

# 社会治安管理全书

## 城市治安管理 (三)

卢炳瑞 主编

中国言实出版社

图书在版编目(CIP)数据

社会治安管理全书/卢炳瑞主编.

—北京:中国言实出版社, 2004.9

ISBN 7-80128-316-X

I. 社...

II. 卢...

III. 治安管理—法规—基本知识

IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 103276 号

中国言实出版社出版发行

(北京市西城区府右街 2 号 邮政编码 100017)

中铁十六局印刷厂

787×1092 32 开 168 印张

2004 年 9 月第 1 版 2004 年 9 月第 1 次印刷

印数: 1~1 000 册

定价: 432.00 元(本卷 16.00 元)

# 目 录

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| ◎实现正义的另一种范式.....         | 1   |
| ◎通过村民自治的国家治理.....        | 28  |
| ◎关于农民工问题的几点基本看法 .....    | 57  |
| ◎二元社会保障结构的问题与整合趋势 .....  | 90  |
| ◎当代中国户籍制度形成与沿革的宏观分析..... | 104 |
| ◎转型时期中国劳动关系研究.....       | 127 |

## ◎实现正义的另一种范式

在传统的刑事司法观念中，犯罪被视为是“孤立的个人反对统治阶级的斗争”；作为这种社会关系的保护者，国家通过刑事司法程序对犯罪分子定罪、处刑，从而使正义得到伸张。但是，在强大的国家代表的后面，被害人常常悲哀地发现自己被置于了一个“遗忘的角落”；他们的诉求没有人关心，他们与被告人的冲突不但没有消弭，反而愈加紧张，“第二次受害”的阴影挥之不去。在刑事司法过程中如何更好地保护被害人，如何更加有效地使犯罪分子改过自新，成为各国司法面临的一个现实问题。英美国家盛行的恢复性司法(Restorative Justice)，对解决上述问题进行了创造性的尝试，给我们提供了一个独特的视角。

### 一、理念与缘起：刑事司法观念的变迁

广义上的纠纷之解决，存在于有冲突的任何社会。在原始社会，人类处于蒙昧状态，个人以自己的力量抗争大自然的考验和来自他人的威胁。如果一个人突然遭受了他人的攻击，他只能通过武力反击，将侵害者打败，然后以自己的方法处罚对方。由于双方的实力取决于格斗的输赢，“胜者为王，败者为寇”，受侵害者可以直接处罚侵害者，处罚的方式往往是野蛮

的、残酷的。为了生存，人们渐渐组成一定的部落，于是个人与个人的冲突演化成个人与群体、群体与群体之间的纠纷。当部落里的某个成员遭到他人的攻击时，整个部落都会认为自己受害，于是会向侵害者所在的另一个部落寻仇，甚至以毁灭另一个部落为目标。“在未开化的民族，复仇永不止息”。假如被告人打断了被害人的胳膊，他就会被砍掉手臂，如果被告人致死了被害人，他必须付出自己的生命，而不论他是否因为过失。圣经上的“以眼还眼，以牙还牙”，正是典型的“同态复仇”观的最好写照。由于部落是以血缘为关系的结盟，这种解决冲突的方式被后人称为“血亲复仇”（也有称为“血仇斗争”）。在没有法律的社会形态下，如果将惩罚侵害者作为实现正义的基本表征，那么，这种以个人意志为基础的报复观念就是一种原始正义。

随着社会的发展，在私有制和阶级产生后，国家与法的出现成为人类文明的一个界标。在法律状态下，“犯罪”的观念开始产生，作为“孤立的个人反对统治阶级的斗争”，侵害者不仅是被害人的敌人，也是国家的敌人。国家为保护正常的社会关系，必须介入公民之间的某些纷争，通过刑事司法程序对犯罪分子定罪、处刑，从而使正义得到伸张。在严酷的国

