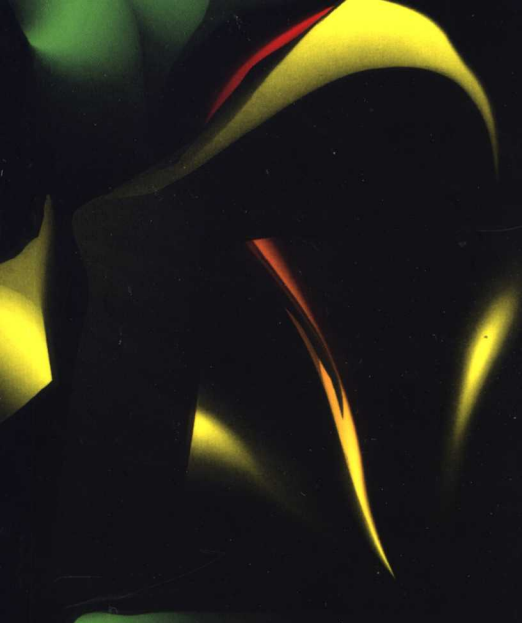




刑事一体化丛书

刑事司法前沿问题

——恢复性司法研究

狄小华 李志刚 编著

群众出版社

刑事一体化丛书

狄小华 主编

刑事司法前沿问题

——恢复性司法研究

狄小华 李志刚 编著

群众出版社

2005年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事司法前沿问题——恢复性司法研究/狄小华 李志刚
编著. —北京: 群众出版社, 2005. 8

(刑事一体化丛书)

ISBN 7 - 5014 - 3507 - 3

I. 刑... II. 狄... III. IV.

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1998) 第 0000 号

刑事司法前沿问题——恢复性司法研究

编 著/狄小华 李志刚

责任编辑/张忠华

封面设计/郝大勇

出版发行/群众出版社 电话: (010) 67633344 转

社 址/北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

网 址/www.qzchs.com

信 箱/qzs@qzchs.com

经 销/新华书店

印 刷/北京地质印刷厂

880 × 1230 毫米 32 开 11.25 印张 292 千字

2005 年 8 月第 1 版 2005 年 8 月第 1 次印刷

印数: 0001 - 4000 册

ISBN 7 - 5014 - 3507 - 3/D·1644 定价: 22.50 元

序 言^①

喜闻这套全面介绍恢复性司法的论文集在中国出版，应邀作序令我倍感荣幸。

恢复性司法的本质概念不难理解，然其蕴意深刻而复杂甚至充满悬念。它似乎与诸多不同的宗教和文化传统均能产生共鸣，却断不能从一环境轻易移植到另一环境。

随着各国理论的创新发展和实践的开拓进取，今天，恢复性司法已经成为了世界现象。但是其理论体系和基本概念却长期以来被少数西方人垄断专用。

令我欣喜的原因远非以上两点，此作的问世必将更加激励整个中国对恢复性司法进行深入的探索。关于恢复性司法，最重要的或许最终并非其理论和实践本身，而在于它在我们的社区和整个社会，开辟了一条交流、探讨我们的假设和我们需要的重要通道。

什么是正义？我们已经构筑的正义大厦提供正义吧？哪些有待改进？什么是价值标准？哪些标准对我们很重要？就恢复性司法进行演讲时，我常常发现我们不可避免地开始讨论我们正式定型的正义体制，也讨论我们的学校、我们的社区，讨论我们作为个体在社会里如何生活。这些讨论经常成为打开希望之门的钥匙，让我们由此试着改变我们原有的行为方式。

我希望通过中国与国际间共享思想及经验交流，此作会成为探讨恢复性司法的意义、实践及其在中国可行性问题的催化剂。虽然

① 本序言由南京大学刑法学研究生李富强翻译，香港监狱团契温景雄博士译校。

很多方面不可避免都要从世界各地取经，但是中国将来的恢复性司法必定会有自己的特色。我将与众人一道，热切地期望听到哪些被中国所学习和借鉴。

在第二章，我提到原则和价值标准双重指引的重要性并指明“尊重”的价值：我认为恢复性司法的本质说到底就是公平对待并相互尊重。与此同时，我越来越看重另外两个潜在的价值。

