

反恐与国际刑事司法准则的底限

谢佑平 宋远升

内容提要:恐怖主义是人类生存面临的难题,它通过暴力和残忍的手段,对世界和平、经济发展、社会生活乃至人类文明造成严重威胁。恐怖主义是当代人类之间展开的另一种形式的自相残杀。但是,即使其在法律上是严重违法的,在道德上是难以立足的,然而,毕竟有其存在的深层根源。因此,应当明晰恐怖主义与反恐的性质,正确认识反恐与国际刑事司法准则的价值与效力之间的冲突,并从世界其他一些国家的反恐立法及司法实践中寻找经验和借鉴,从而正确协调恐怖主义与反恐以及反恐与国际刑事司法准则的关系,为解决这一死结提供一条可行路线。

关键词:恐怖主义 反恐 国际刑事司法准则 底限 第三条路线

谢佑平,复旦大学教授,博士生导师;宋远升,复旦大学法学博士生,华东政法大学教师。

在国际刑事法领域,恐怖主义与反恐,反恐与国际刑事司法准则之间是两对非常重要的关系。特别是在刑事诉讼的人权保障领域,反恐与国际刑事司法准则之间更是休戚相关。反恐与国际刑事司法准则之间存在着多重的矛盾和冲突,恐怖主义与反恐之间的关系本身也充满了辩证性。在恐怖主义与反恐之间,对立、冲突、报复,然后再开始新一轮的运转,已经成为惯性和恶性的循环。如何从循环不息的宿命论似的恐怖主义与反恐的关系中摆脱出来,成为考验当代人类智慧的一个重大难题。

一 恐怖主义与反恐的正当性

恐怖主义是否具有正当性,这似乎是不言自明的问题。但是在特定情势下,这仍然值得深思。譬如,在面临国家危亡时,以恐怖活动对抗对方的侵略行为。由于入侵者的力量和被侵略者的力量的不对称性,在用尽政治或者法律手段时,如果直接针对侵略者本身实施恐怖活动,似乎本身也具有一定的正当性。

威尔金斯(Burleigh T. Wilkins)在1992年出版的《恐怖主义与集体责任》一书中提出,有一些恐怖主义的行动可以证明是正当的……他指出有以下三种情况:一是普遍认为,在自卫中对其他人使用暴力(如反抗外敌侵略)可证明是正当的;二是有较多的人认为,在自卫的名义下,甚至对一个被侵略者用作人质的无辜者使用暴力也可以证明是正当的;三是对为

了达到社会或政治变化的目的而牺牲无辜者的生命的恐怖主义,人们的看法存在着分歧。第三种情况也可以说是这样一个问题,即我们能证明在自卫以外的其他情况下把暴力强加给无辜的人身上是正当的吗?威尔金斯认为,尽管恐怖主义行为的受害者可能是压迫者,也可能是侵略者或独裁者或他们的同伙,但经常并不是这些人。其中最值得研究的是“集体犯罪”问题。威尔金斯认为,有些罪至少是某些情况下可用于集体的,他以纳粹为例加以分析,认为纳粹对犹太人的迫害就是一种集体犯罪。对于这种犯罪,在纳粹迫害时期,犹太人采取谋杀等暴力手段对抗,在道德上是可接受的。威尔金斯实际上把这种对犯罪集体进行报复的恐怖行为也看做是一种自卫。^[1]

基于邪恶目的实施恐怖活动的非正当性是不容置疑的。然而,即使是基于正当目的,以自卫的名义实施恐怖活动也是让人难以接受的。因为其采取的恐怖手段是卑鄙的、令人厌恶的,其性质是让社会产生极大恐慌的不道德行为。“恐怖主义分子实施的预谋制造绝望或恐惧的气氛,动摇公民对其政府的信任,从而选择杀害、绑架、暗杀、强盗和爆炸,他们毫不关心法律和道德标准却从这些标准中获得特别豁免,他们确信任何无辜者的死难都可以证明其事业的正当性。”^[2]

其实,受囿于恐怖主义行为的残忍性与邪恶性,以及其直接给社会带来极大恐慌的性质,恐怖动机或者目的并没有给予恐怖对人类侵害的豁免权,动机或者目的并不影响恐怖犯罪的正当化与否。这一点可以在一些国际条约中得到证明。《防止和惩治恐怖主义行为公约》(《美洲反恐公约》)规定:“本公约内,绑架、谋杀和对根据国际法有义务给予特别保护的那些人的生命和人身安全进行其他袭击,以及同这些罪行有关的勒索,不论其动机如何,均应视为具有国际意义的罪行。”

手段与目的的关系是哲学中的重要问题。有人相信道德问题只适用于目的,而不适用于旨在实现这些目的的手段之选择。他们实际上主张,因为他们追求的目的据他们自认为(甚至退一步说也可能被公认为)在道德上是正当的,旨在实现这目的的任何手段都是正当的。对于他们来说,只有一个保留条件,那就是所选择的手段应当有效。因此,对这些人来说,选择手段时依据的标准不包括它们是否道德,而只是它们是否有效。^[3]

然而,从道德和求实的角度出发,我们对目的和手段之关系的伦理,应当持有这么一种立场:(1)如果必须考虑选择道德上可疑的手段,一项行动的目的就必须是真正建设性的和值得称赞的;(2)当可以得到道德上不那么可疑的、可以达到同一目的的手段时,不应当使用道德上可疑的手段;(3)应当在选择手段方面有节制,特别是在运用暴力手段时有节制,即受所谓“比例原则”的节制——在实践中避免肆意滥用暴力,以免造成超过其价值的更大的生命伤亡和损害。^[4]在恐怖主义问题上,目的丝毫不能证明手段的正当性,相反,手段却对目的是否正当有着关键性的影响。很难想像一项造成无辜者的生命、财产、精神巨大恐慌的恐怖行为的目的是完全正当的。在现代历史中,真正伟大的民族解放运动或者社会改良

[1] 江畅:《中西当代战争与恐怖主义伦理思想比较》,《湖北大学学报》(哲学社会科学版),2007年第2期。

[2] Mark B. Baker, "Terrorism and The Inherent Right of Self-Defense", *Boston Journal of International Law*, Autumn, 1987.

