

刑罚轻重的量化分析*

作者：白建军

作者单位：北京大学法学院教授

内容提要：本文讨论了刑罚轻重的理论内涵和操作定义，在此基础上提出编制刑罚综合指数的构想并做了初步尝试。按照初步形成的指数表，刑法典中每个罪的法定刑都能按照标识其综合轻重程度的指数值，在整个刑罚轻重排序中找到自己确切的相对位置。这将使 4 个相关领域的法律实证分析更具可操作性。

关键字：刑罚轻重/刑罚综合指数/实证分析

正文：

刑罚轻重的含义并不难理解，但我们仍然对其缺乏足够的确切知识。比如，们很难准确地说出破坏社会主义市场经济秩序罪与侵犯财产罪这两大类犯罪的刑罚在总体上哪类更重，也很难用相关系数对罪与刑之间到底在多大程度上相适应做出描述，更难的是使刑罚轻重总体水平具有精确的可比性。这类问题的原因之一，就是关于刑罚轻重的认识尚未从理性思辨的层面转入实证分析的操作化层面。本文的目的就是通过刑罚轻重理论定义的操作化处理，使人们对刑罚轻重的理解更加直观确切。

一、刑罚轻重的理论内涵

按照通常理解，刑法中应当存在一个罪刑关系模型：这个模型的一边是由轻到重顺序排列的罪，另一边是由轻到重顺序排列的刑。这两个序列之间的高度相关，是罪刑相适应的起码要求。如果某个罪按其严重程度排序的相对位置较低，而其刑罚轻重程度的相对位置较高，或者相反，就不能说罪刑相适应^①。然而，这只是罪刑相适应的理想模型。在我国刑法中不仅不存

*本文的写作得到北京大学人口研究所郑真真教授的大力帮助，谨致谢意。

① 意大利刑法学家贝卡里亚曾经描述过罪与刑两个“阶梯”之间的对应关系。他首先阐述了在严重程度由高到低顺序排列的犯罪阶梯，然后指出，“也需要有一个相应的、由最强到最弱的刑罚阶梯。有了这种精确的、普遍的犯罪与刑罚的阶梯，我们就有了一把衡量自由和暴政程度的潜在的共同标尺，它显示着各个国家的人道程度和败坏程度。然而，对于明知的立法者来说，只要标出这一尺度的基本点，不打乱其次序，不使最高一级的犯罪受到最低一级的刑罚，就足够了。”参见〔意〕贝卡里亚《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 66 页。

在各罪严重程度的定量排序^①，而且也不存在各罪法定刑轻重程度的定量排序。人们只能面对给定的两个罪，大体上说出哪个重哪个轻，却很难找到随机选取的某个罪在整个严重程度序列中或者刑罚轻重程度序列中的确切位置。于是，对刑法中所有犯罪的法定刑的轻重程度进行一次全面的测量，显然是一件有意义的工作^②。

然而在这之前，最重要的是对测量对象的本质有一个理论上的准确把握。因为，对“刑罚轻重”这个术语所指的实际内容，完全可能有截然不同的理解。一种可能的理解是，认为刑罚的轻重是犯罪的轻重在法律中的直接反映，有多重的罪才有多重的罚。按照这种理解，对刑罚轻重的测量，就等于对犯罪轻重的测量。其实，这种理解忽视了一个十分重要的事实：犯罪并非某种纯客观的对象，而是主体化的客体。什么行为被称为犯罪，什么行为被定义为严重犯罪，在很大程度上取决于社会与犯罪之间的冲突关系，取决于立法者怎样看待各种危害行为。因此，与其说刑罚的轻重反映了犯罪的轻重，倒不如说，刑罚的轻重是犯罪与社会之间冲突关系激烈程度的表现。既然刑罚的轻重除了反映犯罪的轻重，还包含了来自社会控制方面的某种主观因素，那么，当我们把握刑罚轻重的内涵时，这些主观因素当然也应进入我们的视野。

具体来说，刑罚的轻重至少要受制于以下三方面的影响：第一，在立法者看来，某些被犯罪所侵害的社会利益对社会而言的重要程度。一般说来，在立法者看来越重要的利益，如果受到某种行为的侵害，那么，该种行为越可能被规定较重的刑罚，反之亦然。从这个意义上说，刑罚的轻重是犯罪与社会之间利益关系的主观反映。这种关系的冲突性质越明显，冲突的激烈程度越大，反映在刑罚的设置上就越重，反之则越轻。第二，刑罚作为统治资源的有限性^③。不论立法者在多大程度上对此持清醒的认识，投入多少刑罚资源与预防减少多少犯罪行为之间的关系，实际上以刑罚效益的形式影响着刑罚的轻重。这种影响主要源于立法者对未然犯罪预防控制效果的前瞻，通过对犯罪与刑罚之间关系的功利权衡起作用^④。因此一般说来，当立法者认为某种刑罚资源的配置不足以有效预防未然的犯罪时，就可能以更重的刑罚投入取而代之；反之，则可能设置较轻的刑罚。从这个意义上说，刑罚的轻重，是犯罪控制效果的主观反映，或者说是社会与犯罪之间反应与被反应互动关系的主观反映。控制效果越差，刑罚投入越不足以

