

# 危险驾驶行为出罪的必要性分析及路径选择

## ——兼论刑法但书之功能定位<sup>\*</sup>

李 皓

(华东政法大学,上海 200042)

**摘 要:** 最高人民法院《补充八种常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》关于危险驾驶行为出罪的相关规定再次将“但书”能否用于具体行为出罪问题推至风口浪尖。鉴于危险驾驶行为入罪饱受争议所带来的出罪正义、司法实践现状的需要的综合考虑,危险驾驶行为出罪可谓必要。选择在判决书中写明“依据《刑法》第十三条后半段之‘但书’”直接对具体行为出罪的确存在理论上的悖论,但是采用“但书”条款精神的思路与原理,在司法实践操作中直接以“社会危害性显著轻微”论证予以出罪则可化解。

**关键词:** 危险驾驶;但书;出罪;路径选择

DOI: 10.3969/j.issn.1672-9846.2017.02.002

中图分类号: D924.3

文献标志码: A

文章编号: 1672-9846(2017)02-0005-05

### 一、问题的引出及直接适用《刑法》第十三条之非

#### (一)最新量刑指导意见引发的争议

2017年5月7日,最高人民法院出台的《补充八种常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》(以下简称“指导意见”),为深入推进量刑规范化改革,进一步扩大量刑规范化范围,对危险驾驶罪的具体量刑做出进一步细化。其中,“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。对于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,可以免予刑事处罚”的规定引发了一些争议。这是否意味着之前相对严格的“醉驾入刑”标准或将出现松动,是否入刑的自由裁量空间增大?有学者认为,近日最高法院量刑指南的做法,司法者无视立法上的变化,任意增设构成要件要素,不适当地缩小处罚范围,司法有僭越立法之嫌,但另一方面,其

亦不赞成目前司法实践上把醉酒驾驶案件办成严格责任的做法。也有学者认为,“一刀切”对于防止腐败、说情等固然有好处,但毕竟不是长远之计。根据情节判断入刑与否,并不是无限制的“开口子<sup>[1]</sup>”。有关醉酒驾车行为是否适用于《刑法》第十三条“但书”条款的争议一直在持续,即情节显著轻微对社会危害不大的行为,不认定为犯罪。司法实践中,甚至公检法等不同部门的认定也不完全一致。

比较支持者与反对者的意见可以看出,反对者是从司法权与立法权关系角度出发否定了《指导意见》中相关条款的正当性,支持者则是从当初立法“一刀切”式的不得已,但实际上这种做法不科学、不合理的角度肯定了“指导意见”的做法。双方的观点有点类似程序正义与实体正义的纠葛。不过,反对者同样提出“不赞成把醉酒驾驶案件办成严格责任”,这点与支持者的观点不可谓不合拍。这样的一种“矛盾”该如何看待和解决?其实,两者的共同之处在于否定醉驾行为一律入罪

<sup>\*</sup>收稿日期:2017-05-03

作者简介:李 皓(1993-),女,江苏泰州人,华东政法大学硕士研究生,主要从事刑法学研究。

的做法,也可以说是最终结论的一致性。而两者的矛盾主要集中于形式正义与实质正义不统一,具体即最高人民法院是否做出了“任意增设构成要件要素”从而僭越立法的规定,“指导意见”中出现的“对于情节显著轻微危害不大的,不予定罪处罚”表述是否就等同于《刑法》第十三条“但书”以及《刑法》第十三条是否能直接用于具体行为出罪。笔者认为,此处可以运用合理解释的途径将“指导意见”做到形式与实质、程序与实体的和谐统一。

(二)《刑法》第十三条直接适用具体行为出罪之非

对于能否直接援引但书规定作为司法个案的出罪根据,学界存在着较大的分歧意见。分歧主要源于论者们所站的视角差异。如果将立法论与司法论不加以区分进而杂糅在一起分析,就会卷入理论悖论和思维误区。一方面,在以规范为界定标准的情况下,“依照法律应当受刑罚处罚的”可以把但书内容包含其中,因为立法机关在立法时已然排除了“社会危害性显著轻微、危害不大”的行为,因而这样的行为在司法层面会因不符合刑事违法性这一特征而不会被纳入犯罪圈内。另一方面,如若将但书作为独立的一部分来看,就等于直接承认了《刑法》第十三条对司法实践的指导作用,由此司法者拥有较大的决断权。