其一为谦逊。在此谦逊的内涵应当包括其惯用法：“不取非己的功劳。”实际上，对恢复性司法的工作者来说，谦逊是非常重要的品格。当正义顺利实现后，受害者和施害者都往往忽略了在他们中间牵线搭桥的协调员的关键作用。即使没有褒扬和感谢也心甘情愿去协调是协调员极其重要的素养。透过谦逊我还有意表达一个很难做到的基本理念：真心承认我们认识的局限性。因为恢复性司法的一个核心原则就是，恢复性司法必须是情景的，只有在特殊的环境下方能完成。谦逊正好要求我们提高警惕，防止自己对他人的处境主观臆断。

深刻地认识到我们的过去如何影响我们的知识和偏见也是谦逊的应有之义。虽然我们极难意识到，但是我们的性别、文化、种族，加上个人的和集体的经历无不深深决定了我们认知的方式与结果。那么，谦逊恰恰可以提醒我们，要彻底地了解并接受他人的现实，不断刷新我们的记忆，并把自己对他人的独断牢牢锁进再不愿打开的抽屉。

只有谦逊，我们才不至于贸然拒绝可能，同时，惟有谦逊方能有效避免以往无数的所谓改革中上演的种种片面“正义”。这种“正义”，在我们看来是一种解放；相反，却成为他人的沉重负担或者对付他人的利器。

另一个价值是怀疑。大哲学家笛卡尔，至少在整个西方世界，深深影响了人们的认识论和“认识路线”。笛卡尔最初认识论的方法就是怀疑。怀疑一切，他说，直到你找到了确证；他只相信毋庸置疑的惟一公理，即“我思故我在”。这种怀疑的态度有其自身的

宝贵价值，但是却可能导致愤世嫉俗和怀疑主义的蔓延，还会把所有可能的可能统统拒之门外。

我认为好的开端往往得益于怀疑和敬畏：即我们对事物几分神秘、似是而非、相互冲突甚至自相矛盾的理解。经验告诉我，恢复性司法要想在实践中取得良好的效果，善于挑战自己的知识空缺、各种惊奇意外以及形式上不可调和的矛盾是尤为关键的素质。我们只有带着怀疑的精神走进生活，今天的可能也即未来的现实才不至于遭到我们的冷遇。

戴维·詹姆斯·邓肯，在其著作“*My Story as Told by Water*”^①中这样描述怀疑：“怀疑根于无知，经验终于快乐”。恢复性司法对我们来说是个充满未知的全新世界，我们仍然停留在学习的曲线上。还有许多我们可能永远不得而知。在没有完全的把握前，希望我们宁可拥抱“未知”，也不要勉强去失败地解释它。最后，对于香港监狱团契和南京大学犯罪预防与控制研究所为本书的出版所做的卓有成效的工作谨表示赞赏。

霍华德·泽赫

2004年12月29日

^① Duncan, David James. (2001). *My Story as Told by Water*. San Francisco, CA: Sierra Club Books)

目 录

序言	(1)
在权力与权利之间	
——我国刑事司法改革断想	(1)
恢复性理论初探	(9)
恢复性司法	(24)
全球视野下的恢复性司法	(67)
新西兰恢复性司法实践	(81)
复和公义在香港的应用和实践	(93)
复和公义在香港的试点成效	(107)
恢复性司法比较研究	(132)
恢复性司法的核心价值和基本功能	(149)
恢复性司法对我国刑事司法改革的借鉴意义	(169)
复和正义和刑事调解	(181)
复和正义和监狱行刑	(194)
从“私力救济”到“公力救济”	
——刑事诉讼中的权力与权利关系分析	(205)
社会转型期的犯罪控制及其模式转换	(222)
关于中国劳动教养制度的思考	
——兼谈创建中国劳动教养制度特色	(242)

刑事司法前沿问题

刑罚执行效率论

——兼谈我国的行刑改革	(256)
论行刑社会化	(272)
试论中国监狱制度的继承与创新	(288)
关于社区矫正若干问题的思考	(302)
犯罪学视野中的健康社区建设	(325)
心理矫治的人性解析	(346)