^①在美国的《量刑指南》中，每一种犯罪都有一个基本犯罪等级，如果具备一个或多个具体犯罪情节的，则相应地提高或者降低犯罪等级。例如，杀人罪中分为一级谋杀罪、二级谋杀罪、故意杀人罪、过失杀人罪、共谋或教唆谋杀罪五种。如有其他情节，还可以增加或降低其严重程度的点数。参见梁根林《刑罚结

构论》，北京大学出版社 1998 年版，第 135 页。

②我们至今没有看到一个刑罚轻重的总体排列，可能与两种观念有关。一种观点认为，对现行刑法中各罪法定刑的轻重进行比较考察没有意义。因为在中国刑法中，每罪法定刑轻重的读数从来没有说明过求解的方式和程序，因此无从解释每一读数的由来和读数之间的差异（参见郑伟著《重罪轻罪研究》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 32 页）。按照这种理解，即使对现行刑罚体系的轻重程度进行测量，测出的结果什么都不是。另一种观点认为，尽管缺乏系统化的论证，但至少不同法定刑之间的轻重差异还是可以比较的。比如，可以从死刑的有无，无期徒刑的有无等等具体指标，判断出刑罚的轻重。事实上，许多人都是根据这些具体标准对刑罚的轻重做出判断的（参见张贵玲《刑罚轻重的理性思考与合理方向》，载《西北民族学院学报》（哲学社会科学版）2000 年第 1 期）。关于第一种意见，笔者认为，没有论证本身就是有意义的信息。正是因为缺乏论证，刑罚资源实然的配置和应然的配置之间的距离才蕴涵着丰富的思考空间。第二种意见实际上拥有众多的支持者。但笔者认为，按照这种意见衡量各罪法定刑轻重的主要问题是缺乏综合性。比如，我们只能一般地说，有死刑的比没死刑的重，有拘役的比没拘役的轻，但如果两个罪都有死刑或都有拘役的话，谁轻谁重就要看其他指标的有无。

③陈正云：《刑法的经济分析》，中国法制出版社 1997 年版，第 293 页。

④梁根林：《刑罚结构论》，第 61 页。

获得预防犯罪的结果，反映在刑罚的设置上就可能越重，反之则越轻。第三，立法者自身对痛苦及其程度的感悟和内省，也可能对刑罚轻重构成影响。对已然犯罪“恶有恶报”的报应思想和着眼于未然犯罪及人身危险性的功利思想，实际上都深深根植于立法者的观念中，只是因时因地因人而程度各异而已。很久以前，立法者认为只有剖腹、活埋、活剥、肢解、凌迟、火刑、轮刑等刑罚才够得上“恶报”，才足以给犯罪人带来痛苦，于是才规定了这些残酷的刑罚。随着文明的推进，人们认为电椅、注射等死刑执行方法已完全属于“恶报”了，因而便摒弃了那些野蛮的刑罚^①。从这个意义上说，立法者越追求人道精神的体现，说到底，整个社会的文明程度越高，表现在刑罚的轻重上就越轻缓。因此，刑罚的轻重，又是社会人道精神、文明程度的反映。

综上，所谓刑罚的轻重，即社会对犯罪的反应或评价的严厉性程度，本质上是犯罪与社会控制之间的关系在立法者头脑中的主观反映。这种关系的冲突性质的隐显，激化程度的强弱，或者犯罪控制效果如何，或者社会文明程度的高低，都会表现为刑罚轻重的变动。因此，刑罚轻重程度并非犯罪本身严重程度的原样复制。既然如此，罚之轻重与罪之轻重的完全相对应则只会是一种应然的状态，而不完全对应才可能是实然的状态。这时，人们当然希望通过调整刑罚的轻重，以适应犯罪的轻重。但是，这种调整活动的基础往往只是公正价值或者功利权衡这些良好的追求，而缺乏基于精确计算的，对实然与应然之间真实差距的科学测量。结果，刑罚轻重的调整难免陷入盲目性。从这个意义上说，用确切的量化方法客观描述出刑罚与犯罪在强度方面的实际关系，是刑罚轻重的深刻本质自身的内在要求。

