

# 论毒品纯度与涉毒行为之定罪量刑关系

陈荣飞

(西南政法大学 法学院,重庆 401120)

**摘要:**现行刑法第357条第2款之规定使得我国刑法理论界及司法实务界对于涉毒行为中的毒品纯度问题极为轻忽,体现出较为明显的“惟数额论”,因之导致的结果必然是定罪与量刑上的显失公正。毒品纯度不容置辩地与涉毒行为的社会危害性密接相关,其不仅影响罪犯处刑的轻重,而且关涉行为的定性,即牵及行为的罪与非罪、此罪与彼罪的问题。对涉毒行为欲实现定罪与量刑上的公允,就必须彻底摒弃“惟数额论”,对毒品纯度进行充分考量。

**关键词:**毒品纯度;涉毒行为;定罪量刑

中图分类号:DF626

文献标志码:A

文章编号:1672-8580(2011)03-0049-05

毒品犯罪历来是我国刑事司法打击的重中之重,在立法上体现从重打击的一个重要表现就是我国刑法第357条第2款之规定,该条款之规定在我国司法实务界已呈显出较为明显的“唯数量论”,由此导致必然是定罪、量刑上的不公正。为实现定罪量刑上的公平合理,本文拟对涉毒危害行为之罪与非罪、罪重与罪轻有重要影响的毒品纯度问题作初步探讨。

## 一、毒品纯度问题之我国立法规定及理论纷争

有关毒品纯度问题,我国旧刑法及1990年12月28日发布的《全国人大常委会关于禁毒的决定》都未作明文规定,期间对于毒品是否应考虑纯度、应否按纯度折算以及如何折算等问题,在理论和实务界存在较大争议。从当时的研究资料来看,多数论者还是持肯定态度,其主要理由是,毒品纯度不同,社会危害性大小有别,量刑也应该区别对待,故有必要对毒品纯度进行测定,但对于应否都进行纯度折算最后确定毒品的数量还存在分歧,一种意见对此持肯定态度<sup>[1]</sup>,另一种意见则认为,都以毒品纯度的含量折算毒品的数量过于机械化,而应由最高司法机关规定一个相对纯度标准值,所谓相对纯度标准值是指某一毒品的生物碱达到多大比例,就不需折算,达不到这一比例,还需按规定折算<sup>[2]</sup>。为回应理论及司法实务之呼求,我国最高司法机关于1994年12月20日发布了《关于适用〈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》第19条第2款规定,“海洛因的含量在25%以上的,可视为《决定》和本解释所指的海洛因。含量不够25%的,应当折合成含量为25%的海洛因计算数量。”该条款向我们提示了两条重要信息:对于毒品应当进行纯度测定;是否要折算得看毒品的纯度。

不过,司法实务界确立的毒品应按纯度折算的原则在短短不到3年的时间就为立法所明确否弃,我国1997年刑法第357条第2款规定,“毒品的数量以查证属实的走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品的数量计算,不以纯度折算。”围绕着该条款之规定,有越来越多的学者为该条款规定之合理性提供理据,主要有:(1)不以纯度折算符合毒品交易的规律及刑法中的主客观相一致的刑事责任原则,因为从事毒品交易的行为人对毒品一般只关注数量而很少涉及其纯度问题,换言之,在行为人的主观方面,一般只有对毒品种类和数量的认识,不会有对毒品含量的认识,甚至往往无从了解毒品的含量,故撇开纯度直接计算毒品数量,正与行为人的主观方面相一致,反之经过纯度的折抵之后,最终认定的毒品数量,往往就不是行为人当初一直以为的毒品数量了,容易产生主客观不一致的弊端<sup>[3]</sup>。(2)由于所有的毒品都必须掺入添加剂方可吸食,故任何毒品的纯度都不可能达到百分之百,加上毒品的种类

收稿日期:2011-03-10

基金项目:教育部人文社科研究青年基金资助项目(10YJC820012)

作者简介:陈荣飞(1978-),男,江西遂川人,讲师,博士,主要研究方向为刑法学。

网络出版时间:2011-4-26 网络出版地址:<http://www.cnki.net/kcms/detail/51.1676.C.20110426.0859.001.html>