[3] Gordon A. Craig and Alexander George, *Force and Statecraft: Diplomatic Problems of Our Time*, 3rd edition (New York and Oxford, 1995), p. 277.

[4] Arnold Wolfers, "Statenmanship and Moral Choice," *Discord and Collaboration* (Baltimore, 1962), 转引自 Craig and George, *Force and Statecraft*, pp. 280 - 281.

很少是通过恐怖主义实现的,并且,也很少有正义的民族解放运动或者社会革命会因为自己的政治目的而滥杀无辜。但无论如何,恐怖主义犯罪的动机或目的可以使人们反思,从另一角度提供人们思考问题的视角。如何正确对待恐怖主义犯罪?对于整个人类而言,是否真的有不可化解的矛盾而自相残杀?在一定程度上,对恐怖主义的目的予以深切关注、思考,正确协调利益、化解冲突,或许这是研究恐怖犯罪的真正价值之一。

恐怖主义和反恐作为一枚硬币的两个方面,如果证明恐怖主义的非正当性,反恐的正当性则是毋庸置疑的。从目的与手段的关系进行分析:(1)反恐目的的正当性是无法指责的,反恐是正义法律项下的行为,是人类保卫文明、社会以及自己的正当手段,是以公法上的信赖保护原则为基础的;(2)在确保法律正当程序的前提下,反恐手段的正当性也是有法律和道德保证的;(3)在反恐中,滥用暴力的行为是被严格禁止的。在刑事诉讼程序中,嫌疑人并没有因其涉嫌恐怖犯罪就会受到不当诉讼待遇,也没有因而得到超越法律规定的惩罚。

二 国际刑事司法准则的层次及底限

国际刑事司法准则是指规定于联合国有关刑事司法活动的国际条约或法律文书中的指导各国刑事司法活动的关于基本人权保障的标准。^[5] 无论其被称之为准则、原则还是规则,其都是以人权保障为目标,以国际条约、联合国或其组织机构的国际法律文件为形式,各国进行刑事司法活动的普适性的标准和依据。国际刑事司法准则不是独立的、零散的、缺乏有机联系的个体,相反,却是彼此紧密联系、有机的层次体系。表现为人权保障内容是否克减的角度上,国际刑事司法准则可以分为两个层次:基本准则以及底限准则。

第一,基本准则。基本准则主要指在一般情势下国际刑事司法人权保障标准,但是,其包含的权利保障部分在特定的情势下可以适当进行调整和克减。基本准则包括:(1)平等原则(《世界人权宣言》第7条、《公民权利和政治权利国际公约》第14条第1款和第26条);(2)强制措施法定原则(《世界人权宣言》第3条和第9条、《公民权利和政治权利国际公约》第9条);(3)司法补救原则(《公民权利和政治权利国际公约》第2条第3款);(4)生命程序保障原则(《公民权利和政治权利国际公约》第6条);(5)审判公开原则(《世界人权宣言》第10条、《公民权利和政治权利国际公约》第14条第1款);(6)无罪推定原则(《世界人权宣言》第11条、《公民权利和政治权利国际公约》第14条第2款);(7)反对强迫自证其罪原则(《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款第7目);(8)非法证据排除原则〔《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚宣言》第12条、《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》(联合国反酷刑公约)第15条];(9)上诉救济原则(《公民权利和政治权利国际公约》第14条第5款)。

第二,底限准则。底限准则主要是涵盖与“不可克减的权利”相关的那部分准则。所谓不可克减,是指不能以社会紧急状态危及国家生命并经正式宣布,减免其承担的国际公约规定的基本义务。这是正当程序的最后底线。也就是说,这种权利是不能以任何理由予以剥

[5] 关于国际刑事司法准则的定义,可以参见谢佑平、万毅:《多元与普适:刑事司法国际准则视野内的非法证据排除规则》,《重庆社会科学》2001年第4期;陈兴良:《国际刑事司法准则与中国刑事司法改革》,《山东公安专科学校学报》2002年第1期;陈光中:《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》,法律出版社1998年版;卞建林、杨宇冠:《联合国刑事司法准则撮要》,中国政法大学出版社2003年版。

夺的公民的最基本权利,如法律适用一律平等,反对酷刑等是《公民权利和政治权利国际公约》确认的不可克减的权利。^[6] 它确立了现代刑事诉讼最基本、最优先的规则,为社会正义的实现提供了不可突破的底限标准,是一种绝对保护要求,是任何现代国家的刑事诉讼都必须具备的。^[7] 底限准则主要规定在《公民权利和政治权利国际公约》、《囚犯待遇最低限度标准规则》以及《非拘禁措施最低限度标准规则(东京规则)》中。底限准则包括:(1)反对酷刑原则(《公民权利和政治权利国际公约》第6条、《囚犯待遇最低限度标准规则》第31条);(2)禁止歧视原则(《公民权利与政治权利国际公约》第4条);(3)人格尊严保障原则(《公民权利与政治权利国际公约》第16条、《囚犯待遇最低限度标准规则》第60条第1款)。

无论是底限准则,还是不能克减的权利,本质上都划出了人权保护还是人权侵犯的最后一条界限,这也是文明和暴政的界限,黑暗和光明的分界点,它真实地彰显了一个国家对待人权问题的态度。毫无疑问,各国均有各自的刑事司法准则,这种刑事司法准则是根据本国的实际情况,在同犯罪作斗争中形成的,具有本国特色。但是,这种特色无论是与基本准则,还是与底限准则都是并行不悖的,国际刑事司法基本准则正是考虑到各国诉讼文化制度的特定性和多元性而制定的,是各国刑事司法准则的公约数,而从这个意义上讲,国际刑事司法底限准则则是各国刑事司法准则的最小公约数。

