观念已被现代刑法抛弃, 当代刑法理论所坚持的“刑法独立性”要求刑法术语必须根据自身的立法取向作出符合情势的解释。其二, 忽视了贩卖毒品与运输毒品的区别。在运输毒品行为中, 运输人往往也是以牟利为目的, 尤其是在货到付款的情况下, 即运输人从收货人处取得报酬, 按照上述观点, 这种运输行为与卖出行为有何不同? 其三, 上述观点均把贩卖限定为买入或者卖出。虽然贩卖必然是买卖行为, 但是, 毒品犯罪有其特殊性, 只要能证明行为人主观上有流通毒品的目的, 即使没有买入或者卖出行为, 而只是持有毒品, 也可能构成贩卖毒品罪。如继承祖传大量毒品,

明显准备卖出或者只卖出一小部分, 对剩余的毒品即使没有卖出行为, 也不能以非法持有毒品罪论处, 而只能以贩卖毒品罪定性, 而按照上述观点, 在没有找到买家时, 未卖出的毒品无法以贩卖毒品罪论处。

我们认为, 界定贩卖毒品行为不能根据贩卖本身的字面含义, 根据“刑法独立性”理念, 贩卖的字面含义虽然对界定贩卖行为有参考价值, 但是, 贩卖的刑法意义必须根据我国立法状况与禁毒政策而作出全新界定。首先, 在我国, 对毒品犯罪化是因为毒品对国民健康有危害。但是, 对吸毒者自我造成健康损害(吸毒行为)却未犯罪化, 这两个原因: 一是在宽恕理念下对吸毒者的体恤, 在毒品的社会化泛滥中, 吸毒者本人也是受害者, 奉行人道主义的国家对于自损行为只能进行帮教, 而不能再次惩罚; 二是刑事政策无效性, 由于成瘾属于一种目前科学无法戒断的强烈心理与生理需求, 对已成瘾吸毒者的打击常常无效。这样, 刑事政策只能立足于防止成瘾的形成, 在刑法上表现为以刑罚手段阻止毒品的产生与流通、禁止为他人吸毒提供条件。即只要故意将毒品流通于社会并可能被吸毒者吸食, 在刑法上都被认为具有危害性。因此, 即使无偿为他人提供毒品, 也同样具有危害性。其次, 我国刑法中的毒品法网虽然严密(如将容留他人吸毒行为都规定为犯罪), 但却未规定为他人提供毒品罪, 而明知是吸毒者仍为其提供毒品的危害性较单纯的容留行为之危害性更重。因此, 在国外, 对提供毒品行为一般进行犯罪化处理。如在英国, 虽然毒品交易罪需要以利益交换为必要条件, 但是, 英国禁毒法同时规定了非法提供毒品罪, 从而使法网更加严密。<sup>[4](P302-318)</sup> 因此, 在我国, 有必要对贩卖进行适度扩张解释, 以包容为他人提供毒品行为, 弥补立法疏漏。

我们认为, 贩卖毒品包括三个方面内容: 一是行为人有流通毒品的目的; 二是行为人事事实上拥有对毒品的控制权和处分权, 并可以按照自己的意志处分毒品; 三是客观上有毒品的控制行为或者失控行为。下列情况均属于贩

收稿日期: 2003-12-02

作者简介: 高艳东(1977-), 男, 山东烟台人, 西南政法大学2002级刑法学博士研究生, 主要从事比较刑法学研究。

卖毒品：以流通为目的买入毒品，如非法收购毒品；以流通为目的且对毒品有事实上的所有权而持有毒品，如从祖上继承毒品或者拾得毒品但对毒品明显具有流通转让目的；以流通为目的而转让毒品事实上的所有权。

(二) 贩卖应当以流通为目的且行为人能按照自己的意志转让事实所有权

其一，贩卖毒品行为要求对毒品拥有事实上的控制权和处分权，且转让毒品事实上的所有权时是按照自己的意志进行。严格地讲，任何人对毒品（尤其是硬性毒品）都无所有权和处分权，这里的控制权、处分权和所有权只能按照刑法上的特有含义理解，不能与民法上的概念混同。如即使毒品是盗窃而来，但只要处于行为人事实上的控制之下，皆可认为其对毒品有所有权，即事实上有处分能力而能把毒品转让处分给他人。

