

恢复性司法：

法理及其实践展开

Huifuxingsifa: Falijiqishijianzhankai

周长军 于改之 主编

山东大学出版社

法理及其实践展开

周长军 于改之 主编

江苏工业学院图书馆
藏书章

山东大学出版社

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

恢复性司法:法理及其实践展开/周长军,于改之主编. —济南:
山东大学出版社,2008.8
ISBN 978-7-5607-3633-4

I. 恢…

II. ①周…②于…

III. 刑法—研究—中国

IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 129794 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

济南铁路印刷厂印刷

720×1000 毫米 1/16 17 印张 312 千字

2008 年 8 月第 1 版 2008 年 8 月第 1 次印刷

定价:32.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

山东大学出版社

前 言

作为 20 世纪 70 年代从北美和澳大利亚兴起的一种新的刑事思潮和法制模式,恢复性司法广泛影响着当下世界范围内的刑事法学研究和刑事法律实践,在某种程度上甚至关涉着刑事法治范式的未来转向。

恢复性司法译自英文 restorative justice,又称为“修复性司法”等。对于恢复性司法,目前并没有一个能够为人们普遍接受的概念。根据联合国经社理事会《运用恢复性司法方案于犯罪问题的基本原则》宣言草案,恢复性司法是指运用恢复性过程或目的实现恢复性结果的任何方案。所谓恢复性结果,是指作为恢复性过程的结果而达成的协议,如赔偿、社区服务和其他任何用来实现被害人和社会的恢复以及被害人和犯罪人关系重新整合的方案或反应。所谓恢复性过程,是指被害人、犯罪人和任何其他受犯罪影响的个人或社区成员积极参与解决犯罪产生的事务的任何过程,这个过程经常是在一个公正、不偏私的第三方的帮助下进行的。

恢复性司法是伴随着被害人诉讼地位的提升、以被害人为导向的刑事政策思潮的兴起以及对传统刑事司法的反思而逐渐兴盛起来的。区别于重在报应或矫正的传统刑事司法,恢复性司法认为,犯罪首先是对被害人和社区的侵害,因而强调加害人、被害人、社区对犯罪处理程序的共同参与以及修复这三者之间的关系。恢复性司法对传统刑事追诉程序带来了显著的影响,各国刑事立法通常都规定,司法机关应对恢复性司法的结果——加害人与被害人的和解协议予以审查确认,并将其作为刑事裁量的依据,分别安排在撤销案件、不起诉处分、不予受理判决、免刑、缓刑、减刑甚至假释等的适用要件中。

恢复性司法由于在某种程度上也契合了我国建设社会主义和谐社会和推行宽严相济刑事政策的需求,因而成为我国当下刑事法学理论研讨的热点,不仅如此,不少司法实务部门正在推行着类似的被称之为刑事和解制度的试点和改革。

不过,对于恢复性司法,无论国内还是国外,理论界还是实务界,都还存在着许多理论争议。比如,恢复性司法的性质是什么?恢复性司法的理论基础何在?恢复性司法的价值取向为何?恢复性司法是否具有引入中国的可行性?如果具

有可行性,则其适用条件、具体手段、适用阶段、适用范围以及司法机关在其中扮演的角色等等,都是聚讼纷纭的话题。

正是在这种背景下,山东大学法学院于2007年4月21日在济南组织举办了“恢复性司法理论学术研讨会”。来自中国政法大学、中国社会科学院、北京师范大学、华东政法大学、北京大学、上海交通大学、武汉大学、吉林大学、中国人民公安大学、烟台大学、山东政法学院、山东警察学院以及国家检察官学院、最高人民检察院检察理论研究所等高等院校、科研机构和日本、台湾地区的刑事法专家学者以及山东省司法部门的有关领导等40余人参加了此次学术研讨会。与会代表围绕恢复性司法的诸多问题进行了广泛而深入的研讨。

本书就是从参会的论文中选编而成的。考虑到各篇论文的研究重心、相互之间的逻辑联系以及阅读的方便等因素,本书将这些论文分为四个单元:第一单元主要研讨的是恢复性司法的理论基础和价值追求。第二单元主要研讨的是恢复性司法理论引入我国的可行性以及如何引入的问题,同时对当前我国一些地方司法机关正在实践中尝试推行的刑事和解制度进行了实证考察和分析。特别是本书收录的烟台市人民检察院宋镇藤副检察长等“关于烟台市人民检察院正在实践着的‘平和司法’模式的样态描述和理论证成”的论文,尤其值得一读。第三单元主要研究的是恢复性司法的一些具体论域,如恢复性司法中刑事司法专业人士的角色类型、社区的基础性作用等。第四单元是关于恢复性司法的一些质疑性论文,主要涉及恢复性司法制度的实体法冲突、程序法冲突以及其它理论障碍和实践障碍,这组论文不仅彰显了有关恢复性司法理论研究的多元化,而且有助于推动恢复性司法研究的深入化。当然,以上只是一种粗略的划分,因为其中一些论文所关涉的内容其实是综合性的。

