

国家符号的刑法保护

高 巍*

内容提要 国家符号是一种特定的符号类型,可表现为文字、图案、人物形象等形式。国家符号附着于物质载体而存在,兼具社会事实属性和规范属性。社会事实属性表现为客观性、外在性、普遍性;规范属性可从重要性、积极性、法定性三方面进行判断。国家符号的社会事实结构形成于前国家的人与人的合作关系,并参与了国家的形成和运行条件的形塑,因此,侵害国家符号犯罪的保护法益为国家运行条件。国家运行条件是一种集体法益,对其刑法保护的范围受到两个方面的限制:一为基本权利的限制;二为最后手段性的限制。在国家符号犯罪的具体解释上,首先,应当恪守刑法条文的文义边界,准确界定条文文义;其次,在文义边界之内,可对侵害国家符号的不同犯罪类型进行目的性限缩。目的性限缩可从公共性、主观要素、行为方式三个方面展开。

关键词 国家符号 国家运行条件 基本权利 最后手段性 目的性限缩

目 次

- 一、问题的提出
- 二、作为行为对象的国家符号
- 三、作为保护法益的国家运行条件
- 四、刑法保护的具体解释规则
- 五、结语

* 云南大学法学院教授。

一、问题的提出

《刑法修正案（十一）》于2021年3月1日生效，其中新增第299条之一，规定了侵害英雄烈士名誉、荣誉罪。2021年5月31日，因涉嫌侮辱戍边卫国的英雄烈士，网民“辣笔小球”被一审法院认定构成侵害英雄烈士名誉、荣誉罪，判处有期徒刑8个月。^①作为一种新的罪名，该罪呼应了国家对侵害英雄烈士名誉、荣誉犯罪的惩罚需要，也表达出社会公众对英雄烈士的情感寄托。但是，在刑法教义学体系中，英雄烈士的名誉和荣誉是否具有个体权利上的可归属性？抑或英雄烈士的名誉和荣誉并非是个体人格权益的推演或溢出，而是像《刑法》第299条规定的国旗、国徽、国歌一样，作为一种国家符号而成为刑法的保护对象？

根据民法的一般法理，民事主体的权利能力始于出生，终于死亡。我国《民法典》第13条规定：“自然人从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”易言之，不管死者生前具有何种身份，死后都不具有权利能力。因此，对英雄烈士名誉、荣誉的保护，未必是基于英雄烈士的权利存续事实。一方面，我国民法对死者的名誉、荣誉规定了一般性的保护规则，但保护对象并不是死者的名誉权或荣誉权，因为权利能力依附于自然人的认知和意志能力，认知和意志能力则具有经验事实基础，并非是纯粹规范领域的资格拟制。因此，上述一般性保护规则的保护对象为近亲属人格。^②另一方面，尽管民法对所有死者的名誉、荣誉进行普遍保护，但刑法只对特定死者的名誉、荣誉进行特殊保护，这表明刑法并不着眼于死者近亲属的人格权益，否则就有悖于平等保护原则。因为对于所有死者的名誉、荣誉，其近亲属均享有相同的人格权益，不当厚此薄彼地被区别对待。

我国刑法既不对所有死者的名誉、荣誉进行全面保护，也未把英雄烈士的名誉和荣誉明确限定于逝者范围，^③这正说明了我国刑法对英雄烈士名誉、荣誉的保护不是基于英雄烈士可归属于个体或近亲属的人格利益，而是基于英雄烈士名誉、荣誉的国家符号价值。因此，有必要从国家立场出发，把英雄烈士的名誉和荣誉作为刑法保护的国家符号；该种国家符号与国旗、国徽、国歌一样，是作为关联国家运行条件的社会事实而存在的。英雄烈士名誉、荣誉之所以具有刑法上的保护必要性，就在于英雄烈士个体的英勇事迹通过语言、图案等符号系统，“凝结为记忆中可识别与可记忆的实体”，“客观上可用的符号系统赋予沉积经验以匿名性，把这些经验从具体个人的原始背景中分离出来，使它

① 参见李刚：《“辣笔小球”获刑八个月属罪有应得》，载《人民公安报》2021年6月1日，第2版。

② 参见张红：《死者人格精神利益保护：案例比较与法官造法》，载《法商研究》2010年第4期，第148-150页。

③ 关于“英雄烈士”是否仅包括逝者还是也包括生者争议较大，有待进一步讨论。参见王钢：《刑法新增罪名的合宪性审查——以侵害英雄烈士名誉、荣誉罪为例》，载《比较法研究》2021年第4期，第87-88页；刘艳红：《法秩序统一原理下侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的保护对象研究》，载《法律科学》2021年第5期，第110-123页；孙谦：《〈刑法修正案（十一）〉的理解与适用》，载《人民检察》2021年第8期，第8页。

们对于现在或将来身处该符号系统的人来说都是可用的”^④。易言之,国家符号具有符号化的象征功能,该象征功能关联着国家的运行条件,国家的运行条件则是个人自由及发展所不可或缺的制度条件,因此可以成为刑法保护的集体法益。无论是表现为人物形象的国家符号,还是表现为图案文字的国家符号,只要经过国家和社会公众的识别和沉积,就可被抽象为承载国家聚合功能的社会事实,从而具有脱离个体人格和物质载体的外在性。当这种作为社会事实的国家符号被侵害时,就提示国家运行条件可能存在阻滞的危险,从而产生了国家运用刑法规制的必要性。

我国《刑法》第299条集中规定了刑法保护的国家符号类型。在1997年刑法规定保护国旗、国徽的基础上,2017年《刑法修正案(十)》增加了对国歌的刑法保护,2021年《刑法修正案(十一)》又增加了对英雄烈士名誉、荣誉的保护,不断拓展了刑法对国家符号的保护范围。刑事立法的上述变化,表达了对中华民族共同体和国家认同的现实需要。但是,国家符号介于自然事实与纯粹价值之间,既非可测量的物理事实,也非形而上的价值叙事,而是兼具社会事实性和规范性的特殊对象。理论界对这类特殊对象在刑法学中如何定位研究不多,特别是其所具有的非人格性、非主体性特点如何在行为对象、保护法益等方面准确界定尚需要进行体系性的讨论,才能在个案适用中有据可依。因此,有必要对国家符号的社会事实属性和规范属性进行界定,并梳理其与保护法益之间的内在关联性。在此基础上,根据国家符号的保护法益和一般性解释方法,确定国家符号犯罪的具体解释规则,以保障国家符号犯罪的法律适用符合文义边界和规范目的。

二、作为行为对象的国家符号

行为对象不同于保护法益,前者为经验事实或社会事实,具有实在性;后者则不一定具有实在性,可能表现为精神性、规范性的事态或条件。作为行为对象的国家符号表现为语言、文字、图案、故事、传说、人物(生者和逝者)等形式,该符号形式与国家运行条件之间具有象征性关联。当然,这种象征关系并非是全然任意的,“整个社会都不能改变符号,因为演化的现象强制它继承过去”^⑤。尽管国家可以通过立法对特定国家符号进行修正或调整,但是这种强制调整可能会切断国家符号与特定价值或观念之间的内在关联,更可能影响社会公众对国家符号的内化程度。以我国的国旗、国徽、国歌为例,自立法者将其确定为国家符号以来,基本未进行过调整或修正,这才强化了国旗、国徽、国歌在社会公众中的内化程度,同时也维持了国旗、国徽、国歌与国家尊严、荣耀之间的内在关联。刑法之所以选择特定国家符号进行保护,正是要维持并不断强化国家符号与集体观念之间的内在关联,最终形成一种正当化的制度条件和秩序。

④ [美]彼得·L.伯格、托马斯·卢克曼:《现实的社会建构》,吴肃然译,北京大学出版社2019年版,第86-87页。

⑤ [瑞士]费尔迪南·德·索绪尔:《第三次普通语言学教程》,屠友祥译,上海人民出版社2002年版,第86页。

（一）国家符号的社会事实属性

国家符号是一种具体、特定的符号类型。符号承载着人类的精神生活和文化生活,代表着人类生活的本质和实在。正是通过符号的创造,“生活的内容才能获得它的真正形式。这样一来,生活就被从纯粹给定的自然存在领域中移走了:它不再是这个自然存在的一部分,不再是一个纯粹的生物过程,它被改变并实现为‘精神’的形式”。^⑥申言之,符号区别于自然存在的记号或现象,其体现着人类的精神创造和意义赋予。不同的意义赋予指向不同的对象,其中,指向国家的意义赋予符号可归属于国家符号。在本体构造上,国家符号是一种非经验性的社会事实,其核心在于意义的赋予而非物理形式。

