

醉驾治理的司法困境及其破解之策

敦 宁*

摘 要:醉驾案件的快速增长,带来司法资源分配失衡、效率与公正冲突、前科负面效应扩大等一系列实践问题,由此导致对醉驾行为的法律规制陷入严重的司法困境。导致这一困境的根本原因并非“醉驾入刑”缺乏规制效果,而是“醉驾一律入罪、一律起诉”的政策导向架空了我国“刑罚+行政处罚”的双层次制裁体系,妨碍了不起诉制度司法分流功能的发挥。相应的破解之策是在办理醉驾案件的过程中充分、有效地发挥1997年《中华人民共和国刑法》第13条“但书”的出罪功能和不起诉制度的司法分流功能。对醉驾行为依据“但书”出罪,需要明确其实现方式、考察因素及适用标准,并为其提供程序保障。对醉驾案件进行不起诉分流,应合理适用酌定不起诉制度,适时构建成年人轻微犯罪附条件不起诉制度,并做好不起诉与后续行政制裁的衔接工作。为进一步提升醉驾治理的社会效果,应当完善《中华人民共和国道路交通安全法》关于醉驾行为行政处罚的规定,同时应建立合理、有效的前科消灭制度。

关键词:醉驾案件 但书 不起诉 前科消灭制度

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2021.04.004

在因酒驾、醉驾而导致的恶性交通事故不断高发的背景下,《中华人民共和国刑法修正案(八)》将醉驾行为纳入危险驾驶罪进行刑事治理,其目的就是通过严惩醉驾行为来有效减少各类交通事故的发生。^① 迄今为止,“醉驾入刑”已届10周年。回顾近10年来的风雨历程,应当承认,“醉驾入刑”最初的立法目的已基本达到。^② 然而,与之相伴而生的却是醉驾案件的快速增长,并由此带来司法负担沉重、前科负面效应扩大等一系列实践问题。可以说,当前对醉驾的刑事治理已经陷入严重的司法困境。在此背景下,再去讨论“醉驾入刑”妥当与否已无实际意义,对近10年来的醉驾治理政策进行深刻的反思并寻求相应的破解之策才是当务之急。

* 大连海事大学法学院教授、博士生导师

基金项目:国家社会科学基金项目(19BFX068)、司法部国家法治与法学理论研究项目(19SFB2027)

① 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2011年版,第73页。

② 参见刘宇鹏:《“醉驾入刑”十年成效显著 治理酒驾醉驾任重道远》,《人民公安报·交通安全周刊》2021年4月130日。2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

一、醉驾案件快速增长导致的司法困境

2011年“醉驾入刑”后,为了积极回应社会公众对交通安全的关切,公安和司法机关在醉驾治理上普遍执行了从严的刑事政策。例如,2011年5月,公安部相关部门的负责人明确表态:“公安部门对经核实属于醉酒驾驶机动车的一律刑事立案”。^① 2011年9月,公安部在《关于公安机关办理醉酒驾驶机动车犯罪案件的指导意见》中对此进行了确认。与此同时,最高人民检察院的新闻发言人也表示,对于醉驾案件,“只要事实清楚、证据充分,检方就会一律起诉,而不会考虑情节的轻重”。^② 由此形成办理醉驾案件的“两个一律”原则。2013年12月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部又联合发布《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》,其中明确规定:在道路上驾驶机动车,只要血液酒精含量达到80毫克/100毫升以上的,就属于醉驾,应以危险驾驶罪定罪处罚。在这些政策性意见的指导下,“醉驾入刑”之后的几年间,“醉驾一律入罪、一律起诉、一律定罪处罚”在实践中几乎成为一种司法常态。

2017年5月,为了适度缓解对醉驾行为的司法严苛化局面,最高人民法院在《关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》中明确肯定对有关醉驾行为可以“不予定罪处罚”或者“免于刑事处罚”,一些省、市也在地方性司法规范中对醉驾案件的不起诉、免于刑事处罚及不作为犯罪处理等情形作出了规定。^③ 但是,由于对这些问题理论界尚未达成共识,实务界也普遍存在“求稳怕错”的思想,因此其实际效果有限,除个别地区(如浙江省)的不起诉率有所上升外,^④多数地区的变化并不大,整体上还未出现明显改观。换言之,在醉驾的治理上,从严的刑事政策仍然处于主导地位,无论是在观念层面还是在实践层面,都未能实现真正的转型。

不可否认,在这种从严刑事政策的长期支配下,“醉驾入刑”确实收到了减少各类交通事故发生的预期效果。同时,“饮酒不开车、开车不饮酒”也已成为社会的共识。然而,同样不可忽视的事实是,进入司法体系的醉驾案件也随之出现持续性快速增长的趋势。例如,在2012年至2014年3年间,全国人民法院一审审理的危险驾驶案件(绝大多数为醉驾案件)就从64 896件上涨到111 490件,增长幅度约为71.8%,其在全部刑事案件中所占的比例也从6.5%上涨到10.7%。^⑤ 到2016年,危险驾驶案件在全国人民法院刑事一审案件中已跃居第二位,且比居于第三位的故意伤害案件多66%;而在2017年前10个月,危险驾驶案件虽仍居第二位,但仅比居于第一位的盗窃案件少一成(11.85%),却比居于第三位的故意伤害案件多一倍还多。^⑥ 至2019年,危险驾驶案件则超越了盗窃案件,在全部一审刑事案件的占比中位列第一(约24.6%),数量为31.9万

① 邢世伟、张媛:《公安部:警方对醉驾一律刑事立案》,《新京报》2011年5月24日。

② 《最高检表态只要证据充分醉驾一律起诉》,《北京晚报》2011年5月24日。

③ 参见《部分省市醉驾起诉/不起诉标准》, https://www.sohu.com/a/324166946_671848, 2020-05-29。

④ 参见王敏远:《“醉驾”型危险驾驶罪综合治理的实证研究——以浙江省司法实践为研究样本》,《法学》2020年第3期。

⑤ 参见刘仁文、敦宁:《醉驾入刑五年来的效果、问题与对策》,《法学》2016年第12期。

⑥ (C)1904-2020 参见颜九红:《醉驾型危险驾驶罪的司法认定》,《北京政法职业学院学报》2018年第10期。 <http://www.cnki.net>

件,比排在第二位的盗窃案件多 11.1 万件,比排在第三位的故意伤害案件多 22.2 万件。^①

尽管醉驾案件的快速增长并不能从根本上否定“醉驾入刑”的积极效果,但是不断升高的发案量和急剧增加的犯罪人数量也带来一系列实践问题,从而导致对醉驾行为的法律规制陷入严重的司法困境。

