



“以自首论” 司法解释的瑕疵及改进

利子平 杨美蓉

为了更好地体现自首从宽的刑事政策，鼓励犯罪分子自首，有利于查处犯罪，1997年修订《刑法》时增加规定了“以自首论”的情形：“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。”这一规定对于鼓励犯罪分子悔过自新，减少司法运作成本，提高破案率，实现刑罚目的具有重要意义。但是，由于社会关系进化的恒定性、法律的凝固性和立法者理性洞察力的有限性以及立法表达手段——语言学 and 立法技术的局限，立法不可能穷尽一切领域，已有的法律亦不可避免地会存在漏洞和缺陷，这种状态显然无法由立法机关依立法程序自行消除。依据现代宪法理论，在确保立法机关享有“优先立法权”的同时，使最高司法机关取得立法权[1]，通过抽象的审判解释行为制定一般规范或者作类案解释，弥补法律漏洞和缺陷，无疑具有完善立法和确保社会公平与正义的价值。为了使《刑法》较为原则、笼统的规定得以明确化、具体化，便于司法实践操作，1998年4月6日最高人民法院通过了《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)。该《解释》第2条规定：“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行的，以自首论。”第4条规定：“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属同种罪行的，可以酌情从轻处罚；如实供述的同种罪行较重的，一般应当从轻处罚。”该《解释》在一定程度上弥补了《刑法》关于“以自首论”规定的不足，统一了司法，但是，它仍存在一些不尽如人意之处。本文拟对《解释》中有关“以自首论”的规定存在的主要问题探讨，以求“以自首论”司法解释的更加完善。

一 关于“强制措施”的性质

我国《刑法》第67条第2款规定：“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人……，以自首论。”如何理解该款规定的“强制措施”？它是专指刑事强制措施，还是包括行政拘留、劳动教养、司法拘留等非刑事强制措施？被采取非刑事强制措施的犯罪嫌疑人如实供述司法机关尚未掌握的、与限制人身自由的违法行为不同的犯罪行为，能否“以自首论”？对此，刑法学界争议较大，实践中各地做法也不一。主要有三种观点：(1)广义说。认为无论是被采取刑事强制措施的犯罪嫌疑人、被告人，还是被采取非刑事强制措施的人，都可以成为“以自首论”的主体[2]。(2)狭义说。认为只有被采取刑事强制措施(指逮捕、刑事拘留、监视居住、取保候审和拘传)和在侦查中受到依法传唤的犯罪嫌疑人、被告人，才属于“以自首论”

的主体范围[3] (99-100页)。(3)最狭义说。认为“以自首论”的主体仅包括被逮捕、刑事拘留和拘传的犯罪嫌疑人、被告人[4] (481页)。笔者认为,以上三种观点都不无道理,但也有值得商榷之处。

广义说把被采取非刑事强制措施的人纳入“以自首论”的主体范围有其可取之处。因为被采取行政拘留、劳动教养、司法拘留等非刑事强制措施的人,其人身自由所受到的限制程度并不比监视居住、取保候审等刑事强制措施小,他们处于关押状态,人身自由完全受到控制,不具备自动投案的条件,因而不可能成为一般自首的主体。但是,他们主动如实供述了司法机关还未掌握的本人的罪行,如果又被排除在“以自首论”的主体之外,对于他们是不公平的,也不利于鼓励其积极改造,难以实现设立自首制度的目的。可是,他们并不属于

《刑法》所规定的“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯”之列,没有受到刑事追诉,即司法机关并未发觉其罪行,其主动如实供述的本人罪行,全部都是司法机关未掌握的罪行,无所谓“司法机关还未掌握的其他罪行”,将其纳入“以自首论”的主体范围,是否于法有据?再者,把所有受刑事强制措施的犯罪嫌疑人、被告人都作为“以自首论”的主体也不恰当。其原因在于,他们并非都处于关押状态,刑事强制措施中“被采取监视居住的犯罪分子,在监视居住期间,向司法机关自动投案,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,视为一般自首较适宜。”[4] (481页)因为被采取监视居住、取保候审的犯罪嫌疑人、被告人,虽然人身自由受到一定的限制,但并没有完全失去人身自由,还存在自动投案的现实可能性。犯罪嫌疑人、被告人在被采取监视居住、取保候审期间,向司法机关主动投案,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行,应当成立一般自首,而不是“以自首论”。

