

[优秀论文]：冲突与和谐：恢复性司法之考究 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__5B_E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_c122_485026.htm

内容摘要：刑事犯罪引发的不仅是犯罪人与被害人之间的冲突，也引发了社会关系的紊乱。刑罚的执行制裁了刑事犯罪人，一定程度上也愈合了被害人心灵上的创伤。然而，恢复和谐、有序的社会关系远非单一的对犯罪人施以刑罚所能够实现的。恢复性司法或许会对这一问题的解决有重要的作用，对其加以探讨，不仅必要，而且极具现实意义。关键词：恢复性司法 报应主义 和谐 近年来，无论是理论界，还是实务界；也无论是东方，还是西方对恢复性司法的讨论可谓如雨后春笋。单就我国而言，2004年6月中国政法大学成立了恢复性司法研究中心，也有著作不断问世。对恢复性司法的热衷绝非学者标新立异，其实质上是恢复性司法迎合了刑罚轻缓化这一刑法发展的潮流。同时，这也是学者对当前流行的报应主义刑罚反思后所做出的理性化思考。当然，恢复性司法是否合理、可行，甚至于成为刑罚改革的方向，有待实践检验。此时，我们所力能及的便是在确立之前对之进行充分的论证、探讨。

一、恢复性司法理念的缘起（一）报应主义刑罚观的危机。“善有善报，恶有恶报”是普通民众对报应主义刑罚最为直白的理解，用法律人的术语来概括，即所谓的“罚当其罪”。报应主义刑罚并不关注刑罚的效果及社会意义，只是强调行为人实施了犯罪行为就应当承担与其所造成危害结果相当的刑罚制裁作为报应。人类早期的“以眼还眼，以牙还牙”是对这一刑罚观的最好阐释。报应主义的理论也有一个嬗变的过

程，其主要脉络就是从神意报应（天罚与赎罪）到以康德为代表的道义报应（从犯罪的道德恶性中寻找刑罚之存在与适用的必然性）再到以黑格尔为首的法律报应（犯罪是对刑法之否定，刑罚是对否定之否定）。然而，随着时代的进步，报应主义刑罚呈现出了危机，其主要表现在：第一，报应主义刑罚通过国家强制力使犯罪行为人就范，难以起到拯救犯罪行为人的效果，犯罪行为人难以重返并再融入社会，总是被人们以另类视之，这样既起不到对个人加以改造的良好效果，也不利于重铸冲突后的和谐；第二，被害人的利益在报应主义刑罚中遭到漠视，其并没有得到应有的补救。因此，报应主义刑罚已为多数学者所诟病。

（二）刑罚轻缓化思潮的涌动。“乱世用重典”，然而，实践证明，重典之下未必“大治”，无论是古代秦朝的重刑主义，还是现代春节、及两会前夕一浪又一浪的“严打”（刑事政策之重）。因此，学者开始对重刑主义进行反思，是否必须以重刑惩处犯罪行为人？以及是否必须以剥夺犯罪行为人的人身自由乃至生命为代价去实现朴素的正义？刑罚的轻缓化由此而起，许多新的举措被尝试，如日本的“微罪处分”制度、美国一些州实施的加害人和解计划。

（三）国家??个人关系在刑事法律关系中的重新定位。在传统的国家??个人关系之中，国家被认为是至高的，国家对社会进行全面干预，并否认国家体制内各种组织和利益团体之间存在不同的利益和冲突，认为个人利益和集体利益只有纳入国家利益之中才能实现，个人利益和集体利益必须与国家利益相一致。这种观念体现在刑事法律关系中，着重强调犯罪是对国家利益的侵害，即“犯罪??孤立的个人反对统治关系的斗争”。但随着国际人权化运动的发

展，个人权利更大程度上得到尊重和关注，表现在刑事法律关系中，即犯罪是对个人权利的直接侵害，然后才是对国家的侵害。国家??个人关系在刑事法律关系中地位的重大转变是一种巨大的进步。上述观念层面的变化，为恢复性司法的兴起垫定了基础，催生了恢复性司法。

