

在打击犯罪与保障合法用药之间寻求平衡,通过“管制—惩戒”双重规范——

# 精准打击涉麻精药品类毒品犯罪

荟萃

广东财经大学法治与经济发展研究所研究员杨立新:  
明确定金类型及定金规则的具体适用



民法典合同编通则的违约责任一章规定了违约金,没有规定其他类型的定金。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》指出,定金还包括立约定金、成约定金和解约定金,具有不同的法律调整功能,需确认它们的法律地位和效力。对于定金的识别,不论约定的是留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金,只要没有适用定金罚则的约定,都不是定金。对于定金类型的识别,交付了定金但没有约定定金类型或者约定不明的,推定为立约定金。对定金罚则发生争议时,应当依照民法典第587条规定处理;一方根本违约,对方轻微违约的,不影响定金罚则的适用;部分违约,只要不构成根本违约,可以请求按比例适用定金罚则。不可抗力构成不履行债务适用定金罚则的正当抗辩。

中国人民大学法学院教授李奋飞:  
激活第三方监督评估机制管委会职能



在解决企业合规监管难题方面,我国检察机关探索与行政机关、团体组织等多方力量合作,建立了涉案企业合规第三方监督评估机制。作为一项本土化的制度安排,第三方监督评估机制对弥补检察机关指导和指导企业实现有效合规工作上的不足,防止“虚假整改”“纸面合规”,进而提升改革的权威性和透明度等发挥了积极作用,但在运行中也出现了诸如第三方组织的选任、履职等需要进一步规范的问题。这些问题的发生,与作为议事协调机构的第三方监督评估机制管理委员会的职能发挥不到位有直接关系。为实现第三方监督评估机制的规范化运行,确保改革取得更好的治理效果,不仅需要激活和发掘第三方监督评估机制管理委员会在选任管理、履职监督、腐败防范、刑行衔接等方面的职能作用,也需要为第三方监督评估机制管理委员会履职提供必需的人力、财力、物力等条件保障。

吉林大学法学院教授刘晓林:  
立法语言的演化体现中国自主法学知识体系的源流和根系



立法语言是法律体系最为基本的要素。唐前正史、经典及其注疏中的“正法”多表达与法律相关的含义,指称“正式、明确之法律条文”的用法较为常见。《唐律疏议》中“正法”仅于“律疏”中出现2次,但其来源清晰、表意稳定,呈现“非典型”立法语言的基本特征。律典中的“正法”可能产生于制作“律疏”的过程中,具有专门的法律意义与法律功能。“正法”可与“正条”“正文”互训,相关内容而实现补充、完善律文的“二次立法”意图。就律典中出现的频次与分布来看,“正法”呈现被“正条”“正文”吸收的趋势。唐后文献中“正法”的含义进一步丰富,作为立法语言的“正法”亦随之变化。明清律中“正法”仅表述“执行死刑”之意,“正条”专门指称“正式、明确之法律条文”。立法语言的演化方向主要取决于词汇本身的含义以及立法者的意图,法律体系的整体演进对其也产生着影响。

华东政法大学“经天学者”特聘教授焦艳鹏:  
综合判断矿产资源犯罪的成立要件



矿产资源犯罪侵害的是复合法益。对矿产资源犯罪进行法益识别的关键要点包括:对该类犯罪所指向的物理对象的进一步明确;对作为行政违法性要素的“非法”的准确判断;对实践中该类犯罪所侵害实质客体的类型化分析;明确该类犯罪的刑事制裁方式及其刑法功能的实现方式。基于这些要点,矿产资源犯罪的成立应采用严格主义,对是否违反前行政法的判断应采用严格标准;将矿产资源与普通财产、财物及生态环境的功能严格区分;正确认知非法采矿行为造成矿产资源损失与生态环境破坏两者间的关系,在入罪上采用差异化标准。在矿产资源犯罪的刑法制裁中,应注意其与民事公益诉讼案件性质与功能的区分,注意生态修复费用、惩罚性赔偿等的非刑事性质,避免不同性质责任的相互消解,保障刑法功能在该领域的全面实现。

