

零包贩毒刑法规制的适用困境及其路径优化

陈伟 冯思柳¹

（西南政法大学 法学院，重庆 401120）

【摘要】：零包贩毒作为实践中常见的毒品犯罪类型，通常具有向多人或多次贩毒的情节，社会危害性不容忽视。现行刑法对毒品犯罪无论数量多少都追究刑事责任的规定，在刑法分则中具有显明性与特殊性，系从严治毒刑事政策在刑事立法上的反映，彰显了我国通过刑事手段遏制毒品犯罪的态度和决心。但是，毒品数量只是衡量毒品犯罪社会危害性程度的重要而非唯一因素，零包贩毒亦存在犯罪情节显著轻微危害不大的非典型案件。在对毒品犯罪从严打击的政策要求和刑法分则特别规定的情形下，寻求刑法总则中的但书出罪予以救济难以获得实践认同。遵循刑事法治理念与刑事政策之间的关系，对零包贩毒的刑事责任追究应突破唯数量论的局限，综合评判涉案行为人的主观恶性与造成的客观危害，通过定罪免刑与酌定减刑制度化解非典型案件的罪刑不均衡问题。除此之外，为了保持刑法总则的协调一致、刑法与禁毒法的顺畅衔接，应在后期立法修订时有所调整，为零包贩毒的规范适用提供现实空间。

【关键词】：零包贩毒 但书出罪 罪刑法定 罪刑均衡

【中图分类号】：D924 **【文献标识码】：**A **【文章编号】：**1003-8477（2021）08-0132-10

从全世界的整体情势来看，毒品犯罪依然是威胁人类生存和发展的一大“毒瘤”。禁毒事关国家安危、民族兴衰和人民福祉，已成为各国政府的重大关切。中国政府与各国政府一道致力于严厉打击毒品违法犯罪。新中国成立之后，为净化社会环境，保护公民身心健康，1950年至1952年期间，全国各地禁毒运动逐步展开，^[1]祸害中国一个多世纪的鸦片烟毒，基本被禁绝。^{[1] (p288)} 20世纪70年代末80年代初，国际毒潮泛滥，境外贩毒分子利用我国改革开放之机加剧渗透，意图开辟新的贩毒通道，中国成为世界范围内贩毒的过境国之一，尤其是毗邻“金三角”的云南成为过境贩毒的主要通道。^{[2] (p43)} 由此，毒品问题在中国故态复萌、辐射蔓延，吸食、制造、运输、种植、走私、贩卖毒品在我国再度泛起，且愈演愈烈，我国逐渐由毒品过境国向过境和消费国并存的格局转变。^{[1] (p288)} 邓小平同志指出：“开放以后，一些腐朽的东西也跟着进来了，如吸毒、嫖娼、经济犯罪等。要注意很好地抓，坚决取缔和打击，不能任其发展。”^{[3] (p379)} 毒品犯罪问题日益严峻，中国的禁毒工作被列入重要议事日程。² 自进入90年代以来，在从严打击毒品犯罪刑事政策的价值导向下，各地保持打击毒品犯罪高压态势，大宗毒品犯罪受到有效遏制。同时，毒品暴利的蛊惑诱使毒品犯罪分子的作案手段发生异化，^[4]零包贩毒，这种将大重量毒品通过层层销售渠道分散销售的化整为零的贩毒行为，呈现爆炸式发展态势。³ 基于此，零包贩毒的刑法适用问题被摆上台面，值得我们关注并加以细致探讨。

一、问题提出：零包贩毒的个案现实与罪刑失衡

零包贩毒作为毒品犯罪最微小的组成细胞，其防控概况取决于刑事立法对毒品犯罪起刑点的规定，取决于刑事立法对少量贩卖者的打击态度。1997年《刑法》第六章（妨碍社会管理秩序罪）第七节（走私、贩卖、运输、制造毒品罪）第347条规定：“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。”此后，历经十一次刑法修正案的修

¹作者简介：陈伟（1978-），男，法学博士，西南政法大学法学院教授；

冯思柳（1994-），女，西南政法大学法学院博士研究生。

基金项目：国家社科基金项目“刑罚退出机制的价值确立与实践运行研究”（17XFX009）；重庆市人文社科重点研究基地西南政法大学毒品犯罪与对策研究中心“零包贩毒案件法律适用的疑难问题研究”（19JD012）的阶段性研究成果

订，该条规定仍然保持不变。这种“一刀切”的规定模式意味着，只要行为人明知是毒品而非法销售，或者以贩卖（卖出）为目的而非法收买毒品，那么贩卖毒品不论数量多少，都应当追究刑事责任，这与我国从严惩治毒品犯罪的刑事政策一脉相承。^[4]此外，2015年5月，最高人民法院首次以发布司法文件的方式，在《最高人民法院关于印发〈全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要〉的通知》（法[2015]129号）中提道：“要加大对制毒物品犯罪、多次零包贩卖毒品、引诱、教唆、欺骗、强迫他人吸毒及非法持有毒品等犯罪的惩处力度，……”与此相呼应，2017年6月，最高人民法院首次发布《人民法院禁毒工作白皮书（2012—2017）》，其中明确指出：“受毒品消费市场持续膨胀影响，零包贩卖毒品（一般指涉案毒品10克以下的贩毒案件）等犯罪增长迅速。零包贩毒是毒品犯罪的末端环节，此类案件通常占贩卖毒品案件的一半以上，在全部毒品犯罪案件中也占有较高比例，社会危害不容忽视。”可见，要有效遏制毒品问题蔓延，控制毒品犯罪增长，在坚持依法严惩大宗贩卖毒品等源头性毒品犯罪的同时，也必须对“多次零包贩卖毒品”等“末端毒品犯罪”予以合理的刑法规制。^[4]

