



修复性司法：刑事司法的新模式（下）

陈晓明

四、修复性司法的优势和局限

（一）修复性司法的优势

修复性司法从一开始，就关注传统刑事司法在理论和实践上的不足。可以说，传统刑事司法的许多不足之处，正是修复性司法的长处所在。修复性司法在满足参与者需要、预防犯罪、吸引公众参与、提高成效等方面体现出传统刑事司法所无法比拟的优势。

1. 有利于满足各方当事人的需要

修复性司法是一个主要参与者决定如何最好地实现修复损害的过程。犯罪所涉及的各个群体，都必须成为犯罪回应整体的一个部分，积极参与司法进程以满足自身的需要。所以，修复性司法一方面强调各方的广泛参与，即与犯罪有关的人和组织都可以参与到犯罪解决过程中来；另一方面也注重各方的协调，满足各方的需要，注重各方共赢的结果。

（1）满足被害人的需要

修复性司法正视受害人所受侵害，强调的是被害人的需要。修复性司法的一个最重要目标就是要满足被害人的需要，使他们恢复到正常的状态。而承认被害人是犯罪的最大受害者和允许被害人参与司法过程是实现这一目标的前提。除非被害人的需要得到满足，否则，犯罪人不可能被宽恕而回归社区，社区也不可能真正达到安全和稳定。这也就决定被害人必将在其中扮演决定性的角色。以被害人作为中心是修复性司法的一大特色，是修复性司法与传统刑事司法的重要区别。修复性司法之所以将被害人的需要作为中心，是因为修复性司法的原则认为被害人的需要必须受到重视和满足，这有助于抚平因犯罪而产生的伤痕。以被害人作为中心主要表现在：第一，被害人可以积极地参与修复性司法过程，并成为犯罪解决过程的中心，犯罪的解决方案主要以被害人的意见为基础；第二，被害人在过程中享有说出受害真相的权利；第三，要求犯罪人必须向被害人悔罪、道歉；第四，要求犯罪人赔偿被害人的损失；第五，被害人可以得到多种帮助和支持，如咨询人员（或律师）为被害人提供咨询、长期或短期的心理治疗以及其它的一些被害服务。

（2）满足犯罪人的需要

在传统的刑事司法中，犯罪人在司法过程中所要做的是被动地接受刑罚处罚。而修复性司法将犯罪人视为犯罪解决的主体，犯罪人首先要参与司法进程，参与界定他们的责任，与被害人面对面会面，理解自己的行为给他人所带来的影响，进行赔偿。然后再弄清自己的需要，重塑希望。可见，重要的不仅仅是犯罪人要抑制住不可接受的行为，更重要的是他要修复损害，并以满怀崇敬的心情和成为社区有价值成员的自新感觉来经历司法过程，以开始一种更好的生活。

首先，修复性司法主张公正地对待犯罪人。因为修复性司法认为越是公正地对待犯罪人，犯罪人就越能够理解司法进程，就越会积极地参与到过程中来。坎培拉会商项目的结果显示，越是公正地对待犯罪

人，犯罪人就越能感到他们的权利受到尊重，也就更愿意表达他们的观点，就会更愿意改正错误，承担责任。〔①〕

其次，当犯罪人愿意承担责任并修复了其行为所导致的损害时，修复性司法就为其提供了希望和机会，让他们经历司法的整个过程以了解自己在社区中的角色。修复性司法为满足犯罪人需要提供了机会。第一，犯罪人可以通过被害人—犯罪人调解或者家庭团体会议等方式面对由他们犯罪行为所造成的损害；第二，为犯罪人提供各种机会，帮助他们完成对被害人的补偿；第三，为犯罪人提供机会，让他们进行有意义的社区服务，以补偿他们对于社区的损害；第四，帮助他们通过工作和劳动发展其个人能力，以适应回归社会需要；第五，帮助他们发展人际交往的技巧，改变不适当的生活方式，避免将来再次犯罪。

（3）满足社区的需要

在传统刑事司法中，社区只是刑事司法的看客。而在修复性司法中，社区也是犯罪的受害者。因为犯罪发生在社区，犯罪不仅对个人造成损害，而且也损害了社区的秩序和安全，造成了社区人际关系的紧张，因此，修复性司法也注意满足社区的需要。