家机器下，惩罚被告人的行为开始具有了制度性的意义。国家以暴力对付暴力，在肉体上消灭既存犯罪分子的危险性，同时给潜在的企图破坏社会秩序和统治阶级利益的人以震慑。在“国家—被告人”的图景下，强大的国家机器施行的惩罚代替了个人报复，宣告了原始社会绵延不绝的部落仇杀的休止，这在人类刑罚史上是一次重大进步。但是早期处刑的方法严酷性，却丝毫没有改变原始的复仇观念。撇开奴隶社会刑事惩罚的残忍，抛开中世纪宗教裁判所的黑暗，甚至在十八世纪，我们还能在福柯的《规训与惩罚》里，看到这样一副血腥的场景：对肉体的酷刑和肢解、在面部和臂部打上象征性烙印、示众和暴尸……所有这一切，都是将肉体作为刑罚主要对象。如果说这个阶段实现社会正义的基本方式就是通过国家报复犯罪者的话，那么这种正义观就是一种报应正义。在报应正义的框架下，犯罪被视为破坏国家利益的行为，国家代表个人实行有组织的报复，它强调国家以暴力对付犯罪。

现代司法观念认为，实现报复不是司法的唯一目的。司法正义还是一种矫正正义，即一个社会成员或一方当事人违反法律规范时，通过司法机关实行强制惩罚或对过失方作出赔偿、剥夺不当得利，从而使违

法的正义得到纠正，使社会关系得到恢复。恢复性司法的产生源于刑罚功能的变迁和被害人保护运动的兴起。一方面，随着社会的文明程度越来越高，刑罚逐渐从严酷走向缓和。自“血亲复仇”时代开始，无论在西方还是东方，对犯罪者肉体施加刑罚是最基本的惩罚方式，肉刑因为其残酷性而被统治者视为一种有效的威吓手段。到了近代，随着文明观念的传播，大多数国家废除了非人道的肉刑，死刑也被限定在较小的范围，自由刑取代肉刑成为刑罚体系的最主要部分。但是，自由刑并不是完美无缺的，特别是在混合监禁的情况下，可能产生交叉感染、孳生犯罪，而且自由刑带来的刑罚执行成本也是一个经济压力。于是，从本世纪开始，许多国家对传统的刑罚结构进行了调整，开始把非监禁刑罚和财产刑作为自由刑的补充，并探索新的替代措施。可以说，行刑制度正在发生着重大的变化，刑罚的“科学时代”已经到来。在科学时代，行刑已不仅仅是惩罚犯罪人而且应该是改造犯罪人的手段。在许多国家，监狱的结构转向开放式，行刑开始注重对犯罪人的品德教育，通过劳动改造使人重返社会。刑罚的报应功能逐步让位于矫正功能。另一方面，恢复性司法的萌生，源于对传统报应性司法中被害人处境的反思。在传统的刑事司法中，

国家惩罚就是实现正义的唯一选择，“被害人—加害者”的个人关系被搁置一旁，被害人在诉讼中的作用被弱化，双方谋求和平解决纠纷的企图被对抗性司法所取代。这样做的后果往往使被害人和加害者的关系进一步恶化，被害人不但没有受到应有的抚慰甚至再次受害。在人权保障的视野下，这种追究犯罪的范式受到质疑，被害人权益保障日益受到国际社会的关注。怎样才能更好地保护被害人的权益？研究表明，一般公众，特别是犯罪被害人，远不像人们想象的那么具有报复性，许多被害人非常支持旨在促成双方沟通的调解。恢复性司法范式不再将犯罪片面地看作是对国家利益的侵犯，而是将之界定为个人对个人的侵害。诚然，对于侵害者施加严厉的惩罚可以使其对过去的过错承担责任，但是对于双方关系的前景未必是好事。在许多犯罪中，加害者和被害人都是熟人，犯罪行为打破了特定的社会关系，被害人可能并不想单纯地对加害者进行报复，而是需要面对面地理解纠纷产生的原因，得到加害者的忏悔与弥补；加害者也有必要了解自己的罪行对他人造成的伤害，通过一定的补偿求得被害人的谅解。作为一种新的纠纷解决范式，恢复性司法强调治疗因犯罪行为引起的被害人、被告人和社区创伤，恢复原有的和谐的社会关系和秩

