

犯罪学基础理论

何谓“犯罪”

孔 一*

(浙江警官职业学院循证矫正
研究中心, 浙江, 杭州, 310012)

什么是犯罪?这对一般公众来说“不成问题”,而对于犯罪学和犯罪学家来说,却是一个倍受争议的难题——有多少个犯罪学家就有多少种犯罪定义。这是因为公众所看到的是身边的“坏行为”或者最多是地域广大但发生在当下的“坏行为”,而犯罪学家看到的却是跨越时空的“非行”。在犯罪学家看来公众对犯罪的认识是“很成问题的”,而事实上,公众“成问题的”见解对犯罪的影响却远大于犯罪学家的“真知灼见”。犯罪学家只有先影响了公众,至少是政府官员的关于犯罪的观念才能对犯罪产生实际的作用。这就是我们为什么要区分常识中的犯罪和科学的犯罪概念之间差别的原因。

常识中的犯罪的特性几乎等同于“不道德”、“凶残”、“邪恶”、“贪婪”。这些印象来自于传统犯罪,如杀人、伤害、抢劫、强奸、盗窃、诈骗。媒体的渲染和人们的想象也是我们制造犯罪图

* 作者简介:孔一,1975年生,男,汉族,甘肃西峰人。主要研究领域:重新犯罪、再犯风险评估。浙江警官职业学院循证矫正研究中心教授,系副主任,浙江大学公共管理学院2012级政治学博士研究生。

式的重要途径^①。我们在犯罪世界这个想象的异邦的彼岸，找到了我们自己的家园；我们在犯罪人这样的“悖德狂”和“邪恶他者”对面看到了我们自己的形象。在我们这一边，是诚实、怜悯、良知和正义，我们不仅和他们划清了界限，也确立了我们的道德优势和行动合法性。

如果我们不诉诸理性而听命于感情，如果我们不追随科学而顺从常识，那我们的判断十有八九是富有激情却屡屡错误的。依此做“预言”已经可怕，依此做“工程”就可能带来灾难^②。因此，我们必须以科学的犯罪定义作为犯罪问题研究和犯罪学学科的起点。

一、问题的提出：有没有普适的犯罪定义

“犯罪”既指犯罪现象又指犯罪行为，但这两者有很大的差异^③。涂尔干坚持认为社会科学应当研究整体的社会事实，强烈反对心理学的还原主义^④。在失范研究的经典之作《自杀论》中涂尔

① 中国新闻网：“西班牙媒体‘妖魔化’移民成‘犯罪’代名词”，<http://edu.sina.com.cn/a/2013-11-27/1400236646.shtml>。最后访问2014年2月2日。

② [英] 卡尔·波谱：《历史主义贫困论》，中国社会科学出版社1999年版。他论证说，社会科学的预测由两种：预言和工程。

③ 现象与行为不同，说到他们的关系我们必须提到中世纪在“唯实论者”（realists）和“唯名论者”（nominalists）之间发生的关于“一般概念”（universals）的著名论战。论争的焦点是一般概念的性质及这些概念与现实中的特定客体的关系和思想知识的起源及人的思想知识的客观有效性。以托马斯·阿奎那为代表的唯实论者认为在人类思想的世界与外部现实世界之间存在着一种严格的对应，一般观念独立存在于它们在经验世界的具体事物之中。唯实论者相信人类有认识事物真实本质的可能性，并且有可能经由推理能力的运用而洞见在自然界中起作用的一致性及其规律。以邓斯·司各脱代表的唯名论者则认为自然界中唯一实在的物质就是人们通过观察而认识的那些单个的事物和对人的感觉的认知。人们用以描述外部世界的一般概括和分类只是称谓，其在客观自然界没有直接、忠实的副本和对应物，如只有正义之举而无正义。唯名论者怀疑人有探明事物本质的能力，而且不承认那些不能被即时性感觉和有个别事实具体观察所证实的命题。参见[美] E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第31页以下。

④ 参见[法] E·迪尔凯姆：《社会学方法的准则》，狄玉明译，商务印书馆1995年版。

干采用了大量的统计资料，而拒绝用个别事例来说明问题^①。犯罪现象不是犯罪行为的简单加和而是复杂的聚合，犯罪现象是一种客观实在而具有自身的特征和规律。犯罪是环境和个人相互作用的结果。我们应当充分认识到作为整体的犯罪现象与作为个体的犯罪行为的区别，注重研究犯罪现象的“新质”。否弃以个体行为或个别事件的特征推论总体，否弃以个体行为的规律代替整体的现象的规律。但不可否认的是，构成犯罪现象的基本元素是犯罪行为，因此，研究犯罪行为是清楚界定犯罪的前提。

