

# 违法性认识与刑法认同

冯亚东\*

---

**内容提要:**刑法规范具有行为规范和裁判规范一体两面的双重功能——既是行为人指导行为的基本准则,又是司法者依法进行裁判的规则体系。生活中由于行为人总是受制于种种“前见”而选择自身行为,其对行为规范的理解往往同反映法共同体当下要求的裁判规范并不一致,于是便产生行为人在刑法上的违法性认识错误问题。由于刑法上的双重规范意义同属于对同一行为的社区价值评价范畴,两者在社会主流文化价值观念上应当尽可能求取一致。因此,解决违法性认识错误问题,应以社会主流价值观念作为司法最终的裁判标准,同时注意发挥刑法裁判规范对应然价值及未然秩序的导向作用。

**关键词:**行为规范 裁判规范 违法性认识 刑法认同

---

违法性认识是指行为人对自己实施的行为之刑法意义的认识。“违法性认识问题的提出是17-18世纪资产阶级启蒙运动的产物,而最早对判例所采取的传统观点提出异议的是费尔巴哈,他从道义责任说的立场出发,主张故意之中包含违法性的认识”。〔1〕自此,大陆法系刑法学界就违法性认识问题及其在犯罪成立条件中的地位——尤其是违法性认识是否属于故意的构成要素,展开了长期论争。我国学者在对违法性认识问题的研究上,也主要集中在其与犯罪故意的关系上,所形成的观点同大陆法系刑法理论中的“故意说”较为接近,而与“责任说”相去甚远。从法益侵权的角度看,由于我国刑法理论中的“社会危害性”概念与大陆法系刑法理论中的“实质违法性”概念大致通约,因此国内学者对违法性认识的讨论另取角度主要限于对“形式”违法性的讨论——行为人是否认识到自己行为在形式上违法、认识到违反何种意义的法、认识到法的具体规定性是什么。

对国内学者们在此问题上形成的种种主张,本文并不打算在此加以评说。笔者认为,学界在论证问题时似乎过于注重表象化和技术化的方面——更多停留在刑法学自身较为封闭的逻辑体系内讨论问题,且未能自觉较好地处理德日犯罪论体系下“违法性认识”概念同中国体系的语境对接问题,〔2〕从而对生活中疑难事案的定性,或难有助益,或更添纷争。因此,本文试图从承载刑法体系的基本理念和基础理论方面,对违法性认识问题作一些另类的分析。

---

\* 西南财经大学法学院教授。

〔1〕 刘明祥:《刑法中错误论》,中国检察出版社1996年版,第7页。

〔2〕 “违法性认识”这一概念本系在德日犯罪论体系下才产生的问题——即在“违法性”(法益侵权性)基础上在有责性层面讨论行为人的认识态度,而中国语境下的“违法性”概念却一般理解为是指行为具有违反法律规定的属性,故中国学者往往很自然地偏重于字面意义而在中国犯罪论体系下讨论“违法性认识”问题,本文为解决“中国问题”也取这一视角。

## 一、违法性认识问题的产生缘由——不同主体对刑法的不同认知

注释刑法学作为一种服务于司法实践的规范解释性体系,应有益于规范适用于具体事案以达到更合理正义的状态;违法性认识理论的提出乃至不断完善,无非也是为了通过具体案件的“依法”处断,更好地维护犯罪人权益和社会利益。从早期刑法较为武断、整齐划一地坚持“不知法律不赦”的原则,到将违法性认识作为一个重要问题认真讨论,正是由于近代以来刑法日益浓郁的人道关怀,使我们不得不审慎考虑在行为人对行为的法律意义是否产生认识、产生何种认识的情况下,是否或如何定罪量刑才能最大限度地实现公平正义,从而使刑法更契合人性并有力推动生活前进。无论是大陆法系的诸种学说还是我国刑法界的各种论争,都大体围绕这一目标努力,而解决违法性认识及其错误问题的现实意义正在于此!<sup>[3]</sup>

