

# 二十年来恐怖犯罪 刑事立法价值之评价与反思

刘艳红\*

**摘要** 面对全球异常严峻的恐怖犯罪,国际社会与各主权国家均采取了有力措施予以打击,并在战争反恐的模式之外开启了法治反恐的模式。二十年来中国恐怖犯罪刑事立法与《中华人民共和国反恐怖主义法》的相关规定,正是全球法治反恐背景下中国法治反恐的充分体现。回顾二十年来恐怖犯罪治理的刑事立法价值倾向,安全价值日益凸显。然而,严密编织的恐怖犯罪刑事法网,以及不恰当的安全防范措施,将会带来一定的人权风险。为了避免我国重蹈其他各国反恐过程中“以牺牲人权的代价获得安全”的覆辙,宜将以自由为前提的安全观植入全球反恐法治模式与我国恐怖犯罪刑事立法之中,以确保恐怖犯罪的治理遵守人权保障的法治底线,并推进我国总体国家安全观的合理构建。

**关键词** 恐怖犯罪 刑事立法 安全 自由 人权

和平固然美好,却是人类最难获得的奖赏。〔1〕当今世界,恐怖主义蔓延,反恐形势严峻。自“9·11”后,美国等西方国家开启了对恐怖犯罪的“战争反恐”模式。然而,战争反恐造成的人道主义危机及其有限成效,使得“联合国及其安理会已经从美国的反恐战争所造成的人权危机中认识到了通过法治途径治理恐怖主义的必要性和重要性”,〔2〕全球反恐在“战争反恐”之外开始谋求“法治反恐”。在此大背景下,我国政府也从立法上加强了对恐怖主义犯罪的打击

\* 东南大学法学院教授。本文系教育部人文社会科学研究规划基金项目“刑法出罪机制问题研究”(项目编号:15YJA820015)阶段性成果。

〔1〕 (美)帕特·法雷、马克·斯派塞:《狙击的历史:从朝鲜战争至反恐战争》,张卫东译,中国市场出版社2015年版,第2页。

〔2〕 倪春乐:《恐怖主义犯罪特别诉讼程序》,群众出版社2013年版,第5-6页。

与治理。从1997年《刑法》颁行至今二十年间,刑法修正案不断针对恐怖犯罪进行立法;尤其是,2015年8月29日《中华人民共和国刑法修正案(九)》(以下简称《刑法修正案(九)》)更是集中增设了一批有关恐怖犯罪的新罪名,修改了原有恐怖犯罪的相关规定,编织起了体系严密的恐怖犯罪刑事法网。2015年12月21日《中华人民共和国反恐怖主义法》(以下简称《反恐怖主义法》)则全面系统地规定了我国反恐怖工作的体制、机制、手段和措施等,为我国依法打击暴恐活动提供了坚实的法律保障。纵观现行《刑法》实施二十年来恐怖犯罪的立法演进,呈现出罪名从单一到多元、处罚范围从实体行为到预备行为、处罚力度从轻到重等趋势。然而,世界格局的变化可能使人们习以为常的法治期待落空,也可能使人们熟悉的犯罪治理模式失灵。当今世界频发的恐怖犯罪与其说是刑事犯罪,莫如说是亨廷顿所说的文化和宗教的差异而导致的世界文明之间的竞争和冲突。姑且不论对待人类社会的文明冲突期待用法治方法予以化解是否可行,单就刑事反恐而论,“当国家的安全受到威胁时,公民自由是否处于重大危险中”〔3〕便成为一个极其现实的问题。在此大背景下,分析我国恐怖犯罪刑事立法在安全与自由之间的价值立场及利弊得失,探讨恐怖犯罪的治理如何在保护社会安全与保障公民自由之间实现平衡,是当下所面临的重大理论与实践课题。

## 一、恐怖犯罪刑事制裁体系:以二十年刑事立法为对象之考察

恐怖犯罪罪名分为专有罪名与相关罪名;前者是指只能或主要由恐怖犯罪行为构成的罪名。这样的罪名,往往在名称中冠有“恐怖”二字,它们外延清楚,不会引发“某罪名是否为恐怖犯罪”的争议;当然也有少数罪名虽然在名称中没有“恐怖”二字,但确属于公认的恐怖犯罪,比如劫持航空器罪、投放危险物质罪等。还有一些罪名,是恐怖犯罪分子所常用的犯罪手段,比如故意杀人、劫持航空器、爆炸等,但它们更主要的性质还是普通刑事犯罪,因而它们只能是恐怖犯罪的相关罪名。〔4〕本文以下内容主要针对恐怖犯罪的专有罪名而展开,少数地方也会涉及恐怖犯罪的相关罪名。

纵观1997年《刑法》至今为止二十年间,恐怖犯罪罪名逐渐增多,处罚力度加大,并已形成相对完备的恐怖犯罪刑事制裁体系。

我国刑法对恐怖犯罪的刑事立法,肇始于1997年现行《刑法》,其中第120条规定的组织、领导、参加恐怖组织罪,是我国刑事立法中首次规定的恐怖犯罪罪名。但是,历经九部刑法修正案后,《刑法》中的恐怖犯罪立法有了很大的变化。这九部刑法修正案中,主要是三部涉及到

〔3〕(美)桑斯坦:《恐惧的规则:超越预防原则》,张延祥、王爱民译,北京大学出版社2011年版,第203页。

〔4〕参见李小波主编:《应急反恐法规适用全书》,法律出版社2014年版,第7-9页。

恐怖犯罪的立法规定,即2001年12月29日颁布了《中华人民共和国刑法修正案(三)》(以下简称《刑法修正案(三)》),2011年2月25日《中华人民共和国刑法修正案(八)》(以下简称《刑法修正案(八)》),以及《刑法修正案(九)》。其他几部刑法修正案并不涉及恐怖犯罪,故此不述。

2001年“9·11”事件发生后,在全球高压反恐态势下,我国于当年颁布了《刑法修正案(三)》,第一次从刑事立法层面全方位展开了对恐怖犯罪罪名体系的构建。首先,新增了三个恐怖犯罪专有罪名:第120条之一自然人或者单位“资助恐怖活动组织或者实施恐怖活动的个人的”资助恐怖活动罪;第129条之一“投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质”的投放虚假危险物质罪;“编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息,或者明知是编造的恐怖信息而故意传播,严重扰乱市场秩序”的编造、故意传播虚假恐怖信息罪。其次,通过修改罪状扩大处罚范围或修改法定刑加大处罚力度,将恐怖犯罪的五个相关罪名作了修改,如将《刑法》第114条投毒罪扩大罪状修改为投放危险物质罪,将《刑法》第125条第2款非法买卖、运输核材料罪修改为非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪;将《刑法》第127条第1款盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪修改为盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪,将第127条第2款抢劫枪支、弹药、爆炸物罪修改为抢劫枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪;将第191条洗钱罪的对象增加了“恐怖活动犯罪违法所得及其产生的收益”。此外,针对恐怖犯罪专有罪名,《刑法修正案(三)》修改了组织、领导、参加恐怖组织罪,根据组织、领导和积极参加者分别规定了不同的法定刑,并将法定刑由10年以下有期徒刑提升至无期徒刑。至此,我国恐怖犯罪刑事制裁体系初步建立。

2011年《刑法修正案(八)》则新增了恐怖犯罪活动构成累犯的规定,即恐怖活动犯罪分子在刑罚执行完毕或者赦免以后,任何时候再犯该罪的,都构成累犯,从而加大了对恐怖犯罪的处罚力度。不过,我国刑事立法真正第二次全方位展开恐怖犯罪罪名体系构建的是《刑法修正案(九)》。首先,《刑法修正案(九)》增加了5个新的恐怖犯罪专有罪名,准备实施恐怖活动罪、宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪、利用极端主义破坏法律实施罪、强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪、非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪。其次,《刑法修正案(九)》修改了原有恐怖犯罪罪名的罪状并提高了法定刑。将《刑法》第120条之一资助恐怖活动罪的罪状增加了“资助恐怖活动培训”,并将罪名修改为帮助恐怖活动罪;将《刑法》第311条拒绝提供间谍犯罪证据罪修改为拒绝提供间谍犯罪、恐怖主义犯罪、极端主义犯罪证据罪;将《刑法》第283条非法生产、销售间谍专用器材罪修改为非法生产、销售专用间谍器材、窃听、窃照专用器材罪,增设了《刑法》第120条组织、领导、参加恐怖组织罪的财产刑。

二十年来,从1997年《刑法》对第一个恐怖犯罪罪名即组织、领导、参加恐怖组织罪的规定,经过《刑法修正案(三)》《刑法修正案(八)》与《刑法修正案(九)》的修改,刑法恐怖犯罪的专

有罪名从1个增加到9个,至于恐怖犯罪的相关罪名范围也随着整个刑法罪名的增多而增多。刑法对恐怖犯罪的处罚范围不断扩大、处罚力度不断加强。对于以宪法为“立命之本”的政治国家而言,紧急状态是验证与衡量一国法治发展状态的试金石;〔5〕对于以处罚刑事犯罪的一国刑法而言,恐怖犯罪则是检验其刑事法治发展状态的试金石。如何评价我国刑事立法尤其是《刑法修正案(九)》所建立的恐怖犯罪罪名体系,事关我国恐怖犯罪法治治理状态的深层次问题。

