

非法持有枪支罪的司法认定

王 钢^{*}

内容提要 法秩序统一性原则意味着法秩序应当向公民设置明确的、不自相矛盾的行为规范,但不要求法律术语的统一性,也不妨碍刑法在不同于行政法律规范意义上界定枪支概念。基于法益保护的目与抽象危险犯的学理,只能将具有显著杀伤力和高度危险性的枪形物认定为非法持有枪支罪意义上的枪支。因此,赵春华的行为不符合非法持有枪支罪的客观构成要件,也难以认定其具有犯罪故意。即便从公安部现行的枪支认定标准出发,也应当肯定赵春华陷入了无法避免的违法性认识错误,不构成犯罪。

关键词 赵春华案 非法持有枪支罪 犯罪故意 违法性认识

导 言

2017 年元旦前后,发生在天津的赵春华非法持有枪支案(以下简称赵春华案)引起了社会的普遍关注。根据司法机关确定的案件事实,赵春华从 2016 年 8 月开始在天津市河北区李公祠大街亲水平台附近摆设射击游艺摊位,经营射击气球生意。同年 10 月,公安机关在巡查过程中将其抓获归案,当场查获涉案枪形物 9 支及相关枪支配件、塑料弹。经天津市公安局物证鉴定中心鉴定,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。2016 年 12 月 27 日,天津市河北区人民法院以非法持有枪支罪判处赵春华有期徒刑三年六个月。^① 该判决经新闻媒体报道后,迅速引起了舆论的热议,赵春华也提出上诉。2017 年 1 月 26 日,天津市第一中级人民法院对本案作出二审判决,依然认定赵春华构成非法持有枪支罪且情节严重;但是,考虑到“赵春华非法持有的枪支均刚刚达到枪支认定标准,犯罪行为的社会危害相对较小,其非法持有枪支的目的是从事经营,主观恶性、人身危险性相对较低,二审期间能如实供述犯罪事实,认罪

^{*} 清华大学法学院副教授,法学博士。本文系司法部国家法治与法学理论研究项目“刑法违法阻却事由与恐怖主义犯罪应对”(项目批准号:14SFB50015)的阶段性成果。感谢中国政法大学阮齐林教授,清华大学张明楷教授、余凌云教授对本文的意见和建议。

^① 参见天津市河北区人民法院(2016)津 0105 刑初 442 号刑事判决书。

态度较好,有悔罪表现等情节”,改判其有期徒刑三年,缓刑三年。^②虽然本案至此已经二审审理终结,但是,本案所涉及的诸多刑法问题却仍然有待学界深入地展开探讨研究。在本文看来,赵春华案中主要有三个值得探讨的问题:其一,在客观要件方面存在疑问的是,赵春华所持有的枪形物是否应当被认定为非法持有枪支罪意义上的枪支。这个问题不仅涉及刑法对行政法律规范的从属性,即法秩序统一性原则的具体适用,而且还涉及刑法中抽象危险犯的学理,可谓是本案最核心的争议点。其二,在主观要件方面,需要考察赵春华是否具有犯罪故意。这里涉及对于规范性构成要件要素的犯罪故意的认定。其三,在责任层面,还应当考虑,赵春华是否具有违法性认识。这又涉及违法性认识错误的问题。下文将对这些问题逐一进行探讨。

一、法秩序统一性与枪支概念

(一) 司法实务中的枪支概念

我国《刑法》第128条第1款规定,违反枪支管理规定,非法持有枪支的,构成非法持有枪支罪。在司法实务中理解和适用该款规定时的核心问题是,应当如何认定本罪意义上的“枪支”?事实上,我国《刑法》中的诸多条文都涉及“枪支”概念。譬如,《刑法》第125条至第130条规定了众多枪支犯罪,此外,第287条之一第1款第2项以及第263条“持枪抢劫”等规定,也同样牵涉到对“枪支”的认定。然而,尽管“枪支”是在我国《刑法》中被广为使用的概念,《刑法》本身却未对之进行定义。我国《枪支管理法》第46条规定,枪支是指“以火药或者压缩气体等为动力,利用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”。该条规定虽然确定了“枪支”的部分基本特征,但仍然未能解决“枪支”的定义问题。因为,究竟哪些枪支达到了《枪支管理法》第46条意义上的“足以致人伤亡或者丧失知觉”的标准,该法本身也同样未予界定。不过,《枪支管理法》第4条规定,“国务院公安部门主管全国的枪支管理工作”,从而将对“枪支”进行补充定义和管理的职权赋予了公安部。公安部目前对于“枪支”的定义主要存在于两个规范性文件中:其一,公安部2007年10月29日颁布的《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》(以下简称《枪支鉴定判据》)规定,未造成人员伤亡的非制式枪支,枪口比动能达到1.8焦耳/平方厘米时,即认定其具有致伤力;其二,公安部2010年12月7日印发的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》(以下简称《枪支鉴定规定》)第3条第3项明确指出“对不能发射制式弹药的非制式枪支,……当所发射弹丸的枪口比动能大于等于1.8焦耳/平方厘米时,一律认定为枪支。”通过这些规定,枪口比动能1.8焦耳/平方厘米就成为了认定非制式枪支的临界值。

公安部确定的这种枪支认定标准,在我国刑事司法实务中被广泛采纳。赵春华案也不例外。赵春华持有的6只枪形物的枪口比动能达到了2.17—3.14焦耳/平方厘

^② 参见天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号刑事判决书。

米,略微超过1.8焦耳/平方厘米的标准,故而被法院认定成了《刑法》第128条意义上的“枪支”。然而,在刑法学理上需要检视的问题恰恰在于,司法机关是否必须依据行政法律规范界定枪支?显而易见,这里的问题涉及刑法与行政法律规范的关系,因而涉及对法秩序统一性原则的理解与适用:法秩序是否应当是一个统一的整体?如果法秩序应当是统一的整体,刑法是否应当在概念的界定和使用上从属于行政法律规范?

(二) 法秩序统一性原则

根据日本学者松宫孝明的定义,法秩序统一性,是指在由宪法、刑法、行政法、民法等多个法领域构成的整体法秩序中不存在矛盾,法领域之间也不应作出相互矛盾、冲突的解释。^③对于我国学界而言,“法秩序统一性”并非陌生的概念。我国《宪法》第5条第2款明确规定,国家维护社会主义法制的统一。有论者指出“社会主义法制统一是整体法律秩序下的内在统一”,其不仅意味着法治理念的统一,也意味着法律原则和规范体系的统一。^④我国刑法学者主要是在违法判断一元论与违法判断相对论的争论中论及法秩序统一性原则。近年来,亦有部分论者主张,在对刑法分则构成要件进行解释和适用时,也应当立足于法秩序的统一性,充分考虑行政法律规范和民事法律的相关规定,从而实现刑法与行政法律规范、民商事法律之间的协调统一。^⑤由于学界对法秩序统一性原则的广泛认同,当今的学者们甚至都已经很少再追问法秩序统一性的实质依据与目的诉求,而是往往径直将该原则接受为无需进一步证明的基本命题。本文亦认为,法秩序应当是统一的整体。法秩序由行为规范构成,强调法秩序的统一性,旨在确保国家向公民发出明确的行为指引,这也是法治原则的基本要求。

第一,法律就其本质而言是行为规范。恰如富勒(Fuller)所言,“法律是使人类行为服从规则之治的事业”,其基本功能在于,通过普遍规则的引导,使人们可以借助规则确定自己的行为方向,并由此来调控人们的行为,以最终成就某种社会秩序。^⑥虽然行为规范并非是不证自明的存在,其经常源自于一定的评价规范,因为法秩序必须首先将某种客观状态评价为恶的或不好的,然后才能据此形成旨在避免造成这种状态的行为规范。但是,却不能据此认为法律主要是评价规范或者仅具有评价规范的性质。因为,对客观事件或者状态进行评价,并非法律的最终目的。法律毋宁是通过对客观状态赋予消极评价,从而向规范接受者明示,不允许其实施可能造成这种客观状态的行为。

