

國立臺灣大學法律學院法律學系



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

重新建構修復式正義

Reframing Restorative Justice

林若榆

Jo-Yu Lin

指導教授：王皇玉 博士

Advisor: Huang-Yu, Wang, Ph.D.

中華民國 107 年 02 月

February, 2018

謝辭



其實本來是不想寫謝辭的。因為相較於感謝，只能說很慶幸在這段不長不短，絞盡腦汁擠出點思想的歲月裡，有這麼多陪伴，由衷地覺得幸運。而這樣的感受，實在難以化為言語，因此無數次想作罷。但想想，這段時間將在自己生命中刻下很深刻的影響，甚至難以預料會帶來多少餘波盪漾，所以還是為自己做點紀錄吧，也許未來的我，會感謝好好收藏這些感受的現在的自己。

仔細算算，這本論文也是耗時兩年多才完工。帶著論文也算得上行萬里路，從台灣流浪到德國，又從德國滾回台灣。這過程中，許多人在無意間闖入我的生命裡，現在卻看似未帶走一片雲彩地消失了。或許是這些來來去去的離合聚散，讓我在這兩年內，不僅寫著關於修復式正義的想像，確實也不停思索著人際間的距離，以及每一個細微的外在介入如何塑造不同的自我。我想，修復這回事，如果意味著自我理解、自我接受、自我和解，那麼確實值得用一輩子的時間學習及體驗。

那些在我進行這趟思想旅程時，撞進我生命中的人們，謝謝你們。每一次與你們的互動，不論是開心、難過、生氣、苦惱、快樂、猶豫、掙扎、愧疚，都很慶幸能帶給彼此這些體會。因為這些經驗，我們交換了彼此的生命，並收藏著彼此，想想就覺得很珍貴。也謝謝指導老師及口委們靜靜地聽我說了 40 分鐘，並認真地拋出各種疑問，讓我好好地為這兩年多做了完整的回顧。

雖然目前的想法都還相當天真與零散，但是還記得當時指導老師王皇玉所說的：「別把論文當作是一輩子的思想結晶，它不過就是你念了點書、做了點研究，這段時間的一個想法。」我想這是我這段時間的一些想法，謝謝這段時間反覆掙扎的自己，辛苦了。

還有，爸爸、媽媽、弟弟、爺爺、奶奶，成勳，謝謝你們一直都在。

2018.02.08 寒冷的冬夜

中文摘要



本文有感於台灣近來隨機殺人、酒駕致死等重大矚目案件頻仍，社會一片肅殺之氣。然而嚴厲的社會風氣並未帶來相對令人感到有安全感的社會，反而促成人人自危、神經衰弱的現況。因此，本文反過來叩問，與肅殺相反、而被視為帶有包容力的修復式正義為何無法在這片無效的重刑社會中展露頭角？

本文認為修復式正義的核心搖擺不清間接導致了修復對象與修復結果的模糊、刑事司法程序與修復式正義的曖昧不請，且無助於拉近社會現況與修復式正義所需要的社會條件。這些進一步種下修復式正義在我國無法生根發展的重要原因。

藉由與傳統修復式正義的比較，本文點出「情感修復」做為新的修復式正義的核心價值。然而，籠統地以「情感修復」一詞作為修復式正義的目標，本文認為會陷入另一種核心不明確的陷阱。因此，「情感」的特殊性質是本文論述的重點，並引導對於「情感修復」的途徑選擇。由於情感的私密性、流動性，本文主張重新建構一個以被害人及加害人「各自為核心」的修復式正義——並稱之為「雙主體的修復式正義」。在尊重雙方當事人存有的前提下，進而展開以個人為主體的修復，並讓雙方的修復衝突出個案的最佳解。

本文認為不同的個案在新建構的修復式正義底下將有不同的修復結果。這樣的修復過程展演並訓練整個社會去接納與包容人際互動的多樣性。在刑事司法系統外，反覆而穩定的修復式正義程序，將回過頭來證明刑事司法以外的社會力量，是有能力化解紛爭的。這更將鞭策刑事司法系統去反思重刑嚴罰的價值，有助於從另一個角度帶動刑事司法系統的改革。

關鍵字：修復式正義、情感修復、關係修復、刑事司法系統、刑事責任、刑罰目的、權力賦予

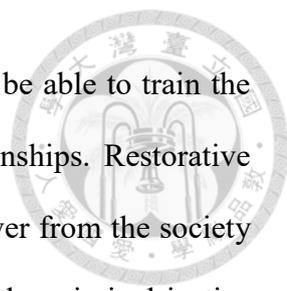
Abstract



Due to the high frequency of Random killings and drunk driving casualties in recent years, Taiwan is soaked in an intolerant atmosphere. Though our Legislative Yuan has implemented some strict regulations to solve the crimes driving social attentions, the society doesn't feel safe accordingly. People tend to feel at risk in their daily lives and the society suffers Neurasthenia as a whole. Therefore, this article questions: If Restorative justice is an opposite treatment to harsh punishment, when the harsh punishment seems to prove useless today, why isn't Restorative Justice a new rising star?

This paper argues that the core value of restorative justice is ambiguous and that it results in the difficulty of defining not only the object of restorative justice, but also the effort of restorative justice. Even more problematic, missing the core value also blurs the boundaries between restorative justice and criminal justice system. These problems together sow seeds of calamity, forbidding restorative justice to earn its potential influence in Taiwan.

After comparing with traditional restorative justice, this paper points out "emotion restoration" to be the core value of restorative justice. However, without clarifying "emotion restoration", we might fall into another trap of unclear. Therefore, this paper put an effort on defining the special nature of "emotion. According to the fluidity and private characteristic of emotion, this paper advocates to reframe a restorative justice system to a dual subject restorative justice, that bases equally on the victim and the offender. The victim and the offender are the two centers of two independent restoration processes. This system should recognize the existence of both partners and let the restoration of an offender encounter the restoration of a victim. The outcome of each case therefore will bear their own characteristic.



The repeated performing of this restorative justice system will be able to train the society to accept and include the diversity of interpersonal relationships. Restorative justice can prove that instead of the criminal justice system, the power from the society has the ability to solve disputes and conflicts. This will then force the criminal justice system to rethink the value of heavy penalty and severe punishment, and help to spur the reform of criminal justice system from another perspective.

Keywords: Restorative Justice; Emotion Restoration; Relation Restoration; Criminal Justice System; Criminal Liability; Theories of Punishment; Empowerment

目錄



謝辭	i
中文摘要	ii
Abstract	iii
第一章緒論	1
第一節 研究動機與研究目標	1
第二節 研究方法	2
第三節 章節安排	3
第二章修復式正義理論基礎與發展	5
第一節 修復式正義的歷史脈絡	5
第一項 當代刑事司法架構的危機	6
第二項 刑罰目的與功能的質疑	9
第三項 被害人運動的開展	14
第四項 其他運動的推波助瀾	18
第二節 修復式正義的概念	19
第一項 Eglash, A	19
第二項 Howard Zehr	20
第三項 Daniel W. Van Ness	22
第四項 Lode Walgrave	24



第五項 Martin Wright	25
第六項 John Braithwaite	27
第三節 各種運作模式.....	29
第一項 調解模式	30
第二項 會議模式	33
第三項 圓圈模式	37
第四節 修復式正義於我國司法的運作.....	46
第一項 調解制度	46
第二項 緩起訴制度與緩刑制度	48
第三項 修復式司法試行方案	51
第四項 實務見解	56
第五項 小結	58
第三章 修復式正義之困境.....	61
第一節 概念模糊.....	61
第一項 修復對象不明確	61
第二項 修復結果不明確	62
第二節 社會條件的落差.....	68
第一項 對「犯罪與刑罰」的想象	69
第二項 人類形象的模糊化	73
第三項 「社區」的瓦解	83
第三節 與刑事司法程序間關係曖昧.....	90



第一項 修復式正義於司法系統中之定位	90
第二項 可能形態	92
第三項 本文見解	95
第四章再詮釋「修復」一詞	98
第一節 修復式正義之核心	98
第一項 傳統修復式正義之核心—關係修復	98
第二項 回顧我國既有制度	100
第三項 重新導出修復式正義之核心—情感修復	104
第四項 情感修復案例	111
第二節 刑事司法中的情感	114
第一項 法律與情感	115
第二項 受害者情感	116
第三項 加害者情感	120
第四項 案件關係人情感	122
第五項 小結	125
第三節 情感之規範性地位	125
第一項 何謂情感？	126
第二項 刑事司法系統中的情感及其困境	132
第四節 情感修復的兩種途徑	142
第一項 以情感為中心的刑事司法系統	144
第二項 個別導向不同的情感修復途徑	145



第五章 修復式正義的重新建構..... 148

第一節 雙主體的修復式正義..... 148

第一項 加害者／受害者之各自修復 148

第二項 修復程序的多樣性 151

第二節 社會工作與修復式正義的交會..... 155

第一項 社會工作的起源 155

第二項 與修復式正義的概念相似性 156

第三項 對於包容社會的期許 159

第三節 修復式正義的社會實踐..... 164

第一項 刑事責任的近代反省 164

第二項 修復式正義與社會責任的承擔 170

第三項 修復式正義與社會情感之轉化 175

第六章 結論 178

參考文獻 181

一、 中文文獻..... 181

二、 英文文獻..... 183

三、 日文文獻..... 187

四、 其他..... 187



第一章 緒論

第一節 研究動機與研究目標

八年前，剛以法學院學生的身分學習法律之初，便曾耳聞「修復式正義」一詞。依稀中當時台上教授並未著墨太多，陌生的新詞彙在課堂、在腦海皆未停留太久。模模糊糊中，只記得「修復式正義」是論及刑罰目的時被提起，似乎是主張以「重建人與人間的關係、直接修補損害」的方式來再思考刑罰。然而時光荏苒，爾後「修復式正義」再也沒有出現於其他課堂與閱讀文獻中。再一次想到這個詞彙，是後來在寫作有關身分法報告的過程中。當時，在閱讀有關療癒式司法的資料時，突然想起，「修復式正義」亦是著重於個案當事人的背景，並試圖解決潛藏於案件背後更根本的制度問題。療癒式司法談到法庭的問題解決功能，根據不同案件類型(家暴、青少年、酗酒、性侵)由相異的專業法庭處理。法律從業人員(律師等)亦可以朝幫助當事人解決案件以外的問題為努力方向。例如，在家庭失和的離婚案件中，律師傾聽的重要性應該不遜於法律諮商的重要性。幫當事人解決個人溝通的問題反而可能是家事案件中的關鍵。

總而言之，「修復式正義」以其療癒的特色，應該屬於法學界發展的一項趨勢。然而，回頭看看這 10 年，追求「人際關係修復」的修復式正義，並沒有真的引起國內刑法學界太多討論。近幾年來，國內重大矚目案件頻仍，幾起隨機殺人、酒駕致死案件，社會一片肅殺之氣。針對酒駕，民意要求提高刑罰；針對砍殺幼童案件，民意則要求唯一死刑。在社會間，「人際關係修復」一語反而像是喜劇演員的台詞，恐怕只會引起哄堂大笑。社會現實是，加害者與受害者、加害者與社會成員間，互相理解的可能性隨著媒體的嗜血、群情激憤的言論，越來越渺小。

雖然 2010 年我國法務部已提出「修復式司法試行方案」，並交由各地方檢察署進行。但是方案內容並沒有隨著時間的更迭做出具體調整，也未聽聞進一步法制化



的計畫。令人不得不懷疑法務部的態度是否只是想在一片嚴罰化的社會氛圍中，點燃一絲微弱的人性光輝，自我安慰。

本文的寫作動機一開始是出於疑惑的態度，想了解「修復式正義」為何無法在法學的主流討論中引起關注，是否修復式正義只是當代對於烏托邦的幻想。在先後閱讀國外幾位提倡修復式正義的學者其著作後，深感修復式正義理論過於紛雜。與其說是紛雜，其實是各家的修復式正義對人類都具備類似的關懷與體悟，但是對人類形象本身未有足夠深入的理解。於是形成對人類極具關懷，卻因為任由對人類形象的幻想奔馳，而各說各話、欠缺統一的核心價值的修復式正義現況。

因此，本文的研究目標在於為修復式正義爬梳出其核心價值，從人類脆弱的真實形象，探求在紛爭發生後當事人亟待修復的對象為何。本文認為唯有矯正過去以「關係修復」為核心的傳統修復式正義，並釐清修復式正義的核心是一情感修復，方能回到當事人個人的感受去調整個人所遭遇的困境。最後方能回答一系列有關修復式正義的實踐問題，包含修復式正義的踐行場域、與刑事司法系統的關係、修復式正義與刑罰的關係等等。

至於英文的 *Restorative Justice* 在中文有翻譯為修復式正義，亦有如法務部將其翻譯為修復式司法。本文因為在閱讀文獻部分擷取包含心理學、社會學、犯罪學、諮商領域等資料，並不僅止於法學；研究中所關注者則為當事人情感，而非侷限於傳統法律領域所討論的犯罪與處罰間的關聯性；且主張修復場域又非司法系統內，而是司法系統外的社會內。整體而言，本文所希冀的是跳脫法律角度看待犯罪所造成的傷害以及修復，而從具體人與人的互動間去探求浮動正義的可能性。因此本文在文字翻譯的選擇上使用「修復式正義」，而不是「修復式司法」，希望讀者在閱讀的過程中能因此多少受鼓舞，放任自己去想像更多關於「正義」的可能性，而別限制在「司法」領域內做討論。

第二節 研究方法



本文兼採文獻分析法與比較分析法。由於修復式正義的概念在近幾十年來掀起國際上的討論，各國也是以邊觀察、邊嘗試、邊討論的方式在研究各項制度。因此本文首先透過大量閱讀、比對、分析英、美、澳、日等各國學者對於修復式正義的論述，以及各國已嘗試的修復式正義內容，來歸納出修復式正義的歷史脈絡、形成各項制度類型的基本分類、並提出各國修復式正義共通的概念詮釋。接著，透過與國內所提出的類似制度做比較，來呈現我國推動修復式正義，所面臨的社會條件以及已嘗試的內容，有何相異而獨特之處。爾後，在比較結果中推導出我國所能夠進一步建構的修復式正義內容為何，並且再次以收集、整理、分析文獻的方式，對本文的主張提出補充及佐證。

第三節 章節安排

本文在章節的編排上，將在第二章以文獻回顧的方式交代修復式正義的歷史脈絡、各家修復式正義概念、實際運作模式，最後再談及我國已有的修復式正義制度，或類修復式正義制度。此章節是要呈現修復式正義的綜合圖像。後續對於傳統修復式正義的解析與批評，便是延續這一章的概念與現況。

在第三章，本文將直指傳統修復式正義所陷入的困境，以及難以在法學界、社會中開展的諸原因。接著，指出修復式正義欠缺核心價值是使問題複雜的關鍵。第四章，本文將從各家修復式正義理論中歸納出本文認為傳統修復式正義的可能核心價值。接著，本文嘗試透過我國實務被認為有修復精神的調解制度的運作，分析傳統修復式正義核心價值的不足。隨著對不足的檢討，本文將推導出「情感修復」作為修復式正義核心。緊接著會論述情感的內涵，以及情感作用在法律領域的現況。在這部分，本文會著重於說明在刑事司法領域處理當事人情感的困難，以帶出未來情感修復的方向。

在第五章中，本文將針對修復式正義的「情感修復」，選擇本文認同的人類形



象，根據該人類形象重新建構以加害者與被害人各自為主體的修復式正義。從雙主體的修復需求出發，論述社會工作適合作為推動修復程序的原因。在該章的最後，則會回應第二章修復式正義出現的脈絡，談情感修復的修復式正義如何帶動刑事責任的反省，進而引領刑罰目的的再思索。

在這一系列討論後，本文希望的其實是以俯視的方式釐清修復式正義的處境，並重新確認修復式正義的根本關懷。藉由點明建構修復式正義所真正欠缺的社會條件，期許能為擁有相同關懷的人群，提供一條未來努力的可能方向。

第二章 修復式正義理論基礎與發展



第一節 修復式正義的歷史脈絡

對於刑事政策的反省，自有刑事司法之始即有之；然近 20、30 年來席捲世界各地的修復式正義，是一種對於當代刑事司法架構更根本的質疑與不信任。若要說修復式正義的定義為何，現階段可說欠缺統一而令人滿意的答案。原因或許必須追溯到修復式正義的緣起與發展。

不同於其他社會運動，修復式正義的概念其實是由各方不同主張、運動集結而成的，包含對於刑罰制度的不滿、非正式司法（informal justice）的主張、被害者學的發展、被害者運動、女性主義的發展、社群主義的開展、原住民復興運動等等。在加拿大、美國與歐洲，這些運動與主張大約出現於 1970 年代。而直到 1980 年代末，這幾股多元而分散的趨勢才逐漸以今天我們所稱的「修復式正義」形成一獨立領域，展開本身的倫理思考、理論建構、社會運動、實務發展與研究¹。

換句話說，修復式正義不像其他運動，從一個核心的價值理念發展；相反地，修復式正義比較像是歸納整理許多不同運動，擷取其重疊、相似而互相有所助益的論述，再嘗試拼湊成一個完整而能與當代刑事司法旗鼓相當的論述。因此，若試圖掌握修復式正義的定義，姑且不論這樣的嘗試是否可能實現，都必須先從修復式正義所內涵的各種運動力量來理解其脈絡。在本節，本文將討論最常被提及、對於修復式正義的開展亦較有力的社會背景與運動。首先，會談到現代刑事司法架構的特徵，以及現代刑事司法架構在當代被點名的弊端。接著，會論及對於刑法與刑罰目的及功能的質疑如何導致修復式正義思維的開展。再來，不可避免地要說明，被害者運動作為修復式正義中數一數二重要的養分，具體如何滋養著這個領域發展。最

¹ LODE WALGRAVE, RESTORATIVE JUSTICE, SELF-INTEREST AND RESPONSIBLE CITIZENSHIP 15 (Willan Publishing 2008).

後，則會簡單帶過其他起推波助瀾之力的運動，包含非正式司法的主張、原住民復興運動、社群主義的開展等等。



第一項 當代刑事司法架構的危機

當代刑事司法是立基於現代刑事司法架構之上，再根據當代的社會事實所做的調整。因此，當代刑式司法架構除了本身的制度危機外，更在血統之內承繼著整套現代刑事司法架構的瑕疵。這些制度危機在 1970 年代的熱烈討論，使修復式正義作為一種解決方式被提出。

現代刑事司法架構指的是 18、19 世紀伴隨著現代民族國家確立，而用來輔佐國家統治權力與政治支配的犯罪控制手段。相較於民族國家確立前的歷史，18、19 世紀以降，罪犯的查緝、追訴與處罰逐漸被國家權力所壟斷。國家以維持「和平與正義」的承諾，將私人之間的紛爭、衝突納入國家的任務範圍，國家的追訴逐漸取代私人行動²。在國家追訴不法行為之下，一方面是人民不用再血染自己的雙手，另一方面卻意味著國家自己賦予自己仲裁者的角色，對於私人間的衝突取得發語權。

甚至，19、20 世紀後，「法律」本身開始自詡為「人民的意志」進而代表人民。反過來說，人民的意志開始受到「法律」的強制約束，人民的行動必須在法律所承認的範圍內才具備正當性。自那時起，現代刑事司法以其文明、公平、人道、理智的特徵，取代殘忍、不人道、情緒性的私人行動，從此席捲西方社會對於犯罪的處理，也將這樣的文明價值散佈於世界各地。

現代刑事司法架構最受青睞之處或許在於對真實及證據的重視。整個制度有個堅定的前提預設：事實真相是能夠被探求的。現代刑事司法架構便是以探求事實真相所建立起的防護網。審判過程便是被告與檢察官雙方利用合法手段「說服」法

² David Garland (著)，周盈成 (譯) (2006)，《控制的文化》，頁 30，台北：巨流。



官案件事實為何的過程，而真相在理想上必須透過證據來證明。另外，被證明的事實也只有符合法定構成要件之下，才會該當於犯罪。對於當事人來說，這樣的制度設計，好處在於依據證據審判，因此當事人能夠準備自己的訴訟策略，能夠根據手邊所擁有的證據資料，推測審判結果。換句話說，現代刑事程序的優點在於恪守程序正義、保護被告的權利、嚴格遵守已確立的法律，並且具可預測性³。然而，為了探求事實真相，所實際開展出的現代刑事司法程序卻導致了許多批評。

現代刑事司法架構的弊端，首先在於「被遺忘的受害者」，以及連帶地，加害者與受害者間關係的神隱。由於國家取代受害者掌控對被告的追訴權，長期以來受害者除了仍保有「受害者」此一身分事實外，受害者在犯罪事件後的刑事審判程序中欠缺一席之地。受害者承受傷害卻無法於該案件中發聲。受害者與加害者間因犯罪所起的關係，完全由國家與加害者透過法律的角度重新予以詮釋。

第二個弊端是，審判程序中「明顯的對抗性」。整個審判過程是圍繞真／假、有罪／無罪的原則運行，只有在少數邊緣的案件才允許灰色的決定介入非黑即白的空間。由於審判的目的在於發現真實、確保定罪，而成敗又是一翻兩瞪眼的零和遊戲，這樣的制度目的使制度內的人員在壓力之下有施加不人道質詢方式以取得自己理想結果的傾向。現代刑事司法架構的目的結合刑事程序的設計造成，有權力優勢的國家傾向去扭曲法律來確保能定罪，另一方的被告則可能不惜偽造事實⁴。檢察官與被告、受害者與被告往往勢不兩立，衝突紛爭如果本來有化解的可能，在法庭之上卻是絕對不能被承認的事實。換句話說，近代刑事司法架構目的本來是在解決紛爭，卻時常惡化紛爭與衝突。往往是透過反於人性的法律適用來解決抽象的人際間問題。

第三，由於犯罪案件都集中由國家追訴，可想而知案件量之大。司法從業人員被迫「機械式而忙碌」地工作著。原本事實真相的探求就已經十分困難，再加以龐

³ MARTIN WRIGHT, JUSTICE FOR VICTIMS AND OFFENDERS 10 (Open University Press 1991).

⁴ *Id.* at 12.



大的案件量，司法承辦的品質有「速食化」的趨勢，效率提升、成本最小的效能追求掩蔽了個案的特殊性。整個審判重視形式過程，雖然是與「人」相關的工作，卻漸漸遠離加害者及被害者的生命。

針對案件量過大以及機械式的審判現象，當代縱然已發展出不少因應措施。以美國為首，賦予檢察官在審判前與被告有更多的協商空間，讓整體案件處理的效率能提升，進而縮減湧入法院的案件量。在我國也已引進緩起訴、協商制度，制度目的除了訴訟效率外，也著眼於使犯罪效果個別化，讓被告有機會能夠跟檢察官表達自己的想法⁵。這些制度，從某些角度被學者認為具有修復式正義精神，因為其中被告與檢方的對抗性已減弱，且制度宣稱被告個別性會在協商過程中被凸顯。然而，協商制度看似使被告有較多的選擇空間，實則並未改善被告於訴訟制度中邊緣化、無權化的事實。制度上雖說必須基於被告的自願性，但重點毋寧是要篩露出輕微的案件以減輕法院的負擔，公權力機關並未放棄對於案件的解釋權及掌控權。於此，當事人於事件中仍舊處於被動的腳色。

修復式正義針對現代刑事司法架構的真正反省，則認為應該從破除國家與被告的雙向關係著手，取而代之以受害者—加害者—社區的三方關係。在這三方關係中，一方面盡量減低當事人的對抗性；另一方面，鼓勵受害者以主角的身分回到紛爭的場域。

如果更放眼當代刑事司法架構與社會結構間關係的話，批評者認為當代的刑事正義因為欠缺社會正義作為前提，因此是虛幻的。當代國家透過法律來控制社會，透過立法入罪來創造刑法，創造罪犯⁶。換句話說，犯罪與否其實是主權者在形塑社會理想的樣貌，是主權者決定要以甚麼樣的方式對待不同的行為。舉例言之，當

⁵ 刑事訴訟法第二百五十三條之一立法理由：「……二、為使司法資源有效運用，填補被害人之損害、有利被告或犯罪嫌疑人之再社會化及犯罪之特別預防等目的，爰參考日本起訴猶豫制度及德國附條件及履行期間之暫不提起公訴制度，於本條增訂緩起訴處分制度，……」；刑事訴訟法第二百五十三條之二立法理由：「……二、基於個別預防、鼓勵被告自新及復歸社會之目的，允宜賦予檢察官於「緩起訴」時，得命被告遵守一定之條件或事項之權力，增列第一項。」

⁶ William J. Chambliss, *Toward a Political Economy of Crime*, 2(2) THEORY AND SOCIETY 149, 150-51(1975).



代社會對於白領階級掠奪資源的現象極其容忍，卻對社會結構下弱勢族群、邊緣族群（基於經濟、學歷、社會地位、身分認同等等）的犯罪情形高聲撻伐、極盡可能追殺。並以刑事司法程序堅守正義之名，在體制內再次矮化這些弱勢族群。平等的正義與平等的地位、平等的影響力、平等的經濟權力息息相關。不正義社會中的刑事司法系統究竟要如何達到正義，便十分耐人尋味⁷。如果不能辨識出社會結構中的不正義，那當代刑事司法架構所宣稱的任何正義手段，都是留有瑕疵的謊言。

社會對於現代刑事司法架構及當代相應的刑事架構所產生的不安與懷疑，促使關於「正義」的重新省思。這些疑慮帶起一種聲浪，開始反省近代國家所扶植的現代刑事司法架構。是否現代刑事司法架構是文明國家所必然需要的權力系統？是否解決紛爭只此一途？這些反省雖然未必直接導致修復式正義的崛起，但近幾年來要求刑事司法回歸人際關係以及看到社會結構中的不正義的呼籲，顯然提供了修復式正義發展的重要基礎。

第二項 刑罰目的與功能的質疑

討論刑罰目的與功能，實則是延續前文的內容。近代刑事司法架構取代過去傳統紛爭解決機制改以統一施加刑罰的方式來處理犯罪。然而，處理犯罪是一個方向，但刑罰的目的與功能為何，則在理論層次有悠遠的歷史變遷。在 1970 年代，當代刑罰司法架構出現危機的時期，美國亦曾出現刑罰論述的真空時期。所謂真空不是指沒有任何的論述，而是過去備受信賴的刑罰論述在一夕之間遭到否定。也是在這個刑罰論述的縫隙間，修復式正義的曙光首次照射進法領域。接著本文想簡單爬梳刑罰目的論的變遷，以說明 1970 年代修復式正義在歐美國家迅速崛起的社會背景究竟為何。

犯罪與刑罰在刑事法領域就如孿生子般，如果追求理論一貫、價值體系的連續性，那麼在回答刑罰目的為何之前，勢必得先回答犯罪為何、犯罪如何產生。在 18

⁷ AMERICAN FRIENDS SERVICE COMMITTEE, STRUGGLE FOR JUSTICE 16 (Hill and Wang 1971).



世紀啟蒙運動以前，並無犯罪學此學科領域。人們不十分關心犯罪的產生原因，而懲罰是肆意、立即、殘忍的「以牙還牙、以眼還眼」(an eye for an eye and a tooth for a tooth)。懲罰的目的在於透過嚴厲的懲罰來確保當事人服從於社會規範、並嚇阻一般大眾。

一直到歐洲的啟蒙運動以後，現代懲罰哲學才逐漸受到重視⁸。然而，從啟蒙運動到 19 世紀下半葉這段期間，關於犯罪學雖有實質論述，但仍未獨立於懲罰哲學的討論。在 18 世紀中後葉談論犯罪與刑罰的邊沁、貝加利亞等思想家，後來在犯罪學中被定位為古典犯罪學學派。邊沁與貝加利亞的犯罪學是基於功利主義 (Utilitarianism)、享樂主義 (Hedonism) 與理性主義，他們對人的假設是理性而具有自由意志 (Free will) 的。

若以貝加利亞為例，他認為每個人都是只為自己的利益而形成這個地球上之種種結合關係，每個人都是想以拘束他人的契約使自己不受拘束。法律則是市民依自己意思而向主權者明示或默示的契約，每個人交出一部分的自由形成刑罰權基礎，目的在於終止持續的戰爭狀態⁹。對於刑罰的目的貝加利亞認為僅在於使犯人以後不會再度侵害社會，使犯人周遭的人遠離犯罪而已¹⁰。貝加利亞所認為的刑罰目的如果以今天的說法來看，應該是透過刑罰的施加達到威嚇的效果並預防未來的犯罪。與啟蒙運動以前的懲罰差異之處在於，貝加利亞緊貼著威嚇的效果以及預防犯罪的目的，認為過分嚴峻的刑罰是不必要的。僅需使犯罪人因刑罰所受損失超過他從犯罪中所得到的利益即可。而要達到預防犯罪的目的，還必須仔細考量並維持刑罰與犯罪結果間的比例性，超出必要性的刑罰反而無法防止犯罪更進一步地凶暴化¹¹。因此，犯罪學古典學派非常重視罪刑均衡原則。

到了 19 世紀末，犯罪學逐漸形成一門獨立學科。此時，受社會科學所吹起的

⁸ DAVID J. CORNWELL, CRIMINAL PUNISHMENT AND RESTORATIVE JUSTICE—PAST, PRESENT AND FUTURE PERSPECTIVES 26 (Waterside Press 2006).

⁹ 貝加利亞 (著)，李茂生 (譯) (1993)，《犯罪與刑罰》，頁 6-8，協志工業叢書。

¹⁰ 貝加利亞 (著)，李茂生 (譯) (1993)，前揭註 9，頁 60。

¹¹ 貝加利亞 (著)，李茂生 (譯) (1993)，前揭註 9，頁 60-63。



實證主義風潮所影響，犯罪學也注入一股實證主義精神，開始重視以科學的角度理解犯罪。犯罪學實證學派始於義大利，指的則是龍布羅梭（Cesare Lombroso）、菲利（Enrico Ferri）、加洛法羅（Raffaele Garofalo）等人，其等以人類學的方法研究犯罪成因。龍布羅梭從生物學的角度，觀察、歸納不同犯罪人的物理特徵、構造，認為犯罪人是退化的人類，其犯罪的機率之所以高於常人是因為他們的生理異常特徵（Physical Anomalies）。就刑罰的目的而言，龍布羅梭反對客觀主義的刑法理論，反對嚴守罪刑均衡原則。他認為刑罰應該顧及犯罪人主觀惡性，並應著眼於未來的危險。換句話說，刑罰應該是針對犯罪人的惡性予以消除或教育。龍布羅梭在這層考量下提倡「不定期刑」，並建議以在家監禁、司法訓誡、附條件的判決、罰金、監外強制工作、身體刑、放逐等方式來教育犯罪人¹²。

龍布羅梭的學生菲利及加洛法羅承繼著龍布羅梭實證主義的研究方法。這兩位學者吸收其他學者對於龍布羅梭的批評後，肯認除了生物學因素之外，心理、社會環境的因素也共同組成犯罪的成因。例如，菲利就提出犯罪多元性理論（Theory of Multiple Causation）及犯罪飽和原則（The Law of Criminal Saturation）。菲利主張一個社會具有一定的人為因素、一定的自然因素、一定的社會因素，並會產生一定量之犯罪¹³。在刑事政策方面，菲利主張以「社會防衛處分」代替傳統的刑罰，應該依照個別犯罪人採取矯治處分、強制處分、隔離處分等等¹⁴。

自犯罪學實證學派興起之後，關於犯罪學的研究可以說如雨後春筍般地冒出。從歐陸到美洲，各路學者開始跨越學科領域，從不同角度分析犯罪成因、並提供解決犯罪、預防犯罪、控制犯罪的方法。大抵而言有以生物學的角度研究基因遺傳、賀爾蒙分泌、神經生理學；或以心理學中精神醫學理論、心理分析理論、人格特質理論等為基礎投入人類行為的研究；更有從社會學理論出發，強調犯罪中的社會原因。著名的文化偏差理論、控制理論、標籤理論等等都屬於社會學角度所開展的犯

¹² 林山田、林東茂、林燦璋合著（2011），《犯罪學》，頁 27-29，三民書局。

¹³ 蔡德輝、楊士隆合著（2009），《犯罪學》，頁 32，五南文化事業。

¹⁴ 林山田、林東茂、林燦璋合著（2011），前揭註 12，頁 35。



罪學理論。

不論是從生物學、心理學、社會學何種立場出發，在歐美貫穿 19 世紀末到整個 20 世紀，對於犯罪所採取的是不同於古典犯罪學派的基本前提假設。總體而言，犯罪實證學派認為「犯罪不是完全基於自由意志的選擇」。他們認為犯罪行為的發生，是由人所生存的環境及其個人的生理特質所影響，而無法由個人的自由意志加以支配¹⁵。因此犯罪的控制便在於找出各種環境或個人因子，並對這些因子加以改變、掌控或消滅。

犯罪實證學派獨領風騷的一個世紀多中，刑罰的目的及內容產生極大轉向。刑罰的目的從過去的懲罰、威嚇、預防轉變為治療、教育、矯正。學者們認為貝加利亞與邊沁以降的應報哲學在科學的眼中顯得非理性且有反效果。他們認為犯罪的問題需要由專家知識、科學研究及彈性的介入來管理。法律的價值規範體系必須讓位於科學的改造體系¹⁶。以英美為例，在戰後的數十年間，刑事司法成為觀護人、社會工作者、心理學家、精神病醫師、兒童輔導專家，教育學者及各種社會改革者的領地¹⁷。這種矯治主義（Treatment and training model）的中心思想認為，刑罰應該盡可能是復歸式（Rehabilitative Model）的介入，並相信透過教育、治療、輔導等措施，犯罪人能重新變成順服於法律的公民而返回社會中，從而大量減低犯罪率¹⁸。具體的刑事政策則有容許不確定量刑、社會調查與精神病學報告的使用、基於專家鑑定與分類的個別化處遇、針對病因與處遇效率的犯罪學研究、納入犯人及其家人的社會工作、強調監禁之再教育目的與被釋放後復歸支援之重要性的監禁制度等¹⁹。總之，源起於 19 世紀末的矯治主義約在 1950-1960 在歐美達到頂峰。

然而，彷彿在玩迴力鏢似的，整個穩健發展的矯治主義在 1970 年代中期遭到前所未有的反彈。在英美針對矯治主義霎時燃起一股「一切無效」的失敗主義吶喊。

¹⁵ 林山田、林東茂、林燦璋合著（2011），前揭註 12，頁 26。

¹⁶ David Garland（著），周盈成（譯）（2006），前揭註 2，頁 54-55。

¹⁷ David Garland（著），周盈成（譯）（2006），前揭註 2，頁 49。

¹⁸ CORNWELL, *supra* note 8, at 33.

