

中华民族精神、民族感情入法之立场、规范与制度衔接

陈伟, 向珉希

(西南政法大学法学院, 重庆, 401120)

摘要:《中华人民共和国治安管理处罚法(修订草案)》第三十四条第二、三项首次将“中华民族精神、民族感情”的保护问题置入法律框架之中。为厘清内容增设的修法逻辑,保障公民自由权行使的合理空间,应当从中华民族精神、民族感情入法之立场、规范与制度衔接三个维度出发,全面检视中华民族精神、民族感情的立法保护问题。立场层面,应肯定中华民族精神、民族感情的立法保护立场及《草案》第三十四条的立法保护宗旨;规范层面,应限缩解释中华民族精神、民族感情,明确行政处罚门槛,实现规范保护目的的价值回归;制度衔接层面,应当理性认识《草案》第三十四条第二、三项规定内容与《刑法》相关条款间的承接关系,注意前置性治安罚与保障性刑罚间的位阶层次,实现行政不法与刑事不法间的有序衔接。

关键词: 民族精神; 民族感情; 治安管理处罚法; 行刑衔接

中图分类号: DF3

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2025)02-0147-13

《中华人民共和国治安管理处罚法(修订草案)》(下称《草案》)第三十四条中的第二、三项规定:“在公共场所或者强制他人在公共场所穿着、佩戴有损中华民族精神、伤害中华民族感情的服饰、标志的”“制作、传播、宣扬、散布有损中华民族精神、伤害中华民族感情的物品或者言论的”,或将遭行政拘留或罚款,拟将“中华民族精神”“中华民族感情”纳入《中华人民共和国治安管理处罚法》(下称《治安管理处罚法》)的保护范围,从而引发热议。在此背景下,中华民族精神、民族感情的保护问题得以立足于舆论之峰,成为社会各界争论的核心问题。在新修订的《治安管理处罚法》正式公布前,为优化《草案》条文设置,力求新法行之有效,理应追溯《草案》中富有争议性的第三十四条设置之困、展望第三十四条科学立法之果。基于此,笔者从中华民族精神、民族感情的保护立场、规范表现以及行刑衔接三个维度,理性探讨《草案》第三十四条的应然形态,于“科学立法”层面厘清中华民族精神、民族感情的立法保护问题。

一、立场之维: 中华民族精神、民族感情保护的适法属性

长期以来,中华民族精神、民族感情未能拨开概念本身笼罩的迷雾,而近年来层出不穷的诸如党妹旅顺纪念馆跳日系宅舞^①、重庆青年侮辱红军雕像^②等公认的“侵害民族精神、感情”事件的作俑者均未获得刑罚、治安管理处罚,将“中华民族精神、民族感情”的立法保护需求推向风口。《草案》第三十四条虽将中华民族精神、民族感情纳入保护范围,却未明确中华民族精神、民族感情的内涵,招致大量对法之明确性的隐忧。于此背景之下,为纾解中华民族精神、民族感情的保护疑难问题,应

收稿日期: 2023-11-17; 修回日期: 2024-01-08

基金项目: 国家社会科学基金项目“刑罚退出机制的价值确立与实践运行研究”(17XFX009)

作者简介: 陈伟,男,湖北宜昌人,法学博士,西南政法大学法学院教授、博士生导师,主要研究方向:刑法学、纪检监察学,联系邮箱: wsxfw@qq.com; 向珉希,男,四川内江人,西南政法大学法学院硕士研究生,主要研究方向:刑法学

首先确立规范保护立场,明晰中华民族精神、民族感情保护的适法属性。

(一) 中华民族精神、民族感情的内涵辨析

作为保护立场确立的前提性问题,中华民族精神、民族感情的内涵尚不明确。“中华”一词最早使用于天文方面,以人世间的宫门比拟天宫的构造,后逐渐被历朝历代统治者用于宫门之名。“中华”名号通行后,由于使用者不同,经由其表达的具体含义各异,但一般指称中国全境^[1]。而21世纪初以来,“中华民族”成了中国古今各民族的总称。后来,“中华民族”又与“民族精神”“民族感情”重组为“中华民族精神”“中华民族感情”^[2]。

1. 何谓中华民族精神

定义精神并非易事,但一般认为,精神与客观现实间存在紧密联系。孟德斯鸠在《论法的精神》中提到:“普遍精神是气候、宗教、法律、执政原则、范例、风俗、习惯等因素主导人类,产生的结果。”^[3]马克思唯物主义的传统观点亦认为,精神来源于物质生活,以现实生活为基础。在上下五千年中华文明历程中,物质生活发生了极大的变化,导致中华民族精神的含义不断演进。学界对中华民族精神的研究早已见迹于学术史当中,并孕育出诸多具有代表性的观点。我国著名哲学家张岱年教授认为,民族精神亦可称为民族文化的主导思想,其是在一个民族的精神发展中,为多数人所信奉的,并成为生活的最高指导原则的思想观念。其必须具备两个条件,一是具有较为广泛的影响,二是能够促进社会发展、激励人们前进^[4]。中国哲学史学会前副会长方立天教授在汲取张岱年先生观点精华的基础上,将中华民族精神的内涵推及狭义层面,认为中华民族精神主要包含“重德精神”“务实精神”“自强精神”“宽容精神”“爱国精神”五个层面,并将“自强精神”作为中华民族精神的核心^[2]。

2018年3月20日,习近平总书记在第十三届全国人民代表大会第一次会议上的讲话中,将中华民族精神定义为“中国人民在长期奋斗中培育、继承、发展起来的伟大民族精神”,首次将中华民族精神凝练为“伟大创造精神、伟大奋斗精神、伟大团结精神、伟大梦想精神”^[5]。经习近平总书记提炼后的中华民族精神在结合中华民族发展进步史的基础上,高度契合客观现实,是当前中华民族精神最为权威、准确的内涵解读。

2. 何谓中华民族感情

“民族感情是对本民族共同的历史、经济、社会生活、文化艺术、风俗习惯和民族利益一种认同感的心理反应,是民族群体存在自我意识感觉的表现。”^[6]国内法本身应当是适用于该国全体公民的行为准则。从概念囊括范围出发,《草案》第三十四条中的“中华民族感情”至少应指中国各民族所具有的感情。但是,我国幅员辽阔,不同民族间的习俗千差万别,例如回族、维吾尔族、哈萨克族等信仰伊斯兰教的民族不食猪彘,而汉族、满族等民族又将猪肉作为主要肉食来源。大相径庭的民俗习惯凸显了我国各民族感情间的差异,同样的行为针对不同民族的人群而言,或将存在侵犯民族感情与否的不同理解。若不加限制地将各式各样的民族感情纳入中华民族感情范围内,必将导致“违法行为圈”过于扩张,乃至入侵市民日常生活,影响《治安管理处罚法》作用之有效发挥。因此,至少应以回避此种泛化为纲,将中华民族感情提炼为我国五十六个民族,亦即全体中国公民所共有的感情,诸如对和平、人权、民族团结等崇高价值追求的感情。

