

代购毒品“从中牟利”司法认定的几个问题

□ 方文军

代购毒品是司法实践中常见的行为类型，目前普遍认为可以以代购者是否从中牟利作为性质界分的主要标准。司法实务中对代购者从中牟利的定性，经历了一个逐步明晰和扩大范围的过程。最高人民法院2008年印发的《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《2008年纪要》，已废止）针对托购者的不同身份提出了两种处理方式：（1）明知他人（包括吸毒者）实施毒品犯罪而为其代购毒品的，无论是否牟利，都按照共犯论处；（2）为他人代购仅用于吸食的毒品，从中牟利，变相加价贩卖毒品的，对代购者以贩卖毒品罪处理。2015年印发的《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》（以下简称《2015年纪要》，已废止）没有修改第1项规则，仅针对第2项规则中的“从中牟利”“变相加价”作了解释，列举了两种情形：一是在交通、食宿等必要开销之外收取“介绍费”“劳务费”，二是以贩卖为目的收取部分毒品作为酬劳。可见，《2008年纪要》和《2015年纪要》所规定的对代购牟利按照贩卖毒品罪处理，主要针对的是为他人代购用于吸食的毒品的情形（即狭义代购）。

但是，上述规定存在一些弊端。其一，明知他人实施毒品犯罪而为其代购毒品且从中牟利的，如果这种牟利属于加价或者变相加价，则该行为已经构成独立的贩卖毒品罪，此时按照共同犯罪处理属性性不准。《2008年纪要》的上述第1项规则在文字表述上有绝对化之嫌，对那些名为代购毒品、实为加价贩卖情形的惩处力度不够，且导致代购牟利行为因托购者的目的不同（吸食或贩毒）而出现明显不同的处理方式，处理逻辑存在某种矛盾。其二，《2015年纪要》对代购牟利的认定范围规定很严，实践中对“必要开销”“蹭吸”等如何认定争议很大，处理方式也不统一。

为此，最高人民法院2023年印发的《全国法院毒品案件审判工作会议纪要》（法〔2023〕108号，即“昆明”会议纪要，以下简称《2023年纪要》）经总结实践经验，对代购毒品的处理规则作了较为系统的规定，与以往的规定相比修改幅度较大。该纪要提出：“明知他人实施毒品犯罪而为其代购毒品，未从中牟利的，以相关毒品犯罪的共犯论处”；“代购者加价或者变相加价从中牟利的，以贩卖毒品罪定罪处罚。代购者收取、私自截留部分购毒款、毒品，或者通过交通、食宿等开销外收取‘介绍费’‘劳务费’等方式从中牟利的，属于变相加价。”显然，按照《2023年纪要》，代购者从中牟利的行为被认定为贩卖毒品罪成为一项常态化规则。从刑事政策角度看，《2023年纪要》的这种修改具有积极意义，既体现了对毒品犯罪的从严惩处，也凸显了代购毒品的无偿性，将使一部分人因畏惧刑罚的严厉惩处或者因无利可图而不再为他人代购毒品，一定程度上会起到遏制毒品流通的作用，加剧贩毒者出售毒品和吸毒者获得毒品的“双向”困难，从而促进减轻毒品犯罪和毒品滥用的危害。

在理解和适用《2023年纪要》的上述指导意见时，有如下几个问题值得注意：

一、代购者从中牟利包括多种情形

按照《2023年纪要》的上述规定，代购者从中牟利包括三种情形：1. 代购者收取、私自截留部分购毒款、毒品。其中，“收取”是指经托购者同意后获取，“私自截留”是指未经托购者同意的暗中截留。这种情形又包含了四种具体行为类型：①收取部分购毒款（即代购者在正常购毒款之外收取额外费用，实际上是“吃差价”）；②收取部分毒品；③私自截留部分购毒款；④私自截留部分毒品。显然，这四种行为的覆盖面明显宽于《2015年纪要》规定的“以贩卖为目的收取部分毒品作为酬劳”，由此，代购者从中牟利的认定范围被大为扩展。其中，收取或私自截留部分毒品包含代购者“蹭吸”的情形，《2023年纪要》对代购“蹭吸”行为的处理思路作出较大调整，本文限于篇幅，不对此展开分析（拟另撰文探讨）。2. 代购者在交通、食宿等开销外收取“介绍费”“劳务费”。该情形来源于《2015年纪要》，但将“必要开销”改为“开销”，这主要是因为起草《2023年纪要》的过程中不少人提出对何谓“必要”开销难以把握。不过，即使删去了“必要”二字，在认定此类开销时仍需要考虑开销的合理性，如果开销的种类和数额基本合理，就不能认定为从中牟利；如果开销情况明显不合理（包括不该收取而收取或者数额明显虚高），便可认定代购者从中牟利。3. 其他方式。《2023年纪要》采取了“通过……方式从中牟利的，属于变相加价”的表述，从而使代购牟利的认定规则具备了开放性，以应对司法实践的复杂情况。至于《2023年纪要》规定的对代购者收取、私自截留少量毒品供自己吸食“一般不以贩卖毒品罪论处”的例外情形，因附加条件较多，且实践中此类情形较为少见（更多的是代购者自寻毒品上家），故该例外情形基本不影响对代购者“从中牟利”的扩大认定趋势。