国家符号可表现为图案,也可表现为文字,还可表现为人物形象等形式。图案、文字、人物形象都具有经验事实的基础。以国旗为例,布料、颜料为其经验事实。但是,布料与颜料只是国旗的质料,布料与颜料根据某种特定比例的形式化结构和意义赋予,才使国旗的质料根据特定形式成为了国家符号。因此,国家符号的意义来源并不在于其质料,而在于其形式和意义。正是通过形式化的形塑,才使平淡无奇的质料具有了社会意义,成为社会事实。“这类事实由存在于个人之身外,但又具有使个人不能不服从的强制力的行为方式、思维方式和感觉方式构成”。^⑦具体而言,国家符号通过其承载的意义和形式,对社会公众具有约束力。这种约束力外在于个体,对个体形成外在的约束和强制。

国家符号的形成不仅与传统和惯例有关,更与具体制度和政治组织的构成性规则有关。塞尔认为,制度性事实作为社会事实的特殊子类,正是通过构成性规则而得以形成。所谓构成性规则,可表述为“在情境C中X算作Y”^⑧。就国家符号而言,特定图案或文字抑或人物形象原本是经验事实,但是在历史的传承中,被添附了集体意向的意义或价值,国家通过立法或其他形式对此意义或价值予以确认,这个过程就是构成性规则对国家符号的建构。任何国家或社会都需要通过符号,使其内在结构、成员之间关系、个体与共同体之间关系得以彰显和透明。^⑨在整个符号系统中,作为共同体人格的代表,国家也需要特定的符号表征其自身,使其自身得以透明和显现。因为国家并不是可测量的经验事实,必须借用特定经验事实并赋予意义,使特定经验事实的自然形态为意义形式所取代;或者说,国家符号透过意义的注入,使国家的意义形式得以表现为经验事实,从而具有可感知性。

英雄烈士的荣誉、名誉与国旗、国徽、国歌一样,正是国家形象和国家运行条件的自然化呈现,这种呈现通过国家对集体意向确认该种构成性规则而完成。因此,无论是表现为人物形象的英雄烈士名誉、荣誉,还是表现为图像、声音的国旗、国徽、国歌,透过“在情境C中X算作Y”的构成性规则,其物理样态就被选择作为承载国家意义的经验实体,该经验实体和国家意义合二为一,构成了作为社会事实的国家符号。在此结构中,X为

⑥ 参见[德]恩斯特·卡西尔:《语言与神话》,于晓等译,三联书店2017年版,第275页。

⑦ [法]E.迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆2017年版,第25页。

⑧ [美]约翰·R·塞尔:《社会实在的建构》,李步楼译,上海世纪出版集团2008年版,第24-25页。

⑨ 参见[美]埃里克·沃格林:《新政治科学》,段保良译,上海世纪出版集团2018年版,第32页。

特定人物形象、图案、声音, Y 则为国家意义或国家形象, 该形象和意义可能来源于国家的自我认知, 也可能源于历史的客观形塑。情境 C 则是政治组织对集体意向的确认程序。所以说, 国家符号虽然有物质载体或经验事实的一面, 但更具有社会事实的客观性、外在性、普遍性特征。

1. 国家符号具有客观性

国家符号不是个体心理的产物, 而是制度性的集体意向产物。国家可以通过立法创设某种符号为国家符号, 也可以通过接受或确认社会集体已具有集体意向的符号作为国家符号。无论是创设、接受、确认, 国家符号的客观性都在于集体意向对其地位和功能的持续承认, 该地位和功能很难从国家符号的物理属性中获取, 而必须从集体意向的确认中得以实现。对于个体而言, 集体意向具有客观性, 不以个体心理或个体意向为转移。或者说, “在集体意向性中的关键因素是共同做(需要、相信)某件事情的意义, 而每个人具有的个体的意向性则是从他们共同具有的集体的意向性中产生的”^⑩。

2. 国家符号具有外在性

国家符号虽与集体意向有关, 与社会大众的接受有关, 但其外在于每个个体。在某种意义上, 国家符号作为社会性事实, 主要形成于集体情感和集体互动。因此, 国家、共同体等具有集体性的社会机构虽然不能在特定个体心理得以证成, 但可对个体发生真实的影响, 这种真实的影响就是通过国家符号所承载的意义和规则进行的。如有论者指出, 我们的世界充满着符号化的各种组织, 这些组织虽然看不见, “它们只是以几何方式符号化地表现了与组织成员相关的正式规则”。^⑪ 因此, 国家符号所体现的规则和意义如果被违反或损害, 就可对实施违反或损害的个体进行谴责或惩罚。

3. 国家符号具有普遍性

国家符号与共同体的集体意识、集体情感具有内在关联, 在共同体之内具有超个体的普遍性。以国歌为例, 有论者指出, 在法定节日共同歌唱国歌的行为, 蕴含着一种普遍在场的同时性经验。“这个齐唱让人感到何等的无私啊! 我们知道正当我们在唱这些歌的时候有其他人也在唱同样的歌——我们不知道这些人是谁, 也不知道他们身在何处, 然而就在我们听不见的地方, 他们正在歌唱。将我们全体联结起来的, 唯有想象的声音。”^⑫ 当然, 这种普遍性并非是世界主义意义上抽象的普遍性, 而是民族国家范围内的文化和情感普遍性。特别是在东方社会, 国家和民族之间具有内在的关联。作为共同体的表现形式, 国家与民族共享诸多符号。如日本学者丸山真男就指出, 民族主义的多义性与国家的多义性密切相关, 与欧洲各国在各自主权之上具有国际意识和一体思想不同, 以中国等国为代表的东方国家, 在独立的主权之上并不存在国际意识与超越主权的世界一体思想。^⑬ 因此, 民族、国家、共同体具有高度的同一性与排他性。在民族国家之内, 国

^⑩ 前注⑧, 约翰·R·塞尔塞尔书, 第22页。

^⑪ 参见[美]兰德尔·柯林斯、迈克尔·马科夫斯基:《发现社会》, 李霞译, 商务印书馆2014年版, 第392-393页。

^⑫ [美]本尼迪克特·安德森:《想象的共同体》, 吴叟人译, 上海人民出版社2016年版, 第140页。

^⑬ 参见[日]丸山真男:《现代政治的思想与行动》, 陈力伟译, 商务印书馆2018年版, 第152-153页。

家符号或者借用民族情感,或者借用共同文化,普遍存在于共同体成员的集体意识之中。

(二) 国家符号的规范属性

国家符号不仅是一种社会事实,而且具有规范意涵。因为,作为国家符号基础的集体情感或集体意向,既可能有积极的价值取向,也可能有消极的价值取向。因此,在国家符号的确认中,需要利用规范性标准进行判断,选择符合规范性标准的积极情感或意向,对积极的国家符号进行规范确认。易言之,国家符号的形成,不能只满足于集体意向对国家的想象,还应对此想象进行规范性的判断。国家符号的确认,通常应以既有的社会认可和集体意向为基础,在具有集体认同可能的多种想象中,选择承载积极情感和积极意义的符号予以确认。但是,不能脱离既有符号的集体意向,将积极意义任意赋予缺乏集体意向的符号。如果立法者仅仅基于独断的自我认知,在缺乏集体认同可能的情况下创设国家符号,即使在价值取向上具有积极性,也很难获取社会公众的普遍认同。如有论者指出,国家在确定作为象征物的国家符号时,要防止独白式关联和呓语式关联。独白式关联不考虑集体认同的事实基础,由国家单方面设置国家符号,并强制社会公众接受;呓语式关联则指国家确认国家符号时与社会公众的认同隔离。^⑭两种关联形式都忽略了国家符号的集体意向和集体情感基础,即使通过立法予以确认,其促进国家民众认同的实效也令人堪忧。所以说,国家符号的规范确认,与主体间的共同认知互为表里。在具有集体意向和集体情感基础时,立法者根据积极价值对不同符号进行规范性确认应当从以下三方面展开:

