

XINGSHI
ZHENGCE
LUNTAN

严 励 / 主编

第五辑

刑事政策论坛

- 论社区矫正的公众认同 李兰英 熊亚文
- 刑罚执行中的监督机制论要 郭泽强
- 刑罚执行中的被害人权利保障 兰跃军
- 宽严相济刑事政策在减刑制度中的体现 夏 勇 杨新绿
- 腐败犯罪刑罚执行政策的异化及其破解 张兆松

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

上海市高原学科项目

第五辑

刑事政策论坛

严 励 / 主编

XINGSHI
ZHENGCE
LUNTAN

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事政策论坛 (第五辑) / 严励主编. — 北京:
中国法制出版社, 2016. 11

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7963 - 9

I. ①刑… II. ①严… III. ①刑事政策—中国—文集
IV. ①D924. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 264753 号

策划编辑 陈 兴

责任编辑 马金凤 都 威

封面设计 蒋云羽

刑事政策论坛 (第五辑)

XING SHI ZHENG CE LUN TAN (DI WU JI)

主编/严励

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/787 毫米×1092 毫米 16 开

版次/2016 年 12 月第 1 版

印张/ 21 字数/ 363 千

2016 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7963 - 9

定价: 66.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 010 - 66010405

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

序

我国业已进入经济社会发展的深化改革阶段，随着经济发展的新常态和社会转型的加速，在社会面上同时也进入了社会矛盾的多发期、刑事犯罪的高发期、社会治安和社会秩序不稳定期，犯罪、惩罚乃至与之相关的国家社会治理、社会秩序调试等问题越来越受到关注。刑事政策研究作为提供分析与治理犯罪、秩序与惩罚的智慧来源，也越来越成为重要的理论研究领域。刑事政策具有自身独特的研究视角、分析框架和价值标准，其研究视角由传统的打击犯罪和惩罚犯罪逐渐转向预防控制犯罪和归化犯罪人，其分析框架由单一的应对犯罪策略分析逐渐转向多元的战略决策和综合治理方略分析，其价值标准由传统的国家本位主义逐渐转向国家社会双本位主义。从广义的角度来看，刑事政策研究与规范刑法学研究、犯罪学研究、政治学研究、社会学研究都具有天然的亲和力，但又与之相区别，刑事政策研究可以在共识中坚持自身的立场、在区别中寻找共同的取向。

党的十八届四中全会做出了《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，决定指出：依法治国是坚持和发展中国特色社会主义的本质要求和重要保障，是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求，事关党执政兴国、事关人民幸福安康、事关党和国家长治久安。刑事政策以其独有的兼顾刑事法律与政治决策双重资源的优势，能够在依法治国的框架内为刑事治理法治化、科学化做出无法替代的贡献。

近年来我国刑事政策研究取得了令人瞩目的成果，特别随着我国刑事法治不断进步，刑事政策研究更呈现出了加速发展趋势。刑事政策研究的各种观点推陈出新、概念体系不断明晰、研究视野逐步扩大、人文品质稳步提升，刑事政策研究在学术品格和社会影响力上取得了跨越式进步。当代世界已经进入全球化、一体化的新时期，我国刑事政策的理论与实践也与世界其它国家发生着日益密切的关系，我国许多刑事政策的观点和实践借鉴于其它国家，同时我国亦有许多观点和做法影响着其他国家。可以预见，随着世界各国交流的日益深入，各国在刑事政策领域的相互学习和借鉴将越来越多，刑事政策的全球化、一体化也将日益完善。

刑法学是上海政法学院传统优势学科。2009年6月，刑法学被上海市教委确定为第五批重点建设学科；2011年，教育部批准恢复刑法学硕士点，于2012年开始招收刑法学硕士研究生；十二五内涵建设期间，刑法学学科又被上海市教委纳入一流学科建设规划；2015年获得上海市高原学科建设项目。刑事政策研究是上海政法学院刑法

学学科具有引领意义的研究方向之一，研究水平居于全国领先地位，研究成果在全国具有较大认可度。

为进一步拓展学术影响力、打造学术交流平台，上海政法学院刑法学学科创办了具有鲜明特色的《刑事政策论坛》系列连续出版物。《刑事政策论坛》以广义刑事政策为视角，以汇集刑事政策理论研究和实践经验为主要内容，同时兼顾诸学科涉及刑事政策的学术探索，期望能为广义刑事政策领域研究者提供一个交流平台。《刑事政策论坛》至今已经出版四辑，今年出版的第五辑以刑罚执行政策的理论发展与实践进展为主题，侧重对近年来刑事司法领域的刑罚执行政策进行理论研究和实践梳理。本辑遴选国内刑罚执行政策研究领域知名专家学者有关刑罚执行政策的学术成果，对刑罚执行中的监督机制、刑罚执行中的人权保障、刑罚执行中社区矫正问题、刑罚执行与宽严相济的刑事政策、腐败犯罪刑罚执行政策、国外社区刑罚执行政策研究等诸多前沿问题进行探讨。本辑在既往研究框架基础上，尝试将实践问题与理论研究相结合，冀望这一尝试能够为刑罚执行政策理论研究与实践发展提供广阔思路，同时能够促进刑事领域法治进步与刑事一体化的发展。

