

# 新精神活性物质数量计算的困境、症结与完善

梅传强, 盛浩

(西南政法大学, 重庆 401120)

**【摘要】** 毒品数量计算是一个包括了毒品数量运算以及毒品数量与法定刑对应的量刑过程。毒品数量的准确计算是毒品犯罪案件准确定罪量刑的基础。通过梳理规范可知,我国目前新精神活性物质数量计算处于“直算、估算、折算并存,折算为主”的现实状态。在新精神活性物质日益泛滥的背景下,对新精神活性物质进行科学、合理的数量计算,是相关案件处理中必不可少的一项重要工作,但从司法实践来看,对其数量计算的方法存在直算法标准滞后、估算法标准模糊、折算法标准繁杂等单一困境和协调困境。究其原因,症结在于新精神活性物质更新速率和法律规制速率之间的时差矛盾,列管模式缺陷所造成的后遗症,数量计算实质依据不统一以及相关数量计算规范混乱无序。对此,其完善进路应当坚持以法益侵害为实质依据,以远近兼顾为践行考量的基本立场。具体而言,当务之急是完善以折算法为主的计算方法,长远打算是构建毒品犯罪分级处罚制度。

**【关键词】** 新精神活性物质; 毒品犯罪; 毒品数量; 毒品列管; 分级处罚制度

**【中图分类号】** D917.7

**【文献标志码】** A

**【文章编号】** 2096-3165 (2020) 02-0009-12

虽然数量并非毒品犯罪<sup>①</sup>量刑时的全部情节,而只是重要情节之一,但从可操作性的角度来看,其无疑仍是直观判定危害程度、准确把握量刑尺度的最优标准<sup>[1]</sup>。2019年10月在北京召开的“第七次全国刑事审判工作会议”明确要求,毒品案件审判应当实现精准打击与从严惩处并重,以贴合刑事政策,突出打击重点。那么,在此“又准又狠”的政策要求下,作为“最优操作标准”的

毒品数量在计算方法上如何实现惩罚犯罪和保障人权的有机统一?这一难题的回应在新精神活性物质<sup>②</sup>犯罪的语境下——由于变种翻新速度快,法律规制滞后等原因<sup>[2]</sup>——会变得更加棘手,进而导致“精准打击”与“从严惩处”目的取向的二元悖离。由此可见,该问题是一个亟待解决的真问题。

**【基金项目】** 西南政法大学校级重点项目“第三代毒品的法律监管与治理对策研究”(2019XZZD-01);西南政法大学国家毒品问题治理研究中心2019年度项目“第三代毒品数量认定问题研究”(DR(2019)Y014)。

**【作者简介】** 梅传强(1965—),男,西南政法大学法学院教授,博士研究生导师;盛浩(1995—),男,西南政法大学国家毒品问题治理研究中心研究人员。

① 在无特别说明的情况下,此处和下文的毒品犯罪特指《刑法》第347条规定的走私、贩卖、运输、制造毒品罪。

② 需要说明的是,新精神活性物质能否等同于法律意义上的毒品存在一定争议,有观点认为新精神活性物质与毒品是并列关系,新精神活性物质不是法律意义上的毒品;也有观点认为新精神活性物质和毒品是交叉关系,被列入管制的新精神活性物质就是毒品。具体参见游彦、邓毅、赵敏:《实验室毒品——新精神活性物质(NPS)发展趋势评估、管制瓶颈与应对策略》[J].《四川警察学院学报》2017(1):97;王锐园:《探析新精神活性物质管控模式》[N].《民主与法制时报》2018-09-13(6)。本文赞同第二种观点,但为了论述的严密、便利,本文所说的“新精神活性物质”特指纳入法律评价体系之中,能被评价为法律意义上的“毒品”的相关物质。

## 一、新精神活性物质数量计算的现实图景

首先需要明确的是,这里所说的毒品数量计算并不是将毒品数量予以加、减、乘、除的简单运算过程,而是一个包括了毒品数量运算以及涉案毒品数量与法定刑相对应的量刑动态过程。最终结果不但求某涉案毒品数量多少,也求根据该毒品数量对应出的法定刑为何。在此过程中,不但可能要实现由此“数”到彼“数”的“量”的改变,更要实现由“数”到“刑”的“质”的转型。按照一个毒品犯罪行为所涉及毒品种类情况,可以对毒品犯罪行为作出以下区分:一是犯罪行为只涉及一种毒品;二是犯罪行为涉及两种以上毒品,每种毒品都有刑法、司法解释等规定的量刑数量标准;三是犯罪行为涉及两种以上毒品,但是至少一种毒品没有刑法、司法解释等规定的量刑数量标准或者只有相关文件规定的折算标准。而后两种情况多发生在新精神活性物质当中。基于毒品问题复杂性的考虑,目前,我国毒品数量的计算方法处于“直算法”“估算法”“折算法”三种方法并存的状态,并且,对于新精神活性物质而言,折算法又是主要的数量计算方法。

### (一) 直算法

直算法的运行逻辑是通过刑事法规范明文规定的数量标准,实现毒品数量与法定刑幅度的直接对应,而不用介入其他换算方式进行毒品数量计算。例如,现行《刑法》第347条第2款第(一)项规定,走私、贩卖、运输、制造海洛因50克以上即可被视为“毒品数量大”,进而对应“十五年有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处没收财产”的法定刑幅度。除此之外,为扩大直算法的包摄半径,司法解释也对海洛因、甲基苯丙胺、鸦片之外的四十多种物质明确了“量—刑”对应关系。例如,最高人民法院2016年公布的《最高人民法院关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《毒品犯罪解释》)就对部分新精神活性物质“数量较大”和“数量大”具体标准做出了明确规定,这为司法审判实践提供了明确的标准,只是无法包含所有新精神活性物质,在总体上还欠缺完整性。

### (二) 估算法

估算法的原理是事先给定裁量标准,再将涉案毒品数量与之相印合,最后在综合考虑的基础上来选择法定刑。其运行是一个由精确到模糊,再由模糊到精确的转化过程,即以精确的数量去贴合模糊的标准,再选择相对精确的法定刑。例如,根据最高人民法院2008年发布的《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《大连会议纪要》)关于毒品数量计算问题的规定,对于国家管制的精神药品和麻醉药品,如果《刑法》、司法解释等没有明确规定量刑数量标准,也没有规定折算标准的,“应由有关专业部门确定涉案毒品毒效的大小、有毒成分的多少、吸毒者对该毒品的依赖程度,综合考虑其成瘾癖性、戒断性、社会危害性等依法量刑”。应当说,估算法的使用对于以新型毒品大量出现为背景的毒品案件审理提供了巨大的便利,但从规范化的角度看,该法的采用却不利于量刑的精准和统一。