第一,重要性判断。历史和传统形成的多种与国家认知相关的符号中,只有具有重要性的符号才可被确认为国家符号。重要性的判断包括主观和客观两个方面。在主观方面,判断一种符号是否重要,要考虑该共同体中不同阶层的人对该符号的亲近性。如果不同阶层的多数人对于某种代表国家认知的符号具有高度的亲近性和熟悉度,则可以作为重要性判断的主观依据。^⑮如英雄烈士名誉、荣誉的重要性判断中,就应当考虑社会公众对于特定英雄、烈士的熟悉程度和亲近程度。如果某个英雄人物仅在区域或行业内具有可识别性,缺乏社会公众的亲近性,则不宜认为具有可成为国家符号的重要性。在客观方面,重要性的判断则与国家核心利益的关联度相关。特定符号与国家核心利益的关联度越大,则其重要性越高。如国家的领土、主权独立等利益,属于国家的核心利益,因此,与国家领土、主权独立等因素高度相关的符号就更具重要性。这就可以解释,在2020年中印边境冲突中,卫国戍边之军人的英雄形象,正是高度关联国家领土的完整性,从而取得了国家符号的地位。

第二,积极性判断。作为国家符号,必须有利于促进国家功能的发挥和公众的团结。因此,即使特定符号对于国家具有高度的可识别性和熟悉度,但其不利于国家功能的正

^⑭ 参见王海洲:《想象力的捕捉:国家象征认同困境的政治现象学分析》,载《政治学研究》2018年第6期,第22页。

^⑮ 参见[英]安东尼·D.史密斯:《族群——象征主义和民族主义:一种文化方法》,林林译,中央编译出版社2021年版,第29页。

向发挥,甚至不利于公众团结,就不应当确认为国家符号。如纳粹标志对于德国而言具有高度的可识别性,且具有传统和历史基础。但是,该符号所代表的国家自我认知,“其所连带的痛苦,其危险如此之大,以至于没有任何力量可以牵制它”。^{①⑥}正是基于纳粹标志对国家功能的侵蚀性,就不可将其确认为国家符号。具体而言,积极性判断应当着眼于推进国家强大和人民幸福的目标需要;只有能够正向促进国家强大和人民幸福的符号,才能作为国家符号予以规范确认。

第三,法定性判断。国家符号的确认要具有法定效力,需要根据法定程序和法律规则进行确定。因此,要区分事实上的国家符号与法定的国家符号,后者才具有法律上的保护必要性。事实上的国家符号可能形成于多种形式的集体意向,这些集体意向包括习俗和惯例;但是,只有法律规则作为构成性规则所确认的集体意向,才能使该符号成为法定的国家符号,从而具有法律效力。如有论者指出:“尽管国家象征和标志起初是政治系统而非法律系统的产物,但是将国旗、国歌、国徽、首都写入宪法,就意味着国旗、国歌、国徽、首都的终极规范性来源于宪法。国旗、国歌、国徽、首都不再是简单地以图案、词谱和地理位置象征和标志国家,而是意味着效力上的根本性和内涵上的规范性。”^{①⑦}如我国宪法第四章规定了国旗、国歌、国徽、首都为国家符号,《国旗法》《国歌法》《国徽法》则对国旗、国歌、国徽设置了具体保护规则。

2018年4月27日,全国人大常委会通过的《中华人民共和国英雄烈士保护法》第3条指出:“英雄烈士事迹和精神是中华民族的共同历史记忆和社会主义核心价值观的重要体现。”从该规定来看,英雄烈士的事迹和精神承载着中华民族的共同记忆和集体情感,从而将其符号化为国家符号。正如国旗、国徽的载体具有财产权的属性,英雄烈士的载体也可能表现为人身权益,但是,作为国家符号的英雄烈士,其名誉和荣誉具有公共性,聚焦于构成集体意向的英勇事迹和精神,而非个体或近亲属的人格权益。如有论者指出,个体的名字、事迹、声誉作为象征符号时,就具有了集体性、公共性的属性,“符号性声誉被扩大到关系网中更高的层级,该网络有非常丰富的社会关系,因此符号至少会在某些封闭的圈子里循环,强化着符号的意义,因为它可以从各个方面听到,并在重述中很可能得到放大”^{①⑧}。正是基于英雄烈士事迹和精神的集体意向性,在《英雄烈士保护法》之外,我国刑法和民法都规定了英雄烈士名誉、荣誉保护的具体规则,其指向都是作为国家利益的英雄烈士事迹和精神,该事迹和精神通过立法被表述为英雄烈士名誉和荣誉。因此,作为国家符号的英雄烈士名誉、荣誉,其内容在于国家认可和确认的英雄事迹和英雄精神;与英雄事迹和英雄精神无关的英雄烈士个人特征和权益,可通过其他规范或规则形式予以保护,而不属于国家符号的规范保护射程。

①⑥ [德] 京特·雅科布斯:《保护法益——论刑法的合法性》,赵书鸿译,载赵秉志等主编:《当代德国刑事法研究》2016年第1卷,法律出版社2017年版,第40页。

①⑦ 杜吾青:《国家象征和标志的宪法学阐释:以国家认同为中心》,载《交大法学》2020年第3期,第42页。

①⑧ [美] 兰德尔·柯林斯:《互动仪式链》,林聚任等译,商务印书馆2012年版,第84-87页。

三、作为保护法益的国家运行条件

刑事立法者设置禁止规范,对特定国家符号进行保护,并不着眼于国家符号的物理属性或美学价值,而在于保护国家符号所关联的维持国家存续和功能发挥的运行条件,该运行条件是一种集体法益。尽管国家的任务在于保护公民自由,但国家任务的实现也依赖于国家自身的存续和运作能力,这种存续和运作能力就体现为功能性条件或架构。申言之,国家符号作为承载国家运行条件的社会事实,有利于促进社会公众的国家认同。如哈斯默尔认为,在社会情绪的认同上,国家运行条件需要特定的氛围,国家符号则可以稳固这种特定气氛。^{①⑨}但是,“氛围”“社会情绪”之类的表述,很难说是理性的证成路径。因此,有必要构建国家符号与国家运行条件这种集体法益的内在关联,并阐明国家符号所关联的国家特定运行条件的刑法保护正当性。

(一) 国家符号与国家运行条件的内在关联

自霍布斯以来,国家产生于社会契约的理论预设成为现代国家的基本图像。基于该图像,在国家形成之前的自然状态,孤立的个体为原子式生存的人,为避免“人人为狼”的毁灭困境,个体交出所有的自然权利,创造出拟制人格的主权者,国家就是个体通过社会契约塑造的产物。国家依附于个体而存在,是个体实现自由与和平的工具。但是,在霍布斯式的图景中,自然状态与原子式的个人只存在于想象或思想实验之中。如有论者指出:“自然状态并不被当作一个实际存在过的历史处境,而是某种效法理论物理的思想实验,其步骤包括:将作为家庭成员的人、财产和国家分解成基本单位,即抽象的个人;然后想象他们在假设情况下是如何彼此相互作用的,就像化学物质的属性一样。”^{②⑩}因此,国家虽然应当服务于个体的自由和安全,但要实现这种目标设定,国家运行条件的具体要素则应当从形成国家的真实历史条件中寻求,不能满足于非历史性的想象图像。在国家形成的真实历史条件中,国家符号作为与国家形成相关的历史性、社会性事实,不仅参与了国家运行条件的形塑,也一直作为国家运行条件的事实性要素而存在。

国家的形成是一个历史性的动态过程。在此过程中,国家符号的社会性事实结构是国家形成的必要性条件。尽管国家符号需要立法者的规范确认,但该种确认所指向的社会事实性结构却参与了特定国家的形塑过程。如我国《英雄烈士保护法》第2条所指出的:“近代以来,为了争取民族独立和人民解放,实现国家富强和人民幸福,促进世界和平和人类进步而毕生奋斗、英勇献身的英雄烈士,功勋彪炳史册,精神永垂不朽。”易言之,国家的历史和样态,与作为国家符号的英雄烈士的事迹和精神相关,正是众多的英雄烈士形塑了国家的形象,并赋予特定民族国家区别于其他国家的鲜明特征。

^{①⑨} 参见钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,元照出版有限公司2012年版,第287页。作为法兰克福学派的代表,哈斯默尔对不可还原为个人法益的超个人法益通常持否定态度,但是其也承认国家符号保护的必要性与正当性。

^{②⑩} [美]史蒂芬·B.史密斯:《政治哲学》,贺晴川译,北京联合出版公司2015年版,第169页。

在霍布斯的思想实验中,国家产生于非历史、非社会的原子式个体的意志联合。但是,这种主体性叙事抹灭了个体的社会性和情境性。人的存在不同于自然事实的存在,而是历史性和社会性的存在。“历史意味着人的、人的组合及其‘文化’的演变和天命,在这里历史主要不是指存在者的演历这一存在方式,而是主要指存在者的一种领域;人们着眼于人的生存的本质规定性,即通过‘精神’和‘文化’把这一存在者领域与自然区别开来”。^{②①}申言之,不可能存在原子式生存的人,个体存在的方式“并不是孤立的自我,而总是融身于与他人的关系之中的”^{②②}。因此,人的社会性、历史性存在就表现为这种与他人的关系式存在。该种关系式存在是前国家的,且对国家的形成和样态具有影响。

