

# 毒品案件中代购行为认定研究

## 司法实践

史丰丽

毒品案件中代购行为越来越多,刑法中没有明确规定毒品代购行为,毒品代购案件中是否以毒品犯罪定罪,除了考察毒品数量外,主要采用刑事推定的方法认定牟利目的,鉴于刑事推定的程序、反正以及程度没有详细规定,导致司法实践中毒品代购行为认定问题突出。

### 一、司法实践中毒品代购的认定

刑法实施的过程即刑法解释的过程,是随着社会不断发展变化的、动态的过程,因此制定得再完美的法律规范也需要司法实务中合理地适用。笔者选取99个明确毒品代购案件样本,分析发现:

(一) 毒品代购行为方式认定标准不一

通过法院最终认定代购和为人行为方式的交叉分析看:第一,代购标准不一。在99个认定代购案件样本中,行为方式就有23种,认定方式最多的是没有垫资和另外购买。第二,同样的行为方式法院可能认定代购、居间介绍、贩卖毒品。即使是认定代购最多的没有垫资和另外购买行为方式,也在贩卖毒品罪认定中占9.09%。

## 刑事焦点

孙禹

由中国社会科学院法学研究所主办的中国社会科学院刑法学重点学科暨中国工程年度论坛于2019年底于北京举行,本次论坛以“社会变迁与刑法学发展——庆祝新中国成立70周年”为主题。来自全国各地40余所高校、科研院所和实务部门的近百名专家学者参加了此次研讨会,并就刑法扩张与刑法立法观、罪刑关系与刑罚结构完善、网络犯罪前沿问题、大数据人工智能与刑法、刑事一体化与立体刑法学、刑民交叉和行刑衔接等问题进行了深入讨论。

### 一、新中国成立70年来我国刑法的回顾

(一)70年来刑法发展的成就与挑战

新中国成立70年来刑法和刑法学的发展跌宕起伏,但从整体上看刑法和刑法学的发展对我国法治建设作出了巨大的贡献。与会专家学者在回顾我国刑法发展成就的基础上展望了未来刑法发展的方向。专家认为,新中国成立70年来我国获得了举世瞩目的成就,经济持续发展和社会长期稳定是中国的两大奇迹,而后者与刑法理论研究和刑事审判工作密切相关。新中国成立70年来,我国的法制建设取得了历史性的成就,可以说,刑法学的发展就是新中国法制建设成就的一个缩影。中国政法国际法研究所研究员陈泽宪指出,在新中国成立后的70年中,前三十年经历了一个刑法知识沉淀的过程,后四十年刑法飞速发展,走向繁荣。全国人大常委会法制工作原副主任郎胜指出,未来的刑法学研究应该注意以下两个方面:首先,刑法学的研究要紧扣时代脉搏,融入社会化和时代发展的洪流。其次,刑法学研究要着力解决实践中存在的问题,迎接实践的挑战。未来的法学研究应该适应时代

说明一方面,相关司法解释中即使行为人为代购毒品,但是毒品数量超过非法持有毒品罪数量最低要求的依然可能判处非法持有毒品罪、贩卖毒品罪、运输毒品罪。另一方面,“严打”刑事政策指引下,法官对涉毒品案件认定从严。

(二) 过于关注牟利目的的认定  
基于牟利目的在毒品代购的具体认定难度,对司法解释规定标准的理解,司法实践中牟利目的的认定标准呈现多样化。首先,案件中认定具有牟利目的的按照占样本比重依次为:为了获取好处费(45.78%)、吸食毒品目的(9.92%)、盈利(3.59%)、私自截留毒品(0.84%)、吸食并贩卖毒品(0.21%)。被告人以车费、油费、电话费或者给付报酬、毒品作为好处费名义的均被认定在好处费之列。委托人给予的毒资减去实际购买毒品的金额差额被认定为盈利。

