

如实供述之同种罪行的认定

吴贵森

【提要】司法解释对自首中对如实供述的同种罪行作了扩张解释,对同种罪行的界定辅之以“法律和事实上密切关联”的标准,该标准之“事实和法律”的范畴具体指向如何,密切关联之程度如何区分,一般自首和特别自首有无区别,理论和实践上都值得研究。最狭义的同种罪行指的是同种罪名之下的多次犯,在立法上有区别为同种数罪、连续犯、集合犯和加重犯几种情况,供述之如实应区别对待。密切关联之事实与法律内容与罪数形态的判断对应,事实关联对应为实质的一罪情形,而法律的关联对应为法律拟制的处断一罪或是法定一罪情形。

【关键词】同种罪行 如实供述 事实与法律

【中图分类号】D914 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2015)03-0063-05

《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》(法发[2010]60号)规定:一般自首中,犯罪嫌疑人多次实施同种罪行的,应当综合考虑已交代的犯罪事实与未交代的犯罪事实的危害程度,决定是否认定为如实供述主要犯罪事实。特别自首中,如实供述的罪行与司法机关已掌握的罪行属同种罪行还是不同种罪行,一般应以罪名区分,虽然如实供述的其他罪行的罪名与司法机关已掌握犯罪的罪名不同,但如实供述的其他犯罪与司法机关已掌握的犯罪属选择性罪名或者在法律、事实上密切相关,应认定为同种罪行。

一、同种罪行在立法上规定的概述

同种罪行的规定在刑法条文中论述的部分有四处,一是共同犯罪中,对于构成共同犯罪

的同种罪行,从同一罪名发展到部分犯罪共同说,比如故意杀人故意与故意伤害故意共同致死中,可以在故意伤害的范围内成立共同犯罪,这是对同种罪行的延伸。二是在罪数形态中,数罪的情形下分为同种数罪和异种数罪,同种数罪在法律上又被拟制成连续犯、集合犯和加重犯几种情况,在此,同种罪行形成了原则的数罪和拟制的一罪两种情形。三是在自首的认定中,最高法院的司法解释对同种罪行认定作更大程度的延伸,将法律、事实上密切关联纳入同种罪行中。四是在数罪并罚中,规定同种数罪原则不并罚,但是以判决生效为界线,若是判决生效后发现的或是新犯的同种罪行,要数罪并罚。

共犯和罪数形态中关于同种罪行的认定是定罪原则的规定,自首及数罪并罚中关于同种罪行的规定属于刑罚裁量的规定,因此,可以认为前者规定是行为规范、是原则,而后者的

规定是裁判规范、是拟制规定，特别是罪数形态的规定是基础。裁判规范要符合行为规范的要求，也即在认定自首及数罪并罚的过程中要遵循罪数形态的规范要求，而在认定共犯和罪数形态时则无需遵循自首及数罪并罚的规范要求。即，在自首中同种罪行认定要符合罪数形态中关于同种数罪的规定，密切关联的延伸也必须符合罪数形态中有关牵连、竞合的规定。同时，自首中同种数罪的认定也需和数罪并罚中同种数罪的规定契合，如在判决生效后如实供述的同种数罪须并罚，则并罚之下都可以成立如实供述，在判决生效之前供述则必须严格遵循“密切关联”的原则进行判断。

总之，在刑法各种对于同种罪行的规定中，罪数形态的规定是基础，罪数形态中的想象竞合、法条竞合、集合、吸收、牵连的关系，不仅是共犯中认定部分犯罪共同的标准，而且是自首中法律、事实密切关联认定的依据，当然也是数罪并罚的依据。

二、罪数形态的基本构架

罪数的判定应以犯罪构成为主要标准，辅之以其他因素。某事实如依一个构成要件而为一次评价时，为一罪；如依数个构成要件为数次评价时，则为数罪。当几次相同的犯罪行为只能依照刑法进行一次评价、对一个犯罪行为的评价包含对另一个犯罪行为的评价、只侵犯一个法益或行为具有持续性和连续性，则均是依例外判断系统得出的一罪。^① 构成要件的标准是行为规范，是原则；而例外的判断则属于裁判规范，是方法问题。^② 犯罪构成是行为人行为时会考虑的各种主客观情状，是行为人能够认识或者支配的，而当行为人犯了数个罪如何处罚则纯粹是司法者考虑的问题，行为人不可能知道什么是想象竞合，什么是牵连吸收。因此，犯罪构成应该是犯罪个数判断的核心标准，至于是否是竞合、是否连续，以及程序法中根据诉讼客体和一事不再理原则来确定案件的个数，对于同种数罪而言，判决生效前发现的，定一