首先，对毒品根本没有控制权和处分权，不可能构成贩卖毒品罪。如居间人与毒贩没有预谋，只向吸毒者介绍毒源和信息，但居间人始终没有控制过毒品，即使具有牟利性，也不属于贩卖毒品。其次，贩卖毒品要求能够转让毒品事实上的所有权。把毒品暂时转让他人占有，但未丧失对毒品的控制权，如用于他人诈骗、炫耀但事后马上收回，此时，他人对毒品无所有权而不属于贩卖毒品行为。最后，这一特征使贩卖毒品行为区别于运输毒品行为，在运输毒品中，虽然运输人对毒品有事实上的控制权，但对毒品一般无处分权，在转让毒品时，运输人也只是遵循交货人的意志。当然，如果运输人按照自己的意志转让了毒品的事实所有权，则构成贩卖毒品，如将交货人给运输人的毒品在途中按照运输人的意志转让给了另外的人（交货人指定之外的人），则运输人构成贩卖毒品罪而不是运输毒品罪。

其二，贩卖毒品要求对毒品具有流通目的，这是本罪的实质特征。首先，在刑法上，毒品的根本危害在于其流通于社会从而为吸毒者吸食。与其他危险物品不同，毒品本身不会自动危害社会。刑法上对毒品的禁止是防止毒品流通到吸毒者手中并危害吸毒者的健康，这有赖于切断毒品与吸毒者间的联系，这种联系性即抽象地表现为毒品的流通。基于刑事证明的难度，立法推定，只要把毒品流通于社会就会危及公民人身健康从而构成犯罪。其次，我国排除了吸毒行为的犯罪性，且从理论上讲，吸毒行为也不应以刑法调整。而“对毒品具有流通目的”这一条件，可以说明毒贩购买毒品的行为与吸毒者购买毒品行为的本质区别。同时，即使不以吸食为目的而购买毒品，只要其对购买的毒品无再次流通于社会的目的，就不属于贩卖行为，如购买毒品用于个人私下的科研。

(三) 贩卖不同于买卖

有学者认为，所谓贩卖是指买卖，无论是零售还是大批贩卖，抑或是先买后卖，只要购入或卖出的是鸦片、海洛因等毒品即可。<sup>[5] (P9)</sup> 这种观点实质是将贩卖与买卖混同，在刑法上，贩卖与买卖是截然不同的两个概念。如《刑法》

第 350 条“非法买卖制毒物品罪”、第 352 条“非法买卖、运输、携带、持有毒品原植物种子、幼苗罪”中均未使用“贩卖”一词而是使用的“买卖”一词。在《现代汉语词典》中，贩卖是指“商人买进货物再卖出以获取利润。”而买卖是一个名词，指“生意；商店。”显然，刑法中的买卖不是按照传统理解作为名词使用的，而是作为并列动词“买”和“卖”的合称。因此，贩卖强调的是卖出行为，而买卖强调的是两种行为——买与卖。具体而言，两者的区别在于：

其一，行为方式的范围不同。贩卖强调的是转手倒卖性，在刑法上，仅有卖出行为即可认定为贩卖，为了卖出而买入也可认定为贩卖，但不是为了卖出而买入则不能认定为贩卖，如为自己吸食而买入。就买卖而言，仅买入属于买卖，如买入后自用；只卖出也属于买卖，如自产自销；买入后再卖出亦属于买卖，如倒卖。故在行为范围上，买卖的方式比贩卖更广。

其二，对毒品是否有事实上的控制处分权不同。贩卖以对毒品有实际处分权为根据，在帮助毒贩卖出的情况下，因为对此时的毒品有处分权，属于贩卖的共犯；而单纯帮助吸毒者买入的（如为其提供信息），由于对毒品本身不具有控制和处分权，不属于贩卖毒品的共犯。而买卖不以实际上的控制和处分权为根据，单纯帮助他人买入（如帮助买主寻找货源）或者卖出的均属于买卖行为的共犯。

其三，是否要求有偿性不同。《刑法》第 352 条“买卖、运输、携带、持有毒品原植物种子、幼苗罪”中的“买卖”强调有偿性，因为该条将买卖与运输、携带、持有并列，该条行为方式的涵括性较大，对无偿提供毒品原植物种子、幼苗等危害性相同的行为，可以以该条的携带、持有行为论处，因此，将买卖限定为有偿性不会放纵罪犯。而贩卖则不以有偿性为条件，对于毒贩无偿为他人提供试验性新开发毒品的行为，由于其危害性与传统贩卖无差异（对此类行为以持有毒品罪论处，显然会放纵罪犯），故无偿提供毒品行为要以贩卖毒品罪论处。