国家符号的社会事实结构同样形成于前国家的人与人之间的关系式存在,并对国家的形成和形塑具有重要作用。涂尔干认为,在国家形成之前,就已经存在社会。社会生活通过符号体系得以延续和维持。“集体情感还可以具体体现为人,或者体现为程式。有的程式是旗帜;而如果是人的话,不管是真实的还是神话中的,他们都是符号”^{②③}。特定的符号承载着社会的集体情感和集体意识,而这种前国家的集体情感和集体意识则是国家得以形成的前提。因为,没有集体情感所形成的基本信任,原子式的个体就很难相信其他个体会履行社会契约,从而很难进入国家产生所需要的社会契约之中。因此,在社会契约之前必须存在“前契约的团结”,才能形成社会契约订立的信任基础。^{②④}这种“前契约的团结”就形成于符号和仪式所承载的集体情感和集体意向。可以说,只有社会具有“前契约的团结”才可能产生国家。

既然国家脱胎于集体情感和集体意向塑造的社会团结,自然也会受到前国家的集体情感和集体意识的约束和形塑。鲍桑葵认为:“家庭、地区和等级的原则不仅会以这些明确的形式成为民族的一部分,而且会通过种族意识、国家意识和一种普遍流行的生活和文化标准的意识影响民族国家的总结构。用观念中的疆界——子午线或纬线——代替自然疆界的趋势可以说明观念的统一对国家自然条件的反作用。”^{②⑤}因此,特定国家的结构和样态离不开前国家的符号系统的形塑,而不可仅仅将国家理解为政治暴力的任意建构。以虎门销烟的林则徐为例,林则徐作为历史符号,就承载着反抗外国殖民侵略的民族精神。对这种符号的事实性确认,塑造了中国人对禁毒的集体意识,即禁毒与国家的主权和领土的关联性。正基于此,无论是我国大陆地区还是我国台湾地区,甚至在以华人为主体的新加坡,都对毒品犯罪规定了最为严厉的刑罚。易言之,对禁毒和国家主权的符号性叙事,直接影响我国的国家结构和刑罚制度。

因此,国家运行条件的确定,在形式上看是国家宪法的制度设置,但在实质上则与前国家的集体意向有关。通过仪式和符号系统,特定社会的集体意向得以形成,并作为国

②① [德] 马丁·海德格尔:《存在与时间》,陈嘉映等译,三联书店 2014 年版,第 429 页。

②② [美] 帕特里夏·奥坦伯德·约翰逊:《海德格尔》,张祥龙等译,清华大学出版社 2019 年版,第 32 页。

②③ [法] 爱弥尔·涂尔干:《宗教生活的基本形式》,渠敬东等译,商务印书馆 2011 年版,第 315 页。

②④ 参见前注 ①①,兰德尔·柯林斯、迈克尔·马科夫斯基书,第 166-168 页。

②⑤ [英] 鲍桑葵:《关于国家的哲学理论》,汪淑钧译,商务印书馆 2017 年版,第 308 页。

家形成的必要条件,大致勾勒出特定国家运行条件和功能系统。正因为不同国家形成于不同的历史条件,具有不同的集体意向,就不可能存在超越具体国家历史条件的抽象、普遍的国家运行条件,只有特定的、具体的国家运行条件。

(二) 国家运行条件的刑法保护

不同国家的运行条件基于不同集体意识而具有结构性差异。但是,任何国家要发挥其保障自由和秩序的功能,就必须具有保障该功能实现的基本运行条件,即使不同国家的运行条件未必一致。因为,当国家运行条件受到侵害,会导致国家无法正常发挥功能,就无法有效保护个体的自由与安全。作为集体法益,国家运行条件与特定个体自由只具有间接的关联性,未必能在经验上还原为个体法益。认为集体法益必须可还原为个人法益的观点只是一种原子式个人图像的推论。因为,在国家形成之前,个人也不是原子式生存状态,而具有社会性。易言之,正是社会或个体之间的关系塑造了个人的图像,这也符合国家运行条件的基础事实先于国家而存在的历史图景。如有论者指出:“没有国家的存在,对于人类社会最终的和平状态而言,是不可想象的。国家的价值,不在于其作为多数个人的集合相对于单一个人的优越性,也不在于国家附着于与人民之权力关系上的神圣性,而是在于国家对人民自由实现而言的必要性。……因此,国家的存续与其个别功能作为刑法上的法益,并没有太大的疑问。”^{②6}但是,基于刑法的最后手段性,国家运行条件成为集体法益,只是为刑法保护提供了可能性,还需要进行保护必要性的证成。因为,国家符号所表征的国家尊严和国家名誉这种特定的国家运行条件,缺乏与特定个体自由保障的经验关联性,而刑法手段又是最严厉的法律手段。同时,对国家运行条件的刑法保护与个体言论自由的保护可能存在紧张关系,这就需要进行进一步证成对国家运行条件进行刑法保护的必要性和正当性。

德国学者希根多夫认为,对于侮辱国家领导、国家象征符号与宪法机构的行为方式,不应当进行刑法规制。因为,之所以出现侵害国家象征符号等行为,正是国家治理失败的体现。如果国家治理失败,反而压制人民的不满,限制人民对国家的情绪表达,就更加不能建立人民对国家的认同感。^{②7}但是,这种观点并不妥当:(1)个体对于国家的情绪表达具有主观性和情境性,未必能够推导出国家治理的无效或失败。易言之,个体通常基于日常经验和特定境况而想象国家的功能和治理效能,缺乏客观上的证成过程,这种情绪表达很难说是理性的。(2)国家象征符号本身就是社会认同和集体意向的产物,对国家象征符号的侵害,恰恰侵蚀或动摇了社会认同。(3)如果把侵害国家符号的行为作为国家治理失败的结果,从而不作为犯罪规制的话,那么,所有的犯罪行为都可以被当作国家治理失败的产物,国家运行条件乃至国家本身都失去了存在的价值,这在逻辑上显然是不对的。因为,特定个体如何行为,虽不能排除国家和社会的影响,但终究是个体自由意志的产物。

^{②6} 周漾沂:《从实质法概念重新定义法益:以法主体性论述为基础》,载《台大法学论丛》第41卷,第3期,第1034页。

^{②7} 参见前注^{①9},钟宏彬书,第287页。

尽管希尔根多夫的上述论证欠缺合理性,但必须承认的是,透过国家符号,对国家运行条件的刑法保护,其必要性和正当性必须受宪法秩序和刑法体系的限制。具体而言,存在两个方面的限制:一为基本权利的限制,二为最后手段性的限制。

1. 基本权利的限制

对国家符号的侵害主要表现为言论上的冒犯或行为上的毁损。其中,通过行为对国家符号的物质载体进行毁损,首先只是属于对财产的损害;只有该物理毁损方式同时具有表达意义,才可能属于广义的言论方式。^{②⑧} 言论自由是宪法规定的公民的基本权利,刑法禁止通过言论方式侵害国家符号,需要受到这种宪法权利的限制。因此,言论自由的基本权利对国家符号保护的刑法规范设置提出了正当性的证成责任,这种证成责任,正是基本权利对国家符号及国家运行条件的刑法保护所进行的限制。

第一,狭义的言论与广义的言论相比,具有更大的保护价值,对其进行限制需要更大的证成责任。狭义的言论是指语言或文字形式的言论表达,广义的言论则是指其他方式实施的象征性表达。因为狭义的言论位于言论自由的核心领域,集中体现了言论自由与人格尊严的紧密关联。另外,语言文字与其他行为方式相比,前者构成了思想自由的基本形式,而思想自由通常属于个体内在的精神自由,对于形成真理和推动社会进步是不可或缺的因素。如密尔所言:“即使被迫保持缄默的观念是错误的,它也可能,并且极为普遍地包含着真理的一部分;因为任何主题之一般的或者占优势的观念很少是,或者从来不是全部的真理,所以只有通过对立观念的碰撞,才能使真理的剩余部分有机会得到补足。”^{②⑨} 与语言文字相比,语言文字之外的其他行为方式所构成的广义言论,不仅与主体性人格的独立性关联度较低,且其通过客观、外在的方式介入了他人或社会的物理空间,尽管其也具有表达性意义,但是其值得保护性较低。