二、刑罚轻重的操作化

明确了刑罚轻重的理论内涵，还需要对其外延进行某种限定。当我们说，刑罚的轻重是指社会对犯罪的反应或评价的严厉程度时，第一，这种严厉程度只是以刑罚为尺度的严厉程度，而不包括广义上某个行为是否被犯罪化所显示出来的社会评价的严厉与否^②。第二，由刑罚体现出来的社会评价或反应，是指法定刑而非宣告刑或执行刑。显然，立法上社会评价的严厉性程度和司法现实中刑罚适用的宽严程度，受不同因素的影响，应放在不同的关联中进行考察。第三，以法定刑体现的社会评价或反应的严厉程度，反映的是立法者的轻重观，而非全社会每个人各自的轻重观。有人就认为，无期徒刑比死刑给犯人带来的痛苦更大。因此，当我们说此刑重于彼刑时，其差异所反映的是立法者的尺度。

以上分析，都是从定性的角度把握刑罚轻重的含义。那么，既然是刑罚的轻重，也不能回避定量的一面。作为一个程度性概念，刑罚轻重的确切描述起码要符合这样几个要求：第一，综合性。有的法定刑有死刑，有的没有；有的法定刑的幅度较大，有的则较小。每个法

定刑的轻重，都是综合了多个轻重不同的刑种和刑度以后的复合结果，因此不能仅靠单一的指标指示刑罚的轻重。第二，整体性。作为综合评价的结果，在整个刑罚体系中，每个法定刑相对其他任何一个法定刑的结构定位都应当是固定的。这样，各个法定刑比其他法定刑的轻重是否一样，如果不一样，重多少或者轻多少，才能一目了然。第三，相对性。任何法定刑的轻重，都

①〔法〕马丁·莫内斯蒂埃：《人类死刑大观》，袁筱一等译，漓江出版社1999年版。

②从广义上说，社会评价是否严厉，首先体现在对某个行为是否将其规定为犯罪，规定为犯罪，意味着这种行为引起了刑法这种最严厉的社会反应；反之，没被规定为犯罪，意味着这种行为仅仅引起较轻缓的社会反应。比如，人们常常根据不同刑事立法中某些行为是否被规定为犯罪的前后变化，对刑法的严厉性做出评判。参见黄祥青《略论新旧刑法中刑罚轻重的比较》，载《法律科学》1998年第4期。

是相对其他法定刑而言的。法定刑之间的轻重差异，只有定序的意义，而不存在定距的意义。我们可以说，大学文化程度高于中学，中学的文化程度高于小学，但不能说小学加中学等于大学。不难看出，符合这些要求的测量结果，恰恰是指数的概念。如果我们对所有法定刑之间的相对严厉程度进行综合性测量，其结果便是一个刑罚综合指数。利用这个指数，我们便可以使上述刑罚轻重的理论定义编制为一个直观的量化序列，标出每个法定刑的轻重。

编制这个综合指数，我们面对的第一个问题是，选择哪些指标参加刑罚轻重的说明。中国刑法中的刑罚分为主刑和附加刑。其中附加刑的有无，不仅与犯罪的严重程度有关，而且在很大程度上与犯罪的性质有关。例如，对许多非贪利性犯罪，刑法就没有规定罚金刑。我们不能说有罚金刑的犯罪重于没规定罚金刑的犯罪。再如，剥夺政治权利也是附加刑，许多犯罪由其性质所决定，就不宜规定剥夺政治权利，但我们也不能说没有剥夺政治权利的刑罚就比较轻。因此，附加刑不宜充当指示刑罚严厉性程度的具体指标，只有《刑法》第三十三条规定的 5 种主刑在每个法定刑中都无一遗漏地出现，用其指示刑罚严厉性程度才能使测量结果之间具有可比性。这 5 种主刑是管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑。只要法律对各个具体犯罪的轻重评价没有给出这些刑罚以外的其他指标，只要人们对这 5 种刑罚谁轻谁重的理解一致，不存在死刑重还是无期徒刑重或类似争论，那么，每个犯罪的法定刑在轻重序列中的相对位置就是一种客观存在，问题只是我们如何以数字形式将其显现出来。

然而，这 5 个指标各自对“刑罚严厉性程度”这个抽象概念的贡献是不同的，因而其权重也各不相同。我们必需根据其贡献的大小，对不同的指标赋予不同的量值。在这个过程中，我们需要一些合理的排序原则，否则，一个具体的法定刑，就无法被定位在合理的位置上。笔者认为以下排序原则具有一定合理性：第一，5 个指标由轻到重的顺序是：管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑。这个原则意味着，有死刑的法定刑，重于无死刑的法定刑，或者，有管制的法定刑，轻于无管制的法定刑。法定刑上限为死刑的，比上限为无期徒刑的要重，或者，法定刑下限为管制的，比下限为拘役的要轻。第二，在有期徒刑内部，下限相同的，上限越高越重；上限相同的，下限越高越重。第三，在有期徒刑内部，上限下限均相等，而子刑度^①数量不相等者，则刑度越少，划分越粗的越重^②。第四，在有期徒刑内部，上限下限均相等，而且子刑度数量也相等者，较高刑度的下限越高越重^③。

