

必然联系。在归责领域中，填充规范的机能在于简化注意义务的司法判断，但囿于各级规范性文件的制定目的与刑法的目的并非完全契合，故“在就空白规范进行相关刑事裁量过程中，必须注重刑法价值的独立判断，防止规范解释的从属性，进而才能有效避免行政部门法规实际上直接补足刑法的犯罪构成。”^[6]其次，在何种情况下应当排除填充规范的注意义务违反性判断能力，应当分两种情况进行判断。第一，如果行为人违反的司法性文件的具体条款与上位法相抵触，则该条款丧失注意义务违反性判断能力。如果该条款存在于上位法未做规定的空白领域的，则其能否发挥注意义务违法性判断的作用需要法官结合该条款规定的合理性、适用性最终结合自由心证做出，而不应当然将其当做注意义务规范。第二，如果该条款确乎属于对上位法规定的细化，通常能够视为发挥判断注意义务违反性的作用，但是该条款的规定因时过境迁，其在很大程度上不具备执行可能性的，也不能视为注意义务来源。总之，地方司法性文件只能作为行为人是否违反注意义务的判断资料，而不是判断铁证。

行为仅具有注意义务违反性，但违反程度明显轻微的，也应排除归责。《刑法》并不强求人的行为不会创设风险，而是要求不能创设出超出《刑法》所允许的风险。具体在社区矫正工作中，这一判断需要结合规范的保护目的进行。如果行为人违反的是关于帮困扶助的规范，不能认为创设了法所不允许的风险，因为有关帮困扶助的规范目的在于帮助社区矫正对象顺利融入社会，而不是防止其再次违法犯罪。同样，仅违反有关教育矫正规范的，一般也不会创设法所不允许的风险。可以认为，在帮困扶助和教育矫正中有违反注意义务的情形的，但即便采取合义务的替代行为，阻止社区矫正对象再犯罪的可能性也非常小，因而不具有结果避免可能性，从而阻断归责。而只有当行为人长期、始终违反有关教育矫正的规定，使得长期以来对于社区矫正对象的教育都形同虚设，流于形式，在这种情形下，才可认定行为人违反教育矫正规范的行为创设了法所不允许的风险。

监督管理义务所直接对应的，是防止社区矫正对象再次实施违法犯罪行为，因此，当行为人的行为违反了有关监督管理的义务，一般可以认为其创设出法所不允许的风险。但也不可一概而论，根据《社区矫正法》及《实施办法》的规定，社区矫正执法者具有11项监督管理职责：1、牵头成立矫正小组；2、发现社区矫正对象违反外出管理规定的，责令其返回，并予以处理；3、有

针对性地采取通信网络、信息化核查以及实地查访等方式了解社区矫正对象的活动情况；4、对社区矫正对象的表现实施考核奖惩；5、对符合条件的社区矫正对象使用电子定位装置；6、发现社区矫正对象失联的，及时查找，并在找到后依情形作出处理；7、发现社区矫正对象正在实施违反监督管理规定的行为或者违反人民法院禁止令等违法行为的，立即制止；制止无效的，立即通知公安机关到场处置，并在事后予以相应处理。8、批准社区矫正对象离开居住地，或变更执行地；9、批准社区矫正对象接触特定人；10、批准社区矫正对象进入特定的区域（场所）；11、对符合减刑条件的社区矫正对象，向人民法院提出减刑建议。其中，1是对社区矫正对象开展监督、管理和教育矫正的前提，但如果只是在形式上没有履行设定矫正小组的程序，但是在监督管理的各环节并没有违反规范义务，不能认为创设了危险。4、11是对社区矫正对象的管理规范，在这方面的失职不应认为创设了导致社区矫正对象再犯罪时的风险。2、3、5、6、7、8、9、10是监督规范，当社区矫正执法者违反这些规范时，其行为可以认为创设了法所不允许的风险。

（二）危险行为与损害后果之间的关联性判断

当行为人违反了监督义务或者其他在客观上会创设风险的义务时，还要审视该行为与损害结果发生的关联性。在社区矫正执法领域应考虑以下两种情况。

首先，要区分社区矫正对象是本地犯罪还是异地犯罪。如果社区矫正对象系本地犯罪的，即便社区矫正执法者存在创设风险的失职情形，也不应将该行为与犯罪结果联系在一起。原因在于社区矫正是对社区矫正对象的一种软监管，根据《社区矫正法》的规定，社区矫正对象在居住地内，几乎具有完全的人身自由，除了需要按照规定的时间、频次向社区矫正机构汇报活动情况外，其余时间具备完全的活动自由，因此社区矫正执法者的监管活动对防止社区矫正对象在居住地实施违法犯罪行为几乎不具有原因力。因此，在社区矫正对象本地犯案的情形下，即便社区矫正执法者存在创设风险的失职行为的，也不应认为是该行为导致社区矫正对象再犯罪这一现实风险的产生。例如，在【案例-7】中，社区矫正对象张某接受社区矫正地点是在南阳市城乡新区，其再犯罪行为发生在南阳市宛城区。张某在南阳市城区范围内，具有相当程度的活动自由，以社区矫正对社区矫正对象的监管力度而言，其发现张某实施违法犯罪行为的能力和可能性应在当地公安机关之下，因此不能以张某在本市区再犯罪为由苛责社区矫正执法者的过失。诚然，本案行为人在监督管理方面存在未对张某进行风