

内容摘要

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 200208008

UDC _____

学 位 论 文
借鉴与传承: 修复性司法与我国
传统法律文化 的启示

Reference and Inheritance: Inspiration from Restorative
Justice and Chinese Traditional legal Culture

郑 勇

指导教师姓名: 陈 晓 明 教 授

申请学位级别: 硕 士

专业名称: 刑 法 学

论文提交日期: 2005 年 月

论文答辩时间: 2005 年 月

学位授予单位: 厦 门 大 学

学位授予日期: 2005 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2005 年 月

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文而产生的权利和责任。

声明人（签名）：**郑勇**

2005年5月16

内容摘要

修复性司法作为刑事法制发展的一个新动向，已得到联合国的肯定和推广，并在许多国家进行了试验。在报应性司法和矫正性司法争执不休的同时，传统刑事司法的弊端也日益显现：1、忽略了被害人，无法全面满足被害人的需要；2、只是要求犯罪人消极地接受惩罚，而非积极地进行修复；3、远离社区，未能使社区在犯罪预防中发挥积极作用；4、司法成本高，但预防犯罪收效甚微。修复性司法针对上述不足，从一个全新的视角来审视犯罪和刑事司法问题。从外部特征上看，修复性司法主要由三个支柱支撑：责任、能力和安全。这三个支柱互相配合，能动地、积极地进行犯罪修复工作，并在一些实践项目上取得了成功。当前我国刑事司法改革已经提到议事日程，因此，加强修复性司法研究，为刑事法制的完善提供理论支持，具有现实的必要性和紧迫性。本文包括前言、正文和结论三部分。其中正文部分共分为三章。

前言以全球范围的修复性司法运动为切入点，概要地介绍修复性司法运动的兴盛，为全文论述奠定基调。

第一章对修复性司法进行概述。本章着重介绍了修复性司法的基本主张和实践目标，并在评价了修复性司法的优点和局限性之后，将修复性司法定位为刑事司法的补充性制度。

第二章重点分析我国传统法律文化中所蕴含的修复性司法精髓以及我国传统文化与修复性司法的不同，旨在挖掘我国的传统法律文化，为进一步构建有中国特色的修复性司法，寻找文化积淀。

第三章具体阐述了刑法基本理念的更新和修复性司法中国模式的制度构想。

结论简要地对文章的思路进行总结，并对修复性司法的未来进行展望。

关键词：修复性司法；法律文化；调解

ABSTRACT

Restorative justice is a major development in criminal thinking, which is supported by the United Nation, and restorative justice is developing in many parts of the world. The debate between retributive justice and treatment justice has exposed the defects of traditional criminal justice. Such defects include (1) neglecting victims of crime; (2) only requiring the criminal to accept punishment negatively; (3) keeping community far away from resolution of crime; (4) low cost effective in criminal prevention. Aiming at these defects, restorative justice is looking at crime and criminal justice from a new lens. Restorative justice has three supports that hold up the framework. These three supports are accountability, competency development and community protection, which collectively and actively restore the aftermath of the offence. Further more, restorative justice has succeeded in some practical programs. The reform of our country's criminal justice system has been placed on the agenda, so researching on restorative justice has important meaning for criminal justice reform of our country. This dissertation consists of preface, body and conclusion. The body has been divided into three chapters.

The preface uses the worldwide restorative justice movement as a breakthrough point, expounds the flourishing development of restorative justice briefly. It settles the keynote of the dissertation.

Chapter one presents a brief introduction of the basal opinions and practical objectives of restorative justice. After discussing the optimistic and pessimistic accounts of restorative justice, this chapter points out that restorative justice is a supplementary process of criminal justice.

Chapter two analyses Chinese traditional legal culture, and compares our tradition with restorative justice in order to dig culture foundation for

construction of Chinese model of restorative justice from our country's traditional culture.

Chapter three concretely studies the ways to reform the underline spirit of criminal law and to construct Chinese model of restorative justice.

The conclusion summarizes the thought of this dissertation, and looks forward for the future of restorative justice in China.