由于翻译的语境、论者的问题意识等因素的影响,本书除出现恢复性司法的概念外,还有诸如“修复性司法”、“刑事和解”等意思相同或相近的一些术语。鉴于各位作者在文中对这些概念都有多少不等的解释和说明,我们在编辑时没有再作统一的要求和限定,而是尊重了各位作者的表述习惯。因而,对于这些概念的具体意旨,需要依循各篇论文的文理脉络予以语境化的理解。此外,需要说明的是,受篇幅所限,编者对一些论文作了文字删减,敬请谅解。

我们认为,对于正致力于刑事法治现代化建设的当下中国,以什么样的心态和姿态来面对和应对似乎有些后现代色彩的恢复性司法,是一个宏大、艰涩的难题。我们期望,通过此次会议的召开和本书的出版,能够推动学界对于这一课题的更多关注和更深入的研究。

周长军 于改之

2008年4月谨识于山东大学

目 录

正义视角下的恢复性司法理念之检讨	叶 青 徐 翀(1)
修复性司法的理论基础	[日]足立昌胜著,张小宁译(7)
恢复性司法的理论基础	于改之 吴玉萍(13)
论恢复性司法	张绍谦 张 静 王 雪(22)
恢复性司法的价值取向探析	康均心 胡春莉(32)
恢复性司法的理念及其运作	黄伟明(38)
恢复性司法理念解读	孟一株(45)
刑事和解的契约思想	孙秀芹(52)
论恢复性司法框架下的被告人人权保障	孙继梅(58)
近时的受害人保护法制与修复性司法	[日]齋藤由紀著,张小宁译(64)

恢复性司法理论对中国刑事诉讼改革的可能意义	周长军 高建明(68)
恢复性司法理念及其引入中国的可行性	陈健民 王 静(78)
论我国刑事和解制度的构建	李 勇 邓慧娟(87)
刑事和解现状之调查	郭云忠(93)
恢复性司法在我国发展空间的现实分析	马明亮(99)
恢复性司法的制度构想	吕 欣(106)
论恢复性司法对我国刑事司法改革的借鉴意义	崔龙琥(113)
恢复性司法本土化的可行性分析	谢 鹏 韩月燕(119)
恢复性司法的本土化进路	孙作志 刘 琳(126)
恢复性司法及其本土化构建	初雪梅(133)

论修复性司法程序之建构

——兼及刑事诉讼模式之改造····· 周志东(138)

论恢复性司法的适用范围····· 赵宝佳(145)

刑事和解:恢复性司法在中国····· 陈建东 李冬华(151)

中国刑事和解的制度构建····· 李 锐 王兴龙(157)

恢复性司法理论研究

——以刑事和解为视角····· 谭 静(163)

平和司法:恢复性司法的本土化

——关于平和司法理念与实践的调研报告····· 宋镇藤 徐志涛(169)



论恢复性司法在环境犯罪中的适用空间····· 冯殿美 侯艳芳(180)

恢复性司法在未成年人刑事审判制度中的运用····· 刘 伟 田荔枝(185)

论恢复性司法中的刑事司法专业人士····· 江 溯(190)

审判机关在恢复性司法中的地位和作用比较研究····· 吕春蕾(196)

论恢复性司法视野中的“赔命价”习惯法····· 曹廷生(201)

论宽严相济刑事政策在查办职务犯罪案件中的运用····· 于 颖 周 华(208)

论刑事被害人的诉讼地位····· 李 锐(213)

关于社区矫正的几点思考····· 贾 琼 邢 敏(218)

论“社区”在恢复性司法中的基础作用····· 王 琪(222)



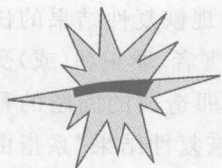
论恢复性司法制度的实体法冲突····· 李 翔(228)

论恢复性司法的两大理论缺陷····· 祝圣武(236)

恢复性司法理论之检讨····· 李 璐(243)

恢复性司法的本土化障碍····· 李振华(249)

恢复性司法应当缓行····· 李 震(255)



