

辩护意见

尊敬的法官：

受黄云敏的委托和四川川卓律师事务所的指派，我担任他的辩护人。喀什垦区检察院指控黄云敏向一位好友发送极端主义视频涉嫌宣扬恐怖主义、极端主义罪；指控黄云敏持有“7.5”事件视频，涉嫌非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪。辩护人经过阅卷和会见，参加了庭审，认为以上犯罪指控不实，现依据法律和证据发表辩护意见，具体如下。

1、黄云敏不构成宣扬恐怖主义、极端主义罪

刑法 120 条 3 款规定的宣扬恐怖主义、极端主义罪主观上要求有行为人要有宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动的故意，客观上实施了宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动的行为，该罪宣扬煽动的对象是不特定的社会民众。黄云敏是工作 20 年的退休刑事法官，他的战友曾被暴恐犯罪分子杀害，他在担任法官工作时就打击处理过暴恐犯罪分子。他退休后取得了法律工作者执照，继续从事法律工作，维护法律尊严和社会稳定。他这样的人主观上是坚定反对恐怖主义、极端主义的。他和这位好友共同了解视频的目地是揭露恐怖分子的罪恶，唤起朋友对恐怖分子的痛恨，支持打击恐怖分子，并不是故意向社会公开，向民众宣扬煽动。在警方讯问时，黄云敏明确说出了对恐怖分子的痛恨，说自己的第一想法就是“放下女人，有种朝我来”，当时讯问警察足足楞了几分钟，可惜这些内容警方没有记录。从后果看，该好友看了视频后即删除，没有扩散没有危害后果。在封闭空间，两个好朋友之间学习交流，提高对恐怖主义的痛恨和警惕，从主观客观看，黄云敏是不构成宣扬恐怖主义、极端主义罪的。

2、黄云敏持有“7.5”事件视频的情节显著轻微，且已经被治安处罚结案，不应再作为犯罪处理

黄云敏持有“7.5”事件视频的行为不宜定性为非法。黄云敏是工作 20 年的退休刑事法官，退休后仍然从事法律工作。从工作学习的角度，从各方面了解恐怖分子的残暴，提高自己的工作热情和能力，更好的维护法律尊严和社会稳定，这是有利于社会稳定和法治建设的。这和恐怖分子非法持有视频，意图扩散扰乱社会稳定是有本质区别的。枪在坏人手中是凶器，在好人手中是维护和平的利器，控方认为无论什么目的持有都是犯罪的指控是荒谬的。何为非法持有相关视频，法律工作人员为了学习工作研究目的持有也一律作为犯罪打击？目前法律和司法解释还没有明确界定，在这种情况下将黄云敏的行为定性为犯罪是非常不慎重的。刑法 120 条 6 款规定的非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪为了体现刑法的谦抑原则仍然规定持有的行为必须达到情节严重方可入罪。何为情节严重，目前法律和司法解释也无明确规定。检察官发表意见称因为边疆反恐形势严峻，内地不作为犯罪的，边疆都作为犯罪打击，在实践中凡是持有一律作为犯罪打击。辩护人认为恐怖主义是世界文明的公害，恐怖主义必须严厉打击。但打击犯罪必须准确有力，如果脱离法律的基本原则，将反对恐怖主义的法律工作者也作为恐怖分子打击，正中恐怖分子的诡计。检察官发表意见认为黄云敏在有关部门发布《关于严禁传播暴恐音视频的通告》后仍不删除，其行为情节严重。这是将有关部门通告后黄云敏拒不执行，作为他情节严重，构成刑法 120 条 6 款规定的非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪的依据。但这样的逻辑是完全错误的。

2014 年 3 月 31 日，新疆高级人民法院、人民检察院、公安厅、文化厅和工商行政管理局联合发布《关于严禁传播暴力恐怖音视频的通告》，遏制暴力恐怖犯罪，保护人民群众生命财产安全，维护新疆社会稳定和长治久安。《关于严禁传播暴恐音视频的通告》是 2014 年 3 月 31 日发布的。通告规定“凡违反本通告规定的，依据《中华人民共和国治安管理处罚法》《新疆维吾尔自治区文化市场管理条例》等有关法律法规，对当事人予以罚款、拘留处罚；”虽然通告也有“情节严重的，依据《中华人民共和国刑法》有关规定，追究当事人

