

吴志攀 白建军 主编

弱冠臨風

北京大学金融法研究中心

二十周年纪念文集

上海三联书店



弱冠臨風

北京大学金融法研究中心

二十周年纪念文集

吴志攀 白建军 主编

上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

弱冠临风:北京大学金融法研究中心二十周年纪念文集/ 吴志攀,白建军主编. —上海:上海三联书店,2013. 10
ISBN 978-7-5426-4397-1

I. ①弱… II. ①吴…②白… III. ①中国经济—文集②金融学—中国—文集③经济法—中国—文集 IV. ①F12-53
②F832-53③D922.290.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 229513 号

弱冠临风——北京大学金融法研究中心二十周年纪念文集

主 编 / 吴志攀 白建军

责任编辑 / 王笑红

特约编辑 / 张向玲

装帧设计 / 豫 苏

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 021-24175971

印 刷 / 上海肖华印务有限公司

版 次 / 2013 年 10 月第 1 版

印 次 / 2013 年 10 月第 1 次印刷

开 本 / 710×1000 1/16

字 数 / 520 千字

印 张 / 33.25

书 号 / ISBN 978-7-5426-4397-1/F·656

定 价 / 98.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021-56475597

序

一、回顾一些历史的细节

二十年过去了,但我觉得不能说“弹指一挥间”。时间的流逝确实很快,可我们所有的人,都应该始终牢记历史,记住我们走过的路,甚至记住那些很琐碎的细节,因为未来的力量,就来自历史的细节。

二十年来金融法中心的发展凝聚了许多人的心血,虽然她只是一个小小的虚体单位,却在北大法学院的学科建设方面发挥了重要作用,也在整个中国的金融法制建设中,扮演过角色。

1992年,白建军老师和我一起组建北大金融法研究中心。那一年,正好是老法学楼启用,北大法律系从四院迁入新楼,金融法中心的办公地点,就设在一楼经济法教研室里间的一个小隔断里,仅有5平米。白老师和我都不在这里坐班,外聘的小王同志帮我们看着这巴掌大的地方。中心开会时,老师和学生都来了,借外间大屋(经济法教研室)的沙发,大家讨论起问题来热火朝天。后来,小王要考试,不能全日制工作,我们就请学生来轮流值班。再后来,请了退休的牛老师帮忙。多年以后,牛老师因身体原因也不再坚持,又请退休的范老师来帮我们,直到今日。

条件简陋到了极点,但白老师和我,以及中心的其他老师、一届又一届的博士生、硕士生,都雄心勃勃。1993年我们开始招硕士生,1997年开始招博士生,从这里走出来很多极其优秀的学生——我对金融法中心的学生,要求不够严,因为我觉得北大的学生都聪明,所以我总是“点到即止”,但对我们的学生,我总是不吝惜给最好的评价,我希望为学生们创造更高的平台,老师就是梯子。

中心的师生还共同创办了半月刊的《金融法苑》,后来改为月刊,现在成半年刊了,不过,质量还是有保证的。那时,白老师和我还曾设想,能不能在学校周边找块地,筹集资金,盖一个金融法培训楼?可惜,我们光敢想,没能落实,还是胆子不够大,没有领会小平同志南巡讲话的精神,没敢出去“杀一条血路”。现在回头来看,20世纪90年代初创业的那些人,除了“进去的”、“没了的”,现在好多不都在财富

杂志的排行榜上了吗？那个时代是一个能创造奇迹的时代，一个人的性格、胆略、格局，决定了能走什么样的路。我们都是老老实实的教员，所以也就把金融法中心办成了一个老老实实做研究、带学生的地方。

中心办起来，有了人，还得有钱。当时大家都穷，老板不多，要筹集资金也不容易。但是，内地和香港的一些企业，非常支持金融法中心发展，共捐给我们 40 多万元。在 90 年代中期，这 40 多万的钱就是很大一个数了，比方说，那时在北大中关村一室一厅公房的月租金才人民币 3 块多钱。现在，一个月租金得 3000 元了吧？那时候我们拿到 40 万，感觉自己能做很多的事了。

