

醉酒型危险驾驶罪实证研究

战晓华

华东政法大学刑事法学院, 上海

收稿日期: 2023年6月5日; 录用日期: 2023年7月19日; 发布日期: 2023年7月31日

摘要

醉酒型危险驾驶罪判决案件呈骤降趋势, 其刑罚普遍较轻, 但其缓刑适用率与不起诉率依旧偏低。各地先后调整酒精含量标准, 参考案例确定裁判规则导致的同案不同判, 与交通肇事罪比较呈现的罪刑不均衡, 均使醉酒型危险驾驶罪的刑罚附带后果严重失衡于比例原则。可通过限制醉酒型危险驾驶入罪和拓宽出罪达到罪间平衡; 做好行刑衔接, 消除处罚漏洞; 通过完善罪后处理, 消灭微罪前科以减轻醉酒危险驾驶等微罪对行为人的犯罪影响, 最终达到罪罚均衡。

关键词

醉酒驾驶, 醉酒型危险驾驶罪, 不起诉决定, 同案不同判, 犯罪后果

An Empirical Study on Drunken Dangerous Driving Crime

Xiaohua Zhan

Criminal Justice College, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jun. 5th, 2023; accepted: Jul. 19th, 2023; published: Jul. 31st, 2023

Abstract

The judgment cases of drunken dangerous driving crime show a sharp decline trend. And the penalty is generally lighter. However, the probation application rate and non-prosecution rate in drunk driving cases are still low. The different judgments of the same case, caused by all parts of the country adjusting the alcohol content standard and the case for reference determining the referee rules, and uneven crimes compared with the crime of traffic accident, make the incidental consequences of drunken dangerous driving crime seriously out of balance with the principle of proportionality. The balance between crimes can be achieved by limiting the conviction and broadening the innocence of drunken dangerous driving crime. Punishment loopholes can be

eliminated by doing a good job of execution connection. The balance of crime and punishment can be achieved by improving the post-treatment of crime, eliminating the criminal record of minor crimes, to reduce the criminal impact of minor crimes such as drunken dangerous driving crime on the perpetrator.

Keywords

Drunk Driving, Drunken Dangerous Driving Crime, Non-Prosecution Decision, The Different Judgments of the Same Case, Criminal Consequences

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

醉酒型危险驾驶罪的构成与判决处理应然性一直存在争议，本文在实证研究基础上对两者展开分析。

2. 醉酒型危险驾驶罪判决宏观数据分析

以限制条件“案由 = 危险驾驶罪”“文书类型 = 判决书”“全文 = 醉酒驾驶”在北大法宝搜索，共搜索到 1,196,470 个案例，笔者在北大法宝图表数据基础上进行整理，得出如下结论。

2.1. 近几年案件审理数量呈骤降趋势

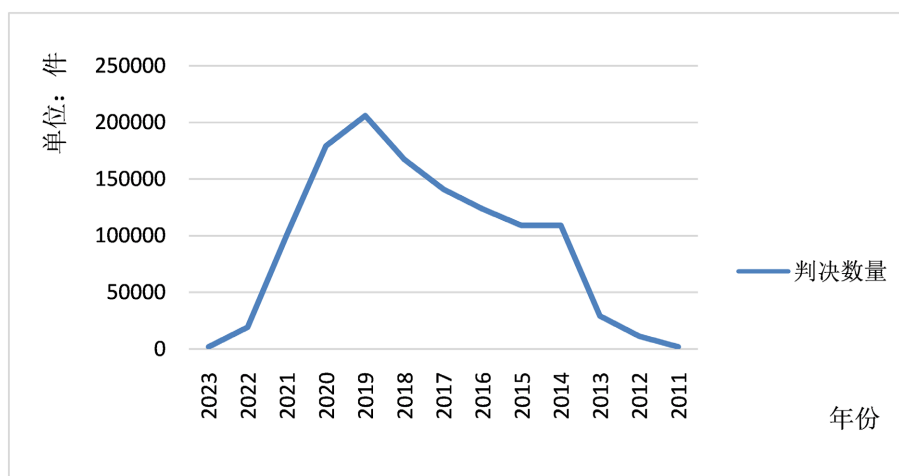


Figure 1. Changes in the number of cases

图 1. 案件数量变化

如图 1 所示，案件审理数量于 2019 年达到顶峰后呈骤降趋势，从 2019 年 20 多万件到 2022 年低于 2 万件。2013 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合印发《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》将“血液酒精含量达到 80 mg/100ml 构成危险驾驶罪”重申后，各机关对醉驾刑事犯罪均采取严厉打击的态度，醉驾数量因此逐年递增，“醉驾”取代盗窃成为刑事追诉第一犯罪

[1]。然而，这严重挤占了有限的司法资源且引发了诸多社会问题。2019年，浙江省颁布《关于办理“醉驾”案件若干问题的会议纪要》，通过规定酒精含量在100 mg/100ml以下且危害不大的不移送审查起诉、酒精含量在170 mg/100ml以下且认罪悔罪无从重情节的可以不起诉或者免于刑事处罚等，限制醉驾型危险驾驶的入罪。辽宁、吉林、哈尔滨、湖南、四川、青岛等地亦采取相似策略，通过提高入罪的酒精含量标准等限制入罪。由于“醉驾一律入罪、一律起诉”向醉驾宽缓化司法理念的转变，案件数量便有了回落[2]。

