

竞技体育领域侵犯国家象征行为的规制

贾 健, 董 欢

(西南政法大学 法学院, 重庆 401120)

【摘 要】当前竞技体育领域中针对国家象征的保护现状,存在相关体育规范的保护力度不足、规范不健全以及与司法衔接不畅等问题。解决上述问题需考量此类犯罪的特征与类型,并把握外部规制力介入之必要性这一理论前提。应明确规定相关组织体的地位与权责,设立与义务相对应的责任条款;应区分针对不同主体的惩戒机制并制定专门的司法解释用以构建以《体育法》为核心的软硬法并存的法源体系。同时,应着力营造维护国家象征的积极情境、培养国家认同的意识,在竞技体育赛场内外营造维护国家象征的环境氛围。

【关键词】竞技体育;国家象征;社群认同;国家认同;行业自治

【中图分类号】D922.16, G812 **【文献标志码】**A **【文章编号】**2096-5656(2022)02-0093-10

DOI: 10.15877/j.cnki.nsic.20211122.001

1 问题显现: 竞技体育领域内国家象征保护之困境

国家象征,又称国家标志。国家在本质上不具有可触及的实在性,而是通过“国旗”“国徽”“国歌”等国家外显符号来激发、凝聚民众的认同感,进而使人们在抽象的语境中感受与把握其内在含义。因此,国家象征是贯通国家和公民情感之间不可缺少的桥梁^[1]。为了更好地保护国家象征,我国制定了不同层级的法律法规。如在《宪法》中对国旗、国徽和国歌等予以确认,赋予其宪制地位;在《中华人民共和国国歌法》(以下简称《国歌法》)中规定了奏唱礼仪;《刑法》则在第二百九十九条规定了“侮辱国旗、国徽、国歌罪”等。这些法律规定,均是为了确保国家标志在实践中能够被以符合其功能的方式使用,进而构建起公众对国家的感知和认同。

具体到竞技体育领域,全面、有效地规制竞技体育领域中的侮辱国家象征的行为是体育法治的应有之义。但近年来,在体育赛场内(包括运动员、球迷在体育场馆外围的相关行为)侮辱国家象征的行为时有发生。然而,当前在竞技领域内部,由于行业规范及相关行政法规尚未健全,仍无法通过合理有效地规范适用来惩治侮辱国家象征的行为。同时,在执行法规和规章的过程中,通行的处理方式是由行

业协会和国家体育总局来决定行为违法、违纪的标准,从而在一定程度上导致认定侮辱行为的活动限于体育行业内部,司法机关难以介入。进言之,在行业自治的掣肘下,有关组织对毁损国家象征行为的追究一般限于行业罚款或禁赛,往往难以达到惩戒效果。另外,在处理群体性侮辱国家象征犯罪时,基于“法不责众”的潜规则,司法人员常常陷入左右为难的困境。基于此,本文拟从侮辱国家象征犯罪的类型和特征入手,探究有效的惩治及预防措施,以期更好地保护竞技体育赛场中的国家象征。

2 竞技体育领域国家象征犯罪的行为类型与特征

针对国家象征的犯罪是指行为人在公共场合通过对国家象征(国旗、国徽、国歌)实施毁损、侮辱等破坏行为来发泄自己对国家和社会的不满情绪,进而严重损害国家声誉、权威和国民情感的犯罪行为。具体到竞技体育领域,是指运动员、裁判员或赛场观

收稿日期: 2021-10-04

基金项目: 安徽省2020年度安徽高校人文社会科学研究重大项目(SK2020ZD014); 2018年度国家社科基金项目(18BTY027); 重庆市新型犯罪研究中心2021年度研究项目(21XXFZ49); 西南政法大学法学院2021年度学生科研创新项目(FXY2021069)。

作者简介: 贾健(1983—),男,安徽芜湖人,博士,教授,博士生导师,研究方向: 体育犯罪学。

众等竞技体育的参与者,在赛场内故意破坏国家标志、妨害体育管理秩序的严重越轨行为。

2.1 竞技体育领域国家象征犯罪的行为类型

首先,根据主体在竞技赛场中身份地位的不同以及可施加影响力的大小,可以将此类犯罪划分为竞技参与者实施的侵犯国家象征犯罪行为以及赛场观众实施的侵犯国家象征犯罪行为。一方面,竞技参与者(包括裁判员、运动员等)作为侵犯国家象征犯罪行为的主体时,其在赛场上的表现能够对竞技赛场上的秩序产生举足轻重的影响。即在“头羊”效应下,竞技参与者会煽动不特定对象“模仿”“捍卫”自己的不法行为,并在具有明显个人喜爱与憎恶情感的体育赛场上引起连锁反应。另一方面,赛场观众作为侵犯国家象征的主体时,其行为最为突出的特点在于违纪违法行为的涉众性。此类行为主要表现为在体育场域内,毁损国家象征的越轨行为裹挟于群体动乱之中,在本就存在一定立场倾向的观众的传播下(同一运动队伍的球迷往往会位列同一区域的观众席,有着共同支持的队伍和运动员),沿着偏离体育精神和妨害社会正常秩序的方向发展,最后演化为极端群体性事件。

