

酌定量刑情节研究

豆彬宾

(湖南大学, 湖南省长沙市, 410082)

摘要: 量刑情节按是否具有法定性可分为法定量刑情节与酌定量刑情节。法定量刑情节的内容在刑法中有明文规定, 因此其适用具有明确性。而酌定量刑情节的表现形式缺乏法律的规定, 在其适用上有较大争议。因此本文以酌定量刑情节为研究对象, 通过对其概念、基本范围、缺陷及对策的研究, 以期对实践中酌定量刑情节的适用有一定的借鉴意义。本文包括四个部分的内容。第一部分对酌定量刑情节的概念与思考。该部分通过对多种学者对酌定量刑情节下的定义的分析, 笔者得出理论界关于适用酌定量刑情节需考虑的共同的情况。同时提出关于酌定量刑情节的几点思考: 法定性、相关性、适用任意性。第二部分大陆法系酌定量刑情节立法的比较。本部分分析了大陆法系德国、日本立法概况, 同时介绍中国的立法现状, 并将二者进行比较分析。第三部分通过从立法和司法方面中提出现存酌定量刑情节所存在的问题, 在最后就相关问题提出完善建议。

关键词: 酌定量刑情节 立法 司法 完善

中图分类号: D914 **文献标识码:** A

引言

量刑作为刑事审判的重要部分既是检验刑事审判质量的标准之一, 又关系到刑法目的的实现, 因此我们要认真对待量刑问题, 以达到司法实践中的量刑公正。量刑公正取决于量刑情节, 量刑情节主要包括法定量刑情节和酌定量刑情节, 法定量刑情节具有法定性, 由最高人民法院和最高检察院出台的一系列司法解释相匹配; 酌定量刑作为量刑情节的一部分, 在法官刑事裁量中发挥着重要的作用: 首先, 酌定量刑情节对定罪具有重要意义; 其次, 在每个具体的刑事案件中一定会有酌定量刑情节; 再次, 当案件中没有法定量刑情节时, 只能依靠酌定量刑情节确定刑罚, 因此, 酌定量刑情节也是刑法裁量的重要依据。但是酌定量刑情节在实践中的问题很多, 法律没有明确规定酌定量刑情节, 所以酌定量刑情节在实务中适用的十分混乱: 实践中没有统一的适用标准, 经常出现同案不同判的现象, 不利于维护司法公正。因此在当前宽严相济刑事政策背景下研究酌定量刑情节具有重要的现实意义。本文首先整理出酌定量刑情节概念, 其次比较中外酌定量刑情节的立法差异, 最后对酌定量刑情节出现的问题从立法、司法的角度提出建议。可以在一定程度上引起理论和实务界对酌定量刑情节的重视并加深对其的理解, 从而准确的运用于司法实践中以维护法律的公正与权威。

一、酌定量刑情节的概念与思考

(一) 酌定量刑情节概念

我国刑法并未对酌定量刑情节的概念做出准确的定义, 理论界关于酌定量刑情节的概念也各不相同, 主要有以下几种代表性的观点:

第一, 酌定量刑情节是指人民法院根据立法精神和有关刑事政策在审判经验中总结出

来,在刑罚裁量时应当灵活掌握酌情适用的情节。^[1]

第二,酌定量刑情节是指刑法没有明文规定的,由人民法院从审判实践经验中总结出来的,审判人员在量刑时应酌情考虑的各种事实情况。^[2]

第三,酌定量刑情节是指刑法未作明文规定,根据刑事立法精神与有关刑事政策,由人民法院从审判经验中总结出来的,在量刑时需要酌情考虑的情节。^[3]

第四,法律虽然没有明文规定但予以认可的,由审判机关从犯罪事实和犯罪个人的事实情况中总结出来的反映行为的社会危害性和行为人的危险人身危险性而作为量刑具体依据的各种事实情况。^[4]

第五,酌定量刑情节是指刑法所认可的,从审判实践经验中总结出来的,对行为的社会危害性和行为人的危险人身危险性程度具有影响的,在量刑时予以灵活掌握、酌情适用的事实情况。^[5]

第六,酌定量刑情节是指法律明确规定其适用依据,审判机关及法官必须考虑,反映犯罪行为社会危害性和危险人身危险性大小的,除法定量刑情节以外的量刑情节。^[6]

