

不存在，其签订合同的活动只是虚设的骗局。如嘉兴人姚某骗取某供销社空白介绍信和空白合同纸，以该供销社的名义与江西景德镇某贸易公司签订了一份购买瓷器的合同。姚先不付款，也未提货，而以更高的价钱将合同卖给了苏州某供销公司，先收取买方的预付款再付给卖方货款，经转手非法获利数万元。尽管合同纸是骗来的，但与景德镇签订的合同是真实的，作为卖方景德镇人是有瓷器卖出的；尽管只经嘉兴人一转手，但作为买方苏州人也是要买瓷器的，这种商业活动实际上是存在的。这种倒卖合同的行为应属于投机倒把行为。又如温州人林

某以温州买卖信息公司经理身份，以能提供铝锭、麻袋、马口铁等紧俏物资的谎言与有关单位签订了虚假合同45份，骗取预付款、介绍费等共14.4万余元，实际上他一点马口铁和铝锭也没有，也没有一条麻袋，根本不存在商业活动，其签订合同是诈骗的一种手段，这种手段披上签订合同的合法外衣，更能使被害人受骗上当，这就属于经济诈骗犯罪。

（作者单位：浙江省人民警察学校  
法律教研室）

责任编辑：肖 岚

## 论量刑的一般原则与量刑的方法

高 格

—

量刑是人民法院对犯罪分子裁量决定刑罚。量刑，从刑事诉讼法来讲，是人民法院审判活动的一个最主要的环节，占有十分重要的地位。人民法院的审判环节很多，但主要是定罪与量刑两个环节。人民法院查清案件事实之后，就要判断案件的性质，确定被告人的行为是否构成犯罪。如果已经构成了犯罪，并且正确认定了犯罪，接着就是解决量刑的问题，即依法决定对犯罪分子是否判处刑罚，判处什么刑罚，判处多重的刑罚。从刑法来讲，量刑是刑罚适用的一个核心问题。为了实现刑罚的目的与功能，要正确解决如何具体适用刑罚的原则与方法等问题。

我国人民法院定罪量刑的要求是，事实清楚，证据确凿，定性准确，量刑适当，程序合法。量刑适当就是量刑要正确，要避免当罚不罚，不当罚而罚，重罪轻罚或者轻罪重罚。如果量刑不当，就会发生以上这些错误偏向，不能使犯罪分子认罪服法接受改造，进而有效地分化、瓦解犯罪。因此，正确量刑具有十分重要的意义，只有正确量刑，才能顺利实现我国刑法打击敌人，惩罚犯罪，保护人民的任务，达到我国刑罚的特殊预防与一般预防的目的；才能有效地发挥人民法院维护社会主义法制，促进和保障社会主义现代化建设事业的职能作用。

量刑是一件非常复杂而又细致的工作，要做到正确量刑，必须以正确的定罪为前提，罪定错了，量刑必然会发生错误。有的同志说：“正确定罪，解决了量刑的一半问题”。这种说法如果是强调定罪对量刑的影响，是有一定道理的。但是应当指出，正确定罪，并不能代替正确量刑，更不能解决量刑的一半问题。有的审判员认为，查清案件的事实，正确定罪是我的责任，而量刑则是领导的责任，或者认为，“审”是我的责任，“判”是领导的责任。这种把定罪与量刑、审与判截然分开的认识和做法都是错误的，因为它是破坏定罪与量刑的密切联系和违背审判人员的审判职责的。我们认为，要做到正确量刑，除了审判人员必须刚正不阿，秉公执法，抱有严肃、认真全面负责思想和态度之外，还要有较好的业务素质，要善于结合案件的具体情况，正确理解和适用法律的有关规定。特别是审判人员要能坚持量刑的原则，运用科学的量刑方法，掌握好量刑的情节。

量刑的原则是多层次的，可分为一般原则与具体原则。一般原则是对刑法分则规定的各类犯罪以及各类犯罪中的具体犯罪的量刑都普遍适用的原则，例如以犯罪事实为根据，以刑事法律为准绳，就是量刑的一般原则。量刑的具体原则是对某一类犯罪或某一方面犯罪量刑所适用的原则。例如数罪并罚的原则只适用于数罪，对单一犯罪则不适用；军法从严的原则与战时从严的原则，只适用于军人违反职责的犯罪。

