



恢复性正义的实现

——恢复性司法的理论维度与本土实践

主编 周长军 王胜科



山东人民出版社



恢复性正义的实现

——恢复性司法的理论维度与本土实践

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

恢复性正义的实现:恢复性司法的理论维度与本土实践/周长军,王胜科主编. —济南:山东人民出版社, 2010.6

ISBN 978-7-209-05333-4

I. ①恢... II. ①周...②王... III. ①司法—研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 091659 号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

恢复性正义的实现

——恢复性司法的理论维度与本土实践

周长军 王胜科 主编

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (148mm×210mm)

印 张 9.375

字 数 245 千字 插页 2

版 次 2010 年 6 月第 1 版

印 次 2010 年 6 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05333-4

定 价 24.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。电话:(0633)8221365

目 录

导 论	(1)
一、恢复性司法的产生与发展	(1)
二、恢复性司法的概念厘定	(7)
三、恢复性司法的运作形态	(14)
(一)恢复性司法的运作过程	(14)
(二)恢复性司法的运作模式	(17)
四、恢复性司法研究的现状与创新	(20)

上篇 恢复性司法的理论图景

——五维度的考察

第一章 恢复性司法的基本理念和理论基础	(27)
一、恢复性司法的基本理念	(27)
(一)恢复性司法的犯罪观	(27)
(二)恢复性司法的刑罚观	(30)
二、恢复性司法的理论基础	(33)
(一)恢复性司法的哲学基础	(33)
(二)恢复性司法的社会学基础	(35)
(三)恢复性司法的犯罪学基础	(37)

(四) 恢复性司法的刑事司法理论基础	(46)
第二章 恢复性司法中的被害人权益保护	(52)
一、刑事被害人诉讼地位的变迁及其权益保护	(52)
(一) 被害人概念的界定及其诉讼地位的变迁	(52)
(二) 现行刑事司法体系中被害人权益保护存在 的问题及其原因分析	(54)
(三) 我国刑事被害人权益保护的现状与存在的问题	(58)
二、恢复性司法中的被害人权益保护	(63)
(一) 恢复性司法强化了对被害人权益的保护	(63)
(二) 恢复性司法在保护被害人权益方面仍存在一定 的不足	(71)
三、恢复性司法对我国刑事被害人权益保护的启示	(76)
(一) 刑事司法理念的科学化	(77)
(二) 以恢复性司法为指导,完善我国的刑事诉讼制度	(78)
第三章 恢复性司法中的加害人权益保护	(80)
一、恢复性司法对加害人权益保护的的价值分析	(80)
(一) 恢复性司法的一般价值	(81)
(二) 恢复性司法对加害人权益的保护价值	(84)
二、加害人视角下恢复性司法面临的质疑与挑战	(90)
(一) 恢复性司法存在损害加害人正当利益的 可能性	(90)
(二) 加害人视角下恢复性司法面临的其他挑战	(92)

第四章 恢复性司法中的社区参与	(95)
一、作为恢复性司法程序参与主体的社区	(95)
(一)社区的概念与特征	(95)
(二)社区是客观存在的	(97)
二、社区在恢复性司法中的作用	(99)
(一)社区在犯罪处理和防控中的作用	(99)
(二)社区在恢复性司法方案制定过程中的角色 和作用	(101)
(三)社区在恢复性协议实施过程中的角色和作用	(104)
(四)不同恢复性司法模式下社区的角色和作用	(106)
三、恢复性司法中社区权益的保护	(112)
(一)社区参与恢复性司法程序权利的保障	(112)
(二)社区成员和谐关系的维护	(114)
四、恢复性司法视野中我国城市社区存在的问题	(115)
(一)社区居民归属感差	(116)
(二)社区文化和共同语言缺失	(117)
(三)城市社区的邻里关系日益淡漠	(118)
(四)城市社区的参与水平低下	(119)
第五章 被害人宽恕:恢复性司法的温床	(120)
一、被害人宽恕的概念及其时空考察	(121)
(一)被害人宽恕的概念	(121)
(二)被害人宽恕在恢复性司法中的地位	(126)
(三)被害人宽恕的历史考察	(128)

