

多元恢复性 刑事解纷机制研究

狄小华 著



中国法学院校学术大系
LIBRARY OF CHINA'S LAW SCHOOL

南京大学法文学丛

法律出版社
LAW PRESS · CHINA



YZLI0890122044

多元恢复性 刑事解纷机制研究

狄小华 著



YZLI0890122044



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

多元恢复性刑事解纷机制研究 / 狄小华著. —北京:
法律出版社, 2011. 11
(南京大学法学文丛)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2655 - 8

I. ①多… II. ①狄… III. ①刑事犯罪—研究 IV.
①D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 212068 号

南京大学法学文丛

多元恢复性刑事解纷
机制研究

狄小华 著

责任编辑 董 飞
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2011 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 9.375 字数 233 千

印次 2011 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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 - 2655 - 8

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

《保密局的枪声》和《猎字 99 号》是我看到的最早的两部警匪片子，正是片中机智、勇敢的警察形象，让我对刑警这个职业产生了浓厚的兴趣。在高中毕业那年，我毅然报考了江苏省公安学校。当我接到公安厅寄发的录取通知书时，我曾为自己将成为一名公安警察而兴奋不已。但阴差阳错的是我未能进公安学校，却成了“江苏省人民警察学校”的第一届学生，并从此踏上了与罪犯打交道的人生之路。

记得刚毕业被分配到江苏省社渚农场，即现在的溧阳监狱时，见到剃着光头的罪犯，总是有意识地要与罪犯保持距离，生怕他们来袭击自己。更为可笑的是，刚住到中队宿舍的几个晚上，因害怕罪犯来“作恶”，竟然在拴着门的门背后又用桌子、棍子顶上。然而，这种对罪犯的恐惧和由这种恐惧引起的“谨慎”行为，随着跟罪犯的接触和对罪犯的了解而很快烟消云散了。一个星期后，晚上睡觉不再特别防范，而且在炎热的夏天，也和老同志一样，敢开着门享受“凉快”了。

作为“劳改”专业的学生，曾专门学习有关法律和

如何改造罪犯的专业知识,期间还曾到监狱实习了一段时间,为什么当真的要与罪犯直接打交道时还会心生恐惧呢?原因在于对犯罪和罪犯虽有了解但不够深入,更重要的是还存在认知错误。改革开放之初,学界对犯罪的认识尚停留在“阶级斗争的反映”层面,在普通百姓的观念中,罪犯就是“坏人”、“恶人”,而我在当时的认识则是:罪犯“好逸恶劳”、“无恶不作”,是“人民民主专政的对象”。这种对罪犯之“恶”的认识,不仅在日趋严重的犯罪危害中得到验证,而且在“严打”的氛围中得到强化。伴随着社会加剧由传统向现代转型引起的新的犯罪浪潮,“严打”作为优先的政策选择得以持续。然而,“严打”主要是公安司法机关的事,而犯罪的防治却不能只依靠公安司法机关,它不仅需要动员广大公众的参与,更要使之成为他们的自觉行动。然而,面对日趋严峻的犯罪形势,公安司法力量虽然在不断加强,但公众对犯罪防治的热情却不仅没有随之提高,而且出现了一方面将自己置于旁观者地位,对发生在身边的犯罪事不关己,高高挂起;另一方面对公安司法力量防治,特别是时常发生的公权滥用行为的不满情绪日益滋长的现象,这究竟是因为什么?我感到困惑与不解!

在监狱,经历一批批罪犯入狱和出狱,看到一个个曾造成他人财产、健康,甚至生命损害的罪犯,在面对来监狱接见的父母、妻儿时,时常会因对不起自己的亲人而失声痛哭,但是却几乎没有听到哪位罪犯,因自己的恶行造成的严重后果而对受害方表达任何形式的愧疚和歉意。是什么使他们觉得心安理得?我当时不得而知。

在社区,我经历过三次自行车被偷,其中两次还是我自己的车被偷了,我真切地感受到了哪怕是一起不算大的盗窃案,却会搅得小区人心不安。第一次当我的一辆旧车被偷后,我看到楼上新买了一辆自行车的邻居,开始每天将自行车搬上搬下。没有过多久,我新买的自行车又在小区丢了,我发现第二天就有人在小区大门左侧的空地搭起了一个

封闭的铁皮小屋,专门停放自己的摩托车。又过了一阵子,又听说一家的车子没有了。这次,楼道负责的阿妹开始与大家商议,将楼前的停车棚按户分割,由各家自己封闭起来放车。可能是出于同样的心态,走在中国的任何一个居民区,几乎没有不设防盗门的,更值得惊奇的是即使是十几层的高楼,有的还安上了防盗窗。开始对这些现象还见怪不怪,但后来我有机会去欧洲考察,发现其他国家没有这种情况,我就一直疑惑:究竟是什么原因导致这种差别呢?

