



恢复性司法译丛 (3)

主编 王 平
李志刚

法与恢复性司法

Restorative Justice and the Law



YZLI0890107373

[比利时] 洛德·沃尔格雷夫 (Lode Walgrave) 编

郝方昉 王洁 译 李志刚 校



中国人民公安大学出版社

恢复性司法译丛 (3)

主编 王 平 李志刚

法与恢复性司法

[比利时] 洛德·沃尔格雷夫
(Lode Walgrave)

编

郝方昉 王 洁 译
李志刚 校



YZLI0890107373

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

北京市版权局著作权合同登记号：图字 01 - 2011 - 4388

图书在版编目 (CIP) 数据

法与恢复性司法 / (比) 沃尔格雷夫 (Walgrave, L.) 著; 郝方昉, 王洁译. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2011. 6

(恢复性司法译丛 / 王平, 李志刚主编)

书名原文: Restorative Justice and the Law

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0477 - 4

I. ①法… II. ①沃…②郝…③王… III. ①刑法—文集

IV. ①D914. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 124960 号

法与恢复性司法

[比利时] 洛德·沃尔格雷夫 (Lode Walgrave) 编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2011 年 6 月第 1 版

印 次: 2011 年 6 月第 1 次

印 张: 10. 875

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 266 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0477 - 4

定 价: 34. 00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsueu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

© the editor and contributors

All rights reserved; no part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise without the prior written permission of the Publishers or a licence permitting copying in the UK issued by the Copyright Licensing Agency Ltd, 90 Tottenham Court Road, London W1P 9HE.

This translation of Restorative Justice and the Law is published by arrangement with Willan Publishing Limited.

恢复性司法译丛

编委会

主 编

王 平 中国政法大学刑事司法学院副院长、教授、博士生导师，中国政法大学恢复性司法研究中心主任

李志刚 香港彼得·德鲁克管理学院院长，香港监狱团契主席，中国政法大学恢复性司法研究中心理事长

副 主 编

狄小华 南京大学法学院教授、博士生导师，南京大学犯罪预防与控制研究所所长

黄成荣 香港城市大学人文社会科学院副院长、应用社会学系副教授，香港监狱团契副主席

综合秘书

郝方昉 法学博士，国家法官学院教师，中国政法大学
恢复性司法研究中心研究员

安文霞 中国政法大学刑事司法学院博士研究生

顾问

储槐植 北京大学法学院教授、博士生导师，中国法学会
刑法学研究会顾问，中国犯罪学研究会高级
学术顾问

[美] 丹尼尔·W. 范内斯 (Daniel W. Van Ness) 国际
监狱团契副总裁，国际监狱团契司法与和解研究
中心主任

[德] 汉斯-约格·阿尔布莱希特 (Hans - Jorg Al-
brecht) 德国马普外国刑法与国际刑法研究所所
长，德国弗莱堡大学法学院教授



总序

近二三十年来，西方国家兴起了一场新的刑事司法改革运动，这一运动目前方兴未艾，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（Restorative Justice），日本称为修复性司法，我国香港特别行政区翻译成“复合公义”，我国台湾地区翻译成“修复式正义”。“恢复性司法”是联合国的标准翻译。至于翻译成“恢复性司法”是否最合适，则未必。因为所谓的“恢复性司法”（Restorative Justice）有些是在司法程序内的，有些则属于司法程序之外的现象。正因为“Restorative Justice”不完全是“司法”，而英文的“Justice”还有“公平”、“正义”的意思，所以我国香港特别行政区翻译成“复合公义”，我国台湾地区翻译成“修复式正义”，也不是不可以。“恢复性司法”还有其他不同称谓：有的称为“关系司法”（Relational Justice），有的称为“积极司法”（Positive Justice），还有的称为“融合性司法”（Reintegrative Justice），与恢

恢复性司法可以看做是同义词。“恢复性司法”这一术语未见得比其他类似的术语表达得更好，但它使用的时间最长，是国际上普遍接受的术语。^①我国山东省烟台市把恢复性司法称为“平和司法”，用词很精彩，很有特色。

在过去的30多年里，恢复性司法运动在世界上许多国家已经具有很大的影响力，即使是美国这样一个倾向于使用严厉刑罚措施的国家，也同样受到影响。1999年，联合国通过了一项决议，鼓励成员国在适合的案件中使用恢复性司法。2000年在维也纳召开的第十届联合国犯罪预防与罪犯待遇大会通过了一项宣言，要求各成员国扩大恢复性司法的适用。2002年，联合国经社理事会通过的《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》，是迄今为止对于恢复性司法作出系统规定的第一个国际性文件，系统阐述了联合国经社理事会在恢复性司法问题上的基本立场和基本原则。该《基本原则》还对恢复性司法相关术语、恢复性司法的方案及其运作作了原则性规定。

