

新型毒品犯罪推定明知适用规范的厘清

王艺颖

华东政法大学, 刑事法学院, 上海

收稿日期: 2022年6月8日; 录用日期: 2022年8月3日; 发布日期: 2022年8月10日

摘要

新型毒品花样不断翻新导致误带、骗带案件持续增多, 主观明知作为毒品犯罪定罪量刑重要因素认定愈发困难。尽管经过了14份办案规范的规定, 我国毒品明知的推定规范仍存在客观归罪、与刑法基本原则相违背、自身或然性导致错案裁判等风险。因此, 毒品犯罪中对于主观明知的判断应当谨慎适用推定规范、以客观事实为基础使主观达到概括性明知, 同时在刑法上限制适用死刑, 才能实现毒品犯罪主观明知推定中打击犯罪和保障人权的平衡。

关键词

新型毒品, 主观明知, 推定

New Drug Crime Premises to Understand the Application of Specifications

Yiying Wang

Criminal Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jun. 8th, 2022; accepted: Aug. 3rd, 2022; published: Aug. 10th, 2022

Abstract

New drug tricks continue to refurbishment which leads to incident, and the liary cases have continued to increase, and subjective understanding is difficult to determine the important factors of drug crime. Despite the provisions of 14 cases of cases, my country's drug known specification still has an objective and guilty, and is contrary to the basic principles of criminal law. Therefore, in the crime of drug crimes, the judgment should be carefully applied to the estimated specification. Based on objective facts, the subjective facts have reached a general understanding, and at the same time it limits the death penalty in criminal law, which can realize the subject of drug crime to hit crime and guarantee human rights balance.

Keywords

New Drug, Subjective Understanding, Estimation

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

我国刑法规定毒品犯罪都是故意犯罪，过失犯罪被排除在毒品犯罪的规制范围之外，因此，准确认定行为人的主观明知是判断行为性质的基础和前提。然而，新型毒品的形态不断变化、花样不断翻新，使得毒品犯罪具有更强的隐蔽性和社会危害性，也使得普通民众受蒙骗而骗带、误带毒品的可能性显著升高；同时，面对毒品犯罪的严刑峻罚，犯罪嫌疑人对于司法机关主观明知的指控通常会否认或者在侦查阶段对明知进行如实供述但是审查起诉或审判阶段又推翻供述，这给司法机关认定犯罪嫌疑人主观明知带来了极大的困难和障碍。尽管 14 份办案规范已经规定了毒品明知推定的基本规则，但是新型毒品犯罪司法实践中利用推定方式认定行为人主观明知过程中出现错案的风险也在不断增高。同时，由于推定过于依赖基础事实，认定过程中也极易产生客观归罪的风险。因此，如何解决推定带来的实践中的风险，厘清毒品犯罪中适用的规则，是判断行为人主观明知和行为性质的基础和前提。

2. 新型毒品犯罪推定明知的规定现状

我国《刑法》和《刑事诉讼法》都没有对主观明知进行明确规定，但是随着刑法理论研究的深入和新型毒品犯罪手法不断变化、花样不断翻新导致司法实践中主观明知推定的需要不断加大，2000 年至 2015 年，从中央相关部门到地方共出台了 14 份司法解释和地方性规范。这些文件的制定主体从级别上来说包括中央到地方，从地域分析跨越西南边境云南到东部沿海省份浙江上海；从使用罪名来看包括了毒品犯罪的各个罪名。总之，我国已经形成了规制毒品犯罪主观明知推定方法运用的规范体系^[1]。虽然 14 份文件发布主体和制定内容不尽相同，但是我们能够归纳出他们的共性，从而认识毒品犯罪主观明知推定的规则。

