

刑罚执行后继续管控：性质、冲突与边界

——从《反有组织犯罪法》切入

张苡境

浙江理工大学法政学院、史量才新闻与传播学院，浙江 杭州

收稿日期：2023年6月28日；录用日期：2023年7月10日；发布日期：2023年9月7日

摘要

出于特殊预防目的，《反有组织犯罪法》设立了个人财产报告与从业监管措施，需要对其性质予以明确才能实现有效适用。与此相类似的刑罚执行后继续管控广泛存在于我国立法中，并在过于强调继续管控、报应主义和社会防卫思想下，忽略了与刑罚执行后继续管控价值之间的平衡，以致产生了种类繁多，造成的后果严重，缺乏程序保障等特点。刑罚执行后继续管控应当以帮助犯罪人重返社会为基本引领，在此基础上，将刑罚执行后继续管控的性质厘定为附随性法律后果。消解刑罚执行后继续管控的矛盾，得从遵循比例原则、完善人身危险性评估入手。

关键词

刑罚执行后继续管控，保安处分，附随性法律后果

Continued Control after Execution of Penalty: Nature, Conflict and Boundary

—Starting from the *Anti-Organized Crime Law*

Yijing Zhang

School of Law and Politics, Shi Liangcai School of Journalism and Communications, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Jun. 28th, 2023; accepted: Jul. 10th, 2023; published: Sep. 7th, 2023

Abstract

For special prevention purposes, the *Anti-Organized Crime Law* establishes personal property re-

文章引用：张苡境. 刑罚执行后继续管控：性质、冲突与边界[J]. 法学, 2023, 11(5): 3938-3947.

DOI: 10.12677/ojls.2023.115560

porting and employment supervision measures, which need to be clearly defined in order to achieve effective application. Similar to the continued control after execution of penalty is widely existing in China's legislation, and under the excessive emphasis on continued control, retributionism and social defense, the balance between the value of continued control after execution of penalty is ignored, resulting in a variety of types, serious consequences, lack of procedural protection and other characteristics. The continued control after the execution of penalty should be guided by helping criminals to return to society. On this basis, the nature of the continued control after the execution of penalty is determined to be an incidental legal consequence. To resolve the contradiction of continued control after the execution of penalty, we must follow the principle of proportion and improve the assessment of personal risk.

Keywords

Continued Control after the Execution of Penalty, Security Measures, Incidental Legal Consequences

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 讨论的缘起

2021年12月24日,十三届全国人大常委会第三十二次会议通过《中华人民共和国反有组织犯罪法》(以下简称《反有组织犯罪法》),其中第19条与第20条设置了刑罚执行后继续管控,包括个人财产报告与从业监管措施。在总结“扫黑除恶”专项斗争经验基础上,我们发现组织犯罪呈现出组织头目幕后化、犯罪企业化、向特定行业集中等新发展趋势。因此,在《反有组织犯罪法》中设置刑罚执行后继续管控,既能弥补刑罚功能不足、对犯罪人增强威慑力、实现特殊预防目的,也能针对组织犯罪发展趋势“对症下药”。需要注意的是,与《刑法》从业禁止制度相比,《反有组织犯罪法》中的从业监管措施着眼于对组织犯罪核心成员的从业情况进行监督和管理,并非禁止其从事相关职业,二者在定位和适用上还是存在明显不同的。个人财产报告作为一项制度创新,目前也仅有原则性规定。因此,针对《反有组织犯罪法》所涉刑罚执行后继续管控的问题,需要对其性质予以明确,以助力于后续司法适用。

对于本文所研究刑罚执行后继续管控,理论上存在不同的概念界定。有学者认为刑罚执行后继续管控属于犯罪附随后果[1][2],也有学者认为刑罚执行后继续管控属于刑罚附随后果[3]。本文研究的刑罚执行后继续管控,是指行为人刑罚执行完毕后,所需经受的或剥夺权利、资格、荣誉等消极影响,且该消极影响并不限于行为人本人。实际上,刑罚执行后继续管控的存在与国家权力产生以及正当性问题密切相关。因此,讨论刑罚执行后继续管控必须以国家权力来源及正当性等问题的分析为起点。

法律就是社会契约的一般规范表达[4],在论证国家权力来源及正当性等问题上,社会契约论是重要的逻辑工具。洛克认为,由每一个社会成员放弃自身享有的自然权利,把所有想向社会所建立的法律请求保护的事项都交由社会处理,再由社会交给它所设置的统治者处理[5]。在卢梭看来,国家源于契约,社会契约的核心是权利的转让,即“每个结合者及其自身的一切权利全部都转让给整个集体”[6]。总之,社会契约论的中心在于承认人生而自由与平等,国家只是自由人民经过自由协议的产物。故而,国家权力来源及其正当性皆源自人民权利的让渡。贝卡利亚在前人的基础上指出,“公民们通过这种方式(通过社会契约论成立国家)获得自己人身与财产的安全,这种方式是正当的,因为它是人民结成社会的目的”

