

醉酒型危险驾驶行为出罪机制反思

谢小剑*

摘要:对于醉酒型危险驾驶行为,我国经历了从一律起诉入罪到以相对不起诉出罪,再到依据“但书”出罪的过程。根据“但书”出罪具有公安机关实体出罪、法定出罪的特点,既从源头上避免了入罪,也肯定了以具体危险为由出罪的理念。但是,在实践中放弃以相对不起诉出罪、裁量出罪并不合理。我国应在坚持根据“但书”出罪的同时,积极推行以相对不起诉出罪。以相对不起诉出罪既有利于对轻罪案件程序出罪,也有利于对出罪程序进行司法控制,发挥检察机关实施政策的优越性,化解醉酒型危险驾驶行为出罪的难题。以相对不起诉出罪,应当明确具有从重情节的案件以及酒精含量 150mg/100ml 以上的案件都可以适用相对不起诉,并且可以附加一定条件作为适用相对不起诉的前提,裁量标准主要判断其是否具有起诉的必要性。

关键词:危险驾驶罪 相对不起诉 但书条款 程序出罪 实体出罪

当前,我国出现犯罪治理轻罪化的现象,立法者基于积极主义刑法观增设了不少轻罪,在司法实践中轻罪案件的数量、比例都在不断增加,其中醉酒型危险驾驶罪最为突出。在此背景下,为完善相关刑事诉讼制度,必须贯彻慎诉理念,具体表现为慎重启动刑事追诉程序,构建相应的出罪机制。为此,我国对轻罪案件的处理提出“少捕慎诉慎押”的要求。完善轻罪出罪机制,既需要充分挖掘实体规范出罪的功能,又需要积极探索程序出罪的独立价值。随着认罪认罚从宽制度下轻罪案件相对不起诉的扩大适用,探索程序出罪路径的必要性更加凸显。

2023年12月13日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部发布的《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》(以下简称2023年《意见》)标志着我国对醉酒型危险驾驶罪治理的重要转型,从实践中逐步形成的根据相对不起诉程序出罪模式,开始转向根据“但书”实体出罪模式。那么,如何认识醉酒型危险驾驶行为的“但书”出罪模式,有效发挥“但书”条款的出罪功能,以及对醉酒型危险驾驶行为作相对不起诉的程序出罪处理是否应当继续发展,值得探讨。

* 江西财经大学法学院教授

基金项目:江西省“双千计划”哲学社会科学领军人才资助项目(JXSQ20232030087)

一、醉酒型危险驾驶行为的程序出罪问题

由于将危险驾驶行为入罪受到社会舆论的巨大压力,因此在立法者将抽象危险作为既遂标准,以加大打击的力度。根据现行《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第133条的规定,行为人在道路上醉酒驾驶机动车的,处拘役并处罚金。醉酒驾驶行为入罪后,公安机关最初采取严格的一律追诉政策。根据2013年12月18日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《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2013年《意见》)的规定,机动车驾驶人血液酒精含量达到80mg/100ml以上的就属于醉驾,以危险驾驶罪定罪处罚。该规定肯定了实践中实行“唯酒精论”的做法,^①自此,以酒精含量为标准一律追诉入罪的模式正式形成。

可见,醉酒型危险驾驶罪的入罪标准较低,采取定量标准,只要血液中的酒精含量超过80mg/100ml即可达到入罪标准,没有辅之以情节标准。公安机关不得将超过法定酒精含量的案件予以出罪,检察机关也不能在行为人的行为构成犯罪时作裁量不起诉决定,醉酒型危险驾驶案件呈现有罪必诉的特征。客观而言,对一个只能判处拘役的轻罪适用如此严格的追诉政策非常罕见。我国以往只针对8类重罪适用如此严格的追诉政策。

如此机械化的司法处理方式必然带来一系列问题,首要问题就是对醉酒型危险驾驶行为的打击面过宽。醉酒型危险驾驶罪在刑事案件中的比例不断扩大,涉嫌犯罪的案件数与人数也在不断增加。2019年危险驾驶案件共计31.9万件,首次跃升为刑事案件中的第一大案件,^②犯罪人员将面临党纪处分、开除公职、丧失执业资格、影响个人征信等附随后果,醉酒驾驶行为入罪的犯罪标签化效应还会对罪犯近亲属考公、就业造成巨大的负面影响。同时,由于罪犯基数不断扩大,增加了社会对立面,社会治理风险会随着时间的推移不断积聚。

针对以上情况,司法机关开始反思一律追诉醉酒驾驶行为带来的负面社会效果,并从法律效果与社会效果统一方面考虑,对部分醉酒驾驶行为尝试从实体方面出罪。根据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)》的规定,醉驾情节显著轻微、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。此指导意见实际上部分否定了将醉酒驾驶行为“一律入罪”的做法。然而,醉驾型危险驾驶罪作为抽象危险犯,在立法上采用定量标准,一般认为只要酒精含量达标就满足危险犯的要求,而无须考虑其他情节。因此,通过“醉驾情节显著轻微”出罪面临很大的困难,实践中以此理由出罪较为罕见。

由于醉酒型危险驾驶行为通过实体出罪的效果不理想,因此检察机关开始采用相对不起诉出罪。最高人民检察院总结实践经验,根据宽严相济的刑事司法政策,提出了“少捕慎诉慎押”的工作要求,对醉酒型危险驾驶罪等轻罪采取更为宽松的态度。为了让不起诉裁量权的行使更加规范,很多省份出台了针对醉酒型危险驾驶罪不起诉的指引。一些地方开始探索适用“血液酒精

^① 参见胡立平:《“醉驾”的入罪与出罪》,《法律科学》(西北政法大学学报)2021年第6期。

^② 参见卢建平,王昕宇:《十八大以来犯罪形势的宏观、中观与微观考察——基于司法统计数据的数据分析》,《犯罪研究》2023年第1期。

含量+情节”的入罪标准,并根据“但书”出罪。^①一些地方性文件规定,可以对血液中酒精含量低、情节轻微的醉酒驾驶行为作相对不起诉或免于刑事处罚处理。^②

在程序出罪方面,从2019年开始,醉酒型危险驾驶罪的不起诉裁量呈现明显的扩张态势,司法界利用相对不起诉来减轻大量醉酒驾驶案件的处理压力。2016年至2020年,全国相对不起诉率分别为4.19%、4.85%、6.60%、7.18%、11.43%;^③2021年不起诉率达16.6%,2022年和2023年不起诉率分别达26.3%^④和25.5%,^⑤其中大多数为相对不起诉案件。相对不起诉案件总量急剧攀升的重要原因是醉酒驾驶案件不起诉率大幅提高。^⑥

2023年《意见》最终采用“但书”出罪的模式,根据其第12条的规定,醉驾人血液酒精含量不满150mg/100ml且不具有从重处罚情形的,可以认定为情节显著轻微、危害不大,依照《刑法》第13条、现行《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第16条的规定处理。^⑦2023年《意见》第10条列举了14种从重处罚的情节,可能涉及醉酒驾驶的常见情形主要是“未取得机动车驾驶证驾驶机动车的”“逃避、阻碍公安机关依法检查的”“2年内曾因饮酒后驾驶机动车被查获或者受过行政处罚的”“5年内曾因危险驾驶行为被判决有罪或者作相对不起诉处理的”等。