1) 通过条款列举基础事实。基础事实列举条款的适用是刑事证明活动中法定证明在毒品犯罪主观明知推定规则的表现。控诉方举证证明办案规范条款所列举的基础事实，司法机关就可以根据控诉方已经证明的基础事实便捷地推定出被告人是否具有主观明知这一待证事实。从当下 14 份办案规范来看，基础事实列举条款处于不断丰富趋势，其中列举较多的例如行为人抗拒、规避检查的基础事实表明司法人员已经广泛认同通过该基础事实推定主观明知的认定方法。但是笔者认为尽管通过这一基础事实就可以在法律上推定行为人的主观状态，也并非代表着这一基础事实的出现在客观自然事实上就能够推导出行为人具有明知。同时，一些只有地方性规范提出的出现频率较少基础事实，例如《浙江工作指引》中列举的“专程驾车前往毒品源头地区，返程时在车上查获毒品的”的情形是否属于规范的范畴以及是否能够在全国范围内广泛适用显然并无规范统一规定。

2) 设置兜底条款。14 份办案规范中有 9 份在列举的基础事实之后设置了兜底条款，与列举条款详细载明的基础事实不同，兜底条款的证明模式属于自由心证，司法人员可以根据其他列举条款载明的基础事实之外的事实认定行为人的主观明知。关于兜底条款应当包含的范围，有些学者认为，兜底条款应当

采用同类解释，兜底条款所包含的情况应当与先前所具体载明的列举事项属于同一类，证明程度与先前列举条款一致即可。但是笔者认为，办案规范中对于兜底条款的表述大多数都是“足以证明行为人应当知道的”，前述详细列举的基础事实只要被证明存在就可以推定行为人的主观明知，兜底条款的适用需要举证事实达到“足以证明”的程度才能符合推定的要求，可以看出，毒品犯罪主观明知推定兜底条款的适用要比其他具体载明的基础事实要更为严格、证明程度更严密，这样才能在一定程度上避免司法工作人员自由裁量权的滥用以及贯彻罪刑法定原则的要求。

3) 推定可反驳。正如上述分析，常态联系并不完全属于必然联系，并不排斥个别情况下没有联系，这种常态联系反映了推定的或然性和假定性，也决定了推定所得出的结论必然是一种可以辩驳的结论，在推定过程中我们必然要给予行为人反驳的权利。于是，14份办案规范也都设置了可以反驳的规定。反驳的对象不仅仅限于推定结论，犯罪嫌疑人也可对基础事实、常态联系进行反驳，只要是能够使司法人员对推定结论的基础事实、常态联系、推定结论的客观性、合理性产生怀疑，就应当做出对嫌疑人、被告人有利的判断结果。虽然推定规则中反驳的设置都是为了最大限度的保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，以免推定规则的滥用，但是反驳条款常常被学者诟病。一些学者认为即使有反驳条款的存在，刑事推定允许当事人对推定结果进行反驳，仍无法避免推定规则与无罪推定原则相冲突^[2]。

3. 新型毒品犯罪推定明知规则的运用风险

(一) 推定明知运用风险的类型

1) 明知推定有客观归罪的风险

罪责自负原则和主客观相一致原则是我国刑法长期贯彻的基本原则，根据两项原则的要求，毒品犯罪主观明知的认定必须根据行为人自身的认识，构成犯罪所要求的明知必须是行为人自己对于犯罪构成的明知，如果采取的是行为人以外其他人的主观认识，实际上就是只注重行为和危害后果而忽视行为时主观状态的客观归罪。但是正如上述14份办案规范中规定的那样，毒品犯罪中对于主观明知的推定的结果并不是行为人自己主观的认识状态，而是行为人之外的人证明了某些客观事实的存在，而后根据常态联系对行为人主观状态的判断，显然，这违反罪责自负和主客观相一致原则的要求，具有客观归罪的风险。明知应当是行为人自己对犯罪构成事实的认识状态，而不是行为人以外的他人对行为人认识状态的判断^[3]，毒品犯罪主观明知的推定就是将第三人对行为人明知状况的认定与行为人自己的明知相混淆了。例如莫卫奇就是典型案例¹，莫卫奇先后两次帮熊正江到云南运送玉石共获利2000元，而后熊正江又让莫卫奇帮忙运送玉石。上家安排莫卫奇包车到芒市后再飞回昆明，莫卫奇在芒市机场安检时其托运行李包夹层内被查获海洛因1027克。一审法院以运输毒品罪判处其死刑。莫卫奇提出上诉后二审法院重新确认莫卫奇的反驳后改判其无罪。一审法院的裁判思路是莫卫奇的种种行为是违反一般公众的行动轨迹，并且其不能做出合理解释，其次根据法律规定，作为有完全行为能力的正常人，推定莫卫奇“应当知道”所运输的是毒品，最终判决其构成运输毒品罪。该法官就是将基于证据之外的其他客观事实对行为人主观状态的判断以证明行为人自己主观认识，仅凭客观行为归罪忽视了行为人自身的辩解和反驳，最终导致了错案发生。