目 录

论社区矫正的公众认同·····	李兰英 熊亚文 1
刑事司法解释政策化的疑问	
——以近年来的“两高”刑事司法解释为中心·····	李翔 9
刑罚执行中的监督机制论要	
——以刑罚特殊预防为视角·····	郭泽强 25
刑罚执行中的被害人权利保障	
——以审判中心为视角·····	兰跃军 33
社区矫正执行及其检察监督之完善研究·····	董邦俊 46
宽严相济刑事政策在减刑制度中的体现·····	夏勇 杨新绿 58
“最大的幸福”与刑法的利益衡量思想·····	周建军 71
行刑社会化视角下精神病犯罪人的处遇·····	宋远升 81
论我国适用被判刑人移管制度之现实困境及出路分析·····	周凌 赵金金 90
我国减刑、假释检察同步监督的探索与出路·····	王卓炜 吴情树 100
腐败犯罪刑罚执行政策的异化及其破解·····	张兆松 110
我国生态犯罪行刑政策实践难题之克服	
——以我国林业犯罪“补植复绿”司法实践为例·····	白晓东 123
试论监狱惩罚罪犯与保障罪犯人权的关系·····	贾洛川 132
刑罚执行监督的案件化趋向与规范流程研究·····	蔡一军 李昌 139
监狱行刑的刑事政策·····	王志亮 151
量刑公正视域下我国量刑非监禁化的实践路径·····	杜雪晶 179
日本社区刑罚及其惩罚机制的借鉴·····	赵运锋 周静 187
社区矫正检察监督实证调查研究·····	上海政法学院检察制度比较研究中心课题组 198

行刑政策观对监狱惩罚机能的效果	刘崇亮 207
行刑视域中的监禁模式与社区矫正比较	张东平 219
监狱的个别抑制功效	金翼翔 229
我国社区矫正“组织机构、队伍、社会力量”的转向 ——基于英国缓刑管理制度的思考	李宜兴 237
略论禁止令的适用与执行	曹方 249
刑事政策视野下的赦免制度论纲	邱悦 255
没收财产刑的伦理分析	赵悦阳 269
刍议检察机关并案处理的相关问题	吴圆 280
羁押必要性归口审查的问题与出路	高飞 285
论未成年人犯罪适用刑事和解的利与弊	骆群 289
刑罚体系改革下的“数罪并罚”问题研究 ——从《刑法修正案(九)》相关规定谈起	邵增辉 303
废除寻衅滋事罪的缺陷及对策	俞俊俊 311
刑法类推解释的形成机理与界限评析	肖志珂 318

论社区矫正的公众认同

李兰英 熊亚文*

摘要：社区矫正的公众认同有广义和狭义之分，由于广义层面的公众认同具有一定的抽象性和共通性，因而从社区矫正工作主体这一狭义层面来定位公众认同更具实践意义。在我国，由于现代刑法观念尚未形成、市民社会发育不成熟以及社区矫正的主体力量不足、专业化程度不高，社区矫正工作主体对于这项制度及其工作均出现不同程度的认同危机，严重掣肘社区矫正功能和价值的发挥。狭义层面的社区矫正公众认同之实现，重点在于社区矫正制度建设本身，通过打造一支稳定、专业、充足的社区矫正专业队伍，确立以风险评估为中心的社区矫正工作机制，建立社区矫正志愿服务机制，可以使社区矫正走上“精英之治”的道路，从而克服其在当下中国遭遇的根本性障碍。

关键词：社区矫正 公众认同 工作主体

一、社区矫正公众认同的定位

一般认为，社区矫正的公众认同是在刑法的公众认同框架下提出的命题，是指公众对社区矫正这种行刑制度和罪犯处遇模式的普遍认可和接受，是公众通过实践经验和理性对社区矫正制度进行评判，因其顺应民众的价值期待，满足民众的需要，而得到民众认可、信任和支持的过程。^{〔1〕}应当说，该观点对于公众认同的定位是广义的、抽象的，其所理解的“公众”是一个高度抽象概括的称谓，泛指社会民众或国民。这种广义层面的公众认同，即社会民众或国民对于社区矫正制度的抽象认同，在本质上更接近于通常所谓的“主流民意”、“大众话语”或“集体意识”等。迄今为止，理论上有关社区矫正公众认同的论述均是从广义层面展开的。

