

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2018.12.004

欢迎按以下格式引用:梅传强,臧金磊.网络宣扬恐怖主义、极端主义案件的制裁思路——对当前20个样本案例的考察[J].重庆大学学报(社会科学版),2019(5):154-166.Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2018.12.004.

**Citation Format:** MEI Chuanqiang, ZANG Jinlei. Sanctions for network advocating terrorism and extremism: Based on the investigation of the current 20 sample cases[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2019(5):154-166. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2018.12.004.

# 网络宣扬恐怖主义、 极端主义案件的制裁思路

## ——对当前20个样本案例的考察

梅传强,臧金磊

(西南政法大学 法学院,重庆 401120)

**摘要:**考察目前构成宣扬恐怖主义、极端主义罪的20个样本案例可知,该类案件呈现出明显的犯罪手段网络化,司法规制范围模糊化与裁判尺度不统一的特点。为此,应尽快制定司法解释,科学界定本罪意涵,匡正刑法规制范围,改善打击着力点,统一裁判尺度。对网络宣扬恐怖主义、极端主义案件的司法处理,应坚持严格控制与妥善处理并重的司法理念,认真贯彻宽严相济刑事政策和基本违法事实审查判断行政去魅的基本立场。具体的制裁思路是:对宣扬恐怖主义、极端主义行为犯罪化的定性,应围绕本罪保护目的展开,重点惩治“有效宣扬”行为;定量限制应贯彻比例原则和罪责刑相适应原则;适用缓刑的实质判断关键在于对“确实不致再危害社会”的考量,除个别情形外,原则上以适用缓刑为主;手机、电脑等网络信息工具有多种用途,原则上不予没收。虽然恐怖主义犯罪不同于传统犯罪,固然要突出其预防性打击的特点,但也要恪守刑法惩治犯罪的法治底线,使处罚范围和力度符合公众预期,切忌“过度反应”。

**关键词:**网络;宣扬;恐怖主义;极端主义;受众人数;裁判尺度

**中图分类号:**D924

**文献标志码:**A

**文章编号:**1008-5831(2019)05-0154-13

修回日期:2018-12-12

**基金项目:**国家社会科学基金重点项目“预防性反恐刑法问题研究”(17AFX017);西南政法大学法学院科研创新项目“定位于国家安全的反恐刑事政策界限研究”(FXY20180014)

**作者简介:**梅传强(1965—),男,四川邻水人,法学博士,西南政法大学法学院教授,博士研究生导师,中国刑法学研究会副会长,主要从事刑法学、犯罪心理学研究;臧金磊(1990—),男,山东诸城人,西南政法大学有组织犯罪研究中心研究人员,刑法专业博士研究生,主要从事刑法学研究。

宣扬恐怖主义、极端主义的表现形式多种多样,既可以是与他人交流、向他人提供意识形态和信仰的认同,也可以表现为宣传恐怖分子的真理观、开辟教化他人的空间、为使用恐怖主义提供正当化和合法化基础,进而铺就个体激进化的潜在道路。宣扬恐怖主义、极端主义行为不仅可以壮大恐怖组织的力量,而且极易诱发个人实施暴恐犯罪,具有严重社会危害性。鉴于此,立法机关高瞻远瞩,为预防潜在暴恐犯罪,在《刑法修正案(九)》(以下简称《刑修(九)》)中将该行为予以入罪化。从立法本意以及规制必要性角度看,惩处该行为具有一定实质合理性,但如何辨识其社会危害性,合理规制该行为不至于侵犯言论自由,又成为困惑司法实践的一大难题。在互联网和自媒体时代,相比于传统宣传效果,网络宣传恐怖主义、极端主义突破了传统手段的时空限制,影响面更广,危害范围更大,产生恐怖效应更明显。网站可以为组织活动及其支持者提供联系的平台,虚拟社区则提供了支持者所渴求的公共空间,使建构与维持支持活动的政治和意识形态话语成为可能。或许是利用网络宣传恐怖主义、极端主义的危害被过分扩大化的缘故,自该行为被犯罪化以来,司法实务对该类案件的处理往往简化定罪逻辑,使得规范保护目的的辐射范围过宽,对刑法概念和体系的理解偏离目的考量。不仅如此,在罪量标准的认定以及是否没收宣扬恐怖主义、极端主义的网络工具上也存在司法处置不一致的现象。

目前,司法实务部门对利用网络宣扬恐怖主义、极端主义行为的定罪量刑认识不统一,既有刑法“越界”的趋向,也有裁判尺度失衡的乱象。本文通过比较、剖析20个有效样本判例,试图说明宣扬恐怖主义、极端主义行为的立法旨趣,厘清网络宣扬恐怖主义、极端主义与网络言论自由的界限,划定行为犯罪化的定性限制;为统一裁判尺度,实现量刑规范化、科学化,挖掘利用网络宣扬恐怖主义、极端主义不同于传统宣传手段的影响量刑轻重的因素,探求行为犯罪化的定量限制;最后,说明本罪适用缓刑以及利用网络宣扬恐怖主义、极端主义使用的工具是否予以没收的判定标准。

## 一、网络宣扬恐怖主义、极端主义犯罪的数据分析

### (一) 样本来源

本文研究样本主要来源于中国裁判文书网的有效判决。鉴于在案件的收集上有一审、二审、并罚等情形,因此,需要对该类案件进行后续筛选。截至2018年4月30日,以“宣扬恐怖主义、极端主义罪”定罪的案件共有21件(包括并罚案件)。由于本文研究的主题是网络恐怖主义、极端主义犯罪的制裁思路,因此需要进一步从21件有效判决中选取发生在互联网领域的该类犯罪。一个有趣的现象是,构成宣扬恐怖主义、极端主义的21起案件均毫无例外地发生于网络空间场域,这既为笔者后续的筛选节约了时间,同时也表明了互联网正日益取代传统宣传媒介,成为宣扬恐怖主义、极端主义的最为重要的手段。由于有1份案例并不在本文探讨的行为犯罪化定量限制因素内,故将此案排除在外。因此,最终获得与本文主题有关的有效案件为20件。在时间的选择上,本文涉及的研究样本是从2015年《刑修(九)》设立本罪起至2018年4月30日止。在地域上,此次样本收集主要涉及天津、北京、上海、广东、云南、新疆、山东、辽宁等地区。在地域分布上,北京的样本数为8件,占较大比例,约为44.4%;广东的样本数为3件,占比约为16.7%;新疆的样本数为2件,占比约为11.1%;其余省份(城市)样本数各占1件,各为5.6%。