首先,醉驾案件的快速增长导致司法机关的工作压力不断增大,司法资源的分配已严重失衡。在我国,“案多人少”本就是司法机关长期以来难以解决的一个难题,而在“醉驾入刑”之后,司法机关又不得不动用大量的人力、物力去应对数量庞大的危险驾驶案件。然而,一个国家用以应对犯罪的司法资源是有限的,如果过多地将司法资源投入到对醉驾等轻微刑事案件的处理中,那么必然会影响到对严重刑事案件的司法投入力度。就犯罪治理而言,严重的犯罪才是刑事防控的重点所在。

其次,醉驾案件的“提速”办理导致效率与公正产生激烈的冲突,刑事司法的权威性面临严峻的考验。面对醉驾案件激增的局面,为了保证能够对其及时进行办理,司法机关只能简化程序、快速裁决,但一味求快又必然会影响到司法裁决的审慎性,从而导致制裁的公正性或均衡性受损。例如,在对醉驾行为的缓刑适用上,个案间的失衡、地区间的失衡、适用标准的失范等问题已经达到相当严重的程度。^② 这一现象的存在无疑会对司法裁判的权威性造成较大的冲击。

最后,将醉驾行为大量入罪处刑,扩大了前科制度的负面效应,加剧了社会治理的风险。对醉驾行为强调一律入罪处刑,导致的直接后果就是大量的醉驾行为人会成为受过刑事处罚的犯罪人。在我国严格的前科制度下,行为人一旦受到刑事处罚,就既要承受被开除公职、被吊销执业资格等附随后果,又要受到在日后的求学、就业、任职等方面的种种限制,而这并不利于犯罪人顺利回归社会。此外,为数量如此庞大的醉驾者贴上犯罪人的“标签”,既会扩大社会的对立面,又可能因受“标签”效应的影响而诱发行为人再次实施其他犯罪。这也是司法机关在处理醉驾案件时面临的一种尴尬处境。

二、醉驾治理司法困境的成因分析与政策反思

(一)醉驾治理司法困境的形成原因

当前对醉驾的治理已经形成案件数量与司法投入螺旋式上涨的局面,但巨大的司法投入并未产生理想的制裁效益,“刑事防控边际效应已呈现下降趋势”。^③ 面对这一司法困境,不去深入分析其形成的原因,而仅通过“速裁”或“提速办理”寻求破解之道,是难以奏效的。

从表面看,上述醉驾治理司法困境的形成,无疑是源于醉驾案件的快速增长。那么,醉驾案件数量快速增长的原因又是什么呢?对此,不少人可能会简单地得出结论:“醉驾入刑”缺乏相应的规制效果,因而无法对此类危险驾驶行为形成有效的遏制。但是,得出这样的结论是有失偏颇

① 参见周强:《最高人民法院工作报告——2020年5月25日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》, <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-231301.html>, 2020-05-30。

② 参见孙硕:《缓刑视角下的醉驾刑事案件》,《人民司法》2019年第10期。

③ 王敏远:《“醉驾”型危险驾驶罪综合治理的实证研究——以浙江省司法实践为研究样本》,《法学》2020年第(3)期。94-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

的。一方面,“醉驾入刑”的规制效果如何,应当通过与醉驾行为入刑之前的情况相比较得出结论,而不能仅根据醉驾行为入刑后的发案率得出结论。相关统计数据显示,2020 年醉驾比率(每排查百辆车的醉驾比例)比“醉驾入刑”前降低了 70%以上;并且,自 2011 年“醉驾入刑”以来,10 年减少了 2 万余起因酒驾、醉驾肇事而导致的伤亡事故。^① 这些数据说明,“醉驾入刑”在遏制酒驾、醉驾以及由此而引发的交通事故方面是有明显成效的。另一方面,影响醉驾案件快速增长的因素是多样的,如机动车和驾驶员数量的大幅增加、公安机关不断强化查处力度和扩大查处范围等。例如,2011 年至 2017 年,我国的机动车和驾驶员数量分别增加了 49.6%和 80.6%;同时,公安机关对酒驾、醉驾的查处范围也开始从城市向农村不断延伸。^② 而在我国“酒文化”依然盛行、公众的交通守法意识还普遍较低的背景下,驾驶员数量的增长和查处范围的扩大必然会带来醉驾案件数量的大幅上涨。因此,将醉驾案件数量的快速增长简单归结为“醉驾入刑”缺乏规制效果显然是不合理的。

事实上,随着风险社会的到来,各国普遍强化了刑法的早期预防性,因此,醉驾等抽象危险犯的高发是一个必然的趋势。但是,这种客观趋势并不一定会造成刑事治理上的困境。由于世界上不少国家的刑法没有为犯罪的成立设置定量因素,因此其刑事案件的数量更加庞大,但是并未形成类似于我国醉驾治理上的司法困境。其中一个很重要的原因,就是大多数轻微犯罪案件都在刑事诉讼程序中被“过滤”掉了。例如,德国 2003 年的一份统计资料显示,通过检察机关适用不起诉、暂缓起诉等制度,在 1 906 798 个犯罪嫌疑人中仅有 688 954 人被移送法院处理,过滤掉近 2/3 的犯罪嫌疑人。^③ 在法国,大约有 80%告诉或告发到检察机关的轻罪案件都是以不予追诉决定终结的,违警罪不予追诉的比例更高。^④ 因此,其司法机关的压力和刑罚负面效应在很大程度上得以缓解。

我国同样存在刑事诉讼程序中的不起诉分流机制,并且,考虑到我国地域广阔、人口众多,违法犯罪的总体规模较大,刑法在犯罪的成立上还采取了“定性+定量”的立法模式。据此就可以把那些轻微的违法行为排除在犯罪圈之外,交由行政机关处理,这样既能避免刑事司法资源被浪费,又可以使相当比例的违法者免留犯罪的“污名劣迹”,从而维护社会的和谐稳定。^⑤ 然而,在对醉驾行为的治理上,我国却一反常态地采取了严格的刑事政策,既强调“醉驾一律入罪”,又倡导“醉驾一律起诉”,因而就造成进入司法体系(或审判系统)的醉驾案件数量急剧上升,并带来一系列实践问题。面对醉驾治理的司法困境,我们真正需要反思的并不是“醉驾入刑”的合理性或规制效果,而是这种严格刑事政策的合理性问题。

(二)“醉驾一律入罪”的合理性反思

关于醉驾行为是否一律入罪的问题,在学界曾引发激烈的争论,并大致形成“肯定论”与“否

① 参见刘宇鹏:《“醉驾入刑”十年成效显著 治理酒驾醉驾任重道远》,《人民公安报·交通安全周刊》2021 年 4 月 30 日。

② 参见韩丹东:《“醉驾入刑”七年带来哪些变化》,http://www.xinhuanet.com/legal/2018-06/11/c_1122965315.htm,2020-05-30。

③ See Jorg-Martin Jehle, Criminal Justice in Germany, Published by the Federal Ministry of Justice, 2005, p.9.

