

# 恢复性刑事责任观念之倡导与本体展开

孙道萃

(北京师范大学刑事法律科学研究院, 北京 100875)

**摘要:**恢复性刑事责任呼之欲出,恢复性司法理念是其深层根据,被害人主体性地位的复归是其直接动力,刑法契约精神是其价值载体。恢复性刑事责任在归责原则、归责依据、归责主体、归责要素、责任实现方式及恢复性司法程序等方面,均与传统刑事责任有所差异。恢复性司法理念暂时不能替代传统刑事司法,恢复性刑事责任亦无法超越刑事责任。恢复性刑事责任的理论与实践价值在于:犯罪观更趋于科学化,刑罚观更贴近实践理性、契合刑事治理观的时代要求。

**关键词:**恢复性刑事责任;理论基础;恢复性刑事责任构造;研究意义

中图分类号:D924.1

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2012)06-0048-09

## 一、悄然兴起中的恢复性刑事责任现象

在罪责刑关系暨刑法学体系中,刑事责任是犯罪的后果,作为犯罪与刑罚的连接桥梁,刑事责任是刑罚的前提。通常认为,刑事责任是一个国家的司法机关根据刑法的相关规定而加以确立的,是国家最为强烈的否定性评价和非难的一种法律责任,也是犯罪人因其自身的犯罪行为而向国家所承担的一种法律义务或者后果。所以,在传统的刑事责任概念之中,刑事责任中的法律关系主体是国家与犯罪人,并以责任自负和责任法定为基本原则,追究刑事责任的唯一根据是行为符合了法律规定的犯罪构成,刑事责任的归责要素则包括行为符合了犯罪构成和行为不具有正当化事由共两个部分,刑事责任的归责的主体一般只能是国家司法机关,而且刑事责任的承担对象是刑事诉讼中的被告人,刑事责任的承担形式一般主要是刑罚,但也包括非刑罚处罚措施。<sup>[1]</sup>就此而言,我国传统刑法理论中的刑事责任,是以严厉的国家否定性评价、罪责自负的基本原则、责任的法定性、责任归责主体的权威性与单向性暨国家司法机关主导、责任归属的单一性暨被告人承担、刑罚处罚为基本实现内容等为基本特征的。<sup>[2]413</sup>也就是说,刑事责任所征表出来的是国家与犯罪人之间特定的刑事法律关系,这是由刑事责任的严厉性、强制性、专属性与准据性等特点所决定的,可以概括为国家——犯罪人的二元模式,犯罪人甚至一度沦为刑事审判的客体。

然而,随着恢复性司法理念在我国获得了不断的发展和践行之背景下,传统的刑事责任范畴呈现出了些许“异化”的信号。对此,暂且可称之为恢复性刑事责任现象。恢复性司法理念,是西方社会正在积极倡导的一种新型的处理犯罪的司法模式,并与传统的报应性司法模式相对应。恢复性司法理念作为一个过程概念,意味着所有与犯罪有关的当事人,都有权利来共同商讨如何应对犯罪所造成的危害后果及其对未来的影响,并试图从根源上减少类似的情况。因此,恢复性司法理念鼓励充分的程序参与和协商,寻求愈合因犯罪所造成的社会创伤,倡导充分且直接的责任,旨在于缝合业已存在的社会冲突,并希望通过强化社区团结和互助合作来预防将来的可能的伤害。特别是,恢复性司法理念全面关注被害人的需要,并帮助犯罪人有机会对其

收稿日期:2012-12-10

作者简介:孙道萃(1988-),男,江西泰和人,北京师范大学刑事法律科学研究院刑法学博士研究生,北京市朝阳区人民检察院法律政策研究室主任助理。

犯罪行为承担积极责任,力图有助于犯罪人复归和帮助被害人,建立一种有利于预防犯罪的社区,以此来避免传统司法制度的缺陷。可见,在恢复性司法理念中的责任是有所变化的,不是简单地指犯罪人必须面对其违法犯罪的事实,还必须面对被害人,通过对犯罪行为的解释和说明来寻求与被害人、社区的沟通和合作,以及行为人以积极的表现或相关措施来弥补伤害和回归社会。<sup>[3]</sup>基于此,恢复性司法理念中的刑事责任更像是一种具体、积极而非抽象、消极的责任,以犯罪人的认罪态度以及从善、补救的积极心理、重视加害与被害双方的内在协作与谅解,目的是为了恢复被破坏的社会关系和帮助犯罪人重新回归社区,最终让刑事责任发挥更加有力和积极的预防作用,是面向未来的责任规则和惩戒。可以说,恢复性司法理念更加注重对犯罪人责任的主观评价,更加倡导犯罪人积极承认错误并加以改正、弥补,而非传统刑事责任的那种相对纯粹的否定性评价,也非通过刑罚处罚方式贴上犯罪标签。显然,这些新方面都是传统刑事责任概念所无法予以包容的,也是刑事责任理论所需要加以阐释的地方,唯有如此才能不断推动刑事责任理论的完善。

