

运输毒品罪与非法持有毒品罪的区分

何荣功

【摘要】运输毒品罪是重罪,办案机关应合理限制其处罚范围,避免扩大化适用。运输的界定不能忽视其作为物流领域概念的基本属性。运输旨在改变商品的空间位移,应注意毒品的位移距离对于运输行为认定的基础意义。行为人长距离运送毒品的,应依法认定为运输毒品的行为,是否成立运输毒品罪,需具体分析。除特殊情形外,短距离的毒品运送通常并不引起毒品空间效应的变化,在性质上多属于走私、贩卖、制造毒品的附随行为,不具有独立评价为运输毒品的价值。在没有证据证明行为人实施走私、贩卖毒品的场合,短距离运送数量较大毒品被查获的,宜依法认定为非法持有毒品罪。以同城作为距离远近的界分标准,具有实践合理性。

【关键词】运输毒品罪;非法持有毒品罪;运输;短距离

【作者简介】何荣功,武汉大学法学院教授,武汉大学毒品犯罪司法研究中心主任。

【原文出处】《中国刑事法杂志》(京),2021.4.160~176

【基金项目】本文系武汉大学法学院与佛山市顺德区人民法院合作项目“推动顺德率先高质量发展的政法工作实证研究(刑事法治部分)”的研究成果。

一、问题的提出

运输毒品罪与非法持有毒品罪的法定刑存在重大差异,两罪区分的意义不言而喻。在运输毒品罪的场合,行为人事事实上也非法持有毒品;而在非法持有毒品罪的情形中,持有既可以是动态的,也可以是静态的。在动态持有的场合,毒品往往呈现“运送”状态,此时被查获的,行为如何定性,刑法理论和实务都存在较大争议。在严厉打击毒品犯罪的刑事政策下,有的办案机关采取了简单从重处理的方法,即没有证据证明行为人实施了走私、贩卖毒品的,不考虑运送距离的远近,只要毒品被查获时处于动态运送中,就认定为运输毒品。这不可避免地导致运输毒品罪的扩大化适用。^①

运输是物流领域的基础性概念,旨在改变商品的空间位置,天然与空间距离密切联系。笔者并不否认毒品的短距离位移可以依法构成运输毒品罪。比如,行为人意图长距离运输毒品,刚起运即被查获

的;为绕关、躲避检查等特定目的而短距离运输毒品的;行为人以牟利为目的专门短距离运输毒品的,等等。^②但是,短距离运送毒品成立运输毒品罪是否属于常态,毒品空间位移距离的远近对于运输毒品罪的成立以及运输毒品罪与非法持有毒品罪的区分究竟有无决定性意义,这是本文重点解决的课题。

二、运输的概念:理论争议与实务立场

(一)理论争议

概念是解决法律问题必不可少的工具,没有限定严格的专门概念,我们便不能理性地思考法律问题。^③运输毒品罪与非法持有毒品罪的区分有赖于对运输概念的科学界定,而且,刑法理论关于运输概念的深入探讨事实上也是围绕两罪的区分展开的。

关于运输(毒品)的概念,刑法教科书和司法文件的表达基本是一致的。比如高铭暄教授、马克昌教授主编的《刑法学》写道:“运输毒品,是指以携带、邮寄、利用他人或者使用交通工具等方法在我国领域

内运送毒品的行为。”^④《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(三)》(公通字[2012]26号)第1条规定:“本条规定的‘运输’是指明知是毒品而采用携带、寄递、托运、利用他人或者使用交通工具等方法非法运送毒品的行为。”对于上述定义,理论上也有批评意见认为其对所运输毒品来源未加界定,容易将吸毒者携带用于个人吸食毒品的行为也认定为运输毒品罪,从而无法科学区分动态非法持有毒品与运输毒品。^⑤教科书和司法文件对法律概念往往只能做出精练的概括,不可能也没有必要进行详细解释,但问题是回避或者不对运输的含义作明确细致的界定,将无法清晰划定运输毒品罪的界限。归纳理论上关于运输的概念以及运输毒品罪与非法持有毒品罪的区分,主要有以下代表性观点:

1. 目的说

持该说的学者认为,运输毒品罪是主客观要件的统一,不重视对运输目的的考察将导致运输毒品罪扩大化适用,特别是无法科学划定其与非法持有毒品罪的界限。

持目的说的学者具体意见不尽一致。如张旭教授认为,刑法规定的非法持有毒品罪可以是固定状态下的行为人持有毒品,也可以是移动状态下的行为人持有毒品。在后者场合,非法持有毒品罪的客观行为与以个人携带的方法运输毒品罪基本相同。若不依据主观方面界定运输的含义,将导致后者情形中的非法持有毒品罪与运输毒品罪难以区分。由此,在运输毒品的场合,行为人应具有专门为了将毒品从一地转移到另一地的犯罪目的,即将毒品从一地转移到另一地是行为人所追求的终极目的。如果行为人除了追求毒品空间位移这一直接目标外,其转移毒品是为了追求另一目标,那么,就应当以其追求的终极目标作为其主观方面的主要内容来分析认定其转移毒品行为的性质。“若转移是为了帮助他人藏匿毒品,可以考虑以窝藏毒品认定;若转移是为了实现贩卖牟利,可以考虑以贩运毒品认定;若以个人携带的方式转移毒品是为了自己吸食,则可以考虑

以非法持有毒品认定。”^⑥此外,赵秉志、肖中华两位教授也曾对目的说有比较详细的论证。^⑦

按照张老师的逻辑,的确便于区分运输毒品罪、非法持有毒品罪以及转移毒品罪。但问题在于,事物的区分标准是由事物的性质决定的,刑法理论采取何种界分标准首先应考虑标准本身的正当性和科学性。根据刑法规定,运输毒品罪、非法持有毒品罪以及转移毒品罪都不属于目的犯。换句话说,目的并非上述犯罪的必备构成要件要素。在这种情况下,以主观目的确定运输毒品罪与非法持有毒品罪(包括转移毒品罪)的界限,是超越刑法规定的思考问题的方法,自然难以得出妥当的结论。此外,虽不能否认行为人的主观目的对运输毒品罪的成立意义,但客观行为毕竟是犯罪成立的基础性要素,完全以主观目的区分运输毒品罪与非法持有毒品罪(包括转移毒品罪),实际上偏离了问题的实质。从办案实践看,司法人员在判断行为是否构成运输毒品罪时,虽然也重视考察行为人的主观目的,但脱离对客观行为的判断而单纯或者主要以主观目的认定运输毒品罪的做法几乎是不存在的。

2. 状态说

持该说的学者主张,应根据毒品持有的状态来区分运输毒品罪和非法持有毒品罪。林亚刚教授写道:“虽然说运输也是对毒品控制和支配,但在毒品位移中的控制和支配是运输的应有之意,本身并无独立评价的意义,而非法持有毒品则以必须具有控制、支配关系为认定的要素。所以,在我看来,具有位移的持有是运输毒品,而无位移的持有是非法持有毒品。”^⑧对于该观点,林教授也注意到存在疑问。比如,行为人从家里携带一定数量的毒品外出,在小区门口被抓获。如果将该行为认定为运输毒品罪,则难以令人信服。面对该问题,林教授认为这不是解释论的问题,而是证据的问题。如果证据本身反映的是运输,那么认定行为构成运输毒品罪在解释论上并无不妥。