不可否认，广义层面的公众认同对于社区矫正而言具有重要意义，其不仅是社区

* 作者简介：李兰英，厦门大学法学院教授、博士生导师；熊亚文，厦门大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见刘同君、周媛、周国强：《公众认同：社区矫正的法社会学思考》，载《华东师范大学学报（哲学社会科学版）》2012年第6期。

矫正制度存续和发展不可或缺的社会心理基础，也是社会资源和力量充分有效参与社区矫正的前提条件。因为社区矫正制度属于西方文明的产物，当我们将其移植到中国刑事法律和司法制度中时，必然要为其筑建物质和精神基础。再完美的现代制度和组织原则，如果没有其得以运行的社会根基和缺少赋予这些制度与组织原则以真实生命力的现代心理基础，也会变成一堆废纸或导致畸形发展。^{〔1〕}社区矫正制度的核心表征在于社会参与性，其本质是将社会资源加以整合融入到原本由国家公权力垄断的刑罚适用和罪犯改造领域，从而在刑事司法领域形成公私权的协同合作，社会资源的整合、社会力量的参与是社区矫正制度的核心和关键，离开社会参与（包括人、财、物的全面参与）也就无所谓社区矫正。公众认同是公众参与的前提，此乃不言自明之理。否则，社会民众不可能主动有效地参与对矫正人员的监管、教育、帮扶，社区矫正难免会沦为司法行政机关的独角戏，演变成为另一种形式的“司法矫正”。

但与此同时，广义层面的公众认同也存在难以形成合力、容易摇摆不定、夹杂非理性因素、需要长期系统培育等固有属性。特别是在我国，由于重刑主义的文化传统和报应主义的刑罚观念对体现刑罚轻缓化、刑罚人道化、行刑社会化趋势以及注重特殊预防、教育复归目的的社区矫正制度具有很大程度的拒斥，加之当前我国市民社会发育不成熟，无法为社区矫正制度的实施提供最为根本的社会结构基础，社会民众对于社区矫正这项新型刑罚执行制度普遍认知度偏低、认同感不足。^{〔2〕}在此大背景下，要想引导和改造这种集体意识以实现广义层面的社区矫正公众认同绝非易事，其需要观念培育、社会建设、制度设计等一系列系统性工程的协调推进，这注定是一项长期且艰巨的任务。

我们认为，破解社区矫正实践难题的当务之急是要抓住社区矫正制度推行中的“关键少数”，即社区矫正的工作主体。如同控制乃至废除死刑问题一样，我们不可能盲目服从所谓的主流民意而听之任之，尽管缺乏广义层面的公众认同，政治当局还是要利用少数精英群体积极推进减少、控制死刑的基本刑事政策，与此同时，通过对集体意识的引导和改造，逐渐实现死刑问题的公众认同。我国的社区矫正作为一项由政府主导、自上而下推行的舶来制度，在社会民众对其认同感已然不足的情况下，社区矫正的工作主体无疑是其得以有效运行的核心支撑。社区矫正的工作主体就如同社区

〔1〕 参见〔美〕英格尔斯：《走向现代化·世纪档案——影响20世纪世界历史进程的100篇文献》，中国文史出版社1996年版，第435页。

〔2〕 近期，有学者对山东省服刑青少年社区矫正的公众认同情况进行了问卷调查，结果显示，虽然我国社区矫正试点已有十几年的历史，但是目前居民对社区矫正工作的认知度依然偏低：18.3%的人对社区矫正“完全没有听说过”；37.9%的人表示“听说过，但不了解”；38.7%的人表示“了解一些，但是认识较为模糊”；对于社区教育矫正完全了解仅有5.1%（参见张济洲、苏春景：《公众认同、社会支持与教育矫正质量——基于山东省社区服刑青少年调查》，载《青少年犯罪问题》2015年第4期）。如果结合先前不同阶段有关社区矫正公众认同情况的调查结果（参见崔会如：《社区矫正社会参与的不足及其完善》，载《前沿》2011年第3期；翟中东：《自由刑变革》，群众出版社2005年版，第230页），可以发现，公众的认同感并没有随着社区矫正实践的进展而发生质的变化。

矫正制度的“发动机”、“火车头”，牵引着整个社区矫正制度向前推进。

因此，本文主要将社区矫正的公众认同定位在狭义层面上，即重点探讨社区矫正工作主体对于社区矫正制度的认同问题，以期从这个“关键少数”的公众群体身上，找到解决社区矫正实践问题的突破口。将社区矫正的公众认同做广义和狭义层面的区分，有助于我们以软硬兼施、标本兼治的方式，逐步走出社区矫正的实践困境。如果说，广义层面的公众认同泛指社会一般人对于社区矫正的肯定态度，那么，狭义层面的公众认同则特指社区矫正工作主体对于社区矫正制度的认同感，具体包括司法行政机关中的社区矫正工作人员（执行主体）、社会组织中的社区矫正社会工作者以及其他社区矫正工作参与者（志愿者）等。社区矫正工作主体对于社区矫正制度的认同，不仅是其积极主动投入社区矫正工作的前提，而且对于提升社区矫正工作质量、实现社区矫正工作队伍专业化发展、克服社区矫正实践难题等均具有重要意义。