¹⁹ David Garland（著），周盈成（譯）（2006），前揭註 2，頁 47。



若要探究這股失敗吶喊的直接原因，首先是實證資料不十分支持矯治效果、犯罪率未顯著下降。再者，犯罪人長期下來行為並沒有改善，整個監所的人數反而在不定期刑矯治主義之下不停增加、監所內環境日益不佳、暴動頻仍，這一切惡性循環導致矯治更難以進行²⁰。當然，對於矯治主義的批評，結合了更多其他當時的社會背景及理論，例如新的「偏差社會學」認為犯罪是一種理性而有意義的行動形式，偏差的定位應該是社會產物，而非本質上的²¹。換句話說，這派理論認為犯罪本來是權力關係所製造出的產物，矯治主義卻試圖透過強制性矯治把犯罪描述成個人在社會環境下誘發的病態，並把標靶完全置於犯罪人身上，這被認為是十分不尊重個人尊嚴的行徑。

總而言之，1970 年代矯治主義的失敗可說如洪水猛獸，來的又快又急。整個刑事政策根本措手不及，無法反映。當時，歐美社會氛圍不安的程度可以從應報主義突然的復興窺知一二。矯治主義失敗所佈下的火苗彷彿星火燎原，一路蔓延到刑罰目的及犯罪學，導致整個刑事政策的動搖與不安、出現刑事哲學的空窗期。一位挪威社會學兼犯罪學學者甚至質疑到：「或許我們根本不該有任何的犯罪學，或許我們該廢除機構。或許犯罪學的社會效應比我們所想像的可疑。²²」

但也正是這樣的時空背景，讓非主流的刑罰目的、犯罪學理論、社會運動有開展論述的空間。或者更精確地說，散落在其他邊緣地區所採行的紛爭解決模式或關於紛爭的論述開始展露頭角。學者不僅開始用截然不同的觀察視角來看待過去被認為是犯罪的行為，「犯罪」甚至有重新被定義的可能。犯罪、刑罰、監獄、國家之間看似必然的關係自近代國家開展以來，第一次被狠狠動搖著。一部分的社會民眾及法律學者在這縫隙中由下而上搏得修復式正義萌芽的空間，開啟一套全新論述。修復式正義在此脈絡下試圖外於原本的法律體系，並用新的方式理解並解決犯罪及紛爭。

²⁰ CORNWELL, *supra* note 8, at 31-32.

²¹ David Garland (著)，周盈成 (譯) (2006)，前揭註 2，頁 76。

²² Nils Christie, *Conflicts as Property*, 17(1) BRIT. J. CRIMINOLOGY 1, 1 (1977).



第三項 被害人運動的開展

若說有哪個元素是促成修復式正義開展所不能欠缺的，那被害人運動便是當仁不讓的答案。近代國家收編刑罰權後，被害者在自己的事件中所扮演的角色、地位，可說是每況愈下。如本文於現代刑事司法架構的特徵所提及的，國家以維持「和平與正義」的承諾，將私人之間的紛爭、衝突納入國家的任務範圍，國家的追訴逐漸取代私人行動。刑事訴訟程序的特色在於把具體加害與被害間雙方的衝突轉變成一方加害者與國家間的衝突，被害人則完全由國家代表的方式出現²³。於此同時，被害者在原告、被告、法官的法庭三面關係中，被弱化至開啟刑事案件的觸發器（trigger）、證明犯罪成立與否的工具，或是眾多量刑要素的其中之一²⁴。至於被害人的真實感受、心情、擔憂、恐懼，則在所不問。在這層意義上，Nils Christie 認為衝突以及衝突的解決作為一種獨立的資產，可以說已被國家從被害人身邊偷走了²⁵。

被害人運動便是針對「被遺忘的被害人」的喚醒運動，約自 1960、1970 年代散見於歐陸，而在美國形成一股統合的力量。世界各地的被害人復權運動因著不同文化背景、社會條件以及推動者，而被形塑成不同的樣貌。首先，此運動出現最重要而共同的原因，被認為是歐美在 1960 年代之後所經歷的高犯罪率。高犯罪率使「法律與秩序」成為 1960、1970 年代核心的政治議題。除了高犯罪率之外，經過被害人調查更揭發社會裡無數的犯罪黑數。許多被害人即使遭遇嚴重的犯罪，也不願意通報或擔任程序的證人²⁶。一時間社會瀰漫著犯罪無所不在的氛圍，不論被害經驗有無，人人似乎都和「被害」有或多或少的牽連。

其次，女性、兒童、身障者、弱勢族群本來是散落的群體，這些群體在 1960

²³ *Id.* at 3.

²⁴ 謝如媛（2005），〈修復式司法的現狀與未來〉，《月旦法學雜誌》，第 118 期，頁 42。

²⁵ Christie, *supra* note 22.

²⁶ Heather Strang, *The Crime Victim Movement as a Force in Civil Society, in RESTORATIVE JUSTICE AND CIVIL SOCIETY* 69, 71 (Heather Strang & John Briathwaite (eds., 2001).



年代開始分別有些訴求並有各自的運動。對於強暴、家暴、兒童性虐待的早期研究其實是源自於婦女運動的關懷。受運動鼓勵的專業婦女針對這些散落的弱勢群體，於傳統的心理衛生系統外組織起幫助被害者的服務機構²⁷。對於家暴婦女、被強暴婦女、受虐兒童等等而言，過去於犯罪事件中的遭遇，一方面可能根本沒有機會或不敢通報而未反映在犯罪數據；另一方面他們所受的傷害也因為欠缺管道獲得正視，而只能在非正式的服務機構中互相取暖，給予彼此支持。這揭示的是近代法治觀念的普及與實際案件的解決時常存有極大的鴻溝。這些易淪為被害者的群體在受害者運動興起的過程中找到相同的語言與理念，因此成為受害者運動的重要力量。

第一款 抽象受害者

在此背景下所開展的受害者運動有幾個不同方向，本文嘗試依照學者已有的分類方式再做進一步的整理。國內學者謝如媛在〈修復式司法的現狀與未來〉中，將受害者運動的立場區分為針對「具體受害者」需求而展開的受害者救濟運動，以及以保護「潛在受害者」而推動的嚴刑峻罰化²⁸。本文擷取該篇文章的分類概念，但認為應該修正「潛在受害者」的用詞。因為，「潛在受害者」給人一種人人都是下一個被害者的想像，但這樣的想像卻未必與現實相符。使用「潛在受害者」一詞變相地假定了潛在被害者的現實存在，進而可能合理化以推測的被害情境來要求嚴刑峻罰的說法。如此一來，會使嚴刑峻罰隨著被害想像的豐沛，而無明確上限。本文認為使用「抽象受害者」一詞，能更明確點出，相對於具體受害者，抽象受害者是透過社會群體共同主觀所透射出的「抽象」存在。抽象受害者與將來實際可能發生的被害事件其實無關，純粹是主觀被害恐懼的情感所形塑出的抽象人象結果。

如前所述，上升的「被害恐懼」在美國蔓延的結果，使抽象受害者混入這波被

²⁷ Judith Lewis Herman (著)，楊大和 (譯) (1995)，《創傷與復原》，頁 45-46，時報文化。

²⁸ 謝如媛 (2005)，前接註 24，頁 43。



害者運動所保護的廣義對象之中。追求「法律與秩序」的保守右派勢力，往往以保護受害者以及社會安全之名，追求更嚴厲的刑法與刑罰。這種論述底下的受害者實則已脫離個案中的具體受害者，受害者成為一種形塑刑事政策時的符碼。此面相的受害者運動，雖聲稱重視受害者，但是是有條件的、選擇性的回應特定訴求與形象的受害者²⁹，將這些有限的具體受害者的感受、傷害與需求放大成現在與未來的受害者需求。受害者與加害者的權利關係被視作零和遊戲，對於加害者的治療、處遇、矯治被視為對於受害者權利的危害。這種以撻伐、鞭笞加害者作為保護受害者的訴求，本文認為並不是對修復式正義開展有所助力的受害者運動。對於傳統追求關係修復的修復式正義而言，這種受害者運動反而有害於受害者與加害者間的互相理解。

然而，有學者認為有關「抽象受害者」的另一種論述對修復式正義的開展有貢獻力。Hans Boutellier 認為，晚近現代社會的特色在於道德逐漸片段化、私有化。過去從群體的角度所開展的倫理道德論述已經顯得太過微薄，個人不再被統合於龐大的敘事、龐大的理想或政治意識形態中；如何建構發展「無牽掛的自我」（unencumbered selves）變成每個人的核心課題。社會鼓勵的是，每個人獨立地活出個人化的「有意義的生活」。在這樣的信念下，每個人對於理想的生活各懷想像，於是群體之間關於倫理道德的想像反而必須從對於「邪惡」的一端來拼湊。換句話說，對於「惡的行為」的認知激發了群體對於道德的共識³⁰。人們不見得有同樣嚮往的價值信仰，但是受害的恐懼以及對安全問題的關心反倒是共通的語言。美國哲學家 Richard Rorty 就曾提到，「你在受難嗎？」（Are you suffering?）大概是 1980 年代左右的道德核心問題。指出的正是，「抽象受害者」的建立與保護對於凝聚共同體的正向作用。

不同於右派的嚴刑峻罰主張，一線之隔，這派同樣重視被害感受問題的學者有

²⁹ Strang, *supra* note 26, at 74.

³⁰ Hans Boutellier, *Victimization and Restorative Justice: Moral Backgrounds and Political Consequences*, in *RESTORATIVE JUSTICE AND THE LAW* 19, 22 (Lode Walgrave ed., 2002).



感於當代無止盡需求的對象－刑事司法－是一個本質上該被視為最後手段的工具，且刑事司法從當代脈絡來看，越來越無力的原因在於刑事司法本身欠缺道德內涵。因此他們認為，修復式正義可行的原因就在於，透過道德化刑事案件來克服刑事司法程序中缺乏的道德影響。換句話說，這種論述之下，這派修復式正義比起當代刑事司法系統更能透過人與人溝通、對話的方式去重新建構起群體間的道德想像。修復式正義將被害人與加害人視為道德主體而不只是法律主體，如此一來，群體與規範間的關係才能回到道德層面而非任憑空泛的法律所建構³¹。

然而，就算抽象被害者的建構能凝聚共同體、喚起群體間的道德想像，但是放在更大的脈絡下檢視的話，如何避免「以道德為名而排除不符合期待的被害人或加害人」的困境？要怎樣才能避免以群體道德之名走上嚴刑峻罰之實呢？因此，本文認為這一途徑的被害人保護論述即便理論上可行，在實踐上仍舊存有疑慮。除了法律道德化本身的難處之外，具體被害人消融於群體所共同投射出的抽象被害者的過程，具體被害者的需求及感受容易淪為操作的對象也是一大隱憂。

第二款 具體被害人

相較於抽象被害人，具體被害人則是將重點鎖定於個案中的具體當事人。從「具體被害人」出發所開展的被害人運動中，可進一步區分為以權利為導向（Rights-Focused）的與以支持為導向（Support-Focused）的被害人運動。前者注重的是具體被害人在刑事訴訟程序中所應享有的權利，包含受告知程序進行的權利、參與程序的權利、對程序進行異議的權利以及對於判決量刑陳述意見或影響量刑結果的權利等等。後者指的則是以提供被害人犯罪後所需要的支持為重心，包含針對被害人所受的損害、傷害的填補，以及未來重建生活所需的生理、心理、物理上資源。若做個簡要的歸納，則美國的被害人運動主要是以權利為導向，在既有刑事司法系統內為被害人爭取應有的程序地位；相反地，歐陸國家的被害人運動，主要

³¹ *Id.* at 27.

是以社區為基礎的組織，首要目的在於緩和受害者所受的苦痛，次要的才是去提供更好的措施與法律上權利³²。



然而，不論是以權利或以支持為導向的受害者運動，本文認為具體被害者的需求都成為後來修復式正義汲取概念精神的重要來源。傳統修復式正義的核心價值正是在肯認具體事件中受害者與加害者的需求，這項需求包含衝突解決的主動決定權以及犯罪事件後填補損害、修復關係、重建生活等支持。不論是程序權利的爭取或對個案被害者的支持都是出於肯認「具體受害者」在事件中的腳色。具體被害者是犯罪事件的核心人物、是承受損害的一方，而不再只是抽象法益被侵害的載體。如果說受害者運動發揚了具體被害者的需求，那麼修復式正義的發展歷史便是緊貼這樣的需求，而重新反思並試圖架構的全新紛爭解決程序。

第四項 其他運動的推波助瀾

除受害者運動及當代刑事司法架構及刑罰目的理論的危機之外，環顧修復式正義的歷史，其實是更為複雜而多元的理論、運動與嘗試。例如，歐、美以宗教、社區為基礎；澳洲、紐西蘭、加拿大以原住民族為基礎所各自獨立開展的非正式司法都成為後來修復式正義的原型。1974 年安大略省嘗試的「受害者－加害者和解程序」(Victim Offender Reconciliation Program，下簡稱 VORP)，後來在美國、加拿大跟歐洲部分區域也被採行。紐西蘭的家族會議 (Family Group Conference，下簡稱 FGC) 則在 1989 年採行傳統毛利族原住民解決紛爭的精神來處理青少年案件。澳洲的家族會議 (Wagga) 更擷取紐西蘭的概念發展出不一樣的程序內容³³。這些程序萌芽的初期或者還沒有修復式正義的概念、或者修復式正義的概念還不十分完整成熟，但在經過幾十年的運作後，這些程序對於「加害者與受害者對話」

³² Heather Strang, *supra* note 26, at 75.

³³ Paul McCold, *Restorative Justice: Variation on a Theme*, in RESTORATIVE JUSTICE FOR JUVENILES—POTENTIALITIES, RISKS AND PROBLEMS 19, 21 (Lode Walgrave ed., 1998).



的肯定，都成為修復式正義極為重要的實證經驗³⁴。

在理論部分，Paul McCold 直指到，修復式正義是從社會心理層面到政治層面、再到精神哲學層面的眾多理論所共同架構起的論述。在社會心理層面涉及羞恥整合理論（Reintegrative Shame Theory）、影響理論（Affect Theory）及正向紀律理論（Positive Discipline）等；政治層面包含共和理論（Republic Theory）、締造和平犯罪學（Peacemaking Criminology）；精神哲學層面則有原諒理論、社群主義以及原住民精神等等³⁵。關於這些理論的深度討論，由於涉及其他學術、領域的專業，內容豐富而複雜，本文礙於篇幅，無法在此詳盡說明。然於後續章節，將於論述到相關的概念時補充說明。這些理論和修復式正義實為雙向的互動關係，提倡修復式正義的學者從各個領域擷取有助益的理論，替這個從歸納而得出的正義模式完備其論述；相反地，這些理論透過修復式正義使自己的專業有機會應用於實質的人際紛爭處理中。

第二節 修復式正義的概念

那麼，修復式正義究為何物？在前一節簡要爬梳修復式正義出現的歷史後，不難理解修復式正義因其理論基礎的繁雜，修復式正義的內涵也是言人人殊。以下本文便先列舉修復式正義中的幾位重要學者，藉由他們對於修復式正義的理解及定義，作為後續討論修復式正義的對話基礎。

第一項 Eglash. A

身為修復式正義理論的拓荒者，Eglash. A 最早使用 Restorative Justice 此一詞彙。他定義修復式正義為相對應於懲罰式正義與治療處癒式正義的新正義模式。原

³⁴ 關於制度的內容介紹請詳見第三節。

³⁵ Paul McCold, *Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: A Reply to the Maximalist Model*, 3(4) CONTEMP. JUST REV. 357, 361-362 (2000).

因在於，不論是懲罰式正義或治療處遇式正義，著重的都是對於加害者的懲罰或加害者的治療處遇，被害者在這兩種司法模式都不見蹤影。相反地，修復式正義強調犯罪所生損害，重視加害者與被害人於程序中的參與，希望能達成對被害者的損害填補，並同時幫助加害者復歸社會³⁶。

第二項 Howard Zehr

相較於 Eglash. A，Howard Zehr 對於應報式正義的負面評價更強烈。Zehr 認為當今社會對犯罪的瞭解太單一而片面，而且是整個社會共同形成的。他認為新聞媒體為了取得犯罪資訊、掌握市占率，記者多跟擁有第一手訊息的警察、檢察官維持良好關係。正由於對於犯罪的瞭解多單一化的來自於法律程序與專業人士，因此新聞媒體播報給社會成員的犯罪消息也單一化的只看到法律面向。這些都使得犯罪背後的傷害與事件被忽視了。整個犯罪過程被玄虛化而遠離個體生命本身。在接觸犯罪消息的過程中，人們越來越恐懼而可能團結起來抵禦「敵人」。如此一來，看似是促進社群意識，但卻是一個防禦的、排除的、受驚的社群；或者說我們可能退守到家庭堡壘、變得不信任他人，使本來就弱化的社群更接近崩潰³⁷。

Zehr 認為應報式正義與修復式正義間是一個價值觀的整體轉變，從犯罪的定義、責任的內涵到對正義的解釋都必須重新建構。首先，犯罪是由具體的人際關係所受的傷害而定義的，因此被害人及加害者都是事件的中心。相較於應報思想中做錯事必然帶來罪與刑罰，Zehr 的修復思想則認為做錯事帶來責任與義務，而且責任與義務的程度須看具體事件中的各項事實與社會結構的影響，反而制式的法律規定是次要的。他認為修復式正義應該賦予加害者權力並鼓勵加害者承擔責任。加害者的責任是多角的，主要是對被害人負擔，除此之外也對社區、對自己負有責任。責任內容為把做錯的事彌補好。被害人、加害者及社區應該共同尋求解決之道，加

³⁶ 陳珈谷（2002），《論修復式司法》，頁 34，國立臺灣大學法律學系碩士論文。

³⁷ HOWARD ZEHR, CHANGING LENSES: A NEW FOCUS FOR CRIME AND JUSTICE 58 (Herald Press 2005).



害者的責任在於積極地透過關係的修補、和解，重建三方的安全感。當這樣的目標達成時，加害者的責任就算終了³⁸。

Zehr 認為，應報式正義與修復式正義都是在衡平不公平的狀態，但差別在於修復式正義較能妥善地「回復」公平。應報式正義是以拉低加害者的方式，把加害者拉到受害者因犯罪被減低的地位。藉由打擊加害者，減損加害者聲稱的優越性，以達到確認被害者的價值。相反地，修復式正義則是力圖提升受害者到他犯罪前的地位。修復式正義肯認被害者的道德價值，但同時也承認加害者的角色以及他們悔改的可能，因此亦肯認了加害者的道德價值³⁹。以下是 Zehr 所理解的正義在應報式視角與修復式視角下的主要差異⁴⁰：

應報式視角	修復式視角
以確認譴責對象為中心	以解決問題為中心
需求為次要的	需求為導向
戰鬥模式；對抗式	對話為主
強調雙方差異	尋找共同點
施加疼痛作為規範	修復、回復作為規範
藉由施加傷害於加害者來衡平對於被害者的傷害	藉由彌補過錯來衡平對於被害者的傷害
加害者被動	加害者有主動參與的權利
被害者的「真實」是次要的	被害者有機會陳述自己認為的真實
國家主宰對於錯事的回應方式	受害者、加害者、社區的角色都被承認

Zehr 提倡以嶄新的鏡頭來看待犯罪，對於後進學者產生的最大影響在於，鼓勵以全面變遷的方式重新思考犯罪問題。從 Zehr 開始，修復式正義不僅僅是局部

³⁸ *Id.* at 201.

³⁹ ZEHR, *supra* note 37, at 193.

⁴⁰ 本圖表參考 *Id.* at 211-14。

的、少數的、階段性的刑事司法架構的檢討，而是從犯罪的定義、責任的內涵、修復的方式、到受害者、加害者與社區的關係等整體性的價值觀轉變。



第三項 Daniel W. Van Ness

Van Ness 十分關心的是修復式正義如何跟既有的刑事司法系統互動。其中，他認為即便是採取修復式正義的方式來處理紛爭，國家仍舊有其積極的任務，有責任要維持秩序跟維持社群以打造和平。Van Ness 提到「秩序」在修復式正義有兩種意義。首先，確保社群中的秩序，意味著在必要的限度內強制的權力仍應透過政府維持，或由政府近距離地監督整個程序。第二，這也說明了維持秩序的系統責任的必要。Van Ness 認為與傳統的差異在於，政府該做的是監督，而不是代為決定⁴¹。

對於 Van Ness 而言，修復式正義除了國家，當然包括社區、受害者與加害者，而最重要的四種價值分別為會面（encounter）、修改（amends）、重新融入社會（reintegration）、包含（inclusion）。具體的內容與程序，首先是加害者與受害者能有機會會面、表達情緒、建立理解、達到協議。接著，加害者應該對他的犯罪作出改變，而且是真摯地改變，可能是道歉、改變行為、返還、或甚至是超越返還的事等等。最後，受害者、加害者雙方都需要重新融入社區，這時社區應該提供給他們尊重以及物質、心理、精神上的協助。這整個過程中，加害者、受害者、社群應該盡量完整地參與程序，且前提是程序的進行必須承認各方的利益，並且接受其他的、不同的解決方法⁴²。

至於，修復式正義與刑事司法的關係，Van Ness 認為這之中有很多不同模式的設定，而各自是否具備修復性，則形成一個從「完全不修復」到「完全修復」的光譜，應該依照上述四種價值去衡量，並盡量在刑事司法的各階段努力去導入修復的

⁴¹ Daniel W. van Ness, *The Shape of Things to Come: A framework for Thinking About a Restorative Justice System*, in RESTORATIVE JUSTICE—THEORETICAL FOUNDATIONS 1, 17 (Elmar G.M. Weitekamp & Hans-Jürgen Kerner eds., 2009).

⁴² *Id.* at 3-6.



作為。下圖為 Van Ness 所提出的修復式正義光譜的要素⁴³。

會面、溝通、協議	道歉、恢復、改變	尊重與協助	邀請、承認各方利益、接受其他解決方案
會面與溝通	道歉與恢復	尊重	邀請並承認雙方利益
會面與協議	道歉與改變	支持	邀請
溝通與協議	恢復與改變	不關心其中一方當事人	准許參與傳統的 程序
溝通	道歉	不關心雙方當事人	不承認參與者的 利益
協議	恢復	汙名化或隔離其中一方當事人	防止任何當事人 透過參與試圖影 響解決方案
沒有會面、溝通或協議	改變	無名化或隔離雙方當事人	防止任何當事人 透過觀察試圖影 響解決方案
雙方被隔離	沒有改變/ 新的傷害	安全建立於將加 害者排除於社群 並與受害者隔離	強迫當事人服膺 於國家或防衛的 利益

▲ 上述四行，為修復式正義的四個主要要素，由上到下則是從完全的修復式正義到完全不修復。

上述第一列是 Van Ness 認為修復式正義的理想型，Van Ness 鼓勵以修復式正義為名稱所建構的制度致力於完備上述這四個面向。當然，個案的條件未必都能做到會面、修改、重新融入社會、包含，但仍應該在限度內選擇最具修復性的作為。例如，在受害者尚未準備好與加害者會面的情形，仍應透過中介者作為橋樑使雙方能間接溝通、表達想法與達成協議。對於雙方當事人的尊重與協助不該因為受害者無法與加害者會面就減損。修復式正義在當事人無法會面的個案中應該以邀請雙方間接參與、提出各自利益考量的解決方案，並達成不會面下的協議為目標。

⁴³ van Ness, *supra* note 41, at 11.



第四項 Lode Walgrave

Lode Walgrave 的修復式正義思想，是出於對懲罰式、矯治式的犯罪回應之不信任以及對被害人運動的體會。Lode Walgrave 站在刑罰目的變遷的視野裡，認為不論傳統懲罰式或基於矯治目的的刑罰，即便有許多革新及調整都無減於他們所遭到的批評，最大的原因在於他們根基於同樣負面的前提—將加害者視為被主宰的客體⁴⁴。對於矯治式刑罰的質疑，以美國聯邦最高法院於判決中對以矯治、教育為目的的特別法庭—青少年法庭，所提出的批評為例：「這些兒童所受到的對待反而是兩個世界（成人及兒童）的劣勢的綜合，他們既得不到成人程序的保護，也得不到原本預設賦予兒童的照顧⁴⁵。」在具體案件中，懲罰式或矯治式的刑罰都以施予加害者有意識的傷害或強迫的改善措施來回應犯罪。加害者感受不到尊重的前提下，在在都使加害者更不願意去恢復、彌補損害。這結果對被害人而言，毋寧是另一種刑事司法程序所造成的二度傷害。

Lode Walgrave 強調修復式正義應該秉持尊重的態度以「修復」個體的、關係性的、社會的損害為中心，而不該著重於懲罰或強制的改善措施。但他也進一步思考，修復式正義究竟該是一系列融入既有懲罰或教化制度的技術，還是長程來說能完全取代既有制度的完整體制。Lode Walgrave 認為鑑於既有制度的不足，應該努力往後者發展，修復式正義未來應該是處理犯罪的通則。

為了能夠擴大適用範圍，Lode Walgrave 認為修復式正義也不能嚴守自願、柔軟的程序性格，程序的設計必須適時的考量適用的範圍，避免被邊緣化。首先，必須使修復式正義能適用於重大案件。其次，修復式正義不該完全否定強制措施的使用，重點反而是強制措施的界線。第三，整個制度必須跟憲政民主國家的規範搭起橋樑⁴⁶。換句話說，如果修復式正義真的要取代固有的刑事司法系統，那麼已經不

⁴⁴ Lode Walgrave, *What Is at Stake in Restorative Justice for Juveniles*, in RESTORATIVE JUSTICE FOR JUVENILES: POTENTIALITIES, RISKS AND PROBLEMS FOR RESEARCH 11, 11 (Lode Walgrave ed., 1998).

⁴⁵ Barry C. Feld, *Criminalizing the American Juvenile Court*, 17 CRIME & JUST. 198 (1993).

⁴⁶ Walgrave, *supra note 44*, at 12.



單單是處理加害者跟受害者間的關係。更必須面對社區、群體作為一個「活的社會機體」，該怎麼調和社會機體內的複雜關係、共同情緒、承諾、連結；以及國家作為一個正式組織，內部的機構、規則、權力該怎麼運作⁴⁷。在加害者與受害者間無法達成合致的協議，或加害者未能履行承諾、拒絕修復的情況下，如果放任此一結果，則不僅會使社會內成員將產生「犯罪不需付出代價」的錯覺，也會令修復式正義因其軟弱不受社會採納。這就是 **Lode Walgrave** 儘管反對懲罰式刑罰，卻仍舊必須在修復式正義的範疇內留有強制措施的使用空間的原因。於是，必要的強制措施與懲罰間的界線，便成為這派主張的論述重點，卻也是批評者時常攻擊的要害⁴⁸。

Lode Walgrave 認為若以鳥瞰的方式觀察修復式正義與民主的重要關聯，則近代民主國家的建立雖宣稱立基於對公民自由與權利的保護，然而卻在刑事司法系統內嚴重侵害、違反公民的自由與權利。**Lode Walgrave** 以為修復式正義方能建設性地解決民主國家中這樣的弔詭。修復式正義可以透過個別化解具體個案中人際衝突的過程與結果，來引導整個體制去思考社群成員的實質正義為何、如何處理規範的違反，以及在無悖於權利與自由的原則下，盡量包容各種個人行為⁴⁹。

第五項 **Martin Wright**

Martin Wright 對於政府組織該如何落實修復式正義則是提出較為詳盡的論述。其中一項對修復式正義的批評為修復式正義的目標不明確、效果不明顯。例如受害者—加害者和解程序作為修復式正義的一種原型，卻必須為了爭取一般大眾的支持，而附加許多程序目的，像是減低獄政人口、紓減法庭的案件壓力、加害者的教化及確保受害者得到補償等等⁵⁰。導致原先以加害者、受害者溝通為出發點的制度，必須因為次要的目的而放棄或修正原本的初衷。最後，修復式正義又落為意味不明的專有名詞。**Martin Wright** 反倒認為目標不明確並不是修復式正義所獨有的弊端，

⁴⁷ *Id.* at 14.

⁴⁸ 本文將在第三章第一節第二項中詳細討論之。

⁴⁹ *Id.* at 14-15.

⁵⁰ **WRIGHT**, *supra* note 3, at 113.



正如當代刑事司法系統的目標亦是眾說紛紜。相反地，修復式正義正因為特色在於把「被偷走」的衝突返還於所有者，稍微缺乏明確目標反而是這個制度不可避免的結果。因此重點不在於去限定怎樣的司法結果，而是在新的模式底下區分出攸關犯罪的各種不同社會政策目標，並提出能達到這些目標的手段。

有鑑於此，**Martin Wright** 對於政府組織該如何落實修復式正義提出較為詳盡的論述。**Martin Wright** 認為社會政策在犯罪處理的主要目的設定上應該在於減低人們對他人、社區、環境的傷害，並且在傷害已經造成時盡量修補。在 **Martin Wright** 的架構裡，犯罪預防部門以及司法部門應該是獨立的。犯罪處理隸屬於司法部門，而與犯罪預防部門無涉。

在新的模式裡，犯罪預防仍舊是社會控制裡重要的一環，不過不是操作「恐懼」來達到嚇阻犯罪。犯罪預防應該放棄透過針對特定已犯罪的行為人施加懲罰、形成嚇阻力來達到一般預防或特別預防；而應該是用抑制因素及一般誘因而來預防潛在受害者犯罪。具體的抑制因素是指，加害者必須付出加倍的時間、精力、金錢、耐心去彌補並修復自己對受害者或社區造成的傷害。一般誘因則是透過教育、工作、休閒、社會安全等各行政部門的合作，由一系列的一般社會政策，讓市民能盡量實現個人的生活，而不必求助於犯罪來取得更好、更理想的生活。換句話說，同樣是預防犯罪，也同樣訴諸抑制因素，但 **Martin Wright** 認為不需要利用施加懲罰於具體受害者來達成；只要要求犯罪人對犯罪做出修復、補償，便能在沒有負面效果的情況下達到一樣的目標⁵¹。

至於司法部門，則應專注於處理已發生的犯罪，預防犯罪不該是首要考量。司法部門的任務應該優先透過資助受害者輔助協會以及類似的機構服務受害者。再者，應該建置賠償機構，提供犯罪受害者所需的賠償或於其沒有私人保險時提供協助。除此之外，調解及回復措施也是司法部門的責任，這裡的調解及回復措施應該納入社區的參與，社區也是其一的當事人。最後，必須透過法院來運作正義，只不

⁵¹ *Id.* at 114-115.

過不再是以施加懲罰的方式；而是具體考量加害者的個人犯罪誘因與修復能力，令加害者賠償、對社區做出改善、為社區勞動服務、付出相當數額給當地的慈善信託等等。當然法院考量到加害者的個人犯罪誘因，應該同時給予加害者諮商、訓練與必要的支持⁵²。

Martin Wright 認為如此一來，才能防免加害者淪為懲罰或矯治的客體，而能使司法部門與加害者站在同一陣線共同克服加害者的犯罪誘因。給予加害者程序決定權的地位正是積極肯定加害者的能動性。立論基礎同時是在肯認犯罪加害者的自由意志，避免其主張完全受到遺傳、家庭因素或社會因素所主導。相反地，亦能避免社區推卸全部責任於加害者，因為犯罪預防是社區、國家的責任，所以提供加害者訓練與處遇也是社區、國家的責任⁵³。

歸納起來，Martin Wright 認為司法部門在修復式正義下的首要目標是協助被害人盡可能恢復到犯罪前的狀態，並改善他們的困境。次要目標才是歸責加害者、要求他們賠償、改變或協助復歸於社會。至於公開譴責犯罪行為則是另一個次要目標，未必要透過加害者的恢復。在加害者沒有能力時，國家或社區對被害人的恢復、補償也能達到同樣的效果⁵⁴，都能傳達出對於犯罪的否定態度。

第六項 John Braithwaite

提到修復式正義，John Braithwaite 可說是具有舉足輕重的地位。他的貢獻在於提出「再整合性羞恥理論」(reintegrative shaming)。John Braithwaite 一反過去認為羞恥對於加害者必定產生負面汙名化的效果，而認為細緻地區分羞恥的種類可能有助於加害者的復歸。Braithwaite 認為羞恥是指一切表達不允許的社會過程，這些社會過程目的在於激發該對象的悔恨。羞恥不同於單純的嚇阻懲罰，因為他的目

⁵² *Id.* at 115.