第二,对于法秩序“统一性”的具体含义,学术史上亦存在不同的见解。在本文看来,既然法秩序本质上由行为规范组成,那么法秩序“统一性”最核心的内涵就必然在于:法秩序应当是和谐的整体,其各个组成部分之间应当协调一致,不存在矛盾冲突。由行为规范构成的法秩序必须向规范接受者传达统一的、不自相矛盾的行为指引。若法律一方面命令人们实施某种行为,同时却又禁止该行为,就会导致法秩序的自我否

③ 参见[日]松宫孝明《刑法总论讲义(第4版补正版)》,钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第81页。

④ 参见江必新《试论社会主义法治的几个新命题》,载《中国法学》2010年第4期。

⑤ 参见周光权《非法倒卖转让土地使用权罪研究》,载《法学论坛》2014年第5期。

⑥ 参见[美]富勒《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第124页以下。

定。因为,人们事实上不可能既依照法律的指引实施相应行为,又同时履行内容截然相反的法律义务。为保障公民的行为自由,维护公民对自己行为后果的预期,这种排除行为规范矛盾性意义上的法秩序“统一性”,也是法治国原则的基本要求。众所周知,法治国原则意味着所有国家机关均需依法行使权力。在创制和适用法律规则时,国家也不得恣意而为,其必须顾及法律的安定性与明确性,使公民可以了解并且信赖法律设置的行为规范。这就必然要求法秩序保持内在的统一,确保其各个组成部分向公民传递的行为规范彼此协调一致。在涉及刑法与其他部门法的关系时,尤其如此。刑罚是国家对公民基本权利最为严厉的干涉,因此,刑法必须恪守其谦抑性以满足比例原则的要求。对于行政或民事法律规范所允许的行为,刑法不得再视其为违法并给予刑事处罚。正是在这个意义上,法秩序统一性原则也必然要求刑法对于行为违法性的判断从属于行政和民事法律规范。

(三) 概念统一性之否定

在现实的法秩序中,往往存在着一些或表面或实质地损害法秩序“统一性”的矛盾冲突。在适用法秩序统一性原则时,必须明确分辨这其中的哪些矛盾是有损法秩序统一性的,应当予以排除;而哪些又只是表面上不符合法秩序统一性,其实不构成真正的矛盾冲突。依德国学者恩吉施(Engisch)之见,可能有损法秩序“统一性”的矛盾大体有四种:技术矛盾、规范矛盾、评价矛盾与原则矛盾。其中,与本文主旨密切相关的是技术矛盾。所谓技术矛盾是指法秩序内部的不同法律规定对相同的概念或术语赋予了不同的含义。^⑦换言之,字面相同的概念或术语,在不同法律规定中的含义却出现了不一致。问题是,这种概念上的不一致是否违反法秩序统一性原则?本文所关注的赵春华案恰好就涉及这一问题。既然法秩序应当是统一的整体,司法机关在处理刑事案件时,是否就必须采纳行政法律规范对于“枪支”的定义?

在学术文献中,也确有论者站在法秩序统一性的立场上,要求法律术语与概念的统一。部分德国学者认为“法秩序统一性进而的要求恐怕就是,对于文字上相同的概念,在不同场合下也应当做含义相同的理解。”否则就可能“引发规范确定性的问题,违反明确性原则”。^⑧若刑法对于行政法律规范中的相同概念进行不同的理解与适用,就容易使刑法脱离对行政法律规范的从属性,导致公民难以理解刑法条文的含义。^⑨类似的,我国也有论者主张“在枪支鉴定标准上,法院和行政机关应当保持一致”,“这是法秩序统一性的内在要求”^⑩。

在本文看来,这种见解对法秩序统一性原则的理解过于形式化,未能正确把握该原则的实质内涵。如前文所述,法秩序统一性原则旨在为公民设置明确的行为指引,维护公民的行为自由。基于这种认识,当概念含义的差异不足以损害法律的安定性与明确

^⑦ Vgl. Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 43 ff.

^⑧ Vgl. Majewski, Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?, 1971, S. 30.

^⑨ Vgl. Schmitz, in: Münchener Kommentar StGB, 2. Aufl., 2014, Vor § § 324 ff. Rn. 43.

^⑩ 参见杨建顺《是否属于枪支,鉴定标准只能唯一》,载《检察日报》2016年8月17日。

性时,就不能认定其违反了法秩序统一性原则。这里的关键问题是,不同部门法之间的概念差异,尤其是刑法概念与行政、民事法律概念的差异,是否已经严重到违反明确性原则的程度。虽然明确性原则无疑属于现代法治国必须遵循的基本原则,但是,该原则的适用也并非不受限制。事实上,由于文字含义总是具有一定程度的模糊性,成文法不可能实现绝对的明确性。德国联邦宪法法院也正确地指出,明确性原则并不排斥规范性的、需要经过价值判断和法律解释才能确定其内涵的概念。对于法律规定的明确性程度不能提出过高的要求,否则就必然导致法律规定过度僵化,难以与多样的生活事实和社会的发展进步相适应。^⑪ 对于刑法条文而言,只要其所使用的概念或术语不至于太过模糊,导致公民无法再估算到遭受刑罚的危险,原则上就应当肯定其符合了明确性原则要求。与此相应,纵然相同的概念在不同的法律中,或者甚至在同一法律的不同条文中具有不同的含义,但是,只要在具体条文中对相关概念的解释仍然处于概念本身可能的语义范围之内,就不能认为刑法对这些概念的使用违反明确性原则,有碍法秩序的协调统一。

因此,虽然在法秩序中,对于少数基本法律概念的构建可以保持统一,但却不能认为概念统一性是法秩序统一性的前提条件。法律概念在法秩序中经常并不具有绝对固定、一成不变的含义,而总是要根据具体法律规定的目的、意义与体系地位对之进行解释。这正是所谓的“法律概念的相对性”或者说“法律概念的多义性”。德国联邦宪法法院明确承认,概念的相对性不违反明确性原则,因此,即便税法中使用了与民法相同的概念,也并不意味着必须对该概念作出与民法相同的解释。^⑫ 我国学者张明楷教授也早就指出,刑法用语既有统一性的一面,也有相对性的一面。“为了实现刑法的正义理念,为了维护刑法的协调,对同一用语在不同场合……作出不同解释是完全必要的。”^⑬ 譬如,对于《刑法》第236条强奸罪中的“胁迫”在程度上的要求就应当低于第263条抢劫罪中的“胁迫”。如此才能在强奸罪、抢劫罪和敲诈勒索罪之间维持体系上的平衡与协调统一。这种对相同概念的不同理解,只是体系解释的必然结果,并未实质性地变更刑法乃至法秩序所设置的行为规范,因而与法秩序统一性原则不相冲突。

需要特别指出的是,虽然刑法必须恪守其谦抑性以及对其他部门法的从属性,但是,刑法的谦抑性和从属性并不意味着刑法在概念确定上也必须从属于行政或民事法律规范。换言之,法律概念的相对性和多义性,即便在刑法与其他部门法的关系上,也同样不损害法秩序统一性原则。因为,刑法的谦抑性与从属性只是表明:只有当其他部门法律难以有效规制相应行为时,国家才能动用刑法加以干涉,刑法不能处罚其他部门法律所允许的行为,以避免法秩序内部出现自相矛盾的行为规范。相反,刑法的谦抑性和从属性并不意味着刑法只能是其他部门法律的附庸,从而也不妨碍刑法自主地选

⑪ Vgl. BVerfGE 75, 329 (341 ff.).

⑫ Vgl. BVerfG, FR 1992, 270.