繁多,如何折算在司法实践中就存在操作上的困难。(3)认为纯度不同的毒品犯罪行为,对社会的危害性及其程度是相同的,因为毒品犯罪分子的目的在于获取高额利润,他们往往通过降低毒品的纯度,相对降低价格,扩大贩卖数量,以满足社会各类人员,因此,尽管每克毒品的价格降低了,但贩卖市场却扩大了,贩卖总量也增加了,而毒品也因此而蔓延,进而认为,在社会危害性上,低纯度毒品较之于高纯度毒品有过之而无不及<sup>[4]</sup>。(4)目前,世界各国对毒品犯罪都不以纯度折算。毒品的种类繁多,其纯度的标准无从确定,对毒品纯度折算必须经过科学实验,花费时间,拖延办案周期,增加财政负担,不利于迅速有效打击毒品犯罪<sup>[5]</sup>。

## 二、毒品纯度之域外立法考察

在域外立法中,有关毒品纯度之规定存在两种立法模式,一是原则上不以纯度折算的立法,此以美国为代表,二是需要根据纯度折算的立法,此以英国为代表。以下便对这两个国家有关毒品纯度的立法作一简要介绍。

### (一)美国立法

美国《联邦量刑指南手册》(Federal Sentencing Guidelines Manual)对毒品数量及换算作了较为详尽的规定,该手册第二章D部分“涉毒及毒品恐怖主义犯罪”的“毒品和数量表”规定中,按照毒品数量的不同将涉毒犯罪划分为38个罪级,其中,每一罪级中基本都对一些常见毒品如海洛因、可卡因、甲基苯丙胺、苯丙胺、芬太尼、安非他明、大麻等的数量作了相应规定,并且,针对不同的毒品还规定了换算标准,“毒品当量表”(Drug Equivalency Tables)将70余种他种毒品数量换算成大麻的数量,例如,1克海洛因等于1千克大麻,1克甲基苯丙胺等于2千克大麻,1克甲基苯丙胺(实际量 actual)等于20千克大麻,1克吗啡等于500克大麻,1克鸦片等于50克大麻,1克可卡因等于200克大麻,等等。

此外,“毒品和数量表”的第1条注释提示:“除非另有规定,数量表中所列的受管制物质的重量是指任何受管制物质的混合物或可检测出含有一定数量受管制物质之物品的重量。如果某混合物或含有一种以上受管制物质的物品,那么其总量将被导致归为更高罪级的受管制物质。术语‘五氯酚(实际量)’、‘安非他明(实际量)’、‘甲基苯丙胺(实际量)’是指受管制物质本身含于混合物或物品中的重量,例如,重10克五氯酚纯度为50%的混合物就含5克五氯酚(实际量),如果

某混合物或者含有五氯酚、安非他明或甲基苯丙胺的物质,则以其总重量确定所属罪级,或者根据五氯酚(实际量)、安非他明(实际量)或甲基苯丙胺(实际量)中的量大者确定所属罪级。”同时还提示:“除了本指南本身已对纯度作出规定的五氯酚、安非他明、甲基苯丙胺和羟考酮外,贩卖纯度异常高的受管制的物质、化合物或者混合物,可能承担加重责任。受管制物质的纯度,尤其是海洛因的纯度,可能与审判程序发生关联,因为它可以证明被告人在毒品交易链上所担任的角色或所处的地位。由于受管制物质在贩运过程中经常被稀释或掺入其他物质,被告人拥有异常纯度毒品之事实可能意味着他在毒品犯罪领域中有突出地位并且接近毒源。又因巨大数量往往与高纯度相联系,这一因素在数量较小的涉毒犯罪中存在着特别关联。”

从以上规定可以看出,只是少数涉及“实际量”的毒品如五氯酚、安非他明、甲基苯丙胺和羟考酮等,需要对其纯度进行测定,因为纯度此时影响犯罪行为所应归属的罪级,除此之外,只有在纯度异常高时,才将纯度作为酌定情节在刑罚裁量时予以考虑。