2) 明知推定的或然性有错误裁判风险

正如前述对推定规则的分析，推定是通过证明基础事实而后根据常态联系认定待证事实的，其中从基础事实到常态联系的推理环节被省略。可见，毒品犯罪主观明知的推定依赖于常态联系，可是虽然常态联系是常见状态，也无法避免出现例外联系，同时，如果推定赖以运行的常态联系都具有或然性，那么推定结果将不可避免地具有或然性最终导致冤假错案。例如，只要行为人被证明曾经因为走私毒品被

¹ 参见：云南省德宏自治州中级人民法院(2008)德中刑法395号刑事判决书。

判处刑事或行政处罚,那么就可以推定行为人在当前案件中具有主观明知。先前类似行为的证据在刑事诉讼法中由于和当前案件无关同时带有明显的偏见性,本属于应当排除的证据类型,但是在毒品犯罪主观明知的认定中却被当作基础事实,通过此种事实进行推定必定会导致推定结果有错误的可能。再如多个办案规范提到的,如果行为人以蒙蔽手段逃避海关检查,则应当推定行为人对涉案毒品具有明知。诚然,行为人对所涉物品进行藏匿明显是意图逃避海关检查,但是行为人以蒙蔽手段逃避海关检查不必然是明知自己所携带的物品是毒品意图逃避海关检查,也可能是以为自己所携带的物品是除了毒品以外的其他违禁物品而逃避海关检查或者只是为了逃避缴纳税款。由此可见,尽管毒品犯罪主观明知推定由不同部门多次规定和修改,作为推定基础的常态联系仍带有极强的主观性,推定定罪的案件也具有较高的错案风险。

3) 推定明知与刑法基本原则要求相冲突

无罪推定原则是刑事诉讼法中被奉为被告人的“宪法性权利”。正如前述分析,毒品犯罪主观明知推定至少在推定降低证明要求、转移证明责任、改变证明对象,三个方面与无罪推定的核心内容相违背。无罪推定的要求是如果控方没有确实充分的证据证明被告人有罪,那么被告人在法律上处于无罪的状态。在毒品犯罪主观明知的推定中,只要证明基础事实的证据达到了确实、充分的程度,并没有确实充分的证据证明待证事实本身,只是因为行为人未能够提供充分证据推翻待证事实就被认定有罪,这明显是对无罪推定原则的违反。其次,由于刑事推定涉及诉讼利益和风险的规则性分配,因此属于立法事项,司法解释原则上不应当设立刑事推定^[4]。在当前法律没有规定对毒品犯罪主观要件可以推定的情况下,如果在诉讼中转移证明责任对待证事实进行推定,就与无罪推定以及控方承担证明责任的刑事诉讼基本原则和法理要求相冲突,违背了案件事实清楚、证据确实充分的证明要求,也会对司法实践中的定罪量刑造成危害^[5]。

(二) 推定明知风险的实践表现

1) 邮寄渠道型

随着快递市场的发展,邮寄方式也成为犯罪分子进行毒品犯罪的新型选择。毒品犯罪分子在走私、贩卖、运输毒品过程中利用不知情的快递物流公司采取“人货分离”的方式实施毒品犯罪将毒品寄递到目的地,但是在寄递的过程中不会填写真实的身份信息。利用这种方式,即使快件被查获时也只能抓捕被利用的收件人,对于发件人司法机关通常难以找到他的身份和线索。被利用的收件人不知其所签收的是毒品的情况屡见不鲜,也难以提供自己却不知是毒品的反驳证据,其辩解可能仅限于不知道快递中夹藏毒品或者在收到毒品前不知道为什么收到高额报酬。这些看似空洞无力的反驳难以提供证据进行证明,但是在现实生活中确实存在大量的可能发生的情形,如果仅凭办案规范列举的基础事实进行推定极易造成错误判断。例如方钢非法持有毒品一案²中,方钢受周群委托代取快递送至其出租屋内后返现包裹内包含毒品,遂用黑色胶带将该锡纸包裹予以固定并藏匿于租住房内的一台空调机的机盒里,检察机关以非法持有毒品罪对方钢提起公诉。本案中,方钢受周群委托代其收取快递,在案证据不能证实被告人方钢在代取快递时已明知快递里面夹带有毒品,亦不能证实被告人方钢与周群有实施贩卖、运输毒品等犯罪的共同故意,且不能排除案涉 15.58 克冰毒系公安机关为了破获毒品犯罪案件而安排被告人周群所为的合理怀疑,因此不符合司法解释中“主观明知”推定适用的条款,不能认定方钢构成非法持有毒品罪。