在反恐的特定视野中,国际刑事司法基本准则和底限准则之间是否具有流变性、通融性、调整性,还是具有区别的。对于基本准则而言,公约表明了一种可以变通和调整的态度。譬如,根据《公民权利与政治权利国际公约》第4条第1款:“在社会紧急状态威胁到国家生命并经正式宣布时,本公约缔约国得采取措施克减其在本公约下所承担的义务。”这表明,公约一般不是绝对强制性的,在威胁到国家存亡的时刻,调整是一种正常的理性反映,克减其公约项下的义务也具有可以谅解的理由。但是,同条又同时规定:“克减的程度以紧急情势所严格需要者为限,此等措施并不得与它根据国际法所负有的其他义务相矛盾,且不得包含纯粹基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身的理由的歧视。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。”这表明,对于这些不可克减的权利条款,也即底限准则而言,则是刚性的、绝对的、不通融的,是公约对国家权力容忍的最低限度。

三 反恐与国际刑事司法准则价值和效力之间的冲突

(一)多数人与少数人利益的冲突

恐怖主义摧毁人类文明,破坏政经环境,荼毒无辜生命,显然为众所矢之,而反恐显然代表了大多数人的利益取向,但是,是否这种众口一词的声音就代表了一种绝对价值或者真理呢?是否基于大多数人的利益就可以忽视少数人的利益呢?甚至可以为了绝大多数人的利益就可以置少数人的利益而不顾呢?

以多数人利益之名反恐,从而为反恐中的不理性措施规避法律和道德进行辩解,是典型

[6] 胡铭:《价值抉择:反恐措施与刑事诉讼》,《政法论坛》(中国政法大学学报),2006年第6期。

[7] 万毅:《底限正义论》,中国人民公安大学出版社2006年版,第7页。

的平民主义民主。平民主义民主的实现技术是少数服从多数。西方学者认为这样的“多数规则”并没有得到经验的证实。美国政治学家萨托利认为：“多数原则是按人头论多少，于是它把不平等的强度平等化了。”〔8〕这样，在反恐中，就可能会忽视少数人的权利，而对代表大多数人利益一方纵容，从而可能使多数人的民主变为多数人的暴政，这种先例和教训也并不在少数。公元前 399 年，哲学家苏格拉底被雅典的一个人民法庭判处死刑，并且死刑是通过一种民主公正的程序进行的，即通过投票的方式决定是否应当判处苏格拉底死刑。以 281 票对 220 票宣布他有罪，这可以说是代表了相当程度的民意，而不是几个强权者判处了苏格拉底的死刑。〔9〕托克维尔在《论美国民主》一书中也认为，民主意味着多数人的参与，在多数人的参与下，如果没有完善的制约机制，在国家管理的过程中，将不可避免地产生多数人对少数人及其个人权利的侵犯，形成一种“多数的暴政”。〔10〕

（二）国家公权与国际刑事司法准则中基本权利之间的矛盾

由于恐怖主义的高度隐秘化、技术化、危险性等特征，采用常规的侦查取证措施常常无法达到效果，有时适用特殊侦查措施是一种不得已的选择。但是，由于特殊侦查手段的超常规的特性，其手段的有效性往往会带来侵犯公民私权的严重性，其秘密性会导致对公民私权侵害的无形烈性。其主要表现为对国际刑事司法准则规定的基本权利虽不是明目张胆却是根深蒂固的侵害。

一方面，特殊侦查措施是一种对付恐怖犯罪的利器，但它同时也是侵犯个人权利的锋利凶器，为了解决因此引起的国家权力和个人利益之间的紧张关系，许多学者纷纷从不同角度对之进行了阐述。如台湾学者江舜明将利益划分为三个阶次，第一位阶为人民在宪法中的基本权，第二位阶为刑事追诉之利益，第三位阶为行政目的之利益。以第三位阶之利益，并不能构成直接限制人民之基本权，仅有基于刑事追诉之目的，方有必要限制人民之基本权。〔11〕虽然，这种观点明确了三种利益的层次性和位阶关系，但是，并不一定只要出于刑事追诉之目的，就可以使公权力凌驾于个人基本权利之上，这是因为，公民基本权利是最高和最神圣的权利，是引导人民为了国家利益而心甘情愿付出自己所有的基本动力，对公民基本权利的剥夺必须有充分的理由，那就是，必须出于维护重大的公共利益以及维护国家安全等需要，否则，这个位阶排列也就颠倒了顺序，不是人民的基本权利在上，而是追诉目的之利益在上了。

个人利益在某种情况下应当服从公共利益，特别是重大公共利益。这是因为，个人利益是公共利益的组成部分，因此，保护公共利益首先就表现为保护个人的利益，服从公共利益只是服从集体性的私人利益的一种表达形式而已，服从公共利益是使其他人服从自己利益的前提。因为个人利益具有平等性，如果要求他人服从自己的个人利益，根据利益交换的原则，必须付出自己的个人利益。这样，服从公共利益是一种媒介，从而为他人服从自己的利益找到了一种交换的筹码。