在权力与权利之间

——我国刑事司法改革断想

改革开放加速了中国社会由传统向现代的转型。伴随着社会主义市场经济的确立和发展，一方面，改变了个体通过国家计划供给的组织化的生存方式，个体利益相对于集体或国家利益获得了独立的地位，而个别化的生存方式，多元化的利益主体又必然导致个体之间、群体之间或个体与群体之间，为获得多样化的利益而进行激烈的竞争。良性的有序竞争不仅能够极大地激发人们的积极性和创造性，而且有利于有限资源的合理配置，以促进经济和社会的协调发展。然而恶性的无序竞争也可能导致各种恶行，包括违法犯罪的产生。由此，需要用道德和法律对竞争加以规范。另一方面，以集体为取向，以人伦关系为核心的传统道德，虽然是维护我国传统社会关系的主要力量，但它强调的是“臣对君”、“卑对尊”、“下级对上级”的绝对服从，维护的是不平等的人伦关系，因此，无法对以个体利益为取向的平等主体之间的竞争进行有效的协调。如果说传统道德维护的是一种“身份关系”，那么，市场经济条件下的竞争关系，体现的是平等主体之间的一种“契约关系”。随着人与人之间的关系由“身份关系”向“契约关系”转变，社会急需要建立适

应市场经济发展的现代法治秩序。改革开放以来，我国的法制建设虽取得了较快的发展，但由于任何法律都必须要以道德为基础，否则无法得到绝大多数人的自觉遵守，而任何单纯依靠强制力推行的法律注定难以获得生命力的。在我们的传统道德无法支撑并促进现代法律制度的形成，甚至成了推进现代法治主要障碍的情况下，传统道德和建构之中的现代法治都无法有效地协调各种利益关系，由此导致社会转型期违法犯罪的急剧增多。

改革开放极大地促进了经济的繁荣和社会的发展，但也引发了人们的价值观念冲突。一方面，伴随着犯罪的迅速增长和犯罪恶性的不断提高，犯罪问题不仅引起了公众的高度关注，还引起了政府的高度重视。在传统的社会控制逐渐弱化的情况下，人们更加关注刑事司法机关在打击犯罪、维护社会稳定中的主导作用。另一方面，社会的文明和进步，个别化生存方式的发展，人们的主体意识、维权意识也越来越强烈，由此，人们同样期待刑事司法机关在实现正义，保障人权方面发挥更大的作用。

面对日益严峻的犯罪形势和人们不断增长的权利要求，刑事司法机关既要在公正（保障人权）与效率（打击犯罪）方面作出价值平衡，又要在程序正义与实体正义之间作出协调。传统的刑事司法根源于人类的报复本性，胎变于原始的纠纷处理习惯，形成于国家权力对处理犯罪的介入，并伴随着人类对正义的不懈追求而不断演化。国家权力介入对犯罪的处理，由奴隶社会被动的局部性的“浅度”介入，到封建社会主动的全方位的“深度”介入，再到近现代受到严格的规范和限制的适度介入，表明：建立在“以恶制恶”观念基础之上的传统刑事司法，随着国家政治、经济、文化的发展而处于不断变化之中。从刑罚的演变来看，刑罚作为人类对付犯罪，最为古老、最为严厉、最为有效的手段，不论是刑罚的种类，还是刑罚的执行，不仅没有随着犯罪数量的增长、恶性的增加而变得更加严厉，相反，限制或废除死刑、扩大非监禁刑罚及其执行等体现刑罚轻缓化、行刑人道化的举措，已经成为刑罚和行刑发展的国际

趋势；从罪刑关系来看，经历由以犯罪行为及其损害结果的外在表现为评价基点，带有浓厚报复色彩的等量刑，到以犯罪行为所侵害的社会权益为评价标准，具有限制刑罚适用特点的等价刑，再到以已然行为与未然行为为共同评价标准，体现报应和功利相协调的该当刑，伴随人类文明与进步，对刑罚的限制越来越严格；从刑事司法程序看，经历由法官居中裁判的弹劾式，到法官集侦、控、审等权力于一身的纠问式，再到具有控审分离、诉辩平衡等特点的近现代诉讼模式（包括当事人主义、职权主义和混合模式），诉讼程序彰显程序公正和权利保障。

