

精
析

检察机关 刑事疑难案例

.....

本书所选案例没有追求犯罪类型的完备，而是以基层检察院最常见的容易产生分歧的案例为研究对象。对有些案例，实务部门和学者的观点一致，但对所持观点的论证角度不尽相同，分别从不同视角对难点、疑点问题予以分析、阐释和论证。

西南政法大学
重庆市沙坪坝区人民检察院 刑事法律研究基地 编



重庆大学出版社

<http://www.cqup.com.cn>



检察机关 刑事疑难案例

西南政法大学 刑事法律研究基地 编
重庆市沙坪坝区人民检察院

精析

江苏工业学院图书馆
藏书章

重庆大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

检察机关刑事疑难案例精析/西南政法大学,重庆市
沙坪坝区人民检察院,刑事法律研究基地编. —重庆:重
庆大学出版社,2008. 11

ISBN 978-7-5624-4707-8

I. 检… II. ①西…②重…③刑… III. 刑事犯罪—案例—
分析—中国 IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 177481 号

检察机关刑事疑难案例精析

西南政法大学 刑事法律研究基地 编
重庆市沙坪坝区人民检察院
责任编辑:刘雯娜 版式设计:张菱芷
责任校对:谢芳 责任印制:赵晟

*

重庆大学出版社出版发行

出版人:张鸽盛

社址:重庆市沙坪坝正街 174 号重庆大学(A区)内

邮编:400030

电话:(023) 65102378 65105781

传真:(023) 65103686 65105565

网址: <http://www.cqup.com.cn>

邮箱: fxk@cqup.com.cn (营销中心)

全国新华书店经销

自贡新华印刷厂印刷

*

开本:710×1020 1/16 印张:16.75 字数:259千

2008年11月第1版 2008年11月第1次印刷

ISBN 978-7-5624-4707-8 定价:38.00元

本书如有印刷、装订等质量问题,本社负责调换

版权所有,请勿擅自翻印和用本书

制作各类出版物及配套用书,违者必究

编 委 会

主 编 陈忠林

副 主 编 夏 阳 龚 比

学术顾问 高绍先 李永升 梅传强 朱建华

编 委 钱学敏 刘 斌 欧阳海灵

前 言

再完美的法律都需要在司法实践中体现其存在的价值和合理性，法律价值的真正实现既要求司法实践必须遵循法律规范，又要求司法实践在法律规范的框架内理性而灵活地裁量，而不是简单地套用法律。更何况立法不可能做到绝对的完美，即便立法机关始终在朝着立法的确定性和可操作性努力，最高人民法院和最高人民检察院也在尽力发挥司法解释的功能，根据司法实践的需要，对适用法律中的突出问题单独或联合出台了诸多司法解释，这些对司法机关准确适用法律、统一刑事司法起到了重要作用。但是，刑事立法、立法解释和司法解释不可能解决司法实践中不断出现的新的疑难问题，司法实践中的种种困惑仍需要司法实务者予以理性分析，需要理论研究者予以深入解析。基于此，我们从基层检察院 2002 年以来办理的刑事案件中精选了普遍存在争议，适用刑法难点、疑点比较集中，具有代表性的案例，由实务部门的研究人员和学者各抒己见，站在相同或不同的认识角度进行研析。本次所选案例没有追求犯罪类型的完备，而是以基层检察院最常见的容易产生分歧的案例为研究对象。对有些案例，实务部门和学者的观点一致，但对所持观点的论证角度不尽相同，分别从不同视角对难点、疑点问题予以分析、阐释和论证；对有些案例，实务部门之间或实务部门和学者之间的观

点可能不一致，甚至存在较大分歧，我们也将这些现实中难以辨明的案例展示出来，力图探求解决分歧的合理方案，为法律实务者正确适用法律提供借鉴和参考，为法学研究者提供素材，以期在司法实践中真正实现刑法价值，促进司法统一。同时，由于本书所选案例的真实性，进而可以对法学院校学生认识、了解现实中的刑法疑难案件提供帮助，不失为一种鲜活的接触刑事司法实践的途径。

