

doi:10.16104/j.issn.1673-1883.2021.02.011

论刑事委托:刑事执行中的合作治理 ——《社区矫正法》相关问题述评

张俊^{1,2}, 李祥瑞², 兰子晗²

(1. 中国政法大学刑事司法学院, 北京 100088; 2. 四川警察学院警察执法研究中心, 四川 泸州 646099)

摘要:我国《社区矫正法》颁行对社区矫正规范探索与实践经验予以立法确认, 渗透了宽严相济的刑事政策、惩罚与教育相结合的刑罚目的。社区矫正作为一种刑罚执行方式, 一方面蕴含国家刑罚权实现中的公权性、公信力, 另一方面基于罪犯矫治质量的考量, 亟须专业知识供给与公众有序参与支持。当前刑事司法理论对上述复合性色彩存在一定解释力不足的困境, 从社会治理合作转向及公法理论变迁的角度, 有必要反思刑事司法权力运行逻辑, 提出刑事委托理论架构, 弥合刑事司法权力在风险规制与治理中的紧张关系。通过对刑事委托的内涵生成、价值谱系予以辨识, 从矫正方案制定中的科学咨询、矫正质量评价中的规制同行评审、矫正实施过程中的公众参与对该理论予以实践检验、印证, 并对其未来演变轨迹予以展望, 以期完善刑事司法理论体系、制度体系提供样本参照。

关键词:社区矫正; 刑事执行; 刑事委托; 合作治理

中图分类号: D926.8 **文献标志码:** A **文章编号:** 1673-1883(2021)02-0058-09

On Criminal Entrustment: Cooperative Governance in Criminal Execution Procedure: Comments on the Relevant Issues of *Community Correction Law*

ZHANG Jun^{1,2}, LI Xiangrui², LAN Zihan²

(1. School of Criminal Justice, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China;

2. Police Law Enforcement Research Center, Sichuan Police College, Luzhou, Sichuan 646099, China)

Abstract: The *Community Correction Law* in China legislates and confirms the exploration and practice of community correction norms, and carries out the criminal policy of combining leniency with severity, punishment with education. As a way of penalty execution, community correction, on the one hand, contains the public right and credibility in the practice of state penalty right; on the other hand, based on the consideration of the criminal correction quality, it is in urgent need of professional knowledge supply and orderly public participation and support. The current criminal justice theory somewhat falls short of explanatory power for the above complexity. From the perspective of the transformation of social governance cooperation and public law theory, it is necessary to reflect on the operational logic of criminal justice power, propose a theoretical framework for criminal entrustment, and soothe the tension between risk regulation and governance by criminal justice power. By the identification of connotation and genealogy of values of criminal entrustment, this paper tests and verifies the theory from the science advisory corrective plan formulation, correct evaluation of the quality regulate peer review, and the correct implementation of the public participation in the process of practice. Moreover, it conceives its future development in the hope that it can provide reference samples for the improvement of theoretical and institutional system of criminal justice.

Keywords: community correction; criminal execution; criminal entrustment; cooperative governance

收稿日期: 2020-12-11

基金项目: 2019 年四川警察执法中心项目(JCZFQN19002); 2020 年四川省社科青年项目(SC20C028); 2020 年公安部公安软科学面上项目(2020LLYJSCST083)。

作者简介: 张俊(1991—), 男(土家族), 湖北恩施人, 法学博士, 讲师, 主要研究方向: 刑事诉讼法学、证据法学。

一、引言

我国的社区矫正实践肇始于2003年天津等地的试点,而后由点及面在全国推广^①。在社区矫正制度16年的运行实践中,全国接受矫正对象累计478万名,解除411万名。其中,近几年每年接收矫正对象50多万,解除矫正59万,正在列管的有126万^[1]。该制度实施以来,矫正对象再犯罪率一直徘徊在0.2%左右^[2],彰显了节约刑罚执行成本、维护社会和谐稳定、推进平安法治中国建设方面的效用价值,是一场有关国家长治久安的生动法治实践。

在司法解释试点经验基础上,2011年《刑法修正案八》第76条、85条将社区矫正作为一项替代监禁的刑罚执行方式纳入立法规范。随后,2012年、2016年两高两部分别联合发布了《社区矫正实施办法》及《关于进一步加强社区矫正工作衔接配合管理的意见》,进一步依法规范社区矫正工作实施。为回应和保障实体法实施,2012年刑事诉讼法第258条规定社区矫正作为对判处管制、宣告缓刑、假释或者暂予监外罪犯的执行刑事执行方式。及此,我国社区矫正制度法律体系基本建立^②。为总结社区矫正实践经验,固化刑事执行改革成果,进一步完善刑事执行制度体系,推进国家治理体系和治理能力现代化,2019年12月28日,十三届全国人大常委会审议通过《中华人民共和国社区矫正法》(以下简称《社区矫正法》)。

作为第一部系统规范社区矫正制度的法律文件,《社区矫正法》共9章63条。该法明确了社区矫正的目标、工作原则,鼓励和引导社会力量参与社区矫正,渗透了落实宽严相济刑事政策、实现惩罚与教育相结合的刑罚目的,回应了贯彻落实党的十九届四中全会提出的系统、依法、综合、源头治理及不断完善社会主义法治体系的要求,促进了社区矫正规范发展。在深层意义上,它基于本土话语建构起中国特色刑事委托制度,其暗含的合作共治、以人为本、恢复性司法、程序慰藉、风险规制价值理念,拓展了刑事治理的可能维度,是社会治理创新在刑事司法领域的精准投射。