二、“从中牟利”和“变相加价”的关系

从基础性质看，不论代购者是否从中牟利，代购客观上上都是一种帮助行为，故将代购毒品（包括部分有偿代购）按照共同犯罪处理并非没有根据，只有对那些名为代购毒品、实为加价贩卖的行为才应认定为贩卖毒品罪。此时牟利情节对代购毒品的定性具有区分罪与非罪、重罪与轻罪的作用，故牟利在价值量上应当具有一定的可观性，并要考虑牟利数额与代购

的毒品数量、价值之间的比例。也就是说，变相加价必然是从中牟利，但反之则未必，不宜将任何情形的从中牟利都等同于变相加价，只有代购者的从中牟利足以被评价为“变相加价”时才可对代购牟利行为认定为贩卖毒品罪。这可以说是把握“从中牟利”与“变相加价”之间关系的关键点。如果不加区分地将任何情形的代购牟利行为都认定为变相的贩卖毒品罪，看似处理规则明确，实际上是“一刀切”的做法，会造成定罪范围不当扩大。这是以往司法实践中存在认识偏差且重视不够的问题。

《2023年纪要》在起草过程中已注意到该问题，起草者虽然强调“对牟利高低上没有数额要求”，但也同时提出：接受托购者给予的小额跑腿费、辛苦费及价值不大的香烟等物品的，鉴于利微，与代购毒品牟利行为所面临的法律风险明显不相匹配，可以视为牟利（参见李睿懿等：《〈全国法院毒品案件审判工作会议纪要〉的理解与适用》，载《法律适用》2023年第10期，第105页）。笔者将这一观点概括为“微利不改变定性”原则，有利于防止实践中简单套用《2023年纪要》的上述指导意见，造成对代购毒品案件处理不当。其中，对于为吸毒者代购仅用于吸食的少量毒品的情形，即使代购者从中牟利，其数额一般也不大，故采取“微利不改变定性”原则可以更为明显地调节、平衡此类案件的处理。尤其是当托购者不构成毒品犯罪时，不能因为对代购者无法按照共同犯罪处理转而将小额牟利情形一律认定为“变相加价”，这是司法工作中需要注意避免的情况。当然，实务工作中肯定会有人希望确定一个能够有效认定“变相加价”的明确数额标准，但这在操作层面难以实现，这可以说是指导文件留给司法人员的裁量空间，需要综合考虑具体案件中代购毒品的数量、价格、牟利数额、当地贩毒“行情”、代购者与托购者的关系等诸多因素作出合理的认定。

三、明知他人实施毒品犯罪而代购毒品牟利情形的处理平衡问题

此类代购毒品案件中涉案毒品数量常常很大（如几十克、几百克甚至几千克），如果代购者从中牟利，其数额通常较为可观，难以认定是“微利”。此时对代购者从中牟利行为的定性，不能仅考虑牟利数额的大小，也要考虑案件处理的平衡问题。从起草本意看，《2008年纪要》提出明知他人实施毒品犯罪而代购毒品，无论代购者是否牟利都按照共犯论处，是为了突出强调对未牟利的代购者也要按照共同犯罪处理，不能因代购者未从中牟利而不追究刑事责任，但这种处理规则对名为代购毒品、实为加价贩卖情形的惩处力度不够，因而需要修改。

同时，也要看到，明知他人实施毒品犯罪（主要是贩卖毒品）而为其代购毒品且从中牟利的情形较为复杂，有的代购者仅收取少量报酬而不是“吃差价”，牟利数额明显不同于通常的加价贩卖毒品，此时对代购者究竟是应认定为变相贩卖毒品的“上家”还是共同犯罪人，很可能产生认识分歧。例如，甲和乙合作贩毒，甲指使乙前往异地购买毒品（如1000克冰毒），乙到达当地后发现毒品的价格下降，但仍告诉甲是按照原价购买，从而将多出的购毒款（如5000元）占为己有，此后乙还从出售的毒品中分得部分利润。由于乙同甲本是合作贩毒而不是为甲代购毒品，即使乙有暗中牟利行为，对乙仍应认定为共同犯罪，且因甲整体上处于主导地位，对乙通常认定为作用相对小于甲的主犯，量刑上很可能轻于甲。但是，如果乙并非同甲合伙贩毒，而是受甲之托临时为甲代购毒品，甲为此向其支付1000元“辛苦费”（该报酬相当于每克毒品牟利1元），此时如因乙从中牟利而将其

