

论犯罪构成在定罪中的具体落实

——以赵春华非法持枪案为例

莫志强,吴璘芝

[摘要] 犯罪构成是判定罪与非罪的唯一标准,只有以确实、充分的证据证明案件事实符合犯罪构成的每一个要件,才能得出有罪的结论。文章依据相关法律规定对赵春华非法持有枪支案进行分析,指出了该案判决的四点错误:在行为选择上,忽略了购买枪支的重行为而着眼于持有枪支的轻行为,违背了“从一重处”原则;在对象判断上,弃具有法律效力的《枪法》以及司法解释的规定于不顾,反而选用没有法律效力的两个文件为标准,违反了《立法法》和罪刑法定原则的规定;客体方面,没有具体证明客体受到了侵犯,而是一种臆测;罪过方面,没有具体落实犯罪故意的内容,而是把认识部分事实当成是明知,且又把这种残缺的“明知”等同为故意,省略了对意志因素的证明。

[关键词] 犯罪构成;定罪;落实;非法持有枪支

[作者简介] 莫志强,广西大学法学院副教授,硕士生导师,广西南宁 530004;吴璘芝,厦门大学法学院博士研究生,福建 厦门 361000

[中图分类号] D924.3

[文献标识码] A

[文章编号] 1672-2728(2018)04-0063-07

DOI:10.16523/j.45-1319.2018.04.011

2016年10月12日22时许,赵春华在天津市河北区李公祠大街海河亲水平台附近摆设射击摊位进行营利活动时被公安机关查获,当场收缴枪形物9支及配件等物。经查明,赵春华以2000元的价格从他人手中买下了用于摆射击摊的三轮车、气枪以及作为奖品的玩具娃娃,摆摊经营的时间从2016年8月起至案发时止,经鉴定涉案9支枪形物中的6支为能正常发射、以压缩气体为动力的枪支。为此,一、二审法院均判决赵春华的行为构成非法持有枪支罪。而本案的判决,在认定事实和适用法律规定的犯罪构成时,明显过于粗糙,以致影响了判决的质量。本文将根据犯罪构成的应用原理及相关法律、司法解释的规定,对案中的几个主要问题展开分析。

一、行为人有数个行为时如何定罪

本案赵春华的行为其实有两个:一个是从他人手中买来枪支的行为,另一个是用买来的气枪摆摊经营的行为,因为摆摊经营并不违法,故主审法院退而追究其持有枪支的行为。

对于这种被告人同时存在两个及以上行为的案件应如何定罪,《中华人民共和国刑法》(以下简称

称《刑法》)及相关理论早已解决。如果是两个相互没有关联的行为,按数罪来定;如果是数个相同且有关联(连续性)的故意行为,按连续犯定一罪;如果是数个不同且有关联的行为,则按其数行为之间联系的紧密程度来定,一个行为对另一个行为来说不是必须的,则定数罪(牵连犯),一个行为对另一个行为来说是必不可少的,则根据“从一重处”的原则定一罪(吸收犯)^①。赵春华的两个行为中,如果去掉摆摊行为,则买枪就失去了它的意义;如果没有买枪的行为,就没有枪可用来摆摊,所以是属于密不可分两个行为,应当按照吸收犯“从一重处”的处理标准定一罪,定处罚较重的那个罪。

直接从法律的规定看,《刑法》第一百二十五条规定的购买枪支罪重于第一百二十八条规定的非法持有枪支罪,本案就应该适用第一百二十五条的规定定为购买枪支罪。

另外,从本案特定的行为类型看,含有持有行为的场合,能确定上、下游行为的,一般应以上游或者下游行为来定罪,而不宜以持有行为定罪。我国《刑法》中持有型犯罪的数量不多,通常此种对象实施的犯罪产生的社会危害性均比较大,如任其实施,将产生社会难以承受的后果,因此《刑法》不仅

