

最高检
指导性案例

编者按 近年来,新型毒品不断出现,涉新型毒品犯罪时有发生。检察机关依法严厉打击各类涉毒品违法犯罪,积极参与禁毒综合治理,取得积极成效。本期《观点·案例》聚焦最高检第三十七批指导性案例,邀请法学专家和检察官就涉毒品案件办理重点、难点问题,如主观明知的认定、证据审查等进行深入探讨,敬请关注。

把握核心要件对新型毒品犯罪“零容忍”

最高人民法院第三十七批指导性案例

最高人民法院第三十七批指导性案例

- 1. 王某贩卖、制造毒品案(检例第150号)**
——对于生产、销售含有国家管制的麻醉药品、精神药品成分的食品的行为,应当区分不同情形依法惩处
- 2. 马某某走私、贩卖毒品案(检例第151号)**
——审查涉案麻醉药品、精神药品的用途和行为人主观认知以及准确认定该行为的犯罪既遂
- 3. 郭某某欺骗他人吸毒案(检例第152号)**
——对于有证据证明行为人为实施强奸、抢劫等犯罪而欺骗他人吸食麻醉药品、精神药品的,应当按照处罚较重的罪名追究刑事责任
- 4. 何某贩卖、制造毒品案(检例第153号)**
——检察机关应当依法引导侦查机关开展侦查实验,查明案件事实



赵春玉



刘象帅



张留丰

“观点·案例”研讨嘉宾:

- ◇ 赵春玉 云南大学法学院副院长、教授
- ◇ 刘象帅 四川省成都市检察院第二检察部副主任
- ◇ 张留丰 浙江省舟山市普陀区检察院检察官

“观点·案例”主持人:

- ◇ 检察日报社理论部编辑 陈章

研讨问题:

- ◇ 新型毒品犯罪主观明知认定问题
- ◇ 新型毒品犯罪数量认定与量刑评判
- ◇ 涉毒资产追缴问题
- ◇ 适时提前介入侦查与引导取证问题

·观点评析·

由检例第150号入手剖析新型毒品犯罪案件审查要点 以主客观符合法区分此罪与彼罪

□刘象帅

近年来,为逃避司法打击,新型毒品的生产制造、销售流转、吸食使用变得更加隐蔽,如实验室研制具有列管毒品和精神药品功效的非列管化学替代品种等违法和犯罪手段被使用,从而造成新型毒品犯罪的诸多司法症结。检例第150号指导性案例充分肯定了综合认定主观明知的价值。办理新型毒品犯罪案件,应围绕构建以客观证据为基础的科学的证据体系,注重收集涉案物证和书证、电子证据等,加大对反映主观明知及异常的言词证据取证力度,利用大数据分析,全面查明行为人身份背景、认知能力、对毒品及行为的明知情况、行为轨迹、犯罪方法、犯罪时间地点、获利情况,以及行为人掩盖事实、逃避侦查的相关事实,充分运用司法解释关于主观明知的推定规范,动态考查和综合评判行为

人的主观认知。新型毒品犯罪的犯罪数量认定和量刑评判。检例第150号指导性案例在刑法第357条确定的“毒品数量以查证属实的毒品的数量计算,不以纯度折算”原则基础上,充分考虑新型毒品“常混于饮料食品中,往往含有大量水分或者其他物质”这一与传统毒品的不同之处,强调应综合考虑涉案新型毒品的纯度和致瘾癖性、社会危害性等因素,依法提出量刑建议。该“应当考查毒品含量”的指导意义为有效解决新型毒品犯罪数量认定难题提供了参照,如新列管的合成大麻素类毒品,往往被犯罪分子溶解于电子烟油中隐蔽贩卖,如果直接将查获含有毒品成分的烟油数量作为犯罪数量,或者只折算毒品净含量,很容易造成量刑畸重或畸轻的情形。因此,检察机关审查新型毒品

