



· 周振想 著 ·

自首制度的理论与实践

4.01

人民法院出版社

自首制度的理论与实践

周振想 著

人民法院出版社

一九八八年

自首制度的理论与实践

周振想 著

人民法院出版社出版 人民法院出版社发行处发行

北京市通县向阳印刷厂印刷

787×1092毫米 32开 6.5印张 140千字

1989年4月第1版 1989年4月第1次印刷

印数 0001—5000

INBS 7-80056-054-6/D·404 定价：2.27元

序

自首制度在我国有着悠久的历史。自首从宽历来是我国人民政权同反革命和其他刑事犯罪作斗争的一项重要刑事政策原则。我国刑法把这项制度和原则在条文中明确地加以规定，这对于分化瓦解犯罪势力，深挖犯罪，及时侦破和审判案件，无疑起着十分有力的作用。最近几年，围绕着刑法有关自首的规定，报刊上曾发表一系列文章，就自首的概念、条件、动机、阶段、从宽幅度以及某些专门问题进行阐述和讨论，使得自首问题的研究比过去大大深入了一步。但是，系统论述自首制度的专著尚未见到，这不能不使人感到美中犹有不足。

周振想同志是中国人民大学法律系的青年讲师，也是刑法专业在职博士生。早在硕士生学习阶段，他就致力于研究我国刑法中的自首制度，并撰写了这方面的学位论文获得答辩通过。两年多来，他在原写作基础上，经过更系统更深入的研究，增补了不少新鲜资料，反复修琢，又写成此书，从而填补了刑法学专著上的一项空白，这确是令人高兴的事情。

本书以马克思列宁主义、毛泽东思想为指导，立足于本国实际，对自首制度作了比较全面深入的探讨。书中第一次勾勒出了中国历史上自首制度萌芽于西周，法律化于秦汉，完备于隋唐，至明清达到顶峰的发展轮廓，并回答了为什么中国历代都重视自首制度，而外国从立法到理论都不是如此的阶级根源、认识根源和文化传统上的原因。书中提出，自首的本质在于犯罪人自己将自己交付司法机关处理，并认为这

是研究自首问题的一条“中心线”，掌握了这条“中心线”，许多争论问题将会迎刃而解。书中还提出，“自动投案”是自首成立的本质条件。因为是自动投案还是被动归案，决定着行为人“如实交代”和“接受审查、裁判”的行为是自首性质还是坦白性质。书中把自首分为“亲首”、“代首”、“送首”、“陪首”、“余首”、“首服”六种，特别是对关押期间主动交代未被发觉的余罪，为什么应认定为自首的理由，作了详细周到的论述。书中对自首从宽处罚的根据和应掌握的要点也作了比较深入细致的分析。所有这些，都说明作者较好地发扬了独立思考的精神，从而使本书观点鲜明，富有新意。

当然，由于这是第一本有关自首问题的专著，某些论点难免有不成熟甚至不准确的地方。但总的说这是一本力作，对于司法实际工作和刑法理论研究都是有益的，具有参考价值的。我乐意向广大刑法学爱好者推荐此书。是为序。

高铭喧

一九八七年十二月

引言

谈到犯罪这个丑恶的字眼，世人无不抱以厌恶与愤懑的心态；对于犯罪的实施者，则更感到非痛打便难解心头之恨，尤其对犯罪人于犯罪之后又隐匿或潜逃的，就更是如此。然而，如果犯罪人于犯罪之后投案自首了，世人虽然对其罪行的憎恶之心依旧，但却往往会在厉声谴责的同时，对其产生一种宽容的心理；司法机关对犯罪后又隐匿或潜逃的犯罪人也往往处以较重的刑罚，而对犯罪后投案自首的犯罪人则通常予以从宽处罚。那么，什么是自首？为什么犯罪人于犯罪之后投案自首与否，会在世人的心理上产生如此不同的效应并导致绝然不同的法律后果？这是些人们熟识然而却又未必真知的问题，也是本书所要试图回答的问题。

自首从宽是我国刑法规定的一项刑罚制度，是我们党和国家惩办与宽大相结合基本刑事政策的具体化、法律化。我们党和国家历来非常重视自首从宽制度的贯彻执行，不仅在1979年颁布的《中华人民共和国刑法》中辟有专节予以规定，而且最高人民法院、最高人民检察院、公安部还在总结刑法颁布以来自首从宽制度执行情况的基础上，于1984年4月16日做出了《关于当前处理自首和有关问题具体应用法律的解答》（以下简称《解答》）。此外，在党和国家下发的一些文件当中，也多次强调要注意自首从宽制度的执行。这一切都为自首从宽制度的正确实施提供了法律依据和政策指导。

