

代购毒品行为的刑法学剖析

盛豪杰

(安徽大学法学院,安徽合肥 230601)

摘要:代购毒品行为是毒品犯罪的新型行为表现,代购毒品行为由于缺少刑法的明确规定导致在理论与实践对其性质存在不同的认识。代购毒品行为的概念不同于日常生活的代购行为和民法委托的概念,在外延上需要以有偿与否、行为独立、隐名显名为标准区别于居间介绍毒品行为。代购毒品构成贩卖毒品罪需要具有牟利目的的主观条件,但是对牟利目的的需要扩大解释。不同的代购行为其触犯的罪名有所不同,对于代购蹭吸与少利低利代购也需要区分不同情况予以正确认定。

关键词:代购毒品;贩卖毒品;非法持有毒品

中图分类号:DF639 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-5092(2019)02-0031-05

吸食毒品不仅会对自身带来巨大伤害,也会拖垮本应幸福的家庭。同时,由于吸食毒品后人脑会产生幻觉,对周围群众的人身财产安全产生极大的危害。因此,我国对毒品一直保持严厉打击的态度,但是随着社会经济的发展,出现了一些不同于传统方式的毒品犯罪行为。这些行为方式的定罪引起社会公众及刑法学者的广泛争论。“代购毒品”就是其中非常典型的行为方式,对“代购毒品”行为性质的认定也是争议不断。

一、代购行为界定

1. 代购行为的概念

“代购”一词本身不是一个法律概念,其内涵不具有明确性。代购毒品的行为能否理解为日常生活中的代购行为?依照在日常生活中对代购行为的理解能否满足毒品犯罪领域的特殊要求?这些问题都需要一一辨明。

日常生活意义上所说的“代购”通常是指有偿委托他人购买物品,无偿的委托购买一般不会用“代购”一词,而是用我们口语中“捎带”“顺带”等词,职业的商品代购人由此而来。但是代购毒品明显不能仅包括有偿代购的含义,还理应包括无偿代购的内容。2008年《大连会议纪要》

将无牟利目的的代购行为在满足刑法第三百四十八条规定的最低数量标准的前提下以非法持有毒品罪定罪处罚,由此可以推导出代购毒品应该包含无偿代购毒品行为。代购一般是指委托他人购买,其类似于民法中的“委托”。民法中“委托”是指一方委托他人处理相关事项,且他人予以承诺。那么民法上委托的内容能否直接套用刑法上代购毒品呢?笔者持否定意见。民法上的委托与刑法上代购毒品行为的行为结构类似,但是民法上的委托与刑法上代购毒品有着质的区别。民法上的委托一般要求行为合法,违法的代理事项不能发生委托效果。而代购毒品的行为内容是直接危害社会利益的犯罪行为,代购人在满足罪刑条件下也需要对其代购行为所产生的社会危害承担相应的刑事责任。对于托购人,在民法上其可能承担代购行为的法律效果,在刑法上,托购人并不因为代购行为本身而承担刑事责任。对于刑法意义的代购行为,不同学者有着不同的观点意见。孙跃文认为代购毒品行为,是一种单方委托购买毒品的行为,即托购人单方面委托代购人实施其指定的代买特定毒品的行为^[1]。靖波认为行为人单纯代理购买毒品的而不是积极主动寻找卖家的行为是代购^[2]。第一种观点肯定了代购毒品行为