二、刑事委托的概念生成:行政公法理论变迁与刑事司法诉求的耦合

委托,也即请求代理,是委托人将自己的特定事项交由受托人代为处理的一种授权性活动。根据委托的主体、事项不同,所授予的可能是一种权

力或权利。法律意义上的委托会产生特定后果,是对权利配置、权力格局的一种重构。私法中的委托,是平等主体之间的私权代理,如一般的民事代理、商事居间。公法中的委托,是公权力、管理职能的一种授予,如行政法中的行政委托,行政机关上级对下级特定事项的授权。诉讼法上,诉讼委托具有特定含义,诉讼代理人协助诉讼当事人进行相应的诉讼行为、推进诉讼程序。在不同类型诉讼活动中,作为被委托人的诉讼代理人具有不同的地位、权限。在刑事诉讼中,传统意义上的委托一般发生在被追诉人、被害人等当事人中,如被追诉人委托辩护人,被害人委托诉讼代理人,目的是塑造控辩平衡诉讼构造,协助行使诉讼权利,兼顾惩罚犯罪与保障人权。关于委托诉讼代理人、辩护人的具体程序,我国刑事诉讼法、律师法等早已明确。由此可见,程序意义上的委托,目的是通过特定程序事项的完成,使诉讼主体的活动更好地嵌入程序进程,实现既定的程序结果,也即,以程序正义的力量保障实体正义实现。

《社区矫正法》第3条规定,社区矫正工作坚持“监督管理与教育帮扶”“专门机关与社会力量”两个结合,有针对性地消除矫正对象再犯因素,帮助其正常回归、融入社会。矫正对象主要是“被判管制、宣告缓刑、假释和暂予监外执行”等非监禁刑的罪犯,虽然相较于监狱、看守所服刑的罪犯而言,其社会危险性较低,但因其犯罪行为损害特定法益,毕竟被刑法给予了否定评价。相比于社会中的一般守法公民,这些人早已被标签化。因为有前科,通常而言,他们是维持正常社会秩序的风险源之一。使矫正对象再社会化的努力,体现了一种风险规制策略。与监禁刑对罪犯自由的剥夺相比,社区矫正更多地体现为对罪犯心理层面的规训、教育,使其真诚悔过、接受规范改造,实现这一点,对教育矫正质量提出了很高要求。

立法规范上,社区矫正毕竟是一种针对人身的刑罚执行方式,体现了国家刑罚执行权,是具有公权性的专门活动。国家设立社区矫正机构作为行使这一权力、履行相应职责的专门机构。但立法对具体矫正活动的开展,却坚持了公私合作原则立场,这是否是国家对权力的一种让渡或放弃?从程序正义和社会公信角度,由国家专门机关行使侦查权、检察权、监察权、量刑权、审判权等权力,确保了追诉犯罪活动的专门性、权威性,有利于确保公正实现。刑罚执行权是刑事执行活动正当化的内在机理,将其交由国家专门机关之外的主体行使,是

否会背离公正性追求,产生实践异化?目前刑事立法及理论反思,似乎很难为《社区矫正法》中这一原则提供充分理据。

在同为公法的行政法中,近年来随着合作治理、公民有序参与等行政法理论的兴起,行政法经历从管理论、控权论向治理理论的理论转换,软法、行政委托、行政协议等的理论研究及实践探索回应了这种变化,体现了对公众社会治理参与权、公共资源分享权、信息知情权等的尊重,推动了现代社会服务行政、给付行政等理念发展及“放管服”改革、加快政府职能转变的实现,有助于创新行政管理方式、推进法治和服务型政府以及国家治理体系和治理能力现代化。比如,协议作为一种特殊的行政管理活动,既有“行政性”的行政管理一般属性,也具有“协议性”的平等协商特别属性。从实践效果观之,行政法中的协商参与、合作治理实践不仅没有损害行政权的权威性、公信力,反而推动了行政活动创新和行政管理服务专门化、精细化,促进了行政目的和政策实现,激发了公众对行政活动的参与热情,以有序参与、理性沟通、对话磋商凝聚共识,彰显了行政权的人性、温度。但是,行政法中的协议性是有限度的,除了合法、合理行政和高效便民、比例原则要求之外,其适用条件、范围等被严格限制,以权力清单、责任清单、公共服务清单等实现放管结合,使权力放得下、接得住、管得好。随着智能数字时代信息技术的发展,行政领域不断引入区块链、人工智能、大数据、云计算等技术,拓展智慧行政,推进行政管理体制变革,并探索对行政协议等的可诉性及审理规则^③。

基于行政法中的理论和实践参照,笔者提出刑事诉讼法中的刑事委托的理论模型。将刑事委托的内涵界定为,刑事诉讼活动中专门司法机关为完成特定诉讼职能任务,在其职权职责范围内依法将其部分职权或事项委托给有关机关、组织或个人,受委托者以委托机关名义实施相应行为或行使职权,由委托机关承担相应法律责任的一种刑事司法活动。刑事委托不发生职权职责、法律后果、刑事司法主体资格的转移,本质上是刑事司法活动中的一种合作治理,体现了对有限刑事司法资源的优化配置,回应了国家治理体系、能力现代化背景下完善刑事司法制度体系对刑事治理公共产品供给的需求。社区矫正中的社会力量参与和矫正教育精细化、技术化、个性化体现了这种理论逻辑,是现代社会共建共治共享、治理手段技术化在刑事司法改革不断深化中的现实投射。