其次,根据国籍或区籍的差别,可以将此类犯罪划分为我国内地公民犯罪以及外国公民、我国港澳台地区居民犯罪两类。实际上,这两类主体所实施的侮辱国家象征行为具备不同的政治意蕴和影响辐射范围。一方面,主权国家旨在通过对国旗、国徽等象征物的维护塑造政治空间的边界,其通过打击侮辱国旗、国徽等犯罪行为来维护一国的政治秩序和国家形象。当我国内地公民实施侮辱国家象征行为时,行为多表现为对一国政府的敌视,而不是对“主权国家”建立的否定性评价。但当外国公民和我国港澳台地区居民实施该犯罪时,在一定层面上还表露出对该“主权国家”的否定与轻蔑。该行为将不可避免地掺杂国际、政治等因素,继而导致有关部门在认定过程中,除了把握该犯罪行为的性质、情节等具体情节外,还应考虑到外交关系以及国际形势等复杂条件。另一方面,国民对外国公民或港澳台地区居民侵犯国家标志的行为容忍度更低、心理敏感度更高^[2],其在危害我国社会秩序的同时也会冲击国民普遍的爱国心理、激起我国公民对外国公民的整体排斥。侮辱一国国家象征的行为是挑衅一国尊

严最直观的表现,概言之,与内地居民主体相比,外国公民或我国港澳台居民所实施的侵犯国家象征行为为更具恶劣的社会影响力。

另外,根据犯罪行为侵犯法益是否特定,可以将此类犯罪划分为主要针对国家象征的犯罪以及附随性侵犯国家象征的犯罪。一方面,主要针对国家象征的犯罪,是以国家象征的破坏为标靶,带有强烈且明显的侮辱、毁坏意图的犯罪。如香港特别行政区“蒙面暴徒”怀着破坏国家象征物以传达己方政治立场的目的,蛰伏在看台中,通过带领、煽动其他观众在奏唱国歌时起哄或是点燃、撕毁国旗等方式来制造混乱。在这里,行为人诋毁、破坏国家象征的行为带有强烈的毁坏动机和目标指向性,因此,可以单独追究此类行为人侮辱国家象征犯罪的刑事责任。另一方面,附随性侵犯国家象征的犯罪,是指行为人虽从事侮辱国家象征的行为,但该行为只是其泛暴力行为中的一部分,行为侵犯的真正法益是包括国家象征管理秩序在内的社会整体秩序。如观众在竞技赛场的打砸行为,其中包含了毁损国旗的举动,但该侵害行为的主要目的并非破坏国家象征,行为人也并不存在刻意侮辱国家象征的动机,因此,适用聚众扰乱公共场所秩序等相关罪名来对这类行为定罪处罚更为适宜。

2.2 竞技体育领域国家象征犯罪行为的特征

2.2.1 场域扩大及时间线延长化的表征

在探讨竞技体育领域内的暴力行为时,学者们将暴力行为引发的犯罪限定在比赛场地、比赛时间范围内^[3]。但侵犯国家象征的犯罪行为与体育暴力犯罪行为区别较大,主要表现在侵害国家象征犯罪行为所涉领域范围更广、时间线更长。

一方面,运动员等竞赛参与者不会因场域、时间线的变化,而丧失对特定群体的影响力。即使更换场域,在其他公共场所的运动员也可通过焚烧国旗等越轨行为进行不良行为示范,引起特定群体效仿。另一方面,在体育交流跨国界的背景下,作为某些外国运动员、队伍忠实崇拜者的“粉丝”群体,会因自己所崇拜的队伍或运动员在赛场上败给中国队而引发侮辱国家象征行为。该行为虽不属于体育组织日常管理的范畴,但因其犯罪目的仍是由竞技体育内同一主体所引起或促成的,并且越轨行为背后可能隐含民族主义、国家主义与个人喜好之间的抉择,亦

应将其作为体育竞技领域内国家象征的保护的对象。因此,在探讨体育竞技领域内侮辱国家象征行为时,不能忽视其表现出来的场域扩大以及时间线延长等外在特征。

2.2.2 独特的爱憎情绪是国家象征犯罪行为产生的导火索

在竞技体育中,激化产生不法意图乃至实质不法行为的是竞技体育领域内与赛事相关的人或事,这也是竞技体育领域有别于其他领域的重要特征。对国家象征的侮辱行为主要建立在对国家尊严和公民情感的公然毁损上,这种目的支配下的行为,在特征上展现出行为人的行为相比其他违纪行为更具破坏性的犯罪特质,而此类行为在竞技领域中的产生和发展往往就伴随着对某一队伍或某一运动员的支持与抗议的情绪。在赛事失利或裁判涉嫌误裁等情况下(预谋情况下这些情形将成为导火索),受赛事波动影响的人或群体产生了负面情绪,这一负面情绪又被行为人上升为自己的某种文化主张、政治观念,进而在赛场气氛的烘托下演化为仇恨国家、政府等的偏见。更为严重的是,行为人将这种狭隘的思想进一步外化为对国家象征的暴力攻击行为,使其能通过破坏国旗、国徽等象征物的举动达到宣扬自己政治观念的目的^[4]。亦即,体育竞技领域赛事相关人员的情绪波动是国家象征犯罪行为发生的成因。在负面情绪不断叠加以及突发事件的刺激下,公众的行为从正常参与、观赏行为激化为服从于对国家厌恶情感的破坏行为。

2.2.3 突发性、涉众性导致犯罪行为可控性低

一方面,竞技体育领域内发生的侵犯国家象征的犯罪,往往具有突发性、随机性。竞技体育中赛事结果的不可测性在保证竞技乐趣的同时,也隐含着越轨行为发生的可能性。在体育赛场中,由于情感的自发性及高亢气氛的影响,人们易产生复杂多样的情绪变化,而情绪的消极变化则会引发失序行为。以致管理者无法凭借情境来准确预测是否会发生侮辱国家象征等越轨行为,也就无法合理设计赛前的“防暴方案”。另一方面,赛场中所形成的社群认同放大了犯罪行为的破坏效应。在体育领域中,社群给予竞技领域中人们共同体成员身份的认同感,人们为了欣赏或是崇拜等情绪自发地形成具有相同诉求的“团体”,而这种社群的存在,在特殊事件或鼓

