

多元文化社会中 文化冲突型违法性认识错误及其处理

陈山^{1,2}, 李昊¹

(1.西南政法大学 博士后流动站,重庆 401120;2.四川师范大学 法学院,成都 610066)

摘要:多元文化社会中,主流社会文化基础的国家刑法处理文化冲突型违法性认识错误,需要区分行为人所属群体社会与主流社会之间是否符合“主体间性”标准,决定是否采取“宽容”的政策立场,以确保正常的多元化共存,或者维系必要的内在团结。一般地,应否认文化冲突成因的违法性认识错误的行为人具有犯罪故意,也应当否认其具有违法性认识之可能性,犯罪过失难以成立;受亚文化影响的行为人对主流社会文化基础法律的认知能力也明显低于常人,刑事责任评价应以趋轻。

关键词:文化冲突;违法性认识错误;法律责任;主体间性;宽容

中图分类号:DF0 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2014)06-0025-08

一 文化冲突:概念与类型

(一)概念

“文化冲突”(culture conflict)这一概念并非简单描述相异文化的对立状态,它更主要是指处于主流社会文化法秩序领域中的亚文化群体的一定社会成员受亚文化影响做出违反主流社会文化基础法律的不法行为之情形。多元文化理论表明:文化系统构成人类实践的“前见”,为其提供知识、信念与价值观,特别是具体化的“行为规范”(norms)^[1]。当主流社会文化与亚文化对各自所容许或者禁止的行为界定不同时,文化冲突难免发生。文化冲突在主观上表现为两种形态,一种是“无意不法”,一种是“执意违法”。前者例如,在电影《刮痧》的叙事中,“刮痧”是中国社会文化许可的“治疗”行为,在美国

主流社会文化的领域则被视为“伤害”、“虐待”,电影主角许大同的父亲在不知道美国主流社会文化基础法律不容许此种“刮痧”行为的情况下,给其孙子实施了“刮痧”,直接引发了许大同父子面临美国刑事危机^①。后者例如,南京某大学副教授马尧海迷信“同好”亚文化,尽管知道与他人聚众淫乱的行为被我国主流社会文化基础法律所禁止,却仍然坚信这种行为的正当性,甚至高调宣称“自己无罪”^[2]。

(二)类型

赛林以相互冲突的文化之源流关系为标准,将文化冲突划分为“基本文化冲突”与“从属文化冲突”两种类型^{[3]97-103}。基本文化冲突是不同群体独立发展的文化类型之间的冲突,是文化扩张所致,主要发生于一种文化群体的成员迁徙到另一种文化领

收稿日期:2014-07-19

基金项目:本文获国家哲学社会科学西部项目“完善西部少数民族就业优惠制度的实证调查与法律对策研究”(13xmx058)、中国博士后基金面上项目(20120051)资助。

作者简介:陈山(1975—),男,四川南江人,西南政法大学博士后研究人员,四川师范大学法学院副教授,四川省犯罪防控研究中心研究员,主要从事刑事法学教学与研究;

李昊(1979—),男,四川成都人,法学博士,四川师范大学法学院讲师,主要从事宪法学、民族法学教学与研究。

域中,发生冲突的文化是相异的、不同源流的文化。从属文化冲突是具有发展、流变关系的文化类型之间的冲突,是文化变迁引起的,主要发生于独立发展的文化群体内部的各个从属性群体文化与主流社会的文化冲突,发生冲突的文化是具有发展演变关系的、同一源流的文化。

在国家领域内^②,对于基本文化冲突,可依据与主流社会文化发生冲突的具有独立性的亚文化的群体层次不同,划分为“外国亚文化与主流社会文化冲突”、“少数民族亚文化与主流社会文化冲突”。

之一,“外国亚文化与主流社会文化冲突”。这是指外国社会的成员基于所信奉的外国社会文化而与所在国主流社会文化发生的文化冲突。前述“刮痧”案正是典型。不同国家社会之间具有相互独立的主体性,所以不同国家之间的社会文化冲突原则上属于赛林所谓基本文化冲突。