第二,对公共利益与言论自由应当平衡保护。言论自由与公共利益均为宽泛的抽象概念,在保护位阶上很难简单区分其重要程度。与公共利益相比,言论自由与个体的思想表达形式相关,更具有普遍性和可观测性。但是,公共利益总是与特定国家的基本价值、基本制度、基本结构相关,需要以特定国家和特定制度作为判断背景。因此,普遍性的言论自由与特殊性的公共利益的平衡,必须在特定国家和特定社会的语境中进行。如纳粹标志对德国和以色列而言,就有侵害公共利益的紧迫性,尽管在其他国家纳粹标志与公共利益的关联性并不清晰。

问题在于,如何具体界定言论自由与公共利益的恰当关系才可视为平衡保护? 有论者提出,在言论自由与公共利益二者的权衡中,应当以言论自由作为优先保护的對象,只有言论对他人具有“明显且即刻”的危险时,才可以为了个体之间的和平和安全利益进行限制。^{③⑩} 但是,这种绝对个人主义的立场,忽视了个体的社会性以及作为共同体一员的

②⑧ See Melville B. Nimmer, *The Meaning of Symbolic Speech Under the First Amendment*, *The Constitution and the Flag*, Vol.2, Michael Kent Curtis ed., Garland Publishing, Inc., New York & London, 1993. p.254.

②⑨ [英] 约翰·斯图亚特·密尔:《论自由》,于庆生译,中国法制出版社2009年版,第80页。

③⑩ 参见[美] 亚历山大·米克尔约翰:《表达自由的法律限度》,侯健译,贵州人民出版社2003年版,第22页。

身份,从而大幅度压缩了公共利益的保护范围,不仅不符合现代民族国家对共同体的叙事,也无助于在言论自由和公共利益的保护之间实现平衡。正如有论者所指出的:“当国会和法院意识到,合法言论和非法言论的区别在于实现公共安全和追求真理的平衡,宪法第一修正案的准确界限方可划定。”^{③①}因为,现代民族国家的个体,总是聚集在某种共同信念或共同价值之下,并具有较为牢固的集体情感和集体意识。在国家建立后,共同信念和共同价值就演化为特定国家的存续和运行条件,并成为重要的公共利益。“即便是不信宗教的人也感觉到了西方关于神圣性的信仰的影响力。他们理解‘神圣基础’‘终极献祭’或‘神圣荣誉’等说法意味着什么。通过祈求作为跨代际的集体主体的‘我们人民’,他们可能奇怪地受到了感动——奇怪是因为他们不能向自己解释这种感觉。然而,这种信仰在一系列政治实践(包括集体回忆的仪式)中得到维持”。^{③②}因此,在民族国家语境中,公共利益与个体言论自由应当处于动态的均衡和同等保护之中,不应过度强调个体言论自由的优越性,而要均衡保护公共利益与言论自由。

我国是更为典型的民族国家,共同文化、共同价值、共同意识建构了中华民族共同体,共同体的利益通过国家符号得以现实化。因此,在个体言论自由和公共利益的平衡中,刑法需要把共同体的利益确认为公共利益,与个体言论自由进行平衡。当然,对共同体利益的确认,并不意味着其绝对优越于个体言论自由,而是要在两者之间实现平衡保护。这种平衡保护体现在:一方面,个体言论自由仅可以被那些重要国家符号的保护需要所限制。如全国人大常委会以法律形式所确定的国家符号,通常承载着共同体的集体意识和集体情感,并对共同体的黏合和国家存续状态有积极价值,可以作为重大公共利益优先于对个体言论自由的保护。另一方面,应当区分描述性言论与评论性言论。描述性言论是对国家符号的客观描述,即使描述性言论对国家符号存在侵害,通常也不应当对之进行刑法的限制,因为描述性言论正是言论自由所捍卫的求真理念的体现;评价性言论是对国家符号的情感表达,与真实性和事实性关联不大,在与公共利益保护的权衡中,基于公共利益限制评价性言论具有更大的必要性,如以物理毁损方式对国家符号所进行的象征性表达,就属于评论性言论。如伦奎斯特大法官所指出的:“依据美国第一修正案的规范目的,烧毁国旗更像挑衅式话语,‘均不构成任何观点表达,对于发现或揭露真相也无任何社会价值’。反而,考虑公共利益的话,防止出现扰乱治安的行为‘明显超过从保护此种言论所获的所有利益’”^{③③}。

2. 最后手段原则的限制

国家符号表征的国家运行条件作为一种集体法益,缺乏与个体法益相关联的可观察性,具有抽象化和精神化特征。因为,对国家运行条件的侵害通常无法表现为实害或具体危险,而表现为抽象危险。因此,作为侵害集体法益的抽象危险犯,对国家符号的犯罪

^{③①} Harry & Jr. Kalven, *Freedom of Speech in America*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1942, p.35.

^{③②} [美] 保罗·卡恩:《新政治神学:新主权概念四论》,郑琪译,译林出版社 2015 年版,第 93 页。

^{③③} *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397(1989).

类型无法在经验上予以验证,只能在规范层面划界和证成,并通过最后手段原则限制处罚范围。尽管对国家符号的损害在经验上无法观察,但规范上的损害“并非根据兴趣或凭借着政治协商手段而获得,而是来自于分析现存社会结构与因而显示出来的社会保护需求”^④。这种以社会结构为基础的保护需求,表现为对规范领域的有效沟通性的保护。在具体适用层面,何种侵害国家符号的方式可以被评价为对沟通有效性的损害,并对国家运行条件构成冲击,以至于需要刑法介入予以规制,一般要依靠最后手段原则进行确定。

刑法是国家对公民权利最严厉的干涉手段,只能作为最后的辅助性法益保护手段。易言之,当行政、民事或其他政策手段足以有效保护特定法益时,刑法就不应当介入对该种法益的保护。就国家符号的法律保护而言,我国的法律体系对部分国家符号规定了多元的保护规则。如行政法和刑法都规定了对国旗、国徽、国歌的保护规则,民法、行政法、刑法同时规定了对英雄烈士的保护规则。不同部门法对相同国家符号的保护,各自基于其不同的规范目的。因此,应当从不同部门法的规范目的出发,确定归属于不同部门法的保护范围。

与民法的损害填补目的、行政法的秩序维护目的不同,刑法保护必须依附于法益保护的急迫性与实质正当性的质的提升。如许乃曼教授指出:“联邦宪法法院针对刑罚所强调的社会伦理非难性(sozialethische Vorwurf),意味着一个以严重偏差行为(gravierendes Fehlverhalten)为前提的自我贬低的非难(Vorwurf einer Selbstentwürdigung)”^⑤。而民法和行政法的规范目的则不包括伦理非难性和严重偏差性,即使不同部门法规定了相同的行为方式,刑法的介入也必须以严重的伦理非难性和行为在质上的严重偏差性为标准,进行独立的规范判断。“不能直接将前置法的违法性不加过滤地作为决定刑事违法性的根据,只有坚持实质化、规范化的思考路径,才能准确地从违反前置法的基础上推导出刑事违法性”^⑥。

因此,在国家符号保护的多部门法律体系中,刑法的介入必须以行为方式在质上的严重性作为前提,才符合最后手段原则。首先,如果侵害国家符号的特定行为与国家运行条件欠缺可证成的规范性关联,就不需要刑法的介入。规范性关联的判断,应当以社会公众对此行为方式的集体容忍程度作为标准。如果特定的行为方式严重背离社会公众的规范和集体期待,则这种对常规方式的严重背离性就可以成为刑法介入的正当依据。反之,如果特定的行为方式只是较小偏离公众认知中的国家符号使用方式,行政法或民法的介入就足以纠正这种偏差,就不应当由刑法介入。如悬挂已经褪色或轻度残缺的国旗,可以通过行政法予以纠正,因为这种使用方式并未严重偏离社会公众的认知和规范期待,刑法介入就不符合最后手段原则。其次,对国家符号的刑法保护缺乏报应依

④ [德]许乃曼:《刑事不法之体系》,王玉全等译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许乃曼教授刑法论文选辑》,公益信托春风煦日学术基金2006年版,第202页。

