

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.06.001

欢迎按以下格式引用:石经海,邱胜帆.走私毒品罪的扩张适用与理性回归[J].重庆大学学报(社会科学版),2024(3):277-289. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.06.001.



Citation Format: SHI Jinghai, QIU Shengfan. Expansion application and rational regression of drug smuggling crime[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2024(3):277-289. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.06.001.

走私毒品罪的扩张适用与理性回归

石经海^{a,b}, 邱胜帆^{a,b}

(西南政法大学 a. 国家毒品问题治理研究中心; b. 法学院, 重庆 401120)

摘要:随着全球毒品情势的变化,走私毒品罪的适用在立法及司法上都呈现出扩张适用的现象与趋势,虽然《全国法院毒品案件审判工作会议纪要》纠正了走私毒品罪中药毒不分的问题,但并未突破走私毒品罪“跨境即构罪”的机械认定标准,实践中仍存在将吸毒行为的准备行为、吸毒行为的衍生行为认定为走私毒品罪等问题,引发了类推解释、客观归罪等诸多悖论。究其原因,既源于从严打击毒品犯罪刑事政策下,对国内外市场逐渐融合的客观事实、毒源差异淡化的现实情况及毒品认识鸿沟日益加深等毒情变化的忽略;也来自于罪名理解上将不同语境中的走私内涵相混淆,即将行政法语境、走私犯罪语境、毒品犯罪语境中的“走私”概念相混同;还源自毒品走私目的认定难等现实困境。实际上,刑法对于毒品管控的目的不在于消灭,而在于防范毒品流入社会可能带来的危害。因此,回归到刑法语境、毒品犯罪语境之下,从犯罪概念的三性统一、毒品犯罪客体的融贯性、选择性罪名的同质性及流通经济学的要求上出发,不难发现,走私毒品实际上是毒品交易链条从生产(供应)端到消费(使用)端的流通环节,其实质作用在于消除地域鸿沟、拓宽或制造毒品交易市场、提高毒品交易效率,需以是否具有“毒品流通风险”为其构罪与否的实质判断标准,不能简单地以是否发生跨境的客观位移为认定依据。由此,在司法实践中,对走私毒品罪的适用,应以行为是否具有“毒品流通风险”为依据,在立法或司法上对走私毒品罪处罚范围予以理性限缩,即对于主观上不具有希望或放任毒品外溢目的、客观上不具有毒品外溢风险的行为,不宜以走私毒品罪认定。

关键词:走私毒品罪;毒品犯罪;走私;流通经济学;医疗目的**中图分类号:**D924.3 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2024)03-0277-13

走私毒品罪作为“源头性毒品犯罪”,被视为毒品犯罪治理中的重中之重。然而,随着国内外市场的不断融合、“互联网+寄递”物流模式的日渐普及,现有刑事立法与刑事司法对走私毒品罪的认

基金项目:2020年国家社会科学基金重大项目“国家毒品问题治理的实践困境与模式创新研究”(20&ZD196);西南政法大学国家毒品问题治理研究中心2023年度研究项目“‘禁毒人民战争’的历史演进与时代转向”[DR(2023)X004]

作者简介:石经海,西南政法大学法学院教授,博士研究生导师,Email:1543379586@qq.com;邱胜帆,西南政法大学法学院量刑研究中心助理研究员,Email:1543362521@qq.com。

定均呈现出过度扩张的现象与趋势。显然,2023年最高人民法院发布的《全国法院毒品案件审判工作会议纪要》(以下简称《昆明会议纪要》)注意到了这一点,明确了出于治疗疾病等相关目的非法进口(出口)受管制麻醉药品、精神药品行为不构成走私毒品罪的规定。但其本质仅在于对麻精药品药毒属性的纠偏上,对于走私毒品罪中“走私”的实质内涵仍未触及,实践中仍存在大量将吸毒行为为变相入刑、“无论数量,跨境即构罪”等突破刑法基本原则、违背犯罪概念实质要求等一系列问题。对此,本文拟厘清走私毒品罪扩张适用的具体情形,探究走私毒品罪中“走私”的实质内涵与限缩路径,以实现毒品案件办理中法律效果、政治效果、社会效果的有机统一。

一、走私毒品罪扩张适用的情形及存在的问题

(一)走私毒品罪扩张适用的具体情形

1. 立法扩张:将间接走私毒品行为纳入

我国刑法对于走私毒品罪采取的是简单罪状的立法模式,并未对其具体的犯罪构成特征进行相应的解释。从现有立法规定来看,仅有最高人民检察院、公安部印发的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(三)》(以下简称《追诉标准(三)》)对走私毒品罪中走私的含义作出了较为详细的解释^①,其沿用了现已失效的《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》中对走私毒品行为的界定,援用了走私犯罪一节中第155条间接走私行为的规定,将间接走私行为纳入走私毒品罪的处罚范围。因此,依据《追诉标准(三)》的规定,我国走私毒品罪的行为类型除直接走私毒品之外,还包括两种间接走私毒品行为。司法实践中也以其为依据,将间接走私毒品行为以走私毒品罪论处^②。

然而,回归到刑法条文上,间接走私毒品行为没有被纳入《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第347条走私毒品罪的罪状描述之内,也无法从该条原意中直接推导而得。实际上,间接走私毒品行为只因与直接走私行为联系密切而被扩大解释为走私毒品行为,其本质上仅是对直接走私行为的促进与辅助行为^[1]。基于此,《追诉标准(三)》将间接走私行为视为走私毒品罪的行为类型之一,存在类推解释之嫌,扩大了走私毒品罪中的走私类型。

2. 司法扩张:将非犯罪行为、其他犯罪行为纳入

在实务中,各地法院往往将走私毒品罪视为行为犯,将走私内涵完全等同于物理上的客观位移行为,多采取“跨境即构罪”的形式认定标准,无论走私的目的,也无论毒品数量的多少。例如,“毒品犯罪属于行为犯,只要客观上实施了逃避海关监管,非法运输、携带、邮寄毒品进出国(边)境的行为,即符合走私毒品罪的犯罪构成”^③、“走私毒品犯罪属于行为犯,只要实施了犯罪行为,即构成犯罪”^④。然而,如此认定思路,会将部分吸毒行为及其他犯罪行为纳入走私毒品罪的处罚范畴之内。

具体而言,一方面,将吸毒行为的准备行为、衍生行为纳入。随着“互联网+物流”的新型物流模式的健全,越来越多的吸毒者选择直接向境外市场购买毒品,为自己吸食而直接跨境购买或携带毒

