

后巴黎-布鲁塞尔时期欧盟反恐法的新发展

魏怡然

内容提要:2015-2016年屡遭恐怖袭击的欧盟,将如何回应外国恐怖主义战斗人员的棘手问题作为后巴黎-布鲁塞尔时期反恐法的重点。为了追求安全目标,这一阶段欧盟推出的《乘客姓名记录指令》和《欧盟打击恐怖主义指令》体现了以无差别大规模监控为手段、以情报为基础、以主观危害性为可罚性标准的反恐法预防性转向。欧盟反恐法的这一趋势动摇了传统刑法的目标和原则,改变了刑事合作的模式。欧盟反恐法的预防性转向不乏正当性,但也要引起警惕并加以约束。在维护反恐法的重要原则、尊重人权的基础上,将预防作为辅助标准,针对欧盟反恐法的局限性发挥补充作用,是对预防性转向的合理规制。

关键词: 欧盟反恐法 外国恐怖主义战斗人员 情报驱动 安全导向 预防性转向

自2015年1月以来,欧洲接连发生恐怖袭击。其中以2015年11月13日巴黎恐怖袭击、2016年3月22日布鲁塞尔机场和地铁连环爆炸案的规模最大,人员伤亡最多。调查显示,这两次袭击之间存在联系,是同一恐怖主义小组所为,^①从中东返回的外国恐怖主义战斗人员(foreign terrorist fighters, ftf)s^②在这两次袭击中起了重要作用。在此之前,从未有任何恐怖组织能在欧洲连续成功执行两次大规模袭击。巴黎和布鲁塞尔的恐怖袭击表明,“伊斯兰国”追随者将袭击目标“去政治化”、转向所有场所和设施之后,将从中东战场习得的战区式战术应用于欧洲。在欧盟内部边境开放的环境

^① “Same ISIS Cell Behind Brussels and Paris, But Who’s Left?”, CBS NEWS, 25 March 2016, <http://www.cbsnews.com/news/brussels-investigation-reveals-more-links-to-paris-attacks/>, last accessed on 20 August 2016.

^② 按照联合国安理会的定义,外国恐怖主义战斗人员是指“前往其居住国或国籍国之外的另一国家,以实施、筹划、筹备或参与恐怖行为,或提供或接受恐怖主义训练,包括因此参与武装冲突的个人”。参见联合国安理会第2178(2014)号决议,S/RES/2178(2014),第1页。

下,多样化和分散性的袭击方式对区域安全造成了更大的威胁,源自本土的袭击人员行动活跃且容易隐藏,获取和制造袭击工具也较为容易,欧盟面临的恐怖主义威胁正朝着越来越难预防的方向演化。面对严峻的反恐局势,欧盟推出了新的反恐立法。《乘客姓名记录指令》和《欧盟打击恐怖主义指令》的通过,体现了欧盟反恐重点的转移:较之传统刑事合作更重视大规模监控,较之事后惩罚更重视事前预防。欧盟反恐法体现出预防性转向。

一 欧盟反恐法预防性转向的原因

(一) 欧盟反恐政策的要求

欧盟反恐政策和反恐法的产生和发展是由安全风险驱动的,始于对“9·11”恐怖袭击的回应,真正快速发展和形成体系,则是在2004年3月11日马德里爆炸案和2005年7月7日伦敦恐怖袭击发生之后。这两次恐怖袭击表明欧盟国家已经成为恐怖分子发动攻击的主要目标之一,由此改变了欧洲对恐怖主义威胁的认知,将反恐问题推向欧盟议程的核心,催生了《欧盟反恐战略》这一核心文件,确立了其后欧盟反恐政策和反恐法的发展方向和主要内容。其中,“预防”与“保护、起诉和回应”一起,被列为《欧盟反恐战略》的四大反恐目标。《欧盟反恐战略》体现了英国国内反恐战略的思想,尤其是英国对预防和遏制激进化趋势的重视。值得注意的是,2007年的《欧洲安全战略》也表明,安全环境受“激进化”这一新威胁所困扰,传统的自卫概念已经过时。这意味着欧洲必须在危机发生前就准备好行动,从而进一步强调了预防在欧盟反恐政策中的地位。此后,欧盟反恐政策对预防一直十分重视,欧盟有关反恐法的发展和修改也逐步加强了预防的特征。在当前的反恐形势下,欧盟希望能提前发现、主动控制具有恐怖主义威胁的人员,尤其是具有作战能力的外国恐怖主义战斗人员的动向和意图成为当前欧盟反恐关注的重点,欧盟反恐法也向着更重视安全保障的方向发展。因此,避免恐怖主义威胁发生,提前对恐怖主义嫌疑人员采取控制,成为后巴黎-布鲁塞尔时期^①欧盟反恐法的重点。这也导致欧盟更倚重大规模监控和情报收集,以加强预防恐怖袭击的能力。当前欧盟反恐法的新发展,正是实现和支持了作为欧洲安全实践核心特征的预先性决策。

(二) 外国恐怖主义战斗人员的回流

^① 特指2015年11月13日巴黎恐怖袭击和2016年3月22日布鲁塞尔机场和地铁连环爆炸案发生之后欧盟反恐法的发展阶段。

在当前欧洲遭受的恐怖袭击中,自中东战区返回欧洲的外国恐怖主义战斗人员起到了主要作用,这在巴黎和布鲁塞尔的恐怖袭击中表现得尤为突出。外国恐怖主义战斗人员不但增加了冲突的强度而且延长了冲突时间,使冲突变得更加难以解决,并可能严重威胁其原籍国、过境国和目的地国以及邻近活跃的武装冲突地区的国家,包括因为安全负担沉重而受影响的地区。他们的威胁可能影响所有区域和国家,包括远离冲突地区的国家,而且其极端主义意识形态也会煽动恐怖主义。^① 外国恐怖主义战斗人员返回本土之后,增加了恐怖袭击和进行与恐怖主义有关活动的可能,给居住国带来安全威胁。欧盟是外国恐怖主义战斗人员问题相当突出的地区,中东冲突中约3922-4294名外国恐怖主义战斗人员来自欧盟成员国,^②其中比利时的比率最高。^③在巴黎发动恐怖袭击的极端分子中,至少有一半成长于法国和比利时,而美国只有约100名外国恐怖主义战斗人员,^④可见欧盟外国恐怖主义战斗人员数量之多。更让欧盟警惕的是,约有30%的外国恐怖主义战斗人员已经返回了他们的原籍国或是居住地国。^⑤ 因为担心这些人员对国家安全的潜在威胁,欧盟对能够有效追踪其行动和预防效果更好的反恐措施更加青睐。