然而,对国家统一颁布并要求一体遵行的刑法何以会产生认识错误?这本身就是一个问题。问题之肇端源于刑法作为一种面向全社会的文本规则体系,所必然具有的一体两面的双重规范意义以及在此基础上存在的双重认知主体——刑法既是行为规范又是裁判规范,既须为人们所感知也更须为裁判者所领悟。刑法一方面为共同体成员设置行为规则,使人们能对自己和他人的行为进行调整和预测;另一方面也为司法者裁判案件提供准则,避免其逾越既定的界限滥施刑罚。<sup>[4]</sup>但是,法治国前提下刑法无论是作为行为规范的功能还是作为裁判规范的功能,都只能是从同一法律中衍生,其基本意域都只能在同一文本中解读。因此,从理论上讲或从理想状态要求,两者不应该存在冲突和抵牾。但是,人类的全部生活史表明:实践总是脱节于理论,现实也并不总是紧随理想。刑法的施行亦不例外。

刑法行为规范的意义在于通过将一定之行为规定为犯罪,以向社会提供一套禁止性实施的行为模式体系,为人们日常的生活、劳动和创造划定一个“自由活动”的界限,企图以此将人们的行为约束在法律规范允许的限度之内。生活若果真照此运行,则理想的大同社会即可大体实现。然而,现实并非如此——人类之所以要设定规范,其出发点就在于生活本身并不“规范”,当今时代躁动不休的市场主体更是时时打算挑战规范。现实中大量存在超出刑法限度的犯罪行为——有不法之徒铤而走险,对刑法之行为规范置若罔闻;也有无知者莽撞胡为,对自己行为之刑法意义缺乏理解。但不管哪种情形,绝大多数行为人对自身行为在刑法上的确切意义(具体罪名、形态及相应刑罚)其实并不了解。如刑法中明确规定了聚众斗殴罪,但现实中又有几人对于其所参与的“打架”的法律评价有所认识——其纯属私人自愿相约的事件还是会遭致司法干预,是治安违法还是犯罪,是流氓罪还是聚众斗殴罪,是“聚众者”才入罪还是会殃及所有参与者。又比如盗窃罪,虽然人人都知晓偷盗不当,但究竟偷到何种程度才具有刑法意义;即使知晓有“数额较大”的规定,但窜至不同区域作案却又各自标准不同;更何况对所涉具体财物具体价值的计算方式有时犹如天书。由此可见,就刑法作为芸芸众生的行为规范来说,只是具有粗浅、大致、模模糊糊的映像意义。

再看裁判规范一面,较之于行为规范的意义而言,刑法更充分、更现实地发挥着裁判规范的功能

[3] “违法性认识”与“违法性认识错误”本属两个意义不同的概念,但就二者分别指涉的意域看,前者主要涉及的是行为人的认识同法律规范及所体现的价值的“明知”、“暗合”或“偏差”问题;而后者则属一种反向的认识思路,同中国刑法语境下的“对法律认识的错误”问题有诸多叠合之处,故本文侧重于中国语境下的“错误”视角而论述“违法性认识”问题。

[4] 有学者认为刑法规范只是裁判规范而不具行为规范意义,但疑问有二:首先,假若没有刑法,是否对人们的行为完全没有影响——即人们是否意识到“刑法”的存在而择定行为?其次,刑法若不具行为规范意义,则在理论上群体成员之间缺乏一种“事先的约定”,那又基于什么理由“事后”对行为进行惩罚呢?基于这两点考虑,本文认可刑法既是行为规范又是裁判规范的通说,并以这一理论预设作为论证前提。需要强调的是:人们事实上遵循的社区行为规范(伦理、习俗或其他)本身就是刑法(国家法)的基础与灵魂,二者在“活法”的意义上难解难分。