我国刑法第57条规定：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。”以犯罪事实为根据，以刑事法律为准绳这个量刑的一般原则正是刑法57条规定的概括。换句话说，刑法第57条规定的内容，就是以犯罪事实为根据，以刑事法律为准绳的内容。为了正确贯彻上述量刑的一般原则，必须对其内容与精神有正确的理解。

### （一）以犯罪事实为根据

这里讲的犯罪事实，是指广义的犯罪事实，也可以称为罪行事实，包括刑法第57条规定的犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对社会的危害程度。以犯罪事实为根据，即要查清以下事实：

1. 犯罪的事实。犯罪事实是指与犯罪构成要件有关的事实，这种事实是依法定罪与量刑的客观基础与前提。所谓与犯罪构成要件有关的事实包含两层意思：一层是犯罪构成要件的事实，如犯罪主体的主观罪过与犯罪行为以及行为的结果、侵犯的客体与对象等等。另一层是与犯罪构成要件有联系的事实，如犯罪人的过去表现与犯罪后的态度等等。犯罪事实不等于案情事实，后者的范围比前者宽的多。如有的人、物、事本身并不是犯罪事实，但与犯罪事实可能有一定联系，为了查清犯罪事实，就必须查清全部案情。

2. 犯罪的性质。从刑法上讲，犯罪的性质就是指犯罪的本质属性，即犯的是什么罪，应确定什么罪名，以便区别罪与非罪的界限，此罪与彼罪的界限。刑法分则把犯罪分为八类，每类犯罪又分为若干具体犯罪。因此，确定犯罪性质，不仅要判明该种行为是哪一类犯罪，还要认定是该类中的那一种具体犯罪，并准确地确定罪名。

3. 犯罪情节。这里讲的犯罪情节，在刑法第57条规定中就叫做“情节”，未冠以“犯罪”。那么，这种“情节”是指定罪情节，还是量刑情节，或者二者兼而有之呢？有的同志认为，这里说的犯罪的情节，是指决定犯罪性质以外的事实情况。这些事实情况，一般不属于犯罪构成要件，但影响犯罪的社会危害程度，因而影响刑罚的轻重。这种犯罪情节，就是我们一般说的量刑情节，即法定量刑情节与酌定量刑情节。我们认为把刑法第57条规定

的“情节”，侧重理解为量刑情节是可以的，因为刑法第57条规定的目的，是为量刑提出了一个正确原则。但是，把这种规定作绝对化理解，也是片面的欠妥的。因为刑法分则规定的许多情节，有时是作为犯罪构成要件即定罪的情节，有时又作为量刑的情节。例如，关于“情节严重”的规定，在走私罪、投机倒把罪、伪造、倒卖计划供应票证罪、偷税、抗税罪等犯罪中，是作为犯罪构成的要件即定罪情节；而在拐卖人口罪、报复陷害罪、伪证罪、抢劫罪、贪污罪等犯罪之中，又是作为量刑情节的。

4. 犯罪的社会危害程度。犯罪的社会危害程度是指犯罪行为对社会主义社会关系造成的损害程度。行为的社会危害程度，是区别罪与非罪、罪行轻重、从而决定量刑轻重的主要根据。刑法第57条提出的“对于社会的危害程度”，应该理解为量刑的总根据，它包括了犯罪事实、犯罪性质与犯罪情节所反映的社会危害性。为什么在规定犯罪事实、犯罪性质与情节之后，又规定“对于社会的危害程度”？我们认为这是总的强调。如同刑法第2条规定我国刑法的任务中讲的“维护社会秩序、生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众生活秩序”一样，这里说的社会秩序实际已包括了后面四种“秩序”，但又并列起来，只是为了明确与强调而已。有的同志认为，刑法第57条单独提出“对于社会的危害程度”，是指犯罪行为在客观上造成的实际危害结果大小，及其社会影响大小。这种把“社会危害程度”等同或限制于“社会危害结果”及其“社会影响”的主张是值得商榷的。因为，社会危害结果只是社会危害程度的一种表现，绝不是全部，它还要通过其他犯罪事实、犯罪性质与情节来表现。