([7]: pp. 13-14), 也就是说, 通过契约对价的形式, 将个人权利让与国家, 以换取国家对个人自由与财产安全的保障。在国家权力(刑罚权)边界的问题上, 刑罚要与犯罪情节相对称是由法律规定的, 并且要有一种精确的、普通的犯罪与刑罚之阶梯, 用以衡量自由和暴政之程度([7]: p. 18)。笔者意在梳理我国刑罚执行后继续管控相关规范的基础上, 分析现有问题及其背后价值冲突, 从而厘定刑罚执行后继续管控的性质, 为刑罚执行后继续管控划定合理边界。

2. 我国刑罚执行后继续管控的制度检视

通过梳理我国刑罚执行后继续管控的相关规范, 笔者发现刑罚执行后继续管控不仅分布于国家法律法规、规章之中, 其更多内容散见于各级地方性文件、行业性文件以及组织、单位的内部规定。从规范上检视刑罚执行后继续管控, 发现其存在着一些问题, 可以从以下角度加以分析。

2.1. 种类繁多, 分布于不同法律层级

刑罚执行后继续管控在我国涉及的种类繁多并且分布于各法律层级, 涉及满足基本生存和发展需要的就业、福利、资质等方面。按照不同种类, 可分为职业职位类、资格资质类、荣誉利益类。在职业职位类中, 诸多职业、行业领域相关法律法规都设定了禁业条款, 如《公务员法》《娱乐场所管理条例》《浙江省公安机关警务辅助人员管理条例》等; 在资格资质类中, 主要对各类考试资格和有关行业从业资格进行限制, 如《护照法》《浙江省导游人员管理办法》《专利代理师资格考试办法》等; 在荣誉利益类中, 主要是各地针对刑满释放人员的社会福利、落户、名誉等方面, 出台了相关规定, 并且各地的限制性规定之间存在较大差异。以上分类主要是针对刑满释放人员本人造成的不利后果, 可称为刑罚执行后继续管控的直接性后果。然而, 刑罚执行后继续管控的适用不仅限于刑满释放人员本人, 更及其家庭成员等。对刑满释放人员以外的, 诸如其家庭成员、亲属等群体造成的不利后果, 可称为刑罚执行后继续管控的间接性后果。刑罚执行后继续管控的间接性后果, 同样存在于各级文件中, 尤其是在涉军、涉警的录用和招聘等方面, 以“政审”形式限制、剥夺犯罪人的家庭成员及亲属的权利。例如, 2020年公安部印发的《公安机关录用人民警察政治考察工作办法》(公通字[2020] 11号)第9条就明确了四项考察对象的家庭成员涉罪情形, 其本人不得确定为拟录用人选。由此可见, 无论是直接性后果, 还是间接性后果, 刑罚执行后继续管控存在于社会生活的方方面面, 对刑满释放人员及其家庭成员造成了个人基本权利方面的限制或剥夺。对于刑罚执行后继续管控来源广泛, 适用前提随意, 作用机制混乱, 过度限制刑满释放人员的权益等问题, 笔者拟从两个方面予以分析。

一方面, 刑罚执行后继续管控种类繁多, 不利于刑满释放人员的再社会化。首先是, 大部分的刑罚执行后继续管控往往被规定于行政性规范中, 对刑满释放人员的基本权利造成限制, 既包括禁止从事各类职业, 也包括限制其参加部分资格考试、申请积分落户、申请低保资格等权利。其次是, 将刑罚执行后继续管控与社会信用体系建设过度耦合, 消解各自制度本身应有效果。信用评价的过度运用, 其实也隐含着这样一层意思, 即该领域的原有制度性惩罚“不给力”, 需要引入信用机制进行“二次惩戒”[8]。刑罚执行后继续管控与社会信用体系的交叉滥用, 实际上还是对刑满释放人员心怀排斥, 致使其重返社会的道路更加狭窄, 对实现特殊预防目的助益不大。

另一方面, 刑罚执行后继续管控分布于不同法律层级, 规范载体位阶跨度太大, 上位法的指引和约束作用无法实现。在同类事项中, 上下位阶的规范会出现完全不同的适用标准。例如, 《教师法》关于教师资格的限制性表述为“受到剥夺政治权利或者故意犯罪受到有期徒刑以上刑事处罚的, 不能取得教师资格”。下位规范的扩大化、模糊化处理, 就会在用人时产生极大的争议。根据《教师法》可以得出, 过失犯罪罪犯仍可以取得教师资格, 但实践中却被公告、通知等低位阶规范所限制, 既损害了作为上位

