

宽严相济刑事政策在恐怖犯罪立法中的贯彻及完善

王光明,武景磊¹

(烟台大学法学院,山东烟台264005)

[摘要] 宽严相济作为我国的一项基本刑事政策,其不仅指导刑事司法,也指导刑事立法。宽严相济之“严”虽然在恐怖犯罪的立法中得以贯彻,但仍存在局限;宽严相济之“宽”与“济”还未受到应有的重视。从应然的角度来看,宽严相济之“严”在恐怖犯罪中应当通过核心罪名的设置、法网的进一步严密以及对顽固恐怖主义犯罪人增设更为严厉的处遇措施等来完善;宽严相济之“宽”可以通过宽严相济刑事政策中“宽”的精神和正当目的下的比例原则对反恐刑法进行立法限制,对共犯脱离者准用自首从而给予特殊的减免处罚,对特殊立功者减免处罚,对“预备行为实行化”类恐怖主义犯罪的预备行为人设置“迷途知返”条款,加强恐怖主义犯罪立法的“行刑衔接”等措施来达致;宽严相济之“济”通过以宽济严、宽严结合、打击与分化并举来实现。恐怖犯罪的立法,应尽量协调与平衡刑法的人权保障与法益保护机能之间的关系,这也是宽严相“济”的应有之义。

[关键词] 宽严相济; 刑事政策; 恐怖犯罪; 立法

[中图分类号] D924 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2022)01-0082-08

DOI:10.13967/j.cnki.nhxb.2022.0011

2019年发生在新西兰与斯里兰卡的恐怖袭击^①再一次刺痛了国际社会的神经。随着恐怖袭击在世界范围内的蔓延与加剧,我国也面临着日趋严重的恐怖犯罪威胁。对恐怖犯罪的刑法规制,相较于西方国家,我国起步的时间比较晚,法律规定也比较粗疏,后来在国际与国内形势日渐严重的双重驱动下,我国刑法不断以修正案的方式对之予以完善。对恐怖犯罪立法调整的理论反思,应当以宽严相济刑事政策作为指导原则。因为宽严相济是我国的一项基本刑事政策,作为基本刑事政策,其应贯穿于刑事立法、刑事司法及刑事执行的整个过程。在指导刑事立法时,我们不仅应以其为标准,对已然立法的规定进行审视,考察其贯彻的现实状况,检讨其是否偏离了应有的立法轨道;我们还应以其为标准,明确未来立法完善的方向及内容。

一 宽严相济刑事政策的定位及内涵

(一) 宽严相济刑事政策的定位

2004年12月,罗干同志在全国政法工作会议上首次提出了宽严相济的刑事政策概念。2005年

12月,罗干同志在全国政法工作会议上进一步明确指出:“宽严相济是我们在维护社会治安的长期实践中形成的基本刑事政策。”在将宽严相济的刑事政策定位为我国基本刑事政策后,社会各界在当时并未对此有不同的意见。然而,2006年10月出台的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)规定:“实施宽严相济的刑事司法政策,改革未成年人司法制度,积极推行社区矫正”。此《决定》出台后,有学者认为宽严相济只是一项刑事司法政策,而不是基本的刑事政策^②。但这种观点随后就被质疑。理论界普遍认为,宽严相济刑事政策是对惩办与宽大相结合刑事政策的继承与发展^③,二者虽然提出的时代不同、表述方法不同、侧重点不同^[1],但却承载着相同的保护社会稳定的历史使命,如同惩办与宽大相结合没有异议地被认为是基本刑事政策一样,作为承继者的宽严相济也应当被认为是基本刑事政策。其不仅适用于所有的犯罪,也适用于所有的犯罪人;其不仅指导刑事司法,也指导刑事立法^[2]。当其指导刑事

[收稿日期] 2021-11-21

[基金项目] 烟台大学研究生科技创新基金重点项目“酌定量刑情节在暴力犯罪死刑裁量中的效用研究”资助(编号:YDZD2135);山东省社会科学规划研究项目“暴力恐怖犯罪死刑裁量研究——以酌定量刑情节在死刑裁量中的效用为中心”资助(编号:14CFXJ20)

[作者简介] 王光明(1976—),男,河南商丘人,烟台大学法学院副教授,博士。

¹ 烟台大学法学院硕士研究生。

司法时,可以将之称为宽严相济的刑事司法政策;当其指导刑事立法时,可以将之称为宽严相济的刑事立法政策;当其指导刑事执行时,可以将之称为宽严相济的刑事执行政策^[1]。综上,应当将宽严相济刑事政策定位为我国的一项基本刑事政策。