基于此,恢复性司法理念对传统刑事责任概念产生了一定的影响,而恢复性刑事责任大有呼之欲出之势,关注恢复性刑事责任现象亦不在话下。

## 二、恢复性刑事责任的理论根据之证成

尽管目前看来,恢复性刑事责任仍旧是一个初现端倪的现象。然而,恢复性刑事责任的理论根基和时代背景还是非常深厚的,其中,最为重要的包括恢复性司法理念、被害人学说及刑法契约化精神。具体而言:

### 1. 恢复性司法理念是其深层根据

有论者认为,刑事和解就是恢复性司法理念。<sup>[4]</sup>但是,根据恢复性司法理念的习惯用法和引介源头,使用恢复性司法理念更为妥当,而且便于在制度和实践层面加以区分。恢复性司法理念作为世界刑事司法改革中的一股新鲜且强大的推动力,已经广泛地被世界各国所采用和实践。恢复性司法作为一种理念,是由犯罪人、被害人及其他所处的社区所共同参与的,并与法定的犯罪问题处理机构之间保持一种积极的关系,是一种处理犯罪相关问题的方式。<sup>[5]</sup>顾名思义,恢复性司法理念的关键要素重在“恢复”,这显然不同于现存的传统的报应性司法模式。在不少人看来,传统的报应性司法模式很有可能导致加害者与被害人之间的冲突变得强化<sup>[6]</sup>,而非有助于逐渐消解那些业已存在的社会冲突。在恢复性司法理念的倡导者们看来,通过社区和社会的广泛参与,特别是被害人的积极、主动加入,并要求加害人以一种自愿的协合作方式来承认和承担已有的刑事责任,有助于恰当地祛除报应性司法模式中的不合理之处,特别是刑事责任所具有的严厉性、强制性、单方性、国家否定性、社会排斥性等隐藏的不良倾向,也同时起到了缓冲报应观念的偏颇之处等作用。可以说,恢复性司法理念鲜明地宣示了如下理念:所有的被害人都应当是刑事法律关系的主体,必须将案件中的被害人纳入到刑事法律关系的构建视野之内,以此形塑国家、犯罪人和被害人的“三位一体”结构,刑事责任必须始终强调通过实际有效的方式来恢复和补偿被害人所遭受到的物质与精神损害,以及同时被破坏的社会团结、社会关系与秩序,以此让刑法的目的变得更加务实和更具社会可接受性。毕竟从犯罪原因看,犯罪是根植于社会条件的,且与社区密切关联。所以,预防犯罪是公共政策和国家及社区的共同目标,鼓励与犯罪相关联的人员亲自参与犯罪解决的程度,当然会有助于取得更好的结果,也与司法手段的适应性和效益性及正义性的弹性特征不谋而合。<sup>[7]</sup>正是受益于恢复性司法理念,作为传统刑法理论“异化”之具象——恢复性刑事责任才应运而生。

### 2. 被害人主体性地位的复归是其直接动力

受益于西方社会中被害人学的兴起,被害人作为一个知识谱系迅速地进入了犯罪学、规范刑法学等领域中,保护被害人权益的意识和被害人的地位也均随之不断提高。在我国,尽管被害人理论引入我国的时间的较晚,但也促发了刑事法律关系主体理论的变迁和被害人理论的崛起。所谓刑事法律关系,就是刑法所要调

整的对象,是刑法理论中一个带有根本性的问题<sup>[8]</sup>,在很大程度上决定刑法的目的与功能定位。传统的刑法理论认为,刑事法律关系是指由国家刑事法律规定的,并加以调整的因违法犯罪行为而引起的,控罪主体与被控主体为解决犯罪构成和刑事责任而形成的一种社会关系或权利义务关系,刑事法律关系由主体、客体与内容组成。其中,法律关系的主体至关重要,是决定客体与内容的重要因素。在我国,刑事法律关系的主体理论存在很大的分歧,主要有“国家与犯罪人说,以司法机关为代表的国家与犯罪人说,国家司法机关与犯罪人说,国家或被害人与犯罪人说,国家司法机关与犯罪人、被告人、受害人关系说”<sup>[9]</sup>。目前,传统观点基本上只把国家和犯罪人看作是刑事法律关系的主体,而被害人以及社会、社区等却不在其列,这是我国的国家与犯罪人的“二元结构模式”的必然结论。但正如论者指出,“随着被害人学的兴起,传统刑法学的基石即犯罪的概念产生了动摇,犯罪不只是孤立的个人反对整个统治关系的斗争或,而且也是对被害人个体的侵害”<sup>[10]</sup>。法律应当凸显对个人尊严和人权的保护,被害人也是需要保护的,而且不能局限于通过国家制裁犯罪人这一路径,这无疑是对传统刑事法律关系的一个修正。实践也证明,只有将被害人界定为刑事法律关系的主体才能对犯罪人、被害人和国家的三方关系做出一个科学圆满的解释。有论者指出,“被害人学的成果对整个刑事法学的影响、人权思想的兴起、实现法律公平正义的诉求和司法实践保护被害人权利的要求的必然结果促成了刑事法律关系‘三元结构模式’的产生与发展,刑事法律关系就是犯罪人、被害人和国家三方的矛盾运动,是基于犯罪事实而产生的、由刑事法律调整的,作用于犯罪人、被害人和国家之间的权利义务关系”<sup>[11]</sup>。因此,依托于被害人学的兴起,被害人主体性地位得以复归,被害人参与犯罪解决活动的必要性与意义也就不证自明了。其实,这与恢复性司法理念是完全契合的,也为恢复性刑事责任提供了理论基础。实际上,作为刑事责任本质的解读,法律责任、法律后果、否定评价说或责难说等观点几乎完全站在犯罪人的立场上。但是,恢复性刑事责任现象及其运作却鲜明地体现了被害人的主体意志和利益,以及关注被害人的需要的决心,这是因为恢复性刑事责任自觉地维护和践行了被害人学说的成熟理论。