## 二、安全价值:二十年来恐怖犯罪刑事立法的价值倾向

“价值蕴涵代表了一定社会公众的积极追求。立法无法回避价值问题,价值是立法之所以具有意义的终极根源。”〔6〕现代社会刑法的立法价值有两种,安全与自由。安全刑法追求“安全价值,并为此对传统刑法进行改造,在立法上扩大犯罪范围,设置抽象的危险犯”;“自由刑法则仍然坚持法治国的刑法理念,把人权保障放在第一位,坚守刑法的限制机能。”〔7〕发端于风险社会的风险刑法理论主张安全是现代社会刑法所应追求的主导价值,以之为理念构建的刑法体系为安全刑法;恪守古典法学自由法治观与人权保障的理论则主张,自由是以往也是现代社会刑法所应继续追寻的主导价值,以之为出发点构建的刑法体系为自由刑法。由于现代社会风险高发,因此风险刑法理论具有较大市场;而传统刑法理论所主张的自由刑法由于其更能反映刑法的特性和需求,因此,其生命力也未见削弱;这也导致安全刑法与自由刑法二者之间的理念此消彼长,冲突明显。“9·11”事件对世界各国安全及自由秩序直接造成了冲击。“一方面是恐怖主义犯罪本身造成的对无辜民众的伤害、对各国社会秩序的破坏以及对国际安全局势的影响;另一方面是各国对恐怖袭击所采取的回应,特别是美国主导的‘反恐战争’严重影响了国际范围内的人权保障和维护。”〔8〕反观我国恐怖犯罪刑事立法,其罪名设置与处刑规定,有效地保护了公民免受恐怖犯罪的袭击,并将恐怖犯罪的治理纳入了更为合理的刑事法治轨道。然而,这绝不意味着以安全为价值导向的各国恐怖犯罪立法没有值得反思之处,更不意味着我国恐怖犯罪立法应该一味迎合当今世界各国面对恐怖主义犯罪所采取的“拓展刑法的

〔5〕 参见刘涛:“美国紧急状态下的刑事司法:历史、述评与启示”,《环球法律评论》2014年第3期,第117页。

〔6〕 何跃军:《风险社会立法机制研究》,中国社会科学出版社2013年版,第125页。

〔7〕 (德)埃里克·希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社2015年版,陈兴良序,第4页。

〔8〕 倪春乐,见前注〔2〕,第8页。

适用范围”“减少传统的正当程序与保护手段”〔9〕的大趋势。为此,从立法层面对我国恐怖犯罪立法在安全与自由价值之间的选择及可能存在的问题进行检省,也许有助于最大限度地实现恐怖犯罪治理中国家与社会的安全保护与公民个人自由保障之间的平衡。分析我国恐怖犯罪的刑事立法,可以说一直以来体现的是安全至上的价值取向。

### (一)相关法律文件明确规定“安全”为恐怖犯罪的立法价值理念

纵观国际社会反恐犯罪各项公约及国内立法的价值取向,均是以国家及社会的安全利益至上。恐怖犯罪均体现为以残暴的暴力手段侵犯正常社会与民众生活,因此,在安全与自由之间,各国对恐怖犯罪的立法均倾向于安全,“安全是第一位的和基础性的,没有安全就谈不上自由”,所以反恐犯罪国际立法基本上都是通过“扩大警察等强力机关的侦查权”的权力并使公民“牺牲自己的一些自由权利”来“保障安全”,〔10〕我国也概莫能外。

我国《反恐怖主义法》体现的是安全至上的价值理念。《反恐怖主义法》一共有十章 97 个条文。其中第一章总则集中体现了该部立法的价值理念,其主要条文是第 1、5、6 条。该法第 1 条规定,“为了防范和惩治恐怖活动,加强反恐怖主义工作,维护国家安全、公共安全和人民生命财产安全,根据宪法,制定本法”。第 6 条规定,“反恐怖主义工作应当依法进行,尊重和保障人权,维护公民和组织的合法权益。在反恐怖主义工作中,应当尊重公民的宗教信仰自由和民族风俗习惯,禁止任何基于地域、民族、宗教等理由的歧视性做法”。这表明,我国《反恐怖主义法》的立法目的是维护安全。该法虽然也明确要求反恐斗争绝不能忽视公民自由,以确保公民合法权益不受侵犯,但是,第 1 条所确立的维护国家与社会安全的立法目的,奠定了其安全至上的立法价值理念;第 6 条所强调的,也许恰恰是为了弥补第 1 条过于强调安全价值的不足,以及提醒恐怖犯罪治理中所应遵守的法治底线。《反恐怖主义法》第 5 条规定,“反恐怖主义工作坚持专门工作与群众路线相结合,防范为主、惩防结合和先发制敌、保持主动的原则”。该条的规定同样明确体现了安全至上的价值理念,通过先发制敌主动出击,将可能是恐怖犯罪的犯罪分子绳之以法,从而实现对恐怖犯罪的有效预防和打击。而这种情况,则意味着对没有造成任何法益侵害的行为就提前进行法律制裁乃至刑事制裁,意味着刑法中抽象危险犯可能进一步增多,而这正是安全刑法的做法,即为了实现安全价值,防范恐怖犯罪的巨大风险,对于任何有碍于人类安全的行为视为是不法的。总之,我国反恐法虽然也强调尊重与保障公民人权,但是,国家与社会的安全价值,才是这部法律所追求的首要与终极价值。

我国刑事立法对恐怖犯罪的规定体现的也是安全至上的价值理念。其一,《刑法修正案

〔9〕 (德)德里希·齐白:《全球风险社会与信息社会中的刑法》,周遵友、江溯等译,中国法制出版社 2012 年版,第 162 页。

〔10〕 胡联合:《全球反恐论》,中国大百科全书出版社 2011 年版,第 11 页。

(三)》的制定,正是为了配合国际社会自“9·11”后严厉打击恐怖犯罪的现实需求而制定,对此,全国人大常委会在《刑法修正案(三)》草案说明中明确指出,该草案的制定目的,正是“为了严厉打击恐怖活动犯罪,更好地维护国家安全和社会秩序,保障人民生命、财产安全”;同时,“考虑到联合国安理会于今年9月29日通过了第1373号决议,规定各国应将提供恐怖活动提供或筹集资金的行为规定为犯罪”,<sup>[11]</sup>所以草案对于提供资金、财物等方式资助恐怖活动组织的犯罪行为也规定为了犯罪。总之,满足联合国自“9·11”后建立的反恐委员会致力于加强各国预防境内外和各区域恐怖主义行为的要求,有效打击国际国内的恐怖犯罪行为,确保国家与社会的安全,是《刑法修正案(三)》的立法目的;安全,自然成为此部刑法修正案恐怖犯罪立法所追求的价值理念。其二,《刑法修正案(八)》修改《刑法》第66条特殊累犯的处罚范围,将恐怖犯罪与黑社会性质犯罪增加为特殊累犯之列,则是因为自《刑法修正案(三)》实施以后,恐怖犯罪案件数量上升,有些恐怖犯罪分子刑满释放后再次实施恐怖犯罪,严重危害了国家与社会安全,但是按照以往刑法规定,只能是前后两罪都是国家安全犯罪的才能构成特殊累犯,这一规定被认为不利于从严打击恐怖犯罪。为了“扩大特殊累犯的范围,加大对恐怖活动犯罪、黑社会性质组织犯罪的惩处力度”,<sup>[12]</sup>故而修改了《刑法》第66条。显然,安全价值,同样也是《刑法修正案(八)》恐怖犯罪立法所追求的理念。其三,《刑法修正案(九)》对恐怖犯罪的立法理念也是安全。“1997年全面修订刑法以来,全国人大常委会根据惩罚犯罪、保护人民和维护正常社会秩序的需要,先后通过一个决定和八个刑法修正案”,而这次“修改刑法的必要性”之一就是“一些地方近年来多次发生严重暴力恐怖案件,网络犯罪也呈现新的特点,有必要从总体国家安全观出发,统筹考虑刑法与本次常委会会议审议的反恐怖主义法、反间谍法等维护国家安全方面法律草案的衔接配套,修改、补充刑法的有关规定”。<sup>[13]</sup>显然,《刑法修正案(九)》是以惩罚犯罪保护人民为目的,以维护国家与社会安全为其任务,并由此确保了其与《刑法》第1、2条刑法目的与任务的一致性,也体现了打击恐怖犯罪维护国家与社会安全利益的决心。

我国最高司法机关规范性文件涉及恐怖犯罪的规定也体现的是安全至上的价值理念。2015年9月16日最高人民法院《关于充分发挥审判职能作用切实维护公共安全的若干意见》指出,“充分认识维护公共安全的重大意义。公共安全是人民安居乐业、社会安定有序、国家长治久安的重要保障”。在严惩暴力恐怖犯罪活动方面,该规定指出,