以上几种观点都承认酌定量刑情节是针对法律规定之外的其他情节,并且是必须一定程度上反映犯罪行为的社会危害性和危险人身危险性大小的情节。

(二) 酌定量刑情节概念的几点思考

1. 关于法定性的思考

依据上面几种对于酌定量刑情节概念的可以看出,大多数使用“刑法未作明文规定”、“审判实践经验中总结出来的”等语句来定义酌定量刑情节。可以看出对于是否具有法定性的问题有争议,肯定说认为酌定量刑情节具有法定性;否定说认为酌定量刑情节不具有法定性,并以此区别于法定量刑情节^[7]。这两种观点发生分歧的原因是对“法定性”的理解不同。笔者认为,酌定量刑情节具有刑法上的依据,但不具有具体内容的法定性。

一方面,酌定量刑情节是法律认可的,在我国刑法上可以找到适用的依据。我国刑法第61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。”该条文中的既包括法定量刑情节,也包括酌定量刑情节。因为刑法中并未对此作相反的规定。此外,我国刑法第63条第2款规定:“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”该条文中的“案件特殊情况”主要是指酌定量刑情节。

[1] 陈兴良.刑法适用总论[M].北京:中国人民大学出版社.2006.

[2] 高铭喧、马克昌.刑法学[M].北京:北京大学出版社.2011.

[3] 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社.2011.

[4] 蒋明.量刑情节研究[M].北京:中国方正出版社.2004.

[5] 马克昌.刑罚学[M].武汉:武汉大学出版社.2014.

[6] 王利宾.酌定量刑情节规范适用研究[M].上海:上海社会科学院出版社.2010.

[7] 马克昌.刑罚通论[M].武汉:武汉大学出版社.2002.

另一方面,纵观整部刑法,全文没有规定酌定量刑情节的概念、地位、基本范围等问题。如果承认了酌定量刑情节内容的法定性将会造成刑法体系上的混乱。因为理论上认为法定量刑情节与酌定量刑情节的区分标准在于内容和形式上的法定性。某一情节一旦得到立法上的承认就会上升为法定量刑情节。因此,酌定量刑情节不具有内容上的法定性。

2. 关于相关性的思考

并非所有案件事实都可以被考虑到量刑中来,因此,就哪些行为涉及量刑的界定显得尤为重要。贝卡利亚认为衡量犯罪的标尺是“犯罪对社会的危害”^[8]。通说的观点认为若一个行为可以界定为对社会的危害时,不仅在于实质产生的危害结果,还应包括行为人的主观恶性。由此衍生出对行为人人身危险性的评价,即再犯的可能性大小。酌定量刑情节中因此需要考虑该犯罪人再犯可能性等相关情节,这类情节恰恰法律无法纳入具体法条之内进行规范化考量^[9]。笔者认为社会危害性是对已犯之罪对社会造成不良后果的确认,人身危险性是对未来犯罪可能性的预估,由此可以看出,关于酌定量刑情节的相关性思考应界定在对人身危险性的基础之上。

3. 关于适用任意性的思考

法定量刑情节在刑法中的规定具体详细,因此其对量刑的作用也是明确的,而酌定量刑情节则不同,由于其内容的非法定性所以某一酌定量刑情节具体适用与否需结合案件具体分析。但这种适用前提往往被界定为立法精神、刑事政策、审判经验等模糊的概念,不利于实践中对案件的具体适用。笔者认为,酌定情节虽然有适用上的任意性,但并非依靠法官主观决断,还是有一定的法律逻辑可循。如2015年最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》中指出对于未成年犯罪、从犯、自首立功等法定量刑情节中对具体量刑幅度的限制可以看出酌定量刑虽然法律没有明文规定,但是其实质上是“一般应当”的标准,即没有充分理由反对就应该适用的情况。

二、大陆法系国家酌定量刑情节立法的比较

英美法系国家的法律大多以不成文法为主,判例是法的主要渊源。法官主要依据先例进行判案,法官的自由裁量权比较大。因此,酌定量刑情节成为量刑因素被普遍使用。大陆法系国家的法律以成文法为主,法官判案主要以法律条文的具体规定为主,法官的自由裁量权较小。由于我国属大陆法系故主要介绍德国、日本的法律与我国法律的立法现状,并进行比较以期对我国刑法酌定量刑情节在立法上的完善有所启发。