山东大学法学院教授冯俊伟:  
建构类型化的电子数据可采性规则



随着信息技术的发展与运用,各类机器或设备生成的电子数据日趋复杂,以人为主、以机器为主和“人机互动”背景下机器生成的电子证据不断发展。将电子数据作为独立证据种类是重要的发展方向,我国当前立法缺乏针对新型电子数据可采性的特别规则。参照书证的可靠性审查方式模糊了电子数据分析报告、检验报告与书证的本质不同,难以回应机器生成的电子数据可采性审查的现实需求。从机器生成的电子数据审查判断的综合路径出发,我国立法应立足过程视角,关注机器生成的电子数据的不同生成机制、生成过程,建构类型化的机器生成的电子数据之可采性规则。

(以上依据《求是学刊》《政法论坛》《政治与法律》《中国刑事法杂志》,张宁选辑)

□涉麻精药品的司法认定,应当从打击犯罪和保障用药两个方面来考量,既不能为了打击犯罪而正当遏制正常的用药需求,也不宜为了平衡用药需求而放纵可能存在的犯罪。

□毒品管制制度设立的目的,在于保障药物使用价值的基础上,通过提升管制强度防止其流入非法渠道,同时对已使麻精药品流入非法渠道的行为展开打击,通过“管制—惩戒”双重规范,使得麻精药品发挥有益效用,尽可能防止其流散并产生滥用。



管国家规定管制的、具有医疗等合法用途的麻醉药品、精神药品的,不以毒品犯罪论处;情节严重,构成其他犯罪的,依法处罚。实施带有自救、互助性质的上述行为,一般不作为犯罪行为处理;确需追究刑事责任的,应依法充分体现从宽。从而确立了“医疗等合法用途”以及“治疗疾病等相关目的”作为定罪的评价标准,但客观来看,这些规则仍值得讨论和完善。

## 麻精药品的法律属性之辨

麻精药品与传统上非法制造的毒品在外观上表现出的属性具有极大差异,大量被滥用的麻精药品,都是具有生产批号和正式包装的药物,这使得学术界惯于使用“双重属性”作为区分“毒品”和“麻精药品”的判断标准。笔者认为,物质是客观存在的,物质本身不具有法律评价的基础,只有当物质具有法定的条件时,才会产生法律上的评价。根据禁毒法第2条第1款和刑法第357条的规定,“毒品是指鸦片、海洛因、甲基苯丙胺(冰毒)、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”。据此,是否“毒品”和“麻精药品”而言,是否具有医疗用途并不是区分二者的核心要素。以《麻醉药品和精神药品管理条例》为代表的行政立法,主要体现“事前治理”,以“麻精药品”这样中立客观的称谓来确保其正当使用,而设置有别于一般药品管理的管制强度和相应措施,也是为了提高使用的门槛、限制使用的场合,这仍旧是以保障使用作为立法目的,自然排斥了“毒品”这样一个天然带有否定评价的词语。而在以刑法为代表的刑事立法中,主要体现“事后惩戒”,意即针对“脱离正常使用场合,造成流弊的非法行为”,应当予以惩戒。由于涉及违法和犯罪,用“毒品”可以明确表达立法

的倾向。

在我国的毒品管制制度中,实际并未区分“麻精药品是否具有医疗用途”。2015年《非药用类麻醉药品和精神药品列管办法》第2条规定,“本办法所称的非药用类麻醉药品和精神药品,是指未作为药品生产和使用,具有成瘾性或者成瘾潜力且易被滥用的物质”;第3条第1款规定,“麻醉药品和精神药品按照药用类和非药用类分类列管。除麻醉药品和精神药品管理品种目录已有列管品种外,新增非药用类麻醉药品和精神药品管制品种由本办法附表列示”,第3条第2款同时规定,“非药用类麻醉药品和精神药品发现药用用途,调整列入药品目录的,不再列入非药用类麻醉药品和精神药品管制品种目录”。由上可见,“非药用类麻精药品”是暂时没有药用价值的物质,而具有药用用途之后就列入《麻醉药品和精神药品品种目录》。

