

毒品犯罪中明知推定的立法范式与适用逻辑

王锐园¹, 刘叶²

- (1. 中国刑事警察学院禁毒与治安学院, 辽宁 沈阳 110035;
2. 辽宁省沈阳市中级人民法院, 辽宁 沈阳 110013)

摘要:我国毒品犯罪中的明知推定规范在历次补充和调整中得以确立,但在法理基础、立法范式、适用逻辑等方面仍存在较大分歧。现行明知推定规范采取“列举+兜底+反驳”的表述方式,存在列举情形重复、兜底条款性质不明,以及反驳适用标准不一等问题。毒品犯罪中明知推定设置需实现可行性与规范性,应在司法解释层面作出规定,优化精简明知推定规范表述方式;在死刑案件中适用推定应作出必要限制,行为人进行反驳并未违背举证责任分配原理,并且应当对反驳行为确立合理怀疑的证明标准,以此在简化证明与人权保障之间实现有机平衡。

关键词:毒品犯罪;明知;推定;证明责任;证明标准

中图分类号: D924.3 **文献标志码:** A **文章编号:** 1674-4853(2022)03-0038-09

一、问题的提出

明知是人的主观心理活动,无论是在日常生活还是司法实践,对明知的判断和认定历来都是令人为难之事。在行为隐蔽性日益加剧、证据获取难度不断加大、犯罪嫌疑人反侦查意识日益增强的毒品犯罪领域,对“明知是毒品”的认定更是难上加难。为了解决明知认定困难问题,近年来,我国部分规范性文件中有针对性地针对毒品犯罪中主观明知问题进行了规定,在实施特定的客观行为并经过证明后,可以直接认定对毒品具有主观明知,此类规定就是对行为人“明知”问题所确立的推定规范。^[1]现行对毒品犯罪主观明知的推定规范主要采取“列举+兜底+反驳”的表述方式,其内容也随着毒品犯罪行为方式的变化不断补充和拓展。但整体而言,我国毒品犯罪明知推定规范属于“回应式”“被动式”规范,毒品犯罪活

收稿日期: 2022-01-10

基金项目: 辽宁省教育厅2021年度科学研究经费项目“国际禁毒政策变化背景下中国禁毒工作的应对研究”(LJKR0030);
中国刑事警察学院公安学科基础理论研究创新计划项目“禁毒学基础理论与学科体系研究”。

作者简介: 王锐园,男,法学博士,中国刑事警察学院禁毒与治安学院副教授,研究方向:证据法学、禁毒学。

动的快速发展必然对推定规范提出新问题和新的挑战。具体而言,在“列举”条款层面,其涵盖的毒品犯罪行为是否周延?主观明知认定是否符合日常经验法则?这些问题有必要重新评估。“兜底”条款上存在着明知推定无法适用或滥用的双向极端现象,在禁毒实践中一直未形成明确、统一的适用标准;同时,对于兜底推定条款的性质、运用张力、表述方式、判断逻辑等问题,依然存在较大分歧,需进一步重新审视。“反驳”条款上,反驳行为与证明责任如何调适,与不得强迫自证其罪原理如何并存,证明标准如何确立,都是涉及价值权衡的问题。明知推定兼具程序法和实体法意义,且价值层面与人权保障和犯罪控制密切相关。就毒品犯罪而言,适用明知推定条款过程中,有哪些现实需求和潜在风险,如何在严厉打击毒品犯罪刑事政策下,正确、规范、有效地适用明知推定,保障犯罪嫌疑人、被告人合法权益,如何科学构造和设计主观明知推定规范,是当前迫切需要反思和回应的问题。

二、毒品犯罪中明知推定规范的结构拆解

通过整理发现,在全国范围适用的文件之中,共有5部明确规定了毒品犯罪明知认定情形。分别为《毒品犯罪案件公诉证据标准指导意见(试行)》《办理毒品犯罪案件适用法律若干问题的意见》《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(三)》《关于办理毒品犯罪案件收集与审查证据若干问题的意见》^①,具体情况见表1。

