

中国刑法中的交通肇事罪若干问题研究*

赫興旺¹⁾

(中国人民大学, 北京)

< 目 次 >

- 一、罪种分工与交通肇事罪存在的範圍
- 二、罪狀的描述与客觀要件的理解
- 三、混合罪過与本罪主觀方面的認定
- 四、刑事責任的轉移与本罪主体的認定
- 五、共同過失犯罪与本罪的認定
- 六、允許的危險、信賴原則与本罪的認定
- 七、危險犯的設立与事故的預防

根据有關部門的統計，中國因為交通事故每年死亡的人數均在10万人左右，隨着交通工具的普及，交通事故的數量肯定會逐年增多，其中因事故肇事而構成犯罪者，也必然會有所增加。預防交通事故的發生，除了從技術方面加強交通工具的安全性、道路的良好保障性外，在交通安全意識的教育方面和交通文化培養方面，政府与民間均應當予以高度重視。与此同时，法律方面關於交通工具的操作規程也應當更加合理、更加嚴格，完善交通安全管理法律法規體系，對於嚴重的違法行為，應當予以懲處。

中國刑法典分則第二章第133條規定：違反交通運輸管理法規，因而發生重大事故，致人重傷、死亡或者使公私財產遭受重大損失的，處3年以下有期徒刑或者拘役；交通運輸肇事后逃逸或者有其他特別惡劣情節的，處3年以上7年以下有期徒刑；因逃

* 심사위원 : 이정원, 양종모, 한인달

투고일자 : 2009. 8. 27 심사일자 : 2009. 9. 7 게재확정일자 : 2009. 9. 25

1) 中國人民大學刑事法律科學研究中心研究員，中國人民大學法學院教授。

逸致人死亡的，處7年以上有期徒刑。如何正確理解該條規定，在理論上和實踐中均存在很大的爭論，影響了司法機關對此類犯罪行為的懲處。鑒于此，本文對本條規定的內容，從理論與實務的角度予以探討。

一、罪种分工与交通肇事罪存在的范围

根据刑法典第133條的規定，交通肇事罪的罪狀中只簡單描述了行為人必須違反交通運輸管理法規而發生重大事故。但是，“交通運輸管理法規”的范围是否包括水路、陸路、鐵路、航空領域，理論上存在爭論。有人認為，交通肇事罪的存在范围，只能是水路交通和陸路交通領域，而不包括鐵路和航空交通領域。²⁾ 其理由是：刑法典第131條和第132條已經分別規定了重大飛行事故罪和鐵路運營安全事故罪，發生在航空運輸和鐵路運輸領域的交通肇事行為應當分別依據該兩個犯罪處罰，沒有交通肇事罪適用的余地。本人認為，此種理解是對刑法規定的誤讀。從立法分工上看，雖然重大飛行事故罪和鐵路運營安全事故罪處罰了部分發生在此兩個領域的過失犯罪行為，但是並沒有窮盡所有發生在該兩個領域的肇事行為。因為此兩個犯罪所規定的主體是航空人員和鐵路職工，只有很小的適用範圍，如果非特殊主體實施的發生在此兩個領域的交通肇事行為，此兩個刑法規範是不能適用的，而仍然應當以交通肇事罪處罰。因此，交通肇事犯罪是可以存在于所有交通運輸領域的。

順便提及，有學者認為，交通肇事罪與重大飛行事故罪和鐵路運營安全事故罪的法條之間屬於普通法條與特別法條的關係³⁾，本人認為，與其說重大飛行事故罪和鐵路運營安全事故罪是交通肇事罪的特別罪，還不如說它們是刑法典第134條所規定的重大責任事故罪的特別罪種。

二、罪狀的描述与客观要件的理解

刑法典第133條將交通肇事罪的罪狀描述為：“違反交通運輸管理法規，因而發生重

2) 參見：余劍主編：《危害公共安全罪》，法律出版社1999年版，第306頁；陳忠林主編：《刑法（分論）》，中國人民大學出版社2003年10月版，第52頁；陳興良著：《陳興良刑法學教科書之規範刑法學》，中國政法大學出版社2003年8月版，第324頁；蘇惠漁主編：《刑法學》，中國政法大學出版社2007年2月修訂2版，第304頁。

3) 參見：張明楷著：《刑法學（第二版）》，法律出版社2003年7月版，第566頁。

大事故”，其後半段關於“致人重傷、死亡或者使公私財產遭受重大損失”的描述，只是對前面“重大事故”的內容說明和補充，沒有獨立意義。根據本條的所規定的罪狀，交通肇事罪的客觀方面應當包括兩個層次的內容：其一是行為人必須違反了交通運輸管理法規，其二是發生了重大事故。

違反交通、運輸管理法規是導致重大交通事故的原因，也是構成本罪的前提條件，如果事故發生的時間、空間不適用交通運輸管理法規，或者行為人沒有違反交通運輸管理法規，即使機動交通工具發生了重大事故，也不能構成本罪。因此，查明行為人是否違反了交通運輸管理法規，是認定本罪的一個關鍵。據此，發生在非公共交通領域的交通事故或者雖然發生在公共交通領域，但是行為人所違反的不是交通運輸法規時，均不能以交通肇事罪論處。例如：發生在停車場、小的居民小區、企事業單位內部等等非公共交通領域的事故，致人重傷、死亡的，應當以過失致人死亡罪或者過失致人重傷罪論處；運輸危險物品的司機違反危險物品的運輸規章而發生事故的，就應當以危險物品肇事罪論處；在廠區、車間內駕駛交通工具從事勞動作業而發生事故的，則應當以重大責任事故罪處罰。

重大事故是交通肇事罪成立的另外一个重要標準。在司法實踐中，交通事故往往是比较复杂的，導致事故的發生，有的完全是行為人的主觀原因，有的還有客觀原因，甚至有的被害人也有過錯，在認定時需要注意考察全面情況，以確定行為人對事故應負責任的程度。根據刑法典第133條規定，只有交通肇事“發生重大事故，致人重傷、死亡或者使公私財產遭受重大損失的”，才可以定罪處罰。雖有違章行為，但未造成上述嚴重後果的，不能以本罪論處。根據最高人民法院《關於審理交通肇事刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》的規定，交通肇事具有下列情形之一的，即屬於重大事故：(1)死亡1人或者重傷3人以上，負事故全部或者主要責任的；(2)死亡3人以上，負事故同等責任的；(3)造成公共財產或者他人財產直接損失，負事故全部或者主要責任，無能力賠償數額在30萬元以上的。⁴⁾

交通肇事致1人以上重傷，負事故全部或者主要責任，並具有下列情形之一的，也應以交通肇事罪定罪處罰：(1)酒後、吸食毒品後駕駛機動車輛的；(2)無駕駛資格駕駛機動車輛的；(3)明知是安全裝置不全或者安全機件失靈的機動車輛而駕駛的；(4)明知是無牌證或者已報廢的機動車輛而駕駛的；(5)嚴重超載駕駛的；(6)為逃避法律追究逃離事故現場的。

4) 當然，以是否具有賠償能力來決定犯罪與否，在法律理念上是值得商榷的。

三、混合罪过与本罪主观方面的认定

中國刑法理論界的通說認為，交通肇事罪的主觀方面是過失。過失的內容是針對事故而言，並不是針對行為人的違反交通管理法規行為的心理態度。但是，在非主流刑法理論中，存在一種混合罪過的學說⁵⁾，即認為某一個犯罪，行為人在主觀方面同時存在犯罪的故意和犯罪的過失，而不是單純的是故意或者過失。如濫用職權罪，行為人濫用職權是故意的，對於其行為所造成的後果是過失的，故意針對行為，過失針對結果，故意與過失並存；丟失槍支不報罪，則丟失槍支是過失，不報告是故意，對造成的結果又是過失。據此理論，在交通肇事犯罪中，行為人違反交通管理法規是故意的，對所造成的結果是過失的，自然也是混合罪過。

本人認為，關於罪過的認定，必須嚴格依照中國刑法的規定進行。根據中國刑法典總則的規定，犯罪的故意和犯罪的過失均是針對行為人對危害結果的態度而不是針對行為的心理狀態。在刑法理論中，行為人雖然對自己行為的實施是故意的，但是這種故意往往並不是刑法意義上犯罪的故意，而僅僅是日常生活中的故意。我們所研究的罪過，僅僅是犯罪的主觀內容，如果其本身並不是犯罪的主觀內容，自然也不能納入罪過的範疇之內。在交通肇事犯罪中，行為人違反交通管理法規的故意並不是交通肇事犯罪的故意，它只是行為人犯罪過失存在的前提。從總體上考查，本罪的主觀方面並不是混合罪過，行為人對於重大事故結果的態度仍然應當界定為犯罪的過失。

在司法實踐中，認定交通事故的行為人主觀方面是否是犯罪的過失，對於定罪具有重要的意義。如果經過分析，確定行為人在實施自己的行為時對結果的發生已經不是犯罪的過失而是犯罪的故意的，就不能以交通肇事罪定罪處罰，而應當以相關的故意犯罪論處。在此，有兩個問題需要特別注意：

（一）行為人主觀方面不符合犯罪過失成立的條件的，應當以故意犯罪論處

在司法實踐中，對於行為人主觀上基於直接故意而利用交通工具實施的犯罪，是比較容易認定的（如利用交通工具實施的殺人犯罪、以危險方法危害公共安全犯罪等等），最容易被忽視的是間接故意犯罪與過於自信過失的區分。在刑法理論中，由於間接故意與過於自信的過失非常接近，對二者進行區分也常常是困難的。一般來

5) 參見：付立忠：《試論游離常態的罪過形態：混合罪過》，載《公安大學學報》2002年第1期；張偉：《再論混合罪過》，載《中南民族大學學報（人文社會科學版）》Vo 1. 23, 2003年8月。

講，過于自信的過失是行為人過高估計了自己所凭借的可以阻止結果發生的因素，從而誤以為結果可以避免。根據這一標準，在考查行為人在實施自己行為時是否屬於過于自信的過失，就必須首先考查其自信是否有根據，即使行為人所凭借的根據并不可靠（這是其主觀方面成立犯罪過失的基礎），但也必須存在此類根據，而且要求此類根據還必須是客觀存在的，不能是行為人主觀臆想的。如果行為人在實施其行為時並沒有客觀的凭借根據，而僅僅是主觀臆想結果不會發生，最終導致結果發生的，其主觀方面仍然應當認定為間接故意而不能是過于自信的過失。因此，如果行為人在實施行為時根本沒有可以凭借的自信或者所凭借的自信根據已經完全不可靠，其對結果的發生就是放任，屬於故意犯罪。近年來，中國司法機關對醉酒后駕車導致多人死亡的事件，均是以故意犯罪論處的。在交通事故案件中，對於根本沒有駕駛經驗的人員。⁶⁾駕駛交通工具而造成事故的，由於其客觀上沒有能夠凭借避免結果發生的依據，其主觀方面就不能構成過于自信的過失，對其行為也應當按照故意犯罪即以危險方法危害公共安全罪論處。

與此同時，行為人所凭借的根據都是有條件的，在一定條件下，行為人所凭借的根據可能是具有一定可靠性的，而在另外的條件下，同樣的根據則可能缺乏任何可靠性，行為人所凭借的根據也蕩然無存。這種隨環境和條件變化的根據，對判斷行為人主觀方面的內容是具有重要影響的。即在該根據具有一定可靠性時，行為人主觀方面屬於過于自信的過失，而在該根據沒有任何可靠性時，行為人主觀方面就屬於間接故意。例如，駕駛交通工具的一般超速行為，行為人尚具有控制結果的不發生的可能性，而行為人以極高的車速在繁忙的城市道路上進行飆車，其控制危害結果不發生的能力就大大下降甚至完全沒有，對其行為就不能以交通肇事罪論處，而應當直接以危險方法危害公共安全罪論處⁷⁾。