坚持以事实为根据来量刑，就是坚持辩证唯物主义的审判思想和审判作风，坚持实事求是的原则。这样做就会减少或避免脱离实际、主观臆断的唯心主义错误，给正确量刑提供可靠的客观依据。司法实践的经验证明，冤假错案的发生原因，首先是由于没有坚持以事实为根据的原则，在没有查清事实的基础上或在事实真相没有搞清以致颠倒的情况下定罪判刑造成的。

有的同志认为，定罪应以犯罪事实为根据，量刑应以定罪为基础，不必再重复提以犯罪事实为根据。我们认为，量刑以定罪为基础是对的，但量刑仍需以犯罪事实为根据，因为有些犯罪事实是直接对定罪起作用，有些犯罪事实是直接对量刑起作用。例如犯罪既遂与未遂的事实，一般说对构成犯罪没有影响，但对量刑轻重确有重要影响。有些犯罪情节的事实，有时对定罪有影响，有时又对量刑有影响。由此可见，以犯罪事实为根据，查清犯罪事实，不仅是定罪的需要，也是正确裁量适用刑罚的需要。

## （二）以刑事法律为准绳

这里讲的刑事法律主要指具有实体法意义的刑法而言。我国的刑法除了1979年颁布的法定典式的《中华人民共和国刑法》以外，还有单行刑事法规与其他法律中规定的刑法规范。前者如《中华人民共和国刑法》，后者如森林法、文物保护法中规定的刑法规范。在刑法中还包括全国人大常委会对刑法进行修改和补充的几个决定。有的同志说，刑法第57条规定，对犯罪分子决定刑罚的时候，应当“依照本法的有关规定判处”，因此，判刑只应以刑法为准绳，不应涉及其他法规。这种认识是狭隘片面的。我们认为，作为刑法对量刑的规定，只能讲“依照本法”，但是从整个量刑的工作来讲，必须全面地理解，应当依照刑法表现形式的全部，不应限于法定典式的刑法本身。因为，象惩治军人违反职责罪暂行条例是刑法的续编，其他刑法规范则是刑法的必要补充。

由此可见，在量刑时，以刑事法律为准绳的含义是：

1.要严格遵守刑法总则和全国人大常委会有关决定以及单行刑事法规和刑法规范中关于认定犯罪与刑事责任和适用刑罚的原则。如要遵守从重、从轻、加重、减轻或者免除处罚的一系列规定,关于未成年人犯罪和审判时怀孕妇女犯罪的处刑规定,关于预备犯、未遂犯、中止犯处刑的规定,关于共同犯罪中主犯、从犯、胁从犯、教唆犯的认定与处刑规定,关于累犯、自首处刑的规定,等等。

2.要严格遵守刑法分则和全国人大常委会有关决定以及单行刑事法规和刑法规范中关于具体犯罪的罪状和法定刑量刑幅度的规定,选定法定刑种,或者在法定刑幅度内,确定适当的刑罚与刑期。

坚持以刑事法律为准绳来量刑,就是坚持社会主义法制原则。这样做就可以避免封建的罪刑擅断主义的复活,避免违背刑法规定,按“土法律”、“土政策”量刑,实际也是抵制了“以言代法”、“以权代法”的量刑,可以做到量刑得当,既不冤枉好人,又不放纵犯罪。

但是,应当指出,我国刑法规定的法定刑不是绝对确定的法定刑,是相对确定的法定刑,对具体犯罪应处的法定刑都规定了可供选择的几个刑种和量刑幅度。这种法定刑体现了原则性与灵活性的结合。审判人员有一定机动的余地,可以根据案件的具体情况,灵活地恰如其分地适用刑罚。这种灵活性与剥削阶级国家罪刑擅断主义的随意性不同,它是在一定原则性的基础上的灵活性,即在法定量刑幅度内的灵活性。不过也应当看到,我国刑法规定的量刑幅度还是比较大的,例如有的条文规定了两个或三个量刑幅度,刑种和刑期从三年以上有期徒刑到十五年以下有期徒刑,还有无期徒刑与死刑。如果审判人员不秉公执法刚正不阿,不具有社会主义法律意识,不坚持量刑原则,不采用科学的量刑方法,都可以以任何借口而随意滥用刑罚以致徇私枉法,或者虽不徇私枉法,也会造成错判。因此,为了正确地量刑,除了要强调坚持量刑的原则外,还要研究科学的量刑方法。

