



引用格式:石经海,赵戈.新精神活性物质法律管制的困境与出路[J].郑州轻工业大学学报(社会科学版),2022,23(1):58-70.

中图分类号:D914;D922 文献标识码:A

DOI:10.12186/2022.01.008

文章编号:2096-9864(2022)01-0058-13

# 新精神活性物质法律管制的困境与出路

## The dilemma and outlet of the legal control of new psychoactive substances

石经海,赵戈

SHI Jinghai,ZHAO Ge

西南政法大学 法学院,重庆 401120

**摘要:**新精神活性物质作为不法分子为规避毒品列管制度所作出的有意设计,因其翻新速度快、隐蔽性强等特征而与传统毒品的产生与性质存在显著差异。面对新精神活性物质的滥用问题,虽然我国采取了对策性的管制策略,但其仍然是传统列管手段的沿袭,并未与新精神活性物质的特性相兼容,导致在司法适用上已难以满足打击与审判需要,以及在合法性、明确性、有效性等方面存在相当不足。为有效实现对新精神活性物质的法律管制,应在坚守罪刑法定原则明确性要求的前提下,适当借鉴域外毒品列管的探索经验,构建以授权正当性为保障、以规范毒品内涵为基础、以毒品科学分级为主线、以快速与临时列管为补充的管制制度。

### 关键词:

新精神活性物质;  
列举管制;  
毒品犯罪;  
明确性

[收稿日期]2021-12-28

[基金项目]国家社科基金重大项目(20&ZD196);国家法治与法学理论研究重点课题(19SFB1005)

[作者简介]石经海(1970—),男,安徽省宿松县人,西南政法大学教授,博士,博士生导师,主要研究方向:毒品犯罪治理;赵戈(1996—),女,辽宁省营口市人,西南政法大学博士研究生,西南政法大学国家毒品问题治理研究中心研究人员,主要研究方向:毒品犯罪治理。

近年来,我国在严防死守合成毒品之际,游离于国家管制之外的新精神活性物质异军突起,成为继海洛因和冰毒之后的“第三代毒品”,给毒品法律管制制度与整个禁毒防控工作带来了极大挑战。我国自2015年起建立了专门的管制规范,并形成了常态化的管制方式与程序,列管物质数量一直保持与国际同步水平。与列管数量不断增加的积极态势相比,新精神活性物质法律管制的现状却并不理想。一方面,新精神活性物质因具有毒品的危害性与成瘾性属于实质意义上的“毒品”,却又不在于法律管制范围;另一方面,只有将新精神活性物质纳入管制目录中,其才能成为法律意义上的“毒品”。囿于冗长的论证程序与列管时限,管制措施往往迟滞于新物质的更新速度,并且在列管期间也足以让不法分子去重新制造其他物质。为了破解其列管困境,本文拟就新精神活性物质法律管制问题展开研究,以期对推进我国现有毒品法律管制改革有所裨益。

## 一、新精神活性物质的滥用情况

新精神活性物质来势迅猛,从一开始就以各种各样的物质类型冲击着各国或地区的毒品法律管制制度,其与法律意义上的毒品之间有何关系存在一定争议,因此有必要先分析新精神活性物质的概念及其与毒品的关系,再对国际、国内滥用情况予以考察,以总体把握新精神活性物质的概况。

新精神活性物质在法律意义上首次出现是在《2013年世界毒品报告》中,其定义是“不受1961年《麻醉药品单一公约》或1971年《精神药物公约》控制,滥用问题可能会对公众健康构成威胁的纯净物或制剂”<sup>[1]</sup>。随着毒品刑事政策的日益严格与禁毒防控工作的日益深入,

毒品价格在需求侧仍存、供给侧供给量大幅降低的背景下反而“水涨船高”。为了牟取高额利润,不法分子根据列举管制的特点,故意制造出游离于国际管制之外的新精神活性物质,以规避法律监管。例如,我国早在2001年就将氯胺酮作为精神药品纳入管制,后甲卡西酮等其他新精神活性物质开始在国内流行,其定义逐渐规范\*。新精神活性物质在司法实践中又被称为第三代毒品、实验室毒品、策划药和新型毒品等,不过从严格意义上来说,其与毒品之间不能等同视之。如果在非正式的语境和场合下将新精神活性物质称为毒品,可以表明国家对非法使用该类物质的管制与惩处倾向<sup>[2]</sup>。如果作为法律用语使用,新精神活性物质不能完全等同于毒品,二者的根本区别在于是否受到管制,只有在列入管制名单后,其才能被称为法律意义上的毒品。因此,第三代毒品、新型毒品等称谓应是指被纳入法律管制的新精神活性物质,毒品与新精神活性物质之间应属交叉关系。

其一,从国际视角来看,新精神活性物质种类处于持续增长态势,虽然其在消费市场的总体比重未超越传统毒品,但部分地区的滥用问题较为突出。联合国毒品和犯罪问题办公室将大部分国家与地区报告发现的新精神活性物质数量进行汇总,结果显示:2009年有166种,2012年增加到251种,2014年达到388种,2015年猛涨到602种,2019年约有950种,截止到2020年底,已达1047种。在区域分布方面,美国自2017年以来深受滥用芬太尼及其类似物问题的困扰;亚洲地区滥用氯胺酮问题更为突出;在拉丁美洲和加勒比海地区,非法贩运芬太尼及其类似物已经成为该地区禁毒执法工作的巨大挑战;非洲西部、中部和北部地区正在

\* 《2015年中国毒品形势报告》指出:“新精神活性物质又称策划药或实验室毒品,是不法分子为逃避打击而对列管毒品进行化学结构修饰所得到的毒品类似物,具有与管制毒品相似或更强的兴奋、致幻、麻醉等效果。”