序。它的基本方法是，将一项具体犯罪中有利害关系的所有各方聚在一起，共同决定如何消除这项犯罪的后果及其对未来的影响。与传统的审判程序相比，这一范式增强了被害人在解决纠纷中的主动权和决定权，同时也兼顾了被告人的利益保障，对于减少罪犯和预防犯罪大有裨益。恢复性司法的产生，给刑事司法活动注入了一股清风。

## 二、萌生与盛行：恢复性司法在国外

恢复性司法作为一项刑事司法革新运动，发端于二十世纪六七十年代的北美，最早的努力可以溯源于六十年代少年司法系统内被害人和加害者调解程序。1974年，在加拿大安大略省的基切纳市(Kitchener)建立了第一个被害人与加害者和解计划(Victim-Offender Reconciliation Program, 简称 VORP)；1978年，在美国印第安那州的厄克哈特(Elkhart)也建立了加害者和解计划，现在，美国已有数百个被害人与加害者和解计划。美国的被害人与加害者和解计划有四种组织形式：一是与教会相关的调解组织，如美国第一个被害人与加害者和解计划就是由“门诺派教徒中心委员会”和“囚犯与社区联合会”共同组建的，现在一些被害人与加害人调解计划还是由各种教会赞助。二是以社区共同体为核心的私人非盈利机构，

“囚犯与社区联合会”就是一个这样的机构。在最初的时候，“囚犯与社区联合会”只为犯罪人服务，后来扩展到为被害人服务。三是一些以缓刑为主的机构，这些机构通常在执行缓刑工作的基础上聘请工作人员专司调解；四是纠纷和解中心，它是在原来的社区纠纷和解中心(主要处理邻里纠纷)的基础上发展起来的。上述四种组织各有利弊，在恢复性司法的发展中起着举足轻重的作用。美国本来是一个极端崇尚刑罚的国家，在世界上有最高的人均监禁率，但是，在恢复性司法进入刑事程序后，人们的观念发生了相当大的变化，许多参与司法过程的公民感觉到一种契合社会的公平感和人文关怀。

英国的恢复性司法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刑法所保护的社会关系的一种侵犯，更重要的是造成了对被害人安全的威胁。犯罪行为入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、教育和治理犯罪行为人来挽救他们。在传统的刑事司法中，警察只要收集证据，查清事实，然后就可以对犯罪者进行惩罚，犯罪少年的其他背景材料并不是他们所关心的问题，这样处理的效果并不好，现在，

青少年的犯罪原因的调查和对犯罪危害的自我认识被提到一个很高的地位，各种社会力量都可以参与进来，形成了教育、改造青少年的合力。恢复性司法的必要性在于使犯罪者为自己的行为感到羞愧，以各种方式促进他们重返社会。具体的做法是，警察在发现犯罪人实施犯罪后，首先要进行面谈，面谈后不是直接送交法庭，而是带他们去作案的现场，如果是盗窃商店，就去商店与商店的老板面谈，使他们意识到自己行为的危害性，促使他们反省，同时使也容易取得被害人的谅解。如果所涉的犯罪需要进一步协商补偿方案，警方可以召集一个“恢复性会议”，邀请犯罪者、被害人以及他们各自的支持者参加。犯罪者和被害人(如果适宜的话，还有其亲友)陈述己方事实。询问他们认为造成了什么伤害(或者，被害人方面和犯罪者家庭方面，受到了什么伤害)。这样做的最明显的效果是减少了犯罪率。牛津郡采取恢复性司法的政策后，零售商店的被盗率是4%，而别的地区的零售商店被盗率一般高达35%。《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到了青少年司法系统内。根据《1999年青少年司法和刑事证据法》的新的“移送令”，要求将第一次被起诉(作了有罪答辩)的青少年在法庭