现在国外特别是西方发达国家，许多大学法学院、刑事司法学院或犯罪学系都开设有恢复性司法课程，硕士生、博士生选择“恢复性司法”作为硕士学位或博士学位论文的很多。有些研究生招生是专门针对恢复性司法的。可以说，“恢复性司法”作为一门课程或作为一个研究领域在许多大学被看做是时髦的，但有时也可能有些偏锋的研究领域。

什么是恢复性司法？英国犯罪学家托尼·马歇尔（Tony Marshall）提出了一个为国际社会较为广泛使用的恢复性司法

^① Tony F. Marshall, “Restorative Justice: An Overview”, the Home Office, Information & Publications Group, *Research Development and Statistics Directorate*, 1999, London.



定义:

“恢复性司法是一种过程,在这一过程中,所有与特定犯罪有关的当事人走到一起,共同商讨如何处理犯罪所造成的后果及其对未来的影响。”^①

但谁是与犯罪有关的当事人?他们怎样才能达成共同认可的协议?处理犯罪所造成的后果是什么意思?应当考虑什么样的未来影响?为此,加拿大学者苏珊·夏普(Susan Sharpe)提出了恢复性司法的五个要素,以图使上述定义得以完善:

1. 恢复性司法鼓励充分的参与和协商。这主要是指被害人与犯罪人的参与,同时那些利益受到犯罪影响的人也可以参与,如受到犯罪非直接侵害的街坊邻里、左邻右舍等。参与是为了协商而不是为了对抗。恢复性司法特别强调被害人的参与和协商,认为只靠国家公权力的介入与犯罪人进行周旋,忽视了被害人的参与并与之进行协商,犯罪所造成的后果是不可能真正得到圆满解决的。

2. 恢复性司法寻求愈合因犯罪而造成的创伤。在所有的恢复性司法过程中,需要关注的一个核心问题是:“怎样使被害人在被害后创伤得到愈合,或者重新得到一种安全感?”一方面,被害人可能需要向犯罪人表达愤怒的情绪,可能需要经济赔偿;而另一方面,犯罪人也需要从罪过和恐惧中解脱出来,需要对导致犯罪的冲突予以解决。

这一点与通常的理解不同。我们一般只是说被害人在犯罪发

^① Daniel Van Ness, Allison Morris and Gabrielle Maxwell, “Introducing Restorative Justice”, in Allison Morris and Gabrielle Maxwell (eds.), *Restorative Justice for Juveniles—Conferencing, Mediation and Circles* (Hart Publishing), Oxford and Portland, Oregon, USA, 2001.

生以后造成了伤害，但恢复性司法认为犯罪人在犯罪以后也受到了伤害，如面临刑事制裁、处于恐惧之中、被社区抛弃等。因此，恢复性司法寻求愈合因犯罪而造成的创伤，包括对被害人和犯罪人两个方面所造成创伤的愈合，不仅仅是愈合被害人因犯罪所造成的创伤，而对犯罪人进行简单的惩罚了事。

3. 恢复性司法寻求充分和直接的责任。在恢复性司法中，责任不是简单地指犯罪人必须面对其违法犯罪的事实承担抽象的刑事责任；他们还必须直接面对他们伤害的人（即被害人），看看他们的犯罪行为是如何伤害别人的，要他们对其犯罪行为进行解释，寻求与被害人和社区的沟通，并要求他们能够采取尽可能的措施弥补这种损害。这就是所谓寻求充分和直接的责任。

4. 恢复性司法寻求整合已经造成的分裂。犯罪在人群中和社区内造成了分裂，这是犯罪所造成的最深刻的伤害之一。恢复性司法追求被害人与犯罪人的和解，以及被害人与犯罪人双方共同地融入社区。

“追求被害人与犯罪人的和解”，这句话还容易理解。但为什么说要让“被害人与犯罪人双方共同地融入社区”呢？难道被害人还不能融入社区吗？恢复性司法恰恰认为，犯罪发生以后，不仅犯罪人与社区造成了隔阂与分裂，而且被害人与社区也在一定程度上造成了隔阂与分裂。这一解释有些出人意料，但仔细一想，的确如是。例如，性犯罪的被害人，家庭暴力的被害人，伤害犯罪的被害人等，犯罪发生以后，他们在社区常常会受到孤立，人们会有意无意地疏远他们，很难亲近他们，甚至对他们进行指责。这些被害人有的可能有些过错，有的可能本身并没有过错。因此，对许多被害人来说，也有个在犯罪发生以后如何被社区接纳、重新融入社区的问题。这一点常常为我们所忽视。