(三)难民危机的催化

一方面,外国恐怖主义战斗人员混入难民潮进入欧盟。巴黎恐怖袭击者之一阿巴乌德(Abdelhamid Abaaoud)就是混在难民潮中抵达法国的90个外国恐怖主义战斗人员之一。^⑥ 另一方面,欧洲高度警惕的安全环境未能预防恐怖袭击。在巴黎恐怖袭击发生之前,欧洲各国对恐怖主义威胁已经十分警觉,部分袭击者个人信息已经被有关国家安全机构掌握,但这并未使执法机关及时发现袭击者,也未能阻止恐怖袭击的发生。因此,巴黎恐怖袭击之后,难民危机和恐怖主义之间的关系成为欧盟讨论的重点,情报的重要性被反复强调。欧盟理事会在2015年11月20日发布的反恐结论,也体现了加强外部边境控制和在申根区域内监控自然人跨境移动是回应恐怖袭击有效方

① 参见联合国安理会第2178(2014)号决议,S/RES/2178(2014),第2页。

② See Bibi van Ginkel and Eva Entenmann eds., "The Foreign Fighters Phenomenon in the European Union. Profiles", *Threats & Policies*, The International Centre for Counter-Terrorism, No. 2, 2016, p. 3.

③ F. Brinley Bruton and Alastair Jamieson, "Paris Attacks: Probe Centers on Brussels Suburb of Molenbeek", 17 November 2015, <http://www.nbcnews.com/STORYLINE/PARIS-TERROR-ATTACKS/PARIS-ATTACKS-PROBE-CENTERS-BRUSSELS-SUBURB-MOLENBEEK-N464741>, last accessed on 20 August 2016.

④ Ryan Browne, "Why Europe Has a Bigger Terror Problem than The U.S.", CNN, 28 March 2016, <http://edition.cnn.com/2016/03/24/politics/europe-terror-ash-carter-isis/>, last accessed on 20 August 2016.

⑤ Ibid..

⑥ BBC News, "Paris Attacks: 'I Exposed Abaaoud' Says Witness", 4 February 2016, <http://www.bbc.com/news/world-europe-35491902>, last accessed on 20 August 2016.

式的主张。^① 这种将个人的跨境移动与恐怖主义相联系的心态,直接体现在巴黎-布鲁塞尔恐袭之后的新立法之中,《乘客姓名记录指令》(The EU Directive on Passenger Name Record, PNR)体现了大规模监控和情报驱动的执法方式,《欧盟打击恐怖主义指令》(EU Directive on Combating Terrorism)将外国恐怖主义战斗人员作为当前的主要威胁,预防成为反恐法的重点。

二 欧盟反恐法的预防性转向

(一) 情报监控催生《乘客姓名记录指令》

欧盟将跨境个人移动与恐怖主义联系起来的后果之一,就是大规模监控成为维护区域安全的重要选项,这一趋势从《欧盟乘客姓名记录指令》的出台过程中得到充分体现。乘客姓名记录,是欧盟通过获取、管理和分析航空公司传送的成员国际航班的乘客姓名数据,侦查具体乘客参与恐怖或犯罪活动的风险,从而预防、检测、调查和起诉恐怖犯罪与严重犯罪的数据情报系统。虽然欧洲对该系统持续讨论多年,不少成员国制定了相关国内立法,^②欧盟与美国、加拿大和澳大利亚也签署了传送乘客姓名记录的协定。^③但在欧盟层面始终没有形成统一的共同乘客姓名记录系统。^④自2007年起,欧盟委员会几次提交设立欧盟乘客姓名数据系统的提案,都被欧洲议会驳回。^⑤围绕这个系统一直存在必要性、相称性、人权保护和所需资金等方面的诸多争议。然而,随着外国恐怖主义战斗人员开始返回欧洲,系统监控欧盟公民和第三国公民在欧盟内外的行踪成为反恐的首要选项。因为需要跨境追踪恐怖分子的下落,“识

^① See Didier Bigo et al., “The EU and Its Counter-Terrorism Policies after the Paris Attacks”, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, No. 84, p. 1.

^② Piotr Bałkowski and Sofija Voronova, “The Proposed EU Passenger Name Records (PNR) Directive: Revived In The New Security Context”, European Parliamentary Research Service Blog, 4 May 2015, <https://epthinktank.eu/2015/05/04/the-proposed-eu-passenger-name-records-pnr-directive-revived-in-the-new-security-context/>, last accessed on 20 August 2016.

^③ Justice and Home affairs, “EU Passenger Name Record (PNR) Directive: An Overview”, European Parliament News, 1 June 2016, [http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20150123BKG12902/eu-passenger-name-record-\(pnr\)-directive-an-overview](http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20150123BKG12902/eu-passenger-name-record-(pnr)-directive-an-overview), last accessed on 20 August 2016.

^④ Home Affairs, “Council Adopts EU Passenger Name Record (PNR) Directive”, Council of the EU, 21 April 2016, <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/04/21-council-adopts-eu-pnr-directive/>, last accessed on 20 August 2016.

^⑤ Catherine Stupp, “Passenger Name Record Law Passes First Hurdle in Parliament”, 16 July 2015, <http://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/passenger-name-record-law-passes-first-hurdle-in-parliament/>, last accessed on 20 August 2016.