但是，无论如何，如前所述，牺牲个人利益，特别是在国际刑事司法准则规定的个人基本权利问题上服从公共利益并没有天然的合理性，而应当是在恐怖主义袭击导致重大公共利

〔8〕 [美]乔·萨托利：《民主新论》，冯克利、阎克文译，东方出版社 1998 年版，第 253 页。

〔9〕 梁治平：《从苏格拉底之死看希腊法的悲剧》，《法辩》，贵州人民出版社 1992 年版，第 164 页。

〔10〕 [法]托克维尔：《论美国民主》，董果良译，商务印书馆 1998 年版，第 287 页。

〔11〕 (台湾)江舜明：《监听界限与证据排除》，《法学丛刊》1998 年第 5 期。

益损失时才具有正当性。同时,即使服从重大公共利益也必须坚持比例原则,坚持程序正当和程序法定原则,否则就不具有无可置疑性。

(三) 国家主权与国际刑事司法准则效力的冲突

国际刑事司法准则主要来源于国际条约或法律文件,并且一般是经过绝大多数国家签署生效的。主权国家在签订国际条约时,通过利益权衡和协调,会做出政治承诺,在国际条约发生效力后,政治上的承诺就变成法律上的承诺。由于法律的确定性和稳定性,从而明确了国家行为的界限,主权国家必须在界限内行为,在除非有保留条款的情形下,不能有所偏离或违背。因此,国际刑事司法准则已经构成了缔约国国内法的一部分,对其违背就是对本国法律的违背,同时还会违背该国的“条约必须践守”的国际法义务。因此,国际刑事司法准则“作为一项由国际条约所确立的具有法律效力的国际人权法规范,当然对各缔约国具有法律约束力,各缔约国都应当善意地加以履行。”^[12]

其实,即使某个主权国家没有缔结包含国际刑事司法准则的国际条约,但其作为国际法的主体,也应当受国际习惯法的约束,而实际上国际刑事司法准则具备了国际习惯法的效力。这是因为,国际习惯法是根据各国的习惯确立的国际法规的总称。它是由各国加以规定,并以国际关系参加者是否同意承认某项行为规则具有法律拘束力为基础。^[13] 对于国际习惯法而言,实质上就是适用于尚未组织起来的国际社会的国际法。国际习惯法的构成有两个要素:第一,普遍的或区域性的国家实践;第二,这种实践被有关国家承认为法律。而国际刑事司法准则无疑符合这个标准。对于国际刑事司法准则而言,基于其普适性的价值,已经形成一种先例,其他国家在处理同类问题时,也将其作为有拘束力的规范并反复适用。此外,对于国际刑事司法准则而言,诸如平等原则、无罪推定、反对酷刑,现代绝大多数国家都将其作为法律的重要原则,或者在刑事法律中贯彻了这些准则的精神,即使对于没有缔结相关国际条约的国家也是如此,因此,毫无疑问已经形成“法律确信”。这样,国际刑事司法准则在获得国际习惯法效力的同时,也形成了对没有缔结包含国际刑事司法准则的国际条约的主权国家的约束。

恐怖主义是对当今社会的严重挑战,主权国家是否必须恪守国际刑事司法准则,不能稍逾雷池一步;还是在特定的情况下,豁免其部分条约义务,通过以暴制暴的方式严厉打击恐怖犯罪,对此,现代国家面临着两难选择。但是,如果抛开正常刑事诉讼程序,对保障人格尊严、平等原则、非法证据排除等准则不予适用,其实又回到了以牙还牙、以眼还眼的报复老路,从而把人类极不容易累积的文明成果抛诸脑后。由此,在反恐与恪守国际刑事司法准则之间无疑存在着一个相当大的矛盾。

四 以美、德为例:反恐人权保障与国际刑事司法底限准则的距离

对于国际刑事司法底限准则而言,即反对酷刑原则、禁止歧视原则(平等原则)、人格尊严保障原则,是测试反恐中人权保障水平的极好的测量仪。因为这三项原则是底限的、最明确的、最稳定的,因此,才有可能在横向比较中确立一个通用的标准,同时也能为世界各国刑

[12] 谢佑平主编:《刑事诉讼国际准则研究》,法律出版社2002年版,第130页。

[13] 黄芳:《论罪刑法定原则与国际刑法的关系》,《法学家》2002年第3期。

事诉讼制度提供一个具有普适性价值的参照系,以此来审视世界各国反恐立法、司法的价值与效果。

(一) 美国

1. 违背了反对酷刑原则

酷刑是通过测试忍耐以及强壮程度来区分犯罪还是无辜、通过考验皮肉或者精神来查明案件的不正当行为。这种方法使“软弱的无辜者可能因为经受不住刑讯的折磨而自认有罪,而强壮的罪犯则可能因为抵御住痛苦而拒不认罪”。使“强壮勇敢的将获得释放,软弱怯懦的将被定罪处罚”。^[14] 导致“无辜者被屈打成招为罪犯,这种事真是不胜枚举”。^[15] 酷刑与刑罚人道主义处于人性对立的两极。刑罚人道主义的核心就是保障人的基本权利,维护人的尊严和价值,以实现个别的正义,即分配的正义。在西方法观念中,个别正义一直被视为人类的最高价值。这也是国际社会通过一系列条约或者法律文件对酷刑进行规制的重要原因。即使是罪大恶极的恐怖分子,但却也是我们的同类,是人类的一部分,在其最本质的方面是与整个人类一致的,因此,“排除酷刑的惩罚,这种要求最先被提出来,因为它是出自内心的或者处于义愤的呐喊。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’”。^[16]

美国把恐怖主义袭击视为战争,以“战争状态”作为其违背国际刑事司法准则的借口,同时也为其在关塔那摩监狱等地酷刑虐囚事件寻找理论依据和道德托辞。但是,联合国《反酷刑公约》不允许各国以任何理由使酷刑合法化。其中第 2 条规定:“任何意外情况,如战争状态、战争威胁、国内政局不稳定或任何其他社会紧急状态,均不得作为施行酷刑之理由。”这一“非克减条款”实际上确定了禁止酷刑规范的国际法上的强行法性质,体现了人权保护的绝对意义。同时该条还规定:“上级官员或政府当局之命令不得作为施行酷刑理由。”也就是说,行政命令也不能对抗或代替底限准则规定的权利保障内容,更不能作为酷刑的理由。美国《2006 年美国军事审批委员会法令》949b2(c)却规定:对于 2005 年 12 月 30 日(《2005 年被扣押人处遇法》生效日)之前获得的陈述,“被告人的陈述只要符合第 948r 节的规定,军事审批委员会不得因被告人被胁迫或者被强迫自认其罪而将该陈述予以排除。”^[17] 这很有可能给人以纵容酷刑的印象,无论以何种理由,在何种情势下,这种通过对被告人胁迫或者强迫自认其罪而获得供述的行为,在实质和精神上,已经突破了禁止酷刑的底限。