本书的出版得益于检察实务工作者在繁重办案任务之余的理性思考、总结和法学研究者对司法实践的倾心与关注。在此，谨向他们表示衷心的感谢。最后，不得不说的是，由于我们水平有限，对实践中疑难问题的分析和理论阐释难免有欠准确、合理之处，编撰中也可能存在疏漏，敬请读者批评、赐教。

夏 阳
2008年10月

目

录

交通事故后电话报警能否认定为自首	
——万某某交通事故案	1
对信用卡诈骗罪中“恶意透支”的理解与适用	
——蒋某某信用卡诈骗案	10
如何正确区分合同诈骗罪与经济合同纠纷的界限	
——官某某合同诈骗案	21
如何认定吸毒后的刑事责任能力	
——张某某故意伤害致人死亡案	31
如何界定正当防卫和防卫过当	
——陈某某故意伤害案	41
被害人语言所吓放弃强奸是未遂、中止还是强制猥亵妇女	
——杨某强奸案	50
如何认定过失致人死亡和意外事件的“预见能力”	
——黄某过失致人死亡案	62
未满 16 周岁实施绑架行为的刑事责任	
——赵某等人绑架致人死亡案	69
如何认定入户抢劫罪中的“户”	
——赖某等人抢劫案	78
盗窃未遂能否转化为抢劫	
——陈某抢劫案	88
强行索取非法债务构成敲诈勒索罪还是抢劫罪	
——廖某等人抢劫案	97

国家工作人员利用职务之便骗取其他单位财物的行为是贪污还是诈骗	
——丁某贪污案	108
如何认定《刑法》第 270 条第二款中的“遗忘物”	
——张某侵占案	113
如何认定侵占罪中的“代为保管”	
——余某侵占案	125
国有企业销售员的主体身份如何界定	
——潘某挪用资金案	139
受害人当即索回财物是诈骗既遂还是未遂	
——龚某诈骗案	151
拿走代为保管缄封物中钱财是侵占还是盗窃	
——邹某某盗窃案	161
考试作弊行为是否构成非法获取国家秘密罪	
——彭某等人非法获取国家秘密案	169
组织卖淫罪的定性及其既遂状态的认定	
——王某等人组织卖淫案	175
协助组织卖淫罪与介绍卖淫罪的区别	
——敖某等人组织卖淫案	186
擅自用公款为其他单位贴现是否构成挪用公款罪	
——文某某挪用公款案	194
利用职务之便帮助他人诈骗收受现金行为的定性	
——赵某某受贿案	205
贪污罪是否未遂状态	
——杨某某贪污案	218
挪用公款归个人使用的理解与界定	
——王某某挪用公款案	229
占有公务行为中多赚的钱是不当得利还是贪污公款	
——谢某贪污案	241
玩忽职守罪的因果关系	
——江某某玩忽职守案	250

交通肇事后电话报警能否认定为自首

——万某某交通肇事案

实例评述:吴娟* 学理分析:龚义年**

案情介绍

被告人万某某,系某派出所民警,2002年4月24日16时30分许,被告人万某某驾驶警车,与同事钟某某在返回单位途中,因会车时处置不当,将在路边行走的被害人瞿某等3人撞倒。万某某随即抢救伤员,并打电话向交警中队、某公安分局指挥室、当地镇政府报告出事情况。后被害人瞿某经抢救无效死亡,另两人损伤程度经法医鉴定为轻伤。案发后,被告人及其单位全部赔偿被害人及其亲属损失。经交通管理机关认定,被告人万某某负事故的全部责任。

