

论醉驾案件的程序出罪

史立梅^{*}

内容提要 醉驾入刑带来了我国犯罪结构和刑罚分布的明显变化,同时也带来了较为严重的刑罚溢出效应问题。针对醉驾入罪入刑过度问题,程序出罪较之其他出罪路径更能获得普遍认同。目前我国轻微刑事案件的程序出罪体现于公安机关的立案环节和检察机关的不起诉环节,但存在较多问题。欲充分发挥程序出罪对醉驾治理的功能,需要从程序法理论上予以反思。针对以醉驾为主的轻微犯罪,我国有必要强化司法程序的出罪功能,使刑事诉讼从原有的圆柱状结构向漏斗型结构转化。需罚性理论可以为醉驾案件程序出罪提供相应的依据并框定程序出罪的基本逻辑。未来我国醉驾案件的程序出罪路径可以从区分醉驾案件的实体出罪和程序出罪、完善现有的程序出罪路径、挖掘潜在的程序出罪路径等方面加以完善。

关键词 醉驾案件 程序出罪 诉讼结构 需罚性 特殊预防

目 次

- 一、问题的提出
- 二、醉驾案件程序出罪的现状考察
- 三、醉驾案件程序出罪的理论反思
- 四、醉驾案件程序出罪的路径完善
- 五、余论

^{*} 北京师范大学刑事法律科学研究院教授。本文系 2021 年度国家社科基金一般项目“非犯罪化视角下的认罪认罚从宽制度研究”(项目批准号:21BFX184)的阶段性成果。

一、问题的提出

自2011年5月1日《刑法修正案(八)》生效实施,醉驾入刑已十年有余。尽管1997年《刑法》修订以来,全国人大常委会先后通过11次修正案增加了约70个新罪名,从而使刑法调整的罪名从414个扩展到483个,但其中没有哪个罪名像(醉酒型)危险驾驶这样对我国刑事司法产生直接而又深刻的影响。一是导致我国犯罪种类和罪名分布发生明显变化。自醉驾入刑以来,在全国法院审理的一审刑事案件中,危害公共安全罪的数量和比重逐年攀升,2019年以来甚至超过先前一直稳居第一的侵犯财产罪。其中以醉驾为主的危险驾驶罪以31.9万件的数量成为名副其实的第一大罪名,占全部一审刑事案件的24.6%。^①二是导致我国刑罚分布发生明显变化。由于危险驾驶罪的法定刑仅为拘役,随着其在刑事案件中的比例急剧攀升,我国法院生效判决判处三年以上有期徒刑的案件比例从2011年的23.25%下降到2019年的16.08%,三年以下有期徒刑、拘役、管制、缓刑、单处附加刑或免刑的案件比例从76.67%上升为83.82%,其中拘役刑的适用率从0.07%上升为15.54%。^②三是轻刑犯的犯罪标签效应(或称刑罚溢出效应)问题日益凸显。尽管作为法定犯的醉驾不像杀人、盗窃等自然犯的道德可谴责性那么高,而且醉驾行为人的罪犯身份认同度也比较低,^③但是醉驾的犯罪记录给行为人带来的附随后果与其他严重犯罪并无不同,^④行为人因其所实施的轻微犯罪行为导致失业、难以再就业,家庭、社会关系难恢复,从而引发新的社会矛盾,增加社会不稳定因素,社会治理成本和难度不可避免地增大^⑤。

醉驾入刑以来,虽然我国醉驾比率和因酒驾醉驾导致的交通伤亡事故有明显下降,^⑥而且“饮酒不开车、开车不饮酒”的观念也日益深入人心,但逐年攀升的醉驾案件数量和日益显现的醉驾刑罚溢出效应也引发了学者们越来越多的反思。面对醉驾入刑治理效果呈现边际效应递减、醉驾案件挤占大量司法资源的现状,控制和减少醉驾入罪案件数量已然成为许多人的共识,为此学者们提出了立法出罪和司法出罪两种路径:立法出罪即通过修改法律直接提高醉驾的入罪门槛;^⑦司法出罪则包括实体出罪和程序出罪两种方式,实体出罪即主要通过适用《刑法》第13条但书规定在实践中提高醉驾的入罪

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》,载中华人民共和国最高人民法院官网, <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-231301.html>, 2021年10月15日访问。

② 参见中国法律年鉴编辑部编:《中国法律年鉴(2012)》,中国法律年鉴社2012年版,第1065页;中国法律年鉴编辑部编:《中国法律年鉴(2020)》,中国法律年鉴社2020年版,第1275页。

③ 参见梁云宝:《积极刑法观视野下微罪扩张的后果及应对》,载《政治与法律》2021年第7期,第39-40页。

④ 参见解志勇、雷雨薇:《基于“醉驾刑”的“行政罚”之正当性反思与重构》,载《比较法研究》2020年第6期,第59-62页。

⑤ 参见刘艳红:《民刑共治:国家治理体系与治理能力现代化路径》,载《法学论坛》2021年第5期,第43-44页。

⑥ 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》,载《人民公安报·交通安全周刊》2021年4月30日,第4版。

⑦ 参见周光权:《论刑事一体化视角的危险驾驶罪》,载《政治与法律》2022年第1期,第25-26页。

标准;^⑧程序出罪即对情节较为轻微的醉驾案件不予追诉^⑨。此外,针对此类案件的犯罪标签效应泛化问题有学者提出应建立相应的前科消灭制度。^⑩上述诸多路径中,立法出罪和建立前科消灭制度需要一个较长周期的法律修改或制定活动才能实现;而基于醉驾的抽象危险犯性质,对其能否适用但书出罪本身就存在着较大的分歧和争议;^⑪相较而言,程序出罪路径则既能获得学者们的普遍认同,也有相应的制度空间,在醉驾治理方面无疑被寄予了厚望。基于此,我国当下的刑事诉讼程序是否担起了解决醉驾入罪过度问题的重任,其中存在着哪些问题,未来能否在醉驾治理方面发挥其应有作用,这一系列问题均有必要予以研究和回应。

二、醉驾案件程序出罪的现状考察

在我国刑事诉讼法既定法律框架之内,能够对刑事案件出罪产生实质影响的程序节点主要包括不立案、撤销案件、不起诉,换言之,公安机关和人民检察院均有一定的出罪裁量权。

(一) 公安机关办理醉驾案件程序出罪的现状考察

1. 立案阶段的程序出罪

根据《刑事诉讼法》第112条的规定,公安机关在认为“犯罪事实显著轻微,不需要追究刑事责任”的时候,应作出不立案的决定。对于本条规定是否赋予了公安机关程序出罪的权力,学界存在较大分歧:有学者认为此处有关不立案的规定,与《刑法》第13条但书中的“情节显著轻微危害不大,不认为是犯罪”在实质含义上是相同的,均指不构成犯罪的情形。^⑫根据这一观点,公安机关并不享有对轻微犯罪进行程序出罪的权力。持相反观点的学者则认为不能将此处的“犯罪事实显著轻微”等同于“情节显著轻微”,其含义有二:一是犯罪嫌疑人的行为已经构成犯罪,但情节显著轻微;二是不需要追究刑事责任应主要从行为人的危险性上去判断。^⑬根据这一观点,公安机关对轻微犯罪拥有程序出罪的权力。

从文义解释的角度来看,笔者认为第112条规定赋予了公安机关一定程度上的微罪处分权。这一判断不仅基于法律条文用语的不同,即“犯罪事实显著轻微”不同于“情

⑧ 参见刘宪权、周舟:《〈刑法〉第13条“但书”条款司法适用相关问题研究——兼论醉驾应否一律入罪》,载《现代法学》2011年第6期,第102-105页;敦宁:《醉驾治理的司法困境及其破解之策》,载《法商研究》2021年第4期,第38-40页。

⑨ 参见王志祥、融昊:《对醉驾行为适用不起诉制度的思考》,载《人民检察》2020年第20期,第19-22页。

⑩ 参见梁云宝:《我国应建立与高发型微罪惩处相配套的前科消灭制度》,载《政法论坛》2021年第4期,第37-42页。

⑪ 基于醉驾的抽象危险犯性质,对其能否适用但书出罪在我国刑法学界存在较大争议,有学者主张醉驾可以适用但书出罪。参见前注⑧,刘宪权、周舟文;前注⑨,敦宁文。有学者则反对醉驾可以适用但书出罪。参见陈兴良:《但书规定的法理考察》,载《法学家》2014年第4期,第63页;曲新久:《醉驾不一律入罪无需依赖于“但书”的适用》,载《法学》2011年第7期,第13-17页。