可见,2023年《意见》采用的“但书”出罪模式,拓宽了醉酒型危险驾驶行为的出罪路径。对于血液酒精含量不满150mg/100ml的多数行为人,其行为不再构成犯罪。从实践看,采用这种出罪模式既会带来醉驾案件数量的急剧减少,也会造成相对不起诉的空间被急剧压缩。值得注意的是,最高人民检察院于2024年发布的第52批指导性案例“朱某涉嫌盗窃不批捕复议复核案”中,^⑧在犯罪嫌疑人3次偷窃符合盗窃罪构成要件的情况下,人民检察院以案件情节显著轻微为由,不认为是犯罪而作出罪处理。同时,人民法院根据《刑法》第13条规定的“但书”条款对一例涉及符合醉酒驾驶的案件作出无罪判决,受到理论界和实务界的广泛肯定。^⑨理论界和实务界对该模式的看法已经发生改变,依据“但书”出罪的模式出现适用上的扩张,这一新型出罪模式必将对刑事司法产生深远影响,值得深入分析。

^① 参见苗生明:《醉酒型危险驾驶的治罪与治理——兼论我国轻罪治理体系的完善》,《中国刑事法杂志》2024年第1期。

^② 参见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《关于办理“醉驾”案件若干问题的会议纪要》。

^③ 参见赵兴洪:《酌定不起诉的时代命运》,《中国刑事法杂志》2022年第2期。

^④ 参见王骥:《我国起诉制度的完善及指标化问题》,《法学》2023年第6期。

^⑤ 参见《2023年全国检察机关主要办案数据》, https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202403/t20240310_648482.shtml#1, 2024-12-07。

^⑥ 随着醉酒驾驶案件不起诉率的提高,醉酒驾驶不起诉案件在所有不起诉案件中所占的比例从2011年的0.12%上升至2018年的30.89%,2021年降为21.45%。参见史立梅:《论醉驾案件的程序出罪》,《中国法学》2022年第4期。

^⑦ 该条同时规定了其他情节显著轻微可以依“但书”处理的情形:出于急救伤病人员等紧急情况驾驶机动车,且不构成紧急避险的;在居民小区、停车场等场所因挪车、停车入位等短距离驾驶机动车的;由他人驾驶至居民小区、停车场等场所短距离接替驾驶停放机动车的,或者为了交由他人驾驶,自居民小区、停车场等场所短距离驶出的;其他情节显著轻微的情形。

^⑧ 参见《最高人民法院关于印发最高人民法院第五十二批指导性案例的通知》,《中华人民共和国最高人民法院公报》2024年第4期。

^⑨ 参见广东省佛山市顺德区人民法院(2020)粤0606刑初2648号刑事一审判决书。

二、醉酒型危险驾驶罪司法解释中的“但书”出罪模式

在2023年《意见》出台之前,学术界对于公安机关能否根据《刑法》第13条“但书”条款出罪存在争议。持“肯定说”的学者认为,某一行为符合犯罪构成要件,但社会危害性程度低,情节显著轻微、危害不大的,可以直接援引“但书”条款出罪。^①也有学者指出,“但书”条款只具有提示性意义,不能直接作为出罪的根据。^②因为在犯罪构成判断完成之后,再进行社会危害性的独立判断,继而根据“但书”条款出罪,无疑破坏了“犯罪构成是认定犯罪的唯一标准”的基本原则。^③特别是在我国,危险驾驶罪属于抽象危险犯,行为人只要实施了醉酒驾驶行为就构成该罪,没有适用“但书”条款的余地。^④在实践中,公安机关极少根据情节显著轻微的规定进行实体出罪。2023年《意见》出台后,“但书”出罪模式将极大地改变传统实践的处理方式,其特点以及潜在的危险应当引起足够的重视。

(一)“但书”出罪模式的特点

有学者指出,纵观我国刑法的规定,除了正当防卫及紧急避险之外,“但书”是具有出罪功能的主要法定事由,且具有较大的开放性,更容易进行扩张解释,因此“但书”被赋予更多的出罪期待。^⑤通过《刑法》第13条规定的“但书”条款出罪,可以称之为“但书”出罪模式。这一模式通常具有以下特点。

1.行政出罪

虽然刑事诉讼中的办案机关都可以通过“但书”出罪,但是由于公安机关处在办案的最前端,因此其在决定是否受案、是否立案、是否撤案时,要考虑是否存在犯罪事实,是否需要追究刑事责任,而一旦符合出罪的条件,公安机关就应当作出不追诉的决定。可见,对于情节显著轻微、不认为是犯罪的案件,在尚未达到启动追诉程序的条件时,主要由公安机关决定对其出罪,公安机关在“但书”出罪模式中发挥主要作用。由于公安机关属于行政机关,其作出决定时主要采取行政执法程序,因此可将其出罪的模式界定为行政出罪模式。

2.法定出罪

这种出罪模式并未采用裁量出罪模式,法律对于出罪的情形已有明确规定,总体上体现限制裁量权的精神。从2023年《意见》的规定看,对酒精含量的检测和从重情节的把握都有确定性,符合法定条件时就应当作出出罪的决定,没有给予裁量的空间。但是,由于司法解释的文字表述具有模糊性,如在从重情节中什么是“逃避、妨碍公安机关依法执法检查”,什么是“但书”出罪中的“短距离驾驶”等,在适用时都有一定的解释空间,公安机关也据此获得基于法律适用的少量裁量权。

^① 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(上编),中国法制出版社1999年版,第74页;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。

^② 参见陈兴良:《但书规定的法理考察》,《法学家》2014年第4期。

^③ 参见王迎龙:《轻罪治理背景下出罪模式研究——实体与程序路径的双重反思》,《比较法研究》2023年第4期。

^④ 参见陈兴良:《但书规定的规范考察》,《法学杂志》2015年第8期。

^⑤ 参见夏伟:《“但书”出罪运行机制实证研究》,《中国法学》2023年第4期。

问题在于,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”时,应作出不立案的决定。有学者认为,此规定赋予公安机关在一定程度上的微罪处置权,该权力可以在处理醉酒驾驶案件时被激活。^① 笔者不以为然。从系统解释的角度看,我国立案的条件是“有犯罪事实,需要追究刑事责任”。因此,有犯罪事实就需要追究刑事责任,只是在特定情形下可以免于刑事处罚。而现行法律在赋予公安机关出罪权时,并未同时给予其一般性的裁量权。根据《刑法》第 37 条的规定,对于犯罪情节轻微、不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚,而没有采用“不需要追究刑事责任”的表述;在规定相对不起诉的法律条文时,也没有用“不需要追究刑事责任”的表述。只有《刑法》第 13 条采用了“不需要追究刑事责任”的表述。因此,《刑事诉讼法》第 112 条在规定“不需要追究刑事责任”情形时,对应的应当是《刑法》第 13 条“但书”的规定,只是表述不够严谨,正确的表述应当是“情节显著轻微,不需要追究刑事责任的,应作出不立案的决定”。