其实,要明晰此但书之功能,需要借助体系解释思维,综观第十三条全部及所处刑法典之位置集合考量。首先,第十三条定位于“犯罪的含义”,从中文句式角度分析,前半段运用了一组动宾式排比句,以“危害……”“侵犯……”开头,落脚于“以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪”。由此可知,前面列举的行为性质上均是危害社会且依法律应当受处罚的。再而连接后半段的“但书条款”,大致为“XX 都是犯罪,但 XX 不认为是犯罪”,可见《刑法》第十三条采用的是正面与反面相结合的定义方法。《刑法》第十三条处于刑法典总则的开头部分,以提纲挈领式的精神指引效能为主,而《刑法》第十三条在性质上又被定位为犯罪含义。这里的犯罪定义直指立法论中的指导性立法规则,而并非司法层面某个具体行为入罪的犯罪构成。正如刑法总则中的基本概念、基本原则所具有的宣示功能一样,《刑法》第十三条“但书”的核心不在此条文的

援引率、利用率,而在于所要表达的“情节显著轻微危害不大的,不是犯罪”的精神内核。于立法者自身而言,此条规定是其在制定分则时不断提醒自己注意“情节”的设置问题而树立的原则;于立法者而言,这是提醒他们要避免的是机械地一律入罪的思维方式和思想观念。因此,我们可以得出《刑法》第十三条“但书条款”在司法中本身就只具有间接指导意义,而不具有直接适用价值的结论。

## 二、危险驾驶行为出罪之必要性分析

### (一)争议行为入罪后带来的出罪正义

醉驾行为是否一律入罪的争论正式开启了学界关于但书能否用于出罪的探讨。醉驾行为是否需要入刑在一片争议声中终究入刑,其之所以得以通过,很大程度在于一段时间醉驾造成的恶劣案例层出不穷,引发了整个社会要求治罪的舆论。在其出台不久后,接踵而来的是醉驾是否一律认定为犯罪的争论。有学者指出因为醉驾型危险驾驶罪是抽象危险犯,因此应当一律入罪,没有适用但书规定的余地<sup>[2]</sup>。但同样基于抽象危险犯理论,又有学者指出所谓醉驾行为一律入罪,是指对其不能以情节显著轻微危害不大而予以出罪,但其他不属于刑法第一百三十三条之一所规定的醉驾行为,仍然可以通过构成要件的解释予以出罪<sup>[3]</sup>。对这个问题的争论,学者们虽持不同的观点,但均坚守在罪刑法定原则的前提下,仅仅是运用的解释方法不同或者看待问题视角的差异。

国外立法例中同类行为入罪的情形并不多见。再次审视争议行为入罪时的“纠结”与入罪后不久后提出的部分行为出罪化之间,是否存在一定的延续性和必然性?一般来说,不赞成行为入罪更乐意找出一条出罪路径,因为其基本观点是认为该行为并非达到纳入犯罪圈的规制范围内。当然,一些中立论者甚至是支持论者同样可能支持部分显著轻微行为出罪的观点。那么,是否存在这样一种逻辑,即一种在立法进程中备受争议最终被纳入犯罪圈,进而为其在司法适用层面对于其中社会危害性不大的行为予以出罪提供程度更强的正义支撑?

### (二)司法实践中的实然需要

在《刑法修正案(八)》正式实施后不久,实务中就醉驾是否一律入刑的问题产生争议。在一起典型的醉驾案例中,主审法官庭后告诉记者,市第二人民法院已经收到国家最高法对醉驾入刑的最

新要求,即醉驾入刑符合《刑法》总则第十三条规定,情节显著轻微的,不认定为犯罪<sup>[4]</sup>。继而最高人民法院于2011年5月发布了《关于正确适用刑法修正案(八)依法追究醉酒驾车犯罪案件的紧急通知》(简称“通知”)。该“通知”指出:“《刑法》第一百三十三条之一虽然没有规定情节严重或情节恶劣的前提条件,但根据刑法第十三条的规定……不认为是犯罪。根据刑法和修改后的道路交通安全法的规定,对在道路上醉酒驾驶机动车的行为需要追究刑事责任的,应当是具有较恶劣的情节、较严重的社会危害性的情形。要避免不加区别,一律入罪。”由此可知,最高人民法院的观点是认为对于危险驾驶罪可以直接适用但书条款予以出罪。问题在于,这条通知的内容是否同样适用于《刑法修正案(九)》新增加的两种行为方式?理论上说,“通知”中写明的是《刑法》第一百三十三条之一这个整体概念,行为方式仅仅是整体的一部分;况且新增两种行为方式本质上同样是危险驾驶罪的一般表现方式之一,从“通知”所表达的精神出发,无论是何种危险驾驶的表现形式,都存在个别的情节显著轻微、危害不大的情形,而这种情形就可以运用但书条款出罪,以此避免一律入罪的情况。