在社会,一方面,犯罪分子由过去主要单独作案,逐步趋向结伙犯罪,甚至进一步向带有黑社会性质的集团犯罪演变;另一方面,公众面对犯罪的猖狂,只要不是针对自己的,越来越多的人选择做旁观者,越来越明显地趋向个别化应对。对于这种反差现象,当时我虽然感觉到它一定会助长犯罪的日益猖獗,但却不知道为什么会这样。

直到2000年,我有机会接触到由中国监狱学会和香港善导会共同编辑的国际会议论文专辑《罪犯回归后的康复、就业及预防重新犯罪》,我开始对犯罪、刑事司法和罪犯有了全新认识。当我阅读完香港同行撰写的有关恢复性司法的一组论文后,我豁然开朗,似乎一下找到了寻求回答以上问题的思路。也正是从这一刻起,我与恢复性司法研究结下了不解之缘。

自2001年从江苏省监狱管理局调到南京大学法学院任教以后,我在香港同仁的大力支持下,成立了南京大学犯罪预防与控制研究所。然后,充分依托南京大学这一在国际享有良好声誉的学术平台,先是与港、澳、台建立起了广泛的学术联系,接着又与英国、美国、加拿大、比利时等国外的恢复性司法的学者开展深入的交流和合作。在比较深入和全面了解恢复性司法的基础上,我和我的同事们率先在国内推行恢复性司法:从最初翻译介绍恢复性司法论文,到比较研究恢复性司法与中国的传统调解;从探索运用恢复性司法理念处理轻微刑事案件和未成

年人案件,到构建多元恢复性刑事解纷机制;从到实务部门宣讲恢复性司法价值、理念,到与实务部门联合召开系列恢复性司法国际研讨会,再到帮助实务人员培训恢复性司法所需要技巧;从去国外进行恢复性司法考察和研究,到组织实务人员去境外交流,再到检察院、法院建立研究基地,我和我的同事们为恢复性司法在中国的推行作了不懈的努力,并取得了一系列的理论与实践成果。记得第一次在学术研讨场合阐释有关恢复性司法时,来自同行的一片质疑声,几乎让我窒息。但也正是大家的质疑,让我意识到深入研究的必要,并更加坚信恢复性司法研究与推广的价值。

对当时还是“冷门”的恢复性司法进行研究是艰难的,甚至是“孤独的”,但随着构建社会主义和谐社会目标的提出,特别是刑事司法面临的法律效果与社会效果背离问题的日益突出,恢复性司法首先受到了实践部门的关注,并随之迎来了恢复性司法研究的“春天”。从南京市检察院率先以红头文件的形式,确定检察改革要坚持“恢复性司法理念”,到南京市雨花区检察院率先尝试以恢复性司法处理轻微刑事案件,恢复性司法的实践尝试很快由南京向江苏全省乃至全国推进。伴随着实践探索不断发展,恢复性司法也逐步成为一门“显学”而受到越来越多学者的关注。

在恢复性司法名义下,各种实践探索的“成果”一时成了媒体宣传的热点,但随之而来的是人们对恢复性司法正当性、实效性等的质疑。作为一直研究并大力倡导恢复性司法的一名学者,我深感不安,觉得有必要查明“真相”,弄清楚是恢复性司法的问题,还是实践本身的问题,或是恢复性司法本来就不适合中国国情。于是在进行大量调查研究的基础上,一方面以论文的形式从理论上回应质疑,另一方面与实务部门合作进行我所理解的恢复性刑事和解的探索。在这一过程中,我一直想做两件事:一件是翻译几本恢复性司法原著,让国人有机会更加深入和全面地了解恢复性司法。这一想法在香港李志刚先生、温景雄博士

和中国政法大学王平教授的支持下得以实现,译著不久将面世。第二件事是写一本恢复性司法本土化的著作,总结一下我十多年有关恢复性司法的研究和实践探索的成果,并使之系统化。经过几年来的努力,这一目标也将以专著的形式加以展现。

