

## 引 言

人人皆知犯罪性质有轻重之别，但几乎无人去想过如何衡量犯罪轻重的问题。<sup>〔1〕</sup>我们习惯于用刑罚的高低来对应犯罪的轻重，却绝少怀疑罪刑之间究竟是天设姻缘还是硬配鸳鸯。倘若将刑罚看作鞋子，犯罪便是脚丫，只是“瞄一眼”“毛估估”就定下了鞋码，又何以保证不会出现削足适履或者3岁小儿套一双“船鞋”的情况呢？

遗憾的是，长久以来我们不仅轻信了鞋匠的眼力，而且混同了甚至颠倒了鞋与脚的因果关系，无条件地认可了“欲知足底尺寸，请问鞋上标码”的演绎方式。事实上，如何衡量罪质轻重是一个极其复杂棘手的难题。定性已难，量化更难，克服种种不可比因素难上加难。正因其难，使得作为刑法基

〔1〕当然这是极而言之的说法。其实每一刑事案件的审理，就已无不涉及裁量刑罚的工作。但我想强调的是，“量”与“估”是两个有本质区别的概念。在可比性问题未解决之前，最多是“估”，尚未及“量”。详见下文。

本原则之一的罪刑等价永远是一个可望而不可及的最高目标。相比之下，同为刑法基本原则的罪刑法定便是法治国家的最低要求了。

本章将在极其广泛的意义上讨论如何衡量犯罪性质的问题，或者说，将对涉及犯罪轻重的因素作一次全面的清理。举凡罪的定义，刑的尺度，测量的途径与方式，罪刑等价的现状与展望等等，均列其内，远远不止把犯罪划分为轻重两类。以“重罪和轻罪”为名，只是借用两个传统的概念，来象征一种思维的模式，一个研究的起点，以及各国刑法刚刚达到的认识水平罢了。至于可判死刑的“死罪”，本属重罪范围，考虑到所占篇幅颇为庞大而挪至后面辟为专章。

## 一、法定重罪与轻罪

犯罪性质的轻重之别是一个客观存在的事实，根据犯罪轻重而区别对待，也是各国刑法的通例。我们首先来考察国内外刑法中的有关规定，从而为以下各节的虚拟性研究，打下一个实证的基础。

我国刑法并未直接使用重罪轻罪的措辞，但区分轻重的精神则多有体现。例如，刑法第 7 条“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为 3 年以下有期徒刑的，可以不予追究”；刑法第 8 条“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定为 3 年以上有期徒刑的，可以适用本法”；刑法第 17 条“已满 14 周岁不满 16 周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任”；刑法第 65 条“被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕或者赦免以后，在 5 年以内再犯应当判

处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯”；刑法第 72 条“对于被判处拘役、3 年以下有期徒刑的犯罪分子，根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会的，可以宣告缓刑”，等等。

与我国刑法不同的是，大多数国家的刑法明确采用了重罪轻罪的分类，其中包括美国、德国、法国、瑞士、西班牙、意大利、奥地利、泰国、俄罗斯等。此外，英国和加拿大过去亦有重罪轻罪，但晚近已被新的分类方式所取代。<sup>〔1〕</sup>对这些国家刑

〔1〕英国和加拿大刑法现今采用的，是按审判方式而划分的应予起诉罪和简易审决罪。审判方式本来是诉讼法上的概念，按审判方式来对犯罪进行分类，可谓别具一格，这也反映出普通法系国家实体法和程序法并无严格界限的特色。应予起诉和简易审决并不是两个新概念，前者历来是刑事审判的通例，后者问世的确切日期已不可考，但也总在几个世纪之前。一般认为，从 16 世纪起，英国便逐渐出现依据成文法的授权而进行简易审判的罪名。但随着 1967 年《刑事法令》第 1 条明文废止重罪轻罪的划分之后，应予起诉罪和简易审决罪开始成为英国刑法最基本的犯罪分类。加拿大刑法的情况大体相同。所谓应予起诉罪，系指经过起诉并由具备法定资格的法官于刑事法院进行审理且有陪审团参加的犯罪。所谓简易审决罪，系指不经起诉即由治安法官于治安法院独任审理且无陪审团参加的犯罪。至于哪些犯罪是应予起诉罪，哪些犯罪是简易审决罪，通常由刑法予以明文规定，如 1956 年性犯罪法、1968 年火器法、1971 年滥用药品法等，均以附表形式对所列各罪的审判方式作了说明。全面推行审判方式分类法是英国刑法的一项重大改革，它基本上解决了轻微刑事案件充斥刑事法院，使其不胜负担的困境。参见 Peter. Seago CRIMINALLAW, pp1 ~ 10.

