

Research on Basic Ideas
of Restorative Justice

恢复性司法 基本理念研究

吴立志 / 著



中国政法大学出版社

Research on Basic Ideas
of Restorative Justice

恢复性司法 基本理念研究

吴立志 / 著



中国政法大学出版社

2012 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

恢复性司法基本理念研究 / 吴立志著. 北京: 中国政法大学出版社,

2012. 7

ISBN 978-7-5620-4420-8

I. ①恢… II. ①吴… III. ①刑法-研究 IV. D914. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第163461

- 书 名 恢复性司法基本理念研究
HUI FU XING SI FA JI BEN LI NIAN YAN JIU
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088
邮箱 academic.press@hotmail.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908437(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 8.625印张 200千字
- 版 本 2012年8月第1版 2012年8月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4420-8/D·4380
- 定 价 32.00元
- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

目 录

导 论	1
第一章 恢复性司法基本理念的界定	11
第一节 恢复性司法概述	11
第二节 恢复性司法基本理念的内容	32
第二章 恢复性司法与正义观	54
第一节 传统刑事司法正义观	56
第二节 恢复性正义	
——恢复性司法的正义观	66
第三节 理想目标——从报应性、功利性	
正义到恢复性正义	78
第四节 现实目标——报应性、功利性	
正义和恢复性正义的平衡	89
第三章 恢复性司法与犯罪观	100
第一节 犯罪观概述	101
第二节 传统刑事司法的犯罪观	112
第三节 恢复性司法的犯罪观	122
第四节 两种犯罪观的比较	
——以人权保护为维度	132

第四章 恢复性司法与刑罚观	144
第一节 传统刑罚观的分析	146
第二节 恢复论——恢复性司法的刑罚观	158
第三节 从报应论、目的论到恢复论 ——刑罚观的重新认识	172
第五章 恢复性司法基本理念对我国刑事法 观念的影响	188
第一节 恢复性司法基本理念对我国刑事 政策观的影响	189
第二节 恢复性司法基本理念对我国刑事 立法观的影响	203
第三节 恢复性司法基本理念对我国刑事 司法观的影响	217
第六章 我国刑事和解的完善：恢复性正义 理论的践行	230
第一节 刑事和解与恢复性正义理论	231
第二节 刑事和解在我国的实践及其完善	237
结语：恢复性司法基本理念与我国和谐社会构建	251
参考文献	254
后 记	267

导 论

一、本书写作初衷

恢复性司法 (restorative justice) 发端于 20 世纪 70 年代的西方并很快成为一门“显学”。迄今为止,西方对恢复性司法的研究与实践处于方兴未艾之势。著名的澳大利亚犯罪学家约翰·布雷斯韦特 (John Braithwaite) 认为,恢复性司法运动仍处于刚开始的阶段,其对刑事司法目标与实践的型塑有着巨大的潜力。^[1]21 世纪初以来,恢复性司法研究在我国起步并很快成为“热点”。本书以“恢复性司法基本理念研究”为题,主要源于以下两个方面的原因:一是笔者对被害人权利保护运动的关注和对主流刑事司法在预防犯罪和改造犯罪人方面的失败这一重大现实问题的思考。20 世纪以降,伴随着犯罪率不断上升、被害人权利遭到忽视和人类正义观念的长期受挫,人们开始不断反思传统刑事司法制度的弊端,恢复性司法由此得以产生。^[2]正如叶青教授所言,恢复性司法的兴起源于 20 世纪 70 年代西方世界普遍存在的“司法危机”;二是近些年来,恢复性

[1] Susan L. Smith-Cunnien, “Restorative Justice in the Criminal Justice Curriculum”, *Journal of Criminal Justice Education*, Vol. 12, No. 2, Fall 2001, p. 385.