2.2. 缓刑适用率与“宽严相济”理念不符

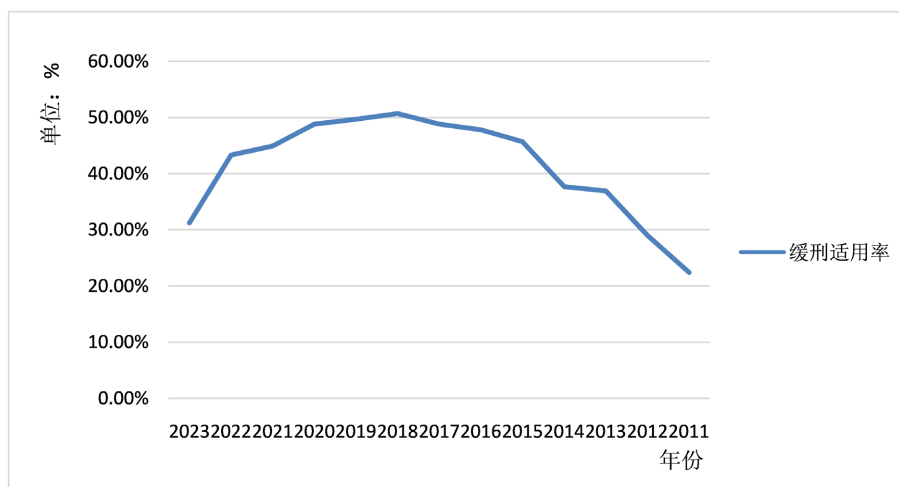


Figure 2. Probation variation applies to cases

图 2. 案件适用缓刑变化

如图 2 所示，醉酒型危险驾驶的缓刑适用率总体为 46%，每年在 40%~50%之间。根据《刑法》第七十二条及浙江省《关于办理“醉驾”案件若干问题的会议纪要》，酒精含量在 170 mg/100ml 以下且无造成他人轻伤以上后果等情形，是为犯罪情节轻微，可以处以缓刑¹。实践中存在大量类似上述情节而未以缓刑处理的情形，即使地方有相关文件的出台²。我国社会转型与经济和社会发展构成了错综复杂的关系，对刑法立法活跃产生了全方位的影响[3]。刑法积极地介入社会治理活动，不仅在刑事立法层面积极推进犯罪化，刑事司法过程中也尽可能的通过刑法适用解释消解刑法规范供给不足的问题[4]。在刑法的积极介入和司法的从严把握的共同作用下，实施轻微罪行的行为人要遭受严重的犯罪附随后果，有失罪责刑相适应原则，亦与刑事立法改革的大方向——宽严相济、以宽为先——冲突³ [5]。宽严相济是我国基本刑事政策，要求“实体从宽、程序从简” [6]。但是目前我国无论刑事实体法还是程序法，均难以满足此项基本要求，如缓刑适用后的社区矫正的有效执行是否能够落实尚存在疑问，而这又反向影响缓刑的适用。

¹浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅所发布的《关于办理“醉驾”案件若干问题的会议纪要》规定此种情形可以作不起诉或者免于刑事处罚处理，此处引用用于证明该情形符合《刑法》第七十二条中的“犯罪情节较轻”。

²如湖南省高级人民法院、湖南省人民检察院、湖南省公安厅《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件若干问题的会议纪要》规定：“醉酒驾驶机动车的，无上述第七条中的情形，且认罪悔罪，符合缓刑适用条件的，可以依法适用缓刑，酒精含量在 160 mg/100ml 以下的，可以不起诉或者免于刑事处罚。”但是湖南省怀化市鹤城区人民法院(2022)湘 1202 刑初 578 号：被告人李平酒后驾驶车牌号为湘 N1XX 某某的二轮摩托车途经怀化市鹤城区东环路污水处理厂路段时被交警查获。经鉴定，被告人李平血液中乙醇成分含量为 111.3 mg/100ml。法院判处拘役二个月，并处罚金人民币一万元。

³2010年2月8日最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》：“16、对于所犯罪行不重、主观恶性不深、人身危险性较小、有悔改表现、不致再危害社会的犯罪分子，要依法从宽处理。对于其中具备条件的，应当依法适用缓刑或者管制、单处罚金等非监禁刑。”

2.3. 判处刑罚普遍较轻

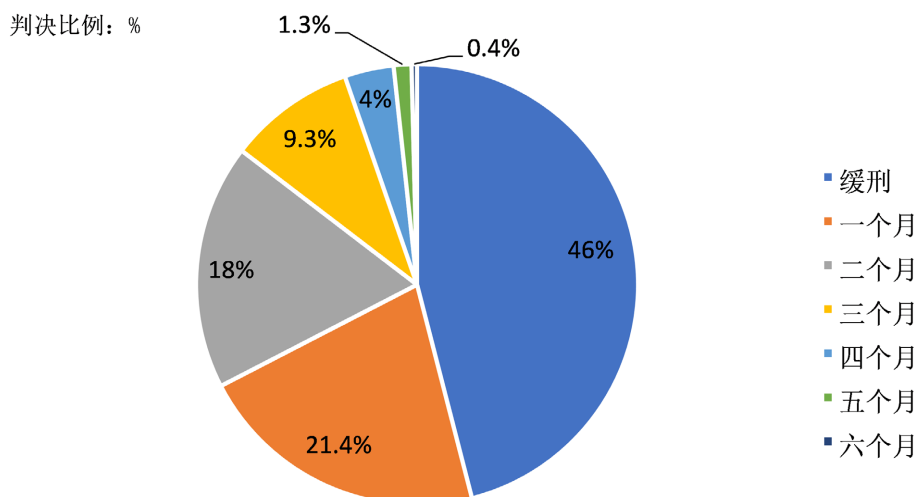


Figure 3. Circumstances of sentence
图 3. 判刑情况

如图 3，醉酒型危险驾驶罪的判决书中，判处拘役五个月、六个月的判决数量占比不到 2%，绝大多数案件被判处缓刑、拘役三个月及以下。即使是在配置六个月拘役刑罚的微罪中，醉驾型危险驾驶也是社会危害性更低的存在。刑罚的扩张需要考虑其负面效应——犯罪附随后果。犯罪附随后果是指“在刑事法律法规之外，针对犯过罪或受过刑事处罚的人所创设的一种限制性处罚后果”，包括对行为人职业资格的限制或剥夺⁴ [7]。而微罪和过失犯罪、重罪的犯罪附随后果几乎不存在差别，微罪行为人同样会面临剥夺公职、从业禁止的限制[8]。社会危害性极低的醉酒型危险驾驶配置严重的犯罪附随后果，是否合理呢？