## “滥用可能性”之强调

鉴于以上所述,就不能使用“医疗用途”作为辨识或区隔“麻精药品”与“毒品”的标准。客观来看,医疗用途是一个纯粹的科学判断,在司法实践中对于是否具有医疗用途的判断可能会让司法过程陷入科学“竞赛”的轨道,有些麻精药品具有事实上的医疗用途但没有进入临床试验或者未正式批准生产,就会让司法判断陷入两难境地。例如,我国2004年就将氯胺酮列入第一类精神药物,氯胺酮属于成瘾性强烈且滥用规模较大的毒品,被滥用的氯胺酮大都是非法制造的。但2019年3月5日,美国联邦食品与药品管理局(FDA)批准了含有氯胺酮衍生物“艾氯胺酮”的新药“Spravato”,用于治疗难治性重度抑郁症,这是30年来FDA第一次批准抗抑郁药上市。2018年,我国科技部高技术研

□包涵

与传统的毒品犯罪案件相比,当前较为突出的涉麻精药品案件,在司法认定上存在较多争议。涉麻精药品的案件,涉及的物质均为存在医疗等合法用途的药品,难以界定涉案人员的主观目的和行为危害,在司法实践中不易把握打击犯罪与保障合法用药之间的平衡。虽然《全国法院毒品案件审判工作会议纪要》(下称《纪要》)等规范性文件对涉麻精药品的问题进行了专门解释,但实践中仍存在大量的问题有待细化解决。

## 涉麻精药品案件的缘起

事实上,涉麻精药品案件并不是一个“新问题”,既往的毒品犯罪案件中,涉及“复方磷酸可待因口服溶液”(止咳丸)以及“曲马多复方制剂”等可开处方麻精药品的案件时有发生。但彼时毒品消费市场仍以非法制造的毒品为主,这类物质不具有合法且正式的医疗用途,零星散发的涉麻精药品案件并未引起重视。近年来,随着我国对毒品犯罪的打击力度持续加大以及诸如疫情等客观因素的影响,传统的毒品供给与消费模式发生了变化,毒品的流通渠道被阻断,供给者难以组织起规模化的毒品制造,导致消费端毒品价格上涨,吸毒者难以承受。这一现象导致毒品供给端以具有医疗用途的麻精药品作为替代物质投入毒品消费领域,使得之前不成规模的涉麻精药品案件成为类型化现象。

困扰司法实践的主要问题在于,麻精药品具有合法的医疗用途,难以在供给端和消费端获取确切的“滥用”的证据,或基于麻精药品具有的合法医疗用途,涉案人员以“医疗目的”作为抗辩,将案件证据引入主观证据范畴,使得在本来缺乏证据的毒品犯罪案件中难以搜集到有罪供述,因此难以确立统一的司法认定规则。司法实践中对涉麻精药品的案件裁判差异较大,这也是《纪要》对这一问题专门作出解释的动因。在上述规范性文件规定中,确有证据证明出于治疗疾病等相关目的,违反有关药品管理的国家规定,未经许可经

