

刑法分则适用

XINGFA FENZE SHIYONG
DIANXING YINAN WENTI
XINSHI XINJIE

中国检察出版社

典型疑难问题 新释新解

第三版

(上册)

刑事法适用
指导系列



法律是一种规则，而规则则是真生命。只有得到切实执行的规则才是真正具有效力的法律。为便利适用以解决现实问题，从本质上讲法律规则往往都是可操作性的。法律进一步发挥了其自身的立宪解释功能。全国人大常委会有权对法律及行政法规中的问题，以立法解释的形式予以明确。同时，最高人民法院和最高人民法院检察院也有权对法律及司法解释中的问题，作出司法解释。司法解释具有与法律同等的效力。司法解释在司法实践中起到了重要作用。但是，司法解释的制定和实施本身也受到立法解释的制约。司法解释的解释权应当受到立法解释的制约。

郭立新 黄明儒◇主编



刑事法适用指导系列

刑法分则适用典型疑难问题新释新解

刑事法适用典型疑难案件新释新解

暴力犯罪刑法适用指导

职务犯罪刑法适用指导

XINGFA FENZE SHIYONG
DIANXING YINAN WENTI
XINSHI XINJIE

责任编辑◎杜鸿波
技术编辑◎蒋 龙
封面设计◎棋 锋

ISBN 978-7-5102-1271-5



9 787510 212789 >

定价:160元(上下册)

刑事法适用
指导系列

刑法分则适用

XINGFA FENZE SHIYONG
DIANXING YINAN WENTI
XINSHI XINJIE

中国检察出版社

典型疑难问题 新释新解

第三版

(上册)

郭立新 黄明儒◇主编

D924.305

34-3

V1

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法分则适用典型疑难问题新释新解/郭立新, 黄明儒主编. —3版.

—北京: 中国检察出版社, 2014. 10

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1278 - 9

I. ①刑… II. ①郭… ②黄… III. ①刑法 - 法律解释 - 中国
IV. ①D924. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 198701 号

刑法分则适用典型疑难问题新释新解 (第三版)

(上下册)

郭立新 黄明儒 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

编辑电话: (010) 68682164

发行电话: (010) 68650015 68650016 68650029 68686531

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 63 印张

字 数: 1158 千字

版 次: 2014 年 10 月第三版 2014 年 10 月第三次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1278 - 9

定 价: 160.00 元 (上下册)

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

中国对外翻译出版公司
北京

编委会

主 编 郭立新 黄明儒

副主编 朱丽欣 陈家林 刘 涛 吴飞飞

撰稿人：(按姓氏笔画)

丁英华	王 彦	朱丽欣	刘 涛
吴飞飞	周洪波	杨建军	陈家林
逢锦温	侯庆奇	郭立新	黄明儒
蒋小燕			

一
黄明儒
主 编

前 言

法律是一种规则，而适用则是其生命，只有得到切实执行的法律才是真正具有效力的法律。为使《刑法》得以普遍遵守，从书本上的法走向行为中的法，立法机关不但在1997年修订《刑法》时增强了《刑法》内容上的明确性和可操作性，还进一步加强了其自身的立法解释功能。全国人大常委会先后对司法机关争议较大的《刑法》第93条第2款“其他依照法律从事公务的人员”、第294条第1款“黑社会性质的组织”、第313条“对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重”、第384条第1款挪用公款“归个人使用”、《刑法》第九章渎职罪的主体等问题，以立法解释的形式予以明确。同时，最高人民法院和最高人民检察院根据司法实践的需要，也加强了其司法解释的功能，对司法实践中问题集中的罪名相继各自或联合发布了多部司法解释，对司法机关及时查处和正确认定案件，准确适用法律，统一刑事司法起到了重要作用。但是，实践中仍有诸多疑难问题是不能仅靠立法解释和司法解释予以解决的，现实中的司法困惑仍需要刑法理论研究者予以理性的关注和正确的解析。特别是全国人大常委会根据社会经济活动的发展变化，先后通过几个决定和8个刑法修正案，对有关《刑法》条文进行了修改和完善。如何准确地理解和适用这些刑事法律，成为司法实践部门极为关注的问题。基于此，我们选择了司法机关认定中存在争议的一些问题，以现行的刑事立法、立法解释、司法解释为依据，通过理论阐释和规范分析，结合实践，力图寻求解决问题的合理方案，从而正确地适用刑法，有效惩治犯罪，维护法制的统一。

刑法分则的内容十分丰富。基于为司法实践服务的目的，本书在体例和内容上强调“实用性”，并不苛求体系上的完整和内容上的面面俱到，而是紧紧抓住分则罪名适用中难点、疑点集中的问题作了精辟剖析，对司法实践中存在问题较少的罪名或对司法操作意义不大的问题则不予论述。基于此，我们在前两次修订的基础上，将刑法修正案新增内容和最新的司法解释，及时吸纳进来，对司法实践中的新问题给予及时的关照。最后，不得不说的是，由于我们水平有限，对实践中疑难问题的理论阐释和解析是否正确、合理，还敬请读者批评指正。

本书的修订得到了国家检察官学院诸位青年教师的鼎力支持，他们将在检察官培训中遇到的司法实践问题及时总结，进行理论阐释，使本书始终保持了实用性的特点。本书修订的具体分工为：

- 第一章、第三章：周洪波；
- 第二章：黄明儒、蒋小燕、杨建军；
- 第四章：刘涛、朱丽欣；
- 第五章：吴飞飞、丁英华；
- 第六章：郭立新；
- 第七章：傅学良、刘涛。

编著者

2014年7月于北京

目 录

第一章 危害公共安全罪	(1)
第一节 危害公共安全的故意犯罪	(1)
一、如何理解“不特定”	(1)
二、投放危险物质罪	(2)
三、以危险方法危害公共安全罪	(10)
四、组织、领导、参加恐怖组织罪	(14)
五、劫持航空器罪	(20)
六、关于枪支、弹药、爆炸物犯罪的几个问题	(24)
第二节 危害公共安全的过失犯罪	(35)
一、丢失枪支不报罪	(35)
二、铁路运营事故罪	(38)
三、交通肇事罪	(41)
四、危险驾驶罪	(52)
五、重大责任事故罪	(54)
六、强令违章冒险作业罪	(57)
七、重大劳动安全事故罪	(60)
八、大型群众性活动重大安全事故罪	(62)
九、教育设施重大安全事故罪	(64)
十、不报、谎报安全事故罪	(68)
第二章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(79)
第一节 生产、销售伪劣商品罪	(79)
一、生产、销售伪劣产品罪适用的几个疑难问题	(79)
二、生产、销售不符合安全标准的食品罪适用疑难问题	(89)
三、生产、销售有毒有害食品罪客观方面的司法适用	(95)
四、生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪主观罪过的司法认定	(98)
第二节 走私罪	(111)
一、走私罪主观罪过的认定	(111)

二、间接走私行为的定性	(112)
三、武装掩护走私行为的定性	(114)
第三节 妨害对公司、企业的管理秩序罪	(116)
一、虚报注册资本罪	(116)
二、违规披露、不披露重要信息罪	(121)
三、虚假破产罪	(128)
四、非国家工作人员受贿罪	(130)
五、对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪	(138)
六、非法经营同类营业罪	(141)
七、背信损害上市公司利益罪	(144)
第四节 破坏金融管理秩序罪	(152)
一、伪造货币罪	(152)
二、出售、购买、运输假币罪	(158)
三、金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪	(164)
四、持有、使用假币罪	(166)
五、变造货币罪	(172)
六、伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪	(176)
七、骗取贷款、票据承兑、金融票证罪	(180)
八、伪造、变造金融票证罪	(183)
九、伪造、变造股票、公司、企业债券罪	(194)
十、内幕交易、泄露内幕信息罪	(199)
十一、操纵证券、期货市场罪	(202)
十二、背信运用受托财产罪	(206)
十三、违法发放贷款罪	(208)
十四、吸收客户资金不入账罪	(211)
十五、违规出具金融票证罪	(212)
十六、洗钱罪	(215)
第五节 金融诈骗罪	(229)
一、集资诈骗罪	(229)
二、信用卡诈骗罪	(230)
第六节 危害税收征管罪	(241)
一、抗税罪	(241)
二、虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪	(245)
三、伪造、出售伪造的增值税专用发票罪	(250)

四、非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发 票罪	(255)
五、非法制造、出售非法制造的发票罪	(258)
第七节 侵犯知识产权罪	(268)
一、假冒注册商标罪	(268)
二、非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪	(273)
三、侵犯商业秘密罪	(279)
第八节 扰乱市场秩序罪	(284)
一、损害商业信誉、商品声誉罪	(284)
二、合同诈骗罪	(286)
三、组织、领导传销活动罪	(293)
四、非法经营罪	(297)
五、伪造、倒卖伪造的有价票证罪	(303)
六、提供虚假证明文件罪	(310)
第三章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(324)
第一节 侵犯妇女、未成年人身心健康的犯罪	(324)
一、强奸罪	(324)
二、强制猥亵、侮辱妇女罪	(337)
三、拐卖妇女、儿童罪	(341)
四、收买被拐卖的妇女、儿童罪	(345)
五、聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪	(350)
六、雇用童工从事危重劳动罪	(352)
七、组织残疾人、儿童乞讨罪	(354)
八、组织未成年人进行违反治安管理活动罪	(356)
第二节 侵犯生命健康、人身自由权利的犯罪	(363)
一、组织出卖人体器官罪	(363)
二、非法拘禁罪	(364)
三、绑架罪	(373)
四、诬告陷害罪	(383)
五、刑讯逼供罪	(386)
六、暴力取证罪	(390)
七、虐待被监管人罪	(394)
八、强迫劳动罪	(396)

第三节 侵犯公民名誉、秘密的犯罪	(400)
一、诽谤死者的行为性质	(400)
二、侮辱、诽谤行为是否必须公然实施	(401)
三、出售、非法提供公民个人信息罪	(402)
第四章 侵犯财产罪	(408)
第一节 暴力、胁迫型财产犯罪	(408)
一、抢劫罪加重处罚情节的认定	(408)
二、抢夺罪	(435)
三、敲诈勒索罪	(440)
第二节 窃取、骗取型财产犯罪	(448)
一、盗窃罪	(448)
二、诈骗罪	(464)
第三节 侵占、挪用型财产犯罪	(474)
一、侵占罪	(474)
二、职务侵占罪	(476)
三、挪用资金罪	(482)
四、挪用特定款物罪	(487)
第四节 毁坏、破坏、赖债型财产犯罪	(492)
一、故意毁坏财物罪	(492)
二、破坏生产经营罪	(495)
三、拒不支付劳动报酬罪	(498)
第五章 妨害社会管理秩序罪	(505)
第一节 扰乱公共秩序罪	(505)
一、妨害公务罪	(505)
二、煽动暴力抗拒法律实施罪	(513)
三、招摇撞骗罪与诈骗罪的竞合	(515)
四、伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪	(517)
五、盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章罪	(519)
六、非法生产、销售间谍专用器材罪	(521)
七、非法使用窃听、窃照专用器材罪	(523)
八、非法侵入计算机信息系统罪	(526)
九、破坏计算机信息系统罪	(529)

十、非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪 与提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪的认定 …	(531)
十一、投放虚假危险物质罪与编造、故意传播虚假恐怖信息罪的 认定 ……………	(533)
十二、聚众斗殴罪 ……………	(535)
十三、寻衅滋事罪 ……………	(539)
十四、组织、领导、参加黑社会性质组织罪 ……………	(543)
十五、入境发展黑社会组织罪 ……………	(547)
十六、包庇、纵容黑社会性质组织罪 ……………	(550)
十七、传授犯罪方法罪 ……………	(552)
十八、引诱未成年人聚众淫乱罪 ……………	(555)
十九、赌博罪与开设赌场罪 ……………	(557)
第二节 妨害司法罪 ……………	(574)
一、伪证罪 ……………	(574)
二、辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪 ……	(581)
三、妨害作证罪 ……………	(582)
四、打击报复证人罪 ……………	(584)
五、窝藏、包庇罪 ……………	(587)
六、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪 ……………	(590)
七、拒不执行判决、裁定罪 ……………	(597)
八、破坏监管秩序罪 ……………	(598)
九、脱逃罪 ……………	(600)
第三节 妨害国(边)境管理罪 ……………	(610)
一、组织他人偷越国(边)境罪 ……………	(610)
二、骗取出境证件罪 ……………	(613)
三、运送他人偷越国(边)境罪 ……………	(615)
第四节 妨害文物管理罪 ……………	(620)
一、盗掘古文化遗址、古墓葬罪 ……………	(620)
二、抢夺、窃取国有档案罪 ……………	(622)
第五节 危害公共卫生罪 ……………	(625)
一、妨害传染病防治罪 ……………	(625)
二、传染病菌种、毒种扩散罪 ……………	(627)
三、妨害国境卫生检疫罪 ……………	(629)
四、非法组织卖血罪的转化犯问题 ……………	(631)

五、医疗事故罪	(633)
六、非法行医罪	(638)
第六节 破坏环境资源保护罪	(646)
一、污染环境罪	(646)
二、非法处置进口的固体废物罪	(652)
三、擅自进口固体废物罪	(655)
四、非法捕捞水产品罪	(658)
五、非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪	(661)
六、非法狩猎罪	(664)
七、非法占用农用地罪	(666)
八、非法采矿罪	(668)
九、破坏性采矿罪	(671)
十、非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪	(672)
十一、盗伐林木罪	(675)
十二、滥伐林木罪	(679)
十三、非法收购盗伐、滥伐的林木罪	(682)
第七节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(693)
一、走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(693)
二、非法持有毒品罪	(700)
三、包庇毒品犯罪分子罪	(703)
四、非法买卖制毒物品罪	(704)
五、非法种植毒品原植物罪	(706)
六、非法买卖、运输、携带、持有毒品原植物种子、幼苗罪	(710)
七、引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪	(711)
八、强迫他人吸毒罪	(714)
九、非法提供麻醉药品、精神药品罪	(716)
第八节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(722)
一、组织卖淫罪	(722)
二、强迫卖淫罪	(726)
三、协助组织卖淫罪	(729)
四、引诱幼女卖淫罪	(731)
五、传播性病罪	(733)
六、嫖宿幼女罪	(738)