正义视角下的恢复性司法理念之检讨

叶青 徐翀*

“恢复性司法”(Restorative Justice)一词,作为一个规范化概念,涵盖了一系列现代刑事司法理念、原则和制度,在西方法治国家已有近三十年的发展史。它作为一项刑事司法改革运动,首先是缘起于20世纪70年代西方世界普遍存在的“司法危机”,传统的刑事司法理念已日趋无力应对现代社会的犯罪压力与民众对司法正义的诉求,因此,恢复性司法以现有刑事司法模式的替代(而非局部改良)方案的面目,登上了历史舞台。对于恢复性司法制度的优劣短长、存在理据的争论,从它诞生之日起便从未停息过。但就在这不断的非议声中,恢复性司法无论是从制度架构还是从理念认同方面,都获得了世界性的声誉,并逐渐为国际社会所接受。本文在考察恢复性司法运动时,立足于正义观之论域,从制度文明的智力支持层面,对恢复性司法与传统刑事司法的深层理念展开讨论。

一、对“恢复性司法”的界说

对于恢复性司法制度之滥觞,国内学界有意大利、加拿大、美国等说法,并未形成通说。^①但对于“恢复性司法”此一域外传来的法律术语,我国学者则大都倾向于根据联合国经社理事会《运用恢复性司法方案于犯罪问题的基本原则》宣言草案对其作出注释性的阐释。根据该草案及联合国预防犯罪和刑事司法委员会2000

* 叶青,华东政法大学诉讼法学研究中心主任、教授;徐翀,华东政法大学2006级诉讼法学专业研究生。

① 对于恢复性司法起源地的归属问题,笔者认为在展开此一论争之前,应将“恢复性司法”作制度和理论两个不同的层次理解,不可笼统而论。有明于此,在未达成通识之前,笔者倾向于以“西方法治国家”这一略显宽泛的地理、政治概念来指称恢复性司法的发源地,因为在现有的理论研究中,存在着意大利、加拿大、美国等发源地说,莫衷一是,总的来看,各说所涉及的国家分属传统意义上的欧陆法系与英美法系法律文化。参见宋英辉、许身健《恢复性司法程序之思考》,载《现代法学》2004年第3期。

年会议报告,“恢复性司法方案”系指采用恢复性程序或旨在实现恢复性结果的任何方案。所谓“恢复性程序”系指通常在公正第三方帮助下,受害者、罪犯和(或)受犯罪影响的任何其他个人或社区成员共同积极参与解决由犯罪造成的问题的程序。恢复性程序的例子包括调解、和解会商和共同定罪等。“恢复性结果”系指由于恢复性程序而达成的协议。恢复性结果的例子包括补偿、社区服务和旨在对受害者和社区进行赔偿并使受害者和(或)罪犯重新融入社会的其他任何方案或对策。

通过以上的概念阐释,我们不难看出,恢复性司法与现代化背景下的“国家—社会”理论发展的新动向有着密切的理论联系,它所关注的焦点在于如何通过一系列由各方参与其中的非司法的努力重新构造一个和谐的社区环境。在此一努力中,传统的由国家公权力追诉犯罪的因素被淡化,仅作为一种威慑力量存在,即当恢复性司法的努力无可挽回地归于失败后,才“应将案件交还刑事司法当局处理,并应毫不迟延地作出如何继续处理的决定”。相反,恢复性司法对于个人权利(主要是刑事被害人权利)的张扬和对于加害者^①与受害者间和解的强调,使得它在外观特征上更像是刑事案件的一种民事化处理方法。

从法政治学的角度看,上述价值选择的背后,暗含着对国家权力高度自律的前提性要求,此种自律较之现代宪政理论中的政治权力的“自我谦退”更为严格,因为在恢复性司法的语境中,大部分的轻罪案件、未成年人违法、犯罪案件^②,都应首选恢复性司法方案作为处理手段,而仅有少部分罪行虽轻但恶性较大的案件方适用正式的刑事司法程序。这对于向来将犯罪视为对国家和(或)抽象的社会之侵害的政治国家来说十分难堪,因为采纳前述主张即意味着国家承认在此一犯罪治理领域的无能而将解决问题的希望寄托在民间自治协商之上。这与在全球范围内已普遍存在了几个世纪的国家干预主义、刑事讼断主义传统大相径庭,仿佛又回到了人类文明萌芽时期对犯罪采取私力救济的老路上。那么,恢复性司法运动究竟是市民自治领域对国家公权力的挑战,还是人类刑事司法文明的倒退,抑或乃有识之士为应对现代/后现代社会的犯罪问题而提出的又一正义实现的范式?为厘清上述问题可能给我们的思想所带来的困惑,对恢复性司法深层理念基础的探究就显得尤为必要,这也是笔者撰写本文的初衷。