——指令司法者判断具体行为是否构成犯罪、构成何罪、该处何刑。刑法的裁判规范功能是罪刑法定原则的直接产物,它要求裁判机关在评价某一行为的时候必须根据刑法的明文规定进行,不得擅自而为。贝卡利亚论道:“只有法律才能为犯罪规定刑罚。只有代表根据社会契约而联合起来的整个社会的立法者才拥有这一权威。任何司法官员(他是社会的一部分)都不能自命公正地对该社会的另一成员科处刑罚。超越法律限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚。因此,任何一个司法官员都不得以热忱或公共福利为借口,增加对犯罪公民的既定刑罚。”〔5〕尤其在我国这样一个长期以来权利经常被自诩为权利保护者的官员所侵犯的国度,罪刑法定原则的坚持显得尤为重要。〔6〕但是,对承担着“罪刑法定”如此重任的裁判规范,在受过大量法律教育和长期从事司法工作的专业群体中,却也没有可能形成一种统一的理解。对一个法律条文、一种行为样态、一种罪过形式,完全可能存在多种不同观点;一些疑难案件中针锋相对的法律处置方案争执不下更是一种常态,对同一“裁判规范”的文本的理解往往存在巨大差异。在此层面上,应否要求行为人对终局裁判的具体依据及理由有所认识呢?若不要求,岂不彰显一种事后强词夺理的霸道吗?

运用语言哲学的原理分析,法律文本是以文字为载体而具有一定逻辑性的概念系统;“法律概念可以被视为是用来以一种简略的方式辨识那些具有相同或共同要素的典型情形的工作性工具”。〔7〕立法者期望法共同体成员(包括司法者)能够理解刑法文本符号传递的意义并一体遵循。但是,不同主体对同一概念符号的认知往往会产生差异——行为人对行为规范的认识同法官对裁判规范的理解完全可能不相一致,不同行为人或不同法官之间往往也会产生分歧。其原因大致有二:首先,立法所使用的文字符号其本身的含义几乎不可能完全无歧义,词不达意或言不尽意的情况是普遍存在的。“我们语言的丰富程度和精妙程度还不足以反映自然现象在种类上的无限性、自然要素的组合与变化、以及一个事物向另一个事物的逐渐演变过程”。〔8〕其次,任何个体——不管是行为人还是司法者——都是带着自己的“前见”并循着当下语境去解读符号的。“每个人都降生在一个历史文化之中,历史首先占有了它,其方式是通过语言。语言不仅仅是工具,它承载着历史、文化和传统,个人在接受语言的同时,也接受了历史。个人永远无法摆脱这种先见”。〔9〕因此,“一个法律适用于一个具体案件不可能仅仅被认为是文本解释。对解释后果日增的思考业已指明,规范的具体化不仅仅是解释。必须以此为出发点,即在日常实践中,其他的经验也作为‘相关规范’进入到具体化过程中。法官把他自己内化的社会规范带到了解释过程中”。〔10〕于是,人们作为行为规范所感受的“刑法”同司法者作为裁判规范所领悟的“刑法”,自然存在差异。

处于制度转型时期的当今中国,法律卷帙浩繁庞杂,司法解释时时翻新,即使是专业人士对法律的精确掌握也甚感吃力,更遑论终日求生存奔波忙碌很少接触法律条文的民众。因此,普通百姓在选择和实施行为时,更多是受由日常生活氛围所形成的一种社区行为规则所支配——不管这些规则是伦理、习俗还是被管理者上升成了各类性质不同的法律。刑法之所以能够发挥行为规范的功能,很大程度并不是因为行为人了解刑法的具体规定,而是因为行为人总是以生活积淀的文化规范作为自己行为的观念性指导形象——良好的刑法恰恰紧扣了这一点。正如昂格尔所指出:“法律被遵守的主要原因在于集团的成员从信念上接受并在行为中体现法律所表达的价值。人们效忠规则是因为规则能够表达人们参与其中的共同目的,而不是靠强制实施规则所必然伴随的威胁。”〔11〕

〔5〕〔意〕贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第11页。

〔6〕参见刘凤科、王斌:《法律规范性与犯罪构成》,《西南民族学院学报》2000年第11期。

〔7〕〔美〕博登海默:《法律学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2001年版,第484页。

