

侮辱国歌罪的立法解读与司法适用

梅传强, 严磊

摘要: 基于法秩序统一的现实需要、法平等价值的基本遵循、新危害防范的理论应然三方面的背景,《中华人民共和国刑法修正案(十)》将情节严重的侮辱国歌行为入罪。一个新的罪名的出现必然会导致司法适用时出现新的疑难问题。通过对法条的解读,这些问题主要表现为“其他方式”缺乏认定标准、“公共场所”界分不够明显、情节轻重程度界定困难、单位能否构成侮辱国歌罪存疑、量刑标准尺度难以把握五个方面。因此,侮辱国歌罪在司法适用中“其他方式”应以社会危害性程度为认定标准,“公共场所”应以传播可能性界分,情节轻重宜着眼影响恶劣程度,单位不能成为侮辱国歌罪的犯罪主体,发挥指导案例作用促进量刑规范化。

关键词: 侮辱国歌罪; 刑法修正案(十); 立法解读; 司法适用

作者简介: 梅传强, 法学博士, 西南政法大学法学院教授、博士生导师; 严磊, 西南政法大学法学院硕士研究生。

基金项目: 西南政法大学校级重大科研项目“我国刑法立法的现代转型与系统修正研究”(2017XZZD02)。

中图分类号: D924.3 **文献标识码:** A **Doi:** 10.3969/j.issn.2095-042X.2018.05.004

2017年11月4日十二届全国人大常委会第三十次会议表决通过了《中华人民共和国刑法修正案(十)》(以下简称《刑法修正案(十)》),将情节严重的侮辱国歌行为入罪,并对构成侮辱国歌罪的条件做了明确规定^①。一个新罪名的出现必然会导致司法适用时出现新的疑难问题。尽管现在还没有相应的司法解释对本罪的认定标准进行详细的解读,以侮辱国歌罪定罪的案例也尚未出现,但是,及时对侮辱国歌罪进行前瞻性研究,充分对相关法条及其内涵进行充分的解读与挖掘,预见并解决司法适用层面的疑难问题,对于理论与司法实践仍然具有重要意义。

一、侮辱国歌罪的立法背景

(一) 法秩序统一的现实需要

近年来,随着时代的发展,尤其是互联网技术的日益完善,以篡改、贬损等方式侮辱国歌的行为频发造成了严重的社会不良影响。国歌作为我国《宪法》所规定的国家标志之一,与国旗、国徽一样,是国家的象征,绝对不容侵犯,任何侮辱国家标志的行为,损害民族感情的行为都应当受到法律的惩治,情节严重的应当纳入刑法的规制范围。对于具有严重社会危害性构成犯罪的侮辱国旗、国徽的行为,刑法早已以侮辱国旗、国徽罪规定了行为人的刑事责任,但对于侮辱国歌的行为而言,立法一直存在空白,亟需制定相关法律对于侮辱国歌的行为进行规制。学界一直不乏增设对于

^①《刑法修正案(十)》规定:在公共场所,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,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

侮辱国歌的行为进行立法规制的建言,有学者提出:“侮辱国歌的行为是对国家尊严、形象和爱国主义精神的危害,具有相当的社会危害性,应视其情节轻重由行政法或刑法加以规制。”^[1]2017年9月1日,《中华人民共和国国歌法》获全国人大常委会表决通过,其中第15条明确规定了侮辱国歌的行为应当受到法律的追究,情节严重的可构成犯罪,弥补了立法的空白^①。为了保证立法体系的统一,维护社会管理秩序与国歌作为国家象征的神圣不可侵犯性,我国刑法通过修正案的方式增设了侮辱国歌罪,对于情节严重的、具有严重社会危害性的侮辱国歌的行为进行刑法规制。刑法作为保障法,一直以“惩罚犯罪、保护人民”为目的,在《国歌法》已经规定了对于侮辱国歌的行为的行政处罚规则以及情节严重的相关行为入罪的前提下,刑法做出相应的修改、增设相关罪名有利于法秩序的稳定与统一,也有利于更好地发挥刑法的惩罚犯罪、保障人权的机能。

