

犯 罪 研 究

2021 年第 3 期目录

特 稿

学术、学科与市场：国际视野下中国犯罪学的发展进路……………刘建宏（2）

理论研究

刑事法学经验研究中的若干问题——给法科学生的方法建议……………赵 军（11）

当前全球犯罪治理新趋势研究

——以第 14 届联合国预防犯罪大会及其通过的《京都宣言》为视角

……………周 勇（22）

全球视野下刑事合规的犯罪学供给研究……………赵 赤（34）

实践探索

酌定量刑情节规范适用的司法困境与优化路径……………冯骁聪（46）

论合适成年人在场制度的困境与出路……………吴远麒 刘 婧（62）

未成年人刑事检察工作中强制亲职教育制度的构建……………黄瑛琦 张洪成（70）

检察官论坛

污染环境罪中“公私财产损失”司法认定研究……………毛颖洁 李怡文（79）

追赃挽损在防范化解金融风险中的作用与途径：以上海地区检察工作

实践为视角……………周子简 王 冠 蒋 洁 谭 骁 蒋 凡（86）

环球视野

针对亚裔美国人的仇恨犯罪研究

……………张 焰 张乐宁 弗朗西斯·本顿 著 朱若菡 译（96）

学术、学科与市场：国际视野下 中国犯罪学的发展进路

刘建宏*

内容摘要：中国犯罪学历经几十年的建设发展，取得了重要成就。但犯罪学也长期徘徊在学术链的中下游，未能获得学术界的高度认可，相关研究成果也没有在实践层面得到广泛应用，这实际上是一个系统性的问题，是学术研究、学科建设和犯罪学市场三个方面问题相互作用的结果。其症结在于：基于经验研究方法产出的高水平犯罪学研究成果的缺乏；犯罪学学科定位、内容设置、学术平台有待调整；缺乏犯罪学学术产品和人才产品的市场意识、市场建设。其改进路径在于：系统训练犯罪学研究者的学术能力；学科建设聚焦在犯罪控制、犯罪预防以及犯罪相关政策和项目评估等领域；建设犯罪学产品市场、提高学术产品和犯罪控制产品的质量，增进对国家犯罪治理的贡献和中国犯罪学的国际化程度。

关键词：中国犯罪学；学术研究；学科建设；犯罪学市场

中国犯罪学已经有相当长的历史，在几代犯罪学家的努力下，取得了不小的成就。犯罪学所涉及的论题不断扩展，与犯罪有关的学术论文发文量也有了大幅的增长。⁽¹⁾ 资料表明，犯罪学有巨大潜力，涉及大量的跨学科和交叉学科的课题。但相关数据也显示，犯罪学论文只有很少一部分发表在顶级期刊和核心期刊上。这反映出犯罪学在我国学术领域的影响力和地位有限。近年来，犯罪学发文总数的回落，说明中国犯罪学未能得到中国学术界的进一步认可，犯罪学研究的质量较长时期停留在较低发展水平上。⁽²⁾

中国犯罪学的确取得了长足的进步，⁽³⁾ 但毋庸讳言，目前的研究状况离社会和学界的期待仍然有很大距离。整体而言，犯罪学研究水平与中国经济社会发展水平和犯罪防控的迫切需要还不相适应。犯罪学没有对社会治理做出应有的贡献，犯罪学成果尚未获得政府和社会的广泛认可。从学科层面来看，犯罪学没有取得其他社会科学，如社会学、心理学、刑法学等所具有的独立地位。长期以来，犯罪学隶属于一级学科法学中的二级学科刑法学，但很少有顶级刑法学者把犯罪学作为自己的主业方向。其他社会科学，如社会学也有关于犯罪的研究，但所占比例很小。如国家社科基金项目申报中给定的学科目录中没有犯罪学，社会学学科目录细分了19个二级学科，但没有犯罪社会学，也没有越轨社会学。中国人民公安大学将犯罪学纳入公安学一级学科体系，⁽⁴⁾ 但还没有获得更大范围内的制度性系统承

* 刘建宏，犯罪学博士，澳门大学法学院特聘教授、博士生导师。

(1) 参见张婧、王延涛：《2018—2019年我国犯罪学文献分析与启示》，载《犯罪与改造研究》2020年第2期，第32—37页；张婧、魏彤：《2020年犯罪学研究的新进展》，载《犯罪与改造研究》2021年第1期，第28—36页；阮重骏：《我国犯罪学实证研究的回顾与思考——基于文献计量方法的分析与评估》，载《公安学刊（浙江警察学院学报）》2020年第2期，第85—97页；中国犯罪学学会：《中国犯罪治理蓝皮书——犯罪态势与研究报告（2018）》，法律出版社2019年版；万春主编：《中国犯罪治理蓝皮书（2019）》，法律出版社2020年版。

(2) 吴鹏森：《犯罪学学科基本问题的再探讨》，载《青少年犯罪问题》2016年第3期，第37—43页。

(3) 王牧、赵宝成：《构建和谐社会：中国犯罪学发展的历史机遇》，载《中国法学》2007年第2期，第183—192页。

(4) 任士英：《犯罪学专业发展基础与建设规划》，载《公安教育》2019年第11期，第59—62页。

认,如“教育部人文社科基金项目”“国家法治与法学理论研究课题”学科类别中并没有“犯罪学”,甚至没有“公安学”。在国际学术界,国内犯罪学研究论文的引用率很低,这与我国日益提升的国际地位不相匹配。⁽⁵⁾很多学者认识到,我国犯罪学缺乏高水平实证研究。⁽⁶⁾有些大学已经针对这一问题采取了相应措施,例如开设统计和研究方法的课程,这些努力都是很有价值的,但仍不能从根本上解决问题。我认为,我国犯罪学没有发展到较高水平的原因在于,犯罪学学术研究、犯罪学学科建设和犯罪学产品市场三个方面都不同程度的存在着各种误区和问题。而且,这三个方面的问题纠缠交织在一起,形成一个相互作用的问题(丛)系统。系统性问题的核心是犯罪学研究缺乏市场和产品观念:产品和市场脱节,产品不能满足市场需求,或者说,市场没有对既有产品的需求。只有高质量的学术研究才能有高水平的学科建设,有高水平的学科建设才会产出为社会亟需的犯罪学人才、技术和解决方案,才能满足市场需求并拓展新的市场。本文试图对犯罪学的系统性问题做一简要分析,在此基础上,探讨如何建构中国犯罪学良性发展的路径。

一、犯罪学学术研究中的问题

(一) 理论研究方面

第一,轻视纯知识贡献。一门学问要注重本学科的基础理论问题,应该对人类整体的知识体系有所贡献。要有追求真理,为发展人类知识做贡献的信念与品格。⁽⁷⁾基础性的学术研究看似离开了实用层面而显的“无用”,但实际上其价值却是深层次的、多方面的。科学和历史发展证明,关于人类社会现象,一般规律层面的认识往往会在更广阔的范围内达到更长远的实用效果。在所有的学科中都存在纯理论研究和应用研究两个方面,而有实践价值的应用研究都往往是以对一般规律的理论认识为前提的。

第二,曲解本土化与国际化的关系。一些学者把创造犯罪学的本土化理论作为重要的学术目标,但因为缺乏对国际经典文献的研读和前沿问题最新研究进展的了解,⁽⁸⁾提出的理论往往是别人早已提出或已经遭到严厉批判或经过科学检验被证明无效或存在致命缺陷的“观点”和“命题”。犯罪学的本土化既不应妄自菲薄,更不能盲目自大或故步自封。

第三,不熟悉理论研究的路径。理论研究的主要任务是不断提高对犯罪规律的科学认识。理论成果是有一定普遍意义的结论,或者说是对较大范围的现象规律的认识和发掘。理论成果之所以重要,就是它能够对确定的研究范围内的现象进行普遍把握,对相关的行动或者应对措施具有普遍的指导价值。研究对象的范围越宽广,理论的指导价值就越高,意义就越重大。但与此同时,发现这种具有较高普遍意义的理论的难度就越大。一些犯罪学学者提出的不少“理论”,不是以经验为基础、不是以数据证据为基础,而只是一些概念的构造和命题的推演。甚至没有文献回顾,而凭空生造出一个从未有过的“全新”理论。有的理论的提出是基于一定量的数据,但数据及其分析方法的可靠性往往是缺乏评估和检验的。还有的理论命题的提出,不是基于变量间因果关系的分析,而仅仅依据描述统计列表来归纳理论。

(5) Braithwaite J. *Rethinking Criminology Through Radical Diversity in Asian Reconciliation*, *Asian Journal of Criminology*, 2015(3),p.183-191.

(6) 姚建龙:《龙勃罗梭在中国——一个犯罪学史的考察》,载《法律科学》2021年第1期,第112—122页。

(7) [美]罗杰·盖格:《大学与市场的悖论》,郭建如、马林霞等译,北京大学出版社2020年版,第1页。

(8) 吴宗宪教授对国际前沿文献有比较深的了解和研究。参见吴宗宪:《西方犯罪学史(一~四卷)》(第2版),中国人民公安大学出版社2010年版;吴宗宪:《论犯罪学名著的判定与选择》,载《犯罪研究》2021年第1期,第2—19页。

第四，对理论建构和经验研究的关系缺乏明确认识。以经验为基础进行理论研究应该是犯罪学最突出的学科特色。理论和假说之间的界限，有时容易被混淆。在很多语境中，理论就等于假说。但我认为，在经验科学范围内，理论必须有相当程度的经验支持才能够被称之为理论，否则在很大程度上属于假说。所以理论是假设或猜测获得了一定经验证据支持的结论。即使这个结论是初步的，有待进一步发展的，但只要经验证据具有一定的可信度，这个结论就已经进入了理论的范围。由于理论的这种不确定性，有些学者把他们的理论称为模型，也就是说，这个理论已经有一些经验支持，并具有了较为可靠的验证方法，但对其确定性还没有很高的确信。所以用模型这一概念来反映它是一个介于确定性和不确定性之间的成果。简言之，赋予一个假说或者模型某种理论属性的根据或者标准就是一定确定程度上的经验事实或经验资料。所以，没有经验支持的理论还不能称之为理论。一些犯罪学学者提出大量的“理论”实际上还只是停留在假设阶段，即使是非常高明的假设，其结论也没有充分地把握推论到更大的范围。就研究方法而言，不少研究以概念演绎和逻辑推理为核心方法，尚未应用数据收集方法以及以高质量数据为基础的经验研究方法。

（二）经验研究方面

第一，缺乏高水平经验研究。大多数犯罪学学者已经意识到中国犯罪学发展最大的不足是缺乏高质量的定量研究。犯罪学是一个最典型的跨学科研究领域，很多学科都可以以“犯罪”为对象进行研究，这就自然地把研究者的学科知识和方法带入犯罪学研究之中。但犯罪学却并非是一个各科知识和方法拼凑而成的大杂烩。犯罪学在长期发展过程中已经形成了其独具特色且行之有效的研究方法——经验方法，也即实证方法。^{〔9〕}经验方法，作为国外主流的社会科学研究方法，已成为社会科学的基础，也是犯罪学研究的基础。近年来，法学研究中的经验方法也日渐成为法学研究的前沿方法。^{〔10〕}一个犯罪学研究人员的学术训练和研究水平，集中体现在他对经验研究方法的掌握程度上。尤其是定量研究方法，包括正在兴起的大数据研究方法。

第二，对经验研究的认识不足。有学者把经验研究等同于统计学，脱离了理论思考的主线。犯罪学家应当明确统计方法只是一种工具，之所以使用它是因为它可以提供更加精确的减少偏差的资料和结论。鉴于我国犯罪学实证研究方法水平相对较低的事实，一些学者，尤其是年轻学者，开始重视对统计方法的学习。但有的学者却走向了另一极端，把研究质量等同于统计水平，把撰写文章的重点放在了展现复杂的统计学方法上。而对利用这些统计分析方法得到的结果到底具备何种有价值的理论涵义却考虑不够。这样的研究不能等同于经验研究，而只不过是具有那种马克思早就批判过的经验主义的倾向罢了。质言之，实证研究不是一些以简单描述统计为基础的简单表格，但也不只是一组复杂的数学公式和多维图表。

第三，对经验研究过度的恐慌。部分文科出身的犯罪学学者对数学、统计学有种天生的恐惧感和拒斥感，把定量方法看成无边无际、难以掌握和攻克的难关，从而不敢使用或全盘否定。事实上，每一种方法都有其局限性，都有其长处和短处。没有最好的方法，只有最对的方法。在恰当的情况下对恰当的数据使用恰当的分析方法得出恰当的结论，就是

〔9〕 刘建宏：《“经验”方法与法学研究》，载《西南政法大学学报》2007年第3期，第33—39页。

〔10〕 参见白建军：《论法律实证分析》，载《中国法学》2000年第4期，第30—40页；白建军：《法学研究中的实证发现——以刑事实证研究为例》，载《政治与法律》2019年第11期，第2—15页。

最好的。涂尔干的《自杀论》用了当时看来比较复杂的统计方法，⁽¹¹⁾而韦伯的《新教伦理与资本主义精神》只引用了几组最简单的统计数字，⁽¹²⁾但二者同样成为社会科学领域的不朽经典。目前在国际前沿的研究中，广泛和通常使用的还是那些可以解决大部分偏差的成熟方法，如因子分析、Logistic回归、线性回归等。这些传统分析方法，足够得到近似正确的结论或者可靠的结论。应当看到在大多数情况下，更复杂和先进的统计方法也只是对研究结果精确度的微小帕累托改进。对高深统计方法的恐慌，在很大程度上是不必要的。

第四，经验研究训练不足。定量犯罪学研究需要更多的数学和统计专业知识，学者经过系统的训练，才可能获知这种能力。更加准确、更少偏差的、用于分析各种不同类型的统计资料的不同统计模型和分析方法被不断开发出来。每一种发展都代表着在提高精确度、减少偏差等方面的进步。⁽¹³⁾国内不少犯罪学实证研究论文中，研究者仅仅使用了最初级的描述统计表格，就得出了一般化的结论。由于其方法上的缺陷，这种结论实际上往往是不可靠的。大数据作为犯罪预测和防控的新方法已逐渐得到应用，但使用群体仍然比较狭窄，主要局限于大数据的拥有者和有关企业中的研究人员。同时对研究方法和结论的局限性也很少进行讨论。

（三）应用研究和政策研究方面

中国传统文化中有入世⁽¹⁴⁾和实用⁽¹⁵⁾的倾向，这是有利于我们发展应用研究的一种文化资源，但也容易引起对追求普遍规律，尤其是在实证和经验研究基础上追求普遍规律的惯习缺乏。李约瑟在对中国科学的发展过程研究中指出了中国传统文化中科学发展的有利及不利因素。⁽¹⁶⁾中国犯罪学家们近年来回应公共政策需求，对很多犯罪热点问题进行了大量研究，提出了不少防控犯罪、社会治理的对策建议，如对低龄少年犯罪、网络犯罪、金融犯罪、企业合规的研究，这是中国犯罪研究中增长较快的一个方面，也是中国犯罪学发展中可圈可点之处。但此类研究常见形式是：提出问题、举例说明问题、提出对策。这些对策中有对具体犯罪问题的举措，也有全局战略性的对策，看起来似乎都言之成理，但严格和精密程度尚有较大不足。相较于国外成熟的犯罪研究而言，最大的弱点在于对提出的政策和方案鲜有后续的评估研究。20世纪70年代以来，在西方世界，要求科学为社会发展做出贡献的呼声越来越高，社会成员不断参与到知识的应用当中，⁽¹⁷⁾如评估研究在美国的应用研究中占据重要地位。⁽¹⁸⁾在犯罪学中尤其是刑事司法部门的研究中，评估研究已成为政策措施研究必不可少的组成部分。评估方法可以减少偏差，提高客观性和准确度，检验刑事法律与刑事政策的实际效果。⁽¹⁹⁾其中政府资助项目和基金项目有一个共同的特点，就是凡是涉及应用方案的研究，都会要求有对应的效果评估的研究和证据。只提出对策就申请资助、而未能提供对其相应对策的效果进行检验的方案，不能得到政府或相关组织的支持。

(11) [法]埃米尔·涂尔干：《自杀论：社会学研究》，冯韵文译，商务印书馆2003年版。

(12) [德]马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，彭强、黄晓京译，陕西师范大学出版2002年版。

(13) Craig A. Hill, Paul Biemer, Trent Buskirk, Mario Callegaro, Ana Lucia Córdova Cazar, Adam Eck, Lilli Japiec, Antje Kirchner, Stas Kolenikov, Lars Lyberg, Patrick Sturgis, *Exploring New Statistical Frontiers at the Intersection of Survey Science and Big Data: Convergence at 'BigSurv18'*, *Survey Research Methods*, Volume 13, 2019(1), p123-135.

(14) 杨伯峻译注：《论语译注》，中华书局2018年版，第25—27页。

(15) 许倬云：《中西文明的对照》，浙江人民出版社2013年版，第55页。

(16) [英]李约瑟：《中国科学技术史》（第一卷 导论），科学出版社、上海古籍出版社1990年版，第153—162页。

(17) [英]杰勒德·德兰迪：《知识社会中的大学》，黄建如译，北京大学出版社2019年版，第146页。

(18) Emil J. Posavac, Raymond G. Carey, *Program Evaluation: Methods and Case Studies* (7th ed.), Upper Saddle River, NJ: Pearson, 2007, preface.

(19) 刘建宏、刘晓梅、张金武：《犯罪防控政策科学化研究》，载《犯罪学论坛》（第二卷·上），中国法制出版社2015年版。

评估研究的具体要求,在很多政府部门,都是以法律形式加以规定的。然而,作为应用研究的核心组成部分的效果评估研究在我国尚未有制度要求和系统发展。⁽²⁰⁾

二、犯罪学学科发展中的问题

一些犯罪学学者认为,犯罪学是一门重要学科,犯罪学专业的学生应该有更好的就业路径。⁽²¹⁾但事实并非如此。究其根本,其中最重要的原因是相关院校犯罪学专业建设过程中,没有系统考虑犯罪学研究技能、犯罪学产品市场和犯罪学社会价值之间的相互关系。没有形成相互配套的制度和保障体系,从而使学科建设的努力无法带来犯罪学自身的快速发展。

(一) 学科定位

学科是连接学术和市场的桥梁,一端是学术研究,另一端是市场需求。学科建设和评价必须兼顾学术和应用,一方面要进行系统的基础理论、基本知识和研究方法的学习训练;另一方面要调查社会需求、主动与市场链接。学术、学科、市场三者相互联系而构成整体,学术通过学科连接市场,市场通过学科连接学术。学术研究为学科生产供应资源,市场消费为学科生产提供出路。良好的产品供给在满足社会需求的同时,也会激发新的消费需求;相反,供给短缺或产品低劣,会降低消费需求,或迫使市场寻找替代品。⁽²²⁾目前,我国犯罪学学科建设的最大不足就是与市场脱节,一些学者习惯于从概念和逻辑出发来建设学科,而不重视对市场需求的调查和预测。学科建设应当以一般理论和一般方法为基础,通过应用研究发展专业理论和方法。通过持续地深入市场,培养市场所需要的人才、产品和技术,满足市场需求、为社会服务。犯罪学学科建设者,一方面,应当有增进人类知识、发展科学理论、发现与犯罪有关的规律性的、本质性的知识的信念。深入系统地研究与犯罪有关的各种现象、行为、要素、关系、结构、机制,广泛涉猎研读国内外经典和前沿文献,借助我国特定的社会文化和制度优势,做出独特的发现和贡献;另一方面,要适应当下中国特定环境和社会需求,犯罪学学科应当把犯罪预防和刑事司法制度研究作为科研和教学的重点领域。目前国内犯罪学学科应定位在:提升国家控制和预防犯罪效能,提高国家犯罪治理能力和治理水平的现代化。

(二) 学科关系

犯罪学和刑法学的关系从学科角度讲应该是怎样的?从知识逻辑上应该是怎样的?刑法学专业的学者研究犯罪学,就会依赖刑法学的思路 and 方式来获取研究犯罪问题的资源。他们具有刑法学思维和方法论的基础,有利于犯罪学和刑法学的链接,但同时也受限于刑法学概念和思路框架。在这样的基础上建立起来的犯罪学,没有挖掘和展现出犯罪学独立的价值和学术贡献以及在满足社会及法治建设需求中的作用。很多时候刑法学者对犯罪学的研究方法和基础文献了解不够,而偏好用规范法学的方法去研究犯罪,很难很好地回答犯罪学的特定问题和犯罪控制问题,如危险犯这一概念就是用刑法思维来预防和控制犯罪

(20) 有鉴于评估研究对犯罪学发展的重要性和我国评估研究的缺乏,近些年,我组织编译了康拜尔合作组织刑事司法研究报告系列书籍,丛书汇集了全球范围内部分优秀的犯罪与刑事司法项目评估研究成果。参见刘建宏主编:《犯罪干预与预防评估系统回顾研究》,人民出版社2015年版;刘建宏主编:《禁毒干预评估系统回顾研究》,人民出版社2015年版;刘建宏主编:《青少年犯罪评估系统回顾研究》,人民出版社2015年版;刘建宏主编:《警务工作评估系统回顾研究》,人民出版社2016年版;刘建宏主编:《犯罪矫治评估系统回顾研究》,人民出版社2016年版。

(21) 靳高风:《犯罪学的发展与中国犯罪学学科建设》,中国人民公安大学出版社2013年版,第236—237页。

(22) Vladislav Valentinov & Spencer Thompson, *The Supply and Demand of Social Systems: Towards a Systems Theory of the Firm*, Kybernetes, Volume 48, 2019(3), PP 570-585.

的常规思路。犯罪学和刑法学规制对象上有着本质不同，二者早期的出发点都是针对已然犯罪人，现在刑法学的触角延伸到了有高犯罪风险的未然犯罪人，偏离了保护个人权利自由的刑法基本底线。而犯罪学从犯罪预防的角度出发，提出应当规制犯罪预防责任的机构和个体，并强化目标防护。目标防护包括：对犯罪目标监管者责任的强化、对受害人风险的减少、对受害目标风险的减少、对犯罪风险的减少。犯罪风险的减少仅仅是犯罪预防与控制中的一部分，而只有这部分才是与刑法学研究主题相重合。在学科构架和市场构架下的犯罪学学科中应当包括刑法学和刑事诉讼法学专业知识，但这只是其中的一部分。

（三）中心议题

犯罪控制与预防在犯罪学领域中具有一定的独特性。首先，犯罪预防作为社会治理的一个重要方面，承载着社会治理和法治建设的功能。其次，社会犯罪控制与治理具有很强的实践性，可以作为主线把市场和犯罪学串联起来。最后，犯罪控制与预防在很大范围内与现存关于犯罪控制和预防的各类专业和课程有交集，这在一定程度上成为犯罪学分散存在的最大公约数。而这些专业和课程广泛存在于文科、理科、工科等各种领域内，承担着某方面对犯罪进行控制和预防的功能，而它们各自由于专业内涵和外延的约束，欠缺系统的理论化认识。因此，其犯罪控制和预防的观念和技术往往是局部的、片面的，缺乏整体性和科学性，其犯罪控制和预防的功能实现也是有限的，这时就更需要犯罪学发挥整合功能。

中国犯罪控制和预防总体方针是综合治理，这凸显和发挥了制度上的优势，也取得了很好的效果。但从另一角度看，这一举措也说明了我国犯罪预防和控制功能在社会设置上的分散，因此需要采取某种集中的方法。在实践中，应当承担犯罪控制和预防部分功能的各个政府和组织机构往往把犯罪控制和预防的责任和功能定位于该机构的附带责任，而不是他们的中心任务或常规工作。每当某种犯罪浪潮袭来，中央政府决定采取强硬应对手段时，各个部门和机构就高度重视，集中人力物力打击防控某类犯罪。但持续一段时间后，高潮退去，重视程度就逐渐下降，这就形成了浪潮形态的严打和犯罪异常波动现象。犯罪预防和控制功能的分散，其根源在于学术上的分散。犯罪学理论和研究成果尚不足以形成一个综合的、具有中心地位的学术机构或学术建制，犯罪学对于社会的犯罪控制和预防的特定需求还不能提供充足有效、科学系统、稳定明确的知识，并以此来指导犯罪控制与预防系统的制度建设、组织建设和功能完善。

我建议犯罪预防应该成为中国犯罪学应用研究和学科职业培养教育的基本内容，也就是说，要让犯罪专业的学生首先掌握犯罪防控方面的专业知识，成为一个对预防犯罪有充分知识准备的人，然后再学习其他与犯罪研究有关的内容。有了犯罪预防这个中心议题就能够形成独立的犯罪学科，而不是各个研究领域凑在一起的犯罪学。一旦把犯罪预防作为犯罪学的核心内容，就可以以此为线索，去研究丰富的犯罪预防问题，如针对刑法中设立的相关罪名建立相应的犯罪预防课程。这也会给与犯罪学相关的从业者增添一个明确的特性，让政府和社会了解到除了一般的刑事司法知识和技能，犯罪学家最擅长的是控制和预防犯罪。

（四）实现路径

犯罪学专业毕业生能做什么，他们的主要技能是什么？主要就业市场在哪里？对口行业有哪些？犯罪学具有独立于其他学科的核心知识和技术，能够为刑事司法政策制定和犯罪预防项目提供经验研究证据。除此而外，犯罪学在犯罪防控产品和设备研发上也会有独到贡献。虽然目前我国犯罪预防还没有形成一个行业，犯罪学专业学生应当学习的技能没

有得到系统的梳理和发展。但是,犯罪学的基础理论和基本方法以及最新的研究进展,对任何一个局部领域的犯罪控制和预防研究、特定产品研发和具体方案设计都具有根本性、全局性作用。犯罪控制和预防的整体思考能够拓宽产品研发者的思路、对临近领域类似产品的了解和理解,能够激发产品研发者灵感、增进犯罪预防和控制产品的创新性,从而产生重大的社会价值和经济价值。

犯罪学与其他学科多维交叉,从而构成犯罪学学科共同体。犯罪预防专业产品的市场具有发展快速、不断变化和创新引领的特点,会在很大程度上涉及到理科和工科的知识和技术,因此,犯罪学学科的专业构成和课程体系必须是文理学科交叉,同时要与各种产品所属的主要工科学科门类交叉,这样才能适应市场要求,培养出社会需要的专门人才。我国可以借鉴学科发展的国际经验,在专业设置和学生培养上突出职业专长,甚至可以尝试建立犯罪预防职业资格证书制度。

三、犯罪学市场方面的问题

在中国目前的社会运转体系中,市场的发展已成为各项事业健康快速成长的基础动能来源。要推动犯罪学的发展,忽略市场的作用和规律,是一种根本性的错误。在我们目前关于犯罪学学术发展的讨论中,很少见到对犯罪学市场的提及和分析。⁽²³⁾学术界普遍看到政府的巨大作用,但同时也应看到,政府的决定和行为会受到市场的影响。因此我们在讨论犯罪学发展的时候,首先应该对犯罪学市场的存在和运行进行深入探讨和研究。虽然我们很少见到政府、企业和社会组织的人力资源部门把犯罪学专业纳入招收人员的范围。但是,犯罪学是有市场的,也有人在这个市场中从业。问题在于没有建构起一个具有同一性的犯罪学场域,学术研究、学科建设和市场之间没有形成直接通道和高效链接。政府作为打击和防控犯罪的主体,理论上有很强的犯罪学人才和产品需求;安全防范技术企业、保安行业和海外安保企业应该对犯罪学人才有很强的需求;普通公民对个人防护知识、技能和产品有很高的期待。一方面,国家、企业和个人对犯罪学都有较强的需要;另一方面,犯罪学专业的毕业生却找不到很好的出路。犯罪学人才和产品的出路问题,既有市场主体(政府,企业,社会)需求的原因,也有供给方(大学)自身的问题。

在犯罪学市场、学科和学术研究的关系中,学术研究是第一动因。没有高质量的犯罪学学术研究成果,就没有高水平的犯罪学学科建设,也就难以产出受市场欢迎的犯罪学人才和产品。高质量的学术研究成果需要高水平的研究团体,需要高规格的学术平台。目前,国内仅几本犯罪学专业期刊,如《犯罪研究》《犯罪与改造研究》《中国监狱学刊》《青少年犯罪问题》《预防青少年犯罪研究》等,其中没有相对稳定的CSSCI期刊或核心期刊。犯罪学虽然被归属在法学大类,22种“中国法学核心科研评价来源期刊”(China Legal Science Citation Index, CLSCI)却极少或不发表犯罪学论文。就连唯一的“刑事法学”C刊(2020年入选CLSCI)《中国刑事法杂志》自2017年以来,只发表过2篇准犯罪学论文。⁽²⁴⁾核心期刊中只有《中国人民公安大学学报(社会科学版)》设立了专门的犯罪学栏目,每期发文也不过两篇。与此相对照,在英语世界2018年犯罪学和刑罚学的SSCI期刊有65本之多。

(23) 张潘仕、孔一:《社会生产关系视野中的犯罪学》,载《江苏警官学院学报》2004年第5期,第18—23页。

(24) 参见时延安:《网络规制与犯罪治理》,载《中国刑事法杂志》2017年第6期,第14—23页;赵志华:《区块链驱动下智能合约犯罪研究》,载《中国刑事法杂志》2019年第4期,第90—102页。这两篇文章可以算作犯罪学论文,但刑法规范分析的色彩超过犯罪学社会研究的特征。

平台的限制严重制约了犯罪学的发展。近些年来,我国从事犯罪学和监狱学研究的年轻学者在英文犯罪学 SSCI 期刊发表论文的数量和影响力日渐增加。这足以说明,不全是犯罪学学者的研究水平不够,而是犯罪学论文缺乏均等的发表机会。这反过来,也降低了犯罪学研究者的研究投入和论文产出质量。

从犯罪学产品本身来看,存在理论性不够和实践价值不大两大问题。一是包含原创概念、重要发现、揭示复杂关系、有预测能力的较高理论价值的研究成果较少,创建立足于本土文化元素和社会特征具有较强普适性和解释力的自主性理论极少。⁽²⁵⁾对西方经过科学和实践检验的成熟犯罪学理论知之不详,或对有些理论没有经过本土化验证而照抄照搬。二是相当一部分犯罪对策研究报告和论文虽然提出了对策措施建议,但这些建议不是建立在能够代表总体的随机抽样数据和科学分析方法基础之上,所谓“结论”往往是或然性的,或者不可靠的。有的研究报告提出的对策措施建议缺乏针对性和操作性。对于绝大部分犯罪预防项目的实施效果也缺乏有效反馈和科学评估。由于专业领域新兴犯罪的出现,基于街头犯罪形成的传统犯罪学知识已经无法解释和应对特定领域的犯罪,如金融犯罪、电信犯罪、网络犯罪、法人犯罪等有一定技术门槛的犯罪,这也限制了犯罪学发挥作用的空间。这些问题都在不同程度上降低了犯罪学研究成果的应用价值。西方犯罪学的研究领域十分广阔,犯罪学理论包括的犯罪原因研究始终是犯罪学的核心基础研究领域。但最大的市场来自于刑事司法领域,其中研究比较集中的主题包括警察研究和矫正研究。每个国家对犯罪学的研究领域、市场需求和学科建构的分析和结论都会不同。我们应该从中国国情和自身独特的市场需求出发,参考国外的成熟经验来作分析和决定。我认为,我国目前最大的犯罪学学术市场应该是:犯罪控制和犯罪预防研究、对犯罪相关政策和项目的评估研究。

四、结语

学术质量是犯罪学发展的关键。要提高犯罪学的研究质量,就要对犯罪学学科研究的特色、优势有清晰认识,培育和发挥这些特色和优势,才能凸显犯罪学自身的学科价值。传统社会科学的学者想看到有价值的研究成果,然而仅靠传统的逻辑推理、哲学思辨来做研究不免使很多“理论”研究变成自说自话。以选择对自己论辩有利的事例举证得出的结论往往令人难以信服。因此,需要把眼光转向规范实证研究,从可靠经验中产生可靠结论。相较于传统法学研究和其他论述性的研究,犯罪学研究的优势就在于用经验事实和通过严格方法收集的数据来论证。但既有犯罪实证研究所使用的统计方法比较初级,即使用了前沿统计工具的研究,在理论上也缺乏深度。总之,目前国内犯罪学实证研究在方法和理论方面都缺少应有的价值和贡献,因此,并没有显著提升犯罪学的影响力。缺乏理论贡献,就很难有政策贡献,也很难设计出有实践价值的犯罪问题解决方案。

目前没有形成鼓励和支持犯罪学发展的环境,学科设置的层次和高级别刊物的用稿取向难以吸引最杰出的学者持续从事犯罪学研究,这直接造成犯罪学研究长期在学术链中下游徘徊的局面。我们应当深入分析犯罪学的环境和资源,并找到改善犯罪学发展环境的路径。其核心思路是必须了解和确定犯罪学学科市场,努力去满足并发展市场需求,为市场提供高质量的产品,才能获取市场的支持和更多的资源,从而有能力进一步提高研究质量,最终形成良性循环。不断推动犯罪学研究和相关产品的质量优化,扩展市场,学科地位也会随之提高。

(25) Liu J. *Asian Paradigm Theory and Access to Justice*, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 2016, 32(3), PP 205-224.

想要建立这样的良性循环,就要把犯罪学科的发展和前途,寄托于犯罪学学者自身的努力上,逐步改善生存和发展环境。犯罪学家应当根据政法委关联部门必须履行的犯罪控制职责,综合这些成员单位的特定工作内容发展出独立的和统一的学科,并渗透到相关学科之中去重建中国犯罪预防的理论和职业领域,逐步推行犯罪预防和控制学科的专业化。

随着留学国外的犯罪学博士的不断归国,我国学者到美国、英国、德国等国家访问交流,我国学者的论文在国际犯罪学期刊的发表以及亚洲犯罪学会的影响力日增,⁽²⁶⁾中国犯罪学的国际交流有了长足进展。但整体上仍然是零散的、不系统的,尤其是与国际上一流犯罪学家交流偏少。交流程度不够主要原因是我国学者对国际犯罪学学术文献了解不够,西方学者对中国的犯罪预防和控制状况不够了解,双方对各自的文化差异和话语体系不熟悉。中国犯罪学学者应当在充分吸收国际文献的基础上借助规范实证科学方法深入研究中国本土犯罪问题和犯罪预防与控制实践,发展原创犯罪学范畴和理论,做出中国犯罪学应有的国际贡献。

(责任编辑:何树彬)

Research, Discipline, and Market: The Approach for Developing Chinese Criminology from an International Perspective

LIU Jianhong

(University of Macau, Macau 999078)

Abstract: Criminology in Mainland China has made important achievements after decades of development. However, this discipline has not been highly recognized within the academic community, while research results have not been widely utilized in real world. This article proposes that the problem is a systemic one. The systemic problem is caused by the interaction among weaknesses of the academic research, discipline construction, and the criminology market. The crux of the problem lies in: (1) the lack of training received by criminologists in Mainland China and the lack of advanced-level criminological empirical studies; (2) the positioning of the subject, content setting, and adjustment of academic platform; and (3) the lack of awareness and market construction of products generated by the discipline. This article recommends: (1) to vigorously and systematically enhance the ability of criminologists; (2) discipline can focus on the research of crime control and prevention, and the evaluation of crime related policies and projects; (3) to vigorously develop criminology products market, improve the quality of academic products, talent products, and crime control products, and increase the contribution to the national crime governance. This article suggests that the above three aspects should be improved together, so as to enhance the internationalization of Chinese criminology and create a path for future development in China's criminology.

Key Words: Chinese criminology, academic research, discipline construction, criminology market

(26) 刘建宏、王冰萍、孔一:《比较犯罪学的历程与亚洲犯罪学的兴起》,载《中国刑警学院学报》2019年第4期,第41—48页。

刑事法学经验研究中的若干问题

——给法科学生的方法建议

赵 军*

内容摘要：包括实证传统的定量研究与人文传统的质性研究的经验研究已为越来越多的法科学生所采用，但也存在较多问题。譬如，对经验方法缺乏体系性把握导致方法类型的误用；问卷设计、抽样方法、数据分析不当导致定量研究结果失真；将“举例说明”等写作或辩论技巧当作证明或证伪某种理论的经验方法；对“座谈会调研”的潜在风险缺乏反思与警惕；脱离研究对象生活世界的质性研究引发“视域错位”，如此等等。建议有志于经验研究的法科学生直接借助社会学、人类学、统计学专业的基础教材，对定量、质性方法进行系统学习，并在掌握相关知识后，将其积极运用于法学研究实践。即便专注于传统的法学研究，了解一些有关经验方法的基础知识，也有助于研究者辨别社会科学经验研究成果的质量。

关键词：定量研究；质性研究；法学研究方法；实证研究；经验研究

作为一名长期从事经验研究（empirical research）的刑事法学者，笔者的学术兴趣更多聚焦于具体问题，尤其是聚焦于边缘群体的权利问题。从“社科法学”“法律实证研究”在学界兴起至今，笔者从未介入过围绕法学研究方法、研究范式的任何学术论争。在笔者最初的学术见解中，那些在中国法学界被标签为“实证研究”⁽¹⁾的方法，不过是早已成熟的社会科学经验方法在法学领域的运用。任何一名法科学生只需精读一本社会学（人类学）专业有关经验方法的本科教材，就能够通过一段时间的摸索，在法学这个经验研究相对薄弱的领域立足，实在没有笔者置喙的空间与必要。然而，10多年过去了，每年研究生论文开题、答辩，都会遇到一些以“实证研究”作为方法标签的论文，但其中真正符合经验研究基本规范者却是凤毛麟角。有些论文，包括个别博士论文，在经验方法的运用上足以用“惨不忍睹”来形容。鉴于此，笔者就当前刑事法学经验研究中常见的方法问题作一次梳理，对其中最常见、最重要的问题作一些简单明了、有针对性、有操作性的提示，从而帮

* 赵 军，法学博士，北京师范大学法学院暨刑事法律科学研究院教授、博士生导师。

(1) 在中国主流法学话语体系中，“实证研究”是指被社会科学界同行翻译为“经验研究”的 empirical research。然而，作为规范研究（normative research，用以解决“应该是什么”问题的研究）对称的 positive research 有其特定含义（用于解决“是什么”问题的研究），在中文中只能翻译为“实证研究”。为避免混淆，笔者支持使用社会科学界通用的“经验研究”指称包括定量/量化研究、定性/质性研究在内的、作为理论研究（theoretical research）对称的 empirical research。另外，围绕中文“实证”的语词混淆，在法学领域还有一对概念，即 empirical legal research 与 legal positivism。如果将“法律经验研究”称为“法律实证研究”，那么，传统更为悠久、以分析实在法律规范为显著特征、与自然法研究相对、并不依赖经验方法的“法律实证主义研究”，又该在中文世界如何标记？参见侯猛：《实证“包装”法学？——法律的实证研究在中国》，载《中国法律评论》2020年第4期，第62—64页。当然，标签选择的背后，还有一整套更为重要的理念，其涉及哲学基础、研究范式的分野。鉴于本文主旨，在此不赘。参见汤茂林、黄展：《Empirical research 到底是实证研究还是经验研究？——兼论学术研究的分类》，载《地理研究》2020年第12期，第2855—2859页。

助法科学生避免“重蹈覆辙”，让新一代法学学人在一个相对“入流”的起点上展开研究。从这样一种建设性的写作本意出发，这篇主要以有志于经验研究的法科学生为受众的文章，将紧扣刑事法学经验研究的现状，“对事不对人”，直奔主题、直击问题，并有意忽略了某些“问题”的出处。^[2]

一、对方法类型的误用往往源于对经验方法缺乏体系性把握

与理论研究对应的经验研究有两大类型：定量研究/量化研究（quantitative research）和定性研究/质性研究（qualitative research）。这两类经验方法不存在孰高孰低、孰优孰劣的问题，具体研究中选择哪种方法取决于问题性质、研究阶段、研究目的以及研究条件。

一般说来，社会科学研究既可从观察（个案）事实入手，通过对（个案）经验的归纳概括建构理论；也可由理论开始，通过演绎推理形成研究假设，再根据观察（数据）事实验证假设，从而使理论在经验（定量）层面得到检验（证伪）。^[3]前者属人文主义传统、自然范式的质性方法，其目的是探索、理解研究对象，尤其探索、理解研究对象的特殊性、多样性；后者属实证主义传统、科学范式的定量研究，其目的是检验理论的真伪，验证关于研究对象普遍性、规律性的假设。因此，当我们对某一问题已具备一定程度的认识，已发展出若干关于普遍性、规律性的理论（假说），而又需要对这些理论进行检验的时候，就需要采用定量方法。反之，当我们对某种社会现象还不太了解，或对研究对象的特殊性、多样性缺乏足够深入的把握，从而需要就相关问题展开探索以建构新理论时，质性研究就是合适的选择。

例如，某同学通过新闻报道，关注到了和“重症智力低下者”结婚（同居）的问题。这个选题本身是很有价值的。当患有重症智力低下的女性与智力正常的男性结婚（同居）时，女方可能因不具备“性同意能力”而致其同意无效。在此情况下，男方是否构成强奸罪，这涉及一系列理论与实践问题。受“量化研究”更全面、更科学、更精确等观念的影响，该同学希望围绕该问题做一项定量研究，但问题是：在对这一现象的理解极为有限的情况下，他并不知道应该用问卷去调查谁、调查什么。如果硬着头皮做定量研究，至多只能去调查普通人对该现象的一般性看法。如此一来，最终输出的“成果”只能是：有关普通人对抽象意义上与重症智力低下者结婚（同居）赞成与否的描述性统计数据（往往是一组百分比数字或饼状图），外加与这些数据并无多少实质关联的理论分析。这正是典型的“两张皮”或“实证包装法学”的研究。^[4]

相反，如果采用质性方法展开这项研究，研究者只要能找到几个与主题相关的个案，设法进入研究对象的生活世界进行近距离观察，就有可能了解到促成这种特殊婚姻（同居）关系复杂多样的原因及其实际后果，尤其是了解到相关各方在具体生活情境中的差异化诉求和实质利益所在。藉此进路，就有可能从中归纳提炼出一些既有助于防止重症智力低下女性遭遇性侵害，又不至于剥夺她们获取性生活及日常照料的制度设想。

可见，对经验方法的体系性把握，能够帮助研究者根据研究主题的具体情况选择合适的方法类型，这是研究取得成功的前提。

[2] 严格说来，这当然不太符合通常学术规范。

[3] Walter L. Wallace, *The logic of science in sociology*, Chicago: Aldine-Atherton, 1971, S. 18-23.

[4] 参见侯猛：《实证“包装”法学？——法律的实证研究在中国》，载《中国法律评论》2020年第4期，第68—69页。

二、必须以理论及相应假设为起点的定量方法原则上不能用于探索性研究

以上对两大经验方法类型的介绍不难发现,定量研究的起点是理论及相应假设,这意味着在现有研究尚未就相关问题形成相对明确的理论,或者研究者对研究对象缺乏一定程度了解的情况下,原则上不能将定量方法用于探索性研究(exploration research)。这原本是关于定量研究的一个常识性知识点,但对于欠缺经验方法系统训练的法科学生来说,未必容易理解。不过,有学生认为:就算不知道淫秽物品与未成年人犯罪之间是否有关,难道就不可以通过统计犯罪少年与守法少年接触淫秽物品的情况,去发现两者之间的关系?这其实是一个自相矛盾的质疑。因为这项定量研究之所以能够展开,其前提正在于“淫秽物品促成未成年人犯罪”这个基于已有理论的假设。如果没有这个假设,研究者如何知道测量谁(犯罪少年、守法少年),测量什么(接触淫秽物品的情况)?该同学只是没有意识到研究假设的实际存在,这倒不会对研究产生实质性负面影响,但如果真是在没有假设的情况下展开“定量研究”,失败几乎是必然的。

有学生想利用裁判文书网公开的案例研究企业家腐败犯罪的成因。由于对企业家犯罪缺乏了解,没有明确的假设,他只能在入选样本的裁判文书中提取那些通常会在文书中出现的“天然变量”——性别、年龄、文化程度、民族、政治面貌、职务、企业性质、行业、地域、案发环节、犯罪数额、罪名、刑期、罚金、是否适用缓刑等。然而,围绕这些变量展开的单变量描述统计、双变量交互分析、多元回归分析,都不可能获得有关企业家腐败犯罪成因的数据信息。仅就企业内部的犯因性因素来说,“现代社会,单位犯罪主要是基于单位自身的组织构造、内部文化、奖惩制度等自身因素引起的”,⁽⁵⁾而上述“就汤下面”提取到的“天然变量”与那些可能促成企业家腐败犯罪的因素并无实质关联。即便通过统计显现出某些数量关系,譬如,男性、汉族、党员、高学历、发达地区的企业家犯罪数额更高,也不能说明就是这些因素促成(加重)了企业家贪腐犯罪的发生(程度)。这些数量关系既可能由偶然的样本状态所致,也可能由其他变量的干扰引起。

总之,在开始一项定量研究前,一定要通过文献回顾或前期的探索性质性研究确定有待检验的理论,并依据待证理论形成可检验的研究假设。否则,就只能漫无目的地大海捞针,要么一无所获,要么误入歧途。⁽⁶⁾

三、问卷设计上的重大缺陷往往成为定量研究失败“无药可救”的“病根”

在问卷调查、实验、内容分析等定量研究方法中,问卷调查法最为常用。作为社会科学经验方法体系中实证主义、科学主义流派的代表,问卷调查法的“科学性”源于对自然科学研究中“受控条件下、可重复、试验”等三大原则的模仿。⁽⁷⁾而确保这种模仿到位的关键一环,就是制作具有良好信度与效度⁽⁸⁾的测量工具——问卷(量表)。如果问卷(量

(5) 黎宏:《完善我国单位犯罪处罚制度的思考》,载《法商研究》2011年第1期,第84—85页。

(6) 随着大数据、人工智能等新技术的广泛运用,一些借助这股“技术东风”涉入定量研究领域的学者,似乎从“深度学习”“碰撞”“数据挖掘”等技术概念中看到了颠覆传统定量研究“假设—检验”范式的“曙光”,但问题恐怕没有那么简单。参见潘绥铭:《再论生活是如何被篡改为数据的:大数据套用到研究人类的“原罪”》,载《新视野》2016年第4期,第32—35页。

(7) 参见陈蓉霞:《社会科学与自然科学:此科学非彼科学》,载《自然辩证法通讯》2004年第4期,第98—99页。

(8) 信度即可靠性,指用某一测量工具重复测量事物或变量所获结果的一致性、稳定性;效度即有效性,指用某一测量工具测量事物或变量所获结果的准确、精确的程度。参见风笑天:《社会学研究方法》(第5版),中国人民大学出版社2018年版,第107—108页。

表)设计得不好,研究就会因没有好的测量工具而失败。在定量研究的各个流程中,论文撰写中出现的问题可以修改,数据分析方法不当可以重做,甚至某些不太严重的抽样缺陷也可通过加权处理或补充抽样的方式进行一定程度的补救,唯有问卷设计的重大缺陷,基本等同于整个研究彻底失败——要么放弃,要么推倒重来。

在组织卖淫罪取消死刑之前,有同学在当时取消非暴力犯罪死刑学术热潮的鼓舞下,试图通过问卷调查证明该罪的死刑设置过于严苛,并不符合主流民意的死刑观念。这本身是一个非常好的研究假设,但因不了解问卷设计的技术要求,该同学将其通过系统法学训练获得的“法言法语”“简单粗暴”地写进了问卷,造成了后续研究难以补救的重大缺陷。问卷中,该项问题被表述为:“刑法应该做到‘轻罪轻罚,重罪重罚’。就您个人的看法来说(不用考虑现行立法),当以下犯罪出现最严重情况时,您觉得判处什么样的刑罚合适?①故意杀人;②……组织卖淫……”,如果以刑法专家(刑事法律从业者)为调查对象,该问卷设计或许可以勉强接受,^[9]但作为一份以普通民众为调查对象的问卷就很难被其接受了。事实上,普通民众很难准确理解、确切定义什么是组织卖淫,组织卖淫与介绍、容留、引诱、强迫卖淫的区别是什么?对于“最严重情况”的想象,不仅在每个受访者脑海中可能千差万别,甚至同一个体在不同时间与情境下也可能截然不同。用这种问卷对普通民众进行调查,其效度与信度完全无从谈起。

这里涉及一个关于问卷设计的基本问题,那就是一定要在问卷中将抽象的概念、命题“操作化”(operationalization)为可观察、可测量的具体变量与指标。如何测量人们对抽象/敏感/专业的法学概念/观念/命题的看法?一种可行的操作方案是采用对“外指观念”^[10]探测具有较好效果的“讲故事法”,即通过了解受访者对情境化、具象化“故事”的态度,测量受访者内隐的、抽象的观念。

关于“最严重的组织卖淫犯罪”,笔者曾在问卷中设计过这样一个“故事”:在中国台湾地区“做小姐”收入相对较高,赵某先后帮助19名自愿到中国台湾地区“做小姐”的大陆女青年与中国台湾地区男子办理“结婚”手续(只办手续,不与对方共同生活),并通过这种方式将她们送到中国台湾地区。到中国台湾地区后,这些女青年按事前约定,到由赵某联系的“公司”上班赚钱,工作内容是陪客人发生性关系。该“故事”根据真实案例编写,赵某的行为符合当时《刑法》第358条“组织他人卖淫……情节特别严重”的规定,实际判决结果为死刑(立即执行)。^[11]从问卷发放的现场反应、填答结果以及事后对部分填答者的访谈看,该“故事”能够被具有基本阅读能力的普通受访者充分理解,对“故事”的态度能够相对准确地反映受访者对“最严重的组织卖淫犯罪”可罚性的认识。

除了通过“操作化”将抽象的“法言法语”转换为非专业普通受访者看得见、摸得着、可准确感知的问卷内容而外,问卷设计还有很多需要注意的细节。譬如,在措辞、描述方式上,要尽量避免研究者(社会主流)价值偏好对受访者的诱导,避免形成“社会期望偏差”(social desirability bias)。^[12]在上述“故事”叙述中,笔者刻意回避了“卖淫”这个污