⑫ 参见许山松:《不立案问题研究》,载《中国刑事法杂志》2000年第2期,第74页。

⑬ 参见贾学胜:《司法上的非犯罪化研究》,暨南大学出版社2014年版,第42-43页。

节显著轻微”,“不需要追究刑事责任”也不同于“不认为是犯罪”,而且根据《公安机关办理刑事案件程序规定》第178条,公安机关不予立案的情形除了《刑事诉讼法》第112条规定的没有犯罪事实或者犯罪事实显著轻微不需要追究刑事责任之外,还包括“具有其他依法不追究刑事责任情形”,其所指应是《刑事诉讼法》第16条规定的各种不追究刑事责任的情形,其中当然包含了“情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪”的情形。由此,“犯罪事实显著轻微,不需要追究刑事责任”与“情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪”作为不立案的情形,应是一种并列关系,而非同一关系。

尽管从法律条文的解释中可以得出公安机关在立案阶段享有一定的微罪处分权,但这并不意味着其在实践中已经成为公安机关对醉驾案件进行程序出罪的法律依据。一则从逻辑上来讲未经侦查很难查清犯罪事实,更难以在案件初查阶段即作出是否需要追究刑事责任的判断,因此其难以在实践中被适用。二则自醉驾入刑以来,公安机关对醉驾案件便采取了一律立案的立场,根据《公安机关办理醉酒驾驶机动车刑事案件程序规定(试行)》(征求意见稿)第17条,经呼气酒精测试或者抽血检验鉴定,当事人血液酒精含量达到或超过醉酒驾驶标准的,办案部门应以涉嫌危险驾驶罪立案侦查。由此,实践中公安机关对于行为人血液酒精含量已经达到醉驾标准的案件,并不需要进一步考察其犯罪事实是否显著轻微,而是直接作出立案的决定。因此《刑事诉讼法》第112条赋予公安机关的程序出罪权力并未能在醉驾案件中得以激活适用。

2. 侦查阶段的程序出罪

根据《刑事诉讼法》第162、163条的规定,公安机关侦查终结的案件,对于案件事实清楚,证据确实、充分的,应移交人民检察院审查起诉;在侦查过程中,发现不应对犯罪嫌疑人追究刑事责任的,应当撤销案件。据此,公安机关在侦查阶段只能针对不应追究刑事责任的情形行使撤销案件的权力,而不能针对轻微犯罪作程序出罪处理。而根据《公安机关办理醉酒驾驶机动车刑事案件程序规定(试行)》(征求意见稿)第49条,对已经立案的醉驾案件,有以下情形的应当撤销案件:(1)检验鉴定结论确定犯罪嫌疑人血液酒精含量未达到醉酒标准;(2)无法证明当事人在道路上驾驶机动车的;(3)其他依法不追究刑事责任的。上述情形分别属于不符合法定犯罪构成要件、证据存疑或者具有《刑事诉讼法》第16条规定的法定不追究刑事责任情形,在这些情形下公安机关只能作撤销案件处理,并不具有入罪出罪的裁量权。

(二) 检察机关办理醉驾案件程序出罪现状考察

根据我国《刑事诉讼法》的规定,检察机关的不起诉是轻微刑事案件程序出罪的主要路径。不起诉包括法定不起诉、相对不起诉、证据不足不起诉、特别不起诉、附条件不起诉五种类型,但能够适用于醉驾案件的不起诉一般仅包括前三种类型。由于证据不足不起诉是检察机关在事实不清、证据不足的情况下基于无罪推定原则作出的不起诉处分,而程序出罪必须建立在案件事实清楚,证据确实、充分的基础之上,因此证据不足不起诉与程序出罪无关,不在本文的考察范围之内。在2017年5月1日最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》(以下简称《量刑指导意见(二)》)出台以

前,人民检察院对于醉驾案件一直持“一律起诉”的立场,醉驾案件不起诉的适用率极低。《量刑指导意见(二)》规定了对于醉驾案件“情节显著轻微危害不大的,不予定罪处罚;犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚”,这一规定为醉驾案件的宽缓处理提供了依据。许多省市随之出台了对醉驾案件不起诉、免于刑罚处罚或者不作为犯罪处理的地方性规定,醉驾案件不起诉率大大攀升。由于全国性的醉驾不起诉数据难以获取,笔者对我国中部地区某地级市人民检察院自2011年5月至2021年8月办理的醉驾不起诉案件进行了调研和统计,^⑭以了解《量刑指导意见(二)》对醉驾不起诉的实际影响。在2017年以前的六年间,该地区醉驾案件平均不起诉率不到1%,2017年该数字增长到3.73%,2018年攀升到10.66%,2019年稍有回落为8.19%,2020年降为6.46%,2021年前八个月增长至8.66%。随着醉驾不起诉率的提高,醉驾不起诉案件在所有不起诉案件中所占的比例也从2011年的0.12%上升至2018年的30.89%(2021年降为21.45%)。上述数据充分说明《量刑指导意见(二)》出台以后醉驾一律入罪入刑的观念在实践中已经不复存在。但是适用比例的上升尚不足以展现我国醉驾不起诉适用的全貌,在此基础上笔者通过访问相关数据库、查阅资料等方式对醉驾不起诉的具体情况进行了进一步的考察,并发现其在实践适用中存在如下特点。

1. 法定不起诉的适用标准不统一

根据《刑事诉讼法》第177条第1款的规定,人民检察院对于犯罪嫌疑人没有犯罪事实或者具有第16条规定情形之一的,应当作出法定不起诉的决定。从理论上来说,法定不起诉情形下并不存在检察裁量的空间,只要符合上述情形,检察机关必须作出不起诉的处理。但如前所述,基于对《刑法》第13条但书能否适用于醉驾案件的理论争议,尽管《量刑指导意见(二)》对于醉驾的但书适用予以了肯定,但其能否成为检察机关作出法定不起诉的依据,在各地并未达成共识。比如浙江、贵州、重庆规定了法定不起诉或撤销案件的适用情形,^⑮而湖南、江苏、四川、天津等则规定在类似情形下检察机关仅可以作相对不起诉处理或者法院作免于刑事处罚处理^⑯。不同地区的不同规定在实践中导致了相同或相似案情下犯罪嫌疑人得到的处遇不同,比如酒精含量在100mg/100ml以下且系初犯、偶犯、认罪认罚、无从重处罚情节的醉驾行为人在贵州地区会得到法定不起诉的处理,但在湖南、天津等地只能得到相对不起诉的处理。

^⑭ 该地区自2011年5月至2021年8月每年醉驾案件审查起诉人数依次为99人、233人、422人、496人、736人、1299人、1529人、3957人、4140人、3268人、2529人,不起诉人数依次为1人、2人、2人、4人、8人、20人、57人、422人、339人、211人、219人。

^⑮ 参见浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅《关于办理“醉驾”案件若干问题的会议纪要》(浙高法〔2019〕151号);贵州省高级人民法院、贵州省人民检察院、贵州省公安厅《关于办理醉酒驾驶案件的会议纪要》(黔检发〔2020〕3号);重庆市高级人民法院、重庆市人民检察院、重庆市公安局《关于办理危险驾驶犯罪案件法律适用及证据规范问题的座谈会综述》(渝检会〔2018〕15号)。

^⑯ 参见湖南省人民检察院《关于危险驾驶(醉驾)犯罪案件不起诉的参考标准(试行)》(2019年1月11日印发);四川省高级人民法院《关于常见犯罪量刑指导意见(二)细则》(川高法〔2017〕60号);天津市高级人民法院《关于扩大量刑规范化罪名和刑种的量刑指导意见(试行)》(津高法发〔2016〕71号);湖北省高级人民法院《关于扩大量刑规范化罪名和刑种的量刑指导意见(试行)》(湖北省高级人民法院审判委员会于2016年6月29日审议通过)。

此外,在法定不起诉的适用理由上地区差异也同样存在。为了解醉驾案件法定不起诉的具体实践状况,笔者在小包公法律实证研究平台数据库检索了2021年各地检察机关法定不起诉的76起醉驾案件,具体适用情形及所占比例如下表:

法定不起诉的具体理由	没有犯罪事实	犯罪嫌疑人死亡	情节显著轻微、危害不大	超过追诉时效	总计
案件数量	22	16	31	7	76
占比	28.95%	21.05%	40.79%	9.21%	100%

从上表中可以看出,情节显著轻微、危害不大在法定不起诉的理由中出现的频次最多,占比最高,没有犯罪事实的理由次之。但具体考察基于这两种理由作出的法定不起诉决定书,可以发现不同地区的检察院在相似案情下作出法定不起诉的理由却不相同,这种情况在两类案件中最为突出:一类是挪车/倒车型醉驾案件,有的检察院认为其不属于在公共道路上行驶,应认定为没有犯罪事实,^{①7}有的检察院则认为其属于情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪;^{①8}另一类是送医型醉驾案件,有的检察院认为其属于紧急避险行为,不构成犯罪,^{①9}有的检察院则认为其属于情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪^{②0}。

上述现象出现的原因,一是法律和司法解释对于醉酒型危险驾驶罪的构成要件出罪缺乏明确规定,比如在封闭的小区内短距离行驶或者在停车场上短距离挪车究竟是否属于在公共道路上行驶,为急救病人醉酒驾驶是否属于紧急避险行为等等。二是对于但书出罪究竟能否适用于作为抽象危险犯的醉驾案件在实践中的认识仍不统一。尽管《量刑指导意见(二)》对此作出了肯定回答,但理论上仍存在较大争议,^{②1}各地区规定也不一致,并由此导致了不同地区做法上的差异。