(二) 法平等价值的基本遵循

平等是法律所遵循与追求的基本价值,对于同质法益的保护更应当遵循平等原则。一个行为是否值得刑法对其进行规制,关键在于其是否具有严重的社会危害性,是否侵犯了刑法所保护的社会关系。基于此,只有根据侵犯的具体对象辨识其背后有无刑法保护且已经遭遇侵害的法益,以及法益的性质,才能准确判断个人行为有无可罚性^[2]。而宪法对于国歌等国家标志的不可侵犯性都做了明确的规定,基于平等保护的立场,将情节严重的侮辱国歌的行为纳入刑法规制也有其必要性。同时,参考域外立法我们不难发现域外许多国家和地区的刑法都对国家法益进行了保护,而在保护国家法益中又对各种国家标志进行了平等的对待与保护,例如,《德国刑法典》第90条A规定,诋毁国家及其象征,诋毁联邦德国或者某个州的旗帜、徽章,处三年以下自由刑或者金钱刑^[2]。《日本刑法典》虽然没有直接规定侮辱本国国歌的犯罪,但是规定了“外国国章损坏罪”^②,其中也对国歌、国旗、国徽等国家标志赋予了相同的保护力度。平等价值作为法律的一项基本价值,不仅体现在法律适用的平等上,更蕴含着同质对象平等保护的内涵,对于国歌、国旗等宪法规定的国家标志进行同等保护亦是对法平等价值的基本遵循。

(三) 新危害防范的理论应然

上文已经提到,对于侮辱国旗、国徽的行为,刑法以及国旗、国徽法都早已有所规定,作为最后一个被确立为国家标志的国歌,在立法保护上也体现了一定的滞后性。笔者认为,对于国歌的保护的滞后性并非是立法者的疏忽或者有意为之。一方面,上文已经阐述国歌被确立为国家标志是在2004年,那时现行《刑法》已经颁布,而国歌法的颁布也严重滞后于国旗、国徽法,没有相应的配套法律尤其是关于行政处罚的规定,作为“第二道防线”的刑法先做规制有越俎代庖之嫌;另一方面,更重要的是,在过去,由于互联网技术还欠发达,侮辱国旗、国徽的行为在社会生活中发生的频率较高,行为特征也比较好界定,传播比较容易,对于社会秩序的不良影响以及对国家标志神圣性的侵犯也较为显而易见,而侮辱国歌过去发生的频率较低,行为特征难以界定,且在互联网技术欠发达的时期,侮辱国歌的行为因为缺乏有效的传播媒介,所以社会影响恶劣程度较低,没有必要用刑法去规制。刑法理论认为,刑法规制的是具有严重社会危害性、具有刑事违法性、需要刑法处罚的犯罪行为^{[3]72-78}。随着时代的发展,尤其是互联网技术的迅猛革新,侮辱国歌的行为出现了很多新的方式,尤其是通过计算机制作并通过网络社交媒体传播的侮辱国

①《中华人民共和国国歌法》第15条规定:在公共场合,故意篡改国歌歌词、曲谱,以歪曲、贬损方式奏唱国歌,或者以其他方式侮辱国歌的,由公安机关处以警告或者十五日以下拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

②《日本刑法典》第92条规定:以对外国的侮辱为目的,损坏了那个国家的国旗以及其他国家标志的,处以两年以下的有期徒刑或者20万日元以下的罚款。如果没有外国政府的请求,前一项犯罪就不能提起公诉。

歌的行为传播速度快、范围广,社会影响恶劣,其严重的社会危害性已经达到了需要用刑法规制的程度。基于此,《国歌法》第15条的规定与《刑法修正案(十)》应运而生,将情节严重的侮辱国歌的行为入罪,也是刑法基于社会危害性理论对于新变化的、具有严重社会危害性的行为进行规制的应然表现。