（二）注意行為人主觀內容的變化

交通肇事罪是過失犯罪，在司法實踐中應當特別注意行為人的主觀方面的內容在故意與過失之間的轉化。具體應當注意如下情況：

1. 行為人在肇事開始時是因為過失，但是在肇事行為的發展過程中，行為人主觀上

6) 應當特別注意，此處強調的是有無駕駛經驗，並不是有無駕駛執照，即有駕駛執照者有可能沒有駕駛經驗（如沒有經過駕駛學習而購得駕駛執照者），而沒有駕駛執照者，也有可能具有較好的駕駛經驗（如駕駛執照過期人員、被吊銷駕駛執照的人員、汽車修理工等）

7) 前兩年北京出現的“二環十三”、“二環八”均應當以危險方法危害公共安全罪定罪處罰，但是令人遺憾的是公安機關只對其予以7天行政拘留的處罰。最近網上流傳的浙江寧波兩個司機在城市馬路上“斗狠”飆車，同樣也是以危險方法危害公共安全犯罪。

産生了犯罪故意的，對於行爲所造成的結果，應當以故意犯罪論處，不能以交通肇事罪定罪處罰。如行爲人開車不慎將被害人挂住，在明知車輛挂住被害人的情況下仍然不減速，被害人重傷、死亡的，就應當以故意傷害罪或者故意殺人罪定罪處罰。⁸⁾

2. 行爲人在肇事開始時是基于過失發生事故，在事故發生后，又另外實施了故意犯罪的，如將被害人殺死、拋棄導致死亡的，應當具體分爲兩種情況處理：如果肇事行爲已經構成了交通肇事罪的，應當以交通肇事罪和后来實施的故意犯罪進行并罰⁹⁾；如果肇事行爲尚未構成犯罪的，直接以行爲人后来實施的故意犯罪定罪處罰¹⁰⁾。

四、刑事责任的转移与本罪主体的认定

刑法理論的通說認為，中國刑法采取罪責自負的原則，刑事責任完全由實施了犯罪行爲的人承擔，不能夠像民事責任那樣可以轉移。事實上，盡管刑事責任具有較強的專屬性，但是在具體歸責時，仍然具有轉移的可能性，其專屬性應當是在轉移以后才實現的。刑事責任的轉移是指由某一個人實施的行爲而由其他人承擔具體刑事責任的情形。刑事責任轉移的古羅馬法諺稱爲“仆人過錯，主人責任”。該理論的現代實踐模式表現爲：在故意犯罪中，間接正犯是其例証；在單位犯罪中，單位與自然人的刑事責任的分担也是其產物；在過失犯罪中，此種情況仍然存在。例如中國刑法典第134條規定的強令他人冒險作業罪，就是適例。

根據這一理論，最高人民法院關於交通肇事罪的司法解釋中規定：單位主管人員、機動車輛所有人或者機動車輛承包人指使、強令他人違章駕駛造成重大交通事故，致人重傷、死亡或者使公私財物遭受重大損失的，也應以交通肇事罪定罪處罰。如果僅僅根據犯罪構成理論來分析，單位主管人員、機動車輛所有人或者機動車輛承包人的行爲并不能直接構成交通肇事罪。因爲交通肇事罪的構成條件中不僅要求行爲人具有違反交通管理法規的行爲，還必須因此而造成重大事故。單位主管人員、

8) 如著名的鄭州張金柱案件。

9) 如行爲人甲疲勞駕駛卡車將一客車撞翻，當場死亡5人。甲見事故重大，將尚未死亡的2名傷者拉到路上重新碾壓致死。

10) 如行爲人乙晚上駕駛車輛將睡在鄉村公路上的丙碾傷。乙發現后，見丙尚未死亡，周圍又沒有其他人員，便開車又將丙碾壓一遍，致丙死亡。

機動車輛所有人或者機動車輛承包人指使、強令他人違章駕駛雖然違反了交通運輸管理法規，但是並沒有直接造成重大事故，即雖然重大事故的發生與其行為之間具有一定的因果聯系，但是這種聯系並不是必然的，重大事故發生的直接原因仍然是駕車人的非法駕駛行為。在此情況下，單位主管人員、機動車輛所有人或者機動車輛承包人的行為在交通肇事罪的構成中存在欠缺，如果其行為構成交通肇事罪，就必須將其所欠缺的事實予以補進充實，充實的辦法就是將駕駛人的行為造成的重大事故結果借用過來。這樣，單位主管人員、機動車輛所有人或者機動車輛承包人指使、強令他人違章駕駛不僅違反了交通運輸管理法規，也造成了重大事故，具備了交通肇事罪的全部構成條件，才可以構成交通肇事罪¹¹⁾。

那麼，駕駛人的行為產生的重大事故結果被他人借用了，其本身是否仍然構成犯罪呢？對此問題必須聯系單位主管人員、機動車輛所有人或者機動車輛承包人指使、強令駕駛人違章駕駛的強度進行分析，從而進一步確定雙方的責任：如果單位主管人員、機動車輛所有人或者機動車輛承包人指使、強令駕駛人違章駕駛的強度極大，則他對重大事故所承擔的責任自然也較重，駕駛人在此情況下可以根據期待可能性理論免責¹²⁾；如果單位主管人員、機動車輛所有人或者機動車輛承包人指使、強令駕駛人違章駕駛的強度極微弱，重大事故的發生主要是駕駛人相對主動的違法駕駛行為所致，則駕駛人所應當承擔的責任自然也較重，指使、強令者則不應當承擔本罪之刑事責任；如果指使、強令者的指使、強令行為與駕駛人的違法駕駛行為對重大事故發生的原因力大致相當，則兩者均應當承擔本罪的刑事責任。在此情況下，駕駛人之所以仍然應當承擔刑事責任，根據在於駕駛人的行為是在其相對意志自由的支配下實施的，具備承擔刑事責任的基礎。

五、共同過失犯罪與本罪的認定

（一）司法解釋的困惑

關於本罪的犯罪主體問題，最高人民法院在司法解釋中還規定了一種情況，即交通肇事后，單位主管人員、機動車輛所有人、承包人或者乘車人指使肇事人逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，以交通肇事罪共犯論處。據此解釋，此類人員不

11) 當然，對於此類人員構成交通肇事罪的理由，也有使用期待可能性、相當因果關係理論的解釋。

12) 在中國刑法理論中，可以視為其行為情節輕微或者顯著輕微而減免責任。

僅可以構成交通肇事罪，而且還是駕駛人交通肇事犯罪的共犯。該解釋發布后，受到理論界的諸多詬病，其原因是共犯只存在于共同犯罪中，而中國刑法典總則規定的共同犯罪僅僅包括共同故意犯罪，並不包括共同過失犯罪。既然交通肇事罪行為人在主觀方面是過失，行為人就沒有與他人成立共同犯罪的余地，因此，該解釋與中國刑法典關於共同犯罪的規定相悖。但是，也有學者認為，最高人民法院關於共犯的解釋不是指的共同故意犯罪，而是指的共同過失犯罪，從而提出了共同過失犯罪的問題。

關於共同過失行為能否成立共同犯罪，是一個爭論已久的問題，至今沒有明確的結論，大致是客觀主義學派堅持共同犯罪成立的犯罪共同說，進而否認過失的共同犯罪；而主觀主義學派堅持共同犯罪成立的行為共同說而承認過失的共同犯罪的狀態。雖然中國現行刑法對其採取了否定的態度，但是在學術上仍然應當對共同過失犯罪進行深入研究。也有學者建議中國刑法應當規定共同過失犯罪，理由是在行為人共同引起了法益侵害，並且均對法益侵害具有故意或者過失的情況下，各行為人應當對共同引起的法益侵害承擔刑事責任¹³⁾。

有學者認為，中國刑法否定共同過失犯罪是不當的，實踐中已有法院判決確認了共同過失犯罪的存在。例如，雷某與孔某兩人相約在一陽台上，選中離陽台815 米左右處一個樹干上的廢瓷瓶為目標比賽槍法（共用一支JW - 20 型半自動步槍）。兩人輪流各射擊子彈3 發，均未打中，但其中一發子彈穿過樹林，飛向離陽台100 余米附近，將行人龍某打死。雖然不能查明擊中被害人的子彈由誰所發，但重慶市九龍區人民法院以及重慶市中級人民法院，均認定兩被告人構成過失犯罪，分別判處4 年有期徒刑，卻又沒有適用刑法總則關於共同犯罪的規定¹⁴⁾。類似這樣的案件與判決，並不少見¹⁵⁾。

本人認為，上文所引用的判決，其實並不是共同過失犯罪問題，法院將兩個行為人均判處刑罰，事實上是錯誤的。該案是由于認定任何一個行為人均不能做到證據確實充分而採取和稀泥的辦法隨便定罪的典型，依照法治的定罪原則，在此種情況下是不能對任何人進行定罪處罰的。

無論是共同故意犯罪還是共同過失犯罪，均與民法上之共同致險行為具有共通性，

13) 參見：張明楷：《共同過失與共同犯罪》，載《吉林大學社會科學學報》，2003第2 期。

14) 最高人民法院中國應用法學研究所編：《人民法院案例選·刑事卷(1992 - 1996 合訂本)》[M] 北京：人民法院出版社，19971。

15) 參見：張明楷：《共同過失與共同犯罪》，載《吉林大學社會科學學報》，2003第2 期。

其最原始的法律理念也是共同的，歸責時也均採用“部分行為、全部責任”的原則。在法律發達史上，民法與刑法的軌迹不同，也導致了該原則在具体運用時的分野：在民法領域，共同致險行為不分故意與過失，仍然採用“部分行為、全部責任”；而在刑法領域，由于人們對刑罰的惡性的發現，責任原則也越來越趨向于嚴格，對於故意的共同犯罪，仍然採用“部分行為、全部責任”，而對於共同過失犯罪，則對該歸責原則予以限制甚至拋棄。

那麼應當如何看待最高人民法院的這一解釋呢？我們首先看看參與該解釋者的解釋理由：第一，車輛駕駛人員肇事引發交通事故雖然是過失的，但在交通肇事後的逃逸行為却是故意的。盡管前後在主觀方面發生變化，有所不同，但刑法並非因此對故意逃逸的行為單獨定罪，而是將“交通肇事後逃逸”以及“因逃逸致人死亡的行為”規定為交通肇事罪的加重處罰情節，按一罪論處。第二，指使者雖未幫助或教唆實施肇事行為，但在明知肇事已發生的情況下，仍指使、教唆肇事人實施逃逸行為。最終，肇事行為與共同逃逸行為造成了被害人死亡的後果，指使者和肇事者對肇事後的逃逸具有共同的故意，故指使者應與肇事者共同對這一後果承擔刑事責任，並且只能以交通肇事罪的共犯論處¹⁶⁾。從該說明來看，最高法院之所以如此解釋，是基于刑法典關於交通肇事罪處罰的規定。該罪的法定刑中規定：因逃逸致人死亡的，處7年以上有期徒刑。

（二）“因逃逸致人死亡”的理解与定位

1. “因逃逸致人死亡”的含義

根據最高人民法院的解釋，“因逃逸致人死亡”，是指行為人在交通肇事後為逃避法律追究而逃跑，致使被害人因得不到救助而死亡的情形。但是，也有學者認為，“因逃逸致人死亡”還應當包括行為人在肇事後的逃逸過程中又致第三人死亡的情形¹⁷⁾。此種理解屬於對法律的誤讀。因為如果行為人在肇事後的逃逸過程中又發生的行為，是一個全新的行為，如果其本身構成犯罪的，應當獨立成罪：假如行為人前面的肇事行為已經構成交通肇事罪，后面的逃逸行為也仍然構成交通肇事罪，則屬於交通肇事犯罪的連續犯，應當按照連續犯的處罰原則處理；如果行為人前后的行為是觸犯不同罪名的行為，則屬於獨立的數罪，應當予以并罰。因此“因逃逸致人死亡”的含義應當僅僅限于行為人肇事之後的逃逸行為導致事故的被害人死亡的情形。