但是,美国也是联合国《反酷刑公约》的缔约国之一,而根据美国宪法规定,只要是自动执行的条约或条款,或经美国批准的公约,只要不与美国宪法相冲突,都可以约束美国法院,即使它与先前的成文法规相冲突。而联合国《反酷刑公约》也是美国国会正式批准并生效的国际公约,其没有理由违背自己曾经做出的法律承诺。

2. 违背了禁止歧视原则,也即平等对待原则

在没有被最终定罪的每个人面前,法律都是一位仁慈的严父,这意味着它对每个人都是人道的,同时也是严格的,同样问题同等对待。这不因国籍、民族、种族、肤色、出身等不同而

[14] [意]切萨雷·贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国方正出版社 2004 年版,第 37-39 页。

[15] [意]切萨雷·贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国方正出版社 2004 年版,第 37 页。

[16] [法]米歇尔·福柯:《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,三联书店 2007 年版,第 82 页。

[17] 赵秉志、赵书鸿译:《2006 年美国军事审批委员会法令》,载赵秉志主编《刑法评论》2007 年第 1 卷,第 259 页。

有所区别。这与世界绝大多数国家的法律规定相契合,也是平等对待之所以作为底限准则的关键原因之一。

但是,曾经高扬自由、民主、平等宪政旗帜的美国,特别是在9·11事件后的复仇的狂热心态驱动下,却做出了非常不理性的立法举措,这在其《军事审判委员会法令》中表现的尤为明显。根据《军事审判委员会法令》第2条和第3条,对于非美国公民,即依总统的书面认定,有足够的理由相信其属于基地组织的成员,曾从事恐怖活动伤害美国或明知而藏匿其成员者。该法令授权国防部长,得将上述受该法令拘束之人,拘禁于国内或者国外适当地点。但是,“基地组织”成员既有美国国民,也有其他国家国民,并且具有美国国籍的基地分子并不因其国籍而对美国手下留情。美国情报部门表示,事实上,在“基地”组织的每一个级别中,都有美籍公民的影子。据不完全调查,最高级别的美籍恐怖分子名叫瓦迪赫·艾尔·哈杰,黎巴嫩裔,曾经参与了1998年袭击美国驻非洲两个大使馆的活动。^[18]而《军事审判委员会法令》针对本国国民和外国国民的双重标准待遇,既违反了不得歧视的条约义务,同时,也与现代人人平等的法治观念背道而驰。其实,该法令主要是为限制阿拉伯穆斯林等外国人提供法律依据。美国还建立“外国留学生资料库”。自该资料库建成后,它已同各大学、移民局、国务院、教育部等机构联网,共享外国留学生的档案资料,并监视留学生的行踪。^[19]这些都赤裸裸地表示出了其对移民和外国人的歧视态度。

3. 违背了人格尊严保障准则

尊重人格尊严是现代法的精神基石,具有超越时空的终极价值。康德说:“一个有价值的东西能被其他东西所替代,这是等价;与此相反,超越于一切价值之上,没有等价物可替代,才是尊严。”^[20]在这里,人的“尊严”获得了一种绝对意义,即使相对于“自由”和“生命”价值而言也是如此。这也是保障人格尊严作为国际刑事司法底限准则的最深层法理基础。在《联合国宪章》中就开章明义:“欲免后世再遭今代人类两度身历惨不堪言之战祸,重申基本人权,人格尊严与价值……”《公民权利与政治权利国际公约》第10条也重申:“所有被剥夺自由的人应给予人道或尊重人格尊严的待遇。”

美国在9·11事件后,针对恐怖分子的袭击适当采取一些紧急措施,原本无可厚非,但是,如果不能理性地对待而采取极端措施,就会走向事物的反面。在伊拉克阿布格莱布监狱,美国情报专家们为了获得证据,就曾传授宪兵“更为复杂的审判技巧”。这些技巧主要针对中东的穆斯林犯人:强迫犯人赤身裸体,让女人看他们赤裸裸的一幕,强迫他们穿女性内裤,用狗来恫吓他们,因为对穆斯林而言,这些都是奇耻大辱。^[21]但是,在正常的社会中,人们可以称之为恐怖分子,而对于其战友及同情者而言,他们可能是圣战者,是为了其光荣的事业而殉身,因此,对其尊严的侮辱,不仅不可能使其屈服,反而会激起更大的愤怒。在刑事诉讼中侮辱了这些涉嫌恐怖分子尊严的同时,也可能会侮辱一个文明的尊严,结果是不仅不能有效地打击恐怖分子,还会制造更多新的恐怖分子。只有通过人道的程序,文明的诉讼制度,才能使其真正反省恐怖所造成的危害,才能消弭其同情者和一般大众的愤懑,从而达到刑事诉讼泄洪分流的目的。

[18] 张鑫焱、宋洁云:《布什曾签署反恐密令,CIA必要时可击毙同胞》,《京华时报》2002年12月5日。

[19] 高颖:《各国建立反恐情报数据库情况综述》,《国际资料信息》2005年第8期。

[20] [德]康德:《道德形而上学原理》,苗力田译,上海人民出版社1986年版,第87页。

[21] 《伊拉克阿布格莱布女监狱长出书揭露虐囚真相》,中安网,2005年10月13日。

(二) 德国

德国反恐立法主要包括两个方面:首先,2001 年 9 月 19 日,德国内阁向议会提交了“第一个一揽子安全协议”。该协议主要涉及对《德国刑法典》的修改,^[22]规定对创建恐怖主义组织的行为进行惩罚。其次,在刑法典之外,2002 年 1 月 9 日,德国通过《反国际恐怖主义法》,并对《联邦宪法保卫法》、《安全审查法》等 20 余部法律进行了修改。至于德国立法和司法实践与国际刑事司法底限准则契合或违背程度如何,由于德国和美国同为世界上两个法律输出大国,因此,这些问题同样是人们关注的焦点。