Key Words: Restorative Justice; Legal Culture; Mediation

目 录

前 言	1
第一章 修复性司法概述	3
第一节 修复性司法的理念来源	3
一、基督教教义中的修复性司法理念	3
二、新西兰毛利人的传统	4
三、北美印第安人的传统	5
第二节 修复性司法的基本主张	7
一、犯罪论方面	7
二、责任论方面	7
三、犯罪对策方面	9
第三节 修复性司法的实践目标	11
一、承担责任	12
二、发展能力	13
三、社区安全	16
第四节 修复性司法的定位	17
一、修复性司法的评价	17
二、修复性司法的定位	25
第二章 我国传统法律文化与修复性司法	29
第一节 我国传统法律文化的基础	29
一、我国传统社会的背景分析	29
二、“和”——我国传统法律文化的观念基础	31
三、儒家法律思想——我国传统法律文化的理论基础	32

四、调解息讼——我国传统法律文化作用的结果.....	34
第二节 刑事调解——我国乡土社会解决刑事纠纷的实景	35
一、刑事调解的主体和客体.....	35
二、刑事调解的过程.....	37
三、刑事调解的意义.....	38
第三节 我国传统法律文化与修复性司法.....	38
一、我国传统法律文化的修复性.....	38
二、我国传统法律文化与修复性司法的不同.....	41
第三章 修复性司法与我国传统法律文化的启示	44
第一节 刑法基本理念的更新.....	44
一、国家不必成为垄断者.....	44
二、程序应当成为教化者.....	48
三、司法应当成为修复者.....	50
第二节 修复性司法的中国模式.....	52
一、修复性司法在我国的定位.....	53
二、以人民调解委员会为基础，构建调解——帮教型的修复性 司法模式.....	53
三、调解——帮教型修复性司法模式的具体制度构想.....	54
四、制度运行过程中所需注意的具体问题.....	58
结 论	59
参考文献	60

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 The Brief Introduction of the Restorative Justice ..3	
Subchapter 1 The Spirit Origin of Restorative Justice.....3	
Section 1 Centuries-earlier Philosophies of Christian.....3	
Section 2 Traditions of New Zealand Maori4	
Section 3 Traditions of North American Indian5	
Subchapter 2 The Basic Opinions of Restorative.....7	
Section 1 The Criminal Aspect.....7	
Section 2 The Responsibility Aspect.....7	
Section 3 The Strategy Aspect9	
Subchapter 3 The Practical Objective of Restorative Justice 11	
Section 1 Accountability 12	
Section 2 Competency Development 13	
Section 3 Community Protection..... 16	
Subchapter 4 The Position of Restorative Justice17	
Section 1 The Evaluation of Restorative Justice 17	
Section 2 The Position of Restorative Justice25	
Chapter 2 Traditional Legal Culture in China and Restorative Justice.....29	
Subchapter 1 Traditional Legal Culture in China.....29	
Section 1 The Background Analysis of Traditional Chinese Society ...29	
Section 2 ‘He’(Peace)—The Notional Basis of Traditional Legal Culture in China31	
Section 3 Confucianism—The Theoretical Basis of Traditional	

Legal Culture in China	32
Section 4 Mediation——The Result of Traditional Legal Culture in China.....	34
Subchapter 2 The Criminal Mediation——Criminal Dispute Resolution in Earthbound China	35
Section 1 The Subject and Object of the Criminal Mediation.....	35
Section 2 The Process of the Criminal Mediation.....	37
Section 3 The Meaning of the Criminal Mediation.....	38
Subchapter 3 The Traditional Legal Culture in China and Restorative Justice	38
Section 1 The Restorative Character of The Traditional Legal Culture in China	38
Section 2 The Difference between the Traditional Legal Culture and Restorative Justice.....	41
Chapter 3 The Inspiration from Restorative Justice and the Traditional Legal Culture in China	44
Subchapter 1 The Changes of the underline spirit of criminal law.....	44
Section 1 State should not Monopolize the Power of Crime Resolution	44
Section 2 Process should Appear the Factor of Education.....	48
Section 3 Justice should be Restorative.....	50
Subchapter 2 Chinese Model of Restorative Justice	52
Section 1 The Position of Restorative Justice in China.....	53
Section 2 Based on the People’s Conciliation Committee, and Construct Mediation——Bang Jiao Model of Restorative Justice	53