第九节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(741)
一、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪	(741)
二、为他人提供书号出版淫秽书刊罪	(745)
三、传播淫秽物品罪	(746)
四、组织播放淫秽音像制品罪	(750)
五、组织淫秽表演罪	(751)
第六章 贪污贿赂罪	(756)
第一节 贪污罪	(756)
一、贪污罪的主体问题	(756)
二、贪污罪犯罪对象的认定	(769)
三、贪污罪“利用职务上的便利”的界定	(775)
四、贪污罪的共犯问题	(776)
五、贪污罪犯罪数额的认定	(781)
第二节 挪用公款罪	(799)
一、挪用公款罪主体和犯罪对象的认定	(799)
二、挪用公款罪客观行为的认定	(810)
三、“挪用公款数额巨大不退还”的认定	(817)
四、多次挪用公款的数额认定	(818)
五、担保行为中的挪用公款问题	(821)
六、挪用公款罪的共犯问题	(823)
七、挪用公款罪的罪数问题	(824)
八、挪用公款罪与相关犯罪的界限	(826)
第三节 受贿罪、利用影响力受贿罪和行贿罪	(833)
一、受贿罪和利用影响力受贿罪	(833)
二、行贿罪	(853)
第四节 单位贿赂罪	(863)
一、单位受贿罪	(863)
二、单位行贿罪	(873)
三、单位贿赂共同犯罪的认定	(877)
第五节 巨额财产来源不明罪、隐瞒境外存款罪	(880)
一、巨额财产来源不明罪	(880)
二、隐瞒境外存款罪	(886)
第六节 私分国有资产罪、私分罚没财物罪	(888)
一、私分国有资产罪	(888)

二、私分罚没财物罪	(893)
第七章 渎职罪	(899)
第一节 渎职罪犯罪主体的范围	(899)
一、渎职罪犯罪主体的认识——由司法解释到立法解释	(899)
二、中国共产党各级机关及人民政协等机构中工作人员身份的 确认	(904)
三、被委派到国有公司、企业、事业单位、人民团体中任职的国 家机关工作人员身份的认定	(905)
第二节 一般国家机关工作人员的渎职罪	(907)
一、滥用职权罪	(907)
二、玩忽职守罪	(914)
第三节 司法工作人员的渎职罪	(919)
一、徇私枉法罪	(919)
二、私放在押人员罪	(932)
第四节 特定行政机关工作人员的渎职罪	(939)
一、徇私舞弊不移交刑事案件罪	(939)
二、徇私舞弊不征、少征税款罪	(947)
三、徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪与违法提供出口 退税凭证罪	(954)
四、食品监管渎职罪	(959)
五、非法批准征用、占用土地罪	(963)
六、帮助犯罪分子逃避处罚罪	(967)

第一章 危害公共安全罪

第一节 危害公共安全的故意犯罪

一、如何理解“不特定”

危害公共安全罪侵犯了不特定人的生命、健康、财产安全，如何认定“不特定”对于认定该罪至关重要。

对于“不特定”的含义，刑法理论界形成了一个比较明晰而共同的看法，即不特定是与特定相对而言的，是指犯罪行为可能侵害的对象和可能造成的危害后果事先无法确定，行为人对此既无法预料，又无法控制，包括对象不特定和结果不特定，它具有客观性，不以行为人主观上是否具有确定的侵犯对象或目标作为依据，只要其行为造成或可能造成难以预料或难以控制的严重后果，就属于危害公共安全的行为。^①

笔者认为，这种观点是十分正确的。把握危害公共安全罪的客体时，关键在于把握犯罪行为在客观上是否具有危害公共安全的本质属性，即不特定的客观属性，而并不在于行为人在犯罪时主观上是否有确定的犯罪对象。因为无论行为人的犯罪对象是否确定，在特定条件下都具有产生不特定严重后果的可能性与危险性，从而构成危害公共安全罪。所以说，在认定危害公共安全罪的不特定性问题上，并不需要考虑行为人在犯罪时主观上是否具有确定的犯罪对象或目标，而应该充分把握住行为人的危害行为本身是否具有造成或者可能造成难以预料或难以控制的不确定的严重后果之可能性和危险性即可。

对象结果不特定是指犯罪行为对谁的人身或财产，对多少人身或财产或其他利益造成损害，都是事先无法确定和估计的。结果的不特定与对象的不特定相互联系，不能把不特定等同于确定上限。不特定从属性上讲是客观存在的，不特定的判断，只可以依据自然法规、客观规律来确定，不以行为人的主观认

^① 参见赵秉志、吴振兴主编：《刑法学通论》，高等教育出版社1993年版，第528页；张明楷：《刑法学》，法律出版社2003年版，第538页；陈兴良：《当代中国刑法新理念》，中国政法大学出版社1996年版，第845页。

识来确定。但这并不意味着在行为人危害公共安全时，不考虑其心理状况。所以说，司法实践中，在处理此类犯罪时必须结合行为人本身的主观心理状况，否则会导致客观归罪。行为人对不特定的主观心理状况，具体可以分为如下几种情况：

一是行为人在实施某一犯罪行为时，主观上希望损害的对象是特定的，但对行为可能危害的不特定的多数人的生命、健康或财产结果则持放任态度，这种情况属于想象竞合，应定危害公共安全方面的犯罪。

二是行为人实施犯罪行为时希望损害的对象就是不确定的，其行为在客观上可能损害的对象和造成的危害结果也是不确定的，这种情况显然应定危害公共安全方面的犯罪。

三是行为人主观上明确地针对特定的人身、财产安全，但其行为在客观上造成了危害不特定人身、财产安全的结果，而这种结果又是行为人没有预见而且又无法预见的，行为人不构成危害公共安全方面的犯罪，而成立其他犯罪。

四是如果行为人在实施危害行为时在主观上所希望损害的对象就是特定的人或物，却放任行为结果可能对不特定人身生命、健康及财产造成重大损害，但最后出现的结果却又只损害了特定的对象，这种情况仍然应定为危害公共安全方面的犯罪（未遂）与特定犯罪想象竞合，从一重处断。

二、投放危险物质罪

投放危险物质罪，是指故意投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的行为。本罪是《刑法修正案（三）》对1997年《刑法》第114条、第115条规定的投毒罪修改而成的，2002年3月最高人民法院与最高人民检察院联合颁布的《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》将该犯罪的罪名确定为投放危险物质罪。

（一）投放危险物质罪既遂、未遂的认定

关于投放危险物质罪的既未遂标准划分问题，大致存在如下四种观点。^①

观点一认为，投放危险物质罪已经造成致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，是既遂；尚未造成致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损

^① 投放危险物质罪是从投毒罪修改而来，而该罪的基本罪状模式并没有改变，因此，从学理上说原来有关投毒罪既未遂标准还是可以参照适用的。

失的，是未遂。^①

观点二认为，投放危险物质罪属于危险犯，因此，只要行为人着手实施了投放危险物质的行为，危害公共安全的，即使尚没有造成实际的人员伤亡和财产损失，也成立本罪既遂。对于本罪既遂与未遂，宜以投放行为使危险物质“混入或者独立发生作用”为具备危害公共安全性质构成既遂的标准。“混入或者独立发生作用”，是指危险物质混入对象物已经达到使之不易分离的状态或者已经能够独立对对象发生侵害作用。^②

观点三认为，凡是投放危险物质罪达到了行为人预期目的，符合投放危险物质罪全部构成要件的，是投放危险物质罪既遂，凡由于行为人意志以外的原因，没有达到投放危险物质罪嫌疑人预期目的的，就是投放危险物质罪未遂。主张以投放人预期目的实现与否来划分投放危险物质罪既未遂。^③

观点四认为，行为人只要实施了投放危险物质行为，足以危害公共安全，行为人即构成既遂的投放危险物质罪，如果行为人所实施的投放危险物质行为，由于意志以外的原因，还未达到足以危害公共安全的程度，则为投放危险物质罪的未遂，至于行为人投放目的是否实现，对投放危险物质罪的既、未遂划分并无直接评价作用。^④

在以上四种观点中，观点四是正确的，而其他几种观点都值得商讨。首先，必须清楚投放危险物质罪是一个危险犯，而危险犯是以行为人实施一定犯罪行为而足以产生某种危害公共安全的危险状态就可以成立犯罪的既遂。其次，我们要清楚危险犯是同实害犯相对应的一个概念。对于实害犯而言，只有出现了严重的危害结果才可以成立犯罪，否则不成立犯罪，更不必说犯罪既遂问题。并不必然要求有实害结果的出现也是危险犯区别于其他犯罪的一个比较特殊的地方。观点一把是否造成实害结果作为危险犯既未遂之划分标准，有悖于危险犯之基本理论，显然不正确。观点二克服了观点一中的某些弊端，认为只要行为人实施了投放行为就可以成立投放危险物质罪的既遂。这种看法就完全忽略了划分一般犯罪既未遂的标准是犯罪构成要件是否齐备。危险犯不同于举动犯，举动犯没有既未遂划分，只要行为人一实施法律所规定之行为，就可

^① 参见叶高峰主编：《危害公共安全罪新探》，河南人民出版社1989年版，第133页。

^② 参见马克昌主编：《刑法》，高等教育出版社2007年版，第333页。

^③ 参见杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社1994年版，第305页。

^④ 参见赵秉志主编：《刑法争议问题研究》（下卷），河南人民出版社1996年版，第92页。

以成立犯罪。也可以说成立既遂投放危险物质罪是危险犯，危险犯成立的一个极其重要标准就是行为人的行为足以产生危害公共安全的危险状态，无论行为人实施何种行为只要是不危及公共安全，不可能成立危险犯，而只可能成立其他犯罪。按照划分危险犯既未遂标准，观点二是不可取的。观点三以投放行为是否达到预期目的作为构成投放危险物质罪既遂的一个不可或缺的要件，的确值得商榷。因为投放危险物质人的预期目的实现与否并不属于投放危险物质罪既遂的构成要件范围，也就是说，投放危险物质罪的既遂与否与投放人预期目的实现与否并不是相对应、相一致的。在客观实际中，有时投放危险物质罪已达到了既遂状态，但行为人预期目的却仍未实现。我们认为成立投放危险物质罪既遂，即衡量构成要件齐备说的标准，不是投放行为人预期目的是否实现，而是投放行为是否危及公共安全。只要行为人的投放行为在客观上足以使公共安全产生危险状态，就可以成立投放危险物质罪既遂，如果由于意志以外原因，行为人实施了投放行为，却并没有产生危害公共安全的危险状态，则为投放危险物质罪的未遂。

总而言之，投放危险物质罪既、未遂的转化，只能以投放危险物质行为在客观上是否达到足以危害公共安全的程度为唯一标准。在投放危险物质行为是否足以危害公共安全的基础上再附加上投放人的预期目的是否达到这一条件是不正确的。

（二）投放危险物质罪中止犯的问题

行为人实施了投放危险物质的行为，已经出现了法定的危险状态，此后行为人采取措施有效地防止了危害结果的发生，对这种情况能否认定为犯罪中止，理论界有不同意见^①：

第一种观点认为不能成立犯罪中止。其理由有：（1）犯罪中止形态是与犯罪的预备形态、未遂形态、既遂形态互相区别和独立而存在的形态，犯罪中止形态不可能与其他形态共存。（2）不符合犯罪中止的时空特征。犯罪中止形态可以存在的时空范围是：从犯罪预备行为发生开始，到形成犯罪既遂形态以前这段时间内，且犯罪又处于运动中而尚未停止在预备形态或者未遂形态。（3）对上述虽然不成立中止犯，但中止犯罪的情况可以作为从宽情节在处罚时酌情考虑，这样也不违背罪刑相适应原则。

第二种观点认为可以成立中止犯，是危险犯的中止犯。其理由有：

^① 参见王作富主编：《刑法分则实务研究（上）》，中国方正出版社2001年版，第82～84页。

(1) 它符合危险犯中止犯的实质条件。成立中止犯的实质性要件有二：一是停止犯罪的自动性；二是防止犯罪结果的有效性。很显然，只要行为人在法定危险状态出现后，自动停止犯罪且在客观上有效解除了法定的危险状态，防止了危害结果的发生就应认为是犯罪中止。如果以犯罪既遂为由，排除法定危险状态出现后中止产生的任何可能，这是对《刑法》设立中止犯实质精神的误解。(2) 借助对“放弃重复侵害行为”的认识，也能得出成立危险犯中止犯的结论。行为人造成某种特定危险状态后，又自动解除了危险状态，有效地防止了危害结果的发生，与打一枪未把人打死，决定不再打第二枪以解除被害人生命危险，有效防止被害人死亡结果的发生，实质上并没有两样。(3) 把危险犯与其他刑事犯罪案件比较来认识这一问题。如以投毒方法实施的故意杀人罪，行为人投毒后，被害人食用前甚至食用后行为人采取有效措施阻止严重后果发生，使被害人脱险时，即可成立杀人罪的中止犯，所以前者也应该可以在类似情况下成立投毒罪（危险犯）中止犯。(4) 它不影响罪刑相适应原则的具体贯彻。(5) 不会影响危险犯构成要件的完备性。这是因为作为危险犯既遂构成标志的法定危险状态，在具体案件中又必须是客观实在的，既成事实的。法定危险状态出现后又很快被行为人自动解除，这表明这种危险状态的本身就是不确定的，尚未既成事实，所以，也就不能以此来认定这种情况下的危险犯为既遂。