法的规定，大体可归纳为以下几个方面：

### （一）名称及划分

本节所称重罪轻罪乃泛指一种犯罪的分类方式，不一定要有重罪轻罪的措辞。事实上各国刑法所采用的名称与划分方式颇有区别：

A. 德国、奥地利分为重罪与轻罪；

B. 瑞士、法国等分为重罪、轻罪与违警罪。德国以前亦作如此划分，但 1976 年刑法已取消违警罪；

C. 意大利分为一般犯罪与违警罪；

D. 西班牙分为一般犯罪与过失罪。按西班牙刑法第 6 条“所谓过失罪系指法律处以轻刑之罪”，可见这里“过失”并非指心理状态，疑为翻译之误；

E. 俄罗斯只明文规定重罪，其余可推定为轻罪；

F. 泰国只明文规定轻罪，其余可推定为重罪；

G. 美国分为 6 级犯罪，分别是 1 级重罪、2 级

重罪、3级重罪、轻罪、微罪、违警罪。〔1〕

## (二) 标准

各国刑法通常以一定的刑罚作为重罪轻罪的标准。如德国刑法第12条，“称重罪者，谓最轻刑度为1年或逾1年自由刑之违法行为。称轻罪者，谓最轻刑度少于1年自由刑或科罚金之违法行为”；瑞士刑法第9条“重罪指应科重惩役之犯罪行为，轻罪指最高本刑为轻惩役的犯罪行为”，同法第101条“法定刑为拘留或罚金或专科罚金之行为谓之违警罪”，等等。

较为特殊的是俄罗斯刑法。其总则第7条，采用明文列举具体罪名的方式，来划定重罪范围。由于这一条文系根据1972年6月23日法令增补，以后又多次作了修订，表明这是俄罗斯刑法晚近所作的重大改革之一。被第7条提到者大体包括两类重罪：

〔1〕这里所引的美国刑法，系美国模范刑法典（The Model Penal Code）。模范刑法典是由美国法学会拟制的，几经易稿后于1962年公布的一部“示范性”文件。它本身并无法律效力，但具有很高的学术价值和示范意义。在其公布之后的20年间，就有半数以上的州以它为蓝本而对本州刑法进行了重大修改或重新制定。一般认为，模范刑法典足以作为美国各州刑法典的代表。

一类是行为本身即构成重罪，如叛国、间谍、恐怖、破坏、暗害、反革命宣传煽动、组织反革命集团、武装伙匪、破坏国家机关工作、走私、聚众骚乱、破坏交通安全、伪造货币、抢劫、故意杀人、故意重伤、强奸、受贿、枉法裁判、妨害公务、劫持飞机、盗窃枪支弹药、贩毒、反抗首长、脱逃等；

另一类是需要具备情节严重、情节恶劣、数额巨大等条件才能构成的重罪，如破坏金融、盗窃、抢夺、毁坏财产、投机、逾越职权、行贿、介绍贿赂、流氓、违抗、毁坏军用物资、违反战斗执勤规则等。<sup>〔1〕</sup>在上述罪名中，收入反抗首长、妨害公务而排除贪污、诈骗、敲诈勒索，似乎有点出人意料。

表 1 法定重罪与轻罪

| 国别 \ 规定 | 名称            | 标准              | 功能             |
|---------|---------------|-----------------|----------------|
| 美国      | 重罪、轻罪、<br>违警罪 | 按法定刑作 6 级划<br>分 | 法定刑由分则划入<br>总则 |