(二)宽严相济刑事政策的内涵

宽严相济刑事政策内涵,可以从宽严相济之“宽”、宽严相济之“严”、宽严相济之“济”三方面予以解读。宽严相济之“宽”,是指对犯罪行为轻微者、再犯可能性较小者给予较为宽松的刑事政策,在刑事处遇上施以宽大、宽缓,表现出宽容的姿态。宽严相济之“严”,是指对犯罪行为恶劣者、再犯可能性较大者给予“严格”“严厉”的刑事政策,“严格”即严密刑事法网,当罚则罚;“严厉”即判处较重刑罚,刑罚当重则重^[3]。宽严相济之“济”则强调宽严的协调与结合,对犯罪不仅应当有宽有严,而且宽严之间还要保持平衡与衔接,宽严适度、以宽济严,宽严相济,从而形成宽严的良性互动^[4]。综上,宽严相济刑事政策强调针对不同的犯罪行为及犯罪人,当宽则宽、当严则严、宽严适度,其核心则是针对不同的行为及行为人予以区别对待。

二 宽严相济刑事政策在恐怖犯罪立法中的贯彻

在我国,刑法对恐怖犯罪进行规制的时间始于1997年的《刑法》,后历经《刑法修正案(三)》、《刑法修正案(八)》与《刑法修正案(九)》的修订与补充,形成了比较全面的惩治恐怖犯罪的立法规定。

(一)恐怖犯罪的刑事立法考察

1. 1997年《刑法》。1997年《刑法》第120条规定了“组织、领导、参加恐怖活动组织罪”,同时还规定,如果行为人犯该罪并实施了杀人、爆炸、绑架等其他犯罪行为的,则依据数罪并罚的规定进行处罚。这是恐怖犯罪首次入刑,且刑法仅用一个刑法条文对之进行了规定。

2. 2001年《刑法修正案(三)》。2001年美国发生恐怖袭击之后,国际社会迅速加强反恐刑事立法,为顺应国际潮流,我国也迅速启动反恐立法,于2001年12月29日出台了《刑法修正案(三)》,完善了对暴恐犯罪的立法规定。《刑法修正案(三)》的规定主要包括以下内容:加强对恐怖组织的组织者与领导者的打击力度,升格其法定刑^④;增加“资助恐怖活动罪”,将资助恐怖活动组织或者实施恐怖活动个人的行为设置为独立罪名,不再依共同犯罪进行处理;将恐怖活动犯罪增设为洗钱罪的上游犯罪,从而在经济上对恐怖主义给予打击;增设“编

造、故意传播虚假恐怖信息罪”,以维护社会秩序。

3. 2011年《刑法修正案(八)》。《刑法修正案(八)》对恐怖犯罪立法的完善主要是通过对刑罚制度的修改而实现的,如将恐怖活动犯罪纳入特别累犯的适用范围;对有组织暴力性犯罪增设限制减刑与不得假释的规定;犯罪集团中的首要分子不适用缓刑的规定等。

4. 2015年《刑法修正案(九)》。近几年来,随着世界范围内恐怖活动的加剧,以“东突”“藏独”为代表的恐怖势力在我国制造了一系列的恐怖袭击活动,严重侵害了国家安全、公共安全以及公民人身、财产等的安全。为了应对我国恐怖犯罪的新形势,《刑法修正案(九)》对恐怖犯罪进行了大量的修改及补充,相较以前,此次修改呈现出内容多、范围广、幅度大等特点。具体而言,主要体现在以下几个方面:第一,对“组织、领导、参加恐怖组织罪”增加并处财产刑的内容。第二,扩张“资助恐怖活动罪”的行为方式,使其包括“为恐怖活动培训”予以资助的行为,以及为“为恐怖活动组织、实施恐怖活动或者恐怖活动培训”招募、运送人员的行为,从而将与恐怖犯罪分子可能不构成共犯的帮助行为予以罪犯化,纳入刑法的规制范围。第三,在第120条之一后增加5条,增设了“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”。另外,在刑法第322条偷越国(边)境罪中增加“为参加恐怖活动组织、接受恐怖活动培训或者实施恐怖活动”而偷越的情形。第四,将“拒绝提供极端主义、恐怖主义犯罪证据”的行为纳入拒证罪的处罚范围,以加强对极端主义恐怖主义的打击力度。

(二)宽严相济刑事政策在恐怖犯罪立法中的体现

从前文对恐怖犯罪立法的考察可以看出,我国恐怖犯罪的立法调整是在国际恐怖犯罪日趋严峻与本土恐怖犯罪日趋频繁的双重驱动下进行的,因此呈现出应激性强、随意性大、碎片化突出的特点。若以宽严相济刑事政策为视角予以审视,从1997年恐怖犯罪的初次入刑,到2011年《刑法修正案(八)》的修改,再到2015年《刑法修正案(九)》的大幅完善,其中鲜有宽缓化的规定,相反,无论是从刑法介入的广度上,还是从刑法介入的力度上,都是以“严”作为主基调的。具体表现在以下两个方面,一是严密刑事法网,二是严厉刑事处罚。可以说,刑法

对恐怖犯罪的历次修改都体现出了“趋严、趋重”的精神^[5]。

1. “趋严”(严格)在恐怖犯罪立法中的体现

恐怖犯罪立法中的“趋严”,即严密刑事法网,表现为刑事法网的扩张化及细密化。前者通过延长刑事法网的经线、提前刑法介入的时间来实现,后者通过密织刑事法网的纬线、完善处罚的行为类型来实现。

