

非法种植毒品原植物罪定罪若干问题研究

张洪成

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

摘要: 非法种植毒品原植物罪是我国刑法规定的一个重要罪名, 该罪名的存在使司法机关对毒品原植物的管制有了充分的法律依据。经过多年的实践, 人们对该罪名的概念基本上达成了共识, 但在一些具体问题的认定上则存有争议, 如“种植”的起点和终点、收获割浆行为的认定、三种定罪情节的理解等, 均是值得探究的问题。

关键词: 非法种植毒品原植物罪; 割浆; 制造毒品罪

中图分类号: D924.3

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2009)02-0348-05

非法种植毒品原植物罪是我国刑法规定的一个重要罪名, 该罪名的存在使司法机关对毒品原植物的管制具有了充分的法律依据。但是, 由于非法种植毒品原植物罪在实践上适用的频率不高, 导致人们对一些基础性的问题没有给予足够的重视, 尤其对“种植”的涵义、收获割浆行为的认定、三种定罪情节的理解等, 理论及实践上均有争议。

一、“种植”的起点与终点

非法种植毒品原植物罪的行为方式表现为行为人实施了非法种植毒品原植物, 情节严重的行为。但何谓“种植”, 在理论及司法实践上存在诸多疑问。一般认为, 种植是指播种、插苗、移栽、施肥、灌溉、除草、收获等一系列行为。只要实施上述行为中的任何一种行为, 即为种植。但是, “种植”的具体认定, 还必须依靠行为存在的领域, 结合农林学来进行解释。

所谓“种植”, 从农林学的角度讲, 是指利用人工栽培的方式, 生产出某种植物的一个完整的过程。这样, “种植”就与《刑法》第347条规定的制造毒品罪产生了一定的重合, 即割浆和制造的混杂。但刑法既然对二者分别规定了不同的罪名与法定刑, 那就说明实践上必须对“种植”和“制造”进行区分:^[1]“种植”属于农业性质的行为, 从播种开始, 到收获结束, 中间包括插苗、移栽、施肥、灌溉、除草等一系列具体的环节; 而“制造”是工业性质的行为, 有去除杂

物、溶解、发酵、提炼、配制、合成等工艺。另外, 从犯罪对象上来看, “种植”的对象是植物, “制造”的对象是非植物; 从传统的毒品加工、制造过程来看, “种植”是“制造”的基础, “制造”是种植的延续; 种植的产品是原始形态的毒品, 即毒品原植物, 而制造的产品是最终形态的毒品, 如海洛因、吗啡、摇头丸等。因此, 种植与制造之间还是存在一定的差别的。

从理论上讲, 种植是一个包含诸多环节的行为过程, 行为人只要实施了具有种植性质的行为, 无论是一个行为, 还是几个或全部行为, 也不论是自己实施, 还是雇佣他人实施, 不论是在自己的地里种植, 还是在荒山野地里种植, 均视为法律所规定的种植, 就足以构成本罪。因此, 正确地认定种植行为的开始与结束就显得尤为关键。

首先, 种植的起点问题。严格意义上的种植是从播种开始的, 一经播种, 种植行为就可认定, 而前期的准备活动, 比如筹措资金、掌握技术、选购种子、翻土等, 就不能算是种植行为, 但可认定为种植的预备行为。

根据刑法的规定, 成立非法种植毒品原植物罪的情形之一是, “非法种植毒品原植物, 数量较大的”。假如毒品原植物种子已经播种而尚未出土, 那就没有一个确定的认定标准, 那么应当如何认定行为是否达到数量较大的标准呢? 又比如种子只是零星出苗, 那么能否只按已出土的幼苗来作为清点的对象呢? 有论者认为: “对于已经实施播种行为, 但幼苗尚未出土或者尚未完全出土的案件, 还是可以满足‘数量较大’

的定罪条件，或者‘数量大’的从重处罚条件的。清点的方法是，按照单位面积正常情况下的成苗数量进行折算。当然，由于种子毕竟没有出土，所以行为人只能构成本罪的未遂。”^[2]