按理说，有了这些原则，我们便可以将其逐个地套到每个法定刑上，便可以得到全部法定刑轻重顺序的大排行。但这样做要重复 415 次^④，每次都要依次参照以上 4 个原则进行赋值，既费时又有较高的误差几率。于是我们试图用某种算法解决这个问题。我们发现除了

有期徒刑以外，管制、拘役、无期徒刑、死刑这 4 个指标的取值都很确定，要么是有，要么是无。而有期徒刑则不然，刑法中的有期徒刑可以分为 23 种情况。按照以上第二个到第四个排序原则，我们可

①在刑法学上，将法定刑的上限与下限之间的幅度称为刑度，而有的刑度由两段甚至三段更小的刑度组成。这时，便可将组成完整刑度的各段刑度称为子刑度。

②例如，《刑法》第三百八十九条规定的行贿罪和第一百九十条规定的逃汇罪，两者的幅度都是十五年以下有期徒刑，不同的是，前者有三个刑度，而后者只有两个刑度。相比而言，后者被判处十年以上有期徒刑的机会大于前者，因而较重。

③例如，《刑法》第二百六十条规定的虐待罪和第二百零二条规定的抗税罪，其量刑幅度都是七年以下有期徒刑，刑度都是两个。不同的是，虐待罪是两年以下有期徒刑和两年以上七年以下有期徒刑，而抗税罪是三年以下有期徒刑和三年以上七年以下有期徒刑。显然，抗税罪的行为人被判处三年有期徒刑的机会大于虐待罪的行为人。

④中国现行《刑法》共有 415 个罪名。

以将最轻的情况(一年以下有期徒刑)赋值为1,将最重的情况(十年以上有期徒刑)赋值为23。然后考虑其他4个指标。首先,拘役的严厉程度仅次于有期徒刑,因此,如果最轻的有期徒刑为1的话,那么,拘役则可以赋值为 $1-0.25=0.75$ 。其次,管制的严厉程度轻于拘役,因此,管制应赋值为 $0.75-0.25=0.5$ 。第三,无期徒刑比有期徒刑严厉,大体上可以认为相当于两个最严厉的有期徒刑,因此,无期徒刑应赋值为 $23 \times 2=46$ 。第四,死刑是最为严厉的刑罚,大体上可以认为相当于两个无期徒刑,因此,死刑应赋值为 $46 \times 2=92$ 。^①至此,我们便可以得到一个刑罚综合指数的模型:

$$\text{刑罚综合指数} = \text{有期徒刑类型} + \text{无期徒刑} \times 46 + \text{死刑} \times 92 - \text{拘役} \times 0.25 - \text{管制} \times 0.5$$

应当说明,这个公式中的所有数量关系的合理性都是可讨论的。比如,一个管制是不是等于半个最轻的有期徒刑?有期徒刑的23种组合形式之间的轻重差距,是不是1?然而,我们的目的是将每个法定刑按其严厉程度定位在一个相对位置上,因此只要每个法定刑的轻重都按照同一个标准进行综合,各个法定刑的定序关系不错,就可以使具体的法定刑之间具有可比性。在此基础上,我们将中国《刑法》中415个具体犯罪的法定刑按其死刑、无期徒刑、拘役、管制这4个指标的有无(1或0)以及有期徒刑的类型(1—23)的不同取值输入SPSS(社会科学统计软件包),并要求该分析软件按照上述模型对各个法定刑的严厉程度进行综合。结果,得出一个由63组严厉程度不同的法定刑构成的刑罚综合指数序列,如下表所示。这样,读者既可以根据以上4个排序原则重复本研究的所有过程,又可以直接审视各种犯罪法定刑严厉程度的相对位置是否合理,还可以将表中列举的63个犯罪以外的任何法定犯罪按其法定刑的具体情况找到与之对应的刑罚综合指数,以便与组内或组外的其他犯罪进行比较。

中国《刑法》刑罚综合指数简表

法条序号	各组犯罪举例 罪名	死刑	代表刑罚严厉程度的指标					刑罚 综合 指数
			无期 徒刑	有期 徒刑	有期徒 刑类型	拘役	管制	
322	偷越国(边)境罪	.00	.00	一年以下	1.00	1.00	1.00	0.25
252	侵犯通信自由罪	.00	.00	一年以下	1.00	1.00	.00	0.75
258	重婚罪	.00	.00	二年以下	2.00	1.00	.00	1.75
277	妨害公务罪	.00	.00	三年以下	3.00	1.00	1.00	2.25
235	过失致人重伤罪	.00	.00	三年以下	3.00	1.00	.00	2.75