动性的个体的刺激与带动下,容易陷入“去人格化”等非法集体活动的热潮中。尤其是群体的破坏意图为国家标志物等国家尊严物时,社会危害性被放大,管理难度亦大幅提升。

3 理论疏解:侵害国家象征行为“行业自治”规则的失灵

单靠竞技体育的内部规制已经无法妥当保护竞技领域的国家象征,应建立由部门规章、行政法规直至刑法的一体化规制体系。对此,本文指出可能存在的两点担忧,一是,体育赛场民众表达自由权的一种方式,不应过度“解读”;二是,不应适用刑法打破竞技体育领域原有的自在秩序,认为竞技体育的内部矛盾可凭行业规则自行化解。本文认为上述两点担忧均难以成立,下文将从竞技赛场上“自由表达”应有涵义、竞技体育领域应承担的社会责任以及竞技体育领域自身自我管控能力的不足等3个方面予以阐释。

在侮辱、折损国家象征行为入罪之初,就不乏有人用“言论自由”指责侮辱国家象征行为入罪是对人们表达自由的“压迫”。在1969年Street诉纽约州案以及我国香港地区回归后的第一例“侮辱国旗案”中,表达自由都是被告进行无罪辩驳的主要观点。甚至在美国的Street侮辱国旗案中,终审法院将被告人焚烧国旗的行为认为是一种思想的表达,而“政府不能仅仅因为社会认为某一思想令人厌恶或不能接受,就禁止人们表达这一思想”,从而认定被告人的行为不构成犯罪^[5]。一些人认为国旗、国徽等物不具有民事法意义上的价值,其依附的国家象征的含义不能够限制人们的权利^[6]。焚烧国旗、歪曲奏唱国歌等行为在此言论基础上被认为是人们正常的政治表达。而此种言论在体育领域亦有体现,有学者认为肢体表达是竞赛中彰显活力及拼搏精神的重要表达方式,倘若对其中的行为“上纲上线”,将不利于体育竞赛的健康发展,从而借“行业自治”对侮辱国家象征行为的违法认定予以排斥^[7]。

然而,上述言论未免存在偏颇。体育赛场是社会生活的一部分,其政治氛围也应与《宪法》相一致。《宪法》一方面确认了人们的表达自由权,一方面也明确了国旗、国徽等象征物不可撼动的宪制地位及不可侵犯的象征意义。表达自由固然是公民的

一项权利,但其不能与稳定的社会秩序相对抗。体育领域内的一切事务应当坚持合法性和正当性,“不能侵蚀体育根本价值和对个人权益和公共利益造成减损”^[8]。任何人在行使自己的权利时不能以毁坏社会秩序、破坏法律为对价,在竞技体育领域对国家标志侮辱、毁坏等行为无疑超过了合法、合理的范畴。另外,我国《宪法》《刑法》等法律早就以明文禁止的方式对侮辱、毁损国旗的行为予以规制,再以情绪宣泄为由,认为该行为不具备侵害国家象征物的违法性意识而出罪的观点也就无法成立了。即使在最终判决被告人无罪的美国“Street侮辱国旗案”中,实际上也认同了国旗(在这里也可以代指其他的国家象征)与生俱来的象征意义——高举完好无损的国旗即表示对于国旗的象征意义予以赞同与支持;而对国旗予以践踏、撕毁则表示对其意义的反对或者排斥^[9]。

竞技体育作为社会生活领域的一部分,必然承担国家象征的保护职责,因其作为“文化符号”的传播作用,而应更加注重对国家象征的维护以及国家形象的积极展现^[10]。一则,是因竞技体育本身展现的是对“更高、更快、更强、更团结”的拼搏精神追求,相比其他领域能够更明显地引发国民的民族认同感、荣誉感与自豪感。二则,是作为世界性的活动,竞技体育是国家形象对外传播的重要媒介。它可以越过各种语言、外交等障碍在各种跨文化传播语境中占据重要的地位。进言之,竞技体育实际内

嵌于国家形象之中,并能通过片面的体育竞技感知来放大国家象征的意义。重视该领域内发生的侮辱国家象征等不当行为,并对严重的越轨行为予以刑法规制,是维护国家尊严的应有之义。

竞技体育领域作为一种复杂的社会建构物,是由特定的图腾符号、肢体表达、旗帜符号等凝聚起来的共同体。而这种共同体模式也导致形式上的个体性体育活动在实质上都依赖于、反馈于特定的群体,并借助社群认同将“赞同”的不特定意识扩大化^[11]。体育本质上是人们好斗特性的合理转化。攻击性、好斗性以及肢体的碰撞和半自由化地呼喊、跳跃都是该领域的组成部分。在如此狂热氛围下,群体中的个人会认为规则、法律的束缚力减弱。虽然个体本身可能同时拥有重多的“社群”认同,但是当周围的参照系转变为与体育密切相关的人或事下,竞技体育的社群认同将占据主导地位,在不当行为蔓延下,发展为群体性的辱骂、寻衅滋事甚至是暴力冲突。因而,当一个人开始冲下看台点燃国旗或是投掷东西时,不仅仅是该个体的不良行为的凸显,而更有可能是拉开群体破坏社会秩序序幕的开端。

对于这种越轨行为,我国法律理应更加重视并加之严苛的管理。竞技体育领域自身显然无法尽善尽美地加以约束,以中国足球协会从2017年11月至2020年11月的181例处罚通知为例,其中,涉嫌群体侮辱国家象征、破坏社会秩序的处罚只有21例(表1)。对于集体动乱的规制,竞技体育领域内部侧

