



论我国反恐刑事政策的刑法化

卢建勋

中南财经政法大学刑事司法学院，武汉

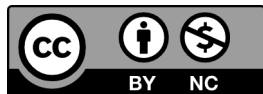
摘要 | 当前我国反恐态势已经总体稳定可控，然而运动式的反恐刑事政策贯彻路径可能存在突破刑法教义学体系的风险，并在中长期反恐目标的实现上有一定局限。在罗克辛提出目的理性犯罪论体系之背景下，通过对实体性反恐刑事政策进行方法论化的改造，实现反恐刑事政策的刑法化或可成为合适的贯彻路径。反恐刑事政策作为一种价值目标，在立法上必须能够体现在刑法条文的语义中，在司法上必须能够为刑法体系识别为目的，才能在实现自身刑法化的同时对刑法体系产生影响。刑法化的反恐刑事政策在保持自身灵活性与应变性的同时被纳入了刑法体系，有利于实现法治反恐的一般追求。

关键词 | 反恐；刑事政策；刑事政策刑法化；法治反恐

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



反恐刑事政策是我国刑事政策体系的重要组成部分，“宽严相济”作为我国当前的基本刑事政策对打击一切犯罪活动具有指导意义，应当是我国反恐刑事政策的核心内容^[1]。但是，针对无辜平民的恐怖主义犯罪却极度野蛮和残酷，不仅严重危害民众的生命财产安全，而且严重侵蚀着国家的政治稳定和法秩序带来的安全价值，从根本上冲击着现代文明社会的秩序和价值基础。鉴于此，我国在宽严相济的基础上更强调“严”的一面，即要从严打击恐怖主义犯罪，这一立场在我国反恐刑事立法上得到了突出体现：《刑法修正案（三）》提高了组织、领导恐怖组织罪的法定刑至无期徒刑，并增设了资助恐怖活动罪；《刑法修正案（八）》规定了恐怖活动犯罪适用特殊累犯制度；《刑法修正案（九）》（以下简

称《刑（九）》）增加了对组织、领导、参加恐怖组织罪的经济制裁，并增设了五种新的恐怖主义犯罪类型。所谓“从严打击”，一方面指反恐刑事法网的严密，即要尽可能将各种具有严重社会危害性的暴恐行为进行犯罪化；另一方面指刑罚的严厉，包括在立法上针对暴恐犯罪设置较高的法定刑以及各种加重处罚的情节，在司法上侧重于从重处罚。

应当指出，针对恐怖主义犯罪采取“宽严相济，

[1] 王秀梅，赵远．当代中国反恐刑事政策研究[J]．北京师范大学学报（社会科学版），2016（3）：138．

从严打击”^[1]的刑事政策是符合我国国情的正确选择。我国自2014年5月起在新疆地区开展了为期一年的严打暴恐专项行动，由此日益猖獗的暴恐犯罪得到了有效遏制。2018年2月公安部部长赵克志强调，要“毫不动摇地坚持严打方针，继续深化严打暴恐活动专项行动，始终保持高压震慑态势”^[2]，2020年6月，国家反恐工作领导小组副组长刘跃进强调，要“进一步巩固反恐斗争的主动态势，持续深入推进严打暴恐专项行动向纵深发展”^[3]。截至2021年4月，新疆及内地已分别连续4年3个月、5年2个月未发生暴力恐怖案件，总体呈现出“大局稳定、形势可控、趋势向好”的态势。但同时需要看到的是，我国当前反恐刑事政策在贯彻执行中存在着的一些风险。

一、问题的提出

（一）当前我国反恐刑事政策贯彻路径可能存在的风险

“严打”作为一种运动式的反恐路径对于震慑与遏制暴恐犯罪无疑具有立竿见影的效果，但也正因为此，其在实务中对我国反恐刑事政策的贯彻往往只强调从严打击的一面。根据笔者的查阅，在2014年至今的中央与地方公开发布的关于严打暴恐专项行动的指示及通告中，均无一例外地要求“从严”，而并不包含“宽”的内容。有学者甚至指出，我国针对恐怖主义犯罪的严打行动存在“只严不宽”“片面从严”的问题^[4]。事实上，这一现象背后隐含着我国当前反恐刑事政策之贯彻路径可能

存在突破刑法体系^[5]的风险。

首先，刑法体系之目的可以被归结为规范与刑罚两种类型，前者指向法益保护，后者指向预防犯罪。专项行动在反恐刑事政策的贯彻上往往只强调从严从重，在这一过程中，一方面是刑法的打击范围容易被反恐刑事政策不适当的扩大，例如对准备实施恐怖活动罪中“其他准备行为”的理解，对非法持有宣扬恐怖主义物品罪中“情节严重”的认定，都容易出现扩大化的倾向进而超越法益保护目的；另一方面是刑法的打击力度容易被不适当的加强，例如新疆维吾尔自治区检察院要求当地各级检察机关“对暴恐分子能判处死刑立即执行的，坚决提出判处死刑立即执行的量刑建议”^[6]，这很可能使那些可杀可不杀的暴恐分子被不加分别的一律处以极刑，从而可能导致某些未落网的犯罪分子铤而走险，实施更严重的暴恐行为，不利于刑法预防犯罪目的之达成。