④ 参见顾永忠等:《刑事诉讼程序分流的国际趋势与中国实践》,方志出版社 2018 年版,第 74 页。

⑤ 参见储槐植:《刑事一体化论要》,北京大学出版社 2007 年版,第 118-119 页。http://www.cnki.net

定论”两类见解。^①但由于公安机关和检察机关(早期)持“肯定论”的立场,因此“醉驾一律入罪”的做法在实践中占据了主导性地位。鉴此,破解醉驾治理的司法困境,首先就需要对这一政策导向进行深刻的理论反思。

第一,我国刑法分则在醉驾型危险驾驶罪的规定中未设置明确的定量因素,是否就意味着醉驾应当一律入罪?关于“醉驾一律入罪”的合理性,一种直观的见解是:由于我国刑法分则对醉驾行为构成危险驾驶罪只规定了“醉酒驾驶机动车”,而并未设置“情节恶劣”等明确的定量因素,因此在醉驾行为入罪方面就不应再区分情节或危害的轻重。^②但是,在我国刑法分则中,未明确设置定量因素的犯罪还有很多,如非法拘禁罪、非法搜查罪、非法侵入住宅罪,等等。此外,在《中华人民共和国治安管理处罚法》等行政性法律中往往还规定了对同类违法行为的行政处罚。如果将非法拘禁、非法搜查等行为一律入罪,那么这些行政处罚规定又如何得以适用?实际上,1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第13条中的“但书”已经对此类违法行为的入罪标准做出了概括性的限制,即“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。这一规定也是从刑法层面对我国“刑罚+行政处罚”之双层次制裁体系的明确揭示。因此,“在刑法教义学与刑法解释论的范畴内,如果我们承认刑法总则规定对分则构成要件的解释与适用具有约束力,就不能否认‘但书’规定对解读与适用作为《刑法》第133条之一规定的危险驾驶罪构成要件的制约性”。^③也就是说,对那些情节显著轻微危害不大的醉驾行为,不能认为其符合醉驾型危险驾驶罪所预设的构成要件。

第二,醉驾行为中的“醉酒”是否属于醉驾型危险驾驶罪的定量因素?在承认醉驾型危险驾驶罪的构成要件行为亦包含定量因素的基础上,对于这种定量因素的具体内容,学界仍然存在不同的认识。一些倡导“醉驾一律入罪”的论者认为,“醉酒驾驶机动车”中的“醉酒”本身就是该行为的定量因素。因为立法者在作出这一规定时就已经考虑到“醉酒”驾驶与普通的“饮酒”驾驶在社会危害程度上的差异,^④所以,“我们就没有必要在此多此一举地认为仍需再受刑法第13条‘但书’的限制”。^⑤笔者认为,这种对定量因素的认识是不正确的。在“定性+定量”的犯罪成立模式中,“定性”是对行为类型的确定,而“定量”则是从数额、情节、结果等方面对符合某种行为类型的违法行为之危害(或危险)程度的限定,二者共同组成某种犯罪的(客观)构成要件。尽管醉驾比普通酒驾的危险性程度高,但二者是两种不同的行为类型。就醉驾行为是否符合犯罪构成要件而言,仍然需要从情节或危害等方面来判断定量因素是否具备。这也是1997年《刑法》第13条“但书”规定的应有之义。

第三,醉驾型危险驾驶罪的抽象危险犯性质是否决定了醉驾行为应一律入罪?有论者认为,醉驾型危险驾驶罪在性质上属于抽象危险犯,而抽象危险犯是立法者对社会风险的法律拟制,不能通过反证现实危险不存在来限缩其成立范围,只要行为人实施了醉驾行为就成立犯罪。^⑥从理论上讲,醉驾型危险驾驶罪确实属于一种抽象危险犯。在国外,对该种犯罪也存在不允许通过

① 参见陆诗忠:《论“危险驾驶罪”司法适用中的几个疑难问题》,《甘肃政法学院学报》2018年第2期。

② 参见戴玉忠:《醉酒驾车犯罪相关法律规定的理解与适用》,《检察日报》2011年6月20日。

③ 梁根林:《“醉驾”入刑后的定罪困扰与省思》,《法学》2013年第3期。

④ 参见邓红梅:《“醉驾一律入罪”的四维论证》,《湖北社会科学》2014年第11期。

⑤ 陈伟:《醉驾:“一律入刑”还是“区别对待”》,《法制与社会发展》2012年第1期。

⑥ 参见陆诗忠:《论“危险驾驶罪”司法适用中的几个疑难问题》,《甘肃政法学院学报》2018年第2期。www.cnki.net

“反证”来否定其刑事可罚性的观点。^①但是,更多的学者主张,抽象危险犯是可以通过反证抽象危险不存在来出罪的。^②笔者认为,后者的见解是合理的。因为如果承认犯罪的本质是侵害法益,那么将一些对保护法益并无任何危险的行为认定为犯罪就是不妥当的。例如,深夜在荒野道路上醉驾的行为,就不宜认定为犯罪。更何况,在我国,受 1997 年《刑法》第 13 条“但书”规定的制约,即便某种抽象危险犯的客观行为的确具备一定的现实危险,也有可能因危险程度极低而被排斥在符合犯罪构成要件行为的范围之外。例如,持有型犯罪也属于抽象危险犯,但是,不能认为非法持有一颗子弹的行为构成我国刑法规定的非法持有弹药罪。换句话说,在我国,抽象危险犯之客观行为的存在并不意味着抽象危险犯的成立,就其是否该当某种犯罪的构成要件而言,还需要具体考察行为本身体现的危险程度。

第四,《中华人民共和国道路交通安全法》(以下简称《道路交通安全法》)的相关修正,是否可以成为“醉驾一律入罪”的正当理由?伴随刑法中的“醉驾入刑”,2011 年 4 月修订的《道路交通安全法》对醉驾行为取消了拘留、罚款等处罚措施,而改为“依法追究刑事责任”。据此,有人可能会想当然地得出结论:醉驾应当一律入罪。在此,应当承认的是,《道路交通安全法》的这种修改确实不太缜密和周全,但是,这并不意味着对醉驾行为予以行政处罚就缺乏法律依据。一方面,《道路交通安全法》对醉驾行为规定的“依法追究刑事责任”,在实体层面是指依照刑法总则和分则的所有相关规定来决定是否以及如何追究刑事责任,因而就不能排除依照 1997 年《刑法》总则第 13 条中的“但书”规定不予追究刑事责任,否则就不是严格意义上的“依法”;另一方面,对醉驾行为不予追究刑事责任,仍然可以依照《道路交通安全法》给予行政处罚。对此,除了可以按“醉酒驾驶”实施吊销机动车驾驶证等资格性处罚措施外,还可以同时适用该法为“饮酒后驾驶”规定的拘留、罚款措施。因为“虽然从字面意义上讲,《道路交通安全法》修正案区分了‘饮酒后驾驶’与‘醉酒驾驶’,但 80mg/100ml 的醉驾标准当然包含了 80mg/100ml 以下的酒后驾驶的标准,即醉驾可以当然解释为‘饮酒后驾驶’”。^③需要注意的是,这属于行政处罚上的“举轻以明重”,不能与刑法上对行为类型的界定相混淆。