“不特定多数人”要素的认定是涉及电信网络诈骗犯罪成立与否的基础性问题,有必要从事实和规范两个方面探索“不特定多数人”的实质认定标准。

# 运用场景化标准认定电信诈骗犯罪中“不特定多数人”

观察

□樊桔玺

根据2022年颁布的《中华人民共和国反电信网络诈骗法》第2条对电信网络诈骗的定义可知,电信网络诈骗是指以非法占有为目的,利用电信网络技术手段,通过远程、非接触等方式,诈骗公私财物的犯罪行为。依据2018年最高人民法院印发的《检察机关办理电信网络诈骗案件指引》(下称《指引》)以及2016年最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合颁布的《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》(下称《意见》)可知,电信网络诈骗作为普通诈骗的特殊形态,除了符合诈骗罪的构成要件外,还需兼备犯罪手段的技术性、犯罪对象的不特定性、欺骗行为的远程和非接触性。其中,犯罪对象的不特定性,即犯罪对象为不特定多数人,因电信网络诈骗犯罪手段多样、行为隐蔽等成为司法认定的难点。鉴于电信网络诈骗犯罪较之普通诈骗罪,入罪门槛更低,量刑更为严厉,因此有必要准确认定“不特定多数人”这一特征,以区分电信网络诈骗与传统诈骗,更好地实现对电信网络诈骗犯罪的精准打击和罚当其罪。

在电信网络诈骗犯罪中,虽然《指引》和《意见》表明犯罪对象为“不特定多数人”是犯罪成立不可缺少的客观要件,但并没有明确的司法规范对“不特定多数人”的认定进行阐明。在司法实践中,行为人以群发短信、拨打电话的方式向不特定人进行的诈骗活动,符合“不特定多数人”这一要件,此类行为已以电信网络诈骗犯罪论处在司法实践中已成共识。但是,随着电信网络诈骗手段的不断升级,在相对封闭的社交工具上通过向好友群发信息或发布动态的方式传播诈骗信息以及向不特定单位发送诈骗信息的,这

类诈骗信息面向的对象是否符合电信网络诈骗犯罪中“不特定多数人”的认定要求,在司法实践中存在分歧。“不特定多数人”要素的认定是涉及电信网络诈骗犯罪成立与否的基础性问题,有必要从事实和规范两个方面去探索“不特定多数人”的实质认定标准。

## “不特定多数人”认定的主要学说

目前,对于电信网络诈骗犯罪中“不特定多数人”,我国刑法理论界普遍认为,是指不特定的多数个人,并不包括单位。单位是个人,集合体,诈骗信息的接收者仍然是个人,单位是因人受骗而遭受财产损失,因此将单位类法人主体排除在“不特定多数人”之外具有合理性,“不特定多数人”应仅指自然人。对于“不特定多数人”的认定,以往学界主要从“不特定性”和“多数人”两个方面进行要素式审查。依据这一判断路径,在司法实践中对特定区域人群实施电信网络诈骗的行为,难以认定是否属于“不特定多数人”,此类诈骗行为或多或少都具有对象社会开放性、方式公开传播性特征,如果简单地按诈骗行为对象认定为特定的人群而否定其“不特定性”有失灵活性。当下学界关于“不特定多数人”要素的认定问题归纳为主观目的说、客观行为说以及主客观结合说等三种学说。

主观目的说认为,如果行为人主观上认为自己是向不特定多数人作为诈骗对象,那么就符合“不特定多数人”要素的要求。电信网络诈骗行为是否指向不特定的多数人,就其本质来讲属于行为人的主观意识范畴,较之客观方面而言,具有较大的抽象性和内隐性,虽然难以被直接感知和把握,但是仍然会通过行为人的外化、客观化的外在行为来体现和反映。从本质上来讲,电信网络诈骗罪属于诈骗罪的范畴,在法定构成上行人的主观意识仅应限定于对诈骗行为的故意上,至于针对的犯罪对象是不特定多数的意识,则不属于行为人应该认知的法定范畴,是

对单一罪过样态的误解。司法实践也表明,无论是已然确定还是难以认定“不特定多数人”的电信网络诈骗犯罪案件,行为人都很难具体认知到自己行为对象的性质。因此,主观目的说缺乏与犯罪实践的契合性,难以从实质上科学认定“不特定多数人”。