建国以来，尤其是刑法颁布以来同犯罪作斗争的实践已

经证明，自首从宽确实是一项适合中国国情的行之有效的法律制度。但是，由于我国刑法对自首从宽制度只作了原则性规定，《解答》也并未回答，而且也不可能回答自首从宽制度中的所有具体问题。因此，对什么是自首？自首成立需要具备哪些条件？应该怎样具体认定自首？对自首者如何从宽处罚？等等，不论在司法实践中还是在刑法学界，人们的认识都不尽一致。

理论来源于实践，又反过来指导实践。理论上的莫衷一是，必然导致实践上的各行其是。事实也确实如此。由于长期以来我国刑法学界对自首的有关问题见解不一，甚至相悖，因而司法实践中对同一种情况，往往会做出不同的处理，严重影响了法制的统一。以马列主义、毛泽东思想为指导，对我国刑法规定的自首从宽制度的一系列问题予以探讨，不仅有着重要的理论意义，而且有着迫切的实践意义。

目 录

引 言	(1)
第一章 自首制度的由来和发展	(1)
一、中国历史上的自首制度	(1)
二、外国刑法中的自首制度	(18)
三、我国革命法制中的自首制度	(26)
第二章 自首的概念、本质和意义	(35)
一、自首的概念	(35)
二、自首的本质	(39)
三、规定和研究自首制度的意义	(43)
第三章 自首成立的条件	(46)
一、自动投案是自首成立的本质条件	(47)
二、主动如实交代自己的犯罪事实是自首成立的 重要条件	(67)
三、接受国家审查、裁判是自首成立的必备条件	(75)
四、悔罪动机不是自首成立的条件	(80)
第四章 自首的种类	(85)
一、亲首	(86)
二、代首	(87)
三、送首	(89)
四、陪首	(93)
五、余首	(94)

六、首服	(101)
第五章 认定自首中的几个问题	(107)
一、共同犯罪的自首	(107)
二、数罪的自首	(114)
三、过失犯罪的自首	(122)
四、自首与坦白的关系	(126)
五、自首的形态	(134)
第六章 自首的从宽处罚	(142)
一、自首从宽处罚的根据	(142)
二、自首量刑的原则	(145)
三、自首的具体从宽处罚	(152)
第七章 自首量刑中的几个问题	(171)
一、如何把握自首从宽处罚的幅度	(171)
二、自首量刑与形势需要	(176)
三、自首从宽与“以事实为根据”的原则	(178)
四、自首案件在判决书上的表述	(179)
第八章 自首制度的发展与完善	(185)
一、完善自首制度的法律规范	(185)
二、改进自首制度的司法工作	(191)
三、加强自首制度的理论研究	(193)

后记

第一章 自首制度的由来和发展

作为一种法律现象的自首制度，如同世间一切事物一样，有一个发生、发展和逐步完善的过程。中华人民共和国刑法中的自首制度，并不是从天而降的，而是在扬弃中国历史上和外国刑法中自首制度的基础上，适应我国同犯罪作斗争的需要制定的。这也就决定，前者和后者之间，不可避免地会存在许多联系。马克思主义告诉我们，为了科学地认识并解决问题，“最可靠、最必要、最重要的就是不要忘记基本的历史联系，考虑每个问题都要看某种现象在历史上怎样产生，在发展中经历了哪些主要阶段，并根据它的这种发展去考察这一事物现在是怎样的。”^①因此，要想深入了解我国刑法中的自首制度，就必须首先对中国历史上和外国刑法中的自首制度的由来和发展做一番考察。

一、中国历史上的自首制度

中国历史上自首制度的起源，最早可以追溯到西周时期。《尚书·康诰》即记载：“……乃有大罪，非终，及惟眚灾，适尔，既道极厥辜，时乃不可杀”。其中“既道极厥辜，时乃不可杀”，按照宋朝蔡沈的解释是：“既自称道尽输其情，不敢隐匿，罪虽大，时乃不可杀。”^②可见，早在西周之时，统治者即把犯罪后是否交代其罪行，同是否过失（眚