犯罪案件,首先应注意查明实际的毒品数量,以查证清楚的毒品添加数量认定为犯罪数量;无法查证毒品添加数量的,应充分考虑实物载体中毒品的净含量,如果毒品含量较高或毒品含量较低但毒品功效正常的,应以查获实物数量作为犯罪数量;对于毒品含量极低且毒品功效明显弱化的,综合毒品的致瘾癖性、违法所得、社会危害性等因素对行为人进行量刑评判,确保罪责刑相适应。

“打财断血”,依法追缴涉毒资产。追缴涉毒资产是惩治毒品犯罪的重要内容,对于提升惩治毒品犯罪质效具有重要意义。检察机关应当依法引导侦查机关及时对涉案资产进行查封、扣押,全面收集、固定证据。对于侦查机关移送的涉案资产,要着重审查性质、权属及流转,严格区分违法所得与合法财产、本人财产与其家庭成员的财产,并在提起公诉时提出明确处置意见。对于通过毒品犯罪所得财物及其孳息、收益和供犯罪所用的本人财物,应当依法予以追缴、没收。在检例第150号指导性案例中,检察机关立足于摧毁毒品犯罪的经济基础,通过引导侦查查明王某将有的房产登记在他人名下,部分资产存于他人账户的事实,提出依法处理意见,并获得法院支持,最终案件指控取得系统性打击毒品犯罪的效果。

(作者为四川省成都市人民检察院第二检察部副主任)

人的主观认知。新型毒品犯罪的犯罪数量认定和量刑评判。检例第150号指导性案例在刑法第357条确定的“毒品数量以查证属实的毒品的数量计算,不以纯度折算”原则基础上,充分考虑新型毒品“常混于饮料食品中,往往含有大量水分或者其他物质”这一与传统毒品的不同之处,强调应综合考虑涉案新型毒品的纯度和致瘾癖性、社会危害性等因素,依法提出量刑建议。该“应当考查毒品含量”的指导意义为有效解决新型毒品犯罪数量认定难题提供了参照,如新列管的合成大麻素类毒品,往往被犯罪分子溶解于电子烟油中隐蔽贩卖,如果直接将查获含有毒品成分的烟油数量作为犯罪数量,或者只折算毒品净含量,很容易造成量刑畸重或畸轻的情形。因此,检察机关审查新型毒品

人的主观认知。新型毒品犯罪的犯罪数量认定和量刑评判。检例第150号指导性案例在刑法第357条确定的“毒品数量以查证属实的毒品的数量计算,不以纯度折算”原则基础上,充分考虑新型毒品“常混于饮料食品中,往往含有大量水分或者其他物质”这一与传统毒品的不同之处,强调应综合考虑涉案新型毒品的纯度和致瘾癖性、社会危害性等因素,依法提出量刑建议。该“应当考查毒品含量”的指导意义为有效解决新型毒品犯罪数量认定难题提供了参照,如新列管的合成大麻素类毒品,往往被犯罪分子溶解于电子烟油中隐蔽贩卖,如果直接将查获含有毒品成分的烟油数量作为犯罪数量,或者只折算毒品净含量,很容易造成量刑畸重或畸轻的情形。因此,检察机关审查新型毒品

人的主观认知。新型毒品犯罪的犯罪数量认定和量刑评判。检例第150号指导性案例在刑法第357条确定的“毒品数量以查证属实的毒品的数量计算,不以纯度折算”原则基础上,充分考虑新型毒品“常混于饮料食品中,往往含有大量水分或者其他物质”这一与传统毒品的不同之处,强调应综合考虑涉案新型毒品的纯度和致瘾癖性、社会危害性等因素,依法提出量刑建议。该“应当考查毒品含量”的指导意义为有效解决新型毒品犯罪数量认定难题提供了参照,如新列管的合成大麻素类毒品,往往被犯罪分子溶解于电子烟油中隐蔽贩卖,如果直接将查获含有毒品成分的烟油数量作为犯罪数量,或者只折算毒品净含量,很容易造成量刑畸重或畸轻的情形。因此,检察机关审查新型毒品