(二) 中华民族精神、民族感情法律保护的价值必要

从立法者视角出发,判断某项事物或某个领域是否需要通过法律规范进行调整,首先应当判断该事物是否有立法保护的必要、该领域是否有立法调整的需求。

我国实际上存在一定数量涉及狭义中华民族精神、民族感情的法律规范,这些规范客观上发挥着相当程度的保护作用,仅由于未明确将宏观的“中华民族精神、民族感情”这一名词载入法条之中,让社会各界对《草案》第三十四条新增的内容感到震惊。较为明显的立法例表现为《中华人民共和国刑法》(下称《刑法》)所规定的一系列恐怖主义、民族歧视犯罪以及以“国家符号”^③为保护法益的犯

罪,包括第一百二十条之三、第一百二十条之五、第一百二十条之六、第二百四十九条、第二百五十条、第二百九十九条以及第二百九十九条之一。《治安管理处罚法》第四十七条亦将“煽动民族仇恨、民族歧视”的相关行为纳入规制范围。除此之外,《中华人民共和国英雄烈士保护法》第二十七条第二款、《南京市国家公祭保障条例》第二十三条等法律法规均于不同程度上体现了我国对中华民族精神、民族感情虽模糊但客观存在的保护。

然而,若归纳上述法条内容,足见我国法律体系对于中华民族精神、民族感情的保护于《刑法》与《治安管理处罚法》间存在鸿沟,除已经触犯刑法规范的、具有严重社会危害性的行为外,对于中华民族精神、民族感情的保护存在“强制力不足”的缺憾。对于违反社会秩序且亟须公权力介入的危害行为,我国主要通过刑法与行政法律予以规制,并将对应的惩罚体系切分为刑罚与行政处罚,获名“二元惩罚体系”^[7]。此种二元分割下的惩罚体系厉而不严,由此需要合理划分刑罚与行政处罚各自针对的违法行为范围,实现对客观存在的、社会无法自行调节的危害行为的妥善规制。然而,纵观历史上出现的侮辱和侵害中华民族精神、民族感情的案例,不难发现规制手段层面存在的缺陷——几乎只有已达触刑程度的案件才能由公权力介入保护。而《刑法》规定的有关中华民族精神、民族感情保护的条款又十分有限,在《治安管理处罚法》保护周延性欠佳的情况下,对于并不触犯《刑法》但又实质上侵害中华民族精神、民族感情的侮辱先烈、美化侵略战争等的恶性行为,仅能通过认定该行为对其他法益的侵害,顺带采取行政处罚措施。对于实在无法挂靠其他法益侵害行为进行处罚的,仅能以相关部门的口头警告、教育训诫了事。引发众怒的党妹旅顺博物馆跳日系宅舞、重庆两青年侮辱红军雕像等事件均是如此平息的。《草案》第三十四条有关中华民族精神、民族感情的两项内容,即是对该部分虽未达《刑法》规制范围、不符合《治安管理处罚法》其他条款规定,但足以于较大范围内“有损中华民族精神、伤害中华民族感情”的行为进行立法规制的尝试。

从世界范围出发,捍卫民族精神、民族感情的法律规范亦存在众多先例。例如,德国刑法典第 86 条及第 86 条 a 就将散发违宪组织的宣传品以及使用违宪组织的标志的行为纳入刑法典规制范围,并可能科处 3 年以下自由刑或罚金刑^[8]。除此之外,法国刑法典第 R645—1 条也将穿着或展示可联想到犯反人类重罪之组织和犯罪人的制服、徽章或标志的行为入罪,处五级违警罪之罚金并处附加刑^[9]。放眼近日,2023 年 6 月,由于澳大利亚极右翼组织活动频繁,澳政府也计划立法在全国范围内禁止与纳粹相关的符号、旗帜、T 恤和徽章等,除了基于宗教、教育或艺术目的公开发布或展示纳粹党卫军标志的,最高可能判处 1 年监禁^[10]。

2022 年 10 月 16 日,习近平总书记在党的二十大报告中强调,要建设具有强大凝聚力和引领力的社会主义意识形态。意识形态工作是为国家立心、为民族立魂的工作。作为社会主义意识形态的重要组成部分,中华民族精神、民族感情是应当被保护的,对于《草案》第三十四条第二、三项的抨击可以从各个方面、多种视角出发,但不应当否认中华民族精神、民族感情本身作为《治安管理处罚法》保护对象的合理性。此种保护立场不仅立足于我国乃至世界范围内的立法先例,更关乎党史、新中国史、改革开放史、社会主义发展史,关乎革命先烈的英勇牺牲、繁荣祖国的艰难建筑、各族人民的顽强拼搏。“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。”^[11]数千年的文明历史中,中华民族长期作为世界范围内最为伟大的文明之一屹立于东方。而自 19 世纪以来,我国历经长达百年的屈辱史,从而形成了专属于我国各民族的独特民族记忆。随时间流逝,源自不同时期、地域、民族的辉煌抑或屈辱历史脉络的独特民族记忆逐渐凝聚为中华民族的共性精神、感情。由此形成的共性精神、感情演化为我国存续和运行的条件,且于世界众多具有独特民族记忆国家的法律体系之中亦被认为具有极为重要的规范地位。“古往今来,这个精神得到发扬,文化就进步,这个精神得不到发扬,文化就落后。”^[4]可以说,自强不息的中华民族精神以及由长远历史凝聚而成的中华民族感情,甚至比生命更宝贵。这些滥觞于中华民族共同记忆的宝贵的民族精神、

感情,于潜移默化之中将单个的、孤立的、原子式的中华人民串联于一体,赋予我们归属感、责任感,赋予中华人民共和国凝聚力、向心力,从根本上作为国之利维坦的主观意志,决定利维坦巨兽的运行、存续、发展、进步。中华民族精神、民族感情确乎是宏观的、难以把握的,但并非虚无的。作为一国最宏观、最内核的集体法益,侮辱、伤害中华民族精神、民族感情的行为若不加规制,任其肆意发展,不仅会扰乱公共秩序、侵害公共利益、阻滞国家运行,更会导致一国人民主观世界凝聚力的崩塌。因此,为保护公共秩序、保障国家正常运行,当然应该立法保护中华民族精神、民族感情,而侵害中华民族精神、民族感情的行为自然应该得到规制。问题的关键在于,如何划清秩序与自由、集体法益与个体法益间的辩证关系,在保证违反治安管理行为受到必要惩处的同时,规范警察权的行使,从而保护公民、法人和其他组织的合法权益不受侵犯^[12]。

二、规范之维:中华民族精神、民族感情入法的明确性要件

制裁性法律本身的性质,应当是最精确的法律科学^[13]。除《刑法》之外,于我国法律体系之内,同样具有制裁性质的《治安管理处罚法》亦是如此。对《草案》第三十四条进行抨击的另一主战场在于,“有损中华民族精神、伤害中华民族感情”的概念极为模糊,不同的人或将存在差异理解,从而导致行政权力过度扩张。二元惩罚体系下,《刑法》与《治安管理处罚法》均蕴含“制裁”内核,虽一般认为犯罪行为与行政违法行为于法益侵害程度上存在差异,但此种差异仅是量上的,而非本质的。因此,至少罪刑法定原则、责任主义原则、罪刑均衡原则等由制裁的性质所推导出来的近代刑法大原则应该适用于行政制裁^[14]。而罪刑法定原则为发挥实效,实现相关规范的行为指引功能,其基本内容必不可少地包含明确性要件,即要求制裁规范的“条文必须用清晰的文字表述确切的意思,不得含糊其词或模棱两可”^[15]。与制裁直接挂钩的《治安管理处罚法》,规范明确性要件不可缺位。