狭义说以强制措施的性质为标准,把被采取非刑事强制措施的人排除在“以自首论”的主体之外,符合《刑法》第67条第2款的规定。因为被采取非刑事强制措施的人不是犯罪嫌疑人、被告人,因而不属于该规定中“以自首论”的情形。但此类人由于人身自由受到控制,不具有一般自首的可能性,因此,即便他们主动如实地供述出司法机关没有掌握的本人的罪行,也无法被认定为自首,这公平吗?与设立自首制度的立法本意相符吗?此外,狭义说将应归入一般自首的被采取监视居住和取保候审的犯罪嫌疑人、被告人涵盖其中,其与广义说存在同样的不足。

最狭义说在一定程度上克服了狭义说的不足,将被采取监视居住、取保候审的犯罪嫌疑人、被告人这些应属于一般自首范围的人员,排除出“以自首论”的主体范围。但与狭义说一样,也把被采取非刑事强制措施的犯罪分子不恰当地排除在外。

面对这种无论如何理解都不能完全合理、合法的尴尬局面,有学者建议我国立法机关对此作出立法解释,将行政拘留、劳动教养、收容教养期间,主动交待司法机关还未掌握的本人罪行的,纳入“以自首论”的范围[5]。有学者提出应对“以自首论”的主体作扩张解释,把上述人员作为“以自首论”的主体[6]。也有学者认为,这种扩张解释不符合逻辑,大于字面含义范围,有悖于罪刑法定原则[7]。上述分歧的产生,主要是由于我国《刑法》本身的规定不具体、不准确而引起的。然而,对理论上和实践中业已存在的重大分歧,《解释》并未试图加以解决。笔者认为,应对“强制措施”作出准确的界定。在界定时需要考虑的不仅仅是强制措施的性质或种类,更重要的是立法的意旨。因为从立法本意出发,之所以规定“以自首论”,是因为其主体的人身自由被限制,缺乏自动投案的条件,而不是因为被采取了何种性质的强制措施。据此,笔者建议,应将“被采取强制措施”改为“被依法关押”。因为这样一来,既可以把被采取行政拘留、劳动教养、司法拘留、收容教养等非刑事强制措施的行为人纳入“以自首论”的主体范围,又可以把被采取监视居住、取保候审的犯罪嫌疑人、被告人排除在“以自首论”的主体范围之外。

