毒品纯度和毒品含量有何区别

◇ 赖正直 王 敏

刑事焦点

近年来，受国际国内各种因素影响，海洛因、冰毒等传统毒品的来源减少，一些不法分子转而使用麻醉药品和精神药品等具有成瘾性的物质作为传统毒品的替代物，导致麻精药品犯罪案件呈增长趋势。在麻精药品犯罪案件中，涉依托咪酯的犯罪问题较为突出。依托咪酯原是一种催眠性静脉麻醉药，常用于短时手术麻醉，因具有一定的致幻作用，近年来，被用作传统毒品的替代物，主要手段是将依托咪酯添加或者勾兑在电子烟烟油中，打着“上头烟”的名义贩卖。由于依托咪酯大多被添加在烟油等物质中，成分混杂，能否将查获的烟油数量认定为依托咪酯数量，办案实践中存在争议。一种观点认为，刑法第三百五十七条第二款明确规定：“毒品的数量以查证属实的走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品的数量计算，不以纯度折算。”因此，查获的烟油数量就是毒品数量，不按依托咪酯的含量折算毒品数量。另一种观点认为，毒品纯度不同于毒品含量，依托咪酯被添加在烟油中，往往含量明显较低甚至极低，如按烟油数量认定毒品数量，可能导致量刑过重，罪责刑不相适应。因此，应当对查获的烟油进行含量鉴定，按照依托咪酯含量折算出烟油中的依托咪酯数量，认定为毒品数量。

这就牵涉到一个先决性的问题：毒品纯度和毒品含量究竟有何区别？只有解决了这个问题，才能回答是否要以含量折算毒品数量的问题。以下试作若干分析。

一、毒品纯度和毒品含量的概念辨析

查《现代汉语词典》，“纯度”是指“物质纯净的程度”；“含量”是指“一种物质中所包含的某种成分的数量”。按照这种作为一般用语的定义，“纯度”应是指物质中某种成分所占的百分比，是一种相对比例，而“含量”是指物质中某种成分的质量或数量，是一种绝对数值。例如，用200克奶粉和300克开水搅拌成500克的牛奶，则牛奶中的奶粉“纯度”为40%，而奶粉“含量”为200克。

但是，在司法实践中，对查获毒品所作含量鉴定的检验结果大多以百分比表述，例如“检出海洛因，其含量为35%”等。可见，司法实践中的毒品含量鉴定混同了纯度和含量的用语区别，虽然字面上使用“含量”一词，但实际表述的是“纯度”的意思。毒品犯罪案件的办案人员大可不必纠结于毒品纯度和毒品含量的区别，因为“纯度”和“含量”本来就是基于不同维度对同一事物的描述，实践中毒品含量鉴定亦未严格区分纯度和含量，所谓的毒品含量鉴定实际上就是毒品纯度鉴定。

二、毒品数量一般不以纯度折算

明确了司法实践中的毒品含量鉴定实际上是毒品纯度鉴定，上述的关于涉依托咪酯案件的争议也就不难解决。刑法第三百五十七条第二款已明确规定毒品的数量不以纯度折算。因此，查获的烟油数量就是毒品数量，无须按照鉴定的依托咪酯含量（即纯度）折算毒品数量。

从主客观相一致原则来看，贩卖毒品罪既要求所贩卖的物品客观上具有毒品效用，同时也要求行为人主观上是将其当作具有毒品效用的物品进行贩卖。在涉依托咪酯案件中，由于依托咪酯被添加进烟油中，烟油在整体上具有“上头”效果（即毒品效用），买卖双方主观上也是追求烟油整体具有的“上头”效果，并非单独买卖其中的依托咪酯。将添加依托咪酯成分的烟油从整体上认定为毒品，并据以认定毒品数量，符合主客观相一致原则。

