

对“醉驾”出罪法定事由的再思考

李晓明 蔡芸琪

对于“醉驾”是否一律入刑，公检法三机关尚有态度立场上的对立，理论界更是莫衷一是，争论不休。而 2017 年 5 月 1 日，最高院颁布施行的《关于常见犯罪的量刑指导意见（二）》（下文简称《指导意见》），从司法层面给出了一个统一标准，其明确指出：“对于醉酒驾驶机动车的被告人，应当综合考虑被告人的醉酒程度、机动车类型、车辆行驶道路、行车速度、是否造成实际损害以及认罪悔罪等情况，准确定罪量刑。对情节显著轻微危害不大的，不予定罪处罚。”因而，在司法实践层面上，“醉驾不必一律入罪”早有定论，无须争议。但《指导意见》只是为“醉驾”出罪提供了一定实践上的依据支撑，特殊情形下“醉驾”出罪的必要性以及具体的出罪事由仍有必要从学理上进一步探究。

“醉驾”是一个不确定的“概念”

1、“醉酒”概念的不确定

所谓“醉酒”，应当是指行为人因饮酒而过度兴奋、控制能力降低、意识模糊的失去对自己行为控制的一种生理状态，显然与一个人的身体特质和解酒能力有关。而绝不是现在所进行的机械性操作的吹气检测或抽血检测，更不应当仅仅是指一种根据法定标准量化的规范概念。当然，与个体差异和解酒能力相关的饮酒后的具体行为表现或生化指标是非常复杂的，虽然可以研究或具体筛选和确定这些指标，但目前尚未有研究结论和操作性标准。从规范层面上看，根据《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》规定，“醉酒”是指行为人血液酒精含量大于或等于 80mg/100ml。但任何法律概念都不能过分偏离一般民众的社会认知，因而“醉酒”也不能仅仅表面化为一种数字标准，即使并不要求行为人为“酩酊大醉”，也起码需要出现控制能力、反应能力、危险判断能力明显下降而导致不能安全驾驶的事实状态。

而这样的事实上的“醉酒”状态则明显因人而异，或者更通俗的讲，与个人的酒量甚至身体健康状况等主体因素直接相关。因此，“醉酒”是一个非常复杂的与个体差异有关无法准确确定的概念，在研究“醉驾”出罪法定事由时应当特别注意，更应当作为研究考虑的重要因素之一考虑进去。

2、“驾驶”概念的不确定

所谓“驾驶”应当是指行为人操纵机动车在道路上行驶的过程。尽管依据《道路交通安全法》等相关规范，可对“机动车”、“道路”等概念进行规范限定，但各行为人机动车的类型、道路的交通状况、行驶时间等客观因素必然的仍会导致“驾驶”概念的不同。在早晚高峰繁华的主干道上驾驶和在深夜乡村的无人小路上驾驶；包括在小区内短时间的倒车入库和在街道上长时间的持续行驶；驾驶轻便电动摩托车和驾驶高速轿车等情况，不同的驾驶状况对社会公众带来的风险程度必然有所差别，难以忽略实际客观情况的存在而一概而论。

3、“醉驾”认定标准的机械性

一般行为主体只需在道路上“醉酒”后驾驶机动车就属于刑法规定的“醉驾行为”。但如上所述，“醉驾”状态因人而异，刑法所反对的醉驾者造成危害公共安全的抽象危险的类型，并非可以概括每一种具体的“醉驾行为”。一方面，笔者并非一味赞成行为人以酒量大等生理因素为辩护理由，但毕竟“醉酒型”危险驾驶罪规制的是一种“不能安全驾驶”的行为状态，完全抛开生理因素对行为人意识状态的影响也是不切实际的；另一方面，并非所有的驾驶行为都会造成刑法所设置的类型化危险，道路交通状况、机动车状况等等客观因素对公共安全的不同影响是实际存在的，不能主观否定。

“但书”出罪的刑法规定及其价值

《指导意见》尽管从实践层面对轻微“醉驾”行为给出了依据刑法“但书”出罪的明确办法，但长久以来，理论界一直存在对

- 在“醉酒”、“驾驶”两个概念皆不确定的情况下，刑法所反对的醉驾者造成危害公共安全的抽象危险的类型，并非可以概括每一种具体的“醉驾行为”。
- 最高院《指导意见》表达了两层含义：通过考察被告人的醉酒程度、是否造成实际损害等具体情况，可以对法律所推定的抽象危险加以推翻反驳；可以通过适用“但书”，将并未造成抽象危险的醉驾行为予以出罪。
- 在肯定“但书”在司法实践中适用合理性的基础上，还需考虑：针对具体的“醉驾”行为，其是否符合适用“但书”的条件情形，存在出罪的法律空间。

“但书”条款及其所依附的社会危害性概念的质疑，因而有必要对“但书”在司法层面适用的必要性和合理性进行一定阐明。

1、刑法“但书”出罪的规定考量

《刑法》第 13 条对“犯罪概念”进行了总则性规定，明确指出：“一切危害……社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”。“依照法律应当受刑罚处罚的”可认为是有关刑事违法性的规定；而“情节显著轻微、危害不大”则是对社会危害性进行描述，因此，两相结合才是完整的犯罪概念。因此，笔者赞成对于符合犯罪构成要件但不具有社会危害性的行为可利用“但书”予以出罪。