行为认定为变相贩卖毒品，则乙作为“上家”所受到的惩处很可能重于其作为共犯的情形。这样一来，在涉案毒品数量相同的情况下，受托购者指使且获利数额小的代购者反而比参与犯罪程度更深且获利更多的共犯受到的处罚更重，案件处理结果的平衡性和公正性可能会受到质疑。

有学者提出：“代购牟利要成立变相贩毒，牟利应当是毒品流转中毒品的升值，而不应只是代购行为的服务对价”；将牟利很少的情形认定为变相贩卖，“这种做法既没有正确把握变相贩卖的实质，也忽视了牟利目的的含义及其对变相贩卖成立的意义，是过于机械和武断的做法”（参见何荣功：《毒品代购与代购牟利的行为定性》，载《法学》2022年第9期，第88页）。这种观点所包含的处理思路具有相应的合理性，值得认真对待。也就是说，对明知他人实施毒品犯罪而为其代购毒品并从中牟利的情形，在认定为“变相加价”的贩卖毒品罪时要避免机械化、绝对化，不能把任何情形的从中牟利都认定为变相贩卖毒品，从而既能纠正《2008年纪要》存在的对名为代购、实为变相贩毒的情形惩处力度不够的问题，也可防止在定性上纠偏过度而产生新的处理不平衡问题。对此，需要在司法工作中继续总结、探索，使《2023年纪要》的上述指导意见得到妥当的理解、适用。

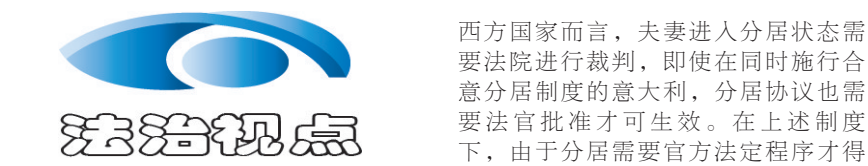
（作者单位：最高人民法院）



责任编辑 唐亚南
见习美编 武凡熙
电子邮箱 llb@rmfyb.cn
llzk@rmfyb.cn

分居的法律适用争议及其解析

□ 周丽华



西方国家而言，夫妻进入分居状态需要法院进行裁判，即使在同时施行合意分居制度的意大利，分居协议也需要法官批准才可生效。在上述制度下，由于分居需要官方法定程序才得以开启，所以分居的时间起点以及状态认定均较为明确。与此相对，我国立法上的分居属于一种事实行为，只能依靠法官在离婚诉讼中进行事后确认，所以分居的认定一方面受限于当事人的举证，另一方面也很大程度上受法官对于分居含义理解的影响。在既往的司法实践中，普遍认为法律上的分居需要同时满足客观及主观两个方面的要件：在客观上，夫妻双方需要在物理上分开居住；在主观上，夫妻分居的原因需要为“感情不和”，因此因夫妻一方工作变动或者出国留学等导致的分开居住并不属于民法典第一千零七十九条所规定的分居。

然而由于社会生活的复杂性及立法变动，分居的认定尚存在模糊地带，法客网上与此有关的疑问有二：一是民法典第一千零七十九条所规定的分居是否包括同室分居；二是民法典第一千零七十九条第五款所规定的“分居”是否也需要满足“因感情不和”的主观要件。

同室分居是否可以认定为法律上的分居，需要考察分居的定义，对此我国立法并无明确规定。在比较法视域下，由于德国对分居同样采取事后认定的立法例，其对于分居的定义可资借鉴。《德国民法典》第1567条第1款第1句规定，“夫妻已无家庭共同生

活，且夫妻一方，以拒绝婚姻之共同生活，表明不愿继续维持夫妻关系者，此为夫妻之分居”。依据这一规定，“分居”在客观方面的核心要素在于“无家庭共同生活”，而不在住所上的分隔。同款第2句则进一步表明夫妻即使居住在共同的婚姻住所内，只要双方在住所内分开生活，家庭共同生活仍然废止。上述以夫妻有家庭共同生活而非以其是否居住在同一住所判断分居客观要件是否满足的做法，更符合分居作为夫妻感情破裂推定事实的角色定位——在现代社会，夫妻感情的维系并不以居住在同一住所为必要，而夫妻之间的经济共享、情感交流以及亲密关系等共同生活要素则是判断其感情状态是否良好的更为本质的指标。此外，在诸如“北上广深”等特大城市，昂贵的居住成本也会对夫或妻一方搬出婚姻住所造成阻碍，如果一律否认同室分居的效力，那么经济能力较低的市民将失去一条重要的摆脱不幸婚姻的渠道，有悖于法律的平等原则。

