

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2017.02.009

欢迎按以下格式引用:赵天水. 法治视野下打击恐怖犯罪的立法原则探索——以反恐法草案为例展开分析[J]. 重庆大学学报(社会科学), 2017(2):89-96.

Citation Format: ZHAO Tianshui. Legislative principles to combat terrorist crimes under the rule of law; In an example to analyze the draft of Anti-terrorism Law[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2017(2):89-96.

法治视野下打击恐怖 犯罪的立法原则探索 ——以反恐法草案为例展开分析

赵天水

(天津财经大学 法学院,天津 300222)

摘要:法治是构建社会主义法制的目标,打击恐怖犯罪的立法活动理应纳入法治框架之内进行探讨;法治是权衡自由与秩序、权利与权力之间关系的艺术,打击恐怖犯罪的立法活动需要权衡好自由与秩序、权利与权力之间的关系。维持自由与秩序“各占一半”的均衡式法治思维忽视了打击恐怖犯罪的阶段性特征,故不可取。而权衡式法治思维照应到反恐的阶段性特征,值得倡导。打击恐怖犯罪的立法原则有遵循宪法原则、秩序维持原则、权利保障原则和科学性原则。《中华人民共和国反恐怖主义法(草案)》整体显现出“厉性有余、柔性不足”的特点,其依赖权力强行维持秩序的极端观念与法治理念相悖,亟需运用权衡式法治思维予以矫正。

关键词:法治;权衡;自由;秩序;反恐草案**中图分类号:**D924.11**文献标志码:**A**文章编号:**1008-5831(2017)02-0089-08

《中华人民共和国宪法》第5条规定:中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。作为对人治的否定,法治是构建社会主义法制的目标。诚如美国法学家富勒所言,“法律是使人的行为服从规则治理的事业”。自由和秩序是法治的重要内容,“历史表明,法治的生成是一个长期的实践过程,内蕴着自由与秩序、稳定与变革、一般与个别、法律与情理等诸多矛盾。其中,自由与秩序的冲突与协调源于人类本性,是法治运行中最根本的矛盾”^①。法治的获得仰赖自由与秩序之间相互制约。当下,在严厉打击恐怖犯罪之际,我们亟需警惕以维持秩序为名践踏自由的悲剧的发生^①。每位公民都是潜在的犯罪嫌疑人,治理恐怖犯

修回日期:2016-12-20

基金项目:中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“抽象事实认识错误的解决方法新论”(15XNH013)

作者简介:赵天水(1988-),男,山西临汾人,天津财经大学法学院讲师,中国人民大学法学博士,主要从事经济刑法、网络犯罪、反恐犯罪研究,shuijingwolf@163.com。

^①虽然中国目前缺乏反恐方面的专门立法,但在打击恐怖犯罪时理应保持理性。域外极力维持秩序的立法规定能够给予我们相应的启示:美国在“911”事件之后颁布的《爱国者法》《军事命令:反恐战争中对特定非公民的拘留、待遇和审判》等都恐怖活动犯罪嫌疑人正当权利进行了限制。2012年12月英国的《2001年反恐怖主义、犯罪与安全法案》的规定亦是如此。这些限制个人自由的规定严重践踏了犯罪人的正当权利。参见张金铁《国际反恐与人权保障的平衡》(《天水行政学院学报(哲学社会科学版)》2013年第3期47-51页);郭理蓉《反恐与人权保障》(《人民检察》2006年第3期11-14页);谢佑平、宋远升《反恐与国际刑事司法准则的底限》(《环球法律评论》2009年第4期134-146页);李麒《国家安全与人权保障——以美国反恐法制为中心》(《东吴法律学报》2011年第3期1-49页)。

罪与我们每个人的切身利益息息相关,因而应将治理恐怖犯罪置于法治框架内予以讨论,这也是建设社会主义法治国家的题中之义^②。

一、法治:权衡自由与秩序的艺术

“人生而自由,却无往不在枷锁之中”。个人自由的行使应该有所节制,只有在不侵犯他人时,才能保障每个人在有序中继续持有自由。维持秩序的权力则来源于个人让渡给国家的那部分自由——个人期待依此继续持有个人自由——并最终形成集体自由,即权力。追溯有关个人自由与集体自由的论述,英国著名哲学家以赛亚·伯林认为,可以将自由划分为积极的自由与消极的自由。自由与限制相对,最小的限制意味着最大范围的自由。只有当自己控制自己并且对自己限制最小时,才能保障自由的最大化。对“谁可以控制我”的回答,称之为“积极的”或者“正面陈述的”自由;对“我应该被限制到什么程度”的回答,则称之为“消极的”或者“反面陈述的”自由。后来,伯林对“积极的自由”概念进行修正后认为,“积极的自由”既然是“理性的自我”对“意志的自我”的统治,那么可以将其从个人层面升华到社会层面,即在社会结构中,就应该由那些具有更多理性的人来统治那些具有较少理性的人,从而对管理社会的权力予以分配。至此,伯林所谓的“消极的自由”是对个人意志自由的关怀,尊崇权利,即为自由;而“积极的自由”乃是对集体自由的关注,推崇权力,诚是秩序。