其次，刑法除了法益保护机能以外，还具有人权保障机能，即通过落实罪刑法定原则，防止国家刑罚权的滥用对犯罪人构成不当侵害，刑法也正是在这一意义上才被称为犯罪人的大宪章。尽管在如何平衡法益保护机能与人权保障机能的紧张关系上学界还存在争论，但不可否认的是，只能在罪刑法定原则的框架内发挥法益保护的机能，这应当成为把握二者间关系的底线。因此在这一意义上，若对恐怖主义犯罪只强调从严从重打击，不注重对上述两种机能间关系的平衡与把握，最终有可能导致人权保障机能被搁置的结果，使刑法沦为纯粹打击

[1] 需要指出，我国并未制定专门的反恐刑事政策，这里的“宽严相济，从严打击”是在我国基本刑事政策的基础上结合我国反恐实践所作的合理推论。二者并非是非难以兼容的，宽严相济具有基础意义，对从严打击的坚持必须在宽严相济的框架内进行。

[2] 深入推进扫黑除恶专项斗争和严打暴恐活动专项行动坚决维护国家安全和社会大局持续稳定[EB/OL]. [2018-02-23]. http://www.cpd.com.cn/n10216060/n10216144/201802/t20180223_791300.html.

[3] 全国公安机关深化严打暴恐专项行动视频部署会召开.[EB/OL].[2020-06-09]. http://news.cpd.com.cn/n3559/202006/t20200609_914864.html.

[4] 魏汉涛. 从严反恐刑事政策之风险及其应对之策[J]. 武汉科技大学学报(社会科学版), 2018(4): 425-426.

[5] 为保持前后概念的一致，本文中所使用的“刑法体系”一词并非指实定法层面的刑法规范体系，而均是指其背后的法教义学体系。

[6] 魏红萍. 新疆检察机关开展严厉打击暴力恐怖活动专项行动，从重从快依法惩处暴恐分子[N]. 新疆都市报, 2014-05-26(A05).

暴恐犯罪的工具。

（二）我国反恐刑事政策贯彻路径之思考

“严打”作为我国短期内震慑与遏制暴恐犯罪的手段是卓有成效的，特别是在2014年我国暴恐犯罪日益猖獗的关键节点，果断开展疾风骤雨式的严打暴恐专项行动不仅及时而且十分必要，本文对此从根本上予以赞同。但在我国反恐斗争已转向稳定、可控、向好的总体态势后，依然将其作为贯彻我国反恐刑事政策的长期路径则存在一定局限，可能为将来较长时间跨度内发生暴恐案件留下隐患。

美国和其他西方国家在“9·11”事件后普遍加强了针对恐怖主义的刑事立法，以刑罚打击恐怖主义的铁拳空前强化^[1]，特别是美国在全球范围内展开“反恐战争”，以期“消灭国际恐怖主义”。然而回顾来看，至少在近二十年间美国这种以暴制暴的反恐政策并未使恐怖主义的态势有所缓和，国际上各种恐怖活动与恐怖组织依然层出不穷，甚至在一定程度上呈现出“越反越恐”的态势。美国政治学者迈克尔·帕伦蒂（Michael Parenti）在批评美国的反恐政策时指出：“他们（美国领导人）没有兴趣打破以暴易暴的恶性循环，宁愿采取大规模空袭的报复手段……暴力所带来的快捷的恶性成功也会造成自己的问题，其中之一是恐怖主义。”^[2]究其原因，这种由国家强力主导的系统化暴力措施并不能对消除因为由经济发展水平决定的在宗教信仰、意识形态、生活方式等方面的差异而产生的群体间的强烈不公平感与被剥夺意识以及其他怨恨等滋生暴力恐怖行为的根源有多少直接或间接作用，在有意或无意忽视对前者之考量与解决的情况下^[3]，

过分倚重刑罚等暴力手段，虽能一时挫败恐怖分子的嚣张气焰，但往往又会激发恐怖分子强烈的复仇情绪以再次实施恐怖活动，容易使国家在中长期的反恐规划中陷入越反越恐的怪圈。

“严打”作为一种依靠国家强力以持续性的高压态势来集中解决某类犯罪问题的运动式执法方式，就其本质而言并未脱离上述倚重刑罚以暴制暴的窠臼。有学者针对我国20世纪末和21世纪初开展的三次“严打”斗争指出，其从最初非常时期的特殊手段发展成为后来的常态手段，短期效果显著，但中长期效果今天看来值得怀疑^[4]。还有实务工作者指出在此期间就出现了“打不胜打、破不胜破”的情况^[5]。我国的反恐事业不仅要追求治标，更要追求治本，“如何避免过度倚重刑罚而导致不当弱化其他社会文化措施介入，如何从社会政策整体性的立场构建反恐国家战略，这是我国在反恐立法和司法中需要思考的根本性问题”^[6]。在严打暴恐专项行动已经取得显著成效，反恐总体态势已稳定可控的条件下，只有建立起社会政策应对暴恐犯罪的整体性与结构性反应机制，从经济帮扶、教育培训、法律制裁等多元化角度进行防治，才能触及滋生暴恐犯罪的深层诱因，真正推动我国反恐事业向纵深发展，实现中长期乃至更长远的反恐目标。目前，我国已经在新疆地区广泛开展职业技能教育培训工作，在语言文字、法治意识、职业技能等方面对有关人员进行帮教，对于从根源上消除滋生恐怖主义、极端主义的土壤起到了积极作用^[7]。在法律制裁特别是刑罚的使用方面，对“宽严相济，从严打击”的贯彻要避免被严打行动异化为片面从严从重，而是要纳入法治的框架受到合理限制，以

[1] 齐文远，魏汉涛. 英美反恐立法的得失及其启示[J]. 中国高校社会科学，2015（6）：103-108.