CONTENTS

Section 3 The Concrete System Construction of Mediation——Bang Jiao Model	54
Section 4 Major Issues in the Development of Restorative Justice...	58
Conclusion	59
Bibliography.....	60

厦门大学博硕士论文摘要库

前 言

联合国预防犯罪和刑事司法委员会第 11 届会议于 2002 年 4 月在奥地利的维也纳举行，我国代表团也出席了这次会议。会议通过了十三项决议草案，其中《关于在刑事事项中采用修复性司法方案的基本原则》受到与会者的广泛关注。其后，修（恢）复性司法（Restorative Justice）这一术语就逐渐进入我国学者的研究视野之中。

修复性司法作为刑事法制发展的一个潮流，早已在许多国家进行试验。在美国，发展修复性司法政策和项目的州超过 45 个，并且进行主要司法系统改革的州和地方的数目还在不断增加。^①根据有些学者的统计，美国和加拿大正在进行的修复性司法项目在 300 个以上，并且有超过 700 个项目正在欧洲、澳大利亚和新西兰进行。^②调查表明被害人、犯罪人和社区对于修复性司法的程序和结果都非常满意，犯罪人完成赔偿的可能性大大提高，被害人的恐惧感大大降低，再次犯罪的频率和严重性也大大降低。^③可见，修复性司法经过 20 多年的发展后，已经成为西方刑事司法界的一大“显学”。

修复性司法是一场注重实践的运动，但其背后也蕴含着丰富的历史积淀和哲学基础。约翰·布雷斯韦特（John Braithwaite）是最早研究修复性司法的学者之一，他认为对世界所有的民族而言，在人类历史的大多数时间里，修复性司法是处理犯罪的主要模式。^④西方学者在系统研究了基督教教义、新西兰毛利人和北美印地安人的传统之后，已经将目光投放在中

^① UMBREIT, MARK S. Restorative Justice Through Victim-Offender Mediation:A Multi-Site Assessment [EB/OL] <http://wcr.sonoma.edu/v1n1/umbreit.html> , 2004-09-09.

^② BERGER, VIVIAN. A Positive Form of Punishment[EB/OL]. <https://www.lexisnexis.com/ap/auth> , 2004-09-09.

^③ UMBREIT, MARK S. Restorative Justice Through Victim-Offender Mediation:A Multi-Site Assessment [EB/OL] <http://wcr.sonoma.edu/v1n1/umbreit.html> , 2004-09-09.

^④ BRAITHWAITE, JOHN. Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts[EB/OL]. <https://www.lexisnexis.com/ap/auth> ,2004-09-09.

国这片古老的土地上。作为儒家正统思想的发源地，我国的传统法律文化中蕴含着丰富的修复性司法内涵，至今仍对我国的社会生活产生不小的影响。

在刑事司法改革已经提上议事日程的今天，研究修复性司法具有特别重要的意义。在研究过程中，我们不仅要借鉴西方修复性司法实践的先进经验，还要传承我国传统法律文化的精髓，特别应注重将二者同我国实际相联系，以切实解决问题。

第一章 修复性司法概述

修复性司法这一术语可以从制度和理念两个层面来解读。从制度层面上看,修复性司法是指与特定犯罪有关的各方共同参与犯罪处理的过程。^①从理念层面考察,修复性司法与传统刑事司法呈现出不同的价值取向。修复性司法所强调的是对受害人和社区的补偿,而不是对犯罪人的惩罚。它鼓励犯罪人积极展开与受害人的对话,参与问题的解决。从长远来看,其目的在于修复被害人因犯罪遭受的损害,并使犯罪人感到悔悟从而重新融入社区,^②最终实现社区的长治久安。

第一节 修复性司法的理念来源

修复性司法运动的核心信念是,现代社会的每个文明都将发现他们的修复性传统是比报应性传统更为有用的资源。但是,每个文明接受修复性传统的方式都必须对他们有重大的文化意义。^③因此,各国都力图从本国的传统文化中寻求修复性司法的支持。

从各国的理论和实践来看,修复性司法主要有三个理念来源,即基督教教义、新西兰毛利人(Maori)的传统和北美印地安人的传统。

一、基督教教义中的修复性司法理念

在基督教的教义之中,真理(Object Truth)、正义(Justice)与和睦(Peace)是三个基础性的概念。信奉真理是对不道德行为最强有力的抑

^① MARSHALL, TONY F. Restorative Justice an Overview[EB/OL].
<http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-resjus.pdf>, 2004-12-12.