二、侮辱国歌罪的法条解读

作为一个新的罪名,侮辱国歌罪尚无司法解释对本罪在司法适用方面做出具体的规定,也暂时没有相关的指导案例,对于罪状中“其他方式”“公共场所”等名词的内涵与外延也缺乏权威的解读。此外,相较于同是以国家标志为犯罪对象且犯罪客体有高度一致性的侮辱国旗国徽罪,侮辱国歌罪在立法时并没有同样规定为行为犯,而是规定为情节犯,这不仅值得去深掘立法者的原意,还对侮辱国歌罪的定罪量刑有很大的影响。基于此,笔者试图对侮辱国歌罪的法条规定进行解读,并提出一些在司法适用实践中可能遭遇的问题以期解决。

(一)“其他方式”缺乏认定标准

《刑法修正案(十)》对侮辱国歌罪的客观行为方式采取了列举式规定与兜底条款相结合的规定,一方面,将典型的侮辱国歌的行为方式明确规定以指导司法实践的认定;另一方面,兜底条款的存在也给了办案人员解释的空间,防止一些不常见的侮辱国歌的行为不当出罪^①。其中,对于法条已经列明的行为方式比较容易理解,在司法实践中也不难认定,但罪状中的“其他方式”在没有司法解释的情况下缺乏统一的认定标准,尤其在网络空间内更是如此。随着自媒体时代的到来,网络技术、图片视频制作技术日益发达,利用网络空间进行侮辱国歌的行为,形式多样化、传播速度快、传播范围广、影响恶劣,在司法认定上也很难找到一个统一的标准进行认定,这势必会导致错案的发生,对于司法公信力会有较大的负面影响。兜底条款的立法原意既包括防止过量入罪,也包括防止同等严重的危害行为出罪,其关涉的是罪与非罪的判断^[4]。许多学者曾经抨击兜底条款的存在违背了刑法明确性的要求,当司法机关工作人员对其不当解释之时有侵害人权之嫌^[5]。但笔者认为,由于法律的滞后性与社会高速发展的天然矛盾,立法者不可能将所有的犯罪情形都详尽规定,兜底条款的存在是合理且必要的,关键在于如何正确解释,以求正确、合理地将社会中发生的侮辱国歌行为纳入刑法的规制。

(二)“公共场所”界分不够明显

公共场所是指处在人群经常聚集、供公众使用或服务于人民大众的活动场所时产生的场合^[6]。一般表现为两人以上的场合。简单地说,公共场所是公众从事社会生活的各种场合的总称。也有学者认为:“公共场所是指大家都权进入的场合……强调场所内的不特定多数人。此外,网络空间也具有‘公共场所’的属性。”^[7]由此我们不难看出,对于刑法中的“公共场所”的划分,学者们提出了很多的划分标准,究竟是按场合中的场所是否封闭来认定,还是按场合内活动的人数来认定,还是按行为在该场合是否有向公众传播的可能性来认定,究竟哪一种标准更为合理?此外,在危害公共安全类罪中,对刑法通说将公共安全解释为“严重危及不特定多人的……安全”,那在侮辱国歌罪中是否可以借鉴上述的认定标准,即以不特定多数人可能到场来界定公共场所。这种借鉴与解释是否科学?这都是司法实践中需要解决的问题。笔者认为,在互联网高速发展的时代,我们在界分“公共场所”的时候,目光不能仅仅着眼于现实空间,而应该更

①同42页脚注①

多的流连于网络世界,而且现在很多的犯罪往往都依托于网络技术的发展出现了新形式、新样态,可以说网络空间已经成为了犯罪的一个重灾区。因此,在确立“公共场所”的界分标准时一定要能涵盖开放式的网络空间。