是以购毒人一方为出发点,行为起点是接受购毒人的委托,这种观点具有合理性。但是“特定毒品”含义不明,其是指种类特定、数量特定、价款特定还是指三者兼具?第二种观点将单纯代理购买毒品作为代购行为含义,但是何为“单纯”?是指目的方面的单纯还是手段方面的单纯?这些问题不得而知,也没有清晰地阐明代购毒品行为的含义。需要强调的是浙江省 2018 年 3 月出台了《关于办理毒品案件中代购毒品有关问题的会议纪要》(以下简称“浙江会议纪要”),《浙江会议纪要》对代购毒品行为做了一个具体的规定:代购毒品,一般是指吸毒者与毒品卖家联系后委托代购者前去购买仅用于吸食毒品,或者虽未联系但委托代购者到其指定的毒品卖家处购买仅用于吸食的毒品,且代购者未从中牟利的行为。该规定具有极大的司法实践指导的便利性,以两个特别明确的行为类型做出了代购行为的定义。但是笔者并不赞同该定义,第一,该定义将代购行为限制于存在托购者需求的特定卖家。这种限制仅仅是为了明确区分而进行的设置,但是特定卖家的有无并不影响对行为性质的变动,也不应该以这种标准对法律行为的概念进行区分。因为托购者往往是急于吸食毒品,对于他们来说毒品的来源并不重要,在司法实践中也存在托购者急于吸食毒品,但是并不知晓毒品来源,而临时托朋友代为购买一次毒品的情形,这明显属于一种代购毒品的情形。第二,要求未从中牟利。该规定将代购行为仅限于无偿代购的情形不具有合理性。代购概念不完全等同于日常代购概念,但是其不应过分异于日常生活概念,代购行为在日常生活中本应该包含有偿与无偿的区分,在刑事领域无偿代购行为与有偿代购行为的区分也早已深入人心。该规定将代购行为仅局限于无偿情形,颇有以偏概全之嫌。

结合以上分析及多位学者观点,代购毒品中“代购行为”的内涵应是指购毒者基于吸食毒品的需要,委托行为人代为购买毒品的行为。该内涵并未对行为加以过多的限制,第一,对毒品“特定”的要求实属没有必要,因为购毒人可以基于各种需求对毒品有着不同的“特定”要求,无法一一列举,并且毒品是否特定并不妨碍对代购行为的认定。第二,对“单纯性”要求不宜限定过严,因为目的方面的不同本身就决定了代购行为的不同性质,单纯目的下的代购行为只是其中一种类

型。手段是否单纯也不影响对代购行为本身的认定。第三,对特定卖家与牟利有无未进行限制,因为该限制仅仅是为了区分而区分,与日常生活及现实情况相异较大。

2. 代购毒品与居间介绍毒品

代购行为的内涵映射了其外延范围,但是代购毒品与居间介绍毒品具有相似的行为表现,因此在司法实践中两者常常容易发生混淆,因此有区分两者界限的现实必要。居间介绍毒品行为一般是指在购毒方与贩毒方之间牵线搭桥、举荐引媒,促使双方达成交易目的。居间介绍毒品行为一般有三种类型:第一,以贩毒者为起点,为贩毒者找寻购毒者。第二,以购毒者为起点,为购毒者寻找毒源。第三,同时兼顾贩毒者与购毒者两方,既有为贩毒者寻找购毒者的一面,也有为购毒者寻找贩毒者的一面。对于第一种居间行为,居间人以贩毒者为起点,为贩毒者寻找购毒者,具有帮助贩毒者贩卖毒品的故意,即明知自己行为会造成毒品流通的危害结果,希望或者放任这种危害结果的发生,客观上也为贩卖毒品行为增添了帮助作用,因此这种居间行为应被认定为贩卖毒品罪。第三种居间行为由于包含了为贩毒者寻找购毒者的内容,因此,在司法实践中一般也以贩卖毒品罪定罪处罚。

问题在于第二种居间行为,为购毒者寻找毒源,其行为表象与代购毒品行为极为相像。在此情形中,代购毒品行为与居间介绍毒品行为的不同在于:一方面,代购毒品可以是无偿行为,也可以是有偿行为,而居间行为则以有偿性为根本。另一方面,代购人可以以购毒者的名义或者自己的名义与贩毒人进行交易,而居间行为的居间人并不介入双方的交易过程,只能是传达双方意思,不能进行独立的意思表示。由此可以看出,第一,如果行为人无偿地接受购毒人的请求找寻贩毒人,则一定是代购毒品的行为,因为居间行为应当是有偿行为。第二,如果行为人以自己的名义去帮助购毒人购买毒品,则是代购毒品的行为,因为在居间介绍毒品犯罪中居间人不会以自己的名义购买毒品。第三,中间人是否加入购毒人与贩毒人双方交易之中也是区分的重要因素,代购毒品者自己亲自去进行毒品的交易买卖,而居间人则是独立于双方之外,并不加入实质性的买卖过程。在居间介绍毒品行为中,居间人不参与毒品交易,也即不会经手毒品的买卖过程,但是代购毒品行