我们有没有可能发现或制造一种普适的犯罪定义？方法很简单，就是首先找到那些在任何时空都被认定为犯罪的现象或行为。实际上，即便是只找出一种恒久而广泛的犯罪都是困难的，甚至是不可能的。如在没有剩余产品，也即没有公共财产和私有财产的人类社会初期，是没有盗窃罪的。而在古希腊，偷窃要被处极刑，但处罚的原因不是因为侵犯了财产权，而是因为技艺低劣；一些土著部落至今仍保留着“初夜权”的习俗；海盗行为曾被资本原始积累时期的英国等国家视为合法的谋生手段；曾经“血亲复仇”、“决斗”被视为正当而得到赞许；而自杀、不信神被看成严重犯罪；卖淫、同性恋、安乐死至今仍在全球范围内存在巨大的分歧。

二、研究路径：典型案例分析

案例 1-2：社会变迁：同样的谋杀 不同的评价^②

黄住在一个叫作 T. Y. 的小城镇里。他是一个竹器工匠。1908 年，他娶了个 21 岁的妻子。他要到别的村镇去工作，经常晚上不回家，让他妻子一人睡在家里。家里除他妻子外，别无他人。

有一天，他在茶馆和一个朋友聊天。朋友告诉他：他妻子在家

^① 参见 [法] E·迪尔凯姆：《自杀论》，钟旭辉等译，浙江人民出版社 1987 年版。

^② 严景耀：《中国的犯罪问题与社会变迁的关系》，吴桢译，北京大学出版社 1986 年版，第 143-145 页。

不规矩，开始时，他不相信，以后有些怀疑了。他由于生疑，就想去试探他的妻子。1910年9月13日，他告诉他妻子：他要到某地去作活，几天之内不会回家。他早晨离开家，要他妻子好生照应自己。同时他在茶馆也扬言他要出门几天，其实他没有离开城，隐藏在朋友家里。到了晚上，他回家敲门，他的妻子没有立即应门，后来门开了，妻子面色苍白而且十分仓惶。他立即关上门拿出他的砍竹刀逼问他妻子发生了什么事，她一语未发。他就搜屋子，在床下发现一个男人躲在那里。他把这男人拖出来，用刀杀死了他，随后杀了他的妻子。第二天早晨，他砍下两颗头，向邻居扬言他把淫妇、奸夫都杀死了。然后他请他的邻居为他作证，陪他到县衙门自首。县长听了他的自首言词后，很赞赏黄的行为，称他为“大丈夫”，还赏了他20两银子，称赞他为维护风化，为县民作了好事。

1928年冬严景耀在北京第一监狱调查时发现，一个名为王龙的犯人22岁时，他的父亲被住在同一城镇的某人所杀死，凶手被判了14年徒刑。一年后，凶犯因遇到大赦被放出来又回到这一城镇。所有的王龙的亲友都认为王龙应该替父报仇，杀死这一凶犯。中国的传统认为与杀父者有不共戴天之仇。但是对方有较高的门第，复仇是困难的。但他终于接受亲友的建议，杀死了这一凶手，自己跑到警局自首。照老传统，他应被誉为孝子，但是出他意料，他被关在警局。他不知道他所犯何法。最后，他被判了14年徒刑。他对法官理直气壮地说他作了他应该作的事，不是犯罪而是尽孝道。他一直到处哭诉，所有的人都认为他是无辜的。当他被关进监狱时，他就是这样。但是看守不许他说话。安静是牢狱的纪律。看守要他反省悔过，可是他对看守说他不懂他为什么受刑罚。看守叫他“住口！”他发了精神病，老是喊叫“你们讲理吗？”

在案例1中，故意杀人不仅不为罪、不处罚，还得到了代表朝廷的县长赞扬和奖赏。县长“判决”依据的是大清刑律，代表的是国家立场，目的在于“维护地方的风化”，也一定得到了普通百姓的认可和拥护。因为，在古代中国社会，在百姓心里“杀父之仇、夺妻之恨”是“不得不报”的。而维系中国古代社会秩序、