## 二、本罪是否需要牟利目的

(一) 贩卖的成立不需具备牟利目的

贩卖毒品罪是否要求牟利性，在各国（地区）有不同的规定。一是少数国家和地区要求贩卖行为需具备牟利性目的。如在台湾，现行刑法典第 257 条规定了贩运烟毒罪，而“贩卖”是指行为人以营利为目的而进行毒品交易。<sup>[1] (P397)</sup> 在英国，根据 1994 年颁布的《反毒品交易法》（The Drug Trafficking Act 1994），毒品交易行为也必须具备利益性要件。<sup>[4] (P302)</sup> 二是大多数国家不要求贩卖需具备牟利性目的。香港地区刑法中的贩运毒品罪，从条文看，营利动机不是本罪的必备要件。根据香港上诉庭判例，吸毒成瘾者携带毒品，不论数量多少，进入或离开香港，即使纯粹供自己享用，也视为贩运行为而构成贩运毒品罪。这说明有无营利之动机并不影响本罪的成立。<sup>[1] (P413)</sup> 《加拿大刑

事法典》第十二章“违禁药具与违禁药宣传品”中第462.1条规定：“‘出售’包括推销、摆售、持有待售和散发上述物品，不管此种散发是否有报酬。”<sup>[6] (P266)</sup>在俄罗斯，贩卖行为亦不要求营利目的，“麻醉品和精神药物最危险的一种传播方式是非法销售，即‘以任何方式传播（出售、赠与、交换、抵债、出借、给他人注射等等）’。……麻醉品或精神药物交付他人的形式不影响对行为的定罪，正如这种交付是有偿的或者无偿的均不影响定罪一样。”<sup>[7] (P622)</sup>那么，在我国，不以盈利为目的的毒品转让行为，能否构成成本罪？

我们认为，首先，从构成要件的角度讲，牟利是行为人的一种动机而不是本罪的目的。牟利是促使行为人贩卖毒品的内心起因，如果把其作为构成要件内容加入到贩卖行为中，则是超越法条人为增加构成要件的要素，违背罪刑法定原则。有学者认为：“不具有牟利的目的，不构成贩卖毒品罪。这一点在《关于禁毒的决定》第2条及1997年刑法典第347条中虽然没有直接写明，但结合《关于禁毒的决定》第10条第2款或者《刑法》第355条中‘以牟利为目的’的规定来看，应该是毋庸置疑的。”<sup>[1] (P107)</sup>的确，第355条规定：“向走私、贩卖毒品的犯罪分子或者以牟利为目的，向吸食、注射毒品的人提供国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品、精神药物的，依照本法第347条的规定定罪处罚。”但恰恰相反，这一规定正好说明了贩卖无需牟利目的，根据这一规定，向走私、贩卖毒品的犯罪分子提供毒品无需牟利目的，只要向毒贩提供了麻醉药品、精神药物的，就构成贩卖毒品罪。同时可以看出，在毒品犯罪中，立法者对牟利目的并非无意省略，347条未规定牟利目的恰恰是因为立法者认为本罪不应以牟利目的为构成要件内容。

其次，从犯罪现状与危害性角度看，贩卖毒品罪不属于经济犯罪，也不属于营利性犯罪。毒品贩卖与巨额利润有关，但毒品的危害在于其流通后对吸毒者的健康损害，对这一客体内容的损害，不以牟利目的为必备条件。人为增加构成要件内容，会缩小打击范围，既不利于司法认定，也不利于有效控制毒品的流通以保护公民健康。

最后，人为增加牟利目的，会在司法实践中产生诸多混乱与矛盾。如果认为牟利是本罪构成要件中的目的，那么，本罪的既遂就需要具备构成要件的全部要素，否则便是未遂。在行为人牟利目的没有达到时，是否应当一律认定为未遂呢？如行为人已经交货，但被对方“黑吃黑”，不予付款；吸毒者戒毒后将毒品以象征性的低价出售；毒贩在急于用款时以超低价抛售毒品。在这些情况中，行为人的牟利目的并未实现、甚至没有，亦很难认定，增加牟利目的给司法机关徒增烦恼。