遭受曲马多滥用危机;在欧洲和大洋洲地区,以兴奋剂为主的新精神活性物质在低龄群体中较为流行<sup>[3]</sup>。在药用效果方面,国际市场上以兴奋剂居多,如卡西酮类和苯乙胺类,占报告总数的36%;其次是合成大麻素受体激动剂和致幻剂,分别占报告总数的29%和15%;近年来阿片类药物呈明显增长趋势,占报告总数的9%<sup>[4]</sup>。在毒品消费层面,以新精神活性物质为代表的新型毒品尚未占据毒品市场较大份额。随着各国与地区逐步加强控制,新精神活性物质的消费市场还有转移变化的趋势。《2021年世界毒品报告》指出,一方面,新精神活性物质正在向低收入地区蔓延,如非洲截获的合成类物质从2015年的不足1公斤增至2019年的828公斤,中美洲和南美洲也出现类似情况,缴获数量显著增长;另一方面,高收入地区的管制工作已初有成效,2015—2019年,北美和欧洲地区查获的合成类物质均有所下降;虽然新精神活性物质现已达1047种,但现实情况是很多物质类型在短暂出现后就从市场上消失了;目前已经有近230种物质自2016年以来未有报告<sup>[5]</sup>,消费市场处于不断变化的状态。

其二,从国内视角看,新精神活性物质的制造、走私问题突出<sup>[6]</sup>,类型较多且更新速度极快,危害性较强,总体情况不容乐观。首先,我国发现的新精神活性物质覆盖面已基本囊括国际界定的全部类型\*,其中又以合成大麻素类、合成卡西酮类和芬太尼类物质的数量增长明显。其次,在滥用类型方面,海洛因、冰毒等传统毒品的吸食人群仍维持较大规模。大麻吸食人群在逐年上升,时有发现新精神活性物质的滥用情况,已经呈现出三代毒品相互交织的复

杂局势。近两年受疫情防控的影响,越来越多的吸食人群开始转向如杜冷丁、合成大麻素和氟胺酮等替代物质。

其三,新精神活性物质在种类和形态上翻新速度较快<sup>[7]</sup>。除整类纳入管制外,2015—2019年分别新发现75种、30种、35种、32种、5种,2020—2021年又发现18种新物质。近几年新精神活性物质以大约30种/年的速度出现在国内市场上,并且仍有大量潜在物质存在滥用风险。新精神活性物质在包装形式上更是五花八门,隐蔽性和诱惑性不断增强,其往往披着各类物品的合法外衣潜伏在民众日常生活中,如毒奶茶(含氟胺酮等)、毒果冻(含芬纳西洋或四氢大麻酚等)、“蓝精灵”(含氟硝西洋)、“小树枝”(含合成大麻混合素)等等。“毒邮票”(LSD致幻剂)甚至仅通过皮肤接触就能产生与吸食同样的效果。因形式上的新颖性,新精神活性物质在青少年群体中的滥用现象较为突出,并主要集中在娱乐场所,滥用人群呈现低龄化趋势。

其四,在危害程度方面,与第一代、第二代毒品相比,部分新精神活性物质表现出更强的成瘾性和社会危害性。新精神活性物质直接影响并损伤大脑神经系统,吸食者更容易产生兴奋、暴躁、幻觉等精神失常情况,引起行为失控并引发恶性暴力事件。目前已知效果最强烈的新型毒品是LSD致幻剂,其毒性是摇头丸的3倍,只需100微克就足以使人深陷幻觉,并出现急性精神分裂症状。新精神活性物质还可强烈刺激性需求,增加性行为的次数,吸食者常常会发生互换伴侣等高危性行为<sup>[8]</sup>,加剧了性疾病传播风险。

\* 联合国毒品和犯罪问题办公室根据化学结构的不同,将新精神活性物质分为合成大麻素类、合成卡西酮类、苯乙胺类、色胺类、氨基茛类、哌嗪类、氯胺酮类、植物类和其他;根据药理作用的差异,又分为大麻素受体激动剂类、兴奋剂类、迷幻剂类、分离剂类、阿片类、镇静催眠剂类和其他。

## 二、新精神活性物质法律管制的现实困境

当前,我国对新精神活性物质的法律管制模式以授权立法与清单式列管为主。司法适用现状表明,仍然沿袭传统的管制手段已难以满足打击与审判需要,陷入无法适应动态司法需求,列管层级与罪刑法定原则相悖,管制目录与数量、刑罚衔接不畅,以及列管对象不足以明确公众认识的现实困境。

### 1. 法律管制现状:以授权立法与清单式列管为主

在新精神活性物质出现滥用情况之前,我国通过明确赋予毒品以实质内涵,然后再授权其他规范对大部分毒品类型进行列举,实现对毒品的法律管制。根据我国1997年修订的《刑法》第三百五十七条、2008年施行的《禁毒法》第二条之规定,以抽象定义+部分列举方式概括毒品内涵,将毒品概括为“鸦片、海洛因、甲基苯丙胺(冰毒)、吗啡、大麻、可卡因以及国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品”<sup>\*</sup>。据此,毒品概念由“国家管制”“使人形成瘾癖”“麻醉药品和精神药品”三要素构成,并形成了成瘾性、社会危害性和非法性的基本特征。在司法实践中,毒品种类远远不止上述规定的几种类型,刑法又以空白罪状形式进行授权列管,授权其他行政性规范具体划定毒品管制范围,通过国家管制要素搭建刑法与行政法在毒品范围上的连接。

我国对新精神活性物质基本沿袭了以往的管制策略,以授权立法和清单式列管为主。自2001年氯胺酮被纳入《精神药品目录》进行管

制后,新精神活性物质进入快速涌现时期。为了满足对新精神活性物质的管制需求,以是否药用为分类标准,公安部、国家卫生计生委等相关部门于2015年联合出台《非药用类麻醉药品和精神药品列管办法》(以下简称《列管办法》),将其作为管制新精神活性物质的专门法律依据。同时,根据附表《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》(以下简称《增补目录》)所采取的全部列举,一次性就列管了116种新精神活性物质。新精神活性物质经过监测预警、风险评估和列管论证程序后,持续性地纳入到《增补目录》中。截至2021年7月1日,我国已管制449种麻醉药品和精神药品,基本保持了国际同步水平。在现有毒品管制制度基础上,我国于2019年、2021年又相继对芬太尼类物质、合成大麻素类物质进行整类列管,这意味着只要是符合所列化学结构通式的物质,均纳入管制范围,从而实现对这两类衍生物质的“事前管制”。