人的主观认知。新型毒品犯罪的犯罪数量认定和量刑评判。检例第150号指导性案例在刑法第357条确定的“毒品数量以查证属实的毒品的数量计算,不以纯度折算”原则基础上,充分考虑新型毒品“常混于饮料食品中,往往含有大量水分或者其他物质”这一与传统毒品的不同之处,强调应综合考虑涉案新型毒品的纯度和致瘾癖性、社会危害性等因素,依法提出量刑建议。该“应当考查毒品含量”的指导意义为有效解决新型毒品犯罪数量认定难题提供了参照,如新列管的合成大麻素类毒品,往往被犯罪分子溶解于电子烟油中隐蔽贩卖,如果直接将查获含有毒品成分的烟油数量作为犯罪数量,或者只折算毒品净含量,很容易造成量刑畸重或畸轻的情形。因此,检察机关审查新型毒品

主客观符合法区分此罪与彼罪

检例第150号指导性案例明确指出,正确区分此罪与彼罪的关键在于查明行为人主观明知和故意内容。行为人利用未列管化学品实施上述行为,明知所制成分毒品属性的,表明行为人对所制成分毒品属性具有主观故意,应当认定为贩卖、制造毒品罪。如果行为人对化学品可生成毒品的特性或者相关成分毒品属性不明知,尽管实施上述行为但不能评价为毒品犯罪;如果化学品系食品原料或有毒、有害非食品原料,则根据实施犯罪的具体情形,分别依法构成生产、销售不符合安全标准的食品罪或生产、销售有毒、有害食品罪。

新型毒品犯罪案件审查要点

- 1 注重查明行为人对所使用化学品原料的认知、对制造方法的选择及认知、制造目的等主观故意内容,对是主观故意作出综合判断。
- 2 注重查明实际毒品数量,以查证清楚的毒品添加数量认定为犯罪数量;无法查证的,应考虑实物载体中毒品的净含量,综合各种因素进行量刑评判。
- 3 对于毒品犯罪所得的财物及其孳息、收益和供犯罪所用的本人财物,应当依法予以追缴、没收。

如何惩治下“迷药”? 检例第152号告诉你—— 综合判断手段行为是否单独评价

能够直接证明行为人主观明知是列管毒品,仍利用其毒品属性的,应当依法认定为毒品犯罪;如果行为人拒不供认,又没有其他证据能够证明的,应当运用经验法则和逻辑规则,结合行为人的年龄、阅历、职业、有无吸毒贩毒史以及实施本次毒品犯罪的具体方式进行综合分析判断。在检例第152号中,通过行为人手机中浏览记录、聊天记录,锁定其涉案药物GHB、三唑仑的成分、药效均为明知,故虽然其辩解称不知是毒品,仍能推定其主观明知。

把握核心要件,准确适用法律认定相关犯罪。因下“迷药”往往存在后续行为,司法实践中更多关注强奸、强制猥亵或劫取财物等目的行为,一般以处罚更重的后续行为定罪处罚。但很多下“迷药”案件因为作案手段隐蔽,被害人失去意识不能回忆等原因,往往会出现证据收集不到位、犯罪事实认定难等问题,最终导致法律适用存在争议。如检例第152号中在强奸行为难以查实情况下,及时转换思路,将下“迷药”的手段行为纳入应有的刑法评价范畴,进行准确认定、坚决打击。因欺骗他人吸毒罪是典型的为犯,不要求造成物质性的和有形的犯罪结果,只要行为人完成了刑法规定的犯罪行为即构成犯罪,被害人是否成瘾、行为人的动机和目的为何均不影响本罪的成立。对于目的行为证据不足,或行为人仅为寻求刺激,并无特定犯罪目的的案件,要注意把握核心要件,准确适用法律,正视下“迷药”这一手段行为本身即为欺骗他人吸毒的法律性质,具有严重的社会危害性,根据个案情节作出应有评价。

适时介入侦查,推进引导取证工作精准高效。在本案中,检察机关充分发挥提前介入机制的积极作用,将检察监督职能主动向刑事诉讼前端

判断要点

- 1 全面审查、分析“迷药”毒品属性。
- 2 正视下“迷药”行为本身的法律性质,根据个案情节作出评价。
- 3 充分发挥提前介入机制积极作用,推进引导侦查取证工作。
- 4 积极开展自行补充侦查,夯实证据基础,完善证据链条。

