

# “敌人刑法”的国际刑法法规范诠释

——基于防御国际恐怖主义犯罪的思考

韩 晋\* 刘继烨\*\*

**内容摘要：**国际恐怖主义犯罪归根结底是需要国际刑法进行规制的问题。雅科布斯的“敌人刑法”理念通过扩张构成要件、限缩司法程序、严苛刑罚处置等议程，在司法论的维度上为现有国际刑法规范提供了新的诠释可能。从技术上看，这种诠释主要借由立场转变、体系重建、方法论价值奠基得以实现；从效果上看，这种诠释可能引发国际刑法预防机能的扩张、敌人理念体系构造的重组；从价值上看，这种诠释成为完善我国反恐法体系的一个“镜鉴”，通过比照，不难发现，我国首部反恐法存在着与国际接轨不足、与反恐政治界限尚不清晰、适用客体不明确、程序设计不合理等问题。

**关键词：**敌人刑法 国际恐怖主义犯罪 国际刑法 国际刑法规范 罪刑法定主义 反恐法

## 一、问题的提出

法国巴黎发生连环枪击爆炸恶性案件，危及多个国家公民利益的同时，也引起了国际社会的强烈震荡。旋即，案件被认定为叙利亚发起的恐怖犯罪活动并激发了法国、美国等的反击。政治层面的谴责、军事层面的打击、经济层面的制裁并不能从根本上杜绝恐怖主义犯罪的滋生，自20世纪末以来，恐怖主义活动已经不

---

\* 哈尔滨工程大学人文社会科学学院讲师、马克思主义学院博士研究生。

\*\* 北京大学法学院2018级博士研究生。

本文系教育部人文社会科学青年基金项目(14YJC850013)、黑龙江省哲学社会科学规划项目(项目批准号:15FXD05)以及中央高校基本科研业务费专项资金项目(项目批准号:HEUCF20181301)阶段性研究成果。

再是一个单纯的政治问题,而是上升为国际法律秩序层面的问题。<sup>①</sup>从国际法渊源中探寻防御恐怖主义犯罪的理据以达到合理运用国际刑法规范保护本国公民福祉、促进国际社会安定的目的,从当下语境来看是合适的,这方面已经有了较多证明<sup>②</sup>。

### (一)恐怖主义犯罪的现实背景

现代恐怖主义出现于20世纪60年代。联合国反恐委员会成立以后,世界范围内打击恐怖主义犯罪的组织便如雨后春笋般成立,恐怖主义组织却依然猖獗不止。按照地域划分,恐怖主义组织面临国际社会和世界各国两方面的围剿:随着《国际刑事法院罗马规约》(Rome Statute of the International Criminal Court,以下简称“《罗马规约》”)的生效,国际刑事法院诞生,尽管《罗马规约》没有对恐怖主义犯罪进行规定,但排除其明确性、政治性的考量后仍会得出国际刑事法院可对恐怖主义犯罪进行管辖和规制的结论<sup>③</sup>。与此同时,一些国家也在其国内法中加入了打击恐怖主义犯罪的规范,美国自1983年以来颁布了诸多法令<sup>④</sup>,并在“9·11”事件后迅速通过《爱国者法案》以儆效尤。在德国,以刑法第129条和刑事诉讼法为基础展开,以《反国际恐怖主义组织法》为滥觞的“一、二揽子安全法案”作为武器实行对恐怖主义的防御和对本国利益的维护<sup>⑤</sup>。我国也于2015年通过《中华人民共和国反恐怖主义法》对此类行为进行规制。

纵然如此,当下无论是在规则体系还是在实践层面均有诸多漏洞与矛盾,这些阻碍使得恐怖主义找到机会破坏安稳的国际社会秩序主要表现在:第一,理论上的思辨无法掩饰《罗马规约》对恐怖主义犯罪的缺陈;第二,国际社会正式交流的欠缺使得各国国内法难以与国际法规范达成一致;第三,恐怖主义本身政治化

---

① Andrey K. Cronin, *Behind the Curve: Globalization and International Terrorism*, 27 *International Security* (2002).

② See Kai Ambos & Anina Timmermann, *Terrorism and Customary International Law*, in Ben Saul, *Research Handbook on International Law and Terrorism* 20 (Edward Elgar 2014).

③ Christian Much, *The International Criminal Court (ICC) and Terrorism as an International Crime*, 121 *Michigan State International Law Review* 121 (2006).

④ 这些法案有:《关于国际恐怖主义活动的总统特别令》、《禁止支援恐怖主义活动法》、《反破坏飞机法》、《提供恐怖主义活动情报奖励法》、《外交安全与反恐怖主义法》及《反恐怖主义法》(1995年)等。参见于改之、贾配龙:《美国反恐立法评析》,《山东社会科学》2013年第9期,第81页。

⑤ 刘文欢:《德国反恐立法溯源:从“红军旅”到“基地组织”》,《南华大学学报(社会科学版)》2012年第5期,第96页。

的特性使得恐怖主义犯罪的国际法规制进程缓慢；第四，刑事程序的繁冗与琐碎使恐怖主义犯罪的处分迟迟落不到实处。

## （二）“敌人刑法”的引入及问题

恐怖主义犯罪具有特殊性，国际恐怖主义犯罪情节和后果则更为恶劣，对此，美国立法将犯罪性前置并且紧缩司法程序、严重刑罚后果；20世纪80年代后，德国刑事法治日益完善，出现了构成要件扩张和刑事可罚性前置的趋势。

德国规范适用刑法体系的提出者和近现代刑法集大成者雅科布斯(Jakobs)教授大胆提出了“敌人刑法”的理念，即否定因对社会规范不忠诚并对其实施一直存在危险的行为主体的社会人格，如那些恐怖主义组织、严重经济秩序破坏者等，对其行为扩张刑法规定的构成要件，将刑事可罚性前置，同时限制其程序权利，对其大量适用保安处分手段，以控制这些“危险源”，达到保护社会的目的<sup>①</sup>。所谓扩张刑法规定的构成要件，是指在一定程度上对刑法已经明确化构成要件进行扩张解释，在采用“敌人刑法”观念时，敌人触犯危害人类罪时可能将构成要件扩张，第一种方式是适当降低所规定行为的危害性，第二种方式则是增加危害性相当的其他行为。所谓将刑事可罚性前置，是在“敌人”尚不具备刑事可罚性而只是触犯了一般法律，如民法、行政法、经济法的规定，或者仅仅触犯了保安法的情况下，认定其具备刑事可罚性而对其采取刑事控制手段。所谓限制其程序权利，也即紧缩刑事程序，是指在刑事司法程序触发之后，相应削减“敌人”的权利，使其不能完全享有普通市民的刑事诉讼权利，譬如敌人在被控制后不被授予会见同事的权利等。较为典型的例证为，在恐怖分子只是形成组织并没有展开活动之时，就可以对其采取刑事强制措施。<sup>②</sup>

该理论的提出引发了刑法学界的热议，有些学者对此持否定意见<sup>③</sup>，而有些学者认为这一理论有先导意义而勘误甄别。事实上，敌人刑法受批评的点在于其对人格体的否定、对法治社会的负面影响、对政治性的引入等<sup>④</sup>方面。具体来说，敌人刑法作为一种观念存在以下不足：第一是“敌人”概念的不明朗。一方面，从逻辑上来讲，若存在一个“敌人”便必然存在一个“朋友”，而这个“朋友”是否意味着