在罪刑衔接上,有关受管制的新精神活性物质的量刑标准并未一同规定在管制目录中,而是散见于各类会议纪要、司法解释和部门规章等规范性文件中。例如,2016年《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》直接确定了部分新精神活性物质达到“其他毒品数量较大”“其他毒品数量大”的标准;国家禁毒委员会办公室同年又发布了《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》),与之前由国家食品药品监督管理局出台的《非法药物折算表》均是以海洛因和甲基苯丙胺为折算中介,二者共同构成对大部分已受管制的新精神

<sup>\*</sup> 《刑法》第三百五十七条第一款规定:“本法所称的毒品,是指鸦片、海洛因、甲基苯丙胺(冰毒)、吗啡、大麻、可卡因以及国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。”《禁毒法》第二条规定:“本法所称毒品,是指鸦片、海洛因、甲基苯丙胺(冰毒)、吗啡、大麻、可卡因,以及国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。根据医疗、教学、科研的需要,依法可以生产、经营、使用、储存、运输麻醉药品和精神药品。”

活性物质的数量折算规范;2021年11月12日,国家禁毒委员会办公室又印发了《氯胺酮和7种合成大麻素依赖性折算表》。总体来说,我国对新精神活性物质的法律管制由授权的行政立法完成,在确定该物质被纳入管制后,按照是否药用实行分类处理,并根据列管清单进行完全列举,最后以其他规范实现数量与刑罚的衔接。

## 2. 司法适用现状:难以满足打击与审判需要

目前,我国毒情呈现出一代毒品留尾、二代毒品猖獗、三代毒品逐步兴起的复杂局势,对毒品法律管制制度造成了巨大冲击。虽然我国对新精神活性物质的法律管制从数量上已经走在世界前列,管制制度与手段也逐步趋于常态化,但并未触及新精神活性物质所产生的新问题,在司法实践中出现法律管制难以满足打击与审判需要的现实困境。

### (1) 列管措施无法适应动态司法需求

新精神活性物质快速更新的基本特征与繁琐且漫长的列管周期加剧了二者固有的时差矛盾,出现法律管制缺位问题。法律需明确划定毒品种类与范围,这是对国民违法性认识预测可能性的基本保障。新精神活性物质的出现却打破了这一平衡,其与毒品自然属性相似却未在列管目录内,无法被当作毒品处置,这需要从制度层面上予以恰当响应。目前根据《列管办法》,对新精神活性物质的列管时限规定得较为模糊且滞后,重点监测与发布预警信息程序未明确具体时间;在经过重点监测后,专家委员

会进行风险评估和列管论证,规定最长时限为3个月;经过评估和论证程序后,专家委员会提出列管建议,公安部等相关部门在收到国家禁毒办建议后于6个月内予以正式列管\*。据此,从明确规定的时限来看,对新精神活性物质的最长列管时限可达9个月。虽然该办法也规定了快速列管程序,但因语意上的模糊与时限的不确定性,并未发挥实质上的缩短列管周期的作用<sup>[9]</sup>。法律管制措施严重滞后于新精神活性物质的更新速率,会出现以下两方面问题。

其一,存在事实构罪但无法定罪的规制冲突。在对四川等地的禁毒工作进行调研的过程中\*\*,囿于法律管制的迟滞与缺位,公安人员普遍反映当前对于行为人主观上存在故意,客观上走私、制造、贩卖与运输等符合毒品实质属性但并不在管制目录内的一些物质的应对尤为棘手,难以及时采取有效的管控措施。虽然在事实层面已符合毒品犯罪构成要件,但这些物质在法律意义层面尚不属于毒品。因此,涉及这些物质的关联行为无法被认定为毒品犯罪并对制造、贩卖等行为追究毒品犯罪的刑事责任,满足一定条件的情况下,只能以非法经营等破坏市场经济秩序犯罪来加以处罚。例如,2010年甲卡西酮被纳入管制后,不法分子很快改变其化学结构,转而制造了替代类物质——乙卡西酮,而乙卡西酮在2015年才增补进列管目录,如此之长的“空白期”在客观上易放纵新精神活性物质的滥用。基于化学结构的多变与易更

\* 《非药用类麻醉药品和精神药品列管办法》第五条规定:“各地禁毒委员会办公室(以下简称“禁毒办”)应当组织公安机关和有关部门加强对非药用类麻醉药品和精神药品的监测,并将监测情况及时上报国家禁毒办。国家禁毒办经汇总、分析后,应当及时发布预警信息……”第七条第三款规定:“专家委员会启动对拟列管的非药用类麻醉药品和精神药品的风险评估和列管论证工作后,应当在3个月内完成。”第八条规定:“对专家委员会评估后提出列管建议的,国家禁毒办应当建议国务院公安部门会同食品药品监督管理部门和卫生计生行政部门予以列管。”第九条规定:“国务院公安部门会同食品药品监督管理部门和卫生计生行政部门应当在接到国家禁毒办列管建议后6个月内,完成对非药用类麻醉药品和精神药品的列管工作。对于情况紧急、不及时列管不利于遏制危害发展蔓延的,风险评估和列管工作应当加快进程。”

\*\* 笔者曾于2021年7月下旬前往四川广元市、资阳市等地调研毒情形势与当地禁毒工作情况,并与当地公安司法人员交流禁毒各项工作经验。

改性,新精神活性物质结构的变动速度远超管制速度,以规避法律监管。虽然我国一直在加快对新精神活性物质从预测、评估、论证到最终纳入管制的程序推进,但仍然无法在法律层面上予以及时、全面管制。

