



中国裁判文书网

China Judgements Online

1
2
3
目录

陈洪陶非法持有枪支再审刑事判决书

非法持有、私藏枪...[点击了解更多](#)

发布日期: 2020-03-05

浏览: 577次



广东省高级人民法院 刑事判决书

(2019)粤刑再2号

原公诉机关广州市海珠区人民检察院。

原审被告人陈洪陶，男，1977年3月12日出生，汉族，广东省广州市人，文化程度硕士研究生，户籍地广州市花都区。因本案于2014年12月15日被羁押，次日被取保候审，2016年2月24日被逮捕。现已刑满释放。

辩护人潘奇伟，广东永通律师事务所律师。

广东省广州市海珠区人民法院审理广东省广州市海珠区人民检察院指控被告人陈洪陶犯非法持有枪支罪一案，于2016年3月8日作出（2015）穗海法刑初字第808号刑事判决。宣判后，陈洪陶不服，提起上诉。广东省广州市中级人民法院于2016年4月22日作出（2016）粤01刑终814号刑事裁定。判决生效后，陈洪陶不服，向广东省广州市中级人民法院提出申诉，广东省广州市中级人民法院于2017年12月1日作出（2017）粤01刑申91号驳回申诉通知书，驳回申诉。陈洪陶不服，又向本院提出申诉。本院于2018年10月16日作出（2018）粤刑申235号再审决定，对原审被告人陈洪陶犯非法持有枪支罪一案进行再审。

本院依法组成合议庭，于2019年8月6日公开开庭进行审理。广东省人民检察院指派检察员严然、陈波出庭履行职务，原审被告人陈洪陶及其辩护人潘奇伟到庭参加诉讼。现已审理终结。

广东省广州市海珠区人民法院一审判决认定：被告人陈洪陶于2006年至2008年期间，分别从广州市玩具市场和香港购得枪支存放于自己的住所。2014年12月15日，被告人陈洪陶主动到公安机关投案自首。同日，民警在被告人陈洪陶的住所广州市花都



新华龙珠路金菊花小区****内，搜出型号COB911手枪1支、塑胶子弹1袋等。随后，民警，民警又在其另一住所广州市花都区雅宝新城**房内型号HG199手枪1支，长枪4支（分别为仿AK长枪1支、仿G36C长枪2支、AW5103长枪1支）、塑料子弹1袋等。经鉴定，上述枪支中2支手枪、2支长枪均属于以压缩气体为动力发射球形弹丸的非制式枪支。

原一审判决认定上述事实的证据有书证、物证、鉴定意见、被告人供述等证据证实。

原一审判决认为，被告人陈洪陶无视国家法律，违反枪支管理规定，非法持有枪支，其行为已构成非法持有枪支罪，依法应予惩处。依照《中华人民共和国刑法》第一百二十八条第一款、第六十七条第一款及《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》第五条第一款第（二）项、第八条第二款和《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条、第三条之规定，判决如下：被告人陈洪陶犯非法持有枪支罪，判处有期徒刑一年。

广东省广州市中级人民法院二审认定的事实和证据与一审一致。

原一审判决裁定认为，上诉人陈洪陶非法持有枪支，其行为已构成非法持有枪支罪，依法应予惩处。上诉人陈洪陶自动投案，如实供述自己的罪行，是自首，依法可以从轻处罚。原审判决认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪和适用法律准确，量刑适当，审判程序合法。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）项的规定，裁定如下：驳回上诉，维持原判。