其次,牟利目的的认定多采用推定的方式,即“案件中本需认定A,实际依然认定A,只是可以通过证明B来认定A,而不需直接证明A。”司法实践中,被告人不具有事先约定情况下,只要被告人实际购买毒品金额与委托人给予的毒资存在差额,在代购毒品过程中截留部分毒品,索要车费、联络电话费、开车的油费均被推定为具有牟利目的。由此可见司法实践中客观存在牟利获取情况,不考虑具体动机以及牟利程度均被认定为牟利。

### 二、毒品代购认定问题的追根溯源

客观存在吸毒人员意味着毒品需求量的存在,当吸毒人员没有购买毒品渠道,代购就应运而生,并随着毒品需求与“严打”禁毒政策矛盾的加剧而愈演愈烈。司法实践中毒品代购认定标准不一、过于注重牟利目的等问题的主要原因主要集中在适用不同司法解释规定以及刑事推定对排除合理怀疑证明标准的突破。

(一) 适用不同司法解释中毒品代购的规定

最高人民法院2000年、2008年、2015年相继出台《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》的通知(以下简称《2000年纪要》)、《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》的通知(以下简称《2008年纪要》)、《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》的通知(以下简称《2015年纪要》),并在目的、毒品数量、用途、牟利等方面作出具体规定来有效地认定毒品代购。

具体分析几个纪要通知内容可以看到:(1)主观方面规定不同;《2000年纪要》《2008年纪要》要求行为人具有牟利目的,《2015年纪要》进一步要求行为人不具有贩卖等犯罪目的,此观点与单纯要求牟利目的存在一定的差别,否定了索要必要开支的牟利性。(2)客观方面标准不同:代购的行为方式,有别于居间介绍、贩卖。居间介绍者在毒

品交易中属于买方与卖方的桥梁,只是介绍联络,且依据《2015年纪要》不以牟利为要件,毒品代购主要是直接购买人受委托人的委托帮其购买毒品,包括帮助他人购买用于吸食的毒品以及他人用来贩卖的毒品。实践中依据不同的司法解释导致对毒品代购的认定标准存在差异。

(二) 刑事推定突破排除合理怀疑证明标准

推定本身的局限性决定了它在刑事诉讼中,只能是一种认定事实的辅助方法,不能与证明平分秋色,不能成为认定事实的主要方法。仍需要坚守刑事诉讼中的证明标准,即普遍达到排除合理怀疑的程度。刑事推定,“从事实(前提事实)推论B事实(推定事实)”并不影响控诉方的证明责任,也不意味着将证明责任转移给被告人。但是毒品案件证据难以搜集,加之主观目的难以证明,司法解释通过改变证明事实,推定牟利目的成立,司法实践中推定标准多样化,导致被告人、辩护人在牟利目的的认定中争议颇多。特别是相关法律规范中没有规定反证,也没有规定推定的程序性规则,在被告人文化水平较低,法律相关知识缺乏,对公诉方主张的事实难以进行有效的反驳,往往突破排除合理怀疑证明标准。

### 三、毒品代购认定的具体完善

法院认定代购的行为方式多种多样

# 超越刑法的刑法学

## ——“社会变迁与刑法学发展”学术研讨会综述

(一)新时期社会风险的刑法回应

在社会转型时期,环境污染、恐怖主义、食品药品安全等问题是舆论关注的焦点,刑法在必要时应对这些问题作出回应。天津大学法学院教授焦旭鹏指出,在环境污染治理领域中刑法的功能已经基本实现,下一步需要注意刑法成本的消耗以及思考刑法在这些领域如何进一步发展等问题。上海交通大学凯原法学院副教授于佳佳指出,在刑法修正案(九)增设宣扬恐怖主义、极端主义等犯罪后,我们不能再根据通说认为我国煽动犯罪和目标犯罪保护的法益相同,而应将煽动犯罪的法益理解为共同体和平。对外经济贸易大学法学院助理教授冀莹指出,非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪的正当化基础包括持有对象的特定性、伴随犯罪行为的重要性、持有行为与法益侵害实害结果之间的关联的紧密性。