2. 相对不起诉的适用比例不平衡

实践中,相对不起诉是检察机关作出的主要不起诉类型。随着醉驾案件数量的逐年增长以及《量刑指导意见(二)》的出台,虽然法定不起诉和证据不足不起诉的适用有所增加,但相对不起诉的急剧攀升是醉驾案件不起诉率大幅提高的主要原因。^{②2}尽管相对不起诉的适用率提升在各地具有普遍性,但从目前收集的数据来看,其适用比例在各地的差异十分悬殊:前述我国某中部地区地级市醉驾案件相对不起诉占醉驾案件比例最

^{①7} 参见青海省门源回族自治县人民检察院(2021)门检刑不诉1号不起诉决定书;福建省厦门市思明区人民检察院(2021)思检刑二刑不诉Z11号不起诉决定书;等等。

^{①8} 参见湖北省宣恩县人民检察院(2021)鄂宣检刑不诉27号不起诉决定书;山东省济南市历下区人民检察院(2021)济历下检一部刑不诉58号不起诉决定书;等等。

^{①9} 参见河北省文安县人民检察院(2021)文安县检刑不诉2号不起诉决定书。

^{②0} 参见陕西省延安市宝塔区人民检察院(2021)宝塔检刑不诉18号不起诉决定书;上海市浦东新区人民检察院(2021)沪浦检刑不诉48号不起诉决定书。

^{②1} 参见杨柳:《醉驾出罪依据论——以〈关于常见犯罪的量刑指导意见(二)〉为分析对象》,载《法商研究》2018年第1期,第51-59页;李鑫:《“醉驾”出罪理由的教义学形塑》,载《西部法学评论》2020年第4期,第124-133页。

^{②2} 以前述笔者调研的某地级市人民检察院为例,2018年前后作出的法定不起诉和证据不足不起诉分别增长了2.5倍和0.4倍,但相对不起诉增长了11倍,相对不起诉占不起诉案件的比例从2017年的56.14%增长到2018年的90.76%。

高为2018年的9.68%;在我国东部沿海某省该比例同期已高达36.51%,^{②③}其中适用比例最高的某区甚至高达62%^{②④};在我国西部地区某市该比例仅为3.95%,^{②⑤}而同在西部地区的某省2020年醉驾案件相对不起诉率则达到了54.57%^{②⑥}。

醉驾案件相对不起诉适用比例出现如此大的地区差异,究其原因主要在于各地对《量刑指导意见(二)》规定的“犯罪情节轻微不需要判处刑罚”的标准把握不一致,比如有的地区将酒精含量在170mg/100ml以下,认罪认罚,没有从重处罚情节作为犯罪情节轻微,可以作相对不起诉处理的标准,^{②⑦}有的地区则将相对不起诉的酒精含量标准界定为150mg/100ml,^{②⑧}还有的地区将此标准界定为100mg/100ml^{②⑨}。于是,在酒精含量相近,其他情节类似的情况下,醉驾行为人在不同地区可能得到的处理结果就存在着法定不起诉、相对不起诉、定罪免刑或者定罪处刑的悬殊区别。

3. 附条件不起诉的隐性存在

相对不起诉虽然可以对犯罪情节较为轻微的醉驾行为人予以出罪处理,但其毕竟是一种“一次性”行为,一旦作出就无法再督促行为人积极悔改,在犯罪的特殊预防方面具有先天不足,^{③⑩}因此目前许多地区都在积极探索对拟作出相对不起诉处理的醉驾行为人适用社会公益服务机制。比如浙江温州的瑞安市于2017年10月出台了《关于“醉驾”案件实行购买公益服务落实不起诉的意见(试行)》,规定让符合相对不起诉条件的犯罪嫌疑人参加社会公益服务,接受法治教育,最后检察院以其综合表现为参考决定是否作不起诉处理;^{③⑪}四川省资阳市雁江区人民检察院联合市公安交警支队于2020年5月印发了《关于办理轻微醉酒型危险驾驶拟不起诉案件适用社会公益服务的实施意见(试行)》,对拟决定不起诉的轻微醉驾行为人,须通过社会公益服务检验其“认罚”情况;^{③⑫}河南省人民检察院于2020年7月出台了《关于积极参与社会治理提升醉驾案件相对不起诉质效的指导意见》,规定人民检察院对犯罪情节轻微、真诚认罪悔罪、拟不起诉的醉

②③ 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》,载《法学》2020年第3期,第112页。

②④ 参见蔡巍:《“醉驾”不起诉裁量权的适用及完善》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期,第53页。

②⑤ 参见胡立平:《“醉驾”的入罪与出罪》,载《法律科学》2021年第6期,第102页。

②⑥ 参见赵志峰:《甘肃检察机关落实慎诉理念治理醉驾出新招》,载《法治日报》2021年8月23日,第3版。

②⑦ 根据浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅《关于办理“醉驾”案件若干问题的会议纪要(2019年)》,醉酒驾驶机动车,酒精含量在170mg/100ml以下,认罪悔罪,且无该纪要中规定的8种从重情节,犯罪情节轻微的,可以不起诉或者免于刑事处罚。

②⑧ 根据湖南省人民检察院《关于危险驾驶(醉驾)犯罪案件不起诉的参考标准(试行)》,醉酒驾驶机动车,血液酒精含量在150mg/100ml以下,且没有本参考标准第5条规定的从重处罚情节的,可以适用相对不起诉。

②⑨ 根据天津市高级人民法院《关于扩大量刑规范化罪名和刑种的量刑指导意见(试行)》,醉酒程度在100mg/100ml以下且系初犯,认罪、悔罪,未造成其他损失或后果的,可以考虑免于刑事处罚。

③⑩ 参见李辞:《论附条件不起诉与酌定不起诉的关系》,载《法学论坛》2014年第4期,第117页。

③⑪ 参见浙江省瑞安市人民检察院课题组:《醉驾附条件相对不起诉之探讨——以“瑞安模式”为蓝本的分析》,载《犯罪研究》2020年第6期,第50页。

③⑫ 姚永忠:《轻微醉驾相对不起诉一放了之? 四川雁江推行新门槛:公益服务不低于40小时》,载腾讯网, <https://new.qq.com/rain/a/20200904A0M4H300>, 2021年10月15日访问。

驾案件犯罪嫌疑人,可以根据具体情况进行教育、矫正^{③③}。此外,海南、甘肃、福建福州、湖南宁乡等多地也在探索将轻微醉驾行为人进行公益服务作为不起诉的条件。上述各地检察机关对醉驾不起诉适用社会公益服务机制的探索虽然各具特色,但也有很多相似之处,比如均将行为人从事公益服务的表现作为决定是否对其作相对不起诉处理的重要依据;对行为人适用的公益服务内容多与交通管理有关,比如担任义务交通劝导员、义务交规宣传员、客运站义务安检员或者交通事故医疗护工;均与交警部门、社区或者志愿服务组织建立合作机制,由后者负责对行为人从事公益服务的监督、考察;公益服务的考察期普遍较短,最短的仅要求行为人进行2天的公益服务,最长的考察期也未超过半个月。

从合法性的角度来看,实践中对醉驾案件不起诉公益服务的探索已经超出了《刑事诉讼法》所规定的相对不起诉适用条件,无论是在不起诉决定作出的过程上还是在实质价值追求上都更接近于附条件不起诉,从出发点和效果上显然优于对行为人直接作相对不起诉,因此尽管欠缺形式上的合法性,但具有实质上的正当性。为了解决这种不起诉的合法性问题,有的地区将此种附加公益服务要求的不起诉称为“附条件相对不起诉”。^{③④}但是禁锢于相对不起诉中的“附条件不起诉”存在着以下两个明显缺陷:一是容易混淆不具有特殊预防必要性和有特殊预防必要性的行为人,从而给前者增加额外的负担并导致不公正现象的发生。比如有观点认为在考虑醉驾案件附条件不起诉的具体情节时,对于醉酒驾驶非本人所愿而是存在紧急事由,比如送危重病人就医或由于遭受不法侵害被迫驾车逃离的,可以适用附条件不起诉来免刑。^{③⑤}事实上,这种情形下的嫌疑人主观上并不具有一般醉驾行为人所具有的规则意识淡漠、侥幸逃避法律制裁的特点,因此尽管其行为有一定的危险性,但行为人的预防必要性很小,并不需要采用附条件不起诉的方式对其免刑。二是附加的公益服务考察期过短,难以对行为人产生真正的教育、预防作用。我国《刑事诉讼法》第283条针对未成年犯罪嫌疑人设置的附条件不起诉考察期最短为六个月,其目的就是为了能够在一个较为长期的监督考察过程中促使未成年犯罪嫌疑人改变以往的不良行为模式,以帮助其回归社会并防止再次实施违法犯罪行为。要求成年醉驾行为人从事公益服务的目的,则在于使其深刻认识醉驾行为的危险性并增强其规则意识,以避免再次实施酒驾或醉驾行为,虽然未必需要类似于未成年人那么长的考察期,但仅仅数日显然不足以实现这种特殊预防的效果。