^①《追诉标准(三)》第1条第2款:“本条规定的‘走私’是指明知是毒品而非法将其运输、携带、寄递进出国(边)境的行为。直接向走私人非法收购走私进口的毒品,或者在内海、领海、界河、界湖运输、收购、贩卖毒品的,以走私毒品罪立案追诉。”

^②参见:成都市中级人民法院(2017)川01刑初71号刑事判决书,山东省济南市中级人民法院(2020)鲁01刑初7号刑事判决书。

^③参见:云南省普洱市中级人民法院(2015)普中刑终字第147号刑事裁定书。

^④参见:广东省高级人民法院(2014)粤高法刑二终字第85号刑事裁定书。

品出入境的案件频发。对此,各地司法机关仍秉持着“跨境即构罪”的认定标准,对此类案件一概以走私毒品罪定罪,将“为自己吸食”视为量刑情节,甚至直接予以忽略。例如,2020年江苏省高级人民法院发布毒品犯罪典型案例之一于某走私毒品案,法院明确提出“以吸食为目的走私少量大麻油亦构成犯罪”。同样,山西、浙江、广东多地陆续发布为自己吸食而跨境购毒的相关典型案例,均明确吸毒人员通过海外代购方式将毒品走私进入国内,无论是为了自己吸食还是贩卖,无论毒品数量,都应追究刑事责任。然而,吸毒在我国不构成犯罪,吸毒行为的准备行为(购毒、运毒)及必要行为(持有、存储毒品)等衍生行为在司法实践中也并非一律入罪,相关立法中也将“为自己吸食”视为影响行为定性的定罪情节之一。而在走私毒品罪的认定中,却忽略该问题,存在将吸毒行为变相入刑之嫌。另一方面,将部分药品犯罪行为纳入。虽然《昆明会议纪要》对跨境进出口麻精药品行为的定性做出了规定,纠正了司法实践中将出于医疗目的跨境购买麻精药品的行为以走私毒品罪认定的常态误区。但实践中对于如何理解“治疗疾病等目的”中的“等目的”、疾病的具体范围仍存在较大的疑惑与认定分歧,如出于减肥、助兴、提高专注力等目的能否视为“治疗疾病等目的”,又如未经医疗诊断的失眠、焦虑等轻微非器质性疾病是否属于“疾病”的范畴,由此导致走私毒品罪与部分药品犯罪处罚范围的边界模糊。

(二) 走私毒品罪扩张适用引发的问题

1. 突破文义射程,违背罪刑法定原则

立案追诉标准是对刑法中具体罪名罪与非罪界限的具体化描述,具有司法解释性质,罪刑法定原则要求其只能在刑法规定的范畴之下展开,作出“符合立法的目的、原则和原意”的解释,不得进行扩张解释,不得将法条中无规定的内容解释为有。《追诉标准(三)》将间接走私行为纳入走私毒品罪的客观要件范畴内,无论从解释的合法性还是合理性上看,均超越《刑法》第347条走私毒品罪的解释限度,有违罪刑法定原则的要求。从文本的字面含义上看,其明显突破《刑法》第347条的原意。间接走私是因为和直接走私行为联系密切而被扩大解释为走私行为,并不在“走私”一词的文义解释范畴之内,属于立法的特别规定,无法从《刑法》第347条中对走私毒品罪的罪状描述中直接得出。从解释的合法性上看,其实质是直接借鉴了《刑法》第155条间接走私行为的规定,但自1990年《全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定》(以下简称《禁毒决定》)将走私毒品罪从走私罪中独立出来,正式纳入毒品犯罪之后,走私毒品罪已然完全跳脱出走私犯罪一章,归入毒品犯罪专节。而《刑法》第155条所规定的间接走私行为是走私犯罪中的特殊规定,对妨害社会管理秩序罪一章下的走私毒品罪不具有适用性,属于类推解释,于法无据。

2. 吸毒行为入刑,有违犯罪本质特征

对犯罪行为而言,严重的社会危害性是第一性,刑事违法性是第二性^[2],因此在犯罪构成中,仅有形式判断是不足的,实质判断同样重要。依据《刑法》第347条,为自己吸食而跨境购毒、携毒入境的行为,从形式而言符合走私毒品罪的构成要件,具有刑事违法性,但此类行为并非都具有严重的社会危害性。

具体而言,从行为的本质看,吸毒行为往往还伴生着其他必经行为,常常会与持有毒品行为、购毒行为、运毒行为相竞合^[3]。而吸毒者为了自己吸食而跨境购买毒品的行为,实际上是吸毒者的购毒行为,属于吸毒行为的准备行为;吸毒者为了自己吸食而携带毒品进出国边境的行为,实际上是吸毒者动态持有毒品的行为,属于吸毒行为的必然行为。从行为的社会危害性看,单纯地为自己吸

食而走私少量毒品的行为也不具有严重的社会危害性,仅造成吸毒行为带来的“吸毒者的自损”以及对国家毒品管理法规、海关法规造成一定程度的破坏。一方面,对于吸毒者的自损性,单纯的吸毒行为仅仅危害到吸毒者自身,“并没有对刑法所保护的法益造成侵害或威胁”^[4]，“吸毒者具有特殊性……而为自己吸食毒品衍生的上述行为不构成犯罪”^[5],此类行为与牟利型走私毒品行为相比危害性明显较低^[6]。另一方面,也是争议最大的地方,此类行为除了导致吸毒者的自损后果外,无一例外地违反了毒品管理法规和海关法规。但只要侵害了二者就必然构成犯罪吗?正如有学者所言,“刑法对秩序的保护,是有选择的。笼统地将秩序作为刑法的法益,存在将刑法推向行政法和单纯社会管理法的危险”^[7]。实际上,单纯地对制度、秩序的破坏并不必然构成犯罪,例如,违反毒品原植物及易制毒化学品管理法规的行为并非全部是犯罪行为。反观为自己吸食而走私毒品的行为,毫无疑问,当走私毒品数量超过正常吸食数量的情况下,存在毒品外溢的风险,需要刑法介入。但在单纯地为自己吸食而走私少量毒品的行为中,行为人主观目的上的“自损性”,客观行为上不会引发毒品泛滥风险,客观结果上也不会威胁公众健康,对国家、社会乃至他人都不存在所谓的严重损害。对此,在现有立法尚存非罪处罚空间的基础上^⑤,如果仍以空间位移作为走私毒品罪定罪的依据,则是将走私毒品行为与走私毒品犯罪相等同,使刑法无关报应与谴责,沦为控制风险的工具。