16) 參見：孫軍工：《關於審理交通肇事刑事案件具体應用法律若干問題的解釋的理解与适用》，載《刑事審判參考》，法律出版社2001版。

17) 參見張明楷：《刑法學》，法律出版社2003年7月版，第569頁。

2. “因逃逸致人死亡”的理論定性

拋開刑法關於此中規定的情況不談，僅僅在理論模式中分析，行為人在肇事後是具有救助被害人的義務的，此等義務的性質屬於行為人先前行為而生產的。在由於自己的行為導致被害人處於傷亡的危險境地的情況下，行為人應當予以救助。在有能力救助而沒有履行此等義務的，應當對發生的結果承擔故意不作為犯罪的刑事責任。在1979年刑法沒有規定“因逃逸致人死亡”的處罰情節時，實踐中對於“因逃逸致人死亡”的情況均是按照故意殺人罪或者故意傷害罪定罪處罰的。因此，“因逃逸致人死亡”行為的本身，在理論模式中是一個嚴重的故意犯罪。

3. 指使他人逃逸的性質

既然“因逃逸致人死亡”是一種故意犯罪，他人就肯定可以與其構成共同犯罪。在肇事的行為人具有救助義務的情況下，單位主管人員、機動車輛所有人、承包人或者乘車人指使肇事人逃逸，不履行其應當履行的救助義務，致使被害人因得不到救助而死亡的，理應屬於肇事人故意不作為犯罪的教唆犯或者幫助犯，成立新的共同犯罪。因此，最高人民法院的解釋中所稱的“共犯”也應當是在此意義上而言的。

4. “因逃逸致人死亡”立法弊端

盡管在理論模式上，指使他人逃逸的與肇事人可以構成獨立的故意犯罪，但是在中國立法實踐中，卻不當地將這一種獨立的嚴重犯罪規定為一種較輕犯罪的處罰情節，導致“蛇吞大象”的吸收關係立法，形成立法上的瑕疵，導致刑事責任在立法上的失衡。

吸收犯是指行為人實施兩個以上的犯罪行為，本來構成兩個以上的獨立犯罪，但是因為這些犯罪之間存在吸收與被吸收的關係，只按照其中一個犯罪定罪處罰，其他犯罪均不再單獨論處的情形。吸收犯的吸收關係主要是由法律明確規定的，一般包括兩種情況：一是罪與罪之間的吸收關係，即一個犯罪的構成要件被另外一個犯罪的構成要件所包括，被包含的犯罪失去獨立意義，僅僅按照吸收其他犯罪構成要件的犯罪定罪處罰。如使用致人輕傷的方法刑訊逼供的，致人輕傷的犯罪就被刑訊逼供罪的構成要件所包含，直接以刑訊逼供罪定罪處罰即可。二是刑與罪之間的吸收，即本來一個獨立的犯罪，法律規定在與某種犯罪同時出現時，只作為其他犯罪的一個量刑情節，自己失去獨立的定罪量刑意義。如拐賣婦女罪又姦淫被拐賣的婦女的，仍然以拐賣婦女罪定罪處罰，強姦罪不再單獨定罪處罰，作為拐賣婦女罪可以處死刑的一個情節；犯綁架罪又將被綁架人殺害的，對於其殺人行為也不再單獨定罪處罰，僅僅作為綁架罪處死刑的條件¹⁸⁾。這些吸收犯的立法，均是在充分照

顧行為人刑事責任基礎上的簡便處理，在立法技術上也是可行的。而刑法典第133條規定的“因逃逸致人死亡”而構成的一個故意重罪却被交通肇事罪這一過失的輕罪的法定刑所吸收，導致“因逃逸致人死亡”的理論模式與立法模式的嚴重衝突，在立法上又沒有做到罪責刑相適應，形成立法瑕疵。

5. 司法解釋錯誤的根由

司法解釋將交通肇事后，他人指使肇事人逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的規定以交通肇事罪共犯論處，是混淆了此類行為的理論模式和中國的立法模式。即解釋中所稱的“共犯”，是僅僅在“逃逸”環節中使用的，在此意義上是能夠成立的；而解釋又進一步規定以“交通肇事罪的共犯論處”將此共犯移植到交通肇事罪中就產生了錯誤。因此，最高人民法院的司法解釋，並不是創立了“共同過失犯罪”的實踐模式，而是基於立法瑕疵而做出的一個無奈且混亂的規定而已。

6. “因逃逸致人死亡”的立法重點

從上述的分析來看，“因逃逸致人死亡”作為交通肇事罪的一個加重處罰情節，其立法的重點在於行為人的義務不履行，亦即只要行為人肇事后能夠救助被害人而沒有救助，最終導致被害人死亡的，均屬於該情節適用的範圍之內，至於假設行為人不逃逸實施了救助行為是否能夠阻止被害人死亡，則在所不問。例如，甲駕駛汽車在一村口將一農民撞傷，因害怕被圍打而駕車逃逸。被害人被村民及時送醫院搶救，但因失血過多仍然於次日死亡。在此種被害人的死亡是確定的、不可避免的情況下，行為人逃逸的，是否仍然適用這一情節呢？回答是肯定的。理由就是本情節的處罰重點是義務的不履行，被害人死亡本身是處於相對次要的地位的。

六、允許的危險、信賴原則與本罪的認定

（一）允許的危險

在現代社會生活中，許多領域、工具、行業對人類的物質文明具有至關重要的意義，成為人類生活不可或缺的一部分，但是，人類的這些物質享受本身又反而對自身的生存構成威脅。面對又愛又恨的物質文明，人類既不能舍弃，又要以自保，不得已必須允許這些危險狀態的存在，但是又通過技術的、道德的、法律的等等各種手段，控制危險的發生，將危險降到最低限度。當然，無論如何控制，危險終究是

18) 參見赫興旺：《刑法》，中國人民大學出版社2006年12月版，第105頁。

存在的，不能根除的。既然人類社會允許此等危險的存在，對於此等危險所造成的危害結果，就應當認為是必要的犧牲；對於從事此等危險行業、領域人員的過失，也應當予以適當的寬容，不能過分地追究。此即法律理論上允許的危險的含義。允許的危險在刑法領域，表現為對一些業務過失犯罪的法定刑規定得相對較低，或者構成犯罪的基礎較高。如中國刑法典第335條規定的醫療事故罪，其法定最高刑是3年有期徒刑，與普通的過失致人死亡、過失致人重傷的犯罪的法定最高刑就有相當的差距；交通肇事罪一般情節的法定最高刑也是3年有期徒刑，而且根據司法解釋，成立本罪的條件是較普通的過失致人死亡、致人重傷犯罪的標準為高的。

當然，允許的危險理論在應用上也是有嚴格要求的，它只對盡到一定注意義務的過失以才予以寬容，對於根本不盡注意義務的濫用危險的行為是不能予以寬容的，對於出於故意（包括直接故意和間接故意）而肆意濫用危險的行為，反而應當予以重罰。正是基於此，在認定交通肇事罪時，應當嚴格把握行為人的主觀方面的內容，認真考察其主觀上是否具有濫用危險的心理情形，凡是具有濫用危險的，均應當以故意犯罪論處。

（二）信賴原則

與允許的危險理論相關的另一個理論是信賴原則。在現代社會生活中，人們之間的關係越來越複雜，人們在實施自己的行為時，不可能顧及所有其他人的行為，而只是按照確定的社會規範、在確信他人也按照社會規範實施其自身行為的情況下，實施自己的行為。例如，機動車輛的駕駛人之所以能夠在高速公路上以每小時120公里的速度行駛，就是基於對行人不能在高速公路上行走的信賴而實施的。假如每一個人均遵守社會規範，他人基於信賴實施的行為就不會產生危害。但是，假如有人不遵守社會規範而實施自己的行為，就讓其他人失去了信賴的基礎，就會發生危害後果。因此，在危害結果出現時，誰打破了信賴規則，誰就應當承擔相應的責任。

刑法中的信賴原則，是指行為人於實施某種危險行為之際，如果可以認為被害人或第三人亦將採取適當之行為，如此種信賴屬於相當者，即使行為人所實施的行為導致了結果發生，也不必對其行為的結果負責。當然，在現代刑法理論中，信賴原則同樣不能濫用，行為人基於信賴而實施的行為，必須是在盡到注意義務的前提下，才能夠免責，否則仍然應當承擔責任。例如，機動車輛的駕駛人在高速公路上依據信賴原則以每小時120公里的速度行駛，他人突然橫穿高速公路，駕駛人不能回避而導致行人死亡的，駕駛人就應當免責；但是，當駕駛人很早就發現高速公路上有行人活動，在能夠減速採取措施防止危害結果發生的情況下，依然按照信賴規則實施自己的行

爲，就是不能被允許的。

在交通領域，依據信賴原則，行爲人在自己遵守交通法規的情況下，可以信賴其他交通參與人也會遵守交通法規，由于其他交通參與人未能遵守交通法規導致危害結果發生的，行爲人自然不負交通肇事罪的刑事責任。但是，行爲人在沒有盡到注意義務的情況下，也同樣應當承擔刑事責任。最高人民法院的司法解釋中特別強調全部責任、主要責任、同等責任等，也均是基於這個理論。

當然，由于中國的汽車時代剛剛來臨，交通文化尚未成型，交通參與者並沒有遵守信賴原則的習慣，打破信賴規則的行爲較爲普遍，信賴的基礎自然也相對較差，機動交通工具的駕駛人員就負有更大的注意義務，信賴原則的適用風險也相應地較大。

七、危險犯的設立與事故的預防

從中國交通事故的實際情況并結合其他立法例的規定來看，中國現行刑法關於交通肇事罪的規定僅僅是懲罰于事後，缺乏事前預防的功能。因此，中國刑法應當設立懲罰危險駕駛行爲的犯罪，以懲罰根本不盡注意義務的魯莽駕駛行爲。如本文上述，對於此類行爲，在刑法中可以按照以危險方法危害公共安全罪論處。但是，由于實踐中對該罪適用時彈性較大，司法官在運用時顧慮重重，許多危險駕駛的行爲並沒有得到刑法的制裁。

中國台灣地區在1999年修訂“刑法”時，新增加了不能安全駕駛罪，規定服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他類似之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛的，處1年以下有期徒刑、拘役或者3萬元以下罰金。根據學者的解釋，本罪在構成上屬於抽象的危險犯，即只要行爲人具備不能安全駕駛的狀態而駕駛了交通工具，無論駕駛的時間長短、距離遠近、是否對他人的生命、健康和財產安全構成實際的威脅，均以犯罪論處¹⁹⁾。

德國刑法中採用具體危險與抽象危險相結合的制度，對駕駛不同的交通工具分別作出規定：（1）鐵路船運與空運交通危險罪，規定行爲人由于飲用酒精飲料或者服用其他麻醉品，或者由于精神上、肉體上之缺陷，在無法安全駕駛火車、纜車、船舶或者航空器之情況下，駕駛此類交通工具，導致他人身體、生命或者貴重物品遭受危險的，處5年以下自由刑或者罰金。（2）道路交通危險罪，規定行爲人由于飲用