修复性司法的过程和结果会考虑到社区的基本需要，包括谴责有害行为，建立社区伦理道德标准和行为准则规范，提供建设性的解决方案等。通过这些，可以维护社区和谐，增强社区凝聚力。此外，修复性司法还要求公民和被害人积极地参与预防性程序，例如替代性纠纷解决机制（Alternative Dispute Resolution），以及犯罪人再社会化活动（Offender Rehabilitation）和危机控制活动（Risk Management）等。从一定意义上说，修复性司法是一种社区司法。

2、有利于预防犯罪

传统的刑事司法强调动用刑罚手段抵制犯罪，毫无疑问在现阶段是十分必要的，但是，刑罚实际上是把双刃剑，在强调刑罚的积极作用的同时，也不应忽视它的消极作用。修复性司法避开正式的司法程序，运用非刑罚的方法处理犯罪可以避免大量的违法犯罪行为得到罪犯的标签。“罪犯”的标签会带来社会的消极评价，往往会使他们融入社会变得困难。在这种情况下，他们也许就会因“罪犯”的标签而产生社会对其不公的感受，就会更愿意与臭味相投的人在一起以寻求社会支持，久而久之就会形成次文化，从而成为社会的异类。“违规”也许就会被“合理化”而成为他们的一种生活方式从而很难改变，所以再犯也就不可避免。犯罪学中的“标签论”（Theory of Labeling）认为社会对违规行为的反应将会影响违规者后续的态度和行为。该理论代表人物坦伦鲍姆（Tannenbaum）认为，违规者一旦被贴上“罪犯”的标签，就会打下耻辱的烙印，结果就会顺应社会的评价，在犯罪道路越走越远〔②〕。另一代表人物莱马特（Lemart）更认为是社会的反应导致了犯罪而不是犯罪导致社会反应〔③〕。

修复性司法在预防犯罪方面，比报应性司法更为有效。澳大利亚著名学者布拉斯沃特（Braithwaite）指出：“对犯罪的容忍，让事情变得糟糕；对犯罪进行烙印化或者粗鲁无礼的、驱逐性的羞辱，则使犯罪变得更糟糕；而融合性羞辱（Reintegrative Shaming），主张对犯罪人的一系列的尊重，主张由宽恕仪式终结犯罪，更能预防犯罪。”“显示尊重的主要途径包括公平对待、倾听、授权他人进行程控、避免在年龄、性别和种族等方面的歧视，”“假设有强有力的证据表明参与者感觉修复性司法程序更公正，有强有力的证据表明程序正义有利于促进守法，那么乐观的预测是修复性司法程序将有利于促进守法。”他还认为，“犯罪人在协商中可能比在法庭上，更能够感到羞愧，并更能够消除羞耻感，”〔④〕严厉的惩罚可能会激起犯罪人的敌对社会情绪，而修复性司法的引导和感召有助于使犯罪人感到羞愧、内疚与悔过，有助于防止对犯罪人的烙印化结局，为其将来融入社会奠定基础。

3、有助于吸引社会公众参与

传统的刑事司法机制就像是一种金字塔形的结构，民众位于金字塔的低部，而他们则处于顶部，远离社区和民众。刑事司法的开展也是在专业人士的推动下进行的，社区的要求、民众的呼声，在整个刑事诉讼的进程中并不能起到实质性的影响。司法者是用专业性的思维来处理问题，往往没有顾及普通民众的要求，民众和社区也就没有意愿参与到犯罪案件解决中来。而修复性司法则对民众发出了呼唤，鼓励民众和社区积极参与犯罪的处理过程。

民众和社区的广泛参与，首先有利于使犯罪案件本身以最符合各方当事人利益的方式解决，使各方得到最大程度的满足，而且参加修复性程序的社区成员也从中得到了当家作主的满足感，增强了对社区公共事务的责任感，发展了处理公共事务的能力和解决纠纷的技巧，其意义是深远的和积极的；其次，有助于对事件进行早期干预，无须等到事态变得严重，把犯罪消灭在萌芽状态。每个人都成为犯罪的控制者，而

不是旁观者，就会强化对犯罪人的社会控制。许多国家的经验表明，要使社会控制富有成效，民众的参与是关键。布拉斯沃特也认为，在犯罪控制的比较好的社会中，社区成员都是主要的犯罪控制者，他们积极参与对犯罪人的羞辱（shaming）活动，并且在羞辱了他们之后，又会积极重新整合他们，使他们成为有益的公民回归社区。在低犯罪率的社会中，人们不仅仅关注自己的事业，更愿意自己解决犯罪问题，而不是假手于专业人员。〔5〕在布拉斯沃特看来，羞辱有两种，一种是烙印型羞辱（stigmatic shaming），这种羞辱将犯罪人污名化，会割裂其与社区的联系，对犯罪有促进作用，传统刑事司法就可能带来这种后果；另一种是融合性羞辱（reintegrative shaming），这种羞辱在谴责犯罪的同时保持着对犯罪人的尊重，并积极接纳其重新回归社区，使其感到羞愧，从而有利于防止再犯。修复性司法希望和带来的就是这种效果。