### (二)英国立法

英国现行禁毒法律主要有1967年制定的《危险药品法》(Dangerous Drugs Act)、1971年制定的《反滥用毒品法》(Misuse of Drugs Act)、1986年制定的《毒品交易犯罪法》(The Drug Trafficking Offences Act)和1994年制定的《反毒品交易法》(Drug Trafficking Act)。《反滥用毒品法》将所有毒品区分为A、B、C三类,其中,A类毒品包含:海洛因、可卡因、亚甲二氧基甲基苯丙胺(MDMA)、甲基苯丙胺、麦角酸酞二乙胺(LSD)和墨西哥致幻菌素等;B类毒品包含:大麻、安非他明、可待因、利他灵等;C类毒品包含:羟基丁酸盐、氯胺酮、安定、氟硝西洋以及其他多数止痛药、镇定剂、安眠药和兴奋剂等<sup>[6]</sup>。进行此等分类的目的在于区分出不同毒品的危害性,以使持有和贩卖特定毒品所承担的刑事责任与其危害性相适应<sup>[7]</sup>。该法分别对持有或提供不同类别的毒品规定了不同的法定刑(见下表<sup>[8]</sup>)。不过需要注意的是,三类毒品间的界限不是绝对的,它们之间存在转化之可能,如果B类毒品用于注射则将转化为A类毒品<sup>[9]</sup>。从英国现行的禁毒立法来看,虽然《反滥用毒品法》在界定“受管制毒品”与A、B、C类毒品时并未明确规定其纯度问题,但从其相关规定中可以推知,这些毒品都是折算为纯度为百分之百的毒品,并据此设定相应的刑罚措施。

犯罪类型	审理法院	A 类毒品	B 类毒品	C 类毒品
持有毒品	地方法庭	6 个月以下监禁和(或)5000 磅以下罚金	3 个月以下监禁和(或)2500 磅以下罚金	3 个月以下监禁和(或)500 磅以下罚金
	王室法庭	7 年以下监禁和(或)无限额罚金	5 年以下监禁和(或)无限额罚金	2 年以下监禁和(或)无限额罚金
提供毒品	地方法庭	6 个月以下监禁和(或)无限额罚金	6 个月以下监禁和(或)无限额罚金	3 个月以下监禁和(或)2000 磅以下罚金
	王室法庭	终身监禁和(或)无限额罚金	14 年以下监禁和(或)无限额罚金	14 年以下监禁和(或)无限额罚金

通过对比英美两国上述立法可知,两国虽然对于毒品的分类及纯度折算存在较大的差异,但是当涉案的是中、高纯度的毒品时,两国对被告人的处刑却是基本相当的,以贩卖 1000 克 50% 的海洛因为例,在英国,1000 克 50% 海洛因折算成纯海洛因为 500 克,量刑幅度为 10 年至 14 年;而在美国,其基本罪级是 32 级(121~151 个月),即 10 年零 1 个月至 12 年零 7 个月<sup>[9]</sup>。这与我国对毒品犯罪的严厉打击(相同情形依据我国刑法之规定很大可能会被处以极刑)有着霄壤之别。

### 三、理论纷争之评析

对涉毒行为进行定罪和量刑时应否对毒品的纯度进行测定及折算,在笔者看来,肯定说更具合理性,否定说所提出的理据基本不成立,理由在于:

首先,否定说认为,从事毒品交易者一般只关注数量而很少涉及其含量和纯度问题,故不以纯度折算符合毒品交易的规律及刑法中的主客观相一致的刑事责任原则。笔者以为,此种见解是罔顾毒品交易之事实,因为很难想象,毒品交易者会愚蠢到不验货就进行交易的地步,当然,验货有时只是确定毒品的性质而并不对毒品的纯度进行测定,但一般而言,从事毒品的交易者根据其经验对毒品的纯度还是有一定程度把握,并以此作为重要参考因素确定毒品交易的价格。可见,否定论的此等理由并不符合毒品交易的事实。

其次,认为任何毒品的纯度都不可能达到百分之百,加上毒品的种类繁多,如何折算在司法实践中就存在操作上的困难。笔者认为,毒品的纯度不可能达致百分之百的事实并不能成为不进行折算理由,相反,不能达到百分之百的事实恰恰是应当进行折算的理由,因为如果所有的毒品纯度均一致,还有折算之必要吗?不过,毒品种类繁多,不同种类毒品的毒性强弱有别,如何进行分类及加以换算在目前确实还是一个世界性的难题,但这也并非绝对不可能解决的问题,上述英美两国的现行立法即已为我们树立了矜式。因此,该理由也很难成立。