然而，任何法律规范的价值，不仅仅是自身价值目标的抽象体现，也必须是它可能涉及的不同社会关系的各种相应价值目标的均衡体现，必须在实践中具体呈现。从零包贩毒案件的司法实践来看，被告人往往是向多人或多次贩卖毒品的，但亦存在单次贩卖、数量极少的非典型案件，例如被告人蒋嘉席因贩卖0.15克的甲基苯丙胺（俗称“冰毒”）和净重0.001克的甲基苯丙胺片剂（俗称“麻古”）被重庆市南岸区人民法院以贩卖毒品罪判处有期徒刑6个月，并处罚金2000元；⁴被告人黄某因贩卖净重0.09克的毒品海洛因被广西壮族自治区天等县人民法院以贩卖毒品罪判处有期徒刑8个月，并处罚金人民币2000元；⁵被告人许某某因贩卖0.001克海洛因被上海市虹口区人民法院以贩卖毒品罪判处拘役1个月28日，并处罚金人民币1000元。⁶在此类零包贩毒案件中，所涉及的毒品数量极低（查到最低的只有0.001克），如果不加区分地一律予以刑事处罚，那么可能会导致《刑法》第13条但书出罪的条款徒有虚名。同时，在客观事实层面上，不光是毒品的数量，毒品的种类、纯度等其他因素也综合决定着毒品犯罪的社会危害性及其程度。若从该角度看，《刑法》第347条规定的科学合理性存疑。与此相反的是，如果不遵循《刑法》第347条的“绝对性规定”，认定行为人构成贩卖毒品罪并科处刑罚，那么又可能会与该条文的立法精神相背离，不利于维护刑法的稳定性和权威性。至此，刑法规范的适用陷入进退两难的窘境。由此观之，在处理部分零包贩毒案件时，如何与刑法总则但书出罪的条款予以协调，充分发挥刑法的应有效能值得重视。

二、立场选择：零包贩毒的“一律入罪”与“但书出罪”

零包贩卖毒品一般是指涉案毒品在10克以下的贩毒案件。根据《刑法》第347条第1款规定，贩卖毒品，无论数量多少，都应当受到刑罚处罚。对于零包贩毒案件有无适用《刑法》第13条但书出罪的可能性，理论上主要存在两种不同的看法。

（一）零包贩毒可以适用刑法但书出罪的肯定立场。

持肯定立场者认为，毒品数量不仅影响量刑，还会关系定罪，如果行为人仅贩卖了0.001克鸦片，情节显著轻微危害不大，就可以适用《刑法》第13条但书予以出罪。具体理由如下：

首先，从刑法总则与分则的关系看，刑法总则是对犯罪和刑罚的一般性规定，刑法分则是对具体犯罪及其法定刑的规定，两者之间是一般与特殊的关系。刑法总则涉及刑法的一般原则、一般制度，体现了刑法的基本精神，对刑法分则具有指导和制约的作用。^{[5] (p51)}“但书”作为刑法总则规定的犯罪定义的重要组成部分，具有对刑法分则没有明文规定罪量要素的构成要件该当性判断的指引机能。因而，在评价一个行为是否构成犯罪时，不仅需要考察其是否具备刑法分则所规定的犯罪构成，还需要考察其是否符合刑法总则第13条所规定的罪量要素。^{[6] (p45)}其次，但书规定的“情节显著轻微”中的“情节”，是指体现行为社会危害性程度的各个因素。^{[5] (p52)}具体到毒品犯罪，毒品数量只是决定毒品犯罪社会危害性程度的众多因素之一，并非唯一因素。因此，即使认为毒品数量不应纳入但书中规定的“情节”的考量范围，也必须综合其他情节整体判断该行为是否符合但书规定。再次，从未成年人毒品犯罪的特点来看，“主要集中于数量极少的贩卖毒品罪，且绝大多数属于初犯，主观恶性小，人身危险性不大。”^{[7] (p148)}如果贩卖毒品无论数量多少都应当追究刑事责任，不论情节轻重都会被贴上“犯罪人”的标签，那么既可能造成刑罚价值的贬损，也不利于未成年人福祉的实现。最后，在数量庞杂的零包贩毒案件中，若是严格依照第347条第1款的规

定执行,这种“一刀切”的规定模式,势必会造成刑法理论与司法实践的衔接不畅,给监狱等刑罚执行机关带来较大的压力。^{[8] (p6)}

(二) 零包贩毒不能适用刑法但书出罪的否定立场。

持否定立场者认为,贩卖毒品罪没有数量上的起刑点,毒品数量不是定罪的要件,只是处刑轻重的重要依据,即使行为人仅贩卖了0.001克鸦片,也不适用《刑法》第13条但书予以出罪。理由如下:

第一,刑法之所以未设置贩卖毒品罪数量上的起刑点,是为了回应严峻禁毒形势的实际需要,同时,也是为了切合从严惩治毒品犯罪刑事政策的现实要求。区别于其他毒品犯罪,零包贩毒犯罪的最大特性就在于其行为对象的不特定性,交易方式的灵活性,以及以贩养吸的犯罪主体。在诸多因素的“加持”下,毒品交易愈发猖獗,从而更容易危害不特定多数人的身心健康。从我国惩治贩卖毒品罪的立法精神来看,也正是为了重点打击这种小批量、多来回、贩零包的贩毒案件。^{[9] (p33)}第二,根据特别规定优于一般规定的法律适用规则,在刑法分则明文规定“贩卖毒品,无论数量多少,都应当追究刑事责任,予以刑事处罚”的情形下,就存在着不能运用“但书”否定罪量要素的构成要件该当性并进而否定犯罪成立的例外情况。^{[10] (p87)}如果仍然依照刑法总则但书条款来理解与适用刑法分则第347条第1款之规定,那么该特别规定也就失去了独立存在的意义和价值。第三,针对前述肯定论者提出的严格依照第347条第1款的规定执行可能带来的问题,否定论者认为,我国多样性的刑罚种类与阶梯性的刑罚强度能够有效规避和化解此类问题。^{[11] (p324)}具言之,对于情节显著轻微的贩卖毒品犯罪分子,首先,其他关于情节轻微犯罪处置规定的总则条文同样适用于此类犯罪,并不会对此类犯罪产生打击过重的负面效应;其次,有管制、拘役以及短期有期徒刑等多样性的刑罚种类,以做到罪刑均衡,也可以适用缓刑等刑罚制度;最后,我们可以充分发挥财产刑之功效,以高额的罚金增加犯罪分子的犯罪成本,以没收财产剥夺犯罪分子再犯罪的经济能力,从而达到威慑和预防犯罪目的。