<sup>①</sup> 王莹：《法治国的洁癖：对话Jakobs“敌人刑法”理论》，《中外法学》2011年第1期，第126页。

<sup>②</sup> 参见蔡育岱、谭伟恩：《敌人刑法与安全化理论：国际实践和理论冲突》，《中正大学法学集刊》2010年第1期，第85-86页。

<sup>③</sup> 国际刑法学者对此持否定意见，认为国际人道法的规制比敌人刑法更科学、更人道。参见[法]Mireille Delmas Marty、余履雪：《暴力与屠杀：刑法上的“敌人”还是刑法上的“不人道”》，《法学家》2010年第4期，第97页。

<sup>④</sup> 参见蔡桂生：《敌人刑法的思与辨》，《中外法学》2010年第4期，第601-602页。

刑事豁免权的存在;另一方面,“敌人”的构建是以否定人格权为前提的,人格权究竟为何,而这种权利可否被抛弃或者被否定并不明确。第二是敌人刑法违背了人权保障、人道主义,敌人刑法的做法是与自然法相背驰而易导致极权的,易使自近代以来建立起的现代法治文明归于消灭。第三是敌人刑法无论是其适用前提、适用条件还是适用过程、适用后果,都充斥着政治因素,譬如“敌人”概念是否意味着只要与主流意识形态相悖的就应当被世界所否定,“刑法”的严格适用是否意味着罪刑法定原则的缺口、准允定罪标准的降低和刑罚标准的提升等。除了有来自刑法学内部的反驳声音外,敌人刑法理论还面临着多个学科的共同批评,例如,因为与霍布斯理论的亲缘性而导致的法哲学层面的反对,<sup>①</sup>因与哥本哈根学派安全化理论的相似性<sup>②</sup>招致“不尊重个人”的批判等。

然而这些龃龉在国际刑法的语境下思辨恐怖主义犯罪都是可调和的;与此同时,上述多个层次的“立体式”的抨击也体现了“敌人刑法”作为一种理念尚未被广泛理解,以至于引发了怕的概念产生的一系列学术意义上的“恐慌”。不过,仍有学者将敌人刑法理念称为:“将雅科布斯的这一主张称为新世纪最有创意的刑法思想,实不为过。”<sup>③</sup>但是,随着学界研究的深入,敌人刑法一方面以“预防刑法”的面目和世界趋势引入到古典主义刑法教义学中,<sup>④</sup>另一方面也随着刑法价值的不断演进,具体个罪的解释也在借鉴敌人刑法的思路。<sup>⑤</sup>在恐怖主义犯罪猖獗的今天,引入敌人刑法的观念依然是值得思考的,尤其是针对敌人刑法观念的批判均是可在这种语境下予以破解的。本文将以国际刑法规范为基础,引入敌人刑法的概念和视角,描述国际刑法规范对恐怖主义犯罪的回答,并试图结合2015年出台的《中华人民共和国反恐怖主义法》和相关刑事政策提出我国对恐怖主义犯罪的防御规则。

## 二、敌人刑法理论与规制国际恐怖主义犯罪的契合

敌人刑法发聩于恐怖主义犯罪的规制可欲性,两者的契合结局显然是理论上

---

① See Gabriella Slomp, *Thomas Hobbes and the Political Philosophy of Glory* 164 (Palgrave Macmillan 2000).

② See Rita Taureck, *Securitization Theory — The Story so Far: Theoretical Inheritance and What it Means to be a Post-Structural Realist*, *The 4th Annual CEEISA Convention*, 2006.

③ 周光权:《刑法学的西方经验与中国现实》,《政法论坛》2006年第2期,第24页。

④ 参见何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,《法学研究》2017年第4期,第138页。

⑤ 参见陈伟:《对我国毒品犯罪刑罚适用问题的反思》,《理论探索》2017年第2期,第108页。

超前思维的体现。得出这一结论之前,需要对当下理论与实践中的障碍和困扰进行清理,尤其是对雅科布斯这一惊人理论批判的回应。Schick教授认为,“反对Jakobs‘敌人刑法’的基本异议,……那些异议至少应该是有疑问的”。<sup>①</sup>在国际刑法语境下,雅科布斯更进一步减少了受到怀疑的可能,因为国际法律秩序的建立要回归到自然状态这一逻辑出发点,<sup>②</sup>根据主权概念进行的批判,诸如暴政、专制等面临语境的消解;与此同时,以敌人刑法理念诠释国际刑法规范能够厘清部分国际刑事法律实践中的疑惑,在解释力上应当受到充分肯定。具体论证如下:

### (一)二者契合障碍的消除

敌人刑法理念诞生迄今,衍生出的理论成果尚不成熟且深受学术界的批判,重构抑或舍弃的建议层出不穷,甚至有学者认为“其基本主张站不住脚,是一种充满歧义和危险的理论”<sup>③</sup>。这种思维显然过于极端。作为现代刑法规范适用理论的奠基者,雅科布斯的学术理性是无法被简单否定的,敌人刑法的提出定有其可取之处,虽有些主观但可以从雅科布斯后来的解释以及其他学者的发扬中找到其合理性的根据,在国际刑法这一特殊领域和恐怖主义犯罪的语境下,需要对敌人刑法进行批评的主张作出厘清。

第一,针对人格之否定的批评。雅科布斯认为:“人们认为,恐怖分子对法秩序的正当性全盘加以否定并且要毁灭此秩序。”<sup>④</sup>在一国主权的庇护之下难以实现公民的人格否定,尤其是在有组织犯罪仍被认为是犯罪人<sup>⑤</sup>的条文规定之下。相较之下,国际法上的人格论尚存商榷余地,一方面,确证国家、国际组织、民族独立组织的国际法主体地位,赋予其完整的国际法权利和义务;另一方面,在国际刑法领域确定并沿用个人刑事责任原则作为其基本原则,指导国际刑法的定罪量刑。而不作为国际法主体的其他个体则不享有完整的国际法权利和义务,被国际法所

<sup>①</sup> [德]斯特凡·希克、谭淦:《作为调节性观念的敌人刑法》,《刑事法评论》2014年第2期,第299页。

<sup>②</sup> Aron, *Peace & War, A Theory of International Relations* 720 (Krieger Publishing Company 1981).

<sup>③</sup> 刘仁文:《敌人刑法:一个初步的清理》,《法律科学(西北政法大学学报)》2007年第6期,第54页。

<sup>④</sup> [德]Jakobs、徐育安:《市民刑法与敌人刑法》,载许玉秀编:《刑事法之基础与界限——洪福增教授纪念专辑》,台湾学林文化事业有限公司2003年版,第24页。

<sup>⑤</sup> 此处的“犯罪人”指“市民”,是与“敌人”相对的概念,意为可在刑法的矫枉下回归常态,取缔其对社会的危害性。冯军:《死刑、犯罪人与敌人》,《中外法学》2005年第5期,第611-613页。