综上所述,目前我国醉驾案件程序出罪存在着公安机关微罪处分权形同虚设、检察机关法定不起诉与相对不起诉界限不清、相对不起诉适用比例地区差异悬殊、附条件不起诉有实无名的司法现状。出现上述问题的原因既有法律规范上的缺陷,也有执法司法主体认识上的不统一,但根本原因在于针对醉驾案件程序出罪的理论研究不足,尚不能为立法和司法实践提供足够的指导。

^{③③} 根据该指导意见,这里的教育、矫正措施包括学习、宣传交通法规,参与文明交通执勤、志愿者服务等社会公益活动,进行困难人群帮扶、社区卫生清洁等社区公益服务。

^{③④} 参见前注^{③①},浙江省瑞安市人民检察院课题组文,第51页。

^{③⑤} 参见前注^{③①},浙江省瑞安市人民检察院课题组文,第55-56页。

三、醉驾案件程序出罪的理论反思

近年来,在积极主义刑法观和风险刑法理论的影响下,我国呈现出明显的立法扩张和法益保护前移的预防性刑法发展趋势,其中最为典型的例证便是作为抽象危险犯的醉驾行为入刑。抽象危险犯在司法适用中面临着许多问题,比如主观认定模糊、轻微行为难以排除犯罪、刑行融合与交叉等等,并均指向了严格的、过广的入罪趋势。^{③⑥}可以说,刑法上规定了以醉酒型危险驾驶罪为代表的抽象危险犯,改变了我国一直以来以罪量因素为核心的行政法与刑法的二元制裁体系。为解决抽象危险犯所带来的刑法工具化^{③⑦}和对公民自由可能造成的不当干预,我国刑法学者提出了许多理论以求对抽象危险犯进行立法和司法上的限缩。^{③⑧}然而,这种实体法上的立法动态和趋势对我国程序法的理论研究尚未产生相应的影响,换言之,目前的程序法理论尚未对这种预防性刑法作出相应的回应。事实上,我国以往的程序法理论均建构在传统刑法基础之上:在行政制裁与刑事制裁的二元治理模式之下,能进入刑事诉讼的案件均为情节较为严重的犯罪行为,尽管刑事诉讼法通过相对不起诉制度给检察机关预留了一定的出罪裁量空间,但实践中这种裁量权的行使受到严格的约束并体现为相较于其他国家而言较低的不起诉率。^{③⑨}党的十八届四中全会提出完善认罪认罚从宽制度以来,提高诉讼效率即成为近年来刑事司法改革的重心。在效率价值导向下,认罪认罚从宽制度无论在理论上还是在实践中都日益成为一种快速定罪机制,以应对持续增长的案件压力,缓解司法资源的紧张态势。然而这种以效率为导向的程序设计忽略了预防性刑法所带来的大量轻微的、没有造成任何实际损害结果的行为被纳入犯罪圈这一现实状况。尽管认罪认罚的被告人得到了简便、快捷的案件处理方式和较为宽缓的处罚结果,但仍无法摆脱犯罪记录给自己及家人造成的消极影响,而当这种消极影响波及数以十万、甚至百万计的个人和家庭时,国家和社会治理无疑会面临很大的困难和压力。基于这一现状,我们有必要在程序法理论方面进行相应的反思和调整。

(一) 预防性刑法下的刑事诉讼结构调整

在传统刑法影响之下,我国刑事诉讼始终呈现圆柱状结构,即在犯罪事实清楚、证据确实充分的条件下,公安机关侦查终结的案件一般都会进入审查起诉阶段,检察机关审查起诉的案件一般都会进入审判阶段,进入审判阶段的案件一般都会以有罪判决告终。近年来,在宽严相济刑事政策和认罪认罚从宽制度的影响下,检察机关相对不起诉的案

③⑥ 参见姜涛、柏雪淳:《刑法中抽象危险犯的立法限缩路径研究》,载《中国高校社会科学》2021年第2期,第91-94页。

③⑦ 参见魏昌东:《新刑法工具主义批判与矫正》,载《法学》2016年第2期,第89页。

③⑧ 参见李川:《抽象危险犯自身谦抑机制研究——以醉驾案件具体危险犯化认定倾向为视角》,载《政治与法律》2013年第12期,第60-69页;蓝学友:《规制抽象危险犯的新路径:双层法益与比例原则的融合》,载《法学研究》2019年第6期,第134-149页。

③⑨ 参见郭烁:《酌定不起诉制度的再考查》,载《中国法学》2018年第3期,第235页。

件比例虽有所提升,^⑩但总体上仍停留在10%左右,并未在根本上改变刑事诉讼结构圆柱状的基本形态。这种圆柱状的诉讼结构与我国行政制裁和刑事制裁并立的二元模式基本上是适应的,即进入追诉程序的刑事案件一般为情节较为严重的犯罪行为,司法机关出罪的空间很小。与域外漏斗型或倒金字塔型的诉讼结构相比,我国圆柱状的诉讼结构在入罪方面的功能显然很强。但也应该认识到,域外大多数国家比如英、美、法、德、日等国的刑法均采用“立法定性+司法定量”的犯罪界定模式,即“国外刑法所规定的犯罪没有量的限制”,这“成为国外司法机关充分行使出罪权的最重要理由”。^⑪因此,在我国原有的“立法定性加定量”的犯罪界定模式之下,圆柱状的诉讼结构是适当的,域外国家漏斗型诉讼结构下的高不起诉率对我国而言既不必要也不可能。^⑫

然而,我国刑法界定犯罪的模式已有很大改变。自1997年《刑法》修订以来,肇始于1999年的11次刑法修正案通过降低犯罪门槛、新增罪名的方式不断扩大犯罪圈,如以醉驾为代表的抽象危险犯入刑,扒窃和入户型盗窃取消量的限制,高空抛物、抢夺公交车方向盘、冒名顶替等行为入刑等等。这些新罪名的增加一方面使我国的刑事法网从以前的重刑重罚、厉而不严向着轻刑轻罚、严而不厉的模式转变,从而造就了事实上的轻罪(微罪)体系;另一方面也在一定程度上模糊了行政制裁与刑事制裁之间的界限,尤其是以抽象危险犯为代表的预防性刑法,在一定程度上甚至改变了以往立法定性加定量的犯罪界定模式。如果将这些轻微刑事案件一概纳入原有的圆柱状诉讼结构之中,一则会导致刑事司法系统不堪重负,二则有违刑事司法的谦抑性原则。因此,针对以醉驾为主的轻微犯罪,我国有必要进行诉讼结构上的调整,即强化司法程序的出罪功能,使原有的圆柱状诉讼结构向漏斗型诉讼结构转化。

(二) 程序出罪的基本理据

对于实体法上已经构成犯罪之人,在司法上作非犯罪化处理,需要具备足够的理由和依据,这种理由和依据是相关机关行使出罪裁量权的基准。域外国家对此基准的界定并不完全相同,有的国家比如英国和德国将此基准明确界定为公共利益标准,^⑬有的国家比如日本将此基准界定为追诉必要性标准,^⑭也有国家比如韩国将此基准与刑法中的量刑考虑因素相结合^⑮。尽管上述标准所使用的文字表述有所差异,但从具体的考量因素来看,均包含了犯罪的性质、罪行的轻重、嫌疑人的人身情况以及犯罪后的表现、犯罪给被害人和社会造成的影响等方面,从内容上来看与刑罚裁量并无不同。正是基于这一特点,

^⑩ 根据2014年至2021年最高人民检察院工作报告,全国检察机关相对不起诉的比例从2013—2015年的4%逐渐提升到2019年的7%,2020年提升到11%。

^⑪ 参见张明楷:《司法上的犯罪化与非犯罪化》,载《法学家》2008年第4期,第73-74页。

^⑫ 参见前注⑪,张明楷文,第74页。

^⑬ 参见[英]约翰·斯普瑞克:《英国刑事诉讼程序》,徐美君、杨立涛译,中国人民大学出版社2006年版,第97页;《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译:《世界各国刑事诉讼法(欧洲卷)》(上),中国检察出版社2016年版,第284页。

^⑭ 参见日本《刑事诉讼法》第248条,载《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译:《世界各国刑事诉讼法(亚洲卷)》,中国检察出版社2016年版,第339页。

^⑮ 参见韩国《刑事诉讼法》第247条,载前注⑭,《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译书,第252页。

