



2006 年卷

恢复性司法论坛

FORUM ON RESTORATIVE JUSTICE

王 平 主编

群众出版社



2006 年卷 (总第 2 卷)

恢复性司法论坛

FORUM ON RESTORATIVE JUSTICE

主 编 王 平

副 主 编 李志刚

学术秘书 郝方昉

群 众 出 版 社

二〇〇六年·北京

主编简介

王平，男，1961年12月生，安徽省全椒县人。1992年毕业于中国政法大学研究生院，获法学硕士学位。1998年毕业于北京大学法律学系，获法学博士学位。2000年9月—2001年8月，加拿大刑法改革与刑事政策国际中心访问学者。2002年12月—2003年6月，德国马普外国刑法与国际刑法研究所访问学者。现任中国政法大学刑事司法学院教授、副院长、博士生导师，中国政法大学恢复性司法研究中心主任。兼任中国青少年犯罪研究会副会长，中国监狱学会常务理事、副秘书长，中国犯罪学研究会理事，国际刑法学协会中国分会会员。1999年、2002年连续两届获中国法学会“杰出中青年法学家提名奖”。主要研究领域：刑法学、刑事政策、罪犯矫正、恢复性司法。代表作：《中国监狱改革及其现代化》（独著，中国方正出版社1999年7月版），《犯罪学》（合著，法律出版社2004年5月版），《刑法学》（合著，中国政法大学出版社2004年9月版）。

副主编简介

李志刚，男，1964年生于香港。1985年香港理工学院机械工程专业毕业。1995年英国Warwick大学工程商务管理硕士。现任香港光华控股有限公司行政总裁，香港监狱团契主席，香港惩教署顾问委员会委员，香港青年联合会会董，香港杰出青年协会委员，中国政法大学恢复性司法研究中心副理事长，南京大学犯罪预防与控制研究所副理事长。2001年获首届香港惩教署“全港杰出更生义工奖”，2002年获“香港十大杰出青年”称号。

责任编辑：张忠华

封面设计：郝大勇

卷首语：第三只眼睛看刑事司法

近一二十年来，西方国家兴起了一场新的刑事司法改革运动，这一运动目前仍方兴未艾，并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）。“恢复性司法”，香港地区翻译成“复合公义”，台湾地区翻译成“修复式正义”，日本称作“修复性司法”。“恢复性司法”是联合国的标准翻译。“恢复性司法”还有其他不同称谓：有的称为“关系司法（Relational Justice）”，它强调这样的事实，即与传统的司法过程相比，这种司法更多关注的是创造一种积极的关系；有的称为“积极司法（Positive Justice）”，宣扬的是相同的理念，主张摒弃消极的仅仅为惩罚而惩罚的做法，而转向建立一种更加积极的司法方法；还有的称作“融合性司法（Reintegrative Justice）”，与恢复性司法可以看作同义词。“恢复性司法（Restorative Justice）”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

在过去的二十多年里，恢复性司法运动在澳大利亚、加拿大、英国、新西兰以及其他一些国家已经颇具影响力。即使是美国这样一个倾向于使用严厉的刑罚措施的国家，也没有逃过这一影响。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使用。

那么什么是恢复性司法呢？英国犯罪学家 Tony Marshall 提出了一

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

个为国际社会越来越多地使用的恢复性司法定义：

“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

这一定义很有代表性，但却引出许多问题：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 Susan Sharpe 提出了恢复性司法的五个要素，以图使 Tony Marshall 的定义得以完善：

1. 恢复性司法鼓励充分的参与和协商。这首先和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（比如受到犯罪非直接伤害的邻里）。

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中心问题是：“怎样使被害人在被害后创伤得到愈合、痊愈或者重新得到一种安全感？”被害人可能需要向犯罪人表达愤怒，可能需要赔偿。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。

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；他们还必须面对他们伤害的人，看看他们的行为是如何损害别人的，要他们对其犯罪行为进行解释，寻取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。

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。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中。

^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.