[2] 迈克尔·帕伦蒂. 反恐陷阱[M]. 贾宗谊，译. 北京：新华出版社，2003：89.

[3] 例如，美国前国务院反恐怖主义协调员布莱默指出：“解决引起本·拉登仇视我们的所谓根源是毫无意义的。他们就是他们进行恐怖主义的根本原因。”美国中情局反恐中心副主任皮拉尔指出：“由于某些原因，切断恐怖主义的根源一般不认为是美国反恐怖主义政策的一部分。”（参见：保罗·R·皮拉尔. 恐怖主义与美国外交政策[M]. 王淮海，译. 北京：中国友谊出版社，2003：32-35）.

[4] 柳忠卫. 刑事政策刑法化的一般考察[J]. 法学论坛，2010（3）：71.

[5] 江普生. 严打斗争的回顾与思考[J]. 公安研究，2003（7）：40.

[6] 何荣功. 刑法与现代社会治理[M]. 北京：法律出版社，2020：39.

[7] 不断提高各族群众的获得感幸福感安全感——雪克来提·扎克尔就新疆反恐维稳情况及开展职业技能教育培训工作答记者问[N]. 人民日报，2018-10-17（09）.

充分发挥从严与从宽两方面的机能,实现对政策内涵的复归。

众所周知,法治的一个最低限度的含义就是已成立的法律获得良好的服从。固然,反恐刑事政策灵活性与应变性的一面能够及时应对暴恐犯罪态势的变化并作出相应处置,但它同时也有任意性与扩张性的一面,并且只有良好的反恐刑事政策才能实现与刑法体系的良性互动。因此,若能够将反恐刑事政策的运作纳入刑法体系,可以防止反恐刑事政策的恣意运作并提升其内在品质,有利于实现法治反恐的一般追求。但问题是,单纯对于法治理念的强调与对犯罪问题政治化的批判并不能对化解当前实务中反恐刑事政策之贯彻路径存在的风险和局限性有多少裨益,而是需要探寻一条现实的路径使反恐刑事政策的贯彻纳入刑法体系的逻辑框架。本文认为,“刑事政策的刑法化”能够通过语义和目的两种途径实现对刑事政策在刑法体系内的合理限制,因此在汲取相关理论与思想的基础上,结合我国反恐刑事立法和司法实践,反恐刑事政策的刑法化或可成为一条贯彻反恐刑事政策的合适路径。

二、反恐刑事政策的刑法化何以可能?

(一) 基本前提: 反恐刑事政策的理论界定

并非任何意义上的反恐刑事政策都存在刑法化的必要与可能,因此首先需要对作为刑法化对象的反恐刑事政策作出界定。由于刑事政策是反恐刑事政策的上位概念,故对后者的界定需要从前者入手。目前对刑事政策起点和目标的理论理解各种学说基本可以达成一致,但在刑事政策所包含的范围上,学界仍存在争议^[1],大体可以归纳为以下三种:第一,广义的观点,认为凡是与惩罚和预防犯罪有关的政策均属于刑事政策,不仅包括直接相关的刑事制度,还包括间接相关的各种社会政策。第二,狭义的观点,将刑事政策的范围限定在刑事领域,即与国家遏制和预防犯罪直接相关的各种刑事上的对策。第三,最狭义的观点,将刑事政策微观化,指遏制和预防犯罪的具体策略。

本文采取狭义的观点。就反恐刑事政策的刑法化而言,广义的刑事政策中所包含的大量社会政策,如经济政策、文化政策,作为国家结构性反恐机制

里的重要环节,虽然在整个反恐政策框架中居于关键地位,但其在运作领域、内在逻辑以及价值取向上毕竟与刑法有很大不同,其对反恐目标的追求并不依靠刑法来实现,因此根本不需要也不应当刑法化,事实上也不存在刑法化的途径。至于最狭义的刑事政策,与新中国成立后刑法典长期缺位,政策和法律得不到严格区分有密切关系,这种观点实际上过于狭隘以至于无法全面指称刑事政策的内容^[2],在此基础上的刑法化只能进一步抹杀刑法与刑事政策的区别。因此,“宽严相济,从严打击”应当被定位在遏制与预防暴恐犯罪的各种刑事上的对策中,选取这种狭义的观点作为界定反恐刑事政策的理论基础,有其合理性、正当性与刑法化的可能性。