⁵³ *Id.* at 116.

⁵⁴ *Id.*

標在以道德的角度跟加害者溝通其行為的邪惡⁵⁵。至於羞恥感本身，John Braithwaite 認為比較容易產生於相互依存的社會，或社群主義底下的個體。



然而羞恥確實能載舟亦能覆舟，羞恥在 Braithwaite 的觀察裡被歸納區分為「標籤化羞恥」與「再整合性羞恥」，區分標準在於羞恥之後是否伴隨將加害者整合進原有社群的儀式。前者在令加害者感到羞恥後並不積極謀求加害者和社區和解。對加害者、對社會而言，他的違常、犯罪似乎變成他行為的主宰狀態，並且是與他無法分割的一部分。這使他們與原來的社群逐漸分離，加害者彷彿社會的棄兒。加害者將更受犯罪次文化的吸引，因為犯罪次文化正是在拒絕「拒絕人者」的文化。簡言之，標籤化羞恥替犯罪次文化篩選出社會棄兒，並提供這批人犯罪機會、犯罪價值觀，並鼓勵他們在次文化中追求自我實現⁵⁶。在結論部分，Braithwaite 認為標籤化的羞恥如果在一個社會中越普遍，越容易激發犯罪。

再整合性羞恥則是在羞恥之後伴隨著「原諒的舉動」、「收回視加害者為異類的儀式」，以將加害者再整合回守法、相互尊重的社區。這樣的羞恥過程，是把惡的標籤貼在行為上，經由切割行為與行為人間的關係，試圖將加害者的身份維持在良善的。這樣讓加害者之「負責任自我」與「不負責任自我」分離⁵⁷，便如同基督教的傳統「憎恨罪惡、愛惡人」一般。再整合性羞恥與標籤化羞恥的差異不在羞恥的效力，而在於前者的羞恥是一段固定的期間，由原諒來為羞恥畫上休止符；並在有限的羞恥期間內仍維持愛與尊重的連結⁵⁸。Braithwaite 觀察低犯罪率的社會(例如日本)，往往依賴再整合性羞恥的社會控制；但高犯罪率的社會卻往往依賴標籤化羞恥的社會控制⁵⁹。

對於 Braithwaite 而言，修復式正義和再整合性羞恥的關係便在於，修復式正

⁵⁵ JOHN BRAITHWAITE, *CRIME, SHAME AND REINTEGRATION* 100 (Cambridge University Press 1989).

⁵⁶ *Id.* at 102-103.

⁵⁷ 許春金 (2003)，〈修復式正義的實踐理念與途徑－參與式刑事司法〉，《犯罪於刑事司法研究》，第一期，頁 41。

⁵⁸ BRAITHWAITE, *supra* note 55, at 101.

⁵⁹ 許春金 (2003)，前揭註 57，頁 39。



義透過家庭模式 (Family model) 的運作方式，加害者、受害者、社區及其周遭的人就像是大家族的成員，能夠共同討論事件的始末、扶助彼此、並在要求加害者負責的同時不忽略加害者的需求。因為加害者在程序進行的過程中，是受到社群所密切圍繞關心的對象，就像父母親在苛責孩子時不會否定對孩子的愛一般，因此加害者較不會感受到被標籤化而更誤入歧途。

總之，對於 Braithwaite 而言，理想的社會應該是互助、彼此依賴而較有凝聚力的。在這樣的社群中即便產生犯罪，加害者將會也應該產生羞恥感；同時，由於社會連帶的關係，社群及受害者也不該一味的苛責加害者，應該鼓勵加害者負責，並在加害者釋出善意、道歉、並彌補後，原諒加害者。這樣的再整合羞恥可以有效切斷並減低犯罪次文化的形成。1991 年澳洲所採行的家庭會議 Wagga Wagga 被認為是 Braithwaite 的再整合性羞恥的實務嘗試⁶⁰。本文將於後文針對 Wagga Wagga 更深入討論之。

第三節 各種運作模式

接著，將介紹近幾十年來，在學者鼓吹或偶然發展下，各地所出現的修復式正義運作模式。被學者們列舉出來做為闡釋修復式正義的制度，坦白說是不勝枚舉，遍布的地域更是橫跨各州。然而，如果從修復式正義此概念最初被提出時所指涉的原型出發，那麼指的其實是「受害者與加害者能面對面會面 (face to face)，並由這些參與者決定如何處理傷害事件」。實務運作的情況一般又被學者們歸類為三種模式：一、調解模式；二、會議模式；三、圓圈模式。由於廣義的修復式正義實務，一開始都是各自發展的；因此，在歸納出的三種模式之下，則又包含著不同的運作制度。這些制度在修復式正義成為國際上的議題後，時常成為互相借鏡的對象。並且，在修復式正義試圖影響更多元、範圍更廣的案件時，這些制度逐漸成為不同的

⁶⁰ MARGARITA ZERNOVA, RESTORATIVE JUSTICE—IDEALS AND REALITIES 12-13 (Ashgate Publishing 2007).

模型，在納入不同的在地考量、政策需求後，改良成今天各國的修復式正義。因此本文認為有必要先回顧，一開始、甚至在還沒有「修復式正義」的概念前的修復式正義運作模式。



第一項 調解模式

調解一般指的是由中立第三方（可能是社區自願者或專業的社工）居中協調被害者及加害者雙方的對話，引導他們說出犯罪如何影響雙方生活、分享資訊並幫助他們擬定雙方都能滿意的書面返還協議。通常，調解程序只是處理傷害回復的問題，不當然表示案件經過調解便終結；因此法院多多少少還是能夠透過手中的裁判權影響協議的結果。另外，法院能夠賦予調解結果強制執行力。不過，具體的調解制度在各國不盡相同，差異可能展現在調解的主導人為何、案件如何被轉介、調解前有多少諮商、程序有多長、包含的案件類型、程序目標為何等等⁶¹。以下本文簡單介紹社區調解與被害者－加害者和解／調解程序。

第一款 社區調解

社區調解程序是由社區紛爭解決中心（community dispute resolution center）所運作的，通常附屬於法學院或法庭服務。案件來源從警察、檢察官、緩刑轉介到民眾自行前往皆包括在內，社區調解提供多種的紛爭解決服務。許多被轉介到這裡的案件是因為兩造當事人還在持續接觸的關係中，社區調解程序被認為較能透過澄清爭議、定義並容納分歧、提供建議、擔任中介來達到紛爭解決方案。社區調解中的案件被視作是地位平等的兩方間的紛爭，調解員則必須居於中立。調解員不能下決定，只能協助雙方找尋多元的協議方案，並避免談判破局。然而，以美國為例，社區調解員的身分越來越被專業人士所獨佔，只剩約半數的調解員是志工及非專

⁶¹ Paul McCold, *Primary Restorative Justice Practices*, in *RESTORATIVE JUSTICE FOR JUVENILES* 41, 41-42 (Allison Morris & Gabrielle Maxwell eds., Hart Publishing 2002).

業人士。調解員的專業化雖然能使案件的承辦更熟練；但另一方面也使得社區調解作為有別於專業法庭的特色受到減損。加以社區調解員多半會想方設法以達到協議，使社區調解有遭批評為過度以「解決方案為導向」⁶²。



第二款 被害人—加害者和解／調解程序

被害人—加害者和解程序偶然始於 1974 年 5 月 28 日加拿大的安大略省。在美國，相似的制度則是始於 1977-78 年的印第安那州。相關程序也在一些歐陸國家運作，包含英國、德國、法國、芬蘭、荷蘭等等。不同國家使用的名稱未必相同，但基本上皆為相似於和解／調解制度的修復式制度。

被害人—加害者和解（reconciliation）與調解（mediation）程序之間最初的差異在於被害人—加害者和解程序一開始是以教堂、信仰為基礎：使用的語言包含和平、贖罪、和解、義務、責任、原諒、道歉等宗教詞彙。不少倡議者認為以教堂為基礎，可以藉由宗教中和平（peacemaking）的觀點作為制度的推手⁶³。然而，後來的學者主張以和解作為制度的名稱，無形中會夾帶不必要的宗教意涵及價值負擔，似乎被害人有義務要和加害者達成和解並原諒加害者，因此他們主張以調解或對話來稱呼整個程序比較恰當。換句話說，被害人—加害者調解（Victim Offender Mediation）可謂卸下宗教色彩的被害人—加害者和解程序。此外，VORP 轉為 VOM 多少也影響到居中協調者的定位，調解人的角色要求從中立轉為較具積極性，對調解人的信賴及調解人的專業變成調解制度本身重要的一環⁶⁴。然而時至今日，和解與調解間已不見得因宗教用語或居中協調者的角色而有顯著差異，因此本文將兩者放在同個分類下討論。

1974 年 5 月 28 日在加拿大安大略省的兩個年輕人惡意破壞他人財產，在感化

⁶² *Id.* at 42.

⁶³ *Id.* at 43.

⁶⁴ 更多關於從 VORP 轉變為 VOM 的過程，詳見陳珈谷（2002），《論修復式司法》，頁 58-59，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。



主任 Mark Yantzi 及門諾中央委員會志工協調員 Dave Worth 的建議下，法官意外地同意這兩位年輕加害者透過面對面與受害者道歉、賠償的方式處理該案件。在教誨師及志工的陪同下，加害者一一登門拜訪受害者，並和他們協調、溝通賠償額，幾個月之間便將數額返還完畢。此為加拿大受害者—加害者和解運動的開端。當然，這個開端相較於後來的和解程序可謂十分粗糙而草率，而且涉及的也僅是數額較小的財產案件。

爾後，1975 年開始在安大略省由社區司法倡議協會（Community Justice Initiatives Association）、門諾中心委員會（Mennonite Central Committee）以及在地感化部門共同推動「基奇納實驗」，提供受害者—加害者和解程序。原始的 VORP 是獨立於刑事司法系統的，案件來源主要透過法院轉介。和解程序中間由一位社區志工擔任調解員。加害者、受害者雙方都被鼓勵述說自己的故事，並談談案件對自己的影響及經驗，接著他們會共同決定接下來該怎麼做。協議結果是由當事人，而非調解員決定。一旦協議達成，他們會簽訂契約，通常都是關於經濟上的回復，也可能是社區服務、替受害者工作、改變行為模式等等。成功的協議會變成判決的一部分，加害者多半會因此得到緩刑。整個程序的順利進行及結果確保也仰賴於事前與事後的安排，在會面之前必須個別接觸加害者及受害者，以確認他們是否願意出席，事後也必須有人員監督契約的實現⁶⁵。

不論是 VORP 或後來的 VOM 目的皆在於透過面對面對話的方式、直接賦予受害者與加害者權力（empowerment），使他們能依照自己的意願解決紛爭。有學者指出，對於受害者而言，參與 VORP 的原因各不相同，但多半是在乎賠償與否。惟經過程序的進行，對受害者來說更重要的收穫反而是參與感，並在這過程中緩和自己的恐懼、減低對加害者的刻板印象、並眼見加害者得到他需要的幫助，當然受害者也能說說自己的感受並得到自己想知道的答案。Zehr 認為，這樣的程序對受害者而言完備了療癒的幾個前提要件，包含賦權、說實話、回答問題、恢復損失、

⁶⁵ ZEHR, *supra* note 37, at 160-63.



提供放心感，因此相當值得肯定⁶⁶。

VORP 及 VOM 中相較於後續將提到的模式，參與者可謂最少，僅包含加害者、被害人及中間人，程序也較為簡易，是修復式正義的核心態樣。其他國家、於其他程序階段、其他場域的調解或和解模式，則是基於當事人情況、案件類型、程序階段、關係人範圍認定等等所做的細緻化調整。

第二項 會議模式

會議模式廣泛而言指的是由案件所連結或被影響的相關人士共同聚集、討論並產生解決方案的過程。比起和解或調解模式，會議的參與者範圍較廣泛；會議主持人的指導性較低。會議模式鼓勵各方參與者表達因錯誤行為而產生的個人感受與看法，被害人、被害人親友或加害者都能代表自己發聲並釋放自己細微的情緒。會議模式因參與者範圍（被害人、加害者、被害人親友、加害者親友、社區成員）、主持人身分、由誰決定會議結果等等的不同而有異。

第一款 紐西蘭的家庭團體會議

在英國殖民紐西蘭的歷史中，西方刑事司法系統的移植導致傳統毛利人利用被害人家庭、加害者家庭、氏族來解決紛爭、過錯的方式簡直消失在該地。1980 年代一系列的社會發展，包括毛利人犯罪率及監禁率上升、法律程序覺醒、原住民族權利與文化復興，促使紐西蘭的司法部門提出一份報告，該份報告談及刑事司法系統內的種族偏見太過盛行，並建議關於毛利人的案件應該以相應於他們文化的方式處理⁶⁷。

在「修復式正義」於紐西蘭嶄露頭角的三、四年前，紐西蘭的兒童、青少年及家庭法案（Children, Young Persons and Their Families Act）在 1989 年將家庭團體會

⁶⁶ *Id.* 164-65.

⁶⁷ ZERNOVA, *supra* note 60, at 10.



議 (family group conference) 導入兒童法院，以處理 14 到 17 歲的加害者案件。家庭團體會議雖非毛利人紛爭處理模式的完全復興，但至少是嘗試將毛利人的家庭功能融於當時的西方刑事司法系統內。家庭團體會議的立法目標在強化家庭協助孩童負責任，並鼓勵孩童守法的功能；家庭則同時被鼓勵為自己的孩子負責，有時甚至會給予這些家庭經濟上的支柱以達到上述目的。學者認為家庭團體會議作為新的司法模型有幾項重要變革：第一，法院權力的流動從國家轉向社區；第二，對於侵害行為提供一個協商式的社區回應；第三，受害者被納入，使加害者及受害者的療傷成為可能⁶⁸。

家庭團體會議的參與者包括年輕加害者、家庭、受害者、受害者的支持者、警察、青少年協調員（隸屬於社會福利部門）、青少年代理人、社工及其他家庭成員認為重要的對象，而青少年司法協調員為主要的程序主持者。具體的會議內容會因為參與者的不同而調整。

一般而言，在自我介紹與招呼後，首先會由警察描述侵害事件，加害者能承認或否認他的作為。如果加害者不否認，會由受害者接著形容侵害行為帶給他的影響、描述他的經驗、發洩他的情緒並直接向加害者提問。受害者的支持者亦能在會議中陳述侵害行為對他們的影響並向加害者提問。加害者的親友也被允許發言。接著，會議的參與者互相分享各自對於事件處理的觀點。在此之後，會留給加害者的家庭獨處的空間，由加害者家庭討論協議出一項方案，來彌補錯誤，並防止相同的事件再發生。這些方案被要求要慮及受害者的觀點、使加害者負起責任並確實防止再犯，內容通常包括道歉、歸還、社區服務等等。當方案產生後，會議將續行，並由受害者決定同意或拒絕家庭提案的結果。如果所有家庭團體會議的參與者及青少年法院都同意該方案，則該方案會對所有人產生拘束力⁶⁹。

家庭團體會議模式雖然對於培養青少年加害者負責任的態度及避免其再犯有

⁶⁸ Fred McElrea, *Restorative Justice — A New Zealand Perspective*, in *CRIMINAL PUNISHMENT AND RESTORATIVE JUSTICE* 119, 119-21 (Waterside Press 2006).

⁶⁹ ZERNOVA, *supra* note 60, at 11.



很大的助益、然而遭到最大的抨擊便是程序過度以加害者為主。雖然 1998 年法案改革後允許被害者的支持者能參與會議，並鼓勵程序的安排能尊重被害者方的意見，但整體程序的目標仍舊是朝向輔導、協助加害者改善。有學者在研究中發現，當時的家庭團體會議過分操控於專業人士手中且以加害者為導向，以至於被害者有時會流於資訊提供者的腳色。甚至在只有一半的家庭團體會議有被害者出席的情況下，其中有將近四分之一的被害者談到自己因為程序的進行感到二度傷害⁷⁰。

第二款 Wagga Wagga 會議

1991 年澳洲新南士威爾州，Terry O'Connell 所提倡的 Wagga Wagga 會議繼承著紐西蘭家庭團體會議的創新。然而，澳洲的制度反省上述家庭團體會議太過重視加害者及家庭關係的弊端，而把制度重心置於社區警察。Wagga Wagga 會議完全是以警察為基礎，而未有其他機構人員參與其中。另外一項影響 Wagga Wagga 制度建構的基礎是 John Braithwaite 所提出的再整合性羞恥理論。澳洲家庭團體會議甚至被視作再整合性羞恥理論於實務的範例。在 1990 年代初期，家庭團體會議遍佈澳洲，這個架構目的在於盡量讓孩童遠離正式的司法程序。除了法律體系外，「會議」的一般性概念也被用在學校、工作衝突、家庭與兒童福利、照護與保護案件的場域中⁷¹。

Wagga Wagga 會議的主持人是警察，其角色設定在於極小化侵害事件的後續傷害，並鼓勵參與者共同達到集體的協議。協議內容通常包含賠償與回復。這個會議的內在目標包括給予被害者正式對犯罪行為回應的機會、提供加害者了解自己行為後果的機會，並將受事件影響的廣大社區成員包含進來⁷²。

Wagga Wagga 在澳洲被認為對於初犯的案件很有效，而且透過 Wagga Wagga 會議加害者對被害者較能產生同理心，家庭成員也意識到孩子的正面轉變。學者認

⁷⁰ Paul McCold, *supra* note 61, at 46.

⁷¹ 高橋則夫 (2003), 《修復的司法の探求》, 頁 131, 成文堂。

⁷² Paul McCold, *supra* note 61, at 47.

為這個會議有助於改善兒童加害者與父母的溝通。家長對於警察的想法也產生轉變，家長不再視警察為強權的形象，而是提供指導與幫助的對象。然而，Wagga Wagga 遭到的批評也來自於以警察為基礎的制度設計。學者擔心賦予警察太多權力會導致加害者的法律上權利被侵害，且這樣的會議會使更多人落入懲罰控制，整個社會控制網進而擴張。有質疑道紐西蘭的家庭團體會議的發明本來是在協助處理毛利人的紛爭，然而移植到澳洲後反成為警察用來強化對原住民族控制的手段⁷³。

第三款 社區團體會議

社區團體會議⁷⁴改良 Wagga Wagga 模型，並更深化再整合性羞恥理論到會議的運作，屬涵蓋層面最為廣泛的會議型態。廣泛的意義同時在其所涉及的對象以及運作的場域。社區團體會議是由學校、工作場域、社區、青年組織、大學等各種社會內單位或組織所提供的創造和平（peacemaking）機會。這些單位共同在正式司法系統外幫忙處理侵害事件。社區團體會議中所帶出的社會連結被認為具有正面影響力。不過，社區團體會議是以個別案件為導向，針對該侵害事件所興起的損害做修補，並非一般性的教化或其他社會機制。

社區團體會議的特色在於主持者是按照腳本展開會議。會議始於主持人朗讀前言，引導大家注意力，促使參與者去了解他人受到特定事件的影響以及建立對修復傷害的共識。主持人會提醒所有參與者基於「自願」參與程序，並解釋協議未果的結果。若加害者無法遵從協議，刑事司法系統通常會作為備位的選擇。

會議的進行一共被分成抒發、協商、再整合等三個不同過程。在抒發的階段，會先由參與者回答一系列開放性的問題，包含「你認為誰被傷害了？」、「他們怎麼被傷害的？」等等。接著受害者會被邀請談談自己對於事件的反應以及他們受到的

⁷³ ZERNOVA, *supra* note 60, at 13.

⁷⁴ McCold, *supra* note 61, at 47-48.



影響。被害者的支持者以及加害者的支持者會討論他們的反應及主要的爭執點為何。最後，加害者被詢問道有無想和任何人表達些甚麼－這階段主要是「提供」機會而非「要求」加害者道歉。

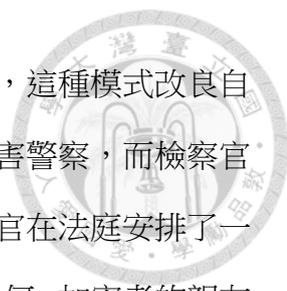
會議的第二部分是透過參與者共同協商回復方案。主持者會開放性的詢問被害者想要甚麼樣的結果，因此方案的結果不限於恢復或金錢賠償，其他可能性也被鼓勵。然而，所有的終局協議都必須在雙方當事人都同意的情形下才算成立。第三部分的再整合過程，是一個非正式的社會階段，透過社區參與，希望幫助加害者學習負起責任，並期待社區能主動接納加害者以達到再整合功能。

第三項 圓圈模式

從歷史上來看關於紛爭的處理，圓圈模式一點也不算新。與圓圈模式相似的概念與運作方式，在過去許多不同文化中皆有跡可循。近幾十年來，在北美洲所出現的圓圈模式，是許多原住民部落傳統紛爭解決方式的復興。透過圓圈模式，雙方當事人、其家庭、社區成員共同參與討論，並共同承擔解決問題的責任。

本文認為圓圈模式與會議模式或許在外觀上都是將當事人的親友與社區納入衝突解決中，但圓圈模式比起會議模式更重視社區的實質意義。在圓圈模式中，社區人士並非單指社工、青少年協調員、警察等陪伴、協助會議進行的專業身分，而是指關心且在乎社區事務與價值的一般成員。由於圓圈模式包含的參與者範圍最廣，需要考量的情緒、利益、想法較複雜，耗時也因此較長。然而，圓圈模式象徵著構成圓圈的一個個單位都是平等的。平等的發言機會使圓圈模式相比於調解模式或會議模式更有助於各方學習互相尊重、顧及他方感受，並避免受害者因為加害者的教育意義遭到犧牲，或加害者因為自己的行為感到被貶低或受屈辱等情形。

第一款 量刑圈模式 (Circle Sentencing/Circle Hearing)



1990 年前，量刑圈作為一種修復式正義模型出現於加拿大，這種模式改良自當地原住民社區。1992 年一位加害者承認犯下故意持棒球棒傷害警察，而檢察官堅持這個「社區」要加害者去坐牢。然而該案的 Barry Stuart 法官在法庭安排了一個圓圈，並邀請加害者的親友共同討論加害者社區的真正需求為何。加害者的親友明確的表示他們不希望加害者去坐牢，並傳達他們願意幫助加害者復歸。最後，法官按照加害者親友所願下法院命令，並沒有讓加害者入監服刑。本案中的加害者成功改變自己的生命，這個案件也成為修復式正義中量刑圈模式的開端⁷⁵。

量刑圈的基礎為調解原則 (mediation)、原住民的和平 (aboriginal peacemaking) 與協商決定 (consensus decision making)，力求將兩造對立的實務翻轉成尋找共識的過程。量刑圈並不會忽略參與者間的差異，但是試圖納進所有被影響的對象、鼓勵各方人士超越自己的利益、並將參與者的注意力從各自的身份與腳色轉移到所有參與者都共享的價值。此外，由於量刑圈的模型與推展多半與原住民族有關，原住民族所重視的社區價值於是強烈指導著量刑圈的運作。簡單來說，量刑圈模式認為社區較了解量刑的重要性並願意投注額外的時間、資源。對於社區來說投注在案件的時間成本雖然很高，但對於社區的正面回饋十分值得，包括有助於：重新建立加害者與社區的關係、滿足被害者的需求、降低再犯率、教育社區關於左鄰右舍的特定或一般性問題、促成社區為導向的預防措施、訓練社區成員參與公務的能力、揭穿大眾對於正式司法系統的不實期待等等⁷⁶。

有些量刑圈會在法院舉行，但多半是在社區機構內，例如學校、社區中心、教堂等等。場地的選擇十分重要，因為要營造一個舒適的環境並確認整個程序是屬於社區的。量刑圈內通常不包含律師或法官，反而仰賴非專業人士、其他法庭工作者或當地警察等等。圓圈的進行會選擇當地的居民來主持，較能展開舒適的參與環境，並確保價值、習俗、以及對於社區的想法能切實地被帶進圓圈。案件的來源並無限

⁷⁵ ZERNOVA, *supra* note 60, at 16.

⁷⁶ Barry Stuart, *Circle Sentencing: Turning Swords into Ploughshares*, in RESTORATIVE JUSTICE: INTERNATIONAL PERSPECTIVES 193, 195-97 (Burt Galaway & Joe Hudson eds., 1996).



制，只不過案件的複雜程度會反映在圓圈進行的時程長短。但即便是輕微案件，例如未成年飲酒，量刑圈也可能因為牽涉的深層原因，而需要相當的時間來釐清如何預防未成年的物質成癮。幾乎所有社區對於加害者進入量刑圈都設有前提條件，通常包含加害者必須接受自己的責任、承認有罪、加害者與社區具有連結、加害者可望復歸社區並已有具體行動、社區本身支持加害者等等。是否能開啟量刑圈是由社區司法委員會或社區支持團體所決定⁷⁷。

量刑圈可能是一個大圓圈，也可能是由兩個內外圓所組成的同心圓。在同心圓的情形，內圈是由受害者、加害者、支持者、家庭成員、司法專業人士所組成；外圈則是提供特殊資訊的專業人士（社工）或有興趣的社區成員等等。程序的進行會從禱告開始，將參與者帶入另一個精神層次，跳脫當下急欲尋求答案的情緒。參與者以手牽手的方式禱告，象徵著圓圈內的共享，並強調一切事物與人物的內在連結。內在連結代表著受害者的傷害與加害者的傷害是圓圈內的每個人所共享的；犯罪所造成的不安寧與痛苦影響著整個社區，所以每個人都有責任共同找尋事件的解答⁷⁸。這個禱告用意在於將歸屬於社區的信念注入每個參與者內心。

接著主持人會請各參與者在羽毛傳遞到自己手中時一一自我介紹，說明自己是誰、做甚麼的、從哪裡來、為什麼會在圓圈內。這個過程能夠去除參與者間對於彼此是誰、為何出現於療癒圈的猜疑。在介紹過程中，參與者也能談談自己對於這個圓圈的期待，或者陳述對加害者、被害者的關心。整個人別介紹的進行同時，便已開始引導大家識別他人傷痛、憤怒、希望等等⁷⁹。

爾後，主持者解釋圓圈的進行並說明基本的方針，如果參與者對這些有疑義可以透過討論增刪。大部分的方針包含：發自內心的陳述、從頭到尾的參與、簡短陳述以讓他人有陳述空間、尊重他人發言而不任意打斷、承認其他人的價值觀。上述方針的核心即尊重所有的參與者，使每個參與者都能感受到自己的投入與利益是

⁷⁷ *Id.* at 194-95.

⁷⁸ *Id.* at 198-99.

⁷⁹ *Id.* at 199.



被正視的⁸⁰。

在討論的過程中，除了會談到受害者需求、加害者的責任、對於未來的預防外，也可能跳脫眼前的議題而觸及更深層的個人或社會問題。在結束儀式中，主持者會歸納出大家同意與不同意的意見，勾勒下一步的目標，並感謝大家的參與。參與者在羽毛傳遞到自己手中時，能給予一些陳述，最後所有人再做一次禱告⁸¹。

對於加害者而言，量刑圈不只是一要強迫加害者表達自己願意做甚麼來改變，更是要聽聽加害者為什麼犯下侵害事件、如何以及何時會實踐其所主動承諾的將來作為。並希望能理解加害者對於犯罪、受害者、自己的生命、自己的未來、自己的社區有甚麼感受。加害者要在圓圈中暴露自己的感受以及私人生活並不容易。但是，在一個程序中能夠訴說自己、被聆聽、被尊重、被信任，被認為是自我療癒很重要的一部分，更是重新建立與家人、朋友、社區連結的莫大推進力⁸²。

第二款 療癒圈模式 (Healing Circles)

在圓圈模式中很著名的療癒圈模式是在加拿大 Hollow Water 的奧吉布瓦部落，由當地 Anishnaabe 人所發展出來的。當時，Hollow Water 如同其他許多原住民社區，不少內部成員陷入酗酒、暴力等生活型態，社區傳統文化也全面流失中。因此，一群社工動員起社區，嘗試從「社區整體療癒圈」(Community Holistic Circle Healing Programme) 回應亂倫及性侵害事件開始，著手改善社區內的氛圍⁸³；程序目標不僅在療癒被破壞的親密關係及受害者尊嚴，並要探討這些暴力背後的社會因素。

療癒圈模式在加害者、受害者與社區三方會面前，有許多前置的工作及不同圓圈。整個程序可分為 13 個部分，如下：

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.* at 200.

⁸³ ZERNOVA, *supra* note 60, at 17.



1. 案件被發覺
2. 確保受害者安全
3. 面對加害者
4. 提供雙方伴侶、家長、孩子支持
5. 提供雙方家庭、社區支持
6. 與警方建立評估小組
7. 與加害者展開圓圈(至少兩個禮拜，一個禮拜一到兩小時)
8. 與受害者展開圓圈(至少兩個禮拜，一個禮拜一到兩小時)
9. 與加害者家庭展開圓圈(逐步地帶入家庭成員)
10. 與受害者家庭展開圓圈(逐步地帶入家庭成員)
11. 與所有人展開量刑圓圈來商量解決方案(包含法官)
12. 與社區展開量刑圓圈的回顧(不包含法官，每半年一次，連續五年)
13. 展開淨化圈

療癒圈模式其實是由前置作業與七個不同組成的小圓圈所架構起的程序。一開始，加害者與受害者會在不同圓圈進行療癒。在加害者方，第一個圓圈是把加害者引介到團隊中，團隊中可能會有已復原的加害者協助，這個圓圈目的不在批判加害者，而在清楚傳達出社區希望犯罪停止，並幫助加害者成為衡平的人。這個圓圈會持續到加害者吐露案件的細節。第二個圓圈先是加入加害者與他的核心家庭，可能是他的另一半或孩子。加害者有責任要告訴家人自己的行為內容。接著，圓圈會擴及加害者的原生家庭，他的父母、手足。在受害者方，也是先從受害者開始，再漸進式的引入其家庭成員。當兩方都準備好後，兩個療癒圈方會交會成一個真相圓



圈 (the truth circle)。在這個圓圈中，加害者主要是聆聽被害人陳述事件對其造成的影響。

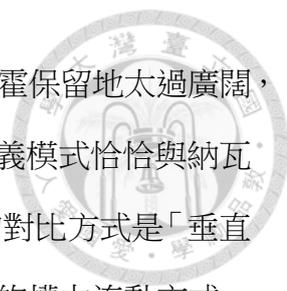
在此之後，會再引入社區成員與法官展開量刑圈 (the sentencing circle)。加害者在量刑圈必須告訴全體社區自己被指控的內容以及自己究竟做了甚麼。社區成員會給予建議，再由法官下判斷。如果加害者能完成這些圓圈，會被認為對自己的療癒有決心，因此社區會協助他。相反地，如果加害者無法走過整個程序，加害者的處置會回到法院續行。在真相圓圈結束後每隔六個月還會召開社區圓圈 (the community circle)，社區能藉此知道加害者及被害者的療癒狀況進展如何。最後一個圓圈被稱為淨化圓圈 (the cleansing circle)，這是社區為雙方家庭所準備的活動，加害者、被害人及其家屬會齊聚一堂，慶祝雙方的成長以及一段和平的新旅程即將展開⁸⁴。

療癒圈總體而言，比起量刑圈看似更為細膩處理各方人士互動的順序，能夠透過各個圓圈層層把關參與者的腳色內容。然而，本文認為整個程序極為繁複，彷彿是加害者層層說服周遭親人、被害人、社區的闖關遊戲。此外，要求加害者在社區成員面前自述自己的作為，並在加害者無法順利通過時必須被退回法院留待處置，也不禁令人懷疑，加諸於加害者身上的責難雖然轉由社區來行使，但是是否仍過於嚴厲？且整合加害者進社區的責任完全繫諸於加害者的積極、主動，而忽略從社區出發的責任，未自始將加害者平等地視作社區一份子，是否恰當？

第三款 納瓦霍正義 (Navajo Justice)

同樣具有療癒功能的圓圈模式在美洲印第安部落是以納瓦霍正義呈現。納瓦霍族保留地 (Navajo Nation) 是美國最大的印地安保留地。現代法庭在 1892 年第一次被引入該區，法院以國家模式下的對抗體制、判決來解決紛爭，仰賴警察、檢察官、法官、社工手中的權力、武力、權威以維繫社會秩序。然而，西方的警察模

⁸⁴ McCold, *supra* note 61, at 52-53.