392	介绍贿赂罪	.00	.00	三年以下	3.00	.00	.00	3.00
270	侵占罪	.00	.00	二年以下	4.00	1.00	.00	3.75
				二年以下				
				五年以下				
301-1	聚众淫乱罪	.00	.00	五年以下	5.00	1.00	1.00	4.25
343-2	破坏性采矿罪	.00	.00	五年以下	5.00	1.00	.00	4.75
333	非法组织卖血罪	.00	.00	五年以下	5.00	.00	.00	5.00

①其实按照“相对性”的要求，无期徒刑之于有期徒刑，死刑之于无期徒刑，不论是两倍的关系，还是一倍半的关系，还是三倍的关系，都没有本质差别。

续表

各组犯罪举例		代表刑罚严厉程序的指标						
法条序号	罪名	死刑	无期徒刑	有期徒刑	有期徒刑类型	拘役	管制	刑罚综合指数
260	虐待罪	.00	.00	二年以下； 二年以上 七年以下	6.00	1.00	1.00	5.25
254	报复陷害罪	.00	.00	二年以下； 二年以上 七年以下；	6.00	1.00	.00	5.75
280-3	伪造、变造居民身份证罪	.00	.00	三年以上 七年以下； 三年以下	7.00	1.00	1.00	6.25
115-2	失火罪	.00	.00	三年以上 七年以下； 三年以下	7.00	1.00	.00	6.75
233	过失致人死亡罪	.00	.00	三年以上 七年以下 三年以下	7.00	.00	.00	7.00
310	窝藏、包庇罪	.00	.00	三年以下； 三年以上 十年以下	8.00	1.00	1.00	7.25
176	非法吸收公众存款罪	.00	.00	三年以下； 三年以上 十年以下	8.00	1.00	.00	7.75
319	骗取出境证件罪	.00	.00	三年以下； 三年以上 十年以下	8.00	.00	.00	8.00
321	运送他人偷越国（边）境	.00	.00	五年以下；	9.00	1.00	1.00	8.25

罪								
				五年以上				
				十年以下				
180	内幕交易、泄露内幕信息罪	.00	.00	五年以下；	9.00	1.00	.00	8.75
				五年以上				
				十年以下				
358-3	协助组织卖淫罪	.00	.00	五年以下；	9.00	.00	.00	9.00
				五年以上				
				十年以下				
294-2	入境发展黑社会组织罪	.00	.00	三年以上	10.00	.00	.00	10.00
				十年以下				
345-1	盗伐林木罪	.00	.00	三年以下；	13.00	1.00	1.00	12.25
				三年以上				
				七年以下；				
				七年以上				

续表

各组犯罪举例		代表刑罚严厉程序的指标						
法条序号	罪名	死刑	无期徒刑	有期徒刑	有期徒刑类型	拘役	管制	刑罚综合指数
133	交通肇事罪	.00	.00	三年以下； 三年以上 七年以下； 七年以上	13.00	1.00	.00	12.75
209-3	非法出售用于骗取出口	.00	.00	三年以下；	13.00	.00	.00	13.00
211	退税、抵扣税款发票罪			三年以上 七年以下； 七年以上				
336-1	非法行医罪	.00	.00	三年以下； 三年以上 十年以下； 十年以上	14.00	1.00	1.00	13.25
172	持有、使用假币罪	.00	.00	三年以下； 三年以上 十年以下； 十年以上	14.00	1.00	.00	13.75
341-1	非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪	.00	.00	五年以下； 五年以上 十年以下； 十年以上	15.00	1.00	.00	14.75
431-1	非法获取军事秘密罪	.00	.00	五年以下； 五年以上 十年以下； 十年以上	15.00	.00	.00	15.00
103-2	煽动分裂国家罪	.00	.00	五年以下；	16.00	1.00	1.00	15.25

				五年以上				
271	职务侵占罪	.00	.00	五年以下;	16.00	1.00	.00	15.75
				五年以上				
317-1	组织越狱罪	.00	.00	五年以下;	16.00	.00	.00	16.00
				五年以上				
300-2	组织、利用会道门、邪教 组织、利用迷信致人死亡 罪	.00	.00	三年以上 七年以下; 七年以上	19.00	.00	.00	19.00
360-2	嫖宿幼女罪	.00	.00	五年以上	22.00	.00	.00	22.00
140	生产、销售伪劣产品罪	.00	1.00	二年以下; 二年以上 七年以下; 七年以上	12.00	1.00	.00	57.75

续表:

各组犯罪举例		代表刑罚严厉程序的指标						
法条序号	罪名	死刑	无期徒刑	有期徒刑	有期徒刑类型	拘役	管制	刑罚综合指数
348	非法持有毒品罪	.00	1.00	三年以下; 三年以上 七年以下; 七年以上	13.00	1.00	.00	58.25
147	生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪	.00	1.00	三年以下; 三年以上 七年以下; 七年以上	13.00	1.00	.00	58.75
266	诈骗罪	.00	.00	三年以下; 三年以上 十年以下; 十年以上	14.00	1.00	1.00	59.25
171-1	出售、购买、运输假币罪	.00	1.00	三年以下; 三年以上 十年以下; 十年以上	14.00	1.00	.00	59.75
205	虚开增值税专用发票、用	.00	1.00	三年以下; 三年以上	14.00	.00	.00	60.00
212	于骗取出口退税、抵扣税款发票罪			十年以下; 十年以上				
193	贷款诈骗罪	.00	1.00	五年以下; 五年以上 十年以下; 十年以上	15.00	1.00	.00	60.75
126	违规制造、销售枪支罪	.00	1.00	五年以下;	15.00	.00	.00	61.00

				五年以上				
				十年以下；				
				十年以上				
384	挪用公款罪	.00	1.00	五年以下；	17.00	1.00	.00	62.75
				五年以上；				
				十年以上				
318	组织他人偷越国（边）境 罪	.00	1.00	二年以上	18.00	.00	.00	64.00
				七年以下；				
				七年以上				
142	生产、销售劣药罪	.00	1.00	三年以上	20.00	.00	.00	66.00
				十年以下；				
				十年以上				

续表

各组犯罪举例		代表刑罚严厉程序的指标						
法条序号	罪名	死刑	无期徒刑	有期徒刑	有期徒刑类型	拘役	管制	刑罚综合指数
122	劫持船只、汽车罪	.00	1.00	五年以上 十年以下； 十年以上 十年以上； 五年以上； 一年以上	21.00	.00	.00	67.00
382	贪污罪	1.00	1.00	七年以上；	11.00	1.00	.00	148.75
383				七年以上				
394				十年以下； 二年以下				
385				十年以上；				
386	受贿罪	1.00	1.00	五年以上；	11.00	.00	.00	149.00
388				一年以上				
				七年以下； 七年以上				
				十年以下； 二年以下				
347	走私、贩卖、运输、制造 毒品罪	1.00	1.00	三年以下； 三年以上 七年以下； 七年以上	13.00	1.00	1.00	150.25
264	盗窃罪	1.00	1.00	三年以下； 三年以上 十年以下； 十年以上	14.00	1.00	1.00	151.25

153	走私普通货物、物品罪	1.00	1.00	三年以下； 三年以上 十年以下； 十年以上	14.00	1.00	.00	151.75
424	战时监阵脱逃罪	1.00	1.00	三年以下； 三年以上 十年以下； 十年以上	14.00	.00	.00	152.00
111	为境外窃取、刺探、收买、 非法提供国家秘密、情报 罪	1.00	1.00	五年以下； 五年以上 十年以下； 十年以上	15.00	1.00	1.00	152.25

续表

各组犯罪举例		代表刑罚严厉程序的指标						
法条序号	罪名	死刑	无期徒刑	有期徒刑	有期徒刑类型	拘役	管制	刑罚综合指数
194-1	票据诈骗罪	1.00	1.00	五年以下； 五年以上 十年以下； 十年以上	15.00	1.00	.00	152.75
446	战时残害居民、掠夺居民 财物罪	1.00	1.00	五年以下； 五年以上 十年以下； 十年以上	15.00	.00	.00	153.00
295	传授犯罪方法罪	1.00	1.00	五年以下； 五年以上	16.00	1.00	1.00	153.25
426	阻碍执行军事职务罪	1.00	1.00	五年以下； 五年以上	16.00	1.00	.00	153.75
151-2	走私文物罪	1.00	1.00	五年以下； 五年以上	16.00	.00	.00	154.00
430-1	军人叛逃罪	1.00	1.00	五年以下； 五年以上； 十年以上	17.00	1.00	.00	154.75
151-1	走私假币罪	1.00	1.00	三年以上 七年以下； 七年以上	19.00	.00	.00	157.00
232	故意杀人罪	1.00	1.00	三年以上 十年以下； 十年以上	20.00	.00	.00	158.00
240	拐卖妇女、儿童罪	1.00	1.00	五年以上 十年以下；	21.00	.00	.00	159.00

				十年以上				
127-2	抢劫枪支、弹药、爆炸物	1.00	1.00	十年以上	23.00	.00	.00	161.00
	罪							

说明：1. 由于篇幅有限，本表未将 415 个罪的刑罚综合指数一一列出，但读者完全可以将未列出的任何一个法定刑按上述原则或模型顺序定位到惟一的组内，以找到其相应的刑罚综合指数。2. 死刑、无期徒刑、拘役、管制这 4 个指标的取值，“.00”代表无，“1.00”代表有。有期徒刑类型的取值，数值越小代表刑罚越轻，数值越大说明刑罚越重。