其二,列管措施与新精神活性物质之间形成恶性循环。在毒品列管目录作出增补之后,不法分子会转而继续改变其他毒品的化学结构,重新物色新的尚未管制的毒品类似物,制造出微末差异的新物质类型并在市面上流通,又会产生新的一批亟待列管的物质<sup>[10]</sup>。现实情况是,某类新物质被申报纳入管制之后,该物质反而在市场上不再流行,列管对象与实际情况始终难以完全适配,如此发展,二者形成了“你追我赶”的胶着局面,而列管措施似乎总是处于“下风”。质言之,如果对市面上流通的新精神活性物质置之不理,必将放纵该类物质继续蔓延,放任其以“合法”身份继续危害公众身心健康。但将其纳入列管清单后,又会刺激不法分子重新制造、生产出新的精神活性物质,再次逃脱法律监管,最终导致新一轮的监测、评估和论证。在这场“追逐战”中,主动权实际上掌握在制造新精神活性物质的不法分子手中。从早期流行的氯胺酮,到现阶段流行的合成大麻素类物质、芬太尼和氟胺酮等物质,虽都已纳入管制,但被无限拉长的列管清单其实是对新精神活性物质机械式的被动反应。

## (2) 列管层级与罪刑法定原则相悖

我国刑法以抽象定义方式确立了毒品概

念,并以空白罪状形式授权其他法律规范明确毒品的全部范畴,在授权明确性与正当性上需进一步予以追问。一方面,我国《刑法》第三百五十七条,虽然确定了“国家规定管制”定义要素,但该条款并未具体说明国家管制毒品的主体与资格。比照《刑法》第九十六条对“违反国家规定”所明确提出的层级要求\*,毒品管制主体应限于全国人大、全国人大常委会和国务院。另一方面,我国《立法法》第九条也对授权立法主体和层级作出了总的限制和约束性规定\*\*。毒品范畴的宽广直接投射在刑法规范上,进而影响到毒品犯罪的认定、刑罚乃至后续的戒毒措施等,应当属于第九条所确立的例外事项之一,因此在授权立法上更应当保持高度谨慎。综合来说,毒品管制层级应保持在国务院制定的行政法规位阶及以上。

首先,纵观当前毒品列管主体和层级,明显存在授权低位法的规范设计,尤其是《列管办法》已经引起了援引依据争议。《列管办法》及附表《增补目录》将管制主体直接下移至公安部、国家卫生计生委、国家食品药品监督管理总局和国家禁毒委员会。该规范性文件以公通字〔2015〕27号文号发布,已明显超出了国家管制要求,在授权明确性上存在重大瑕疵。司法实践中也引起了被列入该规范性文件的物质能否认定为毒品的争议\*\*\*,继而产生了效力审查问题。2019年4月30日,由最高人民法院出台的《最高人民法院关于〈非药用类麻醉药

\* 《刑法》第九十六条规定:“本法所称违反国家规定,是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。”

\*\* 《立法法》第九条规定:“本法第八条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规,但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。”

\*\*\* 濮阳市中级人民法院在审理“赵某、杜某某等涉嫌制造、贩卖毒品”一案过程中,所涉物质属于《列管办法》中规定的物质。在审查起诉阶段,河南省禁毒办会同省公安厅、省检察院、省法院于2018年8月6日联合发布了《关于印发〈关于非药用类麻醉药品和精神药品有关问题的座谈纪要〉的通知》,其中肯定了该案所涉物质属于受国家管制的毒品,由此引发了徐昕、朱明勇等五位律师建议全国人大常委会审查该会议纪要的事件,继而引起了对《列管办法》的资质审查。

品和精神药品管制品种增补目录》能否作为认定毒品依据的批复》(以下简称《批复》)肯定了《列管办法》及《增补目录》可以作为认定毒品的依据,虽然以《批复》形式平息了授权明确性争议<sup>[11]</sup>,但并未从根本上解决对新精神活性物质的列管资质问题,属于“治标不治本”。《批复》所认定的根据为,《列管办法》是根据《麻醉药品和精神药品管理条例》(以下简称《管理条例》)第三条第二款授权制定的\*,也有些站不住脚。从立法原意上说,2005年我国在出台《管理条例》时并未考虑到现阶段会出现这么多的新精神活性物质,也就是说并无再授权意图。而之所以能将《列管办法》及其附表纳入进来,主要是根据现实需求并基于客观解释立场的考虑。质言之,《管理条例》第三条所规定的麻醉药品和精神药品目录并未加书名号,从规范层面上也可以包含麻醉药品和精神药品的其他目录,并且《列管办法》也同样是公安部、国家卫生计生委等相关部门制定的,而这种解释路径是否存在问题值得商榷。

其次,《增补折算表》《非法药物折算表》等涉毒品数量认定的规范性文件,管制层级仍然存在不合格问题,且公开程度不足。一方面,《增补折算表》由国家禁毒办联合公安部、国家食品药品监督管理局、国家卫生和计划生育委员会联合印发,而《非法药物折算表》由国家食品药品监督管理局制定与颁布。作为新型毒品数量的折算规范,前述规范性文件直接影响毒品犯罪及其刑罚的认定。因此,国家禁毒办、国家食品药品监督管理局等管制主体并无制定与发布此类规范的资质。另一方面,这些涉毒品数量认定的重要规范性文件,应当为全体社会公众所了解,方能保障公民预测可能

性。《增补折算表》属于各禁毒委办公室内部参考性文件,虽然是在全国范围内适用,但当前无法从社会公开渠道找到其官方版本,《非法药物折算表》通过公开渠道也几乎是无法查找。在百度网站上进行检索,只能通过个人空间或新浪微博等非官方渠道查找到此两份文件,并且其完整性、真实性也无从考证。这种状况不仅不能保障普通公民的预测可能性,甚至司法工作人员可能也需要通过内部特定途径来查阅,给毒品犯罪审判工作造成一定障碍。

### (3) 列管目录与数量、刑罚衔接不畅

在毒品犯罪处罚方面,目前刑法中明确规定的数量与不同法定刑罚形成对应关系的仅限于鸦片、海洛因和甲基苯丙胺三类。在散见的毒品折算规范性文件中,各类毒品都是以海洛因、甲基苯丙胺作为中介进行数量折算。虽然这种规定方式保证了刑法体系的简洁性,但却减损了毒品犯罪在刑罚上应有的明确性,缺乏种类、数量与刑罚的明确对应。尤其是越来越多的新精神活性物质涌现在国内市场中,产生了大量的折算要求,目前折算规定已难以满足数量与刑罚的有效衔接需求,主要表现为以下三个方面的问题。