(三) 情节轻重程度界定困难

情节犯,是指我国刑法分则中明确规定以“情节严重(情节恶劣)”作为犯罪成立的情节要求或者以此作为认定该罪既遂形态的犯罪类型^[8]。对于情节犯中的情节轻重程度界定一直是一个难题,我国现行刑法的犯罪定义采用了“定性+定量”的认定方式,而犯罪情节与犯罪数额一样是典型的定量因素。回归到侮辱国歌罪本身,侮辱国歌罪所侵犯的客体应为社会管理秩序以及国家标志的神圣不可侵犯性,因此,此处对于情节轻重程度的界定应着眼于犯罪人的行为对于社会管理秩序的影响程度。对于侮辱国歌罪的情节轻重程度,究竟是应根据犯罪行为的恶劣影响的传播范围来认定,还是应根据犯罪行为本身的行为特点来认定,抑或是应根据犯罪的时间与场合来认定?(例如在政府、市民广场等国家机关所在地和人流聚集地实施侮辱国歌的行为影响是否更加恶劣)学者们对此依然有所争议。这些观点都有其合理之处,都能作为认定情节严重的一个侧面,但作为侮辱国歌罪在司法上“情节严重”的认定标准,笔者认为还不够全面。而且,耐人寻味的是,同样以社会管理秩序和国家标志的神圣不可侵犯性作为侵犯客体,相较于刑法条文中最为相似的侮辱国旗、国徽罪,侮辱国歌罪规定为情节犯而后罪则规定为行为犯,其中矛盾之处也让司法人员充满疑惑,亟待立法或者司法机关作出权威解释。笔者认为,将侮辱国歌罪规定为情节犯并不是立法者的失误,立法者应当是基于刑法谦抑性的考虑,刑法所规制的应当是具有严重的社会危害性的犯罪行为而非一般的违法行为,一律将形式上符合犯罪客观行为模式的行为纳入刑法规制,会不当扩大犯罪圈。

(四) 单位能否构成侮辱国歌罪存疑

根据我国《刑法》第30条规定,只有法律规定的才构成单位犯罪^①。但是,在理论界,对于单位犯罪是否有存在的必要、以及法律没有规定为单位犯罪的能否由单位构成一直存在争议,对于侮辱国歌罪也不例外^[9]。有学者认为,单位可以构成侮辱国歌罪,主要存在于当单位领导人集体决定实施侮辱国歌的实行行为或者单位以侮辱国歌为目的而设立的情形。持这种观点的学者坚持此处侮辱国歌的行为体现了单位的意志,因为侮辱国歌的行为是由单位集体决定的。对单位构成侮辱国歌罪持反对态度的学者认为,在现实生活中,侮辱国歌的行为至多只能看作单位领导人的意思或者单位部分成员的意思,因为侮辱国歌的行为是与单位设立的目的与单位成立时所制定的章程、基本制度等相背离的。此外,单位集体决定实施侮辱国歌或者以侮辱国歌为目的而设立单位的情形是否以本章其他罪名或者以危害国家安全罪的相关罪名来认定更为合适,也是一个值得思考的问题。

(五) 量刑标准尺度难以把握

本罪的法定刑包括三档主刑和一档附加刑^②,种类相对复杂,跨度相对较大,在具体的实践中,量刑标准尺度令司法工作人员觉得难以把握。早在我国劳教制度废除之后,对于我国“定性+定量”的犯罪概念以及轻罪制度是否建立就有过很长一段时间的争论,李洁指出:“无论在分则之罪的规定上采取列举方式还是采取概括方式,均难以符合罪刑法定的明确性要求,难以具有

①《中华人民共和国刑法》第30条:公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为,法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任。

②同42页脚注①。

合理性。而且至今为止,尚未发现可以采用的既可以明确、又可以有效限定量之程度的有效方法。”^[10]与立法问题和定罪问题相伴随的便是如何正确量刑的问题,在“定量”的维度上难以清晰认定的前提下,罪责刑相适应原则与罚当其罪的司法准则难以落到实处。同时,具体到侮辱国歌罪而言,量刑的重点在于刑之裁量,这需要考虑到具体的案件事实、社会影响以及法官的心证活动,在缺乏指导案例与相关法律解释的前提下,合理而又正确的裁量显得异常困难。