草创阶段，我们都年轻。我才三十多岁，能熬夜，还能大口干白酒，干起活来不怕累，而且比现在少抱怨，特别容易满足。如果做出了一点小成果，比如，看到自己的学生写了一篇好文章，心里便高兴好几天。90 年代的多数家庭，都几口人住一间房，没有私家车，手机只属于极少数人，多数忙人就在腰里挂一个传呼机，收到信息，就四处急着找公用电话，给人家回电。那时的公用电话是优质资产，现金流也不小，只可惜那时国内投行还不发达。

我记得法律系有一位老教授，有一天在路上碰到我就问，“小吴，你每天在系里忙，怎么这么欢实？”在老先生眼里，我大概不是疯了，就是傻了！我在这方面有点迟钝，当时感觉不到，没日没夜，就扑在工作上了，老先生是在心疼我呢。

现在的生活，比那时好多了：我们有了房子、车子、手机（也换了好几代了），网络都进手机了。我想一下，除了脑袋上缺头发，什么都不缺了，可我比起二十年前，更幸福了吗？显然没有。我觉得，一个人不论年龄大小，也不管别人怎么看，只要能找到自己乐此不疲地喜欢做的事，那才叫幸福。

1992 年也许是中国历史上的转折之年，邓小平南巡了。南巡之后，国内金融市场快速发展。上海证券交易所开业两年多，深圳交易所开业一年多的时间，两个交易所以及无数的证券公司、银行都急需人才。那一年的八月十日，在深圳发生了“8.10”事件，中国证监会的成立和这个事件就有关系。此前，股市的监管工作由人民银行代劳。另有一批“海归”回国发展股市。他们在中信等大国企的支持下，成立了一个半民半官的办公室，简称“联办”。他们日夜加班，也同样不知道累，证券监管的架构就这样搭了起来。那时我国证券市场还只有 8 只股票，上证指数才 300 多点。1992 年中国证监会刚成立，第一届主席刘鸿儒，从人行副行长的位置上调来，60 多岁，中央财政拨款还没有到，他就找学生借钱，在保利大厦租了几间屋办公，没有武警站岗，非常平民化。事业单位，其实就应该这样。

以上就是我回忆起来的一些历史细节。

二、金融法课程

这部分我还继续回忆。回忆我们的金融法课程建设情况。

早在上个世纪 80 年代中期,北大法律系(1997 年后改称法学院)就开设了《金融法概论》。到我们金融法中心成立的时候,这门课已讲了五、六年了。最早开这门课的老师是李健生,他是我 78 级的同班同学。1989 年后,老同学李健生出国了,系里让我接手,继续开这门课。1993 年我出版了《金融法概论》,这是我的第一本书,自己珍惜得不得了,所以封面都是我自己设计的,我选择了黑色的底子,标题烫金。看小样还可以,但印出书来一看,我就傻了:怎么看都有点像“厚黑学”一类的地摊书?当时金融法的教材还很少,这本书销路不错,没给北大出版社赔钱。

这二十年来,我们北大法学院的金融法课程真正实现了大发展。我们已经能够分别开设证券法、银行法、国际金融法等,讲课的老师,年轻有为,脑子特别清楚,而且也都有丰富的国际国内研究经历和很高的理论追求。此外,我们还有许多专题课,请了很多业界、学界的高人来办讲座,我就经常去学习。

我个人喜欢的东西很多,喜欢新知识、新技术。我们的老师芮沐先生更是这样,他到 80 多岁 90 岁,还在学习最新款的电脑,还会去中关村的电子游戏厅观摩,所以我写的回忆文章题目就叫《百岁的青春》。所以在我的设想中,我们金融法的课程体系,不能太专,要杂一点、博一点,要讲那些纯技术的东西,但又不能让北大的学生就学一点技术。在北大,最大的优势就是我们是真正的综合性大学。金融法本身就是交叉学科,金融与法律要交叉,兼容并蓄,同时呢,法律还要与经济学、社会学、政治学、国际关系学关联起来,与功底深厚的文史哲学科,和各种外国语学科以及庞大的理科、工科、医学相互交流。只有这样,我们北大的金融法课程才能吸引人,我们培养的人才才有特点,人家一看,就知道这是北大熏陶出来的。