(二)新型网络犯罪的刑法应对

伴随着网络代际更迭,网络犯罪也在不断发展演变。最高人民法院应用法学研究所副所长李玉萍将网络犯罪概括为两大类:一类是纯正的网络犯罪,另一类是传统犯罪的网络化。纯正的网络犯罪主要涉及如何对新网络罪立法进行解释。北京航空航天大学法学院副教授孙亚梁认为,刑法第二百八十七条之二帮助信息网络犯罪活动罪是独立的罪名,而非帮助犯罪的量刑规则。该罪中的“明知”是明确知道,帮助的对象是不法意义上的“犯罪”。山东大学法学院副教授李本灿认为,拒不履行信息网络安全管理义务罪确立了网络犯罪的合作治理模式,促使网络服务商谨慎履行内控义务。阿里巴巴集团安全部高级专家谢虹燕指出,“经济力而拒不改正”的前提条件对于互联网企业非常有意,这不但

体现出刑法宽容的一面,而且也能发挥规制平台作用。传统犯罪网络化的核心问题是如何对新的犯罪行为进行定性认定和应对。苏州大学王健法学院教授李晓明认为,依据是否开通网络信贷服务可将网络信贷下的冒用型侵权犯罪区分为合同诈骗罪(未开通)和诈骗罪(已开通)。对此,北京外国语大学法学院教授王文华指出,网络犯罪给刑法带来的挑战源于最前沿的商业模式和技术应用,如何理解这些商业模式和技术应用决定了我们如何认定犯罪。

(三)人工智能、大数据的刑法规制

人工智能、大数据等前沿技术的不确定性凸显了其风险特征,而刑法也越来越多被要求对社会风险作出回应。围绕着刑法是否应该介入以及如何介入的问题,与会专家学者展开了讨论。北京师范大学刑事法律科学研究院教授周振杰认为,人工智能相关的法律问题不应过早地纳入刑法规制范围,应当平衡鼓励技术进步和保护网络安全。在数据治理方面,南京大学法学院教授单勇指出,技术治理的加剧导致纵向技术鸿沟出现,即数据利维坦与普通社会个体在使用数字技术之间的社会分层,技术治理权力亟须法治的限制与指导。蚂蚁金服集团安全协作部总监连斌呼吁,数据信息保护研究需要注意平衡三个方面的关系,即个人、企业、社会公共利益的关系。

### 三、刑事一体化与立体刑法学思维

刑法学是一门相对独立、系统化的学科,但如果封闭地进行刑法学研究必然存在局限性甚至导致错误的结论。所以,

样,主观牟利目的的认定多采用推定的方式,结果就是司法实践中同样的情节认定代购、居间介绍、贩卖的都有。因此有必要从司法解释进一步明确,案件因素的综合性考察进而合理适用刑事推定的方面改善司法实践中毒品代购认定的问题。

(一)进一步明示毒品代购认定标准

2015年最高人民法院刑五庭负责人就《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》答记者问中提到“确有证据证明被告人购买的部分毒品并非用于贩卖的,包括已被其本人吸食、不以牟利为目的为吸食者代购的或者被其赠予他人的,不应计入其贩卖毒品的数量。”说明司法解释在制定的时候考虑到吸食毒品不被刑法规制的情形,不以牟利为目的为吸食者代购毒品数量被排除贩卖毒品数量认定。因此文章认为可在司法解释中明确阐述行为人为他人吸毒代买、具有牟利目的、毒品数量不大的情形下,不构成犯罪。