□张留丰

最高检第三十七批指导性案例中,郭某某欺骗他人吸毒案(检例第152号)为涉“迷药”案件的办理提供了指引。对于有证据证明行为人为实施强奸、抢劫等犯罪而给他人下“迷药”的,应当按照处罚较重的罪名定罪处罚。强奸、抢劫等目的行为难以查实的,下“迷药”的手段行为应单独以欺骗他人吸毒罪进行刑法评价。该案办理过程中,检察机关充分发挥主导作用,在参与案件会商、提前介入引导侦查、自行补充侦查等环节积极能动履职,有力提升了刑事检察工作质效,体现了检察机关的职责担当,有力震慑了新型毒品犯罪,取得良好法律效果和社会效果。

全面审查分析,综合判定涉案“迷药”毒品属性。早期的“迷药”一般是具有麻醉作用的,如七氟烷、乙醚、氯胺酮等麻醉剂。近年来,“迷药”成分也在不断更换,与其关联更紧密的是具有镇静、安眠效用的精神药品,本质上均为中枢神经抑制剂。这些成分大多属于国家列管的麻醉药品和精神药品,故兼具毒品、药品双重特性。又因其具有镇静、安眠等药用功效,往往成为行为人不明知其毒品属性的借口,对此,应全面审查、综合判定。如果行为人自认明知或有其他证据

“迷药”案件办案指引

能够直接证明行为人主观明知是列管毒品,仍利用其毒品属性的,应当依法认定为毒品犯罪;如果行为人拒不供认,又没有其他证据能够证明的,应当运用经验法则和逻辑规则,结合行为人的年龄、阅历、职业、有无吸毒贩毒史以及实施本次毒品犯罪的具体方式进行综合分析判断。在检例第152号中,通过行为人手机中浏览记录、聊天记录,锁定其涉案药物GHB、三唑仑的成分、药效均为明知,故虽然其辩解称不知是毒品,仍能推定其主观明知。

把握核心要件,准确适用法律认定相关犯罪。因下“迷药”往往存在后续行为,司法实践中更多关注强奸、强制猥亵或劫取财物等目的行为,一般以处罚更重的后续行为定罪处罚。但很多下“迷药”案件因为作案手段隐蔽,被害人失去意识不能回忆等原因,往往会出现证据收集不到位、犯罪事实认定难等问题,最终导致法律适用存在争议。如检例第152号中在强奸行为难以查实情况下,及时转换思路,将下“迷药”的手段行为纳入应有的刑法评价范畴,进行准确认定、坚决打击。因欺骗他人吸毒罪是典型的为犯,不要求造成物质性的和有形的犯罪结果,只要行为人完成了刑法规定的犯罪行为即构成犯罪,被害人是否成瘾、行为人的动机和目的为何均不影响本罪的成立。对于目的行为证据不足,或行为人仅为寻求刺激,并无特定犯罪目的的案件,要注意把握核心要件,准确适用法律,正视下“迷药”这一手段行为本身即为欺骗他人吸毒的法律性质,具有严重的社会危害性,根据个案情节作出应有评价。