二 关于“正在服刑的罪犯”的司法界定

如何确定“正在服刑的罪犯”的范围？《解释》将《刑法》规定的“正在服刑的罪犯”改为“已宣判的罪犯”是否准确？对此，刑法学界意见不一。关于“正在服刑的罪犯”的范围，刑法学界存在狭义说和广义说之争。狭义说认为，“正在服刑的罪犯”仅指正在监狱、看守所等羁押场所执行死刑缓期两年执行、无期徒刑、有期徒刑和拘役等刑罚的罪犯[8]。广义说认为，“正在服刑的罪犯”的范围，不仅包括处于在押状态的死刑缓期两年执行、无期徒刑、有期徒刑和拘役的罪犯，也包括管制犯、缓刑犯、假释犯、监外执行的罪犯以及正在被执行附加刑的罪犯[3] (100页)。笔者认为，狭义说更为科学，符合自首制度的立法本意。因为管制犯、缓刑犯、假释犯、监外执行的罪犯，其人身自由没有绝对受到控制，完全有可能“自动投案”而成为一般自首的主体，因而不应该纳入“以自首论”的范畴。至于正在被执行附加刑的罪犯，包括被判处附加剥夺政治权利、罚金(服完主刑后被追缴的)或者单处剥夺政治权利、罚金的犯罪分子自动投案，如实供述司法机关还未掌握的罪行，应该属于一般自首的范畴。因为被判处附加剥夺政治权利的犯罪分子，除了管制附加剥夺政治权利的刑期与管制的期限相等，同时执行以外，附加剥夺政治权利的刑期，从徒刑、拘役执行完毕之日或者从假释之日起计算。对于主刑已执行完毕或单处没收财产、罚金刑尚未实际执行的罪犯，往往由于犯罪分子的财产状况等因素的影响而导致难以执行或不能及时执行，鉴于此种情形，《刑法》第53条规定，对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产，应当随时追缴。被判处附加剥夺政治权利、罚金(服完主刑后被追缴的)或者单处剥夺政治权利、罚金的犯罪分子正在服刑时，其人身自由应当说并未受到控制，完全具备自动投案的条件，因此，正在被执行附加刑的罪犯可构成一般自首，而不是“以自首论”。但是，狭义说也存在一定的缺陷，即已经宣判但尚未交付执行的罪犯，应该纳入“以自首论”的主体范围，而“正在服刑的罪犯”未能将其涵盖。

《解释》将《刑法》规定的“正在服刑的罪犯”改为“已宣判的罪犯”。探寻《解释》此举的用意，无非是要弥补“正在服刑的罪犯”范围的不足。但是，用“已宣判的罪犯”这一概念，并未使该类主体得到准确、具体的界定。因为“已宣判的罪犯”这一概念相当宽泛，理论上应等同于“罪犯”这一概念。根据《刑事诉讼法》第12条的规定：“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”可见，只有经法院判决宣判构成犯罪的人，才能谓之为“罪犯”；未经法院判决宣判构成犯罪的人，都不是“罪犯”。既然罪犯就是“已宣判的罪犯”，为什么还要冠之以“已宣判的”罪犯呢？这不是画蛇添足之举吗？再者，“已宣判的罪犯”既涵盖了狭义说“正在服刑的罪犯”，也包括了不宜纳入“以自首论”的管制犯、缓刑犯、假释犯、监外执行的罪犯以及正在被执行附加刑的罪犯，甚至包容了《刑事诉讼法》第15条规定“不负刑事责任”的罪犯。可见，“已宣判的罪犯”这一概念本身就存在值得推敲之处，用它替代“正在服刑的罪犯”，没有达到以司法解释使法律规定具体化、明确化的目的。

笔者认为，应把“正在服刑的罪犯”界定为“被依法关押的人员”。这样不但语言简洁明了，而且更为确切。既可以把被采取行政拘留、劳动教养、司法拘留、收容教养等非刑事强制措施的行为人纳入“以自首论”的主体范围，又可以把被采取监视居住、取保候审的犯罪嫌疑人、被告人、假释考验期内的罪犯以及正在服缓刑、附加刑的罪犯排除在“以自首论”的主体范围之外，从而解决了界定“强制措施”、“正在服刑的罪犯”的难题。

三 关于“司法机关”的范围

如何界定《刑法》第67条第2款规定的“司法机关”的外延？它是泛指所有的司法机关，还是仅指当时具体办理该案件的司法机关？《解释》对此并没有作出明确的规定，而刑法学界和司法实践中对“司法机关”的范围未能达成统一的认识。归纳起来，主要存在以下分歧：(1)广义说。认为“司法机关”是泛指全国所有的司法机关[9]。(2)狭义说。认为“司法

机关”特指直接办案的司法机关[10]。(3)折衷说。认为“司法机关”应当是直接办案的司法机关，但对直接办案的司法机关不能限制太具体，一般应以某一地、市的司法机关为基本单位，或以提起刑事诉讼的主体为单位[11]。