今年五月,是我来南京大学任教十周年,也是进行恢复性司法研究的第十二个年头。在这样一个特殊的日子出版这样一本著作,对我来说有着特殊的意义。从一名机关工作人员转变成为一名高校教育和研究人员,整个过程充满着艰辛与乐趣。在此,我要感谢江苏省人民检察院、江苏省高级人民法院、南京市人民检察院、南京市鼓楼区人民检察院、南京市鼓楼区人民法院、常州市新北区人民检察院等司法机关。正是它们的信任,我的研究才能始终与实践紧密联系;也正是它们丰富的实践,我的研究才有丰富的素材,并不断产生创新所需要的灵感。我要感谢境内外恢复性司法研究的同行,无论是组织恢复性司法国际会议,还是进行恢复性司法的合作研究,他们总是给予全力支持!有人曾问我,你哪来这么多钱开这么多次国际研讨会?我要说正是这些志同道合的学术同仁的无私支持!他们常为参加一次会议,自费几千,甚至几万元人民币。我还要感谢我的同事,特别是李友根教授、杨春福教授、孙国祥教授和张仁善教授,正是他们的大力支持和积极参与,让我的研究不再“孤独”。最后,还要感谢为本书出版付出艰辛的编辑朋友们!

本书是在一篇篇论文基础上集成的,成稿经历的时间跨度较大,加上许多问题的研究还有待深入,难免存在这样或那样的问题,敬请读者朋友提出宝贵意见!

南京大学法学院

狄小华

2011年4月8日于南京滨江寓所

目 录

绪论 刑事纠纷与解纷 001

第一章 中国传统调解与西方恢复性司法 028

一、演进过程与背景比较 029

二、权力与权利关系比较 038

三、追求价值及目标比较 040

四、程序模式及机制比较 045

五、传统调解的现代转型 057

第二章 报应性司法与恢复性司法 076

一、“以怨报怨”与“以直报怨” 078

二、公共利益与个人利益 079

三、国家垄断与公民参与 081

四、排斥隔离与沟通融合 084

五、抽象责任与具体责任 085

六、法律效果与社会效果 089

第三章 恢复性司法的心理学原理 093

一、犯罪引起冲突各方新的需要 094

二、恢复性司法构建满足需要的平台 097

三、修复社会关系的心理学机制 100

第四章 多元恢复性刑事解纷体系 105

一、刑事司法解纷要素分析 106

二、报应性司法解纷的困惑 109

三、恢复性司法解纷的优劣 112

四、构建多元恢复性刑事解纷机制 117

第五章 恢复性刑事和解程序 124

一、恢复性刑事和解概念辨析 127

二、恢复性刑事和解法理分析 133

三、恢复性刑事和解功能定位 139

四、恢复性刑事和解程序构想 142

第六章 恢复性刑事评估程序 153

一、恢复性刑事评估的内涵 155

二、恢复性刑事评估的依据 159

三、恢复性刑事评估的主体 163

四、恢复性刑事评估的类型 166

五、影响风险评估的因素 168

六、恢复性刑事评估的方法 171

七、恢复性刑事评估的方式 176

八、恢复性刑事评估的程序 179

九、恢复性刑事评估的效力 183

第七章 恢复性刑事矫正程序 187

一、恢复性矫正 189

二、恢复性矫正的依据 193

三、恢复性矫正的程序构想 200

第八章 我国少年刑事司法目的之考量 210

一、惩罚与保护——少年刑事司法目的之演变 211

二、成人与少年——少年刑事司法目的正当性之解析 214

三、保护为主与回归——我国少年刑事司法目的之确立 219

第九章 我国少年刑事司法模式选择 224

一、对我国“优先保护”少年司法理念的解读 225

二、落实我国少年刑事司法优先保护理念的瓶颈 230

三、不同少年司法模式落实特殊保护的优劣比较 233

四、建构适合国情的恢复性少年刑事司法模式 237

第十章 恢复性少年刑事司法的正义性探析 248

一、恢复性少年刑事司法实践探索的特点 249

二、对恢复性少年刑事司法实践探索的正义性质疑 252

三、少年刑事司法正义性的多棱透视 254

四、恢复性少年刑事司法的正义解读 258

附录 265

附一 检察机关轻微刑事案件适用和解办法 265

附二 恢复性少年刑事审判规则 271

参考文献 283

绪论 刑事纠纷与解纷

犯罪根源于人们不断增长的需要和有限的满足需要的资源之间的矛盾,直接决定于人类文明对满足需要的多样性手段的限制。

“人是一种不断需求的动物,除短暂的时间外,极少达到完全满足的状态。一个欲望满足后,另一个迅速出现并取代它的位置;当这个问题被满足了,又会会有一个站到突出位置上来。人几乎总是在希望着什么,这是贯穿他整个一生的特点。”^①需要是人们行为,包括犯罪行为动力源泉,正是人们不断地希望,推动着人类社会不断向前发展。但由于人们的需要是无限的,而在特定历史阶段可供满足人们需要的资源却总是有限的,因此,就存在个体或群体之间为满足各自的需要而产生冲突的情况,并由此产生对秩序的要求和稳定的追求。也正是这种追求,逐渐产生了对满足需要的手段进行必要限制的需要。