否定的人格甚至不受战争法和国际人道法的保护<sup>①</sup>。可以看出,敌人刑法的理念与国际法构建的基础精神基本上是一致的。事实上,《罗马规约》第1条的对“受到国际关注的最严重犯罪”的行为人就是敌人刑法中所规定的“敌人”,两个概念体系的特征具有层叠关系:二者均具有犯罪的严重性,但《罗马规约》规定的犯罪行为人更甚;二者均具有对社会持续可预测的危险性,但《罗马规约》规定的犯罪行为人范围更广;二者均具有来自社会的否定性,《罗马规约》规定的犯罪行为人受到的否定来源于国际社会、敌人刑法中的敌人行为则来源于刑法规范;二者对规范的偏离具有根本性,但《罗马规约》规定的犯罪行为人所触犯的是“受到国际关注的最严重犯罪”、敌人刑法中的敌人则是对国内刑事法规范的违反并且在触犯犯罪行之后仍有获得别国庇护的可能性。更进一步来说,当前刑法学界,尤其是大陆法系偏向刑法客观主义,从而对敌人刑法理论产生了“以行为人判定”而非“以行为判定”的刑法根本立场的批评,<sup>②</sup>结合恐怖主义犯罪等受规制对象,敌人刑法理念被认定为以刑法为工具的“专断社会秩序模式”。<sup>③</sup>我们认为,根据《罗马规约》的规定,这两重批判并不成立:其一,作为受到国际关注的最严重犯罪,无论是否带有文化性质,均应当是被否定的,不能贴上所谓文化自由、结社自由的标签而为恐怖主义活动犯罪建立合理性。其二,敌人刑法理念中的“敌人”概念本身带有容易产生混乱的性质,使没有经过仔细研读该理论的论者陷入带有感性的批评之中,“敌人”以及与之相关的“人格体”概念均是刑法客观主义的产物,这一点毋庸置疑,如果A以自己的行为证明国际法秩序是不应当受到维护的、并且持续性地侵犯这一秩序,那么他将被认定为“敌人”,同时,将A置换为B、C等,只要他们的行为均有“敌人”的特征,那么也将被认定为“敌人”,在此意义上,单纯地将“敌人”等同于“那个敌人”从而批判敌人刑法是刑法主观主义,是误读了概念、为了批判而批判。其三,更应当申明的是,恐怖主义犯罪并没有被规定在《罗马规约》中,并且受到学理上的阻碍;<sup>④</sup>但恐怖主义活动总会触犯《罗马规约》规定的诸如危害

① 参见白桂梅:《国际法》,北京大学出版社2010年版,第562页。

② Carlos, *Enemy Combatants Versus Enemy Criminal Law: An Introduction to the European Debate Regarding Enemy Criminal Law and Its Relevance to the Anglo-American Discussion on the Legal Status of Unlawful Enemy Combatants*, 11 *New Criminal Law Review* (2008).

③ Richard, *Principles for a Free Society: Reconciling Individual Liberty with the Common Good* 19-22 (Perseus Books 2003).

④ MH Arsanjani, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, in A. Cassese, 1 *American Journal of International Law* 93 1998.

人类罪等犯罪,与此同时,“资助恐怖行为”的可罚性已经被国际公约所确认。<sup>①</sup>恐怖主义活动必须以一定具体化的行为体现出来,而非思想上的“恐怖”或者自我供述“我是恐怖分子”就应受到刑事处罚。更应当申明的是,敌人刑法不应当与国际刑法立法活动中限制恐怖主义活动入罪的立场相抵触,<sup>②</sup>而是应当倡导在国际刑法的框架下予以解释,也是近年来缓和了剑拔弩张之后的结果,由此认为立法论意义上基于比例原则的国际刑法犯罪标准与解释论意义上基于刑罚目的对犯罪构成的解释路径是两个层面的问题。

第二,针对法治社会之违反的批评。雅科布斯对手对敌人刑法的论断是:“他太可怕了,在他的结论里,他想要驱走自启蒙时代以来所有法治国家的成就”<sup>③</sup>。这是实然意义上的论调,将敌人刑法提升到了价值观念的高度而不是将其作为价值判断的方法去思索,是一种对敌人刑法的误读。敌人刑法在国际刑法语境中抵牾法治社会违背论调的出发点有二:

一方面,国际刑法在国际法律秩序中具有特殊性。国际刑法的概念具有复杂性,作为冷战之后新兴的学科,国际刑法综合各家的特点令其概念与特征难以一言论定。而国际法律秩序是以“国际法通过对国家关系主体权利义务的调整所形成的国际社会的有序状态”<sup>④</sup>为概念的,基于此,国际刑法调整的是国际刑事关系并使之回归有序状态,其衍生也伴随着争议。许多西方学者对国际刑法持肯定态度,尤其是将其看做稳定战后秩序的重要工具,这一论调具有强烈的西方价值观念意味而忽视了全球社会的其他法律文化,引发了某些国家学者的不满和抵牾。<sup>⑤</sup>这些争论产生的原因在于国际刑法的施行中加入了政治因素使得其作为一个法律秩序体系的独立性受到了牵连<sup>⑥</sup>,然而政治问题的司法化恰恰是构建国际法律

① [美]M. 谢里夫·巴西奥尼:《国际刑法导论》,赵秉志等译,法律出版社2006年版,第109页。

② [德]贝恩德·许乃曼:《敌人刑法?——对刑事司法现实中令人无法忍受的侵蚀趋向及其在理论上的过分膨胀的批判》,杨萌译,载冯军主编:《比较刑法研究》,中国人民大学出版社2007年版,第268页。

③ Prantl, *Vom Rechten Gebrauch der Freiheit, Die diabolische Potenz der Angst Sicherheit durch Krieg und Folter?* <http://www.erich-fromm.de/data/Prantl,%20H,%202006.pdf> (28.2.2012),S.8., visited on 09 July 2018.

④ 参见李罗胜:《论大国的崛起对国际法律秩序的影响》,《知识经济》2008年第10期,第14页。

⑤ 盛红生:《国际刑法与后冷战国际法律秩序的重构》,《法学论坛》2015年第1期,第34-35页。

⑥ 参见宋杰:《国际关系中的司法干涉:新干涉时代来临》,《世界经济与政治》2011年第7期,第113-114页。

新秩序的必然。“保护的责任”理论兴起与利比亚轰炸实践的催生了政治意义上的“司法干预”,实际上,这种利用国际刑法以提前进入人权需保护与非人道地区的“干预方式”恰恰是当今新的国际社会法律秩序的未来走向。敌人刑法的刑事可罚性前置、司法程序的紧缩与这种精神有异曲同工之妙,使国际刑法从理论的积淀中迸发更为科学合理的方法论。为国际刑法学界所承认的是,国际人权保护与国际刑法之间并无直接的对应关系,二者只是在国际人道法框架下的“目的一工具”关系,<sup>①</sup>由于基础价值不同,虽然国际刑事法院的设立传达出值得推崇的讯息,即“不愿意对全世界最严重的犯罪袖手旁观”,<sup>②</sup>但是也因为其近年来均在非洲活动招致“非洲法院”的政治性影响的批评。易言之,国际刑法与国际人权保护之间只存在间接关系,否则其政策性或者国际秩序建立的目的和价值实现将受到限制。但是,二者在国际人道法的框架下保持一致,由此得出的结论是:人权保障并非像国内刑法那般作为国际刑法的原则出现,国际刑法的特殊性决定了其基于人类的安全权采取一定的预防、甚至干预措施;当然,这种措施并没有达致战争法那般残酷和非人道,否则就丧失了国际刑法的独立性。<sup>③</sup>

另一方面,作为一种调节性观念的敌人刑法的描述性。敌人刑法的理念并非雅科布斯的发明,因此他强调这是一种描述性的理念而非价值论上的理念。有学者为之正名雅科布斯的敌人刑法是一种调节性观念而非构成性观念,<sup>④</sup>在规范适用理论的规范责任原则基础之上,存在一种被称做“敌人”的群体对法规范极度不忠诚并且超出了社会自治的限度,这就是敌人刑法最基础的描述。在这个意义上,恐怖主义组织便是这种描述性项下的一个典型必选项,引入敌人刑法概念改变的并非整个国际法秩序甚至是国内法秩序的全局,亦并非引入刑法之外的新刑法或旧出刑法以内的强刑法,而只是作为一种描述性的、方法论性质的观念对国际刑法问题进行解释和判定。而与此同时,敌人刑法的描述性特质表明了其并非根据传统法益论指导下的刑罚目的,而是站在规范论的立场上,因为基于法益论,恐怖分子只有在产生危险之时才应当受到刑罚的规制,但这显然为时已晚,因为恐怖分子在劫机、爆炸等活动中的危险创设既具有计划性和安排性,也容易产生

① 参见[德]格哈德·韦勒:《国际刑法学原理》,王世洲译,商务印书馆 2009 年版,第 51 页。

② [德]赫尔穆特·查致格:《国际刑法与欧洲刑法》,王士帆译,北京大学出版社 2017 年版,第 339 页。

③ Dubber M. D., *Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law*, 91 *Journal of Criminal Law & Criminology* 829-996(2004).