5. 恢复性司法寻求强化社区以预防进一步的伤害。犯罪造成了伤害，但犯罪也暴露了社区先前存在的弊端。这些可以被看作“犯罪人”与“被害人”之间长期存在争端的根源，而正是这些争端导致了犯罪行为的发生。因此应当强化社区，使其成为公平和安全的居住区。^①

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、情感的、社会的，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；
2. 使犯罪人重新融入社区以预防其再犯；
3. 使犯罪人有机会对其犯罪行为承担积极的责任；
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（working community）；

5. 为避免现行司法制度的升级以及相应的高昂的代价与迟缓的行动提供新的替代措施。^②

这些也可能是现行刑事司法制度的目标，但现行刑事司法制度只是部分地或偶然地实现其中的一项或几项目标。他们关注的重点不是被害人，也不能满足他们的大部分需求；只是采取很有限的措施鼓励犯罪人的复归，而且证据表明大部分是不成功的。他们只是要求犯罪人消极地认罪、接受惩罚，而犯罪人没有机会以行动弥补自己的罪行所产生的后果。现行刑事司法制度远离社区，很少鼓励社区中的角色参与犯罪预防。尽管有各种方案，试图把犯罪人尽早转移出刑事司法系统，以减少费用和拖延，但效果甚微。由于没有同时关注被害人的需求，犯罪问题实际上没有得到充分妥善地处理。

恢复性司法基于以下设想：

1. 犯罪根植于社会条件，与社区有关联；
2. 犯罪预防不仅有赖于政府一般的社会与公共政策，而且有赖于基层社区采取措施共同消除犯罪产生的条件；
3. 如果没有犯罪双方当事人的亲身参与，犯罪所造成的后果就

^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.

^② Tony F. Marshall, "Restorative Justice: An Overview", the Home Office, Information & Publications Group, Research Development and Statistics Directorate, 1999, London.

不能完全得到解决；

4. 司法措施应当具有足够的灵活性，以应对不同案件中的紧急情况、特殊需求以及措施的可能性；

5. 司法机构彼此之间以及司法机构与社区之间的伙伴关系和共同目标，是高效率与理想效果的根本；

6. 司法追求平衡，单一的目标不允许凌驾于其他目标之上。^①

恢复性司法在不同的国家以及同一国家的不同地区都有自己的模式。其中有三种模式在西方已经成为恢复性司法的象征，这就是：被害人与犯罪人调解模式（Victim Offender Mediation），小组会议模式（Conferencing），以及圆桌会议模式（Circles）。《恢复性司法论坛》收集的多篇论文，对此均有详细的描述。

恢复性司法在西方国家的兴起绝不是偶然的，它是西方国家对西方现代刑事司法危机乃至社会危机的反应和改革。西方人曾自信地认为，只要完成了物质的现代化、制度的法治化，就是既有物质文明，又有精神文明，再加上制度文明，他们就可以过上幸福的生活，但现实粉碎了他们的梦。他们发现在现代化完成后，他们并没有过上他们想象的那种幸福生活，他们仍然很痛苦，更不要说目前的恐怖主义了。他们在得到许多的同时，也失去了许多。他们发现他们的制度实际上有许多毛病，而不是什么完美无缺，他们不再像以前那样自信。因此他们在现代化完成以后对现代化反思，在法治化完成以后对法治化进行反思，以寻求新的出路。恢复性司法正是西方这种后现代主义思潮在刑事司法领域的反映。它对我们现在津津乐道的所谓文明而人道的现代刑事司法制度提出怀疑、批评乃至否定。恢复性司法认为，现代刑事司法制度主要还是报应刑传统，只是一味地惩罚和打击犯罪人，没有关注被害人和社区的利益。除了惩罚犯罪人之外，它们什么也没有得到（并且所谓刑事司法领域的“人权保障”，也是相当有限，甚至是虚设的）。如果说这也是一种公平、正义的话，那也是一种有害的公平、正义。因为通过刑事司法活动，犯罪人、被害人和社区都受到了损失。“有害的正义”是恢复性司法对现代刑事司法制度的一

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

个简明概括。有人探讨“正义”的真正含义，认为“有害的正义”不是真正的正义。古希腊、古罗马当时的思想家们所说的正义是指无害的正义。如果按照这个标准，现在流行的所谓正义的概念，就不是正义，而是“非正义”。