(一)秩序的维持:权力

国家维持秩序,实质上是强制权的体现。自由社会中将强制之垄断权赋予国家,进而保障公民个人私域免遭他人的干预,其以众所周知的规则为依据,因而成为有助于个人追求其自己目标的工具^[2]。虽然强制以一定的规则为根据,然而公权力具有天然的扩张性,“既然世界上发生着的一切变化是趋向于加强社会的权力而减弱个人的权利,可见这个侵蚀就不是那种趋于自动消失的灾祸,相反是会增长得愈来愈可怕的”^[3]。当然,权力的行使并不必然导致权利会受到侵犯,我们只是需要时刻警惕国家以维持秩序的名义而滥用权力。

(二)自由的保障:权利

自由首先意味着自主,注重的是在依照自己的意志行事时,能够最小限度地受到外界的干扰,在与外界的互动中处于一种被动关系。自由注重个人意志,是对个人权利的伸张,“最重要的不是我的理性,而是我的意志;我的意志应该成为我的主宰;任何外来的东西,只要它阻碍了我的意志,就应该被清除掉,清除得越彻底越好”^[4]。自由乃是对个人权利的偏爱。当然,行使自由亦有一定的限度^③。

(三)法治的真谛:权衡的艺术

“秩序是自由的保证,自由是秩序的根据,没有秩序,自由就无从谈起;不是为了自由,秩序的价值就不完整”^[5]。通过权衡自由与秩序,从权利与权力的相互制约中寻求法治所追求的治理状态^④。在打击恐怖犯罪的过程中,自由与秩序之间的矛盾更加突出,“恐怖犯罪给现代民主社会带来的困境在于:如何在人权保障与秩序维护之间进行权衡。我们经常会碰到这样的问题:究竟是人权保障优先,还是打击恐怖犯罪优先”^[6]。法治的真谛在于权衡自由与秩序二者之间的关系,而非均衡。自由与秩序、权利与权力“各占一半”的期待,在难以实现之余,也难言它是法治。均衡式的法治思维忽视了对具体情境的考察,只能说其是一种浪漫式的期许和不切实际的幻想。因此,在对恐怖犯罪进行治理时,权衡自由与秩序、权利与权力就成为合理的期许,应该根据打击恐怖犯罪过程中的不同阶段合理分配“砝码”而非脱离现实机械式地维持均衡。在某一阶段中,如果现实过于强调自由(抑或秩序),造成自由与秩序、权利与权力之间严重失衡的不合理状

^②在2005年举行的第18届国际刑法学大会上,部分专家指出,打击恐怖犯罪应该坚守法治、人权和理性立场,尤其应重视嫌疑人的正当权利问题。参见赵秉志《中国反恐立法专论》(中国人民公安大学出版社2007年版第474页)。

^③中国宪法已经明确规定,公民行使自由的范围存在限度,并非无节制。如《中华人民共和国宪法》第51条规定:中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。

^④国内部分学者以及相关部门很早之前已经意识到这一点。陈士球大使在2002年8月13日联合国第54届促进和保护人权小组委员会会议演讲中指出,打击恐怖犯罪与人权保障之间相辅相成、互不排斥,消除和制止恐怖犯罪应以维护和促进人权与基本自由为出发点和归宿。

态,那么就需要基于权衡式法治思维的要求适当增加秩序(抑或自由)的比重。笔者并不排斥均衡式的法治状态,只是不赞成均衡式的法治思维。倘若在自由与秩序、权利与权力之间处于均衡状态时最能达致有效的治理效果,此时均衡状态就是权衡后的最佳结果。在缺乏法律予以规制而《中华人民共和国反恐主义法(草案)》(以下简称“反恐法草案”)又亟待“转正”的当前阶段,为了在法治视野下取得打击恐怖犯罪的最佳效果,最需要探讨的就是打击恐怖犯罪的立法原则。