3. 忽视走私目的,破坏立法的统一性

在司法实践中,存在部分案件仅将走私目的视为量刑情节,即不论是出于贩卖牟利、满足瘾癖还是其他非毒品犯罪目的而走私毒品,均以走私毒品罪认定。然而,在现有立法中,毒品的使用目的绝不仅仅只关系到量刑,其是决定罪与非罪、此罪彼罪的关键要素,忽略走私目的,难以与现有立法相协调。

首先,忽略“为自己吸食”目的,与现有吸毒者涉毒行为的立法规定相矛盾。从现有规范看,一方面,《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》(简称《南宁会议纪要》)和《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》(简称及《大连会议纪要》)均明确提出“对于吸毒者实施的毒品犯罪,在认定犯罪事实和确定罪名时要慎重”的原则性规定。另一方面,四个会议纪要(《南宁会议纪要》《大连会议纪要》《武汉会议纪要》《昆明会议纪要》)在针对吸毒者涉毒行为的定性上,都作出了不一律定罪的相关规定。以《昆明会议纪要》为例,对于吸毒者购买、运输、存储毒品行为的认定,纪要明确在排除行为人可能实施其他毒品犯罪的情况下,未达非法持有毒品罪规定的最低标准时,不构成犯罪;对于吸毒人员贩毒数量的认定,纪要也明确已被行为人吸食的部分不计入贩卖毒品的数量;对于为他人代购仅用于吸食的毒品的行为,并非一律构罪,还需判断代购者是否具有“牟利目的”及所持毒品数量的多少。可见,对于是否为自己吸食这一情节,是影响行为罪与非罪、此罪彼罪的定罪情节而非量刑情节,且已然得到立法及司法实践的普遍认同。而在走私毒品罪中“走私目的”的定罪功能却被完全忽略,显然与现有吸毒者涉毒行为的立法规定相背离。其次,忽略麻精药品的合法使用目的,无法与现有药品立法相对接。纪要虽对毒品药毒属性做出了一定的纠偏,但仅限于“出于治疗疾病目的”的情形。实际上,根据《中华人民共和国禁毒法》(以下简称《禁毒法》)第2条的规定,用于“医疗、教学、科研”等正当使用的麻精药品均属于药品而非毒品。因此,当受管

^⑤在行政立法中,《禁毒法》第59条规定对于走私、贩卖、运输、制造毒品的“尚不构成犯罪的,依法给予治安管理处罚”。可见,《禁毒法》为走私毒品行为预留了行政处罚的非罪空间。

制的麻精药品被当作药品使用时,理应按照药品管理法规定罪量刑,在走私行为中,毒不分分的司法现状,无法与《禁毒法》及现有药品立法相对接,同时也会引发定罪量刑上的逻辑悖论。

二、走私毒品罪扩张适用的症结剖析

(一) 严禁毒政策与全球毒情变化的形势冲突

我国一直以来奉行重刑治毒的毒品犯罪刑事政策,强调对毒品犯罪活动的“零容忍”,尤其是对于被视为打击重点的走私毒品犯罪。然而,行为的性质、社会危害性随着社会情势的变化而变化^[8]。在走私毒品犯罪中,忽视全球毒品情势的变化,仍然机械地坚持一律从严从重打击的司法惯性思维,必然会造成走私毒品罪打击范围的不当扩大。

其一,国内外市场深度融合下,毒源差异淡化的现实情况与“跨境即构罪”形式标准的冲突。在我国加快形成以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局下,跨境电子商务交易已然成为当下跨境贸易的重要途径^[9],其全球化、去中心化、无时空边界的特质与优点,突破了传统地理范围的限制,淡化了国家之间物理界限,使国内外市场日趋融合。在此基础上,毒源的差异也随着国内外毒品市场的逐渐交融被日益淡化,甚至被忽略。没有复杂的交易屏障,无需额外的繁琐程序,吸毒者可以很简单地购买到境外毒品,有时甚至无法区分所购买的毒品的来源,且吸毒者对于无差别的毒品,即使知道毒源不同,也往往不会刻意挑选。例如,在傅某走私毒品案中,傅某于网络上加入了某买卖大麻聊天群,通过联系群主多次购买毒品用于个人吸食,其中前两次购买从国内发货的大麻,第三次购买从海外发货的大麻。法院认为傅某在第三次购毒中,明知毒品从海外邮寄,但仍然购买,构成走私毒品罪^⑥。可见,吸毒者购毒市场向海外扩张是全球市场一体化下的趋势,即使吸毒者通过同一群组,向同一买家,采取同一方式也很可能购买到不同来源的毒品。但是在毒源差异逐渐被互联网技术消减的当下,若在司法认定过程中仍然坚持“过境”即构成走私毒品罪的形式入罪标准,机械地理解走私毒品罪的构成要件,则会将信息技术进步带来的不利后果转嫁给普通民众,必然会造成走私毒品罪处罚范围的过度扩张,将大量无需刑法处罚的行为纳入刑法规制。

其二,在药用类麻精药品滥用加剧影响下,毒品认识鸿沟日益加深与“重行为,轻认识”认定思路的冲突。21世纪以来,全球毒情形势正发生深刻复杂变化,其中药用类麻精药品滥用现象凸显,《2022年世界毒品报告》指出在2020年,美国有950万人存在阿片类药物滥用的问题,其中930万人以非医疗用途使用药用类阿片类药物^[10]。在我国,《2022年中国毒情形势报告》也同样提到,在毒品滥用形势中,吸毒人员寻求麻精药品代替惯用毒品以满足毒瘾的趋势加重。在此影响下,存在大量具有药用价值的新型易成瘾麻精药物被滥用。相比于传统毒品而言,普通大众往往更难及时、准确地对此类药品的成分、是否列入管制有所了解,毒品认识鸿沟不断加深。实践中也不乏出于医疗目的购买、携带管制药品入境的情形,其中最为典型的便是走私止咳水问题。例如,吴某在中国香港购买止咳水治疗咳嗽,将未喝完的半瓶止咳水随身携带至深圳办事,再次出关时被查,被以走私毒品罪移送审查^[11]。因此,在跨国(境)毒品列管的提示与公告制度不健全、跨国(境)相关管制药品的公民预测可能性缺失的当下,对于走私毒品罪的认定,若仍然采取之前“重行为,轻认识”的