之二,“少数民族亚文化与主流社会文化冲突”。这是指少数民族的成员基于所信奉的民族文化而与本国主流社会文化发生的文化冲突。例如,在中国藏族地区有以“赔命价”解决涉命案件纠纷的传统^[4]。信奉该文化的藏族同胞在沿海地区为“摆平”自家孩子所犯命案,拿钱赔命,这显然属于危害国家司法秩序的文化冲突。在奉行民族平等的多民族国家中,往往会在主流社会文化基础之上,特别地容许少数民族文化在一定范围内建构基于本民族文化的法秩序^③。大致有如下两种情形。第一种是没有具体被害人的,少数民族身份者在特定领域内做出特定行为的,并不违法。例如,我国部分少数民族有携带佩刀的习俗,而公安部颁行的《对部分刀具实行管制的暂行规定》明文禁止携带匕首等管制刀具,同时又在该规定第十二条特别地承认少数民族因为生活习惯可以在自治规定下,在自治区域内合法佩刀。第二种是有具体被害人的,在特定区域内不仅需要行为人是少数民族身份者,也需要被害人是同一少数民族身份者,因为在同种文化共同体范围内,这种行为的合法性才能达成社会谅解,赢得社会共识。例如,中国哈尼族有“然民干”、“窜姑娘”的习俗,“哈尼族男青年看上了哪位姑娘,不管人家愿意与否,就上去调戏,在她身上乱摸,甚至追逐到姑娘的家里去”^{[5][6]}。在哈尼族聚居的区域,在其民族范围内的“然民干”、“窜姑娘”均属于合法。然而,在其他地区,哈尼族的男子仍然信奉本民族的

亚文化而做出该“强制猥亵”的不法行为(包括对本民族的女性)的则属于“少数民族亚文化与主流社会文化冲突”的范畴。在多民族国家内部,不同民族之间具有互不从属的平等民族关系,所以,这种文化冲突应属于基本文化冲突。

从属文化冲突可以依据主流社会从属性群体之亚文化的具体表现不同划分为“犯罪亚文化与主流社会文化冲突”、“落后亚文化与主流社会文化冲突”、“新新亚文化与主流社会文化冲突”。

之一,“犯罪亚文化与主流社会文化的冲突”。这是指国内社会的成员迷信犯罪亚文化,基于该亚文化而与本国主流社会文化发生的文化冲突。犯罪亚文化是国内社会的成员形成犯罪团伙所共同信奉的文化,它是偏离于主流社会文化要求的边缘人抱团共享的文化。国内社会的成员迷信犯罪亚文化必然经常做出文化冲突型不法行为。例如,日本“暴力团”成员迷信“暴力文化”,在这种犯罪亚文化的支配下经常实施一系列骇人听闻的暴力犯罪。

之二,“落后亚文化与主流社会文化的冲突”。这是指国内社会的成员迷信落后亚文化,基于该亚文化而与本国主流社会文化发生的文化冲突。落后亚文化系脱节于主流社会文化的“历史遗迹”,是曾经的主流社会文化而现已没落的亚文化,迷信落后亚文化的国内社会的成员也容易发生文化冲突型不法行为。例如,中国古代社会有“配阴婚”的习俗,在今日西北农村地区仍然保留着“配阴婚”的亚文化。现实生活中,该亚文化的信奉者经常实施盗窃、侮辱尸体的不法行为,涉嫌构成“盗窃、侮辱尸体罪”。

之三,“新新亚文化与主流社会文化的冲突”。这是指国内社会的成员迷信新新亚文化,基于该亚文化而与本国主流社会文化发生的文化冲突。新新亚文化是主流社会文化的“新锐”,它过分地超脱于主流社会的现实基础,不为主流社会文化所容纳。同样,迷信新新亚文化的国内社会的成员也极易做出为主流社会文化不容许的不法行为。例如,“同好文化”就是中国当下的一种新新亚文化,成为马尧海实施“聚众淫乱罪”的文化动因。

现在的问题是,在多元文化社会中,亚文化群体的社会成员现实化了主流社会文化基础的国家刑法中的不法行为类型时,可否对行为人进行主观意思上的非难,进而使其负担刑事责任?亚文化的信奉

者存在“无意不法”或者“执意违法”时应如何评价?

二 违法性认识错误

(一)中外有关“违法性认识错误”的理论学说

前述“无意不法”的情形,乃是刑法理论上通常所谓的“违法性认识错误”,即是指行为人对自身行为为违反法律的性质并不知情^[6]。前述“执意违法”是一种极其特殊的“确信犯”类型,刑法理论通常会在违法性认识错误理论部分对其加以一并地探讨——不妨称其为“不真正的违法性认识错误”,因为其涉及到行为人对法律规定的社会基础的理解与认同问题。

对“无意不法”的真正的违法性认识错误的规范处理,以宽严尺度为标准,域外刑法学的理论学说大致可以归纳为四种观点^{[7]386-395}。

第一种是“违法性认识不要说”。它的处罚幅度最为宽广,是最古老但仍然具有强大影响力的观点,即主张发生违法性认识错误不影响故意罪责的存在。古老的罗马法格言有云,“不允许不知法”(ignorantia juris non excusat),“不认可任何人不知法”(nemo jus ignorare censetur)^{[8]190}。在英美法系,这种观念一直有着极强的生命力。英国1852年的“巴勒洛特案”,美国1873年的“安索妮案”,均在判例中予以明示^{[9]205}。即使在大陆法系,这一观点也具有相当大的影响力。例如,《日本刑法典》第三十八条第三款明确规定:“即便是不知法律,也不能据此认为没有犯罪的意思。”

