

# 未成年人恢复性司法理念的中国实践

肖 灵

(嘉应学院 政法学院,广东 梅州 514015)

**摘 要:**未成年人恢复性司法是对传统未成年人刑事司法的反思与超越,实现了司法目的从惩罚到保护的回归。我国也开始进行恢复性司法本土化尝试,基层司法机关运用刑事和解、暂缓起诉、前科消灭等制度处理未成年人犯罪案件,取得了良好的社会效果。在我国试行恢复性司法还应注意观念更新、具体适用制度和配套制度的完善,以期更广泛地发挥该制度的作用。运用“恢复性司法”处理未成年人犯罪案件,既有赖于立法的支撑,更有赖于司法的践行。

**关键词:**恢复性司法;司法实践;未成年人

**中图分类号:**C913.5

**文献标志码:**A

**文章编号:**1672-8580(2011)01-0048-05

近年来,我国未成年人犯罪问题日益突出,未成年人的犯罪现实及司法实际,迫切需要不同于成年人司法、适合于未成年人特点的司法理念和模式来重构我国的少年司法体系。运用“恢复性司法”处理未成年人犯罪问题,不仅有利于未成年人的身心健康,而且对构建和谐社会的积极作用。

## 一、恢复性司法的定义与内涵

2002年7月24日联合国经社理事会通过《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》中指出,“恢复性司法方案”系指采用恢复性程序并寻求实现恢复性结果的任何方案。“恢复性程序”系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。“恢复性结果”系指由于恢复性程序而达成的协议。恢复性结果可能包括旨在满足当事方的个别和共同需要,以及履行其责任并实现受害人和罪犯重新融入社会的补偿、归还、社区服务等对策和方案。它的基本方法是:将一项具体犯罪中有利害关系的所有各方(加害方、受害方、中立的第三方等)聚在一起,共同决定如何消除这项犯罪的后果(精神和物质两方面)及其对未来的影响(是否起诉、以什么罪名起诉、判什么罪等)。

恢复性司法的产生源于刑罚功能的变迁和被害人保护运动的兴起。一方面,随着社会的文明程度越来越

高,刑罚逐渐从严酷走向缓和,自由刑取代肉刑成为刑罚体系的最主要部分。但是,自由刑并非完美无缺的,特别是在混合监禁的情况下,可能产生交叉感染、孳生犯罪,而且自由刑带来的刑罚执行成本也是一个经济压力。从本世纪开始,许多国家对传统的刑罚结构进行了调整,开始把非监禁刑罚和财产刑作为自由刑的补充,并探索新的替代措施。在许多国家,监狱的结构转向开放式,行刑开始注重对犯罪人的品德教育,通过劳动改造使之重返社会。刑罚的报应功能逐步让位于矫正功能。另一方面,恢复性司法的萌生,源于对传统报应性司法中被害人处境的反思。在传统的刑事司法中,国家惩罚就是实现正义的唯一选择,“被害人—加害者”的个人关系被搁置一旁,被害人在诉讼中的作用被弱化,这样做的后果往往使被害人和加害者的关系进一步恶化。恢复性司法强调治疗因犯罪行为引起的被害人、被告人和社区创伤,恢复原有的和谐的社会关系和秩序。

当前有关未成年人国际条约的相关规定体现了丰富的恢复性司法理念,2007年1月,联合国儿童权利委员会通过的《少年司法中的儿童权利》规定:“少年司法尤其应推行运用诸如转化和恢复性司法替代措施,将为缔约国提供处置触犯儿童可采用的有效方式”,“处理触犯刑法儿童的方式应在于促进他的尊严和价值感,目的是使他们重返社会”。恢复性司法的产生,给

收稿日期:2010-09-08

作者简介:肖灵(1974-),女,四川自贡人,讲师,主要研究方向为刑事法学。

刑事司法特别是少年司法活动注入了一股清风。作为一项刑事司法革新运动,恢复性司法从20世纪六七十年代的北美开始到现在,它的理念相继被美国、加拿大、英国、新西兰、新加坡、南非等数十个国家接受,并产生了多种实践模式。