“暴力恐怖犯罪严重危害广大人民群众的生命财产安全,严重危害社会和谐稳定。对

[11] 胡康生:“关于《中华人民共和国刑法修正案(三)(草案)》的说明”,2001年12月24日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议。

[12] 李适时:“关于《中华人民共和国刑法修正案(八)(草案)》的说明”,2010年8月23日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议。

[13] 同上注。

暴力恐怖犯罪活动,要坚持严打方针不动摇,对首要分子、骨干成员、罪行重大者,该判处重刑乃至死刑的应当依法判处;要立足打早打小打苗头,对已经构成犯罪的一律依法追究刑事责任,对因被及时发现、采取预防措施而没有造成实际损害的暴恐分子,只要符合犯罪构成条件的,该依法重判的也要依法重判”。2016年最高人民检察院工作报告表明,“深入开展严打暴恐活动、打黑除恶等专项工作,依法惩治影响人民群众安全感的严重刑事犯罪”。<sup>[14]</sup>

2017年最高人民检察院工作报告指出,“坚决贯彻总体国家安全观,紧紧抓住影响国家和社会稳定的突出问题”,“坚决维护国家安全。深入开展反分裂、反渗透、反颠覆、反邪教斗争”。2017年最高人民法院工作报告指出,“认真贯彻总体国家安全观,依法惩罚犯罪、保障人权”,“全力维护国家安全和社会稳定。”显然,无论是最高人民法院还是最高人民检察院,在贯彻恐怖犯罪治理过程中,都是与国家安全观完全保持一致的,其所遵循的也是安全至上的理念。

总之,无论是我国反恐基本法即《反恐怖主义法》,或是有效针对恐怖犯罪进行专门立法的几部刑法修正案,或是我国最高司法机关颁布的有关规范性文件,都表明我国恐怖犯罪的相关立法都是以安全为首选价值的。

## (二)恐怖犯罪刑事立法同样明确体现了安全至上的价值理念

当前我国刑事立法中恐怖犯罪的专有罪名,都是为了贯彻打早打小的恐怖犯罪刑事政策,这就意味着,恐怖犯罪的罪名适用在很多时候并不是显性的恐怖犯罪分子,而可能只是“潜在的恐怖犯罪分子”,亦即可能是也可能不是恐怖犯罪分子(而只是普通民众),或者说是还没有被认定为恐怖犯罪分子的一般人。“人们设立刑罚分配以便有效地对未来犯罪形成威慑。如果目标是威慑其他的潜在犯罪人,是指‘一般威慑’,如果目标是威慑已抓获的犯罪人,则是指‘特殊威慑’”;“在极端的情况下,一般威慑会使惩罚无辜者正当化”,<sup>[15]</sup>因此,一般威慑主要体现的是刑法安全价值。我国《刑法》尤其是《刑法修正案(九)》规定的恐怖犯罪罪名,体现的就是刑法的安全价值。

首先,追求安全价值的刑法倾向于使用不确定法律概念,追求自由价值的刑法则特别注重罪刑法定的明确性。就恐怖犯罪而论,最不确定的法律概念是“恐怖主义”。据不完全统计,国际学界对恐怖主义的定义有几百条之多。然而,恐怖犯罪的特殊性决定了普适性的恐怖主义以及相关的恐怖犯罪、恐怖活动、恐怖分子等的精确定义难以产生,而这恰恰极大影响了恐怖犯罪的准确认定与打击,我国恐怖犯罪立法也存在这个问题。

[14] 徐盈雁:“曹建明作最高人民检察院工作报告”,《检察日报》2016年3月14日,第4版。

[15] (美)罗宾逊:《刑法的分配原则》,沙丽金译,中国人民公安大学出版社2009年版,第8、14页。

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》(以下简称《反恐决定》)第2条解释了什么是恐怖活动:“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。”《反恐怖主义法》第3条则规定,

本法所称恐怖主义,是指通过暴力、破坏、恐吓等手段,制造社会恐慌、危害公共安全、侵犯人身财产,或者胁迫国家机关、国际组织,以实现其政治、意识形态等目的的主张和行为。本法所称恐怖活动,是指恐怖主义性质的下列行为:①组织、策划、准备实施、实施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活动的;②宣扬恐怖主义,煽动实施恐怖活动,或者非法持有宣扬恐怖主义的物品,强制他人在公共场所穿戴宣扬恐怖主义的服饰、标志的;③组织、领导、参加恐怖活动组织的;④为恐怖活动组织、恐怖活动人员、实施恐怖活动或者恐怖活动培训提供信息、资金、物资、劳务、技术、场所等支持、协助、便利的;⑤其他恐怖活动。本法所称恐怖活动组织,是指三人以上为实施恐怖活动而组成的犯罪组织。本法所称恐怖活动人员,是指实施恐怖活动的人和恐怖活动组织的成员。本法所称恐怖事件,是指正在发生或者已经发生的造成或者可能造成重大社会危害的恐怖活动。

在此,《反恐决定》和《反恐怖主义法》对何为“恐怖主义”的界定就有分歧:前者强调恐怖活动的暴力性,后者强调恐怖活动的政治性;而这种分歧,只是国际学界对恐怖主义上百种定义之不同点的小小投射而已。同时,虽然《反恐怖主义法》对恐怖活动的定义尽量与刑法恐怖犯罪罪名之间衔接努力,但是,该法规定的“其他恐怖活动”这一兜底条款暴露了恐怖活动定义的模糊性。尤其是,《反恐怖主义法》虽然首次尝试对恐怖主义加以定义,但该定义实际上是《反恐决定》中对于“恐怖活动”的定义,这种重复定义的做法表明,恐怖主义也好,恐怖活动也罢,对它们进行精确的定义非常困难;也因此,才会出现将“恐怖活动”的定义移嫁到“恐怖主义”身上的情况。至于《反恐怖主义法》对于“恐怖活动组织”“恐怖活动人员”以及“恐怖事件”等概念的解释,则均是在用“恐怖”解释“恐怖”的循环定义中进行的。

恐怖主义或恐怖活动或恐怖组织或恐怖人员或恐怖事件,无不是以“恐怖”二字为核心的恐怖犯罪基础性概念;基础性概念不清晰,无疑会带来“解释上的争议”及“给司法资源造成负担,并最终引起法的不安定性”,而这正是“背离了古典自由主义的、旨在保护个人权利的刑法模式”之后新的安全刑法模式的特点,<sup>[16]</sup>这无疑会直接影响到刑法相关恐怖犯罪罪名的准确适用;而这正是安全刑法的特性之所在,因为模糊性规定更易解释与适用,更有利于打击恐怖

[16] 希尔根多夫,见前注[7],第25—26页。

犯罪有效保护国家与社会安全。罪刑法定原则的派生原则之一即为明确性原则,不明确的法律使公民难以预测自己的行为,不确定的概念将因歧义众多而难免出入人罪,这是对罪刑法定原则自由的违反。“如果不能给恐怖主义下一个行之有效的定义,我们将置我们赖以生存的自由社会之运转所必需的宪法的确定性于危险的境地。”<sup>[17]</sup>同时,这些不确定的法律概念,无疑会给恐怖犯罪的治理实践带来难题。

其次,追求安全价值的刑法倾向于刑法的犯罪化、扩张化和犯罪的前置化。<sup>[18]</sup>

以《刑法修正案(九)》为例,其对恐怖犯罪的立法,正是以新的恐怖犯罪行为入罪化以及既有恐怖犯罪行为处罚范围扩大化与重刑化为内容的。由于对恐怖犯罪的事后打击难以弥补其造成的巨大损失,为此,国际社会普遍认为,反恐犯罪的重点在于“如何有效地做到事前预防”。<sup>[19]</sup>这也成为中国恐怖犯罪立法所重点考虑的问题。①《刑法修正案(九)》新增的5个恐怖犯罪专有罪名正是对这种立法需求的回应。一是将恐怖犯罪的预备行为规定为犯罪,从而新增了准备实施恐怖活动罪;二是将制作、散发宣扬恐怖主义、极端主义的图书、音频视频资料或者其他物品,或者通过讲授、发布信息等方式宣扬恐怖主义、极端主义的,或者煽动实施恐怖活动的行为,规定为宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪;三是将利用极端主义煽动、胁迫群众破坏国家法律确立的婚姻、司法、教育、社会管理等制度实施的,规定为利用极端主义破坏法律实施罪;四是将以暴力、胁迫等方式强制他人在公共场所穿着、佩戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志的行为,规定为强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪;五是将明知是宣扬恐怖主义、极端主义的图书、音频视频资料或者其他物品而非法持有,情节严重的行为,规定为非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪。恐怖犯罪的核心行为是暴力袭击,如恐怖主义暗杀、恐怖爆炸袭击等。通过对这些恐怖行为的犯罪化,从而实现了国际社会对恐怖犯罪重在事前预防的立法需求。②《刑法修正案(九)》新增的恐怖犯罪的相关罪名中,有4个罪名也是对这种立法需求的回应。拒不履行信息网络安全管理义务罪、非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪、组织、资助非法聚集罪四个罪名中,前三个属于信息网络安全犯罪,但它们也是恐怖犯罪的相关罪名,而且相关度极高。对于恐怖犯罪治理而言,如何采取有效措施收集恐怖活动的信息,如何加强世界范围内情报部门的合作以共筑反恐信息安全网,以及如何加强对网络犯罪的打击以实现反恐犯罪信息的共享等,<sup>[20]</sup>是恐怖犯罪事前预防中非