19) 參見林山田：《刑法各罪論（下）修訂5版》，2005年9月，第310311頁。

酒精飲料或者服用其他麻醉品，或者由于精神上、肉体上之缺陷，在无法安全駕駛交通工具之情況下，駕駛交通工具參與交通，導致他人身体、生命或者貴重物品遭受危險的，處5年以下自由刑或者罰金。（3）醉酒參與交通罪，規定行為人由于飲用酒精飲料或者服用其他麻醉品，在无法安全駕駛交通工具之情況下，駕駛交通工具的，處1年以下自由刑或者罰金。前兩種犯罪是以造成一定的危險威脅為要件，第三種行為則沒有造成危險威脅的要求，只要行為人實施該行為，即構成犯罪。因此，前兩種犯罪是采用具体危險制，而后一种是采取抽象危險制。

為了懲罰酒后駕駛、飆車駕駛的行為，中國也刑法應當將此類行為予以明确化，采用危險犯的立法模式，以便于司法人員准确的适用。這樣，不僅有助于交通文化的健康發展，也有益于革除酒后駕駛、非法飆車的陋習。

중국 형법상의 교통사고죄에 관한 연구*

赫興旺(He Xing-Wang)¹⁾

< 목 차 >

- 一、죄의 종류 분담과 교통사고죄의 존재범위
- 二、죄상의 묘사와 객관적 요건의 이해
- 三、혼합죄과와 본 죄의 주관적인 면의 인정
- 四、형사책임의 전이와 본 죄 주체의 인정
- 五、공동과실범죄와 본 죄의 인정
- 六、허락된 위험, 신뢰원칙과 본 죄의 인정
- 七、위험범의 설립과 사고의 예방

[내용 개요]

중국형법에 규정된 교통사고죄에 관한 해석과 이를 실제에 적용함에 있어서의 문제점 및 개선방향 등에 대한 연구와 논의는 현재 중국 형법이론과 사법실무에 있어서의 중요한 한 과제라 할 수 있다. 본고는 중국형법의 현행규정 및 사법해석 등 법문의 내용을 탐구하는 것으로부터 시작하여 교통사고 죄의 구성요건과 사법실무 중에 발생하고 있는 난제들에 대해 연구와 논의를 진행하고 있으며, 또한 최근 몇 년간 이와 관련한 이론에 대해 학계 및 실무계에서 제기된 관점을 분석하여 본 형법 규정의 개선책을 제시하고자 한다.

* 심사위원 : 이정원, 양종모, 한인달

투고일자 : 2009. 8. 27 심사일자 : 2009. 9. 7 게재확정일자 : 2009. 9. 25

1) 중국 인민대학교 교수, 법학박사, 중국인민대학교 형사법률과학 연구센터 연구원
번역: 황찬양, 중국인민대학교 법학원 석사

[주제어] 공동안전의 해악; 교통사고; 사법인정; 입법개선

관계기관의 통계에 의하면 매년 중국의 교통사고 사망자는 10만 명 정도에 이른다고 한다. 교통수단이 보편화됨에 따라 교통사고도 매년 증가하고 또한 이와 같은 사고로 인해 범죄자로 전락하는 이도 매년 증가할 것으로 보인다. 교통사고를 미연에 방지하려면 기술적으로 교통수단의 안전성과 잘 포장되고 질 좋은 도로의 확보와 함께 대중들에 대한 교통안전의식 교육과 교통문화의 양성을 정부와 민간이 함께 중시해야 할 것이다. 또한 법률적 측면으로는, 교통수단의 운행규칙을 더욱 합리적이고 엄격하게 하여야 하며 교통안전관리에 관한 법률체계를 개선하고 사안이 심각한 위법행위에 대하여는 반드시 처벌을 가하여야 한다.

중국 형법각론 제 2장 제 133조 규정에 의하면, “교통운송 관리법규 위반으로 중대 사고가 발생하여 중상 혹은 사망 등 인명피해가 발생하거나 혹은 공동기물이나 개인의 재산에 중대한 손실을 입혔을 경우 3년 이하의 징역에 처한다. 교통운송사고 후 도주 혹은 다른 특별한 악의적인 상황이 있었을 경우 3년 이상 7년 이하의 징역에 처한다. 도주로 인해 피해자가 사망하였을 경우 7년 이상의 징역에 처한다”고 규정하고 있다. 이와 같은 규정과 관련하여, 이론과 실무계에서는 이러한 규정의 해석과 실제 적용을 둘러싸고 논쟁이 끊이지 않고 있으며, 이러한 논쟁은 결과적으로 사법기관의 이와 관련된 범죄행위의 처벌과 판결에 영향을 끼치고 있는 것이 사실이다. 本稿는 동 조항에 대하여, 그 규정하고 있는 내용과 이론 및 실제에의 적용이라는 관점에서 다음과 같이 논의를 전개하고자 한다.

一、죄의 종류 분담과 교통사고죄의 존재범위

형법 제 133조의 규정은 교통사고죄의 죄상 중 행위자가 교통운송관리법을 위반하여 발생한 중대 사고만을 간단히 서술하고 있다. 그러나 교통운송관리법규의 범위가 수로, 육로, 철로, 항로영역을 포함하는지에 대하여는 이론계에서

의견의 대립이 있다. 혹자는 교통사고죄의 범위는 수로교통과 육로교통 영역만 해당하며, 철로와 항로교통영역은 포함되지 않는다.²⁾ 그 이유는: 형법 제 131조와 제 132조가 이미 중대 비행사고와 철로 운영 안전사고죄를 다르게 규정하고 있기 때문에 항로운송과 철로운송영역에서 발생한 행위는 이 두 가지 법에 의해서 처벌되어야 하며 교통사고죄가 사용될 여지가 없다.³⁾ 그러나 필자는 이와 같은 견해에 반대하며, 이는 형법규정을 잘 못 이해한 것이라 생각한다. 입법 분야에서 비록 중대 비행사고 죄목과 철로 운송안전 죄목이 부분적인 두 영역에서 발생한 과실범죄 행위를 처벌할 수 있다 해도 결코 이 두 영역에서 발생한 모든 사고행위를 다 해결하지는 못한다. 이는, 이 두 범죄가 규정한 주체는 항공인원과 철로 직원으로 제한되어 있기 때문에 그 사용 범위가 매우 좁은 편이다. 만일 이러한 비 특수 주체가 실시한 이 두 영역에서 발생한 교통사고행위가 있다면 이 두 가지 형법규범은 적용할 수 없는 것이고 반드시 교통사고죄로 처벌하여야 한다. 그렇기 때문에 교통사고 범죄는 모든 교통운송 영역에 적용되어도 된다.

또 어떤 학자는 교통사고죄와 중대 비행사고죄 및 철로 운영 안전사고죄의 법조문은 보통 법조문과 특별 법조문의 관계라고 주장한다. 그러나 필자는 중대 비행사고죄와 철로 운영 안전 사고죄가 교통사고죄의 특별법이라고 하기 보다는 차라리 그들을 형법 제 134조에서 규정한 중대 책임사고죄의 특수한 罪種이라 생각한다.

二、죄상의 묘사와 객관적 요건의 이해

형법 제 133조에 규정된 교통사고죄는, “교통 운송 관리법규를 위반하여 중대 사고가 발생한 경우”이며, 또한 “인명이 중상 사망 혹은 공동기물이나 개인의 재산에 중대한 손실을 입힌 경우”로 규정되어 있다. 그러나 전반부의 “중대

2) 여검저: 《위해공동안전죄》, 법률출판사1999년판, 306쪽 ; 천충임저: 《형법 (분론)》, 중국인민대학교출판사 2003년 10월판, 52쪽; 천홍양저: 《천홍양 형법학교과서의규범형법학》, 중국정법대학교출판사 2003년8월판, 324쪽; 소혜어저: 《형법학》, 중국정법대학교출판사2007년2월, 304쪽.

3) 장명개 저: 《형법학(제2판)》, 법률출판사2003년7월판, 566쪽.

사고”의 내용에는 설명과 보충만이 있을 뿐 독립적인 의미는 없다. 본 법조문에 규정된 죄상에 따르자면 교통사고죄의 객관적인면은 반드시 두 가지 측면의 내용을 포함해야만 한다. 첫 제, 행위자는 반드시 교통운송법규를 위반하여야하고, 둘째, 중대 사고가 발생해야 한다.

교통법, 운송 관리법규의 위반은 중대 교통사고의 원인을 초래 한다는 것이 본 죄가 성립되기 위한 전제조건이다. 만일 사고의 시간과 공간이 교통운송관리 법규에 맞지 않거나 혹은 행위자가 교통운송 관리법규를 위반하지 않았다면, 설사 기동적인 교통수단에 중대 사고가 발생했어도 본 죄가 성립되지는 않는다. 그러므로 행위자가 교통운송 관리법규를 위반하였는지의 여부를 조사판명 하는 것이 본 죄를 성립되게 할 수 있는 중요 포인트 이다. 이에 비 공동교통영역에 발생한 교통사고 혹은 설사 공동교통영역에 발생하였다 하더라도 행위자가 위반한 것이 교통운송법규가 아닐 시에는 교통사고죄라고 판정하여 처리할 수 없다. 예를 들면: 주차장, 주민이 기거하는 작은 구역, 기업과 사업 부문 내부 등등 비공동 교통영역에서 발생한 사고가 중상 혹은 사망 사건인 상황은 과실치사죄 혹은 과실치상죄로 판정하여 처리하여야 한다. ; 위험물품을 운송하는 운전사가 위험물품의 운송규칙을 위반하여 사고가 발생할 경우, 반드시 위험물품 사고로 판정하여 처리하여야 한다. ; 공장의 생산구역, 작업장 내 교통수단 운전으로 노동 작업을 진행할 때 사고가 발생했을 경우에는 반드시 중대책임사고죄로 판정하여 처리하여야 한다.

중대사고는 교통사고죄가 성립되기 위한 또 하나의 중요한 조건이다. 사법 실무과정에 교통사고는 항상 비교적 복잡한 사고를 야기한다. 어떤 경우, 완전 행위자의 주관적 원인일 때도 있고 심지어 어떤 경우는 피해자의 과실일 때도 있다. 죄를 판정할 시 전면적인 상황을 주의, 관찰하여 행위자가 사고에 대하여 담당해야 하는 책임의 정도를 확실히 하여야 한다. 형법 제 133조 규정에 따르면, “중대사고가 발생하여 인명이 중상 사망 혹은 공동기물이나 개인의 재산이 중대한 손실을 입은 경우”에 만 비로소 교통사고로 판정하여 처리하여야 한다. 설사 법규를 위반하는 행위가 있었다라도 위의 중대한 결과가 발생하지 않았을 경우, 본 죄목으로 처벌할 수 없다. 최고 인민법원 <교통사고형사안전 심리의 구체적인 응용법률에 대한 몇 가지 문제의 해설>의 규정에 따르면, 교통사고의 경우 다음의 상황 중 한 경우에라도 해당할 경우 중대사고에 속한다고 규정하고 있다. : (1) 1인 사망 혹은 3인 이상이 중상일 경우 사고의 전체 혹은 대부분

의 책임을 진다. ; (2) 3인 이상이 사망한 경우 사고에 합당한 책임을 진다. ; (3) 공동기물이나 타인의 재산에 직접적인 손실을 입혔을 경우 사고의 전체 혹은 대부분의 책임을 진다. 무능력자의 배상액은 30 만 원 이상으로 한다.⁴⁾

교통사고로 1인 이상이 중상을 입었을 경우, 전부 혹은 대부분의 책임을 져야한다. 그리고 다음의 상황중 하나에 해당할 경우 교통사고죄의 책임을 물어 처벌해야 한다. : (1) 음주, 마약 후 운전한 경우; (2) 운전 자격이 없는자가 운전을 한 경우; (3) 안전장치가 안전하지 못하거나 제 기능을 하지 못하는 것을 알면서도 운전을 감행한 경우; (4) 차에 번호판이 없거나 말소 되었다는 것을 알면서도 운전을 한 경우; (5) 적재 중량을 과다 초과하여 적재 한 경우; (6) 사고 현장에서 도주한 경우.