恢复性司法的理念坚持，“被害人”与“犯罪人”的角色应



当是暂时的，而不是永远的。双方都应当从过去解脱出来，面向未来，不应当再生活在犯罪的阴影之中。

5. 恢复性司法寻求强化社区建设以预防进一步的伤害。恢复性司法认为，许多犯罪的发生常常是“犯罪人”与“被害人”学习、生活、工作的社区存在弊端，这些弊端导致“犯罪人”与“被害人”产生矛盾，这些矛盾最终导致犯罪行为的发生。因此，强调社区对于预防和控制犯罪的作用。需要注意的是，恢复性司法很少用“社会”（society）这个词来解释犯罪原因，他们认为这个词过于宏大、抽象、空洞，不好把握；而喜欢用“社区”（community）这个词来解释犯罪发生的原因，因为“社区”很具体、很实在，看得见、摸得着，很好把握。恢复性司法特别强调具体的社区建设在预防和控制犯罪方面的作用。^①

基于上述对恢复性司法的定义和要素的理解，可以看出，恢复性司法的主要目标是：

1. 全面关注被害人的需要——物质的需要、情感的需要、社会认可的需要等。同时也包括那些与被害人有密切关系、可能因犯罪而受到类似影响的人的需要，这些人可以被称为广义的被害人。恢复性司法对这些所谓“广义的被害人”也是很关注的，没有对广义被害人的关注，犯罪问题也不能得到很好的解决。

2. 使犯罪人重新融入社区以预防其再犯。不论犯罪人是否被判刑（极少数被判处死刑或终身监禁者除外），最终都是要回到社区的。而只有其被社区所接纳，真正地融入社区，才能预防

^① Daniel Van Ness, Allison Morris and Gabrielle Maxwell, “Introducing Restorative Justice”, in Allison Morris and Gabrielle Maxwell (eds.), *Restorative Justice for Juveniles—Conferencing, Mediation and Circles* (Hart Publishing), Oxford and Portland, Oregon, USA, 2001.

和控制其进一步实施犯罪行为。

3. 使犯罪人有机会对其犯罪行为承担积极的责任。例如,积极地进行经济赔偿,真诚地忏悔、道歉等,而不仅仅是消极地承担责任,如被判刑入狱服刑。

4. 创造一种有助于犯罪人复归和帮助被害人并有利于预防犯罪的有成效的社区。强调社区建设对于预防和控制犯罪的重要性。

5. 为避免现行司法制度的升级以及相对高昂的代价与迟缓的行动提供新的替代措施。^① 这里提到了现代刑事司法制度的弊端,如不断地升级、高昂的代价、迟缓的行动。恢复性司法的目标之一就是要努力克服这些弊端。

恢复性司法作为一项新的刑事司法改革运动,发端于20世纪六七十年代的北美,最早的努力可以溯源于20世纪60年代少年司法系统内被害人和犯罪人调解程序。到20世纪90年代,恢复性司法已在西欧国家、北美以及其他数十个国家和地区得到不同程度的发展和应用。据估计,截至20世纪90年代末,欧洲共出现了500多个恢复性司法计划,北美的恢复性司法计划也达300多个,世界范围内的恢复性司法计划则达1000多个。美国至少有14个州的少年法典规定了恢复性司法,并且建立了大量的恢复性司法组织与机构。^②

恢复性司法已经成为世界刑事司法改革的一股强大推动力。

^① Tony F. Marshall, "Restorative Justice: An Overview", the Home Office, Information & Publications Group, *Research Development and Statistics Directorate*, 1999, London.

^② 参见刘仁文:《恢复性司法:来自异国的刑事司法新动向》,载《人民检察》2004年第2期。

目前有 80 多个国家采用了某种形式的恢复性司法实践来解决犯罪问题,而确切数字可能要接近 100。^① 恢复性司法已经成为刑事司法体系中的一个全球现象。^②

恢复性司法理论与传统刑事司法理论的差异主要表现在以下几个方面:^③

1. 犯罪本质观不同。传统刑事司法理论认为,犯罪的本质是对国家利益的侵害,是“孤立的个人反对统治关系的斗争”。因此,对犯罪的处理被认为是国家和政府的事情,被害人几乎被排除在刑事诉讼程序之外。恢复性司法则认为,在许多情况下,犯罪首先是个人对社区中具体个人的侵害,犯罪发生后受到损害的不仅仅是国家利益,而且包括被害人和社区的利益,甚至首先是被害人和社区的利益。刑事司法的任务不是要惩罚犯罪人,而是要全面恢复犯罪人对被害人和社区造成的损失。恢复性司法反对政府在对犯罪行为反应方面的独占权力,倡导被害人和社区对诉讼程序的参与。