2.4. 不起诉率低无法保证司法公正

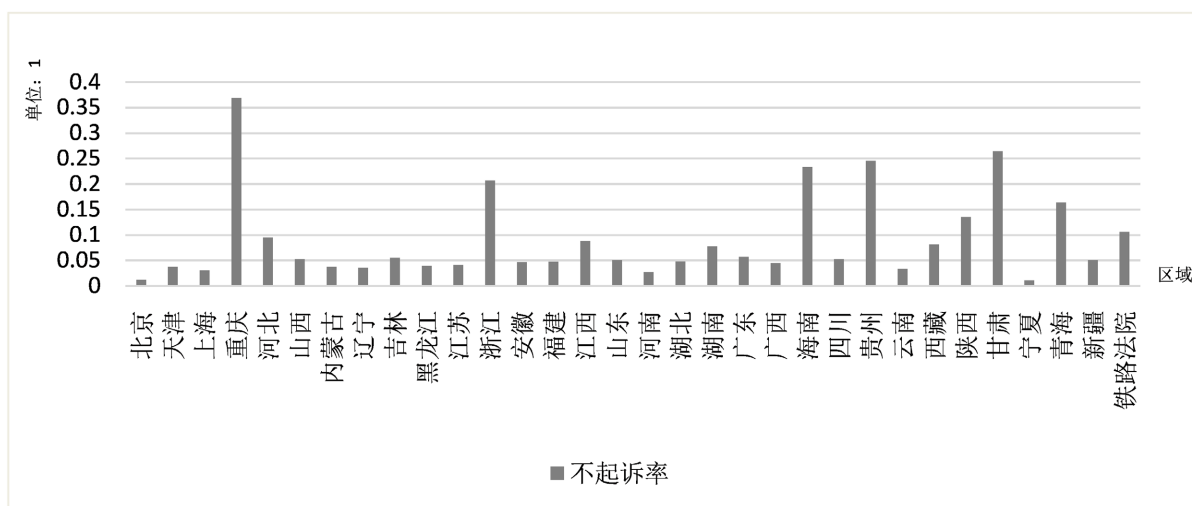


Figure 4. Non-prosecution rates by region
图 4. 各地不起诉率

⁴ 《公务员法》第 24 条规定：曾因犯罪受过刑事处罚的不得录用为公务员。

以“案由 = 危险驾驶罪”“关键词 = 醉酒”“文书类型=不起诉决定书”在威科先行搜索，共检索 86,081 条数据。对地域数据梳理如图 4，醉酒型危险驾驶的平均不起诉率仅为 6.71%，但各地域间的不起诉率差别较大，重庆不起诉率最高，为 36.9%，宁夏与北京不起诉率最低，为 1.1%，可见不同地域对醉酒驾车的处理并不统一。大多地域不起诉率低于 10%，这意味着绝大多数醉酒驾驶案件历经了完整的诉讼环节。如果每个环节均做到滴水不漏，势必会挤压法官办理疑难案件的时间精力；如果保证疑难案件的质效，那么每个环节将被压缩以致整个判决仓促执行。最后司法的公正与被告人的辩护权利均未得到有效保证。

3. 醉酒型危险驾驶罪判决微观具体分析

3.1. 同案不同判

最高人民法院《刑事审判参考》(以下简称“刑参”)第 892 号案例确定“醉酒驾驶超标电动自行车不构成危险驾驶罪”的裁判规则。此案例发布之前，超标电动自行车是否属于机动车也未有法律规定。因此出现案件事实相近判决不同的情况，比如同样是醉酒驾驶二轮电动车，有法院通过采取一般人对机动车的认知水平，对没有明确认识到自己驾驶“机动车”的行为人予以出罪⁵；有法院认为被告人不知道其醉酒驾驶电动车属危险驾驶罪不能成为被告人的抗辩理由，判决行为人构成危险驾驶罪⁶。审判参考案例发布之后，醉酒驾驶超标电动车不再构成犯罪，也未出现入罪判决。这表明审判案例具有“统一法律适用标准和确立规则”的作用，此在最高人民法院出台的文件中也有所体现⁷ [9]。个案如何能够成为一般性裁判规则，进而对后案产生约束力呢？

首先，指导性案例、典型案例等被筛选为代表一般性裁判规则的案例，均包含充分的说明理由。其中，司法机关和法官论证说理所依据的事实认定方法、法教义学方法论、推理逻辑等具有客观性和普遍适用性，是可检验、可重复使用的法律方法。其虽然为单个案例，但其更是个案司法经验、理性与智慧的载体，整体上蕴含了这一时期司法的总体性经验、理性与智慧[10]。其次，从法律功能主义角度，承认前案判决对后案判决具有或强或弱的约束力，可以促进法律适用的统一，与追求“同案同判”的自然正义目标一致[11]。最后，我国也逐步建立起案例指导制度⁸，根据 2020 年最高人民法院印发的《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》，审判参考案例的约束力为“可以作为裁判的参考”，而非“应当参照”⁹。但应当承认此类判决对司法裁判构成具有指导意义。不同于指导性案例的规范约束力与权威性要求，审判参考案例的指导性源于其事实影响力、适用上的被惯习性仿照及行动上的理由说服力¹⁰ [12]。不同于法律条文的抽象表达，个案裁判通过对事实场景说理分析将相关法律具体化阐明，给予社会民众更明确合理的期待，这在指导性案例与审判参考案例之间并无差别。因此承认审判参考案例提炼出的裁判规则、承认审判参考案例对后案具有约束力和指导性存在法理上的正当性和制度支撑。