[9] 即便是在匿名调查专家意见的德尔菲法中,类似设计也可能因不同专家对“最严重情况”理解的差异而具有较差的效度。

[10] “外指观念”是指人们针对各种社会现象所产生的一些看法、评价,往往并不直接针对自己。参见潘绥铭、黄盈盈:《反思“观念调查”》,载《学术界》2009年第2期,第91页。

[11] 参见赵军:《死刑存废的民意维度——以组织卖淫罪可罚性观念的测量为中心》,载《法学研究》2015年第2期,第29页。

[12] 受访者在回答问题时有可能倾向于选择某种其自认为“正确的”、社会接受的、提问者期待的方式来回答。这样的回答未必是受访者的真实想法,从而形成社会调查中的社会期待偏差。

名程度极高的法律词汇,转用普通人能够明白、相对中性、日常化的“做小姐”“陪客人发生性关系”予以替代。遗憾的是,许多同学尚未意识到问卷设计的重要性,或者说没有察觉到问卷设计的技术含量,以为仅仅通过“依葫芦画瓢”地模仿他人的问卷,或是仅仅凭着自己对理论的理解,就能设计出一份足以满足研究要求的问卷。但其实,没有好的问卷设计,问卷调查型的定量研究根本不可能取得成功。⁽¹³⁾

四、抽样方法不当有可能导致数据结果南辕北辙

在定量研究中,对样本进行数据分析是为了估计总体。样本代表总体的能力以及与之相关的抽样方法,是测量工具之外另一个决定定量研究成果质量的关键。从理论上讲,最简单的抽样方法是“回置的简单随机抽样”,它能够保证总体中每一个个案/元素入选样本的概率完全一样。⁽¹⁴⁾不过,这种方法在实际研究中往往因成本过高或客观条件不具备而难以操作。如何根据具体的研究目的和调查条件选取合适的抽样方法,就成为一项考验研究者智慧与平衡能力的重要工作。然而,抽样的重要性在法学经验研究中强调得还很不够。疏于抽样方法训练,甚至毫无“抽样意识”,拿到样本就“算”,拿到“数据”就“论”,根本不在乎样本是怎么来的,这些现象在法科学生中比较常见。

随着网络调查门槛的降低,没有资金支持的法科学生自然会想到通过网络了解民众对法律问题或犯罪行为看法。比较典型的做法是:将电子问卷发布到微信公众号上,通过朋友圈传播,在后台回收数据进行统计分析。如果仅仅只为了解某个特定群体的观念或行为(如某高校的大学生或某个专业的从业者),这种调查是有可能被接受的。但如果要调查普通民众,朋友圈传播所导致的受众同质性,尤其是乐意上网就特定议题接受调查者(这在本质上也是一种网络表达行为)的群体特质,就极可能使调查产生严重的系统偏差。以这些年引发持续关注的高校性骚扰为例,网络调查的性骚扰被害比例,一般都会高于线下实地调查的结果。这其中一个重要原因就在于:通常的网络调查并没有设计专门的抽样环节,遭遇过性骚扰、有更强表达意愿的人往往会更多、更积极地参与调查,具有相反情况或态度的人则更可能被样本“遗漏”。如此形成的样本,看似受访者分布很广,样本容量也很大,其准确性甚至还不如在一个地方采整群抽样方法所获取的样本高。如果研究者有条件进行某些关键维度的分层(地域、文理科、男女生、本科生/研究生、重点/非重点大学),让个案分布更合理,样本质量还会进一步提升,研究结果也就能更准确地反映高校性骚扰的实际状况。

另一个比较典型的例子,是对媒体报道/互联网传播的犯罪案件进行统计分析,以此研究现实生活中某类犯罪的现实状况和发展态势。作为舆情分析与监控的辅助手段,这种方法是可取的。不过,媒体报道/互联网传播的犯罪案件主要反映的是社会关注了什么,而非现实生活中实际发生了什么,尽管这两者在很多时候具有一定重合性。性与暴力一直都是“传播市场”中的“优质资源”,有关性犯罪、性越轨的资讯一直都在网络/媒体中占据较大空间,若据此得出我国性侵害、性骚扰现象十分严重或越来越严重的结论,很可能与实

(13) 一些法科学生,甚至把定量研究简化为操作使用 SPSS 软件。殊不知,社会科学界的同行在对定量成果进行质量评估时,首先看的就是问卷设计的科学性。

(14) “回置”是指抽中的个案/元素要被重新放回总体。参见谢宇:《社会学方法与定量研究》(第2版),社会科学文献出版社2012年版,第85页。

际情况差距极大。⁽¹⁵⁾从根本上来讲,类似研究的最大问题在于抽样框的选择与研究对象(总体)发生了严重错位,以此为经验依据展开研究,自然无法导出与社会实情相符的结论与对策。

五、单变量描述性统计、双变量相关性分析距事实上的因果性可能相当遥远

探索或确定因果关系是所有科学研究的基本目标。只有确定了因素之间的因果关系,由此设计的干预措施才会有可靠的科学依据,并继而取得预期效果。⁽¹⁶⁾在自然科学中,因果关系的确切性相对更高。氢气变成水,是因为遇到氧气发生了燃烧。通过严格控制反应条件的化学实验,这能够被轻而易举地反复证明。在社会科学中,任何社会现象都是在极为复杂的、诸多干扰因素难以排除的条件下发生的。在这种迥异于自然科学实验室环境的社会情境中,对单变量的描述性统计或是对双变量的相关性分析,很可能与事实上的因果性相距甚远。在“常识”或者偏见、刻板印象的影响下,越是符合研究者“心意”的数据,越可能将研究者、决策者和社会公众引入歧途。

在前文提及的淫秽品与未成年人犯罪研究中,因淫秽品促成犯罪的理论非常流行,而接触淫秽品后因“把持不住”陷于犯罪的个案也很容易找到,故从表面上看,要在定量层面验证这个理论应该不成问题。于是,有同学利用笔者调查所获样本,通过计算少管所服刑人员接触淫秽品的情况,发现该群体偶尔看、经常看淫秽品的比例均大大高于同龄的普通中学生。进一步对“犯罪与否”与“观看淫秽品”这两个变量进行相关性分析,数据也毫无悬念地支持了淫秽品对犯罪具促成作用的假设,这正好与主流研究成果形成呼应。⁽¹⁷⁾然而,当利用同一样本,以未成年人是否犯罪为因变量建立对数回归模型,在切断家庭状况、价值观、居住环境、休闲活动、性(别)交往、暴力资讯等因素的干扰后,未成年人接触淫秽物品对犯罪风险的促成力就变得不显著了。相反,接触未达淫秽程度的涉性资讯对未成年人犯罪风险还有一定抑制作用。⁽¹⁸⁾

尽管受制于取样范围(北京、湖北、贵州)和研究主题(只关注了未成年人的犯罪问题)的局限,该数据分析结果还不足以精确显现淫秽品对我国14~18周岁总人群犯罪促成的实际效果,更不足以推断淫秽品对未成年人犯罪以外的其他问题的影响,但这一数据分析案例却足以表明:统计上的相关未必意味着事实上的因果。变量间数据关系形式上的相关性,也可能是由其他变量同时对两者发生作用引起的。这至少对定量研究提出了两方面的要求:一是研究者对围绕同一问题的不同理论、不同研究要有较为全面的把握,尤其是要对那些比较容易忽略的非主流研究有一定程度的了解。⁽¹⁹⁾二是在研究过程中,不能仅仅满足于对少数变量及其相互关系的简单数据分析,要尽量将可能相关的重要因素均考虑在内,并根据具体情况选择更为妥当的数据分析方法。

六、用以探索多样性、特殊性、复杂性的质性研究不能用来检验有关普遍性的理论

由前文对定量研究、质性研究的粗略介绍不难发现,对理论进行检验的工作原则上应

(15) 参见赵军:《话语建构与性骚扰刑事对策的本土之维》,载《河南大学学报(社会科学版)》2017年第4期,第58页。

(16) 参见谢宇:《社会学方法与定量研究》(第2版),社会科学文献出版社2012年版,第65页。

(17) 参见郝杰英主编:《预防闲散未成年人违法犯罪调查报告》,中国档案出版社2002年版,第136—137页。

(18) 参见赵军:《未成年人犯罪相关因素定量研究》,人民日报出版社2017年版,第164页。

(19) 以色情品理论为例,除了认为人们会模仿色情行为的“模仿论”之外,还有认为观看色情品会宣泄郁积的性欲并降低性冲动的“宣泄论”,以及认为色情品不会产生刺激或降低性行为效果的“无关论”。参见李银河:《性文化研究报告》,江苏人民出版社2003年版,第247页。

由定量研究而非质性研究完成。^[20]这与社会现象、人类生活的特点有关,也与质性方法自身的逻辑及技术手段有关。就前者来说,与自然科学中的确定性不同(当然这也只是相对的),社会科学中的研究对象更加复杂、多样、可变。相同原因在现实生活中有可能导致不同结果,同样的结果也可能是由不同原因导致的。^[21]在有关犯罪原因的研究中,这尤其常见——伴随挫折而来的,既可能是攻击性的犯罪,也可能是“愈挫愈勇”的“人生逆袭”,还可能是无可奈何的退缩隐忍。^[22]社会科学中的因果关系,往往是概率性的,而非绝对的。这种概率性的因果关系不能适用于个案——就算离异家庭子女的犯罪率高,也不能据此推断某一个体是否会因父母离异陷于犯罪。反过来说,也不能用个案去证明或证伪这种概率性的因果关系。而就质性研究本身来说,这种不强调“样本代表总体能力”的研究,将关注的重点置于千奇百怪的个案及其无限丰富的侧面,其主要目的在于帮助研究者深化对研究对象的全面理解,通过对个案的归纳建构理论(假说),但却不能拿这些千差万别的个案去证实或证伪理论本身。

对于接受过系统经验方法训练的研究者来说,这些或许只是不言自明的“常识”,但要让法科学生真正理解这些“常识”并自觉贯彻到具体研究实践中,却并非易事。在我国,高校学生是通过高考选拔的,长期应对高考作文的高强度写作训练,早已让“例证法”“举例说明”等写作技巧潜移默化为他们思考问题、分析问题最有力的思维工具之一。用一组接近退休年龄被查的国企老总证明“五十九岁腐败理论”,或是用另外一组年富力强的早早落马的腐败官员证伪该理论;用俯拾皆是的男性性骚扰女性的案例证明性骚扰是男性对女性的“性别歧视”,或是用另外一些男对男、女对男的性骚扰案例证伪该理论;用媒体时常报道的酒后滋事酿成血案的悲剧证明酗酒对犯罪的促成作用,或是用更多醉酒后安静入眠、“人畜无害”的事例反证……如此等等,都是法科生论文中常见的论证方式。这些承接自中学时代议论文写作以及本科阶段辩论赛技巧的论述套路,正好与社会科学用定量方法支持、证伪理论假设的研究逻辑背道而驰。

事实上,社会生活的复杂多样与丰富多彩,使得相反或相同的例子都不难找到。在某一篇论文、某一项研究中,研究者要想选择性凸显或选择性无视任何方向上的个案,都是轻而易举的事情。排除刻意误导读者、公众的写作动机,仅就研究方法来说,将列举个案作为证实或证伪某一理论的方法,在相当程度上可归结为“例证法”“举例说明”等写作、辩论技巧训练的后遗症。当然,这也是经验方法训练不足的典型征表。

七、“座谈会调研”至少在犯罪研究领域是一种需谨慎对待、尽量避免的调查方式

通过召开座谈会进行调研在质性研究中属于“集体访谈”,其最明显的优点是高效,能一次性访谈多名受访者,极大节省调查时间。如果受邀参加座谈的受访者具有足够的“代表性”,且了解相关情况、发言踊跃、讨论积极,这种调查方式在理论上有可能收集到比个别访谈更全面、更广泛、更准确、更完整的信息。^[23]此外,如果“焦点团体访谈”的组织

[20] 在应用性社会科学领域,针对实际问题进行理论分析而获得的方案、对策、法规,有可能难以形成定量假设,在不得已的情况下可例外承认“定性检验”的结果,但仍要求相应成果能在实际运用(或模拟实验)中达到预期效果。参见曹伟:《应用性社会科学研究逻辑重构与会计研究方法反思》,载《财会通讯》2014年第10期,第6页。

[21] 参见谢宇:《社会学方法与定量研究》(第2版),社会科学文献出版社2012年版,第73—74页。

[22] 参见吴宗宪:《西方犯罪学》(第2版),法律出版社2006年版,第288页。

[23] 参见风笑天:《社会学研究方法》(第5版),中国人民大学出版社2018年版,第356页。

者有很强的观察、把控能力，这种访谈还能在“①访谈本身作为研究的对象；②对研究问题进行集体性探讨；③集体建构知识”等方面发挥个别访谈所不具备的作用。^[24]基于此，“座谈会调研”逐渐成为领导干部了解基层实际情况的常规方法。法学研究涉及法律设计及其实际运行，时常需要到公安、司法机关进行调研。久而久之，有相关渠道资源的法学研究者就会在依托法律实务部门展开调查时，延续这些机构驾轻就熟的座谈会调研模式。相对于那些不做社会调查的思辨型理论研究，通过座谈会了解基层法律实务显然能让学术研究更“接地气”，但如果缺乏对集体访谈固有缺陷的反思与警惕，对座谈会调研的滥用与依赖，也可能成为阻碍研究者接近真相、深入研究相关问题的方法障碍。

一位同学调研公安辅警问题，但所获结果与笔者指导、组织学生做的两项相关研究大相径庭。在这位同学的调查中，当地辅警原则上只会在警察的带领或监督下承担某些辅助工作，即便有个别辅警因特殊情况偶尔独立处理某些简单警务，也只是极端的例外。在笔者主导的调查中，情况并不如此。通过街头观察，能发现大量交通辅警独立指挥交通、独立对违停车辆贴条的现象。在某些警力薄弱的基层执法单位，治安辅警独立调解简单的小纠纷，巡逻发现可疑人员后在现场独立盘查，或临时控制违法犯罪嫌疑人，都较为常见。在北京、瑞安、石首三地抽取的样本显示，见过辅警独立指挥交通或违停贴条的受访者高达94.2%。事实上，辅警不能独立开展警务活动的规定在实践中很难严格执行。^[25]尽管从理论上讲，并不能用一项调查结果直接否定另一项调查结果，^[26]但对调查方法与调查过程的复盘不难发现，该同学的问题正是出在座谈会调研上。在这种场合，“说好话”、说“上级”爱听的话、说其他人容易接受（至少不太反感）的话，是最安全的表达策略。

集体访谈在组织方式和操作场景上很容易“自带”团体压力、从众行为，具有迫使受访者隐瞒某些消极、负面或不利事实的天然倾向，这在围绕敏感问题、涉及受访者利益、集体访谈参与者之间具有明显权力/利害关系的情况下尤为突出。^[27]法学研究，特别是刑事法学领域的经验研究，大量涉及敏感问题，加之相关座谈又往往在政法机关这种权力结构特征十分突出的机构中进行，故在有其他选择的情况下，本领域应尽量避免采用这种调查方式。就算“不得已”需要组织或参加“座谈会调研”，研究者也要对其固有缺陷与风险保持高度警惕。

八、脱离研究对象生活世界的质性研究在犯罪研究中很可能发生“视域错位”

非结构访谈是质性研究最重要的调查手段。相对于利用结构固定的问卷、按统一流程执行的问卷调查，这种鼓励受访者自由表达、力图呈现受访者视角、挖掘受访者意义阐释的开放型访谈，^[28]以放弃定量研究客观化、标准化、可重复等“科学规范”为代价，为探索研究对象无限丰富的多维侧面、深度理解研究对象作为独特主体的所思所为提供了可能。基于这样的理解，法科学生在涉入质性研究时，通常都会了解一些与访谈技巧相关的知识，

[24] 陈向明：《质的研究方法与社会科学研究》，教育科学出版社2000年版，第212页。

[25] 参见赵军：《社会治理法治化的本土及创新之维——以交通辅警“独立警务”问题为中心》，载《法律科学》2019年第3期，第67页。

[26] 除非用严格定量方法对相关调查点进行对比研究，否则，就无法完全排除调查点之间原本就存在重大差异的可能性。

[27] 参见风笑天：《社会学研究方法》（第5版），中国人民大学出版社2018年版，第356页。

[28] 参见陈向明：《质的研究方法与社会科学研究》，教育科学出版社2000年版，第212页。

并有意识地提高自己与人沟通、交流、谈话的能力。这无疑抓住了质性研究技能提升的关键，但仅此还远远不够。

笔者曾围绕亲生子女抚养权有偿转让展开研究，一位早年毕业并已走上基层审判岗位的学生在此期间与笔者展开了较为频繁的讨论。这位亲手审理了相关案件的法官对出卖亲生子女的母亲颇为愤慨。一名被告人曾向她解释出卖孩子的原因，大意是：男人没本事，挣不来钱，养不了这么多孩子；把多生的孩子卖到富裕人家，孩子过得好，家里也有钱用。在这位法官看来，为了几万块钱，就把自己的亲骨肉卖了，完全没有正常的母爱与亲情，这甚至比那些拐卖别人孩子的人还可恨。从在案证据复原的案情，以及她在办案中与被告人的谈话看，她的这些看法是有事实依据的。不过，作为一名有过长期实务经历的研究者，笔者对刑事司法人员“阅卷+提审”的办案模式非常熟悉，对这种信息获取方式的潜在视觉盲区深有体会，因而建议她最好能到被告人家里去看一看。如有可能，最好也到收买孩子的人家里去了解一下情况。果不其然，这一建议在相当程度上改变或者说丰富了她对相关事件的看法。按她自己的话说，一进入这些人的生活环境，她就意识到：在原生家庭那种极糟糕的条件下生活，对孩子非常不利；如果在收买家庭生活，孩子的成长当然也会面对某些不确定性，但改善当下生活并获得较好未来前景的可能性也是实实在在的。仅仅只是对研究对象生活世界一次不太深入的“参观”，身临其境的“眼见为实”就让她从先前立足于观察者视角（法官/法律人/中产阶级/重视“科学育儿”的知识分子母亲）的评价，转而开始了兼顾研究/工作对象视角（贫困地区生活困顿、面临若干难以克服的现实困难的村妇）的思考。这一转变并没有让她在有条件合法化亲生子女抚养权有偿转让问题上与笔者达成完全的共识，⁽²⁹⁾当然也不会影响她对相关行为在现行法框架下犯罪性质的司法判断，但这样的转变已在相当程度上实现了质性研究所追求的研究者与研究对象的“视域融合”，也就是在作为“局外人”的她与作为“局内人”的犯罪人之间架起了理解的桥梁。⁽³⁰⁾当然，这种视域上的转变，也会在法律实务中影响到她对类似案件量刑尺度的把握。

复盘这一研究案例，可以得到两点重要启示：其一，人只有在属于自己的生活世界中，才会自主、自由地呈现相对真实的自我，对于研究对象在其生活世界之外的表现、表达，研究者应持更加谨慎的态度。简单地说，站在被告席上的是被告人（他要为自己辩解或争取“坦白从宽”），关押在监狱中是服刑人（他要表现出改造的效果和“重做新人”的决心），在办公室或宾馆房间接受访谈的是被安排的访谈对象（他要遵从访谈人的“议程设置”并作出对自己有利的话语表述），只有回到属于自己的生活空间、“犯罪情境”，“犯罪人”才是真正的“犯罪人”。其二，“犯罪人”与作为中产阶级知识分子的法学研究者，各自所处的人文环境存在结构性鸿沟。在此情况下，研究者如果没能进入“犯罪人”的生活世界并对之展开“贴近观察”及设身处地的体验感悟，就难以“通过反思研究者与被访者的生活世界之间的差距，来领会后者所包含的全部意义，从而实现对于被访者的整体理解”。⁽³¹⁾

(29) 笔者有关该问题的研究过程及结论，参见赵军：《法治建构与社会治理的“刑法依赖症”——以拐卖儿童犯罪的法律演进为中心》，载《法学评论》2016年第6期，第80—81页。

(30) 参见陈向明：《质的研究方法与社会科学研究》，教育科学出版社2000年版，第144页。

(31) 参见黄盈盈、潘绥铭：《论方法：定性调查中“共述”“共景”“共情”的递进》，载《江淮论坛》2011年第1期，第111页。

为此, 笔者的建议是: 在可能的情况下, 尤其是在自己不太熟悉的犯罪领域, 研究者不要满足于记者采访或警察讯问式的“深度访谈”; 只要条件允许, 就要尽一切努力了解、接近、进入研究对象的生活世界, 以避免研究者与研究对象之间的“视域错位”。

九、结语: 几条具体建议

就笔者的有限观察来看, 法科学生在经验方法运用中存在的问题是非常多的, 很难在一篇文章中一一列举, 以上不过是几个最常见、最普遍、最突出的问题。在很大程度上, 这些发生在学生身上的问题, 其实是整个法学经验研究现状的投射。对于下一代学人, 笔者有如下几条具体建议可供参考:

第一, 社会科学经验研究方法有其完备的体系, 值得有志于经验研究的法科学生花时间专门学习。仅寄望于对法学领域既有经验研究成果的模仿, 很难做好、走远。认认真真读几本社会学(人类学)、统计学专业有关定量研究、质性研究的权威教材或专著, 很有必要。

第二, 定量研究与质性研究在整个经验研究体系中是两个既相异、相对, 又相联、相通的系统。作为具体的研究者, 偏好于某一类方法的运用是正常的, 也是必要的, 但对另外一个方法体系也应有所了解。只有对质性研究的人文传统、自然范式有所了解, 定量研究者才会对实证主义、科学主义在以人、社会为研究对象时的局限性保持必要的反省与谦卑; 反之亦然。

第三, 经验研究是做出来的。在掌握了一定有关经验方法的知识后, 就要想办法把这些方法运用到实际研究中, 如此才能将一般意义的、工具性的方法与具体的研究领域、研究主题结合起来。脱离经验研究实践去空谈方法、奢谈方法论, 除了学术包装, 对于学术进步并无实益。

第四, 做经验研究可能需要读更多的书。定量研究是为了检验理论, 质性研究是为了建构理论, 任何经验研究都与理论密切相连。运用经验方法研究法学问题, 至少从广度上说, 需要阅读比传统法学研究者更多的文献。做经验研究就可以少读点法学理论的想法, 是错误的。缺乏法学理论功底的“法律实证研究”, 无法产生真正有价值的法学知识增量。

第五, 法学在其漫长发展过程中形成了极为深厚的方法传统, 这有其合理性, 值得大部分法科学生继续孜孜以求。不过, 在社会科学突飞猛进的时代, 即便做纯法学理论研究, 也会涉及如何选取、甄别、吸纳社会科学最新研究成果的问题。如果对经验方法完全不了解, 就很难从方法上对相关成果的成色进行鉴别、评估, 其结果很可能是被一些外表光鲜的“科学成果”误导。从这个角度讲, 不做经验研究的法学研究者也要学一点有关经验方法的知识。

**Problems in Empirical Research of Criminal Law:
Methodological Suggestions for Law Students**

Zhao Jun

(College for Criminal Law Science, Beijing Normal University, Beijing 100875)

Abstract: Empirical research, including quantitative research of positive tradition and qualitative research of humanistic tradition, are faced with various problems despite its increasing use by law students. For instance, the misuse of method types caused by the lack of systematic analysis of empirical methods; the distortion of quantitative research results resulting from improper questionnaire design, sampling method and data analysis; the use of writing or debating techniques such as “illustrating by example” as an empirical means of proving or disproving a theory; lack of reflection and vigilance on the potential risks of “symposium research”; “misalignment of vision” as a result of divorcing qualitative research from the living world of the research object, and so on. It is suggested that law students who are interested in empirical research should systematically study quantitative and qualitative methods with the help of basic textbooks of sociology and statistics majors, and actively apply them to law research practice after mastering relevant knowledge. Even in the field of traditional law theories, basic understanding of empirical methods can help researchers identify the quality of empirical research results in social science.

Key words: quantitative research, qualitative research, law research methods, positive research, empirical research

当前全球犯罪治理新趋势研究

——以第14届联合国预防犯罪大会及其通过的《京都宣言》为视角

周 勇*

内容摘要：联合国预防犯罪大会是预防犯罪和刑事司法领域最具影响力的世界性大会，对全球犯罪治理的发展趋势具有风向标作用。根据第14届联合国预防犯罪大会及其通过的《京都宣言》以及近年来国际社会预防犯罪实践的分析和梳理，当前全球犯罪治理呈现出十大新趋势：主张纳入更广泛的社会和经济发展背景下谋划和推进，高度关切和积极应对新冠肺炎疫情影响，强调循证预防犯罪，注重通过青少年赋能以预防犯罪，主张将性别平等视角纳入预防犯罪和刑事司法系统主流，关心关怀儿童青少年，重视通过改造和重新融入社会以减少重新犯罪，倡导建设有效、负责、公正、包容的刑事司法机构，加强对新出现和不断演变的犯罪形式的应对，强化国际合作和技术援助等。

关键词：犯罪治理；趋势；预防犯罪；刑事司法；京都宣言

自1955年起，每五年召开一次的联合国预防犯罪和刑事司法大会（以下简称联合国预防犯罪大会）是预防犯罪和刑事司法领域的全世界最大规模、最具多样化的政府、国际和区域组织、民间社会、专家和学者的聚会，也是该领域最具影响力的世界性大会，对于全球犯罪治理的发展趋势具有风向标作用。第14届联合国预防犯罪大会于2021年3月7日至12日在日本京都召开。来自152个会员国、37个政府间组织、114个非政府组织和一些联合国实体、预防犯罪和刑事司法方案网研究所的代表以及600名个人专家共计超过5000代表以“现场+视频”的混合方式参会。大会围绕“推进预防犯罪、刑事司法和法治：努力实现《2030年议程》”的主题，就“预防犯罪促进社会和全面发展的全面战略”“应对刑事司法系统面临的挑战的综合办法”“各国政府促进法治的多方面办法”和“开展国际合作并提供技术援助以预防和应对一切形式的犯罪”等4个实质性议题展开了讨论，并相应举办了“循证预防犯罪：有助于成功实践的统计、指标和评价”“减少重新犯罪：查明风险和制定解决办法”“教育和青年参与是使社会具有抵御犯罪的能力的关键”和“目前的犯罪趋势、最近动态和新出现的解决办法，特别是新技术作为犯罪的手段和打击犯罪的工具”4个讲习班。大会最重要的成果是通过了《关于推进预防犯罪、刑事司法和法治：努力实现〈2030年可持续发展议程〉的京都宣言》（以下简称《京都宣言》）。《京都宣言》全文10000余字，包括推进预防犯罪工作、推动刑事司法系统发展、推进法治以及促进国际合作和技术援助以预防和应对一切形式的犯罪等四个方面97条。本文拟通过对第14届联合国预防犯罪大会实质性议题的研讨内容、讲习班的举办情况、会上通过的《京都宣言》以及近年来国际社

* 周 勇，博士，司法部预防犯罪研究所副所长、研究员。

会预防犯罪实践的深入分析,梳理总结出当前全球犯罪治理呈现出的十大新趋势,以期为推进我国犯罪治理现代化、建设更高水平的平安中国和法治中国提供参考。

一、主张将犯罪治理纳入更广泛的社会和经济发展背景下谋划和推进

预防犯罪和刑事司法是犯罪治理的重要组成部分。近年来,全球犯罪治理发展的突出趋势就是将预防犯罪和刑事司法纳入更广泛的社会和经济发展背景中进行谋划和推进。这一点仅从2015年和2021年召开的联合国预防犯罪大会的主题以及所通过的宣言的名称中便可得到证明。具体来说,2015年4月在卡塔尔多哈召开的第13届联合国预防犯罪大会的主题是“将预防犯罪和刑事司法纳入更广泛的联合国议程以应对社会和经济挑战并促进国家和国际两级的法治以及公众的参与”,会上通过了《关于将预防犯罪和刑事司法纳入更广泛的联合国议程以应对社会和经济挑战并促进国内和国际法治及公众参与的多哈宣言》(以下简称《多哈宣言》)。第14届联合国预防犯罪大会的主题是“推进预防犯罪、刑事司法和法治:努力实现《2030年议程》”,会上通过了《关于推进预防犯罪、刑事司法和法治:努力实现《2030年可持续发展议程》的京都宣言》。从中可知,跳出犯罪治理范畴本身,从更宏远、更广泛的社会经济可持续发展的视野和背景下来讨论、考量预防犯罪和刑事执行问题的趋势特点显而易见。

一般认为,之所以要将预防犯罪和刑事司法纳入更广泛的社会和经济发展背景中,是因为人们越来越认识到犯罪治理与经济社会发展的密切相关和相辅相成。首先,治理犯罪本身就是经济社会可持续发展不可或缺的重要内容之一。其次,犯罪活动严重影响了公共安全,而公共安全是影响社会和经济发展的关键要素,有效预防犯罪和刑事司法对实现可持续发展目标至关重要。最后,犯罪治理又受到经济社会发展的制约,社会经济排斥、边缘化、贫困和社会不平等问题的解决以及教育、技能培训、就业、低保等方面的社会政策直接影响着犯罪治理的成效。从联合国17项可持续发展目标来看,预防犯罪和刑事司法与目标1(无贫穷)、目标3(良好健康与福祉)、目标4(优质教育)、目标5(性别平等)、目标8(体面工作和经济增长)、目标10(减少不平等)、目标11(可持续的城市和社区)、目标14(水下生物)、目标15(陆地生物)、目标16(和平、正义与强大机构)和目标17(促进目标实现的伙伴关系)等均存在关联性,⁽¹⁾对于这些目标的实现发挥着重要作用。因此,从更广泛的社会和经济发展背景下谋划和推进犯罪治理工作,既有利于明确犯罪治理的职责定位与宗旨使命,采用更为全面和综合的犯罪治理战略,有效发挥和体现其在社会和经济发展中应有的作用和价值,同时也有利于帮助政府各相关部门、企事业单位、社会组织以及志愿者等各方充分认知犯罪治理的作用价值和地位,动员他们共同参与犯罪治理,纠正犯罪治理仅为公安部门或刑事司法系统独有责任的认识误区,改变以往犯罪治理几乎都由刑事司法系统“单打独斗”的不利局面和惯性做法,形成合力,取得实效。

二、密切关注和积极应对新冠肺炎疫情对犯罪及其犯罪治理的影响

自2020年初以来,新冠肺炎疫情不仅危及人类的生命安全和身体健康,严重阻碍了全球经济和社会发展,极大加剧了贫困和不平等,同时也对犯罪和犯罪治理带来了显著影响。国际刑警组织的一份报告显示,在新冠肺炎疫情大流行期间,在线欺诈、网络钓鱼、勒索

(1) <https://www.un.org/sustainabledevelopment/>, 2021年3月24日访问。这17项目标于2015年由联合国所有会员国一致通过,作为联合国《2030年可持续发展议程》的组成部分。该议程为世界各国在2030年前内实现17项目标指明了方向。

软件等网络犯罪在全球范围内以惊人的速度激增。⁽²⁾ 联合国资料表明,新冠肺炎疫情期间,全球查获的不合格个人防护装备和假冒产品以及与采购新冠病毒相关医疗用品的骗局和诈骗案件数均稳步上升。⁽³⁾ 就刑事司法系统而言,据联合国毒品和犯罪办公室(以下简称联合国毒罪办)官员披露,全球监狱系统和在押囚犯受到了新冠肺炎疫情的严重影响,截至2021年2月,累计已有122个国家的52万7000多名囚犯(约占全球押犯5%)感染上新冠肺炎、47个国家的3800多人死亡;新冠疫情期间,全球共有超过70万名囚犯通过紧急释放获准离开监狱,近50个国家发生了暴乱等监狱安全事件。⁽⁴⁾ 鉴于此,第14届联合国预防犯罪大会高度关注新冠肺炎疫情给犯罪及其治理所带来的近期和长远影响,《京都宣言》充分体现了对新冠肺炎疫情的密切关注和积极应对,认为新冠肺炎疫情正在“以不同形式、在不同程度上为犯罪分子和有组织犯罪集团创造了新机会,改变了他们的作案手法,也从多个方面对刑事司法提出了挑战”(第13条),明确指出“病毒在封闭环境中很容易快速传播,而监狱长期以来的人满为患和条件恶劣等挑战可能会进一步加剧这一风险”(第14条),呼吁各国“采取果断行动和注重行动的措施,应对和消除新冠肺炎疫情对预防犯罪和刑事司法构成和加剧的挑战和国际障碍,包括采取多边办法,通过多边合作和多利益相关方伙伴关系加强执法机构和其他刑事司法机构的适应力,特别关注发展中国家在这方面迫切的能力建设和技术援助需求,同时铭记疫情对社会和经济的长期影响,包括对可持续发展和国际合作的影响,并认识到最贫穷和最脆弱的群体受到疫情影响最为严重”(第15条)以及“为做好准备应对未来任何类似的挑战,需要对刑事司法系统进行审察,并通过促进数字化,提高刑事司法系统的有效性、问责性、透明性、包容性和响应性”(第16条)。

三、强调循证预防犯罪

预防犯罪是指通过各种战略和措施的干预来影响多种犯罪原因,从而降低犯罪行为发生的风险及其对个人和社会的潜在有害影响的总称。⁽⁵⁾ 循证预防犯罪(Evidence-base Crime Prevention)是20世纪90年代后兴起的一种新型的预防犯罪范式。所谓循证预防犯罪,是遵循最佳证据进行犯罪预防,即将经过证明的最佳证据运用到犯罪预防政策制定、执行、评价的全过程和各领域。美国学者谢尔曼(L. W. Sherman)等人1997年向国会提交的“预防犯罪:什么有效、什么无效、什么有希望”的研究报告以及20世纪初在此基础上出版的《循证犯罪预防》在循证预防犯罪研究中具有里程碑意义。⁽⁶⁾ 随后,循证犯罪预防也受到了国际组织的关注。2002年联合国经济及社会理事会通过的《犯罪预防准则》(Guidelines for the Prevention of Crime)第11条明确包含了循证犯罪预防的内容,即“预防犯罪的战略、政策、方案和行动应当建立在有关犯罪问题、犯罪的多种原因以及有希望并经过验证的做法的广泛、跨学科的知识基础之上”。⁽⁷⁾ 与传统预防犯罪相比,循证预防犯罪具有更加科学、有效

(2) INTERPOL, CYBERCRIME: COVID-19 IMPACT, 2020, p. 8-12.

(3) See Working paper prepared by the Secretariat on Crime Prevention and Criminal Justice in face of the COVID-19 pandemic. 载 <https://undocs.org/A/CONF.234/15>. 2021年3月24日访问。

(4) 参见《全球近53万服刑人员感染新冠 疫情凸显监狱改革需求》, <https://news.un.org/zh/story/2021/03/1080192>. 2021年3月24日访问。

(5) 《预防犯罪准则》(经济及社会理事会第2002/13号决议,附件),载《联合国预防犯罪和刑事司法标准和规范简编》,2007年版,第230页。

(6) 王辉:《当代西方循证犯罪预防研究简述及启示》,载《河北法学》2012年第12期,第158页。

(7) 《预防犯罪准则》(经济及社会理事会第2002/13号决议,附件),载《联合国预防犯罪和刑事司法标准和规范简编》2007年版,第231页。

和经济上更有效率等优势，⁽⁸⁾ 更有利于预防犯罪领域良好实践和最佳做法的传播和推广。循证预防犯罪的目的旨在查明与不同类型犯罪相关的因素，从而选择一套能够解决这些潜在因素的战略和方案，以预防犯罪并帮助政策制定者制定有针对性的正确行动。⁽⁹⁾

第14届联合国预防犯罪大会强调了在预防犯罪领域采用循证方法的重要性，指出越来越需要循证的预防犯罪战略和新的数据收集方法，并为此举办了题为“循证预防犯罪：有助于成功实践的统计、指标和评价”的讲习班。大会和讲习班认为，犯罪统计和监测评价在循证预防犯罪中发挥重要作用，通过犯罪统计和监测评价（包括成本效益分析），可以准确了解各类犯罪发生率及其趋势、犯罪地理分布和高危群体等基本犯罪事实和信息，分析研究影响犯罪的风险因素，评估监测预防犯罪政策、项目和措施的成效，洞悉把握各种情况下的切实可行办法、行之有效的原因及如何成功施策，精准确定预防犯罪干预项目和措施的优先领域和发展方向，进而为预防犯罪的循证决策和实践奠定基础。大会和讲习班指出，利用定性和定量证据对犯罪及其相关因素进行分析研究，是开展知识驱动型决策的关键要素。换句话说，主管机关需要掌握关于犯罪和相关风险因素的可靠数据，才能制定和实施有效的预防战略、政策和方案。为此，需要通过刑事司法机构行政记录与“自陈报告（self report）”“被害调查（victim survey）”等实证调查方式收集各种犯罪数据信息，以便建立国际、国家和地方各级证据资料库。然而，现有犯罪和刑事司法统计数据（包括行政记录和实证调查）在可得性、质量和可比性方面还存在较大差距，迫切需要采取通过标准化数据编制方法建立一个重视数据质量和提高数据可比性的综合统计框架（如联合国《犯罪统计的国际分类（ICCS）》）、建立优质全面的国家刑事司法统计系统和成效评价系统、加强技术援助等措施予以解决。此外，应按照循证要求改进刑事调查程序，在刑事调查工作中运用最佳证据。上述这些要求在《京都宣言》第22条（“使用系统而连贯的标准收集和分析数据，加强循证预防犯罪战略，同时考虑到《犯罪统计国际分类》，并评价这些战略的有效性”）、第23条（“改进犯罪趋势数据的质量和提供情况，同时考虑到统计指标的制定，并自愿分享这些数据，以加强我们深入了解全球犯罪趋势的能力，并提高预防和打击犯罪战略的有效性”）和第47条（“鼓励使用为仅获取自愿陈述设计的有法律依据、以证据为基础的面谈方法并交流这方面的好做法，从而降低刑事调查过程中使用非法、虐待性和胁迫性措施的风险，并促成获得最佳证据，从而提高刑事调查、起诉和定罪的合法性和质量，更有效地利用资源，并且继续欢迎从业人员、专家和其他相关利益攸关方协作，制定一套关于这方面的非胁迫性面谈方法和程序保障的国际准则”）中得到了具体体现。

四、注重通过青少年赋能以预防犯罪

预防犯罪与青少年之间存在密切关系。一方面，青少年属于易受犯罪侵害的高危人群；另一方面，某些青少年可能是潜在的犯罪人。近年来，随着世界青少年人口规模不断增大，如全球10~24岁人口已达18亿，国际社会越来越认识到让青少年参与预防犯罪和刑事司法决策的重要性，因为应对犯罪挑战本身就需要考虑这部分人口，同时，这部分人口不仅是明日的主力，他们今日也在发挥重要作用。2015年通过的《多哈宣言》是第一个专门呼

(8) 刘立霞、马向：《域外循证犯罪预防的发展及其启示》，载《法学杂志》2017年第1期，第70—71页。

(9) See Annotated provisional agenda and organization of work 载 <https://undocs.org/en/A/CONF.234/1/REV.1>。2021年3月24日访问。

吁青少年参与促进预防犯罪和刑事司法活动的国际宣言。同年联合国大会通过的《2030年可持续发展议程》规定了“不让任何一个人掉队”是一项重要执行原则，并确认青少年是在审查《2030年可持续发展议程》执行情况的过程中拥有发言权的一个主要群体。2015年12月，联合国安理会通过了关于青年、和平与安全的第2250(2015)号决议，其中强调需要让年轻人参与相关的法治决策，包括关于预防暴力和增强社会凝聚力的决策。第14届联合国预防犯罪大会进一步强调了青年参与对于促进法治的重要性，指出要让青少年有意义地参与促进法治，并为此举办了题为“教育和青年参与是使社会具有抵御犯罪的能力的关键”的讲习班。大会和讲习班指出教育在培养守法文化并让广大社会参与促进法治方面发挥着关键作用，介绍了在利用正规和非正规教育以及非正式学习，加强有关预防犯罪、刑事司法和其他法治问题的教育，促进青年在初等、中等和高等教育各级有意义地参与预防犯罪、刑事司法，增强青年在社会中采取积极的变革行动并促进法治和守法文化的权能，大幅提高社会对犯罪的抵御能力等方面的做法和经验。有关要求在《京都宣言》第30条（“增强青年权能，使他们在本社区中成为积极变革的活跃推动者，以支持预防犯罪工作，包括组织与社交、教育、文化、娱乐和体育有关的青年方案和青年论坛，并利用社交媒体平台和应用程序以及其他数字工具使他们的声音得以广传”）中作出了规定。

这里特别需要提到的是，通过体育运动来帮助青少年提高抵御犯罪的能力，成为该领域的热点话题。联合国毒罪办2016年发起了“执行《多哈宣言》全球方案”。该方案的四项举措之一就是倡导通过基于体育的方案和生活技能培训来预防青少年犯罪。为此，联合国毒罪办组织专家以现有证据为基础研发了“快乐运动快乐生活（Line up live up）”项目，编写了《快乐运动快乐生活训练师手册》（Line up live up Trainer Manual）。该项目是一个将体育活动和生活技能培训相结合的青少年干预课程，主要目的是帮助13~18岁的青少年远离暴力、吸毒和犯罪。自2017年起，该项目先后在全球12个国家试点。2019年，联合国大会通过了《将体育运动纳入青年预防犯罪和刑事司法战略》的决议，联合国毒罪办在泰国曼谷举行了一次关于将体育运动纳入青年预防犯罪和刑事司法战略的专家组会议。第14届联合国预防犯罪大会除了在实质性议题和讲习班中讨论发挥体育作为预防青少年暴力和预防犯罪的工具的潜力外，还专门有2个辅助会议（具体为“促进全面预防青年犯罪：利用体育活动和基于体育的学习活动来帮助高危青年”和“将体育纳入青年预防犯罪和刑事司法战略”）对通过体育运动增强青少年抵御犯罪能力的相关问题进行了比较深入的讨论。由此可见，通过体育运动来预防青少年犯罪已成为了国际社会犯罪治理的一种新举措。

五、主张将性别平等视角纳入预防犯罪和刑事司法系统主流

暴力侵害妇女和女童行为是世界各地极为普遍的一种犯罪。此类行为表现为人身暴力、性暴力和心理暴力，涉及多种类型的犯罪，如亲密伴侣暴力行为、性暴力和骚扰、为性剥削而贩运人口、切割女性生殖器官及童婚。研究表明，全世界三分之一的女性遭受过主要来自亲密伴侣的人身暴力或性暴力；每两名女性凶杀案受害者中就有一人是被其伴侣或家人杀害。⁽¹⁰⁾暴力侵害妇女行为不仅对妇女和女童的福祉、健康和安全感造成长期有害的影响，

(10) See Working paper prepared by the Secretariat on "Integrated approaches to challenges facing the criminal justice system" (agenda item 4),载 <https://undocs.org/A/CONF.234/5>, 2021年3月24日访问。参见世界卫生组织生殖健康和研究部等：《关于妇女遭受暴力行为侵害的全球和区域估计：亲密伴侣暴力和非伴侣性暴力的普遍程度和对健康的影响》（2013年，日内瓦）和毒品、犯罪问题办公室：《2013年全球杀人问题研究：趋势、背景、数据》（2014年，维也纳）。

而且还会造成巨大的经济代价，如生产力下降、妇女及其家庭收入减少以及对未来资本形成产生负面影响，所有这些都严重阻碍经济和社会发展。然而，由于暴力侵害妇女行为是一种特别隐蔽的罪行，虽然它无处不在，但却往往无人举报、记录和起诉。最糟糕的是，许多社会仍然纵容这种行为。在全球范围内，刑事司法系统往往既没有认识到也没有满足遭受暴力侵害的妇女和女童的援助、保护和补救需求。这在较大程度上是因为刑事司法官员存在性别不平等的观念或做法，包括缺乏处理性别犯罪的适当能力，不熟悉对性别问题敏感的方法（gender-sensitive approaches），缺乏以受害者为中心的程序，以及相关国家当局之间的协调不足等。随着时间推移，这些因素势必会导致受害者对刑事司法机构彻底失去信心和信任，造成二次伤害，^{〔11〕}并导致一些国家的施害者有罪不罚现象非常严重。

鉴于此，联合国系统认识到采取多学科办法打击暴力侵害妇女行为的重要性，并采取综合办法应对这些挑战。2015年，联合国促进性别平等和增强妇女权能署（妇女署）、联合国开发计划署、联合国人口基金、联合国毒品办以及世界卫生组织（世卫组织）制定了全面的《向遭受暴力侵害的妇女和女童提供一揽子基本服务：核心元素和质量准则》，并启动了“联合国向遭受暴力行为侵害的妇女和女童提供基本服务的联合全球方案”。2019年5月，在联合国妇女署和世卫组织的领导下，联合国毒品办等多个机构启动了“尊重妇女：防止暴力侵害妇女行为”的新举措。该项新举措是各种以行动为导向的步骤的综合框架，旨在使政策制定者和保健服务提供者能够利用预防和应对暴力侵害妇女行为的七项策略来设计、规划、实施、监测和评价干预措施和方案。这七项干预策略具体为：①加强交际能力；②增强妇女权能；③保障服务；④减少贫困；⑤创造安全的环境；⑥防止虐待儿童和青少年；⑦改变态度、信仰和规范。此外，该框架还呼吁构建有利环境，即领导人和政策制定者作出政治承诺；对妇女组织的工作进行投资和提供支持；加强政策、法律和制度建设，以解决暴力侵害妇女问题，促进性别平等；为卫生、教育、执法和社会服务部门的方案、研究和能力建设分配资源。^{〔12〕}

第14届联合国预防犯罪大会重申了应对基于性别的暴力的重要性，认为将性别观点和对性别问题有敏感认识的做法纳入刑事司法系统的主流，是了解妇女和女童的具体需求以及确保政策、方案和行动有效应对侵害女性犯罪问题的关键，强调要加强卫生、社会、警察和司法部门间的协调，尽可能减轻对妇女和女童及其家庭和社区的负面影响，努力打破反复出现的暴力恶性循环。《京都宣言》极力主张将性别平等视角纳入预防犯罪和刑事司法系统主流，以增强其有效应对暴力侵害妇女和女童行为的能力。具体包括：“将性别视角纳入预防犯罪政策、方案、立法和其他行动的主流，对与性别有关的具体需求和情况进行分析，并征求受影响群体的意见，以便除其他外，防止一切形式与性别有关的暴力、犯罪和伤害，包括与性别有关的杀人”（第27条）；“预防和制止家庭暴力，并为此在国内立法中采取有效措施，例如确保适当处理案件，协调福利机构和刑事司法机构的作用，以及为受害者提供安全的环境”（第28条）；“制定和实施适当有效的政策和计划以在执法机构和其他刑事司法机构各级实现性别平等并为提高妇女地位和增强妇女权能清除障碍，在这方面，承诺采取进一步具体行动，确保充分、有效、加快执行《北京宣言》和《行动纲要》以及

〔11〕“二次伤害”是指并非犯罪行为直接造成，而是由于机构和个人对犯罪行为受害人的不当反应所致的伤害。

〔12〕 See Working paper prepared by the Secretariat on "Integrated approaches to challenges facing the criminal justice system" (agenda item 4). 载 <https://undocs.org/A/CONF.234/5>. 2021年3月24日访问。

大会第23届特别会议通过的成果文件”(第43条);“将性别视角纳入刑事司法系统的主流,为此促进具有性别反应性的措施,满足罪犯和受害人中不同性别的特有需要,包括在刑事司法诉讼中保护妇女和女孩免于再次受害”(第44条)。

六、关心关怀儿童青少年

预防和应对暴力侵害儿童青少年行为是国家刑事司法系统面临的重大挑战之一。每年暴力行为影响着全世界数以百万计的儿童青少年,虽然不同案件的暴力性质和严重程度各异,但对儿童青少年和整个社会带来了短期和长期的严重负面影响。刑事司法系统作为负责保护儿童的机构之一,其不仅对于消除有罪不罚现象和确保追究施害者的责任至关重要,而且有助于预防暴力侵害儿童青少年行为。为了应对暴力侵害儿童青少年行为的挑战,刑事司法系统需要从两个角度入手:其一是通过增进儿童对自身权利的认识促进儿童更好地诉诸司法;其二是加强司法系统以有效预防和应对暴力侵害儿童行为。前者主要是将儿童视为保护其自身的行为体,向他们传授其权利和可采取程序的知识,以使其免受剥夺、社会排斥和被剥夺应享权利;后者主要是完善法律、政策框架以及加强人力和财政资源保障,以确保儿童青少年得到更好的服务和保护,从而免受一切形式的暴力,促进他们康复和重新融入社会。其中的儿童青少年既包括犯罪的儿童青少年受害者和证人,也包括涉嫌或被指控犯罪以及被认为触犯刑法的儿童青少年。为有效应对暴力侵害儿童青少年行为,世界卫生组织、联合国儿童基金会和毒罪办等推出了“INSPIRE技术包(INSPIRE Technical Package)”,其中包括消除针对儿童的暴力行为的七项策略:①落实和执行法律;②规范和价值观;③安全的环境;④支持父母和照护者;⑤改善收入和经济状况;⑥应对和支持服务;⑦教育和生活技能。该技术包旨在帮助政策制定者、规划者、从业人员和其他关键行为体在各自的国家或环境中落实这些策略。⁽¹³⁾

近年来,国际社会特别关注暴力侵害儿童行为中的一种严重形式,即恐怖主义和暴力极端主义团体招募和剥削儿童青少年。联合国毒罪办通过编写培训教材和手册就以下方面向会员国提供了指导:如何预防儿童青少年参与恐怖主义和暴力极端主义团体,如何促进与这些团体有关的儿童青少年康复和重新融入社会,以及如何确保这些儿童青少年在与司法系统接触时得到适当的待遇。对此,第14届联合国预防犯罪大会讨论了应对暴力侵害儿童青少年行为的综合办法,强调无论是在儿童青少年作为罪犯的情况下,还是作为受害者的情况下,刑事司法系统不同部门之间的协调是替儿童青少年伸张正义的关键因素。关于如何应对暴力侵害儿童和青少年行为,《京都宣言》强调儿童青少年具有脆弱性,指出应格外关心儿童青少年的权益保障,提出“充分考虑儿童和青少年的脆弱性,注意儿童在偷运移民以及包括黑帮和恐怖主义团伙在内的有组织犯罪集团招募中的特殊脆弱性,解决其需求并保护其权利,确保其免受线上和线下各种形式的犯罪、暴力、虐待和剥削,例如对儿童的性虐待、性剥削和人口贩运”(第29条);对于被刑事司法系统查办的儿童和青年,要求“包括采取促进《联合国少年司法最低限度标准规则》(《北京规则》)相关规定的实际应用,建立或加强青少年司法系统或其他类似程序,以解决青少年违法行为的严重性和责任程度问题,以及其脆弱性和违法行为的根本原因和风险因素,从而促进他们改过自新和重