二、打击恐怖犯罪的立法原则

打击恐怖犯罪的手段多样,根据中国国情,只有据法而治,运用法律手段而非战争手段反恐,才符合法治理念。“世界范围内的反恐斗争实践表明,以法治理念为基础,通过刑事司法途径惩治恐怖犯罪是理性而正确的选择”^[7]。“有法可依”是打击恐怖犯罪的前提,积极推动反恐方面的立法工作,可以为合理而有效地打击恐怖犯罪活动奠定坚实的基础。反恐立法应该遵循相应的立法原则,依照法治观念设定立法原则,就可以在立法原则的指导下保障反恐措施取得最佳的法律效果以及社会效果。立法原则的选择,既应该从国内法中汲取,亦应该顾及到相关国际公约的精神,“反恐、惩治恐怖主义犯罪只能在包括国际法和国内法在内的法律框架内进行,必须在以不损害人类享有的基本价值的前提下进行”^[8]。《中华人民共和国立法法》总则中的部分条款对立法工作中所应坚守的立法原则进行了规定:即遵循宪法原则、秩序维持原则、权利保障原则和科学性原则^⑤。这四个原则对所有立法工作都有指导意义,打击恐怖犯罪的立法工作亦不例外。

(一)遵循宪法原则

《中华人民共和国宪法》第5条第3款、《中华人民共和国立法法》第87条都对宪法在法律位阶中的最高地位予以了确认。宪法作为母法、“法中之法”,其对反恐立法的影响主要体现在两个方面:(1)反恐立法应以宪法为根据。这是对立法中权利与义务范围的规定,彰显出宪法对立法形式范围的影响。即反恐立法中所设定的权利、义务范围应该严格依据宪法规定进行,不能溢出宪法对权利、义务范围的规定而任意设定权利和义务。(2)反恐立法不得同宪法规定相抵触。这是对立法内容的规定,显现出宪法对立法实质内容的影响。即反恐立法中所规定的权利和义务虽然在宪法规定的范围内,但仍需对权利和义务的内容进行深入考察。反恐立法中所规定的权利、义务内容不得与宪法所规定的权利、义务内容相冲突,否则,相冲突的部分无效。遵循宪法原则是反恐立法过程中所应坚守的首要原则。

(二)秩序维持原则

维持秩序是国家的权力和责任,恐怖犯罪严重的社会危害性,给法治建设和国家公信力造成极大的破坏。囿于恐怖犯罪的特殊性,基于维持秩序的需要,在特定情形下对个人权利进行限制,也就是合理的诉求。刑法第66条有关恐怖活动犯罪“特别累犯”的规定、刑事诉讼法第20条(中级人民法院管辖案件范围的规定)、第37条(侦查期间辩护人的会见权与通信权的限制)、第148条(技术侦查措施实施原则)都对恐怖活动中犯罪嫌疑人的特定权利进行了限制。打击恐怖犯罪的立法活动亦应坚持秩序维持原则,通过建立和维持秩序,能够有效克服社会混乱以及不稳定的社会力量给秩序所带来的巨大冲击。

(三)权利保障原则

如果民主意味着多数人的统治,那么在缺乏完善的制约机制时,难免会将国家管理置于“多数人的暴政”地位^⑥。同理,在反恐立法过程中,我们不能因为立法者以及民众处于多数人的地位,就将恐怖分子不视为人类的一分子而任意处置,这显然与暴政无异。因此,反恐立法亦应坚守理性,“我们必须永远记住:在我们的法律中记录着为理性所发展的经验和被经验所考验过的理性这样一种教导传统”^[9]。反恐立法中的理性体现为立法者应该合理权衡自由与秩序之间的关系,不能忽视对恐怖活动犯罪嫌疑人基本权利的保障,