第三种观点认为能够成立犯罪中止，但不是危险犯的中止犯而是危险犯相应实害犯的中止犯。其理由有：(1) 危险犯的危险状态发生后成立既遂犯，既遂犯与中止犯是两个互相排斥的概念。成立了既遂犯，当然不能成立同一犯罪的中止犯。也有学者在论证应成立实害犯的中止时提出与此观点相反的观点，即认为犯罪既遂以后仍可成立犯罪中止，但也认为在危险犯已构成既遂的情况下，是不可能再转化为中止犯的，只能是实害犯的中止犯。(2) 不能混淆“解除业已存在的法定危险状态”与“防止危害结果的发生”两件事。“防止危害结果的发生”是指防止尚未发生的灾害结果，而非危险状态。(3) 不能以危险状态可能解除为由，来证明可以将业已成立的危险犯的既遂犯变为危险犯的中止犯。(4) 它符合相应实害犯中止的三大条件：从时间上看，该中止犯发生在实害犯既遂之前；从自动性上看，该解除危险状态的行为是行为人自动实施的；从有效性上看，它有效防止了危害结果的发生。(5) 符合罪刑相适应原则。

第四种观点也认为不是危险犯的中止犯而是实害犯的中止犯，但主张在危险犯适用的量刑幅度上从宽处罚。其理由有：(1) 犯罪既遂以后仍有可能成立犯罪中止。(2) 从立法规定上看，我国《刑法》所规定的“有效地防止犯

罪结果的发生”的“犯罪结果”是指实害结果，不包括危险状态。(3)该观点符合设立犯罪中止的立法精神。(4)该观点符合犯罪中止的成立条件。(5)该观点符合罪刑相适应原则。例如，用投毒方法杀人而被害人喝下药物后，行为人出于悔改将被害人送医院治疗脱险的情况，其应当在“三年以上十年以下有期徒刑”这个量刑幅度内从宽处罚，而不是在“死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”这个量刑幅度内从宽处罚。因此，对于危险犯既遂以后的中止犯，应在危险犯适用的量刑幅度内从宽处罚。^①

我们认为，行为人实施了投放危险物质的行为，产生了法定的状态，该行为便已构成危险犯的犯罪既遂。而犯罪既遂、未遂与中止都是犯罪的停止形态，它们之间是互相排斥的关系。因此，行为人的行为既然成立了危险犯的既遂，便不可能再构成危险犯的中止。第二种观点是错误的。

同时，由于行为人的行为在成立危险犯的既遂之后仍在延续，实害结果尚未发生，此时应当给予行为人自动有效的防止结果发生的权利。如果此时行为人能够放弃犯罪意图，千方百计地阻止并确实防止了危害结果的发生，那么不仅说明行为人的主观恶性已经减少，客观上也避免了最恶劣的结果发生，将行为人的这种行为认定为实害犯的犯罪中止，符合《刑法》设立中止犯的立法意图，也完全符合法律规定。因此，我们赞成第三种观点。

至于第四种观点，认为犯罪既遂以后仍有可能成立犯罪中止，并作了新的阐释。但正如该论者自己所承认的那样，这种观点不符合刑法理论，因而不值得赞同。此观点还认为第三种观点将行为人认定为实害犯的中止，在实害犯的量刑幅度内从宽处罚要求过于严厉。我们不同意这个观点。首先，从立法者对《刑法》分则的排列次序来看，危害公共安全罪的恶劣程度高于故意杀人罪等侵犯人身权利的犯罪；从实际情况来看，投放危险物质罪危害的是不特定或多数人的身、财产安全，以投毒等方法实施的杀人罪危害的则是特定人的生命权。因此，将投放危险物质罪与故意杀人罪作比较来谋求刑罚的对等本身未必科学。其次，由于我国《刑法》对中止犯所规定的处罚原则是“没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚”。所以，即使在实害犯的量刑幅度，即“十年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑”范围内裁量刑罚，只要行为人的行为没有造成损害，就可以免除处罚，不会造成处刑过于严厉。如果行为人的行为已经造成损害，那么考虑到他的行为危害公共安全的性质，在实害犯的量刑幅度内减轻处罚也是罚当其罪的。

^① 参见王作富主编：《刑法分则实务研究（上）》，中国方正出版社2001年版，第86～87页。

(三) 投放危险物质罪与他罪想象竞合的认定

投放危险物质罪与他罪想象竞合是指行为人实施一个投放危险物质行为，而触犯投放危险物质罪和他罪的情况。其主要特征有：(1) 行为人实施一个投放危险物质行为。(2) 行为人的投放危险物质行为不仅触犯投放危险物质罪，而且还触犯他罪。所谓触犯投放危险物质罪是指构成投放危险物质罪，即行为人的投放危险物质行为危及了不特定多数人的生命或财产安全。若仅是单纯的投放危险物质行为而不危及公共安全则不构成这种情况，如甲某毒杀乙某两头猪的情况。在实践中，投放危险物质罪与他罪的想象竞合有以下几种情况：

1. 投放危险物质罪与杀人罪的竞合。这种情况是指行为人采取投放危险物质方法杀人而触犯投放危险物质罪和杀人罪的情形。这种情况的构成条件有：(1) 行为人实施一个投放危险物质行为。(2) 行为人的投放危险物质行为危及了公共安全，即多数人的生命安全。(3) 行为人主观目的是杀特定的个人或少数人，但对其他多数人的生命持放任态度。例如，甲某为杀乙某，向乙某所在食堂投放危险物质，导致 10 人死亡。甲的行为构成投放危险物质罪与杀人罪的想象竞合。

2. 投放危险物质罪与盗窃罪的竞合。这种情形指行为人为盗窃而投放危险物质，但盗窃行为没有实施而触犯投放危险物质罪和盗窃罪。事实上是投毒罪与盗窃罪（预备犯）的竞合。构成这种情形要具备两个条件：(1) 行为人只实施投放危险物质行为，没有实施盗窃行为。实际上，这个投放危险物质行为是投放危险物质罪的实行行为，是盗窃罪的预备行为。(2) 投放危险物质行为危及了公共安全，即不特定多数人的财产安全。例如，甲某为偷集体鱼塘的鱼而投毒后被抓获。甲某的行为就构成投放危险物质罪与盗窃罪的竞合。

3. 投放危险物质罪与故意毁坏财物罪的竞合。这种情况指行为人采取投放危险物质方式破坏公私财物而触犯投放危险物质罪和故意毁坏财物罪。其主要特征有：(1) 行为人实施了投放危险物质行为，没有实施其他犯罪行为。(2) 行为人出于破坏公私财物这一目的。(3) 行为人的投放危险物质行为危及了公共安全，即危及了不特定多数人的财产安全。例如，甲某出于泄私愤，向集体鱼塘投放危险物质，结果造成 10 万余元的损失。甲某的行为便构成投放危险物质罪和故意毁坏财物罪的竞合。

4. 投放危险物质罪与破坏生产经营罪的竞合。这种情况是指行为人出于泄愤报复或者其他个人目的，采取投放危险物质方式残害耕畜而触犯投放危险物质罪和破坏生产经营罪。其特征表现为：(1) 行为人主观上具有泄愤报复

或者其他个人目的。(2) 行为人实施了投放危险物质行为。(3) 行为人的行为对象是耕畜, 如耕牛等。(4) 行为人的投放危险物质行为不仅危及生产活动, 还危及公共安全, 即不特定多数人的财产安全。例如, 甲某为泄私愤, 向全村牛槽中投毒, 结果导致 23 户人家的 30 头牛中毒死亡。甲某的行为就构成投放危险物质罪与破坏生产经营罪的竞合。

5. 投放危险物质罪与非法捕捞水产品罪, 非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪或者非法狩猎罪的想象竞合。这主要是指采取投放危险物质的方法去非法捕捞水产品, 或非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物, 或非法狩猎的情况。在这种情况下, 行为人实际上实施了一个行为, 即投放危险物质的行为, 但这个行为同时也是非法捕捞水产品行为或非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物的行为, 或者非法狩猎行为, 如果该行为既触犯投放危险物质罪, 又触犯非法捕捞水产品罪, 非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪或者非法狩猎罪, 就构成想象竞合。

想象竞合犯属于想象的数罪, 由于其行为的单数性, 实质上是一罪。但由于其毕竟触犯两个以上罪名, 作为一罪处理, 就存在着适用哪个罪名的问题。我国现行《刑法》未对想象竞合犯及其处断原则作出任何规定。目前, 我国刑法学界和司法机关主流观点认为, 对于想象竞合犯应采用“从一重处断”的原则予以论处, 即对于想象竞合犯不必实行数罪并罚, 应按照其犯罪行为所触犯的数罪中法定刑最重的犯罪论处。^① 2000 年最高人民法院《关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 7 条也规定, 使用爆炸、投毒、设置电网等危险方法破坏野生动物资源, 构成非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪, 同时构成《刑法》第 114 条或者第 115 条规定之罪的, 依照处罚较重的规定定罪处罚。

(四) 投放危险物质罪与他罪牵连犯罪的认定

投放危险物质罪与他罪牵连犯罪是指行为人为实施他罪, 其所采取的方法行为——投放危险物质行为触犯投放危险物质罪, 目的行为触犯他罪的情况。从我国目前的立法规定来看, 投放危险物质罪与他罪的牵连关系不存在原因与结果关系, 即投放危险物质行为不能成为原因行为或结果行为, 而只存在方法与目的关系, 即投放危险物质行为可以成为方法行为或目的行为。但在司法实践中, 投放危险物质罪与他罪发生牵连的情况往往是投放危险物质行为与他罪

^① 参见高铭喧:《刑法学原理》(第二卷), 中国人民大学出版社 1995 年版, 第 31 页。

行为是方法行为与目的行为的牵连关系，投放危险物质行为是目的行为的很少。这也与立法规定及投放危险物质行为的本身特殊性有关。下面分几种情况来分析投放危险物质罪与他罪牵连的情况。

1. 投放危险物质罪与盗窃罪的牵连犯罪。这种情况是指行为人为了盗窃而实施投放危险物质行为，先将盗窃对象毒死再实施盗窃行为，其构成条件有：（1）行为人实施了两个行为，即投放危险物质行为和盗窃行为。（2）投放危险物质行为和盗窃行为之间存在牵连关系，即存在方法行为和目的行为的牵连关系。（3）投放危险物质行为和盗窃行为分别触犯投放危险物质罪和盗窃罪，即投放危险物质行为危及了公共安全，盗窃行为侵害了公私财产权。如果投放危险物质行为并未危及公共安全，则不属于这种情况。例如，甲某采取投放危险物质的方法将邻居的猪毒死后偷走的行为就不危及公共安全，其投放危险物质行为不构成投放危险物质罪，仅构成盗窃罪，不存在投放危险物质罪与盗窃罪的牵连。但如果甲某为盗窃而大面积向本村各户猪槽中投毒，结果毒死毛猪30头，并将其中20头猪偷走。那么，甲某的投毒行为就危及了公共安全，触犯了投放危险物质罪罪名。甲某的行为构成投放危险物质罪与盗窃罪的竞合。在实践中，投放危险物质罪与盗窃罪的牵连还存在这种情况，即行为人为实施投放危险物质犯罪而盗窃毒药。这种情况下，投放危险物质行为是目的行为。盗窃行为是方法行为，二者构成方法与目的的牵连。例如，甲某为了投放危险物质而先行盗窃某药店大量砒霜，后将砒霜投入某食堂面粉中，致使40人中毒。甲某盗窃砒霜的行为是方法行为，触犯盗窃罪罪名；投放危险物质的行为是目的行为，触犯投放危险物质罪。甲某的行为构成投放危险物质罪与盗窃罪的牵连，这种情况在司法实践中很少见。

2. 投放危险物质罪与销售有毒食品罪的牵连犯罪。这种情况是指行为人出于牟利之目的，采用投毒方法将畜禽毒死，而后收购出卖。这种犯罪有如下几个特征：（1）行为人出于牟利的目的。（2）行为人实施了三个行为，即投放危险物质行为、收买行为和出售行为。投放危险物质行为与收买行为，收买行为与出售行为及投放危险物质行为与出售行为之间均存在方法和目的的关系。（3）投放危险物质行为危及公共安全，触犯投放危险物质罪；收买行为由于《刑法》无明文规定不触犯任何罪名；出售行为触犯销售有毒食品罪。由于收买行为不触犯任何罪名，这种情况只构成投放危险物质罪和销售有毒食品罪的牵连。在这里需要说明的是，上述情况在司法实践中一般伴随着投放危险物质罪与破坏生产经营罪或故意毁坏财物罪的想象竞合。例如，甲某为牟取不法利益，向本村村民猪槽中投毒，毒死10户村民毛猪21头，而后低价收购后再高价售出。甲某的行为便构成投放危险物质罪与故意毁坏财物罪的想象竞

合，又一起与销售有毒食品罪构成牵连。

3. 投放危险物质罪与盗窃罪和销售有毒食品罪的牵连犯罪。这种情况指行为人为牟取非法利益，采取投毒手段将畜禽毒死后盗走而后出售的情况。其构成条件有：（1）行为人出于牟取非法利益之目的。（2）行为人实施三个行为，即投放危险物质行为、盗窃行为和出售行为。投放危险物质行为和盗窃行为、出售行为之间依次存在方法和目的的关系。（3）投放危险物质行为危及了公共安全，触犯投放危险物质罪；盗窃行为侵犯公私财产权，触犯盗窃罪；出售行为侵犯了国家对食品卫生质量管理秩序，触犯销售有毒食品罪。例如，甲某为牟取非法利益向集体鱼塘投放危险物质后将鱼偷走出售的行为便构成投放危险物质罪与盗窃罪和销售有毒食品罪的牵连。