### 3. 刑法契约精神是其价值载体

尽管契约是民事法律中的一个概念,但刑事法律作为公法的一个分支,也其实相当于政府与公民之间的一种“契约”,这就为刑法契约精神奠定了制度基础。诚如近代刑法学之父贝卡里亚曾指出的,唯有那些立法者才拥有合法正当的惩罚权,而立法者是代表了根据社会契约而联合起来的整个社会,因而刑法就是公民与君主之间签订的一项特殊的“契约”,目的是为了实现在最大多数人的最大幸福。<sup>[12]</sup>国内知名刑法学家储槐植教授也指出,刑法契约作为一种国家与公民在刑事领域形成的权利义务关系的协议,在社会发展历史前进中逐渐显现且将继续进化,使得刑法具备了一种契约化的倾向。刑法契约化,就是刑法存在及其运作的主体间平等制约关系的发展进程,刑法存在的主体间关系是国家与国民的关系,刑法运作的主体间关系基本是立法与司法的关系。<sup>[13]</sup>自此,刑法契约精神初具理论根据。追溯到“契约”的本源,首先所指的就是一种民事法律关系所体现的平等与自愿精神,刑法契约化无非是借此而来的,所欲传达的信息可以归结为刑事法律关系主体地位的平等化诉求。所以说,刑法契约化必然追求一种平等与自由的刑法关怀,最主要的是打破国家—犯罪人二元模式,特别是要清除把犯罪人作为诉讼客体的错误认识。因而,刑法契约化现象的关键要义应当是罪刑法定原则的契约化,唯有如此,才能从根本上制约国家公权力和保障人权,并将主体地位平等的精神予以固定下来,从而为刑事法律关系主体结构的改造提供稳固的法律基础。所以说,刑事契约精神,旨在用于揭示犯罪圈设定的合法正当性以及和惩戒犯罪的正当程序,作为催生和维护罪刑法定原则产生的重要力量之一,将使得刑法的公众认同感增强。进言之,刑事契约的价值关怀重在“恢复”二字,突出了社会关系的整合与社会信任的重建,促进了国家权力的注意成本的伦理性投入,布置了刑事契约存在的权利优先保障的制度背景。<sup>[14]</sup>刑事契约精神作为保障人权和限制权力的有机力量,而合意的自由是最为关键的要素,突出了公民权利的优先性,被害人权益保障当然也是题中之义。在我国,刑事和解是恢复性司法理念的实践典范,也同样是恢复性刑事责任的实践“标杆”。刑法作为公民与国家签订的一项关于处理犯罪与刑罚的契约,尊重

被害双方意愿和其他利害关系人的意见是理所当然的,是恢复性刑事责任的理论基础所在,而在传统刑事责任中被忽略的被害人利益也将得以“恢复”其应有的地位和功能。

综上,恢复性刑事责任的产生有着坚实的理论基础和法律依据,是刑法契约精神的体现,尤其是近些年来恢复性司法理念及被害人理论所倡导的被害人主体性地位等因素,一起共同促成和推进恢复性刑事责任的“崭露头角”,而并非主观臆断的产物。当然,恢复性刑事责任尚且是一种处于成长中的现象。以上的理论根据论证仅仅是一个开始,而不是定论,恢复性刑事责任的证成有待循序渐进。

### 三、恢复性刑事责任基本构造的本体展开

如前所述,将恢复性刑事责任与传统意义上刑事责任构造加以对比,在责任主体、归责原则、归责要素、责任形式及适用范围等都方面均有所差异。<sup>[15]</sup>

#### 1. 刑事责任归责的原则

传统理论一般认为,刑事责任归责应遵循法定原则、均衡原则和责任自负原则等。<sup>[16]</sup>法定原则,是指刑事责任及其大小均由刑法规定,没有犯罪的规定就没有刑事责任,直接体现为刑事责任的强制性和否定性。但恢复性刑事责任的归责原则是自愿协商,自愿原则是基本前提,协商沟通是程序过程。而且,所有的协商过程都是为了更好地帮助犯罪人从内心深处积极地认识到自身行为所造成的不良后果,以便加害人主动地承担自己的责任和弥补其行为对社会、社区和被害人带来的伤害。在恢复性司法理念看来,恢复那些被破坏的社会关系同时也就削弱了惩罚性,反而强化了社会团结与互助合作的精神。而且,“把刑事追诉作为公共事务并容许社会与被害人参与”<sup>[17]</sup>的当代民主司法理念,也得到了更好的贯彻与落实。与此同时,自愿协商原则不是漫天要价,不是一味地退步和以被害人利益为牺牲品,更不是法律浪漫主义或法律虚无主义,恣意或随意的协商是禁止的、不正当的。因而,所有的协商都应当在合法性和正当性的规制下进行的,如案件的适用范围、协商程序与规则等,都是规诫自愿协商原则的法治保障机制。

