

从检例第151号指导性案例中探寻破解毒品犯罪主观明知认定难题的路径——

构建“受管制性+非法使用性”主观明知认定规则



□李雅



全国十佳公诉人、广州市人民检察院
重大犯罪检察部副主任 黄洁梅

□检例第151号马某某走私、贩卖毒品案确立了麻精药品类新型毒品犯罪主观明知的认定标准,即认识因素层面是明知涉案药品具有受管制性,意志因素层面是利用涉案药品的毒品属性,将其应用于“非法用途”。该案例采取的是中间层次的证明标准。

□毒品的法律属性界定为非法使用的受管制麻精药品,其认定必须满足“受管制性+非法使用性”双重要件。

□为有效解决毒品犯罪主观明知认定难题,应构建“受管制性+非法使用性”的主观明知审查和证明路径。

人明知系国家管制的麻精药品、精神药品,出于非法用途走私、贩卖的,应当以走私、贩卖毒品罪追究刑事责任。”该案例确立了麻精药品类新型毒品犯罪主观明知的认定标准,即认识因素层面是明知涉案药品具有受管制性,意志因素层面是利用涉案药品的毒品属性,将其应用于“非法用途”。该案例采取的即是中间层次的证明标准。

1. 中间层次证明标准的合理性。最高层次的证明标准要求证明行为人明知涉案麻精药品的品名或本质属性,显然该证明标准过于理想化,在司法实务中难以操作,可能导致对毒品犯罪的放纵。最低层次证明标准只要求行为人对涉案麻精药品系违禁品,并不要求其明知管制的物质相区分,这虽然便于实务操作,但有可能因对主观明知对象范围的限定过于宽泛而不当扩大打击范围。中间层次证明标准要求证明行为人在明知涉案麻精药品法律属性的情况下,依然实施走私、贩卖等行为,明显违反国家对毒品的管理制度,进而认定为具有主观明知。相较而言,中间层次证明标准坚持了主客观相一致的司法认定准则,既考虑到严厉打击毒品犯罪的现实需要,也兼顾了对犯罪嫌疑人的人权保障,更符合我国当前的司法实践现状。

2. 中间层次证明标准的合法性。毒品犯罪是典型的故意犯罪,在评价行为人是是否具有主观明知时,需要从认识因素和意志因素两个层面考察,是否明知“受管制性”和“非法使用性”:一是认识因素层面,明知涉案麻精药品具有受管制性,明知其走私、贩卖行为将破坏毒品管制制度,发生危害社会的结果,无须要求行为人认识到其“致瘾癖性”的具体药理作用。当然,如果行为人能认识到涉案麻精药品具有“致瘾癖性”和“毒性”等本质属性,从常理判断,也能认识到药品具有“受管制性”。这种对行为对象属性的认识,以及对走私、贩卖行为本身的认识,足以构成毒品犯罪主观故意的认识要素。二是意志因素层面,即行为人拟将涉案麻精药品用于非法用途,积极追求或放任麻精药品的“受管制性”被破坏和“致瘾癖性”被滥用的危害结果发生,具有“非法使用性”。在行为人走私、贩卖麻精药品拟用于对他人实施抢劫、伤害等衍生犯罪场合,虽然利用的并非麻精药品的“致瘾癖性”,但其将麻精药品视为“犯罪工具”,恰恰说明其已认识到麻精药品的特殊属性和非法性,具备毒品犯罪的主观要件。因为刑法第347条的本意是打击一切破坏国家毒品管制的行为,而非仅仅打击利用毒品“致瘾癖性”的行为。

麻精类新型毒品犯罪主观明知的审查和证明路径
为有效解决毒品犯罪主观明知的认定

难题,应构建“受管制性+非法使用性”的主观明知审查和证明路径。

(一)对主观明知“受管制性”的审查和认定。根据毒品犯罪相关司法解释构建的推定规则体系,结合逻辑经验法则和司法实践案例,具备以下及类似客观情形之一的,可以认定行为人主观上对于麻精药品的“受管制性”具有主观明知:

1. 有证据证明行为人知道涉案药品具有麻醉、兴奋等药效,对麻精药品的双重属性有一定认识,能够认识到药品已被列入麻精药品和精神药品目录,或明知属于国家管制的麻精药品。
2. 行为人为采取高度隐蔽、逃避监管的交易或运输方式,包括使用虚假身份接收快递、使用暗语代号指代麻精药品,采取翻墙软件、阅后即焚即时通讯工具等隐蔽手段,通过非正规渠道联系上下家,使用现金交易、虚拟货币交易等不易追查的交易方式,支付远超正常药品价值的高额费用或异常高昂的运费。