(三) 对上述立场及其观点的理性评析。

从刑法总则与分则之间的关系来看,总则对分则所具有的指导意义是天然存在的。原则上,刑法总则的但书出罪条款应当适用于刑法分则的所有罪名,这是因为刑法分则中的任何一种犯罪,必定存在着未被法条明文规定但为“但书”所涵摄的罪量要素。^{[12] (p182)}然而需要指出的是,任何原则都会有例外,具体到毒品犯罪来说,现行《刑法》第347条第1款之所以未对贩卖毒品等犯罪设置数量上的起刑点,是为了回应严峻禁毒形势的实际需要,也是为了切合严厉打击毒品犯罪刑事政策的现实要求,属于立法时的有意为之。因而,在现有的规则前提下,笔者赞同否定论者的意见,认为走私、贩卖、运输、制造毒品罪是没有数量上的起刑点的,不应适用刑法总则第13条但书予以出罪。

在客观事实层面上,笔者并不否认零包贩毒案件中非典型案件的存在,即存在情节显著轻微危害不大的情形。例如,行为人单次贩卖0.001克的海洛因,纯度极低;行为人又属于未成年人、初犯、胁从犯;行为实施后还存在认罪认罚等其他法定或酌定从轻、减轻处罚情节。对于这类案件,很难将行为人的行为评价为值得动用刑罚的犯罪行为,行为人应受刑罚惩罚的动因仍有不足之处。若从该角度看,现行刑法未设贩卖毒品罪数量上的起刑点确实属于立法上的疏漏,难以满足客观实际情况的需要。但是,罪刑法定原则是我国刑法规定的最重要的基本原则,倘若认为对刑法做严格解释是罪刑法定原则的应有之义,这就决定了刑法解释空间的有限性,任何超越法条词语含义范围的解释必然不被允许。既然我国《刑法》第347条第1款未设置贩卖毒品罪数量上的起刑点,那么在司法实践中,就应当恪守形式合理性,即将毒品数量作为影响量刑的重要标准,否则,若一味坚持可以适用刑法总则但书出罪条款,将以牺牲罪刑法定原则为代价。这是立法的局限性与司法的被动性所决定的。⁷

此外,从刑法解释理论上,刑法的历史因素形成对语义解释的某种限制,根据立法沿革进行历史解释是符合立法精神的。^{[13] (p147)}综观1979年《刑法》,分则中只有第171条⁸对毒品犯罪进行了明确规定,之所以如此规定,一方面与当时“宜粗不宜细”的立法指导思想有关,另一方面取决于我国当时毒品犯罪的实际情况。进入20世纪80年代后,毒品犯罪复苏的诱发性因素随之增加,1979年《刑法》在打击日益复杂的毒品犯罪方面显得力不从心。随后,顺应时代要求,1997年出台的《刑法》严密了毒品犯罪的刑事法网。对于第347条第1款规定的立法原意,相关资料显示,“司法实践中部分地区对‘走私、贩卖、运输、

制造鸦片不满 200 克、海洛因不满 10 克’如何确定追究刑事责任的数量标准，认识不一致，为了解决实践中的争议，修订后的刑法明确规定，不论走私、贩卖、运输、制造毒品数量多少，一律构成犯罪，予以刑事处罚”。^{[14] (p462)}这充分体现出毒品犯罪从严惩处的向度和力度。此外，否定论的观点也契合了我国现阶段打击毒品犯罪的司法理念。《关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》（法释[2016]8 号）的起草过程，印证了这一点，“有意见指出‘在零包贩毒案件的司法实践中，许多被告人虽然具有向多人或多次贩毒的情节，但贩卖毒品数量累计却不足 1 克，基于罪刑相适应的考虑，应当设定最低毒品数量限制’。经研究认为，被告人向多人或多次贩卖毒品的，社会危害性较大，主观恶性较深，应重点打击、从严惩处，故不再设定最低数量限制。”^{[15] (p24)}况且，从时代背景来看，刑法之所以未设置贩卖毒品罪数量上的起刑点，主要是由于我国吸毒人员基数庞大，毒品犯罪分子为躲避刑罚的惩处，采取零包分售对策，形成与大宗贩毒相配套的零包贩毒销售网络，这进一步滋生大批吸毒人员，诱发众多的毒品复吸群体，刺激了大宗贩毒案件的发生。^{[8] (p8)}再者，在禁毒执法工作初期，公检法三机关在禁毒工作中缺乏密切协同，同时也深受“见克量刑”思维定式的束缚，对部分零包贩毒案件没有作为刑事案件量刑处罚，而普遍作了治安处罚的降格处理，纵使零包贩毒日益猖獗。^{[16] (p72)}最后，从“减少供给”的禁毒战略意义上来说，遏制毒品犯罪最为有效的做法就是遏制毒品的制造和消费，因此，严厉打击零包贩毒等末端毒品犯罪，具有举足轻重的作用。

综上所述，笔者认为，在从严惩治毒品犯罪刑事政策的指导下，《刑法》第 347 条第 1 款在立法时已经充分衡量了罪刑均衡的问题，属于刑法分则的特别规定，因此，在刑法条文没有修改之前，司法机关仍需坚守罪刑法定原则，不应当再考虑适用刑法总则但书出罪条款。需要说明的是，犯罪的本质特征在于行为的严重社会危害性，而毒品的数量只是决定毒品犯罪社会危害性程度的众多因素之一，绝不是唯一的衡量标准，因此，对零包贩毒案件的刑罚裁量要突破唯数量论的局限，综合评判涉案行为人的主观恶性与造成的客观危害。显然，现行《刑法》没有注意到零包贩毒案件中非典型案件的当罚性问题，反映出立法上的疏漏，在时机成熟之际，应由立法机关适时进行修正。