① 根据相关的权威表述,恢复性司法可以在正式的刑事司法程序的任何阶段适用,故对于刑事诉讼意义上的犯罪嫌疑人、被告人在恢复性司法中的称谓,笔者认为既不可径采原称,有些论者称其为“犯罪人”、“罪犯”又有违反无罪推定原则之嫌,亦属不妥。有鉴于此,在未作特别说明的情况下,本文以“加害者”或“加害一方”来指称在恢复性司法程序中与刑事被害人相对的、接受公正第三方调处的刑事冲突一方。

② 恢复性司法模式以处理青少年犯罪案件为契机而产生,因此,在中外学者论述其应有的适用范围时,大多主张将恢复性司法纳入青少年犯罪的应对政策框架中,以更好地克服现行的刑罚处罚模式的弊端,真正达到改造犯罪人使其顺利回归社会的目的。相关论述,参见宋英辉、许身健《恢复性司法程序之思考》,载《现代法学》2004年第3期。



二、刑罚观的扬弃与正义观的重构

传统刑法理论认为,人都是具有自由意志的,正因如此,对行为人基于自由意志所实施的客观违法行为才具有道德上的可谴责性,落实到法律层面就是国家可以动用刑罚,对犯罪人科处与之行为相当的报应刑。这种立足于个人主义和自由主义的刑罚观,重点在于严格区分伦理与法律的界限,认为国家既然因保护个人(或曰国民)利益而存在,国家的权力来自于人民的权利让渡,因此限制国家的刑罚权范围便是理所当然,国家刑罚权应自我克制。“报复罚在事实上之所以有特别根据被称为‘法律罚’,是因为在行为与责任的确定性方面,它为量刑提供了一个比教育罚和保安罚更为明确的标准,也同时因为它为针对行为与责任的刑罚提供了单一的对应。”^①德国法学大师拉德布鲁赫的这番话,从实证的层面道出了报应刑存在的正当性理据。而晚近发展起来的刑法理论(新派刑法理论)则基于对传统理论的批判,提出了目的刑理论,认为国家以保护社会利益为第一要务,个人权利的保障应在保障社会利益的语境下展开,为了防止有危害社会倾向的个人侵害社会,国家可以突破传统理论中的“最低限度”,对有反社会倾向的人采取保安处分,进而保障社会安宁,维护人们的共同利益。^②需要明确的是,无论是旧派还是新派刑法理论,都对于犯罪的应受刑罚处罚性毫无异议,都认为给予罪犯以与其罪行相适应的刑罚是正义的。

但是,恢复性司法摒弃了这一传统,试图另辟蹊径,以一种全新的犯罪处罚措施^③来替代刑罚,因为在综合性恢复性司法学者霍华德·泽尔看来,在刑法学上已有成熟理论成果的犯罪的实质、刑罚的正义性基础等一系列论题都应作出全新的诠释以适应现代社会的发展对于刑事司法的诉求。^④在本文论域以内,尤其值得注意的是泽尔对于恢复性司法正义性基础的阐述。泽尔认为,在明确了犯罪是个人对个人而非个人对国家的侵害的前提下,刑事司法政策应着眼于个人,对在犯罪中直接冲突(加害、受害)的个人给予高度的关注。正义因此也就相应地被界定为良好的(人际)关系,通过结果来实现正义。^⑤对于恢复性司法的正义理念,可作如下粗疏的归纳:

恢复性司法的理念基础是对报应性正义取而代之的恢复性正义的理念。恢复性司法的基本理念在于:犯罪不应当被认为是公共规则的违反或者对抽象的法

① 拉德布鲁赫:《法学导论》,米健译,中国大百科全书出版社1997年版,第86页。

② 参见张明楷《刑法学》,法律出版社2003年版,第4~11页。

③ 此处行文或许用“处理”一词更为恰当些,因为恢复性司法的主旨是达成加害者与受害者之间的和解,对加害者的处罚寓于重建社区和谐人际关系的过程之中,而非其着力点。因此,称恢复性司法为对传统意义上犯罪行为人的处理措施更切合其主旨。

④ 参见刘东根《恢复性司法及其借鉴意义》,载《环球法律评论》2006年第2期。

⑤ 参见刘东根《恢复性司法及其借鉴意义》,载《环球法律评论》2006年第2期。

道德秩序的侵犯,而应当被认为是被害人的损害、对社区和平与安全的威胁及对社会公共秩序的挑战。对犯罪的反应应当致力于减轻这种损害、威胁和挑战。纯粹报应性的犯罪反应不仅不能减轻社会的损失总量,无法有效地满足被害人的赔偿需要和促进社区冲突的解决,而且在促进公共安全方面的作用也是有限的。因此,恢复性司法运动主张在唤起犯罪人的责任感,包括其赔偿犯罪的损害、恢复社会安宁的义务感的基础上,用预防性的、恢复性的刑事政策取代惩罚性的、报应性的刑事政策,认为有效的刑事政策是:恢复犯罪被害人被侵犯的权利、恢复公众的社会和道德意识,加强法律秩序。^①