(一) 大陆法系国家酌定量刑情节的立法规定

1. 德国酌定量刑情节的立法规定

《德国刑法典》第46条规定:“犯罪人之责任为量刑之基础。刑罚对犯罪人未来社会生

[8] 宿淞源.酌定量刑情节研究[D].辽宁大学.2014年,第31页。

[9] 汤海平.论酌定量刑情节[D].上海师范大学.2013年,第50页。

活所可期待发生之影响,并应斟酌之。法院于量刑时应权衡一切对于犯罪人不利之动机与目的,行为表露的心情及行为时的意志,违反义务的程度,行为的实施形式与可归责的结果,犯罪人的生活经历,其人身及经济的关系,以及犯罪后的态度,尤其补偿损害的努力和实现与被害人和解的努力。^[10]对犯罪人的罪行作为基础并考虑犯罪人受到惩罚后对其今后的生活的影响,并在量刑过程中区分犯罪情节对量刑的影响。将刑罚有可能对犯罪人产生的社会影响考虑到量刑中来是十分人性化的表现,这可以充分发挥刑罚的作用,对我国酌定量刑情节需要考虑的情节的研究具有重要的启示。

2. 日本酌定量刑情节的立法规定

日本刑法第66条规定:“当存在值得讨论的量刑情节时,可以减轻量刑。”第67条阐述为,即使存在法律规定的加重情节,也可以适当酌定减轻量刑。日本刑法第48条第2项规定:“适用刑罚时,应当考虑犯罪人的年龄、性格、经历与环境、犯罪的动机、方法、结果与社会影响、犯罪人在犯罪后的态度以及其他情节,并应当以有利于抑止犯罪和促进犯罪人的改善更生为目的。”^[11]日本刑法还规定了法律上减轻的程度及方法、加重减轻的顺序。除此之外,还规定了酌定量刑情节中检察官的建议权等等,

两个国家均将酌定量刑情节规定在刑法总则中并在刑法条文中列举了酌定量刑情节主要内容,这对我国酌定量刑的立法有一定的借鉴意义。

(二) 我国酌定量刑情节的立法规定

中国古代社会,重刑轻民、重实体轻程序的观念根深蒂固。刑法是国家法律的主要组成部分。中国古代行政权与司法权合一,为了加强皇权,皇帝及各行政官员在裁判案件时有很大的自由裁量权,完全可以仅凭个人喜好进行定罪量刑,成文法的作用并不显著^[12]。在中国古代人治社会中,酌定量刑情节在刑事裁量中十分重要。

1979年《中华人民共和国刑法》中关于酌定量刑情节的规定有2条,分别是第57条与第59条第2款。1997年刑法对1979年刑法在酌定量刑情节的部分做了修正,将原刑法中的第57条修改为1997年刑法中第61条,将1979年刑法中第59条修改为1997年刑法的第63条第2款:“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”对其在程序上做了严格限制。1997年刑法后为了适应经济社会发展的需要,全国人大常委会通过单行刑法和刑法修正案的方式对其不断完善,但对酌定量刑情节并未作出明确规定。

(三) 中外酌定量刑情节的比较

通过上述对我国以及对域外刑法中有关酌定量刑情节的立法分析,可以看出,我国与域

[10] [德]汉斯-海因里希·耶赛克,托马斯·魏根特.德国刑法教科书(总论).许久生译.北京:中国法制出版社.2001.

[11] [日]日本刑法·日本刑事诉讼法·日本律师法.中国社会科学院法学研究所译.北京:中国社会科学院出版社.1981.

[12] 邱兴隆,刑罚理性评论[M].北京:中国政法大学出版社.1999.

外国国家在酌定量刑情节上的规定有很大的差异。具体表现在以下几个方面：我国刑法中没有关于酌定量刑情节的概念，内容等方面的规定，酌定量刑情节的地位还很不明确，国外多数国家在其刑法中都明确规定酌定量刑情节的地位，并明确列举酌定量刑情节的基本范围；国外对法官在适用酌定量刑情节时享有自由裁量权在程序上进行严格限制。我国刑法仅从程序上对其做了限制，但其中规定的“案件的特殊情况”的判定标准仍十分模糊^[13]。因此在司法实践中，容易导致对这一情况的滥用。

综上，通过对比我国与域外酌定量刑情节的条文，我们可以发现我国刑法立法在这方面的不足之处并加以完善。一方面，在刑法中要对酌定量刑情节在量刑中的地位作出明确界定；另一方面，我们需要在刑法条文中概括列举酌定量刑情节的主要内容，从而为法官在量刑时提供一个明确的标准，以便实现我国刑法裁量的公正。