囿于该类案件入罪时间短,本身发生率较低,以及侦破难度较大,导致整体样本数目较少,似有给人以偏概全之感。但本部分研究主要是基于比例关系的考察,在时间维度上涵盖了本罪设立至

2018年4月期间;地域涵盖北部、东部、东北、西北、西南等不同地区,所以,研究样本仍具有代表性、可信性、典型性、可靠性。

## (二) 样本总体数据透视

### 1. 定罪情况

在20份被指控涉嫌宣扬恐怖主义、极端主义罪的刑事判决书中,均为一审且有罪判决。针对该20份判决,只有3起案件的被告人提起上诉,且二审判决中均是维持原判,尚未有改判的案件。在20份判决中有3起案件存在与非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪并罚情况。由于样本数量的有限性,并罚案件同样被列入研究对象。为避免重复统计,对有二审判决的案件,只统计终审判决。因此,20份研究样本的有罪判决率为100%。从案件的整体来看,如果案件当事人在对他人开放的网络空间中有实施转发暴恐视频和图片等行为事实,即只要符合宣扬恐怖主义、极端主义的形式客观要件,就会被认定构成宣扬恐怖主义、极端主义罪。

多份被指控涉嫌宣扬恐怖主义、极端主义罪的研究样本的判决结果迫使笔者进一步思考,《刑修(九)》增设该罪的目的在何?究竟什么才是法律禁止的宣扬恐怖主义、极端主义行为?若有人在微信群内宣扬而无人观看、无人所动是否也算宣扬?宣扬恐怖主义与言论自由的界限又在哪里?什么是《反恐怖主义法》第80条第1款规定的宣扬恐怖主义、极端主义中的“情节轻微”情形,它与本罪的界限又在哪里?

### 2. 刑罚裁量

通过研究20份样本案例来看(见表1),其刑罚判决呈现以下特征:第一,判处自由刑的人数为20人,刑期从拘役4个月到最长3年不等,无被判处重刑的被告人。其中,有15个被告人的自由刑在6个月至18个月之间,约占样本总数的75%;被判处拘役的有1件,约占样本总数的5%;高于18个月自由刑的有5件,约占25%。第二,缓刑的适用率极低。20份研究样本中被判处缓刑的只有2人,占总人数的10%。第三,并非所有样本案例都没收手机、电脑等作案工具。在20份研究样本中,未没收手机、电脑等通讯工具的有8份,其中,通讯工具属于被告人所有的有7份,1份为网吧所有。因此,属于私人通讯工具未被没收的占总样本总数的35%,没收手机、电脑等通讯工具的有12份,占样本总数的60%。

根据上述利用网络构成本罪的样本所呈现的特征,需要进一步深入追问、反思和研究的问题是:第一,虽然宣扬恐怖主义、极端主义罪被规定在我国刑法典危害公共安全类罪中,属于典型的危害公共安全犯罪,但在审判中适用自由刑的判决比较轻缓,尚未发现被判处重刑的被告人。由于本罪包含5年以下有期徒刑、拘役、管制,以及5年以上有期徒刑两个刑罚幅度,这种目前无“情节严重”案例的发生是符合事实还是认识不到位的问题?换言之,司法者该如何把握和认定利用网络构成本罪的“情节严重”问题?第二,现实中本罪皆被科处轻刑却并没有提高缓刑的适用率,本罪缓刑适用率极低的现状是否有必要进行匡正?第三,在是否没收信息网络工具上司法者的做法可谓“随心所欲”。针对此,司法实践该如何正确对待这些信息网络工具,统一裁判尺度?

### 3. 量刑情节

虽然20份样本科处的刑罚都在3年有期徒刑以下,且大部分自由刑都集中在6个月至18个月之间,但这种整体性的轻缓却掩盖不了个案之间量刑差距悬殊的事实。以在微信群中转发一部“斩首”视频为例,其中一个群成员为62人,一个是449人(转发到3个群的总人数),一个是1158人

(转发到 3 个群的总人数)前者被判处 4 个月拘役,中间被判处 3 年有期徒刑,后者被判处有期徒刑 7 个月<sup>①</sup>。一个诡异的现象是,同类案件中,其余情节相似的情况下,受众人数多的反而被科以轻刑。量刑逻辑没有贯彻到底,量刑差距没有得到体现。

表 1 影响刑量的相关性分析表

序号	样本因素	暴恐等级	受众数量	视频图片言论(数量+长短)	刑罚(自由刑+没收工具否)
1	宋某某案	1 部二级	150 人左右	4 部	18 个月+没收
2	多某某案	未分类	62 人	1 部+35 秒	4 个月(缓刑)+没收
3	王某某案	未分类	4 人	33 部	18 个月+没收
4	王某某案	未分类	浏览 220,点赞 37	1 部	8 个月+没收
5	郭某某案	未分类	1 158 人	1 部+10 秒	7 个月+没收
6	李某甲案	未分类	点击量 3 071 836,分享量 333 075	1 部	24 个月
7	李某乙案	未分类	499 人	1 部	36 个月+没收
8	杨某甲案	未分类	不详	7 部	10 个月+没收
9	杨某乙案	未分类	455 浏览	77 条极端言论	36 个月+没收
10	张某甲案	未分类	图片 2 000 余人浏览;视频 3 人转发,15 人评论	1 部	10 个月
11	张某乙案	未分类	转发 42 次,评论 6 次,点赞 17 次;粉丝数 1822 868	1 部	18 个月+没收
12	张某丙案	未分类	不详	6 部+182 分钟视频;17 张图片	27 个月+没收
13	张某丁案	未分类	42 人	5 部	12 个月+没收
14	周某某案	未分类	52 人	1 部+2 分 5 秒	6 个月
15	罗某某案	未分类	567 人	1 部	7 个月+没收
16	马某某案	未分类	QQ 空间累积点赞 50 073 次、评论 1 次、转发 18 次	言论 19 条+视频 11 部	12 个月
17	明某某案	未分类	2 000 人	3 次发布招募信息	12 个月
18	欧阳某某	未分类	微博转发 66,评论 23,粉丝 251 人	1 部	10 个月
19	林某某案	未分类	474 人	11 部	6 个月
20	程某某案	未分类	830 人	1 部	24 个月(缓刑)