德国学者魏根特将轻罪不起诉（包括附条件不起诉）视为检察官行使量刑权的主要方式之一。^{④6}

我国能够为轻微刑事案件程序出罪提供法律依据的条文主要是《刑事诉讼法》第112条和第177条第2款，从文字表述上来看，同样要求公安司法机关在事实清楚的基础上，对犯罪情节是否显著轻微或者轻微、是否需要追究刑事责任或者是否需要刑罚处罚进行裁量。但是，何为情节轻微、何为不需要追究刑事责任或不需要刑罚处罚，应如何进行判断，目前并没有十分明确的界定。在原有的圆柱状诉讼结构之下，这些条款也未能充分发挥其出罪功能。此处，笔者拟引入需罚性理论对以上法律条款进行教义学解释，以求为漏斗型诉讼结构的建立提供相应的理论依据。需罚性理论是近年来我国学者在借鉴域外刑法理论的基础上提出的一种新的有关犯罪论体系的理论，^{④7}根据该理论，传统的以应罚性为核心的犯罪论体系解决的是行为人的行为在刑法上是否构成犯罪的问题，而需罚性则从刑事政策的角度出发，对于具有应罚性的行为，进一步追问“行为人是否需要作为犯罪处理”，即从预防必要性或比例原则出发，判断行为人的行为在司法上有没有作为犯罪处理的必要性。^{④8}

需罚性理论对刑罚处罚必要性的强调为轻微犯罪的出罪提供了坚实的理论依据，但是将其纳入犯罪论体系之下则存在明显弊端：其一，容易导致应罚性判断与需罚性判断的混淆。从性质上来讲，应罚性属于是否构成犯罪的判断，需罚性则属于是否需要刑罚处罚的判断，需罚性判断应建立在行为具有应罚性即构成犯罪的基础之上，换言之，如果行为不构成犯罪，也就谈不上对行为人的需罚性进行判断。因此，应罚性属于犯罪论体系之内而需罚性属于刑罚论体系之内，将应罚性与需罚性共同置于犯罪论体系之内会导致二者的混淆：比如认为但书条款出罪包含了需罚性的内容，^{④9}这里就包含着逻辑悖论，以但书条款出罪本身就是认定行为不构成犯罪，也就是不具备应罚性，既然不构成犯罪就谈不上对行为人进行需罚性判断，又何来“包含了需罚性的内容”之说？如果认为但书条款出罪包含了需罚性的判断，那又如何区分但书条款与《刑法》第37条免刑条款之间的差异？其二，容易导致实体法上的无罪与司法处理上的无罪相混淆。司法处理上的无罪，即司法上的非犯罪化，是指“在规定犯罪的刑法条文没有变化的情况下，司法机关基于某种原因，将原本属于刑法规定的犯罪行为，不以犯罪行为论处”^{⑤0}。因此，基于应罚性判断认定行为人的行为不构成犯罪，属于实体法上的无罪，是纯粹的、绝对的无罪；而基于需罚性判断对行为人作出罪处理，则属于司法处理上的无罪，是相对的无罪。^{⑤1}如果将应罚性与需罚性共同置于犯罪论体系之下，则会导致这两种无罪的混淆，比

④6 See Thomas Weigend, *No News Is Good News: Criminal Sentencing in Germany since 2000*, Crime and Justice: A Review of Research, Vol.45, p.85 (2016).

④7 参见姜涛：《刑法中的犯罪合作模式及其适用范围》，载《政治与法律》2018年第2期，第100-101页。

④8 参见姜涛：《需罚性在犯罪论体系中的功能与定位》，载《政治与法律》2021年第5期，第108页。

④9 参见前注④8，姜涛文，第116页。

⑤0 前注④1，张明楷文，第70页。

⑤1 参见刘科：《“法益恢复现象”：适用范围、法理依据与体系地位辨析》，载《法学家》2021年第4期，第169-170页。

如认为对于没有需罚性的行为,可以由法院宣告无罪或由检察院作出不起诉决定。^{⑤2}正是基于这两种无罪的区分,域外国家对于缺乏需罚性(可罚性)的案件基本上是以警察撤销案件、检察机关不起诉或法院作出形式裁判^{⑤3}(比如暂缓判决、停止程序、允许撤销指控等)的程序性方式来处理,鲜见有法院直接宣告被告人无罪的实体性处理方式。

基于以上分析,笔者认为应将需罚性理论置于刑罚论而非犯罪论的体系之下,并将其作为轻微犯罪程序出罪而非实体出罪的理论依据。根据需罚性理论,对于已经构成刑法上的犯罪之人,司法机关仍需从刑事政策或者比例原则的角度来考察对其适用刑罚的必要性,如果认为其不具有刑罚处罚的必要性,或者采取其他非刑罚方法就可以实现刑罚处罚目的,则可以对其进行程序出罪。

需罚性理论将程序出罪的基准建立在刑罚必要性的考量之上,那么在具体案件中应如何判断行为人是否具有刑罚必要性呢?对此,纯粹的报应刑判断和纯粹的预防刑判断都存在着明显的弊端,相比较而言,刑罚并合主义更具有合理性。根据这一理论,“预防刑论往往导致刑罚过重,报应刑论正好给刑罚划定了上限,使得刑罚不得超出报应的范围;但报应刑论导致从预防角度而言不需要判处刑罚时也必须科处刑罚,预防刑论正好解决了这一问题:如果没有预防犯罪的效果或者从预防犯罪的角度而言不需要判处刑罚,就不应当判处刑罚,这为免除刑罚处罚找到了根据”^{⑤4}。因此量刑应当是报应刑(责任刑)与预防刑的统一。根据刑罚并合主义理论,司法机关在进行需罚性判断时,首先应考虑犯罪嫌疑人、被告人所涉嫌实施的犯罪行为的报应刑(责任刑)部分,然后在报应刑的范围内考虑特殊预防的必要性。因此,只有在报应刑较轻且不具有特殊预防必要性或者有其他非刑罚方法能够实现特殊预防目的的情况下,才能判断其不具有需罚性,也才能在此基础上作程序出罪的处理。

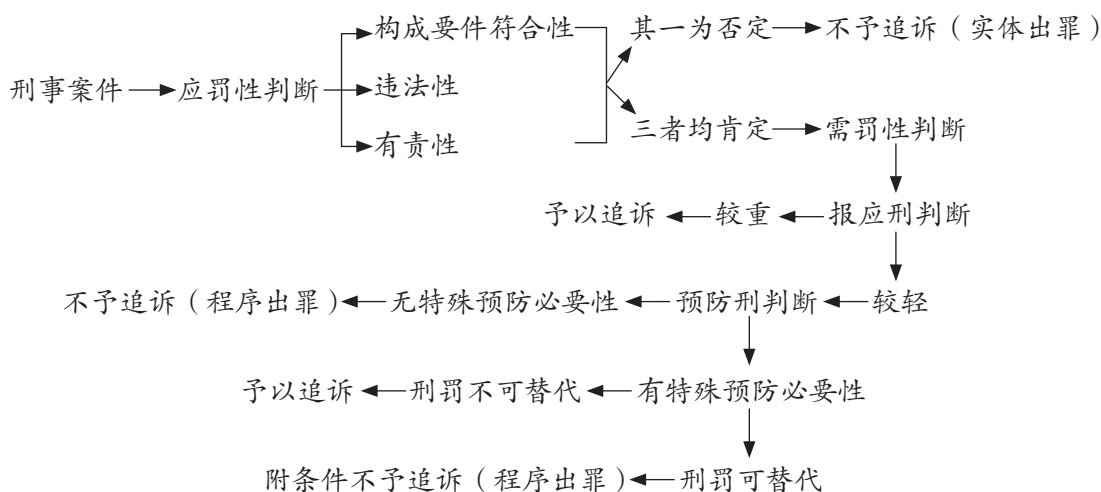
(三) 程序出罪的基本逻辑

基于上述需罚性理论,刑事案件程序出罪的基本逻辑为:首先,应对案件进行应罚性判断,即犯罪嫌疑人、被告人受到指控的行为是否构成犯罪,具体包括构成要件符合性、违法性、有责性三个层面的判断,其中如果有一项是否定性判断,则意味着行为人不构成犯罪,不应追诉。其次,在肯定应罚性的基础上,对案件进行需罚性判断,具体包括报应刑和预防刑两个层面:对于报应刑较重的案件应予以追诉;对于报应刑较轻的案件,则需进行预防刑即特殊预防必要性的判断:对于有特殊预防必要性、需要适用刑罚处罚的,应当予以追诉;对于有特殊预防必要性,但适用非刑罚方法即可实现特殊预防目的的,应附条件不予追诉;对于无特殊预防必要性的,应直接作出不予追诉的处理。以上基于应罚性判断作出的不予追诉处理是实体出罪路径,基于需罚性判断作出的不予追诉处理则属于程序出罪路径。上述逻辑可以通过以下流程图予以呈现:

^{⑤2} 参见前注^{④8},姜涛文,第120页。

^{⑤3} 参见曾文科:《免除刑罚制度的比较考察》,载《法学研究》2017年第6期,第51页。

^{⑤4} 张明楷:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第80页。



（四）程序出罪的裁量权配置

由于程序出罪中特殊预防必要性的判断和刑罚是否可替代的判断赋予了办案机关较大的自由裁量权,这种权力应当由哪个或哪些机关来行使,涉及到国家司法权的分配、行使与制约。从域外立法和司法实践来看,各个国家或地区没有统一的模式可以遵循。从诉讼阶段上来看,程序出罪既可以发生在审前阶段,也可以发生在审判阶段。具体而言,审前阶段的程序出罪主要通过警察机关行使不移送或撤销案件的权力以及检察机关行使不起诉的权力来实现,而审判阶段的程序出罪则通过法院作终止审理、驳回起诉、暂缓判决等方式来实现。

从总体上来看,警察机关行使程序出罪的权力受到较为严格的约束:有的国家比如德国没有赋予警察这项权力;有的国家比如日本和法国仅赋予警察对轻微罪的处分权,且要求经过检察机关批准;^{⑤⑤}有的国家比如英、美等国则赋予警察较为广泛的程序出罪权力,英国警察有权对符合条件的成年人采取非正式或正式警告、对涉罪未成年人予以训诫或警示,对涉及道路交通犯罪者发出定罚通知等,^{⑤⑥}这些替代起诉的方式不需要经过检察机关或法院的批准或同意。检察机关是许多国家程序出罪的主要权力行使者:英、美、法、德等国家的检察官既拥有对轻微案件直接作出不起起诉处分的权力,也有对符合规定的案件作附加条件的不起起诉处分的权力;^{⑤⑦}日本和韩国则赋予了检察官在综合考虑行为人和犯罪的各种情况的基础上,直接裁量不起起诉的权力^{⑤⑧}。法院的程序出罪权力也在一些

^{⑤⑤} 参见日本《刑事诉讼法》第246条,载前注④,《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译书,第339页;法国《刑事诉讼法》第41-1条,载前注④,《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译书,第551页。

^{⑤⑥} 参见前注④,约翰·斯普瑞克书,第91-95页。

^{⑤⑦} 参见甄贞:《英国附条件警告制度及其借鉴意义》,载《法学家》2011年第4期,第151-163页;Thomas E.Ulrich, *Pretrial Diversion in the Federal Court System*, *Federal Probation*, Vol.66, p.30(2002);前注④,《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译书,第551、284页。

^{⑤⑧} 参见前注④,《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译书,第339、252页。

国家得到认可,比如美国的暂缓有罪宣告或判决前缓刑,^{⑤⑨} 韩国的“刑的缓期宣告”和保护观察,^{⑥⑩} 德国的“法院停止程序”,^{⑥⑪} 意大利、德国等针对涉罪未成年人的“暂缓判决”^{⑥⑫} 和“缓科”^{⑥⑬} 等。

如前所述,我国《刑事诉讼法》赋予了公安机关在立案阶段、人民检察院在审查起诉阶段的程序出罪权力。但是公安机关在立案阶段的微罪处分权在实践中并未发挥相应的出罪作用。人民检察院依照《刑事诉讼法》第 282 条所拥有的附条件不起诉权力仅限于未成年人刑事案件,难以适用于一般的醉驾案件。目前仅有人民检察院的相对不起诉承担着醉驾案件程序出罪的功能。相对不起诉适用于“犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者可以免除刑罚的”情形。从需罚性理论的角度来看,这一规定包含了无特殊预防必要性和刑罚可替代两种情形,但从程序上却并未对此进行区分,即统一适用于直接作不起诉决定的程序之中,这就给实践中需要对醉驾案件作附加条件不予追诉的处理带来了程序上的障碍,造成了对醉驾行为人考察期过短、考察流于形式的窘境。根据我国《刑法》第 37、72 条的规定,人民法院对于经审理认定构成犯罪,但情节较轻,无刑罚处罚必要性或无刑罚执行必要性的被告人,有判处免刑或者宣告缓刑的权力。尽管这种权力仅具有出刑功能而不具有出罪功能,但从需罚性理论来看,这种出刑本身就蕴含着出罪的必要性与可能性,^{⑥⑭} 只不过这种出罪应当是一种程序上的出罪,不应通过法院作无罪判决的方式来实现。

四、醉驾案件程序出罪的路径完善

完善我国醉驾案件程序出罪的路径主要包括区分醉驾案件的实体出罪和程序出罪、完善现有的程序出罪路径、挖掘潜在的程序出罪路径等方面。

(一) 区分醉驾案件的实体出罪与程序出罪

我国司法实践中存在的醉驾案件法定不起诉适用标准不统一以及法定不起诉与相对不起诉的界限难区分的问题,在根源上产生于醉驾案件实体出罪与程序出罪的混淆。根据前述需罚性理论,醉驾案件的程序出罪是需罚性判断的结果,其以应罚性判断为基础,对不具有应罚性的醉驾案件进行实体出罪,只有在醉驾案件具有应罚性,即行为构成犯罪的前提下,才涉及到需罚性判断和程序出罪的问题。

^{⑤⑨} See Margaret Colgate Love, *Alternatives to Conviction: Deferred Adjudication as a Way of Avoiding Collateral Consequences*, *Federal Sentencing Reporter*, Vol.22, p.6-16 (2009).

^{⑥⑩} 参见韩国《刑法》第 59-61 条,载[韩]金永哲译:《韩国刑法典及单行刑法》,中国人民大学出版社 1996 年出版,第 11 页。

^{⑥⑪} 参见德国《刑事诉讼法》第 153、153b 条,载前注^{④③},《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译书,第 284-285 页。

^{⑥⑫} 参见意大利《少年刑事诉讼法》第 28、29 条,转引自杨旭:《意大利少年暂缓判决制度及对我国的借鉴》,载《青少年犯罪问题》2015 年第 3 期,第 104 页。

^{⑥⑬} 参见德国《少年法院法》第 27 条,载前注^{④③},《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译书,第 356 页。

^{⑥⑭} 参见姜涛:《从定罪免刑到免刑定罪:论刑罚对犯罪认定的制约》,载《政治与法律》2019 年第 4 期,第 26-30 页。

醉驾案件的应罚性判断主要包括犯罪构成要件符合性、违法性和有责性的判断,其中是否包括但书情形的判断?基于醉驾的抽象危险犯性质以及立法上没有罪量因素要求的现状,笔者赞同学界有关醉驾案件不能适用但书出罪的观点,并且认为实践中适用但书出罪的情形完全可以通过构成要件符合性、违法性和有责性的判断来实现实体出罪的效果。具体而言,不符合法定犯罪构成要件的情形包括行为人未醉酒、无驾驶行为、驾驶的是非机动车、驾驶机动车在非公共道路行驶等情形;^⑥不具有违法性包括为送病人就医、逃避不法侵害、见义勇为等而构成紧急避险情形;不具有有责性包括行为人未达刑事责任年龄或不具有刑事责任能力等情形。对于具有以上情形的犯罪嫌疑人、被告人,公安司法机关应及时作出实体出罪处理,比如不立案、撤销案件、法定不起诉或者宣告无罪。

对于具有应罚性的醉驾案件,不应一律入罪入刑,在此基础上应继续进行需罚性判断,即从报应刑和预防刑角度对醉驾案件的刑罚必要性和可替代性进行判断。对于报应刑较重的案件,应依法予以起诉和审判。对于报应刑较轻的案件,继续进行预防刑的判断:对于有特殊预防必要性且刑罚不可替代的,应当予以起诉和审判;对于有特殊预防必要性但有其他非刑罚方法可以替代的,可以附条件不予追诉;对于没有特殊预防必要性的,可以直接作出不予追诉的处理。

(二) 完善现有的程序出罪路径

基于公安机关微罪处分权的虚置和检察机关不起诉处分权的模糊之现状,完善醉驾案件现有的程序出罪路径主要包括公安机关微罪处分权的合理化和检察机关不起诉处分权的精细化。

1. 公安机关微罪处分权的合理化

检视我国《刑事诉讼法》第112条有关立案和不立案条件的规定,存在一定的逻辑问题:以需要/不需要追究刑事责任作为立案/不立案的条件,不符合立案作为刑事诉讼开始阶段的性质。作为犯罪的法律后果,原则上只要构成刑法上的犯罪,行为人就应当承担刑事责任,除非具有《刑事诉讼法》第16条规定的不追究刑事责任的情形。但应当承担刑事责任不等于需要追究刑事责任,后者属于需罚性判断的范畴,因此“犯罪事实显著轻微”应从报应刑与预防刑两个角度来衡量,其中的“犯罪事实”既包括影响报应刑的事实也包括影响预防刑的事实,“显著轻微”既要求犯罪行为本身很轻微,也要求行为人的特殊预防必要性极小。因此,有关是否需要追究刑事责任的判断必须以查明与定罪量刑有关的一切情况为前提。立案只是刑事诉讼的开端,在公安机关尚未对案件进行侦查之前,要求其作出是否需要承担刑事责任的判断显然是不合理的。故笔者认为我国的立案条件应改为“有犯罪事实应当追究刑事责任”,不立案的条件应改为“没有犯罪事实或者有依法不应当追究刑事责任情形”。