从司法实践的历史沿革来看，认定毒品数量的基本思路和规则是经历过一些变化的。按纯度折算毒品数量的理念，来源于1994年最高人民法院制定的《关于执行〈全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定〉的若干问题的解释》，该解释第十九条规定：“海洛因的含量在25%以上的，可视为《决定》和本解释中所指的海洛因。含量不够25%的，应当折合成含量为25%的海洛因计算数量。”但1997年刑法修改后已经明确否定了上述理念。多年来，司法实践均按照“不以纯度折算”的思路和规则认定毒品数量，如果只针对涉依托咪酯案件另辟蹊径，恐将造成量刑失衡，有损司法公信力。

从打击治理成本来看，当前能够进行毒品含量鉴定的机构不多，能够进行依托咪酯含量鉴定的则更少，鉴定成本相当高。在涉依托咪酯违法犯罪多发的形势下，如果要按含量折算依托咪酯数量，那就意味着每一件涉依托咪酯案件都要作含量鉴定，人为造成打击治理成本增加，不利于提高打击治理工作质效。

需要注意的是，2023年《昆明会议纪要》规定：“除司法解释另有规定或者为了逃避查缉等临时改变毒品常规形态的情形外，一般均应将查证属实的毒品数量认定为毒品犯罪的数量，并据此确定适用的法定刑幅度。”按照这一规定，“毒品数量不以纯度折算”存在例外情形，即“司法解释另有规定或者为了逃避查缉等临时改变毒品常规形态”。其中“为了逃避查缉等临时改变毒品常规形态”主要是指为了增加查验难度、逃避查缉，对毒品进行深度藏匿或伪装，例如将固体海洛因溶解后吸附在地毯、棉衣上运输，到达目的地后再将海洛因分离出来，恢复常规形态。这种临时改变毒品形态的行为在主观方面和客观方面均有别于上述将依托咪酯添加在烟油中的情形，故不能将查获的物品重量直接认定为毒品数量。例如将固体海洛因溶解后吸附在地毯、棉衣上的情形，不能直接将查获的地毯、棉衣的重量认定为毒品数量，而是要将其中所含的海洛因成分分离、提取后，再进行称量、鉴定，进而认定毒品数量。

毒品数量不以纯度折算，并不意味着毒品的纯度或含量不重要。实际上，毒品的纯度或含量同样是毒品犯罪社会危害性的重要体现。如果说毒品的数量体现了毒品犯罪社会危害性的广度，那么毒品的纯度或含量则是体现了其深度。因此，在办理毒品犯罪案件时仍需重视毒品含量鉴定，对司法解释规定应当作含量鉴定的情形，尤其是对可能判处死刑的案件，必须不折不扣地做好相关鉴定工作。

三、毒品含量极低案件的处理

在涉依托咪酯案件中，确实存在依托咪酯含量极低的情形，正是因为如此，才会有人认为根据查获的烟油数量认定毒品数量可能导致量刑过重、罪责刑不相适应，并提出根据依托咪酯含量折算毒品数量的观点。还有人认为，虽然毒品数量不以纯度折算，但如果烟油中依托咪酯含量确实达到了极低的程度，说明其社会危害性远小于含量较高的情形，可考虑适用刑法第六十三条第二款在法定刑以下判处刑罚。

但笔者认为，对于毒品含量极低的案件，在刑法和司法解释有明确规定前，不宜适用刑法第六十三条第二款在法定刑以下判处刑罚。理由是：第一，在宽严相济刑事政策中，毒品犯罪是“从严”的对象，我国对毒品犯罪的从严惩处方针是一以贯之，从未动摇过的。对于没有法定减轻情节的毒品犯罪，仅因毒品含量极低就在法定刑以下判处刑罚，与从严惩处的政策方针不符，且缺乏充足的理论依据。第二，刑法第三百五十七条第二款明确规定毒品的数量不以纯度折算，“这样规定体现从严打击毒品犯罪的一贯宗旨。”在立法导向如此明确、毫无争议的情况下，转而寻求在法定刑以下判处刑罚，有规避法律之嫌，亦有违罪刑法定原则。第三，关于毒品含量高低与刑罚轻重之间的关系，目前仅有《常见犯罪量刑指导意见》规定：“毒品含量明显偏低的，可以减少基准刑的30%以下。”但这是关于法定刑幅度内量刑的规定。对于毒品含量低到何种程度才可以在法定刑以下判处刑罚，以及具体如何掌握在法定刑以下判处刑罚的标准，没有相关规定可以作为依据。所以，就算要适用刑法第六十三条第二款对毒品含量极低的案件在法定刑以下判处刑罚，实践中也会因为缺乏明确标准而难以操作。