其一,新精神活性物质被越来越多地纳入《增补目录》中,但相应的数量折算标准与列管目录所列毒品尚未一一对应,仍有新型毒品折算标准处于空缺状态。例如,新增补的4-甲氧甲基苯丙胺、N-甲基-N-(2-二甲氨基环己基)-3等物质至少在公开文件中没有查找到对应的刑罚裁量标准。这个问题在《列管办法》发布时就已经存在了,2015年国家一次性就列管了116种新精神活性物质,直至2016年4月11日《最高人民法院关于审理毒品犯罪适

\* 《麻醉药品和精神药品管理条例》第三条第一款规定:“本条例所称麻醉药品和精神药品,是指列入麻醉药品目录、精神药品目录(以下称目录)的药品和其他物质。精神药品分为第一类精神药品和第二类精神药品。”第二款规定:“目录由国务院药品监督管理部门会同国务院公安部门、国务院卫生主管部门制定、调整并公布。”

用法律若干问题的解释》才确定了部分列管毒品的数量折算标准。也就是说,司法机关在长达7个多月的时间段内,对于被管制的新精神活性物质无法明确其对应的量刑幅度<sup>[12]</sup>,极大地减损了管制效果。

其二,各类毒品成分各异,具有不同程度的社会危害性、成瘾性或者滥用性,而目前仍以海洛因、甲基苯丙胺作为折算中介并无充分的科学性。尤其是自2018年后,海洛因滥用规模已经显著缩小,合成类毒品占据消费市场主导地位,流行的毒品类型实际已发生变化。有些毒品案件并未涉及这两类毒品,仍旧要遵循先折算成海洛因、甲基苯丙胺再进行累加的方式,最终以折算后的数量确定量刑,中间会增添不必要的折算麻烦,也易影响结果的准确性<sup>[13]</sup>。

其三,各类折算标准之间尚未完全统一,整体规范结构尚不能自洽,有“头痛医头、脚痛医脚”之感,对同一类毒品设置了互相矛盾的折算规定。例如,在哌替啶的折算标准上,《非法药物折算表》规定1克哌替啶折算海洛因0.05克,而《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》规定1克哌替啶折算海洛因0.2克等,此问题也存在于对其他毒品数量的认定上。新精神活性物质源源不断地被纳入国家管制范畴,其折算标准缺位与自相矛盾的问题在未来会更为凸显。

#### (4) 列管对象不足以明确公众认知

基于实地调研和其他学者的考察结果等,发现社会公众对新型毒品缺乏认识,有的存在明显认识误区。在对四川等地的调研过程中,当地公安干警对新型毒品的生产、制作流程、外形包装和危害性大小等情况认知度较低,加之目前新型毒品犯罪在场地、行为方式上较之以往更为隐蔽,往往对当场发现的一些可疑行为或物质难以辨别,在执法工作中很容易漏掉排查或不知应如何处理,存在修订列管模式的强

烈诉求。同时,在调查当地部分非法贩卖麻精药品案件时发现,医院工作人员存在随意开具麻精药品处方的现象,完全不知此行为的违法性质,也不清楚非法贩卖麻精药品所负刑事责任等相关法律条款,对毒品性质、犯罪认识等都存在明显误区。根据夏国美等<sup>[14]</sup>对41个新型毒品使用者展开的个案访问内容,受访对象普遍认为新型毒品没有传统毒品危害性高,传统毒品“吸了会死人的”,新型毒品则可以作为其替代品使用,吸食几次也不会上瘾,放松之余还能减肥、治病等,甚至有些人并未认识到自己滥用的物质已经属于毒品。由此可见,社会公众对于如鸦片、海洛因等传统毒品危害性的认识是根深蒂固的,但对种类繁多的新型毒品却认知不清。

明确性不足的原因可能在于,现有列管目录仍然是对毒品名称进行简单堆砌与铺陈,公众无法从中获取有效信息<sup>[15]</sup>。根据《列管办法》第三条规定,将麻醉药品和精神药品按照药用类和非药用类实行概括分类列管,而新精神活性物质大部分被纳入非药用类当中予以管制。这种概括分类并没有直面新精神活性物质出现的原因,其与是否药用并无太大关系。因此,《列管办法》以是否药用实行概括分类,背离了新精神活性物质与管制措施之间这一根本性矛盾,缺乏针对这一特殊性的实质规定。这种概括分类也无益于厘清毒品相关概念,诸如在麻醉药品和精神药品的界定上,我国毒品类型实际扩张到药用与非药用两类。在术语表达上就存在逻辑混乱问题,作为一类药品但又是非药用类,那又为何称为药品?麻醉药品和精神药品既包括药品,也包括其他物质,又包括药用与非药用的药品,这实际上是将一切毒品都囊括在麻醉药品和精神药品概念之下。

### 三、新精神活性物质法律管制的理论基点及其完善路径

为有效管制新精神活性物质,推进毒品治

理体系和治理能力现代化,在管制措施、管制手段和如何实现罪刑衔接等方面都应予以进一步完善,构建以授权正当性为保障、以规范毒品内涵为基础、以毒品科学分级为主线、以快速与临时列管为补充的新精神活性物质法律管制制度。

### 1. 新精神活性物质法律管制的理论基点

为了夯实对新精神活性物质法律管制的基础,做到有理有节,需先明确其理论基点,既坚守罪刑法定原则明确性要求,从保障合法性与公民预测可能性角度出发完善管制,又应兼具国际化视野,注重对域外毒品立法的借鉴。

#### (1) 坚守罪刑法定原则的明确性要求

刑法直接关涉到社会个体的人身自由乃至其生命,作为社会防卫的最后一道防线,无论如何都应坚守明确性这一法治原则。明确性作为罪刑法定原则的一个侧面,强调法律条文应当是具体明确的,并能保证国民确切地了解条文内容,对罪与非罪的行为能够有所认知<sup>[16]</sup>,成为刑法规定的应有之义。一般认为,明确性在内容上是围绕罪刑核心内容予以表征的,在程度上是以相对明确程度作为衡量标准的。