## （二）无偿赠与毒品是否属于贩卖

通说认为，贩卖应当是有偿的买卖，对赠与毒品行为更是否定其犯罪性，“如果是无偿转让毒品，如赠与等，则不属于贩卖毒品。”<sup>[3] (P866)</sup>“贩卖毒品一般要以牟利为目的，

不以牟利为目的的无偿转让毒品的行为（如赠与），不应构成贩卖毒品罪。”<sup>[8] (P581)</sup>我们认为，无偿赠与与行为同样可以构成贩卖毒品罪，只要行为人以流通为目的将其控制的毒品处分给他人时，即属于贩卖毒品行为。理由如下：

其一，基于有效控制毒品、防止立法漏洞出现的需要。在实践中不排除这样的情形，在开发了一种新型毒品之后，由于其效果尚不为人熟悉，故由毒贩免费将其在特殊人群中予以品尝，以期打开新型毒品的销售市场，在其免费发放毒品后即被抓获，对这一行为能否定罪？从某种意义上讲，此种行为的社会危害性比贩卖同样数量的传统毒品更大，因为它又使国家面临着一种新的犯罪危机。从毒品发展的历史看，毒品的变化方式越来越多，成瘾性与快感性愈来愈强的毒品不断被研制出来，如果对这种“促销”手段不予以刑法打击，而坐待新型毒品被广泛接受后再对行为人以贩卖毒品罪论处，无异于亡羊补牢。

其二，贩卖行为的多样性使本罪无需牟利性。在实践中，不排除有这样的情况，毒贩之间感情很好（兄弟关系），在一方洗手不干时，将毒品无偿转让赠与给对方（明知对方以后会将毒品卖出），如果对此种行为不定罪，未免放纵了罪犯。而且，就毒品流通入社会并危害他人这点而言，此种行为与普通贩卖行为并无实质区别，惟一差距在于，这种情形的发生概率较少而未引起学者的注意。上述两种行为均属于贩卖毒品行为。

其三，国际公约的规定和各国立法趋势的必然要求。由于毒品的危害在于对吸食者的损害，所以，任何给予毒品的行为具有同样的危害，这在国际公约与各国的立法中均有体现。1988年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第三条“犯罪和制裁”第一款规定：“1. 各缔约国应采取可能必要的措施将下列故意行为确定为国内法中的刑事犯罪：(a) (一) 违反《1961年公约》、经修正的《1961年公约》或《1971年公约》的各项规定，生产、制造、提炼、配制、提供、兜售、分销、出售……任何麻醉药品或精神药物。”其中，“提供”行为是公约要求予以犯罪化的一个行为。各缔约国的刑事立法也反映了这一要求，如英国刑法“给与毒品罪”是“非法地……给与或者引起被给与或者由其他任何人取走任何毒品，或者其他有害有毒性物品。”<sup>[9] (P482)</sup>中国已于1989年加入该公约，自然应当在刑法中反映这一要求，扩大对贩卖的解释将赠与行为视为一种特殊贩卖行为是一个司法捷径。

需要指出，受赠方是否构成贩卖毒品罪则不能一概而论，关键看受赠方对毒品的主观目的。如果受赠方对毒品的主观目的是流通，即毒贩以流通为目的获赠毒品，则获赠行为同样是贩卖毒品行为；如果以个人使用为目的获赠毒品，则不属于贩卖毒品。

## （三）以毒品换毒品是否属于贩卖

以毒品换毒品主要包括几种情形：一是不同毒品之间的兑换，如甲将其手中100克海洛因与乙手中的150克可卡因进行了兑换；二是同种毒品的转借，如毒贩甲有大宗

生意，但其手中的毒品不够，故临时向毒贩乙借毒品 200 克，等甲以后有了毒品后再与归还；三是把毒品作为报酬，如甲给予运输人乙毒品 10 克以作为回报。

首先，按照我国通说，贩卖行为要求具有有偿性，即使站在这种观点上，毒品仍然可以成为有偿性的载体，即是以毒品作为交易中介还是以其他利益作为交易中介，不影响有偿性的成立。在对贩卖毒品行为要求具有利益要件的国家中，毒品可否作为交易中介的利益，存在一定的模糊性，但一般认为，毒品本身可以作为交易的中介从而属于贩卖行为。“毒品可以被看作是禁毒法规中所要求的财产，在特定的情况下，可以被看作是反毒品交易法第 4、5 条中所规定的被告人所获利益之表现，同时，可以被看作第 5 (3)、6 (1) 条中所规定的财产。……趋势是，被告人所获得的利益可以是毒品，只要他控制或者拥有它。”<sup>[41] (P307)</sup> 按照我们的观点，贩卖毒品行为无需有偿性，故交易中介是毒品本身，更不影响贩卖行为的成立。