表1 2017.10—2020.10足协处罚通知汇总基本情况

Tab.1 The Football Association penalty notice summarizes the basic situation

序号	违规行为	处罚措施
1	观众冲进场内威胁裁判员	对赛区通报批评
2	运动员辱骂球迷、看台秩序混乱	对运动员予以禁赛并罚款1.2万元
3	球迷在看台上燃放冷焰火	对赛区通报批评并罚款1万元
4	运动员辱骂观众	对运动员予以禁赛并罚款3.5万元
5	团队管理不善、引发观众混乱	对赛区通报批评并罚款15万元
6	团队管理不善、引发观众混乱	对赛区通报批评并罚款15万元
7	观众向赛场投掷垃圾	对赛区通报批评
8	未按规定完成比赛仪式引起赛场混乱	对赛区通报批评并罚款60万元
9	观众向赛场投掷矿泉水瓶	对赛区通报批评
10	引起赛场混乱	对赛区通报批评并罚款20万元
11	塔尔德利在赛前奏唱国歌时,举止不庄	对个人予以通报批评
12	观众燃放冷焰火的情况	对赛区罚款3万元
13	观众向裁判组投掷矿泉水瓶等杂物	对赛区通报批评并罚款5万元
14	个别观众闯入比赛场地	对赛区通报批评
15	观众打架	无

续表 1

序号	违规行为	处罚措施
16	比赛双方多名球员、官员发生争执并引起赛场混乱	对赛区通报批评
17	少数观众向比赛场内投掷矿泉水瓶	对赛区通报批评
18	观众在看台燃放冷烟火	对赛区通报批评
19	多名球员参与场上打架、群殴	对赛区通报批评并罚款30万元
20	球员围堵裁判员	对赛区通报批评并罚款20万元
21	俱乐部赛场官员发表不正当言论	对个人罚款3万元

注:因涉及侮辱国家象征的处罚结果较少,为了更加合理的判断足协的处罚结果,将范围扩大到破坏社会秩序

重于赛区通报批评以及罚款,换言之,足联实际上规避了对集体混乱的治理,在自身调控能力有限的情况下遵守了“法不责众”的“传统”。正因如此,在对抗竞技体育领域内侮辱国家象征行为的规制上,不仅不能够以行业自治排斥外界力量的介入,还应对该领域内国家象征的保护措施进行体系化的反思与改进。

4 困境突破: 竞技体育领域内侵犯国家象征行为的处罚机制构建

事实上,任何领域的发展滞后都隐含着—个共同特性,即上层建筑的不完整性,竞技体育领域内国家象征保护亦存在此类问题。法律条文的粗疏和衔接不当导致该领域的法律保护体系面临两个问题:—是,体育组织权责不明,行为是否构罪的判断权掌握在体育组织手中,间接导致很多应该入罪的行为逃避了刑法的制裁;二是,处罚效果不佳,处罚缺乏针对性、严苛性,导致罪责不相适应。因而,建立较为完善的竞技体育内国家象征保护体系,必须要厘清竞技体育领域内法律组成与建构问题,探求合理的规制体系。

4.1 问题显现

4.1.1 缺失以高位阶立法为核心的体系化规制制度

根据国家体育总局2019年12月26日公布的《现行有效的体育法律、法规、规章、规范性文件和制度性文件目录》,在体育领域内,现行有效的法律1部,行政法规7部,中央与国务院文件34件,部门规章32件,规范性文件178件,总局制度性文件72件。这些规范中,较少有关于国家象征保护条款的直接规定,且大多借助对公共秩序之维护(具体包含破坏赛场秩序的行为规制以及预防此类行为发生的赛场管理和预防措施的规定)和与爱国主义教育相关的规定实现间接表达。如《体育赛事活动管理办法》(2020)

第二十三条规定了(体育赛事)主办方和承办方应当加强观赛环境管理,防止攻击性言论、旗帜和标语出现。然而这一条款作为处罚侵犯国家象征行为的依据时显得缺乏针对性。又如《中华人民共和国体育法》(以下简称《体育法》)中只有第五十一条是关于秩序违反的责任规定,并且惩戒最后落脚于“批评、教育并予以制止”,这显然无法应对形式多样的侵犯国家象征的不法行为。对比而言,以其他部门法——环境法为例,除《中华人民共和国环境保护法》这一总则性立法外,还有《中华人民共和国海洋环境保护法》《中华人民共和国水污染防治法》《中华人民共和国大气污染防治法》《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》等一系列的立法规定。竞技体育领域内立法的不足直接导致了高位阶的规制条款缺乏,使得越轨行为的规制仅依赖于政策和规范性文件的交互规范。这不仅导致了体育立法的权威性、严肃性和稳定性的不足,也使得有关部门在面临具体的不法行为时,缺乏明确、具体的法律依据进行管制^[12]。

另外,相关部门规章、政策性文件等规定,并未对上述立法条款起到扩充、补充作用,而往往是对高位阶法律条文进行简单重申。如各地针对《体育法》出台的实施办法,其中并无关于竞技体育相应板块的内容,在辽宁省实施《体育法》若干规定中,只提到了赛事的审批、运动员的选拔等内容,简单地重复了《体育法》已有的条文后,并没有进一步对于越轨行为的责任追究进行补充性设计。这种并未融入地方特色的体育管理办法,不仅没有使立法内容更为明确,反而因其重复性、发散式设计使得规定更为冗杂,操作更加困难。