^⑥参见:江西省赣州市章贡区人民法院(2020)赣0702刑初310号刑事判决书。

认定思路,会导致严防毒品输入和医疗药品合理使用之间的失衡,将使大量不具有主观恶性与人身危险性的行为人受到过度苛责。

(二) 多重语境叠加下“走私”内涵的理论混淆

客观形势的变化是造成走私毒品罪扩张适用的直接“导火索”,而其根本症结在于理论及实践对走私毒品罪中“走私”内涵的长期误读。在理论界定上,对于走私毒品罪中走私内涵的争议主要集中在走私的实质与走私的类型上。一方面,对于走私的实质,存在“形式说”与“实质说”。前者作为学界通说,认为走私为自然意义上的行为,仅强调从一个国家转移到另一个国家,或从一个领土转移到另一个领土的物理位移的状态,认为只要非法携带、邮寄毒品出入国(边)境,侵害到了“国家对毒品的管理制度”^[12]或“国家对毒品进出口的管理”^[13]或“违反毒品管理法规与进出口管理秩序”^[14],就构成该罪。“实质说”则认为过境只是形式标准,还需要其他的实质标准来衡量,其又因实质内涵的不同而存在多种观点。具体而言:其一,“流通说”认为走私毒品罪的走私与一般走私行为不同,过境只是其形式标准,流通的目的才是其实质标准^[15];其二,“牟利说”认为走私毒品罪中的走私行为必须具有一定的盈利目的,否则仅属于一般的走私行为^[16];其三,“公众健康说”认为毒品犯罪所侵害的法益不仅在于对制度、秩序的破坏,而是由于对制度、秩序破坏导致的毒品泛滥的风险,进而威胁到的公众健康^[17]。除此之外,还存在“例外说”,认为要依据案件的具体情况进行认定,提出尽管存在出入国(边)境的行为,但边民对于国境的概念并不明确,同时从其惩治效果来看,对边民走私毒品行为不宜以走私毒品罪认定^[18]。另一方面,对于走私的类型,核心争议在于走私毒品行为是否包括间接走私行为。“肯定说”认为间接走私行为属于走私毒品行为^[19]。“否定说”则主张,对走私罪构成要件的扩张不能推广适用于走私毒品罪中,其既无合法性也无适用的合理性^[20]。相较于理论界定,司法实践中对走私内涵的界定则更为机械化,各地法院多将毒品走私完全等同于物理上的客观位移行为,认为只要携毒“跨境”就构成走私毒品罪,完全采取“形式说”标准。

不难发现,上述分歧的根源在于混淆了不同语境下的“走私”内涵。概念的内涵随着语境的改变而变化,“语境是一切待解释问题的本体,谈论或解决特定问题必须在特定语境中进行”^[21],因此科学地解读概念,必然要将其置于特定的语境中。反观走私概念,其不仅仅是一个刑法学概念,也属于行政法概念、法律概念、社会学概念。走私行为可能构成刑法上的走私犯罪,也可能仅构成一般违法行为。其在不同的语境下,具有不同的内涵与外延。走私毒品罪中的走私是否需以流通为实质,是否需以牟利为目的,是否包含间接走私,究其根本取决于其是哪一语境中的“走私”。不区分语境对其进行盲目界定,会导致将生活语境中的“非法跨境购买、携带”与法律中的走私,行政法意义上对“秩序破坏”的走私与刑法意义上“具有严重社会危害性”的走私,走私犯罪中对“市场经济秩序破坏”的走私与毒品犯罪中“具有毒品流通风险”的走私相混同。这也是造成实践中对走私毒品罪采取“过境即构罪”的认定标准,将间接走私行为、部分无严重社会危害性的行为纳入走私毒品罪处罚的根本原因。

(三) 走私毒品主观目的判断难引发的实践困境

实践中,走私目的认定难也是走私毒品罪扩张适用的原因之一。具体而言,行为人是否出于自用目的存在较大的主观性,只能通过走私毒品数量、行为人吸毒史等其他客观证据侧面印证,其实际用途往往难以断定。加之,实践中存在大量的行为人为逃避或减轻处罚,以“为自己吸食”“出于治疗疾病”为托词进行虚假陈述,试图掩盖贩卖毒品的客观事实或其他放任毒品流入社会的主观意

图。同时,也存在大量行为人既为自己吸食同时也向他人贩卖的情形。更有甚者,形成了组织性强、数量大的水客走私组织,即受走私人雇佣而走私,以自己使用为借口,通过少量多次、蚂蚁搬家的方式,将大量毒品运送入境。因此,行为人是否单纯出于“为自己吸食”“出于治疗疾病”的主观目的,在实际中往往难以判断,稍有不慎,极易沦为行为人逃避刑事制裁的“挡箭牌”与“免死金牌”。

在此基础上,自用目的还具有较大的可转换性与模糊性。“为自己吸食”的目的存在动态转化性,其往往发生在走私之后,或在自己吸食的过程中产生贩卖毒品的故意。且当走私毒品数量明显超过自己吸食的合理数量后,行为人从“为自己吸食”的目的转化为贩卖赚取差价、实施其他毒品犯罪的可能性大大增加,毒品流入社会的风险提升。当然,也可能出现以贩卖为目的,但走私后又仅用于自己吸食的情况。同样,对于“出于治疗疾病等相关目的”的认定,一方面,“相关目的”的具体范围存在一定的模糊性,即除了治疗疾病之外,行为人的哪些使用目的属于正当使用目的尚未明晰。此外,《禁毒法》中提出的出于“医疗”使用目的与《昆明会议纪要》强调的出于“治疗疾病”目的,二者是否存有差别也有待明确。另一方面,“出于治疗疾病目的”中“疾病”的范围界定与证明标准也存在较大的模糊性。医疗即为“对疾病的治疗”,然而何为疾病?在生物医学视角下,健康到疾病并非存在黑白分明的界限,其是一个量变到质变的过程,《说文·疒部》也提到“病,疾加也”,疾为“小病”,而病为疾发展、恶化的结果。可见,疾病概念天然带有模糊性,相较于用以治疗癌症、癫痫、睡眠障碍、抑郁症等疾病而言,为缓解躯体疲劳、疼痛、失眠、焦虑、肥胖等躯体性、心理性亚健康状态是否属于“出于治疗疾病目的”则存在较大争议^[22]。此外,“出于治疗疾病目的”的证明标准是仅以有无医疗诊断书等形式标准为依据,还是兼顾身体健康状态评估等实质标准,也未有定论。

三、走私毒品罪适用的理性回归:以“毒品流通风险”为限制

基于前述,准确认定走私毒品罪的核心在于正确理解“走私”内涵,由于刑法用语的相对性与动态性,要想正确界定“走私”内涵,就必须将其置于合适的语境中进行解释。语境,即语言使用的环境^[23],语境解释是指语境的解释功能,强调语境对语言理解的影响,即“语境对语言使用的制约与解释作用”,强调从文字本义与上下文的连贯关系上去推究^[24]。对于走私毒品罪中走私概念的解读,既要结合语境阶层的递进性,联系上下文体系对其进行解读,又要分析语境阶层的差异性,区分用语在高低语境阶层中的不同。这就要求,一方面要将走私放入刑法规范、妨害社会管理秩序罪一章、毒品犯罪一节、《刑法》第347条条文中,层层递进,对其作出与法律规范、刑法规范、刑法章节、刑法条文相协调、连贯、周延的解释;另一方面,也需要特别关注不同语境阶层的差异性,要突出走私毒品语境中的走私与行政法语境中的走私、走私犯罪语境中的走私的差异,以避免不同语境的混淆。