二

刑罚权（包括刑罚的创制、发动、配置和执行）的历史演变，虽深受一国政治、经济和文化的影响，但无不反映着国家权力与个人权利之间的复杂关系。在没有阶级、没有国家的原始社会，虽然没有法律意义上的犯罪，但类似于犯罪的侵害行为（可视为纠纷的一种极端表现）却不可避免地存在。在相当长的历史时期内，我们的祖先面对类似于今天犯罪这样的冲突，主要依靠其个人或其所在的氏族或部落的力量进行“私力救济”。伴随着私有制的产生、国家的出现，以及人们对“私力救济”存在的固有缺陷认识的加深，国家权力作为一种历史的必然，从国家出现之时即介入了对犯罪的处理。不过，国家形成之初，人们并不存在国家观念，所以，起初国家权力介入对犯罪的处理，仅仅充当居中裁判的角色，双方当事人对如何处理纠纷享有很大的自主权。但随着国家观念的产生和对犯罪危害认识的加深，国家逐渐取代受害一方，开始主动追究和惩罚犯罪，并由此导致司法权力的扩张和双方当事人及诉讼参与人权利的萎缩甚至丧失。如同没有权力介入的“私力救济”会因双方力量的不平衡而导致纠纷解决的不公正，凌驾于个人之上的国家权

力，由于也必须依赖于一定的个人或组织来行使，而这些个人或组织本身也存在着“私利”，因此，我们在不得不借用国家权力实现公正的同时，还必须同时防止权力行使者滥用职权形成新的，甚至于更严重的不公正。正是人类这种对正义的不懈追求，导致对国家刑罚权的不断规范和制约。正所谓物极必反，高度集权的封建专制和由专制统治所导致的两次世界大战，给人类造成了巨大灾难，导致人们对国家权力的警惕，对自由、平等的追求和人道主义思潮的兴起和传播。在这一背景下，保障被害人、犯罪嫌疑人、被告人权利的呼声高涨，意在平衡国家司法权力与个人权利（主要指被害人，犯罪嫌疑人、被告人）的刑事司法改革浪潮席卷全球。

中国社会在加速由传统向现代转型的过程中，传统身份社会所形成的面对面的熟人控制，随着人、财、物的大流动而失去了作用，而现代契约社会维护秩序所必须的制度控制又尚未形成，由此导致犯罪的迅速增长。面对日趋严峻的犯罪态势，人们既不能期待以制度治理为内容的社会控制在短期内形成并发挥作用，那么，刑事司法机关如何更好地发挥打击犯罪维护社会秩序的作用也就备受关注。受“乱世用重典”的传统重刑思想的影响，改革开放以来，刑事司法机关主要是通过开展“从重从快”的“严打”斗争来控制犯罪的，尽管刑罚一再变重，^①但犯罪增长的势头并未得到有效抑制，社会治安秩序也没有出现根本好转。更为严重的是：接连不断的“严打”不仅进一步强化了人们的重刑思想和报应观念，而且在一定程度上影响了宏观刑事政策的研究和制定，并进而延缓了以制度治理为内容的社会控制和以公正、效率为价值追求的司法控制的形成。

① 刑罚变重主要体现在四个方面：一是在刑法修订前，刑罚经人大常委会的补充决定一再加重；二是在“严打”中，适用刑罚选择法定刑内较重的刑罚；三是刑罚虽未变重，但随着社会的发展，自由对每一个人的价值提高，导致同样的刑罚所产生惩罚的痛苦度明显提高；四是刑罚执行方式多采用监禁方式，而且监禁中罪犯的自由度也变得越来越小。