牵连犯无论是从形式上或实质上都是数罪，这一点是共识。但我国刑法学界对牵连犯的处断原则，由以往普遍坚持通说即“从一重处断”原则，发展到三种观点，即从一重处断说、并罚说和从一重处断和数罪并罚择一说。我们认为，牵连犯虽然是数罪，但其并不同于一般的数罪，毕竟其内部存在牵连关系，不能抹杀牵连犯本身的特殊性；牵连犯也不是单纯的一罪，按一罪处断也没有道理。所以，一般情况下，牵连犯按“从一重处断”是合理的，即按数罪中最重的一个罪定罪，在量刑时考虑其他罪情况再酌情从重处罚。当然，对于法律明文规定了对牵连犯的处断原则时，应按法律规定。对于以上投放危险物质罪与他罪牵连的情况，现行《刑法》均未明文规定对其处断的原则，所以应按“从一重处断”原则。投放危险物质罪与上述其他罪相比，其法定刑重于其他罪，所以，对于投放危险物质罪与上述其他罪牵连的情况，应定投放危险物质罪，在量刑时考虑其他罪的情况。这里需要特别说明的是投放危险物质罪与故意毁坏财物罪及破坏生产经营罪竞合后又与销售有毒食品罪发生牵连的情况。对这种情况，首先按想象竞合的处断原则处理；其次按牵连犯的处断原则处理。按想象竞合的处断原则“从一重处断”，投放危险物质罪与破坏生产经营罪或故意毁坏财物罪发生想象竞合时一般应定投放危险物质罪；按牵连犯处断原则，投放危险物质罪与销售有毒食品罪发生牵连时应定投放危险物质罪。所以，对这种情况应定投放危险物质罪，量刑时应考虑破坏生产经营罪或故意毁坏财物罪和销售有毒食品罪的情节。

三、以危险方法危害公共安全罪

以危险方法危害公共安全罪，是指故意以放火、决水、爆炸、投毒以外的并为之危险性相当的危险方法，足以危害公共安全的行为。以危险方法危害公共安全的犯罪，是一个独立的罪名，以放火、决水、爆炸、投放危险物质以外

的各种不常见的危险方法实施危害公共安全的犯罪。由于该罪是兜底条款的规定，司法实践中，该罪也逐渐成为一个“口袋罪”。

（一）如何理解“其他危险方法”

这里的“其他危险方法”包括两层含义：一是指放火、决水、爆炸、投放危险物质以外的危险方法；“其他危险方法”应理解为与放火、决水、爆炸、投放危险物质的危险性相当的、足以危害公共安全的方法，即这种危险方法一经实施就可能造成或造成不特定或者多数人的伤亡或重大公私财产的毁损。换言之，“其他危险方法”是有限制的，而不是无所不包的。如果行为人用危险方法侵害了特定的对象，不危及公共安全，对不特定或者多数人的生命、健康或大量公私财产的安全并无威胁，就不构成本罪而可能构成其他犯罪。只有行为人实施危害公共安全的行为所采用的危险方法与放火、决水、爆炸、投放危险物质的危险性相当，并且行为的社会危害性达到违反《刑法》，应当追究刑事责任的程度，才能以危险方法危害公共安全罪论处。在这一点上，危害公共安全是判断行为是否属于其他危险方法的关键，同时值得指出的是，对某一行为依据以危险方法危害公共安全的犯罪定罪，必须是因为现行《刑法》没有明确规定的危险方法犯罪，如果行为已纳入《刑法》规范，则应当严格按照罪刑法定原则，直接适用相应条款，以免将其他危险方法的适用范围任意扩大。二是其他危险方法的本质特征是具有广泛的杀伤力和破坏力。如果行为人所实施的危险方法的程度较小，不具有广泛的杀伤力和破坏力，尚不足以造成不特定或者多数人伤亡等严重后果的，就不能与放火、决水、爆炸、投放危险物质的危险方法相当或相类似，不能视为以危险方法危害公共安全罪。从司法实践来看，以危险方法危害公共安全的犯罪主要表现为以向人群开枪，为报复泄愤而驾驶汽车向人群冲撞，为防盗而私架电网，为报复社会而将突发传染病病原体传染给多数人等危险方法危害公共安全。^①

认定“其他危险方法”时还应注意的，行为总是在一定的时间、空间中展开的，因此行为的危险性总是与行为的具体时空环境相关的。有的危险程度很高的行为可能在特殊的时空环境下并不具有对公共安全的威胁，比如在人迹罕至的地方设置电网与在人来人往的道路边设置电网的危险性是明显不同的，如果行为人在严密封闭之个人住室内设电网，则可能对公共安全毫无威胁。有的行为在一般情况下可能危险程度不高，但置于特定时空条件下则可能

^① 参见谭绍木：《以危险方法危害公共安全罪中危险方法的展开》，载《南昌航空工业学院学报（社科版）》2005年第1期。

严重危及公共安全，比如雨季非禁火期在林中以明火做饭就比在旱季禁火期在林区抽烟的行为危险性低得多。前者可能并不违法，而后者即使行为人为人个人有意识提高注意也仍然是违法行为，因为这种行为因特定时间、地点条件而变得非常危险。最后，认定“危险方法”应当是根据行为本身是否具有危害公共安全的可能性、行为特定之时空环境是否决定了行为具有公共危险性来具体分析，不可以离开时空环境而空谈行为的危险性，也不可因行为在通常情况下不具公共危险性而无视具体时空条件的特殊性。

（二）以危险方法危害公共安全罪与放火、爆炸等犯罪的区分

放火罪使用各种引火物质，直接点燃侵害对象，制造火灾，一般情况下被焚烧的是公私财物并可能危及人身安全。爆炸罪是行为人用引发爆炸物或者其他方法制造爆炸，对不特定多数人人身安全和公私财产造成危害。而以危险方法危害公共安全罪一般用与放火、决水、爆炸、投放危险物质等方法相当但是其以外的不特定方法危害公共安全的行为。实践中，区分三者主要是看所采取的方法。问题的关键是确定行为的性质，即是放火、爆炸，还是《刑法》没有规定的危及公共安全的方法。

例如，2003年6月26日下午2时30分左右，被告人张某与其友外出饮酒。返回家中后，即令其父外出购买主食锅贴，当时遭其父拒绝，张某暴跳如雷，摔坏录音机，张父见状躲到屋外。在此期间，被告人张某将放置在墙角处的液化石油气胶管拔下，打开阀门，用火柴点燃石油气，火焰喷出50厘米直逼木质墙壁，张某此时跑到屋外大叫“炸死你们”。周围邻居闻讯纷纷跑出屋门拨打“110”、“119”报警。民警及消防队员及时赶到，将火扑灭，被点燃的液化石油气罐阀门周围已烧黑，塑料手柄变形，罐体上半部也呈焦黑状，被告人被当场抓获。经查，被告人张某经常酗酒后殴打其父母。公安机关在现场勘验中发现被告人居所属木结构平房，同邻居隔墙相连成片，房屋面积多为8平方米至10平方米，成排房屋间距较小，一旦起火会殃及成片居民。

在本案审理中，在定罪问题上曾出现了几种不同意见：第一种意见认为，被告人实施行为可定放火罪，理由是被告人主观上出于泄愤目的，客观上实施了危害公共安全的放火行为，并使用引火物直接点燃液化石油气罐并已形成火势，因扑救及时未酿成火灾后果，认定放火罪比较符合被告人客观上实施的行为。第二种意见认为，被告人所燃液化石油气罐本身属于易爆物品，其行为具有引发爆炸物特征，认定其爆炸罪也有依据。第三种观点认为，被告人是以危险方法危害公共安全罪。理由是：被告人在与其亲属发生纠纷后，产生泄愤报复想法，气急败坏不计后果，点燃自家液化气罐，并扬言炸死他人，其实施行

为是以引火物质直接点火，极有可能造成火灾，表面上与放火罪相符。但全面分析液化石油气罐化学属性，它既不能等同于直接被引火物质点燃焚烧的公私财物，也不能归为可以直接引发的爆炸物品，同炸药或自制的爆炸装置是有区别的。因此本案认定放火罪或爆炸罪均缺乏犯罪构成要件。液化石油气本身具有可燃性，但又属易爆物品，被告人点燃的气罐内经鉴定存有液化石油气，如罐体燃到一定温度加之外界气压适当其内部液化石油气急剧膨胀为气体，当罐体承受不住压力时就产生迸裂，此时气罐就变成爆炸物。而被告人以及邻居所住的房屋建材有极强易燃性，加之面积普遍较小且无间隔，如不及时灭火被告人家起火后会很快形成大面积火灾并难以扑救，肯定会造成严重损失。综合以上情况，本案被告人的行为一方面可引发火灾，另一方面不排除爆炸后果的出现。因此，无论出现其中一种后果还是两种后果同时出现，都会使邻居财物遭受毁损或多人伤亡。而这种后果是本案被告人主观上认识不到事先又无法确定的，而且无法预料和控制。从被告人实施行为看，完全符合同放火、决水、爆炸、投放危险物质相类似的“危险方法”。法院以此为据认定其构成“以危险方法危害公共安全罪”，依据《刑法》第114条，认定被告人危害公共安全，尚未造成严重后果，判处被告人张某有期徒刑4年。

我们认为，本案不能按照以危险方法危害公共安全罪处理。本案只能在放火与爆炸中寻找答案。放火是点燃可燃物，使得可燃物燃烧而危及公共安全；爆炸是引爆爆炸物而危及公共安全。点燃可燃物的方法很多，可以是直接点火，也可以采取爆炸方式；引爆爆炸物的方式也很多，可以设置控制按钮，也可以撞击，还可以点火。实践中，常常放火中有爆炸，爆炸中有着火。这样，区分是放火还是爆炸，关键是看危及公共安全的直接原因是着火，还是爆炸。本案中，被告人点燃液化石油气罐的气体，是放火行为，还是爆炸行为，关键要看液化石油气罐爆炸后，爆炸行为自身导致人员伤亡、财产损失，还是爆炸后引起火灾而导致人员伤亡、财产损失。就本案已查明的事实来看，液化石油气罐并非大型装置，而是家用小型装置，其爆炸威力有限，虽然会近距离造成人员伤亡、财产损失，但并不足以危及公共安全，何况其里面仅残留部分液化石油气。真正可能危及公共安全的，则是爆炸引发的火灾。正如第三种观点所言，被告人以及邻居所住的房屋建材有极强易燃性，加之面积普遍较小且无间隔，如不及时灭火被告人家起火后会很快形成大面积火灾并难以扑救，肯定会造成严重损失。显然，本案中被告人的行为是放火行为。本案应定放火罪。

（三）盗窃城市井盖行为的定性

多年以来，盗窃城市井盖的现象屡禁不止，近些年来又愈演愈烈。对于盗

窃城市井盖的行为，原来大多司法机关以盗窃罪定罪处罚，但又感觉力度不够。近年来，理论界有人认为此类行为应构成以危险方法危害公共安全罪，实践中也有司法机关以以危险方法危害公共安全罪进行定罪处罚。

那么，盗窃城市井盖的行为是否均构成以危险方法危害公共安全罪呢？这个问题值得认真分析，不能一概而论。由于城市井盖所处的位置不同，其与公共安全的联系自然也不同。盗窃井盖的行为，有的危及公共安全，有的没有危及公共安全，对于没有危及公共安全的行为，自然也不能以本罪论处；对于危及公共安全的，如果能够以其他危害公共安全犯罪定罪处罚，也不能以本罪论处。具体情况可以分为如下三种：

1. 盗窃城市公共交通道路上井盖的，应直接以破坏交通设施罪定罪处罚。许多城市的井盖设置在公共交通道路上，无论这些井盖原本属于哪个单位设置的，也无论其原来的功用是什么，它们都构成了城市道路路面的有机组成部分，关系到交通运输的安全，将这些井盖盗走，无异于在道路上挖一陷阱，破坏了道路的完整性和保证交通安全的功能，并足以导致交通工具发生倾覆、毁坏的危险，完全符合破坏交通设施罪的构成特征。因此，应以破坏交通设施罪定罪处罚。

2. 盗窃道路以外的其他公共场所井盖的，构成以危险方法危害公共安全罪。其他公共场所包括人行道、公共广场、步行街以及学校、工厂等公众能够接触到的场所。盗窃这些场所的井盖，危及公共安全，但《刑法》中相关的危害公共安全犯罪又不能适用，应以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

当然，也必须注意，上述两种情况，均有可能与盗窃罪发生竞合，在此情况下，应按想象竞合犯来处理。

3. 盗窃较为隐蔽处所井盖的，应以盗窃罪定罪处罚。所谓隐蔽处所，是指社会公众不能够轻易接触到的场所，如封闭的院落、仓库等。这些场所的井盖与公共安全没有直接的联系，行为人盗窃的，也不具有危害公共安全的性质。^①

四、组织、领导、参加恐怖组织罪

组织、领导、参加恐怖组织罪，是指以进行恐怖活动为目的，组织、领导、参加恐怖组织，危害公共安全的行为。该罪由1997年《刑法》所规定。恐怖活动组织严重危害社会正常秩序，引起民众恐慌，国家向来对此严重打

^① 参见赫兴旺：《如何认定以危险方法危害公共安全罪》，载《中国公共安全》2006年第3期。

击。由于国际上恐怖活动猖獗,《刑法修正案(三)》又对组织、领导、参加恐怖组织罪进行了修改,提高了法定刑,加大了打击力度。

(一) 如何界定“恐怖活动”和“恐怖活动组织”

根据2011年10月29日全国人大常委会《关于加强反恐怖工作有关问题的决定》第2条的规定,所谓恐怖活动,是指以制造社会恐慌、危害公共安全或者胁迫国家机关、国际组织为目的,采取暴力、破坏、恐吓等手段,造成或者意图造成人员伤亡、重大财产损失、公共设施损坏、社会秩序混乱等严重社会危害的行为,以及煽动、资助或者以其他方式协助实施上述活动的行为。而1937年的《防止和惩治恐怖主义公约》在规定了恐怖行为的定义后又具体列举了恐怖行为的具体表现,即:(1)故意危害国家元首、执行国家元首特权人士、其法定继承人或指定继承人、上述人员的配偶、担任公职或负有公共任务人士的生命、身体、健康或自由的行为;(2)故意毁灭或损害属于或在另一缔约国管辖下的公共财产或供公用的财产的行为;(3)故意造成共同危险足以危及生命的行为;(4)上列犯罪的未遂行为;(5)制造、获得、扣留或供给武器、军火、爆炸品或毒物以便在任何国家实施上述行为;(6)上列行为的共谋、既遂的教唆、直接和公开的煽动、故意参加、有意识地提供援助等。按这一公约的规定,恐怖活动的范围是相当广泛的,既可以针对某一国家,也可以针对某一个人;既可以针对人身,也可以针对财产;既可以包括空中,也可以包括地上和海洋;既包括既遂,也包括未遂、教唆、参加和帮助。然而,这一公约并未生效。以后制定的一些国际公约和区域性条约以及不同国家对恐怖行为的理解又不尽一致,比如在某种场合下,劫持飞机和船舶被认为是恐怖主义;战时对平民的屠杀,对伤病员的摧残有时也被列入恐怖主义行为之类,灭绝种族也常被一些国家的政府归入恐怖主义范围加以惩治。因此,何谓恐怖行为,并没有一个统一的概念。从词义上讲,恐怖所引起的恐惧,是指对人们所造成的各种各样的不安和畏惧。按我们的理解,恐怖行为具体包括以下几类:(1)基于恐怖,杀害外国国家元首、政府元首及外交代表、国际友好人士的;(2)基于恐怖,杀害本国领导人的;(3)基于恐怖,杀人伤人的;(4)基于恐怖,灭绝种族,实施酷刑的;(5)基于恐怖,绑架人质的;(6)基于恐怖,劫持飞机、船舶等交通工具的;(7)基于恐怖,放火、决水、爆炸、投毒的;(8)基于恐怖,危害交通安全、通讯安全的;(9)基于恐怖,散布病菌、传播谣言的;(10)基于恐怖,实施其他危害社会秩序行为的。