式很快地在納瓦霍區域被證明水土不服。原因有二，首先是納瓦霍保留地太過廣闊，美國政府欠缺足夠人力掌握整個區域；但更重要的是，外來的正義模式恰恰與納瓦霍當地傳統呈現巨大落差。一種形容現代法庭與納瓦霍正義間的對比方式是「垂直式」與「水平式」的正義。美國的垂直式正義被認為是金字塔型的權力流動方式，脆弱、無權力的人被放置在底層；強壯、有權力的菁英則在頂端。所謂的正義是從三角形的頂端流向底端：從立法者、警察、法庭系統最後才到一般人民。垂直式正義下的結果要不是全拿就是全無，這樣的零和關係導致由掌握權力的陌生人來決定當地人的未來。對於納瓦霍人來說只能用「嚇人的」(shashkheyadae) 來表達對於此制度的不贊同⁸⁵。

於是，從 1981 年代起，納瓦霍族保留地議會的司法委員會成員、法官們面對納瓦霍區域漸漸失控的社會問題，包括：家暴、幫派械鬥、酗酒、虐童或疏於照顧孩童、家庭分崩離析等等，開始呼籲傳統納瓦霍正義原則與方法的復興。從 1981 年開始的十多年，透過納瓦霍和平法院 (Navajo Peacemaker Courts)，法院將納瓦霍正義的價值、操作方法、程序注入法院的運作⁸⁶。甚至在 1991 年，納瓦霍保留地司法會議正式接受納瓦霍保留地司法行為準則 (Navajo Nation Code of Judicial Conduct) 作為裁判依據⁸⁷。

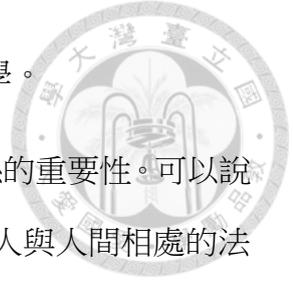
納瓦霍人認為法律不是懲罰人的過程，而是在教導人們如何過更好的生活。而所謂的「教導」在納瓦霍正義的理解裡，絕不是上對下的單向指引；相反地，他們對於一個人有權力告訴另一個人該怎麼做是陌生的。納瓦霍人的法律格言是「由他決定」(it's up to him)，言下之意每個人都為自己的行為負責⁸⁸。這個前提放在當代的法學教育中，學過刑法總則的學子或許毫不陌生，因為有責任才有刑罰，責任的

⁸⁵ Robert Yazzie, "Hozho Nahasdlit" — *We Are Now in Good Relations: Navajo Restorative Justice*, 9 ST. THOMAS L. REV. 117, 118-120 (1996).

⁸⁶ 更多關於納瓦霍法院的資訊，請參考 <http://www.navajocourts.org/>。

⁸⁷ R. Yazzie & J.W. Zion, *Navajo Restorative Justice: The Law of Equality and Justice, in RESTORATIVE JUSTICE: INTERNATIONAL PERSPECTIVES* 157, 160 (Burt Galaway & Joe Hudson eds., 1996).

⁸⁸ Yazzie, *supra* note 85, at 120.



存在恰恰肯定了刑罰。但是在納瓦霍正義中卻意味著不同的哲學。

納瓦霍人是由氏族所組成，從嬰孩時期就被教導大家庭關係的重要性。可以說氏族系統正是取代權威或權力等階層制度，而維持納瓦霍區域人與人間相處的法律系統。氏族系統培養納瓦霍人深層的情緒感受，當地稱為”k’e”，從尊重、良好的關係、愛到群體的團結，這些使個人建立起與氏族的連結，並能在群體中找到堅強的身分認同⁸⁹。要理解納瓦霍的法律格言必須從此處出發，納瓦霍所言的尊重個人不同於西方的個人主義，而是指每個個人能在社群關係中處於一個適當的位置，從這個位置去開展更好的生活。換句話說，如果個人做出傷害他人的行為，此時法律必須做的不是基於尊重他的行為選擇而予以懲罰；反而應該先檢討該個人與社群的關係是否受到破壞，從關係的修補來確保個人的完整，最後由個人做自己的法官，只有自己才能評價自己，於此所談的個人尊重才是納瓦霍正義所言的個人尊重。

納瓦霍習俗在侵害事件或衝突發生時，受害者會直接要求加害者補正。當地稱之為 *nalyeeh*，代表賠償的意思，這同時也等於要求加害者修正之間的關係。如果受害者無法或不願直接向加害者做出要求，他們可以求助於自己的親友幫助自己提出要求。當然還有其他正式的紛爭解決方法，比如受害者或受害者親友會求助於 *naat’aanii*，請他幫忙說開 (*talking out*) 整個紛爭。*Naat’aanii* 是傳統納瓦霍的民間領袖，被推舉的原因是因為他擁有智慧、正直、好的品格並受到群體的尊重。*Naat’aanii* 多半善於思考、善於言談，並展現對於生命基本道理的尊敬。*Naat’aanii* 在紛爭中的腳色是指引者、導師，在 *naat’aanii* 的眼中，所有人不論貧賤、高低、受教育與否，都被平等對待⁹⁰。*Naat’aanii* 會藉由傳統、儀式、習俗、故事等方式教育參與者，帶領他們思考，但不會替當事人作決定。

至於融入納瓦霍傳統思維的納瓦霍和平法院，便是在如前所述尊重個人、看重感受以及平等主義下展開程序。納瓦霍正義之所以被稱為圓圈正在於每個人在程

⁸⁹ *Id.* at 122.

⁹⁰ Robert Yazzie, “*Life Comes from It*”: *Navajo Justice Concepts*, 24 N.M.L. REV. 175, 186 (1994).



序中都是相等的，跟圓心的距離皆同，沒有誰凌駕於他人。在這個水平式的圓圈系統中，沒有開始也沒有結束，沒有固定的程序規則或證據在掌控整個程序，所有決定與計畫皆應透過參與者的共識來形成。納瓦霍正義更因為傳統價值中理由（reason）與感受（feeling）是無法區別的，感受對於思考與表達是重要的，因此法律的問題更是情緒、感受的問題，而十分重視程序的療癒功能⁹¹。

納瓦霍正義一般會始於禱告，藉以凝聚超自然的幫助，並將參與者集中到程序中。接著受害者可以表達自己的不滿與要求，受害者的親友同樣可以表達自己的情緒、感受。當然，加害者也有機會能夠完整解釋自己的行為。加害者的親友，基於對加害者的理解，也能提出補充說明，或甚至適時替加害者提出辯解。總之，整個程序不在於非難誰，毋寧是要解決問題的核心。很多時候，加害者無法負起個人責任背後的原因，可能是心理障礙或個人因素，這些反而才是程序的重點⁹²。這時，主持者會利用傳統習俗或文化故事提供實用的建議，再由參與者針對問題討論該如何解決。通常是透過 *nalyeeh* 來處理，加害者可能付出金錢、馬匹、珠寶或其他貨物。但重點是這些 *nalyeeh* 象徵的是衝突解決本身，而已超越當代法律體系內所談的賠償或補償。這些 *nalyeeh* 的用途是在讓受傷害的人感覺好些而未必與事件中受損的價值成比例⁹³。

從納瓦霍正義中所開展的紛爭解決模式，是否具有跨地域的普遍適用性或僅僅在特定文化下才可行呢？納瓦霍當地的傳統規範、教育模式、文化信仰、人際關係顯然都是具地域性的，儀式價值或氏族間的情感力量或許無法普遍化，但透過納瓦霍正義的說明，或許至少可以喚醒我們對於情緒、感受的重視。情緒、感受本身應該是跨越文化、地域而為人類所共享，而在紛爭中可能是最核心的糾結。若試圖從這個角度去談紛爭解決，則納瓦霍正義中所談的心理運作本文認為十分有借鑑的實益。

⁹¹ Yazzie, *supra* note 85, at 122.

⁹² Yazzie & Zion, *supra* note 87, at 169.

⁹³ Yazzie, *supra* note 85, at 123-24.



第四節 修復式正義於我國司法的運作

在國內，於修復式司法試行方案出現以前，便已有調解制度、緩起訴制度以及緩刑制度等，被學者視為具有修復式司法精神，而能與國際潮流接軌。本文想在此瀏覽學者所列舉的制度，並簡單點出這些制度被認為具修復性的原因。接著本文將提出認為顯而易見的謬誤，直指其欠缺修復式價值的部分。至於如何以本文所肯認的修復式價值調整這些制度則將留待第四章、第五章。

第一項 調解制度

我國正式的調解制度制定公布於 1955 年，歷經多年修正，現在共有 37 條條文。在組織方面，鄉鎮市公所設調解委員會，調解委員由鄉、鎮、市長遴選鄉、鎮、市內具有法律或其他專業知識及信望素孚之公正人士任之。調解委員會可於第一審法院終結前於法院外辦理民事事件及告訴乃論之刑事事件，告訴乃論之刑事事件應得被害人同意，始得進行調解。調解的目的在藉由調解委員擔任公正的第三方，利用自己於鄉鎮鄰里間的聲望或威信，動之以情、說之以理，使雙方當事人互相妥協退讓以達到紛爭解決的結果。

調解制度的存在遠早於修復式正義於我國學術界展露頭角的時點。然而，調解制度在國內許多研究修復式正義的學者眼中，是具備修復式正義精神或適於導入修復式正義的制度。我國調解制度的結構其實有幾分類似於國外修復式正義實務中的 VOM 模式。調解程序有別於傳統的刑事訴訟程序，而是由調解委員在約一到兩次、每次三十分鐘的會面中，引導當事人放下對於是非、對錯的堅持，從情、理、法倒過來看待紛爭。在調解程序中，不若訴訟強調嚴格的證據法則或糾結於案情，更多時候雙方是針對損害的大小與賠償方式進行協商。換句話說，在調解程序中，加害者與被害人被認為是立於平等的地位，透過對話的方式尋求個案中所認為的公平。在結果部分，多半是加害者對於被害人為金錢賠償。而調解委員被認為比起



法官，更能夠鼓勵加害者道歉或去體會自己行為對他人的影響。

有研究更進一步透過對受調解者及調解者的訪談，認為調解制度在四個面向上能夠印證修復式正義的理念。首先，我國調解制度並不完全只有疏減訟源的理念，在調解程序進中所使用的調解方法以及技巧都是在緩和或是修復彼此的關係。其次，調解委員並非法官，不針對案件事實做法律上的價值判斷，因此對於所處理的案件反而是以社會現象的衝突以及糾紛來處理。再者，在調解程序中，調解委員會給當事人充分陳述的機會，情緒是能夠宣洩表達的。最重要的是，刑案調解如同修復式正義所提倡的，場域是在社區，且以回復各種損害，填補傷害來取代懲罰的施加。調解在要求加害者接納造成損害的責任、承擔錯誤、減少犯罪傷害的同時，亦填補了刑事訴訟對被害人未能妥善處理的缺漏⁹⁴。

然而，調解制度究竟是具備修復式正義內涵，抑或只是湊巧地在作為非正式紛爭解決機制的本質內與修復式正義有些許特徵上的同質性，本文存疑。其中有幾項調解制度的面向本文認為有悖於或不利於修復式正義的開展，值得點明。

首先，我國鄉鎮市調解制度中的調解委員從過去即是以地方仕紳為主，調解成為這些人展現地方實力的場域。有些調解委員是出於做善事、積功德的心態，但普遍而言各個調解委員對於處理紛爭的想法是參差不齊的。例如，現在的調解委員有些是當地的民意代表。有研究指出對於這些調解委員而言，調解結果反而有累積地方人脈及選票基礎的利益⁹⁵。換句話說本該是中立客觀的調解員，有的帶有干預雙方、促使雙方和解的動機，而此有反於修復式正義中協調員該盡量尊重雙方和解意願或擔任輔助者的理念。

再者，學者常言，調解能使雙方當事人修復情感、重建信任、修復與社會的關係等等。惟，本文認為修復與緩和紛爭雖然指涉的都是衝突的消弭，然而層度有別。

⁹⁴ 許春金、陳玉書、黃政達合著（2007），〈調解制度中受調解人修復性影響因素之研究——修復式正義觀點〉，《犯罪與刑事司法研究》，第九期，頁 44-45。

⁹⁵ 夏化祥（2006），〈具修復式正義內涵之刑案調解研究〉，頁 34-35，國立臺北大學犯罪學研究所碩士論文。



調解制度因為是在法庭外的場域、涉及的案件輕微、事實簡單，且程序不具強制的脅迫力量，因此當事人間較不至於劍拔弩張，而能緩和紛爭；但是要說能夠修復情感、理解彼此、從個案協助受害者與加害者經營未來的生活等等，則應是調解制度可望不可及的想望。一來，進入調解制度案件的輕微性，對當事人而言協商的多半是經濟上的損失或能由金錢賠償填補的損失；如果要花更多時間成本修復其他（情感）傷害反而不敷成本。在一項研究中，幾位當事人便表示，調解結束（賠償談妥）也就沒有再聯絡的必要⁹⁶。二來，調解制度本身的人員配置及資源設計皆非著眼於處理長時間、需要心理或醫療資源的個案。調解委員在調解前並不會先了解雙方需求或對個案進行背景調查，通常是於當天隨機分配調解案件。也難怪有情感修復需求的重大刑事案件，根本難以列入調解制度處理的範圍。三來，調解結束後，當事人與社會如何互動，從來不曾是關注的焦點。有謂調解委員是鄉鎮市的居民，因此調解帶有社區力量，有助於雙方復歸，實則是太過看輕復歸社會的意涵。

要說調解制度具修復式正義內涵，頂多是比起在法院進行訴訟能夠緩和對立、雙方當事人在關係中可以微調各自的利益得失，使紛爭盡快解決。作為分散法院案源的軟性紛爭解決制度，調解當之無愧。然而，俯瞰整個刑事司法，刑事調解案件所占比例本來就不高，而鎖定的又多半是財產層面的修復。本文認為除非調解制度在程序中，能夠融進更多處理情緒的元素，例如尊重、傾聽、表達、承擔責任、包容、體諒等內容；並建立更完備的程序設計，例如開案篩選機制、調解委員的事前準備程序等等，否則調解制度中的「修復」價值其實不夠全面，普及度亦不足。

第二項 緩起訴制度與緩刑制度

我國緩起訴制度於 2002 年新增在刑事訴訟法 253 條之 1 到 253 條之 3，查其立法理由乃為使司法資源有效運用，填補受害者之損害、有利被告或犯罪嫌疑人之再社會化及犯罪之特別預防等。緩起訴的處分賦予檢察官在個案中考量案件嚴重

⁹⁶ 夏化祥（2006），前揭註 95，頁 51。

性、被告態度、預防目的等等，於肯認被告犯行輕微且悔過時得利用緩起訴處分課予被告應遵守或履行之事項⁹⁷，並取得一段猶豫期間的裁量權限。在猶豫期間內，檢察官觀察被告是否已順服於法規範，包含遵守或履行條件；被告則是透過良好表現以換取緩起訴期間屆滿時能得到相當於不起訴處分的法律效果。緩刑則是於 2005 年參考緩起訴制度而新增附條件緩刑條文於刑法第 74 條，令法官在宣告緩刑時得以命被告道歉、立悔過書、向被害人賠償、支付金額予公庫、公益團體或完成其他預防再犯之措施。

我國的緩起訴以及新增的附條件緩刑制度，在一些學者眼中被認為具備修復式正義精神。因為緩起訴、附條件緩刑制度提供檢察官與法官在面對輕微犯罪人時，以命被告道歉、立悔過書、向被害人賠償、支付金額予公庫、公益團體等等措施取代絕對刑罰的機會。這些措施在修復式正義底下，可以被解讀為被告願意認錯、負起道德上責任、彌補被害人損害、積極修復與被害人或社區的關係等修復舉動。然而，此些制度引進之初，實則並未慮及以加害者、被害人、社區和解為理念的「修復式正義」精神，反而是出於訴訟經濟目的而誤打誤撞引進類似於德、日以修復式正義為理念而設計的緩起訴制度⁹⁸。

首先，觀察立法理由可得知，雖然加害者的復歸以及對被害人的損害填補是制度目的之一，但是加害者與社區的關係、與被害人間的關係、是否會面、是否和解本身則不是重點，這便與傳統以「對話」為中心修復「關係」的修復式正義產生落

⁹⁷ 附條件緩起訴之條件規定於刑事訴訟法第 253 條之 2，如下：

檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行下列各款事項：

- 一、向被害人道歉。
- 二、立悔過書。
- 三、向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。
- 四、向公庫支付一定金額，並得由該管檢察署依規定提撥一定比率補助相關公益團體或地方自治團體。
- 五、向該管檢察署指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。
- 六、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。
- 七、保護被害人安全之必要命令。
- 八、預防再犯所為之必要命令。

⁹⁸ 王皇玉（2009），《刑罰與社會規訓》，頁 35，元照出版。



差。其次，從我國刑事訴訟法的改革歷程來看，緩起訴制度出現的時間點，緊接在「修正式當事人進行主義」的採行之後。在法院疲於適應新的交互詰問訴訟制度之時，緩起訴制度打著「司法資源有效運用」的旗幟，難免被認為重點是在使向來微罪的案源能夠提前被分流到偵查階段就終結⁹⁹。觀察其立法模式，刑事訴訟法第 253 條之 2 第一到五款，寬鬆而言或可曰具備修復式精神，但參雜在其他款中即顯得這些修復結果本身未必是制度所積極鼓勵或重視的價值，反而只是用來證明被告可以免於進入審判體系的線索。

當然，如果道歉、對被害人賠償、服義務勞務等修復結果能形成一股正向的推力使加害者反思自己的行為、主動填補所造成的傷害，未嘗不能肯認緩起訴制度的修復力量是制度的反射利益。然見 2010-2014 年地方法院檢察署檢察官命被告於緩起訴期間應遵守或履行多款事項之統計，隨著緩起訴處分人數的增加，向被害人道歉、立悔過書、向被害人賠償的被告人數呈現下降的趨勢；佔最大比例且逐年增加的則是向公庫或公益團體支付金額的人數。本文認為，緩起訴制度引進之初並非以修復式精神為基礎所架構，欠缺足夠資源、人力、時間進行修復的推展，導致加害者是否道歉、是否悔過系諸偶然，多數被告寧願支付金額予國庫以了事也無可厚非。縱使被告道歉或立悔過書，如此去脈絡的情境、以公權力作為後盾、再加以不起訴效果的誘惑，道歉或悔過究竟代表著多少關係的實質修補令人懷疑。也難怪有學者提到道歉或悔過都是一種意思的表達，但如果不是確有道歉或悔過的意思，而僅是形式上的表達動作，則其意義等於零。檢察官或法官固然可以命令被告為動作，但是事實上無法命令被告內心要有一定意思的形成¹⁰⁰。在欠缺道歉或悔過的主觀意思的情況下，要如何說是修復的程序呢？

至於支付金額給國庫或間接給予公益團體是否屬於修復與社會關係的一環？和道歉與悔過相類似，在形式上或許皆能認為被告願意透過支付金錢等方式與法

⁹⁹ 王皇玉（2009），前揭註 98，頁 36。

¹⁰⁰ 黃榮堅（2007），〈讎敵社會裡的修復式司法〉，《月旦法學雜誌》，第 146 期，頁 109。



規範的要求妥協，然而從兩個層面來論，本文也認為離修復的概念相去甚遠。首先，修復與社會的關係一般是指透過加害者的主動參與，讓社區感受到傷害事件已然遠離、加害者不等同加害事件，而使社區能從新接納加害者並重建社區間的信賴關係。在單純支付金錢給國庫或公益團體時，殊難想像金錢如何能夠傳達加害者意念或建立社區與加害者間的溝通。再者，修復式正義所講的復歸於社會指涉的是人出自內心的意願¹⁰¹。在金錢的關係裡，反而是逆向鼓勵加害者化約傷害事件背後的實質損害，以象徵的金錢價值快速處理之。

其實，緩起訴與附條件緩刑制度本來便是設計由司法人員主導的，加害者或被害者在制度中被置於被動的位置¹⁰²，也難怪會與「賦予各方主動參與權利」的修復式正義顯得格格不入。硬要從修復式正義的角度去肯認緩起訴或緩刑制度的修復價值，本文認為太過一廂情願而侷限了對修復式正義的想像。

第三項 修復式司法試行方案

我國雖尚未有以修復式正義為理念基礎所開展的制度，但法務部有感於修復式正義能對因犯罪行為受到最直接影響的人們，即加害者、被害人、他們的家屬、甚至社區的成員或代表，提供各式各樣對話與解決問題之機會、讓加害者認知其犯行的影響、而對自身行為直接負責，並修復被害人之情感創傷及填補實質損害。此外，國際間對於修復式正義日趨重視，包括 2002 年聯合國經濟與社會委員會亦草擬「刑事案件中使用修復式司法方案之基本原則」(Basic principles on the use of restorative justice programs in criminal matters, ECOSOC Res. 2000/14, U.N. Doc. E/2000/INF/2/Add.2 at 35 (2000))。因此，法務部已於 2009 年 7 月核定推動「修復式正義—建構對話機制、修復犯罪傷害計畫」，希冀能從理念倡導、理論深化、方案試行、融入學校等四個面向逐步推動修復式正義、建立以人為本的柔性司法體系。

¹⁰¹ 黃榮堅 (2007)，前揭註 100，頁 110。

¹⁰² 黃曉芬、張耀中合著 (2012)，〈試評臺灣具修復式正義精神之相關制度〉，《犯罪與刑事司法研究》，第 19 期，頁 59。



法務部並於 2010 年提出「修復式司法試行方案」，修復式司法試行方案宗旨¹⁰³大致上涵蓋了過去各方所提及的修復式正義之優點，兼重被害者的發聲與療癒、加害者的負責與賦歸、社區的參與。

第一款 「修復式司法試行方案」實施計畫

修復式司法試行方案於 2010 年開辦之初，此計畫是以一年為期，但得延長之，如今已進入第 8 個年頭。雖由法務部主辦，實際上則交由各地方法院檢察署辦理之。法務部所提出的試行方案實施計畫主要是綱領式規定，指導各地方法院檢察署依照修復式正義精神於偵查、審判、執行、保護管束、更生保護等階段，各自規劃推動以「被害人與加害人調解 VOM」為主要模式之修復式正義方案。

在適用的案件部分，法務部建議以微罪、少年犯罪案件為優先，但不排除其他案件經評估認適宜時，亦得進行（無被害人之犯罪及兒虐案件，暫不列入）。案件來源部分可透過檢察官、法院、監所、觀護人、犯罪被害人保護機構及更生保護等機構之轉介或被害人、加害人自行申請。轉介或申請的案件在經過評估認適合時，會先由修復促進者一須具備法律、心理、諮商輔導及社會工作等知識、技能及經驗且對修復式正義之理念、價值及程序充分了解並認同一與各當事人展開對話前準備，包括事先分別與雙方直接見面，了解雙方的情形及需要，並向當事人提示相關資訊，如對話程序、雙方權益、潛在危險及有關加害人資訊。在實際的對話程序

¹⁰³ 一、協助被害人、加害人及雙方家庭、社區（群）進行充分的對話，讓當事人間有機會互相陳述、澄清案件事實、聽取對方的感受、提出對犯罪事件的疑問並獲得解答。

二、讓加害人能認知自己的錯誤，有機會主動向被害人、雙方家庭及社區（群）真誠道歉及承擔賠償責任，並經歷自我認知及情緒之正向轉變，以改善自己與家庭、被害人及社區（群）之關係，俾助其復歸社會。

三、提昇加害人對修復與被害人間關係的自信與動力，協助其啟動再整合之重建機制，並降低其再犯罪之機會。

四、尊重被害人在犯罪處理程序有公平發聲的權利，讓被害人有機會描述其所經驗的犯罪過程、被害感受與直接詢問加害人，並表達他們的需求及參與決定程序。

五、透過對話程序，讓被害人得以療傷止痛、重新感受自己仍有掌握自己生活的能力，且能進一步了解加害人，而減少因被害產生的負面情緒。

六、提供一個非敵對、無威脅的安全環境，讓被害人、加害人及社區（群）能完整表達其利益及需求，並獲致終結案件的共識及協議，以達到情感修復及填補實質損害。



中，則是由受害者及加害者雙方透過面對面的方式向對方表示自己的想法或需求。最終的協議必須是雙方所共同自願達成的，不過在修復式正義中協議的達成並非必須或必然的結果，「對話」本身對於雙方的意義才是程序關注的重點。

就修復式正義與目前刑事司法程序的關係而言，進行修復式正義程序之案件，其原有之偵查、審判、執行、保護管束等程序仍併同進行¹⁰⁴。換句話說，修復式司法試行方案是由法務部所主辦，與既有的刑事司法程序是類似平行的概念。若在個案中有達到協議的修復結果，如一定金額之賠償、向受害者道歉、參與社區服務或公益活動等，應依實際情狀，適時轉向導入民事和解、試行調解、緩起訴處分、協商判決等程序，方能取得法律上的執行名義或程序終結的效果。至於在執行中的個案，則由收容監獄衡酌是否將修復結果列入陳報假釋參考。相反地，如修復程序未能於結案期限內完成者，其法律修復部分，應予終結。至於情感修復部分，如果修復促進者認為當事人另有需求，可適時轉介予其他專業機構。

修復式司法試行方案的具體實施情形，則隨著各地方法院檢察署依當地資源之特性、案件類型與當事人之需求評估，發展各具特色的試行方案內容。首先在案件類型部分，試行方案本來即未設有嚴格限制，例如台南、高雄地檢署，嘗試將家庭關係或家庭暴力相關之犯罪案件列為目標。此類案件由於受害者與加害者之間權力結構關係不平等，為免修復程序導致被害者的二度傷害，申請案件須經縣市政府家庭暴力及性侵害防治中心評估確認為低度危險程度者方能進入修復程序。

在程序部分，雖計畫內容鼓勵偵查、審判、執行、保護管束、更生保護等階段皆可使用修復式正義。多數程序的設計仍以偵查階段為主，由檢察官進行轉案，會議促進者進行會議籌備及執行，再將會議結果報告檢察官，以作為案件偵結的參考

¹⁰⁴ 只有在刑事偵查案件如致該偵查案件顯無法依「檢察機關辦案期限及防止稽延實施要點」第 35 點規定限期終結者，承辦檢察官得簽經該署檢察長核准，暫行報結，期間以 3 個月為原則，必要時得再延長 3 個月，並以 1 次為限。

¹⁰⁵ 黃曉芬、張耀中合著（2012），前揭註 102，頁 63。



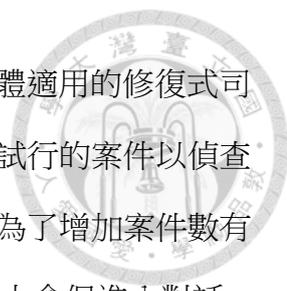
較值得一提的嘗試當屬台中地檢署委請學者陳祖輝於台中女子監獄於執行階段所推動的「修復式正義成長團體課程」。此團體課程參酌美加、歐陸、紐澳等的監獄修復式正義概況，於 2010 年 6 月至 8 月，在第一階段分別針對受刑人規劃「說真相與圓謊、傾聽、認錯」、「同理心與情緒控制」、「道歉技巧練習、承擔責任與撰寫責任契約」為主題的治療課程。更於第二階段的 9 至 10 月規劃被害人與受刑人向對方說內心話之演練，以及模擬拍攝道歉告白 DVD 之演練。此團體活動進行的最後，受刑人皆未和被害人面對面對話，但活動本身已凸顯出對話對多數受刑人而言是極難跨出的一步。許多成員於間接會面演練時，常常出現難以開口的窘境，甚至容易出現情緒失控的壓力，顯示即便經過數個月的活動練習，對於和被害人見面的心理建設仍未準備好¹⁰⁶。然而，整體而言，此成長團體課程確實讓參與的成員更勇於面對自己、與他人分享自己的經驗與承擔責任。只可惜台中女子監獄後來並未更多關於類似此長期課程之嘗試。

第二款 試行結果

就法務部的計畫而言，修復式正義的概念以及目標其實仍舊十分隱晦。或許基於嘗試的立場，法務部不僅尚未提出完整的法源依據作為支持，本身對於修復式正義與刑事司法的定位、參與者間的利益互動關係（被害人保護、被害人療傷、加害者賦歸、社區安全等等）、各階段的修復目標（加害者再犯率、預防犯罪、加害者社會賦歸、社區安全等等）都不明朗；而是採取等待地方法院檢察署累積實務經驗帶動政策走向的態度。這樣的態度，導致修復式司法試行方案原本希望能達到理念倡導與理論深化，最後反倒連理念及理論本身都眾說紛紜。

例如我國修復式司法試行方案概括稱可適用於各階段之當事人，然而依照各國經驗，不同階段當事人間的互動關係、態度會有所差異，進行方案因此應有不同

¹⁰⁶ 陳祖輝、張嘉玲合著(2011)，〈「責躬省過」：監獄修復式正義成長團體之探索性研究〉，《中央警察大學警學叢刊》，第 41 卷第 6 期，頁 136。



重點，有的偏重情感滿足，有的則偏重彌補實質損害，但我國一體適用的修復式司法試行方案顯然未考量到此點¹⁰⁷。而，從實踐結果上來看，目前試行的案件以偵查中居多，十分強調是否達成協議以及被害人是否得到補償¹⁰⁸，且為了增加案件數有時甚至納入明顯不符合消極條件之案件，或讓不適合對話之當事人倉促進入對話，或為了追求評估上的亮眼成績而強烈建議當事人進入對話¹⁰⁹，顯然在追求「對話」或「協議」本身時，犧牲了修復的過程。

再者，從法務部所設計的宣導摺頁及計畫內容可看出，亦能看出試行方案的原則是在「尊重當事人意願」的前提下，開一扇門給「準備好」進入對話的當事人。換句話說，對於能進入這扇門的當事人而言，其實對話本來即是較容易的。以台中女子監獄「修復式正義成長團體課程」為例，修復是漫長而痛苦的過程，進入對話通常已經成功一半以上了；最艱難的反而是如何在展開對話前做好準備。這部分或許是國家在推修復式正義時更有挑戰性的一環。畢竟，修復式正義其中一項特色正是提供不同的選擇予當事人，所謂的選擇則不該僅是可望而不可及的泡沫。可惜的是，目前修復式司法式行方案過分重視對話、和解結果、賠償的效果，反而限縮了案件的類型以及修復的可能性，導致在傷害較嚴重或修復需求較大的案件，這樣的立場其實無法提供時間、資源，陪伴給修復需求較大的當事人來修復周遭的關係，其實無助於改善既有體制的缺失。

本文認為，由法務部所主導修復式司法式行方案，從一開始便未定位清楚修復式司法式行方案在我國與刑事司法間關係，導致最後犧牲的卻是修復式正義本來在我國可以建立有別於既有制度的可能性，卻走上與和解、調解、協商制度等難以劃分的困境。

¹⁰⁷ 委託單位：法務部（2014），《修復式司法試行方案成效評估暨案件評估指標之研究期末報告》，頁 182。

¹⁰⁸ 同前揭註 107，頁 182。

¹⁰⁹ 同前揭註 107，頁 183-184。

第四項 實務見解



我國近年來的實務判決中亦不乏使用「修復式司法」等文字以作為判斷標準，然而歸納判決中「修復式司法」所指涉之意涵及對於判決形成的作用則不盡相同，但多數判決顯然是引用修復式司法作為量刑上減輕或給予緩刑之理由，至於具體所考量之事項仍不脫被害人與加害者是否達成和解、加害者是否已為賠償、被害人之損害是否受到填補。

以多次被引用之最高法院 104 年度台上字第 1151 號判決為例，判決內容如下：「現代進步的刑事司法理念，已從傳統的以刑罰作為中心之措施，轉變成修復式司法，亦即對於加害人、被害人及其等家屬，甚至包含社區成員或代表者，提供各式各樣之對話與解決問題之機會，使加害人認知其犯罪行為所帶來之影響，而反省其自身應負之刑責，並藉此契機，修復被害人等方面之情感創傷和填補其實質所受之損害。易言之，現代刑事司法之功能，當賦予司法更為積極之正面方向，自傳統的懲罰、報復，擴大至尋求真相、道歉、撫慰、負責及修復，正義因此更完美得彰。西元二〇〇二年之聯合國經濟及社會理事會，根據此一理念，研擬出「刑事案件中，使用修復式司法方案之基本原則」，我國業於民國九十九年六月二十二日，由法務部以法保字第〇九九一〇〇一三〇五號函，訂頒推動「修復式司法試行方案」實施計畫一種，並於一〇一年六月二十八日檢討修正，實施階段可以包含審判。是法院雖不當然受其拘束，但既有助社會安定，並於人民福祉有利，當無排斥之必要。上訴人就被訴之事，全部坦承不諱，並表明深感悔悟，希望獲得被害人家屬之原諒，更在原審具狀聲請啟動修復式司法程序，甚且在告訴人方面提出之刑事附帶民事訴訟事件中，表現誠意，就原告方面所請求之新台幣(下同)七百六十萬元賠償金，表明願意移轉價值一千萬元之不動產為償，告訴人代理人(原告方)則需求現金，並將金額提高為一千二百萬元。原審以上訴人「犯後雖曾試圖與告訴人暨其他被害人家屬和解並致歉，但尚未與告訴人暨其他被害人家屬調解成立，亦未能取得告訴人暨其他被害人家屬之原諒」，作為量刑考量因素，但就上訴人所為啟動修復式司



法之請求，應否准許及是否可行，未行處理，應認理由尚嫌欠備。」，可看出最高法院此判決有意將修復式司法之概念定義為補充現代刑事司法之功能，包括尋求真相、道歉、撫慰、負責及修復等正義。不過本則判決實際上並未提到尋求真相、道歉、撫慰、負責及修復如何在現行實務中實踐並影響刑事判決，而僅僅是將加害者提出賠償金的行為視為啟動修復式司法，因此認為有在量刑上予以考量之餘地。