客观行为说认为,“不特定多数人”要素的认定是由行为人数布虚假信息行为所指向的对象决定的,即“不特定多数人”要素的认定范围是将不特定多数人、特定多数人以及特定少数人排除之后的范围。其中,“多数人”一般指三人以上。客观行为说限缩了“不特定多数人”的范围,缩小了电信网络诈骗犯罪的打击圈,在针对特定小区人员实行网络诈骗活动中,客观行为说认为小区是特定人群的集合体,诈骗行为人不具有随机选择诈骗目标的能力,所以认定特定小区等之类的特定人群的集合体并不属于“不特定多数人”的范畴。可见,客观行为说割裂了行为人与侵害结果之间的动态变化可能性,将“不特定多数人”限制在一个静态的形式认定中,不符合电信网络诈骗犯罪理论与司法实践的需要。

主客观结合说认为,将主观目的说的意志外在化表现与客观行为说的诈骗信息传播行为指向对象结合起来共同认定“不特定多数人”这一要素具有合理性。显然,该学说能够将犯罪的主客观方面较好地连贯起来,实现主客观形式上的统一,但其本质上仍是对犯罪过程简单表象的反映,无法体现电信网络诈骗的本质特征。另外,该学说在行为说的基础上进一步限缩了“不特定多数人”的范围,也不利于电信网络诈骗犯罪防控工作的开展。

## “不特定多数人”的场景化认定标准

“不特定多数人”的场景化认定,是指在客观行为说的基础上,综合考虑犯罪侵害后果之不特定范围的现实可能性以及被害人的实际表现,从规范层面实质认定“不特定多数人”这一要素。其中,在

究发展中心也将“揭示抑郁发生及氯胺酮快速抗抑郁机制”这一成果入选2018年度中国科学十大进展。此时,若行为人为他人治疗抑郁症为由制取氯胺酮,是否符合《纪要》所规定的“未经许可经营国家规定管制的、具有医疗等合法用途的麻醉药品、精神药品”而出罪?在既有的规范框架之下,可能很难给出认同的观点。此外,“医疗目的”与“医疗用途”恰好相反,医疗目的是一个主观判断,由于医疗目的并非客观的科学标准,若行为人自述在国外科研论文中看到大麻中的“大麻二酚”(CBD)可以治疗焦虑症,于是出于医疗目的在家里种植大麻,能否以“医疗目的”出罪?这可能也很难判断,从应然的角度考量,医疗目的应当是医生才能做的专业判断,医生嘱咐“一天两次,一次一片”,若病人一次吃两片,则超出的一片就属于“非医疗目的”的滥用,但若惩罚这样的行为,既无端消耗执法和司法资源,也不符合一般的社会观念。

因此,涉麻精药品的司法认定,应当从打击犯罪和保障用药两个方面来考量,既不能为了打击犯罪而正当遏制正常的用药需求,也不宜为了平衡用药需求而放纵可能存在的犯罪。毒品犯罪的法益侵害,在于其被滥用会衍生诸多社会弊害,例如吸食毒品者身体、扰乱社会治安,危害社会秩序。毒品管制制度设立的目的在于,在保障药物使用价值的基础上,通过提升管制强度防止其流入非法渠道,同时对已使麻精药品流入非法渠道的行为展开打击,通过“管制—惩戒”双重规范,使得麻精药品发挥有益效用,尽可能防止其流散并产生滥用。基于此,以“是否可能造成不特定多数人滥用”作为行为判断标准,可能比当前的“医疗用途+医疗目的”更为合理。当行为人交易对象是特定的患者,或者行为人存在医疗动机但在医疗基础上后续染上成瘾,都可排除“造成不特定多数人滥用”的可能性;当行为人明知其行为对象可能有医疗之外的非法目的仍实施贩卖行为,或者行为人为满足成瘾而购入麻精药品,则可认定为相应的毒品犯罪。但在这一过程中,仍需综合判断行为事实和证据,例如虽然出于自用,但购入量明显超出了合理范畴,则可以通过事实推定其并非自用,此时由于具备了导致滥用的可能性,不应予以出罪。

(作者为中国人民公安大学侦查学院副教授、博士生导师,禁毒理论与政策研究中心研究员)