经由上面极为精简的一段论述,恢复性正义的理念似乎已呼之欲出,但在笔者看来,新的问题也随之产生。按照上述观点,唤起犯罪人的责任感后,通过赔偿、沟通、和解等一系列具有平等性、协商性的社会努力,被害人被侵犯的权利、公众(包括“犯罪人”)的社会和道德意识将被恢复,此时,正义就在结果意义上得到了实现。这就引出了另外的问题,即何谓正义?刑事司法的存在究竟在追寻着怎样的正义?这是一个争议不断,各家各派莫衷一是的话题,笔者无意在此方面多做展开,仅限于本文论域作通识性的阐发。

三、正义、人权、人本主义理念在刑事诉讼中的实现

从人类刑事司法制度史来看,自从国家出现并通过法律设定刑事程序规则之后,启蒙思想家们所说的“原初状态”即人与人之间是狼与狼的关系的状态已不复存在,严重的、应受刑罚处罚的人际冲突都通过国家对个人行使追诉权的方式解决,而不给原本合理合法的私力救济以道义、法律上的存在空间。这是人类文明的进步,也是更好地保障个人、族群以及一定地域内所有人的安全的制度构架。尽管何种行为应受刑罚处罚,刑罚的种类、裁量、适用情形,刑事司法制度所保障的利益归属等问题的内涵和外延都随着人类社会历史进程的演变而不断变动,我们也无法否认这样一个事实:刑事司法制度的建立,就是为了保障人的利益。这里的“人”,历史地看,也是个变动的概念,大致经历了从氏族/部落特权首领逐步扩张至每个人的发展。因此,笔者认为,人本主义^②思想是人类刑事司法制度始终如一的灵魂所在。刑事司法中的人本精神,含有这样的一种基本理念,就是在刑事司法中尊重个人的自由、权利和人格尊严,对人(特别是那些权利最易被抹杀的犯罪嫌疑人、被告人)以“人”相待,承认并尊重其主体地位和诉讼权利,给予其作为人应有的礼遇,反对将其物化、客体化、工具化。

① 参见宋英辉、许身健《恢复性司法程序之思考》,载《现代法学》2004年第3期。

② 英文的“人本主义”(humanism)一词,我国学者通常将其译为“人文主义”,并在四种意义上使用该外来词汇:(1)人道主义;(2)人本主义;(3)欧洲人文复兴时期的人文主义;(4)从拉丁或希腊古典文化研究推引出来的人文学科研究。本文接受此种说法,并在同等意义上使用人本主义与人文主义、人本精神与人文精神。参见冯天瑜《略论中西人文精神》,载《中国社会科学》1997年第1期。



对于现代民族国家来说,其肩负的实现社会正义的职责无论如何不能偏离人本精神的轨迹。在由国家发动的刑事诉讼程序中,被追诉人、被害人和其他诉讼参与人的尊严和权利是不可侵犯和肆意剥夺的。因为,刑事司法程序的目标指向与人文主义的诉求是一样的,那就是保障人的尊严,并使之得到社会的认同,易言之,就是保障人权,达成人的全面解放和自由。现代刑事诉讼往往将惩罚犯罪与保障人权这两个实体正义意义上的理念作为不分轩輊的价值目标予以确认,但若追根究底,则应该认识到,只有保障人权才是刑事司法的第一位核心理念,惩罚犯罪只有在满足保障人权的基本要求后才具有独立的实质意义。^①

根据刑事诉讼理论之通说,在刑事司法过程中,保障人权兼具实体正义和程序正义的双重含义。我国学者樊崇义教授认为,诉讼人权保障可分为广义和狭义两种。广义的诉讼人权保障具有如下功能:(1)使人的生命权、自由权、人身安全和财产不受他人的侵犯;(2)要求国家在作为诉讼一方时与诉讼的另一方平等,而不是超越法律和诉讼规则的强权;(3)要求国家在诉讼之中限制自己的行为,避免非法侵犯个人的权利。狭义的诉讼人权保障,即保障诉讼参与人的诉讼权利,使个人能够顺利提起诉讼或参加诉讼。^② 值得注意的是,樊教授的上述论断是在综合考察人类诉讼行为的三大表现形式(民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼)的基础上提出的,非仅就刑事诉讼人权保障而言。有明于此,具体到本文的论域之内我们应明确,刑事诉讼人权保障既具有上述诉讼人权保障的共性特征/功能,又有其独特而具全局性意义的重要一面,即刑事诉讼人权保障所及之畛域涵盖了维持个人生存、发展的所有基本权利,如生命权、自由权等。除此之外,为了合乎理性地保障上述实体权利,刑事司法又以正义为其要义构建了一整套日趋严密的规程、守则,此种程序性规范的集合——“正当程序”(due process)除保障狭义的人权之外,尚有其独立之意义。