三、酌定量刑情节存在的问题

（一）酌定量刑情节的立法缺陷

司法判例或者司法统计的经验材料往往是酌定量刑情节规范适用的蓝本，但是由于理论界和实务界对酌定量刑情节的忽视，我国刑法对酌定量刑情节的立法并未引起重视，目前的刑法条文中没有明确对酌定量刑情节问题作出规定，法律条文的模糊性导致司法适用的困难性。法官对酌定量刑情节的认识不同导致酌定量刑情节适用的随意性很大，同案不同判的现象非常普遍，不利于量刑的公正，对维护当事人的合法权益也是不利的。

（二）酌定量刑情节司法适用中存在的问题

1. 忽视酌定量刑情节的适用

由于法定情节具有明确性、确定性、易于区分等优点，在某一具体案件中大部分法官都会优先选择适用法定量刑情节。我国对于量刑程序并没有统一的监管，导致法官在裁量刑罚时往往忽视酌定量刑情节，有的法官认为酌定量刑情节是在量刑中可有可无，甚至有法官对案件中有哪些酌定量刑情节、在量刑时应当适用什么酌定量刑情节都不了解。这使得法官在量刑时不能全面考虑案情，也会造成量刑不公。

2. 酌定量刑情节适用的随意性较大

酌定量刑情节的范围较广、弹性较大，赋予法官较大的自由裁量权。因此不同的法官对某一事实在具体案件中是否属于酌定量刑情节，同一情节在相似案件中对量刑作用的大小等方面的认定都有很大的随意性。在我国司法实践中，往往采用的量刑方法为“意定”法，即法官先对案件有了初步认识后，结合有关犯罪行为与法条进行涵射，最终形成所谓的“内心确信”即综合笼统的刑事判决。因此，在实践中由于法官对酌定量刑情节认定标准不一致，对案件会产生不同的见解，在考虑量刑时不免会渗入个人的喜好，价值观等。所以司法实践中同案不同判的现象非常普遍，严重影响司法公正。

[13] 高铭暄、马克昌. 刑法学. 北京：北京大学出版社. 2011.

应该看到,在一个案件事实中,酌定量刑情节是量刑的重要组成部分,不仅能体现出量刑的目的和特征,还能够起到解释说明量刑内在合理性和正义性,因此应该有一种法律规定或者特殊程序来指导量刑活动的进行,这样才能确保一个客观、合理并且具有说服力和可预测力的量刑结果。

3. 酌定量刑情节适用的不平衡

与法定量刑情节侧重的一般预防相比较,酌定量刑情节的内涵就是依照犯罪人的社会危害性、人身危险性进行有针对性的个别预防。依据酌定量刑情节的作用可以将酌定量刑情节分为酌定从重情节和酌定从轻情节,从我国现行刑法的实施原则来看,实行的是从旧兼从轻原则,然而我国自古以来重典治国的观念十分浓厚,新中国成立后我国“严打”时期十分重视酌定从重情节的适用。目前我国经济发展速度迅猛,社会转型的步伐加快,为了打击犯罪维护社会的稳定与法律的权威,法官偏重酌定从重处罚情节的适用。这也就导致了我国酌定量刑情节的畸形化发展,从各国司法实践中来看,酌定量刑情节虽然是可重可轻,但是究其本质均是达到实质上的“罪责刑相一致”的目的,我国过分强调重刑主义不分情况滥用酌定量刑情节,会在一定程度上损害犯罪嫌疑人以及被告的合法权益,导致量刑不公。

四、酌定量刑情节的完善

(一) 酌定量刑情节立法上的完善

1. 明确酌定量刑情节的指导思想

宽严相济的刑事政策作为我国刑事立法和刑事司法的指导思想已经得到我国刑法理论界的普遍认同,因此在适用酌定量刑情节时,应以宽严相济的形势政策为原则。主要体现在一下三个方面:

(1) 对死刑的限制。我国秉承的是少杀慎杀的死刑理念,所以要充分利用酌定量刑情节中对死刑犯犯罪行为的衡量从而防止死刑的滥用,限制重刑主义思想的扩张。

(2) 对法定量刑情节起补充作用。法定量刑情节中有许多“可以”“考虑”等模糊地带,此时可以通过宽严相济的指导政策通过酌定量刑情节确定法定量刑情节的边界,补充法定量刑中的模糊性规则。