〔8〕同上书,第489页。

〔9〕谢晖、陈金钊:《法律:诠释与应用》,上海译文出版社2002年版,第63页。

〔10〕〔德〕阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第384页。

〔11〕〔美〕昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第27页。

在某种意义上可以说:人们对刑法之“行为规范”一知半解的理解和墨守习俗的所谓遵从,体现着世俗生活自然而然延续的真实现状;而司法者对刑法之“裁判规范”苦心孤诣的研习和引经据典的所谓裁判,表达着管理者对未然秩序的某种理想(就良好状态的司法而言)。由此可见,指引行为人实施行为的规则同法官对该行为的评价标准明显不能完全吻合。那么,当行为人对法律的认识同司法者的认识产生冲突时,即违法性认识错误出现时,究竟该适用于何者的认识能达至所谓的公平正义呢?这正是研究违法性认识及其错误所必须给出的答案。

## 二、解决违法性认识问题的出发点——罪过中的认识因素

违法性认识的渊源最早可以追溯到一古老的罗马法格言——即“不知法律不赦”。这条格言所表达的主要含义是:“在作为主观的犯罪成立条件的犯意中,不要求认识到自己行为的违法性。”<sup>[12]</sup>可见,违法性认识问题从一开始就已经和犯罪成立条件中的主观要件“故意”纠缠在一起。

近现代的刑法强调的是主客观相统一的原则——特别是对故意犯罪,强调在归责时行为人必须具备“故意”的基本条件。于是,对“故意”内容的深入探索便成为刑法学的重要课题。但通常的论证却大多停留在对条文中“故意”的字面解析上,缺乏对其“根基”的进一步分析。根据哲学认识论中的事实/价值二元论,“社会生活中人们对事物的认识总是具有两个方面的内容:一方面是弄清事物固有的自然属性,从而知道事物本身是什么、其内在的规定性和外在的结构如何;另一方面弄清事物同人类自己的生存和发展的关系,从而知道事物对人们利益的正负或中性的作用。”<sup>[13]</sup>前一方面属于人们认知客体物理特性的活动,是一种事实判断的过程;后一方面属于人们评价客体、把握价值的认识活动,为一种价值判断的过程。事实判断是价值判断的前提,而价值判断则是事实判断之目的。人们只有首先对事物的自然属性作出准确清晰的判断,才有可能对其社会属性相应作出正确的认识。

在违法性认识错误问题上,上述哲学思想可以对澄清问题开辟另一条路径。在不同主体对犯罪行为的认识中,都同样包含着事实和价值两个方面的判断。对行为本体(动作轨迹)、方式、时间、地点、对象、后果、目的等要素的认识,属于事实判断的过程——由此过程可以获得对行为自然属性的把握;在此基础上,不同主体总会根据自己生活经验所获得的价值标准对行为的社会属性作出判断,从而得出行为是“好”还是“坏”、是“应该”还是“不该”的结论。而这后一步的认识显然已超出了事实判断的范畴,属于人们对行为同其自身及社会利益关系的价值判断。

我国刑法第14条对故意犯罪的规定,就明确包含着对行为的自然属性和社会属性两个方面的认识。“明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生,因而构成犯罪的,是故意犯罪”。其中“明知”所要求的——既包括行为人认识到行为的自然属性(发生结果),也包括认识到行为的社会属性(发生“危害社会”的结果)。“我国刑法中故意的认识内容包括两部分:一是对与行为有关的事实的认识,主要包括行为人对自己行为的内容、性质(自然或物理性质)、结果及行为与结果之间因果关系的认识;二是对行为的性质即行为人对自己行为的社会危害性的一种认识。认识行为事实是认识行为性质的前提,没有对行为事实的认识,就不可能认识行为的危害性;对行为性质的认识是行为人在认识行为事实的基础上对自己行为属性的一种规范性价值判断,它是对行为人进行责任非难的认识根据。没有对行为危害的认识,就不能构成故意的认识内容。”<sup>[14]</sup>