(四)被害人宽恕的域外考察	(132)
二、被害人宽恕的理论基础	(138)
(一)被害人宽恕的犯罪学基础	(138)
(二)被害人宽恕的哲学基础	(139)
(三)被害人宽恕的方法论基础	(140)
(四)被害人宽恕的法学基础	(141)
三、被害人宽恕在我国的立法现状	(142)
(一)被害人宽恕在我国刑事法律制度中的体现	(142)
(二)原因分析	(144)
四、被害人宽恕在我国司法实践中的可能变异	(147)
(一)被害人迫于压力而违心地做出“宽恕”的行为	(147)
(二)贪图一时之利的“宽恕”	(148)
(三)对司法机关的不信任可能也会导致被害人违心 的宽恕	(148)

下篇 恢复性司法的本土实践

——主要以山东为样本的实证研究

第六章 刑事和解:恢复性司法的本土实践	(151)
一、概念的厘清:刑事和解与恢复性司法	(151)
(一)刑事和解在我国的兴起	(151)
(二)刑事和解:恢复性司法的本土形态	(154)
二、我国刑事和解勃兴的动因溯源	(157)
(一)构建社会主义和谐社会的需要	(157)
(二)实现案件分流、节省司法资源的内在要求	(158)
(三)契合了“宽严相济”的刑事政策	(160)

三、我国推行刑事和解的可行性	(161)
(一)“以和为贵”、“以德报怨”等传统思想是刑事 和解的文化基础	(162)
(二)我国现行的刑事法律制度本身也蕴含着协商、 恢复等价值理念,为刑事和解的推行提供了 制度基础	(162)
(三)司法观念的变化为刑事和解的推行提供了观念 基础	(163)
(四)刑事和解在我国的推行也具有一定的实践基础	(163)
 第七章 刑事和解的规范考察	(164)
一、刑事和解的规范概览	(164)
(一)规范性文件的适用地域	(165)
(二)规范性文件的发布机关	(165)
(三)规范性文件的名称	(166)
(四)规范性文件的条数	(166)
二、适用的案件范围	(166)
(一)轻伤害案件	(168)
(二)未成年人犯罪案件	(168)
(三)其他案件	(170)
三、适用条件	(170)
(一)准入条件	(171)
(二)排除条件	(172)
四、适用阶段及各阶段的处理方式	(173)
(一)适用阶段	(175)
(二)各阶段的处理方式	(175)

五、刑事和解的操作模式	(176)
(一)被害人—加害人自行和解模式	(176)
(二)司法机关主持调解模式	(177)
(三)委托人民调解委员会调解模式	(178)
六、小结:刑事和解的基本特色	(180)
(一)产生动因:各方利益的契合	(180)
(二)具体程序:既有法律框架下的调整与改进	(183)
(三)目标效果:以赔偿为核心的恢复性效果的实现	(185)
 第八章 刑事和解的运行实践	
——以山东为样本的实证调研	(188)
一、山东刑事和解实践的总体状况	(188)
二、烟台检察机关的“平和司法”实践	(190)
(一)平和司法模式的产生背景	(191)
(二)平和司法模式的运行现状	(192)
(三)平和司法实践中的主要问题	(205)
三、日照法院系统的刑事和解实践	(211)
(一)日照法院刑事和解实践的缘起	(211)
(二)日照法院刑事和解的实践探索	(214)
(三)日照法院刑事和解实践的社会反响	(217)
(四)刑事和解探索过程中面临的现实障碍	(222)
(五)日照法院进行刑事和解探索的体会	(223)
 第九章 刑事和解的理性建构	
——基于实证调研的思考	(233)
一、刑事和解建构的原则与理念	(233)
(一)刑事和解的建构原则	(233)