④ [德]斯特凡·希克、谭淦:《作为调节性观念的敌人刑法》,《刑事法评论》2014 年第 2 期,第 288-289 页。



无法估量的后果,国际刑法不能过分限制解释从而导致法益保护的过分滞后,无法发挥法益保护的机能。基于规范论,恐怖分子的行为表现出对法规范的不忠诚态度以及持续性侵害导致其日后极有可能进行犯罪行为,因此人类的危惧感使得恐怖活动的计划、安排等也被纳入到刑事法的规制框架和解释范围之内,从而很好地实现了预防的目的。令人欣慰的是,规范论的立场已经跨越两大法系的隔阂,在刑罚论上达成高度的一致,<sup>①</sup>因此在哲学意义上,敌人刑法的描述性于国际刑法和国际法秩序中也能得到证明。

第三,针对刑事司法程序不人道的批评。刑事程序法上强制处分手段借由刑事可罚性的前置而得以提前介入,并且手段往往伴有严苛性,这是敌人刑法的基本理念之一。敌人刑法的这一特性受到了国内法和国际法的双重攻击,在国际刑法层面上,国际人道法以刑法上的“人道”更为普世、更为理想、更容易实现而对敌人刑法的产生予以抗辩,国际人道法给予伤者、病者以中立的法律地位,“保持中立,不从事任何敌对行为,这是公约对他们提供保护的必要前提”<sup>②</sup>,尤其是在战争中的伤者与病者;同时,对待战俘也尽可能地使用人道方式以保证其人权;禁止酷刑等严苛的刑罚手段是国际人道法的准则之一;在人道的准则框架下,冲突各方均享有正当的司法程序保护的權利。从言辞上来看,敌人刑法手段的严苛性、程序的紧缩性以及对敌人人格的否定都不符合国际人道法的准则,然而这种看法是片面的、局限的,逻辑上这个问题归属于国际人道法和国际刑法的关系,而实质上敌人刑法本身的性质即可解决这一问题:

一方面,国际刑法的圭臬:国际人道法的缱绻和憧憬。从形式上看,国际人道法的规则体系有“海牙公约体系”和“日内瓦公约体系”<sup>③</sup>,规则体系的严重违反也被视做国际刑法的“核心罪行”,前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭这两个特设国际法庭是国际人道法发挥作用的主要场所,这种形式上的上承下启是具有参考意义的,但这只是管中窥豹。国际人道法是在国际刑法运行、发展、实践的体系之内的,国际刑事审判尤其是纽伦堡审判和东京审判使得国际人道法首次靠外在强制执行机制得以落实和执行<sup>④</sup>,国际刑法的实践中以国际人道法作为

<sup>①</sup> See Joshua Kleinfeld, *Reconstructivism: The Place of Criminal Law in Ethical Life*, 129 *Harvard Law Review* (2016).

<sup>②</sup> Michael Bothe, *Wounded, Sick and Shipwrecked*, in Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law* 357(Oxford University 2015).

<sup>③</sup> 这也涉及国际人道法和战争法的关系,本文不予讨论,而直接采取狭义的国际人道法学说。参见王虎华:《国际人道法的定义》,《政法论坛》2005年第2期,第141-142页。

<sup>④</sup> 黄晓燕:《论国际刑法实践中国际人道法的发展》,《山西大学学报(哲学社会科学版)》2011年第5期,第122页。

圭臬而不断扩张其适用范围和适用情形,国际人道法的道义期待与伦理是保证国际刑法内涵实质正义和公平的根本所在,两者在关系上并无冲突。有学者以国际人权法和国际刑法的关系来论证国际人道法与国际刑法的不同,实际上,国际人权法通过对国际刑法产生作用从而使国际人道法更关注人权或者更受制于人权这一层关系即可对此种怀疑进行回答<sup>①</sup>。

另一方面,进程的沟壑:敌人刑法的应答。敌人刑法首先作为一种理念而存在,根据国际法规则和罪刑法定原则,这种理念需要实然的体现在文本中方能发挥效力,若进行扩大解释,其作为“知名公法学者的论述”也是失当且勉强的,因此,敌人刑法理念自然无法与已经有规则体系且发挥着实际规制作用的国际人道法在效力问题上相提并论。国际人道法的伦理在于“基于人道的考虑,为减少战争或武装冲突造成的破坏而制定”<sup>②</sup>,其背后的哲理在于“规制作为手段而不是目的的‘战争’”<sup>③</sup>,而基于刑法上的“人道”将国际人道法的理念摘取去应对敌人刑法的敌对理念,这显然是扩张了“人道”的概念,并将其运用到否定刑法的性质和机能上去,这是不可取的。有学者用“爱的刑法”概念试图构建风险社会中敌人刑法的否定从而建立人道的、普世的、美好的爱的法,这也是没有对“爱的刑法”进行深入研究下的草率结论而已。“爱的刑法”的真实含义是将人进行宽恕而最终回归到爱上,“只有此复归的爱才是统一的”<sup>④</sup>,这是一种基于人道将敌人刑法的理念统一成一个完整的秩序体而所作出的调和与修正,因此便揭示了敌人刑法与国际人道法的关系:二者最核心的区别在于进程上的差异,在定罪量刑阶段要对极度地表现出强烈的对刑法规范的违背意愿的敌人极致地发挥刑法的报应和一般预防机能以维护社会的安宁;而在后续的具体的刑罚实施过程中则以人道的理念去发挥刑法特殊预防的机能,从而促使犯罪人回归社会。

## (二)国际恐怖主义犯罪的敌人刑法规制

先决问题有两个:一是国际恐怖主义犯罪的定义、概念;二是敌人刑法发挥力量的场合。国际恐怖主义犯罪近年来不断呈现新态势,简单地描述其主体、目的、方法、手段、后果已经无法准确且概括的予以界定,但其特征是显而易见的:危害结果的严重性、犯罪主体复杂性——一般是有组织的群体甚至伴有政治因素、犯