自然属性是事物本身所固有的、天然的物理属性,不以认识主体意志为转移,不会因主体判断标准的不同发生改变。对于行为的自然属性,任何具有刑事责任能力的人都能够认识到——刀是有杀

[12] 参见张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第207页。

[13] 参见拙著:《理性主义与刑法模式》,中国政法大学出版社1999年版,第19页。

[14] 谢望原、柳忠卫:《犯罪成立视野中的违法性认识》,《法学评论》2003年第3期。

伤力的,刺入人体会损害健康或危及生命;并且,这种不包含任何价值判断的认识在所有认识主体之间都应该大致相同的(对事实的认识错误另当别论)。而行为的社会属性是人们将特定行为同自己的生存体验和利益感受联系起来,对行为作出的一种个人的好恶评价;不同的认识主体,对同一行为的社会属性的认识可能有所不同甚至截然相反。一个行为它本身是有害还是无害,其有害又具体危害哪些方面,并不取决于其自身的自然属性;就孤立的行为自身来说,它只是一种客观存在的事实,本身并不包含任何有害还是无害的结论,危害与否完全是不同主体基于主体利益而给予它的一种价值评价。

生活中人们之所以实施此种行为而不实施他种行为,在心理层面最重要的制约因素在于其对不同行为存在不同认识;对不同行为的不同自然属性的认识只是行为人选择行为的前提与基础,而是否最终选定更取决于行为人对行为自然属性的反应形态同自身及社会利益关系的权衡——即更受对行为社会属性考虑的制约(虽然行为人并不能自觉地区分这两个心理层面,但以事实/价值二元论的认识方法可以将其还原)。因为行为社会属性的一面——社会对该行为赞许、容忍或谴责的态度,将不同程度决定行为人在社区中的生存命运。在违法性认识错误的情形下,行为人正是在对自己行为社会属性的确切意义——即刑法将作何评价上产生了理解上的偏差。<sup>[15]</sup>

可见,所谓违法性认识错误,宏观上看是行为人在罪过认识上发生了错误;但更确切地说是对自己行为社会属性认识的错误,即行为人对自己行为社会属性的理解同作为裁判规范的刑法对该行为社会属性的评价不相一致。行为人对自己行为自然属性因果联系的认识,是无可非议也是无须改变的;唯一值得谴责和可以改变的是——行为人对自己行为社会属性的判断和理解。刑法真正需要关心和注意的是:揭示行为人对行为社会属性产生“错误”认识的原因,考量这种原因存在的社区基础;作为裁判规范的刑法评价为什么同行为人的评价不相一致——是法律不近情理,还是行为者亟待提高?在确定一种合理的统一标准基础上最终对“错误”作出刑法的具体结论。

由于对同一行为的社会属性理所当然地存在不同的价值评价,故在人们所遵从的行为“活规范”和法律所表达的行为“明规则”之间、在行为人对具体行为的评价和司法者的裁判要求之间,要建立一种统一的认识评判标准似乎不太可能。但考虑到民主政制下民情民意民俗是决定国家、政府及法律的最根本力量,这便使我们试图通过统一评价标准以获得对行为社会价值一致评价的努力,有能够成功的希望,也使我们能够具体掌握解决违法性认识错误的有效方式。

### 三、违法性认识问题解结——行为规范与裁判规范的反馈互动

在违法性认识错误中,虽然行为人所理解的行为规范同司法者所掌握的裁判规范不相一致,且行为规范与裁判规范相对于不同主体各有自己不同的运行机制,但两者又并非互无联系的孤立部分;恰恰相反,作为刑法“一体”的“两面”,两者在刑法的适用及完善过程中相互定义、交换能量、反馈信息,彼此都为对方一面观念形象的更加明晰提供真实的材料,从而使“刑法”本体的全方位形象更为高大丰满。