^①我们认为,不论是牵连犯还是吸收犯,数个行为之间的联系都是一样的,都是目的行为与方法行为的联系或者目的行为与结果行为的联系,区别只在于联系的紧密程度不同。

将其中间的持有行为规定为犯罪,更将其上游的取得行为、下游的用途行为也规定为犯罪,在能查清楚上游或者下游行为的时候,一般要以上游或者下游行为定罪,因为上、下游行为更直接且更能清楚地表现行为人的主观恶性和社会危害性,因而持有行为通常被理解为兜底性规定。只有该行为的上、下游行为查不清楚或者少数上、下游行为所涉及的罪名处罚轻重程度与持有行为一样重时,才可能会以持有行为定罪。具体来说,现行《刑法》只有本罪(第一百二十八条第一款),持有、使用假币罪(第一百七十二条),非法持有伪造的发票罪(刑法修正案(八)第三十五条,《刑法》第二百一十条之一),非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪(第二百八十二条第二款),非法持有毒品罪(第三百四十八条),以及巨额财产来源不明罪(第三百九十五条第一款)这几个罪名,而与这些罪名相关的上、下游行为所构成的犯罪的刑罚通常比持有行为构成的犯罪的刑罚要重,故按“从一重处”的原则,应以上游或者下游行为涉及的罪名来定罪。就本案而言,如果仅从行为的角度看,赵春华“非法持有枪支”两个多月的时间并不长,容易查清枪的来源,且已有部分证据能证明其枪支来源,只要将枪的来源查清楚,应当依《刑法》第一百二十五条的规定以其购买行为定为非法购买枪支罪才适当。

二、有数个规定同时解释一个对象时如何选择适用法律

关于本案的对象是否属于“枪支”,是本案赵春华的行为能否定罪的关键,而什么才是枪支,涉及两个认定标准。一个是《中华人民共和国枪支管理法》(以下简称《枪法》)规定的标准,结合《枪法》第四十六条、第四十七条第一款的规定,《枪法》认为口径超过4.5毫米、足以致人伤亡或者丧失知觉的各种枪支属于法律意义上的枪支。另一个是公安机关的标准,枪口比动能1.8焦耳以上的就是枪支。赵春华的辩护人认为公安机关的标准是内部规定,不能作为定案的依据;而法院认为《枪法》虽然规定了什么是枪支,但没有具体的执行标准,公安机关的标准是可以执行的具体标准而且已经公布,因而选择公安机关的标准作为定罪的根据。因此,选择哪一个标准作为判案的依据直接影响罪与非罪的结论,这个选择就成为本案的关键。

我们认为应当选用《枪法》的标准,理由如下:

第一,公安机关无权规定什么是刑法意义上的枪支。根据《刑法》第三条罪刑法定原则的规定,只有法律才能规定什么是犯罪行为。法律一词有两种解释:一种是广义的,包括法律、法规和规章,意即只要是国家机关制定的、具有强制执行效力的都

是;另一种是狭义的,仅指全国人大及其常委会严格依照法律程序制定的且以“某某法”命名的法律文件,这是《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)的划分。而《立法法》第八条第(四)项规定,有关犯罪和刑罚的内容只能由法律来规定。据此,《刑法》第三条所指的法律是指狭义的法律。同理,如果犯罪行为仅指行为动作本身,则故意杀人罪就会变成一个“杀”字,杀鸡、杀鸭也要定故意杀人罪了。即便是加一个对象要件“人”,合起来也只是“杀人”,那么医生在病人的重要部位开刀做手术以及军人对敌人开枪的行为也要成为故意杀人罪。所以《刑法》第三条所指的犯罪行为当然不是仅指行为动作本身,而是包括了与犯罪构成相关的各项内容如主体、客体、主观以及客观方面的对象、结果、时间、地点等要件的组合体。枪支是非法持有枪支罪的必要构成要件,如果枪支可以任意解释,则非法持有枪支罪就会变成另一个样子,所以什么是枪支(或者说什么是刑法意义上的枪支),必须由法律来规定,法规和规章无权作出规定,否则本罪便会被随意扩大。

《枪法》是全国人大制定的属于《立法法》第二章类型的法律,因此《枪法》的规定可以用作定罪的标准。而公安机关的两个文件《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》(2001年)、《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》(2007年)都不是法律,前者是公安机关的内部工作规定,后者是推荐性行业标准。《立法法》的第二章和第三章将法律和行政法规分得很清楚,且该法第八条第(四)项已经明确排除了由行政法规、规章以及连规章都谈不上的行业推荐性标准来规定的情况。所以,本案中判定赵春华所持有的是否属于刑法意义的枪支,只能以《枪法》的规定作为标准,而不能以公安机关的两个文件作为标准。

第二,公安机关也无权解释什么是刑法意义上的枪支。对法律的有权解释可以分为立法解释和司法解释两种。依《立法法》第四十二条之规定,立法解释权由全国人大常委会行使;依《中华人民共和国人民法院组织法》第三十二条之规定及全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》规定,最高人民法院和最高人民检察院有司法解释权,除此三家,再无其他机构和个人拥有法律解释权。公安机关不是立法、司法机关,不具有解释法律的权力。因此,以公安机关对枪支的解释来作为定案的根据是不妥的。二审法院以《枪法》第四条规定国务院公安部门主管全国的枪支管理工作为由,认为公安部门拥有枪支的解释权是错误的。管理只是依照已有的规定去执行,解释是原有的规定不够明确,通过一定的方式使规定的内容更清楚、明确。《枪法》中提及公安部门管理工作的内容很多,但没有一个字