## 二、恢复性司法在国内的实践模式

我国重视对未成年罪犯的保护,刑事政策层面上,历来强调处理未成年人犯罪,须坚持“感化、教育、挽救”的方针和“教育为主、惩罚为辅”的原则。随着恢复性司法理念的引入,近年来不少学者致力于论证恢复性司法的本土化方式,我国司法机关也在相继探索能在我国适用的恢复性司法实践模式。在处理未成年人犯罪问题上,恢复性司法模式具有特殊效果。

### (一)刑事和解

刑事和解,是指在刑事诉讼程序运行过程中,被害人和加害人以认罪、赔偿、道歉等方式达成谅解以后,国家专门机关不再追究加害人刑事责任或者对其从轻处罚的一种案件处理方式。即被害人和加害人(为主)达成一种协议和谅解,促使国家机关不再追究刑事责任或者从轻处罚的诉讼制度<sup>[1]</sup>。刑事和解制度是西方刑事法学的创举,时常在恢复性司法中加以运用。刑事和解的思想渊源最早可追溯至原始社会的私人分割赔偿,但作为一种刑事思潮和理论,它发端于20世纪中叶,是西方国家新的刑事思潮和法律价值观变化的产物。刑事和解赔偿和犯罪人复归社会思想的新发展,使刑事和解的价值蕴涵逐渐显露,它还反映并体现了新的刑事观念,如刑事诉讼的经济性,刑罚的开放性、谦抑性,行刑的社会化等。因此,它一经提出,就在西方理论界和实务部门产生了极大的反响<sup>[2]</sup>。

近些年来,我国刑事司法在注重国家行使刑罚权恢复社会正义与秩序的同时,也开始考虑兼顾被害人及其家属的利益需求以及被害人与加害人之间社会关系的修复。一些地方的司法机关开始有意识地引入刑事和解制度的理念处理一些青少年犯罪案和轻伤害的公诉案件,对刑事和解制度进行了探索。例如,上海市检察机关为了在解决未成年人犯罪问题上取得实质性突破,全面推广运用“刑事和解”处理未成年人犯罪案件。广东、河南、重庆等地也不同程度的将“刑事和解”运用于处理未成年人犯罪案件。上海、北京、浙江、安徽几省市还出台了一些地方性规定,对这些试行措施进行必要的规范。随着规范性文件的颁布,一些司法机关开始遵照文件的精神进行刑事和解的实践,也取得了

较好的社会效果。例如2003年7月由北京市政法委下发了《关于北京市政法机关办理轻伤害案件工作研讨会纪要》后,北京市东城、西城、朝阳、海淀、丰台、大兴、昌平7个区的检察院公诉部门共受理轻伤害案件4607件,检察机关适用和解结案的共667件,和解适用率为14.5%,和解后,作撤案处理的共534件,占80.1%;作相对不诉处理的共129件,占19.3%;作起诉处理的仅4件<sup>[3]</sup>。湖南省人民检察院于2006年11月21日颁布了《湖南省人民检察院关于检察机关适用“刑事和解”办理刑事案件的规定(试行)》,在全省范围内推行“刑事和解”制度。按照该《规定》的要求,湖南省已有相当一部分未成年人犯罪案件通过“刑事和解”得到了处理,起到了保护未成年犯罪人和被害人权益的作用。虽然学界目前并未就刑事和解制度与恢复性司法的关系形成共识,但是刑事和解方案在恢复性司法的广泛运用却是不争的事实。恢复性司法与刑事和解在关注被害人权利保护和纠纷发生后的妥善处理上出现了交汇,他们都倡导提供犯罪人悔悟和请求宽恕的机会,鼓励冲突双方相互之间达成和解,有利于和谐社会的构建,体现出刑事诉讼价值的多元化趋向,尤其提升了被害人在刑事诉讼中的一定权利。