关于恐怖活动组织的内涵,目前大致有如下几种代表性观点:

1. 恐怖活动组织是指以制造社会恐怖为目的,以渲染恐怖效果的犯罪工具和犯罪方法为主要手段,3人以上成员较为固定的,结构紧凑的共同犯罪组织。^①

2. 恐怖活动组织是指3人以上,出于政治或恐吓,要挟社会的目的,为实施恐怖活动而结成的具有一定稳定性的犯罪组织。^②

3. 恐怖活动组织即具有严密的组织性,相对的稳定性,旨在实施恐怖活动而由多人组成的犯罪组织。^③

4. 恐怖活动组织是指3人以上出于政治或者报复社会的动机,为实施绑架、杀人、爆炸的恐怖性的犯罪活动而结成的具有稳定性的犯罪组织。^④

5. 恐怖活动组织是指3人或3人以上,出于政治目的、社会目的或其他目的,为实施恐怖活动而结成的具有一定稳定性的犯罪组织。^⑤

上述几种观点,对恐怖活动组织是较为稳定的犯罪组织、有较大的组织规模和较为明确的犯罪目的以及严重社会危害性的认识是相同的,其差别和分歧则在于恐怖活动组织的目的与实施犯罪的手段。

在目的方面主要有以下两种对立见解:一种是制造社会恐怖本身;另一种则是直接或间接地归结为政治或报复社会目的或其他目的。

实施犯罪的手段方面则有如下两种观点:一种认为实施恐怖行为的方式必须以暴力为后盾;另一种则认为实施罪行的方式应包括一切旨在引起社会恐怖的手段,应涵盖非暴力手段。

首先,就恐怖活动组织的犯罪目的而言,我们认为,上述两种对立见解都有合理之处,但又都有不足的地方。从目前活跃于世界各国的形形色色的恐怖活动组织看,可以说无一例外地基于某种政治、民族、宗教目的或其他社会目的而存在。它们往往用公开方式,使用能引起普通民众内心强烈震撼以致达到恐怖效果的手段,如爆炸、劫机或不特定的突然袭击与暗杀等,以引起社会动荡,并以此为筹码影响政府决策实现组织的某种目的。从这点分析,可以看出恐怖活动组织周详策划恐怖事件最直接的目的目的是为了制造社会恐怖,本身造成公众的惊惧、不安及社会的不安定。而制造社会恐怖最根本的是为左右政府以

^① 参见贾宇、游伟主编:《中国刑法》,中国政法大学出版社1997年版,第289页。

^② 参见陈家林:《“恐怖活动组织”界定问题初探》,载《法律科学》1998年第2期。

^③ 参见赵秉志主编:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第441页。

^④ 参见贾宇主编:《刑法原理与实务》,中国政法大学出版社2002年版,第234页。

^⑤ 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第527页。

期实现其政治、宗教或其他社会目的。这两个目的之间存在递进关系，我们就此将二者分别称之为直接目的与终极目的。相对于终极目的而言，直接目的是手段，是为实现最终目的而选择的途径和方式。

其次，就恐怖活动组织的犯罪手段是否应涵盖非暴力手段的问题，我们认为，恐怖活动实施的手段不应仅局限于暴力或暴力相威胁，而应包括能引起恐怖后果的任何手段。在社会锐进的同时，以引起恐慌为目的的恐怖活动也在发生形式上的诸多变化，21世纪恐怖犯罪性质的变化和威胁程度的加剧让国际恐怖主义犯罪的趋势亦多元化。近年来，高智能恐怖犯罪进一步明显，生化恐怖、核恐怖阴影笼罩全球，电脑恐怖和信息恐怖不断加剧，如利用电脑控制室破译国家机密文件密码或传播病毒，利用能快速传播有毒制剂等方式实施的潜在或深层恐怖与威胁。从破坏程度与引起恐慌程度而言，这些非暴力方式实施的恐怖行为往往远甚于暴力手段所实施的行为。故而，对恐怖主义犯罪手段不能仅限制于暴力行为，因为那样会对恐怖活动的认识停留在原有内涵基础之上，限制人们对恐怖形式的预测，难以正视并采取恰当措施予以反击。所以，我们认为恐怖活动组织可以这样界定：恐怖活动组织是指具有严密组织结构，以渲染恐怖效果的手段实施恐怖活动，在社会上制造恐怖气氛并进而影响政府以实现自己的政治、宗教或其他目的的犯罪组织。^①

（二）组织、领导、参加行为的界定

1. 组织行为

“组织”，指将一定的人、财、物聚合在一起并使之在一起综合发挥对于外界的影响。按照这个定义，可将“组织”划分为三种形式：一是“发起组织”，二是“维持组织”，三是“优化组织”。一者是使一定规模的人、财、物达到对外界发挥某种影响作用的临界；二者是使达到临界的组织系统对外界的影响维持在既定的水平状态；三者是使已经达到了对外界影响的临界的前提下使这种影响更加扩大。从严格意义上讲组织行为仅仅是指“发起组织”而不应当包括“维持组织”和“优化组织”。然而，从较宽泛的意义上讲，组织行为也是可以包含“维持组织”和“优化组织”的。组织行为是一种有目的的行为，它以使各种事物综合、整体、协调发挥功用为己任，没有这样的目的是谈不上组织行为的。

对于发起组织行为而言，组织行为可具体表现为行为人实施如下行为：密

^① 参见沈莺：《恐怖活动组织与黑社会性质组织的比较》，载《江苏警官职业学院学报》2003年第6期。

谋成立对抗社会的恐怖活动组织；起草将要成立恐怖活动组织的章程、帮规戒律等；制作将要成立的恐怖活动组织的标识，包括旗帜、徽章等；邀约、联络各色人等聚集在一定场所召开恐怖活动组织的成立大会或相关的筹备会议；劝导、引诱、胁迫人们加入即将成立的恐怖活动组织等。在恐怖活动组织成立后，就维持组织而言组织行为可以具体地表现为行为人实施如下行为：规划组织内部人力、物资的配给和需求；补偿组织内部在各种活动中人力和物资的消耗；维持财源保障供给的及时；维持组织内部成员组织关系的和谐发展，给予立功者奖励、违规者惩罚等。就优化组织而言，其又可以分为两种情况：一种是使组织整体规模变大，另一种是使组织的工作效率更加提高。

组织、领导恐怖活动组织罪中所提到的“组织”行为应当仅仅是指“发起组织”，即狭义的组织行为。从立法技术来看，一个恐怖活动组织的组织性行为固然还包括维持组织、优化组织的行为，但是对于一个既有的恐怖活动组织来说不是居于该组织领导地位的“领导”是根本不可能做出维持组织和优化组织行为的，《刑法》在“组织恐怖活动组织”之后又设立了“领导恐怖活动组织”，这使在组织恐怖活动组织罪中的“组织”行为已无涵盖“维持组织”和“优化组织”行为的必要。

2. 领导行为

“领导”，是指在一定的组织中居于首要地位的人对该组织的活动所进行的策划、决策、指挥、协调的行为。策划，是为实现恐怖活动组织的宗旨和目的，在犯罪纲领的指导下，确定犯罪对象，制定犯罪机会，拟定犯罪方案，选择犯罪方法，安排反侦查措施，确立建立保护体系的方案并安排对公职人员的腐蚀，以及安排洗钱等行为。策划是恐怖活动组织犯罪中的决策行为，往往由恐怖活动组织中具有较高智力水平和丰富犯罪经验的人员实施。指挥，是指在恐怖活动组织实施的活动中进行部署、调度和指挥的行为，如确定参与具体犯罪的人员及其分工，下令开始实施具体的犯罪行为，对实施犯罪行为过程中出现的情况及时作出处理决定，组织人员撤离犯罪现场等。指挥行为直接作用于具体犯罪分子的实行行为，向实行犯发出指令，使其实行行为在该指挥行为调度、支配和安排下顺利进行，从而使具体的犯罪行为得逞。

领导行为必须是具有特定身份的人发出的。所谓特定身份是指实施领导行为的行为人必须具备在该组织中的领导人的身份，不具备领导人的身份是不可能发出领导行为的。在实际生活中我们判断行为人是否具备实施领导行为时要坚持形式和实质的统一。当形式和实质出现表面上的背离时，应当以实质统一形式。行为人在恐怖活动组织中要行使领导的权威，对组织的活动进行领导，他的身份一般都会被恐怖活动组织的成员以一定的方式认可，通常会有一定的

仪式宣告和确认,还会有特定的称谓等,这种仪式和称谓就是一个恐怖活动组织领导人身份的形式要件。但具备了形式要件并不必然标志着行为人实施了“领导恐怖活动组织”的行为。他还必须对恐怖活动组织的活动进行策划、决策、指挥、协调等具体行为。也就是说我们判断某人是否实施了领导恐怖活动组织的行为必须看其是否同时具备领导者的身份和具体领导行为。

应当注意的是,组织、领导、参加恐怖活动组织罪中的组织行为、领导行为与《刑法》第26条规定的“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动”中的组织行为、领导行为不是等同的概念。从行为性质的角度来看,前者属于实行行为,完全可以独立构成犯罪,而后者是基于犯罪集团中行为人之间分工状态的非实行行为;从行为功能的角度看,前者属于犯罪成立的行为要件,是认定犯罪行为性质的根据之一,而后者是确定行为人是否为主犯的根据之一,而不是认定其犯罪行为性质和犯罪构成要件的根据。

3. 参加行为

“参加”,是指行为人获得一个组织成员的身份,成为该组织中的一员。据此可以看出行为人实施参加行为之前和之后存在着有组织成员身份和没有组织成员身份的差别。组织成员身份的获得是行为人实施了参加恐怖活动组织罪行为的唯一标识。参加行为不能够出现在恐怖活动组织成立以前的阶段,因为当时恐怖活动组织尚不存在,无所谓参加恐怖活动组织。在获得恐怖活动组织身份问题上,不要求一定要履行一定的仪式、手续等。

对于“积极参加”与“其他参加”的区别标准,有不同看法:有的以参加者参加时的主观态度为区分标准,如果主观上持积极态度,则是“积极参加”;有的以参加者是否参加实施违法犯罪活动为标准,即如果参加后又参与实施违法犯罪活动,则为“积极参加”;有的则以参加者在实施违法犯罪活动中是否起主要作用为标准。我们认为,对于是否“积极参加”和“消极参加”应当视具体实施违法犯罪活动而定,凡已参加者又故意实施该组织的违法犯罪活动的则为“积极参加”。我们不赞成那种单纯以“参加时”行为人的主观心态来判断“积极参加”和“消极参加”,因为无论是积极心态参加还是消极心态参加都意味着行为人已经参加了恐怖活动组织,“积极”和“消极”只是两种不同的量刑情节,必须结合行为人参加恐怖活动组织后的具体表现加以认定。

(三) 如何理解《刑法》第120条第1款、第2款的关系

1997年《刑法》第120条第1款规定:组织、领导和积极参加恐怖活动组织的,处3年以上10年以下有期徒刑;其他参加的,处3年以下有期徒刑、

拘役或者管制。第2款规定：犯前款罪并实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。《刑法修正案（三）》第3条将《刑法》第120条第1款修改为：“组织、领导恐怖活动组织的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑；积极参加的，处三年以上十年以下有期徒刑；其他参加的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”第2款未作修改。如何正确地理解此二款之间的关系显得十分重要。

从犯罪的发展过程来看，组织、领导、积极参加和参加恐怖活动组织的行为是为实施恐怖活动犯罪作准备，处于整个犯罪的预备阶段。而当恐怖活动组织一旦成立，就会实施恐怖活动，诸如以杀人、爆炸、绑架等暴力方式或其他非暴力方式从事恐怖犯罪活动，制造骇人听闻的恐怖事件，营造一种恐怖气氛。我国鉴于恐怖活动的严重社会危害性，为将有关恐怖活动犯罪消灭于萌芽之中，防微杜渐，从而将组织、领导、参加恐怖活动组织的行为规定为独立犯罪。只要行为人实施了组织、领导、积极参加恐怖活动组织或者参加恐怖活动组织的行为，便可成立犯罪。由此可见，《刑法》将组织、领导、参加恐怖活动组织犯罪规定为行为犯。而不是以行为人实行了恐怖行为作为其犯罪的构成要件。换言之，犯罪行为人的恐怖行为是否实施对于成立组织、领导、参加恐怖活动组织罪并没有影响。如果行为人在组织、领导、参加恐怖活动组织后又实施了杀人、爆炸、绑架等犯罪的，即实行数罪并罚。