刑事责任。”的规定，但在当时刑法并没有修改，非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品并没有作为犯罪处理。2015年11月1日全国人大常委会通过的刑九修正案正式施行，非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品才作为犯罪处理。简言之，如果刑九修正案施行在前，有关部门通告在后，拒不执行通告，还可在司法实践中勉强理解为情节严重。如果通告在前，刑九修正案正式施行在后，仍以黄云敏拒不执行通告属于刑法中的情节严重无疑违反了“法无明文规定不为罪”的法治原则，这种逻辑颠倒的“情节严重”是不能作为定罪依据的。黄云敏因持有视频已经被予以行政拘留，现在还继续追究其刑事责任是不必要的。司法人员断案不仅要遵守刑法分则的规定，更要遵守刑法总则的规定。总则是纲，分则是目，刑法总则规定情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。2014年9月9日最高法院最高检察院公安部《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意见》也规定“坚持宽严相济、区别对待，对情节较轻、危害不大、未造成严重后果，且认罪悔罪的初犯、偶犯，受胁迫蒙蔽参与犯罪、在犯罪中作用较小，以及其他犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以依法免于刑事处罚。” 本案中黄云敏的行为无疑符合该规定。

3、本案警方的行为有诸多重大违法之处

黄云敏2017年3月7日从阿克苏回图木舒克，在检查站被强行搜查，这时对黄云敏并没有立案侦查。图木舒克公安局对黄云敏人身和家中搜查后仅对黄云敏予以行政拘留，该处罚文书在案卷中缺失。后本案却突然由第三师公安局立案侦查后，又指定图木舒克公安局管辖，后又移交喀什垦区公安局管辖。本案批准逮捕的是图木舒克检察院，审查起诉的是喀什垦区检察院。依据刑事诉讼法和相关司法解释，公安部门谁管辖谁侦查，同级检察院进行监督。但本案自始至终由第三师公安局侦查，所有笔录亦由第三师警察制作。法律文书确定的图木舒克公安局、喀什垦区公安局没有介入，同级的检察院实际上无法监督。上级公安部门虽可指导下级部门，但并没有权力可直接代替下级部门的工作。在法律文书确定管辖权后，上级公安部门不能直接代替下级部门的工作。分工负责、互相配合、互相制约原则是刑事诉讼法确立的原则，《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》，《公安机关办理刑事案件程序规定》也有明确规定。第三师公安局的做法让检察机关的法律监督悬空，“法无授权不可为”，因此第三师公安局的做法是超越法律授权，是严重违法的。第三师公安局的警察周辉、张平在讯问黄云敏时，黄云敏曾多次明确表示反对恐怖主义，支持打击恐怖分子，对这些重要的陈述讯问人员不予记录。警察共讯问11次，但案卷中只有7次笔录，4份缺失。讯问中警察已经了解到黄云敏退休后取得了法律工作者证，继续从事法律工作，但拒不调取该证据，这种做法是有严重问题的。为查清事实，请法官建议检察官调取行政拘留决定书、法律工作者证等证据，向讯问人员核实笔录缺失的原因。

综上所述，本案警方行为有诸多重大违法之处，黄云敏不构成宣扬恐怖主义、极端主义罪，黄云敏持有“7.5”事件视频的情节显著轻微，已经被行政拘留结案，现在还继续追究其刑事责任是不必要的。如强行判决黄云敏这样坚决反对恐怖主义、坚决支持打击恐怖分子的退休政法干警，将这样的战友和真正的恐怖分子关押打击，这样做会亲者痛仇者快！这样做会严重挫伤广大干部群众打击恐怖分子的士气，这种做法万万不可为！

综上所述，为了维护法律尊严，维护边疆的长治久安，为了准确有力打击恐怖主义，保护公民的安全，辩护人请尊敬的法官依据刑法和《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意见》对黄云敏依法免于刑事处罚。如果有关部门对此有不同意见，辩护人建议法院对于刑九修正案正式施行后实践出现的新情况，法律适用的标准问题向最高法院请示，统一司法定案标准。在国家有明确解释后再依据本案证据作出实事求是的判决，不宜匆忙定案。

黄云敏辩护人

2017.9.21