1. 是否违背反对酷刑原则

德国是法典化国家,法典至上,法律是其圣经,公民是其法律的信徒。德国在法律中明文禁止酷刑的使用,并且在立法和司法的实践中能够得到很好的遵守。除了在《基本法》以及《刑事诉讼法》中明确禁止酷刑外,德国司法实务界以及人权组织对反对酷刑已经形成了共识,并对美国在反恐的名义下滥用酷刑的行为予以指责和抨击。大赦国际德国人权组织秘书长芭芭拉·劳赫蓓勒(Barbara Lochbihler)说:关塔那摩监狱自从 2002 年 1 月开始,就成为了法律真空地带的代名词,美国在这里的所作所为,埋葬了国际法与人权法基本标准。美国布什政府的反恐政策是对恐怖嫌疑分子不予起诉,而在秘密监狱无期限监禁,而且还使用酷刑。这些行为在某种程度上违背了美国承担的国际人权法上的义务……但是,国家安全应该是在保护和加强人权基本标准的基础上达到的。^[23]

2. 是否违背禁止歧视原则,也即平等对待原则

无论法律宽严与否,问题的关键在于是否同样问题同等对待。德国基于打击恐怖犯罪的压力,在反恐立法方面比过去更为严厉。比如,扩大披露外国人信息的范围。修改后的《外国人管理法》第 2 条详细规定了外国人所持的居留许可证应当包含的信息。^[24]此外,《外国人登记中心法》、《外国人管理法实施规定》、《外国人资料档案规定》、《外国人登记中心法实施规定》等都要求扩大披露外国人的信息。《外国人资料档案规定》甚至将外国人的宗教信仰的个人陈述都作为资料加以保存。但是,在反恐立法方面,德国也扩大了披露德国公民的生物特征信息的范围。这主要表现为《护照法》和《身份证法》的修改,^[25]其相关规定并没有给予本国国民在法律上的特殊照顾,这至少在形式上没有给人留下口实。德国法律规定情报和公安部门有权获取德国公民和外国人的信息和数据。^[26]这在《联邦宪法保卫法》、《军事反间谍局法》、《联邦情报局法》和《联邦刑事局法》中都作了明确授权。同样地,这些法律也没有表示出对本国人和外国人有什么差别对待,也没有体现出阿拉伯人或外国伊斯兰教信仰者比德国国民更危险或更值得怀疑的趋向。

[22] Oliver Lepsius, *The Relationship Between Security and Civil Liberties in the Federal Republic of Germany after September 11*, (Washington, DC: American Institute for Contemporary German Studies 2002), p. 85.

[23] Barbara Lochbihler, "Rache statt Recht", 德国《世界报》2008 年 1 月 16 日,来自 http://www.welt.de/welt_print/article1561796/Rache_statt_Recht.html。

[24] Ryan Petersen, "A Comparison of U. S. and German Immigration Policies and Guest Workers Programs", 14 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.* 2006, pp. 36 - 87.

[25] Shawn Boyne, "The Future of Liberal Democracies in a Time of Terror: A Comparison of the Impact on Civil Liberties in the Federal Republic of Germany and the United States", 11 *Tulsa J. Comp Int'l L.* 2003, pp. 79 - 111.

[26] Paul M. Schwartz, "Evaluating Telecommunications Surveillance in Germany: The Lessons of the Max Planck Institute's Study", 72 *Geo. Wash. L. Rev.*, 2004, pp. 1231 - 1244.

3. 是否违背人格尊严保障准则

人格尊严是基本权利的价值核心。^[27] 德国基于第二次世界大战时期纳粹疯狂玷污、肆无忌惮地凌辱公民人格尊严,特别是犹太人以及外国人人格尊严的历史,比较重视尊重人格尊严的教育。对于一般士兵而言,在军队时也要接受这方面的严格培训,对于警察、检察官和法官则相应更为严格。因此,在反恐问题上,执法或司法人员对于人格尊严保障做的相对较好,即使偶尔有侵犯公民人格尊严的情况,一般也是轻微的、偶发的。然而,德国在涉及人格尊严的相关法律方面,并非没有争议。这主要是指对隐私权的侵犯、生物身份数据库的安全、生物身份被他人盗用、生物身份强制使用对人格尊严的损害等。

五 第三条路线的可能性:反恐与国际刑事司法准则的协调

美国以反恐处于战争状态为借口,从而采取不理性立法和司法措施的做法显然并不可取,这种以道德意识沦丧、民主价值贬低为代价的反恐,只能制造更多的恐怖分子,因此,德国模式相比较而言就更为成功,其努力使打击恐怖分子和维护宪政国家基本原则达到平衡。就像美国学者克姆·莱恩·夏佩礼(Kim Lane Scheppele)所指出的那样,“虽然打击恐怖主义的战斗和宪政政府的基本原则很难相容,但9·11事件以来德国情报部门改革的经验却表明,我们或许可以设计一种对宪政政府造成最小冲击、同时又能够有效打击恐怖主义的制度。”^[28]

但是,如果从实际情况进行考察,相比较美国的过分严苛的立法和司法实践而言,德国又显得有些宽纵。如果把德国的反恐立法移植到美国、英国、俄罗斯等恐怖主义猖獗的国家,也并不必然会产生好的法律和社会效果,也存在进行调整的必要。因此,应当在国际刑事司法基本准则和底限准则之间找到一条中间路线,这条中间路线确立的保障人权的标准必须超过底限准则,因为底限准则规定的权利是不可克减的、不能折扣的。但是,针对恐怖主义在各国的特定情势,可以对国际刑事司法基本准则进行适当调整,这既有其必要性,也有先例可以借鉴。具体而言,可以进行如下尝试。

