

论恢复性司法本土化的困境

□鲁朝晖 [电子科技大学 成都 610054]

[摘要] 近年来国内学者对恢复性司法(Restorative Justice)的研究热度颇高,许多学者提出转变传统的刑事司法理念与制度,效仿欧美国家,在我国制定并实施恢复性司法计划。笔者认为这种提法有些急功近利。一项制度或理念的本土化不是一个单纯的移植、借鉴过程,不能只看到它本身的优越性,还要考虑到它自身的先天不足和国内是否有适合其生存的土壤。虽然恢复性司法在北美和西欧搞得风生水起,但是这样一个与传统司法理念完全背道而驰的新事物是否能在我国这片土地上生根发芽茁壮成长还是一个值得思考的问题。本文聚焦恢复性司法自身的制度缺陷以及恢复性司法与我国司法制度、社会结构上的冲突,对本土化问题进行理性分析,认为现阶段不应在我国适用恢复性司法。

[关键词] 恢复性司法; 本土化; 理论缺陷; 司法理念; 社会结构

[中图分类号] D9 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1008-8105(2010)02-0089-04

恢复性司法(Restorative Justice)以其新颖的案件解决方式和强烈的人权理念受到许多西方国家的青睐。目前全世界已有四十多个国家制定了各自的恢复性司法计划,联合国经社理事会也通过了《运用恢复性司法方案于犯罪问题的基本原则宣言(草案)》,指导各国恢复性司法的实施。因此近年来许多国内学者认为应当将这一先进理念引进我国并制度化,实现恢复性司法的本土化,笔者认为这一提法明显操之过急。恢复性司法产生至今只有30多年的时间,在理论上仍存在诸多缺陷,并且许多理念与我国实际情况存在较大反差与冲突,贸然本土化非但不能解决我国目前司法上存在的问题,还可能产生“邯郸学步,又失其故行”的反效果。

一、恢复性司法自身存在理论缺陷

恢复性司法理念起源于上世纪60年代北美的少年司法系统内被害人和加害人调解程序,之后逐渐扩展到成年人的轻微犯罪等领域,其新颖的案件解决途径和超前的价值目标体系使得许多国家的学者都竞相研究,并积极探索恢复性司法本土化的可行途径。但随着研究的深入,恢复性司法本土化的理论缺陷也逐渐显现出来,这些缺陷使得恢复性司法在我国制度化的可行性大大降低。

(一) 恢复性司法“成本节约说”难以真正实现

恢复性司法的支持者们认为,恢复性司法采取和解、协商、圆桌会议等形式,促使双方当事人的和解,避免案件进入正规司法程序,实现了案件的审前分流,减轻了司法机关的办案压力,大大节约了司法资源^[1]。然而现实情况真的是这样的吗?恢复性司法程序的启动必须以双方当事人均同意案件的庭外和解为前提,在达成协议之前,只要其中任何一方反悔,案件都将回到正规司法程序,而在法院最终宣判前,案件可以随时进入恢复性司法程序。由此可见,恢复性司法程序启动的主观性极强,两种司法程序间的切换几乎没有法律和制度上的障碍;与此同时,绝大多数实行恢复性司法的国家都没有规定恢复性司法的程序与期限。于是一个奇特的现象便极有可能出现:一个案件在两种司法程序之间多次切换,经历了多次和解与法院的多次重复审理(这样的重复审理耗费的时间可能是常规审判周期的数倍),这样的结果是:无论案件最终是和解解决还是判决解决,都将极大地消耗司法资源。此外,恢复性司法的支持者们认为非监禁的处理结果能减轻监狱在押犯人过多、超负荷运作的压力,但凡事都具有两面性,缺乏严厉的人身制裁使犯罪人再次犯罪的机会大大增加,如果其再次犯罪,“势必

[收稿日期] 2009-06-02

[作者简介] 鲁朝晖(1984-)男,电子科技大学政治与公共管理学院宪法学与行政法学研究生。

造成新一轮司法资源的消耗”^[2]。如此的恶性循环,对一个国家的司法系统无疑是一个噩梦。

(二) 恢复性司法难以实现对犯罪人利益的保护

恢复性司法受到各国青睐不仅仅是因为它标榜的“成本节约说”,作为恢复性司法两大价值诉求的“被害恢复”与“侵害恢复”无论是在人权保障方面还是在司法公正方面都有着极大的诱惑力。然而在现实中,许多国家的实践证明这种诉求仅在理念上是完美的,而在实际操作中却如此的不堪一击。