再次,认为纯度不同的毒品犯罪行为,对社会的危害性及其程度是相同的,理由无外乎是毒品纯度越低意味着数量越大,扩散的范围就越广,由此导致吸食毒品的人就越多,因而对社会的危害也就越大。对此,笔者认为,如此推论违反了生活常识,因为不同事物能够进行比较的重要前提之一是它们具有共同的基础,换言之,对不同事物进行比较必须条件同一,否则将无从比较,就不同纯度的毒品对社会危害性大小的比较而言,其共同基础应当是数量相等,若毒品纯度不同数量也不确定显然无从比较。基于此种认识,结论就一目了然了,众所周知,高纯度毒品掺入其他物质后就能产生数量更大、纯度较低的毒品。自此,不同纯度毒品的社会危害性孰大孰小已不言而喻。

最后,认为对毒品纯度折算需要经过科学实验,花费时间,拖延办案周期,增加财政负担,不利于迅速有效打击毒品犯罪。显见,该理由一味地强调打击的效率,盲信立法无错及无视打击犯罪之意旨,最终陷入为打击而打击的误区,其危害性及反正义性学界早有定论,在此想必毋庸赘言。

综上,对于毒品是否应测定其纯度及应否按纯度折算的问题,笔者持肯定态度,根本缘由在于,不同纯度的毒品确实有着程度不同的社会危害性,而我们知道,社会危害性是罪有罪无及罪轻罪重的最重要考量因素,故为了实现定罪量刑上的公平合理,对于任何毒品都应做定性及定量测定;至于该如何折算,笔者认为,可以选择两种方法,一是如前述我国有学者所提出的见解或有过的立法经验,在立法中设定一个相对纯度标准,如 5%、25% 或者其他数值,低于该标准的,需要进行折算,高于该纯度的可不进行折算,但仍应注意,纯度应当作为一个酌定情节在量刑时予以考虑;二是采取英国模式,即将毒品一概折算成纯度为百分之百的毒品,对于不同的毒品应如何分类及折算,已如前述,可以参酌英美国家的立法。

### 四、毒品纯度对定罪和量刑的影响

#### (一)毒品纯度对定罪的影响

有关毒品纯度能否对定罪发生影响,我国刑法理论对之论述甚少,通行的见解认为,毒品的纯度不可能影响涉毒行为的性质,只可能影响量刑。但在笔者看来,毒品的纯度也会影响行为的性质进而影响定罪,理由在于:

其一,依据唯物辩证法的基本观点,任何事物都具有一定质和一定的量,是质与量的统一体,质与量的统

一称为度,它是事物保持自己质的量的限度、幅度、范围,量变是质变的前提,质变是量变的必然结果。毒品也不例外,毒品之所以成其为毒品,并非仅仅因为某事物中含有特定的毒性成分,成为毒品还必须达到一定的量,唯有达到一定的量才具备毒品之本质特征,即能够使人形成瘾癖,譬如,将1毫克的海洛因掺入100千克面粉中是否意味着该混合物都成为毒品了呢?显然不能,因为它根本不会使食用者形成瘾癖,故若行为人对该混合之性质具有此等认识(即根本不会使吸食者形成瘾癖或者对成瘾者之毒瘾根本不发生任何效果)而将其售予吸毒者时,其行为就不应当定性为贩卖毒品罪,而应定诈骗罪。可见,此时毒品的纯度影响行为构成此罪或是彼罪。