### (三) 折算法

折算法的运行原理是在待计算毒品和法定刑之间确定一个折算参照和折算标准,然后将不能直接根据数量量刑的毒品数量,依此标准折算为参照毒品数量,进而根据参照毒品的数量选择法定刑。折算法既非直算法式的精确对应,也非估算法式的模糊估计,所以,可以被看作是估算法和直算法的折中。现实操作当中,折算法一般是将海洛因和甲基苯丙胺作为折算参照,然后依此二者与待计算毒品之间的在成分等因素上的大小关系确定折算标准。例如,国家禁毒委员会办公室2016年发布的《104种非药用类麻醉药品和精神药品管制品种依赖性折算表》(以下简称《增补折算表》)就对104种新型毒品与海洛因、甲基苯丙胺之间的折算标准做出了明确规定。司法实践当中,折算法又可以分为两个子项,一个是同一行为涉及多种毒品类型的复杂折算,一个是同一行为只涉及单种毒品类型的简单折算。<sup>①</sup>对于复杂折算的情况,已有相关文件对其具体方法做出了明确规定:根据《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》(以下简称《武汉会议纪要》)关于“毒品数量计算问题”的规定,“走私、贩卖、运输、制造、非法持有两种以上毒品的”,应当采

<sup>①</sup> 前者如在一个贩卖毒品行为当中同时涉及哌乙酯和 $\beta$ -羟基硫代芬太尼物质,则要将二者的数量分别折算为甲基苯丙胺和海洛因的数量后综合认定涉案毒品数量;后者如在一个贩卖毒品行为当中只涉及 $\beta$ -羟基硫代芬太尼物质,那么就只需要将其按照规定比例折算为海洛因数量后量刑即可。

取“先折算,后累加”的方法认定涉案毒品数量。<sup>①</sup>

## 二、新精神活性物质数量计算的现实困境

虽然规范上对毒品数量的计算有相应的规定,但从司法实践来看,还存在诸多困境。具体而言,直算、估算、折算三种方法在分别使用和综合使用中的六种具体情形当中,相应存在成效不彰的效果困境或者衔接不足的协调困境。

### (一) 三种方法分别使用的效果困境

#### 1. 直算法标准滞后

直算法的精确、便捷是通过使单一毒品数量与法定刑相对应而实现的,因为直接对应式的规定省去了经验法则的运用步骤和标准选取的争议环节,有利于计算过程的简便和计算结果的统一。直算法之作用范围依靠数量标准来支撑,倘若对所有毒品种类都能规定这样的一一对应关系,那将不会存在如此众多的毒品数量计算难题。但问题是《刑法》第347条所规定的法定刑只有三档,而列入管制的新精神活性物质却有很多,若广泛采取直算法的“量一刑”对应方式,则二者之间数量标准的确定又是一个宏大工程。比起新精神活性物质种类的扩张速率,直算法数量标准的更新速率是极为滞后的。事实也证明,毒品犯罪发展所呈现的复杂性已经远超当初立法者的想象,新精神活性物质的不断涌现已经迫使立法者放弃了通过直算法计算毒品数量的最初设想,直算法的“量一刑”对应方式在法规范稳定的前提要求下,只能做出僵化和滞后上的妥协,<sup>②</sup>进而由折算法和估算法加以补充。

#### 2. 估算法标准模糊

毋庸置疑,估算法是三种毒品数量计算方法中最为简便的,但也是最为粗糙的。估算法的实质核心在于,在涉及毒品种类及成分复杂的情况

下,“综合考虑相关物质的成瘾性、戒断性、社会危害性等依法量刑”。总体来说,这是一种“估堆式”方法的体现。在毒品案件当中,数量的认定过程直接关系到法定刑裁量的动态过程。虽然量刑本质决定了量刑裁量权只能被规范,而不能被限制,其结论应当是综合量刑目标对各种硬性量化指标进行的价值选择,而不是由各种量化指标直接产生的自动产品<sup>[3]</sup>。但是,过度依赖于经验和抽象判断的“估堆式”方法如果在毒品犯罪审判当中大量运用,易造成裁判结论的多样化(特别是在不同地区的不同法院)和裁判理由的说理不足。在新精神活性物质不断涌现的新语境下,“成瘾性、戒断性、社会危害性”等已从尊重自由裁判和考虑情况复杂的有利因素,转变为损及司法统一和司法公正的不利因素,估算法标准的模糊性与多元性已经不再适应当下毒品案件形势的发展。

#### 3. 折算法标准繁杂

把一定的折算标准作为标准和将一定的传统毒品作为参照,折算法的初衷在于同时解决新精神活性物质数量计算当中的模糊性问题和滞后性问题。但其在解决问题的同时又有新的问题凸显出来:首先,折算标准规定的依据不甚明确。在确定某种新精神活性物质与甲基苯丙胺或者海洛因之间的折算标准时,其参照的依据是相关物质“成瘾性、戒断性、社会危害性”等因素,还是相关物质成分因素?其次,在运用折算标准进行折算时,是否需要考虑纯度折算也不甚了了。即在遇到新精神活性物质明显纯度较低时,其在折算为甲基苯丙胺或者海洛因的过程中,是否需要加入一个实际含量计算的过程?通过案例检索发现,实践做法与明文规定并不统一。<sup>③</sup>再次,目前折算中介只有甲基苯丙胺和海洛因的状况并不科学,不断涌现的新精神活性物质物质成分十分复杂,要确定其与两种传统折算中介之间的折算标准实际上并无充分的科学依据。最后,折算法仍然有

① 根据《武汉会议纪要》的规定,复杂折算应当分为两种情况予以解决:第一,对于刑法、司法解释或者其他规范性文件明确规定了定罪量刑数量标准的毒品,应当按照该毒品与海洛因量刑数量标准的比例进行折算后累加;第二,对于刑法、司法解释或者其他规范性文件没有明确规定定罪量刑数量标准,但《非法药物折算表》规定了海洛因的折算标准的毒品,可以按照《非法药物折算表》折算为海洛因后进行累加。

② 实际上对直算法有明确规定的现行规范只有《刑法》和《毒品犯罪解释》。

③ 按照《增补折算表》的规定,N,N-二异丙基-5-甲氧基色胺与甲基苯丙胺之间的折算标准为1:1,也就是说,走私、贩卖、运输、制造该物质达到10克的,即可认定为“数量较大”,可处七年以上有期徒刑。但笔者通过检索部分案例发现,有些涉案毒品数量超过10克的案件最终量刑极低。通过判决书在正文中列明的毒品含量可推知,相关判决结果可能是在折算纯度后得出的。具体参考:(2019)京0108刑初1091号;(2019)京0108刑初1076号;(2019)京0108刑初1095号;(2019)京0108刑初1041号判决。但同时《刑法》第357条又规定,“数量计算不以纯度折算”。由此,文中所述的矛盾之处便显现出来。

模糊性问题和滞后性问题,前者体现在不同规范文件在规定折算标准时会存在矛盾之处,后者体现在目前仍然有大量新精神活性物质折算标准处于空缺状态。<sup>①</sup>

## (二) 三种方法综合使用的协调困境

司法实践当中,总能遇到一个毒品犯罪行为涉及多种毒品的情况,即混合毒品犯罪案件,此时数量计算便需要多种方法的配合。但是,因为折算法的运作过程会根据折算标准得出海洛因或者甲基苯丙胺的具体数量,再直接换算为相应的法定刑,这其中必然会有直算法的使用,从而消除了估算法的存在空间。所以,在三种方法排列组合的结果中,应当排除“折算+估算”模式的存在。换言之,在三种毒品计算方法当中,能综合配套使用的只有“折算+直算”“直算+估算”以及“直算+估算+折算”三种模式。