笔者认为上述观点值得商榷。对种子尚未出土或零星出苗的认定必须要考虑本罪的既遂标准问题。就本罪的三种定罪情形而言，既遂的认定标准也不尽一致。对于经公安机关处理后又种植的，或者抗拒铲除的，由于我国坚持主客观相统一的定罪标准，对这两种情形更注重行为人的主观恶性，所以只要行为人实施了经公安机关处理后又种植的行为或抗拒铲除的行为，就成立非法种植毒品原植物罪既遂。而对于“非法种植毒品原植物，数量较大的”而言，既遂应以收获毒品原植物为标准。原因在于：种植本身是一个从播种到收获的符合行为；而国家打击非法种植毒品原植物罪是想从源头上控制毒品犯罪，而毒品原植物在其成熟之前是不能用来作为制造毒品的原材料的，对社会没有什么实际的危害；再次，以收获而不是以生长成苗作为既遂的标准，有利于鼓励种植者在收获前悔过自新，停止犯罪，减少对社会的危害。

因此，对于经公安机关处理后又种植的，或者抗拒铲除的情形，幼苗尚未出土或尚未完全出土并不影响本罪的既遂。对于“非法种植毒品原植物，数量较大的”的情形，只要在收获之前的尚未出土的种植数量或出苗的数量较大，达到500株以上的，就以未遂论处。由于法律规定的多少株数应不是指种子，而是指已经出的苗，那么尚未出土的种植数量如何计算成株数？笔者认为，具体种植的原植物数量，可以根据单位面积正常条件下的出苗成活率进行折算，得出应成活的具体株数，然后将得出的数量比照处罚规定依法追究其刑事责任。对于种植毒品原植物面积较大，在尚未出苗就被查获的案件，如成活株数大于500株的，应以非法种植毒品原植物罪(未遂)处理，没有达到500株的，不构成犯罪。

其次是种植的终点。一般而言，种植到收获结束，对种植后期的收获行为，我们认为应以非法种植毒品原植物罪论处。因为这一行为是种植的直接目的所在，种植若不包括收获这一环节，其本身也就失去了完整的意义。再往下就要进入“制造”了。但从种植到制造的临界点，往往是不清晰的。如，收获罂粟时需要简单的加工，用刀或者竹片将成熟的罂粟果实划破，白色浆汁缓慢凝结于割口下端，刮下即为生鸦片。该割浆行为，到底算“种植”还是“制造”？这种情形笔者会在下文专门论述。

二、收获割浆行为的认定

收获割浆，是指在罂粟果实即将成熟时，刺破果实，收集生鸦片的行为。从一般意义上说，割浆收获鸦片作为种植的一个环节，标志着罂粟种植行为的完结。任何种植业都是从种到收的全过程，因而割浆收获鸦片属于种植的范畴，否则种植本身是不完整的。但问题是割浆收获鸦片又必然产生出一个更为严重的后果，即生产出生鸦片，对其进行再提炼、加工，就成毒品了。在这个意义上，割浆行为又属于制造毒品的范畴。那么作为临界行为的收获割浆的性质到底如何界定？

鉴于割浆行为的特殊性，在司法实践中如何正确认定就成为一个争议较大的问题，有学者认为：“鉴于割浆行为具有种植与制造的双重属性，实践中可以对其分两种情况处理：一是行为人种植罂粟又进而割浆收取鸦片的，既触犯了非法种植毒品原植物罪，又同时触犯了制造毒品罪，可按重罪吸收轻罪的原则，定制造毒品罪；二是行为人没有进行毒品原植物的种植行为，仅仅实施了割浆行为，则可以直接以制造毒品罪论处。”^{[3](147)}该观点看重的是行为人的身份，如果是毒品原植物的种植人本人，则构成实质的数罪，根据相关刑法理论，以吸收犯论处，种植行为被制造行为所吸收；若行为人并非毒品原植物的种植人，则直接论以制造毒品罪。但笔者认为，这样的观点还是值得商榷的，即至少我们必须考虑割浆人是出于对种植人的帮助种植行为还是自身单纯的制造行为，一概论以制造毒品罪是不恰当的。

另有学者认为，由于割浆行为本身的特殊属性，使其成为非法种植毒品原植物和制造毒品行为的连接点，所以对其如何定性，应结合行为人的前后行为做整体考虑。^{[4](170-171)}该论断区分了行为的不同阶段，并认为割浆行为系种植的一个环节，在行为人的种植过程中实施的割浆行为也仅认定为非法种植毒品原植物罪，是比较合适的，但是对行为人种植完毒品原植物、在收获割浆后对所收获的生鸦片进行进一步的加工、提炼制成毒品的行为一概以牵连犯论制造毒品罪论处，还是比较片面的。笔者认为，牵连犯也有其成立的条件，即前行为与后行为之间必须具有手段行为和目的行为，或者原因行为与结果行为的关系。而这前后行为之间，必须具有一个主观上的连接纽带，即在行为之间目的罪的意思联络对于牵连犯的成立是必不可少的。^[5]可见，如果用牵连犯来解决这个问题，行