适时介入侦查,推进引导取证工作精准高效。在本案中,检察机关充分发挥提前介入机制的积极作用,将检察监督职能主动向刑事诉讼前端

主观明知不法内容

- 要求犯罪嫌疑人、被告人对毒品有认识,但不需要达到专业认识程度。
- 对国家列入管制的毒品种类缺乏认识,不能成为出罪理由。

主观明知判断方法

从客观到主观的判断流程,在不法与责任之间形成对应关系。

主观明知判断标准

以行为时的一般人标准,综合考察与毒品犯罪相关的各种客观事实。

·理论观察·

□赵春玉

刑法分则规定的毒品犯罪均系故意犯罪,要求行为人对其实行的行为以及行为对象具有主观明知,是认定成立毒品犯罪的应有之义。但近年来,为了逃避打击,犯罪分子通过人工合成、化学结构修饰或其他方法,制造出与传统毒品具有相似或更强的兴奋、致幻、麻醉效果的新型毒品,使新型毒品种类不断翻新,伪装成具有特殊功效的药物、食用饮料等,并通过网络、电子支付等零接触方式进行交易,使得犯罪更具隐蔽性和迷惑性。正因为如此,犯罪分子往往会对新型毒品缺乏认识为由,否认其具有毒品犯罪的故意。虽然相关司法解释或规范性文件规定了认定毒品犯罪主观明知的若干具体情形,但其对新型毒品犯罪主观明知的认定时常力有不逮。在最高检发布的第三十七批指导性案例中,检察机关将主观明知的认定作为主要审查重点,这说明新型毒品犯罪主观明知的认定依然是困扰司法的难题。为此,笔者结合检例第150号至第153号,主要从新型毒品犯罪主观明知的不法内容、主观明知的判断方法以及主观明知的判断标准提出管窥之见。

遵循从客观到主观判断流程

识别“明知”揭穿“辩解”

素,其不仅需要事实判断,还需要进行规范评价和价值判断。作为规范的构成要件要素的毒品,虽然要求犯罪嫌疑人、被告人对其有认识,但并不需要达到刑法上的专业认识程度。例如,在检例第152号中,虽然被告人郭某辩称其使用的是“迷药”,对毒品缺乏认识,但郭某明知“迷药”具有使人产生瘾癖的毒品属性,就可以认定郭某对毒品具有明知,如果“迷药”也确实属于国家列入管制的具体毒品种类,那么就可以认定成立相应的毒品犯罪。

在罪刑法定原则下,虽然毒品犯罪中的毒品必须是国家列入管制的具体毒品种类,但这并不意味着必须要求行为人认识到具体毒品种类。因为,从理论角度而言,能否认识到国家列入管制的具体毒品种类,系故意之外的独立责任要素即违法性认识可能性的问题,除非犯罪嫌疑人、被告人能对其作出合理解释,否则其在具体案件中并不需要积极证明的。2007年《办理毒品案件适用法律若干问题的解释》(下称《意见》)和2008年《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》(下称《纪要》)均表明了这一点。因此,对国家列入管制的具体毒品种类缺乏认识,不能成为否定成立毒品犯罪的理由。

具有主观明知的判断流程。在具体案件中,认定是否具有主观明知,如果坚持从主观到客观的判断流程,那么,不仅可能会导致司法机关仅抽象地判断行为人是否具有一般意义上的主观恶性,不考虑主观明知的内容与客观不法内容的对应性,而且也可能导致司法机关过于依赖犯罪嫌疑人、被告人的口供,忽略其他客观事实,进而增加司法裁判的恣意性。

主观明知的判断标准:行为时的一般人标准

如前所述,毒品属于规范的构成要件要素,犯罪嫌疑人、被告人对其是否明知,不可能要求其像专家那样作出专业理解,因而理论上应采取何种标准判断犯罪嫌疑人、被告人对规范的构成要件要素具有主观明知就成为难题。为了解决这一难题,德国学者麦兹格在宾丁的理论基础上提出了“行为人所属的外行人领域的平行评价”理论,即行为人所认识的内容不要求按照刑法的规范概念进行认识,只要求认识内容与规范概念实质相当。

然而,“行为人所属的外行人领域的平行评价”到底是以行为人为自我意识为标准抑或社会一般人或者平均人为标准,在刑法理论上依然存在分歧。在一般情况下,无论采用何种标准,都能说明犯罪嫌疑人、被告人具有主观明知。例如,犯罪嫌疑人、被告人供述其所认识到的是“麻古”“麻果”“K粉”“神仙水”,即使不清楚“麻古”等属于何种具体毒品种类,也不影响认定犯罪嫌疑人、被告人对毒品具有主观明知,进而具有(走私、贩卖等)毒品犯罪的故意。如在检例第150号中,被告人王某认为自己只是在生产的饮料中超限量滥用食品添加剂,而不认为是制造毒品。但是检察机关经审查认为,王某的行为涉嫌制造毒品罪而非生产、销售有毒、有害食品罪。可以看出,检察机关认为王某的行为构成制造毒品罪是综合各种客观事实,以社会一般人或者平均人为标准进行判断的。