首先,“直算+估算”以及“直算+估算+折算”两种涉及估算法的组合模式在使用过程中会面临协调困境。在新精神活性物质数量计算上,直算法、折算法在实质上都是要求对毒品数量的计算必须达到一定的细致程度和精确水准,但估算法只是基于现实条件考虑而对毒品数量的模糊化处理。前者与后者之间始终存在难以调和的矛盾。新精神活性物质数量繁多、品种日新月异,并且随着禁毒政策的大力推行,更多当前没有被纳入管制的新精神活性物质将被纳入管制目录,估算法将会被大量使用。这样一来,在特定的混合毒品犯罪案件当中的“精确”与“模糊”矛盾将会更加突出,造成价值追求上的不协调。此外,如果一个案件涉及“直算+估算+折算”三种方法的综合使用——尽管这种案件在实践中并不多见——那么计算步骤复杂也是一个需要面对的问题。例如,经过查明事实,甲同时贩卖1-(1-萘甲酰基)-4-戊氧基萘2克,氯胺酮10克,4-甲基甲卡西酮15克。在不考虑纯度的情况下,正确的算法是应当将2克1-(1-萘甲酰基)-4-戊氧基萘按照1:23.6的比例折算为47.2克海洛因,将10克氯胺酮按照0.1:1的比例折算为1克海洛因,

在累加得到的48.2克海洛因的基础上再综合考虑15克4-甲基甲卡西酮的“成瘾性、戒断性、社会危害性”等因素选择法定刑幅度。<sup>②</sup>一方面,计算过程相当复杂,并且不同的计算步骤选择会导致不同的计算结果产生;另一方面,在裁判文书普遍不说明计算过程的情况下,如何充分展示裁判文书的说理性也将成为问题。

其次,“折算+直算”的组合模式在使用过程中也会面临协调上的困境。排除估算法的因素,按照《武汉会议纪要》的规定,一个毒品犯罪行为涉及多种毒品时,应当采用“先折算,后累加”的方法认定涉案毒品数量。换言之,就是根据《刑法》、司法解释等规定的法定刑比例和折算标准将多种毒品折算为海洛因之后再行数量上的累加计算。但是,这将存在以下几个方面的问题:第一,方法不协调。并不是所有新精神活性物质的折算中介都是海洛因,例如根据《增补折算表》所列明,3-甲氧基甲卡西酮的折算中介为甲基苯丙胺,其折算标准为1:0.3。那么,在一个毒品犯罪行为当中同时涉及3-甲氧基甲卡西酮和其他毒品种类时,是否要将3-甲氧基甲卡西酮先折算为甲基苯丙胺之后再折算为海洛因呢?对此,司法解释没有明确规定,由此会造成毒品数量计算在不同情况下方法不协调(因为如果行为只涉及3-甲氧基甲卡西酮时,直接按照比例折算为甲基苯丙胺量刑即可,没有前述争议)。<sup>③</sup>第二,标准不协调。正如前文谈到折算法时所述,新精神活性物质在进行数量折算时,实践中常常考虑了纯度因素,由此会对法定刑幅度的选择造成影响,但在涉及多种毒品的数量计算时,该问题更会导致个案中的标准不协调。根据《刑法》第357条的规定,毒品犯罪中的毒品数量以查证属实的数量计算,不以纯度折算,如果数量折算过程当中考虑纯度问题,实际上就是变相违背了这一规定。那么实践中就会造成如下困境:一个行为同时涉及传统毒品和新精神活性物质时,为何新精神活性物质要折算纯度,而传统毒品却不折算纯度?

① 前者例如在规定的甲卡西酮的折算标准时,《非法药物折算表》规定1克甲卡西酮折算海洛因1克,而《毒品犯罪解释》规定1克甲卡西酮折算海洛因0.25克;后者例如纳入《精神药品品种目录》列管的4-甲基甲卡西酮、依他啶酮等物质目前仍没有明确的折算标准。

② 4-甲基甲卡西酮这种物质在目前的规范中没有明确的折算或者直算规定。

③ 值得注意的是,根据《刑法》第347条的规定,海洛因和甲基苯丙胺的量刑数量标准是相同的,姑且可以认为甲基苯丙胺和海洛因之间的折算标准为1:1,但这并不意味着两种毒品之间是等同关系,也就是说,在前述的例子当中,甲基苯丙胺和海洛因之间的折算在理论上是一个不可忽略的过程。

由此，就造成了毒品数量计算在不同毒品类型下的标准不协调。

### 三、新精神活性物质数量计算的症结所在

(一) 新精神活性物质更新速率和法律规制速率之间的时差矛盾

不同于传统毒品，新精神活性物质的产生和泛滥并非毒品本身性质或者功能的自然进化，而是列管制度缺陷和毒品需求相结合而衍生的现象。并且违法犯罪者利用其结构多变与形式多样的特征来逃避法律制裁，也是助推新精神活性物质泛滥的因素。由此，在“成瘾性”等理化属性上与传统毒品相似的新精神活性物质，却因为结构上的差异而成为列管和制裁的法律难题<sup>[4]</sup>。在刑法的视阈下，新精神活性物质的规制不仅关乎定罪问题，还涉及量刑问题。换言之，刑法要准确规制毒品犯罪，在利用列管目录等界定什么物质是毒品的同时，还要对相应毒品的量刑数量标准予以明确化。现实状况并不理想，虽然在我国对于新精神活性物质的列管基本上保持了与国际同步，甚至在有些物质上还超越了国际步伐，但大量纳入列管目录的新精神活性物质仍然缺乏明确的数量计算规范，在量刑上仍然容易脱离刑法评价。

法律对于新精神活性物质管制的基本矛盾在于管制滞后性与更新快速性之间的固有冲突。从规范层面上来说，作为新精神活性物质定义性规范的《麻醉药品和精神药品目录》《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》等，与作为新精神活性物质计算性规范的《毒品犯罪解释》《增补折算表》《非法药物折算表》之间的规制范围存在巨大缺口，仍待折算法或者直算法的规范替代填充。而折算法和直算法在标准确定上的“长反射弧”特征决定其难以胜任。由此，便为估算法的兜底适用带来了客观条件，造成了上述的效果困境和协调困境。并且从另一个角度来说，《刑法》第347条所规定的“毒品”概念自身具有模糊性，而“数量大”“数量较大”以及“少量”等定量因素在本质要求上又需精确导向，此定性定量因素的矛盾难以调和。以快速更新为基本特征的新精神活性物质将使这个矛盾更加激烈。当然，更新速率和规制速率之间的失调矛盾是普遍存在的。在新精神活性物质面前，顾忌国民预测可能性的刑事法律规范无论如何都无法避免管制措施与物质更新之间的竞逐状态，只是如何在规