(一)《草案》第三十四条明确性要件的缺失

若从条文内容出发审视《草案》第三十四条的规范设置,第二、三项^④至少存在两个明确性要件缺失:其一,中华民族精神、民族感情定义不明。不够明确乃至过于模糊的保护对象定义在实际的行政执法过程中无法统一适用,不但难以于社会层面发挥有效的行为指引作用,而且容易造成执法不均的混乱场面。其二,治安管理处罚门槛不明。何种程度的侵害中华民族精神、民族感情的行为足以被科处治安管理处罚并不明晰,第三十四条仅以“情节较重”做了条文内部行政处罚幅度的区别,先不论“情节较重”这一模糊的违法量要素如何界定,侵害中华民族精神、民族感情行为的行政处罚门槛尚不明晰,容易导致行政权力过度扩张,与法治精神背道而驰。在明确性要件于《草案》第三十四条第二、三款严重缺位的情况下,亟须准确界定相关概念、内容,引领明确性要件于《草案》第三十四条之中回归,实现对中华民族精神、民族感情的适宜保护。

(二)明确性要件于《草案》第三十四条之回归

针对《草案》第三十四条存在的两点明确性欠缺,应当重新调整条文内容、结构,实现明确性要件于《草案》第三十四条之回归。

1.《草案》第三十四条应限缩解释中华民族精神、民族感情

在《草案》第三十四条原文中,中华民族精神、民族感情缺乏限定词,若直接按照文义进行理解,一来无法准确界定概念内涵,二来会过于扩张条文含义,使其偏离文义核心,将民族精神、民族感情中的非核心部分纳入保护范围,浪费执法资源。

纵观《治安管理处罚法》全文,凡条文中记载的保护对象均是能够较为明确划定范围的概念,例如公私财物、人身安全、正常生活、文物安全等。从《草案》第三十四条条文位置出发,中华民族精神、民族感情被明确记载于《草案》第三章第一节“扰乱公共秩序的行为和处罚”之中,不像是第三

十四条的保护法益——公共秩序, 而更类似条文的保护对象抑或该行政违法行为的侵害对象, 第二、三项应旨在侧重保护中华民族精神、民族感情所蕴含的公共秩序法益。进而言之, 此处的中华民族精神、民族感情需要根据社会的一般观念或社会意义作出评价, 应被界定为规范的构成要件要素中社会的评价要素^[6]。但是, 不同于前述《治安管理处罚法》的保护对象, 中华民族精神、民族感情是极为模糊、泛化的概念, 难以根据社会的一般观念或社会意义准确评价。概念的模糊性与治安管理处罚法保护对象所需的明确性相悖, 导致《草案》第三十四条于立法逻辑中存在谬误, 从而需对中华民族精神、民族感情予以明确。

然而, 如上文所述, 中华民族精神、民族感情内涵不明, 且范围极为广泛, 并非所有的精神、感情都具备行政法保护的必要性、紧迫性。此外, 中华民族精神、民族感情可能随社会现实的发展变化而调整其内涵。若在解释中华民族精神、民族感情的过程中仅将视角聚焦于中华民族精神、民族感情本身, 碍于概念的特性, 根本不可能于《草案》第三十四条中择取适宜的中华民族精神、民族感情范围。因此, 为实现明确性要件于《草案》第三十四条之回归, 应当将中华民族精神、民族感情与客观的侵害行为类型结合起来, 以具体的侵害行为限缩解释《草案》第三十四条中的中华民族精神、民族感情。

(1) 《草案》第三十四条中的“中华民族精神”范畴应予限缩。

从立法目的出发, 《治安管理处罚法》第一条^⑥明确将维护社会秩序与保障人权作为其价值选择, 与刑法的价值选择具有协调一致性^[17]。从《治安管理处罚法》第一条规定内容出发, 由其所规制的行政违法行为于本质层面应当具备足量的社会危害性以及应受行政处罚性, 并威胁到社会治安秩序、公共安全、公民、法人和其他组织的合法权益抑或妨碍公安机关及其人民警察依法履行治安管理职责。如此一来, “躺平”“摆烂”等有损中华民族伟大创造、奋斗、梦想精神的网络概念虽可能在一定程度上抑制社会高速发展, 但并不至于扰乱公共秩序, 不足以侵害《治安管理处罚法》的保护法益, 从而不具备应受处罚性。而军国主义、侵略主义、恐怖主义、极端主义、民族仇恨、民族歧视等与中华民族记忆高度相关的有损中华民族团结、爱国等精神的概念则具有足量的社会危害性, 不加约束地任其传播, 可能严重危害社会治安秩序、公共安全甚至国家安全, 从而具备规制的必要性。因此, 《草案》第三十四条应以保护公共利益、维护公共秩序为依归, 结合社会中呈高发态势的穿着与佩戴军国主义、侵略主义、恐怖主义、极端主义、民族仇恨、民族歧视的服饰和标志, 制作、传播、宣扬、散布军国主义、侵略主义、恐怖主义、极端主义、民族仇恨、民族歧视的物品或言论的行为, 将“中华民族精神”之范畴限缩为爱国精神、团结精神等涉及全体公民基本是非观、价值观, 与国家运行、公共利益高度相关, 容易遭受侵害且可能由此严重扰乱公共秩序、阻滞国家正常运行的“核心民族精神”。

(2) 《草案》第三十四条中的“中华民族感情”范畴应予限缩。

如前文所述, “中华民族感情”之内涵应为全体中国公民所共有的感情, 诸如对和平、人权、民族团结等崇高价值追求的感情。当此种情感被少数人肆意践踏, 则会造成多数人对社会的恐慌^[18]。结合对“中华民族精神”的限缩模式, 受《治安管理处罚法》保护的“中华民族感情”应被限定为包括爱国感情、民族团结感情、祖国统一感情在内的, 涉及全体公民基本是非观、价值观, 与国家运行、公共利益高度相关, 容易遭受侵害且可能由此严重扰乱公共秩序、阻滞国家正常运行的“核心民族感情”, 以保证“中华民族精神、民族感情”二元理解的体系性统一。值得注意的是, 并非所有来自曾经侵略国家的概念、元素都足以伤害中华民族感情, 应避免泛化理解军国主义、侵略主义、极端主义等具有严重社会危害性的错误意识形态, 以保证制裁性法律规范的谦抑性, 捍卫公民的自由空间。

(3) “中华民族精神”“中华民族感情”限缩解释之边界划定。

在明确对“中华民族精神”“中华民族感情”进行限缩解释的立场之上, 应进一步避免过度限缩的极端做法, 肯定《草案》第三十四条各项规定间法条竞合的空间。《草案》第三十四条第一、四、