#### 2. 刑事责任归责的依据

传统理论一般认为,犯罪构成(准确地讲是行为符合犯罪构成)是刑事责任的唯一根据。<sup>[18]</sup>犯罪是因,刑事责任是果,这就是罪责关系的基本规律。可见,这种刑事责任归责过程具有单方性和非对等性等特征,是国家运用刑罚权的产物,体现了国家与社会整体对犯罪人的否定性评价与谴责。但恢复性刑事责任却是有所不同,至少不以惩罚犯罪人为终极目的。而且,在恢复性司法理念看来,犯罪行为是对社区个体以及个体之间相互关系的一种侵犯,犯罪人的犯罪行为导致行为人必须承担一切“复归原状”的社会义务。换言之,许多犯罪是社区中的个人对社区中的另一人的侵害,被告人、被害人与社区都应在解决刑事矛盾中起作用<sup>[19]</sup>,这才是刑事责任归责的正确思路。因此,恢复性刑事责任的归责依据首先是犯罪人的积极承担责任的积极态度,然后才是对犯罪事实的承认。恢复性刑事责任是一种积极的具体责任,与传统的刑事责任相比,不再以行为人是否认罪和行为是否成立犯罪为必要条件,而更加强调犯罪人是否真的主动认识到自身的错误,并采取积极主动的方式或措施来弥补损害,也即敢于自觉承担的一种事后补救义务。

#### 3. 刑事责任归责的主体

传统理论的刑事责任的归责主体仅限于国家司法机关,犯罪人是承担刑事责任的唯一法定对象。但是,在恢复性刑事责任中,国家不再垄断刑事责任的归责主体这一司法资源,所有与案件有关的当事人,包括犯罪人、被害人一对当事人和社区、社会等都是归责的主体,是在和国家共同分享处理犯罪事宜的“司法市场”。进言之,国家虽然还是可以主导或监督恢复性刑事责任的认定与实现等运作过程,但案件中的犯罪人、被害人、社区、亲属等也同样是主导、参与和协助恢复性司法程序和决定结果的主体,这体现了参与主体的多元性和民主性、开放性,更容易让处理结果获得社会的广泛接受。可以说,恢复性司法理念对现代刑事司法理念



具有重大的重构意义,是对传统刑事司法的一种修正或补充,对被害人权利的尊重亦构成了恢复性司法理念的核心特征。

#### 4. 刑事责任归责的要素

传统理论认为,“刑事归责要素是指在犯罪构成要素之外,决定犯罪人刑事责任大小状况的犯罪人人格方面的因素,包括刑事责任能力、违法性认识、期待可能性、人身危险性和犯罪人获得的社会评价”<sup>[20]</sup>。当然,还包括不存在正当化事由的情形。<sup>[21]</sup>但是,由于恢复性司法理念鼓励被害人与加害人之间进行协商对话,并采取直接性的方式来解决冲突,以此恢复被破坏的正常社区秩序,这在本质上属于一种社会纠纷解决机制。所以,刑事责任归责概念的意义有所减弱,刑事责任归责理论的生存空间也呈现为限缩态势,适用的概率也相对减少。然而,这不是说恢复性刑事责任否定“归责”的存在意义。其实,在恢复性刑事责任中,关注的重心逐渐转移到被害人及社会因犯罪行为所带来的损害上,而较少关注对违法犯罪的具体分析,甚至“加害人是否有罪不再是一个根本性问题”<sup>[22]</sup>。在这样的背景下,刑事责任归责要素更具广泛性,归责要素的法定性必然会弱化,如人身危险性、社会和谐等都有可能成为考虑的因素。

#### 5. 刑事责任的实现方式

传统刑事责任的实现形式一般是刑罚,当然也有非刑罚措施。而恢复性刑事责任的实现形式往往表现为赔礼道歉、社区服务、赔偿经济损失等,并与通常所指的非刑罚处罚措施不同。之所以会这样,是因为恢复性司法理念在如何理解与实现刑罚上发生了一些转变<sup>[23]</sup>,不再是纯粹的报应,而是蕴含了积极的恢复这一刑罚目的。恢复性司法理念是在对以惩罚刑为中心的传统刑罚结构进行了深刻的反思后,才逐步树立了赔偿和预防的观念,关注被害人的需要,注重和解和加害人的回归及促进社区建设,是一种面向未来的刑事司法模式。从常识、常情、常理看,通过树立人们的自尊和培养兴趣比威慑和限制取得的收效还要更大。<sup>[24]</sup>所以,恢复性刑事责任旨在对犯罪人所导致的实际损害进行及时且有效地恢复到先前的和谐状态。