实践中,明知推定规范的结构在整体或部分多个维度存在理论认识差异和适用分歧,影响着毒品犯罪主观明知的认定效率和效果。

(一) 列举情形: 逻辑混乱与适用尴尬

关于明知列举情形,有学者将其分为规避检查型、行为隐蔽型、违背常理型、信息虚假型、既往受罚型、实际控制型、痕迹指向型等7种类型。^②整体而言,主观明知列举情形在逻辑层面存在并列性、涵射性、简洁性不足等问题。

逻辑关系方面,表1所列的5部文件在明知列举情形方面,均包含“体内藏毒的”情形(具体表述上稍有差异,分别为“采用体内藏毒的方法运输毒品的”“体内藏匿毒品的”“在体内或者贴身隐秘处藏匿毒品的”)。与此同时,除《毒品犯罪案件公诉证据标准指导意见(试行)》外,其他4部文件中均列举了“采用高度隐蔽的方式携带、运输毒品”的情形。实际

^① 《关于办理毒品犯罪案件收集与审查证据若干问题的意见》由最高人民法院、最高人民检察院和公安部研究制定,自2019年5月1日起实施。主观明知条款是该意见的重要内容,公检法三机关在起草过程中存在不同的认识。

^② 梁坤在其文章《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》中,对毒品犯罪主观明知情形进行了分类,指出,在办案规范中,规避检查型、行为隐蔽型、违背常理型、信息虚假型明显偏多,充分说明这4类基础事实已经得到了较高的共识。既往受罚型、实际控制型、痕迹指向型出现频数偏低,相应地说明这3类基础事实得到的认同度较低。参见梁坤:《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》,载于《证据科学》,2018年第5期,第533—546页。

上,体内藏毒与采用高度隐蔽方式携带、运输毒品,二者并非属于并列关系,而属于包含与被包含的关系,体内藏毒行为当然属于“采用高度隐蔽方式携带、运输毒品”的行为。因此,二者分列毒品主观明知情形之中,存在逻辑不严谨的问题。

表1 现行毒品犯罪主观明知推定规范

文件名	生效时间	制定主体	规定结构	列举情形	反驳规定
《毒品犯罪案件公诉证据标准指导意见(试行)》	2005年4月25日	最高人民检察院 公诉厅	“列举+反驳”	直接推定:4种 间接认定:4种	有相反证据的除外
《办理毒品犯罪案件适用法律若干问题的意见》	2007年12月18日	最高人民法院、 最高人民检察院、 公安部	“列举+兜底+反驳”	走私、贩卖、运输、 非法持有毒品:8种 (含兜底规定)	有证据证明明确属 被蒙骗的除外
《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》	2008年12月1日	最高人民法院	“列举+兜底+反驳”	10种(含兜底规定)	有证据证明明确属 被蒙骗的除外
《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(三)》	2012年5月16日	最高人民检察院、 公安部	“列举+兜底+反驳”	走私、贩卖、运输 毒品:10种(含兜 底规定)制造毒品: 5种(含兜底规定)	有证据证明明确属 被蒙骗的除外
《关于办理毒品犯罪案件收集与审查证据若干问题的意见》	2019年5月1日	最高人民法院、 最高人民检察院、 公安部	“列举+兜底+反驳”	走私、贩卖、运输、 非法持有的是毒品: 9种(含兜底规定) 制造毒品:5种(含 兜底规定)	有证据证明其确 实不知情或者确 系被蒙骗的除外