2) 蒙骗陷害型

蒙骗陷害型毒品犯罪涉及两种被他人蒙骗涉毒情形。一种是毒贩使用蒙骗手法利用不知情的他人进行毒品犯罪;另一种是司法工作人员为了增加破案、结案的业绩陷害他人涉嫌毒品犯罪。第一种情形下,

² 参见:安徽省宁国市人民法院(2016)皖 1881 刑初 410 号刑事判决书。

可能是亲朋好友或者工作上上级领导利用行为人携带或者贩卖毒品。此时，蒙骗人不告诉行为人毒品可以使被蒙骗人行为更加自然从而提高行动的成功率，同时也能够避免被蒙骗人索要高额报酬。因此如果在被亲属或者上级蒙骗的状态下涉毒，司法人员根据基础事实推定其有罪，会造成极大的错案风险。例如陈泽雄走私、运输、制造毒品案³，2013年12月26日，陈泽雄受同案人庄某某的雇请驾驶汽车搭载庄某某的朋友接收到一名男子携带一个纸箱和一个布袋。随后，陈泽雄被公安机关设卡拦停，庄成发庄某某开枪击伤民警后逃离现场。民警在陈泽雄驾驶小汽车的后排座位查获毒品甲基苯丙胺。一审以陈泽雄未驾驶自己车辆、和庄某某通话频繁等异常行为推定陈泽雄明知毒品参与运输贩卖，判决其构成运输毒品罪。陈泽雄提出上诉，二审法院最终改判陈泽雄无罪。本案争议的焦点在于陈泽雄是否明知毒品而仍帮助他人运输毒品。认定行为人构成犯罪应当从客观的行为去分析主观上的认知，坚持主客观相一致原则，报酬是否反常是推定行为人主观是否有犯罪意识的一个重要方面，但是本案中陈泽雄并无因客观上帮助了运输毒品而获得巨额的报酬，由此难以报酬多少为切入点去推断主观认知，故在案证据无法排除被追诉人陈泽雄是因被人蒙骗而客观上帮他人运输了毒品的合理怀疑。因此，现有证据不足以证明陈泽雄明知是毒品仍协助他人运输。

4. 新型毒品犯罪推定“明知”的适用路径

(一) 谨慎适用明知推定

毒品犯罪认定主观明知采取推定时必要的，从毒品犯罪14份办案规范来看，认定主观明知的基础事实越来越多，这一方面有利于提高司法机关效率，但另一方面，根据前文分析，运用推定方式认定被告人主观明知的过程减轻了控方的举证责任，如果不加区分地频繁使用，将会增加错误认定的概率。为了尽可能保障被告人的合法利益，贯彻主客观相统一原则，应当限缩推定的适用。其次，尽管办案规范都规定了被告人反驳的权利，但是，这一规定在司法实践中并没有发挥应有的作用，大多情况下，司法机关为了证明行为人的主观明知往往会忽视案件事实，仅依据部分事实就认定行为人具有主观明知，对于被告人提出的反驳置之不理。因此，毒品犯罪认定主观明知时应当谨慎适用推定的方式，只有在对案件事实有较大争议或者通过直接证明难度较大导致严重放纵犯罪的情况下，才能以客观事实为基础、依据科学合理的推定方法、同时结合经验法则，通过适用推定解决案件争议。此时，刑事推定的价值更多的是体现在效率上。综上，尽管推定在打击犯罪维护社会秩序层面看推定是符合情理的，但是推定本身就不能绝对地贯彻疑罪从无的要求，因此推定只能够在证据无法直接证明行为人主观明知的情形下谨慎适用。