三、혼합죄과와 본 죄의 주관적인 면의 인정

중국 형법 이론계의 통설에 의하면, 교통사고죄의 주관적 측면은 과실이다. 과실의 내용은, 사고의 경우 행위자가 교통관리법규를 위반한 행위에 대한 심리상태가 아니다. 비주류의 형법 이론 중에는 혼합죄과라는 학설이 있다.⁵⁾ 즉 어떤 범죄가 발생할 때, 행위자가 주관적인 측면에서 범죄의 고의성과 과실성이 동시에 존재하고 단순히 고의나 과실만 존재하는 것이 아닌 것을 의미한다. 그 예로 직권남용죄는 행위자의 직권남용은 고의이지만 그 행위로 발생한 결과는 과실인 상황에 고의는 행위를 낳고 과실은 결과를 낳았다. 이때 고의와 과실은 공존한다. ; 총을 분실하고도 상부에 보고하지 않은 경우, 총을 분실한 것은 과실이지만 상부에 보고하지 않은 사실은 고의에 해당한다. 그러나 그로 인해 생긴 결과 또한 과실에 속한다. 이러한 이론에 따르면 교통사고 범죄 중에서 행위자가 교통관리법규를 위반한 것은 고의지만 그로 인해 생긴 결과는 과실이 된다. 그러므로 이것은 자연히 혼합죄과가 되는 것이다.

4) 배상능력의 유무에 따라 범죄가 성립하는지를 결정하는 것은 법률이념상 협의의 검토할 가치가 있다.

5) 부입출: 《정상상태를 유지하는 죄과의 형태의 시론 : 혼합죄과》, 《공안대학교대학신문》 2002 년제1 기 ; 장위 : 《혼합죄과의 재논》, 載 《중국민족대학교대학신문 (인문사회과학판)》 Vo l. 23, 2003 년8월.

필자는 죄과의 인정은 반드시 엄격히 형법 규정에 따라 행해져야 한다고 생각한다. 중국 형법총칙의 규정에 따르면, 범죄의 고의와 범죄의 과실은 행위자의 나쁜 결과에 대한 태도에 대한 것이지 행위의 심리 상태에 대한 것은 아니다. 형법이론 중 행위자가 설사 자기 행위는 고의였을지라도 이러한 고의는 항상 형법의 미상의 범죄의 고의는 아니기 때문에 단지 일상생활중의 고의일 뿐이다. 우리가 연구한 죄과는 단지 범죄의 주관적인 내용일 뿐이며 만약에 그 자신이 범죄의 주관적인 내용이 아닐 경우 당연히 죄과의 범주 내에 들어갈 수 없다. 교통사고범죄 가운데 행위자의 교통관리 법규의 고의적 위반은 교통사고범죄의 고의적 위반이 아니다. 다만 행위자의 범죄과실이 있다는 전제일 뿐이다. 전체적으로 보면 본 죄의 주관적인 면은 혼합죄과가 아니므로 행위자의 중대사고결과에 대한 태도는 범죄의 과실이라는 범주 안에 있게 된다.

사법 실무중에 교통사고로 인정하는 행위자의 주관적 측면이 범죄의 과실인지 아닌지가 定罪에 중요한 의미를 가지고 있다. 만일 분석을 통해 행위자가 이 실시한 행위가 확실히 과실이 아닌 고의 범죄일 경우, 이는 교통사고 죄목으로 처벌할 수 없고 고의 범죄로 판정하여 처리하여야 한다. 여기서 두 가지 문제에 특히 주의할 필요가 있다.

(一) 행위자의 주관적 측면이 범죄과실죄의 성립 요건에 적합하지 않을 경우, 고의범죄로 판정하여 처리하여야 한다. 사법실행 중 행위자가 직접 고의로 교통수단을 이용하여 실행한 범죄는 비교적 쉽게 알 수 있다. (예를 들어 교통수단을 이용하여 실행한 살인범죄, 위험한 방법으로 공동안전을 위협한 범죄 등등), 가장 간과하기 쉬운 것은 간접고의범죄와 과도한 자신감으로 생긴 과실의 구분이다. 형법이론 중 간접고의와 과도한 자신감으로 생긴 과실이 상당히 비슷하기 때문에 이 두 가지를 구분한다는 것은 어려운 일이다. 일반적으로 과도한 자신감으로 생긴 과실은 행위자가 자신이 결과의 발생을 막을 수 있는 구성요소를 너무 높이 평가해서 자기는 이 결과를 피할 수 있을 것이라 잘못 생각 하는 것을 의미한다. 이 기준에 따르면 과도한 자신감으로 인해 발생한 과실인지의 여부를 알기 위해서는 먼저 그 자신감이 근거가 있는 것인지를 판단하여야 한다.

(이는 주관적 측면에서의 과실범죄의 성립 기초이다.) 행위자의 근거가 믿음직하지 않더라도 이런 근거는 꼭 있어야 한다. 또한, 이러한 근거는 반드시 객관적으로 존재하는 것이어야 하며 행위자의 주관적인 억측이어선 안 된다. 만일 행위자에게 객관적인 근거가 없이, 다만 주관적으로 결과가 발생하지 않을 것이

라는 억측으로, 결국 결과가 발생하게 되었다면, 그러한 주관적인 측면에서는 과도한 자신감으로 인한 과실이라 할 수 없고 간접고의라 인정해야 한다. 그러므로 만일 행위인에게 전혀 자신감의 근거가 없거나 혹은 그 자신감의 근거가 전혀 믿을만 한 것이 못되며, 그 결과의 발생에 대해 방임의 자세를 취했다면 고의범죄에 속한다. 최근 중국 사법기관은 음주운전으로 많은 사람을 사망에 이르게 한 사건에 대해 고의범죄로 판정하여 처리하였다. 교통사고 안전에서 운전경험이 전혀 없는 사람이⁶⁾ 교통수단을 운전하여 사고를 일으킨 것에 대하여 객관적으로 이러한 결과발생을 피할 수 있는 근거가 없기 때문에, 주관적 측면에서 과도한 자신감으로 생긴 과실이라 할 수 없기에 이러한 행위에 대해 고의범죄 즉 위험한 방법으로 공동안전을 위협하였다는 것으로 판정하여 처리하여야 한다.

행위자가 의지할 수 있는 근거는 조건이다. 일정한 조건하에 행위자가 의지하고 있는 근거는 어느 정도 확실하다. 그러나 그 외의 조건하에서는 오히려 동일한 근거일지라도 확실성이 부족할 수도 있고, 행위자의 근거가 모두 사라져서 남은 게 없을 수도 있다. 이러한 환경과 조건의 변화에 따라 변하는 근거는 행위자를 주관적 측면에 대한 내용을 판단할 때 중요한 영향을 미친다. 이 근거에 일정한 확실성이 있을 경우, 행위자의 주관적 측면은 과도한 자신감으로 인해 발생한 과실에 속한다. 그러나 이러한 근거가 전혀 확실성이 없을 경우, 행위자의 주관적 측면은 간접고의에 속한다. 예를 들면, 교통수단 운전의 일반적인 과속행위에서 행위자는 그 결과를 제어할 수 있는 능력이 있으나 행위자가 매우 빠른 속도로 번잡한 시내도로에서 차를 빨리 운행할 경우 그 결과를 제어할 수 있는 능력이 상당히 저하되며 거의 제어할 수 없는 상황이라고도 할 수 있다. 이러한 행위에 대하여 교통사고죄로 판정하여 처리하지 못하고 직접 위험한 방법으로 공동안전을 위협하였다는 죄목으로 판정하여 처리하여야 한다.⁷⁾

6) 여기서 특별히 주의를 요하며 강조하는 것은 운전경험을 말하는 것이지 운전면허증이 있는지를 말하는 것이 아니다 즉 운전면허증이 있을 지라도 운전경험이 없을 수도 있고 (운전을 배우지 않고 운전면허를 취득한 경우) 운전면허는 없지만 운전경험이 있을 수도 있기 때문이다. (운전면허증의 사용기한이 지났거나 운전면허증이 말소되었거나 자동 차수리공인 경우 등)

7) 2년 전 북경에서 출현한 “이환심삼”, “이환팔”은 반드시 위험한 방법으로 공동안전을 위해한 죄로 처벌 해야 한다, 그러나 유감스러운 것은 공안기관에서는 7일 간의 구류 처벌만을 하였다. 요즘 인터넷상에 돌아다니는 절강닝포의 두명의 기사가 시내의 길에서 고속질주로 경쟁한 것 역시 위험한 방법으로 공동의 안전을 위해한 범죄이다.

(二) 행위자의 주관적 내용의 변화를 주의해야 한다.

교통사고죄는 과실범죄이다. 사법실행 중에는 행위자의 주관적 측면의 내용이 고의와 과실 사이에서 생기는 전환을 주의해야 한다. 구체적인 상황은 다음과 같다.

1. 행위자의 사고가 처음에는 과실 때문이었는데 사고행위가 진척되는 과정에서 행위자의 주관상 범죄 고의가 생겼을 시 행위가 만든 결과에 대하여는 고의 범죄로 판정하여 처리하여야 하며, 교통사고 죄로 적용하여 처벌할 수 없다. 예를 들어 행위자가 운전을 신중히 하지 못하여 피해자가 차에 걸리게 되었고 피해자가 차에 걸린 것을 알고 있는 상황에서 여전히 감속하지 않아 피해자가 중상 혹은 사망에 이르렀을 경우, 고의 상해죄 혹은 고의 살인죄를 적용시켜 처벌하여야 한다.⁸⁾

2. 행위자의 사고가 처음에는 과실로 발생한 사고인데 사고가 난 후 고의범죄를 지었을 경우, 예를 들어 피해자를 죽였거나 죽게 내버려 두었을 경우, 두 가지 상황을 나누어서 처리해야 한다. : 만약에 사고행위가 이미 교통사고죄가 성립하였다면 교통사고죄와 나중에 행한 행위자 고의 범죄를 함께 처벌해야 한다.⁹⁾ ; 만일 사고행위는 범죄 성립이 안되었다면 행위자의 나중 행위자 고의 범죄를 적용하여 처벌하여야 한다. ¹⁰⁾

四、형사책임의 전이와 본 죄 주체의 인정

형법이론의 통설로 보면 중국형법은 죄과는 자기가 책임진다는 원칙을 취하고 있다. 형사책임은 완전히 범죄행위자가 담당하여야 하고 민사책임처럼 전이를 할 수 없다. 사실 형사책임은 비교적 강한 전속성을 띠고 있다. 그러나 구체적인 책임을 물을 때 여전히 전이의 가능성을 가지고 있다. 그 전속성은 전이한

8) 예를 들어 저명한 정주의 장금주 안전.

9) 예로 행위자 갑이 트럭을 피로한 상태에서 운전하여 객차와 충돌, 그 자리에서 5인이 사망하였고 일이 커진걸 본 갑은 아직 사망하지 않은 2인을 도로로 끌고와 다시금 짓눌러 죽게 하였다.

10) 예로 행위자 을이 밤에 운전하다가 농촌 도로에서 자고 있는 병을 짓눌렀다. 을은 병이 아직죽지 않았고 주변에 다른 사람이 없는 것을 보고는 차를 몰고와 다시금 병을 짓눌러 사망하게 하였다.