4.1.2 法律法规、规章、政策等条文中内容规定不健全

竞技体育领域内,除了体系化的不足以外,在规

范内容上还存在着主体、权责条款等原则性条款缺失和细化展开问题^[13]：①所包含的受规制对象并不明确。《体育法》中共有两处涉及竞技体育管理的相关规定。其一，在第四章“竞技体育”专章规定中，重点强调了体育竞赛的实行方法，其中所涉主体为组织者、管理者、运动员以及裁判员；其二，在第七章“法律责任”追究中，第五十一条规定寻衅滋事、扰乱公共秩序的“应给予批评、教育并进行制止，违反治安管理的由公安机关处罚，构成犯罪的则追究其刑事责任”。上述条款并未提及竞技体育领域“被管理对象”的范围。如《中国足协章程》中第五章“罚则”中笼统地规定了“违反纪律和体育规则、体育道德的行为，本会(足球协会)将按照有关规定给予处罚”，但通过其处罚种类，即“通报批评、警告、罚款、停赛、禁赛、禁止随队进入比赛场工作、限制从事足球活动”等方式，我们可以看出该规定将处罚对象进一步限制为实际从业人员以及组织，进而将“法不责众”由习惯固定为规章条文。②组织者、管理者权责不清。以《体育法》为核心的立法并未明确竞技体育领域中组织者、管理者的地位，更未提及这些组织者和管理者其在保护国家象征的过程中应当承担什么样的责任、履行何种职能。《体育赛事活动管理办法》(2020)提到“体育赛事相关人员”应在活动中积极营造和谐文明的赛场文化氛围，但如何营造、不同主体承担的责任大小、如何确定以及对破坏秩序行为人的追责制度等都不在条文规定的范围之内。③法律责任条款的缺失。法律义务条款的完整性以及法律责任与法律义务的全面对应是法律责任规定完善的关键性因素^[14]。强制性、惩戒性的法律责任作为消极性法律后果，只有通过责任的明确规定才能对涉及侵犯国家象征的行为进行追责，责任的不明确或是缺失就会导致法律义务无法实际履行。《体育法》第三十四条规定了组织者应当对在中国境内举办的重大体育竞赛的徽记、旗帜及吉祥物等标志进行保护，但是在第四章法律责任中却没有规定违反保护义务应当承担的责任；《体育赛事活动管理办法》(2020)于第三章规定了体育赛事活动相关人员应当履行安全、有序地办赛、参赛、观赛义务，同样在责任条款中疏于制定相应的惩戒措施。这种义务、惩戒条款的缺失，显然无法为追究侵犯国家象征的行为提供正

当依据。

4.1.3 行业规范、法规与刑法衔接不畅

竞技体育领域内法规、规章呈现的非体系性、不完整性特征在导致体育活动自身发展陷入困局的同时，进一步造成了排斥司法力量介入的局面。一方面，竞技体育内部附属刑法条款的缺失和语义的模糊造成了刑法引用的困难^[15]。《体育法》明文指出的犯罪行为包括贿赂、诈骗、组织赌博；侵占、破坏公共体育设施；寻衅滋事、扰乱公共秩序以及挪用、克扣体育资金。侮辱国家象征等不法行为则不在条文明确规定之列，自然在该法规中也无法找到与刑法条文相对应的衔接条款。另一方面，体育法规、规章等规范中缺乏关于越轨行为的“定量规定”。以《体育法》第五十一条为例，其仅规定“构成犯罪的，依法追究刑事责任”，但未对行为构成作具体展开，则该行为在什么程度下进入刑法的规制范围不得而知。这些笼统甚至空白的规定最终导致了“以纪代法”现象的发生。倘若侵犯国家象征的行为构成犯罪，则其应具备涉众性、正常竞技活动阻碍性等构成因素，若不具备上述条件，该行为就不会触犯刑法。而对于这些，法律规定仅是简单地将行为的违纪、违法性用一句话加以概括，显然无法为司法机关处理相关违法行为、促进竞技体育的健康发展提供有利条件。

4.2 解决方法：构建硬法与软法并存的法源体系

若想国家象征在竞技领域内获得全面保护，必须构建完备的法律规范体系。首先，应以《体育法》的修改完善带动整个竞技体育内部法律的体系化。2018年，全国人大常委会将“体育法(修改)”列为《第十三届全国人大常委会立法规划》中的第二类项目。以此为基础，学界对于《体育法》修改的方式以及具体内容进行了研讨，主要划分为对《体育法》全面修订以及在现有《体育法》内保留结构、内容再进行充实完善的修正两种方式^[16]。无论是修订还是修正，对《体育法》进行内容调整已成为体育界人士的共识。但在调整中需注意的，《体育法》作为竞技体育领域内的根本法，宣示性条文是其不可灭失的重要内容^[17]。因此，不能一概要求体育法内容极尽详细，而是应该在竞技体育领域着力构建硬法与软法并存的法源体系，即发挥《体育法》立法的宣示作用，并善用政策、司法解释等补充性条款去解决

涉及国家象征犯罪的预防和惩罚条款的具体展开等问题。

4.2.1 明确组织体的地位及权责规定

在竞技领域中,体育赛事活动的主办方、承办方、协办方、体育部门是最开始发现侮辱国家象征行为并作出首要判断的第一管理人。因此,竞技体育领域内组织体的地位、权责必须通过权威的立法进行明确。

首先,应当在《体育法》总则一章中对其作出原则性的规定,确定体育组织体所享有的自治权利范围,赋予其对包括观众在内的人员进行惩戒的权力,如有关组织可以禁止曾有越轨行为的观众再次进入赛场、及时将闹事观众带离赛场等。与此同时,应在总则中规定维护赛场秩序正常运行以及保护国家象征尊严不受侵犯是体育组织体的法定义务,并据此义务确定对组织体的追责条款。倘若体育组织体未履行义务,或涉嫌带头实施破坏国家象征、民族团结的不法行为,则在对其进行罚款以外,还应当限制甚至剥夺其行业从事资格,追究具体管理者的刑事责任。