⑤ [德]许乃曼:《法益保护原则》,何赖杰译,载前注④,许玉秀、陈志辉合编书,第240页。

⑥ 周光权:《法秩序统一性原理的实践展开》,载《法治社会》2021年第4期,第11页。

据,只能从一般预防角度获取刑法介入的必要性。因此,对于不常见的侵害国家符号方式,即使与社会公众的认知存在严重偏离,也可以由行政法或民法介入。因为偶发的特定侵害国家符号方式在现实中本就很难发生,即使通过刑法介入,对于一般预防也无助益。如基于迷信,在重要的公共场合将国旗上涂画自己的姓名或头像祈祷的行为,就属于罕见的侵害方式,对其进行刑法规制不仅缺乏报应的依据,也没有一般预防的实效,可以通过行政法进行规制。

四、刑法保护的具体解释规则

我国《刑法》第299条规定了两类侵害国家符号的犯罪,即侵害英雄烈士名誉、荣誉罪与侮辱国旗、国徽、国歌罪。无论是英雄烈士名誉、荣誉,还是国旗、国徽、国歌,刑法对其的保护,都不聚焦于上述国家符号所可能关联的个体利益,如特定个体的人身利益或财产利益,而是国家符号所表征的国家运行条件。如有论者指出,如果把侵害英雄烈士行为理解为侵害近亲属的人格权益,不仅不符合立法目的,也有悖于刑法平等保护的原则。^⑦因此,在侵害国家符号的犯罪中,即使存在特定个体的人身利益或财产利益受损,也属于其他法律部门或其他犯罪构成要件的领域,不应当在侵害国家符号犯罪的禁止规范中予以评价。如在公共场合对他人所有的国旗进行损毁,既可能符合侮辱国旗罪的构成要件,也侵犯了国旗所有人的财产利益。后者可根据侵害财产的情节归入民法、行政法的规制;如果大量国旗受损,符合故意毁坏财物罪的构成要件,就应当将该行为作为侮辱国旗罪与故意毁坏财物罪的想象竞合处理。易言之,侵害国家符号的犯罪,其法益为国家运行条件这种集体法益。个体之人身或财产利益的损害属于其他部门法或其他犯罪的规制范围,不宜在侵害国家符号犯罪中进行混合评价。如有论者指出,侵害英雄烈士名誉、荣誉的行为,即使也侵害了英雄烈士的人格名誉,但英烈的人格名誉本身已经化为社会公共利益的一部分,最终侵犯的还是社会公共秩序这种集体法益。^⑧因此,对国家符号犯罪进行解释时,就应当在刑法规范的文义边界之内,用国家运行条件这种集体法益作为解释构成要件的指导要素和进行目的性限缩的依据。

(一) 文义限制

我国有学者认为,侵犯英雄烈士名誉、荣誉罪中的“英雄烈士”仅限于已经逝去的英雄烈士。该观点的依据为,本罪的侵害法益有两种:既包括作为个人法益的英雄烈士名誉,也包括作为集体法益的社会公共利益。既然逝去的英雄烈士与在世的英雄都享有名誉利益,而在世的英雄名誉可以通过保护一般主体的侮辱、诽谤罪予以保护,侵犯英雄

^⑦ 参见曲新久:《〈刑法修正案(十一)〉若干要点的解析与评论》,载《上海政法学院学报》2021年第4期,第31-33页。

^⑧ 参见刘艳红:《法秩序统一原理下侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的保护对象研究》,载《法律科学》2021年第5期,第123页。

烈士名誉、荣誉罪的特殊保护限于逝去者,就更符合刑法的体系性要求。^③上述观点一方面肯定逝去的英雄烈士可以作为名誉利益的主体,却无法说明为何不能在侮辱、诽谤罪中对具有名誉利益的逝去者给予同等刑法保护。在具有同等名誉利益和同等社会公共利益时,根据在世与否区分保护,给予逝去的英雄烈士以刑法的特殊保护,不考虑在世的英雄所表征的社会公共利益未必小于逝去者,这在解释论上很难说符合逻辑上的一致性。如有论者指出:“比如近期针对戍边英雄烈士的侮辱和诽谤,受表彰的戍边英雄烈士有5名,其中有牺牲的,也有未牺牲的,统一适用侵害英雄烈士名誉、荣誉罪更为合适。若已牺牲的按照侵害英雄烈士名誉、荣誉罪处理,未牺牲的按照侮辱诽谤公诉案件处理,将会人为造成法律适用的困惑和混乱。”^④尤为重要的是,根据我国《刑法》第299条之一的文本文义,也无法把在世的英雄排除于侵犯英雄烈士名誉、荣誉罪中的“英雄烈士”之外。

我国《刑法》第299条之一规定:“侮辱、诽谤或者以其他方式侵害英雄烈士的名誉、荣誉,损害社会公共利益,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”从条文的表述来看,英雄烈士并非偏正结构,而是并列结构。易言之,“英雄烈士”的文义边界应当划定在“英雄”与“烈士”两个集合之中。尽管“英雄”和“烈士”两个集合存在交叉,但并不具有同一性。因此,不能把“英雄”作为“烈士”的修饰语,也不能把“英雄”限于逝去的英雄。因为,“英雄”是对特定个体的公共积极评价,这种积极评价的对象为个体对国家和民族的卓越事迹和英勇精神。在世的个体或逝去的个体对国家和民族的卓越贡献都可以客观存在,且无任何差异。2021年2月19日,国防部发言人就2020年6月中印冲突中负伤和牺牲的官兵抚恤工作指出:“对于为国牺牲和负伤的英雄烈士,祖国永远不会忘记,人民永远不会忘记。英雄烈士们的家人会得到妥善的安排和照顾。”^⑤该发言人就把负伤的官兵和牺牲的官兵都作为“英雄烈士”,这意味着为国负伤的“英雄”具有独立的规范地位,而不依附于“烈士”。因此,在解释侵害国家符号犯罪时,应当尊重刑法规范所设定的文义边界,这是罪刑法定原则的应有之义。即使为了限制处罚范围,也必须在文义边界范围内进行目的性限缩,而不能基于刑法规范目的之外的其他政策性、情感性因素而任意限缩或逾越条文文义。

第一,如果有其他部门法规定了国家符号的法律含义,则可优先使用该含义作为刑法解释的文义边界。“因为立法者对特定术语的定义就是立法行为,即使该特定术语的立法定义与日常用语的定义大相径庭,在确定文义的内容和边界时,也应当优先采用其立法定义。”^⑥我国刑法规定的多数国家符号,其他部门法均规定了其法律含义。如对于国旗、国徽与国歌,立法者通过《国旗法》《国徽法》《国歌法》规定了规范含义,《英雄烈士保护法》虽未明确规定英雄烈士的规范含义,但有关行政法规和规章规定了“烈士”的规范含义。因此,国旗、国徽、国歌的文义边界,就可以采用《国旗法》《国徽法》《国

^③ 参见前注③,王钢文,载《比较法研究》2021年第4期,第88页。

^④ 前注③,孙谦文,第8页。

^⑤ 刘博通:《国防部:祖国和人民永远不会忘记为国牺牲和负伤的英雄烈士》,载《人民日报》2021年2月20日,第6版。

^⑥ 高巍:《重构罪刑法定原则》,载《中国社会科学》2020年第3期,第137页。

歌法》的规定进行划定;“烈士”也可以采用行政法规和规范性文件确定文义边界。但是,这种优先性不具有绝对性,特别是刑法之外的行政法或其他部门法中对特定概念的含义界定,在刑法解释中虽具有确定文义边界的优先性,但在此含义范围内,仍需结合刑法的规范保护目的进行进一步的含义确定。^{④3}只不过在刑法解释中,要否定其他部门法对相同概念的法律含义,需要进行目的性的特殊证成。如拉伦茨所强调的:“即使以定义方式来确定制定法的语言用法,也仍然不能始终确保相关术语在制定法的每个地方都能被作相同的理解。不过,主张特定位置的术语具有不同含义者,需要给出特别的理由来说明主张”^{④4}。

第二,其他部门法未规定法律含义的国家符号则应当根据社会共同体的使用规则确定文义边界。以“英雄”为例,不仅行政法和民法没有规定其法律含义,部门规章乃至规范性文件也未见有规范含义的规定。作为典型的评价性概念,“英雄”的文义只能从社会共同体的客观价值秩序中确定。如恩吉施所言:“在‘规范性’概念中可能认为,法律适用者必须寻找和确定‘主导的’‘权威的’层面的预设评价。”^{④5}申言之,“英雄”的文义形成于社会共同体的主导性评价中,这种主导性评价,是国家和民族对特定个体的褒扬性集体情感的客观化。之所以将特定的集体情感附着于特定个体,就在于该个体的特定行为或精神承载着社会共同体的集体意向和共同价值。因此,只有承载着国家和共同体褒扬性情感的人物,才能成为刑法意义上的“英雄”。那么,只在特定地区或特定行业具有褒扬性价值的人物,很难说承载着国家共同体的集体情感,就不能认定为作为国家符号的“英雄”,更不能成为刑法保护的主体。申言之,立法者之所以未对“英雄”规定明确的法律含义,正是基于“英雄”所承载的集体情感是社会共同体在历史中形成的,其含义并非变动不居,而与民族精神和集体情感的变迁相关联。但是,从法律适用的可预测性角度,有必要通过司法解释或规范性文件,对刑法保护的“英雄”范围建立法定的前置性确认程序。比如,国家可以通过司法解释定期颁布刑法保护的“英雄”人物目录,并可根据特定时期的特定政策需要,进行调整和修订。这样就可以兼顾“英雄”定义的开放性与稳定性。