因此，恢复性司法试图对现代刑事司法理论和制度进行全面的更新和改造。恢复性司法认为，犯罪发生以后，受到损害的不仅仅是被害人，而且还包括犯罪人和社区。因此，刑事司法的任务主要不是惩罚犯罪人，而是要全面恢复犯罪人、被害人和社区因犯罪而造成的损失，以试图达到一种“无害的正义”。“无害的正义”是恢复性司法追求的核心价值。

恢复性司法对西方的主流文化提出挑战，对各种本土文化持一种宽容乃至欣赏的态度，主张文化多元，反对文化霸权，特别认可非主流文化在预防和控制犯罪方面的独特作用。目前恢复性司法的许多做法就是西方非主流文化社会的产物。比如在西方已经成为恢复性司法象征的三种模式，即被害人与犯罪人调解模式，小组会议模式，以及圆桌会议模式：小组会议模式起源于新西兰，部分地反映了新西兰土著居民毛利人（Maori）传统的处理争端的方式；圆桌会议模式源自加拿大印第安人的实践，并仍然保留其中的一些原始形式；被害人与犯罪人调解模式则是更广泛、更传统的处理争端的方式。

其实目前西方恢复性司法的许多理念和做法在中国有悠久的历史，有着深厚的文化基础。比如与西方国家犯罪概念相比，我国犯罪概念比较狭窄。中国对犯罪的界定有量的限制，只把少数严重危害社会的行为界定为犯罪，而把大多数非严重危害社会的行为界定为一般违法行为，但不是犯罪。这是中国传统的治国之道，即集中力量打击少数严重危害社会的行为，而把大多数一般非严重危害社会的行为排除在犯罪圈之外。同样的行为在国外是轻罪或违警罪，但在我国许多都没有达到犯罪所要求的严重程度，而是作为一般的违法行为予以治安管理处罚或者采取其他更温和的处理措施。^①与此相应的是多元化

^① 中国当今的监狱、劳动教养、治安管理处罚大致相当于西方国家的重罪、轻罪和违警罪。所不同的是，我们贴的是三个不同的标签，分别予以刑罚处罚、劳动教养和行政处罚，而西方国家贴的大致是一个标签，就是犯罪。

的纠纷解决机制的发达与有效,特别明显的是各种调解制度的发达与有效。这有利于培养社会的亲和力,有利于和谐社会的建立;这是中国人的智慧,与西方恢复性司法的理念与做法不谋而合。

但是在西方现代刑事法治文化居于强势地位的今天,我们有些人却认为中国这些传统的治国之道落后了,不合时宜,要把它抛弃。这又是中国法治与法制建设的幸。①

恢复性司法提醒我们,西方文化和现有的制度(包括刑事司法制度)并非完美无缺,我们应当学习西方成功的经验,但绝不当盲目照搬照抄。恢复性司法提醒我们应当自信,我们中华民族的优良传统绝不当丢弃,适合中国本土的具有中国特色的预防和控制犯罪的措施应当继续坚持,并不断予以完善。恢复性司法代表一种传统的、根深蒂固的、但却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,及其所显示的广泛的影响,给刑事司法的改革和未来带来了希望。②可以预计,随着世界各国刑事司法改革的逐步深入,恢复性司法将发挥越来越重要的作用。

恢复性司法未必是无懈可击的,更不是万能的,但却是智慧的,它击中了现代刑事司法制度的要害,它向社会提出了如何对犯罪做出反应的新问题并寻求回答,是一种崭新的范式或者说是一种崭新的思

① 电影《秋菊打官司》的主人公秋菊以顽强的毅力和坚忍不拔的意志要“讨一个说法”。但秋菊要的说法的具体内容只有秋菊自己知道。村长最后被警察抓走,秋菊脸上露出的是迷茫的神情,现代司法制度的介入出乎她意料之外,其处理结果也没有让她满足,秋菊觉得在得到一个说法的同时又失去了许多。她在寻求什么呢?她是否在寻求恢复性司法的解决途径?但受到所谓现代法治和法制教育的人们硬是把自己的想法强加给秋菊,说秋菊想要的正是他们在寻求的,由此“讨一个说法”被解释成为公民寻求现代司法制度保护的典型话语。对此秋菊是不是觉得更加迷茫了呢?也许第一个理解秋菊的是北京大学法学院朱苏力教授,他认为秋菊要寻求的是一种本土化的传统中国式的纠纷解决方式,这样的话,她所获得的利益会更多。我认为,苏力教授就是法理学领域恢复性司法理念的鼓吹者与倡导者,“本土化资源”成为朱苏力学术思想的代名词。有人说苏力的观点是保守的,这话是对的;但苏力同时又是最开放、最前沿的,他以世界的眼光来看待中国问题,他在十几年前带回的是西方学术界当时很前沿的学术潮流,可惜知道这一点的人很少。对此,苏力也许是孤独的,但苏力不会像秋菊那样迷茫,他是清醒的。详见苏力:《法治及其本土资源》,174页以下,中国政法大学出版社,1996。

② 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.