第二种是“违法性认识必要说”。它的处罚幅度最为狭小,是现在极其有力的观点,它主张发生违法性认识错误应当否认故意罪责的存在。这种观点又分两个方向:一是“严格故意说”,认为缺乏违法性认识阻却犯罪故意,但又承认具有违法性认识的可能性应成立犯罪过失;二是“责任说”,认为违法性认识与违法性认识的可能性属于独立的责任要素,缺少违法性认识的可能性阻却责任,具有违法性认识的可能性而缺乏违法性认识的减少责任。“责任说”得到德国现行刑法第十七条的认可,成为德国的通说。在日本,责任说也逐渐成为理论上的通说^{[7]391}。“严格故意说”与“责任说”本质上具有一致性,均否认行为人应当对未认知的违法性负担故意的罪责,在效果上均有规范责任论的意味。两者的区别在于,前者主张犯罪故意与犯罪过失是罪责的要素,违法性认识与违法性认识的可能性均属于

犯罪故意与犯罪过失的内涵要素,后者主张犯罪故意与犯罪过失是构成要件的要素,违法性认识与违法性认识的可能性是独立的罪责要素,在效果上前者明确地承认缺乏违法性认识阻却犯罪故意,缺乏违法性认识的可能性阻却犯罪过失,后者则较为笼统地承认缺乏违法性认识的可能性阻却责任,缺乏违法性认识减少责任。

第三种是“违法性认识的可能性必要说”(又称“限制故意说”)。它的处罚尺度居中,即主张违法性认识错误并不阻却犯罪故意,阻却犯罪故意的是缺乏违法性认识的可能性。

第四种观点是刑事近代学派创造的“两分说”。它的处罚尺度也适中,其主张违法性认识错误是否阻却故意罪责有赖于犯罪类型的区别,对于“自然犯”,行为人反社会性无需借助其认识法律测定,反之,“行政犯”则需要,因为“行政犯”是国家基于管理目的制造的犯罪,行为人的反社会性应以认识法律为前提。中国刑法学理论有关违法性认识错误的观点与上述域外刑法学状况基本相同^[10]。中国《刑法》第十四条对犯罪故意的定义中明确规定了需要“社会危害性认识”。所谓犯罪故意是“明知自己的行为会发生危害社会的结果,希望或者放任这种结果的发生”,故在中国刑法理论中更特别地探讨了“违法性认识”与“社会危害性认识”的关系问题。大致有如下两种认识:一种是认为违法性认识不同于社会危害性认识,即认为犯罪故意的成立与违法性认识无关,仅与社会危害性认识有关,持此见解者往往支持“违法性认识不要说”;一种是认为违法性认识相当于社会危害性认识,持此见解者往往支持“违法性认识必要说”。

对于“确信犯”这类“执意违法”的情形,中外刑法理论通行的见解是,认为行为人自认的社会积极价值是在自我评价。然而,作为评价规范的刑法,其评价主体应当是裁判者,裁判者应当站在客观层面评价行为人的规范意思,既然行为人具有违反法律的认识,就应当认为其具有对法秩序认可的社会有益性的反对意思,故而可以肯定犯罪故意的罪责^[11]。换言之,行为人自认意义的社会有益性或者有害性,均在刑法上不重要。

(二)规范责任论的立场——“违法性认识必要说”