[2] 吴丹红:“实现正义的另一种进路:恢复性司法初探”,载王平:《恢复性司法论坛》,群众出版社 2005 年版,第 31 页。

司法在我国已经成为了学界和实务界研究的热点,^[1]但研究热潮的后面却是对恢复性司法相关理论认识上的极度不一致。很多刑事法学者和司法实务工作者出于对我国刑事司法制度存在诸多弊端的忧虑,强烈呼吁引进恢复性司法。由于恢复性司法理论的博大精深和域外生成、该理论在我国缺乏相关实证层面的支持以及研究人员普遍存在着急功近利的心态,我国对该理论研究表面上的“热度”实质上掩盖不了这种研究的“贫乏”,研究者对恢复性司法的认识大多停留在表面,或失之肤浅,或失之片面。因此,在引入恢复性司法的态度上,大部分国人持二元对立的观点,要么赞成,要么反对。当然,赞成者居多,但设想过于理想,与我国现实国情不符,亦很难在我国推行;反对者人单势薄,虽在一定程度上考虑了现实国情,但所持观点过于保守和极端,似乎将恢复性司法看成是与我国现实国情

[1] 这种热度从三个方面可以得知:①公开发表的文章。从“中国期刊全文数据库”上搜索,从2002年到2007年的短短5年时间内,以“恢复性司法”为题的文章已经发表出来的就有105篇;以“恢复性司法”为题的硕士论文有23篇;以“恢复性司法”为题的博士论文则比较少,只有1篇。必须说明的是,这些文章不包括:网络上的文章(据有人统计,达几百篇之多);有些杂志因为没有加入期刊网,发表在其上面的文章(包括硕士、博士论文)无法统计。http://dlib.edu.cnki.net/kns50/single_index.aspx。最后访问日期:2007年10月25日。②举行的会议。南京大学犯罪与控制研究所于2004年召开了“恢复性司法国际学术研讨会”;2006年6月8日,检察日报社和北京市平谷区检察院以“恢复性司法与检察职能”为主题共同举办了第四届检察长论坛;2006年6月10日、11日,中国犯罪学研究会、中国法学会犯罪学研究会第十五届学术研讨会暨中日“犯罪防治与和谐社会构建”学术研讨会召开,会上就构建和谐社会与恢复性司法也做了介绍和讨论;2006年7月21日、22日,中国人民大学刑事法律科学研究中心和北京市检察官协会共同举办了以“和谐社会构建中的刑事和解探讨:和谐社会语境下的刑事和解”为主题的全国学术研讨会;最近的一次是2007年4月21~22日,在山东大学召开的“恢复性司法理论国际学术研讨会”,来自全国有关高校、科研机构和实务部门及日本的专家学者共40余人出席了本次研讨会。③成立的研究机构。中国政法大学于2004年6月成立了恢复性司法研究中心。

格格不入的空中楼阁。^{〔1〕}

笔者认为,造成上述情况的主要原因是我们对恢复性司法的理解过于单一化和世俗化,主要表现为将恢复性司法完全等同为一种新型刑事司法模式。其实,恢复性司法不仅仅是一种制度、一种模式,更是一种理念,而并非只是技术层面的问题,其实施、运行有着系统的理论支持与观念基础。换言之,恢复性司法要有效运作就必须具备理念基础,否则就好像植物缺少土壤一样,成为无本之根,不仅不能成功,甚至会产生负面影响。陈晓明教授认为,修复性司法(恢复性司法——笔者注)制度的确立和推行是一项复杂的系统工程,制度的建立需要以观念的更新为前提和先导,以一定的理念为基础。修复性司法作为一种现代刑事司法改革思潮,体现着公平、民主、效益等时代精神。推广修复性司法理念,必将对我国引入修复性刑事司法制度和更好地保障刑事被害人权益、改革和完善刑事司法起到重要的推动作用。^{〔2〕}

在西方,对恢复性司法的理解有广狭义之分,大多数恢复性司法倡导者持狭义观点,即认为恢复性司法主要是一种用以促进处理犯罪、轻罪或者校园欺凌的新型方式,如20世纪70年代开始从北美和澳大利亚等地发展起来的恢复性司法实践;而另一些恢复性司法的主要倡导者,比如 Dennis Sullivan 和 Larry