实践中行为人运输毒品被查获的场合,毒品往往处于动态位移中。所以,单就运输毒品罪而言,将

其界定为具有位移的持有,不失一定合理性。但是,以毒品位移的有无作为两者区分的基本标准,不能不说是过于简单的思考问题的方法。首先,非法持有毒品罪本质上属于兜底条款。以非法持有毒品罪认定的行为,应是无证据证实所持有的毒品的来源合法,且不能证明系因走私、贩卖、运输、制造毒品以及因窝藏、转移、隐瞒毒品而控制毒品。^⑨非法持有毒品罪作为堵截条款,反映的是国家对毒品犯罪从严打击的立场,避免处罚上的漏洞,并不存在将非法持有毒品罪中的“持有”解释为“无位移的持有”的正当理由。其次,在我国刑法理论和实务中,持有既可以是动态的,也可以是静态的。在动态持有场合,毒品不可避免产生空间位移,这既是理论和实务界的共识,也是客观事实和社会常识。刑法解释论之所以要探讨运输的含义,重要原因即在于合理划定运输毒品罪的范围,避免简单地以毒品的状态即动静以及有无空间位移区分运输毒品罪和非法持有毒品罪。最后,我国刑法中的持有型犯罪还包括非法持有枪支、弹药罪、持有假币罪等。根据体系解释的要求,在其他持有型犯罪的场合,持有与运输是否也要如此区分,不无疑问。

3. 距离说

关于距离对于运输毒品罪成立的意义,理论上有两种认识。一种观点认为,“刑法中的‘运输毒品’,应当是指在边境线以内,从一个地方转移到另一个地方,并有一定距离上的要求。如从同一城区内一家房屋内到另一房屋内的毒品转移,不能认为是运输。”^⑩该观点在界定运输概念时,强调运输毒品往往伴随着毒品的地点转移,而且,地点的转移还需有一定的距离。但是,由于没有明确阐述距离对于区分运输毒品罪与非法持有毒品罪的意义,上述观点难以认为属于典型的距离说。另一种观点明确肯定距离远近对于运输毒品罪成立的意义。1997年《刑法》颁布之时,有学者指出,应以个人携带毒品移动距离远近作为认定是否构成运输毒品罪的关键,同一城市中的毒品位移因空间距离过短不能认定为运输毒品罪。^⑪近年来,仍然有学者坚持该意见。陈

洪兵教授就指出:“行为人携带毒品在运输途中被查获的,若不能证明是为了实施走私、贩卖而运输的,虽然可以认定为运输毒品罪,但是在量刑上应该区别于可以证明为了实施走私、贩卖而运输的情形;同时,在该情况下,运输应限于较远距离或意图较远距离的运输,司法实践应该结合一般认知定义‘较远’。”^⑫需要指出的是,距离说虽然强调成立毒品的运输需要对毒品进行一定距离的空间位移,但并非要求毒品最终实现了一定距离的空间位移。行为人将毒品从甲地转移到乙地,由于未找到联络人又将毒品由乙地带回甲地,仍然属于运输毒品的行为。^⑬

理论上不同意距离说的观点也很有力。例如,周光权教授指出,“运输距离的长短、数量多少、运输者是否实际获得利益,都对成立犯罪没有影响。”^⑭李静然法官则认为,“第一,运输距离的长短并不是构成运输毒品罪的关键。无论运输毒品距离长短,都侵害了国家对毒品的运输管理秩序,无实质性区别。如甲明知是毒品而受乙雇用,为乙将毒品从检查站一端运输至百米外检查站另一端的,虽然运输距离较短,但甲、乙均构成运输毒品罪。第二,运输毒品的距离是判断运输行为性质的重要因素之一。如丙将10克海洛因从其住处运输至同城其另一住房后被查获的,结合丙运输毒品的数量、距离、起始地点等因素分析,丙有关为便于吸食而将毒品转移至另一住房的辩解较为合理,宜认定丙构成非法持有毒品罪。又如丁将千余克海洛因从中缅边境运输至武汉,根据其运输毒品的数量、距离等情节,应当认定丁构成运输毒品罪。”^⑮

距离说的观点简洁明了,在当前的司法实践中有重要影响力。但是,不足之处在于,距离说的学者未能充分论证为何距离远近对于运输毒品罪的成立具有决定性意义,对此不展开深入论证,难免给人以过于形式之感。此外,该说必须进一步回答多远的距离才可以作为运输毒品罪与非法持有毒品罪的合理界限。李静然法官不同意距离说,认为运输距离的长短并不是构成运输毒品罪的关键,只是其中的重要因素,但李静然法官并没有回答成立运输毒品

罪的关键因素是什么。

4. 促进流通说

该观点系为了避免单纯依据毒品查获状态和位移距离确定运输毒品罪与非法持有毒品罪界限的缺陷(即避免运输毒品罪的扩大化适用)而提出的,认为对运输的理解不仅要立足于其物理意义,还要重视其规范意义和承载的社会功能。该说主张,运输毒品罪和非法持有毒品罪的场合都可能存在毒品的空间位移,但只有当毒品的空间位移具有实现和促进毒品流通的意义时,才能认定为属于运输毒品中的“运输”;相反,毒品空间位移的改变不具有实现和促进毒品流通的意义时,只应成立非法持有毒品罪。^⑩有学者指出,运输毒品罪的本质在于使毒品流通于社会进而危害他人,具体表现为使毒品发生了流通或者加大了毒品流通到社会的可能性,与毒品流通于社会根本无关的行为不属于本罪;^⑪运输是使毒品从生产到消费的重要环节,也只有在这种情况下,才能认定为运输毒品罪中的“运输”,反之,非法持有毒品罪的“持有”不具有实现和促进毒品从生产领域到消费领域的作用。^⑫

笔者曾经也持该立场。^⑬如果按照该观点,不仅行为人从家中携带海洛因驾车到办公室途中被查获的案件不能认定为运输毒品罪,而且,行为人即便长距离运送毒品,如果只是单纯地改变毒品的存放位置或者供自己吸食,都不能认定为运输毒品罪,充其量只能成立非法持有毒品罪。这确实可以在一定程度上限制运输毒品罪的处罚范围。而且,毒品本质上也是一种“商品”,毒品被生产、制造的根本目的在于消费,从生产、制造到最终消费需要经过流通过程,走私、贩卖、运输、制造毒品罪实际上都是发生于毒品流通环节的行为。在这个意义上,抽象地认为运输是促进流通的重要环节并无问题。但是,需要进一步思考的问题是,刑法禁止毒品运输是否完全在于避免毒品的流通?立法将运输毒品与走私、贩卖、制造毒品并列规定,走私、制造毒品罪的成立并不需要走私、制造行为要具有促进毒品流通的意义,但在运输毒品罪中赋予促进流通的构成要件意义依