三、刑罚综合指数的功能及理论意义

粗看上去，刑罚综合指数的编制，似乎没有什么显著的意义，还可能引出毫无意义甚至荒唐的比较。例如，在指数表中我们看到，聚众淫乱罪的刑罚综合指数为4.25，紧挨着这个罪的破坏性采矿罪的刑罚综合指数为4.75，二者相差仅为0.5。也许有人会问，这种比较有何意义？

其实从技术上讲，这种比较也不是绝对没有意义。然而，编制刑罚综合指数的真正价值在于，它使起码4个课题的研究可能实现从思辨研究走向实证分析。

1. 使相近犯罪或者某个犯罪群内部各种具体犯罪法定刑之间的协调性评价拥有依据，也使其调整更具可操作性。例如，贩毒和洗钱、伪造票据和使用伪造的票据、盗窃和销赃等等，构成上游犯罪与下游犯罪之间相互关联的犯罪群。虽然刑罚不可能是调节每个犯罪群内部生态环境的惟一因素，但起码也是一个在很大程度上影响犯罪决策的重要因素。因此，从功利的预防角度出发，应使一定犯罪群内部各种犯罪的刑罚轻重设置相互协调。而做到这一点的前提，就是使各种需要协调的法定刑纳入刑罚综合指数体系，使其具有可比性。如果没有这样的指数体系，协调性只能停留在应然的讨论上。

2. 为各类罪之间刑罚的轻重比较提供尺度。例如，故意犯罪和过失犯罪相比，前者的刑罚显然应当重于后者。但面对有些划分，到底哪类犯罪的刑罚应该较重，或者哪类犯罪的刑罚实际上较重，并不是一目了然的。比如，侵害公法益犯罪的刑罚较重，还是侵害私法益的较重？侵害简单客体犯罪的刑罚较重，还是侵害复杂客体的较重？特殊主体犯罪的刑罚较重，还是一般主体的较重？侵犯公民人身权利、民主权利犯罪的刑罚较重，还是侵犯财产犯罪的较重？^① 这些比较，既存在于理论上的应然层面，也存在于现行立法中实然的层面。显然，在应然的层面，比较的参照系是各种学说、原理。而在实然的层面，如果没有像刑罚综合指数这样的尺度标识出各类犯罪法定刑的总水平，就很难得出比较客观的结论。从这个意义上说，如果我们测量出现行刑法中各类犯罪法定刑的实然轻重关系，其设置是否合理才得以显现出来。这时，应然层面上的理论探讨，才更有价值。而且，如果联系到前文提到的协调性问题，刑罚综合指数还为刑罚攀比问题^②的解决提供了某种可操作性的手段。

3. 使罪刑相适应程度的检验成为可能。贝卡里亚在论证罪刑相适应时就强调过，应当运用力学原理研究犯罪与刑罚之间的数量关系^③。还有学者曾经用坐标图的形式描述过犯罪的严重程度与刑罚的调控强度之间的对应关系^④。但是，这些论说都是对罪刑关系的应然设计。我们并不怀疑罪刑之间应当轻重相适应，而且我们也不怀疑立法者一定会尽量追求罪刑相适应，可是我们仍然相信，刑法中罪与刑之间实际上还可能由于种种原因而不完全相适应。因此，对应然与实然之间的差距进行测量便成为缩小差距的前提。而测量就需要具备两列数据：一是所有罪的轻重程度排序，二是所有刑的轻重程度排序。现在，刑罚综合指数的编制使后者变为现实，将来一旦有了前者^⑤，我们便可能真正测量出罪与刑实际上在多大程度上相适应了。其实，罪刑相

①笔者下一篇论文中将公开这个思路下的研究结果。该研究通过对各类犯罪刑罚综合指数的比较发现，在《刑法》分则的10章中，按照刑罚综合指数的排序，侵犯财产犯罪的刑罚严厉程度排在第4位，而侵犯公民人身权利、民主权利犯罪的刑罚严厉程度排在第10位。

②周光权：《法定刑配置的合理性探讨—刑罚攀比及其抗制》，载《法律科学》1998年第4期。

③[意]贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，第78页。

④陈正云：《刑法的经济分析》，第262页。

⑤关于犯罪本身是否可能以及如何量化的问题，实际上有两个相关的思考进路：一是从立法上看，对于各个法定的犯罪严重程度的量化问题，美国的《量刑指南》已经尝试了这个意义上的量化。二是从司法上看，每个具体案例中具体犯罪严重程度的量化问题。这两个意义上犯罪严重程度的量化都不仅可能而且十分必要。由此至少引出两个需要研究的课题：一个是立法上罪刑相适应程度的检验，另一个就是司法实际中罪刑相适应程度的检验。这两个相适应程度的考察最终会得到两个相关系数。于是，这两个系数之间的差意味着什么，将是一个十分有趣的问题：两者距离越小说明什么？越大说明什么？距离的形成原因是什么？