对于毒品含量极低的案件，应当按照2023年《昆明会议纪要》“涉案毒品纯度明显低于同类毒品的正常纯度的，量刑时可酌情考虑”的规定处理，即在法定刑幅度内酌情从轻处罚，不宜在法定刑以下判处刑罚。当然，这也不是绝对的。如果毒品含量极低的案件同时具有其他较为突出的从宽情节，如毒品刚刚达到“数量大”标准、行为人身体残疾、因生活所迫而犯罪、受人引诱或教唆而犯罪等等，结合这些情节，综合考虑全案情况，也可以适用刑法第六十三条第二款在法定刑以下判处刑罚。只是不能因为毒品含量极低就在法定刑以下判处刑罚罢了。

（作者单位：广西壮族自治区高级人民法院；广西壮族自治区人民检察院）

玩忽职守犯罪中“职责义务”的认定困境及破解

◇ 贾健 荣冲

问题探讨

从风险社会刑法观来看，国家在一定条件下要求公民履行积极义务，符合其“公民社会”“防卫社会”的基本逻辑。但在社会风险递增、分工进一步细化的背景下，审慎推进刑法的行为限制功能成为保障社会创新机能的热点话题。在此前提之下，玩忽职守罪的设立，不难理解为一种对公共利益、社会秩序的保护和对危险源的管控。但值得注意的是，玩忽职守罪的构成要件之一，“履行公职”，既不等于向单一社会个体提供服务，亦不等于保护单一社会个体的权益免受侵害，其本质是“保障公共服务”的抽象化表述。如果笼统地认为国家机关工作人员对所有法益、危险源均负有管控义务、处于保障人地位，则难以避免扩张本罪的处罚范围，违反罪刑法定原则，甚至陷入自然主义的思维模式。所以本文所探寻的，是应对“相关人员对何种危害后果负有实在职责”这一难题。置言之，即探究玩忽职守罪中“职责义务”的认定问题。

一、玩忽职守犯罪中“职责义务”的认定困境

第一，直接职责与间接职责模糊不清。公务活动的开展，是上行下效，贯穿于行政机关体系始终的，玩忽职守犯罪的出现，一方面可以归因于执行者的疏忽大意、自信过失，另一方面也可以归因于决策者的决策失误、审核失误。需要注意的是，在此类案件责任主体的失误与最终的危害结果之间往往呈现出“多因一果”的复杂关联，导致同一案件可能牵涉多名责任人，直接职责与间接职责的认定则成为厘清案件事实的关键因素。比如，近年来，社区矫正玩忽职守的案件频频发生，司法所工作人员疏于监管社区矫正对象，导致其脱离控制后重新犯罪，造成危害后果。此类案件大多追究了决策者与执行者的共同责任，但在直接职责与间接职责的认定上出现了差异。部分法院会区分直接责任人员和间接责任人员，并在最终的定罪、量刑等多个方面体现差异性；另一部分法院则直接同等看待，不区分所长和司法所工作人员在其中应当承担的责任，以二者的直接责任作为依据进行推论。但无论是单纯依据间接职责进行认定，还是仅根据直接职责进行认定，都可能导致定罪量刑的失衡。因此，法院在认定责任时需要综合考虑直接职责与间接职责的不同情形，以及它们在案件中的具体作用和影响。

第二，“职责义务”的归责过程混乱。当法律、组织规定或职业道德未能为特定角色或职位提供明确或详尽的职责义务规范时，往往会为归责过程埋下隐患，引发一系列的混乱。这种缺乏明确性的状态，如同一团薄雾笼罩在职责与义务的边界之上，使得行为人在面临问题时，无法清晰判断自己应当履行的职责和承担的义务。而一旦出现问题或事故，责任归属的确定则变得异常困难和复杂。