广义说和狭义说显然过于片面、极端。因为如果将司法机关理解为全国所有的司法机关，则势必在办案中还必须查明犯罪分子的其他罪行是否被全国各地的司法机关所掌握。这在实践中不具有可操作性，也不符合该条款设立的本意。如果直接办案的司法机关通过网上通缉令等方式把犯罪分子的详细情况告知了其他司法机关，该其他机关因此抓获了犯罪分子并遣送给办案的机关，那么，按照狭义的理解，由于该司法机关不是直接办案的机关，它就是尚未掌握犯罪分子犯罪事实的机关，这显然违背了事实。

折衷说不无道理，因为在一般情况下，同一地、市的司法机关之间信息传递较快捷，对某一犯罪分子的犯罪事实掌握基本上是同步的。但实践中由于各种原因，信息传递并不总是那么及时。如果仅以地域为判断标准，推断在同一地、市的所有司法机关对某一犯罪分子的犯罪事实均已掌握或者均未掌握，有时也不符合事实。

由此可见，如何界定司法机关的范围，直接关系到自首的认定。因此，在对“司法机关”的外延作出界定时，应以直接办案的司法机关为原则，但同时要有一定的弹性。因为在一般情况下，采取关押犯罪分子的机关是直接办案的司法机关，此种情况下把“司法机关”界定为“直接办案的司法机关”，符合我国立法原意，有利于鼓励犯罪分子如实供述本人的其他犯罪事实，从而节约司法资源。相反，如果将司法机关作广义的理解，会导致许多应该认定为自首的情形不能作为自首处理，这不利于实现设立自首制度的目的。与此同时，还要考虑一些特殊情形，因而在界定“司法机关”时不能“一刀切”，而要留有一定的余地，以适用特殊的个案，实现刑法公正、正义的价值。

四 关于“还未掌握”的认定标准

究竟哪些情形属于“还未掌握”？对“还未掌握”的认定标准是单一的，还是综合性的？《刑法》和《解释》对此均未明确。从司法实践来看，司法机关“还未掌握”通常有以下几种情况：(1)司法机关尚不知道犯罪发生；(2)司法机关虽然知道犯罪发生，但不知道犯罪人是谁；(3)司法机关已知道犯罪发生，并已有个别线索或者证据使司法机关对该人产生怀疑，但还不足以据此将其确定为该罪行的犯罪嫌疑人[3](101页)。其认定标准不外乎三种：客观标准、主观标准和主客观统一标准。

所谓客观标准，是指以司法机关实际上是否

“还未掌握”为标准，而不考虑犯罪分子主观上是否认为司法机关“还未掌握”自己的罪行。实践中多采用客观标准。当然，按照客观标准，不能狭隘地理解为掌握了犯罪分子的全部犯罪事实和证据。凡属犯罪线索已被掌握，并有一定证据证明该在案人可能犯有某罪时，即为该罪行已被掌握。按此标准，会使主观上真诚悔罪的犯罪分子得不到法定的从宽处罚，而主观上没有悔罪的犯罪分子基于错误的判断供述了罪行却可获得法律上的从宽处理。而且，与一般自首相比也存在一定的不公平。根据《解释》规定，在一般自首中，犯罪分子尚未受到询问，未被采取强制措施，自动投案并如实供述自己的罪行的，就成立自首。这就意味着即使司法机关已经掌握了犯罪事实，只要没有采取任何强制措施，或者正在通缉、追捕的过程中，犯罪分子经过查证确实是准备投案或正在投案途中的，就可以成立自首。这一规定最大限度地为自首的行为人提供了自动投案的空间，充分体现了鼓励自首的立法精神。而“以自首论”的行为人由于不具备自动投案的空间，按照客观标准，即使其未经询问就主动交待了自己的罪行，但只要司法机关已经掌握，就不可能被认定为自首。可见，客观标准不利于实现自首制度的目的，不利于鼓励犯罪分子真诚悔罪。