其后问题便凸显出来，明确裁判规则之前存在的同案不同判现象、裁判规则前后存在的同案不同判

⁵天津市第一中级人民法院(2019)津 01 刑终 170 号。

⁶广东省东莞市第一人民法院(2021)粤 1971 刑初 347 号。

⁷《最高人民法院关于完善统一法律适用标准工作机制的意见》(法发[2020] 35 号)、《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》。

⁸最高人民法院于《人民法院第二个五年改革纲要(2004-2008)》提出建立和完善案例指导制度；于 2010 年 11 月 26 日发布《最高人民法院关于案例指导工作的规定》，规定只有最高人民法院才有权最终发布指导性案例；2020 年印发了《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》，展开类案检索。

⁹《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》(法发[2020] 24 号)：“九、检索到的类案为指导性案例的，人民法院应当参照作出裁判，但与新的法律、行政法规、司法解释相冲突或者为新的指导性案例所取代的除外。检索到其他类案的，人民法院可以作为作出裁判的参考。”

¹⁰事实影响力指的是一般生效判决因符合一定需求或客观上被后续的裁判活动接受和遵循，从而对案件的司法处理产生了实际的作用力量；适用上的被惯习性仿照指的是法官出于惯习性的思考或行为倾向总会考虑或遵从在先的同类判决方式或方法，从而使法院在任何案件中已形成的既定判决都能被有惯性地仿照适用；行动上的理由说服力指的是法官基于对案件事实的前后可比性认识时常倾向于对既定判决进行复制或沿袭。

现象是否有司法不公之嫌。考夫曼认为“同案同判是法律平等适用的体现，是正义的核心”[13]。此涉及裁判规则是否具有溯及力、溯及力原则的法理依据问题，并非本文研究旨趣，但其中判决不同带来的后果为后文所指。

3.2. 一些判决案件情节轻于部分交通肇事案不起诉所依事实

胡某在持有 C1 证但 D 证被注销的情况下，醉酒驾驶二轮摩托车被法院判处拘役一个月，其血液样品中检出乙醇含量为 157.24 mg/100ml¹¹。同地域，李某酒后驾驶机动车遇横穿马路的行人，行人当场死亡，李某主动投案如实供述，且赔偿被害人家属 1,200,000 元取得谅解，最终检察院决定对李某不起诉¹²。同样是酒后驾驶，情节大致相同的情况下，后者交通肇事案甚至造成了严重后果，但后者免于起诉，前者作出有罪判决。

根据我国刑法第 5 条的规定，刑罚轻重应与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。而罪行与刑事责任的内涵理论界多有探讨，有学者认为罪行是包括客观危害与主观恶性的行为的社会危害性程度，刑事责任指人身危险性[14]；有学者认为罪行指犯罪行为对于社会的危害程度，刑事责任指犯罪分子主观恶性的大小[15]；也有学者认为罪行等同于犯罪构成事实，刑事责任是犯罪人在犯罪过程中以及犯罪前后表现出来的、与犯罪人的人格直接相关的、决定其人身危险性的一系列主观情况[16]。对学者之罪行、刑事责任的具体内涵界定分析后可知，刑罚的轻重围绕“社会危害性”“主观恶性”“人身危险性”三要素展开，差异在于“主观恶性”是罪行范围内还是刑事责任范围内的考量。因此，抛开两者具体内涵，直接对此三要素进行衡量可得出罪刑是否相适应的结论。

社会危害性限缩在社会危害的客观事实，包括犯罪侵害的对象、犯罪所侵害的法益、行为的危险性、犯罪造成的危害结果、犯罪时间、地点、方法等；主观恶性主要指行为人的主观方面，包括行为人的主观罪过与犯罪目的；人身危险性包括初犯可能性、再犯可能性。现对前述的两个案件比较分析。社会危害性方面，危险驾驶侵害公共安全，交通肇事侵害公共安全和他人人身权益；均为醉酒驾驶，行为的危险性相当；前者未造成严重后果，后者造成一人死亡；两案在发生地点、方法上具有相似性。主观恶性方面，两案均醉酒驾驶，主观罪过相似，均系过于自信的过失。人身危险性方面，交通肇事案行为人在罪后积极赔偿被害人家属，可见认罪态度良好；危险驾驶案亦认罪认罚。简要比较发现，交通肇事案的罪刑与刑事责任严重于危险驾驶案，刑罚也应重于其。

虽然罪刑均衡原则并不意味着重罪必须重判，而是指刑罚不得超出责任的上限，即使罪行重大，也可能因为预防的必要性小而科处较轻的刑罚[17]。但是定罪与量刑之间是等值[18]的这一基本含义未变，预防必要性在定罪量刑时均需要予以考量。因此不同案件之间的定罪与量刑的等值关系也应当守恒，是为刑法公正。而醉酒型危险驾驶与交通肇事案件的处理并未遵守这一守恒。

3.3. 犯罪后果不符合比例原则的要求

同样的酒精含量，地方出台相关文件前构成犯罪，出台后不再入罪；同样的案件情节，裁判规则为刑参案例确定之前可能构成犯罪，确定之后不再以犯罪论处；同样醉酒驾驶，部分醉酒型驾驶行为构成犯罪，部分交通肇事行为作相对不起诉处理。然，“罪”与“非罪”并非一字之差。一人犯罪受到刑事处罚，之外须承受犯罪附随后果，甚至影响其子女、亲属参军、考公、进入重要岗位以及存在社会非规范性评价[19]。