为人是帮助购毒人购买毒品,其是上线毒品的接受者。有学者认为将中间人是否出现在交易现场作为区分代购行为与居间行为的标志,这种区分方法过于狭隘,因为居间人作为撮合双方交易人员,也可能在交易现场为双方提供便利的居间服务,以民事意义的居间合同来说,居间人只有在交易完成之后才可以收到属于其居间帮助费用的款项,因此居间人完全有理由出现在交易现场,为双方交易提供帮助并在交易结束后要求居间费用。

二、代购行为中牟利目的认定

根据2008年《大连会议纪要》,以牟利为目的的代购行为认定为贩卖毒品罪,不以牟利为目的的代购行为则可能构成非法持有毒品罪或者运输毒品罪。由此引出一个问题:“牟利目的”是否是贩卖毒品的必备主观要件成为影响代购毒品行为性质的必要因素?

1. 牟利目的必要性分析

牟利目的的必要与否影响着罪与非罪、此罪与彼罪的认定。有牟利目的的代购毒品行为可能被认定贩卖毒品罪,没有牟利目的的代购毒品行为则可能构成非法持有毒品罪、运输毒品罪,甚至是无罪。2008年《大连会议纪要》规定:有证据证明代购人不以牟利为目的,代购他人用于吸食的毒品,并且达到三百八十四条最低数额标准的,则定为非法持有毒品罪。若代购人从中牟利或变相加价的,则以贩卖毒品罪定罪处罚。2015年《武汉会议纪要》对《大连会议纪要》规定的牟利或者变相加价进行了进一步规定。根据这两份文件的规定内容,似乎都是将牟利目的作为贩卖毒品的主观要件。而我国刑法对贩卖毒品的罪状描述并未规定贩卖毒品罪以牟利为目的。笔者认为代购毒品需要具备以牟利为目的才可构成贩卖毒品罪。

第一,最高人民法院在《大连会议纪要》与《武汉会议纪要》中都对代购毒品行为的牟利性做出了规定,且《武汉会议纪要》是在《大连会议纪要》的基础之上做出了更为详尽的规定。可以看出,最高人民法院对代购毒品行为的牟利性要求并非是一时的疏忽,而是其观点立场的体现。

第二,从法益侵害性角度来说,牟利目的的有无影响代购毒品行为的社会危害性程度。有学者主张无牟利目的的代购毒品行为同有牟利目的的代购行为一样,也会使贩卖毒品罪所保护的法益

受到侵害^[3]。故有无牟利目的并非是区分贩卖毒品的构成要件要素。行为人的行为构成犯罪行为除了侵害到刑法所要保护的法益外,还需要侵害到值得刑法所保护的法益,这其中有着程度上的要求。例如,购毒者毒瘾发作,其母亲不忍看其受苦,便依照购毒者给出的地址去购买了毒品给其儿子吸食。这时,如果认定该母亲构成贩卖毒品罪,则使人难以接受。

第三,牟利目的本属于“贩卖”一词的应有之义。贩卖行为是将物品的所有权转移,如果贩卖行为不包括牟利目的,那么无牟利目的转移物品所有权的行为无法与“传播”一词区分开来。以我国刑法中“传播淫秽物品罪”为例,传播淫秽物品罪规制的是不以牟利目的的单纯传播行为,即以陈列、播放等方式使淫秽物品让不特定或者多数人感知以及通过出借、赠送等方式散播淫秽物品^[4]。如果认为贩卖毒品不包括牟利目的,单纯地造成毒品流通的行为也属于贩卖毒品罪的规制对象,完全可以以“传播”一词涵盖“贩卖”一词的含义。既然立法机关使用了“贩卖”一词,其与“传播”的含义定有不同,不同点就在于“贩卖”应具有牟利目的,系有偿转让行为。因此,贩卖毒品罪应当是具有牟利性质的。