有鉴于此,为科学、规范利用网络宣传恐怖主义、极端主义罪的量刑标准,统一裁判尺度,笔者以“影响刑量的相关性分析”作为基础研究方法发现,第一,刑量与被宣传内容本身性质,即与暴力程度密切相关;在本次收集的 20 份宣扬恐怖主义、极端主义案的判决中,有 1 份判决书中对暴恐视频的等级作了划分,其余 19 份判决书都没有对暴恐视频的等级做明确划分,皆笼统地称为暴恐视

<sup>①</sup>参见新疆维吾尔自治区霍城县人民法院刑事判决书新 4023 刑初[2016]177 号;新疆生产建设兵团第一师中级人民法院刑事裁定书兵 01 刑终[2017]1 号;广东省东莞市中级人民法院刑事判决书粤 19 刑初[2017]215 号。

频。虽然绝大多数法院没有对暴恐视频进行更为细致的暴力等级划分,但样本案例中确实有将暴力等级作为影响刑量的标准之一的情况存在,因此,将其纳入影响刑量的因素具有合理性。第二,与接受宣传的受众群体数量密切相关。本罪规制的是广泛宣传,使不特定人或多数人接受恐怖主义、极端主义的行为<sup>[1]706</sup>。20份研究样本均是通过微信、QQ、微博等社交平台上传、转发涉恐视频、图片或极端言论的,且最终的刑罚轻重受到微信、QQ群成员数量、微博中粉丝数量、行为人转发数量、涉恐视频等被浏览、点赞、评论、转发数量等因素的影响。第三,与被宣传的涉恐视频、图片和言论的数量密切相关。主要是指上传、转发视频的内存大小、时间长短、数量多少,图片和发表言论的数量。

因此,本文将“被宣传内容本身暴力等级”“宣传内容受众群体数量”“被宣传的涉恐视频、图片和言论的数量”作为自变量,通过统计分析利用网络宣扬恐怖主义、极端主义犯罪的量刑在司法实践中主要呈现的特点和现状,客观检验利用网络宣扬恐怖主义、极端主义犯罪的量刑与上述自变量之间是否存在何种因果关联。

从表1可以看出<sup>②</sup>:第一,司法实践中对利用网络构成本罪的,法院在确定量刑时考虑的案中量刑因素有宣传视频内容等暴恐等级、受众数量、视频、图片以及言论数量,而且,一般来说,在同等条件下,暴恐等级越高、受众数量越广、发布涉恐内容数量越多,被告人受到的刑事处分越严重。但该三因素在量刑时没有得到司法者充分考虑,宣传内容的本身因素——对宣传暴力程度因素的考虑,被绝大多数实务部门所忽视。实践中,只有5%的实务部门对宣传内容进行了等级区分。第二,不同实务部门对入罪标准的把握不同,缺乏相对统一的入罪标准尺度。“定性+定量”是我国成立犯罪的特色模式,刑法如果对罪量的要求不作统一规定,要么会使刑法打击面扩张,导致行政处罚犯罪化,要么会使刑法惩治面限缩,造成构罪事实非犯罪化的司法乱象,严重破坏司法公正。第三,三个要素在构成本罪,确定刑罚所扮演的角色并未得到科学认识。有些法院在对本罪量刑时,宣扬涉恐视频、图片等的数量是其重点考察甚至成为确定刑量的唯一因素(比如,张某丙案的量刑并未关注受众主体的多少)。对于三要素,尤其是受众数量、宣传数量在多大程度上影响刑量,实务部门并没有一致且有规律的结论。

由于各地实务部门对上述影响定罪量刑的三个情节理解、把握、评判尺度不统一,而仅依靠各法院把握裁判尺度,必然导致定罪的随意性和量刑的失衡性。因此,出台有关网络宣扬恐怖主义、极端主义犯罪的司法解释,统一认定标准和裁判尺度成为当务之急。

## 二、本罪规制范围的实然质疑与治罪用刑的应然立场

### (一) 本罪规制范围的实然质疑

考察实务部门认定本罪的逻辑,基本遵循的是一旦被告人在网络上发布的视频或图片被合法机构认定为暴恐视频或极端主义言论,则一般会被以宣扬恐怖主义、极端主义罪定罪,且不会考虑其他法律技术性的标准。笔者认为,这种缺乏限定性因素制约的认定标准过于宽泛,言论内容涉及恐怖主义、极端主义应当是构成宣扬恐怖主义、极端主义罪的基础判断因素,是罪质指向的直接性客观要件,虽然“只有当事实陈述和观点表达的主要、重要或者核心部分的内容直接指向煽动宣扬

<sup>②</sup>该20份样本案例中,被告人皆系初犯,均有坦白情节。

型言论犯罪的罪质——分裂国家、颠覆国家政权、恐怖主义、极端主义、民族歧视等时,方有以煽动宣扬型言论犯罪处以刑罚的必要性”<sup>[2]</sup>。但何为网络宣扬恐怖主义、极端主义的内容,判断标准是什么?在微信群中转发“斩首”视频是否就一定构成犯罪?如果不是,本罪应当重点惩处的是哪些罪行?在未明确这些问题的前提下,贸然诉诸刑罚,恐怕并非明智之举。