综上所述,对醉驾行为主张一律入罪,无论是在法律上还是在理论上都是站不住脚的。片面坚持对醉驾行为一律入罪的政策导向,只会架空我国“刑罚+行政处罚”之双层次制裁体系所应有的处罚分流功能。

(三)“醉驾一律起诉”的妥当性反思

在“醉驾入刑”初期,严格把握醉驾案件的起诉标准确有必要,但如果因此而演化为“一律起诉而不敢不起诉”,那么显然是忽视起诉法定主义与起诉便宜主义应保持协调性的结果。

从刑事起诉制度的发展看,在 20 世纪 20 年代以前,受刑罚报应主义的影响,起诉法定主义占据主导地位,即对具备起诉条件的犯罪,公诉机关必须提起公诉。但在实践中,这种起诉制度也逐渐暴露出诸多弊端,比如,忽视个案情况及犯罪人人身危险性大小而形成司法严苛化,不区

① 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第 1 卷),王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 280 页。

② 参见[日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社 2018 年第 3 版,第 46 页;[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京大学出版社 2017 年第 6 版,第 61 页;张明楷:《刑法学》(上),法律出版社 2016 年第 5 版,第 168 页;付立庆:《应否允许抽象危险犯反证问题研究》,《法商研究》2013 年第 6 期。

(C)1994-2021 周详,《醉驾不必一律入罪》论之思考,《法商研究》2012 年第 6 期。All rights reserved. <http://www.cnki.net>

分罪行轻重一律起诉导致的司法资源紧张,以及由犯罪“标签”效应造成的大量犯罪人社会复归困难,等等。在此背景下,随着目的刑理论的形成和发展,20世纪20年代后,起诉便宜主义应运而生。“所谓起诉便宜主义,是指虽然具有犯罪的客观嫌疑,具备起诉条件,但起诉机关斟酌各种情形,认为不需要起诉时,可以裁量决定不起诉。”^①起诉便宜主义主要的制度表现形式是微罪不诉、暂缓起诉或附条件不起诉等。由于起诉便宜主义在一定程度上克服或缓解了起诉法定主义的上述弊端,因此被世界各国广泛采纳。我国的酌定不起诉、附条件不起诉等制度,同样是起诉便宜主义的重要体现。可以说,“在现代刑事诉讼中,起诉法定主义和起诉便宜主义并存相济已成定势,一元独立则难以立足,调和即合作是最佳选择”。^②

从刑事政策的角度看,采取起诉法定主义与起诉便宜主义相结合的诉讼模式,体现的是一种“抓大放小”的策略,是对刑事制裁整体效益的追求。受司法资源有限性的制约,“整体效益是犯罪控制系统乃至各项控制措施进行功利评定的基本标准,也是刑事政策调整和控制措施变更的基本依据”。^③在西方国家,由于其犯罪成立的标准不包含定量因素,因此其犯罪圈十分广阔。为了实现刑事制裁的整体效益,西方国家普遍采取的是“轻轻重重”的刑事政策。其中,“轻轻”的一个主要表现就是将大量的轻微犯罪作不起诉处理。我国宽严相济的刑事政策同样是对刑事制裁整体效益的追求,对一些轻微犯罪适用酌定不起诉或附条件不起诉也是“宽”的表现。尽管在我国刑法中不存在明确的犯罪轻重分层,但是法定最高刑仅为拘役的危险驾驶罪无论如何都属于轻微犯罪的范畴,严格限制对其适用不起诉制度很难说符合宽严相济刑事政策的基本要求。

在实践中,不能因为醉驾案件“量大高发”就片面强调“一律起诉”所形成的刑罚压制效果。交通犯罪的显著特征就在于其大量性和划一性,如果一律起诉,那么不仅司法资源被大量占用,而且还可能导致“刑罚通货膨胀”和刑罚感受力下降等负面后果。^④同时,考虑到犯罪的“标签”效应和短期自由刑的弊端,对醉驾行为贯彻宽严相济刑事政策中“严”的一面,应重点体现在通过严格查处来打消行为人的侥幸心理,而不是对行为人一律起诉、一律处刑,甚至一律判处实刑。“因为,即便是最小的恶果,一旦成了确定的,就总令人心悸。”^⑤在这一方面,也不能认为,只有起诉后定罪处刑才能起到相应的特殊预防效果。根据2018年修正的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第177条第3款的规定,作出不起诉决定后依然可以对被不起诉人进行行政处罚或处分。这种“不起诉与行政制裁相结合”的处理方式同样可以起到特殊预防的效果,甚至效果更好。例如,相关的调查报告显示,被酌定不起诉人员的重新犯罪率要明显低于缓刑犯和刑满释放人员的再犯率。^⑥因此,及时扭转“醉驾一律起诉”的政策导向,使不起诉制度应有的司法分流功能得以充分发挥,应是未来醉驾治理的必由之路。

① 宋英辉等:《刑事诉讼原理》,北京大学出版社2014年第3版,第192页。

② 汪建成:《冲突与平衡——刑事程序理论的新视角》,北京大学出版社2006年版,第240页。

③ 储槐植:《刑事一体化论要》,北京大学出版社2007年版,第281页。

④ 参见[日]森本益之等:《刑事政策学》,戴波等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第257页。

⑤ [意]切萨雷·贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2005年版,第72页。

⑥ 参见赵鹏:《酌定不起诉之现状考察及完善思考》,《法学》2011年第9期,第104-122页。

三、醉驾治理司法困境的破解之策

由上可见,造成醉驾治理司法困境的主要原因并不是醉驾案件数量在客观上的增长,而是“两个一律”的政策导向架空了我国双层次制裁体系和不起诉制度应有的案件分流功能。因此,破解醉驾治理司法困境的对策,是充分激活 1997 年《刑法》第 13 条“但书”的出罪功能和不起诉制度的司法分流功能,从而使醉驾治理真正回归到贯彻宽严相济刑事政策的轨道上来。^①

(一)对醉驾行为依据“但书”出罪的司法贯彻

1.对醉驾行为依据“但书”出罪的实现方式与考察因素

所谓“但书”出罪,一般来讲,就是依据 1997 年《刑法》第 13 条中的“但书”规定,将那些“情节显著轻微危害不大”的违法行为排除在犯罪之外(改为行政处罚)。不过,在依据“但书”出罪的具体实现方式及其考察因素方面,学界还存在不同的认识,对此需要予以澄清。