(二) 刑法体系与刑事政策关系的理论转向: 从隔离到贯通

1. 从李斯特到罗克辛

反恐刑事政策为什么能够实现刑法化?这一问题牵涉到刑法体系与刑事政策的关系。19世纪的德国刑法学家、古典犯罪论体系创始人弗朗茨·冯·李斯特(Franz von Liszt)曾提出:“刑法是刑事政策不可逾越的藩篱”。这种对于刑法与刑事政策的严格区分后来被罗克辛称为“李斯特鸿沟”(Lisstsche Trennung)^[3]。因为在李斯特那里,以古典犯罪论为基础构建起来的刑法体系与刑事政策的性质截然不同,前者指向一种纯实证的判断是价值无涉的,后者则具有明显的目的追求是价值关联的。刑事政策不应进入到刑法体系中,只有在二者间设置这样一道“鸿沟”,才能严格落实罪刑法定原则,对犯罪人的人权形成保障。基于此,刑事政策的价值内容仅在立法时体现在刑法体系之中,此后便要严格遵守罪刑法定原则,与刑法体系从外在上相对立,二者处于相互分离的状态,在各自的领域发挥功能。

20世纪70年代,德国刑法学家克劳斯·罗克辛(Claus Roxin)提出了目的性(teleologisch)的犯罪论体系,

[1] 曲新久. 刑事政策之概念界定与学科建构[J]. 法学, 2004(2): 108.

[2] 卢建平. 刑事政策学(第二版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2013: 14-15.

[3] 克劳斯·罗克辛. 刑事政策与刑法体系(第二版)[M]. 蔡桂生, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 7.

并进而主张将刑事政策与刑法体系有机统一起来。罗克辛所主张建立之刑法体系的目的性,就是要以刑事政策的价值目标为导向,他指出:“建立这个刑法体系的主导性目的设定,只能是刑事政策性的。刑事可罚性的条件自然必须是以刑法的目的为导向”^[1]。罗克辛认为:“刑法与刑事政策并不是相互对立的。刑法是这样一种形式:在这种形式中,人们将刑事政策的目的设定转化到法律效力的框架之内”^[2],因此罗克辛在保持传统犯罪论三阶层之构造的基础上,将刑事政策的价值目标贯彻到了各个阶层,达到了刑法体系与刑事政策的有机统一。需要注意的是,罗克辛理论体系中的刑事政策概念已经不同于李斯特,它不再是前述那种实体意义上的针对犯罪的对策,而是一种抽象的方法论意义上的刑事政策,对此陈兴良教授指出:“李斯特的刑事政策是一种实体性或者本体论的刑事政策。显然,罗克辛的刑事政策概念则并非如此,而毋宁说是一种价值性或者方法论的刑事政策,罗克辛的刑事政策具有更为抽象的特征而不是实体性的具体措施”^[3]。在陈兴良教授看来,罗克辛的刑事政策就等同于一种目的性的考虑,就等同于价值判断,就等同于与形式的刑法教义规则相对应的实质内容^[4]。通过对刑事政策进行这种抽象的方法论化的处理,罗克辛打通了刑事政策与刑法体系之间原本相互隔离的关系,实现了二者的相互贯通,跨越了李斯特鸿沟。

2. 刑法的刑事政策化与刑事政策的刑法化

根据罗克辛的理论,刑事政策与刑法体系的贯通不是单向的,而应当是相互作用的,包括以下两个方面:一是刑法的刑事政策化,强调刑事政策的价值目标对刑法体系的渗透。当刑法体系的构建需要以刑事政策的价值目标为指引,并随着价值目标的变化而进行修正时,刑事政策便内在于刑法体系之中。“不仅刑法的制定受刑事政策指导,而且刑法的运用在强调罪刑法定原则的同时,也受刑事政策的导向和调解”^[5],因此这一命题应当包括立法与司法两个方面,前者指刑事政策的价值目标体现在刑法的制定和修改中;后者指在司法过程中要以刑事政策的价值目标为导向。由此,刑法体系的应变性与灵活性经过刑事政策的渗透得到增强,有利于在复杂多变的社会环境中发挥应有的功能。

二是刑事政策的刑法化,强调刑法体系对刑事政策的反制,即刑法体系对刑事政策形成制约,使

刑事政策在刑法体系中的运行符合后者自身的逻辑。这一命题意味着法律系统对来自政治系统的干预具有一定的主动性,因此,刑法体系对于来自刑事政策所内含的可能的价值诉求具有一定程度的选择性,而非不加分别的予以被动吸收,未被吸纳的价值诉求将游离于刑法体系之外,在其他领域发挥作用^[6]。这一命题同样包括立法与司法两个方面,要求刑事政策在立法与司法上为刑法体系所接纳,因而分别对刑事政策形成了限制。

经过上述分析可见,如果我们对“宽严相济,从严打击”这一实体性的反恐刑事政策按照罗克辛的理论进行抽象的方法论化改造,使其作为一种目的性的思考,当在价值目标的设定上与刑法体系的目的性因素相等同时,就能够使反恐刑事政策的价值目标进入到以目的理性犯罪论为基础构建起来的刑法体系,在立法与司法中发挥作用,而那些不相等的价值目标则将被排斥在刑法体系之外。在这一双向互动的过程中,反恐刑事政策在对刑法教义学体系产生影响的同时,其自身的运作也就被纳入了后者的逻辑框架。显然,本文所要解决的问题主要关涉“刑事政策的刑法化”这一面向,接下来将具体围绕这一面向展开。

三、反恐刑事政策刑法化的理论展开

(一) 反恐刑事政策刑法化的意义指向

1. 立法层面

一项刑事政策所包含的价值目标往往不是单一

[1] 克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论(第一卷)[M]. 王世洲,译. 北京:法律出版社,2005:559.