[17] (西)坎西欧·梅利亚、(德)安内克·佩彻:《犯罪意义上的恐怖主义概念》,王永茜译,载李昊、明辉主编:《北航法律评论》(总第5辑)2014年第1辑,法律出版社2015年版,第293页。

[18] 参见希尔根多夫,见前注[7],第26—32页。

[19] (美)Robert J. Fischer、Edward Halibozek、Gion Green等:《安全导论》(第八版),任骥、赵兴涛等译,电子工业出版社2012年版,第397页。

[20] 参见同上注,第398页。

常重要的环节。因此,这三个罪名通过增加网络服务提供者、网络使用者的履行安全管理或合法利用信息网络等义务,将网络犯罪帮助行为设立为独立的罪名,以便营造一个更为安全的网络环境,提高准确打击网络犯罪的几率。至于组织、资助非法聚集罪,此罪名虽无“恐怖”二字,但实际上它甚至可能纳入到恐怖犯罪专有罪名之列,至少也是恐怖犯罪的相关罪名。聚集是一个中性词,乃集合聚会之意;非法聚集,则使得聚集行为的性质发生了变化。然而,何为非法聚集,根据1989年10月31日《中华人民共和国集会游行示威法》找不到适用依据,《刑法修正案(九)》对此亦没有规定。从该罪法益分析,只要是扰乱社会秩序的行为,似乎就可入罪。这样一来,该罪名无疑为恐怖犯罪治理提供了便捷的入罪入刑通道,为恐怖犯罪罪名的适用也提供了极大的解释空间;它意味着,一旦发现有形似可疑可能危及社会秩序的集聚行为,对于多次组织和资助者就可定罪。很显然,立法者通过该罪名以实现对这类行为的及时打击,意图实现建立一个无恐有序的社会环境。因此,该罪名正是为了有效实现恐怖犯罪的事前预防而设立的。<sup>〔21〕</sup>有些罪名虽非新罪,但《刑法修正案(九)》通过修改原有罪名的罪状,从而扩大了恐怖犯罪的处罚范围,同样体现了对预防恐怖犯罪立法需求的回应。比如《刑法修正案(九)》第24条非法生产、销售专用间谍器材、窃听、窃照专用器材罪、第38条拒绝提供间谍犯罪、恐怖主义犯罪、极端主义犯罪证据罪,两罪均扩充了犯罪对象,扩大了处罚范围。总之,为维护公共安全,严惩恐怖犯罪,《刑法修正案(九)》将一些行为犯罪化,从而扩大了恐怖犯罪的处罚范围。

《刑法修正案(九)》恐怖犯罪立法,在通过入罪化与扩大化的同时,还不断扩展到法益受到真正侵害之前的阶段进行提前干预,<sup>〔21〕</sup>此即犯罪的前置化。准备实施恐怖活动罪,在正式的恐怖活动开始之前的准备行为,被作为犯罪行为予以规定。准备实施恐怖活动属于预备犯罪行为,恐怖犯罪属于重罪,在各国刑法中,重罪的预备犯是可罚的。然而,“准备”行为究竟前移至何时可以认定为犯罪?“在刑事实体法领域,刑事问责移至犯罪行为开展之前的时点”,<sup>〔22〕</sup>宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪、利用极端主义破坏法律实施罪、强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪、非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪,这几个恐怖犯罪专有罪名均体现了同样的罪责前移。成立这些罪名均不要求发生任何实害结果,只要有前置化的具有恐怖主义犯罪危险的行为即可,由此导致的问题是,因为不是具体的恐怖杀人或爆炸等恐怖犯罪行为,而只是以语言或穿着或某种状态为构成犯罪的标志,这些缺乏实体性内容的行为认定将会极大困扰恐怖犯罪治理的司法实践。比如,随意且偶尔提及恐怖主义可否认定为“宣扬”,哪些行为可以认定为“宣扬恐怖主义、极端主义”;出于宗教信仰抵制不同族群之间男女通婚是否为“利用”极端主义破坏法律实施;斜睨他人以示应予穿戴恐怖主义服饰可否认

〔21〕 参见希尔根多夫,见前注〔7〕,第27页。

〔22〕 齐白,见前注〔9〕,第167页。

定为“强制”，哪些服饰标志可以认定为“恐怖主义、极端主义服饰、标志”；哪些物品可以认定为“恐怖主义、极端主义物品”，没有主观上的认识因素仅仅因为客观上手中拿着恐怖主义书籍可否认定为“非法持有”，等等。有的恐怖犯罪罪名，则表明“刑事制裁的边界可以扩展至所谓的‘状态犯’，也就是‘组织成员’这一单一状态就可以构成犯罪”，<sup>[23]</sup>比如组织、领导、参加恐怖组织罪，而这同样是犯罪前置化的表现。

总之，我国刑法对恐怖犯罪行为的犯罪化，以及修改既有恐怖犯罪的罪状，都是为了实现处罚范围的扩大化；而对恐怖犯罪处罚的前置化，同样也是为了实现处罚范围的扩大化。在此，刑法的安全价值被放大，刑法对公民自由与人权的保障功能退居其次。各国反恐实践表明，面对恐怖犯罪的袭击，各国政府为了消减本国人民对于恐怖犯罪的恐惧，增加民众的安全感，无不从立法层面加以快速反应甚至是过度反应；为了达成治理恐怖犯罪的目的，传统的法治原则，如最后手段原则、确定原则和法定原则等被削弱，并且经常成为非理性的惩罚需求的牺牲品，理应具有法的安定品质的刑法日益“灵活化”，<sup>[24]</sup>这种灵活化，正是安全刑法的特性。过于灵活化的刑法将会导致“法律被引入令人遗憾甚至为危险的方向”，<sup>[25]</sup>并直接导致“去刑法化”；刑法处罚范围的进一步扩张，刑法的安全价值被凸显，刑法的目的“明显地转向预防与安全，国家在犯罪发生之前、在针对某个行为人特定犯罪的嫌疑具体化之前就已经开始介入”。<sup>[26]</sup>对于恐怖犯罪治理而言，这也许是有效的；但是对于各国人权保障而言，这也许是一个需要谨慎面对的信号。

### 三、人权风险：恐怖犯罪安全立法价值之隐忧

恐怖犯罪之所以恐怖，乃在于其手段的暴力性、结果的毁灭性以及对象的不特定性，为了保护民众的安全，社会的安宁，使用必要的法律手段对恐怖犯罪予以预防和惩处无疑非常必要的。除恐务尽，也因此是恐怖犯罪法治治理的终极目标。然而，为了确保全社会多数人的安全，是否可以牺牲无辜的少数人？为了确保反恐行为机密不外泄，是否可以赋予国家司法机关不受限制的秘密拘捕、暗杀等活动的特权？等等。这些问题非常重要，因为恐怖犯罪分子往往隐藏在普通民众中间，“那些用来对付或明或暗的恐怖分子以保护人民群众的强力措施，往往也可能对作为保护对象的人民群众的自由和权利造成伤害，这岂不是正中恐怖分子下怀？因

[23] See *Scales v. United States*, 367 U.S. 203, 226—29 (1961). 转引自刘涛，见前注[5]，第125页。

[24] 参见希尔根多夫，见前注[7]，第31页。

[25] 桑斯坦，见前注[3]，序言，第1页。

[26] 齐白，见前注[9]，第167、168页。

此,反恐决策真可谓是一种投鼠忌器的艰难选择”。〔27〕恐怖犯罪治理中的两难选择,意味着在追求恐怖犯罪安全立法价值目标之下,可能会造成一定的人权风险。

从世界反恐情况来看,自“9·11”之后,各国国内立法以及区域性的国际组织反恐公约,均在不断强化反恐力度,“甚至超越安全和自由保障的需要”,从而导致“尊重和保障基本人权都没有得到真正的贯彻和落实,”〔28〕恐怖犯罪治理中的人权风险在增加。一些国家的立法允许对外国公民的长时间拘留,而没有基本的保障。〔29〕比如,新西兰和瑞典新的反恐立法,不允许将恐怖嫌疑人驱逐回到原住国,〔30〕这种不被驱回的风险充满了人权问题上的隐忧;一些新的反恐立法规定在国家层面上可能无法提供国际人权法所要求的法律保障,〔31〕比如,埃及反恐立法不但对恐怖主义采用了极其宽泛和常规的定义,并授予军事法院和国家安全法院在缺少公平审判的情况下可以通过审判被指控为恐怖主义的公民的权力,同时,对在国外被逮捕并遣送回埃及的公民要受到单独监禁。〔32〕联合国言论自由特别报告员则指出,反恐被许多国家当局当作限制互联网和出版物的手段;〔33〕一些国家的司法实践中也存在着非常明显的侵犯人权的例子。2002年3月22日,格鲁吉亚国家安全部门在潘基斯峡谷拘留了两个和难民一起工作的格鲁吉亚裔车臣积极分子,他们被怀疑与基地组织有关,而原因仅仅是,他们是当年仅有的去麦加朝圣的格鲁吉亚公民。〔34〕加拿大消除种族歧视委员会基于《消除所有形式种族歧视国际条约》的第13\14次分析报告指出,加拿大在反恐斗争中存在着日益增加的种族仇恨以及针对穆斯林和阿拉伯的暴力和攻击,〔35〕加拿大反恐措施的适用在一定程度上给少

〔27〕 张国华:“投鼠忌器的艰难选择——伊格纳季耶夫的《两害相权取其轻:恐怖时代的政治伦理》述评”,载周展等编著:《文明冲突、恐怖主义与宗教关系》,东方出版社2009年版,第136—137页。

〔28〕 倪春乐,见前注〔2〕,第227页。

〔29〕 See Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2002/62, 59<sup>th</sup> Session of the Commission on Human Rights, ECOSOC, E/CN.4/2003/85, December 30, 2002, paragraph 25. 14.