是涉及解释的。切入本案,则赵春华所持有的是否属于枪支,只能依照《枪法》规定的标准来判断,而不能依照公安机关的两个文件来判断。

第三,《枪法》以及相关司法解释对什么是枪支已经有了明确的规定,完全可以遵照执行。结合《枪法》第四十六条、第四十七条第一款的规定,《枪法》所指的枪支,是指以火药或者压缩气体为动力,通过4.5毫米以上口径的管状器具发射金属弹丸或者其他物质,足以致人伤亡或者丧失知觉的各种枪支。关于本案中产生争议的枪支的威力标准,该规定给了两个衡量的指标:口径4.5毫米以上并足以致人伤亡或者丧失知觉。依该规定,如果枪支的口径没达到4.5毫米以上,自然达不到足以致人伤亡或者丧失知觉的程度,因而不是枪支;即使口径达到了4.5毫米以上,达不到足以致人伤亡或者丧失知觉的程度的也不是枪支,只有同时达到两项指标的,才是枪支。至于什么才是“足以致人伤亡或者丧失知觉”,在《枪法》中没有进一步的解释,但有两个途径可以进行分析:其一是直接从文字上分析,伤亡自然是指受重伤、死亡;而丧失知觉与伤亡之间是用“或者”分隔的,说明两者是并列关系,很容易理解这是通常所指的昏迷。其二是根据《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条的内容作对比分析:该条第一款第(一)、(二)、(四)项对比可见,最高人民法院认为,一支军用枪支与两支气枪或一颗手榴弹的效果相当;该条第二款第(一)、(二)、(四)项认为,两支军用枪支与五支气枪与三颗手榴弹效果相当。依照《刑法》第四条适用刑法人人平等原则的规定,犯同样的罪,有一样的量刑情节,应当给予相同的处罚,由此反推可知,该款的上述三种情形既然能够适用同一个处罚标准,就说明三种对象的效果是相当的。结合两个途径分析的内容,能构成本罪的气枪,应该是两支气枪能达到一支军用枪支的效果或者一个手榴弹爆炸的效果。这样的标准还不够清晰?

第四,公安机关的标准与《枪法》的规定及最高法的解释相冲突。公安机关的标准是枪口比动能1.8焦耳以上的是枪支,这个标准的来源是季峻、张晓军、李松等人以气手枪在10~20厘米的距离对11只长白猪的眼睛进行射击得出的结论,达到1.8焦耳的比动能就能对猪的眼睛造成伤残^[1]。《枪法》的标准是要同时符合口径4.5毫米以上、足以致人伤亡或者丧失知觉两个条件。最高人民法院关于《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条是以军用枪支、弹药作为基本标准来解释的,气枪能够与军用枪支放在解释的同一条里、适用同样的处罚标准,很自然的可以理解

为在威力上要与军用枪支、弹药相当。我国的92式5.8毫米手枪是杀伤力最小的军用枪支了^[2],主要用于杀伤50米距离内的有生目标,手枪弹在50米内击穿232头盔钢板后,还能击穿50毫米厚松木板。请注意这个数据:5.8毫米口径,比枪法规定的气枪口径4.5毫米多一些但也就是多出1.3毫米,但在威力上却达到了50米内能在击穿头盔钢板后,还能击穿50毫米厚松木板。这与季峻等人的10~20厘米距离对猪的眼睛造成伤残有多大的差距应当是不言自明了。再看威力效果,手枪弹在50米内击穿232头盔钢板后,还能击穿50毫米厚松木板;而季峻等人的实验结果却是在10~20厘米的距离内只能对猪的眼睛造成伤残(打不穿)。根据最高法的解释,应该是两支气枪的威力就与一支军用枪支的威力相当,按季峻等作出的标准,怕是一百支气枪也达不到一支军用枪支的威力标准。再看手榴弹的威力,一般的手榴弹有效杀伤半径是5~10米,所谓有效杀伤当然是指能够造成伤亡的效果,与《枪法》所定义的枪支的威力是一致的,而且请注意,手榴弹是群伤的效果,与子弹的效果不一样,它的距离是5~10米,也是季峻等人实验标准的50倍。所以,以季峻等人的实验数据为基础制定的公安部的标准,实际上是将《枪法》及最高人民法院的标准在距离上、部位选择上以及效果上降低了n倍后的标准,完全违背了法律的规定。