人的行为根源于需要并由动机所直接推动,但由

^① [美] 马斯洛:《动机与人格》,许金声等译,华夏出版社 1987 年版,第 29 页。

于人的行为既受制于环境,又受个性心理的支配,因此,“个体的每一个行为都具有独特性,这和物理学及化学中的每一个事件完全一样”。^①正是人类行为方式的多样性,决定了同样的需要可以采取不同的手段去满足。尽管需要作为一种短缺的状态,具有价值中立性,因而无所谓好与坏,但满足需要的手段却有善恶之分和合法与非法之别。而对行为所作的善与恶的道德界定和是否合法或是否构成犯罪的法律认定,又是人类文明发展的结果。作为人类文明对满足需要的手段限制,当行为主体以达到一定社会危害性的行为方式满足其需要时,就构成了犯罪学意义上的犯罪;而当这种犯罪达到触犯刑律并应受刑罚惩罚程度时,则构成了法律意义上的犯罪。至于具体哪些行为为犯罪并应当受到怎样的刑罚处罚,处在不同文明发展时期的社会或同一时期的不同社会对之会有不同的认识和规定。

有人类社会,便存在利益矛盾,就不可避免地存在犯罪。矛盾纠纷,包括由犯罪引起的刑事纠纷无处不在,我们既然无法根除之,那么,构建和谐社会即在于建立能够及时化解矛盾纠纷的机制。犯罪引起的刑事纠纷,作为社会矛盾的极端表现,严重危害社会的和谐,因此刑事解纷机制的形成显得尤其重要。

一、纠纷:利益纠纷与情感纠纷

人类社会文化价值的多元化,生活方式的多样化,以及利益关系的复杂化,决定了社会矛盾纠纷的存在是绝对的,并且必然呈现出纷繁复杂的景象。纠纷通常指涉及两个或两个以上主体之间的争执,根据不同的标准,我们对纠纷可作不同的分类:以纠纷内容为依据,纠纷主要可分为涉及金钱、物质、权力等利益的利益纠纷,和涉及观点、态度、信

^① [美]B. F. 斯金纳:《科学和人类行为》,谭力海等译,华夏出版社1989年版,第17页。

仰等情感的情感纠纷;从争执涉及的法律关系来划分,又可分为涉及民事法律关系的民事纠纷,涉及行政法律关系的行政纠纷和涉及刑事法律关系的刑事纠纷。

利益纠纷必然会使纠纷各方或深或浅地卷入情感,而情感纠纷则不一定涉及具体的利益矛盾。犯罪表现为一方对另一方的侵害,而这种侵害往往涉及对生命、健康、物质、精神等的危害。为此,由犯罪引起的刑事纠纷,与其他民事纠纷、行政纠纷显著不同,而具有以下特点:

首先,从原因看,刑事纠纷是由犯罪引起的,而犯罪作为社会矛盾的一种极端表现,又可由民事或行政的矛盾纠纷激化而引起。

其次,从内容看,犯罪引起的刑事纠纷,不仅涉及由侵害引起的利益纠纷,而且必然伴随着强烈的情感冲突。由于情感的深度卷入,导致在解纷的过程中,虽然从法律上重新确认了当事人的权利与义务关系,但情感冲突常常无法消解,甚至还会加剧,以致案结事难了现象时有发生。

最后,从后果看,犯罪首先表现为针对具体受害者实施的侵害,但本质上是对国家统治秩序的破坏。为此,由犯罪引起的刑事纠纷,既涉及具体侵害者与受害者之间的冲突,又涉及当事人与社会及国家之间的冲突。

犯罪引起的刑事纠纷的特殊性,决定了刑事纠纷解决要比行政纠纷和民事纠纷的解决来得更加复杂与困难。也正由于此,在三大诉讼程序中,刑事诉讼程序最为复杂,规范要求也最高。