其二,毒品的纯度在刑法规范的评价体系中属情节的范畴,在理论上,依据情节对刑事追诉认知过程的不同作用,可将其划分为定罪情节和量刑情节,所谓定罪情节,就是对行为成罪与否以及成罪后的罪质起决定性作用的各种主客观事实,而量刑情节则是行为成罪后定罪情节之外的影响刑罚轻重有无的各种主客观事实。可见,情节除了具有通常的量刑功能外,还具有定罪功能,情节影响定罪主要体现在两个方面,一是影响行为的罪与非罪,二是影响行为构成此罪亦或彼罪。由于毒品纯度对行为构成此罪或彼罪的影响前已论述,故此仅探讨毒品纯度对罪与非罪的影响。不过,需要注意的是,情节之定罪功能并非仅存在于情节犯中,在其他类型的犯罪中也同样存在情节影响罪之成立与否的问题,其依据是我国刑法第13条“但书”之规定:“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。据此可知,当行为之危害处于罪与非罪的临界线时,具备某加重危害情节时,即构成犯罪,反之,具备某减轻危害情节时则不成立犯罪。因此,虽然依据刑法第347条第1款之规定,“走私、贩卖、运输、制造毒品,无论数量多少,都应当追究刑事责任,予以刑事处罚”,但是当毒品数量过少,纯度也极低时,例如贩卖重1毫克纯度只有万分之一的毒品,所得赃款也仅几元钱而已,此时就不宜认为该行为构成贩卖毒品罪。因而,纯度有时也决定行为之罪与非罪。

## (二)毒品纯度对量刑的影响

毒品纯度对量刑的影响较为显著,原因在于,在行为构成犯罪的前提下,不同纯度的毒品社会危害性大小有别,纯度越高,社会危害性越大,但在我国司法实践中,许多法官均无视毒品纯度对行为的社会危害性

大小有着重要影响这一事实,将毒品的数量作为量刑的惟一依据,即所谓的“唯数额论”。笔者认为,唯数额论违反了刑法的基本原则及量刑原则,因为依据《立法法》第7条第3款的规定可推知,部门法原则在部门法规范体系中具有最高法律效力,因此,部门法规范的具体规定及对其进行解释都不得违反部门法的基本原则,显然,无视毒品纯度的“唯数额论”违反了罪刑相适应原则;此外,“唯数额论”也违背了量刑的基本原则,依据我国刑法第61条的规定,“对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处”,由于毒品的纯度属情节范畴进而影响行为的社会危害程度,故在量刑时必须予以考量,可见,“唯数额论”明显违反了该条之规定。

因而,为实现量刑上的公平合理,就有必要对毒品的纯度进行测定。对此我国司法实务部门也进行了反思,2000年4月4日最高人民法院发布了《关于印发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《通知》),《通知》指出:“关于毒品犯罪的数量。毒品犯罪数量对毒品犯罪的定罪,特别是量刑具有重要作用。但毒品数量只是依法惩处毒品犯罪的一个重要情节而不是全部情节。因此,执行量刑的数量标准不能简单化。特别是对被告人可能判处死刑的案件,确定刑罚必须综合考虑被告人的犯罪情节、危害后果、主观恶性等多种因素。对于毒品数量刚刚达到实际掌握判处死刑的标准,但纵观全案,危害后果不是特别严重,或者被告人的主观恶性不是特别大,或者具有可酌情从轻处罚等情节的,可不判处死刑立即执行。对于被告人被公安机关查获的毒品数量不够判处死刑的标准,但加上坦白交待的毒品数量,超过了判处死刑的数量标准的,一般应予从轻处罚,可不判处死刑立即执行。”“关于毒品含量。根据刑法的规定,对于毒品的数量不以纯度折算。但对于查获的毒品有证据证明大量掺假,经鉴定查明毒品含量极少,确有大量掺假成分的,在处刑时应酌情考虑。特别是掺假之后毒品的数量才达到判处死刑的标准的,对被告人可不判处死刑立即执行。为掩护运输而将毒品融入其他物品中,不应将其他物品计入毒品的数量。”

笔者认为,《通知》有关毒品数量以及毒品纯度的规定虽存有一定缺憾,如因其主要围绕毒品犯罪的死刑适用问题,从中体现了我国“严格控制死刑、谨慎适用死刑”的基本政策,但《通知》只对大量掺假(即纯度