(二) 目的性限缩

侵害国家符号的犯罪,一方面欠缺与个体法益在经验上的关联性,另一方面国家符号的使用或评价又具有日常性。如果刑法过度限制国家符号的日常使用范围,则有可能压制公民的思想表达。因此,应当通过国家符号的保护法益,对侵害国家符号犯罪进行目的性限缩,以实现个体基本权利与公共利益之间的平衡保护。所谓目的性限缩,即在文义边界之内,根据规范保护目的对刑法规制范围的进一步限缩。^{④6}尽管目的性限缩是对文义的裁剪和逾越,但这种逾越和类推不同,其是基于立法者规范目的进行的反向限

^{④3} 参见前注^{④0},周光权文,第3-4页。

^{④4} [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第405页。

^{④5} [德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2014年版,第155页。

^{④6} 参见[德]英格博格·普珀:《法学思维小学堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第70页。

制,并未在文义边界之外扩大处罚范围,就不能说违反罪刑法定原则。^⑦因为在侵害国家符号的多种行为方式和情形中,许多方式和情形未必对国家运行条件这种保护法益造成侵害,那么,即使特定行为方式在侵害国家符号犯罪构成要件的文义边界之内,也应当通过目的性限缩将其排除于处罚范围之外。

国家规制侵害国家符号的犯罪行为,其保护法益为国家运行条件。在形式上,侵害国家符号是对某种物质载体或人物形象的侵害,在实质上则是对国家存续所需的国家运行条件的侵害。作为集体法益,国家运行条件的损害在经验上无法验证,但可以在社会交往和沟通层面,通过意义表达的客观化予以证成。如雅科布斯所言:“只有不把行为理解为归属联系的自然的要素,而是把它理解为其本身是由归属所确定的概念,才会从行为中发现它必须有的东西,即,一个交往上重要的态度决定,一个交往上重要的意义表达。”^⑧因为,国家运行条件是个体自由得以实现的特定状态,该状态的存续则依赖于社会共同体的集体意向和集体认同。可以说,国家运行条件是社会共同体之所以存续的规范性条件的集合,在此集合中,规范性条件为个体的行为方式确定了关联国家符号的举止要求。当个体利用或使用国家符号的方式背离了社会共同体基于集体意向所确定的规范性要求,就构成对国家运行条件的侵害。

需要注意的是,刑法强制个体不以特定方式利用国家符号,并非是把集体法益凌驾于个体自由之上,而只是对个体自由实现的基础性条件的维持。没有这种基础性条件,个体的自由也无法得到保障。如帕夫利克所指出的,前于国家或共同体存在的个体只是抽象性主体,其把制度层面的个体自由实现条件当成理所当然的先验存在,只“涉及的是某种程度的寄生性存在形式:主体按照自己的意图在真正自由的秩序中生活,但这并没有完全地反映出秩序的成本(Kosten)”^⑨。此处的“秩序成本”就是维护个体自由的制度性条件,国家运行条件正属于制度性条件中的一部分。前国家的抽象性主体,在成为国家的公民后,就需要对国家运行条件等制度性条件予以尊重,并根据构成制度性条件的规范性要求约束自己的行为方式。因此,对国家运行条件的侵害,不能仅仅从事实、经验的角度进行结果性判断,也要从规范角度进行场景性、过程性判断。具体而言,对于侵害国家符号的犯罪行为,根据保护法益进行目的性限缩时,可从以下几个方面具体展开:

1. 公共性

国家运行条件产生于共同体的集体意向,只有针对集体实施侵害国家符号的行为,才可以认定为背离了规范性要求。易言之,侵害国家符号行为必须具有公共性,才具有使不特定多数人认知的可能性,也才会对集体意向和集体情感产生影响。当然,公共性并不等于在物理意义的公共场合或公共场所实施,而是要求该种行为方式具有为社会公众可广泛认知的特性。我国《刑法》第299条规定,侵害国旗、国徽、国歌的行为必须发

^⑦ 参见陈兴良:《刑法法理的三重语境》,载《中国法律评论》2019年第3期,第77-78页。

^⑧ [德]格恩吕特·雅科布斯:《行为责任刑法——机能性描述》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版,第85页。

^⑨ [德]米夏埃尔·帕夫利克:《人格体主体公民——刑罚的合法性研究》,谭淦译,中国人民大学出版社2011年版,第67页。

生于公共场合,才可能成立犯罪。对“公众场合”的理解,就不应限定为物理意义上的公共空间,而应当扩展至具有公共性的网络空间。^{⑤①} 尽管《刑法》第 299 条之一未明确规定侵害英雄烈士名誉、荣誉的行为必须在公共场合,但从保护法益的要求来看,侵害英雄烈士名誉、荣誉也应当具有类似的公共性,才可以认定为具有侵害性。

公共性不仅可以作为判断侵害性有无的要素,也可以作为判断侵害程度的要素。如果侵害国家符号的行为方式发生于人数众多的集会场合,与发生于人数较少的聚集场合相比,则具有程度更高的侵害性,这是基于国家运行条件的集体意向结构的当然推论。同样,如果在受众更多的公共网络论坛与在受众较少的工作微信群中实施相同的行为方式,前者的侵害性要远远高于后者。需要注意的是,行为人实施特定的侵害国家符号的行为后,其他个体通过转发等积极方式予以扩散,后续的扩散后果不应当作为前行为人的侵害性的判断依据,只可作为后续扩散者的独立行为方式的违法判断依据。我国最高人民法院、最高人民检察院 2013 年 9 月制定了《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》,在第 2 条中,把实际点击浏览次数和转发次数作为判断侮辱诽谤行为“情节严重”的依据。虽然侮辱、诽谤罪侵害的法益为个人法益,但是也必须立足于行为时的行为方式的可能传播范围判断其公共性,不能将后续参与者的传播或扩散行为归属于前行为人的管辖空间,因为侵害性的判断是立足于行为人以特定行为方式行为时的公共性判断,公共性的范围由行为人行行为时的行为方式在社会通念上的可能传播范围确定。一旦介入其他个体的扩散行为,后续的扩散就脱离了行为人的规范管辖空间。如在微信私聊的场合,发送者将侵害国家符号的图像或文字一对一发送给接收者,接收者将其转发至公共网络论坛的行为,转发后的扩散结果就不应当归属于发送者的规范管辖空间,也不能作为判断发送者行为方式公共性有无及程度的依据。

2. 主观要素

对国家符号的不当利用,在法益侵害上表现为对集体意向构建的规范性要求的背离。作为观念性法益和集体法益,国家运行条件的核心在于物质载体所附着的符号意义,对符号意义的侵害,重点不在于符号载体的物理、事实损害,而在于对符号意义的敌视或漠视态度。因此,对侵害性的判断,也要考虑行为人不当利用或侵害国家符号的动机、目的、内心倾向,并将其作为判定侵害性的主观违法要素。我国《刑法》第 299 条对侵害国家符号犯罪成立要素的描述,使用了“侮辱”“玷污”“贬损”等与内心倾向有关的表述,可以推定内心倾向应当作为侵害国家符号犯罪的主观不法要素。与强制猥亵他人等犯罪类型相似,在侵害国家符号的犯罪中,实施相同的行为方式,行为人的内心倾向对于判断行为人违法性具有重要作用。内心倾向与不法意识不同,具有不法意识时也可以欠缺违法成立所需的负面内心倾向。虽然负面内心倾向与不法意识都可体现为对法秩序和法规范的蔑视和冷漠,但在体系地位和本体构造上仍有区别。因此,负面内心倾向作为社会沟通失效的重要表征,在侵害国家符号行为方式的违法判断中具有独立性。因为

