

对“以自首论”的理解和适用 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_AF_B9_E2_80_9C_E4_BB_A5_E8_c122_483765.htm??

《中华人民共和国刑法》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”。这一规定从立法上放宽了自首的成立条件，扩大了自首的适用范围，是对自首制度的补充和完善。与一般自首应具备自动投案、如实供述自己罪行两个成立要件相比，“以自首论”的成立条件只需如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行即可。由于犯罪分子人身自由受限，因此不可能做到自动投案，但其能如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行，这说明犯罪分子在“其他罪行”的供述上具有主动性，由于这一供述的主动性与投案的自动性有一定的相似性，从而成为立法上确立“以自首论”的理论依据。笔者下面将结合《最高人民法院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》）中的有关规定及司法实践中碰到一些问题，围绕“以自首论”的成立要件，浅谈对“以自首论”的理解和适用并提出一定的意见和建议。

一、如何界定“以自首论”的主体范围？依照《刑法》和《解释》的规定：“以自首论”的主体范围，是指“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯。”专指因刑事犯罪而被采取强制措施或处罚的人身自由受限的人。所谓“强制措施”，是指逮捕、刑事拘留、监视居住、取保候审和拘传。同时，对于在侦查中受到依法传唤的犯罪嫌疑人、被告人如实供述司法机关还未掌握的本

人其他罪行的，也符合“以自首论”的主体范围。所谓“正在服刑”，是指人民法院的判决已发生法律效力，对犯罪分子正在执行死缓、无期徒刑、有期徒刑、拘役、管制。对于被判处拘役、有期徒刑宣告缓刑和假释、监外执行的犯罪分子，在缓刑考验期间、假释期间、监外执行期间如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，也符合“以自首论”的主体范围。那么以下主体是否符合“以自首论”的主体范围呢？

1、主刑已经执行完毕而正在执行附加刑的或者被单处附加刑的犯罪分子是否属于“正在服刑的罪犯”？我国刑罚体系由主刑及附加刑构成，附加刑是刑罚的一个有机组成部分，附加刑包括罚金、剥夺政治权利、没收财产等。附加刑无论单独运用还是附加适用都是刑事处罚。从理论上讲，主刑已经执行完毕而正在执行附加刑的或者被单处附加刑的犯罪分子，都属于“正在服刑的罪犯”，其供述司法机关尚未掌握的其他罪行的，都应“以自首论”，但由于何谓正在执行附加刑，何谓附加刑执行完毕，也就是附加刑的执行期限在刑法理论与司法实践的理解不同，从而导致实践中“以自首论”主体范围的认定因判处附加刑种类的不同而有所差异。

（1）刑法中对于剥夺政治权利的期限有明确规定，何谓正在被剥夺政治权利的罪犯，也就是说何谓剥夺政治权利的期限，司法机关很容易判定，所以无论在刑法理论还是在司法实践中，对主刑已经执行完毕而正在执行剥夺政治权利的或者正处在被单处剥夺政治权利期限的犯罪分子供述司法机关尚未掌握的其他罪行的，都认为可以“以自首论”。但如何判定没收财产、罚金刑的执行期限的终了，司法实践中有一定困难。

（2）刑法中对许多犯罪如盗窃、抢劫、贪污等

罪的处罚都有判处有期徒刑或并处没收财产的规定，对罚金刑的执行期限，刑法作了明确规定，何谓没收财产的期限，刑法中没有明确规定。法院在判处有期徒刑时一般会判令执行期限，如罚金在判决生效后30日内缴纳。《刑法》第53条规定：“罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳。期满不缴纳的，强制缴纳。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。”也就是说，从理论上讲刑罚执行期限并不以法院判定缴纳日期为限，只要犯罪分子未缴足法院判处有期徒刑总额，其刑罚就视为未执行完毕。但是在司法实践中，由于犯罪分子经济条件及个人财产状况所决定，经常出现对判处有期徒刑或没收财产项难以执行或不能及时执行完毕的情况，有些犯罪分子终其一生也未能缴足罚金款项。也就是说，若犯罪分子在法院判决确定期限内缴足罚金额或没收财产额，算作附加刑已执行完毕，那么期满不缴纳或缴纳款项不足罚金额的犯罪分子，何谓附加刑已执行完毕，在实践中认定有一定难度。（3）笔者认为，此处“以自首论”中对“附加刑执行完毕”的理解应比照“累犯”中何谓“刑罚执行完毕”的规定来进行。“累犯”中的“刑罚执行完毕”，是指主刑执行完毕，不包括附加刑，即使附加刑尚未执行完毕，只要在主刑已执行完毕后五年内犯罪，也是累犯。比如，被告人因盗窃罪被判处有期徒刑一年，并处罚金人民币一千元，在法院判决书中还判令了其执行附加刑罚金刑的期限，被告人被羁押期满后一年后即被释放，由于其经济条件所限，罚金额并未缴纳。若其在有期徒刑执行完毕后五年内，又犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪时，司法机关不因其附加刑罚金刑尚未执行完毕适用