(一) 犯罪概念要求走私内涵不能囿于“过境”

走私毒品罪中的“走私”首先要符合刑法语境的要求,不能与行政法语境下的“走私”概念相混同。走私行为因侵害了国家对外贸易管制,损害了市场经济秩序的公平与国家的税收政策,因此具有一定的社会危害性。然而,存在社会危害性的行为并不意味着一律构成犯罪,走私行为既可能是走私犯罪行为,也可能仅是一般走私违法行为,二者在行政法语境与刑法语境下的内涵外延不尽相同。

行政法作为管理法,是为了维护行政权、保障国家行政机关顺利行使国家职能、维持国家正常

的行政行为而设立的。海关法作为调整海关监督管理活动的法,其主要内容是保障出入境监管功能的正常运行^[25]。因此,只要是超出海关法规允许的范围,违反海关监管的行为,均属于走私违法行为,即侧重考察行为是否破坏了海关管理监督秩序,是否危及了国家职能的正常行使。

在刑法语境下,并非一切破坏海关管理监督的走私违法行为均构成犯罪,其需受到犯罪概念的约束。在我国,《刑法》第13条明确了犯罪概念的内涵与基本特征,且各特征之间相互制约、紧密配合、协同作用,片面地突出任何一个基本特征,或者忽略任何一个特征,均会导致犯罪概念的功能“失灵”^[26]。因此,虽然走私违法行为与走私犯罪行为在客观行为表现上具有相似性,但二者在社会危害性与是否值得科处刑罚上存在程度差异。只有具有严重社会危害性、值得科处刑罚的走私行为才属于刑法语境下的走私犯罪行为。以现有立法规定为例,无论是逃税型走私还是逃征型走私都以社会危害性的严重程度划分刑行边界,例如,走私普通货物、物品,走私淫秽物品,走私假币,走私武器、弹药,走私文物等行为是否构成犯罪,均有相应的数量或情节的限制要求^⑦。足以为得,并非实施了违反了海关监管、海关法规的走私行为就构成犯罪,是否入罪还要继续判断该行为是否具有严重的社会危害性以及是否值得科处刑罚。

然而,有学者认为走私毒品属于典型的行为犯,只要将毒品带入(出)境,就具有一定的社会危险,应受到刑法惩处,这其实是对行为犯概念的误读。在大陆法系的行为分类中,行为犯与结果犯是依据构成要件该当性的要素内容,对行为所作出的一种分类。而大陆法系的构成要件该当性的含义与我国的犯罪构成要件的含义不同。在阶层论犯罪论体系中,构成要件该当性仅是事实要件(生活语境下的行为)。而在我国四要件的犯罪构成体系中,行为符合犯罪构成要件即具备了犯罪的形式与实质特征(刑法语境下的行为)。因此,行为犯与结果犯只是对犯罪构成事实(生活语境下行为)的划分,而危险犯与实害犯才是对犯罪构成要件(刑法语境下行为)的划分。所谓的抽象危险犯,也并非简单的“有行为即构罪”,也需以犯罪概念为标准进行综合认定,当行为不存在任何危险时,便不需要刑事处罚^[27]。正如“在一个举止行为‘没有后果和从其他方面看,完全不危险或者仅仅具有有限的危险’时,这种刑事惩罚就不具有合理根据”^[28]。

综合以上,刑法语境下的走私行为,不同于逃避海关监管、违反了海关法规的行政法含义下的走私行为,更非简单的“跨越国边境”的生活语境下的走私行为,而是符合犯罪概念要求的,具有刑事违法性、严重社会危害性、应受刑罚处罚性的行为。

(二) 毒品犯罪语境要求走私内涵需涵括“流通风险”

依据刑法用语的相对性,对走私内涵的解读,在符合刑法语境要求的前提下,还需将其置于毒品犯罪语境下,辨清其与其他走私犯罪的区别,作出与其所处刑法章节、条文相协调、连贯、周延的解释。

一方面,走私毒品罪必须与所处的刑法章节相融贯。我国刑法分则以犯罪所侵害的同类客体

^⑦例如,对于走私普通货物、物品行为,只有当偷逃应缴税额达到10万元以上,或者具有在1年内曾因走私被给予两次行政处罚之后又走私的情节时,方才入刑;走私淫秽物品行为,其入罪需以牟利或者传播为目的为前提,加上一定的走私数量要求;走私假币行为,要求总面额在2000元以上或者币量在200张(枚)以上的;走私武器、弹药行为,走私枪支要求枪支2支以上、走私弹药要求气枪铅弹500发以上、其他子弹10发以上;走私文物行为,要求依据文物等级判断及毁损程度、追回可能性结合是否入罪,如二级文物3件以上、三级文物3件以上,若无法确定文物等级,则要求文物价值在20万元以上;走私禁止进出口的有毒物质,要求1吨以上或者数额2万元以上;走私来自境外疫区的动植物及其产品,要求5吨以上或者数额在5万元以上;走私木炭、硅砂等妨害环境、资源保护的货物、物品,要求10吨以上或者数额在10万元以上。

为编排逻辑,划分相应的罪名章节,因此处于同一章节下的各个罪名所侵害的直接客体必然为同类客体所包容及涵盖。走私毒品罪被置于妨害管理秩序罪一章下,因此对走私的理解必然要受到该章节旨意的总体制约,同时也应与章节内的其他条文相协调。