## 二

量刑的方法,是指审判人员依法对犯罪分子判处刑罚的手段、方式及步骤的总和。

量刑方法犹如过河的桥与船一样,有了桥与船,就能顺利到达彼岸,有了科学的量刑方法,就能达到正确量刑的目的。在司法实践中比较普遍并长期存在量刑方面的问题之一,是量刑畸轻畸重,重罪轻判,轻罪重判和量刑不统一、不平衡。有时在同一地区同一形势下,犯罪事实、犯罪性质和情节基本相同的犯罪,量刑悬殊。例如有三个盗窃案,每个案件的被告均系一人,发案时间同是1983年,发案地点同是某省的一个地区,盗窃物品的价值基本一样,原先都有过一、二次偷摸行为。然而对这三个被告的处理却有很大区别。一个不构成犯罪,一个构成盗窃罪被判有期徒刑二年,还有一个构成惯窃罪被判有期徒刑十年。这种量刑上的差异和不平衡现象绝非罕见,以致于连某些审判人员也不以为然,甚至习以为常,而且把定罪量刑同自由市场相提并论,喻之为“一个市场一个行情”。造成量刑上的不统一不平衡的原因当然是很多的,有的是由于外部干扰,如领导以权相通,亲友以情相求,利害关系人以利相诱,审判人员徇私枉法或贪赃枉法;有的是由于业务不熟,或者不坚持量刑的原则;有的则是由于量刑方法本身存在弊病。因此,我们必须重视量刑方法的研究和改革。

量刑方法具有多样性与层次性,从不同角度可以分为许多种。例如,从逻辑学的角度,可以分为归纳和演绎的方法,综合分析的方法,比较分析的方法等;从数学的角度,可以分为数量化的量刑方法与电子计算机的量刑方法;从刑事诉讼法学的角度,可以分为审判员独立

量刑的方法与合议庭或审判委员会集体讨论量刑的方法。目前国内外的司法实践所适用的量刑方法和正在探索与试验的量刑方法主要有以下几种：

(一) 综合估量式的量刑方法。也可称为经验作业的量刑方法。这是国内外历来普遍采用的传统量刑方法。这种量刑方法就是审判人员首先审理案件，掌握案情，在法定刑范围内，参照过去司法实践的经验（包括自己办的、他人办的案件的量刑经验和上级法院的判例），大致地估量出对现在案件应判的刑罚。接着再考虑案件中存在的加重、从重、从轻、减轻处罚和免除处罚的情节，最后，综合地估量出犯罪人应当执行的刑罚加以宣告。或者先不作出大致应判的刑罚，而是先考虑上述案件情节，一次性地估出量犯罪人应当执行的刑罚加以宣告，即宣告刑。经过上诉期被告人不上诉或驳回上诉，判决生效即是确定刑。

(二) 罪刑等级式的量刑方法。这是美国采用的一种量刑方法。美国联邦和各州的刑法典把各式各样的犯罪分为重罪与轻罪两大类（有些州还加上轻微犯罪一类），并将故意杀人罪作为特殊情况，规定了罪行等级以及与罪行等级相对应的刑种刑度，法官可在与罪行等级相对应的刑种和刑度中酌情量刑。例如，伊利诺斯州《犯罪法》把犯罪等级分为故意杀人罪（特殊情况），重罪（分特级、一级、二级、三级、四级），轻罪（一级、二级、三级），微罪，然后，又规定了与上述犯罪等级相对应的法定刑和刑度。故意杀人罪的法定刑是死刑或40至80年徒刑；特级重罪的法定刑是6至30年徒刑，有加重情节为30至60年徒刑；一级重罪的法定刑为4至15年徒刑，有加重情节为15至30年徒刑；二级重罪的法定刑是3至7年徒刑，有加重情节为7至14年徒刑；三级重罪的法定刑是2至5年徒刑，有加重情节为5至10年徒刑；四级重罪的法定刑是1至3年徒刑，有加重情节为3至6年徒刑；一级轻罪的法定刑是1年以下徒刑；二级轻罪的法定刑是6个月以下徒刑；三级轻罪的法定刑是30天以下监禁；微罪的法定刑是罚金。1980年5月1日美国明尼苏达州开始实行一种新的“罪刑等级式”量刑方法。它把一级故意杀人罪以外的所有重罪分为十级（一级最轻，十级最重）。又按犯罪人的犯罪史记录多少分七格（第一格为初犯，第七格为具有六次或六次以上犯罪的人）。这样构成一个含七十格的“判刑指导阶梯表”。每一格都有法定刑，少数是绝对刑，多数是幅度刑。法官就根据客观犯罪行为严重性（按十级衡量）和犯罪人主观恶性（按七格衡量）“坐标焦点”上的法定刑酌情量刑。