3. 实体出罪

出罪模式可分为实体出罪与程序出罪。实体出罪着眼于对犯罪的实质解释,主张坚持形式入罪、实质出罪的立场,^②通过适用“但书”条款、法益恢复等解释途径来达到对轻微犯罪行为出罪的目的。2023 年《意见》规定的醉酒型危险驾驶行为出罪模式采用的正是实体出罪模式。“但书”是社会危害性的载体,判断“情节显著轻微危害不大”的过程就是对行为的社会危害性进行评价的过程,通过判断社会危害性的程度而得出有无刑事违法性的结论。^③ 对于符合《刑法》第 13 条“但书”条款规定的案件,检察机关在审查起诉或审判机关在审判时,应作出法定不起诉或者无罪的决定。此时,尽管是通过不起诉或者作无罪判决出罪,但是由于其在本质上与存疑不起诉类似,均建立在实体上不构成犯罪的基础上,因此严格来说其属于实体出罪。

4. 司法解释出罪

实体出罪还可以分为立法出罪与司法解释出罪两个方面。醉酒型危险驾驶行为根据“但书”出罪,主要通过司法解释的方式实现。我国刑法对犯罪构成作出一般性规定,对于条款的具体认定标准则通过司法解释予以明确。例如,对于定量入罪的盗窃、抢劫、贪污案件,司法解释明确规定了入罪的标准。2023 年《意见》第 12 条通过司法解释的方式,既明确了立法上的犯罪范围,也为司法出罪权的行使提供了法律根据。

(二)对“但书”出罪模式的评价

1. “但书”出罪模式的意义

采用“但书”出罪模式,有利于从源头上避免入罪,发挥刑事立案的慎重追诉功能,避免启动刑事追诉程序,从而免除犯罪嫌疑人因被认定为涉嫌犯罪而遭受刑事诉讼程序之苦,也可以避免打击面过宽以及入罪带来的附随后果等问题。

同时,由于我国大量案件不具有从重处罚情节,且在很多案件中驾驶人血液的酒精含量达不到 150mg/100ml,根据“但书”出罪使这些案件中醉酒驾驶行为不再作为犯罪处理,而是通过行政处理实现治理效果。这不仅缓解了我国刑事案件大量增加带来的办案压力,而且能避免案件

^① 参见史立梅:《论醉驾案件的程序出罪》,《中国法学》2022 年第 4 期。

^② 参见刘艳红:《形式入罪实质出罪:无罪判决样本的刑事出罪机制研究》,《政治与法律》2020 年第 8 期。

^③ 参见王昭武:《犯罪的本质特征与但书的机能及其适用》,《法学家》2014 年第 4 期。

进入刑事诉讼程序,降低诉讼成本,节约司法资源。

需要指出的是,“但书”出罪模式肯定了根据具体危险出罪的模式。对于醉酒型危险驾驶罪的司法认定是否需要权衡具体危险,多数学者认为,抽象危险犯不存在情节显著轻微、危害不大的情形,不需要借助“但书”条款出罪。^①其理由在于,危险驾驶罪的危险是依附于行为而存在的,危险状态伴随行为而生,不需要在具体案件中出现具体的危险结果;^②抽象危险犯所要求的危险是立法推定的危险,行为自身包含侵犯法益的可能性。^③依照这种观点,醉酒驾驶应以行为人在达到醉酒状态时是否驾驶机动车为准,不再附加其他条件,醉驾纵然不发生危险也构成犯罪,且不再允许反证。

也有学者支持办案机关对危险性进行判断,主张抽象危险犯可以通过反证危险不存在而出罪。例如,有学者认为,具体危险犯和抽象危险犯都要求发生实质的危险,该危险是否存在需要作司法判断。^④还有学者认为,即便是抽象危险犯,由于出现特殊情况,因此导致在实施法律规定的行为但根本不可能发生危险时,不能成立犯罪。^⑤更有学者认为,抽象危险只是一种推定的危险,应当允许辩方反证,在证明不具有实际危险时而得以出罪。^⑥否则,在司法过程中可能会产生一种逻辑悖论:较重的实害犯可以出罪,而较轻的抽象危险犯却无法出罪。^⑦

2023年《意见》明确规定,没有从重处罚情节的情形不构成犯罪。这些从重处罚的情形很多都是加重具体危险的情形。例如,2023年《意见》第10条第3至10项规定了该类犯罪的具体危险情形,这些情形可能造成更为严重的后果。这显然是不再将其作为抽象危险犯,而是通过合理抬高入罪门槛转为具体危险犯,通过审查具体危险情形而予以出罪,从而缩小犯罪圈,解决了将该罪规定为抽象危险犯打击面过宽的问题。

2.“但书”出罪模式的不足及其弥补

首先,采用“但书”出罪模式有滥用权力的风险。警察权属于行政执法权,需要频繁介入社会治理,从而与社会各方面形成较为密切的互动关系,其行使容易受到不当影响,有必要对其加强监督。《刑法》第13条是我国规定犯罪概念的条款,根据该条规定,只有符合刑事违法性、应受刑罚惩罚性和社会危害性的行为才是犯罪,对于一些情节显著轻微、危害不大的行为,不认为是犯罪。由此,警察在认定行为具有刑事违法性的同时,有权以社会危害性不大而予以出罪,对社会危害性的判断有较大弹性,可能滥用。因此,在保留“但书”出罪模式的背景下,应当加强检察机关对适用“但书”出罪模式的立案监督,公安机关通过“但书”出罪的案件应当同步报送检察机关备查,酒精检测鉴定机构的数据也应当向检察机关开放。通过数据共享的方式发挥立案监督功能是值得探索的路径。

其次,采用“但书”出罪模式可能导致案件处理结果前后失据。在2023年《意见》出台之前,

① 参见陈兴良:《但书规定的法理考察》,《法学家》2014年第4期。

② 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第1卷):犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第278页。

③ 参见周光权:《论刑事一体化视角的危险驾驶罪》,《政治与法律》2022年第1期。

④ 参见周光权:《论刑事一体化视角的危险驾驶罪》,《政治与法律》2022年第1期。

⑤ 参见黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第92页。

⑥ 参见付立庆:《应否允许抽象危险犯反证问题研究》,《法商研究》2013年第6期。

⑦ 参见夏伟:《“但书”出罪运行机制实证研究》,《中国法学》2023年第4期。

我国多数地方对血液酒精含量不满 120mg/100ml 的醉酒驾驶案件作相对不起诉处理,如今对行为人血液酒精含量近 150mg/100ml 的醉酒驾驶案件可以以情节显著轻微、不构成犯罪的方式出罪。处理方式变化太大,导致案件处理前后失据。因此,应当充分发挥相对不起诉制度的优势,在“但书”出罪与有罪处理之间进行衔接,避免前后差距过大。