五、六项规定^⑥虽未直接指明但均在不同程度上映射对中华民族精神、民族感情的规范保护,尤其是第一、四、五项规定与第二、三项规定法条竞合程度较高。对《治安管理处罚法》的规范解释态度应与其他部门法保持一致,接纳法条竞合现象的存在空间。对于《草案》第三十四条第二、三项规定的解释并不必与其他几项完全割裂,对作为法条保护对象的中华民族精神、民族感情的限缩解释亦无须将英雄烈士及抵御侵略战争的相关精神、感情排除在外。从行刑衔接的立法逻辑层面出发,我国《刑法》中虽未出现中华民族精神、民族感情的相关表述,却明确规定了一系列涉及中华民族精神、民族感情的犯罪行为。《草案》第三十四条第二、三项所规定的行为模式若去除“保护对象”的增益影响,均为日常生活中较为常见、缓和的行为,例如穿着、佩戴、制作、传播等。此部分行为在绝大部分情况下不会造成极为严重的社会危害,若在少数情况下造成严重危害,亦有如《刑法》第一百二十条之三、第一百二十条之五等对应条文加以规制。在此立法背景下,《草案》第三十四条第二、三项规定旨在填补曾“存于实质但失于形式”的中华民族精神、民族感情的立法保护缺位,以相较于《刑法》更为温和的《治安管理处罚法》应对实践中高发但制裁规定阙如的“缓和化”中华民族精神、民族感情侵害行为。因此,“中华民族精神、民族感情”的概念范围不宜过于限缩,应尽可能全面涵盖前文所述的“核心民族精神、民族感情”。

2.《草案》第三十四条应明确行政处罚的介入门槛

违反治安管理行为与刑事犯罪在“社会危害性”上是一致的,刑法与行政法所针对的都是涉及一般公众利益的不法行为^[19]。从逻辑上说,任何失范行为都是具有社会危害性的,但《刑法》与《治安管理处罚法》并未涵盖社会中的全部失范行为,仍有部分失范行为尚不具备达到行政违法程度的社会危害性,从而仅能由风俗习惯、道德规范等其他社会规范进行规制。从《草案》第三十四条第二、三项规定的行为出发,由于具体的行为表现不同,可能具有不同程度的社会危害性。例如,穿着和服于旅顺博物馆门前跳日系舞蹈与穿着和服于9月18日行走于校园的行为,由于与其他特殊因素的联系不同,同样穿着和服的行为展现出不同的社会危害性。从“罚责相一致”的原则出发,结合行为本身的客观属性,我们认为,只有于社会层面产生大范围、高程度不良影响进而侵害公共利益、扰乱公共秩序的侵害中华民族精神、民族感情的行为,才可以纳入《治安管理处罚法》的规制范围。

(1) 行为须具备侵害中华民族精神、民族感情的客观性。

其一,就《草案》第三十四条第二项规定的行为而言,并非所有于公共场所或者强制他人在公共场所穿着、佩戴有损中华民族精神、伤害中华民族感情的服饰、标志的行为都触犯《草案》第三十四条。《草案》第三十四条规定的行为应当与其他客观性的特殊事件、场所紧密结合,才具备侵害中华民族精神、民族感情的客观性。如前述案例中,穿着和服在与军国主义、侵略主义的旅顺大屠杀密切相关的旅顺博物馆前跳日系舞蹈的行为,由于将侵华日军的滔天罪行与穿着曾经侵略国家的服装跳日系舞蹈的戏谑行为紧密结合,应当认定为具备侵害中华民族精神、民族感情的客观性。但对9月18日当天于校园中穿日式服装的行为,由于侵略国家的服饰本身并非与军国主义、侵略主义必然相关,并不具备侵害中华民族精神、民族感情的客观性,属于公民的日常衣着自由。而九一八事变纪念日属于特定的时间节点,过于宏观,并不具备将军国主义、侵略主义高度凝聚的属性,不足以提升穿着日式服装行为的社会危害性。但是,特定的纪念日事件,例如九一八事变纪念日游行、宣讲等,能够与特定的穿着、佩戴行为相结合,提升行为的社会危害性程度。

其二,就《草案》第三十四条第三项规定的行为而言,制作、传播、宣扬、散布的物品或者言论须明示或从社会一般人的角度能够推知暗示社会公认的有损中华民族精神、伤害中华民族感情的内容的,才能够认定为具备侵害中华民族精神、民族感情的客观性。需要注意的是,《中华人民共和国宪法》第35条及第47条赋予了中国公民言论自由与文学艺术创作的自由,在认定行为是否符合《草案》第三十四条第二、三项的规定时,应当合理划分违法行为与内容不恰当、不适宜的言论、艺术创作行

为的区别, 避免过度挤压公民的自由空间。在个案中对中华民族精神、民族感情和言论自由、艺术创作自由之保护进行权衡时, 必须对相应言论及艺术表达的内涵予以明确, 仅能将明确对中华民族精神、民族感情具有客观侵害性质的物品、言论纳入违法行为的范畴。具言之, 若行为人在艺术创作或言论的形式上已经明示或从社会一般人的角度能够推知暗示社会公认的侮辱性内容(例如军国主义、侵略主义、恐怖主义、极端主义、民族仇恨、民族歧视等), 就足以用《治安管理处罚法》进行规制。但是, 若行为人的艺术表达方式或言论存在不同的理解, 且其中部分理解并未“有损中华民族精神、伤害中华民族感情”, 则应当维持制裁规范的内敛性, 优先保护公民的言论及文学艺术创作自由^[20]。

(2) 行为应已造成恶劣的“公共”影响。

首先, 行为已于“公共”层面造成不良影响。每个个体都被理解为具有自由及理性, 在绝大多数情况下, 国家应当首要保障公民的自由选择, 避免公权力的巨手过于深入公民的私人生活之中。以同样具有制裁性质的刑法为例, 刑法从根本上只有在保护个人自由和更大的社会利益时才是正当的, 因此, 刑法规制的对象应限于对他人权利、国家和社会利益造成伤害的行为^[21]。从宏观层面来看, 《草案》第三十四条第二、三项所规定的行为实际侵害承载“中华民族”概念的“国家法益”, 但由于它只在形式上对“国家”产生侵害, 不可能触及国家政权及根本制度, 因而没有必要将其置于国家法益专章中, 将其置于公共秩序中即可以得到充分的回应^[22]。于是, 第三十四条被放置于《草案》第三章第一节“扰乱公共秩序的行为和处罚”之中, 昭示其对于“公共秩序”法益的侧重保护。因此, 首先需要判断有损中华民族精神、伤害中华民族感情的行为究竟属于个人行为自由抑或已经侵害公共秩序? 《草案》第三十四条第二、三项规定的行为实质上是没有被害人的行政违法行为, 在大部分情况下, 其只是一些个人违反社会道德的私下行为, 并不侵犯第三人的法益或权利^[23]。当行为仅停留于鲜有人在意甚至没有人知晓的领域, 行为的负面影响是内缩而非外张的, 更不可能进一步侵害社会利益、扰乱社会秩序, 《治安管理处罚法》没有必要强行捅破自由与秩序间的薄纱, 把本可以隐于世的个人失范行为拖拽进社会大众的视野内。具有制裁性质的《治安管理处罚法》应当优先选择个人自由, 以尽可能少地强制维护社会秩序, 并尽可能多地保留公民的个人自由领域^[24]。前述“隐于世”的失范行为虽违反道德观念, 但并不必要投入执法资源予以应对, 不如为其他社会规范留足适用的空间。