同樣多次被引用之最高法院 105 年度臺上字第 1601 號內容則提到：「又行為人犯後悔悟之程度，是否與被害人（告訴人）達成和解，以彌補被害人（告訴人）之損害，均攸關法院諭知緩刑與否之審酌，且基於「**修復式司法**」理念，**國家亦有責權衡被告接受國家刑罰權執行之法益與確保被害人（告訴人）損害彌補之法益**，使二者間在法理上力求衡平。」，將修復式司法定位為法院判斷是否給予緩刑時，國家刑罰權執行時之法益與被害人損害彌補之法益間的權衡，本則判決顯然將修復式司法視為國家、被害者、加害者間三方之關係。

其他三則值得一提之判決內容，分別為臺灣高等法院 106 年度上易字第 2136 號刑事判決：「相較於宣告刑之諭知，緩刑既係給予個案被告暫不執行刑罰之觀察期間，自更著重於犯罪行為人是否適於緩刑，亦即以「特別預防」為最重要之考量，此觀刑法 94 年修正時，以修復式司法（Restorative Justice）之思惟，著重於社區、人際等關係被破壞之修復，與犯罪行為人應負擔之行為責任方式之轉換，命受緩刑宣告之被告應受一定之負擔，更堪認定。」、臺灣橋頭地方法院 106 年度訴字第 224 號刑事判決：「……調解當時被告因本案在押，而未親自與告訴人調解及給付金額，則本院審酌此情，認為使被告能確實理解告訴人於本案所受之傷痛，從而能控制自身情緒，不致再犯，並平復告訴人於本案所受之傷害，**以達修復式司法使被告能確實明白過錯，告訴人之身心亦能從程中回復之目的，應有再命被告除已給付之和解條件外之一定給付之必要**。是綜合上情，本院認本案宣告之刑，以暫不執行為適當……依刑法第 74 條第 2 項第 3 款規定，命被告應如附表所示之方式，給付告訴人金額，以彌補告訴人之損害。」、臺灣橋頭地方法院 106 年度審易字第 1121 號刑



事判決：「……告訴人既已居於隨時可取回上開犯罪所得之地位，且賠償總金額亦多於被告之犯罪所得，若仍對被告宣告沒收上開犯罪所得，反將使被告居於重複受追索之不利地位，甚至可能造成被告因此陷於無資力支付上開分期款項，顯不利於告訴人實際對被告追索受償，而有礙於修復式司法追求之目的與實現，依上開說明，應有前開過苛條款之適用，對於被告詐得少繳電費之利益 33 萬 5,317 元，爰依刑法第 38 條之 2 第 2 項之規定不予宣告沒收……。」

前兩則判決顯然均認為修復式司法相當重視特別預防，認為務必使加害者明白並為自己的過錯負起責任，且皆以如此的修復式司法概念，在判決中要求加害者於緩刑之外應負擔其他條件，例如賠償被害人損害。第三則判決相當有趣的是，同樣將修復式司法之目的與實現繫於被害人是否受償，該判決認為沒收加害者犯罪所得將影響被害人追索受償的權利，因此認為不予宣告沒收，方能實踐修復式司法之理念。

綜合上述實務見解可知，我國法院已經感受到國外吹來的修復式正義浪潮，相當靈活的在判決中使用「修復式司法」作為量刑、緩刑、緩刑負擔、是否沒收時之考量。可惜的是實務見解中，對於修復的理解顯然仍侷限在當事人間是否和解及賠償，與學者所以為修復式正義重視當事人間「關係修復」的概念，鼓勵尋求真相、道歉、撫慰、負責等仍然有相當大的差距。

第五項 小結

本文想引用臺灣高等法院 106 年度侵上訴字第 212 號刑事判決內容，作為修復式正義在我國現況發展之總結。該判決內容如下：「所謂的「修復式司法」，是在公正第三者幫助下，受害者、罪犯／或受犯罪影響的任何其他個人、社區成員，共同積極參與解決由犯罪造成的問題與程序，例如調解、會議與審判圈；「修復式結果」則指由於修復式程序而達成的協議，例如補償、社區服務與旨在對受害者、社區進行賠償，並使受害者與／或罪犯重新融入社會的其他任何方案或對策。我國現



行法制中，雖未正式出現「修復式司法」的用語，但 94 年 2 月 2 日修正公布刑法第 74 條時，仿刑事訴訟法第 253 條之 2 緩起訴應遵守事項的體例，明定法官宣告緩刑時，得斟酌情形，命犯罪行為人向被害人道歉、立悔過書、向被害人支付相當數額、向公庫支付一定的金額、提供義務勞務、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導等處遇措施、其他保護被害人安全或預防再犯的必要命令，也寓有「修復式司法」的思維；法務部作為刑事政策的主管機關，也於 99 年 7 月頒布《法務部推動修復式司法試行方案實施計畫》，明定在尊重當事人自主意願的前提下，不限案件類型，以各地方法院檢察署為中心，採被害人、加害人調解為主要模式，於刑事司法程序各階段推動修復式司法的各項作為。是以，法院在從事個案審判過程中，如刑事被告、受害者在公正第三者的幫助，或自行協調下，共同積極參與解決由犯罪造成的問題與程序，最後並達成「修復式結果」時，如其達成的協議於法無違時，法院自應予以適當的尊重，以符修復式正義。」

雖然法務部所推出的修復式司法試行方案基於嘗試的立場，還遲遲未對修復式正義在我國的理念及立場做出定位，尚未賦予任何法律效果，然而司法院顯然搶先一步，頻頻在法院判決做出判斷，認定過去緩刑及緩起訴中，命犯罪行為人向被害人道歉、立悔過書、向被害人支付相當數額、向公庫支付一定的金額、提供義務勞務、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導等處遇措施、其他保護被害人安全或預防再犯的必要命令均屬修復式正義的思維。106 年 5 月全國司改國是會議提案時，更稱欲修改刑事訴訟法，納入加害人和被害人的調解和關係修復等「修復式司法」，另外擬將修復式司法作為刑法第 57 條的量刑和緩刑條件。然而司法院這股趨勢，不禁令人懷疑，法務部千辛萬苦所推出的修復式司法式行方案，難道就僅僅是將過去緩刑、緩起訴、調解制度予以整合，並扣上更漂亮的名字嗎？況且所謂將修復式司法作為刑法第 57 條的量刑和緩刑條件，正是現行實務上運作的方式，如此一來，修復式正義在我國信誓旦旦想帶來的司法改革究竟為何，實在令人費解。本文擔心的是，修復式正義在我國司法上的命運相當可能淪為另一項減輕法官、檢察官案件



量之制度，其內涵恐將與緩起訴、緩刑等制度多所重複。

本質上問題在於，修復式司法試行方案定位相當不明確，雖標榜促進對話、不強迫道歉和解、尊重當事人意願、修補情感，試圖貼近國外以關係修復為導向的修復式正義；然而，在我國還未建立起關係修復的相關經驗下，卻已著急地在檢討對於刑事司法系統中案量的減少是否有幫助、是否能協助案件分流、是否具實益性、是否能兼具社會公益等等，因此反而整個制度的走向是越來越荒腔走板，無法擺脫現行實務調解的弊端，給予當事人足夠時間及空間進行關係修復。

其實值得討論的毋寧是調解本身在許多國家皆屬修復式正義，我國如今欠缺的不是這些制度框架本身，更需要的是如何重新建構一個較明確的「修復」概念，透過新的觀念引導已有的各項制度、資源，以帶來不同修復結果。



第三章 修復式正義之困境

回顧制度後，在本章節中，將闡述的是本文所觀察到，在我國不利於修復式正義發展的幾項原因。其中有來自制度本身的問題，亦有源自我國現下所面臨的社會氛圍。對這些困境的深入描述，乃為了在後續章節檢討修復式正義的困境時，能針對問題本身，尋找根本解決的方法。

第一節 概念模糊

第一項 修復對象不明確

「修復」作為一個動詞，修復必須有對象；且「修復」一般暗示著回復，意味著有原先的存在。從前述關於修復式正義的介紹，可知修復式正義主要乃針對被害者、加害者、社區的關係作修復。然，首先會遭到質疑的是，若加害者與被害者間本來即無關係、若從未形成一個安全的社區，則何來加害者與被害者間關係之修復或社區關係之修復¹¹⁰？

再者，究竟是要修復加害者與被害者、加害者與社區、被害者與社區之關係，亦或是修復被害者失去的權利、物質生活、心裡感受？又或是被害者原有的生活網絡、加害者的生活網絡呢？有質疑者提到，能夠被修復的對象根本是沒有限制的，從損害、傷害、失去、感受到關係，無一不是。甚至，有倡議者談到，修復式正義旨在修復具體的衝突損害事件，則似乎不應侷限於法律明文規定的衝突情形，而該納入對社會、人際關係有實際損害但嚴重情形不至於觸動刑法的衝突行為¹¹¹？

本文認為以上的問題與修復式正義出現的歷史背景有關。修復式正義萌芽之初彷彿一塊沃土，供許多不同理念的社會運動在此片沃土上播種、成長。但不同社

¹¹⁰ Robert E. Mackey, *Law as Peacemaking: Beyond the Concept of Restorative Justice*, in *IMAGES OF RESTORATIVE JUSTICE THEORY* 112, 115 (2007).

¹¹¹ *Id.* at 115.



會運動間，理念縱使良善，畢竟各有所求，導致以修復式正義之名，在不同文化、國情下，依照倡議者力量的方向性強弱，開展出截然不同的修復模式。例如若以注重受害者一方權利出發，修復多以受害者方的損害、人際關係、心理健康、生活質量為核心；若從加害者復歸社會的角度思索，重心則將會被置於加害者與社區的互動、加害者的教化工作；而若較注重非正式司法的開展，則加害者與被害者的和解即是整個程序的目標。

在我國被列舉與修復式正義相關的幾個制度中，修復對象已大相逕庭。調解制度中，所謂的修復是環繞著加害者與被害者的形式關係而展開；緩起訴與緩刑制度主要側重於加害者的去標籤化及社會復歸；修復式司法試行方案則是以加害者與受害者間的實質關係為基礎，嘗試兼顧受害者與加害者的個別需求；而台中女子監獄於執行階段所推動的「修復式正義成長團體課程」則是難得從修復加害者個人價值體系出發的程序。光是國內的發展、論述實況，就充分說明不同關注重心、社會現況與刑事政策如何影響修復式正義的具體樣貌。

由不同背景出發追求不同視角下的修復對象，就如同修復式正義本身定義的奇異性，可說是受我們的個人經驗、我們的文化與世界觀、我們談話的對象、我們從學術或實務所累積的經驗、我們對被害與加害的理解等等所左右¹¹²。一方面可以說這些差異帶給修復式正義他的豐富性；但另一方面，在建構修復式正義時，這些莫衷一是的問題及選擇，使制度設計方向及施行有陷入混亂、恣意的疑慮及危險。

第二項 修復結果不明確

有則小故事可以揭開本部分討論的序幕。在 1999 年於美國 CBS 電視台播出的一個節目「48 小時」中，其中一集的主題是「殺死我女兒的兇手」，焦點是一位母親。這位母親要求與刺死她女兒的男子見面。在與這位男子會面將近六小時後，她看著這男子泛淚的眼睛說她原諒他。在會議結束不久後，這位母親一方面對記者

¹¹² HOWARD ZEHR & BARB TOEWS, CRITICAL ISSUES IN RESTORATIVE JUSTICE 1 (2004).



提到這個會議改變了她對男子的看法；但另一方面卻補充表示她依然認為他應該被國家處決。最後男子被處決了。試問，這位母親與加害者的會議算是具備修復性嗎¹¹³？

從這個故事裡，可以發現修復的複雜度不只展現在修復對象上，更在修復結果上。換句話說，修復對象的不明確進一步影響到修復結果設定的不明確。所謂原諒算是修復嗎？縱然原諒，最後受害者家屬仍要求把加害者永久地從人間排除，這樣的修復是否為我們所肯認？若是的話，那所謂的「原諒」意義又何在？是否只是尋求一個讓受害者放下、解脫、重新前進的力量？這樣的修復結果，究竟是關係的修復、亦或僅僅是被害者的療傷過程？

在有關修復式正義定義的爭論中，本文認為有一種區分方式可以作為討論修復結果的基礎。在此種區分模式下，修復式正義被區分為「純粹模式」(Purist Model)與「最大化模式」(Maximalist Model)。關於此兩種模式的介紹如下。

第一款 純粹模式 (Purist Model)

根據此模式的定義，修復式正義是指「與該犯罪有關之所有當事人匯聚一堂，由所有參與者共同商討如何處理侵害事件的後續，以及他對未來的意義¹¹⁴。」在此模式下，修復式正義的重點在於所有關係人能夠齊聚一堂、共同參與討論犯罪所帶來的損害及預防犯罪之道¹¹⁵。整個互相表達意見、想法、感受，並溝通出解決之道的「過程」是這個模式下修復的核心；而是否有具體的協議或如何的協議結果是理想的，則屬於次要的焦點。純粹模式認為主要利益關係人的需求被滿足時才是正義，而適當的會議或圓圈可以自然而然地滿足各方利益關係人的需求。最具代表性

¹¹³ DENNIS SULLIVAN & LARRY TIFT, RESTORATIVE JUSTICE—HEALING THE FOUNDATIONS OF OUR EVERYDAY LIVES 38 (2005).

¹¹⁴ Tony F. Marshall, *The Evolution of Restorative Justice in Britain*, 4(4) EUR. J. CRIME POLICY RES. 21, 37 (1996).

¹¹⁵ 謝如媛 (2005)，前揭註 24，頁 48。



的是家庭團體會議、社區會議與療癒圈。

此外，純粹模式認為參與者的自願性以及強制措施最小化是修復式正義價值追求的價值。因為關係的療癒以及學習互動的過程需要的是自願及合作。純粹模式強調修復式正義是取代懲罰的措施，而不只是另一種懲罰，因此應該致力於排除任何要求服從的處遇措施。原則上純粹模式被認為是以程序為導向的（*process-based*）。

第二款 最大化模式（*Maximalist Model*）

相對於純粹模式，最大化模式以目的為導向（*intention-based*），重視能否達到「修復的效果」。在此定義下，修復式正義指的是「透過修復犯罪所帶來的惡害，使正義得以實現的一切活動。」當事人們是否有面對面溝通過程、是否有實際參與紛爭解決的程序反倒不是最大化模式的重點。只要制度或措施的某一部分對於損害的修復有效果，就可以稱為修復式正義。之所以如此定義「修復」，是因為最大化模式希望把所有跟修復犯罪之損害有關的活動都盡量涵蓋在修復式正義的範疇中，以擴大修復式正義的影響力¹¹⁶。

最大化模式認為雖然應該盡力提供非司法的自願程序，但在雙方當事人欠缺合作、溝通可能性的多數案件中，則有必要仰賴正式的強制程序介入幫助¹¹⁷。對於最大化模式而言，修復式正義不必限於自願的程序，甚至可以包含或多或少的強制修復義務，例如法院命令的金錢賠償或社區服務等。這些義務或程序之所以被認為具「修復性」而非應報或矯治，是因為施加者的「主觀意圖」與「決策者所追求的結果」是修復的。最大化模式支持者認為，只要懲罰的主要目的是強化加害者對受害者及被害社區做出改變的義務，該懲罰就該被包含進修復式正義的範疇裡¹¹⁸。

¹¹⁶ 謝如媛（2005），前揭註 24，頁 48。

¹¹⁷ McCold, *supra* note 35, at 377-378.

¹¹⁸ Gordon Bazemore & Lode Walgrave, *Restorative Juvenile Justice: In Search of Fundamentals and Outline for Systemic Reform*, in *RESTORATIVE JUVENILE JUSTICE: REPAIRING THE HARM OF YOUTH CRIME* 45, 47-48 (1999).

第三款 純粹模式與最大化模式之論爭



最大化模式認為純粹模式限制太多、範圍太廣且不切實際。首先，限制太多是因為純粹模式要求各方當事人自願參與，並要求面對面對話。要求所有當事人會面，在加害者、被害人不自願對話的情形，勢必銳減修復式正義的普遍性。將修復式正義界定為非正式、自願的程序，更轉移了本該由法院、矯治機構及其他司法系統承擔的改革壓力¹¹⁹。司法程序回應被害人、加害者、社區成員需求的責任，伴隨修復式正義被界定為非正式、自願程序，而被削弱。最大化模式的支持者批評道，如此一來，一旦當事人無意願會面或對話，司法系統似乎就能正當的免於提供修復。於此，修復式正義將淪為「軟性擺飾」(soft ornament) 而只能徘徊於刑事司法邊緣、流於一種轉向措施，無法處理當前以懲罰為基礎的眾多犯罪，無法達到原初司法改革的訴求¹²⁰。

其次，最大化模式認為修復式正義的核心是恢復損害，包括被害人、加害者及社區的損害，只要是以此目標的各種程序設計都具修復性。相對地，純粹模式被認為未將目標鎖定於恢復損害，這樣的程序因為欠缺明確的目的反而顯得無邊無際。最大化模式質疑道，一個召集犯罪相關當事人來交換感受、分享資訊而未必致力於損害修復的程序何以被稱為修復？

純粹模式對於上述批評的反擊在於重申損害的歸屬。純粹模式認為恢復損害確實是修復式正義的核心，然而如果被害人、社區的需求已被滿足，是否還需要回應國家或公眾的需求？反過來說，那些為了滿足國家、公眾需求的填補行為，例如社會勞動等等，是否必然屬於修復？純粹模式會提出這項質疑，是因為最大化模式認為當今社會對於懲罰的需求縱然應該被挑戰，但是懲罰的需求背後其實有社會利益作為基礎。在這些社會利益無法透過加害者的自願性被實現時，強制力是必要的，而良善立意的懲罰亦具有修復社會的意涵。相反地，純粹模式認為公眾被預設

¹¹⁹ *Id.* at 52.

¹²⁰ McCold, *supra* note 117, at 375.



的懲罰需求反映的其實不見得是社會利益本身，反而是刑事司法系統的需求。不論多麼有限度地去承認懲罰需求，都等於走回頭路去認定國家為受害者，而這不正是這幾百年來，使受害者、社區失去司法控制力的原因嗎？

至於修復式正義必須出於當事人的自願性是否限制太嚴，純粹模式則堅持採取保守立場，認為權力機構不可以逼迫當事人合作、悔改、和解或原諒。從修復程序形成的修復結果是不能被施加或為他人進行的¹²¹。當然不是所有當事人自始都會出於自願展開對話，但在當事人明顯表示不願意時，不該強迫他們換種方式修復。至於，一方不想參與，他方想參與的情形，想參與的一方應該有機會能針對裁判結果對正式權力機構提供建議。在加害者不願意修復時，純粹模式認為應該讓他們暴露在自己對受害者的影響中、「邀請」他們學習同情、「提供機會」給他們學習成為社會一份子，並持續「邀請（非強迫）」他們與社區合作。如此有限度的壓迫有異於最大化模式下的強制力道。換句話說，純粹模式認為當事人的自願性是修復式正義的前提，強迫或以強制力為後盾的措施則不屬於修復，並不會因為法官或檢察官的主觀意圖而削弱懲罰的色彩。

最後，關於純粹模式下的修復式正義將淪為軟性擺飾的疑慮，純粹模式認為程序在正式司法體系之外較能維持獨立性，以貫徹修復式價值。只要受過專業訓練的促進者盡量把目標放在重大案件，則修復式正義對於刑事司法的影響力量還是很大的。相反地，像最大化模式停留在追求制度內改革，反而會使修復式價值退讓給司法系統內難以擺脫的效率追求。

第四款 本文見解

若以我國刑事司法系統內，被認為已經蘊含修復式正義概念的緩刑、緩起訴制度觀之，雖未有當事人的參與及面對面溝通過程，應該仍會被歸類為最大化模式下的修復式正義。因為加害者的道歉、賠償對受害者而言是一種損害填補，而賠償、

¹²¹ *Id.* at 382.



道歉、立悔過書等的懲罰性已然透過法官與檢察官的修復意圖被消除。

然而，有兩點值得懷疑。首先，國內就有學者質疑道，所謂道歉、立悔過書的規定用意應該是一種對於加害者犯罪後復歸於社會的態度要求，如果不是加害者出於內心的意願，而只是無心的舉動，這樣的善行不會持久。而同樣的，在對被害者賠償時，考量的應該也是透過賠償被害者所展現的復歸和平的意念¹²²，但若賠償與否受到被告經濟因素的影響、課予刑罰與否的影響，則要如何證立道歉、立悔過書、損害賠償確實有復歸社會、與社會和解的效果，而能代表修復式正義的意義呢？其次，以刑罰為後盾要求加害者賠償、道歉、立悔過書，在自由意願明顯可疑的狀況下，難道令加害者做出違心之舉不算是對其意念的處罰嗎？

縱然客觀形式上，有道歉、賠償的履行，卻不能被部分學者接受為修復的一環，本文推測原因可能在於思考立場不同。例如若立於被害者立場而言，獲得金錢賠償、得到一句道歉（縱然分不出真心與否），總比癡癡盼望著、任何回應卻都得不到的被害者來的好；但若以自我負責、和解看待道歉、賠償，則在最大化模式運作方式下，卻未必能提供加害者與被害者、社會實質和解的機會，把修復式正義的理想弱化至此，如果只是想擴大修復式正義的影響力，不免有因噎廢食之感。

再從純粹模式來看待本節一開始的小故事，依照純粹模式注重對話的理念，故事中的母親與男子經過六個小時的對話，最後母親選擇原諒男子，可以說是具備修復性的；但是，六個小時的對話真的足夠嗎，對於殺人案件是不是該鼓勵更徹底、循序漸進的談話呢？如果再讓他們多瞭解彼此的生命歷程有沒有可能母親會傾向使男子免於死刑？這些是我們能夠不停自問，而假設的更好結果。弔詭的現象在於純粹模式比起最大化模式看似更注重具體個案中當事人的需求，尊重談話的雙方，而不預設談話結果的理想型；但是對話雙方的地位是否總是對等？是否由雙方對話形成的所有結果都屬於修復式正義的一環？或說是否存有更重要的修復價值而

¹²² 黃榮堅（2007），前揭註 100，頁 109-111。



能指導對話的進行、作為對話的框架呢？

本文認為純粹模式與最大化模式有一項共同點－兩者都肯認修復結果的多樣化，但導致修復結果多樣化的脈絡卻不盡相同。這兩種修復理念的差異源於對傷害歸屬認定的不同。最大化模式與現實妥協後，立於近代刑事司法的發展結果，將國家、社會、被害人、加害者都視為犯罪事件中受傷害的主角，因此疲於調合各方利益，唯有廣泛承認各種修復型態與結果並適時採取強制措施，才能撫平國家、社會對於犯罪的不安。相反地，純粹模式則是本於修復式正義原初還權於直接當事人的信念，認為只有直接當事人了解自己的權益，並在個案中有資格要求他方就該特定事件出面處理。所以再沒有比讓當事人透過面對面方式，溝通、抒發情感需求、討論後續事宜更符合修復本質。至於直接當事人討論出的結果多變或無結果，都該受到絕對的尊重。

本文認為，修復式正義如果要做為一種新的典範，確實有必要重新界定犯罪與紛爭的實質意涵。如果不放棄從國家、社會出發的犯罪思考方式，那麼修復式正義也不過是新瓶裝舊酒，以修復之名美化原有的控制模式。在同樣的法律、同樣的目標、同樣的執法人員、同樣的強制力之下，權力要從國家移往個人及社區，進展極其有限。換句話說，最大化模式所追求的看似較為全面，卻是在最小限度內謀求改變；戰戰兢兢於撼動既有體系，反而無法觸動當代刑事司法最核心的痛處。

純粹模式將犯罪視為當事人間的紛爭，因此交由當事人主導修復結果，本文肯定之。然而當事人不願意面對處理時，究竟程序該如何進行？純粹模式下對話展開的前提假設為何？是否有特定價值能凌駕對話本身？如此有限的修復式正義要怎麼在理論及實務上和刑事司法系統銜接、互相合作？上述問題都亟待釐清，本文將在後續章節闡明之。

第二節 社會條件的落差



除了修復式正義本身語意模糊性、理念衝突導致修復對象與結果的紛亂外，使談論修復式正義更行困難的還有整個外在環境的限制。本文所謂的外在環境限制，確切來說，是一種理想與現實間社會條件的落差。落差源自於修復式正義倡議者談論的多半是一個理想型的社會，是一個已經運行修復式正義的社會，但現實是，我們不止還未到達那個階段，更甚者，我們尚有好長一段路未走。在此刻與落實修復式正義的彼刻間，是我們必須不停用不同語言、不同理念、不同主張、不同行動填滿的每一個片刻。於是，直接論述修復式正義落實的圖像不是不妥當，而是單單論述落實的圖像，並無法為通往修復式正義提供踏實的路徑。本節的企圖心在於希望能點出，談論修復式正義時所預設的理想環境與當下的現實條件間極大的差異，以提供思考修復式正義該如何落實時的幾個切入點。

第一項 對「犯罪與刑罰」的想象

首先，若談論到「犯罪」，浮上一般人心頭的多半不是愉快、喜悅、有趣的事件；而是會和痛苦、憤怒、傷害、失望等負面情緒及感受相連結。但是，除了具體的犯罪事件本身以外，「犯罪」作為一個一般性概念和周遭社會的關係究竟為何？這層關係會涉及到社會能夠怎麼看待犯罪人，進而社會能容許怎麼對待犯罪人、處理犯罪事件。

第一款 刑法中的犯罪

如果從刑法法條出發，法益概念是刑事實體法的核心基礎，乃犯罪事前預防所必要。由於在犯罪發生前，即必須羅列出受保護的法益，並對法益可能遭侵害的方式設禁止規定，因此抽象化、概念化是法益概念本來就具有的性質。法益概念在刑法理論中，首先對於確定行為方法有重要的機能。其次，法益侵害會形成刑事責任外圍的架構，犯罪人因侵害法益負擔刑事責任，即是因為違反了刑法基本原則中的



法益保護主義¹²³。而法益保護主義正是國家將刑罰發動的權力收歸國有後，所相對應必須負擔起的保護國民責任。

從這層意義來談犯罪的話，犯罪雖然根據不同罪名分別保護個人法益、社會法益與國家法益，但在刑罰的發動過程，犯罪呈現的是公益的面向，是國家與加害者間的事。即便在告訴乃論案件中被害人握有告訴與否的權利，但刑罰的定罪到執行仍必須透過國家；原因或許在於刑法本身就是處理利益分配的問題¹²⁴，而民主國家中由國家來分配利益似乎再適合不過，因為國家被假設能維持公平、並且能夠透過法益與刑事政策的計算來決定加害者的適當量刑。

本文認為，若客觀看待「刑法運用刑罰來保護法益」這點，犯罪是中性的行為描述，犯罪的發生與否只是整個法益保護過程中的一個開關，他開啓另一個法益保護的循環。而整個犯罪與刑罰是一個等價的關係，在這裡的等價是指經過評價，法益受傷害的程度加以應報、預防等需求的總和與刑罰所形成的衡平關係¹²⁵。

第二款 邪惡的犯罪

然而，如同我們在第一章所談提及 1970 年代前後的美國。現代社會中，各國在工業化加以資本主義的侵襲後，整體社會分工趨於複雜，領域跟領域之間的壁壘越築越高，難以跨越。逐漸地，各種風險態樣已經超越一般常人能獨自掌握的範圍，從交通風險、食安風險、化工風險、機械風險、資訊風險到天然災害風險（由工業發展所導致的氣候變遷、土壤異化、生態鏈瓦解等等），活在無止盡的風險中，人們互相信任的能力逐漸耗弱，人與人的隔閡以過往所沒有的型態被建築，導致一些犯罪動機與形成結構非一般人能理解或想像，犯罪的可能手法也千變萬化，例如恐

¹²³ 高橋則夫（2007），《對話による犯罪解決—修復的司法の展開》，頁 29-30，成文堂。

¹²⁴ 黃榮堅（2012），《基礎刑法學(上)》，頁 39，元照出版。

¹²⁵ 本文認為現行的刑法規範是在處理利益分配的問題。本文理解刑罰目的綜合理論的運作如下：規範確立後，若規範遭到違反，必須有一相對應而合乎比例的反應，這個反應對內代表行為人的刑事責任，一方面作為應報，另一方面作為個別預防；對外則展演規範的有效存續。透過規範有效的印象，可以對大眾形成威嚇作用，也就是一般預防，進而達到對未來法益的保護。

怖攻擊、隨機殺人、連環殺人、反覆的性犯罪等等。這些犯罪的成因若不抽絲剝繭、細細研究，並以鳥瞰的方式全面理解其脈絡，根本連政府也無法防堵、應付。

刑罰因其強制力與嚴厲性，時常成為國家政府在處理類似複雜事件，而無暇深入瞭解問題時的最佳利器。在無止盡的犯罪恐懼中，大眾對於犯罪的憤怒不平與厭倦在彼此的互相渲染下，已經脫離了實際犯罪與被害的問題，獨立形成必須解決的急迫問題。如果說刑事政策的制定者在此能夠以理性者之姿指出犯罪恐懼與犯罪實際問題間的差距，而著手尋求實際問題的解決那也就罷了。偏偏在英美以及我國，刑事政策制定的趨勢是越來越高度政治化及民粹主義。政治家不注重專業及刑罰學、犯罪學、社會學的知識，圖求的是在選票之前安撫選民的心，選民也樂得透過特別事件後、短期政治計算下的匆促刑事立法，安撫自己對於犯罪的恐懼。就在這樣官、民合作下把刑罰推向嚴刑峻法化以及表達式正義，「表達大眾情感」每每凌駕專家的專業判斷。

例如在美國某些法案重新採用鎖鏈囚犯隊、訓練改造營、羞辱處罰，甚至企圖恢復體罰等，都帶有一種「供電視播放」的性質，與原有目的背道而馳。另外還有一些法案，像強制量刑、「忠於判決」法律、快速死刑，其根本的性質是用以安撫恐慌的大眾，告訴他們這個體系不會在他們看不到時違背他們的意願。其餘的一些法案，例如社區通報、性侵掠者法、超級監獄、電子監控，以及少年程序刑事化等，則出於功效可疑的公眾安全等考量以及一種赤裸裸的嚴罰傾向¹²⁶。這些「重刑化」、「唯一死刑」、「無期徒刑不得假釋」的口號，近年來在我國的新聞媒體間可說是一點也不陌生。換句話說，犯罪發生後，刑罰還是被施加在犯罪者身上，但刑罰目的越加可疑。

刑罰，已經不只是出於預防或應報的目的運作著，而是隨著整個社會控制的需求在不同情境下變化。在我國各種以使犯罪人復歸、以保衛社會安全、以治療、以報復之名所開展的刑事處遇措施毋寧都是默默地在各個角落精算著，如何在社會

¹²⁶ David Garland (著)，周盈成 (譯) (2006)，前揭註 2，頁 179-180。



控制之下，透過規訓機制或安全機制使犯罪人達到對社會最有價值的姿態。無論是一般預防、特別預防、應報、矯正、治療、教化、監禁、排除，各自其實有不同的人性假設以及對於犯罪的解釋，值得辯證及思考。但在刑罰分雜地網羅上述功能後，已經很難理出一個一貫的理解；刑罰作為權力的主要工具之一，在精密地計算下，透過時而規訓、時而排除、時而治療、時而隔離，處理「犯罪的現象」，而非「犯罪事件」。

本文認為，犯罪的危險性、是否能被社會理解、有沒有化解的可能，有時已經不是問題的重點，大眾在乎的逐漸轉變為「犯罪所帶起的影響」，包含無根據的幻想，能不能快速的被撲滅、讓失靈的犯罪控制不被看穿。在這樣的背景下，有學者直接提出「讎敵刑法」(Feindstrafrecht) 或稱「敵人刑法」的概念，描述刑法將特定犯罪置於完全邪惡、敵對的位置，用戰鬥的方式來面對犯罪。讎敵刑法的概念本身仍待更深入的研究，但社會仇視犯罪的情緒，確實已經導致對於理解犯罪的不耐，甚至研究犯罪成因有時還被描述為對於受害者、抽象受害者的人權漠視。也難怪國內有學者不免質疑道：在這樣提倡仇敵哲學的文化主流中，出現的修復式正義，理論上是顯示道德的勇氣與浪漫的氣氛，但是在社會學上是否能夠貫徹修復式正義的意義¹²⁷？

第三款 不幸的犯罪

這樣的質疑並不過分，因為提倡修復式正義的學者們對於「犯罪」的理解，確實在光譜的另一端。相較於傳統認為犯罪是違反刑罰法規的行為，所侵害的是抽象法益；修復式正義認為「犯罪」更重要的是侵害了具體的受害者以及其身邊的人，同時也對加害者本身以及受害者與加害者的社區造成傷害¹²⁸。在修復式正義下，「犯罪」與其他的傷害及衝突本質是一樣的，只是程度上的差異¹²⁹；所以要妥當瞭

¹²⁷ 黃榮堅 (2007)，前揭註 100，頁 119。

¹²⁸ 謝如媛 (2005)，前揭註 24，頁 44。

¹²⁹ ZEHR, *supra* note 37, at 185.