2. 牟利目的内容界定

牟利目的成为贩卖毒品的必备要件的解释虽然会极大缩减一些毒品犯罪的成立范围,但是对于代购毒品牟利的目的并非仅限于物质性利益,对牟利目的应该进行扩大解释。这既有利于防止造成毒品广泛流通,避免司法实践中放纵犯罪的负面结果,也有助于将一些社会危害性小、发生率低、属于公民自由范围的无偿代购的行为排除在贩卖毒品罪的打击范围之外。因此,对牟利目的的内容进行界定就显得尤为必要。有的学者认为贩卖毒品罪的牟利目的应仅限于物质性利益,因为绝大多数的贩毒行为的出发点都是为了获得金钱以及可以以金钱进行衡量的物质性利益,而且很多规定也以物质性利益对牟利的内容进行界定。正如2015年的《武汉会议纪要》规定了在交通、食宿等必要开销之外收取的“劳务费”“介绍费”,或者以贩卖为目的收取部分毒品作为酬劳的,应视为从中牟利。

但是物质性利益并非为牟利目的的全部内容,司法实践中存在比物质性利益更具诱惑力的因素,这些因素同样会刺激代购人去积极实施代

购行为,加剧了毒品在社会中的流通。

笔者认为对于非物质性牟利目的可以包含以下三方面内容:第一,以劳动力为对象的行为利益。代购者与购毒者达成合意,以购毒者为代购者付出身体劳动力来换取代购者为购毒者进行代购毒品。这种劳动力付出可能是一次性的,也可以长久性。第二,以性交、同居等为形式的身体利益。在司法实践中权色交易并不少见,同样的毒色交易也时有发生。第三,以职权职位利益等为内容的非物质性利益。职权职位利益是现代人们迫切追求的目的之一,人们对职权职位的需要不亚于对实际金钱的需要,而职权职位利益同样具有可交易性,通过帮吸毒者代购毒品来换取吸毒者手中掌握的职权职位利益。

三、代购毒品行为定罪分析

代购毒品行为依据不同的标准可以区分不同的行为类型,而不同的行为类型又会影响到该代购行为定罪量刑的不同。

1. 无偿代购行为分析

无偿代购行为的社会危害性与再犯可能性都明显低于有偿代购行为,如果将无偿代购行为的刑事责任与有偿代购行为的刑事责任作同一认定,将产生刺激犯罪的反效应。无偿代购行为由于缺乏牟利目的要件,因此,该行为类型不构成贩卖毒品犯罪。对于无偿代购行为的罪名认定需要区分代购人是否在运输途中被抓获。无偿代购行为若是在运输过程中被抓获且无法证明代购是实施其他犯罪,毒品数量达到较大以上,以运输毒品罪定罪处罚。无偿代购行为虽然不构成贩卖毒品罪,但是其运输毒品的行为仍然刺激了毒品在社会上流通,违反了我国毒品管制法规,具有社会危害性,在刑法上具有独立的犯罪构成与罪名。但是若并非在运输途中被抓获,并且达到《刑法》第三百四十八条规定的最低数量标准的,应以非法持有毒品罪定罪处罚。非法持有毒品罪作为我国刑法中典型的兜底性罪名,体现我国对毒品“零容忍,严打击”的形势政策。只要行为人明知自己持有毒品,数量在客观上达到法律规定的程度,则构成非法持有毒品罪。如果既没有在运输途中抓获,也没有达到第三百四十八条规定的最低数量标准的,则应对代购人无罪化处理^[5]。因为持有极少量(未达到法律规定的数量)的毒品对社会产生的危害性较小,根据刑法的谦抑性的要求,

对此种行为不应以犯罪处理,也体现了刑法对公民自由的尊重与保障。因此,无偿的代购行为主要是以运输毒品罪、非法持有毒品罪以及无罪三种结果进行处理。代购蹭吸行为一般被认为是无明显牟利目的的典型行为^[6]。在司法实践中,对代购者蹭吸毒品的行为性质确有着诸多的争论。有学者认为蹭吸行为是为了满足自身吸食的需要,不宜认定其为牟利目的,因为不能构成贩卖毒品罪,只能在毒品数量达到法定要求的条件下成立非法持有毒品罪^[7]。也有的学者从数量和次数的角度考量,认为代购人蹭吸的数量和次数不大,购毒者允许蹭吸只是一种友情馈赠行为,不能认为代购者具有牟利目的,因此否定其构成贩卖毒品罪^[8]。但是笔者认为对于代购人蹭吸毒品的行为性质应当以代购人与购毒人是否有蹭吸行为的盖然性明知为标准进行分别认定。对于代购人与购毒人有蹭吸行为的盖然性明知情况,则可以认定为牟利目的,进而认定为成立贩卖毒品罪。但是对于代购人与购毒人没有蹭吸行为的盖然性明知情况,则不能因此认定其具有牟利目的,在满足法定的数量要求下则可能构成非法持有毒品罪。