(13) See Working paper prepared by the Secretariat on "Integrated approaches to challenges facing the criminal justice system" (agenda item 4). 载 <https://undocs.org/A/CONF.234/5>. 2021年3月24日访问。

新融入社会”(第45条);提出“执行并酌情加强措施,协助参与包括帮派在内的各种形式有组织犯罪集团和恐怖主义集团的儿童和青少年改过自新和重新融入社会,同时保护他们的权利并充分认识到通过实施这些措施来伸张正义和保护这些犯罪集团受害人的安全和社会安全的重要性”(第46条);“采取更为有效的措施,防止和终止对儿童的虐待、剥削、贩运以及一切形式的暴力和酷刑,包括线上和线下的儿童性剥削和性虐待,为此将此类行为刑事定罪,向受害人提供支持,并促进国际合作打击此类犯罪”(第86条)。

七、重视通过改造和重新融入社会以减少重新犯罪

重新犯罪是指已经成为刑事司法干预对象的人实施新的刑事犯罪。一般地,减少重新犯罪有助于减少受害者人数,增强社区安全感,减轻刑事司法系统的压力,降低司法成本。从更宏观的视野看,减少重新犯罪对于建立联合国《2030年可持续发展议程》所设想的包容、可持续的社会至关重要。尽管目前还没有关于重新犯罪率的可靠的全球统计数据,但无论发达国家还是发展中国家都存在重新犯罪问题。减少重新犯罪是世界各国预防犯罪的重要内容,也是每个国家刑事司法系统的重要职责。联合国系统对减少重新犯罪高度重视,如《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》(《纳尔逊·曼德拉规则》)、《联合国关于女性囚犯待遇和女性罪犯非拘禁措施规则》(《曼谷规则》)、《联合国保护被剥夺自由少年规则》和《联合国非拘禁措施最低限度标准规则》(《东京规则》)等均倡导通过罪犯改造和重新融入社会以减少重新犯罪。

第14届联合国预防犯罪大会指出,为了有效减少重新犯罪,刑事司法系统必须将罪犯的改造和重新融入社会问题作为优先关注事项,并为此举办了题为“减少重新犯罪:查明风险和制定解决办法”的讲习班。讲习班深入探讨了减少重新犯罪的解决办法。一是创造有利于改造罪犯的监狱环境,主要包括解决监狱中的腐败、过度拥挤和暴力问题、基于个人风险和评估量身定制处遇和矫正方案、实施旨在帮助罪犯为重新融入社会做好准备的矫正项目和干预措施(如教育和职业培训、心理咨询和社会支持、成瘾戒治、工作机会、文化体育活动等)、提高工作人员在案件管理、矫正项目和干预措施实施、与罪犯沟通交流等方面的专业化能力素质等。二是采取有助于促进减少重犯的以社区为基础的方法,主要包括尽可能适用非拘禁措施、开展社会调查和加强法官对监狱的了解以在审前或量刑过程中考虑到罪犯改造问题、采用恢复性司法的程序和方案、充分考虑罪犯和社区的个别情况、加强刑事司法机构和社区利益相关方之间的有效合作、提高工作人员(含志愿者)在人际交往、情感支持、动机改变、行为矫正等方面的专业能力等。三是采取为罪犯改造和重新融入社会提供持续支持和服务的多方面办法,主要包括建立刑事执行机关和公共部门(国家和地方各级,以及代表国际或区域机构)、私营部门(包括非政府组织、雇主和同伴支持小组)、个人(家庭成员、专家、志愿人员或社区成员)等利益相关方的职责明确的合作伙伴关系、注重解决就业、住房、教育、社会福利、保健、家庭和同伴支持等与罪犯重新融入社会密切相关问题、充分发挥志愿者及组织的作用、提高公众对罪犯重新融入社会的理解、认可和支持度等。

以上这些内容在《京都宣言》中均得到明确体现。关于监狱刑罚执行,《京都宣言》要求“推动监狱形成有利于改造的环境,包括根据罪犯需求和风险的个人评估,设计和实施有效的处遇方案,并向罪犯提供职业技术培训和教育方案,帮助他们掌握重返社会的必要

技能”(第37条)。关于社区矫正,《京都宣言》要求“推动社区形成有利于改造的环境,充分考虑保护社会和个人以及受害人和罪犯权利的需要,在当地社区的积极参与下,促进罪犯重新融入社会”(第38条)。关于刑罚执行完毕人员的重新融入社会,《京都宣言》要求“促进多方利益相关方之间的伙伴关系以减少重新犯罪,促进有关政府部门的机构间协调,如就业和社会福利机构与地方政府间的协调,同时促进政府部门与包括支持罪犯长期重返社会的合作雇主和社区志愿者等在内的社区之间的公私伙伴关系”(第39条),强调“提高公众对接纳罪犯成为社区一员的重要性以及社区参与帮助罪犯长期重新融入社会的重要性的认识”(第40条),以营造有利于罪犯重新融入社会的氛围。此外,《京都宣言》还倡导恢复性司法的运用和评估,提出“根据国内法律框架,酌情促进刑事诉讼相关阶段的恢复性司法程序,以帮助受害人恢复和罪犯重新融入社会,预防犯罪和重新犯罪,并评估恢复性司法程序在这方面的效用”(第42条)。

八、倡导建设有效、负责、公正和包容的刑事司法机构

有效、负责、公正和包容的机构是实现联合国《2030年可持续发展议程》目标16的关键。为实现目标16所述和平、正义和包容,各国应加强努力,实施持久的解决办法并进行法律改革,以确保其机构,特别是刑事司法机构伸张正义、没有腐败和其他犯罪行为,并促进法治。刑事司法机构必须遵守法治、正义、和平与安全原则,承担保护社会的责任,同时还必须对寻求公平管理和伸张正义的社会个体成员负责,尤其是犯罪受害者、犯罪嫌疑人以及遭受虐待和剥削的高风险人员,包括妇女、儿童、穷人和少数群体。刑事司法机构的负责应与有效、公正性、廉正、透明度、能力和包容性相辅相成。刑事司法机构,特别是司法机关,必须为诉诸司法提供便利,并以有效、高效的方式履行机构职能。2018年,联合国毒罪办在其“执行《多哈宣言》全球方案”下,推出了“全球司法廉正网络(the Global Judicial Integrity Network)”,作为支持司法机构制定和实施加强司法系统廉正和问责的战略、措施和制度的平台。

第14届联合国预防犯罪大会强调要采取措施建立并加强有效、负责、公正和包容的刑事司法机构。这些措施包括制定和实施刑事司法专业人员职业行为或道德标准和守则,促进决策做法的透明、公正和客观,确保机构和个人层面的有效性和问责制,加强监督和检查,培养守法文化等。其中还包括了解有关措施对刑事司法机构与其受益人之间的关系的影响,如公众的看法尤其是公众对刑事司法机构和法律执行的信任和信心。大会还指出,新技术的出现对刑事司法机构的行政管理、案件管理、任务分配和决策都产生了影响。基于人工智能或预测算法的新系统使用在提高司法效率的同时,也在可靠性、透明度和问责方面给司法机构带来了重大挑战。例如,在司法决策过程中涉及机器学习和预测分析的案件中,存在技术工具正在取代法官自由裁量权的风险。

《京都宣言》明确倡导建设有效、负责、公正和包容的刑事司法机构,要求“确保组成刑事司法系统的执法机构和其他机构的廉正和公正以及审判独立,并确保公平、有效、问责、透明和适当的司法管理和司法执行,同时考虑到大会和经济及社会理事会的相关决议提到的文件”⁽¹⁴⁾(第51条);“采取有效的立法措施、行政措施、司法措施或其他相关措

(14) 这些文件包括《关于司法机关独立的基本原则》及其补充文件《班加罗尔司法行为原则》《关于律师作用的基本原则》《检察官作用准则》《关于司法程序透明度的伊斯坦布尔宣言》以及有效执行《伊斯坦布尔宣言》的措施。

施，防止、调查、起诉和惩治一切形式的酷刑，结束这方面有罪不罚的现象，并防止其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”（第52条）。

九、加强对新出现和不断演变的犯罪形式的应对

在过去10年里，国际社会越来越关注网络犯罪、环境犯罪、贩运文化财产、贩运人体器官和伪造医疗产品、海盗等新出现和不断演变的犯罪形式。与传统的犯罪形式相比，这些新出现和不断演变的犯罪形式通常具有利用现代技术（互联网以及信息和通信技术）、高利润（非法收益数量庞大）、低风险（不易被发现）等特点。^{〔15〕}

一是在网络犯罪方面，网络犯罪者的手段随着技术进步而不断发展，如犯罪分子使用加密货币和暗网进行非法贩运受管制物质、文化产品、野生生物产品、伪造医疗产品和枪支。因此，很有必要加强国家处理网络犯罪的能力建设，包括调查涉及加密货币和暗网的能力。为此，联合国毒品办制定了加密货币调查课程，作为其打击洗钱全球方案的一部分。

二是在环境犯罪方面，世界范围内的野生生物贩运活动仍在空前激增，贩运贵金属、非法采矿和跨国有组织犯罪交织而成的复杂犯罪引起国际社会关注。

三是在贩运文化财产犯罪方面，窃取或非法挖掘文化财产并在现代和尖端技术的帮助下进行跨国贩运被发现同有组织犯罪集团有关。文化财产的贩运活动也被确定为恐怖主义活动的资金来源。

四是在贩运人体器官犯罪方面，为摘除器官而贩运人口的有组织犯罪集团能够与医疗专业人员进行跨境勾结，并大量采取腐败和欺诈性做法。

五是在其他新兴犯罪形式方面，与伪造医疗产品有关的犯罪通过互联网进行非法贸易，严重威胁了公共健康；海上犯罪，包括海盗活动等海上实施的若干类型的犯罪，极大影响了经济贸易。造成这种情况的部分原因是国际社会缺乏具体的全球统一的办法，包括缺乏充分的国家和国际监管、国家主管机关之间缺乏协作，以及许多国家的政策制定者和执法机构的工作缺乏针对性。

第14届联合国预防犯罪大会指出，技术进步具有既能促成犯罪，也能有助于预防、侦查和制止犯罪的“双刃剑”作用，并为此举办了题为“目前的犯罪趋势、最近动态和新出现的解决办法”的讲习班。该讲习班的主要内容包括：加密货币；技术与暗网市场，包括毒品市场；与枪支和技术有关的安全威胁；技术作为贩运人口案件中的便利因素；技术与偷运移民；新的信息和通信技术对虐待和剥削儿童的影响；人工智能；机器人和无人机等，同时还探讨了在执法和刑事司法领域使用技术的伦理问题和人权保障措施。《京都宣言》提出要加强对新出现和不断演变的犯罪形式的应对，明确要求“加强措施应对新出现的和不断演变的犯罪形式的措施，包括最大限度地利用相关和适用的公约，例如《打击有组织犯罪公约》及其各项议定书，采取其中所载的措施，预防和打击犯罪，促进国际合作，没收和返还犯罪所得”（第79条）；“研究犯罪行为的趋势和所使用的方法的演变情况，以制定有效的国际合作和技术援助手段，包括在预防犯罪和刑事司法委员会及其他相关全球论坛和区域论坛的框架内增进信息共享以及观点、经验和最佳做法的交流”（第80条）。

〔15〕 See Working paper prepared by the Secretariat on "International cooperation and technical assistance to prevent and address all forms of crime: (a) Terrorism in all its forms and manifestations; (b) New and emerging forms of crime" (agenda item 6). 载 <https://undocs.org/A/CONF.234/7>. 2021年3月24日访问。

十、强化国际合作和技术援助

国际合作在应对包括恐怖主义以及新出现和不断演变的犯罪形式在内的一切形式的跨国犯罪方面发挥着重要作用。一是就恐怖主义犯罪而言,鉴于恐怖主义威胁具有跨国性以及不断演变,没有一个会员国能够单独应对恐怖主义。因此打击恐怖主义威胁的一个关键因素是加强国际、区域、次区域和双边合作,以便迅速打击不断演变的全球恐怖主义威胁,并将恐怖分子绳之以法。二是就网络犯罪、环境犯罪、贩运文化财产以及伪造医疗产品相关犯罪等新出现和不断演变的犯罪形式而言,也需要就有关的刑事事项加强国际合作,制定专门和创新的应对政策、战略、行动和工具。目前,《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其各项议定书、《联合国反腐败公约》,以及各项国际反恐公约和议定书,为各方在引渡、司法协助、资产追回和联合侦查方面的国际合作提供了重要的法律基础。从实践上看,国际合作依然存在一些障碍和挑战,主要包括:法律或刑事司法标准的差异;对适用的国际、区域或双边条约,被请求国现行的国内程序要求,甚至是关于国内和国际引渡和司法协助的法律和普遍做法了解不足;各机构(国内机构和不同国家的机构)之间缺乏沟通和协调,在尚未设立中央主管机关的情况下,难以确定负责处理国际请求的机构;各机构和会员国之间缺乏信任,导致在提交请求之前没有进行有意义的协商,也没有就请求可能被拒绝的原因进行有意义的协商;难以收集国外的司法证据,特别是在冲突地区,原因包括冲突地区的会员国进行国际合作的能力有限等。^[16]因此,提供技术援助对于提高打击犯罪的国际合作能力至关重要。为确保有效的国际合作,必须通过开展技术援助等加强中央机关、检察官和执法人员的能力,确保他们尽可能了解反恐和有组织犯罪案件中请求、接收和分享电子证据程序方面最新的良好做法。在这方面,联合国毒品办、反恐怖主义委员会执行局和国际检察官协会通过实施联合举措,协助会员国加强中央机关、检察官和调查员的能力,使其能够在反恐和对有组织犯罪的相关跨境调查中保存和获取电子证据。

第14届联合国预防犯罪大会重申了《联合国打击跨国有组织犯罪公约》等国际文书是国际社会应对跨国有组织犯罪以及新出现和不断演变的犯罪形式的最重要工具,倡导进一步开展国际合作并提供技术援助以预防和应对一切形式的犯罪。《京都宣言》对强化国际合作和技术援助提出了具体要求,包括:“认识到有效的国际合作在预防和打击犯罪方面的根本作用,突出解决、处理和有效应对国际挑战和障碍的重要性,尤其是解决妨碍上述合作的开展且不符合《联合国宪章》和国际法项下义务的措施,并在这方面敦促各国根据其国际义务避免采取此类措施”(第67条);“积极参与并致力于最近启动的《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其各项议定书》执行情况审议机制和《联合国反腐败公约》执行情况审议机制,以协助缔约国执行这些文书,查明和证实具体的技术援助需求,交流最佳做法,促进有效的国际合作”(第60条);“加强刑事事项方面的有效国际合作,包括引渡和司法协助等领域,有效解决现存的挑战和困难,尤其是提出请求方面存在的困难,推广最佳做法,促进包括《联合国反腐败公约》和《联合国打击跨国有组织犯罪公约》在内的现有地区和国际文书的运用,以此作为开展引渡和司法协助合作的法律依据,并在必要时执行并

[16] See Working paper prepared by the Secretariat on "International cooperation and technical assistance to prevent and address all forms of crime: (a) Terrorism in all its forms and manifestations; (b) New and emerging forms of crime" (agenda item 6). 载 <https://undocs.org/A/CONF.234/7>. 2021年3月24日访问。

缔结协定或安排以加强这方面的国际合作”（第 62 条）；“建立或加强执法人员和其他刑事司法从业人员的区域和跨区域合作网络，交流信息和最佳做法，以期除其他外建立互相之间的信任并进一步促进国际合作”（第 63 条）；“继续通过技术援助和能力建设加强国际合作，包括在联合国毒品和犯罪问题办公室的支持下，在《多哈宣言全球执行方案》等正在实施的倡议和最佳做法的基础上再接再厉”（第 65 条）；“考虑到发展中国家面临的特别挑战和特殊需要，推动、促进和支持开展最广泛的技术援助措施，包括物质支持和培训，以使执法机关和刑事司法机构得以有效预防和打击犯罪”（第 66 条）。

（责任编辑：刘永根）

**Research on the New Trends of Current Global Crime Governance:
From the Perspective of the 14th United Nations Congress on Crime Prevention and
Criminal Justice and the Kyoto Declaration**

ZHOU Yong

(Institute for Crime Prevention of Ministry of Justice, Beijing 100035)

Abstract: Since 1955, the United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, being held every five years, has been the most influential world congress in the field of crime prevention and criminal justice, and has played the role of "wind vane" in the development trends of global crime governance. Based on the analysis of the 14th United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, the Kyoto declaration adopted in March 2021, and the practices of international crime prevention in recent years, the current global crime governance presents ten new trends, including advocating planning and promotion of crime prevention and criminal justice under the wider and broader social and economic development background, being highly concerned about and actively responding to COVID-19's influences, emphasizing evidence-based crime prevention, emphasizing youth empowerment for crime prevention, mainstreaming a gender perspective into crime prevention and criminal justice systems, caring for children and youth, reducing reoffending through rehabilitation and reintegration, building effective, accountable, impartial and inclusive criminal justice institutions, strengthening the efforts to address the emerging and evolving forms of crime, and intensifying international cooperation and technical assistance.

Key Words: crime governance, trends, crime prevention, criminal justice, the Kyoto Declaration

全球视野下刑事合规的 犯罪学供给研究

赵 赤*

内容摘要：从全球视野观察，刑事合规始于20世纪90年代初，21世纪之后迅速发展成为一种全球趋势。刑事合规作为一种预防导向鲜明且伴有刑事法律基础性和规模性调适的全新法律语言及法律规范体系，需要考察研究的不仅包括法律规范，而且应当包括以犯罪学知识供给为中心的法治机制。刑事合规的核心特征是刑法规制的预防转型及其系统呈现，具体包括企业反腐政策的预防转型、涉企刑事立法的预防转型以及涉企刑事司法的预防转型三个层面。在国际社会刑事合规的孕育发展过程中，犯罪学研究奠定了企业反腐法治发展的理论基础，促成了对企业腐败危害性质的认识提升，催生了刑事合规法律制度的形成完善，发挥了不可或缺的关键性作用。面对我国当前刑事合规的刑法激励机制明显不足的关键问题，需要以系统性预防观念引领我国刑事合规的创新发展：一是在观念认知层面确立刑事合规中系统性预防的目标定位；二是在刑事法治层面聚焦于单位犯罪刑事责任的预防转型及其系统呈现，三是在法治机制层面充分发挥犯罪学知识在企业反腐发展中的突出作用。

关键词：刑事合规；犯罪学；犯罪预防；全球视野

一、引言

众所周知，近年来刑事合规日益成为我国刑事法理论研究及法治实践中的热点问题。当前，推进我国企业反腐与企业（刑事）合规法治发展恰逢时宜，一方面，我国多年来的企业合规探索实践以及国家关于企业合规的政策指引为刑事合规的孕育发展奠定了良好基础；另一方面，我国新时代习近平法治思想尤其是其中关于“推进风险控制、涉外法治等重点领域立法”“完善预防性法律制度”^{〔1〕}的明确要求，为我国推进企业（刑事）合规法治发展提供了根本遵循和方向指引。在笔者看来，刑事合规作为国际社会近几十年才出现的预防导向鲜明、领域交叉突出、法律调适明显的全新法律语言及制度体系，值得我们进行深入系统的考察研究。显然，这些研究不仅包括静态法律制度的规范层面，还应包括动态发展及生成机制等内涵规律方面。然而，纵观我国学界近年来有关刑事合规的研究成果，基本上属于全球视野下刑事合规法律制度层面的考察与借鉴，鲜有关于刑事合规法律制度

* 赵 赤，法学博士，常州大学史良法学院教授。

本文系最高人民检察院检察理论研究一般项目《域外最新检察文献专题研究》（项目编号：GJ2018C31）的研究成果。

〔1〕《习近平：在2020年11月16日至17日于北京召开的中央全面依法治国工作会议上的重要讲话》，载中共中央党校（国家行政学院）网，https://www.ccps.gov.cn/xtt/202011/t20201117_144913.shtml，2021年1月21日访问。

的发展历程以及知识供给等深层问题的考察研究。我国企业（刑事）合规刚刚起步，还处于探索阶段，推进我国刑事合规的创新发展必须直面其中包括知识供给在内的生成机制问题。鉴此，本文聚焦于全球视野下刑事合规的发展历程、当代呈现及其生成机制，尤其是犯罪学研究在企业刑事合规孕育发展中的关键性贡献，由此提出强化我国犯罪学研究对刑事合规之支撑引领的对策建言，以期抛砖引玉。

二、刑事合规法律规制的孕育发展、全球呈现及核心特征

国际社会的企业合规、刑事合规有其孕育发展的历史轨迹和法律规制的核心特征，此外，企业合规与刑事合规这两个核心概念之间存在一定的联系与区别。本文认为，刑事合规是企业合规的发展形态及升级版。

（一）国际社会企业（刑事）合规的发展历程与全球呈现

从全球视野看，20世纪70年代中期至今，国际社会的企业（刑事）合规法律规制历经近半个世纪的发展历程，法律规制日益完善，全球呈现逐渐形成，内在规律值得梳理。依据法律制度的内涵特征，国际社会企业（刑事）合规的发展历程可以划分为以下三个阶段：

第一个阶段为企业合规法律规制的发端（20世纪70年代至80年代）。美国于1977年首次制订《反海外腐败法》（the Foreign Corrupt Practices Act, FCPA），由此成为国际社会企业合规立法的首倡者。《反海外腐败法》是世界范围内首个规定了企业实施反贿赂合规计划的法定义务的企业反腐合规法律。该法的立法背景是：20世纪70年代中期，美国一些媒体揭露了美国公司在国内及国际上通过向外国政府官员秘密支付资金的手段获得业务的商业丑闻，尤其是1974年美国“水门事件”之后，此类商业腐败现象得到进一步曝光，从而使得美国社会各界涌现出强化企业反腐的强烈呼声。此种背景下，美国证券交易委员会（SEC）发动了一场鼓励自愿揭露公司贿赂的运动，同时宣布对那些就本单位向国外政府官员非法支付资金之腐败现象予以揭露并在本公司引入反贿赂合规计划的美国公司予以大赦优待。与此同时，接替尼克松的福特总统建议制订要求美国公司披露贿赂真相并制定实施反贿赂合规计划的国家法律。^{〔2〕}1977年《反海外腐败法》出台之后的最初几年，美国企业在与他国企业的竞争当中处于不利境地，因而着力督促推动欧盟以及“经合组织”（OECD）等国际或区域性组织制定与美国类似的企业反贿赂合规法律，但一段时间里屡遭挫折并不顺利。

第二个阶段为企业合规发展升级为刑事合规，同时呈现全球拓展（20世纪90年代）。首先，美国首次将企业合规纳入单位犯罪量刑指南，由此正式确立了刑事合规法律规制。1991年，美国颁布了一套仅适用于单位被告人的联邦《组织量刑指南》（Organizational Sentencing Guidelines）。《组织量刑指南》的宗旨是加强企业与政府之间的反腐合作，同时促进和激励公司合规（corporate compliance），其主要内容是要求美国公司在内部管理中切入合规理念并建立预防功能的公司治理结构，同时首次将企业合规纳入刑事责任制度，一方面要求各个企业或组织尽职尽责地制订和实施有效的合规计划；另一方面不仅可以对公

〔2〕 Mark Pieth, Lucinda A. Low, Nicola Bonucci, Editors, *the OECD Convention on Bribery*, 2nd Edition, Cambridge University Press, 2014, p.10-22.

司进行刑事责任追究,而且也惩罚相关普通员工。⁽³⁾可见,美国《组织量刑指南》是世界范围内首个操作性的企业刑事合规法律制度。其次,得益于反腐理念的认识提升等,国际社会的企业反腐及企业合规法律规制发展势头强劲。例如,1989年经合组织(OECD)启动了企业反腐规约的起草工作,在历经多个回合的公约起草与磋商之后,⁽⁴⁾《OECD反贿赂公约》(the OECD Convention on Bribery)得以出台并于1999年2月15日正式生效,该公约主要规范贿赂犯罪的刑事处罚,具有广泛的国际影响。

第三个阶段为刑事合规的全球兴起(21世纪开始至今)。2003年10月31日通过的《联合国反腐败公约》(UNCAC)⁽⁵⁾明确规定了企业合规,如《联合国反腐败公约》第12条第1款规定,“各缔约国应当根据本国法律的基本原则采取措施,防止私营企业的腐败,同时加强针对私营企业的会计和审计标准”。此时期有关国际或地区性包含刑事合规理念的反腐败公约有:1997年生效的《反美国国家反腐败公约》、2006年生效的《非洲联盟预防和打击腐败公约》、2002年生效的《OECD关于腐败的刑法公约》、2009年生效的《保护欧洲共同体金融利益公约第二个协议》(the Second Protocol of the Convention on the Protection of the European Communities' Financial Interests)(第OJC221号文件,简称《第二个协议》)等。如《第二个协议》就企业的违法预防责任及企业合规予以明确规定:公司不但要就公司的领导经理为了公司利益而实施犯罪承担刑事责任,而且公司还要就公司内部缺乏针对公司领导经理们的监管控制制度因而致使其下属人员为了公司利益而实施犯罪这一现象承担刑事责任。这样,适当的监管或控制就成为避免公司刑事责任的关键因素。⁽⁶⁾同时,众多发展中国家也先后规定了有关企业刑事合规的法律制度。一方面,加入前述国际性或地区性公约的广大发展中国家有义务贯彻该公约规定的企业刑事合规制度;另一方面越来越多的发展中国家也积极探索并制订了各具特色的企业刑事合规法律制度。例如,巴西于2012年修订的《反洗钱法》旨在鼓励企业合规责任的刑法化,该法第10条第3、4款要求采用预防性反洗钱政策,同时增加了关于合规官(compliance officer)的责任追究制度,尤其是该法第11条第2、3款规定可以追究公司负责人及合规官的刑事责任。⁽⁷⁾可见,以2012年修订《反洗钱法》为契机,巴西金融领域的企业刑事合规法律制度清晰有形。

综上,20世纪70年代末,美国首倡企业合规立法;20世纪90年代初,美国的企业合规延伸拓展为刑事合规;21世纪之后,欧盟主要国家以及越来越多的发展中国家纷纷规定了企业刑事合规;当代国际社会已经呈现出企业刑事合规的全球勃兴态势。正如学者所言,“自1991年之后,企业刑事合规不仅已经融入美国法律的所有领域,而且已经流行于欧洲大陆国家,同时还为亚洲及拉美国家所借鉴采用”。⁽⁸⁾

(3) Francis T. Cullen, Gray Cavender, William J. Maakestad, Michael L. Benson, *Corporate Crime Under Attack: The Fight to Criminalize Business Violence. Second Edition*, Routledge, 2015. p. 358-359.

(4) 比如,1993年之后,关于该规则的法律形式,贿赂问题专家组决定采用建议(Recommendation)这一软法(soft law)形式。后来,以法国、德国为代表的一些国家认为犯罪化问题需要采用更具约束力的法律形式,因而建议采用公约草案形式。德国还认为,联合国是讨论制订这一公约的最佳平台。这些热烈且富有争议的讨论使得贿赂问题专家组加快了工作进程。1997年6月至8月,专家组制定了以法国、德国、意大利、美国以及欧洲理事会秘书处的建议为基础的《OECD贿赂公约》(the OECD Convention on Bribery)公约草案。此后,经过1997年10月、11月的两次磋商之后,公约文本得以敲定。1997年12月17日,公约经欧洲理事会各国部长签署并于1999年2月15日正式生效。

(5) 到2011年5月1日,共有152个国家签订了该公约。中国于2003年9月23日正式加入该公约。

(6) Dominik Brodowski, Editors, *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, 2014. p. 62.

(7) Dominik Brodowski, Editors, *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, 2014. p. 137-141.

(8) Dominik Brodowski, Editors, *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, 2014. p. 61.

（二）刑事合规法律规制的核心特征：预防转型的系统性呈现

刑事合规作为国际社会近几十年才出现的全新法律语言及制度体系，究竟具有何种法律规制上的体系性核心特征？实际上，全球视野及历时性的考察研究有助于洞悉把握刑事合规法律制度的核心特征，那就是单位犯罪刑事责任追究的预防转型。⁽⁹⁾ 基于国际社会刑事合规法律制度的演变历程及内涵特点，刑事合规法律规制的核心特征为预防转型的系统呈现，主要表现为如下三个方面：

一是企业反腐政策重点的预防转型。首先，预防合规在当代各国及国际或地区性的反腐战略文件中的突出地位日益显著。例如，2000年前后欧盟已经形成了反腐政策的雏形和框架，其反腐政策包括三个方面：一是制订标准（standard setting）；二是监督针对反腐标准的合规（monitoring compliance with standards）；三是能力建设（capacity building）。⁽¹⁰⁾ 可见，欧盟的反腐政策战略聚焦于预防合规。美国日益注重惩治腐败的战略部署，如美国联邦调查局（FBI）于2007年颁布《白领犯罪：战略部署》（White-Collar Crime: Strategic Plan）。该战略部署的两个重点分别是：一是要求有关单位就相关事项进行报告，二是强调金融情报的重要性。该战略部署包括六个战略目标，这六个战略目标都指向了情报的重要性。⁽¹¹⁾ 可见，美国的反腐政策战略聚焦于金融情报以及合规报告，其预防要旨十分明显。其次，预防在反腐刑事政策思想中的权重地位不断提升。随着反腐观念的提升以及预防性法律实践的发展，越来越多的有识之士认识到需要从反腐刑事政策高度凝练和确立预防观念的突出地位。正如学者所言，“立法者应当考虑跳出现有的制度背景来审视白领犯罪，应当将工作重点聚焦于制订与白领犯罪相适应并具有针对性的法律，采用非传统刑罚措施、相关的责任制度以及注重前端的预防旨趣的合规性法律”。⁽¹²⁾

二是涉企刑事法律规制的预防转型。为了推进刑事合规，当代各国刑法规定了越来越多的预防导向的涉企刑法规范。例如，英国于2007年出台的《公司过失杀人及公司谋杀法》（the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act of 2007）规定：公司在管理活动或者组织活动中导致人员死亡且达到严重违反相关注意义务的程度，公司要承担刑事责任，同时公司高管必须承担严重违反相关注意义务的独立性责任。也就是说，公司未能达到应有组织结构及其监管之标准（由公司高管承担责任）并导致一人死亡，公司就要承担公司杀人罪的刑事责任，正如学者所言，“上述立法例更多地强调了公司于事故发生之前建立公司良好结构的重要性，也彰显了公司环境对公司员工的影响，由此提高了公司采取充分措施减少公司中违法风险的期待和要求。这些立法例要求公司主动参与犯罪预防并因此将犯罪预防更多地置于公司管理及刑事风险管理中的中心地位”。⁽¹³⁾ 英国《2010年反贿赂法》第7条更是规定了一个具有深远影响的新罪名，即“商业组织未能防止贿赂罪”（Failure of Commercial Organization to Prevent Bribery）。根据前述英国法律，公司犯商业组织未能防止贿赂罪的属起诉罪，处以无限制的罚金。⁽¹⁴⁾ 又如，南非《2004年预防和惩治腐败法》也规定了类似的制度，该法规定特定的公职人员（公共或私营领域）有法律义务就腐败现象予

(9) 赵赤：《企业刑事合规：全球趋势与中国路径》，载《检察日报》2018年8月22日，第3版。

(10) Colin Nicholls, *Corruption and Misuse of Public Office*, Second Edition, Oxford University Press, 2011. p. 486.

(11) Nicholas Ryder, *Financial Crime in the 21 Century: Law and Policy*. Edward Elgar, USA. 2011. p. 122.

(12) Stacy L. Mallicoat and Christine L. Gardiner, *Criminal Justice Policy*, Sage Publications, 2014, p. 171.

(13) Dominik Brodowski, Editors, *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, 2014. p. 63.

(14) Monty Raphael QC, *Bribery: Law and Practice*, Oxford University Press, 2016, p. 71.

以报告，否则要面临严厉的刑罚处罚。^{〔15〕}

三是涉企刑事司法的预防转型：起诉策略的崛起。刑事合规深度切入涉企刑事司法，由此逐步形成了起诉策略的当代崛起。^{〔16〕}首先，起诉策略已经成为当代世界各国主要适用于经济犯罪领域的标志性制度。美国司法部多年来注重运用暂缓起诉协议和不予起诉协议（Non-Prosecution Agreement）应对经济犯罪，同时立法层面十分注重将企业合规计划纳入公司犯罪的起诉策略。为起诉公司犯罪，美国司法部还出台了关于设计和实施合规计划的指南《司法部关于起诉企业及其他商业组织的指南》（Department of Justice Guidelines for Prosecuting Corporations and other Business Organizations），同时以由司法部副部长签署的一系列的备忘录（memoranda）来补充完善针对公司的起诉标准。就针对涉嫌犯罪的公司或单位适用暂缓起诉协议（DPAs）而言，英国通过《2013年犯罪和法院法》（the Crime and Court Act 2013）之后，于2014年开始针对公诉适用暂缓起诉协议制度。毫无疑问，以上国家的检察起诉因为企业合规标准的切入而具有起诉策略之实体内涵，尽管未必采用起诉策略这一称谓。其次，起诉策略蕴含着日益丰富的实体刑法创新的集成支撑。一方面，实体刑法需要实现自然人与单位主体量刑制度的分野。美国最早实现了此种立法层面的系统性分野，即1987年美国制订了一个适用于个人被告人的量刑指南，此后于1991年颁布了一套专门适用于单位被告人的联邦量刑指南《组织量刑指南》。此外《OECD关于腐败的刑法公约》出台之后，全球众多国家纷纷在立法层面明确区分自然人和单位主体的刑事责任。例如，瑞典于2003年立法规定，如果没有公司员工受到起诉或者公司未能尽到预防犯罪的应有责任，公司就要承担刑事责任。另一方面，起诉策略有赖于公司等单位刑事责任的预防转型。与传统的起诉制度不同，起诉策略结构性聚焦于企业预防犯罪的主动合规（企业对国家合规标准的落实情况），这就要求在国家立法上实现企业等单位刑事责任的预防转型。总之，全球众多拥有刑事合规的发达国家和发展中国家均不同程度地规定了起诉策略旨趣的刑事法制度，只是英美国家冠之以“起诉策略”之名。

三、犯罪学研究对刑事合规发展完善的关键性贡献

刑事合规法律制度孕育产生及发展完善的过程中何种专业性知识扮演着关键性作用？全球视野考察研究考察给出的答案是犯罪调查研究，即犯罪学知识。

（一）犯罪学研究奠定企业反腐法治发展的理论基础

“白领犯罪”（white-collar crime）这一基础性概念的提出为企业反腐法治发展奠定理论基础并开辟前景，“白领犯罪”这一术语由美国著名犯罪学埃德温·萨瑟兰（Edwin Sutherland）于1939年首次提出。萨瑟兰所称的白领犯罪是指那些有权人和有钱人所实施的犯罪。当时犯罪通常被认为是来自于缺陷家庭或者堕落的邻里社区的问题少年所为，萨瑟兰提出“白领犯罪”旨在质疑关于犯罪的传统观念及理论。萨瑟兰认为：一方面白领犯罪中的多数并未成为犯罪学研究的关注对象；另一方面白领犯罪与街头犯罪不同，因为白领犯罪会导致针对经济和社会体制的不信任感，损害公共道德以及蚕食针对商业和政府的信赖。^{〔17〕}随着社会发展及研究深入，企业犯罪或者法人犯罪日益成为白领犯罪研究和规制

〔15〕 Colin Nicholls, *Corruption and Misuse of Public Office*, Second Edition, Oxford University Press, 2011. p. 669.

〔16〕 赵赤：《起诉策略：检察公诉制度的全球新发展》，载《检察日报》2020年10月12日，第3版。

〔17〕 Edwin Sutherland, *White-Collar Criminality*, *American Sociological Review*, 5, 1940, p. 10.

中的主要乃至焦点领域,正如学者所言,“从1970年至今的学术研究来看,有关白领犯罪分类的一个明显趋势就是将其区分为两类,也即职务犯罪和公司犯罪(或称组织犯罪)。此外,研究的领域不是犯罪人的个体特征而是分析企业竞争而形成的组织结构及其环境,关注的焦点集中于公司、政府组织以及行业组织当中的违法行为”。⁽¹⁸⁾

(二) 犯罪学研究促成企业腐败危害性质的认识提升

随着关于企业违法犯罪的犯罪学研究成果不断问世,各方日益认识到企业腐败的真实面貌及深重危害。例如,美国犯罪学家自20世纪70年代末开始系统记录公司违法所造成的损失。美国犯罪学家斯坦顿·惠勒(Stanton Wheeler)和米切尔·罗特曼(Mitchell Rothman)对美国联邦法庭在1976—1978年审判定罪的案卷材料进行分析后发现,由单位实施的8个白领犯罪罪名的平均经济损失达387,274美元;形成鲜明对比的是,没有利用其在单位内职务之便的个人实施的白领犯罪所造成的损失则刚刚超过8000美元。可见,单位犯罪所造成的损失比传统的街头犯罪损失更大。此外,20世纪80年代以来西方学者认为公司犯罪的社会及经济成本远高于其他类型犯罪,如公司犯罪所造成的伤害及死亡人数数倍于个人之间暴力所造成的伤害及死亡人数。美国学者认为,公司犯罪总的经济成本可能为主流犯罪类型的20倍左右。⁽¹⁹⁾企业等单位实施的违法犯罪的危害属性,众多有识之士屡有睿评,“正如组织这一形式已经以个人无可比拟的能量推动经济和技术发展一样,组织这一形式也能让单位的非法所得远远高出个人实施犯罪的非法所得。可以说,单位就是白领犯罪人的最为强大的武器”。⁽²⁰⁾

针对特定领域企业违法犯罪的犯罪学研究进一步拓展了企业腐败的危害性认知。例如,英国学者研究表明,就公司行为致人死亡而言,至少有三种类型的公司行为致人死亡的人数超过800人至900人这一英国每年个人之间暴力行为所造成的死亡人数。一是工作所引起的伤害或者疾病所导致的死亡数额很大。斯特灵大学的一个研究团队估计,英国每年仅因为职业癌症这一项的死亡人数就达到至少24,000人。如果加上其他类型如突发的伤害、接触有毒有害物质等,数字将急剧增加。二是环境空气中毒所造成的死亡人数。如英国卫生部估计,英国每年死于环境空气中毒的人数至少24,000人。三是大量与食品中毒造成的死亡人数。⁽²¹⁾又如,金融关乎国家经济的命脉,那么金融危机最主要的直接原因是什么?以美国为例,金融行业于20世纪80年代的破产而导致的金融危机耗费了纳税人近1000亿美元的资金。对此,美国审计署的报告指出,70%至80%的储蓄机构倒闭都与腐败行为相关,同时经由审计署查处的破产案件当中,每26起当中就有1起案件是因为严重的腐败犯罪而破产倒闭。鉴此,众多学者以实证研究的可靠数据证明,企业腐败是导致美国20世纪80年代金融危机的关键性因素。⁽²²⁾

综上,国际社会过去几十年以来针对企业腐败犯罪的犯罪学研究成果拓展深化了企业腐败犯罪的危害性认识,从而为企业反腐与企业合规法治发展提供了有力的现实和观念支撑。此外,西方国家21世纪以来包括企业犯罪在内的白领犯罪研究继续呼吁加强白领犯罪

(18) Hank J. Brightman, Lindsey W. Howard, *Today's White-collar Crime, Legal, Investigative and Theoretical Perspectives*. Routledge, New York, 2009. p. 230.

(19) Sandra Walklate, *Handbook of Victims and Victimology*, Willan Publishing, 2007. p. 446.

(20) Francis T. Cullen, Gray Cavender, William J. Maakestad, Michael L. Benson, *Corporate Crime Under Attack: The Fight to Criminalize Business Violence*. Second Edition, Routledge, 2015. p. 18.

(21) Sandra Walklate, *Handbook of Victims and Victimology*, Willan Publishing, 2007. p. 449.

(22) Stacy L. Mallicoat and Christine L. Gardiner, *Criminal Justice Policy*, Sage Publications, 2014, p. 165.

研究,以克服白领犯罪与街头犯罪之间依然存在的研究不平衡现象。^[23]总之,企业反腐与企业合规法律实践的不断发展,关于企业腐败的犯罪学研究功不可没。

(三) 犯罪学研究孕育企业合规法律制度的形成完善

以美国为例,其企业合规政策凝练及法律规制的整个过程均有赖于企业腐败研究尤其是犯罪学研究成果的支撑启迪。

1950年,美国兰德公司提出了博弈论(game theory)和纳什平衡点(Nash's equilibrium)理论,这是关于企业反腐的重要研究成果。实际上,博弈论和纳什平衡点理论的最初提出旨在评估军事行业和执法系统的腐败情况。在反腐方面,该理论成果主要揭示了腐败发生的机理规律,由此找到了防控腐败的关键环节和制度要领。其结论性原理和观点是:原理方面,一个群体或单位的每个成员通常倾向于从其他成员的最佳利益来考虑和选择自己的反应方式,从而使得彼此都能获得最佳共同利益;结论方面,一是防止腐败的发生,关键的岗位是单位内的职务人员以及监管的针对有效,二是即使惩治腐败犯罪的刑罚处罚非常严厉,预防腐败依然困难,还要着重从腐败预防和腐败监管方面做好文章。^[24]可见,博弈论和纳什平衡点理论对于防控腐败的主要启示在于:以针对性创新型的腐败监管制度应对腐败。实际上,正是得益于博弈论和纳什平衡点理论等犯罪学特色的反腐研究成果,美国得以于1977年出台《反海外腐败法》。

企业腐败犯罪学研究的另一代表性成果是美国犯罪学家米尔斯、西蒙等于20世纪90年代关于精英越轨以及企业合规的研究。^[25]大卫·R·西蒙(David R. Simon)于1996年发表专著《精英越轨》(Elite Deviance),此后1999年又与弗兰克·E·哈根(Frank E. Hagan)合作出版专著《白领越轨》(White-Collar Deviance)。西蒙认为,当代学界关于犯罪研究的一个忽视领域就是那些存在于大型企业、行业协会当中的违法行为。西蒙还认为,大型企业拥有对于政治体制的巨大的幕后影响力,他称之为“看不见的政府”。实际上,西蒙的研究继承了美国犯罪学家赖特·米尔斯(Wright Mills)所著的《权力精英》(The Power Elite)的研究路径。尤其是,米尔斯、西蒙以及大卫·弗里德里希(David Friedrichs)等学者认为,政府在监控私营行业的能力方面难以胜任社会的期待和信赖。那么,防控企业腐败犯罪应当采取何种替代措施?对此,约翰·布雷斯韦特(John Braithwaite)提出的建议是:政府迫使每个企业建立适用各自具体情况的合规管理制度,联邦政府主要对该合规管理制度的实施进行随机性的监督。不难看出,当代各国的企业合规法律制度与前述犯罪学的设想基本一致。

(四) 犯罪学研究推动刑事合规法律制度的出台和完善

如前所述,1991年美国《组织量刑指南》首次规定了刑事合规,实际上该刑事合规法律制度的出台相当程度上得益于20世纪80年代的一系列关于企业违法犯罪的实证研究。代表性的是,1980年美国学者马歇尔·科里纳德(Marshall Clinard)和彼得·伊格尔(Peter Yeager)等人披露了他们关于美国500强企业违法犯罪的研究成果。^[26]据他们研究,这

[23] McGurrin, Danielle, Melissa Jarrell, Amber Jahn and Brandy Cochrane. *White Collar Crime Representation in the Criminological Literature Revisited*. *Western Criminology Review*, 2013 Vol. 14. p.5.

[24] Hank J. Brightman, Lindsey W. Howard, *Today's White-collar Crime, Legal, Investigative and Theoretical Perspectives*. Routledge, New York, 2009. p. 90.

[25] Hank J. Brightman, Lindsey W. Howard, *Today's White-collar Crime, Legal, Investigative and Theoretical Perspectives*. Routledge, New York, 2009. p. 186.

[26] Hank J. Brightman, Lindsey M. Howard, *Today's White-Collar Crime: Legal, Investigative and Theoretical Perspectives*. Routledge, 2009: p. 216-217.

些500强企业平均每个企业实施了2.7个违法行为(如证券、股票欺诈等),其中约60%的企业平均每个企业实施了4.4个以上的违法行为。此外,他们还就如何遏制单位犯罪提出的10点建议性措施。应当说,关于企业腐败的犯罪学研究成果促成了美国于1991年正式出台刑事合规法律制度。

刑事合规法律制度的核心特点是预防转型的系统性呈现,而要促成此种预防性规制的系统呈现,犯罪学知识即犯罪学性质的调查研究不可或缺且至关重要。实际上,美国众多人士将20世纪70年代开始涌现的一场关于防控白领犯罪的社会思潮称为社会运动,同时在这场以企业反腐与企业合规法律规制为重要内容的社会运动当中,犯罪学知识以及犯罪学家发挥了关键性作用,正如学者所言,这场社会运动主要包括实践和学术两个领域,这两个方面共同构成这场社会运动的基本内容。实践和学术这两个领域都经历了价值观上的重要变迁,而促成价值观念重要变迁并导致这场社会运动的一个重要方面就是关于白领犯罪的犯罪学研究。可以说,腐败犯罪学研究以及白领犯罪的法律制度为这场社会运动注入了活力和动能,从而成为这场社会运动靓丽名片。^[27]总之,“立法者、监督者、执法者、公司、企业等需要了解白领犯罪的产生原因、相关因素及其严重危害后果。而犯罪学家发挥着为白领犯罪国家政策提供智力支撑和决策影响的独特及关键性作用,同时白领犯罪的国家政策也需要犯罪学和刑事司法学科研究的支撑以实现决策目标”。^[28]显然,刑事合规的核心特点就是预防性法律规制的系统呈现,任何关于刑事合规生成机制的考察研究都将不可避免地集中指向企业腐败的犯罪学研究及其成果。

四、创新完善我国刑事合规的犯罪学之维

就我国而言,刑事合规还处于探索实践阶段,目前所面临的刑事合规之刑法激励机制明显不足的关键问题,实质上主要体现为单位刑法与企业合规之间的衔接不畅以及单位刑事责任追究的预防转型未能兑现。显然,推进我国刑事合规法律规制的创新完善,犯罪学知识的供给以及预防转型的系统呈现就成为关键。

(一) 在观念认知层面确立刑事合规中系统性预防的体系特征及目标定位

一是加强我国学界关于企业腐败的犯罪学实证研究,为企业反腐与企业合规法律制度的预防拓展提供研究支撑。就我国而言,无论是犯罪学研究的基础历练方面还是针对企业腐败的专门性研究方面都相当薄弱,这种状况决定了我国较难造就预防导向的政策理念及其法律规制。正如学者指出,我国的犯罪学研究一直以来比较薄弱,但从发展看我国的犯罪学研究也必将大放异彩,一是犯罪的严重性、长期性与治理的艰巨性,呼唤着必须加强对犯罪问题的研究;二是仅仅依靠“严打”和刑事处罚的办法来治理日益增长、花样翻新的犯罪,难以收到预期效果;三是回顾我们对犯罪问题研究与治理的历史,除犯罪学之外,只有惩罚理论,没有或很少“预防理论”,而犯罪学的终极目标恰恰就是犯罪预防。^[29]此外,推进我国企业反腐与企业合规法治建设需要加强针对企业腐败的学术研究尤其是犯罪学实证研究。近些年来我国已出现个别性研究甚至是颇有影响的企业腐败实证

[27] Francis T. Cullen, Gray Cavender, William J. Maakestad, Michael L. Benson, *Corporate Crime Under Attack: The Fight to Criminalize Business Violence*. Second Edition, Routledge, 2015. p. 101.

[28] McGurrin, Danielle, Melissa Jarrell, Amber Jahn and Brandy Cochrane. *White Collar Crime Representation in the Criminological Literature Revisited, 2001-2010*, *Western Criminology Review*, 2013, Vol. 14, p. 13.