(二) 刑事和解的建构理念	(238)
二、刑事和解的程序建构	(246)
(一) 诉前和诉中阶段: 人民调解委员会调处自诉案件	(246)
(二) 侦查阶段: 警察转处	(249)
(三) 审查起诉阶段: 起诉便宜	(252)
(四) 审判阶段: 量刑从宽	(256)
(五) 行刑阶段: 和解助回归	(259)
三、配套措施的跟进	(260)
(一) 刑事和解程序的监督措施	(260)
(二) 适用刑事和解程序与既有考核标准之间的协调 措施	(261)
(三) 社区尤其是城市社区的建设	(262)
(四) “宽恕心理”的培育	(267)
(五) 社区矫正的加强	(269)
代结语: 刑事和解与量刑平衡的融贯性思考	(272)
一、刑事和解与量刑差异化	(273)
二、量刑平衡与刑事和解的边界	(275)
三、量刑平衡与刑事和解程序的正当化	(280)
参考文献	(284)
后记	(289)

导 论

恢复性司法是进入本世纪以来国内刑事法学界开始关注继而展开研究的一个学术论域,目前正伴随着我国司法实务部门对刑事和解的实践探索而成为一个炙手可热的话题。在展开正文的研究之前,首先需要对作为本书研究对象的恢复性司法的历史由来、基本涵义、研究现状及本书的创新之处进行必要的交代。

一、恢复性司法的产生与发展

上个世纪50年代以降,伴随着经济的发展、科技的进步、信息时代的到来,西方各国犯罪率急剧上升,累犯、惯犯猛增,新型犯罪不断涌现,有组织犯罪、未成年人犯罪也日益成为社会普遍关注的问题,社会治安状况面临严峻的考验,社会公众的安全感大大降低。面对此种情形,各国刑事政策出现了“轻轻重重”的“两极化”趋势。正如日本学者森下忠所指出的,“第二次世界大战后,世界各国的刑事政策朝着所谓‘宽松的刑事政策’和‘严厉的刑事政策’两个不同的方向发展,这种现象称为刑事政策的两极化”^①。所谓“两极化刑事政策”,就是对犯罪性质严重(如有组织犯罪、暴力犯罪、恐怖主义犯罪等)或者犯罪人的人身危险性较大(如惯犯、累犯等)或者矫治困难的,实行严厉的刑事政策,予以从重处罚;对犯罪性质轻微或者犯罪

^① [日]森下忠:《犯罪者处遇》,白绿铨等译,中国纺织出版社1994年版,第4页。

人的人身危险性较小或者有矫治可能性的,则实行宽松的刑事政策,予以从宽处置。具体言之,严厉刑事政策的适用对象主要是重大犯罪人以及人身危险性较大或矫治可能性较小的犯罪人,如重大犯罪、有组织犯罪、恐怖主义犯罪、累犯等^①,其基本应对策略和目的是:刑事立法上的“入罪化”、刑事司法上的“从重量刑或剥夺其犯罪所得”以及刑事执行上的“隔离与长期监禁”,以维持法律秩序,保护国家、社会和个人法益,防范重大犯罪的再发生。与此相对,宽松刑事政策的对象则主要是轻微犯罪以及有矫治可能性的犯罪人,如轻微犯罪、无被害人犯罪、偶犯、初犯、过失犯等;其基本应对策略和目的是:刑事立法上的“非犯罪化”、刑事司法上的“轻刑化”甚至“非刑罚化”以及刑事执行上的“非机构化”、“非监禁化”,以防止犯罪人再犯,促进犯罪人的再社会化。

因应“轻轻”政策的需要,各国传统的社区司法以一种新的犯罪处理模式悄然复兴,恢复性司法渐渐浮出水面。

学界一般认为,世界范围内的第一个恢复性司法案例出现于1974年加拿大安大略省的基奇纳市。当时,该市的两个年轻人实施了一系列破坏性的犯罪。他们打破窗户、刺破轮胎,损坏教堂、商店和汽车,共侵犯了22个被害人的财产。在法庭上,他们承认了被指控的罪行,却没有将法庭判决的对被害人的赔偿交到法院。在当地缓刑局和门挪教派教徒中央委员会的共同努力下,两个年轻人同22个被害人分别见了面。通过会见,两人从被害人陈述中切实了解到自己的行为给被害人造成的损害和不便,并意识到赔偿金不是对自己行为的罚金,而是给被害人的补偿,于是,6个月后,两人交清了全部赔偿金。这是世界上第一个被害人—犯罪人和解程序(Victim offender reconciliation program,简称VORP),也被认为是恢复性司法在