4、有助于减少成本和提高成效

对于修复性司法的实证研究显示，修复性司法的成效是非常显著的。学者们主要从被害人的满意率、赔偿的完成率、对再犯的影响和成本计算几个方面考察修复性司法的成效。

以被害人—犯罪人调解为例。根据安伯瑞特（Umbreit）的统计，79%的人对调解满意，而那些没有被提交调解的仅有57%的满意度。英国的分别为79%相比55%，加拿大的是78%比48%。〔6〕调解的结果是，被害人的愤怒和恐惧感会大大减少，因为其欣喜地见证了犯罪人的悔罪和承担责任，其个人也得到尊重，在精神创伤上得到了一定程度的愈合。与普通刑事司法相比较，修复性司法不仅更容易达成调解协议，而且赔偿更有可能得到实现。通过调解达成的赔偿协议的完成率也是很高的，研究表明赔偿的完成率大概在70%到100%之间，相比之下，通过其它形式达成的赔偿的完成率大概在40%至60%之间。〔7〕修复性司法对减少再犯也有积极影响。研究表明，惩罚对于阻止犯罪人再犯收效甚微，而通过调解等方式，在一年之内，再犯却很少发生。最后，修复性司法的时间更短、成本更低。与法庭诉讼相比，如案件交法庭处理，当事人平均要等18个月或更长时间案件才获法庭聆讯。相反，如双方同意，几星期甚至几天便可进行调解。在挪威需24天，而在法国需6个月。调解还可以节省大量金钱。根据马歇尔的比较，调解的成本是根据调解的组织形式、案件的严重程度、核算的方法、是否有志愿者参加、是否有雇用专业人员参与等发生变化的，但总体来讲，每一个案件的成本大致在150美元至300美元之间浮动。而根据1996年的统计，普通的公诉案件的成本平均每个案件要2500美元左右。〔8〕

（二）修复性司法的局限

1、修复性司法完全依赖于自愿参与

自愿参与是修复性司法成功的关键因素。但是，这种情况可能会出现一些问题。首先，如果一方不愿意参与，选择的范围将会下降；如果双方都不愿参与的话，那么就不存在选择的余地，只有寻求传统的刑事司法程序来解决。因此，在缺乏双方自愿或双方无法达成协议的情况下，传统刑事司法仍要作为最后的手段。其次，意思自治是成功的关键。如果被害人或者犯罪人是被强制参与的，那么修复性司法模式的宗旨就无法实现。有学者担心，由于犯罪人害怕进入传统刑事司法程序，而被迫参与修复性司法程序和接受赔偿协议〔9〕，这就与修复性司法的初衷向悖；最后，修复性司法强调的是当事人意思自治，即当事人可以选择参与，也可以选择不参与，纵使在参与人参与之后，其还可以自愿退出程序。这就给修复性司法造成极大的不确定性，从而严重影响其严肃性和权威性。

2、修复性司法能够处理的案件有限

在选择修复性司法程序的时候，要考虑案件是否适合修复性司法。根据修复性司法的特点，很明显它并不能适用于侵害国家法益的犯罪和大多数侵害社会法益的犯罪，它只能适用于侵害个人法益的犯罪。即使如此，它还受到许多因素的影响，例如犯罪人是否认罪、悔悟以及愿意承担责任。如果犯罪人否认犯罪，否认被害人的不幸遭遇，拒绝承担责任，那么这样的案件就不适合采用修复性司法处理。如果强行用修复性司法程序处理这样的问题，只会加剧对被害人的伤害。可见，修复性司法无法完全取代传统的刑事司法，只能作为其必要补充。

3、修复性司法可能会不适当地扩大社会控制的范围

从目前的情况看，修复性司法大量的运用于轻微犯罪，甚至仅仅是一般违法行为，这就可能会不适当地扩大社会控制的范围。在传统刑事司法之下，一些轻微案件特别是青少年轻微案件是无需受到刑事制裁的，但现在却要受到修复性司法的处理。这就可能造成修复性司法客观上不是在减少犯罪而是在制造犯罪