三、侮辱国歌罪司法适用的建议

自从《刑法修正案(十)》颁布以来,对于侮辱国歌罪的司法适用问题,笔者还未曾在中国裁判文书网上检索到有关“侮辱国歌罪”的判决书,有关侮辱国歌罪的文献也比较鲜见。为此,笔者就侮辱国歌罪的司法适用问题,提出如下建议。

(一)“其他方式”应以社会危害性程度为认定标准

在刑法理论上,对于刑法条文中的“其他”,有些仅具有定罪上的意义,有些仅具有量刑上的意义,有些兼具有定罪与量刑两方面的意义^[11]。本条文中的“其他方式”属于定罪意义上的“其他”。虽然对于犯罪的基本特征以及本质特征,学界一直没有停止争论,但是,笔者还是认为通说更为合理性,即:犯罪有三个基本特征,严重的社会危害性、刑事违法性和应受刑法处罚性^{[3]72-78}。而在这三个基本特征中,犯罪的本质特征应是严重的社会危害性。此处,我们可以借鉴以危险方法危害公共安全罪中的其他方法的认定标准,即所谓的其他危险方法必须与之前所列举的放火等行为不同、但有相当的社会危险性的行为,认定的重点在于不同与相当^[12]。所以说,本罪中的“其他方式”一方面是指法条明确列举之外的方式,另一方面也要求与上述行为方式社会危害性相当,评价的标准在于对于社会管理秩序与国家标志的尊严的破坏性相当,需要刑法处罚。当然,在认定侮辱国歌罪中的“其他方式”时,一定要恪守兜底条款的同等解释原则,所谓同类解释规则,是指当刑法语词含义不清时,对附随于确定性语词之后的总括性语词的含义,应当根据确定性语词所涉及的同类或者同级事项予以确定^[13]。具体到侮辱国歌罪中确定性词语“故意篡改、歪曲歌词、曲谱与贬损方式奏唱国歌”所拥有的共同含义便是指直接针对我国重要的国家标志——国歌所实行的一系列有损国歌形象的行为,在解释“其他方式”时也需要具有这样的含义。虽然当下司法实践中还没有相关的案例出现,我们对侮辱国歌罪中的“其他方式”的可能表现形式也无从知晓,但我们在认定侮辱国歌罪中的“其他方式”之时,应该将重点放在“侮辱国歌”类型特征上,且行为方式有别于法条已经列明的“篡改、歪曲、贬损”方式,如以侮辱性的方式干扰国歌的奏唱也属于侮辱国歌罪中的其他方式^[14]。

(二)“公共场所”应以传播可能性界分

公共场所的界分是侮辱国歌罪定罪的关键,也只有在公共场所实施相关的侮辱国歌的行为,才有可能侵犯到侮辱国歌罪的客体——社会管理秩序以及国家标志的神圣不可侵犯性。类似于公园、商业街等人流密集处,即传统意义上的公共场所自然符合侮辱国歌罪中公共场所的定义。但笔者认为,侮辱国歌罪罪状中的公共场所应以传播可能性进行界分,具体而言此处的公共场所是指具有使不特定多数人知晓行为人实施的侮辱国歌行为的可能性的场合,包括现实空间与网络空间中符合上述定义的场合。这主要是解决网络空间中的公共场所认定问题,无论行为人侮辱国歌的行为在现实空间中是否符合公共空间的定义,只要行为人将自己的犯罪实行行为上传至可能使不特定多数人知晓,具有传播其侮辱国歌行为可能性的网络空间,就可以以侮辱国歌罪定罪处