从刑法理论的角度来分析，组织、领导和参加恐怖活动组织与实施诸如杀人、爆炸、绑架等的恐怖行为之间并不是完全独立互不关联的两种行为，行为人从事前种行为的目的就是要实施恐怖行为。而且行为人在组织、领导和参加了恐怖活动组织之后必然会实施恐怖行为，换言之，行为人实施恐怖行为是实施组织、领导恐怖活动组织行为的必然延伸，从这种意义上而言，两罪之间具有吸收关系，按照吸收犯之处理原则，实行行为吸收预备行为，重行为吸收轻行为，被吸收的行为丧失定罪量刑的意义，而仅以其中的吸收行为定罪量刑。但我国立法者为了严厉打击恐怖活动犯罪行为，而将其分为两罪实行数罪并罚。其合理性根据也的确值得探讨。但在司法实践中，我们必须仍以立法规定为准则，而不可依刑法理论将其两种行为定为吸收犯，从一重处断。

五、劫持航空器罪

劫持航空器罪，是指以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的行为。侵犯的客体是航空运输安全，即旅客、机组人员的人身、财产以及航空器本身的安全。

(一) 如何理解劫持航空器罪的客观方面

我们认为,劫持航空器的客观方面,主要应从行为方式和行为结果两个方面加以考察。具体而言,本罪的行为方式包括如下几种形式:

1. 暴力或以暴力相威胁。主要对驾驶、操作人员实施武力打击或者身体强制,或以实施暴力相威胁,使其不敢反抗或不能反抗,以达到其犯罪目的之行为。就国内外有关实际情况而言,绝大部分的劫机案都是使用暴力或以暴力相威胁。其中最为常见的就是使用武器,如枪支、炸弹等。但是,由于近年来登机检查的严格化和检测仪器监控能力的日益强化,武器弹药可以携带登机的可能性日益减小,所以用假武装等手段的数量正在增多,他们利用驾驶、操作人员的认识错误,而对他们进行精神强制,从而实现劫持飞机等其他航空器的目的。

2. 其他的精神胁迫。犯罪分子劫持航空器多使用暴力或以暴力相威胁,但也不乏其他精神胁迫手段,如以揭露机组人员的严重犯罪事实或者个人隐私相威胁,给予机组人员精神强制从而达到控制航空器之目的。上述论及的使用假枪支、弹药方式的可能性也是属于精神强制胁迫的一种。

3. 其他方法。主要是使用除暴力、胁迫之外的其他方式劫持航空器的行为,如使用麻醉品将驾驶员麻醉、致昏,自己控制、驾驶航空器,或者与驾驶员等机组人员合谋使航空器改变预定航线的行为,也可以是采用“高明”的欺骗方法使机长产生错误认识而“自愿”改变航空器航线,同时使用多种劫机的方式也是存在的。

关于劫持航空器的行为结果。我们认为,法条中使用“劫持”一词足以概括。所谓“劫持”是指以暴力、胁迫或者其他方法实施的控制、夺取、强取、占领,强夺航空器、强迫航空器改变航向之行为、剥夺航空器驾驶员权利的行为都属于“劫持”行为,这些行为在本罪中有时表现为单一形式,有时互相交织并存。但无论其表现形式如何,只要具备其中之一,即可以构成劫持行为。

劫持航空器犯罪是最为严重的危害公共安全的犯罪之一。只要行为人着手实施了劫持航空器的行为,足以危及航空器飞行安全的,即可以构成此罪,而并不要求出现严重的实害结果,属于一种危险犯。从法条规定而言,劫持航空器所造成的后果主要有两种:一是劫持了航空器;二是造成了机组人员或者乘客人员死亡、重伤,或者造成了航空器的严重破坏。两种情况只要具备其中之一,就可以认定危害结果已经发生,如果出现了后一种情况,则属于结果加重犯,判处绝对的最高刑——死刑。

(二) 劫持何种状态下的航空器构成劫持航空器罪

劫持航空器罪的犯罪对象到底是什么，在法学界大致有三种观点。其一认为是正在飞行中的民用航空器。^① 其二是正在使用中的民用航空器。^② 其三认为是正在使用或飞行中的航空器。不仅包括民用航空器，而且还包括供军事、海关、警察使用的航空器。^③ 首先，我们认为劫持航空器罪的行为对象是指“使用中”的航空器，劫持非“使用中”的航空器不会危及航空运输安全，不能构成犯罪。凡是破坏停置在修理厂库房以及已退出航运以供观赏的航空器的行为，按《刑法》规定的其他犯罪予以论处。所谓“使用中”，根据《蒙特利尔公约》第2条第2款规定，是指“航空器从地面人员或者机组人员为某一次飞行而进行航空器飞行前准备时起，到任何降落的二十四小时止”，而且“使用期在任何情况下都应当延长到本条（甲）款所指定定义的航空器在飞行中的整个期间”。本条（甲）款规定：“航空器从装载完毕，机舱外部各门均已关闭时起到打开任何一扇机舱门以卸载完毕，均被认为是在飞行之中，航空器在被迫降落时，在主管当局接管该航空器及机上人员与财产责任以前，均应视为仍在飞行中。”我国是上述公约的参加国，对“使用中”含义的解释，应该参照以上规定的具体标准。依此我们可以认为，航空器从地面人员或者机组人员为某一次飞行进行准备时起，到降落后24小时之内属于“使用中”的航空器，航空器被迫降落时，在主管当局接管该航空器及机上人员与财产责任以前，也应被视为“使用中”的航空器。有的观点认为本罪的行为对象应是“飞行中”的航空器。我们认为，“飞行中”之航空器必然是“使用中”的航空器。而“使用中”的航空器却未必是“飞行中”的航空器，因而以“使用中”的航空器作为本罪犯罪对象的界定标准，应该说更加符合立法本意。所以我们认为此罪所侵犯的对象必然是“使用中”的航空器。

但是，对于本犯罪的侵犯对象是民用航空器抑或包括其他非民用航空器也有不同观点。主张航空器不仅包括民用航空器，还包括供军事、海关、警察使用的航空器的学者认为，虽然根据有关国际条约，劫持航空器犯罪仅限于民用航空器，但不能完全根据国际刑法来解释国内刑法，国内刑法也没有对航空器作出任何限定，劫持了供军事、海关、警察等使用的航空器的犯罪行为也可能

① 参见王如海：《试论劫持航空器罪》，载《现代法学》1995年第5期。

② 参见宣炳昭等主编：《特别刑法罪刑论》，中国政法大学出版社1993年版，第127页。

③ 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2003年版，第552～553页。

发生,应依法惩治。但是,当外国人劫持外国的航空器进入我国领域后,我国在行使刑事管辖权时,必须遵守国际条约的有关规定。^①我们认为以上观点有值得商榷之处。劫持航空器作为一种公认的国际恐怖犯罪活动,对国际航空安全构成严重威胁,在国际社会引起了高度重视,为此,有关国家于1963年、1970年、1971年先后签订了《东京公约》、《海牙公约》、《蒙特利尔公约》。我国于1978年11月、1980年8月先后加入了此3个公约。此3个公约都声明公约不适用于供军事、海关、警察使用的航空器。这主要是由于公约不想因涉及政治因素而难以为国际社会所认可,我国是此3个公约的缔结国,理应遵守国际条约的规定,协调国内刑法与国际刑法之间的关系。我国参加公约其目的也在于惩治这种严重威胁“民用航空安全的信任”的犯罪行为,应该说这里所指的航空器皆应是民用航空器。在司法实践中,一般劫持的也只是民用航空器,而不可能是军用或警用航空器。当然我们也不能武断地排除劫持军用、警用航空器的可能性。而且如果发生了此种事件,影响更大、情节更重、性质更恶劣,如何处理呢?能否按劫持航空器罪予以论处呢?对于此种行为,如果危害国家安全的,可以按照相关条款进行处理。

(三) 劫持航空器罪的罪数问题

1. 行为人出于劫持航空器的目的,对正在飞行中的航空器上的人员使用暴力,危及飞行安全的情况。对这种情况,学理界有两种意见:一种意见认为属想象竞合,应从一重罪论处。即既触犯了暴力危及飞行安全罪的罪名,又触犯了劫持航空器罪的罪名,应从一重罪即劫持航空器罪论处。^②另一种意见认为应数罪并罚。如有学者论述到:“特别是劫机犯罪行为,如果对飞机上的人员,包括乘客和工作人员使用暴力,则构成另一种犯罪。除按劫机罪追究刑事责任外,还应定本罪(注:这里指暴力危及飞行安全的罪)。”^③

我们赞同第一种意见,即按想象竞合处理,以劫持航空器罪论处。这是因为这种情况符合想象竞合犯的特征:第一,行为人只实施一个行为,即暴力行为;第二,行为人的行为触犯了两个不同罪名,即劫持航空器罪和暴力危及飞行安全罪。

2. 行为人在正在飞行的航空器上,以故意剥夺他人生命、损害他人健康

^① 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2003年版,第553页。

^② 参见鲍遂献:《危害公共安全罪》,中国人民公安大学出版社1999年版,第206页。

^③ 周其华:《新刑法各罪适用研究》,中国法制出版社1997年版,第71页。

为目的或以非法占有公私财物为目的，对航空器上的人员实施重伤、杀害、抢劫、绑架等暴力行为而危及飞行安全的情况。对上述情况的处理有两种截然不同的观点。一种观点认为，如果此类以暴力方法实施的犯罪行为，同时危及飞行安全的，则应该直接以暴力危及飞行安全罪论处，因为《刑法》第123条已明确规定，对飞行中的航空器上的人员使用暴力，危及飞行安全，造成严重后果的，处5年以上有期徒刑。这里的“严重后果”包括致人重伤、死亡或使公私财产遭受重大损失等情况。另一种观点认为，如果这类暴力犯罪行为同时危及飞行安全，则应数罪并罚，因为《刑法》第123条暴力危及飞行安全罪的最高法定刑是15年有期徒刑，很显然，按暴力危及飞行安全罪处罚难以做到罪责刑相适应。^①

我们认为，该种情况属于想象竞合，应该从一重处罚，即按故意杀人罪、故意伤害罪、抢劫罪或绑架罪论处。理由有：第一，这种情况符合想象竞合犯的特征：实施一个行为而触犯数个不同罪名。第二，前已所述，暴力危及飞行安全罪之“暴力”不包括杀害、重伤害，故暴力危及飞行安全罪的危害结果，即《刑法》第123条的“严重后果”不包括暴力所直接产生的致人死亡、重伤的情况，而是指航空器坠毁，人员重大伤亡的情况。所以上述情况不能为暴力危及飞行安全罪所全部包容，也就不能单定暴力危及飞行安全罪。第三，由于上述情况中，行为人仅实施一个行为，即暴力行为，是不能进行数罪并罚的，对想象竞合犯，只能从一重罪处断，如此，也就可做到罪刑相适应了。

六、关于枪支、弹药、爆炸物犯罪的几个问题

（一）关于枪支、爆炸物的范围

根据1996年《枪支管理法》的规定，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，足以致人伤亡或丧失知觉的各种枪支。一般来说，包括各种军用枪支和射击运动用的各种枪支、狩猎用的有膛线枪、散弹枪、火药枪、麻醉动物用的注射枪以及能发射金属弹丸的气枪、钢珠枪、催泪枪、电击枪等。总之，对枪支的界定不能限定在形式上，只要是利用管状器具发射物质，足以致人伤亡或丧失知觉的器具，都属于枪支的范畴。

关于爆炸物，法律没有作出明确规定。爆炸是指物质从一种状态迅速转变

^① 参见鲍遂献：《危害公共安全罪》，中国人民公安大学出版社1999年版，第209页。

为另一种状态，并在瞬间以机械功的形式放出巨大能量，或是气体、蒸汽在瞬间发生剧烈膨胀等现象。所谓爆炸物，是指具有爆破性，一旦爆炸即对人身、财产能造成较大杀伤力或破坏力的物品，包括军用的地雷、手雷、炸弹、爆破筒等军用爆炸物以及民用各类炸药，如硝基化合物类炸药、硝基胺类炸药、高能混合炸药等，如火雷管、瞬发电雷管等；继爆管；导火索；导爆索；非电导破装置，如非电导破管，各种非电雷管等；起爆药，如雷管、雷银等；岩石、混凝土爆破剂；黑色火药、烟火剂；等等。爆炸物有军用和民用之分。根据2006年《民用爆炸物品安全管理条例》第2条规定，所谓民用爆炸物品，是指用于非军事目的、列入民用爆炸物品品名表的各类火药、炸药及其制品和雷管、导火索等点火、起爆器材。值得注意的是在本条例实施之前，《民用爆炸物品管理条例》还曾规定爆炸物还包括民用信号弹和烟花爆竹。但在实践中，关于烟花爆竹是否属于本罪的对象却一直存在争论。

例如：2003年6月，被告人吴某与叶某共同出资经营烟花爆竹生意，由叶某在没有办理任何合法证件的情况下，租下佛山市南海区大沥仙溪村奔富仓库。6月至10月间，叶某从湖南浏阳、广西合浦等地购进各类烟花爆竹共15970箱（共价值448830元），由被告人吴某对储存在仓库内的烟花爆竹进行管理。同年10月29日该仓库被公安机关查获，缴获的烟花爆竹经鉴定，烟火药总含量为90387.89克。检察机关认为，被告人所储存的烟花爆竹中的烟火药含量为90387.89克，而最高人民法院《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》（以下简称《爆炸物解释》）第1条规定，非法储存烟火药3000克以上的，构成非法储存爆炸物罪，故指控被告人构成非法储存爆炸物罪。

对此，法院认为：（1）《爆炸物解释》提及的爆炸物是炸药、发射药、黑火药、烟火药、雷管、导火索、导爆索，并未提及烟花爆竹，由此可见，烟花爆竹并非《刑法》所称之“爆炸物”，被告人所储存的并非“非法储存爆炸物罪”指向的“爆炸物”。（2）《爆炸物解释》中明确，《刑法》第125条第1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、爆炸物而为其存放的行为。本案中，被告人所储存的烟花爆竹是其与叶某共同出资购进的，不存在是他人买卖、运输、邮寄的情形，只属于是他人制造的，但现有证据不能证实涉案的烟花爆竹是生产厂家非法制造，故不能认定被告人的行为为“非法储存”。综上，被告人吴某的行为不符合“非法储存爆炸物罪”的构成要件。