确立人们行为准则的传统道德：“三纲五常”中有两纲三常出自家庭。因此，维护家庭的道德性和稳定关系关乎到社会秩序的根本。这也因为古代社会几乎没有其他的社会组织，只有家庭是构成社会的最重要细胞。在案例2中，报杀父之仇的青年受到处罚，不光他自己认为自己做了应该做的事，“警察”不讲理，而且，“所有的人都认为他是无辜的”。在这里，法律规定和民众观点严重相左。这是因为法律是从日本（源自欧洲，主要是德国）全盘舶来的《六法全书》，而民众还是清王朝出生和受传统教育长大的“旧民”。可以想象，新法实施的初期抵触和冲突应该相当普遍和激烈的。虽然少数革命人士和广大群众有严重的意见分歧，但以暴力为后盾的法律经过长期实践最终还是占了上风，法律起到了“移风易俗”的效果。如果说上述现象是因为处于人类文明的不同发展阶段而社会做了不同的反应的话，那么，有些现象即使在今天，在不同的地区因传统、文化和制度的不同，评价也是大相径庭。如堕胎在美国是谋杀，在中国却并不违法；2002年4月荷兰已经成为世界上第一个以全国性立法的形式承认同性恋婚姻的国家，继后还有比利时、加拿大。部分或事实承认的国家也有不少，如美国的马萨诸塞州、德国、法国、瑞士、克罗地亚等。但大多数国家并不承认同性恋婚姻^①。卖淫在很多国家是一种有特定约束条件的合法职业，从业者被称为“性工作者”，而这在中国则是违法行为，会受到行政处罚，2013年12月28日之前严重的可能会处以最高3年的劳动教养；拉斯维加斯、澳门的赌场闻名世界，而在中国大陆赌博则可能获刑3年^②。

历史上有两类犯罪定义方法：一种试图找到犯罪的本质属性，一种努力发现犯罪的外在标志。前者称犯罪为“罪恶”、“罪孽”、

^① 2005年前中国的监狱管理办法中认定：囚犯间的同性恋行为属于严重违规，而之后的新管理办法却删除了相关条款。

^② 《中华人民共和国刑法》第三百零三条 以营利为目的，聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

“恶行”，它违背了善、正义、对神灵的敬畏等神圣道德原则。加罗法洛说犯罪“触犯了人类诚实与怜悯之心”^①；后者往往通过外在的规范、禁令来界定，如中国刑法教科书一般说“犯罪是违反刑法规范应予刑罚处罚的具有严重社会危害性的行为”。霍布斯认为无法则无罪行，无主权则无罪行^②。萨瑟兰则把犯罪定义为“是被视为于国有害从而加以禁止的行为，并且，国家以至少作为最后的手段以刑罚对其做出反应。”^③利用外在标志定义犯罪，可以比较容易地对现实行为作出相对一致的区分，但由于规范滞后于现实，很多即时出现的严重的行为就不能及时地归并于犯罪种类；本质的犯罪定义则完全相反，它能对任何行为随时做罪与非罪的界分，但对本质的认识却是主观的，没有统一标准。如什么是“善”、什么是“正义”就不会有相同的看法。道德准则是权变的，是因情景而定的。疾病对病人是恶，对医生却是善。大多数时候，罪犯的正义和被害人的正义完全相反。我们不得不经常问：这是“谁之善”？“谁之正义”？这就会造成认定犯罪的困难。就连怜悯之心也是因文化和个体而不同的，爱斯基摩人迁徙时遗弃老人而毫不伤感，焦大是决不能理解林黛玉葬花落泪的。涂尔干说犯罪侵犯了集体情感，而唯一可用的标志就是“刑罚”。所以，犯罪定义中体现了国家意志。

案例3：文化冲突与标签竞争：一个库尔德移民家庭在瑞典的悲剧^④

当固守库尔德家族法则的父亲最终向决意融入瑞典文化的女儿举起手枪时，一场家庭悲剧和两个文化间的悲剧降临了。

① [意] 加罗法洛：《犯罪学》，耿伟等译，中国大百科全书出版社1996年版，第44页。

② [英] 霍布斯：《利维坦》，商务印书馆1995年版。

③ Sutherland, H. Edwin, *White collar crime: The uncut version* (1983), New Haven, conn: Yale University press.