二、恢复性司法的阐释

关于何谓恢复性司法，我国学者对此研究不多，甚至于空白，而国外学者对此研究不少，但也缺乏一个统一而权威的概念。英国犯罪学家Tony Marshall认为：恢复性司法是种过程，在这一过程中，所有与特定犯罪有关系的当事人走到一起，共同商讨如何处理犯罪所造成的后果及其对未来的影响。也有学者认为：恢复性司法可以被定义为以恢复被害人所受的损失并在对立的双方之间促进和平与安宁为目标的一种对犯罪行为反应。还有2000年7月27日联合国经济与社会理事会通过的《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》，将恢复性司法定义为：指通常在调解人帮助下，受害人和罪犯及酌情包括受犯罪影响的任何其他个人或社区成员，共同积极参与解决由犯罪造成的问题的程序。总之，关于恢复性司法的概念尚无定论，但恢复性司法（或者修复性司法）作为一个约定俗成的名称，其以下几个方面特征还是诸多学者所一致认可的：（一）恢复性司法以恢复或建立冲突后的和谐为目标。恢复性司法脱离了报应主义刑罚的窠臼，其关注的核心是将被犯罪行为所破坏的社会关系恢复到一种和谐的状态，而不是仅仅对犯罪行为人苛以重刑，威慑使其不再犯罪。这里所讲的社会关系是犯罪行为所侵害的该犯罪行为发生前的社会关系，这种关系可能是和谐的，也可能已经蕴含了冲突或危机，如因琐事发生积怨而怀恨在心的

预谋故意伤害。由此来看，将社会关系恢复到犯罪行为发生以前的状态，未必是种和谐，而恢复性司法旨在恢复或者构建社会关系的和谐。（二）恢复性司法所恢复范围的广泛性。恢复性司法从“犯罪是个人反对统治阶级的斗争”中走出来，相应的其要恢复的范围不再局限于犯罪行为人与国家之间。而是包含诸多方面：从主体上来看，首先要恢复被害人所遭受的物质损失与精神损失；其次要恢复犯罪行为对社区造成的损害，包括社区的社会秩序、人际关系、物质损害等；最后要恢复犯罪行为人个人的正常生活，使其主动承担对自己犯罪行为所引发的责任，设法帮助犯罪行为人重新回归社会。从内容上来看，涵盖了物质方面、秩序方面、人际关系方面等，因此恢复性司法恢复的范围具有广泛性。（三）参与主体的多元性。与传统的刑事司法相比，恢复性司法是开放性程序，诸多与犯罪行为有关系的主体均可参与其中，纵观新西兰、澳大利亚、英国等国的司法实践，其参与者往往包括：（1）主持者或者调解者，关于主持者的身份，各国在不同的项目中表现不一，有的由司法人员担任主持或调解者，如澳大利亚的新南威尔士州的协商会议是由司法部门主持的；也有受过专门训练的社会工作者，其他政府机关代表充当调解者进行调解的，如新西兰的青少年司法协理员；（2）被害人，在恢复性司法程序中，被害人的地位得以提升，不再作为证人或者犯罪法律关系的客体，而是以一方当事人的身份出现在该程序之中，当然，若被害人死亡或者没有相应的行为能力，则由其代理人（法定代理人或委托代理人）参与；（3）犯罪行为人，犯罪行为人是法律责任的最终承担者，其必须作为一方主体参与；（4）社区，社区参与是恢复

性司法有别于传统刑事司法的一个重要特点。也是恢复性司法开放性的体现，这里的社区一般应当指的是犯罪行为发生地的社区，而不能以被害人或犯罪行为人身份来确定。（四）责任方式的多样性。恢复性司法不再局限于罚金、自由刑或者剥夺犯罪行为人的生命，其形式是多种多样的：（1）经济赔偿，指犯罪行为人为其给被害人造成的损失承担经济上的不利后果，通过赔偿被害人的经济损失使被害人感到司法对其利益的保护；（2）面对面的忏悔，犯罪行为人当着被害人的面对自己的犯罪行为进行忏悔，争取被害人的谅解，以消除误会，恢复和谐；（3）劳务补偿，刑事犯罪不仅侵犯了被害人及国家利益，其对社区也造成了损害，例如，人与人之间的信任感降低，为预防犯罪而支出的高成本。为此，让犯罪行为人为社区提供免费的劳务，这样通过让犯罪行为人承担责任，一则可在社区强化“犯罪是要付出代价的”观念；另一方面，让犯罪行为人通过自己的建设性行为重新取得社区成员的信任，使社区成员看到犯罪行为人身上潜在的积极价值，并使犯罪行为人从他促进公益的行为中产生成就感，激发其与社区合作的愿望，以尽快融入社会中去。（五）恢复性司法的补充性。当前的刑罚模式，虽然在报应主义刑罚观的支配下，暴露也出一些缺点，但其所起的作用依然不容忽视，且并未“腐朽”到必须“废旧建新”地步，以恢复性司法之长补报应主义刑罚之短，其结果可以说是双赢的。因此，恢复性司法应当作为一种适用于轻微犯罪所适用的刑罚模式。再者，在适用恢复性司法无法实现刑罚的社会效果时，便转入传统的刑事犯罪处理模式中。由此看来，恢复性司法应当是补充性的。