的情况。而且，在有些情况下，犯罪人原本在传统刑事司法中的处罚是很轻微的，但转处到修复性司法中，可能导致更为严厉的处罚。因此，修复性司法可能会不适当扩大对于某些类型犯罪的社区控制范围，甚至是国家控制范围。

4、修复性司法可能不利于某些弱势群体

澳大利亚学者布拉斯沃特指出，修复性司法实践可能不利于妇女、儿童和少数民族。他认为，程序对弱者的不利可能是对他们更为严厉或者是将他们晾在一旁，难免会影响到协商双方的地位平等。同时，他还指出，修复性司法实践可能被修复性司法程序中的优势群体（如警察、社区权威、有时还包括大集团）所控制，^[10]这就影响到社区支持、关注和控制的程度。此外，社会分工也影响到自愿参与的程度和效果。社区有效的参与程度主要是依靠与刑事司法相分离的其它社会政策。这与社区中的教育状况、居住情况、社区发展、雇佣机会、社会服务、健康供应和环境品质有关。

5、修复性司法缺乏正当程序的保护，容易侵犯当事人权利

修复性司法注重采用非正式的程序解决犯罪问题，体现出灵活性的特点。但是灵活性容易导致恣意，产生负面影响。例如，在修复性司法程序中，可能会出现父母不在场的情况下询问（讯问）未成年人、当事人无法获得律师的帮助、滥用公权力等情况。修复性司法还可能会成为诱导当事人承认犯罪的工具。在定罪困难的情况下，法庭可能鼓励将案件转入修复性司法程序，而转入修复性司法程序的前提是被告人的行为构成了犯罪。在修复性司法失败，转入传统刑事司法后，可能会导致违反“一事不再理”（Double Jeopardy）的诉讼原则。修复性司法中的证言和记录也可能会成为刑事司法中的证据，这将会造成犯罪人“自证其罪”的情况。修复性司法在审理时间上没有严格的规定，可能会违反诉讼及时原则，从而忽略犯罪人接受快速审理的权利（Speedy Trial）。

六、修复性司法的启示——代结束语

修复性司法并非是一种新的口号，也不是一些小小的改良，而是一种基于全新思维的全新做法。作为刑事司法发展的一个新的趋向，它愈来愈受到世界范围内的理论界和实务界的青睐，给我们也带来了许多有益的启示。

修复性司法给我们最大的启示是，社会秩序并不必然仅仅依靠国家公权力加以维护，法治并不必然是以国家意志为基准的法律规则之治，多元化的价值观和多元化的犯罪处理模式将使现代法治更富有活力。社会控制固然需要有国家强制力的权威，但这并不意味着必须由国家垄断处理犯罪的所有权力。修复性司法与传统刑事司法的最大不同在于“角色转换”，即国家在解决刑事案件中的地位下降，个人或社区的地位上升。反对国家垄断处理犯罪的权力，并不意味着国家对修复性司法放任自流。国家在修复性司法实践仍具有重要的引导、支持和维护的功能。国家实际上在下列方面仍负有主要责任，包括：确保犯罪人对他们伤害被害人和社区的行为承担责任；通过法律和提供资源，以支持被害人、社区和犯罪人共同决定犯罪人通过何种适当的方式修复对被害人和社区造成的伤害；确保公正对待被害人、社区和犯罪人；当被害人、社区和犯罪人自身无法达到满意的解决方式时，提供解决问题的途径；对整个过程实行全方位监控以保障其顺利进行。

修复性司法的第二个重要启示是，刑事司法可以而且应当成为修复者，以利构建和谐社会。恢复性司法强调一个基本的事实：犯罪损害了人与人以及社区之间的关系。如果犯罪造成了损害，司法程序就应当修复这种损害。在传统的刑事司法中，被害人和社区的权利被漠视，被犯罪损坏的人际关系不但得不到修补，而且有可能进一步恶化，造成紧张状态加剧、社会裂痕扩大的状况。修复性司法是对犯罪行为作出的系统性反应，体现人本主义精神，强调了对被害人利益的保护，重视国家权力和个人权利的平衡、被害人和加害人权益的平衡。修复性司法鼓励被害人和社区成员都积极地最大程度地参与司法过程，被害人可以从被告人的道歉和补偿中得到很大的慰藉，从而减轻焦虑与仇恨；被告人可以从社会的宽容中减轻对社会的对抗情绪，从而可以在社会的谅解下顺利回归社会；社区可以在受到尊重的自我调整和净化能力的基础上，谋求事件的解决，恢复原有秩序。通过这种被害人、犯罪人与社区成员之间的直接交流与对话，各方的尊严得到尊重，社区人际关系经过整合可以达到更为和谐、人与人之间的关系纽带更加牢固的境界。