其次, 行为已于公共层面造成“恶劣”影响。《治安管理处罚法》虽与《刑法》共同构成我国的二元惩罚体系, 但二者并未完全囊括我国社会存在的全部危害性行为。为与道德规范、风俗习惯等其他社会规范的规制范围相区分, 《治安管理处罚法》纳入规制范围的行为应当具备基本的社会危害性“量”的要求。在此基础上, 具备制裁性质的《治安管理处罚法》还需遵守由“罪刑相适应”原则演化而来的“罚责相适应”的基本原则。《草案》第三十四条为第二、三项规定的行为设置了“五日以上十日以下拘留或者一千元以上三千元以下罚款; 情节较重的, 处十日以上十五日以下拘留, 可以并处五千元以下罚款”的处罚幅度。在《草案》第三十四条较为严厉的处罚力度之下, 行为须造成与行政责任“相适应”的公共危害, 才可以被界定为行政违法行为。部分符合《草案》第三十四条第二、三项规定的行为虽已于公共层面造成影响, 但并未达到恶劣程度, 不必要以较为严苛的行政处罚予以应对。例如, 行为人于公司微信群中发表少量伤害中华民族感情的暗示性言论, 虽已于公共层面造成影响, 但很难说此种公共影响的恶劣程度已经与《草案》第三十四条规定的行政处罚幅度相适应, 至多由公安机关或其他相关部门批评教育即可。

三、衔接之维: 中华民族精神、民族感情保护的行刑关系

法秩序统一视野下, 基于规范功能、目的、属性的高度相似性以及具体规范内容间的交叉状态, 《治安管理处罚法》与《刑法》天然具备社会治理体系下的密切联系。为实现规范目的, 保障公民基

本权利, 理应厘清《草案》第三十四条第二、三项条文内容与《刑法》所规定的相关犯罪行为间的关系, 尽可能贯通“行”“刑”之间的鸿沟, 以期实现良好的“行刑衔接”。

(一)《治安管理处罚法》与《刑法》的规范关系

相较于大陆法系刑法, 我国《刑法》所划定的犯罪圈较窄。虽趋同于大陆法系立法模式, 但并没有按照重罪、轻罪和违警罪的方式规定犯罪类型, 只规定了法益侵害严重的重罪和轻罪, 相当于违警罪的一般违法行为则由《治安管理处罚法》加以规定^[25]。基于立法史以及《治安管理处罚法》的明文规定, 学界普遍认为, 《刑法》与《治安管理处罚法》之间存在衔接关系, 即二者呈阶梯式规制犯罪行为与一般违法行为, 彼此实现良好的协调、补充^①。就《治安管理处罚法》所规定的大部分违法行为来说, 其与《刑法》中的具体罪名呈“全面衔接态”, 在许多条款的表述上甚至与《刑法》完全一致^[26], 例如以暴力、威胁或者其他手段强迫他人劳动的行为, 引诱、容留、介绍他人卖淫的行为等。但是, 在研究《治安管理处罚法》时不能以普遍现象埋没特殊现象, 淡化《治安管理处罚法》的独立价值。治安管理处罚法与刑法的规定的的确是衔接的, 但并非是重叠的^[27]。除表现为依据行为社会危害性程度区分犯罪行为与一般违法行为的立法模式外, 《治安管理处罚法》还规定了部分“纯粹的行政违法行为”, 即无论如何量变也无法质变为犯罪行为, 不可能具备值得科处刑罚的违法性的行政违法行为, 例如嫖娼, 吸食、注射毒品, 制造噪声干扰他人正常生活, 饲养动物干扰他人正常生活等行为。

在法秩序统一的视野下, 《治安管理处罚法》与《刑法》的应然关系应予合理界定: 首先, 《治安管理处罚法》作为《刑法》的前置法而存在, 规制部分具有社会危害性但尚未达严重程度的危害行为。其次, 《治安管理处罚法》作为《刑法》的替代选择而存在, 对于符合《刑法》规定的构成要件但尚不够刑事处罚的, 由公安机关依照本法给予治安管理处罚。最后, 《治安管理处罚法》独立调整部分不可能量变引发质变的“纯粹行政违法行为”。这些综合构成《治安管理处罚法》与《刑法》调整内容的犬牙交错、交叉重叠关系。

(二)《草案》第三十四条行刑衔接的实现路径

“行政处罚的适用范围和刑事处罚的范围一般应具有位阶性、互斥性。一方面, 刑法不能越俎代庖, 插足行政法律规制的范围; 另一方面, 行政法律也不能代替刑法的规制, 以罚代刑, 轻纵刑事不法行为。”^[28]这就要求《草案》第三十四条第二、三项的规范设计或条文解释与《刑法》所规定的相关罪名拉开差距, 构建统一法秩序之下层次性的适用位阶。

1. 理论逻辑维度下“行刑衔接”的或然路径

《草案》第三十四条所规定的“有损中华民族精神、伤害中华民族感情”概念于《刑法》之中杳无踪迹, 而能够合理解释为涉及中华民族精神、民族感情的刑法条文则包含一系列恐怖主义犯罪、破坏民族团结犯罪以及由“侮辱国旗、国徽、国歌罪”“侵害英雄烈士名誉、荣誉罪”组成的“国家符号犯罪”^[11]。然而, “涉及中华民族精神、民族感情的刑法条文”并不必然与《草案》第三十四条第二、三项存在“行刑衔接问题”。本文视域下的“行刑衔接”探讨, 旨在厘清《草案》第三十四条第二、三项规定的行政违法行为与直接衔接、高度关联的刑事犯罪行为间的界限, 避免《治安管理处罚法》修订引发刑事犯罪圈的过度扩张, 故而探讨范围不宜过于宽泛。区分来看, 我国《刑法》所规定的恐怖主义犯罪中与《草案》第三十四条第二、三项规定行为相似的条文包括第一百二十条之三、四、五, 该条文规定的犯罪均为行为犯, 一旦行为人的行为符合其构成要件, 即成立相应犯罪。《治安管理处罚法》中缺失反恐怖主义的相关条款, 对于行为社会危害性尚未达到犯罪程度的部分恐怖主义行为, 由《中华人民共和国反恐怖主义法》加以规制, 故对于恐怖主义犯罪而言, 《治安管理处罚法》并无介入空间, 自然不存在行刑衔接问题。而我国《刑法》所规定的破坏民族团结犯罪, 则主要为第二百四十九条与第二百五十条规制, 该两条所规定的行为方式与《草案》第五十四条“直接衔接”,