### (二)暂缓起诉

暂缓起诉是检察机关对于已经达到提起公诉标准的违法行为,基于刑事立法、刑事政策和公共利益,并根据犯罪嫌疑人自身的具体情况,对一些特殊群体的人在一定期限内暂时不提起公诉,等期限届满后,视犯罪嫌疑人的认识、悔改情况等作出最后处理决定的一种刑事诉讼制度。暂缓起诉制度并不是不起诉,而是附一定条件的暂时不起诉<sup>[4]</sup>。暂缓起诉制度源于德国和日本,其产生的直接原因是由于刑事犯罪攀升导致的对诉讼经济的要求。虽然世界各国对暂缓起诉的适用存在争议,但从提高诉讼效率、缓解财政压力以及保障人权和控制犯罪的角度出发,这一制度最终在实践中得以广泛运用。目前,法国、荷兰、美国、韩国、台湾等国家和地区都有关于暂缓起诉的规定。

在国内,许多基层检察院相继试行了暂缓起诉,部分地方检察机关还制定了试行办法来对之加以规范,如《北京市海淀区人民检察院实施暂缓起诉制度细则》、《南京市人民检察院暂缓不起诉试行办法》及《江西省检察机关关于暂缓起诉的试行办法》,抚顺市人民检察院制定了《关于对青少年犯罪嫌疑人暂缓起诉的规定》等。上海长宁区人民检察院自1992年至2003年

8月,共对近20名未成年人犯罪嫌疑人作出暂缓起诉处理,其中4名被提起公诉,其余均作不起诉处理,被不起诉的青少年均顺利升人大学或者走上工作岗位<sup>[9]</sup>。2001年,江西省万安县某重点中学7名高三学生受人唆使,先后参与了抢劫、盗窃等犯罪活动,获赃5000多元。案发后,他们主动投案自首,退赔赃款、赔偿受害人损失。万安县人民检察院对他们作出暂缓起诉决定。后7人中有3人考上大学<sup>[9]</sup>。法制日报文章曾报道,据估计,全国有三分之一的检察机关实行过或正在实行暂缓起诉制度。暂缓起诉正在探索中进行。从上海长宁区检察院最初的探索到近几年较大范围的推广,从只对未成年人到在校大学生和“经济能人”<sup>[9]</sup>,这一探索的内容一直在不断发展和丰富。学者们认为,暂缓起诉制度的意义和价值体现在以下几个方面:(1)符合刑罚人性化的国际发展趋势;(2)有利于预防和减少青少年犯罪;(3)有利于维护社会稳定和综合治理;(4)有利于推进我国未成年人司法制度建设。

### (三)前科消灭

前科消灭是指曾受过刑事处罚的人在具备法定条件时,国家抹销其犯罪记录,使其复归社会的不利状况消失,恢复正常法律地位的一种刑事制度<sup>[7]</sup>。前科消灭制度最早见诸于18世纪末的法国、德国刑法中“恢复权利”的规定,这一规定逐渐演变为刑罚领域的“复权制度”和“前科消灭制度”,逐渐为大多数西方国家所接受发展,形成了较为成熟的前科制度体系。虽然各国立法不一,学者的观点各异,但对于前科消灭的一般条件则存在一致的看法。首先,从各国立法来看,前科消灭的先决条件都是行为人受到有罪宣告或刑罚已经执行完毕(包括因特赦刑罚得到免除或刑罚已经完成时效);其次,必须经过一定的时间,即犯罪人在有罪宣告或服刑完毕或被赦免后,不能马上引起前科消灭的法律后果,而是要经过一定的时期。再次,注重个人表现,即前科消灭只能在法定的期限内具备法律所规定的个人表现条件时才能进行<sup>[9]</sup>。前科消灭对未成年犯罪人的特殊重大意义,将其放入未成年犯罪人的再社会化过程之中进行考量将体现得至为显著。