二、社区矫正的公众认同：危机、影响与原因

在我国，广义层面的社区矫正公众认同之不足已是不争事实。社会民众对于社区矫正制度的认知度、认同感普遍偏低，给社区矫正的本土化推进带来一定消极影响。在这种大环境下，本应作为社区矫正制度“排头兵”的社区矫正工作主体，也出现了不同程度的认同危机。

首先，就社区矫正执行主体而言。由于受重刑主义文化传统和报应主义刑罚观念的影响，加上社会维稳工作的需要，社区矫正执行主体对于社区矫正的功能理解有一定偏差，从而导致实践中产生“重监督管理，轻矫正帮扶”现象，使社区矫正演变成成为一种“开放性”的监狱矫正或“司法矫正”，掣肘了社区矫正制度功能的发挥。社区矫正制度所倚重的理论和观念基础是刑罚目的由报应向复归的偏移，它顺应的潮流和趋势是刑罚轻缓化、刑罚人道化、行刑社会化。社区矫正正是着眼于传统报应主义所坚持的重刑化、监禁性刑罚的诸多弊端，为实现特殊预防的刑罚目的，帮助犯罪人复归社会，实现刑法法律效果与社会效果的统一，而出现的全新刑罚制度。因此，社区矫正制度的功能不仅在于惩罚，更在于矫正和帮扶。然而，在社区矫正执行主体看来，社区矫正无非是与监狱矫正相对应的非监狱矫正，只不过前者的矫正场所是封闭的而后者是开放的。于是，许多监狱矫正的管理体制和管理办法被复制或移植到社区矫正之中，社区矫正制度的顶层设计深受监狱管理和劳教场所管理的影响。此外，由于社区矫正执行主体人员不足，并且还同时承担着面向基层社会和广大人民群众提供法律保障、法律服务、法制宣传教育等多项任务，这使其不得不将工作重心放在对社区矫正对象的监管上，以保证社会稳定与安全的最基本要求，而对于其他教育矫正和帮扶工作则通常以程序化、流水化作业的形式进行，矫正效果难以保证。

其次，就社区矫正社会工作者而言。由于当前社会工作的专业化程度较低，社区

矫正社会工作者的职业身份定位不清、福利待遇相对较差，社区矫正社会工作者的职业认同感普遍偏低，这集中表现为在职业中获得的受尊重感较低以及具有较为强烈的离职意向，从而导致社区矫正社会工作者无法长时期稳定工作，社区矫正社会工作者队伍很不稳定，面临大规模人员流失压力。社区矫正是一项极具专业性的工作，其不可能仅靠社区矫正执行主体来进行，必须依靠大量的专业社会工作者来从事各个环节的工作，如风险调查与评估、制定个性化矫治方案、社会帮扶等。从此意义上说，社会工作者才是社区矫正真正的工作主体。然而，实践中的社区矫正社会工作者较少拥有有关社会工作的专业背景，基本无法承担专业的社会工作，导致当下的矫正工作只能停留在行政事务化层面，无法深入开展，既不能真正满足社区矫正工作的要求，也不能使在职的社区矫正社会工作者从职业中获得能力的提升和发展，影响社区矫正工作目标的实现。此外，由于社会工作者均是通过政府购买服务的方式被招聘或派遣到基层司法行政机关，其待遇、身份、权限、前景等与公务人员有很大差别，面对偏低的工资待遇、渺茫的职业前景、有限的工作权限以及繁重而重复的工作内容，社区矫正社会工作者的职业认同危机已经表现的非常明显，这将对社区矫正制度的专业化发展和队伍建设造成冲击。

最后，就社区矫正志愿者而言。受广义层面的社区矫正公众认同不足的影响，社会民众参与社区矫正志愿活动的意识还很淡薄，社区矫正的志愿者力量非常薄弱，加之社会民众对于犯罪仍持报应、严惩、打击、控制的态度，参与社区矫正的志愿者大多并未真正理解社区矫正制度的功能和价值，这便难以实现社会力量与政府公权力的分工协作。社区矫正制度作为“公私共处的混合的罪犯矫正模式”之载体，其核心表征在于社会参与性。从国际经验来看，社区矫正制度以成熟的市民社会与发达的社区建设为基础，社区中的非政府组织及民间志愿者在社区服刑人员的矫正教育帮扶中发挥着非常重要的作用。^{〔1〕}然而，由于种种历史和现实原因，我国市民社会远没有发育成熟，这导致我国目前社区矫正工作的社会基础仍然比较薄弱。有学者指出，当前我国的社区存在一种二元区隔现象，极少数的人处于“社区内群体”，关心社区的活动与事务，更多的人则处于“社区外群体”对社区的活动与事务处于漠不关心的状态，社区的凝聚力非常有限。^{〔2〕}人们既不愿涉问社区矫正对象的矫治事务，也不愿承担非监禁刑所带来的犯罪风险。社会民众志愿参与社区矫正的意向相对较低，实际参与社区矫正志愿工作的更是非常有限，这些参与者大多是退休老人、下岗职工和大学生等特殊群体，志愿活动的形式和内容也很单一。受志愿者数量少、群体特殊、经费保障不足等因素制约，无法对其展开统一的专业培训，难以形成定期的志愿服务机制，导致社区矫正志愿者的主体力量无法得到保障。