三、我国金融市场

北大金融法中心的发展,与 20 年来快速发展的中国金融市场是同向的、同行的。金融法中心比过去大了很多,我国的金融市场也比过去增大了许多倍。1992 年沪市规模还不到百亿人民币,现在沪市已达十五万亿。沪指 1992 年底才 700 多点,现在 2200 多点。如果仅看指数,不十分理想,但现在盘子大了,这个不得了。

现在商业银行的规模也成百倍增长了,我们看排行榜,中国的银行都名列前茅,成了全世界最大最赚钱的银行。去年我国 M2 发了 100 多亿人民币,是世界增发货币最多的国家。增发货币多,说明投资额大。我国在城镇房地产和公共基础设施建设方面的投资,已经超过欧美的总和。这些数字,争议很大,但我想,有问

题,但从大面上看,还是有好处的,有了这么持续的投资,才有今天我国家庭自有住房率 89% 的高水平。美国才 62%, 欧洲更低。中国人自古追求居者有其屋,美国的精英其实也相信“家庭自有住房率越高,社会越安定”的观点,还出台刺激住房贷款的法规,鼓励房地产投资。这事儿复杂,带来了很多严重的矛盾,但总的来说你必须承认成就。

中国金融市场的空前规模、快速发展以及极高的复杂程度,为我们开展金融法研究提供了最广阔的舞台。我们的老师和学生,既会说一些“外国话”,又扎根在中国,于是我们过去发展得不错,而且注定未来还将大发展。我们要帮助中国金融市场解决各类问题,在解决这些问题的过程中,我们的研究就会为全世界所关注,我们的学生就会成为市场上最受欢迎的。

四、我国的金融法律

过去 20 年,金融领域新出现的各类法律法规数以万计。在过去 10 年间,立法机关和地方政府颁布的金融类法律法规和规章就多达 28820 件,平均每年颁布 2800 多件,每天颁布 7 件以上。确实高产,但这个我们都能理解,金融是一个高度复杂、特别精细的领域,政府就是想管得细、管具体。同时呢,金融行业发展变化特别快,2007 年的时候,我们谁能预料到 2008 年的华尔街金融危机? 反正法学界没人在事先作出预判。

我最近看文章,经济学家、金融学家的文章,几乎每个月都有人说,美国经济快好起来了,可等几天出来最新数据一看,还是不够好,美国的金融市场还比较疲软。可见,在金融领域,变化很快,而且难以预计。所以立法只好不断地在后面跟,立法的数量于是也就巨大。

法律法规这么多,效果可不太好说。如果立法效果好的话,那一定不用接二连三没完没了。如同人有病,就得吃药,病没治好,药就不能停,不得不一付药接着另一付药吃。只是,千万别把病人吃成了药罐。

提高立法质量,改善执法环境,这些都是大题目。我不相信有什么一劳永逸的办法,或者是有一个诀窍,一通百通。所以,过去我带研究生,都愿意带着大家到处跑,或者一个专题一个专题地讨论,就事论事,多研究点小问题,少谈点大理论。但我也想,还是有一个大道理要讲,就是我们这些“法律人”,要接地气。毛主席他老人家说过:“要想知道梨子的滋味,就要亲口吃一吃”,“天下最有真知的,是亲身实践着的人”。涉及金融市场的立法,不同于其他立法,照搬外国的任何经验,都要小心。应该更加考虑到我国社会的特殊性,更加符合我国文化传统习惯和社会主义市场经济的实际,这样立法的质量才能更高,更符合实际,执法也才可能有效。

五、二十年以后

前面四小节,大约都在回忆前二十年,同时,借回忆,给我们的学生讲一点自己的感悟。未来二十年呢?也就是到2032年,那时中国的经济生产总值应该超过美国了,这我完全相信。那将是人类历史上了不起的一件事情,曾经领先过世界的古老国度,在沉沦了一百多两百年以后,又一次领先了。我们这一代人能看到并且参与创造这一历史,真让人激动!