⑤《中华人民共和国立法法》第3条、第4条、第5条和第6条都是对立法原则的规定,分别规定的是:遵循宪法原则、秩序维持原则、权利保障原则和科学性原则。

⑥恐怖分子因为实施犯罪所处的“少数人”地位不能成为法律剥夺其所有权利的依据。参见托克维尔《论美国民主》(董果良译,商务印书馆1998年版第287页)。

坚持权利不可克减原则以及合比例原则正是权利保障的题中之义。

1. 权利不可克减原则^⑦

国家权力的正当性源于公民对其部分权利予以让渡,即秩序的获得与自由的牺牲之间存在紧密的联系,可谓权力来源于权利。然而,权利乃是有保留地让渡,一些基本权利必须得到保留和捍卫。在紧急状态下,虽然国家可以对权力的扩张进行合理解释,但是部分权利却不能因紧急状态而克减,这部分权利就是公民权利让渡过程中的保留部分。在反恐立法过程中,“对公民权利的限缩是必要的,但不能超越当时的物质文化生活条件;无论恐怖主义的威胁有多么严重,公民的基本权利都是不得克减的”^[10]。《公民权利和政治权利国际公约》第4条第2款规定,“不得根据本规定而克减第6条、第7条、第8条(第1款和第2款)、第11条、第15条、第16条和第18条”。即保障生命权、禁止歧视、禁止酷刑、承认恐怖分子法律前的人格以及维护宗教信仰自由,这些不可克减的权利是中国恐怖犯罪立法走向法治化的基础,上述权利属于权利不可克减的显性内容。另外,囿于恐怖分子的敏感身份,立法原本赋予恐怖分子的部分权利会在众口一词“喊打”的声浪中被遮蔽,这部分权利就是权利不可克减的隐性内容,如针对“立法公开”的讨论即是适例。立法法第5条规定了“立法公开”^⑧。“法律草案的修改完善在很大程度上是根据公众意见进行的”^[11],立法公开旨在保障公民的知情权、参与权和表达权,“在立法过程中,知情是参与的前提,而知情和参与的目的在于表达”^[12]。立法公开的对象是否包括恐怖分子,恐怖分子是否有参与立法的权利?

首先,需要明确恐怖分子是“立法公开”的对象。按照立法法第5条的规定,立法公开的对象是“人民”。“人民”是一个政治意味十分浓厚的词语,与“敌人”相对。严格意义上讲,“敌人”并非严谨的法律用词,其带有极其强烈的政治色彩。在刑法面前应只有一个“犯罪人”的概念(包括犯罪嫌疑人、被告人、犯人等在不同刑事诉讼阶段的不同称谓)^⑨。打击敌人往往需要采用战争的方式进行回应,在中国建设社会主义法治国家的过程中,包括反恐行动在内的一切行为都应该据法而治,而非贸然地采用武力去化解冲突,这是法治的必然要求^⑩。无论恐怖分子实施的犯罪具有多么严重的社会危害性,实质上仍是人民内部矛盾问题,不能将恐怖分子排斥在社会之外。其次,“立法公开”所规定的权利能否为恐怖分子所享有,需要具体问题具体分析。“立法公开”所规定的权利(知情权、参与权、表达权)实乃一种政治权利,其中,参与权和表达权属于言论自由权的内容^⑪。在恐怖分子处于审前羁押或者经审判后未被剥夺政治权利时,应该保障恐怖分子对立法活动所应享有的知情权、参与权和表达权;在恐怖分子被剥夺政治权利后,他们相应地也就失去对立法活动的参与权和表达权,但此时应该依旧保障享有知情权。

2. 合比例原则

德国法学家康拉德·黑塞有言,针对一项基本权利予以限制,应该保障与它试图消除的危险之间相匹配……尊重基本权利应该成为一种普遍性的要求,这就需要运用比例原则来予以限定^[13]。比例原则的基本

⑦在严峻的反恐形势下,中国参加的国际公约众多,但其大多致力于维持秩序。中国于1998年10月5日签署但尚未批准的《公民权利和政治权利国际公约》以及1986年12月12日签署并于1988年10月4日批准加入的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(即《禁止酷刑公约》)都为我们在反恐斗争中寻求人权保障提供了支撑。虽然中国尚未批准《公民权利和政治权利国际公约》,但签署行为无疑已经昭示中国承认该公约所凸显出的精神。

⑧“立法公开”是立法法2015年修正时新增的内容。立法公开是指立法的过程和有关信息向公众公开,并以一定形式允许公众参与有关活动、提出意见的制度。参见丁祖年、吴恩玉《立法公开的规范化与实效化探讨》(《法治研究》2013年第3期115-124页)。

⑨立法法关于“立法公开”的对象应规定为“公民”,“人民”与“敌人”之间所存在的历史对立关系,会使人对该条规定引起误读。参见刘仁文《敌人刑法:一个初步的清理》(《法律科学》2007年第6期54-59页)。

⑩对反恐“战争”模式予以否定的详细论证,参见倪春乐《从当前反恐模式看中国反恐刑事程序立法》(《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2012年第6期21-27页)。

⑪中国刑法第54条对“剥夺政治权利的内容”进行了规定:“剥夺政治权利是剥夺下列权利:(一)选举权和被选举权;(二)言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利;(三)担任国家机关职务的权利;(四)担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。”从中可知,“言论自由权”属于一种政治权利。