〔1〕 俄罗斯刑法明文列举所有重罪的做法，值得借鉴。关于已满 14 岁不满 16 岁者的刑事责任问题，何谓我国刑法第 14 条第 2 款所称的“其他严重破坏社会秩序罪”，理论界和司法实际部门迄今仍有争议。其实这个问题无需讨论也辩不清楚，只有请立法者给出答案。

|     |               |                       |                   |
|-----|---------------|-----------------------|-------------------|
| 德国  | 重罪、轻罪         | 以 1 年自由刑为界            | 在总则中体现重罪从严        |
| 法国  | 重罪、轻罪、<br>违警罪 | 矫正刑、警察刑为后<br>两者标志     | 在总则与分则中体现重罪从严     |
| 瑞士  | 重罪、轻罪、<br>违警罪 | 以重惩役、轻惩役、<br>拘役为界     | 在总则中体现重罪从严        |
| 西班牙 | 一般犯罪、过<br>失罪  | 以重刑、轻刑为界              | 在分则中辟出过失<br>专章    |
| 意大利 | 一般犯罪、违<br>警罪  | 以徒刑、罚金、拘役、<br>罚款为界    | 在分则中辟出违警<br>罪专章   |
| 奥地利 | 重罪、轻罪         | 以 3 年徒刑为界             |                   |
| 泰国  | 轻罪（其余为<br>重罪） | 以 1 月徒刑或 1000<br>巴特为界 | 在分则中辟出轻罪<br>专章    |
| 俄罗斯 | 重罪（其余为<br>轻罪） | 列举重罪罪名                | 在总则与分则中体<br>现重罪从严 |

### （三）功能与意义

重罪轻罪的划分究竟有无意义，这是一个很难回答清楚的问题。例如英加两国就是认为已无意义才予以废止的。然而从各国刑法看，除奥地利刑法的重罪轻罪确实徒有其名外，其他各国刑法仍赋予这一分类多方面的实际功能。表现为：

A. 在刑法分则末尾用一部分篇幅，专门规定轻罪或违警罪的各项具体行为，如西班牙、意大利、泰国等。这些规定大体与我国治安管理处罚条例相仿佛。值得一提的是，德法两国以前亦采用这种方式，但晚近的修正本已予废止。其主要原因或许是想避免同一行为分属不同章节。轻罪或违警罪

中的绝大多数行为，如赌博、扰乱秩序、斗殴等等，同样也可以是重罪，分开规定确实容易产生脱节现象。

B. 在刑法总则中体现区别对待，尤其是体现重罪从严原则，如德国、法国、瑞士、俄罗斯等。前引我国刑法第 7 条、第 8 条、第 17 条、第 65 条、第 72 条，也属于这种情况。由于俄罗斯刑法这方面规定得最为详尽，我们就以其为例：第 10 条规定，未成年人的刑事责任以实施重罪为限；第 24 条规定，剥夺自由的上限，重罪为 15 年，其余犯罪为 10 年，同条又规定，剥夺自由的服刑地点，重罪为严格管束的劳动改造营，其他犯罪则为普通管束的劳动改造营，同条还规定，重罪的剥夺自由刑期可以全部或部分改为监狱监禁；第 24 条 A 规定，重罪犯可构成特别危险的累犯；第 24 条 B 规定，重罪不适用缓刑和强制劳动；第 36 条规定，重罪犯应剥夺军衔或其他称号；第 57 条规定，重罪或者不适用假释和减刑，或者假释期较短和减刑幅度较小，同条还规定，重罪的前科不能消灭，等等。德国、法国、瑞士等国提到的，则主要是犯罪未遂、犯罪预备、教唆犯的刑事责任，以重罪为限。

C. 在刑法分则中体现区别对待，法国、俄罗斯等。法国刑法规定，在重罪过程中杀人，按谋杀论处；俄罗斯刑法规定，分则条文中的某些法定刑，只适用于特别危险的累犯，即以前犯过重罪

者。

D. 在刑法分则中作为法定刑依据，如美国。其刑法将所有犯罪分为 6 等，每等均由总则规定相应的法定刑。分则条文在规规定具体犯罪之后，只需指明其所属的犯罪等级即可，完全省去了刑罚部分的具体描述。分则无法定刑堪称美国刑法的一大特色。各等犯罪的法定刑，如表 2 所示。

表 2 美国刑法的法定刑  
(不包括加重、减轻等特殊情况)

| 刑罚类别 | 1 级重罪                              | 2 级重罪                             | 3 级重罪                            | 轻罪          | 微罪          | 违警罪      |
|------|------------------------------------|-----------------------------------|----------------------------------|-------------|-------------|----------|
| 罚金   | 10, 000 美元以下                       | 10, 000 美元以下                      | 5, 000 美元以下                      | 1, 000 美元以下 | 500 美元以下    | 500 美元以下 |
| 徒刑   | 下限：1 - 10 年由法庭判决<br>上限：无期徒刑视服刑表现而定 | 下限：1 - 3 年由法庭判决<br>上限：10 年视服刑表现而定 | 下限：1 - 2 年由法庭判决<br>上限：5 年视服刑表现而定 | 1 年以下由法庭判决  | 30 天以下由法庭判决 | 不适用徒刑    |