犯罪作为一种社会现象有其产生、发展和变化的规律，改革开放所引起的急剧的社会变动，和由此导致的犯罪增长，本是犯罪自身发展规律的表现。人们应当遵循规律，并依据这一规律建立起适应社会发展要求的犯罪控制机制。在犯罪迅速增长，危及社会正常秩序的情况下，“严打”只是一种迫不得已的治标措施，要使社会治安秩序根本好转，关键要形成适应社会发展的社会控制和司法控制。从权力与权利关系的角度看，传统刑事司法虽历经变化，权力在扩张之后逐步受到限制，权利逐渐获得更多的关注，但建立在报应基础之上的刑事司法仍不可避免地存在着内在的矛盾：一方面，刑事司法在追求形式公正的过程中，越来越偏离解决犯罪纠纷这一建立刑事司法的最初目标。罪犯得到了应有的惩罚，但越来越多的罪犯却不能得到应有的改造，而再次犯罪。受害者在将罪犯送进监狱的瞬间，虽然获得了与生俱来的“报复”需要的满足，但随后却是挥之不去的受害阴影，甚至要承受再次“受害”的巨大心理压力。法律秩序虽然因犯罪行为受到了应有的制裁而得到了重申，但因犯罪所破坏的现实社会关系却难以得到修复。体现“以怨报怨”思想的传统刑事司法，虽能有效地避免了“以牙还牙”的“私力救济”，但却不可避免地使本已经存在于双方当事人及相关利益关系人之间的裂痕进一步加深。持续稳定的现实社会秩序由此也难以形成。另一方面，相对于日益增长、形式多样的刑事犯罪，可资利用的刑事司法资源变得越来越匮乏。有效地打击犯罪是实现正义之需要，同样，保障当事人及其他诉讼参与人的合法权利也是实现正义之不必可少。尽管“打击”和“保障”之间总体上能够保持一致，但也常常存在着矛盾和冲突。而中国刑事司法机关所面临的这种矛盾和冲突则更为突出：社会急剧转型，犯罪居高不下，刑事司法机关需要承担更为艰巨的打击犯罪、稳定社会秩序的任务；经济迅速发展，社会不断进步，公众民主、自由、权利意识空前增强，刑事司法机关同样需要承担更为艰巨的保障公民合法权益的任务。按照传统刑事司法观念，要提高打击犯罪效率，则必须强化刑事司法权

力，而强化刑事司法权力又必然进一步对公民，尤其是对犯罪嫌疑人或被告人合法权利进行限制。很显然，体现“重打击”，“轻保障”价值趋向的我国现行刑事司法，由于已经享有过于强大的司法权力，并常常造成对公民合法权利的严重侵害，因此，在强调“治权”和“保障”的大背景下，再要通过扩大司法权力以提高打击犯罪的效率是完全行不通了。不仅如此，按照建设法治国家的目标和要求，我国现行刑事司法权力，还会在逐渐规范的过程中，受到越来越多的限制。由此，如何处理“打击”与“保障”，或公权力与私权利之间的关系，也就构成了我国刑事司法改革的重点和难点问题。

三

“如果法律不能充分解决由社会和经济的迅速变化所带来的新型的争端，人们就会不再把法律当做社会组织的一个工具加以依赖。”^①处于急剧变迁之中的中国社会，出现了一浪高过一浪的犯罪浪潮，而我国的现行刑事司法由于无法满足公众对司法公正和效率的要求，因此，刑事司法的权威性受到公众质疑。而司法权威的下降，则司法应有的“定争止讼”的作用就会削弱，社会治安秩序就有进一步“恶化”的风险。围绕如何协调“打击”与“保障”之间的关系，重建司法权威，专家和学者们进行了深入的理论研究和实践探索，并提出了一系列的司法改革方案或建议。有的以建设法治国家的应然要求为标准，设计我国刑事司法改革的目标和方向。西方发达国家通常被认为更接近于“法治”，因此，这种改革方案，往往带有较强的“西化”色彩。而具有浓厚西方文化背景的司法制度，在移植中容易遭受本土文化抵制而变形，并失去其原有的光

① 德沃金著：《认真对待权利》，“中文序言”第12页。

彩；有的以解决中国刑事司法所面临的现实问题为目标，提出司法改革的建议。通常，人们对产生问题的原因有不同认识，所以，解决问题的方案也千差万别。这种改革方案虽然具有较强的问题意识，更着眼于国情，且容易被接受和付诸实施，但常常缺少参照系和系统性，难以使具体制度在更高层面得到协调。与以上两种带有片面性的方案不同，越来越多的学者开始从“应然”、“已然”到“实然”，由继承、借鉴到移植，提出系统性的、一体化的刑事司法改革方案。

当前我国刑事司法面临的主要问题，从价值层面看，核心是公正和效率问题；从制度层面看，实质是公权力与私权利的分配问题；从实践层面看，关键是怎样提高破案率、减少积案，以看得见的方式实现公正。由此，刑事司法改革的主要目标为：在价值层面，协调好公正与效率关系；在制度层面，平衡好权力与权利关系；在实践层面，处理好破案率低、积案多、程序公正等问题。