笔者认为,司法机关认定宣扬恐怖主义、极端主义犯罪应当保持克制立场,杜绝动辄利用刑罚治理社会的思维。原因在于:第一,刑法规制宣扬恐怖主义、极端主义行为的逻辑前提,是有效的宣扬会在总体上增加恐怖活动的数量。一个重要的问题是,这些宣传材料在何种程度上影响观看者或读者的态度与行为?并不是每个人最终都会被这种材料所影响。不同文化背景、态度、价值观、性格类型和易感性等个体差异在其中起着关键作用,而在人民生活中发挥巨大作用的世界观、认同感以及情境力量同样也会影响人们对这些材料的反应。因此,从因果关联性上来看,目前无法证明一个简短的暴恐视频就成为他人支持或实施恐怖活动的依据。这种由果溯因地毯式的不作任何区分式的处罚,过分拓展了刑法打击外延,违背刑法谦抑性原则。第二,从个体为何会支持或参加暴恐犯罪角度分析,在演变为极端主义之前,似乎所有个体都遭受过不公正对待并产生了委屈、不满的情绪<sup>[3]</sup>。克罗宁(Cronin)认为,之所以个体被暴力极端主义吸引,是因为个人志向受阻而产生了愤怒情绪<sup>[4]</sup>。另外,激进主义和极端主义与不平等、贫困以及国家政策等问题的长期积累也有关,所以,宣扬因素的作用在某种程度上被过分夸大了。第三,在当前国家安全外延不断扩大解释的策略情形下,刑法处罚该类行为更应采取谨慎态度,以防侵犯网络表达自由。民主社会在平衡公民自由权和安全需要之间纵然非常困难,国家倾向于在危机时刻以提供安全保障为由采取特别举措。然而,民主政府必须抵制住诱惑而不要走得太远,否则,只会让他们想要击败的恐怖主义得势。“恐怖分子希望改变受袭社会的行为。恐怖分子在攻击民主国家时,他们希望袭击目标因为恐惧而减弱或放弃他们最可贵的价值:他们对民权和人权的尊重”<sup>[5]</sup>。因此,司法者应当警惕对恐怖主义的“过度反应”和遏制措施。

## (二) 本罪治罪用刑的应然立场

### 1. 坚持严格控制与妥善处理案件并重

一方面,坚持严格管控网络宣扬恐怖主义、极端主义行为,依法严惩该类行为,有效维护公共安全和社会秩序,保障国家长治久安;另一方面,坚持实事求是原则,考虑到实践中对利用网络宣扬恐怖主义、极端主义材料的认定存在较大差异,有必要及时澄清刑法打击宣扬内容的范畴,使处罚范围符合国民的预测可能性,以确保相关案件处理实现法律效果与社会效果的统一。

问题在于如何处理好严格控制与妥善处理案件的关系?借助刑法规制该罪目的的探讨,能够为处罚范围合理化提供实质依据。“对刑法概念与刑法体系的理解均应着眼于目的,围绕规范的保护目的而展开”<sup>[1]13</sup>。对规范进行目的性思考可以适当限缩相关概念的内涵。因此,在从严反恐刑事政策的引导下,面临罪与非罪之临界点的疑难案件时,强化一种不利于被告人的实质性入罪解释,明显有将问题简单化的嫌疑,容易“使刑事政策犹如失控的野马,肆意突破教义学约束”<sup>[6]</sup>。适用刑法的过程就是进行实质价值判断和利益衡量的过程。“由于法律秩序的质量取决于作为其基础价值秩序的质量,是后者确定了保护法益和规范之目的”<sup>[7]</sup>。所以,确保价值判断的合理性,对于刑法解释甚至判断整个刑法体系是否属于良善之法具有重要意义。因此,司法者对宣扬恐怖主义、极端主义案件的处理既要着眼于整体法秩序,又要以前瞻性视角考虑未来实效,思考刑法规制该类

行为的目的所在和打击侧重点,在作出合理的价值判断基础上,在法律之内通过掌握法律的精神实质、科学解释法律、积极能动地填补法律漏洞的方式实现司法社会效果<sup>[8]</sup>。只有在准确把握立法目的的前提下,才能明确该类行为犯罪化的定性标准、定量限制,才能为衡量行为是否具有“应罚性”和“需罚性”提供关键指引,才能有助于裁判定性的合理化和量刑尺度的规范化。

## 2. 彰显宽严相济刑事政策的基本要求

在处理有争议的案件时,依据主客观相结合来界定犯罪,强调具体问题具体分析,反对“照本宣科”。预防刑法是社会需求的产物,具有一定的合理性和优势,但预防总是与无限制相联系,具有不确定性和难以捉摸的特性,具有与生俱来的“越早越好”的内在扩张逻辑<sup>[9]</sup>。然而,刑法毕竟不同于社会管理法和行政法,其惩罚的严厉性和最后手段性决定了刑法处罚的对象应是法益侵害行为,至多是对法益产生重大威胁的行为。根据宽严相济刑事政策的要求,就宣扬恐怖主义、极端主义犯罪而言,应当针对网络宣扬案件高发的新特点,重点打击以传播恐怖主义思想、呼吁他人支持、加入恐怖组织、极端组织,意图美化恐怖主义、极端主义或使其合法化、正当化,实施其他犯罪为目的,或者行为人具有恐怖主义犯罪前科等情形。对于以娱乐、刺激、寻求他人关注为目的,涉案宣扬内容诱使他人产生支持、加入或实施恐怖主义犯罪念头的可能性极低,主观上难以认识到系恐怖主义、极端主义材料,行为人系初犯、偶犯等情形的,应当体现从宽精神。因此,该类案件的刑事可罚性应从宣扬材料内容、数量、长短(视频)、受众目标人数、造成后果、行为人认知等主客观方面综合考量,避免唯宣扬材料数量和受众数量论。

## 3. 基本违法事实审查判断的行政去魅

构成本罪的基本逻辑前提是宣传材料能被认定为恐怖主义、极端主义资料,法院对该事实的查证应当责无旁贷。但司法实践的现状是,法院对宣扬材料的认定存在过度的行政依赖性——凡是被反恐总队认定为涉恐等资料的,法院会直接将其用作判定结论的证据,明显丧失了其独立审查案件事实的地位,使得刑法成为行政权力的附庸。不可否认,毒品、交通肇事等案件因为案件事实的鉴定需要较强的技术性手段,依赖专业人员的判定是为了进一步保障行为人的权力,具有实质合理性,但由于对宣扬内容的判断不需要过多的专业性、技术性手段做支撑,法官完全可以借助规范目的以及对构成要件的理解,对宣扬内容是否属于刑事处罚范畴进行认定。