维模式，是对古典主义刑事法学理论和实证主义刑事法学理论的双重超越，可谓之“第三只眼睛”看刑事司法。^①就学术研究来说，我偏爱这种充满深刻的智慧（尽管有时未免有些片面）。北京大学法学院陈兴良教授在其著作《刑法的启蒙》一书的代跋中写道：“自从刑事古典学派、刑事人类学派与刑事社会学派的深刻片面以后，在刑法领域中不再有片面，因而也就没有了深刻。我们看到的现代刑法学派，无非是新古典学派、新人类学派、新社会防卫论。这里虽然标榜‘新’，实则是一种‘旧’：因为已经不能再突破古典学派、人类学派、社会学派的樊篱……因此，现代刑法理论，无不以一种折中与调和的形式出现：吸取古典学派和实证学派之所长，形成所谓综合理论。”^②对此陈兴良教授感叹到：“我们只能做到这一些，我们不能不承认平庸；但我们又不甘于平庸，因此我们追求片面，当然是一种深刻的片面。”^③实际上，陈兴良教授缅怀的不是片面，而是深刻，即便是有些片面也在所不惜。恢复性司法也许就是陈兴良教授苦苦追寻的那种深刻。

恢复性司法是善良的，它强调整理解、宽恕、羞耻、仁爱；是温馨的，强调心灵的沟通，有浓浓的人文关怀。

当前的中国正在着力推行刑事司法改革，学术界也对此进行了深入的研究与探索，并且取得了卓著的成效。但目前在中国内地，对于许多人来说，恢复性司法还是一个陌生的领域。迄今为止，中国内地理论界还很少有人对恢复性司法进行专门系统的研究，更不用说在司法实践中加以运用。这是一个不小的缺陷。有鉴于此，中国政法大学于2004年6月成立了恢复性司法研究中心。2004年11月，中国政法大学与香港监狱团契有限公司签署协议，共同建设中国政法大学恢复性司法研究中心，双方同意在我国宪法、法律、法规和政策允许的范围内联合开展恢复性司法与中国刑事司法改革研究。

恢复性司法研究中心的学术宗旨是：在中国全面系统地介绍西方国家恢复性司法的理论与实践；以恢复性司法的视角，对中国现行的

^① 注意，这里指的是对刑事法学两大学派的超越，而不是折中，因而恢复性司法完全不同于现在流行的所谓折中主义刑事法理论。

^② 陈兴良：《刑法的启蒙》，260页，法律出版社，1998。

^③ 陈兴良：《刑法的启蒙》，260页，法律出版社，1998。

刑事司法制度，以及正在进行的刑事司法改革，进行全面的研究与探讨，并提出一系列的合理化改革建议。其最终结果将促进中国刑事司法领域法治与人权的发展，促进中国刑事法治的现代化，为中国和谐社会的建设贡献自己的绵薄之力。

研究中心大型项目《恢复性司法与中国刑事司法改革研究》，除将系统翻译出版外文恢复性司法名著以外(《恢复性司法译丛》)，还将定期出版《恢复性司法论坛》，计划每年一卷，每卷约 50 万字。主要刊登中文恢复性司法研究成果，刊载联合国及其他国家和地区有关恢复性司法的规范性文件，以及精彩的国外恢复性司法研究译文。

《恢复性司法论坛》和《恢复性司法译丛》相互配合，试图将中文世界和外文世界(目前“外文”还仅限于英文)有分量的恢复性司法研究成果尽数收集发表，使《恢复性司法论坛》成为国内外中文恢复性司法研究成果理想的集散地。