范稳定和事实多变之间寻找一个恰当的平衡点，才成了真正需要思考的问题。

(二) 新精神活性物质列管模式缺陷所造成的后遗症

新精神活性物质的法律管制是世界各国各地区所面临的重要课题。其要解决的问题是，在法律稳定性和毒品易变性之间寻找平衡，进而划定新精神活性物质的管控范围与制裁区间。要解决这个逻辑问题，要么使该逻辑的扩展性更强，要么使该逻辑的反应速度更快。综合来看，根据运行逻辑的不同，新精神活性物质的法律管制模式大致可以分为五种：列举管制模式、特别立法模式、类似物管制模式、早期预警模式以及临时列管模式。列举管制模式是通过附表列举的形式将未被纳入管制的新精神活性物质纳入管控之中，即采用明文规定的方式划定新精神活性物质的范围；特别立法模式是通过特别立法的形式，规定新精神活性物质的具体定义要素，然后通过定义要素辐射新精神活性物质的法律规制范围；类似物管制模式的思路是，通过立法在已列管物质与未列管物质之间确立一种相似性标准，如果某种物质符合该相似性标准，那就可以通过司法裁判的方式认定其为毒品；早期预警模式是对某种可能被滥用的物质进行评估，并用评估所得的危害性结果为立法管制提供参考；临时列管模式是通过简化程序设计，赋予相关主体更大的列管决定权，从而在程序上缩短列管时间。

列管与毒品数量计算之间存在莫大关系，列管模式的选择将极大地影响毒品数量计算方法的倾向与偏好。新精神活性物质数量计算的问题，归根结底还是如何将毒品数量和法定刑幅度选择之间对应起来的问题，而前环节中定义或者排列组合方式的不同，必然会导致数量和法定刑幅度选择之间的对接关系不同。我国对新精神活性物质的管制模式主要是列举管制，即通过《麻醉药品和精神药品管理条例》和《非药用麻醉药品和精神药品列管办法》后附目录等形式对新精神活性物质加以法律管制。应当肯定，刑法需要稳定性，基于国民预测可能性保障的客观要求，新精神活性物质的管制模式应当主要由列举管制作为主体。但是我国相应的列举管制目录却没有对其中的新精神活性物质进行细致的分类、分级，而是缺乏统一标准的简单堆砌和随意铺陈，缺乏分类、分级的“板块化”凝练，原本分散状态的新精神活性物质目录在数量计算环节仍处于分散状

态，存在模式化阙如的缺陷。由于在定罪和量刑之间本应具备的模块化程序的缺乏，列管程序所面临的“时差矛盾”即被转嫁至数量计算程序之中，整个新精神活性物质定罪量刑过程面临“按下葫芦浮起瓢”式的方法论困境。

（三）新精神活性物质数量计算实质依据不统一

无论是直算法、折算法还是估算法，它们都意味着查获的毒品数量向实实在在的法定刑转化的过程，只是三者之间的转换思路不尽一致。既然是转化，那定是具有相对同质性的此物到彼物的过程，那么这其中的尺度究竟如何掌握呢？也就是说，在可以量化的新精神活性物质数量与法定刑之间，是什么因素决定了两者之间的数量对应关系？为了量刑活动的标准化与规范化，其后的实质依据应当挖掘出来，并且，对于刑事司法活动当中的量刑而言，这种实质依据还应当是统一的，被遵循的。

虽然人类认识理性的局限性决定了我们不可能完全探知立法原意，但却可以借助立法文献对其进行大致了解<sup>[5]</sup>。通过对现行毒品数量计算规范进行解析可以发现，我国毒品数量计算系列规则后的实质依据并不统一。在量刑规则的建立过程中，其实质依据有的参考了毒品种类和成分因素，有的参照了毒品“毒性大小”因素，有的还参考了“药物依赖性、医疗用途”因素，还有的甚至综合考虑了“致瘾癖性、戒断性、社会危害性”等因素。首先，以毒品种类和成分为实质依据。例如《增补折算表》虽然以附表列举的方式明示了104种新精神活性物质与海洛因、甲基苯丙胺之间的折算标准，但该附表在此之外，还特别列明了“参照物质”一栏，并对66种物质的折算“参照物质”予以明示。也就是说，该表当中的折算标准是根据与可直算的毒品，或者该表当中其他规定了折算标准的毒品的成分相似性来确定的。实际上，该《增补折算表》尾部也用“参照物质以文献或化学结构相似程度而确定”的表述对此进行了说明。其次，以“毒性大小”为实质依据。例如，在涉及毒品混合物的成分以及数量计算时，根据《大连会议纪要》的规定，能确定且可比较毒性大小时，“应以其中毒性较大的毒品成分确定其毒品种类”，并在量刑时综合考虑其他毒品的成

分、含量以及全案所涉毒品数量。再次，以“药物依赖性、医疗用途”为实质依据。例如《非法药物折算表》就以药物依赖性大小和医疗使用范围大小为依据，规定了156种药物与海洛因之间的数量折算标准。最后，以“致瘾癖性、戒断性、社会危害性”等因素为实质依据。例如，在涉案新精神活性物质没有直算规定，也无折算标准时，根据《武汉会议纪要》的规定，应当“综合考虑其致瘾癖性、戒断性、社会危害性等依法量刑”。

实质依据不统一导致的是新精神活性物质数量计算的协调困境。不统一就意味着实质依据定位存在错误的可能，也就意味着照此依据制定出的数量计算规范难以将数量和法定刑二者精确对接。故而折算法在确定折算标准和折算过程以及估算法在选取估算参考时，总会面临方法论上的合理性诘问。此外，折算法与直算法之间的逻辑关系也因为不统一的实质依据而模糊不定。譬如前述“先折算，后累加”的数量计算步骤当中，法定刑比例反而可能成为折算标准认定的参考标准<sup>①</sup>。如果说直算法呈现的数量与法定刑之间对应关系参考的是致瘾癖性、戒断性、社会危害性等综合因素，那么其怎么转变为以成分为实质依据的折算法？换言之，其将致瘾癖性、戒断性、社会危害性等综合因素的判断等同于成分上的判断了。

（四）相关数量计算规范混乱无序

除了《刑法》的明文规定，新精神活性物质数量计算的相关规定还散见于《武汉会议纪要》《大连会议纪要》《毒品犯罪解释》《非法药物折算表》及《增补折算表》等规范之中。其中，《武汉会议纪要》《大连会议纪要》是一个综合性的规定，对三种计算方法的具体标准、实质依据、操作流程等加以规定。《毒品犯罪解释》对部分新精神活性物质数量与法定刑幅度之间的对应关系，即对直算法予以明确。《非法药物折算表》和《增补折算表》通过列表的形式列明了大量新精神活性物质折算标准。但从整体上而言，前述规范仍处在混乱无序状态，既缺乏结构清晰性，也缺乏体系自洽性。

首先，没有统一、明确的规范，缺乏结构清晰性。量刑原则有三个层次：基本原则、一般原则、具体原则<sup>[6]</sup>。罪刑法定原则作为指导整个刑法立法及司法活动的全局性原则，其涵摄范围当

① 例如按照《毒品犯罪解释》的规定，美沙酮200克以上不满1000克为《刑法》第347条第3款规定的“其他毒品数量较大”与海洛因10克以上不满50克相对应，即二者出现在同一案件当中时，折算标准为20:1。