第五,公安机关的标准没有得到立法机关的承认。依前述,能够用于定罪的法律根据只有三种:法律、立法解释、司法解释。公安机关既不是立法机关,也不是司法机关,因此公安机关没有直接规定或者解释什么是刑法意义上的枪支的权利。当然,公安机关是《枪法》规定的枪支管理机关,对枪支比较了解,如果公安机关对枪支的解释有合理性,立法机关、司法机关在制定相应的法律或者解释时也可以采纳。但是,公安机关的两个文件,一个是2001年制定的,一个是2007年制定的,而《枪法》在2015年修改的时候并没有采纳公安机关的标准而仍然沿用原来的标准,说明了公安机关的标准是不合理的,是没有法律效力的。

但是审理本案的两级人民法院却对此视而不见,反而认为“根据枪支管理法第四条的规定‘国务院公安部门主管全国的枪支管理工作’,据此,公安部作为枪支管理主管部门有权制定相关规定,本案鉴定所依据的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》(2001年)《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》(2007年)均合法有效,应当适用”。可见,两级主审法院的判决违背了《刑法》的罪刑法定原则,违背了《立法法》《枪法》以及最高法相关司法解释的规定,是用没有法律效力的推荐性行业标准来定罪的。

三、如何判定客体是否受到了侵害

客体(或称法益)是犯罪构成的重要方面,判断一个行为是否构成犯罪,必须判断行为是否侵害了客体。一般的方法是先判定法律在本罪中规定的客体是什么,然后再判断嫌疑人的行为是否已经实际侵害了这种客体或者有侵害的现实危险。至少要判定行为具有侵害该种客体的现实危险才能认定行为人的行为具备了犯罪构成的客体要件。如果在判断时只判断行为是否存在,就直接认定该行为侵害了本罪的客体,实际上就是不核对客体是否符合,这种做法是不恰当的。笔者根据现有《刑法》的规定及相关理论中隐含的观点,认为客体是否受到侵犯的标准,应当分两种情况:对于绝大多数的过失犯罪和间接故意犯罪而言,客体要受到实际的侵害才能视为具备了客体要件,因为这类犯罪都是以结果作为构成要件的,只有结果发生了,才能定罪处罚,如结果未发生,则不能定罪处罚,只有《刑法》第三百三十条规定的妨害传染病防治罪是过失危险犯,属例外。而对于直接故意犯罪,已经造成危害结果的固然已经侵犯了客体,那些尚未完成的预备、未遂、中止的情况也能定罪,就说明立法机关及相关理论已经认同这些情形也侵犯了该罪的客体,原因在于,这些情形虽然没有对客体造成实际的损害,但已有了造成损害的现实危险,即具备侵犯客体的现实危险也认为客体要件具备了。

《刑法》将非法持有枪支罪规定在第二章的第一百二十八条,而我国刑法的分章是以同类客体为标准来划分的,第二章的同类客体是公共安全,因此非法持有枪支罪的主要客体也是公共安全。此外,还有次要客体是国家的枪支管理制度,本罪属于复杂客体,应当是两个客体同时受到侵犯才能构成本罪。关于公共安全的内容,一般理解为“不特定或者多数人的生命、健康和重大公私财产安全”^[3]。要给赵春华的行为定为非法持有枪支罪,就必须认定赵春华的行为侵害了公共安全以及国家的枪支管理制度这两个客体。

虽然没有具体了解赵春华案的详细情况,但已有的事实足以说明,赵春华所持有的“枪支”不足以达到危及公共安全的效果。从逻辑上看,前面已经证明了赵春华所持有的“枪支”并非《枪法》及最高法司法解释中所指的枪支,那就不可能产生因持枪而危及社会公共安全的效果,就不能违反构成犯罪这层意义上的国家枪支管理制度。从本案事实看,赵春华摆摊经营两个月,没有产生过危及公共安全的故事或者险情;从历史看,气枪游艺摊在我国存在了几十年,也没见有什么人控诉气枪摊危及了公共安全。