(1) 依据“但书”出罪不能在犯罪构成之外实现。关于依据“但书”出罪的具体实现方式,学界大致存在两种意见。持第一种意见者主张在犯罪构成之外实现,即在认定某种行为符合犯罪构成的前提下,再以其符合“但书”的规定为由将其排除在犯罪之外。^②持第二种意见者主张在犯罪构成之内实现,即在判断某种行为是否符合犯罪构成时,同时以“但书”的限制性规定为指导,若行为符合“但书”的规定,则不能认为其符合犯罪构成,应当宣告无罪。^③第一种意见显然并不合理。因为在法律上犯罪构成是决定某种行为是否成立犯罪的唯一标准,认定某一行为符合犯罪构成之后再通过“但书”的规定予以出罪的做法,是违反法律适用逻辑的。第二种意见则值得肯定,它不仅避免了以上逻辑矛盾,而且还兼顾了犯罪概念与犯罪构成的统一性。“犯罪概念是犯罪构成的基础,犯罪构成是犯罪概念的具体化。”^④而“但书”本身就是1997年《刑法》第13条规定的犯罪概念的一部分,其从反面说明哪些行为不是犯罪,因此该内容必须要在犯罪构成的评价体系内予以考量。这样,对于符合“但书”规定的行为就不能认为其符合犯罪构成。换言之,“但书”实际上是对犯罪构成进行实质解释的法律依据,^⑤其与“犯罪构成是认定犯罪的唯一标准”的前提并不冲突。基于此,对醉驾行为可以依据“但书”出罪,但是必须在犯罪构成的框架内进行考量。

(2)行为是否符合“但书”规定应考察违法层面的客观因素。按照阶层式犯罪构成体系,认定某种行为是否构成犯罪,大体可分为违法(包括构成要件符合性和违法性)与责任两个层面的评价因素,^⑥且通常认为,“违法是客观的,责任是主观的”。^⑦而从1997年《刑法》第13条规定的逻辑看,“但书”实际上是从反面提示“危害社会的行为”构成犯罪需达到的客观危害程度,即只有不

① 通过提高醉驾的酒精含量标准或者降低对醉驾的查处力度,也可以大幅减少进入司法体系的案件数量,但这类做法无异于“掩耳盗铃”,并不能从根本上解决问题。

② 参见储槐植、张永红：《善待社会危害性观念——从我国刑法第13条但书说起》，《法学研究》2002年第3期。

③ 参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2016年第5版,第91页。

④ 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社 2017 年第 8 版,第 50 页。

⑤ 参见熊伟:《论“醉驾不必一律入罪”》,《法学论坛》2012年第6期。

⑥ 参见张明楷：《犯罪论的基本问题》，法律出版社2017年版，第9页。

属于“情节显著轻微危害不大的”，才可能成立犯罪。^① 因此，在阶层式犯罪构成体系中，对于行为是否符合“但书”的规定，只能从违法（或实质的构成要件）层面进行客观的评价。“但书”中的“情节”，也只能限定为“行为过程中影响不法程度的各种情况，如法益的性质、行为的危险与实害结果等”，^②而不应包括与行为的违法程度（或严重程度）无关的一些主客观事实情况，否则就意味着脱离构成要件对“情节”的内容予以评价。例如，行为人醉驾前后的表现、行为人的个人情况、行为人醉驾的动机或目的等，均不能作为认定醉驾行为是否属于“情节显著轻微危害不大”的考察因素。当然，如果行为人为了逃避不法侵害或抢救危重病人而醉驾并构成紧急避险的，也可以阻却违法，从而不构成犯罪。但是，这并不是“但书”意义上的“出罪”（仅排除刑事可罚性），而是“阻却违法事由将行为的所有违法性都带走了”。^③

2. 对醉驾行为依据“但书”出罪的具体适用标准

在明确依据“但书”出罪的适用方式与考察因素后，还需要注意，“但书”作为一种总则性规定，可以成为对构成要件进行实质解释的法律依据，但就具体的适用标准而言，则必须依托于分则中不同的犯罪类型来加以把握。醉驾型危险驾驶罪属于抽象危险犯，而抽象危险本质上是一种可能性的侵害法益危险。^④ 这种“可能性”在实践中必然存在高低差异，进而形成不同的危险程度。因此，醉驾行为的危害性大小就直接表现为危险程度的高低。那么，何种危险程度的醉驾行为才符合“但书”规定的“危害不大”？

对此，笔者认为，由于依据“但书”出罪的目的是进行处罚分流，即把“尚不够刑事处罚”的违法行为划入行政处罚的范围，因此行政处罚的范围和强度就成为一种重要的参考标准。在实践中，对于酒后驾驶行为，区分刑事违法与行政违法的主要标准就是驾驶人血液中的酒精含量，即是否达到 80mg/100ml 以上。然而，影响酒后驾驶行为危险程度的因素除酒精含量以外还有很多，如驾驶的时间、路段、速度、距离，车辆的类型和状况，有无其他交通违法行为，是否造成实害，等等。因此，尽管驾驶人血液中的酒精含量已超过醉驾标准，但如果其他方面的情节较轻，其危险程度也未必一定高于情节较重的普通酒驾行为，那么对驾驶人适用吊销驾驶资格、拘留、罚款等行政处罚措施也未尝不可。当然，鉴于酒精含量是影响驾驶行为危险程度的重要因素，超过醉驾标准的幅度也不能过高。在实践中，对于驾驶汽车的行为人，一般可考虑以不超过 100mg/100ml 为限；对于驾驶摩托车的行为人，可适度提高标准，以不超过 140mg/100ml 为限。^⑤ 也就是说，只要驾驶人血液中的酒精含量不超过上述标准，且其他方面的情节较轻，总体危险程度较低，那么对其醉驾行为就可依据 1997 年《刑法》第 13 条“但书”的规定予以出罪，并给予相应的行政处罚。

3. 对醉驾行为依据“但书”出罪的阶段控制与程序保障

① 就最终是否成立犯罪而言，还取决于责任能力、主观罪过等条件是否具备。

② 张明楷：《刑法学》（上），法律出版社 2016 年第 5 版，第 90 页。

③ [德]许迺曼：《区分不法与罪责的功能》，彭文茂译，载许玉秀、陈志辉合编：《不疑不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》，台湾春风煦日论坛 2006 年版，第 448 页。

④ 参见周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社 2016 年第 3 版，第 155 页。

⑤ 由于根据国家质量监督检验检疫总局发布的《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》的规定，车辆驾驶人员血液中的酒精含量等于或者大于 20mg/100ml 时，才会被认为是酒后驾驶，因此可以按照这一标准对醉酒程度进行适当调节。需要注意的是，采用这种限定方式的目的是限制裁量的随意性，而不能成为僵化的教条。www.cnki.net

在办理醉驾案件的过程中,每一个办理阶段都存在依据 1997 年《刑法》第 13 条“但书”的规定予以出罪的可能性。例如,在立案后的侦查阶段,公安机关可以撤销刑事案件,改作行政违法处理;在审查起诉阶段,检察机关可以作出不起起诉决定(法定不起诉),并交由公安机关予以行政处罚;在审判阶段,审判机关也可以直接宣告无罪,之后交由公安机关处理。但是,对某些醉驾行为依据“但书”出罪,一方面是为了实现制裁的公正性,另一方面则是为了合理分配司法资源、缓解司法压力。如果到审查起诉或审判阶段再做出罪处理,那么上述后一方面的目的显然就不能再充分实现。因此,对醉驾行为依据“但书”出罪,应当在侦查阶段就能得到有效解决,这样也便于公安机关采取后续的行政处罚措施。对此,在相关的司法解释或法律文件中应当作出明确的要求。