〔1〕 高梅书：《社区矫正社会参与不足之深层原因及对策探析——基于市民社会视角》，载《中国刑事法杂志》2013年第8期。

〔2〕 参见闵学勤：《社区自治主体的二元区隔及其演化》，载《社会学研究》2009年第1期。

我们认为,导致上述社区矫正工作主体认同危机的原因可以归结为如下两个方面:一是根本原因或深层原因,在于当下中国尚未形成类似西方发达国家的成熟社区,社会公众尚不具备理性、文明、宽容的刑罚观,而这恰恰是社区矫正制度赖以生存的土壤。社区矫正的社会根基不牢,公众既缺乏参与平台也没有参与意识,导致政府与社会无法形成有效的公私合作,社区矫正制度难免走向异化。社区矫正的推行者因受传统重刑与报应思想的影响,对于社区矫正制度的理念认识存在一定偏差,从而造成社区矫正的制度设计与工作重心有所偏废。二是直接原因,在于社区矫正的主体力量不足以及专业化程度不高。社区矫正本应在政府与社会组织、志愿者等民间力量的合作下推进,但实践中社会力量的参与十分薄弱,社区矫正的实施主要依赖于基层司法行政机关。而基层司法所作为基层人民政府的派出机构,其主要职责和工作重心在于综治、维稳、普法、解决纠纷等基层行政事项,加上人员编制极为有限,“事多人少”的现象非常突出,社区矫正工作的开展面临主体力量严重短缺的障碍。社区矫正的专业化程度不高集中体现为,工作主体专业能力不足以及监管、矫正等工作专业性不强(甚至流于形式)。尽管《社区矫正实施办法》规定了社区矫正的具体实施程序,但却缺乏统一、专业的风险评估标准,社区矫正的监督和帮扶形式比较陈旧,从而影响了社区矫正工作的开展及其效果的实现。〔1〕

三、社区矫正公众认同的实现

导致社区矫正工作主体认同危机的原因决定了,社区矫正的公众认同应以标本兼治的方式实现。但我们认为,实现狭义层面的社区矫正公众认同,应将重点放在治标之策即社区矫正的制度建设上。当下中国的社区矫正注定要走“精英之治”的路线,因为我们缺乏像英美国家那样的成熟社区,社会民众也没有形成共同信仰和自治意识,而且根据犯罪学上的标签理论,“精英之治”的道路会更有利于帮助社区矫正对象复归社会。当然,“精英之治”并非排斥社会资源和力量参与社区矫正,相反,其需要专业的社会组织和稳定的志愿者队伍承担大量工作,只不过囿于当前国情未将社会参与直接推至普通社会民众的层面而已。社区矫正的“精英之治”道路,可以在一定程度上克服其在当下中国所遭遇的、并将长期存在的根本性障碍。

(一) 实现社区矫正公众认同的治本之策

一方面,更新刑法观念,树立多元并重的社区矫正理念。在我国,重刑主义的文化传统和报应主义的刑罚观念对体现刑罚轻缓化、刑罚人道化、行刑社会化趋势以及注重特殊预防、教育复归目的的社区矫正制度具有很大程度的拒斥。因此,在当前文化土壤中推行社区矫正制度,政治当局应当通过法制宣传和教育,积极引导和改造深

〔1〕 参见董蕾:《公私权界分视角下的社区矫正》,载《国家检察官学院学报》2014年第4期。

受重刑主义文化传统和报应主义刑罚思想桎梏的公众意识，逐渐培育起顺应历史和世界潮流的现代刑法观念。通过启动刑法观念现代化教育，要让公众切身体会到重刑主义的危害以及报应主义的不足，并让公众逐渐知悉、理解谦抑、人道、效益、复归等现代刑法价值理念，形成理性、文明、宽容的刑罚观。在此基础上，明确社区矫正的基本任务在于监督管理和教育帮助，以集中体现其惩罚、矫正和帮扶的功能与价值，通过变革当前只重监管的单一维稳理念，树立惩罚、矫正、帮扶多元并重的社区矫正理念，以此指导社区矫正的制度设计、平衡社区矫正的工作重心。