本案一审法院未对客体部分进行认定,而二审

法院的认定是:枪支独有的特性使其具有高度危险性,因此《枪支管理法》明确规定“国家严格管制枪支,禁止任何单位或者个人违反法律规定持有、制造(包括变造、装配)、买卖、运输、出租、出借枪支”,非法持有枪支本身即具有刑事违法性和社会危害性。如果赵春华案罪名能成立,判断其行为是否侵犯了本罪客体的审判逻辑应当是:XX是公共安全受到侵害的表现(大前提),赵春华的行为造成了XX(小前提),所以,赵春华的行为侵犯了公共安全(结论)。看本案二审法院的判决书可知其审判逻辑是:枪支独有的特性使其具有高度危险性(大前提),非法持有枪支本身即具有刑事违法性和社会危害性(小前提),所以,赵春华持有枪支的行为危及公共安全了(结论)。可见,两级主审法院事实上并未对赵春华的行为是否真正侵犯了本罪的客体作出对应性的分析判断,不仅没有分析赵春华的行为在何种意义上危及了公共安全,更对赵春华摆摊两个月没有任何危及公共安全的事实视而不见。一切的理由就是基于根据公安机关的标准,赵春华所持有的是枪支,似乎其他就自然符合了,完全忘记了在犯罪的成立条件中行为和客体是两个独立的要件,需要分别证明其存在。如果只需要证明行为就能表明客体受到侵害,就说明客体不是必须具备的要件或者不是独立的要件,但是不管是从四要件体系还是三阶层体系,客体(法益)都是必不可少的,所以前述审判逻辑是错误的。错误的原因在于:一是大前提所指的枪支与小前提中赵春华所持有枪支是否为同一标准的枪支还需要证明,而本文前面的分析恰好说明它们不是同一标准的枪支;二是“高度危险性”“刑事违法性”“社会危害性”都是模糊用语,不是本罪客体的特定表达,更何况所谓“非法持有”在本案中也是需要证明的问题。所以本案两级主审法院实际没有证明过赵春华的行为侵犯了本罪的客体。

四、没有危害结果的犯罪类型应如何确定罪过

《刑法》第十四条对犯罪故意的规定是:明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生的心理状态是犯罪故意。一般认为,这个定义中包含了认识因素和意志因素两个部分的内容。认识因素要求行为人对自已的行为状态以及行为与结果之间的联系有清楚的认识;意志因素要求在符合认识因素的基础上,行为人对即将发生的危害结果持追求或者放任的态度。在有结果的犯罪中,犯罪故意是比较容易辨别的,但本案属于行为犯(也有人理解为抽象危险犯),没有结果出现,于是问题就出现了,由于在我国现有的刑法规

定及相关理论中,只有危险状态和实际损害结果是作为构成要件的结果要素出现的,如果把所谓的危害结果理解为仅限于这两类,则认识因素中少了个结果,意志因素没有了目标,这该如何认定其故意的内容?如果把危害社会的结果理解为泛指一切不利于社会的影响这种结果,则会将犯罪无限扩大化,所以有必要对这类无结果犯罪中的“危害社会的结果”作进一步的分析定位,才能正确认定这类犯罪的主观故意。笔者认为,对所谓危害社会的结果应有其特指的内容,否则会被无限扩大解释,这个结果应当是刑法意义上的结果,而不是泛指一切后果。刑法意义上的结果,从影响定罪量刑的角度看,只有定罪结果和量刑结果两种,其中定罪结果是作为构成犯罪的条件出现的,是构成要件之一,应当是危害社会的结果的主要体现;量刑结果对定罪没有影响,但对量刑的轻重有影响,是危害社会结果的次要方面。定罪结果无论是危险结果还是实害结果均是体现本罪客体受侵害程度的,所以在不以结果作为构成要件的情况(含举动犯、行为犯)应当从是否认识到行为会侵犯客体的角度来看待其认识因素的结果部分,而意志因素部分则应看行为人是否对行为会侵犯客体持希望或者放任的态度。这样的认定标准既能保持与《刑法》第十四条的有效衔接,又不至于出现任意解释危害社会结果的局面。结合《刑法》第十四条及第一百二十八条之规定,笔者认为本罪的故意应当是:行为人明知自己持有的是法律禁止非法持有的枪,而自己持有合法持有的根据,这样的非法持有将产生对社会的公共安全造成危害的后果,行为人希望通过非法持有枪支来达到产生危害社会公共安全后果的意图。这其中包含几个要点:

第一,行为人持有的是《枪法》规定的枪支且行为人对所持有的是枪支有正确认识。“行为人持有的实际上是《枪法》规定的枪支”这个要求实际是属于对象的要求,是客观方面的要件,但它是主观认识的基础。只有符合这个基础性条件,才能支撑所有主观方面的认识因素和意志因素的要求,因此在这里提出来。关于对象的认识可以分为三种情形:第一种情形,枪是《枪法》所规定的枪支,但行为人不知道,则属于无认识,就谈不上明知;第二种情形,枪是假枪或者玩具枪,总之是不符合《枪法》规定的枪,行为人以为是《枪法》规定的那种枪支,则属于对象认识错误,这种认识错误要在后面几点认识因素和意志因素的要求中符合有认识并有恶意才能以对象认识错误的判定规则定为犯罪未遂;第三种情形,行为人所持有的是《枪法》所规定的枪支,且行为人也没有发生认识错误,才能说明行为人明知其所持有的是枪支,对符合犯罪故意对对象的认识要求。如何判断行为人是否知道其所持有的