〔30〕 See Human Rights Committee, Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant, Concluding observations of the Human Rights Committee: New Zealand, 07/08/2002, U.N.Doc,CCPR/CO/75/NZL, p.1; Sweden, p.12.

〔31〕 See Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Theo van Boven, presented to the General Assembly in accordance with resolution 56/143 of 19 December 2001, General Assembly, A/57/173, July 2, 2002, paragraph 5.

〔32〕 See Human Rights Committee,见前注〔30〕, p.16.

〔33〕 Report of the Special Rapporteur on the right to freedom of opinion and expression, Mr. Ambeyi Ligabo, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 2002/48, 59<sup>th</sup> session of the Commission on Human Rights, ECOSOC, E/CN.4/2003/67, December 30, 2002, paragraph 34.

〔34〕 See Human Rights Watch interviews with attorneys for both the defendants, Tbilisi, April 2002.

〔35〕 See Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding Observations: Canada, 01/11/2002, U.N. Doc. A/57/18, p.338.

数民族和宗教组织、难民和寻求庇护者带来了诸多侵犯人权的不良后果。美国社会为了打早打小而引发的“穆斯林男孩的铅笔盒”案,就是全民反恐形势下“全民皆恐(怖分子)”的最好例证,也是以安全价值为主导的打击恐怖犯罪形势下对公民自由侵犯的最好说明。2015年穿着印有NASA标志T恤的14岁美国男孩艾哈迈德·穆罕默德,带着自制的小发明在工程课上发出刺耳的尖叫,从而被怀疑“恐怖袭击”而被逮捕。警察收走他的书包、为他戴上手铐,并反复逼问“恐怖袭击”的细节。<sup>[36]</sup>穆罕默德被逮捕并不是因其真正实施了何种恐怖行为,而是因为其来自阿拉伯苏丹地区的穆罕默德的名字以及带NASA标志的T恤。过分强调安全价值,会造成“人人皆似恐怖分子”的危险社会气氛。穿什么衣服、起什么名字,自制的小物件是否会不择时机的出现等,竟然成为反恐犯罪的目标。“实践表明,如果法律企图规范那些有道德异议的行为并加以禁止,往往会徒劳无功并遭致民众的嘲讽”。<sup>[37]</sup>的确如此,“万圣节将至,幽默的网友推出了“恐怖套装”,一件T恤、一个装在盒子里的闹钟,‘有了这副行头,你就会被警察逮捕哦!’”。<sup>[38]</sup>可见,恐怖犯罪治理实践中,对于行为本身还未实施且证据又难以认定的恐怖犯罪及其嫌疑人,往往存在着扩大化的倾向,而这正是人权风险之所在。

在我国,恐怖犯罪的治理也存在着一定人权风险。首先,我国《反恐怖主义法》针对恐怖犯罪分子规定的安置帮教措施具有侵犯人权之虞。《反恐怖主义法》第30条针对刑满释放的恐怖犯罪分子而设置,在出狱时要求监狱和看守所对恐怖分子的人身危险性进行“社会危险性评估”,评估具有危险性的,由监狱和看守所向法院提出“安置教育”建议,安置教育由省级人民政府组织实施,每年均需进行评估,如果评估有危险性的,要继续安置教育;评估后认为确有悔改不致再危害社会的才能解除安置教育。该条对“社会危险评估”及“安置教育”的规定,实际上是授权给法院、检察院、政府对公民实施强制措施即关押的权力,这与宪法的有关规定似乎相违背。我国《宪法》第37条明确规定,“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体”。安置教育虽然名之为教育,但其实际是剥夺被关押人的人身自由,其性质等同于强制措施,而且,它还没有期限规定。对于剥夺公民人身自由的强制措施,理应依据《刑事诉讼法》的规定由人民法院判决后方能实施,同时应该有明确的期限规定,而不是根据被安置者的“社会危险性”来决定期限。因此安置教育的性质是令人质疑的,其程序有违《刑事诉讼法》之嫌,内容有违宪之虞,它有些类似于社会防卫论下的不定期刑或者是保安刑。该规定属于典型的以安全为绝对价值取

[36] 参见庞礴、翁倩:“穆斯林男孩的铅笔盒”,《南方人物周刊》2015年第32期,第88页。

[37] (英)罗宾德·辛格爵士:“法律究竟是规范还是价值”,齐珂译,《人民法院报》2014年8月15日,第6版。

[38] 庞礴等,见前注[36]。

向的反恐立法。从长远分析,“以牺牲人权的代价获得安全”,这种做法“是短视的,是自相矛盾的,从长远来看会弄巧成拙”。<sup>[39]</sup>与恐怖犯罪作斗争,无论用什么方法,政府都必须保证反恐措施不会逾越自由人权保障的法律底线,在此基础上,再承担对公民的其他责任。其次,恐怖犯罪存在着被任意解释的风险。前述已及,我国《反恐决定》以及《反恐怖主义法》对恐怖活动、恐怖主义、恐怖分子等恐怖犯罪认定中的基础性概念的规定不清晰,这不仅影响了刑法对恐怖犯罪的精准打击,而且可能导致实践中对恐怖犯罪的任意解释。“在刑法领域,我们首先要给恐怖主义下一个行之有效的定义,缺少具有确定性的犯罪意义上的恐怖主义概念,将混淆罪与非罪的界限、过分扩大恐怖主义犯罪的刑事处罚范围。”<sup>[40]</sup>事实的确如此。我国《刑事诉讼法》规定,危害国家安全犯罪案件、恐怖活动犯罪案件、特别重大贿赂案件的会见,需要侦查机关的允许。由于反恐法对恐怖犯罪的相关基础概念的规定内涵不清外延不明,导致这一规定有可能滋生恐怖犯罪的冤假错案。这绝非猜测,比如,调研报告显示,以上“三类案件”的规定存在着被任意解释的风险,成了部分办案机关的挡箭牌。<sup>[41]</sup>恐怖活动犯罪案件的被告人人权保障由此面临着不可忽视的风险。再次,我国刑法定罪文化也增加了恐怖犯罪治理中的人权隐患。我国刑法文化是除恶务尽,天网恢恢疏而不漏。“长期以来,主导民众和司法官员的刑事司法理念是‘绝不放过一个坏人’。沈德咏以有较完备司法制度的西方国家经验,试图说服民众接受这样的事实:要防范冤假错案,做到不冤枉一个好人,就有可能‘放过’一些坏人。这是无可避免要付出的代价。”在此形势下,恐怖犯罪嫌疑人一旦被捕,认定为无罪的难度非常大。“无罪判决为何难?最根本的还是无罪推定思想。非法证据为何难排除?难点在于举证”。<sup>[42]</sup>既没有无罪推定又没有非法证据排除,而同时还要实现除恶务尽,由此一来,恐怖犯罪嫌疑人的人权保障必然成为问题。最后,我国恐怖犯罪治理的司法实践中也存在着一定程度的侵犯人权现象。比如国际社会一度非常关注的王炳章案件即为适例,<sup>[43]</sup>此案即由于证据问题而受到联合国人权委员会的批评。<sup>[44]</sup>这表明,我国刑事司法要确保恐怖犯罪的定罪量刑无懈可击,定罪证据必须确实充分,否则只能无罪释放。再如,单纯收看暴恐视频而被

[39] In the Name of Counter-Terrorism: Human Rights Abuses Worldwide, Human Rights Watch, 350 Fifth Avenue, 34th Floor New York, NY 10118-3299, p.2.