在司法实践中，最高院《指导意见》中明确了：“对情节显著轻微危害不大的，不予定罪处罚。”据此我们可以明确推知两层含义：其一，通过考察被告人的醉酒程度、机动车类型、车辆行驶道路、行车速度、是否造成实际损害等具体情况，可以对法律所推定的抽象危险加以推翻反驳；其二，可以通过适用“但书”，将并未造成抽象危险的醉驾行为予以出罪。

2、刑法“但书”出罪的价值考量

“但书”所依附的社会危害性概念一直以来都受到价值判断模糊性的诟病，难有明确清晰的标准衡量。

首先，针对“但书”条款模糊性的批判值得商榷。第一，“但书”条款毕竟是规定在总则之中，是一般性的概括规定，缺少具体明确的特征是必然；第二，即使是分则构成要件也并非事无巨细，详尽透彻，例如“以危险方法危害公共安全罪”中“危险方法”的概念也并不明确，只能比照放火、决水等方法的危险程度进行价值判断；第三，“但书”以及分则的犯罪构成要件均是为具体案情服务的，文字规定的明确性与否不能仅凭自主想象，还应落实到具体案件中考察。因此，若能在符合社会一般认知的基准下，将抽象的概念规定与具体的现实情形对应，也并没有判断困难问题。

其次，尽管笔者认为出罪事由无需法条的明文规定，但也并不意味着赞同出罪的随意性，换言之，出罪无需法定但不得任意。但问题是法官的自由裁量权是必要的也是合理的。现实生活中，不可能有与法条完美对应的案件情况，我们所反对的无非是自由裁量权的肆意滥用而已，同样的，我们需要的不是禁止“但书”的适用，而是要将其限制在合理的范围内。一方面，对于“但书”适用的情形在学理上进行探讨限制，例如多数学者赞同的，对无罪量规定的轻微犯罪适用“但书”；另一方面，正如《指导意见》所规定的，实践中大量的司法解释或规范性文件对具体犯罪的“但书”适用情形进行了规定，在有明确规定的前提下，必须遵照适用。

“醉驾”适用“但书”出罪的法律空间

在肯定“但书”在司法实践中适用合理性的基础上，还需考虑：针对具体的“醉驾”行为，其是否符合适用“但书”的条件情形，存在出罪的法律空间。

1、“醉酒型”危险驾驶罪的罪量规定

由于笔者赞同对无罪量规定的轻微犯罪适用刑法“但书”，因而关键需要考察“醉酒

型”危险驾驶罪是否属于不具有罪量要素的轻微犯罪。

首先，需要明确的是：80mg/100ml 的血液酒精含量是否是“醉酒型危险驾驶罪”的罪量要素。该醉酒标准将酒后驾车区分为两个不同性质的行为，即“一般饮酒驾车”和“醉酒驾车”。此种“量的区分”不同于“盗窃罪”在《治安处罚法》与《刑法》中的区分。以江苏省为例，盗窃数额在 2000 元以下的，进行行政处罚，而 2000 元以上的，则定罪处刑。但不论最终选择何种处罚依据，该行为都属于“盗窃”的类型，并未从名称和性质上加以区分。而在“醉驾行为”中，其已从名称上与行政违法行为相区分，我们完全将其作为一个独立的行为类型，认为在该独立类型中仍可存在情节程度的区分。

其次，需要考虑的是“醉驾”中是否可以有情节程度的区分。从“危险驾驶罪”的法条规定来看，立法者仅对“飙车行为”辅以“情节恶劣”的条件，对“醉驾行为”则无限制，但这并不意味着认为一切醉驾行为均应入罪。立法者是在社会危害性层面将“醉驾”与“情节恶劣的飙车”相当，但从价值判断的角度，并非所有的“醉驾行为”均能达到“恶劣飙车”所造成的社会危害，换言之“醉驾”本身也应当是内涵了具体情节限制，只是具体判断留待司法工作人员在实践中进行具体判断。

2、“危险驾驶罪”中的“抽象危险犯”

在论证“但书”出罪的合理性基础上，还必须考虑在“醉驾行为”中是否存在“情节显著轻微，危害不大”的情况。一般认为，“醉酒型”危险驾驶罪属于抽象危险犯，因而需要考虑的是：立法所推定的“抽象危险”是否存在反驳推翻的可能。笔者认为行为的成立并不必然导致抽象危险的产生，作为立法者的推定，在特殊情况下应当允许否定推翻。

首先，有学者认为，若赞成对抽象危险进行具体判断，则难以与具体危险相区分。笔者认为这样的担忧是不必要的，具体危险是要求司法者在认定时证明危险的存在；而抽象危险，则免除了司法者的证明义务，在立法上便推定其风险存在，所谓具体判断也只不过是允许被告人保有根据具体情况反驳推翻的权利。