分歧意见

本案分歧的焦点在于:被告人肇事后打电话报告交通管理机关、某公安分局以及当地镇政府的行为是否属于刑法中规定的自首情节。

一种观点认为,被告人打电话报警是履行道路交通安全法规明确规

* 吴娟:重庆市沙坪坝区人民检察院。

** 龚义年:西南政法大学刑法学专业博士研究生。

定的义务,是他应该和必须做的事情,不属于刑法规定的自首。

一种观点认为,被告人打电话报警,符合刑法规定的自首的条件,也是主动投案、如实交待自己的犯罪事实,应当作为自首的情节。

评析意见

自首,是我国惩办与宽大相合的刑事政策。设立自首制度的目的,在于鼓励犯罪人自动投案,悔改自新,不致隐藏在社会上继续为非作歹。自首从轻,有利于分化瓦解犯罪势力,从而获得更多的线索和证据,有助于及时侦破案件,正确而迅速的审判,减少公安机关和司法机关办案投入,有力地惩治犯罪,保护受害者,维护社会稳定。1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第67条明确规定:“犯罪以后自动投案,如实供述自己罪行的,是自首。”根据该规定,凡是在犯罪以后同时具备了自动投案和如实交待所犯罪行的,都应该认定自首成立,依法予以从轻或者减轻处罚。其中犯罪较轻的,可以免于处罚。该条规定适用于所有的犯罪人,概无例外。但在司法实践中,对交通肇事案件的犯罪人在犯罪后的行为符合上述条件时,应否认定自首及怎样认定自首,有以下三种不同的认识,由此导致了在案件处理结果上的差异。

第一种观点认为,在交通肇事案件中,肇事者在事发后主动报告公安机关,是其法定的义务。根据2003年颁发、2004年施行的《道路交通安全法》第70条规定,发生交通事故后,肇事者必须报告公安机关或执勤的交通警察,听候处理。鉴于法律对具有特定身份的交通肇事者赋予了强制性告知义务,因此即使肇事者在事故发生后没有逃逸,主动向公安机关报案或者主动到公安机关投案,也不能认定为自首,只能视为肇事者履行了告知义务,在处罚时可作为认罪态度较好的情节予以考虑,给予从轻处罚。

第二种观点认为,对交通肇事犯罪案中的自首问题,应根据不同的情况确定为自首。对肇事者事发后没有逃逸并主动向公安机关报告的,如上述第一种观点所说,不应认定为自首,但在处理时应酌情从轻;对肇事者逃逸,在公安机关侦查阶段自动到公安机关投案、如实供述自己罪行的,则应视为自首。对后者,《刑法》第67条虽规定对其可以从轻或者减轻处罚,但在量刑的掌握上,从轻或减轻的幅度应比前者小。

第三种观点认为,交通肇事犯罪案件中,肇事者在事发后没有逃逸,保护现场,抢救伤者和财产,主动向公安机关报案或自动投案,并如实供述自己的罪行的,应依法认定为自首;肇事者逃逸后,在公安机关侦查期间,又主动到公安机关报案并如实供述自己罪行的,依法也应认定为自首。

我们认为,对于交通肇事案中是否存在自首以及如何认定自首,应当根据刑法总则与分则的具体规定来分析认定。《刑法》第133条规定:“违反交通运输管理法规,因而发生重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役;交通肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的,处三年以上七年以下有期徒刑;因逃逸致人死亡的,处七年以上有期徒刑。”从条文用语以及语句逻辑关系上看,立法者以肇事后肇事者是否逃逸为标准对交通肇事罪作了分层次的规定,也就是:①违规肇事,致人重伤、死亡或使公私财产遭受重大损失,没有逃逸的;②肇事后逃逸,但逃逸尚未致被害人死亡的;③肇事后逃逸并致被害人死亡的。可以看出,在刑法分则中,已经对交通肇事后没有逃逸、没有逃避法律追究的情形作出了明确的规定,并与逃逸的情形作了明确的区分,规定了不同的刑罚。因此,可以认为,刑法分则已经对交通肇事案中相当于自首的“报警听候处理”的情节作了考虑。换句话说,报警、听候处理不应当另行认定为自首。