最后,不应当将很多案件事实以外的因素纳入从重处罚情节的判断。目前,“但书”出罪模式在确定从重处罚情节时,将很多案外因素纳入其中进行判断,这种做法不合理。例如,2023 年《意见》规定的从重处罚情节包括“逃避、阻碍公安机关依法检查的”“实施威胁、打击报复、引诱、贿买证人、鉴定人等人员或者毁灭、伪造证据等妨害司法行为的”“2 年内曾因饮酒后驾驶机动车被查获或者受过行政处罚的”以及“5 年内曾因危险驾驶行为被判决有罪或者作相对不起诉的”。笔者认为,这些情形都不是判断案件情节严重与否的因素。有学者指出,“但书”的功能在于出罪,因而只能考虑行为时的定罪情节,事后的表现属于量刑情节,不能用于评价犯罪成立与否,否则会混淆定性与定量的规范意义。^① 因此,应当规范“但书”的从重处罚情节,将这些案外因素剔除出从重处罚情节,不再作为决定是否入罪判断因素,而主要作为是否作相对不起诉处理的判断因素。

三、醉酒型危险驾驶行为相对不起诉出罪模式之提倡

在我国,检察机关有相对不起诉的权力,其可以对犯罪情节轻微、依据刑法不需要判处刑罚或者免于刑事处罚的案件作出相对不起诉的决定。在 2023 年《意见》出台之前,对于醉酒型危险驾驶案件,检察机关普遍以相对不起诉的方式予以出罪处理。

根据笔者调研,2023 年《意见》出台后,检察机关在此问题上的态度有所转变,不再主张通过采用相对不起诉分流该类案件。各地检察机关废止了之前出台的关于危险驾驶罪不起诉裁量的规范性文件,而这些文件是真正推动裁量不起诉适用的重要依据。这导致检察机关在作相对不起诉决定时缺乏明确的标准,部分检察官出于谨慎考虑,倾向于避免作出不起诉决定,从而使作相对不起诉处理的案件数量大幅下降。

笔者调研了江西省南昌市两个城区的人民检察院,A 区人民检察院 2022 年受理醉酒驾驶案件 197 件,共计 197 人,其中不起诉 105 人,全部是相对不起诉;2023 年受理醉酒驾驶案件 190 件,该类案件不起诉 89 人,其中相对不起诉 84 人,占比 44.2%,证据不足不起诉 5 人;2024 年 1—6 月受理醉酒驾驶案件 61 件,其中不起诉 3 人,全部为相对不起诉。B 区人民检察院 2022 年醉酒驾驶案件审查起诉 297 件,共计 297 人,不起诉 153 人,其中相对不起诉 129 人,存疑不起诉 24 人;2023 年醉酒驾驶案件审查起诉共计 379 人,不起诉 111 人,占比 29.3%,全部是相对不起诉;2024 年 1—6 月醉酒驾驶案件审查起诉 76 件,共计 76 人,不起诉 2 人,其中法定不起诉 1 人,相对不起诉 1 人。

从上述数据可以看出,2023 年《意见》发布后,虽然醉酒驾驶案件数量减少幅度较大,但是仍有约一半案件进入刑事司法程序。与此同时,作相对不起诉处理的案件数量骤降为个位数,检察机关不再通过相对不起诉分流醉酒驾驶案件。有学者调查发现,2023 年《意见》发布后,不起诉

^① 参见夏伟:《“但书”出罪运行机制实证研究》,《中国法学》2023 年第 4 期。

案件中绝大多数为法定不起诉,相对不起诉在醉酒驾驶案件中的适用受到极大的限制。^①

刑事裁量权的行使具有系统性,案件若在源头上经过立案程序被大规模分流,必然会压缩相对不起诉的裁量空间,“但书”出罪模式的适用直接影响了检察官通过相对不起诉处理醉酒驾驶案件的可能性。那么,2023年《意见》规定的“但书”出罪模式适用后,是否不再有采用相对不起诉出罪模式的空间,是否仍需要与之前一样从政策上予以鼓励,就成为一个新问题。笔者认为,从实践情况看,采用“但书”出罪模式后,仍有一半左右的醉酒驾驶案件进入刑事司法程序,因此应当鼓励检察机关积极适用相对不起诉模式出罪。但是,必须明确的是,采用相对不起诉出罪模式并不否定采用“但书”出罪模式,而是在坚持采用“但书”出罪模式的同时对进入审查起诉阶段的案件进行起诉必要性审查,对符合条件的案件采用相对不起诉出罪模式。

(一)相对不起诉出罪模式的特点

1.司法出罪

与行政出罪模式不同,相对不起诉出罪模式由检察机关主导。关于检察机关的性质,学术界存在“行政权说”“司法权说”“法律监督权说”“双重属性说”等不同的学说。^②在我国,中央层面的文件明确指出检察机关属于司法机关,宪法规定其依法独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干预。同时,其作为司法机关行使出罪权更具有正当性。从我国终结案件的权力配置看,将犯罪情节轻微以及证据不足时终结案件的权力配置给检察机关而非公安机关,表明检察机关更适宜行使出罪权。

2.裁量出罪

与适用《刑法》第13条规定的“但书”出罪不同,相对不起诉出罪是一种裁量出罪,赋予检察机关裁量不起诉的权力,表现为《刑事诉讼法》第177条规定的“可以”作出不起起诉决定而非“必须”作出不起起诉决定。我国相对不起诉呈现微罪不起诉的特点,裁量不起诉的空间较小,也没有裁量不起诉的标准。但是,从近年来相对不起诉的发展趋势看,微罪不起诉越来越呈现裁量不起诉的特点,即检察机关在决定是否不起诉时,需要考虑起诉的必要性。一方面,不再直接要求案件事实本身不需要判处刑罚或者免于刑事处罚,而是将法定刑在3年以下,无论在犯罪事实中出现免于刑事处罚情形,还是在事后因为刑事和解、认罪认罚等原因而符合免于刑事处罚的条件,都可以作出裁量不起诉的决定,并且将《刑法》第37条的规定作为裁量不起诉的实体法依据,从而极大地扩张了裁量不起诉的适用空间。在我国80%以上的案件的犯罪嫌疑人被判处3年有期徒刑以下刑罚的背景下,作相对不起诉处理的可能性大大提高。另一方面,作为裁量出罪模式,检察机关在作出裁量不起诉的决定时,需要权衡起诉必要性,特别是需要考虑起诉对公共利益的影响,当起诉对公共利益没有价值时,可以作出不起起诉决定。

3.“需罚性”出罪

相对不起诉主要采用裁量不起诉的模式,需要根据案件的具体情形,综合各种因素,裁量判断起诉是否符合公共利益,进而决定是否起诉。有学者指出,应将“需罚性”理论作为轻微犯罪程序出罪的理论依据,司法机关应从刑事政策或者比例原则的维度进行考察,如果认为行为没有必

^① 参见王志坚、胡铭:《醉驾不起诉的实践适用与体系完善——基于〈关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见〉实施前后的实证比较》,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2024年第3期。

^② 参见龙宗智:《论检察权的性质与检察机关的改革》,《法学》1999年第10期。

要动用刑罚进行处罚,或者采用其他非刑罚方法就可以实现刑罚处罚目的,那么可以对其进行程序出罪。^①因此,实体出罪的判断依据是犯罪构成要件中的“应罚性”判断,而程序出罪则基于构成犯罪后“需罚性”的程序法判断,其法律依据是《刑事诉讼法》第177条的规定。