据何在?此外,毒品流通的最终目的是被吸食滥用,为吸食者代购毒品后的短距离运送行为,不能说完全不具有促进毒品流通的意义。如果按照该说,此类行为同样可能被认定为运输毒品罪。

5. 关联说

该观点为张明楷教授所提出:“为了自己吸食、注射而将毒品从此地带往彼地的,或者帮助吸食者代购毒品而将毒品带往彼地,不应认定为运输毒品。换言之,只有与走私、贩卖、制造具有关联性的行为,才宜认定为运输,否则会导致罪刑之间不协调。”^⑭与前述促进流通说一样,在关联说看来,运输毒品虽然一般表现为转移毒品的所在地,但空间位移并不是行为是否成立运输毒品的决定性因素。基于该立场,张明楷教授对最高人民法院2015年《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》(以下简称《武汉会议纪要》)中有关吸毒者在运输过程中被查获和行为人为吸毒者代购毒品在运输中被查获的规定,表达了不赞同的观点。^⑮

根据法律规定,单纯的吸毒行为在我国并不是犯罪,行为人为了自己吸食、注射而将毒品从此地带往彼地,或者帮助吸食者代购毒品而将毒品带往彼地,没有超过合理吸食量(即没有达到毒品数量较大的),当然不应认定为运输毒品罪。但是,当数量超过合理吸食量的,即便行为人事事实上系自己吸食、注射或者帮助吸食者代购,在规范意义上,刑法将不再认可毒品吸食的事实。在这种情况下,如果行为人为运送毒品特别是长距离地运送毒品也不被认定为运输毒品罪,恐怕难以认为是妥当的。此外,何谓“与走私、贩卖、制造具有关联性”?为何运输行为的成立一定要与其他行为相关联?张教授并没有给予积极说明,实务中也不易把握。

6. 综合说

该说认为运输毒品罪与非法持有毒品罪的区分应综合考虑毒品运送的距离远近、毒品查获时的状态和地点、行为人的目的、是否获取运送报酬、行为人是否为吸毒人员或者是否属于为吸毒者代购运送等因素。综合说主要是考虑到两罪区分的情况比较

复杂,不管是单纯依据毒品位移的距离远近,还是毒品查获状态和地点,抑或其他因素,都无法妥当解决两罪区分中的种种问题。该说很受实务界青睐,但其最大的问题在于,因为两罪区分要综合考虑多种因素,所以各种因素在两罪区分中往往被同等看待。在案件认定中,任何一个因素都有可能作为案件定性的依据,而任何一个因素也可以作为否定另一因素的理由,最终导致案件的认定失去基本逻辑与立场。因此,表面上看,综合说是最全面、合理的学说,但实际上,因其没有立场,在科学性上往往经不住推敲。笔者认为,对于综合说还应特别注意的是,即便两罪的区分要综合考虑多种因素,这些因素对于两罪区分的意义和地位也不可能是完全等价的,理论上有必要找出对两罪区分有决定性意义的要素,只有这样,才能确保综合说是有逻辑立场的思考问题的方法。

(二)实务立场

运输的界定以及运输毒品罪与非法持有毒品罪的区分是司法实务中经常面临的问题,司法实务中也基本形成了对此类问题判断的基本立场与方法。归纳起来,实务的立场有以下主要特点:

1. 行为人进行长距离运送毒品的,人民法院一般会认为属于运输毒品行为,符合运输毒品罪的,依法认定为运输毒品罪。

第一,行为人系吸毒人员,购买毒品数量较大进行长距离运送的,人民法院一般会认定为运输行为。

例如,被告人赵某某、李某某均系吸毒人员,赵某某欲购买海洛因,李某某让赵某某为其代购9000元的海洛因。2016年9月20日8时许,赵某某租车与李某某一起到武功县购买毒品。到达武功县城后,李某某在车上等候,赵某某携带自己的10000元和李某某出资的9000元独自到事先联系好的毒品上线“绵羊”处购买了19000元海洛因,后乘车返回途中在蟠溪高速公路出口处被民警查获。一审法院判决被告人赵某某犯运输毒品罪,判处有期徒刑七年,并处罚金一万四千元;被告人李某某犯非法持有毒品罪,判处有期徒刑一年九个月,并处罚金四千元。检

察机关抗诉认为,赵某某与李某某之行为构成运输毒品罪的共同犯罪,一审法院认定李某某犯非法持有毒品罪,适用法律不正确,量刑畸轻。二审法院改判被告人李某某犯运输毒品罪,判处有期徒刑五年,并处罚金一万元。^②

又如,2018年8月13日22时许,被告人徐某某从北京西站乘车到达武汉市,购买毒品后,用胶带将毒品分别捆绑于其腹部、腿部。次日7时许,徐某某携带毒品从汉口火车站乘车返回北京,于同日11时许在北京西站被民警查获。被查获的6袋白色晶体均检出甲基苯丙胺,含量为75.5%,共计289.03克。一审法院判决徐某某犯运输毒品罪,判处有期徒刑十五年,剥夺政治权利三年,并处没收个人财产人民币七万元。徐某某上诉提出,涉案毒品系为本人吸毒购买、运输,应构成非法持有毒品罪,原判认定罪名有误、量刑过重。二审法院认为徐某某违反国家对毒品的管理规定,明知是毒品而实施运输行为,已构成运输毒品罪,且运输毒品数量大,依法应予惩处,裁定维持原判。^③

第二,行为人为他人代购毒品数量较大,进行长距离运送的,人民法院一般也会认定为运输行为。

例如朱某某、高某某运输毒品案。2015年6月初,被告人朱某某受李某之托在山西购买15000元的冰毒,并指使被告人高某某将冰毒藏入文胸内。朱某某、高某某于同年6月4日7时许携带冰毒从太原市乘坐高铁列车到达北京,于当日11时许在朝阳区某餐厅欲将冰毒交付李某时,被民警当场抓获,毒品净重为25.23克。一审法院判决被告人朱某某、高某某犯非法持有毒品罪。^④检察机关提出抗诉。法院再审认为朱某某、高某某为他人代购毒品甲基苯丙胺,并采用不易使人察觉的隐蔽方法,实施了将数量较大的毒品跨省市、长距离的运送行为,而朱某某、高某某均非吸毒人员,不具备在运输状态下持有毒品的合理理由,根据《武汉会议纪要》,判处朱某某、高某某犯运输毒品罪。朱某某不服,提出上诉。二审法院认为朱某某不是吸毒人员,不具备在运输状态下持有毒品的合理理由,其为他人代购毒品甲基