作为一个教员,我不仅希望中国经济上强,更希望中国在教育上强。教育才是中国的命根子。现在北大最好的学生,还拼命想到美国的一流大学去深造,因为那里的教育就是比我们强。二十年后呢?二十年后,我当然还会努力送我们的学生出去开眼界,但会不会有美国最好的学生,天天给我写邮件“套磁”,希望我给他发个北大金融法中心的offer?这是我的梦,我未来不做行政服务工作了,还要回到金融法中心来努力,努力圆自己的这个梦。我相信这也是金融法中心所有老师和历届学生的梦。

我国是世界第一人口大国(二十年以后,印度应该是第一了),最富有的资源是人力资源,最稀缺的也是人才。如何把“人”培养成为“人才”,并且使人才成长为优秀人才、创新人才、领军人才,这将是我国未来二十年最大的挑战。世界大国、强国之间的竞争,将集中在优秀人才资源的竞争。人不中用,或者中用的人都走了,我们哪怕积累了再多财富,也会坐吃山空。

二十年后我早已退休了,但学习没有止境,为年轻人服务、铺路,也是没有止境的。我依然会学习,而且主要是向年轻人学习,向我的学生们学习。过去二十年间,学生们教给我很多,比如网络技术、手机应用、自媒体、微信群、蓝牙、数据搜索、流行音乐、视频动画、微博,这些都是学生教我的,还有新的商业模式、投资理念和法律制度,也是学生在刺激着我、推动着我去学习。今后二十年,只要我还存在,将继续跟随学生的脚步,争取不掉队。

我要真诚地感谢白建军老师,感谢中心的所有老师。感谢小王同志,也感谢我的长辈牛老师和范老师。我还要感谢从1993年以来的历届毕业生,你们群英荟萃、星光灿烂,看到你们的成就,是我一生中最高兴的事情。

祝愿金融法中心有更加美好的未来,祝愿每一位曾与中心结缘的人,幸福平安。

吴志攀 鞠躬致谢
2013年6月13日

目 录

第一辑 金融大观

从中国犯罪率数据看罪因、罪行与刑罚的关系	003
竞争、冲突与协调	
——金融混业监管模式的选择	024
构建面向消费者的金融机构说明义务规则	035
认真对待金融司法	
——中国法院处理金融案件的学术观察	048
论中投公司海外投资的法律监管问题	
——以美国为研究视角	067
读《理解管制》	080

第二辑 公司治理

走出公司治理的“唯‘美’主义”迷思	
——《法律与资本主义：全球公司危机揭示的法律制度与 经济发展的关系》译序	095
论对赌协议的法律效力	104
董事提名权改革与委托书使用	
——以商业圆桌诉美国证监会 14a-11 规则无效案 为核心	114
同而不和的表决权买卖	
——兼论公司治理与政治的分歧	130
从花旗派生诉讼案看美国公司法对过度投机控制的局限	142

第三辑 证券规制

中国证券市场国际化法律监管问题探讨	
——以信息监管为视角	155
证券集团诉讼的功用与借鉴	165
首次公开发行中研究报告的证券法律规制	
——中美两国对研究报告不同态度的比较分析	186
比较法视角下的证券民事诉讼改革	
——兼论构建公私协作的证券执法模式	197
证券期货申请人及相关主体违法行为对行政许可的影响	218
上市公司并购的反垄断申报中需要注意的法律问题	232
中国公司上市的地理与治理	
——对证券市场行政治理的再阐释	240
强制披露理论依据之批评	266
国家干预的法系差异	
——以证券市场为重心的考察	282
证券法和公司融资实践的变迁(1984—2012)	295
我国证券的持有结构	
——基于淮安公积金诉中证登案件	308

第四辑 衍生工具

金融衍生交易的法律解释	
——以合同为中心	327
重启资产证券化:我们需要的准备	357
终止净额结算制度在我国破产法下的适用性探讨	364
质押券快速处理机制研究	376

第五辑 银行法苑

金融危机后各国存款保险制度的应对与改革	
——兼论我国存款保险制度建立的焦点问题	389

论银行“太大不能倒”原则

——兼评美国《2010 华尔街改革与消费者保护

法案》 408

对信用证方式支付的国际货物买卖合同中“付款”义务的

界定 420

关于信用卡冒用纠纷中特约商户注意义务边界的实证

研究 433

回归信用卡余额计息规则 445

第六辑 民间金融

非法集资行为的界定

——评最高法关于非法集资的司法解释 461

麦克米伦“金融缺口”治理：中国经验及其法律与金融

含义 483

民间金融市场的监管逻辑及规范路径 510

第一辑

金融
大观

从中国犯罪率数据看罪因、罪行 与刑罚的关系*

白建军**

一般认为,犯罪率持续上升,说明犯罪趋于严重,国家自然应该增加刑罚资源的投入,加大打击力度。^① 20年来,中国犯罪率也呈上升趋势,平均每年增长10%以上,超过了不少时期全国GDP的增长。^② 与之相应,也应该引发或将引发刑罚力度的提升。