恢复性司法以双方当事人自愿和解为前提,对于犯罪人而言,同意和解必须建立在承认犯罪事实的基础之上。作为协商过程的必要组成部分,犯罪人要向被害人与调解人叙述犯罪过程,忏悔自己的行为,以求得被害人的谅解^[3]。如此一来问题便出现了:如果被害人此时收回和解意愿使案件回到庭审,犯罪人的认罪行为与其在恢复性司法过程中所做的认罪陈述能否作为证据出现,从而成为法院定罪量刑的依据?如果法庭采纳了它作为证据,那么证据的搜集手段明显有了诱供的色彩,这与《公民权利和政治权利国际公约》中规定的“任何人不得被强迫自证其罪”背道而驰,也明显违反了我国《刑事诉讼法》第四十三条规定的“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”;如果法院对这些证据不予采纳,则明显是放任有罪之人逍遥法外,与刑法惩罚犯罪的初衷相悖,让人不禁想起了多年前的辛普森案。

(三) 恢复性司法难以实现对被害人利益的保护

与此相对应,恢复性司法在维护被害人利益方面也存在着许多难以克服的困难。恢复性司法的支持者们认为被害人在案件解决的过程中应当扮演真正的追诉者而不是旁观者或证人的角色,他可以主张能够补偿其损失、恢复被侵害前状态的权利^[4]。而恢复性司法则给了被害人这样的平台,以当事人为主导的和解可以在最大程度上实现被害人的权利。但是作为一个程序高度自由化的民事化司法制度,恢复性司法想要实现以上目的,首先必须解决以下问题:如何证明犯罪人不是为了逃避刑罚而假装“自愿”同意加入恢复性司法程序?如何保证被害人的谅解是其真实的意思表示,而不是迫于社会舆论的压力或犯罪人的威胁或利诱?如何确保被害人在与犯罪人的面对面交涉中不会受到心理上的二次伤害?以上问题也是目前困扰西方恢复性司法并阻碍其进一步发展的障碍,学者们与恢复性司法的

践行者们对这些问题至今仍没有很好的解决办法。如果这些问题得不到有效的解决,所谓对被害人的“恢复性正义”只是一个没有实质内容的空壳。

二、恢复性司法与对我国司法理念的颠覆

由于历史与文化等方面的原因,东西方法制进程存在极大差异,西方国家开始在法治基础上探索多样化纠纷解决机制的时候,我们还处在普及法治理念、增强公民法律意识与诉讼意识的基础阶段。因此,许多在西方已经成熟并制度化的法治理念,放到我国便会因为与通行的司法理念存在极大反差而无法存活。相对于传统刑法理念而言具有超现实主义色彩的恢复性司法便是如此。

(一) 恢复性司法对传统犯罪观的颠覆

在我国当前以马克思主义为指导的犯罪论体系下,犯罪被认为是行为人对统治者所确立的社会秩序的最极端藐视和破坏,是“对国家的犯罪”,这一理念贯穿于建国以来的所有刑事立法与司法活动之中。在这种犯罪观的影响下,被害人几乎被完全排除在追诉犯罪的程序之外,刑事诉讼被看作是国家对犯罪人个人的单方制裁,形成了以国家利益为核心的一元价值体系(或称国家本位主义价值观)。恢复性司法则认为犯罪伤害的首先是被害人利益和社区利益,国家与社会被放在了次要地位,因此,在整个追诉过程中,被害人便处于核心地位,与此同时,犯罪人的利益也受到极大关注,由此形成了以尊重被害人权利为核心同时兼顾被告人利益的二元价值体系(或称个人本位主义价值观)。“恢复性司法制度在实体法领域内涉及到对犯罪本质的认识的重新界定。恢复性司法的个人本位价值观与现行刑事法的国家本位主义价值观形成了鲜明的对立与冲突^[5]。”