实践中,如果以行为人自我意识为标准判断毒品犯罪的主观明知,容易导致对案件的认定过于追求口供而忽视其他客观事实,与刑法客观主义的精神相背离。以社会一般人或者平均人为标准判断毒品犯罪的主观明知,就需要综合考察与毒品犯罪相关的各种客观事实,与《纪要》客观认定主观明知的事实相契合。如在检例第150号、第151号、第152号的审查过程中,检察机关都通过认识能力、行为方式等各种客观事实,综合判断对毒品犯罪的主观明知,其遵循的是社会一般人或者平均人标准而非行为人自我意识标准,反映出对新型毒品犯罪案件主观明知审查的客观性和合理性。

(作者为云南大学法学院副院长、教授)

主观明知的不法内容:具有建构不法功能的要素

犯罪故意是认识因素和意志因素的统一,认识因素所要回答和解决的是主观明知问题。在责任主义原则下,故意犯罪主观明知的内容是具有建构不法功能的客观要素,包括明知自己的行为的内容、社会意义与危害结果等。然而,在新型毒品犯罪的场合,无论是对自己行为内容的明知,还是对危害结果与社会意义的明知,都聚焦于对毒品是否具有主观明知这一核心问题。这也是判断新型毒品犯罪是否成立的关键所在。

无论在何种类型的毒品犯罪中,毒品作为建构毒品犯罪不法的核心要素,属于必须要求行为人认识的对象。因而,即使在客观上实施了走私、贩卖、运输、制造毒品的行为,只要行为人没有认识到行为对象是毒品,就不能成立毒品犯罪。在实践中,犯罪嫌疑人、被告人经常以此作为抗辩事由,否定毒品犯罪的成立。如在检例第151号中,被告人马某某的辩护人提出,马某某案发时并不明知所购买的咪达唑仑、三唑仑等精神药品属于国家列入管制的毒品,其行为不构成毒品犯罪。禁毒法第2条和刑法第357条明确规定,毒品是指鸦片、海洛因、甲基苯丙胺、吗啡、大麻、可卡因,以及国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。通过这种例式立法模式,一方面表明毒品不仅包括传统毒品,还包括其他新型毒品;另一方面表明毒品并不是记述的构成要件要素,而是规范的构成要件要

素,其不仅需要事实判断,还需要进行规范评价和价值判断。作为规范的构成要件要素的毒品,虽然要求犯罪嫌疑人、被告人对其有认识,但并不需要达到刑法上的专业认识程度。例如,在检例第152号中,虽然被告人郭某辩称其使用的是“迷药”,对毒品缺乏认识,但郭某明知“迷药”具有使人产生瘾癖的毒品属性,就可以认定郭某对毒品具有明知,如果“迷药”也确实属于国家列入管制的具体毒品种类,那么就可以认定成立相应的毒品犯罪。

在罪刑法定原则下,虽然毒品犯罪中的毒品必须是国家列入管制的具体毒品种类,但这并不意味着必须要求行为人认识到具体毒品种类。因为,从理论角度而言,能否认识到国家列入管制的具体毒品种类,系故意之外的独立责任要素即违法性认识可能性的问题,除非犯罪嫌疑人、被告人能对其作出合理解释,否则其在具体案件中并不需要积极证明的。2007年《办理毒品案件适用法律若干问题的解释》(下称《意见》)和2008年《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》(下称《纪要》)均表明了这一点。因此,对国家列入管制的具体毒品种类缺乏认识,不能成为否定成立毒品犯罪的理由。

主观明知判断方法

从客观到主观的判断流程,在不法与责任之间形成对应关系。

主观明知判断标准

以行为时的一般人标准,综合考察与毒品犯罪相关的各种客观事实。

素,其不仅需要事实判断,还需要进行规范评价和价值判断。作为规范的构成要件要素的毒品,虽然要求犯罪嫌疑人、被告人对其有认识,但并不需要达到刑法上的专业认识程度。例如,在检例第152号中,虽然被告人郭某辩称其使用的是“迷药”,对毒品缺乏认识,但郭某明知“迷药”具有使人产生瘾癖的毒品属性,就可以认定郭某对毒品具有明知,如果“迷药”也确实属于国家列入管制的具体毒品种类,那么就可以认定成立相应的毒品犯罪。

