



# On Restorative Justice

The Road to  
Restorative Justice in China

---

## 恢复性司法研究

中国的恢复性司法之路

---

刘晓虎 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



# On Restorative Justice

The Road to  
Restorative Justice in China

---

## 恢复性司法研究

中国的恢复性司法之路

---

刘晓虎 著



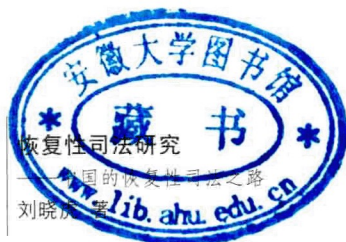
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

恢复性司法研究——中国的恢复性司法之路 / 刘晓虎著.  
—北京:法律出版社,2014.8  
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6389 - 8

I. ①恢… II. ①刘… III. ①刑法—研究—中国  
IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 090897 号



|      |          |
|------|----------|
| 编辑统筹 | 法律应用出版分社 |
| 策划编辑 | 程 岳      |
| 责任编辑 | 程 岳      |
| 装帧设计 | 李 瞻      |

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 固安华明印业有限公司  
责任印制 翟国磊

开本 A5  
印张 10.5  
字数 265 千  
版本 2014 年 8 月第 1 版  
印次 2014 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6389 - 8

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 序

胡云腾

弹指一挥间,那个五年前略带稚气、满怀激情送给我一本《百草园》的小伙子,如今已迈入而立之年。尽管《百草园》是一本未出版的文集,但正是从那本文集中我看出了小伙子的韧劲、执着和学术悟性,于是当他提出要考我的博士生时,我欣然答应了。

这个小伙子就是本书作者刘晓虎。2005年9月,刘晓虎考入中国人民大学法学院。在攻读刑法学博士学位期间,刘晓虎勤奋好学,其阅读面常常跨越哲学、政治学、法哲学、文学等学科,这种广阔的学习视野为其后来科研能力的提高奠定了坚实的基础。三年苦磨,刘晓虎获得了丰厚的回报,据说仅其撰述的学术论文就在百篇以上。

本书是刘晓虎在其博士学位论文的基础上几经修改而成,题目初选于2006年夏季。记得那是在一次师生见面会上,刘晓虎汇报其学术进路时,向我表达了有意研究恢复性司法的想法。当日恰逢联合国预防犯罪和刑事司法委员会通过《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》

4周年,<sup>[1]</sup>考虑到在西方恢复性司法已经有了几十年的研究史,而当时我国还未见诸系统研究恢复性司法的著述成果,在这种国际形势下系统研究恢复性司法无疑起到一种填补空白的作用,所以我当即同意了他的想法,并叮嘱他要精心构思,好好运用法学思维,少说空话,多解决实际问题。2008年临近毕业时,刘晓虎将他的《恢复性司法研究——中国的恢复性司法之路》初稿杀青后交给我批阅。说实话,当时我对那本初稿还是比较满意的,但是为了不让其懈怠下来,我在扉页写下:再下苦工,精益求精。功夫不负有心人,后来刘晓虎的博士学位论文获得了一致好评,并顺利通过了答辩。毕业后,刘晓虎进入最高人民法院从事刑事审判工作,并被派驻上海实习锻炼。如今一晃又是一年,在这一年中,刘晓虎结合其办案心得,将其博士论文反复修改,形成了现在的书稿。当其告诉我打算将其倾注三年之功完成的鸿篇巨制交付出版,邀我作序时,作为他的博士生导师,我欣然应允。

通读全书,我认为本书具有以下几个特点:

### 一、体系完整,结构合理

本书谋篇布局颇为讲究,体系完整。作者首先从概念的界定和比较入手,从宏观上剖析恢复性司法发展的历史成因,再从实践中找到恢复性司法存在的利弊,并针对存在的问题寻找对策,最后专门就中国是否需要借鉴和推广国外的恢复性司法经验展开论述。全书章、节、段之间层层推进,结构非常得体。尤为值得一提的是,全书每章的标题字数及结构都严格保持一致,显现出作者对传统结构美的强烈追求。

### 二、资料翔实,研究深入

本书作者广泛收集了资料,既有不少历史性资料,又有大量最新研究成果。既有众多国内学者的研究成果,又不乏国外学者的真知灼

---

[1] 2002年4月16日联合国预防犯罪和刑事司法委员会第11届会议通过了《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》(Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters)。