在单位内部，便存在着上级领导通过口头指令明确岗位内容和工作要求的现象。这种指令虽然对下属人员或特定个人产生了普遍约束力，本质上仍属于行政机关通过自我管理来规范公共事务的自律行为，属于对职责义务的进一步解释，即“任务指派”。但司法实践中“疏于监督”“行政体制层级过多”等因素，则导致了玩忽职守犯罪认定过程中“任务指派”与法律法规的冲突，引起了归责过程的混乱。

二、玩忽职守犯罪中“职责义务”的认定依据

第一，以“事务相关性”作为职责义务的形式依据。就国家正常运转的核心事务而言，当责任人员“承担”了维护国家正常运转的核心事务时，应严格考察其是否具备法律文件的授权。如果有，其履职程度应当与法律法规严格对应。如若没有，则应成立他罪，不需讨论履职程度的问题。就规范操作的流程性事务而言，应当研究责任人员的主观要件。即此类型涉案公务人员在履职之前应当清楚认识到不遵循规范操作可能导致的危害后果，而这种“预见”的范围应当包括引起被监督者实施犯罪行为的可能性。就社会治理许诺引起的延伸事务而言，则需要考虑“是否具有法定职责”“是否属于行为规范”“是否具备履职条件”等问题，研究危害后果与玩忽职守行为的因果关系。以上三个类别，内容由繁琐到直接，履职的重要性也从重大递减到轻微，所以三个不同类别职责义务的延伸性也不同。应当承认的是，无论是玩忽职守罪，还是其他义务犯罪，都应该以认定维护“国家正常运转的核心事务”为主，以其他附带的流程性事务、延伸事务为辅，分清主次。

第二，以“保护法益”作为职责义务的实质依据。在目的解释的路径下，作为玩忽职守罪的构成要件，职责义务与保护法益之间又产生了更为复杂的关系，但同时这部分关系也更加原始，更为基础。从保护集体法益的角度分析，玩忽职守犯罪基本上是对负有监管、执行责任的公务人员而创设的特别命令性规范，是针对特殊群体的，要求负有职责义务的个人不能损害国家工作人员的公正性以及公众的普遍信赖利益，区别于贪污贿赂犯罪所作出的禁止性规范，更加强调职责义务的“控制”功能。所以，职责义务的实质内容自然应当是特设的命令性规范（即规则与道德），控制相关主体作出或不作出动作。在此层面，职责义务体现为具体的岗位职责，是根据工作性质、工作内容和工作要求等因素制定的，旨在明确相关主体在特定岗位上的责任和义务。并且，职责义务也可能体现为社会公认的行为准则，受到社会公德、家庭美德或者习惯等因素影响。然而，从保护个人法益的角度分析，职责义务的实质内容则表现为保护他人利益或自由，保护社会成员共同享有的人身安全、卫生、教育以及文化等多方面权益，强调职责义务的“保护”功能。

在此基础上，所谓的职责义务被赋予了“更加良善”“造福社会”的附加性意义，这也直接引发了职责义务从传统义务模型中的脱离，强调公民向“国家”的委托授权，要求“国家”履行职责，进而由“国家”对社会责任、基本良知以及职业规范作更具体的规定。