其次，上述三种情形是否属于贩卖关键在于行为人对毒品是否具有流通目的。只要是把毒品流通给他人或者社会，即属于贩卖行为。就第一种情形而言，兑换行为造成了毒品的流通，故双方都属于贩卖行为。在数量计算时，对甲乙都应对 100 克海洛因和 150 克可卡因的总额负刑事责任。例外的情形是，若甲换回的 150 克可卡因是用于自己吸食，则甲贩卖毒品的数量只为 100 克海洛因。就第二种情形而言，甲乙均属于贩卖毒品，数量均以 200 克计算。就第三种情形而言，甲的此种回报行为属于贩卖毒品，数量为 10 克。

### 三、本罪刑事责任年龄制度之检讨

(一) 14~16 周岁的人走私、运输、制造毒品是否应当负刑事责任

《刑法》第 17 规定了对贩卖毒品罪开始负刑事责任的年龄是 14 周岁，那么，对走私毒品罪的行为，行为人开始负刑事责任的年龄是否是 14 周岁？我们认为，对《刑法》第 17 条中的“贩卖毒品”应当扩大解释，第 17 条中的贩卖行为可以包容走私行为，即走私毒品罪开始负刑事责任的年龄也是 14 周岁。理由如下：

其一，防止罪刑不均衡。从个案的危害性看，走私毒品的危害与贩卖毒品的危害无太大差异，从《刑法》第 17 条的规定来看，立法者可能认为贩卖毒品行为的危害性高。于走私毒品行为，从毒品的本质危害、毒品流通的角度看，贩卖毒品行为是导致毒品流通于社会进而危害他人的直接因素。但是，从分则规定中立法者的价值取向来看，立法者认为走私毒品行为是 347 条中危害性最重的行为；从《刑法》第六章第七节的规定来看，走私行为在立法上的地位高于贩卖行为（排在第一位）。从现实性的角度看，由于我国接近毒品生产地，是一个毒品过境国，大量毒品都来源于境外，在司法实践中，我国破获的毒品大案几乎都是走私毒品案，走私毒品的数量动辄以吨计。相比较而言，

贩卖行为中涉案毒品数量无法与走私毒品罪相比，可以说，对走私行为适用《刑法》第 17 条的规定是一个当然解释。是谓“入罪，则举轻以明重；出罪，则举重以明轻。”如果恪守法条的机械性，势必造成罪刑不均衡、显失公正。

其二，从我国的立法进程来看，走私毒品属于贩卖毒品行为可以包容的行为方式。即走私毒品是一种特殊的贩卖行为，只是由于强调对走私行为的打击才将其单列，因此，把走私行为解释为贩卖的一种特殊表现形式从而适用《刑法》第 17 条并无理论障碍。1979 年《刑法》只规定了“制造、贩卖、运输”毒品行为，没有规定走私毒品行为，直到 1987 年《海关法》才第一次明确规定了走私毒品行为。在这期间，走私毒品行为都是以贩卖毒品行为论处的。如 1986 年 4 月，温源和（泰国籍人）、戴文煊、余锡宽（这两人均均为香港居民）等三人，共同策划企图把境外毒品经昆明、广州，偷运至香港，1986 年 8 月，戴某、余某在火车站外接收毒品时，被我公安人员当场抓获，缴获 4 号海洛因 22768 克；温某当晚在昆明市被抓获。这是当时新中国破获的最大走私贩运毒品案。经昆明中级人民法院审理，认定温某等三人构成贩毒罪。<sup>[10] (P335)</sup> 显然，从渊源上讲，走私毒品罪来源于贩卖毒品罪。

其三，在国际公约中，走私与贩卖之间的界限并不明显，国际公约一般未对其进行严格区分，而统称为毒品贩运。如 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，从标题中可见，走私与贩卖并无实质差异，同时，在该公约第十条“国际合作与援助过境国”第二款规定：“缔约国可直接或通过主管国际组织或区域组织，承诺向这些过境国提供财政援助，以便充实和加强为有效控制和预防非法贩运所需的基础设施。”在该条中，毒品走私行为与其他贩卖行为等一道被概括为非法贩运，可见，走私与贩卖之间的危害性无实质区别，对走私行为适用《刑法》第 17 条也符合公约精神。