다음에야 실현되는 것이다. 형사책임의 전이는 어떤 사람의 행위로 인해 다른 사람이 실질적 형사책임을 담당하는 것을 말한다. 형사책임전이에 대해 고대 로마 속어에 “종의 잘못은 주인의 책임이다”라는 말이 있다. 이 이론의 현대적 실행 패턴은: 고의범죄 중 간접주범이 그 예이다. ; 部門범죄 중, 部門과 자연인의 형사책임의 분담 역시 그 산물이다. ; 과실범죄 중 이런 상황은 여전히 존재한다. 예를 들면, 중국 형법 제 134조에 강제로 타인에게 위협을 무릅쓰게하여 일을 하게한 죄가 규정되어 있다. 이것이 그 합당한 예다.

이 이론에 근거하여 최고인민법원은 교통사고죄에 관한 사법해석에 이러한 규정을 두고 있다. : 部門을 주관하는 인원, 차량의 소유인 혹은 자동차 청부인이 타인에게 지시 하거나 강제로 운전법규를 위반하게하여 중대교통사고, 인명의 중상, 사망 혹은 공동재산 혹은 개인의 재물에 중대한 손실을 입힌 경우, 교통사고죄를 적용하여 처벌해야 한다. 만일, 단지 범죄구성이론만을 근거로하여 분석한다면, 部門을 주관하는 인원, 차량의 소유인 혹은 자동차 청부인의 행위는 직접적인 교통사고죄로 성립되지 못한다. 그 이유는 교통사고죄의 구성요건은 행위자가 교통관리법규의 위반 행위가 있어야 할 뿐만 아니라 그로인해 발생한 중대사고도 반드시 존재해야 한다. 部門을 주관하는 인원, 차량소유인 혹은 자동차 청부인이 타인에게 지시 하거나 강제로 운전법규를 위반하게 한 것은 비록 교통운수관리법규를 위반하기는 했지만 직접적으로 중대사고가 발생하게 하지는 않았다. 즉, 설령 중대사고의 발생과 그 행위 사이에 인과관계가 존재한다 하더라도 이러한 관계는 필연적인 것이 아니기 때문에 중대사고가 발생한 직접적인 원인은 여전히 운전자의 불법 운전행위에 있는 것이다. 이러한 상황에서 部門을 주관하는 인원, 차량의 소유인 혹은 자동차 청부인의 행위가 교통사고죄의 구성 중 결점이 있게 된다. 만약에 그 행위에 교통사고죄를 성립되게 하려면 반드시 그 결점을 보강하여야 한다. 보강하는 방법은 운전자의 행위로 생긴 중대사고의 결과를 빌려 쓰는 것이다. 이렇게 하면 부문을 주관하는 인원, 차량의 소유인 혹은 자동차 청부인이 타인에게 지시 하거나 강제로 운전법규를 위반하게 한 것이 교통운수관리법규를 위반하였을 뿐만 아니라 중대사고도 일어났고 교통사고죄의 모든 구성조건을 갖추었기에 그때서야 비로소 교통사고 죄가 성립된다.¹¹⁾

11) 이런 인원에 대한 교통사고죄를 구성하는 이유에는 기대가능성과 비슷한 인과관계이론의 해석도 있다.

그렇다면 운전자의 행위가 일으킨 중대사고의 결과가 타인에게 빌려 쓰였는데 그 자신은 범죄가 성립이 되는가? 이 문제는 반드시 部門을 주관하는 인원, 차량의 소유인 혹은 자동차 청부인의 타인에게 지시 하거나 강제로 운전 법규를 위반하게 한 강도에 따라서 분석을 해야 한다. 이렇게 함으로써 쌍방의 책임을 더욱 확실히 할 수 있다. ; 만일 部門을 주관하는 인원, 차량의 소유인 혹은 자동차 청부인의 타인에게 지시 하거나 강제로 운전 법규를 위반하게 한 강도가 굉장히 강하다면 그가 중대사고에서 담당해야하는 책임도 커진다. 운전사가 이런 상황에서는 기대가능성 이론에 근거 면책을 받을 수 있다. ; 만일 部門을 주관하는 인원, 차량의 소유인 혹은 자동차 청부인이 타인에게 지시 하거나 강제로 운전 법규를 위반하게 한 강도가 굉장히 약하다면 중대사고의 발생은 운전사의 상대적 주동적인 행위에 의해 이뤄진 것이므로 운전사가 담당해야 하는 책임도 자연히 크다. 이러한 경우, 지시 또는 강제로 시킨 자는 본 죄의 형사책임을 지지하지 않는다. 12); 만약에 지시 또는 강제로 시킨 자가 지시 또는 강제로 시킨 행위와 운전사의 위법운전행위가 중대사고의 발생 원인에 대한 영향이 엇비슷하다면 둘 다 본 죄의 형사책임을 담당해야 한다. 이러한 상황에서 운전사가 형사책임을 부담하는 근거는 운전자의 행위는 상대적으로 본인의 자유의 지로 실행된 것이므로 형사책임을 부담해야 하는 조건을 갖추고 있다.

五、공동과실범죄와 본 죄의 인정

(一) 사법해석의 곤혹

본 죄의 범죄주체에 관하여는 최고인민법원이 사법해석에 다음과 같은 상황도 규정하고 있다. 즉, 교통사고가 발생한후에 部門을 주관하는 인원, 차량의 소유인 혹은 자동차 청부인 혹은 승차 인에게 지시하여 가해자를 도주하게 하여 피해자가 도움을 얻지 못해 사망에 이르게한 경우, 교통사고죄 공범죄로 판정하여 처리한다는 것이다. 이 해석에 의하면 이런 인원은 교통사고 죄가 성립될 뿐만 아니라 운전자 교통사고범죄의 공범죄도 성립된다. 이 해석이 발표된 후 학계의

12) 중국형법이론중에서는 그 행위의 상황이 가볍거나 두드러지게 가벼울 경우 책임을 감면한다고 볼수 있다.

수 많은 지적과 비판을 받았다. 그 이유는 공범은 공동범죄 중에만 존재하고 중국 형법총칙에서 규정한 공동범죄는 공동 고의범죄만을 포함하지 공동과실범죄는 포함하지 않기 때문이다. 기왕 교통사고죄 행위자가 주관적 측면에서 과실인 이상 행위자는 타인과 공동범죄가 성립될 여지가 없는 것이기 때문에 이 해석과 중국형법에 관한 공동범죄 규정이 서로 상충되는 것이다. 그러나 어떤 학자는 최고인민법원의 공범에 관한 해석은 공동 고의범죄를 의미하는 것이 아니고 공동 과실범죄를 의미하는 것이라고 주장하여 공동과실범죄에 대한 문제를 제기하였다.

공동과실행위가 공동범죄로 성립이 되느냐 하는 문제는 오랫동안 논쟁해온 문제이고 현재까지 정확한 결론이 나지 않았다. 대체로 객관주의학파는 공동범죄가 성립되는 범죄공동설을 지지하고 더 나아가 과실공동 죄를 부인하고 있다. ; 주관주의 학파는 공동범죄가 성립되는 행위 공동설을 지지하고 과실 공동범죄를 인정하는 상태에 있다. 비록 중국현행형법이 그에 대해 부정적인 태도를 취하고 있지만 학설상으로는 공동과실범죄에 대해 더욱 심도 깊은 연구를 해야 한다. 어떤 학자는 중국형법이 반드시 공동과실범죄를 규정해야 한다고 건의하고 있다. 이유는 행위 인이 공통적으로 법익침해를 일으켰고 법익침해에 대해 고의 혹은 과실이 있는 이상 각각의 행위 인은 당연히 공동적으로 일으킨 법익 침해에 대해 형사책임을 져야 한다는 것이다.¹³⁾

어떤 학자는 중국형법이 공동과실범죄를 부정하는 것은 정당하지 못하며 실행 중 이미 법원 판결에서 공동과실범죄의 존재를 확인했다. 예를 들면 뱀 아무개와 공 아무개 두 사람이 한 베란다에서 만나기로 약속했다. 베란다에서 815미터 가량 떨어진 한 나뭇가지 위를 선택해 못쓰는 도자기를 목표로 사격시합을 하기로 했다(한 자루로 같이 쏘 jW-20형 반자동 보병총). 두 사람은 교대로 3발씩 쏘는데 맞지 않았다. 그러나 그 중 한 개의 총알이 숲을 지나 베란다에서 100여 미터 떨어진 부근에서 용 아무개를 맞혀서 그가 사망하였다. 비록 피해자가 맞은 총알을 누가 쏜 것인지 알아낼 수는 없지만 중경시 구용구 인민법원과 중경시 중급 인민법원에서는 두 피고인에게 과실범죄를 선고했으며, 각각 4년의 징역에 처했으나 형법총칙에 있는 공동범죄에 관한 규정을 적용하지는 않았다.¹⁴⁾ 이와 비슷한 안전과 판결은 결코 보기 드문 것이 아니다.¹⁵⁾

13) 장명개 : 《공동과실과 공동범죄》, 《길림대학교사회과학대학신문》, 2003년 제2기.

14) 최고인민법원중국응용법학연구소 : 《인민법원안례선·형사권(1992 - 1996 합정본)》 [M]

필자는 위에서 인용한 판결은 사실상 공동과실범죄문제가 아니기에 법원이 두 사람에게 형법상 처벌을 한 것은 사실상 잘못된 것이라고 생각한다. 이 안건은 어떠한 한 명의 행위 인을 지목하더라도 확실하고 충분한 증거를 제시할 수 없어서 내린 흉탕물 방법을 취한 맘대로 정죄한 전형적인 예다. 법치의 정죄원칙에 의하면 이런 상황에서는 어느 누구에게도 定罪하고 처벌할 수 없다.

공동고의 범죄든 공동과실 범죄든 모두 민법상 공동의 위험에 이르는 행위와 공통성을 가지고 있다. 원시의 법률이념 역시 공동적인 것이다. 귀책 시 에도 “부분의 행위, 전체의 책임”원칙을 취하였다. 법제사에 있어서 민법과 형법의 체계가 다름으로 인해 이 원칙의 구체적인 운용 한계를 초래 하였다. : 민법영역에서는 공동의 위험에 이르는 행위에 고의와 과실을 나누지 않고 “부분의 행위, 전체의 책임”원칙을 취한다. ; 그러나 형법영역에선 사람들이 형벌에 대한 악질적인 발견으로 인해 책임원칙도 점점 엄격한 추세를 띄었고 고의적 공동범죄에 대하여는 여전히 “부분의 행위, 전체의 책임”원칙을 취하였다. 그러나 공동과실 범죄에 대하여는 귀책원칙을 제한하거나 심지어는 포기하기까지 하였다.

그렇다면 최고인민법원의 이러한 해석을 어떻게 다뤄야 할까? 우리는 먼저 해석한 사람이 이렇게 해석한 이유에 동참해야 한다: 첫째, 차량을 운전하는 기사의 사고가 교통사고를 일으킨 경우는 비록 과실일 지라도 교통사고후의 도망행위는 고의적인 것이다. 비록 앞 뒤의 주관적인 면에서 변화가 생겨 달라졌을 지라도 형법은 결코 고의적인 도망 행위에 단독적으로 정죄하지 않고” 교통사고 후 도주” 와 “도주로 인해 사망에 이르게 한 행위”에 대해 교통사고죄의 가중처벌 할 수 있는 상황으로 규정하여 하나의 죄로 판정하여 처리한다. 둘째, 지시한자는 사고행위에 대해 비록 돕거나 교사하지 않았더라도 사고가 이미 발생한 것을 아는 상황에서 여전히 사고인에게 도주를 지시, 교사하였다면 사고행위와 공동 도주행위가 피해자가 사망하는 결과를 발생케 했으므로, 지시자와 사고자는 사고후의 도망에 공동적인 고의성을 가지고 있기에 지시자와 사고자는 마찬가지로 반드시 공동적으로 이 결과에 대한 형사책임을 져야 하며 교통사고죄의 공범죄로만 판정하여 처리할 수 있다.¹⁵⁾ 최고법원이 이러한 해석은 형법의

북경: 인민법원출판사, 1997-1.