2. 有偿代购行为分析

有偿代购行为由于主观上不仅具有贩卖毒品的故意,且具有贩卖毒品的牟利目的,客观上对毒品的流通具有促进帮助作用,符合贩卖毒品罪的构成要件,如果没有其他违法阻却事由和责任阻却事由,应当以贩卖毒品罪进行定罪处罚。但是对于有偿代购行为,在司法实践中存在一个争论:低利少利的代购毒品行为应如何进行认定问题?有的学者认为只要行为具有牟利目的,实际上也进行了牟利,即使是少利低利行为也符合贩卖毒品罪的构成要件,应当予以贩卖毒品罪进行定罪处罚。但是,笔者认为犯罪的本质是法益侵害,但是法益侵害不仅具有质的要求,还有量的需要。需要明确的是代购毒品行为并不是一具有代购的行为就成立犯罪,在具有牟利目的的情形下,利益的多少直接影响着对法益的侵害程度。低利少利的代购情形下对毒品流通的促进作用有限,对毒品犯罪背后的毒品管理制度侵害影响也有限,对低利少利的情形一定要按照犯罪的实质性进行分别认定。

四、结语

在当今社会,毒品与代购的结合为司法实践

带来些许的麻烦。代购毒品行为不完全等同于日常生活的代购行为,也不完全等同于民法上的委托。其内涵应当以委托为行为模型,不应对其添加过多限制性条件。在外延方面,代购毒品行为与居间行为具有模糊地带,需要以有偿与否,行为独立、隐名显名为标准区别两者的模糊地带。相关《纪要》规定代购行为具有牟利性的,则构成贩

卖毒品罪,但是对牟利目的应进行扩张解释,既包含物质性利益,也包含非物质性利益。在不同的代购情况下,代购行为的性质也有所不同,其中的代购蹭吸行为也应根据是否具有“盖然性明知”来认定其行为性质。低利少利代购行为也应进行法益侵害的实质性标准进行把握,并以此实现正确定罪量刑的目的。

参考文献:

- [1] 孙跃文. 代购用于吸食毒品案件定性分析[J]. 法制与社会, 2014(10):85-86.
- [2] 靖波, 来宝彦. 代购毒品适用法律之困惑[J]. 中国检察官, 2015(18):23-25.
- [3] 曾洵杰. 代购毒品不能与自购行为完全等同处理[N]. 检察日报, 2017-03-27(003).
- [4] 张明楷. 刑法学:下册[M]. 北京:法律出版社, 2016:1168.
- [5] 魏东. 毒品犯罪的解释性疑难问题[J]. 政法论丛, 2017(02):128-136.
- [6] 李明. 代购毒品行为的司法认定问题研究[D]. 西安:西北大学, 2017.
- [7] 周芹, 石晓琼. 毒品犯罪若干法律适用问题探讨——以《武汉会议纪要》为视角[J]. 湖北警官学院学报, 2017, 30(2):87-94.
- [8] 温登平. 贩卖毒品罪中贩毒行为的有偿性的理解与认定[J]. 河南警察学院学报, 2016, 25(2):92-98.

Analysis on the Quality of Drug Purchasing Behavior

SHENG Haojie

(Law School, Anhui University, Hefei Anhui 230601, China)

Abstract: Drug purchasing behavior is the new behavioral expression of drug criminal. Drug purchasing behavior cause the different views in theory and practice in order to lacking the specific stipulation of criminal law. The concept of drug purchasing behavior is different from the purchasing behavior in daily life and entrust in civil law. Drug purchasing behavior need be differed from intermediary behavior by the standard of profit, independent behavior and deal name. Drug trafficking need the propose of making profit, but the content of propose should be enlarged. Different drug purchasing behavior is different in charges. the behavior of rub suction and the the purchasing behavior of less profit should be right analyzed in different situation.

Keywords: act as purchasing agency drug; drug trafficking; illegal possession of drug

(责任编辑:沈建新)