〔1〕 从笔者目前所掌握的文献看,我国刑事法学界和实务界除了部分人员对恢复性司法引入我国保持所谓客观中立,即利弊均有的立场以外,大部分人均对恢复性司法引入我国持一种欢迎的态度,只有为数很少的人持一种反对态度,如邹积超在“论‘恢复性司法’应该缓行”一文中(载《华东政法学院学报》2004年第6期)以及李震在“恢复性司法应当缓行”一文中(载《法学论坛》2007年第4期)明确地表达了一种对我国引入恢复性司法的忧虑之情。

〔2〕 陈晓明:《修复性司法的理论与实践》,法律出版社2006年版,第5~6页。

Tift 则持广义观点,他们认为恢复性司法是一种培育人的尊严、相互尊重和促进共同富裕的社会交往模式;又如约翰·布雷斯特认为,恢复性司法不仅仅是革新刑事司法制度的一种方式,而且是革新整个司法制度、家庭生活、工作行为和政治实践的一种方式。^[1]无论是广义还是狭义,恢复性司法都是从两个层面,即制度的层面和理念的层面展开的,尤其对于广义上的恢复性司法而言,主要体现为一种理念。正因为如此,西方国家才能在短短的几十年里,将恢复性司法发展为许多种有益于防治犯罪的模式,而且这些模式远未定型并处于不断发展变化之中。恢复性司法在西方实行以来,已有上千起成功的案例,其对于罪犯的再社会化和降低再犯率有着较为明显的效果。

如果将恢复性司法主要理解为一种理念,那么对其能否引入我国这样一个问题就会少很多争议,我们在实践操作过程中也会少许多困惑。比如,恢复性司法所追求的恢复与平衡的目标是否就只能通过恢复性司法程序来实现呢?恢复性司法程序是否就只能是目前存在的调解、协商等手段呢?笔者认为未必。其实从宏观的角度,我们可以将恢复性司法理念部分地融入现行刑事政策以及刑事立法和司法实践当中,尽可能追求恢复性正义的实现。另外,从微观的角度,可以在现行刑事司法领域内划定适当的范围,作为恢复性司法践行的空间,用以补充传统刑事司法的不足,这样就可以更全面地实现恢复性司法的目标。理念属于观念层面,因此我们在进行刑事法改革的过程中,可以在恢复性司法基本理念指导下,结合我国国情,完善现行刑事法律制度,甚至创造出一种独特的刑事司法模式,这种模式既可以称之为“恢复性司法”,也可以是其他名称。其实名称

[1] Howard Zehr and Barb Toews, *Critical Issues in Restorative Justice*, New York Criminal Justice Press and UK Willan Publishing, 2004, p. 5.

在此并不重要，重要的是我们创新的这项制度应当建立在正义、民主的基础上，较之传统刑事司法模式能更好地防治犯罪和促进社会和谐。

当今世界正处于人权高扬的时代，本着尊重人与关怀人的终极价值目标立场，在我国构建和谐社会的大背景下，本书的主旨是通过对恢复性司法基本理念以及这种理念所赖以存在的理论基础（如正义观、犯罪观与刑罚观）的探讨，结合其与中国（传统）法律文化之关系以及其在中国是否有赖以存在的社会空间进行分析，试图为我国刑事法治建设，尤其是为我国刑事和解司法实践的完善提供一些粗浅的参考意见。

二、本书的写作思路

恢复性司法既包含了广泛的人类感情，如治愈、宽恕、同情、和解和适当地惩罚等，同时又包含了众多的价值，如尊重、包容、民主、责任、恢复、安全、康复和重整等，其中最核心的价值是尊重与恢复，而尊重与恢复又与正义的理解息息相关。国际恢复性司法研究中心主任丹尼尔·W·凡奈思（D. Van Ness）认为，恢复性司法是价值的反映，而不局限于某些特定的过程要素，也就是说恢复性司法可能全部或部分地反映这些价值。恢复性司法理念是价值的上位概念，是价值的一种概括与浓缩。从这个意义上我们可以说，凡奈思实质上认为恢复性司法表现为一种理念。笔者以为，恢复性司法基本理念绝不是单一的，而是包含了多方面的内容，主要表现为四个方面：①以恢复为核心目标；②鼓励和解与调解；③被害人为导向；④社区司法化。要深入探讨恢复性司法基本理念，对其赖以存在的理论基础即正义观、犯罪观以及刑罚观的探讨就不可忽视，质言之，正义观、犯罪观以及刑罚观是恢复性司法基本理念的