2. 犯罪原因观不同。在客观上,恢复性司法强调具体不良的社区环境对犯罪行为发生的外在客观影响,而较少去谈论宏观的社会环境对犯罪行为发生的影响。在主观上,恢复性司法重视犯罪人具体的个人因素,如情绪控制能力和人际交往能力对犯罪

① 参见 [美] 丹尼尔·W. 范内斯:《世界恢复性司法概论》(中文版),章祺译,载《恢复性司法论坛》(2006 年卷),群众出版社 2006 年版。

② 中国目前刑事司法系统试行的刑事和解也可以看做是恢复性司法在中国的实践,国外的恢复性司法研究者们对中国的以刑事和解为标志的恢复性司法实践高度关注。

③ 参见宋燕敏:《恢复性司法实践与理念及其对我国刑事诉讼制度的借鉴》,载《恢复性司法论坛》(2006 年卷),群众出版社 2006 年版。

发生的影响,而较少抽象地去谈论世界观、人生观、价值观对犯罪行为发生的影响。基于此,恢复性司法主张建立专门机构,用以提高犯罪人的情绪控制能力和人际交往能力,帮助他们形成积极健康的生活态度。

3. 刑事责任观不同。恢复性司法寻求如何让犯罪人承担具体而直接的责任。在恢复性司法看来,现行刑事责任是一种抽象责任,犯罪人通过接受刑罚惩罚承担了抽象责任却逃避了现实的具体的责任。这里所谓“现实的具体的责任”,是指犯罪人直接面对被害人了解自己犯罪行为造成的后果,向被害人道歉并提供赔偿,恳求社区成员原谅并提供社区服务等。抽象的责任(即仅仅接受刑罚处罚)不仅对初犯、偶犯、过失犯、非暴力犯等很多犯罪人来说是不必要的痛苦,而且对被害人和社区成员而言也没有实际意义,因为被害人与社区并没有能够从犯罪人的责任中获得实际利益。因为没有获得实际利益,他们也就很难真正原谅犯罪人并接受他回归到社区中来。

4. 刑罚目的观不同。恢复性司法主张对犯罪的正确反应不是惩罚,而是弥补犯罪造成的损害,并恢复因犯罪而遭到破坏的社会关系。恢复性司法关注大量轻微刑事案件乃至尚未构成犯罪的一般性邻里纠纷,并尽可能在犯罪的早期阶段介入,通过化解不良的人际关系、减少社区矛盾来预防犯罪。就刑罚对犯罪人的影响而言,恢复性司法认为,以监禁刑为主的传统的刑罚惩罚是一种排斥性羞辱,让犯罪人余生很难摆脱“犯罪烙印”的影响,难以再融入社区。恢复性司法则在谴责犯罪的同时保持对犯罪人的尊重,包含着“只要你改正错误就会被社区接纳”的信息,是一种“重新融合性羞辱”,而不是“排斥性羞辱”,因而可以



使犯罪人顺利融入社区，以预防其再犯。^①

对一般的人身伤害案件，把犯罪人送进监狱，让其接受刑罚惩罚，好像问题就解决了。但被害人实际受到的创伤并没有得到有效的愈合，包括经济的赔偿、心理的安慰，可能都没有得到很好的解决。被害人的创伤没有真正地愈合，他就很难与犯罪人真正和好。

再如，对未成年人之间自愿发生性关系之类性犯罪案件，简单地根据法律条文把男孩儿送进监狱，除了对男女双方及其家庭造成极大伤害以外，很难说得到了什么。男孩儿的一生毁了，女孩儿的一生也可能毁了，两个家庭也可能毁了。通过刑事诉讼活动得到了什么，划得来吗？现在不是对刑罚问题也要进行经济学分析吗，是赚了还是亏了？你说这是实现了“正义”，但这种“正义”是有害的，或者是副作用很大的。就像“迟到的正义”是“非正义”一样，“有害的正义”也应当是“非正义”。这样的事情如果你问乡下的父母、爷爷奶奶，他们可能会说和解了比较妥当，而且最好不要张扬。一些基层的经验丰富的老民警，可能也会这么做，虽然有时觉得摆不上桌面，但是觉得应该这么做。他们心地善良、生活经验丰富、善解人意，虽然说不出许多大道理，但凭着直觉他们觉得应当这么做，天地良心，问心无愧。恢复性司法对于这些来自民间的处理犯罪问题的方式方法极其重视，高度认可，并给予理论上的支持。恢复性司法代表一种传统的、根深蒂固的，但被现代西方文化遮蔽了的司法理念的复归。它在当代的再度出现，及其所显示的广泛而深刻的影响，给