然包括了量刑活动<sup>[7]</sup>。故,罪刑法定原则的明确性要求也应当在新精神活性物质的量刑程序中彰显。但目前相关规范在客观上缺乏明确性:一方面,上述规范缺乏整体性,是以零散的形式呈现的,需要一定的搜集和鉴别过程,明确程度不足。另一方面,相关规范等级效力不同,为司法实践带来明确性障碍。《武汉会议纪要》《大连会议纪要》《毒品犯罪解释》的法律效力自不待言,《非法药物折算表》的法律效力也已为《大连会议纪要》所确认,争议较大的是《增补折算表》的效力问题。由于制定主体和规范对象等方面的问题,<sup>①</sup>理论界和司法实践中,对1-(2-噻吩基)-N-甲基-2-丙胺、2-甲基甲卡西酮等27种毒品的数量计算能否采用《增补折算表》存在较大争议<sup>[8]</sup>。由此,也带来了新精神活性物质数量计算规范上的适用明确性问题。

其次,规范之间存在标准冲突,缺乏体系自洽性。如上所述,新精神活性物质数量计算规范不但在制定主体上不尽相同,在效力等级上也各有高低。如果多种数量计算规范同时有效,将有具体标准相互冲突的情况存在。例如,根据国家食品药品监督管理局2004年发布的《非法药物折算表》规定,甲卡西酮与海洛因之间的比例为1:1,但在涉及前述混合毒品数量计算,即“先折算,后累加”的情形中,通过分析各自量刑数量标准可知,《毒品犯罪解释》将甲卡西酮与海洛因之间的比例确定为4:1。<sup>②</sup>换言之,在一些特定物质上,折算法单独使用,和“直算+折算”两种情形下的数量计算结果不协调是由规范冲突造成的。<sup>③</sup>应当说,两种情形中所涉物质相同,亦无其他情况发生,数量计算结果不该存在差别,此差别的存在正是来源于规范体系自洽性的缺乏。

#### 四、新精神活性物质数量计算的完善立场

既然新精神活性物质数量计算属于毒品犯罪的量刑范畴,那么量刑活动应当遵守的刑法三大基本原则也自然应当被作为准则,贯穿于新精神活性物质数量计算的规则设计与完善过程中。但

数量计算规则究竟只是整个刑法规则中的极小组成部分,其运转、维持必然还需遵守剥离于基本原则的例外原则。

##### (一) 以法益侵害为实质依据

“任何事情的发生都不是没有自觉意图,没有预期的目的”<sup>[9]</sup>,法律领域也当如此。在耶林看来,法律在很大程度上是国家为了有意识地达到某个特定目的而制定的,而不是非意图的、无意识的、纯粹历史力量的产物<sup>[10]</sup>,甚至它还将探究法律目的视为法学的最高使命。为了限制中世纪恣意的刑罚权,近代刑法学家开始对刑法的目的展开探讨,经历了权利保护说、“财”保护说等学说流变,最终在法益保护说上达成较为一致意见<sup>[11]</sup>。在法益保护说看来,任何刑法规范的目的都以保护特定法益为己任,换言之,刑法的任务与目的是保护法益<sup>[12]</sup>。因而为了实现该目的,保护法益的精神不仅应当被贯彻到立法、司法活动当中,定罪、量刑程序也应对其严守。

传统理论认为,设立毒品犯罪的目的在于保护国家对毒品的管理制度<sup>[13]</sup>。从实然层面看,这确实契合了走私、贩卖、运输、制造毒品罪在《刑法》分则第六章的编排定位。但正如有的学者所言,“管理制度”一词自身的模糊性和形式性并不能揭示毒品犯罪的法益侵害实质,采取如此形式化的法益定位会使得刑法陷入正当性危机<sup>[14]</sup>。同时,“国家对毒品的管理制度”的法益定位还会导致实质解释、违法性评价等法益机能的丧失,所以应当将毒品犯罪的法益定义为公众健康<sup>[15]</sup>。在本文看来,无论是“管理制度说”还是“公众健康说”,在运用逻辑上都有失偏颇:前者的困境除了无法回应上述诘问之外,其亦难以实现对不同毒品社会危害性的层级划分,因为不同毒品对于“管理制度”的侵害是同质的,难分大小;后者将法益定位为单一的“公众健康”又难以对应毒品犯罪当前在《刑法》中的体系定位。因此,毒品犯罪的法益应当是公众健康以及国家毒品管理制度,等言之,毒品犯罪的社会危害性首先在于直接侵害吸食者的生命健康权益,并主要通过

<sup>①</sup> 根据禁毒办通【2016】38号文件的规定,《增补折算表》的印发主体为国家禁毒委员会办公室,印发对象为各省、自治区、直辖市禁毒委员会办公室,新疆生产建设兵团禁毒委员会办公室。

<sup>②</sup> 根据《毒品犯罪解释》的规定,贩卖、运输、制造、非法持有甲卡西酮200克以上为“其他毒品数量大”,40克以上不满200克为“其他毒品数量较大”,分别与贩卖、运输、制造、非法持有海洛因“50克以上”“10克以上,不满50克”相对应。

<sup>③</sup> 除此之外,存在类似情况的物质还有二氢埃托啡等,相关论述参见彭景理:《混合毒品数量计算方式之完善——基于200份裁判文书的考察》[J],《中国人民公安大学学报(社会科学版)》,2019(5):12。

吸食者吸毒后的违法犯罪行为实现对社会管理秩序的间接侵害，造成双重法益受损<sup>[16]</sup>。

既然如此，无论是在立法、司法领域还是在定罪、量刑环节，对毒品犯罪所采取的刑事活动都应当紧扣公众健康以及国家毒品管理制度这一实质内核。从量刑依据上看，《刑法》第347条规定的走私、贩卖、运输、制造毒品罪将毒品数量作为重要参考，是典型的数额犯。但不管毒品数量是构成要件还是处罚条件，都应当承认数额犯中的数额集中体现了社会危害性<sup>[17]</sup>。在实然的司法层面，毒品数量是反映毒品犯罪行为社会危害性大小的一个重要标准，毒品数量大，则毒品犯罪的社会危害性大；毒品数量较小，则意味着毒品犯罪的社会危害性相对较小<sup>[18]</sup>。同样，在应然的立法层面，一种毒品如果更能对人体的健康造成侵害，进而更能破坏国家对毒品的管理制度，那么三档法定刑所对应的“数量大/较大/小”的门槛则应当更低；如果一种毒品对人体的健康造成的侵害相对较小，进而对毒品的管理制度的破坏也相对较小，那么其相应的“数量大/较大/小”的门槛则应当更高。当然，基于法益的抽象状态属性，对其侵害程度的大小如何难以通过观察其自身状态得出，需以具体法益内涵所延伸出来的具象概念作为参考。考虑到“公众健康以及国家对毒品的管理制度”这一实质内核的在经验社会中所呈现的投射表现形式，本文认为，“毒害性、瘾癖性及滥用性”等可以作为判断该法益侵害程度大小的综合考量因素。详言之，在比例原则和罪刑相适应原则之下，一种毒品（特别是不断更新的新精神活性物质）究竟数量多少才能评价为“数量大/较大/小”，要以其对公众健康以及国家对毒品的管理制度的侵害，即毒害性、瘾癖性及滥用性大小为实质依据。这样一来，毒害性、瘾癖性及滥用性程度越强的物质，其数量评价为“数量大/较大/小”的门槛应当更低（即在直算法当中，该物质更少的数量能被评价为“数量大/较大/小”；在折算法当中，该物质与折算参考之间的折算标准数值更高），反之亦同理。