在罪刑法定原则下,虽然毒品犯罪中的毒品必须是国家列入管制的具体毒品种类,但这并不意味着必须要求行为人认识到具体毒品种类。因为,从理论角度而言,能否认识到国家列入管制的具体毒品种类,系故意之外的独立责任要素即违法性认识可能性的问题,除非犯罪嫌疑人、被告人能对其作出合理解释,否则其在具体案件中并不需要积极证明的。2007年《办理毒品案件适用法律若干问题的解释》(下称《意见》)和2008年《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》(下称《纪要》)均表明了这一点。因此,对国家列入管制的具体毒品种类缺乏认识,不能成为否定成立毒品犯罪的理由。

具有主观明知的判断流程。在具体案件中,认定是否具有主观明知,如果坚持从主观到客观的判断流程,那么,不仅可能会导致司法机关仅抽象地判断行为人是否具有一般意义上的主观恶性,不考虑主观明知的内容与客观不法内容的对应性,而且也可能导致司法机关过于依赖犯罪嫌疑人、被告人的口供,忽略其他客观事实,进而增加司法裁判的恣意性。

主观明知的判断标准:行为时的一般人标准

如前所述,毒品属于规范的构成要件要素,犯罪嫌疑人、被告人对其是否明知,不可能要求其像专家那样作出专业理解,因而理论上应采取何种标准判断犯罪嫌疑人、被告人对规范的构成要件要素具有主观明知就成为难题。为了解决这一难题,德国学者麦兹格在宾丁的理论基础上提出了“行为人所属的外行人领域的平行评价”理论,即行为人所认识的内容不要求按照刑法的规范概念进行认识,只要求认识内容与规范概念实质相当。

然而,“行为人所属的外行人领域的平行评价”到底是以行为人为自我意识为标准抑或社会一般人或者平均人为标准,在刑法理论上依然存在分歧。在一般情况下,无论采用何种标准,都能说明犯罪嫌疑人、被告人具有主观明知。例如,犯罪嫌疑人、被告人供述其所认识到的是“麻古”“麻果”“K粉”“神仙水”,即使不清楚“麻古”等属于何种具体毒品种类,也不影响认定犯罪嫌疑人、被告人对毒品具有主观明知,进而具有(走私、贩卖等)毒品犯罪的故意。如在检例第150号中,被告人王某认为自己只是在生产的饮料中超限量滥用食品添加剂,而不认为是制造毒品。但是检察机关经审查认为,王某的行为涉嫌制造毒品罪而非生产、销售有毒、有害食品罪。可以看出,检察机关认为王某的行为构成制造毒品罪是综合各种客观事实,以社会一般人或者平均人为标准进行判断的。

实践中,如果以行为人自我意识为标准判断毒品犯罪的主观明知,容易导致对案件的认定过于追求口供而忽视其他客观事实,与刑法客观主义的精神相背离。以社会一般人或者平均人为标准判断毒品犯罪的主观明知,就需要综合考察与毒品犯罪相关的各种客观事实,与《纪要》客观认定主观明知的事实相契合。如在检例第150号、第151号、第152号的审查过程中,检察机关都通过认识能力、行为方式等各种客观事实,综合判断对毒品犯罪的主观明知,其遵循的是社会一般人或者平均人标准而非行为人自我意识标准,反映出对新型毒品犯罪案件主观明知审查的客观性和合理性。

(作者为云南大学法学院副院长、教授)

主观明知不法内容

- 要求犯罪嫌疑人、被告人对毒品有认识,但不需要达到专业认识程度。
- 对国家列入管制的毒品种类缺乏认识,不能成为出罪理由。

主观明知判断方法

从客观到主观的判断流程,在不法与责任之间形成对应关系。

主观明知判断标准

以行为时的一般人标准,综合考察与毒品犯罪相关的各种客观事实。