其四，与之相关的一个问题是：对运输、制造毒品行为是否可以适用《刑法》第 17 条的规定？我们认为不可，首先，运输和制造行为有其特殊性，从立法地位来看，运输和制造行为的危害性要低于贩卖（运输在法条中居于第三位而制造居于第四位）；从立法渊源上讲，运输、制造与贩卖毒品并无一脉相承性，在 1979《刑法》中，贩卖、运输、制造是相互独立的三个行为，且在其后的立法与司法实践中，立法者对贩卖、运输、制造行为都进行了严格区分。因此，对这两种行为适用第 17 条不是一种当然解释，否则有违反罪刑法定的嫌疑。其次，从现实的角度看，与走私和贩卖毒品行为相比，在运输与制造毒品行为中的青少年多数是只起辅助性作用，就运输而言，青少年很可能只是毒犯利用的一种工具；就制造而言，青少年以一己之力，一般很难完成制造行为。最后，在国际公约中，制造与贩卖等行为是严格区分的，在 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》中，制造毒品行为是单独规定的，该公约第 12 条“经常用于非法制造麻醉药品或精

神药物的物质”中，“非法制造”与“非法贩运”是完全不同的两种行为。总之，对运输、制造毒品罪负刑事责任年龄的应当是16周岁以上。

## （二）对贩卖毒品罪刑事责任年龄的反思

虽然立法很明确，对贩卖毒品（可以包容走私毒品）行为负刑事责任的年龄是14周岁以上，但是，《刑法》第17条的合理性值得反思，把贩卖毒品行为与杀人等血腥暴力犯罪相提并论与毒品犯罪的性质并不符合。从长远看，这一条应当修改，即删除“贩卖毒品”，使毒品犯罪负刑事责任的年龄统一为16周岁以上。理由如下：

其一，犯罪性质、犯罪的谴责性与社会历史检验性不同。《刑法》第17规定的行为主要是杀人等暴力犯罪，由于对社会震荡性极大、且具有违背人伦的血腥性、侵犯性，这些罪名基本上属于古今中外任何刑法典均予以犯罪化的行为，且都是作为重罪予以严惩，至少在目前，无人对故意杀人、抢劫、强奸等行为的犯罪化提出任何置疑。相比较而言，贩卖毒品罪则不具有血腥性、其对人伦与人性的违反远较杀人罪等低。例如：美国联邦法律虽然禁止贩卖和吸食大麻，但目前美国有14个州也允许在医学上使用大麻。<sup>〔11〕</sup>这亦证明了毒品犯罪与杀人等暴力犯罪在刑法中不能相提并论。

其二，犯罪化的机理不同。杀人等罪具有直接危害性，杀人行为本身对社会即带来直接损害，其犯罪化原理是传统的密尔先生提出的“损害原则”。而贩卖毒品行为的危害却具有相对间接性，毒品的危害在于对特定吸食者的健康损害，而与吸食者健康损害具有直接因果关系的是吸食行为而不是贩卖行为。从毒品在刑法上的损害（吸毒者的健康）来看，导致这一损害的原因必然有两个：个人吸食行为与他人贩卖行为；而杀人等行为中的损害（他人死亡、伤害等）的原因一般只要一个：罪犯的侵犯行为。即使贩卖毒品行为导致了吸毒者重伤和死亡，其行为的危害程度与杀人行为等还是有区别的，受害者自己对损害的加因性在相当大的程度上减轻了贩卖行为对损害的责任。

其三，贩卖毒品犯罪中较强的被害性使贩卖行为的可谴责性较杀人等暴力犯罪低。贩卖毒品罪是否是无被害人犯罪尚值得研究，我们认为，虽然有时贩卖行为的损害无法确定与特定，但贩卖行为的被害人就是吸毒者。在贩卖毒品行为的损害中，吸毒者的个人被害性起到了很大作用，在目前国外关于被害人在犯罪中作用的著述中，对被害人责任常常使用有责性和分担责任这两个术语。有责性是指被害人对犯罪事件的发生或遭受的被害负有责任，分担责任是指就被害人与犯罪人的关系而言，被害人有可能对犯罪事件及损害的发生负有责任。“不幸的事件是有可能预防的，但被害人不是最大限度地降低了他们所面临的危险，而是增强了这种危险性。从这种意义来说，这些被害人所遭受的人身或经济损害，部分是由于自身的原因所导致的。”<sup>〔12〕</sup>〔P148〕犯罪学学者将被害人承担责任的类型在总体上可以划分为六级水平，每一级水平对犯罪人和被害人的待