① 《列宁选集》第4卷，第43页。

② 《书集传》。

灾)，是否惯犯(终)一起，视为量刑时考虑的因素之一。这就是自首制度的萌芽。故明丘浚认为：“此后世律文自首者免罪之条所自出也”。^①

把自首作为一项法律制度规定下来的是秦律。不过，当时秦律尚称“自首”为“自出”或“自告”。从秦律规定来看，自首制度包括以下内容：

1. 自首减罪。《法律问答》有一案例：“司寇盗百一十钱，先自告，可论？当耐为隶臣，或曰货二甲。”^②司寇是一种刑徒。按秦律规定，刑徒犯罪要比庶民加重处罚。但由于他先自告，故其所受刑罚仅相当于犯同样罪的庶民所受的刑罚。^③显然是减轻之后的刑罚。

2. 自首并立功免罪。尽管秦律并未明确用“立功”一语，但从其内容来看，实与现代立功无异。《封诊式》有一案例：“男子甲缚诣男子丙，辞曰：‘甲故士伍，居某里，乃四月中盗牛，去亡以命。丙坐贼人命，自昼甲见丙阴市庸中，而捕以来自出，甲毋它坐’。”^④指的是男子甲犯有盗窃、逃亡罪。逃亡期间，见犯有杀伤人罪的丙隐藏在市庸里，于是将他捕获来自首。由于甲不仅自首，而且有捕获其他犯罪人的立功表现，故免除其罪。

3. 连坐者自首免罪。自商鞅变法以来，秦就把“连坐”作为立法、司法的普遍原则。正如《汉书·刑法志》所载：“秦用商鞅，连相坐之法，造参夷之诛。”因此，同居、同里、

① 《大学衍义补》卷一百。

② 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1978年版，第154页。

③ 秦律规定：“庶民‘盗百一十钱’后所处的刑罚是‘耐为隶臣’或‘货二甲’”。见《睡虎地秦墓竹简》第166、167页。

④ 《睡虎地秦墓竹简》第251—252页。

同乡，都相互负有“连带责任”。在此范围内，他人的犯罪即视为自己的犯罪。故告发他人，就等于自首，并且可以免罪。如秦律明确规定：“夫有罪，妻先告，不收”。^①即丈夫有罪妻子告发的，便不将妻子没收为官婢。否则，妻与夫同罪。

可见，秦律中关于自首制度的规定，尽管具有分散性，尚未达到理论的概括，但确已具后世自首制度之雏型。此所谓秦律是指战国后期商鞅变法之时秦国的法律和秦始皇统一六国之初的法律。其主要内容记载于《睡虎地秦墓竹简》之中。而商鞅变法又是以李悝的《法经》为蓝本的，正如《晋书·刑法志》所云：“悝撰次诸国法，著《法经》，……商君受之以相秦。”因此，我们有理由认为，早在战国时李悝所制定的、于今已亡佚的《法经》之中，即可能已有自首制度的规定。

“汉承秦制”，^②自首制度亦然。比如西汉法律中即有“先自告，除其罪”^③的规定。但值得注意的是，西汉并非所有的自首都免罪。共同犯罪中，尤其犯罪集团中的“造意”犯或“首恶”犯，即使自首了，亦不得免罪。例如汉武帝时，淮南中郎伍被参与淮南王刘安谋反，“后事发觉，被诣吏自告与淮南王谋反踪迹如此，天子以为伍被雅辞多引汉美，欲勿诛。张汤进曰：‘被首为王画反计，罪无赦’，遂诛被”。^④伍被“自告”了仍然被诛，张汤提出的理由是，伍被为造意的首恶。此外，西汉法律还对数罪的自首做出了规定，即数罪

① 《睡虎地秦墓竹简》第224页。

② 《晋书·刑法志》。

③ 《汉书·衡山王传》。

④ 《汉书·伍被传》。

之中只能免除自首之罪，未首之罪仍然依法处罚。例如上述淮南王刘安谋反事件中，衡山王刘赐的儿子刘孝，对于谋反行为“闻律先自告，除其罪”。^①但同时刘孝还犯有与其父王御婢通奸的罪行，此不属于“先自告反”之列，故“孝坐与王御婢奸，弃市”。^②

到东汉时，自首在量刑上较西汉有所变化，即自首者既可以免罪，亦可以减罪。比如明帝即位时发布的赎罪诏书中规定：“其未发觉，诏书到先自告者，半入赎。”^③所谓半入赎，即减轻刑罚的一部分。永平十五年和十八年赎罪诏书中以及其后章帝与和帝所发布的赎罪诏书中，都有类似规定。足以说明，东汉之时，先自告半入赎已成定制。