4. 程序出罪

实体出罪是基于案件不构成犯罪的判断,而程序出罪则是在构成犯罪的前提下,基于特定制度从程序上终止犯罪追诉,最终实现无罪效果。程序出罪主要着眼于刑事诉讼法规定的不起诉制度,主张通过扩张相对不起诉的适用范围,来达到轻微犯罪出罪的目的。^②狭义的程序出罪以“需罚性”作为判断标准,最典型的例子是作出相对不起诉决定,^③在启动刑事诉讼程序的基础上,基于犯罪情节轻微、不需要判处刑罚或者免于刑事处罚的判断,可以作出相对不起诉决定。这是一种程序出罪模式,即行为在实质上构成犯罪,但由于作相对不起诉处理,因此可以认为对犯罪嫌疑人作了无罪处理,不会留下任何犯罪记录。此外,《刑事诉讼法》第16条除第1项外都属于程序出罪,如“犯罪已过追诉时效期限的”“经特赦令免除刑罚的”,都是在行为人的行为符合犯罪构成的情况下通过程序出罪。而存疑不起诉则是在证据不足的情况下作出对犯罪嫌疑人、被告人有利的认定,也就是假定犯罪嫌疑人、被告人未实施犯罪行为,因而不属于程序出罪范畴。

(二) 相对不起诉出罪模式的优势

通过相对不起诉出罪模式对醉酒型危险驾驶行为出罪,具有程序出罪的价值。具体而言:(1)有利于实现特殊预防。对于进入刑事诉讼程序的案件,通过裁量考虑起诉的必要性,在犯罪情节轻微、不需要判处刑罚时,通过程序出罪有助于实现刑罚的特殊预防目的,保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。(2)相对于审判定罪更能提高诉讼效率。通过相对不起诉分流刑事案件,避免案件进入审判阶段,提高诉讼效率,实现对司法资源的优化配置,是我国刑事程序简化的一个重要表现,即从片面强调审判程序简化转向审前程序的简化。(3)有利于实现刑法与刑事诉讼法的良性互动。在积极主义刑法观下,刑法圈的扩张需要刑事诉讼法的轻缓化加以平衡,实现“严而不厉”的刑事政策。有学者指出应警惕“过度刑法化”带来的片面追求效率而牺牲程序保障的现实问题,在轻微刑事案件中创新使用裁量不起诉等“非刑事程序化”的转向处分制度,或许是未来探索的方向。^④

笔者认为,我国应将相对不起诉作为重要的出罪模式,其相较于“但书”实体出罪模式而言,具有独特优势。需明确的是,采用相对不起诉出罪模式并不意味着否定“但书”出罪模式,其与“但书”出罪模式既非对立关系也非竞合关系,而是对经过“但书”出罪模式筛选后进入刑事诉讼程序的案件,通过相对不起诉予以出罪。适用该种模式的效果主要体现在以下几个方面。

1. 有利于对出罪进行司法控制

在“但书”出罪模式中,由于公安机关处在诉讼阶段的最前端,其决定是否启动刑事诉讼程序,一旦决定不追诉,则案件不再进入刑事司法程序,因此该模式中司法机关控权不足;相比之下,采用相对不起诉的程序出罪模式,整个程序由检察机关控制,检察机关属于司法机关,因而构

^① 参见史立梅:《论醉驾案件的程序出罪》,《中国法学》2022年第4期。

^② 参见史立梅:《刑事一体化视野下的出罪路径探究》,《法学杂志》2023年第4期。

^③ 参见叶青、杨慧妍:《程序出罪事由的体系化解读》,《中国政法大学学报》2023年第5期。

^④ 参见左卫民:《神话与现实:美国轻罪案件诉讼程序勘迷》,《中国刑事法杂志》2021年第3期。

建了出罪的司法控制模式。

2.有利于体现由检察机关实施刑事政策的优越性

不起诉裁量中的政策选择是自由裁量权的一种表现形式。如果刑事政策主要由公安机关和人民法院实施,而检察机关无法发挥主要功能,那么这与其地位是不相称的,也是不合理分配自由裁量权的表现。现代法治强调法律面前人人平等,自由裁量权虽然建立在区别对待的基础上,但是也不得违反平等保护原则。检察机关的“检察一体化”结构,有利于采取相对统一的自由裁量标准,保障法律的平等价值。由于检察权具有司法权和行政权的双重属性,检察机关既有依法独立行使司法权的保障,又有正确实施刑事政策的政治责任,因此检察机关最适合行使刑事政策的自由裁量权。

2018年以来,随着认罪认罚从宽制度的发展,最高人民检察院提出,检察机关应在刑事诉讼中发挥主导作用。不起诉裁量权有助于制约侦查机关,实现对案件的分流处理,能够有效发挥检察机关在刑事政策实施上的主导权。因此,应当放松对裁量不起诉的限制,使检察机关敢于基于刑事政策、公共利益的需要作出相对不起诉决定,从而积极发挥其在推行刑事政策、推进法治建设方面的功能。就醉酒型危险驾驶罪而言,其作为裁量不起诉的重要罪名,不能因为规定了“但书”出罪模式就放弃采用相对不起诉出罪模式。当前,我国正在治理轻罪中推行“少捕慎诉慎押”的工作要求,适度扩张相对不起诉制度的适用范围显得尤为重要。^①

3.有利于对轻微犯罪案件采用程序出罪以满足治理需要

目前,大多数人都认为我国诉讼结构发生了根本性变化,轻罪成为犯罪治理的主要对象,轻罪案件不断增多,重罪案件则日益减少。当下,我国犯罪案件内部结构发生了明显的变化:严重暴力犯罪数量与重刑率下降,轻微犯罪数量与轻刑率上升,呈现“双降双升”趋势。既有的犯罪治理体系如规范体系、组织体系和思想观念已经发生改变,为此须相应调整犯罪治理的战略策略、体制机制和手段方法。传统上针对重罪案件的有罪必诉模式已经不能满足实践的需要。不少学者主张实行轻重分离策略,在立法上区分重罪、轻罪、微罪。例如,有学者提出,处3年有期徒刑以上刑罚的为重罪,处3年有期徒刑以下刑罚的为轻罪,只能判处拘役的危险驾驶罪应属微罪,并主张建立与微罪相适应的刑事诉讼程序。^②

相对不起诉以行为罪质轻微而否定对该行为作刑罚化处理的必要性,但在法理上仍然宣示了被不起诉人行为的犯罪性,也能够有效发挥对犯罪的宣示性机能,符合微罪的立法初衷。^③这意味着需要扩大相对不起诉的适用,在实体无罪与定罪之间寻找平衡状态。显然,不能认为除了采用“但书”出罪模式出罪外就只能定罪,醉酒型危险驾驶罪作为一种典型的微罪,即使具有从重处罚情节,对社会的危害性仍然较小,特别是在决定采用相对不起诉时,需要将治理因素(如参与社会服务等)纳入裁量考量。总之,醉酒型危险驾驶行为还存在很大的适用相对不起诉出罪模式的空间。