三、策略应对：零包贩毒刑法规制的路径优化

（一）零包贩毒案件司法适用的均衡路径。

目前，在司法实践中，通常仅将贩毒数量作为影响量刑的重要标准，认为贩卖毒品罪显然是行为犯，一经实施即可构成犯罪，就应动用刑法予以惩罚，没有适用但书出罪的余地，避免将构成犯罪的行为最终按无罪处理。^{[17] (p26)}但是，从逻辑上分析，犯罪是具有严重社会危害性的行为，如果将贩毒数量作为构成罪与非罪的唯一判断标准，那么贩毒数量也会成为影响犯罪行为社会危害性的决定性因素，在此，必然导致贩毒数量既成为定罪因素又作为量刑因素。就“量变引发质变”的哲学规律而言，既然贩卖毒品数量会导致贩毒行为的社会危害性随之发生变化，那么当其他情节本就接近或者刚刚触及犯罪门槛时，再加上贩毒数量极低，这进一步降低社会危害性的因素，就可能造成原本尚未触及或者恰好触及犯罪门槛的行为，“依然”或者“降格”为不构成犯罪的行为。对于这种情形，案件的处理如何既不违背罪刑法定原则，又符合罪刑均衡原则的基本要求？

1. 适用《刑法》第 37 条定罪免刑制度。

我国《刑法》第 37 条⁹明确规定了定罪免刑的条款，与第 13 条的“但书条款”出罪（即免罪免刑）不同的是，该条款认为对于那些构成犯罪但是犯罪情节轻微不需要判处刑罚的行为，可以作定罪免刑处理。从司法解释到刑法理论通说再到司法实务，¹⁰都认为《刑法》第 37 条规定了独立的免除刑罚的事由，这意味着，即使行为人不具备刑法规定的免除处罚的具体情节（如从犯、胁从犯、重大立功等），也可以直接依据《刑法》第 37 条免除处罚。具体到零包贩毒案件，一方面，从理论上分析，涉案毒品在 10 克以下的零包贩毒案件，大致有以下几种情形：就毒品的数量而言，若是多次零包贩卖毒品且未经处理的，根据《刑法》第 347 条第 7 款规定，多次贩卖毒品，未经处理的，毒品数量累计计算。此时，不论涉案毒品累计数量是否超过 10 克，由于多次零包贩毒的行为人主观恶性和社会危害性较大，不论贩卖的毒品是鸦片、海洛因、甲基苯丙胺或者其他毒品，也不论涉案毒品的纯度高低，一般很难认为该行为人的行为属于情节轻微的情形；¹¹就毒品的种类而言，若是单次零包贩卖 10 克以下毒品，根据《刑法》第 347 条第 4 款规定，行为人贩卖鸦片不满 200 克、海洛因或甲基苯丙胺不满 10 克或者其他少量毒品的，具

有相同的定罪量刑标准。可见，鉴于毒品类型不同给人精神和肉体造成的危害程度的差异，贩卖同等纯度、数量的鸦片、海洛因或者甲基苯丙胺等其他种类的毒品，在量刑上应当有所区别；就毒品的纯度而言，若是单次零包贩卖 10 克以下纯度极低的毒品，根据《刑法》第 357 条第 2 款规定，毒品的数量以查证属实的贩卖毒品的数量计算，不以纯度折算。此时，鉴于不同纯度的毒品给人体造成危害程度的差异，贩卖同等数量的同种毒品，在量刑上应当有所区别。因此，当涉案毒品种类危害较小、数量极少、纯度极低，而且，行为人还具备刑法规定的免除处罚的具体情节（如从犯、胁从犯、重大立功等）时，实践中就存在适用《刑法》第 37 条定罪免刑制度的可能性。

另一方面，从司法实践层面来看，确实存在适用《刑法》第 37 条定罪免刑的贩卖毒品案件。归纳而言，“定罪免刑”在贩卖毒品案件的司法裁判中，大致存在以下四种类型：第一种，具备法定免除处罚的具体情节。例如黄某贩卖毒品一案，尽管涉案毒品海洛因高达 700 克，但鉴于黄某系共同犯罪中起辅助作用的从犯（法定免除处罚情节），其在参与的犯罪中所起作用较小，因而免除刑罚；¹²第二种，具备法定从轻或者减轻处罚的具体情节。在这类案件中，有的只具备法定从轻处罚情节，例如屈某贩卖毒品一案，其贩卖海洛因 0.095 克，但如实供述自己的罪行（可以从轻处罚），因而免除刑罚。¹³有的只具备法定减轻处罚情节，例如王某某贩卖毒品一案，其贩卖甲基苯丙胺 1 克，另有立功情节（可以减轻处罚），因而免除刑罚。¹⁴还有的兼具法定从轻与减轻处罚情节，例如马某英贩卖毒品一案，其贩卖毒品安纳咖 25.72 克，如实供述自己的罪行（可以从轻处罚），案发时年满 75 周岁（可以减轻处罚），因而免除刑罚；¹⁵第三种，既具备法定免除处罚的具体情节，又具备法定从轻或者减轻处罚的具体情节。例如张某贩卖毒品一案，其贩卖甲基苯丙胺 13.45 克，鉴于张某在犯罪预备阶段中止犯罪、未造成损害后果（应当免除处罚）及归案后如实供述（可以从轻处罚）等情节，因而免除刑罚；¹⁶第四种，既不具备法定免除处罚的具体情节，又不具备法定从轻或者减轻处罚的具体情节。例如章某明贩卖毒品一案，考虑到本案系特情介入案件，且涉案毒品数量较低（0.2 克甲基苯丙胺），章某明曾因事故导致左腿高位截肢，属于严重残疾，其虽有多次吸毒劣迹，但贩卖毒品属于初犯，因而免除刑罚。¹⁷由此可见，刑罚的量定都是综合考量的结果，^{[18] (p167)}案件是否具备法定从轻、减轻或者免除处罚的具体情节，并不是适用《刑法》第 37 条定罪免刑制度的必要条件。因此，综合评判涉案行为人的主观恶性与造成的客观危害，通过定罪免刑制度化解零包贩毒中非典型案件的罪刑不均衡问题，在司法实践中具有可操作性。