法院认为被告人的行为属非法经营。理由是：（1）被告人的供述及证人谢某的证言证实，被告人与叶某共同出资经营烟花爆竹生意，所储存的烟花爆

竹就是二人为出售而购进的，被告人的行为属经营性质；（2）《民用爆炸物品管理条例》第37条第2款规定，“销售烟花爆竹的供应点，由商业部门和公安机关协商定点，由县、市公安局发给《爆炸物品销售许可证》，方准销售”，国务院颁布的《无照经营查处取缔办法》第2条规定：“任何单位和个人不得违反法律、法规的规定，从事无照经营。”根据上述规定，被告人应当取得而未依法取得许可证或者其他批准文件和营业执照，擅自从事经营活动，属无照经营的非法经营行为。最后，法院判决：被告人吴某犯非法经营罪，判处有期徒刑2年，缓刑3年，罚金1万元。

对于本案，由于司法解释没有提到烟花爆竹，检察院和法院都没有把烟花爆竹作为非法制造、买卖、运输、邮寄、储存爆炸物的对象。但《爆炸物解释》所涉及的关于何谓“爆炸物”的规定，并非针对爆炸物的抽象规定，更非关于爆炸物的封闭性、一揽子规定，而是列举性规定，即它仅是针对爆炸物这一事项的、未予穷尽全部事项的部分罗列式规定。从根本上说，对爆炸物的认定，还要从其是否能危及公共安全上来界定。虽然检察院以烟花爆竹里面所含有的烟火药是司法解释所包含的，而以非法储存烟火药提起公诉。但问题在于，非法储存烟火药和非法储存含有烟火药的烟花爆竹，虽然烟火药的数量一样，但其性能是否一样，尤其在刑法意义上是否一样呢？如果可以这样理解，那么以爆炸物作为原料之一的物品都可以看作是爆炸物了。所以，关键在于抓住问题的核心。枪支、弹药、爆炸物之所以被严格禁止，主要是由于其容易危及公共安全。烟花爆竹是民间喜庆所用传统的利用爆炸力进行娱乐的物品，属娱乐性物品。从现实生活来看，虽然每年涉及烟花爆竹的事故不少，存在着非法制造、买卖、运输、储存这类物品的行为，但是由于这些物品本身性能所限，这类行为的社会危害性不大，不足以危害公共安全，也很少有利用烟花爆竹来危害社会，危害公共安全的。之所以没有人这样做，是因为这类物质没有这种性能，达不到目的。国务院在2006年分别颁行的《民用爆炸物安全管理条例》与《烟花爆竹安全管理条例》，实质上也是肯定了烟花爆竹与爆炸物品的区别，而不属于典型的爆炸物品。因此，法院对吴某的行为按照非法经营罪处理是正确的。

（二）制造爆炸物的原材料能否认定为爆炸物

例如：2004年2月9日，犯罪嫌疑人甲在A县找来车老板陈某并告知用其车去B县拉制作土火炮的原料，双方谈好运费事项。2月11日，甲叫其儿子乙去拉火炮原料，并帮忙装卸，随后二人搭乘陈某驾驶的车辆从A县前往B县。途中，甲用电话与郑某联系购买氯酸钾、铝粉、雄黄、引线等物品。当晚

7 时许, 3 人来到郑某住处, 甲与郑某商量好价格后, 郑某把自己的货物送到 B 县城三岔路口处, 将其车上物品转移至陈某的四轮车上后, 并再次告诉陈某拉的是制造火炮的氯酸钾、引线等原料, 准备运回其老家销售和自己制造火炮之用。在从 B 县返回 A 县途中, 被公安民警当场查获氯酸钾 2000 公斤, 铝粉 60 公斤, 雄黄 200 公斤, 引线 290400 米。

对于这个案件的认定有两种不同意见。第一种意见认为: 犯罪嫌疑人甲、乙和陈某的行为不构成犯罪。理由是: 我国《刑法》规定的爆炸物是指: 具有爆破性并对人体能造成杀伤的物品, 如手榴弹、手雷、地雷、爆破筒、炸药以及雷管、导火索、导爆索等, 这些都是成品。氯酸钾、铝粉、雄黄未经加工, 是一种原材料, 不是成品。对于行为人非法买卖、运输爆炸物的原材料, 是否构成犯罪, 《刑法》和有关司法解释均没有明确规定。《刑法》第 3 条明文规定: “法律明文规定为犯罪行为的, 依照法律定罪处刑; 法律没有明文规定为犯罪行为的, 不得定罪处刑。” 故甲、乙和陈某的行为不构成犯罪。第二种意见认为: 3 名犯罪嫌疑人未经国家许可, 非法买卖、运输氯酸钾、铝粉、雄黄、引线的行为构成了犯罪。其理由是: 2002 年国务院办公厅《关于进一步加强民用爆炸物品安全管理的通知》规定: 硝酸铵、氯酸钾列入《民用爆炸物品品名表》, 其销售、购买和使用纳入民用爆炸物品管理。……硝酸铵、氯酸钾的生产、经营企业出售硝酸铵、氯酸钾, 必须收验《爆炸物品购买证》或者经过鉴证的购销合同, 严格按照购买证或者经过鉴证的购销合同上载明的品种、数量销售。对无证或者无合同销售、购买硝酸铵、氯酸钾的, 或者将硝酸铵、氯酸钾销售给个人的, 由公安机关依照《民用爆炸物品管理条例》的有关规定处理, 构成犯罪的, 按照《刑法》第 125 条的规定, 依法追究刑事责任; 尚未构成犯罪的, 有违反治安管理行为的, 依法给予治安管理处罚。

从《关于进一步加强民用爆炸物品安全管理的通知》的规定来看, 氯酸钾是被视为爆炸物的, 并明确规定非法买卖氯酸钾的, 可以按照非法买卖爆炸物罪定罪。之所以如此, 是因为氯酸钾被烟花爆竹生产者违规添入烟火剂生产烟花爆竹, 经常引发重大爆炸事故。为了从源头上防止烟花爆竹爆炸事故的发生, 必须对氯酸钾严控严管。

实际上, 氯酸钾是一种强氧化剂, 与碳、硫、磷及有机化合物撞击时, 易发生燃烧或爆炸。氯酸钾是一种用途广泛的化工原料, 广泛应用于制造火柴、雷管、炸药、烟花、鞭炮及冶金、医药、化学等行业。主要用于制造火柴头药中的氧化剂, 烟花爆竹和火药, 印染氧化、印刷油墨、造纸漂白、医药杀菌防腐、农用除草剂、信号火箭、爆炸药等, 也是制造高氯酸钾的原料。氯酸钾是制造爆炸药(物品)的一种原料, 其自身并不能引发爆炸。能不能把制造爆

炸物的原料看作爆炸物，关键还是要看它是否具有爆炸物的性能，即引发爆炸，导致人员伤亡、财物损坏。如果一律把制造爆炸物的原材料都当作爆炸物处理，那么，就会无限地扩大范围。比如原材料的原材料，如此推及下去，打击面太大。对一些物质严格管理是应该的，但不能都上升到动用《刑法》的地步。本来《刑法》对有关枪支、弹药、爆炸物犯罪的规定，就是从源头上来遏制一些犯罪的发生，并且把这类犯罪放在“危害公共安全罪”一章，而且还规定了比较重的法定刑。实际上，非法制造、运输、买卖、储存枪支、弹药、爆炸物这些行为本身并不会对社会造成多大的危害，其危害在于利用这些物质实施其他犯罪。《刑法》之所以把这些行为规定为犯罪，无非是从源头上遏制利用枪支、弹药、爆炸物实施犯罪的情形。因此，界定枪支、弹药、爆炸物范围必须从严掌握，不能无限扩大。对一些犯罪行为的遏制，也不能过于追根溯源，无限地将上游行为上升为犯罪。这样，反倒会遏制一些正常的社会活动，不利于社会的发展。

（三）非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪与非罪的界限

非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪与非罪的界限应从以下几个方面界定：

1. 从合法性上区分。非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪成立的前提条件是“非法”，合法携带则不构成犯罪。枪支、弹药、管制刀具等危险物品一旦散失民间，尤其被犯罪分子利用，就会危及人民群众的生命、财产安全，所以国家对这类物品的制造、携带、运输及买卖都作了严格的规定。违反这些规定携带上述物品，就是非法携带。“非法”，就是指行为人所实施的行为为法律不允许，既包括行为人知“法”而犯，也包括行为人不知法而犯。“非法”既指实体违法，也指程序违法，无论哪一种形式的违法都属“非法”范畴。如《枪支管理法》对枪支佩带人员的条件及申请佩带程序都作出了具体规定。如果行为人虽符合携带枪支条件，但没有申请批准就携带，就属于“非法”携带；同样，不具备携带或者配备枪支条件而通过不正当途径获得持枪证，这种情况下携带也属于“非法”。

2. 从情节是否严重上区分。根据《刑法》第130条的规定，情节严重的才构成非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪，情节不严重的不构成犯罪。“情节严重”是一般非法携带枪支等危险物品行为和非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全犯罪行为的分水岭，也即是罪与非罪的根本界限。关于“情节严重”的标准，可参考2001年最高人民法

院《爆炸物解释》的规定。

3. 从犯罪对象上区分。非法携带不属于枪支、弹药、管制刀具、爆炸物、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品范畴的其他物品进入公共场所或者公共交通工具的，不构成本罪。立法之所以限制上述物品，是因为上述物品由于其本身性能特点易危及公共安全。界定上述物品就应该把握这类物品的共同特性——易危及公共安全。“枪支”，按《枪支管理法》，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。“弹药”，是指枪支使用的子弹、手榴弹和其他军用弹药，如火炮、战车、舰艇、飞机上配备使用的弹药。“管制刀具”，根据1983年3月12日经国务院批准、公安部颁布的《对部分刀具实行管制的暂行规定》第2条规定，包括：匕首、三棱刀（包括机械加工用的三棱刮刀）、带有自锁装置的弹簧刀（跳刀），以及其他相类似的单刃、双刃、三棱尖刀等。“爆炸性物品”，是指具有爆发力和破坏性能，瞬间可造成人员伤亡、物品毁损的物品。“易燃物品”，是指容易自燃和燃烧的物品，如汽油、煤油、酒精、液化气、煤气、氢气、胶片、黄磷、油漆等。“毒害性物品”，是指对人体和生物具有毒害的物品，如氧化乐果、敌敌畏、敌杀死、氰化钾、敌敌涕等。“腐蚀性物品”，是指对于人体和生物能起腐蚀作用的物品，如硫酸、盐酸、硝酸等。

4. 从是否在公共场所或公共交通工具上区分。非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品没有进入公共场所和公共交通工具的，不构成本罪。一般情况，非法携带上述物品只有进入公共场所或公共交通工具才可能危及公共安全，所以，立法作出如此规定。尽管非法携带了上述物品，但没有进入公共场所和公共交通工具，就构不成非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪。但是如果非法携带的是枪支、弹药，情节严重的，可构成非法持有枪支、弹药罪。“公共场所”是指以下场所：公共活动的中心场所，如中心广场、会堂；体育场所，如溜冰场、运动场、体育馆；文化娱乐场所，如电影院、剧院、歌舞厅、录像厅等；风景游乐场所，如名胜古迹、公园等；商业服务场所，如市场、商店、公共浴池等；交通场所，如车站、码头、机场等。“公共交通工具”，是指供社会公众乘坐、运输的各种民用交通工具，例如火车、汽车、电车、轮船、航空器等。另外，个人专用、军用的各种交通工具，不属于公共交通工具的范围。

5. 从罪过上区分。缺乏非法携带之故意，不构成非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪，即过失不构成该罪。在司法实践中，由于缺乏故意而不构成非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全

罪的，有两种情况：（1）过失。这种情况是指行为人没有认识到自己的行为会使公共安全处于危险状态，或虽然认识到但认为自己可以避免。例如，甲某帮人捎带东西回家，没有问清何种东西，也没有检查便带进车上，最后被检查出是枪支。甲某的行为不构成犯罪。（2）无罪过，也即完全受蒙骗的情况。例如，甲某把枪支拆散后和其他机械零件混装在一起，让乙某帮其带回，乙某打开看后也没发现什么破绽，便把它带上车，后被乘警抓获。乙某在完全受蒙骗的情况下帮他人携带枪支进入公共交通工具的行为就不构成犯罪。

（四）枪支、弹药、爆炸物犯罪的罪数问题

1. 行为人盗窃、抢夺或者抢劫了枪支、弹药、爆炸物后又进行了非法运输、买卖、邮寄或者非法持有、私藏的，由于非法运输、买卖、邮寄或者非法持有、私藏枪支的行为与盗窃、抢夺、抢劫行为之间属于结果行为与原因行为的牵连关系，应视为牵连犯，从一重罪处断，不数罪并罚。

2. 行为人为了实施其他犯罪而非法制造、买卖、运输、邮寄或抢劫、抢夺、盗窃枪支、弹药的，因为彼此行为之间具有方法手段行为与目的行为的牵连关系，应视为牵连犯，从一重罪处断，而不数罪并罚。如果说行为人在实施非法制造、运输、买卖、邮寄或盗窃、抢夺、抢劫或非法持有、私藏枪支、弹药的行为以后，又实施了其他犯罪，行为人在实施前行为时并不是为了实施后行为的犯罪，二者之间也不存在牵连等特殊关系，在此情况下，行为人实施了不同的各自独立的犯罪行为，而且行为之间不存在影响前罪成立的特殊关系，按照犯罪行为齐备了犯罪构成要件的犯罪成立标准，行为人的行为构成数罪，实行并罚。

3. 行为人非法运输枪支弹药与非法携带枪支、弹药危及公共安全的关系。非法运输枪支、弹药必然会涉及交通工具，如果行为人为了非法运输枪支、弹药而非法携带枪支弹药进入公共交通工具时，根据《刑法》第130条的规定，危及公共安全，情节严重，则又构成了非法携带枪支、弹药危及公共安全罪。对于此种情况，行为人为了一个犯罪目的，实施一个犯罪行为，而同时触犯了数个罪名，属于刑法理论中的想象竞合犯，从一重罪处断，而不数罪并罚。根据上述两罪的法定刑比较，应定为非法运输枪支、弹药罪。这对于犯罪行为人而言，更可以体现出罪责刑相适应原则。