此外,在以往的司法解释和司法个案中,也并非刑法分则对某一犯罪没有规定定量要素,就不能适用但书规定。例如,在上海市静安区人民检察院诉张美华伪造居民身份证案中,一审法院写道,“张美华伪造居民身份证的行为情节显著轻微,危害不大,不能认为是犯罪”。最终判处被告人张美华无罪;二审法院认为一审法院根据刑法第十三条的规定认定张美华的行为不是犯罪,并无不当<sup>[5]</sup>。可见,尽管但书出罪适用仍存在理论争议,但实践判决中已经并不少见。另外,据一份实证研究显示,在与但书条款相关的案例中,绝大多数法院并未直接运用但书条款作为出罪依据,仅仅是在说理部分提及“危害不大”或者“情节显著轻微”,但也有120份判决书中涉及直接利用但书出罪的表述<sup>[6]</sup>。综上可知,《刑法》第十三条但书条款已经并且为数不少的存在于各种罪名的实际判决中,亦可知实践中存在大量表面上符合犯罪构成的行为,但却无法到达犯罪的社会危害性本质特征程度的情况,从而于情于理需要出罪的事实存在。

### 三、危险驾驶行为之出罪路径及适用限度

#### (一)但书与行为出罪的解释衡平

否定司法机关在实际判决中直接采用“依据《刑法》第十三条后半段之‘但书’规定”的表述,或者是否定其直接适用《刑法》第十三条“但书条款”,并不意味着否定《刑法》第十三条“但书条款”的精神内核适用于司法实践。若以立法论上的语词定义的视角来看,一个概念的定义是以全面性定义为目的的,当然“犯罪”概念亦是如此。“一切”的表述太过于确信而不符合社会学规律,因而采用“但是”排除个别例外的思路是可以理解的。只是这样的力争全面的含义中所体现的科学性不一定就能直接适用于司法实践的具体操作。因此,将立法层面与司法层面割裂进行思考的方式是十分必要的,这样一来,就可以化解之前提到的冲突、矛盾。那么,具体应当如何化解应当出罪与利用但书进行出罪的矛盾呢?笔者认为,如若采用一种“桥归桥、路归路”的思维便可以破除此处存在的“悖论”。简单而言,即不利用《刑法》第十三条中的“但书条款”直接进行出罪,而是采用“但书”的思路在实践操作中直接论证予以出罪,关键在于论证理由的说明部分。可以考虑从“但书条款”的本质出发,在某个具体实践中需要出罪时,直接以该行为在案件中社会危害性显著轻微的理由予以出罪即可。

但有人认为,刑法典总则部分条文是由立法者看的,司法者不该有此能动性。此观点在理论上并站不住脚。贝卡利亚等人提出类似的观点是基于特定历史条件下君主罪刑擅断的情形,将这种观念直接移植到如今不够妥当。立法的最终目的在于运用,而具有主观能动性的司法者才是把立法精神具体应用于社会的人,并且新时代的司法者能力素质都在提升,日后的社会也将是分工合作型社会,发挥司法者的能动性是必然趋势。同时,总则条文的内容适用于每个分则条文,因而分则条文中不加以赘述,若司法者仅能单独使用分则条文就会出现很多问题。因此,司法者有理由、有权力进行出罪。此处泛指所有司法者,不仅仅限于审判者,也即公安机关在立案阶段、检察机关在起诉阶段发现有符合出罪条件的行为均可以做出不立案、不起诉的决定。至此,有人就会开始质疑出罪被滥用的几率很大进而导致对法治的破坏等忧虑。对此,需要说明的是,因噎废食绝不是



解决问题的根本途径。司法者有权运用出罪机制本身不值得太过苛责,个例中的实质正义往往存在于有智慧的司法者手中。真正需要提高和改善的是司法者、执法者的工作水平和职业素养,以及一种司法、执法监督机制的推行与落实。