(3) 对于犯罪情节轻微,悔罪表现良好的被告处以较轻的刑罚。刑罚具有谦抑性,即当其他规范无法使行为得到惩罚时才可运用刑法,因此对于情节轻微,人身危险性不大的犯罪人可以通过其他途径或者酌定量刑情节进行阻却其再次犯罪的危险性时应该适用。

2. 明确酌定量刑情节的地位与范围

正是酌定量刑情节在司法适用中认定标准的不统一,因而会出现量刑畸轻畸重的现象。为了避免法官滥用酌定量刑情节导致量刑不公,在刑法条文中对酌定量刑情节的地位、范围做出规定十分有必要。事实上1979年刑法草案讨论修改的过程中,有人曾主张在第57条增加第2款,“对于犯罪分子决定刑罚时,应当考虑下列情况:犯罪的动机、犯罪的目的、犯

罪的手段、犯罪造成的损害和影响、犯罪分子在共同犯罪中所起的作用、犯罪分子以往的表现、犯罪分子的生活境遇、犯罪分子和被害人平日的关系、犯罪分子的认罪态度和悔改表现、民愤大小”。但讨论中大家认为，量刑原则的内容已经概括，不需要另行详细列举，以免重复。大陆法系的许多国家比如德意日等分别在其刑法典中明确酌定量刑情节的地位及其范围，值得我们借鉴。

3. 部分酌定量刑情节法定化

酌定量刑情节的适用有法律上的依据，但刑法却没有明确规定酌定量刑情节的范围，相同的情节在不同案件中扮演的角色可能有所不同，需要具体案件具体分析才能确定这些情节的作用。与此同时也要看到酌定量刑情节和法定量刑情节的范围并不是永恒不变的，酌定量刑情节在现实中有向法定量刑情节转化的可能性，往往司法人员通过长时间的经验积累后将出现频率高的酌定量刑情节上升为法定量刑情节，如新修改的贪污贿赂犯罪中增加了对情节的要求等。对于那些经常适用、对量刑具有普遍指导意义的酌定情节可以给予立法上的认可，使之上升为法定量刑情节。事实上，我国在刑事立法中也采用了这种做法。比如《刑法修正案九》将为利用国家工作人员的影响力谋取不正当利益，给予其近亲属等关系密切人员财务的行为认定为犯罪。

（二）酌定量刑情节司法上的完善

1. 引用刑事判例制度

我国不承认判例是法律的渊源，但我国法官在刑事裁判时会参考案例^[14]。这对明确酌定量刑情节的作用有一定的积极作用。最高人民法院会将全国重大的案例刊登在《最高人民法院公报》上并在此基础上对这些案例进行编纂，形成具有指导性的案例，到目前为止，最高人民法院已发布十批指导性的案例。

2. 发布规范的司法解释与量刑指导意见

法律的相对稳定性决定了法律的滞后性，使得法律不能适应经济社会发展的需要。同时由于我国法律不承认判例，实践中判例对法官的刑事裁量所起到的作用十分有限。发布相关的司法解释不仅形式灵活、可以弥补法律的滞后性，而且司法解释与判例相比更具有权威性。正是因为司法解释的权威性与灵活性使其成为完善酌定量刑情节的一种重要途径。

最高人民法院在2014年制定了《人民法院量刑指导意见》，该文件是我国刑事司法进程中的一大进步，对于规范司法行为，统一法律适用标准，促进公正廉洁司法，提高法院公信力和权威有重要意义。^[15]最高人民法院于2015年实施《人民法院量刑指导意见》并要求各省高院以此为蓝本制定量刑实施细则但是量刑改革中对酌定量刑情节的规定不多。酌定量刑情节对量刑的重要作用要求最高人民法院对酌定量刑情节的量刑指导意见做出补充。

3. 建立相对独立的量刑程序

[14] 伍飞辉, 酌定量刑情节[J]. 知识经济, 2013 (02), 第21页.

[15] 林亚刚、袁雪, 酌定量刑情节若干问题研究[J]. 法学评论, 2008 (09), 第10页.