数罪并罚，而是视前罪刑罚已执行完毕，属于“累犯”从重处罚。实践中如此操作，正是由于何谓罚金刑、没收财产刑的执行完毕不好确定。因此，笔者认为，主刑已执行完毕而其附加刑没收财产、罚金刑尚未实际执行完毕的或者独立适用没收财产、罚金刑的罪犯，不属“正在服刑的罪犯”之列，此处“正在服附加刑的罪犯”应仅包括判处剥夺政治权利这一附加刑的罪犯。

2、被采取非刑事强制措施犯罪分子是否属于“以自首论”主体范围？我国法律体系中强制措施的种类，既包括刑事强制措施，也包括行政拘留、如劳动教养、司法拘留、留置盘查等非刑事强制措施，被采取非刑事强制措施犯罪分子，如实供述出司法机关未掌握的、与被采取限制人身自由的违法行为不相同的犯罪行为，能否“以自首论”？对此，在实践中有不同观点。否定说认为：从法律规定来看，犯罪分子虽然主动供述了司法机关还未掌握的罪行，但不符合“以自首论”的主体范围，同时犯罪分子也不具备自动投案这一普通自首构成条件，故不能算是自首。肯定说认为：如果将此类犯罪分子排除在自首主体范围之外，既不利于鼓励其积极改造，也与自首制度的立法本意相违背，因此应将此类人员主动交代本人罪行的情况“以自首论”。

笔者同意肯定说。笔者认为，被采取行政拘留、劳动教养、司法拘留等强制措施和留置盘查等期间供述了司法机关未掌握的“余罪”，内容上已具备了自首的实质条件，即如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的条件，由于犯罪分子人身自由受限，因此不可能做到自动投案，但前行为被抓获的被动性并不影响后行为的主动性，犯罪分子在司法机关尚未掌握其犯罪事实时主动供述的行为，说明犯罪分子在“

余罪”的供述上具有主动性，符合自动投案的本质特征，因此应该“以自首论”。如果我们一方面仅凭犯罪分子的供述而发现其犯罪事实，并追究其刑事责任，另一方面又对“以自首论”的主体范围进行机械理解，对其不予认定自首，必将会造成立法本意与司法实践背道而驰的尴尬局面。

3、单位犯罪中，其被判处人身罚的直接责任人和直接负责的主管人员是否属于“以自首论”主体范围？笔者认为，我国刑法规定的犯罪主体包括自然人和单位，刑法对单位犯罪采取双罚制，即对单位处罚金和对直接的责任人和直接负责的主管人员判处人身罚相结合，单位作为法律主体，其是没有自然生命的，其犯罪行为是通过有生命的自然人（即单位犯罪中被追究刑事责任的直接责任人和直接负责的主管人员）来具体实施的，这些人是犯罪具体的实施者，单位犯罪也是他们实施的犯罪，因单位犯罪而被采取强制措施或刑罚的上述人员，在此期间，如实供述司法机关尚未掌握的单位犯罪以外的个人罪行，也应该“以自首论”。

二、“其他罪行”是否包括同种罪行，供述同种罪行的，能否“以自首论”？根据《解释》第2条、第4条的规定，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；属同种罪行的，则以坦白论。《解释》中规定，“其他罪行”指被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯主动交待被指控、被判决的罪行以外的罪行，也就是说，能“以自首论”的本人“其他罪行”仅限于异种罪行，而不包括同种罪行。那么，行为人供述的罪行与判决已确定或者司法机关已掌握的罪行是同种罪行的，

能否“以自首论”？笔者认为：“其他罪行”无异种罪行、同种罪行之区别必要，只要是司法机关还未掌握的罪行都应包括在内，都应“以自首论”。从《刑法》第67条第2款的规定来看，仅规定“以自首论”必须是司法机关还未掌握的“其他罪行”，《解释》将其限定为“同种罪行”，显然缩小了“以自首论”的成立范围，笔者认为，我国法律规定，司法解释应当以现行法律明文规定的内容，即法律条文上的内涵和外延，作为解释的对象和范围，《解释》中将“其他罪行”规定为“不同种罪行”，既修改、变更了法律条文的固有内容，背离了法律设立自首行为的初衷，也不利于对犯罪分子权益的保护。只要犯罪分子如实供述司法机关尚未掌握的罪行，无论其所供述何种性质的犯罪，其供述行为的本质都是一样的，都体现了犯罪分子主动认罪的心理态度。既然行为的本质是一样的，处理上就不应该有区别。如果同样如实供述司法机关尚未掌握的其他罪行，却因供述罪行的种类不同而最终处理不同，势必增强犯罪分子抵触法律、顽抗到底、侥幸“过关”的心理，不利于刑事案件的及时侦破，也不利于犯罪分子的改造，是与设立自首制度宗旨相悖的。有学者认为，如果对同种罪行适用自首的话，则会给司法实践带来操作上的困难。这是因为犯罪分子在服刑期间供述同种罪行，尚可先对新发现的罪适用自首的规定判处刑罚，再把前后两个判决所判处的刑罚进行数罪并罚。但由于犯罪分子在被判决宣告前供述同种罪行是作为一罪处理，并不适用数罪并罚，如果对犯罪分子其中一次的犯罪行为适用自首，那么这一次自首有无溯及整个犯罪行为的效力，在判决书中该如何表达，又该如何适用刑罚等问题会给司法实践操作带来