④ 邵鸿雁：一个库尔德移民家庭在瑞典的悲剧，《南方周末》，2002年8月1日。有删节。

家族传统要扼杀自由恋爱

法蒂梅·萨因达尔能讲一口流利的瑞典语，她的男友是瑞典人，她曾经满怀信念，认为自己一定可以像其他的外来移民一样，逐渐融进瑞典文化中去。不过她还知道，这个过程会有很多困难，不是来自瑞典社会，而是来自自己的家庭、自己的父亲。

法蒂梅的父亲拉米·萨因达尔来自于一个库尔德人居住的小村庄，举家移民到瑞典是为了寻求更好的发展，但他对成为一名瑞典人毫无兴趣。这个家庭共有5个女儿，一个儿子，刚刚移民到瑞典时，法蒂梅只有11岁。

拉米夫妇都不学瑞典语，固执地守着库尔德文化的传统。拉米的家乡有400多人移民到了瑞典，而拉米成了他们的领袖。在这个移民团体中，男性具有权威性，家族和传统的荣誉概念是第一位的，团体中长者的意志理所当然被认为凌驾在个人特别是女性的意愿之上。

法蒂梅的两个姐姐都听从家族的安排，嫁给了土耳其家乡的两位堂兄，但是法蒂梅已经彻底是一名瑞典人了，她拒绝这样的婚姻安排。她一直秘密地和一位叫帕特里克·林德丝乔斯的瑞典小伙子约会。

但是她在干洗店工作的父亲看到这对恋人手拉手走在一起时，气得暴跳如雷。他绝不能容忍自己的女儿和非库尔德人来往密切，在他的眼中，法蒂梅的做法辱没了整个家族。

从那一刻起，法蒂梅就知道，自己再也无法和自己的家人生活在一起了，而且她将永无安宁。果真，她的父亲开始威胁她，要求她离开她的瑞典男友；帕特里克的家人亲自来到法蒂梅的家里求婚，但是遭到了令他们大吃一惊的强烈拒绝。

为争取自由与父亲对簿公堂

法蒂梅不愿意放弃自己的幸福与自由，但她也知道违背家族法则的后果，于是被迫搬到了北方另一个城镇，只有在警方保护的情况下才回家取一些自己的日用品。为此，法蒂梅还聘请了瑞典最出色的律师雷夫·埃里克森做她的法律代表。

法蒂梅并不是希望借此逃避自己的理想与家族之间的矛盾，她诉诸媒体，讲述库尔德女子在瑞典的生活状况，还独树一帜地提倡开展有关民族文化融合和双重标准的讨论，她甚至还前往议会慷慨激昂地诉说自己的遭遇，谈论作为一名土耳其裔的年轻女子违背一向坚守本民族传统的父母的意愿，追求在瑞典的独立生活所遇到的困难。

媒体将法蒂梅的事情广为传播，一时间，法蒂梅成为了瑞典第二代移民的理想典范。

法蒂梅的父亲和弟弟对她的所作所为充满了怨恨，不断打电话恐吓她。法蒂梅决定寻求权威人士的保护，这些人起诉了法蒂梅的父亲。

这起案件被广泛地公开，引起了瑞典社会的极大兴趣与关注，审判过程成为电视纪录片的题材，电视摄像机记录下了整个审判过程。

在审判间歇时候，法蒂梅的弟弟梅苏德·萨因达尔甚至企图袭击她。审判的结果是法蒂梅的父亲被命令缴纳罚金，不得再干涉法蒂梅的私人生活；而法蒂梅 17 岁的弟弟则被判缓刑入狱。

矛盾激化

有了法律以及社会的支持，法蒂梅决定公然反抗自己的家庭，她和男友帕特里克一起搬回了原住处。但是在审判结束两个星期后，帕特里克便死于一场车祸，最初怀疑有人在他开的车上做了手脚，但是怀疑最终没有成立。

这时候法蒂梅的心情可想而知，失去男友的她就像玻璃一样的脆弱。几天后，她的兄弟在街上殴打她，她受了重伤，被救护车送到医院。在接下来的审判中，已经有犯罪记录的弟弟梅苏德竟然在法庭上说自己的姐姐是个妓女。

律师埃里克森在法庭上询问梅苏德：“你说法蒂梅损毁了家庭的荣誉，但是你做了些什么？你偷盗，还吸毒，这难道不是损毁你的家庭吗？”梅苏德回答道：“我触犯了你们的法则，但是法蒂梅触犯了我们的法则，而我们的法则更重要。”