遇都有相应的影响。“被害人责任的第五级水平是合作，即被害人对犯罪持同意态度。这一水平的责任特别是出现在所谓无被害人的犯罪中，包括同性恋、吸毒、赌博，在个别情况下还包括本身是性虐待狂的受害者。”<sup>〔12〕</sup>〔P152-153〕可见，毒品犯罪中的被害责任几乎是最高，相对于杀人罪等而言，这减轻了贩卖毒品罪的可谴责性。

其四，在毒品犯罪中应当体现对未成年人的特别保护与特殊体恤。在我国刑法对毒品犯罪的规定中，也可以看出立法者对青少年的特殊保护，如《刑法》第347条第6款规定：“利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品，或者向未成年人出售毒品的，从重处罚。”第353条第3款规定：“引诱、教唆、欺骗或者强迫未成年人吸食、注射毒品的，从重处罚。”这在其他暴力犯罪中是少见的。虽然在分则中，立法者考虑到了对青少年毒品问题的特殊体恤，但在总则17条中却背离了这一理念。

其五，在刑法未修改之前，我们建议对本条作限制性解释，即虽然贩卖毒品罪开始负刑事责任的年龄为14周岁，但对贩卖本身应当予以严格解释：就行为对象而言，《刑法》第17条应当仅限于海洛因等硬性毒品，对于贩卖大麻等软性毒品与一般麻醉药品与精神药物，开始负刑事责任的年龄应当为16周岁；就情节而言，14~16周岁的行为人为负刑事责任的原则上应限于《刑法》第347条第2款规定的五种情节：就在犯罪中的地位而言，应仅限于主犯或者单独犯罪，对从犯、被利用、教唆贩卖毒品等情况均不能适用第17条。

## 四、本罪司法疑难问题研究

### （一）为他人提供毒品并强迫其吸食的行为定性

通说认为这时仅构成强迫他人吸毒罪。我们认为，此时应该以贩卖毒品罪和强迫他人吸毒罪进行数罪并罚，否则，易产生罪刑失衡的现象。如行为人贩卖海洛因50克以上的最低量刑是15年有期徒刑、最高刑是死刑；而如果行为人为使用自己所有的毒品强迫他人吸食，即使强迫吸食量在50克以上，但又未造成重伤、死亡的结果，若仅按照强迫他人吸毒罪定罪，最高只能处10年有期徒刑。就行为的危害性而言，前者仅仅是把毒品提供给他人，而后者不仅为他人提供了毒品，而且使用了危害人身自由的暴力等手段；就对吸毒者的危害性而言，显然是后者更大，但量刑却畸轻。因此，在立法未修改前，对强迫他人吸毒罪的解释应以不向受害人提供毒品为限，既提供毒品、又强迫他人吸食，应数罪并罚。

### （二）居间行为的定性

有学者认为：“居间人受吸毒者委托，或者未受委托而主动为吸毒者提供毒源信息，帮助吸毒者购买毒品的，不以贩卖毒品罪的共犯论处。……在实践中，有的居间人在提供毒源信息后，还从吸毒者处获得少量的毒品吸食，或取少量介绍费，在这种情况下，居间人也不具备帮助贩毒者贩卖的直接故意。对这种行为不能以犯罪论处。”<sup>〔11〕</sup>〔P121〕

对此我们不赞同，居间人与毒贩有意思联络，居间人通过毒品的转手进行牟利、使毒品成为有偿性，这些行为肯定是贩卖毒品罪。除此之外，居间人与毒贩无意思联络的居间行为是否构成贩卖毒品罪的关键在于居间人是否对毒品有实际上的控制权和处分权，如果居间人实际上获得了毒品的控制权和处分权，应当以贩卖毒品论处。