[40] 梅利亚等,见前注[17],第277页。

[41] 参见刘长:“新刑事诉讼法‘体检’:小心旧病+后遗症”,《南方周末》2013年5月9日,第A8版。

[42] 赵凌、林战:“错案密集平反 最高法的想法和办法”,《南方周末》2013年6月13日,第1版。

[43] 参见广东省深圳市中级人民法院(2003)深中法刑一初字第41号刑事判决书。王炳章自20世纪80年代初即与台湾间谍情报机关建立联系,接受其资助,为其搜集、窃取、提供国家秘密。经公安机关侦查证实,长期以来,王炳章公开发表和在互联网上登载了大量宣扬暴力、恐怖主张的文章,声称要采取暴力手段,进行绑架、爆炸等恐怖活动,并亲自策划、组织、实施了多起暴力恐怖活动。2003年2月,法院以组织、领导恐怖组织和间谍案数罪并罚,判处王炳章执行无期徒刑,剥夺政治权利终身。

[44] In the Name of Counter-Terrorism, supra note 39, p.10.

关押的王某案。王某为个人寻求刺激、缓解压力,多次通过百度搜索并非法登陆境外网站,观看并下载割头、ISIS 打仗场面等涉暴恐音视频,后被抓获。公安机关依据《反恐怖主义法》第 82 条,对王某依法处以行政拘留十五日的处罚。<sup>[45]</sup> 这一处理即存在着人权侵犯之虞。《反恐怖主义法》第 82 条规定,“明知他人有恐怖活动犯罪、极端主义犯罪行为,窝藏、包庇,情节轻微,尚不构成犯罪的,或者在司法机关向其调查有关情况、收集有关证据时,拒绝提供的,由公安机关处十日以上十五日以下拘留,可以并处一万元以下罚款”。本案中,王某既未实施窝藏包庇恐怖和极端主义犯罪人员的行为,也未实施“司法机关向其调查有关情况收集有关证据时拒绝提供”的行为,因为王某已明确向司法机关交代是为了“寻求刺激缓解压力”而收看,同时只是单纯的收看而未扩散传播,这些行为并不符合该法第 82 条行政处罚的规定;公安机关最终对王某处以行政处罚,在一定程度上正是为了保护国家与社会安全而侵犯公民个人自由的不当做法。再如,四川乐山警方查获一起涉恐案件,嫌疑人郭某将其下载的部分暴恐视频上传至其 QQ 空间,在其使用的笔记本电脑中发现带有宣扬恐怖主义、极端主义照片的视频文件 19 个,台式电脑中有恐怖主义、极端主义的 5 张照片、4 个视频文件、7 个音频文件。本案被公安部门以触犯《刑法》第 120 条之六为由移送检察院起诉。<sup>[46]</sup> 问题是,《刑法》第 120 条之六非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪的成立要求情节严重,而如何认定和把握情节严重,刑法条文既无明确规定,也无相关司法解释加以说明。司法机关仅仅根据郭某电脑中的 5 张照片、23 个视频文件和 7 个音频文件,即认为郭某非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品情节严重,并以此罪名移送起诉,无疑令人质疑。在此,罪与非罪的界限并不清晰,“通往恐怖主义犯罪的道路是泥泞的”,<sup>[47]</sup> 反恐过程中如何尊重和保障当事人的人权,这一难题一再凸现。

总之,面对严重的恐怖犯罪,刑事立法似乎倾向于淡化罪刑法定原则的自由保障机能而更加强调国家与社会安全之保护,刑法“日渐成为控制严重扰乱社会、国家秩序行为的工具”以及“为援助”打击恐怖犯罪的各类国际国内“政策提供辅助性支持”<sup>[48]</sup> 的工具。刑事立法以最快速度和最广的覆盖面来符合我们这个时代反恐犯罪的需求,并充分体现了惩罚犯罪保护人民这一安全刑法的价值需要。问题是,以自由为代价的安全价值其正当性欠妥;刑事法治对国家与社会安全的保护,如果脱离了公民自由的前提,则这种安全也是没有意义的。严密编织的恐怖犯罪刑事立法,以及不恰当的安全防范措施,只会导致人权保障危机。

[45] 参见记者郑帅:“小伙‘翻墙’看暴恐视频被拘留”,载《齐鲁晚报》2016 年 4 月 26 日,第 C02 版。

[46] 参见记者安源:“四川公布 9 大反恐典型案例 网络传播暴恐事件占七例”,法制网 [http://www.legal-daily.com.cn/index/content/2016-12/19/content\\_6923986.htm?node=20908](http://www.legal-daily.com.cn/index/content/2016-12/19/content_6923986.htm?node=20908),最后访问日期:2017 年 9 月 7 日。

[47] 梅利亚等,见前注[17],第 293 页。

[48] 希尔根多夫,见前注[7],第 248 页。

#### 四、“以自由为前提的安全价值观”:恐怖犯罪立法价值之重构

恐怖犯罪的治理,意味着必须赋予国家机器以一定的权力,来预防恐怖犯罪的发生和惩治恐怖犯罪分子。问题是,赋予多大的权力才能遏制恐怖犯罪?是否为了打击恐怖犯罪可以授予国家机器以无限的权力?比如为了确保反恐行为机密不外泄,是否可以赋予国家司法机关不受限制的秘密拘捕、暗杀等活动的特权?“国家行使这一权力又得到了谁的允许?”“人本来就能对人进行裁判吗?”<sup>[49]</sup>为了确保全社会多数人的安全,是否可以牺牲无辜的少数人?笔者认为,在治理恐怖犯罪的过程中,各国政府如果不改变法治国家建设的目标,那么,如何保证反恐活动不破坏民主和自由从而在法治的轨道上运行,如何将恐怖犯罪治理过程中可能出现的侵犯“法治的核心价值”即“人类尊严与自由”<sup>[50]</sup>的风险降到最低,则是必须要予以谨慎对待并从法理上深入思考的问题。

根据恐怖犯罪的特点及属性,在恐怖犯罪治理中,应该防止各国反恐立法将反恐权力扩大化,防止国家权力对公民自由与人权的不当侵犯;在使用法治手段反恐时,宜主张以人权作为安全价值观的道德基础。如果为了安全而丧失自由,这样的安全没有任何法治上的价值。为此,恐怖犯罪刑事立法应确立“以自由为前提的安全价值观”,放弃安全至上或者说以安全为主导的立法价值理念,以确保恐怖犯罪治理的正当性和法治化。

坚持法治原则并促进和保护所有人的人权是反恐战略的核心内容。“要充分认识这一点,即采取有效的反恐措施与推动人权保障之间并非是冲突的目标,二者之间是互补的、相互强化的。”<sup>[51]</sup>因此,从遵守国际人权法的基本要求出发,在反恐过程中贯彻基本权利保障原则应该成为各国的基本义务”。反恐无疑要付出一定的人权代价,安全利益需要以限制甚至牺牲一定的基本权利为条件,但这种代价必须有一个限度,这个限度就是,必须树立“以自由为前提的安全价值观”,并将之植入全球法治反恐与我国恐怖犯罪刑事立法之中;它要求对安全价值的追求不能绝对,而要在尊重和保障公民基本人权与自由的前提下追求国家与社会的安全。因为,真正的安全在于最终形成一个人权充分实现、被尊重和受到保护的环境。而当基本的自由被践踏,民主空间关闭、异化和抱怨转变成政治动机暴力事件,这一真正安全的目标就不会实现。<sup>[52]</sup>

“以自由为前提的安全价值观”是以刑法谦抑思想为出发点的。在使用刑事法手段治理恐

[49] (日)西原春夫:《刑法的根基与哲学》(增补版),顾肖荣等译,中国法制出版社2017年版,“旧版前言(摘要)”第17页、正文第2页。

[50] 夏勇:“法治是什么?”,载夏勇编:《公法》(第2卷),法律出版社2000年版,第27页。

[51] 倪春乐,见前注[2],第227页。

[52] See In the Name of Counter-Terrorism, supra note 39, p.2.

怖犯罪时,要认识到刑法在打击恐怖犯罪效果上的有限性,放弃刑法万能论,慎重谦抑地使用刑法,从而确保刑法的最后手段性特质不至丧失,刑法的法治根基不会动摇。

恐怖犯罪是一种“作为政治犯的确信犯”,<sup>[53]</sup>刑法适用效果有限,故而必须慎重。姑且不论恐怖犯罪的性质是否为战争,仅在法治治理层面而论,恐怖犯罪绝非普通的刑事犯罪。恐怖犯罪是典型的“作为政治犯的确信犯”。即它首先是一种政治犯罪,同时又带有强烈的宗教色彩,也因此是一种确信犯。无论学界对恐怖主义的定义有多么大的分歧,但是,国际学术界大多数学者认为,恐怖主义和恐怖犯罪带有政治性,完全没有政治上的动机或企图的就不是恐怖犯罪。因此,恐怖犯罪首先是一种政治犯,是以扰乱国家的基本秩序为目的而实施的犯罪。同时,恐怖犯罪又不仅仅是一般的意欲颠覆一国国体或政体的犯罪,它同时还是“人类普遍存在的种族情节不断”地被“带入与另外一群人”所产生的冲突;<sup>[54]</sup>而这种种族情节是以“宗教”为纽带体现的。因此,恐怖犯罪又是确信犯,亦即“以自己的道德、宗教或者政治信仰为绝对动机的犯罪。这种犯罪人的动机崇高,而且确信自己的行为正确所以才实施犯罪,因此,刑罚恐吓以及改造都很困难”。<sup>[55]</sup>这些作为政治犯的确信犯的心中对自身信奉的宗教极端推崇,愿意为之舍弃一切,包括自己的生命。恐怖分子试图用恐怖犯罪的方法和手段来表达其激进的宗教思想,并以此来对抗文明世界意识形态、信仰和价值观。“对于大多数恐怖组织而言,建立一个世界范围的‘真正的价值观和宗教秩序’是他们的主要目标”。<sup>[56]</sup>全球恐怖主义网络中心阿富汗,深刻地向人类昭示了“作为政治犯的确信犯”——恐怖犯罪分子的内在精神动力。法律包括刑法作为文明社会的治理工具,具有强烈的工具主义性格。但是,法院可以通过宣判有罪使抱有恐怖思想的人囚禁于监室,但未必能藉此迫使恐怖分子放弃恐怖主义的思想。恐怖犯罪分子的人格具有坚定的自我认同性,对其所追随的宗教派别政治信仰坚定不移,即便从肉体上予以消灭,也难以改变其精神和人格;这也正是恐怖犯罪中“人肉炸弹”前赴后继的重要原因。对待这种“作为政治犯的确信犯”的恐怖犯罪所实施的野蛮残暴的行为,刑法的威慑效果无疑是有限的。