见。更难能可贵的是,本书作者对所搜集的历史性文献和国外学者的著述观点并非仅仅陈列堆积,而是在细细研读、消化的基础上逐一进行评述,并针对西方学者研究的缺失提出了自己独到的见解,因此在研究程度上已到达相当的深度。

### 三、逻辑严谨,表达流畅

本书观点基本上能够言之成理、论之有据,在逻辑上非常严谨。譬如,在论述恢复性司法的钩沉概念时,为了选择准确的历史素材,采取了逻辑涵摄法。如果缺少这一方法论,那么历史材料的选辑就无章可循,也无据可查。又如,恢复性司法的利弊比较,以往很多文章在进行利弊比较时仅进行同一制度内部的利弊比较(绝对比较),或者仅进行不同制度之间的利弊比较(相对比较),而本书作者在论证恢复性司法作为一项制度存在的合理性时采取的是结合绝对比较,侧重相对比较。此外,在对法的基本价值实现进行考察时,不但强调法的基本价值静态(独立)考察,而且强调法的基本价值互动考察,克服了以往研究中顾此失彼的纰漏。除了逻辑清晰严谨之外,本书文字的表达也十分流畅,全篇有“必达之隐,无难显之情”,显现出作者深厚的文字功底和表达能力。

### 四、内容丰富,观点新颖

本书对恢复性司法的考察纵深几千年的法制发展,视野拓展到五大洲的司法实践,对恢复性司法制度合理性的论证综合运用哲学、公共政策学、社会学、伦理学、法哲学、文学的知识原理进行论证,是在充分研读、借鉴大量的刑法学、刑事诉讼法学以及其他社会科学研究成果的基础上,经深思熟虑和认真研究后写作而成的。作者站在刑事一体化的高度,采用实体研究和程序研究并重的研究思路,多视角、全方位地对恢复性司法问题展开研究,内容丰富全面,观点鲜明正确,比较全面地反映了学科前沿状态。

### 五、重视理论,关注实践

恢复性司法既是一个理论问题,又是一个实践问题。如果仅看到其理论性,结论势必会脱离实际;如果仅看到其实践性,不注意从理论

高度加以深化与升华,则无法形成有价值的建言,也无法对司法实践起到真正的参考价值和启发作用。本书作者不仅在理论理性层面分析恢复性司法兴盛、衰弱以及复兴的原因,而且从实践理性层面分析恢复性司法存在的问题、寻找相应的对策,并立足中国司法实际,结合不同的诉讼阶段,设计具体的恢复性司法模式,提出了比较合理的原则、路径、方案,兼顾了必要性和可行性,克服了单纯走理论路线或实践路线所带来的偏颇。

总之,本书填补了当前系统研究恢复性司法的空白,不失为一部质量较高的学术著作,它的发行将对刑事司法实践起到一定的指导作用,所以我很乐意将本书向刑事理论界和实务界的同仁朋友推荐。不可否认,本书除了还有许多值得改进和充实之处,某些观点尚须进一步思考、充实和论证,如有关恢复性司法的民意调查基本是直接援引了国外的统计数据,缺少本国的实证调查;另外有些问题浅尝辄止,没有深入挖掘下去,由此设计出来的对策难免在操作层面上有所缺憾。不过,好在本书的出版只不过是刘晓虎在学术旅途中所跨越的一座学术高峰,今后的学术路途还很长,我相信刘晓虎有足够的信心和实力,来弥补本书的缺憾。

2009年6月谨识于北京

## 内容简介

随着西方民权运动的兴起,刑事司法中被害人的境遇日益受到重视。正是这种重视直接引发了刑事司法史上的一次“革命”——恢复性司法之复兴。

—

恢复性司法既然是一种复兴,那么对其概念的理解更可靠的途径应该是结合历史实践,而不是仅囿于当代学者的一些术语界定。本书将所要理解的概念融入历史的脉络中去,从而使本书对恢复性司法概念的界定不但渊源上“有根”,而且论理上“有据”。

借助逻辑涵摄法,在西方法制史上,可以通过史料见迹的恢复性司法实践主要有被害人选择起诉制度、被害人赦免制度、缴纳赎金制度、亲属相犯容隐制度;在中国法制史上主要有保辜制度、无讼制度、亲属相犯容隐制度、调处制度、民间调解制度等。