虽然在《反恐怖主义法》领域已经对涉恐言论的安全防范作出了规定,但行政人员在依据政策实施权力时,实际上拥有广泛的自由裁量权。在权力界限还不是很清晰的当下,行政管制者总是把权力的边界伸得较远,一旦监管的力量没跟上,权力就能在其边界内外自由发挥。当然,在社会精英涌向行政体制的当下,我们不怀疑,在众多法律的、伦理的和职业道德的控制下,行政人员所作出的自由裁量行为绝大部分是合理的。但是,由于缺乏明确和必要的引导与限制自由裁量的法律法规,不必要的自由裁量与必要的自由裁量混在一起,这就为自由裁量的滥用打开了方便之门。如果司法实质上只是根据现有的法条对行政行为进行二次判断,成为行政的附庸,刑法会沦为一个纯粹的惩罚工具。不考虑行政上的自由裁量,直接把行政裁量结果作为刑事裁判依据,表面上看起来是一种谨慎的司法行为,实质上是司法慵懒行为,与司法实质正义不符,放弃了司法矫正功能,把司法裁量建立在另一个自由裁量上,这样的情形会不利于公正稳定的裁量结果做出。因此,在刑法判断需依赖行政判断时,司法人员在维护国家安全的同时应秉承其谦抑的本性,在大力倡导宽严相济、保护言论自由的当下,正确把握网络宣扬恐怖主义、极端主义犯罪的标准,而不是做一个机械的司

法慵懒者。

### 三、处理该类案件的具体制裁思路

#### (一) 明晰影响定罪量刑的特殊情节

对网络宣扬恐怖主义、极端主义案件的定罪量刑,应当综合评估社会危害性,坚持主客观相统一,确保罪责刑相适应。具体而言,应当充分考虑如下情况。

##### 1. 涉案宣传材料的具体内容

宣扬恐怖主义、极端主义被犯罪化的原因,在于有效宣扬会使恐怖组织寻求到更多的支持者,同时,吸引潜在的新成员和赞助者。在互联网时代,恐怖分子在扩大受众群体方面的宣传能力非同寻常。基于此,为斩断宣传交流途径,防止激进思想的传播和暴恐活动的增加,我国对宣扬行为以犯罪处之。显然,刑法并不处罚所有宣扬恐怖主义、极端主义的行为,而是惩治有效宣扬的行为。但宣扬的有效性取决于诸多因素,包括传播者的可信度、说服言论的组织、恐怖唤起策略的使用,以及团体和个体因素。总之,有效的宣扬活动应该是精心策划的,必须协调与完整地考虑到沟通者与目标受众这两个重要因素。由于网络时代的匿名性、隐蔽性等特点,以及宣扬行为的目标受众群体个体差异明显,无法对目标受众状况得到有效评估。但可以确定是,在同等条件下,有效的宣传必须借助宣扬内容,宣传是一种需要特殊才能的艺术,它不是机械的、纯科学的工作。影响态度需要经验、领域知识和对最佳说服策略天生判断力。也就是说,并非所有的涉恐材料的宣传都能潜在地引发他人对恐怖主义的支持、赞同,包含恐怖主义领域知识和最佳说服策略的宣扬才是构成本罪的关键。

据此,笔者认为,“有效宣扬”应当限定在:第一,宣传恐怖主义思想。通过强化对“圣战”的歪曲认知,渲染危机感,为受众人员思想蜕变进行舆论铺垫和“洗脑”而大肆宣传恐怖组织的历史、组织纲领、政治目的、组织头目及骨干、声明等内容;第二,发布为暴力行动作出意识形态和宗教的辩护,企图使暴力行动正当化、合法化的信息;第三,发布关于如何实施恐怖袭击和行动的实践指导,招募新成员、网络筹集资金,鼓励个体参与类似袭击的信息;呼吁观看者为暴力行动提供支持,甚至潜在地实施类似于材料中所描述的袭击。整个过程是对观看者产生群体认同的情感呼吁,以增加他们对恐怖主义事业的认同感;第四,发布呼吁内容危害国家统一、主权和领土完整的信息;第五,发布各种攻击政府的信息,利用宗教和民族等问题挑起人们对政府的不满,意图推翻现有政权或者有效破坏其稳定性;第六,发布其他美化、赞扬等为恐怖主义辩解的言论。

由此,诸如利用互联网在微信、微博等通讯软件上只是公开转发“斩首”视频的,转发者没有附加含有上述言论说明的,不应该将此纳入刑法规制范畴。应停止继续沿用被有关部门一经认定为恐怖主义视频就要动用刑罚惩治的模式,对该类行为应予以非犯罪化处理(可交由行政机关处罚)。原因在于,从常理、常识理解,从正常普通人承受暴力视频或控制自身行为能力的角度出发,该类视频并不具有令目标公众产生支持或加入爆恐活动的冲动,该类视频与某些电视、电影播出的暴力镜头并无实质区别。尤其是在当代公众受教育、辨识能力普遍提高的前提下,这种缺乏感染力、目的性的宣扬行为更不值得动用刑法谴责。相反地,这种血腥且缺乏犯罪目的的有关恐怖主义的宣传材料或许会让更多的公众目睹恐怖组织的惨无人道,灭绝人性的一面,不仅不会吸引更多的公众支持、加入,反而更有可能受到社会公众的唾弃和极力反对,进而为全民反恐奠定群众拥护基础。