综上,我们可以得出如下结论:刑事司法的正义性在实体(结果意义上)和程序(注重于连续、动态的整个诉讼过程)两个方面得到完满的体现,具有合理性、正当性。可以对此结论给予实证性佐证的是,上述刑事诉讼理念^③在很大程度上已成为国际社会的共识,其追求正义、以人为本的精神已通过一系列具有约束力的国际条约得以体现,进而构成了国际刑事司法准则的体系框架。我国的刑事司法体制

① 参见宋英辉主编《刑事诉讼原理》,法律出版社2003年版,第15~33页。宋教授在该书中以较大篇幅,耐心考证,细心论证,从刑罚论、刑事审判前程序、证明标准、无罪推定等或宏观理论,或微观实务的维度,得出了如下结论:刑事诉讼的实体正义理念应按下列顺序排列:保障无辜、惩罚犯罪、罪刑相适应。本文作者赞同宋教授的这一观点。

② 参见樊崇义主编《诉讼原理》,法律出版社2003年版,第274~281页。

③ “理念”(idea)一词,主要是指一种完美的或指导性的观念形态。根据柏拉图的哲学观点,理念是事物的原型或者说永恒形态,所有的现存事物都是对理念的不完全的模仿。参见宋英辉主编《刑事诉讼原理》,法律出版社2003年版,第14页。

也正以此为参照,进行着深层次的改革。

结语:保障人权的话语实践

恢复性司法的运作思路是通过刑事犯罪受害人、公正的第三方调解人以及所有可能参与到此一行动中的人的道德教育、感化,使加害者对自己行为的罪过产生悔恨、反省之情,进而唤起加害者的责任感,最终达致刑事冲突双方的和解和社区关系的恢复,保障人权的理念仍居于核心地位。这种实质正义、结果正义的理论进路更多的是采取了伦理学、社会学而非法学的立场和观点,它将刑事侵害行为视为行为人的行为,而将行为人视为历史与现实的综合产物,人的性格(表现在犯罪学的研究视野内则为人的反社会倾向)既是被物理(人脑)和社会环境决定的,同时也可以能动地反作用于外部。“性格不仅是被创造者,而且是创造者。”(梯利语)^①笔者认为,在此种价值观指导下的恢复性司法运动,只能是正式的国家刑事司法活动的补充,在可预见的时期内并不能完全替代后者,但两者统一于保障人权的旗帜之下,在深层次上共享着相同的精神气质,因之具有相互借鉴的可能。恢复性司法对传统正义观、刑罚论的扬弃,对协商型人际关系的倡导,都可视作对传统刑事司法模式的查漏补缺,并没有从根本上动摇后者的理念基础。相反,我们还应该警惕此种“矫枉”产生“过正”的危险,即因过分强调刑事冲突的私人化调处反而损害了加害者和受害者的合法权益。^②

综上所述,现代法治国家的刑事司法活动和近年来兴起的恢复性司法运动都是人类探求正义的社会实践,保障人权作为二者共有的宗旨和价值目标,使两者在保持现有司法体制架构前提下的结合具有现实可能性。

① 参见[美]弗兰克·梯利《伦理学导论》,何意译,广西师范大学出版社2002年版,第210页。

② 对这一可能产生的危害,有学者作了合理设想,参见宋英辉、许身健《恢复性司法程序之思考》,载《现代法学》2004年第3期。

修复性司法的理论基础

[日]足立昌胜*

一、前言

北海学园大学的吉田敏雄教授在其著作《犯罪司法中的修复性正义》一书中指出：“以政治、经济不安定化的加剧、犯罪受害人‘保护·救济’运动的兴起为背景，重罚化的要求也进一步加强，立法、司法与行政也忠实地实践着这一要求。并且，报应与报复间的差异逐渐趋向模糊，人们似乎期待报应刑兼有报复刑的性质。”在上述论述中，可以看出他对以犯罪受害者的保护为目的的重罚化现象表现出了一定的忧虑。但是，教授在接下来谈到刑罚的目的时认为，在责任问题上，与追究责任相比，更为重要的是认识到自己行为的非，并自主地实施补偿，即承担责任。^①此处存在着很大的矛盾。在报应刑不被全面理解并被误认为报复刑的现状下，是否可以期待后者主张的自主性赔偿的实现呢？犯罪“受害人”期待报复，因而渴望重罚。这样的受害人怎样才能接受自主性赔偿呢？

