

追责的规范性、合理性、精准性才是应有之义。

将人权保障作为第一要义也与社区矫正的发展方向相契合。《社区矫正法》的出台为社区矫正工作指明了新的发展方向和理念要求。“社区矫正工作理念由过去的‘刑’‘罚’‘管’‘教’转变为‘控’‘矫’‘育’‘帮’。”<sup>[4]</sup>这意味着社区矫正工作的惩罚、管控机能不断弱化，矫正、帮扶作用更加凸显，意味着社区矫正执法者对于社区矫正对象的控制力有所降低，也意味着其对于社区矫正对象的再犯罪行为所应承担的责任也有所降低。如果追责机关仍一味采取社区矫正萌芽阶段的追责方式，显然会与后社区矫正法时代的社区矫正工作相脱节，社区矫正执法者迫于追责的压力，只得加强对于社区矫正对象的监督管控，不敢放开手脚进行教育和帮扶，导致社区矫正法所贯彻的新理念无法有效贯彻。

综上，基于人权保障的价值追求，需要在追责中贯彻以下三点：一是科学追责。要运用尽可能先进、精准，与以不作为方式实施的事故型职务过失犯更加契合的追责方法代替原有的追责路径，进行技术上的革新，以保证结果的精准和可靠，做到不枉不纵、过罚相当。二是合理追责。在认定失职表现，因果流程以及确定责任大小时，要充分与社区矫正工作实际相结合，在认定有罪的证据时，也要充分把握指向罪轻、无罪的证据。三是要宽缓追责。与之前以维护秩序为基本价值追求的追责模式相比，追责力度应整体有所放缓，严格把关入罪的各个环节，充分考量减免责任事由。

## （二）客观归责理论的理性选择

社区矫正执法者所构成的玩忽职守罪多表现为以不作为方式实施的过失犯罪，因而表现出很多认定难点。在实行行为的认定上，一方面，过失不真正不作为犯的实行行为缺乏类型特征，因而难以通过文字描述的方式刻画其行为画像。另一方面，在行刑界分上，不少学者以“质量差异说”<sup>③</sup>作为工具来界定刑事违法与行政不法。然而，仅就玩忽职守罪而言，在质的界分上，刑法与政务处分法都是使用“玩忽职守”四字来描述失职表现，难以说二者在法益侵害上有什么明显的区别。而在量的把控上，以情节的轻重界分二者看似简单明了，但是如何判断情节的轻重则难以统一，因而“这种理论上的强势不能转化为实践中的优势，无法为行政违法与刑事不法提供可据参考的判断标准，因此也无法厘清二者的界限。”<sup>[5]</sup>即便将视角转移到过失犯的认定上来，以对违反注意义务的判断代替对实行行为的描述，也不能很好地解决问题。我国目前所采取的仍是一种形式的注意义务来源，即谁负有避免社区矫正对象再犯罪的法定职

责，谁就有注意义务的简单逻辑，至于通过比对各级规范性文件寻找失职表现，已然从分析构成要件退化到了寻找证据的地位，这种认定方式显然是机械的。

在因果关系的判断上，传统的实行行为-因果关系的分析路径中，因果关系与实行行为的认定是完全绝缘的，这对于保证因果关系判断的独立性具有积极意义，但是在职务过失犯中，当违反注意义务的行为与损害后果均已敲定的情况下，再独立地认定事实因果关系的方法很难彻底阻绝二者之间的联系，“如果你严格按照规章办事，就不会出事”的条件关系在法官心中已然形成，因果关系的出罪功能几乎难以发挥。即便是采取合法条件的条件说或相当因果关系说，如何界定“一般的合法条件的关联”或“日常的生活经验”也没有统一的标准，根本不可能为危险实现的判断提供精确、可靠的判断。

正确的价值追求需要借助科学的方法来实现。客观归责理论以行为的危险性为视角，其“去实行行为”化的判断方法，使得在应对不作为过失犯上具有高度的契合性。同时，其以危险量化行为，又以规范保护目的测量危险的方式，将行为、因果与规范三者串通了起来。客观归责理论认为，行为的危险性表征了行为与危险实现之间的关联，同时行为对于危险实现的作用力大小又体现了行为本身的危险性，这种思维方式对于归责的梳理更加合理。客观归责理论又以“规范目的”为标准，在法益侵害行为与因果流程之间架起了法规范的桥梁，将归责判断的重点放在了对规范客观功能的确定上，由此为归责判断提供了精确的标准。然而，客观归责理论也不乏问题所在，最明显的问题在于其“创设法所不允许的风险”“实现法所不允许的风险”仍然是一个相对抽象的标准，难以类型化，尤其是对于职务犯罪，因此将客观归责理论运用到具体的职务犯罪的认定上来，还需要结合该职务领域的特点加以路径填充。

## 追责规则的具体展开

### （一）行为的危险性分析

行为是否创设了法所不允许的风险，其实就是判断行为的危险性，而判断行为的危险性，在职务犯罪中，应具体化为认定行为的注意义务违反性及其违反程度。

随着《社区矫正法》和《实施办法》的出台，社区矫正领域的立法空白得以充分填补，使得认定行为的注意义务违反性有法可循。但某一不违反《社区矫正法》及《实施办法》但有违地方司法文件的行为是否具有义务违反性则不能轻易定论，这涉及到注意义务与填充规范之间的关系。本文认为，首先应当否定二者之间存在