故《草案》第三十四条第二、三项亦不存在涉及破坏民族团结的行刑衔接问题。就侵害英雄烈士名誉、荣誉罪而言, 其行为方式又与《草案》第三十四条第一、四、五、六项所规定内容“直接衔接”, 《草案》第三十四条第二、三项所规定的行为方式若要向侵害英雄烈士名誉、荣誉罪转化, 必然存在与《草案》第三十四条其他几项的法条竞合, 故不再具备向侵害英雄烈士名誉、荣誉罪转化的现实必要性。如此一来, 与《草案》第三十四条第二、三项规定存在直接且亟待厘清的行刑衔接问题的, 仅有“侮辱国旗、国徽、国歌罪”这一选择罪名。

《草案》第三十四条第二、三项主要围绕“穿着、佩戴服饰、标志以及制作、传播、宣扬、散布物品、言论”等限制客观方面的行为表现, 在此限制之下, 实施《草案》第三十四条第二、三项与《刑法》第二百九十九条规定重叠部分的行为, 并具有严重的社会危害性时, 《治安管理处罚法》得以与《刑法》相衔接。问题在于, 作为“行刑衔接”的“安全阀”, 《刑法》第二百九十九条第一款以口袋形式列举的“焚烧、毁损、涂划、玷污、践踏等方式”^⑧以及第二百九十九条第二款所规定的“情节严重”^⑨要件应当如何界定?

(1) 《草案》第三十四条第二项的行刑衔接问题。

行为人在公共场所或者强制他人在公共场所穿着、佩戴有损中华民族精神、伤害中华民族感情的服饰、标志的, 若服饰、标志包含侮辱国旗、国徽、国歌的内容, 手段恶劣或情节严重的, 理论上具有按照《刑法》第二百九十九条规定处理的可能性。

就《刑法》第二百九十九条第一款规定的“侮辱国旗、国徽罪”而言, 由于其法条并未规定情节要件, 而是以列举的方式设置了开放式的口袋罪状。因此, 穿着、佩戴有损中华民族精神、伤害中华民族感情的服饰、标志的违法行为要向侮辱国旗、国徽罪的客观方面转化, 需要行为本身具备与焚烧、毁损、涂划、玷污、践踏行为“性质上的同一性”^[29]。但是, “穿着、佩戴”行为本身具有“消极的法益侵害性”, 与侮辱国旗、国徽罪中规定的“焚烧、毁损、涂划、玷污、践踏”等行为方式呈现出的“积极的法益侵害性”并不相同, 不应强行寻求将两类性质不同的行为趋同的解释路径。因此, 应当承认《草案》第三十四条第二项所规定的行为不具备直接升格为侮辱国旗、国徽罪的可能性。

就《刑法》第二百九十九条第二款规定的“侮辱国歌罪”而言, 当前司法实践中的相关判例鲜见, 只得结合该款的修法过程及“情节严重”要件, 对《草案》第三十四条规定的行为与“侮辱国歌罪”的行刑界限进行妥善厘定。在《刑法修正案(十)》修法之前, 《刑法》第二百九十九条所规定的侮辱国旗、国徽罪的场域要件为“公众场合”而非“公共场合”, 此处的立法修改旨在强调侮辱国歌罪的“传播性”“开放程度”要件, 相比于“三人以上则为众”的“公众场合”, “公共场合”的范围明显更广, 从而成为侮辱国歌罪影响力的正确表达^[18]。从犯罪意图视角观之, 行为人在主观故意的驱使下实施侮辱国歌行为, 自然是要通过各种媒介使犯罪行为产生最大传播效果, 进而造成恶劣的社会影响^[30]。可见, 行为需在包括网络空间在内的公共空间产生较高程度的传播性, 并且由此造成恶劣的社会影响, 才能向侮辱国歌罪的客观方面转化。不同于前述侮辱国旗罪, 由于穿着、佩戴的服饰、标志是行为人主观意志的客观载体, 可以将服饰、标志作为媒介宣扬自己的观点, 因而其行为潜在具备侮辱国歌的可能。因此, 《草案》第三十四条第二项所规定的行为在具备高程度的传播性, 并且由此造成恶劣的社会影响时, 即具备“情节严重”要件, 从而向侮辱国歌罪的客观方面转化。但是, 结合侮辱国歌罪与《草案》第三十四条第二项规定行为间于客观行为表现层面的差异性, 在绝大多数情况下, 《草案》第三十四条第二项所规定的行为不可能具备已达触刑程度的传播性以及恶劣社会影响, 缺乏值得科处刑罚的必要性, 执法与司法实践中应当尽可能避免乃至杜绝将《草案》第三十四条第二项所规定的行为升格为侮辱国歌罪。

(2) 《草案》第三十四条第三项的行刑衔接问题。

行为人制作、传播、宣扬、散布有损中华民族精神、伤害中华民族感情的物品或者言论的,若物品、言论包含侮辱国旗、国徽、国歌的内容,手段恶劣或情节严重的,与第二项行为一致,理论上具有按照《刑法》第二百九十九条的规定处理的可能性。

针对《刑法》第二百九十九条第一款规定的“侮辱国旗、国徽罪”,行为人制作、传播、宣扬、散布侮辱国旗、国徽的物品或者言论应当具备与焚烧、毁损、涂划、玷污、践踏等手段相同甚至更高层次的侮辱性,以向侮辱国旗、国徽罪的客观方面转化,例如,行为人大量制作、传播玷污国旗、国徽的物品,造成恶劣的社会影响。然而,制作、传播侮辱国旗、国徽的物品与在公共场合采用焚烧、毁损、涂划、玷污、践踏等方式侮辱国旗、国徽的行为,虽然都具备“积极的法益侵害性”,但积极程度存在显著差异,制作、传播物品与直接的焚烧、毁损、涂划、玷污、践踏存在明显不同程度的危害性。在执法与司法实践中,应当理性把握此间差异,审慎对待《草案》第三十四条第三项所规定的行为向侮辱国旗、国徽罪转化。

就《刑法》第二百九十九条第二款规定的“侮辱国歌罪”而言,行为人制作、传播、宣扬、散布侮辱国歌的物品或者言论应当达到“情节严重”的程度。对于“情节严重”的界定,应当与司法实践中对侮辱国歌罪的认定标准保持一致,把握行为本身的传播性以及所造成的恶劣社会影响。例如,行为人于社交媒体平台宣扬、散布侮辱国歌的言论,歪曲奏唱国歌的音视频,致大量网民评论、转发的。相较于《草案》第三十四条第二项所规定的穿着、佩戴行为,第三十四条第三项所规定的制作、传播、宣扬、散布物品、言论的行为本身具备更强的传播性质,更易扰乱公共秩序、造成恶劣社会影响,因此《草案》第三十四条第三项所规定的行为比第二项更易触及《刑法》的规制范围,这一点在司法实践中应予以关注。在第三项规定内,制作、传播物品与宣扬、散布言论的行为亦天然具备不同程度的传播能力,制作、传播侮辱国歌的物品的行为要向侮辱国歌罪转化,理应更为严格地把握“应受刑罚处罚性”,以保障行刑衔接标准的统一。