原审被告人陈洪陶及辩护人提出辩护意见具体如下：1. 陈洪陶没有犯罪的故意，没有非法持有枪支的故意。陈洪陶购买涉案“枪支”时，法律上规定的枪支不是刑法意义上的枪支。涉案“枪支”没有超过当时国家规定的标准。陈洪陶主观上的目的是购买玩具枪，不是刑法意义上的“枪支”。陈洪陶没有犯罪的意图。陈洪陶没有非法持有“枪支”的故意。2. 公安部2010年12月7日公通字（2010）67号《关于印发〈公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定〉的通知》没有向社会公示，没有证据证明曾向社会公示。3. 本案鉴定书不完整、不规范。公安部公通字[2010]67号《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》第四条规定了鉴定程序：“对枪支弹药的鉴定需经过鉴定、复核两个程序，并应当由不同的人员分别进行。复核人应当按照操作流程的全过程进行复核，防止发生错误鉴定。鉴定完成后，应当制作《枪支、弹药鉴定书》。《枪支、弹药鉴定书》中的鉴定结论应当准确、简明，同时应当标明鉴定人、复核人身份并附有本人签名，加盖鉴定单位印章”。但本案鉴定书并没有标示有“复核程序”，更没有“复核人”签名。所以，本案的鉴定书存在重大错误，鉴定不完整，依法不应作为认定申诉人犯罪的证据，应予以排除。原一审庭审中，陈洪陶对本案鉴定书提出异议后，公诉机关两次补充材料补充说明都是不当的，依法不应采纳。4. 陈洪陶对涉案枪支没有带出住所，没有使用过社会危害。5. 陈洪陶没有在香港购买过枪支，也没有证据证明陈洪陶在香港购买枪支。公诉机关指控陈洪陶在香港购买枪支不当。6. 在广州市越秀区一德路卖枪支弹药的王某其被撤销指控，处于买卖枪支弹药下游的陈洪陶应不予处罚。

出庭检察员提出：原审被告人陈洪陶的行为确实情节较轻，且其具有自首情节，认罪态度较好，但原审裁判认定其构成犯罪并无不当。首先，从客观方面看，陈洪陶实施了非法持有枪支的行为。陈洪陶主动向公安机关自首，带侦查人员到其家里取走仿真枪6支，经鉴定，其中4支属于非制式枪支。虽然陈洪陶申诉称鉴定书不完整、不规范、应作为非法证据予以排除，但经审查该鉴定的鉴定机构和鉴定人员均具有相应的鉴定资质，鉴定所采用的标准、程序和方法并无不当，陈洪陶认为该鉴定应作为非法证据排除的依据不足。因此，本案可以认定陈洪陶实施了非法持有枪支的行为。其次，从主观方面看，本案也可以认定陈洪陶具有非法持有枪支的主观故意。陈洪陶申诉的核心理由是其不知道持有仿真枪行为的违法性。关于行为人构成犯罪需不需要认识行为的违法性，理论界存在一定争议，我国传统的观点是认为构成犯罪不需要行为人认识行为的违法性。退一步来看，即使非法持有枪支犯罪需要行为人认识行为的违法性，本案也可以认定陈洪陶认识或应当认识到其行为的违法性。虽然2010年公安部对2001年印发的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》（公通字[2001]68号）进行了修订，较大幅度地降低了枪支认定标准，而且该规定并未向社会公告，但早在2006年，公安部就发布了《关于收缴非法爆炸物品、枪支弹药和管制刀具的通告》，明确规定严禁非法制造、买卖、运输、储存气枪、仿真枪等各类枪支、弹药。2010年3月，公安部制定的《群众举报涉爆涉枪涉刀违法犯罪奖励标准》也规定，根据群众举报线索，收缴仿真枪10支、管制刀具20把、弩5支以上的，视情况给予举报有功人员200元以上、1000元以下奖励。这两个规定都是向社会公开发布的，这两个规定表明国家向社会公告禁止持有气枪、仿真枪。实际上，各级公安机关在2010年以后也发布了大量的通告，要求上交气枪、仿真枪等枪支。陈洪陶曾玩过野战游戏，应当了解国家对于野战游戏特别是野战游戏的枪支是严格管控的，所以基本上国内野战游戏的枪支都是水弹枪。基于上述情况，可以认定陈洪陶认识到了非法持有仿真枪的违法性，只是没有认识到非法持有涉案枪支可能构成犯罪，而是否认识到持有涉案枪支可能构成犯罪并不影响其主观故意的认定。因此，本案中陈洪陶的行为完全符合了非法持有枪支罪的构成要件，构成了非法持有枪支罪。另外，值得注意的是，司法实践中类似于本案被告人陈洪陶这种情况的案件很多，应当说，实践中绝大部分持有气枪或仿真枪，后因气枪或仿真枪被鉴定为枪支而构成犯罪的案件都属于这种情况。如之前引起社会广泛关注的天津大妈赵春华摆射击摊被判刑案和本案也较为类似，都是主观上不知道持有这类枪支构成犯罪而持有枪支，甚至赵春华的身份和知识水平决定了其认识能力远远不如本案被告人陈洪陶，然而，最终赵春华案二审也只是改判缓刑，而未改判无罪。如果本案可以改判无罪，则司法实践中的类似案件都应当改判无罪。这显然是不妥的。因此，认为原审裁定并无错误，建议予以维持。