⑬ 张明楷《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2011年第2版,第780页。

择——即便是与其他部门法含义不同的——法律概念和术语构建成要件,将值得保护的法益纳入刑法的保护范围。^⑭此时刑法实际上只是在法秩序为数众多的行为规范中选取部分,通过刑法规定特别地对之予以确认与保护,或者是在其他部门法律不予管辖的范围内设置新的行为规范。这显然不会造成法秩序内部行为规范的矛盾冲突,因而不妨害法秩序的协调统一。^⑮因此,纵然我国刑法财产犯罪中的“占有”概念不同于民法中的“占有”,学界也普遍接受了这种概念上的不同。根据德国司法判例,即便刑法中的概念完全超出了其他法律相同概念的范围,也未必会妨害法秩序的统一性。譬如,德国《武器法》未将汽车定义为武器,但是,德国联邦最高法院却认为,当行为人驾车撞向执法人员以抗拒对方执法行为时,其所驾驶的汽车亦属于《德国刑法》第113条第2款第1项意义上的“武器”,并进而认定行为人属于携带武器抗拒执行人员。^⑯德国学者们也从不认为该判决违反法秩序统一性原则。

由此可见,法秩序统一性不要求概念的统一性,技术矛盾不违反法秩序统一性原则。不仅如此,法律概念的多义性对于避免整体法秩序内部出现实质性的矛盾冲突甚至是必不可少的。^⑰因此,也就不能以维护法秩序统一性为由,认为在赵春华案中,司法机关必须在与行政法律规范相同的意义上认定“枪支”。

(四) 非法持有枪支罪中的枪支

前文的论述已经表明,法秩序统一性原则不要求司法机关必须采用行政法律规范中的枪支概念处理刑事案件。但是,法秩序统一性原则显然也不意味着,司法机关必须摒弃行政法律规范对相关概念的定义。因此,赵春华案中有待探讨的另一个问题是,在认定非法持有枪支罪时,是否不应采用行政法律规范确立的现行枪支认定标准。我国《刑法》第128条第1款将违反枪支管理规定非法持有枪支的行为规定为犯罪,未进而要求行为人因非法持有枪支造成了法益损害结果或者造成了对法益的紧迫危险。因此,就立法技术而言,非法持有枪支罪在我国应属抽象危险犯。既然该罪原本也不要求行为人的行为对法益造成实害或者紧迫的危险,那么是否可以认为,但凡行为人持有的枪形物达到了公安机关制定的枪支认定标准,就可以认定其构成非法持有枪支罪?这一问题涉及对抽象危险犯的理解。

1. 抽象危险犯的危险性

根据构成要件对发生实害结果或危险的不同要求,刑法理论传统上将犯罪区分为实害犯、具体危险犯与抽象危险犯三大类别。其中,对于抽象危险犯的认定,或者说对于抽象危险犯的危险程度的要求,学界存在不同的认识。当前的通说认为,抽象危险犯是指,立法者将典型的、一般情况下具有侵害法益之危险性的行为模式以刑法加以禁止。抽象危险犯是基于立法上假定,即特定的行为方式出现,危险状态即伴随而生。具

^⑭ Vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 53 f.

^⑮ Vgl. Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 214 ff.

^⑯ Vgl. BGHSt 26, 176 (179 f.).

^⑰ Vgl. Renzikowski, Wertungswidersprüche als (straf-) rechtsmethodisches Problem, GA 1992, S. 159.

体个案纵然不生危险,亦不许反证推翻。^⑮ 据此,抽象危险犯中的危险不是现实存在的危险,而是一种立法者的拟制。法官在对具体个案进行审理时,只需审查行为人的行为是否符合了相应罪名的构成要件,毋需考察其行为事实上是否确实造成了对法益的危险。^⑯ 相反,亦有众多刑法学者主张,抽象危险犯意义上的危险并非被立法者拟制的危险,而是与具体危险犯中的危险一样,必须是现实的危险,同样应当由司法机关在个案中进行具体的判断。只有当行为人的行为在个案中确实造成了对法益的抽象危险时,才能肯定其构成抽象危险犯。抽象危险犯的危险与具体危险犯的危险之间不存在性质上的差别,而仅在对危险的判断资料^⑰或危险的程度^⑱上有所不同。

这里需要指出的是,即便是抽象危险犯,也不能脱离法益保护的主旨。刑法的根本目的与任务是保护法益,刑法分则每个条文都有相应的法益保护目的。司法机关应当根据不同犯罪所侵犯的法益,或者说根据刑法条文所要保护的法益,确定相应犯罪的构成要件的内容。在涉及抽象危险犯时,也同样如此。我国有论者认为“抽象危险犯……是通过对特定行为的控制以达到分配风险的任务。抽象危险的状态属于拟制,故其立法主旨实际上根本不是侧重于法益侵害,而是以规范侵害取而代之。……即便行为人的侵害行为永远都不能达到侵害法益的结果,行为人也应对其行为侵害‘不得实施某种危害行为’的规范而承担罪责。”^⑲这种见解并不妥当。对于主张抽象危险犯中的危险也必须是现实危险的学者而言,抽象危险犯理当以发生了对法益的(即便只是较低程度的)危险为成立前提。即便按照通说的见解,认定抽象危险犯中的危险只是立法者的拟制,也不能将其与法益保护的思想割裂开来。因为,刑法中的构成要件并非价值中性的存在,立法者必须对构成要件进行实质性的构建,其总是只能将值得科处刑罚的举止类型化为构成要件行为。立法者在抽象危险犯的刑事立法方面固然享有一定程度的自由裁量权,但这并不意味着其可以将任意行为评价为具有对法益的抽象危险并以抽象危险犯对之加以制裁。相反,对行为的危险性的立法拟制也必须建立在事实基础之上,而不能只是立法者的主观臆测。正如日本学者西原春夫所言,抽象危险犯意味着,法律拟制相应的行为类型“一般而言包含着法益侵害的危险”。^⑳ 换言之,即使立足于通说的立场,立法者也只能将某些从生活经验中累积而知的对法益具有典型危险性的行为模式挑选出来,通过设立相应的抽象危险犯予以禁止,从而达到保护法益的目的。在这个意义上,抽象危险犯绝非仅仅旨在维持其所设置的行为规范的效力,而是通过对行为规范的确证最终实现对法益的保全:刑法要求公民遵守规范,是为了保护法益,而

^⑮ 参见林东茂《刑法综览》,中国人民大学出版社2009年版,第50页以下。

^⑯ 参见黄荣坚《基础刑法学(下)》,元照出版有限公司2006年版,第620页。

^⑰ 参见张明楷《“风险社会”若干刑法理论问题反思》,载《法商研究》2011年第5期。

^⑱ 参见付立庆《应否允许抽象危险犯反证问题研究》,载《法商研究》2013年第6期。

^⑲ 王立志《风险社会中刑法范式之转换》,载《政法论坛》2010年第3期。

^⑳ 参见[日]西原春夫《犯罪实行行为论》,戴波、江溯译,北京大学出版社2006年版,第109页。

不是为了追求公民的“顺从”本身^{②④}。

2. 非法持有“枪支”的认定

简言之,抽象危险犯要求行为人的行为造成了对法益的抽象危险,或者至少要求行为人所实施的行为在类型上具有典型的法益侵害危险。对于非法持有枪支罪的构成要件,也应当由此出发进行解释。我国《刑法》第128条被规定在分则第二章危害公共安全的犯罪中,根据体系解释的原理,非法持有枪支罪所保护的法益应当是公共安全,即不特定或多数人的生命、健康及财产的安全。^{②⑤} 基于这种法益保护的旨趣,结合前述抽象危险犯的基本原理,就必须对非法持有枪支罪的构成要件进行严格的把握。只有当行为人“非法持有枪支”的行为在个案中造成了对不特定或多数人的生命、健康或财产的抽象危险,或者至少在类型上一般而言具有危及不特定或多数人的生命、健康或财产的可能性时,才能肯定行为人构成本罪。显而易见,只有在行为人所持有的“枪支”就其性质而言具有显著的杀伤力,能够轻易造成人体伤害乃至死亡结果的场合,才可能认定行为人持有枪支的行为本身就具备了抽象危险犯所要求的危险性,也才可能认定行为人构成非法持有枪支罪。