[2] 克劳斯·罗克辛. 刑事政策与刑法体系(第二版)[M]. 蔡桂生,译. 北京:中国人民大学出版社,2011:49.

[3] 陈兴良. 刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通——中国语境下的展开[J]. 中外法学,2013(5):992-993.

[4] 陈兴良. 刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通——中国语境下的展开[J]. 中外法学,2013(5):993.

[5] 梁根林. 刑事政策:立法与范畴[M]. 北京:法律出版社,2005:177.

[6] 劳东燕. 刑事政策刑法化的宪法意涵[J]. 中国法律评论,2019(1):37.

的,但只有能够为刑法条文所体现的价值目标才能被视是刑法化的。因此,我国的反恐刑事政策只有通过刑事立法程序,使法条将反恐刑事政策的价值目标包含在自己的文义范围之内,这种政策目标才能为刑法体系所吸纳。然而当业已确立的刑法条文之文义不能体现某种反恐刑事政策的价值目标时,即使这种目标被认为合乎政策之考量,也不能被吸纳进刑法体系产生影响,而只能作为一种法外的价值判断在政治和社会领域产生影响,否则就违反了罪刑法定原则。例如在建国初期,新成立的人民政权面临国内外敌对势力的威胁,镇压反革命、保卫人民政权是彼时所面对的紧迫挑战,因而当局适时制定了“镇压与宽大相结合”的刑事政策^[1]。尽管在当时国内并没有今天意义上的恐怖主义犯罪,但这一具有明显政治斗争色彩的刑事政策已经不能为我国当前的刑法条文所体现,因而不可能对反恐刑法的适用产生影响。

2. 司法层面

在这一层面,只有当某种反恐刑事政策的价值目标被刑法体系识别为自身的目的因素,才能进入刑法体系对反恐刑法的适用起到指导作用,否则将被排除在外。根据罗克辛的目的理性犯罪论,刑事政策的价值目标若要为刑法体系所识别,就必须要使这种价值目标与刑法体系的目的性因素相等同。如前所述,刑法体系包括两种目的类型,即法益保护和预防犯罪,即使对于打击恐怖主义犯罪而言,也无法脱离这两种目的类型。因此,我国的反恐刑事政策的价值目标只有结合法益保护和预防犯罪的目的,才能实现适用上的刑法化,否则就不会对反恐刑法的司法适用产生影响。

(二) 刑法体系对反恐刑事政策的双重限制

与反恐刑事政策刑法化在立法和司法两个层面的意义指向相联系,刑法体系对反恐刑事政策形成了双重限制:立法层面主要是法条语义的限制;司法层面则主要是刑法体系之目的所产生的限制。

1. 语义上的限制

在立法上,反恐刑事政策的价值目标必须体现在刑法条文之中,故而刑法条文的语义就对反恐刑事政策形成了制约。刑法条文的用语具有提供线索和限制意义两方面的机能^[2],作为表意的载体,它在帮助人们明确法条含义的同时亦对其加以了限

制,这种两面性是任何法律条文所固有的。因此,如果从刑法条文的语义中无法直接或间接推导出某种价值诉求,则这一价值诉求将被排除在外,从而对反恐刑事政策形成限制。不可否认,任何成文法的语义都具有模糊性与多义性,但是无论在何种情形下,刑法条文的用语都不可能涵盖一切,总会将部分不能容纳的意思排除在外。例如上述“镇压与宽大相结合”的刑事政策,在今天的刑法条文中已经找不到任何能够涵盖“镇压”这一具有由特定历史时期决定的特定含义的用语。

2. 目的上的限制

在目的理性的刑法体系中,由于刑法自身目的性因素的存在,当反恐刑事政策与法益保护和预防犯罪的目的相结合时,本身就构成了对反恐刑事政策的另一重制约。这一限制意味着,一切非法益保护或者预防犯罪的反恐刑事政策价值目标都无法在刑法适用中产生影响。具体而言:法益保护之目的要求刑法所规制的行为必须侵害了特定法益,即使对于抽象危险犯来说也必须具有引起法益侵害之危险的存在,因而这一目的能够对扩大化的入罪倾向形成限制,防止刑法的打击范围被反恐刑事政策不适当的扩大;预防犯罪之目的则要求对被告人所处的刑罚必须与预防目的相适应,因而能够对量刑形成限制,防止对被告人处以明显不相适应的法定刑。这两种目的类型在考察序列上应以法益保护为优先,预防犯罪之目的服务于法益保护并且以其为最终目标,只有在判断行为对法益的侵害存在或达到相当程度因而入罪之必要性得以成立的基础上,才应当考虑预防犯罪之目的,在不存在法益侵害的情况下,不能仅仅基于预防犯罪的考虑而入罪。这两种目的的相互配合,共同对“从严打击”中“严密”与“严厉”两方面的内容形成了限制。

在针对新疆暴恐犯罪的专项行动中,之所以会出现片面从严从重的实践问题,与反恐刑事政策在贯彻时的基本价值取向有密切关系,即它们都将“打击恐怖主义”作为主要目的,甚至是唯一目的,过分强调严打带来的及时止损和震慑效果,使迅速达

[1] 薛剑祥. 宽严相济刑事政策及其司法实现[M]. 北京:法律出版社,2013:17-18.