另一方面，推进社区建设，为社会力量参与社区矫正奠定基础。社区矫正作为一种通过将符合法定条件的罪犯置于社区内，以社区为依托和载体，依靠国家和社区的合作力量对社区矫正人员进行监管、教育矫正、帮扶，以实现犯罪人改造与复归的刑罚执行制度，一个完备的社区基础无疑是其得以存续和发展的根基。当前，我国社区建设的关键点也是难点在于社区自治精神的培育以及公民自治能力的提升。政府应通过放权、赋权等形式，引导、支持公民参与社区自治，以实现政府职能的转变，最终形成一种政府与公民合作的“参与式治理”。此外，社区组织制度也是社区建设不可或缺的支撑和基础。社区组织承载和反映社区的自治能力，良好的社区组织制度不仅是公私合作、公众参与的基础，同时也是公民自治精神的养成和自治能力的提升的重要平台。政府应积极扶持民间社会组织的发展，加强与民间组织的合作，引导、支持民间组织参与社区矫正，鼓励民间组织走自治、专业、合作的道路。

当然，我们应当清醒地认识到，现代观念的培育和成熟社区的建设是一项长期而艰巨的系统性社会工程，不可能一蹴而就。况且，其不仅仅是社区矫正制度的根基，同时也是现代社会建设、社会管理创新、国家治理现代化的需要。因此，实现狭义层面的社区矫正公众认同，更有赖于治标之策即社区矫正的制度建设。

（二）实现社区矫正公众认同的治标之策

1. 强化社区矫正专业队伍建设

建立一支稳定、专业、充足的社区矫正主体队伍，不仅是社区矫正工作的内在要求，也有助于实现社会治理和刑事司法的现代化转型。社区矫正专业队伍建设可从如下几个方面进行：（1）保障社区矫正的机构独立和编制充足。机构和编制问题是社区矫正执行主体队伍建设的基本问题，只有机构和人员独立、编制充足，社区矫正工作才能顺利开展。根据2009年司法部19号令发布的《关于加强司法所规范化建设的意见》规定，司法所一般按行政区划单独设置，原则上每个乡镇、街道设置一个司法所，司法所应当配备3名以上工作人员，有条件的地方应当配备5名以上工作人员。据此，首先应在未设司法所的乡镇根据实际情况设司法所，以保障社区矫正的机构独立。其次，根据该乡镇实际居住的人口数以及该地区的社区服刑人员数量，来确定司法所的建制和社区矫正执行主体的编制。（2）坚持社区矫正执行主体的专职化道路。司法所可以将社区矫正工作单独列出，社区矫正工作机构和人员主要受上级司法行政

机关垂直领导,而不承担乡镇政府的其他工作,把社区矫正执行主体定位为专门负责非监禁刑罚执行的社区矫正工作人员,负责社区矫正人员的日常监管、矫正和帮扶工作(类似国外的社区矫正官)。今后,社区矫正执行主体资格须按特殊岗位通过公务员考试予以录用方可取得,可以参照政法干警的培养模式,由司法行政机关和政法院校共同合作培养一批本地生源的大学生或是研究生,学费和生活费由司法行政机关支付,毕业之后直接到基层司法所工作,同时规定一定的最低服务年限,以此逐渐实现社区矫正执行主体队伍的结构化、稳定化和专业化。(3)鉴于当前社区矫正执行主体的职业能力参差不齐,可建立定期的培训和交流制度,通过聘请专家学者、业务骨干进行专业培训,以及不同地区社区矫正机构之间交流经验,提升社区矫正主体的职业能力。此外,还可以通过给予社区矫正工作津贴、行政嘉奖鼓励以及级别待遇等,提高社区矫正执行主体的工作积极性,保障队伍的稳定性。

2. 建立以风险评估为中心的社区矫正工作机制

根据2012年“两高两部”颁布的《社区矫正实施办法》之规定,县级司法行政机关社区矫正机构对社区矫正人员进行监督管理和教育帮助,由此确立了社区矫正的三大工作任务:监管、教育矫正和帮扶。然而,如前所述,受传统观念和维稳理念影响,加上社区矫正的主体力量匮乏、专业性不足等障碍,实践中社区矫正的工作重心偏向监督管理,从而忽视教育帮助等基本任务,导致社区矫正制度的功能与价值大打折扣。

我们认为,想要扭转这种局面以重新平衡社区矫正的工作重心,需要建立以风险评估为中心(主线)的社区矫正工作机制,即以风险评估报告为依据指导社区矫正的监管、矫正和帮扶工作。社区矫正风险评估(Risk Assessment of Community Correction)是对矫正对象在社区服刑期间重新违法犯罪的可能性所作的评价,它是社区矫正的基础性工作,对科学制定个性化矫正方案,降低社区服刑人员再犯风险,提高社区矫正质量等方面具有重要价值。^[1]国外特别是美国、加拿大、英国等欧美国家将社区矫正人员重新犯罪风险评估置于社区矫正人员管理工作中非常重要的地位,并且研发出了科学的重新犯罪风险评估工具,依此科学开展社区矫正的监管、教育矫正与帮扶工作。^[2]