我国刑事司法存在的问题，属于刑事司法由传统向现代转型中的问题，所以，刑事司法改革要充分考虑以下因素：首先，理性反思传统刑事司法。一方面，传统报应性司法虽然植根于人的报复本性，具有正义的基础，而且也能起到一定的惩恶扬善，维护秩序的作用，但毕竟也是建立在“以恶报恶”基础之上的，既存在着道德上的非难，也存在着实际效果方面的质疑；另一方面，传统报应性司法在经历由扩张权力到限制权力的历史演变以后，虽然在形式上更趋公正，但作为解决犯罪这一特殊纠纷的装置，却越来越不具有化解矛盾，恢复被犯罪所破坏的社会秩序的功能。其次，总结刑事司法改革的经验教训。怎样从价值、制度和操作三个不同层面，协调推进刑事司法改革。再次，适应当今国际刑事司法发展趋势，在刑事司法改革过程中，积极推进刑罚轻缓化、破案技术化、程序民主化、行刑社会化等。最后，充分考虑刑事司法改革中的本土资源利用，避免淮南为橘、淮北为枳现象的出现。有鉴于此，笔者认为中国的刑事司法改革要关注具有丰富本土资源，而正在西方社会推

行的恢复性司法。

“和为贵”是中国文化的一个重要特点，过去我们更多地认为它是中国法制不发达的一个重要的文化原因，但在现代西方不少学者认为它是恢复性司法的重要哲学基础。恢复性司法可以被视为是对犯罪所作的一种系统性反应。与报应性司法关注定罪量刑，欠缺机会容许受害人及犯罪者恢复其原来状态不同，恢复性司法鼓励人际关系修复和宽恕，让彼此恢复原来的状态。由于恢复性司法关注并满足受害人、侵害人、相关利害关系人及社会多方面的需要，并吸纳他们参与纠纷解决的过程，因此，是一种可以较好兼顾受害人、侵害人和社会多方利益的民主解决犯罪这种纠纷的方式。从恢复司法的实践来看，它对于案件分流、预防再犯、维护受害者利益、恢复被犯罪所破坏的社会关系具有较好的效果。在中国推进民主与法治的过程中，引进恢复性司法的理念、借鉴恢复性司法的策略，在侦查、起诉、审判和执行的不同阶段，根据案件的不同情况选择使用恢复性司法，对于解决今天我国刑事司法所面临的，表现为三个不同层面的问题具有极其重要的意义。为了帮助中国学者和司法部门的同志了解恢复性司法，我们在翻译介绍国外学者有关恢复司法研究的同时，还就恢复性司法作了一些本土化的研究，以其抛砖引玉。由于时间仓促，加之水平有限，不当之处敬请读者批评指正。

（作者系南京大学犯罪预防与控制研究所狄小华教授、博士。）

恢复性理论初探

恢复性司法^①是当今西方社会正在积极倡导的一种新型的处理犯罪的司法模式，与报应性司法相对应，它意在弥补报应性司法存在的固有缺陷。不可否认，刑罚是人类用以对付犯罪的最为古老、最为严厉，也被认为是最为有效的手段，但刑罚作为一种“以恶制恶”的手段，虽然具有正义的基础，但它的适用也存在着难以克服的内在缺陷，如我们一方面要改造罪犯，另一方面却又将罪犯关进监狱，而监狱这种封闭的环境，不仅不利于其再社会化，还常面临将其“监狱化”的危险。也正由于此，刑罚不仅没有随着犯罪恶性的不断增加而变得严厉，相反却越来越温和（轻刑化、非监禁化等）。报应性司法也就是以追究犯罪，给予罪犯以刑罚为目的的司法模式。而恢复性司法则是以修补被犯罪所破坏的社会关系为目标的司法模式，它更重视被害人、被告人、社区和国家利益的平衡。现将恢复性司法理论与实践研究综述如下：

一、恢复性司法的产生与发展

（一）恢复性司法的起源

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

^① Chirs FREEMAN & Sandra Koop HARDER 著，黄成荣等译：《平息风暴》，香港突破出版社，2004。