语言表述方面,《毒品犯罪案件公诉证据标准指导意见(试行)》所列举的明知情形“(2)经过海关或边检站时,以假报、隐匿、伪装等蒙骗手段逃避海关、边防检查的;(3)采用假报、隐匿、伪装等蒙骗手段逃避邮检的”,这两种情形在行为方式上并无区别,只是逃避检查的对象存在差异,前者逃避的是海关、边防检查,后者逃避的是邮件检验检疫。明知推定规范列举情形应注重行为因素,因对象不同而将相同行为拆分为两个并列情形,存在规范重复、概括性不强的嫌疑。

适用方面,毒品犯罪主观明知列举情形,正陷入由机械到僵化、由规制到规避的尴尬境地。通过列举行为,虽然可以严厉打击一部分犯罪分子,但是司法实践中过度依赖列举规定,会不可避免地造成操作僵化。^[2]此外,禁毒实践中,行为人根据法定的主观明知情形进行逆向操作,反侦查意识和能力越来越强。本应是用于定罪处罚的主观明知条款,被行为人用于实施反侦查,影响主观明知的认定。

(二) 兜底规定:适用理念与性质区分

目前关于明知兜底规定,主要表述为“有其他证据足以认定行为人应当知道的”以及“其他可以认定犯罪嫌疑人、被告人明知的情形”。这种概括性的语言,在为增强自由裁量、推进案件定性等方面提供便利和依据的同时,也暗藏着滥用的风险,自然会对人权保障造成一定的冲击,甚至会造成冤假错案。

明知推定兜底规定是否应当限制适用或如何进行有效规制, 在理论和实务部门存在较大分歧。理论界从人权保障、无罪推定、有利被告原则等角度, 指出对明知推定兜底规定应当限制适用。^①与此同时, 具体办案人员则呼吁应当放宽毒品犯罪中明知推定的认定标准, 以便更加有效地打击毒品犯罪, 应对日益复杂、严峻的毒品形势, 司法机关对这类兜底条款适用不能一味采取限缩适用的理念。^[3]

就兜底规定的性质而言, 其属于法律推定还是事实推定, 也是存在争议且亟须明确的问题。事实推定是法律推定的对称, 是指根据已经证实的事实, 推定另一事实的存在。法律推定直接依照法律条文的明确规定, 而事实推定则是基于经验法则、生活逻辑或自然法则所作的推断。“有其他证据足以认定行为人应当知道的”以及“其他可以认定犯罪嫌疑人、被告人明知的情形”, 从语义上不难看出, 立法者将是否满足基础事实要求, 是否足以认定行为人主观明知的工作交由侦查、检察和审判人员决定, 属于自由裁量的范畴, 故应当将兜底规定归属于事实推定的一种。基于此前提, 会产生两个问题。第一, 在明知列举情形中, 兜底条款与其他明示行为条款之间的性质如何区分, 将法律推定和事实推定置于同一逻辑范围之内, 是否合理和严谨? 第二, 兜底条款中的认定标准如何确定? 如何理解和细化“其他证据足以认定”的规定? 一定意义上, 兜底条款的设置无疑扩大了明知推定的范围, 扩张了明知推定的权力, 兜底条款兼具人权保障和犯罪控制双重价值, 适用过程如何更为规范、精准, 是明知推定中无法回避的问题。

(三) 反驳条款: 证明责任与证明标准之争

推定包括不可反驳的推定和可反驳的推定两种形式。我国毒品犯罪中明知推定均属于可反驳的推定, 表1文件中均明确作出了“但书”规定, 表述一般为“但有证据证明明确属被蒙骗的除外”“但有证据证明其确实不知情或者确系被蒙骗的除外”。与此同时, 如果行为人可以作出“合理解释”, 那么也可以直接排除明知推定的适用。这些反驳条款对推定的兜底条款适用形成了有形制约, 也明确并保障了被告人、犯罪嫌疑人的对质权。在人权保障、无罪推定, 以及证据裁判理念深入人心的现实背景下, 看似周全的反驳条款逐渐成为分歧最多、反对声音最大、敏感程度最高的规定, 当然这并非毒品推定规范的专属, 而是所有的推定规范都无法回避的两个质疑, 即证明责任与证明标准。