首先,新精神活性物质法律管制应从罪之明确、刑之明确的核心内容出发,以推动管制方式法治化。一方面,罪的明确性尤其应体现在对罪状的描述上,要求犯罪构成的要素和语言是清晰明了的,使公众能够确切了解到犯罪行为与非犯罪行为的区分。前述梳理表明,新精神活性物质的列管主体或层级并不适格,已明显违背授权明确性要求。同时,规范性文件的公开性、普及性存在不足,加之列管目录对各类毒品名称的简单排列,已经引起了公众认知不清的问题。另一方面,刑的明确性应有明确的刑种与刑度。在我国刑法所规定的主刑与附加刑类型中,除无期徒刑、死刑和驱逐出境外,一般是根据犯罪情节和危害结果的轻重等配置不同的刑罚幅度,存在量的认定空间<sup>[17]</sup>。根据刑

法规定,毒品犯罪的刑罚严厉程度主要是由涉案毒品数量决定的。前述梳理表明,被纳入管制的新精神活性物质在数量、刑罚上未能形成明确对应,不仅给司法裁判带来量刑认定上的困难,也使公众无法明确知悉并了解各类毒品犯罪所负的刑事责任。因此,应植根于明确性在内容上的要求,从毒品管制规范到罪刑设置上充分保证公民行为的预测可能性,进而保障罪刑法定原则的运行。

其次,对新精神活性物质在分类上应予以充分细化,以保证刑法等管制规范的相对明确性。虽然学界对刑事立法与司法需具体明确到何种程度尚存诸多争议,明确性的恪守程度也在“精确性”和“抽象性”两个极端之间反复摇摆,但对于刑法无法达到绝对精确并追求一种相对明确性已成为共识。因此,在毒品范围划定上,明确性并非要求在刑法中列举全部的毒品类型,这种做法除会使整个刑法体系内容失衡外,也无益于明确毒品概念,无法解释诸多新精神活性物质纳入管制的正当性等理由。从公众角度来说,对于当前列管目录中的物质,只能是“知其然而不知其所以然”。因此,基于现有列管目录无法保障公众对毒品认知的明确性等问题,应在原有概括式分类的基础上,以能够为一般公众所理解的方式对受管制的新精神活性物质再进行细分,以强化公众对毒品的直观认识与了解。

#### (2) 适当借鉴域外毒品列管的探索经验

新精神活性物质管制已成为世界各国与地区需共同应对的治理难题之一。据此,域外国家与地区已经发展出类似物管制模式、临时管制模式、早期预警机制、特定商品允许机制和模拟控制系统等特色立法。可以看出,域外国家与地区根据新精神活性物质的快速更新等特性,采取了不同于传统毒品且更具有针对性的管制措施。介绍与分析这些管制措施,能够为

我国新精神活性物质法律管制提供有益经验与借鉴。

类似物管制模式是对新精神活性物质予以提前管制的制度设计,如美国于1986年颁布了《类似物管制法案》,确立了当某种物质与管制毒品化学结构及其效用相似,可以通过司法裁判的方式认定其为毒品类似物的规定。在认定某物为管制毒品类似物后,即可判处毒品犯罪的刑罚,也就是通过法院的“事后追认”对非毒品的类似物作出与毒品相同的法律处遇后果。临时列管模式是在原有管制基础上,简化了管制程序以缩短启动和决定管制时间,如英国于2011年对《毒品濫用法》进行修订,增加了“临时毒品类别令”。在12个月的临时管制期间,政府可对进出口、生产或提供涉临时管控物质的关联行为采取限制或禁止性措施,并处以刑罚。早期预警机制通过对出现的新精神活性物质进行信息共享,使各个国家能及时保持警惕并为将来列管论证工作的开展提供充分时间。联合国毒品和犯罪问题办公室在2013年就启动了早期预警咨询项目,公开发布全球范围内新精神活性物质出现的类型、范围等最新动态,欧盟于1997年就采用了这种快速信息交流机制<sup>[18]</sup>;新西兰于2013年颁布了《精神活性物质法》,采取了特定商品允许机制,规定进口、制造、销售或拥有精神活性物质是非法的,除非该物质已经获得精神活性物质管理局的批准。此机制实际上将精神活性物质当作商品实施特殊允许措施,通过禁止未经许可流通的商品以实现反向防控。韩国除增加临时指定制度外,还构建了模拟控制系统。该国食品药品安全部门会选定被管制的一类物质(如安非他明类)进行检测和研发,并形成数据信息储备,当未来出现数据库中的物质时即可迅速纳入管制,截至2019年已经研发并模拟出了约60种毒品类似物质<sup>[19]</sup>。

域外国家与地区针对新精神活性物质的管

制模式,虽然提高了毒品管制的反应速度,一定程度上解决了管制措施迟滞问题,但各有优劣。类似物管制模式虽然通过追认某类物质为毒品,达到了全面及时管制新精神活性物质的目的,但将认定权力交付于司法裁判,导致缺乏统一的类似物认定标准问题,也有突破罪刑法定原则之嫌疑;临时管制模式通过缩短列管时间,以尽快适应新精神活性物质的变化态势,然而该模式并未突破既有管制策略,仍属于被动性措施;早期预警机制主要提供新精神活性物质的相关讯息,在各国家与地区之间形成交流平台,在提高列管速度上效果并不明显;特定商品允许机制是将新精神活性物质作为商品予以反向预防,与我国一贯对毒品的禁止性管制趋向并不相符;模拟控制系统提前对可能出现的新精神活性物质予以分析论证,能够提前应对未来变化,但对实验室及相关技术的要求比较高。相较于其他国家与地区,我国对新精神活性物质仍然延续了传统的管制策略,不仅难以应对其日益严峻的司法实践情况,也因“补丁式”做法造成了规范层面的语义混乱和与罪刑法定原则的背离。因此,我国可适当借鉴域外毒品列管的探索经验,结合我国管制制度等实际情况,提出更具有针对性、更为及时有效的管制方式。