(二)案件因素的综合考察  
在牟利目的认定中推定具有不可

避免性,鉴于推定是一把“双刃剑”,在强调刑法惩罚犯罪机能的同时,可能会忽视合理的人权保障功能。因此有必要坚持刑法的罪疑推定标准,综合考察案件因素,审慎适用刑事推定。首先,推定要有全面准确的案件事实基础,在判断罪刑的主观心理态度必须是其行为时的基础上,综合所有的客观存在的事实,经过仔细推理,排除其他可能性,得出正确的结论。例如,委托人预付毒资,且代购人从他人处另外购买毒品的情形认定行为人为代购,应考虑委托人毒品是用于贩卖还是吸食,是否事先就毒品类型、数量等商议。其次,坚持常识、常理、常情。当出现私自截留、收取毒资与实际所付毒资的差额、车费、油费、电话费等不同形式的好处费的时候,不能够一刀切,要综合全案的信息,坚持主客观相统一原则,依据常识、常理、常情对于司法实践中出现的私自截留毒品、分取一些毒品用于自己吸食、收取毒资与实际所付毒资的差额、车费、油费、电话费在认定牟利目的中所起作用进一步明确,坚持那些被社会公众所普遍接受的、经受社会实践考验的正确的经验、规律、情感等。最后,要允许反证。推定减轻刑罚证明压力,降低证明标准的情况下,推定也会带来不精确性或者盖然性结果的出现,因此必须要求反证的存在。

(作者系西南政法大学刑法学博士研究生)

虑民众的道德性评价,那么民众对于立法的认同就会很低,进而导致刑法规范的威慑效果减弱。

(二)后刑罚行刑——罪刑关系与刑罚结构的完善

北京师范大学刑事法律科学研究院教授王志祥指出,刑法的扩张导致微、轻、重的犯罪层次结构出现,在这种趋势下必须处理好两个问题:一是针对微罪建立实质的罪刑机制;二是坚持并完善二元化的处罚机制。安徽大学法学院副教授李婕认为,轻微违法行为犯罪化对我国实质定量的犯罪成立模式提出了挑战,对此需要建立中国特色的轻罪制度以及与之对应的轻罪法庭。中国人民大学法学院副教授李立众认为,建立轻罪制度要求建立繁简分流的制度,这有利于提高处理相关犯罪的效率,但轻罪制度并不意味着保留的刑法化。

中国人民大学法学与犯罪学学院教授陈志军认为行政拘留不宜刑法化,因为行政拘留刑法化会导致犯罪圈的极度扩张,使更多的行为人贴上犯罪的标签,不利于社会的稳定。而且,刑法化并非司法化的合理途径,可以在保留拘留行政处罚性质的情况下把拘留的决定权由行政权转变为司法权。海南大学法学院教授吴宗宪指出,刑法学研究应该更注重犯罪学思维,既要准确衡量行为的危害性,考虑是不是达到必须动用刑法的程度,还要关注犯罪的原因,针对性地处理问题。

北京大学法学院教授白建军建议从二元的角度来理解罪刑均衡这一理念,犯罪的轻重不仅是一种客观事实,同时也是一种主观事实。换言之,我们需要投入更多的精力去研究定义犯罪的原因和过程,去回答一个行为为什么被说成是犯罪。安徽师范大学法学院副教授陈银珠认为,被民众而非立法者或司法者认为是犯罪的行为才是犯罪。如果立法者在立法的时候没有充分参考民众的犯罪观念,也没有考

(作者单位:中国社会科学院)

# 公告

人民法院报2020年3月26日(总第7994期)

港水上派出所报案,请求派出所帮助寻找,一直找了十多天,以后的几年都在多方寻找,现已经过了六年多了,至今没有下落。下落不明人龙启滨应当自公告之日起一年内向本院申报本人具体地址及其联系方式。逾期不申报的,下落不明人龙启滨将被宣告死亡。凡知悉下落不明人龙启滨生存现状的人,应当自公告之日起一年内将知悉的下落不明人龙启滨情况,向本院报告。

【四川】泸州市叙州区人民法院  
本院于2020年3月16日立案受理申请人刘自安申请宣告公民死亡一案,申请人刘自安称,被申请人刘维彬系其儿子。2011年12月27日被申请人刘维彬擅自离开医院外出与家人失去联系,至今已八年多。下落不明人刘维彬应当自公告之日起一年内向本院申报本人具体地址及其联系方式。逾期不申报的,下落不明人刘维彬将被宣告死亡。凡知悉下落不明人刘维彬生存现状的人,应当自公告之日起一年内将知悉的下落不明人刘维彬情况,向本院报告。