违法性认识错误的理论学说观点林立,足以使

人“眼花缭乱”,必须站在透视责任本质的立场上才可能做出正确的抉择。现代责任论的主流观点是规范责任论,认为:“所谓责任就是非难可能性……责任非难的内在根据在于,人被赋予了自由地进行有责的伦理性自我决定的素质,因而有能力决定服从法律、反对不法,使自己的行态(Verhalten)符合法律当为的规范,避免实施被法律所禁止的事……在人是自由地进行有责的伦理性自我决定中,能够决定服从法、反对不法的前提条件是知道法和不法”^{[9]209}。显然,规范责任论将主观责任的本质还原为行为人的自我决定的规范态度,即行为人不知道自己行为违反法律,就不是故意地与法秩序作对,自然不应当使其负担犯罪故意的罪责,行为人具有违法性认识的可能性,应当预见自己行为违法性而没有认识,在自我决定的范围内负有犯罪过失的罪责。规范责任论无疑是正确的基点,因为如果刑罚处罚不依据人的自我决定违反法律而赋予,又怎么可以指望人依照刑罚法规的指示去行为呢?法律划定了行为的禁止与命令类型,人根据自我认识确定行动边界,当人在认识或者认识的可能性的情形下而违反法律,才能够对其进行犯罪故意的决定或者犯罪过失的决定的责难。因此,“违法性认识必要说”是基本妥当的观点。“违法性认识不要说”违反了现代责任的基本观念,具有严格责任的意味,使人承担了“不可承受之重”。“限制的故意说”相较“违法性认识不要说”具有进步意义,但其将“违法性认识的可能性”作为犯罪故意罪责的责任基础,混淆了犯罪故意与犯罪过失,加重了行为人的主观责任,仍然具有严格责任的意味。“两分说”在自然犯方面不仅具有与“违法性认识不要说”同样的弊端,而且以不太严谨的自然犯与行政犯的划分为基础,并不妥当。因为,事实上两者的区分“难免与时间和场所相适应,是相对的”^{[12]106}。在中国刑法学中,鉴于中国《刑法》对犯罪故意的特殊立法表述,似乎应当支持“违法性认识不要说”。但这种理解是违反规范责任论要求的。刑法中的“社会危害性认识”必须理解为“违法性认识”,因为刑法中的“社会危害性”必须是规范意义上的“社会危害性”,规范意义上的“社会危害性”乃是违反法律之义。而且,也只有这样理解,才可以很好地解决“确信犯”的主观罪责问题,否则的话,依照“社会危害性认识”不同于“违法性认识”的看法,“确信犯”是缺乏主观罪责的。那

么,对它们不能进行惩处?这并不符合中国历来已久的法制传统与主流见解。根据规范责任论,似乎“严格故意说”与“责任说”均是可以接受的。但考虑到中国《刑法》的具体规定,或许更应当采取“严格故意说”。中国《刑法》第十四条有关犯罪故意的规定是将“社会危害性认识”(“违法性认识”)明确作为犯罪故意的认知要素的,没有采取犯罪故意与责任评价分离的立法模式。同时,中国《刑法》第十五条明确规定:“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任。”这与“责任说”普遍承认具有违法性认识的可能性之可责性(减少罪责)有所不同。很显然,不应当采取“责任说”,应当采用“严格故意说”。

按照“严格故意说”,行为人发生违法性认识错误,未认识自己行为违反法律的,阻却犯罪故意;行为人未认识自己行为违反法律的,但具有违法性认识的可能性的,刑法处罚过失犯罪的,成立犯罪过失;行为人认识到自己行为违反法律的,但具有不真正的违法性认识错误,发生“确信犯”的情形,应当肯定具有犯罪故意。可是,即便采用“严格故意说”,传统理论在行为人刑事责任的确立上仍然有不太清晰或者不太细致的地方,特别是对文化冲突型违法性认识错误(包括真正或者不真正的违法性认识错误)的处理上。一则,在多元文化社会中,文化冲突型违法性认识错误作为大概率事件,未见有统摄性政策立场提出,对如何有效维系多元文化社会的共同性与不同群体的相对独立性未做有效思考;二则,对文化冲突型违法性认识错误的规范特殊性未进行深入发掘,以至于很难在规范适用层面有所突破。

三 文化冲突型违法性认识错误的处理

(一)基本立场

在政策立场层面,处理文化冲突引发的真正的或者不真正的违法性认识错误,对符合“主体间性”标准的,应采取“宽容”的政策立场,以维护不同主体之间的多元性共存;对不符合“主体间性”标准的则不能采取“宽容”的政策立场,反而应当趋于“严厉”,以维系同一主体内在的团结。

在社会交往过程中,独立主体之间存在着相互独立的主体性,为构筑和谐统一的社会秩序,需要尊重彼此之间的主体性,无论是群体与群体、个体与个体之间,存在一种主体间的和谐交往、相互独立的属性,即“主体间性”(Inter-subjectivity)^[13]。“主体间