其次,区别规定体育法律责任与体育社会团体的纪律处分条款。体育法律责任涉及民事、行政、刑事责任,而体育社会团体的纪律处分则属于一种社会团体内部的纪律处分,二者所应承担的责任和义务不同,所以应当区分对待。然而,现有的《体育法》规定含混不清,如在第五章第四十九条中规定体育社会团体按章程规定给从事弄虚作假等违反纪律和体育规则者予以处罚,又规定了构成犯罪的应当借助刑法进行处罚。为了避免条款适用上的困惑,应当将体育社会团体的纪律处分规定至第四章,即对体育社会团体的专章规定中去。最后,责任与义务条款应对应设立。法律义务与责任的对应是法律完善的体现。“权利与义务是依法治体的核心问题”,规定赛事相关人员应尽的义务,并细化对于义务履行不当的追责制度是国家象征保护落实到位的重要保证^[18]。在《体育法》“法律责任”一章中,应当规定与前文义务相匹配的责任条款,至于具体的追责和惩戒办法可允许各体育项目部门在制定适应自身发展的章程中予以细化。体育项目部门可以根据赛场的人数、发生的时间、赛场所受影响的范围与程度最终决定适用何种程度的惩戒。

4.2.2 “类型化”下的惩戒措施

第一,基于职业身份的不同。“区别对待”要求根据越轨主体的不同身份采取不同的惩戒方法,即对于运动员等实际参与人,应当着重于行业从事资格限制以及罚金的运用;对观众等群体则以禁止令为导向进行群体规制。对实际参与人的打击,由于不同体育项目的特殊性,各项目章程应对法律法规作出细化规定。运动员一旦实施了侮辱国家象征的犯罪行为,不但要追究其刑事责任,还应限制其从事相关职业的就业资格。另外,在行业章程规定罚款的金额方面,借助行业处罚的灵活性,可规定与运动员等参与者从事违法犯罪行为相配套的高额罚金处罚机制。采用可量化的行政罚款将不同违法情节与不同的罚款额度相对应,使之与行为人的行为恶性程度相匹配,提高处罚的威慑性和精确性^[19]。以此避免单纯的刑法规制导致运动员等从业者因高薪保底而得不到惩戒的局面。对观众等群体的惩处,可以通过扩大禁止令、黑名单等惩戒措施来落实。规定对赛事中引起恶劣群众事件的鼓动者、发起人应直接由领域内的管理者移送司法机关,由司法机关追究其刑事责任。而对于其他参与者,在法条明确赋予体育管理者自治权的基础上,管理者自身建立体育行业黑名单制度,通过互联网进行全国性的备份,直接禁止违法观众在一定的年限内再次进入相关场所。从而对群体违法行为进行追究,纠正群体行为中的个人行为不会被追究的认识误区,打消部分人蓄意“趁火打劫”的幻想。

第二,针对外国国籍和港澳台居民的情形。就外国公民在我国体育赛场内侵犯国家象征的行为而言,国家主权相对性要求主权国家在享有对外国公民自由决定管理制度的同时,也应考虑到一国所承担的保护国际人权的义务以及国与国之间相互依存、相互影响的国际现实。尤其在更具政治表达意蕴的外国公民侮辱国家象征罪的认定上,处置不当容易引发国际矛盾与争端。这就要求在对涉外主体的行为的认定和惩治上,应当更为谨慎地平衡好捍卫国家象征尊严与维护国际关系的微妙关系。在此意义上,将外国公民与本国公民同等看待,适用相同的惩戒措施不再为最优的解决方案。域外国家中,表达自由的囊括范围更广,对个人行为的容忍度较高,在很多情境下,侮辱国旗、国徽行为不会被视为

犯罪。故在考虑上述因素下,选择适用“驱逐出境”更具现实可行性。具体而言,需根据《中华人民共和国外国公民入境出境管理法》《中华人民共和国国家安全法》《刑法》《治安管理处罚法》来构建体育领域内部中“驱逐出境”的相关规定。构建方式可以选择直接在《体育法》法律责任一章中,对实施侵犯国家象征犯罪、严重扰乱社会秩序的外国选手、外国观众增加适用“驱逐出境”的惩戒措施。也可直接适用《治安管理处罚法》第十条的规定,对违反治安管理的外国公民,“附加适用限期出境或驱逐出境”。与此同时,当违法行为超脱了行政法管辖范围时,行政主体不再享有处置权力,其应及时将涉嫌犯罪的外国公民移交给司法机关,由其最终决定是否对该主体单独适用抑或是附随适用驱逐出境的刑罚措施。

就我国港澳台居民在内地体育赛场中侵犯国家象征的行为而言,由于香港和澳门特别行政区基本法已经将《中华人民共和国国徽法》《中华人民共和国国旗法》《中华人民共和国国歌法》分别放入了基本法附件3当中,且专门立法予以了落实。如香港特别行政区立法会在2020年6月通过了《国歌条例》,其中规定,任何故意侮辱国歌的行为,如在球场上报以嘘声、在升旗礼聚齐示威手势或在网上恶搞,一经定罪,均可被处以最高罚款5万港币及最高监禁3年的处罚。对于台湾地区居民,则可根据《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》进行协商处理。