【四川】攀枝花市西区区人民法院  
本院于2020年3月10日立案受理申请人陈玉英申请宣告张根银死亡一案。申请人陈玉英称,其女张根银,女,1973年6月10日出生,汉族,公民身份证号码332625197306100320,张根银在十八岁时跟他人打工下落不明,至今杳无音信将近28年。下落不明人张根银应当自公告之日起一年内向本院申报本人具体地址及其联系方式。逾期不申报的,下落不明人张根银将被宣告死亡。凡知悉下落不明人张根银生存现状的人,应当自公告之日起一年内将知悉的下落不明人张根银情况,向本院报告。

【浙江】天台县人民法院  
申请人北京中铁铁龙多式联运有限公司因遗失银行承兑票,向本院申请公示催告,本院决定受理。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百一十九条规定,现予公告。一、公示催告申请人:北京中铁铁龙多式联运有限公司,统一社会信用代码:911101086100000000。二、公示催告的票据:银行

### 申请宣告失踪、死亡

【福建】厦门市泉港区人民法院  
本院于2020年3月9日立案受理申请人郑莉婷申请宣告郑顺宝失踪一案。申请人郑莉婷称,2018年1月3日,被申请人郑顺宝于浙江口海城进行打渔作业时,擅自入海,自前下落不明。被申请人郑顺宝应当自公告之日起三个月内向本院申报本人具体地址及其联系方式。逾期不申报的,被申请人郑顺宝将被宣告失踪。凡知悉下落不明人郑顺宝生存现状的人,应当自公告之日起三个月内将知悉的被申请人郑顺宝情况,向本院报告。

【湖北】孝感市孝义区人民法院  
本院于2020年1月14日立案受理申请人吴晓香申请宣告肖咏波失踪一案。申请人吴晓香称,申请人之夫肖咏波(男,1962年10月2日出生,汉族,住孝昌县陡山乡新建村二组,身份证号码420921196210024972)于2017年7月22日跳江自杀。下落不明人肖咏波应当自公告之日起三个月内向本院申报本人具体地址及其联系方式。逾期不申报的,下落不明人肖咏波将被宣告失踪。凡知悉下落不明人肖咏波生存现状的人,应当自公告之日起三个月内将知悉的肖咏波情况,向本院报告。

【湖北】孝感市孝义区人民法院  
本院于2020年1月3日立案受理申请人涂修忠申请宣告涂国锋失踪一案。申请人涂修忠称,申请人之弟涂国锋(男,1954年8月16日出生,汉族,住孝昌县陡山乡进峰村11组,身份证号码42092119540816495X)于2015年初外出之后,没有任何音信。下落不明人涂国锋应当自公告之日起三个月内向本院申报本人具体地址及其联系方式。逾期不申报的,下落不明人涂国锋将被宣告失踪。凡知悉下落不明人涂国锋生存现状的人,应当自公告之日起三个月内将知悉的涂国锋情况,向本院报告。

【湖南】浏阳市人民法院  
本院受理申请人陈学义申请宣告陈勇失踪一案,经查:陈勇,男,1973年2月1日出生,汉族,住武汉市江夏区豹黄镇花园村关塘湾5号,身份证号码420122197302013215,于1999年起,下落不明已满二年,现发出寻人公告,公告期间为三个月,希望陈勇本人或知其下落的相关利害关系人向本院联系,公告期间届满,本院将依法判决。  
【湖北】武汉东湖新技术开发区人民法院  
本院受理刘薇根申请宣告刘组荣失踪一案,经查:被申请人基本情况下落不明已满二年,现发出寻人公告,公告期间为3个月,希望刘组荣本人或知其下落的相关利害关系人向本院联系,公告期间届满,本院将依法判决。

【湖南】浏阳市人民法院

本院受理刘薇根申请宣告刘组荣失踪一案,经查:被申请人基本情况下落不明已满二年,现发出寻人公告,公告期间为3个月,希望刘组荣本人或知其下落的相关利害关系人向本院联系,公告期间届满,本院将依法判决。