罪处罚，但是如果是在判决生效后发现的，基于原判决的既判力的稳定性和不可涵盖性，法律规定处以数罪并罚。^③

对于实质一罪的情况或是非典型一罪，在任何时候都只能按照犯罪构成作一次评价，其犯罪的构成要素不管是在判决宣告前发现还是在判决宣告后发现，例如继续犯之非法拘禁罪在判决宣告后发现原来认定的拘禁时间是一个月，实际的拘禁时间是1年；结果加重犯中原来认定基本构成，后来发现加重结果的；转化犯之抢劫罪中原来发现只有盗窃后来发现转化为抢劫的。如果是判决宣告后发现的，只能启动审判监督程序进行纠错。而对于非典型数罪而言，若是在判决宣告前发现的按照一罪处理，按照同种罪行处理；若是在判决宣告后发现的，则按照数罪并罚处理，可以各自成立自首。

三、狭义同种罪行的认定

狭义范围的同种数罪仅指同一罪名下的同种罪行情形，在理论上通常表现为多次犯的形式，而多次犯在立法上又可以分为同种数罪、连续犯、集合犯和加重犯四种。其中同种数罪是一般规定，而其他则是特殊规定，在法律有特殊规定的情况下，特殊优于一般，适用特殊规定。

同种数罪原则上不并罚，除了拟制的集合犯、连续犯、情节犯外，同种数罪处罚时选择其中情节最重的作为基准，其他作为量刑情节参考。因此在如实供述中综合供述的各部分，如果属于供述的主要犯罪事实的就可以认定为是如实供述。但是有的学者认为，涉及人身属性的犯罪，如故意伤害罪，三次或更多故意伤害的轻伤，无法加重成故意伤害重伤，也不存在集合犯或是连续犯的情形，如果适用择一重

① 张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社2012年版，第363～364页。

② 陈家林：《论我国刑法学中的几对基础性概念》，《中南大学学报》2008年第2期。

③ 莫晓宇：《罪数理论的体系性思考》，《中国刑事法杂志》2002年第2期。

罪为基准，其他视为量刑情节的话，就会产生量刑不均衡的问题，因此，适用数罪并罚更合适。^①如是这样，对于不同的供述，单独的个罪就可以成立自首了。因此，对于同种数罪特殊规定的集合犯、连续犯和情节犯，不管是在判决宣告前发现还是判决宣告后发现，都应当作为一罪处理，不并罚；而一般的同种数罪在判决宣告前作一罪处理，而在判决宣告后则要数罪并罚。

四、法律、事实密切关联确定的依据

1998年司法解释对于数罪自首的认定都主张一般自首中供述的罪行必须是主要的犯罪事实，而余罪自首中供述的必须是不同种罪行，而2010年司法解释对于不同种罪行进行进一步地限定，表述为选择性罪名或者在法律、事实上密切关联，应认定为同种罪行，对自首成立范围进行了限缩。司法解释将同种数罪扩张为所有在法律事实上密切关联的罪行，扩充了同种罪行的外延，事实上限制了自首的范围，对自首的认定是一种限制性解释，将本可以归类为特别自首的情形排除在外。如何理解立法者此为的原意和根据，对进一步的讨论很重要。

一人犯数罪后，自动投案时只交代了数罪中的一罪或几罪，仍有罪行未予交代而在追诉或者在服刑中被查出。对于自动投案并如实供述了的罪行成立自首，所自首的罪行的效力是否及于被查出的罪行，刑法学界存在着两种观点：一种观点被称为“重及轻说”。其主张一人犯数罪，自首其中一罪或几罪时，如果所自首的罪行重于被查出的罪行，自首重罪的效力及于没有自首的轻罪；如果所自首的罪行轻于被查出的罪行或者二者相当时，对于自首的罪行按照自首来处理，其效力不及于被查出的罪行。持有此观点的人占少数。^②另一种观点是“分而论之说”。对自首的罪行，按照自首来处理，其效力不及于被查出的罪行。对异种数罪一般都是分别定罪，分别量刑的，数罪之间是相互独