三、刑事委托的价值意蕴:风险规制视域下刑事司法权力逻辑的话语转换

刑事委托的主要内容体现为协议性。协议性本身不是目的,而是手段,是为了更好地实现刑事司法权权能。刑事委托通过将部分事务性、技术性、辅助性职能事项外包,在刑事司法活动中引入竞争机制、市场选择、交易成本、媒介参与,将专门机关工作人员从大量的事务性工作中解脱出来,使其能够立足本职、坚定初心、集中精力钻研业务中的重点、难点、堵点、盲点。它促进了刑事司法权力运行方式转变及专门机关职权活动提质增效,保证将有限的刑事司法资源用在“刀刃”上,回归刑事司法活动的本位和诉讼活动规律,更好地为社会提供公正的司法产品。该理论模型价值如下:

第一,建构了有序参与的诉讼活动格局,推动了刑事司法领域的合作共治。合作治理是 20 世纪后期随着风险社会观念而产生的,反映了现代社会风险挤压下的合作压力。面临社会的高度复杂性、不确定性,共同的风险及其跨国流动对合作挤压使个体自我紧张、逼迫并成为共识、合作机制的基础^[3]。合作治理的全方位性将整个社会视为一个广泛的合作体系予以建构,将现代社会中的非传统性问题通过众多合作行动者为了合作目的的行动,去应对和解决风险社会危机事件频发的现实^[4]。随着当事人主义诉讼模式渗透和人权司法保障理念不断深入,刑事司法领域中的对抗与协商、对当事人诉讼权利保障愈发健全完善及刑事司法活动的交互性成为未来发展方向。刑事司法活动被解构为模块化的系统性活动,刑事委托通过向社会力量和专业机构等外包部分模块任务,将刑事司法治理更好地嵌入社会治理网络,塑造了共识机制,提升了治理效度。社区矫正中,刑事委托构建了社会力量与专门机关合作行动的刑罚执行图景,激活了社区矫正的动态资源,最大限度激发了矫正效果。

第二,围绕尊重人的主体地位和人格尊严,秉持以人为本开展相关活动。刑事司法活动的参与主体、目标指向都是人,无论是否定性的评价、报应性的惩罚、教育性的矫治、参与性的对抗,都是旨在通过系列具体活动追求一种人为主体的安全稳定秩序,为人的全面发展和幸福生活提供制度环境等外部支持。人的尊严不仅是一种日常话语,而是现代政治、伦理讨论尤其是人权话语中的一个重要概念,它可以塑造对共同体的归属感并在个体参与活动中为其尊严提供重要保障^[5]。人的尊严观作为

一种直觉观念仿若“心灵之岛”,它为我们意识折射并浮现于言谈氛围中,因处于不同争论的背景中而仍是一片“未知之地”(terra incognita)^[6]。刑事委托克服了刑事司法活动对人的关怀的疏离,在高度技术化的专门活动中吸纳人的角色参与并将其可获得性体验作为最高追求。《社区矫正法》第 12 条规定,村民委员会、居民委员会等基层社会治理力量及矫正对象监护人、家庭成员、所在单位、就读学校“依法协助”矫正工作,体现了回归人的正常生活角色,嵌入式、全方位、整体性矫治理念的目的是在多方参与下,更好地建构一种立体化矫正环境对矫正对象予以沉浸式规训,触及其先前犯罪内心深处的多方动因,帮助其更深刻悔罪、建构责任伦理,回归对“守法公民”角色的坚守与追求,体现了以人为本的刑罚观。

第三,重新审视刑事政策与目的,完善恢复性司法理念下刑事司法制度架构。2018 年全国监狱工作会议强调,以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,坚守政治站位、安全底线和改造宗旨,推进以政治改造为统领,监管、教育、文化、劳动相统筹的“五大改造”新格局^[7]。社区矫正与监狱矫正同为罪犯矫治体系中的重要方式,均为国家法律所确立、以国家刑罚权正确实现为后盾和国家刑罚裁量结果为依据的刑罚方法,具有维护国家安全、社会稳定价值追求同质性及惩罚、预防犯罪刑罚目的共同性,仅在限制或剥夺罪犯人身自由刑罚内容等方面存在区别,“五大改造”对完善新时代社区矫正刑罚功能体系具有引领、指导意义。合法性信仰是现今世界法治社会中刑罚领域最流行的正当性形式^[8]。合法性暗含某种政治秩序被认可的价值,意味着某种作为正确和公正的物质而被认可的政治秩序,合法的秩序应然上得到承认^[9]。报应与功利应为科学合理的法律责任机制兼及,前者强调对罪犯的惩罚,后者注重对利益受损的填补,恢复性司法具有“惩罚犯罪与修复损害”双重责任功能^[10]。《社区矫正法》第 23 条规定,矫正对象在矫正期间应遵循相应法律文书确定的义务、国务院司法行政部门的监督管理规定,服从矫正机构管理。第 27 条规定,矫正机构对矫正对象活动范围变动的批准及社区矫正变更程序。第 28 条规定,矫正机构对矫正对象予以考核奖惩。第 42 条规定,矫正机构组织矫正对象参与公益活动,修复社会关系,培养社会责任感。上述立法规定可见,社区矫正规训目的之复合性。而实现有效制裁、惩罚与改造、修复,离不开刑事委托对刑事执行内部技术化、精细化、