(二) 坚持从客观事实出发

收集案件基础事实要充分、确实、客观，在此基础上认定行为人的主观方面，从客观到主观认定犯罪事实的过程，不仅避免了主观入罪，而且得出的推定结论更易于被社会公众认可^[6]。首先，要保证证据的真实性，基础事实的取得必须符合法定条件，这就要求基础事实必须经过法定程序的严格质证。而且由于双重推定会严重影响推定结论的可靠度，所以基础事实不能是通过推定的方式获得的。其次，司法实践中毒品犯罪诸如毒品、用于毒品犯罪的工具之类能作为推定行为人主观明知的客观证据数量很少，但是比如犯罪嫌疑人被告人供述、证人证言等其他言词证据又更难以收集，因此，充分保证仅有的少数证据的客观性就成为判断的重要基础^[7]。再次，基础事实必须全面，要保证有充分的基础材料，也就是说，必须全面收集行为人毒品犯罪客观方面的证据。毒品犯罪主观明知的推定只是经验法则的总结，推定的结论仅仅是可能发生的事；同时，由于毒品犯罪往往只能收集到间接证据，只有收集充分、足够的间接证据，才能保证推定结论的客观性、真实性。例如，余辉、何雄飞走私、贩卖、运输、制造毒品罪

³ 参见：广东省高级人民法院(2016)粤刑终321号刑事判决书。

一案中⁴，被告人余辉、何雄飞携带藏有毒品的五个标有“冬虫夏草”字样的紫红色盒子共同前往沧源佤族自治县城投寄毒品，后被公安机关查获，以走私、贩卖、运输毒品罪判处无期徒刑。何雄飞一审后上诉称所提其被骗参与本案，其不明知邮寄的“冬虫夏草”盒子里面有毒品的上诉理由，二审法院进一步查证，其系吸毒人员，结合其在公安机关的有罪供述，足以认定其主观明知是毒品，故其被骗参与本案、不明知是毒品的上诉理由与在卷证据相悖，不能成立。可以看出，本案中法院并非执着地依靠单一的基础事实，而是充分收集证据，综合得出真实、客观的结论。例如在某案件中，甲男乙女是男女朋友关系⁵。办案机关对乙女进行了有罪推定，认定乙女明知其男友贩卖毒品，仍为其转账结算，或提供资金，并电话通知其男友销毁涉案的物证，但乙女是否知悉其男友贩卖毒品存疑。本案中，乙女为其转账结算，不能推定乙女必然知悉其男友涉嫌贩卖毒品；提供资金，也不能据此推定乙女主观是明知；至于电话通知其男友销毁涉案毒品，因缺乏相应的通话录音，本案无法推定被追诉人主观是明知其男朋友贩卖仍蓄意提供协助的结论。最后，检察机关对乙女做出不起诉的决定。

(三) 主观需达到概括性认识

概括性认识是行为人对具体涉案物品属性的“不确定”认识，而“明知”是行为人对于犯罪结果的具体预见，不能因为行为人对毒品的具体种类认识处于不确定状态，就否认行为人对危害结果的明知。正如于志刚所说，“行为人对毒品等犯罪对象的法律性质有着盖然性认识，在主观上对于犯罪对象及其法律性质是一种既不确定又不排除的认识状态。基于此种心理态度而实施的运输毒品等犯罪，主观上属于间接故意。”^[8]但是对于毒品犯罪概括性认识的对象仍有不同观点。学界通说观点认为，只要是认识到所涉物品可能是毒品即可，不要求明确认识到具体毒品种类^[9]。但笔者认为，毒品的概括性明知对象应当是具体的毒品类型。毒品种类的认识与毒品犯罪定罪量刑密切相关，同时，毒品的种类反映行为人的主观恶性，毒品种类不同，法益侵害性也不同，裁判时法定刑的配置也不同，法益侵害性应当与主观恶性相统一，罪责刑应当达成统一，因此毒品类型应当是故意的明知内容。综上，毒品犯罪中主观明知只要能够证明行为人对其所涉物品概括的认识是到是某一类毒品即可，只要认识到其行为可能的法律所禁止的行为，行为人就具备了不法意识。