适应不仅是个理念，而且也应当是个实践性很强的过程。这个过程的可操作性越强，才越可能以较低刑罚成本投入获取犯罪控制的最佳效益^①。

4. 在各个具体法定刑的指数基础上，可以进一步综合出反映刑罚量^②总体水平的总体刑罚综合指数。以往，我们比较不同时空的两部刑法的刑罚轻重时，通常是对它们各自有多少死刑，多少无期徒刑，甚至有无肉刑等等指标进行比较。我们可以有条件地说，有20个罪名挂了死刑的刑法，比仅有10个罪名挂了死刑的刑法要重。然而这种比较并不够全面，因为某种刑罚的有无只是说明刑罚总体上轻重的个别指标。仅仅靠个别指标比较轻重，既缺乏综合性，又缺乏系统性。因此，如果有某个量值，能够从总体水平上反映出一部刑法的刑罚总量规模程度，那将使人们对刑罚轻重的把握更加直观确切。从现代统计技术上看，在已有各个指数基础上进一步综合出总指数的工作，是完全可能实现的。如果有了这个总指数，还可能为犯罪与刑法的研究打开两个派生的新视野：第一，使不同时空刑事立法上刑法总量水平的比较具有更强的可操作性。我们可以对1979年《刑法》和1997年《刑法》的刑罚总指数进行动态比较，还可以对不同国家刑法的刑罚总指数进行横向比较。如果我们前文对刑罚轻重的理论定义有效的話，从这种比较结果中可能挖掘出来的意义，将不会十分简单。第二，刑罚总指数只是反映立法意义上刑罚轻重的量值。这就让我们想到，还可以在大量司法判例的基础上，根据宣告刑或执行刑，编制反映司法实际的刑罚总体指数。不难想象，无论在一定时点上，还是在一段时期中，司法总指数与立法总指数不太可能完全吻合。实际情况很可能是，司法总指数不断地围绕立法总指数上下波动。于是问题便来了：这种波动中司法总指数偏离立法总指数的幅度、方向以及速度这三个要素分别意味着什么：社会控制关系的激化程度？刑罚效益水平？社会文明程度？

〔本文责任编辑：王好立〕

①陈正云：《试论刑法成本与刑法效益》，载《中国人民大学学报》1996年第6期。

②梁根林：《刑罚结构论》，第30页。

Developing rural cooperative organizations is an effective way to promote marketization in the rural areas and to cope with the challenges posed by the WTO. The state in its dealing with rural cooperative organizations has progressed from *totally controlling* them to *acting in a leading role* with them. The inherent anti-market nature of the cooperative institution determines its reliance upon the support by the state. Rather than getting involved in their routine operating decisions, the government should create a favorable environment for the healthy development of rural cooperative organizations’

(8) An Examination of “Ought to Be”

———**A Field of Vision of Constitutional Logic** *Mo Jihong* • 85 •

By means of constitutional logic this paper examines the intension of “ought to be” from the three per-spectives : ontology, epistemology and axiology. According to the paper, the logical form of “ought to” in the sense of axiology has two fields of value : certainty and uncertainty. On the basis of logical analysis of “ought to be” the author points out that the “ought to be” constitution and the “ought to be” of constitution belong to two different categories of value. The functions of “pre2constitutional phenomena” and “constitutional phenom-ena” in the construction of the system of constitutional value are differentiated. It is stressed that the core of value of modern constitutions is a “law to legislate over legality.”

(9) The Opposition and Unity Between Objective and Subjective Good Faith

———**Based Mainly on Roman Law** *Xu Guodong* • 97 •

This paper tries to reveal the opposition and unity between objective and subjective good faith in Roman law and the present civil code of different states and to explain, with the theory of social contract, the precon-ditions for the unity between objective and subjective good faith. The paper proves that the good faith in the earliest stage of the history of Roman law was all objective : only in the classical period was it divided into ob-jective and subjective, playing their role respectively in legal proceedings and real right. The Roman people’s ideas of good faith had both religious and secular origins. The paper also demonstrates the positive effects of *bona fide* litigation in many aspects and puts forward some suggestions for *bona fide* provisions in China’s civil code based on the principle of opposition and unity between objective and subjective good faith.

(10) The Gradation of Penalties : Towards a Quantitative Analysis *Bai Jianjun* • 114 •

This paper discusses the theoretical connotations and operative definition of the gradation of penalties and, on this basis, put forward an idea of preparing a composite index of penalties. An initial attempt

is also made to put the index into practice. The legally prescribed penalty for each crime has an exact position in the table of gradation of penalties , corresponding to its composite index value. This will make the legal empirical analyses in the four related fields easier to operate.