<sup>①</sup> 盛红生:《论国际人权法对国际刑法的影响》,《法律科学(西北政法大学学报)》2012年第1期,第44-47页。

<sup>②</sup> 朱文奇:《何谓“国际人道法”》,《武大国际法评论》2003年第4期,第32页。

<sup>③</sup> 朱文奇:《何谓“国际人道法”》,《武大国际法评论》2003年第4期,第44页。

<sup>④</sup> [韩]金日秀:《风险刑法、敌人刑法与爱的刑法》,《吉林大学社会科学学报》2015年第1期,第29页。

罪活动的跨国性或国际性、手段方式的残忍性、破坏活动的持续性和连续性<sup>①</sup>、司法程序的难以介入性、追捕的困难性和时间的持久性等,而《罗马规约》没有规定国际恐怖主义犯罪也是出于其难以界定的原因,美国试图定义国内恐怖主义犯罪,但是却被民权主义者所诟病,足以见其困难性。<sup>②</sup>国际恐怖主义犯罪的宽泛性和复杂性是对敌人刑法的呼唤,采取敌人刑法的理念可以在国际恐怖主义犯罪深化其罪孽、扩张其影响之初便可以将其扼杀。敌人刑法作为一种描述性的理念,其发挥作用的场所并不在于刑法规范的立法论上,而是在刑法规范发挥作用的司法论之上<sup>③</sup>,这也是刑法教义学构建的逻辑前提,因此在不变动现有国际法规范的情况下,通过对其进行诠释和重新构建以达成对国际恐怖主义犯罪的规制。

### 1. 国际刑法规范诠释立场的打破

此处诠释立场是指理论界对国际刑法规范所持有的基本逻辑,尤指我国学者所采的视角。我国国际刑法的构建,有两种方式:一是按照国际法规范尤其是《罗马规约》的条款进行构建的方式,并且辅助以几个国际刑事法庭的实践经验<sup>④</sup>;二是按照我国传统刑法的构建模式去分解国际刑法<sup>⑤</sup>。第一种方法可分析的余地少,难以进行深入的思辨,尤其是在实践匮乏的情形之下,这些描述会变成简单的文字游戏和阐释,难以进行体系化的构建和理论深度的思索;第二种方法采用的是已经被现代刑法学界所抛弃的以苏联倡导建成的主体、主观方面、客体、客观方面四要件犯罪构成理论体系为核心的刑法学理论体系。相较之下,德国日本已经建立了以构成要件符合性、违法性、有责性三阶层犯罪构成体系为核心的刑法教义学理论,而俄国也批判继承苏联遗留下来的刑法遗产而构筑了实质刑法观。雅科布斯的敌人刑法理论发端于三阶层犯罪构成的土壤,并以其自身所孕育的规范适用理论为根基进行阐释,故如若采用敌人刑法的理念去尝试阐释国际刑法规范,是合适的。这种理念发轫于犯罪判断层面,上至高屋建瓴的刑法哲学,下至林林总总的琐碎实践,而其核心便在于规范论的考量,从规范论出发构建规范目的、

<sup>①</sup> 赵秉志:《惩治恐怖主义犯罪理论与立法》,中国人民公安大学出版社2005年版,第86页。

<sup>②</sup> See Emanuel Gross, *Thwarting Terrorists Acts by Attacking the Perpetrators or Their Commanders as an Act of Self-Defense: Human Rights versus the State's Duty to Protect its Citizen*, 240 Temple International and Comparative Law Journal (2001).

<sup>③</sup> 陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2011年版,第7页。

<sup>④</sup> 如朱文奇:《国际刑法》,中国人民大学出版社2014年版,第9页。

<sup>⑤</sup> 参见黄风、凌岩、王秀梅:《国际刑法学》,中国人民大学出版社2007年版,第78页。王世洲主编:《现代国际刑法学原理》,中国人民公安大学出版社2009年版,第69页。

刑法目的、犯罪理性和刑罚处断,“几乎单独为规范论奋战不懈的只有 Jakobs 一人。”<sup>①</sup>

## 2. 罪刑法定原则与敌人刑法

罪刑法定原则已经成为国际刑法的基本原则之一,指导着整个国际刑法的构建和实践,这是国际社会在刑事方面理性态度的体现。所谓罪刑法定原则,即法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚,其基本要求是要按照成文的、明确的良法对犯人进行定罪,按照法律所规定的程序进行处罚,其基本要求是禁止类推解释、禁止法的溯及既往、禁止习惯法和禁止不定期刑,这是一种形式理性的呼吁,意在限制权力和保障人权,《罗马规约》第 22 条、23 条、24 条体现了这一点,这不仅是由大陆法系的刑法学家所证明的,而且是取得了共识的。<sup>②</sup>有学者认为,敌人刑法是不理性的抗制手段,它跨越了政治上的自然反应而意图动用战争手段打击国际恐怖主义犯罪,不符合法治原则和罪刑法定原则<sup>③</sup>。此处需要阐明的是,敌人刑法的基础是刑法规范,在忠诚于法的前提之下对不忠诚于法的、超出社会自治限度的敌人进行抗衡。因此,敌人刑法是对刑法规范的重述和再构建,在承认且服从罪刑法定原则之下进行的构成要件扩张和刑事程序紧缩,是对刑法进行规范的运用方式和内涵逻辑。《罗马规约》在罪刑法定原则的规定中极其强调“保护被调查、被起诉或被定罪的人”,借以此中精神否认敌人刑法是失当的,原因有二:一是本条文体现的思想是发挥罪刑法定原则的人权保障机能,而不是蒙住双眼或睁一只眼闭一只眼地看待犯罪嫌疑人,若如此,则会对刑法的威严产生影响,会让刑法的解释顺序错乱不堪;二是敌人刑法是先于司法程序而界定敌人具备刑事可罚性,而不是在司法过程中界定。因此在逻辑上存在这样一种关系:“人格否定一定罪处罚”,而不是“找到嫌疑—否定人格—一定罪处罚”,而罪刑法定原则发挥效力的节点在于定罪处罚,因此将刑事可罚性前置的敌人刑法并不会对罪刑法定原则产生影响。

## 3. 个人刑事责任原则与敌人刑法

敌人刑法的归责逻辑是:“持续性的体现对法规范的不忠诚——罪责归属”,

<sup>①</sup> 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 9 页。

<sup>②</sup> Dov Jacobs, *Positivism and International Criminal Law: Principle of Legality as a Rule of Conflict of Theories*, <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=606070026007125078067076082084000086026071069006028088099020120064088019105070005022096019020106111061101118118029121109009089015046040047000105003086086110029106098054046076009090095096002065118078116065069088117014125087064029022105111121004124125113&EXT=pdf>, visited on 9 July 2018.

<sup>③</sup> 参见白桂梅:《国际法》(第二版),北京大学出版社 2010 年版,第 562 页。

在此并没有涉及主体,但是很显然,敌人刑法针对的对象是敌人。按照雅科布斯的阐释,恐怖主义犯罪、有组织犯罪、严重经济犯罪均可能被当做敌人看待,而恐怖主义犯罪则借由风险社会刑法观而得以确证最适当的典型。按照冯军教授的说法:“敌人可能是他的自我世界中的斗士或者英雄,但是,他不是他的行为所破坏的现实社会的成员。”<sup>①</sup>《罗马规约》第1条是对个人刑事责任原则的基本表述,第25条是对个人刑事责原则的系统论证,其中提到了共犯、教唆犯、帮助犯<sup>②</sup>、表意犯等。如若将犯罪嫌疑人定为此几种犯罪人并承担刑事责任,那么他就是敌人刑法中所提及的敌人。在此要注意以下几个问题:一是个人刑事责任原则的具体运用,这是一种绝对责任<sup>③</sup>,其免责事由并不周延,既有成文的法定免责事由又有不成文的习惯和学理免责事由。但是,在敌人刑法中并不涉及这个问题,构成要件的扩张使得免责事由消除,譬如,正当防卫中防卫起因和事由的消灭就是其中的体现。<sup>④</sup>二是个人刑事责任面临的挑战,个人刑事责任的基础是道义责任论,与之相对应的是社会责任论,在现代刑法国家普遍采用的是社会责任论,但是在国际社会领域,处于折中和概括的考虑,仍没有改变这个基础。三是敌人刑法是否扩大了个人刑事责任的问题,敌人刑法只是在事实和法律层面做一个判断,只是一种将责任归于个人的方式而不是在实质的价值层面上对个人进行否定和强加枷锁。对于雅科布斯本人而言,敌人刑法理念直接对应的当然是规范责任论,以积极的一般预防作为刑罚的唯一目的,从而通过训练公民的法忠诚、维护法效力来确证刑罚的适用,但是敌人并不能被这一刑罚目的中“训练”“沟通”的对象所能容纳,因此规范的责任反而是“偏置”的。<sup>⑤</sup>但是如果将国际社会视为更加“自然状态”的对象,那么这一否定反而站不住脚,当然,这并不是说责任论的概念基础完全取决于国际社会的复杂程度,而是探讨敌人刑法理念运用的场景是“国家之间的对抗”还是“人类之间的对抗”,在此意义上,敌人刑法受到了个人责任论的支持。