第一,延长刑事法网的经线以严密法网。从恐怖犯罪的立法路径来看,刑事法网经线的延长主要是通过刑法介入时间的提前而实现,如通过将预备犯既遂化、共犯正犯化,增设抽象危险犯等方法,从而将之前作为例外处罚的预备犯、共犯变为处罚上的常态,也将之前未纳入刑法评价视野的抽象危险犯纳入了处罚的范围。不仅如此,一旦将抽象危险犯纳入处罚范围、将预备犯既遂化与共犯正犯化而规定为独立罪名时,也就意味着这些犯罪(原本作为处罚例外的预备犯、共犯,原本不处罚的抽象危险犯)的预备犯与未遂犯、帮助犯和教唆犯也随之进入了刑法的评价视野,刑事法网中的经线再一次被延长,刑罚的触角进一步向前扩张。此种严密法网的情况比比皆是,如《刑法修正案(九)》从第120条之一到之五所增设的罪名,除“利用极端主义破坏法律实施罪”外,其余均属此种情形。

第二,密织刑事法网的纬线以严密法网。密织刑事法网纬线是通过扩张处罚行为类型而实现的,具体而言:首先,引入新概念以密织刑事法网纬线。如《刑法修正案(九)》引入“极端主义”“极端主义服饰、标志”“极端主义图书、音频视频资料或者其他物品”等新概念,并与特定的行为方式组合起来,直接增加了恐怖犯罪处罚的行为类型,如“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”等。不得不说的是,由于“极端主义”等概念的内涵尚不明确,外延尚不确定,这也为部分性质尚不明确的行为纳入处罚范围提供了法律依据。其次,通过将“外围性”^[6]犯罪纳入恐怖犯罪范围以密织刑事法网的纬线。“外围性”犯罪只是与恐怖活动犯罪具有一定的关联性,其行为本身并不具有恐怖活动犯罪的性质,但刑法将其纳入恐怖活动犯罪的范围,从实质上完善了恐怖活动犯罪的行为类型,这也是恐怖犯罪趋严的一种表现。如《刑法修正案(三)》将恐怖活动犯罪增设洗钱罪的上游犯罪,以期在经济上对恐怖主义犯罪予以打击;《刑法修正案(九)》将“拒绝提供极端主义、恐怖主义犯罪证据”纳入拒证罪的处罚范

围,以期增加公民的刑法义务,在诉讼上给予恐怖主义者以不利后果;在偷越国(边)境中将“为参加恐怖活动组织、接受恐怖活动培训或者实施恐怖活动而偷越国(边)境”的行为规定为犯罪,以期便利对恐怖主义犯罪的打击。

2. “趋重”(严厉)在恐怖犯罪立法中的体现

“趋重”即刑事处罚趋向严厉,主要表现在以下几个方面:

第一,通过修改刑罚配置而严厉处罚^[7]。如《刑法修正案(三)》第120条规定的组织者、领导者的法定刑由原来的3年以上10年以下提升为10年以上有期徒刑或无期徒刑;《刑法修正案(九)》在保持主刑不变的基础上,对第120条增设了财产刑,且将适用模式规定为并处。没有疑问的是,财产刑也是刑事责任的实现方式,当与主刑并科时,其与主刑共同承担刑事责任,如果立法者未改变主刑而单纯在主刑之后增加并科财产刑时,表明刑罚在向趋重的方向发展^[8]。不仅如此,立法在为之后所增设的罪名配置刑罚时,并处财产刑成了立法常态^⑤,从而使恐怖主义犯罪呈现整体趋重的态势。

第二,通过修改刑罚适用而严厉处罚。如《刑法修正案(八)》将恐怖活动犯罪扩充到特殊累犯的成立范围中,特殊累犯较一般累犯的成立条件宽松,这无形中使恐怖犯罪的刑罚趋向严厉。再如,《刑法修正案(八)》增加了死缓限制减刑制度^⑥。据此,对于有组织的暴力恐怖犯罪而被判处死缓的犯罪分子,人民法院可以根据其犯罪情节等情况决定对其适用限制减刑。一旦适用限制减刑,犯罪分子在二年考验期满后如果减为无期徒刑的,其减刑以后在监狱里实际执行的刑期不得少于25年,相较于不适用限制减刑的13年提高了很多;犯罪分子在二年考验期满后如果减为25年有期徒刑的,其减刑以后在监狱里实际执行的刑期不得少于20年,相较于不适用限制减刑的12.5年也是提高了很多。这些刑罚处遇措施的修改,使恐怖活动犯罪的刑罚逐渐趋向严厉。

第三,通过严密法网而严厉处罚。刑法为严密恐怖犯罪的法网而把预备犯既遂化、共犯正犯化,将之规定为独立罪名,并配置了独立且较重的法定刑。如《刑法》第120条之一、之二、之三规定的“帮助恐怖活动罪”“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”,其基本犯的法定刑高达5年有期徒刑,且并处罚金,情节加重犯的法定刑更是高达15年有期徒刑,且并处罚金。如此的立法意味着部分原本按照预备犯或者帮助犯(从