为人必须从种植毒品原植物开始,至少必须在种植过程中就具有制造毒品的故意,否则,就不能以牵连犯论处,如系另起犯意的,则只能认定为数罪。

笔者认为,对于在种植毒品原植物过程中的割浆行为必须区别对待,而不能一概而论。如果收获割浆是行为人种植行为的一部分,则构成非法种植毒品原植物罪。如果行为人未参与种植行为,而只是对自然生长或他人种植的毒品原植物进行收获割浆的,则分别对待,对于单纯地帮助种植人收获浆果的行为,以非法种植毒品原植物罪的共犯论处,其地位属于次要实行犯;若行为人单纯地以自己获取毒品为目的而割浆的,应以制造毒品罪论。

如果行为人以制造毒品为目的而种植毒品原植物,在收获后利用自己非法种植的毒品原植物制造毒品的,行为人的种植与制造行为是手段与目的的关系,这种关系是成立牵连犯的要件之一。构成牵连犯的另一个要件是数个行为都符合独立的构成要件,触犯不同罪名。如果犯罪的手段行为或者结果行为是不可罚的事前行为或者事后行为,为主犯罪本身所吸收,不成立独立的犯罪时,不构成牵连犯。行为人以制造毒品为目的种植毒品原植物,又实施了制造毒品的行为,种植毒品原植物与制造毒品二者之间既有特定的牵连关系,又都符合独立的犯罪构成,则分别触犯非法种植毒品原植物罪、制造毒品罪。对于牵连犯,由于刑法总则未明文规定其处罚原则,而刑法分则和刑法理论上一般认为,对牵连犯应从一重处罚,或者从一重从重处罚。因此在处理以制造毒品为目的的种植毒品原植物时,应根据具体情况按牵连犯的上述处断原则,以重罪制造毒品罪处罚或从重处罚。如果行为人非法种植毒品原植物与制造毒品之间不存在特定的牵连关系,即两个行为之间没有特定的手段与目的、原因与结果的关系,或者行为人割浆制造毒品属于另起犯意的,则不构成牵连犯,应分别定非法种植毒品原植物罪与制造毒品罪,并且实行数罪并罚。

三、对三种定罪情节的理解

并非行为人只要实施了种植行为即可构成本罪,成立本罪还要求行为必须具备情节严重的情形之一:非法种植毒品原植物,数量较大的;经公安机关处理后又种植的;抗拒铲除的。

(一) 种植毒品原植物数量较大的

种植毒品原植物数量较大的,即罂粟 500 株以上不满 3 000 株,大麻 5 000 株以上不满 30 000 株和其

他毒品原植物数量较大的。

在司法实践中,有的行为人同时种植了几种毒品原植物,如行为人已种植了大麻,又种植了罂粟,对此就需要对不同种类的毒品原植物进行折算。罂粟和大麻的比例为 1:10,即 1 株罂粟等于 10 株大麻。据此,我们可以对罂粟和大麻进行换算。鉴于目前世界上主要种植的毒品原植物均是罂粟、大麻、古柯树等 3 种,其中我国常见的主要就是大麻和罂粟,而大麻和罂粟的比例关系已经确定,因此,在司法实践中进行换算,应当说是比较简单的事情。

(二) 经公安机关处理后又种植的

经公安机关处理后又种植的,属于非法种植毒品原植物行为构成犯罪的一种情形。司法实践中应注意理解和把握这种定罪情节。

第一,是否需要考虑行为人前后种植的毒品原植物的数量。有学者认为,行为人因种植毒品原植物被公安机关处理以后,又种植毒品原植物的,不要求有数量上的限制,就可以直接追究其刑事责任。^{[6](261)}还有学者认为,对于前后两次种植行为所种植的毒品原植物的数量,均不应当作数量上的要求和限制,只要符合经公安机关处理后又种植的规定,即可以以非法种植毒品原植物罪论处。^[7]也有相反的观点认为,行为人因种植毒品原植物被公安机关处理以后,又种植毒品原植物的,必须有数量上的限制。^{[4](162), [8](172)}

笔者认为,对行为人因种植毒品原植物被公安机关处理以后,又种植毒品原植物的,两次种植的数量均不限制是比较符合实际的。当然,如果后次种植的数量极小时,可以按“情节显著轻微,危害不大的,不认为是犯罪”来处理。因为如果要求数量上的限制,那么就会造成非法种植毒品原植物罪三种定罪情形上的矛盾,即人为地增加了非法种植毒品原植物罪的构成要件要素,这是违反刑法的基本原则的。