① 冯军:《死刑、犯罪人与敌人》,《中外法学》2005年第5期,第612页。

② 参见冷新宇:《国际刑法中的帮助犯:实践与理论疑问》,《国际法研究》2018年第1期,第31页。

③ 王新:《追溯国际刑法中的执行命令不免责原则》,《法学杂志》2011年第3期,第67页。

④ See Adil Ahmad Haque, *Necessity and Proportionality in the Law of War*, in Larry May, *Cambridge Handbook on Just War* 1-20(Cambridge University Press 2016).

⑤ See Chad Marzen, *Liability for Terrorism in American Courts: Aiding-and-Abetting Liability under the FSIA State Sponsor of Terrorism Exception and the Alien Tort Statute*, 25 Thomas M. Cooley Law Review 3 (2008).

### 三、敌人刑法对国际法规范的阐释及其对我国的启示

《罗马规约》没有明确规定国际恐怖主义犯罪的情形下,根据罪刑法定原则,只能依据其所规定的“灭绝种族罪”、“危害人类罪”、“战争罪”和“侵略罪”加以定罪量刑,与此同时还有诸多其他规范对恐怖主义犯罪的各个阶段进行规制。敌人刑法藉由这些规范得以提前介入恐怖主义犯罪规制的过程,但其合法性需要再度强调。

#### (一) 惩治国际恐怖主义犯罪的国际法规范

对于国际恐怖主义犯罪,国际社会的主要视角集中在场所、方式之上,典型地消除了恐怖主义犯罪分子的“安全地带”和“避风港”<sup>①</sup>,从敌人刑法的立场和思维上去看,可以将这些规范划分成体系。而国际恐怖主义犯罪的体系特殊性在于管辖权、犯罪行为、犯罪手段和内心犯意四个方面,要进行着重划分。

##### 1. 管辖权规定

作为犯罪规制的先决问题,管辖权一直是需要着重考察的对象,目前已有多个国家的国内法对恐怖主义犯罪的管辖权进行了划分和规定,形成了“刑事管辖——刑事审判——管辖原则——处罚机制”的完备规定<sup>②</sup>,对于国内法院管辖权与国际法院管辖权的规定由《罗马规约》前言第10段和第1条明确规定,国际刑事法院只是对国内管辖权起补充作用,而这种补充作用意义就在于明确国内管辖权和国际管辖权的先后层级,即国内法院具有管辖优先权<sup>③</sup>。因此,敌人刑法面临这么一个问题,根据程序,只有当国内法院不愿意受理恐怖主义犯罪时国际法院才可得此管辖权,承认敌人刑法立场的国际法院却受到不承认敌人刑法的国内法的阻挠。如果《罗马规约》国内化进程良好则会化解此矛盾,单纯的司法层面解决这个问题有如下两个思路:一是国际法院本身基于《罗马规约》第四条的规定发挥其法律主体的能力,建议管辖权国家提前介入司法程序;二是在案件受理之后最终立案之前,发挥《罗马规约》第58条规定的检察官的能动性。

##### 2. 犯罪行为

恐怖主义犯罪的犯罪行为有组织性、持续性、连续性、破坏性等特点,外在表

---

① 王秀梅:《惩治恐怖主义犯罪中维护公共秩序与尊重人权的平衡》,《法学评论》2006年第2期,第57页。

② 参见康海军:《恐怖主义犯罪的刑事管辖问题研究》,《刑法论丛》2012年第2期,第468页。

③ 杨力军:《论国际刑事法院管辖权与案件可受理性质质疑程序》,《环球法律评论》2009年第6期,第144-145页。

现形式常常表现为“作为”，即有意识的身体的动静。国际公约的普遍做法是对这些行为进行列举，譬如《罗马规约》第7条第1款规定：“……行为：1.谋杀；2.灭绝；3.奴役……”这些行为是并列关系而不是递进关系，单纯的谋杀与灭绝的结果肯定是不同的，而这种列举式的行为总能找到教义式的共性。<sup>①</sup>概括来说，这些行为都是以不人道的方式危害人类的生存和福祉的罪行，恐怖分子犯此行为一种则属于国际刑法上的犯罪。从法条上考察，敌人刑法对犯罪行为的规制具体体现在两个方面：第一是程度轻重的体现，传统的国际刑法是在列举中以并列关系的逻辑去寻求刑事可罚性的根源，敌人刑法则是在行为人施行了程度较轻的行为时考察其对法规范的忠诚程度以作出不同程度的应答；第二则是体现在国际社会所进行的渊源创制之上，针对犯罪行为，有如下几个公约对恐怖主义犯罪起进行规制：《关于在航空器内犯罪和其他某些行为的公约》《关于制止非法劫持航空器的公约》《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》《制止在为民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》《反对劫持人质国际公约》和《制止危及海上航行安全非法行为公约》，这些条约均体现了预防的立场，突出了对国际恐怖分子的防范和整治，甚至在有些学者眼中，以上条约是作为国际战争法的另一种表述出现的，即“当前需要国家动用的全部有必要性的力量所要解决的行为”<sup>②</sup>。

### 3. 犯罪手段与地点

随着国际恐怖犯罪行为的现代化、多元化，单纯通过条约的盖然性去整治与时俱进的犯罪手段已经逐渐滞后。时下，《罗马规约》采取不对犯罪手段做规定的方式，而《蒙特利尔议定书》《关于核材料的实质保护公约》《关于制作可塑性炸药以便侦测的公约》等规定了恐怖分子所采用的破坏性最强、杀伤力最大、影响范围最广的犯罪手段和地点，然而仅有这些是远远不够的。《罗马规约》的包容性可以很好地解决这个矛盾，在敌人刑法的视域下，总起的原则“最严重的犯罪”意味着对手段的极端控制，对此进行解释应当从危害性进行考量：第一，防御的扩张。除了核材料、可塑性炸药之外，与之危害性相当的犯罪工具也应当受到规制，对于此处危害性的判断应当结合后果、方式、主体、触发条件等多个因素进行考量和确证。第二，主动地扩张。显而易见，核材料和炸药都是具有极端危险性的犯罪工具，影响范围广，因此应当适度下调危害性要求，才能最大限度地发挥刑法的预防

<sup>①</sup> See Kevin Jon Heller, *What is an International Crime? (A Revisionist History)*, 58 *Harvard International Law Journal* 2 (2018).

<sup>②</sup> Michael Scharf, *How the War against ISIS Changed International Law*, Case Research Paper Series in Legal Studies1 (Case Western Reserve Univertisy 2016).