困难。笔者认为：在司法实践中，常会遇到犯罪分子实施数起同种性质犯罪，既有犯罪既遂部分、又有未遂部分，法院在进行判决时，会将该犯罪行为分为不同部分分别予以认定，即犯罪既遂部分、犯罪未遂部分，未遂部分无涉及整个犯罪行为的效力，法院仅对未遂的部分依法予以从轻、减轻处罚。故笔者认为，对于犯罪分子在被采取强制措施期间供述同种罪行的可以“以自首论”，在司法实践具体操作中可比照犯罪既遂、未遂情况的处理来进行，同种罪行“以自首论”在实践操作中的问题可迎刃而解。

三、何谓“司法机关尚未掌握的罪行”？

1、司法机关的范围应作何种界定？有观点认为：条文中的“司法机关”作广义理解，泛指全国所有的司法机关，只要全国有一个司法机关发现了某一犯罪并查明了犯罪分子，就认为司法机关已经掌握。还有观点认为：条文中的“司法机关”作狭义理解，仅指被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人被抓获地和已宣判的罪犯服刑地的直接办案的司法机关。笔者认为，无论从鼓励犯罪分子积极交待司法机关未掌握的犯罪的立法精神考虑，还是从确立“以自首论”制度的初衷而言，对本条文中的司法机关作狭义的理解更符合立法本意。因为，如果对“司法机关”作广义的理解，不但在实践中“以自首论”情况将很难出现，而且会使一些犯罪分子产生“余罪”供与不供一样的想法，从而导致一些“余罪”不能受到及时、有效的惩治，不利于维护社会的稳定。

2、何谓“尚未掌握的罪行”？有观点认为，从保护人权的角度出发，只要犯罪分子根据当时的客观条件认为是司法机关尚未掌握的本人的其他罪行，且如实供述了，就应当“以自首论”。还有观点认为，应将“尚未掌握”理解

为一无所知。如果司法机关掌握了一定的线索或证据，即使这些证据尚不足以完全证明犯罪分子构成犯罪，也应认为司法机关已经掌握，在这种情况下，犯罪分子如实供述本人的其他罪行也不能“以自首论”。笔者认为，前一种观点中，因为司法机关对犯罪分子思维活动无法有效洞察，对其主观认识也没有判定标准，故这种观点在实践操作中有一定困难。我国法律设立自首制度的初衷是给犯罪分子一条悔过自新之路，通过自首而获得宽大处理，不仅对犯罪分子有利，而且也有利于司法机关，可以节省大量人力、物力、财力，使得刑事案件得以及时侦破。若仅因司法机关掌握了一定的线索或证据，就不“以自首论”，既不利于鼓励罪犯悔过自新，也不利于案件的侦破工作，更与刑法设立“以自首论”制度的初衷相悖，不符合“以自首论”的立法精神，故两种观点都不可取。笔者认为，“尚未掌握”是指“没有确实证据证明”，通常有以下几种情况：1、司法机关尚不知晓犯罪已经发生；2、虽然知道犯罪发生但尚未查明犯罪分子；3、司法机关虽然对犯罪事实和犯罪分子均已知晓，但不知道犯罪分子就是被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人或正在服刑的罪犯。虽然随着现代科技的发展，各地区间通讯网络的不断优化，各地司法机关之间快速沟通、进行信息交流已不成问题，对于犯罪分子已被犯罪地侦查机关已经发布了通缉令，或该犯罪分子已被列为“上网追逃”对象的情况下，也应以抓获地或者服刑地直接办案的司法机关是否实际掌握为标准来认定司法机关是否已经掌握。所谓实际掌握，就是指办案机关是否将如实供述人与网上、通缉令上的特定信息联系起来，比如在抓捕前或者本人供述前，司法机关曾向犯

罪地的司法机关就犯罪分子涉嫌的罪行进行了核实，则可认为是已经掌握其罪行，反之则应认为尚未掌握其罪行。犯罪分子在上述几种情况下，如实交待自己犯罪事实，说明犯罪分子在“其他罪行”的供述上具有主动性，这一供述的主动性与投案的自动性性质相当，是犯罪分子认罪、悔罪的表现，应“以自首论”。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com