4.有助于化解醉酒型危险驾驶行为出罪的难题

当前实体出罪存在诸多不足,面临不法如何判断、“但书”条款如何适用、抽象危险犯如何认

^① 参见郭烁:《少捕慎诉背景下裁量不起诉的比较法再探讨》,《求是学刊》2022年第1期。

^② 参见卢建平:《轻罪时代的犯罪治理方略》,《政治与法律》2022年第1期。

^③ 参见李翔:《论微罪体系的构建——以醉酒驾驶型危险驾驶罪研究为切入点》,《政治与法律》2022年第1期。

定以及实质解释如何操作等困难。^① 通过相对不起诉的程序出罪模式,对于抑制当前醉酒驾驶行为过度入刑的问题具有重要的价值。

一是有助于化解醉酒型危险驾驶罪抽象危险犯的出罪难题。有学者指出,当前通过“情节显著轻微”或所谓“抽象危险犯的实质考察”给醉酒型危险驾驶行为出罪的做法,不符合认定抽象危险犯的基本原理,其本质是试图将该罪变为具体危险犯或情节犯,从而提高入罪门槛、减少醉酒驾驶案件。^② 然而,采用相对不起诉出罪模式则不存在该问题,相对不起诉是在确认构成犯罪的基礎上,基于特定刑事政策而出罪,即使抽象危险犯构成犯罪仍可以裁量出罪,不存在正当性疑问。

二是有助于避免刑罚的前科效应和附随后果。危险驾驶罪的最高法定刑是拘役6个月,但其附随后果却十分繁多且十分严重。^③ 例如,对醉酒驾驶的犯罪者开除党籍和公职,其子女求职、参军、入党等各项关涉人生的大事都可能受到不利影响,从某种意义上讲,这是刑罚效果的株连。^④ 每年将30余万人打上“罪犯”的烙印,势必使数十万个家庭陷入窘境,从而引发新的社会矛盾,增加社会不稳定因素,社会治理成本和治理难度大增,^⑤ 造成司法机关和个人的“两败俱伤”。^⑥ 除采用“但书”出罪模式外,通过采用相对不起诉出罪模式将部分危险驾驶行为予以程序出罪,有助于避免严苛的附随后果。

三是有助于引入罪后情节予以出罪。在刑事司法过程中经常遇到的一个重要问题是归案后认罪、悔罪、积极退赃等事后情节如何考量,实体出罪往往不考虑该类事后因素。然而,由于这些罪后情节往往表明行为人的危险性或再犯可能性降低,即预防必要性降低甚至丧失,因此可以将其纳入裁量不起诉的考量范围。^⑦ 这些因素虽然不是采用“但书”出罪模式应当考虑的因素,却是采用相对不起诉出罪模式必须考虑的因素,采用相对不起诉出罪模式时可以引入这些事后情节进行合理权衡。

综上,虽然相对不起诉出罪模式的适用有可能带来检察机关滥用不起诉裁量权的风险,但是不能据此剥夺检察机关对醉酒型危险驾驶罪刑事案件的相对不起诉裁量权。

四、醉酒型危险驾驶行为相对不起诉出罪模式的具体适用

在2023年《意见》出台之后,检察机关严格限制作出相对不起诉决定。为规范对醉酒型危险驾驶罪相对不起诉裁量权的具体适用,需要重点关注并解决下列问题。

(一) 加大适用相对不起诉的比例

实际上,自2017年之后,我国对于醉酒型危险驾驶行为的相对不起诉已经激活,实践中已经

^① 参见王迎龙:《轻罪治理背景下出罪模式研究——实体与程序路径的双重反思》,《比较法研究》2023年第4期。

^② 参见李翔:《论微罪体系的构建——以醉酒驾驶型危险驾驶罪研究为切入点》,《政治与法律》2022年第1期。

^③ 参见付强:《轻刑化趋势的一体化考察》,中国政法大学出版社2018年版,第177页。

^④ 参见陈兴良:《轻罪治理的理论思考》,《中国刑事法杂志》2023年第3期。

^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》,《法学论坛》2021年第5期。

^⑥ 参见周光权:《论刑事一体化视角的危险驾驶罪》,《政治与法律》2022年第1期。

^⑦ 参见史立梅:《刑事一体化视野下的出罪路径探究》,《法学杂志》2023年第4期。

作出大量相对不起诉决定。然而,各地醉酒驾驶案件相对不起诉的适用程度差异较大,适用标准不统一,从整体看不起诉比例仍然较低。有统计数据显示,2018年1月至2019年6月醉酒驾驶案件相对不起诉率达到36.5%。^① 笔者统计的结果表明,某地危险驾驶罪裁量不起诉率最高时仅达到37.09%,比故意伤害罪、交通肇事罪的裁量不起诉率还要低,相对不起诉率仍然有较大的增长空间。同时,调研结果显示,2023年《意见》出台之后醉酒驾驶案件的不起诉率下降至个位数。笔者认为,检察机关应当转变观念,迅速出台关于醉酒型危险驾驶罪不起诉的操作指南,解决束缚检察官合理作出相对不起诉决定的因素,避免各地对相对不起诉制度的适用不平衡。

(二)对行为人血液酒精含量150mg/100ml以上的案件可作相对不起诉处理

不少人认为,一旦酒精含量超过150mg/100ml就意味着情节较为严重,一般应当起诉。特别是在2023年《意见》出台之前,实务界普遍将行为人血液酒精含量150mg/100ml以上的案件视为达到起诉标准。笔者认为,对于该类案件应当考虑是否适用相对不起诉。(1)对所有危险驾驶行为的量刑都在拘役6个月以下,刑罚非常轻,可以认为危险驾驶罪是我国刑法中刑罚最轻的一个罪名。如上文所述,有学者认为危险驾驶罪属于微罪,并主张建立办理微罪案件的特殊程序。^② 如果我国的裁量不起诉主要属于微罪不起诉,量刑是决定是否起诉的主要考虑因素,那么毫无疑问危险驾驶案件是最适宜作裁量不起诉处理的案件,即使行为人血液酒精含量超过150mg/100ml也不例外。(2)根据现行法律的规定,行为人血液酒精含量在150mg/100ml以上且具有从重处罚情节时,才超过情节显著轻微的要求,达到入罪标准。因此,对于行为人血液酒精含量在150mg/100ml以上的案件,若行为人具有从轻处罚情节,如认罪认罚、自首等,可以认为这些案件属于犯罪情节轻微、不需要判处刑罚的案件。(3)除了通过适用《刑法》第13条规定的“但书”条款出罪之外,我国还需要大力拓展采用相对不起诉出罪模式的空间,通过相对不起诉分流案件,对酒精含量超过150mg/100ml的案件作相对不起诉处理有助于实现该政策目标。