一个需要思考的问题是,目前有的司法机关将对宣传材料的暴力恐怖等级程度作为本罪的定罪量刑依据是否合适<sup>③</sup>?笔者赞同网络受众目标数量和宣传材料作为本罪犯罪情节考虑,这是因为宣扬内容受众目标的数量及其宣扬材料的多少均能反映行为人的主观恶性以及社会危害程度,但将暴恐等级程度也归类于犯罪情节有待商榷。按照上文分析的以“宣传内容”限缩本罪规制的范围来看,所谓宣传材料的暴恐等级已经在犯罪构成要件的基本事实中评价了,如果还要继续区分宣传材料的暴恐等级,既有重复评价的嫌疑,也会增加量刑难度。

## 2. 涉案宣扬材料数量、受众目标数量、视音频长短

我国定罪模式采取的是“定性+定量”模式,即对行为人治罪的条件既要符合危害社会的性质,还要达到危害社会程度的要求。这就决定了构成本罪除宣传品内容具有实质危害性外,还需达到一定反映社会危害程度量的要求。由于宣扬材料的多少,受众目标人数的多寡皆能反映宣扬行为的客观危害性,因此,宣扬材料的数量与受众数量成为决定是否追究刑事责任,以及如何刑罚裁量的重要因素之一。事实上,在司法实践中,宣扬材料的数量与受众数量都是司法者决定定罪量刑十分倚重的因素<sup>④</sup>。有受众对象才称得上宣扬,一个缺乏潜在宣扬对象的行为不可能构成该罪,而宣扬材料数量的多少映射出行为对法益持续威胁程度。前者是横向广度的危害,后者则是纵向深度的危害。因此,二者的危害性理应得到充分评价。问题在于,如何界分该罪与非罪的界限<sup>⑤</sup>?对于罪与非罪,司法机关该如何把握“情节轻微”与二者基本罪量的关系,尚未引起学者关注,司法实践中也没有形成统一认识。

透过表1审视目前司法实践,在系初犯且认罪的前提下,在刑量确定方面,行为人转发1部涉恐视频,受众人数越多,刑罚判处越重。在受众人数差别不大的前提下,宣扬材料数量越多,刑罚越重。但司法机关并未严格遵守这种量刑规则,使最终确定的刑量存在明显不协调的现象:以在微信群转发1部涉恐视频为例,周某某案中受众目标人数为52人,其被判处6个月徒刑;邹某某案中受众人数是1158人,其被判处7个月徒刑;李某乙案中受众人数是499人,其被判处36个月。比较周某某与邹某某案,二者受众人数约相差22倍,但刑量只差1个月。比较邹某某与李某乙案,受众人数是李某乙案2倍多的邹某某案,其刑罚居然比李某乙案低29个月。可见,司法实践中虽然把受众人数作为影响定罪量刑的重要参考情节,但在刑罚裁量时存在不合理的司法乱象,不仅未贯彻比例原则,适当拉开量刑差距,也没有体现罪责刑相适应原则,使得违法性低的行为反而比违法性高的行为受到的惩罚重。

另外,同样被认定为涉案宣传材料,视音频的长短对受众目标群体的说教结果自然也会大相径庭。一般来说,较之短视音频,由于长视音频宣传材料会有更充分的时间宣传、刻画、美化恐怖主义行为和思想,正当化、合法化恐怖主义的恶劣行径,有更多的时间去说服他人支持和加入极端组织,甚至实施暴恐活动,所以,其说服力往往更强,个体被极端组织吸引甚至实施其他违法犯罪的可能性更大。对于上述情形,在决定是否追究刑事责任,以及如何裁量刑罚时,应当根据该情节作出特

③表1统计的数据反映出,目前实务部门确立的体现本罪客观危害程度的犯罪情节主要包括视频等暴恐等级程度、网络受众目标数量以及宣传材料数量。

④从表1统计的结果看,20个案例判决中在定罪量刑时,同时考虑这两个因素的案例达到100%。张三丙案受众人数不详,是因为司法机关没有具体列明,不代表其没有考虑受众人数。

⑤《反恐主义法》第80条第1款,规定了对宣扬恐怖主义、极端主义,情节轻微,尚不构成犯罪的,处以拘留或并处罚金。

别考虑<sup>⑥</sup>。

### 3. 涉案宣传材料的用途和行为人主观认知、目的动机、一贯表现等情节

主客观相统一是认定犯罪的基本原则之一,对借助网络宣扬恐怖主义、极端主义的行为要谨防“客观归罪”,避免只要涉案宣扬材料经鉴定为恐怖主义、极端主义视频即追究刑事责任,而对行为人主观上是否明知涉案材料系恐怖主义、极端主义材料置之不顾。根据主客观相统一原则的要求,对于此类案件的处理,要根据在案证据对行为人主观明知作出准确认定,对不能认定为行为人明知涉案物品系恐怖主义、极端主义材料的,不认定为犯罪。尽管“两高一部”曾就该类案件的“明知”问题做过规定<sup>⑦</sup>,但实践中仍有疑惑。研究20份样本案例可知,被告人绝大多数是因为在微信群等聊天工具中实施了转发、上传暴力血腥视频的行为,以至于最终被定罪。按照《意见》规定,判断明知,要以行为人实施的客观行为为基础,但这种征表“宣传”行为的行为对象、行为方式、行为程度等,并不一定能反映出主观是否“明知”。反而在一定程度上,需要借助明知的确定来界定行为危害程度。笔者认为,就本罪而言,明知的确定应着眼于宣扬内容本身,依照上文界定的构成犯罪的宣扬内容,辅之考虑行为人一贯表现、受教育程度、一般人标准等因素,利用逻辑推论和经验推断方法,完全可以判断行为人主观是否明知。例如,被告人曾因宣扬恐怖主义、极端主义材料被行政处罚、免于刑事处罚或受过刑事处分的,其主观明知的判断根据经验推断很容易得出肯定结论。

对行为人宣扬材料的用途、目的动机的考察,主要是考虑到以支持、美化、招募、诱发他人实施暴恐活动或其他违法犯罪为目的,宣扬恐怖主义、极端主义的行为社会危害性较大。相反,对于以寻求刺激、娱乐、吸引他人关注、贩卖为目的,所宣扬的恐怖主义、极端主义材料缺乏令他人思想激进的说服力的,社会危害性较小,应当依法从宽处罚;如果行为人系初犯,确有悔改表现,不会造成紧迫的危险后果的,可以依法不起诉或免于刑事处罚;情节显著轻危害不大的,不以犯罪论处。