在赵春华案中,赵春华所持有的6支枪形物的枪口比动能大致在2.17-3.14焦耳/平方厘米,略微超过公安部《枪支鉴定判据》与《枪支鉴定规定》中规定的枪口比动能1.8焦耳/平方厘米的标准,从而被法院认定成了《刑法》第128条意义上的“枪支”。天津市第一中级人民法院在其判决中认为,“枪支独有的特性使其具有高度危险性,因此,……非法持有枪支本身即具有刑事违法性和社会危害性”,从而驳回了辩护人提出的赵春华的行为不具有任何社会危害性的辩护意见。^{②⑥} 在本文看来,公安部现行的对于枪支致伤力的界定标准过低,并不能反映枪支在人们观念中理应具有的显著杀伤力与“高度危险性”。以公安部的定义认定非法持有枪支罪意义上的“枪支”,难以契合该罪法益保护的主旨与抽象危险犯的法理,显失妥当。根据我国学者的介绍,投射物穿透皮肤的比动能临界值为10-15焦耳/平方厘米,比动能达到或者略高于1.8焦耳/平方厘米的弹丸完全不可能击穿人体皮肤,^{②⑦}虽然在约1米的近距离内,比动能1.8焦耳/平方厘米的弹丸对人眼造成的损伤也可能达到轻伤乃至重伤的程度,^{②⑧}但是,裸露的人眼毕竟是人体最为脆弱的部位,即便以叉子、筷子等普通餐具对人眼进行攻击,都完全有可能造成严重伤害。因此,仅能在近距离造成人眼损伤的枪形物,难以被认定为具有显著的杀伤力。单纯持有这种枪形物的行为,既不可能在个案中对不特定或多数人的生命、健康或财产法益造成现实的危险,也无法被认定为一般情况下具有致使不特定或多数人的生命、健康或财产遭受损害的典型危险性。既然如此,就应当通过目的性限缩解释,将这

^{②④} Vgl. Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 281.

^{②⑤} 参见黎宏《刑法学各论》,法律出版社2016年第2版,第17页。

^{②⑥} 参见前引②。

^{②⑦} 参见李刚、姚利《枪弹痕迹的法庭科学鉴定现状与未来》,载《警察技术》2008年第1期。

^{②⑧} 参见季峻等《钢珠气枪及其发射弹丸的检验和鉴定》,载《江苏警官学院学报》2008年第3期。

种仅具有极低杀伤力的枪形物排除在非法持有枪支罪的“枪支”概念之外。更何况,在赵春华案中,赵春华不过是使用其所持有的枪形物摆设射击游艺摊位,供市民们娱乐消遣。这种经营活动常见于我国大街小巷,难以认为其创设了超出日常生活的风险,遑论其社会危害性。与此相应,依据公安部设置的较低标准将赵春华持有的枪形物认定为《刑法》第128条中的“枪支”,并进而认定其构成非法持有枪支罪,就过度扩张了该罪的适用范围^{②9}。

需要说明的是,本文无意从根本上否定公安部设置的枪支认定标准。在我国法秩序中,“枪支”不是刑法所特有的概念,诸多行政法规也同样广泛使用枪支概念。在这些行政法规中,以较低标准界定枪支,可能会更加便于行政管理、有利于维护社会安定,或许有其合理性。然而,刑法的根本任务在于保护法益,而非惩戒公民单纯悖逆行政管理的“行政不服从”行为。因此,在刑事案件中,即便是对于非法持有枪支罪这种抽象危险犯,司法机关也必须结合相应罪名所保护的法益,对枪支概念进行目的性限缩解释,仅将具有显著杀伤力的枪形物界定为枪支。^{③0} 由于专业上的隔阂,本文自然难以提出“显著杀伤力”的具体界定标准。但是本文倾向于认为,至少要在枪形物射出的弹丸比动能能够达到穿透人体皮肤的临界值时,才可能认定其具有对人体的显著杀伤力,将之评价为非法持有枪支罪意义上的枪支。我国已有人大代表建议,将认定枪支的比动能标准提升至16-20焦耳/平方厘米,我国台湾地区将比动能20焦耳/平方厘米作为枪支的认定标准,可资借鉴。^{③1} 这种限缩性解释完全不违反法秩序统一性原则。因为其实际上限缩了刑法禁止规范的适用范围,有利于公民充分行使行为自由,无损于公民对法秩序所设置的行为规范的信赖。在我国司法实务中,也存在偏离行政机关的规定实质地把握抽象危险犯成立条件的案例。譬如,在2015年引起了社会广泛关注的毒豆芽案中,被告人使用“速长王”等药品生产绿豆芽,并将所生产的绿豆芽予以销售。后经检测,其所使用的“速长王”中含有行政机关明令禁止用于豆芽生产的4-氯苯氧乙酸钠、6-苄基腺嘌呤、赤霉素等物质。虽然生产、销售有毒、有害食品罪属于抽象危险犯,但是在该案中,葫芦岛市中级人民法院与葫芦岛市连山区人民法院没有机械适用相关司法解释,单纯依据行政机关的禁令认定“有毒、有害的非食品原料”的范围,而是实质地考察被告人所使用的上述物质是否具有造成严重食物中毒或者其他严重食源性疾病的危险性,并最终以其相应物质的“安全性尚不清楚”,没有证据表明其能对人体造成危害为由,认定被告人不构成犯罪。^{③2} 这种实质地解释构成要件要素的立场应予赞同。

^{②9} 相同见解,参见刘艳红《“司法无良知”抑或“刑法无底线”?》,载《东南大学学报》(哲学社会科学版)2017年第1期。

^{③0} 类似见解,参见沈海平《认定枪支,司法标准应具有独立性》,载《检察日报》2016年8月17日。

^{③1} 参见彭千郡《仿真枪是枪吗?》,载《检察日报》2016年8月10日。

^{③2} 参见葫芦岛市中级人民法院(2015)葫刑终字第00033号刑事裁定书;葫芦岛市连山区人民法院(2015)连刑初字第00114号刑事判决书。

二、犯罪故意

除了客观要件方面关于枪支概念的疑问之外,在赵春华案中,赵春华主观上是否具有非法持有枪支的犯罪故意也是值得仔细探讨的问题。天津市第一中级人民法院在其判决中对此明确予以肯定“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、具有一定杀伤力和危险性,且不能通过正常途径购买获得,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。至于枪形物杀伤力的具体程度,不影响主观故意的成立。”^③这种认定是否正确,也需要从刑法学理上予以检视。

(一) 故意的认识因素

我国《刑法》第14条第1款规定了故意犯罪。刑法学理上认为,犯罪故意由认识因素与意志因素构成,并且与客观构成要件之间存在严格的对应关系:认定犯罪故意要求行为人认识到了与客观构成要件要素相对应的外在事实及其社会意义,并且希望或者放任客观构成要件的实现。简言之,犯罪故意就是指行为人对客观构成要件的认知与意欲。