3. 实施了不符合正常药品流通规律的行为,如药品外包装、说明书明确标注“国家管制”及“处方使用”等字样,仍在没有医疗处方或正规销售渠道的情况下交易麻精药品,或双方商议入境时伪报品名,以香水、保健药等对麻精药品进行伪装。

4. 行为人为人归案后对物品名称、性质、功能的解释前后矛盾或明显不合理,回避涉及药品管制属性的询问等。

5. 行为人有吸食麻精药品等吸毒史或有相关毒品违法犯罪的行政处罚或前科,熟悉毒品市场。

6. 行为人为从事医药行业、具有专业背景的人员,明知麻精药品的管制属性和滥用风险。

7. 行为人与上下家之间的聊天过程中曾提及走私、贩卖相关麻精药品涉嫌违法犯罪,可能被追究法律责任等。在司法机关已收集提交一定证据推定行为人具有主观明知时,如行为人为辩解出于医疗等合法目的走私、贩卖,则应实行证明责任倒置,由行为人提供反证。

(二)对主观明知“非法使用性”的审查和认定。现实中,行为人的辩解主要是用于治疗头痛、失眠等所谓“医疗”用途。对此,需结合相关人员的职业背景、兴趣爱好、就诊记录、购买渠道、实际用途、抓获时反应等进行综合判断。如行为人为通过网络向不特定人销售麻精药品,客观上无法审核购买者身份,实际上从未履行审核义务,放任麻精药品流向非医疗用途,应认定明知“非法使用性”。

麻精类新型毒品犯罪主观明知认定规则的运用

(一)麻精药品成瘾人员是否属于吸毒人员的判断规则。麻精药品成瘾人员是否

属于刑法意义上的吸毒人员,取决于其使用行为是否属于非法滥用。若行为人出于治疗睡眠障碍等医疗目的,根据医生处方合法、合理使用麻精药品,即使通过非正规渠道购买,破坏了受管制性,但因不具有非法使用性,一般不认定为吸毒;但若出于非医疗目的,在无医生处方的情况下自我给药,超剂量、超范围非法使用,进而形成依赖并对身心造成损害,此时利用的显然是麻精药品的毒品属性,应认定为吸毒人员。若行为人为从境外购买走私入境或持有大量麻精药品,在明知麻精药品受管制性和非法使用性的情况下,就可能构成走私毒品罪、非法持有毒品罪等罪名。

(二)特定职业人员毒品犯罪主观明知认定。在办理“骑手”“跑腿”等特定职业人员贩卖管制类精神药品案件时,可运用“受管制性+非法使用性”的主观明知认定规则,从四方面进行审查判断:一是违法认识可能性。目前阿普唑仑等精神药品无法通过正规网购平台购买,“骑手”“跑腿”开药时医生一般会告知相关药物系国家管制药品等,即行为人为开具相应麻精药品时有认识到药品有受管制性的可能。二是药物取得的虚假性。“骑手”“跑腿”帮他人开具、配送精神药品时,明知相关人员没有病历处方,仍帮助对方编造各种虚假病症以开具相关药物,能够感知到药物取得原因与实际情况明显不符。三是交易价格或获取报酬的异常性。四是行为的长期性。如长期、频繁为某一固定客户到医院开具配送麻精药品,所开药量显然超出特定时间内的正常服用量。具备以上“四性”者,可以认定其主观上能认识到涉案麻精药品为毒品。