### 4. 涉案危害结果

犯罪结果是对法益的侵害或侵害的危险。其中,以对法益的现实侵害作为处罚根据的犯罪属于侵害犯,以对法益侵害的危险作为处罚根据的犯罪属于危险犯<sup>[1]167</sup>。由于成立本罪不以法益的现实侵害为根据,据此,本罪属于危险犯。进而言之,该罪应属于抽象危险犯,即不需要司法机关依行为当时情况为根据,认定宣扬行为具有发生侵害公共安全的紧迫危险,它是刑法条文拟制的危险。由于这种抽象危险既可能是紧迫危险,也可能是比较缓和的危险,因为难以预测和判断,刑法对其同等看待。考虑到本罪“情节严重”的认定在实践中尚未形成统一认识,笔者不揣冒昧,认为造成法益的实然侵害或者实然侵害的紧迫危险,即符合具体危险犯的要求时,才能成为本罪“情节严重”认定中的主要因素,毕竟设立抽象危险犯的最大争议点在于因不确定的危险因素追究行为人责任。就本罪而言,引发他人支持、加入、实施暴恐犯罪等危险的可能,除了宣传行为外,还要取决于比如个体差异、主体信任度等不可控的其他因素。如果单纯以危险发生结果无法测量,只考察发生危险结果的盖然性和可能性,便对被告人施加5年以上有期徒刑,无论从罪名体系的横向还是个罪量

<sup>⑥</sup>从表1统计的情况看,20份样本案例中,宣扬材料为视音频的案件样本数为18件,但定罪量刑时考虑视音频长短的样本数仅有4件,占比只有22.2%。可见,绝大多数司法机关并未重视视音频长短情节对定罪量刑的影响。

<sup>⑦</sup>2014年由“两高一部”共同颁布的《关于办理暴力恐怖和宗教极端刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称“意见”)中指出了对“明知”的具体认定标准,即“应当结合案件具体情况,坚持重证据,重调查研究,以行为人实施的客观行为为基础,结合其一贯表现,具体行为、程度、手段、事后态度,以及年龄、认知和受教育程度、所从事的职业等综合判断”。

刑的纵向用刑来看,恐与罪刑均衡的要求相悖。以同样作为抽象危险犯的生产、销售有毒有害食品罪为例,该罪虽处罚掺入有毒、有害的非食品原料的,或者销售明掺入有毒、有害的非食品原料的行为,但对人体健康没有造成严重危害的,最高刑也只是5年以下有期徒刑。可见,即便是抽象危险犯,若要对被告人动用重刑,也要谨慎有据,以侵害法益的紧迫危险或者结果为必要,立足社会危害性的务实考量。

为实现司法公正,统一裁判尺度,有必要统一网络宣扬恐怖主义、极端主义的定罪量刑标准。综上分析,结合当前司法实践做法,笔者认为,利用互联网、移动通讯终端制作宣扬恐怖主义、极端主义的,具有下列情形之一的,依照刑法第123条之三的规定,以宣扬恐怖主义、极端主义罪处罚:(1)宣扬恐怖主义、极端主义电影、表演、动画等视频文件5个以上的;(2)宣扬恐怖主义、极端主义音频文件10个以上的;(3)宣扬恐怖主义、极端主义电子刊物、图片、文章等10件以上的;(4)宣扬1部恐怖主义、极端主义视音频材料,长度达到10分钟以上的;(5)宣扬恐怖主义、极端主义材料,实际被点击数、浏览量达到200次以上的,或者被转发次数到100次以上的;(6)在微信、QQ群中宣扬恐怖主义、极端主义材料,无法计算被点击数、浏览量的,受众目标人数超过50人以上的;(7)数量或者长度虽未达到第(1)项至第(6)项规定标准,但分别达到其中两项以上标准一半以上的;(8)曾因宣扬恐怖主义、极端主义受过行政处罚、免于刑事处罚或受过刑事处罚,又实施符合构成要件行为的;(9)造成严重后果的。至于本罪的量刑幅度把握,应遵循罪责刑相适应,体现比例原则的精神,适当拉开量刑差距。

对于未造成严重后果的,仅仅是由于受众目标人数、浏览量、转发量等数量巨大,刑罚裁量原则上也不宜超过5年有期徒刑。事实上,司法实践也是如此把握的。以李某甲案为例,其发布的涉恐视频实际点击量3 071 836次,分享量333 075次,但最终实际判处刑罚也不过是2年有期徒刑。可见,司法实践并不是以数量界定本罪法定刑升格档次的。笔者认为,本罪“情节严重”的认定应立足于有侵害法益的紧迫危险或者结果出现为必要,具体而言,应包括以下情节:(1)通过宣传使恐怖组织成功招募到新成员的;(2)通过宣传使他人精神上或物质上明确表示支持、赞美恐怖组织的;(3)通过宣传引发他人实施其他恐怖主义犯罪或危害国家安全犯罪的;(4)通过宣传引发群体性事件;(5)通过宣传引发民族、宗教冲突的;(6)通过宣传造成现实公共秩序混乱的;(7)通过宣传造成恶劣国际影响的;(8)其他严重改变他人正常行为方式的。

## (二)把握法律后果的合理裁定原则

### 1.适当放宽缓刑适用条件

从法律后果来看,目前司法实践对利用网络构成宣扬恐怖主义、极端主义罪的所有案件都判处3年以下有期徒刑,而这些案件中,被判决缓刑的案件却极少。同许多国家相比,中国缓刑的适用率相当低,原因是多方面的。由于缓刑确实具有许多优点,如不影响犯罪人的工作和家庭生活,克服短期自由刑弊害,节省执行费用,故对于符合缓刑条件的,应当尽量宣告缓刑。囿于本罪犯罪性质恶劣,严格适用缓刑条件也无可厚非,但应避免矫枉过正,“一棍子打死”,使得缓刑条款虚置。笔者认为,对本罪原则上以适用缓刑为主,对不适用缓刑的情形应出台具体司法解释予以规定,这样既能发挥缓刑在社会治理中的优势作用,还可以起到限制法官自由裁量空间,统一裁判尺度的效果。