举证责任方面, 我国刑事诉讼法明确规定, 公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担。基于此, 理论与实务界均有观点称, 毒品犯罪中的明知推定规范要求行为人作出合理解释, 并且将提出证据及证明行为人确实不知情或确属被蒙骗的责任交由行为人承担, 违背了举证责任分配的原理, 同时违反了无罪推定及不得强迫自证其罪的原则。即使犯罪嫌疑人认可此举证责任并同意提供证据, 现实中也难以操作和实现, 其意欲承担举证责任之

^① 对此, 何家弘教授直言, 我国法律和司法解释中推定规则的混乱主要表现在应该设立推定规则的事项不明确, 推定规则使用的语言表述不统一, 以及“兜底性规定”的滥用等方面。陈瑞华教授指出推定的适用有可能会带来事实认定的错误, 甚至造成一定的冤假错案, 应要求法官尽量减少事实推定的适用, 严格限制法官在此方面的自由裁量权, 减少事实推定产生负面作用的空间。分别参见何家弘:《从自然推定到人造推定——关于推定范畴的反思》, 载于《法学研究》, 2008年第4期, 第110-125页; 陈瑞华:《论刑事法中的推定》, 载于《法学》, 2015年第5期, 第105-116页。

时,往往在其被采取强制措施之后,此时证据的搜集、固定工作往往不能顺利展开。所以,反驳条款一方面有违法理,另一方面有形同虚设之嫌。

证明标准方面,我国刑事诉讼法确立了确信无疑的证明标准。就控方而言,一般认为,毒品犯罪中的明知推定也必须严格依照该标准,不能成为确信无疑证明标准的例外。^[4]具体而言,控方需要经过法定程序对基础事实(列举情形)进行查证,并排除合理怀疑^①;但就反驳条款而言,行为人或犯罪嫌疑人所提供的证据或作出的证明是否要达到确信无疑的标准,则存在一定的分歧。反驳证明的标准问题涉及公正和效率价值之争,也关乎人权保障和打击犯罪的有机统一问题,如何基于不同立场平衡处理,在禁毒理论与实践依然没有明确合理的答案。

三、价值权衡:毒品犯罪中明知推定的构建与适用方案

整体而言,毒品犯罪主观明知方面亟须解决的问题主要有3个层面:一是要不要设置推定;二是如何设置推定;三是推定应当如何适用。

(一) 毒品犯罪中明知推定设置的合理性

伴随着网络、通信、物流等技术的迅猛发展,毒品犯罪形势和犯罪方式已经发生了翻天覆地的变化。越来越多人认识到,推定的运用有其合理性,也有其必然性。在毒品犯罪中设置明知推定有其紧迫的现实需求,存在合理性和必要性。

1. 毒品犯罪形势因素。我国自2015年起开始对外公布《中国毒品形势报告》,报告中专设“毒品贩运”章节,对当前毒品犯罪活动形势和发展趋势进行了总结性介绍。从中可以看出,当前毒品贩运方式已经发生了根本性变化。“互联网+物流”已成为贩毒活动主要方式,隐蔽程度越来越高。贩毒分子利用寄递物流渠道,通过假名、藏匿、夹带等手段走私贩运毒品的现象也愈发普遍,利用涉毒特殊群体贩毒的行为屡禁不止,反复性强,打击处理难度大。毒品犯罪方式的变化使得毒品能够以较低成本流入消费渠道,并开始对个人、社会及国家造成现实威胁,由此倒逼禁毒法律制度及时回应。主观明知推定作为定罪构成要素和关键因素,与其说是有效打击毒品犯罪的“无奈之举”,莫不如说是改善毒品形势,维护公众权益和国家利益的“有力武器”,能够实现对毒品犯罪活动的有效、规范治理,实现对毒品犯罪的整体控制,净化社会风气,实质上保障公众权益。