要想保证实体公正首先要确保程序公正,离开程序空谈实体没有任何意义。因此要实现量刑公正与公平,独立的量刑程序必不可少。我国司法改革也开始重视这点,2010年最高人民法院颁布的《关于规范量刑程序若干问题的意见》开始就是我国司法改革在量刑程序上的一大进步。该意见中法庭调查、法庭辩论中定罪程序结束后控辩双方可以围绕量刑问题展开辩论与调查。将量刑程序纳入法庭审理审理程序,保证了量刑程序的相对独立性^[16]。由于酌定量刑情节的不确定性与复杂性,公诉人与辩护人有必要将酌定量刑情节单列出来当庭进行辩论,法官在此基础上综合全案证据,全面考虑法定量刑情节与酌定量刑情节的相关情况,做出相对公正的判决^[17]。

此外,改革刑事判决书的写作,要求法官不仅要说明定罪理由而且也要对量刑理由作出详细的解释与说明。刑事判决书中增加量刑的说理性可以在一定程度上避免法官滥用自由裁量权出现的量刑的随意性,从而维护法律的权威。

4. 规范法官的量刑自由裁量权

通过司法解释和指导案例的形式规范的酌定量刑情节范围有限,仍有部分酌定量刑情节需要法官运用自由裁量权予以确定。因此规范法官的自由裁量权十分必要。一方面,法官要提高自身的业务素质。作为一名合格的法官,不仅要具有扎实的法律知识,而且要求拥有丰富的实践经验。另一方面,法官要树立公平公正、法律至上的价值观,努力提高自己的思想道德修养和法律职业素养。法官应当平等地对待每一个犯罪人,严格遵守法律的相关规定,不允许有超越法律的事实存在。

参考文献

- [1] 陈兴良.刑法适用总论[M].北京:中国人民大学出版社,2006.
- [2] 高铭暄、马克昌.刑法学[M].北京:北京大学出版社,2011.
- [3] 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2011.
- [4] 蒋明.量刑情节研究[M].北京:中国方正出版社,2004.
- [5] 马克昌.刑罚学[M].武汉:武汉大学出版社,2014.
- [6] 王利宾.酌定量刑情节规范适用研究[M].上海:上海社会科学院出版社,2010.
- [7] 马克昌.刑罚通论[M].武汉:武汉大学出版社,2002.
- [8] 宿渊源.酌定量刑情节研究[D].辽宁大学.2014.
- [9] 汤海平.论酌定量刑情节[D].上海师范大学.2013
- [10] [德]汉斯-海因里希·耶赛克,托马斯·魏根特.德国刑法教科书(总论).许久生译.北京:中国法制出版社,2001.
- [11] [日]日本刑法·日本刑事诉讼法·日本律师法.中国社会科学院法学研究所译.中国社会科学院出版社,1981.
- [12] 邱兴隆.刑罚理性评论[M].北京:中国政法大学出版社.1999.
- [13] 伍飞辉.酌定量刑情节[J].知识经济.2013(02).
- [14] 林亚刚、袁雪.酌定量刑情节若干问题研究[J].法学评论,2008(9).

[16] 林亚刚、袁雪.酌定量刑情节若干问题研究[J].法学评论,2008(9),第23页.

[17] 吴日波.酌定量刑情节研究[D].南京师范大学.2010年,第15页.

[15] 吴日波.酌定量刑情节研究[D].南京师范大学.2010.

Research on Discretionary Circumstances of Sentencing

Dou Binbin

(Hunan University, Changsha Hunan, 410082)

Abstract: The sentencing plot is divided into statutory sentencing plot and discretionary sentencing plot according to whether it is legal or not. The content of the legal sentencing plot is stipulated in the criminal law, so its application is clear. However, there is a great controversy on the application of the law in the absence of the law. So this article to discretionary sentencing plot as the research object, through to the basic concept, scope, defects and its countermeasure research, in order to practice the application of the discretionary sentencing plot has the certain reference value. This article includes four parts. The first part is about the concept and thinking of the sentencing plot. Through the analysis of the definition of the discretion of various scholars, the author obtains the common situation that the theoretical circle needs to consider the circumstances of the appropriate sentencing. At the same time, the author puts forward some thoughts about the circumstances of the sentencing: legal, relevant and arbitrary. The second part is the comparison of the legislation in the continental law system. This part analyzes the legislative situation of Germany and Japan in the continental law system, introduces the present situation of Chinese legislation, and compares the two. In the third part, the author puts forward the existing problems in the legislation and judicial aspects, and puts forward some Suggestions on the related issues at the end.

Keywords: Discretionary circumstances Legislation The justice perfect