适用缓刑的实质判断关键在于对“确实不致再危害社会”的考量。综合缓刑适用条件和本罪特点,笔者认为具有下列情形之一的宣扬恐怖主义、极端主义犯罪分子,一般不适用缓刑:(1)不如实

供述罪行的;(2)属于共同犯罪中情节严重的主犯的;(3)数次实施宣扬恐怖主义、极端主义行为;(4)曾因宣扬恐怖主义、极端主义受过行政、刑事处理的;(5)其他不适用缓刑的情形。

## 2. 信息网络工具处理原则

目前,司法实践对利用网络构成宣扬恐怖主义、极端主义罪的信息网络工具是否予以没收,尚未形成一致认识,也亟待统一裁判尺度。

中国《刑法》第64条规定:“……供犯罪所用的本人财物,应当予以没收。”本文赞同“供犯罪所用的本人财物”性质不是刑罚,而是保安处分,且应当限缩在“供犯罪使用的,并且与违禁品相当的财物”的观点<sup>[10]</sup>。事实上,中国司法实践已经重视对“没收供犯罪所用本人财物”的限制<sup>[11]</sup>。因而将此限定为行为人主要或通常用于犯罪的财物并无不妥。那么,对于利用手机、电脑等网络工具宣扬恐怖主义、极端主义构成犯罪的,该如何判断“是否与违禁品相当”。手机、电脑等具有多种生活用途,是现代社会不可或缺的基本通讯工具之一,原则上不应没收。如果行为人利用手机等通讯工具长期或多次用于宣扬恐怖主义、极端主义,该网络工具与违禁品相当,应当没收。对于在宣扬恐怖主义、极端主义犯罪过程偶然使用的网络工具,一般与违禁品不相当,不应没收。

## 四、结语

法律不应远离民众,其应在解释中不断被完善。司法判决应当区别对待,避免教条化。坚守司法良知,恪守司法底线,方能实现司法正义。目前,旨在制止网络宣扬恐怖主义、极端主义行为的某些措施过于严厉或涉及面太广,有可能侵犯公民表达自由等权利,从而带来适得其反的效果。某些宣扬恐怖主义、极端主义行为固然具有刑事处罚必要性,但绝非千篇一律。为及时匡正司法实践做法,统一裁判尺度,当务之急是出台对利用网络宣扬恐怖主义、极端主义案件处理的司法解释。该司法解释可从以下方面考虑:首先,应当采用目的解释方法深入探究本罪设置的意义,把握本罪打击着力点,明确有效宣传的规制范围;其次,合理划定罪与非罪界限,既要留足行政处罚空间,又要明确入罪“罪量”标准。对于刑罚裁量的确定,应在综合考虑案件所有情节的前提下,严格遵循罪责刑相适应原则和比例原则。最后,制定本罪适用缓刑,以及是否没收网络信息工具的细则规定,解决自由裁量权不受控制下的司法不统一的现实问题。

### 参考文献:

- [1] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2016.
- [2] 刘艳红. 网络时代言论自由的刑法边界[J]. 中国社会科学, 2016(10): 134-152.
- [3] 安德鲁·西尔克. 反恐心理学[M]. 孙浚淞, 刘晓倩, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2017: 44-45.
- [4] CRONIN A. Introduction: Meeting and managing the threat[M]//CRONIN A K, LUDES J. Attacking terrorism: Elements of a grand strategy. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004: 1-45.
- [5] 布里奇特·L·娜克丝. 反恐原理[M]. 陈庆, 郭刚毅, 译. 北京: 社会科学文献出版社, 2016: 299.
- [6] 劳东燕. 功能主义刑法解释论的方法与立场[J]. 政法论坛, 2018(2): 10-27.
- [7] 伯恩·魏德士. 法理学[M]. 丁小春, 吴越, 译. 北京: 法律出版社, 2003: 60.
- [8] 江必新. 在法律之内寻求社会效果[J]. 中国法学, 2009(3): 5-14.
- [9] 何荣功. 预防刑法的扩张及其限度[J]. 法学研究, 2017(4): 138-154.
- [10] 张明楷. 论刑法中的没收[J]. 法学家, 2012(3): 55-70.

- [11]吴燕,赵祥东.“供犯罪所用本人财物”的认定与没收[M]//最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭.刑事审判参考(第45集).北京:法律出版社,2006:56.

## Sanctions for network advocating terrorism and extremism: Based on the investigation of the current 20 sample cases

MEI Chuanqiang, ZANG Jinlei

(School of Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China)

**Abstract:** Investigating the 20 sample cases that constitute the crime of advocating terrorism and extremism, it can be seen that such crimes have obvious characteristics of networking of criminal means, vagueness of judicial regulation scope and inconsistency of refereeing standards. Therefore, judicial interpretation should be formulated as soon as possible to scientifically define the meaning of this crime, correct the scope of criminal law regulation, improve the point of attack, and unify the refereeing scale. Judicial treatment of network advocating terrorism and extremism cases should adhere to the judicial idea of strict control and proper handling, the criminal policy of tempering justice with mercy, and the basic position of administrative disenchantment of basic illegal facts judgment. The specific sanction path is that the definition of criminalization of advocating terrorism and extremism should be carried out around the protection purpose of this crime, focusing on punishing “effectively publicizing” behaviors; quantitative restriction should follow the principle of proportionality and the principle of suiting punishment to crime and responsibility; except for individual cases, in principle, probation should be applied as the main way, with the key to the substantive judgment of applying probation lying in the consideration of “does not harm the society again”; network information tools such as mobile phones and computers have many uses, and should not be confiscated in principle. Different from traditional crimes, terrorist crimes must highlight their characteristics of preventive strikes. However, the legal bottom line of criminal law in punishing crimes must also be abided by, so that the scope and intensity of punishments can be in line with public expectations, to avoid excessive reaction.

**Key words:** network; publicity; terrorism; extremism; audience size; refereeing scale

(责任编辑 胡志平)