不过,这种做法也可能会带来公安机关随意适用“但书”出罪的问题,进而影响执法的公平、公正性,所以需要采取一些程序上的制约或保障措施。在实践中,有关实务部门主要采用的是“向同级检察机关备案”的制度。例如,2019 年浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅联合发布的《关于办理“醉驾”案件若干问题的会议纪要》就明确规定:“对作撤销案件处理的,公安机关应当按照‘醉驾’案件的诉讼证据要求立卷,并在撤销案件后 3 个工作日内向同级检察机关备案,接受检察机关监督”。笔者认为,这种程序设置是合理的,既可以减少公安机关适用“但书”的随意性,也有利于检察机关强化立案监督或侦查监督工作。不过,从程序完整的意义上讲,还需要进一步规定:检察机关认为公安机关撤销案件的理由不能成立的,应当书面通知公安机关立案,公安机关收到通知后应当立案。也就是说,对于检察机关的监督措施及其监督效力,也应作出明确的规定。当然,对公安机关撤销刑事案件后进行行政处罚的执行情况,检察机关也应进行法律监督,以防止对醉驾行为的处理出现处罚疏漏或轻重偏颇的问题。

(二)对醉驾案件进行不起诉分流的制度构想

1. 醉驾案件不起诉分流的方式选择

对于不符合 1997 年《刑法》第 13 条“但书”规定的醉驾行为,在进入审查起诉阶段后,也并非一定要提起公诉,检察机关在起诉与不起诉之间应当享有自由裁量权。2018 年修正的《刑事诉讼法》共确立了 5 种不起诉类型:法定不起诉、存疑不起诉、酌定不起诉、附条件不起诉和特殊不起诉。通过对这 5 种不起诉类型进行梳理可以发现,法定不起诉和存疑不起诉本来就不符合起诉条件,因而并不能进行自由裁量或选择。特殊不起诉尽管具有可裁量性,但其有明显的“补充性”特征,适用范围是犯罪嫌疑人有重大立功表现或者案件涉及国家重大利益的情形,且需要经过最高人民检察院核准。而在醉驾案件中,这样的情形非常少见,因此其只可以作为一种辅助方式。这样,对于醉驾案件的不起诉分流,可以重点考虑的就是酌定不起诉和附条件不起诉。这与外国的“微罪不诉”与“暂缓起诉”基本上也是相对应的。

但是,在我国适用酌定不起诉的前提条件是“犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”,不仅适用范围较为狭窄,而且在其适用条件的把握上也存在一些疑难问题。附条件不起诉虽然不存在以上限制条件,但是在适用对象上仅限于未成年犯罪嫌疑人。而根据我国相关法律的规定,驾驶员获取驾驶证一般要求年龄达到 18 周岁以上,故未成年人醉驾的情形并不多(可能存在少数无证驾驶的行为),适用附条件不起诉的几率也较小。考虑到这些情况,意欲通过这两种不起诉制度来对醉驾案件进行有效的司法分流,应当立足于二者不同的政策取向来具体展开。其中,酌定不起诉是“因无刑事处罚必要性而不予起诉”,故应重点解决其规范判断

或合理运用问题。而附条件不起诉则是“虽不排除刑事处罚,但可经考验后不予起诉”,适用对象并非一定限于未成年犯罪嫌疑人,因此,将其适用于醉驾案件,应重点解决其对象拓展或制度构建问题。

2. 醉驾案件酌定不起诉的合理运用

考虑到醉驾案件的社会关注度较高,对该类案件适用酌定不起诉,必须积极追求法律效果与社会效果的统一。对此,可从以下3个层面展开。

(1)对酌定不起诉实体条件的准确把握。根据2018年修正的《刑事诉讼法》第177条第2款的规定,检察机关适用酌定不起诉的实体条件是:“犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”。其中,“犯罪情节轻微”是“依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”的前提条件。所谓“犯罪情节轻微”,一般是指在犯罪过程中行为人主客观方面的情节表现轻微。也就是说,其在评价范围上既包括犯罪客观方面的情节表现,也包括行为人主观方面的情节表现,二者在罪责层面共同说明处罚的必要性或轻重问题。在此基础上,醉驾案件中的“犯罪情节轻微”主要表现为醉驾行为本身的危险程度较低,以及行为人的主观恶性较小。因此,单从罪责层面考虑,对行为人进行刑罚处罚的必要性不大。同样,考虑到行为人的醉酒程度是判断犯罪情节是否轻微的重要因素,在实践中也要对此进行适当的限制。比照上文中“情节显著轻微”的酒精含量标准,对于醉酒驾驶汽车的,一般可考虑以不超过140mg/100ml为限;醉酒驾驶摩托车的,可考虑以不超过180mg/100ml为限。通常而言,在满足这一标准的基础上,还必须在驾驶的时间、速度和路段或者醉驾的目的和动机等方面具备一些从宽情节,才能最终认定为“犯罪情节轻微”;若在这些方面存在从严情节,则一般不能认定为“犯罪情节轻微”。

具备“犯罪情节轻微”这一条件,还不能直接认定为“依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”。因为从理论上讲,是否需要对犯罪人判处刑罚,除考察犯罪本身的严重程度外,还需要考察行为人人身危险性的危险大小,以最终确定用刑罚来预防犯罪的必要性。而行为人人身危险性的危险大小,又与行为人罪前和罪后的表现直接相关,如罪前是否表现良好、有无前科,罪后是否积极悔罪、有无自首或坦白情节,等等。但是,受“犯罪”这一主语的限定,“犯罪情节轻微”在评价范围上又不可能涵盖犯罪之前和之后的情节表现。所以,是否符合“依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”这一条件而言,需要重点考察的就是一些涉及人身危险性的因素。从2018年修正的《刑事诉讼法》第177条第2款的规定看,其显然包括两种免除处罚形式:一种是直接根据1997年《刑法》第37条的规定“免于刑事处罚”,另一种是依照1997年《刑法》中明确规定的免除处罚情节来免除刑罚处罚。^①因此,对“犯罪情节轻微”的醉驾行为是否可以免除刑罚处罚,就可按照上述两种情形来分别进行判断。对于不具备刑法明确规定的免除处罚情节的,只要行为人罪前一贯表现良好,罪后配合执法、真诚认罪悔罪、积极赔偿损失,就可以认为其符合1997年《刑法》第37条免于刑事处罚的规定。对于行为人具备刑法明确规定的自首、立功等免除处罚情节的,考虑到其“犯罪情节轻微”,只要犯罪前后没有从重处罚情节的,就可以认为已经达到免除处罚的条件。