#### 6. 刑事责任归责的诉讼程序

传统刑事责任必须通过定罪量刑的司法模式得以实现。而在恢复性刑事责任中,其所适用的程序不同,主要是以恢复性司法程序为主。在国际范围内,和解、协商和圆形会谈是恢复性司法理念所惯用的主要三种程序样式,而恢复性补偿和社区劳动则是由犯罪人提供的弥补方式。<sup>[25]</sup>作为一种替代法院审判的纠纷解决方式,恢复性司法理念主要通过调解人的主持及调解,使被害人与被告人达成和解方案,以弥补犯罪所造成的损害。<sup>[26]</sup>以美国维拉斯法研究所的实证研究为例,可以发现其与传统诉讼的差异还是很多的,其中,最为鲜明的特点就是自愿协商与合作、参与主体的广泛性和方式的灵活性等。<sup>[27]</sup>在我国,实践层面的恢复性司法理念主要是指新刑事诉讼法新增加的刑事和解制度,其具体适用的程序与一般案件不同<sup>[28]</sup>,这为恢复性刑事责任的实现奠定了诉讼程序基础。2012年10月16日,《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》由最高人民检察院第11届检察委员会第80次会议通过,在第13章“特别程序”中,当事人和解的公诉案件诉讼程序作为第2节单独予以了规定。2012年11月5日,最高人民法院审判委员会第1559次会议通过《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》,“当事人和解的公诉案件诉讼程序”单独作为第二十一章,共分11条加以规定适用条件、案件范围、赔偿损失履行、和解协议书效力等问题。纵观“两高”各自的司法解释中的“特别程序”,顾名思义,所适用的程序肯定是有不同的要求。

由此可见,恢复性刑事责任与传统刑事责任之间存在较为明显且深刻的区别。重视关系的重建或恢复是恢复性刑事责任核心。正如美国学者指出,“对公共秩序的危机采取一种以问题为中心的、社会一体化的态度,这推动了公共危机治理的整体方案,重建社会关系被当作是活的公共秩序的一种主要手段,目的是为了能够更好地考虑那些受到影响的社会利益。”<sup>[29]</sup>恢复性刑事责任倡导民主对话的协商方式,这与报应、惩罚形成鲜明对比,犯罪人所应承担刑事责任的基本内容是犯罪损害的修复,维护犯罪受害人权益是其基本功能。

在充分认识了恢复性刑事责任的“发展”之处后,随之而来的问题是恢复性刑事责任与传统刑事责任之

间的关系。恢复性刑事责任是否已经越出了传统刑事责任的外延,而不再是刑事责任的组成部分呢?笔者认为,恢复性刑事责任仍可以归属于刑事责任范畴。尽管恢复性刑事责任在构造上存在差异,但这并不否定恢复性刑事责任的归责意义。冯军教授认为,责任不是自然生发的,而是符合目的地制造出来的。责任的内容和构成因素,是由责任在刑法学中的功能所确定的。在一个以自由作为核心价值的刑法里,责任应当发挥三大功能:责任是科处刑罚的根据,责任是成立犯罪的要件,责任是量定刑罚的标准。<sup>[30]</sup>显然,笔者所倡导的恢复性刑事责任,仍然是判断是否需要承担恢复性结果的法律标准,是定罪量刑的纽带和桥梁。恢复性刑罚作为传统司法模式回应恢复性司法理念的具体结果,是恢复性刑事责任的一种主要实现载体,如社区矫正。恢复性刑罚仅作为一种责任承担的新形式,而恢复性刑事责任并未有超越传统刑事责任。此外,由于恢复性刑事责任主要适用于侵犯个人法益的情形中,一般只有个体(主要是指被害人)可以自由处理的前提下才可能启动恢复性司法程序。所以,恢复性刑事责任不具有全局性和普适性。最重要的是,恢复性司法理念不可能替代传统司法模式,恢复性司法理念尚且是一种处于发展中的司法理念。所以,恢复性刑事责任亦不可能超越传统刑事责任,不宜过度地强调、甚至夸大恢复性刑事责任的独立性。目前,将恢复性刑事责任作为传统刑事责任的一种新的发展趋势更为妥当。

#### 四、恢复性刑事责任的研究意义之诠释

恢复性司法理念在西方国家的兴起绝非偶然,而是因应现代刑事司法危机的一种自生自发的刑事法治反应。以报应为主的传统司法制度往往一味地惩罚和打击犯罪人,而未能有效地关注被害人及其社区的利益。因而,传统刑事司法模式很有可能是一种“有害的正义”。而以恢复犯罪人、被害人及社区因犯罪而造成的损失恢复性司法理念,则是一种“无害的正义”。恢复性刑事责任作为恢复性司法理念的重要一环,有着重大的理论与现实意义。具体而言:

##### 1. 犯罪观更趋于科学化

传统理论认为,犯罪是“孤立的个人反对统治关系的斗争”。犯罪危害的是社会公共利益,对犯罪的处理也就成为国家的责任和权力。这种认识导致了“国家—犯罪人”的二元模式,国家独占刑罚权,其解决刑事纠纷的机制呈现单向化。在传统的刑事法律关系中,犯罪人根据刑法规定而向国家承担责任、领受刑罚,但这可能模糊、淡化了犯罪行为的人际冲突性质,即犯罪原因中的人际关系及犯罪发生后人际关系受到伤害的事实。恢复性刑事责任所依托的犯罪观认为,犯罪不仅仅是规范违反和反对政府的管理权威,更是直接伤害被害人和相关社区的行为,犯罪是一个超越了国家和加害人的现象。社会中的个体均相互密切联系,犯罪所引发的问题在于对社会的伤害和对社会关系的割裂。关系的破坏既是引发犯罪的原因,又是犯罪所导致的结果,一个犯罪的伤害会波及到整个社会,犯罪行为的出现往往也是社会关系失衡的一个标志。因而,加害人并不是导致犯罪的唯一原因,治理犯罪需要社会合力解决,主张加害人与被害人之间通过协商和对话来解决冲突。恢复性司法理念认为,传统刑事司法忽略、甚至遗忘和“侮辱”了犯罪的受害者,几乎没有关注到被害人的真实想法和尊重其在处理犯罪上的合法要求和正当利益。人与人之间的相互关系意味着相互之间的责任和义务,刑事司法应重视对犯罪行为的补救和修正及其重要性,对犯罪者的补救和犯罪结果的补救是整个犯罪事件相关人的责任。恢复性刑事责任重新界定了犯罪定义,正确认识了犯罪的原因,防止犯罪人在刑事实体法和程序法中被边缘化,促使犯罪人与被害人之间的面对面的交流,让犯罪人感受自己的犯罪行为给被害人带来的屈辱和痛苦,在犯罪人悔罪的基础上给犯罪人一个修复已被破坏的社会关系、补偿被害人、重新融入正常社区生活的机会。

##### 2. 刑罚观更贴近实践理性

传统理论认为,刑罚的目的是预防犯罪,包括特殊预防和一般预防,前者是指通过对犯罪人适用和执行

刑罚来防止重新犯罪,后者是指通过制定、适用和执行刑罚来防止社会上可能犯罪的人犯罪。<sup>[31]</sup>客观地讲,报应性司法模式所倡导的刑罚目的并非科学、全面的,至少因其过于看重报应或预防而忽视了恢复目的。而且,恢复性刑事责任所引领的是恢复性刑罚,即以恢复为刑罚目的的惩戒措施,更有助于促成一般预防和特殊预防的实现,但又不失必要的报应。有论者指出,刑罚实践中产生了一种恢复性刑罚,该刑罚模式更能与“民主法治”相契合,代表刑罚现代化的未来走向。在法律允许的情况下,恢复性司法理念的后果并不必然是刑罚,而有可能是非刑罚处罚措施、甚至是非处罚性措施。<sup>[32]</sup>对此,笔者认为,恢复性刑罚首先应该是一种“刑罚”,而不宜看成非刑罚处罚措施,否则无法站在同一平台上进行有效的对话,但具体的惩戒形式可以不同于现存的刑罚体系。恢复性刑罚体系是以恢复为目的为导向的,通过自愿协商共同达成犯罪处理的“合意”结果,不仅更具社会的接受性,而且对加害人的负面影响更小,而被害人及其亲属、社区和整个社会也会对那些主动积极承担责任的犯罪行为更加深有体会和认识、甚至是宽宥和接纳。可以说,“集体参与”使得“刑罚”更具有可感知性和感染力,所具有的一般预防在作用方式和实际效果上往往会更好。在特殊预防上,加害人在被害人面前主动认错的可能性会更大,道德所起到的教化作用更加突出和深刻。根据特定案件中被害人及加害人的特殊情况进行的个别化处理及其结果,对加害人的预防作用会更有针对性和深刻性。恢复性司法理念彰显了宽容精神,而恢复性刑事责任也一以贯之。其实,有的时候,宽恕是一种超越正义的方式<sup>[33]</sup>,基于宽恕放弃刑罚(惩罚)的做法在恢复性刑事责任中表现得明显。如果加害人主动道歉,基于内心愧疚而积极悔改,这种效果往往会更好或者出人意料。当然,法律上的宽恕是有条件限制的。基于双方自愿协商、共同理解和尊重的基础上所实现的自我认错和积极补救,对个人自尊的重建和促进犯罪人的内在改造也大有裨益。邱兴隆教授曾经指出,“爱罪犯,就像爱自己”<sup>[34]</sup>。尽管要做到很难,但恢复性刑事责任却非常重视人际关系和社会信任的修补,这种实现刑罚目的的做法更具人道化和行刑社会化的趋势。相比于单纯的报应或者无节制的功利,恢复性刑事责任的优势是比较明显的。