[29] 康树华:《新中国犯罪学研究形成与发展》,北京大学出版社2011年版,第484页。

研究,⁽³⁰⁾但总体而言,这方面研究的还很少且尚未形成规模和机制性显著影响。加强我国企业腐败的犯罪学研究,要注意如下两点:其一,要大力倡导企业腐败的犯罪学实证研究,以调查研究及相关实证数据为依据切实掌握我国企业腐败的真实状况、滋生规律及发展趋势等,在此基础上反思凝练科学的企业反腐与企业合规法律制度。其二,要注意运用学科交叉方法推进企业腐败研究。国际社会的犯罪学研究不断发展,当代西方国家一般把犯罪学看成是一门“多学科性科学或科际整合科学”。⁽³¹⁾实际上,美国兰德公司推出的博弈论(game theory)和纳什平衡点(Nash's equilibrium)理论就是运用管理学方法研究企业腐败问题的重大成果。

二是完善企业合规法律制度构建。我国应当更多地聚焦于刑事合规的刑法激励机制及其法律特征支撑,尤其是需要将单位犯罪刑事责任追究的预防转型及其系统呈现置于刑事合规法律制度构建的优先方向和中心地位。当前我国的企业刑事合规还处于起步探索阶段,相关法律制度还不成熟,需要着力凝练和完善,正如学者指出,在我国合规体系的推动方面,我国还存在着行政压力有余、法律激励机制不足等问题;在刑事司法领域,那种针对涉嫌犯罪的企业所适应的合规激励机制几乎是不存在的,那些涉嫌犯罪的企业一旦受到刑事司法调查,即使已经建立了合规计划,也不会因此而受到不起诉或宣告无罪的处理,企业也无法以建立合规机制为由提出无罪的抗辩,法院也不会将合规作为从轻或减轻处罚的情节。⁽³²⁾在笔者看来,这实际上已经触及到我国企业刑事合规的焦点问题,即单位犯罪刑事法制度应当具有怎样的基本特征才能有效激励企业合规计划的内部实施,以及刑事法律的切实支撑和有效保障。可见,将刑事合规的学术研究及法律规制聚焦于单位合规刑法的预防转型及其系统呈现应当成为我国企业刑事合规法治建设的中心内容和努力方向。

(二) 在刑事法治层面聚焦于单位犯罪刑事责任的预防转型及其系统呈现

一是实体刑法方面,我国亟待修改《刑法》总则中关于单位犯罪刑事责任的总则性规定,还可以考虑增加规定不合规型的具体罪名,同时还应当适当扩大单位构成犯罪的主体范围。笔者认为,虽然我国单位犯罪刑事责任的宽度(单位犯罪的罪名范围)已经显著扩大,然而由于单位犯罪刑事责任的厚度(单位刑事责任制度是否彰显预防观念)方面未能实现预防转型,因而目前也就难以彰显出有效给力的企业刑事合规制度。

在单位犯罪刑事责任的厚度方面,我国《刑法》第30条规定:“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。”可见,我国《刑法》缺乏关于单位刑事责任的针对性规定。笔者认为,探讨我国企业刑事合规的创新完善,就必须完善我国《刑法》关于单位犯罪刑事责任的立法模式及其责任内涵。否则,基于现有《刑法》基本原理的框架局限,多数学者难以突破传统刑法的理论框架提出适应单位犯罪特点的新鲜观点,即使有个别学者提出了适宜于单位犯罪的新鲜观点,也难以得到现行刑事司法体制的组织性认可。实际上,从国际社会企业刑事合规法律规制的立法发展和内涵变迁看,众多国家先后实现了单位犯罪刑事责任的预防转型。可以说,直面

(30) 例如,北京师范大学中国企业家犯罪预防研究中心于2014年至今连续9年以“中国裁判文书网”公开发布的刑事案件判决书、裁定书为依据进行企业腐败犯罪的实证研究,并发布年度《企业家腐败犯罪报告》《中国企业家刑事风险分析报告》,其学术及社会影响显著。

(31) 吴宗宪:《西方犯罪学》(第2版),法律出版社2006年版,第2页。

(32) 陈瑞华:《论企业合规的中国化问题》,载《法律科学》2020年第3期,第35页。

并突破单位犯罪刑事责任的预防转型正是各国企业反腐与企业合规法治发展中的核心问题。就我国而言,修订《刑法》关于单位犯罪刑事责任规定条款可以从短期和中远期两个方面考虑:从短期看,应当尽快考虑以预防理念以及组织性责任理念修订《刑法》关于单位犯罪刑事责任的规定条文,借鉴国际社会通行的做法,可考虑在《刑法》第30条中增加如下规定,“单位犯罪在犯罪构成以及刑事责任内涵及认定方面有别于自然人犯罪。单位刑事责任的内涵不仅包括公司主要管理者为了实现法人之利益而实施的违法行为,而且包括由于公司主要领导在监管控制方面的缺失致使处于其监管之下的公司成员为了实现法人之利益而实施的违法行为”。从中长期看,伴随着我国单位犯罪的严峻态势以及企业合规观念的确立,未来需要就单位犯罪刑事责任的预防转型、企业刑事合规的司法协同、企业刑事合规与企业合规的无缝衔接、国际社会企业反腐软法的研究借鉴等问题进行深入研究,并在达成共识的基础上就企业刑事合规相关问题予以整体性安排和系统性规定。就刑法而言,这样的系统性规定既可以充实为刑法总则中的专门章节,也可以另行制定更为系统的专门针对单位犯罪的法律、法规。

在单位犯罪刑事责任的宽度方面,《刑法修正案(十一)》的出台,我国单位犯罪的罪名数量不断增加,目前我国《刑法》中可以由单位主体构成的具体罪名已经占到全体罪名总数的近50%。然而,无论从理念层面还是有利于支撑和促进企业合规层面看,我国宽严相济刑事政策应当贯彻于单位犯罪的厚度和宽度方面。也就是说,我国《刑法》一方面应当适度扩张单位犯罪主体的构罪范围,从严体现单位犯罪防控;另一方面应当迈向单位犯罪刑事责任的预防转型,为企业合规提供有效的实体刑法支撑和激励,从而体现单位犯罪防控的从宽一面。以全球观察,包括两大法系国家在内的绝大多数国家在企业合规法治发展过程中纷纷扩张了单位主体的构罪罪名范围。例如,英国传统上刑法中的单位犯罪主体范围并不明朗且认定单位主体构成犯罪的判例罕见,经过最近几十年的发展演变,目前公司等单位不能成为犯罪主体的犯罪类型已经很少,仅限于谋杀罪、重婚罪、驾驶罪、乱伦罪、强奸罪等犯罪。相较于多数国家将公司犯罪原则上扩大到所有罪名,我国《刑法》中单位犯罪的罪名范围依然狭窄,我国单位犯罪的罪名范围依然存在继续扩大的空间和必要。

二是刑事司法方面,我国应当于企业法治领域积极探索“起诉策略”的司法实践乃至立法规制。也就是说,可以以“起诉策略”为理念及制度设计包容企业刑事合规的司法呈现。放眼全球,21世纪以来,不少国家通过出台硬法、软法以强化检察职能,赋予公诉机关更多的执法资源,进一步强化检察公诉活动的权力制约及规范指引,从而形成了当代全球检察公诉制度发展演变的共同趋势。以欧洲为例,欧盟委员会以《里斯本条约》(the Treaty of Lisbon)生效为契机,推进刑事法律应对欺诈行为的改革计划。2013年欧盟委员会出台了强化公诉职能的两个重要规范:一是修订《欧洲检察署条例》(Eurojust regulation),该条例旨在强化欧洲检察署的管理制度及责任框架,以推进欧洲检察署应对跨国犯罪;二是出台《欧盟委员会关于建立“欧洲公诉检察官办公室”的理事会条例的建议》(the Commission's proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office),该建议规定了“欧洲公诉检察官办公室”(the European Public Prosecutor's Office)这一新的起诉机构,这意味着欧洲首次拥有了一个独立的、综合性的检察公诉机构,以有效打击涉及欧盟金融利益的犯罪行为,从而标志着欧盟刑事法律政策

及公诉制度的重大发展。⁽³³⁾实际上,欧盟通过刑法手段及强化检察公诉职能以打击金融犯罪,旨在克服欧盟各成员国调查及起诉金融犯罪领域的碎片化现象,因为欧盟委员会认为欧盟成员国各自独立的金融犯罪起诉机构及反欺诈措施存在不均衡与威慑力不够的问题,应当予以改革。⁽³⁴⁾基于近年来欧盟强化及改革检察公诉职能的努力,欧洲国家的检察模式及起诉制度相继发生了显著变化,如德国公诉机关的起诉裁量权就显著扩张,德国检察官仅将不到20%的管辖案件提交法庭审判。⁽³⁵⁾

综上,笔者认为从全球视野出发看“起诉策略”日益崛起的依据有三点:一是政企合作、预防拓展之政策理念的指引推动;二是预防理念切入企业等单位犯罪的定罪量刑尤其是刑事不起诉的实体法律所凝练要求;三是刑事实体法和刑事程序法深度融合的刑事一体化理念所拓展期待。近年来,我国反腐事业不断前行,刑事检察及刑事诉讼制度继续创新发展,尤其是以“附条件不起诉”“认罪认罚”的创新发展为继续深化“起诉策略”的研究提供了基础和空间。同时,我国已经出台了企业合规指南等规范性文件。笔者认为,完善我国企业刑事合规法律制度的路径有:一是在企业合规指南的基础上出台企业合规的国家标准,并课以企业等单位实施该国家标准的法定义务;二是对合规表现达标或良好的企业予以刑事豁免或刑事责任减免。

(三) 在法治机制层面充分发挥犯罪学知识在企业反腐发展中的突出作用

一是观念上要切实认识到犯罪学知识对于形成和完善预防性法律实践的突出作用和重大意义。如前所述,犯罪学研究发挥了促进刑事合规发展完善的关键性贡献。就我国而言,企业腐败的犯罪学研究基础较为薄弱且成果不多,“犯罪分类的目的在于将众多复杂的犯罪现象类型化,从而从不同角度更好地认识犯罪现象,把握各类犯罪的性质和规律,揭示和发现犯罪原因,进而探求犯罪防范对策”。⁽³⁶⁾总之,推进我国反腐法治以及企业合规的法治发展,需要充分发挥犯罪学知识以及犯罪学家的专业智慧及其突出作用。

二是法治机制上要努力形成吸收犯罪学研究成果机制。刑事合规需要犯罪学者的更多参与并发挥关键性作用。鉴于此,一方面国家及地方各级部门组织的犯罪实证研究及犯罪对策研究可考虑向犯罪学家倾斜并注意发挥犯罪学家的专业特色优势;另一方面涉及制定犯罪防控政策及出台法律规章也应当注意充分发挥犯罪学家的专业优势及突出作用。未来,随着风险社会的到来,犯罪防控对策必然不可避免地迈向预防拓展及其系统成呈现,因而发挥犯罪学家的突出作用也就显得更有必要。

(责任编辑:胡裕岭)

(33) L. H. Erkelens, A. W. H. Meij, M. Powlik, Editors, *The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?* Springer, 2014, p.11.

(34) L. H. Erkelens, A. W. H. Meij, M. Powlik, Editors, *The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?* Springer, 2014, p.23.

(35) Cyndi Banks, James Baker, *Comparative, International and Global Justice: perspectives from criminology and Criminal Justice*, SAGE, 2016, p.129.

(36) 张远煌、吴宗宪:《犯罪学专题》,北京师范大学出版社2011年版,第157页。

A Worldwide Study on the Criminological Supply of Criminal Compliance

ZHAO Chi

(Changzhou University, Changzhou 213159)

Abstract: From a global perspective, criminal compliance began in the early 1990s and rapidly developed into a global trend in the 21st century. As a new legal language and legal system with distinct prevention orientation accompanied by the basic and scale adaptation of criminal law, criminal compliance should be inspected not only by the academic circles of legal norms studies, but also by the academic circles of criminologists whose particular focus is on the law mechanism such as the supply of criminology knowledge. The core characteristic of criminal compliance is the systematic preventive transformation of criminal law within criminal compliance, which includes three aspects, namely, the preventive transformation of anti-corruption policy within enterprises, the preventive transformation of enterprise-related criminal legislation and the preventive transformation of enterprise-related criminal justice. In the process of the development of criminal compliance in the international community, criminology research has laid the theoretical basis for the development of corporate anti-corruption rule of law, contributed to the improvement of the understanding of the harmfulness of corporate corruption, and promoted the formation and improvement of the legal system of criminal compliance. In a word, criminology research has played an indispensable and key role. Faced with the key problem that the current criminal incentive mechanism of criminal compliance in China is obviously insufficient, the innovative development of criminal compliance in China should be guided by the concept of systematic prevention in three ways: the first is to establish the system characteristics and target positioning of systematic prevention in criminal compliance at the level of concept cognition; the second is to focus on the preventive transformation and its systematic presentation of the criminal responsibility of corporate criminal law; the third is to give full play to the prominent role of criminological wisdom in the development of corporate anti-corruption policies and laws.

Key Words: criminal compliance, criminology, crime prevention, global view

酌定量刑情节规范适用的司法困境 与优化路径

冯骁聪*

内容摘要：包含酌定情节在内的量刑情节的充分提取和理性评价，是实现个案量刑公正的关键环节。从纳入“规范量刑改革”范围的443份裁判文书样本可见，《量刑指导意见》所明示的常见酌定情节均得到法官的识别和适用，其实际作用力并不必然弱于法定情节，被告人预防刑的裁量更依赖酌定情节。然而，未被《量刑指导意见》明示的酌定情节，法官在量刑中鲜有提取，致使部分案件量刑缺失完整的事实根据。此外，酌定情节的适用还存在识别失当、作用力失衡、发挥作用的环节错位等问题，并且部分案件缓刑适用缺乏酌定情节支撑，这些均成为制约量刑公正充分实现的瓶颈。优化酌定情节的规范适用，应当在妥当配置法官自由裁量权的基础上，科学改良酌定情节适用的规范模式，合理设计量刑情节竞合的调节过程，清晰塑造缓刑适用的说理架构，从而实现案件量刑结果的适法与适当。

关键词：酌定情节；提取；评价；规范量刑；罪刑均衡

量刑情节的适用规则是量刑方法设计中不可回避的内容，也是量刑规范化改革关切的重要问题之一。相对于法定量刑情节，“酌定量刑情节自身所具有的功能、特征和价值，决定了酌定量刑情节乃是量刑情节的灵魂”，⁽¹⁾在司法实践中应受到认真对待。固然，量刑规范化改革从“深层次改变了长期存在于我国量刑实践中的‘只注重提取和适用法定量刑情节而忽视提取和适用酌定量刑情节’的观念和做法”，⁽²⁾但司法实践中酌定情节适用的现实状况，特别是其科学性、合理性仍有待检验。对此，本文将以纳入“规范量刑改革”范围的443份裁判文书作为研究样本，在深入剖析酌定情节的司法现状并检讨适用困境的基础上，体系化地形塑酌定情节规范适用的优化方案，助益司法公正的全面实现。

一、酌定量刑情节规范适用的基本原理

（一）酌定量刑情节的基本界定

关于酌定情节的概念界定，我国刑法理论上并未形成较为统一的认识。大体存在以下观点：其一，“法无规定”说。该说认为酌定情节是指并非由法律规定，而是法官根据具体案件的实际情况，酌情掌握的影响量刑轻重的情节。⁽³⁾其二，“法无明文规定”说，该说认

* 冯骁聪，法学博士，湖南财政经济学院法学系讲师，硕士生导师。

【基金项目】本文系2018年湖南省教育厅科学研究基金项目《人工智能时代刑罚体系革新研究》研究成果（项目编号：18C0486）。

(1) 宋建华：《论法官量刑时必须重视酌定量刑情节》，载《法律适用》2008年第8期，第64页。

(2) 石经海、严海杰：《中国量刑规范化之十年检讨与展望》，载《法律科学》2015年第4期，第174页。

(3) 参见刘天君：《人民法院人民检察院业务基础教程》，中国检察出版社2006年版，第59页。

为酌定情节是法律没有明文规定,但根据刑法精神和有关刑事政策,量刑时酌情考虑的情节;⁽⁴⁾或者认为其是指尽管刑法未作明文规定,但在刑事审判中根据具体案情斟酌考量的情节。⁽⁵⁾其三,“法定情节排除”说,该说是指尽管不属于法定情节范畴,但由法官在审判活动中酌情把握的影响犯罪人刑事责任程度的事实。⁽⁶⁾其四,“司法经验总结”说,该说认为酌定情节是基于刑法理论并总结司法经验而确定的影响量刑轻重的情节;⁽⁷⁾或者认为酌定情节是人民法院从审判实践中总结出来的,在量刑中酌情掌握、灵活适用的情节。⁽⁸⁾此外,亦有论者将上述第二种与第四种观点结合起来,认为酌定情节是指刑法未作明文规定,根据立法精神从司法经验予以总结的,能够影响案件刑事责任程度,因而在量刑时需要酌情考虑的情节。⁽⁹⁾

上述观点在一定程度上揭示出酌定情节的某些特性,但仍未完整揭示其本质属性。事实上,酌定情节并非置身于法外的“可有可无”的情节。我国《刑法》第37条据以免于刑事处罚的“犯罪情节”,第61条作为量刑根据的“犯罪的事实”“犯罪情节”等均未限定必须由刑法明文规定,这表明刑事立法事实上对酌定情节予以原则认可。一般而言,公正的量刑应当同时符合罪刑均衡原则和罪刑法定原则的要求。司法意义上的罪刑均衡原则喻示作为宣告刑的刑罚应与犯罪的轻重相适应,⁽¹⁰⁾因而“宣告刑的确定过程,也就是罪刑均衡的实现过程”。⁽¹¹⁾而罪刑法定原则要求依照刑法总则规定的原则和制度,并在刑法分则条文规定的刑罚种类和量刑幅度内裁量刑罚,⁽¹²⁾使其构成法官自由裁量权的法治边界。换言之,罪刑均衡原则要求法官在量刑时应完整提取并合理评价全案所有的量刑情节,遗漏酌定情节将导致宣告刑与所犯罪行不相适应;而酌定情节的适用与罪刑法定原则不相矛盾,并且构成该原则所蕴含的“禁止不均衡的,残虐的刑罚”之精神⁽¹³⁾在司法中的贯彻路径。

既然酌定情节并非所谓“法外情节”,那么其与法定情节的区别何在,仍待厘清。事实上,法定情节的所谓“法定”体现在刑法对“法律对其具体内容和功能作出明确的规定”。⁽¹⁴⁾尽管《刑法》并未对酌定情节具体内容和功能作出明确规定,但却予以原则认可,并且酌定情节在司法实践中得到广泛承认。⁽¹⁵⁾也就是说,《刑法》原则上认可酌定情节对于量刑的作用,但其具体内容和功能尚需法官联系具体案情,遵循量刑原则,考量刑事政策,援用审判经验,具体确定。据此,前述第一、第二种观点都未准确揭示酌定情节与法定情节的差异,不能反映酌定情节的本质属性。第三种观点试图从反向排除的角度界定量刑情节,却无意间陷入了“循环论证”的泥淖:不属于法定情节即是酌定情节,因而这一观点不可能完整揭示酌定情节的本质属性。第四种观点虽然注意到酌定情节的识别需要借助“司法经验的总结”,但并没揭示酌定情节与刑法规范的关系,从其表述仍然可以推导出“法外情节”的认识,有失严密。据此,从酌定情节与刑法规范的关系及其与法定情节的本质差异

(4) 参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第554页。

(5) 参见王作富主编:《刑法》(第6版),中国人民大学出版社2016年版,第195页。

(6) 参见高铭喧主编:《刑法学原理》(第三卷),中国人民大学出版社2005年版,第248页。

(7) 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第4版),北京大学出版社、高等教育出版社2010年版,第286页。

(8) 参见赵秉志、吴振兴主编:《刑法学通论》,高等教育出版社1993年版,第387页。

(9) 参见周光权:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第424页。

(10) 参见曲新久主编:《刑法学》(第5版),中国政法大学出版社2016年版,第17页。

(11) 陈兴良:《本体刑法学》(第3版),中国人民大学出版社2017年版,第91—92页。

(12) 参见王作富主编:《刑法》(第6版),中国人民大学出版社2016年版,第192—193页。

(13) 张明楷:《刑法原理》(第2版),商务印书馆2017年版,第33页。

(14) 李永升主编:《刑法总论》,法律出版社2011年版,第328页。

(15) 参见李永升主编:《刑法总论》,法律出版社2011年版,第329页。

出发, 其应被界定为: 刑法未就其具体内容和功能加以明确规定, 但予以原则认可, 在量刑中应当予以提取和评价的, 影响具体案件刑事责任程度的各种事实情况。

(二) 酌定量刑情节在规范量刑中的地位

所谓规范量刑, 也被称为量刑规范化, 是指以量刑本质及基本规律为遵循, 通过设置和适用完备的程序制度, 达成公正有效及符合刑罚目的的量刑结果的司法过程。⁽¹⁶⁾ 量刑规范化的实现, 固然要有正确的量刑原则、科学的量刑方法和完善的量刑程序, 也更需要在具体案件中完整提取并且合理评价案件中的全部量刑情节。作为在“量刑之时应该被考虑到的个别的具体的各种要素”⁽¹⁷⁾ 的量刑情节, 其应当包含一切反映社会危害性及人身危险性的事实, 并且体现为刑法规定或认可的, 量刑时应当考虑的, 有关犯罪经过和犯罪人变化的情况, 是存在于案件内外的客观事实向法律事实转化的具体体现。⁽¹⁸⁾ 一旦案件中的量刑情节没有被完整地提取与合理评价, 寓于案件事实中的社会危害性及人身危险性也就未得到全面反映, 不仅违背“以事实为根据”的量刑原则, 也使得量刑方法和程序无所依归。根据2017年《关于常见犯罪的量刑指导意见》(以下简称《量刑指导意见》)所设定的量刑步骤,⁽¹⁹⁾ 在量刑起点的基础上依据其他影响犯罪构成的事实确定基准刑之后, 调节基准刑并综合全案情况确定宣告刑, 均须借助经由相关案件事实转化而来的量刑情节。其中, 量刑起点的作用主要体现为锚定案件的具体法定刑幅度。因为某一犯罪的法定刑往往有数个幅度, 制约宣告刑裁量范围的是由犯罪构成事实决定的其中一个确定幅度。这一确定幅度的锚定, 首先应借助定罪事实确定被告人触犯的具体罪名暨刑法分则条文, 其次依据数额等基本犯罪构成事实确定量刑所应遵循的具体法定刑幅度, 并在该幅度内确定量刑起点。一般情况下, 宣告刑就是在该法定刑幅度内依据量刑情节裁量的结果。而基准刑则是沟通量刑起点与宣告刑的桥梁, “体现了基本犯罪事实应判处刑罚量的审判经验”,⁽²⁰⁾ 为量刑情节的发挥作用提供了基础与平台。以普通型盗窃罪的规范量刑为例, 该罪名设置了三个法定刑档次, 需要根据盗窃数额、次数等基本犯罪构成确定量刑起点并锚定具体法定刑幅度。例如, 盗窃数额达到数额较大但未达到数额巨大, 可以在1年以下有期徒刑、拘役的幅度内确定量刑起点。在此基础上, 根据犯罪数额等其他犯罪构成事实增加刑罚量形成基准刑, 并遵循量刑情节对基准刑进行调节, 综合考虑全案情况, 形成宣告刑。

酌定情节在规范量刑中地位如何, 有待探究。有论者认为, “法定应当型情节优于可以型情节, 可以型情节优于酌定情节”,⁽²¹⁾ 这种观点在理论界和司法实务界具有一定影响, 造成量刑实践中对于酌定情节未得到应有重视。事实上, 这种观点在一定程度上误解了法定情节与酌定情节的区别。如前所述, 两种情节的区别体现在法律对于某个量刑情节的具体内容和功能是否有明确规定, 而不意味在作用力上法定情节必然优于酌定情节。因为量刑情节“轻重的依据只能是自身的具体情况”,⁽²²⁾ 相关事实一旦在个案中被提取为酌定情节, 就会影响量刑结果, 而酌定情节的作用力大小取决于其自身所体现的社会危害性或人身危

(16) 参见石经海:《量刑规范化解读》,载《现代法学》2009年第3期,第111页。

(17) [日]城下裕二:《量刑理论的现代课题》,黎其武等译,法律出版社2016年版,第72页。

(18) 参见石经海:《量刑个别化的基本原理》,法律出版社2010年版,第289页。

(19) 具体是:(1)根据基本犯罪构成事实在相应的法定刑幅度内确定量刑起点;(2)根据其他影响犯罪构成的犯罪数额、犯罪次数、犯罪后果等犯罪事实,在量刑起点的基础上增加刑罚量确定基准刑;(3)根据量刑情节调节基准刑,并综合考虑全案情况,依法确定宣告刑。

(20) 周金刚:《基准刑的理性分析》,载《法律适用》2010年第5期,第19页。

(21) 张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第571页。

(22) 黎其武、徐玮:《量刑情节若干问题研究》,载《中国刑事法杂志》2005年第3期,第3页。

险性的程度。⁽²³⁾因此,某一事实究竟属于法定情节或酌定情节与其作用力程度之间没有必然联系,酌定情节在一定情形下可以优于法定量刑情节,⁽²⁴⁾酌定情节的作用并不必然次于法定情节。“法有限,情无穷”。现实中的案件事实往往错综复杂,而成文法一经制定,就必须保持稳定。因此,法定情节范围相对有限,只可能列举具有典型性的反映社会危害性或人身危险性的事实,在复杂的社会情势面前难以穷尽所有影响量刑的事实。并且,理论上一般认为,“一起刑事案件可能没有法定量刑情节,但一般不可能没有酌定量刑情节”。⁽²⁵⁾因此,既然罪刑均衡的实现以完整提取案件所有的量刑情节为前提,那么具体案件的规范量刑也不能遗漏提取任何酌定情节。总之,酌定情节是规范量刑不容忽视的事实根据,酌定情节的规范适用是实现罪刑均衡的关键环节之一。

(三) 酌定量刑情节规范适用的标准

首先,案件客观存在的全部酌定情节得到完整的提取。这意味着案件中所有影响刑事责任程度,但具体内容和功能法律并未明确规定的事实,在量刑过程中都应当得到提取。从而将前述的案件事实转化为量刑情节,成为宣告刑的影响因素。酌定量刑情节的具体范围,在理论上,有的认为共有8种,⁽²⁶⁾有的认为共有9种,⁽²⁷⁾有的则认为共有64种,⁽²⁸⁾2017年《量刑指导意见》明确列举的酌定量刑情节共有6种。⁽²⁹⁾事实上,社会情势处在不断变化之中,新的情况不断涌现,试图事先列举可能存在的全部酌定量刑情节不具有可行性。因此酌定量刑情节的识别主要依靠法官针对个案案情进行具体的判断,将案件中所有影响刑事责任程度的事实和因素都体现在量刑的事实依据中,而不取决于《量刑指导意见》是否列举。但是,也应当注意避免量刑情节识别泛化的倾向。在量刑中应当对案件事实与刑罚根据的关联性进行判断,防范与刑罚根据缺乏关联性或者关联性松散的案件事实被识别为量刑情节。⁽³⁰⁾而判断刑罚根据的关联性,就是考察案件事实与反映刑罚根据的因素,如社会危害性或人身危险性之间是否存在关联以及关联的程度,从而排除与这两种因素缺乏关联或者关联松散的事实。⁽³¹⁾

其次,所有提取的酌定量刑情节应得到理性的评价。法官应根据相应情节反映的社会危害性或人身危险性的程度,量定其对宣告刑所产生的影响,并在此基础上确定全案所有情节特别是逆向情节对宣告刑所产生的作用力总和。酌定情节对宣告刑的作用力大小与该情节反映出的社会危害性或人身危险性提升或减轻的程度呈正相关关系,需要法官结合案情作出具体判断。此外,具体案件往往存在多个量刑情节,此时还应妥当处理数个量刑情节之间作用力的累加与抵消问题,即确定所有量刑情节对宣告刑的作用力总和。总之,酌定情节的完整提取与理性评价是其规范适用的应有之义,二者构成量刑公正在个案中实现

(23) 参见李永升主编:《刑法总论》,法律出版社2011年版,第331页。

(24) 例如根据《量刑指导意见》,作为酌定量刑情节的积极赔偿被害人损失并且取得被害人谅解可以减少基准刑40%以下,而作为法定量刑情节的一般立功可以减少基准刑20%以下,前者在作用力上优于后者;作为酌定量刑情节的在自然灾害期间犯罪可以增加基准刑20%以下,而作为法定量刑情节的累犯可以增加基准刑10%~40%,前者的作用力也在一定程度上优于后者。

(25) 卢建平、朱贺:《酌定量刑情节法定化的路径选择及评析》,载《政治与法律》2016年第3期,第4页。

(26) 参见高铭喧:《刑法学原理》(第三卷),中国人民大学出版社2005年版,第248页。

(27) 参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第506—507页。

(28) 参见高铭喧、马克昌:《刑法学》(第4版),北京大学出版社、高等教育出版社2010年版,第286—288页。

(29) 具体是:退赃、退赔、赔偿谅解、前科、犯罪对象为弱勢人员、灾害期间故意犯罪。

(30) 参见王瑞君:《如何规范地识别量刑情节——以实务中量刑情节的泛化和功利化为背景》,载《政治与法律》2014年第9期,第96页。

(31) 参见王瑞君:《如何规范地识别量刑情节——以实务中量刑情节的泛化和功利化为背景》,载《政治与法律》2014年第9期,第96页。

的关键环节。

二、酌定量刑情节规范适用的现实考察

为了考察酌定量刑情节在司法实践中规范化适用的现状，笔者通过访问中国裁判文书网（[HTTP://wenshu.court.gov.cn/](http://wenshu.court.gov.cn/)），检索出西部某市基层法院于2015~2018年审理并判决生效的刑事案件，从中抽取443个属于量刑规范化试点罪名的案件，并对样本案件酌定量刑情节的规范化适用状况展开分析。^{〔32〕}在总计480个样本中，涉及盗窃罪的样本共计59个，故意伤害罪79个，抢劫罪104个，贩卖毒品罪33个，强奸罪5个，掩饰隐瞒犯罪所得罪3个、交通肇事罪24个、危险驾驶罪83个、敲诈勒索罪16个、抢夺罪23个、诈骗罪42个、妨害公务罪9个，具体如图1所示。

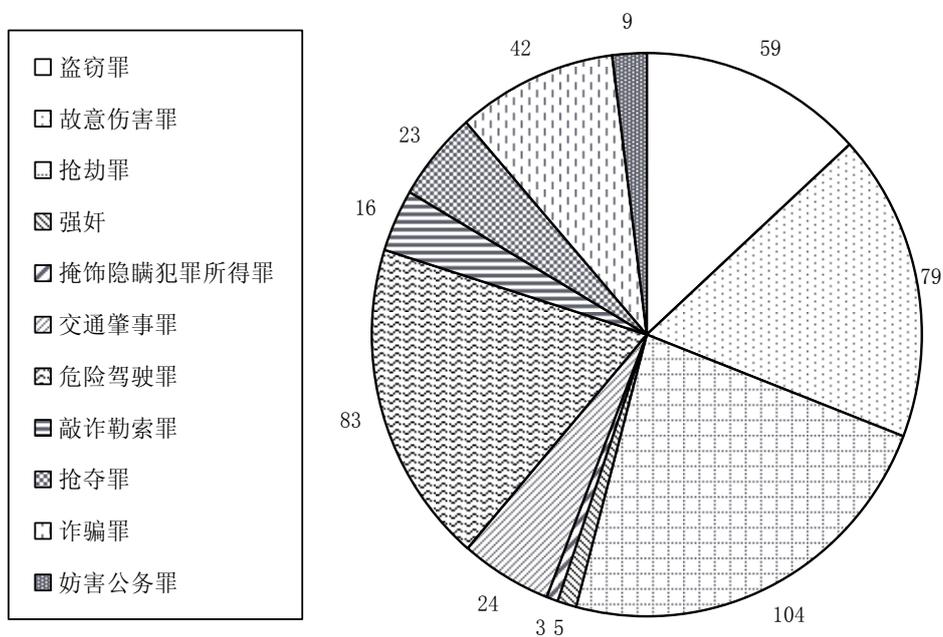


图1 样本案件整体分布情况

（一）酌定量刑情节提取状况分析

在总计480个样本中，均提取和适用了相应酌定情节。具体包括剩余罪量、当庭自愿认罪、前科劣迹、犯罪手段、追赃、退赃、赔偿谅解、被害人过错、邻里矛盾、犯罪动机、犯罪的特定时间场所或对象，共计10个类别，如图2所示。其中出现频次最高的是被告人当庭自愿认罪（251次），占有所有样本的52.29%；其次是剩余罪量（238次），占有所有样本48.58%；出现频次最低的情节为犯罪动机，出现9次，占有所有样本的1.88%。提取频次最高的两种情节均为《量刑指导意见》明示的酌定情节，提取频次最低的3种情节既包括《量

〔32〕由于共同犯罪现象的存在，笔者选取的443个样本案件中，共有480名被告人，而量刑是针对具体被告人刑事责任的裁量活动，故实际上存在着480个量刑样本。

刑指导意见》明确规定的酌定情节，也包括其他酌定情节。这表明，法官对酌定情节的提取意愿，在很大程度上受到《量刑指导意见》是否明示的影响。

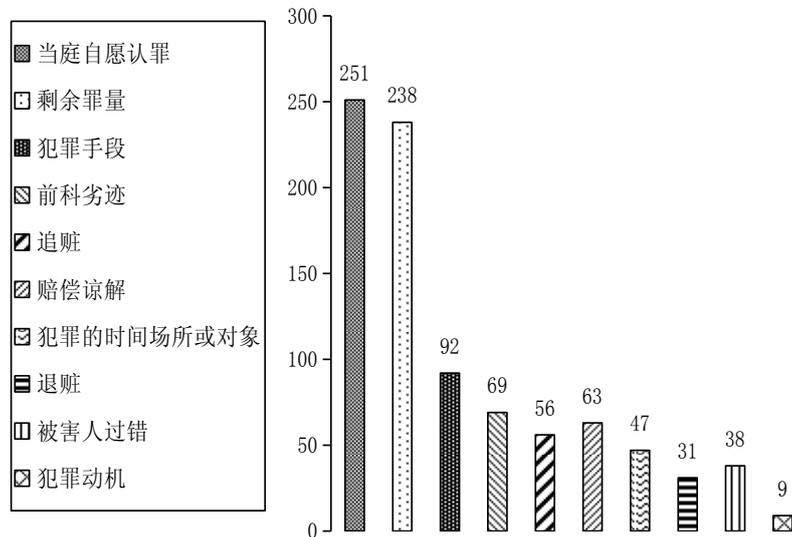


图2 酌定情节类型分布示意图

当庭认罪是提取频次最高的量刑情节，属于《量刑指导意见》明示的量刑情节，并与2018年《刑事诉讼法》第15条认罪认罚从宽原则精神吻合。该情节内容简单，便于查明，且能够对被告人带来量刑优惠，因而具有较高的出现频率。该情节主要反映被告人悔罪的心态以及与司法机关合作的态度，表明其人身危险性有所降低，故与案件类型并无直接关联。

剩余罪量是指与犯罪构成有密切联系的，并经定罪情节评价后剩余的事实。我国刑法中的犯罪成立条件包含数额、情节、后果等罪量因素，形成独具特色的“行为类型+危害程度”的立法体例。⁽³³⁾ 刑法明文规定的，作为犯罪成立条件之一的，专门用来评价行为危害程度的罪量因素大量存在于具体犯罪的罪状中，甚至成为相同类型的行为构成犯罪抑或一般违法行为的决定因素。⁽³⁴⁾ 罪量的内容相对确定，构成符合特定犯罪成立条件的起码要求之一。而“起码要求”之外的定罪剩余的数额、情节、后果等犯罪构成事实，则理应转化为反映社会危害性程度的量刑情节，即剩余罪量情节。⁽³⁵⁾ 需要说明的是，剩余罪量大致相当于《量刑指导意见》中的“影响犯罪构成的其他事实”是“在量刑起点的基础上增加刑罚量确定基准刑”的事实根据。根据规范量刑步骤，剩余罪量最先对量刑轻重产生影响。这是由于其反映社会危害性程度，属于责任刑情节范畴，能够划定宣告刑的上限，与责任主义所要求的量刑“必须遵守比例原则和罪刑相当原则，务必刑当其罪，不得超越罪责程度，而量定超重的刑罚”⁽³⁶⁾ 之精神相吻合。

在所有样本中，前科劣迹情节被提取69次，占样本的14.58%。其中犯罪前科11次，

(33) 参见王彦强：《犯罪成立罪量因素研究》，中国法制出版社2018年版，导言第2页。

(34) 参见王彦强：《犯罪成立罪量因素研究》，中国法制出版社2018年版，导言第2页。

(35) 参见赵廷光：《论定罪剩余的犯罪事实转化为量刑情节》，载《湖北警官学院学报》2005年第1期，第6页。

(36) 林山田：《刑法通论》（下册），北京大学出版社2011年版，第350页。

其他违法前科 58 次,违法前科均体现为原劳动教养或者强制戒毒措施等保安措施,其他行政处罚措施并未被作为前科劣迹所考虑的事实。这类情节主要反映行为人的 人身危险性升高。

追赃,是指司法机关在案发后,追缴犯罪分子所得不法之财物。⁽³⁷⁾在有被害人犯罪中,追赃之后还需发还被告人。追赃降低了案件的社会危害性,因而可以作为酌定从轻处罚情节。在所有样本中,该情节共被提取 56 次,均为侵财型案件,占有所有样本的 11.67%。退赃是指犯罪人将犯罪所得退还被害人或者上缴国家的行为。⁽³⁸⁾退赃不仅降低了行为的社会危害性,也体现了行为人真诚悔过的态度,即人身危险性的减小。因此退赃是较之追赃具有更大作用力的酌定从轻处罚情节。在所有样本中,该情节共被提取 31 次,同样均为侵财型案件,占有所有样本的 6.5%。

犯罪手段,即犯罪人实施犯罪的具体方法,其在一定程度上反映出犯罪人的主观恶性程度及其行为的社会危害程度。⁽³⁹⁾该情节共被提取 92 次,占有所有样本的 19.17%。犯罪手段的具体表现形式包括:破坏性手段作案(49 次)、流窜作案(21 次)、持械作案(19 次)。犯罪手段反映行为较为严重的社会危害性,往往发挥从重处罚的作用。从样本中可以发现,在侵财型案件中,犯罪手段更容易被法官识别为酌定情节。

犯罪的时间、场所、对象均属于犯罪客观要件中的选择性要件,当它们不属于某个犯罪的客观要件时,可以充当反映社会危害性程度的酌定情节。这类情节共被提取 47 次,占有所有样本的 9.8%。这类情节主要反映行为较为严重的社会危害性,充当酌定从重处罚情节。其中,犯罪时间出现 11 次,如对处在经期的妇女实施强奸;犯罪场所出现 19 次,如在国家机关办公场所内部实施妨害公务行为;犯罪对象出现 17 次,如对未成年人实施强奸。

赔偿、被害人谅解是《量刑指导意见》明确规定的酌定量刑情节,其不仅反映行为社会危害性的减轻,也反映行为人积极挽回犯罪结果的态度,表明人身危险性的减轻。并且,赔偿并取得被害人谅解有利于修复被犯罪损害的社会关系,有利于犯罪人更加顺利地融入社会。⁽⁴⁰⁾这类情节共被提取 63 次,占有所有样本的 13.13%。这类情节绝大部分出现在侵犯公民人身权利案件中,这是因为“赔偿作为量刑情节依赖于:该损害可以赔偿、有主体来接受赔偿”。⁽⁴¹⁾

被害人过错是对被害人就刑事案件的发生具有的原因性所进行的否定性评价。⁽⁴²⁾这类情节往往“诱发犯罪人的犯罪意识,产生侵害行为或能在犯罪过程中加剧侵害程度”,⁽⁴³⁾反映出犯罪发生的原因一部分应归因于被害人,犯罪人在主观恶性上具有一定的可宽恕性。这类情节共被提取 38 次,占有所有样本的 7.9%,且均为侵犯公民人身权利犯罪。

犯罪动机是推动犯罪人实施犯罪行为的内心起因,是其反社会需要的具体体现。⁽⁴⁴⁾它能够反映行为人主观恶性及人身危险性程度,属于典型酌定情节。这类情节共被提取 9 次,占有所有样本的 1.88%,且均发挥从重处罚的作用。例如,样本中有被告人为筹措毒资而实

(37) 参见李伟民主编:《法学辞海》,蓝天出版社 1998 年版,第 2131 页。

(38) 参见高贵君主编:《〈人民法院量刑指导意见〉与〈关于规范量刑程序若干问题的意见〉理解与适用》,中国法制出版社 2011 年版,第 72 页。

(39) 参见周路主编:《当代实证犯罪学新编》,人民法院出版社 2004 年版,第 212 页。

(40) 参见张亚平:《宽严相济刑事政策方略研究》,中国检察出版社 2008 年版,第 115 页。

(41) 王瑞君:《量刑情节的规范识别和适用研究》,知识产权出版社 2016 年版,第 85 页。

(42) 参见高维俭:《试论刑法中的被害人过错制度》,载《现代法学》2005 年第 3 期,第 124 页。

(43) 任克勤:《被害人学基本理论研究》,中国人民公安大学出版社 2018 年版,第 131 页。

(44) 董邦俊、康杰主编:《犯罪心理学教程》,武汉大学出版社 2015 年版,第 141 页。

施盗窃，犯罪动机卑劣，因此被提取为酌定从重情节。

（二）酌定量刑情节评价状况分析

所有样本所提取的10种量刑情节中，对宣告刑影响作用力最大的当属剩余罪量情节。样本中该情节的最大作用力将基准刑的刑罚量增加到量刑起点的2.75倍，这不仅是其他酌定情节所无法比及，其程度也远超其他法定情节。样本中对宣告刑作用程度最小的是前科劣迹和当庭自愿认罪两种情节，其最小的作用仅能对基准刑起到5%的调节比例，对宣告刑的影响程度轻微。

剩余罪量直接反映定罪情节未能评价的那部分行为的法益侵害性，是最直接反应行为社会危害性的量刑情节。剩余罪量与犯罪构成事实密切相关，但基于禁止重复评价原则，其并非充当定罪情节的基本犯罪构成事实，而应属于其他影响犯罪构成的犯罪事实。其在规范量刑中的作用是在量刑起点的基础上增加刑罚量，以确定基准刑。考察所有样本，剩余罪量对于量刑起点刑罚量的增加程度首先取决于犯罪本身的性质。例如，抢劫罪中相同的犯罪数额或者犯罪次数所增加的刑罚量，重于盗窃罪中所增加的刑罚量。这是由于“侵害的法益越重要，则犯罪危害性越严重”，^{〔45〕}内容相同的剩余罪量对于不同性质犯罪增加基准刑的权重也就有所差异。对于同性质的犯罪，剩余罪量在量刑起点基础上增加刑罚量的程度，取决于其本身所反映出的社会危害性，与相应的犯罪数额、次数、情节成正相关。样本中剩余罪量增加刑罚量的最大值高达33年，^{〔46〕}远远高于有期徒刑的最高刑期，有可能导致调节之后的基准刑高于有期徒刑的最高刑期。此时，究竟是将宣告刑确定为有期徒刑的最高刑期，抑或确定为更严厉的刑种，《量刑指导意见》缺乏规定。

在所有251次当庭认罪情节中，169次发挥的作用体现为减少10%的基准刑，另外82次为减少5%的基准刑。从该情节的作用力与犯罪性质的关系看，二者之间并没有必然的联系，从裁判文书也无法寻找到采用何种调节比例的具体理由，法官确定调节比例的理由不明确。

56次追赃情节所发挥的作用均体现为减少8%的基准刑，21次退赃情节发挥的作用均体现为减少10%基准刑。如前所述，后者由于同时反映社会危害性或人身危险性的减轻，故其调节比例大于前者，符合罪刑均衡原则。

92次犯罪手段均被提取为从重情节。除38次流窜作案情节对基准刑的调节比例为10%之外，采用破坏性手段盗窃以及携带凶器实施犯罪的调节比例均为20%。这也是法官对不同犯罪手段所反映的社会危害性进行区分评价的结果，因为根据一般的社会观念，后两者的社会危害性显然高于前者。因此，犯罪手段的调节比例与社会危害性程度成正相关。

时间、地点、对象情节共被提取47次，均充当酌定从重情节。其中犯罪时间情节被提取13次，较为典型的是在妇女经期对其实施强奸，其起到的作用是对量刑起点增加1年的刑罚量。然而，这一情节并不属于剩余罪量，用其来确定基准刑，有所不妥。犯罪对象情节被提取15次，较为典型的是被某强奸案件所提取的“被害人系已满14周岁但不满18周岁的未成年人”的事实。令人困惑的是，该情节在样本中被用来充当确定量刑起点的依据。事实上，被害人的身份并非强奸罪基本构成要件事实，依据其确定量刑起点，应属不当。

〔45〕蔡一军：《刑罚配置的基础理论研究》，中国法制出版社2011年版，第136页。

〔46〕根据该案裁判文书的判决理由部分所载，具体事实是由于抢劫3次以上，每增加一次抢劫，就增加3年的刑罚量，由于被告人案发前共实施了14次抢劫，故需要在量刑起点的基础上增加刑罚量33年。

犯罪地点被提取 19 次,较为典型的是在国家机关内部实施妨害公务行为,但裁判文书仅指出根据该情节对被告人从重处罚,并未说明具体调节比例,无法考察该情节对于宣告刑所起的作用。

63 次被害人谅解情节中,除 1 次系作为过失犯罪的交通肇事罪,减少基准刑 20%外,其余故意犯罪均减少基准刑 10%。考察样本还发现,被害人谅解情节的调节比例与犯罪性质存在关联。关于被害人过错情节,样本中 9 次被害人重大过错情节的调节比例为 20%,29 次被害人一般过错情节的调节比例为 10%;9 次的犯罪动机情节,其发挥的作用均为增加基准刑 10%。

三、酌定量刑情节规范适用的司法困境

(一) 酌定情节提取不充分或不恰当

《量刑指导意见》已经列举常见的酌定情节类型及其调节基准刑比例的幅度范围。而对于《量刑指导意见》没有明确列举的酌定情节,法官只能行使 20%的“综合调节权”,⁽⁴⁷⁾并不能对该情节直接确定调节比例。这就造成规范量刑操作中,法官对酌定情节的提取和适用,在很大程度上受制于《量刑指导意见》的规定。然而,“犯罪行为往往表现得极为复杂,同一犯罪由于主体不同、侵害对象不同、行为时外部环境不同,甚至行为人行行动机不同,都能够表现出行为人人身危险性、社会危害性、矫正可能性等的不同”,⁽⁴⁸⁾以《量刑指导意见》制定者的有限理性试图完整列举可能出现的所有影响刑事责任的情节,几乎只能是幻想。法官在规范量刑操作中几乎完全遵循《量刑指导意见》文本提取情节,在具体案件量刑中可能忽视《量刑指导意见》没有明确列举的影响刑事责任的事实。例如,在一起敲诈勒索案中,两被告人携带凶器来到被害人家中,借口双方过去曾发生口角,让其父亲拿出 30000 元钱。在遭到拒绝后,其中一被告人主动将金额降至 5000 元。在仍未获同意的情况下,两名被告将被害人胡某带到他们的家中,罚其洗衣服,次日让胡某自行离开。办案法官提取作为法定情节的犯罪未遂,却遗漏两名被告人勒索财物的方式较为平和,对被害人产生的恐惧心理较小的酌定情节,量刑结果并未完全符合罪刑均衡原则。此外,样本中还存在优于法官对情节内容存在误解,进而导致酌定情节提取不恰当的现象。例如,在两个样本中,双方当事人斗殴导致对方均受伤害,判决认定双方被害人均存在过错。在这类案件中双方互为加害人和被害人,犯罪的发生应归因于当事双方,而不能归结哪一方存在过错。认定该案中的被害人存在过错,有失妥当。

(二) 酌定情节作用力度失衡

根据《量刑指导意见》,“对于未成年、未遂等‘修正的犯罪构成’事实情节与其他罪前罪后量刑情节并存的,先用‘修正的犯罪构成’事实情节对基准刑进行调节,在此基础上,其他罪前罪后量刑情节再按照‘同向相加、逆向相减’的方法进行调节”。⁽⁴⁹⁾这样设计的初衷是为了避免量刑情节调节比例之间一律按照“同向相加、逆向相减”进行运算,导

(47) 2017 年《关于常见犯罪的量刑指导意见》规定:“综合考虑全案情况,独任审判员或合议庭可以在 20%的幅度内对调节结果进行调整,确定宣告刑。”

(48) 郑高健、孙立强:《量刑规范化的理论与实践研究》,法律出版社 2017 年版,第 152 页。

(49) 熊选国主编:《〈人民法院量刑指导意见〉与“两高三部”〈关于规范量刑程序若干问题的意见〉理解与适用》,法律出版社 2010 年版,第 89 页。

致调节结果出现零或者负数的情况。⁽⁵⁰⁾然而,这种设计将导致酌定情节后于法定情节对宣告刑发挥作用,进而导致酌定情节作用力度限缩以及法定情节与酌定情节之间的作用力度失衡等风险。假设某案件的基准刑确定为20个月,其作为未成年人犯罪这一法定情节,可以减少基准刑20%,又具有当庭认罪的酌定情节,应减少基准刑20%。根据“同向相加,逆向相减”的调节方法,当两种情节之间不存在先后调节顺序时,基准刑的调节结果为: $20 \times (1-20%-20\%)=12$ 个月,而当先调节未成年人情节时时,基准刑的调节结果为: $[20 \times (1-20\%)] \times (1-20\%)=12.8$ 个月。从上可以看出,遵循《量刑指导意见》规定,先用“修正的犯罪构成”事实情节进行调节,将导致后续其他情节调节的基数变小。由于“修正的犯罪构成”事实情节囊括大部分法定情节,这类情节之外的其他情节主要就是酌定情节。这种情况下,同样比例的酌定情节调节的力度也就因此发生限缩。同理,当案件存在发挥从重处罚作用的“修正的犯罪构成”事实情节时,由于酌定情节调节的基数相应变大,其调节力度又不当扩张。总之,由于《量刑指导意见》的规定不当地改变了酌定情节调节基准刑的基数,导致法定情节与酌定情节作用力度失衡,酌定情节不能发挥应有的调节作用。

(三) 酌定情节发挥作用环节错位

上述样本可见,部分犯罪构成事实之外的其他量刑情节充当在量刑起点基础上增加刑罚量确定基准刑的根据。从概念上看,“基准刑是指在不考虑非犯罪构成事实以外的量刑情节的情况下,根据犯罪构成事实的一般既遂状态所应判处的刑罚”,⁽⁵¹⁾也就是说,基准刑就是该具体犯罪事实所应判处的全部刑罚量,它体现刑罚报应目的要求犯罪构成事实承担的全部刑罚责任。⁽⁵²⁾因此,在量刑起点基础上增加的刑罚量确定宣告刑应“主要取决于具体个罪犯罪构成中的其他犯罪事实,一般包括犯罪手段、数额,以及犯罪次数及后果等”。⁽⁵³⁾犯罪构成以外的其他事实不能充当确定基准刑的依据,否则将背离基准刑是宣告刑的轴心的基本定位,以及“宣告刑总是受量刑情节影响而围绕着基准刑上下波动”⁽⁵⁴⁾的制度设计。例如,样本中的一起强奸案件,“被害人处在经期”的事实被用于作为确定基准刑的依据,但这一情节与犯罪构成事实没有直接关联,应当被作为量刑情节对已经确定的宣告刑进行调节。又如,在另一起强奸案件中,被害人系未成年人的事实被用于确定量刑起点,但确定量刑起点的事实依据是基本犯罪构成构成事实,被害人的年龄并不属于基本犯罪构成事实,这种做法将可能不恰当地升高案件量刑起点的数值。