2. 适用《刑法》第 63 条第 2 款酌定减刑制度。

在现行刑法体系下，还可以通过适用《刑法》第 63 条第 2 款¹⁸酌定减刑制度，来解决严格遵循刑法分则条文所导致的量刑失衡问题。^{[11] (p326)}该款设立的初衷即是考虑到刑事案件错综复杂，虽然行为已经齐备了刑法分则规定的该种犯罪构成的全部要件，但按照对应法定刑幅度裁量刑罚将明显导致处罚畸重，为确保裁判真正做到罪刑均衡，刑法规定了酌定减刑制度。^{[19] (p164)}同时，为正确理解并严格掌握该条款的司法适用，在程序上，使用时必须层报最高人民法院核准。由此可见，酌定减刑制度既考虑了法律的权威性、稳定性与可预期性，又考虑到了司法个案的特殊性、多样性与复杂性，对于规范行使自由裁量权、实现个案公正、缓解情与法的紧张关系等均具有重要意义。^{[20] (p74)}目前在司法实践中，也确实存在适用《刑法》第 63 条第 2 款“法定刑以下判处刑罚”的贩卖毒品案件。例如，金路原贩卖毒品法定刑以下量刑复核刑事裁定书指出，被告人金路原、廉某某贩卖毒品冰毒 136 克，吉林省延吉市人民法院认定二被告行为构成贩卖毒品罪，判处金路原有期徒刑 15 年，并处罚金 50000 元，判处廉某某有期徒刑 7 年，并处罚金 50000 元；判决发生法律效力后，延边朝鲜族自治州人民检察院以“原判适用法律不当，量刑畸重”为由提出抗诉；延边朝鲜族自治州中级人民法院撤销原一审判决对原审被告人的量刑部分，认定原审被告人犯贩卖毒品罪，依法在法定刑以下判处金路原有期徒刑 4 年，并处罚金人民币 20000 元，判处廉某某有期徒刑 2 年 6 个月，缓刑 3 年，并处罚金 15000 元。随后，层报最高人民法院核准；最高人民法院认为“鉴于二原审被告入系因公安特情人员引诱犯罪、廉某某犯罪时已满十六周岁未满十八周岁，系未成年人，且有立功表现，故依法可对二被告人减轻处罚”。¹⁹笔者认为，虽然该案被告人金路原贩卖毒品冰毒的数量高达 136 克，且不具有刑法规定的减轻处罚情节（例如未成年人犯罪、自首、立功等），但因案件的特殊情况（系特情引诱犯罪），仍然适用《刑法》第 63 条第 2 款规定，在法定刑以下判处刑罚。依据举重以明轻的当然解释原理，假设在某个涉案毒品 10 克以下的零包贩毒案件中，不仅具有刑法规定的减轻处罚情节（例如未成年人犯罪、自首、立功等），而且存在与上述案件相同或者类似的特殊情况（特情引诱犯罪），对案件量刑产生重大影响，那么就应当存在适用《刑法》第 63 条第 2 款规定的余地。值得注意的是，如果该零包贩毒案件适用的法定刑本就属于最低档次即“处 3 年以下有期徒刑、拘役或

者管制，并处罚金”，那么根据《刑法》第 63 条第 1 款减轻处罚的限度规定“应当在法定量刑幅度的下一个量刑幅度内判处刑罚”，此时，可能出现无下一档法定刑的情况。那么如何兑现“在法定刑以下判处刑罚”的承诺呢？

笔者认为，“法定刑以下判处刑罚”不仅包括从长刑期减为短刑期，还包括从重刑种减为轻刑种。通过与《刑法》第 87 条追诉时效期限中的“不满”进行类比，可以得出这一结论。²⁰追诉时效制度作为一项基本的刑罚制度，对刑法分则规定的所有犯罪都具有法律效力，必然适用下列犯罪：《刑法》第 133 条之一规定的危险驾驶罪，其最高法定刑为“处拘役，并处罚金”；《刑法》第 280 条之一规定的使用虚假身份证件、盗用身份证件罪，其最高法定刑为“处拘役或者管制，并处或者单处罚金”；《刑法》第 284 条之一规定的代替考试罪，其最高法定刑为“处拘役或者管制，并处或者单处罚金”。同时，根据《刑法》第 87 条第 1 项规定，“法定最高刑为不满 5 年有期徒刑的，经过 5 年不再追诉”。这意味着，“处拘役，并处罚金”与“处拘役或者管制，并处或者单处罚金”，都应当被解释为“不满 5 年有期徒刑的”。质言之，追诉时效期限中的“不满”具有双重含义：不仅包括各刑种刑期的减轻，还应当包括减轻适用更轻的刑种，即刑期的减轻与刑种的减轻。具体到上述零包贩毒案件，在无下一档法定刑可以适用的情况下，有期徒刑可以减为拘役，拘役可以减为管制，管制可以减为罚金，那么“处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金”的下一档法定刑，就应该是“处拘役或者管制，并处或者单处罚金”。

（二）零包贩毒案件规范衔接的空间扩容。

零包贩毒案件中的贩毒人员往往是多次、向多人贩卖毒品，以贩养吸、贩吸并举，社会危害性很大。但正如前文所分析的，此类犯罪中也存在单次贩卖、数量极少的非典型案件，对零包贩毒案件一刀切，一律从严惩治是否科学值得商榷。对此，上文“司法适用的均衡路径”提出了适用《刑法》第 37 条定罪免刑制度或《刑法》第 63 条第 2 款酌定减刑制度的解决方案。然而，对于非典型的零包贩毒案件来说，这可能并非“一劳永逸”的解决方式，仍然存在治标不治本的缺憾。从本质上来说，破除毒品犯罪刑法规制一刀切、零容忍的执念，对刑法进行空间扩容，才是标本兼治之道。