一方面,作为裁判规范的确切依据及理由在基础方面只能根源于实然的行为规范——实际生活中人们约定俗成的主流价值观念是裁判规范的根基和本质。裁判规范是立法者依据一定的利益需求与价值观念将生活中的危害行为类型化并以一定符号表达出来的概念系统,表现为通过刑法规范所

[15] 德日刑法学界有学者将“故意”分为该当性层面的故意(对行为事实要素的认识)和有责性层面的故意(对行为价值意义的认识),即属这种事实/价值二元分离的思路。依笔者之愚见,唯有这种思路才最有可能在三阶层体系下较完整地认识“行为”方方面面之意义。但由此也可反思:在不同层面分别考察“故意”(甚至在违法性层面都有必要)的繁琐做法,是否适合于中国的司法实际。

确认的认定犯罪之规格、标准或模型。而立法者在将生活中某些严重的危害行为挑选出来作为犯罪处理时,成为筛选标准的“一定的利益需求和价值观念”必定为社会公众所认可,即同样也是人们之行为规范观念基础所在——刑法之“一体两面”的规范意义在此充分展示。

既然裁判规范是从诸多危害行为的原型中归纳抽象出的衡量具体行为是否构成犯罪的标准或模型,那么,较之于生活中每日每时发生的千姿百态的危害行为原型,裁判规范就显得模糊粗糙简单得多。期望法律概念系统能够为司法处理所有案件提供可靠的操作标准,只能是一种虚幻的梦想;法律的规定无论如何详尽,其所设制度中的空白点和模糊区域仍然极为广泛。因此,在运用裁判规范解析疑难事案时,一方面必须按照模型既定的基本规定性去判解原型,而另一方面原型中所透析的新的生活信息又对模型随时产生反馈作用——在对具体事案的分析解决中反过来又进一步丰富和完善关于模型观念(明晰概念的内涵和外延),进一步塑造刑法自身并推动刑法理论的深入发展。<sup>[16]</sup>

另一方面,裁判规范又为应然行为规范提供理念上、方向上的引导——对人们选择具体行为起价值导向作用。裁判规范虽然根源于行为规范,但绝非仅仅只是群体生活自然积淀的朴素行为规则的简单文本表现形式,而是无数政治家、立法者、司法者和学者们以他们的经验、智慧对生活的提炼、塑造和升华。在行为人没有认识到其行为更深刻的社会意义时,司法者有责任引导他们——在对个案的处理中讲出实实在在的情理和法理来,将法律的规定和要求及其理由以判决的形式传递于民众,使人们能够切实全方位地理解自己行为的社会性质并由此形成新的行为规范,以避免将来可能再发生的违法性认识错误问题。

在发生违法性认识错误的绝大多数案件中,行为人根据社区一般的价值标准都能认识到自己的行为是有危害性的——无论其认识到的危害性大小程度及具体性质是否与刑法的评价相一致。就杀人、放火、伤害、抢劫、盗窃等自然犯而言,行为人根据一般的伦理道德规范就能认识到行为的危害性(包括所谓“大义灭亲”的故意杀人案件);即使是在最有可能发生违法性认识错误问题的制定犯中,行为人大多也知道自己的行为是不当的、是国法不容的——如偷税、套汇、虚假出资、假冒注册商标。在这种情况下,即使根据行为人并不具体知晓的裁判规范做出处罚,行为人及社区群众也不致产生强烈的抵触心理;行为人既然认识到行为的危害性仍执意孤行,就表明了行为人的反社会性;而依法对其惩处在一般大众看来也是天经地义、理所当然的,并不与民众基本价值评价发生根本性冲突。