2. 毒品犯罪刑事政策因素。禁毒工作关系国家安危、民族兴衰和人民福祉,历史上我国就深受毒品的侵害,民众对毒品犯罪从严惩治形成了高度共识,厉行禁毒也是党和政府的一贯立场和坚决主张。近年来,人民法院一直坚持从严惩处毒品犯罪的刑事政策。体现到毒品犯罪中主观明知推定方面,则要求通过推定规则的运用,为毒品犯罪惩治工作提供便利,实现对毒品犯罪的有效治理。在刑事政策的指导下,通过推定方式确定行为人的明知,并不违

^① 对此也有不同意见,如劳东燕教授认为,刑事推定并非刑法中的常规现象,而是排除合理怀疑规则的例外。参见劳东燕:《认真对待刑事推定》,载于《法学研究》,2007年第2期,第21-37页。

反法治的要求。^[5]从近年来推定的适用效果来看,也确实为从严打击毒品犯罪提供了有力支撑,实现了对毒品犯罪分子的有力震慑。故此,应当肯定推定在毒品犯罪中设置和适用的合理性和必要性。

3. 毒品犯罪证据与证明因素。毒品犯罪大多属于主动式侦查、无被害人、非接触式犯罪类型。^[6]除口供外,想要通过其他证据直接证明行为人主观心理状态并非易事。针对无法像实物那样可以现场观察,并加以描摹的故意心态,即使有证明意识,也往往缺乏对主观要素的证明手段。^[7]毒品犯罪案件证据少、证明困难,对明知方面设置推定具有急迫的诉求;另外从提高打击毒品犯罪效率、节约司法资源层面,推定也可以实现其内在价值。所以说,毒品犯罪中明知推定的设置有其理论基础,也有实践需求,有历史沉淀,也有现实基础。

(二) 毒品犯罪中明知推定设置的依据与范式

现行的明知推定规范在禁毒实践中发挥了重要作用,但正如前文所言,其仍然存在规范性不足、概括性不足等问题,有必要重新审视和构建。

1. 明知推定的制定主体。从表1中不难看出,目前毒品犯罪明知推定规范的制定主体包括最高人民检察院、最高人民法院、公安部等,规范名称多为《意见》《纪要》《规定》。从制定主体和规范名称来看,现行主观明知推定的规范在法律层级上并非属于司法解释,而是属于司法解释性质文件。司法解释性质文件与司法解释在制定主体、规范形式、备案程序方面存在差异。^①从严格意义上说,司法解释性质文件由于缺少制度化基础,并不具有正式法源的地位。^[8]对禁毒工作如此重要的推定规则实际上并不具有正式法源地位,这难免有些尴尬,于是自然衍生出明知推定规则应在何种法律层级中设置的问题。

明知推定在程序层面具有简化证明的作用,实体层面明知也具有犯罪构成要素的意义。实践中,通过推定认定犯罪嫌疑人对毒品具有主观明知,自然过渡到认定其构成犯罪四要件中的主观方面要件,进而对其定罪追诉。实践中的惯常操作实际上将证明意义上的“明知”与犯罪构成中的“故意”混为一谈,从这个意义上来讲,明知推定关乎是否构成犯罪和构成何罪的问题。按照我国《立法法》第8条规定,犯罪与刑罚属于完全法律保留事项,也就是说,涉及犯罪与刑罚问题的,只能制定法律,也就是只能由全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使立法权。按照这个逻辑,现行关于毒品犯罪主观明知的推定规范均属于违反立法法规定,无理也无据。^②

实际上,我们所讨论的明知与犯罪构成中的主观方面并不一致。从逻辑关系上来讲,后者

^① 司法解释性质文件与司法解释的区别可以概括为:第一,后者的制定主体仅为最高司法机关,前者则可包括“两高”以外的其他机关;第二,后者编列了司法解释文号,而前者通常仅标有发布文号;第三,后者须经备案程序,而前者却无须经备案程序。参见聂友伦:《司法解释性质文件的法源地位、规范效果与法治调控》,载于《法制与社会发展》,2020年第4期,第210-224页。