^① 尽管学界对1997年《中华人民共和国刑法》第37条是否可以独立适用还存有争议,但是在司法实践中该条的适用已经不存在障碍。例如,2017年《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》中对醉驾行为免除(处罚)就直接引用了1997年《中华人民共和国刑法》第37条的规定。House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

(2)对满足实体条件后可否适用酌定不起诉的规范判断。根据2018年修正的《刑事诉讼法》第177条第2款的规定,在满足酌定不起诉的实体条件后,检察机关“可以”作出不起起诉的决定,而不是“应当”作出不起起诉的决定。因此,这里就必然涉及检察机关做进一步的司法判断问题。然而,对于此处的司法判断应重点考察哪些因素,我国刑事诉讼法及相关司法解释并未作出明确的规定。因此,对这一问题必须要从理论上予以澄清。

在外国,对一些轻微犯罪是否选择不起诉或放弃起诉,一种重要的考察因素就是“公共利益”。例如,《英国皇家检察官准则》和《荷兰刑事诉讼法》既原则性地规定了检察官可以基于公共利益的考量而对某些犯罪放弃起诉,又明确列举了一些支持或反对提起公诉的公共利益因素。^①其中,反对提起公诉的公共利益因素主要有如下几个方面:一是对犯罪人进行刑事处罚不具有必要性和妥当性,二是提起公诉可能对被害人产生不利影响,三是提起公诉可能损害国际关系或国家利益。我国也有学者认为,在适用酌定不起诉时需要考察公共利益,但在公共利益的考察范围方面则与外国有所不同。适用酌定不起诉需要考察的公共利益是一种带有大局性的利益,指的是国家利益和民众的公共利益,包括国家安全、国防、外交和其他政治需要,社会效果和民意趋向,预防犯罪、维护社会治安的效果,以及是否符合被害人的意愿和要求等。^②也就是说,这里的“公共利益”,在考察范围上并不包含对犯罪人进行刑事处罚的必要性或妥当性。

对此,笔者认为,酌定不起诉毕竟意味着对原本构成犯罪的行为不追究刑事责任,因而必须考察这一做法在满足公共利益方面的妥当性。而外国与我国之所以在公共利益的考察因素上形成不同的认识,则主要是源于判断维度的不同。由于外国对酌定不起诉一般并不设置“不需判处刑罚”的前提条件,因此是否需要对犯罪人给予刑事处罚,就成为一种重要的公共利益考察因素。这恰如日本学者大谷实所言:“刑事司法,是以对犯人的适当处罚所产生的一般预防和特别预防效果来达到维持社会秩序的目的的,因此,现实中即便发生了犯罪,但从上述目标来看,只要不值得处罚,便应迅速地将其从刑事诉讼程序中退出。”^③而我国酌定不起诉的适用则是以对犯罪人不需要判处刑罚为前提条件的,在对这一条件的判断中已经考察上述公共利益因素,之后的决定性判断只需例外地考察与可罚性无关的国家或社会利益即可。

基于此,对于醉驾案件,如果其已经符合犯罪情节轻微、不需要判处刑罚的实体条件,那么一般就应考虑适用酌定不起诉,除非认为起诉后“定罪免刑”更有利于保护相关公共利益。在实践中,由于醉驾案件通常不涉及国家安全、国防、外交等政治利益,因此,需要重点考虑的就是不起起诉的社会利益或社会效果问题。其中,如下几个方面的问题需要引起注意:一是一般预防效果的实现问题。如果案件所在区域的醉驾现象比较突出,民众的交通守法意识还普遍偏低,那么就需要通过起诉来强化规则意识。二是刑事司法的公众认同问题。如果案件社会影响较大,如醉驾者具有官员、明星、公众人物等特殊身份,那么在适用酌定不起诉制度时就要保持适度的克制,以免使社会公众对刑事司法的公正性或平等性产生怀疑。三是社会矛盾的化解问题。如果醉驾行为造成了一定的损害,即使损害程度比较轻微,在行为人与被害人尚未达成和解前,也不宜适用酌定不起诉,否则就可能激化社会矛盾,影响社会秩序的稳定。

① 参见李继华:《不起起诉的实体根据研究》,中国检察出版社2013年版,第41~42页。

② 参见陈光中:《论我国酌定不起诉制度》,《中国刑事法杂志》2001年第1期。

③ 参见大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,中国人民大学出版社2009年版,第184页。

(3)酌定不起诉与后续行政制裁的有效衔接。根据2018年修正的《刑事诉讼法》第177条第3款的规定,检察机关决定不起诉后,对被不起诉人需要给予行政处罚、处分或者需要没收其违法所得的,应当提出检察意见,移送有关主管机关处理。这种后续性行政制裁的实现不仅可以强化对被不起诉人的特殊预防效果,而且能够在一定程度上提升社会公众对酌定不起诉的认同感。然而,长期以来,一些检察机关对此并未能给予足够的重视,在作出不起起诉决定后“一放了之”的现象并不少见。当前,为了进一步提高不起诉制度的适用率,简化检察机关内部审批程序、适当下放不起诉决定权已成为一种改革趋势。但是,在民众对犯罪的报应情感尚未出现实质改观的背景下,如果后续的行政制裁不能有效实现,那么不起诉率的上升反而可能加剧民众的“认同感危机”。^①就醉驾案件而言,这一点尤为重要。因为普通的酒驾行为尚且要受到严厉的行政制裁,而更严重的醉驾行为在适用酌定不起诉制度后却可以“一放了之”,这无论如何都是难以接受的,所以,对醉驾案件必须高度重视酌定不起诉与后续行政制裁的有效衔接问题。

在司法实践中,这一方面已经形成一些良好的做法。例如,某区人民检察院在对一起“网约车司机醉驾案件”决定适用酌定不起诉后,便与公安交管部门进行了细致的沟通,在公开宣告不起诉时,公安交管部门也作出了行政处罚决定,吊销了被不起诉人的驾驶证,并处以行政罚款。^②该案在处理上就实现了酌定不起诉与后续行政制裁的无缝衔接,因而值得参考和借鉴。

3.醉驾案件附条件不起诉的制度构想

通过对一些醉驾案件适用酌定不起诉制度,可以在一定程度上减轻司法压力、缓解犯罪“标签”的负面效应,但是这种不起诉制度也存在自身的局限性。一方面,由于其是以犯罪情节轻微、不需要判处刑罚为前提条件的,因此适用范围较为狭窄,司法分流作用有限;另一方面,不起诉决定一旦作出就不再有回旋的余地,即使被不起诉人随后有一些不良表现也不能另行起诉,这在某种程度上削弱了适用不起诉制度的积极效果。鉴此,各国一般都是将酌定不起诉与附条件不起诉配合适用,以全面实现起诉便宜主义的价值目标。“从立法意旨上看,附条件不起诉的实质是通过对诉权之保留,以敦促不起诉对象悉力达成条件,从而在对犯罪嫌疑人作出不起起诉决定的同时修复为犯罪行为所损害的社会关系,以实现正义价值与效率价值的共存。”^③并且,由于附条件不起诉一般也并不以犯罪情节轻微或不需要判处刑罚为必要条件,因此其司法分流的效果更为明显。