解犯罪，必須從更廣大的社會衝突、社會差異、道德、經濟、政治的脈絡中找尋問題的根基；而對犯罪的回應也未必異於對非犯罪傷害行為的回應¹³⁰。Zehr 甚至主張「犯罪」(crime) 一次詞容易造成刻板印象與臆測，進而會制約後續的對話；他認為比較妥當的用語是「不幸」(tragedy)，因為「不幸」是貫穿這類事件的共同特質，且大眾更能以同情、瞭解的態度去面對事件¹³¹。

犯罪究竟是傷害事件、社會衝突、還是戰爭？只能說，在現今的社會氛圍下，「犯罪」普遍而言，並不被認為是能夠透過理解、溝通、幫助去處理的不幸事件；而是必須被擊敗的敵人、「打擊犯罪」是必須取得勝利的戰爭。本文認為也難怪修復式正義的推展在這樣的社會條件下越發不樂觀。

第二項 人類形象的模糊化

除了「犯罪」這項概念被妖魔化，在打擊犯罪的戰爭中，「犯罪人」也從具體的一個個人，變為社會控制底下的因子。多樣化的刑罰手段象徵的其實是人性論述的斷裂，對於具體的人的理解消解於有效率的社會治理。如此的趨勢導致夾帶人性關懷出現的修復式正義像是萬綠叢中一點紅般地違和，時不時顯得天真。

第一款 理性犯罪人與人魔

以我國為例，從法務部的網站可以查到我國總統於 94 年 2 月 2 日公布之中華民國刑法暨刑法施行法部分條文修正案，乃自刑法制訂 70 年來最大幅度之修正。該次修正的主要方向是為了落實「寬嚴並進的刑事政策」。在法務部的網站中，對於「寬嚴並進的刑事政策」分別是指寬容的刑事政策及嚴格的刑事政策。前者是對短期自由刑的受刑人，不再以傳統的刑罰處罰，而應適當對這類行為人予以「轉向」，例如以易科罰金、緩刑、緩起訴、職權不起訴處分或其他社區處遇等方式矯

¹³⁰ ZEHR & TOEWS, *supra* note 112, at 9.

¹³¹ Howard Zehr, *Journey to Belonging*, in RESTORATIVE JUSTICE—THEORETICAL FOUNDATIONS 21, 22 (Elmar G.M. Weitekamp & Hans-Jürgen Kerner eds., 2009).



正其偏差行為，替代傳統自由刑。後者，則因個案行為人對社會危害性大，人民直接感受生命、身體財產受到威脅，為確保社會安全，乃提高數罪併罰之期限為 30 年，並對於屢次犯重罪者，限制其假釋等刑法修正¹³²。

若推論官方的說法，採行「寬嚴並進的刑事政策」最大的原因在於，刑事司法資源的有限性，若想有效打擊犯罪必須集中力量對付重大犯罪。因此就危害社會、重大犯罪或高危險、反社會性格等矯治不可能之犯罪人，採取嚴罰策略方能夠有效壓抑犯罪以維持社會秩序；相反地，在大量輕微犯罪會拖累整體刑事司法系統運作效率的情況下，採用寬和的刑事政策，盡量避免刑罰權的發動、並藉由擴大微罪轉介功能的適用，一方面能使具備「改善可能性」的行為人更易於復歸社會，另一方面，也能省下一筆刑事司法資源的支出。

然而這樣的說詞背後，同時透漏著不同的犯罪理論，並隱藏截然不同的犯罪人形象。與寬和的刑事政策立法對應的犯罪學理論大致上可以從「理性選擇理論」(rational choice theory)、「控制理論」(control theory)與「日常生活犯罪理論」(theory of daily life)尋出端倪。本文試著將這三個理論以一個較全面的犯罪學理論呈現之。這派理論的基礎繼承著古典犯罪學派對人的假設，認為人都是理性自利，而善於計算自己的吉凶禍福的。但不同之處在於新的犯罪學理論認為行為人考量的內容不僅僅是犯罪的懲罰效果，更會考量其他的社會或個人情境，例如名譽、生活水平、同儕的眼光、道德感、羞恥感、安定感等等，再理性評估選擇是否值得犯罪。在這種設定下，犯罪被認為只是單純的事件，並不需要什麼特殊動機也沒有特別性質，更沒有病理或異常，犯罪只是犯罪人日常生活中的例行公事¹³³。此外，任何人都有可能在犯罪誘因夠大時犯罪，換句話說犯罪人跟社會上的多數人相同，都是理性思辨過後忠於自由意志再行為。

於是，對於這些懂得理性計算的犯罪人或說社會大眾(潛在犯罪人)，最好的犯

¹³² 請參考法務部網站 <https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=27753&ctNode=11600&mp=001>，最後參訪時間 2017.03.12。

¹³³ DAVID GARLAND, THE CULTURE OF CONTROL 182-83 (2001).



罪預防方式便是利用情境控制的方式，透過控制、操縱以及管理日常生活中隨處可見的風險，增加犯罪者犯罪之困難，以減低其犯罪誘因。當代的情境控制手段簡直已經到了爐火純青的地步，甚至控制風險的責任也被分配予社會大眾。國家要求個人，以私的方式去計算自己周遭的犯罪風險，攜手防堵社會的死角，使生活空間盡量明亮。最常見的手段像是街頭巷尾隨處可見的監視器、私人機構的保全系統、夜間的婦女車廂、提款機前的後視鏡等等。

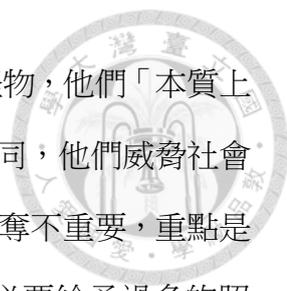
在以犯罪預防為導向的前提下，對於已發生的犯罪處理，此派犯罪理論並不是認為懲罰不重要，而是懲罰與其他犯罪抑止因素（名聲敗壞、人際關係破碎、喪失工作等）的作用相仿，只是一種阻止其犯罪的誘因。與其花費時間、金錢把犯罪人關入龍蛇雜處的監獄，讓他們在短期自由刑下習得犯罪的手段與習性，若能讓其儘早回歸社會，而經由加強該犯罪人周遭的監控機制，例如保安處分、定期追蹤等，達到對未來犯罪之預防，則是更經濟而有效的選擇。

相反地，在嚴格的刑事政策中，其理論基礎偏向 Garland 口中本質反現代性的「他者犯罪學」（the criminology of the other）。他者犯罪學與日常生活犯罪理論的出現時機大約都在 1970 年代刑罰－福利主義衰微之後，兩者同時從刑罰現代主義之失敗中崛起。然而他者犯罪學很難被評價為一個犯罪理論，一來，它並非犯罪學者們的研究成果；二來，它簡直逆其道而行，不再講究從科學的原因探討或預防犯罪，而是回頭把犯罪重新理解成個人的道德責任而訴諸懲罰。但是若要談論當代犯罪控制，實在無法閉而不談他者犯罪學，因為它嚴懲應報的情緒性訴求已經實在地重回刑事政策場域¹³⁴。

他者犯罪學的倡議者認為刑罰現代主義之衰弱是源自於自由派菁英對於犯罪太過軟弱、不願意評價、不願意譴責，對於懲罰及教條太過敏感、不信任應報主義的「自然」情感¹³⁵。相反地，這些倡議者本於新保守主義對秩序與權威以及絕對道

¹³⁴ 換句話說，他者犯罪學在這裡其實不是一個犯罪學中的領域，毋寧是觀察歸納近代各國刑事立法方式以及政策制定者的發言，所形成的一種面對犯罪的態度。

¹³⁵ David Garland, *supra note* 133, at 184.



德標準的信仰，將違反法律的犯罪人理解為邪惡的危險他者、怪物，他們「本質上是罪惡的或邪惡的」。這些犯罪者和擁有善良本質的我族並不相同，他們威脅社會安全、不顧他人感受。這些異族是不是生病、是不是面臨社會剝奪不重要，重點是他們選擇了從事邪惡的犯罪就沒有被理解的價值，因此也沒有必要給予過多的照護或關心他們的復歸與生活福利。既然我族與他族沒有溝通理解的可能，我們應該做的是時時刻刻防衛此等人，在辨識出這些怪物時把他們排除於社會。

在這樣的反現代觀點下，社會秩序誠然繫諸於社會共識，但這樣的共識是前現代的、機械式的，是立基於一套單一的價值體系，而非容忍差異的多元主義。任何人如果不願意或無法融入，就必須被強制驅逐¹³⁶。

上述看法並不是種誇大，甚至已經根植在我國的立法思想中，從假釋制度的修正理由對於屢犯重罪者認為其「對於刑罰痛苦之感受極低，顯見刑罰教化功能對其已無效，為了社會安全，酌採美國『三振法案』之立法精神，限制此類受刑人假釋」便可見一斑。這些犯罪者背後的結構性因素在他們屢犯重罪，而責任被理所當然歸因於犯罪者個人的難以教化予以隔離後，似乎便不值一提。更徹底的例子則展現在最高法院對 2014 年臺北捷運隨機殺人事件的被告的判決中¹³⁷。該判決一反我國實務過去十幾年所累積下來的對於死刑判決需考量行為人將來教化可能性的判準，而直言在行為人罪行重大非處以死刑無法「實現分配正義」時，即不需考量教化可能性。這則判決形式上僅僅是調整了判斷死刑的階段關係，將罪行與死刑之選擇先於教化與刑罰輕重之選擇，而將教化的考量限於死刑以外的刑罰；然而實質上這則判決宣示的重點有二。首先，我國實務肯認至少在已達「最嚴重」程度的案件中「犯

¹³⁶ David Garland, *supra note 133*, at 185.

¹³⁷ 最高法院 105 年台上字第 984 號刑事判決：「教化」非死刑刑罰之目的：於依「罪行」衡量「與罪相符之責」，再依其「罪責」衡量、選擇「相應之刑」及「與刑相當之罰」後，認非處以死刑無法「實現分配正義」、或符合前述社會上普遍認可之法價值體系及其表彰之社會正義，達到「處罰與防治最嚴重罪行」之功用時，則該「死刑刑罰」之目的僅有「處罰及一般性預防功能」，而無「特別預防功能」存在，已如前述。從而「教化可能性」即非此時應予考量者。本件殺人既遂部分，尚無因「教化」目的而考量上訴人「教化更生可能性」之餘地。



罪應報」思維先於其他刑罰目的¹³⁸。其次，在此類罪行中，犯罪人能否溝通已非司法關注的焦點，犯罪人因為其罪行而成為亟需被排除的怪物，只有乾淨而徹底的鑷除這個物體，才能保衛社會的安全。

這裡顯然有一弔詭。一套「寬嚴並進的刑事政策」背後卻是兩種截然對立的人類形象。在面對理性犯罪人時，我們不但認為「人」是能溝通的，甚至是善於算計而頭腦清新的。但一轉身，面對重大犯罪的人魔時，所謂的「人」又頓時成為一種無法改變、無法溝通的物。所有的吉凶禍福都無法對這個物起作用，他們象徵終極的惡，只能將其除之而後快、眼不見為淨。兩種截然二分的人類形象卻和諧的存在一套刑事政策中，隱隱透露出的其實是人類形象的虛無。

第二款 敵人刑法與市民刑法

前述是從社會控制的角度分析寬嚴並進刑事政策背後對人的假設。然本文認為德國學者 **Jakobs** 於 1985 年所提出關於敵人刑法的討論亦能在此提供對於「人的形象」的不同思考。姑不論學者間對於 **Jakobs** 提出「敵人刑法」的意義究竟是在正當化、描述亦或批評此概念有所爭執，本文認為敵人刑法的概念確實能輔助我們從不同的角度延續前文的討論。

Jakobs 認為敵人刑法與市民刑法是光譜上兩個端點的對立概念，在現實的法典中則是以不同比例混合出現。敵人刑法的特徵主要有四。首先，刑罰範圍會提前，從已經發生的犯罪轉向將來會發生的犯罪。其次，處罰雖然前置化，刑罰並不會等比例的減輕。其三，在特定領域直接以防治性立法的方式出現，例如：恐怖主義、

¹³⁸ 最高法院 105 年台上字第 984 號刑事判決：上訴人殺人既遂罪行已達「最嚴重」程度，復應負完全責任，已如上述。依此部分罪行相應之罪責而言，堪認亦達「最嚴重」之程度。則依現代刑罰理論之「犯罪應報」思維，若非課以死刑之處罰，實無以滿足「罪與責相符、刑與罰相當」之刑責要求。亦無法符合上述社會上普遍認可之法價值體系及其表彰之社會正義，達到「處罰與防治最嚴重罪行」所欲達到之維護社會每一個人生命權之目的。且無法有效發揮刑法之社會規範功能。

組織犯罪、性犯罪以及經濟犯罪。其四、對行為人會減少部分訴訟上的保障¹³⁹。

一般而言學者在闡述市民與敵人間的差異時，市民是指原則上會尊重規範，並尊重他人、身負權利及義務者。市民即便失足犯下過錯也不至於毀壞社會根基，且會在犯罪行為之後回到對規範的尊重，重新保證其安全性。相反地，敵人透過他的所作所為傳達地不僅僅是個別性地法益攻擊行動，敵人會不斷質疑規範效力，並且動搖他人法律上人格形成的前提條件。因此，敵人等同於社會中的危險源，需要被徹底撲滅、根絕¹⁴⁰。

如果要用 **Jakobs** 的方式更精確地解釋為何能區別不同方式對待敵人與市民，必須回到 **Jakobs** 對於犯罪與刑罰的理解。**Jakobs** 認為如果無所謂秩序，那就不存在犯罪，犯罪便是將現實秩序中的規範予以破壞。而現實秩序是由具有法律上人格之眾人透過規範關係所形成的狀態。現代國家在已經建立現實秩序的狀態下，對於一般罪犯其實並不把他視為一個必須予以消滅的敵人。一般罪犯透過自己的犯罪行為破壞了規範效力，那麼便須承擔刑罰以補救受損的規範效力。這裡涉及的是秩序的維持。

在說明敵人的情形前，值得補充的是無論是規範關係、規範效力或法律上人格，都必須與社會形構彼此相配合適應，才能算是符合現實而存在的。也因此，人對他人具有人格一事雖然會有所期待，但當犯罪人屢次與法律相悖，而讓這些期待落空時，會削減他人將其視為具有人格之人予以處遇的意願。換句話說，該犯罪人的法律上人格在「現實上」便會遭到否定。這個犯罪人既然無法證明自己能進入市民狀態，那他也就不該分享具有人格之人所帶來的好處，而是屬於從市民狀態中切割出的自然狀態中的敵人¹⁴¹。

¹³⁹ Miguel Polaino-Orts (著)，徐育安 (譯) (2009)，〈以功能破除概念迷思：敵人刑法〉，《法學新論》，第 22 期，頁 38。

¹⁴⁰ Miguel Polaino-Orts (著)，徐育安 (譯)，前揭註 139，第 34-35 頁。

¹⁴¹ Günther Jakobs (著)，徐育安 (譯)，〈市民刑法與敵人刑法〉，《刑事法之基礎與界限》，頁 24-28。



對於如何處置自然狀態中的敵人，此時已經不可與規範效力或秩序的維持同日而語。這些敵人所象徵的是「團體的一法律的狀態」尚未建立完全。而敵人刑法的正當性或許就在於由自然狀態到「團體的一法律的狀態」的過度過程中有必要利用類似於戰爭的手段排除立即的危險，並重新建立秩序與規範，以長遠的維護市民的正當權利。換句話說，建立秩序的強制與維護秩序的法律是必須區分開來的¹⁴²。既然這是為安全而展開的戰爭，所以正確來說，不能以犯罪與刑罰的角度視之。

敵人刑法與市民刑法的概念雖然看似與刑罰作為社會控制手段的討論有一段差距。然而，本文認為有三項重點能夠銜接到前述的討論。首先，市民刑法的前提是規範關係與秩序存在之必要性。為此目的而開展的論述與制度其實正是為防免現代國家顛覆的廣義社會控制。而其次，在敵人刑法的概念下，敵人「自我放逐」，同時「被放逐」於市民狀態之外。因此，面對敵人並非從一般的刑罰目的（在市民刑法是出於規範效力的維持）考量對其的措施。在聲稱敵人不屬於「團體的一法律的狀態」而須以戰爭討伐時，毋寧使敵人與他者犯罪學中的危險他者有相同的形象。在這部分，無論說詞為「基於預防而排除」或「為了建立規範而展開戰爭」其實意味的都是能夠以強制、非常手段、激烈的方式處理主權者認為特殊的狀態。最後，本文認為敵人刑法的概念不謀而合地符應了寬嚴並進刑事政策背後最值得討論的「對人的區分」。Jakobs 指出敵人刑法與市民刑法是光譜上兩端的概念，正如寬嚴並進刑事政策將人區分為理性犯罪人與人魔一般。

而追問將人分類的原因為何，正是在直搗寬嚴並進刑事政策以及敵人刑法的核心價值—人類形象為何，但這層本質的討論卻總是被忽略。由此可看到，不論是我國提出的刑事政策走向，或者刑法學者論述「國家—規範效力—人格」間的關係，其實都擺脫不了對於人類形象的論述。因為，社會控制自始就是關於人類治理的藝術，不談人類本質，便無法完整。但上述兩支論述皆未意識到區分的實質意義，因此本文接下來想點出區分背後所象徵的社會價值，並點出修復式正義所提出的另

¹⁴² Günther Jakobs (著)，徐育安 (譯)，前揭註 141，頁 38。

一種人類形象取鏡。因為，正是人類形象的基本理解差異，使修復式正義的實踐陷入重圍。



第三款 小結

本文選擇以與我國較貼近的寬嚴並進刑事政策的觀點延續前文。在寬嚴並進刑事政策中，我們看到兩種南轅北轍的犯罪者形象。一方面在採取寬和的刑事政策時，犯罪人被假設為理性、擁有自由意志而懂得趨吉避凶。相反地，另一方面在嚴格的刑事政策中，犯罪人的形象被妖魔化到不配稱為「人」。然而理性之人或魔鬼是天生的嗎？人有可能是完全的、永久的理性之人或魔鬼嗎？本文認為在日常生活犯罪理論以及他者犯罪學開展的背後，有兩項社會事實作為基礎前提支持著這迥異的兩套論述。這兩項基礎前提分別是「摒棄規範道德的建立」以及「人類形象的模糊化」。而這背後共通的社會事實才是使寬嚴並進刑事政策能在相悖、矛盾的理論中續行不墜的真正原因。

規範道德的建立，在日常生活犯罪理論裡，被視為是枝微末節，不重要的事項；不如將心力、資源投注於整合社會系統的情境擺設。此說認為，即便社會大眾心中沒有一致的規範道德，但只要每個人透過社會系統恰當的安排，受到適當的監視，便不敢違反規範，會自律地保持井然有序的社會，這便是最好的社會控制。至於他者犯罪學雖然重振規範、道德、權威、秩序的價值，然而卻是以一種幾近情緒性的方式怒斥不符合這種期待的犯罪人。他者犯罪學不問規範何來、規範道德如何建立、規範共識的意義，而將焦點僅僅置於規範被違反時規範的再確立。這種跳過規範道德的建立而直接要求對規範絕對遵守的論述，使社會不正義、犯罪者的特殊性格都成為犯罪人自己必須負擔的不利益，也使這種嚴刑峻罰有「不教而殺謂之虐」的陰影。總之，日常生活犯罪理論與他者犯罪學在建立規範道德此一層面的論述本文認為都是真空的。

其次，關於日常生活犯罪理論以及他者犯罪學背後人類形象的糊化問題，則更



是意味深遠，而與本文主題有不可分的關聯。將犯罪人當做理性之人包含進我族，或將犯罪人當做魔鬼排除看似天差地遠，但其實展現的是對於中間灰色地帶的漠視與不在乎。過去犯罪理論從古典學派發展到實證學派再到批判學派，學者從生物學、人類學、心理學、經濟學到社會學¹⁴³，無不致力於揣摩個別犯罪人的犯罪成因與特徵，針對不同犯罪者嘗試設計符合的處遇措施。然而隨著刑罰－福利主義的式微，象徵的正是對於個別化處遇的否定。隨之而起的寬嚴並進刑事政策與其說細緻化了對於犯罪者的分類，用適合的方式處理不同的犯罪類型；比較實際的說法反倒是，個別犯罪者的形象究竟為何已經不再重要，重要的毋寧是能不能在具體犯罪人出現時作 A/B 類的區分。個別犯罪人逐漸轉變為無臉孔的犯罪人。

國家逐漸重視犯罪人透過其犯罪行為所帶起的「社會效果」，根據平復社會效果的需求去處置犯罪人。在輕微的案件發生時，將犯罪人視為理性犯罪人，不太會引起爭議，反倒能營造一種寬容、鼓勵改過、肯定自新的集體觀感，讓社群成員認為所處的社會是大愛的。而在重大犯罪發生時，則無所不用其極地將犯罪人貼上人魔的標籤予以隔絕，進而保衛社群的安全。

原本也許我們該激烈的懷疑，這麼一來，難道不會使處於理性之人與危險他者之間的犯罪人因為無法判斷其危險性而過輕或過重的被處置嗎？確實如此。但是對於這個問題，本文能代為提出三層回應。首先，如果了解刑罰在當代社會控制所扮演的腳色，這樣的質疑會很快地遭到否定。國家如今並不把刑罰作為有獨立功能的單位，刑罰毋寧是服膺於整個社會控制的一環，因此刑罰逐漸失卻單一衡量輕重的判準。要說在刑罰同時有應報、隔離、一般預防、特別預防、矯治、教化等功能下，個案的刑罰是太輕或太重，實在是十分困難。

其次，個別的犯罪人是有危險也好、沒危險也罷，當代國家施展刑罰未必是真心的想要處理個案中犯罪人的問題，即便採取緩和的措施也不全然是要幫助個案犯罪人去適應這個社會，國家只是有效率的在治理整個風險社會，基於精算的風險

¹⁴³ 林山田、林東茂、林燦璋合著（2011），前揭註 12，頁 22 以下。



考量，替犯罪人安排一個在這個社會上從大眾利益出發最適合他生存的位置。對於「被認定」（有時這個精算也未必多精確，群眾的情緒也能被包裝成合理的估算）為危險性難以消除的個人，國家便透過刑罰將其盡量長期的監禁在大眾所看不到的地方，任其被遺忘以達到防衛社會的目的。至於能不能透過矯正讓其回到社會是次要的問題，只有在犯罪人「證明」自己不再具有危險性時（若社會不相信，那也不是成功的證明），才可能讓其重返社會。而被認定無危險性或犯罪輕微的犯罪人，由於對於整個社會經濟的生產都還是極有用途的，將其監禁反倒增加國家負擔，於是乎使其盡快回到正常崗位毋寧是較符合效益的。換句話說，即使一兩個犯罪人被過輕或過重的對待，只要整體社會風險被維持在可接受的範圍內，對大眾而言應該都是可以接受的。

本文認為真正要問的反而是理性之人與危險他者間的差異是實存的，抑或只是犯罪控制上基於便利性的區分。這個問題相似於當代在討論死刑存廢時會糾結的論辯——是否存在絕對邪惡之人。兩個提問都在摸索存於每個人內在深處的善惡屬性。然而當今科學，無論是心理學、醫學或生物學，都無法提供完整的說明，以解釋人外在行為所顯示的善惡與其內心善惡的關聯、內心善惡與外在行為善惡的原因，以及該人將來的內外行為將會如何。當然更無法對於誰是理性犯罪人／人魔、敵人／市民，截然劃分出屬性。於是，依存於當代的我們，既然沒有唯一解，我們至少應該做到去相信——相信人是能夠互相溝通進而盡力理解彼此的，並從已知、已存的個體去累積關於人類形象無窮盡的想像。這才是對於建立以人為基礎的刑事政策、社會控制負責任的方式。然而，在刑事政策自負地選擇以截然二分的方式對待犯罪人的趨勢中，反映出的卻是從社會到國家對於犯罪人的本質拒絕理解，人類形象於是剩下無止盡的鬼影，再也沒有痛、沒有笑、沒有苦、沒有樂。人作為主體的概念，在此脈絡下可說已消失殆盡。個別的人消失於作為主體的社會，而服膺於社會成功、滑順的運行，並且必須依照社會的需求被安排著。

相較於此，修復式正義的前提乃是以個別的人為出發點，肯認「每個人」的主



體地位，也肯認每個人基於主體地位所發出的需求及感受，當然也包括犯罪人。人們於群體生活、互動時，當然會有需求、感受的衝突，犯罪正是人群互動中的一種常態，修復式正義認為此時需要的是重新的溝通、協調、解決人與人之間的衝突。修復式正義中反覆提倡的正是把犯罪抽象的概念、抽象的法益、抽象的損害、抽象的人際關係、抽象的臉孔摘除，力求返回具體、實在、有臉孔的人與人之間的關係。

但是在當今充斥「模糊化的臉孔」的社會中，對於人的形象假設如此迥異，殊難想象整體社會處境願意豎耳傾聽人與人之間的低語。本文認為如果我們對修復式正義有所期待，更急迫而無法回避的是必須把撥亂的焦距找回來，讓視野能清晰些，透過社會集體的力量重新看到每個人臉上獨一無二的面孔。修復式正義已經不是一項制度本身推行與否的問題，涉及的必須是社會集體對於周遭一個個他者的重新想像與對待。

第三項 「社區」的瓦解

「社區」一詞，在修復式正義的討論中，出現的頻率與受重視的程度簡直不亞於受害者、加害者這兩個腳色。原因可能有幾個部分，首先，修復式正義十分重視加害者的社會復歸。對於加害者而言，除非是判生命刑或者終身自由刑，否則終歸是要回到社會中。若犯罪人未能妥善教化融入社會，卻反覆進出、往返、徘徊於監禁機構與社會間，不但對於加害者沒有幫助，毋寧將對社會造成更大的威脅，因為加害者在這過程中只是一再地確立自己被社會邊緣化的地位，對於自己以及外在環境感到絕望而沒有向善的動力。要協助加害者返回社會，反而是社會主動的、善意的協助，例如提供加害者所需的物質支援、心理輔導、精神支持、就業指導、人際互動等等較有力。

再者，如前所述，修復式正義十分重視被害者在具體個案中所承受的傷害。過去刑事司法未能在案件處理中、案件處理後對受害者提供支援；然而在修復式正義下，這些支援本身都成為案件的一部分而應被正視。受害者周遭的社區被認為是提



供受害者受害後物質、心理幫助的重要管道。

「社區」之所以重要，更在於修復式正義認為犯罪是人際關係的破壞，而「社區」是國家、社會底下用來修復、重建人際關係較佳的單位，因為社區代表的是一群擁有類似生活經驗、相似價值觀、相似信仰、互相支持鼓勵而有緊密關聯的共同體。犯罪雖然看似是加害者與受害者間的紛爭，但修復式正義認為透過犯罪真正突顯的可能是加害者與社區關係的剝離，經過具體加害者與社區關係的重建能避免該加害者重蹈覆轍。透過犯罪帶來的可能還有受害者與社區間關係的危機，因為受害者在遭逢傷害後時常會經歷一段不信任，需要透過人際網絡的支持，來陪伴受害者面對已發生的傷害，並重新建立他的生活。而社區本身作為一個有機體，在不同犯罪發生後不免會經歷或大或小的動盪與分裂，這些也需要經過屬於社區的個體們共同而有意識的理解、溝通與修復後，才能逐步被化解。

但是在修復式正義的討論中，其中一項爭議便在於何謂「社區」？又「社區」在現今社會中還切實存在嗎？McCold 曾說道「只要我們持續鬆散而不精確地使用『社區』一詞，修復式正義的理論就沒有辦法一貫地發展。¹⁴⁴」這句話本身有兩層含義。第一，McCold 認為一個精確而具體的「社區」概念是存在的；第二，McCold 認為社區的精確定義對於發展一個協調的修復式正義理論是很關鍵的¹⁴⁵。

McCold 自己提到兩種社區的可能型態，第一種稱為微型社區（Micro-community），指的是以加害者、受害者為中心進一步擴展出去的個人網絡，他們關心加害者或受害者，並可能在侵害事件後亦感到恐懼或苦惱，或經歷物質、精神上的傷害，這些人被稱為「關心的社區」。相反地，另一種社區型態是廣大社區（community at large），指的是社區中的成員皆住在特定地理範圍內，享有共同的治理、並有共同文化與歷史遺產。這兩種社區定義上的差異，在於微型社區是出於

¹⁴⁴ Paul McCOLD, *supra* note 35, at 391.

¹⁴⁵ Lode Walgrave, *From Community to Dominion: In Search of Social Values for Restorative Justice, in RESTORATIVE JUSTICE—THEORETICAL FOUNDATIONS* 71, 71 (Elmar G.M. Weitekamp & Hans-Jürgen Kerner eds., 2009).

「對彼此的關懷所形成的個人社區」；而廣大社區則包含抽象的受害者，換句話說就是對犯罪感到警覺的成員們。後者要求社區對犯罪作出反應主要是在確認「所發生的是錯誤的，並且對於犯罪已經採取建設性的措施與步驟來防免它再次發生」¹⁴⁶。

除了上述兩種分類外，學者各自又提出不同角度思考下的社區，無不是從修復式正義修復關係的角度提出適當的社區想像。然而這些社區未必存在於社會中的事實，正是造成修復式正義如同天空之城般虛幻的原因。以下本文將說明學者所列舉的社區所隱含的疑慮，最後對社區提出不同的思考。

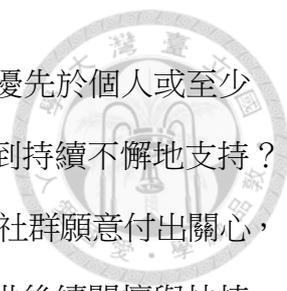
第一款 微型社區

針對微型社區而言，若區分加害者方面與受害者方面討論，在加害者方面，犯罪在它不幸發生之後，與其說希望「對加害者關心的社區」能在此時提高他們的連結性，並提供非正式的社會控制力量，事實毋寧是「對加害者關心的社區」已經透過犯罪發出警訊，傳達出此一社區的連結可能過於薄弱而無法負擔內部支持的力量。這時候對於加害者而言，是否能夠期待周遭的微型社區積極、主動地投入協助加害者復歸於社區的工作，或許是很無奈而不樂觀的。就如同 Johnstone 所言，雖不至於說現代人是全然個人主義的，但現代鄉鎮或城市的居民與其社區並不是緊密聯結的。就他所言，我們還是互相依賴的，但我們的關連已經趨於較不緊密、不連續。傳統社區的控制已經弱化而現今社區的內在依賴已經難以稱為「社區」。即便是用「個人中心式的社群主義」來界定社區，Johnstone 仍對於是否所有加害者都能找到支持者抱持懷疑，即便支持者能夠被找到，支持者又是否能有效地幫助加害者重新整合進社區呢¹⁴⁷？

再者，於受害者方面，微型社區也可能有類似的困境。雖然對於受害者所遭受的傷害，周遭的人際網絡通常會比較同情而樂於付出關心，但在一個已經逐漸偏向

¹⁴⁶ Inge Vanfraechem, *Community, Society and State in Restorative Justice: An Exploration*, in *IMAGES OF RESTORATIVE JUSTICE THEORY* 73,77-78 (2007).

¹⁴⁷ *Id.*



個人主義的社會中，對於人際互動的基本觀念早已經不是群體優先於個人或至少群體與個人相同重要時，則有多少受害者周遭的微型社區能做到持續不懈地支持？也就是說，更常見到的其實是在損害後的短時間內，較大範圍的社群願意付出關心，但伴隨著時間流轉，真正能持續以穩定的微型社區對受害者提供後續關懷與扶持的是較過去小規模而負擔較重的最內圈人際網絡。如果期待的是這樣的微型社區給予受害者精神、物質上的支持，則修復式正義提倡「社區」與否簡直是沒有差別。因為可能只是淪為「多多關懷周遭親友」等口號上的呼籲，對於實際犯罪所生的關係損害未必能起多大作用。

第二款 廣大社區

相對地，多數學者在修復式正義底下所談的「社區」其實是指向廣大社區。依照前述 McCold 所給的定義，原先指涉的廣大社區其基礎應該是以一般社會、市民為中心，根據地理、成員關係所形成的生活共同體。但不少學者也意識到，現代工業化國家中，所謂高度關聯性的傳統社區，就如同微型社區一樣，功能已經逐漸萎縮，甚至崩潰解體的速度比微型社區更快、更全面。尤其是在現代以西方文化為模型的都市中，要說互相扶持的社區還存在，而犯罪後的首要任務之一是去恢復原本社區間的關係，並藉由社區的力量給予加害者、受害者幫助，實則已經稍嫌不切實際。譬如當今街頭的搶案，加害者、受害者可能居住地相隔好幾公里，並屬於完全不同的社群網絡，在這情形下如何去動員「社區」？即便加害者與受害者生活在相同的街訪鄰里間，當今社會事實卻是公寓住宅或高樓大廈同棟的住戶都未必相識，則又要如何將社區視作一個網子承接住加害者、受害者雙方？共享的價值與團結互助或許在一些地域網絡中還存在，並具有影響力，但已很難將其視作普遍的社會條件。多數的犯罪反而是發生在「欠缺地域社區」的社會環境中，因此這些犯罪的解決方法仍舊必須從它本身的社會環境中去找尋¹⁴⁸。

¹⁴⁸ Lode Walgrave, *supra* note 145, at 76.