(三)具有从重处罚情节的案件可作相对不起诉处理

目前存在的一个重大误解是对于具有从重处罚情节的案件不宜作相对不起诉处理。有学者指出,2013年《意见》第2条规定了醉酒驾驶案件的8种从重处罚情形之一,如果醉酒驾驶行为人存在上述8种从重处罚情形,那么原则上不能适用相对不起诉。^③ 还有学者发现,2023年《意见》发布后,从重处罚情形仍被赋予直接决定案件是否起诉的效果。^④ 对于醉酒驾驶行为不起诉,各地规范性文件普遍采用“一量一无一有”模式来确定醉酒驾驶行为不起诉的适用标准,一旦具备从重处罚情节不能作相对不起诉处理,就切断了行为人血液酒精含量与从重或从轻处罚情节的耦合通道,故应当取消“一刀切”式的规范设置,强化体系化裁量观念。^⑤

^① 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。

^② 参见孙道萃:《微罪体系的构建:从依附向独立》,《政法论坛》2023年第6期。

^③ 参见胡立平:《“醉驾”的入罪与出罪》,《法律科学》(西北政法大学学报)2021年第6期。

^④ 参见王志坚、胡铭:《醉驾不起诉的实践适用与体系完善——基于〈关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见〉实施前后的实证比较》,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2024年第3期。

^⑤ “一量”指行为人血液酒精含量不得超过规范上限,“一无”指行为人不得具有从重处罚情节,“一有”指行为人须具有认罪悔罪、获得被害人谅解等从轻减轻处罚情节。参见王志坚:《醉驾案件不起诉裁量机制的实证研究》,《法学家》2024年第3期。

笔者认为,相对不起诉是裁量不起诉,即使案件存在从重处罚情节,也可以作出相对不起诉决定,其理由与上述行为人血液酒精含量 150mg/100ml 以上案件适用相对不起诉的理由类似。因为醉酒驾驶行为本身社会危险性较小,可能判处的刑罚很轻,即使有从重处罚情节,也不会导致案件的社会危险性过于严重,可能符合我国相对不起诉犯罪情节轻微的要求,如果具有刑法上其他从宽处理的情节,那么完全可能符合相对不起诉处理的条件。例如,从《刑法》第 13 条关于犯罪情节的认定看,其主要以犯罪事实中情节的轻重作为社会危害性认定的标准,而不过多考虑犯罪嫌疑人事后的行为。而认罪认罚、自首、坦白等事后的很多行为都可以降低案件的需罚性和起诉的必要性,进而可以作出相对不起诉决定。

(四)将社会服务作为附加条件以扩大不起诉的治理效能

裁量因素不限于案件事实以及犯罪嫌疑人的人身危险性,还可以附加一定的条件。在司法实践中,对于大量不具有追诉必要性但存在特殊预防必要性的轻微犯罪案件,作相对不起诉处理的效果并不理想,亟待扩张附条件不起诉的适用范围。^① 有学者指出,当前对醉酒驾驶案件作相对不起诉处理条件较为严格,限制了不起诉决定的适用,因而主张建立醉酒驾驶案件附条件不起诉制度,完善相关不起诉制度体系。^② 目前,我国并未建立针对醉酒驾驶案件的附条件不起诉制度。然而,根据 2023 年《意见》第 18 条的规定,对于依据第 12 条第 1 款、第 13 条、第 14 条处理的案件,可以将犯罪嫌疑人、被告人自愿接受安全驾驶教育、从事交通志愿服务、社区公益服务等情况作为作出相关处理决定的考量因素。该条规定使裁量不起诉具有附条件不起诉的特点。2023 年《意见》出台前,浙江、江苏、广东、福建、湖北、河南、吉林等省的一些检察机关已在实践中积极探索,引入教育培训、交通志愿服务和社区服务等监督考察机制,对拟作不起诉处理的醉酒驾驶行为人进行考察,取得了积极成效。^③

上述做法可能引发关于相对不起诉与附条件不起诉界限的争议。实际上相对不起诉与附条件不起诉可以是一种互动关系,相对不起诉只是最终判断,其并不排斥“附条件”,“附条件”可以作为裁量考量的因素。无论是基于生态修复的不起诉、刑事和解的不起诉,还是基于社会服务的醉酒驾驶不起诉,最终的落脚点都是相对不起诉。有学者指出,这种实践模式有利于维护社会公共利益,可以预防轻罪嫌疑人再次实施犯罪行为,发挥检察机关参与社会治理的作用,具有强大的制度生命力。^④

实际上,在不起诉前附条件更有利于发挥刑罚的预防功能。例如,犯罪嫌疑人通过接受安全驾驶教育,在其被吊销驾照一定期限后重新获得驾照时能够有更强的安全驾驶意识。而从事交通志愿服务、社区公益服务也能起到有效的预防功能,如前者有助于实现危险驾驶罪的一般预防功能,后者可以通过社区公益服务修复因危险驾驶行为破坏的公共利益。因此,在立法正式建立对醉酒驾驶案件的附条件不起诉制度之前,应当参考 2023 年《意见》的规定做好不起诉前的附条件工作,将其作为适用相对不起诉的裁量因素。所附条件的设置应以特别预防需求作为核心考

① 参见王迎龙:《轻罪治理背景下出罪模式研究——实体与程序路径的双重反思》,《比较法研究》2023 年第 4 期。

② 参见蔡巍:《“醉驾”不起诉裁量权的适用及完善》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2019 年第 5 期。

③ 参见陈文聪:《醉驾案件附条件不起诉制度研究》,《比较法研究》2022 年第 6 期。

④ 参见陈瑞华:《轻罪案件附条件不起诉制度研究》,《现代法学》2023 年第 1 期。

量,在裁量形态与处分内容的选择上,遵循合目的性、必要性与比例原则。^①笔者认为,所附条件的设置应当考虑必要性及合比例性,不应设置过高的条件,应以犯罪嫌疑人自愿接受为前提,充分保障犯罪嫌疑人选择的自愿性。同时,应当对考察期内附条件实施的效果进行实质性审查,必要时可引入第三方专业人员进行监督考察。只有能真正产生教育和预防作用的条件,才能作为裁量不起诉的权衡因素。

(五)相对不起诉的裁量主要以是否影响起诉必要性为标准

起诉裁量权专指检察机关对于已经达到法定起诉条件的案件,从一定的政策、利益等维度进行合目的性的考量之后,作出不起诉决定的权力。^②行使该权力需要注意以下几个方面的问题。

其一,2023年《意见》第13条规定:“对公安机关移送审查起诉的醉驾案件,人民检察院综合考虑犯罪嫌疑人驾驶的动机和目的、醉酒程度、机动车类型、道路情况、行驶时间、速度、距离以及认罪悔罪表现等因素,认为属于犯罪情节轻微的,依照《刑法》第37条、《刑事诉讼法》第177条第2款的规定处理。”客观而言,该条主要列举了该类案件犯罪情节轻微的事实判断因素,对于事后因素仅列举了认罪悔罪表现。同时,该条明确规定可以将《刑法》第37条作为相对不起诉的实体法依据。根据《刑事诉讼法》第177条第2款的规定,相对不起诉的案件必须是“犯罪情节轻微”且“依据刑法不需要判处刑罚或者免于刑事处罚”的案件。一般而言,对案件作相对不起诉处理需要找到“不需要判处刑罚或者免于刑事处罚”的刑法规定,如自首、犯罪未遂、未成年人等,而在醉酒驾驶案件中一般很难具备上述情形。根据《刑法》第37条的规定,对于犯罪情节轻微、不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚。因此,只要犯罪情节轻微就可以作相对不起诉处理。