梅苏德被判入狱6个月，法蒂梅又搬到了北方继续她的社会学研究，但此时她与家庭的关系已经难以愈合了。

她的父亲说：“法蒂梅毁了我们，我们感到无比羞耻。”瑞典议会中一名库尔德议员，曾经帮助过法蒂梅缓和与其父母关系的纳林·佩古尔称，法蒂梅的父亲认为自己的生活完了，因为他每走到一处，人们总会说他的闲话，他经常说：“我不想活了，我希望我现在死了才好。”

父亲枪杀女儿

法蒂梅的父亲和佩古尔女士达成了一个协议，保证不再伤害法蒂梅，只要她远离媒体的采访，远离他们居住的乌普萨拉。法蒂梅的父亲告诉佩古尔，他不想让法蒂梅回到乌普萨拉，因为他的儿子会杀了她，他不想失去两个孩子。

法蒂梅同意不再公开讲话，放弃自己在社会民主党青年派别内的工作。但是她父母的铁石心肠让她痛心不已。家人中主要跟她有联系的是她的妹妹松古尔，这个可怜的女子在24年的生命中一直备受精神病的折磨。姐妹俩经常交谈，最后法蒂梅正是在松古尔的住所被杀害的。

父亲拉米威胁说要杀死法蒂梅，因此4年中，法蒂梅尽量避免和父亲正面交锋。但是今年1月份，法蒂梅冒了一个险，她打算到非洲留学，临行之前想跟母亲和妹妹们道别。21日这天，法蒂梅来到了松古尔的住所，大约上午10点左右，门铃响了，她的父亲突然闯进来，不由分说便开枪打中了26岁亲生女儿法蒂梅的头部，法蒂梅当场倒在母亲的怀里。在场的目击证人至少有3位：法蒂梅的母亲、松古尔和一个更年幼的妹妹。

当法蒂梅的耳朵、鼻子和嘴里都是血的时候，只有松古尔忙着救自己的姐姐。

在医院，医生说法蒂梅已经死了。法蒂梅的一个姐姐当着松古尔的面，给家族中一名男性成员打电话说：“这个妓女已经死了。”

自从法蒂梅被杀之后，法蒂梅一家人的日子并不好过。56岁的父亲拉米因这起他所谓的“光荣杀戮”被判终身入狱，精神崩

溃的母亲返回库尔德斯坦生活。

在案例3中，库尔德人禁止与瑞典人通婚是传统法，保护青年自由恋爱是现代法。这两种法属于不同的群体，因此，可以共时存在。但当两种行为准则同时出现在同一空间时，就会发生冲突，这是“法律”规范之间的冲突，依据此法行动的人在彼法中可能是“非行”。法蒂梅的行为符合瑞典现代法而违反库尔德传统法，法蒂梅父亲拉米的行为符合库尔德传统法却违反瑞典现代法。同一行为，在不同法律适用之地的不同群体中也会得到截然相反的评价。如法蒂梅姐姐说“这个婊子终于死了”，而同一事件，却激起了瑞典主流社会反少数民族的情绪。法之间竞争的结果依赖于其背后所凭借的力量，在本案中，现代法才是国家法，所以，拉米被判终身监禁。所以，任何犯罪的定义只能是在一定的区域范围内才会有效，当定义冲突时“强权即真理”。

至此，我们可以给犯罪下一个基本定义：“有自由意志的人违犯某一时空中之群体共识之规范，严重损害其利益或伤害其感情的行为。该群体需具有足够的制裁能力。”

1. 精神病人应当被排除在犯罪（人）之外，因为，（1）没有自主意识就没有责任；（2）他们不知道自己行为的后果，更不可能体验和理解到惩罚的痛苦与意义，惩罚对精神病人来说是无效与不人道的；（3）对其干预应当求助于医学和医生，而不是犯罪学和犯罪学家。一些犯罪学家声称精神病人之危害社会的行为也应当归于犯罪学的研究对象，这是混淆了正常人和精神病人界限，好比认为动物也能成为犯罪的主体。