第三,基于受侵害法益是否特定。体育赛场上的不法行为可划归为侮辱国家象征罪以及妨害社会管理秩序罪两类罪行。体育赛场上,侮辱国家象征罪可以继续划分为个人犯罪和共同犯罪。个人实施该犯罪行径时,直接追究该主体的行为责任;共同犯罪时,则应当注意区分主从犯,对直接实施焚烧、毁损、玷污、践踏等侮辱行为的主体追究刑责,对提供建议、为犯罪实施创造条件的从犯,考虑其在共同犯罪中作用的基础上给予相应的惩罚。加之,侮辱国旗、国徽、国歌罪法定最高刑为有期徒刑3年,这意味着在一些共同犯罪中,作用较小的从犯可不被追究刑责,但可追加认定其应承担的行政责任。附随性侵犯国家象征物所涉及的妨害社会管理秩序罪的认定中,无论是聚众扰乱社会秩序罪还是聚众

扰乱公共场所罪,都将具备共同犯罪的组织形态作为罪名最终成立的条件。根据刑法第二百九十条、第二百九十一条的规定,其中的首要分子、积极参与者才会被认定为犯罪主体。对此类主体,应当通过适用禁止令、黑名单等行政措施来惩戒,并对不构成犯罪的主要参与人施加更为严厉的行政拘留等措施。从而,根据参与者的不同参与程度、不同不法行为的类型采取定罪处刑、定罪免刑、无罪无刑等轻重衔接的处罚方式以实现精准打击。

4.2.3 出台体育领域专门司法解释、意见

《体育法》不可能对所有涉及刑法条款的行为以及移送司法机关的具体行为标准进行详细描述,在法条中作出太多阐释反而不利于其与刑法的衔接。因此,应当考虑出台与刑法相衔接的司法解释与意见。

在司法解释中设定体育法与刑法的衔接条款应当满足几个条件,一是,明确性,应当将可能涉及的不法类型涵盖在内,从而为具体的实践提供操作指南;二是,衔接清晰,在司法解释中的衔接重在强调体育内部规制和刑法之间的衔接,而有关行业内进行的处罚、行业处罚和行政处罚的衔接应当规定在体育内部政策条款内。以最高人民法院、最高人民检察院等发布的《关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见》为样本,可以出台《关于依法惩治涉嫌侵犯国家象征行为违法犯罪维护体育正常发展秩序的相关意见》,具体条款内容为:“在体育竞技赛场上践踏国旗、焚烧国旗、国徽、挥舞侮辱国家象征的标语、旗帜;在奏唱国歌时起哄闹事等,尚未引起严重失序行为的个人(这里失序行为的严重与否就应当由前文中的众多因素来进行考虑),经依法劝说,警告无效的,要依法驱散,对拒不服从的人员要依法带离赛场,依照治安管理处罚法的第二十三条的规定处罚;造成严重损失或者严重危及国家象征、国家形象或是扰乱赛场秩序情节严重的,构成寻衅滋事罪、侮辱国家象征罪、聚众扰乱社会秩序罪、聚众扰乱公共秩序罪的,依照刑法的有关规定定罪处罚。”在此基础上,借助寻衅滋事罪的司法解释,以寻衅滋事的社会危害性为参考,竞技体育领域内侮辱国家象征罪的成立要件应综合以下因素考量,即赛事的重要程度、体育赛场场所的人数,起哄闹事的时间,赛场场所受影响与范围程度,综合判

断行为是否扰乱公共场所的正常秩序、造成国家象征的破坏。

5 防患于未然: 情境再塑造与爱国意识的培养

5.1 着力营造正面维护国家象征的积极情境

所谓“情境”不仅仅是人们所生活的周遭环境,而是“人”与“环境”互动所产生的结果。在此情形下,情境相对于人就有着不同的性质,其可以成为阻碍违法违纪的因素也可以成为催发犯罪发生的条件^[20]。针对竞技体育领域的特性,可通过实名购票和监控安保系统的完善来实现“匿名感”的消除,从而破除群体对个人形成的“恶性”安全感壁垒。“匿名感”最终酿成秩序破坏的恶果,很大一部分原因在于社群中的个体认为其可以被裹挟于群体之中,肆无忌惮地跟随群体的行动而不被察觉,进而使得个人地位和属性暂时性缺位,从而助长了个人的犯罪冲动。而当场景中要素改变、个人身份被标记时,个体如果再选择进行违法违纪行为,被抓获并被施加处罚的可能性就会大大增加,从而使得个体存在的侥幸心理限度得以破防,进而达到群体事件发生概率降低的效果。实行实名购票以及入场面部登记,甚至是大屏幕随机捕捉观众席等监控安保措施,让个体实在地感知到由群体带来的“保护伞”不复存在,取而代之的是个体被标记、个人信息被储存的“压力”。在这样的情景模式设计下,个体地位和属性就无法再隐置于群体当中,高度精确化的个人信息定位反而成为群体活动能够更加合理进行的保护手段。与此同时,通过看台文化的营造进一步深化良性情景模式的塑造。有学者针对赛场越轨行为的潜在危险,提出应通过良好看台文化的建立促进竞技领域的健康发展^[21]。燥热、闭塞、拥挤都是促成犯罪的情境因素,而运动员与观众的良性互动、观众席的合理布局以及人们舒适度的提高则可减少犯罪行为的发生。

5.2 培养爱国认同与提升思考序位

宗教、体育抑或是其他类型的社会群体性质活动的产生和积极运行,都是人们寻找社会归属感的尝试,个体尤其希望通过可直接感受的方式,参与到他所认为的重要生活领域^[22]。但是竞技体育领域生存的前提预设是主权国家的秩序安定。即只有在社会秩序稳定、政府有力、人民安居乐业下才能发展