要求是:禁止国家公权力不当侵害公民的自由与权利^②。“完整的比例原则应当包括四个部分:目的正当性原则、适当性原则、最小损害性原则和狭义比例原则”^[14]。目的正当性是对目的的要求,其他三项都是对手段的限制。在打击恐怖犯罪的立法过程中,除保障反恐目的具有正当性之外,亟需对如何正确运用反恐手段,将反恐手段的使用置于适当性原则、最小损害性原则以及狭义比例原则的指导之下进行明文规定,如此方能反恐立法在彰显权力维持秩序之余兼顾权利的保障,权衡好权利与权力、自由与秩序之间的关系,以突显法治思维在恐怖犯罪立法中的作用。目的正当性原则,是指在打击恐怖犯罪时,应该保障权力的行使乃基于正当性的需求;适当性原则,是指打击恐怖犯罪的手段应该具有妥当性,不能明显超过当时客观所需。最小损害性原则,是指在选择打击恐怖犯罪的手段时,应该基于理性的考量将损害降低到最小;狭义比例原则,亦称均衡性原则,是指打击恐怖犯罪时,权力行使的范围和程度应该与追求一定目的而采取的限制手段的强度相适应,不能与达成目的的需要程度不成比例,即因该限制手段所造成的侵害,不得逾越所欲追求目的而获致之利益^[15]。

(四)科学性原则

极力主张权利保障原则抑或秩序维持原则,并不能获致理想的法治效果,而是需要不断地对自由与秩序、权利与权力之间的关系进行权衡,这就是科学性原则的要求。打击恐怖犯罪的阶段不同,各阶段对自由抑或秩序的诉求相应地就会存在差异,追寻法治效果所需的自由抑或秩序的“砝码”也就不同,科学性原则亦应随打击恐怖犯罪阶段性的不同而充分发挥其应有的作用。权衡自由与秩序,并非意味着二者之间是“各占一半”式的均衡关系,而是应该结合打击恐怖犯罪的阶段性特征相应地有所侧重,如此方能具体问题具体分析,进而将打击恐怖犯罪的阶段性特征与对法治效果的追求两者结合起来。

在打击恐怖犯罪时,可以将全过程划分成三个阶段:恐怖犯罪正在实施阶段、对恐怖犯罪的侦查阶段以及对恐怖分子的诉讼阶段。在此三种阶段中,恐怖分子的生命、健康等基本权利都有受到限制乃至剥夺的可能,迫切需要将其纳入法治视野内进行讨论。在恐怖犯罪正在实施的过程中,由于危害正在继续,恐怖活动正在严重危及无辜群众的生命以及财产安全。鉴于此阶段恐怖活动严重的社会危害性正在发生,部分学者主张“敌人刑法”理论,认为可以直接将恐怖分子当场击毙。笔者认为,在恐怖犯罪正在实施阶段,恐怖分子正以自己的行为昭示自己对法秩序地蔑视,此时需要侧重于对秩序的维持。然而,在文明国家、法治社会中,我们不能抹灭犯罪人亦有其人性,因为“即使是在惩罚最卑劣的凶手时,他身上至少有一样东西值得尊重,亦即他的‘人性’”^③。此时按照《中华人民共和国刑法》第20条第3款的规定可以赋予公民(当然包括武警等保卫人员)以特殊防卫权,最重要的是如此就可以将该阶段的反恐行动纳入到法治框架内予以审视。相反,“敌人刑法”理论的抽象性和极端性极易引致与法治理念相脱逸的危险。在对恐怖犯罪予以侦查时,由于恐怖犯罪已经完成,此时需要侧重于对权利的保障。中国刑事诉讼法第148条至第152条对“技术侦查措施”进行了规定,对象包含恐怖活动犯罪。恐怖活动犯罪的特殊性,必然需要采取特殊措施予以侦查,但是我们不能以目的的合理性而对手段的合理性疏于关注,应该将手段限制在满足侦查目的的范围内。在对恐怖分子进行诉讼时,由于犯罪已经完成,此时需要侧重于对权利的关注,主要体现为对恐怖活动犯罪嫌疑人诉讼权利以及诉讼程序的保障,即对恐怖分子“一视同仁”而不予以歧视,“在法庭这一由各方共同参与并相互作用的过程中,任何形式的平等都会使法庭上的交涉、说服气氛受到破坏,而演变成为程度不同的压制、专横和强迫……法庭审判一旦流落到这般境地,什么司法公正,什么程序正义,都将不复存在”^[16]。

综上所述,在打击恐怖犯罪的立法过程中应该坚持遵循宪法原则、秩序维持原则、权利保障原则以及科学性原则。遵循宪法原则是首要原则,只有固守不僭越宪法所赋予的权力,将立法权牢牢限定于宪法范围