自巴尼特在1977年首次提出“恢复性司法”这一专业术语以来,对“恢复性司法”的概念出现了多种不同的界定,其中泽尔、马歇尔、布拉斯沃

特,特别是联合国大会的界定影响力非常之大。然而这些界定现在来评价看,或多或少都存在一定的问题。

本书结合古今实践、中西学理,将恢复性司法理解为这样一种司法:为了维护被害人权益,敦促犯罪人回归,维护社区和国家秩序的长治久安与长久和谐,在协调人的帮助下,被害人、犯罪人和任何受犯罪影响的个人、社区成员,特定情形下也包括国家,本着平等、自愿原则进行对话协商,共同确定处理方案,使被害人所受的财产损害、人身健康损害得以恢复,使涉案人员的尊严、受损害的人际关系、被破坏的社区和国家秩序、自由、和平以及正义情感在一定程度上得以恢复,并在可能的情况下,使犯罪人的同情和关爱感、自主感、市民义务感得以恢复。

## 二

在人类文明史上,恢复性理念主宰下的中、西恢复性司法历经沉浮之变,在总体上都呈“马鞍型”发展态势。在西方,12世纪以前为恢复性司法的盛史时期;12世纪至20世纪60年代为衰史时期;20世纪60年代至今为复兴时期。在中国,11世纪以前为恢复性司法的盛史时期;11世纪至20世纪30年代为衰史时期;20世纪30年代以来为逐步复兴时期。

为什么会呈现这种马鞍型发展呢?经由分析,实用主义理性、土著文化观念、无讼、息讼理念是恢复性司法早先兴盛的原因所在。后来,政治传统取向的转变、权利维护的需要是导致恢复性司法衰弱的原因。而恢复性司法复兴的奥秘却复杂得多:首先,它归因于权利本位主义理念的兴起和和谐社会政策的推行;其次,报应性司法、威慑性司法与矫治性司法理念的暗弱为恢复性司法的发展提供了可乘之机;此外,一些法社会学理论,如复合性羞耻论、不坦然羞耻论、蔑视违抗论、自我归类论、犯罪预防论、剥夺理论、正义理论、程序正义论、民主理论、法的经济分析提炼论等,也为恢复性司法的发展提供了有力的理论武器和实践动力。

### 三

复兴以来,恢复性司法在北美的美国和加拿大;西欧的奥地利、英国、法国、德国、芬兰、挪威、比利时;大洋洲的新西兰、澳大利亚以及亚洲的日本、菲律宾和中国都得到了不同程度的发展。

各国因为具体的文化底蕴和特殊国情,形成了不同风格的司法模式。比较典型的模式主要有会议模式、圈型模式、调解模式、和解模式、社区检控模式、社区服务模式以及恢复性羁押模式。

几十年的恢复性司法实践积累了丰富的恢复性司法经验,拿恢复性方法来说,出现了加深犯罪后果意识、赎罪补偿与回归复合辅助等方法。其中加深犯罪后果意识法是通过被害人亲自陈述、被害人拒绝、间接情感驱动等方式进行;赎罪补偿法是通过犯罪人公开表达懊悔与羞愧、恢复与赔偿损害等方式进行的;而回归复合辅助法则是通过复权、帮教或小组责任等方式进行。

从大众心理认同和公正感的考察来看,恢复性司法的确有许多传统刑事司法难以比拟的优点,体现在特殊预防效果、解决被害人之所需、创造犯罪人回归社会条件、促进社区和谐、节约司法成本以及增加社会财富等方面。不过也有不少学者指出恢复性司法的种种弊端,这些弊端主要有:不利于犯罪人的权利保障、不利于犯罪人回归、对弱势群体不利、破坏罪刑均衡原则、减小了公民的自由度、导致普遍伤害、未必节约司法成本、适用范围过窄以及其他等。

### 四

恢复性司法的弊端在实践中主要体现在三类问题上:其一,恢复性司法的本体性问题,这类问题受各国国情、法治文化的影响不大。主要有“权利漠视”、“加深耻辱”、“二次受害”、“过于依赖”、“不能恢复”、“社区虚拟”、“破坏均衡”、“效益有限”等问题;其二,恢复性司法的适用性问题,这类问题非制度本身的问题,而是由具体适用的因素引发。主要有“适用范围”、“拒绝同意”、“假意自愿”、“协议失