^① 郑善印:《两极化的刑事政策》,载《罪与罚——林山田教授六十岁生日祝贺论文集》,五南图书出版有限公司1998年版,第743页。

现代社会的最早缘起。^①此后,恢复性司法在欧美国家被广泛推行开来。

1978年,在印第安纳州厄克哈特(Elkhart)的第一个被害与加害和解计划(VORP)通常被认为是美国恢复性司法的最早尝试。这个最初在美国 VORP 是门诺教徒中心委员会和 PACT(prisoner and community together)组织的一次共同努力,并且以上述加拿大安大略省的 VORP 为榜样。当然,也有学者认为,美国恢复性司法还有另一个传统,该传统实际上早于上述 VORP,发源于公共刑事司法局,主要是在缓刑部门。正如一学者所指出的:“最初的努力可追溯到 20 世纪 60 年代,当时,一小部分缓刑部门开始看到被害人与加害人会面的价值,人们尝试将刑事被害人和年轻的加害者带到一起。……这一切开始于 1965 年至 1979 年间。”^②英国的恢复性司法则发端于少年矫正制度,最早在刑事司法中实施恢复性司法的是英格兰和威尔士的牛津郡警察局。他们认为,犯罪活动不仅是对国家所保护的社会关系的一种侵犯,更重要的是对被害人的安全造成了威胁,犯罪行为应该对自己所造成的损害承担责任,同时社会各方面力量也应当通过感化、教育和治理犯罪人来挽救他们。牛津郡采取恢复性司法的改革后,零售商店的被盗率是 4%,而别的地区零售商店的被盗率一般是 35%。^③此后,英国《1998 年犯罪与妨害治安法》和《1999 年青少年司法与刑事证据法》,正式把恢复性司法纳入青少年司法系统。新西兰在 1989 年制定的《儿童、青年及其家庭行为法》中,首次以立法的形式肯定了当地土著毛利人传统的犯罪处理方式,即家庭团体会议模式。这种模式与恢复性司法具有相同的几个特

① Jennifer Gerarda, the use of mediation to resolve criminal cases: A Procedural critique, Emoeoy Law Fall, 1994. 转引自刘仁文:《来自异国的刑事司法新动向》,中国法学网, <http://www.iolaw.org.cn>.

② [美]博西格诺等:《法律之门》,邓子滨译,华夏出版社 2002 年版,第 660 页。

③ 吴丹红:《实现正义的另一种范式——恢复性司法初探》,中国法律服务网 <http://www.cn.lawservice.com>。

征:其目标都在于让加害者对他们的行为做出解释;都涉及受犯罪行为影响的各方——加害者、受害者以及与他们相关的社区——在一个中间人的帮助下,就关于如何处理犯罪做出决定;而在决定过程中,两者都会将受害人的利益考虑进去。^①该法案要求司法机关对青少年犯罪只能在恢复性司法方式不能适当处理时,才可以动用正规刑事司法程序。澳大利亚刑事法律改革学会社团则早在1987年就发起了恢复性司法的改革运动,澳大利亚现在开展的恢复性司法项目主要是从新西兰借鉴的家庭团体会议模式,1991年新南威尔士州的一个农村小镇瓦格瓦格的警察首先进行了尝试,并获得极大关注。^②