从刑法总则规定自首的宗旨来看,对于逃逸的情形,如果事后能够主动投案、如实供述的,符合自首条件,应当认定为自首。也就是说,在是否构成自首的问题上,我们倾向于前述第二种观点。这里存在一个问题,如果逃逸后投案的可以构成自首,而报警听候处理的反而不构成自首,会不会造成不公平,违背罪刑相适应原则。我们认为,这种担心是多余的。首先,逃逸的起刑点是3年有期徒刑,而未逃逸的可以处拘役。其次,自首在量刑上的意义是对犯罪人可以从轻或者减轻处罚,其中,犯罪较轻的,可以免除处罚。如果逃逸的,一般不能认为犯罪较轻,一般也不会减轻处罚。此外,报警听候处理,表明犯罪人有责任感,有敢于承担法律责任的勇气,是可以并且应当作为酌定从轻情节的。所以,两相比较,在量刑上不会出现不公平的现象,也不会不利于对此类犯罪的一般预防。

综上所述,本案中,不能认定万某某的行为是自首。

学理分析

众所周知,适用法律的一条基本原则是:以事实为根据,以法律为准绳。当然,适用刑法也不例外。本案被告人万某某交通肇事后,随即抢救伤员,并打电话向某地交警中队、公安分局指挥室、当地镇政府报告出事情况。要弄清万某某的事后之举是否属于刑法中的自首,首先必须了解我国刑法及相关司法解释对自首的规定与解释。

一、自首的法律规定与司法解释

(一)自首的概念

我国《刑法》第67条规定:“犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行的,是自首。对于自首的犯罪分子,可以从轻或者减轻处罚。其中,犯罪较轻的,可以免除处罚。”据此规定,一般自首,是指犯罪分子犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行的行为。

(二)一般自首的成立条件

根据刑法的规定以及最高人民法院1998年4月6日《关于处理自首与立功具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《自首与立功解释》),成立一般自首必须具备以下条件:

1. 自动投案

所谓自动投案,是指犯罪分子在犯罪以后、归案之前,出于本人的意志而向有关机关或个人承认自己实施了犯罪,并自愿置于有关机关或个人的控制之下,等待进一步交待犯罪事实,并最终接受国家的审查和裁判的行为。对此,可从以下几个方面把握:

一是自动投案,应是犯罪嫌疑人尚未归案之前投案。根据《自首与立功解释》,自动投案包括:在犯罪事实未被发觉时投案;在犯罪事实虽被发觉,但没有查清犯罪嫌疑人的时候投案;在犯罪事实和犯罪嫌疑人都被发觉,但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时投案;犯罪后逃跑,在通缉、追捕的过程中投案;经查实确已准备去投案,或者正在

投案途中,被公安机关捕获的,应当视为自动投案。另外,罪行尚未被司法机关发觉,仅因形迹可疑,被有关组织或司法机关盘问、教育后,主动交待自己罪行的,也视为自动投案。

二是自动投案,一般应是犯罪嫌疑人向负有侦查、起诉、审判职能的公安机关、人民检察院或人民法院及其派出单位投案。犯罪嫌疑人向其所在单位、城乡基层组织或其他有关负责人投案的,也视为自动投案,但明知有关人员不会向司法机关报告的除外。

三是自动投案,一般应是犯罪嫌疑人亲自向上述有关机关投案。犯罪嫌疑人因某些客观原因(如生病、受伤)或为了减轻犯罪后果,委托他人代为投案,或者先以信、电投案的,也视为自动投案。自动投案,一般应基于犯罪嫌疑人本人的意志,但以下情况也可以视为自动投案。首先,并非出于犯罪嫌疑人主动,而是经亲友规劝、陪同投案的;其次,公安机关通知犯罪嫌疑人的亲友,或者亲友自动报案后,将犯罪嫌疑人送去投案的。但犯罪后当场被群众扭送归案的,或被公安机关逮捕归案的,或在追捕过程中走投无路当场被抓获的,或经司法机关传讯、采用强制措施后归案的,不是自动投案。