犯)可以减轻乃至免除处罚的行为,现在按照《刑法修正案(九)》则不可能免除处罚^[9]。这也折射出了恐怖犯罪立法的趋重趋势。

三 宽严相济刑事政策在恐怖犯罪立法中的完善

一如前述,宽严相济刑事政策在恐怖犯罪中贯彻的主基调为“严”,虽然体现宽严相济刑事政策要求,但也明显存在不足。就目前而言,我国的反恐怖主义犯罪尚未形成体系化格局,未来的立法修改仍有“严”贯彻的空间。除却“严”之外,今后立法更应强调宽严相济之“宽”与宽严相济之“济”,从而使恐怖犯罪的立法不仅当宽则宽、当严则严,而且实现宽与严的配合、衔接与平衡,形成宽严的良性互动。在恐怖犯罪立法中贯彻宽严相济的刑事政策,一方面可以避免对恐怖犯罪一味地趋重趋严从而导致“越反越恐”的困境^[10],避免因过度犯罪化而导致泛刑化与重刑化的误区。另一方面,立法上对宽严相济刑事政策的贯彻,特别是“以宽济严”的贯彻,可以起到分化、瓦解恐怖犯罪组织的作用,更好地服务于对恐怖犯罪的打击与对公民权益保障的目的^⑦。

(一) 宽严相济之“严”在恐怖犯罪立法中的强化

1. 恐怖犯罪的刑事法网可以更加严密。从我国恐怖活动犯罪的发展形势来看,刑法对恐怖犯罪规制的严密性仍可加强,表现在以下两个方面:

第一,恐怖主义犯罪核心罪名的增设。《刑法修正案》的历次修改主要是将恐怖犯罪的预备犯既遂化、共犯正犯化,或者增设行为类型以严密法网,但恐怖犯罪的核心行为却一直未被规定为独立的罪名,而只能按照故意杀人罪、爆炸罪、放火罪等普通罪名定罪量刑,难以体现恐怖犯罪的特殊性,也不利于对恐怖犯罪分子有的放矢地适用一些刑罚处遇措施。因此,刑法有必要将具有暴力性、破坏性的恐怖犯罪行为结合特定目的予以独立规定,以便于特殊处遇措施的规定及适用,从而收到更好的特殊预防效果。

除此外,还可以考虑增设走私、贩卖、运输宣扬恐怖主义、极端主义物品罪以全面打击运转涉恐物品行为;增设实施恐怖主义行为罪以规制个体“独狼”式恐怖主义袭击行为;增设包庇、纵容恐怖活动组织罪以强化立法者从严打击涉恐犯罪意图和维护刑法典内部体系性、协调性^[11]。

第二,继续严密恐怖犯罪的刑事法网。刑事法网的严密依然需要前已述及的延长恐怖犯罪刑事法网的经线与纬线两种方式来推进,如将进入我国境

内发展恐怖组织成员的行为、对恐怖组织人员包庇及纵容的行为、引诱或强迫他人参加恐怖组织或接受恐怖训练的行为、以信息网络为对象进行攻击制造恐怖氛围的行为纳入刑法规制范围。从危害性上而言,上述行为都达到了刑罚处罚的程度,恐怖犯罪的危害非常严重,刑法作为公民利益的保护者,没有理由等到法益被实实在在侵害之后再介入。从必要性上而言,恐怖犯罪组织都有一个从小到大、从低级到高级的发展过程,恐怖犯罪分子也往往会经历由最初的不坚定者发展为坚定者再到最后的顽固者,而顽固者对恐怖主义犯罪思想极度迷恋,并将所实施的恐怖活动视为“高尚的事业”。如果刑法待恐怖组织“发展壮大”后再予以打击,待恐怖分子发展为顽固分子后再予以规制,则难以实现现代国家对公民利益保护的目标。另外,恐怖犯罪对国家及公共安全的威胁是传统犯罪所无法比拟的,特别是基于政治、宗教或者民族问题而生的恐怖主义犯罪,其不仅会对公民个人的安全造成危险,还可能会衍生出政治危险,进而对国家安全带来威胁。一种犯罪,如果其对社会或国家的威胁越大,公众对此产生的不安感就越强,国家权力介入的必要性就越高,立法上就越容易采取积极应对的策略,刑法的防线就会向外扩张,刑法就会由事后的自由刑法逐步向事前的预防刑法转变^[12]。追求预防效果的预防刑法注重“打小打早”,会通过降低门槛的方法扩张处罚范围,严密刑事法网,以期收到理想的预防效果^[13]。

2. 恐怖犯罪的处遇措施可以更加严厉。恐怖主义犯罪人有不同类型,如有对恐怖主义、极端主义极度迷恋,对其理念极度狂热的顽固恐怖主义犯罪人,也有的是因年龄小、意志薄弱、经济贫困等原因而被恐怖主义所蛊惑而加入恐怖组织的轻微恐怖主义犯罪人^[14]。对于前类犯罪人,其刑罚处遇可以更严厉。