(三) 数量化的量刑方法。亦可称为量刑的定量分析方法。数量化的量刑方法就是首先用加权平均测评法和模糊综合评判法这两种数学方法，根据量刑情节，把罪行情节分成若干等级，再划分相对应的若干档次刑，最后，按照罪刑相适应的原则，再与具体犯罪情节等级对号，而斟酌判处相应的档次刑。量刑情节可以分为基本量刑情节与特别量刑情节。基本量刑情节指决定刑罚轻重的情节，即犯罪构成的必要要件与选择要件。如犯罪客体与对象，犯罪手段，犯罪结果，犯罪环境，犯罪动机目的，罪过情况，责任能力，罪前品行，罪后表现等。特别量刑情节是指加重、减轻、从重、从轻处罚与免除处罚的情节。根据量刑情节划分的罪行情节等级可分一至六等，即一等情节轻微，二等情节较轻，三等情节一般，四等情节较重，五等情节严重，六等情节特重。法定刑的档次也分六档，与罪行情节等级相对应分为一至六档。在量刑中又可以将要判处的刑罚分为基础刑与调整基础刑。基础刑是根据犯罪的基本量刑情节和刑法规定的法定刑，运用数学方法，对罪犯判处的基本刑罚。如果案件没有任何从重、从轻的特别量刑情节，这个基础刑也就是判决的宣告刑。如果有从重、从轻的特别量刑情节，则要经过调整以后，才能成为宣告刑。在基础刑中又可以分为一般基础刑与

特别基础刑。一般基础刑是具体案件中设有加重、减轻处罚特别量刑情节时裁量的基础刑，有加重、减轻处罚特别量刑情节时裁量的基础刑，叫特别基础刑。数量化量刑方法目前正在研究试验，虽已取得一定成果，但还待完善，还需经国家有关部门认可和推广。

(四) 电子计算机的量刑方法。亦称电脑量刑方法。电脑量刑是属于人工智能的专家系统，它是综合运用现代系统论、控制论和信息论的理论成果，采用数学模型的技巧和电子计算机技术，集法律有关规定和专家审判人员的经验以及他们正确适用法律定罪量刑的案例于一体的产物，它根据审判人员提供的案情事实信息，运用系统存储的法律和有关知识进行推理判断，为审判人员审理刑事案件提供准确定罪与最佳量刑的方案。电脑定罪量刑系统大致可以由以下几部分组成：1. 知识获取系统：把有关定罪量刑的知识转换并加工为电脑的内部表示。2. 知识库：其中包括法规库、经验库和判例库三大部分。法规库存储与定罪量刑有关的法律、法规、立法解释和司法解释；经验库主要存放专家型审判人员汇总的、如何准确适用法律定罪量刑的经验，以及表现为论著论文形式的、对法律的正确理解和对审判经验的理论概括；判例库主要存储经最高人民法院审定，证明定罪准确量刑适度的典型案例。3. 推理判断网络：主要具有定罪与量刑的功能，当把审判人员提供的案情事实信息送入系统后，该网络在一定控制策略下，从知识库里搜索相关知识，进行推理判断并得出结果。4. 人机对话系统：接受需要定罪量刑的案情信息。电脑定罪量刑在国外尚无成功先例，在我国刚刚开发研究，虽尚无完整的模型，但有的单位已初步试验成功。