别罪犯和恐怖分子使用的路径,预防个人抵达到他们预定的目的地或目标”,^①加强欧盟内的情报收集和共享,欧盟委员会2011年提交的《乘客姓名记录指令》(2011/0023)提案迎来了转机。接连发生的恐怖主义袭击推动了指令的讨论进程,2016年4月21日,《乘客姓名记录指令》终获通过。值得注意的是,欧盟此前已建立了成员国收集和共享安全情报,尤其是外国恐怖主义战斗人员的情报的合作框架,^②并且通过预报乘客信息(Advanced Passenger Information, API)系统进行航空乘客数据管理。在可能出现功能重叠的情况下,欧盟依然通过了《乘客姓名记录指令》,可见乘客姓名记录系统更符合欧盟反恐对数据和监控工具的需求,更能体现欧盟反恐法和反恐刑事合作的发展方向。

(1)更详细的数据

《乘客姓名记录指令》要设立的系统 and 预报乘客信息系统之间最大的区别,在于收集信息的详细程度。预报乘客信息系统是在2004年马德里恐怖袭击发生之后,欧盟理事会为了改善边境控制和更有效地打击非法移民,通过2004/82/EC指令而设立的。该系统要求航空公司应欧盟外部边境负责人员检查的主管当局要求,提供旅行前往欧盟边境的乘客的个人信息。^③ 这些信息包括姓名、出生日期、性别、国籍和护照细节,进入欧盟的边境过境点,出发和到达的时间,航班携带的乘客总数。《乘客姓名记录指令》中所指的乘客数据,较之预报乘客信息系统的规定要广泛具体得多。除了预报乘客信息系统包含的信息外,还有乘客姓名记录的定位信息;机票的预定/签发日期;计划旅行的日期;地址和联络信息;各种形式的付款信息,包括账单地址;具体乘客的完整旅游行程信息;常客飞行数据;旅行社或是旅行代办人;乘客的旅行状况,包括确认、登记状态,显示或不显示的信息,分开的乘客姓名记录信息;一般说明,包括对未满18岁未成年人的所有可用信息,例如姓名、性别、语言以及境外监护人的联络方式等;票务信息,包括机票号码,出票日期和单程票;自动售票的有关信息;座位号码和其他座位信息;代码信息;所有的行李信息;乘客姓名记录上旅行者的其他名字和编号,

^① “European Parliament Passes Anti-terrorism Data Sharing Law”, 14 April 2016, <http://www.dw.com/en/european-parliament-passes-anti-terrorism-data-sharing-law/a-19186732>, last accessed on 20 August 2016.

^② 例如理事会框架决定2006/960/JHA设立的共享刑事情报的合作框架。该指令又被称为“瑞典倡议”(Swedish Initiative)。通过该指令,欧盟成员国的相关执法当局能像在其国内一样,出于刑事调查或行动目的交换严重犯罪的现有信息和情报。

^③ Directive 2004/82/EC, Obligation of Air Carriers to Communicate Passenger Data, OJ L 261, 6.8.2004, pp. 24-27.

以及上述所有信息的任何历史更改。^① 无论是信息的数量,还是信息的细致程度,抑或是信息的全面性,乘客姓名记录系统都远远超越了预报乘客信息系统。最值得注意的是,《乘客姓名记录指令》中对与旅行有关的信息,如账单地址的要求,对航空乘客动向的短期和长期跟踪,明显体现出重视乘客行为异动,意在通过比对行为发现可疑性的工作模式。

简而言之,《乘客姓名记录指令》针对的是所有乘客,其本质是一种大规模、无针对性和不加选择的对航空出行活动的全面监控。将此系统适用于反恐,潜在的假定是监视越广泛越全面,数据越多越具体,越有利于找到恐怖分子。对大数据的依赖和对广泛监控的重视,反映了欧盟以情报驱动反恐执法的新取向。

(2)更强的预防能力

《乘客姓名记录指令》能更好地帮助执法机关识别嫌疑人。在预报乘客信息系统中,乘客的数据在预定或购买机票时自动生成,^②负责港口和边境控制的调查人员参照该系统可以确定航班上的人员,然后把在情报系统中有记录的嫌疑人与该系统内人员进行比对,找出已经被发现的嫌疑人。这种功能在欧盟委员会看来是有局限性的。欧盟委员会在《乘客姓名记录指令》的解释备忘录中表示,预报乘客信息数据提供的有限信息,不足以使执法当局对乘客开展评估,从而找出潜藏的罪犯或恐怖分子。^③《乘客姓名记录指令》要设立的情报系统,其功能是帮助成员国主管当局识别之前未被怀疑涉嫌严重犯罪或恐怖主义活动的人。也就是说,该系统使成员国能够执行威胁评估,找出更多未暴露的具有恐怖主义威胁的人。

乘客姓名记录系统的工作模式,是通过收集大量数据使系统能够有助于分析乘客的行为,让主管当局通过对乘客旅行模式或其他有关行为的分析,在此前未引起怀疑的人员之中,发现具有安全威胁的个人。例如,《乘客姓名记录》数据中付款方式和订票人员这样的细节,能够让调查人员进行交叉比对,确认乘客是否与信息系统中的恐怖嫌疑人有关联。在恐怖主义组织行为模式不断演进的今天,这种系统能够给主管当局提供有力的工具。欧洲警察组织已经发现,有些已经被相关反恐警察部门得知的恐

① Directive (EU) 2016/681 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Use of Passenger Name Record (PNR) Data for The Prevention, Detection, Investigation and Prosecution of Terrorist Offences and Serious Crime, ANNEX I, Official Journal of the European Union, OJ L 119, p. 148.

② Statewatch, “API, PNR, Threat Assessments, and Data-mining: Member States Push for Access to Travelers’ Personal Data for Customs Authorities”, 22 February 2013, <http://www.statewatch.org/news/2013/feb/12customs-pnr1.htm>, last accessed on 20 August 2016.

③ Directive 2011/0023 Explanatory Memorandum, p.8.