首先,建立动态的、全方位的风险评估体系,将风险评估贯穿于判决前、入矫后、解矫前三个阶段,严把社区矫正的入口关、执行关、出口关。如果条件成熟,可以在刑事诉讼中确立判决(量刑)前人格调查制度,通过人格调查所提交的调查报告,为法官适用和转处社区矫正项目提供依据。其次,制定科学的重新犯罪风险评估

[1] 冯卫国、王超:《中外社区矫正风险评估因素结构差异研究》,载《法学杂志》2014年第7期。

[2] See CHAMPION D J. Measuring Offender Risk-A Criminal Justice Sourcebook, Connecticut: Greenwood Press, 1994, p. 106, 153, 197. ANDREWS D A, BONTAJ. LSI-R User' Manual, New York: MHS, 2001, p. 63. 转引自李光勇:《社区矫正人员重新犯罪风险评估与预防》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2013年第5期。

工具,为社区矫正风险评估和控制提供客观、准确、科学的依据。目前,西方大多数国家均制定了社区矫正风险评估测量表,我们可以在借鉴域外经验并结合本土国情的基础上,分阶段科学选定社区矫正的风险评估因素,根据不同因素的影响因子赋予相应权重和分值,建立一套科学的风险预测评估表。再次,社区矫正风险评估应由专业的社会组织机构进行,而不能交给法官或社区矫正执行主体一手包办。基层司法所可以设置专门的风险调查与评估机构,其成员由社区矫正执行主体和具有专业素质的社会工作者组成,该机构针对个案成立社区矫正风险评估小组,由司法人员统一负责组织、协调工作,而将具体的量化评估工作交由专业人员进行。最后,由社区矫正风险评估小组根据风险评估报告制定个性化矫治方案,并以此为指导和根据给予社区矫正对象不同等级的监管措施、不同内容的教育矫正以及不同类型的帮困扶助。只有建立科学的风险调查与评估机制,才能保证监管、教育矫正、帮扶工作的科学性、专业性与有效性。

3. 建立社区矫正志愿服务机制

建立完善的社区矫正志愿服务机制,是社区矫正志愿者队伍建设的制度保障,其不仅能够有效充实社区矫正的主体力量,还有助于提升社会民众的参与意识与参与能力。我们认为,可以“公私合作”为主线建立我国社区矫正的志愿服务机制。(1)整合现有志愿资源,以乡镇、街道为单位成立社区志愿者服务中心,作为社区志愿者资源的管理和调度平台,全面负责社区志愿服务工作。社区矫正执行主体即基层司法行政机关与社区志愿者服务中心形成稳定的合作关系,通过申请购买社区矫正志愿服务获得志愿资源。目前,全国各地有许多志愿服务工作管理部门,如文明办、共青团、义工联合会、志愿者服务工作委员会等,但这种多头行政管理体制不利于政策统一和管理落实,亟需建立统一的志愿服务行政管理架构。基层司法所作为社区矫正工作的执行主体,由于承担了大量的监管、矫正工作,已经出现人手不足的状况,因而不宜再由其承担社区矫正志愿者的管理工作,其只需根据社区矫正工作需要向志愿服务管理部门提出购买志愿服务的申请即可,这可以极大缓解社区矫正的工作压力。(2)基层司法行政机关应将社区矫正的志愿服务经费纳入财政预算,充分保障志愿者的物质津贴如交通补贴、餐食补贴等,如有条件还可以为特定的志愿服务活动购买保险。志愿者作为社区矫正的工作主体之一,为社区矫正奉献了大量无偿的辅助性服务,其主体地位应当得到尊重。基层司法所作为志愿服务的使用单位,应提供充分的精神鼓励和基本的物质支持,珍惜和尊重志愿资源。(3)由于社区矫正工作具有专业性,对社区矫正志愿者需进行服务前培训,司法行政机关应根据实际需要与相关专业机构展开合作,通过购买指定的培训项目,形成定期的志愿者培训机制。尽量选择长期从事社区矫正志愿服务工作的志愿者,并以其为中心培养年轻志愿者队伍。此外,司法行政机关还应配合志愿服务管理机构,做好志愿者的注册和奖励工作,以及其他必要事宜如开具志愿者要求提供的证明材料等。

刑事司法解释政策化的疑问*

——以近年来的“两高”刑事司法解释为中心

李翔**

摘要：近两年来，最高人民法院、最高人民检察院（以下简称“两高”）先后出台三十个刑事司法解释，这些司法解释带有明显的政策痕迹。如此频繁地下发政策性的司法解释，使得刑法解释的质量下降，动摇了刑法的稳定性，而且细化的罪刑标准也限制了文本规范的外延，禁锢了裁判者自由裁量空间。刑事司法解释政策化有违罪刑法定原则。