三、玩忽职守犯罪中“职责义务”的认定标准

第一，以“行政管理关系”的有无为认定核心。具体判断应当按照以下顺序：首先，相关主体是否获得国家法律法规或者行政机关的授权。以人民警察为例，某公安局副局长分管所属辖区的治安管理工作，某派出所民警分管某社区的维稳、舆情工作，某值班民警负责该时段所属辖区的治安巡逻工作，以上三种情况属于实然的行政授权，符合玩忽职守罪的管理范围。相反，某镇卫生所卫生员、某乡卫生所医生共同负责具体乡村的疫苗注射统计工作，卫生员负有法律规定“上传下达”的职责义务，卫生所医生则接受了镇卫生所“登记造册”的任务指派。前者属于实然的行政赋权，后者只是形式的合同委托，不必然产生责任，所以只有卫生员符合玩忽职守的管理范围。其次，相关主体是否作为，会对社会管理产生积极或消极的影响。以社区司法工作者为例，司法所工作人员负有对社区矫正人员的管教与帮扶，监督其进行矫正活动的责任。而社区司法工作者则是受当地司法所委托，对矫正人员进行“指导服务”“监督日常生活”等活动。虽然司法工作者与司法所工作人员均负有监督、执行矫正工作的职责义务，但其不履行、消极履行职责义务产生了不同的结果。对于司法所工作人员而言，不履行职责，将直接导致矫正人员无人可管，法律的要求被闲置，国家的政策变成空谈。对于社区司法工作者而言，不履行职责，将直接导致矫正人员没有接受矫治，矫治效果将大幅降低。

第二，以职责与职权的相关性为必需。首先，在行政管理关系之中，责任主体应当负有要求权或请求权。这种情况下，国家机关工作人员或“拥有国家机关工作人员外观”的人员，应当有要求相对人让渡权利的要求权或请求权，而相对人则具有做某事或不做某事的义务。该类型案件的关键在于，合理判断行政管理关系与职权的相关性。其次，责任主体在具有要求权、请求权的基础上，还拥有诸如“禁锢人身自由”“禁止参加企业经营”“禁止参与交通”等限制性权利。如上文所述，限制性权利的出现伴随着法律关系的改变与责任的豁免，在这种权利格局之下，相对人往往没有或很少有渠道请求保护自己的合法权利。所以，无论是公务员法，还是刑法、刑事诉讼法，对于此种限制性权力都作出了更高的要求。在此基础上，要认定涉事主体是否具有职权，不仅要从行政管理关系上入手，更要关注限制性权力的行使规则。

第三，坚持以主要责任人为“职责义务”的中心。从责任的内容来看，玩忽职守中可能出现转移的责任一般存在两种，分别是领导责任和执行责任。在大多数玩忽职守案例中，领导责任被视为是间接责任而排除，执行责任则被视为直接责任，并在责任主体之间进行转移。

首先，以案件、事项的直接负责人为追责对象。以此为标准，能够有效消除现实部分案件的认定争议，既防止下级具体执行者机械执行命令，未按照规定进行职责范围内的再次审查，也防止上级领导未尽管理、监督职责而导致危害后果的发生。其次，多个玩忽职守行为造成的责任转移。在此类型中，危害结果的发生与多个玩忽职守行为存在相关性，它们同属一个完整的行政管理过程。该过程中的多个玩忽职守行为对危害结果均造成不同程度的影响，而这种影响既可能是决定性的，也可能是偶发性的。所以在对多个玩忽职守行为进行责任分配时，需要仔细研究其转移情况。最后，“参与”与“执行”行为引起的职责转移。按照犯罪支配理论，如果两个负有义务的人一个只是实施了“协助”或“指导”的参与行为，另一个人实施执行行为，则无法在结果影响力上获得同等评价。相反，在玩忽职守犯罪案件中负有相同职责义务的公务人员有可能同时实行了执行行为，相关领导的指导协助行为也有可能超越了“参与”的限度。

〔本文为2024年最高人民检察院检察应用理论研究课题“罪错未成年人分级干预矫治机制研究”的阶段性研究成果〕

（作者单位：西南政法大学刑事检察研究中心）

析疑断案

被帮助行为造成被害人财产损失是否构成“情节严重”

◇ 蔡 栋 李晓晴

【案情】

2023年1月1日至5日间，赵某招募了被告人何某某以及周某某等人，由赵某负责联系上线诈骗人员，并事先准备好用于连接酒店固定电话和酒店网络的转换设备，然后安排何某某、周某某等人来到本市某酒店登记开房。何某某等人在明知上线诈骗人员将使用酒店房间固定电话实施诈骗犯罪的情况下，依然使用本人身份证登记开房，用赵某提供的转换设备连接酒店房间的固定电话和网络端口，再由赵某联系其他犯罪分子调试转换设备，何某某等人待设备调试完成后离开房间。后上游诈骗人员利用此设备冒充京东客服对被害人姚某实施诈骗，姚某被骗损失89500元，被告人何某某从中未能获利。