¹¹ 湖南省株洲市荷塘区人民法院(2022)湘 0202 刑初 347 号：被告人胡先海在其所持 D 型驾驶证已被注销的情况下，持 C1 型驾驶证饮酒后驾驶湘 B0XX 某某的普通二轮摩托车沿株洲市荷塘区石宋路由西往东行驶至文化路口时，被在此设卡盘查的交通警察查获，执勤交警对胡先海进行呼气酒精含量检测，结果为 120 mg/100ml，经株洲市仲天司法鉴定中心鉴定，胡先海案发时提取的血液样品中检出乙醇含量为 157.24 mg/100ml，法院判处拘役一个月，并处罚金人民币三千元。

¹² 湖南省株洲市荷塘区人民检察院株荷检公刑不诉(2017) 55 号。

犯罪附随后果是指，针对犯过罪或受过刑事处罚的人，在刑事法律法规之外创设的一种限制性处罚后果[7]，主要表现为对行为人职业资格的限制或者剥夺，具有保安处分的性质[8]。例如因故意犯罪或者职务过失犯罪受过刑事处罚的，不能担任公证员¹³。在我国，作出此类规定的法律、行政法规数量庞大，即一旦犯罪，便会受到大范围的就业限制。这不符合比例原则的要求。根据比例原则，对行为人职业资格的限制或剥夺应与其所欲达成的目的之间必须具有相当比例关系。而我国限制有前科公民就业资格的法律法规大多十分严格，只有极少数法律考虑到有前科的犯罪的性质、刑罚的轻重来加以限制[20]。醉酒型危险驾驶罪，即使其最高法定刑为拘役，行为人也要面临剥夺公职、不得从事新闻记者工作¹⁴、限制会计¹⁵等就业限制，所受限制远远超过刑罚处罚后果。

除犯罪个人受到从业的限制与剥夺外，其子女亲属在参军、考公、进入重要岗位时也受到限制，类似于古代的连坐制度。这一限制在刑法整体体系下是否合理暂且不论，仅分析在醉酒型危险驾驶罪这一微罪下的合理性。根据罪责自负原则，行为人仅就个人自己所实施的行为而承担刑事责任，不能以行为人属于一定团体为由而让他对他人的犯罪承担责任[21]。行为人的子女不应该因父母的罪行承担刑罚后果的痛苦。根据功利主义，如果刑罚可以遏制更大的恶，那么它带来相当的恶是被允许的[22]。“连坐”确实带来一定的威慑功能，但也对犯罪人回归社会添加了障碍，威慑行为人不再犯罪与犯罪人无法回归社会后再次犯罪，哪一方力度更强，这难以评判；醉酒型危险驾驶行为人的子女若进入军队、公务系统、重要岗位，是否会比“正常人”的子女制造更大的恶亦无法判断。定罪尚且“存疑有利于被告”，更何况未犯甚至微罪的子女。此外，还有社会非规范性评价，是社会公众自行对犯罪人进行的评价，体现为社会公众对于犯罪人和犯罪行为的敌意和谴责，以及由此产生的远离犯罪人的自我保护意识和防范意识[19]。

以上犯罪后果与醉酒型危险驾驶的刑罚本身相比，远远失衡于相当比例。而且，在现有相同案件不同判决结果、类似案件不同起诉决定情形下，这一现象严重违反了刑法平等原则，法律适用亦未实现平等。如何扭正以上局面，一是通过限制醉酒型危险驾驶的入罪和拓宽出罪达到罪间平衡；二是做好行刑衔接，消除处罚漏洞；三是通过完善罪后处理，通过搭建前科消灭制度等减轻对醉酒危险驾驶等微罪行为人的犯罪影响以达到罪罚均衡。

4. 醉酒型危险驾驶入罪重构与出罪拓宽

行为是否成立犯罪，既要考虑行为是否符合构成要件，也需要考量行为是否符合入罪情节有要求，即排除但书规定“情节显著轻微危害不大”的情形。

4.1. 醉酒型危险驾驶罪入罪重构

对醉酒驾驶行为的入罪条件再审视，目前的司法实践对案件处理并不一致，源于对机动车的认定标准不一、道路的认定不一致、酒精含量标准不一致、主观认定不一致，下文逐一展开分析。

4.1.1. 对机动车的再限制

刑参第 892 号案例通过将超标电动车排除在机动车范围之外，限制醉酒型危险驾驶罪的入罪。其裁判要旨坚持危险驾驶罪属于行政犯，对“机动车”这一法律的理解应当与其所对应的行政法规保持一致，不能随意扩大解释。有观点认为超标电动自行车属于机动车，理由为：根据《道路交通安全法》第 119

¹³ 《中华人民共和国公证法》第二十条有下列情形之一的，不得担任公证员：（一）无民事行为能力或者限制民事行为能力的；（二）因故意犯罪或者职务过失犯罪受过刑事处罚的；（三）被开除公职的；（四）被吊销执业证书的。

¹⁴ 《新闻记者证管理办法(2009)》第十条第四项：有不良从业记录的人员、被新闻出版行政部门吊销新闻记者证并在处罚期限内的人员或者受过刑事处罚的人员，不发新闻记者证。

¹⁵ 《中华人民共和国注册会计师法》第十条第二项：因受刑事处罚，自刑罚执行完毕之日起至申请注册之日止不满五年的，受理申请的注册会计师协会不予注册。

条第三项、第四项的规定¹⁶，机动车与非机动车在逻辑上是非此即彼的排斥关系，超标电动车不属于“符合国家标准的残疾人机动轮椅车、电动自行车等交通工具”，故属于机动车；且超标电动车符合《机动车运行安全技术条件》(强制性国家标准 GB7258-2012)中关于轻便摩托车¹⁷的规定。但是，刑法中的机动车与非机动车的区分标准是否与强制性国家标准完全一致？