苯丙胺,并伙同高某某采用不易使人察觉的隐蔽方法,实施了将数量较大的毒品跨省市、长距离的运送行为,其行为均构成运输毒品罪,依法应予惩处,裁定维持原判。^⑤

又如范某某运输毒品案。2017年11月初,吸毒人员王某托被告人范某某为自己购买冰毒。范某某联系李某后,答应帮王某代购冰毒。2017年11月7日、8日,王某分两次给范某某微信转账4500元。11月8日,范某某驾驶汽车行至西安市凤城一路李某住处,从李某处购买4800元的冰毒15克。11月9日,范某某从西安返回扶风县时,李某让范某某帮忙往扶风县罗家大桥捎7小包冰毒,范某某答应并携带冰毒返回扶风县。在扶风县人民医院南门东侧路口,范某某电话联系王某交接冰毒并在车上等候。王某过来准备上车时,两人被扶风县公安局民警抓获,当场在范某某驾驶的车上查获冰毒计17.08克。一审法院认定范某某违反国家对毒品管理法规,运输毒品甲基苯丙胺17.08克,毒品数量较大,其行为构成运输毒品罪,判处有期徒刑七年。范某某以判决认定事实不清,案件定性错误,提出上诉。二审法院认为范某某明知是毒品甲基苯丙胺,仍进行运输,根据运输毒品的目的、数量及距离,认定范某某的行为构成运输毒品罪符合法律规定。^⑥

第三,行为人在贩卖毒品过程中长距离运送毒品的,人民法院常常会独立评价毒品的运送行为,肯定运输毒品罪的成立。

行为人走私、贩卖、制造毒品的同时往往不可避免地要对毒品进行运送。在短距离运送的场合,无论社会观念还是办案机关一般都将其中的短距离运送视为走私、贩卖、制造毒品的组成部分,不再单独评价为运输毒品罪。^⑦但是,在长距离运送的场合,办案机关往往独立认定运输毒品罪。例如,被告人季某1、季某2联系于某某,三人商量共同出资贩卖毒品,获利后三人均分。2018年2月,三人商定由季某1携带共同筹集的10万元现金,驾车到与韩某约定的地点,以440元每克的价格从韩某手中购买“红的”毒品吗啡300克。季某1买到毒品后,将毒品放

到王老庄的小桥下面,然后到约定地点。季某1将车停下,坐上季某2租赁的轿车,由于某某驾车到小顾庄南地小桥附近,季某1下车将毒品拿上车交给季某2,季某2将毒品放到自己携带的包内。其后,于某某驾车按季某1所指路线前往内蒙古贩卖毒品。法院审理认定季某1、季某2、于某某三人约定共同出资购买毒品用以贩卖,并共同实施了运输毒品的行为,系共同犯罪。因季某1已经购得毒品,且三人实施了较长距离的运输行为,毒品已流入社会,应当认定为贩卖、运输毒品罪(既遂)。^⑧

2. 对于短距离运送毒品的行为是否成立运输毒品罪,实务意见分歧较大。

在有的案件中,司法机关明确否认距离远近对行为性质的决定性意义,即使是短距离的毒品运送,也被认定为运输毒品罪。比如,被告人黄某经微信商议帮助甲(吸毒者)向乙购买冰毒。黄某在某市西乡塘区友爱路三本大酒店附近从乙处拿到毒品冰毒后,骑电动车将冰毒运送至该市西乡塘区北湖路东一43号甲家楼下时被公安人员当场抓获。公安人员从黄某驾驶的电动车坐垫下的储物格内查获冰毒10.08克。对于本案,一审法院判决被告人黄某犯非法持有毒品罪,判处有期徒刑一年,并处罚金人民币五千元。检察机关认为黄某应依法构成运输毒品罪,提出抗诉。二审法院改判被告人黄某犯运输毒品罪,判处有期徒刑七年三个月,并处罚金人民币一万元。检察机关抗诉和二审法院改判的主要理由是:(1)毒品位移距离不决定行为性质,只要行为人明知是毒品,并且实施了运输毒品的行为,无论距离的长短都应构成运输毒品罪;(2)黄某为甲代购毒品,在运输过程中被查获,没有证据证明黄某和甲是为了实施贩卖毒品等其他犯罪,毒品数量较大,根据《武汉会议纪要》,应以运输毒品罪论处。^⑨

又如,2017年8月,被告人梁某某电话联系雷某后,雷某驾车到南宁市江南区富乐新城小区旁路边接到梁某某,两人一起前往南宁市江南区五一路某毅停车场向刘某购买毒品。梁某某拿到毒品后乘坐雷某驾驶的车辆返回,当车行至南宁市江南区富乐

新城小区路边时,被公安人员上前拦截,查获两包毒品甲基苯丙胺,分别净重29.1克、10.42克,合计39.52克。一审法院认为,被告人梁某某明知是毒品甲基苯丙胺仍然非法持有,数量达39.52克,行为构成非法持有毒品罪;因被告人梁某某主观上不具有运输毒品罪的主观目的,故公诉机关指控梁某某犯运输毒品罪,实属定性不当。检察机关提出抗诉,认为梁某某购买毒品的行为已经完成,客观上实施了利用交通工具运输毒品的行为,且系在运输途中被查获;梁某某被查获的毒品数量达到较大以上的标准,明显超过其个人合理吸食毒品的数量,在没有确实充分证据证明其还有贩卖等其他毒品犯罪的情况下,应以运输毒品罪定罪处罚。二审法院认为,对吸毒者购买毒品后实施运输毒品的行为,并非以行为人是否具有运输毒品的目的为标准,而是以其购买毒品数量较大以及是否有证据证明行为人实施运输毒品犯罪行为等动态支配毒品为标准;在客观行为方面,现有证据足以证明梁某某已经实施了携带毒品利用交通工具进行毒品运输并使毒品产生位移的行为,且运输毒品冰毒数量较大,虽然梁某某携带毒品进行运输的距离较短,且是属于购得毒品后在同城区间进行运输,但根据法律规定,其行为完全符合运输毒品罪构成要件,应当以运输毒品罪对其定罪处罚。^③

然而,在有的案件中,司法机关则明确排除短距离运送毒品行为可以成立运输毒品罪。比如,2016年3月,被告人何某某在徐闻县徐城镇武馆旁边的一条小巷内,以人民币550元向“老三”(具体姓名不详)购买可疑甲基苯丙胺六包、可疑毒品氯胺酮片剂(俗称“K粉”)一包,然后将所购买的毒品藏放在其所驾驶的小轿车内,之后驾驶该车返回龙塘镇(被告人家住龙塘镇),途中在龙塘镇“知越汽车修理店”修车时,被公安民警抓获。经鉴定称重,六包可疑物质检见甲基苯丙胺成分,重10.60克,一包麻古检见氯胺酮成分,重0.89克。法院认为,“运输”毒品,是指行为人明知是毒品而利用飞机、火车、汽车、轮船等交通工具或者采用随身携带的方法,将毒品从这一地

点运往另一地点的行为。构成运输毒品罪通常要具备两个要件:一是主观上必须明知是毒品,二是客观要件方面包括起运地和实际到达地有一定空间距离。对于吸毒者在同城内移动毒品的行为,因空间距离较短,不宜认定为运输毒品。本案中,被告人何某某明知是毒品而从徐城镇(起运地)携带到龙塘镇的家中(到达地)。虽然被告人移动了毒品,但系在同一区域内,空间距离较短,不宜认定为运输毒品。根据非法持有毒品罪的特征,行为人明知是毒品而非法持有毒品,数量较大,且没有证据证实行为人持有毒品是为了实施走私、贩卖毒品等其他犯罪,应当以非法持有毒品罪定罪量刑。^④