(四) 缓刑适用脱离酌定情节支撑

《量刑指导意见》规定:“综合全案犯罪事实和量刑情节,依法应当判处……缓刑、免刑的,应当依法适用。”共有27个样本对被告人适用缓刑,涉及交通肇事罪、危险驾驶罪等6个罪名,其具体分布如图3所示。27个适用缓刑的样本中,只有其中9个详细阐明了个案适用缓刑的理由,详见表1所列举;另外18个样本,则将适用缓刑的理由简单表述为

(50) 参见熊选国主编:《〈人民法院量刑指导意见〉与“两高三部”〈关于规范量刑程序若干问题的意见〉理解与适用》,法律出版社2010年版,第88页。

(51) 熊选国主编:《〈人民法院量刑指导意见〉与“两高三部”〈关于规范量刑程序若干问题的意见〉理解与适用》,法律出版社2010年版,第75页。

(52) 参见熊选国主编:《〈人民法院量刑指导意见〉与“两高三部”〈关于规范量刑程序若干问题的意见〉理解与适用》,法律出版社2010年版,第76页。

(53) 李彦泽:《量刑起点、基准刑及宣告刑的确定依据》,载《人民检察》2018年第13期,第68页。

(54) 姜涛:《基准刑若干问题研究》,载《内蒙古社会科学》(汉文版)2010年第6期,第26页。

“根据被告人的犯罪情节及认罪、悔罪表现，依法可对被告人宣告缓刑”。这意味着，另外18个样本用套语堆砌代替缓刑适用的说理，导致缓刑的适用缺乏量刑情节特别是酌定情节的支撑。一般认为，“缓刑的意义乃是对于犯罪情状轻微，且不予处罚也有可能改过迁善的被告，透过缓刑来避免被告因被科处短期自由刑反而自暴自弃、或受到监所内的不良影响，或使被告获释后难以回归正常生活”。⁽⁵⁵⁾ 具体案件是否适用缓刑，除遵循宣告刑条件、消极条件等之外，其核心是判断被告人是否有再犯罪的危险，需要依据包括酌定情节在内的全部反映被告人人身危险性的事实判断。否则，相关案件缓刑的适用将背离缓刑制度的本旨，“影响判决的可接受性和判决公信力的树立”。⁽⁵⁶⁾

表1 适用缓刑理由表述情况

序号	认定罪名	裁判结果	量刑理由
1	交通肇事罪	有期徒刑1年， 缓刑1年。	被告人自愿认罪、悔罪，可从轻处罚。保险公司已代为赔偿。结合社区评估意见，适用缓刑对所居住的社区无重大不良影响，可以宣告缓刑。
2	掩饰隐瞒犯罪所得罪	有期徒刑3年， 缓刑3年，罚金 30000元。	被告人自愿认罪，具有坦白情节，经社区评估同意纳入矫正，适用缓刑对所居住社区无重大不良影响，可适用缓刑。
3	危险驾驶罪	拘役1个月，缓 刑2个月，罚金 1000元。	鉴于被告人归案后认罪态度好，确有悔罪表现，且经当地县级司法行政机关评估，同意纳入社区矫正对象，可依法适用缓刑。
4	交通肇事罪	有期徒刑1年， 缓刑1年。	被告人在发生事故后未离开现场，并在公安机关调查调查时如实交代了犯罪事实，构成自首，案发后其家属对赔偿被害人损失，综合本案情节考虑，决定对其从轻处罚。被告人的行为系过失犯罪，且无违法犯罪前科，适用缓刑对其居住的村寨没有重大不良影响，故决定对其宣告缓刑。
5	故意伤害罪	有期徒刑1年， 缓刑2年。	被告人在共同犯罪中仅起到辅助作用，属于从犯。被告人在侦查阶段如实供述犯罪事实，属于坦白，综合全案考虑决定对其从轻处罚。被告人所归属的公司赔偿了被害人损失，被害人表示谅解，虽赔偿行为不是被告人直接所为，但被害人获得赔偿以及表示谅解的行为客观存在；被告人系初犯，且适用缓刑对其居住的村寨无重大不良影响，故决定对其宣告缓刑。
6	盗窃罪	有期徒刑2年， 缓刑3年，罚金 30000元。	被告人在侦查阶段如实供述犯罪事实，属于坦白，可从轻处罚。其家属主动向被害人退还涉案赃物，被害人表示谅解，可酌情从轻处罚。结合被告人的犯罪情节、社会危害性、悔罪表现以及司法行政机关的评估意见，对其适用缓刑没有再犯罪的危险、对居住的社区无重大不良影响，可对其适用缓刑。

(55) 谢如媛：《缓刑的刑事政策意涵：严罚趋势下的宽典？》，载《台大法学论丛》2014年第4期，第1618页。

(56) 王瑞君：《论量刑说理的规范性与透彻性》，载陈金钊、谢晖主编：《法律方法》（第13卷），山东人民出版社2013年版，第348页。

7	危险驾驶罪	拘3个月缓刑3个月，罚金5000元。	被告人在侦查阶段如实供述犯罪事实，属于坦白，赔偿被害人损失，被害人表示谅解，可从轻处罚。结合司法行政机关的评估意见，适用缓刑对其所居住的社区无重大不良影响，可宣告缓刑。
8	交通肇事罪	有期徒刑1年，缓刑1年。	被告人主动投案且如实供述，构成自首，可从轻处罚；被告人取得被害人家属谅解，可酌情从轻处罚；综合考虑被告人的犯罪事实、悔罪表现等情形，符合社区矫正条件，依法可对其适用缓刑。
9	故意伤害罪	有期徒刑8个月，缓刑1年。	被告人在侦查阶段如实供述犯罪事实，属于坦白，可以从轻处罚；被告人与被害人达成赔偿协议并已经履行赔偿责任，有悔罪表现，被害人表示谅解，可酌定从轻处罚；综合全案的实际情况及被告人的上述量刑情节，决定对其从轻处罚并宣告缓刑。

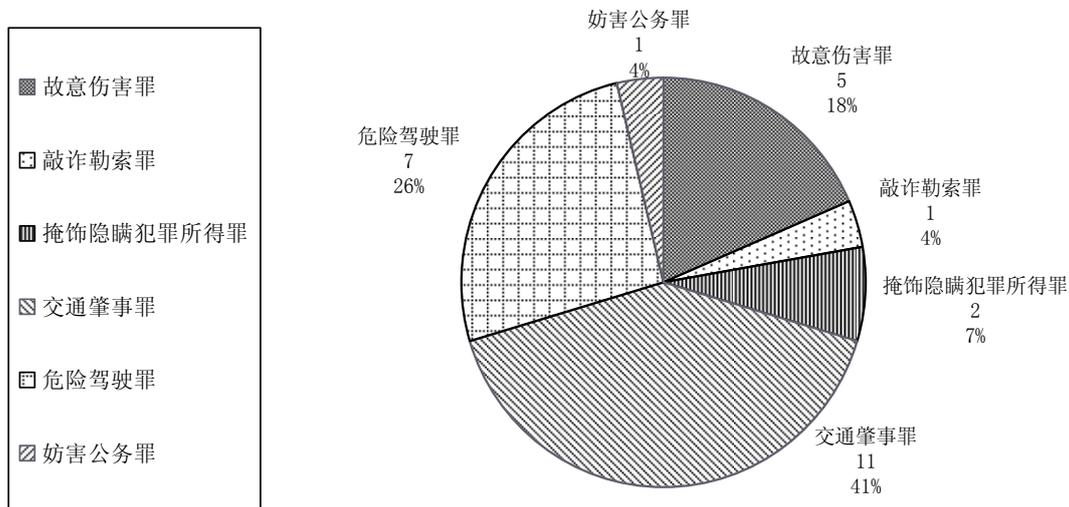


图3 适用缓刑所涉罪名分布

四、酌定量刑情节规范适用的优化路径

(一) 妥当配置法官量刑裁量权

如何看待并配置法官的自由裁量权，是任何量刑模式设计均需面对的问题。“法定刑幅度过于宽泛，法官自由裁量权过大，导致量刑不公、量刑失衡”被认为是我国推行“量刑规范化”改革的动因之一。⁽⁵⁷⁾ 问题在于，制约法官的量刑裁量权是否能够带来量刑公正？对此，应首先明确量刑的本质及量刑规范化改革的核心关切。“从运行规律上看，量刑并非抽象法律规范在具体案件中的简单对号入座，而是把抽象的法律规范与具体的案情相结

(57) 熊选国主编：《〈人民法院量刑指导意见〉与“两高三部”〈关于规范量刑程序若干问题的意见〉理解与适用》，法律出版社2010年版，第88页。

合，并形成量刑判决的动态过程。”⁽⁵⁸⁾ 量刑的本质是尊重并依赖自由裁量权的“刑之裁量”，而非质疑并挤压自由裁量权的“刑之量化”。因此，量刑规范化的核心关切在于规范法官量刑自由裁量权，增进量刑过程的透明度，在“不受制约的自由裁量”和“毫无裁量余地”两种极端之间寻求平衡，让量刑权力始终在监督和制约下运行，确保量刑公正。⁽⁵⁹⁾ 作为量刑公正重要标准的罪刑均衡原则，在本质上确认法官的刑事自由裁量权，因而与法官的自由裁量权具有相辅相成性。⁽⁶⁰⁾ 自由裁量权构成现代法治语境下公正规范量刑不可或缺的因素。质疑自由裁量权的观念或多或少将这种权力理解为一种任意裁量权。然而，根据《元照英美法词典》，自由裁量权是指法官依据案件的具体情况，遵循正义、公平的精神以及法律原则加以具体衡量，并据此作出判决的权力；⁽⁶¹⁾ 根据《布莱克法律词典》，所谓司法裁量权（Judicial Discretion）是指“法庭或者法官个人基于个案公正诉求并遵循法律原则与规则所行使的判断性权力”。⁽⁶²⁾ 可见，自由裁量权并非漫无边际并且可以任意行使的专断权力。司法意义上的自由裁量权受到社会伦理、法律规则及程序等要素严格限制。法官在行使量刑自由裁量权的过程中，不仅受法定刑幅度的制约，同时也受量刑制度、刑法基本原则、刑法目的、刑法精神、刑事政策等实体制约以及合议庭表决规则、人民检察院和同级人大及其常委会法律监督等的程序制约。并且，包括量刑在内的法律适用活动，“既是法律适用的过程，也是法官发现法律运用法律、让纸面上的法律变得鲜活的过程，更是法官的价值判断与客观事实判断相结合，在价值指引下完成的活动”。⁽⁶³⁾ 价值判断构成量刑中不可或缺的因素，这就要求法官秉持个人良知，将法律的一般公正转化为案件的具体公正。正如学者指出的，“只凭感情用事而任意擅断……或受案外因素左右；或是收受贿赂或其他不正当利益而做的枉法判决；或是单纯为了结案了事，草率从事的判决，等等，均非刑法学上的刑罚裁量”，⁽⁶⁴⁾ 背离善意公正等原则的刑罚裁量均不符合自由裁量权以及量刑的本旨。因此，在量刑中赋予法官适当且充足的自由裁量权不仅必要而且可行。同时，毕竟“没有规矩，不成方圆”，无论是基于法定刑幅度较为宽泛的现实，还是针对“具体问题具体分析”的刑罚裁量过程，都需要规范化手段。⁽⁶⁵⁾ 因此，规范量刑自由裁量权的行使，确保其在公正合法的轨道上运行构成了量刑规范化的核心关切。《量刑指导意见》的宗旨应当是引导和规范法官合理行使自由裁量权，并贯彻到量刑步骤与量刑方法的设计之中。《量刑指导意见》所设计的“三步骤”量刑过程，虽然仍需借助法官自由裁量权，但这种权力的行使受到了诸多不合理的限制，体现在法官提取和评价酌定情节均受制于文本所框定的情节类型和作用力幅度。这极有可能导致法官遗漏部分酌定情节或者对情节作用力的评价有失妥当，最终制约罪刑均衡暨量刑公正的实现。改变这一困局，需要重新妥当配置规范量刑中法官自由裁量权，“在量刑规范化与保障司法自由裁量权之间找到一个合适的支点，以便最大可能地实现量刑公正”，⁽⁶⁶⁾ 对此，不妨借鉴美国《联邦量刑指南》中的“柔性量刑规范模式”。《美国法典》第 3553 条（b）规定：当案件存在“指南”未予列举的情节类型，或者“指南”

(58) 石经海：《量刑规范化解读》，载《现代法学》2009年第3期，第105页。

(59) 参见臧东斌：《量刑规范化的路径选择》，载《河南财经政法大学学报》2015年第5期，第74页。

(60) 参见董玉庭、董进宇：《刑事自由裁量权与刑法基本原则关系研究》，载《现代法学》2006年5期，第126—127页。

(61) 参见薛波主编：《元照英美法词典》，法律出版社2003年版，第749页。

(62) See Bryan A. Garner: *Black's Law Dictionary*, Minnesota: west, 2014, p. 565.

(63) 何群：《论罪刑均衡的司法应对》，中国人民公安大学出版社2016年版，第55页。

(64) 林山田：《刑法通论》（下册），北京大学出版社2011年版，第345页。

(65) 参见石经海：《量刑规范化解读》，载《现代法学》2009年第3期，第104页。

(66) 彭文华：《量刑的价值判断与公正量刑的途径》，载《现代法学》2015年第2期，第113页。

规定的量刑情节作用力在具体案件中有失妥当,进而无法得出公正的量刑时,允许法官的量刑不受“指南”的制约。⁽⁶⁷⁾具体而言,未来修改我国《量刑指导意见》时,应取消“综合考虑全案情况,独任审判员或合议庭对调节结果进行调整”的比例限制。即综合考虑全案情况,量刑情节对基准刑的调节结果尚未符合罪刑均衡原则时,如果有相关量刑情节支撑,并且在裁判文书中详细阐明理由,法官可以不受该调节结果的限制,直接确定符合罪刑均衡原则的宣告刑。

(二) 科学改良酌定情节适用的规范模式

实践中发生的案件总是比立法、司法人员预设的情况更加复杂多变,刑事案件的复杂性与《量刑指导意见》规定情形有限性之间的矛盾在具体案件中总是不可避免。⁽⁶⁸⁾《量刑指导意见》明确列举常见的酌定情节,扭转了长期存在于我国量刑实践中忽视提取和适用酌定情节的观念和做法,却在相当程度上限缩了法官提取和适用其他未被明确列举但客观存在的酌定情节的空间。因为《量刑指导意见》并未明示这些情节的内容和调节比例,法官缺乏对提取这些情节的积极性和勇气,使得案件可能遗漏量刑情节,甚至导致个别案件量刑不公。改变这种困局,应摒弃主要通过《量刑指导意见》及实施细则明确列举酌定情节的规范模式,确立“列举加兜底”的酌定情节规范适用模式。详言之,《量刑指导意见》及相应实施细则仅列举常见酌定情节及调节比例,并增加“其他没有明确规定,但影响被告人刑事责任程度的情节,法官应当予以考虑并合理确定相应调节比例”的规定,明确要求并授权法官完整提取全案所有相关量刑情节。而法官提取《量刑指导意见》没有明确规定的其他酌定情节,应当以相应事由是否会影响被告人刑事责任作为判断基准,即相应事实是否反映社会危害性、人身危险性。否则不能提取为量刑情节,以杜绝量刑情节的不当提取带来的量刑不公。对此,应当要求法官对《量刑指导意见》未予明示的酌定情节的识别过程进行说理,即首先阐明相应事由作为量刑情节的事实根据,其次对该种事由为何作为量刑情节作出法律和学理根据的论证。⁽⁶⁹⁾同时,《量刑指导意见》未予明示的酌定情节的调节比例的确定,则应遵循2017年《量刑指导意见》规定的“定性分析为主,定量分析为辅”之规范量刑一般方法。即首先用定性分析的方法大体衡量相应事实对刑事责任的影响程度,在对照《量刑指导意见》对相应情节确定调节比例的基础上,运用定量分析方法,大致确定调节比例,并通过最终宣告刑结果是否符合罪刑均衡原则来反向检验相应调节比例是否妥当。事实上,即使《量刑指导意见》明确规定的量刑情节,也应采取这种方法确定调节比例,将文本规定的调节幅度转化为具体案件中确定的调节比例。

(三) 合理设计量刑情节竞合的调节过程

量刑情节竞合,即指同一案件中并存两个以上量刑情节。⁽⁷⁰⁾根据《量刑指导意见》,量刑情节发生竞合时,“一般根据各个量刑情节的调节比例,采用同向相加、逆向相减的方法调节基准刑”。具体用数学公式可以表示为:基准刑 \times (1 \pm 加减调节比例)。⁽⁷¹⁾当然,这种“同向相加、逆向相减”是针对一般情况而言,当案件具有未成年人犯罪、老年人犯罪等13类特殊的量刑情节时,这类情节应当先行对基准刑调节作用,用数学公式表示为:[基

(67) See *United States Sentencing Commission Guidelines Manual*, 2018, p.7.

(68) 参见石经海:《量刑个别化的基本原理》,法律出版社2010年版,第376—377页。

(69) 参见王瑞君:《量刑情节的规范识别和适用研究》,知识产权出版社2016年版,第210页。

(70) 参见彭新林:《论酌定量刑情节竞合时死刑的限制适用》,载《当代法学》2011年第6期,第48页。

(71) 参见于阳:《量刑规范化之适应性调整研究》,载《政法论丛》2018年第4期,第31页。

准刑 \times ($1\pm$ 特殊情节调节比例)] \times ($1\pm$ 其他量刑情节调节比例),即所谓“‘部分连乘、部分相加减’的特殊方法”,⁽⁷²⁾这种方法固然简便易行,但一方面将会导致如前所述的酌定情节调节比例失衡,另一方面并未完全符合量刑的应然过程,将导致处断刑裁量过程在规范量刑中缺失。所谓处断刑,“是指对于法定刑进行必要的加重或减轻而加以修正的刑罚”,⁽⁷³⁾也就是说,当案件存在减轻处罚等情节时,需要在法定刑以上或者以下确定宣告刑,则在宣告刑之前应当有一个确定处断刑的量刑过程。⁽⁷⁴⁾然而,“同向相加、逆向相减”方法并不区分处断刑情节与宣告情节,除前述总则规定的特殊之外,一律以四则运算的方式累加。即使法官为减轻情节确定了合适的调节比例,案件中的其他法定或者酌定情节将可能抵消减轻处罚情节的调节比例,使得最终的宣告刑仍然停留在原法定刑档次,造成案件本应减轻处罚,却只做到从轻处罚。据此,应当在量刑情节对宣告刑的调节过程中增设处断刑裁量环节,即当案件存在减轻情节(包括酌定减轻情节)时,该情节应先行对宣告刑进行调节,并且调节结果应当低于原法定刑幅度。在此基础上,再考虑从轻情节、从重情节,得出宣告刑。此外,如前所述,《量刑指导意见》规定先用“修正的犯罪构成”事实情节调节基准刑,会不恰当地缩减酌定情节的作用力,应当取消量刑情节提取中的这一优先顺序。至于如何避免调节结果为零或者负数,这种现象一旦出现,应当首先检讨每个情节的调节比例确定是否妥当。如果排除这一问题,则可能是“三步骤”量刑方法的机械性所导致,应允许法官不受调节结果的制约,综合全案情况,直接确定合理的宣告刑。

(四) 清晰塑造缓刑适用的说理架构

缓刑判决是量刑结果的组成部分,将很大程度影响被告人的刑罚执行处遇。部分样本中的缓刑适用缺乏酌定情节支撑,与缓刑说理流于形式甚至虚置存在关联。“量刑必需记载具体而明确之理由,不得仅以抽象空泛之词,为量刑之依据”,⁽⁷⁵⁾并且包括量刑说理在内的公开判决理由“是司法透明化、法治化的必然要求,是司法公正、司法公信力的有力保障,是有效地约束法官行使量刑自由裁量权的方法之一”。⁽⁷⁶⁾对此,应当科学规范缓刑制度适用的说理方式,清晰塑造缓刑适用的说理架构。量刑意义上的说理,是指“根据事实与法律对量刑进行学理分析与说明”。⁽⁷⁷⁾因此,缓刑适用说理也就是根据案件事实和《刑法》规定的缓刑适用条件,用清晰明了的语言阐明适用缓刑理由。根据我国《刑法》第72条,缓刑适用需要考虑“犯罪情节”“悔罪表现”等若干因素。但“没有再犯罪的危险”是决定缓刑适用与否的核心,因为“‘犯罪情节较轻’和‘有悔罪表现’并不具有独立评判的价值,只是判断犯罪人没有再犯罪危险的资料”,⁽⁷⁸⁾据此,关于被告人“没有再犯罪的危险”的判断,应当结合行为人的一贯表现(特别是有无犯罪前科)、犯罪动机、犯罪手段、犯罪对象(如弱势群体、或重要公共财物)、悔罪表现(是否有自首、坦白、立功、认罪认罚等表现抑或

(72) 熊选国主编:《〈人民法院量刑指导意见〉与“两高三部”〈关于规范量刑程序若干问题的意见〉理解与适用》,法律出版社,2010年版,第489页。

(73) [日]野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2001年版,第481页。

(74) 根据《日本刑法典》第72条的规定,同时有刑之加重或者减轻者,依下列顺序为之:一再犯之加重,二法律上之减轻,三数罪并罚之加重,四酌量减轻。参见《日本刑法典》,陈子平、谢煜伟译,元照出版公司2016年版,第58页。这表明处断刑不仅是一个独立的量刑阶段,并且应遵循严格的规则。

(75) 蔡瑞森:《法官量刑应受比例及平等原则之拘束》,载《理律法律杂志》2001年第6期,第3页。

(76) 李晓明:《刑事量刑自由裁量权及其规范》,载《人民检察》2008年第21期,第17页。

(77) 彭文华:《量刑说理:现实问题、逻辑进路与技术规制》,载《法制与社会发展》2017年第1期,第106页。

(78) 叶良芳:《缓刑适用应受责任刑的制约——以国内最大基金老鼠仓案为分析重点》,载《法学》2014年第9期,第5页。

翻供)、犯罪人的身份(是否未成年人、75周岁以上老年人等)等因素考量。适用缓刑的说理应当在认定前述事由的基础上,对被告人的人身危险性作出综合的评判(如人身危险性轻微,没有再犯罪的危险),并排除缓刑适用的消极事由(如累犯、犯罪集团首要分子),作出“可以(或者应当)适用缓刑”的结论。这样阐明缓刑适用理由,既是对《刑法》规定的缓刑适用条件的逐个确认,确保缓刑适用兼具合法性与合理性;也能将法官对于被告人“没有再犯罪的危险”的内心确信理由向诉讼当事人和社会公众展现,增进他们对判决的认同。同时,不难看出,“没有再犯罪的危险”的前述诸多判断因素,相当部分属于酌定情节的范畴。因此,阐明缓刑适用的理由的过程,也就是包含了对相关酌定情节的内容和作用的确定过程。酌定情节构成了合理适用缓刑的重要事实支撑以及阐明缓刑适用理由的重要对象,在缓刑适用中应当得到认真对待。

(责任编辑:胡裕岭)

The Standardized Application of Discretionary Sentencing: Judicial Dilemma and Optimization Path

FENG Xiaocong

(Hunan University of Technology, Zhuzhou 412007)

Abstract: The full extraction and rational evaluation of sentencing circumstances, including discretionary circumstances, is of utmost importance to achieve justice in sentencing. According to the 443 samples of judicial documents included in the scope of "standardization reform of sentencing", the judges have recognized and applied the common discretionary circumstances expressed in the sentencing guidelines, whose actual force is not necessarily weaker than the statutory circumstances, and the discretion of the punishment of the defendant for prevention purposes is more dependent on discretionary circumstances. However, judges rarely extract the discretionary circumstances that are not explicitly expressed in the sentencing guidelines, resulting in the lack of a complete factual basis for sentencing in some cases. In addition, there are some problems in the application of discretionary circumstances, such as improper recognition, imbalance of force, mal-positioning of the influencing procedures, and the lack of support of discretionary circumstances in the application of probation in some cases, which have become the bottleneck restricting the full realization of justice in sentencing. To optimize the standardized application of discretionary circumstances, we should scientifically improve the normative model of the application of discretionary circumstances, properly design the adjustment process of confluence and cooperation of sentencing circumstances, and clearly shape the reasoning framework of the application of suspended sentence, so as to achieve the appropriate application of law and the appropriateness of sentencing results.

Key Words: discretionary circumstances, extraction, evaluation, standardization of sentencing, crime and punishment balance

论合适成年人在场制度的困境与出路

吴远麒 刘婧*

内容摘要：合适成年人制度是在未成年人的法定代理人无法到场参与讯（问）问或审判的情形下，其相关权利由合适成年人代为行使，以保障未成年人合法权益及诉讼程序有序进行的一项重要举措。然而，由于现行合适成年人制度只有原则性规定，合适成年人诉讼地位不明确，配套制度缺乏，造成该制度在实践运行中未能充分实现其制度预设的目标。从实践运行来看，合适成年人制度存在权利义务保障措施不完善、选任标准不一、参与有限等问题，宜进一步规范程序，明确合适成年人权责，加强合适成年人选任，强化先行通知，避免合适成年人缺位，以解决合适成年人在场制度在目前实践运作中的困境。

关键词：合适成年人；选任；权利保障；全程参与权

合适成年人制度实质是法定代理人不能到场的代替制度，该制度与国家进一步加强保护未成年人合法权益的理念相适应。然而，由于缺少相关法律法规和与之配套的相应制度，致使该制度在权利保障、选任管理和制度运行等方面存在一系列问题。本文通过统计合适成年人制度近年来的数据，分析制度运行遭遇困境的具体原因，并针对困境逐一提出具体解决方案，以期有助于改变现行缺位状况。

一、合适成年人制度的立法规范与司法现状

（一）合适成年人制度的立法规范

司法实践中存在未成年人的法定代理人无法到场参与讯（问）问或审判的情形，仅依靠司法机关为未成年人提供的法律援助律师，并不能当然保障未成年人的合法权益。为弥补上述缺陷，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）第281条第1款规定，在讯（问）问和审判时，无法通知、法定代理人不能到场或者法定代理人是共犯的，也可以通知未成年犯罪嫌疑人、被告人的其他成年亲属，所在学校、单位、居住地基层组织或者未成年人保护组织的代表到场。但在该条规定实施后，立法机关并没有颁布其他与之配套的相关法律法规和司法解释，造成了学术界对合适成年人制度的理解不一。有学者认为：“我国现行法律规定的合适成年人范围，不包括法定代理人。法定代理人不同于合适成年人，他具备诉讼参与人地位，可代为行使犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利。合适成年人则不具备诉讼参与人地位，他需征得未成年人及其法定代理人同意，才能参与法庭教育工作。”^{〔1〕}也有学者认为合适成年人的概念应当包含“相关未成年人的法定代理人或

* 吴远麒，上海市虹口区人民法院。

刘婧，上海市人民检察院第二分院。

〔1〕张阳：《缺失与规范：论我国少年刑事审判程序中合适成年人参与制度》，载《河南社会科学》2014年第12期，第58—62页。

者其他人员”。^[2] 还有学者提出实践探索中的合适成年人通常不包括法定代理人,而是专指经过选拔考察的热心公益事业的专业合适成年人。我国目前理论界和实务部门所适用的合适成年人概念,主要是这个意义上的狭义合适成年人。^[3]

考虑到合适成年人并非刑事诉讼参与者,将合适成年人界定为狭义的合适成年人,有利于区分合适成年人与法定代理人在行使职权等问题上的不同。因此,合适成年人范围宜确定为:未成年人除法定代理人外的其他成年亲属;未成年人所在学校、单位、居住地的代表;未成年人保护组织代表。根据上述范围,合适成年人的群体主要有共青团干部、社区工作站或社区服务社的社工、青保办工作人员、社区教师及青保教师等。

在确定了合适成年人的范围后,需要进一步明确合适成年人制度的适用对象。《刑事诉讼法》中只提到了可以通知未成年犯罪嫌疑人、被告人有关的合适成年人到场参与诉讼,该项规定保护的客体是讯问过程中未成年人的合法权益,却没有提到询问过程中未成年人权益的保护。因此,应当对该适用对象作扩大解释,该法律规定中的未成年人既包括未成年犯罪嫌疑人、被告人,也包括未成年被害人、证人。

(二) 合适成年人制度的司法现状

根据 Alpha 案例库数据显示,2016年1月30日至2021年1月30日,以地域为上海市,检索关键词为合适成年人,案件数量只有7件。从案由分类来看,由多至少分别是侵犯公民人身权利、民主权利罪,侵犯财产罪,危害公共安全罪。一审案件有5件,二审案件有1件。审理法院为闵行区人民法院、嘉定区人民法院、浦东新区人民法院、长宁区人民法院和上海市第一中级人民法院。

经裁判文书系统检索,长宁区人民法院在2016年判决的涉少案件中委托了两位合适成年人同时到庭参加诉讼。案件情况是被告人李某的父亲因服刑无法通知到庭,李某的母亲因离家出走杳无音讯无法通知到庭。经法院通知,李某的伯父作为其成年亲属到庭参加诉讼,阳光社区青少年事务中心工作站社工担任合适成年人到庭参加诉讼,另有社会调查员和指定辩护人到庭参加诉讼。该案也入选了最高人民法院的公报案例,体现了对未成年人更为全面的保护。

由于裁判文书的不公开性原则,造成上述数据统计存在片面性,通过检索办案系统,获得上海市某基层法院涉少刑事案件出庭人员数据如表1。其中,盗窃案件占36.36%,抢劫案件占18.18%,聚众斗殴案件占12.12%;走私、贩卖、运输、制造毒品案件、故意伤害案件各占9.09%;其他案件占15.15%。

表1 刑事案件出庭人员情况分析

项目	数量
被告人人数	64
法定代理人到场人数	56
辩护人/指定辩护人到场人数	56
未成年被害人人数	14

[2] 高维俭、杨新慧:《论合适成年人制度的理论属性、规范诠释及实践运行》,载《中国应用法学》2019年第2期,第65页。

[3] 杨飞雪、袁琴:《合适成年人参与制度的比较研究》,载《预防青少年犯罪研究》2014年第2期,第54页。

合适成年人到场人数	14
两个法定代理人同时在场案件数	14
被害人、被告人均未成年案件数	4
成年人与未成年人共同犯罪案件数	5

2017年至2020年,上海市某中级人民法院涉少刑事二审案件共47件,其中2017年15件,2018年13件,2019年13件,2020年6件;从涉及案由看,盗窃罪14件,寻衅滋事罪8件,诈骗罪5件,强奸罪4件,强制猥亵、侮辱罪3件,抢劫罪3件,猥亵儿童罪3件,放火罪2件,敲诈勒索罪2件,故意杀人、故意伤害、骗购外汇罪、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪、引诱、容留、介绍卖淫罪各1件。上述47件案件中,撤诉结案39件,判决结案8件。判决结案的8件中,全部是由法定代理人到场参加诉讼。2017年至2019年期间每年均为3至4名合适成年人到场参加诉讼,但2020年没有合适成年人参加。

综合上述数据,可以看出,在涉少刑事案件中,法定代理人参与审判的到场率较高。⁽⁴⁾而在合适成年人到场的案件中,多数的合适成年人是来自社区事务中心的社工,少数合适成年人是来自社区服务站下设的工作站,只有极少数案件中合适成年人与法定代理人同时到庭参加诉讼。

根据Alpha案例库检索全国的情形,2017年至2020年,全国涉合适成年人案件共302篇裁判文书。其中2017年75件、2018年67件、2019年83件,2020年77件。从地域分布来看,涉合适成年人在场案例主要集中在广东省、四川省,分别占比为17.22%(共52件)和10.93%(共33件),此外广西(8.3%)、云南(8%)、福建(7.3%)占比也较突出。上述案件中,侵犯财产罪,侵犯公民人身权利、民主权利罪,妨害社会管理秩序罪是最主要的三种犯罪,分别为126件(占比43.6%)、79件(占比27.3%)和71件(24.6%)。从程序分类统计可以发现该类刑事案件审理程序分布情况,其中一审案件有221件,二审案件有62件(由此可以推算一审上诉率约为28.1%),再审案件有10件,执行案件有1件。从判处的刑罚看,上述案件涉及有期徒刑案件148件,拘役案件17件,死刑案件5件,其中包含缓刑案件20件,免于刑事处罚案件1件。另有148件案件判处附加罚金、13件附加剥夺政治权利、7件附加没收财产。

上述数据能较为全面、真实、客观地反映我国涉合适成年人刑事案件的基本数据情况,但并不能从中剖析出合适成年人在场制度的具体困境。由于《刑事诉讼法》对合适成年人只有原则性规定,并无具体的实施细则或与之配套的相关司法解释,造成实践中合适成年人在权利保障、选任管理和制度运行等方面存在着问题,致使合适成年人制度的发展产生了偏差,遭遇到了目前的困境。

二、合适成年人制度的发展偏差

(一) 权利受限,履职存疑

根据《刑事诉讼法》第281条第2款的规定,合适成年人的权利有:认为办案人员在讯问、审判中侵犯未成年人合法权益的,可以提出意见;有权阅读讯问笔录、法庭笔录。

⁽⁴⁾ 该数据仅能反映法定代理人参与审判阶段的数据,但在部分案件中,在讯问和审查起诉阶段存在是合适成年人在场,而在审判阶段是法定代理人在场。

上述条款对合适成年人的权利仅作出原则性规定,并不能对未成年人起到全面地保护。要真正实现合适成年人制度的价值,合适成年人理应享有下列权利:一是异议权,针对办案人员的非法取证行为有权直接提出异议,要求排除非法证据。二是知情权,有权在参与讯(询)问或审判前,了解侦查机关所掌握的未成年人基本信息、未成年人的心理及身体情况,为后续工作开展提前做好准备。三是参与权,有权全程参与讯(询)问和庭审,为未成年人提供法律释明,监督刑事诉讼程序的规范性。四是教育权,有权参与刑事教育阶段,协助有关权力机关对未成年人进行教育引导,使其清楚明白触犯法律的原因,降低再犯的可能性。

有权必有责,合适成年人拥有上述权利的同时,必须承担相应的职责。一是监督职责。在公安机关讯(询)问未成年人时,合适成年人在场可以监督讯(询)问的全过程,防止刑讯逼供行为的发生。二是沟通职责。对于未成年人而言,其心智和智力成熟能力尚不足以完全理解刑事诉讼法的具体内容。而合适成年人介入,可通过与未成年人沟通,为其释明法律法规,辨明法理。当然,沟通内容并不限于案件有关的事实和法规,只要是有利于拉近双方心理距离的内容,都可以进行沟通。三是疏导职责,合适成年人在与未成年人沟通的过程中,对其进行心理疏导,时刻注意把握未成年人的心理状态,让其放下紧张、恐惧的心理,敞开心扉,保证在讯(询)问和审判时如实陈述。四是教育职责。通过教育引导的形式,感化未成年人的心灵,使其明白自身行为所产生的巨大后果,从而降低再犯的可能性。

然而,调查发现,合适成年人的上述权利在实践中受到了严格限制,无法完全行使。一是全程参与权难以保障。由于刑事诉讼程序严格的时限性要求,实践中存在因办案时间不够而先讯(询)问,再委托合适成年人到场参与后续讯(询)问或直接签字确认笔录的情况。由于合适成年人未全程参与诉讼过程,无法确认参与前的讯(询)问过程是否存在非法取证的行为,未成年人的权利无法得到维护。二是知情权难以保障。提前了解未成年人现在所处的状况和基本信息,有助于与未成年人搭建沟通的桥梁,帮助合适成年人在后续的诉讼阶段中获取信任。由于此项权利在实践中没有具体的操作规定,合适成年人一般在接到通知后立即参与到讯(询)问过程中,没有时间了解其基本信息,阻碍了后续的沟通。三是异议权难以保障。旁听整个讯(询)问过程,对讯(询)问中存在违反诉讼程序的行为提出异议是合适成年人的应有权利。如果合适成年人在诉讼过程中,以插话等方式提出异议,会引起办案人员的不满,认为其无端拖延诉讼程序的进行。考虑到上述情形,合适成年人极有可能被限制使用或害怕行使此项权利。一旦合适成年人的各项权利受到限制,我们无法判断其能否继续履行应承担的各项职责。

(二) 资质有限, 选任无据

合适成年人需要为未成年人这一特殊群体提供诉讼保护,其必须具备相应的能力以保障其准确履职。一是参与司法工作的时间。参与司法工作时间较长的合适成年人一般有较多的实践经验和社会阅历,可以为未成年人提供更专业的诉讼保护。这类群体不仅能熟悉诉讼程序的流程,而且善于与人沟通交流,一般更易获得未成年人的信赖。因此,担任合适成年人一般需有2~3年的相关工作经验为宜。二是亲和度。合适成年人制度的创设目的是在法定代理人不能到场参与诉讼的情形下,为未成年人设置一个合适成年人以代行法定代理人职责。虽然其不能代替法定代理人与未成年人之间的亲属关系,但具备较高的亲和

度,可以降低未成年人的心理防备,拉近与未成年人的心理距离,更易于后续的沟通和交流。三是专业知识储备。要为未成年人提供更好的诉讼保护,不仅需要具备专业的法律知识,知道从什么方面保护其权益不受侵犯,协助诉讼程序的有序进行,而且要掌握心理学知识,要善于察觉未成年人的心理波动,对未成年人的紧张情绪予以缓解、释放。此外,合适成年人如果具备一些教育学知识,也有利于未成年人未来的发展,因为单纯地对未成年人批评说教并不能起到降低其再犯的可能性,而通过思想上引导,触及其反思自己的不当之处,可以起到根本的预防作用。

理论上,担任合适成年人均应具备上述资质,但实践中由于没有具体的选聘规定和任职条件,造成担任合适成年人的各类群体并非均能完全达到应有的要求。社工、妇联工作人员、未成年人保护组织工作人员担任合适成年人的优势在于从事未成年人保护工作的专业性,这些人一般具备多年的社会阅历,熟知如何与未成年人展开沟通,但由于缺少刑事诉讼法律知识,也没有经过系统的专项培训,一般无法为其提供全面的诉讼保护,也无法从法律上为未成年人进行法律释明。而律师拥有专门的法律知识,可以为未成年人提供更权威、更全面地保护,但由于自身工作任务繁重,出任合适成年人一般是兼职,在没有法律法规约束和奖励机制的激励下,无法保障他们为未成年人提供尽心尽责的保护。因此,如何选取有资质的合适成年人担任未成年人的保护者,成为合适成年人制度面临的又一个困境。

(三) 违反程序,运行混乱

根据《刑事诉讼法》第281条第1款的规定,合适成年人参与刑事诉讼程序有严格的前置条件,即通知法定代理人到场。办案机关在实施通知程序的过程中,发生了下列法定事由,才能委托合适成年人介入诉讼程序。一是无法通知,实践中较为常见的情形是:未成年人记不清法定代理人的联系方式;未成年人法定代理人的手机较长时间处于停机或关机状态。此时,在穷尽发送短信、邮寄挂号信等各种通知手段后,办案机关为保障诉讼程序的有序进行,委托合适成年人介入诉讼程序。二是不能到场。不能到场的原因主要在于路途遥远和时间紧急。法定代理人在接到办案人员的通知后,因路途较远或因工作安排等原因确实无法到场的,在向办案人员明确表明不能到场的原因后,办案机关也应尊重法定代理人的意愿,委托合适成年人代为参与诉讼。三是法定代理人是共犯。这种情形在实践中较为少见,避免法定代理人到场参与未成年人诉讼程序的主要原因是防止共犯间串词,影响案件的取证和后续的审理。

然而,由于并无明确的法律法规规定办案机关未实施上述前置程序的法律后果,所以即使办案机关没有实施或没有完全穷尽各种通知方式,也不会受到任何惩罚措施。只要办案机关依照法定程序,委托合适成年人介入诉讼,履行好保护未成年人利益的职责,相关诉讼程序目前仍是合法的。但上述情况造成实践中合适成年人介入诉讼的运行混乱,办案人员由于办案时限的紧迫,一般只是通过拨打电话的形式尝试通知法定代理人到庭参与诉讼,若没有接通,会直接委托合适成年人介入诉讼。而此种做法并未穷尽其他通知方式,造成合适成年人介入诉讼程序的准入条件并未满足,为提高诉讼效率而牺牲了法定代理人的到场权。

三、合适成年人制度的完善

（一）明确权责，规范程序

由于未成年人心智发育尚不健全，认知能力和知识层面存在不足，在面对讯（询）问或审判时，无法准确发表自己的意见。在法定代理人不能到场的情况下，就需要一个能理解并转述未成年人所思所想，将其真实意思向司法机关陈述的角色。因此，要保障未成年人合法权益，必须细化合适成年人在参与诉讼过程中的权责，规范相应的诉讼程序，制裁违反程序的侵权行为。

一是保障合适成年人的参与权。在相对限制人身自由的环境中，讯（询）问是不对外公开的。在办案机关和未成年人利益冲突的情况下，需要一个中立的第三方，作为国家监护的代替者，监督诉讼行为的全过程，防止侵害未成年人行为的发生。因此，办案机关必须杜绝倒签笔录行为的发生，合适成年人也有权对自己未参与的诉讼过程拒绝签字确认。

二是保障合适成年人的知情权。提前了解案情并准备好相关资料，将有助于合适成年人与未成年人更好的沟通，更易获取未成年人的信任。办案机关应在接到案件后的规定时间内，将委托手续和相关诉讼材料一并邮寄或传真至合适成年人，让合适成年人熟悉。即使在特殊情况下无法保障合适成年人在参与诉讼前的知情权，办案机关也可以在讯（询）问和审判开始前，给予合适成年人与未成年人单独交流的机会，让其在表明身份后，通过沟通了解案情。

三是保障合适成年人的异议权。合适成年人有权对讯（询）问或审判中的不合法之处提出异议，要求办案人员予以改正。如办案人员对合适成年人提出的异议和劝阻明确拒绝或者持不理不睬的态度，其不仅有权在笔录上拒绝签名确认，也有权将上述情况向有关监察部门反映。对于未经合适成年人签名确认的未成年人供述或陈述能否作为认定案件事实的依据，如果办案机关能经过补正或对此作出合理解释的，可以作为合法性证据，而不能一律排除。

合适成年人在实施权利保护未成年人权利的同时，必然要承担其应有的监督、沟通、疏导和教育职责。在履行职责的过程中，其不仅需要监督办案人员的取证行为是否合乎法律规定，还要注重与未成年人的沟通、交流，这些都需要合适成年人认真履行职责，不能玩忽职守。例如，合适成年人在与未成年人进行沟通、解释法规和诉讼程序的时候，办案人员因担心延长讯（询）问时间而无故打断、阻止合适成年人，但只要未成年人没有正确理解上述法律规定的含义时，合适成年人仍应继续进行解释、说明，不能为了诉讼效率而损害程序正义。

但要使合适成年人的上述权利和职责不停留于形式，仅仅依靠《刑事诉讼法》的原则性规定显然是不够的，必须在立法上出台合适成年人参与诉讼的实施细则，将合适成年人的权利和职责明确细化的同时，更应对相关部门提出严格的诉讼程序要求和相应的法律后果。

（二）刚柔并济，加强选任

在目前立法上缺失相关管理制度的情况下，相关责任部门必须加快制定政府规章或出台具体实施细则的进程，以弥补目前合适成年人管理上的漏洞。

针对社工、妇联工作人员等合适成年人群体，应定期进行专项培训和考核，增设退出

机制,对考核不合格的人员予以辞退。只有加强人才选拔和队伍建设,才能保障合适成年人群体的纯洁性和奉献性。在选任合适成年人时,办案机关也应注意避免对口,不能让特定的合适成年人频繁地接受同一办案机关委托,影响合适成年人的监督作用。因此,有必要设立一个专门机构,对上述人员开展合适成年人保护的项目进行跟踪、检查和评估,具体包括是否认真履行职责、是否严守工作纪律、是否提供专业指导。同时将项目的考核结果列入工作档案中,作为合适成年人的工作履历,供办案人员在委托时挑选。当然,仅从制度的刚性上对合适成年人任职作出规定尚不能起到较好的管理作用,还需要通过增设奖励机制等柔性的手段加以激励。例如,为合适成年人设置一个绩效考核制度,将工作绩效与案件数量、案件工作量、办案人员及未成年人评价挂钩,并根据工作绩效评定奖励等级,以促进其认真履行职责。此外,在法定代理人不能到场的情况下,与未成年人所在学校或者未成年人保护组织的代表相比,未成年人的其他成年亲属应具有优先选任性。亲属间的关系不仅可以加强沟通的流畅性,而且可以及时将诉讼的过程告知法定代理人,便于听取法定代理人的意见。

在不同诉讼阶段,针对同一未成年人,其合适成年人应该尽可能保持一致。非因特殊情况不能参与后续诉讼,不得更换合适成年人。然而,实践中选任合适成年人的主体是办案单位,办案单位会倾向于选择相对配合工作的合适成年人,这在一定程度上造成了监督保护职责的缺失。因此,虽然法律没有明确规定,但在选择合适成年人上,办案机关应该听取未成年人的意见,赋予其更换权。当合适成年人发生了不宜继续担任的情形或未成年人对到场的合适成年人不信任、不愿沟通并明确提出更换的意愿时,办案机关人员应尊重未成年人的意见,为其更换为信任的合适成年人,例如从小照顾其长大的保姆。但为节约诉讼成本,可以借鉴《刑事诉讼法》对更换法律援助律师的规定,即只能更换一次合适成年人,不得更换第二次委托的合适成年人。

(三) 先行通知,拒绝缺位

合适成年人参加诉讼的前提是法定代理人不能通知、无法到场或其是共犯。有学者提出法定代理人缺位的原因有主观和客观两方面。客观原因包括:人口流动性的增强;法定程序严格的时限要求。主观原因包括:未成年人因介入刑事诉讼而感到羞耻、愧疚,害怕父母担心从而抗拒父母到场;办案人员对合适成年人有抵触情绪,认为其介入诉讼会使得办案程序更加繁琐,影响案件进程。⁽⁵⁾不过,不论是未成年人不愿提供法定代理人的联系方式,还是办案机关担心诉讼时长,都不能损害法定代理人的优先到场权。因为,法定代理人对未成年人而言,毕竟具有亲属关系,其与未成年人从小生活在一起,熟悉未成年人的习惯,更易于获取未成年人的信任,也会主动维护未成年人的利益,是未来帮教、带教的优先人选。因此,通知法定代理人参加诉讼不仅有助于未成年人权利的保护,也有助于后续的跟踪回访工作。办案机关在委托合适成年人之前必须认真履行通知程序,以保障未成年人的合法权益。

只有当办案人员确实尽到了通知程序而无法联系上法定代理人,或者法定代理人明确表示了不能到场的原因,这时办案机关才可以为未成年人委托合适成年人。在委托合适成年人之前,也应向未成年人和法定代理人履行好告知义务,及时向他们释明法规,告知合

(5) 李雪松:《合适成年人法定顺位的理论反思——基于刑事诉讼法第270条的分析》,载《时代法学》2018年第1期,第78页。

适成年人的职责和作用,使得未成年人和法定代理人愿意信任合适成年人,并同意让办案机关委托合适成年人代为行使保护职权。如果在讯(问)或审判时,未成年人和法定代理人有正当理由对合适成年人提出反对意见,办案机关应立即查证相关事实是否属实,并将情况反映给相关部门。

四、结语

合适成年人制度不仅有助于保护未成年人合法权益,并且还有助于诉讼程序的顺利进行,是对法定代理人缺席诉讼的一项补充制度。随着合适成年人制度适用的力度加大,合适成年人在案件结束后,一般还会参与到协助社区矫正机关对未成年人进行跟踪回访和帮教工作,未来也可能出现合适成年人提前介入案件侦查阶段,随同办案人员一起实施搜查、逮捕等涉及未成年人切身利益的侦查行为和强制措施。但要解决实践中合适成年人制度存在的困境,如立法机关加快立法进程、办案机关严守诉讼程序、合适成年人加强履职行为,才能更全面地保护未成年人的合法权益。

(责任编辑:冯引如)

The Mechanism of Appropriate Adult's Presence: Problems and Solutions

WU Yuanqi¹, LIU Jing²

(1. Shanghai Hongkou People's Court, Shanghai 200082;

2. The Second Branch of the People's Procuratorate of Shanghai, Shanghai 200070)

Abstract: The mechanism of appropriate adult's presence is an important measure to safeguard the legitimate rights of juveniles and ensure the orderly flow of legal proceedings, which allows appropriate adults to execute relevant rights of the minors on their behalf, in the case when the minors' legal representatives cannot be present for investigations or interrogations. However, due to the fact that the existing provisions only stipulate principles, the legal status of the appropriate adults in the proceedings is not clear, and the supporting mechanisms are not sufficient, which prevent the full play of the effects of the mechanism. In practice, the mechanism of appropriate adult's presence is facing several problems, such as lacking safeguarding measures of the execution of rights and obligations, inconsistent criteria of selection and appointment, and limited participation. To counter these problems, this paper puts forward the following measures: the procedures should be standardized, the rights and obligations of the appropriate adults should be clarified, the selection and appointment of the appropriate adults should be emphasized, and prior notification should be promoted, so as to ensure the presence of the appropriate adults and solve the problems facing this mechanism in practice.