1990年《全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定》(中华人民共和国主席令第38号)将走私毒品罪从走私犯罪中独立出来,划分至“妨害社会管理秩序罪”一章中,与贩卖、运输、制造毒品罪相并列,这一做法体现了立法者对于走私毒品罪所侵害的主要社会关系的选择,即侧重毒品管理秩序。基于此,对于走私毒品罪中走私概念的解读就不能仅局限于普通走私犯罪中的走私,而是要明确刑法对毒品管制与其他货物管制的不同。打击毒品犯罪所维护的是国家对于毒品的管理秩序,强调对严重违反毒品管制法规、破坏禁毒管制活动行为的处罚。那么何种程度属于严重违反毒品管理秩序呢?依据毒品市场交易模型,涉毒行为可以被划分为毒品生产、毒品流通、毒品消费三个环节。而毒品犯罪中的11个罪名仅涉及毒品生产方面的犯罪、毒品流通方面的犯罪、促进毒品消费方面的犯罪及相关行为的帮助行为,并未对毒品消费行为进行处罚。由此可见,刑法对于毒品的管控目的不在于消灭,而在于“防范毒品流入社会可能带来的危害”^[29]。对于这一点,从相关毒品管理法规的规定中,也能得以验证,即并非所有的涉毒行为均是犯罪行为,最为典型的便是吸毒行为。因此,“毒品是否具有流入社会的风险”是行为是否严重违反毒品管制秩序的判断标准。在此情况下,对于走私毒品行为,刑法并不单纯地因其造成毒品出入境而对其进行处罚,而是因毒品出入境所引发的毒品流入社会的风险而对其予以处罚。换言之,对于走私毒品罪中的走私,不能仅注重其对对外贸易管理秩序的破坏,而是要关注该行为是否对毒品管理秩序造成严重破坏,即是否有“毒品流通风险”,也只有这样理解,才能与该节的其他毒品犯罪相协调,与该章相融贯。

另一方面,对走私的理解需与其所处的刑法条文相协调。对走私概念作出满足前几个语境阶层要求的解释后,需将其放入《刑法》第347条之中,对其作出与该条文中其他用语、前后文、条文整体意思相融贯、协调的解读,使走私的内涵可以完全融入《刑法》第347条之中,形成一个结构完整、内涵周延的体系。

首先,走私的界定应与条文整体内涵相融贯。在毒品市场交易的各环节,走私、贩卖、运输、制造毒品属于毒品生产、流通方面的犯罪,从其刑罚的严厉性来看也可以得以印证,即毒品生产、流通行为的危害性强于其他持有型与帮助性毒品犯罪,被科处更为严厉的刑罚。从商品交易经济运行模型上看,即“制造(供应端)—走私、运输、贩卖(流通端)—购买(消费端)”,这几个行为体现了从毒品生产端流向消费端的具体过程,即从制造商品的生产端,到走私、运输、贩卖的流通过程,实现的是毒品在不同主体之间的流转(供应到消费,流通到消费),构造出一条完整的毒品交易链。由此可见,走私毒品是处于毒品交易链条从生产(供应)领域到消费(使用)领域的流通环节,而非消费端与生产端的直接勾连。因此,从流通经济学的视角来看,走私是处于供应与需求之间的桥梁,具有上联生产商下联消费者,消除生产端与消费端之间的地域鸿沟^[30],实现拓宽或制造毒品交易市场、提高毒品交易效率的功能。

其次,走私的界定应与条文内用语相协调。《刑法》第347条是典型的选择性罪名,其是对同一对象相继发生的行为的并列规定,以期“避免对侵害同一法益的行为进行重复性评价”^[31],换言之,选择性罪名之间具有同质性。立法上将走私、贩卖、运输、制造四种毒品犯罪的行为方式放入同一罪名内,这意味着,走私与贩卖、运输、制造毒品有着同等性质。以与走私毒品最为相似的运输毒品

为例,运输行为属于典型的流通行为,学界及实务界对于运输的内涵存在诸多观点,无论是“目的说”“流通说”“距离说”还是“状态说”^[32],均肯定了运输毒品罪中的“运输”不能是简单的物理空间的位移,而需重视其概念本质之外的规范意义^[33]。因而,对于走私毒品的解释若只局限于“跨境”的物理位移意义,则会陷入法条内部自相矛盾的境地,即在运输毒品中否认单纯的空间位移,而在走私毒品中又坚持单纯的空间位移,无法保持条文语境的体系性与协调性。

四、走私毒品罪限缩适用的具体路径

基于前述,对走私毒品罪的适用,要在遵循罪刑法定原则的基础上,以行为是否具有“毒品流通风险”为限缩依据,在立法或司法上对走私毒品罪的适用予以规范限缩。

(一) 立法限缩:间接走私的类推解释应予以禁止

“刑法司法解释的限度是罪刑法定原则”^[34]。罪刑法定原则作为刑法的基本原则,贯穿于刑事立法、司法、执法整个阶段,而刑事司法解释作为刑事立法与刑事司法之间的重要桥梁,必然要受到罪刑法定原则的约束。因此,《追诉标准(三)》将间接走私毒品行为纳入走私毒品罪处罚的规定,既无刑事立法的直接规定,又突破了刑法条文的最大文义射程,属于对《刑法》第155条的类推适用。从罪刑法定原则的要求及其人权保障机制的目的出发,该条规定应予以废止。

对此,对于间接走私毒品行为,应该严格依照《刑法》关于毒品犯罪的具体规定予以认定。对于直接向走私人非法收购走私进口毒品的行为,若行为人仅为自己吸食,则依据《昆明会议纪要》等相关规定对其处以行政处罚或以非法持有毒品罪、运输毒品罪定罪;若行为人收购并用于贩卖,则以贩卖毒品罪认定。同时需特别注意,走私毒品罪的共同犯罪与其他毒品犯罪的鉴别,需辨清行为是属于间接走私行为还是直接走私行为的帮助行为。对于在内海、领海、界河、界湖运输及收购和贩卖毒品的行为,则应结合行为人具体的行为予以行政处罚或以非法持有毒品罪、运输毒品罪、贩卖毒品罪定罪处罚。此时需特别注意行为人是携带毒品偷渡界河、界湖,还是在界河、界湖交易毒品,注重客观证据的收集与证明,既不能放纵走私毒品行为,也不能一味地将在界河、界湖运输和购买毒品的行为认定为走私毒品罪,特别是对于边民的涉毒行为。

(二) 司法限缩:为自用而走私毒品行为应审慎认定

基于前述,走私毒品罪的认定应以行为是否具有“毒品流通风险”为考量核心。在实务中,“毒品流通风险”的认定难点主要集中在自用型走私毒品案件中,针对此类案件,首先,要依据走私目的划分麻精药品的药毒属性,以此界分行为构成毒品犯罪亦或是其他犯罪。具体而言,以《禁毒法》第2条规定的有无非法使用目的为依据,对于出于“医疗、教学、科研”需要而进口(出口)受管制的麻精药品的行为,基于此时麻精药品的法律属性为药品,应依照相关药品管理法规处理;对于出于非法使用等滥用目的而进口(出口)受管制的麻精药品的行为,基于此时麻精药品的法律属性为毒品,则应依据毒品相关法规处罚。其次,当麻精药品法律属性为毒品时,需进一步判断相关行为是否会产生“毒品流通风险”,以此判断是否构成走私毒品罪。下文以自己吸食及因治疗疾病而走私毒品这两类最为典型、常见的行为为例,分析实践中“毒品流通风险”的具体判断规则与走私毒品行为罪与非罪、此罪彼罪的边界问题。