社会娱乐活动,也就是说,实际上竞技体育领域的认同感只有归附于国家、民族的认同感之下,才能有存续发展的机会。与之相对,竞技体育领域内无论主体身份是否存在差异,侮辱国家象征行为的生成关键均在于文化自觉性和道德自律性的缺失。相关人员缺乏爱国情感、没有将爱国情感演绎为自觉行为,从而导致了在认同感上没有把对国家、民族的认同放在首位,也没有将公共秩序的维护以及国家象征的尊重作为个人的义务予以践行。

个人的社群认同有多个层次和不同表现方式,基于体育场域的变化以及要素的改变,人们将竞技体育领域内的社群认同在当时场景下暂时性地升到首位。因而,在个体认同意识的建构中,问题的关键不在于个体在所拥有的多种不同形式的认同中进行“任选其一”,而是在不同形式的认同中确定自己应当遵循何种认同排序。因此,抵制侵害国家象征行为的要点就在于,应当使爱国认同意识在个体的认同层次结构中处于个人优先认同的位次。个人只有在满足了爱国认同的情形下,才能再将自己归属到其他认同阵营中去,并在其他认同试图偏离爱国情感时,再次回归到爱国、民族认同的首要认同上。体育赛场中,升国旗、奏国歌都是爱国教育培育、深化的重要手段。此类手段可以使运动员的培育和观众等主体更注重爱国情感。在正面强化引导下,进一步巩固个体的爱国认同,使人们获得或是提升对国家、民族的感同身受。

参考文献:

- [1] 国晓光.国歌塑造认同:超越政体类型学的国家认同建构——基于对121国国歌的政治学分析[J].新疆大学学报(人文社会科学版),2020(2):55-62.
- [2] 杜少尉.我国刑事驱逐出境完善研究——以国家安全为视角[J].法学杂志,2020(8):105.
- [3] 吴玉萍.竞技体育暴力行为之刑法介入[J].政法论丛,2012(6):89-94.
- [4] 范森,张旭.美国仇恨犯罪理论引入之前提性研究[J].法学杂志,2015(1):74-81.
- [5] 邱小平.表达自由——美国宪法第一修正案研究[M].北京:北京大学出版社,2015.
- [6] 臧震.美国宪政精神下的表达自由——以焚烧国旗案为例[J].法学论坛,2006(3):139-144.
- [7] 冯文杰.对抗性竞技体育伤害行为的实质解释论——基于批判积极刑法立法观的视角[J].天津体育学院学报,2020(5):587-593.
- [8] 徐伟康,林朝晖.人工智能体育应用的风险与法律规

- 制——兼论我国《体育法》修改相关条款的补足[J]. 体育学研究, 2021, 35(4): 29-38.
- [9] 秦前红, 黄明涛. 表达自由的理念与限度——香港特别行政区终审法院国旗案与美国最高法院焚烧国旗案比较研究[J]. 北方法学, 2012(5): 35-45.
- [10] 徐春宁, 何满龙, 张云峰. 符号提喻和象征: 体育形塑国家形象的连续体[J]. 体育与科学, 2016(6): 42-47.
- [11] 高雪峰. 人本体育原论[J]. 武汉体育学院学报, 2013, 47(5): 10-14.
- [12] 马宏俊. 试论我国体育法律体系的建立与完善——以《中华人民共和国体育法》修改为视角[J]. 体育科学, 2021, 41(1): 7-20.
- [13] 姜世波. 《中华人民共和国体育法》的司法适用探析[J]. 天津体育学院学报, 2015(3): 221-227.
- [14] 汤唯, 毕可志. 地方立法的民主化与科学化构想[M]. 北京: 北京大学出版社, 2015.
- [15] 王桢. 我国体育法中犯罪条款的问题反思与修改完善[J]. 天津体育学院学报, 2018(2): 115-121.
- [16] 卫学芝, 汪全胜. 从修正到修订: 我国《体育法》修改的模式选择[J]. 北京体育大学学报, 2020(10): 136-144.
- [17] 于善旭, 李先燕. 论修改《体育法》的内容结构调整与质量提高[J]. 上海体育学院学报, 2018, 42(2): 1-8.
- [18] 周爱光. 中国《体育法》修改的总体思路——基于国外体育立法修法经验的分析[J]. 体育学研究, 2019, 2(3): 1-7.
- [19] 孙莹. 大规模侵害个人信息高额罚款研究[J]. 中国法学, 2020(5): 106-126.
- [20] 荣晓红. 论犯罪的情景化特征及情景犯罪刑事政策[J]. 北京警察学院学报, 2017(4): 103-109.
- [21] 史友宽, 孙思哲, 王军. 营造排球比赛看台文化的现实意义和对策分析[J]. 首都体育学院学报, 2005(2): 27-29.
- [22] 闫闯, 郑航. 社群主义的国家认同与爱国主义教育[J]. 教育学报, 2015(6): 3-9.

作者贡献声明:

贾健: 提出论文选题, 撰写、修改论文; 董欢: 资料收集, 参与撰写论文。

Regulation on Infringement of National Symbols in the Field of Competitive Sports

JIA Jian, DONG Huan

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

Abstract: At present, there are some problems in the field of competitive sports, such as insufficient protection of relevant sports norms, imperfect norms and poor connection with justice. It is necessary to consider the characteristics and types of such crimes, and grasp the theoretical premise of the necessity of external regulatory intervention. It is proposed to establish responsibility clauses corresponding to obligations by clearly defining the status, rights and responsibilities of the organization. We should distinguish the disciplinary mechanism for different subjects and formulate special judicial interpretation to build a legal source system with soft and hard laws at the core of sports law. At the same time, through preventive measures such as reshaping the situation conducive to maintaining the national symbol and cultivating the awareness of national identity, we should create an environmental atmosphere for maintaining the national symbol inside and outside the competitive sports field.

Key words: competitive sports; symbol; community identification; National identity; industry autonomy