恐怖犯罪显现的时间滞后性,决定了对其侦查与防范极易导致人权侵害,故而刑法的适用必须谦抑。恐怖犯罪组织严密、犯罪计划周全,保密性极强;一旦发生,往往造成大量民众伤亡,并严重影响国家建设和社会发展。然而,恐怖行为计划时间长,前期很难被识破,其高度危险性和破坏性通常只是在行为实施前的极短暂时间内显示出来,这也是恐怖犯罪难以治理的重要原因。而一旦恐怖犯罪发生之后,灾难和损失又是不可逆转的;人们总是在恐怖犯罪风险

[53] (日)大谷实:《刑法讲义总论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第90页。

[54] 法雷等,见前注[1],第2页。

[55] 大谷实,见前注[53],第89—90页。

[56] Fischer等,见前注[19],第390页。

转化成为事实的时候,才意识到恐怖犯罪的存在,这就是恐怖犯罪“显现的时间滞后性”,<sup>[57]</sup>正如恐怖分子本·拉登在周围人看来,“秉性安静,十分虔诚,看不出能干出什么惊天动地的事情”;<sup>[58]</sup>“9·11”之后,真正的本·拉登才为外界所认识。再如,2014年我国云南昆明恐怖事件,在其发生之前,我国刑事侦查机关并未发现任何迹象。各国包括我国的恐怖犯罪立法总是针对抽象危险犯而设立,就是因为这个原因。

恐怖犯罪是一种“非对称性的、准战争式的”非普通刑事犯罪,<sup>[59]</sup>治理恐怖犯罪,使用针对常态社会的刑法手段,其适用效果极为有限,故而必须谦抑慎重。恐怖犯罪对世界文明进化、政治形势、经济发展、生态环境以及人类生命与健康等的伤害和影响堪比战争,甚至在某种程度上超越了战争。战争一般只针对敌对国这一“硬”目标,而不像恐怖犯罪那样针对无辜民众民用设施等“软”目标;而且战争双方至少都极为爱惜各自阵营的战士生命,以确保战斗力的存续,而恐怖犯罪往往采用“人肉炸弹”,不惜同归于尽。因此,恐怖犯罪绝非简单的普通刑事犯罪,意图通过刑事立法、刑事诉讼以及刑事执法来解决,显然是对恐怖犯罪的低估。恐怖犯罪不仅导致受害国家或地区人员的伤亡和经济惨重损失,更是通过其恐怖犯罪行为自身“传达信息和形象,实现远大得多的心理和政治目标;恐怖暴力散布恐惧和恐怖,通过媒体的宣传扩大声势,刺痛现代社会之敏感的经济与政治体系,旨在使其屈服于政治讹诈”,因此恐怖犯罪是一种“非对称性的、准战争式的”非普通刑事犯罪。<sup>[60]</sup>为此,即便是法治反恐模式之下,也应明确,针对非常态的所谓恐怖犯罪,打击犯罪的常规工具——刑法,其作用是有限的。既然如此,在使用刑事法手段治理恐怖犯罪时,莫如放弃刑法万能论,转而遵守以自由人权为内涵的刑法谦抑性思想。

“以自由为前提的安全价值观”,意味着要防止恐怖犯罪刑事立法罪名过多,尽量将恐怖犯罪立法限定于合理的范围之内,以防止刑事立法对公民自由的过多入侵。恐怖犯罪立法,是国家基于安全目的而将刑法作为手段来利用;因此恐怖犯罪本身就是国家出于防卫社会目的,以牺牲公民个人权利与自由的立法。如果一个国家“较之于个体而言注重整体,由此也就势必产生威权主义刑法”,这种法律同时也是一种“不宽容的法律”。<sup>[61]</sup>当刑法将穿什么衣服、看什么书籍、说什么话语等均规定为犯罪之后,安全价值压倒一切,公民个人自由空间无疑大大受到挤压,这种“牺牲自由为代价的安全”可能会丧失民众基础,不利于孤立恐怖犯罪。为此,在

[57] (德)乌尔里希·贝克:《世界主义的观点:战争即和平》,杨祖群译,华东师范大学出版社2008年版,第3页。

[58] (巴基斯坦)艾哈迈德·拉希德:《塔利班》,钟鹰翔译,重庆出版社2015年版,第133页。

[59] 齐白,见前注[9],第165页。

[60] 齐白,见前注[9],第165页。

[61] (日)铃木敬夫:《相对主义法哲学与东亚法研究:一位日本拉德布鲁赫主义者的理论追求》,法律出版社2012年版,第448页。

刑事立法上,应该批判“扩大恐怖主义‘犯罪圈’强化反恐作业面”〔62〕的立场。为此,其一,“以自由为前提的安全价值观”,要求对于已有恐怖犯罪罪名设置的合理性进行正当性反思。对于我国刑法恐怖犯罪罪名,应该逐一分析其立法正当性。比如,组织、领导、参加恐怖组织罪不断攀升的重刑化是否妥当;对外围或前期的恐怖犯罪如宣扬恐怖主义罪等增加财产刑是否违背罪刑均衡原则;将恐怖犯罪的帮助行为作为资助恐怖活动罪规定在刑法中,从而使得帮助犯的正犯化,这种立法是否可取;仅仅因为美国发生的投放炭疽案件而修改设立的实际上恐怖主义专有罪名投放虚假危险物质罪,其立法是否经得起经验和推敲;组织、资助非法聚集罪所描述的罪状“非法聚集”是否过于模糊而违背了罪刑法定原则中的派生原则而应宣布其“不明确而无效”;在《刑法修正案(九)》新增了编造、故意传播虚假信息罪之后,《刑法修正案(三)》规定的编造、故意传播虚假恐怖信息罪是否还需保留;持有型恐怖犯罪的设立是否会违背传统刑法的罪责原则;恐怖犯罪的抽象危险犯入罪化是否过多,等等。面对恐怖犯罪立法,应该确立的理念是,“大多数刑法学者对于立法者所致力刑法范围的扩大化以及刑罚加剧化是持否定怀疑态度”,并基于刑事法治国的罪刑法定原则要求刑法“实现保护市民免于立法恣意”。〔63〕以此为标准对已有恐怖犯罪立法进行反思。其二,“以自由为前提的安全价值观”,要求对于应否增加新的反恐罪名持审慎的态度。今后我国恐怖犯罪立法,要审慎入罪入刑,对于恐怖犯罪行为,最好以适用既有罪名为限,短期内不应再增加新的罪名。同时,对于其他变相扩大刑法处罚范围的恐怖犯罪立法建议也应慎重对待。比如,有学者主张,

刑法修正案(九)规定了一系列涉及恐怖主义、极端主义的新罪名,但主要属于暴恐活动的预备行为或煽动行为,并未将暴恐活动的实行行为规定为独立的犯罪。由于我国现行刑法典中尚缺乏专门的反恐罪名,对于具有暴力恐怖色彩的犯罪活动,只能按照故意杀人罪、故意伤害罪、绑架罪、爆炸罪等普通罪名定罪量刑,难以体现反恐工作的特殊性。因此,反恐刑法之完善应当将暴力、破坏性的犯罪类型从刑法典分则有关章节中分离出来,结合特殊的犯罪目的,合并设置为专门罪名——恐怖活动罪,规定于刑法典分则第二章危害公共安全罪之中。〔64〕

这种观点就是一种继续扩大恐怖主义犯罪圈的入罪化论。杀人爆炸等罪名已然为刑法所规定,出于恐怖主义动机和目的的暴力犯罪,在刑法犯罪构成要件评价层面没有任何特殊性,单独规定一个类似于“恐怖主义杀人罪”“恐怖主义爆炸罪”没有必要,现有罪名完全可以适用于恐怖主义的杀人或爆炸行为;这些行为不同于普通杀人爆炸罪等的特殊之处在于,犯罪人的