机能。

#### 4. 犯罪意图

这是对敌人刑法的根本诠释之一。当前的研究成果表明,对于犯罪意图的阐释,“国际社会向国际共同体”的转移趋势更加明显,这也与国际刑法的基础——积极的一般预防目的和法秩序效力维护的犯罪本质观是一致的。<sup>①</sup>从《罗马规约》中“故意指令攻击……”来看,不应当简单地将“故意”作为最终的归责要素,而是应当综合起来看待,譬如“故意指令攻击平民人口本身”的故意,不仅包含着故意因素还有明知的因素,这两者结合起来还蕴含着更深层次的对法规范的极度不忠诚和根本性违反,这也是敌人刑法得以建立的基点之一。在规范责任论中,法规范的不忠诚和社会自治能力是两个归责的出发点,第二个基点是客观的归属,而第一个则是属于犯意层面的排查<sup>②</sup>。敌人刑法除了早先观察出敌人的犯意之外,还会通过打击敌人的再犯可能性来扩张刑罚、敦促整改。“即使事实上失去了再犯可能性,也不能因此就对行为人判处较轻的刑罚甚至免除刑罚。”<sup>③</sup>在认定国际恐怖主义犯罪者的犯意时,需要特别考虑以下几点:第一,考虑到国际恐怖主义犯罪从犯意萌生到具体策划再到执行实施的时间周期长的特点,需要准确划分预备犯、中止犯和未遂犯,而判断标准即是犯意的坚定和深入;第二,在强行法规范的范围内对犯意的推导要严格遵守罪刑法定原则,从现有的国际刑法规范规则来看,航空器的保护、机场的保护是犯意推导的主要契合点,但这并不意味着在火车、汽车站、商场等公共场合内仍具有这种犯意可推导的特性;第三,在恐怖组织内部罪责衡量的过程中难免有敌人刑法观念和人权保障机能发生冲突的情形,敌人刑法主要发挥作用之处在于防御恐怖主义犯罪,是为了保障人权而下位于保障人权的概念和体系,因此要严格贯彻个人刑事责任原则,分析共犯、正犯的概念和罪责。

#### (二)敌人刑法视角下我国反恐法的反思与重构

我国于2015年颁布《中华人民共和国反恐怖主义法》(以下简称反恐法),并且已经生效。作为我国第一部反恐立法,势必对我国反恐工作产生深远影响。敌人刑法的理念与我国对待恐怖主义犯罪的刑事政策的精神在一定程度上具有一

---

① See Tomasz, *From International Society to International Community: The Constitutional Evolution of International Law* 21 (Gdańsk University Press 2015).

② 冯军:《刑法中的责任原则——兼与张明楷教授商榷》,《中外法学》2012年第1期,第52页。

③ 冯军:《刑法中的责任原则——兼与张明楷教授商榷》,《中外法学》2012年第1期,第58页。



致性,具体体现在以下两点:从背景上看,我国处于“积极反恐”阶段<sup>①</sup>,敌人刑法观念有助于我国反恐活动积极性的合理化和合法化;从现状上看,我国反恐立法可以划分为以反恐法为核心的预防法、处置法、制裁法、恢复法<sup>②</sup>,敌人刑法观念有助于其理论的延伸和体系的构建。从该理念上重新审视我国首部反恐立法具有借鉴意义,正如外国学者所言,“中国并没有表现出与《罗马规约》强烈的联系”<sup>③</sup>。

### 1. 精细化与体系化

我国反恐法第3条规定了恐怖主义犯罪的罪状,其规定较为概括。第一,没有方式的规定而仅有侵犯对象规定的行为,与此同时,对人员伤亡和其他损失的界定尚不明确。另外,对于意图的规定亦不明确,没有区分“故意”和“过失”。第二,没有详细区分恐怖主义犯罪的主体。《蒙特利尔公约》《东京公约》《芝加哥公约》所构成的国际航空犯罪体系对主体的规定很是详尽并且带有浓厚的敌人刑法色彩,对机长、机上保安、机上工作人员、普通乘客、特殊乘客及其权利义务责任进行了规定,而我国反恐法第3条第5款第二项所规定的“恐怖活动人员”仅仅是从行为的角度对恐怖主义犯罪的主体进行了规定,具有滞后性且很难发挥敌人刑法的功能。第三,对行为的展开过少导致与刑法所规定犯罪竞合,界限不清,反恐法在尚未解决与刑法法律体系协调的情形下而进行了挪用与借用,扩充了刑法的范围。对于此问题,我国著名刑法学者张明楷教授主张:“妥当的做法应是,不必讨论犯罪之间的界限,正确解释各种犯罪的构成要件,对案件事实由重罪到轻罪作出判断。”<sup>④</sup>结合敌人刑法的理念,我国反恐法律体系应当:(1)限制性、明确地规定恐怖主义犯罪的行为特征,由于当前国际恐怖主义行为具有复杂性、模糊性,从概念层面精准定义行为特征是较为困难的,<sup>⑤</sup>敌人刑法的“描述性”特征表明单纯从思辨的方式出发得到何为“敌人”是不妥当的,法教义学的功能有限,从这一立场出发,我国有关部门和科研机构更应当关注实然的情形,通过科学的观察手段描述恐怖主义犯罪的“事实”,以刑法的原则和价值作为基础精准界定国际恐怖

① 凌胜利、王帆:《中国参与国际反恐合作的历史进程——基于双重话语实践的分析》,《史学集刊》2013年第6期,第107页。

② 参见赵秉志、杜邈:《我国反恐怖主义立法完善研讨》,《法律科学(西北政法大学学报)》2006年第3期,第142-143页。

③ O'Brien, Melanie, "Revolution Is Glorious! Revolution Is No Crime!" *International Crimes and Chinese Domestic Law, and the Gang of Four Trial*, 19 *New Criminal Law Review* 3 (2016).

④ 张明楷:《犯罪之间的界限与竞合》,《中国法学》2008年第4期,第87页。

⑤ See Richard Jackson, *An Argument for Terrorism, 2 Perspectives on Terrorism* 2 (2010).

主义行为,比如已经达成国际共识的、被规定到国际规范性文件中的行为,国际刑事法院判例认定的行为,国际社会公认的、多数国家政策所反对的行为等。(2)扩大规制对象范围,减少程序性规定,扩充立法性规定。当前有权认定恐怖活动组织和人员的主体有国家反恐怖主义工作领导小组、相关行政部门以及法院,认定权划分不清。另外,这也不利于限制对“类”恐怖主义分子的人权保障,因此,为了划清解释界限,确定解释依据,结合罪刑法定原则,应当通过法律法规确定规制对象,<sup>①</sup>而这样也将场域置之于立法论,其中的理论基础则相对雄厚。

## 2. 与国际接轨较少

国际社会开展打击国际恐怖主义犯罪活动的基本形式是签订国际条约,“反恐多边条约初步定义为,是指两个以上国际法主体之间,主要是国家之间,旨在通过国际合作惩治、制止和预防国际恐怖(主义)犯罪”<sup>②</sup>。而我国反恐法与国际条约的契合尚不深刻,有三个问题亟待解决:第一,对恐怖主义犯罪活动的界定。现行反恐法未通过列举的方式对恐怖组织和恐怖分子进行划分,因此我国打击范围的界定成为其发生效力的阻碍,尤其是我国参与的国际条约中有些已经确定了恐怖主义犯罪活动的行为<sup>③</sup>,而此时完全契合还是进行扩张或者限缩解释我们根本无从定论。第二,国际合作程序的规定略微偏颇。反恐法第七章第 70 条最后一段规定“依照有关法律规定执行”,此处的“有关法律”指代不明,在程序适用上会产生矛盾和歧义,甚至会有更加复杂的情况出现,而此时又无法适用国际私法关于冲突规范的规定,《维也纳条约法公约》的解释效力也并不充分,这是需要法律予以确认的。