应当注意的是,故意的认识因素不以行为人认识到了与客观构成要件要素相对应的外在事实为已足,而是要求行为人在此基础上,还认识到了客观构成要件要素所蕴含的社会意义。因为,只有当行为人认识到自己行为的消极社会意义时,才能肯定其明知自己的行为会发生“危害社会”的结果。当然,这并不要求行为人像法学专业人员一样将自己的行为精准地涵摄到刑法特定的构成要件之下,否则恐怕就只有刑法专业人员才可能构成故意犯罪。所谓认识到构成要件要素的社会意义,其实是指,行为人在其所属的外行人领域的平行评价的意义上认识到了相应法律概念所表达的社会意义内涵,或者说,行为人作为法学外行人认识到了自己行为中所含有的,致使立法者将该行为规定为犯罪的特殊意义。这就是由德国学者梅茨格尔(Mezger)首先提出,为现今刑法学界广泛接受的“外行人领域的平行评价”理论。^④与此相应,若行为人在个案中没有认识到与客观构成要件要素相对应的事实,或者未能在外行人领域平行评价的意义上认识到相应构成要件要素的意义内涵,便应当否定其具有犯罪故意。

在判断行为人是否就规范性的构成要件要素存在犯罪故意时,外行人领域的平行评价理论具有重要意义。众所周知,刑法中的构成要件要素可以被分为记述性的构成要件要素与规范性的构成要件要素两大类别。前者对物理或心理的现实或过程予以描述,人们通过对客观事实的感性认知即可理解其含义;后者则使用了规范性的概念,人们必须结合法律、文化或社会等方面的价值评价,通过“精神的理解”才能把握其本质内

^③ 参见前引②。

^④ Vgl. Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 328.

涵。^⑤ 在认定犯罪故意的认识因素时,两者之间存在差异。对于记述性的构成要件要素而言,行为人只要认识到了相应的客观事实,自然就认识到了自己行为的社会意义,从而可以认定其具备了故意的认识因素。譬如,行为人开枪射杀被害人,其只要认识到自己所杀害的对象是“人”,同时就认识到了自己的行为剥夺或缩短他人生命的意义内涵,具有了杀害故意的认识因素。相反,在涉及规范性的构成要件要素时,行为人纵然认识到了相应的客观事实,也未必当然能认识到自己行为的社会意义。此时就需要司法机关特别地判断,行为人是否在客观事实之外,还在外行人领域的平行评价的意义上正确认识到了相应客观构成要件要素所蕴含的、被立法者给予了否定评价的意义内涵。

(二) 对“枪支”的认识

前文所述的认定犯罪故意的刑法学理也应当被适用于赵春华案中。在本案中,赵春华对于自己持有枪形物的事实显然具有认识,此外,其也认识到自己持有的枪形物“外形与制式枪支高度相似,以压缩气体为动力、能正常发射”等事实。但若据此肯定其具有非法持有枪支的犯罪故意则有失草率。仔细考察就不难发现,非法持有枪支罪中的“枪支”,其实并非记述性的构成要件要素,而是规范性的构成要件要素。因为,《枪支管理法》第46条规定,枪支必须具备“以火药或者压缩气体等为动力,利用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”等性质。对其中的“足以致人伤亡或者丧失知觉”,显然需要进行规范性的评价。换言之,要认定行为人具有非法持有“枪支”的犯罪故意,固然不要求其认识到《枪支管理法》第46条对于“枪支”的法律定义,但却要求其作为法学外行人认识到,自己所持有的枪形物具有足以将人杀死、击伤或击昏的杀伤力与危险性,从而认识到非法持有枪支之行为的不法意义内涵^⑥。

据此,非法持有枪支罪中的“枪支”应当具有何种程度的危险性,就成为了能否认定赵春华具有犯罪故意的关键问题。若以公安部枪口比动能1.8焦耳/平方厘米的标准认定枪支,便应肯定赵春华具有犯罪故意。虽然其不可能认识到比动能1.8焦耳/平方厘米这个具体的数值标准,也没有将自己持有的枪形物评价为刑法意义上的枪支,但是,其对于自己所持有的枪形物具有能够达到比动能1.8焦耳/平方厘米程度的致伤力(即近距离足以对人体裸眼造成损伤)却仍然有所认识。这就已经应当肯定其在外行人领域平行评价的意义上认识到了“枪支”的社会意义。然而,如前文所述,基于法益保护的根本目的和抽象危险犯的基本原理,以比动能1.8焦耳/平方厘米的标准认定非法持有枪支罪意义上的“枪支”显失妥当。刑法禁止公民非法持有枪支,是为了避免对公共安全的抽象危险,与此相应,就必须对非法持有枪支罪中的“枪支”进行目的性限缩解释,认为只有具有高度危险性和对人体具有显著杀伤力的枪形物,才属于本罪意义上的枪支。从这种立场出发,就应当认定赵春华在本案中欠缺非法持有枪支的犯罪故意。

^⑤ 参见刘艳红《犯罪构成要件:形式抑或实质类型》,载《政法论坛》2008年第5期。

^⑥ 基于同样的理由,德国学界也普遍认为,“枪支”属于规范性的构成要件要素。Vgl. Rahlf, in: Münchener Kommentar StGB, BtMG, 2. Aufl., 2013, § 30a Rn. 194.

因为其显然不认为自己持有的枪形物在一般情况下,以正常的使用方式就足以击穿人体皮肤、对人体造成严重损伤,从而也就不能认定其作为法学外行人认识到了自己持有相应枪形物的行为具有危害公共安全的可能性、具有非法持有枪支罪所要求的不法意义内涵。

简言之,对规范性构成要件要素的犯罪故意要求行为人不仅认识到与构成要件要素相对应的客观事实,而且还必须在外行人领域平行评价的意义上认识到相应构成要件要素的社会意义。因此,从显著杀伤力等方面对于非法持有枪支罪中的“枪支”这一规范性构成要件要素的实质性限制,必然也会影响到对行为人犯罪故意的认定。天津市第一中级人民法院在其判决中所做的“枪形物杀伤力的具体程度,不影响主观故意的成立”的论断,其实并不正确。

三、违法性认识

前文所述表明,在赵春华案中,若基于法益保护的思想与抽象危险犯的原理对于非法持有枪支罪中的“枪支”进行目的性限缩解释,就应当认定赵春华的行为客观上不符合非法持有枪支罪的构成要件,其主观上也不具备该罪的犯罪故意。实际上,退一步而言,即便以公安部制定的比动能 1.8 焦耳/平方厘米的标准认定非法持有枪支罪中的“枪支”,也不能得出赵春华构成犯罪的结论。原因在于,赵春华在本案中其实陷入了无法避免的违法性认识错误。

(一) 违法性认识的体系地位

所谓违法性认识是指行为人对于自己行为违反法秩序之性质的认知。刑法意义上的违法性认识既包括现实的违法性认识,也包括潜在的违法性认识。前者是指行为人现实地认识到了自己行为的违法性。后者则是指违法性认识的可能性,即行为人虽然没有现实地认识到自己的行为违反法律,但实际上却应该能够认识到自己的行为与法秩序相悖。^{⑤7} 本文认为,违法性认识是不同于犯罪故意的独立的犯罪成立要件。

1. 违法性认识作为犯罪成立要件

我国传统的刑法理论采取了“知法推定”的立场,推定所有公民都应当了解国家设置的各种法律规定,因此,“不知法者不免责”,认定行为人构成犯罪原则上不以其具有违法性认识为前提。^{⑤8} 基于这种立场,我国司法机关在处理案件时经常忽视对行为人违法性认识的考察。在赵春华案中,天津市河北区人民法院与天津市第一中级人民法院对于违法性认识的问题均只字未提。在我国为数不多的论及违法性认识的刑事判例中,法院经常也只是直截了当地否定违法性认识对于认定犯罪的意义:“违法性认识与否并不影响行为人对其行为会造成危害社会结果的判断,行为人不明知法律规定并不

^{⑤7} 参见周光权《犯罪论体系的改造》,中国法制出版社2009年版,第193页。

^{⑤8} 参见高铭喧、马克昌主编《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2016年第7版,第108页。