科学化、专业化的改造,多元力量的参与、协同是对规训资源的一种整合,有利于提升罪犯矫治效果。

第四,将程序的刚性与协议的柔性有机结合,彰显刑事诉讼程序慰藉功能。从谱系学上,现代司法从职权、强制不断迈向参与、合作,反映了刑事司法现代化文明进程中的合作司法走向,是权利观念发展与权力方式演进的结果^[11]。刑事程序运作不仅是机械、冰冷的程序活动和法条规范性、技术化适用,而是通过程序运作吸纳不满、定分止争、凝聚共识的过程彰显看得见的正义,对公民尤其是被追诉人、被害人予以慰藉。一方面,被追诉人通过参与诉讼活动深化对其行为法益侵害性的法规范评价认识和社会一般价值观念的传导,对刑事法律及追诉机制产生敬畏,同时在其诉讼权利行使和获得保障过程中更加珍视权利的神圣、可贵,逐渐形成对公正的尊崇和权利边界的坚守;另一方面,被害人一方通过充分参与,表达诉求、与国家公诉机关共同承担控诉职能,是对传统刑法理论及刑罚报应主义功能过分强调保护公共利益、被害人可归责性而部分弱化被害人权利保护、对其权利边缘化处理的纠偏^[12]。刑事委托促进刑事司法权力运行的交互性、共识性,有利于在程序运行中嵌入优质的司法服务资源,转换对话逻辑,体现了公权力对私主体的平等尊重,弥合撕裂的社会关系,对相关主体予以精神抚慰。社区矫正中,刑事委托的多维具体实施,强化了刑事执行程序的开放性、参与性,激活了刑事程序内隐的程序慰藉价值,深化了刑事司法活动与社会治理活动的有序有效衔接,通过多元社会力量参与下的刑罚社会化进一步凝聚了社会共识和促进社会有机团结。

第五,克服对技术官僚主义的迷信,运用成本与效益等系统性手段实现风险规制的有效性。随着当代中国逐渐跨入后现代的风险社会,“风险作为伴随社会转型的牺牲品,从上帝心灵直接成为行动者掌控自身命运的社会之中”^[13],风险在现代国家规制过程中,扮演着规制目标、将规制正当化、架构规制组织和程序、确定责任关系四种角色^[14]。新时代中国治理及社会转型时期风险频现,传统以危险防止为目的的规制理论陷入合法性危机与有效性不足困境,无论是基于风险实在论、工具理性的专家理性模式还是基于风险建构论、价值理性的利益代表模式均无法有效克服上述困境。多元主体协商合作下,融合实在客观性与主观建构性的复合风险观、以工具理性与价值理性融合为基础的交往理性话语所建构的合作治理模式为风险规制有效

化解合法性危机提供了制度设计供给^[15]。刑事委托体现了“分析——协商”风险规制正当程序下,风险规制机构、专业人士、利益相关者、一般公众之间就风险提议、偏好等进行平等协商、辩论以寻求风险规制决策共识的商谈性实践逻辑:专业人士就刑事司法风险知识与事实商谈,利益相关者之间的意见诉求商谈,以及一般公众之间的价值观念商谈。它促进了刑事司法风险规制的民主性、合法性及治理框架建构,为拓展刑事司法活动效率及与社会治理整体性互动提供了可能。社区矫正中,刑事委托体现了刑罚执行的体系化路径,在刑事司法制度运行中引入了风险规制相关机制,以合作治理嵌入了对抗与协商的刑事司法未来发展理念。

四、刑事委托的实践拓展:《社区矫正法》中的印证与不足

笔者认为,通过梳理《社区矫正法》相关内容,刑事委托在社区矫正制度运行中存在教育矫正方案制定中的科学咨询、教育矫正质量评价中的同行评审、教育矫正实施过程中的公众参与三个维度,社区矫正刑罚执行的专门机关作为委托方,运用刑事委托方式将相关的社会力量作为被委托方通过专门协议或机制纳入刑罚执行体系,赋予其资格、权利、义务,与刑事司法公权力机关有效协作,从而透过刑罚执行这一刑事司法领域重要社会治理阶段,为整个社会提供优质的刑事司法公共产品,体现了公共选择理论下的效用不可分割性、受益的非排他性、消费的非竞争性。但同时,也应注意这种公共产品供给所带来的“搭便车”、公地悲剧等问题,例如,专门司法机关的卸责、参与力量的唯利取向、刑罚机能的弱化、刑罚权异化等,为此应不断优化制度内部结构,进行体系化应对。具体而言,刑事委托在社区矫正中可从如下方面予以实践拓展。

(一) 教育矫正方案制定中的科学咨询

风险社会背景下的刑事司法运作是一场庞大的系统性风险规制实践,程序各阶段风险规制议题高度复杂的技术性特征给刑事司法活动中的风险规制决策提出了更高的科学性要求。作为专司刑事司法职权的公检法等专门机构通常并不具备对特定风险发生概率、损害程度等分析、研判的基础上做出“科学理性”规制决定的相关科学知识和技术手段,仅凭其自身力量无法保证刑事司法活动中风险规制的科学性。因此,传统官僚科层理性由于面对困难的科学和专业性知识问题应对乏力,又缺乏简易的确定风险方法,“将决定职责授权给专家