所谓主观标准，是指以犯罪分子主观上是否认为司法机关“还未掌握”自己的罪行为标

准，而不考虑司法机关实际上是不是“还未掌握”。按照主观标准，在实践中往往难以认定和操作。显然，单独采用主观标准或者客观标准均有弊病。

主客观统一标准则结合两方面的因素加以综合判断，不失为一种可行的判断标准。但什么情况下主观标准占优势，什么情况下客观标准占优势，什么情况下主、客观标准平分秋色？笔者认为，宜具体问题具体分析，即应根据不同情况来认定“还未掌握”：当司法机关已经掌握犯罪分子的罪行，犯罪分子以为司法机关还未掌握而主动如实供述的，应以自首论；犯罪分子知道司法机关已经掌握自己的罪行，而如实供述的，则应以坦白论；司法机关实际尚未掌握犯罪分子的罪行，只要犯罪分子如实供述自己的罪行，都应按自首处理。只有这样，才能真正体现“以自首论”的立法宗旨。

五 关于“其他罪行”的性质

《解释》将《刑法》第67条第2款规定的“其他罪行”限定为不同种罪行。如此限定是否人为地缩小了“以自首论”的成立范围？是否有悖于立法原意？这是值得认真探讨的问题。笔者认为，将“其他罪行”限定为不同种罪行，其缺陷主要表现在以下几个方面：

(1) 违背了自首的本质。自首的本质特征就是犯罪分子在犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行。至于供述的是同种性质的罪行还是不同种性质的罪行，仅是罪行的性质不同而并非供述的性质不同。就其供述行为的本质来讲，都是犯罪分子在犯罪以后自愿将自己置于国家法律的追诉之下，表明了犯罪分子愿意接受法律制裁的主观心态。所以，供述不同种罪行和供述同种罪行一样，都符合自首的本质特征。

(2) 缩小了“以自首论”的成立范围。“如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行”中的“其他罪行”，是相对于已经被查获、被指控或认定的罪行而言的，是指犯罪分子被指控或处理的罪行以外的罪行，当然包括同种罪行和不同种罪行。将司法机关还未掌握的“其他罪行”解释为“不同种罪行”，显然是一种限制解释。“限制解释一般是指刑法条文所使用的文字失于宽泛，不足以表明刑法的真实含义，于是限制其含义，使其符合刑法的真正意义的解释方法。”[12]而此解释却是对法条的曲解，违背了立法原意。这种限制解释超越了司法解释的权限，实质上是在进行立法解释，有悖于罪刑法定原则。

(3) 混淆了自首与坦白的界限。所谓坦白，是指犯罪分子在被动归案后，如实交代已被司法机关掌握的罪行。因此，认定犯罪分子的行为是否成立自首，主要应看犯罪分子是主动投案还是被动投案，是如实供述司法机关尚未掌握的罪行还是已经掌握的罪行。然而，《解释》却将如实供述司法机关尚未掌握的罪行与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行是否属于同种罪行作为区分自首与坦白的界限。“解释犹如法律本身，也服务于正义，正义的各种原则表现在法的解释里。”[13]显然，《解释》中的条款未能体现其维护正义的目的。不仅如此，《解释》还违反了自首与坦白的量刑规则。由于自首和坦白的主动性不同，认罪态度有别，因此，自首为法定相对从宽情节，坦白则是酌定相对从宽情节。而《解释》第4条却规定“如实供述的同种罪行较重的，一般应当从轻处罚”，将“坦白”规定为“一般应当”从轻处罚的近似绝对从宽情节，这有悖于罪刑相适应的原则，不利于罪犯的改造。而且其中的“较重”的判断，司法机关难以把握。可见，《解释》这一条款违背了合理性、明确性原则。因为，合理性原则是指刑法司法解释必须符合刑法理论的基本内涵和司法解释的基本规律，其具体表现之一是不能与公认的刑法的基本理论、基本原则相违背。明确性原则，是指刑法司法解释的文字必须明确、具体。明确性原则具体要求之一是刑法司法解释的行文必须具体详尽，避免刑法规范的原则性、抽象性[14]。