## 2. 新精神活性物质法律管制的完善路径

### (1) 以授权正当性为保障

无论是什么样的法律法规文件,首先应保障授权立法上的正当性。目前我国对新精神活性物质的管制在一定程度上采取了单行立法方式,《列管办法》已成为规定管制程序等内容的专门性规范。当前在我国“一体化”的立法背景下,由于刑法与行政法实际上共用了统一的管制目录,将行政法所管制的药品范围直接作为毒品犯罪对象或载体,审慎授权毒品管制立法成为迫切要求。正如《列管办法》所规定,在发现医药用途的非药用类麻醉药品和精神药品

时应纳入《管理条例》中的附表目录,不再列入《增补目录》\*,与《管理条例》在管制范围上实现了互补。因此《列管办法》与《增补目录》在立法层级上应相互对等、保持一致,才能实现对新精神活性物质管制合法性的补充。应充分发挥毒品国家管制要素在限定管制主体与层级方面的作用,进而保证罪刑法定原则在管制规范上的贯彻落实。目前的当务之急是对《列管办法》重新作出修订,将国务院下设部门联合制定主体提升至与《管理条例》同一层级,由国务院予以制定或发布,在开展一切禁毒工作前保证毒品法律管制的合法性,以解决列管层级与罪刑法定原则相悖的问题。

### (2)以规范毒品内涵为基础

针对列管对象不足以明确公众认知的问题,应对我国现有的毒品内涵予以细化解释,夯实毒品治理基础。在禁毒立法中,只有明确何为毒品,才能合理划定法律管制的涵摄范围,保障公民的违法预测可能性,并确保行政和刑事责任的合理划分。自从管制新精神活性物质以来,我国对毒品采取了药用类与非药用类的概括分类方式,造成了麻醉药品和精神药品、毒品和新精神活性物质概念上的混乱,也阻碍了对毒品的细化分级处遇。根据《禁毒法》《刑法》的规定,毒品概念中的国家管制要素应重在强调管制正当性。因此,在对新精神活性物质作出管制决定时,可对列管根据、理由和该毒品滥用所引发的危害性作出概括性说明,并加大列管结果在全国范围内的公示力度,专门设计公告程序,保障公民对于什么物质被国家管制事实的知晓权;成瘾性标准也需要进一步作出规

范意义上的解释,融合现有关于医学标准和规范层面的成瘾性认定,贯彻到毒品定义要素乃至新精神活性物质的评估标准中;在麻醉药品和精神药品的定义要素上,按照既往对二者的定义与认知\*\*,新精神活性物质实际并未囊括其中。从当下考虑,应明确药用类与非药用类是出于管制实用性的目的,尽可能不触动既有管制制度,又能兼具一定特殊性的立法结果,不具有实际影响二者概念的意义,并将药用类与非药用类这一立法分类结果体现在毒品定义中。从长远发展来看,为了明确规范层面的毒品概念,应废止药用类与非药用类这一概括分类形式,整合现有全部的列管目录,并通过后述毒品分级列管与处罚制度的建构统一划定毒品范围。

### (3)以毒品的科学分级为主线

基于对毒品数量与刑罚难以明确对应问题的考量,应顺应毒品分级列管之潮流,并结合我国当前毒品犯罪的处罚方式,对毒品进行科学分级与处遇。我国刑法典及相关司法解释在毒品犯罪的量刑标准上,将鸦片、海洛因、甲基苯丙胺三种毒品作为折算中介,并确定了“少量”“数量较大”“数量大”三档法定刑罚,实际上已经隐含毒品分级意味,将不同类型毒品按照一定标准作差别化处罚。然而随着毒品类型的不断扩充,当前分散的折算规范在明确性、科学性等方面存在明显不足。尤其是新精神活性物质的泛滥造成了大数量的列管现状,按照既往的“修修补补”地规定毒品量刑标准,又出现滞后性与统一性问题。因此,急需统一的列管目录

\* 《非药用类麻醉药品和精神药品列管办法》第三条第二款规定:“非药用类麻醉药品和精神药品发现医药用途,调整列入药品目录的,不再列入非药用类麻醉药品和精神药品管制品种目录。”

\*\* 目前施行的《麻醉药品和精神药品管理条例》并未对何为麻醉药品和精神药品作出实质性规定,而在被废止的《麻醉药品管理办法》与《精神药品管理办法》中对麻醉药品和精神药品有此规定。其中,《麻醉药品管理办法》第二条规定:“麻醉药品是指连续使用后易产生身体依赖性、能成瘾癖的药品。”《精神药品管理办法》第二条规定:“精神药品是指直接作用于中枢神经系统,使之兴奋或抑制,连续使用能产生依赖性的药品。”

对毒品类型予以整合。

对于如何具体展开,则应在以列举管制为主的基本模式下,根据目前行政列管的毒品范围,对全部毒品类型予以横向整合,并进行纵向分级处遇。在现有对毒品名称予以堆砌的列举管制基础上,统合现有全部的药用类和非药用类麻醉药品目录。首先,应按照各类毒品相似的化学结构或吸食效用等自然属性,将全部毒品在横向上进行类化整合,于每类后附上对该类毒品的概括性说明,包括其医疗价值,为减少直至消除具有显著危害性的毒品使用形成导向作用。其次,应结合毒品的成瘾性、社会危害性等实质特征和《列管办法》规定的列管根据,以毒品成瘾性、社会危害性和滥用性等因素作为分级标准,兼顾医疗考量,在纵向上实行毒品分级处罚,确定不同层级毒品的量刑幅度。实行分级处罚有两种具体路径。一方面,可以直接借鉴域外毒品分级模式,以成瘾性、危害性等因素直接划定不同等级的毒品处遇措施。质言之,可以仍将海洛因、鸦片和甲基苯丙胺等典型的毒品种类作为判断基准,综合考量分级因素,并以量化指数形式将各类毒品与基准型毒品进行比较,最终将各量化指数相加取和或计算平均值,由重及轻设置层级不同的刑罚幅度。另一方面,可以在我国现有毒品犯罪处罚标准基础上,保留特有的数量与刑罚上的衔接关系,彻底贯彻毒品分级思路。质言之,以毒品危害性、成瘾性等有关毒品实质特征因素为分级标准,并根据刑法对毒品“数量大”“数量较大”“少量”标准确定量刑幅度<sup>[20]</sup>,确定每一级毒品需多少数量能够与“数量大”“较大”“少量”的三档法定刑罚相对应,最终形成统一的“毒品级数+数量+刑罚”规范性毒品管制目录。