第三款 以利益為基礎的社區



抱持比較樂觀看法的修復式正義學者嘗試轉而看向現代都市裡以利益為基礎的社區（interested-community），試圖用以取代以地理為基礎（geographical basis）所建構的社區¹⁴⁹。確實在歐美以及澳洲的許多區域中，以其他組織成員或教會的力量來推動修復式正義皆有不錯的結果。這些計畫都屬於擺脫地域限制，而由其他利益、精神歸屬所凝聚的社區力量所策劃的。但是若細究其本質而言，能否有良好的修復計劃結果，在這些社區中毋寧是仰賴該社區本身所具有的互動密切性，或者由宗教出發所凝聚的動員力量。換句話說，本身就已經有號召力的團體，在發揮再整合功能部分其實是有潛力的，於是修復式正義的提出與施行，反而如同順水推舟般，較不用擔心欠缺來自群體的支持¹⁵⁰、加害者與被害者的參與。

於是，更根本的問題在於，現今一般社會中如果不存在緊密的地域關聯性，是否真的普遍存在以利益、以精神為歸屬，而緊密連結的社區呢？再者，哪些利益或精神為核心所組織起來的社區適合修復式正義深耕呢？本文懷疑的是，修復式正義提倡者之所以依依不捨地將修復的寄託擺向社區，應該是因為社區在人們依稀、模糊的印象中便如鮑曼所說的共同體一般，是人們能相互信賴對方善意的地方。當我們跌了一跤，對方會幫助我們站起來。沒有人會取笑我們的笨拙或幸災樂禍。如果我們犯錯了，我們可以坦白、解釋、道歉、悔過，他人會同情地傾聽並原諒我們，沒有人會永遠懷恨在心¹⁵¹。這樣的社區或說共同體生活，確實很符合修復式正義以互相理解為開端所建構的紛爭解決機制。

但，對於過去的追憶並不能保證現在與未來的適合。相較於過去歷時長遠所形成的穩定社區，今天以利益為基礎所形成的社區或社群是零碎的、片段的、方便的、隨手的。換句話說，人們基於自己的利益出發，自由選擇要加入的社區，於是一個

¹⁴⁹ 警學叢刊編輯部（1997），〈明恥整合、共和主義及政策〉，《警學叢刊》，第 27 卷 4 期，頁 225。

¹⁵⁰ 陳珈谷（2002），前揭註 36，頁 89。

¹⁵¹ Zygmunt Bauman, COMMUNITY-SEEKING SAFETY IN AN INSECURE WORLD 2 (2001).



人可以同時屬於好幾個社區、也可能不屬於任何社區、可以輕易地加入或退出，而不見得有太多責任義務、同個社區的人只在限定範圍內共享特定利益，而在其他生活層面不必要有所牽連或共享價值觀、社區內的人也不需要對社區的長遠發展有歷史包袱，最重要的是以利益為基礎所形成的社區其內部成員們仍舊是完整、獨立的個體，不存有太多羈絆。這些特徵使得以利益為基礎的社區即使再怎麼蓬勃而普遍的發展，都離修復式正義提倡者所想像的共同體極其遙遠。因為社區的出現方式、社區成員間的關係、建立背景、密切程度都已大不如往。

終究我們必須大膽地問道，儘管我們想以不同介質（情感、地域、利益、精神）去論說人群間有密切的聯繫、情感的依賴，而能作為修復式正義開展的沃土；但這會不會只是自欺欺人，是我們不願意切身去反省、去認清：「個人原子化下的現代社會，是不可能或難以尋得舊有形式的、關係緊密的、情感依賴的、精神寄托的、共同經營的、自然形成的社區」？

第四款 有關社區的反思

討論至此，關於一個凝聚的「社區」的回想或遙想看似都僅剩一扇扇緊閉的大門，也難怪在現代社會中談修復式正義的實踐如此困難。然而，本文認為看清自己身處的社會環境，正是建構理想社會的第一步，也正是此刻我們才能開始重新建構修復式正義的骨幹。

其實傳統社區的崩解未必是對於修復式正義的否定，也不當然阻礙對於互相扶持社會的追求。如果我們回溯上個世紀的歷史，我們可以看到 1970 年代年輕人是如何為了將自己從社區中解放而搏鬥，他們認為來自教區的社會道德控制，限制了他們的自主性與創意。是這些對於自我價值、自我決定的追求，一步步透過社會運動顛覆過去傳統社區價值施加在個人身上的箝制。在這意義底下，社區並不總是良善的，社區的危險在於以「社區」之名，可能開展各種不合理地控制、區域的汗

名化以及排除¹⁵²。社區總是藉由標誌出何者不屬於社區來定義出社區的範圍（defining what a community is by deferring to what it is not.）；透過指出不同於「正常人」、或者可能動搖到「正常人」所共享的道德且和平的社區的陌生人，來篩選出一個社區¹⁵³。甚至可以說，要找到一個能完全包容所有人的社區，現實上簡直是不可能的。因此，在修復式正義不停歌頌社區中和善、團結、熱情、樂於助人的價值時，必須反覆質疑的是，在社區中，這些價值是否是有條件地只賦予給順應於體制權威、而甘於受壓抑的有限成員。

縱然「社區」本身有排除、權威的危險，學者們還是不放棄去論述可能的、較佳的、理想的社區；另外，討論修復式正義時，不能避而不談社區，更根本的原因或許正在於，人必定是在某種群體中尋找歸屬點。犯罪等紛爭發生時，社群比起國家更有解決紛爭的效果。而以修復機能來論的話，社群又比國家更具優勢¹⁵⁴。關此，高橋則夫就直白地談到，修復式正義的志向並不在於恢復傳統的社區，而是藉由參加與對話的過程，試圖去建立一個能使各式各樣的價值實現成為可能的社區¹⁵⁵。Pavlich 也認為在修復正義追求社群而失敗的過程中能夠發現，對社群的理解是有在進步的，是在邁向一個不追求統一價值的社群¹⁵⁶。Walgrave 更進一步提到，在現代民主國家中，如果要提倡修復式正義，我們必須由社區的概念往社群主義移動，相較於去提倡一個領域上的社區，我們該提升的是社會—倫理的態度或功能，具體而言則包含：互相尊重、團結、負責，這些才可能跨越地域而成為不被特定社區所獨享的特權¹⁵⁷。

總的來說，在建構修復式正義之時，本文認為應該先從對人的理解出發。基於

¹⁵² Lode Walgrave, *supra* note 145, at 76.

¹⁵³ George Pavlich, *The Force of Community*, in RESTORATIVE JUSTICE AND CIVIL SOCIETY 56, 60(Heather Strang & John Briathwaite (eds., 2001).

¹⁵⁴ Lode Walgrave, *supra* note 145, at 76.

¹⁵⁵ 高橋則夫（2007），前揭註 123，頁 99。

¹⁵⁶ George Pavlich, *Deconstructing Restoration: The Promise of Restorative Justice*, in RESTORATIVE JUSTICE—THEORETICAL FOUNDATIONS 90, 99-102 (Elmar G.M. Weitekamp & Hans-Jürgen Kerner eds., 2009).

¹⁵⁷ Lode Walgrave, *supra* note 145, at 77.



對人的差異以及人性的普遍性的理解，繞過對舊有社區、社群的論述，因為他們總是帶有排他的必要；接著，盡量去尋找共同生活的重要元素與信念。這裡的「共同」反而應該是修復式正義能否開展的精隨。最後，才是實踐層面的制度設計問題。在下一章，本文即會循著這個論理脈絡談我國的修復式正義是否可能實踐，又該如何實踐。

第三節 與刑事司法程序間關係曖昧

第一項 修復式正義於司法系統中之定位

從前幾節的論述，可以發現修復式正義的困境除了來自修復式正義本身概念的模糊性、也來自對於外在社會環境的想像落差。除了內外在此的困擾外，修復式正義與當代刑事司法程序間的關係亦增添問題的複雜程度。修復式正義與當代刑事司法系統間對於懲罰的態度，已如前章所述，構成兩者間的本質差異。但是即便理解修復式正義的基本概念，真正的問題反而在於如何回歸現實，討論修復式正義與當代刑事司法系統的關連性。換句話說，修復式正義該在哪個位置與刑事司法程序互動？或者修復式正義該以如何的姿態協助紛爭解決？

Walgrave 認為先決的課題在於我們是把修復式正義當作一系列的技術操作融入既有的懲罰系統，或者修復式正義待其成熟後能在遠程目標上取代既有的系統¹⁵⁸？該問題質問的應該是「修復式正義」究竟僅僅是個概念精神、還是能夠作為一個獨立制度？

第一款 概念精神

如果是前者的話，修復式正義仍舊是服膺於刑事司法系統。只不過，修復式正義乃透過較軟性的手法來協助達成原有的刑事司法目的。在修復式正義被當作是

¹⁵⁸ Walgrave, L., *supra* note 44, at 12.



附加於既有體系時，有學者認為理論上必須要思考的內容有如下¹⁵⁹：

1. 哪些修復式正義的目標在道德上是有價值的？
2. 哪些目標在刑事司法系統是能達成的？
3. 哪些刑事司法系統內的改變（實務、立法、理論）是達成上述目標所必需的？
4. 刑事司法系統包含修復式正義後，有哪些影響？哪些修復式正義的目標或刑事司法的價值被扭曲呢？
5. 如何能極小化這些扭曲呢？
6. 在一些目標、價值被扭曲的情況下，將修復式正義包含進刑事司法系統還是個正向的選擇嗎？

在修復式正義作為一種概念精神注入既存的刑事司法程序時，修復式正義的目的不能脫溢於刑事司法系統本身的目的。而由於關係修復的目的與刑事司法系統內預防、應報、矯治等目的其重要性相等，因此關係修復並不是個案中最重要的部分。修復式正義的推動必須在不動搖刑事司法系統根基的前提下，完善其不足的部分。

第二款 獨立的制度

對於另一些修復式正義的倡議者而言，他們認為修復式正義能夠在大部分或全部的刑事案件中部分或全部取代刑事司法，成為獨立的紛爭解決制度。很久以前，德國法哲學家 Gustav Radbruch 就提過，刑事法最佳的改革就是被取代，不是被較佳的刑事司法所取代，而是被比刑事司法更好的東西所取代¹⁶⁰。在如此企圖心下，修復式正義若要完全取代刑事司法系統的話，基於整個體制的變動成本重大，必須有更全面的理論基礎支持修復式正義較當代的刑事司法系統，更有能力擔負起社會對犯罪回應的期待。

¹⁵⁹ Marko Bošnjak, *Some thoughts on the relationship between restorative justice and the criminal law*, in *IMAGES OF RESTORATIVE JUSTICE THEORY* 94, 95-97(2007).

¹⁶⁰ Radbruch, G., *Filozofija prava*, Ljubljana, Cankarjeva založba, (2001)轉引自 Bošnjak, *supra* note 159, at 97.



換句話說，當代刑事司法會成為檢驗修復式正義的基準，如果修復式正義的目標和當代刑事司法相同，則必須有較好的效率；如果目標異於當代刑事司法，則必須論證新的目標是社會所需要而可能達成的。而如果當代刑事司法的特定目標、價值與修復式正義的目標、價值相異且皆值得保留者，則兩者的目標各自為何便會成為論述的核心，必須清楚說明修復式正義獨立於刑事司法系統、和刑事司法系統各自為政的理由何在。

根據比例原則的概念，學者提出以下幾點以檢測修復式正義是否適格取代刑事司法系統，或能獨立於刑事司法系統自成一格¹⁶¹：

1. 刑事司法系統的目標為何？功能為何？
2. 哪些目標、功能該被合法化？
3. 修復式正義與刑事司法系統何者較能有效運作這些功能？
4. 修復式正義與刑事司法系統各自對於行為人干預程度如何？

第三款 本文見解

然而，本文認為「修復式正義」作為一個概念精神或獨立制度，並不必然衝突，即便是獨立制度也需要上位的概念精神作為制度的指導，當概念精神夠完整時，依循著穩健的理念，制度的雛型便能呼之欲出。反之，或許正是因為修復式正義的概念太過搖擺、飄忽，才會使得修復式正義應該在概念層次、原則層次或是制度層次被導入成為困擾。

第二項 可能形態

接著，本文想從實務上已運行的幾種模式出發。學者 van Ness 將修復式正義與傳統刑事司法間可能的互動關係分為四種模式¹⁶²，分別為單一模式、雙軌模式、

¹⁶¹ Bošnjak, *supra* note 159, at 97-98.

¹⁶² van Ness, *supra* note 41, at 14-17.

安全網模式、混合模式。此四種模式的差異傳達出的是對於修復式正義及刑事司法系統間，不同目的、功能、優缺點的想像。以下分別介紹之。



第一款 單一模式

單一模式認為當代刑事司法無法適切處理問題，因此應該採行完全的修復式正義。單一模式的推展，可能是由刑事司法系統轉變為以修復式正義的目的與價值為主，或者刑事司法系統直接被修復式正義完全取代。Wright 嘗試提出前者的實踐方式，他認為在刑事司法往修復式正義演變的過程中，以應報哲學為基礎的法院必定會首當其衝遭遇不少衝突，因此應該先對少年犯實踐修復式正義，接著再循序漸進地擴大至成人犯，最後朝向一個完全以修復式正義為基礎的刑事司法¹⁶³。截至目前為止，單一模式還只是一種想像上的模式、長程的目標，尚未有國家以修復式正義完全取代原有的刑事司法系統。

第二款 雙軌模式

在雙軌模式下，修復式正義與刑事司法系統同時並行，偶爾合作。這個模式下，修復式正義與刑事司法即使理論上不見得需要並存，但在實務運作上被認為都是必要的，而基於當事人的選擇，可以自由地從一種模式切換往另一種模式；獨立於刑事司法系統外的修復式程序是規範所需，並不是一種策略。

在加州的 Fresno 被害人—加害者和解程序中，便是完全以社區為基礎，資金亦是源自社區。整個和解程序處在刑事司法系統的外部。這個程序與刑事司法唯一的相交只在從正式機關接收少年案件與成人案件轉向的當下¹⁶⁴。

第三款 安全網模式

¹⁶³ 高橋則夫（2007），前揭註 123，頁 24-25。

¹⁶⁴ van Ness, *supra* note 41, at 14.



這種模式是前兩種的變體，這個模式的目標指向單一模式，但是在結論上認為刑事司法系統仍舊需作為安全網，在修復式程序運作時扮演協助的角色、失敗時承接起程序的進行（例如，當有罪與否成為問題時）。

在澳洲的修復式正義運作中，Wagga Wagga 是警察階段的轉向程序，是一種家族集團會議。家族集團會議一般由社區、法官、協調者組成，實施場地在社會福利中心、學校、社區機構、警察機構中。整個過程依照協調者的安排，由加害者開始說話、被害人及其他參與人接著說話，協調者會給予他們平等的機會。協調者有權利決定重要的參與者並召集被害人及加害者的近親、警察、社工等等。Wagga Wagga 被歸類為安全網模式的原因，在於警察在 Wagga Wagga 會議中有主導作用，公權力是作為程序能夠順利運作的協助者。換句話說，整個程序是以修復式正義為主，而刑事司法的強制力為輔在監督整個過程¹⁶⁵。

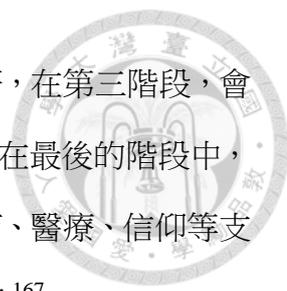
學者 Braithwaite 則認為從懲罰性的刑事司法系統完全轉變成修復式正義，不僅不可行也不實際，因此提出一種類似於安全網的模式。他認為應該先嘗試以修復式正義為處理犯罪的首要策略，因為修復式正義較為便宜、高尚，且負面反應較小。但當修復式正義失敗時，則應該回歸使用威嚇式正義或隔離式正義等傳統手段¹⁶⁶。

第四款 混和模式

在混合模式中，部分突顯的是堅強的修復式正義價值，而其他部分反映的是當代刑事司法價值。其中一種運作方式就是在下判決前皆採取傳統的對抗程序，判決後進入修復式程序。在混合模式中，修復式正義及當代刑事司法的特徵共同構成規範性程序。另有學者 Nils Christie 提出一種包含四階段的混合模式，他認為第一階段應該採取傳統的刑事司法程序來確認是否成立犯罪、並確認犯罪人為誰。第二階段則是出於修復式正義的概念要考量被害者的處境，必須仔細考量從加害者、社區

¹⁶⁵ 更多關於 Wagga Wagga 及家族集團會議請參考高橋則夫(2003)，《修復的司法の探求》，頁 130-134，成文堂。

¹⁶⁶ 許春金(2003)，前揭註 57，頁 44-45。



到國家能為受害者做什麼，這階段可能耗時幾小時到幾天。接著，在第三階段，會由法官來衡量加害者已承受的痛苦之外，多少的懲罰是必要的。在最後的階段中，基於法院對加害者個人狀況的理解，必須提供加害者社會、教育、醫療、信仰等支持，學者認為這不是為了預防再犯，而是本質上應該採取的作為¹⁶⁷。

混合模式尚有許多其他的構成方式，然主要的概念在於透過將程序切割成多個階段，適用不同的司法形式。

第三項 本文見解

如上所呈現的模式，是修復式正義與刑事司法程序間互動關係的簡要分類，現行的修復式正義程序並不是只有這四種模式，更多的設計是介於這些模式間的。然而，藉由討論、比較上述的分類方式，可以幫助發掘修復式正義於實踐層面可能遭遇的困境或概念上的癥結點。

首先要指明的是，一個時間點下所採行的模式未必等於終極的目標，然而在建構或思考刑事政策的改變時，應該要致力於構想終極的目標，再規劃短程、長程的方向，如此才能避免在模式的選擇中模糊原本堅持的價值。例如單一模式可能是許多修復式正義提倡者在理論上的理想模式，這些提倡者多半主張分階段的廢止刑罰。然而在考量現實社會的狀態，並慮及近代刑事司法所帶來的各種結構與機制，不得不肯認修復式正義現階段仍無法放棄近代刑事司法所開展的一些基本權利、基本原則，例如：無罪推定原則。於此前提下，修復式正義的實踐仍有必要在法律架構內進行¹⁶⁸。換句話說，即便理想上認為單一模式是可行而較佳的，在推動的過程中也不得不建構與近代刑事司法相容的模式作為路徑，直至我們決定摒棄近代刑事司法的基本原則，或者找到能同時包含這些基本原則的修復式正義架構。但最大的問題就在於嘗試與建構相容模式的過程中，若路徑選擇錯誤反倒可能阻礙最

¹⁶⁷ Nils Christie, *Conflicts as Property*, in *PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY* 175-76 (Andrew von Hirsch et al. eds, 3d ed. 2009).

¹⁶⁸ 高橋則夫（2007），前揭註 123，頁 25。



終目標的追求。

例如，安全網模式一般被認為是以修復式正義為主、刑事司法的強制力為輔的程序。此種模式屬於較直接而有力地推展修復式程序，然而卻可能在理論層次令人感到隱隱的擔憂。Braithwaite 認為威嚇式正義與隔離式正義可以作為修復式正義失敗時的替代，這種對修復式正義的理解被稱為「雙重系統下的修復式正義」。Braithwaite 背後的假設是對人類的區分，他將人分為能力不足或不理性之行為人、有德性之行為人及有品德且能自我改善之行為人。這裡其實有本文先前所提到二分下的犯罪人的意味。Braithwaite 認為修復式正義適用的對象應限於有品德且能自我改善之行為人；對於理性行為人則因其精於計算，不會做出對己不利之事，應採取威嚇式正義；對於能力不足或不理性之行為人因其缺少改過向善的能力，則只有使用長期監禁、死刑等隔離式正義才能免其再犯、保障社會大眾之安全¹⁶⁹。

將適用修復式正義與否取決於犯罪人，並將犯罪人予以分類而以不同的方式回應其犯罪行為，理性客觀來說，也許是經濟而省時的處理方式。但長期而言，本文首先擔心的是人要如何被分類？硬是要分類的結果，將淪為用各種標籤來識別人，人的多重可能性與潛能將被無視。更進一步言之，人與人相互理解的耐心與意願不被鼓勵而遭到打擊，如此一來，反可能塑造出一個更不適合修復式正義開展的社會。

相反地，Frenso 受害者—加害者和解程序較接近雙軌模式，和解程序完全外於刑事司法系統；然而，透過 20、30 年來的運作，正向的修復式結果使得刑事司法系統內的人員也主動開始思考、學習修復式正義的原則及價值，甚至成立一系列「機構內的修復式正義」的培訓課程，其中包含基礎到進階的修復技巧¹⁷⁰。換句話說，雖然在雙軌模式下，修復式正義和近代刑事司法看似井水不犯河水，但是外於司法機構的修復程序如果能夠自我證立其修復精神，反倒能形成刑事司法系統內

¹⁶⁹ 許春金 (2003)，前揭註 57，頁 44-45。

¹⁷⁰ van Ness, *supra* note 41, at 14-17.



部改革的動力。

綜上討論，各種模式反過來對修復式正義及刑事司法的影響，仍有不少研究空間。從對犯罪人的想象、到各項修復價值能否退讓、直至社會將如何看待修復一事，都需要更詳細的論述。本文擔心的是，「修復」相較於懲罰確實予人較為溫和、正向、寬容、慈悲、包容的想象；但匆促推展未經縝密評估過的修復程序，單單將和解、賠償、社會服務等做為修復，選擇性地在刑事司法內或外實施，恐怕只是情感上的一種自我安慰，未必對於修復一詞有足夠的瞭解與堅持。

歸根究柢，本文認為「修復式正義」該作為一個概念精神或獨立制度，並不是問題的根本。問題的根本在於「紛爭解決」在當代社會的定義為何，而刑事司法系統與修復式正義的核心又為何。只有在分別回答完這三個問題後，才能指出修復式正義與刑事司法系統在整個社會脈絡中該怎麼定位。最後，才有可能去選擇、設計與此刻文化、社會、經濟、法律背景下相輔而一貫的修復程序。



第四章 再詮釋「修復」一詞

從前一章關於修復式正義困境的爬梳，本文已點出「修復式正義的核心」與「紛爭解決」意義，實為重新建構修復式正義理論的重要基石。過去的論者多半從修復式正義所欲建構的世界直接談起，對於紛爭解決的意義已窮盡列舉出多種可能性。然而，面對修復式正義的核心為何則很隱諱，或各執一詞，使得「修復式正義」時常成為空泛、虛幻、抽象的代名詞。在本章，本文想反過來從我國現況刑事司法程序處理紛爭時，所缺乏的面向，來闡述本文所認為的「紛爭解決」意義，進而點出本文以為的我國修復式正義核心—情感。最後，從「情感」出發，重新建構「修復式正義」的理論基礎。

第一節 修復式正義之核心

第一項 傳統修復式正義之核心—關係修復

如前章所述，其實修復式正義由於理論的繁雜，要歸納出公認的修復式價值是不可能的。本文從第二章諸位學者對於修復式正義的討論、幾種基本的運作模式，盡量彙整出傳統修復式正義較無爭議的基本價值，其中包含「面對面參與」、「權力賦予」、「自願性」，並以「關係」為核心，以下分述之。

首先，傳統修復式正義原則上會要求受害者及加害者「面對面」參與。雙方當事人的親友以及社區成員是否參加為各地制度變形的結果，但受害者與加害者是侵害事件的主角，兩者直接參與程序可以說是修復式正義的最核心價值。不少學者認為在加害者與受害者面對面的互動過程中，加害者藉由面對被害者的傷害能學習負責；受害者藉由實際理解加害者而放下仇恨。接著透過類似道歉、改變與原諒的過程，加害者能從受害者身上累積復歸的能量、受害者也能走出傷害迎向未來。這是許多學者心中最初關於修復式正義的理想型。而哪些案件類型應排除於修復



式正義適用之外，或那些制度符合／不符合修復式正義，過去基本上也是以此「面對面」的基本模型作為標準。

相對於「直接修復式正義」，後來出現的「非直接修復式正義」，指稱受害者及加害者透過第三方進行溝通的程序，包括「穿梭溝通」(shuttle communication)，由調解員或協調者透過電話或面對面的方式在加害者、受害者(或受害者代表)間傳遞訊息。也包括單方面的溝通，例如加害者寫道歉信予受害者、受害者將犯罪的影響以書信的方式傳達給加害者。其中，最不直接的修復式正義則有法院命令的賠償¹⁷¹。這些非直接修復式正義措施若不是對於無法面對面的當事人案件所做的退讓調整，便是出於最大化模式下的額外考量。其實，離學者們心目中狹義的修復式正義仍有相當差距。

其次，若深究雙方直接參與程序背後的實質意義，則不外乎「權力賦予」。這應該是傳統修復式正義的另一重要價值。換句話說，修復式正義的一般訴求其實是全面檢討近代刑事司法由國家獨佔追訴權的意涵。要求重新定義犯罪事件，將其視為人際間的傷害，意味著拒絕再由國家單獨地、武斷地對個別的生命下判斷。將權力返還予當事人手中的同時，受害者、加害者須對自己的行為、受傷負責，他人也須尊重他們的選擇結果。

當然地，在權力賦予的基本原則下，當事人的「自願性」也成為修復式正義的另一項衍伸價值。自願性指的是雙方當事人可以自由選擇是否開啟修復程序，且可以在程序任一階段選擇中止或退出。本文認為值得一提的是，對於自願性的肯定，除了是基於權力賦予的原則外，另一考量點應該是因為修復程序有別於一般訴訟程序，而有強烈的情感導向。過去一般的刑事訴訟程序皆聚焦在法律層面的事實認定、證據提出等等，情感被視為是不理性的；然而，理想的修復程序，卻是將重心置於雙方當事人情感、感受的抒發，因此需要賦予當事人自行評估狀況以選擇參與或退出的權力。這當中包含加害者可能會坦承動機、表達對受害者的不滿、陳述自

¹⁷¹ LAWRENCE W. SHERMAN & HEATHER STRANG, RESTORATIVE JUSTICE: THE EVIDENCE 13 (2007).



己的不足、面對自己的愧疚與懊悔、受害者會自陳傷害的感受、面對自己的恐懼不安、訴說自己對加害者的不滿等等。因此，在修復程序中，確保當事人參與程序的自願性一方面是權力賦予的延伸；另一方面，本文認為在傳統的修復式正義中，自願性也間接擔保了修復程序作為情感流動場域的適當性，當事人必須在身心安全的環境，才能暢所欲言、所謂的溝通方能有效進行。

而將這三項價值真正拉在一起的其實是傳統修復式正義對於「關係修復」的重視。傳統修復式正義已將犯罪的定義從「加害者對受害者所造成的傷害行為與結果間的關連」，轉為「加害者、受害者、社區間的關係破壞」。因此紛爭解決的意義，想當然耳的是「關係的修復」。所謂的「面對面」、「權力賦予」、「自願性」，本文認為便是由關係的擁有者針對關係做調整所必須具備的條件。

然而，本文對於傳統修復式正義的根本質疑正是環繞著「犯罪是關係被破壞」這項前提假設。更確切的說，本文認為犯罪、或者侵害事件，確實會帶來有形或無形的關係破壞，因此對於關係修復的重視是需要的。但是，對當事人而言最重要的傷害真的是、或真的只有關係破壞嗎？或者還有更核心而共享的價值是雙方當事人所在乎的？緊接而來的提問是，那當事人最需要的真的是關係修補嗎？或者有更先於關係修補的需求是被忽略的？

接下來，本文將以傳統修復式正義的核心——「關係修復」來檢視我國既有制度。透過這個比較過程，有兩個目的，一方面可以看到我國制度不符合傳統修復式正義的部分；另一方面，更可以篩選出即便符合傳統修復式價值仍舊不足的部分。而後者即是本文認為需要重新詮釋、補充傳統修復式正義的重點。

第二項 回顧我國既有制度

	調解	緩起訴	緩刑
面對面	○	×	×
權力賦予	△	△	△

自願性	○	△	△
以「關係」為核心	○	×	×

以傳統修復式正義來檢視國內被學者認為具修復式精神的調解、緩起訴、緩刑制度的話，結果如上圖所示。在傳統修復式正義極強調雙方當事人「面對面」溝通方面，只有調解制度同樣是以當事人面對面為紛爭解決的前提。緩起訴與緩刑則多半不會要求當事人面對面溝通。在緩起訴制度中，較常見的是由檢察官各自與加害者與被害人接觸。在加害者認錯或願意負擔條件時，由檢察官詢問被害人是否有意願原諒加害者以決定給予緩起訴與否。此過程中，被害人與加害者並沒有機會向對方表達自己的感受或想法。

在當事人的「權力賦予」此價值上，調解、緩起訴、緩刑制度皆不足。以緩起訴、緩刑為例，檢察官、法官依法可以不知會被害人即給予緩起訴處分或宣告緩刑。雖然實務中，檢察官、法官通常會詢問被害人意見，然而並不是給予被害人主動選擇處理方式的權力，而是要被害人被動地表示支持或不支持公權力機關的作為。加害者方面，檢察官、法官既已祭出較輕的處分，加害者多半沒有理由與動機不接受負擔。但和傳統修復式正義所意旨的主動選擇願意負責任的方式，則顯然相去甚遠。不論就加害者或被害人方，主動的權力其實是被忽視的。而在調解制度中，看似由雙方開展調解結果，但實際運作情形在調解委員的主導及多數參與者對於調解的理解及期待下，多半也是以金錢的斡旋居多。加害者與被害人帶著大事化小、小事化無的心態來到調解程序，期待能討價還價要得個合理數目，這毋寧是多數調解的實況。至於加害者原初可能希望向被害人解釋的想法、被害人期望加害者做出的填補等等，在調解金額的談判桌下化為次要或不值一提的事項。在調解制度中，雖然當事人已被賦予相當的權力，但這些權力在制度運作的結果下，卻被限制在特定範圍內。

就當事人的「自願性」這點，狀況與權力賦予相似。調解制度在三項制度中最符合對自願性的重視。當事人雙方之間的地位在調解委員面前，相較於在法官、檢

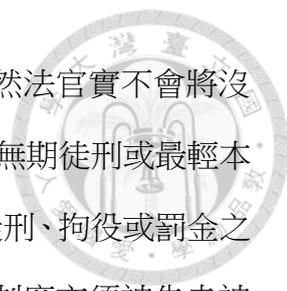


察官面前，較為平等，因此雙方能以自身利益出發考量是否參與調解，並設定自己對於調解的期待。當然，不諱言地，調解不成緊接而來的通常便是訴訟程序，因此要說當事人能夠不考慮法律上後果，而根據內心對自己的道德確信，選擇是否調解、如何調解，是不可能的。但至少，相較於完全以公權力強制當事人參與的訴訟程序，調解毋寧給了當事人一次機會去自行調整雙方關係。而緩起訴制度與緩刑制度則如前所述，因為是由檢察官、法官於法律程序中所主持。被告明確知道檢察官、法官心證的前提下，若不接受檢察官、法官的條件，十之八九會擔心遭到更不利的法律效果。這時被告談判空間無形已被壓縮，與其說被告基於自願性而提出改變的承諾，事實多半是被告被動接受檢察官、法官的裁量。

從這些個別價值被實踐的程度，可以對我國制度與傳統修復式正義的關聯下一項結論：調解制度其形式架構尚能促進當事人間雙方關係的修復；但緩起訴與緩刑制度則無法在加害者與受害者間直接或間接牽起溝通的管道。因此，前者在構造上確實符合傳統修復式正義最低限度要求，惟仍必須檢視其運作結果；但後者若以本文所歸納出的傳統修復式正義的核心來檢視，則是大大的不及格。

即便是調解制度已經盡量以「關係修復」為核心、尊重當事人的自願性，使其能面對面共同協尋解決方案，但在我國實際運作的結果，調解的「修復性」卻仍為學者所質疑，甚至參與過調解制度的當事人也多有怨言。付錢的一方認為是花錢消災的大有人在，而收到金錢的一方則認為省點訴訟時間，多少拿到點賠償，自認倒楣便是。從這一運作結果，不免讓人懷疑傳統修復式正義理論中到底少了哪一項關鍵，使我國制度架構符合以關係修復為基礎的調解似乎淪為以金錢換取和平的過程而已。

首先，在我國的情形，原因或許在於不僅是調解制度，連緩起訴制度與緩刑制度等，在制度提出之始就受到訴訟經濟考量的影響，並未將「關係修復」視為不能退讓的制度目的。調解制度、緩起訴制度、緩刑制度，從法條直觀而言，針對的案件類型皆非重罪。調解制度於刑事案件的適用，在當事人申請者限於告訴乃論案件、



在法院移送者雖僅要求為適宜調解之刑事附帶民事訴訟事件，然法官實不會將沒有調解成功希望的案件貿然移送。緩起訴制度適用對象為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪。緩刑制度則為受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告者。這些制度本身的設定已排除掉重罪案件或至少在緩刑制度亦須被告未被課予重刑，考量其目的其實在於依階段層層處理對社會危害性較小、被告須懲罰性較小的案件，以減輕法院負擔。這種藉由案件分流的方式縮減訟源，在案件量龐大、司法資源有限的司法實務中，是再合理不過而務實的制度。