衡”、“实质不公”、“控面过大”等问题；其三，恢复性司法的格局性问题，这类问题涉及未来恢复性司法的发展格局，主要有“期待心理”、“不能融合”、“完全取代”等问题。

这三类问题分别影响到恢复性司法的存在和发展，因此本书对各个问题都作了细致分析，并提供了提纲式的对策性意见。

## 五

为了解决中国当前犯罪率居高不下、司法资源严重紧缺、司法腐败比较严重等现实司法问题，有必要借鉴及推广恢复性司法经验。另外，从恢复性司法制度内部的利弊绝对比较、恢复性司法与传统刑事司法不同制度之间的相对比较，也可得出恢复性司法经验在中国应予借鉴及推广的必要性，并且这一结论能够接受法的价值要素的审视和检验。

在认定恢复性司法经验应予借鉴及推广的前提下，通过文化底蕴、政治体制、刑事政策、立法基础以及司法基础的考察，又可以肯定恢复性司法经验具有借鉴及推广的现实可行性。

如果肯定恢复性司法经验在中国具有借鉴及推广的合理原因，那么接下来应该考虑的是恢复性司法经验在中国如何借鉴及推广的问题。本书认为，首先，应在司法上逐步明确恢复性司法之适用范围。经由分析，无论是轻罪还是重罪案件（绝对法定刑为死刑的案件除外）都可以适用恢复性程序。其次，应根据刑事诉讼不同阶段的特点设置相应的适用模式。在立案侦查前阶段可以设置社区责任模式、同龄人调解模式。在立案侦查阶段可以设置家庭小组会议模式、警察告诫模式或恢复性告诫模式。在审查起诉阶段可以设置检控模式或社区检控模式。在庭审阶段可以设置刑事和解模式、圈型量刑模式、社区小组会议模式。在执行阶段可以设置帮教小组模式、恢复性羁押模式、社区矫正劳动模式、社区矫正评估模式等。再次，确定适用恢复性程序的定罪量刑效应。在轻罪案件中，适用恢复性程序可以导致非犯罪化、非刑罚化的处理结果。在重罪案件中，适用恢复性程序可以导

致从轻处罚的判决结果。此外,建立恢复性协调员的选任、培训和考核制度,在相关法律、法规出台之前,比照人民陪审员的选任、培训和考核制度对恢复性司法协调员进行选任、培训和考核。最后,还应构建完善的监督机制。为了确保犯罪事实清楚、确保当事人真实自愿、保证司法人员、协调员的行为合法,有必要构建完善的监督机制。

关于恢复性司法立法问题,考虑到中国当前恢复性司法实践尚处于摸索阶段,理论界有相当一部分人对恢复性司法还缺乏一定的认识,有相当一部分民众还坚持不予接受的态度,所以直接以基本法的形式对恢复性司法立法还为时过早。本书认为,当前以《意见(试行)》的形式进行立法比较妥当。