1. 修改《刑法》使之与《禁毒法》《治安管理处罚法》相衔接。

我国《刑法》第 347 条第 1 款规定，贩卖毒品，无论数量多少，都应当追究刑事责任，予以刑事处罚。我国《治安管理处罚法》在立法时与《刑法》步调一致，秉持对零包贩毒等源头性毒品犯罪零容忍的严厉政策，不论是 2005 年公布的，抑或是 2012 年修正的《治安管理处罚法》，其规定的违反治安管理的毒品违法行为中，均不包括贩卖毒品这一行为。换言之，《治安管理处罚法》认为，贩卖毒品都应当依照《刑法》追究刑事责任，不存在由公安机关给予治安管理处罚的情形。特别值得注意的是，2008 年实施的《禁毒法》就毒品犯罪的惩治存在明显不同的看法。《禁毒法》第 59 条规定：“有下列行为之一，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予治安管理处罚：（一）走私、贩卖、运输、制造毒品的；……”《禁毒法》如此规定，表明其在立法时就充分考虑到如果将数量极少的贩卖毒品行为作为犯罪处理，就可能导致犯罪面过大的客观现实。由此可能出现以下怪圈：一方面，《刑法》要求司法工作人员在处理贩卖毒品等犯罪时，无须考虑毒品数量，一律予以刑罚惩罚；另一方面，《禁毒法》将贩卖毒品行为分为一般违法行为与犯罪行为，认为贩卖毒品等行为并不必然构成犯罪，可能只是违反治安管理的一般违法行为，但在《治安管理处罚法》中，却找不到相对应的处罚依据，最终只能构成犯罪并配以刑罚。基于以上现实，为消除此种不一致，无非两种途径，一是改变《刑法》中相关规定，消除刑法规制一刀切、零容忍的执念，正视零包贩毒中情节显著轻微危害不大的非典型案件，并修改《治安管理处罚法》的相关规定，使之与《禁毒法》相衔接；另一途径则是仅修改《禁毒法》中相关规定，使之与《刑法》《治安管理处罚法》保持一致。

笔者认为，应当全面考虑司法实践中单次贩卖、数量极少的非典型零包贩毒案件，赋予司法机关对此类行为不给予刑事处罚，而给予治安管理处罚的权力。质言之，对于零包贩毒案件中单次贩卖极少量毒品的行为，司法机关不按照犯罪处理是具有理论和实践依据的，有必要通过修改刑事立法予以平衡，便于更好地指导司法实践。具体操作如下：将《刑法》第 347 条第 1 款“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。”修改为“走私、贩卖、运输、制造毒品，构成犯罪的，依法追究刑事责任。但是，情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”如此，刑法总则第 13 条规定便

可以名正言顺地指导和制约刑法分则第 347 条第 1 款规定；此外，还需要修改《治安管理处罚法》的相关规定，给予公安机关对零包贩毒案件中非典型案件灵活处置的余地，对于不构成犯罪的行为，由公安机关予以治安管理处罚。通过上述调整，使我国《刑法》与《治安管理处罚法》对贩卖毒品等行为的处罚态度，整体上与《禁毒法》保持一致。

2. 完善《刑法》关于毒品犯罪财产刑的规定。

贝卡里亚指出：“对于犯罪最强有力的约束力量不是刑罚的严酷性，而是刑罚的必定性。”^{[21] (p63)} 刑罚结构应当是在功利性与人道性的双重制约下，朝着文明的方向发展。^{[22] (p348)} 相关研究表明，犯罪分子从事毒品犯罪的最原始动力在于牟取暴利。²¹ 因此，在图利型毒品犯罪治理中，需要更加注重财产刑的适用，并切实加大执行力度，最大限度地剥夺毒品犯罪分子再犯的能力。然而，从我国刑法规定来看，在毒品犯罪中，没收财产刑只适用于走私、贩卖、运输、制造毒品罪判处 15 年有期徒刑、无期徒刑或者死刑的，第 350 条第 1 款规定的非法生产、买卖、运输制毒物品、走私制毒物品情节特别严重的，以及第 351 条第 2 款规定的非法种植罂粟 3000 株以上或其他毒品原植物数量大的情形。除此之外，对其他毒品犯罪也只有“并处罚金”与“并处或者单处罚金”的概括性规定，并没有具体的数额规定或刑度划分，可操作性有待进一步增强。我国刑法对毒品犯罪财产刑设置的不完善，致使司法工作人员形成对主刑中重刑的依赖，对剥夺再犯资本、遏制犯罪内驱力的财产刑的疏远，不能很好地发挥财产刑的价值。^{[23] (p107)} 值得注意的是，司法部门也逐渐认识到财产刑在毒品犯罪治理中的重要作用，2015 年 5 月《最高人民法院关于印发〈全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要〉的通知》（法[2015]129 号）明确指出：“要更加注重从经济上制裁毒品犯罪，依法追缴犯罪分子违法所得，充分适用财产刑并加大执行力度，依法从严惩处涉毒犯罪”。为此，惩罚与预防毒品犯罪，应当注重同时从经济上制裁犯罪分子，以强化刑罚的特殊预防与一般预防效果。

具言之，一方面完善刑法总则中财产刑的相关规定。首先，在《刑法》第 52 条罚金数额的裁量中，增设“参考犯罪人经济状况决定罚金数额”的规定。以犯罪情节为唯一依据裁量罚金虽有一定的合理性，但在财富不均的情况下，犯罪人经济状况各异，如果犯罪人经济拮据无力缴纳罚金，势必使罚金刑虚置，造成刑罚价值的极大贬损。^{[24] (p163)} 其次，在《刑法》第 53 条罚金的缴纳中，增设“罚金刑易科社会服务令”制度。当犯罪人确实无力承担罚金责任时，通过采取以社会服务令易处的方式，将无力承担的数额转化为一定时间的社会服务工作，确保刑罚执行的确定性。^{[25] (p150)} 这样既可以避免以钱抵刑结果的产生，也可实现罚金刑应有的威慑力，还可以体现出我国刑罚的人道主义精神。最后，在《刑法》第 59 条中，增设“没收财产追缴”制度。组织化、集团化以致国际化的毒品犯罪日益加剧，此类犯罪需要强大的经济实力支持，没收财产刑能够起到有效瓦解此类犯罪外部安全结构的作用，具有其他刑罚种类难以替代的优势。然而在实践中，普遍存在着将毒品犯罪所得及其收益合法化的情况，通过混淆家庭财产与个人财产等方式，掩饰、隐瞒犯罪所得的来源和性质，对抗司法机关的追查。^{[26] (p128)} 增设没收财产追缴制度，意味着，无论是在犯罪人刑罚执行期间还是刑罚执行完毕之后，只要有证据证明其家庭有来源不明的巨额财产，就可以予以没收。