^① 参见宋燕敏：《恢复性司法实践与理念及其对我国刑事诉讼制度的借鉴》，载《恢复性司法论坛》（2006年卷），群众出版社2006年版。

司法特别是刑事司法的改革和发展带来了希望。^① 2000年2月16日, 最高人民法院《关于审理强奸案件有关问题的解释》规定, 对于已满14周岁不满16周岁的人, 与幼女发生性关系构成犯罪的, 依照刑法第17条、第236条第2款的规定, 以强奸罪定罪处罚; 对于与幼女发生性关系, 情节轻微、尚未造成严重后果的, 不认为是犯罪。本司法解释对未成年人违法犯罪的处罚体现了从宽的一面, 是合理的。对其中构成犯罪的, 如果情节不是很恶劣, 后果不是很严重, 就有适用刑事和解的空间。

二

现代西方刑事司法制度是西方资产阶级革命的产物。在革命过程中, 资产阶级高举民主、自由、平等、人道、人权的旗帜, 对封建社会野蛮、残酷、黑暗、专制的刑事司法制度进行无情的揭露和批判, 坚决反对封建社会刑事司法领域的刑讯逼供、罪刑擅断、任意出入人罪的恶劣行径。资产阶级革命胜利后, 基于对国家公权力肆意践踏民权的恐惧和警惕, 人权在一些西方国家被提到至高无上的地位。在某种意义上, 人权成为资产阶级革命后特别是在第二次世界大战后, 西方国家官方话语中最大的政治和最高的意识形态 (至于他们实际做得如何则另当别论), 这就是所谓的“人权至上”, 并且在各国的宪法和法律规定当中得到充分的体现。“人权至上”在刑事政策上的表现就是, 在刑事立法

^① Daniel Van Ness, Allison Morris and Gabrielle Maxwell, “Introducing Restorative Justice”, in Allison Morris and Gabrielle Maxwell (eds.), *Restorative Justice for Juveniles—Conferencing, Mediation and Circles* (Hart Publishing), Oxford and Portland, Oregon, USA, 2001.



和刑事司法领域，在打击犯罪与保障人权关系的处理当中，在价值选择上以保障人权优先。现代刑事司法制度中一系列的原则、规则和制度都是“人权至上”、“保障人权优先”在刑事立法和刑事司法领域的体现，如罪刑法定原则、罪刑相适应原则、刑法人道主义原则，正当程序、沉默权、无罪推定、疑罪从无、非法证据排除、禁止双重危险等。上述这一系列的原则、规则、制度都是围绕保障犯罪嫌疑人、被告人、罪犯的人权展开的。因此，在某种意义上可以说，现代刑事司法制度是“被告人中心主义”。不了解西方国家这种“保障人权优先”的刑事政策导向及其产生的背景，对这些原则、规则、制度的法律条文就是背得再熟，也未必能够真正地理解其精髓。你似乎懂了，但实际上没有真正地理解。你可以讲得头头是道，但很难挠到痒处，遇到疑难问题仍然会不知所措，因为你没有一个明确的刑事政策立场。

这些原则、规则和制度是“人权至上”观念指导下刑事政策选择的结果，它让人们感动，但很难做到左右逢源、两全其美。例如，佘祥林案，由于事实不清、证据不足，法院如果认定佘祥林有罪可能冤枉了佘祥林，如果认定佘祥林无罪则可能放走了真正的犯罪分子，处于两难境地。根据“保障人权优先”的刑事政策，根据法律规定，应当是疑罪从无，宣告无罪，放了佘祥林，即使有可能放走真正的犯罪人也只能如此。因为根据“保障人权优先”的刑事政策价值取向，冤枉一个无辜的人要比放走一个真正的犯罪人的社会危害性大得多。

这是一种无奈的选择，但却是最明智的选择，在某种意义上是一种“必要的丧失”。这些原则、规则和制度以前我们不理解时，鄙视它、批判它，以为这是在替“坏人”说话；现在理解了它是关乎我们每一个人的安全与尊严，我们怦然心动、热血沸腾。它是“以人为本、尊重与保障人权”的法治观念在刑事司