^⑥ “未醉酒”包括未达到80mg/100ml的醉酒标准、非饮酒引起的酒精含量超标等情形;“无驾驶行为”包括醉酒后在车内休息未启动车辆、乘坐他人驾驶的车辆、将车辆交给醉酒的他人驾驶且不构成共犯等情形;“非机动车”包括两轮或三轮电动车、未达到机动车排放标准的摩托车等;“非公共道路”包括封闭的停车场或地下车库、封闭的小区或者禁止通行的封闭道路等。

立案条件的合理化意味着取消公安机关在此阶段的微罪处分权,那么我国刑事诉讼法是否应当保留公安机关的此项权力呢?对此问题需要立足于我国的理论和实践来回答。“不需要追究刑事责任”与“不需要刑罚处罚或者免于刑罚处罚”虽同属于需罚性判断的范畴,但两者之间存在着轻重的梯度区分。刑事责任与刑罚之间并不是对应关系,“刑事责任是以接受刑事法规定的惩罚和否定的法律评价为内容的法律责任”,刑事责任所承担的刑事法规定的惩罚既包括刑罚惩罚,也包括非刑罚处理方法的惩罚,同时也包括刑法和刑事诉讼法对犯罪行为和犯罪人的单纯的否定法律评价,即免于处罚和起诉。^{⑥6}不需要追究刑事责任不仅意味着不需要对行为人判处刑罚,也意味着对行为人不需要予以非刑罚处理,甚至不需要对行为人进行单纯的刑事法上的否定性评价,比如定罪免刑或者相对不起诉。^{⑥7}在我国原有的“立法定性加定量”的犯罪界定模式之下,基于罪量因素的要求,这种不需要追究刑事责任的情形几乎没有存在的空间,但是自《刑法修正案(八)》规定的醉驾、扒窃行为入刑以来,学界就一直存在醉驾、扒窃是否一律入罪入刑、能否适用但书出罪的争议。但是,与其在犯罪论体系下对此问题争论不休,不如运用需罚性理论在刑罚论体系之下通过程序出罪的方式来实现司法上的限缩和宽缓。即对于立法上只进行定性的犯罪行为,如果事实显著轻微,对行为人根本没有预防的必要性,不需要追究刑事责任的,可赋予公安机关侦查终结不移送案件的微罪处分权。为防止公安机关滥用这种处分权,可借鉴域外经验,在我国《刑事诉讼法》第162条增加规定:“公安机关对于侦查终结的案件,认为犯罪事实显著轻微,不需要追究刑事责任的,经同级人民检察院审查决定,可以不移送案件并作撤销案件处理。”

对于醉驾案件中哪些情况可以认定为“犯罪事实显著轻微,不需要追究刑事责任”,应当结合个案的具体情况,从行为人的醉酒程度、醉驾行为当时的主观心理状态、是否造成实际损害以及行为人的酒(醉)驾被处罚记录、实施醉驾行为之后的表现(是否自首、坦白、认罪认罚)等方面综合加以判断。具体而言,对于行为人血液酒精含量在80—100mg/100ml之间,不构成紧急避险的为送病人就医、逃避不法侵害或见义勇为、隔夜酒醒后开车、短距离挪车、主动放弃醉驾、自首等,没有造成实际损害后果,且犯罪嫌疑人属于初犯、偶犯且认罪认罚的,可以认定为犯罪事实显著轻微,不需要追究刑事责任。

2. 检察机关不起诉处分权的精细化

鉴于《刑事诉讼法》第177条第2款规定的“犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者可以免除刑罚”包含了无特殊预防必要性和刑罚可替代两种情形,应分别对应直接不起诉和附加条件不起诉两种程序出罪方式,故不应一概囿于直接作相对不起诉的单一程序之中,而应在此之外,增加附加条件不起诉的程序规定。

^{⑥6} 参见马克昌:《论刑事责任与刑罚》,载《法制与社会发展》1996年第2期,第33页。

^{⑥7} 相对不起诉建立在犯罪嫌疑人的行为构成犯罪的的基础之上,从实体的角度来看,相对不起诉也是对罪行为和犯罪人的一种否定性的评价,根据《刑法》第37条的规定,这种否定性评价不会导致刑罚的适用,但可以导致非刑罚处罚方法的适用。但是作为程序出罪机制,相对不起诉不等于有罪宣告,也不应该给被不起诉人带来犯罪标签影响和刑罚附随后果。

近年来,基于我国犯罪轻刑化趋势和认罪认罚从宽制度的推行,将附条件不起诉扩大适用至成年人案件的呼声日益高涨,^⑧但是相对不起诉与附条件不起诉之间的关系定位目前尚未形成一致认识。我国《刑事诉讼法》第282条规定的涉罪未成年人附条件不起诉制度通过规定可能判处的刑罚加悔罪表现的方式,将其与相对不起诉的适用条件相区分,但实践中这种区分很难把握并导致相对不起诉优先、附条件不起诉适用率低的状况。^⑨这种界定附条件不起诉适用条件的方式并不合理:如果经过报应刑与预防刑的综合评价,仍认为需要对被迫害人适用刑罚,则不应通过不起诉的方式对其进行程序出罪。从需罚性理论出发,无论是直接的相对不起诉还是附加条件的不起诉,都不需要对被迫害人予以刑罚处罚,二者的区别仅在于前者适用于不具有特殊预防必要性的情形,后者适用于有特殊预防必要性但刑罚可替代的情形。从本质上来说,这两种不起诉均是检察机关行使起诉裁量权的结果。我国有必要在裁量不起诉体系之下设置直接不起诉和附条件不起诉两种程序出罪方式,但二者在适用的刑罚条件上不应有所区分,即经过报应刑与预防刑的综合评价后,均不需要刑罚处罚或者可以免除刑罚处罚。考虑到一般只有法定刑较轻的案件才能达到这样的刑罚评价结果,而且我国司法实践中许多检察机关在办理相对不起诉案件时多将其适用条件理解为法定刑为3年以下有期徒刑的轻罪案件,^⑩因此,可将两种不起诉的适用范围限定于法定最高刑为3年以下有期徒刑、拘役、管制或者单处罚金的案件。

由于附条件不起诉要求犯罪嫌疑人在考察期内履行相应的附加义务,这会对犯罪嫌疑人的人身自由或者财产构成相应的限制,因此考察期限和附加条件的设定应符合特殊预防目的并且遵循比例原则。考虑到附条件不起诉适用范围的广泛性(包括自然人犯罪和单位犯罪),法律上可以对考察期限作较为宽松的规定,比如要求考察期限最短不少于三个月,最长不超过两年。所附加的条件可以从限制性、修复性、矫正性等方面来设定:限制性条件比如对犯罪嫌疑人的人身自由或财产进行一定的限制(禁止出入特定场所、禁止接触特定人员、禁止从事特定活动、暂扣驾驶证件或出入境证件等);修复性条件比如要求嫌疑人向被害人赔礼道歉、赔偿损失、修复关系,向受犯罪行为影响的社区捐款或者提供义务劳动等;矫正性条件包括接受戒瘾治疗或心理辅导,从事专门性的公益服务,制定相应的合规计划等等。

具体到醉驾案件,因其最高法定刑仅为拘役,原则上均可纳入是否适用不起诉的裁量范围之内。对于具有报应刑上的从重处罚情节的案件,比如有《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》(以下简称《意见》)第2条规定的前五种从

⑧ 参见何挺:《附条件不起诉扩大适用于成年人案件的新思考》,载《中国刑事法杂志》2019年第4期,第57-59页;闫召华:《认罪认罚不起诉:检察环节从宽路径的反思与再造》,载《国家检察官学院学报》2021年第1期,第140-141页。

⑨ 参见何挺:《附条件不起诉适用对象的争议问题:基于观察发现的理论反思》,载《当代法学》2019年第1期,第76页。

⑩ 参见彭东、张寒玉:《检察机关不起诉工作实务》,中国检察出版社2005年版,第157-159页。

重处罚情节的,^⑪应排除适用不起诉的可能性,依法提起公诉。对于不具有上述报应刑层面从重处罚情节的,可继续进行预防刑层面的判断,对于具有预防刑上的从重处罚情节比如上述《意见》第2条规定的第6、7项情形,或者犯罪嫌疑人不认罪认罚、没有悔罪态度或悔罪表现的案件,应视为有适用刑罚的必要性,依法提起公诉。对于不具有适用刑罚必要性的案件,则需进一步裁量适用直接不起诉还是附条件不起诉。这里涉及醉驾行为人是否具有特殊预防必要性的判断标准问题,前述包括浙江、贵州、湖南、湖北、天津等地均将血液酒精含量作为不起诉或者免于刑罚处罚的客观标准,笔者认为这样的设定并不合理:禁止酒后驾车是我国一项最基本的道路交通规则,行为人酒后驾车本身就是对这项规则的违反,无论其血液酒精含量是多少,在本质上都是规则意识淡漠的表现,都有接受规则意识重塑的必要性,除非其醉驾行为在主观上具有可宽宥之处,比如出于不得已的情形而实施醉驾行为。因此笔者认为直接不起诉应主要适用于特殊情形下的醉驾案件,比如不构成紧急避险的送病人就医、逃避不法侵害或见义勇为、隔夜酒醒后开车、短距离挪车、主动放弃醉驾、自首等,且犯罪嫌疑人认罪认罚、积极赔偿被害人损失、与被害人达成和解的情形。对于没有以上特殊情形的醉驾嫌疑人,应视为有特殊预防必要性,可以对犯罪嫌疑人适用附条件不起诉,所附加的条件需以增强其对酒(醉)驾行为的危险性认识、树立和强化规则意识、不再实施类似违法犯罪行为为目的,具体如接受交通规则培训、戒除酒瘾、参加与交通有关的公益服务等。