怖组织,会利用情报系统尚未识别的人员进行活动,以达到恐怖主义活动目的。^① 乘客姓名记录能够使主管当局获得更多关于乘客出行的细节和关联信息,找到行为人与恐怖主义活动之间的联系,提前执法的时间,在恐怖主义威胁发生之前施展控制手段,实现预防目标。

(3)更广泛的机构功能

《乘客姓名记录指令》改变了供应商储存数据的局面。在预报乘客信息系统中,数据存储于航空公司处,由负责相关事务的主管当局向航空公司发出请求获取数据。而《乘客姓名记录指令》设立了乘客信息单元这一专门机构。该系统的工作模式如下:在第三国和至少一个欧盟成员国内开设航班的航空公司,有义务向设立在国际航班抵达和离开的成员国国内的乘客信息单元(Passenger Information Unit, PIU)发送所有乘客姓名记录数据。由该机关负责收集、存储和分析这些数据,并将分析结果提供给主管当局。^② 设立专门机关管理数据,能够使欧盟和成员国的有关主管当局在获取信息和交流方面更加便利和快捷;赋予乘客信息单元广泛的权能,特别是分析功能,对实现它的预防目标尤为重要。

欧盟已拥有许多有助于打击外国恐怖主义战斗人员的情报共享与合作工具,各主管当局和机构可以选择不同的途径来获取情报。即使没有乘客姓名记录系统,欧盟和成员国的有关机构也能通过各种数据库和欧洲警察组织、欧洲边防局这样的机构来获得反恐执法需要的信息。但是,《乘客姓名记录指令》赋予乘客信息单元的功能已经超过了欧盟层面的所有情报共享机制。现有的情报共享机制主要是作为情报共享的信息平台或中央枢纽。它们更侧重于共享而不是交换,没有或只有有限收集能力,只有部分情报共享机制具备有限分析能力。^③ 但乘客姓名记录系统权能广泛,既有收集能力又有分析能力,足见欧盟对反恐情报的重视程度。而且,这种在每个成员国内部设置专门机构的工作模式,有助于在欧盟层面促进各成员国的乘客姓名记录系统协调统一,推动成员国之间更好的情报互动。在此基础上,该系统将与欧盟对外的乘客姓名记录数据库衔接,以实现更广泛的情报交流,在更充分的情报基础上实现预防功能。

《乘客姓名记录指令》的发展过程表明,恐怖威胁的紧迫性和严重性仍然是欧盟反恐法发展的最大推动力。该指令反映出后巴黎-布鲁塞尔时期,面对更严峻的反恐

^① Directive 2011/0023 Explanatory Memorandum, p.8.

^② Directive (EU) 2016/681 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Use of Passenger Name Record (PNR) Data for The Prevention, Investigation and Prosecution of Terrorist Offences and Serious Crime, OJ L 119, 4.5.2016, Article 5.

^③ See Matteo E. Bonfanti, *Collecting and Sharing Intelligence on Foreign Fighters in the EU and Its Member States: Existing Tools, Limitations and Opportunities*, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 339.

形势,欧盟选择了提高监控的规模和级别、加强情报分析对执法的影响、以跨境行动的异常为判断依据、识别具有潜在危险性的人员、提前执法和预防恐怖主义威胁发生的反恐模式。值得注意的是,大规模监控和预防性执法获得欧盟重视的同时,传统刑事合作的地位降低了,并被要求转变工作模式和重点。这表明,欧盟认为在信息化时代,重视针对性监控和事后惩罚的传统执法模式已无法有效回应不断演化的恐怖主义威胁,在情报的基础上加强预防才是遏制恐怖主义最重要的途径。

(二)以安全为导向的《欧盟打击恐怖主义指令》

外国恐怖主义战斗人员的威胁引起了欧盟的警惕,除了加强外部边境的检查,加强欧洲警察组织与欧洲检察官组织的作用,通过申根信息系统来改善信息交换之外,欧盟还决定更新恐怖主义犯罪的刑法,确保欧盟层面有协调的刑事司法回应。在巴黎恐怖袭击发生不久后的2015年12月2日,欧盟委员会公布了《欧盟打击恐怖主义指令》的提案,以代替欧盟反恐法的基石——2002年通过、2008年修改的《打击恐怖主义框架决定》(2002/475/JHA,2008/919/JHA)。2016年3月,欧盟理事会就指令草案内容达成一致。2016年7月4日,欧洲议会的公民权利、司法和内务委员会通过了该指令。按照目前的进展,该指令将在欧洲议会获得通过。从《打击恐怖主义框架决定》到《欧盟打击恐怖主义指令》,修改的部分并不多,但追求安全目标使得反恐刑法的目的和原则发生了关键性转变。

(1)从镇压到预防

联合国安理会针对外国恐怖主义战斗人员的2178(2014)号决议、2015年5月欧盟委员会通过的《预防恐怖主义公约》附加议定书和《金融行动工作队建议》(The Financial Action Task Force Recommendations)中关于资助恐怖主义的内容^①对《欧盟打击恐怖主义指令》的内容产生了很大的影响,指令也是为了执行上述文件而制定的。安理会2178(2014)号决议要求成员国对与外国恐怖主义战斗人员现象有关的行为定罪。^②值得注意的是,决议还强调,仅凭借军事力量、执法措施和情报行动无法击败恐怖主义,有必要消除有利于恐怖主义传播的环境、减少“激进化”演变为恐怖主义的风险^③,这体现了对预防的重视。欧盟在2015年10月22日签署的《预防恐怖主义公约》附加议定书也重申了2178号决议中刑法规定的内容。《金融行动工作队建议》则旗帜鲜明地表达了对预防的重视。它强调,不仅是资助恐怖主义行为,对恐怖组织和

^① European Commission-Fact Sheet, Implementing the European Agenda on Security-New Measures to Combat Terrorism and Illicit Trafficking of Firearms and Use of Explosives, MEMO/15/6219, p.1.