【分歧】

本案在处理时对何某某的行为有两种不同意见；一种意见认为，被告人何某某帮助上游犯罪分子实施诈骗的数额近9万元，已经达到了诈骗罪数额巨大的标准，属于帮信罪司法解释第十二条第一款“情节严重”的情形中第六项“被帮助对象实施的犯罪造成严重后果”，应构成帮助信息网络犯罪活动罪。另一种意见认为，被告人何某某从中没有获利，本案不符合帮信罪司法解释中有关“情节严重”的情形，数额巨大的损失不属于情节严重的后果之一，只有参照“两卡”类犯罪中造成被害人及其近亲属死亡、重伤或精神失常的情况下，才能认定为“严重后果”，故本案被告人的行为不构成犯罪。

【评析】

笔者同意第一种观点。本案中，被告人何某某明知上游诈骗分子利用信息网络实施违法犯罪活动，仍为其提供架设通信设备等技术支持，虽然没有获利，但上游犯罪分子实施的诈骗行为造成被害人财产损失近9万元，虽然目前仅有《关于深入推进“断卡”行动有关问题的会议纪要》中对利用“两卡”类实施电信网络诈骗犯罪造成被害人及其近亲属死亡、重伤、精神失常认定为“情节严重”，并未对造成被害人重大经济损失等财产损害后果能否认定为“情节严重”作出规定，属于法律规定的空白，可运用法律的解释方法来进行考量。

从体系性解释角度出发，可以明确“造成严重后果”的参照系。纵观刑法分则及司法解释，有很多关于“严重后果”的认定，比如《最高人民法院关于审理破坏电力设备刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条中就“造成严重后果”的情形中列举了相应的情形，正是从造成人身伤亡及财产损失等方面进行相应的评价。又比如《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第四条第一款第五项、第六条第一款第五项均规定造成一定的经济损失均构成“后果严重”。因此，将造成被害人经济损失作为本罪情节严重情形之一的“造成严重后果”也有一定的参考依据。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中根据诈骗数额的不同对诈骗罪设置了三档法定刑，分别为三年以下有期徒刑、拘役或管制、三年以上十年以下有期徒刑及十年以上有期徒刑或无期徒刑，而《最高人民法院、最高人民检察院、公安部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》（以下简称《解释》）中规定利用电信网络技术手段实施诈骗，诈骗公私财物价值三千元以上、三万元以上、五十万元以上的，应当分别认定为“数额较大”“数额巨大”“数额特别巨大”。首先，现实中电信网络诈骗受害人被骗数额普遍会达到千元以上，若将诈骗数额较大即三千元认定为造成严重后果，势必会不当扩大打击面，降低入罪门槛。其次，在我国刑法理论研究以及司法实践中，基本上都能认同法定刑三年以下与三年以上有期徒刑作为轻刑与重刑的分水线，而诈骗“数额巨大”会让诈骗分子承担法定刑三年以上的有期徒刑，应归属于重刑，故将造成被害人数额巨大的财产损失认定为造成严重后果符合刑法罪责刑相一致的原则。最后，《解释》第十二条第二款规定了确因客观条件限制无法查证被帮助对象是否达到犯罪的程度，但造成特别严重后果的，应当以帮助信息网络犯罪活动罪追究行为人的刑事责任，这里的“特别严重后果”对应诈骗金额“数额特别巨大”的标准更为妥当，而且两个“特别”的用词也能相互呼应，如果将严重后果的标准径行认定为“数额特别巨大”，反而会大大增加定罪难度，不利于打击电信网络诈骗犯罪。

（作者单位：江苏省南通市崇川区人民法院；南通市中级人民法院）