第一,对于被判处死刑缓期两年执行的恐怖分子可增设终身监禁。虽然刑法学界对于终身监禁的性质还存在争议^⑧,但是其所适用的对象是没有争议的,即被判处死刑缓期两年的犯罪分子,如果根据其犯罪情节及悔罪表现等,对其适用普通死缓乃至限制减刑的死缓仍难以实现报应及预防目的的,可以适用不得减刑不得假释的终身监禁。顽固的恐怖犯罪分子,由于对恐怖主义思想的极度迷恋,有的表现出对恐怖主义犯罪活动的狂热追求,甚至不惜以自杀的方式进行恐怖袭击;有的将过去被定罪判刑的经历作为炫耀的资本,变本加厉地实施恐怖犯罪活动。因此,他们实施恐怖犯罪的危害性及人身危

险性都很大,故而,可以对之增设不得减刑不得假释的终身监禁,从而收到较好的报应及预防之效。

第二,完善相关罪名财产刑和资格刑的配置。与恐怖犯罪相关的罪名绝大多数都配置了财产刑,但危害性较重的“组织、领导、参加恐怖组织罪”的法定刑并未配置财产刑。无论是从该罪的危害性程度、实施该罪所需的经济支持,还是从罪刑均衡原则和刑法整体性原则来看,其都有必要配置相应的财产刑。鉴于恐怖主义犯罪通常是针对政府的合法性与社会的稳定性而实施的恐怖行为,一般都具有极强的政治目的和意图。故而,为了践行严厉打击恐怖主义犯罪的立法精神和有效地治理恐怖主义犯罪,应当在“宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪”与“强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪”两个罪名中增设剥夺政治权利的规定。

第三,从刑事立法层面激活安置教育制度。《反恐怖主义法》第30条^⑨对恐怖主义犯罪安置教育制度的内容进行了一定程度的规定。虽然安置教育的积极作用不可否认,但也如学者所言,因该制度设置还存在问题,与实践适用存在差距,故而其几乎没有发挥实践作用^[15]。鉴于安置教育制度在制度设置、政策诉求、价值观念上与“保安处分”制度的相似性,为了充分发挥其对刑罚的补充作用,确保有效执行,应当将其明确规定进刑法规范中。具体而言,一方面在刑法总则中对安置教育制度的运行程序、适用主体进行明确,对该制度的适用时间、适用流程、适用主体进行细化;另一方面,通过罪犯的犯罪行为、改造效果、监狱意见、社区建议等多个内容构建罪犯人身危险性判断标准^[15]。

(二) 宽严相济之“宽”在恐怖犯罪立法中的运用

首先,恐怖犯罪的成因复杂,且往往与政治、民族、宗教等问题密切联系,如果单一采取严厉的刑事政策,可能会引发民族与宗教矛盾,陷入“越反越恐”的危机。其次,恐怖犯罪往往参与者甚众,如前所述,众多的参与者往往可以划分为不同的类型,对于因被胁迫、被诱骗等因素而加入恐怖组织的犯罪人以宽缓的刑罚处遇,则是宽严相济中“宽”的应有之意。再次,为了更好地分化瓦解恐怖组织,也可以在刑法中规定一些特殊的减免规定与立功规定,以宽缓的政策感召踏上犯罪道路的人回头。

1. 以宽严相济刑事政策中“宽”的精神和正当目的下的比例原则对反恐刑法进行立法限制。尽管恐怖主义犯罪具有比较严重的社会危害性,但在该领域的立法也应当保持理性。正如我国刑法学者所

言,刑事立法应当秉持理性的犯罪观,坚持适度犯罪化与适度非犯罪化相结合的立场,不仅要继续坚持适度犯罪化的方向,还要坚持适度非犯罪化的方向^[16]。故而,在恐怖主义犯罪的立法上,应从两个层面对其予以适当限制。具体而言,一方面应充分发挥宽严相济刑事政策中“宽”的作用,对那些可以通过《反恐怖主义法》《网络安全法》等行政法规予以规制的行为,应当排除于《刑法》之外;另一方面,应充分发挥正当目的下的比例原则对恐怖主义犯罪立法的检视作用,比如考虑通过行政处罚的方式对情节不严重的强制穿戴行为予以出罪,从而限制强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪的适用^[17]。

2. 对共犯脱离者适用特殊的减免情节。共犯脱离是指在共犯关系成立后,犯罪行为完成以前,部分共犯人出于自己的意志切断了与其他共犯人的关系,从而从共犯关系中脱离出来,而其他共犯人仍继续实施并完成了犯罪的情形^[18]。虽然共犯脱离者出于自己的意志将犯罪行为停止下来,但由于其并未有效防止危害结果的发生,故单纯的脱离行为不能成立犯罪中止,按照我国刑法规定,脱离者的行为并不是法定的从宽处罚情节。恐怖犯罪的实施多以共同犯罪的形式出现,其中不乏盲从者、被胁迫或被诱骗而参与者,当他们一旦认清了恐怖主义的实质之后,往往会退出所参与的恐怖组织,或者退出所参与的恐怖行为,而恐怖犯罪的组织性又使得退出者难以有效避免危害结果的发生,退出者成立犯罪中止获得宽宥的可能性几乎为零。但是,反恐工作具有极度的复杂性,若对退出者或者说共犯脱离者给予更为优惠的宽缓政策,类推适用中止犯减免处罚的规定,鼓励他们踏上“架设后退的黄金桥”,则可以起到瓦解分化恐怖组织的作用,有利于对恐怖犯罪的打击。基于此,立法应发挥刑法规范的指引功能,故建议对共犯脱离者增设类推适用中止犯减免处罚的规定。