近年来,国内一些法院和检察院系统开展了相关的实践探索。2001年,石家庄市长安区法院探索少年污点保密制度,2003年,该院在全国率先提出“未成年人的前科消灭办法”,该办法规定被判处轻刑、缓刑的失足少年,在考验期内未犯新罪,有条件的“消灭前科”以加强对犯罪的未成年人的挽救和保护,激励失足孩

子改过自新。2007年四川彭州法院通过调研和该院审判委员会讨论,确定了前科消灭试行制度,并于2008年1月10日,不公开裁定未成年犯刘晋非法制造枪支案件“前科消灭”,注销彭州市人民法院作出的(2006)彭州刑初字第250号刑事判决对刘晋的有罪宣告<sup>[9]</sup>。刘晋因此成为全国第一个污点不记入档案的少年犯,面临高考的他,前途也从此光明起来。对于未成年人的前科消灭,公众多保持支持、理解的态度。山东乐陵法院在对近10年来的未成年人犯罪情况进行了排查摸底后,初步将58人列入“前科消灭”的范围,并进行告知。2009年3月,经过严格的考察程序,9名申请人被获准发放“前科消灭”证明书。这一做法带来了积极的法律效果和社会后果<sup>[10]</sup>。另一种模式是刑事污点限制公开制度,上海市人民检察院2006年11月8日宣布,从即日起,当地各级检察机关将全面推广试行未成年人刑事案件的“污点限制公开制度”。“刑事污点限制公开”是指检察机关在认定涉案未成年人犯罪情节轻微、作出相对不起诉处理后,“不起诉决定书”可以不进入人事档案,并有条件地封存于司法机关,非经批准不得对外披露。该规定从检察工作的角度为保护未成年人隐私,避免未成年人遭受“前科之累”作出了积极贡献<sup>[11]</sup>。可以这样认为,前科消灭有利于实现少年司法双向保护原则,是减少和遏制青少年犯罪尤其是再犯罪的新路径,有利于罪错未成年人复归社会。

### 三、应注意的问题

我国暂时尚未完全引入恢复性司法制度,但是在一些发达地区法院系统率先试行恢复性司法制度,成为刑事诉讼程序外一种重要的纠纷解决机制。让刑事法制融入“恢复正义”的精神,有利于弥补我国刑事法律制度体系的不足,不仅符合构建和谐社会的价值追求,更为恢复性司法在我国的本土化作下良好的制度铺垫。在运用恢复性司法处理未成年人犯罪案件时应注意以下一些问题。

#### (一)树立恢复性司法的观念

提倡恢复性司法并不是要取代现行的刑事司法制度,而是试图构建与现行审判程序并行不悖的多元化的纠纷解决机制。可考虑对舆论等社会公众导向加以正确的引导,建立起有限的报应观念,推动树立全面的人权观念。

我国刑法、刑事诉讼法明文规定,对未成年犯罪人的特殊保护主要是从量刑方面考虑的,而恢复性司法的各项制度却是将对未成年犯罪人的特殊保护移到定

罪环节,与刑法罪刑法定原则是否存在冲突?实务中难免会有这样的疑虑。因为传观点认为,刑法是刑事政策不可逾越的樊篱。我们认为,既然未成年人利益优先和特殊保护的原则已经得到普遍的认同,那么,“有罪必罚”的形式要求就不应适用于未成年人犯罪。此外,从罪刑法定原则的实质看,罪刑法定的主旨是人权保障,是以个人本位和权利本位以及刑法的谦抑性为价值取向的,本只是强调“无律即无刑罚”,而并不以“有法律即有刑罚”为基础<sup>[12]</sup>。换句话说,罪刑法定并没有中断司法的“出罪”路径,“只是限制法官对法无明文规定的行为入罪,但并不限制法官对法有明文规定的行为出罪”<sup>[13]</sup>从这一意义上,司法层面“非犯罪化”与罪刑法定并不存在实质的冲突。由于立法修正毕竟有一个过程,“相对于立法而言,司法上的出罪机制或许更适宜中国国情。”<sup>[14]</sup>