很低)或为掩护运输而将毒品溶入其他物品时才考虑毒品的含量即纯度问题,这是否意味着对于其他情形就可罔顾毒品的纯度呢?且毒品纯度很低是否只能作为酌定情节而不可作为其他因素考虑呢?事实显然并非如此,如前所析,毒品纯度不同其社会危害性迥异,因此,如若行为已构成相关毒品犯罪,在现有的立法框架下,毒品纯度一般都应当作为酌定情节在量刑时予以考量。此外,当毒品纯度极低而行为人对此并无认识时,毒品的纯度还影响毒品犯罪的犯罪形态,行为可能构成走私、贩卖、运输、制造毒品罪的未遂犯。不过,尽管《通知》还存在相当的缺陷,但对时下日益流盛的“唯数额论”之纠偏却是功不可没的。

### 五、毒品纯度之立法建言

由于毒品的纯度是影响涉毒行为社会危害性大小的重要因素之一,其不仅影响处刑的轻重,而且有时也影响罪之有无,据此可知,在毒品纯度的规定上,我国现行刑法的相关规定存在较大的缺陷:首先是刑法第347条第1款的规定,“走私、贩卖、运输、制造毒品,无论数量多少,都应当追究刑事责任,予以刑事处罚。”该款规定过于绝对化,易使司法者遗忘刑法第13条但书之规定而随意入罪,故在未来修改刑法时应取消该款。而刑法第357条第2款的规定,“毒品的数量以查证属实的走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品的数量计算,不以纯度折算。”因毒品纯度系司法者在量刑时必须加以考量的情节,也即对于毒品都应当进行定性及定量(即纯度)检测,舍此将导致“唯数额论”从而违反罪刑相适应原则及量刑原则,为避免“唯数额论”,笔者认为,除对

毒品进行定性和定量检测外,还有必要将毒品纯度这一酌定情节通过立法上升为法定情节。因此,笔者建议,应当将该款修改为:“对于查获的毒品,都应当作定性、定量鉴定。在量刑时,应当考虑毒品的纯度。”

### 参考文献:

- [1] 曾喜田.关于毒品犯罪中毒品定量问题的探讨[J].广西政法管理干部学院学报,1995,(4):49.
- [2] 赵秉志.毒品犯罪研究[M].北京:中国人民大学出版社,1993:96-97.
- [3] 高铭暄.中国刑法解释:下卷[M].北京:中国社会科学出版社,2005:2507-2508.
- [4] 傅名剑.海南省毒品犯罪违法犯罪的调查与分析[J].海南社会科学通讯,2003,(3):46.
- [5] 刘家琛.新刑法条文释义:下[M].北京:人民法院出版社,2002:1940.
- [6] Acts of the UK Parliament and Explanatory Notes [N/OL]. (2009-6-7) [2011-3-5].<http://www.opsigov.uk/acts/acts1971a>.
- [7] House of Commons Science and Technology Committee. Drug classification:making a hash of it[M].TheStationery OYce Limited,2006:36.
- [8] Misuse of Drugs Act 1971[N/OL].(2010-10-26) [2011-03-05].[http://en.wikipedia.org/wiki/Misuse\\_of\\_Drugs\\_Act\\_1971](http://en.wikipedia.org/wiki/Misuse_of_Drugs_Act_1971).
- [9] Drugs and the Criminal Law:Legal advice and useful information[N/OL].(2010-6-27) [2011-3-5].<http://www.urban75.org/legal/drugs.html>.
- [10] 魏春明.英美两国毒品纯度与量刑分析[J].云南警官学院学报,2005,(3):39.

责任编辑:万东升

## The Relationship between the Purity of Narcotics and Conviction Sentencing of Drug-related Crimes

CHEN Rong-fei

(Law School, Southwest University Political Sciences & Law, Chongqing 401120, China)

**Abstract:** The article 357 (2) of criminal law's stipulation makes our country's theoretical field of criminal law and judicature circles overlook the purity of narcotics, but only take the quantity of narcotics into account, which result in injustice or unfairness on the conviction and sentencing of drug-related crimes. There is no question that the purity of narcotics is closely related to the social harmfulness of drug-related crimes, the purity of narcotics not only influences the punishment, but also the conviction of drug-related crimes. In order to achieve justice on the conviction and sentencing of drug-related crimes, we must take fully consideration on the purity of narcotics.

**Key words:** the purity of narcotics; drug-related action; the conviction and measurement of penalty