(三)“自用”和“他用”的区别处理。近年来麻精药品类新型毒品犯罪数量大幅上升,部分案件查获药品数量不多,部分药品与海洛因的折算比例仅为1:0.001甚至1:0.0001,若不加以区分一律追究刑事责任,存在打击面过大的风险。有观点提出,应根据当前毒品犯罪新形势,准确把握宽严相济刑事政策,区分“自用”还是“他用”作差别化处理。正如检例第151号指导性案例指出,应综合评价新型毒品犯罪行为的危害性,确保罪责刑相适应。其一,对于走私或非法持有麻精药品,有证据证明行为人为自己服用,虽然犯罪动机并未改变其利用毒品属性的本质,根据“受管制性”和“非法使用性”的主观明知认定规则,应当认定构成毒品犯罪,但结合个案中涉案麻精药品数量少、折算比例和纯度低、主要用于自身或毒品未流入社会、社会危害性较小、认罪悔罪态度好等因素,可以依据刑法第37条、刑事诉讼法第177条第2款对其作不起诉处理。其二,对于有证据证明行为人为走私、贩卖麻精药品拟作“他用”,即意图用于他人身上以实施抢劫等其他犯罪的,即使折算成海洛因后数量不多,考虑其行为的危害性较大,应坚持从严打击,依法追究其刑事责任。其三,对于单纯非法持有麻精药品用于自身吸食,折算成海洛因后数量未达到非法持有毒品罪罪标准的,应根据刑法第13条但书规定,作出罪化处理。其四,立法上可参照醉驾与酒驾的区分标准,划定涉麻精药品轻微案件行政处罚的标准,考虑情节显著轻微的走私麻精药品行为,移交药监部门给予行政处罚,避免刑事打击扩大化。

以案论法

近年来,在交通事故案件办理中,对于交通事故逃逸情节的认定正在发生转变,这些转变会影响交通事故罪成立与否及交通事故后逃逸情节的认定。鉴于此,笔者建议对交通事故责任认定书中违章行为特别是逃逸行为进行刑法上的实质审查,注重区分事故发生时责任划分及事故发生后情节认定,以准确区分行政处罚与刑事追责的界限及交通事故后逃逸是否升格刑罚处罚。

交通事故责任是基层院办案中的常见罪名。近年来,在此类刑事案件办理中,对于交通事故逃逸情节的认定正在发生转变,如对于行为人在发生交通事故后离开现场是否属于逃逸,更加注重实质考察其违章行为是否是为了逃避法律追究而逃逸;在道路交通事故责任书认定行为人对逃逸负全责或主责情形下,更加注重实质考察其违章行为在事故中的作用以判定肇事者的责任划分等,这些转变会影响交通事故罪成立与否及交通事故后逃逸情节的认定。鉴于此,笔者建议对交通事故责任认定书(下称“事故认定书”)中违章行为特别是逃逸行为进行刑法上的实质审查,注重区分事故发生时责任划分及事故发生后情节认定,以准确区分行政处罚与刑事追责的界限及交通事故后逃逸是否升格刑罚处罚。

首先,应明确事故认定书中逃逸的认定不同于刑法意义上交通事故后逃逸的认定。事故认定书中的逃逸认定属于行政法意义上的逃逸认定,包括两种情形:一种是行为人为驾驶机动车发生交通事故后驶离现场,未履行道路交通安全法第70条规定的立即停车、保护现场、立即抢救受伤人员、迅速报警等法定义务;另一种是根据《道路交通安全法实施条例》第92条第1款规定,发生交通事故后当事人逃逸的,逃逸的当事人承担全部责任或者主要责任,这种责任在性质上属于一种行政推定责任,是因肇事当事人逃逸致使无法划分责任的情况下推定其负全责或主责,而将其作为认定肇事当事人的民事责任或者行政责任的依据,但不能直接以此追究刑事责任。刑法意义上的逃逸是在行为人构成交通事故罪的前提下,为逃避法律追究而逃跑的行为,不同于行政法意义的推定责任行为。

其次,实质判断逃逸情节之外其他违章行为在事故中的作用,正确划分肇事者的责任程度。公安交警部门在评定肇事当事人过错大小时主要依据其违章行为,这些行为既包括事故发生时的无证、酒驾、超速等行为,又包括事故发生后逃逸、破坏现场等行为,既包括对事故发生具有直接作用力的酒驾、超速、逆向行驶等行为,又包括对事故发生不具有作用力的逃逸、不系安全带等行为。故此,检察机关应对事故认定书中肇事当事人的违章行为进行实质审查,特别是具有逃逸情节的,应在排除逃逸情节外,根据查证的肇事当事人发生事故时的违章行为及对肇事后果具有因果关系的违章行为,依法评定其应负事故的责任程度,不能仅因肇事逃逸全责或者主责而以交通事故罪定罪。