### 3. 契合刑事治理观的时代要求

诉讼作为防止和化解社会纠纷与矛盾的常规手段,是一种制度化的社会矛盾化解模式。<sup>[35]</sup>长期以来,报应性司法模式也是正统的司法制度,是惩治犯罪和保护人权的有力武器。然而,在恢复性司法理念看来,报应性司法模式的弊端是明显的,如对犯罪原因的正确认识不到位、犯罪本质观的理解不当、责任的具体化不足、刑罚的积极预防作用不佳等。博登海默曾指出,“只有那些以某种具体和妥切的方式将刚性与灵活性完美结合在一起的法律制度,才是真正伟大的法律制度”。<sup>[36]</sup>进言之,传统的报应性司法模式已经暴露出了不少问题,需要进行适当的调适,以满足刑事司法改革的民主化进程。而恢复性刑事责任正是一个尚佳的媒介,恢复性刑事责任不仅契合了多元纠纷化解的发展趋势,也同时弥补了一些传统刑事司法制度所暴露出来的缺点,有助于迈向刑事纠纷解决的刑事治理之路。<sup>[37]</sup>在自愿协商原则的关照下,大多数的司法活动因其程序合法正当而将会变得更加民主化和科学化,更加具有法律的合法性和社会的可接受性,也与人的本性和司法效益最大化原则并行不悖。恢复性刑事责任笃信刑事治理观念,经由信任与合作而促成的有关刑事责任及其实现形式的司法裁决,不仅消解了原来的冲突与对立,也同时重建了社会团结和社会信任。而这种面向未来的责任理念充满了活力和生机,也是当前刑事治理的发展方向与目标之所在。以治理的观念充实刑事法治的生成机制与机体的刑事治理观念,是一种民主、自由、科学的合作与互助精神,将唤醒市民社会、催生民权刑法,在责任主义大旗的关怀下,步步贴近一种务实而又具有积极预防作用的惩戒。

基于此,恢复性刑事责任有助于高度达致物质惩戒和心灵自省的内在融合。一方面,行为人往往会认识到自己所犯的错误或罪过行为,这有别于传统的报应性司法模式中的“强制性认罪”;另一方面,恢复性刑事责任在实现时也不是简单的惩罚,不是一种朴素的报应,反而融入了积极的恢复目的。正是由于这些方面,恢复性刑事责任彰显了内在心灵的自省教化,而且有效及时地修补了那些被破坏的社会关系网络,被侵害的社会信任机制也得以重建。从历时性看,近现代刑法尽管早就抛弃了残酷的肉刑,但似乎仍然偏爱给予被告

人一定的“肉体”痛苦与物理惩戒。然而,随着人性的不断解放和犯罪原因的综合理论得到广泛认同,心灵的自省和人格的重塑才是一种综合的、人道的惩戒,才是更为有效的责任实现方式,而恢复性刑事责任正是一种将物质与精神、物理惩戒与人性自省整合起来的刑事责任现象。<sup>[38]</sup>法国学者福柯指出,监狱的演进史就是由物理惩罚到精神规训的过程,并对这种转型进行了深刻的解剖。<sup>[39]</sup>恢复性刑事责任在一定程度上也具备了福柯所言的那种内在心灵的精神规训之意境,这是一种人类进步的体现。因为如果与相对朴素的报应性惩罚相比,恢复性刑事责任更偏爱恢复和重建和谐。因而,超越肉体而内化到犯罪人心灵深处的责任认识转换,首先是人类刑法文明的进步,也是理性认知刑罚本质和功能的结晶,在特定的范围内,恢复性刑事责任有着独一无二的特定作用,并集中体现在恢复性刑罚之上。所谓的恢复性刑罚,就是在恢复性司法理念所坚持的犯罪观下,经由恢复性刑事责任而“导出”的实现方式,是倡导“恢复”社会关系和构建社会团结的有力手段。

德沃金认为,如果法律不能充分解决由社会和经济的迅速发展所带来的新型的争端,人们就会不再把法律当作社会组织的一个工具加以依赖<sup>[40]</sup>。刑法理论界既要尊重通说<sup>[41]</sup>,但同时又不能因噎废食,否定学术创新的意义。正因如此,笔者根据恢复性司法理念对传统刑事责任的影响,进而提出恢复性刑事责任。作为一个新概念,如前所述,有着其特殊的理论意义和实践价值。随着恢复性司法理念的广泛传播,尤其是刑事和解制度的深度实践,恢复性刑事责任将由现象走向制度、理论化,这将是一个可以预见的趋势。在初步论证了恢复性刑事责任的理论基础、解读其内在构造和研究意义之际,主张恢复性刑事责任暂时仍处于生长的阶段,而不是一种替代和超越,其对传统刑事责任的“异化”定将大放异彩。