(4) “其他罪行”包括同种罪行。从“如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行”的语义上探讨，“其他罪行”是相对于已经被查获、被指控或被认定的罪行而言的，是指被指控或处理的罪行以外的罪行。对“其他罪行”进行限定的是“还未掌握”，与罪的种类没有关联，即无论是同种罪还是异种罪，只要是“还未掌握”的，都属于“其他罪行”。此外，

“其他罪行”包括同种罪行，在《刑法》中也能找到根据。如《刑法》第70条规定：“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，把前后两个判决所判处的刑罚，依照本法第六十九条的规定，决定执行的刑罚。已经执行的刑期，应当计算在新判决决定的刑期以内。”第71条规定：“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，被判刑的犯罪分子又犯罪的，应当对新犯的罪作出判决，把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚，依照本法第六十九条的规定，决定执行的刑罚。”在这里，无论是“先减后并”还是“先并后减”，都规定将新发现的漏罪或者新犯的罪与原判决确定的罪行，依照《刑法》第69条数罪并罚的原则实行并罚，对于漏罪或者新罪来说，《刑法》并未将其限定为不同种罪。因此，将司法机关还未掌握的“其他罪行”解释为“不同种罪行”，不符合立法本意。

总之，“以自首论”的犯罪分子供述的其他罪行宜界定为“司法机关还未掌握的罪行”。因为“以自首论”的主体改为“被依法关押的人员”后，对于被采取行政拘留、劳动教养、司法拘留的犯罪分子，不存在还未掌握的“其他罪行”一说。并且，《刑法》规定“以自首论”的实质原因是犯罪分子缺乏“自动投案”要件，并非指供述的罪行是否是“剩余”的。只要“被依法关押的人员”如实供述司法机关尚未掌握的罪行，即应认定为自首。

参考文献：

- [1]梁慧星。民法解释学[M]。北京：中国政法大学出版社，1995：267。
- [2]陈锦新。对“以自首论”的理解和适用[J]。中国律师，2003(5)：72。
- [3]黄京平，杜强。余罪自首成立要件[J]。政法论坛，2003(5)。
- [4]陈兴良。刑法适用总论[M]。北京：法律出版社，1999。
- [5]费贵廉，王瑞祥。论我国自首法律制度的进一步完善[C]//李希慧，刘宪权。中国刑法年会文集(2005年度)。刑罚制度研究：第1卷上册。北京：中国人民公安大学出版社，2005：266。
- [6]甘正陪。浅论自首的几个问题[J]。法学评论，1999(6)：110。
- [7]赵秉志，周加海。论准自首的认定[J]。南都学坛，2003，(6)：79-80。
- [8]周加海。自首制度研究[M]。北京：中国人民公安大学出版社，2003：111。
- [9]刘凌海，司明灯。我国刑法中自首制度司法适用若干问题研究[G]//姜伟。刑事司法指南。北京：法律出版社，2002：20。
- [10]潘浩。“以自首论”的理解和适用[J]。法学，1993(3)：56。
- [11]傅强，王忠毅。非典型自首研究[J]。人民司法，1999(3)：13。
- [12]张明楷。刑法分则的解释原理[M]。北京：中国人民大学出版社，2004：20。
- [13](德)H·科殷。法哲学[M]。林荣远，译。北京：华夏出版社，2003：213。
- [14]利子平，竹怀军。刑法司法解释瑕疵探析[J]。刑事法判解研究，2004(4)：3-4
(利子平系南昌大学法学院院长、教授，中国法学会刑法学研究会理事)

更新日期：2007-1-26

阅读次数：692

上篇文章：刑法司法解释瑕疵探析

下篇文章：试论自首时辩解及其刑事法意义