之外移送给青少年犯罪者帮助小组(由受过培训的志愿者组成), 他们的职责在于通过商定的恢复性和修复性工作计划来协助青年人改过自新。这一做法能避免犯罪者被烙上耻辱的痕迹。如果这一商定的“契约”履行了, 判决就显得“多余”了。目前, 对修复性司法的兴趣正日益增长, 席卷全英联邦。最近, 著名的奥德考察报告(AuldReview)称赞了这项确保统一、合理和有效地运用恢复性司法技巧的全国性计划的实施和发展。可以说, 恢复性司法已经进入了英国刑事司法的主流。

恢复性司法的理念相继为新西兰、澳大利亚、爱尔兰、新加坡、南非等国家所接受, 并产生了多种实践模式。在北美和欧洲盛行二十余年的被害人—加害者调解(Victim—OffenderMediation)模式可能是最为广泛的, 它表现为“被害人与加害者和解计划”(见前文)或“被害人与加害者对话计划”(victim—offenderdialogprograms), 旨在给被害人和加害者提供一个可靠的交流机会, 让加害者明白其犯罪行为对被害人造成的影响, 并能在达成一个相互承认的协议, 使加害者对自己的行为负责。社区修复会议(CommunityReparativeBoards)主要针对青少年犯罪案件, 旨在减少对正式司法程序的依赖性, 为被害人

和社区成员提供一个“富有建设性地面对犯罪者”的机会，使行为人直接对被害人和社区的伤害承担责任。还有一种发源于新西兰的家庭小组会议(FamilyGroupConferencing)，一般是召集少年犯和其家人与受害者和其家人一道参加一个相对非正式的会议，讨论有关被害人弥补和改造犯罪者计划(必要时，犯罪者的家庭应协助犯罪者支付赔偿金)。最后一种模式叫做团体处刑会议(CircleSentencing)，这个团体(circle)涵盖了被害人和犯罪者、家庭成员和朋友、警察、律师、法官和社会工作者，以及相关的社区居民，由他们共同决定治愈创伤的步骤和预防将来再犯罪的方案，然后形成一个综合各方面意见的处罚协议。

尽管在美国和英国恢复性司法有着诸多模式，但是大多数恢复性司法的倡导者都同意以下一些核心价值：互相尊敬；各方都有权参与处理过程(除了促成者)；促成者的中立性；可说明性；互相同意的，无强迫的参与和作出决定；以及包含所有相关人员的有意义的对话。特别是，大多数人都赞同，把受害人包括在内具有极其重要的价值。

### 三、潜力与危险：恢复性司法的总体评价

恢复性司法是应对犯罪的一种新范式，它立足于

传统的社区价值和最有效的制裁性实践——包括“被害人—被告人”调解、多种社区决策和协商程序(例如赔偿委员会、家庭团体协商会等等),恢复性社区服务、返还、被害人与社区影响陈述和被害人意愿小组等形式,鼓励被害人、被告人、社区积极地最大程度地参与司法程序。当被害人和社区成员把犯罪理解为伤害、把司法理解为修复或治疗的时候,当被害人与社区成员积极参与的重要性被强调的时候,基本的社区需求以另一种方式被理解和实现。

恢复性司法所带来的效果是显而易见的。原先,当犯罪行为发生的时候,大多数司法职业者首先关心的是如下三个问题:

(1)谁干的?

(2)违反了什么法律?

(3)应当采取什么措施来惩罚或对待被告人?尽管定罪、违法和适当干预对检察官而言很重要,但这些问题仅仅引起基于处置和惩罚的有限干预,不能适应社区、被害人、被告人和家庭的复杂的需求。透过恢复性司法的多楞镜,犯罪被置于更为广阔的视野中,而不是仅仅从定罪和惩罚被告人方面考虑。

在恢复性司法中,有三个不同的问题首先要强调:

(1)犯罪引起的伤害性质是什么?

(2)应该怎样做才能弥补伤害?