## (二)完善具体制度

### 1.关于案件范围

在我国各地试行的刑事和解中,一般仅适用于轻微、过失的刑事犯罪。有学者认为由于未成年人身份特殊,主观恶性相对较轻,没有必要将涉嫌重罪的未成年排除在恢复性司法范围之外<sup>[15]</sup>。事实上,无论在轻微、过失犯罪中,还是在严重的犯罪中,都存在着犯罪人对被害人的损失进行补偿和犯罪人真诚悔罪、改过自新的需要。因此,即使对严重犯罪适用恢复性司法同样会起到积极的效果。对于未成年犯罪人来说,通过恢复性司法对未成年人进行教育挽救应放在更加突出的位置,在任何犯罪和情形下都不能放弃对未成年罪犯的挽救和国家社会应承担的责任。所以,恢复性未成年人司法应突破成年人恢复性司法的局限性,原则上所有的未成年人犯罪案件都可以适用<sup>[15]</sup>。

### 2.参与人员

由于未成年人自身的特征,在“恢复性司法”程序启动、人员参与、处理结果等方面的设计,都要考虑对未成年人的影响,要将社区、学校和家庭纳入到“刑事和解”程序中,努力促成当事人各方之间的互信和团结。

恢复性司法倡导对犯罪侵害结果的修复,这里不仅涉及到直接被害人,还涉及到其他受害者。现阶段我国的恢复性司法,可由司法机构及人员作为主持者召集受害人、加害人,包括各方律师,形成协议,在试点中的社区发展成熟以后,再于协议参加者中增加社区这一重要角色。这既解决了我国现阶段社区概念模糊的问题,又在可期待的将来有望实现恢复性司法程序的

实施地——社区的保持公正与和平的重要作用。

### 3.恢复性司法的适用阶段

从各国的情况来看,许多国家的恢复性司法适用于实施犯罪之后至刑事司法程序结束的各个阶段<sup>[16]</sup>,但也有不少国家只适用于量刑阶段<sup>[17]</sup>。笔者认为,恢复性未成年人司法应贯穿于整个刑事司法的侦查、起诉、审判和执行的全程。在未成年人刑事司法的任一过程,只要当事人双方同意,就可以组织进行恢复性司法程序,在取得未成年人深刻认识错误、真诚悔改、有效赔偿及被害人与社区谅解等效果后,根据不同的阶段可以作出相应的有利于未成年罪犯回归正常学习成长道路的处理结果<sup>[15]</sup>。

### (三)关于配套衔接机制

第一,从完善现行法律体系的角度来说,鉴于目前我国恢复性司法制度还处于探索起步阶段,尚不具备制定单行立法的条件,应先通过修订现行法律的形式予以规定。待今后立法时机成熟,再另行制定专门的法律对整个制度予以详细规定。第二,从建立、完善配套措施的角度来说,在监督机制方面,由于“恢复性司法”的结果可能是不起诉,因而,应当赋予检察官或法官对程序监督的权力,特别是作为享有法律监督权和审查起诉权的检察机关,应该在“恢复性司法”中发挥其重要作用,对程序、自愿性和适用条件进行审查和监督。双方当事人也应当定期向检察机关或法院汇报协议的履行情况<sup>[18]</sup>。还应当建立公开透明的告知制度。将暂缓起诉等决定及时告知被害人。更为重要的是,逐步建立一种社会联动机制<sup>[19]</sup>,如北京市2004年11月18日由司法局、公安局联合下发《关于在城八区建立治安行政调解与人民调解联动工作机制的意见》,在各基层派出所建立联合接待室,有效地促进犯罪人与被害人的和解和谅解<sup>[20]</sup>。