然而,一些案件(如众所周知的“许霆案”)由于存在明显特殊的犯罪原因,法院的最终量刑往往比较适度。^③ 于是,人们会问:现实世界中,这种“罪出有因”而得到宽宥的案件到底有多普遍? 如果十分普遍,到底该怎样理解犯罪本身和法律规定对刑罚宽严的决定性作用? 到底如何从理论上解释“罪因—罪行—刑罚适用”三者之间的关系?

在这样的问题上,犯罪学与刑法学两个学科之间虽鸡犬之声相闻,却老死不相往来。犯罪学对犯罪原因、规律的研究已有许多成熟理论,刑法学对刑罚适用的研究更是宏大精深。然而两家之间一向缺少对话,基于自由选择和个人责任假定,刑法研究一般不会过多纠缠犯罪的社会原因;同理,基于自身的学科定位,犯罪学也不会“越权”研究刑罚的适用问题。这样一来,“罪因—罪行—刑罚适用”的关系便成为研究上的一个盲区。

而这正是本研究的切入点。这个研究的直接意义是,为宏观刑事政策的宽严调整提供决策依据——刑罚资源的投入到底如何在法律范围内考虑犯罪率数据的

* 本文是全国优秀博士论文奖资助项目“刑法与犯罪控制实验室”的阶段性研究成果。

** 白建军,工作单位:北京大学法学院。

① 根据意大利犯罪学家费利的“犯罪饱和法则”(恩里科·菲利:《犯罪社会学》,郭建安译,北京:中国人民公安大学出版社,1990年,第56—57页),如果实际犯罪率远离理想犯罪率而逼近最低或最高犯罪率水平时,就引发相应的社会反应。(参见汪明亮:《“严打”的理性评价》,北京:北京大学出版社,2004年,第86—89页。)

② 本文所用公开的原始犯罪统计数据,除文中另有注明外,均来源于中国法律年鉴社历年公开出版的《中国法律年鉴》。

③ 参见(2008)穗中法刑二重字第2号刑事判决书。

消长变化和犯罪规律的影响。

基于有限的经验观察和对罪与罚之间水涨船高式常识性理解的怀疑,本研究的理论假设是,动员刑罚而对犯罪做出反应的力度,与犯罪案件的多少之间不完全均衡、对应。国家刑罚资源的投入不完全取决于犯罪数量的消长,而与犯罪率的内在结构以及宏观犯罪原因有关。如果犯罪数量的增长在较大程度上是社会因素影响的结果,刑罚资源的投入不仅不会机械地相应增长,反而会受到严格控制。这种不均衡背后,应该蕴含着更加深刻的均衡。

这个“非均衡性假设”意味着厘清以下三点。第一,犯罪的多少和犯罪的轻重是两个有关但不同的概念:犯罪总数的上升不一定等于严重犯罪的上升,犯罪的数量和质量都是反映犯罪问题的重要指标。第二,犯罪是悖德性的结果,也可能是宏观社会环境作用的结果。然而,微观上犯罪的恶害显而易见,宏观上社会环境对犯罪的影响却时强时弱,人们不一定总能直接感觉到犯罪与社会环境之间的相关。^①第三,罪为因,刑为果,刑因罪而动,天经地义,法有明文。可刑罚适用者是否因“罪出有因”而对违法者从轻发落,刑法本身并无硬性规定。只要不超出法定刑幅度,刑罚资源的增减都无可厚非。总之,在本假设中,犯罪的数量质量如何、与宏观社会环境到底有无显著相关、刑法到底作何反应,都是不确定的。在大跨度时间空间范围内,对大样本经验现象进行观测,也许能证实这一假设,也许只能部分证实这一假设,也许什么也证实不了。