这种解释的理由在于：其一，吸毒不是犯罪不等于帮助吸毒者吸毒不构成犯罪。根据“危害转咎”理论，对吸毒者的自我损害，社会和他人负有责任，如同自杀不是犯罪、但帮助自杀者却构成犯罪的道理一样。只要在事实上为吸毒者提供了毒品，即居间人将处于其事实控制下的毒品处分给吸毒者，皆属于这种“危害转咎”中的责任者，属于贩卖毒品罪。这也与刑法中从严打击毒品的法意相一致。根据《刑法》第354条，容留他人吸毒的即可以构成犯罪，那么，这种在事实上明知是毒品而为吸毒者提供毒品行为的危害性显然较容留行为危害更大，为什么不能以贩卖毒品论处呢？其二，在“危害归咎”时，要防止无限扩大责任者的范围。毒品犯罪的关键在于毒品本身，居间人是否负有“转咎责任”，只能根据其在事实上是否将其控制下的毒品处分给吸毒者，如果居间人无法在事实上控制和处分毒品，其对吸毒者的危害只能是间接的，在刑法上，作此限定是为了防止扩大处罚的链条。

### （三）给居间人毒品作为报酬的行为定性

给居间人毒品的行为是比较特殊的情况，对此要作特殊处理。居间人实际控制毒品并转交给吸毒者然后从吸毒者处获得毒品肯定属于贩卖毒品。但是，有两个问题值得研究：一是把毒品作为报酬提供给居间人，对吸毒者如何定性；二是居间人未实际控制毒品，只是为吸毒者提供毒源信息，吸毒者获得毒品后把部分毒品作为报酬提供给居间人，对居间人如何定性？

对于第一个问题，即使按照目前通说主张的贩卖必须具有牟利性或者有偿性的观点，把这种行为定性为贩卖毒品也无疑问，因为此种毒品是作为利益交换而提供给居间人，对吸毒者应当以贩卖毒品罪论处；而按照我们的观点，贩卖无需牟利性和有偿性，更应当定性为贩卖毒品罪。至

于第二个问题，关键要看作为报酬的毒品的最终处理结果，居间人未实际控制过毒品，而只是接受毒品作为报酬，如果居间人只是把回报的毒品于个人吸食，则居间人不构成本罪；如果居间人接受毒品后将毒品再次流通于社会，则属于贩卖毒品行为。

### 参考文献：

- [1] 于志刚. 毒品犯罪及相关犯罪认定处理 [M]. 北京：中国方正出版社，1999.
- [2] 赵秉志. 毒品犯罪研究 [M]. 北京：中国人民大学出版社，1993.
- [3] 张明楷. 刑法学（下） [M]. 北京：法律出版社，1997.
- [4] RUDIF. FORTSON. The Law on the Misuse of Drugs and Drug Trafficking offences, London: Sweet & Maxwell, 1996.
- [5] 邹涛, 邵振翔. 关于禁毒的决定和关于惩治走私、制作、贩卖、传播淫秽物品的犯罪分子的决定释义 [M]. 北京：群众出版社，1991.
- [6] 加拿大刑事法典 [Z]. 卞建林, 等译. 北京：中国政法大学出版社，1999.
- [7] [俄] 斯库拉托夫, 列别捷夫. 俄罗斯联邦刑法典释义 [M]. 黄道秀译. 北京：中国政法大学出版社，2000.
- [8] 李希慧. 妨害社会管理秩序罪新论 [M]. 武汉：武汉大学出版社，2001.
- [9] [英] 史密斯, 霍根. 英国刑法 [M]. 李贵方, 等译. 北京：法律出版社，2000.
- [10] 最高人民法院刑事审判第一庭. 打击毒品犯罪适用 [M]. 北京：人民法院出版社，1992.
- [11] 徐军. 荷兰首开允许公开出售大麻先例 [N]. 法制日报，2003 - 9 - 3 (4).
- [12] 张晓秦, 赵国玲. 当代中国的犯罪与治理 [M]. 北京：北京大学出版社，2001.
- [13] 许燕红. “9. 11” 砸碎摇头丸 [N]. 国际先驱导报，2003 - 1 - 3 (11).

## Theoretical Discussion and Analysis of the Crime of Drugs Trafficking

GAO Yan-dong

(Southwest University of Political and Law Science, Chongqing 400031 China)

**Abstract** :The definition of the crime of drugs trafficking may be given as follows. Trafficking refers to the willful circulation or transfer of objects for criminal purpose even if there is no profit motive. Trafficking is therefore different from buying and selling. Criminal responsibility for drugs smuggling is at ages 14 - 16, while there are different ages of responsibility for drugs transporting and manufacturing. In judicial practice, giving drugs without conditions and the exchange of drugs can also be considered criminal activities.

**Key words** :Drug crimes; trafficking; the purpose of making profit; ages to be responsible for the crime

(责任编辑 杨红屏)