枪支是《枪法》所规定的枪支,这并不需要行为人知道有《枪法》,不需要知道《枪法》第几条规定的相应的规格、标准,因为不可能每个人都对法律了解达到精通的程度。只需要其了解国家的法律中有关于枪支的规定即可,行为人知道他自己所持有的枪支口径、威力达到国家法律中规定的标准即属于行为人知道他所持有的是枪支。

第二,行为人知道法律是禁止非法持有枪支的。这主要是基于本罪的类型属于法定犯而产生的要求。所谓法定犯是指在法律没有规定该种行为是犯罪以前,该种行为的社会危害并不明显,而法律将其规定为犯罪之后就形成了一种新的秩序,再实施这种行为就会对该种新秩序造成冲击,因而产生相应的社会危害。与之相对的是自然犯,自然犯的特点是即使没有法律将其规定为犯罪,人们也很容易看清楚它的社会危害。所以,一般认为对于自然犯,不需要有违法性认识就可以成立故意,而对于法定犯,则需要行为人有违法性认识才能成立犯罪故意。非法持枪,尤其是本案涉及的民用枪支,在之前是可以持有的,并不产生社会危害,如果行为人连法律已经禁止持有该种枪支都不知道,就无法说明行为人明知会产生危害社会的结果,其会以一贯的思维认为以前都是这么做的,都做了几十年了都没事,现在做自然就没事。只有当行为人知道法律已经禁止持有该种枪,才会去考虑法律要禁止该种行为,那肯定这种行为是不对,即便考虑不清楚究竟有什么社会危害,行为人也会基于信任国家、政府的心理而停止持有的行为。反过来,也只有知道了国家是不准许持有该种枪支的而行为人仍然持有,才谈得上是故意。否则就最多只能按行政违规给予一定的行政处罚。如何判断行为人是否知道法律是禁止持有该种枪支的?我们认为有很多方面可以找到线索:一是有证据证明行为人读过并且读懂了规定什么是枪支的相关法律文件,并能与自己所持有的枪支进行对照,得出该种枪支是法律规定禁止持有的枪支的结论;二是该种枪支需要到国家有关部门通过特定的程序或者手续才能获得;三是有相似的案件被告人被定罪处罚的情况行为人已知晓;四是有权威人士或者政府人员告知行为人持有该种枪支是违法的;五是政府有关部门组织了收缴该种枪支的行动并且行为人知晓;六是政府开展了有关禁止该种枪支的宣传并且行为人知晓;七是政府有关部门对行为人本人进行过有关非法持枪的警告或者处分;等等。只要有一种以上证据就能证明行为人知道法律是禁止非法持枪的。结合本案事实,我们认为赵春华并不知道她所持有的枪支是被“法律”禁止持有的。理由是:一是气枪射击摊在我国存在了几十年,一直都是合法的,没有理由现在就非法了;二是这个摊子是两个

月前从别人手上接过来的,别人两个月前做合法,没有理由她现在做就非法;三是摆摊摆了两个月,见过收税的,见过城管的,见过维护治安的,从来没有人告诉过她这是违法的,这些人都是国家工作人员,文化水平比她高,比她更能看懂国家的法律文件,比她更懂得国家的法律政策;四是摆摊两个月,在闹市区人来人往的,从来没有人告诉她这枪违法,说明一般人都不知道这枪违法;五是案件判决后,网上一片质疑声,说明更多的人不知道这枪违法;六是判罪的案件可能有,但她不知道,而有的法院^[4]将该类枪支进行拍卖,即便她不知道,至少也说明法院系统也有人与她是同一种看法,这枪支没啥事的。

第三,行为人知道自己没有持枪的特定资格。前文所指知道国家禁止非法持枪,与此段的知道自己没有持枪资格结合起来,才能表明行为人是知道自己是属于非法持枪的状态。如果仅有前段的知道国家禁止非法持枪,不能排除行为人错误地以为自己也有持枪资格的情况,并不意味着行为人就不知道自己也是非法持枪。这种情况应当属于主体认识错误,属于认识错误的特别类型,虽然理论探讨不多,但现实中仍有发生。因此,即便是存在主体认识错误不能免除刑事责任,仍能看出与没有认识错误的情况有较大差别,在处罚时也应视情况从轻处理。判断行为人是否知道自己有或者没有持枪资格,应当看行为人所认为的持枪资格需要什么条件,并且行为人所认知的这些条件与法律规定的条件是否一致。如果不一致,也是一种认识错误,应当与有正确认识的情况区别对待;如果一致,说明行为人知道的情况并不符合持枪的条件,才能得出属于非法持枪的结论。