Key Words: appropriate adults, selection and appointment, protection of rights, right of full participation in the proceedings

未成年人刑事检察工作中强制亲职教育制度的构建

黄瑛琦 张洪成*

内容摘要：家庭不仅是涉罪未成年人生活的重要场所，也是制约其改恶向善的重要因素，监护人的监管教育等家庭因素对未成年人教育矫治影响巨大，强制亲职教育则是改善家庭环境的重要路径。在未成年人刑事检察工作中构建强制亲职教育制度具有一定的理论根据与实践基础，在制度构建时应厘清检察机关与未成年人、监护人的关系，并明确强制手段的法律保障。同时应当明确强制亲职教育的启动、实施与效果评估和处理等内容，通过提升监护人的监护职能实现对涉罪未成年人的帮教目的，推动少年司法的良性发展。

关键词：未成年人刑事检察；涉罪未成年人；强制亲职教育

一、引言

近年来，我国未成年人犯罪数量连续下降趋于平稳后又有所回升，有数据显示，检察机关分别受理审查逮捕未成年犯罪嫌疑人从2014年的56276人下降至2018年的44901人，2019年又回升至48275人，同比增长7.51%；分别受理审查起诉未成年犯罪嫌疑人从2014年的77405人下降至2018年的58307人，2019年回升至61295人，同比增长5.12%；⁽¹⁾低龄化、暴力化、智能化、组织化成为未成年人犯罪的新特点，应引起关注。在对未成年人犯罪原因的分析中，家庭原因最引人注目。

家庭是塑造未成年人良好品格、培养未成年人健康成长的重要场所。父母通常对其子女的信仰、生活态度以及习惯有着重大的影响，且很多影响是非正式的甚至是不自觉地发生的。⁽²⁾当父母等监护人不能营造良好的家庭氛围，教育缺失或不当时，极易增加未成年人行为偏差的风险，使其走上犯罪道路。“家庭问题不仅是他们走向犯罪的重要因素，也是制约他们改恶向善的重要因素。”⁽³⁾家长有责任正视家庭教育，帮助改造问题少年和减少未成年人犯罪。然而，家长多将犯罪症结归因于未成年人或者外部环境，家庭成为预防未成年人犯罪的“短板”，国家介入干预成为必然。美国与加拿大的研究表明，家庭干预是预防

* 黄瑛琦，法学博士，淮阴师范学院法律政治与公共管理学院讲师。

张洪成，法学博士，淮阴师范学院法律政治与公共管理学院教授。

【基金项目】本文系教育部人文社会科学研究项目《国家亲权理念下未成年人刑事司法的实证研究》（项目编号：20YJCS20019）阶段性成果。同时受“淮上英才计划”驻淮高校优秀博士项目资助。

(1) 《2019年我国未成年人犯罪形势总体趋稳向好但聚众斗殴、寻衅滋事等犯罪人数回升》，载中国报告网，<http://free.chinabaogao.com/gonggongfuwu/202006/0634962492020.html>。

(2) [澳]布赖恩·克里滕登：《父母、国家与教育权》，秦惠民、张东辉、张卫国译，教育科学出版社2009年版，第82页。

(3) 吴宗宪：《我国未成年人犯罪社区矫正的主要问题与对策》，载《贵州民族大学学报（哲学社会科学版）》2015年第5期，第122页。

青少年犯罪的有效方法。相较于单纯矫正青少年，针对家庭的辅导干预明显降低了重新犯罪率。⁽⁴⁾ 强制亲职教育就是国家干预涉罪未成年人家庭监护的重要举措。

强制亲职教育立足于未成年人健康成长与监护人有效监护的重要联系，要求司法机关对因监护失职失误导致未成年人犯罪的父母或其他监护人，强制其接受一定期限的关于履行监护义务、教养子女技巧等的教育，旨在“使为人父母者明了如何尽父母职责”。⁽⁵⁾ 英国1998年《犯罪与扰乱秩序法》第8条规定法庭有权对被指控犯罪的未成年人的父母或其他监护人作出亲职令，要求未成年人的父母或其他监护人遵守命令中规定的有关要求和参加一定期限的咨询指导计划。⁽⁶⁾ 教育不应只针对涉罪未成年人，可能对涉罪未成年人产生教育作用的途径都应涵摄其中，这是少年司法的应有之义。我国在未成年人刑事检察（以下简称未检）工作中积极探索试点强制亲职教育，提升监护人的监护知能，从而实现对涉罪未成年人的帮教目的，有力推动了少年司法的良性发展。我们应正视未检工作中实施强制亲职教育的合理性，积极构建强制亲职教育制度，在完善未成年人监护干预体系的同时，不断拓宽未检工作的业务范围。

二、未检工作中构建强制亲职教育制度的合理性

在未检工作中构建强制亲职教育制度，合理介入家庭监护，具有一定的理论根据与实践基础。

（一）理论根据

1. 儿童最大利益原则

儿童是国家与民族未来的希望，理应享有获得幸福所必须的保护与照料。西方工业革命后，包括儿童犯罪在内的诸多儿童问题频发，人们逐渐认识到儿童亦具有与成年人一样的独立人权，儿童权利不断在国际公约中得以确立。《儿童权利公约》第3条规定，“关于儿童的一切行为，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑”，由此确立了儿童最大利益原则，我国作为公约签署国，理当遵守该原则。

在未成年人刑事司法领域保障实现儿童最大利益业已成为国际社会的共识。最高人民检察院未检办负责人提出“建立独立成熟定型、符合儿童利益最大化要求的中国特色未成年人检察制度，对于丰富和完善检察制度意义重大。必须把儿童利益最大化理念落在各个领域和诉讼全程”，⁽⁷⁾ 这表明实现儿童最大利益已成为未检工作的价值导向和伦理基础。在刑事检察中，欲使儿童利益最大化，就要借助适当的干预措施，让涉罪未成年人脱离原来的罪错状态，改善行为与心理偏差，回归正常生活。但是，强行割断涉罪未成年人与家长之间的联系与干预，由国家直接监护既不符合“儿童最大利益”，也不能解决监护失职与失误的所有问题。相反，检察机关代表国家对监护职责履行不到位的家长进行一定期限的教育，使其掌握科学的教育观念与方法，端正教育态度，在不脱离家庭监护、割裂亲子情感的基础上改善亲子关系，引导未成年人纠正恶行，不仅有利于国家监护干预体系的层次化，也当然符合儿童福利理念的要求。

(4) 熊贵彬：《亲职教育需遵循矫正科学规律》，载《人民检察》2017年第22期，第48页。

(5) 王贞会、范琳：《涉罪未成年人强制亲职教育制度构建》，载《青少年犯罪问题》2017年第3期，第40页。

(6) 转引自王贞会、范琳：《涉罪未成年人强制亲职教育制度构建》，载《青少年犯罪问题》2017年第3期，第40页。

(7) 郑新俭：《践行儿童利益最大化完善中国特色未检制度》，载《检察日报》2018年7月18日，第3版。

2. 国家亲权理念

家庭本应是安全、友爱的，但“家庭有时功能失灵，家庭就变成压迫与剥削的中心，而非保护与养育家庭成员的避风港”。⁽⁸⁾ 父母对儿童不当或不法的教育发生在私密领域，外力介入势必直面家庭自治与父母亲权，这需要一定的权力倚仗，国家亲权为此提供了正当化依据。“监护事关社会公益，不容单纯以家务私事视之。监护事务要由亲属自治已非其时，继之以公权力干涉乃势所必然。”⁽⁹⁾ 国家亲权理论主张，在未成年人的父母不能或不适当履行监护义务时，国家有权力以“最终监护人”身份介入、指导乃至代替父母行使“亲权”，对未成年人履行保护、规制与惩戒的职责。近年来，国家亲权理论在我国未成年人相关法律上也得以贯彻，如2020年修订的《未成年人保护法》第7条规定：“国家采取措施指导、支持、帮助和监督未成年人的父母或者其他监护人履行监护职责。”

在刑事法领域，国家亲权理念修正了传统刑法的惩罚报应观念，注重对未成年人的教育矫治。涉罪未成年人心智尚不成熟，但可塑性强，不应只关注其犯罪行为和危害后果，而应深入寻找犯罪根源。当犯罪与家庭因素、家长教育密切相关时，国家采取适当措施改善未成年人的家庭环境是国家亲权应有之义。基于国家亲权的监护责任，可以是监护干预，即强制要求监护人切实履行对未成年子女的监护职责；也可以是监护替代，即国家直接行使监护职责。相比较而言，国家亲权侧重于通过监护干预强化家庭教育功能，因为与家庭、父母隔离式的机构照管会给未成年人带来因生活环境、人际关系和照管方式变化所引起的适应不良而造成伤害的风险。⁽¹⁰⁾ 检察机关所尝试的强制亲职教育正是落实国家亲权理念，实现对涉罪未成年人的家庭与司法保护一体化的有效路径。

3. 社会控制理论

社会控制理论强调，犯罪是个人与社会的联系薄弱或受到削弱的结果。⁽¹¹⁾ 当联系薄弱时，会使对别人利益的敏感性缺乏，个人会为了私利毫无顾忌地犯罪；反之，珍惜与父母、朋友、邻居等的联系，对这种关系被破坏的恐惧会控制个人不去犯罪。依恋是社会联系的构成因素之一，而对父母的依恋排在第一位。和父母的感情联系是犯罪的重要抑制因素，感情联系越强烈，个人越可能考虑犯罪对感情联系造成的损害，从而抑制犯罪。⁽¹²⁾ 未成年人与父母若失去依恋，亲子关系就会受到影响，这是很多涉罪未成年人调查报告所显示的致罪主要因素。社会控制理论的启示是，为使未成年人认识到罪错根源、纠正偏差、重新复归社会，有必要加强其对父母等监护人的依恋，强化亲职教育则是重要的路径之一。

相关研究表明，个体早年家庭依恋强度等非正式性社会控制对于个体持续或终止犯罪意义重大。依恋越强，表明父母等监护人对未成年人进行了有效监控，因而能独立预测未成年人个体情况，使其犯罪风险不断降低。而未成年人的犯罪恰恰证明其与家庭的感情联系淡薄，家庭教育欠缺，监护人不能有效管束，这也表明社会对他们的控制能力较弱。这就要求检察机关在对涉罪未成年人作出相关处理决定时，高度重视“依恋”在控制未成年人犯罪中的重要作用，采取强制亲职教育等正式社会控制手段，强化个体与家庭之间的组

(8) 郑净芳：《国家亲权的理论基础及立法体现》，载《预防青少年犯罪研究》2014年第3期，第83页。

(9) 谢在全：《物权法·亲属篇》，中国政法大学出版社2002版，第293页。

(10) 宋志军：《儿童最佳利益：少年司法社会支持体系之伦理议题》，载《浙江工商大学学报》2019年第5期，第64页。

(11) 郭晓红：《未成年犯罪人社区矫正的路径选择——以社会控制理论为视角》，载《法学杂志》2014年第7期，第63页。

(12) [美]特拉维斯·赫希：《少年犯罪原因探讨》，吴宗宪等译，中国国际广播出版社1997年版，第10页。

带关系,引导家长重视孩子的预防犯罪教育,间接增强未成年人的犯罪控制能力。检察机关应在对涉罪未成年人家庭情况进行调查访问的基础上,结合未成年人自身特点,设计合适的亲职教育课程。

(二) 实践基础

1. 未检部门的业务范围与职能定位

在少年法院独立建制的国家,涉罪未成年人司法处置的先议机关是少年法院。我国检察机关的未检部门是未成年人案件的先议机关,业务范围与职能定位决定了其更适宜采取包括强制亲职教育在内的一系列措施,实现对涉罪未成年人的全方位保护,切实帮助困境中的未成年人重回正常轨道。

自2015年最高人民检察院确立未成年人检察业务类别,并要求各地设立未成年人检察办公室伊始,未检部门诞生,并采取“捕诉合一”的模式专职处理未成年人犯罪案件。2019年最高人民检察院内设机构改革,设立第九检察厅负责未检工作,使未检部门由临时机构(未检办)转向专门机构,未检工作变得更加规范与专业。目前,未检部门已完成“捕诉监防一体化”的蜕变,对有未成年犯罪嫌疑人、未成年被害人的案件,由同一个办案组或检察官参与所有流程。未检的战线已经从“事后”拉长至“事前”,将在未成年人保护和犯罪预防工作中贡献出更多的“未检之力”。^[13]所以,未检部门对业务范围进行适当扩展,探索强制亲职教育,并在必要时对接社会支持体系,实现资源配置效益的最大化。随着未成年人司法保护的不断强化,强制亲职教育也将逐步成为衔接家庭教育与未成年人司法的重要渠道。

2. 检察机关对强制亲职教育的有益探索

近年来,多地检察机关在办案活动中试点强制亲职教育,取得良好成效,为其制度构建提供了实践样本。例如,登封市人民检察院在探索涉罪未成年人帮教机制中,尝试对其父母实施强制亲职教育,要求父母全程参与子女的帮教活动。自2012年以来,登封市人民检察院开展强制亲职教育130余次,父母和涉罪未成年人共同参与封闭学习班8次。^[14]此后,涉罪未成年人均走上正轨,无一人重新犯罪。成都市人民检察院率先在全国启动强制亲职教育试点,对办案中发现的因监护失职、失误致未成年人涉罪的家长,以政府购买公共服务的方式引入社会专业力量,对其开展包含家庭沟通、亲子关系等内容的亲职教育课程。对拒绝参与的家长,检察机关会同有关部门依法警告、训诫,或者建议公安机关予以行政拘留。2016年以来,该院共对146名涉罪未成年人父母开展128次强制亲职教育课程,有效弥补家庭创痕,增进亲子沟通。^[15]与此同时,该院还联合政法委、公安、法院、教体局等会签《强制亲职教育实施方法(试行)》,将教育工作细化到实处。《湖北省预防未成年人犯罪条例》(2017年)规定,因不履行监护职责放任未成年人有违法犯罪行为的父母或者其他监护人,由司法机关依法纳入强制亲职教育名单,督促其接受亲职教育,拒不接受教育的,由相关部门依法纳入社会征信系统。强制亲职教育首次以地方立法的形式得到认可,为其制度构建和国家立法提供了实务经验。

[13] 姚建龙、孙鉴:《检察改革的三重维度——以最高检内设机构改革及未检厅的设立为视角》,载《青少年犯罪问题》2019年第3期,第96页。

[14] 王颖颖:《论在涉罪未成年人帮教中开展强制亲职教育》,载《中国检察官》2018年第7期,第41页。

[15] 杨春禧:《司法机关开展强制亲职教育的基本进路》,载《人民检察》2017年第22期,第42页。

三、强制亲职教育制度构建需要厘清的关键问题

(一) 检察机关、未成年人与监护人三方关系的处理

检察机关与未成年人是一对基本关系，其决定了强制亲职教育的对象范围。从司法实践看，教育对象有的为涉罪未成年人的监护人，有的为涉罪未成年人和未成年被害人的监护人，还有基于一般预防的需求，将有不良行为的未成年人监护人纳入其中。笔者以为，强制亲职教育目前只能适用于涉罪未成年人的监护人。未成年被害人是遭受犯罪侵害的群体，对该类监护人可建议接受亲职教育，但不能强制进行。将强制亲职教育拓展到一般预防范围更不现实，教育的开展离不开政府的重视、国家的投入，而当前我国对亲职教育的重视普遍不够，投入的人力、物力、财力均有限，在制度与法律保障比较欠缺的情况下，将教育的对象限定在特定范围比较适宜。

未成年人与监护人是另一对重要关系，毕竟监护人是亲职教育的义务主体和直接承受者。检察机关应通过查阅卷宗、社会调查、心理测评、跟踪观察等手段，分析未成年人的个体状况、成长环境、亲子关系、家庭监护教育情况等，从而为监护人制定有针对性的、个性化的教育课程，实现对未成年人利益保护的最大化。

检察机关与监护人的关系在制度建构中最为关键，其也是实现未成年人司法保护与家庭保护的连接点。父母亲权的基础性地位决定了监护人须承担照管未成年人的首要责任，“在父母无法完全对未成年人进行有效监护和教导的情况下，国家以监护人的身份介入，派出其代表（少年保护官、社会观护员等）对涉罪未成年人进行引导、教育、保护和管理，使其重归社会”。⁽¹⁶⁾此时，国家充当的是家庭“支持者”的角色，对问题家庭予以适度干预和多元化支持。检察机关站在国家的立场，要考虑改善监护状况和监护方式，使监护人能很好地履行监护职责，具体而言，就是处理好如何启动强制亲职教育程序、监护人拒不接受强制亲职教育如何处置、如何将社会专业力量引入亲职教育、如何评估教育效果等系列问题。

(二) 强制手段的法律保障应明确

强制亲职教育是对亲职教育的发展，其最大特点是手段的“强制性”，即被列入亲职教育名单的监护人拒不参加教育活动时，司法机关可以采取一定的措施强迫其参加。2017年最高人民检察院将“探索建立亲职教育机制，提高涉案家庭监护帮教能力”列入未检工作要点，并制定《未成年人刑事检察工作指引（试行）》，首次对“亲职教育”的对象、启动及教育方式作出指导性规定，但对于亲职教育能否强制进行并未明确。因此，司法实践中对于拒不接受亲职教育的做法不一，有的列入社会征信系统，有的采用警告、训诫或者建议公安机关予以行政处罚，有的则作为对涉罪未成年人是否作出不予起诉处理的参考。

对于“强制性”是否需要立法，学界观点不一。有学者认为，《刑事诉讼法》《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》已经为强制亲职教育提供了法律依据，虽然规定比较原则、抽象，这种情况下司法机关需要进一步发挥主观能动性，将现有规定能动地落实到具体的办案当中。⁽¹⁷⁾有学者认为，目前“强制”的界线不必太分明，有一些强制性措施可以由司法机关来完成，如附强制亲职教育等条件的不予起诉等；未达到这种程度的，可以委

(16) 吴燕：《涉罪未成年人社会观护体系的构建与完善》，载《预防青少年犯罪研究》2015年第5期，第94页。

(17) 宋英辉：《推动强制亲职教育的专业化与社会化》，载《人民检察》2017年第22期，第45页。

托社会组织从事这项工作。⁽¹⁸⁾ 笔者以为,作为对家长监护侵害的一种预防与矫治的惩戒性措施,强制亲职教育的手段必须有国家层面的明确规定。虽然地方立法已有所确立,但地方性立法不具有普遍适用的效力。检察机关在对涉罪未成年人教育矫正时,应有相关的法律依据保证公权力督促监护人切实履行监护职责,这是监护法律责任的要求,也是为了避免“家长生病、孩子吃药”乱象的发生。

2020年修订的《未成年人保护法》将家庭教育指导服务纳入城乡公共服务体系,公安机关、人民检察院、人民法院在办理案件过程中发现未成年人的父母或者其他监护人存在上述情形的(即不依法履行监护职责等),应当予以训诫,并可以责令其接受家庭教育指导,这可以视为强制亲职教育的法律依据。但这里依旧没有明确强制的手段。笔者以为,既然检察机关已有亲职教育的原则性规定,可以先行在检察机关的司法解释中予以明确。

借鉴我国台湾地区“少年事件处理法”和成都市《强制亲职教育实施方法(试行)》,对涉罪未成年人的监护人首次拒绝参加强制亲职教育的,检察机关予以训诫;对于多次通知拒不到场接受教育的,检察机关建议公安机关视情况予以警告、5日以下拘留或者500元以下罚款。若连续处罚三次以上,检察院可以将其纳入社会征信系统名单。当然,在实施的过程中,需要检察机关与公安机关会签相关文件,做好配合工作。

四、未检工作中强制亲职教育制度的构建

(一) 强制亲职教育的启动

1. 适用的情形

强制亲职教育的启动应当以对涉罪未成年人作出或者即将作出相应的处理决定为前提。强制亲职教育适用于以下三类监护人:一是审查逮捕阶段考虑作出不逮捕决定的涉罪未成年人的监护人。涉罪未成年人具备了一定的犯罪事实,但是否需要逮捕取决于能否防止社会危险性的发生。对其父母进行强制教育,父母是否具备监督教育子女的能力与技巧,可以作为判断涉罪未成年人是否需要逮捕的酌定因素。二是审查起诉阶段考虑作出相对不起诉的涉罪未成年人的监护人。虽然对涉罪未成年人以不起诉终结刑事诉讼程序,但其人身危险性和行为的社会危害性并未消除,直接放归社会易形成对社会稳定和安全的隐患,实践中被不起诉人重新犯罪的现象也时有发生,需要进行合理的教育引导。因此,在作出不起诉决定前,除了对未成年人进行一定的考察帮教外,还要对其父母等监护人进行教育。三是审查起诉阶段作出附条件不起诉决定的涉罪未成年人的监护人。附条件不起诉制度旨在为涉罪未成年人提供审前转处和非犯罪化途径,通过减少监狱改造为他们提供改过自新的机会,其核心是附条件考察。有调研发现,在本地监督考察的未成年人中,监护人监督考察占比最高。⁽¹⁹⁾ 在社会支持体系尚不成熟的当下,通过家庭给未成年人提供支持,在附条件不起诉的适用中非常重要。因此,对其父母进行亲职教育具有可行性且必要。

需要注意的是,上述监护人的监护活动与未成年人犯罪存在因果关系时,才考虑强制亲职教育的适用。如果监护人不存在监护问题或者监护人存在的监护问题和未成年人涉罪无关,则排除适用。

(18) 熊贵彬:《亲职教育需遵循矫正科学规律》,载《人民检察》2017年第22期,第48页。

(19) 何挺:《附条件不起诉制度实施状况研究》,载《法学研究》2019年第6期,第160页。

2. 启动的依据

检察机关在作出亲职教育的决定前,应当对涉罪未成年人与父母等监护人教育不当等家庭因素的关联度进行评估,从而作出合理判断。评估内容涉及家庭氛围是否和谐、亲子是否分离、监护人的经济状况和文化程度、涉案未成年人是否曾遭遇家庭的虐待、遗弃或照管不良等。评估方式包括查阅案件卷宗材料、社会调查、心理测评和动态观察。因此,评估所依据的书面材料包括卷宗证据材料、社会调查报告、心理测评结果及诉讼过程中监护人的客观表现等。其中社会调查报告应详细记录未成年人的家庭状况、父母教养方式、亲子关系、教养态度等,心理测评应注重未成年人犯罪心理与家庭教育相关性的考评。^[20]评估后确有必要的,检察机关作出强制亲职教育的决定,并参考专业人士的建议和被强制教育人的意愿确定个案中教育的内容和时数。

(二) 强制亲职教育的实施

1. 实施的主体

强制亲职教育应由检察机关主导、社会专业力量参与具体实施,通过双方的共同努力实现教育效果的最大化。父母教育态度不端正、疏于管教导致监护失职的,由具有丰富办案经验、社会阅历的未检部门工作人员教育。但对于教育能力、方法或者技巧缺失或不当、自身品行不端导致监护不力的,则需要委托或聘请专业社会力量介入。

检察机关在教育中的作用固然重要,但受诉讼环节的制约、人员数量的限制,必须要借助社会力量开展,这不仅有利于缓解检察机关案多人少的压力,也在一定程度上体现了未成年人案件办理的专业化。理想状态真正的矫治或亲职教育的执行应交由社会支持体系。^[21]要想让未成年人建立“依恋”从而形成对社会共同价值体系和道德观念的认同,检察机关需要聘请熟谙法学、心理学、教育学、社会学等专业知识的专业人员,指导家庭开展相关的教育工作。亲职教育专业化较强,“如果由没有受过专业训练、不具备专业资质的‘外行——义工或志愿者’从事,那么很可能达不到保护儿童利益的效果,还可能出现有损儿童利益的伦理风险”。^[22]在经济比较发达的地区,检察机关应当通过“政府购买公共服务”项目与法律服务机构、心理咨询机构、教育培训机构、社会服务机构等合作,由后者提供专业人员开展强制亲职教育,不断提升教育的专业性、针对性与实效性,这在未成年人教育矫治实践中已得到很好证明。政府购买服务是民间力量参与社会治理的重要手段,将对未成年人刑事司法的发展起到重要作用。在政府购买服务难以实现的地区,检察院可以建议政法委牵头,通过“双千计划”、通过联合工会、团委等组织招募自愿参与的有亲职教育经验的专家、学者、心理咨询师或者青少年社工,常驻检察机关承担检察机关转介的教育工作,完善多层次的教育保护措施,从而有效预防和减少青少年犯罪。

2. 教育的内容和时长

强制亲职教育的内容和时长由检察机关自行或者与开展教育活动的机构、专业人员共同商定。教育旨在提升监护人的监护知能,使其在矫治未成年人罪行为和预防再犯上发挥作用,因此,课程可以依据台湾学者的犯罪三级预防理论予以设置,内容包括:①传授家庭教育理念、教育方式、教育技巧及管教方法、态度等知识,以改善涉罪未成年人的家庭环

[20] 王贞会、范琳:《涉罪未成年人强制亲职教育制度构建》,载《青少年犯罪问题》2017年第3期,第46页。

[21] 姚建龙:《完善社会支持体系应思考的三个问题》,载《人民检察》2017年,第22期,第46页。

[22] 宋志军:《儿童最佳利益:少年司法社会支持体系之伦理议题》,载《浙江工商大学学报》2019年第5期,第66页。

境并减少标签效应对其的影响。②传授各种法律常识、心理学知识和德育知识,心理疏导与干预的方法,以培养监护人的亲子沟通能力、情绪自控能力,协助监护人指导未成年人养成良好的行为习惯。③帮助密切亲子关系,提升监护人管教的责任意识,充分化解诱发未成年人犯罪的内外因素。④帮助监护人树立恰当的家庭观念,规避溺爱、打骂子女的不良行为,重建家庭秩序,增强父母和家庭对子女的积极影响力,发挥家庭在预防重新违法犯罪上的积极作用。

亲职教育的时间跨度不能太长,也不能过于密集,才能保证教育的效果。我国台湾地区“少年事件处理法”第58条规定,对于因疏忽教养致使少年触犯刑罚法律的,其法定代理人或监护人须接受8小时以上50小时以下之亲职教育辅导。这样的时间跨度可能导致司法人员自由裁量权过大,应进行更精细化的设置。可借鉴有些学者提出的按次操作的模式,便于观察教育效果,“对于因监护态度导致未成年人犯罪的,强制接受亲职教育1~3次;对于因监护能力导致未成年人犯罪的,强制接受亲职教育4~10次。每次以约2小时为宜”。^[23]

3. 实施的方式

强制亲职教育可以采取个体辅导、小组交流、团体培训、讲座、家访等多种形式,以课堂讲授和实践活动相结合的方式。执行亲职教育的机构或人员应当定期将有关教育情况向未检部门报告。为保证教育效果,未检部门应在业务范围内明确强制亲职教育板块,由专人与社会专业力量对接,为特定监护人的教育提供具体指导;并联合公安机关、法院等部门,确保教育有固定的场所开展。

涉罪未成年人的监护人受工作状况或者异地生活等现实条件的约束,可能无法按时到场接受教育,检察机关应在实施方式上给予便利,在传统的教育方式之外积极探索“上门服务”“互联网+”技术手段等监护人更易接受的亲职教育方式。如成都市锦江区检察院积极探索“互联网+”模式,联合公益组织对异地涉罪未成年人父母以远程微信课堂的形式开展强制亲职教育,^[24]为流动涉罪未成年人的父母或其他监护人接受教育提供了可借鉴模式。“互联网+”技术的运用包括:利用微信课堂、QQ群课堂授课;开发网络教育平台,以特定微信公众号的教育保护功能将教育课程呈现于网络,实现线上线下互动;借力公益资源平台,联合有关青少年发展的公益组织,充分运用心理咨询、家庭关系指导等手段开展强制亲职教育,提升异地监护人的监护能力。

(三) 强制亲职教育的评估与处理

课程结束时,检察机关、专业机构和人员要对教育效果进行评估。评估效果取决于两方面因素:其一,是否按照要求完成亲职教育的内容和时长,完成即为达标,这是外在的客观标准,容易衡量和判断。其二,教育是否取得检察机关的预期目的和让接受教育的人有所收获,即判断家庭监管能力是否达标,这是内在的主观标准。检察机关实现预期目标,参加者收获教育的知识、能力等,即为达标,反之,为不合格。司法实践中,未检部门或者专业机构、人员,可以通过记录参加者的学习态度、对参加者进行“参加前一参加后”的测量和满意度调查、设置强制亲职教育的阶段性考试、考核或调查问卷等过程评估、与

[23] 吴宗宪、张雍锭:《未成年缓刑犯社区矫正中强制亲职教育的制度构建》,载《江西社会科学》2018年第8期,第191页。

[24] 傅鉴等:《微信群里聊亲子沟通》,载《检察日报》2016年10月29日,第2版。

涉罪未成年人沟通等方式,来进行教育效果的主观评价。当满足上述主客观标准的要求,未检部门正式结束对涉罪未成年人的父母或其他监护人的强制亲职教育。对于拟作出不逮捕的未成年人,在其他因素具备的情况下,作出不予逮捕的决定;对于拟作出相对不起诉的未成年人,结合其他因素作出不予起诉的决定;对于对附条件不起诉的未成年人作出第二次不起诉决定以终结诉讼程序。

检察机关对涉罪未成年人进行教育矫治只能“治标”,而对其监护人实施强制亲职教育,间接地教育感化挽救涉罪未成年人才是根本。“标本兼治”、双管齐下,方能有效预防未成年人犯罪。因此,构建强制亲职教育制度势在必行。当然,制度的构建需要法律的支撑,才能走得长远。国家应在修订《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》的基础上,积极完善《刑法》《刑事诉讼法》等法律,明确强制亲职教育的制度内容,将强制亲职教育服务纳入国家公共服务体系,有效发挥家庭教育的积极功能,为未检部门教育矫治涉罪未成年人提供助益。

(责任编辑:何树彬)

The Construction of Compulsory Parental Education System in Juvenile Criminal Prosecution

HUANG Yingqi, ZHANG Hongcheng

(Huaiyin Normal University, Huai'an 223001)

Abstract: Family is not only an important living place for juvenile delinquents, but also an important factor for the correction of their wrong behaviors. Family factors involving guardians' guardianship and education have great impact on juveniles' education and correction. As a result, compulsory parental education is an important way to improve family environment. Constructing compulsory parental education system in juvenile criminal prosecution has certain theoretical basis and practical foundation. We should clarify the relations between procuratorial organs, juveniles and guardians, and the legal safeguards of the compulsory measures in the construction of the system. Specific mechanism designs should focus on the initiation, implementation and effectiveness evaluation of the compulsory parental education. The operation of the system aims at promoting guardians' ability and implementing help and education to juvenile delinquents, to propel the healthy development of juvenile justice.

Key Words: juvenile criminal prosecution; juvenile delinquents; compulsory parental education

污染环境罪中“公私财产损失” 司法认定研究

毛颖洁 李怡文*

内容摘要：“公私财产损失”作为污染环境案件的入罪条款之一，其数额计算的重要性不言而喻，但司法实践中对于哪些费用应计入其中争议较大。“公私财产损失”的认定范围，既要防止打击面过大，将污染修复费用等高额费用计算在内，也要防止不当缩小“公私财产损失”的范围，不当地排除应当计算在内的费用。检察机关在办理此类案件时，应从计算主体、时间、依据和范围等方面对“公私财产损失”进行分析，应将调查评估费用、污染修复费用、污染物无害化处理费用等排除在“公私财产损失”之外，同时明确“为防止污染扩大、消除污染而采取必要合理措施所产生的费用”及“处置突发环境事件的应急监测费用”的内涵。

关键词：污染环境罪；公私财产损失；应急处置费用；污染修复费用

一、问题的提出

《刑法》第338条规定：“违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；……。”

2016年12月23日最高人民法院、最高人民检察院（以下简称“两高”）《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“《解释》”）第1条明确规定：“实施刑法第三百三十八条规定的行为，具有下列情形之一的，应当认定为‘严重污染环境’：……

（九）违法所得或者致使公私财产损失30万元以上的；……。”根据《解释》的规定，公私财产损失数额是污染环境罪重要的定罪量刑标准。行为人实施污染环境行为，若致使公私财产损失30万元以上，即可入罪；若致使公私财产损失100万元以上，则属于《解释》第3条规定的“后果特别严重”的情形之一，可处3年以上7年以下有期徒刑。

究竟怎样的行为能够对人类的环境产生足以让刑法介入的破坏性影响，怎样的物质能够对人类环境起到破坏作用，这都是认定污染环境罪必须考虑的问题。因此，如何把握“公私财产损失”的内涵，直接影响到罪与非罪、罪轻与罪重的界限，必须予以重视。^{〔1〕}

二、“公私财产损失”具体规定

有关“公私财产损失”的计算范围主要在《解释》第17条有所规定，包括“实施刑法

* 毛颖洁：上海铁路运输检察院第三检察部检察官助理。

李怡文：上海铁路运输检察院第三检察部副主任、主办检察官。

〔1〕 胡云腾主编：《最高人民法院、最高人民检察院环境污染刑事司法解释理解与适用》，人民法院出版社2014年版，第75—76页。

第三百三十八条、第三百三十九条规定的行为直接造成财产损毁、减少的实际价值，为防止污染扩大、消除污染而采取必要合理措施所产生的费用，以及处置突发环境事件的应急监测费用”。对于“污染环境行为直接造成财产损毁、减少的实际价值”和“处置突发环境事件的应急监测费用”应当纳入“公私财产损失”的范围，在实践中不存在异议。但对于哪些费用能够列入“为防止污染扩大、消除污染而采取必要合理措施所产生的费用”，实践中存在较大争议。

三、实践中“公私财产损失”的认定及其分歧

2018年至2020年期间，上海、浙江、江苏三省市共发生污染环境刑事案件1216起，其中直接以“致使公私财产损失30万元以上”入罪的99起案件中，88.9%检法机关对“公私财产损失”的范围认定相同。

表1 上海、浙江、江苏三省市检法机关对“公私财产损失”范围认定的异同

省 份	判决认定相同数	判决认定不同数
上 海	20	1
浙 江	41	1
江 苏	27	9

反观检法两家对于费用计算范围认定的不同，主要体现在以下三个方面：

第一，费用本身不应计算在内。例如王菊明等人污染环境案，^[2]经南京环科所固体废物污染防治技术中心等单位评估核算，实际支出的费用包括环境应急处置方案编制费3.6万元、场地固体废物开挖、清运费268.8万元等各类费用合计828万元、覆土取土工程费22万元，检察机关认定造成公私财产损失850万元，法院则认为不应包括覆土取土工程费22万元。又如戴铮等人污染环境案，^[3]因该案所涉事务性费用主要包括编制环境污染损害评估报告费用、为将污染土壤恢复至基线状态而采用土壤植物修复技术产生的生态环境恢复费用等，法院认定不属于因犯罪行为造成的直接经济损失，故不应作为犯罪数额指控，应予扣减。

第二，与费用本身无关，仅因证据不足而未认定。例如蔡小龙污染环境案，^[4]法院认定，在第一阶段的应急处置中，发生了工程监理费用和工程造价咨询费，但因检察机关未能提供委托合同或支付凭证等证据，因此法院对这两笔费用未予认定。同时，有几笔事务性费用因重复认定且无其他证据可以证明，也被法院排除在外。又如孙建成等人污染环境案，^[5]检察机关指控造成的公私财产损失数额为243.4万元，但法院认为在苏州华测公司对该批固体废物进行检测时，已无证据可以证实属于危险废物，江苏省环境科学研究院对该批废物却以危险废物的报价认定处置费为75.6万元，法院对此不予支持，最终认定公私财产损失数额为201万元。

[2] 江苏省苏州市中级人民法院（2017）苏05刑终字第933号刑事判决书。

[3] 江苏省江阴市人民法院（2019）苏0281刑初字第2344号刑事判决书。

[4] 江苏省南京市建邺区人民法院（2019）苏0105刑初字第116号刑事附带民事判决书。

[5] 江苏省宿迁市宿城区人民法院（2017）苏1302刑初字第843号刑事判决书。

第三,因犯罪未遂而对费用予以扣除。例如王某甲等人污染环境案,⁽⁶⁾法院认为,王某甲等人已经着手实行犯罪,但因为意志以外的原因而未得逞,该部分属于犯罪未遂,清运、处置该部分混合固体废物产生的费用应予扣除。

由上可见,适用“致使公私财产损失30万元以上”这一项的污染环境案件主要涉及应急监测费、应急处置费、调查评估费、税费等费用。司法实践中,对于环境污染评估费、后期跟踪监测费用及其产生的税费不能计入“公私财产损失”不存异议。但对于其他一些相关费用,实践中的做法并不统一。同时,受犯罪形态、证明标准等因素影响,对费用的计算结果差异较大。

四、“公私财产损失”的计算主体、时间与法律依据

《刑法修正案(八)》将污染环境罪的构成要件要素由“造成重大污染环境事故,致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的”修改为“严重污染环境的”,从而降低了污染环境罪的入罪门槛,加大对污染环境行为的处罚力度。但《解释》第1条第(九)项仍保留了“致使公私财产损失”这一合理的定罪标准,同时,该《解释》第17条对“公私财产损失”的范围做出了明确界定。⁽⁷⁾但刑法绝不只是惩罚的工具,使用得当,则散发文明光芒;用得不好,则是赤裸裸的暴力。⁽⁸⁾实践中由谁认定、如何认定这些费用,对检察机关提出了挑战。

(一)“公私财产损失”的计算主体

对于污染环境行为造成的“公私财产损失”的计算,属于案件涉及的环境污染专门性问题。在费用能够确定的情况下,根据《环境保护部、公安部、最高人民检察院环境保护行政执法与刑事司法衔接工作办法》的规定,生态环境部门在向公安机关移送涉嫌环境犯罪案件时,应当出具对于费用的认定意见,司法机关应对认定意见进行审查。如我院办理的袁某某等五人污染环境案时,承办人根据生态部门出具的费用认定意见,计算得出本案造成的公私财产损失已超过30万元,因此直接适用《解释》第1条第(九)项。

在费用难以确定的情况下,根据《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》第14点的规定,司法机关可以结合案件其他证据,并参考生态环境部门意见、专家意见等作出认定。因此,如果由国务院环境保护部门批准的具有环境污染损害鉴定评估资质的单位已经具有司法鉴定资质,或者在《解释》实施后由环保部根据《解释》第14条的规定予以指定,则其对污染环境案件“公私财产损失”的认定可以作为证据使用。⁽⁹⁾

(二)“公私财产损失”的计算时间

根据《刑事诉讼法》及相关规定,公安机关经审查,认为有犯罪事实需要追究刑事责任,且属于自己管辖的,才能予以刑事立案。而是否有犯罪事实需要追究刑事责任,需要刑事证据材料的证明,其中就包括可以作为证据使用的监测数据。因此,从行政执法与刑事司法有效衔接的角度而言,宜在公安机关刑事立案之前对污染环境行为造成的公私财产

(6) 江苏省如皋市人民法院(2018)苏0682刑初字第302号刑事判决书。

(7) 最高人民法院中国应用法学研究所编:《环境资源审判典型案例选编(刑事卷)》,人民法院出版社2015年版,第256页。

(8) 焦艳鹏:《我国污染环境犯罪刑法惩治全景透视》,载《环境保护》2019年第3期,第50页。

(9) 胡云腾主编:《最高人民法院、最高人民检察院环境污染刑事司法解释理解与适用》,人民法院出版社2014年版,第75—76页。

损失的数额作出准确认定,以判断其是否达到30万元以上的标准,从而决定是否移送公安机关作为刑事案件处理。⁽¹⁰⁾但是,考虑到“公私财产损失”的数额认定工作量大、周期较长,如果一味追求准确认定而怠于立案,显然不利于打击犯罪,因此在立案前可适当放宽数额认定精准度的要求,只需达到30万元入罪标准即可,但立案后应注意收集相应证据。

(三)“公私财产损失”计算的法律依据

有观点认为,环境污染案件所涉及的“公私财产损失”数额认定,应当按照相关生态环境部门印发的文件执行。也有观点认为,在办理污染环境案件时,应严格依照司法解释而非行政法规的规定作出认定。污染环境犯罪是行政犯,行政犯构成犯罪的前提是行政违法性,在计算《解释》所涉及的“公私财产损失”时可以参考环境保护法规的有关规定,但不应直接适用,具体费用的计算仍应严格依照《解释》第1条的规定认定。

从文件的沿革来看,2011年环保部发布了《环境污染损害数额计算推荐方法(第I版)》(以下简称“《第I版》”)。《第I版》2.1条对“环境污染损害”下了定义,并在3.2中对“全面完整的环境污染损害评估范围”及“近期可操作的环境污染损害评估范围”予以明确。2014年,环保部环境规划院针对《第I版》存在的问题与不足,在总结国内外实践经验的基础上,重新修订生态环境损害鉴定评估方法,并更名为《环境损害鉴定评估推荐方法(第II版)》(以下简称“《第II版》”),《第I版》同时废止。第II版在第4点“术语和定义”中对“人身损害”“财产损害”“生态环境损害”及“应急处置费用”等进行了明确的定义。

污染环境罪作为刑法规定的罪名之一,其理应优先适用刑法及其司法解释的相关规定,但鉴于污染环境罪属于行政犯,依据刑法理论,对于行政犯的相关要件的判断,需要依据相关行政法规的规定。⁽¹¹⁾《第II版》作为环保部环境规划院修订发布的环境鉴定专业指南,其性质为其他环境管理业务信息,并不属于行政法规或规章。因此,在办理案件时,可以参考上述《第II版》相关定义的规定及原则性精神,但不宜直接适用,仍应严格依照《解释》作出认定。

五、“公私财产损失”的计算范围

“损失”的概念通说采取以经济财产说为基础的折中说,即法律—经济财产说。该说原则上认为有经济价值的物或者利益都是财产,但同时又要求相应的物或者利益必须为法秩序所承认。法律—经济财产说符合法秩序统一性的原理,即刑法最重要的任务在于保护法益,而保护法益必须得到法秩序的承认,违反法秩序的利益,即使从纯粹经济的角度上看是有价值的,也不值得刑法的保护。⁽¹²⁾

经济损失通常包括直接经济损失和间接经济损失两大类。直接经济损失是指与行为有直接因果关系而造成的财产损毁、减少的价值;间接经济损失是指由直接经济损失引起和牵连的其他损失,如失去的在正常情况下可以获得的利益。刑法上的损失,通常是指直接损失,如2007年最高人民法院《关于审理破坏电力设备刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条明确规定,“本解释中直接经济损失的计算范围,包括电量损失金额,被毁损设备材料的购置、更换、修复费用,以及因停电给用户造成的直接经济损失等”。又如2011

(10) 同上注,第81页。

(11) 喻海松:《污染环境罪若干争议问题之厘清》,载《法律适用》2017年第23期,第80页。

(12) 江溯:《财产犯罪的保护法益:法律—经济财产说之提倡》,载《法学评论》2016年第6期,第89页。

年“两高”《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第11条第3款规定,“本解释所称‘经济损失’,包括危害计算机信息系统犯罪行为给用户直接造成的经济损失,以及用户为恢复数据、功能而支出的必要费用”,在非法控制计算机信息系统犯罪当中,经济损失的认定仅限于非法获取计算机信息系统数据的行为所造成的直接经济损失和必要费用,而不包括预期收益。

污染环境案件因为专业性强、类型新等特点,办理过程中往往会遇到直接损失难以认定的情况,《解释》第17条为解决认定难问题,提供了替代性的认定方法,将“公私财产损失”的范围分为三大部分,即“实施污染环境行为直接造成财产损毁、减少的实际价值”“为防止污染扩大、消除污染而采取必要合理措施所产生的费用”和“处置突发环境事件的应急监测费用”。首先,关于“实施污染环境行为直接造成财产损毁、减少的实际价值”主要包括人员伤亡、农作物毁损等,实践中争议较小,主要争议点是因果关系的论证,在此不予赘述。其次,关于“应急监测费用”。根据《第II版》4.6条规定,“应急监测费用”是指“突发环境事件应急处置期间,为减轻或消除对公众健康、公私财产和生态环境造成的危害,各级政府与相关单位针对可能或已经发生的突发环境事件而采取的行动和措施所发生的费用。”对于环境监测费用能否纳入“公私财产损失”的计算范围,实践中存在较大争议。在《解释》的起草过程中,经研究认为,“公私财产损失”不包括日常环境监测费用,但因所涉行为导致的各类环境应急措施和应急处置费用(包括应急监测费用)应当列为“为防止污染扩大、消除污染而采取必要合理措施所产生的费用”。⁽¹³⁾为消除争议,《解释》将“处置突发环境事件的应急监测费用”纳入“公私财产损失”的范畴。最后,关于“为防止污染扩大、消除污染而采取必要合理措施所产生的费用”。司法实践中,对于哪些费用能计入“公私财产损失”存在较大争议。“为防止污染扩大而采取必要合理措施所产生的费用”实际上是指在污染发生后防止污染物进一步排放到尚未受到污染的环境所采取必要合理措施所产生的费用。“为消除污染而采取必要合理措施所产生的费用”宜理解为防止污染扩大所采取必要合理措施所产生的费用以外的其他应急处置费用,主要是清理现场的费用。⁽¹⁴⁾争议较大的主要涉及以下几项费用:

其一,调查评估费用。《第I版》3.2(4)条规定,“调查评估费用指对环境污染损害评估所支出的费用,按实际评估发生的费用计算,包括现场预调查、勘察监测、污染场地调查、风险评估、损害评估费用”。根据《解释》第17条的规定,“公私财产损失”的计算范围直接涉及对行为人追究相应的刑事责任,而非民事赔偿责任,应当严格限缩能够归属于行为人的公私财产损失的范围。就好比行为人故意致被害人轻伤,对被害人进行轻伤鉴定所产生的费用,不能成为影响对行为人追究刑事责任的依据。⁽¹⁵⁾因此,不应将“调查评估费用”纳入“公私财产损失”的计算范围。

其二,污染修复费用。《第I版》3.2(5)条对“污染修复费用”的定义作出规定,是指“污染事故应急处理结束后,经过污染风险评估确定应该采取的污染将污染引发的风险降至可接受水平的人工干预措施所需费用,包括制定修复方案和监测、监管产生的费用”。《生态环境损害鉴定评估技术指南 土壤与地下水》等文件对于“恢复费用计算”列举了五

(13) 喻海松:《环境资源犯罪实务精释》,法律出版社2017年版,第149页。

(14) 胡云腾主编:《最高人民法院 最高人民检察院环境污染刑事司法解释理解与适用》,人民法院出版社2014年版,第78—79页。

(15) 同上注,第80页。

种计算方法。有观点认为应将环境修复费用作为“为消除污染而采取必要合理措施所产生的费用”，从而计算在内；也有判例认为如果不将污染修复费纳入其中，环境本身的损失仍然得不到刑法的保护，如此就背离了立法的初衷。^{〔16〕}实践中，也有公安机关提出，为了对受污染泥土进行采样和检测而将土地上种植的树木铲除的费用能否计入“公私财产损失”。一般来说，为消除污染，必然要采取一定的隔离措施，并通过技术手段对环境进行修复，包括制定修复方案和监测、监管产生的费用等。^{〔17〕}环境修复的费用一般较高，动辄高达几百万元，如果将环境修复费用纳入“公私财产损失”范畴，则行为人所导致的公私财产损失极易达到30万元的入罪标准，甚至会超过100万元从而被认定为“后果特别严重”，如此计算对于行为人显然过于严苛。因此，还是根据《解释》第17条第5款将环境修复费用纳入“生态环境损害”更为妥当。此外，如果是出于检测的必要性而不得不将树木铲除，该笔费用可以作为应急监测费用计入。但在垃圾全部清运处置后，再将已经过清理和去污的泥土回填至涉案地块以及重新栽种树木的费用，已不是为了消除污染而进行的应急处置费用，更符合生态环境修复的目的，^{〔18〕}宜认定为环境修复费用。

其三，污染物无害化处理费用。有观点认为，“消除污染”包括“消除污染物”和“消除污染物造成的污染”两方面的内容，因此，对于案件中污泥的处置费应计算入“公私财产损失”之内。^{〔19〕}法律所规定的“公私财产损失”的范围应当严格依照司法解释的含义进行理解，“为消除污染”中的“污染”应当是指行为人因实施污染环境行为而对环境造成的污染，而非指行为人排放、倾倒、处置的具体污染物。所谓的必要费用应当是指为消除行为所造成的危害结果所产生的费用，因为该费用的产生是行为人的行为所引起的，而对具体污染物进行无害化处理的责任仍属于污染物的产生者，这部分费用应当向产生者进行追缴，^{〔20〕}因此不应计入“公私财产损失”范畴。

污染环境行为直接造成的财产损毁、减少的实际价值和应急监测费用系污染环境行为直接导致的财产减损价值，将其列入“公私财产损失”不存异议。而诸如调查评估费用、环境修复费用等属于为恢复正常使用功能而支出的费用，应将此类费用排除在外。从刑法体系的整体性以及刑法条文适用的内部协调性来看，上述“公私财产损失”范围的计算，既能与其他现行司法解释中的同类规定保持一致，也能实现刑法适用过程中法律体系内部的协调。

六、结语

在刑法中，大量存在为了保护A法益（背后层）而保护B法益（阻挡层）的立法现象。可以认为，生态学的法益是阻挡层法益，而人类中心的法益则是背后层法益。^{〔21〕}生态环境的重要性不言而喻，“公私财产损失”作为入罪条款之一，在保护环境的同时，其最终目的仍是为了保护人类本身。在司法解释规定的诸多情形中，“致使公私财产损失30万元以上”

〔16〕 最高人民法院中国应用法学研究所编：《环境资源审判典型案例选编（刑事卷）》，人民法院出版社2015年版，第94页。

〔17〕 《关于开展环境污染损害鉴定评估工作的若干意见》，环境保护部环发〔2011〕第60号，2011年5月25日发布。

〔18〕 徐清宇：《在风景区内倾倒填埋垃圾构成污染环境罪》，载《人民司法》2018年第11期，第37页。

〔19〕 最高人民法院中国应用法学研究所编：《环境资源审判典型案例选编（刑事卷）》，人民法院出版社2015年版，第257页。

〔20〕 同上注，第259页。

〔21〕 张明楷：《污染环境罪的争议问题》，载《法学评论》2018年第2期，第6页。

应该说是比较利于作为入罪标准使用的,但是如何计算公私财产损失在司法实践中存在很大困难。⁽²²⁾应对环境污染等问题的核心是谨守刑法的谦抑性,而不是刑法惩处的早期化。⁽²³⁾检察机关在司法实践中,应当审慎把握“公私财产损失”的内涵,由适格主体在合适时间依据《解释》第17条的规定准确计算,将应急监测费用、应急处置费用、直接损失等计入“公私财产损失”,将调查评估费用、环境修复费用(包括后期覆土复绿费用)、间接损失等排除在“公私财产损失”之外。

当然,刑法层面费用认定的排除不代表责任追究的终结。近年来,环境污染问题持续增长,行为人往往给当地的自然环境造成了巨大的损失,却承担了较小的犯罪成本。检察机关应充分发挥职能,上述这些排除在“公私财产损失”之外的费用,仍可将其列入民事损害赔偿的范畴向行为人追偿,使行为人承担起环境修复的义务。

(责任编辑:冯引如)

A Study of the Judicial Recognition of "Loss of Public and Private Property" in the Crime of Environment Pollution

MAO Yingjie, LI Yiwen

(Shanghai Railway Transportation Procuratorate, Shanghai 200070)

Abstract: As "Loss of public and private property" is an important term to the crime of environment pollution, the importance of the calculation of its amount is self-evident. However, in the judicial practice, what should be calculated into the amount is a tough and controversial issue. The scope should not be exaggerated to include expensive costs such as the pollution remediation cost, which may make meeting the criminalization standard of RMB 300,000 too easy. Neither should it be overly limited, excluding costs that should have made the scope. A procurator should analyze the loss from several perspectives such as subject, time, basis and scope. Costs like investigation and evaluation cost, pollution remediation cost, harmless treatment cost should be excluded, and the meaning of the costs of taking reasonable measures to prevent the pollution from deteriorating and expanding, and emergency monitoring costs to tackle the abrupt pollution accidents could be clarified.