值得注意的是,短距离运送毒品的行为是否应认定为毒品的运输行为,《刑事审判参考》第853号高某贩卖毒品、宋某非法持有毒品案的“裁判理由”指出,“为防止不当扩大打击面,认定为运输毒品罪还是应当适当考虑运输距离和目的……对于在不同城市之间运送毒品的,一般可以认定为运输毒品罪。但对于同城内的运送,因空间距离较短,通常不宜认定为运输毒品罪。即使特殊情况下可以认定,也应当考虑被告人是否存在运送毒品获得运输报酬的目的。本案中,宋某受高某指使其为其代购毒品,携带毒品前往同城之内相距仅十分钟左右车程的地点将毒品交给高某,运送毒品的距离较短,且没有证据证实宋某由此赚取了运费,故不宜认定为运输毒品罪。实际上,对宋某某短距离运送购得的毒品并交给高某的行为,可视为其代购毒品行为的一部分,故无须将其代购毒品行为中的运送毒品环节割裂开来单独认定为运输毒品罪。”^⑤可见,最高人民法院通过《刑事审判参考》的指导案例已明确表达了对短距离运送毒品行为的定性,但遗憾的是,该意见没有引起地方司法机关的足够重视。

(三)小结

关于运输毒品罪与非法持有毒品罪区分的理论学说和实务立场,可作如下简要小结:

第一,为了准确界定运输的含义以及实现运输毒品罪与非法持有毒品罪的合理区分,理论上提出

了“目的说”“状态说”“距离说”“促进流通说”等观点。这些观点大体上可以归纳为两类,即事实标准与规范标准。事实标准,也可以称之为物理标准,是根据行为人的主观心态、毒品的物理状态确定运输的含义以及运输毒品罪与非法持有毒品罪的界限,“目的说”“状态说”和“距离说”即属于此类。规范标准,也可以称之为社会标准,立足于刑法概念的规范意义和社会功能,重视运输的社会意义,从与走私、贩卖、制造毒品的关联性界定运输的含义,“促进流通说”和“关联说”则属于该类型。两者虽然分析问题的路径和方法不同,但目的是一致的,即合理确定运输毒品罪与非法持有毒品罪(包括转移毒品罪)的界限,避免运输毒品罪的处罚范围过大。

第二,对于运输毒品罪与非法持有毒品的区分,办案机关虽然很重视毒品的位移距离,但没有完全采取“距离说”。整体而言,办案机关还是青睐“综合说”,即综合考虑毒品运送的距离远近、毒品查获时的状态和地点、行为人的目的、是否获取运送报酬、行为人是否为吸毒人员或者是否属于为吸毒者代购运送等因素,但毒品运送距离的长短在两罪区分中扮演着重要作用。将长距离的毒品运送独立评价为运输毒品罪在司法实务中基本无争议,但其有无理论上的正当性值得研究。关于短距离运送毒品的定性,尽管《刑事审判参考》第853号指导案例已有明确立场,但地方司法机关意见很不统一,毒品短距离位移是否应认定为运输毒品有必要从理论上深入阐述。

三、距离的社会意义与运输的构造

(一)两罪区分的可能路径及其选择

犯罪是主客观要件的有机统一,犯罪的要件不同,犯罪类型和罪名往往也不同。只是有的场合主观要件主要决定着此罪与彼罪的界限,如过失致人死亡罪与故意杀人罪;有的场合客观行为主要决定着犯罪的界限,如诈骗罪和盗窃罪;还有的场合法益对于此罪与彼罪的区分具有重要意义,如强奸罪和故意伤害罪的实行行为都可以表现为暴力,强奸罪侵害的法益是妇女性的自主决定权,故意伤害罪侵

害的是被害人的身体健康,当被害法益是妇女性自主权时,该暴力行为构成强奸罪而不是故意伤害罪。在罪刑法定时代,犯罪构成是行为是否构成犯罪以及构成何种犯罪的根据,运输毒品罪与非法持有毒品罪的区分也不能脱离这一点。根据刑法的规定,在主观方面,两罪都要求具有故意,且都不属于目的犯,尽管两罪故意的具体内容不同,但具体内容的差异取决于对各自行为的理解,所以,在主观方面难以实现两者的区分。从侵害的法益看,两罪都侵害了国家对毒品的管制,而且,运输是动态的,非法持有也可以是动态的,单纯从毒品的动静以及法益侵害也无法科学划定两罪的界限。特别是,实践中两罪之间呈现的是此消彼长的关系,若将短距离运送评价为运输,那么,非法持有毒品罪的范围将会相应缩小。这样一来,两罪的区分不能不回到运输概念本身的合理解释上。

(二)距离的空间效应、运输的本质与界定

概念是人类对自然和社会现象的自我理解与界定方式。人们之所以要创造某个概念,原因在于社会中存在对应现象,而且该现象具有独立意义,值得关注。具体到刑法而言,立法者之所以要设置某种罪名,主要原因是社会上存在该种行为并且该种行为具有严重的社会危害性,需要刑法予以禁止。而且,该行为有别于其他行为,无法为其他犯罪类型涵括,具有独立的社会意义。与其他犯罪一样,运输毒品罪既是一种社会现象,也是一种规范现象,所以,对于运输概念的理解既不能脱离其通常的社会意义,也不能忽视其应当具有的规范含义。毒品本质也是一种商品和消费品,只不过这种商品和消费品是国家禁止的、在性质上属于非法而已。既然毒品是一种商品和消费品,那么,对毒品犯罪中运输含义的理解自然就不能脱离其作为商品运输的本质。

在现代商品经济社会,运输不仅是一种行为,而且日益成为重要的行业。就其价值而言,运输与制造、贩卖存在明显差异。制造是商品和消费品的生产、创造行为,强调的是创造物的价值,使商品的价值从无到有或者从有到多;贩卖是促进商品交易的

行为,实现商品在不同主体之间的流转,提升商品的价值;而运输并不改变物品的大小、形状、外观等物理性质,其价值在于通过改变物品的空间位置,创造物品的空间效应。^③所以,在物流和经济学领域,运输都被界定为系在不同地域范围间以改变物品空间位置为目的的活动。^④运输的价值在于创造和提升物品的空间效应。具体而言,物品所处的空间场所不同,同种产品的使用价值的实现程度就不同,因此其效益也不相同。^⑤既然运输的本质在于改变物品的空间位置,那么,空间位移是否改变及其距离远近便成为行为是否构成运输的决定性因素,忽视距离对于认定运输的意义,势必难以把握事物本质。