经审理查明：原审被告人陈洪陶于2006年至2008年期间，分别从广州市玩具市场等处购得仿真枪存放于自己的住所。2014年12月15日，陈洪陶主动到公安机关投案自首。同日，民警在陈洪陶的带领下前往陈洪陶的住所，广州市花都区新华龙珠路金菊花小区****内COB911手枪1支、塑胶子弹1袋等。随后，民警又在其另一住所广州市花都区雅宝新城**房内99手枪1支，长枪4支（分别为仿AK长枪1支、仿G36C长枪2支、AW5103长枪1支）、塑料子弹1袋等。经鉴定，上述枪支中2支手枪、2支长枪均属于以压缩气体为动力发射球形弹丸的非制式枪支。

认定上述事实的证据有：

1. 广州市公安局海珠区分局出具的受案登记表、立案决定书、抓获经过、到案经过、侦查报告、侦查小结证实：本案的立案情况及陈洪陶于2014年12月15日至公安机关投案自首的经过。

2. 广州市公安局海珠区分局出具的搜查证、搜查笔录、扣押决定书、扣押清单、移交物品清单、随案移送清单证实：2014年12月15日19时10分，公安机关依法对陈洪陶的居住地广州市花都区新华龙珠路金菊花小区35栋402房进行搜查。经搜查，在上址偏北的房间的衣柜内发现仿真手枪一支、弹夹二个、塑料子弹一袋。同日19时40分，公安机关依法对陈洪陶的居住地广州市花都区雅宝新城116栋进行搜查，经搜查，在上址二楼的房子的书柜内发现仿真手枪一支、弹夹二个，在衣柜内发现长枪四支、塑料子弹一袋、装枪的袋子一个，并对上述物品均已依法予以扣押。

3. 涉案枪支、子弹、枪套、装枪袋子的照片，经陈洪陶签认证实：涉案的枪支六支、弹夹四个、塑料子弹二袋、装枪的袋子一个均是其持有的。

4. 广州市公安局海珠区分局出具的陈洪陶的常住人口基本信息证实：陈洪陶的身份情况。

5. 广东省广州市公安司法鉴定中心作出的穗公（司）鉴（痕迹）字[2014]561号枪支、弹药鉴定书及广州市公安局刑事技术所出具的关于穗公（司）鉴（痕迹）字[2014]561号枪支、弹药鉴定书的说明、关于机构名称的说明证实：送检的WHJ140596-1号、WHJ140596-3号、WHJ140596-5号、WHJ140596-6号检材（两支长枪、两支手枪）属于以压缩气体为动力学射球形弹丸的非制式枪支；送检的WHJ140596-2号、WHI140596-4号检材属于仿真枪支。

6. 陈洪陶的供述：2014年12月15日下午15时许，有民警打电话给我，问我叫什么名字，是否也有玩“WARGAME”，如果有仿真枪就要主动上交。我接完电话后，因为我之前是有玩的，而且我自己的家里还持有仿真枪，意识到自己可能做错了。在同日18时许，我主动到海珠区的派出所要求上交自己持有的仿真枪，后带着警察到广州市花都区新华龙珠路金菊花小区35幢402房，将放在衣柜的一支型号COB911仿真手枪的玩具枪、一个枪套、一个弹夹、一袋塑料子弹交给警察。随后，我又到广州市花都区雅宝新城116幢别墅内，将放在二楼书柜内一个塑料盒装着的一支型号为HG199的仿真手枪、两个弹夹，放在房间衣柜内的四支长枪、一袋塑料子弹及一个装枪的布袋子交给搜查的民警。我有收藏仿真枪的爱好。2006年，我在广州市玩具市场购买了五支仿真手枪，一支型号是COB911，用枪支袋装着存放，一支型号是HG199的仿真手枪，用塑料盒装着存放，一支仿AK长枪，两支仿G36C长枪。2008年，我在香港购得一支型号为AW5103的长枪，后存放于广州市花都区雅宝新城116幢别墅内。上述枪支都没有在室外使用过，只是在所住的房子内用塑料子弹射击过木箱。