性”被普遍视为符合现代社会理念的主体交往规则,是一切合理秩序的内在根据。“主体间性”必然要求,在相异独立的社会主体的领域,相互承认彼此独立秩序的有效性、合法性。在相互承认对方互异秩序的有效性、合法性的前提下,也就应当容许各自社会的成员信赖这种差异性社会文化。当各自社会所属成员进入另一社会控制的领域,差异性文化发生冲突之际,如果完全否认其文化背景而使其负担与其他普通类型的违法性认识错误同样的刑事责任,违背了“主体间性”的要求,是以一个社会的主体性完全否认个体所属另一个社会的主体性,不甚合理。面对这种情形,国家刑法应当保持适度的“宽容”。《联合国宪章·序言》规定国家与国家之间,应当“力行容恕,彼此以善邻之道,和睦相处”,正有此意。这种“主体间性”的“宽容”要求,不仅适用于国与国之间的文化冲突,也适用于多民族国家内部民族之间的文化冲突。当今世界,大多数多民族国家均明确肯定了各民族在国家生活中的平等地位,它们之间是具有相对独立性的社会主体。例如,《中华人民共和国宪法·序言》就规定:“中华人民共和国是全国各族人民共同缔造的统一的民族国家。平等、团结、互助的社会主义民族关系已经确立,并将继续加强。”第四条还规定:“中华人民共和国各民族一律平等。”所以,对于外国亚文化、少数民族亚文化与主流社会文化之间的文化冲突型违法性认识错误,在国家刑法适用的总体方向上应当保持“宽容”的政策立场。

国家刑法能够“宽容”对待行为人,仅限于发生错误的个体隶属于具有独立性或者相对独立性的社会的情形。这种社会主体的成员才是在应当充分接受其所属社会文化“规训”的个体,这种意义上形成的亚文化“前见”导致的真正的或者不真正的违法性认识错误才能得到“宽容”。

原则上,外国人是外国社会的成员,在一国领域内外国人崇信外国亚文化导致文化冲突型违法性认识错误是可以“宽容”处理的。问题是,在一国领域内,外国人不仅面临着外国亚文化的“规训”要求,还同时面临着所在国主流社会文化的“规训”要求。因为,所在国必须维护本国国内秩序。故而,会产生何者具有“规训”上的优先性问题。如果是外国亚文化的“规训”要求具有优先性,那么“主体间性”的理由才会显得充足;相反,如果所在国主流社会文化

的“规训”要求具有优先性,那么“主体间性”的理由就会显得不足。关键在于,所在国境内的外国人是否拥有长期居住权。享有长期居住权的外国人是应当优先接受所在国主流社会文化的“规训”要求的人。因为,所在国赋予其长期居住权意味着将其接纳入本土社会生活,也意味着外国人自愿承担融入本土社会生活的义务。并且,事实上,他们也必须更加优先遵守所在国主流社会文化的“规训”要求。否则,他们将面临极大的法律风险,时刻有触犯主流社会文化基础法律的可能,整个社会也因之处于极其不安定的状态。相反,仅在一国短期停留的外国人,所在国既未接纳其在境内稳定性地起居、生活,也基本上不会提供有效的文化“规训”条件,所以这种情况下的外国人优先遵循其本国社会文化“规训”要求更具有合理性。这样,以外国人是否拥有所在国长期居住权为标准,可以判断是否应当对外国人相信外国社会文化而发生违法性认识错误的予以“宽容”对待。对于具有长期居住权的外国人,原则上不能对其“宽容”。对于仅有短期停留资格的外国人,就应当对其“宽容”,除非国家特别升高了外国人在某些方面的具体守法义务,才可以承认在这些方面所在国主流社会文化的“规训”要求具有优先性。

在确立民族平等的多民族国家内,各民族均有保持自身民族风俗、习惯的民族权利,因此,面对因为相信少数民族亚文化而发生真正的或者不真正的违法性认识错误,行为人是否具有少数民族身份是判断能否“宽容”对待的重要标准。

国家刑法不能“宽容”对待一种“错位”的文化信仰。一定社会的成员错位迷信其他国家或者非本民族的文化,会造成社会群体的裂变,破坏必要的统一性,故而对“错位”信仰导致的文化原因引发的真正的或者不真正的违法性认识错误不能“宽容”对待。例如,土生土长的中国人原则上就应当接受中国社会主流文化的“规训”要求,其错误迷信荷兰文化,误以为在中国持有毒品也系合法行为而实际持有毒品的,就不能采用“宽容”的政策立场对待;否则,容易造成中国社会主流文化的没落,影响中国社会的主体性存在。

在国家领域内的从属文化冲突,诸如犯罪亚文化、落后亚文化、新新亚文化与主流社会文化冲突生成的违法性认识错误,这些亚文化的信仰群体与主

流社会文化群体之间并不符合“主体间性”标准,它们的信仰者本身属于主流社会的成员,所以也不能采取“宽容”的政策立场,反而应当采取相对“严厉”的政策立场,积极地促使这些亚文化的信奉者皈依主流社会文化。

(二)规范特征

政策立场的落实有赖于刑法的规范路径^④。刑法的规范适用又离不开对文化冲突型违法性认识错误的规范特征分析。文化冲突型违法性认识错误存有不同于普通违法性认识错误的规范特征,即亚文化的外在“封闭性”与内在“依赖性”。