1. 为吸食而走私毒品行为的定性

在对为满足瘾癖,自己吸食而走私毒品行为的认定上,需从是否具有希望或放任毒品外溢的主

观目的,以及行为是否会造成毒品外溢的客观可能两方面,考量行为是否具有“毒品流通风险”。

一是在主观目的上,由于“为自己吸食”存在较大的主观性与可转化性,因此对于行为人的主观目的不能仅凭吸毒者的供述来认定,应结合行为人的吸毒史及购买毒品的数量、毒品类型,自身的身体状况、行为人与卖家的通讯记录、付款记录、缴费信息等客观情况来综合判断行为人是否具有为自己吸食的目的。在此基础上,还需考量行为人跨境购买、携带毒品出入境后毒品的流向,即是否存在赠送、贩卖给不特定多数人吸食等客观情况,以此反证行为是否具有故意或放任毒品流入社会的主观目的。二是在客观方面,重点考量行为是否具有引发毒品流通的客观可能。重点判断所携带或邮寄的毒品数量是否在合理吸食的范围之内,超过一定的合理吸食量即存在外溢可能。同时,对于合理吸食量的认定,基于当下毒品犯罪多发的犯罪态势以及从与运输毒品罪等其他毒品犯罪统一协调的角度出发,相较于合理吸食量的不确定性,与非法持有毒品罪数量标准的机械性,“以非法持有毒品罪所要求的数量下限为入罪原则,允许特殊情况为例外”的认定标准更为合适。因此,若行为人确因为自己吸食而走私毒品,且所走私的毒品数量低于非法持有毒品数量的下限时,行为属于吸毒者的购毒行为,应认定其属于《刑法》13条但书中的“情节显著轻微危害不大”的情形,不构成走私毒品罪,依据《禁毒法》等相关行政法规予以行政处罚;若毒品数量超过非法持有毒品数量的下限但未超过合理吸食量时,结合主观目的及客观情况足以证明行为人主观上仅是为了自己吸食,客观上不可能引发毒品流通的抽象危险时,应以非法持有毒品罪认定;若前述情况下,现有证据足以证明其存在毒品流通的抽象危险,此时宜与吸毒者运输毒品行为的认定一致,以走私毒品罪认定;若能够证明其走私毒品是为了实施其他毒品犯罪或者已经造成了毒品外溢的客观事实(走私行为时具有希望或放任毒品外溢的故意时),则无论毒品数量,均构成走私毒品罪。

2. 为治疗疾病而走私毒品行为的定性

对于“出于治疗疾病目的”而走私具有医疗用途的麻精药品行为的定性,应以“治疗疾病目的”为判断核心,以辨清行为时麻精药品的药、毒属性为关键,准确区分药品犯罪与毒品犯罪,以保障严防毒品输入和医疗药品合理使用之间的平衡。

首先,对于“出于治疗疾病目的”的认定范围,从《昆明会议纪要》从严打击毒品犯罪的总要求及当前滥用毒品替代物质现象的多发性、隐蔽性及严重危害性等考量出发,应对其内涵范围进行限缩解释。第一,医疗范围的限制。依据《中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法》规定,基本医疗卫生服务是指“疾病预防、诊断、治疗、护理和康复等服务”,可见广义的医疗包含预防、诊断、治疗等多个环节。而不同于《禁毒法》第2条中“医疗”使用目的,《昆明会议纪要》强调的是“出于治疗疾病等相关目的”“治疗疾病需要”,从法律规范中“医疗”到“治疗疾病”用语的区别上可以体现,在行为人出于自我给药(即非科研人员及医疗机构使用)而非法进出口麻精药品情形中,医疗使用类型应以“治疗疾病”为限,不能将保健、保养、美容、预防等目的纳入。第二,疾病范围的限制。应以狭义的疾病为限,即指具有一定诊断标准的、具体名称的疾病^[35],一般不包括躯体性、心理性及社会交往方面的“亚健康状态”。当然,这并不意味着一切出于缓解亚健康状态的而使用麻精药品的行为均构成毒品犯罪,还需结合具体案件及其情节予以综合认定,对于具有刑事违法性但社会危害性不大的,可以依据《刑法》第13条但书予以出罪。

其次,对于“治疗疾病”的认定标准,可采取“形式+实质”的双层次标准,做到“主观出于治疗疾病+客观用于治疗疾病”的闭环式认定。在跨境携带或寄递麻精药品行为的定性上,对于是否出于

“治疗疾病”,原则上需提供医疗机构出具的医疗诊断书;若无医疗诊断书,则需结合走私的麻精药品的主治功能、药品数量、相似疗效的药品境内能否购得,以及行为人的健康状况、既往病史、患病时间的长短,用药急迫性、诊疗记录、用药史,进出境记录、吸毒史、前科等客观事实,进行综合考量,必要时可以采取医疗专家诊断的方式进行辅助认定。若行为人存在走私后贩卖的,则还需考量行为人的出售渠道,对购买者是否进行审查,以及直接购买者对麻精药品的具体用途。在此基础上,还需关注相关药品的最终流向,即是否为患者所用,严防走私团伙利用病患假借缓解病症之名走私毒品入境贩卖。当病患确实患有相应的病症,所购买的受管制药品又确有相应的疗效且确系给该患者使用时,应认定行为人在主观上具有“治疗疾病”。

最后,在行为定性上。若行为人确系为治疗疾病而走私麻精药品,且携带药品数量在具备处方资格的执业医师开具的单张处方最大用量以内,或在专业领域专家评估后认为属于“自用,合理”的范围内,不构成犯罪;若超过正常治疗的数量范围,或出于医疗目的贩卖牟利的,且无其他证据证明其有传播或贩卖给吸毒人员的,则给予相关行政处罚,行为构成犯罪的,则以药品犯罪或普通走私罪的相关规定予以定罪处罚;但若为了实施其他毒品犯罪,假借治疗疾病等目的,雇佣病患采取“水客”走私毒品或病患受雇走私毒品的,则无论数量多少,一律以走私毒品罪定罪处罚。

参考文献:

- [1] 梁争. 走私罪研究[M]. 北京:法律出版社,2013:77.
- [2] 马克昌. 犯罪通论:根据1997年刑法修订[M]. 武汉:武汉大学出版社,1999:26.
- [3] 王秀梅. 吸毒非罪化的再思考[N]. 人民法院报,2008-06-26(5).
- [4] 梅锦. 吸毒行为不应入罪化:以刑法的本质探讨为视角[J]. 重庆交通大学学报(社会科学版),2010(5):35-38.
- [5] 高巍. 中国禁毒三十年:以刑事规制为主线[M]. 修订版. 上海:上海社会科学院出版社,2016:90.
- [6] 曹波,郑兰旭. 论毒品犯罪中“动态持有”的司法认定规则[J]. 学术探索,2020(12):128-137.
- [7] 何荣功. 刑法适用方法论[M]. 北京:北京大学出版社,2021:113.
- [8] 星野周弘,康树华. 社会变化与违法犯罪的发展趋势[J]. 国外法学,1987(1):1-9.
- [9] 黄继梅,车国旺,陈进强. 国际物流与跨境电商的互动效应及其驱动因素[J]. 商业经济研究,2021(23):133-137.
- [10] UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, DRUG ENFORCEMENT ADMINISTRATION. 2020 National drug threat assessment[EB/OL]. (2021-05-06)[2023-05-22]. <https://www.doc88.com/p-34587139963987.html>.
- [11] 戴冰,朱子煜. 携带止咳水入境,一律判走私毒品罪吗?[J]. 中国海关,2021(7):50-51.
- [12] 高铭暄,马克昌. 刑法学[M]. 第10版. 北京:北京大学出版社,2022:604.
- [13] 杨鸿. 毒品犯罪研究[M]. 广州:广东人民出版社,2002:132.
- [14] 张洪成,黄瑛琦. 毒品犯罪法律适用问题研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2013:75.
- [15] 高艳东. 走私毒品罪的难点研究[C]//陈泽宪. 中国刑法学年会文集:2010年度刑法理论与实务热点聚焦(下). 北京:中国人民公安大学出版社,2010:1462.
- [16] 韩春雁,朱春阳. 新刑法与走私犯罪[M]. 北京:西苑出版社,1998:128-129.
- [17] 张明楷. 代购毒品行为的刑法学分析[J]. 华东政法大学学报,2020(1):6-25.
- [18] 李永升. 关于运输毒品罪若干问题研究[J]. 贵州民族学院学报(哲学社会科学版),2010(3):73-77.
- [19] 张明楷. 刑法学[M]. 第6版. 北京:法律出版社,2021:1507.
- [20] 陈晖. 走私犯罪论[M]. 第2版. 北京:中国海关出版社,2012:290.
- [21] 魏屹东. 语境同一论:科学表征问题的一种解答[J]. 中国社会科学,2017(6):42-59,206.
- [22] 周健,肖先华. 非法贩运麻醉药品、精神药品行为的司法认定[J]. 中国检察官,2022(20):29-33.
- [23] 王建华. 关于语境的定义和性质[J]. 浙江社会科学,2002(2):189-192.
- [24] 陈望道. 修辞学发凡[M]. 上海:复旦大学出版社,2008:7-9.
- [25] 张红. 海关法[M]. 第2版. 北京:对外经济贸易大学出版社,2016:2.
- [26] 石经海,付倩. 重拾刑法独立性:行政前置认定的司法适用反思[J]. 刑法论丛,2019(3):94-120.

- [27] 黎宏. 论抽象危险犯危险判断的经验法则之构建与适用:以抽象危险犯立法模式与传统法益侵害说的平衡和协调为目标[J]. 政治与法律,2013(8):2-9.
- [28] 罗克辛. 德国刑法学总论[M]. 王世洲,译. 北京:法律出版社,2005:278.
- [29] 楼伯坤. 走私罪罪种设置的立法完善[J]. 刑法论丛,2009(4):239-266.
- [30] 张先轸,何文,李京晓. 流通、生产与消费:基于三部门封闭经济系统的均衡分析[J]. 财贸经济,2014(8):94-103.
- [31] 陈洪兵. 选择性罪名若干问题探究[J]. 法商研究,2015(6):145-152.
- [32] 何荣功. 运输毒品罪与非法持有毒品罪的区分[J]. 中国刑事法杂志,2021(4):160-176.
- [33] 包涵. 运输毒品罪的立法扩张与司法限制[J]. 中国刑事法杂志,2021(1):163-176.
- [34] 陈兴良,周光权. 刑法司法解释的限度:兼论司法法之存在及其合理性[J]. 法学,1997(3):23-31.
- [35] 王天芳,孙涛. 亚健康与“治未病”的概念、范畴及其相互关系的探讨[J]. 中国中西医结合杂志,2009(10):929-933.

Expansion application and rational regression of drug smuggling crime

SHI Jinghai^{a,b}, QIU Shengfan^{a,b}

(*a. National Research Center of Drug Issues Governance; b. Law School, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China*)

Abstract: With the impact of the global drug situation, the application of drug smuggling crime has shown an obvious expansion trend both in legislation and judicial practice. Although the Kunming Conference Minutes corrected the issue of confusion of drug and medicine in drug smuggling crime, it did not rectify the mechanistic standard that cross-border equals constituting drug smuggling crime, which reflected in the fact that some courts have identified some preparation behaviors of drug abuse, derivative behaviors of drug abuse, and medicine crimes as the drug smuggling crime, causing many problems such as analogical interpretation, and objective incrimination. The reason is not only the ignorance of the change of global drug situation under the severe drug crime criminal policy, for example, the objective fact that the domestic and foreign markets are gradually merging, the reality that the difference between drug sources is weakening, and the gap of awareness about drugs is deepening, but also because the confusion of the connotation of “smuggling” in different contexts, that is, the confusion of the concept of “smuggling” in the context of administrative law, smuggling crime and drug crime. It also includes the realistic dilemma that it is difficult to identify the purpose of smuggling. In fact, the purpose of criminal law to crack down on drugs is not to eliminate them, but to guard against the possible harm of drugs flowing into society. So returning to the context of criminal law and drug crime, it is not difficult to find that smuggling drugs is a circulation link from the production (supply) to the consumption (use) in the drug trading chain, which substantive role is to eliminate the regional gap, expand or manufacture the drug trading market, and improve the efficiency of drug trading, when starting from the requirements of the unity of the three characteristic of crime concept, the consistency of the drug crime, and the homogeneity of selective charge. So the application of the drug smuggling crime shall not be simply based on the standard of “cross-border”, but on the basis of whether there is a “drug circulation risk”. Therefore, in judicial practice, the “drug circulation risk” should be regarded as the basis to rationally limit the punishment scope of drug smuggling crime in legislation or judicature. The behavior that does not have the subjective purpose of intention or recklessness of drug circulation, and does not have the objective risk of drug circulation, should not be recognized as the drug smuggling crime.

Key words: drug smuggling crime; drug crime; smuggling; circulation economics; medical purpose

(责任编辑 胡志平)