## 3. 适用客体不明确

敌人刑法理念在适当的情况下对打击对象的解释是限缩和严格的,这与国内刑法的“无限防卫权”和国际法上的“预防性自卫”观念具有立法精神上的一致性,而这三者均在一定层次上支持了反恐行动的先发制人,然而在缺乏现行国际法规范依据的情况下,应对恐怖主义犯罪的先发制人的军事行动尚存在多种争议,综合考量之下需要对反恐法的打击对象予以明确化。<sup>④</sup>早在反恐法草案阶段便有学者就反恐法适用的范围、时间、对象提出了明确化的建议,<sup>⑤</sup>此后虽在正式文本中

<sup>①</sup> See Beth Van Schaack, *Crimen Sine Lege, Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals*, 97 *The Georgetown Law Journal* 1 (2008).

<sup>②</sup> 刘远山:《略论反恐多边条约的国内实施》,《河北法学》2004 年第 8 期,第 6 页。

<sup>③</sup> 王立民:《反恐立法述评》,《犯罪研究》2003 年第 1 期,第 5 页。

<sup>④</sup> 黄瑶:《国际反恐与先发制人军事行动》,《法学研究》2006 年第 1 期,第 150-154 页。

<sup>⑤</sup> 赵秉志、王秀梅等:《关于〈反恐怖主义法(草案)〉的修法建议》,《刑法论丛》2014 年第 4 期,第 48-65 页。

进行了相应的修缮,但是并没有完全解决该问题。对此,在敌人刑法观念的启发下,我国反恐法应对其防范范围进行适当扩张:第一明确适用的地域范围,因本法并无确切规定;第二明确适用的时间范围,对“正在发生”、“已经发生”等时间节点进行解释,尤其是对“可能造成重大社会危害的恐怖活动”进行界定;第三要对打击对象作出明确的规定和确切的列举,否则基于反恐法第二章“恐怖组织和人员的认定”仅会放大敌人刑法的弊端而使得自由裁量权无限扩大;第四要借鉴刑法规定和学理分析,对实行犯、帮助犯、目的犯、结果犯、危险犯等按照行为、情节、结果等因素进行体系性的划分,否则反恐法的打击对象只能是散沙一盘而使得其科学性大打折扣。

#### 4. 程序设计不合理

反恐法的程序设计太过口号化而忽视具体的可行性,在规定多个主体的同时没有划分清楚不同主体之间权力、权利、义务和责任之间的界限,实务中很可能出现任意冲突的情形。换言之,我国反恐怖主义法律体系还是应当尽可能细化规定,明确权责,具体而言:(1)明确相关部门所采取措施的类型、方式、限制等,反恐法第14条、19条、20条等规定了相关部门对于监管范围内的人、物品、资金等对象采取一定的措施,但是仍旧有部分条文对于所采取的强制措施规定并不明确,例如第27条第2款、第28条、第27条等,在当前法律体系并不完善、处于上位法的反恐怖主义法规定不明确的情况下,相关部门在采取强制措施制止、控制和预防恐怖主义犯罪方面可能会面临法律解释上的困难和法律权限上的限制,又或者可能面临滥用权力的指控。(2)明确对于重点安全防范领域的强制措施类型和特殊程序。反恐法第37条、38条、39条规定了飞行管制、航空、边境、出入境等特殊领域和场景下的强制措施的类型,从当前国际的研究成果来看,核研发区域等“易受攻击”的对象应当获得特殊的保护,<sup>①</sup>这也要求我国在法律上作出明确界定,甚至通过赋予机长、安保人员等一定的强制措施实施权力来保障安全,根据敌人刑法,这种特殊性应当被承认、也应当受限制,应当在我国立法中予以体现。

依照敌人刑法的理念和风险社会观的构建,我国反恐法亟待修改之处,具体的方向应为:第一,与国际刑法和国际反恐法接轨,尽快完成国际刑法相关条约的现代化和国内化;第二,在保证反恐法稳定性的同时,通过出台解释、意见、会议纪要等形式加强反恐法适用的可行性和灵活性,专家学者对相关问题的论述也可成为援引和借鉴的依据;第三,依照敌人刑法观念对反恐法进行教义学构建,对外区

---

<sup>①</sup> See Barnett, Daniel J., et al., *Understanding Radiologic and Nuclear Terrorism as Public Health Threats: Preparedness and Response Perspectives*, 47 *The Journal of Nuclear Medicine* 10 (2006).

分好反恐法与行政法、民商法、刑法之间的关系,对内明确划分目的、任务、依据、原则、范围、主体、客体、处罚等内容。

#### 四、结语

恐怖主义犯罪是对世界秩序的蔑视和对世界安全的威胁,应当引起足够的重视。在足够重视的前提之下,如何科学地应对和回答恐怖主义犯罪的挑战,就成了一个需要法规范回答的问题。在国际刑法的运行轨迹中暗含了对恐怖主义犯罪的防御,但是这种暗示并没有体系性的、广泛的、成文的、明确的规范规定来得更加合理。雅科布斯的敌人刑法理念便是在现代刑法制度相对成熟的土壤中催生出来的,是德国刑法理论的扩张。<sup>①</sup>在消除误会、取其精华、去其糟粕的基础上,继承敌人刑法理念的优秀部分,对防范恐怖主义犯罪具有深层次的意义。事实上,在德国理论界已经开始涉及对具体的国际刑法犯罪的理论探讨,这也是值得我国刑法学界反思的部分。当然在此之前还是要先解决国际刑法和国内刑法的关系、国际刑法和刑法理论的关系、国际刑法实践和刑法观点的关系,并且在此基础上做一些延伸的探讨。譬如增加恐怖主义犯罪的条款、增加国际刑法犯罪主体的条款、细化国际刑法中关于犯罪有责的规定等,这些都是当今刑法的理论对国际刑法的引申。当然,两者的结合目前还是摸索阶段,需要我国学者孜孜不倦地努力。

#### **An Annotation of Criminal Law of Enemy in the Perspective of International Criminal Law: Based on the Thinking of Defense against the Crime of International Terrorism**

**Abstract:** The crime of international terrorism is a fundamental problem that fundamentally needs to be regulated by the international criminal law. Feindstrafrecht theory by Jakobs provides a new way to interpret the current international criminal norms in judicial context by expanding the constitutive elements, speeding up the judicial procedure, and increasing the criminal punishment. Viewed from its interpretation, this type of interpretation can be mainly carried out through the transformation of interpretation standing, the reconstruc-

---

<sup>①</sup> 王钢:《德国刑法学的新发展——侧重于违法性阶层的考察》,《清华法律评论》2015年第1期,第20页。

tion of interpretation system and the establishment of value foundation of interpretation methodology. Viewed from its effect, it may lead to the functional expansion of international criminal law prevention and the reorganization of the enemy ideological system. Viewed from its value, it could be a mirror to the Chinese anti-terrorism law system, which reflects that the first anti-terrorism law of China has some shortcomings such as its insufficient connection with the international norms, unclear boundary with anti-terrorism politics, unclear applicable objects and unreasonable procedures.

**Key words:** Criminal Law for Enemies; crime of international terrorism; norm of international law; statutory crime and penalty

(责任编辑:彭芩萱)