#### 参考文献:

- [1]高铭暄.刑法专论[M].北京:高等教育出版社,2006:475-476.
- [2]赵秉志.刑法总论[M].北京:中国人民大学出版社,2007.
- [3]王平.恢复性司法论坛:2006年卷[C].北京:群众出版社,2006:2.
- [4]胡嘉金.恢复性司法——以和谐社会为语境[M].长春:吉林大学出版社,2009:1.
- [5]狄小华,李志刚.刑事司法前沿问题——恢复性司法研究[M].北京:群众出版社,2005:15.
- [6]博西格诺,等.法律之门[M].邓子滨,译.北京:华夏出版社,2002:606.
- [7]托尼F·马歇尔,刘方权,译.恢复性司法概要[C]//王平.恢复性司法论坛:2006年卷.北京:群众出版社,2006:325.
- [8]杨兴培.刑事法律关系评说[J].法律科学,1999(1):91.
- [9]张小虎.刑事法律关系主体论[J].法学研究,1999(3):33-34.
- [10]侯安琪,王瑞君.国内被害人学研究及启示[J].同济大学学报:社会科学版,2010(2):86.
- [11]刘贵萍,许永强.论刑事法律关系“三元结构模式”的建立[J].国家检察官学院学报,2003(3):4.
- [12]贝卡里亚,论犯罪与刑罚[M].黄风,译.北京:中国法制出版社,2005:13-15.
- [13]储槐植.刑法契约化[J].中外法学,2009(6):805.
- [14]朱德宏.回应型司法与刑事契约[J].国家检察官学院学报,2005(6):17-18.
- [15]张文,等.刑事责任要义[M].北京:北京大学出版社,1997:148.
- [16]张智辉.刑事责任通论[M].北京:警官教育出版社,1995:335.
- [17]徐昕.现代社会的纠纷解决[M].北京:法律出版社,2003:99.
- [18]马克昌.犯罪通论[M].北京:武汉大学出版社,1999:84.
- [19]孙国祥.刑事一体化视野下的恢复性司法[J].南京大学学报:哲学·人文科学·社会科学,2005(4):138-141.
- [20]张杰.刑事归责论[M].北京:中国人民公安大学出版社,2009:108-109.
- [21]孙道萃.犯罪构成与正当化事由的体系契合:学说、视角、立场与路径[C]//赵秉志.刑法论丛.北京:法律出版社,2012:27-78.
- [22]丹尼尔·W·凡奈思.世界恢复性司法概论[C]//章祺,译.王平.恢复性司法论坛:2006年卷.北京:群众出版社,2006:284.



- [23]刘东根. 恢复性司法及其借鉴意义[J]. 环球法律评论, 2006(2):237.
- [24]恩卫科·菲利. 犯罪社会学[M]. 郭建安, 译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2004:191.
- [25]丹尼尔·W·凡奈思. 全球视野下的恢复性司法[J]. 王莉, 译, 温景雄, 校译. 南京大学学报: 哲学·人文科学·社会科学, 2005(4):130.
- [26]宋英辉, 等. 公诉案件刑事和解实证研究[J]. 法学研究, 2009(3):4.
- [27]丹尼拉·塞拉德. 恢复性司法的实证研究[J]. 何挺, 译. 中国刑事法杂志, 2008(5):121-126.
- [28]宋英辉. 中华人民共和国刑事诉讼法精解[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2012:340-350.
- [29]P. 诺内特, P. 塞尔兹尼克. 转变中的社会与法律: 迈向回应型法[M]. 张志铭, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004:103-104.
- [30]冯军. 刑法问题的规范理解[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009:184.
- [31]郝方昉. 刑罚现代化研究[D]. 北京: 中国政法大学, 2009:126-131.
- [32]王立峰. 惩罚的哲理[M]. 北京: 清华大学出版社, 2006:274-284.
- [33]邱兴隆. 还死刑以正当程序——在死刑的正当程序学术研讨会闭幕式上的讲话[C]//赵秉志, 邱兴隆. 死刑正当程序之探讨. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2004:687.
- [34]棚濑孝雄. 纠纷的解决与审判制度[M]. 王亚新, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004:1-7.
- [35]E·博登海默. 法理学、法律哲学与法律方法[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004:424.
- [36]孙道萃. 刑法信仰的建构[J]. 河南科技大学学报: 社会科学版, 2012(4):91-94.
- [37]孙道萃, 赵玉来. 恢复性刑法的面相与传统刑法的沟通之维: 兼及刑事治理的一体化路径[J]. 铁道警官高等专科学校学报, 2012(5):82-85.
- [38]米歇尔·福柯. 规训与惩罚[M]. 刘北成, 杨远婴, 译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2007:152-337.
- [39]罗纳德·德沃金. 认真对待权利[M]. 信春鹰, 吴玉章, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998:12.
- [40]孙道萃. 善待刑法学通说与刑法解释学: 一种刑法信仰与权威的生成之道[J]. 南都学坛: 人文社会科学学报, 2012(5):85-87.

## Initial Proposition and Interpretation of Restorative Criminal Responsibility Concept

SUN Daocui

(College of Criminal Law Science, Beijing Normal University, Beijing 100875, China)

**Abstract:** Restorative criminal responsibility is worthy of theoretical attention as an emerging judicial phenomenon, which is based on restorative justice, the subjectivity position of victim advocated by the school of victims, and the value of voluntary equality and recovery in criminal contract spirit. As a new type, restorative criminal responsibility differentiates from traditional criminal responsibility in aspects of principal of attribution, attribution basis, attribution subject, attribution factors, implementation and application of procedure, etc. Furthermore, traditional criminal responsibility can not be replaced by restorative criminal responsibility which can not overstep criminal liability. Restorative criminal responsibility is of great significance both in the conversion of perfection of crime concept and penalty concept, and in accord with the demand of multi-dispute resolution as well as the game between the power and the rights, and it has considerable practical value by achieving the unity of material discipline and spiritual self-examination as a whole under the concept of criminal governance.

**Key words:** restorative criminal responsibility; theoretical basis; fundamental structure; theoretical and practical value

(责任编辑:董兴佩)