二、解纷:法律解纷与现实解纷

解纷为纠纷解决的简称。既然社会矛盾无处不在,纠纷不可避免,那么,解决纠纷也就成了建立和谐社会的必然追求。刑事纠纷作为最为严重的一种纠纷,可通过诉讼或非诉讼的方式加以解决,但不管采用

哪一种方式,怎样才叫刑事纠纷解决了呢?对此,有必要辨明纠纷、解纷与秩序或和谐之间的关系。

社会性是人的本质,和谐秩序是人类的不懈追求。“历史表明,凡是在人类建立了政治或社会组织单位的地方,他们都曾力图防止出现不可控制的混乱现象,也曾试图确立某种适于生存的秩序形式。这种要求确立社会生活有序模式的倾向,绝不是人类所作的一种任意专断的或‘违背自然’的努力。”^①由于“一个无结构、无秩序的社会,只会带来混乱、带来不安全,打破宁静与和谐,阻碍社会的发展”,^②因此,建立和维持秩序也就成了人类社会共同关心的永恒话题。

和谐的秩序意味着,既保障每个人最大限度地满足需要,又不可避免地要求每个人在满足自己需要时不损害别人利益。但人类的天性是自私的,“只要可能,我们当中的每一个人都希望约束别人的公约,不要约束我们自己,都希望成为世界上一切组合的中心”。^③为此,人类在对和谐的不懈追求中,逐步形成了用以调节社会关系的道德和法律规范。

法律是道德的底线。相对于道德而言,法律调整社会关系的范围要明显小于道德,而受法律调整的社会关系,必然同时受到道德的调整。这也就是人们通常所说的,法律要以道德为基础。^④法律在国家强制力保障下,以权利和义务的方式来调整社会关系,这种权利与义务是由抽象的法律规定的,因而我们称为法律关系或抽象社会关系。当法院以判决形式重新确认当事人权利义务关系时,我们称为法律解纷。而道德则依赖舆论压力,通过善恶评判来调整社会关系。在中国传统

① [美]E. 博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第220页。

② 杨解君:《秩序、权力与法律控制——行政处罚法研究》,四川大学出版社1995年版,第1页。

③ [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第8页。

④ 随着社会的发展,社会关系日趋复杂。人们虽然难以用传统道德对各种行为包括犯罪行为作出评价,但不能得出有些犯罪不违反道德的结论。道德也是发展的,某一行为难以用传统道德来评价,但不能因此否认可用现代道德标准作出评价。

伦理社会,这种道德常表现为情与理,而影响着各种纠纷,包括刑事纠纷的处理。相对于抽象法律关系,具体的现实社会关系,不仅表现为权利与义务关系,还可表现为各种形式的交往关系。毫无疑问,今天的报应性刑事司法,虽然能够在法律层面,当然主要是通过重新确认权利与义务来解决刑事纠纷,却未必能够解决现实纠纷。

社会关系是人与人之间因生产、生活、交往等而形成的一种网络关系,犯罪所引起的刑事纠纷,不仅使当事人之间的权利与义务关系处于不确定的状态,而且使受犯罪影响的各方,包括侵害者及其支持者、受害者及其支持者、社区等之间的现实社会关系也处于紧张状态。现行刑事司法作为刑事解纷的唯一方式,虽然可以通过揭示犯罪真相,以法庭判决的形式确认当事人之间、罪犯与国家之间的权利和义务关系,但并不等于受犯罪损害的现实社会关系的恢复。一方面,罪犯被剥夺生命或自由,失去收入来源,在司法实践中附带民事赔偿的判决大多难以执行;另一方面,对抗性的诉讼程序以及对惩罚罪犯目标的追求,在犯罪乃至诉讼过程中,常伴随着强烈的情感介入。因此,不仅一部分以判决重新确认的权利和义务难以兑现,而且容易在程序的对抗、当事人间的隔离、对罪犯的排斥等消极影响下,加剧当事人之间,以及当事人与国家之间的紧张关系。且不说监禁改造存在“交叉感染”和“深度感染”^①的危险,即使罪犯经改造要悔过自新,若回到社会受到社会歧视,仍无法真正回归社会成为守法公民。

和谐与秩序不同,有秩序不一定和谐,因为形成秩序的方式有很多种,如专制就是封建社会秩序形成的主要方式。然而,专制意味着一方

^① 交叉感染是指罪犯相互之间交流犯罪心得和技能,而产生或学会原来不会的犯罪想法或技能,即由单面手变成多面手。深度感染是指罪犯之间相互交流,使原有的犯罪心理恶化,技能提高,也即通常所说的由小偷变大盗。