核心理论基础。鉴于恢复性司法基本理念与传统刑事司法理念有着很大的不同，因此以恢复性司法基本理念为主轴，在与传统刑事司法理念进行对比的基础上对正义观、犯罪观以及刑罚观展开探讨，就显得格外重要。

探讨恢复性司法的基本理念，最终目的是要为我国刑事法治建设服务。由于社会转型和体制转轨，我国犯罪率一直居高不下。造成这种现状的原因虽然多种多样，但笔者认为，社会关系不和谐是其中一个重要原因，而犯罪又进一步恶化了不和谐的社会关系，因此，修复被犯罪破坏了的的社会关系并使之达至一种和谐的状态尤为重要。而要修复这种关系，就必须要在修复过程当中自始至终贯彻恢复性司法基本理念。当然，有效预防犯罪不是恢复性司法的价值目标而只是其在践行过程中的一种必然结果或曰副产品，尽管这种结果很重要。鉴于上述目标，文章在第五章探讨了恢复性司法基本理念视角下我国刑事法观念有可能发生变革的诸多问题，尤其是针对我国刑事和解在实践当中存在的一些问题，本书第六章从恢复性正义理论的视角对刑事和解的完善提出了自己的意见。

根据上述分析，本书的研究思路就是：首先根据西方对恢复性司法的理论界学说与实践探讨，结合我国学者的见解，对恢复性司法的基本理念进行界定；接着对恢复性司法赖以存在的理论基础，在和传统刑事司法相关理论进行对比的基础上，以三章内容依次对正义观、犯罪观和刑罚观进行阐述；最后以恢复性司法基本理念为视角，从刑事政策观、刑事立法观和刑事司法观三个方面对我国刑事法观念可能的变化进行探讨，从而对完善我国的刑事法治建设（包括刑事司法改革）提供必要的观念基础和有益思路。鉴于刑事和解在我国实践的重要性，本书最后一章从恢复性正义理论的视角对刑事和解在我国实践

中存在的问题及其完善提出了一些初步的看法。

三、本书的研究方法

1. 文献探讨法。对有关学者的专著论著、研究报告、期刊论文及报纸专论等相关资料进行整理归纳分析,深入探询恢复性司法蕴含的理念与理念存在的哲学基础。

2. 逻辑推理法。恢复性司法基本理念蕴含着深厚的人文哲理与社会哲理,通过对人文与社会哲理的逻辑思辨可以给本选题的研究提供一个独特的视角。

3. 比较法。对恢复性司法相关理论进行探讨,必须要探询其与传统刑事司法之间的关系;再者,恢复性司法产生于西方,有着大量的成功案例,加上中国的市场经济与现代法治背景与西方有着极大的相似性,因此,运用比较的方法进行研究定能对本论题的深入展开提供背景支持。

四、关键术语的界定

(一) 被害人 (Victim)

被害人,亦称被害者、受害者,为加害人(或曰加害者)的对称,其词源为拉丁文 *Victima*,最初含义是指宗教仪式上的祭祀品,后来引申为遭受侵害或不利后果的承受者。^[1]对于被害人的含义,有不同的理解,有的是从刑事法的角度,有的则是从犯罪学或社会学角度提出。^[2]本书的被害人是从刑事法角度提出的,因此称之为刑事被害人,简言之,就是指财产、身

[1] 许永强:《刑事法治视野中的刑事被害人》,中国检察出版社2003年版,第6页。

[2] 对于“被害人”概念的详细探讨,可参见杨正万:《刑事被害人问题研究》,中国人民公安大学出版社2002年版,引言第2~15页。

体、心理和精神等方面受到犯罪侵害的人。恢复性司法把被害人分为主要被害人（primary victim）和次要被害人（secondary victim）两个层次，前者是指受犯罪最直接影响的人，后者则是指他们的家庭成员、朋友、目击者、刑事司法官员、社区等。^{〔1〕}本书中使用的被害人是指主要被害人（primary victim），或称狭义的被害人。恢复性司法视域下的被害人仅仅指自然人，而不包括法人。