法的法律公信力，也侵害了公民享有的基本就业权。

2.2. 措施严厉，实际效果难以评估

刑罚执行后继续管控的措施严厉，实际效果难以估量，前者是从程度上，后者是从实效上进行分析。

从程度上看，刑罚执行后继续管控是在刑罚以外施加了二次惩罚形成的加重后果。刑罚执行后继续管控的一大特征是附随性，即以行为人被判处的刑事处罚执行完毕后，该类措施才会加以适用。根据罪责刑相适应原则，刑罚本身的严厉性是与其行为人所犯罪行是相称的。然而在刑罚之外，还给行为人设置了多重限制，则是违背了基本法治精神。以我国典型轻罪之一——“醉驾型”危险驾驶罪为例，在刑罚之外衍生出来的行政处罚、党纪和政务处分、社会性惩罚，显然带来了比拘役刑和罚金刑更为严重的消极后果。具体而言，“醉驾刑”所衍生的行政处罚，既包括剥夺担任公职、禁止从事特定职业的资格以及吊销机动车驾驶证等行为罚，还包括对行为人施加的名誉、荣誉、声誉上的耻辱。更为严苛的是，行为人被判处刑罚后遭受的各种社会性惩罚，尤其是针对行为人的家庭成员和近亲属形成的牵连性制裁。

更重要的一方面，是指刑罚执行后继续管控几无边际的处罚范围和模糊的治理效果。“边际效应”理论认为，当其他投入固定不变时，连续地增加某一种投入，所新增的产出或收益反而会逐渐减少。通俗的解释为，饥饿时摄入的食物，能获得更大的饱腹感，而当临近吃饱时，继续食用则并不会增加饱腹感甚至产生负面效果[9]。当法律手段持续扩大规制范围，一旦越过峰值点，社会治理效果将会急速下降，渐渐趋向于零效果甚至负效果。刑罚的残酷性会影响犯罪与刑罚的对称关系，并且会导致犯罪不受处罚的情况([7]: p. 63)。也就是说，刑罚超过极点，对于更加严重的犯罪则将难以应对，人们也会慢慢无视刑罚，逐渐背离预防犯罪的初衷。刑罚执行后继续管控制度又何尝不是如此？暂时性的治理效果使我们忽视了制度运行机理，对长期性的实际运作效果抱有想当然的期待。醉驾入刑十余年来，每年要将30余万人打上“罪犯”的烙印，无论对国家、社会还是罪犯本人都是造成了巨大损失。对于国家和社会，罪犯服刑过程中存在“交叉感染”的几率很大，再犯罪危险性也越大。同时，刑满释放人员越多，社会治理的压力也越大。实际上，对于刑满释放人员的改造效果也是缺乏科学的评估，后续仍以叠床架屋式的刑罚执行后继续管控予以惩戒，难免存在一定的复仇色彩。

2.3. 程序缺位，司法适用顾虑重重

目前，关于我国刑罚执行后继续管控尚无具体明确的程序适用依据，影响了刑罚执行后继续管控的适用效果。与刑罚执行后继续管控相似的是，《刑法修正案(九)》新增的从业禁止制度具有明显的特殊预防和保安处分色彩。从业禁止的执行要在刑罚执行完毕后才开始，而部分案件刑期相对较短，自然很快就会面临如何适用从业禁止的问题。但是，我国《刑法》关于从业禁止的适用原则、适用对象和适用程序等具体细节尚未明确，导致各地司法机关无所适从，难以充分实现法律效果和社会效果的统一。因此，即便从业禁止是一道为利用职业便利犯罪人量身定做的“防火墙”，却也由于程序缺位而导致司法适用顾虑重重，甚至被架空。故而，还需要对刑罚执行后继续管控提出以下问题：

第一、刑罚执行后继续管控的启动和决定程序不明确。刑罚执行后继续管控的立法本意在于通过刑罚后管控，预防再犯。以《反有组织犯罪法》个人财产报告措施为例，本条为“可以”而非“应当”条款。即便公安部已于2022年公布了《公安机关反有组织犯罪工作规定》，明确有关程序，但就如何确定适用个人财产报告制度仍缺乏具体标准。并在司法实践中缺少对刑满释放人员人身危险性的实质性审查，而仅仅将审查流于形式。一方面，源于对人身危险性评估的准确性存疑；另一方面，公权力部门在反有组织犯罪工作考评机制的压力下，容易不加区分地适用，而放弃对个体危险程度的详细考察。因此，在启动刑罚执行后继续管控相关程序之前，要对刑满释放人员的人身危险性进行实质评估，确定是否存在适

