

广西壮族自治区南宁市律师协会涉枪案件辩护实务研讨会

业务综述

时间：2014年3月4日下午14:30-18:00

地点：广西壮族自治区南宁市律师协会会议厅

主讲人：刘平凡，深圳律师协会刑民交叉法律专业委员会主任

点评：南宁市律师协会陆庆标副会长、广西省律师协会副会长许慧博

主持人：南宁市律师协会刑专委副主任张培律师

刘平凡：去年6月24日全国打击枪支散件以来，深圳、东莞、珠海、南通所有的案件，普遍存在公安机关鉴定中心的鉴定报告决定一切涉案产品的定性。

因生产、批发企业涉及相关产品的数量常超过300件，一旦被鉴定为枪支散件，轻则面临10年以上有期徒刑，重则被判死刑。鉴定结果事关司法公正和当事人的个人性命。也因此，更需慎之又慎。涉案的五金件，究竟是以火药为动力的枪支散件、以气体为动力的枪支散件、还是仿真游戏枪的配件？这是此类案件的焦点。

1、公安机关鉴定报告属于“三无产品”，不能作为定案依据

（一）一无检材

公安机关鉴定书依据公安部的物证鉴定标准在进行，在抽样时却未依照公安部对于物证的抽样相关规定进行抽样。

根据公安部物证鉴定中心《枪支、枪弹及零部件物证检验的抽样方案》（IFSC08-04-01-2016）的规定，对一定数量的某种检材，应由鉴定机构，根据科学统计方法作出统计抽样，来确定一批检材中的极限质量和不合格品数，第5条抽样方案选择与实施规定：“一般来说，首次检验采用表1中极限质量为5%的方案进行抽样。”在检验论证当

中，需要明确说明抽检的检材是否都具备认定条件，不合格数是多少。

但公安机关鉴定样本由公安人员选取、送检，这不仅不符合抽样标准，连样本是否为本案的检材都不得而知。鉴定人并未对检材的认定条件进行说明，整个抽样过程无任何拍照或录音录像佐证。仅仅对检材进行检测，也不符合科学统计后应有的抽样数量。这样不客观的抽检，完全违反公安部的相关规定。

鉴定书的首页提及，“本鉴定文书的鉴定意见，仅仅针对受理的检材和样本有效”。该声明也意味着，若检材的抽样、运送过程不合法，无证据佐证，则该份鉴定书不能够对本案的涉案产品有效。

（二）二无规范

根据《公安机关鉴定规则》第二十三条，“司法鉴定人进行鉴定，应当依下列顺序遵守和采用该专业领域的技术标准、技术规范和技术方法：（一）国家标准；（二）行业标准和技术规范；（三）该专业领域多数专家认可的技术方法。”

公安机关鉴定报告参照的《枪支散件的检验方法》既不属于国家标准，也不属于行业标准，仅为公安内部适用的检验方法。与之相对应的是，西政报告参照的是2023年1月1日开始实施的《法庭科学 枪支散件检验技术规范》GA/T2009-2022，它属于现行的行业标准。公安机关鉴定报告的鉴定过程未遵守和采用该专业领域的技术规范。因此，公安机关鉴定报告的鉴定规范不符合法律要求，没有法律依据，不具备合法性，不能作为本案定案依据。

（三）三无样本

根据《公安机关鉴定规则》第四十六条：“鉴定文书应当包括：（一）标题；（二）鉴定文书的唯一性编号和每一页的标识；（三）委托鉴定单位名称、送检人姓名；（四）鉴定机构受理鉴定委托的日期；（五）案件名称或者与鉴定有关的案（事）件情况摘要；（六）检材和样本的描述...”，公安机关鉴定书中仅存在对于检材的描述，未有任何对于样本的描述。

其次，该规则第二十一条，“委托鉴定单位及其送检人向鉴定机构介绍的情况、提供的检材和样本应当客观真实，来源清楚可靠。委托鉴定单位应当保证鉴定材料的真实性、合法性。该规定要求鉴定样

本必须来源清楚可靠，具有合法的依据。”而公安机关鉴定报告的样本来源，并没有合法依据。根据目前所呈现出来的样本情况，无法确定该样本是否为原装进口、是否以火药为动力击发，甚至能否正常击发。关于样本来源是否合法获取、手续是否齐全、是否具备作为样本的资格，更是缺乏事实依据。

在对比的样本来源不清、无合法依据的情况下，鉴定的结果显然不具有真实性、合法性。

2、公安的鉴定方法属于掩耳盗铃

根据《司法鉴定程序通则》第二十二条，“司法鉴定机构应当建立鉴定材料管理制度，严格监控鉴定材料的接收、保管、使用和退还。司法鉴定机构和司法鉴定人在鉴定过程中应当严格依照技术规范保管和使用鉴定材料，因严重不负责任造成鉴定材料损毁、遗失的，应当依法承担责任。”