（二）加害人（Offender）

从不同的学科领域，对于加害人有着不同的理解。本书的加害人实际上是触犯了刑法并应定罪处罚的人，因此本书论域下的加害人也可称之为犯罪人，是指任何对他人造成物质、身体、心理等各方面损害，同时对社区和被害人的亲友造成负面影响的个人。加害人与犯罪人既有区别，也有一定的联系。区别主要表现在适用范围的不同：犯罪人只适用于刑事领域，而加害人既可适用于刑事领域，也可适用于民事领域，如民事侵权人也可被称之为加害人。联系主要表现为：在刑事司法领域，两者可以互换，只是犯罪人是一个带有价值取向的称谓，而加害人的称谓具有中性化的色彩。在恢复性司法中，被害人与加害人之间关系的恢复是核心理念，采加害人的说法，主要是避免使用“犯罪人”这种“标签化”的称谓，体现加害人与被害人的平等，以利于对加害人本身的修复。在本书中，有时可能还会涉及到“犯罪人”的称谓，这里的“犯罪人”实质上是指加害人。

（三）社区（Community）

对社区，学术界有不同的理解。有的认为社区是一个象征

〔1〕 参见陈晓明：《修复性司法的理论与实践》，法律出版社2006年版，第8页。

性概念，代表了一种集体的态度，也就是所谓的“社区意识”；有的说社区是一道防护网，是防止外来者入侵的屏障；有的说社区是一个具有共同兴趣的同质邻居的集合体；有的说社区是用来进行社会控制的一种资源；还有的说社区是个地理概念，是人们分享的空间。^{〔1〕}“社区”一词有着极为灵活的边界，根据所处的语境，其意义既可以扩展也可以收缩。^{〔2〕}保罗·麦科德（Paul McCold）将社区区分为微观社区（micro-community）与宏观社区（macro-community）。微观社区就是我们个人所关心的社区，由家庭成员、朋友以及其他与我们有着有意义的个人关系的人们组成。如果有机会，这些人非常愿意与我们分享观点和爱心，并且他们的意见极有可能影响我们的感情和行为。当我们在生活中面临问题并需要做出困难的选择时，他们会将其私人的，无论是精神还是物质的照顾提供给我们。这种社区的每一个人的行为会直接影响到其他任何一个成员。微观社区是一个友谊之网，其存在并不依赖于地理空间。宏观社区恰恰相反，它是一个不被定义为个人友谊，而是意味着建立在地理空间或成员基础上的群体。例如，在宏观社区中，某人遭到犯罪的侵害，这种犯罪就会对邻居、城市、国家、教会、俱乐部以及这个社区的职业团体的影响有着极大的差异。除了那些有可能成为被害人或加害人的微观社区中的一分子的人以外，大多数宏观社区的成员对于特定的犯罪可能很少甚至没有任何有意义的情感上的联系。^{〔3〕}

〔1〕 参见陈晓明：《修复性司法的理论与实践》，法律出版社2006年版，第8页。

〔2〕 Howard Zehr and Barb Toews, *Critical Issues in Restorative Justice*, New York criminal justice press and UK Willan Publishing, 2004, p. 155.

〔3〕 Howard Zehr and Barb Toews, *Critical Issues in Restorative Justice*, New York criminal justice press and UK Willan Publishing, 2004, p. 156.

笔者以为，在恢复性司法视域内，对社区的理解，如果套用保罗·麦科德的说法，应该是微观社区与宏观社区的一种有机结合。具体而言，社区应该具备社会生活共同体和地域性两个基本含义，即社区是指由一定数量居民组成的、具有内在互动关系与文化维系力的、地域性的生活共同体。简单地说，社区就是一种地域性社会。具体地说，社区是在一定的地域范围内发生的各种社会关系与社会活动，具有特定的生活方式，是由特定的具有成员归属感的人群组成的一个社会实体。社区一般包括如下基本要素：①人口要素；②一定的地域空间；③相对完备的生产和生活服务设施；④关联的社会生活；⑤一定的管理机构；⑥独具特色的社区文化；⑦特定的社区意识。^{〔1〕}