## （二）以远近兼顾为践行考量

问题的解决既要着眼当前利益，又要看到长远发展；既要避免扬汤止沸，也要避免竭泽而渔，即“远近兼顾”的辩证思维。其中，“远”就是要求我们站在适当战略高度来考虑如何化解根本矛盾“近”就是要求我们立足于当下需要和基于长期投入成本考虑以缓解主要矛盾。纵使解决当务

之急和谋划长远打算二者是不同的问题化解思维，但“综合起来把握它们的效益，更应该看到二者之间的内在联系和互补作用”<sup>[19]</sup>。

详言之，新精神活性物质数量计算中的“远”是毒品更新速率和法律规制速率之间脱节这一根本矛盾“近”是目前规范体系、计算方式等方面的主要矛盾。由此，兼顾远近的践行考量要求相关实践者在完善当下规范、标准和依据的同时，还应着手策划如何构建一套新的数量认定机制，以期在毒品更新速率减速不能的情况下，能够缩短法律的反射弧长，增加计算规则的囊括能力。因此，类似的只考虑完善现行规范，而忽视根本矛盾的完善进路仍需反思；相应地，太强调规则重塑，而不计操作成本的改革举措亦不可取。

折算法为主，估算、直算、折算法并存的新精神活性物质数量计算格局是我国在立法、司法实践中，经过长期摸索而形成的。在量刑规范化的大背景之下，新精神活性物质数量计算方法的完善应当以估算法逐步退让，折算法、直算法日益扩张为主线。从“近”的视角来看，由于折算法综合了直算法明确性和估算法快速性的优势特征，故，应当作为当下完善之重点，可从折算规范、步骤、参考以及依据等切入点入手，以期更好化解当下困境。从“远”的视角来看，直算法的滞后性局限也可以通过列管模式和处罚模式上的转型加以改观，可以从重构直算法入手。换言之，在“远”的视角上，通过转化当下新精神活性物质的列管模式和处罚结构，使得毒品数量更直接地与《刑法》第347条的三档法定刑相对应，恰好更能实现快速列管和精确制裁在毒品量刑上的二元平衡。

## 五、新精神活性物质数量计算的完善路径

### （一）当务之急：折算法为主的方法完善

#### 1. 完善相关规定，提高规范等级

作为毒品犯罪量刑的重要参考，相关规范在制定新精神活性物质数量计算规则时，应当兼具明确性和权威性，为化解相关数量计算规范混乱无序这一症结，规范的存在应该是统一的，并且是高效力的。首先，应当制定统一的数量计算规范。一方面，在折算法范畴内，需整合《非法药物折算表》和《增补折算表》所规定的折算关系为《毒品数量折算表》，化解折算法运用中的冲突困境，为司法机关提供明确的办案参考。甚至还



需根据《毒品犯罪解释》所规定的法定刑对应关系,对《毒品数量折算表》的具体标准做进一步修改、完善,以改善“折算+直算”的组合模式在使用过程中的协调困境。另一方面,即使《大连会议纪要》和《武汉会议纪要》等都对新精神活性物质数量计算的方法、步骤加以明确规定,但综合看来,并未形成对新精神活性物质数量计算的统一规定。基于此,可以考虑在前述《毒品数量折算表》中对新精神活性物质折算的操作步骤,包括在同一行为涉及多种毒品时如何进行毒品数量计算的方法加以规定。其次,提高相关规范的效力等级。折算关系作为折算法的主体部分,对其加以规定的规范性文件除了要达成统一协调的要求,还需要在效力上加以提升,以实现其明确性。因此,建议前述《毒品数量折算表》的制定主体应为最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家禁毒委员会办公室,这既可以保证《毒品数量折算表》在适用过程具有司法权威性,又可以保证其在形成环节具有制定科学性,并且还由国家禁毒委员会相关专业成员部门保证该折算表的及时更新。

## 2. 增加折算参照,完善折算关系

就目前而言,《非法药物折算表》和《增补折算表》虽已规定了绝大多数新精神活性物质的折算关系,但折算参照只有海洛因和甲基苯丙胺两种。这不但滞后了折算关系的确定过程(因为过少的折算基准会增加新精神活性物质和折算基准在成分、“毒性大小”以及“致瘾癖性、戒断性、社会危害性”等方面的比较难度),而且削弱了折算关系确定时的科学程度(因为在毒品成分等方面,种类繁多的新精神活性物质,很难说与海洛因、甲基苯丙胺两种折算参照之间具有对应关系,那么,折算标准等依据何来便产生疑问)。因此,可以考虑增加折算参照以解决该问题。应当说,要选取一种物质作为折算参照时应当考虑该物质是否具备以下两个条件:第一,该物质要与法定刑之间具有直接对应关系,即可通过直算法得出

相应法定刑;<sup>①</sup>第二,该物质在同类物质中具有代表性。目前,根据化学性质和成分上的不同,新精神活性物质可以被分为合成大麻素类、卡西酮类、氯胺酮类、苯乙胺类、哌嗪类、植物类、色胺类等种类。故而可以在符合以上条件的诸类物质中确立更多折算参照,<sup>②</sup>以强化毒品数量与法定刑之间的对应关系。当然,或许诸类物质之中尚缺乏符合第一个条件的代表性物质存在,因此,增加折算参照的实现还需要直算法上的完善,即在更多具有代表性的物质数量和法定刑之间确定直接计算关系。

此外,折算关系的完善还需在实质上来把握。毒品物质和折算参照之间的折算标准应当以二者间的社会危害性对比为实质依据,而相关物质成分含量只是确立折算标准时的表面依据。等言之,物质成分只是“公众健康以及国家对毒品的管理制度”这一实质内核的表现形式之一,只能作为折算标准确定的客观参考。虽然目前《非法药物折算表》的折算标准确定在一定程度上考虑了“药物依赖性、医疗用途”因素,但与综合考虑“毒害性、瘾癖性及滥用性”相比,仍具片面性。并且,通过分析也可以发现,该表也未将“药物依赖性、医疗用途”这一折算依据贯彻到底。<sup>③</sup>为了紧扣法益侵害这一实质依据,本文认为,在形成统一的折算依据,增加折算参照的基础上,《毒品数量折算表》可以参照《非法药物折算表》的做法,将不同折算参照下的不同物质,依据“毒害性、瘾癖性及滥用性”的标准,分为数个等级,且高等级物质的毒害性、瘾癖性、滥用性程度大于低等级的物质。同时,再为每种物质规定与其毒害性、瘾癖性、滥用性程度相适应的折算标准(即高等级物质的折算标准高于低等级物质的折算标准,两者保持数量意义上的同向变动关系)。只有这样,才能避免实际操作中一些毒品危害较大,但量刑较轻的抵牾现象,并且在数量计算过程紧扣保护法益这一刑法的基本目的。

① 要交代的是,符合这个条件的物质并不是只有甲基苯丙胺和海洛因两种物质,被《毒品犯罪解释》所确立直算关系的诸物质也可被视为符合该条件。

② 实际上,《增补折算表》已有类似做法。例如对于2,5-二甲氧基-4-氯苯乙胺这种物质,《增补折算表》在确定折算标准为1:1,折算参照为海洛因的同时,还确立了其参考物质为2C-I,分类为苯乙胺,只是没有在增加折算参照这一步上迈得更远,但这至少可以证明,本文所述的增加折算参照,完善折算关系的设想是具有可行性的。