虽然恢复性司法被许多人视为一种与现行刑事司法不同的全新的模式,但回顾历史不难发现,恢复性司法并非一种新生事物,“事实上,其历史和人类历史一样久远”^③。它是各国在重拾与复兴本国恢复性司法传统的基础上,根据现时代的要求而进行改造的结果。正如学者所指出的,每一个民族的恢复性司法传统,对现代社会来说,都比它们的报应性司法传统要珍贵得多^④。它们不仅可以为现代社会的纠纷解决和制度更新提供宝贵的经验,更重要的是,因为有了这些本土思想资源的积淀与滋养,而使现时代恢复性司法的复兴和发展更容易获得民众的支持和认可。

如上所述,新西兰的恢复性司法源于土著居民毛利人的犯罪处理方式,加拿大、美国等国家的恢复性方案也从印第安人的土著司法

① Allison Morris and Gabrielle Maxwell, *Restorative Justice in New Zealand*, in Andrew Von Hirsch edited, *Restorative justice and criminal justice*, Hart publishing Oxford and portland, Oregon. 2003. p. 258.

② 参见陈晓明:《恢复性司法的理论与实践》,法律出版社2006年版,第100页。

③ 霍华德·泽尔:《恢复性司法》,章祺等译,载王平主编:《恢复性司法论坛》,群众出版社2005年版。

④ Braithwait John, *Restorative justice: assessing optimistic and pessimistic accounts Crime and Justice*, in a Review of Research, vol. 25(1999), edited by Michael Tonry, University of Chicago Press.

方式中获得了灵感。相较之下,我国的恢复性司法传统应当更为丰富,许多西方学者甚至将恢复性司法视为“东方经验”在现代的运用。众所周知,我国刑事司法系统中一直有调解的传统,这是我国的一个特色,而这种以双方的和解为目标的调解方式,本身就是恢复性司法的一种形式;不仅如此,作为一个有着五千年历史的文明古国,从原始社会的习惯法到封建社会的宗族家法,到近代社会的乡规民约,在惧讼、厌讼和息事宁人的心理支配下,我国的国家刑事司法系统之外,一直有一种“非官方”的刑事纠纷解决方式,这些在某种意义上都可视为恢复性司法的历史渊源。因此,发掘和阐释我国的恢复性司法传统,不仅对我国、也对世界范围内恢复性司法的发展和推行具有借鉴意义。

首先,原始习惯法中纠纷的解决方式可视为我国恢复性司法的滥觞。在处理犯罪的方式上,我国一些少数民族的习惯法对犯罪的处理方式是:以氏族部落的首领或头人为主,召集有关人员(一般包括犯罪人、受害人及双方亲属还有其他与犯罪有关的人员)参加,以协商调解的方式来决定如何解决犯罪所带来的问题,只有在极少数情况下,才将犯罪人交“官府”处理;在承担责任的方式上,不论是严重犯罪还是轻微犯罪,大都以赔偿、补偿、赔礼道歉的形式来承担。这两方面正是恢复性司法的精髓所在。不论是对于犯罪处理方式还是承担责任的形式,各少数民族习惯法的内容都体现了“恢复”之基本精神:处理犯罪时,注重犯罪人、受害人及社区(氏族)的参与;要求犯罪人承担责任时,主要着眼于让受害人从中得到补偿,而不是让犯罪人得到惩罚。我们知道,这些少数民族从历史上遗留下来的习惯法,所反映的正是原始社会的各种习惯法,是原始社会习惯法在近代社会的“活化石”。基于此,我们可以做出如下判断:在国家、法律形成以前的原始社会,并非像法史学家所描述的那样,到处充满着血腥的同态复仇和血亲复仇;相反,在国家主导的“公诉”时代到来之前,司法活动是以调解、协商、补偿为其基本特征的,贯彻着恢复性司法的精神和原则,原始社会的习惯法对犯罪的处理方式可以视为恢