(一) 引入有限制的沉默权制度

英国在9·11事件之前的沉默权制度上,基于反对北爱尔兰恐怖主义的实际需要,经历了一系列的反复,而这种反复正是值得参考和借鉴之处。英国是沉默权制度的发源地,但是,作为对北爱尔兰恐怖主义暴力活动的反应,在1988年,英国政府以沉默权严重阻碍犯罪调查为由,通过了仅适用于北爱尔兰地区的《刑事证据法令》(the Criminal Evidence Order),对沉默权做了重要限制。1994年11月,英国议会通过了《刑事司法和公共秩序法》,该法于1995年4月10日生效。法律的第34至第37条规定了对沉默权的重大限制。这种限制主要在以下四种情况下适用:第一,当嫌疑人在警察或其他负有调查与检控职责的官员讯问时不告诉他们某一个被合理地要求应当提及的事实,而法庭辩护时又将这一事实作为辩护理由,这种情况下,对被告在审判前阶段保持沉默,法官和陪审员可以作出“看起来适当的推

[27] 刘志刚:《人格尊严的宪法意义》,《中国法学》2007年第1期。

[28] Kim Lane Scheppele, "The Emergency Constitution in the Post-September 11 World Order: We Are All Post-9/11 Now", 75 *Fordham L. Review* (2006), pp. 576-607.

断”；第二，如果被告在法庭审判并经法官传唤让其辩护作证时，无正当理由不作证或不回答法庭提出的问题，法官和检察官可以请陪审团做出对他们显得适当的推断，包括根据“常识”推断被告对控诉方提出的控诉证据未做出适当解释，以及推断被告是有罪的；第三，当嫌疑人的人身、衣服或者在其被逮捕处发现可疑的物品和痕迹，而嫌疑人未回答警察对这些物品和痕迹的询问时，法官和陪审员可以对其作出“看起来适当的推断”；第四，当嫌疑人在案件发生时或案发相近时间出现于某处，并为此而被逮捕时，如果嫌疑人对当时在场的原因未能做出解释，法官和陪审员可以对其作出“看起来适当的推断”。^[29] 上述第一项限制是为了防止恐怖被告人的突袭辩护，第二项限制是为了迫使恐怖犯罪被告人供述或者申辩，维持庭审中以交叉辩论为特征的刑事诉讼控辩结构，第三和第四项指对于一些明显的事实，恐怖犯罪被告人应当做出解释，有节省控诉方的精力以及诉讼成本的目的，同时也有敦促恐怖犯罪被告人积极陈述事实的作用。

此外，笔者认为，除了确立上述限制沉默权制度的条款外，还应当增加一些条款：第五，在警察或者执法人员对嫌疑人采取强制措施时或者在以后的刑事诉讼程序中，因警察或者执法人员、司法人员来不及阻止嫌疑人销毁某证据，如果嫌疑人保持沉默而得不到合理解释，法官和陪审员可以对其作出“看起来适当的推断”；第六，如果有证据证明可以用做恐怖活动的资金、炸药或者其他物品归嫌疑人管理、持有或者所有，而在接受审判时保持沉默，法官和陪审员可以对其做出“看起来适当的推断”；第七，在被告人有恐怖犯罪前科时，如果有证据证明其涉嫌恐怖犯罪的怀疑，但还不能达到定罪的程度，而嫌疑人保持沉默不予合理解释，法官和陪审员可以对其作出“看起来适当的推断”。

限制沉默权在反恐中具有特定的价值和作用。通过限制沉默权来减轻控方的举证责任，保证了对恐怖犯罪的迅速有效打击。此外，限制沉默权还有保证控辩式诉讼正常运行的价值。如果恐怖犯罪被告人在庭审中保持沉默，那么，交叉询问就可能无法进行，控辩式诉讼构造也会受到破坏。在侦查中，或许是由于审讯中存在威胁、恐吓等现象而保持沉默，但是，在审判中保持沉默，则就意味着其最终放弃了权利。如果因此被定罪，并没有违背无罪推定的原理，或者说这种归罪是被告人自己给自己归罪。这是因为，法庭已经给了被告人申明、辩论、澄清事实的机会，如果再经过法庭明确告知被告人保持沉默应当承担不利的后果，而此时被告人依然保持沉默。即使被告人沉默可能有其他隐情，如替其他人顶罪，但是，如果没有办法查清其他人犯罪，判处其相关罪名，则属于无罪推定制度的正常运行，因为被告人放弃辩论的机会，主动“申请犯罪”，其实，这也是被告人的权利，或者是被告人对自己权利的滥用。通过限制沉默权的方式，可以防止恐怖犯罪嫌疑人利用仁慈的程序重新从事残暴的恐怖行为，以及防止恐怖分子利用沉默权制度的伪装来逃脱定罪。相反，在恐怖犯罪中，规定沉默权并不一定能保护无辜者的权利，无辜者的权利只有通过回答警察提问才能获得最好的维护。^[30]

限制沉默权并不必然导致刑讯逼供或者使侦控机关走“口供主义”的道路。在被告人被明确告知法定条件下沉默的法律后果时，依然保持沉默，这种事实只是证据的一种，是否

[29] 龙宗智：《英国对沉默权制度的改革以及给我们的启示》，《法学》2000年第2期。

[30] Edited by Gregory W. O' Reilly, England limits the Right to Silence and Moves towards an Inquisitorial System Justice. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 85 No. 2, Fall 1994. 转引自卞建林、郭志媛：《英国对沉默权的限制》，《比较法研究》1999年第1期。

有罪,还需要其他证据补强。限制沉默权的主要目的不是侵犯嫌疑人、被告人的权益,而是查明案件事实。即使在英国,也没有数据证明因限制沉默权导致刑讯逼供的事件比不限制沉默权时更多。真理越辩越明,嫌疑人有权进行辩解、申明和反驳,也有权主动放弃这种权利。