小组并对其形成依靠的愿望是可以被理解的”^[16]。

《社区矫正法》第 1 条规定,制定目的为“推进和规范”社区矫正工作,提高教育矫正质量,体现了对质量提升的重视。为此,该法第 8 条规定,地方人民政府根据需要设立社区矫正委员会,负责对其行政区域内的社区矫正工作进行“协调和指导”,但并没有明确社区矫正委员会的性质、人员或机构组成,其到底是一个议事协调机构,还是一个政府职能部门,立法并未明确。社区矫正委员会与党委政法委及公检法司等相互关系也被搁置。第 9 条规定,社区矫正机构负责矫正工作具体实施,设置与撤销由县级以上地方政府司法行政部门提出意见。同时规定,司法所根据社区矫正机构委托承担相关工作。由此可见,社区矫正机构与司法行政机构不具有行政隶属关系,而是相互独立的。在目前行政管理体制中,司法所作为地方司法行政部门的派出机构,不具有独立性,仅代表所属的司法行政部门履行相应职责。立法将社区矫正机构的设立与撤销意见交由司法行政机关,变相赋予了后者对其日常工作的监督管理职责。既然司法行政部门在实践中可能事实上对社区矫正机构形成领导、支配,那实施具体矫正工作的矫正机构又委托作为司法行政部门派出机构的司法所承担“相关工作”做何解释?第 10 条规定,社区矫正机构配备具有专业知识的专门国家工作人员并履行执法职责。可见,社区矫正机构是实际运转的机构实体。第 11 条规定,社区矫正机构组织专业知识或实践经验的社会工作者开展相关矫正工作。综合上述规定可知,立法确认了社区矫正工作的专业性、专门性,社区矫正中存在对罪犯矫治风险有效规制的知识需求,对社区矫正机构并不具备的相关矫正资源或风险决策信息,确有具备实践经验的专业人士或科学素养的专家介入咨询的必要。多方主体共同参与,以制定该法第 24 条所提到的“有针对性地矫正方案”。然而,对社区矫正专家参与、科学咨询的形式以及意见的采纳、责任规制等问题立法并未明确。立法中提到了矫正机构对司法所的“委托”,暗含了专门机关之间职权职责委托的可能性,但对科学咨询这一程序装置的形式化要件只字未提。从有序参与、决策生成正当性的角度,理应对科学咨询参与矫正工作形式予以规范。

笔者认为,为防止对刑事执行权让渡的质疑,立法可以清单形式概括列举明确矫正工作中的技术性问题,用刑事委托为技术性、专业性问题的外部有序参与及主体责任承担提供形式要件,确保科

学咨询于法有据、符合法定权限和程序。具体而言,可将社区矫正机构聘请专业人士参与矫正工作的审批权限给予对应的司法行政部门,确保其对社区矫正机构监督内容具有实质性。明确社区矫正委员会协调、指导机构的性质,将其职能限于社区矫正工作宏观政策指导、业务发展规划、具体工作协调,其主体来源从公安、检察、监察、法院、监狱、司法行政、高校专业技术等部门选派代表产生,以确保工作衔接性、代表性、针对性。社区矫正委员会可在县级司法行政部门设办公室负责日常事务性工作处理,定期组织多部门联席共商社区矫正重大事项和阶段性工作。在实践中,不断完善《社区矫正法》第8条规定的检察院法律监督机制,将检察院对矫正方案中专业技术事项说理性、科学性论证的审查作为其对科学咨询监督的有效形式,探索检察建议书等在社区矫正工作的触角延伸。进一步厘清矫正机构、司法行政部门、公安、检察、法院等相互关系,构建衔接有序、配合协调、监督制约、执行高效的矫正工作格局。

(二) 教育矫正质量评价中的同行评审

为防止科学技术知识广泛渗透到风险规制议题中的同时,以客观性、科学理性之名行恣意武断之实并一定程度上规避认知、价值取向偏好,需要认真审视“科学滥用”问题以及科学与规制机构捆绑合谋下的“专制”事实,在风险规制过程中引入同行评审程序^[17]。浓厚科技背景的风险规制的合法性呈现另一番面相,在关涉科学信息的规制领域中,规制是否科学的争议取代了对规制机构是否具备法定权限、权力行使是否符合法定要求及法定程序等形式合法要件的质疑^[18]。现代社会中,规制的合法性依赖于规制机构对其决策决定所提供的合理性解释,解释本身就是一个说理和意见交涉过程。由于涉及多元主体间的利益冲突及专业知识,说理显得更为紧迫、重要^[19]。说理对履行事前的合理性承诺、指导个人未来事务安排都是必要的,可使规制活动的相关利益主体即便面临令人失望的实体结果时,也能对其正在参与的行动过程产生与自身利益相结合的理性认知^[20]。然而,随着科学知识在风险规制实践中的大量运用,规制机构与科学知识之间的关系显得复杂而微妙,并开始于规制决策过程中策略性地运用科学知识的“科学伪装”现象^[21]。具体表现为在科学知识客观中立精美掩饰下,以规制过程中的“科学伪装”实际扩大裁量权,使得更具隐蔽性的恣意、武断在风险规制决策中渐长,外界更难对其察觉。

作为上述问题的一种制度性解决方案,从科学同行评审中引入风险规制实践中的规制同行评审程序,有助于使具体规制实践建立在充分可靠的科学基础之上^[22]。《社区矫正法》第24条规定,矫正机构应根据裁判内容和矫正对象情况制定有针对性地矫正方案。进行分类管理、个别化矫正并对矫正方案相应调整。第52条规定,矫正机构应根据未成年矫正对象情况采取针对性矫正措施。上述规定体现了对矫正教育质量的过程性评价,以及因矫正对象个别化、针对性而延伸的技术性需求。第28条规定,矫正机构对矫正对象应进行考核奖惩,将考核结果可以作为认定“确有悔改”表现的依据。笔者认为,“确有悔改”是一个渐变的过程,除了矫正对象服从《社区矫正法》第23条至34条规定的监督管理义务,矫正期间不存在越轨等行为外观的直观评价,还需要从科学性测量、专业性判断透视其内心深处的动因,为考核奖惩结果提供更多的技术性正当性说理支撑。是故,建议在《社区矫正法》中,完善教育矫正质量评价过程中,围绕效率、信度引入规制同行评审的“镜子”,使具体方案科学信息可靠性、实施效果、矫治理论模型得以被评价,强化矫正决策、行为的责任性,使事实根据的质量得到有效保证,压缩“科学伪装”的负面效果。更为重要的是,它打破规制机构对分析的垄断,通过同行专家检查规制机构提供的技术分析,防止行政官僚前移,打击规制决策中的责任规避行为^[23]。与科学咨询介入机理一样,刑事委托也为同行评审提供了规范化依据、正式有效的介入机制及专业知识、技术与刑事司法互动形式。笔者认为,为保持相对中立性,在未来立法完善中,可将规制同行评审的刑事委托职权赋予检察机关,拓展其法律监督的专业技术内涵。因为在现代风险社会,风险的多元复杂性使围绕风险的相关规制不仅是法律政策问题,更渗透了知识性、技术性内涵。作为刑事司法治理中的重要内容,检察监督也需要科学技术和专业知识赋能,目前的智慧检察和信息化建设便是最好的印证。