(四) 在推定明知的认定方式下谨慎适用死刑

对刑事推定的适用规制，本质上属于对刑罚权的限制^[10]。首先，正如前述分析，推定是一个始终存在风险的证明方式，根据基础事实的认定始终存在错误入罪的可能性，因此，为了给生命留有纠正的余地，适用推定明知的认定方式时应当谨慎适用死刑。其次，死刑适用的前提必须是证据充分且确凿，属罪大恶极，罪行存在疑问或者不能形成完整证据体系的坚决不能适用死刑。2010年2月8日最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第29条指出，拟判处死刑的具体案件定罪或者量刑的证据必须确实、充分，得出唯一结论，所以推定的明知不能满足死刑适用的要求。再次，根据国外刑事立法和刑事司法经验看，对推定的故意犯罪往往予以从轻处罚或者严格限制其适用范围。例如英国海关法规定，如果通过推定行为人具有毒品犯罪的故意，其受到的刑罚应当小于直接证明得到的故意。但是司法实践中仍然存在推定行为人主观明知且未达到排除合理怀疑的情况下就判处行为人死刑。例如，前述莫卫奇一案中，一审法院的两次判决中对莫卫奇“明知”的认定，均采用了推定的方法，但是在推定的运用中又存在明显问题，首先，法院采用与推定无关的以证据证明的方式认定案件事实认为“熊正江的供述证实二人应该知道是带毒品”。以证据证明方式认定案件事实，证明标准必须达到“排除合理怀疑”，否则便不能认定。而本案熊正江的口供时有反复、前后不一，并不足以证明莫卫奇确系“明知”。其次，法院据以认定明知的一项基础事实即“行程路线故意绕开检查站点”，由于莫卫奇已对“行程路线”问

⁴ 参见：云南省高级人民法院(2021)云刑终417号刑事裁定书。

⁵ 参见：福建省石狮市人民检察院狮检公刑不诉(2017)24号不起诉决定书。

题做出了“合理解释”，该基础事实本身的真实性、可靠性已被动摇，亦足以阻却推定适用。

5. 小结

推定是严厉打击新型毒品犯罪政策的需要，减轻了司法实践中主观明知认定的困难。但是，作为一把双刃剑，对推定的法律设定和司法适用不当会造成侵犯被告人合法权益、产生冤假错案的情况。因此，毒品犯罪中主观明知的推定一定要谨慎适用，做到从基础事实出发，同时关注行为人自身认识能力等个人因素，证明其对毒品种类的达到概括性明知即可，最后，从审慎的角度出发，以推定方式认定的主观明知谨慎适用死刑。以此才能最大发挥推定应有的价值，防止冤假错案的产生。

参考文献

- [1] 梁坤. 毒品犯罪主观明知推定规则之实证检讨——以2000~2015年间的14份办案规范为考察对象[J]. 证据科学, 2018, 26(5): 533-546.
- [2] 张汝铮. 毒品犯罪推定明知及适用标准[J]. 中国刑警学院学报, 2021(1): 82-89.
- [3] 于志刚. 犯罪故意中的认识理论新探[J]. 法学研究, 2008, 30(4): 96-109.
- [4] 周光权. 明知与刑事推定[J]. 现代法学, 2009, 31(2): 109-118.
- [5] 龙宗智. 推定的界限及适用[J]. 法学研究, 2008(1): 106-125.
- [6] 司冰岩. 毒品犯罪主观明知之辨析[J]. 中共郑州市委党校学报, 2016(1): 82-85.
- [7] 张洪成. 毒品犯罪争议问题研究[D]: [博士学位论文]. 武汉: 武汉大学, 2010.
- [8] 于志刚. “应当知道”与“可能知道”的差异与并存[J]. 人民检察, 2007(21): 34-35.
- [9] 张明楷. 刑法学(下) [M]. 北京: 法律出版社, 2021.
- [10] 劳东燕. 认真对待刑事推定[J]. 法学研究, 2007, 29(2): 21-37.