另一方面细化刑法分则中毒品犯罪适用罚金刑的规定。在毒品犯罪罚金刑数额的设置上，不宜将具体数额统一化，但需要在罚金刑的刑度方面进行设定，根据毒品犯罪社会危害性的不同层级分别划分不同的罚金刑刑度。由此，在司法实践中，各地司法机关就能根据不同的经济发展情况，在各层级的罚金刑刑度内做出具体裁量，以增强司法实践的可操作性与灵活性。此外，在我国毒品犯罪罚金刑的设置模式中，大多采用并科制，仅在第 352 条非法买卖、运输、携带、持有毒品原植物种子、幼苗罪中，规定了并处或者单处罚金。笔者认为，现行规定不利于发挥罚金刑在治理轻罪（处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制）时的重要作用，对于犯罪情节轻微、人身危险性小的利欲型毒品犯罪治理，可以单处罚金，充分体现罚金刑对短期自由刑的替代作用，实际上也有利于行为人的再社会化。

四、结语

毒品犯罪在每年的整体犯罪数量中位居高位，而零包贩毒在毒品犯罪案件中又最为突出，因而值得我们对其予以关注并审视刑法规制及其适用问题。就传统思维而言，由于重刑治毒刑事政策起着指挥棒的作用，加之严峻禁毒形势的实际需要，因此

我国刑法分则并未设置贩卖毒品罪数量上的起刑点，具有明显回应刑事政策要求的功能性导向。在刑事法治的框架下，罪刑法定的形式理性对司法裁判具有直接约束力，轻易适用刑法总则但书出罪而否定刑法规范效力会导致刑法基本原则的虚无化。但是，从客观事实与刑罚必要性来说，由于零包贩毒案件中确实存在着情节显著轻微危害不大的非典型化案件，对于此类案件，很难将行为人的行为评价为值得动用刑罚处罚的犯罪行为。因而从整体上来说，现行刑法没有注意到零包贩毒中非典型案件的当罚性问题，也没有注意到刑法与非刑事法律之间的衔接关系，反映出严密性立法与非典型性个案、刑事法律与前置法律的不协调。现有情形下，在零包贩毒案件罪刑适用的过程中，既不能为实现罪刑均衡而突破罪刑法定，也不能为坚守罪刑法定而放弃实质公正，而需要兼顾罪刑法定与罪刑均衡的价值追求。遵循宽严相济刑事政策，在刑罚裁量时应结合零包贩毒案件的特殊性及案件情节进行综合评判，依照现有法律框架尽可能通过定罪免刑制度或酌定减刑制度予以接济，化解部分案件可能带来的刑罚过苛问题。零包贩毒案件具有自身的特殊性与复杂性，应在澄清上述理念误区的基础上，审慎对待毒品犯罪刑事政策与刑法处罚边界之间的关系，在时机成熟之际，破除零包贩毒刑法规制一刀切的执念，通过立法完善促进案件的规范化审理。

参考文献:

- [1]王金香.中国禁毒史[M].上海:上海人民出版社,2005.
- [2]王晗.白色恐怖:中国禁毒报告[M].北京:中国社会科学出版社,1998.
- [3]邓小平.邓小平文选(第三卷)[M].北京:人民出版社,1993.
- [4]冯思柳.零包贩毒的惩治[N].中国禁毒报,2021-03-19(6).
- [5]李希慧,董文辉.论走私、贩卖、运输、制造毒品罪的立法完善[J].时代法学,2011,(3).
- [6]彭建鸣.试析毒品犯罪立法的局限与完善[J].云南警官学院学报,2004,(2).
- [7]袁林.我国未成年人毒品犯罪从严刑事政策的检验和修正——以某省法院系统近十年的判决为研究样本[J].法学,2015,(6).
- [8]郇毓贝.毒品犯罪司法适用[M].北京:法律出版社,2005.
- [9]陈世伟.对贩卖毒品罪基本理论问题的若干思考——兼与高艳东同志商榷[J].云南警官学院学报,2005,(2).
- [10]马骊华.毒品的种类、数量、含量与罪刑关系研究[J].云南大学学报(法学版),2002,(4).
- [11]何荣功.毒品的数量含量与毒品犯罪定罪量刑实务三题[J].刑法论丛,2012,(3).
- [12]梁根林.刑法总论问题论要[M].北京:北京大学出版社,2018.
- [13]陈兴良.刑法的知识转型(方法论)[M].北京:中国人民大学出版社,2012.
- [14]李淳,王尚新.中国刑法修订的背景与适用[M].北京:法律出版社,1998.
- [15]叶晓颖,马岩,等.《关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用[J].人民司法,2016,(13).

-
- [16]左闯. 对零包贩毒危害及惩治对策的法律思考[J]. 社科纵横, 2000, (5).
- [17]沈炳友. 数量零星的贩毒行为定罪之分析[J]. 人民检察, 2002, (1).
- [18]娄永涛. 量刑规范化视域下量刑思维规则之明晰[J]. 湖北社会科学, 2013, (6).
- [19]周道鸾. 刑法的修改与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 1997.
- [20]仇晓敏. 法定刑以下判处刑罚的几个问题[J]. 人民司法, 2009, (21).
- [21][意]切萨雷·贝卡里亚. 论犯罪与刑罚[M]. 黄风, 译. 北京: 北京大学出版社, 2008.
- [22]陈兴良. 刑法哲学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2017.
- [23]陈伟. 对我国毒品犯罪刑罚适用问题的反思[J]. 理论探索, 2017, (2).
- [24]王剑波. 论罚金刑减免制度的正当性根据——兼论其在宽严相济刑事政策下的运用[J]. 湖北社会科学, 2010, (12).
- [25]张学永. 基于法经济学视域的财产刑适用范围与执行方式分析[J]. 商业研究, 2018, (7).
- [26]赵一戎. 刑事案件中财产性判决“执行难”问题研究[J]. 法律适用, 2019, (23).