2. 犯罪的外在标志是违犯规范，这一规范是因时因地变化的，只有在特定的时空中才有意义。规范是由集体的意识和集体的力量维系的，对个体来说，它是客观的，具有强制性。在同一区域可能存在着不同的群体，这些群体有各自的规范，有些规范是相互冲突的。对同一行为的界定可能会发生“定义的争夺”，只有那些有足够的制裁能力的群体才能获得最终的定义权。

3. 犯罪严重损害了群体的利益或伤害了群体的感情。规范包

括法律、道德、教义、习惯、风俗都是在保护既定的利益和观念。严重与否受以下因素影响：集体意识的强度，规范所反应的集体意识越强，行为越严重；方法与手段；损失数量和伤害程度；事件波及范围。利益和观念设定了群体的秩序格局和成员对群体和他们之间的信任与情感。观念起源于利益，但并不总与利益相一致，利益关系改变了，观念却流传下来。而这些观念浸透了人们的情感。这由以下案例可以获得更多启示。

案例4：利益、观念与情感：被驱逐的纳姆瓦纳·盖伊^①

奥马拉卡纳的中心村庄头领的权力广被整个地区，影响达于诸多岛屿，在整个新几内亚东部声望隆著。我不久即发现，其子与他的外甥长期不和，表现为受宠的儿子纳姆瓦纳·盖伊（Namwana Guyaú）与次甥米塔卡塔（Mitakata）之间常常发生激烈争吵。

在一场提送该区政府官员的讼争中，头领的儿子严重伤害了外甥，至此，冲突终于爆发了。事实上，外甥米塔卡塔被判有罪，在狱中羁押了约一个月。

消息传到村里时，纳姆瓦纳·盖伊的支持者们于短暂的狂喜之后，立刻陷入恐慌，因为大家都感到事态到了危急关头。头领将自己关在屋中，他的爱子的所作所为，被认为是粗暴地践踏了情感，严重违犯了部落法，对于爱子行为的种种后果，他心中充满不祥之兆。被监禁的年轻的头领继承者的亲属们，其压抑的满腔怒火和义愤达到了顶点。夜幕降临时，克制着的村庄渐渐平静下来，安宁享受晚餐，家家专注于各自的佳肴。村庄中心地带阒寂无人——没人看见过纳姆瓦纳·盖伊，头领图努瓦（Toúluwa）将他藏在家中，他的大部分妻子和家人也在屋中。突然，一阵喧哗划破寂静的村庄，被监禁的男子的长兄巴格多（Bagidoú），肖似其弟，站在头领的屋前，高声大气地称他的家人为罪犯：

嗟乎冤家，汝乃祸根！

^① [英] 马林诺夫斯基，[美] 索尔斯坦·塞林：《犯罪：社会与文化》，许章润译，广西师范大学出版社2003年版，第61-63页。

吾人慈悲，谓“塔巴鲁”，
容汝于邦，以沫相濡；
汝有足粮，复魔吾厨，
鱼豕佳馐，原本馈礼，
吾济既得，慷慨施汝，
剝木成舟，供汝远航，
汝垦汝厦，岿然吾土；
汝今害吾，复谎弥天。
米塔卡塔，身陷囹圄；
吾愿汝去，此乃吾邦，
汝乃生客，命该黎黍；
驱之逐之，汝速远吾，
汝速远吾，此乃吾土！
此乃吾土，此乃吾土！！

语声高昂激越，因异常激动而颤栗，短句间稍作停顿，句句都像飞弹，穿过寂静的天际，直射纳姆瓦纳·盖伊正颓然跌坐其中的小屋。继这个青年之后，米塔卡塔的姐妹也站起来数落一通，然后是一个年轻小伙子，头领的外甥之一。他们的话与第一个人的内容几乎一样，主要意在将人赶走，即象征性的驱逐（yoba，“哟罢”）。他们的话在死一般的寂静中传遍全村。村中并没发生什么骚乱，但是，在黑夜结束之前，纳姆瓦纳·盖伊却永远地离开了奥马拉卡纳。他永辞该村，回归几里之外的奥萨珀拉村（Osapola），母亲所在地的自己的村庄^①。连续几周，他的母亲和姐妹为“死者”悲伤举哀，放声痛哭。头领在屋内呆了三天，当他出来时，看上去苍老了许多，他被悲痛折磨得身心交瘁。他的所有关怀和慈爱当然都倾注在爱子身上，可他也爱莫能助。他的亲属们是完全根