3. 对立功者适用特殊立功规定。一般而言,恐怖犯罪组织隐蔽性强、严密性高,侦查机关往往难以抓获恐怖犯罪组织的核心人物,即恐怖犯罪中的组织者与领导者。为了彻底摧毁恐怖组织,对其应采取“放蜂捉王”的策略,在恐怖活动犯罪中设立特别立功制度,将配合侦查机关查获恐怖犯罪中组织者与领导者的犯罪分子,给予特别立功奖励,对其适用特别减轻或者免除处罚的规定^[19],对于犯罪行为轻微的犯罪分子,还可以做除罪化处理,不将其行为认定为犯罪。这种“放蜂捉王”的特别立功政策为那

些因受他人欺骗、蛊惑、好奇、恐吓等原因而涉恐不深的行为人以出罪的机会,也可以让侦查机关集中力量有效打击恐怖组织,铲除“蜂王”。

4. 对“预备行为实行化”类恐怖主义犯罪的预备行为人设置“迷途知返”条款。虽然我国恐怖主义犯罪刑事立法以“预备行为实行化”的方式,严密了刑事反恐的法网,有利于确保对恐怖主义犯罪“打早打小”。但是,有的行为人是因文化程度低、辨别能力弱、好逸恶劳、贫困或受人蛊惑才加入到准备实施恐怖主义活动中的。当行为人意识到行为的性质而放弃继续行为或阻止其他人继续行为时,表明行为人的危险人身危险性、主观恶性明显降低,甚至已经消除了其创设的风险。此外,澳大利亚、德国、哈萨克斯坦、白俄罗斯等国家在类似情况的处理上,都规定了刑事责任减免条款^[20]。基于此,应借鉴这些国家的立法经验,对“预备行为实行化”类恐怖主义犯罪的预备行为人设置“迷途知返”条款。

5. 加强恐怖主义犯罪立法的“行刑衔接”。具体而言,可以根据网络恐怖主义行为的特点增设《网络恐怖主义法》,与《反恐怖主义法》《网络安全法》一并构建恐怖主义行为行政规制体系,将危险较小且现实发生可能性较小的恐怖主义行为交由相关行政法规制,从而分流出一部分罪名。此外,对恐怖分子跨境流动行为,可借鉴英国的立法模式,通过加强和细化相关行政立法,来避免过度犯罪化。具体而言,一方面可以通过出台具体的入境限制细则、明确“保留证件”的适用期限以及完善入境限制措施的司法审查,来补充我国《反恐怖主义法》对恐怖分子出入境的限制措施;另一方面可以考虑通过对《国籍法》或《反恐怖主义法》的修改,引入剥夺国籍制度,对跨境的恐怖主义分子剥夺国籍^[21]。

(三) 宽严相济之“济”在恐怖犯罪立法中的彰显

宽严相济之“济”强调“宽”与“严”的协调与平衡,从而使宽严形成良性互动关系。由于恐怖犯罪的日益严峻,如何使宽严相“济”在刑事立法中得以贯彻,就显得尤为重要。

1. 宽与严相结合,打击与分化并举,特别强调“以宽济严”,从而形成宽严的良性互动。如前文所述,宽严相济之“严”在立法中的实现侧重于法网的严密及对顽固恐怖主义犯罪人以更严厉的处遇措施,重在打击;宽严相济之“宽”在立法中的实现侧重于对危险性小的犯罪人以更为宽缓的刑罚处遇措施,并藉此瓦解恐怖组织,重在分化与预防。宽严相济刑事政策在恐怖犯罪中的立法实现,将打击与分