〔1〕 参见廖斌、何显兵：《社区建设与犯罪防控》，人民法院出版社2003年版，第3~6页。

第一章

恢复性司法基本理念的界定

第一节 恢复性司法概述

近一、二十年来，西方国家兴起了一场新的刑事司法改革运动，这一运动目前仍方兴未艾，并深刻地影响着西方国家的刑事司法走向和犯罪预防模式。这场运动就是恢复性司法运动。^{〔1〕}恢复性司法的起源，可以追溯到前殖民时期，乃至更远。在北美和新西兰的土著居民中，他们解决争端的方法在很大程度上反映了恢复性司法的过程。在非洲的许多国家中，随着殖民地时代的结束，他们把传统处理纠纷的方式和现代司法形式结合起来。

恢复性司法的实施始于20世纪70年代的加拿大。^{〔2〕}“到20世纪90年代，恢复性司法已在西欧国家、北美的美国和加拿

〔1〕 王平主编：《恢复性司法论坛》，群众出版社2005年版，卷首语第1页。

〔2〕 1974年加拿大安大略省陈纳市（kitchener）的两个年轻人实施了一系列的犯罪行为，侵犯了22名被害人的财产，在当地缓刑机关和宗教组织的共同努力下，这两名犯罪人与被害人逐个会见，从被害人的陈述中他们认识到自己行为给受害人造成的损害和痛苦，从而不但承认了被指控的罪行，而且半年后交清了全部赔偿金以补偿被害人的损失。这种被害人—犯罪人的和解程序被视为恢复性司法的起源。参见狄小华、李志刚编著：《刑事司法前沿问题：恢复性司法研究》，群众出版社2005年版，第10页。

大、拉美的巴西、智利、阿根廷，亚洲的新加坡，大洋洲的澳大利亚和新西兰等数十个国家得到不同程度的发展和应用。……在一些地方，恢复性司法已经进入刑事司法的主流，被有的学者奉为‘现行刑事司法的全功能替代模式和认识犯罪的新镜头’。”^{〔1〕}由于恢复性司法既有成功方案示范，又有国际组织推波助澜，先是1999年7月28日，联合国经济社会理事会在《制定和实施刑事司法调解和恢复性司法措施》和第1999/26号决议中就提议预防犯罪和刑事司法委员会考虑是否应制定联合国在调解和恢复性司法领域的标准。接着在2000年4月主题是“犯罪与司法：二十一世纪所面临的挑战”的第十届预防犯罪和罪犯待遇大会倡导推行恢复性司法，^{〔2〕}最后是2002年4月联合国预防犯罪和刑事司法委员会第十一次会议通过《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》^{〔3〕}，因而它在全球范围发展得非常快。

〔1〕 张建新：“恢复性司法：刑事司法新理念”，载《人民检察》2005年第2期。

〔2〕 大会通过的《关于犯罪与司法：迎接二十一世纪挑战的维也纳宣言》第28条宣告：“我们鼓励制定各种尊重被害人、犯罪者、社区以及其他各当事方的权利、需要和利益的恢复性司法政策、程序和方案。”参见刘东根：“恢复性司法及其对我国刑事司法实践的借鉴”，载王平主编：《恢复性司法论坛》，群众出版社2005年版，第173页。

〔3〕 该《基本原则》指出：其一，它通过使受害人、罪犯和社区复原而尊重每个人的尊严与平等，建立理解并促进社会和谐；其二，它是对付不断发展变化的犯罪的一种对策；其三，它为受害人提供了获得补偿、增强安全感和寻求将事情了结的机会，使罪犯能够深刻认识其行为的原因和影响并切实承担责任，同时使社区能够理解犯罪的根本原因，促进社区福利并预防犯罪；其四，它可以促使采取适应现有的刑事司法制度并与这些制度相互补充的一系列措施；其五，它并不妨碍国家起诉被指控犯罪的人的权力。参见鲁兰：“修复性司法理念与模式：中、日修复性司法实践模式比较”，载王平主编：《恢复性司法论坛》，群众出版社2005年版，第62页。