2. 如实供述自己的罪行

如实供述自己的罪行是指犯罪嫌疑人自动投案后,应如实交待自己的主要罪行。

“如实”就是按照事实,所供述的罪行应是自己的犯罪事实。如实交待别人的犯罪事实的,不是自首,而是立功。所供述的罪行应是自己犯罪的主要罪行,就自己的犯罪事实避重就轻,逃避刑事责任的,不能视为如实供述自己的罪行。

犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的,不能认定为自首,但在一审判决前又能如实供述的,应当认定为自首。犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行,不影响其辩护权、上诉权的行使。不能将犯罪嫌疑人进行辩护、上诉的行为看作是没有如实供述自己的罪行。

只要具备了上述两项条件,自首就得以成立。

二、本案被告人万某某的行为构成刑法中的自首

上述可见,在我国,成立自首的条件是比较宽泛的,其目的在于鼓励犯罪人悔过自新,自动投案,同时便于迅速侦破案件和及时惩治犯罪,减

少国家的司法成本的投入。从自首的本质来看,自首是犯罪人出于自己的意志将自己交付国家审判,因此,较之于犯罪人的被动归案,自首犯的人身危险性相对较小。

根据我国刑法及司法解释的规定,交通肇事者在肇事后即报警,为减轻犯罪后果,自己将受伤者送往医院抢救而离开肇事现场,之后无逃跑行为的,可以视为自动投案,如果能如实供述自己的罪行,应认定为自首。本案被告人万某某在发生交通肇事后立即抢救伤员,并打电话向某地交警中队、某公安分局指挥室、当地政府报告出事情况,其事后之举,完全符合自首的构成要件,理应成立自首。对此举认定为自首,不仅符合自首的本质特征,而且有利于激励和促使犯罪人悔过自新;有利于及时侦破与审判,减少国家的司法成本的投入;有利于兼顾惩罚犯罪和教育改造罪犯的刑罚目的的实现。

三、异种观点及其回应

本案争议的焦点在于,被告人肇事后打电话报告某地交警中队、某公安分局以及当地政府的行,是否属于《刑法》中规定的自首情节。我们知道,在一般刑事案件中,行为人在犯罪后,因某些客观原因(如生病、受伤)或为了减轻犯罪后果,先以信、电投案的,根据司法解释,毫无疑问,应当视为自动投案。对于本案被告人万某某,交通肇事后电话报警能否认定为自首,之所以出现不一致的观点,主要原因在于交通肇事法律规定上的特殊性和司法实践的复杂性,由此使得自首在交通肇事罪中的适用成为刑法理论界和实务界颇受争议的问题之一。归纳起来,大致有以下几种观点:

第一种观点认为,肇事后电话报警的行为应直接适用《刑法》第133条第一档法定刑,不再适用自首。其理由是:一是根据《道路交通安全法》第70条规定,行为人肇事后积极救护被害人,迅速报告,如实交待犯罪过程是在履行其法定义务。鉴于法律对具有特定身份的交通肇事者赋予了强制性的告知义务,因此肇事者在肇事后没有逃逸,主动向公安交警部门报案是履行其法定义务的行为,不能认定为自首。二是我国《刑法》第133条规定的三档法定刑:第一档法定刑适用于行为人交通肇事后没有逃逸而积极救助、主动报案、听候处理的情形;行为人一旦逃逸,法定刑即升格为第二档甚至第三档,即没有逃逸或者其他特别恶劣