[2] 张明楷. 刑法分则的解释原理(第二版)[M]. 北京:中国人民大学出版社,2011:51.

成良好维稳局面的政治目标占据优先地位,因而在一定程度上偏离了法益保护与预防犯罪的目的。

需要注意的是,无论是文义上的制约,还是目的上的限制,刑法体系对反恐刑事政策所渗透的价值目标的选择并不是静态的,会因社会形势、犯罪态势的变化,随着刑法立法与适用时的处断而适时调整,曾经被排除在外的反恐刑事政策价值目标可能因相应条件的变化而进入刑法体系,反之亦然。

四、我国反恐刑事政策刑法化的具体展开

(一) 语义上的限制

《刑(九)》针对我国一度严峻的反恐态势作出了积极回应,对反恐刑法的大幅修订充分贯彻了我国反恐刑事政策的价值诉求,是刑法的刑事政策化的重要体现。然而正如有学者所指出的,这次修法所增设的恐怖主义罪行中的部分用语的含义较为模糊,有可能在适用中扩大刑法的打击范围,对人权保障构成威胁。^[1]因此,对我国反恐刑法中有关概念和用语进行分析,能够在最低限度上发现入罪的界限,过滤出不为法条所体现的政策价值并将其排除在外。本文在此主要选取“恐怖主义”和“极端主义”这两个在法条中频繁使用,同时含义又具有较大不确定性的概念作出分析。

1. 对“恐怖主义”内涵的限制

关于“恐怖主义”的内涵我国刑法并未作出规定,但我国在2015年通过的《反恐怖主义法》第三条中则做了较为明确的规定,并将恐怖主义“主张”与“行为”同时列为了恐怖主义的外在表现形式^[2]。这里的问题是:刑法对恐怖主义犯罪的惩罚是否应当包括恐怖主义主张?本文认为不应当包括。

首先,《反恐怖主义法》不仅对恐怖主义的概念做出了规定,还规定了“恐怖活动”“恐怖事件”“恐怖活动人员”等一系列相关概念。根据该法对恐怖活动的规定,其所列举的五项内容均指恐怖主义行为,并不包括第三条中的“主张”,而事实上我国刑法也仅是就恐怖活动进行了一系列规定。因此从法律衔接的角度看,刑法对恐怖主义犯罪的惩罚只应当包括“行为”,恐怖主义“主张”则不在刑法的规制范围内。

其次,《刑(九)》增设的“宣扬恐怖主义、

极端主义、煽动实施恐怖活动罪”中的“宣扬”“煽动”两个概念似乎与“主张”接近,但这并不能表示我国刑法在惩治“主张”。尽管主张一词的涵义难以准确定义,但对于哪些行为不属于刑法上的主张还是比较容易排除的。有学者指出,需要看这种主张是否对他人实施有关犯罪起到了助推作用^[3],就此而言,无论是煽动还是宣扬事实上都已经超出了犯意表示的范畴,推动了他人实施恐怖主义犯罪,因而对特定法益构成了侵害。因此,这种宣扬、煽动应当属于“行为”而非一般意义上的“主张”。

因此,我国反恐刑法所规制的对象应当仅限于恐怖主义行为,对于一些与恐怖主义相关的思想流露、意思表达,如果其并未促使他人实施有关犯罪,侵害特定法益,就不能将其纳入刑法规制的范围。

2. 对“极端主义”内涵的限制

我国刑法中有多个罪名使用了“极端主义”这一概念,且常与恐怖主义并列使用。但无论是《刑法》还是《反恐怖主义法》都未对这一概念的含义进行较为确切规定,对于极端主义与恐怖主义的区别,二者是否存在交叉等问题也没有较为明确的说明。这种含义上的模糊性,在从严打击的政策价值取向向下可能会被司法机关作出过于宽泛的解释,使一些不能为这一概念所包含的行为纳入刑法的打击范围。

从现有的立法来看,对于极端主义仅在《反恐怖主义法》中有一个侧面描述,其含义指向“煽动仇恨、煽动歧视、鼓吹暴力”^[4],但这一描述依然是十分模糊的。值得注意的是,在《反恐怖主义法(草案)》中曾对极端主义作出过规定,其内容包括“崇尚暴力、仇视社会、反对人类”,最后

[1] 刘仁文. 恐怖主义与刑法规范[J]. 中国法律评论, 2015(2): 173.

[2] 《反恐怖主义法》第3条规定:“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、危害国家安全、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。”

[3] 赵秉志,袁彬. 刑法最新立法争议问题研究[M]. 南京:江苏人民出版社,2016: 54.