社会实践是立法之源,在我国还没独立的少年司法制度的情况下,在不违背法律规定的前提下,实践部门应积极探索,为最高立法机关出台适合未成年人特点的刑事司法制度创造丰富的实践经验。对未成年人犯罪恢复性司法的实践,是在立法难以及时反应的情况下司法能动的体现。因此,现阶段的实践探索,可为我国未成年人刑法的制定与未成年人司法制度的改革积累经验及创造条件。

### 参考文献:

[1]陈光中.刑事和解的理论基础与司法适用[J].人民检察,2006,

- (10):5.
- [2] 刘凌梅.西方国家刑事和解理论与实践介评[J].现代法学, 2001,(2):152-153.
- [3] 丁延松.恢复正义视野下的刑事和解制度构建[J].法制与社会,2007,(9):372.
- [4] 孙喜峰.对未成年人犯罪适用暂缓起诉制度的探讨[J].湖南社会科学,2007,(1):48.
- [5] 李郁.暂缓起诉:严格执法中的温情[N].法制日报,2003-08-19.
- [6] 陈建民.受人指使高三学生实施抢劫,援引缓诉检察机关挽救失足[N].法制日报,2002-11-20.
- [7] 彭新林,毛永强.前科消灭的内容与适用范围初探[J].法学杂志,2009,(9):49.
- [8] 房清侠.前科消灭制度研究[J].法学研究,2001,(4):84.
- [9] 顾文.对未成年人轻罪消灭制度的思考和制度设计[J].中国检察官,2009,(10):34.
- [10] 董晓菊.少年司法改革与宽严相济“未成年人轻罪记录消灭制度理论与实践研讨会”侧记[J].检察风云,2009,(13):18.
- [11] 高亚男.未成年人犯罪前科消灭制度研究[J].中国刑事法杂志,2009,(11):106.
- [12] 孙国祥.从理念到践行:未成年人犯罪轻缓刑事政策的司法实现途径[J].法学论坛,2008,(7):99.
- [13] 陈兴良.入罪与出罪:罪法定司法化的双重考察[J].法学,2002,(12):31.
- [14] 刘作俊,刘蓓蕾.犯罪化与非犯罪化论纲[J].中国刑事法杂志,2005,(5):9.
- [15] 曾建东,陈新美.恢复性司法视角下未成年人司法的反思与构建[J].法治论坛,2010,(1):265.
- [16] 杨飞雪.刑事和解在审判阶段的制度构建[J].重庆邮电大学学报:社会科学版,2009,(6):63-68.
- [17] 莫洪宪,郭玉川.论我国未成年人恢复性司法的构建[J].青少年犯罪问题,2009,(2):36.
- [18] 陈妮.“刑事和解”处理未成年人犯罪的有效方式[J].理论探索,2008,(5):142.
- [19] 林榕.我国社会保障立法研究[J].江苏工业学院学报:社会科学版,2009,(1):34-38.
- [20] 徐鹤喃.刑事司法中的犹豫——兼谈我国不起诉制度的发展[J].法学家,2006,(6):156.

责任编辑:万东升

## On the Chinese Judicial Practice Mode of Minor Restorative Justice

XIAO Ling

(School of Political Science and Law, Jiaying University, Meizhou 514015, China)

**Abstract:** Minor Restorative Justice is the reflection and transcend of traditional minor criminal justice, bringing about the return of judicial purpose from punishment to protection. China has been attempting the localization of Restorative Justice and has obtained positive effect by applying the systems such as Criminal Reconciliation, Reprieve of Prosecution, and Abolition of Criminal Records on the cases of juvenile crimes. In China, only by concept updating, the consummation of specific application system and supporting system can Restorative Justice play more and more important role in criminal justice. Applying Restorative Justice on the cases of juvenile crimes should be not only regarded as a theory, but a kind of practice, which hangs on legislation and judicial practice.

**Key words:** restorative justice; judicial practice; juvenile