在以往的小型封闭型社会中，为维护社会秩序而存在着（宗教）禁忌物或言行（taboo）。犯了该禁忌的行为会受到构成社会的氏族的处罚。也就是说，犯禁忌被认为是犯罪。

与之相对，在更大的部族社会中，禁忌已不再成立，针对犯罪行为的是氏族间的报复。特别是在针对生命、身体的犯罪中，复仇就被付诸实施。此时实施报复的不是犯罪的直接“受害人”，而是间接“受害人”。这种报复的存在对于社会秩序的确立来说只能是否定的对象。因此，在中世纪的德国，借助基督教教会的力量，逐渐增加禁止报复的日子，从而达到禁止报复并规定其为犯罪的结果。此时，公刑罚应运而生。

然而，20世纪后半期以后，“后现代主义”一被提出，就出现了将该主张在刑罚论的领域内展开的尝试。有人认为犯罪“受害人”的运动是“恢复被夺走的权利”，是“司法的文艺复兴”。说得极端一点的话，该主张就是在认为：人本来是拥有报复权的，但随着国家的成立，该权利被剥夺了，而现在则必须把它还给人们。该见解

* 足立昌胜，日本关东学院大学法学教授。

① 参见吉田敏雄《犯罪司法中的修复性司法》，成文堂2006年版，第11页以下。

果真是正确的吗?本文便试图在与国家刑罚权的根据的关系基础上,再次探讨恢复性司法的根源。

二、修复性司法理论的背景

1. 公刑罚的诞生

如果看一下德国的公刑罚的诞生经过的话,可以看到其产生与“自务救济”的禁止间存在着密切联系。当时的社会支配者——部族政权领主为了确立自己的支配权并稳定社会秩序,而试图禁止广泛实行的报复。这就是和平令。但是,在现实中,该和平令依旧被无视,报复依然被实行。对于这一点,Helmut Coing指出:“克服自力救济、私斗或私战的做法对于中世纪的共同体而言极其困难,是完全无法达成的。和平与其保障,即和平令是中世纪立法的不曾间断的主题。”^①

为了克服作为永恒主题的报复,领主决定利用部族民众已对基督教深深皈依的事实,而借用教会权力。接受了领主要求的教会的主教提倡“神的和平运动”,制定了Pax dei与Pax treuga。所谓Pax dei,意思是关于特定的人与场所的特定的和平,对特定的人禁止他们实施自力救济;Pax treuga是指在大祭日、周日及周末三天间禁止自力救济。

在违犯上述教会规则时,作为对其的处罚是被教会除名。对于虔诚的基督教徒而言,这意味着从部族社会被除名,人们因为害怕这种结果而不得不遵守上述规则。就这样,教会规定的禁止报复日逐渐增加,而变为一周内都禁止报复。通过利用教会的禁止报复,领主的公刑罚产生了。

对上述情况,Jellinek表述为:“报复的自然冲动的大小将达到与该个人积蓄的刺激与反动力相同的程度。这种纯利己式的自然冲动如果被针对对方的利他性顾虑所抑制的话,报复就会上升为报应。”^②这样诞生的公刑罚就与报复决裂而升华为报应。但无论是直接地还是间接地,这都不是对受害人立场的抛弃,而是吸收了这一立场的产物。^③

2. 刑罚的本质

这种公刑罚具有怎样的本质呢?被当成了克服对象的报复权又在何处行使呢?

这里考虑如下四种类型:

报复型 如下图所示:

犯罪行为 → 报复(犯罪) → 报复

① Helmut Coing:《走向近代法——以德国法律史为中心》,东京大学出版会1969年版,第22页。

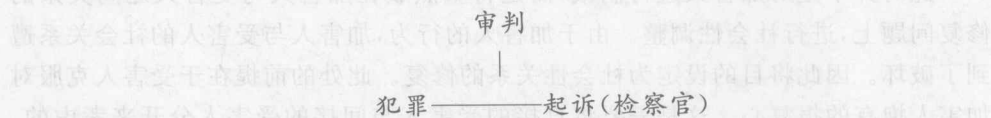
② Georg Jellinek:《法·不法以及刑罚的社会伦理意义》,岩波文库昭和十一年版,第114页。

③ 在与该问题的联系上,有必要考虑诉讼手续中的公诉权的承担者。另外,重要的是公诉权的承担者应如何斟酌受害人的立场。



一旦发生杀人等的犯罪时,由遗族实施报复,该报复本身就是犯罪,是针对因报复而犯的罪行实施报复。如此冤冤相报。这样一来,报复就反复、继续地出现了。这或许就是霍布斯所谓的“利维坦”的世界。