毒品分级模式的构建,能够明显表征各类毒品危害性,实现科学评价,并且可保障毒品犯罪量刑规范化与合理性。在立法技术上可进一

步细化涉毒犯罪行为的惩处标准,对新纳入的管制毒品直接匹配到相应的量刑幅度,减少立法负累。公民能够查看到从罪到刑完整的毒品目录,保障了其行为预测可能性。统一以级数划分并称谓毒品类型,也避免了代际之分、传统毒品与新型毒品之分所产生的理解困惑,达成了毒品治理话语体系上的一致性。

#### (4)以快速、临时列管措施为补充

针对毒品列管措施无法适应动态司法需求的问题,应采取模拟控制系统的方式以重构快速列管程序,并融入临时列管规定,实现快速与临时列管措施双管齐下。一方面,可以适当借鉴韩国事前模拟毒品类似物化学结构的做法,由国家禁毒委员会办公室组织,联合公安、药品监督和卫计等部门,委托国家毒品实验室对已纳入管制目录中的新精神活性物质的化学结构进行拆解、重组。通过化学、生物等科学技术,结合某一类毒品的化学结构和含有的常用前体化学物质进行分析,预先研判出具有与毒品结构、效用等特征相似的合成物质,并构建毒品类似物信息储备库。未来,如储存在信息库的物质经过前期预警与监测认为有必要纳入管制的,就可免去繁琐的论证与评估环节,直接予以列管<sup>[21]</sup>。

另一方面,在重构快速列管程序的同时,还应建立临时列管程序。虽然临时列管模式仍属于对新精神活性物质的被动防御,但在当前我国采取了传统的列举式管制措施的背景下,设置这种程序不会存在适应困难,也不会导致法律管制制度的根本性改变。此外,临时列管模式也确实能起到加快对新精神活性物质管制速率的作用,简化了论证程序,对一些紧急情况可作出临时性措施,成为当下最适宜的选择之一。因此,应详细解释“情况紧急、不及时列管不利于遏制危害发展蔓延”的启动条件,确立临时的动态毒品管控令,建立由不受管制到最终纳入管制之间的过渡地带。国家禁毒办可以根据

紧急情况与评估标准,决定将某种物质纳入临时毒品,并予以公示。公安部门便可迅速采取对制造、贩卖、走私、运输临时毒品等流通行为的一切禁止性措施,并可以比照列管目录中最低级别予以适当处罚。对于纳入临时毒品管控令的物质,被确定为临时毒品的时限可保持在9个月。在此期间,国家禁毒办需尽快组织专家委员会完成风险评估和列管论证,并在时限届满前决定某类物质是否正式纳入管制,否则届满时会自动解除对该物质的临时管控令,不会存在司法限制或禁止。

### 参考文献:

- [1] United Nations Office on Drugs and Crime. World drug report 2013 [EB/OL]. (2021-10-01) [2021-12-10]. <https://reliefweb.int/report/afghanistan/world-drug-report-2013>.
- [2] 张力. 新精神活性物质与毒品的关系[J]. 云南警官学院学报, 2021(1):33.
- [3] United Nations Office on Drugs and Crime. Global overview on NPS, synthetic opioids and emerging issues [EB/OL]. (2021-10-09) [2021-12-10]. [www.cicad.oas.org/oid/Docs%20de%20eventos/02.14.2021%20SATS%20in%20DR/UNODC%20Global%20overview%20NPS\\_ENG.pdf](http://www.cicad.oas.org/oid/Docs%20de%20eventos/02.14.2021%20SATS%20in%20DR/UNODC%20Global%20overview%20NPS_ENG.pdf).
- [4] 顾辰欣,张黎. 全球扩张背景下的新精神活性物质管控研究:兼评《新精神活性物质:政策、经济与毒品管控》[J]. 广西警察学院学报, 2021(1):103.
- [5] United Nations Office on Drugs and Crime. World drug report 2021 [EB/OL]. (2021-10-14) [2021-12-10]. <https://www.unodc.org/unodc/data/en/data-and-analysis/wdr2021.html>.
- [6] 陈荣飞,付尚礼. 新精神活性物质现状、滥用原因及防控对策研究[J]. 山东警察学院学报, 2020(5):92.
- [7] 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(4):88.
- [8] 段曦,康殿民. 新型毒品滥用的特征与危害[J]. 中国药物滥用防治杂志, 2014(6):347.
- [9] 游彦,邓毅,赵敏. 第三代毒品: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.
- [10] 黄锐,孟文文. 新精神活性物质防控的困境与对策研究[J]. 云南警官学院学报, 2021(1):14.
- [11] 包涵. 论毒品的定义要素与授权列管原则[J]. 北京联合大学学报(人文社会科学版), 2017(3):101.
- [12] 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(3):60.
- [13] 周佳璇. 毒品犯罪量刑依据研究:以毒品数量计算方法为主视角[J]. 云南警官学院学报, 2020(6):14.
- [14] 夏国美,杨秀石. 社会学视野下的新型毒品[M]. 上海:上海社会科学院出版社, 2017:207.
- [15] 师维. 新型毒品犯罪的现状审视及防控完善[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2012(1):52.
- [16] 陈兴良. 刑法总论精释:上[M]. 北京:人民法院出版社, 2016:39-40.
- [17] 吴永辉. 不明确的刑法明确性原则[J]. 刑法论丛, 2018(3):286.
- [18] 蔡衡衡,刘鑫. 新精神活性物质发展与管制综述[J]. 中国法医学杂志, 2021(1):17.
- [19] 金美兰,赵雪燕. 韩国新型毒品犯罪防控对策及启示[J]. 延边大学学报(社会科学版), 2020(6):24.
- [20] 梅传强,盛浩. 新精神活性物质数量计算的困境、症结与完善[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2020(2):18.
- [21] 姜宇,王雪,陈帅锋. 论我国新精神活性物质管制模式的完善[J]. 中国药物滥用防治杂志, 2019(2):108.