为此,本研究以中国犯罪率的宏观数据代表犯罪本身的消长变化,用中国各种宏观经济数据代表社会经济条件,^②用官方司法数据推算出的重刑率以及最高人民法院案例样本数据代表刑罚适用状况。^③研究的检验逻辑是,如果能够观察到犯罪率的明显增长,又能够测量到犯罪率与各项社会经济数据之间的高度统计相关,而

① 近年来,西方犯罪学中出现了一种关于犯罪率的历史或然性理论,认为犯罪率的变动是非线性的、不确定的、不可预测的。对此,有学者对美国犯罪率进行了统计分析,结果证实,该理论缺乏足够的证据支持,而关于犯罪率的传统理论,即认为犯罪率是有规律可循、可预测的,依然得到足够的证据支持。(参见 David McDowall and Colin Loftin, Are U. S. Crime Rate Trends Historically Contingent? *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 42, no. 4, 2005, pp. 359-383.)

② 本文所用社会、经济、人口、自然地理等统计数据,除文中另有注明外,均来源于中华人民共和国国家统计局编、中国统计出版社出版的《中国统计年鉴》历年版本。

③ 最高人民法院案例是来自最高人民法院各业务厅、研究机构、出版单位、网站等权威机构公开发布、发表的全部真实审判案例。最高人民法院、最高人民检察院:《中国案例指导》,北京:法律出版社;最高人民法院办公厅:《中华人民共和国最高人民法院公报》,北京:人民法院出版社;最高人民法院中国应用法学研究所:《人民法院案例选》,北京:人民法院出版社;国家法官学院、中国人民大学法学院:《中国审判案例要览》,北京:中国人民大学出版社、人民法院出版社;《人民法院裁判文书选》,北京:法律出版社;最高人民法院网站(www.court.gov.cn);最高人民法院各刑事审判庭:《刑事审判参考》,北京:法律出版社,等等。

且同时观测到重刑率和样本数据中刑罚量的平均趋势得到适度控制,才意味着非均衡性假设可能成立。而这个假设如果得到证实,可能丰富甚至改变关于犯罪与刑法本身的某些常规理解。

一、犯罪率:1988—2007

为检验罪因、罪行与刑罚适用之间的关系,首先要在准确把握犯罪率的内部构造和指标意义的基础上,对近20年来中国的犯罪率进行科学观察。犯罪率是每十万人口中的犯罪案件数或犯罪人数。作为相对数,犯罪率似乎使不同时空的犯罪严重程度获得了可比性。其实,从犯罪率的内在构成来看,犯罪率相等,犯罪状况未必一样。

首先,犯罪率中的犯罪数(分子)只是各类犯罪的总和,并不自动反映重罪与轻罪的比例。数量上等值,质量上未必同一。其次,犯罪率中的分母是被简化为10万的人口数,并未显示人口结构。因此,通常使用的犯罪率只能描述犯罪对每个可能的被害人带来的危害,而无法反映刑法的每个潜在评价对象有多大可能实施犯罪。因为总人口中并不是每个可能的被害人都有能力成为加害人,用犯罪率来表示犯罪状况,还应考虑人口结构因素,从总人口中减去不具刑事责任能力的人口数。^① 第三,犯罪率的计算依据只是已知犯罪的数量,而无法反映犯罪暗数的影响。所谓犯罪暗数,就是潜伏犯罪的估计值。所谓潜伏犯罪,就是确已发生,但未被记录到官方犯罪统计中去的犯罪。犯罪暗数的客观存在意味着,犯罪率代表的只是犯罪实际规模的一部分而非全部。

至于犯罪的实际规模与已知规模之间的差额到底有多大,与许多因素有关。首先,官方犯罪记录的制作与民众报案过程中的某些主观因素有关。^② 其次,破案率的

① 事实上,尽管1998年以来,中国法院一审审结刑事案件年均增长率为4.61%,但同期全国人口出生率却呈下降趋势(年平均下降2.81%),一审审结刑事案件数与出生率之间的皮尔逊相关系数为-0.958($p=0.000$)。不难看出,人口出生率越高,说明人口总数中无刑事责任能力的自然人的比例越大。反之,人口出生率越低,说明人口总数中达到刑事责任年龄的个体比重相对越大。于是,出生率与犯罪率之间的这种高度负相关就意味着,犯罪率上升可能与有能力犯罪的人在人口总数中的比例相对增多有关。这时,如果一个社会一方面成功推行人口控制政策,另一方面又仅仅根据犯罪率的上升而加大刑事惩戒力度,其合理性值得研究。