^② 对比比例原则重在侵害的“不当”进行规制,即对权力运行的边界予以明晰。参见姜涛《追寻理性的罪刑模式:把比例原则植入刑法理论》(《法律科学》2013年第1期100-109页)。

^③ “人性”是人区别于动物的重要特征,是使人摆脱同态复仇恶性循环模式的关键因素。对犯罪人“人性”的尊重,同时亦衬托出审判者的“人性”。参见米歇尔·福柯《规训与惩罚》(刘北成等译,三联书店2007年版第82页)。

内,才能保障立法的效力,否则,立法会因为与宪法规定相冲突而无效。秩序维持原则与权利保障原则是对权力行使以及权利伸张的要求,维持秩序是公权力得以存在的根据,亦是其理应履行的职责和义务;伸张基本权利不可克减并合比例地使用权力,是践行权利保障原则的具体举措。在立法中一味坚持秩序维持原则抑或权利保障原则,都会使恐怖犯罪的立法活动走向极端,只有将二者统筹起来并对其予以权衡,发挥科学性原则在立法过程中的指导作用,才能充分协调好自由与秩序、权利与权力二者之间的关系,引导恐怖犯罪的立法活动走向法治。在2014年11月3日第十二届全国人大常委会第十一次会议初次审议通过的反恐法草案是最高立法机关针对打击恐怖犯罪而开展的立法活动,草案中的部分规定僭越了立法原则,值得反思和警惕。

三、反恐法草案暴露的问题

反恐法草案是中国最高立法机关因应恐怖犯罪的嚣张气焰而作出的立法回应。如果立法得以通过,其无疑将成为指导反恐斗争的有力武器。然而,草案部分规定的粗糙性和模糊性,大大消减了草案本应具有的价值,究其原因有二:一是立法准备不够。草案的制定虽然经过立法公开,积极寻求舆论以及民众的意见,进而期冀能够从中采纳一些主张对立法进行完善。然而,立法准备过程中没有观照到法治理念,而是机械地固守依靠权力维持秩序的极端观念,对公民自由以及权利的保障枉然不顾;二是立法工作有被民意裹挟之嫌。频频爆发的恐怖活动加剧了社会恐怖氛围,在此客观情势下,民众渴求“从严”打击恐怖犯罪的心声较为迫切,呼吁立法能够尽早对恐怖犯罪的打击措施予以规定倒逼反恐走向常态化。在民众一片“喊打”声中,草案对民众的诉求进行了积极的确认却疏于捍卫立法理性。由于草案很好地践行了秩序维持原则,因而本文主要从遵循宪法原则、权利保障原则以及科学性原则的角度对草案的部分规定进行评议,以求教于方家。

(一)部分规定僭越“遵循宪法原则”

中国宪法第36条对公民的宗教信仰自由进行了规定。美国著名法学家伯尔曼曾言,“没有信仰的法律将退化为僵死的法条;而没有信仰的法律,将蜕变成狂信……没有信仰的宗教将失去其社会性和历史性,变成纯粹个人的神秘体验”^[17]。诚然,宗教信仰自由不是绝对的,需要妥善处理好其与秩序的关系。在中国,宗教狂热分子实施的恐怖犯罪显然不属于正常的宗教活动,那么恐怖分子的“信仰自由”是否应该得到保护呢?依据宪法第36条第3款的规定,恐怖分子破坏社会秩序的行为已然昭示其所信仰“宗教”的不正当性,亟需运用权力予以严厉地制止,“在当今恐怖主义分子频频利用宗教作为幌子进行恐怖主义活动的情况下,加强宗教立法,保护宗教信仰自由权利的合法行使,是打击宗教恐怖主义的必然要求”^[18]。反恐法草案的相关规定因应了打击恐怖犯罪的需求,然而,部分条款没有权衡好自由与秩序之间的关系。