^② 对此,赵秉志教授指出,对毒品的主观认识内容包括“应当知道”,并不是立法所规定,而是司法实践的概括和解释。通过司法解释的方式,将一种刑事推定(即“应当知道”)作为犯罪故意的认识内容,这一做法是否妥当应当进行审查。赵秉志教授将推定规定文件视为司法解释的观点有待商榷,但其认为司法解释不应当对类似刑事推定作出规定,具有较强的借鉴意义。参见赵秉志,李运才:《论毒品犯罪的死刑限制——基于主观明知要件认定的视角》,载于《中南民族大学学报(人文社会科学版)》,2010年第5期,第111-116页。

与前者属于包含与被包含的关系,犯罪主观方面是行为人对自己实施的犯罪行为以及犯罪结果的心理态度,包括故意和过失,而明知则属于故意中的要素事实,属于犯罪构成要件事实,二者具有不同的归属范围和认定逻辑。刑事诉讼中的证明对象是犯罪构成要件事实,而非犯罪构成要件。^[9]从这个角度而言,主观明知的认定并不直接等同于我国立法法中的犯罪与刑罚事项。

基于以上分析,现阶段我国关于毒品犯罪明知推定规范设置在司法解释中是较为合理和折中的解决路径。一方面节约了立法的成本和周期,另一方面解决了正式法源地位的问题。司法解释由最高人民法院、最高人民检察院作出,能够兼顾权威性和灵活性,可以根据毒品犯罪形势的变化及时作出调整,为禁毒实践提供强有力支撑,特别是在审判中心主义背景下具有积极、深远的意义。当然,如果能够在法律层面进行推定规则设置,是更为理想的选择,也会从根本上解决毒品犯罪案件证明难题,优化禁毒资源分配。但相对而言,通过刑法作出规定的难度较大,司法解释仍为最优选择。

2. 推定的语言规范。现行推定规范采用“列举+兜底+反驳”的表述方式,具有一定的合理性。但正如上文所言,目前毒品犯罪中的明知推定规范在上述3个层面均存在一定问题,如语义重复、逻辑混乱等。合理化构建毒品犯罪明知推定规范,一方面需要尊重推定理论的基本要求,另一方面必须要注重与毒品犯罪实践的紧密贴合。当前毒品犯罪形势已经发生了深刻变化,故在列举条款层面必须要具有一定的前瞻性,防止法条僵化的现象。为此,建议明知推定规范中的列举条款要进一步明确逻辑关系、整合重复情形,以案例大数据为依据,以行为为中心构建更为严谨、周密的情形,明知推定的列举情形,也就是所谓推定的基础事实,需要满足违背常理、违反日常生活经验和惯常逻辑的特点。

在推定用语的使用上,除最早的《毒品犯罪案件公诉证据标准指导意见(试行)》外,其他的规范并不直接使用“推定”一词,而是采用“可以认定其‘应当知道’”或“可以认定其明知是毒品”表述。实际上,无论理论界还是实务界,绝大多数的观点均认为类似的规定就是推定规范^①,为此,应当承认推定的法律地位,在明知认定规范中直接使用推定的表述,以此减少明知认定中的理论争议和适用分歧。具体而言,在明知推定规范中,可直接表述为“对于具有下列情形之一,并且犯罪嫌疑人、被告人不能作出合理解释的,可推定其明知”。

兜底条款方面,如上文所言,其与列举情形归属不同的逻辑范畴,不应在同一条款中并列设置,故建议将其单列。

基于上述分析,目前我国毒品犯罪中主观明知推定规范的表述可作如下调整:第一,明确使用“推定”的表述;第二,删除列举情形中重复表述,调整逻辑关系;第三,兜底条款单列。