(3)谁来弥补这种伤害?

要解决上述问题，最好的方法是在修复过程中引入犯罪被害人、社区和被告人，让他们都来参与。谁来负责修复？——这个问题不是关注过去，而是着眼未来，并且设立了一个完全不同的应对犯罪的义务机制。犯罪者不再是简单的惩罚对象，而首先是负责由他引起的犯罪行为的损害后果。

另一方面，法庭和司法制度将通过支持、推进和加强修复协议，以确保被告人能履行义务，为自己的造成的损害和痛苦向被害人和被害社区补偿。但是，最重要的是，犯罪被害人和社区将在解决责任、监督和支持义务的履行方面发挥重要的作用。如果犯罪被害人和社区完全积极的参与了应对犯罪，司法职业者必须以不同的方式考虑这些利害关系人。要推进这项新的议程，理解犯罪被害人的潜在作用是很重要的，他们是犯罪的重要的利害关系人。基于此，有学者认为司法职业者的角色和传统的司法制度有待革新。笔者认为，恢复性司法的主要功能在于：

第一，保护被害人权益。在传统的刑事司法中，一旦发生犯罪，国家就代表被害人介入案件的侦查、起诉和审判，被害人在诉讼中往往处于被动的地位，

甚至不能享有被告人那样的保护。而对被告人的刑事惩罚也这种状况在恢复性司法中有了根本的转变。恢复性司法给于被害人一个与被告人直接对话的机会，被害人可以当面告诉被告人犯罪行为对他们造成的影响，被告人的道歉和与补偿将使被害人的心理受到很大的慰藉，这种交流有助于减轻被害人的焦虑与仇恨。

第二，有利于矫正犯罪。在大多数青少年犯罪案件中，被告人的犯罪行为是受到不良的外界影响而发生的，行为人本身可能没有意识到后果和危害，所以其主观过错并不大。犯罪行为发生后，被告人内心经历着激烈的冲突，严厉的惩罚可能会激起他的敌对社会的情绪，而适当的引导和教育则会令其产生负疚与悔过的心理，为将来融入社会奠定基础。恢复性司法着眼于犯罪人的教育和改造，调动包括被害人在内的社会各方面的力量，促使被告人在社会的感召下改恶从善。

第三，修复被破坏的社区关系。恢复性司法强调一个基本的事实：犯罪损害了他人、社会和人與人之间的关系。如果犯罪造成了损害，司法程序就应当强调修复这种损害。在传统的刑事司法中，惩罚犯罪是国家的事情，被害人和社区被抛诸一边，被犯罪破坏

的社区关系不但不能弥补，而且有可能在被告人出狱后进一步恶化，被告人与社区关系的紧张状态将加剧再次犯罪的可能性。恢复性司法鼓励被害人和社区成员都积极地最大程度地参与司法程序，一方面使被告人减轻对社会的抵抗情绪，另一方面也能在互相谅解的基础上促进被告人与社区的融合。

第四，多元化地解决纠纷，进行司法分流。犯罪案件原则上都要经过审判程序，只有司法权才能对犯罪行为施加惩罚，但如果事无巨细都要由法院最后解决，司法程序将为过多的琐碎案件所累，所以司法权允许某些刑事案件的处理绕开正式法庭程序而用其他替代性方法，这就是所谓的“分流”(diversion)——在刑事诉讼之外的支流——主要是处理轻微案件。恢复性司法就是上述分流手段中极为重要的一项。它在审判之外以协商的方式很好地化解了纠纷。

第五，可以节约办案经费。恢复性司法不主张监狱行刑，作为一个减少在押人数的手段，在经济上具有吸引力。例如，前面提到的牛津郡警察局自 1993 年引进恢复性司法后，1994 年就收到明显成效，其中之一便是：当年 1600 万英镑的警察局费用，真正花在犯罪人身上的不到 1%，花在被害人身上的也不到 1%。可见采取恢复性司法后大大减少了费用。此外，