如果行为人依“社区标准”的确不能认识到自己行为的社会危害性,则只能根据社区标准不作故意犯罪处理,以尊重民众基本的法感情并维系刑法的民众认同基础。不能直接根据所谓的裁判规范作出同行为人及社区群众基本价值观念完全相悖的判决,否则将为法律笼罩上野蛮无聊的阴影。法律的字面规定源于生活的情理,而法律的终极效力则来自于人们的普遍认同,否则就会变成强词夺理、恣意妄为的工具。任何一项正当性的事业,都只有在一个社会的历史、文化和日常经验中扎根下来,才可能血肉丰满地生长起来;无论自由、民主、宪政还是法治,除非民众将它们视为自己的事业并为之奋斗,它们才会真正产生“意义”。因此,当社区行为规范同刑法裁判规范发生冲突时,应当适当肯定人们的生活情理,“现代法治国家刑法应当将其超强制性转化为诱导性强制”。<sup>[17]</sup>于此,对发生在边远闭塞地区造成实害的所谓“迷信犯”(如出于真诚的治病动机而以迷信方法致人重伤或死亡<sup>[18]</sup>),不能简单地以故意犯罪论处;但我们在法律上仍然具有充足的理由至少要求行为人对危害后果“应当预见”,从而对其以过失犯罪追究刑事责任。

作为裁判规范的刑法对社区行为规范的吸收抑或改造,是一个渐进的过程;这一过程同时也是社

[16] 参见冯亚东、胡东飞:《犯罪构成模型论》,《法学研究》2004年第1期。

[17] 周光权:《刑法诸问题的新表述》,中国法制出版社1999年版,第29页。

[18] 这种情况具有“对法律认识的错误”和“对事实认识的错误”的双重性质,即“以为法律是允许的”和“以为自己方法是能治病的”。

会主流文化和社区亚文化的不断调适、相互妥协、最终融为一体的过程。当反映社会主流文化的法律在向所有社区延伸时,若简单依靠政治力量而对反映社区文化的行为进行压抑强迫,则在很大程度上可能造成社区失序。若在尊重行为人的生活情理的同时对其进行适度的规范强制,则既可以使社区秩序得以维持,也会使法律得到社区民众的认同。“真正能阻止犯罪的乃是守法的传统,这种传统又根植于一种深切而热烈的信念之中,那就是,法律不只是世俗政策的工具,它也是终极目的和生活意义的一部分。一旦法律被理解为积极的、活生生的人类活动,它就包含了——正好比宗教包含了——人的全部生命,包括了他的梦想,他的激情,他的终极关怀。”〔19〕

法律制度的成长是从社区内部汲取能量的,并不断地从各种地方性社区文化中采撷合理的成分。这种过程隐含着社会主流文化将取代地方性社区文化的某种必然,但同时却又扩展了两者的互动空间;在频繁而又广泛的接触中形成了我们更多的选择,从而可以更有效地进行社会自我调适。“这一过程包含无意识的传承和有意识的创造,并且在文化创造中增加了文化的认同,强化了文化的多样性”。〔20〕反映地方性社区文化的生活情理作为一种亚文化,在现代法治背景下与反映社会主流文化的法律进行着一种广泛、深入、频繁的碰撞和交融,但这种碰撞交融不是由上及下一厢情愿的单向运动,而是多向、多层次的文化互动和吸纳。只有那些以某种具体和贴切的方式将刚性与灵活性完美结合在一起的法律制度,才是真正伟大的制度。

---

**Abstract:** Criminal law, the norm for both behavior and judgment, has the character of double functions—the basic standard to guide people how to behave, as well as the fundamental criteria judges must comply with when reaching decisions. However, in actual life, because a man always behaviors according to his own “pre-experiences” of right and wrong, his understanding of a behavior norm dose not always conform with the judgment norm reflecting the general requirement of legal community, which gives birth to the problem of cognizance of illegality. Since the double functions of criminal legal norm are the same in the sense of evaluating one conduct according to the main culture and value of the community, they should try to be consistent with each other. Therefore, to solve the problem of cognizance of illegality, we should take the main value of the community as the ultimate norm for judgment, meanwhile trying to exert the guiding effect of criminal legal norms to future life.

**Key words:** behavior norm, judgment norm, cognizance of illegality, recognition of criminal law

---

〔19〕 [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第18页以下。

〔20〕 郑萍:《村落视野中的大传统与小传统》,《读书》2005年第7期。