4. 如果行为人出于一个犯罪目的，针对同一犯罪对象，先后实施了某种同一犯罪过程中的数种犯罪行为，不宜数罪并罚。例如，行为人实施了非法制造枪支、弹药以后，又进行了运输、买卖、邮寄到外地的行为，行为人虽然实行了数个独立的犯罪行为，也可以彼此独立成罪，但是《刑法》第125条将

这些行为作为一个选择性罪名加以规定，没必要数罪并罚。只要求根据行为人实施了哪些犯罪行为而将其概括到选择性的罪名之中就行了。但是，如果行为人的犯罪行为不是针对同一犯罪对象，而且也不是在同一犯罪过程中实施数个犯罪行为则另当别论。例如，行为人在非法制造了枪支弹药以后，又替他人运输、买卖、邮寄、储存他人私自非法制造的枪支弹药，此情况下，行为人的行为之间不仅没有特别的关系，而且也不能构成选择性罪名中的同种数罪，应该成立各自的罪名，然后再实行并罚。

【依据链接】

【立法】

★中华人民共和国刑法修正案（三）（2001年12月29日）

一、将《刑法》第一百一十四条修改为：“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。”

二、将《刑法》第一百一十五条第一款修改为：“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”

三、将《刑法》第一百二十条第一款修改为：“组织、领导恐怖活动组织的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑；积极参加的，处三年以上十年以下有期徒刑；其他参加的，处三年以上有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”

四、《刑法》第一百二十条后增加一条，作为第一百二十条之一：“资助恐怖活动组织或者实施恐怖活动的个人的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。”

“单位犯前款罪的，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，依照前款的规定处罚。”

五、将《刑法》第一百二十五条第二款修改为：“非法制造、买卖、运输、储存毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的，依照前款的规定处罚。”

六、将《刑法》第一百二十七条修改为：“盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物的，或者盗窃、抢夺毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的，处三年以上十年以下有期徒刑；情节严重的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”

“抢劫枪支、弹药、爆炸物的，或者抢劫毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的，或者盗窃、抢夺国家机关、军警人员、民兵的枪支、弹药、爆炸物的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”

【司法解释】

★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（2001年5月16日）

第一条 个人或者单位非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物，具有下列情形之一的，依照《刑法》第一百二十五条第一款的规定，以非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪定罪处罚：

- （一）非法制造、买卖、运输、邮寄、储存军用枪支一支以上的；
 - （二）非法制造、买卖、运输、邮寄、储存以火药为动力发射枪弹的非军用枪支一支以上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）非法制造、买卖、运输、邮寄、储存军用子弹十发以上、气枪铅弹五百发以上或者其他非军用子弹一百发以上的；
 - （四）非法制造、买卖、运输、邮寄、储存手榴弹一枚以上的；
 - （五）非法制造、买卖、运输、邮寄、储存爆炸装置的；
 - （六）非法制造、买卖、运输、邮寄、储存炸药、发射药、黑火药一千克以上或者烟火药三千克以上、雷管三十枚以上或者导火索、导爆索三十米以上的；
 - （七）具有生产爆炸物品资格的单位不按照规定的品种制造，或者具有销售、使用爆炸物品资格的单位超过限额买卖炸药、发射药、黑火药十千克以上或者烟火药三十千克以上、雷管三百枚以上或者导火索、导爆索三百米以上的；
 - （八）多次非法制造、买卖、运输、邮寄、储存弹药、爆炸物的；
 - （九）虽未达到上述最低数量标准，但具有造成严重后果等其他恶劣情节的。
- 介绍买卖枪支、弹药、爆炸物的，以买卖枪支、弹药、爆炸物罪的共犯论处。

第二条 非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物，具有下列情形之一的，属于《刑法》第一百二十五条第一款规定的“情节严重”：

- （一）非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的数量达到本解释第一条第（一）、（二）、（三）、（六）、（七）项规定的最低数量标准五倍以上的；
- （二）非法制造、买卖、运输、邮寄、储存手榴弹三枚以上的；
- （三）非法制造、买卖、运输、邮寄、储存爆炸装置，危害严重的；
- （四）达到本解释第一条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。

第三条 依法被指定或者确定的枪支制造、销售企业，实行《刑法》第一百二十六条规定的行为，具有下列情形之一的，以违规制造、销售枪支罪定罪处罚：

- （一）违规制造枪支五支以上的；
 - （二）违规销售枪支二支以上的；
 - （三）虽未达到上述最低数量标准，但具有造成严重后果等其他恶劣情节的。
- 具有下列情形之一的，属于《刑法》第一百二十六条规定的“情节严重”：
- （一）违规制造枪支二十支以上的；

(二) 违规销售枪支十支以上的；

(三) 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。

具有下列情形之一的，属于《刑法》第一百二十六条规定的“情节特别严重”：

(一) 违规制造枪支五十支以上的；

(二) 违规销售枪支三十支以上的；

(三) 达到本条第二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。

第四条 盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物，具有下列情形之一的，依照《刑法》第一百二十七条第一款的规定，以盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪定罪处罚：

(一) 盗窃、抢夺以火药为动力的发射枪弹非军用枪支一支以上或者以压缩气体等为动力的其他非军用枪支二支以上的；

(二) 盗窃、抢夺军用子弹十发以上、气枪铅弹五百发以上或者其他非军用子弹一百发以上的；

(三) 盗窃、抢夺爆炸装置的；

(四) 盗窃、抢夺炸药、发射药、黑火药一千克以上或者烟火药三千克以上、雷管三十枚以上或者导火索、导爆索三十米以上的；

(五) 虽未达到上述最低数量标准，但具有造成严重后果等其他恶劣情节的。

具有下列情形之一的，属于《刑法》第一百二十七条第一款规定的“情节严重”：

(一) 盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物的数量达到本条第一款规定的最低数量标准五倍以上的；

(二) 盗窃、抢夺军用枪支的；

(三) 盗窃、抢夺手榴弹的；

(四) 盗窃、抢夺爆炸装置，危害严重的；

(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。

第六条 非法携带枪支、弹药、爆炸物进入公共场所或者公共交通工具，危及公共安全，具有下列情形之一的，属于《刑法》第一百三十条规定的“情节严重”：

(一) 携带枪支或者手榴弹的；

(二) 携带爆炸装置的；

(三) 携带炸药、发射药、黑火药五百克以上或者烟火药一千克以上、雷管二十枚以上或者导火索、导爆索二十米以上的；

(四) 携带的弹药、爆炸物在公共场所或者公共交通工具上发生爆炸或者燃烧，尚未造成严重后果的；

(五) 具有其他严重情节的。

行为人非法携带本条第一款第(三)项规定的爆炸物进入公共场所或者公共交通工具，虽未达到上述数量标准，但拒不交出的，依照《刑法》第一百三十条的规定定罪处罚；携带的数量达到最低数量标准，能够主动、全部交出的，可不以犯罪论处。

第七条 非法制造、买卖、运输、邮寄、储存、盗窃、抢夺、持有、私藏、携带成套枪支散件的，以相应数量的枪支计；非成套枪支散件以每三十件为一成套枪支散件计。

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、爆炸物而为其存放的行为。

《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。

第九条 实施非法制造、买卖、运输、邮寄、储存、盗窃、抢夺、持有、私藏其他弹药、爆炸物品等行为，参照本解释有关条文规定的定罪量刑标准处罚。

★最高人民法院、最高人民检察院关于收缴非法枪支弹药爆炸物品严厉打击涉枪涉爆违法犯罪活动的通告（2012年3月19日）

为保护人民群众生命财产安全，全力维护社会治安稳定，全面动员社会各界和广大人民群众积极参与缉枪治爆专项行动，彻底收缴流散社会的各类非法枪支、弹药、爆炸物品，依法严厉打击违反枪支、弹药、爆炸物品管理的违法犯罪活动，根据《刑法》、《枪支管理法》和《民用爆炸物品安全管理条例》等有关规定，特通告如下：

一、严禁非法制造、买卖、运输、储存军用枪、猎枪、射击运动枪、麻醉注射枪、气枪、彩弹枪、火药枪等各类枪支、弹药以及炸药、雷管、导火索、导爆索、震源弹、黑火药、烟火药、手榴弹、地雷等各类爆炸物品。

二、严禁非法持有、私藏枪支、弹药；严禁非法使用、私藏爆炸物品；严禁邮寄枪支、弹药、爆炸物品或者在托运、寄递的货物、行李、包裹、邮件中夹带枪支、弹药、爆炸物

品；严禁非法携带枪支、弹药、爆炸物品进入公共场所或者公共交通工具；严禁走私枪支、弹药；严禁盗窃、抢劫、抢夺枪支、弹药、爆炸物品。

三、凡违反上述规定的，必须立即投案自首并将非法枪支、弹药、爆炸物品上交当地公安机关。

四、凡在本通告公布之日起至2012年5月31日前投案自首或者主动交出上述非法物品的，可依法从轻、减轻或者免除处罚；逾期拒不投案自首、拒不交出非法物品的，依法收缴并从严惩处。

五、违法犯罪人员有检举、揭发他人涉枪涉爆违法犯罪行为，经查证属实的，以及提供重要线索，从而得以侦破涉枪涉爆案件等立功表现的，可以依法从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以依法减轻或者免除处罚。

六、凡枪支、弹药、爆炸物品被盗、被抢或者丢失的，应当及时报告当地公安机关。不及时报告的，依法处罚有关责任单位和人员；公民发现遗弃的枪支、弹药、爆炸物品或者可疑爆炸物品的，应当立即报告当地公安机关。

七、鼓励、保护广大人民群众积极举报涉枪支、弹药、爆炸物品违法犯罪活动，提供违法犯罪活动线索，动员、规劝在逃涉枪涉爆案件犯罪人员投案自首。凡举报有功的，按有关规定给予重奖；窝藏、包庇涉枪涉爆违法犯罪分子，帮助违法犯罪分子毁灭、伪造证据的，依法追究法律责任。对威胁、报复举报人、控告人的，依法从严惩处。

本通告自发布之日起实施。

第二节 危害公共安全的过失犯罪

一、丢失枪支不报罪

(一) 丢失枪支不报罪客观方面的认定

《刑法》第129条规定：“依法配备公务用枪的人员，丢失枪支不及时报告，造成严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”我们仅从法条表述的本身来分析，此罪的客观方面有三个必备要素，即（1）丢失枪支；（2）不及时报告；（3）造成严重后果。三个要素中缺少其中任何一个要素都无法构成此罪的客观方面，进而无法成立丢失枪支不报罪。

1. 如何理解“丢失”

商务印书馆编的《现代汉语词典》将“丢失”解释为“遗失”。而“遗失”一词，该词典将其解释为“由于疏忽而失掉（东西）”。照此理解，丢失只能是由于心理的疏忽造成的，如此一来，被抢劫显然不包括在“丢失”之列。被抢夺、被骗、被盗，则往往是出于疏忽而造成的，因此似可归入“丢失”之列，但在《枪支管理法》中，“丢失”与“被盗”、“被抢”是并列的，

如该法第25条第3款规定,“枪支被盗、被抢或者丢失的,立即报告公安机关”。第44条规定,枪支被盗、被抢或者丢失,不及时报告的,由公安机关对个人或者单位负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员处警告或者15日以下拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。在这里,“丢失”与“被盗”、“被抢”是相互独立、互不包含的。那么,枪支被盗、被抢不及时报告,造成严重后果的,究竟能不能构成丢失枪支不报罪呢?我们认为,答案应该是肯定的。首先,枪支被盗、被抢及被骗,与一般的枪支丢失在结果上都是枪支脱离了合法控制,流入社会,造成的危害结果都是难以想象的。事实上,盗枪、抢枪、骗枪造成的后果往往大于丢枪后出现的拾枪行为,因为前者是有意而为之的,获取枪支人本身的人身危险性极大,他们是有目的地来获取枪支进行犯罪的,而拾枪的人只是出于偶然,他们并非现实的危害社会的人。所以,枪支被盗、被抢以及被骗的危害性绝不亚于一般的枪支丢失行为。其次,从失枪人(指枪支丢失、被盗、被抢、被骗的依法配备公务用枪的人)的可谴责性来看,枪支被盗、被抢、被骗的,也往往是由于疏忽大意造成的,因此同样具有承担责任的主观基础。综上,我们认为,丢失枪支不报罪中的“丢失”一词,应作扩大解释,凡是枪支被盗、被抢、被骗的,都属于丢失枪支,不及时报告,造成严重后果的,都构成丢失枪支不报罪。这并不违背罪刑法定原则,它只不过是將蕴含的刑事立法原意揭示出来。

2. 如何理解“不及时报告”

“不及时报告”,是指行为人丢失枪支以后,违反《枪支管理法》的规定,不立即报告。根据《枪支管理法》的规定,行为人丢失枪支有立即报告的义务,但行为人没有履行这种义务,因而是一种不作为行为。不及时报告的情形有两种:一种是丢失枪支后根本不报告;另一种是虽然报告了,但为时太迟。那么究竟应如何判断是及时还是不及时呢?对此应具体情况具体分析。当然,如果丢枪人明知枪支丢失了,但因害怕处分等原因,在很长时间内不报告,显然是不及时报告;如果丢枪人并不知道枪支已丢失,过了很长时间后才发现枪支丢失,这时马上报告,对这种情况,不能认为是“不及时报告”。

3. 如何理解报告的对象

《刑法》条文中并未明确报告对象,这就存在一个问题,即丢枪人在枪支丢失后立即向所在单位报告了,但所在单位并没有及时向公安机关报告,丢枪人自己也未向公安机关报告,后来造成了严重后果,这种情况能不能构成丢失枪支不报罪呢?我们认为,答案是肯定的。《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;县级以上地方各级人民政府公安机关主管本行政区域内的枪支管理工作;上级人民政府公安机关监督下级人民政府