自首制度发展到汉朝，完成了由具体规定到理论抽象、概括规定的发展过程，较秦律在立法技术上前进了一步。

《魏律》虽为“删改旧律，傍采汉律”^④而成，但就自首规定来看，却改汉之“自告”而在自首发展史上始称“自首”。如《魏书·王凌传》载，“宜王遂至寿春，张式等皆自首”。尽管后之《北魏律》又曾称“自告”，但始于《魏律》之自首称谓一直为后世沿用。两晋南北朝之时，于自首制度无所增益。

隋首有《开皇律》，继有《大业律》，但均未保存下来。不过，由于唐律以隋《开皇律》为蓝本而成，故唐律之自首规定，即可视为隋《开皇律》之自首规定。“我国保留下来的古代成文法，较完备的首先要算唐律”。^⑤其中各项法律制

① 《汉书·淮南衡山王传》。

② 《汉书·淮南衡山王传》。

③ 《后汉书·明帝纪》。

④ 《晋书·刑法志》。

⑤ 《董必武同志在军事检察院检察长、军事法院院长会议上的讲话》见1978年10月19日《人民日报》。

度都达到了相当完备的程度。就自首制度而论，不仅对自首的条件及其量刑做了详细规定，而且还对共犯的自首、数罪的自首以及过失犯罪的自首等问题做了规定，成为后世诸朝自首立法的楷模。为方便起见，兹将唐律中的自首制度剖述如下：

1. 自首的一般原则。《名例律》规定：“诸犯罪未发而自首者，原其罪。”这是唐律关于自首一般原则的规定。《唐律疏义》曰：“过而不改，斯成过矣。今能改过，来首其罪，皆合得原。”即是说，凡能自首其罪的，皆可得到减免处罚。不过，构成自首的必备条件是“犯罪未发”。所谓未发，即是指未被官府查觉。《唐律疏义》曰：“若有文牒言告，官司判令三审，牒虽未入曹局，即是其事已彰，虽欲自新，不得成首。”即是说，犯罪一经有人告发，不论官司是否着手处理，都认为是犯罪已发。即使投于官府，亦不视为自首。

2. 自首的机关。从唐律规定看，原则上向“官府”投案才成立自首。某些特定的犯罪，如强盗、盗窃、诈欺取财之类犯罪，犯罪人“于财主首露者，与经官司自首同”。^①

3. 自首的方式。唐律规定的自首方式种类繁多，归纳起来，有如下几种：

(1) “身自首”。即犯罪人犯罪后，亲自去官府供述所犯罪行。

(2) “代首”。即犯罪人于犯罪之后，出于本意，遣人代已向官府自首。如“有甲犯罪，遣人代首”^②即是。至于犯罪

① 《唐律·名例律》。

② (唐)长孙无忌等撰：《唐律疏义》中华书局1983年版，第102页。本章有关唐律的引文，未注明出处者均引自《唐律疏义》。

人与被遣人之间，“不限亲疏，但遣代首即是”。^①

(3) “为首”。即依法得相容隐之人(指同居及大功以上亲等，或部曲奴婢)在罪人不知，甚至是违背犯罪人意志的情况下，为罪人向官府自首，意图使罪人得以减轻或免除处罚。如“同居及大功以上亲等互为其亲属首”，“部曲、奴婢为主首”，即属此类。“为首”与“代首”不同之处在于，“为首”行为是在犯罪人不知的情况下实施的，“知则是代首矣”，^②而“代首”则以犯罪人委托为前提，是出于犯罪人本意。

(4) “相告言”。即依法得相容隐者，将罪人之罪告知官府，并意图使其受到惩罚。此“纵经官司告言，皆同罪人身首之法。”^③“为首”与“相告言”，尽管客观上都 将罪人之罪告知了官府，但主观上是有根本区别的。前者意图使罪人得以减免处罚，而后者却意图使罪人受到惩罚。

上述“代首”、“为首”及“相告言”等行为，并非他人或依法得相容隐之人实施了即视犯罪人为自首。“犯罪之人，闻有代首、为首及得相容隐者告言，于法虽复合原，追身不赴，不得免罪”，^④只有当犯罪人遣人“代首”或听说有人“为首”、“相告言”之后，于官府追捕时，投于官府，方成立自首。

(5) “捕告”。即对谋反、大逆及谋叛等十恶大罪，应缘坐之人将罪人捕获并送至官府，“虽捕告以送官司，俱同罪人自首之法”。^⑤应当指出的是，必须“告”、“捕”并举，只告而不捕不为“捕告”。