关于辩护人的辩护意见、检察机关的出庭意见，本院综合评析如下：

1. 关于原审被告人陈洪陶的行为是否构成非法持有枪支罪的问题。经查，非法持有枪支罪处罚的是一种状态，陈洪陶不具有合法持枪资格而持有枪支，即处于违法状态之中，无论何时购买，只要按照持有时鉴定标准属于枪支即具有可罚性，而与其是否是合法购买及购买地点无必然联系。故陈洪陶的行为构成非法持有枪支罪。

2. 关于鉴定意见是否完整、规范的问题。经查，公安机关依照法定程序，委托具有鉴定资质的鉴定机构，对查获的全部枪支进行鉴定，鉴定意见亦在庭审中经过举证、质证，合法有效。故该鉴定意见并无不当。

3. 关于本案的量刑问题。经查，原审被告人陈洪陶虽非法持有枪支，根据公安机关出具的抓获经过、到案经过、侦查报告及陈洪陶的供述，可以证实陈洪陶在接受民警电话询问后主动到派出所投案并带领民警到住处起获涉案枪支，归案后亦能如实供述持有涉案枪支的主要事实，故陈洪陶的行为构成自首。且本案无证据证明陈洪陶系为犯罪作准备或曾带出室外使用，犯罪较轻，依法可以免除处罚。

本院认为，原审被告人陈洪陶违反枪支管理规定，非法持有枪支，其行为已构成非法持有枪支罪，依法应予惩处。陈洪陶自动投案，如实供述自己的罪行，是自首，且其犯罪较轻，依法可以免除处罚。经本院审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国刑法》第一百二十八条第一款、第六十七条第一款及《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》第五条第一款第（二）项、第八条第二款和《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条、第三条和2012年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百五十六条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第三百八十九条第二款的规定，判决如下：

一、撤销广东省广州市海珠区人民法院（2015）穗海法刑初字第808号刑事判决和广东省广州市中级人民法院（2016）粤01刑终814号刑事裁定。

二、原审被告人陈洪陶犯非法持有枪支罪，免于刑事处罚。

本判决为终审判决。

审判长 李 静

审判员 李 华

审判员 周金华

二〇二〇年一月九日

书记员 丘璟旋

附相关法律条文：

《中华人民共和国刑事诉讼法》

第二百五十六条人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当另行组成合议庭进行。如果原来是第一审案件，应当依照第一审程序进行审判，所作的判决、裁定，可以上诉、抗诉；如果原来是第二审案件，或者是上级人民法院提审的案件，应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》

第三百八十九条再审案件经过重新审理后，应当按照下列情形分别处理：

- （一）原判决、裁定认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回申诉或者抗诉，维持原判决、裁定；
- （二）原判决、裁定定罪准确、量刑适当，但在认定事实、适用法律等方面有瑕疵的，应当裁定纠正并维持原判决、裁定；
- （三）原判决、裁定认定事实没有错误，但适用法律错误，或者量刑不当的，应当撤销原判决、裁定，依法改判；
- （四）依照第二审程序审理的案件，原判决、裁定事实不清或者证据不足的，可以在查清事实后改判，也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。

原判决、裁定事实不清或者证据不足，经审理查明已经查清的，应当根据查清的事实依法裁判；事实仍无法查清，证据不足，不能认定被告人有罪的，应当撤销原判决、裁定，判决宣告被告人无罪。

《中华人民共和国刑法》

第一百二十八条违反枪支管理规定，非法持有、私藏枪支、弹药的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

依法配备公务用枪的人员，非法出租、出借枪支的，依照前款的规定处罚。

依法配置枪支的人员，非法出租、出借枪支，造成严重后果的，依照第一款的规定处罚。

单位犯第二款、第三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。

第六十七条犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。

被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。

《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》

第五条具有下列情形之一的，依照刑法第一百二十八条第一款的规定，以非法持有、私藏枪支、弹药罪定罪处罚：

- （一）非法持有、私藏军用枪支一支的；
- （二）非法持有、私藏以火药为动力发射枪弹的非军用枪支一支或者以压缩气体等为动力的其他非军用枪支二支以上的；
- （三）非法持有、私藏军用子弹二十发以上，气枪铅弹一千发以上或者其他非军用子弹二百发以上的；
- （四）非法持有、私藏手榴弹一枚以上的；
- （五）非法持有、私藏的弹药造成人员伤亡、财产损失的。