^② BERGER, VIVIAN. A positive form of punishment[EB/OL].
<https://www.lexisnexis.com/ap/auth>, 2004-08-26.

^③ BRAITHWAITE, JOHN. Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts[EB/OL].
<https://www.lexisnexis.com/ap/auth>, 2004-09-09.

制。^① 信奉真理是正义的基础，“义是因着信”。^② 正义的目的有内外部之分。正义的内部目的是通过确认行为标准（*Tsedeqah*）^③的正当化，使人们自觉按照行为标准行事，以实现人们对行为的自我约束；正义的外部目的在于根据同样的标准塑造法律制度，使法律本身是正义的，并且使实现法律的手段也是正当的。和睦则是一种理想的社会状态，意味着良好的人际关系，这种关系是和谐的、完整的、健康的和全面的。

在这三个基础性概念的指导下，旧约时代的法律认为犯罪破坏了和睦，违反了人类的行为标准——*Tsedeqah*。这时，正义开始回应犯罪——修复。对犯罪的回应可以分为两个阶段，先是重申行为标准，强化社区权威；接着由犯罪人修复对被害人的损害。这两个阶段的终结都是通过犯罪人进行赔偿来实现的。《圣经·旧约》出埃及记第 22 章就记载了一些有关盗窃犯罪的赔偿方法，如“人若偷牛或羊，无论是宰了，是卖了，他就要以五牛赔一牛，四羊赔一羊”。^④ 犯罪人承担责任后，则得到被害人和其他人的宽恕，重新回归社区。最后，社区的和睦得以重建。这种犯罪回应方式，使正义得以实现，真理得以确认，和睦得以建立。^⑤

二、新西兰毛利人的传统

新西兰毛利人的部落系统是较为松散和灵活的。部落领袖的权威来自于部落成员的认同，而不是依靠发号施令。毛利人有一套发达的习惯和程序系统，以保护个人利益，保障社区稳定、保证团体完整。^⑥

^① COLSON, CHARLES W. Truth, Justice, Peace: The Foundations of Restorative Justice[EB/OL]. <https://www.lexisnexis.com/ap/auth>,2005-03-15.

^② 《圣经·新约》罗马书 3: 28.

^③ *Tsedeqah* 为希伯来语，意指一种抽象的行为标准，用以控制人们之间的关系、人与自然的关系以及人与上帝的关系，其基础是源于真理的共识。参见COLSON, CHARLES W. Truth, Justice, Peace: The Foundations of Restorative Justice[EB/OL]. <https://www.lexisnexis.com/ap/auth>,2005-03-15.

^④ 《圣经·旧约》出埃及记 22: 1.

^⑤ COLSON, CHARLES W. Truth, Justice, Peace: The Foundations of Restorative Justice[EB/OL]. <https://www.lexisnexis.com/ap/auth>,2005-03-15.

^⑥ BROWN, HELEN. Recent Restorative Justice Developments in New Zealand/ Aotearoa[EB/OL]. <http://www.restorativejustice.org.nz/Documents/Durban%20Paper%20by%20Helen%20Bowen.doc>,2005-03-15.