化结合起来,特别是“以宽济严”使得侦查机能更好的集中力量打击恐怖组织中的“大人物”,形成宽严的良性互动。

2. 保持人权保障与法益保护之间的协调与平衡,这是宽严相“济”在恐怖犯罪立法中的应然要求。恐怖犯罪的立法进程是刑法介入时间不断提前的进程,也是犯罪圈不断扩大的进程。伴随着犯罪圈的扩张,大量的抽象危险犯被创设。这种通过增设抽象危险犯来扩展恐怖犯罪边界,将恐怖犯罪消灭在萌芽阶段的做法,是当今社会的时髦做法。但我们也应认识到,犯罪圈的扩大与缩小并不是一个孤立的立法问题,而必须与一个国家的法治体系相适应。在西方国家,其“大犯罪圈”的立法体例有“限缩的司法模式”制度相支撑,立法上的“大犯罪圈”有利于对法益的保护,司法上的限制处罚有利于人权的保障,二者相得益彰,能较好地实现法益保护与人权保障之间的协调与平衡。与此相对应,我国在立法上采取违法与犯罪相区分的二元模式,立法体系呈现为“小犯罪圈”的限缩模式,二者同样能够相得益彰。不同于西方国家的是,在我国的法治体系下,法益保护与人权保障间的协调与平衡完全需要依赖立法来实现,如果不顾及我国的实际情况而在犯罪化的道路上“一路狂奔”,则势必会导致法益保护与人权保障间的失衡。正是基于此,不少学者都认为《刑法修正案(九)》所增设的“强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪”有过度犯罪化的嫌疑^[22]。虽然黎宏教授认为可以通过实质判断的方法,即行为是否具有抽象危险,必须放在特定的时空环境下考虑,抽象危险犯的成立,必须要有法定的足以造成法益侵害的行为事实来限缩抽象危险犯的成立范围^[23]。但这已经超越了立法实现的范畴。另外,西方国家的“大犯罪圈”立法体系有大量的轻型处罚措施相配合,即便降低入罪的门槛,也不会导致公民遭受不合比例的严厉处罚。而反观我国近年来的立法,其修正的重心仍是不断的犯罪化与不断的重刑化,刑罚轻缓化的努力还远远不够,如果此时大规模地扩大犯罪圈,将会导致公民承担过重的刑事处罚,从而破坏法益保护与人权保障间的平衡关系。基于上述情况,在现阶段,我国刑法为适应恐怖主义与极端主义的新形势而进行适当的调整与扩大是必要的,但立法在扩张时仍应坚守我国刑法在法律体系中的保障法地位,刑法的最后手段性仍应被强调,切不可为了追求安全与预防效果而将刑罚作为首选。这是宽严相济之“济”对刑事立法的内在要求,也是其在恐怖犯罪立法中应然实现的目标。

注释:

①截止2019年4月23日,发生在斯里兰卡的连环爆炸袭击事件造成320多人遇难,500多人受伤。斯里兰卡国防部长表示:“这次袭击事件是极端分子对上月新西兰清真寺枪击案的报复。”从新西兰到斯里兰卡,残暴的血腥事件也向全世界警示着极端主义、恐怖主义的危害。参见李亚洲、苑基荣、魏辉:《斯里兰卡反思连环爆炸惨剧》,《环球时报》2019年4月24日第16版。

②有学者认为,宽严相济作为我国新时期的刑事司法政策,它表明了我国新时期刑事司法政策的新发展,必将推动我国司法理念、司法机制乃至司法体制的鼎故革新。参见江必新:《宽严相济——新时期我国刑事司法政策之理性抉择》,《人民司法》2007年第21期第12页;还有学者认为,区别于西方“轻轻重重”刑事政策兼具指导刑事立法和刑事司法的作用,我国的“宽严相济”刑事司法政策无法指导刑事立法改革。参见陆诗忠:《宽严相济刑事政策之基本问题研究——对相关传统话语的批判性考察》,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2010年第3期第120页。

③宽严相济刑事政策与惩办与宽大相结合刑事政策到底是一脉相承的同一刑事政策?还是与之形似但神非的一种新的刑事政策?对此理论界有不同观点。笔者赞同后一种观点,理由参见刘华:《宽严相济刑事政策的科学定位与司法适用》,《法学》2007年第2期第21-23页。

④即由原来的3年以上10年以下有期徒刑升格至10年以上有期徒刑或者无期徒刑。另外,即使组织者与参加者没有直接参加恐怖组织的故意杀人、爆炸等法定最高刑为死刑的犯罪行为,根据我国刑法关于共犯的规定,其法定最高刑也可以是死刑。

⑤只有第120条之六规定的“非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪”是个例外,其配置的是并处或单处罚金。

⑥《刑法》第50条第2款规定:“对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子,人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。”

⑦有学者认为,宽严相济在现时代的意义应强调“以宽济严”。参见刘仁文:《宽严相济的刑事政策研究》,《当代法学》2008年第1期第25-26页。

⑧如有的学者认为其是介于死刑立即执行与纯粹死缓之间的一种“中间刑罚”。参见黄京平:《终身监禁的法律定位与司法适用》,《北京联合大学学报(人文社会科学版)》2015年第4期第98页。有学者认为其是与现有死缓有别的一种死刑执行方式。参见黎宏:《终身监禁的法律性质及适用》,《中国检察官》2016年第17期第80页。亦有学者认为其只是死缓的一种特殊执行方法。参见黄永维、袁登明:《〈刑法修正案(九)〉中的终身监禁研究》,《法律适用》2016年第3期第37页。还有学者认为其只是“不得减刑、假释”的同位语,是死缓适用的一种情形。参见张明楷:《终身监禁的性质与适用》,《现代法学》2017年第3期第78页。