第二,前后两次种植毒品原植物的行为之间是否要求时间间隔。有学者认为,经公安机关处理后又种植毒品原植物的时间应有一定的间隔。因为两行为之间期限的长短,影响着行为人的危险性和行为的社会危害性的大小。根据我国刑罚目的的要求,对两次行为之间应有一个适当的期限要求,这个期限不能太短,也不能太长。太短不足以起到威慑作用,过长则有损法律的严肃性。他们认为根据非法种植毒品原植物的社会危害性和参照我国有关法律规定的精神,可以考虑将这一期限掌握在 10 年左右。^{[6](261)}有论者从一般累犯的角度提出,时间的间隔以 5 年最为合适。其原因在于:构成累犯的时间期限是 5 年,构成累犯的实质条件首先必须是前后两个行为都构成犯罪,而

且都是故意犯罪；而经公安机关处理后又种植毒品原植物的，前后两行为都构成犯罪的危险性肯定大于前后两行为都不构成犯罪的危险性，而前后两行为都构成犯罪，成立累犯的时间间隔期限是5年，所以经公安机关处理后又种植毒品原植物的时间间隔才是5年。否则，对经公安机关处理后又种植毒品原植物，尚不构成累犯的处罚，从人身危险性的要求上看，比构成累犯的处罚还要严厉。如果把这一期限定为超过5年，这显然不合理，违背了罪责刑相适应的原则。^{[4](164)}

笔者认为，非法种植毒品原植物罪的前后两次种植行为之间必须有时间上的限制，否则很容易造成罪刑上的不均衡。从结局上看，本行为尚未达到累犯的程度，参照累犯的最低时间限度完全可以收到遏制犯罪的效果，而且，如果超过5年未实施同样的犯罪，也充分说明行为人已经实现改过的决心。

可见，从以下几个方面来理解该项规定可能比较合适：首先，公安机关的处理措施应当包括对种植毒品原植物行为的任何处置措施，不但包括行政处罚，而且还包括治安管理处罚及对毒品原植物的强制铲除等；其次，两次种植行为之间应该有一定的时间限制，否则有失公允，理论上认为是5年；再次，对于前后两次种植行为所种植的毒品原植物的数量，均不应当作数量上的限制，只要符合经公安机关处理后又种植的规定，即可以以非法种植毒品原植物罪论处；最后，前次种植行为必须是经过公安机关处理的，即不包括法院、检察院的刑事处分和其他机关的处理，然后再次种植才能构成犯罪。

（三）抗拒铲除的

所谓抗拒铲除，是指非法种植毒品原植物的行为人采取暴力、威胁方法或者其他方法阻挠有关执法人员强制铲除其非法种植的毒品原植物的行为，但是，抗拒的后果限定在重伤、死亡以外。

首先，抗拒铲除的主体。构成非法种植毒品原植物罪中的抗拒铲除的主体，必须是非法种植毒品原植物者本人，而不是其他人。“因为其他人缺乏构成非法种植毒品原植物罪的基本条件，既没有实施任何种植毒品原植物的行为，也没有事先通谋、商议‘遇强制铲除时，要抗拒铲除’，所以，不能对其以非法种植毒品原植物罪的共犯论处。但行为人以暴力、胁迫方法抗拒铲除，阻碍国家机关工作人员依法执行职务，构成犯罪的，应依照刑法第277条的妨害公务罪定罪处罚。”^{[4](168)}

其次，抗拒铲除的对象。关于抗拒的对象是仅限于公安机关还是涉及禁毒管理的机关均可，对此存

在很大争议。有观点认为抗拒铲除的对象仅限于公安机关的执法人员，其他人不能成为本罪的对象。^{[8](173)}而多数的观点还是认为抗拒的对象不限于公安机关的执法人员，如“其他禁毒管理机构也可以成为强制铲除的主体，如农业、林业主管部门对农场、林区非法种植的毒品原植物，有权决定强制铲除。如果行为人抗拒这些部门依法铲除非法种植的毒品原植物，同样构成犯罪”。^[9]