第四,行为人知道自己非法持枪会给社会的公共安全带来威胁。即行为人知道自己的行为会产生危害社会的结果,承前文,由于本罪属于无结果的犯罪类型,认识因素的内容不能直接与危害结果挂钩,因而用会侵害客体的内容来说明结果部分。这是犯罪故意认识因素的重要部分,因为只有认识到自己的行为会对客体造成危害而仍要实施行为,才能说明行为人的主观恶性。如何判断行为人是否认识到自己行为会对客体造成危害?要看行为人对自已的行为将产生什么后果有无预测,预测到的结果是什么,是否属于客体所包含的范围,结果发生的概率有多大。如果行为人对其行为将产生的后果没有进行过预测,则属于没有尽到的义务,属于应当预见而没有预见的情形,应当归于疏忽大意过失一类;如果行为人进行过相关预测而没有预见到会产生危害结果,则又要分两种情形:尽了自己的能力去预测而预见不到的,属于没有能力预见,就应归

于意外事件一类;没有尽够自己的能力去预见而没有预见到的,仍归于疏忽大意过失一类。当然,如果行为本身并不会产生危害社会的结果,行为即使预见到了,也是一种错误的预见,最终不可能产生危害社会的结果,只能得出无罪的结论;而行为实际上不会产生危害社会的后果,行为人也并没有预见到这种结果,自然就属于正常不过的了。如果行为实际上确实可以产生危害社会的后果,行为人也预见到了这种后果的产生,仍要分两种情况:预见到结果可能发生,但认为发生的概率极低,自己不会那么倒霉地恰好碰上,因而继续实施行为的,属于过于自信的过失;只有预见到结果会发生,而且发生的概率较高仍继续实施行为的,才属于故意的认识因素所包含的范围。切入本案,我们认为赵春华不可能认识到她的行为发生危害社会的后果,理由是:一是气球射击在我国存在了几十年,并未见到过发生重大事故的情形;二是她接手前别人也是摆的射击摊,也没有发生危害社会的后果;三是她本人摆了两个月的射击摊,也没有发生过这类后果;四是周围人也没有提醒过她摆这种射击摊会产生危害社会的后果。

第五,行为人希望通过自己的非法持枪行为给社会公共安全带来威胁。故意内容中的认识因素与意志因素,实际上是与刑事责任能力中的辨认和控制相关联的,明知是辨认的要求,希望或者放任是控制内容的表达,故意分为直接故意和间接故意两种,虽然在认识因素上也有差别,但主要的差别是意志因素,前者是希望后者是放任。笔者认为非法持有枪支罪的故意只能是直接故意而不能是间接故意,理由有二:其一,持枪是主动行为,且不需要产生实际损害结果,当行为人已经认识到非法持枪会危害社会而仍然选择持有,即已表明行为人选择了控制自己的行为朝着会对客体造成侵害的方向去发展,不可能是放任。其二,间接故意的犯罪一向是要求结果发生了才能定罪的,而非法持有枪支罪是没有结果的犯罪。因此,分析本案赵春华是否具有非法持枪的故意,在意志因素方面,要看其是否具有希望通过非法持枪来危害公共安全的意图。我们认为可以从几个方面来证明:一是行为人有对国家、对社会不满的情绪,并且有言论明确表示要通过非法持枪对社会进行报复;二是有旁人尤其是国家机关及其工作人员对她告知过非法持枪的危害而她执意持有之;三是行为人的知识、阅历中具有关于持有她所持的类别的枪支造成危害公共安全的案例而她执意持有之;四是她摆摊过程中已经发生过危及公共安全的事例而她仍执意持有之;五是有其他事实证明她持有枪支的目的就是为了能危害公共安全。案件事实证明,没有任何一项