罚。因此,侮辱国歌罪中所说的公共场合不仅包括传统意义上有多人存在的现实空间,更包括有向不特定多数人传播可能性的网络空间,包括网络聊天群组、可被他人所见的微信朋友圈、QQ空间等。当然,如果在网络空间发布的相关信息已被添加诸如“仅自己可见”等不具有向外传播的可能性的设置之时,此时的相关网络空间因不具备向不特定多数人传播的功能而不宜认定为公共场合。值得注意的是,当网络聊天群组中人数较少或者在微博粉丝与微信朋友较少的情形下,这些网络空间是否符合公共场合的定义,若坚持以传播可能性为界定标准的实质解释立场是否有违背罪刑法定原则之嫌?笔者认为,只要相关网络空间具备向不特定多数人传播的功能即可认定,除非存在上述“仅自己可见”的情形,其理由在于:一方面,在开放式的网络空间中(如微博),如果没有添加如“仅自己可见”这样的设置,只需输入相关的关键字即可搜索到相关内容,极易向不特定多数人传播导致社会秩序的混乱;另一方面,即使是在人数较少的相对封闭式的网络空间中(如微信朋友较少的朋友圈),行为人明知发布相关信息会有其他人知晓还继续转发,主观上有传播的故意,在客观上也可能导致向不特定多数人传播的危险从而侵犯本罪所保护的法益,所以,这种封闭性只是相对的封闭,其亦具有开放性的属性。故上述两类网络空间也应认定为本罪中的公共场合,这并不构成对罪刑法定原则的违反。之所以以传播可能性作为侮辱国歌罪公共场合的界分标准,是因为《刑法修正案(十)》增设侮辱国歌罪,主要考虑到新时代背景下侮辱国歌的行为逐渐增多、形式更加多样化,加上近年来网络舆论中出现一种倾向,即贬低爱国主义精神,否定爱国主义情感,贬损爱国志士和民族英雄,侮辱国歌的行为社会危害性已经达到需要刑法规制的程度,具有立法上的必要性与合理性。我们用刑法规制侮辱国歌的行为的重要原因之一,便是其造成了恶劣的社会影响,对于国家标志和国家主权的尊严造成了严重的损害,而这种影响与损害显然在行为人完成自身行为,有传播可能性之际即行制止与处罚,而非已经完成了传播、造成了恶劣的影响才对其进行刑事处罚。故此,笔者认为“公共场合”应以传播可能性进行界分较为合适。

(三) 情节轻重宜着眼影响恶劣程度

针对部分学者提出的,刑法对情节犯作综合性的规定,表明任何一个方面的具体内容严重,或者几个方面的内容同时具备而达到了应当追究刑事责任的程度,其行为就构成犯罪^[15]。笔者认为这种观点比较模糊,并没有提出认定情节犯的一个明确的标准,具体到侮辱国歌罪中包括行为本身的特点或者行为发生的场合以及时间等无疑是影响侮辱国歌行为情节轻重程度的因素,但要将其作为界定的标准则还有待商榷。上文已经论述过《刑法修正案(十)》增设侮辱国歌罪这一新的罪名是因为在新时代背景下部分侮辱国歌的行为已经对社会公共秩序以及国家标志的神圣不可侵犯性造成了极大的损害,所以我们是否需要动用刑事处罚来处理这些侮辱国歌的行为,还是只需要通过治安处罚等行政处罚方式来处理便足够,主要是看该行为的社会危害性的严重程度,而侮辱国歌罪的社会危害性程度则集中体现在其对社会公共秩序的影响程度上,尤其是对国家标志神圣不可侵犯性的影响程度。再说,侮辱国歌行为本身的特点,以及行为发生的场合与时间都属于其对社会公共秩序影响程度的不同侧面,将对社会公共秩序的影响恶劣程度作为情节严重与否的界分标准更为全面、合适。当然,将侮辱国歌罪的实行行为对社会公共秩序的影响恶劣程度作为情节严重与否的界分标准在具体的司法适用过程中依旧会存在标准不清晰的问题。对此,笔者认为,应当借鉴德日刑法中的规定,将其修改为行为犯,把一般的侮辱国歌的行为只要在公共场合实施且有传播的可能性就认定为犯罪,只有符合《刑法》第13条“但书”,情节显著轻微,危害不大不构成犯罪的才可以出罪。而且修改为行为犯后与同性质的侮辱国旗、国徽罪的