(三) 明知推定规范的适用逻辑

毒品犯罪明知推定规范对毒品犯罪惩治具有明显、积极意义,在实践中得到了办案人员的“喜爱”甚至“依赖”;但与此同时,随着人权保障理念的深入以及法治建设的深入推进,

^① 最高人民法院刑五庭审判长方文军参与多部毒品犯罪司法解释、规范性文件的制定工作。他在文章中明确指出,《大连会议纪要》规定的明知情形即为推定,是认定行为人主观上明知行为对象是毒品的重要依据。参见方文军:《毒品犯罪案件中的证据认定与特情引诱》,载于《人民司法(案例)》,2017年第17期,第19-22页。

推定的适用也备受争议。如何正确规范运用推定规则, 如何实现对推定适用的必要限制, 在正义与功利价值之间、犯罪控制与人权保障之间寻求最大程度的平衡, 是理论与实务界共同的向往。

1. 推定在死刑案件中的适用限制。明知推定是否能够在毒品死刑案件中适用, 一方面要尊重推定适用的理论基础, 另一方面也要充分考虑办理毒品犯罪案件的现实需求。在证明的意义上, 推定改变了通常的犯罪构成要件。^[10]对主观方面的认定并非依靠直接证据(如口供), 而是通过其他证据结合理性逻辑和日常经验法则作出的认定, 但包括明知在内的主观层面的事物会存在个体差异, 也会伴随社会发展产生变化, 必然为虚假和错误留下部分空间。所以, 无论从公正价值的追求, 还是从权利救济的可能性, 均应当在毒品死刑案件中对推定作出规制。但从毒品犯罪死刑适用率的现实情况来看, 一味地禁止推定在死刑案件中适用, 实际上会导致推定的功能弱化或空置, 也会影响到毒品犯罪打击的效果。为此, 从兼顾正义与功利价值的角度, 将死缓和死刑立即执行作为参照, 折中处理的建议为适用明知推定的案件, 一般不得判处死刑立即执行, 但可以判处死缓, 以此对明知推定适用作出必要限制, 并且为案件纠错提供可能; 同时, 也能发挥推定在打击犯罪方面的突出作用, 对毒品犯罪分子实现有效震慑, 贯彻厉行禁毒的方针与政策。

2. 明知推定不违背举证责任分配原理。毒品犯罪中的明知推定是允许反驳的, 也就是说行为人能够作出合理解释, 能够“有证据证明其确实不知情或者确系被蒙骗的”, 则可以推翻主观明知的认定, 案件诉讼流程可能终止。作出合理解释或提供证据的主体是犯罪嫌疑人, 正因如此, 许多观点认为此举违背了刑事诉讼法举证责任的分配原理, 也违背了不得强迫自证其罪的原则。实际上这是对举证责任的误读与僵化认识, 也忽视了推定设置的法律基础和现实需求。举证责任倒置与推定之间并非一回事, 毒品犯罪明知认定是对主观活动的归纳总结, “是否知道”只有当事人自己最为清楚, 其自身也有提供证据证明或作出解释的便利和能力, 推定就是因实践中的证明困难而创设的法律机制, 就像基于公正而分配证明责任一样, 推定的创设目的就是纠正由于一方当事人更容易证明而产生的不平衡。推定创设的目的在于调节, 而非分配, 所以不能简单地将其当作是证明责任转移的产物。^①

3. 推定反驳应确立合理怀疑的证明标准。证明标准无疑是国家与个人关系的重要平衡器, 反驳条款的证明标准与基础事实紧密相关, 反驳效果的实现依赖于基础事实有无变化或疑问。刑事诉讼的审判结果更多关涉个体人身自由, 因此其在裁判结果的真实性方面提出了更高要求。^[11]犯罪嫌疑人对明知推定提出反驳, 仅需要使基础事实“未能排除合理怀疑”即可, 这样就削减了刑事诉讼案件的真实性程度。从现实操作层面看, 行为人进行推定反驳时, 受自身取证能力和证据保护意识的影响, 难以实现确信无疑的证明标准, 其只要能够提