再次,应明确逃逸的认定具有双重功能。一种是构成交通事故罪,又具有逃逸行为这一加重处罚情节,法定刑升格为三年以上七年以下有期徒刑;另一种是定罪情节,即根据《最高人民法院关于审理道路交通事故案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第2款第6项规定,行为人在交通事故致一人以上重伤,负事故全责或者主责情况下,在没有酒驾、毒驾、无证驾驶、驾驶严重超载等情形下,为逃避法律追究逃离现场作为定罪情节,此处的逃逸行为应评定为定罪情节而非加重处罚情节。另需注意,已作为定罪情节予以评价的则不可再作为加重处罚情节重复评价。如排除逃逸情节后,经实质审查认定行为人为依然负事故全部责任或者主要责任的,则不存在逃逸作为独立定罪情节的必要,此时,逃逸应作为加重处罚情节予以认定。

最后,应明确需综合判断认定交通事故后逃逸。认定交通事故后逃逸要求行为人的主观目的必须是为了逃避法律追究,认定的核心是行为人明知发生了交通事故仍逃离现场,此处的明知包括“知道”和“推定知道”,不能仅以行为人辩解不知道而简单认定,应坚持主客观相一致原则,结合肇事的时间、地点、环境、行为人的认知水平、驾驶经验、所驾车辆,特别是车辆损毁位置和程度、行驶中异常表现及事故后的行为、被查获时间与案发时间间隔、期间轨迹等综合审查行为人的辩解是否成立,对于事故后故意破坏、伪造现场、毁灭证据、有证据证实发现伤者、以虚假信息报警、将伤者送医后报告虚假信息后逃离、找人“顶包”的,应认定为交通事故后逃逸。对于害怕被打报警后在现场周围等候、真实报警后因事赶到医院治疗或者送伤者到院治疗积极配合等,不应认定为交通事故后逃逸。如无法排除逃逸者离开现场并非为了逃避法律追究,本着存疑有利被告人原则,不宜认定为肇事逃逸。

(作者为河南省襄城县人民检察院副检察长)

在办理交通事故肇事犯罪案件中——应对交通事故肇事逃逸情节进行实质审查

主观明知的认定问题历来是毒品犯罪案件的一大证明难题。尤其近年来,传统毒品犯罪率下降,麻醉药品、精神药品(下称“麻精药品”)等成瘾性物质逐渐被不法分子作为传统毒品的替代品,新型毒品犯罪上升趋势明显。同时,由于麻精药品兼具药品与毒品的双重属性,涉麻精药品的犯罪案件隐蔽性增强,证据审查认定难度日益增大,导致实践中难以界分涉案人员的主观目的和行为危害,不易把握打击犯罪与保障合法用药之间的平衡。为有效打击这类新型毒品犯罪,检察机关应充分发挥检察职能,依法严厉惩治涉麻精药品等成瘾性物质滥用犯罪,高效办理每一起涉毒案件。为此,笔者结合最高检发布的第三十七批指导性案例中马某某走私、贩卖毒品案(检例第151号),从新型毒品犯罪主观明知的证明标准、审查和证明路径以及规则的运用等方面提出管窥之见。

检例第151号指导性案例确立的新型毒品犯罪主观明知证明标准

(一)毒品的本质属性和法律属性。解决实践中关于毒品犯罪主观明知认定问题的争议,首先需要明确毒品的本质属性和法律属性进行准确界定。

1. 毒品的本质属性。根据禁药法第2条规定,毒品最核心的本质属性是具有致瘾癖性和毒性,这是毒品在药理学和神经生物学层面的固有特性。包含麻精药品在内的毒品所具有的活性成分,能强烈影响大脑的自然奖赏系统和神经递质,导致使用者产生强烈的生理依赖和心理依赖,进而使得使用者失去对药物的控制能力,对个人身心健康、家庭和社会造成严重危害后果。

2. 毒品的法律属性。鉴于麻精药品致瘾癖性和毒性的本质属性,国家对麻精药品实行严格管控和“用途决定性质”的管理制度。《麻醉药品和精神药品管理条例》对麻精药品从原植物种植到生产、经营、使用、储存、运输全流程作出严格规定,如麻精药品和一类精神药品不得零售,二类精神药品零售企业应凭执业医师出具的处方,按规定剂量销售,并将处方保存2年备查,禁止超剂量或无处方销售和向未成年人销售。当其处于合法医疗等流程中时具有药品属性,一旦脱离合法用途,如被非法贩卖、用作犯罪工具时,可自动转化为法律意义上的毒品。由于其双重属性之间存在转化可能,只有在被非法滥用时才被认定为毒品,因此,毒品的法律属性应界定为非法使用的受管制品,其认定必须满足“受管制性+非法使用性”双重要件。