^① 这是特罗布里恩家族的传统，男孩要到舅父家里，处于母系舅父的监护之下。这个传统缘起于较低的社会经济水平：回到舅父家的男孩作为嫁到夫家的姐妹的劳动力补偿。当生产力足够发达时，母权和父爱的冲突就会凸现出来。

据他们的权利，根据部落法行事，他不可能割断自己与他们的关系，也没有任何权力可以改变放逐的判决。一旦宣布要他“滚开”（bukula），“我们要将你赶走”（kayabaim），此人就必得离开。这些话绝少以绝对严肃的口吻说出，可一旦某地的居民反对某个外来户而做出这一宣布时，它就具有强制力和几乎典仪般的权威。如果某人试图铤而走险违犯它们，不顾一切地留在他们中间，他将会蒙受终生耻辱。事实上，对于一个特罗布里恩岛居民来说，除了绝对恭奉典仪的要求行事外，其他一切都是不可思议的。

在案例4中，居民们根据部落法行事，做出了没有任何权力可以改变的放逐判决。这个判决中显然认为盖伊是个应受到严厉制裁的罪犯。但是，除了当庭打人的恶行之外，部落成员对于盖伊违反部落习惯法住在父亲家里而没有去做舅舅家的人并不都是反感，因为，当时特罗布里恩岛上这种现象已经相当普遍，想想酋长虽然这么做仍然“威名遍于岛内外”就知道了。几乎所有的规范在形成之初都是为了保护现实的利益，但社会演化会消解某些原有的利益格局。只是早期所要求的行为经过漫长的实践变成了一种习惯，注入了人们的情感。此时，伤害人们感情的事也许更符合人们的利益。就像在岛上经常发生的一样。所以，法律的制定者应当仔细分辨那些传统和习惯中已经不符合当下人们利益的东西，进行重新界定。

三、实证主义的犯罪定义

从结构上看，犯罪形式上是违反法律并受到制裁的行为，实质上则被认为具有社会危害性。违法是犯罪的前提，惩罚是犯罪的后果。法律反应的是不断变化的社会关系，而社会关系取决于基本的政治——经济格局。也就是说，特征完全一样的行为在不同的社会体制中，可能会有完全不同的法律评价。社会危害性是大范围内公认的危害，但范围的大小和公认度的高低都是一个相对的概念，没有绝对的标准，公认是可能的，分歧是必然的。正像加罗法洛的“自然犯罪”的定义一样，只能用“欧洲人”的地方性意见强权性

的成为世界规则。^①从功能上看，犯罪是强者的合法特权，是弱者的非法武器，是解决问题的常规方式，是谋生的不典型手段，是某些亚文化圈子里，男人的徽记和生活方式。但是，仅仅把犯罪看成对国家秩序的破坏，把刑罚看成国家对犯罪的反应，是不够的。犯罪反应了特定个体或阶层对现有社会安排的不满和抗争；刑罚背后是国家对“不服从”的否定和压制，对现有制度正当性的声明和维护。其中包含的是个体和国家的关系。国家在定义犯罪、执行刑罚的过程中，建构了一组“邪恶”“贪婪”“异己”的罪犯形象，这在客观上促进了社会守法群体内部的团结^②。

因此，犯罪既是客观存在，又是主观标定。这由实际发生的罪行和最后认定的罪行之间的差异，可以进一步认识到这一点。罪行需要用规范来表示，规范的制订却是人为的，它可能代表了大多数人的利益，但不可避免的掺杂了个别人或团体的私利。规范的适用更有人为的色彩，因为此时酋长、族长、警察、检察官、法官面对的是一个具体的人，男人女人，白人黑人的尺度决不会是完全一样的。

无论是理论上的理由（犯罪是被社会反应，特别是刑罚建构的），还是现实中的事实（绝大部分实证研究都是以法定犯罪为分析单位），实证犯罪研究的对象只有是法定犯罪才是适当和合理的。非罪化和犯罪化可以被看作法定犯罪研究的延伸。这是我们的现实，也是我们的立场。我们不只是再强调与刑法相比研究对象的多寡，而是应利用犯罪学的独特视觉和方法发掘犯罪更多的面向和内涵。

① 加罗法洛：《犯罪学》，中国大百科全书出版社1996年版，第32页。

② 许疏影：“犯罪与刑罚在‘利维坦’中的意义”，载《犯罪与改造研究》2013年第7期。