^② 联合国安理会第2178(2014)号决议,S/RES/2178(2014),第4页。

^③ 同上,第6页。

恐怖分子的资助,即使与具体恐怖活动没有联系,也应该被定罪。^①这种主张在《欧盟打击恐怖主义指令》中也得到了体现。欧盟委员会拟定《欧盟打击恐怖主义指令》时,不但有针对性地更新了欧盟恐怖主义犯罪的定义和范围,要求成员国惩罚与恐怖主义犯罪有关的预备行为,还将预防作为指令的目的,^②反映了欧盟反恐刑法的重心从传统的镇压向预防的转变。通过对比2002年《打击恐怖主义框架决定》和《欧盟打击恐怖主义指令》的定义,这种趋势可谓一目了然。

(2) 从实施行为到预备行为

欧盟反恐刑法预防性质的增强,表现为可惩罚的范围从实施行为向预备行为扩展。2002年的《打击恐怖主义框架决定》的第1条从三个方面给恐怖主义犯罪下了定义:第一,恐怖主义必须是有意图的行为,而且该行为可能会对国家或国际组织造成严重伤害;第二,上述行动发生的同时,也将造成平民的严重恐惧,或导致政府或国际组织的作为或不作为,或造成一个国家或国际组织的政治、宪法、经济或社会结构的不稳定或损害;第三,将恐怖主义行为按照损害对象、方式和后果的不同,分八类列举,包括造成人类死亡的攻击,对人类身体造成伤害的攻击,绑架或挟持人质,造成政府或公共设施或私人财产的损失,挟持飞机、船只、运输人员或货物的方法,使用武器、爆炸物及生物武器等。第2条将“指挥和参加”恐怖组织活动的行为定罪。后续条款则规定了与1、2条活动有关的恐怖主义辅助罪行。值得注意的是,自2002年《打击恐怖主义框架决定》出台之后,欧盟对恐怖主义犯罪本身的定义没有变化,变化之处在于逐渐增加了预备行为和辅助行为的种类。2008年的修订增加了公开挑衅要实施恐怖犯罪、恐怖主义招募和以实施恐怖犯罪为目的、为恐怖主义提供培训的行为。《欧盟打击恐怖主义指令》在第8条至第10条增加了另一组条款:接受恐怖主义训练或是被招募,为了恐怖主义目的前往国外,组织或是帮助为恐怖主义目的前往国外的行为。这意味着欧盟对恐怖主义的预备行为越来越警惕。这次指令针对的就是逐步“激进化”、有意图参加恐怖主义组织、实施恐怖主义活动的恐怖主义战斗人员。

欧盟的外国恐怖主义战斗人员涉及的法律问题,可以按照所处区域不同分成三个种类:欧盟境外的外国恐怖主义战斗人员参加当地恐怖组织和恐怖主义活动,欧盟境外的外国恐怖主义战斗人员返回欧盟境内的原籍国或原住所地国,以及欧盟公民为恐

^① European Commission—Fact Sheet, Implementing the European Agenda on Security—New Measures to Combat Terrorism and Illicit Trafficking of Firearms and Use of Explosives, p.2.

^② GUE/NGL Press, “Inefficient EU Counterterrorism Directive Avoids Democratic Process & Threatens Fundamental Rights”, European United Left/Nordic Green Left European Parliamentary Group, 5 July 2016, <http://www.guengl.eu/news/article/inefficient-eu-counterterrorism-directive-avoids-democratic-process-threate>, last accessed on 20 August 2016.

怖主义目的前往欧盟境外。《欧盟打击恐怖主义指令》针对的是第三种,为恐怖主义目的接受训练或前往国外的行为。从性质来看,这种行为并非恐怖主义犯罪本身,而是与恐怖主义犯罪有关的行为;从行为的阶段性来看,虽有参加恐怖主义组织或实施恐怖主义行为的目的,但尚未实施恐怖主义犯罪,是预备行为;^①从行为的危害性来看,还没有对法律权益产生实际损害。因此,预备行为的可惩罚性,体现的是欧盟对具有严重潜在危害性的行为事前介入,使成员国主管当局在实施恐怖主义行为之前采取措施,从而避免恐怖主义威胁发生的立法态度。

与此同时,欧盟对恐怖主义犯罪定义的更新,也使得辅助行为的适用范围逐渐拓宽。在2002年的《打击恐怖主义框架决定》中,第4条允许惩罚“煽动、协助或教唆和尝试”第1、2条中规定的具体犯罪的行为。《欧盟打击恐怖主义指令》第16条继承了这一条款,而且随着与恐怖主义犯罪有关的行为的增多,使“煽动、辅助或教唆和尝试”的定罪适用范围进一步扩大。这类行为是以更进一步的犯罪为目标的活动,具有不完整性。逐步增加这类不完整形式恐怖主义犯罪的规定,惩罚实施行为不充分的活动,让成员国主管当局能够尽可能多地捕获和惩罚与恐怖主义犯罪有关的嫌疑人员,这是欧盟反恐法预防性转向的重要体现,预防成为反恐刑法的最高目标。

(3) 从客观行为到主观犯意

欧盟反恐刑法预防性质的增强,还表现为可罚标准的变化。2002年《打击恐怖主义框架决定》的可罚性标准,是以恐怖主义活动的意图实施犯罪行为,既要求具有主观犯意,也要求具有客观行为。这一点在2008年被修改了。修改后的框架决定第3条第3款规定:对于指令第3条第2款中具有可罚性的犯罪,没有实际实行恐怖主义犯罪的必要,客观行为不再是恐怖主义犯罪可罚性的必要条件。《欧盟打击恐怖主义指令》的第15条延续了这一修改。以主观犯意作为可罚性标准,是刑法主观主义思想的表现,改变了传统上客观主义的主导地位,体现了欧盟反恐模式的转变。

将《乘客姓名记录指令》的有关规定和《欧盟打击恐怖主义指令》结合起来分析可以发现,在后巴黎-布鲁塞尔时期,欧盟采用的是通过大规模监控找出可疑行为,进行情报分析来识别危险人物,判断主观恶性;根据是否存在主观恶性来判断可罚性,采取刑罚措施的反恐模式。由于不需要客观行为作为可罚性标准,欧盟对恐怖主义的定罪和惩罚会建立在推测嫌疑人主观犯意的基础之上,而以情报为基础的推测是具有不确定性的,准确性也存在疑问。欧盟各成员国有转化指令的义务,实践中如果以此为标

^① “EU’s New ‘Directive on Terrorism’ Aims to Criminalise Preparatory Acts”, 3 December 2015, <http://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/eu-s-new-directive-on-terrorism-aims-to-criminalise-preparatory-acts/>, last accessed on 20 August 2016.