注释:

1 这一时期全国性的禁毒法律法规有 1950 年 2 月 24 日政务院发布的《关于严禁鸦片毒品的禁令》、1952 年 4 月 15 日中共中央发布的《关于肃清毒品流行的指示》、1952 年 7 月 30 日公安部发布的《关于开展全国规模的禁毒运动的报告》、1952 年 10 月政务院通过的《中华人民共和国惩治毒贩条例（草案）》等。在中央禁烟立法的同时，各大行政区、省市人民政府积极响应，也配套发布相关禁毒法令，如《西南军政委员会关于禁绝鸦片烟毒的实施办法》（1950 年 7 月 31 日通过，1950 年 12 月 19 日修正）、《西南区禁绝鸦片烟毒治罪暂行条例》（1952 年 12 月 28 日西南军政委员会公布）、《关于决定查获毒品之处理办法的通告》（1950 年 9 月华东军政委员会发布）等。

2 1981 年 8 月，国务院发出《关于重申严禁鸦片烟毒的通知》，要求各级人民政府，采取有力措施，切实搞好查禁烟毒工作；1982 年 7 月，中共中央、国务院发出《关于禁绝鸦片烟毒问题的紧急指示》，强调指出，一切私种罂粟和制毒、贩毒、吸毒都是犯罪行为，必须严加禁绝；1983 年 4 月，时任中共中央总书记胡耀邦阅读《云南省文山、版纳、思茅三个地州打击贩毒情况》后批示：“此事要云南重视，采取进一步有效措施”。1989 年 11 月，党中央、国务院部署在全国范围内开展包括扫除吸毒、贩毒在内的“除六害”运动；1990 年 11 月，国务院决定成立国家禁毒委员会，负责研究制定禁毒方面的重要政策和措施，协调有关重大问题，统一领导全国的禁毒工作；1990 年 12 月，第七届全国人民代表大会常务委员会通过了《关于禁毒的决定》。参见齐霁：《中国共产党禁毒史》，上海社会科学院出版社 2017 年版，第 255-256 页。

3 以四川省为例。据统计，1992 年该省破获 10 克以下的零包贩卖海洛因案件 19 起，仅占贩卖海洛因案件总数的 21.3%；1993 年零包贩卖海洛因案件 245 起，占贩卖海洛因案件总数的 57.6%；1994 年零包贩卖海洛因案件 792 起，占贩卖海洛因案件总数的 67.8%；1995 年零包贩卖海洛因案件 3694 起，占贩卖海洛因案件总数的 82.22%；1996 年零包贩卖海洛因案件 5765 起，占贩卖海洛因案件总数的 74.68%。参见四川省公安厅缉毒处：《试论我省零星贩毒的严重状况、特点及其对策》，载《云南公安高等专科学校学报》1997 年第 1 期。

学校学报》1997 年第 1 期，第 34 页。

4 参见重庆市南岸区人民法院（2018）渝 0108 刑初 939 号刑事判决书。

5 参见广西壮族自治区天等县人民法院（2015）天刑初字第 54 号刑事判决书。

6 参见上海市虹口区人民法院（2019）沪 0109 刑初 81 号刑事判决书。

7 “应该说，立法与司法的性质是有所不同的：立法的使命是将实质合理性转化为法律规范，进而转化为形式合理性。而司法的职责是将法律规范适用于个案，因而应当恪守形式合理性。”参见陈兴良：《罪刑法定主义》，中国法制出版社 2010 年版，第 33 页。

8 1979 年《刑法》第 171 条规定：“制造、贩卖、运输鸦片、海洛因、吗啡或者其他毒品的，处五年以下有期徒刑或者拘役，可以并处罚金。一贯或者大量制造、贩卖、运输前款毒品的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。”

9《刑法》第 37 条规定：“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚，但是可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。”

10 相关司法解释参见最高人民法院 2006 年 1 月 11 日发布的《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 17 条；相关刑法理论通说参见张明楷：《论减轻处罚与免除处罚》，载《人民检察》2015 年第 7 期，第 17 页。姜涛：《从定罪免刑到免刑免罪：论刑罚对犯罪认定的制约》，载《政治与法律》2019 年第 4 期，第 19 页；相关刑事判决书（以贩卖毒品罪为例）参见（2014）武刑初字第 239 号、（2014）和刑初字第 4 号、（2014）绵刑终字第 164 号、（2015）松刑初字第 1619 号、（2015）和刑初字第 0113 号、（2015）浦刑初字第 163 号、（2016）沪 0117 刑初 1648 号、（2017）湘 0802 刑初 394 号、（2017）鲁 0281 刑初 550 号、（2017）湘 3125 刑初 165 号、（2018）闽 0582 刑初 1604 号、（2018）川 0802 刑初 120 号、（2018）内 0303 刑初 36 号、（2019）闽 0781 刑初 298 号。

11 根据《最高人民法院关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》（法释[2016]8 号）第 3 条规定：“走私、贩卖、运输、制造毒品，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第三百四十七条第四款规定的‘情节严重’：（一）向多人贩卖毒品或者多次走私、贩卖、运输、制造毒品的；……。”

12 参见广东省深圳市中级人民法院（2015）深中法刑一初字第 193 号刑事判决书。

13 参见湖南省张家界市永定区人民法院（2017）湘 0802 刑初 394 号刑事判决书。

14 参见上海市浦东新区人民法院（2015）浦刑初字第 163 号刑事判决书。

15 参见内蒙古自治区乌海市海南区人民法院（2018）内 0303 刑初 36 号刑事判决书。

16 参见广东省广州市花都区人民法院（2013）穗花法刑初字第 1368 号刑事判决书。

17 参见上海市松江区人民法院（2016）沪 0117 刑初 1648 号刑事判决书。

18《刑法》第 63 条第 2 款规定：“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民

法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。”

19 参见最高人民法院（2012）刑核字第 44 号刑事裁定书。

20 需要说明的是，虽然刑法中的“以下”与“不满”存在区别，即根据《刑法》第 99 条规定，前者包含本数，根据当然解释原理后者不包含本数，但是，统观《刑法》全文加以补正可知，《刑法》第 63 条第 2 款中的“以下”只有解释为不包括本数，才能符合“法定刑以下判处刑罚”的真实意图。如此，《刑法》第 63 条第 2 款中的“以下”与追诉时效期限中的“不满”具有相同含义，此处关于“不满”的理解就可以适用于《刑法》第 63 条第 2 款中的“以下”。

21 参见贾晓文、彭浩珍：《贩卖毒品罪实证分析》，载《中国刑事法杂志》2005 年第 4 期，第 43 页；梅传强、胡江：《我国毒品犯罪的基本态势与防治对策（上）》，载《法学杂志》2009 年第 2 期，第 80 页；王宏玉、潘振生：《犯罪经济学视角下的毒品犯罪防控“悖论”解析》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2020 年第 6 期，第 4 页。