亚文化的外在“封闭性”是指亚文化在主流社会文化环境中有一种自我封闭、自行其是的特点。这种“封闭性”会导致亚文化的信奉者明显缺乏法律认识的可能性。文化观念一旦形成就如同具有屏蔽其他文化干扰的“金钟罩”、“铁布衫”,对其他文化信息具有“过滤”、“消音”的实际作用。一是文化信息系统的“封闭性”。每一种文化都有传达文化信息的符号体系,包括语言、文字、图案、身体姿态、手势等等,它们单独或者连缀地表达着相应的文化信息,亚文化的信奉者在主流社会文化环境中,无疑处于一种相对较为封闭的状态,往往无法准确地理解主流社会文化所意图传达的规范信息,也无法准确地理解主流社会文化环境中暗含的规范期待。例如,在印度“摇头”的动作涵义是“肯定”,而在中国的涵义是“否定”。一个刚刚到中国打工的印度人在操作倾倒渣土时,询问是否能向渣土堆倾倒、是否有危险时,就很难准确理解所有在场中国人都在“摇头”的意义。二是文化规范传播途径的“封闭性”。根据“不同交往理论”^{[14]201},行为人对合法或者不法行为的学习主要依赖于人际交往圈子,亚文化的信奉者因为文化上的差异性往往与主流社会文化的信奉者交往并不密切,人际交往压缩在亚文化团体的“小圈子”内,形成一种“文化孤岛”现象,妨害了主流社会文化的影响力。这样,亚文化的外在“封闭性”决定了亚文化的信奉者对自身行为违反法律的认识可能性会显著下降,乃至几乎并不存在。例如,在短期国际旅行中,外国人很难认识到自己国家社会文化许可的行为在所在国会遭到禁止。除非,所在国为外国人提供了特别的、有效的法律宣教,此时意味着提升了外国人的特别守法义务并赋予了其守法的可能性。

亚文化的内在“依赖性”是指亚文化的信奉者由于笃信亚文化观念,在认识问题、理解问题的方式上均会依赖亚文化固有的模式、思维定势。人一旦成为某种文化的信奉者,就会稳定地受其影响。文化“为人类的生活和人类的表达——人类活动的基点,提供了媒介。人出生后,就开始学习一定范围内的态度、规范、价值和期望,并将他们内化……文化形成、塑造、限制和发展了人类(潜在的)自我的可塑性”^{[15]253}。换言之,人受文化因素影响会潜移默化地形成基于文化因素的相对稳定的心理结构,人总是带着既有的文化眼光去看待问题、理解问题,文化心理结构一旦形成就挥之不去,对人的认知能力、理解能力发挥重要影响。一方面,它会产生一种加速认知倾向,在行为个体所信奉的文化构筑的环境中,他会借助已有的文化知识轻松地认识、理解环境中特定未知事件的意义。例如,清明时节,一个土生土长的中国人步入乡间,惊讶地发现有许多人正在焚烧纸糊的名牌汽车,他会立即意识到这是当地人在祭奠亲人,尽管他以前并无“祭奠亲人应焚烧纸糊的名牌汽车”的具体经验。另一方面,它也会形成一种钝化认知倾向,当行为人进入另一个完全不同的文化环境之中,会倾向于继续依赖已有的认识做出判断,无意地忽视当下主流社会文化基础的法律要求而做出不法行为,甚至有意地违反主流社会文化基础的法律并坚信自己行为的社会正当性。这样看来,亚文化的信奉者对主流社会文化基础的法律之认知能力相对较低。在极端的情形,亚文化会造成信奉者对主流社会文化基础的部分法律认知能力的完全丧失。例如,传销“洗脑”教育会导致被洗脑者丧失对传销合法性与否的认知能力^[16]。

(三)类型分析

第一,外国亚文化与主流社会文化冲突生成真正的违法性认识错误的。

对于外国社会的成员,在可以承认符合“主体间性”标准的前提下,应采取“宽容”的政策立场。这种“宽容”,在规范评价路径上,基于规范责任论,应否认行为人具有犯罪故意,原则上对行为人的违法性认识之可能性也予以否认,否认犯罪过失。例如,“德国人A在中国短期旅行期间遭遇地震,见一中国人B被巨石压住要害部位,奄奄一息、极度痛苦,A无法救助B摆脱,又无外界救援,B真诚地恳求A帮助其结束生命,A并不知道中国法律禁止帮