笔者认为，目前可以强制铲除毒品原植物的主体并不仅限于公安机关。如果将本项的抗拒对象限定为公安机关，既不符合我国禁毒的实际工作情况，也不符合刑法本身的规定，更不利于保护相关执法人员的合法权益和保障国家的正常禁毒活动，因此，抗拒的对象既可以是公安机关，还可以是林业、农业主管部门的执法人员。如国家禁毒委员会2000年制定的《国家禁毒委员会成员单位主要职责》明确规定有权铲除毒品原植物的机关包括各级公安部门、各级农业主管部门与各级林业主管部门。而且《刑法》第351条第1款第3项在规定抗拒铲除的定罪情节时，并没有限定为抗拒公安机关的铲除。

再次，抗拒的行为方式。抗拒的方式主要有暴力、胁迫与其他方法。而对于暴力、威胁等方法，有论者指出，“这里的暴力，则主要指实施殴打、捆绑等强制行为；所谓威胁，是指实施精神强制，如对执行公务实施强制铲除行为的公安人员以杀害、伤害、毁灭财产或损害名誉等相要挟。如果不具备上述方法，只是单纯软磨硬泡，消极地不配合公安机关对所种植的毒品原植物予以铲除，则不属于抗拒铲除的范畴。”^[10]

抗拒铲除是否仅仅限于作为的方式，对此存在两种观点：第一种观点认为，行为人的抗拒行为只能是作为的积极行为，如果行为人在被勒令铲除后潜逃、避而不见的，这种消极的抗拒行为并不能使公安机关强制铲除的目的受阻，故不作为行为不构成本罪。^[11]另一种观点认为，这里的抗拒铲除，是指用作为或者不作为的各种方法阻挠公安机关或者有关执法部门依法强制铲除毒品原植物的行为。如在公安机关和有关执法部门责令铲除后而拒不铲除；在实施强制铲除时，强词夺理、胡搅蛮缠、吵闹、漫骂或者设置各种障碍；以侵犯人身、财产、破坏名誉等方法威胁执行铲除的国家工作人员或者对直接参加铲除的人员实行打击或者人身强制，如捆绑、殴打乃至轻伤害等暴力方法。但暴力抗拒方法不包括造成重伤、死亡在内。^{[3](146)}

笔者认为，抗拒铲除应仅限于作为的方式，即通过某些积极的行为极力阻挠有关部门进行强制铲除，而不是单纯地以不作为方式拒绝执行铲除命令。其具

体的行为方式包括暴力、胁迫与其他方法,且只要达到足以抗拒执法机关铲除的程度即可。如果采用轻微的抗拒行为,如软磨硬泡、言语谩骂等方式不足以阻碍执法机关铲除的,应采用行政处罚的方式而不应以本罪论处。但是对暴力必须注意程度的界限,即暴力应以造成轻伤为限,如果在抗拒铲除时致人重伤、死亡的,属于想象竞合犯,按其中的重罪即故意伤害罪或者故意杀人罪论处。

参考文献:

- [1] 高铭暄,马克昌. 中国刑法解释(下卷)[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2005: 2463.
- [2] 刘家琛. 新刑法条文释义[M]. 北京: 人民法院出版社, 1997: 1541.
- [3] 赵秉志. 毒品犯罪研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1993.
- [4] 酆毓贝. 毒品犯罪司法适用[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [5] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2001: 684.
- [6] 王绍涛. 试述非法种植毒品原植物罪的构成与处罚[C]// 惩治毒品内犯罪理论与实践. 北京: 中国政法大学出版社, 1993.
- [7] 赵秉志, 于志刚. 毒品犯罪[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2003: 315.
- [8] 桑红华. 毒品犯罪[M]. 北京: 警官教育出版社, 1992.
- [9] 蔺剑. 毒品犯罪的定罪与量刑[M]. 北京: 人民法院出版社, 2000: 190.
- [10] 彭阳春. 非法种植毒品原植物罪与非罪界限[J]. 云南法学, 1998, (4): 31-33.
- [11] 蒋筑君. 新刑法与毒品犯罪[M]. 北京: 西苑出版社, 1999: 133-134.

On conviction of the crime of illegal cultivating original plants of narcotic drugs

ZHANG Hongcheng

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: In China, illegal cultivation of original plants of narcotic drugs is judged as a serious crime in criminal law. According to the charges, judicial departments have adequate legal basis on the control of original plants of narcotic drugs. After many years of practice, the concept of the offense has been reached a consensus. But some specific issues, such as the starting point and the end of “cultivation”, definition of harvest cutting slurry acts and the conviction of the three cases etc., are found controversial and worthy of further research.

Key words: crime of illegal cultivating; original plants of narcotic drugs; cutting slurry; crime of manufacturing narcotic drugs

[编辑: 苏慧]