立的，不存在重罪吸收轻罪，只罚重罪，对轻罪不予考虑的情况。因此，自首数罪中的一罪或几罪时，其效力不能及于被查出的没有自首的罪行。持有此观点的人占绝大多数。^③笔者认为司法解释其实采用了两种观点，对于同种罪行处理的采用“重及轻说”，对于主要犯罪事实界定为，虽然投案后没有交代全部犯罪事实，但如实交代的犯罪情节重于未交代的犯罪情节，或者如实交代的犯罪数额多于未交代的犯罪数额，一般应认定为如实供述自己的主要犯罪事实。对于不同罪行处理的则采用“分而论之说”。即数罪并罚的个罪独立成立自首，与不成立自首的个罪间没有影响。司法解释对于同种罪行采用密切关联说其实是扩大了重及轻说的适用，缩小了分而论之说的适用。

五、法律事实上密切关联的界定

在法律上密切关联的犯罪，是指不同犯罪的构成要件有交叉或者不同犯罪之间存在对合（对向）关系、牵连关系、竞合关系或集合关系的。如某人用炸药报复杀人，其因故意杀人被捕后，主动供述了其购买了较大数量硝酸铵等原料制造炸药的行为，其行为又构成非法制造爆炸物罪，与司法机关此前掌握的故意杀人罪不是同一罪名，但因其供述故意杀人犯罪事实时，必须如实供述作为犯罪工具的爆炸物的来源，因而，其所触犯的两个罪名在法律上有紧密关联，其主动供述制造炸药的行为不能认定为自首。在事实上密切关联的犯罪，是指不同犯罪之间在犯罪的时间、地点、方法（手段）、对象、结果等客观事实特征方面有密切联系。^④

① 张明楷：《论同种数罪的并罚》，《法学》2011年第1期。
刘志伟：《数罪并罚若干争议问题研讨》，《法学杂志》2009年第4期。
② 许发民：《自首制度研究述评》，《刑法问题与争鸣》，中国方正出版社2001年版，第183页。
③ 闫广涛、苑媛：《浅述“数罪的自首”》，《黄河科技大学学报》2005年第1期。
④ 王飞跃：《自首制度中“如实供述”的理解与认定》，《湘潭大学学报》2009年第5期。

对法律事实上的密切关联的认定,笔者认为要建立在前述罪数理论的基础上,与罪数理论采取同一的司法语境,秉承自首的立法目的和内涵。犯罪构成的判断犯罪个数的基本依据,所谓的事实上的关联应该指的是供述的事实之间只能构成一个犯罪构成的,或者说供述的任何内容都只是一个犯罪构成中的一部分,在事实上只会构成一罪而不可分离的。而法律上的关联指的是供述的事实并不是在一个犯罪构成

之内,可以各自构成不同的犯罪,但是不同的犯罪之间具备法律上的拟制关系,由于具备某种密切关联而被法律拟制为一罪的。

六、具体密切关联之下的同种罪行自首的认定

确定同种罪行之后根据不同的自首方式可以列表进行分类:

主动投案	如实供述部分	强制措施	被查处部分同种罪行	比较是否主要罪行	判决宣告	被查处部分同种罪行	一罪则比较,数罪不成立自首
			如实供述部分不同种罪行	特别自首		如实供述部分不同种罪行	特别自首
	不如实供述	强制措施	如实供述部分同种罪行	不构成自首	判决宣告	如实供述部分同种罪行	一罪则不构成自首,数罪则成立自首
			如实供述部分不同种罪行	特别自首		如实供述部分不同种罪行	特别自首
被动归案	强制措施		如实供述同种罪行	不构成自首	判决宣告	如实供述同种罪行	事实上关联的不并罚不构成自首
							法律上关联并罚构成特别自首
	强制措施	如实供述不同种罪行	特别自首	判决宣告	如实供述不同种罪行	特别自首	

对于典型的同种罪行的自首分析如下:

在非典型数罪中,对于牵连犯,若是在自动投案的情形下,在判决宣告前开始如实供述牵连犯之牵连行为之一的,隐瞒牵连行为之二的,要比较两个行为主次程度,是原因行为主要还是结果行为主要,是手段行为重还是目的行为重,在牵连关系中笔者认为无法界分二者的主次轻重因而不能认定自首,可以考虑其供述的情形给予认罪态度的区分。若是在自动投案的情形下,开始如实供述牵连行为之一的,在判决宣告后又供述牵连行为之二的,判决宣告前的供述构成一般自首,判决宣告后供述的罪行独立成罪,成立余罪自首。若是自动归案但并没有如实供述的,判决宣告后供述牵连行为之一的,只能就后供述的罪成立余罪自首。

若是被动归案的,一开始没有如实供述的,判决宣告后如实供述的,只能就如实供述的部分成立余罪自首。被动归案后一开始如实供述,判决宣告后再如实供述的,也只能针对后供述的构成余罪自首。吸收犯的处罚归结为重行为吸收轻行为,对吸收犯以重罪论处,轻罪被重罪吸收。吸收犯区别于牵连犯的地方在于吸收与被吸收的行为可以作轻重比较,如果自动归案如实供述重行为而隐瞒轻行为的,可以认定自首,若供述轻行为隐瞒重行为则不能认定自首。如行为人非法制造枪支然后又持有该非法制造的枪支,行为人自动归案后,供述非法持有枪支的事实但是隐瞒制造枪支的事实,则不能认定自首;若供述非法制造枪支而隐瞒非法持有枪支,则可以认定自首。对于连续犯的情

形，连续数个行为可以独立成罪，但是没有数额或是其他量化指标的情况下，在供述事实主次的比较上只能依据次数来确定，依据司法解释但如实交代的犯罪情节重于未交代的犯罪情节，或者如实交代的犯罪数额多于未交代的犯罪数额，一般应认定为如实供述自己的主要犯罪事实，连续犯要综合次数及情节予以考虑。^①

在非典型的一罪中，继续犯和集合犯相类似，其数个行为不独立成罪，比如继续犯中，如非法拘禁罪中，实际将被害人拘禁 21 天，但是只供述拘禁 10 天，应该认为没有如实供述主要事实，如何认定主要事实可以采用一个绝对多数的概念进行判断，即在数个行为的比较中供述的部分占了 80% 以上，才能认定主要事实。在结果加重和转化犯中，有观点认为，转化犯之前后罪的关系，由于其具有趋重性，后罪具有包容前罪的特质，因此如果仅供述前罪，不能全面反应犯罪的情况和悔罪的态度，如果是

如实供述后罪，则可以认定自首。^②笔者认为，基本行为和趋重行为之间在事实上存在不可分割性，无法比较其中的主次，因此要求供述的全面性。在情节加重犯中，有观点认为：自首的认定关键在于未供述的罪行能否引起法定刑升格，能够引起法定刑升格则构成自首。笔者认为对于数额加重形式和次数加重形式，处断上可以参照司法解释中相对多数的标准。

本文作者：集美大学法学院副教授，中国社会科学院研究生院马克思主义学院 2014 级博士研究生
责任编辑：赵俊

- ① 杨曙光：《自首认定标准的演绎扩张与限缩——相关司法解释的解读》，《法治研究》2010 年第 5 期。
② 武向朋、陈建：《论特殊一罪自首的认定》，《中共郑州市委党校学报》2009 年第 3 期。

The Confirmation of the Same Crime in Faithful Confession of Surrender

Wu Guisen

Abstract: Judicial interpretation has made an extensive interpretation to the same crime in faithful confession of surrender, and set the standard of intimate relationship between law and fact to the same crimes. It is worth researching on the scope of law and fact, the degree of intimate relationship and the difference between general surrender and special surrender in theory and reality. The narrowest same crime refers to repeatedly crimes under the same name, including plural offences of a kind, continuing offences, aggregate offences and aggravated offences. Faithful confession should be treated differently. The intimate relationship between fact and law corresponds to the crime number status; the intimate fact corresponds to one crime in nature; the intimate law corresponds to one putative legal-crime in punishment and legally-prescribed one crime.

Keywords: the same crime; faithful confession of surrender; fact and law