2. 行刑衔接维度下“刑罚退出”的机能实现

前述“情节严重”作为罪量要素横跨行政违法与刑事犯罪行为,其入罪地位可想而知。但是,由于情节是否严重完全取决于司法人员的理解,司法人员具有极大的司法裁量权。在司法人员业务素质低、政治品德差的情况下,往往会导致出入人罪^[31]。因此,不应过于倚重司法人员对“情节严重”的判断,避免混淆行刑界限。在此,理想的做法应当是通过相关立法解释、司法解释、刑事判例或者直接在罪状中将客观行为模式固定下来,为行政不法与刑事不法设立明确界限。而在现实情况下,具体到《草案》第三十四条第二、三项的适用问题,在《草案》明确将中华民族精神、民族感情纳入《治安管理处罚法》的保护范围后,应当尽可能减少对相关危害行为的刑法适用,尽可能避免对实施《草案》第三十四条第二、三项规定行为的主体做入罪处理。在相关立法、司法解释明确情节要件之前,执法、司法机关应严格把握侮辱国旗、国徽、国歌罪的犯罪构成要件,厘清行政不法与刑事不法之界限,尤其不能因为行为人之行为已经符合《草案》第三十四条第二、三项规定行为之构成要件,理应受到行政处罚,就放松对行为犯罪构成要件的严格审查。基于以量的差异为主的区分机制,我国行政不法与刑事不法的界限本就模糊,对立法、司法、执法机关而言,行为社会危害性量化标准的确立亦难如登天。在标准模糊、界分困难的情况下,更应坚持“刑罚退出”的立场,严格限制刑法适用。“‘刑罚退出’不是要置刑罚于‘无用’或者‘不用’的境地,而是在刑法谦抑、刑罚节俭、刑罚理性的基础上注重对刑罚的谨慎使用,以避免不必要或者无效益之刑罚。”^[32]在此语境下,要避免刑法适用范围过于宽泛、适用位阶过于前置,尽可能以行政法治理、应对具有足量社会危害性的侵害中华民族精神、民族感情的行为,以道德规范、风俗习惯等其他社会规范应对具有轻微社会危害性的侵害中华民族精神、民族感情的行为。对侵害中华民族精神、民族感情的行为,不仅要坚持刑罚退出,更要在相

当程度上坚持行政处罚退出;不仅要捍卫行政不法与刑事不法界限,更应捍卫秩序与自由的界限,保障普罗大众的自由空间。

除行刑衔接之外,《草案》第三十四条第二、三项同样存在“纯粹行政违法行为”部分,这部分行为不涉及对刑事法益的侵害,仅仅表现为一种对国家管理行为的“行政不顺从”^[33]。“人们习惯认为严重的行政违法行为必然构成犯罪,而不管刑法是否将该种行为犯罪化。”^[34]然而,犯罪化与否应是行刑衔接的根本前提,当行为人实施《草案》第三十四条第二、三项所规定的行为,而行为内容不存在与《刑法》规定犯罪行为间的重叠或竞合时,行为无论如何量变也不可能质变为犯罪行为,不可能具备刑事法益侵害性,从而作为“纯粹行政违法行为”存在。例如前述“党妹跳舞事件”,网红党妹的行为虽严重伤害了中华民族感情,但穿着日式服装于旅顺纪念馆前跳日式舞蹈的行为并不符合《刑法》所规定的任何犯罪行为的构成要件,亦未与任何《刑法》规定的犯罪行为竞合。在无法“挂靠”其他犯罪行为的情况下,其行为社会危害性程度的量变不可能导致刑事法益侵害性的质变结果产生,从而至多作为行政违法行为予以处罚。

四、结语

虽然《中华人民共和国治安管理处罚法(修订草案)》第三十四条第二、三项存在部分适用问题,但应肯定庄严的中华民族精神、民族感情于国家兴旺发达、长治久安的实质影响力,从而确立立法保护的基本立场。在此基础上,应以规范明确性为要旨,理性审视《草案》第三十四条第二、三项内容,将中华民族精神、民族感情限缩解释,结合侵害行为的客观性以及所造成的恶劣公共影响,明确处罚门槛。而后,基于《草案》第三十四条第二、三项内容与《刑法》所规定的侮辱国旗、国徽、国歌罪的直接衔接关系,应结合两罪名本身的构成要件,以行为的“传播性”及“恶劣的社会影响”作为《草案》第三十四条第二、三项规定行为“行刑衔接”的“安全阀”。同时,理性审视《草案》第三十四条第二、三项与侮辱国旗、国徽、国歌罪行为间的客观差异,在预防性立法之中遵守刑罚退出的基本立场,合理把握行政不法与刑事不法的边界,实现行刑关系的有序与畅通。

注释:

- ① 2021年7月3日,网红“机智的党妹”于B站发布一段视频。视频中,党妹身着日式Lolita裙装,于承载着民族伤痛、记录侵华日军暴行的旅顺博物馆前跳舞,引发网友热议。2021年8月5日晚,党妹删除全网账号,下架全部视频,正式退网。
- ② 2015年8月22日,重庆市城口红军纪念公园中,两名男子骑坐在红军战士雕像身上,面露笑意。其中一名男子甚至脚踩红军雕像,并将一支烟插进雕像嘴里,作出点烟姿态。后经城口县相关部门教育训诫,两名男子已经通过县内媒体向社会大众道歉。
- ③ 国家符号,即作为条件参与国家的形成与运行,并且具有相应的社会属性、规范属性,体现为文字、图像、人物形象等表现形式的一种符号类型。侵害国家符号犯罪的保护法益为国家运行条件。参见高巍:《国家符号的刑法保护》,《中国法学》,2022年第1期,第182页。
- ④ 《中华人民共和国治安管理处罚法(修订草案)》第三十四条第二、三项:“有下列行为之一的,处五日以上十日以下拘留或者一千元以上三千元以下罚款;情节较重的,处十日以上十五日以下拘留,可以并处五千元以下罚款:……(二)在公共场所或者强制他人在公共场所穿着、佩戴有损中华民族精神、伤害中华民族感情的服饰、标志的;(三)制作、传播、宣扬、散布有损中华民族精神、伤害中华民族感情的物品或者言论的。”
- ⑤ 《中华人民共和国治安管理处罚法》第一条:“为维护社会治安秩序,保障公共安全,保护公民、法人和其他组织的合法权益,规范和保障公安机关及其人民警察依法履行治安管理职责,制定本法。”