(三) 教育矫正实施过程中的公众参与

近年来,社会中不断涌现的各种风险,对民众造成严重威胁,既点燃了其对相关风险规制机构的信任危机,也激发了其参与规制决策制定过程的巨大热情。“古典法治国中个人参与经由集体、团体、代表人参与到公众参与描绘了法律承认的参与形式光谱”^[24],公众面临社会转型时期的观念分歧、利益分化亟须诉求表达机制,“高度复杂的社会整合无法以系统家长主义的方式通过绕开公民的交往

权力而实现”^[25]。从风险规制公众参与视角透视《社区矫正法》,第 12 条规定,村委会、居委会等基层组织“依法协助”,监护人等矫正对象的“身边人”“应当协助”。第 13 条规定,社会力量“依法参与”。第 15 条规定,参与受法律保护。第 56 条规定,国家鼓励未成年人相关组织参与并给予政策支持。第 60 条规定,对参与中遭受损害的法律后果。由此可见,《社区矫正法》鼓励罪犯矫治中的社会参与,但并未对参与的具体形式予以细化,亟待完善相关配套制度。

当前,公众在风险规制领域中的“参与不足”或“参与过度”现象暴露出制度性羁绊下的高度形式化问题,公众参与沦为某种符号象征或摆设,仅为规制过程合法性披上“民主的外衣”^[26]。我国风险规制领域主流学者认为,非正式程序的协商、谈判、征求意见中分散、未经组织化的利益无法获得有效参与机会,从而丧失话语权和关键参与机会,提出了利益组织化视角下公众参与利益代表模式,也即使分散的个体以利益集团表达利益诉求,最终影响规制机构的规制决策^[27]。我国《社区矫正法》目前的立法模式显示,其将基层组织等利益代表与矫正对象“身边人”等分散个体参与刑事执行过程互动机制进行了一定区分,“身边人”参与是义务,而社会力量参与是鼓励。有学者经过实证研究认为,我国目前的社区矫正中的社区参与模式是“2+N”参与模式,并从参与的目标、主体、对象、客体、质量等方面梳理参与要素,指出其存在参与的渠道不顺畅、积极性不高等诸多问题,建议应构建适合我国国情的基层群众性自治组织参与模式^[28]。笔者认为,未来立法在配套制度上还需具体细化,对“身边人”的参与行为类型制定指导守则,使其具备“数据理性”等可量化操作、评价指标;对社会力量参与,注意解构多元主义民主观下利益集团的“力”与“理”,逐步建构以协商为基础、体现交往理性、参与主体平等的参与模式,通过刑事委托使协商参与过程从对参与主体偏好简单满足转向为寻找最具说服力论证力量的过程,如方案和意见竞标、辩论等,提升社区矫正中的参与理性、共识基础。社区矫正是针对罪犯所进行的一种与社会参与关系十分密切的刑罚执行工作,包含着社会参与的重要内容并构成其应有之义,而《社区矫正法》从规定鼓励社会参与的一般原则、具体内容等方面构建了广泛动员社会力量参与社区矫正工作的机制,尤其是广大社会志愿者的参与,有效弥补了社区矫正执法者和社区矫正社会工作者对社区矫正对象监控不到位等问题,而社

会本身也客观上提供了社会参与的便利资源条件^[29]。例如,《社区矫正法》第 3 条规定了专门机关与社会力量相结合的原则,第 7 条规定了对社会力量参与的奖励机制,第 18 条具体规定了调查评估工作中的社会力量参与机制,第 25 条规定了矫正小组这一重要的社会力量参与形式,第 38 条和第 40 条规定了教育帮扶中的社会资源条件利用,第 41 条和第 56 条分别针对帮扶就业和未成年人对象予以特殊规定。笔者认为,上述规定充分彰显了社区矫正相对于监禁矫正的独特优势及公众参与社会治理的内容,契合了社会治理体系及治理共同体发展完善的意涵,未来也亟须完善相应的精细化实施制度,进行精密的制度设计与结构优化。

五、刑事委托的未来演变:对刑事司法程序的协议性改造

作为一种权力运行互动逻辑,刑事委托迎合了合作治理公共行政变迁谱系下,刑事司法治理中对参与民主与共识理性、对话与协商、法律经验与科学知识供给的迫切需求。未来,刑事委托有可能从以下方面对刑事司法系统深入渗透。

(一) 优化刑事司法中的资源配置,提升公共产品供给质量

将刑事委托拓展到整个刑事司法领域中,对刑事司法活动中涉及的法律政策推理、专业性判断与技术性、辅助性事务进行模块化区分。将有限的司法资源集中于真正属于司法的重大疑难复杂事项,将技术性、外部性知识和刑事司法部门工作人员很难掌握的超越一般公众认知的经验性运用等通过刑事委托打包给第三方机构、社会力量。通过刑事委托赋予外部力量介入刑事司法活动正当性、合法性、责任机制。区分公众参与民主性与专业参与技术性,探索不同的参与机制与形式。公众参与强调代表性、有序性,通过其参与满足对刑事司法活动信息公开的诉求。专业参与强调知识性、规范性,通过其参与提供辅助判断、科学理性说理。通过不同形式的参与路径塑造刑事司法与社会治理、公共空间接轨,凝聚更多的共识理性和秩序价值。如 2018 年刑事诉讼法从被追诉人权利保障和刑事辩护全覆盖角度,规定了值班律师制度,期望为认罪认罚程序等刑事程序简化改革提供补益,但实践中值班律师往往异化为权力合法性的见证人、背书者,其作为权利保障者的职责、风险与收益失衡,进一步延伸为角色、功能、身份模糊化^[30]。为此,可运用刑事委托理论,将值班律师介入作为一种法律专