准采取刑事强制措施,一方面会扩大执法和司法机关的权力,极大地增强刑罚权对社会生活的干预。另一方面,会动摇传统刑法的证据规则。这种标准体现的是有罪推定的思想,举证责任被倒置了,被怀疑的人要脱罪必须自证清白。强调嫌疑人的主观危害性,仅以主观犯意作为可罚性标准,会使大量无害行为成为刑法惩罚的对象。这种发展趋势会加强反恐法的社会保护功能,但明显减少了对个体权利和自由的保护。

强烈的安全诉求动摇了欧盟反恐刑法的目标和原则,导致反恐刑法整体的预防性转向。较之传统刑法的经验主义和对事后惩治的重视,当前欧盟反恐刑法更重视现在和未来的安全,逐步加入超前性内容。预备犯类型的逐步增加和可罚性范围的拓宽,体现出欧盟对于恐怖主义犯罪的严厉态度。值得注意的是,刑法的性质是最后法,其严厉的惩罚性针对的是最严重的、其他法律所无法有效约束的犯罪。为实现安全目标,刑法和刑罚权的大规模扩张和对社会生活的深度介入,会对人权和基本自由产生怎样的影响,值得思考。

三 欧盟反恐法预防性转向的正当性

在后巴黎-布鲁塞尔时期,欧盟反恐法的预防性转向越发明显。从针对已经造成的损害采取惩罚措施,转向对未来可能发生的风险采取预防措施;从传统刑事合作,转向发展大规模监控和分析功能更强的情报系统;从接受某种程度的恐怖主义风险,转向无法接受任何恐怖主义风险。欧盟追求安全的预防性转向招致外界的一些批评,欧盟数据保护监督员认为,《乘客姓名记录指令》的大规模监控没有合理性;^①《欧盟打击恐怖主义指令》也被指责为最糟糕的反恐和监督法,^②为了追求安全而损害了欧盟的基本价值观。^③但是,从恐怖主义的演变和刑法的功能来看,这种转向是有现实基础的,不能因为反恐法发生变革就贸然否认预防性转向的正当性。

(一) 恐怖主义威胁的扩大导致欧盟反恐法预防性转向

恐怖主义对区域安全的威胁是欧盟反恐法产生和发展的直接原因,威胁的严重程度、紧迫性、犯罪方法的演变对欧盟反恐法的规定和重点具有决定性影响。欧盟反恐法每一次重要的更新都是被严重的恐怖袭击所推动的。“9·11”恐怖袭击催生了欧盟反恐法,使联盟层面有了恐怖主义的共同定义,反恐合作有了刑法基础。2004年3

^① Nikolaj Nielsen, “EU Data Privacy Chief Criticises Air Passenger Bill”, EuObserver, 27 July 2015, <https://euobserver.com/justice/129776>, last accessed on 20 August 2016.

^② La Quadrature Du Net, “Directive on Terrorism: The EU on a Security and Post-Democratic Drift?”, 5 July 2016, <http://www.laquadrature.net/en/terrorism-directive-LIBE>, last accessed on 20 August 2016.

^③ Ibid..

月 11 日的马德里爆炸案使欧盟感受到迫在眉睫的安全压力,反恐成为欧盟的核心议题,由此通过了大量反恐法文件。2005 年 7 月 7 日的伦敦地铁爆炸案进一步加快了欧盟反恐法的发展速度,在英国的要求和影响下,预防开始成为欧盟反恐政策的重点。随着恐怖主义威胁的演进,欧盟不断升级反恐法,建设各类合作机制。截至 2013 年底,欧盟层面共有 88 个有拘束力的法律文件,^①包括大量实体刑法和程序法、跨境司法合作机制,以及许多补充的安全与预防措施,涉及各个与反恐有关的领域。恐怖主义威胁越紧迫,欧盟反恐法的范围就越宽泛、惩罚就越严格,并随着恐怖主义威胁方式的演变调整重点。因此,当 2015-2016 年恐怖主义袭击频发时,欧盟深感现有的反恐法和反恐刑事合作机制需要再次更新。当前欧盟面临的恐怖主义威胁,最突出的特点是其隐蔽性。虽然像“9·11”事件那种规模的恐怖袭击不大可能发生,但是随着信息技术的快速发展,恐怖主义的影响范围大幅度拓展,行动隐蔽性大为增强。规模稍小、但对公共安全产生严重破坏、对民众心理造成恐吓效应的恐怖袭击,呈现出越来越频繁、越来越难以防范的趋势。因此,预防成为后巴黎-布鲁塞尔时期欧盟反恐的首要目标,为识别潜在威胁,提前刑法介入时间和扩大监控范围成为欧盟选择的预防手段。

(二) 政治压力推动欧盟反恐法预防性转向

政治压力是推动欧盟反恐法预防性转向的重要原因。虽然与反恐有关的刑事合作与情报交流一直是成员国主权范围内的事项,欧盟仅起辅助作用,但欧盟一直关注安全问题,并对此负有一定责任。一方面,欧盟作为一个承诺内部自由迁徙的一体化组织,有必要对恐怖主义这种严重的跨境安全威胁进行协调一致的回应。恐怖主义威胁具有跨国性质,仅凭各国自己的力量无法有效遏制。发生在一个国家内部的风险,可能会“溢出”到其他国家,巴黎-布鲁塞尔恐怖袭击的组织和人员构成也充分证明了这一点。这也是欧盟发展反恐法和反恐刑事合作的原因之一,即要防止欧盟内部可“传染”的跨国恐怖主义活动。成员国在恐怖主义袭击后也为欧盟反恐法的发展提供了政治动力,使新的立法在短时间内迅速通过。另一方面,欧盟作为一个重视保护人权和基本自由的超国家行为体,有责任保护平民对安全的追求和生存的权利,使其不受恐怖主义犯罪的损害。当前欧盟遭受的恐怖袭击多表现为公共场所无差别大规模的屠杀,造成欧盟公民生命财产的损失和严重的精神恐吓与冲击。因此,社会大众对欧盟的安全保障功能有更多的期待。维护欧盟安全和秩序的政治压力,使反恐成为欧盟的核心议题,加强反恐法的社会防卫功能成为欧盟实现安全目标的工具之一。但

^① See Fiona de Londras and Josephine Doody, *The Impact, Legitimacy and Effectiveness of EU Counter-Terrorism*, Routledge, 2015, p. 4.