修复性司法的第三个重要启示是，正义的内涵应重新认识、正义的实现可以有多种途径。传统刑事司法强调以报应实现正义，只是一味地惩罚犯罪人，没有或很少关注被害人和社区的利益。除了犯罪人受到惩罚之外，被害人和社区什么也没有得到。如果说这是一种正义的话，那也是一种缺损的正义。在英语

中，司法和正义为同一个词，即Justice，可见，司法与正义有密切联系。博登海默指出：“给予每个人以其应得的东西的意愿乃是正义概念的一个重要的和普遍有效的组成部分”。[11] 亚里斯多德将正义划分为分配正义与矫正正义。分配正义设计群体成员之间权利、义务的配置问题。矫正正义发生于社会成员违反分配正义的情况，在这个领域，伤害者补偿受害者，受害者从伤害者那里得到补偿，就是正义。[12] 修复性司法正是要给予与犯罪相关的各方以其应得的东西。比如被害人得到赔偿，犯罪人表示歉意、承担责任以及发展自身适应社会需要的能力，社区人际关系变得和谐从而更加安全，等等，这一切都说明修复性司法所追求的是一种均衡价值，实现的是一种全面正义，促进的是刑事司法的整体公正性。

修复性司法的第四个重要启示是，对犯罪的解决可以采用多元化方式，应将有限的资源合理地分配给不同的解决方式，按照不同犯罪的特殊要求和当事人意思自治，适用不同的解决模式。这一方面是出于效率考虑，即以较少的司法资源耗费，实现较理想的实体性目标。任何国家司法资源都是有限的，刑事司法改革应该跨越单纯改革刑事诉讼程序的狭隘思路，从刑事司法机制或结构上进行重塑。另一方面也是为了尊重当事人权益。多元化可以提高当事人在追求自身正当利益过程中的主动性和能动性，可以使当事人能在权衡程序效益最大化和实体利益最优化需求的基础上做出适当的选择。

修复性司法的原则和制度设计完全取决于一个国家和社会的文化传统和犯罪解决的需要，并不存在一种适用于任何国家和社会的统一模式。恢复性司法从其产生起，就是利弊共生，潜力与危险共存，而且东方社会与西方社会有很大差异，因此，我们在走修复性司法之路的过程中，应当循序渐进，不能急于求成。一方面要坚持和完善现行传统的刑事司法模式；另一方面大胆地在司法中注入修复性元素，形成修复性司法模式，逐步建立统一协调、良性互动、功能互补、程序衔接、彼此支持的双轨制，从而更好的解决犯罪问题。

[①] Braithwaite, J. (1999). Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts, *Crime and Justice* Vol. 25, No. 1.

[②] Tannenbaum, F. (1938). *Crime and the Community*. New York: Ginn and Company.

[③] Lemart, E. (1967). *Human Deviance, Social Problems and Social Control*. New York: Prentice-hall.

[④] Braithwaite, J. (1999). Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts, *Crime and Justice* Vol. 25, No. 1.

[⑤] Braithwaite, J. (1989). *Crime, Shame and Reintegration*. New York: the Press Syndicate of the University of Cambridge, p. 8.

[⑥] Umbreit, M. S., & Roberts, A. (1996). *Mediation of Criminal Conflict in England: An Assessment of Services In Coventry And Leeds*. St. Paul, MN: Center for Restorative Justice and Mediation, University of Minnesota.

[⑦] Marshall, T. *Restorative Justice: an Overview*[EB/OL]. <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-resjus.pdf>, 2004-12-12.

[⑧] Marshall, T. *Restorative Justice: an Overview*[EB/OL]. <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-resjus.pdf>, 2004-12-12.

[⑨] Miriam, M. (2003). *Restorative Justice: An Evaluation of Victim' s Satisfaction within the Context of Victim-offender Mediation*. Ottawa: Carleton University, p. 61.

[⑩] Braithwaite, J. (1999). Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts, *Crime and Justice* Vol. 25, No. 1.

[11]博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，北京：中国政法大学出版社1999年版，第264页。

[12] 参见张文显：《法理学》，北京：高等教育出版社，北京大学出版社1999年版，第253页。



（作者系厦门大学法学院副院长、教授，中国法学会刑法学研究会理事）

更新日期：2007-3-16

阅读次数：1127

上篇文章：修复性司法的价值和理念解读

下篇文章：修复性司法：刑事司法的新模式（上）

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号