^{⑤①} 参见张明楷:《刑法学》(第 5 版),法律出版社 2016 年版,第 1075 页。

相同的行为方式,在不同的动机或内心倾向支配下,会表现为不同的意义表达。特定的行为方式,即使其在客观上表现为侵害国家符号,但行为人内心倾向或动机不具有冒犯性,该行为方式在社会共同体所表达的意义就不具有侵害性,不能被评价为侵害了国家符号背后的国家运行条件。

申言之,国家运行条件的保护并不是对国家符号物质载体的保护,而是对国家符号意义表达的规范性确认,而意义表达则与行为人的主观要素有关。如有论者所指出的:“犯罪不再只是一种纯粹经验上之损害结果的现象,也不是民事法上或违反秩序法上的不法,而是行为人有意识地借着违反或忽略刑法要求的行为(或称对规范效力的否定)提出自己所创设及认可的合法性主张。”^⑤根据行为人的主观要素所推导的意义表达,如果与国家运行条件的规范性意愿一致,就可以忽略国家符号物质载体的物理损毁或形态变化,否定其行为方式具有违法性。因为,正确的社会意义表达才是国家运行条件这种集体法益的保护实质所在。只有行为人基于发泄仇恨情绪等内心倾向所实施的侵害国家符号行为,才可以评价为具有背离性,从而侵害了国家运行条件。

3. 行为方式

为保护国家运行条件,促进国家自由保障功能的发挥,个体透过国家符号的物质载体,与国家建立起规范的交往和沟通方式,形成个体与国家的社会沟通关系。国家作为个体自由实现的规范性条件集合,本来就不具有有机性的存在状态,只能通过国家符号、国家机构等象征性机制与个体之间实现意义沟通。申言之,个体对待国家符号的行为举止,体现着个体对国家的意义表达;当个体行为方式不符合规范的行为方式要求,则可被评价为错误的意义表达,从而具有侵害性。因此,特定行为方式侵害性的判断就需要以规范行为方式作为基准。具体而言可从以下几个方面进行:

第一,确定规范的行为方式。所谓规范的行为方式,即个体对待国家符号的规范、标准行为方式。我国《国旗法》《国徽法》《国歌法》《英雄烈士保护法》中规定了部分行为方式的规范性标准。在缺乏法定的规范性标准的场合,就应当根据国家符号形成的共同记忆和集体意向,确定具体场合的规范行为方式。因为对待国家符号的规范性标准,往往形成于历史和文化的传承与沉淀,是一种习俗性的仪式演化进程。“通过庆典、习俗和符号的形式,一个共同体的所有成员都加入了这个共同体的生命、情感和美德之中;通过这些形式,每个成员都再次将他(或她)自己献给了共同体的命运”^⑥。如在烈士陵园祭奠烈士的场合,在墓碑前插上香烟或向墓身泼洒白酒的方式,就是一种形成于历史传统的习俗性仪式,可作为特定场合的规范性行为方式,不宜认定为具有侵犯性。但是,如果向墓身抛洒油漆或其他污秽物,就不属于习俗性的规范行为方式。

第二,确定行为方式的侵害程度。一般而言,当特定行为方式不符合规范行为方式时,就可以被评价为具有侵害性。但是,侵害程度则需要根据规范距离进行判断。规范

^⑤ 古承宗:《刑法的象征化与规制理性》,元照出版有限公司2017年版,第199页。

^⑥ [英]安东尼·D.史密斯:《民族认同》,王娟译,译林出版社2018年版,第97页。

距离是指特定行为方式与规范行为方式之间基于规范目的形成的距离。易言之,规范距离的确定,是在规范目的指导下,以规范目的作为整体评价要素,对特定行为方式与规范行为方式之间的背离程度的判断。在侵害国家符号的多种不符合规范的行为方式中,其侵害程度的大小与行为方式对国家符号集体意向的偏离程度有关。一般而言,凡是在意义表达上能够体现出对集体意向偏离程度的要素,都可以作为规范距离判断的要素。如行为方式的次数、暴力程度,行为方式的夸张性、渲染性都可以提示规范距离的大小。当然,上述多种要素应当进行整体性判断。如果某种行为方式的意义表达接近规范行为方式的意义表达,则可认定为近距离的规范偏离;如果某种行为方式的意义表达远离规范行为方式的意义表达,则可认定为远距离的规范背离。很明显,远距离的规范背离,其侵害程度要高于近距离的规范背离。我国刑法对侵害国家符号犯罪设置了侵害程度的入罪门槛,在判断侵害国家符号犯罪成立与否以及量刑轻重时,都要考虑这种规范距离的大小。需要说明的是,规范距离并非是物理上的距离测量,而是行为方式与规范性要求之间在意义表达层面的距离判定,不能简单进行外在、经验的判断,而应当进行文化、规范的判断。即使需要以经验、事实的外在事态作为参考,但规范距离的重心仍在于文化语境下的意义判断。如在民间的婚丧嫁娶场合使用国歌,与在犯罪组织为犯罪分子组织的葬礼上使用国歌相比,尽管两者都背离了规范的国歌使用方式,但前者属于近距离的背离,后者则属于远距离背离。远距离背离表达了对国家运行条件更大的侵害性,可进入刑法规制的空间;近距离背离的行为方式,其法益侵害程度较低,一般不宜进行刑法评价,可通过行政法或民法予以规制。

第三,行为方式侵害性的判断素材。在判断侵害国家符号行为方式的侵害性时,只应考虑行为方式本身的意义表达,不应把行为方式在经验世界所致的现实后果作为判断素材。因为行为方式在社会共同体中的意义确认,才可以视作国家运行条件受侵害程度的指征。由该行为方式所衍生的其他现实后果,未必是指向国家运行条件的意义表达。如损毁国旗的数量和财产损失只是侵害国家符号的附随结果,其受损财产的价值大小与对国家的意义表达无关。同样,在侵犯在世英雄名誉、荣誉的场合,如果侵害行为影响了英雄自传等出版物的销量,该财产损失的大小也不应当作为侵害国家符号犯罪中侵害程度的判断要素。如果其另外具有民法上的其他请求权基础,则可以通过民事救济方式予以填补。因为行为人行为方式的侵害程度,只可以从个体与国家的错误沟通和意义表达中证成。英雄在世与否,其都符号化为国家运行条件,而国家运行条件只与集体意向的确认有关,并不包含现实的附随结果。

五、结 语

国家符号作为特殊的社会事实,与特定国家的历史形成过程有着深刻的内在关联。国家符号承载着民族国家的集体意向和集体情感,形塑了国家和共同体的基本架构。国家符号的刑法保护,并非是外在的纯粹价值对个体行为的强化,而是内在于共同体和国

家之中的集体意向的确认。这种集体意向与刑法规制相互约束、相互补充,形成了国家运行条件这种集体法益的轮廓和边界。因此,刑法对国家符号的保护,就是要确认特定共同体的集体意向,维护特定国家的运行条件。无论是集体意向还是国家运行条件,都不是脱离历史和文化的普遍性范畴,而是内在于特定共同体之中的具体性范畴,不可能来源于原子式的个体联合,只能来源于特定共同体的历史积淀和文化遗产。那么,在确定刑法保护国家符号的范围时,必须以特定国家既有的历史脉络作为根据。在勾勒国家符号所指向的保护法益时,也必须把国家运行条件的构成要素限定于特定的社会事实基础之上。在国家符号犯罪的法律适用中,就要把具体、特定国家符号的社会事实结构和规范目的作为解释的重要参考。申言之,国家符号产生于特定、具体的共同体,只有尊重和确认这种特殊性和具体性,才能使刑法的保护符合具体国家的规范目的,也才能使特定国家的运行条件得到维持和保护。

Abstract: The national symbol is a specific symbol, which can be expressed in the forms of words, patterns, personalities of characters, etc., attached to the material carrier to exist, but it also has the characteristics of social facts and normative implications. Among them, the characteristics of its social facts are objectivity, externality, universality; Its normative implications need to be judged from importance, initiative, and legality, three aspects. The social factual structure of the national symbol formed in the cooperative relationship of the people of the former nation, and participated in the formation of the nation and the shaping of the operating conditions. Therefore, protecting the legal interests of crimes against national symbols is the condition for the operation of the nation. National operating conditions as collective legal interests, its protecting scope needs to be restricted by two aspects: restrictions on fundamental rights, restrictions on last resorts. In the specific interpretation of national symbol crimes, the different types of crimes that infringe on the national symbol should be limited purposefully within the literal boundary. Specifically, the limitation can be expanded from three aspects, which are publicity, subjective elements, and behavior.

(责任编辑:白岫云)