以上所述量刑方法的优劣以及发展趋势，可作如下分析：

综合估量式的量刑方法的优点是简便、灵活，这种方法已为我国司法实际工作人员所掌握，在相当长的时间内还是要运用的。但是应该看到这种量刑方法的弊病。犯罪是一种非常复杂的社会现象，形形色色，各不相同。刑法条文只能作原则的抽象的规定，不可能作具体详细的规定。审判人员仅靠主观估量的方法量刑，不可避免地会产生主观随意性与量刑的偶然性，会受到自己的法律意识、理论水平、业务与工作经验、个性特点以及外界干涉等各种主客观因素的影响。因而这种量刑方法缺乏客观性、标准性和科学性，必然会使量刑产生不统一不平衡和畸轻畸重，形成重罪轻判或轻罪重判，违背罪与刑相适应的原则。所以，必须改革这种量刑方法，这也是司法实践提出的迫切要求和量刑方法发展的必然趋势。

罪刑等级式的量刑方法，优点是便于审判人员掌握标准，有助于缩小罪与刑之间的悬殊，使量刑方法进一步制度化、标准化。但是，美国规定的法定刑幅度相当大，如徒刑有4至15年或15至30年，有6年至30年或30年至60年，40年至80年，这样很难做到判的刑罚与罪行等级相适应。在我国，刑法没有规定罪刑的等级，而且作这种规定的可能性也不大。因此，这种量刑方法在我国司法实践中也行不通。

数量化的量刑方法的优点是**有利于克服综合估量式量刑方法的缺点**，使量刑具有客观性、统一性，减少或避免畸轻畸重的现象，使罪与刑相适应，提高审判工作效率，使罪犯认罪服法，充分发挥刑罚的惩罚和教育改造作用，以收到比较好的社会效果。这种量刑方法是把数学引到刑法学中来，对于刑法学的发展也会起促进作用。数量化的量刑方法也是可行的，因为犯罪和刑罚都客观地存在着可分析的量，犯罪的社会危害程度就是罪行的量，法定刑的幅度是刑罚的量，具体表现为刑罚严厉程度、时间和财产数额等形式。法定刑是常量，宣告刑是变量。这样就为运用数学方法进行量刑提供了可能。而量刑使用的是普通数学的计算方法，广大司法工作人员只要具备一定的数学知识，便可以掌握和运用数量化的量刑方

法。这种量刑方法可以说是比较简便易行，又符合刑罚经济的思想，不用花费什么钱财，因而是一种好推广的方法。当然，改革量刑方法也有一个过程，推广数量化的量刑方法首先在实践中要被公认好用之后，还要得到国家最高司法机关的认可。目前，关于数量化量刑方法的罪行等级与法定刑档次的解释或规定，仅限于学术研究范围，还不发生法律效力。

电脑量刑的方法，优点是具有客观性、标准性和精确性，避免了量刑中的主观性和其他偏差，对被告能作出最接近罪刑一致的法律评价，获得最佳适度的量刑效果。同时，在量刑中运用电脑，不仅不会否定审判人员的作用，而且还有利于充分发挥审判人员的作用。电脑要靠人编制的程序进行工作，电脑在运转时，必须首先存入被告人作案的事实和情节等各种数据，这些都要发挥审判人员的能动作用。电脑运转的定罪量刑软件是由较高层次的审判人员根据法律规定，汇集了集体的智慧而制成的。从长远的观点看，运用电脑定罪量刑，是司法工作现代化的一个必然趋势，以后电脑将会得到普及，电脑运用的开发项目，不仅是司法机关的工资、人事、档案、物资和法律储存等服务项目，必须有定罪量刑的高层次项目。目前限于财政能力和技术水平，还有一些法律和技术问题，如量刑程序设计，电脑软件制定，量刑软件开发的主体资格和责任的规定等问题，需要进一步研究解决。所以，这种量刑方法在目前还不能实际运用与推广。

数量化量刑方法的基本原理与规律同运用电脑量刑是基本一致的，所不同的是前者是人脑运用数学方法，后者是电脑运用数学方法。利用电脑量刑可以说是数量化量刑的一种高级形式和发展趋势。因此，目前可以先搞数量化量刑方法，然后向电脑量刑过渡，在有条件的单位，当然也可以同时进行或直接搞电脑量刑。

总之，为了贯彻罪与刑相适应的刑法基本原则，做到量刑适当，使量刑获得最佳社会效果，克服重罪轻判或轻罪重判的弊病，实现刑罚的目的，我们必须逐步改革量刑的方法。

(作者单位：吉林大学法律系)

责任编辑：王敏远