是,跨国恐怖主义活动的隐蔽性和复杂性,使得以针对性监控和事后惩罚为主的普通刑法手段难以有效预防和打击,必须动用更强大的力量才能应对,由此推动欧盟反恐法向着越来越重视预防、立法越来越严格的方向发展。

(三) 刑法自发调整实现欧盟反恐法预防性转向

预防性转向使欧盟反恐刑法的重要原则受到了冲击。这种趋势的出现,与恐怖主义犯罪的特征和刑罚的功能有关。欧盟反恐法发端于对“9·11”恐怖袭击的回应,与美国不同的是,欧盟选择了刑事合作作为主要反恐手段。协调成员国对恐怖主义的定罪和刑罚,推动区域内刑事执法和司法合作,是欧盟遏制恐怖主义犯罪最重要的方式。但是,面对恐怖主义犯罪,欧盟的刑法显露了其局限性。对一般犯罪而言,刑罚在实现惩罚目标的同时还能落实预防目标。这主要体现在两个方面:特殊预防,就是通过刑罚的惩罚功能、威慑功能以及行刑过程中的矫正功能,对已然的犯罪人适用刑罚使其不再重新犯罪;一般预防,就是通过对刑罚的恐惧预防犯罪,即通过对已然的罪犯适用刑罚,威慑、警戒、防止可能走上犯罪道路的人犯罪,使他们有所畏惧、不敢以身试法。^①然而,刑罚作为最严厉的惩罚工具,在回应恐怖主义犯罪时难以达到充分震慑犯罪的效果。一方面,事后惩罚功能对恐怖主义犯罪效果有限。在大规模恐怖袭击发生的情况下,少数人就能对社会秩序和不特定多数人的生命财产安全造成非常严重的损害。事后惩罚措施再严厉,都无法达到充分惩罚的效果。另一方面,刑法的预防功能对恐怖主义犯罪的心理威慑有限。恐怖主义犯罪构成要件的主观方面,既包括实施具体犯罪行为的故意,也包括实现恐怖主义目标的故意,而第二种故意的心理状态非常特殊。当今的恐怖分子受到极端激进思想武装,在激进的“教义”和“精神领袖”的号召和包装下,恐怖主义行为被美化、高尚化,恐怖袭击者往往对极端思想坚信不疑,做好了为此付出生命和自由的心理准备。持有这种心理状态的,无论是恐怖主义罪犯还是准备走上恐怖主义犯罪道路的人,刑罚的严厉都难以对其产生足够的心理威慑,让其放弃犯罪。既无法实现足够的惩罚,又无法让其放弃犯罪,重视事后惩罚的传统刑法面临功能困境。在这种情况下,预防恐怖主义犯罪发生,较之事后惩罚更能实现刑法的社会防卫目标。因此,预防性转向可以被理解为欧盟反恐刑法为实现安全目标做出的自发调整。在恐怖主义的威胁和民众的安全需求之下,预防性转向的发生有其必然性。

(四) 科学技术的发展催化了欧盟反恐法预防性转向

^① 黄良明:“论刑罚的威慑功能”,中国法院网,2007年2月8日,<http://www.chinacourt.org/article/detail/2007/02/id/235039.shtml>,2016年8月20日访问。

预防犯罪的思想是伴随着警察职业的建立和逐渐发达,以及由技术进步所催生的风险管理科学的发展^①而得以实现的。一方面,随着科学技术,特别是情报技术的不断发展,遏制犯罪的发生不再是天方夜谭。信息技术的发展改变了打击恐怖主义的方法和目标,拓宽了获取情报的途径和执法的范围。技术工具的升级使大规模监控、数据收集分析和识别潜在恐怖分子成为可能。另一方面,信息技术的发展也改变了恐怖主义活动的形式,使其更具有隐蔽性、分散性,因而常规刑事执法手段难以产生预防效果。恐怖组织在使用信息技术,特别是加密技术方面的发展,也让欧盟对技术更新保持了紧迫感,因为一旦恐怖组织掌握的技术超过了警察和其他有关机构的理解范围,安全威胁就会更加严重。而发生恐怖袭击是欧盟、成员国和欧盟公民都不愿意接受的。在具备技术可行性和现实必要性的前提下,不断更新预防技术,将威胁扼杀在萌芽状态不可避免会成为欧盟反恐目标,在收集、分析和交流情报的基础上加强预防是欧盟反恐刑事合作的必然发展之路,也催化了欧盟反恐法向重视预防的方向发展。

四 欧盟反恐法预防性转向的规制

后巴黎-布鲁塞尔时期欧盟反恐法的预防性转向有其正当性和必然性。恐怖主义的不断演化和欧盟对安全的追求,逐渐影响了刑法的目标和原则;信息技术的快速发展,催化了执法重点和方法的变化。欧盟反恐法的预防性转向趋势与国际社会和成员国在反恐上的发展方向也是一致的。但是,刑法作为欧盟选择的反恐工具,其自身“最后法”和“保障法”的性质,决定了反恐刑法和刑事合作中引起争议的重刑倾向,刑罚权的大规模扩张和对基本自由的限制也并非空穴来风。因此,关键的问题在于对预防性转向的有效规制。

(一) 预防性转向不能影响法律的根基

预防是一个抽象而范围广泛的概念,作为目标其范围可以无限扩展。在对预防性转向的程度和预防目标没有明确限制的情况下,会影响反恐法律自身存在的基础,从欧盟反恐法的构成和职能来看,首当其冲的是作为主要反恐工具的刑法。刑法显然是欧盟实现区域安全、打击恐怖主义最重要的法律工具。而从欧盟反恐法中恐怖主义犯罪的定义和标准的演变来看,预防使欧盟反恐刑法承担了许多安全防务责任。以社会安全为目标会对刑法产生深远的影响,刑法会逐渐成为一般性安全架构中的一部分,逐渐失去它在标准和原则上的“自我统一体”,从而将自己的关注点放在了将来而不