情节的,一般应当在3年以下有期徒刑或者拘役这一法定刑幅度内量刑;如果具有逃逸或者具有其他特别恶劣情节的,一般应在3年以上7年以下这一法定刑幅度内量刑,甚至在7年以上有期徒刑幅度内量刑。从刑法理论上讲,当过失行为开始只是造成较轻的后果,且该较轻的后果有可能向着更严重的结果转化时,行为人就有义务防止这一严重结果发生,如果行为人不履行^①作为义务,法律就应当对此在原有行为之外,作出另一评价。因此,《刑法》第133条在第一档中规定了相对较轻的法定刑,已经体现了刑法对未逃逸而主动投案行为的从轻处罚,再将该种情况视为自首,等于是对同一行为进行了两次评价即两次从宽处罚,违反了刑法禁止对同一行为作重复评价的原理。因此,该观点^②认为行为人在肇事后未逃逸而主动报案的,应直接适用《刑法》第133条第一档法定刑,不再重复认定自首。

第二种观点认为,对于交通肇事犯罪中的自首问题,应当根据不同情况区别对待。对于行为人交通肇事后积极救助被害人、迅速报告公安交警部门、听候处理是其法定义务、不认定为自首,但在处理时应酌情从轻。如果行为人肇事后逃逸,不履行法定义务,就要依《刑法》第133条第二档或者第三档关于逃逸的规定处罚,理由与第一种观点相同。但这种观点同时认为,交通肇事作为一种特殊的过失犯罪,自首只存在于肇事后逃逸的情形之中,即行为人在交通肇事后逃逸,且在公安机关追捕归案之前自动投案,并如实供述自己罪行的情况。

第三种观点认为,交通肇事犯罪案件中,肇事者在事发后没有逃逸,而是保护现场,抢救受伤人员和财产,主动投案并如实供述自己罪行的,应当适用自首;肇事者逃逸后在公安机关追捕归案之前主动投案并如实供述自己罪行的,也应当适用自首。

笔者赞同第三种观点,理由如下:

(1)我国《刑法》第4条规定:“对任何人犯罪,在适用刑法上一律平等”;第6条规定:“凡在中华人民共和国领域内犯罪的,除法律有特别规定的以外,都适用本法……”。自首是刑法总则中规定的一项刑罚制度,关于交通肇事罪的构成及法定刑是刑法分则具体规定的,刑法总则对刑法分则具有指导作用。我国法律并未排除交通肇事罪对刑法总则的适

① 陈忠林.刑法(总论)[M].北京:中国人民大学出版社,2003:320.

② 高铭暄,马克昌.刑法学(上编)[M].北京:中国法制出版社,1999:499.

用,因此也就不能排除自首制度对交通肇事罪的适用。换言之,我国刑法规定的自首,适用于所有在中华人民共和国领域内犯罪以后符合自首条件的犯罪人,对交通肇事案件中的犯罪人也不例外。我国刑法并未对交通肇事罪的自首予以任何限制,因此也适用自首的一般规定,即只要具备自动投案,并如实供述交通肇事犯罪事实的,显然就具备了自首的条件,应当认定为自首。正如有学者指出,“我国《刑法》第67条的规定,并未对可以成立自首的犯罪予以任何限制,也就是说,刑法分则规定的所有犯罪均未被排除在可以成立自首的犯罪之外。所以,行为人在实施过失犯罪之后,只要其行为符合自首成立的条件,就应认定为自首”。

(2)如果对于行为人交通肇事后积极抢救受伤人员、及时报告、如实供述肇事经过的行为不认定为自首,则不能从轻或者减轻处罚,这既与刑法关于自首的原则规定相悖,也不利于预防肇事司机的逃逸,同时也与我国法律鼓励肇事司机积极救助受伤人员、主动向公安部门交待犯罪事实的立法精神不符。这样就会让肇事者产生反正自动投案也得不到法律的从宽处理,能逃则逃的想法,不利于鼓励肇事者主动归案,也与刑法中设立自首制度的良好初衷相违背。