具有下列情形之一的，属于刑法第一百二十八条第一款规定的“情节严重”：

- （一）非法持有、私藏军用枪支二支以上的；
- （二）非法持有、私藏以火药为动力发射枪弹的非军用枪支二支以上或者以压缩气体等为动力的其他非军用枪支五支以上的；
- （三）非法持有、私藏军用子弹一百发以上，气枪铅弹五千发以上或者其他非军用子弹一千发以上的；
- （四）非法持有、私藏手榴弹三枚以上的；
- （五）达到本条第一款规定的最低数量标准，并具有造成严重后果等其他恶劣情节的。

第八条刑法第一百二十五条第一款规定的“非法储存”，是指明知是他人非法制造、买卖、运输、邮寄的枪支、弹药而为其存放的行为，或者非法存放爆炸物的行为。

刑法第一百二十八条第一款规定的“非法持有”，是指不符合配备、配置枪支、弹药条件的人员，违反枪支管理法律、法规的规定，擅自持有枪支、弹药的行为。

刑法第一百二十八条第一款规定的“私藏”，是指依法配备、配置枪支、弹药的人员，在配备、配置枪支、弹药的条件消除后，违反枪支管理法律、法规的规定，私自藏匿所配备、配置的枪支、弹药且拒不交出的行为。

《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》

第一条根据刑法第六十七条第一款的规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。

（一）自动投案，是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。

犯罪嫌疑人向其所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的；犯罪嫌疑人因病、伤或者为了减轻犯罪后果，委托他人先代为投案，或者先以信电投案的；罪行未被司法机关发觉，仅因形迹可疑被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交代自己的罪行的；犯罪后逃跑，在被通缉、追捕过程中，主动投案的；经查实确已准备去投案，或者正在投案途中，被公安机关捕获的，应当视为自动投案。

并非出于犯罪嫌疑人主动，而是经亲友规劝、陪同投案的；公安机关通知犯罪嫌疑人的亲友，或者亲友主动报案后，将犯罪嫌疑人送去投案的，也应当视为自动投案。

犯罪嫌疑人自动投案后又逃跑的，不能认定为自首。

（二）如实供述自己的罪行，是指犯罪嫌疑人自动投案后，如实交代自己的主要犯罪事实。

犯有数罪的犯罪嫌疑人仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的，只对如实供述部分犯罪的行为，认定为自首。

共同犯罪案件中的犯罪嫌疑人，除如实供述自己的罪行，还应当供述所知的同案犯，主犯则应当供述所知其他同案犯的共同犯罪事实，才能认定为自首。

犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的，不能认定为自首，但在一审判决前又能如实供述的，应当认定为自首

第三条根据刑法第六十七条第一款的规定，对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚；对于犯罪较轻的，可以免除处罚。具体确定从轻、减轻还是免除处罚，应当根据犯罪轻重，并考虑自首的具体情节。

公告

- 一、本裁判文书库公布的裁判文书由相关法院录入和审核，并依据法律与审判公开的原则予以公开。若有关当事人对相关信息内容有异议的，可向公布法院书面申请更正或者下镜。
- 二、本裁判文书库提供的信息仅供查询人参考，内容以正式文本为准。非法使用裁判文书库信息给他人造成损害的，由非法使用人承担法律责任。
- 三、本裁判文书库信息查询免费，严禁任何单位和个人利用本裁判文书库信息牟取非法利益。
- 四、未经本库任何商业性网站不得建立本裁判文书库的镜像（包括全部和局部镜像）。
- 五、根据有关法律规定，相关法院依法定程序撤回在本网站公开的裁判文书的，其余网站有义务免费及时撤回相应文书。



关联



概要

中国政府公开信息整合服务平台 | 人民检察院案件信息公开网 | 中国审判流程信息公开网 | 中国司法大数据服务网 |
中国执行信息公开网 | 全国法院减刑、假释、暂予监外执行信息网 | 中国涉外商事海事审判网 | 最高人民法院服务人民群众系统场景导航 |

地址：北京市东城区东交民巷27号 邮编：100745 总机：010-67550114

中华人民共和国最高人民法院 版权所有

京ICP备05023036号