能成为免责理由。”^{③⑨}然而,这种立场并不正确。

在本文看来,违法性认识是认定犯罪成立必不可少的责任要素。众所周知,不法与责任是犯罪构成体系的两大支柱。根据目前在学界占主流的规范责任论,责任意味着对行为人的行为及其意志决定的非难可能性:行为人在可以自由选择实施合法行为的时候,却选择实施违法行为,这种意志决定体现出了行为人内心反法秩序或者对法秩序漠不关心的心态,应当受到法秩序的非难与谴责。^{④⑩}显而易见,对行为人进行这种非难与谴责的前提是,行为人认识到了自己行为的违法性,或者其至少具有认识到自己行为违法性的可能性。唯有在这一前提之下,人们才能认定行为人选择实施符合构成要件之行为的意思决定体现出了其反法秩序的心态。相反,如果行为人完全不可能认识到自己行为的违法性,就不能从其实施行为的意志决定中推知其内心反法秩序的心态,从而也就失去了对行为人进行非难与谴责的基础。^{④⑪}正是在这个意义上,违法性认识是非难可能性的前提条件,因而也是认定犯罪不可或缺的要件^{④⑫}。

与此相应,司法机关在处理刑事案件时,必须谨慎地审查行为人是否具有违法性认识。在涉及法定犯时,尤其如此。我国刑法学者周光权教授早在十余年前就指出,我国传统刑法理论与司法实务中“知法推定”的立场,“是国家权威主义思想的体现”。^{④⑬}在我国刑事立法以自然犯为主的年代,这种知法推定的传统立场或许还有其立足之地。毕竟自然犯原则上都是明显违背社会主流价值观念的犯罪行为,一般情况下确实可以推定公民能够知晓相应行为的违法性。但是,自1997年刑法修订开始,辅之以随后陆续推出的九部刑法修正案,《刑法》中有关行政犯的条文数量激增,我国已经开始进入“法定犯时代”。^{④⑭}在这种时代背景下,传统立场难以为继。由于法定犯的成立经常取决于行政法律规范,而行政法律规范又纷繁芜杂,这就导致公民不再理所当然地能够认识到符合法定犯之构成要件的行为的违法性。因此,司法机关在个案中不能笼统推定行为人认识到了或者能够认识到自己行为为法秩序所禁止的性质,而必须具体考察行为人是否至少具有违法性认识的可能性。

2. 违法性认识不同于故意

承认违法性认识是犯罪成立要件,就必须确定违法性认识与犯罪故意的关系。对此,刑法学理上主要存在着故意说与责任说之间的对立。^{④⑮}本文采用责任说的立场,主张违法性认识是独立于犯罪故意之外的犯罪成立条件。如前所述,犯罪故意是指行为人对于客观构成要件的认知与意欲。犯罪故意的认识对象,不是概念的法律意义或者

^{③⑨} 天津市高级人民法院(2014)津高刑二终字第23号刑事裁定书。

^{④⑩} Vgl. BGHSt 2, 194 (200).

^{④⑪} Vgl. Otto, Der Vorsatz, Jura 1996, S. 474.

^{④⑫} 参见陈兴良《违法性认识研究》,载《中国法学》2005年第4期。

^{④⑬} 参见周光权《违法性认识不是故意的要素》,载《中国法学》2006年第1期。

^{④⑭} 参见储槐植《要正视法定犯时代的到来》,载《检察日报》2007年6月1日。

^{④⑮} 参见周光权《刑法总论》,中国人民大学出版社2016年第3版,第234页以下。

行为的违法性,而是客观的犯罪事实情状,即“外在的事实及其社会意义”。^{④6} 据此,违法性认识不是犯罪故意的内容。虽然我国《刑法》第14条规定,认定故意要求行为人明知自己的行为会发生“危害社会”的结果。但这只是表明,行为人认识到自己的行为会发生符合构成要件的法益损害或危险结果时,才对构成要件的实现具有故意。该条规定并不意味着,认定故意要求行为人必须同时认识到自己行为的违法性。^{④7} 事实上,“法律禁止符合构成要件的行为”原本就不属于客观构成要件的内容。譬如,在故意杀人罪的客观构成要件中,显然没有“法律禁止杀人”这项构成要件要素。既然行为为法律所禁止的性质不是客观构成要件要素,在认定故意时,自然也就不应要求行为人必须对行为的违法性有所认识。简言之,违法性认识是犯罪成立的要件,但其是独立于犯罪故意之外的责任要素,不能以对犯罪故意的考察替代对违法性认识的考察。

(二) 赵春华的违法性认识错误

当行为人未能现实地认识到自己行为的违法性时,其就陷入了违法性认识错误(亦称为禁止错误)。既然违法性认识不同于犯罪故意,也就应当将违法性认识错误与影响犯罪故意的事实认识错误区分开来。我国《刑法》第128条第1款规定,“违反枪支管理规定”非法持有枪支的,构成非法持有枪支罪。在赵春华案中,赵春华却恰好没有认识到自己的行为违反了国家的枪支管理规定,没有认识到自己是在应当获得行政许可而未获许可的情况下持有枪支。问题是,赵春华的这种认识错误是事实认识错误还是违法性认识错误?

我国刑法许多条文都规定,行为人未取得相应行政许可的,其行为构成犯罪。这种对于行政许可的要求经常在刑法条文中体现为“未经……许可”、“未经……批准”或者“违反……规定”等表述形式。^{④8} 在行为人对刑法分则条文关于行政许可的要求产生了认识错误时,应当谨慎地判断其错误类型。原因在于,不同刑法条文中关于行政许可的规定对于犯罪的成立其实具有不同的意义。部分条文中所要求的行政许可属于“控制性许可”,这些条文所规制的行为一般而言具有社会相当性,相应行政许可的功能仅在于,控制、预防相应行为在特定条件下可能对法益造成的危险。在这些条文中,行为人的行为只有在同时还欠缺行政许可时才体现出应以刑法禁止的不法内涵。因此,“欠缺行政许可”是奠定不法的重要依据,应视之为构成要件要素。若行为人误以为客观上存在对自己行为的控制性许可或者误以为毋需经过行政许可即可实施相应行为,就应当肯定其构成事实认识错误。相反,部分刑法分则条文中所要求的行政许可属于“特别许可”。这些条文所规制的行为原则上本身就具有法益侵害性,行政机关的许可只不过是例外地允许行为人实施相应行为。此时,即便行为人没有认识到自己的行为必须要经过行政许可乃得实施,也不妨碍其作为法学外行人认识到自己行为的消极社会意义。

^{④6} Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 101.

^{④7} 参见车浩《法定犯时代的违法性认识错误》,载《清华法学》2015年第4期。

^{④8} 当然,并不是刑法条文中所有“违反……规定”的表述都是指欠缺行政许可。相同的表述也可能意味着行为人的行为必须违反了具体的行政管理法规,而非仅仅只是欠缺行政许可。

因此,其对于“欠缺行政许可”的认识错误,就不是对构成要件要素的认识错误,仅构成违法性认识错误^{④9}。

对于非法持有枪支罪而言,由于持有枪支的行为一般情况下就具有造成法益侵害的危险性,因此,我国法律原则上禁止公民持有枪支。我国《枪支管理法》第二章关于枪支的配备和配置的诸多规定也表明,只有从事特定职务或活动的人员,经公安机关批准,才例外地被允许持有枪支。据此,非法持有枪支罪中的“违反枪支管理规定”,其实是指行为人在未能获得“特别许可”的情况下却持有枪支。这种对特别许可的认识错误,属于违法性认识错误。因此,赵春华不知自己只有在获得公安机关许可之后才能持有枪支,是对于自己行为的违法性产生了认识错误。