我国在2012年修正《刑事诉讼法》时增设了附条件不起诉制度,但其适用对象仅限于未成年犯罪嫌疑人。而如上文所述,受申领驾驶证最低年龄条件(18周岁)的限制,绝大多数的醉驾者都是成年人,并不在附条件不起诉的适用范围内。这样,对持续高涨的醉驾案件就很难通过推行附条件不起诉制度进行司法分流。在实践中,这一问题也已经引起重视。例如,有人大代表明确提出,应当将醉驾未造成交通事故的案件也纳入附条件不起诉制度的适用范围,以进一步缓解司法压力和减少社会对立面。^④对此,笔者认为,附条件不起诉制度在节约司法资源、实现特殊预防、修复社会关系、减少刑罚弊端等方面的价值是不容否定的。从有关的基层调研情况看,附条

① 参见魏小伟:《扩大不起诉的反思》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2015年第11期。

② 参见童建明:《论不起诉权的合理适用》,《中国刑事法杂志》2019年第4期。

③ 李辞:《论附条件不起诉与酌定不起诉的关系》,《法学论坛》2014年第4期。

④ 参见谢文英:《陈建华代表:建议将部分醉驾案纳入附条件不起诉范围》,《检察日报》2018年3月17日, www.cnki.net (C)1994-2022, www.cnki.net

件不起诉制度实施以来的成效也是比较明显的。^① 因此,应当考虑将附条件不起诉制度的适用范围适当扩大至成年人犯罪案件,从而也为认罪认罚从宽制度提供一种新的“从宽”路径。但是,鉴于附条件不起诉制度在我国实施的时间还不长,实践中也正处于经验积累期或磨合期,因此扩张适用的步伐不宜迈得太大。考虑到近年来醉驾等轻微刑事案件的大幅增长以及拘役这种短期自由刑本身的弊端,可以先围绕这一问题,在“可能判处拘役及以下刑罚”的成年人犯罪案件中探索适用附条件不起诉制度。^② 这样也可以与未成年人附条件不起诉制度中的刑罚标准(1年有期徒刑以下刑罚)形成适当的落差。

在具体制度的构建方面,可大体按照未成年人附条件不起诉制度的基本模式来进行,但在以下几个方面要注意区别对待。

(1)在成年人附条件不起诉适用的罪名范围上,可不再设置限制条件。成年人犯罪涉及的罪名具有普遍性,如果继续限定为“涉嫌刑法分则第四章、第五章、第六章规定的犯罪”,那么危险驾驶罪等高发性的犯罪就势必不能再适用附条件不起诉制度,而这并不利于实现预期的司法分流目标。

(2)在成年人附条件不起诉的适用条件上,除规定“可能判处拘役及以下刑罚”和“有悔罪表现”(或改为“认罪认罚”)外,还应当增加“情节较轻”的限制条件。附条件不起诉毕竟意味着对可能判处刑罚的犯罪人不再追究刑事责任,因此必须同时考虑罪行本身的轻重程度与犯罪人的人身危险性大小。^③ 否则,对于危险驾驶罪之类法定最高刑仅为拘役的犯罪,只要犯罪人有悔罪表现或认罪认罚,就可以考虑适用附条件不起诉制度。这既不符合起诉便宜主义的价值取向,也不会收到社会公众广泛认同该制度的效果。当然,这里的“情节较轻”,在危害程度上是高于“情节轻微”和“情节显著轻微”的。就醉驾案件而言,其是否属于“情节较轻”,在醉酒程度这一主要情节的把握上需要与后两者形成合理的梯次差别。比如,对于醉酒驾驶汽车和醉酒驾驶摩托车的,一般可考虑分别设置为“180mg/100ml以下”和“220mg/100ml以下”。这样,从对酒精含量这一因素的考察开始,在醉驾案件依据“但书”出罪、酌定不起诉与附条件不起诉之间,就形成了较为明确的层次判断标准。

(3)在成年人附条件不起诉之负担条件的设置上,应当体现出一定的制裁性和预防性。由于无论是成年犯还是未成年犯,适用附条件不起诉制度都是以可能判处一定刑罚为前提的,因此,其所负担的条件必须能够在预防再犯的效果上合理地“替代”刑罚措施才具有妥当性。对未成年犯来讲,基于少年司法的教育理念,这一目标的实现主要有赖于对其采取一些具有教育矫治性质的处置措施,并附加必要的监督考察以帮助其顺利复归社会。^④ 而对成年犯来说,这种负担条件则必须有助于弥补为犯罪所损害的公共利益,并在此基础上实现相应的再犯预防效果,否则就可能影响到社会公众对成年人附条件不起诉制度的认同感。因此,在成年犯负担条件的设置上,就

① 参见北京市海淀区人民检察院课题组:《附条件不起诉实证研究报告》,《国家检察官学院学报》2017年第3期。

② 一人犯数罪的情形应当排除在附条件不起诉制度的适用范围外,亦即,就这里的“拘役”而言,最高刑期不能超过6个月。

③ 我国刑事诉讼法对未成年人适用附条件不起诉制度只规定“有悔罪表现”的实质条件,而这是基于政策上的特殊考虑,在实际适用中并不会完全无视犯罪本身的情节表现。

(C)1994-2022 参见何挺:《附条件不起诉扩大适用于成年人案件的新思考》,《中国刑事法杂志》2019年第10期,http://www.cnki.net

最后需说明的是,对犯罪嫌疑人适用附条件不起诉制度,也只是不再追究其刑事责任,而不能完全免除其行政责任。例如,对醉驾案件,仍然可以依照《道路交通安全法》的规定对被不起诉人实施“吊销机动车驾驶证”等行政处罚。不过,考虑到被不起诉人在满足负担条件的过程中已经受到一定的惩戒,相应的拘留或罚款措施可不再适用。

面对醉驾案件快速增长所造成的司法困境,通过充分激活 1997 年《刑法》第 13 条“但书”的出罪功能和不起诉制度的司法分流功能,无疑可以使其得到有效的破解。但这一目标的实现,还同时有赖于对醉驾行为适用行政处罚的法律明确性和完备性。尽管 2011 年对《道路交通安全法》的相关修正并非从根本上否定对醉驾行为的行政处罚,但其显然带来法律适用上的模糊性与不均衡性。因此,将来可通过再次修正,明确和完善对醉驾行为的行政处罚,使其在处罚力度上与普通的酒驾形成合理的区分,从而实现与刑法、刑事诉讼法更为周密的衔接。

责任编辑 田国宝

• 45 •