通常情况下,商品的短距离转移不会引起空间效应的变化,或者引起的空间效应不明显,不值得单独评价。但是,一旦发生长距离的转移,商品空间效应的变化就不能忽视。在前者场合,由于位移不具有明显的社会意义和独立性,没有单独评价为运输的必要性;在后者的场合,运输具有社会意义和独立性,往往需要独立评价。这种理解也契合社会通念和毒品交易习惯。比如,在物流管理领域,运输和搬运、配送被视为不同的概念。一般认为运输和搬运的区别在于,运输是在较大范围内(如不同城市之间)的活动,搬运是在较小地域范围之内(如同一仓库的不同库区之间)的活动。运输和配送的不同之处是,运输一般指长途运输,而配送则是从物流网点到用户的短距离、小批量的运输。^⑥具体到毒品运送的场合,也呈现类似的情形。比如,行为人购入或卖出毒品后短距离运送的,此时的运送往往被视为买卖的附送行为,购买者一般也不会为此支付额外费用。

此外,将毒品运输限定为毒品的长距离运送,也有助于实现刑法协调和罪责刑相适应。《刑法》第347条将运输毒品罪与走私、贩卖、制造毒品罪并列规定并配置严厉的刑罚,该立法本身就表明运输与走私、贩卖和制造在法律地位上具有独立性。换句话说,只有具有独立意义的运输或者只有运输行为与走私、贩卖、制造具有等价值违法性时,才是本罪调整的对象。实践中,行为人在走私、贩卖、制造毒品的

场合都无法避免地伴随着毒品的非法运送。如果毒品的运送距离很短,只是属于走私、贩卖、制造的附随行为,那么,将其作为运输毒品罪独立评价,就偏离了立法精神和刑法规定,导致刑罚的严苛。促进流通说和关联说意在通过对运输含义的限制解释避免运输毒品罪的处罚的不适当扩大,以实现罪责刑平衡,这一点值得充分肯定。但其认为运输必须具有促进流通的意义或者必须与走私、贩卖、制造相关联,这种理解将长距离的毒品非法运送排除在外,难以契合运输概念的本质。

(三)观点总结

为了使本文立场更为清晰,这里再对运输的含义进一步归结如下:如文首指出,虽然不排除在特殊情形下,短距离的毒品位移也可以成立毒品运输,并依法构成运输毒品罪,但作为一种旨在改变毒品空间位移的行为,运输的界定不能脱离其本质,毒品位移距离的长短应成为界定运输以及区分运输毒品罪与非法持有毒品罪的决定性因素。

第一,行为人在贩卖毒品过程中伴随的短距离毒品运送,一般不应将此运送行为单独认定为运输毒品罪。例如,甲驾车将毒品运送至本市酒店贩卖给乙,途中被查获,应依法认定为贩卖毒品罪,不宜认定为贩卖、运输毒品罪。与此不同,甲驾车将毒品从A市长距离运送至B市贩卖途中被查获的,一般应认定为贩卖、运输毒品罪。^⑦司法实践大多采取该做法,具有理论依据,是妥当的。

第二,行为人短距离运送毒品被查获的,除特殊情形外,不管是为自己吸食、注射,还是为他人代购,没有证据证明行为人系为走私、贩卖、制造,对于毒品的运送行为,刑法没有评价为运输毒品罪的正当性与必要性;数量较大的,可依法认定为非法持有毒品罪。当前办案机关对此做法很不统一,值得重视。如果将此类行为认定为运输毒品罪,将不可避免地导致运输毒品罪的扩大化适用。

第三,行为人长距离运送毒品,应依法认定为毒品的运输行为。如果系为了自己吸食、注射或者为吸毒者代购,毒品数量没有超过刑法规定的数量较

大的,不作为犯罪处理;毒品数量超过较大的,即使只是为了单纯的转移毒品,比如便于窝藏或者吸食,并不具有促进流通的意义,但由于毒品的长距离位移体现出了空间效应的变化和行为的独立性,也宜依法认定为运输毒品罪。

第四,行为人非法运送毒品在机场、车站、码头、高速公路等被查获的,如果其不能提出短距离运送的有力证据,往往会被推定为长距离运输,符合运输毒品罪构成要件的,依法认定为运输毒品罪。

(四)需要进一步回答的问题:距离长短的实践把握

以距离的长短作为界定运输的决定性考量标准,随即而来的问题是多长的距离才能评价为运输行为。对此,《刑事审判参考》在第853号高某贩卖毒品、宋某非法持有毒品案中表达的意见是“同城”。从正当性而言,这种观点很容易被质疑甚至批评,为什么只能是同城?城市也有大有小,这种标准如何是公平的?在山区或者农村采取何种标准?

客观地讲,不能说上述质疑完全没有道理,但这些质疑并不值得提倡。众所周知,我国采取的是违法和犯罪相区分的二元违法体系,只有严重违法行为才能依法成立犯罪。所谓严重违法,按照刑法的规定,有的是行为情节严重,有的是行为结果严重,还有的是数量较大、次数多等。比如,在经济财产犯罪中,财物数额对于决定行为的罪与非罪具有重要意义。在有的地区,行为人诈骗公私财物价值达到3000元的,成立诈骗罪,而诈骗财物的价值不足3000元的属于违反《治安管理处罚法》的行为。为何3000元决定着行为罪与非罪的界限?还有,为何年满16周岁而不是年满15周岁的自然人实施犯罪都需要承担刑事责任?其实,这些疑问反映了一个法律上的共性问题,即包括刑法在内的法律规定的数量、情节等标准,很多时候具有形式性和技术性特点,未必一定存在绝对的正当性。立法或司法机关选择何种标准不仅要考虑特定时期国家刑事政策和社会对犯罪的宽容度,还要考虑实践中案件办理的可操作性。具体到运输毒品罪而言,最高司法机关结合我国毒

品犯罪的实际情况,可以将同城作为运输毒品罪与非法持有毒品罪的界限,也可以确定将乡(镇)、县(区)或者市(州)作为两者的界限。当前,最高人民法院在《刑事审判参考》的指导案例中明确了同城的标准。笔者认为,这是可以接受而且也应当尊重的,而在农村或者山区,可以考虑采取县(区)作为界分标准。

(五)本文可能面临的质疑与回应

由于毒品犯罪中运输行为的复杂性,本文并没有对其含义作出一般性的界定,而是重点围绕毒品位移距离的远近对两罪区分的意义展开论述。此外,与不少学者一样,本文也承认存在短距离运送依法构成运输毒品罪的例外情形,这不可避免地带来本文立场一贯性和彻底性的疑问。而且,笔者甚至也不完全否认对运输的界定以及运输毒品罪与非法持有毒品罪的区分也需要综合行为人的主观目的、毒品查获的地点和场所等因素。但是,有必要指出的是,上述因素对于运输的成立以及两罪区分的意义并不相同。其中,位移距离是决定性因素或原则性因素,其他因素如运送的目的、运费、毒品的动静等系辅助性因素或例外性因素。在这个意义上,本文并不属于或者雷同于前述的综合说。