(三) 违法性认识错误的处理

对于违法性认识错误的处理,与对违法性认识的要求存在着一体两面的紧密内在联系。^{⑤0} 如前所述,违法性认识不仅包括现实的认识,还包括潜在的认识即违法性认识可能性。在行为人未能现实认识到行为的违法性时,其还只是欠缺现实的违法性认识,唯有当其违法性认识错误无法避免时,才能肯定其也不存在认识到自己行为违法性的可能性,从而因欠缺违法性认识不构成犯罪。因此,违法性认识错误是否可以避免,经常就在个案中成为了罪与非罪的界限。

1. 可避免性的认定标准

对于违法性认识错误是否可以避免的认定,刑法学理上也存在着争议。德国联邦最高法院历来倡导“良知紧张”说,认为只有当根据案件的具体情形,根据行为人的性格品行及其所处的生活与职业圈,应当认定行为人纵然在可期待的范围内全力调动自己的良知也不可能认识到自己行为的违法性时,才能肯定其违法性认识错误不可避免。^{⑤1} 然而,这种立场导致行为人几乎在实施任何行为之前,都需要积极地动用自身全部的认知能力和道德价值观念检视行为的合法性,对违法性认识设置了过于严苛的要求,也使得在司法实务中几乎不可能认定不可避免的违法性认识错误。^{⑤2} 因此,当今刑法学界往往摒弃良知紧张说,转而认为,唯有在满足以下三个条件的前提下,才认为行为人的违法性认识错误可以避免:首先,行为人必须要具有反思自己行为合法与否的契机,其必须现实地认识到或者能够认识到某种外在的、表征其行为违法性的情势,而且这种情势足以驱使有责任感的公民去了解自己的行为是否违反法律规定。^{⑤3} 其次,行为人在其个人的能力范围内,未采取措施或者仅付出了不充分的努力去查明法律、确认自己行为合法或违法的性质。当然,为保障公民的行为自由,法秩序不能要求行为人在任何情况下

^{④9} 这也是德国学界的通说。Vgl. Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder Kommentar StGB, 29. Aufl., 2014, Vor § 32 ff. Rn. 61.

^{⑤0} 参见劳东燕《责任主义与违法性认识问题》,载《中国法学》2008年第3期。

^{⑤1} Vgl. BGHSt 21, 18 (20).

^{⑤2} Vgl. Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als Systemkategorien, FS-Henkel, 1974, S. 187 f.

^{⑤3} 参见张明楷《刑法学》,法律出版社2016年第5版,第323页。

都投入其全部的时间和精力、穷尽客观上的一切可能性去查明自身行为是否违法。行为人根据其个人的知识水平、职业与生活状况,在可期待的范围内尽到了充分努力的,即已足够。最后,行为人客观上必须有认知法律规范、认识行为违法性的现实可能性。唯有在行为人若采取充分措施,就可以发现自己的行为违反法律时,才能肯定其违法性认识错误可以避免。^{⑤4}

2. 对赵春华案的判断

央视新闻报道,今年52岁的赵春华早已离异,大约三年前从内蒙古呼伦贝尔农村来到天津,案发前独自居住在天津市河北区一间月租金仅600元的破旧出租屋中,平时靠打零工维持生计。因见到有其他人在案发地点摆设射击游艺摊位,为缓解经济压力,赵春华便于2016年8月花费2000元从上家接手射击游艺摊位和9把枪形物,每晚与其他20多个射击游艺摊位一起在案发地点摆摊经营。案发之前不曾有人提醒其行为的违法性,市场管理部门向每个摊位收取500元的摆摊费,但从未告知赵春华不能摆设射击游艺摊位。2016年6月,为保障当年夏季达沃斯论坛和2017年全运会顺利举办,天津市公安局开始在全市范围内深入推进“治枪患”专项行动,正是在这次专项行动中,赵春华的射击游艺摊位才被公安机关查处。^{⑤5}综合考虑这些事实,应当认为,赵春华关于自己行为违反枪支管理规定的认识错误,是难以避免的违法性认识错误。

第一,反思契机的阙如。刑法学理上认为,行为人知道自己的行业行为可能会受到某些特殊的法律规范调整,或者行为人受到他人提醒、看到有关通告,因而对自己行为的合法性产生了怀疑的,就具有反思自己行为违法性的契机。然而,在赵春华案中,却并不存在这些可能促使赵春华认识自身行为违法性的机会。

首先,赵春华所持有的枪形物的枪口比动能数值仅略微超过了1.8焦耳/平方厘米的枪支认定标准,不具有人们观念中枪支应当具备的显著杀伤力和高度危险性。赵春华也仅以这些枪形物经营射击游艺摊位,其并不认为自己的行为可能会危及他人或者公共利益,因而也就不能认定其应当反思自己行为的违法性。不仅如此,赵春华在本案中亦非单独摆设射击游艺摊位。其先看到他人摆设射击游艺摊位,才有了摆摊经营的念头。案发之前和案发当日,赵春华每天也都是和其他约20位摊主同时摆摊经营,其中相当一部分摊主还是天津本地人。对于三年前才从呼伦贝尔农村来到天津的赵春华而言,其几乎不可能认识到自己每天与其他诸多天津本地摊主一起从事的活动其实属于违法行为。倘若赵春华是通过非正常途径购得涉案的枪形物,或许还可以认定其应当反思自己行为的违法性。然而,在本案中,赵春华却是从之前摆设射击游艺摊位的上家处以普通的价格接手了用于摊位经营的枪形物与其他物品。这种买卖行为在外观上属于极为正常的市场交易,也不可能成为致使赵春华反思自身行为违法性的契机。

其次,只要不存在对行政管理者进行欺骗、强制或贿赂等情形,公民原则上可以信

^{⑤4} Vgl. Joecks, in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl., 2017, § 17Rn. 48 ff.

^{⑤5} 参见中央电视台2017年1月18日《新闻直播间》与2017年1月21日《新闻周刊》栏目报道。

赖行政管理部门给予的许可,相信自己为行政管理部门所允许实施的行为具有合法性。此时,即便相应行为客观上其实违反法律,也应当认定行为人的违法性认识错误不可避免。^{⑤⑥}在行政管理部门不对行为人的行为加以干涉或制止的场合,其不作为尚不足以被视为对相应行为的许可。但是,如果相关行政管理部门长期容忍行为人实施特定行为,这种长期的容忍就应当被评价为管理部门默示的许可,同样使得行为人无法认识到相应行为的违法性。因为这种长期的容忍会导致“法规范的效力从公民的法律意识中淡出”。^{⑤⑦}赵春华案就属于这种情形。赵春华虽然认识到,自己摆设射击游艺摊位要经过市场管理部门的许可,也为此交纳了摆摊费,但是,市场管理部门却从未对赵春华和其他射击游艺摊主用于摊位经营的枪形物加以监管,而是长期对此采取了放任和容忍的态度。不仅如此,虽然赵春华和其他摊主摆设射击游艺摊位的地点位于天津市旅游景点附近较为繁华的地段,但是,天津警方在2016年开展“治枪患”专项行动之前,其实也未对此处摆设的射击游艺摊位进行系统整治。正是因为相关行政管理部门的长期容忍,在案发地点摆设的射击游艺摊位中,有些甚至已经经营了长达十余年之久。这就使得包括赵春华在内的摊主们已经有充分的理由相信,自己持有相应枪形物经营射击游艺摊位的行为并不违法,更不可能去反思自己行为的违法性。