③ 例如,根据《非法药物折算表》的规定,在阿片类药物中阿芬太尼属于“药物依赖性强,但医疗上广泛使用的品种”,地索吗啡属于“药物依赖性很强且医疗上不允许使用的品种”。按理来说,前者与海洛因之间的折算标准应当低于后者,但实际上前者的折算标准为1:15,后者的折算标准为1:1。

## (二) 长远打算: 分级处罚制度的构建

### 1. 分级处罚制度的总体概述

更新速率和法律规制速率之间的时差矛盾和列管模式的缺陷是目前新精神活性物质数量计算困境下的两大深层症结。其二者不但共生,亦能相克:虽然时差矛盾始终难以消除,但设计科学的毒品列管制度却能使其趋于缓和。在毒品列管模式以列举管制为主的基本模式下,想更好化解前述的新精神活性物质数量计算困境,着力点在于如何将分散状态的单个毒品概念类化、规整,实现从单个毒品与法定刑之间的对应,向类别毒品与法定刑之间挂钩的转变。换言之,就是要从方法论上实现“量一刑”之间模糊对应(估算法)与中介对应(折算法),向直接对应(直算法)的转变。如前所述,新精神活性物质数量计算之完善应以法益侵害为实质依据,成分等因素只是类化时的形式要素,新精神活性物质应当以法益侵害大小不同为实质考量,实现分级列管。

对毒品进行分级列管已开始成为世界毒品法律管制模式之潮流:例如美国的《管制物质法案》(Controlled Substances Act)依据毒品是否具有滥用可能性等因素,将毒品分为五级,实现异级不同处罚的五级处罚制度;<sup>①</sup>再比如泰国的《麻醉药品法案》(Narcotics Control Act)及其修正案也将毒品分为五个等级,并且实施分级处罚<sup>[20]</sup>。此外,我国台湾地区相关法律也将毒品分为四级,对涉及不同级别毒品的犯罪行为设置轻重程度不同的刑罚<sup>[21]</sup>。参照这些做法,我国大陆地区也可以采取类似进路实行分级处罚,即综合考虑列管毒品毒害性、瘾癖性及滥用性等因素,对其进行分级列管,在此基础上,对不同等级的毒品制定由《刑法》第347条所规定的“数量大/较大/小”的不同数量标准,从而实现新精神活性物质刑上的规范化与实质化。同时,如若相关行为涉及多种毒品,可以创新性地采取“同级累加,异级折合”的方法予以计算。

### 2. 分级处罚制度构建的展开

规范上,为了保障分级处罚制度的顺利构建,

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家禁毒委员会办公室等部门应当协同制定统一的《毒品目录》<sup>②</sup>以明确毒品的具体范围。在此基础上,再以对“公众健康以及国家对毒品的管理制度”的侵害程度为实质依据,以“毒害性、瘾癖性及滥用性”等为形式参考,由大到小,将列管物质分为一级、二级、三级、四级,实现分级列管。然后再综合考量前述实质依据和形式参考,分别确定四级毒品对应的《刑法》第347条所规定的“数量大/较大/小”的具体标准,实现分级处罚。假使按照前述分级列管的构想,如表1所示,首先,可以将相应物质分为四个等级,其中第一个等级包括 $A_1$ 、 $A_2$ ……若干物质,第二个等级包括 $B_1$ 、 $B_2$ ……若干物质,依此类推。其次,根据四级物质在毒害性、瘾癖性及滥用性等因素上的不同表现确定“数量大/较大/小”的具体标准,即走私、贩卖、运输、制造一级物质未达到 $a'$ 克时为“少量”(例如走私、贩卖、运输、制造 $A_1$ 、 $A_2$ 物质未达 $a'$ 克时即为“少量”);达到 $a'$ 克,而未达 $a''$ 克时为“数量较大”;超过 $a''$ 克时为“数量大”。其余二级、三级、四级毒品的具体数量标准也是依此类推(当然,如果以法益侵害为实质依据,那么必然 $a' < b' < c' < d'$ ,  $a'' < b'' < c'' < d''$ )。

表1 毒品分级目录例表

一级	二级	三级	四级
$A_1$	$B_1$	$C_1$	$D_1$
$A_2$	$B_2$	$C_2$	$D_2$
...	...	...	...

第一,在涉及单一毒品时,直接根据毒品所在等级的数量标准选择法定刑。例如,行为人走私、贩卖、运输、制造毒品 $A_1$ 达到 $x$ ( $a' < x < a''$ )克时,即为行为人走私、贩卖、运输、制造一级毒品数量较大,延伸至《刑法》第347条第3款的规定,则应当选择“七年以上有期徒刑,并处罚金”法定刑幅度。

第二,在涉及混合毒品时,采取“同级累加,异级折合”的方法予以计算。如果行为人走私、贩卖、运输、制造毒品 $A_1$ 有 $y$ 克,毒品 $A_2$ 有 $z$ 克,

① 具体参见 Controlled Substances Act, Part B—Authority to Control; Standards and Schedules, § 812. Schedules of controlled substances.

② 值得一提的是,依照是否具有药用价值,我国将实验室毒品分别列管于《麻醉药品和精神药品管理条例》以及《非药用麻醉药品和精神药品列管办法》所附的目录当中,并且依各自程序进行管制。而新精神活性物质法律管制的基本矛盾在于管制滞后性与更新快速性之间的冲突,分别管制的法律体系恰好屏蔽了这一基本矛盾,导致了法律规制上的协调不足。所以,整合为统一的《毒品目录》协调管理确有必要。

因为  $A_1$  和  $A_2$  在《毒品目录》中属于同一级别,则应当将  $A_1$  的数量  $y$  克和  $A_2$  的数量  $z$  克予以累加(和为  $y+z$ ),再将  $y+z$  与  $a'$ 、 $a''$  进行大小衡量,最后在“数量大/较大/小”的对应法定刑中加以选择。如果行为人走私、贩卖、运输、制造毒品  $A_1$  有  $h$  克,毒品  $B_1$  达到  $w$  克,因为  $A_1$  和  $B_1$  在《毒品目录》中不属于同一级别,所以应当采取“异级折合”的计算方式,即将低级别毒品按照数量比例关系折算为高级别毒品,再合并数量,按照高级别毒品“数量大/较大/小”的标准选择法定刑,具体操作如下:先将  $w$  克毒品  $B_1$  折和为相应数量的毒品  $A_1$ , 总共  $w \frac{b'}{a'}$  克,再将毒品  $B_1$  的数量和毒品  $A_1$  的数量进行求和(和为  $w \frac{b'}{a'} + h$ ),又将  $w \frac{b'}{a'} + h$  与  $a'$ 、 $a''$  进行大小衡量,最后在“数量大/较大/小”的对应法定刑中加以选择。