此外,值得思考的是,入罪需要符合法律规定,那么,出罪是否一定需要依照法律?陈兴良等教授认为出罪无须法定<sup>[7]</sup>。何为“出”?有人方有出,无人便无出。一定社会行为的产生本是客观且中性的,只有进入了刑法评价圈中才成为犯罪行为。出罪的逻辑前提是入罪,当然也只限于不当入罪的情形。只是这种不当入罪的情形基本上建立在行为表面符合犯罪构成要件或者是解释不当的基础上。所以,这样便可以破解“符合刑事违法性”的阻碍,同样在此基础上,也能解释出罪无需法定。入罪需要法定从而保障被告人权益是罪刑法定原则的核心要义,对一个行为作出刑法层面的评价需要有法可依。而出罪是对不当入罪的纠偏,其最终后果有利于被告人因而符合罪刑法定原则。

## (二)对量刑指导意见争议的回应

此处需要注意的是最高院在“指导意见”的表述中选用的是“对于情节显著轻微危害不大的,不予定罪处罚”的方式,其中并没有提及“《刑法》第十三条”等字眼。虽然两者的实质内容是一致的,但是这涉及到形式正当性的问题,也就是说,两种表述方式是不能完全等同的。一方面,前文已经论证了《刑法》第十三条被直接援引适用于司法判决存在理论瑕疵的结论,因而不提及“《刑法》第十三条”就避免了理论界有关于此的争执和反驳。但另一方面,司法者在具体的司法实践中有权力、有义务将刑法总则有关条文的精神内涵一以贯之。因此,将这条规定理解为提示性规定是比较合理的,作为最高司法机关在其“指导意见”中明确这种思维观念以供基层法院参照,一边是对部分基层法院类似做法的肯定,一边也是对适用存疑法院的答复,以便全国法院在此问题上达成一致、同案同判。这样一来,也就不存在“最高人民法院做出‘任意增设构成要件要素’从而僭越立法的规定”一说了。因而最高法有关于此的解释可以认为是符合正当性的。

## (三)出罪的标准和限度

在明确了并非所有表面符合危险驾驶罪的行为无一例外均入罪的前提下,同样需要严格注意

的就是行为的出罪标准和限度的把控,以避免出罪功能的滥用。不可否认的是,刑法典分则内的确存在显性的出罪条款,如《刑法》第二百零一条“逃税罪”中“有第一款行为,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任;但是,五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。”此条款一方面提出可以不予追究刑事责任的情形,另一方面又补充免除刑事责任的例外。这表明一般与特殊、标准和限度并存。此外,刑法典中同样也存在大量的隐性出罪条款,如恶意透支型信用卡诈骗罪规定了数额、情节、时间等入罪条件,相应地这也能体现其出罪同样需要满足上述的数额、情节、时间的对立面条件即可。有学者也将其称为“条件性出罪机制理念”,其认为这样的理念可以为经济领域犯罪努力缩小刑事打击面提供了法律支撑<sup>[8]</sup>。广义上看这种思路,结合刑法作为各部门法之最后一道屏障的地位,分则中能够入罪的行为应当都具备显性或者是隐性的情节、程度要素,这就意味着不仅仅是经济领域,这种条件性出罪机制理念也可以应用到行政犯领域甚至更多领域。对于立法上并未显性表现出的规则,至司法者处便是自由裁量权。

至此,否定者便会开始担心出罪滥用导致违反罪刑法定的情形出现。但若仔细考量危险驾驶罪的四种行为表现形式,立法本身就已经对“量”有具体的限定,如“醉驾”需要达到血液酒精含量80mg/100ml以上,以此区别于一般饮酒。“超速”“超载”根据道路类型、车辆类型的不同被规定有特定的速度、载重额;“飙车”同时伴随着超速、酒驾等,也即一些具有“量”的行为的集合。针对四种驾驶行为的出罪情况大致可以分为两类:一种是具有精准“量”素的醉酒驾车,不符合入罪“量”素的行为不入罪的情况自不必多言,此处探讨的是达到血液酒精含量80mg/100ml以上的行为出罪问题;另一种是在“量”素前面加上了“严重超过”这样的限定语,一下增添了不确定因素,那么超过多少的“量”才能入罪?在没有相关司法解释具体确认的前提下,此种行为出罪方式的界限便不再明显。但事实上,既已排除了“量”的要素,剩下的情形判断突显主观性较强的特点,

(下转第21页)