从立法技巧看，这一改革使刑法分则行文简化，然而其意义远非到此为止。更重要的是，这一改革使罪刑相适应原则，进一步得以制度化和精确化。表面上，罪刑相适应原则似乎非常简单，针对不同的犯罪设置不同的法定刑，犯罪有轻有重，法

定刑相应有高有低，这就是罪刑相适应。但问题是犯罪的轻重极难比较，例如凭什么说泄密罪重于重婚罪呢？倘若讲不清楚前者重在哪里，后者轻在什么地方，又何以证明泄密的 7 年法定刑与重婚的 2 年法定刑的合理性与科学性？又何以声称做到了罪刑相适应？

概括地说，在罪与刑的关系问题上，其基本原则是罪刑相适应，但实现的程度则有很大差异。大体可分为 3 个阶段：

初级阶段：罪与罪之间呈无序状态或仅有简单的轻重分类，罪与刑之间只是单线联系，变动某罪法定刑时无需考虑它罪法定刑的因素，讲不清楚泄密罪和重婚罪的轻重所在；

中级阶段：罪与罪之间已有定性的分为若干等级的组合排列，罪与刑之间由线状联系演变为同类型罪与同等级刑的带状联系。法定刑的变动不能单罪进行而必须同类型罪整体进行，除非是改变原先某罪的所属等级。能够粗略讲出泄密罪和重婚罪的轻重，在于各自属于不同的轻重类别；

高级阶段：罪与罪之间排定严格的轻重顺序，罪与刑之间经过一个螺旋之后，又由同类型罪与同等级刑的联系回复到特定罪与特定刑的联系，不但能够讲清楚泄密罪和重婚罪的轻重，而且能够指出两罪的轻重编号以及两罪之间还隔有哪些轻于泄密重于重婚的罪名。

从各国刑法看，绝大多数刑法仍处于初级阶

段，唯有美国刑法跨入了中级阶段的台阶，尽管这一步并不很难，但毕竟领先了一步。〔1〕

〔1〕 郑伟著：《刑法个罪比较研究》，河南人民出版社，1990年版，第20~21页，第50~51页。关于犯罪轻重的思考，最初就是从那时开始的。现在看来，尽管当时的论述相当肤浅甚至有失偏颇，但能够从比较研究中发现和抓住这方面的问题，尚属难得。

## 二、“罪”与“刑”的界定

通过对各国刑法的考察，我们已经初步触及了“罪的轻重”这一概念。然而，概念中所包含的基本要素，还仅仅初露端倪而已。本节我们将着手界定这些基本要素，即“罪”、“刑”、“轻重”、“罪刑等价”，以作为后面各节讨论的基础。

### （一）作为测量对象的“罪”

罪首先有实罪和虚罪两种含义。前者为客观之罪，后者乃法定之罪。

客观之罪，指一种由自然人或法人实施的有害于社会并达到相当程度的行为。

法定之罪，指一种对危害行为抽象化的概括。

罪又是一个可极大可极小的概念。从大到小可依次分为整体犯罪，整体个罪，分体个罪，具体个罪。它们都有实和虚两种含义，本章在提到它们时，根据上下文不难判明其“虚实”。

整体犯罪，指客观或法定之罪的总和。

整体个罪，指某一种或每一种拥有自己名称的罪的集合，如杀人罪、盗窃罪、强奸罪等。

分体个罪，指某一种或每一种个罪内部依不同情节而设立的层次或排列，如数额 600 元的盗窃罪，数额 5000 元的盗窃罪，等等。

具体个罪，指某一个或每一个实际发生的客观之罪，即通常所谓的刑案。

## （二）作为测量尺度的“刑”

“刑”在此处，专指一套适用于“罪”的计量系统。在这一系统中，有关“度”或“值”的问题，大体可作如下概括：

### A. 生命刑

包括死刑和“死缓”后者虽非刑种而仅具附属性质，但毕竟是一个低于立即执行的等级。因此，在刻度上，死刑可表为一条位于诸刑之首的明线，死缓可表为一条仅次于死刑的虚线。

### B. 自由刑

其中上端的无期徒刑为一线，中端的有期徒刑和下端的拘役为一个大体衔接的面。所谓大体衔接，指拘役在数罪并罚的情况下，有可能超出有期徒刑的下限。剩下的管制，其性质是限制自由，本不宜类比，但根据刑法第 41 条“管制的刑期，从