反恐法草案第24条和第96条是对“极端主义”及其行政处罚的规定,部分立法与宪法规定出现了不一致的情形。第一,部分规定有将公民行使的正常行为误读为极端主义的危险,如将“持有宣扬极端主义物品的行为”视为极端主义行为的规定。在不考察行为人主观心态的情况下,仅仅凭借行为人客观上的行为就断定其为极端主义行为,极易将公民无意的举动纳入到恐怖活动范围内,无形中会引致人人自危的社会恐怖氛围。再者,如何界定极端主义、如何把握极端主义与恐怖犯罪的界限,也是考验具体执法者的难题,标准的模糊极易放纵权力和损及权利。第二,部分规定有将公民之间因为宗教信仰不同而引发的日常矛盾作为极端主义理解的危险,如将“诋毁、侮辱、歧视其他民族和宗教,以恐吓、骚扰等方式驱赶其他民族和信仰其他宗教的人员离开居住地,或者阻扰、干涉他人与其他民族和信仰其他宗教的人员交往、共同生活的,利用民族、宗教名义干涉他人生活习俗、方式和生产经营的”行为视为极端主义行为并给予行政处罚的规定就是适例。中国是多民族国家,各民族之间呈现出“大杂居,小聚居、相互交错”的居住特点。在不同信仰的民族聚居时,由于宗教信仰不同、生活习惯相异所引发的冲突在所难免,倘若将上述因宗教信仰不同而引发的日常纠纷作为极端主义来处理,容易扩大打击范围,不利于公民宗教信仰自由的保护。另外,反恐法草案第104条第6款对“极端主义”的定义,即“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”的规定,将“思想”作为极端主义的一种,严重违背宪法中对公民个人权利保护的要求,是对公民自由的严重践踏,无疑是法治观念的一种倒退。

(二)部分规定有悖“权利保障原则”

反恐法草案的部分规定违背了权利不可克减原则的要求,如反恐法草案第61条对“人民警察、人民武装警察以及其他依法配备、携带武器的应对处置人员”可以使用武器的情形进行了明示,却对使用武器的限度规定得较为模糊。当配备有枪支的国家工作人员面对恐怖分子时,实践中采取直接击毙恐怖分子的做法居多数^④。反恐法草案针对武器使用的立法规定正是对实践中多数做法的肯定和采纳。但是,生命权是不可克减的权利,立法规定的模糊性给了执法者肆意操作的空间,是对生命权的严重漠视。

结合比例原则对反恐法草案第61条有关“行使武器的规定”进行解读时,应该要求执法人员对恐怖分子行使武器时需要出于正当的目的,武器的使用强度亦应有所节制,“当场击毙”式的做法显然不可取。反恐法草案赋予警察等武装力量当场击毙恐怖分子的权力违背了比例原则的要求。在紧急情况下,虽然进行缜密的判断会延误时机而造成更多的民众伤亡,但我们不能因为恐怖分子的错误行径而实施“以牙还牙”式的还击,在将犯罪嫌疑人击伤已经完全可以达到阻止其继续实施犯罪和防止其逃跑与保护人质、警察的生命安全和维护公共利益的目的时,将犯罪嫌疑人击毙完全属于滥用手段的行径,显然属于一种同态复仇的行为。我们处于文明社会,“以眼还眼、以牙还牙”式的同态复仇模式是对人类理性的严重践踏,“文明是人类力量不断地更加完善的发展,是人类外在的或物质自然界和对人类目前能加以控制的内在的或人类本性的最大限度的控制。”^[19]在面对恐怖犯罪时,不是说我们不应该及时采取手段进行反击,而是应该予以理性的回应,文明社会的构建需要我们不时地克制人的复仇本性,需要我们将打击恐怖犯罪的目的以及手段纳入法治思维之中并及时对自由与秩序予以权衡,万不可将“天平”完全倾斜于秩序而对自由的伸张漠然不顾,这显然不是构建法治社会所应该具有的理念。

(三)整体与“科学性原则”违和

“科学性原则”道出了法治的真谛在于权衡。达致法治的目标需要权衡好自由与秩序之间的关系,能够合理分配好权利与权力的比重是法治的要义。检视反恐法草案后不难发现,草案整体显现出“刚性有余、柔性不足”的立法特点,过于强调依赖强力维持秩序却对自由关注不足。

“总则”是对立法整体法律精神的高度浓缩和概括,是法条予以追求的目标所在。虽然反恐法草案总则中第6条^⑤对权利保障进行了规定,然而,草案总则中的部分规定却使第6条所凸显的精神遭遇“有名无分”的尴尬。如草案第3条中“充分调动一切力量和资源”的规定暗含权力隐性运行的空间,从中可以解读出打击恐怖犯罪优位于权利保障的理念,即使违背权利保障原则亦在所不惜,否则,怎么可以谓之“调动一切力量”?在此第6条予以确认的权利保障原则荡然无存;“坚决反对和禁止极端主义思想”的规定将思想视为打击的对象,与现代法治理念严重不合。可见,草案整体没有权衡好自由与秩序、权利与权力之间的微妙关系,极力主张维持秩序、倡导权力先行,无疑会巩固秩序、增强权力运行的空间,无形中压缩了自由的比重、减少了权利行使的范围。在没有法律的情况下,国家可以任意选择多元化手段进行反恐,且不用受制于法律的“牵绊”,因而更能有效地获致理想的反恐效果。立法的目的在于扩张权力,而在于限缩权力。通过解读反恐法草案,草案揭示出的问题归根究底在于立法没有很好地践行法治理念,没有权衡好自由与秩序、权利与权力之间的博弈。