业知识服务公共产品纳入政府购买机制,以权利清单、责任清单明确“质量规格”,对值班律师形成有效制度激励,将其功能解释为弥补控辩法律知识信息获得不对称、力量平衡的程序装置。为保证值班律师的中立性,笔者建议,可将值班律师的刑事委托的实施职责划归司法行政部门,因其本身就负有律师队伍建设与管理职责,具有监督便宜性、实效性优势,也可使值班律师与追诉机关相对疏离,避免对侦查权、检察权的屈从性。未来,还可进一步探索刑事委托的可诉性,相关利益主体因与刑事委托事项交涉而受到权益损害的,可通过行政诉讼予以解决。

(二) 转变刑事司法权运行话语逻辑,推进刑事司法民主性与权利保障性

公正与效率的兼顾是现代刑事司法的恒久追求,面临日益复杂的社会风险与犯罪挑战,认罪认罚、速裁程序等简化刑事程序的努力一直未停止。日前颁行的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》明确了检察机关在认罪认罚控辩协商中的主导地位、量刑建议的约束力、裁量评价性,但实践中,面临对检察机关权力越位与审判制约不足的理论担忧。为此,笔者建议从刑事委托角度对这一问题进行解读,将检察机关推进控辩协商中的裁量性、评价性、说理性、精准性视为审判机关的刑事委托,进一步发挥认罪认罚在审前程序中的充分运行对审判资源节约的价值,也为审判对量刑建议的形式化司法审查、总体质量把控等补充正当性依据。未来还应强化值班律师与检察机关主导的控辩协商之间的衔接机制,明晰不同类型刑事委托间的配合、互动,将刑事司法权的力度刚性与协商对话的共识性有效融合,强化各阶段刑事司法活动说理性、运用风险规制过程中的民主参与性、权利保障性。

(三) 促进严格公正司法,强化司法责任制

严格公正司法是司法公信力的重要保证,除了刑事司法专业素养的支持,还需要将专门机关及其工作人员从大量的事务性、重复性、技术性、辅助性项目中剥离,促使刑事司法活动真正回归本位、规律、专业。刑事委托促进了刑事司法权力运行中的分化,从公共合法性思考行动选择理据,选择的逻辑

在于以所有人都能接受的理性为基础^[31]。从风险规制决策角度,刑事司法活动实则是一个关于秩序建构的公共决策过程,同样需要以民众所能接受的理性为基础。分析系统和经验系统为人类理解风险的两种方式,前者通过概率计算、形式逻辑、风险评估等认知、处理风险,后者通过直觉、情境理性迅速做出反应^[32]。恐慌、愤怒等情绪使个体在面临极端风险时容易产生认知偏差与非理性判断^[33]。“自由的进步意味着,说服取代强制并能以理性方式予以实现”^[34]，“理性必定存在优先的,即便质疑理性也需寻求说理的办法”^[35]因此,需要赋予人们参与风险规制决策协商过程的平等资格,促进多元主体对特定知识的融合,以理性的方式对自己就特定风险的观点、偏好加以论证说理,在反思基础上使决策得以建立在深思熟虑后的反思理性基础之上。刑事委托以沟通理性、共识价值等促进了刑事司法的合作治理,拓展了刑事司法活动中公正严格程序及法律知识的辐射场域,建构了整个社会对司法公正理解、交流、论辩的意义空间,促进了严格司法。同时,通过对刑事司法权的精细梳理,厘清其脉络、归属,为司法责任制附着提供保证。

六、结语

新颁行的《社区矫正法》立法结构及内容体现了罪犯矫治中的合作治理逻辑,是刑事执行领域的一次深度改革尝试,刑事委托是对这一变化演进的有力阐释。在未来社区矫正制度及整个刑事司法体系完善中,协议性、协商性、对话性特色须与其他制度功能做好融合。在通过合作共治、有序参与推进刑事司法治理的同时,万不能损害立法对权力目的规范赋予的初衷及严肃性,刑事委托面临新的实践检验解释与制度规范续造。积极推动智慧司法变革,应用区块链技术的分布式记账、强透明性、去中心化、防篡改和溯源性等特征,使社区矫正工作中调查评估动态中立、数据信息协调共享、协商共治,以信息技术赋能社区矫正刑事司法实践^[36]。从国家治理体系与治理能力现代化角度,在刑事司法各个环节,如何把握好这种协议性激发协商共识理性与相应诉讼活动的对抗性、规律性、知识性调和互补,仍是一个未竟课题。

注释:

① 2003年,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部(以下简称“两高两部”)联合发布《关于开展社区矫正试点工作的通知》,确定北京、天津、上海、江苏、浙江、山东为社区矫正试点省市。2005年,两高两部联合发布《关于扩大社区矫正试点范围的通知》,肯定第一批试点6省市工作成效,并将河北、内蒙古等12省市作为第二批扩大试点地区。2009年两高两部联合发布《关于在全国试行社区矫正工作的意见》,将社区矫正制度推广到全国。