用刑罚执行后继续管控的必要性。

第二、刑罚执行后继续管控的执行和变更程序不明确。目前,大部分刑罚执行后继续管控规范仅仅以禁止性条款简要规定了法律后果,而对执行程序并未予以细化,相关部门对此也有所忽视。比如,在打击食品安全违法犯罪中,即便食品行业从业禁止有明确的法律规定,但在具体操作层面,由于程序缺失、信息交流不畅等原因,导致部分检察院没有提出从业禁止的量刑建议,部分法院没有判处从业禁止,以及后续行刑衔接时行政机关履职不力等情况。另外,刑罚执行后继续管控的立法规范具有严厉性,对公民基本权利限制较多,在进行具体适用时仍需要贯彻比例原则,避免适用过度。因此,刑罚执行后继续管控需要设置变更程序,即在刑罚执行后继续管控适用过程中,结合刑满释放人员改造情况和行为表现,对管控期限予以动态调整。当制度适用与否与刑满释放人员再犯可能性不相匹配时,那么制度的负面效应便会逐渐放大。

第三、刑罚执行后继续管控的救济和申诉程序不明确。刑罚执行后继续管控的各类规范都立场坚定地表明“尊重和保护人权”,但更重要的是,在人民的权利遭受到公权力侵害时能够提供及时有效的法律救济。目前,仅就我国刑罚执行后继续管控的直接性后果,有的具有一定的法律依据,有的则突破了既有规定。刑满释放人员受到职业排斥时,很少出现通过诉讼手段维护自身权益的案件,关键在于救济措施的缺位。《反有组织犯罪法》中的个人财产报告和从业监管措施,目前也仅有第76条的行政诉讼和行政复议制度做了原则性规定。也就是说,刑罚执行后继续管控过于强调犯罪控制程序,而不是正当程序模式。

3. 刑罚执行后继续管控的价值冲突

目前,我国刑罚执行后继续管控存在的问题,根源在于多重立法价值形成冲突的结果。鉴于此,本文尝试从几个方面对刑罚执行后继续管控存在的价值基础进行讨论和明晰。

3.1. 重返社会与继续管控的悖论

关于促进罪犯重新融入社会的倡议,联合国区域间犯罪和司法研究所(United Inter-regional Crime and Justice Research Institute)提出了促进暴力极端主义罪犯重新融入社会的倡议。该倡议提出,重新融入社会的倡议应在罪犯仍处于监禁环境中准备,释放时开始,并应制定不同的措施,从赋予个人权力到发展就业机会和预防性奖励,以减少其社会疏远和再次犯罪的可能性。美国则于20世纪60年代提出“对贫困的战斗”(War on Poverty)的主张,并在此基础上推出重返社会政策^[10]。美国矫正协会(American Correctional Association)倡导推行帮助罪犯融入社会措施,为帮助罪犯为社会生活做准备,降低行为人为将来实施犯罪的可能,拆除可能阻碍罪犯回到社会的障碍。《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》的修订和公布,以及《刑事诉讼法》修订实施未成年人犯罪记录封存制度,也体现了我国在帮助罪犯重返社会进程上的新思路、新举措。从《反有组织犯罪法》条文来看,第18条第2款规定“有组织犯罪的罪犯刑满释放后,司法行政机关应当会同有关部门落实安置帮教等必要措施,促进其顺利融入社会”,但随后在第19条和第20条规定了个人财产报告与从业监管措施以加强对有组织犯罪人的继续管控,却又显得自相矛盾。

继续管控,进一步将私人领域公开化,是对自由潜在的干涉甚至阻碍。重返社会和继续管控的矛盾在于:对于有刑罚经历的人员,应当如何看待,是否要让受过刑罚处罚的人重返社会。对于这个问题,西方国家早有历史经验可供我国参考。在1970年代后,基于复归观念并未有效地减少犯罪这一现实,美国部分学者提出“正义模式”,也即放弃了对犯罪人能够复归社会的期待。并且还还对复归观念所强调的决定论和矫正主义进行批判。这些因素直接影响了美国的具体制度改革并且导致了监狱人口随之呈井喷之势。事实证明,“正义模式”在满足公众最初的报应需求后,会导致刑罚权的极度扩张,并没有将罪犯当作可以进行改造向善的人。对于复归理念的没落,大卫·加兰德教授认为,“这是近一个世纪以来