首先，行政不法与刑事不法不等同，即使是行政犯的刑事不法，也要达到犯罪的违法程度。其次，两者存在质与量的区别，两者各有其核心领域与外围(边缘)领域，两者各自的核心领域——相当的社会伦理不法内涵——存在着质的区别，在外围领域——社会损害性的程度——存在量的区别[23]。最后，超速驾驶电动车违反《道路交通安全法》，是行政不法非刑事不法。根据刑法第一百三十三条规定，醉酒驾驶机动车的才构成危险驾驶罪，即使先行承认标准一致，超速电动车也不等于轻便摩托车。根据《机动车驾驶证申领和使用规定》，轻便摩托车需要取得 F 证才能合法上路，而电动车即使超速也不需要取得驾照。刑事不法程度重于行政不法，而机动车是入罪与否的关键要素，刑法中机动车与非机动车的区分也应严格限制，车的种类不同，可达速度、质量、破坏力均不相同，所具有的社会危害性亦不同，在未造成严重后果的前提下，机动车的抽象危险如何判断仍需要与技术人员的进一步合作研究，仅从强制性国家标准入手，有扩大刑罚适用之嫌，不利于行为人的权利保障。此外，于北大法宝对行政处罚文书进行检索，超速驾驶电动车而处以行政处罚的仅有 2 例，可见其行政不法尚且未用尽，何须刑法扩大至此。

因此限制机动车的范围认定，严格排除电动车的入罪构成，做好与行政不法的衔接，勿将刑事规制作为社会治理的唯一手段。

4.1.2. 限制“道路”认定范围

根据道路交通安全法(以下简称“道交法”)的规定，“道路”是指公路、城市街道和虽然在单位管辖范围内但允许社会机动车通行的地方，包括公共广场、公共停车场等用于公共通行的场所。因此，道路具有公共性、开放性。公路与城市街道的认定不存在异议，但有关“单位管辖范围内但允许社会机动车通行的地方”尚需要进一步界定。刑参 890 号“李启铭案”认定校园道路属于道交法的道路，第 893 号“廖开田案”认定允许车辆通行的小区道路、停车场也属于道交法的道路。

根据危险驾驶罪的体系定位，其位于危害公共安全一章，处于交通肇事罪条之下，所保护的法益应为公共道路交通领域的公共安全，公共性既限定“安全”，亦限定“道路”，并不能企图将所有“能行人之路”上的公共安全均列入此罪的保护范围。公共交通安全需要特殊保护的原因在于，机动车的普及使交通中发生事故的风险提高，尤其在公共的道路上，机动车的速度、流量较多的情况下发生事故的概率更高，因此需要特殊规定对机动车加以制衡和约束，“违反交通运输管理法规”便体现这一目的，漠视交通法规需要承受行政处罚，发生严重后果，将处以刑事处罚。因此，在非公共性的路上，车流量极少，因机动车的“需管理”特征而产生的事故风险限制性便明显下降，此时便无需基于公共交通安全的特殊保护。若机动车驾驶人利用机动车的速度、外型重量等特征，在非公共性的路上肆意冲撞，这便触及“以危险方法危害公共安全”，而非构成违反交通运输法规的交通肇事罪与危险驾驶罪。因此，对小区内部、校园内部、单位内、村庄内部的路是否属于道交法中的“道路”，需要审视其道路是否允许社会车辆有条件或自由进出，即是否具有公共性。

4.1.3. 削弱酒精含量对入罪的影响

刑法修正案(八)生效后直到 2017 年，醉酒型危险驾驶罪的适用标准一直以 80 mg/100ml 为核心，即

¹⁶ 机动车，是指以动力装置驱动或者牵引，上道路行驶的供人员乘用或者用于运送物品以及进行工程专项作业的轮式车辆。非机动车，是指以人力或者畜力驱动，上道路行驶的交通工具，以及虽有动力装置驱动但设计最高时速、空车质量、外形尺寸符合有关国家标准的残疾人机动轮椅车、电动自行车等交通工具。

¹⁷ 无论采用何种驱动方式，其最大设计车速不大于 50 km/h 的摩托车，且：——如使用内燃机，其排量不大于 50 ml；如使用电驱动，其电机额定功率总和不大 4 kw。

使在 2017 年最高法出台《指导意见(二)》后, 各地方陆续出台实施细则不再将 80 mg/100ml 作为入罪标准, 而是以更高且不同的酒精含量作为不起诉、缓刑、入罪的依据。这反映出: 一、80 mg/100ml 的适用与现有需求不再相符; 二、酒精含量依旧是醉驾制裁判断的主要依据。

但是酒精含量测试在操作过程中可能会出现较大的误差, 样本采集方法、采集部位、采集时间以及保存条件均会不同程度地影响乙醇检测结果。根据研究, 常温下放置不加防腐剂的血液, 血液会腐败并产生乙醇, 从而影响血液中乙醇的检测结果[24]。醉驾检测方法并非只有酒精含量测试, 美国的一些州通过具体判断行为人的驾驶能力是否受损来认定醉驾事实; 加拿大规定可以通过身体协调性测试判断驾驶人是否存在醉酒驾驶情节; 德国在酒精含量标准之余, 规定酒精含量在 0.3‰至 1.1‰之间的, 法院需要结合案件具体事实判断行为人是否对公共安全造成危险[25]。

根据目前各地方出台的文件¹⁸, 醉酒驾驶定罪的酒精含量标准普遍提高, 但各地不一致, 易出现各地之间同案不同判的情况, 因此国家应当统一提高酒精含量标准, 此为其一; 其二, 可引入身体协调性测试作为判断醉酒情况的依据; 其三, 法院在审理案件时, 避免以酒精含量为核心依据, 应结合案件发生时间、车辆速度等具体判断。