(三) 挖掘潜在的程序出罪路径

我国《刑法》第37条和第72条赋予了人民法院对符合条件的被告人定罪免刑或者宣告适用缓刑的权力。据我国学者考察,2017年至2020年我国醉驾案件适用定罪免刑的比例比较低(平均为1.4%),但是缓刑适用率很高(平均为50%),^⑫与同一时期我国全部刑事案件的数据相比,定罪免刑率持平,但缓刑适用率高出24个百分点^⑬。这说明在我国有超过半数的获有罪判决的醉驾被告人不具有刑罚处罚的必要性或者立即执行刑罚的必要性。尽管有学者从强化制裁功能的角度对定罪免刑相较于审前分流措施及形式性裁判的优势进行了论证,^⑭但这种观点过于侧重刑事司法的制裁(报应)功能,而

^⑪ 2013年最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合制定的《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》第2条规定了8种从重处罚情节:1.造成交通事故且负事故全部或者主要责任,或者造成交通事故后逃逸,尚未构成其他犯罪的;2.血液酒精含量达到200mg/100ml以上的;3.在高速公路、城市快速路上驾驶的;4.驾驶载有乘客的营运机动车的;5.有严重超员、超载或者超速驾驶,无驾驶资格驾驶机动车,使用伪造或者变造的机动车牌证等严重违反道路交通安全法的行为的;6.逃避公安机关依法检查,或者拒绝、阻碍公安机关依法检查尚未构成其他犯罪的;7.曾因酒后驾驶机动车受过行政处罚或者刑事追究的;8.其他可以从重处罚的情形。上述前5种情形均属于犯罪行为本身的情节,即属于影响报应刑的情节,而第6、7两种情形则属于影响预防刑的情节。

^⑫ 参见柳波、张露月等:《“醉驾入刑”司法适用十周年白皮书(上篇)》,载网易网, <https://www.163.com/dy/article/G9SR00800551ORW4.html>, 2021年11月2日访问。

^⑬ 参见中国法律年鉴编辑部编:《中国法律年鉴(2018)》,中国法律年鉴出版社2018年版,第1176页;中国法律年鉴编辑部编:《中国法律年鉴(2019)》,中国法律年鉴出版社2019年版,第1322页;中国法律年鉴编辑部编:《中国法律年鉴(2020)》,中国法律年鉴出版社2020年版,第1275页。

^⑭ 参见前注^⑬,曾文科文,第157-158页。

忽略了其所应具有预防功能。单纯的有罪宣告除了给被定罪人带来一系列标签效应,难以对犯罪预防发挥作用。而缓刑从根本上来说,也属于非刑罚化的特殊预防措施,在功能上与附条件考察没有本质区别。对这部分被告人予以程序出罪,既可以通过附加考察条件达到特殊预防的目的,也可以避免有罪判决给其带来的标签效应影响。借鉴域外审判阶段的程序出罪路径,我国可尝试引入暂缓判决制度,即人民法院对于被告人可以免除刑罚处罚或者适用缓刑的案件,可以暂缓宣告判决,并设置三个月以上两年以下的考察期,对于有特殊预防必要性的被告人,可附加相应的考察条件。考察期满被告人没有再实施违法犯罪行为或者没有违反考察条件的,法院撤销有罪判决,作终止诉讼处理。考察期内被告人再次实施违法犯罪行为或者违反考察条件的,法院对缓期宣告的有罪判决予以宣告。

五、余 论

建立在需罚性理论上的程序出罪路径对于解决当前醉驾入罪入刑过度问题具有重要的价值。但其可能受到两方面的质疑:一是程序出罪是否会导致放纵犯罪,从而妨碍刑法一般预防目的的实现;二是程序出罪尤其是附加条件的程序出罪,延长了诉讼周期,增加了司法资源的投入,是否会导致诉讼效率的降低。

就第一个质疑而言,虽然程序出罪建立在特殊预防必要性考量基础之上,但其不但不会妨碍反而会有利于刑法一般预防目的的实现。有关一般预防究竟是刑法的目的还是刑罚的目的,在我国学界存在争论,^{⑦⑤}然而二者殊途同归之处在于均认同一般预防主要是立法/制刑阶段的价值追求,在量刑阶段应重点考虑特殊预防,^{⑦⑥}而“不能考虑社会治安形势、犯罪率、民愤、政治等案外因素来追求一般预防效果”,^{⑦⑦}否则极易导致重刑主义和泛刑罚化。醉驾案件的程序出罪建立在刑罚考量的基础之上,属广义的量刑活动,故不应将一般预防作为价值目标来追求。但不能否认量刑活动会对一般预防目的的实现产生影响,这种影响主要通过威慑和规范两种途径来实现,其中威慑预防主要针对社会上潜在的少数“犯罪分子”,规范预防主要针对大多数社会成员。醉驾案件区别于自然犯罪的根本之处在于行为人并非出于极大的主观恶意有预谋地实施醉驾行为,规则意识的淡漠和逃避法律制裁的侥幸是其实实施醉驾行为的主要原因,对于此类犯罪行为,通过施加刑罚予以威慑很难起到预防作用,醉驾入刑十余年来案件数量不降反升,也说明了一律入罪入刑的一般预防效果不佳。醉驾案件的程序出罪,并不意味着对行为人一放了之,对醉驾行为人所采取的附条件考察主要在行为人所在的社区进行,行为人接受和参加修复、矫正项目一方面向社区公众展示了对自己行为承担责任,另一方面也可以使家

^{⑦⑤} 参见周少华:《作为目的的一般预防》,载《法学研究》2006年第2期,第95-96页。

^{⑦⑥} 参见前注^{⑤④},张明楷书,第91-92页。

^{⑦⑦} 参见前注^{⑦⑤},周少华文,第105页。

人及邻里感受到间接的规范教育,相比于通过短期自由刑的方式将行为人与社会隔离,这种放在社区的附条件考察更有利于强化普通公众的规范意识。

就第二个质疑而言,附加条件的程序出罪的确会延长诉讼周期,但未必会增加司法资源的投入和降低诉讼效率。一方面,如前所述附加条件的程序出罪会增强预防效果,从长远来看有利于降低醉驾行为人再犯罪的比例和普通公众实施此类犯罪的可能性;另一方面,附加条件的考察发生在诉讼程序之外,公安司法机关不需要亲力亲为去考察监督行为人,只需要把好案件的出入口,相应的考察监督和评估工作可交给专门的社会力量去实施和完成。我国已经建立了针对缓刑犯的社区矫正制度,各地普遍成立了专门的社区矫正机构,可考虑将其服务范围扩大到附加条件的程序出罪(包括附条件不起诉和暂缓判决)。公安司法机关拟对犯罪嫌疑人、被告人作附加条件程序出罪处理的,可会同社区矫正机构共同制定考察计划,之后将被考察人交由社区矫正机构实施相应的修复、矫正项目。由此可见,附加条件的程序出罪尽管会延长诉讼周期,降低单位时间内的案件处理量,但其可以通过增强犯罪预防效果切实减少犯罪行为和刑事案件的发生,也可以通过利用现有的社区矫正资源和吸收更多的社会力量来实施额外增加的考察计划,因此并不必然降低诉讼效率。

Abstract: The criminalization of drunk driving has brought significant changes in the structure of crime and penalty in China, and in the meantime brought a more serious penalty spillover effect. In view of solving the problem of over-criminalization of drunk driving, procedural decriminalization is more widely accepted than other approaches. At present, the drunk driving case in China is mainly decriminalized by the non-prosecution power of procuratorial organs, but there are many problems. In order to realize the function of procedural decriminalization in the administration of drunk driving, we need to rethink it from the theory of procedural law. In view of misdemeanor crimes, it is necessary for China to strengthen the decriminalization function of the judicial process to change the original cylindrical structure into the funnel-shaped structure of the criminal procedure. The theory of the need for punishment can provide the corresponding basis for the decriminalization of drunk driving cases and frame the basic logic. In the future, the path of procedural decriminalization of drunk driving cases can be improved by distinguishing the entity decriminalization from the procedure one, perfecting the existing procedures and excavating the potential procedure, and so on.

(责任编辑:李 游)