^① 何荣功:“‘预防性’反恐刑事立法思考”,《中国法学》2016年第3期,第153页。

是过去。^①这正是欧盟反恐法预防性转向中发生的情况。这种趋势非常危险,因为刑法不是普通法律。一方面,刑法的强制力使其成为不愿意对恐怖主义采取军事行动的欧盟的反恐首选。但另一方面,具有“最后法”和“保障法”特质的刑法,如果更多体现作为安全工具的一面,对刑法本身和社会安全都是危险的,会导致掌握工具的公权力的无限扩展,带来另一种安全威胁。因此,预防不适合作为反恐法的最高目标,更适合作为辅助标准,在确保反恐法独立性的前提下起补充作用。而且,当重视事后惩罚的刑法面对恐怖主义威胁难以发挥其威慑性和预防作用的时候,如果预防的目标可以通过实现控制效果的其他法律或方法达到,或是能设计专门的机制,就可以避免启动刑法的惩罚,更不需要动摇刑法的根基。

(二) 预防性转向不能侵蚀刑法的重要原则

当前欧盟刑法的发展,使可罚性建立在对主观危害性的推测之上。这是为实现安全防卫功能,预防目标压过刑法客观主义原则的体现,这种趋势非常危险。缺乏实行行为,仅通过对主观危险性的推测来判断个人是否具有恐怖主义威胁性,给予刑罚处罚的可罚性标准太过冒险。这种标准体现的是一种为避免恐怖主义发生,对尽可能多的嫌疑人采取控制措施的取向。不但缺乏可靠性和准确性,还极大地拓宽了执法和司法机关的权力和职权范围。一旦被成员国转化适用,会使得公权力拓展得难以控制。预防恐怖主义犯罪发生是重要的,但不应该因此使公权力膨胀到难以遏制的地步。而且,这种标准还影响了传统刑法的证据规则。对恐怖主义犯罪采取的措施应该建立在可靠的证据而不是主观推测之上。刑事执法与司法中的证据,不能用可靠性存在疑问的情报来代替。这种趋势或许对提高预防有积极作用,但随之而来的是公权力的扩张,这会使反恐刑法向危险的方向发展。因此,应该以不影响刑法的重要原则和基本规则作为预防性转向的限度,预防必要性应该作为辅助标准,在采取强制措施时予以考虑。

(三) 预防性转向不能影响人权保护

欧盟反恐法的预防性转向也有呼应欧盟公民的安全需求和保护其生命财产自由的作用。从这方面来说,预防性转向体现了对人权的保护。但是,从刑法和刑罚权的扩张以及大规模监控的适用来看,欧盟反恐法的预防性转向在加强社会防卫能力时,会导致对个体权利保护能力的减弱。一旦社会防卫成为刑法的主要目标,刑法的关注重心也必然会由保障个体转向保护社会,从惩罚犯行转向惩罚犯意甚至惩罚思想。^② 对人权保护

^① [德] 汉斯·约格·阿尔布莱希特:“安全、犯罪预防与刑法”,《人民检察》2014年第16期,第34页。

^② 卢建平:“风险社会的刑事政策与刑法”,《法学论坛》2011年第4期,第24-25页。

产生不利影响的这个过程还会伴随着公权力的膨胀,导致另一种不安全。因此,发展与预防性转向相适应的规制标准和机制,把握预防性转向的程度是很有必要的。

五 结语

后巴黎-布鲁塞尔时期的欧盟,在恐怖袭击频繁发生、外国恐怖主义战斗人员回流和发生难民危机的复杂安全环境中,把跨境个人移动与恐怖主义联系起来,将回应外国恐怖主义战斗人员问题作为反恐法的重点。《乘客姓名记录指令》和《欧盟打击恐怖主义指令》的通过,反映了欧盟反恐法和反恐刑事合作的预防性转向。将两个指令结合起来分析可以发现,欧盟采用的是通过大规模监控找出可疑行为,通过情报分析来识别危险人物,判断主观恶性;根据是否存在主观恶性来判断可罚性,采取刑罚措施的反恐模式。这种模式意味着欧盟反恐重点的转移。从针对已经造成的损害采取惩罚措施,转向对未来可能发生的风险采取预防措施;从传统刑事合作,转向发展大规模监控和分析功能更强的情报系统。对恐怖主义的态度,也从接受某种程度的恐怖主义风险,转向无法接受任何恐怖主义风险。

较之传统刑法的经验主义和对事后惩治的重视,当前欧盟反恐刑法更重视现在和未来的安全,逐步加入了超前内容。新反恐立法中增加的预备犯和可罚性范围的扩大,反映了欧盟对于恐怖主义犯罪的严厉态度,对安全目标的追求影响了刑法和刑事合作的目标和原则。按照传统刑法,无论是惩罚还是预防,应该只针对那些有证据确信他们是已经或将要犯罪的个人或组织。欧盟新反恐立法带来的刑法和刑罚权的大规模扩张和对社会生活的深度介入,并未建立在确凿的证据之上。不过,欧盟反恐法的预防性转向也有现实基础,是由扩大的恐怖主义威胁、欧盟回应恐怖主义的方式、刑法的功能特点和反恐技术的发展共同影响的结果,不能贸然否认其正当性。因此,需要警惕的是缺乏限制的预防,是预防目标的过于膨胀。有必要对这种趋势进行有效规制,维护法律的根基和基本原则,在不侵害基本人权的基础上,实现安全目标。预防更适合作为辅助标准,针对欧盟反恐法的局限性起补充作用。面对难以遏制的恐怖主义威胁,反恐法是欧盟的安全治理工具之一。欧盟需要更强有力的反恐法,还需要整体上更完善的反恐政策和治理模式。

(作者简介:魏怡然,中国社会科学院欧洲研究所博士后;责任编辑:莫伟)