判决之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 2 日”，可近似地在自由刑系列中划出两条虚线，折抵后分别对齐有期徒刑和拘役的相关刻度。

#### C. 财产刑

包括罚金和没收财产，刑法仅划出两条线。但与无期徒刑不同的是，罚金和没收财产实际上是有幅度的，因此可看作两个由虚线围成的面。罚金和没收财产又是不可比的，因此这两个面呈平行状。

#### D. 资格刑

指剥夺政治权利，有幅度，可表为上下两条明线。

本章乃至本书的重点是罪，刑在其外。这里仅从计量的角度，对刑的完善提出若干设想：

A. 同为自由刑的有期徒刑与拘役应避免重合。为解决数罪并罚的问题，可规定两个拘役一律升格为有期徒刑。当然更好的方案是将拘役同有期徒刑合并为单一的有期自由刑。〔1〕

B. 现在的财产刑残存绝对不确定刑的痕迹，应考虑设立法定的幅度。

C. 刑别和刑种之间应增加可比性，增设等值

〔1〕 自由刑的简化和单一化是当代刑法发展趋势之一，许多国家的刑法改革都涉及此处。例如德国刑法，曾有过有期徒刑、苦役和拘押，现仅存有期自由刑。又如意大利刑法，现采用“双轨制”的刑罚体系。虽仍有监禁和拘押，但分属一般犯罪和违警罪，井水不犯河水。

线。其中最重要的，是引入自由刑与财产刑的换算关系。

刑之于罪，正如公制之于度量衡，是一套最通用的计量系统。但亦有诸多不同：刑几乎是唯一的，公制之外尚有英制、市制等；刑的通行，并非源于竞争，公制虽然亦有强制推广的因素，但主要是凭借自身的优势才从众多制式中脱颖而出，例如，它的计量单位较为细密，从而提高了计量的精度。它的计量系统较为完备，对极大或极小的计量对象均可应付裕如。它的换算关系较为合理，便于实际的操作，等等。正是在这些方面，刑暴露出很多的缺陷。从根本上说，任何种类的计量，关键全都在于所达的精度而非所用的系统，正如公制有米、克、公升，但也可用英制的英寸、磅、加仑或市制的尺、斤、市升等，来标明等值的长度、重量和容积。本章将就一套独立于刑外的理想化的计量系统展开讨论。

### （三）作为测量结果的“轻重”

所谓轻重，指一种对于罪的某一方面的性质，即社会危害程度的计量。轻重可以是单纯的，仅表示危害程度；也可是加权的，已融入罪犯人身危险性的各项指标。后者也即罪犯所判刑罚的实际读数。

轻重既可以是定性的，也可以是定量的。最粗略的定性是将全体犯罪划分为轻重两类，较细密的是依轻重划分为若干等级，如最重罪、次重罪、重罪、轻罪、次轻罪、极轻罪等。定量则是求出每一整体个罪、分体个罪以及具体个罪的危害程度。

#### （四）作为测量目的的“罪刑等价”

或称罪刑相适应，指罪的轻重与刑的高低，在天平两端持平。即重罪重刑，轻罪轻刑，罚当其罪。很显然，罪刑等价以精确测出罪的轻重为前提。在假定这一前提已获满足的情况下，罪刑等价大体应有如下表现：

A. 就整体犯罪而言，罪刑等价中的“刑”，本义之外尚含引申义。本义或狭义仍指刑罚，“等价”意味着为整体犯罪而配置的刑罚体系，保持宽严合宜的水平。引申义转指“代价”，即我们为抗衡、疏解、消弥和抑制犯罪这种有害的社会现象而在硬件和软件两方面的支出。“等价”的最低要求是必要合理的支出，最高目标则是以尽可能小的代价换取尽可能大的回报。这个问题在下节里还将详细讨论。

B. 就整体个罪而言，罪刑等价主要是解决一个可比性的问题。任何一罪的轻重，都可以通过与