Key Words: crime of environment pollution, loss of public and private property, costs of emergency response measures, costs of pollution remediation

(22) 陈庆瑞:《污染环境罪的司法适用问题》,载《人民司法》2016年第4期,第68页。

(23) 刘艳红:《环境犯罪刑事治理早期化之反对》,载《政治与法律》2015年第7期,第7页。

追赃挽损在防范化解金融风险中的作用与途径 :以上海地区检察工作实践为视角

周子简 王冠 蒋洁 谭骁 蒋凡*

内容摘要: 追赃挽损对防范化解金融风险具有重要意义, 检察机关有必要将实体与程序深度融通, 确保工作成效。在实体方面, 《刑法修正案(十一)》对非法集资类犯罪作出了多方面修订, 在加大惩治非法集资犯罪力度的同时, 将退赃退赔明确列为法定从宽情节。对不同行为主体, 有必要区分为积极参加者、一般参加者、提供帮助者、不作为犯罪处理者、逃废债者、前期获益的集资参与者等六种情形, 细化各自追缴和退赔要求。检察机关应将追赃挽损工作覆盖刑事诉讼全程, 在侦查、捕诉、审判、执行各阶段, 充分发挥检察职能, 参与防范化解金融风险。

关键词: 追赃挽损; 金融风险; 退赔从宽; 检察机关; 刑事诉讼

近年来, 以 P2P 网络借贷乱象为主的非法集资案件频发, 给金融市场带来了巨大风险。随着 2016 年以来互联网金融风险专项整治等工作的深入开展, 大量机构已退出互联网金融活动, 存量机构违法违规业务规模已明显压降。根据上海检察机关统计数据, 2020 年起诉涉众型经济犯罪人数自 2016 年以来首次同比下降 6%。但对非法集资案件仍不可放松警惕。一方面, 传统涉众型金融犯罪中, 消解多年来市场积聚的风险需要较长过程; 另一方面, 随着金融行业发展方式和金融服务不断创新, 间接融资手段更加隐蔽、名目更趋多样。根据上海检察机关 2020 年 5 月发布的《2019 年度上海金融检察白皮书》, 当前非法集资类犯罪呈现如下特点: 在涉及内容上, 私募、长租公寓等新领域风险凸显; 在名目上, 打着金融创新的旗号, 以发行所谓区块链、虚拟货币、数字货币等方式招揽集资活动频现; 在“获客”手段上, 利用技术手段非法获取公民个人信息后定向宣传, 非法金融广告也体现出传统媒介与新媒体融合的特点, “传销+非法集资”的复合手段使犯罪活动扩散速度加快, 此外第三方非法平台使得犯罪链条拉长、侦破追踪难度加大。⁽¹⁾ 基于上述情况, 在新形势下化解已有金融风险、防范新生及次生风险已成为亟待解决的问题。检察机关作为参与金融犯罪治理的重要一环, 有必要深度融通实体和程序, 发挥法律监督职能广、覆盖刑事诉讼

* 周子简, 华东政法大学博士研究生, 上海铁路运输检察院党组成员、副检察长。

王冠, 上海市静安区人民检察院检察官。

蒋洁, 上海市静安区人民检察院检察官。

谭骁, 上海市静安区人民检察院检察官助理。

蒋凡, 上海市静安区人民检察院检察官助理。

本文系国家检察官学院 2020 年度科研基金项目《金融风险防范化解与检察职能发挥》(项目编号: GJY2020C03) 的阶段性研究成果。

(1) 上海金融检察研究中心:《警惕非法金融借创新概念迷惑投资人》, 载《检察日报》2020 年 8 月 12 日, 第 3 版。

程序全的特点,将案件查办和化解风险、追赃挽损、维护稳定结合起来,发挥防范金融风险的作用。

一、刑事立法与司法解释中的追赃挽损情节

(一)《刑法修正案(十一)》的相关规定

《刑法修正案(十一)》(以下简称修正案)对金融犯罪特别是融资犯罪作出了多处修订,体现出与时俱进和合理地调整对金融犯罪的刑事立法立场,是防范化解金融风险和推动金融市场平稳发展的重要刑事立法举措。其中,对集资诈骗罪、非法吸收公众存款罪的修订,是我国现行《刑法》自设立上述两项罪名以来的首次修订。非法集资犯罪因其参与人数多、分布范围广、社会影响大等特性,与防范化解金融风险、维护社会稳定具有紧密联系,因而促使立法者在立法层面予以积极反应,此次修订既加大了惩治力度,同时也体现了宽严相济刑事政策。

加大惩治非法集资犯罪力度方面体现在以下两个方面:一方面,非法吸收公众存款罪的法定刑由两档增加为三档,将该罪的法定最高刑由10年有期徒刑提高到15年,并增加“数额特别巨大或者有其他特别严重情节”作为“十年以上有期徒刑”的量刑档次。另一方面,集资诈骗罪的法定刑由原先的三档改为两档,并且调整相应的起刑点。取消“数额特别巨大或者有其他特别严重情节”的档次,意味着以往适用第二档次法定刑的情形,如今进入最重的法定刑档次,即判处7年以上有期徒刑或者无期徒刑。修正案将该罪过去第一档法定刑设置的5年以下有期徒刑或者拘役,修改为3年以上7年以下有期徒刑,这也意味着集资诈骗罪起刑档就是3年有期徒刑,且最高法定刑由5年变为7年,明显加大了刑事打击力度。

贯彻宽严相济刑事政策方面体现在以下三个方面:其一,将追赃挽损明确列为法定从宽情节。追赃问题关乎广大投资者的切身利益,关乎社会稳定。修正案在《刑法》第176条中增加第3款,规定“有前两款行为,在提起公诉前积极退赃退赔,减少损害结果发生的,可以从轻或者减轻处罚”,这一调整在司法实践中具有现实意义。从非法吸收公众存款罪侵犯的客体以及“扰乱金融秩序”这一犯罪构成要件的要求来看,之所以造成金融秩序混乱,在很大程度上是因为造成存款人无可弥补的财产损失所致。非法集资人能够在起诉前及时将非法集资款退还或赔偿被害人损失的,既表明资金风险可控,同时说明法益受侵害的程度降低,或者法益得到一定程度的修复,从宽处罚更能彰显罪责刑相适应原则。⁽²⁾实际上,上述退赔从宽的精神在刑事立法中并非唯一体现,《刑法》对拒不支付劳动报酬罪和贪污罪都规定了从宽处罚情节,而在金融犯罪中,尽管属首次将退赔从宽列入《刑法》条文,但该精神在司法实践中早有体现。2010年《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称2010年《解释》)中规定:“非法吸收或者变相吸收公众存款……案发前后已归还的数额,可以作为量刑情节酌情考虑。……主要用于正常的生产经营活动,能够及时清退所吸收资金,可以免于刑事处罚;情节显著轻微的,不作为犯罪处理。”2019年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》(以下简称2019年《意见》)中规定:“对于涉案人员积极配合调查、主动退赃退赔、真诚认罪悔罪的,可以依法从轻处罚;其中情节轻微的,可以免除

(2) 卢建平:《〈刑法修正案(十一)〉金融犯罪相关规定评述》,载《中国法律评论》2021年第1期,第39页。

处罚；情节显著轻微、危害不大的，不作为犯罪处理。”尽管修正案延续了此前最高人民法院、最高人民检察院（以下简称“两高”）关于非法集资案件退赔从宽的一贯立场，但首次列入《刑法》条文，更具有指导意义，而且相较司法解释，修正案进一步明确了适用该从宽条款要求满足两方面的条件，具体包括：一是时间条件，要求发生在提起公诉前。将退赃退赔的时间限制在提起公诉前，既是出于节约司法成本考虑，也与拒不支付劳动报酬罪和贪污罪从宽处罚的时间要求相一致，体现刑法体系内部的统一性。二是实质条件，要求行为人的退赃退赔行为减少了损害结果发生。确能减少损失，则金融风险升高的可能性较小，据此对其予以从轻或者减轻处罚，符合罪刑相当的要求，也有利于鼓励行为人及时退还，消减非法集资对社会稳定造成的不良影响。当然满足上述条件的，是“可以”而非“应当”从宽，据此，应在综合判断行为社会危害性以及行为人主观恶性的基础上决定是否予以从轻或者减轻处罚。在情节极其恶劣的情况下，也可以考虑对行为人不予从宽。其二，完善财产刑。金融犯罪法定刑中均设置了罚金刑，有学者经梳理指出，现行刑法对金融犯罪的罚金刑主要有四种：限额罚金刑（占比71%）、倍比罚金刑（7%）、百分比罚金刑（11%）、无限额罚金刑（11%）。^{〔3〕}随着社会经济水平的提高，非法吸收公众存款罪中50万元的最高罚金限额远不能适应打击逐利性非法集资犯罪的需要，修正案采取无限额罚金制的立法例，符合该类经济犯罪刑罚的威慑和预防力度，同时将罚金裁量权下放到司法机关，也增加了司法机关适用认罪认罚从宽制度的实效。需要指出的是，尽管罚金是上缴国家而非退赔集资参与人，但根据2019年《意见》及司法实践，退赔集资参与人的损失一般优先于其他民事债务以及罚金、没收财产的执行，因此当追赃不能覆盖集资参与人实际损失时，罚金部分实际上亦是追赃退赔的数额。其三，进一步明确单位犯罪。修正案改变以前在该节犯罪最后规定单位犯罪的情况，直接在条文中明确规定单位构成集资诈骗的内容，一方面是与调整后的集资诈骗罪法定刑档次相衔接，另一方面本款作为一项注意性规定，对强调单位承担罚金刑、警醒个别自然人企图通过控制公司、企业非法集资犯罪，有一定的预防效果。

不难看出，正是考虑到涉众型经济犯罪中被害人众多，容易诱发社会不稳定因素，破坏社会秩序，修正案适用更为严厉的财产刑和自由刑，犯罪的经济成本、人身自由成本都相应提高，符合预防和惩治此类犯罪的要求；也是回应现实需要，在从严的同时规定从宽，保护集资参与人的财产利益，治愈犯罪行为所留下的创伤，从而修复国家的金融管理秩序。可以说，上述修改是在维系刑罚结构均衡基础上较大程度的调整，以达到法律效果、社会效果和政治效果的有机统一。

（二）司法解释中追赃挽损情节

根据“两高”相关司法解释，司法机关不仅直接将追赃挽损作为贯彻宽严相济刑事政策的重要依据，在区分行为责任时也具有指导意义。例如，在认定非法占有目方面，2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》指出，通过收集资金往来记录、会计账簿和会计凭证、资金使用成本、资金决策使用过程、资金主要用途、财产转移情况等与资金使用相关的证据，查证是否大部分资金未用于生产经营活动，或名义上投入生产经营但又通过各种方式抽逃转移资金，进而认定其生产经营活动的盈利能力是否具有支付全部本息的现实可能性；如果资金用于炒股、放贷等投资渠道并非个人挥霍的，需进一步收集反映资金使用决策过程的证据，包括合规性审查、债务人核查、平台考察选择等方面，以证

〔3〕刘宪权：《金融犯罪刑法学原理》（第二版），上海人民出版社2020年版，第140—141页。

明是否经过慎重考虑、是否极度不负责任置资金于风险中的主观心态。上述指引尽管是对推定主观故意的指引，但在司法实践中，由于案件审查期间被告人一般均辩称能够退赔，而此时诉讼程序尚未终结，检察机关需要根据其资金流向判断退赔可能性，从而准确性提起公诉。又如，在认定责任方面，2019年《意见》等多个规范性文件反映出，犯罪嫌疑人、被告人认罪悔罪、退赃退赔等表现，可以作为对其从轻、减轻或免除处罚的重要参考因素。检察机关适用认罪认罚从宽提出确定量刑刑建议时，高度关注资金流向反映出其违法所得退赔的程度和情况，结合其身份地位和涉案金额，确定主刑长短、罚金是否减让乃至免除以及刑罚的执行方式，对鼓励和认可其主动退赔、有效化解社会矛盾均具有现实意义。由于修正案对犯罪嫌疑人、被告人在提起公诉前做到实质减损明确了法定从减情节，为其及时主动积极配合司法机关追赃挽损提供了积极条件，司法机关应当充分运用刑事政策，通过适用认罪认罚从宽制度等，引导犯罪嫌疑人、被告人主动退赃退赔。综上，非法集资的退赔数额既是定性要素，也是追究行为人责任的定量要素，对依法适用认罪认罚从宽和量刑产生直接影响。

（三）退赃从宽情节的适用范围

此次修正案在非法吸收公众存款罪中规定了上述退赃从宽情节，未在修改集资诈骗罪时予以体现，其立法技术值得商榷。退赃从宽精神应当适用于包括集资诈骗犯罪在内的全部非法集资类犯罪，这不仅是因为司法解释多已体现非法集资类犯罪退赃从宽的精神，也是由两罪的紧密关联所决定的。一方面，通说认为集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪是法条竞合的关系。前者作为后者的特殊法，在防范化解金融风险方面无甚区别，对非法吸收公众存款罪所适用的退赃从宽情节理应适用于集资诈骗罪，如指导性案例“周辉集资诈骗案”（JZD2018-40）的办案要旨中就明确指出，“要将办理案件与追赃挽损相结合……最大限度地减少人民群众的实际损失”。另一方面，集资诈骗罪和非法吸收公众存款罪看似非此即彼，但当有证据证明经营期间产生非法占有故意时，可以将前后段行为分别认定两罪并最终数罪并罚，相关解释和司法实践对此均无异议。此时行为人如有退赃，仅因法条设置原因给与轻罪（非法吸收公众存款罪）以从宽，而不在重罪（集资诈骗罪）条文中考量从宽，不符合情理。

二、不同行为主体追赃挽损的司法处置

追赃挽损作为对刑事处罚具有重要影响的情节，应当遵循公平原则、过错原则，根据非法集资活动参与人的具体行为、地位作用以及过错程度等，在追缴和退赔要求上予以区分对待，实现精确打防，具体可将不同主体分为六种情形：

（一）组织者、领导者和积极参加者

刑事处罚讲求罪责一致、公平公正，对非法集资活动的组织者、领导者和积极参加者，要求其涉案财物包括相关主体所有的、实际控制的、出资购买的、转移至他人名下的以及其他与非法集资活动有关的全部财产履行追缴义务。根据2021年国务院公布的《防范和处置非法集资条例》（以下简称2021年《条例》）第26条的规定，清退集资资金来源的具体范围为：非法集资资金余额；非法集资资金的收益或者转换的其他资产及其收益；非法集资人及其股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他相关人员从非法集资中获得的经济利益；非法集资人隐匿、转移的非法集资资金或者相关资产；在非法集资中获

得的广告费、代言费、代理费、好处费、返点费、佣金、提成等经济利益；可以作为清退集资资金的其他资产。在上述涉案财产中，关于行为人合法财产能否追缴以及如何追缴的问题，实践中存在差异。一种观点认为，可以借鉴法院审理民事案件的的经验，部分民事案件中无可替代执行财产时，对于被执行人唯一住所的房产可以予以执行，故刑事案件可以参照这一做法，对于不足以退赔集资参与人损失的，行为人的合法财产可以列入追缴范围。另一种观点认为，不能简单照搬民事审判做法，理由是根据2015年最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》，执行唯一住所的房产是有条件的，仅是为了打击被执行人故意逃避执行提前卖房、转移资产等行为的例外条款，其他情况下不能推定适用。第二种观点更符合法理且较为稳妥，在处理追赃与不随意处置合法财产的关系时，应确立合法财产等值赔偿原则，即办案机关对需依法追缴的涉案财物和责令退赔范围内的等值财物，应当及时采取查封、扣押、冻结，防止相关财物被转移、隐匿、毁损。涉案财物已经转移、隐匿、毁灭，不足以弥补集资参与人损失的，办案机关可以在等值财物范围对参与人的其他财产予以查封、扣押、冻结。查封、扣押、冻结的财物价值应当与涉案金额相当，并为犯罪嫌疑人、被告人及其抚养、赡养的亲属保留必需的生活费用和物品。对于依法应当追缴的财产与其他合法财产混合且不可分割，犯罪嫌疑人、被告人又不能提供其他替代性财物的，可以一并采取查封、扣押、冻结措施。如某区检察院在办理H集团非法集资案中，由于H集团与第三方民营企业共同入股投资建设某城市地产项目，因H集团涉案，其取得地块被公安机关一并扣押、冻结，客观上也影响了第三方民营企业的项目的推进获利，审查期间多次向司法机关申请解封，检察机关对此高度重视，会同公安机关经调查研究后，在促成第三方还款1.7亿元的基础上，及时解封相关不动产，维护了该民营企业的合法利益。综上，对非法集资活动中构成犯罪的组织者、领导者、主要实施者，应当依法追缴其全部违法所得，并责令其对非法集资活动造成的全部损失承担连带赔偿责任。

（二）一般参与者

对于一般参与者的退赔范围，实践中存在差异。一种观点认为，普通业务员与主犯系共同犯罪，根据一般共犯理论，应当责令销售人员退赔投资人的经济损失，这样有助于追赃挽损。另一种观点认为，普通业务员并未直接占有、使用或者支配投资人的投资款，责令其退赔全部投资人的投资款不仅显失公平，且在现实中几乎不可能做到，故应当以其实际获利作为退赔标准。后一种观点实际上从主从犯角度出发，这一处理与共犯理论并不相悖，在贯彻宽严相济政策上也更为可行。因此，相较组织者、领导者和积极参加者，对一般参与者应当在退赔义务、退赔范围上作出区分，要求前者履行追缴义务严格；对于后者则明确要求其退赔全部违法所得，不对全案数额承担连带责任，亦不需适用合法财产的等值赔偿原则，只根据其在非法集资中所起的作用，责令其承担相应的赔偿责任。实践中，违法所得是指从事非法集资活动过程中获取的一切费用，还是将“工资”除外，意见不一。2014年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》（以下简称2014年《意见》）仅规定了代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用应当追缴，2021年《条例》也并未列入“工资”，但司法实践多将工资部分一并追缴。尽管工资名义上对应的是劳务所得，但由于其单位及本人从事的是非法集资犯罪，所得收入不因分配名目不同而产生性质差异，同时普通业务员的责任追究依据的是其对非法集资行

为的参与程度,也不会因为追缴了“工资”而导致把本不追究刑事责任的其他劳务人员(如财务、司机等)也予以打击。因此,本着应追尽追的原则,应当将“工资”列入追缴和退赔范围。当然,依法追缴的违法所得和全部犯罪嫌疑人、被告人赔偿资金的总和,不应超过全部集资参与人未兑付的本金金额。

(三) 提供帮助作用者

在非法集资类犯罪中,发现有两类帮助行为尤其值得关注。其一,行为人在经营过程中,通过虚设或者夸大资金项目等名目,以明显低于市场价格的交易方式、非法债务清偿、违法犯罪活动或者其他不公平、不正当方式,从非法集资的资金或其转换的财物中获取利益,造成“账面上”无赃可追,对于这类帮助人员,根据2014年《意见》等规定,依法应当依法追缴全部违法所得。当然为非法集资单位或个人提供正常劳务的人员所取得的公平对价,不应追缴。其二,关于第三方人员。2010年《解释》中规定了明知他人从事欺诈发行股票、债券,非法吸收公众存款,擅自发行股票、债券,集资诈骗或者组织、领导传销活动等集资犯罪活动,为其提供广告等宣传的,以相关犯罪的共犯论处。但随着互联网金融第三方非法平台的介入,被拉长的非法集资行为链增加了各环节的刑事风险,这类帮助行为由于介入的有限性,在与非法集资主体认定共犯时存在理论和证据的多重障碍。有鉴于此,《刑法修正案(九)》增设了非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪等罪名,对违反有关规定,为非法集资活动提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持、或者提供广告推广、支付结算等帮助且情节严重的行为,予以刑事规制,体现了当前刑事立法的积极主义立场和“打早打小”“打深打透”的趋势。因此,追缴全部违法所得,不仅限于构成非法集资犯罪的犯罪嫌疑人、被告人,也包括涉嫌其他关联违法犯罪的人员,如为非法集资活动提供软件开发、技术支持、营销推介、支付结算、广告宣传等帮助,如明知是非法集资犯罪所得及其犯罪所得产生的收益,掩饰隐瞒其来源和性质的,构成帮助信息类或洗钱等犯罪的,应当及时立案查处,依法追缴或责令退赔全部违法所得,并根据其在非法集资活动中所起的作用,责令其承担相应的赔偿责任。不构成犯罪的,应当依法追缴其全部违法所得,并由行政主管部门依法处理。

(四) 不作为犯罪处理的相关人员

实践中,对参与非法集资活动,但不作为犯罪处理或者尚不构成犯罪的其他人员是否追缴违法所得,做法不一。第一种观点认为,违法所得依据犯罪认定,不构成犯罪不宜追缴或难以处置。第二种观点认为,刑事责任是对涉案行为达到一定情节和数额时的定性,不追究某人的刑事责任,不意味着其所得合法有据,应予以追缴。第三种观点认为,从单位犯罪出发,由于涉案单位集资所得违法,其分配给各人的性质仍属非法,无论各人是否承担刑责,其违法所得均应予以追缴。由于非法集资作为法定犯的一种,无论是否刑事获罪,在行政上首先已属不法,而没收违法所得就属于行政处罚的范畴,据此,不追究刑事责任并不影响依法追缴全部违法所得。实践中,对于这类人员的追缴款项,可由公安机关或处置非法集资牵头机构从侦查伊始就设立公共账户,最终一并移送法院按比例发还集资参与人。

(五) 恶意逃废债的借款人

近年来,随着网贷等平台“爆雷”,部分借款人就从线上“遁”入线下,故意拖欠债务,不履行偿还义务。对于这类被放贷的借款人因为非法集资行为人被查处,便利用无人催还

或者钱款本身系非法集资所得等理由逃避归还的情形,实践中称之为“逃废债”。加上侦查机关取证时多重视资金从何处吸收、相对忽略资金去向何方,致使“逃废债”影响到全案的追赃挽损。由于借款人虽然属于无过错方(如有过错可依照共犯理论追缴),但按照民刑交叉案件处理原则,其借款合同并不当然无效,借款人债务不能因为债权人(如网贷平台)被查处而归于消灭。因此,对从非法集资的涉案单位或个人的集资款项中进行资金借贷的,应当责令其还款。相关非法集资案件立案侦查后,办案机关可以依法追缴借款人已到期借款的本金,明确告知不履行债务可能导致的后果,并探索适用依法冻结账户、列入个人征信等方式,督促恶意逃废债的债权人主动履行还款义务,最大限度归集资金;对于未到期的贷款本金,到期后由办案机关依法追缴。借款人构成犯罪的,应当依法追缴其全部违法所得和约定利息。约定利息的,应当责令借款人退赔,约定利率超过法律保护范围的部分,不予保护。另外,在追缴主体方面,应以公安机关为宜,但不受此限,比如检察机关也可以通过扩展公益诉讼等渠道积极探索。2020年通过的《上海市人大常委会关于加强检察公益诉讼工作的决定》中,在原有五大类保护领域基础上,明确新增了“城市公共安全、金融秩序、知识产权、个人信息安全、历史风貌区和优秀历史建筑保护”等5个领域,为检察机关开展“等”外探索提供了路径。

(六) 前期获利的集资参与者

2014年《意见》规定,以吸收的资金向集资参与者支付的利息、分红等回报应当依法追缴。因此,对集资参与者以通过非法集资活动投资所获的收益部分实施追缴,似乎没有合法性障碍,但这一规定存在多重问题。首先,从市场经济基本原理来说,风险与利益并存,高收益伴随高风险,是金融理财的共识,但长期以来非法集资行为人“保本保息”的虚假宣传等多种因素的叠加,造成了集资参与者只可获利不可受损的错觉。对此,2021年《防范和处置非法集资条例》明确规定:“因参与非法集资受到的损失,由集资参与者自行承担。”既然损失自负,那么获利也不应追缴。其次,从维护社会稳定角度考量,之所以强调防范化解金融风险的重要性,是因为涉众型经济犯罪人数众多,再“翻旧账”追缴若干年前已经获利的部分,势必再次引起社会波动,而且被告人被判处刑罚主要根据判决时造成的实际损失数额,如果追回,该笔损失金额必定发生变化,那么原判刑期是否要变化?已服刑完毕的如何处理?这对司法和维稳都可能造成较大困扰。最后,从可操作性出发,对于一般投资者而言,系按照合同规定获取的利息,如何证明其出于恶意?如是善意取得,要求返还是否有违合同法基本原理?综上,对集资参与者的前期获利,一般不宜追缴。当然,如果集资参与者自己既是投资人又是业务员“双重身份”的,可以作为除外情形考虑追缴。

三、刑事诉讼中检察机关对追赃挽损的全程参与

2019年《意见》中对公、检、法以及有关部门协同配合、最大限度做好追赃挽损工作进行了原则性规定,在具体应用中,检察机关要确保办案成效与社会效果,必须将实体与程序深度融通,即发挥参与刑事诉讼程序时的各项职能且尽可能工作前移,紧盯资金流向,聚焦追缴和退赔范围,综合运用刑事、行政和民事手段,及时查清资金去向、追缴控制涉案财物,责令相关责任主体及时退赃退赔,保全相关责任主体可用于赔偿的财物,最大限度地减少损失,确保防范化解金融风险的最大成效。

（一）侦查阶段

在侦查阶段，检察机关应通过提前介入等途径，引导公安机关重点查证资金流向，要有“资金流到哪里、案件查到哪里”的敏感性，而不是反过来“人抓到哪个、资金查到哪段”，从而做到应追尽追、不漏人、不漏事，不因情况不明而导致该追不追、事后流失的可能。同时，检察机关应从案件初始即强化法律监督职责，引导公安机关依法采取扣押、冻结、查封等强制措施，有效保全涉案财产。例如，上海检察机关第一时间提前介入“善林”“旌逸”等新发案件，依法办理吴小晖集资诈骗等重大案件。又如，上海某区院制发《关于集资类案件追赃挽损工作的情况通报》，针对传统类非法集资和线上非法集资案件资金归集的不同特点，建议公安机关在查办案件中，对线下案件及时冻结关联资金账户，对线上互联网集资平台全面梳理其债权和债务，实时对债务人发出催收函，对于集资后用于生产经营的案件，重点梳理其个人和关联公司的对外债权，向对应债务人发出催收函，以确保追赃挽损的成效。

（二）捕诉阶段

在审查逮捕、审查起诉环节，检察机关基于捕诉一体工作模式，既是审查复核证据、全面补充侦查精准打击犯罪的环节，同时也是检察机关结合认罪认罚从宽制度，妥善处置涉众型金融风险，实现办案的政治效果、法律效果和社会效果相统一的重要阶段，追赃挽损工作成效好坏，对落实最高人民检察院“三号检察建议”、参与防范重大金融风险攻坚战具有重要意义。

在证据审查和补充侦查方面，检察机关要加强对有关资金流向证据的审查，对涉案款物进行专门审查，督促和引导公安机关依法对赃款赃物进行查封、扣押、冻结。对犯罪分子违法所得及其孳息，要依法予以追缴或者责令退赔。鉴于审查逮捕环节案件尚未流转至检察机关，实践中可要求有意愿退赔的犯罪嫌疑人律师或者家属提供账户内存款凭证及银行卡复印件，以便公安机关远程冻结账户或统一划扣，而审查起诉阶段可直接交由检察机关扣押，或由公安机关追缴后随案移送至检察机关。引导侦查不是一时一事，而是涵盖了从提前介入、捕后诉前引导、审查起诉两次退回补查，甚至诉至法院后仍需调取补查的全流程，涉众型金融犯罪案件涉及面广且取证要求高，尤其要通过多段引导、层层递进，突出检察机关金融风险防控的力度和成效，尤其要关注金融犯罪所得通过“地下钱庄”、虚拟货币等途径流至境外，关注是否用于金融放贷等领域涉黑恶违法犯罪，为治理“套路贷”“校园贷”等犯罪及相关黑灰产业“打财断血”。

在贯彻宽严相济政策方面，检察机关应对公安机关涉案财物的查封、扣押、冻结的合法性进行审查，可以充分运用审查逮捕权、变更羁押措施、相对不起诉等鼓励犯罪嫌疑人积极主动退赃，重视办理案件与追赃挽损并重，助力“三大攻坚战”。2020年，上海检察机关为盘活涉企资产开展了一系列有益的探索，如某区院会同公安机关、金融监管部门督促涉案保险公司赔付5亿余元；某区院与公安机关、审计部门、企业所在地政府主管部门复核底层债权，参与分配执行款5000万元；某区院针对债权、股权、不动产、不良资产等不同类型资产探索分类处置，会同公安机关、律所、会计审计等制定类型化追赃方案，在Z集团集资诈骗案追回损失2.9亿余元；某区院针对主犯（负责人、股东等）力推全部兑付后作相对不起诉的办案方向，而对从犯（团队经理及业务员等）制定逮捕标准及审查起诉期间变更羁押措施的标准，鼓励犯罪嫌疑人积极主动退赃退赔，为审查起诉阶段追赃挽损

工作提供新的思路。

检察机关审查案件的过程也是发现类案隐患的重要途径，除了办案中加强相关金融监管部门的调研、适时参与社会治理外，也有必要与银行、证券、保险等金融监管部门的协调配合，对于尚未进入刑事领域的关联公司及相关人员及时与金融监管部门联合，制发检察建议等，切实防范一些金融创新中的风险向金融犯罪的转化。

（三）审判阶段

在法院审理阶段，检察机关应注意案件涉及的高利贷、非法集资、非法借贷拆借、非法典当等金融违法行为，发现犯罪线索的，依法及时移送有关侦查机关。对于可能影响社会稳定的金融纠纷案件，及时与政府和有关部门沟通协调，积极配合做好处理突发事件的预案。对于重大敏感复杂案件，认真制定依法处置、舆论引导、风险防控“三同步”应急处置预案，防范少数不法人员煽动、组织群体性和突发性事件而引发新的社会矛盾，与政府相关部门统筹协调相关案件处理，防止金融风险扩散蔓延，确保案件审理不受影响。

鉴于部分金融案件案情复杂、审判期限较长，能否提前处置涉案财物，也是摆在司法人员面前的一项难题。因此，在同时符合下列三个条件的情形下，可以提前返还：一是确有必要。根据2014年《意见》和司法实践通行做法，查封、扣押、冻结的涉案财物一般应在诉讼终结后返还集资参与人。但现实情况是，由于部分物品如汽车、电子产品、临近到期的金融票证等随着诉讼进展往往出现价值贬损，有必要先行处置、及时变现，从化解金融风险角度，应支持提前返还。二是事实清楚。包括涉案犯罪事实查证属实，主要犯罪嫌疑人已到案并被采取强制措施；同时集资参与人的人数、损失已查清核实，是确保一旦提前返还或设置部分比例先行发还后，不会影响诉讼顺利进行。三是风险可控。包括涉案财物权属关系清晰明确，没有争议；提前返还不损害其他集资参与人或者利害关系人利益。这是确保避免引发新的风险的重要条件，也是实践中司法机关顾虑重重、较难推进的主要原因。本着稳步推进的原则，2019年上海市公、检、法经研商后会签印发《涉众型金融犯罪案件价值易贬损财物先行处置办法》，进一步明确处置职权分工、启动条件、流程程序等司法实践中亟待回应的操作性问题。如在办理“旌逸”系列案中，对涉案的手机、电脑等电子产品，由政法委牵头成立资产清理小组并委托拍卖公司进行拍卖，检察机关全程参与拍卖方案的制定论证，最终标的物拍卖价格与主流电商平台售价基本相同，避免了电子产品迅速折价的不利后果，获得投资人的普遍认可。2020年某区院与上海二手车交易中心签订备忘录，公开拍卖的车辆均溢价成交，总额达500余万元。此外，对于行为人将集资款用于购买房产、投资股权以及购买飞机出租、开办超市经营等情况，为确保处置精准，对涉案特定赃物、债券、股权等，探索委托第三方专业机构处置的新路径，以更专业化的方式实现特定款物的资产变现甚至盈利。

（四）执行阶段

法院执行阶段，检察机关可以探索与公安、金融监管、工商等部门建立信息通报机制，加大对涉金融案件的执行力度。在法律、政策范围内，运用检察智慧助力法院灵活适用执行方式方法。如参与探索附条件拍卖、国企承接、第三方代建等资产处置方式，主动为金融不良贷款和楼盘债务化解提供司法服务。此外，为配合法院提高执行成效，检察机关可加强与银行等金融机构信息共享，为金融机构开展风险评级、防范金融风险提供重要依据。联合法院、公安机关定期向政府相关部门、行业协会等通报有关情况，对失信被执行人在

政府采购、招标投标、行政审批、政府扶持、市场准入、资质认定等方面予以信用惩戒，构建“一处失信、处处受限”的联合监管格局。通过集中时间、集中力量、统一调度、强化力度等多种方式，积极履行法律监督职能，配合法院有计划地开展金融案件专项执行活动，妥善运用诸如以资产使用权抵债、资产抵债返租、企业整体承包经营、债权转股权等执行方式，努力解决难以执行的金融纠纷案件。针对在金融案件审执过程中发现的问题，及时提出检察建议，提醒金融机构严把审查关，提高放贷安全性，防范金融风险复发。

（责任编辑：冯引如）

The Role and Approach of Asset Recovery and Loss Withdrawal in Preventing and Resolving Financial Risks: From the Perspective of the Procuratorial Practice in Shanghai

ZHOU Zijian^{1,2}, WANG Guan², JIANG Jie², TAN Xiao², JIANG Fan²

(1. East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042;

2. Shanghai Jing'an People's Procuratorate, Shanghai 200042)

Abstract: Recovering stolen money or goods in loss is crucial to preventing and dissolving financial risks. Prosecuting authority shall deeply combine substantive law and procedural law in order to ensure working effectiveness. In the substantive aspect, the 11th Amendment to Criminal Law has made several revisions to illegal fund-raising crimes. While intensifying the punishment of illegal fund-raising, recovering stolen money or goods is clearly listed as one kind of statutory leniencies. To six subjects including active participants, general participants, help-providers, non-criminals, persons who escape and revoke debts, fund-raisers who get early profits, the requirements of pressing for payment and recovering can be detailed respectively. Recovering stolen money or goods in loss shall cover the entire process of criminal proceedings. Prosecuting authority shall give full play to procuratorial functions and actively participate in preventing and dissolving financial risks in all stages from investigation, arrest and prosecution, judgment to execution.

Key Words: the recovery of stolen money or goods in loss, financial risks, restitution to be lenient in treatment, prosecuting authority, criminal proceedings

针对亚裔美国人的仇恨犯罪研究*

张 焰 张乐宁 弗朗西斯·本顿 著**
朱若菡 译***

内容摘要：本研究以全美犯罪案件报告系统中1992年至2014年的数据为基础，通过对比针对非洲裔和拉美裔美国人的仇恨犯罪的性质与特征，分析针对亚裔美国人的仇恨犯罪的性质与特征。本研究以应用少数族裔同质性与少数族裔异质性两种研究模型开展分析。研究结果呈多样性。从受害者特征变量和绝大多数犯罪者特征变量来看，针对亚裔美国人的仇恨犯罪与针对非洲裔及拉美裔美国人的仇恨犯罪存在相似之处。这一结果支持了少数族裔同质性模型。但是，从针对亚裔美国人仇恨犯罪中犯罪者的种族特征以及犯罪案件的情境特征来看，其均与针对非洲裔、拉美裔美国人仇恨犯罪中的同类变量存在显著差异。而这一结果则支持了少数族裔异质性模型。

关键词：仇恨犯罪；亚裔美国人；全美犯罪案件报告系统；少数族裔同质性；少数族裔异质性

一、引言

自1965年《移民和归化法案》(Immigration and Naturalization Act)颁布之后，亚洲赴美国的移民人数大幅增加。⁽¹⁾ 尽管目前亚裔美国人仍是人数相对较少的少数族群，但这一群体已成为美国增长速度最快的少数族裔之一。美国人口普查局的数据(Census Bureau)显示，亚裔人口从1980年的350万人增长至2000年的1190万人。到2013年，这一人数已增长至1940万人，占美国总人口的5.6%。随着亚裔人口的增长，历年来针对亚裔美国人的犯罪案件数量也随之增长。根据全美犯罪受害调查(National Crime Victimization Survey, NCVS)显示，从2015年至2018年，针对亚裔的暴力犯罪率从每千人(12岁或以上)8.2人升至16.2人。⁽²⁾ 纽约市警察局(New York City Police Department, NYPD)的数据显示，2008年至2019年间亚裔是纽约市唯一一个在所有犯罪领域受害经历

* This article was first published in the American Journal of Criminal Justice as Yan Zhang, Lening Zhang & Francis Benton, *Hate Crimes against Asian Americans*, American Journal of Criminal Justice (2021). <https://doi.org/10.1007/s12103-020-09602-9>

原文刊载于《美国刑事司法杂志》(American Journal of Criminal Justice)2021年版。本文译者已获作者及原发表期刊授权翻译并发表。原杂志收稿：2020年9月28日；录用：2020年12月11日；在线发表：2021年1月7日。出版者施普林格(Springer Nature)对于出版的地图和机构从属关系保持中立。

** 张焰(Yan Zhang)，博士，萨姆休斯顿州立大学刑事司法和犯罪学系教授。

张乐宁(Lening Zhang)，博士，圣弗朗西斯大学社会学和刑事司法学教授。

弗朗西斯·本顿(Francis Benton)，德克萨斯州刑事司法局行政服务部门研究人员。

***朱若菡，华东政法大学2017级国际法学院博士研究生。

(1) Grieco, E. M., Acosta, Y. D., de la Cruz, G. P., Gambino, C., Gryn, T., Larsen, L. J., Edward N. Trevelyan, Walters, N. P. (2012), *The Foreign-Born Population in the United States: 2010*. (May 19, 2020), <https://www2.census.gov/library/publications/2012/acs/acs-19.pdf>.

(2) Bureau of Justice Statistics, National Crime Victimization Survey, 2015, 2018 Public-Use File.

均有所增加的族群。⁽³⁾ 例如, 2008年纽约市亚裔美国人在谋杀案受害者中占4.0%, 强奸案受害者中占4.7%, 抢劫受害者中占11.6%, 暴力袭击案受害者中占5.2%, 所有重大盗窃受害者中占10.3%。2019年, 以上各类占比分别增长至6.9%、8.0%、15.6%、7.7%、15.7%。近年来针对亚裔美国人的仇恨犯罪也呈增长态势。联邦调查局(Federal Bureau of Investigation, FBI)数据显示, 因偏见导致的针对亚裔美国人的犯罪案件在2012年至2014年间年均增长率约为12%。尽管2014至2015年这一数字暂时下降, 但2015年至2018年间针对亚裔的仇恨犯罪再次增长。⁽⁴⁾ 洛杉矶县人际关系委员会(Los Angeles County Commission on Human Relations)发布的《2015年仇恨犯罪报告》(2015 Hate Crime Report)也指出, 报告的针对亚裔美国人的犯罪从2014年的6件增长至2015年的18件, 翻了3倍。

近一年多以来, 随着新冠肺炎疫情的出现以及在全美的急剧扩散, 针对亚裔美国人的仇恨犯罪数量激增。⁽⁵⁾ 这一情况从大众媒体对“仇恨事件”的报道中可以窥见一斑。根据亚太政策和规划委员会(The Asian Pacific Policy and Planning Council)和华人平权行动组织(Chinese for Affirmative Action)新近发布的报告, “2020年3月至6月间, 全美报告的与新冠肺炎疫情有关的反亚裔美国人仇恨事件超过2100件”。⁽⁶⁾

尽管针对亚裔美国人的仇恨犯罪不断增多, 多数实证研究依然主要着眼于针对非洲裔美国人和拉美裔的仇恨犯罪。⁽⁷⁾ 迄今为止, 关于针对亚裔美国人仇恨犯罪的实证研究寥寥无几。针对亚裔美国人仇恨犯罪的受害者、犯罪行为、犯罪者、情境条件的性质与特征大多尚处于未知状态。本研究的目的是, 通过将针对亚裔的仇恨犯罪与针对非洲裔和拉美裔的仇恨犯罪进行对比, 探讨针对亚裔美国人仇恨犯罪的性质和特征。研究提出两个理论模型来指导所要进行的分析——少数族裔同质性(minority-general)和少数族裔异质性(minority-specific)模型。少数族裔同质性模型提出针对亚裔美国人的仇恨犯罪与针对非洲裔及拉美裔美国人的仇恨犯罪不存在显著差异性, 因为所有针对少数族裔的仇恨犯罪都同等的具有随意性或偶然性。⁽⁸⁾ 与之相对, 少数族裔异质性模型则假设, 与针对非洲裔和拉美裔的仇恨犯罪相比, 针对亚裔美国人的仇恨犯罪可能呈现独特性, 因为美国社会

(3) *Crime and Enforcement Activity Reports*, NYPD (May 8, 2020), <https://www1.nyc.gov/site/nypd/stats/reports-analysis/crime-enf.page>

(4) 犯罪率是根据联邦调查局2013年至2018年《仇恨犯罪数据》进行计算(U.S. Department of Justice, 2017)。

(5) See Cabanatuan, M. (2020). *Coronavirus: Asian American Groups Compile Hate Crime Reports as Trump Persists in "Chinese Virus" Attacks*. *San Francisco Chronicle*; Gover, A. R., Harper, S. B., & Langton, L. (2020). *Anti-Asian Hate Crime During the COVID-19 Pandemic: Exploring the Reproduction of Inequality*. *American Journal of Criminal Justice*, 45, p.647-667; Jeung, R. (2020). *Incidents of Coronavirus Discrimination March 26-April 1, 2020: A Report for ASPCON and CAA*. *Asian Pacific Policy and Planning Council*. Retrieved from https://www.asianpacificpolicyandplanningcouncil.org/wp-content/uploads/Stop_AAAP_Hate_Weekly_Report_4_3_20.pdf.

(6) Erin Donaghue, *2,120 Hate Incidents against Asian Americans Reported During Coronavirus Pandemic*, CBS News (July 2, 2020), <https://www.cbsnews.com/news/anti-asian-american-hate-incidents-up-racism/>.

(7) See Gladfelder, A. S., Lantz, B., & Ruback, R. B. (2017). *The Complexity of Hate Crime and Bias Activity: Variation Across Contexts and Type of Bias*. *Justice Quarterly*, 34, p.55-83; Grattet, R. (2009). *The Urban Ecology of Bias Crime: A Study of Disorganized and Defended Neighborhoods*. *Social Problems*, 56(1), p.132-150; Green, D. P., Strolovitch, D. Z., & Wong, J. S. (1998). *Defended Neighborhoods, Integration, and Racially Motivated Crime*. *American Journal of Sociology*, 104(2), p.372-403; King, R. D., & Wheelock, D. (2007). *Group Threat and Social Control: Race, Perceptions of Minorities, and the Desire to Punish*. *Social Forces*, 85(3), p.1255-1280; King, R. D., Baller, R. D., & Messner, S. F. (2009). *Contemporary Hate Crimes, Law Enforcement, and the Legacy of Racial Violence*. *American Sociological Review*, 74, p.291-315; Lyons, C. J. (2007). *Community (Dis) Organization and Racially Motivated Crime*. *American Journal of Sociology*, 113(3), p.815-863; Lyons, C. J. (2008). *Defending Turf: Racial Demographics and Hate Crime against Blacks and Whites*. *Social Forces*, 87(1), p.357-385.

(8) Green, D. P., McFalls, L.H., & Smith, J. K. (2001). *Hate Crime: An Emergent Research Agenda*. *Annual Review of Sociology*, 27, p.479-504.

针对亚裔的潜在的成见,以及“模范少数族裔(model minority)”的标签。⁽⁹⁾根据这两个模型,本研究对比了针对亚裔美国人仇恨犯罪和针对非洲裔美国人、拉美裔仇恨犯罪的三个方面,包括受害者特征、犯罪者特征和犯罪案件的情境特征。

二、研究背景

尽管“仇恨犯罪”这个术语在20世纪80年代才普遍兴起,但对少数族裔的仇恨在美国由来已久。⁽¹⁰⁾亚裔美国人也未能置身仇恨之外。例如,在19世纪初,“白种人秩序”(Order of Caucasians)——一个白人至上群体——的纵火犯因为白人失业潮而谋杀了4名中国人。这一群体用抵制、纵火、谋杀手段打压中国移民,以驱逐和根除对经济不景气负有责任的“Asiatics”(带有冒犯色彩的亚洲人称谓)。⁽¹¹⁾第二次世界大战偷袭珍珠港事件激起了美国人民的反日情绪,导致超过10万名日裔美国人被关进集中营。直到1988年,这些人被联邦政府没收的财产和赔款才被返还。⁽¹²⁾

尽管20世纪60、70年代的民权运动对亚裔美国人而言是个转折点,但由于1965年《移民和归化法案》的实施⁽¹³⁾以及因为安置越南战争难民而带来大量的移民潮,使得美国社会针对亚裔的敌对情绪重新复燃。⁽¹⁴⁾而20世纪70、80年代日本汽车制造商在美国市场取得的成功,更是导致了臭名昭著的1982年文森特·金(Vincent Chin)谋杀事件的发生。谋杀者当时高喊,“就是因为你我们才失业”。⁽¹⁵⁾1987年,一个名为“Dotbusters”的新泽西团伙因为泽西城印度人经营的生意数量的增长而把一个亚洲人打到昏迷。⁽¹⁶⁾1999年,菲律宾裔美国人约瑟夫·伊莱托(Joseph Iletto)在洛杉矶被枪杀,仅仅只是因为他是“非白人”和一个“好的机会目标”。⁽¹⁷⁾2001年,凯尼斯·赵(Kenneth Chiu)被一名相信“中国人和黑人持有武器”的袭击者刺死。⁽¹⁸⁾

以上所列举的历史上针对亚裔美国人的仇恨犯罪案例说明,仇恨犯罪并不是一个新的犯罪现象;相反,它是更大范围内传统的反移民情绪的一部分。在政客的煽动下,近期移民潮使得人们将移民视为威胁,认为移民是导致国家、经济和文化的不安全状态的部分原因。⁽¹⁹⁾

(9) See Assalone, A. E., & Fann, A. (2017). *Understanding the Influence of Model Minority Stereotypes on Asian American Community College Students*. *Community College Journal of Research and Practice*, 41(7), p. 422–435; Koo, D. J., Peguero, A. A., & Shekarkhar, Z. (2012). *The “Model Minority” Victim: Immigration, Gender, and Asian American Vulnerabilities to Violence at School*. *Journal of Ethnicity in Criminal Justice*, 10, p. 129–147.

(10) Goldstein, L. F. (2017). *The U.S. Supreme Court and Racial Minorities: Two Centuries of Judicial Review on Trial*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.

(11) Chen, J. J. (2017). *First Ever Tracker of Hate Crimes against Asian-Americans Launched*. NPR News (Feb, 2, 2017), <https://www.npr.org/sections/codeswitch/2017/02/17/515824196/first-ever-tracker-of-hate-crimes-against-asian-americans-launched>.

(12) Japanese American Citizens League. (n.d.), *History*. (April 28, 2018), <https://jacl.org/history>.

(13) Grieco, E. M., Acosta, Y. D., de la Cruz, G. P., Gambino, C., Gryn, T., Larsen, L. J., Edward N. Trevelyan, Walters, N. P. (2012), *The Foreign-Born Population in the United States: 2010*. (May 19, 2020), <https://www2.census.gov/library/publications/2012/acs/acs-19.pdf>.

(14) Fong, T. P. (2008). *The Contemporary Asian American Experience: Beyond the Model Minority* (3rd ed.). Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall; Jacobs, J. B., & Potter, K. (2000). *Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics*. New York: Oxford University Press.

(15) Japanese American Citizens League, n. d. See footnote 12. Levin, J., & McDevitt, J. (2013). *Hate Crimes: The Rising Tide of Bigotry and Bloodshed*. New York: Springer Publishing.

(16) See footnote 11.

(17) See footnote 14.

(18) See footnote 14.

(19) See Martinez, R., & Lee, M. T. (2000). *On Immigration and Crime*. *Criminal Justice*, 1, p.485–524; Stacey, M., Carbone-Lopez, K., & Rosenfeld, R. (2011). *Demographic Change and Ethnically Motivated Crime: The Impact of Immigration on Anti-Hispanic Hate Crime in the United States*. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 27(3), p.278–298.