唐律关于自首方式的规定，坚持“亲属一体”的封建伦理

① 《唐律疏义》第102页。

② 《清律辑注》。

③ 《唐律疏义》第102页。

④、⑤ 《唐律疏义》第102页。

观念，竭力提倡“亲亲得相容隐”的儒家学说，把一定亲等之内的人告发罪人的行为亦视为罪人的自首。之所以如此，无非是想使封建的伦理原则与封建法律制度互补，以达到分化瓦解劳动群众的反抗，维护封建统治的目的。实际上，如此规定并非仅限于唐律，上至西周之法，下至明清之律，无不如此。由此可见剥削阶级法律本质之一斑。

4. 共犯的自首。关于共犯的自首问题，唐律中主要规定了“犯罪共亡”的自首，即犯罪共同逃跑之后的自首。所谓犯罪共亡，是指“犯罪事发，已囚、未囚及同犯、别犯而共亡者”。^①对于犯罪共亡而自首的处理，首先“轻罪能捕重罪首”免其罪。即是说倘若共亡之人系轻重不同之罪，其中一人悔悟，并将自己所犯之罪严重的同伙捕获来向官府自首，即可免罪。比如，“或流罪能捕死囚，或徒囚能捕流罪首，如此之类，是为‘轻罪能捕重罪首’”。^②其次，若“轻重等，获半以上首者，皆除其罪”。^③就是说若共亡之人系轻重同等之罪，而其中有悔悟者，将其共亡之人数一半以上捕获来向官府自首，亦可免罪。所谓过半，包括本人在内，“假有五人俱犯百杖，相共逃走，有一人心悔，更获二人而首，即是获半以上”。^④再次，捕共亡之人一般不准杀而自首，但“若死罪之囚，不必捕格，方便杀得者，亦是”。^⑤

5. 数罪的自首。有两种情况：第一，“其轻罪虽发，因首重罪者，免其重罪”。^⑥假有盗牛事发，因首铸钱，铸钱之罪得原，盗牛之犯仍坐之类”^⑦即属。反之，若重罪已

① 《唐律疏义》第102页。

②、③ 《唐律疏义》第106页。

④、⑤ 《唐律疏义》第107页，108页。

⑥ 《唐律·名例律》。

⑦ 《唐律疏义》第101页。

发，首其轻罪，则轻罪，当然应免。因唐律规定，二罪以上俱发，只以重者论。可见，即使不自首，轻罪之责任亦当免除。第二，“因问所劾之事而别言余罪者，亦如之”。^①

6. 过失罪的自首。《名例律》规定，“诸公事失错，自觉举者，原其罪；应连坐者，一人自觉举，余人亦原之”。“自觉举”意同自首。即是说，官吏在执行公务之时，有过失违法犯罪行为，如在未被揭发时而自首的，得免其罪。但对于判决案件虽发觉错判而已经执行的，不适用这一规定。

7. 不准自首之罪。唐律规定的自首减免处罚原则，并非适用于所有犯罪。唐律明文规定，下列犯罪不准自首。^①“于人损伤”的犯罪。《唐律疏义》曰：“损，谓损人身体；伤，谓见血为伤”。^②可见，所谓“于人损伤”的犯罪，即是指伤害他人的犯罪。如果是结合犯或结果加重犯，其伤害部分亦不许自首而减免。另外，唐律还规定，如因犯某罪而伤人的，即使自首了，也只减免原犯之罪，伤害部分亦不得减免。“假有因盗故杀伤人，或过失杀伤财主而自首者，盗罪得免，故杀伤罪仍科”。^③②“于物不可备偿”的犯罪。“称‘物’者，谓宝印、符节、制书、官文书、甲弩、旌旗、幡帜、禁兵器及禁书之类，私家既不合有，是不可偿之色”。^④盗窃、毁坏、丢失了上述物品，即构成“于物不可备偿”的犯罪。犯这种罪，投于官府亦不视为自首并减免处罚。但是有一例外，即如果所盗的上述物品于投于官府之时尚在，则可以视为自首并予减免处罚。^③③“事发逃亡”的犯罪。即犯罪已被发觉而又逃亡的，即使投于官府，所犯前罪也不视为自首，仅减逃亡罪二等坐之。“假有盗罪合徒，事发逃走，已经数日而复

① 《唐律疏义》第101页。

②、③、④《唐律疏义》第105页。