(二) 恢复性司法对传统刑罚观的颠覆

恢复性司法弱化了刑罚在刑事案件中的作用,力求以去刑罚化的方式达到惩戒犯罪人、补偿被害人并修复社会关系的目的。恢复性司法的拥趸们认为刑罚最终实现的是国家的惩戒目的,是对犯罪人挑衅国家权威的“报复”,而对案件的实际利益相关各方并没有任何实际意义,相反还使得被害人失去了直接向犯罪人追诉的权利。因此在恢复性司法中,刑罚及其代表的国家司法权应当被尽可能的排除在案件的解决之外。在支持者眼中,刑罚成了刑事案件解决的障碍。而我国主流刑法理论认为,刑罚不仅仅有惩罚犯罪的功能,还有预防犯罪发生的作用^[6]。并且“防患于未然”的预防功能比“亡羊补牢”的

惩罚功能更为重要,一旦失去了刑罚的威慑,犯罪人将更加肆无忌惮,犯罪率必将剧增。恢复性司法的民事化解决方式削弱了刑罚的预防作用,这对我国这样一个人口基数大,又正处在社会转型期,犯罪案件数量居高不下的国家来说,无异于釜底抽薪。

三、我国社会结构不适宜恢复性司法的生存与发展

(一) 我国未形成成熟的市民社会

“恢复性司法较之传统的刑事司法有着诸多全新的理论,司法社区化就是恢复性司法的基本理念之一。”^[7]社区是构成市民社会的基本单位,司法的社区化意味着国家司法权向市民社会的让渡,从而使以往“强国家——弱社会”的状态逐渐转变为“强国家——强社会”^[8],市民社会的强大,成为恢复性司法践行的社会基础。通过考察欧美的恢复性司法我们不难发现,绝大多数国家制定并实施恢复性司法计划,是建立在本国已形成较为成熟的市民社会的基础上的。在我国,自改革开放以来,国家放松对经济的控制,经济自由化使得人们逐渐减少对单位的依赖,开始了由“单位人”向“社会人”的转变。国家对个人的控制被削弱,而与个人生活密切相关的社区开始发展起来,市民社会初见雏形。但放眼欧美发达国家的市民社会的形成,无不经历了大半个世纪甚至百年历程,我国经济基础薄弱,市场化不够彻底,公民自治意识不强,加之在行政、司法上职权主义依旧浓重,因此市民社会仍不发达,在很大程度上依赖于国家,处于前面提到的“强国家——弱社会”的状态。由此可见,恢复性司法在我国还不具备生根发芽的社会土壤。

(二) 我国社区发展尚处于起步阶段

如果将市民社会比作一棵枝叶繁茂的大树,那么社区便是这棵大树上的无数枝叶,恢复性司法便是以这些“枝叶”为载体才得以实施。恢复性司法将传统司法中“国家——个人”的线性关系转变为以社区为顶点,以犯罪人和被害人为底角的三角协商关系,社区成为处理刑事案件的非司法主体。同国家司法机关行使职权必须以国家强大的政治经济实力做后盾一样,司法的社区化也必须以社区的高度发达与自治为前提,社区应当有能力独立承担案件的协调和社区矫治的监管工作。以荷兰为例,社区服务项目与教育课程的管理由社区内的非政府组织负责,对于成年犯,由缓刑局、成瘾犯罪人缓刑机构负责;而对于未成年人,则交给未成年人保护委员会负责^[9]。以上机构经费大多来自于捐款和社

区成员募集,对财政依赖性低,因此机构独立性强。而在我国,目前超过半数的社会组织依靠财政拨款维持运作,并且许多组织本身就是从行政机关剥离出来的,与原机关有着千丝万缕的关系,仍没有摆脱过去的行政模式与官僚习气,如果将监管的职权交给这些机构,极有可能出现行政干预司法的情况。同时,我国缺乏专业的社区矫正机构,由社区管委会等机构代为管理的做法肯定无法实现监管的专业性,而建立专业化的机构又在人员与经费上存在许多困难。