### 3. 分级处罚制度的效果检验

首先,以分级对应克服直算法的滞后性。传统直算法因为需要最终确定某种具体毒品数量和法定刑之间的对应关系,而新精神活性物质更新速度快、数量多,在确定数量标准时过程繁琐,所以,在列管和量刑之间存在固有时差。分级处罚制度的积极意义在于通过毒品分级,变单一对应为等级对应,只需按照法益侵害的实质依据确定等级即可,从而避免更多繁琐过程,进而改善数量标准规定上的滞后性缺陷。例如,  $A_1$  物质因为其“毒害性、瘾癖性及滥用性”等因素评价达到最高水平,而被纳入一级毒品之中,那么在制定数量计算规范时,只需将  $A_1$  物质纳入一级目录之中即知该物质数量未达到  $a'$  克时为“少量”;达到  $a'$  克,而未达  $a''$  克时为“数量较大”;超过  $a''$  克时为“数量大”,在列管的同时实现了量刑规则的明确,而不用单独考虑各种因素为  $A_1$  物质确定新的数量标准。

其次,以直接对应克服折算法的繁杂性。折算法的计算结果是通过折算目录、折算参照、折算标准等一系列组成因素实现的,其运作体系不仅复杂,而且凌乱。分级处罚制度的构建不但将数量繁多的新精神活性物质归化为“级”,还以“级”为中介,实现新精神活性物质数量与法定刑的直接对接。由此,新精神活性物质的数量计算过程不但省略了由此种毒品数量到彼种毒品数量,

再由彼种毒品数量向法定刑幅度选择的转化过程,并且还回避了由此转化过程中出现的折算参照少、折算依据不明等延伸性问题。

再次,以整齐划一化解综合的协调困境。新精神活性物质数量计算中的协调困境在某种意义上说,是由三种计算方法共存的事实造成的。三种方法运作体系、过程、依据等方面的不同就会造成结果、过程等内容上的不协调。毋庸置疑,无论采取何种列管模式,新精神活性物质更新速率和法律规制速率之间的时差矛盾永远无法根除,那么估算法就必然具有存在空间。但是,分级处罚制度的构建会使折算法的运用空间被大幅度压缩,以简化新精神活性物质数量计算方法的体系繁杂。例如,在涉及混合毒品的场景下,“三法并存”格局要求采用“先折算,后累加”的方法认定涉案毒品数量,进而遭遇方法不协调等问题。而通过分级处罚制度中“同级累加,异级折合”方法的使用,就避免了折算法和直算法同时使用时的方法失调问题。

最后,以可行方法替代难以实操的修法主张。有学者从当前毒品数量计算方法的问题出发,提出了“同类折算、跨类并罚”的完善方案。其方案展开大致如下:先将《非法药物折算表》所列毒品分为六大类型,并在每类毒品之中确立一个折算基准,以及该类毒品中其他毒品与该基准之间的折算标准。若涉案毒品属于同一类时,则将所有毒品数量折算为该基准毒品数量后,累加数量选择法定刑;若涉案毒品不属一类,那么先将各类毒品数量折算为各类基准毒品数量并且选择刑罚后,再将各自的刑罚采取限制加重的方式确定最终的刑罚。当然,其在配套措施上还需要将《刑法》第 347 条、第 348 条中的“其他数量大/较大/小”等内容删除,以确定前述基准毒品的量刑数量标准,并且还需在立法、学理上确立“同罪内并罚”的规则<sup>[22]</sup>。虽然这亦是“分类”思维在毒品数量计算领域的运用,但这也引来了实操性有无的疑问:首先,“同类折算、跨类并罚”的主张不但要重塑相关列管目录和折算规则,还需对《刑法》条文作出改动,工作量过大;其次,要在立法或学理上确立“同罪内并罚”的规则亦是巨大挑战。反观分级处罚制度,只需改变毒品数量与“数量大/较大/小”的对应方式,无需设立新的刑罚规则,是一种更具实操性的做法。

## 结 语

毒品概念已经不再单纯。在事实上,其已从以往单一性的外延朝着扩张性的外延不断进发;而在规范上,囿于与定罪规范、处罚规范等配套机制的协同考虑,其又要固守实质内核。由此便产生了事实毒品和规范毒品在取向上的冲突。为弥补规范空缺,相关刑事法律、司法解释、政策文件,甚至是非刑事的行政法律、法规等都在试图对这一法律体系不断完善,它们都成了禁毒刑法的重要法律渊源,造就了禁毒刑法这一庞大而繁杂的体系<sup>[23]</sup>。所以,事实扩张与规范坚守之间的磨合、平衡成了禁毒刑法所要翻越的一座“大山”,而新精神活性物质数量计算不过只是这座“大山”上所崩裂下来的一块“拦路石”而已。此外,毒品问题既是一个规范问题,亦是一个技术问题,这一冲突的弥合还可以从技术领域攫取资源。例如,毒品分级处罚制度的构建亦需相关鉴定、评估等技术予以支持。总而言之,禁毒刑法领域如何处理规范与事实、规范与技术等之间的辩证关系,仍是值得我们思考的问题。

## 【参考文献】

- [1]梅传强,徐艳.毒品犯罪的刑罚适用问题思考——兼论毒品犯罪限制适用死刑[J].甘肃政法学院学报,2006(3):97.
- [2]张黎,张拓.新精神活性物质的滥用危害与防控问题研究——以构建我国禁毒防控体系为视角[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2013,29(4):90.
- [3]石经海.刑法现代化下的“量刑”解构——量刑规范化的科学基础探究[J].中国刑事法杂志,2010(3):20.
- [4]包涵.新精神活性物质管制的国际经验和中国路径[J].公安学研究,2018,1(3):46.
- [5]徐光华.刑法解释立场的历史考察——主观解释论之提倡[J].河北法学,2008(2):119.

- [6]高格.定罪与量刑[M].北京:中国方正出版社,1999:184-191.
- [7]石经海.量刑个别化的基本原理[M].北京:法制出版社,2010:204.
- [8]陈柏新.新型毒品犯罪若干争议问题研究[M]//上海市法学会.上海法学研究(总第7卷),2019:163.
- [9]中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局.马克思恩格斯选集[M].北京:人民出版社,1995:247.
- [10]博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来,译,北京:中国政法大学出版社,1999:109.
- [11]张明楷.法益初论[M].北京:中国政法大学出版社,2000:6-29.
- [12]张明楷.刑法目的论纲[J].环球法律评论,2008(1):18.
- [13]高铭暄,马克昌.刑法学[M].北京:北京大学出版社,2019:591.
- [14]高巍.贩卖毒品罪研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2007:51-52.
- [15]张明楷.刑法学[M].北京:法制出版社,2016:1140-1141.
- [16]梅传强,伍晋.毒品犯罪死刑控制的教义学展开——基于122份二审死刑判决书的实证研究[J].现代法学,2019,41(5):201.
- [17]王志祥.数额犯基本问题研究[J].中国刑事法杂志,2007(2):44.
- [18]梅传强.走私、贩卖、运输、制造毒品罪立案追诉标准与司法认定[M].北京:中国人民公安大学出版社,2010:40.
- [19]王秀娟.对“远近兼顾”原则的辩证思考[J].经济论坛,2003(14):91.
- [20]刘建宏.外国禁毒法律概览[M].北京:人民出版社,2015:64.
- [21]刘湘廉.祖国大陆与我国台湾地区的毒品犯罪立法比较[J].西南政法大学学报,2009,11(3):115.
- [22]徐冉.论毒品数量计算方式的完善——基于98例裁判的文本分析[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2018,34(6):26-28.
- [23]姚建龙.禁毒刑法学[M].北京:中国人民公安大学出版社,2016:5-6.

(责任编辑 李记松)