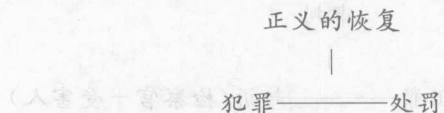
公刑罚型 如下图所示:



犯罪发生时,作为公诉权人的检察官提起公诉,法院受理公诉并进行审判。众所周知,这一般分为纠问型与弹劾型两种。无论哪种形式中,受害人对加害人的直接报复都是不存在的,作为刑罚权的实施者的国家采用通过程序惩处加害人的模式。此时的受害人是并不出现的。国家在对加害人进行审判时,并不是站在受害人的立场上并代替他们实施处罚的,而是以国家的刑罚权为基础,出于维持社会秩序、保护法益的目的而实施制裁。因此,在审判的构造中,受害人理所当然不会登场的。

那这种情况下的受害人应处于怎样的位置上呢?

受害人的立场是通过作为公诉权人的检察官而反映在审判过程中的。公诉权人必须是公益的代表人,反映社会的普遍性意思。因此,理论上一般假设为:检察官的意思中包含有受害人的立场。如果从刑罚的本质的角度来理解这种审判的构造的话,如下所示,刑罚被认为正义的恢复。此处所谓的刑罚已不再是报复,而是Jellinek 所说过的报复升华后的报应了。



这种正义的恢复与通过报复满足受害人的感情间没有关系,而是具有普遍性的,即这意味着实施的犯罪与宣布的刑罚间存在着价值性的联系。这是所谓“正义的女神”的天平。理论上,受害人不进入这种审判构造。在该意义上,近代受害人被置于蚊帐以外的看法没有错误。但是,我们必须注意,在该主张的侧面上是存在错误的。

公刑罚的诞生与国家式的独占性(享有)确立后,秩序的维持与法益的保护就成为国家的课题了,而受害人的法益恢复也在该立场中被考虑了。这已不再是报复,也不再是站在受害人立场上的报应了。因此,刑罚被社会所理解,并被普遍地把握了。

基于修复性司法的理念型 与之相对,修复性司法理论主张如下的构造:

人性的恢复

犯罪——调停

此时并不是对加害人进行制裁,而是将重点放在加害人与受害人之间关系的修复问题上,进行社会性调整。由于加害人的行为,加害人与受害人的社会关系遭到了破坏。因此将目的设定为社会性关系的修复。此处的前提在于受害人克服对加害人抱有的报复心。这是需要将直接的受害人与间接的受害人分开来考虑的。直接的受害人力图实现的修复是以加害人对行为造成的危害的反省为基轴的,间接的受害人试图实现的修复是遭受了危害的受害人的遗族以该危害造成的被害为前提,对两者的关系进行修复。

在直接受害人的情况中,是发生事实的当事人,因此可能冷静地观察事实并与引发事实的当事人面对面。在该意义上,当事人间的和解是可能的,即在受害人对加害人抱有赦免的心情时,当事人间的修复是可能的,和平是可以恢复的。此时的加害人会被要求直接表明持有怎样的心情,此后要看能否被接受。

与之相对,间接受害人的情况中,因没有直接面对发生的事实,对事实的内容也不理解。此时的间接受害人把重点放在对发生事实的澄清上,因此也会增加对加害人的憎恨。这种憎恨甚至可能有转化为已经被克服的报复的危险。因此,当事人间的修复基本是不可能的,为了实现正义的恢复,不就只剩处罚了吗?

伪装为恢复性司法的受害人重视型 以追求恢复性司法为目的而在现实中实施的大多是该类型。

审判

犯罪——起诉(检察官+受害人)

如果自己的爱女被杀害了的父母为了“了解事实”,而主张上法庭并质问被告人,甚至参与量刑的判断。那这种做法被容许的根据是否存在于恢复性司法的理论之中呢?其中可以窥视到以澄清真相为理由的严重的处罚感情。这其中是不存在修复的。而且根本就不可能存在。间接受害人容许加害人的情形是怎样的呢?特别是在杀人与强奸事件中,考虑这些是否是不可理喻的呢?间接受害人通常试图施加给加害人与自己遭受的同样的痛苦。赦免的心情能从哪里出现呢?

这种类型,说得极端一些的话,可以说是对已克服了报复的历史的否定,是对公刑罚的诞生的否定。在克服报复后方始形成的审判构造中,受害人的立场被假设寓于公诉权人之中,而不直接地体现出来。如果忘掉受害人的立场并抛弃之的话,这就是犯了错的公诉权人的问题,而非司法构造的问题。不顾这一点,明知不适合恢复性司法的原理,却以之为理由谋求诉讼参与,这基本上是一种错误的想法。