四、其他两个问题

(一)吸毒者运送毒品或者为吸毒者代购运送毒品的定性

该问题上文已有涉及,考虑到问题的复杂性和面临较多争议,有必要再专门进一步论述。最高人民法院2000年《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《南宁会议纪要》)、最高人民法院2008年《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《大连会议纪要》)和《武汉会议纪要》都对该问题作了专门规定。《南宁会议纪要》规定:“对于吸毒者实施的毒品犯罪,在认定犯罪事实和确定罪名上一定要慎重。吸毒者在购买、运输、存储毒品过程中被抓获的,如没有证据证明被告人实施了其他毒品犯罪行为的,一般不应定罪处罚,但查获的毒品数量大的,应当以非法持有毒品罪定罪;毒品数量未超过刑法第三百四十八条规定数量最低标

准的,不定罪处罚。”《大连会议纪要》指出:“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。吸毒者在购买、运输、存储毒品过程中被查获的,如没有证据证明其是为了实施贩卖等其他毒品犯罪行为,毒品数量未超过刑法第三百四十八条规定的最低数量标准的,一般不定罪处罚;查获毒品数量达到较大以上的,应以其实际实施的毒品犯罪行为定罪处罚。”

对于吸毒者实施毒品犯罪的定性,上述两个纪要的共同点在于,第一,都强调吸毒者实施毒品犯罪的,犯罪事实的认定和罪名的确定要慎重;第二,吸毒者在购买、运输、存储毒品过程中被查获的,如果没有证据证明被告人实施了其他毒品犯罪行为,毒品数量未超过《刑法》第348条规定数量最低标准,不应定罪处罚。两个纪要的不同点是,对于吸毒者在购买、运输、存储毒品过程中被查获,没有证据证明其是为了实施贩卖等其他毒品犯罪行为,查获毒品数量大的(较大的),《南宁会议纪要》认为“在查获的毒品数量大的场合,应当以非法持有毒品罪定罪”,而《大连会议纪要》则强调“查获毒品数量达到较大以上的,应以其实际实施的毒品犯罪行为定罪处罚”。

如前指出,既然吸毒本身在我国不是犯罪,当吸毒者携带合理吸食量的毒品时,如果没有证据证明其携带毒品是为了实施其他毒品犯罪,按照有利于被告人的原则,则应推定为吸食。从《刑法》第348条关于非法持有毒品罪的规定看,合理吸食量的上限应当是《刑法》第348条规定的非法持有毒品罪的入罪数量标准,即鸦片200克、海洛因和甲基苯丙胺10克以及其他毒品数量较大的。两个纪要规定,“吸毒者在购买、运输、存储毒品过程中被查获的,如没有证据证明被告人实施了其他毒品犯罪行为的,毒品数量未超过刑法第三百四十八条规定数量最低标准的,不应定罪处罚。”该规定考虑到吸毒在我国不是犯罪的现状和合理吸食量,是科学合理的。

但是,《南宁会议纪要》指出,“在查获的毒品数量大的场合,行为以非法持有毒品罪定罪。”这种定

性意见显然是不妥当的。首先,吸毒者在购买、运输、存储毒品过程中被查获的,即便没有证据证明被告人实施了走私、贩卖、制造毒品的行为,因为行为人实施了运输毒品行为,完全可以构成运输毒品罪,而不是以非法持有毒品罪定罪。其次,《南宁会议纪要》没有解决“在查获的毒品数量较大的场合”,行为应如何认定的问题。《大连会议纪要》注意到《南宁会议纪要》存在的上述两个方面问题,进而规定:“……查获毒品数量达到较大以上的,应以其实际实施的毒品犯罪行为定罪处罚。”只是如何根据行为人实际实施的毒品犯罪行为定罪处罚,并没有进一步解释。《武汉会议纪要》区分“购买、存储毒品过程中被查获”和“运输毒品过程中被查获”两种情形,规定“吸毒者在购买、存储毒品过程中被查获,没有证据证明其是为了实施贩卖毒品等其他犯罪,毒品数量达到刑法第三百四十八条规定的最低数量标准的,以非法持有毒品罪定罪处罚。吸毒者在运输毒品过程中被查获,没有证据证明其是为了实施贩卖毒品等其他犯罪,毒品数量达到较大以上的,以运输毒品罪定罪处罚”。《武汉会议纪要》不仅注意到单纯吸毒行为在我国不属于犯罪以及合理吸食量,而且也注意到了运输毒品罪和非法持有毒品罪的区分。根据《武汉会议纪要》的规定,吸毒者在购买、存储毒品过程中被查获,没有证据证明其是为了实施贩卖毒品等其他犯罪,其性质可以简单总结如下:第一,毒品未达到数量较大标准的,推定其为吸食,不作为犯罪处理;第二,毒品数量达到较大以上的,根据其具体的行为状态定罪,处于购买、储存状态的,认定为非法持有毒品罪;处于运输状态的,认定为运输毒品罪。^③

关于为吸毒者代购运输的问题,《南宁会议纪要》和《大连会议纪要》没有专门规定,《武汉会议纪要》指出:“行为人为吸毒者代购毒品,在运输过程中被查获,没有证据证明托购者、代购者是为了实施贩卖毒品等其他犯罪,毒品数量达到较大以上的,对托购者、代购者以运输毒品罪的共犯论处。”

如前所述,对于《武汉会议纪要》有关吸毒人员

运输毒品或者为吸毒人员代购毒品运输的上述规定,张明楷教授基于对运输的理解,表达了不赞同的观点。^⑨笔者并不赞同张教授的看法。与走私、贩卖、制造毒品罪一样,运输毒品罪并非身份犯,从事毒品运输的行为人究竟是一般人,还是吸毒者,抑或为他人代购毒品者,并不影响和改变客观上运输行为的性质。如前指出,之所以吸毒人员运输毒品或者为吸毒人员代购毒品运输查获的场合行为性质要特别考虑,主要源于单纯的吸毒在我国不是犯罪。但是,如果运输毒品的数量达到较大以上,刑法上就不再考虑毒品吸食的情节,司法机关只需要依照行为的性质认定即可。所以,《武汉会议纪要》的上述规定并无不妥之处,只是需要慎重理解其规定的“在运输过程中”被查获的含义,不能将“毒品的运送”或者“毒品的动态位移”简单地等同于“毒品的运输”。

据此,吸毒者运送毒品或者为吸毒者代购运送毒品的定性,可以简要总结如下:第一,吸毒者在短距离运送毒品过程中被查获,没有证据证明其是为了实施贩卖毒品等其他犯罪,毒品数量达到较大以上的,以非法持有毒品罪定罪处罚;在长距离运送毒品过程中被查获的,以运输毒品罪定罪处罚。第二,行为人为吸毒者代购毒品,在短距离运送过程中被查获,没有证据证明托购者、代购者是为了实施贩卖毒品等其他犯罪,毒品数量达到较大以上的,对托购者、代购者以非法持有毒品罪的共犯论处;在长距离运送过程中被查获的,以运输毒品罪的共犯论处。