第二,现实可能性与可期待性。除了欠缺反思自身行为违法性的契机之外,在赵春华案中,其实也难以认为赵春华客观上具有认识自己行为违法性的现实可能性,或者说难以期待其付出巨大的努力去认识自身行为的违法性。刑法理论认为,在司法判例和行政标准发生变动时,若这种变动难以为行为人所周知,因此而造成的违法性认识错误经常难以避免。在赵春华案中,赵春华所持有的枪形物被界定为枪支,正是由于公安部近年来突然大幅降低对非制式枪支的认定标准所导致的。公安部2001年8月17日颁布的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》(公通字[2001]68号)原本以弹头能够嵌入松木板作为非制式枪支的认定标准。实验表明,弹头能量值达到16焦耳/平方厘米时,才可能嵌入松木板。^{⑤⑧}因此,按照公安部2001年的规定,大致可以认为枪口比动能16焦耳/平方厘米是认定枪支的最低值。若沿用此标准,赵春华所持有的枪形物不可能被界定为枪支。然而,公安部2007年10月29日颁布的《枪支鉴定判据》和2010年12月7日印发的《枪支鉴定规定》却将枪支认定标准骤然下降到枪口比动能1.8焦耳/平方厘米,几乎只有2001年标准的十分之一,从而致使赵春华持有的枪形物达到了枪支认定标准。虽然在赵春华案之前,这种极低的枪支认定标准就已经引发了一些具有争议性的判决,^{⑤⑨}但是,这些争议案件却远未像赵春华案一样受到社会的广泛关注,也未能使枪口比动能1.8焦耳/平方厘米的枪支认定标准为公众所熟知。事实上,在赵春华案经媒体披露之后,众多经历过高等教育的法学专业人士都对我国如此之低的枪支

^{⑤⑥} Vgl. OLG Celle NJW 1969, 2250 f.

^{⑤⑦} Vgl. Vogel, in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., § 17 Rn. 72.

^{⑤⑧} 参见于邀洋等《非制式枪支杀伤力标准的实验研究》,载《福建警察学院学报》2008年第2期。

^{⑤⑨} 参见卢义杰、杜珂《“网购仿真枪获无期徒刑”少年狱中申诉》,载《中国青年报》2016年2月23日。

认定标准深感意外与不解。^⑩ 相比之下,赵春华受限于自身较低的文化程度,自然更不可能通过审慎的反思觉察到行政法律规范关于枪支认定标准的剧烈变化,进而认识到自己行为的违法性。

当然,行为人受限于自身知识水平,无法通过自己思考发觉自身行为的违法性,还不足以认定其违法性认识错误无法避免。因为通常而言,行为人还可以通过查阅法院相关判决、向有关部门咨询等方式,确证自己的行为是否违反法律。实际上,赵春华案也确实并非我国第一起认定射击游艺摊主构成非法持有枪支罪的案件。近年来,在北京、云南等地均出现了类似的判决。^⑪ 但是,不容忽视的事实是,我国司法机关当前对于类似案件的处理不尽相同。譬如,2012年,赵某在北京市大兴区农贸市场摆摊贩卖玩具枪,后经查明,其所贩卖和持有的部分枪形物达到了枪口比动能1.8焦耳/平方厘米的枪支认定标准。但是,大兴区检察院最终决定对该案作存疑不起诉处理,这种立场也获得了最高人民检察院和北京市检察院的认可。^⑫ 由此可见,对于赵春华案及类似案件的处理,司法机关内部尚未形成一致意见。当司法机关对于特定的法律问题存在见解分歧时,是否应当肯定行为人的违法性认识错误无法避免,在刑法学理上存在争议。少数见解基于充分保障公民行为自由的立场,认为此时应当一律认定行为人的违法性认识错误无法避免。因为,法律评价上的混乱应当由法学专业人员负责排除,其不能成为限制公民行使自由权利的理由。否则就无异于要求普通公民比法学专业人员更能精准地判断行为的违法性,显失公允。^⑬ 多数论者则主张,此时应当结合行为人的个人情况判断,法秩序是否可以期待行为人暂缓实施合法性存疑的行为,等待法律状况的明朗化。若能对此予以肯定,则行为人的违法性认识错误可以避免,否则就应当认定其违法性认识错误无法避免^⑭。

两种见解在赵春华案中的结论并无不同。依少数说,固然应当认定赵春华无法认识到自己行为的违法性。按照多数说的立场,也会得出相同的结论。一般而言,行为人的行为越具有危险性,法秩序就越期待其付出更高程度的努力去确证自己的行为是否合法。相反,当行为人的行为欠缺明显的法益侵害性时,法秩序原则上不期待行为人以严重影响个人生活为代价,去了解自身行为的违法性。^⑮ 在赵春华案中,一方面,赵春华持有的枪形物不具有显著的杀伤力,其持有这些枪形物的行为本身难以对他人法益或公共安全造成重大威胁。另一方面,若要求赵春华放弃经营射击游艺摊位,会严重限制其经济来源,使其原本就已经捉襟见肘的经济状况雪上加霜。综合考虑两方面的因素,

⑩ 参见叶泉《严格控枪,就要知道何为“枪”》,载《法制日报》2017年1月5日。

⑪ 参见北京市房山区人民法院(2015)房刑初字第991号刑事判决书;云南省澄江县人民法院(2015)澄刑初字第16号刑事判决书。

⑫ 参见高鑫《揭秘京版“摆摊大妈涉枪案”同样认定为真枪检方为何选择不起诉》,载新华网 <http://beijing.jinghua.cn/20170221/f280048.shtml>,最后访问时间:2017年5月4日。

⑬ Vgl. Neumann, in: Nomos Kommentar StGB, 4. Aufl., § 17 Rn. 72.

⑭ 参见前引⑩, Sternberg-Lieben/Schuster 书,第17-21页。

⑮ Vgl. OLG Stuttgart NJW 2008, 243 (245).

本文认为,不能期待赵春华为明确自己危险性极低之行为的违法性而严重影响其经济收入,因此,应当肯定其违法性认识错误不能避免。

结 论

在赵春华案中,天津市第一中级人民法院最终改判赵春华有期徒刑三年,缓刑三年,从而使其免受牢狱之灾。天津市第一中级人民法院这种追求罪刑均衡的努力固然值得赞许,但是,本文的分析表明,认定赵春华不构成犯罪,才是更为妥当的结论。刑法的根本目的在于保护法益,对于抽象危险犯而言也同样如此。因此,司法机关不应拘泥于行政法律规范对于枪支的界定标准,而应当对非法持有枪支罪中的枪支概念进行目的性限缩解释,只将具有显著杀伤力和高度危险性的枪形物认定为该罪意义上的枪支。与此相应,赵春华的行为在客观方面不符合非法持有枪支罪的构成要件,在主观方面,也难以认定其具有该罪的犯罪故意。退一步而言,即便从公安部现行的(在本文看来过低的)枪支认定标准出发,也应当肯定赵春华陷入了无法避免的违法性认识错误,不构成犯罪。本文的这些主要论据与结论,也适用于《刑法》中的其他枪支犯罪。司法机关在处理其他涉枪案件时,同样不能盲从行政法律规范、机械适用法律规定,而必须立足于法益保护的立场,基于相应行为的社会危害性及法益侵害性理解和把握相关犯罪的成立要件。特别是不能忽视对行为人违法性认识的考察,对于确实欠缺违法性认识可能性的行为人,应当免除其刑事责任。唯有如此,才能真正做到让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义。

Abstract: The principle of unity of law order demands that a legal system should provide explicit and self-consistent code of conduct to citizens, and this does not necessarily require the unity of legal terms and prohibit criminal law from defining “gun” in a sense that is different from administrative laws. Based on the purpose of legal interest protection and the offender of abstract danger theory, only highly dangerous firearms with significant lethality can be considered as a “gun” in the crime of illegal gun possession. Therefore, the conduct of Zhao Chunhua does not satisfy the elements of the crime from an objective perspective, and Zhao also lacks criminal intent from a subjective perspective. Even judging by the standard in accordance with the Ministry of Public Security regulations, it should be considered that Zhao is in a state of inevitable mistake on law and therefore her conduct does not constitute a crime.

(责任编辑:白岫云)