^④击毙恐怖分子已经成为实践中应对恐怖犯罪的常用手段,如在某起恐怖分子袭警事件中,公安民警在处置过程中,共击毙8人,抓获1人,击毙比率过高。参见新华网:http://news.xinhuanet.com/english/china/2014-02/14/c_133116298.htm?ADUIN=876153418&ADSESSION=1392362615&ADTAG=CLIENT.QQ.5281_0&ADPUBNO=26292。最后访问2015/7/1。

^⑤反恐法草案总则部分对“权利保障原则”予以规定,即“反恐主义工作应当依法进行,依法惩治恐怖活动,尊重和保障人权,维护公民的合法权利和自由”。

参考文献:

- [1] 陈福胜. 法治的实质:自由与秩序的动态平衡[J]. 求是学刊, 2004(5):75-80.
- [2] 弗里德利希·冯·哈耶克. 自由秩序原理(上)[M]. 邓正来,译. 北京:生活·读书·新知三联书店,1997:17-18.
- [3] 约翰·密尔. 论自由[M]. 许宝骙,译. 北京:商务印书馆,1959:16.
- [4] 王伟. 法治:自由与秩序的平衡[M]. 广州:广东教育出版社,2012:77.
- [5] 曲新久. 刑法的逻辑与经验[M]. 北京:北京大学出版社,2008:51.
- [6] KAPDOS K E. Upholding human rights in the fight against terrorism[J]. Society and Economy, 2007,29(1):1-41.
- [7] 倪春乐. 从当前反恐模式看中国反恐刑事程序立法[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版),2012(6):21-27.
- [8] 赵秉志,杜邈. 中国反恐法治问题研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2010:245.
- [9] 罗斯科·庞德. 通过法律的社会控制[M]. 沈宗灵,译. 楼邦彦,校. 北京:商务印书馆,2010:30.
- [10] 赵秉志,杜邈. 论刑法在反恐斗争中的功能与局限[J]. 政治与法律,2009(11):78-82.
- [11] 信春鹰. 深入推进科学立法、民主立法[J]. 中国人大,2014(23):19-21.
- [12] 李店标. 立法公开与公民权利保障[J]. 大庆师范学院学报,2012(2):34-38.
- [13] 康拉德·黑塞. 联邦德国宪法纲要[M]. 李辉,译. 北京:商务印书馆,2007:257.
- [14] 刘权. 目的正当性与比例原则的重构[J]. 中国法学,2014(4):133-150.
- [15] 陈恩仪. 论行政法之公益原则[M]. (中国)台北:三民书局,1999:176.
- [16] 陈瑞华. 看得见的正义[M]. 北京:中国法制出版社,2000:44.
- [17] 伯尔曼. 法律与宗教[M]. 梁治平,译. 北京:中国政法大学出版社,2003:38,68.
- [18] 周叶中,秦前红. 论宗教信仰自由的法律保护——以反对恐怖主义为时代背景[J]. 河南省政法管理干部学院学报,2005(1):17-26.
- [19] 罗斯科·庞德. 通过法律的社会控制[M]. 沈宗灵,译. 楼邦彦,校. 北京:商务印书馆,2010:10.

Legislative principles to combat terrorist crimes under the rule of law:

In an example to analyze the draft of Anti-terrorism Law

ZHAO Tianshui

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872, P. R. China)

Abstract: The rule of law should be the goal of building a socialist legal system. Legislative efforts to combat terrorist crimes ought to be included within the framework of the rule of law. The rule of law is the art trade-off between freedom and order, rights and power. Legislative efforts to combat terrorist crimes need to have a good balance between freedom and order, right and power. It is not desirable to think that there is a “half and half” balance between freedom and order. Since the weigh-style cogitation taking into account characteristics of counter-terrorism, it is advocated. Legislative principles to combat terrorist crimes include: the principle of supremacy of the Constitution, the principle of maintaining order, the principle of protecting rights, and the scientific principle. The whole “People’s Republic of China Anti-terrorism Act (draft)” shows the feature of “enough severity but insufficient flexibility”. The concept of relying on power to protect order is contrary to the rule of law, so the weigh-style cogitation should be applied to correct it.

Key words: the rule of law; weigh; freedom; order; the draft of Anti-terrorism Law

(责任编辑 胡志平)