^① 现有的毒品犯罪办案规范中的推定全部属于允许性推定。这类推定的设立降低了控方的证明负担, 将存疑风险转移到了被告人身上。因此, 无论是出于诉讼公平还是避免被告人错误入罪的考虑, 都有必要允许辩方举证反驳, 这实际上也是对控方允许性推定运用的必要制衡。但是, 这并不等于必须在规则中明确地将被告人的这种举证界定为举证责任倒置抑或转移。参见梁坤:《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》, 载于《证据科学》, 2018年第5期, 第533—546页。

供证据对基础事实产生疑问即可实现抗辩效果,使待证事实陷入真伪不明状态就达到证明的目的,不必达到确实、充分的证明标准。^[12]因此,按照无罪推定和有利于被告人的刑事诉讼原则,为充分保障犯罪嫌疑人、被告人的辩护权和人权,其在进行推定反驳时所进行的证明,不宜规定较高、过严的标准,证据使得法官对某一阻却事由之成立形成“合理怀疑”时,该“推定”即告失效,并应由控方进一步提供证据排除该合理怀疑。^[13]合理怀疑的证明标准属于一个较低的证明标准,一方面能够为犯罪嫌疑人反驳推定提供便利,另一方面也能够对推定适用提供反向制约,就毒品犯罪案件的实际情况来看,是较为适宜的处理方案。

四、结 语

“千万不要去试探人心”,主观层面的事物难以捉摸。推定为认定主观明知嫁接了一座桥梁,但这个桥梁也会摇摆,使人面对选择。毒品犯罪中的明知推定规范有其充分的现实需求基础,是推进禁毒工作的有力武器,但明知推定如同毒品形势一般复杂多变,需要在设定基础、立法范式、规范适用等层面进行精细化考量,同时要做到与时俱进。大数据技术的运用为行为惯常逻辑、生活行为法则提供了经验样本,未来推定的设置和适用也应当拥抱大数据技术,在毒品犯罪打击与人权保障之间寻求最大程度的平衡。

参考文献:

- [1]陈瑞华.论刑法中的推定[J].法学,2015(5):105-116.
- [2]李姗.毒品犯罪主观“明知”认定难的应然出路:从列举式推定到推定规则[J].福建警察学院学报,2016(1):19-25.
- [3]孙秀丽,金华捷.超出“明知”推定司法解释明示条款的分析与认定[J].中国检察官,2020(8):27-31.
- [4]张保生.推定是证明过程的中断[J].法学研究,2009(5):175-194.
- [5]周光权.明知与刑事推定[J].现代法学,2009(2):109-118.
- [6]王锐园.毒品犯罪案件技术侦查措施运用研究[J].中国刑警学院学报,2019(4):62-67.
- [7]陈兴良.目的犯的法理探究[J].法学研究,2004(3):72-81.
- [8]聂友伦.司法解释性质文件的法源地位、规范效果与法治调控[J].法制与社会发展,2020(4):210-224.
- [9]董坤.构成要件与诉讼证明关系论纲[J].法律科学,2020(1):170-178.
- [10]纵博.刑事被告人的证明责任[J].国家检察官学院学报,2014(2):122-133.
- [11]赵信会.禁止自证其罪与刑事证明妨碍的冲突与衡平[J].法学论坛,2020(1):143-151.
- [12]赵志华.论毒品犯罪中“明知”的证明标准[J].证据科学,2013(3):325-333.
- [13]孙远.刑事证明标准层次性理论之适用问题研究:以《刑事诉讼法》第55条第2款之解释为视角[J].法学家,2019(5):59-73.

(责任编辑:黄小芳)