(二)运输毒品罪、非法持有毒品罪与转移毒品罪的区分

根据《刑法》第349条规定,转移毒品罪指的是为犯罪分子转移毒品的行为。毒品的转移也涉及毒品的非法持有、运送或者运输。这样一来,运输毒品罪、非法持有毒品罪与转移毒品罪的区分便不可回避。理论上有一种观点认为,根据刑法的规定,转移毒品罪中的转移应限于为使走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子逃避法律追究而转移毒品;如果为了贩卖等而转移毒品,则应认定为运输毒品罪。^⑩从实践看,司法机关认定为转移毒品罪的案件很少见,

主要原因可能是司法机关对于行为是否认定为运输毒品罪,关键考虑是毒品被查获时是否处于运输状态。这种认定思路大大排挤了转移毒品罪的适用空间。

笔者认为,一方面,如前文分析,运输原则上限于长距离的毒品位移或者转移,不能简单地将毒品的转移等同于运输;另一方面,运输毒品罪、非法持有毒品罪和转移毒品罪三者之间并非绝对的排斥关系,而系交叉竞合关系。也就是说,行为人为使走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子逃避法律追究而转移毒品,转移毒品的数量较大,同时依法成立非法持有毒品罪,如实施了长距离转移的,还依法成立运输毒品罪,最终从一重罪定罪处罚。三者之间交叉竞合的关系使得实践中绝大部分案件都会按照运输毒品罪或者非法持有毒品罪处理,转移毒品罪将呈现一定程度的空置化。

注释:

①需要说明的是,因为单纯的吸毒行为在我国不是犯罪,吸毒人员运输毒品的或者行为人为吸毒人员代购运输毒品的,如果毒品数量没有达到《刑法》规定的“数量较大”,实务一般采取有利于行为人的立场,推定毒品为行为人吸食,依法不构成运输毒品罪和非法持有毒品罪。

②参见李静然:《特定情形下运输毒品罪与非法持有毒品罪的区分》,载《人民法院报》2014年7月2日,第6版。

③参见[美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第486页。

④高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第594页。

⑤参见高艳东:《运输毒品罪疑难问题研究》,载《广西政法管理干部学院学报》2004年第6期,第46页。

⑥参见张旭:《关于运输毒品罪认定的法律思考》,载《中国刑事法杂志》2001年第5期,第44页。

⑦两位教授认为,传统的有关运输毒品的解释只是把握了运输毒品构成要件中“明知是毒品”的主观要素和“运送、输送”的客观要素,没有解释行为人对于“毒品乃走私、贩卖、制造之毒品”认识这一关键主观要素,偏离了立法本意。参见赵

秉志、肖中华：《论运输毒品罪和非法持有毒品罪之立法旨趣与隐患》，载《法学》2000年第2期，第33页。笔者认为，实践中确实长期存在两位教授指出的“将运输毒品罪简单等同于主观上明知是毒品和客观上‘运送、输送’毒品简单相加集合”的问题，但导致上述区分难题的关键不在于主观认识的内容，而在于客观方面将毒品“运输”简单地等同于毒品“运送”。将运输毒品罪成立的主观要素严格限定于行为人具有“毒品乃走私、贩卖、制造之毒品”的认识，同样存在没有罪刑法定依据、缺乏可操作性以及回避对运输的界定这些实质性问题。

⑧林亚刚：《运输毒品罪的若干问题研究》，载《法学评论》2011年第3期，第69页。

⑨参见林亚刚：《运输毒品罪的若干问题研究》，载《法学评论》2011年第3期，第68页。

⑩王作富主编：《刑法分则实务研究(下)》，中国方正出版社2003年版，第1620页。

⑪参见赵秉志、于志刚：《毒品犯罪》，中国人民公安大学出版社1998年版，第158页。

⑫陈洪兵：《毒品犯罪定性基本问题研究》，载《检察日报》2020年12月29日，第3版。

⑬参见黎宏：《刑法学各论》，法律出版社2016年版，第458页。

⑭周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社2016年版，第434页。

⑮李静然：《特定情形下运输毒品罪与非法持有毒品罪的区分》，载《人民法院报》2014年7月2日，第6版。

⑯参见何荣功：《运输毒品认定中的疑难问题再研究》，载《法学评论》2011年第2期，第147页。

⑰高艳东：《运输毒品罪疑难问题研究》，载《广西政法管理干部学院学报》2004年第6期，第47页。

⑱参见张军、江必新等主编：《刑事审判实务教程》，中国法制出版社2013年版，第578-579页。

⑲参见何荣功：《运输毒品认定中的疑难问题再研究》，载《法学评论》2011年第2期，第147页。

⑳张明楷：《刑法学(下)》，法律出版社2016年版，第1144页。

㉑该问题将在本文最后一部分专门展开。

㉒参见陕西省宝鸡市中级人民法院(2017)陕03刑终147号刑事判决书。

㉓参见北京市高级人民法院(2019)京刑终80号刑事裁定书。

㉔参见北京市朝阳区人民法院(2015)朝刑初字第2541号刑事判决书。

㉕参见北京市第三中级人民法院(2017)京03刑再2号刑

事裁定书。

㉖参见陕西省宝鸡市中级人民法院(2018)陕03刑终145号刑事判决书。

㉗比如，2020年7月14日16时许，被告人蒋某某与购毒人员甘某通过电话约定了毒品交易后，甘某通过微信给蒋某某转账了550元。蒋某某遂联系其朋友以460元的价格购买了一包毒品冰毒和两颗麻古。同日18时13分许，蒋某某在重庆市九龙坡区杨家坪中学大门旁人行道上，将净重为0.25克的毒品冰毒和净重为0.2克的毒品麻古卖给了甘某，随后被民警抓获。法院审理认为，蒋某某向他人贩卖净重0.25克的毒品甲基苯丙胺、0.2克的毒品甲基苯丙胺片剂，构成贩卖毒品罪。参见重庆市第五中级人民法院(2020)渝05刑终866号刑事判决书。

㉘参见安徽省高级人民法院(2019)皖刑终183号刑事裁定书。

㉙参见广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2019)桂01刑终121号刑事判决书。

㉚参见广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2018)桂01刑终748号刑事判决书。

㉛参见广东省徐闻县人民法院(2016)粤0825刑初182号刑事判决书。

㉜参见最高人民法院刑事审判第一、一、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》(总第91集)，法律出版社2014年版，第84-85页。

㉝参见李斌：《物流的时空效应分析》，载《时代经贸》2007年第8期，第11页。

㉞参见徐勇谋、郭湖斌编著：《现代物流管理》，上海大学出版社2014年版，第32-33页。

㉟参见祁晓霞、郭建名主编：《现代物流管理概论》，航空工业出版社2008年版，第35页。

㊱参见徐勇谋、郭湖斌编著：《现代物流管理》，上海大学出版社2014年版，第32-33页。

㊲对于行为人在走私、制造毒品过程中伴随的短距离毒品运送，司法机关也常常认定为走私、制造毒品罪，不独立评价运送行为。

㊳参见高贵君等：《〈全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要〉的理解与适用》，载《人民司法》2015年第13期，第15页。

㊴参见张明楷：《刑法学(下)》，法律出版社2016年版，第1144页。

㊵参见张明楷：《刑法学(下)》，法律出版社2016年版，第1153页。