15) 장명개 : 《공동과실과 공동범죄》, 《길림대학교사회과학대학신문》, 2003년 제2기.

16) 손군공 : 《교통사고 형사안전의심리에관한구체법률응용의몇가지문제의이해와적용》, 《형사심판참고》, 법률출판사2001판.

교통사고죄 처벌에 관한 규정에 근거한 것이다. 이 죄의 법정 형량은, “도주으로 인해 사망하게 한 자는 7년 이상의 징역에 처한다”고 규정하고 있다.

(二) “도주로 인해 사망에 이르게 함”의 이해와 자리 매김

1. “도주으로 인해 사망에 이르게 함”의 개념

최고인민법원의 해석에 의하면, “도주로 인해 사망에 이르게함”은 행위자가 교통사고 후에 도주, 피해자가 도움을 받지 못해 사망하는 상황을 가리킨다. 그러나 어떤 학자는 “도주로 인해 사망에 이르게 함”은 또한 행위자가 사고 후의 도주 과정 중 다시 또 한번 제 3자를 사망에 이르게한 경우¹⁷⁾도 포함되어야 한다고 주장한다. 이는 법률을 잘못 해석한 것이라 생각한다. 그 이유는, 만일 행위자가 사고발생 이후 도주과정 중에 발생한 행위는 또 하나의 새로운 행위이다. 만일 새로운 행위가 범죄라면 독립적으로 그 범죄가 성립되어야한다. : 만일 행위자의 앞의 사고행위가 이미 교통사고죄가 성립될 시 그 이후의 도주행위도 여전히 교통사고죄가 성립된다. 즉 교통사고 범죄의 연속범에 속하며 반드시 연속범의 처벌원칙대로 처리해야 한다. ; 만일 행위자의 앞과 뒤의 행위가 서로 다른 것을 위반하는 죄목의 행위일 경우, 독립적으로 죄목을 세어서 함께 처벌해야 한다. 때문에 “도주로 인해 사망에 이르게 함”의 개념은 단지 행위자의 사고 발생 후 도망행위가 사고의 피해자를 사망하게 만든 상황에 한다.

2. “도주로 인해 사망에 이르게 함”의 이론

형법이 여기에 규정한 상황은 제외하고 단지 이론 패턴 중에서 분석하면 행위자는 사고 후 피해자를 구할 의무가 있다. 이러한 의무의 성질은 행위자의 종전 행위에 의해 생긴 것이다. 자기의 행위가 피해자를 사망에 이르게 할 위험한 경지의 상황아래 있기 때문에 행위자는 당연히 구조해야 한다. 구조할 능력은 있으나 이런 의무를 행하지 않은 것은 반드시 그 발생한 결과에 대해 고의적 불행위 범죄의 형사책임을 져야 한다. 1979년 형법에 “도주로 인해 사망에 이르게 함”이라는 처벌에 대한 규정이 없었을 당시 “도주로 인해 사망에 이르게 함”에 대한 행위 그 자체는 이론 패턴 중에서는 심각한 고의 범죄였다.

17) 장명개: 《형법학》, 법률출판사 2003년7월판, 569쪽.

3. 타인에게 도망을 지시한 성질

기왕 “도주로 인해 사망에 이르게 함”이 고의범죄 라고 한다면 타인과는 분명히 공동범죄가 성립된다. 사고를 발생시킨 행위자가 구조의무를 가지고 있는 상황에서 부문을 주관하는 인원, 차량의 소유인 혹은 자동차 청부인 혹은 승차인이 사고를 낸 사람에게 도망을 지시하여 당연히 해야할 의무를 이행하지 않아 피해자가 구조를 받지 못해 사망했을 시 사고 낸 이의 고의 불실행 범죄의 교사 혹은 보조범이라 하여 새로운 공동범죄가 성립된다. 최고 인민 법원의 해석 중 “공범”은 이런 의미이다.

4. “도주로 인해 사망에 이르게 함” 입법의 폐단

이런 패턴상 타인을 지시해 도망하게 한 것과 사고를 낸 이는 독립적인 고의 범죄가 성립된다. 그러나 중국의 입법 실행 중 부당하게 이런 독립적인 심각한 범죄를 비교적 가벼운 처벌을 하게 규정하는 상황이 있어 “뱀이 코끼리를 삼켰다”는 흡수관계의 입법을 초래하여 입법상의 결점이 되어 형사책임이 입법상에서의 균형을 잃게 하였다.

흡수범이란 행위자가 두 가지 이상의 범죄행위를 하여 원래 두 가지 이상의 독립적인 범죄가 성립되는데 이런 범죄 사이에 흡수하는 것과 흡수당하는 관계 때문에 그중 하나의 범죄만 처벌하고 다른 범죄는 다시 단독적으로 판정하여 처리하지 않는 상황을 말한다. 흡수범의 흡수관계가 법률상에 정확히 규정된 것은 두 가지 상황이 있다. : 첫 번째는 죄와 죄 사이의 흡수관계 즉 한 가지 범죄의 구성 요건이 또 다른 범죄의 구성요건 안에 포함되어 포함되어버린 범죄가 독립적 의미를 잃어 버려 다만 다른 범죄의 구성요건을 흡수한 범죄로 정죄, 처벌하는 것을 말한다. 두 번째는 형과 죄 사이의 흡수이다. 즉 원래는 하나의 독립적인 범죄인데 법률에 규정하여 어떠한 범죄가 동시에 출현할 시 다른 범죄의 행위의 형량만을 재서 자신의 독립적인 정죄 형량을 재는 의미를 잃는 걸 말한다. 예를 들어 여성 인신매매 죄 와 그 여성을 강간하였을 시 인신매매 죄로 정죄하여 처벌하고 강간죄는 더 이상 단독적으로 정죄 처벌 하지 않고 여성의 인신매매 죄로 인하여 사형에 처할 수 있는 상황이 된다. ; 유괴죄를 범하고 또한 유괴된 자를 살해하였을 시 그 살인행위 역시 단독적으로 정죄처벌 하지 않지만 유괴죄목 만으로 사형을 선고 할 수 있는 조건이 된다.¹⁸⁾ 이런 흡수범의

18) 혁홍왕 저 : 《형법》, 중국 인민대학교 출판사 2006년 12월판, 105쪽.

입법은 행위자의 형사책임을 충분히 고려하는 기초상 간편하게 처리하는 것이 입법 기술상 행할 수 있는 것이다. 그러나 형법 제 133 조에서 규정된 “도주로 인해 사망에 이르게 함”에서 고의 중죄를 교통사고 죄라는 과실죄, 비교적 가벼운 법에 흡수되는 것은 “도주로 인해 사망에 이르게 함”의 이론 패턴과 입법 패턴의 심각한 충돌을 야기한다. 죄 책 형은 적합하여야 한다는 입법 사상에 결점이 되고 있다.

5. 사법해석이 틀리게 된 원인

사법해석이 교통사고 후 타인이 사고 낸 이를 지시하여 도망케 하여 피해자가 구조를 얻지 못해 사망한 것을 공범이라 판정하고 처리 하는 것은 이런 행위의 이론 패턴과 중국의 입법패턴을 뒤섞어 놓은 것이다. 즉 해석에서 말한 “공범”은 단지 “도망”이라는 부분의 의미에서는 성립이 된다. ; 그러나 해석에 대한 규정이 더 깊이 들어가서 “교통사고 죄의 공범이라 판정하고 처리하다”라는 공범을 교통사고죄 중에 넣으면 잘못이 생긴다. 그렇기 때문에 최고인민법원의 사법 해석은 “공동의 과실범죄”에 대한 실행 패턴을 만든 게 아니라 입법의 결점이 있는 상태에서 어찌할 도리가 없이 내린 혼란한 규정일 뿐이다.

6. “도주로 인해 사망에 이르게 함”의 입법 중점

위의 분석을 통해 “도주로 인해 사망에 이르게 함”이 교통사고죄의 하나의 가중처벌 상황으로서 입법의 중점은 행위자가 의무를 이행하지 않았다는 데 있고 그것 역시 행위자가 사고 후에 구제할 수 있는데 피해자를 구제하지 않아 사망에 이르게 하였을 때만이 이 상황을 적용할 수 있는 범위가 된다. 만약에 행위자가 도망하지 않고 구조행위를 하였다고 가정하면 피해자의 사망을 저지시켰느냐에 대한 것은 전혀 묻지 않고 있다. 예를 들어, 갑이 차를 몰다가 농민을 차로 쳤는데 사람들에게 맞을까 두려워 차를 타고 도망하였다. 피해자는 주민들에 의해 병원에 이송되었으나 피를 과도하게 흘려 다음날 사망하였다. 이런 상황에서 피해자의 사망은 확실하고 도주할 수 없는 상황하에 행위자가 도주한 것에 이 상황을 적용 시킬 수 있느냐? 대답은 긍정적이다. 이유는, 이번 상황에서의 처벌 중점은 의무를 이행하지 않았음이고 피해자의 사망은 둘째 문제이다.

六、허락된 위험, 신뢰원칙과 본 죄의 인정

(一) 허락된 위험

현대 사회의 생활 중 많은 영역, 수단, 직업은 인류의 물질문명에 지극히 중요한 의미를 가지고 있고 인류의 생활에서 없어서는 안 될 일부분이 되었다. 그러나 인류의 이런 물질의 향유 그 자체가 도리어 자신의 생존에 위협이 되고 있다. 사랑스럽기도 하고 밍기도 한 물질문명을 인류는 포기할 수도 없고 자신을 보호하기도 해야 하는 이런 위험한 상황의 존재를 부득이하게 허락하고 있다. 그러나 기술적, 도덕적, 법률적 등등의 각종 수단을 통해서 위험의 발생을 제어하고 위험의 발생률을 최저한도로 낮추어 놓았다. 당연히 어떻게 제어하든지 위험은 존재하고 근절할 수 없다. 그러나 기왕 인류사회가 이런 위험의 존재를 허락할 수밖에 없다면 이런 위험이 만들어낸 위험한 결과는 필요한 희생이라고 봐야 한다; 이런 위험한 직업, 영역에 종사하는 사람의 과실에 대하여도 적당한 관용을 배풀고 너무 과도하게 추궁하지 않아야 한다는 것이 법률이론상의 허락된 위험의 의미이다. 허락된 위험은 형법영역에서 어떠한 직무의 과실범죄에 대한 법정형량의 규정이 비교적 낮다는 데서나 범죄를 구성하는 기초가 비교적 높다는 데서 표현된다. 예를 들어 중국 형법 제 335조에 규정된 의료사고 죄의 법정 최고 형량은 3년의 징역형이다 보통의 과실로 인해 사망에 이르게 하거나 중상에 이르게 한 범죄의 법정 최고 형량과는 상당한 차이를 보인다. ; 교통사고 죄의 일반적 상황의 최고 법정 형량 역시 3년의 징역형이다. 그리고 사법해석에 따르면 본 죄가 성립되는 조건은 보통의 과실로 인해 사망에 이르게 한 것과 중상에 이르게 한 범죄의 기준 역시 높다.

당연히 허락된 위험의 이론은 응용시 엄격한 요구를 통해 이뤄진다. 이것은 일정한 주의 의무를 이행한 과실이라면 관용을 배풀고 전혀 주의 의무를 하지 않고 위험행위를 남용하는 것은 과용을 배풀지 않는다. 고의에 의해(직접고의와 간접고의를 포함한) 제멋대로 위험행위를 남용하는 것은 중벌을 선고하여야 한다. 이것에 근거하여 교통사고 죄를 인정할 때는 행위자의 주관적인 면의 내용을 반드시 파악하여 주관상에서 위험행위를 남용한 심리상태가 있었는지를 알아야 하고 위험의 남용이 있다면 고의 범죄로 판정하여 처리해야 한다.