(二)中间层次证明标准的合理性和合法性。当前,关于毒品犯罪主观明知的证明标准有三个层次的不同观点,即最高层次、最低层次和中间层次。检例第151号马某某走私、贩卖毒品案的要旨指出:“行为

在部分特定案件中,因盗窃物品灭失且无同款被窃物品可参照导致无法估价,在此基础上赃物销售价格能否计入整体盗窃数额则成为定罪关键——

销赃数额也可作为盗窃数额

人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》(下称《盗窃案件解释》)第4条第1款第(一)项规定,对于盗窃数额的认定,被窃财物有有效价格证明的,根据有效价格证明认定,无有效价格证明,或者根据价格证明认定盗窃数额明显不合理的,应当按照有关规定委托估价机构估价。同时,《盗窃案件解释》第4条第1款第(五)项规定“盗接他人通信线路、复制他人电信号码出售的,按照销赃数额认定盗窃数额”。此外,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害文物管理等刑事案件适用法律若干问题的解释》第14条明确规定,“依照文物价值定罪量刑的……无有效价格证明,或者根据价格证明认定明显不合理的,根据销赃数额认定”。由此可知,将销赃数额作为盗窃数额具有司法解释依据。

将销赃数额作为盗窃数额具有现实合理性。一方面,由于盗窃犯罪行为的复杂性与财产权益载体的多元化,导致司法实践无法就盗窃数额的认定给出统一方案,

如《盗窃案件解释》认定盗窃数额的方法包括有效价格证明法、价格评估法、结合以往综合推算法、综合票面价格计价法、实际损失计算法、按销赃数额认定法、根据文物级别推定法等,以便根据盗窃对象的差异在分类处理中兼顾一般与例外。因此,并不是无价格认定结论就不能认定盗窃数额。另一方面,在盗窃案件中,不能一概将销赃数额认定为盗窃数额,否则可能会导致办案人员急于提出鉴定,故仅能在满足特定条件的情况下将销赃数额作为盗窃数额。办案实践中,盗窃最为常见的类型为对普通财物的盗窃,根据相关司法解释规定,应当先采用有效价格证明法,然后再采用价格评估法,而不能直接将销赃数额认定为盗窃数额。只有在部分盗窃案件中,在没有价格标签等直接证据且无法鉴定其价格时,由于销赃数额既是多数盗窃案件中比较明确和容易查证的数额参照标准,也是行为人为犯罪所得的直接体现,故以此作为参照标准,处理数额不明的盗窃案件,既简便易行,又符合司法实

践的内在要求。当然,此时的销赃数额必须有相关客观证据印证属实,方可采纳。

将销赃数额作为盗窃数额符合公平公正原则。首先,销赃数额是市场经济交易之客观体现。销赃数额并非与涉案事实无关,而是被盗物品的交易价格体现。从社会常情常理可知,销赃人员基本上采用低价快速销赃方式,销赃价格往往低于正常的市场价格,即低于按照正常市场价格评估方法计算出来的物品价格。其次,认定盗窃数额的目的是惩罚罪犯与救济被害人损失,从功能性解释可知,应按照被害人实际损失和行为人犯罪所得进行双向考量,以作出实际损失的判断和认定。从盗窃案件的实际情况来看,行为人为实际获利与被害人受有损失存在因果关系,在依据其他标准无法计算盗窃数额的情况下,销赃数额成为唯一衡量行为人为及被害人损失的重要参考标准,故而,将销赃数额视为盗窃数额符合公平公正原则。

(作者单位:浙江省绍兴市越城区人民检察院)



□沈婷

盗窃数额是认定盗窃行为是否构成盗窃罪的标准之一。在部分特定案件中,因盗窃物品灭失且无同款被窃物品可参照导致无法估价,在此基础上销赃数额能否纳入整体盗窃数额计算则成为定罪关键。笔者认为,在盗窃物品灭失的特定情况下,销赃数额可以作为盗窃数额认定。如在某一盗窃电缆线案件中,因被盗电缆线销售后灭失,且被害人也无法提供同种电缆线,导致无法鉴定被盗电缆线的价值,但三名同案犯均明确供述了所盗窃电缆线的销赃数额。在此类情况下,可将销赃数额视为盗窃数额。

现有司法解释明确规定在一定条件下可将销赃数额认定为盗窃数额。2013年《最高