② 有学者通对美国民众报案率的研究后发现,报案率的高低与犯罪的危害程度、报案人的意愿、报案人与嫌疑人的关系、报案人对警察尊重程度、报案人的种族和社会地位等因素有关:警察对重罪的认定记录多于轻微犯罪;报案人明确要求警察采取行动时,明显地影响官方犯罪记录;受害人与嫌疑人关系越远,警方报案记录认定也越高;报案人越尊重警察,被官方接受其报案的可能性也越高;犯罪报告中不出种族歧视;警方在法定重大犯罪案件中较支持白领阶层。(参见陈小波:《犯罪率的制造》,《江苏公安专科学校学报》2001年第3期。)

高低、刑事司法统计数据制作过程受人为因素干预的程度,都与犯罪率的误差大小有关。^①另外,犯罪暗数的大小,还与犯罪类型的属性有关。通常,凶杀、伤害、抢劫等暴力人身犯罪和盗窃、诈骗等财产犯罪的暗数比较低,而经济犯罪、职务犯罪、白领犯罪的暗数比较高。由于犯罪率通常只是犯罪实际规模的一部分,所以,描述犯罪现象时,就应该尽可能选用能在最大程度上消减犯罪暗数影响的犯罪率。目前,可供选择的犯罪率有:以公安机关立案数计算的犯罪率、以公安机关破案数计算的犯罪率、以检察机关批捕数计算的犯罪率、以检察机关提起公诉数计算的犯罪率、以法院一审收案数计算的犯罪率、以法院终审定罪数计算的犯罪率。^②其中,尽管立案不一定破案,破案不一定批捕,批捕不一定起诉,起诉不一定收案,收案不一定定罪,但由于犯罪暗数的存在,这六种犯罪率中,以公安机关立案数计算的犯罪率相对最接近于犯罪实际。从一定意义上说,以法院终审定罪数计算的犯罪率更接近于国家对犯罪做出反应的反映,而以公安机关立案数计算的犯罪率才更接近于犯罪现象本身的反映。

综上,需要一种既反映数量规模又反映质量特征,既显示司法机关依法认定的犯罪现状又接近确已发生的犯罪现实的综合性犯罪率指标体系。首先,犯罪率可以分为毛犯罪率与重罪率。毛犯罪率就是以轻罪与重罪的总和为犯罪数计算的犯罪率,主要反映犯罪现象的总规模;而重罪率就是以重罪数为犯罪数计算的犯罪率,主要反映犯罪现象的质量。犯罪率还可以分为被害率和加害率。被害率就是以每十万潜在的被害人为基数计算的犯罪率,而加害率就是以每十万潜在的犯罪人即达到刑事责任年龄的人口数为基数计算的犯罪率。

根据这两个划分,便有以下四种意义上的犯罪率:(1)毛被害率,即以总人口为基数,以公安机关立案数为犯罪数计算的犯罪率,反映潜在的被害人遭受犯罪侵害的概率。(2)毛加害率,即以15岁以上人口总数为基数,以公安机关立案数为犯罪数计算的犯罪率,反映潜在的具有刑事责任能力的人实施犯罪行为的概率。^③(3)重罪被害率,即以总人口为基数以法院判决5年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑的人数为犯罪数计算的犯罪率,反映潜在的被害人遭受严重犯罪侵害的概率。(4)重罪加害率,即以15岁以上人口数为基数,以法院判决5年以上有

① 有研究报告指出:由于犯罪率往往与地方政府主管部门的政绩有关,因此难免有虚的成分;有些地方的犯罪统计实际上执行“不破不立”的办法,即只有破了案子才算是犯罪率的范围内。(参见朱景文主编:《中国法律发展报告——数据库和指标体系》,北京:中国人民大学出版社,2007年,第15页。)

② 参见朱景文主编:《中国法律发展报告——数据库和指标体系》,第13页。

③ 由于《中国统计年鉴》中只以15岁以上人口数为人口年龄结构的统计指标,因此,此处只能用其近似地反映具有刑事责任年龄的人口数。