证据能证明赵春华存在上述事实之一,因此不能确定赵春华具有危害公共安全的意图,不符合本罪故意的意志因素要求。

综上所述,我们认为赵春华不可能具备非法持有枪支罪的犯罪故意。她所持有的不是《枪法》所指的枪支,就缺少了成立本罪故意的基础,她不知道法律禁止她持有这种枪支(法律实际上并不禁止),她不知道她所持有的枪支会产生社会危害(实际上不会产生),她摆射击摊是为了赚钱补贴家用,没有过危害社会的意图。本案一审法院的判决对赵春华的主观罪过的内容未作认定。二审法院的认定是:涉案枪支外形与制式枪支高度相似,以压缩气体为动力、能正常发射、具有一定致伤力和危险性,且不能通过正常途径获得,上诉人赵春华对此明知,其在此情况下擅自持有,即具备犯罪故意,至于枪形物致伤力的具体程度,不影响主观故意的成立。我们认为这个认定至少存在几个问题:其一,认识部分事实即是明知。依前文分析,行为人知道自己所持有的是枪,法律禁止非法持枪,自己是属于非法持枪,非法持枪会给公共安全带来危害,这几点是非法持有枪支罪故意在认识因素上的要求。而法院的认定将“外形与制式枪支高度相似,以压缩气体为动力、能正常发射、具有一定致伤力和危险性”作为明知是枪的理解,实际上将法律禁止持有的枪与玩具枪混为一谈;将“具有一定致伤力和危险性”作为行为人对危害结果有认识的理解,其实是对《刑法》第十四条的“会产生危害社会的结果”作了无限扩大的理解;将“不能通过正常途径获得”作为明知法律禁止非法持有的理解,且就是以这些似是而非的事实,判定了赵春华的“明知”。其二,明知即等于是故意,忽略了意志因素的要求。在整个主观内容的认定中,没有一个字涉及意志因素的内容,直接以是明知而得出是故意的结论。其三,具有一定致伤力和危险性即等于能够危及公共安全。“明知行为会发生危害社会的后果”表明行为人了解行为的严重性,而二审法院将内容定位为“具有一定致伤力和危险性”,实际上就是抹掉了行为人对其行为严重性认识的标准,只要行为人对其所持有的枪有一定致伤力和危险性的认识就认为有了严重性的认识,完全脱离了法律的标准。其四,市面上买不到即等于不能通过正常途径获得即等于法律禁止持有。市面上买不到,有多种可能,除了法律禁止买卖之外,还有可能是一时缺货或者生产方不在本地销售等,不能直接以市面上买不到就认定行为人明知是法律禁止的,更何况本案赵春华从他人手上买来,恰好说明是正常途径能买到的。其五,枪支的致伤力能否危及公共安全,不是故意成立与否的条件。枪支的致伤力是枪支能否危及公共安全的前提,是主观和客体两要件的自然联系,没有达到法

律规定的致伤力,就不会危及公共安全,因此二审法院的分析与法律的规定是脱节的。

综上所述可以得出以下结论:赵春华所持有的不是《枪法》所规定的枪支,其本人的认识因素和意志因素的内容均与本罪故意的内容不符,不能认定赵春华具有本罪的故意。

五、结 语

人民法院的刑事判决的微观作用是代表国家对个人行为作出判定,对个人构成犯罪的行为进行处罚,宏观作用则是起到引导国民认清是非、遵守法秩序的作用。国家对内的职能是建立一种有利于国家民族健康发展的秩序,在法制社会里,这种秩序主要体现为法秩序,国家通过维护和执行这种秩序,使国民的行动朝着一个方向前进,从而达成使国家强盛、人民生活水平不断提高的目的。法秩序的建立与维持需要通过公示、宣传、执行等方式来让法秩序的内容逐渐地深入人心,进而成为自觉遵守的行为习惯。而在这些方式中,执行是极其重要的一环,法制定得再好,宣传得再到位,如果最后不执行,那就是空话,没有人会去遵守。错误的判决,在本质上其实就是不执行法律,而且是代表国家的机关以实际行为破坏法律的威信,一次错误的判决,甚至能抵消十年的普法效果。因此,要想法秩序成为人们自觉的行为准则,需要通过一次次正确的判决来不断强化人们的法制意识,并且做到有错必纠。司法机关应当认真地审理每一起案件。犯罪构成是立法机关规定在法律条文中的判定行为是否构成犯罪的唯一标准。判断一个行为是否构成犯罪,需要先找对相应的法律、正确的条文,进而准确分析法律规定的成立条件(构成要件或者要素)的内容,最后以确实充分的证据证明每一个构成要件的成立,才能得出正确的判断。本案的审理,如果按照上述步骤进行,具体落实了每一个构成要件,就不可能出现行为、对象、客体、罪过以及法律根据的判断错误。

[参考文献]

- [1]张广凯.公安部专家详解枪支认定标准:违规和判刑是两码事[EB/OL]. http://www.guancha.cn/society/2017_01_04_387620_3.shtml, 2017-01-04.
- [2]百度百科.QSZ92型军用手枪[EB/OL]. <http://baike.baidu.com/item/QSZ92%E5%9E%8B%E5%86%9B%E7%94%A8%E6%89%8B%E6%9E%AA/7252648>, 2017-09-29.
- [3]高铭暄,马克昌.刑法学[M].北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2017:333.
- [4]王彬.法院拍卖玩具枪,算不算犯法?[EB/OL]. <http://news.eastday.com/eastday/13news/auto/news/china/20170104/u7ai6351428.html>, 2017-01-04.

[责任编辑:周 青]