[4] 《反恐怖主义法》第4条规定:“……国家反对一切形式的以歪曲宗教教义或者其他方法煽动仇恨、煽动歧视、鼓吹暴力等极端主义,消除恐怖主义的思想基础。”

落脚在“思想、言论和行为”^[1]，但这一规定在最终通过的《反恐怖主义法》中被删除。当时有学者指出，将恐怖主义与极端主义同时规定在《反恐怖主义法（草案）》中并不合适，因为二者的指涉并不相同，可能需要修改法律名称或者剥离一些规定^[2]。

本文认为，极端主义这一概念的含义虽然难以准确界定，但是从《刑法》与《反恐怖主义法》的内容来看，依然是将恐怖主义与极端主义并列进行规定，因此至少应当认为，这里的极端主义与恐怖主义对于法益的侵害具有同等的严重性，即二者都必须危害到公共安全，对极端主义的理解，可以适当参照恐怖主义。而对于《刑法》中关于极端主义犯罪所规定的内容，应当参照《反恐怖主义法》这一前提性立法来理解，即应当与恐怖主义犯罪具有同等程度的法益侵害性。例如，《刑（九）》增设的“利用极端主义破坏法律实施罪”的罪状中明确规定包括煽动破坏“婚姻制度”，但不能就此认为煽动他人以中国传统方式结婚即构成本罪，否则有可能扩大刑法的打击面。因为这充其量是一种扰乱社会秩序的行为，其对法益的侵害尚未达到可与恐怖主义犯罪相提并论的危害公共安全的程度，以妨碍社会管理秩序罪中的“煽动暴力抗拒法律实施罪”论处更为合适。事实上正如有学者所指出的，《刑（九）》之所以作出这一规定主要是由于我国部分地区存在的一些极端主义以宗教旗号进行暴恐活动，破坏国家法律制度的实施，危及了不特定多数人的生命、健康和财产安全^[3]，因此对于一般的扰乱社会秩序的行为不宜以本罪论处。

（二）目的上的限制

从《刑（九）》对恐怖主义犯罪修正的特点来看，都体现了对该类犯罪严厉的态度，例如在“帮助恐怖活动罪”中增加了“招募、运送人员”等情节，进一步扩大了帮助犯正犯化的范围；增设的“准备实施恐怖活动罪”将预备犯既遂化等等。不可否认这些行为抽象来看确实都具有滋生或促进恐怖主义之危险，但在具体适用这类罪名的过程中，司法机关必须要结合法益保护和预防犯罪的目的对反恐刑事政策所渗透的价值目标做出自主选择，慎重考虑动用刑法之必要性。

1. 法益保护之目的

反恐刑事政策与法益保护的目的是相结合意味着：当某种行为并没有实际侵犯到反恐刑法所保护的特定法益时，即使该行为基于反恐刑事政策的价值追求认为应受刑事处罚，也不能将其犯罪化。刑法法益保护之目的依据涵盖面的大小可分为三个层次，即作为刑法整体的目的、分则各章的目的，以及各个条文的目的（主要是分则条文）。由于我国刑法将各种恐怖主义、极端主义犯罪集中规定在了刑法分则第二章“危害公共安全罪”中，因此对公共安全这一法益的保护应当成为暴恐犯罪相关条款的共同目的，即只有当某种暴恐行为使不特定多数人的生命、健康、财产安全受到威胁时，才可能成立各种恐怖主义、极端主义犯罪。在此基础上，我们可以一些具体罪名为例展开更为细致的分析：

例如，“准备实施恐怖活动罪”将实施恐怖活动的预备行为规定为了独立的犯罪类型，即所谓独立预备罪^[4]。有实证研究指出，认定等方面的困难，适用刑法总则关于处罚预备犯之一般条款的普适性预备犯最终被追究刑事责任的概率极小，但是独立预备罪适用的频率则明显高于前者^[5]。因此该罪的设立将极有可能大大提高这类行为被追究刑事责任的概率，表明刑法对暴恐犯罪的规制已经明确扩张至预备阶段。但无论如何，从法益保护的出发，在综合考虑各种主客观因素后，如果行为人为人实施的行为属于该罪第一款中的五种行为但尚未达到危害公共安全的程度，就不能成立本罪，对于

[1] 《反恐怖主义法（草案）》第104条第6款规定：“本法所称极端主义，是指歪曲宗教教义和宣扬宗教极端，以及其他崇尚暴力、仇视社会、反对人类等极端的思想、言论和行为。”

[2] 刘仁文：《恐怖主义与刑法规范》[J]，中国法律评论，2015（2）：172。

[3] 黎宏：《刑法修正案（九）》中有关恐怖主义、极端主义犯罪的刑事立法——从如何限缩抽象危险犯的成立范围的立场[J]，苏州大学学报（哲学社会科学版），2015（6）：94。

[4] 张明楷：论《刑法修正案（九）》关于恐怖犯罪的规定[J]，现代法学，2016（1）：23-27。

[5] 马昭阳：我国预备犯追究刑事责任的立法与实证研究[D]，山东师范大学，2020。

第四项中“其他准备行为”的解释亦当如此，可以适用《刑法》第22条关于处罚预备犯的条款成立其他犯罪的预备犯，但此时就要另外考察和认定有关证据。

再如，“非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪”的成立必须要求具有严重情节，如非法持有相关物品数量巨大，所载内容极为严重等。从该罪的设立可以看出，我国刑法对于暴恐犯罪之干预的扩张甚至已经超出了预备阶段，但如果行为人持有相关物品数量较少，或者在内容上未达到严重的程度，就不能认为构成本罪，因为此时其行为实际上并没有宣扬和滋生恐怖主义犯罪之可能，并未使特定法益受到侵害或者侵害显著轻微。特别是在我国目前采取违法—犯罪相区别的二元制立法模式下，能够采取行政手段加以解决的就要尽可能避免刑法的介入，以防止对公民自由的过分干预。而如果仅仅强调从严打击恐怖主义的政策价值，则可能将一些情节并不严重的行为判断为应受刑法规制，使得该罪的打击面不适当地扩大，从而进一步扩张反恐刑法干预的范围。