(二) 신뢰원칙

허락된 위험이론과 관련된 또 다른 이론은 신뢰원칙이다. 현대 사회생활 중에서 사람들 간의 관계는 점점 복잡해지고 사람들이 자기의 행위를 할 때 모든 다른 사람들의 행위까지 돌아볼 겨를이 없기에 정해진 사회규범에 따라 타인도 그대로 행동할 것을 확신하는 상황아래 자기의 행위를 하는 것을 말한다. 예를 들면, 자동차의 운전자가 고속도로에서 120키로의 속도로 달릴 수 있는 것은 행인이 고속도로에 있을 수 없다는 신뢰를 바탕으로 이뤄진 것이다. 모든 사람이 사회규범을 지킨다고 가정하면 타인이 신뢰 속에 행한 행위는 위해를 낳지 않는다. 그러나 어떤 이가 사회규범을 지키지 않고 자기의 행위를 한다고 가정하면 타인의 신뢰를 사라지게 하는 바탕이 되고 위해를 낳는 결과가 된다. 때문에 위해 결과가 나타날 시 신뢰규칙을 깬 사람이 그에 상응하는 책임을 져야 한다. 형법에서의 신뢰원칙은 행위자가 어떤 위험행위를 할 때 피해자나 제 3자 역시 적당한 행위를 취할 수 있다는 엇비슷한 사람끼리의 신뢰에 속하고 이 경우 결과가 생겼을지라도 그 결과에 책임을 지지 않아도 된다. 현대 형법이론중의 신뢰원칙 또한 남용하면 안 된다. 행위자가 신뢰를 바탕으로 한 행위는 주의의무를 다한 전제하에 비로소 면책될 수 있으며, 그렇지 못한 경우 반드시 책임을 져야 한다. 예를 들어 자동차의 운전자가 신뢰원칙으로 고속도로에서 120 키로의 속도로 운전할 경우, 타인이 갑자기 고속도로를 지나 운전자가 피하지 못하여 사고가 발생해 행인이 사망한 경우 운전자는 책임을 면한다. ; 그러나 운전자가 일찍이 고속도로에 있는 행인의 행동을 알았고 감속하여 위해의 결과를 미연에 방지할 수 있었던 상황이라면 여전히 신뢰원칙에 의하여 행동하였지만 이것은 허락되지 않는다.

교통영역에서 신뢰규칙에 의거 행위자가 교통법규를 준수할 경우, 다른 교통참여자도 교통법규를 지킬 것이라 신뢰하여도 되고 다른 교통참여자가 교통법규를 지키지 않아 발생한 위해의 결과에 대해서는 행위자는 교통사고에 대한 형사책임을 부담하지 않는다. 그러나 행위자가 주의의무를 다 하지 않았을 경우, 형사책임을 부담해야한다. 최고인민법원의 사법해석은 책임의 전부, 주요 책임, 동등책임 등을 특별히 강조하고 있고 이것을 바탕으로 하고 있다.

중국에 자동차가 오늘날처럼 많아진 것은 불과 얼마 되지 않으며, 이로인해 교통 문화는 아직 그 행태를 제대로 갖추지 않은 것은 사실이다. 이로인해 교통참여자들 이 신뢰원칙을 준수하는 습관과 풍토가 아직 자리잡지 못했으며, 신뢰

의 기초도 상대적으로 많이 떨어져 교통수단의 운전자가 더 많은 주의의무를 가지고 있고 신뢰원칙의 사용 위험도 비교적 많다.

七. 위험범의 설립과 사고의 예방

중국교통사고의 실제 상황과 다른 입법예의 규정을 같이 보면 중국현행형법의 교통사고죄에 관한 규정은 단지 사고 후의 징벌이고 사고 전의 예방이 부족하다. 때문에 중국형법은 위험운전행위의 범죄에 대한 징벌을 설립하여 주의의무를 행하지 않는 무모한 운전행위를 징벌해야 한다. 본 고에 쓰인 대로 이런 행위에 대하여는 형법의 위험한 방법으로 공동안전의 위해한 죄로 판정하여 처리해야 한다. 그러나 이 죄를 실행하는데 있어 반탄력이 크기 때문에 사법기관이 이것을 운용하는데 있어 거듭 걱정하기에 많은 위험운전 행위가 법의 제재를 받지 않고 있다.

중국의 대만에서 1999년 “형법”을 수정할 때 안전운전을 하지 않았을 경우를 새로 더해 마약, 마취약품, 주류 혹은 다른 비슷한 것의 복용으로 동력이 있는 교통수단을 안전 운전하지 않았을 경우 1년 이하의 징역, 구류 혹은 3만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하였다. 어느 학자의 해석에 따르면 본 죄는 구성상 추상적인 위험 범에 속한다. 즉 행위자가 안전운전을 하지 못하는 상태에서 교통수단을 운전하기만 해도 운전의 시간의 길고 짧은 것, 거리의 멀고 가깝고 나 타인의 생명, 건강과 재산 안전에 실제적인 위협이 되었느냐에 상관없이 범죄로 판정하여 처리한다.¹⁹⁾

독일 형법은 구체적 위험과 추상적 위험을 결합한 제도를 채용하여 서로 다른 교통수단에 대해 각각 다르게 규정해 놓았다. (1) 철로, 수로 운수와 항로운 수 교통위험 죄는 행위 인이 음주 혹은 그 외 다른 마취물품을 복용했거나 정신상 육체상의 결함으로 인해 기차, 케이블 카, 선박 혹은 항공 기물을 안전운전 할 수 없는 상황에서 이런 교통수단을 운전함으로 인해 타인의 신체, 생명 혹은 귀중물품이 손상되었을 시 5년 이하의 자유형 혹은 벌금에 처한다. (2) 도로교통위험죄는 음주 혹은 그 외 다른 마취물품을 복용했거나 정신상 육체상

19) 임산전 저: 《형법각죄론 (하)》 수정 5판, 2005년9월, 310-311쪽.

의 결함으로 인해 교통수단을 안전운전 하지 못하는 상황인데 교통수단을 운전해 교통에 참여하여 타인의 신체, 생명 혹은 귀중물품이 손상되었을 시 5년 이하의 자유형 혹은 벌금에 처한다. (3) 음주 후 교통에 참여한 죄는 행위 인이 음주 혹은 그 외 다른 마취물품을 복용한 상태에서 교통수단을 운전했을 경우 1년 이하의 자유형 혹은 벌금에 처한다. 앞의 두 가지 범죄는 일정한 위험위협이 요건이 되고, 세 번째 행위는 위험위협의 요구가 없는 상황이고 행위 인이 행위를 했을 때에서야 범죄가 성립된다. 때문에 앞의 두 가지 범죄는 구체적인 위험제도를 채용하고 있지만 세 번째는 추상위험제도를 취하고 있다.

음주 운전, 고속 운전의 행위를 징벌하기 위해 중국 또한 형법에 이런 행위에 대해 확실하게 하여 위험범의 입법패턴을 채용하고 사법인원이 정확하게 또한 사용하기 편리하게 하여야 한다. 이러면 교통문화의 건강한 발전에 도움이 될 뿐만 아니라 음주운전과 불법 고속운전의 낡은 관습을 타파하는 데도 도움이 된다.

[참고문헌]

1. 【日本】木村龜二主編：《刑法學詞典》（中文版），中國翻譯出版公司1991年版。
2. 王作富著：《中國刑法研究》，（北京）中國人民大學出版社1998年版。
3. 【德國】克勞斯。羅可辛著：《德國刑法學. 總論》（中文版），北京法律出版社2005年版。
4. 【日本】大塚仁著：《刑法概說. 各論》（中文版），北京中國人民大學出版社2003年版。
5. 赫興旺著：《刑法》，北京中國人民大學出版社2006年版。
6. 王作富主編：《刑法》，北京中國人民大學出版社2009年版。
7. 張明楷著：《刑法學(第三版)》，北京，法律出版社2008年7月版。
8. 林山田：《刑法各罪論（下）》修訂5版，中國台灣2005年9月版。

【中文摘要】

中國刑法中的交通肇事罪若干問題研究

關鍵詞 交通肇事罪 刑事責任轉移 混合罪過 共同過失 過失与故意的轉化

中國刑法在危害公共安全犯罪一章中規定了交通肇事罪，本文立足于中國刑法的立法和司法解釋，從理論与實踐的結合上對中國刑法中的交通肇事罪作了全面深入的研究。論文根据中國關於交通肇事罪的司法實踐，以中國刑法理論中犯罪構成爲框架，剖析了交通肇事罪的構成要素，并在如下方面進行了開創性的研究：（1）根据行爲主體的條件，提出了刑事責任轉移的理論，對中國刑法立法及司法解釋中的錯誤提出了批判；（2）基于中國刑法中交通肇事罪的行爲人在主觀方面只能是過失的理論，對理論界提出的混合罪過、共同過失等學說進行了分析批判；（3）對交通肇事罪与其他故意犯罪如何進行區分進行了深刻的探討，特別是對間接故意与過于自信的過失的研究，認爲行爲人的主觀內容是經常變化的，決不能把凡是駕車導致事故的均認定爲交通肇事罪，而應當根据實際情況判斷行爲人主觀內容是不是存在故意（主要是間接故意），如果能夠判斷出行爲人主觀上具有故意，就不能以交通肇事罪論處，這爲中國司法機關近年來對發生的交通事故行爲按照故意犯罪定罪處罰提供了有力的理論支持；（4）基于允許的危險理論和信賴規則，本文對中國刑法中的交通肇事罪的刑事責任問題進行了研究，分析了中國交通文化的缺失与責任劃分的原則標準，提出中國刑法在此方面立法的缺陷。（5）基于中國刑法立法的不足，論文提出在中國刑法中設立交通肇事危險犯的构想。

[Abstract]

Study on Several Issues of Traffic Offense in China's Criminal Law

He Xing-Wang, Professor

Renmin University of China Law School

Key words : traffic Offense; transfer of criminal liability; mixed negligence; contributory negligence; transfer between intent and negligence

Abstract: The chapter of endangering public safety in China's Criminal Law provides traffic Offense. This article is based on China's legislative and judicial interpretation, giving a comprehensive and in-depth study on the crime in combination of theory and practice. Basing on the judicial practice of traffic offence , within the framework of crime constitution in criminal theory of China, the paper probes into constituent elements of the crime and researches creatively in the following aspects:

(1) According to the conditions of perpetrator, the author provides the transfer of criminal liability theory and criticizes the errors in China's legislative and judicial interpretation; (2) In respect to the traditional theory that the subjective aspect of traffic Offense should only be negligence, the author analyzes and criticizes some new ideas, such as mixed negligence and contributory negligence; (3) The paper explores profoundly into the distinction between traffic Offense and other intentional crimes, especially into indirect intentional fault and over-confident negligence, holding that the perpetrator's subjective content is constantly changing, and should not construe that any drive leading to accidents be identified into traffic offence, but should be judged according to the actual conditions of the perpetrator whether there is subjective intent (mainly indirect intent), if we can

determine that the perpetrator has subjective intent, it should not be punished as traffic Offense, which provides theoretical support for China's judicial practice in recent years; (4) Basing on the theory of permitting danger and trust rules, the paper probes into the criminal liability of traffic Offense in China's Criminal Law, analyzes the absence of traffic culture and the principle criteria of responsibility division, and puts forward the deficiencies in China's Criminal Law legislation. (5) basing on the deficiency of China's Criminal Law legislation, the paper proposes the establishment of a traffic offence endangerance in China's criminal law.