自2020年春季以来,新冠肺炎疫情在美国和世界各地传播,再加上一些政客给病毒贴上了具有种族歧视和仇外色彩的标签,导致针对亚裔美国人的仇恨犯罪激增。⁽²⁰⁾与疫情相关的污名化行为和针对亚裔美国人仇恨犯罪案件的激增说明,这是一个历史上反复发生且值得研究的重要社会问题。

虽然近年来对拉美裔的研究越来越多,⁽²¹⁾但现有针对少数族裔仇恨犯罪问题的研究主要集中在针对非洲裔美国人的仇恨犯罪。⁽²²⁾针对亚裔美国人的仇恨犯罪至今为止,在很大程度上受到了研究者的忽视。⁽²³⁾

针对亚裔美国人仇恨犯罪的研究不足可能有多种原因。其主要原因之一则是缺少针对亚裔犯罪的数据库。简单地说,低频率发生的事件可能会影响研究人员进行“理性和分析”的能力,⁽²⁴⁾亦可能影响研究的“数据准确性”。⁽²⁵⁾有言论认为,针对亚裔美国人的仇恨犯罪数量维持在较低水平,可能与亚裔美国人的“模范少数族裔”的状态有关。⁽²⁶⁾例如,在高等教育体系中,亚洲人常被视为“模范少数族裔”,尽管他们也会面临和经历种族主义和歧视问题。他们往往凭借高超的学习成就被大学录取,而这“对白人学生和他们想要保护学术界不受有色学生侵占的想法而言可能有不同的意义”。⁽²⁷⁾此外,针对亚裔美国人的仇恨犯罪之所以发生频率较低,可能与对案件的报告不足有关,使得实际发生的案件并不能在犯罪数据中显示出来。一项针对全国范围内的警察进行的调查研究指出,亚裔是所有族群中,犯罪案件报案率最低的一族。⁽²⁸⁾不少亚洲移民存在着语言障碍,使得他们无法有效向警察报告犯罪受害情况。此外,这一群体的移民身份、在正义观念上的文化差异、以及对司法体系的了解不足等因素,都使得他们不情愿向执法部门报告所经历的案件。⁽²⁹⁾

三、理论模型

本研究旨在考察针对亚裔美国人仇恨犯罪的性质和特征,以弥补现有研究空白。本研究将对针对亚裔美国人仇恨犯罪和针对非洲裔及拉美裔的仇恨犯罪的性质和特征。我们提出少数族裔同质性、少数族裔异质性两种对比模型。少数族裔同质性模型假设针对亚裔美国人仇恨犯罪的特征与针对非洲裔美国人、拉美裔仇恨犯罪的特征不具有显著的差异性。

(20) Cabanatuan, 2020. See footnote 5. Gover et al., 2020. See footnote 5. Jeung, 2020. See footnote 5.

(21) Shively, M., Subramanian, R., Drucker, O., & Edgerton, J. (2013). *Understanding Trends in Hate Crimes against Immigrants and Hispanic-Americans*. Washington, DC: National Institute of Justice. Office of Justice Programs, U.S. Department of Justice.

(22) See Craig, K. M., & Waldo, C. R. (1996). "So, What's a Hate Crime Anyway?" *Young Adults' Perceptions of Hate Crimes, Victims, and Perpetrators*. *Law and Human Behavior*, 20, p.113-129; Craig, K. M. (1999). *Retaliation, Fear, or Rage: An Investigation of African American and White Reactions to Racist Hate Crimes*. *Journal of Interpersonal Violence*, 14, p.138-51; Gladfelder et al., 2017. See footnote 7; Grattet, 2009. See footnote 7; Green et al., 1998. See footnote 7; King et al., 2009. See footnote 7; King & Wheelock, 2007. See footnote 7; Lyons, 2007. See footnote 7; Lyons, 2008. See footnote 7.

(23) 有一些针对亚裔美国人仇恨犯罪及亚裔对此类犯罪反应的案例研究(如, Hall & Hwang, 2001; Lee, Vue, Seklecki, & Ma, 2007)。此外,也有一些研究在整体上分析仇恨犯罪时提及针对亚裔美国人仇恨犯罪(e.g. Levin & Amster, 2007)。

(24) See footnote 7.

(25) See footnote 7.

(26) Stotzer, R. L., & Hossellman, E. (2012). *Hate Crimes on Campus: Racial/Ethnic Diversity and Campus Safety*. *Journal of Interpersonal Violence*, 27(4), p.644-661.

(27) See footnote 26.

(28) Davis, R. C., & Erez, E. (1998). *Immigrant Populations as Victims: Toward a Multicultural Criminal Justice System*. Washington, DC: U.S. Department of Justice.

(29) 拉美裔移民可能也面临类似的障碍。同一调查指出,拉美裔在最有可能不愿报告的种族-民族群体中排名第二(42%)。See footnote 28.

之前的研究显示,仇恨犯罪案件具有任意性或偶然性。⁽³⁰⁾当一名有犯罪动机的嫌犯发现一个情境机会并找到一个合适的少数族裔目标时,犯罪者就可能会把种族歧视付诸行动。此类行动往往是即兴的,且并不针对某一特定的少数族裔。

捍卫族群(defended community)观点大概就能契合少数族裔同质性模型。根据这一观点,仇恨犯罪的发生是因为居民有保护居民群体不受外族入侵的强烈意愿。⁽³¹⁾当居民感觉自身的族群身份受到了威胁且要采取行动应对威胁时,捍卫族群就会出现。种族动机导致的犯罪即是这种居民可能采取的措施之一,以应对他们认为其他族裔群体带来的“入侵”或威胁。

尽管之前的研究没有特别对比针对不同少数族裔的仇恨犯罪,⁽³²⁾但有研究显示,针对不同少数族裔仇恨犯罪的相关因素较为相似。例如,格林(Green)等研究了1987年至1995年间纽约市针对少数族裔的仇恨犯罪和人口/经济因素之间的关系。研究发现,针对亚裔、拉美裔和黑人的仇恨犯罪在少数族裔流入增多的白人居住区最为常见。⁽³³⁾

格拉特(Gratte)利用1995年至2002年间萨克拉门托警察局(Sacramento Police Department)的仇恨犯罪报告数据,研究了种族构成、集中劣势、人口流动性等因素对总的仇恨犯罪的影响,以及这些因素对针对黑人的歧视犯罪的影响是否相似。结论显示,影响整体仇恨犯罪的相关因素与影响针对黑人歧视犯罪的相关因素之间存在一些微小区别。⁽³⁴⁾格拉德菲尔特(Gladfelter)等分析了宾夕法尼亚人际关系委员会(Pennsylvania Human Relations Commission, PHRC)2000年至2011年的数据,发现不同族裔混居成度越高的社区,其针对黑人和拉美裔的仇恨事件的发生率越低。⁽³⁵⁾

相较而言,少数族裔异质性模型则假设针对亚裔美国人的仇恨犯罪可能与针对非洲裔、拉美裔的仇恨犯罪在特征上有所不同。与非洲裔和拉美裔相比,亚裔美国人因其体格特征、文化传统及在美国取得的个人和整体成就而具有独特的特点。2015年,美国人口普查局数据显示,亚裔美国人家庭收入中位数为77166美元,而白人家庭的这一数字则为62950美元,非洲裔美国人家庭为36898美元,拉美裔家庭为45148美元。⁽³⁶⁾该数据还显示,2015年,21.4%的亚裔美国人拥有高等教育学位,而白人的这一数字为13.4%,非洲裔美国人8.2%,拉美裔为4.7%。⁽³⁷⁾正是因为这些成就,亚裔美国人常被视为“模范少数族裔”。他们的成功可能被其他种族群体看作是潜在威胁。

种族竞争观点认为不同种族群体在经济体系中地位不同,物质资源在不同种族群体中

(30) Green, D. P., McFalls, L.H., & Smith, J. K. (2001). *Hate Crime: An Emergent Research Agenda*. *Annual Review of Sociology*, 27, p.479-504.

(31) See de Sena, J. (1990). *Protecting One's Turf: Social Strategies for Maintaining Urban Neighborhoods*. Lanham, MD: University Press of America; Rieder, J. (1987). *Canarsie: The Jews and Italians of Brooklyn against Liberalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press; Suttles, G. D. (1972). *The Social Construction of Communities*. Chicago: University of Chicago Press; *Hate Crime Statistics*, 2016, United States Department of Justice, Federal Bureau of Investigation (Nov. 27, 2017), <https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2016/resource-pages/about-hate-crime>.

(32) 有一些研究对比了仇恨犯罪和传统犯罪的性质和特征(例如, Klein & Allison, 2018; Messner et al., 2004; Stacey, 2015)。

(33) See footnote 7.

(34) See footnote 7.

(35) See footnote 7.

(36) Proctor, B. D., Semega, J. L., & Kollar, M. A. (2016). *Income and Poverty in the United States: 2015*. (March, 26, 2018), <https://www.census.gov/library/publications/2016/demo/p60-256.html>.

(37) Rayan, C. L., & Bauman, K. (2016). *Educational Attainment in the United States: 2015*. (March, 26, 2018), <https://www.census.gov/content/dam/Census/library/publications/2016/demo/p20-578.pdf>.

分配不均。⁽³⁸⁾ 一些群体可以接触到的物质资源比其他群体要好。在经济下行时, 如果一个种族群体认为他们对物质资源的可及性与特权受到了其他种族的威胁, 种族冲突和仇恨犯罪就有可能发生。

亚裔美国人传统上被视为“模范少数族裔”。然而, 当他们的成功超越了可以接受的范围, 亚裔美国人可能面临为了制衡少数族裔权力而实施的仇恨犯罪。“……亚裔美国人是二等公民——如果他们一直做沉默、被动的‘模范少数族裔’, 则可被容忍; 但如果他们想要行权, 则会被歧视对待甚至有更糟糕的处境。”⁽³⁹⁾ 正如倡导亚裔美国人民权和人权的一家非营利组织——亚裔美国人公正促进协会(Asian Americans Advancing Justice)所言, “在我国种族局面中, 亚裔美国人面临独特的挑战: 无论我们和我们的国家处于何种关系, 我们都永远被视为外国人。我们被描绘成‘模范少数族裔’, 被放在其他有色族群的对立面上”。⁽⁴⁰⁾

尽管将针对亚裔美国人的仇恨犯罪与其他少数族群仇恨犯罪相对比的研究凤毛麟角, 但确有一些之前的研究指出针对不同少数族群的仇恨犯罪存在一些区别。例如, 史黛西(Stacey)运用统一犯罪报告(Uniform Crime Report)2000年至2007年仇恨犯罪数据和各州法律信息研究发现, “将侵犯民事权利的行为犯罪化的州, 其所报告的反黑人事件更多; 而对仇恨犯罪的定义更宽泛的州, 其所报告的反拉美裔仇恨犯罪更多”。⁽⁴¹⁾ 然而, 如果少数族裔群体规模更大、政治权利更大, 这种关联性就会有所降低。如果州中黑人人口多于白人且有更多非洲裔美国人掌握政治权力, 这个州报告的反黑人仇恨犯罪数量就会相对较少。与此相似, 如果州中拉美裔人口多于白人, 该州报告的反拉美裔仇恨犯罪也会相对较少。

这些研究结果意味着影响针对少数族裔的仇恨犯罪的因素可能会对目标少数族裔的特征比较敏感。由于长期以来的种族主义、社会和经济的不平等以及文化差异, 非洲裔、拉美裔和亚裔美国人等不同少数族裔在美国社会中处于不同的地位。种族差异行为理论认为, 种族差异主要构成于社会、经济和文化领域。⁽⁴²⁾ “只要人们服从、遵守社会中种族化的交互行为规则, 他们就会被视为在以可为社会所接受的方式行使‘差异行为’”。⁽⁴³⁾

四、本研究

在以上理论模型的指导下, 本研究逐一对比了针对亚裔和针对非洲裔以及拉美裔的仇恨犯罪的三个方面的特征变量——受害者、犯罪者和案件情境特征。本研究考察的具体问

(38) See Olzak, S. (1990). *The Political Context of Competition: Lynching and Urban Racial Violence, 1882-1914*. *Social Forces*, 69(2), p. 395-421; Olzak, S. (1992). *The Dynamics of Ethnic Competition and Conflict*. Stanford, CA: Stanford University Press; Olzak, S. (2013). *Competition Theory of Ethnic/Racial Conflict and Protest*. In D. A. Snow, D. Della Porta, B. Klandermans, & D. McAdam (Eds.), *The Wiley-Blackwell Encyclopedia of Social and Political Movements*. Hoboken, NJ: Wiley; Soule, S. A., & van Dyke, N. (1999). *Black Church Arson in the United States, 1989-1996*. *Ethnic and Racial Studies*, 22(4), p. 724-742; van Dyke, N. A., Soule, S. A., & Widom, R. (2001). *The Politics of Hate: Explaining Variation in the Incidence of Anti-Gay Hate Crime*. *Research in Political Sociology*, 9, p. 35-58.

(39) See footnote 14.

(40) *Asian Americans Advancing Justice*. (n.d.), Racial Justice (2020), (May 8, 2020), <https://advancingjustice-aaajc.org/racial-justice>.

(41) Stacey, M. (2015). *The Effect of Law on Hate Crime Reporting: The Case of Racial and Ethnic Violence*. *American Journal of Criminal Justice*, 40, p. 876-900.

(42) See Messerschmidt, J. (1997). *Crime as Structured Action: Gender, Race, Class, and Crime in Making*. Thousand Oaks, CA: Sage; Perry, B. (2001). *In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes*. Hove, UK: Psychology Press; West, C., & Fenstermaker, S. (1995). *Doing Difference*. *Gender & Society*, 9, p. 8-37.

(43) Klein, B. R., & Allison, K. (2018). *Accomplishing Difference: How Do Anti-Race/Ethnicity Bias Homicides Compare to Average Homicides in the United States*. *Justice Quarterly*, 35, p. 977-1003.

题包括:

第一, 作为仇恨犯罪受害者的亚裔与非洲裔、拉美裔受害者相比, 是否呈现出一些独特特征?

第二, 针对亚裔仇恨犯罪的罪犯是否与针对非洲裔、拉美裔仇恨犯罪的罪犯有显著不同的特征?

第三, 针对亚裔仇恨犯罪案件的情境是否与针对非洲裔、拉美裔的仇恨犯罪案件的情境有显著不同的特征?

五、数据和方法

(一) 数据

本文使用全美犯罪案件报告系统(National Incident Based Reporting System, NIBRS)中1992年至2014年的数据进行分析。全美犯罪案件报告系统是基于案件的综合性数据收集系统, 收集了涉及48个A类犯罪的每个案件和逮捕数据。与统一犯罪报告中的数据相比, 全美犯罪案件报告系统数据中包含更多的仇恨犯罪案件信息。在美国, 执法机构通过三种不同的渠道向美国联邦调查局提交仇恨犯罪信息: 全美犯罪案件报告系统、电子仇恨犯罪记录以及微软Excel工作簿工具报告。⁽⁴⁴⁾ 通过全美犯罪案件报告系统报告的机构提供的仇恨犯罪信息, 要远多于其他两个途径抓取的信息。例如, 在全美犯罪案件报告系统中可以查到犯罪者、受害者和被捕者的年龄、性别、种族、民族等信息, 而执法机构在通过电子仇恨犯罪记录和微软Excel工作簿工具上报时则不会提供此类数据。

具体而言, 我们使用的是由国际大学间政治与社会研究联盟(Inter University Consortium for Political and Social Research, ICPSR)所提供的全美犯罪案件报告系统的案件层数据。这一数据中每个犯罪案件均有一份记录, 犯罪行为、受害者、犯罪者的相关变量被整合在这同一份记录中。如果一个事件有多个犯罪者、受害者或犯罪行为, 我们只采用排名第一的犯罪者、受害者或犯罪事件的信息。总体来说, 在1992年至2014年间, 共有3400个执法机构通过全美犯罪案件报告系统报告了28094件具有种族动机的仇恨犯罪。我们抽取了针对亚裔、非洲裔和拉美裔的子类别的数据进行分析。此外, 考虑到本项研究的目的, 我们把受害人类别限制在个人受害人, 把犯罪行为类别限制在暴力犯罪。这些历史数据提供了覆盖更多行政区域的充足案例以供分析。在数据库中, 总计有10981项针对以上三类种族/民族群体的暴力仇恨犯罪事件。其中, 有478件仇恨犯罪案件针对亚裔, 8628件针对非洲裔美国人, 1875件针对拉美裔。

由于收集、记录上报的仇恨犯罪信息存在挑战和困难, 数据集中仍有变量缺少重要的值。数据筛选时显示, 主要是与犯罪者相关的变量存在缺失值的情况。例如, 在犯罪者种族方面, 共缺失2121(19.3%)的值; 在犯罪者性别方面, 共缺失1873(17.1%)的值; 在犯罪者年龄方面, 共缺失2533(23.1%)的值; 共有1798(16.4%)的案例在以上三项犯罪者相关变量上均缺少值。一般在数据分析时如果遇到缺少值的情况, 可以使用缺失值估算方法。但当缺失值的比例超过15%, 或者当多个变量均同时存在缺失值的情况出现时,

(44) *Hate Crime Statistics*, 2016, United States Department of Justice, Federal Bureau of Investigation. (2017 Nov. 27)., 2016, <https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2016/resource-pages/about-hate-crime>.

缺失值估算方法则不能适用。⁽⁴⁵⁾ 为确定缺失值的缺失模式,我们创建了一个二进制的指标变量。当任何犯罪者或受害者相关变量缺失值,被编为1,否则被编为0。三个种族/民族群体的缺失值模式均进行了检验。检验结果显示,31%的针对亚裔案例、28.4%的针对黑人案例、28.3%的针对拉美裔案例在受害者、犯罪者相关变量上存在缺失值。卡方检验测试显示,三个群体的缺失模式不存在显著差异(卡方值=1.49, df=2, p=.474)。

由于仇恨犯罪的突发性,受害者可能很难确定、回想起与居住地、犯罪者—受害者关系、武器使用和受伤情况等案件相关的变量信息。这些信息可能也会受到警官证实信息的能力、选择报告与否的决定的影响。为最大化地使用情境相关变量,这些变量上的缺失值被编为未知。⁽⁴⁶⁾

此外,由于历史原因,亚裔美国人不同于其他少数族群,可能会定居在不同类型的地区。因此,亚裔美国人可能会受到不同类别的潜在犯罪者的攻击,或在不同地区的不同的社会、政治或经济情况下受到攻击,这些因素反过来可能会与别的因素交织,导致仇恨犯罪的发生。为控制区域环境的影响,我们根据报告犯罪的警察局确定事件发生的县,并将其纳入分析。我们使用美国人口普查局2000年的县一级数据来确定不同种族群体人口规模、经济变量的值。由于由州警察局所处理的案件不能被细化到具体的县,这些案件被排除在分析范围内。

最后,在分析受害者和犯罪者种族时,我们注意到数据集中存在种族内部案件。鉴于本研究重点关注源于种族动机的仇恨犯罪,我们在分析时删除了种族内部案件数据。最终本研究的样本量是7136件,包括813个县中发生的329件针对亚裔、5463件针对黑人、1344件针对拉美裔的仇恨犯罪案件。

(二) 变量和数值

为比较针对亚裔、非洲裔和拉美裔的仇恨犯罪特点,我们用受害者的民族—种族身份创建了两个二进制因变量。第一个因变量用于比较针对亚裔美国人和非洲裔美国人的仇恨犯罪,其中,针对非洲裔美国人的犯罪编为0,针对亚裔美国人的犯罪编为1。第二个因变量用于比较针对亚裔美国人和拉美裔的仇恨犯罪,编号也相同(0=针对拉美裔犯罪,1=针对亚裔美国人犯罪)。

分析还使用了3组自变量,包括受害者、犯罪者和案件情境相关变量。受害者变量包括受害者的年龄、性别和居住状态。受害者的年龄按年计算,编入4组:1=18岁以下,2=18~34岁,3=35~44岁,4=45岁或以上。受害者的性别是哑变量,0=女性,1=男性。受害者的居住状态指受害者是否在犯罪发生地点有永久居所,包括3个类别:0=不是本地居民,1=本地居民,2=未知。犯罪者相关变量包括犯罪者的年龄、性别和种族。同样,犯罪者的年龄按年计算,与受害者年龄值编入同样的年龄类别。犯罪者的性别也被编为0=女性,1=男性。犯罪者的种族也编入两个类别,0=白种人,1=非白种人。

案件情境相关变量包括受害者—犯罪者关系、仇恨犯罪案件发生地点、仇恨犯罪案件发生时间、使用武器情况、受伤情况和仇恨犯罪事件中的药物滥用情况。受害者—犯罪者关系变量编入3类:0=陌生人,1=熟人,2=未知关系。仇恨犯罪事件发生地点被分为6类:

(45) Tabachnick, B. G., & Fidell, L. S. (2007). *Using Multivariate Statistics (5th ed.)*. Boston: Allyn & Bacon/Pearson Education.

(46) See Messner, S. F., Mchugh, S., & Felson, R. B. (2004). *Distinctive Characteristics of Assaults Motivated by Bias*. *Criminology*, 42(3), p.585-618; Tabachnick, & Fidell, 2007. See footnote 45.

0=居所/家, 1=商业/零售, 2=高速路/道路, 3=学校/大学, 4=停车场/车库, 5=其他地点。之前的研究将地点分为三类, 包括居所、道路或开阔地点、其他地点。⁽⁴⁷⁾ 不过我们对数据的描述性分析显示, 亚裔与非洲裔、拉美裔的区别多见于细节。因此, 我们决定将值分得更细包括更多类别。仇恨犯罪发生的时间变量编入4个类别: 1=早上1~6点, 2=早上7~12点, 3=下午1~6点, 4=下午7~12点。青少年司法和犯罪预防办公室(The Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, OJJDP) 分析显示, 从早6点至晚6点, 犯罪者实施暴力犯罪的案件数量呈增加态势, 并在晚7点至8点间达到顶峰, 然后逐渐下降, 直至早6点。⁽⁴⁸⁾ 我们将犯罪时间分为4类, 以捕捉更多变化。与梅斯纳(Messner)等的研究一样, 我们将武器使用变量分为5类: 0=未使用武器, 1=枪支, 2=个人武器, 3=其他武器, 4=未知/不适用。受伤变量被编入4类: 0=未受伤, 1=轻伤, 2=重伤, 3=未知/不适用。犯罪者物质使用情况是哑变量, 1=犯罪者摄入了酒精或药物, 0=未知/不适用。⁽⁴⁹⁾

因研究数据汇集了1992年至2014年之间不同年份的数据, 所以需要创建一个时间变量, 控制诸如仇恨犯罪定义、全美犯罪案件报告系统数据收集流程、社会中其他改变等潜在变化。传统做法是创建一系列标明案件发生年度的时间哑变量。⁽⁵⁰⁾ 但是, 由于本研究涉及超过20年的数据, 使用这一方法可能会出现太多时间哑变量, 不利于分析。因此, 我们采取了替代方法, 创建了一个时间变量来反应仇恨犯罪定义和联邦调查局数据收集流程的变化。

《1990年仇恨犯罪数据法案》(1990 Hate Crime Statistics Act) 将仇恨犯罪定义为“有明确证据显示具有种族、宗教、性别取向或民族偏见的犯罪”。⁽⁵¹⁾ 该法案出台后, 1994年出台、1997年1月1日实施了《暴力犯罪控制和执法法案》(Law Enforcement Act, 42 U.S.C. Ch. 136, 1994),⁽⁵²⁾ 2009年出台、2013年实施了《马修·谢巴德与詹姆斯·伯德预防仇恨犯罪法案》(Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act of 2009, 18 U.S. Code § 249, 2009),⁽⁵³⁾ 鲜见其他重大更新和更改。这些新颁布的立法授权联邦调查局大幅调整仇恨犯罪相关数据收集方法。⁽⁵⁴⁾ 因此, 本研究将时间变量分为3类: 1=“1992~1996”, 2=“1997~2012”, 3=“2013~2014”(参照类别)。这个变量在本研究中是控制变量(变量描述数据请见表1)。

从美国人口普查局2000年数据中取得的县一级变量包括整体人口规模、亚裔美国人比例、非洲裔美国人比例、拉美裔比例、失业率、某县家庭收入中位数。由于人口规模分布存在偏斜度, 我们对变量做了对数变换。研究还创建了一个区域变量, 以抓取诸如美国各区域文化传统、社会经济和政治情况不同而带来的未测算的潜在差异。该变量分为4类: 0=南部(参照类别), 1=东北部, 2=中北部, 3=西部(县级变量描述分析请见表2)。

(47) 即梅斯纳(Messner)等的研究(2004)。See footnote 46.

(48) *OJJDP Statistical Briefing Book*, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention (October 22, 2018), <https://www.ojjdp.gov/ojstatbb/>.

(49) 此处使用的变量值与全美犯罪案件报告系统记录手册中的编码机制一致, 该手册可应要求获取。

(50) See Lott, J. R., & Mustard, D. B. (1997). *Crime, Deterrence, and Right-to-Carry Concealed Handguns*. *The Journal of Legal Studies*, 26(1), p. 1-68; Marvell, T. B., & Moody, C. E. (1996). *Specification Problems, Police Levels, and Crime Rates*. *Criminology*, 34(4), p. 609-646.

(51) Hate Crime Statistics Act, 28 U.S.C. Section 34 (1990).

(52) Violent Crime Control and Law Enforcement Act, 42 U.S.C. Chapter 136, (1994).

(53) Matthew Shepard, & James Byrd, Jr. (2009). Hate Crimes Prevention Act, 18 U.S. Code § 249.

(54) *Hate Crime Statistics, 2016*, United States Department of Justice, Federal Bureau of Investigation. (Nov. 27, 2017), <https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2016/resource-pages/aboutthatecrime>.

（三）分析策略

为比较针对亚裔和针对非洲裔、拉美裔仇恨犯罪的性质和特征，我们分析了两个多层次逻辑回归模型。由于仇恨犯罪事件发生在各个县，本研究采取多层次方法控制不同县之间的社会环境差异因素。具体而言，研究计入了数据的嵌套属性，并在分层模型中相应调整了参数估计的标准误差。广义分层线性模型（Generalized Hierarchical Linear Modeling, GHLM）模拟了各县的随机效应，并估计了多层次逻辑回归分析中独立变量的固定效应。

六、结果

表1和表2展示了针对亚裔美国人、非洲裔美国人和拉美裔仇恨犯罪的描述性分析结果。总体而言，针对三个群体的仇恨犯罪均最有可能以18~34岁的年轻人、男性、本地居民为目标。不过，相比非洲裔和拉美裔，亚裔更有可能在非居住地成为受害者（24% vs. 非洲裔16.8%，拉美裔16.3%）。与黑人和拉美裔受害者相比，亚裔也更有可能被非白种人犯罪者攻击（25.5% vs. 非洲裔1.0%，拉美裔18.9%）。

就案件情境特征而言，亚裔美国人更有可能遭到陌生人的侵袭（39.2% vs. 非洲裔30.7%，拉美裔30.1%），在居所被害的可能性相对较低（23.7% vs. 非洲裔34.4%，拉美裔29.5%），更有可能在学校/大学被攻击（17% vs. 非洲裔8.9%，拉美裔11.2%）。三个群体在仇恨犯罪发生的时间、武器使用、受伤情况和药物滥用上呈现相似模式。

县一级变量的研究结果显示，亚裔人口比例略高的县更有可能发生针对亚裔美国人的仇恨犯罪。此外，家庭收入中位数略高的县针对亚裔美国人仇恨犯罪案件数量也较多。最后，针对亚裔美国人仇恨犯罪案件更有可能在东北区域发生。

表1 个人层级变量的描述分析（n=7136）

		总计 (n=7136)		反亚裔 (n=329)		反非洲裔 (n=5463)		反拉美裔 (n=1344)	
		n	%	n	%	N	%	n	%
受害者变量									
受害者 年龄	18岁以下	1748	24.5	79	24.0	1302	24.1	367	27.3
	18~34岁	3066	43.0	152	46.2	2309	42.3	605	45.0
	35~44岁	1225	17.2	49	14.9	965	17.7	211	15.7
	45岁或以上	1097	15.4	49	14.9	887	16.3	161	12.0
受害者 性别	女性	2426	34.0	109	33.1	1957	35.8	360	26.8
	男性	4710	66.0	220	66.9	3506	64.2	984	73.2
受害者 居住状态	非本地居民	1215	17.0	79	24.0	917	16.8	219	16.3
	本地居民	4624	64.8	197	59.9	3507	64.2	920	68.5
	未知	1297	18.2	53	16.1	1039	19.0	205	15.2
犯罪者变量									
犯罪者 种族	白种人	6744	94.5	245	74.5	5409	99.0	1090	81.1
	非白种人	392	5.5	84	25.5	54	1.0	254	18.9
犯罪者 性别	女性	1046	14.7	52	15.8	815	14.9	179	13.3
	男性	6090	85.3	277	84.2	4648	85.1	1165	86.7
犯罪者 年龄	18岁以下	1421	19.9	81	24.6	1010	18.5	330	24.6
	18~34岁	3111	43.6	149	45.3	2358	43.2	604	44.9
	35~44岁	1244	17.4	51	15.5	987	18.1	206	15.3
	45岁或以上	1360	19.1	48	14.6	1108	20.3	204	15.2

案件变量									
受害者-犯罪者关系	陌生人	2212	31.0	129	39.2	1678	30.7	405	30.1
	熟人	3899	54.6	155	47.1	3009	55.1	735	54.7
	未知	1025	14.4	45	13.7	776	14.2	204	15.2
地点	居所/家	2355	33.0	78	23.7	1881	34.4	396	29.5
	商业/零售	1050	14.7	67	20.4	791	14.5	192	14.3
	高速路/道路	1605	22.5	59	17.9	1240	22.7	306	22.8
	学校/大学	690	9.7	56	17.0	484	8.9	150	11.2
	停车场/车库	572	8.0	26	7.9	412	7.5	134	10.0
	其他	864	12.1	43	13.1	655	12.0	166	12.4
时间	早晨1~6点	840	11.8	32	9.7	646	11.8	162	12.1
	早晨7~12点	1400	19.6	51	15.5	1113	20.4	236	17.6
	下午1~6点	2459	34.5	124	37.7	1866	34.2	469	34.9
	下午7~12点	2437	34.2	122	37.1	1838	33.6	477	35.5
武器	未使用武器	363	5.1	22	6.7	275	5.0	66	4.9
	枪支	323	4.5	8	2.4	222	4.1	93	6.9
	其他武器	1178	16.5	51	15.5	862	15.8	265	19.7
	个人武器	2185	30.6	129	39.2	1525	27.9	531	39.5
	未知/不适用	3087	43.3	119	36.2	2579	47.2	389	28.9
受伤	未受伤	2156	30.2	89	27.1	1648	30	419	31.2
	轻伤	1633	22.9	107	32.5	1073	19.6	453	33.7
	重伤	320	4.5	16	4.9	213	3.9	91	6.8
	未知/不适用	3027	42.4	117	35.6	2529	46.3	381	28.3
犯罪者滥用药物情况	摄入酒精/药物	1282	18.0	49	14.9	979	17.9	254	18.9
	未知/不适用	5854	82.0	280	85.1	4484	82.1	1090	81.1
控制变量									
年度	1992~1996	427	6.0	34	10.3	294	5.4	99	7.4
	1997~2012	5861	82.1	260	79.0	4503	82.4	1098	81.7
	2013~2014	848	11.9	35	10.6	666	12.2	147	10.9

表2 县级变量的总体描述性分析

	发生反亚裔犯罪的县 (n=168)		发生反非洲裔犯罪的县 (n=713)		发生反拉美裔犯罪的县 (n=417)	
	平均值 (标准差)	幅度	平均值 (标准差)	幅度	平均值 (标准差)	幅度
2000年人口(对数)	5.10 (1.21)	1.56~7.63	4.07 (1.24)	.87~8.59	4.29 (1.38)	.65~8.59
2000年亚裔比例%	2.15 (2.11)	.20~13.00	1.06 (1.45)	.00~13.00	1.31 (1.67)	.00~13.00
2000年非洲裔比例%	9.54 (12.32)	.10~60.90	7.97 (12.39)	.00~67.30	7.19 (11.04)	.00~63.60
2000年拉美裔比例%	5.45 (6.42)	.50~41.50	4.42 (7.11)	.20~78.20	5.93 (7.50)	.20~45.30
2000年失业率	3.24 (0.93)	1.40~7.10	3.44 (1.43)	.90~28.00	3.32 (1.06)	1.10~8.70

2000年 家庭收 入中位 数	53,213 (11,445)	34,072 ~ 92,146	46,089 (10,218)	20,496~ 97,225	48,067 (10,654)	24,930 ~ 92,146
区域						
东北部	16.1%	0~1	7.0%	0~1	6.7%	0~1
中北部	31.5%	0~1	36.6%	0~1	35.5%	0~1
西部	16.1%	0~1	13.0%	0~1	22.5%	0~1
南部	36.3%	0~1	43.3%	0~1	35.3%	0~1

表3 对比针对亚裔美国人和针对非洲裔美国人、拉美裔的仇恨犯罪特征的分层线性逻辑回归模型

固定效应		亚裔 vs. 非洲裔美国人 (n ₁ =5792; n ₂ =723)			亚裔 vs. 拉美裔 [†] (n ₁ =1673; n ₂ =463)		
		B	标准误差	Exp(b)	b	标准误差	Exp(b)
个人层级变量							
受害者变量							
受害者年 龄	18岁以下	-.163	.257	.849	-.144	.271	.866
	18~34岁	.219	.208	1.244	-.025	.219	.975
	35~44岁	.170	.233	1.186	-.085	.258	.919
	45岁或以上 ^a						
受害者性 别	女性 ^a						
	男性	.095	.143	1.099	-.126	.177	.881
受害者居 住状态	非本地居民 ^a						
	本地居民	-.211	.174	.809	-.363	.175	.696
	未知	-.121	.235	.887	-.393	.260	.675
犯罪者变量							
犯罪者种 族	白种人 ^a						
	非白种人 ^a	3.603	.220	36.718***	.350	.176	1.419 *
犯罪者性 别	女性 ^a						
	男性	-.112	.181	.894	-.024	.212	.977
犯罪者年 龄	18岁以下	.344	.228	1.411	.007	.254	1.007
	18~34岁	.113	.187	1.120	.123	.230	1.131
	35~44岁	-.042	.226	.959	.040	.253	1.041
	45岁或以上 ^a						
案件变量							
受害者- 犯罪者关 系	陌生人 ^a						
	熟人	-.427	.146	.652 **	-.546	.174	.579**
	未知	-.302	.208	.739	-.334	.208	.715
地点	居所/家 ^a						
	商业/零售	.249	.191	1.282	.250	.211	1.284
	高速路/道路	-.258	.190	.773	-.292	.204	.746
	学校/大学	.958	.233	2.607***	.712	.265	2.039 **
	停车场/车库	-.111	.282	.895	-.362	.253	.696
	其他	-.061	.232	.941	.035	.237	1.035

时间	上午 1~6 点	-.389	.263	.678	-.367	.257	.693
	上午 7~12 点	-.655	.197	.520 ***	-.381	.214	.683
	下午 1~6 点	-.175	.134	.839	-.038	.143	.963
	下午 7~12 点 ^a						
武器	未使用武器 ^a						
	枪支	-.447	.499	.639	-1.310	.610	.270 *
	个人武器	-.072	.250	.930	-.142	.286	.868
	其他武器	-.268	.280	.765	-.384	.324	.681
	未知/不适用	-.710	.358	.491 *	-.474	.505	.622
受伤	未受伤 ^a						
	轻伤	.536	.163	1.709***	.149	.205	1.160
	重伤	.082	.286	1.085	.048	.327	1.049
	未知/不适用	.562	.302	1.754	.715	.452	2.044
犯罪者滥用药物情况	摄入酒精或药物	-.310	.187	.733	-.128	.194	.880
	未知/不适用 ^a						
控制变量							
年度	1992~1996	1.136	.287	3.114 ***	1.284	.341	3.609 ***
	1997~2012	.244	.204	1.277	.284	.235	1.328
	2013~2014 ^a						
县级变量							
截距		-3.119	.492	.044 ***	-1.194	.529	.303 *
	总人口	-.018	.086	.983	.173	.100	1.189
	亚裔比例	.140	.036	1.150***	.157	.053	1.170 **
	非洲裔比例	-.003	.008	.997	.003	.010	1.004
	拉美裔比例	-.024	.014	.976	-.084	.023	.919***
	失业率	.021	.066	1.021	.025	.128	1.026
	收入中位数	<.001	<.001	1.000	<.001	<.001	1.000
区域	南部						
	东北部	.561	.231	1.761*	.541	.298	1.717
	中北部	-.581	.207	.651 **	-.221	.243	.802
	西部	.362	.256	1.514	-.401	.283	.670

^a非洲裔是参照类别。在个人层级， $n_1=5792$ ，在县级， $n_2=723$
⁺拉美裔是参照类别。在个人层级， $n_1=1673$ ，在县级， $n_2=463$
^a表示每个独立变量中的参照类别
 *** $p<0.05$ ， $p<0.01$

表 3 分别展示了对比针对亚裔和针对非洲裔、拉美裔仇恨犯罪的两个多层次逻辑回归模型结果。

(一) 针对亚裔美国人和非洲裔美国人仇恨犯罪比较

表 3 的结果显示，针对亚裔美国人和非洲裔美国人仇恨犯罪在受害者特征（即受害者年龄、性别和居住状态）上差别不大。如表 1 所示，针对两个种族群体的仇恨犯罪的受害者均倾向于是 18 至 34 岁间的，犯罪发生地本地的，男性居民。

在比较犯罪者相关变量时，犯罪者种族变量呈现显著差异。与针对非洲裔的仇恨犯罪

相比,针对亚裔的仇恨犯罪更有可能由非白人犯罪者($b=3.60$, $\exp.(b)=36.72$)而非白人犯罪者实施。其他犯罪者特征(即性别和年龄)则相差不大。针对两个种族族群仇恨犯罪的犯罪者均倾向是男性和18-34岁的年轻人。

对案件情境特征的分析揭示了更多显著差异。与针对非洲裔的仇恨犯罪相比,针对亚裔的仇恨犯罪更有可能由陌生人而非熟人作案($b=-.43$, $\exp.(b)=0.65$)。针对两个种族族群的仇恨犯罪发生地点也有显著差异。与非洲裔受害者相比,亚裔更有可能在学校/大学、非居所所在地遭遇仇恨犯罪($b=0.96$, $\exp.(b)=2.61$)。相较而言,非洲裔则更有可能在居所遭遇仇恨犯罪。⁽⁵⁵⁾仇恨犯罪案件发生时间亦有所不同。与针对黑人的仇恨犯罪相比,针对亚裔的仇恨犯罪更有可能在晚上7点至12点发生,而非早晨7点至12点($b=-.66$, $\exp.(b)=0.52$)。

在武器使用或药物滥用上,针对亚裔美国人和非洲裔美国人的仇恨犯罪没有显著差异,但两者在受伤状况上差异显著。亚裔美国人受轻伤的情况($b=.47$, $\exp.(b)=1.59$)多于不受伤的情况。年度这个控制变量也有较大影响。早年亚裔美国人的仇恨犯罪报告率($b=1.14$, $\exp.(b)=3.11$)高于非洲裔美国人。⁽⁵⁶⁾

表3的结果显示,某县中亚裔人口的相对规模有可能会增加其遭遇仇恨犯罪的几率($b=.14$, $\exp.(b)=1.15$)。经济状况差异则未有较大影响。另外还存在一些区域差异,与非洲裔美国人相比,亚裔美国人更有可能在东北部遭遇仇恨犯罪($b=.56$, $\exp.(b)=1.76$),但在中北部遭遇仇恨犯罪的可能性($b=-.58$, $\exp.(b)=.65$)小于南部。⁽⁵⁷⁾

(二) 针对亚裔美国人和拉美裔仇恨犯罪比较

表3中第2个模型展示了针对亚裔和拉美裔仇恨犯罪的比较结果。针对这两个种族群体仇恨犯罪的有些模式与针对亚裔、非洲裔仇恨犯罪的模式相似,有些则不同。例如,针对亚裔和拉美裔仇恨犯罪的受害者特征没有显著差别;相比白人,其他少数族裔犯罪者更有可能对亚裔施加仇恨犯罪等。不过,一个明显差别是,针对拉美裔的仇恨犯罪与针对亚裔的仇恨犯罪相比,更有可能涉及枪支($b=-1.31$, $\exp.(b)=0.27$)。与针对亚裔和非洲裔仇恨犯罪模式相比,针对亚裔和拉美裔的仇恨犯罪在犯罪时间、受伤状况和犯罪者的物质使用方面没有显著区别。同样,“年度”这一控制变量影响很大,1992~1996年间亚裔美国人报告的仇恨犯罪数量比拉美裔报告数量要多。

在县一级,亚裔人口相对规模有可能增加针对亚裔仇恨犯罪的可能性,而拉美裔人口相对规模也有可能增加针对拉美裔仇恨犯罪的可能性。在亚裔和拉美裔的对比上,区域影响并不显著。

七、讨论和结论

本研究基于1992年至2014年间的全美犯罪案件报告系统数据和美国人口普查局2000年县级数据,通过与针对非洲裔和拉美裔的仇恨犯罪性质和特征进行对比,考察了针对亚裔仇恨犯罪的性质和特征。研究提出了少数族裔同质性和少数族裔异质性两个理论模型,

(55) 在居所/家中发生的仇恨犯罪可能包括与居所有关的案件,例如对家中财产实施破坏、损毁、故意破坏财物、纵火。

(56) 早年报告率较高可能是因为联邦调查局统一犯罪报告仇恨犯罪数据集种族分类的改变。2013年之后,“亚裔或其他太平洋岛民”这一种族类别扩展为两个不同类别:“亚裔”和“本土夏威夷人或其他太平洋岛民”。

(57) 我们也将警察机构作为分析的第二层级单位进行了多层级分析。结果显示,警察机构的随机效应并不显著(τ (Block) = .77, $df = 2622$, $x^2 = 2243$, $p > .50$; τ (Hispanic) = 1.06, $df = 2622$, $x^2 = 1961$, $p > .50$),这说明不同警察机构报告和记录程序之间的差别不太可能对结果有显著影响。

以指导对受害者、犯罪者和案件情境相关变量的对比分析。数据揭示了几项有意义的结论。

在受害者的年龄、性别和居住状态等特征上,针对亚裔美国人的仇恨犯罪与针对非洲裔和拉美裔美国人的仇恨犯罪没有显著差异。受害者均倾向于是男性、年轻人、犯罪发生地居民。这些发现在一定程度上支持了少数族裔同质性模型,这一模型假设针对不同少数族裔的仇恨犯罪不会相差太大。这些相似性源自受害者的一些人口学特征。居住在本地的年轻男性更有可能成为具有种族动机的仇恨犯罪的目标。

再者,在犯罪者的年龄和性别上,针对亚裔的仇恨犯罪与针对非洲裔、拉美裔的仇恨犯罪亦较为相似。犯罪者倾向于是男性、年轻人。此前研究显示,无论其存在偏见的动机如何,年轻男性总体上是仇恨犯罪的主要犯罪者。⁽⁵⁸⁾在解读犯罪者实施仇恨犯罪的动机时,乐文和马可德维特(Levin and McDevitt)指出,“寻求刺激者(thrill-seeker)”代表了仇恨犯罪者中最大的群体。⁽⁵⁹⁾这些人实施犯罪是“因为无聊,要找乐子,想感觉自己很强大”。⁽⁶⁰⁾这些发现亦支持了少数族裔同质性模型。

不过,本研究也有一些发现支持少数族裔异质性模型,这一模型假设针对不同少数族裔群体的仇恨犯罪可能会有显著不同。首先,针对亚裔、非洲裔和拉美裔仇恨犯罪的犯罪者在种族上差异显著。具体而言,与针对非洲裔、拉美裔的仇恨犯罪相比,针对亚裔的仇恨犯罪更有可能由非白种人实施。出现这一结果可能是由于其他少数族群对“模范少数族裔”存在敌意。如前所述,其他少数族裔持有的“模范少数族裔”成见认为亚裔在经济、教育和其他领域的成功导致出现潜在的竞争或构成了威胁,从而可能导致其他少数族裔对其憎恶并实施仇恨犯罪。针对亚裔的其他有色少数族裔可能符合乐文和马可德维特描述的“反应派(reactionists)”这一类。⁽⁶¹⁾“反应派”实施犯罪不是冲动行为,其动机是保护自己的资源免受竞争者争抢。⁽⁶²⁾这一发现也间接支持了种族竞争会煽动仇恨犯罪这个观点。即在经济下行时,当某一种族群体认为,他们对物质资源的获取和特权受到了其他种族群体的威胁,就有可能出现种族冲突和仇恨犯罪。⁽⁶³⁾尽管区域经济状态在本研究中对于针对不同族群的仇恨犯罪未能呈现出影响,但本研究并未检验个人层级的经济竞争假设。还需进一步研究才能了解仇恨犯罪是否受到个人经济压力或因多样性而产生的不安的驱动。⁽⁶⁴⁾

其次,针对不同族裔的仇恨犯罪在案件情境特征上呈现更为显著的差异。与非洲裔相比,亚裔更有可能在学校环境中成为仇恨犯罪的目标。这一区别仍有可能是“模范少数族裔”成见的表征。亚裔被描绘为“模范”,因而更有可能受到其他少数族裔的非难。羡慕或嫉妒亚裔所取得的较高的教育成就、工作成就也有可能引起其他族裔的憎恶情绪。

在受害者—犯罪者关系、受伤情况和案件发生时间上,针对亚裔和非洲裔的仇恨犯罪呈现不同模式。亚裔更有可能成为陌生人的犯罪受害者,更有可能受轻伤。针对亚裔的仇恨犯罪较少发生在早上,而以晚上居多。这些发现均支持少数族裔异质性假设,而此类差

(58) Steinberg, A., Brooks, J., & Remtulla, T. (2003). *Youth Hate Crimes' Identification, Prevention, and Intervention*. *American Journal of Psychiatry*, 160, p.979-989.

(59) See footnote 15.

(60) See footnote 58.

(61) See footnote 15.

(62) See footnote 58.

(63) See footnote 38.

(64) Green, D. P., Abelson, R. P., & Garnett, M. (1999). *The Distinctive Political Views of Hate Crime Perpetrators and White Supremacists*. In D. A. Prentice & D. T. Miller (Eds.), *Cultural Divides: Understanding and Overcoming Group Conflict*. New York: Russell Sage Foundation.

异机制值得进一步探究。

在比较针对亚裔和针对拉美裔仇恨犯罪时，上述针对亚裔和非洲裔仇恨犯罪之间的部分差别也同样存在。例如，在受害者—犯罪者关系、仇恨犯罪案件发生地点、案件发生时间上，两者存在相似的差异模式。针对亚裔和针对拉美裔的仇恨犯罪有一个显著区别。即不同于针对拉美裔的仇恨犯罪，针对亚裔的仇恨犯罪较少使用枪支。这一独特的差异也值得进一步从亚裔和拉美裔的状态和特征方面加以探究。所有这些显著差异说明，亚裔的族裔状态和相关特征对其成为仇恨犯罪受害者有重要影响，这也支持了少数族裔异质性模型。

解读这些研究结果须得谨慎。本研究分析的数据只涵盖通过全美犯罪案件报告系统上报执法机构的仇恨犯罪案件。人们通常认为官方数据可能无法反应真实的犯罪状况。由于亚裔和拉美裔的犯罪报告率最低，这个因素影响尤其重大。⁽⁶⁵⁾此外，即使受害者报告了一件仇恨犯罪事件，警官在指认某一事件是否为仇恨犯罪时的裁量权可能也会严重影响数据是否纳入系统。如果警察更倾向于将针对某一种族的犯罪认定为仇恨犯罪，那可能使得比较数据和得出结论时出现不准确性。此外，通过全美犯罪案件报告系统报告的机构占全美所有执法机构的不到1/3。⁽⁶⁶⁾如果通过全美犯罪案件报告系统上报数据的辖区，在种族构成和其他人口特征上与不通过全美犯罪案件报告系统上报数据的辖区有显著差别，这也会对研究结果产生影响。因此，本研究得出的结果并不能全面代表针对亚裔美国人和其他少数族裔仇恨犯罪的一般模式。

尽管有以上局限性，本研究证明，比较分析针对不同族裔的仇恨犯罪在找到案件的异同方面很有价值。与将不同少数族裔合而为一的研究相比，本文所进行的分族裔比较研究则可以更好地发现犯罪分子是如何针对不同族裔实施犯罪的。结论显示，有必要作进一步的研究，以更好地理解亚裔所经历的仇恨犯罪，并进一步考察“模范少数族裔”成见对针对亚裔仇恨犯罪所带来的影响。为了解少数族裔间的经济竞争以及亚裔被认为的高教育成就是否对亚裔成为仇恨犯罪的目标有实质性影响，还需要开展更进一步的实证研究。此外，针对亚裔的仇恨犯罪者可能与针对非洲裔或拉美裔的犯罪者动机迥异。这些动机是否与其对公正的观念、个人身份有关，还是仅仅是为了追求刺激，尚待进一步研究。未来的研究需要收集更优质的数据，并且亚裔美国人要更多地发出自己的声音。

我们必须承认，亚裔内部也存在不同的民族背景，其在美国的社会历史经历也各不相同。整体上，亚裔被视为“模范少数族裔”，但亚裔内的不同民族则有着不同的同化或异化、文化适应或隔离、取得成功或陷入贫困的经历。在数据充足的情况下，对亚裔内不同民族所经历的仇恨犯罪进行比较分析，是具有研究价值的。本研究使用的全美犯罪案件报告系统数据没有关于受害者原始国籍的详细信息。我们希望未来的研究者可以收集相关数据进行分析。

本研究旨在分析仇恨犯罪的特征问题，这些特征可能是各少数族裔共有的，也可能是亚裔美国人所独有的。此类研究及相关结论应该可以增进我们对于不同文化传统和模式及相关社会问题的了解和理解。而这种了解和理解为认可文化多样性的现状、增进对相关社会问题的认识、促进互相尊重提供了基础。

（责任编辑：胡裕岭）

(65) See footnote 28.

(66) See footnote 54.

Hate Crimes against Asian Americans
Yan Zhang¹, Lening Zhang², Francis Benton³
Translated by ZHU Ruohan⁴

(1. Sam Houston State University, Huntsville, TX 77340, U.S.A.

2. Saint Francis University, Loretto, PA 15940, U.S.A.

3. Texas Department of Criminal Justice, Huntsville, TX 77340, U.S.A.

4. East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042)

Abstract: Using 1992-2014 data from the National Incident-Based Reporting System (NIBRS), the present study examines the nature and characteristics of hate crimes against Asian Americans by comparing them with those of hate crimes against African Americans and Hispanics. Minority-general and minority-specific models are proposed to guide the analysis. The findings are mixed. The analyses of all victim-related and most offender-related variables show similarities of hate crimes against Asian Americans to those against African Americans and Hispanics. These findings provide support for the minority-general model. Offenders' race and all incident-related variables of hate crimes against Asian Americans, however, differ significantly from those of hate crimes against African Americans and Hispanics. These significant differences provide support for the minority-specific model.

Key Words: hate crime, Asian Americans, NIBRS, minority-general, minority-specific