三、我国引入恢复性司法的必要性与

可行性分析 于整个世界而言，恢复性司法不是一项新的制度，然而，对我国而言，其确实是刑罚的一项新改革，对此，是否应当引进并确立这一制度，笔者持赞成态度。下面，对制度引进的必要性与可行性进行分析：（一）必要性

- 1、完善我国刑事司法体制之需要。调解作为一项基本原则应用在民事诉讼之中，且在司法实践中起了非常重要的作用，刑事诉讼的自诉案件也可以调解或者和解，这说明立法者已经注意到了通过被告人与被害人的沟通来化解纠纷，但社区并没有参与其中，社区在刑事犯罪中也遭到一定程序的损害，因此，应当参与到司法程序之中，这样才有利于消弭犯罪的消极后果，恢复和谐，所以，确立恢复性司法是完善我国刑事司法体系之需要。
- 2、降低刑事再犯率的需要。恢复性司法强调犯罪人对犯罪行为的承认，以及对被害人的忏悔，这从根本上对犯罪人进行改造，是对社会刑事再犯罪率居高不下的治本之策，因为单用传统的刑罚不但不能从思想上让犯罪人远离刑事犯罪，而且存在服刑期间交叉感染的可能，基于上述对比，可以发现恢复性司法有利于降低刑事再犯率。
- 3、节约社会司法资源的需要。监狱的维护耗费了巨大的社会资财，例如：狱警的配置、房舍的修缮、器械的购置，这只是其一；其二，犯罪人难以通过自己的劳动为社会创造财富（一些监狱也开展生产，但服刑人员参与劳动的积极性不高），这样必然造成整个社会积极财富的减少和消极财富的增加。在恢复性司法中，犯罪人不但不消耗国家的司法资源，同时还能够为社会创造财富，这不能不说是一种对社会财富的节约。
- 4、保障被害人权利的需要。在刑事犯罪中，被害人的权利被犯罪人侵害，这是第一重伤害；若是在司法程序

中，得不到补偿，这便是第二重侵害，遭受双重侵害的例子并不少见。在一些犯罪中，犯罪人无能力赔偿被害人的损失，又被判入狱，那么被害人的利益就无法得到补偿。通过恢复性司法程序，可以使犯罪人通过参与劳动，用以薪抵债等形式逐步赔偿被害人的损失，达到保障被害人利益的需要。

（二）可行性

- 1、我国的传统文化为引入恢复性司法提供了观念指导。“和”文化自古以来就是我国的主流文化，体现在诉讼中也不例外，古代的纠纷解决中奉行“无诉是求”、“以和为贵”、“天合、地合、人和”等等，人际关系的和谐是传统伦理观念与法律文化的终极目标。这恰恰与恢复性司法之“关系恢复”理念相契合，这种传统文化观念是我国确立恢复性司法的观念基础。
- 2、我国长期存在的调解制度为恢复性司法的引入提供了经验性准备。民事诉讼中，调解的广泛运用，以及刑事自诉案件中的调解，为我们引入恢复性司法提供了经验，使得新的制度引入后不至于太突兀。此外，司法人员对调解与和解的运用和积累，也使得恢复性司法确立具备了经验性的准备。
- 3、构建和谐社会的大环境为恢复性司法的引入提供了社会环境。构建和谐社会已经成为当前社会的主流，司法工作越来越强调以人为本和“司法为民”，既然法律的目的之一是服务于人、服务于社会，那么法律的执行便不应当变成冷冰冰的无情物并以僵化的面孔出现，刑事司法中也不例外。具体到我国，全国上下正在着力构建和谐社会，这一大环境无疑给引入恢复性司法提供了良好的社会环境。
- 四、结语 恢复性司法对社会关系的恢复促进了和谐社会的构建，但我们也应理性的注意到，恢复性司法在有限的时间内尚无法取代当前的刑罚体系。

作为一种补充性制度发挥其应有的作用，也是一项制度价值的重大体现，诚如博登海默所言“正义有着一张普洛透斯似的脸，变化无常，随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌。”

参考文献：[1]陈晓明.修复性司法的理念与实践[M].北京:法律出版社,2006. [2]周娅.短期自由刑研究[M].北京:法律出版社,2006. [3]刘仁文.恢复性司法:刑事司法新理念[J].人民检察,2004(2). [4]宋英辉,许身健.恢复性司法程序之思考[J].现代法学,2004(6). [5]彭海青.论恢复性司法[J].中国刑事法杂志,2004(3).

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。
详细请访问 www.100test.com