〔62〕 倪春乐,见前注〔2〕,第6页。

〔63〕 希尔根多夫,见前注〔7〕,第25—26页。

〔64〕 赵秉志、杜邈:“刑法修正案(九):法益保护前置织密反恐法网”,载《检察日报》2015年9月28日,第3版。

恐怖主义犯罪动机、目的、手段的残酷性及其超越普通刑事犯罪的危害性等；而后者，对于从犯罪学、对策学以及恐怖犯罪的合力治理角度而言非常有意义，对于刑法杀人爆炸等罪的认定并无特别意义。建国初期，实践中定罪量刑缺乏法律依据，随意性非常大，任何罪名前都被冠之以“反革命”三字，这种将刑法中的罪名一律“反革命化”的做法受到了历史的嘲笑；对于恐怖犯罪，同样要反对恐怖犯罪罪名一律“恐怖犯化”，这种做法是对恐怖犯罪的泛化，并无实益。

依法反恐是恐怖犯罪治理中的摇摇原则和基本方向，<sup>〔65〕</sup>然而，法治反恐不应竭泽而渔。法治国的罪刑法定原则及其人权保障理念是法治国的精髓。通过合理划定恐怖犯罪的范围，有效制定富有自由与安全双效机能的恐怖犯罪立法，才能确保国家的法治化运行和发展。如果一味采取严刑峻法及预防性刑法，产生不了任何作用，反倒损害了普通公民的个人自由，而“失去了人权和自由的安全将毫无意义”。<sup>〔66〕</sup>因此，对待恐怖犯罪，在立法上应该贯彻“以自由为前提的安全价值观”，安全价值的实现必须以确保公民个人自由价值为前提；谨慎对待恐怖犯罪入罪入刑及打早打小思路，尽量确保公民有更多的自由，防止刑法在打击恐怖犯罪的“战斗”中日益“趋同于战争法”，<sup>〔67〕</sup>确保恐怖犯罪刑事立法合理的处罚范围，尽量实现传统罪责刑法所要求的以行为及其结果为定罪基础，警惕入罪入刑的刑法万能论思维，并从立法到司法充分实现对恐怖犯罪嫌疑人以及普通公民的自由与人权保障。

另外，特别需要说明的是，刑法反恐效果的有限性以及传统自由刑法人权保障机能之坚守，只是表明在恐怖犯罪的治理中要坚持刑法最后手段性原则，而绝不意味着对恐怖犯罪的妥协。对恐怖犯罪的治理，实乃人类社会所面临的重大难题。根据恐怖犯罪的特性，对其治理，应该采取风险社会解决风险的责任分配方案，而非简单的法治（刑法）方案。长期以来，“我们更多的是关注常态社会，坚信人的理性力量和社会发展的有序性”，<sup>〔68〕</sup>但是，恐怖犯罪不是常态社会下的行为，它具有高度不确定性、突发性、超越常规性以及全球性，而这些特性，是典型的风险社会之风险的特性。<sup>〔69〕</sup>问题是，法治手段只能解决秩序问题，不能解决风险问题。恐怖主义产生的原因是多方面的，与之相对，对恐怖犯罪的治理，应该采取风险社会解决风险的责任分配方案。这意味着，面对恐怖犯罪，应该讨论的是基于犯罪学意义上的原因—对策这一思路，并根据犯罪发生的原因来分配解决该问题的责任及其机制。当下时代，作为经典工业社会的基本冲突在风险社会内进一步演变为“责任分配冲突”，这种冲突的“爆发牵涉到如何分配、预防、控制和认可并处理好生产过程中伴随的风险”，如“核技术、化工技术、基因研究、对环

〔65〕 参见倪春乐，见前注〔2〕，第5、6页。

〔66〕 倪春乐，见前注〔2〕，第45页。

〔67〕 齐白，见前注〔9〕，第163页。

〔68〕 林丹：《乌尔里希·贝克风险社会理论及其对中国的影响》，人民出版社2013年版，第169页。

〔69〕 参见贝克，见前注〔57〕，代序，第3页。

境的威胁、过度军事化以及西方工业社会之外的日益贫困化”。〔70〕当今世界严峻的恐怖犯罪形势,与西方国家主导并产生的一系列国际政治行动与阴谋具有密不可分的关系,同时也是人类自身深陷霍布斯式的战争中不能自拔的体现。恐怖犯罪背后牵涉的,是人类世界最为深层次最不易解决的种族与文化、政治与经济问题。比如中东地区的恐怖事件,与西方势力以冷漠对待阿富汗问题,并以扶持苏联入侵阿富汗从而更加恶化了该地区冲突等原因直接相关。国际社会试图通过各种国际公约为制裁恐怖犯罪提供良方,但是,事实证明,法治反恐没能达到预期效果。自20世纪六七十年代开始,联合国即针对恐怖主义犯罪的滋生和蔓延开始制定有关惩治恐怖犯罪的国际公约。1934年国际联盟讨论防止和惩罚恐怖主义的公约草案,并于1937年通过了《联合国反恐国际文书》,自此,打击恐怖主义被正式列入国际日程。“9·11”事件发生前,联合国制定的国际反恐条约、公约和决议数不胜数,如1963年《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》、1999年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》等等。“9·11”事件后,联合国发布了象征着国际社会进入了全面反恐阶段的第1373号决议,同时,联合国、主要国际组织、各主权国家纷纷制定颁布各类反恐法律文件数不胜数。〔71〕然而,伴随着几十余年的国际社会反恐立法,却是频发甚至是愈演愈烈的恐怖犯罪袭击,这从另一个角度宣告了法治反恐的失败。为此,基于解决风险的责任分配方案,有效地治理恐怖犯罪,必须有效根除文化和宗教的竞争和冲突以及其他各方面原因,而不是简单地使用法治手段。对于导致恐怖犯罪产生的西方大国必须赋予其更多的责任,而不是在联合国的名义之下苛求各国立法牺牲公民个人自由以换取安全。在反恐问题上,“那些想限制公民自由的政治家有义务说明,他们所建议的措施事实上是否能够增加安全”,〔72〕如果不能,则更应该就此问题达成共识,以通过合力推动反恐。当然,这种合力反恐的具体措施,需要各国政府以高度的政治、法律、管理等智慧来协商确定,它不是一国可以解决的难题,也非法治可以解决之事;同时,它可能主要是解决国际间政治经济冲突这一根本性问题才能解决之事。

## 五、结 语

恐怖犯罪严重影响人类和平与发展,当下我国的恐怖犯罪也呈频发态势,反恐犯罪形势异常严峻。对待有着“新型战争”或者“准战争”之称的恐怖犯罪,合理的反恐治理模式,应该是国际社会以及各主权国家合力以政治智慧解决,法治手段只能具有辅助的效果。同时,当各国在采取法治手段反恐之时,必须明确“人权和反恐之间不存在折中”,“恐怖主义威胁必须被压制,

〔70〕 贝克,见前注〔57〕,第10页。

〔71〕 参见王燕飞:《恐怖主义犯罪立法比较研究》,中国人民公安大学出版社2007版,第1—44页。

〔72〕 希尔根多夫,见前注〔7〕,第44页。

但国家应确保反恐措施不侵犯人权”。〔73〕现代法治原则下,整个法秩序的规范是为了保障人民的基本人权,故应慎用刑法手段来抗制恐怖犯罪;即便动用刑法也应确保“国家统治权的行使必须受到宪法及法律的约束”并最终将之“内化为具体保障人民的基本人权”,〔74〕以使刑事立法和刑法的适用始终追寻法治刑法的自由价值,树立以自由为前提的安全刑法观。唯此,人类社会的法治进程才不会因为恐怖犯罪而改变其既有轨道。国安才能国治,治国必先治安;治安必须反恐,反恐必须恪守法治底线。在当下中国总体国家安全观的构建中,恐怖犯罪治理所追求的上述法治目标,也许能助推国家安全的总体治理朝着法治化的轨道进行。

---

**Abstract:** Facing the severe terrorist crimes in the world, the international community and the sovereign states have taken effective measures to crack down, and have opened the pattern of anti-terrorism by law in addition to the pattern of war against terrorism. In the past twenty years, China's criminal legislation on terrorist crimes and the relevant provisions of the Anti-Terrorism Law of the People's Republic of China are the full embodiment of China's anti-terrorism ruled by law under the background of global rule of law against terrorism; Meanwhile, the security value has become increasingly prominent. In order to avoid the risk of human rights in the process of anti-terrorism, we should have the idea that the security must be based on the premise of guaranteeing freedom. On this base, adhering to the principle of rule of law and promoting and protecting human rights of all, and promoting the rational construction of China's overall national security concept.

**Key Words:** Terrorist Crimes; Criminal Legislation; Safety; Human Rights/Freedom

---

(责任编辑:车浩)

---

〔73〕 In the Name of Counter-Terrorism, supra note 39, p.2.

〔74〕 许育典:《从法治国家到人权保障的希望工程》,元照出版社2010年版,第27-28页。