⑨该条规定:“对恐怖活动罪犯和极端主义罪犯被判处徒刑以上刑罚的,监狱、看守所应当在刑满释放前根据其犯罪性质、情节和社会危害程度,服刑期间的表现,释放后对所居住社区的影响等进行社会危险性评估。进行社会危险性评估,应当听取有关基层组织和原办案机关的意见。经评估具有社会危险性的,监狱、看守所应当向罪犯服刑地的中级人民法院提出安置教育建议,并将建议书副本抄送同级人民检察院。”

[参考文献]

- [1] 马克昌. 论宽严相济刑事政策的定位[J]. 中国法学, 2007(4):117-122.
- [2] 赵秉志. 宽严相济刑事政策视野中的中国刑事司法[J]. 南昌大学学报(人文社会科学版), 2007(1):1-8.
- [3] 赵秉志. 和谐社会构建与宽严相济刑事政策的贯彻[J]. 吉林大学社会科学学报, 2008(1):5-21;159
- [4] 陈兴良. 宽严相济刑事政策研究[J]. 法学杂志, 2006(2):24-29.
- [5] 刘仁文. 中国反恐刑事立法的描述与评析[J]. 法学家, 2013(4):45-55;176.
- [6] 陈忠林. 我国刑法中“恐怖活动犯罪”的认定[J]. 现代法学, 2002(5):24-31.
- [7] 赵秉志, 商浩文. 论我国恐怖活动犯罪刑法制裁体系及其完善[J]. 新疆警察学院学报, 2015, 35(1):3-7.
- [8] 李洁. 罚金刑之数额规定研究[J]. 吉林大学社会科学学报, 2002(1):64-73.
- [9] 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, 38(1):23-36.
- [10] 贾银生. 论反恐的刑法困境与出路[J]. 绵阳师范学院学报, 2015, 34(4):15-21.
- [11] 闻志强. 总体国家安全视域下反恐刑事立法检视与应对[J]. 南海法学, 2021, 5(4):32-40.
- [12] 何荣功. “预防性”反恐刑事立法思考[J]. 中国法学, 2016(3):145-163.
- [13] 陈兴良. 犯罪范围的扩张与刑罚结构的调整:《刑法修正案(九)》述评[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2016, 34(4):179-188.
- [14] 杜邈, 徐雨衡. 宽严相济在惩治恐怖主义犯罪中的运用[J]. 政法论坛, 2008(1):124-130.
- [15] 梁苏琴, 赵运锋. 恐怖主义犯罪立法评析与问题检视[J]. 铁道警察学院学报, 2021, 31(5):75-82.
- [16] 赵秉志. 中国刑法立法晚近20年之回眸与前瞻[J]. 中国法学, 2017(5):47-68.
- [17] 戴小强. 我国反恐刑法的限制模型[J]. 四川警察学院学报, 2020, 32(5):77-86.
- [18] [日]大谷实. 刑法总论[M]. 黎宏, 译. 北京:法律出版社, 2003:349.
- [19] 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):103-115;154-155.

- [20] 王胜华. “预备行为实行化”的立法检视与反思:以“准备实施恐怖活动罪”为论域[J]. 石河子大学学报(哲学社会科学版),2020,34(2):42-51.
- [21] 罗钢,陈正湘. 防治恐怖分子跨境流动的英国立法及启示[J]. 湖北警官学院学报,2022,35(1):26-36.
- [22] 赵秉志,袁彬,郭晶. 反恐刑事法治的理性建构:“我国惩治恐怖犯罪的立法完善学术座谈会”研讨综述[N]. 法制日报,2015-03-25(12).
- [23] 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出发[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版),2015,36(6):84-95;199.

Implementation and Perfection of Criminal Policy of Tempering Severity with Leniency in Terrorist Crime Legislation

WANG Guang-ming, WU Jing-lei
(Yantai University, Yantai 264005, China)

Abstract: As a basic criminal policy of our country, the combination of leniency and severity not only guides criminal justice, but also guides criminal legislation. Although the “strictness” of the combination of leniency and strictness has been implemented in the legislation of terrorist crimes, there are still limitations; the “leniency” and “economics” of the combination of leniency and strictness have not received due attention. From a natural point of view, the “strictness” of combining leniency with strictness in terrorist crimes should be improved through the establishment of core charges, the further tightening of the legal network, and the addition of more severe punishment measures for stubborn terrorist criminals; The “leniency” can be used to restrict the anti-terrorism criminal law through the spirit of “leniency” in the criminal policy and the principle of proportionality under the legitimate purpose of the criminal policy. The accomplices who have escaped can be allowed to surrender so as to give special relief and punishment, and those who have made special meritorious deeds have been reduced or exempted from punishment, set up the “return from lost way” clause for the preparatory perpetrators of “preparatory acts” category of terrorist crimes, and strengthen measures such as “connection of executions” in the legislation of terrorist crimes; Strictness, combination of leniency and strictness, and simultaneous attack and differentiation are realized. The legislation of terrorist crimes should try to coordinate and balance the relationship between the protection of human rights and the protection of legal interests in criminal law.

Key words: tempering severity with leniency; criminal policy; terrorist crime; legislation

(本文编辑:刘衍永)