逐渐增强的现代主义架构半途而废的第一个征象。复归理念曾是这个场域的中心支柱，是相互支持的实践与意识形态所构成这座拱门的拱心石。当对这个理念的信仰崩解，现代刑罚性所建基其上的假定、价值与实践都开始解体了”[11]。目前我国立法中对刑满释放人员的一些制度化排斥受到了早期社会防卫刑事政策的影响，对其采取的职业限制是一种“持续的惩罚”，更多地是防卫他们再犯罪，这从根本上否定了刑满释放人员的合法公民地位，也否定了司法改造的功能[12]。我国《监狱法》中早已明确，受过刑事处罚的人员与其他公民本就具有同等的法律地位，理应享有平等的权利。因此，刑罚执行后继续管控应当以帮助刑满释放人员重返社会为优先价值，避免以重返社会之名行继续管控之实。

3.2. 安置帮教与报应价值的协调

“安置帮教”，是指在各级政府领导下，依靠各有关部门和社会力量对刑满释放、解除社区矫正人员进行的一种非强制性的引导、扶助、教育和管理活动。目前，虽然我国尚无一部专门立法来规范刑满释放人员保护的法律规定，但现有的各级规范已经为构建安置帮教制度打下了基础。我国《监狱法》对刑释人员的释放、安置及权利保障等问题作了专门规定，但仅仅是原则性规定，还缺乏可操作性和程序性。

《中央社会治安综合治理委员会关于进一步加强刑满释放解除劳教人员安置帮教工作的意见》(中办发[2010] 5号文件)从提高教育改造质量、落实衔接措施、提高服务管理水平等方面提出具体工作措施。再到《反有组织犯罪法》第18条第2款明确，“有组织犯罪的罪犯刑满释放后，司法行政机关应当会同有关部门落实安置帮教等必要措施，促进其顺利融入社会。”可见，《反有组织犯罪法》希望通过安置帮教措施积极助推刑满释放人员融入社会。然而，紧随其后的个人财产报告与从业监管却并不属于安置帮教措施。

当代中国刑罚价值的内涵是一个双层系统结构：第一层次为手段性价值，具体包括(犯罪)报应价值和(犯罪)预防价值；第二层次为目的性价值，具体包括自由价值、秩序价值和正义价值；两个层次的价值之间存在着制约和被制约的关系，即每一种手段性价值都要体现秩序、自由和正义的目的性价值[13]。刑罚面向过去已然发生之罪，自然具有报应和预防双重价值。刑罚执行后继续管控则面向未来，预防价值才是刑罚执行后继续管控的应有价值。自由价值、秩序价值和正义价值作为法的价值，不仅仅制约刑罚，同样也能够作为刑罚执行后继续管控的目的性价值，是具有一致性的。安置帮教制度实际上是属于预防价值层面一项具体的刑事政策，对改造犯罪人和降低再犯可能性具有重要作用。即便认为设置刑罚执行后继续管控仍具有一定的报应价值，也应当作为次要价值，让位于改造罪犯和预防再犯的价值。通过上文对刑罚执行后继续管控的制度检视，不难发现大量规范的设立目的仍具有一定的管控性和报应性，尤其是对刑满释放人员的家庭成员、亲属等群体造成的不利后果，缺乏正当性和合理性。

3.3. 人权保障与社会防卫的平衡

犯罪的严重社会危害性对国家、社会和公民造成了重大损失，惩治和预防犯罪是各国法治实践中极为重要的一部分。在刑罚手段以外，通过增设不同层级、不同类型的刑罚执行后继续管控措施，能够在一定程度上提升惩治和预防犯罪的效果。但是，在设置刑罚执行后继续管控的过程中，立法者更加偏重社会防卫，忽略人权保障原则。如前文所言，大量增设刑罚执行后继续管控，在实体上不仅阻碍犯罪人本人回归社会，而且影响犯罪人的家庭成员在社会中的正常生活发展；而在程序上，也并未形成对刑罚执行后继续管控的体系化构建，忽视对犯罪人合法权益的保障。实际上，犯罪治理过程中的根本难点在于如何平衡好人权保障和社会防卫的双重需求。

以法国刑法学家安塞尔为代表的新社会防卫运动，在受刑事社会学派思想的影响同时，也以人道主义和个人主义思想为哲学基础，一方面对传统的单纯打击、镇压、报复的刑法制度进行猛烈抨击，另一

方面也在积极寻求既保护社会整体又保护个人权利自由的防范和打击犯罪的新途径^[14]。其主要理论观点是：社会应当教育每个成员成为一个合格的个体。因此，对犯罪人，不能以简单的处罚了事，而是应当考虑其未来，通过教育使其成为一名合格个体复归社会。平衡好人权保障和社会防卫，既要良法也要善治。良法只有通过有序顺畅的机制运行才能成为实在的良法，有序顺畅的机制则有赖于人权保障法律体系的构建。对一个国家的人权保障体系而言，衡量其健康程度最直观标准是其对社会弱势群体的保障样态^[15]。从广义的角度看，刑满释放人员属于社会弱势群体。我国《宪法》规定的“尊重和保障人权原则”适用于社会生活的方方面面，包括犯罪治理的全过程，自然应适用于所有法律体系。刑罚执行后继续管控的制定到适用，也应当遵循人权保障基本原则。除了对刑满释放人员采取一些必要的限制措施外，注重保障包括人格权、基本生活保障权、个人就业发展权利和民事权利等实体性权利，也要保障申诉权、控告检举权、辩护权和上诉权等程序性权利。