(3)在《刑法》规定的其他过失犯罪中,如过失致人死亡罪,“情节较轻的,处三年以下有期徒刑”;过失致人重伤罪,“处三年以下有期徒刑或者拘役”;生产、作业安全事故罪,“处三年以下有期徒刑或者拘役;情节特别恶劣的,处三年以上七年以下有期徒刑”,等等。从刑法规定的这些情况看,立法上对交通肇事罪与其他过失犯罪在量刑幅度上没有大的差别。我们不禁要问,是不是犯这些罪之后,行为人电话报警、如实供述自己的罪行也不得认定为自首,而是直接适用该罪的第一档法定刑呢?答案显然是否定的。另外,并不是肇事后没有逃逸的交通肇事罪都在“三年以下有期徒刑或者拘役”这一量刑幅度内处罚,对于“有其他特别恶劣情节的,处三年以上七年以下有期徒刑”。最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条规定:“死亡二人以上或者重伤五人以上,负事故全部责任或者主要责任的;死亡六人以上,负事故同等责任的;造成公共财产或者他人财产直接损失,负事故全部责任或者主要责任的,无能力赔偿数额在六十万元以上的,处三年以上七年以下有期徒刑。”所以,那种认为对交通肇事后没有逃逸、电话报警的行为认定为自首,属于刑法理论上的“重复评价”的观点,是没有法律和理论依据的。

(4)其他部门法所规定的义务不能与《刑法》相冲突或者直接违背《刑法》的明文规定。肇事后抢救受伤者、及时报告等均为《道路交通安全法》规定的肇事者因肇事行为所产生的义务,但这并不能成为阻却《刑法》中自首成立的理由。《道路交通安全法》所规定的肇事者必须报告公安机关的义务,是对所有交通肇事者规定的应尽的报告义务,但在交通肇事案件中,多数肇事者不构成犯罪。《刑法》所规定的自首,是对所有犯罪人犯罪后符合法定的自首条件时,依法给予从轻或者减轻处罚的规定。交通肇事罪虽然是交通肇事行为的后果,但前者不是后者的必然,这种义务并非《刑法》上规定的自首情节。只有构成犯罪,肇事者的法定报告义务,才可转化为自首情节。当交通肇事一旦构成犯罪,这种法定报告义务的性质即有所改变,就应以《刑法》的原则予以确定,而不能再以一般的法定报告义务的性质予以考虑,否则就会剥夺被告人的从轻情节。在《刑法》理论和《刑法》的规定中,交通肇事罪根本就不存在报告义务,而存在自首情节,也只有自首情节才是法定的从轻情节。因此,《道路交通安全法》所规定的报告义务,不能代替《刑法》上的自首规定。

(5)前述第二种观点认为,肇事后未逃逸,履行了法定义务,自动投案的,不构成自首,反而在逃逸后再自动投案、如实供述肇事经过的,认定为自首。这种观点本身就存在矛盾,而且在一定情况下还可能造成量刑不公。如果仅将逃逸后的自动投案的行为视为自首,按照《刑法》第67条的规定,对其可以从轻或者减轻处罚,其中犯罪较轻的可以免除处罚。因此,对这种行为存在着在法定最低刑3年有期徒刑以下判处的可能,甚至可能免除刑罚。而肇事后未逃逸,向有关机关投案的,却不认定为自首,反而必须在3年以下有期徒刑或者拘役这一幅度内判处。这一规定显然与立法规定对逃逸行为加重处罚的原意相违背,也违背了《刑法》中的罪刑相适应原则。此外,持第二种观点的人还认为,行为人交通肇事后积极救助被害人,迅速报告公安交警部门,听候处理是其法定义务,不认定为自首,但在处理时应酌情从轻。殊不知,酌情从轻与自首从轻两者之间是有所区别的:酌情从轻是法官的自由裁量权,是法官根据被告人的犯罪情节自由掌握的。而自首则是《刑法》规定的一种法定从轻情节,只有确认了这一情节,被告人的刑罚才得以从轻,法律的内涵才得以具体体现。

综上所述,笔者认为,本案被告人万某某交通肇事后电话报警的行为,应当认定为自首。否则,不仅有违《刑法》之嫌,而且也有悖“常识、常情、常理”。