其次，我国刑法中规定的抽象危险犯并不多，最典型如生产、销售假药罪以及盗窃枪支、弹药、爆炸物罪，因而，对于醉驾所造成的抽象危险，必然要与生产销售假药等所创设的法不容许的风险相当。

最后，立法者是根据一般社会经验推定醉驾行为会造成一定的抽象危险，但现实生活纷繁复杂，立法经验也并非始终可靠。2009 年左右发生了诸如成都孙伟铭案，南京张明宝案等骇人听闻的醉驾事故，引起社会对醉驾行为的趋重评价。但现实生活中更多的是醉驾者在自身意识清楚的情况下小心谨慎的驾驶，且不论其是否造成了抽象危险，但其危险程度必然是不同的，不能一概而论。

3、危险驾驶罪与行政法的有效衔接

为保证法律之间的协调稳定，需要考虑与行政法的衔接问题。现行的《道路交通安全法》规定：“饮酒后驾驶机动车的，处暂扣 6 个月机动车驾驶证，并处 1000 元以上 2000 元以下罚款……醉酒驾驶机动车的……吊销机动车驾驶证，依法追究刑事责任；5 年内不得重新取得机动车驾驶证。”该条将醉驾

行为一律交由刑法处置，排除行政法适用的余地，若承认醉驾行为可以因为“情节显著轻微、危害不大”而予以出罪，则会导致酒后驾车行为尚且受到行政处罚，而部分醉驾行为反而不接受任何处罚的尴尬境地。

笔者认为，可以采用当然解释的方法进行解决。“醉驾”与“酒驾”两者都是饮酒后驾车这一大的概念范围内的违法行为。而“醉驾”是较之于“酒驾”的血液酒精含量更高的一种饮酒后驾车的行为，根据当然解释的规则，“举轻以明重”，既然酒精含量较低的“酒驾”尚且应当受到一定的行政处罚，酒精含量更高的“醉驾”也理应接受同样的处罚措施。因此，已经出罪的醉驾行为，除了适用行政法中“醉酒驾驶，吊销机动车驾驶证”的规定之外还应当同时适用“酒驾”的“处拘留、罚款”的规定。

“醉驾”出罪的具体分类及司法认定

最高院《指导意见》在确立刑法“但书”出罪的立场基础上，采用部分列举方式对出罪具体情形进行了规定，考虑到篇幅有限，笔者选择其中两项具体情形进行分析探讨。

1、行为人的醉酒状况

尽管已经存在法定规范对行为人的“醉酒”标准进行了明确，但正如上所述，醉酒概念是一个因人而异的不确定概念，因此，应当适当考虑主体意识清醒程度。

首先，目前司法实践中是将血液酒精含量作为认定“醉驾”的唯一标准，也就是“孤证定罪”，尽管该标准对于测定行为人饮酒数量确实十分牢靠可信，但却难以准确认定行为人意识清醒程度。因此，可以考虑对行为人进行步行回旋、单腿直立等人体平衡试验对其安全驾驶的能力进行一个更为全面的判定。

其次，有学者提出可以对“醉酒标准”规定一个量的幅度，例如曲新久教授认为，“当行为人的血液酒精含量达到 110mg/100ml 时，一律判处刑罚；而含量处于 80mg/100ml~110mg/100ml 这一幅度内时，可以进行自由裁量。”笔者赞同这一观点，从司法成本和效率的角度考虑，对于行为人清醒程度的判定也不应是毫无节度的，自由裁量也是有界限的。

2、行为人的认罪悔罪态度

这一出罪事由的规定实际与“但书”并无太大关联，而是一个“犯罪既遂后再出罪”的问题，纵观相关刑法规范，如此做法也并非首例。例如，修改前的《刑法》第 241 条关于收买被拐卖的妇女儿童罪的规定，“收买被拐卖的妇女儿童，按照被拐卖妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，对被收买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以不追究刑事责任”。收买人对结果的积极补救，在一定程度上减轻了犯罪行为带来的社会危害性。但具体到“醉驾”行为中，由于醉驾本就是一种危险犯，对于已经造成的抽象危险，行为人是无法通过任何措施以消弭其行为影响的。笔者只能认为，这是司法者的一种补救措施，尽管因醉驾导致的重大交通事故骇人听闻，立法者意图规制的大多也是这样一类有着重大潜在风险的行为，但生活中大多数醉驾行为难以与上述醉驾事故相提并论。

因而，一方面，从预防整治的角度，刑法之所以规制“醉驾”，也是为了在全社会树立“喝酒不开车，开车不喝酒”的良好风气。因而，只要行为人真诚悔过认罪，也足以认为达到了规制的良好效果；另一方面，从减少不必要处罚的角度，刑法应当具有谦抑性，若醉驾者主观恶性不大，也并未造成实际危害结果，则无须过分苛责。

【李晓明，苏州大学王健法学院教授、法学博士、博士生导师，刑事法研究中心主任。蔡芸琪，苏州大学王健法学院刑法学硕士研究生，刑事法研究中心助理研究员。该文系 2017 年国家后期资助项目《我国轻罪体系建构研究》（编号：17FFX030）的阶段性成果。】