简言之，刑罚执行后继续管控制度的设立，涉及到个人基本社会生活权利时必须谨慎对待。根据犯罪人的实际情况，尽可能少地限制犯罪人的基本权利。程序正义与实体正义的实现同等重要，即便需要对个人基本权利采取限制、剥夺手段，应当辅之以有效的程序，允许犯罪人实现救济和复权，将人权保障原则落到实处。

4. 刑罚执行后继续管控的性质厘定

刑罚执行后继续管控性质为何，我国主要有刑罚、行政责任、保安处分等说。若仅就规范层面进行探讨，刑罚执行后继续管控的法源众多，位阶不同，互有交叉，其性质讨论自然皆可成一家之言。而事实上，刑罚执行后继续管控所引起或显性或隐性的后果，则更加难以确定其性质。

4.1. 行政责任之否定

关于行政责任说，学者认为，犯罪行为的附随法律责任，多数是具有行政责任性质的^[16]。诚然，刑罚执行后继续管控和行政责任，在形式上具有相似性。以《反有组织犯罪法》的个人财产报告和从业监管措施为例，两项措施的决定主体都是行政机关，包括其他类型的刑罚执行后继续管控也具有行政属性。同时，《反有组织犯罪法》第70条规定了违反报告义务的处罚由公安机关做出，也属于行政责任的范畴。但笔者认为，不能仅据此确定刑罚执行后继续管控的性质为行政责任。

一方面，行政责任与刑罚执行后继续管控的明显区别在于法律后果产生的依据不同。产生行政责任的前提是由于行为人违反了相关行政性规范，而刑罚执行后继续管控的适用，根本在于犯罪人刑罚执行后仍具有一定的人身危险性和再犯可能性。如果将《反有组织犯罪法》个人财产报告和从业监管措施视为行政责任，那么其前提为何？若通过《反有组织犯罪法》第70条的规定倒推个人财产报告措施为行政责任，这是不合逻辑的。在《反有组织犯罪法》中设立刑罚执行后继续管控的根本前提还是在于刑满释放人员仍具有一定的再犯可能性。另外，将刑罚执行后继续管控制度视为行政责任，在我国二元制裁体系下，犯罪人的行为会因此而受到重复评价，这也是无法为现代法治所接受的。

另一方面在于本文所探讨的刑罚执行后继续管控，并不局限于制度层面，行政责任的概念无法涵盖到更加隐性和复杂的刑罚执行后继续管控的各类措施。比如犯罪人社会评价的降低以及对其家庭成员的影响，同样会对犯罪人形成了管控效果。对犯罪人采取从业资格限制或禁止，很多时候也并非出于行政机关的官方规定，反而是一些非官方性质的企业、事业单位或社会组织文件、公告会对此作出规定。因此，使用行政责任的概念进行性质厘定，则比较片面。

4.2. 保安处分之交叉

在我国尚未实现保安处分成文化的情况下，通过总结既有制度的法律特征识别保安处分，就是一种

值得探索的方式。通过这种方式,为刑罚执行后继续管控的性质厘定提供借鉴。从保安处分的法律特征看,保安处分应当包括适用条件(包括积极条件和消极条件)和法律后果,适用保安处分条件之一是适用对象已实施的行为构成犯罪或刑事不法,具有再次实施犯罪或刑事不法的危险性,且不以罪责为前提,其法律后果是限制和剥夺个人权益。但辨析刑罚执行后继续管控与保安处分,以《反有组织犯罪法》第19、20条为例,其与保安处分也存在明显不同。第一,我国刑事法中已实际存在保安处分措施,但显然个人财产报告与从业监管措施并不属于其中任何一种,且刑罚执行后继续管控的涵盖范围明显大于保安处分。第二,保安处分作为刑罚的补充手段,具有显著的司法性,必须遵守一定的司法程序,即只能由人民法院进行宣告,而刑罚执行后继续管控的生效是在刑罚发动后自动产生的,无需人民法院宣告。第三,保安处分作为同刑罚并列的处遇措施,具有严格的司法程序。总体而言,保安处分与刑罚执行后继续管控相比,具有更严格的权利限制程序,更合理的权利限制范围,更妥善的司法救济措施。比如,《刑法》中的职业禁止制度具有比其他行业法律法规中的禁业条款更加严格的司法程序进行宣告以及更加合理的禁业年限。