王 平

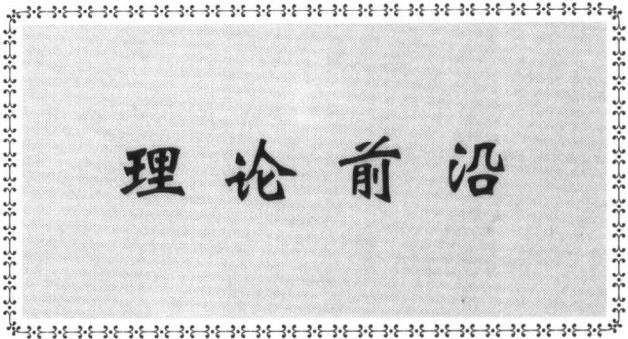
2005 年 11 月 6 日

于中国政法大学

目 录

卷首语：第三只眼睛看刑事司法	(1)
理论前沿	(1)
复和正义和监狱行刑	狄小华 (3)
恢复性司法的根本原则	李富强 (13)
恢复性司法的核心价值和基本功能	阎刚 (19)
复和司法与犯罪青少年的社会矫治	俞宁 (36)
恢复性司法实践与理念及其对我国刑事诉讼制度的 借鉴	宋燕敏 (45)
“恢复性司法”在香港“警司警诫”计划的 应用	何琴 竺永洪 (72)
以复和公义处理学生欺凌行为	黄成荣 (84)
复和公义在香港的试点成效	温景雄 竺永洪 (99)
学术专论	(121)
我国引入恢复性司法的程序设计	赵玉刚 (123)
域外传真	(171)
新西兰恢复性司法概况	新西兰司法部 (173)
世界恢复性司法概论	丹尼尔·W·凡奈思 (281)
恢复性司法与性犯罪经历	马克·昂次 (294)
报应性司法和恢复性司法之关系的反思	凯瑟琳·戴利 (300)
恢复性司法概要	托尼 F. 马歇尔 (323)

联合国文件	(371)
联合国少年司法最低限度标准规则（北京规则）	
（中英文对照）	(373)
联合国非拘禁措施最低限度标准规则（东京规则）	
（中英文对照）	(425)
关于犯罪与司法：迎接二十一世纪的挑战的维也纳宣言	
（中英文对照）	(449)
执行《关于犯罪与司法：迎接二十一世纪的挑战的	
维也纳宣言》的行动计划	
（中英文对照）	(463)



理论前沿

复和正义和监狱行刑

狄小华*

自犯罪产生以来,刑事诉讼和刑罚被认为是人类对付犯罪最为古老、最为有效,也是最为公正的手段。但作为解决社会冲突的装置和对付犯罪最为严厉的手段,刑事诉讼和刑罚有时不仅没能从根本上解决涉及国家、被害人和加害人之间,因犯罪而引起的冲突,而且还会引发新的更为广泛的冲突。由此,当我们通过刑事诉讼程序给予犯罪分子以刑罚惩罚,以实现报应正义之时,切不要忘记刑事诉讼最为基本的解决纠纷的功能。监狱作为执行现代自由刑的场所,不仅在于将刑事判决付诸实施,而且在于通过矫正、补偿、和解等刑罚执行措施,使刑事诉讼解决犯罪这种社会冲突的功能得以彰显,以实现复和正义。

一、报应正义之缺陷

有犯罪,便有对付犯罪的刑罚,也便有追诉犯罪的刑事诉讼。在人类与犯罪进行漫长斗争的历史过程中,之所以选择了刑罚和刑事诉讼,而不是其他什么,是有它深刻的历史和文化背景的。就刑罚和刑事诉讼产生的原因来说,它孕育于原始社会公有制的解体,分娩于阶

* 狄小华,1963年6月生,江苏溧阳人。1993年3月毕业于中国政法大学研究生院,获法学硕士学位。2000年12月毕业于南京大学社会学系,获法学博士学位。长期从事刑事执行理论和实务研究工作,现任南京大学法学院教授,南京大学犯罪预防与控制研究所所长。致力于刑事法学、犯罪学、犯罪心理学的教学与研究工作,先后承担过多项部级重点科研课题,并正承担着省级规划课题和横向合作课题的研究工作,独著、与人合著,参与编、译专著10多部,发表论文50多篇,其中有多部著作和文章获省、校级奖。