我最担心一件事,我怕我配不上自己所经受的  
苦难。

——陀思妥耶夫斯基

# 目 录

## 导言 / 1

- 一、选题之背景 / 1
- 二、选题之原因 / 3
- 三、研究之现状 / 4
- 四、研究之目的 / 5
- 五、研究之理路 / 6

## 第一章 恢复性司法之概念及比较 / 8

### 第一节 恢复性司法之概念界定 / 8

- 一、恢复性司法之钩沉概念 / 9
- 二、恢复性司法之术语概念 / 20
- 三、恢复性司法之概念要素 / 25
- 四、恢复性司法之本书界定 / 34

### 第二节 恢复性司法之相关概念比较 / 37

- 一、恢复性司法与传统刑事司法之比较 / 38
- 二、恢复性司法与矫治性司法之比较 / 40
- 三、恢复性司法与辩诉交易制度之比较 / 43

## 第二章 恢复性司法之盛衰及原因 / 47

### 第一节 恢复性司法之盛衰 / 48

#### 一、西方恢复性司法之盛衰 / 48

#### 二、中国恢复性司法之盛衰 / 56

### 第二节 恢复性司法之盛衰原因 / 60

#### 一、恢复性司法之兴盛原因 / 60

#### 二、恢复性司法之衰弱原因 / 62

#### 三、恢复性司法之复兴原因 / 63

## 第三章 恢复性司法之实践及评介 / 88

### 第一节 恢复性司法之实践 / 88

#### 一、恢复性司法之实践概况 / 89

#### 二、恢复性司法之实践模式 / 106

#### 三、恢复性司法之恢复方法 / 124

### 第二节 恢复性司法之评介 / 129

#### 一、恢复性司法之心理认同考察 / 130

#### 二、恢复性司法之利弊评价考察 / 138

## 第四章 恢复性司法之问题及对策 / 147

### 第一节 恢复性司法之本体性问题及对策 / 148

#### 一、“权利漠视”问题、分析及对策 / 148

#### 二、“加深耻辱”问题、分析及对策 / 151

#### 三、“二次受害”问题、分析及对策 / 153

#### 四、“过于依赖”问题、分析及对策 / 155

#### 五、“不能恢复”问题、分析及对策 / 157

#### 六、“社区虚拟”问题、分析及对策 / 159

#### 七、“破坏均衡”问题、分析及对策 / 161

#### 八、“效益有限”问题、分析及对策 / 165

### 第二节 恢复性司法之适用性问题及对策 / 167

|                                |  |
|--------------------------------|--|
| 一、“适用范围”问题、分析及对策 / 167         |  |
| 二、“拒绝同意”问题、分析及对策 / 171         |  |
| 三、“假意自愿”问题、分析及对策 / 174         |  |
| 四、“协议失衡”问题、分析及对策 / 176         |  |
| 五、“实质不公”问题、分析及对策 / 177         |  |
| 六、“控面过大”问题、分析及对策 / 179         |  |
| 第三节 恢复性司法之格局性问题及对策 / 179       |  |
| 一、“期待心理”问题、分析及对策 / 180         |  |
| 二、“不能融合”问题、分析及对策 / 181         |  |
| 三、“完全取代”问题、分析及对策 / 185         |  |
| <br>                           |  |
| 第五章 恢复性司法之借鉴及推广 / 193          |  |
| 第一节 国外恢复性司法经验在中国借鉴及推广之论理 / 194 |  |
| 一、国外恢复性司法经验借鉴及推广之必要性 / 194     |  |
| 二、国外恢复性司法经验借鉴及推广之可行性 / 209     |  |
| 第二节 国外恢复性司法经验在中国借鉴及推广之构想 / 229 |  |
| 一、国外恢复性司法经验借鉴及推广之实践构想 / 229    |  |
| 二、国外恢复性司法经验借鉴及推广之立法构想 / 244    |  |
| <br>                           |  |
| 参考文献 / 254                     |  |
| 附录一：被害人问卷调查一 / 270             |  |
| 附录二：被害人问卷调查二 / 283             |  |
| 附录三：犯罪人问卷调查 / 294              |  |
| 后记一 / 306                      |  |
| 后记二 / 310                      |  |

## 导言<sup>〔1〕</sup>

“恢复性司法的演进,与其说是  
一种发明,不如说是一种发现过程。”

——保罗·迈克柯尔德

### 一、选题之背景

随着西方民权运动的兴起,刑事司法中被害人的境遇日益受到重视。正是这种重视直接引发

---

〔1〕 关于本书题名“恢复性司法研究——中国的恢复性司法之路”,笔者在此想作两点说明:一是关于在“中国”之后有否必要加上“大陆”二字?在初稿中,笔者没有思考这个问题,后来在修改稿中,笔者考虑到中国毕竟包括香港、澳门、台湾,如果全书没有就这些地区作相关论述,那么就只能在题名中限定“中国大陆”,至少在逻辑上应该是这样。但在最近的几次修改中,笔者还是在“中国大陆”中省略了“大陆”,理由是不少刑法典都是冠之以“中华人民共和国”,这些法典也未标明“大陆”的限定,但它们的内容都仅限于大陆。这说明在没有特别说明的情况下,“中国”即表示“中国大陆”,这种表述已经被约定俗成;二是“中国的恢复性司法之路”这个表述是否妥当?对这个表述的判断突出表现在“的”与“之”同时用在一句话中是否妥当。从语感来看,这种表述没有多大问题。另外,“的”与“之”连用的例子也很多,如“2008 年度的幸运之星”、“2008 年度的学术之星”。笔者认为,当“之”的用法形成一种固定用法时,“的”与“之”是可以连用的。