因此,刑罚执行后继续管控与保安处分虽然同样都是对适用对象权益进行限制或剥夺,以达到防止再犯的目的,但是二者在法律渊源、权利限制程度和程序设定等方面都存在明显差异,并不能将二者混为一谈。

4.3. 附随性法律后果之肯定

“附随性法律后果”一词,在域外国家也有类似表述。《德国刑法典》在刑罚和保安处分以外还规定了“附随后果”,包括担任公职的资格、被选举权及选举权的丧失(第45条~第45条b)[17]。美国《犯罪人的附带制裁和酌情取消资格法案》(2003年)将“刑罚附随性制裁”划分为刑事附带制裁和酌情取消资格。美国在刑罚执行后产生的附带制裁一般都与投票、职业许可、枪支限制、罪犯登记、民事没收和社会福利有关。值得一提的是,美国的“附带制裁”与“附带后果”含义不同,附带制裁是重罪定罪的自动结果,而附带后果很可能是政策带来的意外影响。

本文将以行为人刑罚执行完毕后,所需经手的限制或剥夺权利、资格、荣誉等消极影响,且该消极影响并不限于行为人本人等,定义为“附随性法律后果”。附随性法律后果包括以下要件:第一,从实现国家治理体系和治理能力现代化的宏观维度上看,其制度目的和实施路径在于通过教育引导犯罪人重返社会,实现特殊预防和社会治理目的;第二,强调“附随性”,即与“刑罚”相关并且附随于刑罚之后产生。质言之,附随性法律后果的起因是由于犯罪人所犯罪行并受到刑罚处罚,无刑罚则无附随性法律后果;第三,附随性法律后果的制度载体并不限于刑事法,适用范围也不限于犯罪人本人。第四,附随性法律后果的产生并不基于人民法院的宣告。另外,“制裁”与“法律后果”的含义存在交叉但仍有不同。制裁应当是指国家机关根据法律或授权给非国家机关对违法者进行的惩罚。法律后果是指法律规范所规定的人们的行为在法律上可能引起的结果,包括肯定式法律后果和否定式法律后果。结合本文探讨的刑罚执行后继续管控,制裁更趋向于运用国家公权力和强制力,自动被施加的各类惩罚。法律后果所囊括的范围更广,能够将刑罚执行后继续管控的间接性后果涵盖在内。参考域外国家的立法例,虽然我国并没有相关的成文规定,但是却实际存在以上附随性法律后果。所以,将刑罚执行后继续管控界定为附随性法律后果,强调通过特殊预防使犯罪人重返社会,同时不限于制裁目的,其外延能够更加准确地表述本文探讨的内容。

5. 刑罚执行后继续管控的合理边界

针对刑罚执行后继续管控制度实施现状,笔者认为,当有几项基本原则作为制度适用的边界。

5.1. 遵循比例原则

作为限制公权力的基本约束原则,比例原则就成为合理适用附随性法律后果的首要原则。比例原则,由适当性(或称妥当性)、必要性和相称性(或称狭义比例原则)构成。适当性是指刑罚执行后所采取的继续管控具体措施与制度目的之间是适当的,也即在目的——手段的关系上,必须是适当的。必要性是指在多种措施的权衡中,应当选择对公民权利侵害最小的方式,也即没有任何其他手段在造成侵害最小的同时又能达成目的。相称性原则是指运用公权力采取的措施与其所致目的之间必须合乎比例或相称。过分严苛的附随性法律后果对我国刑满释放人员的侵害程度可能超过了法律目的所能实现的利益。在刑满释放人员难以回归社会,穷途末路的状态下反而更加容易激发再犯罪。从社会治理的大方向、大系统的角度上来看,犯罪治理工作只是其中一个子系统。社会发展需要良好的社会治安环境作为保障,预防再犯罪同样是为了服务于社会发展,而社会发展需要依靠人,必须以尊重和保障人权为本,才能实现犯罪治理工作反哺社会发展。以比例原则为基本遵循,附随性法律后果要尽量避免对刑满释放人员基本权利的限制和侵害。即便需要以侵害基本权利才能达致目的,也要根据实际情况积极调整侵害程度,尽可能实现侵害最小化。同时,为了避免过度侵害而造成不可逆后果,还要给刑满释放人员提供便利的救济渠道。