限制沉默权并不是取消沉默权,二者的价值取向不同,前者是在恐怖犯罪的严峻形势下,在惩罚犯罪与保障人权之间重新做出的调整 and 平衡。而取消沉默权,特别是对英国、美国等沉默权制度发达的国家而言,才是一种倒退,而限制沉默权只是在特定情况下的一种调整而已。法律不能削足适履,固守成规,特别是外界政经形势强烈需要变革时,对沉默权进行调整是正常的应急反应。

(二)非法证据排除原则的改造与构建

两大法系的主要国家基本上都在刑事诉讼法中确立了非法证据排除规则,其目的都是规制追诉机关的权力,保障嫌疑人、被告人的权利,使刑事诉讼在秩序井然的状态下运行。但是,其立法模式和价值取向还是存在着一些差异。具体而言,在英美法系的美国,采取的是“原则加例外”模式,而大陆法系的德国采用了“证据禁用与权衡”模式。前者指美国原则上对于非法取得的证据一律排除,但是,基于犯罪上升的压力,则确立了一系列的例外。譬如,联邦最高法院通过案例确立了“最终或必然发现的例外”以及“善意例外”等。而对于“证据禁用与权衡”模式,在德国,“所有在刑事诉讼中对证据的提出设有限制的法律规定都属于证据禁止的范畴”。^[31] 德国证据使用的禁止无论是在理论上还是在司法实践中都是比较复杂的问题,因为如果从简单的逻辑推理而言,违背了证据取得禁止的规定,所得的证据就是非法证据,就应导致使用的禁止,但事实上德国的司法实践并非如此简单,一些违反证据取得禁止所得的证据可能被使用,而某些未违反证据取得禁止所得的证据却有可能被排除。因此,德国证据使用禁止在理论上又被区分为自主性证据使用禁止和非自主性证据使用禁止。而在德国的证据禁用中,其非法物证的排除是通过法官的自由裁量权实现的。

在非法证据的采信方面,笔者认为应当采取德国的“证据禁用与权衡”的模式。但是,也需要进行适当调整。即对于非法获得的口供,应当予以排除;而对于物证,在法官进行衡量时,应当优先考虑打击恐怖犯罪的迫切需要以及公共利益的需求,一般予以采用。再根据具体情况,决定是否追究有关非法取证人的责任。之所以如此,这也是出于历史、法律传统、现实需要以及价值衡量的考虑。首先,恐怖犯罪造成的严重后果是采用德国模式的现实原因。英国社会学者米·詹金斯统计,目前恐怖活动的持续增长率为10% - 12%;如此下去,10年后的每一年我们都会目睹800起这类事件的发生。^[32] 而这只是冰山的一角,已经使人触目惊心,毋论其造成的严重社会后果了。根据“轻轻重重”的刑事政策,针对社会反应特别强烈、造成特别严重后果的犯罪,个人权利应当适当为公共利益让步具有坚实的法理依据。其次,根据利益衡量原则,如果非法采取证据的恶性程度不大,没有超越国际刑事司法底限准则,而某类恐怖犯罪造成的后果特别严重,在能够补救的情况下,完成补救程序后,通过这种方式获得的证据一般也应当具有可采性,因为,基于某种狂热,恐怖分子并不因为程序宽容而以后放弃恐怖犯罪,此时的宽容就等于纵容其实施更多更严重的恐怖犯罪。

[31] [德]克劳顿·洛克信:《德国刑事诉讼法》,吴丽琪译,三民书局1998年版,第491页。

[32] 马明:《恐怖主义发展的新趋势》,《郑州公安管理干部学院学报》2000年第3期。

此外,对于秘密监听等侦查行为的司法审查原则、审判公开原则、强制措施法定原则、反对强迫自证其罪原则等国际刑事司法基本准则,也需要根据恐怖犯罪的特点,进行适当的调整。在这里,关键是把握惩罚与保障之间的平衡,掌握二者协调的适当尺度。具体而言,应当明确以下问题:(1)应当根据变更的情势对国际刑事司法基本准则进行调整和改造。这是因为,虽然造法或缔约应当具有前瞻性,但是,造法者或缔约者并没有先知先觉。基本准则是以当时之政经、法律环境、国际秩序等为基础的,但是,在缔约造法与适用基本准则分离的情况下,在适用基本准则时,缔结国际条约或者签署国际法律文件赖以存在的基础环境发生了难以预见的变化,致该适用基本准则变得“目的落空”或步履维艰,此等状况若再因循“条约必须践守原理”,虽然实现了法秩序的形式正义,但却导致了实质的非正义。(2)适用国际刑事司法准则时必须满足比例原则的要求。比例原则要求国家的反恐措施要与法律实质所要实现的目的相一致;如果针对反恐目的实现有同等效用的手段可以适用,应选择对公民权利自由侵害最少的行为;国家反恐措施的实施不仅在法律上是符合比例原则的,而且在道德上也是适度的,也就是说,采取的措施不能使社会普遍的道德受到冲击,良知受到震撼。(3)在对国际刑事司法基本准则进行改良时,其基本的立足点是不能超越国际刑事司法准则底限,突破了底限,将失去讨论问题的根本逻辑前提。

[Abstract] Terrorism is a difficult problem faced by mankind today. It poses, by violent or cruel means, serious threat to the world peace, economic development, social life, even to the human civilization as a whole. It is a serious violation of law and does not have any moral basis. Nevertheless, it has deep - rooted causes. Consequently, China should clarify the nature of terrorism and anti - terrorism, correctly understand the conflict between anti - terrorist campaign and the value and effect of the principles of international criminal justice, draw experience from the counter - terrorist legislation and judicial practice of other countries, so as to correctly handle the relationships between terrorism and anti - terrorism and between anti - terrorism and principles of international criminal justice, thereby finding a practicable way to resolve the difficult problem of terrorism.

(责任编辑:黄 列)