首先，公安机关鉴定人与办公室内击发样本枪，显然不符合鉴定材料的管理规定，对样本、检材均有损坏风险。

其次，仅仅靠“打响”就认为能击发，这样的认定结论具有极强的主观性，严重违反了《司法鉴定程序通则》中“司法鉴定人应当依法独立、客观公正地进行鉴定”的要求。鉴定人不按照鉴定流程规定对样本枪进行击发，也明显违反规定使用鉴定材料，违反鉴定程序。

3、办案人员对国外枪支发展知识匮乏

国外仿真游戏枪发展迅速，产品五花八门，仅与涉案零件类同的仿真游戏枪生产公司就有约七十个。

律师从美国、香港等地购买了WE公司生产的M16仿真枪和UMAREX公司生产的另一款仿真枪，发现涉案产品与仿真游戏枪零件尺寸一致，完全可以在仿真游戏枪上完成互换。但两支仿真游戏枪均以气体为动力，而非宁波报告中，认定其用在以火药为动力的枪支上。

律师本人在美国、香港的走访中发现，除了以火药、气体为动力的枪支外，还有以电力为动力的仿真游戏枪。仿真游戏枪的多样性远远超出宁波鉴定人的相关认识，玩家会在仿真游戏枪内灌水、灌铅，从重量、质感等多个方面来最大限度追求真实感。

由于国内长期对于涉枪案件的严控和管理，即便是鉴定人员等相对专业的业内人士，对于国际、国外游戏枪、仿真枪和火药为动力的枪支的发展现状知识匮乏，导致了对于涉案产品鉴定的不客观。

4、被扣押、查封的物品属于仿真游戏枪配件，应按照仿真游戏枪定罪量刑

西南政法大学司法鉴定中心出具的《司法鉴定意见书》中表明，涉案物品与“仿M4式步枪、M16式步枪、XM177式步枪的游戏枪零件通用”，应认定为**仿真游戏枪的通用零件**。

根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第五条，走私国家禁止或者限制进出口的**仿真枪、管制刀具**，构成犯罪的，依照刑法第一百五十一条第三款的规定，以走私国家禁止进出口的货物、物品罪定罪处罚。具体的定罪量刑标准，适用本解释第十一条第一款第六、七项和第二款的规定。规定如下：

第十一条，走私国家禁止进出口的货物、物品，具有下列情形之一的，依照刑法第一百五十一条第三款的规定处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金：(一)走私国家一级保护野生植物五株以上不满二十五株，国家二级保护野生植物十株以上不满五十株，或者珍稀植物、珍稀植物制品数额在二十万元以上不满一百万元的；(二)走私重点保护古生物化石或者未命名的古生物化石不满十件，或者一般保护古生物化石十件以上不满五十件的；(三)走私禁止进出口的有毒物质一吨以上不满五吨，或者数额在二万元以上不满十万元的；(四)走私来自境外疫区的动植物及其产品五吨以上不满二十五吨，或者数额在五万元以上不满二十五万元的；(五)走私木炭、硅砂等妨害环境、资源保护的货物、物品十吨以上不满五十吨，或者数额在十万元以上不满五十万元的；(六)走私旧机动车、切割车、旧机电产品或者其他禁止进出口的货物、物品二十吨以上不满一百吨，或者数额在二十万元以上不满一百万元的；(七)数量或者数额未达到本款第一项至第六项规定的标准，但属于犯罪集团的首要分子，使用特种车辆从事走私活动，造成环境严重污染，或者引起甲类传染病传播、重大动植物疫情等情形的。

具有下列情形之一的，应当认定为刑法第一百五十一条第三款规定的“情节严重”：（一）走私数量或者数额超过前款第一项至第六项规定的标准的；（二）达到前款第一项至第六项规定的标准，且属于犯罪集团的首要分子，使用特种车辆从事走私活动，造成环境严重污染，或者引起甲类传染病传播、重大动植物疫情等情形的。

5、不符合走私犯罪既遂的情形，属于犯罪未遂

根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第二十三条，实施走私犯罪，具有下列情形之一的，应当认定为犯罪既遂：（一）在海关监管现场被查获的；（二）以虚假申报方式走私，申报行为实施完毕的；（三）以保税货物或者特定减税、免税进口的货物、物品为对象走私，在境内销售的，或者申请核销行为实施完毕的。涉案物品并不在境内销售。因此，本案不符合任何一条走私犯罪犯罪既遂的情形，因此仅能认定为走私国家禁止进出口的货物、物品未遂。

根据《中华人民共和国刑法》第二十三条规定，已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。