5.2. 完善人身危险性评估机制

人身危险性是保安处分适用之根据,是保安处分适用中的“阿基里斯之踵”,因此反对保安处分的理由之一便是人身危险性评估的不准确^[18]。附随性法律后果既与保安处分存在交叉,且刑罚执行后继续管控制度适用目的也在于预防再犯罪,笔者认为,有必要重申人身危险性之于罪犯矫治的重要性,并进一步完善人身危险性评估机制。

人身危险性的评估体系,主要的疑难问题在于评估主体和评估方法。即便人身危险性的评估需要法学、医学和心理学等多学科介入,其本质上仍属于法律问题。且人身危险性应用于刑事诉讼始末,根据人身危险性所做的评估报告属于刑事证据中的鉴定意见。要根据人身危险性评估的结果来决定是否适用刑罚执行后继续管控。人身危险性评估应逐渐从简单的定性分析向更加细致的定量分析进行转变,不能简单的以“有”“无”的结果便决定制度的适用与否,而应当具体细分不同程度的人身危险性。此外,要考虑到不同犯罪类型对人身危险性评估的影响。譬如,有组织犯罪与普通刑事犯罪的社会危险性程度明显不同。针对有组织犯罪,可以设置更加细化的百分制评估标准,每20分为一区间,共分五种不同的人身危险性程度,分值越高,代表人身危险性越强。人身危险性评估也并不是一次终局性的,结合定时评估和不定时的评估,随时跟踪更新有组织犯罪人在刑罚执行后融入社会的情况、自身心理状况、家庭接纳程度等等因素。只有连续多次达到一定程度,才能决定适用继续管控制度。而在刑罚执行后继续管控制度适用的过程中,人身危险性若有降低的趋势,也要相应的转换强度和适用侵害程度更小的手段,直至人身危险性降低到可以不再适用的程度。

6. 结语

《反有组织犯罪法》的出台,既是扫黑除恶斗争的经验总结,也是实现常态化扫黑除恶的行动指南,亟需理论上对相关措施予以明确。将我国法治实践中广泛存在的刑罚执行后继续管控定位成附随性法律后果,是从刑事一体化的角度出发进行考量,体现《反有组织犯罪法》综合法的功能,实现特殊预防目的。一味地通过强力的管控来预防犯罪并不能从根本上解决当前犯罪治理的矛盾,还有可能新增许多社会矛盾。在明确了刑罚执行后继续管控适用的基本原则后,在后续的司法适用中还要进一步改善和细化相关程序措施。

参考文献

- [1] 彭文华. 我国犯罪附随后果制度规范化研究[J]. 法学研究, 2022, 44(6): 171-188.
- [2] 严磊. 积极刑法观下犯罪附随后果研究[J]. 人大法律评论, 2021(1): 331-361.
- [3] 王瑞君. 我国刑罚附随后果制度的完善[J]. 政治与法律, 2018(8): 92-106.
- [4] 谢晖. 论社会契约说从乌托邦到法律——制度修辞的一种证成根据[J]. 法学论坛, 2018, 33(5): 32-39.
- [5] (英)洛克. 政府论: 下篇[M]. 叶启芳, 瞿秋农, 译. 北京: 商务印书馆, 1982: 53.
- [6] (法)卢梭. 社会契约论[M]. 何兆武, 译. 北京: 商务印书馆, 2003: 19.
- [7] (意)贝卡利亚. 论犯罪与刑罚[M]. 黄风, 译. 北京: 北京大学出版社, 2008.
- [8] 李怀胜. 犯罪记录对社会信用体系的耦合嵌入与功能校正[J]. 法学杂志, 2021, 42(3): 109-118.
- [9] (英)斯坦利·杰文斯. 政治经济学原理[M]. 郭大力, 译. 北京: 商务印书馆, 1984: 61-63.
- [10] 翟中东. 当代西方主流的罪犯矫正目的观[J]. 中国监狱学刊, 2022, 37(4): 137-144.
- [11] 时延安. 惩罚目的选择对刑事法制模式的影响[N]. 检察日报, 2021-04-22(003).
- [12] 应培礼. 论刑满释放人员回归社会的制度排斥[J]. 法学, 2014(5): 132-138.
- [13] 赵秉志, 陈志军. 刑罚价值理论比较研究[J]. 法学评论, 2004, 22(1): 65-76.
- [14] 卢建平. 刑事政策与刑法[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2004: 29.
- [15] 徐显明. 从罪犯权利到受刑人人权[J]. 学习与探索, 2005(3): 30-31.
- [16] 徐安住. 犯罪行为的附随法律责任初探[J]. 求索, 2008(1): 109-111.
- [17] 德国刑法典[M]. 徐久生, 译. 北京: 北京大学出版社, 2019: 18-19.
- [18] 翟中东. 保安处分适用的瓶颈及其解决[J]. 法学论坛, 2002, 17(6): 28-34.