规定一致,有利于刑法典体系的统一。

(四) 单位不能成为侮辱国歌罪的犯罪主体

侮辱国歌罪的主体是否应当包括单位,尤其是针对单位负责人通过集体决议实施侮辱国歌的行为以及单位本身基于侮辱国歌等不法目的而成立的情形。笔者认为,侮辱国歌罪的主体不应当包括单位,因为我国刑法明确规定单位犯罪只有法律规定的情况下才成立,而且认定犯罪行为是否构成单位犯罪重点在于其是否体现了单位的意志。针对所谓的单位犯侮辱国歌罪的情形,黎宏曾在《单位犯罪中单位意思的界定》一文中做出过论述:以“单位集体决定或者负责人决定”作为区分单位犯罪与自然人犯罪的标准的说法也值得进一步探讨。因为其既不符合现代社会中单位犯罪的实际情况,也没有概括出我国刑法分则中所规定的单位犯罪的所有情况,在单位领导的意思完全背离单位的基本宗旨和目的,违反单位的相关制度时,则不能如此考虑,而只能看作为单位领导自然人的意思^[16]。所以,单位负责人集体决议实施侮辱国歌的行为是完全违背单位设立的基本宗旨、目的与相关基本制度的,应当看做决议者个人的意志,认定为自然人犯罪。而且在实际生活中,单位基于侮辱国歌等犯罪目的而成立的情况也是不会发生的,其原因在于单位在成立的过程中,其经营范围等重要事项是要经过备案甚至批准的,不可能在重要事项记载中有不法的内容,犯罪的内容更不必说。因此,单位不能成为侮辱国歌罪的犯罪主体。

(五) 发挥指导案例作用促进量刑规范化

我国关于定罪量刑的规定借鉴大陆法系传统,定罪程序与量刑程序相互交织在一起。基于此模式,辩护方的律师以及控诉方的检察机关都更加注重定罪方面,那么,量刑的轻重便是法官根据经验发挥的结果。同时我们不难发现,在侮辱国歌罪中,由于相关司法解释尚未出台,导致法官在运用自由裁量权时难以下手,极易产生对于相同性质,类似情形的案件,不同法院定罪相同,但是量刑却大相径庭的尴尬情境。此时,笔者认为充分发挥指导案例的作用是有必要的,其具有使规范明确化、使当事人获得公正感、减轻法官压力等功能^[17]。我们可以适当转换法律思维,根植“以事实为根据,以法律为准绳,以案例为参照”的审判理念,运用类推推理的方法,把法律原则、法律理论或指导案例用于该案件的审判^[18]。当然,应当明确,所谓量刑规范化并不是指机械化的“精确量刑”,而是在保障法官的自由裁量权的基础上,强调将量刑纳入法庭程序,以保证量刑的科学性、合理性,其内涵在于法官的“刑之裁量”。因此,笔者建议在侮辱国歌罪出现了典型案件之后,最高人民法院应当选择部分典型案件来指导下级法院的定罪、量刑,从而促进量刑规范化,实现量刑的公正与均衡,最终使罪刑责相适应的刑法基本原则以及罚当其罪的司法准则落到实处。

四、结语

新时代谋求新发展,新发展提出新要求,在时代高速发展的今天,人们对生活质量要求越来越高,一些社会问题也随之凸显,侮辱国歌行为的猖獗便是其中之一。虽然它的成因比较复杂,但无论如何,人们行使自己的自由是有边界的,任何人都不能违反法律的规定。国歌作为国家标志的一种是国家主权与尊严的象征,不容亵渎,所以,《刑法修正案(十)》将在公共场合实行的情节严重的侮辱国歌的行为纳入刑法规制是合理的也是大势所趋。一个新罪名的出现必然在司法上会碰到一些适用问题,笔者认为司法机关应当严格按照法条的规定,借鉴我国相似罪名的处理经验以及域外合理的司法经验,秉持“常识、常理、常情”与刑法的谦抑性对具体案件中的侮