关键词：刑法解释 司法解释政策化 罪刑法定原则

一、现象与疑问

近年来，“法治中国建设”被提到前所未有的高度，党的十八届四中全会更是将“依法治国”作为全会主题，史无前例，亘古未有。在改革的洪流下，固有社会结构调整、利益格局变化、社会关系重建、新政策试行，作为规范社会秩序的最后一道防线，刑法应当如何面对？司法机关应当如何作为？

2012年12月至今，“两高”已经针对刑法连续发布三十多个刑事司法解释。众所周知，在我国，“两高”颁布的司法解释为有权解释，其效力直达刑事司法实践个罪的定罪量刑。如此频繁的发布刑法解释，让我们不禁遥想到了1981年“严打”时的情境：1981年中共中央提出“从重从快严厉打击严重刑事犯罪”的方针，国家立法机关即通过制定单行刑法的形式对刑法典进行了20多次修改和补充，在完善犯罪构成、严密刑事法网、严格刑事责任、扩大刑法调控范围的同时，加强了刑法对严重刑事犯罪和严重经济犯罪的打击力度，增设了近50个死刑罪名，对大部分犯罪规定了

* 本文系上海市一流学科（法学）建设项目成果，暨2014年上海市哲学社会科学规划项目《刑法修订与刑法解释关系问题研究》（项目编号：2014BFX005）的阶段性成果之一。

** 作者简介：李翔，华东政法大学教授、法学博士。

比较严厉的重刑。^{〔1〕}时过境迁三十余载，我国又迎来了新一轮的社会改革，处于变革中的社会，社会阶层之下暗流涌动，利益冲突、分配矛盾不断发生、发展和激化，社会秩序的维护无需累言，仍为改革发展的重中之重。作为国家最高司法机关积极为改革发展保驾护航亦无可厚非。但是，我们注意到，当前“两高”在发布刑事司法解释的时候，出现了司法解释政策化的倾向。^{〔2〕}即“两高”在发布刑事司法解释的时候以刑事政策为导向，同时将其作为解释的价值判断标准，将刑事政策的内容直接以司法解释的形式加以细化固定并在实践中予以运用，弱化刑法固有之本质。刑事司法解释的刑事政策化，使刑事司法解释成为落实与实现刑事政策的工具。针对这种刑法解释政策化倾向的问题，笔者提出疑问，以求教于贤达。

二、刑法政策化与刑事政策刑法化

刑法是规定犯罪及其法律后果（主要是刑罚）的法律规范的总和。在我国，同任何一部部门法一样，刑法同样是一部成文法，成文法即意味着刑法文本内涵的抽象性，这也就为刑法解释的存在提供了必然性和合理性依据。我国的刑法解释分为正式解释和非正式解释，其中正式解释又称有权解释，包含立法解释和司法解释。本文关注的正是有权解释中的司法解释，即指国家司法机关所作的解释。根据有关规定，在我国具有普遍效力的司法解释，只能是最高人民法院和最高人民检察院就审判和检察工作中如何具体应用法律的问题所作的解释。最高人民法院、最高人民检察院的司法解释大致分为两种类型，一类是规范解释型，另一类是规范创制型。按照《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第6条的规定，以“解释”和“批复”命名的基本属于规范解释型，其具体内容是对于既有法律规范的解释；以“规定”命名的基本属于规范创制型，此类司法解释已经远远超出了“解释”的范畴。这类司法解释“解释程序的主动性、解释内容的创制性与解释方式的专断性使得司法解释已经具有泛立法化的倾向。”^{〔3〕}一方面，这类司法解释与类推的界限模糊，不经意间前者即可滑入后者的范畴，而且这样的“类推”是以有权解释的形式出现，这一解释方式的权力来源似乎并不清晰，其显然超出了“两高”的权力范围；另一方面，创设性司法解释对于罪刑法定原则的冲击，也正使其存在的正当性饱受质疑。毕竟，这类司法解释的存在

〔1〕 张永红：《刑法的刑事政策化论纲》，载《法律科学》2004年第6期。

〔2〕 2013年5月，作为我国信息化产业及政策研究中心的国务院信息化办公室发布将在全国范围集中部署打击网络谣言行动的政策动议。2013年8月20日，公安部启动打击网络谣言专项行动，仅2013年8月20日到8月31日短短12天内，数以百计的网民因“制造传播谣言”而遭处理。其中，仅湖北一地就刑事拘留5人，行政拘留90人。参见刘俊，鞠靖：“打击网络谣言‘台前幕后’”，载 <http://www.infzm.com/content/93974>，访问日期：2014年12月1日。在针对公安部的这一“专项行动”成果的刑法适用问题存在较大争议的情况下，2013年9月6日，“两高”发布了《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》。

〔3〕 袁明圣：《司法解释“立法化”现象探微》，载《法商研究》2003年第2期。