其二,从重处罚情节既是入罪情节,也是裁量不起诉的重要考量因素。笔者认为,从重处罚情节应作为减分项,如“未取得机动车驾驶证驾驶汽车的”应视为减分项。关于从重处罚情节是否可以作为作相对不起诉处理的考量因素,需进一步探讨。首先,具有从重处罚情节只是不能被认定为情节显著轻微,进而无法以“不构成犯罪”为由出罪,在从重处罚情节作为认定构成犯罪的行为之后,判断该罪是否符合犯罪情节轻微而不需要判处刑罚时,应当再将从重处罚情节纳入考虑。前者是定罪情节,后者是量刑情节,正如犯罪数额既是定罪情节也是量刑情节的判断因素。其次,已经作为犯罪构成要素考虑的因素可在相对不起诉时作为考量情节,这一实践已无争议。例如,犯罪数额属于犯罪构成要素,但犯罪数额大小必然影响是否起诉,因此,上述从重处罚情节同样也可以作为相对不起诉的考量因素。最后,由从重处罚情节的性质看,其与是否有起诉必要密切相关。在2023年《意见》规定的从重处罚情节中,第1至2项涉及严重后果;第3至10项增加了该类犯罪的具体危险,可能造成更严重的后果;第11至12项主要是存在逃避、妨碍诉讼的行为;第13至14项是之前有过类似行为被处罚,两者都会导致其人身危险性程度较高,改造难度加大。这些都属于判断起诉必要性时应考虑的因素。因此,从重处罚情节可作为相对不起诉处理的考量因素。

其三,将2023年《意见》第14条所列不适用缓刑的情节作为权衡的重要因素。也许有人认为,只要出现2023年《意见》第14条所列因素就不能作不起诉处理,因为连缓刑都不能适用,就更难认为“不需要判处刑罚”。然而,从2023年《意见》第14条规定的具体情形看,第1项是“造

^① 参见刘学敏:《检察机关附条件不起诉裁量权运用之探讨》,《中国法学》2014年第6期。

^② 参见孙远:《起诉裁量权的概念、范围与程序空间》,《求是学刊》2022年第1期。

成交通事故致他人轻微伤或者轻伤,且负事故全部或者主要责任的”,此种情形在交通肇事案件中完全可以作不起诉处理。2023年《意见》第14条规定有3种情形与从重处罚情节的表述完全一致:“造成交通事故后逃逸的”“未取得机动车驾驶证驾驶汽车的”和“服用国家规定管制的精神药品或者麻醉药品后驾驶的”。此3种情形属于入罪的基本门槛,不能认为具备此类情形只要入罪就必须判刑而不能作不起诉处理。2023年《意见》第14条规定有两种情节比从重处罚情节还要轻,即“5年内曾因饮酒后驾驶机动车被查获或者受过行政处罚的”以及“曾因危险驾驶行为被判决有罪或者作相对不起诉的”。第1种情节在从重处罚情节中限制在2年内,第2种情节在从重处罚情节中要在5年内,这些情节都比从重处罚情节更轻。例如,行为人血液酒精含量为152mg/100ml,但是如果20年前曾经被判决有罪,那么此次再犯就不能作不起诉处理,这种做法显然缺乏合理性。根据2023年《意见》第14条第5项的规定,行为人血液酒精含量超过180mg/100ml的,一般不能判处缓刑。能否以此作为限制作相对不起诉处理的标准,值得思考。笔者对此持否定态度。因为行为人血液酒精含量150mg/100ml与180mg/100ml之间差距不大,以此作为标准不具有合理性。

其四,以2023年《意见》第13条作为判断“犯罪情节轻微”的标准,以第10条规定的从重处罚情节、第14条规定的一般不得判处缓刑的情节作为裁量不起诉处理的判断标准,为实践中相对不起诉的裁量提供了较充分的考量因素。然而,需要明确的是,这是不完全的列举,不能认为只能将上述因素作为相对不起诉处理的考量因素,醉酒型危险驾驶罪的相对不起诉应放置于整个裁量不起诉制度中去考量。我国部分司法解释中还抽象列举了很多裁量不起诉的考量因素,如是否自首、是否认罪、是否积极赔偿,以及事后是否自愿接受安全驾驶教育、从事交通志愿服务和社区公益服务等,这些影响起诉必要性判断的因素同样应纳入醉酒型危险驾驶案件裁量不起诉的考量因素。对案件是否作相对不起诉处理,需要根据个案进行权衡,由检察机关根据上述因素综合判断起诉是否符合公共利益,进而决定是否作相对不起诉处理。须注意的是,不起诉决定有赖于检察机关的个案裁量,可能出现权力被滥用的现象,因而需要出台相关的操作指南,建立内部制约机制,对不起诉裁量权进行限制。当然,这是与不起诉裁量权相伴而生的问题,不起诉裁量权的确立本来就是为了避免法律规则的机械适用而损害个案的公正性。以不起诉裁量权可能被滥用而否定该权力,既不符合各国不起诉裁量权发展的趋势,也不符合权力运行的基本逻辑。我国关于相对不起诉的规定与《刑法》第13条“但书”条款的关系很难界定,虽然从文字表达以及制度内涵上看两者差异明显,但是在适用中很难界分“情节显著轻微”与“犯罪情节轻微”。因此,需要谨慎判断某一情节是否属于显著轻微,以防将本应作绝对不起诉处理的案件作相对不起诉处理。

Abstract: China's drunken dangerous driving offense decriminalization, from universal prosecution gradually developed into relative non-prosecution procedures for decriminalization, the latest judicial interpretation turns to decriminalization based on the proviso. Decriminalization based on the proviso has the characteristics of substantive decriminalization by public security organs and statutory decriminalization, which not only avoids incrimination at source, but al-

so affirms the concept of exemption on the basis of specific danger. However, in practice, the waiver to relative non-prosecution program for decriminalization, discretionary decriminalization is not reasonable. Our country should adhere to decriminalization based on the proviso, and actively promote the relative non-prosecution decriminalization at the same time. Relative non-prosecution decriminalization model is conducive to the procedural decriminalization of misdemeanor cases, is conducive to the judicial control of decriminalization, play the prosecution to implement the superiority of criminal policy, to solve the problem of decriminalizing drunken driving offenses. The relative non-prosecution decriminalization model should make it clear that cases with aggravating circumstances and cases with an alcohol content of 150 mg/100 ml or more can be subject to relative non-prosecution, and from the perspective of strengthening governance, certain conditions should be established as prerequisites for relative non-prosecution, and its discretionary standard should be based on whether it affects the necessity of prosecution.

Key Words: dangerous driving offense, relative non-prosecution, proviso, procedure decriminalization, substantive decriminalization

责任编辑 田国宝