其次，民法典第一千零七十九条第五款所规定的“分居”同样需要满足“因感情不和”的主观要件。尽管单纯从文意上来看，该条第三款第四项在“分居”前加上了“因感情不和”的定语，似乎“因感情不和”外在于分居概念本身；但是依目的解释，民法典第一千零七十九条第五款的立法目的为通过“判决不准离婚+又分居满一年”的事实对夫妻感情破裂进行推定，因而上述事实对夫妻感情

的反映至少需要在“质”上等同于民法典第一千零七十九条第三款所列事项。在这一前提下，客观上夫妻共同生活的终止并不足以完全指示夫妻感情破裂，必须在主观情感上加以限制，即需要满足“因感情不和”的主观状态。不过因为此种情形的前提条件为“曾判决不准离婚”，所以在这种情况下（因感情不和）分居只需要满一年即可。

二、分居的时间规定

民法典第一千零七十九条规定的两处分居均需要满足一定长度的时长才可发生法律效力，按照通常意义理解，上述时长应该是连续不断地进行所达到的最大时长，且在诉讼发生时，分居状态仍须持续——因为只有现时且长时间的分居状态，方能起到推定夫妻感情确已破裂的作用。据此，断断续续地分居但多段分居总时长相加满足法律规定的期间，或者单次分居持续时间满足法律规定但提起诉讼时已经不在分居状态，均不满足民法典第一千零七十九条所规定的时间要求。

问题在于，夫妻分居期间短暂的共同生活是否会中断上述期间。对此，《德国民法典》第1567条第2款明确规定，夫妻为和好而暂时地共同生活，并不会造成分居期间的中断。这样规定旨在最大限度鼓励分居的配偶双方为恢复家庭共同生活作出努力，避免夫妻双方因担心分居期间重新计

算而不愿意尝试和好的局面出现。这一规定具有一定的借鉴意义，在司法实践中，法官可以根据当事人分居后共同生活的原因以及时长进行自由裁量，而非一律将夫妻分居期间的任何接触均界定为分居的中断，以免阻碍夫妻为和好而进行的可能尝试。

三、分居期间配偶双方的权利义务关系

由于分居期间配偶双方家庭共同生活中断，配偶双方的权利义务关系也可能发生相应变化，比如《瑞士民法典》即规定法院裁判分居后，配偶双方实行夫妻分别财产制，《德国民法典》则明确规定家事代理权在分居期间中止等。我国立法上并未对分居期间配偶双方的权利义务关系进行规定，亟待明确。

在人身关系方面，分居期间配偶双方同居义务中断，但仍然负有对对方的忠诚义务以及扶养义务。这意味着分居期间配偶一方重婚或与他人同居，仍然会导致无过错方于离婚时获得损害赔偿请求权；需要扶养的一方在另一方不履行扶养义务时，同样具有要求其给付扶养费的权利。

同居期间的夫妻财产关系主要涉及夫妻财产制度以及夫妻共同债务的认定两个方面。对于前者，分居期间仍应实行夫妻法定共同财产制，但如果配偶双方在分居时签订了分居协议，对夫妻财产制度进行了约定，则

应依其约定。对于后者，由于同居期间家庭共同生活中断，夫妻家事代理权亦应随之消解，所以夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义所负的任何债务，均属于夫妻一方的个人债务，从而与正常婚姻状态下的夫妻共同债务界定有所区别。

此外，配偶双方分居还会产生子女抚养以及抚养费的请求等问题，在法客网上引起一定疑问。对于分居期间子女的抚养问题，最高人民法院发布的指导性案例228号“张某诉李某、刘某监护权纠纷案”曾对此作出解释，该案例认为父母对孩子均享有平等的监护权，但是监护权的行使仍然应符合最有利于被监护人的原则。在该案中，孩子不满两周岁，法院参照适用民法典第一千零八十四条，认为孩子应由母亲抚养为宜，在孩子由一方抚养期间，应当对另一方探望孩子给予协助配合。因此，分居期间子女的抚养问题可以参照适用离婚时子女抚养的相关规定进行裁判。至于子女抚养费的请求，则可直接适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第四十三条，如果未成年子女或者不能独立生活的成年子女请求不直接抚养子女一方支付抚养费的，应当支持。

目前，我国虽然规定了分居事实的推定定义，但是在实施层面仍然有所不足，未来可通过发布典型案例或司法解释的方式进行进一步明确。

（作者单位：国家法官学院）