在毛利人的观念世界里，人际关系位于中心位置，家庭体现了一种归属感。对于毛利人来说，集体（Collective）是一个至关重要的概念。他们认为，责任是集体的，而不是个人的；赔偿不仅是被害人个人应得的，而且是被害人家庭应得的。^① 在这种观念的作用下，毛利人认为犯罪并非个人的原因，而是由于犯罪人的社区和家庭环境的失衡。社区和家庭环境的失衡需要通过集体的方式解决，家庭应当对社会关系的破裂和修复承担责任。^②

毛利人集体解决犯罪的方式具体表现为家庭团体会议（Family Group Conference）。家庭团体会议为犯罪人的家庭和被害人的家庭提供了见面的机会，在会上，犯罪人的家庭、被害人和被害人的家庭可以共同决定如何修复损害，如何让犯罪人回到正轨。会后，通过重新整合犯罪人回归他们的家庭和社区，并通过适当的方式赔偿被害人，社区的平衡得以恢复。

三、北美印第安人的传统

纳瓦霍人（Navajo）是北美最大的印第安部落。在纳瓦霍人的信念中，每个人只对自己的行为负责，而不必对他人的行为负责。同时，纳瓦霍人并不崇拜强权。因此，纳瓦霍人的部落并非由强权控制，人们保持着一种自我控制的状态。在纳瓦霍人的生活中，关系（Relationship）和感觉（Feeling）扮演着重要的角色。

在纳瓦霍部落中，婴儿出生后不久，族人就向其传授家庭关系的重要性。这种教育和关系在纳瓦霍人的生活中占据着一个重要的地位。^③ 纳瓦霍人根据传统辨别是非。通过祈祷和仪式，纳瓦霍人在不知不觉中将传统

^① MORRIS, ALLISON & MAXWELL, GABRIELLE. Restorative Justice in New Zealand: Family Group Conference as a Case Study[EB/OL]. <http://wcr.sonoma.edu/v1n1/morris.html>, 2005-04-19.

^② BROWN, HELEN. Recent Restorative Justice Developments in New Zealand/ Aotearoa[EB/OL]. <http://www.restorativejustice.org.nz/Documents/Durban%20Paper%20by%20Helen%20Bowen.doc>, 2005-03-15.

^③ YAZZIE, ROBERT. “Hozho Nahasdlii”——We are Now in Good Relations: Navajo Restorative Justice[EB/OL]. <https://www.lexisnexis.com/ap/auth>, 2005-03-09.

内化为自我的一部分，即感觉。他们通过一个概念“K'e”将关系和感觉联系起来。“K'e”是有关积极人际关系的感受，包括尊敬、团结、爱和对部落的忠诚。^①

根据纳瓦霍人的法律，纠纷是不良人际关系的表现，是人际关系变坏的结果。因此纳瓦霍人的司法系统以讨论、共识、相互需要和愈合为基础，采用一种平等的方式恢复人们之间的良好社会关系。^② 在纳瓦霍人处理犯罪的过程中，讨论和愈合是两个重要的步骤。

讨论的基础在于“把事情说出来(talking thing out)”。^③ 讨论采用“圈(Circle)”的形式进行，圈中的每个人，包括调解员在内都是平等的。在“圈”中，人们平等地提出问题，平等地讨论问题，平等地说出自己的感觉。通过讨论，人们达成共识，共同决定犯罪的处理，以恢复人们之间的关系。因为，纳瓦霍人相信问题由制造它的人和承受它的人解决最好。^④

愈合采用赔偿的形式，但是愈合关注的并不是“以牙还牙，以眼还眼”，而是对人们的帮助以及对人际关系的修复。

总之，纳瓦霍人的犯罪处理过程关注人的内心，通过情感的表达和广泛的参与，以恢复良好的人际关系。

从上面的描述可以看出，无论是早期基督教的先知、毛利人，还是印第安人都不主张采用以暴制暴的方式解决犯罪。在他们眼里，刑罚并非解决犯罪的良方。他们采用的是非刑罚的犯罪解决方式，关注的是对人际关系的修复和对被害人的赔偿。这是与传统刑法截然不同的理念，它为我们认识和处理犯罪问题提供了一条新的思路。

^① YAZZIE, ROBERT. “Hozho Nahasdlii”——We are Now in Good Relations: Navajo Restorative Justice[EB/OL]. <https://www.lexisnexis.com/ap/auth> .2005-03-09.

^② Id.

^③ Id.

^④ Id.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库