又如，“强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪”之成立必须要求穿戴行为发生在公共场所，即必须是可以进行公开活动的场所，否则就不能认为构成本罪，因为该罪所保护的特定法益并未受到侵害，即没有发生因行为人穿戴物的“宣扬”性质而使公共安全受到威胁的情况。司法机关在适用这一罪名时必须具体考虑到行为的法益侵害性究竟有多大，是否必须要动用刑法进行规制，如果只考虑到从严从重的政策价值取向，则可能导致对公共场所以及相关服饰、标志作出宽泛的认定，将一些事实上不具有法益侵害性或者侵害显著轻微的行为纳入该罪，这实际上就脱离了法益保护的目。

2. 预防犯罪之目的

当反恐刑事政策结合预防犯罪之目的时，要求对行为人所处的刑罚在罪行相称的基础上必须与一般预防或特殊预防的目的要求相适应，避免处以明显不相适应的法定刑。有学者认为，无论特殊预防还是一般预防在恐怖主义犯罪中都难有存在的空间，因为一方面恐怖分子在实施犯罪时往往有意识地以身试法，甚至基于自身目的的“崇高性”置生死于度外，因此刑法对其产生特殊预防的效果无从谈起，另一方面由于普通民众基本不具有实施

恐怖犯罪的可能，因此一般预防的必要性也不存在^[1]。本文并不完全赞同这种观点。就特殊预防而言，正如该学者所指出的，暴恐分子为了维持自身及其组织生存的考虑不可能对刑法严厉打击暴恐犯罪的铁拳无动于衷，针对暴恐分子的特殊预防并非全然没有存在的可能，^[1]而且就我国反恐刑法的具体内容而言，部分罪名（如非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪）依然存在相当程度的特殊预防空间；就一般预防而言，尤其是对那些游走在暴恐犯罪边缘的危险分子和不稳定分子要充分发挥刑罚的威慑作用，抑制其犯罪念头，同时对社会一般民众产生警示效果，就此而言，一般预防之必要性不仅存在而且十分显著。本文认为，暴恐犯罪中预防目的之重点应该着眼于一般预防，但在对部分具体罪名进行分析时，依然应当保有特殊预防之目的。但无论如何，即便是以一般预防为重，对于一些情节轻微的暴恐犯罪行为也不可处以过高的法定刑，否则就超出了预防犯罪的目的追求。

同样以“非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪”为例，该罪最高法定刑为三年，最低可单处罚金，在实践中应当根据犯罪时的内外环境及具体情节，对不同的行为作出合理区分，并结合行为人的自身状况，综合考虑各种因素来判断其行为法益侵害的程度，处以与预防犯罪之目的相适应的刑罚。就本罪而言，行为人可能完全称不上一般意义上的恐怖分子，其可能出于好奇心等因素而持有所载内容十分恶劣的相关物品，此时应当以特殊预防为优先考虑，侧重对其个人的惩戒以防止再犯。对于情节轻微的行为人，可处以管制、拘役或者罚金，而不应片面从严，一律处以较高的刑罚，否则有可能导致部分犯罪分子铤而走险，实施更为严重的犯罪。

五、结语

在对严打暴恐犯罪专项行动理性反思的基础上，针对我国的反恐刑事政策应当找到一条合适的贯彻路径。在犯罪论体系目的论转向的背景下，实现反恐刑事政策的刑法化能够使反恐刑事政策

[1] 何荣功：“预防性”反恐刑事立法思考[J]，中国法学，2016（2）：152。

的运行在立法和司法两个层面受到刑法体系的合理限制，有效化解当前反恐刑事政策在贯彻过程中存在的片面从严等问题及其伴生的突破刑法框架之风险；能够使刑法体系在保持自身稳定性的同时，增强应对各种恐怖主义犯罪的灵活性与开放性，使反恐刑事政策在保持自身应变性的同时，

不至于对刑法体系造成不适当的干扰和破坏。这或可成为我国贯彻反恐刑事政策的一条有效路径，对于构建我国的多元化反恐机制，实现中长期反恐目标具有积极意义。

（责任编辑：邵灿灵）

On the Criminalization of China's Anti-terrorism Criminal Policy

Lu Jianxun

Criminal Justice School in Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan

Abstract: At present, China's anti-terrorism situation has been generally stable and controllable. However, the implementation path of the movement-style anti-terrorism criminal policy may have the risk of breaking through the system of dogmatics of criminal law, and it has certain limitations in the realization of medium and long term anti-terrorism goals. Under the background of the crime system of objective rational proposed by Roxin, the criminalization of anti-terrorism criminal policy may be an appropriate implementation path through the methodological transformation of the substantive anti-terrorism criminal policy. As a value goal, anti-terrorism criminal policy must be reflected in the semantics of criminal law provisions in the legislation, and must be recognized as the purpose by the criminal law system in the judiciary, so as to have an impact on the criminal law system while realizing its own criminalization. The criminalized anti-terrorism criminal policy is incorporated into the criminal law system while maintaining its flexibility and adaptability, which is conducive to the realization of the general pursuit of anti-terrorism with the rule of law.

Key words: Anti-terrorism; Criminal policy; Criminalization of criminal policy; Anti-terrorism with the rule of law