助自杀(德国法律不处罚帮助自杀),A将随身携带的缓解失眠的安眠药全部倒入B的手心,由B自行吞服,B服用安眠药后死亡。”该例中,A因为并不知道帮助自杀在中国是受到禁止的违法行为,A依据在德国社会的经验实施了误以为是合法的行为,由于缺乏主观上的犯罪故意与过失,A的行为并不构成中国《刑法》第二百三十二条的“故意杀人罪”,也不构成第二百三十三条的“过失致人死亡罪”。除非A在进入中国境内时已经就帮助自杀的法律禁止接受过有效的宣传、教育,而事实上忘却了这一禁令,才可以承认具有违法性认识的可能性,A的行为方成立“过失致人死亡罪”。在肯定成立过失犯罪的前提下,考虑到A对德国文化的内在“依赖性”,对中国法律的认知能力受到削弱,裁判者仍然可以出于“宽容”的考虑对其酌情从轻或者减轻处罚。

所在国的国民或者有长期居住权的外国人,应当接受或者优先接受所在国主流社会文化“规训”要求,迷信、笃信外国社会文化发生违法性认识错误的,则不能按上述处理。例如,前述迷信荷兰文化的土生土长的中国人非法持有毒品案。根据规范责任论,行为人自愿接受外国社会文化影响,导致丧失对本国主流社会文化基础的法律的认知能力而做出“无意不法”的行为,应当基于“原因自由行为”的法理使之负担犯罪故意的罪责。“原因自由行为”,是指具有刑事责任能力的行为人,故意或者过失使自己一时陷入丧失或者限制责任能力的状态^{[17]256}。因为刑事责任的本质的本质乃是,“自我决定—自我负责”,既然这种无责任能力是行为人故意的原因行为自我决定的,就应当使其就原因行为负完全的犯罪故意罪责,故而,应当否认这种不符合“主体间性”标准的文化原因造成的违法性认识错误阻却犯罪故意,并且也不宜酌情从轻、减轻处罚。

第二,少数民族亚文化与主流社会文化冲突生成真正的违法性认识错误的。

少数民族身份者信奉少数民族文化而发生违法性认识错误的,原则上应当阻却犯罪故意。例如,哈尼族有“抢婚”的风俗^[18],某哈尼族的男子C迁居到上海,遇有心仪的哈尼族女子D,其依据哈尼族的

风俗强抢D准备与之成婚。客观上,C实施了不法行为,但因为是基于哈尼族风俗发生了违法性认识错误,故而应否认其具有“暴力干涉婚姻自由罪”的犯罪故意。在保存少数民族风俗的民族政策下,少数民族身份者具有违法性认识之可能性极低,即使刑法处罚该类过失犯罪,也应否认主观上的犯罪过失。

并非少数民族身份者迷信少数民族文化的,其处理类似于国民或者享有长期居住权的外国人迷信、笃信外国社会文化发生违法性认识错误的情形,不能“宽容”对待。

第三,犯罪亚文化、落后亚文化、新新亚文化与主流社会文化冲突生成真正的违法性认识错误的。

这些原则上均属于主流社会无法“宽容”对待的类型,应当适用“原因自由行为”的法理否认行为发生违法性认识错误阻却犯罪故意的效果,亦不承认可以酌情从轻或者减轻处罚。例如,E明知某传销组织从事非法传销活动,自愿加入该传销组织,接受洗脑教育,最终认同该组织宣扬的说辞:为实现经济成功而传销不但有益社会而且符合法律规定,E基于该种认识积极组织、领导了传销活动。该例中,E最后做出不法行为表面上缺乏违法性认识,但在其加入传销组织之前具有违法性认识,其自愿地陷入传销犯罪亚文化之中,故而可以成立“组织、领导传销罪”。

第四,文化冲突生成不真正的违法性认识错误的。

符合“主体间性”标准的,行为人信奉亚文化“执意违法”的,应承认犯罪故意,但考虑到其信奉亚文化是遵循其所属群体文化“规训”要求所致,宜酌情从轻、减轻处罚。例如,前述案例中的C如明知国家禁止暴力干涉婚姻自由的情况下,仍然坚信哈尼族文化的正确性,执意违反国家法律规定,实施强抢D的行为,在承认其行为构成“暴力干涉婚姻自由罪”的前提下,可对其酌情从轻、减轻处罚。但是,前述马尧海迷信“同好”新新亚文化而“执意违法”的,由于并不符合“主体间性”标准,不宜对其犯“聚众淫乱罪”酌情从轻、减轻处罚。

注释:

①《刮痧》于2001年上映,是一部反映中国人在美国遭遇文化冲突的不可多得优秀电影。

②域外文化冲突不是国家刑法适用的主要领域,容此不赘。

- ③在中国,主流社会文化容许少数民族文化建构特殊的法秩序,往往需要遵守四个规则,即“法益次要性”、“身份相对性”、“地域相对性”、“对象相对性”。所谓“法益次要性”是指主流社会文化不能容许在国家所保护的重大法益上,少数民族文化有相反的理解,例如关于“国家主权”、“领土完整”、“生命”、“重大健康”等,除非有国家法律的明文规定,这实际上是“底线正义规则”所决定的。所谓“身份相对性”是指少数民族文化建构独特的法秩序需要局限于本民族身份者的行为,因为主流社会文化容许少数民族文化建构特殊的法秩序,是确保其民族权利,故而仅本民族身份者的特定行为才具有特殊的合法性,不具有本民族身份者自然无此合法性理由。所谓“地域相对性”是指少数民族文化建构独特的法秩序需要局限于特定空间领域。因为主流社会文化需要确定影响国家社会生活的主导性法秩序规则,如若否认“地域相对性”,极易造成认识混乱,并非少数民族身份者就会难以辨识究竟应当遵守“哪个法”,这是违反法的外部性调节原理的。在中国,这种特定领域,在制定法的层面上是少数民族区域自治地区,在习惯法的层面上是少数民族聚居的地区。在少数民族区域自治地区,施行自治的少数民族,可以通过立法的形式将本民族文化容许的行为加以合法化,使依民族文化的行为获得特定区域的合法性;在少数民族聚居的地区,由于宪法承认各民族均有依照本民族文化习俗生活的基本权利,其聚居的地区自然应当承认由民族文化发育而生的“习惯法”,使依少数民族文化的行为获得特定区域的合法性。所谓“对象相对性”是指少数民族文化建构独特的法秩序在有具体被害人的情形,依少数民族文化的行为需要被害人也系同一少数民族才具有特殊的合法性。法秩序的形成需要被害人的参与,被害人团体在法秩序建构过程中有突出意义,只有行为人与被害人均为同一民族的情形下,民族文化形成独特法秩序才能被社会有效理解,也才能真正平息社会冲突。
- ④本文认为,(政策立场)刑事政策是国家应对犯罪的一种方向性的态度、策略、技术,不仅作用于刑事立法,也同样作用于刑事司法。在刑事司法的定罪、量刑环节,刑事政策指导着裁判者在规范许可下寻找刑事政策方向上的规范路径。在解释论的领域,刑事政策不能脱离规范路径,否则有违反罪刑法定原则之虞。

参考文献:

- [1] Shlomo Shoham. The Application of the “Culture-conflict” Hypothesis to the Criminality of Immigrants in Israel [J]. *Journal of Criminal Law and Criminology*, Volume 53, No. 1, June, 1962.
- [2] 佚名. 马尧海聚众淫乱重判3年半[N]. 南方日报, 2010-05-21.
- [3] Thorsten Sellin. Culture Conflict and Crime [J]. *American Journal of Sociology*, Volume 44, No.1, Jul, 1938.
- [4] 青海省高级人民法院课题组. 青海藏族地区“赔命(血)价”习惯法情况的统计与分析(之一) [N]. 法制日报, 2013-08-07.
- [5] 蓝海滨. 民族习俗与刑法的冲突与调适——以云南红河哈尼族彝族自治州为样本的考察 [D]. 重庆: 西南大学, 2011.
- [6] 刘艳红, 万桂荣. 论犯罪故意中的违法性认识 [J]. 江海学刊, 2003, (5).
- [7] 陈家林. 外国刑法通论 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2009.
- [8] [日] 西田典之. 日本刑法总论 [M]. 刘明祥, 王昭武译. 北京: 中国人民大学出版社, 2007.
- [9] 冯军. 刑事责任论 [M]. 北京: 法律出版社, 1996.
- [10] 谢望原, 柳忠卫. 犯罪成立视野中的违法性认识 [J]. 法学评论, 2003, (3).
- [11] [日] 南由介. 违法性の意識—責任説の立場から [J]. 日本桃山法学, 2006, (8).
- [12] [日] 大塚仁. 刑法概说(总论) [M]. 冯军译. 北京: 中国人民大学出版社, 2003.
- [13] 童世骏. 没有“主体间性”就没有“规则”——论哈贝马斯的规则观 [J]. 复旦学报(社会科学版), 2002, (5).
- [14] [美] 乔治·B·沃尔德, 等. 理论犯罪学 [M]. 方鹏译. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.
- [15] [英] 韦恩·莫里森. 理论犯罪学——从现代到后现代 [M]. 刘仁文等译. 北京: 法律出版社, 2004.
- [16] 汤万杰, 郭成. 传销组织精神控制模式探析 [J]. 江西公安专科学校学报, 2007, (1).
- [17] 张明楷. 刑法学 [M]. 北京: 法律出版社, 2007.
- [18] 吴大华. 中国刑法与少数民族人权保障 [J]. 人权, 2005, (5).

[责任编辑: 苏雪梅]