辱国歌的行为进行判断，做到有罪必罚、无罪不罚、罚当其罪，以实现刑法“惩罚犯罪、保护人民”的目的，提高司法公信力。

参考文献：

- [1] 赵秉志，赵远. 关于增设侮辱国歌罪的思考与建言 [EB/OL]. (2017-10-11) [2018-07-01]. http://www.legaldaily.com.cn/Culture/content/2017-10/11/content_7339842.htm?node=80488.
- [2] 邱可嘉，王利荣. 侮辱国歌行为的人罪分析：基于《刑法修正案（十）》的解读 [J]. 学术论坛，2017（6）：141.
- [3] 李永升. 刑法总论 [M]. 2版. 北京：法律出版社，2016.
- [4] 白建军. 坚硬的理论，弹性的规则——罪刑法定研究 [J]. 北京大学学报（哲学社会科学版），2008，45（6）：29-39.
- [5] 张永江，秦星. 我国刑法兜底条款司法适用的完善 [J]. 江西社会科学，2015（1）：160-165.
- [6] 杨基燕，潘银瓶. 论侵权责任法中的安全保障义务 [J]. 云南财经大学学报（社会科学版），2012，27（2）：129-136.
- [7] 林雪. 准确理解侮辱国歌罪中的“公共场所” [N]. 检察日报，2017-12-11（3）.
- [8] 李翔. 刑事政策视野中的情节犯研究 [J]. 中国刑事法杂志，2005（6）：24-28.
- [9] 叶良芳. 论单位犯罪的形态结构——兼论单位与单位成员责任分离论 [J]. 中国法学，2008（6）：92-105.
- [10] 李洁. 罪刑法定之明确性要求的立法实现——围绕行为程度之立法规定方式问题 [J]. 法学评论，2002（6）：24-32.
- [11] 李晓明. 中国刑法分论 [M]. 北京：清华大学出版社，2014.
- [12] 张明楷. 刑法学 [M]. 5版. 北京：法律出版社，2016：695.
- [13] 梁根林. 刑法适用解释规则论 [J]. 法学，2003（12）：49-56.
- [14] 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.
- [15] 叶高峰，史卫忠. 情节犯的反思及其立法完善 [J]. 法学评论，1997（2）：30-36.
- [16] 黎宏. 单位犯罪中单位意思的界定 [J]. 法学，2013（12）：153-160.
- [17] 周光权. 刑事案例指导制度：难题与前景 [J]. 中外法学，2013，25（3）：481-498.
- [18] 张阳. 向度与纬度：刑事指导案例的再思考 [J]. 中国人民公安大学学报（社会科学版），2018（1）：75-82.

Legislative Interpretation and Judicial Application of the Crime of Insulting the National Anthem

Mei Chuanqiang, Yan Lei

Abstract: Based on the realistic needs of the unification of the law order, the basic compliance of the equal value of the law, and the background of the new hazard prevention theory, *the Criminal Law Amendment (10) of the People's Republic of China* criminalizes the serious insults of the national anthem. The emergence of a new crime will inevitably lead to new and difficult problems in the application of the judiciary. Through the interpretation of the law, these problems are as follows, the lack of recognition standards for “other ways”, the “public domain” boundary is not obvious enough, the severity of the offence is difficult to decide, whether the unit can commit this crime, and the standard of sentencing. Therefore, in the judicial application of the crime of insulting the national anthem, “other ways” should be based on the degree of social harmfulness. The “public domain” should be determined by the possibility of transmission. The seriousness of the case should focus on the severity of the situation. The unit cannot be the subject of this crime. Important cases should play a guiding role in promoting the standardization of sentencing.

Key words: insulting national anthem crime; *the Criminal Law Amendment (10)*; legislative interpretation; judicial application

（收稿日期：2018-05-02；责任编辑：晏小敏）