- ② 2019年12月29日,笔者在北大法宝、律之星中国法律检索系统中,以“社区矫正”为题检索,得到司法解释4件,部门规章12件,立法草案4件,法规解读7件,地方性法规1件,地方政府规章1件,地方规范性文件79件,地方司法文件49件,地方工作文件93件。
- ③ 2019年12月10日,最高法发布《关于审理行政协议案件若干问题的规定》等司法解释。

参考文献:

- [1] 荆龙.监管为回归:社区矫正以法律刚性彰显柔性治理[N].人民法院报,2019-12-29(3).
- [2] 体现中国特色 助力长治久安——解析新出台的社区矫正法[EB/OL].人民网(法治).[http://legal.people.com.cn/n1/2019/1229,2020-09-29](http://legal.people.com.cn/n1/2019/1229/2020-09-29).
- [3] 斯洛特戴克.资本的内部:全球化的哲学理论[M].常恒,译.北京:社会科学文献出版社,2014:222.
- [4] 张康之.论全球社会中的道德、文化与合作治理[J].社会科学研究,2019(4):1-8.
- [5] 张尧均.从身份到尊严:西方尊严观的演变[J].浙江学刊,2019(6):148-158.
- [6] LICKISS N. On Human Dignity: Fragments of an Exploration[M]// MALPAS J, LICKISS N. Perspectives on Human Dignity, Dordrecht: Springer, 2007: 27.
- [7] 蔡长春.全国监狱工作会议要求,统筹推进以政治改造为统领的五大改造新格局[EB/OL].(2017-01-21)[2019-11-09].<http://news.sina.cn>.
- [8] 韦伯.经济与社会(上)[M].林荣远,译.北京:商务印书馆,1988:67.
- [9] 哈贝马斯.交往与社会进化[M].张博树,译.重庆:重庆出版社,1989:184.
- [10] 徐本鑫.刑事司法中环境修复责任的多元化适用[J].北京理工大学学报(社会科学版),2019(6):140-148.
- [11] 严本道,张俊.合作司法:司法公信力的社会治理谱系——基于福柯权力谱系学的展开[J].时代法学,2014(4):28-33.
- [12] 徐岱,巴卓.中国本土化下被害人权利保护及延展反思[J].吉林大学社会科学学报,2019(6):30-47.
- [13] ROTHSTEIN H, HUBER M, GASKELL G. A theory of risk colonization: the spiralling regulatory logics of societal and institutional risk[J]. Economy and Society, 2006, 35(1).
- [14] BLACK J. The role of risk in regulatory processes[M]// BALDWIN R, CAVE M, LODGE M, The Oxford Handbook of Regulation. London: Oxford University Press, 2010: 303-304.
- [15] 刘刚.风险规制:德国的理论与实践[M].北京:法律出版社,2012:139.
- [16] 布雷耶.规制及其改革[M].李洪雷,宋华琳,苏苗罕,译.北京:北京大学出版社,2008:208.
- [17] 洪延青.藏匿于科学之后——规制、科学与同行评审[J].中外法学,2012(3):537-559.
- [18] 成协中.美国规制决策中的同行评审[J].环球法律评论,2014(1):176-185.
- [19] BRESSMAN L S. Disciplining Delegation after Whitman v. American trucking Ass'ns[J]. Cornell Law Review, 2002, 87(2).
- [20] 马肖.行政国的正当程序[M].沈岿,译.北京:高等教育出版社,2005:189.
- [21] WAGNER W E. The science charade in the toxic risk regulation[J]. Columbia Law Review. 1995, 95(7):283.
- [22] 贾萨诺夫.第五部门:当科学顾问成为政策制定者[M].陈光,译,温珂,校.上海:上海交通大学出版社,2011:92.
- [23] GUSTON D H, SHAPIRO S. Procedural control of the bureaucracy, peer review, and epistemic drift[J]. Journal of Public Administration and Theory, 2007, 17(4):541.
- [24] 阿斯曼.秩序理念下的行政法体系建构[M].林明锵,译.北京:北京大学出版社,2012:100.
- [25] 哈贝马斯.在事实与规范之间:关于法律和民主法治的商谈理论:修订译本[M].童世骏,译.上海:三联书店,2014:437.
- [26] 戚建刚.风险规制过程合法性之证成——以公众和专家的风险知识运用为视角[J].法商研究,2009(5):49-59.
- [27] 王锡锌.利益组织化、公众参与和个体权利保障[J].东方法学,2008(4):22-44.
- [28] 田兴洪,尤金亮.“基层群众性自治组织”参与社区矫正模式的法律机理及实践路径[J].刑法论丛,2019(4):535.
- [29] 吴宗宪.我国社区矫正法的历史地位与立法特点[J].法学研究,2020(4):55-72.
- [30] 汪海燕.三重悖离:认罪认罚从宽程序中值班律师制度的困境[J].法学杂志,2019(12):13-15.
- [31] 赫尔德.民主的模式:最新修订版[M].燕继荣,译.北京:中央编译出版社,2008:281.
- [32] SLOVIC P, FINUCANE M, Peter E, et al. Risk as analysis and risk as feelings: some thoughts about affect, reason, risk, and rationality[J]. Risk Analysis, 2004, 24(2):1-12.
- [33] 桑斯坦.恐惧的规则——超越预防原则[M].王爱民,译.北京:北京大学出版社,2011:88.
- [34] 西蒙.权威的性质与功能[M].吴彦,译.北京:商务印书馆,2015:33.
- [35] 森.身份与暴力:命运的幻象[M].李凤华,译.北京:中国人民大学出版社,2013:130.
- [36] 梅传强,周鹏程.论区块链技术在社区矫正制度中的适用[J].重庆社会科学,2020(11):18-29.