4.1.4. 严格把握主观要素

有关醉酒型危险驾驶罪的主观罪过一直所有争论。观点一: 危险驾驶罪主观罪过是过失[26]; 观点二: 主观罪过是故意[17]; 观点三: 主观罪过可以是故意也可以是过失; 观点四: 无须认定主观罪过, 对醉酒驾驶行为以“严格责任”追究刑事责任[27]。本文认为, 危险驾驶罪的主观罪过为过失。原因如下:

第一, 根据刑法第 14 条规定, 故意是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果, 并且希望或放任这种结果的发生。即醉酒型危险驾驶罪若为故意犯罪, 醉酒驾驶人应当认识到自己的行为会对社会安全造成公共危险, 并且希望或放任这种结果发生。而事实是, 饮酒后驾驶人并不认为自己的行为会给社会带来危险, 一般饮酒后依旧驾驶的行为人会认为自己的酒量不错不会出事才会驾驶机动车, 这也是醉酒驾驶一直屡禁不止的原因——醉酒驾驶人认识不到自己的行为存在危险。

第二, 责任要素是行为成立犯罪的必备要素, 若因其复杂性而对之模糊处理, 转而以严格责任直接作入罪处理, 有损害人权保障之嫌, 与罪刑法定原则的理念不符。

第三, 醉酒驾驶行为人对饮酒驾驶行为是故意为之, 但不等同于对结果的主动追求。醉酒驾驶行为与盗窃行为、杀人行为等自然犯罪行为不同, 其是根据社会需求而通过法律规定为犯罪行为的法定犯, 屡禁不止的醉酒驾驶行为说明“醉酒驾驶行为从根本上是个错误行为”这一规则尚未内化于心, 因此不能以对待自然犯的标准要求醉酒驾驶行为。盗窃行为在侵害他人财产权, 故意实施盗窃行为即故意侵害他人财产; 而醉酒驾驶行为并不尽然。故意醉酒驾驶等于故意侵犯公共安全的前提是——公民普遍认可。

4.2. 醉酒型危险驾驶罪出罪拓宽——准确把握“情节显著轻微”与“危害不大”

关于醉酒型危险驾驶罪是否可以适用“但书”条款, 在理论与实务中均有争议。否定者观点是, 醉酒型危险驾驶的构成要件本身就是在“但书”的指导下完成的, 符合构成要件便具有实害危险, 再反过来利用“情节显著轻微危害不大”排除实害危险的存在是矛盾的且该标准过于模糊[28]。本文认为可以适用。首先, “但书”规定在我国《刑法》总则之中, 可以适用于分则所有罪名[28], 醉酒型危险驾驶罪也在“但书”统筹范围。其次, 情节轻重并未全部体现于构成要件中, 只有“醉酒”是弹性需量化要素, 在把握“醉酒”的界定上需要实质界定何为“醉酒”, 即进行实质判断情节轻重; 而“道路”“机动车”

¹⁸ 各地规定可不诉标准中酒精含量的值: 浙江: 170 mg/100ml 以下, 醉驾摩托车没造成轻伤及以上后果, 200 mg/100ml 以下; 湖南: 160 mg/100ml 以下; 辽宁: 130 mg/100ml 以下或 180 mg/100ml 以下挪车、未遇检查放弃驾驶、未肇事、未造成损害后果的; 哈尔滨: 120 mg/100ml 以下或 150 mg/100ml 以下挪车、抢救病人、8 小时后隔夜驾驶、主动放弃驾驶、准备驾驶即被查获、未成年、在校生、60 岁以上人, 自首立功等; 呼和浩特: 130 mg/100ml 以下(公职人员 110 mg/100ml)。

“驾驶”均非弹性要素，车流量较多的是道路、人烟稀少亦是道路，但是在人烟稀少的道路上醉酒驾驶，情节轻微，无须入罪处理，“但书”便需要发挥其统筹作用；即使是“醉酒”，现醉酒含量入罪标准也各地不一，具体是否为“情节严重”，而非单纯以固定酒精含量为准。最后，根据体系解释，醉酒驾驶与“追逐竞驶情节严重”危害程度相当，醉酒驾驶也应达到“情节严重”，反对者认为醉酒本身就代表“情节严重”，然醉酒含量标准的变化表明，何为情节严重仍需具体判断。

可结合行为发生的时间、地点、行驶速度、环境，行为人是否有证驾驶、单脚站立测试等观察其醉酒状态等判断情节是否达到入罪的程度，否则，以“情节显著轻微危害不大”出罪，判决理由中也应详尽阐明，而非直接以模糊的“危害不大”出罪。

5. 醉酒型危险驾驶罪的行刑衔接与罪后处理

前文可知，醉酒驾驶的行政处罚与刑事处罚并未有效衔接，行政处罚并未用尽而转用刑事判决。为避免刑罚对行为人产生不当影响，应对入罪后的制度进行完善。

5.1. 行刑合理衔接提高犯罪威慑

根据相关学者研究，目前法律赋予醉酒驾驶的制裁可能并不是最有效率的，法律制裁的边际效应甚至会随着法律制裁的严厉程度呈现负值[29]。对于犯罪最强有力的约束力不是刑罚的严酷性，而是刑罚的必定性[30]。我国执法与司法现状来看，将醉酒驾驶行为一律交由司法定夺，理论上可以保障被告人的权利，执法程序保障弱于司法，司法审理有保证被告人辩护权利的优势，但是实际现状为——醉酒驾驶案件大量挤占司法资源，同时醉酒驾驶案的审理也草草了事无法达到保障权利的目的，司法审理后的刑事处罚及其附随后果又远远大于行政执法。因此严肃醉驾入刑，部分回归行政执法，提高法律制裁的精准度对醉驾行为的治理更为有效。