四、宗教在恢复性司法中的作用

恢复性司法的产生本身带有浓重的宗教色彩,其之所以在西方国家得到长足发展,宗教在其中也起到了推波助澜的作用。在西方国家,公民大多信仰基督教或天主教,作为精神支柱的宗教对人的精神指引和行为规范是国家教育和司法工具所无法企及的。在恢复性司法的实施过程中,遍布社会各个角落的教堂与教会组织成为参与其中的重要一员。例如在社区矫治中教会就扮演着重要的角色,在荷兰,以救助穷人而著称的基督教组织——救世军承担着成年犯社区服务的管理责任。由此可见,宗教在恢复性司法的实施过程中起着十分重要的作用,这是西方国家所独有的优势。而在我国,意识形态领域的主导是马克思主义,宗教——无论是本土宗教还是外来宗教——的发展都受到政策上和法律上的较大限制,在影响人的精神世界方面至今仍只能较小的范围内发挥着有限的作用,不能在社会范围内普及,更不要提对司法的影响了。

小结

基于以上种种,笔者认为,就目前而言,恢复性司法的本土化仍只是美丽的海市蜃楼——可望而不可及,如果强行引进,也会因为与现行司法制度、社会现实的冲突而最终被束之高阁。与西方法治发达国家不同,“我们面对的是法治国家最基本问题,即法律在一国政治组织体中的地位和权威问题”^[10]。经过长期的法制宣传,人民群众的惯性思维逐渐从“息讼”、“厌讼”转向“拿起法律武器保护自己”,如果在这个时候引进恢复性司法,势必造成人民在案件解决方式选择上的无所适从。因此我们目前的主要任务,仍应当是稳步的进行司法改革,以渐进的方式逐步转变司法理念、完善司法制度,与此同时加强社区建设与公民法制意识的培养。总之,当

下我国正处于社会转型时期,这个时期的社会思潮有多样化与波动性的特点,颠覆性的恢复性司法给我们带来先进(但不一定适用)理念的同时,极有可能造成司法理念与司法制度上的混乱,从而影响我国的法制进程。

参考文献

- [1] 丹尼尔·W·凡奈思. 全球视野下的恢复性司法[J]. 王莉译. 南京大学学报, 2005, (4): 130-136.
- [2] 邹积超. 论“恢复性司法”应该缓行[J]. 华东政法学院学报, 2004, (6): 39-44.
- [3] 刘江春. 恢复性司法研究[J]. 求索, 2006, (11): 80-83.
- [4] 李卫红. 恢复性司法模式中的被害人权利保护[J]. 西部法学评论, 2009, (1): 102-107.
- [5] 李翔. 论恢复性司法制度的实体法冲突[J]. 辽宁公安司法管理干部学院学报, 2007, (3): 12-16.
- [6] 王顺安. 刑罚预防新论——兼议“严打”及其刑罚效益原则[J]. 政法论坛(中国政法大学学报), 1998, (1): 37-49.
- [7] 吴立志. 论恢复性司法在我国践行的社会结构空间——以市民社会为分析视角[J]. 湖南科技学院学报, 2008, (3): 120-122.
- [8] 宋英辉, 许身健. 恢复性司法程序之思考[J]. 现代法学, 2000, (3): 32-37.
- [9] 约翰·布拉德. 荷兰: 社区矫正与恢复性司法结合之路[J]. 颜九红, 译. 北京政法职业学院学报, 2008, (1): 61-67.
- [10] 朱德宏. 恢复性司法及其本土制度化危机[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2008, (2): 20-28.

On Dilemma of the Restorative Judicature Localization

LU Zhao-hui

(University of Electronic Science and Technology of China Chengdu 610054 China)

Abstract The restorative judicature is a hot and new topic. In recent years, the restorative judicature has attracted great attentions with its legislation and practice in dozens of countries. As a product of the Civil Movements in the western world, restorative Justice destroys the traditional criminal procedure law. There are many conflicts and irreconcilable contradictions between restorative justice system and theories of entities in Chinese Criminal Law. We are in deficient local institutional resources of restorative justice, including the harmonious thought of the Confucians' ethic and real relation between the power of a state and the rights of the public.

Key words restorative judicature; localization; flaws in theory; judicial philosophy; scheme of society

编辑 范华丽