- ⑥ 《中华人民共和国治安管理处罚法(修订草案)》第三十四条第一、四、五、六项：“(一)在公共场所从事有损纪念英雄烈士环境和氛围的活动；(四)亵渎、否定英雄烈士事迹和精神，宣扬、美化侵略战争和侵略行为，寻衅滋事，扰乱公共秩序的；(五)以侮辱、诽谤或者其他方式侵害英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的；(六)侵占、破坏、污损英雄烈士纪念设施的。”
- ⑦ 持此观点的代表性文献包括徐岱：《刑法与治安管理处罚法冲突论》，《法治研究》2014年第1期；彭凤莲、高雪梅：《〈刑法〉与〈治安管理处罚法〉的协调研究》，《法学杂志》2009年第8期；姬亚平：《治安管理处罚法实施研究》，《行政法学研究》2006年第4期；赵秉志、袁彬：《刑法与相关部门法的调适》，《法学》2013年第9期；金怡：《违反治安管理行为与刑事犯罪之衔接解析》，《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2016年第5期。
- ⑧ 《中华人民共和国刑法》第二百九十九条第一款规定：“在公共场合，故意以焚烧、毁损、涂划、玷污、践踏等方式侮辱中华人民共和国国旗、国徽的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”
- ⑨ 《中华人民共和国刑法》第二百九十九条第二款规定：“在公共场合，故意篡改中华人民共和国国歌歌词、曲谱，以歪曲、贬损方式奏唱国歌，或者以其他方式侮辱国歌，情节严重的，依照前款的规定处罚。”

参考文献：

- [1] 王树民. 中华名号溯源[J]. 中国历史地理论丛, 1985(1): 6-16.
- [2] 方立天. 民族精神的界定与中华民族精神的内涵[J]. 哲学研究, 1991(5): 33-41.
- [3] 孟德斯鸠. 论法的精神[M]. 欧启明, 译. 南京: 译林出版社, 2016: 255.
- [4] 张岱年. 文化传统与民族精神[J]. 学术月刊, 1982(12): 1-3.
- [5] 习近平. 在第十三届全国人民代表大会第一次会议上的讲话[N]. 人民日报, 2018-03-21(2).
- [6] 果洪升. 民族感情、情绪与民族主义[J]. 满族研究, 1993(4): 3-5.
- [7] 时延安. 犯罪化与惩罚体系的完善[J]. 中国社会科学, 2018(10): 102-125, 206-207.
- [8] 德国刑法典[M]. 徐久生, 庄敬华, 译. 北京: 中国方正出版社, 2004: 54.
- [9] 最新法国刑法典[M]. 朱琳, 译. 北京: 法律出版社, 2016: 315.
- [10] 丁一诚. 极右翼组织猖獗, 澳大利亚计划立法禁止与纳粹相关符号[EB/OL]. (2023-06-09) [2023-10-03]. <https://world.huanqiu.com/article/4DEOICG6Th4>.
- [11] 高巍. 国家符号的刑法保护[J]. 中国法学, 2022(1): 182-202.
- [12] 田期玉. 关于《中华人民共和国治安管理处罚法(草案)》的说明[J]. 中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报, 2005(6): 453-455.
- [13] 克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论: 第1卷[M]. 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 1.
- [14] 佐伯仁志. 制裁论[M]. 丁胜明, 译. 北京: 北京大学出版社, 2018: 16.
- [15] 刘宪权. 论罪刑法定原则的内容及其基本精神[J]. 法学, 2006(12): 69-77.
- [16] 张明楷. 规范的构成要件要素[J]. 法学研究, 2007, 29(6): 76-93.
- [17] 彭凤莲, 高雪梅. 《刑法》与《治安管理处罚法》的协调研究[J]. 法学杂志, 2009, 30(8): 32-35.
- [18] 邱可嘉. 再论侮辱国歌的刑法规制: 以体系解释为切入点[J]. 河北法学, 2018, 36(8): 171-177.
- [19] 袁彬. 刑法与相关部门法的关系模式及其反思[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2015, 21(1): 44-50.
- [20] 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[J]. 比较法研究, 2021(4): 83-97.
- [21] 何荣功. 社会治理“过度刑法化”的法哲学批判[J]. 中外法学, 2015, 27(2): 523-547.
- [22] 蔡士林. 侮辱国歌罪“情节严重”的解释立场与司法认定[J]. 政法学刊, 2018, 35(1): 63-69.
- [23] 姜涛. 刑法中的聚众淫乱罪该向何处去[J]. 法学, 2010(6): 3-15.
- [24] 曲新久. 个人自由与社会秩序的对立统一以及刑法的优先选择[J]. 法学研究, 2000, 22(2): 20-33.
- [25] 徐岱. 刑法与治安管理处罚法的冲突论[J]. 法治研究, 2014(1): 52-58.
- [26] 赵秉志, 袁彬. 刑法与相关部门法关系的调适[J]. 法学, 2013(9): 113-121.
- [27] 吴学斌. 治安管理处罚法与刑法的外在冲突与内在协调[J]. 深圳大学学报(人文社会科学版), 2009, 26(6): 82-87.
- [28] 王勇. 法秩序统一视野下行政法对刑法适用的制约[J]. 中国刑事法杂志, 2022(1): 124-138.
- [29] 陈兴良. 口袋罪的法教义学分析: 以以危险方法危害公共安全罪为例[J]. 政治与法律, 2013(3): 2-13.

- [30] 邱可嘉, 王利荣. 侮辱国歌行为的入罪分析: 基于《刑法修正案(十)》的解读[J]. 学术论坛, 2017, 40(6): 140-145.
- [31] 陈兴良. 刑法哲学[M]. 6版. 北京: 中国人民大学出版社, 2017: 730-731.
- [32] 陈伟. 刑罚退出机制如何实现: 从对积极刑法观的反思切入[J]. 社会科学, 2023(8): 166-178.
- [33] 王莹. 论行政不法与刑事不法的分野及对我国行政处罚法与刑事立法界限混淆的反思[J]. 河北法学, 2008, 26(10): 26-33.
- [34] 高铭暄, 孙晓. 行政犯罪与行政违法行为的界分[J]. 人民检察, 2008(15): 5-8.

The standpoint, norms, and connection of incorporating the spirit and emotions of the Chinese nation into the law

CHEN Wei, XIANG Minxi

(School of Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: The second and third items of Article 34 of *The Law of the People's Republic of China on Administrative Penalties for Public Security (Revised Draft)* put the protection of "the spirit and sentiment of the Chinese nation" into the legal framework for the first time. In order to clarify the logic of amendment of *The Draft*, and to secure the reasonable space for citizens to exercise their rights to freedom, it is necessary to comprehensively examine the legislative protection of the spirit and sentiment of the Chinese nation from the three dimensions: the standpoint of legislative protection, its norms, and the connection of the execution system. In terms of the standpoint, we should affirm the legislative protection position of the Chinese nation's spirit and sentiment and the legislative protection purpose of Article 34 of *The Draft*. In terms of norms, we should restrict the interpretation of the spirit and sentiment of the Chinese nation, clarify the threshold of administrative penalties, and realize the value regression of the purpose of normative protection. In terms of the connection of execution, we should rationally understand the connection between the contents of the second and third items of Article 34 of *The Draft* and the relevant provisions of *The Criminal Law*, pay attention to the hierarchical level between the pre-public security penalty and the safeguard penalty, and realize the orderly coordination between administrative illegality and criminal illegality.

Key words: national spirit; national sentiment; *Public Security Administration Punishments Law*; criminal-administrative coordination

[编辑: 苏慧]