然而在醉驾入刑后，《道路交通安全法》删除了醉酒驾驶机动车的处罚规定，仅规定“依法追究刑事责任”。这对行刑衔接处理形成了困难，行政法应作出相应修改弥补这一处罚漏洞。在此之前，可依照“举轻以明重”将醉酒驾驶但不入罪的行为以“饮酒后驾驶”规定处以行政处罚。

5.2. 消灭微罪前科达到罪刑均衡

“宽严相济”的内涵是“该宽则宽、当严则严、宽严有度、宽严适当”，即区别对待、罪有所惩、改造多数，而微罪入刑容易造成犯罪标签泛化的困境，犯罪标签泛化会造成许多社会治理隐患产生[5]，阻碍犯罪人重新回归社会，与“宽严相济”理念相违背。因此，可以对受过有罪宣告或判处刑罚的行为人，在具备法定条件时，经过法定程序宣告注销其犯罪记录，恢复其正常的法律地位，即前科消灭。目前，职业限制多直接以“受过刑事处罚”为条件，而不论该刑事犯罪是否与职业相关，详细规定职业限制的具体刑事处罚是一项繁杂并牵涉多个方面的工作，需要结合社会学、犯罪学等学科细致研究。因此可以先从微罪入手，微罪犯罪刑罚及其他后果与犯罪行为本身比例严重失衡，通过消灭前科消除刑罚外社会效应等影响，可达到罪刑均衡。而有关前科消灭制度的模式、如何搭建、具体规则、应用等需要更为深入的研究，文章篇幅受限不再赘述。

参考文献

- [1] 张军. 最高人民检察院工作报告——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[J]. 中华人民共和国最高人民检察院公报, 2020(3): 1-9.
- [2] 徐万龙. 醉酒型危险驾驶罪严罚倾向的司法纠偏[J]. 东岳论丛, 2023, 44(4): 183-190.
- [3] 周光权. 转型时期刑法立法的思路与方法[J]. 中国社会科学, 2016(3): 123-146.

- [4] 付立庆. 积极主义刑法观及其展开[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2020: 86-87.
- [5] 吴宗宪, 燕永辉. 微罪的概念补正与现实批判[J]. 河北法学, 2023, 41(2): 28-46.
- [6] 卢建平. 宽严相济与刑法修正[J]. 中国检察官, 2017(11): 75.
- [7] 付强. 论犯罪行为的刑罚附随后果[J]. 法学杂志, 2015, 36(7): 105-111.
- [8] 徐久生, 师晓东. 犯罪化背景下犯罪附随后果的重构[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2019, 25(6): 65-75.
- [9] 王威智. 类案参照何以可能?——基于裁判规则的一般性的证成[J]. 安徽师范大学学报(人文社会科学版), 2023, 51(1): 118-128.
- [10] 顾培东. 效力抑或效用: 我国判例运用的功利取向[J]. 法商研究, 2022, 39(5): 46-59.
- [11] 宋晓. 判例生成与中国案例指导制度[J]. 法学研究, 2011, 33(4): 58-73.
- [12] 杨知文. 非指导性案例的“指导性”与案例指导制度的发展[J]. 清华法学, 2021, 15(4): 40-56.
- [13] 考夫曼. 法律哲学[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 24.
- [14] 陈兴良. 刑法疏议[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1997: 97.
- [15] 黄太云, 腾伟. 中华人民共和国刑法释义与适用指南[M]. 北京: 红旗出版社, 1997: 6.
- [16] 刘德法. 论罪责刑相适应原则[J]. 国家检察官学院学报, 2000(2): 23-27.
- [17] 张明楷. 刑法学[M]. 第六版. 北京: 法律出版社, 2021: 721.
- [18] 高铭喧. 刑法基本原则的司法实践与完善[J]. 中国检察官, 2019(13): 5-9.
- [19] 于志刚. “犯罪记录”和“前科”混淆性认识的批判性思考[J]. 法学研究, 2010, 32(3): 42-56.
- [20] 王彬. 我国限制有前科公民就业资格的立法例考察——以就业歧视为视角[J]. 法学, 2009(10): 37-50.
- [21] [日]曾根威彦. 刑法学基础[M]. 黎宏, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 38-39.
- [22] 金磊. 功利主义之于刑法——读边沁的《道德与立法原理导论》[J]. 人民检察, 2018(13): 70-71.
- [23] 郑善印. 刑事犯与行政犯之区别[M]. 台北: 台北三锋出版社, 1990: 122.
- [24] 卓先义, 卜俊, 向平, 沈保华, 陈聪. 血液中乙醇检测结果的法医学分析[J]. 中国司法鉴定, 2010(1): 22-25.
- [25] 施立栋, 余凌云. 醉驾案件办理的疑难问题与解决方案——兼评三机关《醉驾司法解释》[J]. 北方法学, 2015, 9(1): 85-94.
- [26] 冯军. 论《刑法》第133条之1的规范目的及其适用[J]. 中国法学, 2011(5): 138-158.
- [27] 陆诗忠. 再论“醉酒型”危险驾驶罪的主观罪过[J]. 法治研究, 2018(1): 104-112.
- [28] 储陈城. “但书”出罪适用的基础和规范[J]. 当代法学, 2017, 31(1): 100-113.
- [29] 陈灿平, 温新宇. 醉酒型危险驾驶罪争议问题的法律与经济分析[J]. 西北师大学报(社会科学版), 2023, 60(2): 138-144.
- [30] [意]贝卡里亚. 论犯罪与刑罚[M]. 黄风, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993: 58.