复性司法最早的起源。

其次,封建社会中“非官方”犯罪处理方式以多种形式存在可视作为恢复性司法传统的延续。由于“在某种意义上可以说,中国封建社会的法律是家法与国法并存的‘二元’法律结构”,^①因而大量的纠纷包括刑事纠纷,并未通过国家的追诉,而是通过民间的调处特别是通过宗族家法对纠纷的调处而得以解决,即使是那些少量的进入国家司法程序的刑事案件,其中比较轻微的也由州县通过诉讼内的调处得以解决。无论是民间的宗族家法还是官府对刑事纠纷的调处解决,其采用的方式都是调解(即调处),并且调解过程注重了加害方与被害方“两造”以及与刑事纠纷有关的人员的参与,在承担责任的方式上,也主要以赔偿等恢复性措施为主。虽然封建社会所宣扬的“息讼止争”在政治上是为封建社会统治阶级服务的,因而是不可取的,但其司法理念却蕴含着恢复性司法的基本追求,即“如果能用调解解决就不要用暴力解决;能息事宁人就不要揭开伤疤;能皆大欢喜就不要几败俱伤”^②。

在当下中国,恢复性司法不仅成为刑事法学理论讨论的热点,而且不少司法实务部门正在推行类似的被称之为刑事和解制度的试点和改革。迄今为止,北京、浙江、安徽、上海等地的省级政法机关都相继发布了关于办理轻伤案件适用和解程序的规范性文件,全国不少地方的一些地市甚至县级政法部门也出台了类似的政策性文件。比如,山东烟台检察机关推行的“平和司法”模式等就引起了学界和实务界的极大关注。随着恢复性司法理念在我国的传播,当前我国

① 田成有:《中国农村宗族问题与现代法在农村的命运》,载《法律科学》1996年第2期。当然,也有学者认为,中国古代的法律是一种集家族、村庄、行帮、宗教、社团的制度化的规则(即民间法)与国家法并存的多元格局。参见梁治平:《中国法律史上的民间法》,载《中国文化》1997年第14期。笔者以为,在所有与国家法对应的民间法中,宗族法应当是主要的也是最普遍的,因此,本书主要讨论此种民间法与国家法的二元格局。

② 刘仁文:《恢复性司法:来自异国的刑事司法新动向》,中国法学网, <http://www.io-law.org.cn>。

司法实践中刑事和解制度的适用范围也由最初的轻伤害案件扩展到盗窃、抢劫、重伤害以及过失犯罪等案件,并特别适用于未成年人犯罪、在校大学生犯罪等案件中。2006年3月,时任全国人大代表、湖南省高级人民法院院长的江必新向十届全国人大四次会议提交的修改法律议案中建议,鉴于我国传统的以国家追诉为标志的刑事司法模式和以监禁刑为主的刑罚制度存在许多弊端,有必要在我国刑事诉讼体系内设立刑事和解程序。

二、恢复性司法的概念厘定

由于司法传统不同,恢复性司法在各国以不同的面貌复兴,因此,对于恢复性司法,各国不仅存在理解上的差异,而且具有不同的实践状况,对其概念、目标、构成要素等也有不同的界定。在最早施行恢复性司法的加拿大、美国等国家,英文术语“Restorative Justice”是其统一名称,但具体适用中存在差别,一般在“正义”与“司法”两种意义上使用。日本学者通常称其为“修复性司法”^①;我国台湾地区有学者将其译为“复归正义”^②,香港则更多地将其译为“复合公义”^③。在我国大陆地区,该用语有时被译为“恢复性正义”或“复合正义”,即侧重其价值理念,但多数学者将其译为“恢复性司法”或“复合司法”,即着眼于与传统刑事司法相对应的程序特色。“恢复性司法”这一译法因最能表达这一模式的核心意义,所以自2001年被张庆方博士运用以来,至今已基本成为我国学界的通用表述。基于此表述习惯,本书统一采用“恢复性司法”这一术语。

① 参见[日]足立昌盛:《修复性司法的理论基础》,载周长军、于改之主编:《恢复性司法:法理及其实践展开》,山东大学出版社2008年版。

② 参见陈祖辉:《谈报应式正义的转向——复归式正义的复出与实践》,载人大报刊复印资料《海外法学》2004年第2期。

③ 参见温景雄等:《复合公义在香港的试点成效》,载王平主编:《恢复性司法论坛》,群众出版社2006年版,第99页。