更具體來說，訴訟經濟在解決紛爭的過程中，確實對當事人來說是很重要的考量。訴訟經濟不必然和當事人個案中的利益相衝突，反而正因為能讓當事人去權衡其他利益與個案正義的重要性，而被認為是符合當事人自身的正義。在非重罪案件中，由於法益受損較輕微、加害者惡性通常較低，於是在加害者願意透過道歉、悔過、金錢賠償、提供義務勞動等方式表達悛過之意時，調解、緩起訴、緩刑等於是在制度上開一道門，使加害人、被害人能夠過便宜的方式代替訴訟、刑罰來解決紛爭。

但是真正的問題在於，非重罪案件中或許有當事人基於經濟考量，滿意於我國調解的結果，但仍然有當事人對於「關係修復」的考量，或根本地對於「紛爭解決」的意義有不同理解。更甚者，對於重罪案件的當事人，他們是在這些制度中完全不得與他方接觸進而處理紛爭的機會。在我國，調解制度中備受質疑為不具備「修復」精神的原因，應該在於「關係」一詞已經被扁平、單一化成當事人的金錢和解。甚至因為金錢和解如果出現在重大案件中將被認為太過便宜加害者，因此現行法拒絕提供具修復精神的調解給重大案件，而不是回過頭去思考關係修復的其他種可能。這種潛在的以金錢和解為核心的「關係修復」思考，使抱持其他想法的當事人無法在這些制度中找到滿意的解答。

而傳統修復式正義在我國實務運作下遭如此的扭曲，本文認為根本原因更必須追溯到傳統修復式正義以「關係修復」作為核心的錯誤理解。正因為「關係修復」



本身語意含糊、難以界定，因此導致只要看起來比當事人撕破臉、惡臉相向或心懷怨懟好上一些的措施，似乎都可以被稱之為關係修復。於是即便是調解制度以金錢換取安寧，也被認為比起加害者被關而受害者得不到賠償的刑事司法程序來得更具「修復性」。但是如果針對修復式正義，抽絲剝繭的去探究「關係」的實質意義，本文認為應該必須回到當事人自己所界定的關係。這包含的應該不僅僅是金錢關係、也不僅僅是與他方當事人的關係；在這些關係背後有更本質的個人意向，這種有個人特色的意向才能為每個當事人畫出「關係」的真實範圍。

第三項 重新導出修復式正義之核心—情感修復

綜合前述討論，不難發現欲將我國在修復式司法試行方案以前的制度納入修復式正義的概念內，若不是太過牽強就是必須採取極廣義的最大化模式來界定傳統的修復式正義。本文以傳統的修復式正義原則檢視調解、緩起訴、緩刑制度，此三者若不是欠缺面對面要素，至少也離賦權予當事人的目標極其遙遠。更甚者，也未積極挑戰法律層次對犯罪與紛爭的界定。從調解制度以及後來的修復式司法試行方案躊躇不前，掙扎於是否納入重罪案件的狀況，只能說我國還禁錮在既有的刑事司法邏輯系統裡以新瓶裝舊酒，還未到從新的視角看待犯罪、界定紛爭，更別說花心力聚焦於「關係」的思考。

那麼，修復式正義究竟該如何定位？首先，修復式正義確實一直以來皆未有單一、完整的定義，即便本文已花極大的篇幅描繪之，仍看似是盲人摸象。因此，不妨換個角度思考，我們期待透過修復式正義看到如何的「修復」、如何的「正義」？

本文認為修復式正義在我國做為一種新穎的概念或制度被導入，一方面我們可以說調解、緩起訴、緩刑制度不符合傳統修復式正義的概念精神，但反過來想，修復式正義如果要在我國有立足之地，很顯然地應該是著眼於提供這幾項制度所未提供的價值。也可以說，在已有調解、緩起訴、緩刑制度的刑事司法系統中，我們仍感到對傷害的理解不足、對損害的修復不夠；那麼修復式正義的目標應該是有



別於此，或者從這些制度的極限推展出去方能找到修復式正義的存在意義。

Penner 在檢討到現在的司法制度時提到，如今我們把自己棄置在一個情感真空的狀態，我們並沒有誠實而漸進式的處理我們的情感以及在療癒過程中採取的主動決定¹⁷²。這正是在拚湊整個修復式正義的圖像時，本文認為遺失的關鍵拼圖。當代司法的特性、同時做為幾百年來文明發展所引以為傲的便是國家努力地遏制個別的人的情感抒發。當侵害事件發生時，受害者、加害者被帶到公正不阿、不苟言笑的法官面前，所有哭哭啼啼、憤怒咆哮、挾怨報復等情感都被認為是多餘而無謂的，有價值的言論被要求以清晰、誠懇、有條理的方式陳述。所謂的損害、受傷也只有能換化作法律層次的法益時才有價值、站的住腳、也才是值得保護的對象。近年來關於受害者的情感或情感痛苦能否成為量刑依據、受害者能否出庭純粹抒發感受，成為刑事法上熱議話題，可以說是對於這個面向的司法所提出的挑戰。

某程度而言，調解、緩起訴、緩刑制度算是有稍微意會到當事人在個案中的特殊性，但就像隔靴搔癢般未能或尚未打算深入面對案件之於當事人所產生的情感問題。從這點來看，本文認為修復式正義所著眼的「修復」，應該要盡量貼近過去被嚴重忽略的「情感層面」。

將修復式正義界定為情感導向的概念並不是突發奇想。首先，本文認為，傳統的修復式正義之所以將關係修復視為修復的核心，其實並非無感於當事人情感因素的重要性。只是學界對於情感本身的不理解，加以被害人與加害人地位的調整作為司法改革的一個重要要素，因此受害者與加害者間的關係才理所當然地被當作修復的標的。然而，修復式正義的實務運作中，情感、情緒普遍作為影響修復成敗的因素與修復的結果，其實暗指的正是當事人情感的糾結才是紛爭發生後，待處理的癥結點。而作為傳統修復式正義核心的關係修復，只是在修復當事人情感時的一

¹⁷² L. A. Penner et al., *Helping Victims of Loss and Trauma: A Social Psychological Perspective*, in LOSS AND TRAUMA: GENERAL AND CLOSE RELATIONSHIP PERSPECTIVES 62 (John H. Harvey & Eric D. Miller eds., 2000).



種可能手段，不該被誤為修復目的。

其次。有別於當代文明所要求的情感壓抑，近年來從個人到集體瀕臨的情緒失控與情感抒發需求，其實在在加深法律與現實世界的落差。我們的社會習於被大量激動、直覺的情緒所綁架，卻極度缺乏溝通、化解情緒的出口，導致整個社會在充斥的情緒壓力下，像個歇斯底里症病患。去正視情感，開始思考並理解情感，等於是正視並嘗試溝通一個個人的內在感受與想法，是值得肯定的。

至於，情感的來源，除了在重大或暴力的犯罪事件發生時，自然情形下會激發相關人士憤怒、害怕、恐懼等情感外；氾濫的原因之一更在於媒體大張旗鼓的渲染下，反而催生更大量、集體的社會情感。正如國內學者周愨嫻在對挪威刑罰常態的研究中所指出的，台灣新聞媒體因為競爭日趨激烈，以至於在犯罪案件發生時，大眾的憤怒與情緒反應佔據媒體版面的情形特別嚴重；其中例如蘋果新聞更以大量使用裸露的、死亡的照片成名¹⁷³。

本文嘗試以國內發生的三件眾所矚目的隨機殺人案件後續的新聞與輿論來論證案件中當事人乃至於社會集體的情感如何或是被渲染、或是被忽視、或是未予以適當處理。

2014年5月，一位21歲的男性持刀於台北捷運隨機砍人，造成4死24傷。各新聞媒體版面不停播報案發現場鮮血淋漓、傷者遍地的照片；各界開始一一檢視加害者從小到大的生活模式，包括交友、家庭背景、興趣、喜歡玩的電玩等等，無非要將其拼湊成壞入骨裡的殺人魔。至於專家、學者從法律、醫學等專業角度的分析討論在媒體上則寥寥無幾。有趣的一點是，當時若在Google搜尋引擎鍵入「鄭捷（兇嫌）為什麼」，則出現的是「還沒死」而非「殺人／犯案」等等，顯見社會氛圍喊殺的情緒是遠高於對於犯罪成因的好奇。該名男子於2016年4月22被判

¹⁷³ Su-Syan Jou, *Norwegian Penal Norms: Political Consensus, Public Knowledge, Suitable Sentiment and a Hierarchy of Otherness*, 9(2) NAT'L TAIWAN UNI. L. REV. 283 (2014).



決死刑定讞，短短 18 天後便執行槍決。

2015 年 5 月底一名男子於吸食毒品後潛入國小校園，於女廁內朝落單的 8 歲女童頸部割下 2 刀，女童於隔日宣告不治。聯合報系新媒體部針對此事件於兩天內（5/29 下午 5 時到 6/1 中午 12 時）的六大新聞媒體（蘋果日報、自由電子報、聯合新聞網、中時電子報、東森新聞雲、中央社）做統計，以「割喉」為關鍵字的報導共有 947 則；「人魔」此用詞出現 65 次；「冷血」則出現 136 次；其中幾家媒體詳細描述割喉案行凶手法，並且大量使用譬喻，例如殺雞放血¹⁷⁴；對於凶嫌的神情、言談以及被逮後於分局內的生活作息也絲絲入扣的鋪陳，試圖引起社會公憤的意圖不言可喻。

2016 年 3 月底在台北內湖有一位 4 歲女童遭兇嫌當街割頸身亡。毫無意外地，媒體再度花大篇幅描繪兇嫌如何陰險地尾隨女童、殘忍無情的砍殺女童；甚至公開播送染血的兇刀、女童覆蓋白布身首異處的畫面；接著再依慣例起底兇嫌背景¹⁷⁵，對比女童所擁有的美滿、前途無量的未來，兇嫌成為眾人皆曰可殺的對象。情緒沸騰的公眾甚至在當晚包圍士林地檢署，並在兇嫌送達時，群起圍上前毆打嫌犯，邊喊「打死他！」、「畜生！」¹⁷⁶。

事件發生後，女童的母親努力以堅強而冷靜的態度面對鏡頭，談到還是希望能從根本，從家庭、從教育解決這類問題，讓像兇嫌這樣的人消失在社會上面（意旨不再發生）。後續女童的母親在女童的靈堂門前貼上告示希望前來追思的各方人士

¹⁷⁴ 《割喉案媒體報導多煽動？數據告訴你》，來源：聯合新聞網 http://p.udn.com.tw/upf/newmedia/2015_data/20150602_udnthroat/udnthroat/index.html，最後造訪網頁日期：2018.02.07。

¹⁷⁵ 「冷血犯下內湖區殺童案的兇嫌王景玉，今年已 33 歲，但卻長達 4、5 年沒有工作，是個名副其實的「啃老族」，不但每天向爸媽討零用錢，也常常騷擾鄰居，是社區內出了名的頭痛人物。看起來陰森森的王景玉其實在犯下這起殺童案前就前科累累，除了曾因開毒趴、藏槍要警方列為毒品人口外，也曾因毆打母親遭強制送醫，鄰居聽到他都會頻搖頭，直呼就是個「怪人」。」節自《整理／小燈泡慘遭毒手 王景玉背景讓人毛骨悚然！》來源：三立新聞網 <http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=149235>，最後造訪網頁日期：2018.02.07。

¹⁷⁶ 《殺童男移送被痛毆 大聲求饒：不要再打了！》<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20160328/826487/>，來源：蘋果即時，最後造訪網頁日期：2018.02.07。



在踏進靈堂前能不要批評、不要仇恨、不要憤怒，把負面情緒留在門外頭，或收到心裡最深處，讓女童在最後的時刻感受到滿滿的愛就夠了。然而女童母親面對事件冷靜的態度及作為卻遭到部分人質疑，覺得她矯情或偽裝，甚至有當時的政府官員帶頭指涉她精神有問題。

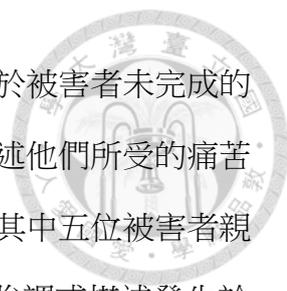
本文以為這正是由於一般大眾對於情感的理解以及對於被害者回應犯罪的模式想像太過單一而絕對，甚至無法容忍他人不以憤怒、怨恨、仇視的態度看待傷害事件。二元對立的意識形態深植在觀念裡，任何想試圖理解、理性分析、嚴肅謹慎面對加害者成因的人，都會因為沒有在第一時間「歇斯底里地想摧毀兇嫌」，而被冠上冷血、無情。換句話說，集體情緒的膨脹甚至到了否定個體情感的程度。

上述三件社會案件有幾項共同點。首先，都是侵害生命、身體法益的人身事件。第二，加害者與被害者都素未謀面。第三，從被害者家屬到民眾的情緒都面臨極大的震盪。第四，加害者、被害者與社會間的心理、情感傷害都欠缺適當的處理管道。

本文想將焦點暫時拉到發生於挪威的爆炸和槍擊案，藉由觀察挪威司法如何審判 2011 年的大量屠殺事件來點出本文認為的修復式正義核心。

2011 年 7 月 22 日一名兇嫌於奧斯陸市中心的挪威政府辦公大樓附近引發爆炸，造成 8 人死亡，30 人受傷。2 小時後，該名兇嫌轉往奧斯陸以西約 40 公里處的烏托亞島。裝扮成警察的槍手向在島上參加執政挪威工黨舉辦的青年營的人群射擊，造成 69 死，66 傷。隔年 4 月 16 日到 6 月 22 日審判程序於奧斯陸地方法院進行，被告於 8 月 24 日被判 21 年有期徒刑。除了法律上關於被告精神狀態的爭執外，此審判程序引起關注的尚在於法院如何細膩地處理這樣大量屠殺事件的情緒。紐約時報一篇報導更稱此審判提供了將修復式正義融入一般刑事法庭系統的示範。

首先，審判過程，除了涉及被害者隱私保護及被告發表的極右言論部分外，全程都是由電視轉播。針對 77 名遇害的被害者，法院除了當庭聆聽 77 份驗屍報告



外，更在各份報告後呈現被害者的照片，再搭配各一分鐘左右關於被害者未完成的抱負與夢想的傳記錄音。對於倖存者，法院也分配時間使其能陳述他們所受的痛苦以及事件發生後如何繼續面對生活。在審判的最後一天，法院讓其中五位被害者親友代表當庭表達失去至親的痛楚。這些安排的重點並不在於去強調或描述發生於奧斯陸或烏托亞島的細節，而是提醒所有人在數字背後是一條條需要被哀悼的生命。紐約時報稱挪威法院擔負起公開見證挪威社會、歷史對於奧斯陸爆炸案以及烏托亞屠殺事件的真相的責任。透過肯定一個個的被害者，法院嘗試的是在不忽略被告的公平審判權的前提下，盡量滿足受創的社會對於真相及正義的渴求¹⁷⁷。這裡呈現的觀點是：充分地承認人類所承受的痛苦可以為被害者及其家屬、甚至整個社群帶來療癒效果¹⁷⁸。

當然，挪威在對待犯罪事件的態度及犯罪人處遇的狀況本來就有別於美國、亞洲國家及我國等激情的社會。在此事件中，挪威社會對被害者的重視並未導致媒體或大眾對加害者的妖魔化。挪威社會固然對加害者的行為感到氣憤、震驚、傷痛，但他們的反應是對加害者盡可能視而不見。多數挪威媒體沒有過度報導加害者個人的新聞，不像我國必定將其生平起底。當挪威每日新聞（Dagbladet）連續四周將布雷維克的照片和消息放在頭版，社會甚至發起抵制活動¹⁷⁹。對於被告選任的律師，民眾亦理解這是為了維護被告法律上的權利所必須的。總的來說，挪威社會在面對這起事件所重視的是對傷者的關懷、眾人情緒的平復、對真相的理解與還原，當然也有對危機處理的檢討、法案不足的修正，但總之不是放任社會將情緒集成砲火轟

¹⁷⁷ 法院在審判的開始基於對言論自由的尊重，先是讓布雷維克滔滔不絕地陳述 73 分鐘他的政治思想，包括美國右翼及歐洲反穆斯林法西斯主義和種族主義。布雷維克出席整個禮拜的審判程序並頻繁地修正證人的證詞。在審判的最後，布雷維克在最後陳述中，更針對「文化馬克思主義如何摧毀挪威民族的純潔性」對法院訓話了半小時。法院則是藉著禁止該部分公開播送部分激進言論，以保護被害者的觀感。—出自 Toril Moi & David L. Paletz, *In Norway, a New Model for Justice*, August 23, 2012, N.Y. TIMES, <http://www.nytimes.com/2012/08/23/opinion/at-brevik-trial-a-chance-for-norway-to-heal.html>, 最後造訪網頁日期：2018.02.07。

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ 方潔（2015.07.04），《民主法治讓國家變得更好：劫後挪威的價值選擇》<http://pnn.pts.org.tw/main/2015/07/04/%E6%B0%91%E4%B8%BB%E6%B3%95%E6%B2%BB%E8%AE%93%E5%9C%8B%E5%AE%B6%E8%AE%8A%E5%BE%97%E6%9B%B4%E5%A5%BD%EF%BC%9A%E5%8A%AB%E5%BE%8C%E6%8C%AA%E5%A8%81%E7%9A%84%E5%83%B9%E5%80%BC%E9%81%B8%E6%93%87/>來源：公視新聞議題中心，最後造訪網頁日期：2018.02.07。



像加害者。

兩相比較之下，由於本文關注的重點有限，無暇論及媒體產業對於撕裂社群、被害人、加害者的影響；但至少能夠論證過去司法實務所處理的層面與犯罪事件實際帶來的傷害有一真空層是被嚴重忽略的，那便是情感的修復。身體的傷害、金錢物質的損失或許都能透過金錢賠償換取醫療資源或物理復原；但是內心層面對於人際、法律、社會瓦解的信任感卻無法透過金錢填補，而這些情感上的傷害，本文認為應該是修復式正義的實益所在。更進一步來說，導致情緒震盪越大的案件，其實越有採行修復式正義的需求。

Lawrence Sherman 和 Heather Strang 曾進行過一項研究，試圖找出修復式正義對再犯率的影響。他們的研究顯示，修復式正義對較輕微犯罪及財產犯罪並未有顯著的效果；反而是對減低重大犯罪較有效，特別是在有個別被害者的犯罪中¹⁸⁰。

John Braithwaite 對於這項研究結果的原因，曾在訪問中推論到「修復式正義處理的是犯罪的情感、情緒問題，暴力犯罪常常夾雜憤怒、悲傷的情緒和眼淚，修復式會議用會談的方式可以把這些情緒帶出，協助當事人表達這些情緒給對方知道；可是財務性犯罪，例如順手牽羊的這種犯罪，牽涉到的事情沒有甚麼悔意，沒有情緒涉入，所以修復式正義在這方面的功用就不如在暴力犯罪方面的應用」¹⁸¹。換句話說，John Braithwaite 基本上亦認同修復式正義不同於傳統刑事司法之處，是修復式正義能在較暴力、較缺乏信任感的案件中細膩的處理情感的問題。

本文認為，當傳統修復式正義的理論將修復的重點聚焦於「關係修復」時，其實已經意識到雙方當事人的情感對於雙方關係重建的重要性。然而傳統修復式正義卻誤將情感僅視為調節當事人間關係的一項因素，而將「關係修復」當作修復的重點，導致當事人「情感」在追求關係修復的過程中時常遭到忽略。這也正是我國

¹⁸⁰ Sherman & Strang, *supra* note 171, at 8.

¹⁸¹ John Braithwaite 演講，周愷嫻口譯，曾子奇文稿整理(2014.07.26)，〈修復式正義與和平(二)〉，《法務通訊》，第 2656 期，第三版。



即便調解成功的案例，當事人卻常常仍感到受盡委屈的原因。

但「關係修復」一詞為何成為傳統修復式正義的象徵意義，卻頗耐人尋味。或許是因為傳統修復式正義作為再現被害者的重要制度，於是理所當然地著重於將被害者拉近本來已有加害者的程序中，講求平等看待二者、調節其關係。然而，如果從刑事司法程序當今所透露出的不足、以及修復式正義實際運作結果，則修復式正義應該關注的其實是加害者與被害者情感本身。修復式正義實務真正帶來不同於刑事司法實務的部分，應該擺在於他所凸顯出的情感處理層面。因此本文主張，不該將情感當作加害者與被害者「關係」中的元素，而是將當事人的「情感修復」本身視為修復式正義的核心。

第四項 情感修復案例

我國的修復式司法試行方案目前仍以成年犯罪人之微罪、車禍案件為多。然而在國外，早有以重大犯罪、暴力犯罪，甚至以待處決的死刑犯為對象進行修復式正義的調解程序。學術研究中，也不乏針對這類案件設計問卷以研究修復式正義是否適合廣泛適用於重大犯罪甚至死刑案件。

研究結果大多顯示修復式正義在這類案件中為雙方當事人帶來的療癒效果顯著，而參與過的當事人們也都十分願意鼓勵其他被害者、加害者利用此程序。Flaten 於 1996 年的研究內容是針對犯下重大侵害事件的青少年所進行的被害者—加害者調解。研究中的四個案件分別為誤殺事件、殺人未遂、侵入住居與殺人未遂、未起訴的竊盜。這幾個調解程序與犯罪案件的發生至少都間隔一年以上，且雙方當事人皆投入不少時間、精力於事前準備工作，包括電話溝通、諮商課程、調解前會面、自我準備過程等¹⁸²。分享想法與情感，並確保所有人感到安全被認為是調解程序進行中的先決要件¹⁸³。參與者多數認為能問問題、抒發感受是僅次於事前準備工作而

¹⁸² Caren L. Flaten, *Victim-offender Mediation: Application with Serious Offenses Committed by Juveniles*, in *RESTORATIVE JUSTICE: INTERNATIONAL PERSPECTIVES*, *supra* note 76, at 387, 399.

¹⁸³ *Id.* at 400.



對調解成功產生影響的關鍵¹⁸⁴。研究結果認為雙方能開展對話並幫助療癒過程是調解於重大犯罪中的主要目標；傳統的賠償協議則否¹⁸⁵。有受害者表示在會面後自己重建了某些權利也能重新掌握自己的人生¹⁸⁶；其中一位加害者則言，能夠被原諒且聽到受害者說不恨自己對他來說非常有助於他的處遇¹⁸⁷、另一位則認為這比他過去 30 個月參加的任何矯治措施來的有幫助，甚至後來他被朋友邀請去搶劫別的房子時，受害者的臉龐卻不斷浮現，使他無法再犯案¹⁸⁸。參與的調解員亦指出，加害者於調解程序中所展現的情感波動比起在其他處遇措施中都高¹⁸⁹。

Umbreit 在 2000 年有一份研究是訪問五位曾參與修復式正義調解的加害者、受害者，其中兩位是待執行的死刑犯、其他三位則是該案件的受害者家屬。這兩位加害者所犯皆為重大案件，第一位犯下三起殺人、一起綁架後強制性交結合殺人未遂；第二位則犯下兩起殺人、一起殺人未遂，因此皆遭判死刑。在等待執行的過程，由於受害者家屬提出面對面的請求，於是在 1997 年及 1998 年的德州分別有了這兩次修復式正義的調解。受害者想參與的原因各不相同，其中兩位是希望能面對面向加害者提問，並告訴加害者犯罪事件的影響以及後座力；另一位受害者母親從案件發生後始終便想見見加害者，起初她並不明白自己為什麼有這股衝動，而且她十分堅持加害者該為他的行為負起責任。在經過 10 幾年後，終於能跟加害者會面之時，這位母親稱與加害者會面是對自己的療癒，而能親口告訴加害者她已經原諒對方，是對自己很重要的一件事¹⁹⁰。至於加害者參加的原因，其一認為這是自我療癒的過程，他渴望能向受害者家屬道歉、另一位則認為自己有必要提供療癒予受害者家屬¹⁹¹。換句話說，對參與者而言，在進行調解前，多半皆已意會到甚至渴望程序的情感療癒作用。

¹⁸⁴ *Id.* at 391.

¹⁸⁵ *Id.* at 400.

¹⁸⁶ *Id.* at 392.

¹⁸⁷ *Id.* at 393.

¹⁸⁸ *Id.* at 395-396.

¹⁸⁹ *Id.* at 400-401.

¹⁹⁰ Mark S. Umbreit & Betty Vos, *Homicide Survivors Meet the Offenders Prior to Execution*, 4(1) *HOMICIDE STUD.* 63, 70-71 (2000).

¹⁹¹ *Id.* at 72.



兩個調解的進行過程確實對加害者、受害者雙方都有很強的情緒、情感影響力。加害者皆向受害者家屬表達很深的歉意、盡量回答家屬提出的問題、從自身的成長經歷嘗試向受害者家屬自陳可能導致自己犯案的原因，其中一位加害者甚至向受害者家屬吐露他過去埋葬而未向任何人透露的自己¹⁹²。加害者原本都估計會有衝突或惡意的言論，但最後即便受害者家屬有些銳利的言詞，他們也能理解到那不是純粹的仇恨或報復，而是因為在受害者家屬心中這些話必須被說出來¹⁹³。

這樣的對話過程最根本的療癒作用，應該在於雙方都在對方的眼裡、話語中看到自己。受害者家屬透過加害者的道歉而肯定了過去自己所受的痛苦是真實的傷害。此刻，受害者將自己的難過、憤怒、恐懼正當地透露給造成他們不安的人，在加害者承受這些情緒時，受害者終於感到自己的感受是被尊重的。在加害者陳述自己的過程中，受害者也逐漸能將加害者具象化成一個人去嘗試理解，而不再只是個惡魔或殺手¹⁹⁴。加害者則在受害者傾訴悲痛、質問細節、聆聽自己的過程中，作為一個人再次被看見。其中一位加害者便言「我覺得我像是真正的活著，而不只是存在著」¹⁹⁵。雖然是重大案件，受害者的情感強烈而糾結，然而若有與案發當時間隔適當的時間、妥善的會前準備、調解員中立而能確保安全、雙方真誠而願意對話，則修復式正義在這類案件中所帶來的療癒效果是獨一無二的。

本文認為，從情感導向出發，修復式正義能擴大療癒功能的適用對象範圍，提供幫助與有最確切需求的當事人。畢竟，修復式正義要求的是所有的損失都盡量被負責任地承認與處理，以使整個程序能展現人性而不是貶低人性¹⁹⁶。而對人性的尊重，應該盡可能回歸對當事人的理解，去處理他們所思所想的情感內容。越是重大案件中的當事人，所承受的情感衝擊以及後續的情感困擾都較劇烈，這些當事人反

¹⁹² *Id.* at 77.

¹⁹³ *Id.* at 77.

¹⁹⁴ *Id.* at 79.

¹⁹⁵ *Id.* at 78.

¹⁹⁶ Sarah Eschholz et al., *Offenders' Family Members' Responses to Capital Crimes*, in *CURRENT PERSPECTIVES IN FORENSIC PSYCHOLOGY AND CRIMINAL BEHAVIOR* 220, 228 (Curt R. Bartol & Anne M. Bartol eds., 2012).

而是修復式正義所能提供最多幫助的對象。肯定情感作為修復式正義的核心，是本文對傳統修復式正義的重新詮釋。



第二節 刑事司法中的情感

「修復」式正義應該著眼於情感的修補、情緒的安撫。至少，這應該是修復式正義最有別於傳統刑事司法之處。因此，有關情感的知識毋寧會成為修復式正義理論推展的基石。甚至修復式正義與刑事司法間的定位也需要從這個角度出發思考。

從前文的外國文獻案例中可以發現，在個案經過謹慎評估、長時間的準備程序後，加害者（家屬）、受害者（家屬）展開面對面調解時，雖然氣氛激動、情緒蔓延，但參與者多半都能妥適的陳述自己的感受，並未有爭鋒相對或惡言相向的情形。此外，幾篇文獻中的重刑犯或死刑犯皆在調解程序中向受害者（家屬）致歉並願意承擔對方的情緒；而部分受害者家屬願意表達原諒，並衷心期望加害者能有好的發展。即便無法原諒的受害者家屬，亦能以尊重、對待「一個人」的方式傾聽並接受真實的加害者。

但是，本文進一步認為，這些都是珍貴的成功案例；能展開對話的雙方在身、心、靈上多半已經過轉折而做好準備，與受害者或加害者相見或許已是療癒這條漫長路的中後段。相反地，在其他有情感修復需求的案件中，多數的加、受害者實際上是根本無法鼓起勇氣面對他方、無法想像對話，或者徹頭徹尾排斥相見。修復式正義潛在的真正難題反而是藏在程序開啟前的調適狀況。這也是為何本文主張修復式正義應該從情感處理著手，而非關係修復。因為關係修復未必是所有案件當事人所需要或想要的，但是情感的抒發、表達與處理卻是所有當事人所必定經歷的。

接著，本文想從心理學、社會學以及法學的文獻中較完整地拼湊出一個刑事法領域中時常被忽視的角落—當事人與情感。這些情感的多樣性，反而時常是絆住正式或非正式司法程序的關鍵；當事人在程序終結後仍心憤不平，多半亦是因為情感

不曾被專注地正視。



第一項 法律與情感

法律與情感運動約在 1980 年代末期已興起於美國。甚至在法律與情感運動之前，心理學領域與法律已整合發展出法律與心理此跨學科研究領域，探索情感在法官判決及陪審團審議過程所扮演的腳色¹⁹⁷。情感在法學領域的再現，與自 18 世紀啟蒙運動發展以來所確立的近代法體系的並存是難以想像的。近代法律體系的驕傲有很大一部分來自其理性、公正、穩定的特質；更確切的說，公正、穩定等正是「理性思考」的結果。在俗稱的「情、理、法」中，也能注意到法律被期待為相對於情與理，而更加剛正、不偏頗的存在。

因此，打著「批評理性與情感二分法」為標幟的法律與情感運動，在法律領域引起的迴響十分稀疏也是意料中的事。法律人專業之所在正是他們說理的能力。突而要談情感在法律背後的意義或在程序中該具備的影響力，彷彿是在動搖法律的根基，乍聽之下似乎又暗示著人人皆對法律有置喙餘地，更加衝擊了法領域的專業。

然而，一味否定刑事法中情感作用的空間或許多少有自欺欺人的色彩。情感實際上已法典化於部分刑法條文中。在刑法典有第 57 條「審酌一切情狀」、第 59 條「顯可憫恕酌減其刑」、第 273 條及第 279 條基於「義憤」而加重罪責的規定。不論從加重或減輕罪責或刑罰的角度以觀之，這幾項條文實屬明確、顯性地以情感為基礎，考量想像上社會對於該犯行的憐憫情感、或者加害人犯案當時的憤怒情感，進而法典化社會較無爭議的情感類型。換句話說，法律從來都不至於完全抹煞情感的作用空間，因為其實法律被期待的理性、公正隱含的是一種如神般客觀考量過多方情境後所下的判斷，當然也會包含個人的情感。只不過，義憤、動機、態度等等必須在合理的情感範圍內才會為法所承認。

¹⁹⁷ 李佳玟(2016)，〈法律與情感運動〉，《月旦法學雜誌》，第 249 期，頁 162。



而真正更根本，而不被多數人誠實面對的情感與法律作用空間，本文認為其實反而是在刑法條文設定的本身。正如瑪莎納思邦所提出的論點，刑罰是針對不法的行為所產生的效果，但是當我們在解釋哪些行為是不法、是壞的時候，我們勢必會涉及人類的脆弱性以及人類生存發展的權利；如此一來，免不了要談到情感並對情感做出評價¹⁹⁸。對刑法稍微了解的人，很快能反駁，刑法規定必須是環繞保護法益而展開，似乎與個人或集體對特定行為的情感無涉。

然而，甚麼是法益？甚麼東西會落入法律所要保護的利益？簡單來說，人被他人傷害的廣泛意義可能千奇百怪，被槍殺、被毆打、被侮辱、被欺騙、被背叛、被利用、被責罵等等，但為什麼槍殺、毆打、侮辱侵害了法益而構成違法行為，其他則否？法益一詞太常被運用在法律領域，以至於彷彿「法益」一詞一出，即具有不可動搖的合法性。然而法益背後的利益之所以在法領域被承認，納思邦認為其實是因為這些行為所激起的情感，可能是憤怒、恐懼、憐憫、同情、噁心、羞恥等等，被評價為合理與適當，因此才成為法律的內容。也就是說法律的本質不是反情感，而是在為情感的合理與否、適當與否、重要與否畫定標準。

如果能領會這層涵義的話，就不會驚訝於從情感的面向去思考法律的合理性。本文正是從贊同這套論述的前提出發，在理解許多情感已滲入（或說作為刑事實體法的基礎）刑事實體法或程序法領域，或蓄勢待發企圖影響刑事判斷的現況下，想進一步審視被遺漏的情感層面。接著，再更進一步去思考這些情感是否在我國該具備規範性地位。在回答完這些問題後，我們才能在下一章正面處理本文所認為的修復式正義就他扮演情感出口的腳色該如何自處。

第二項 受害者情感

受害者因被害事件所引起的情緒以及情感反應一般而言受到案件類型、嚴重程度、加害者動機態度、受害者個人因素而影響，難以一概而論。嚴重的侵害事件

¹⁹⁸ Martha C. Nussbaum（著），方佳俊（譯）（2007），《逃避人性》，頁 45，台北市：商周出版。



若發生在心理素質及抗壓性較強韌的受害者身上，情感的修復是有可能較其他受害者為快速。然而，一般而言，不論是生命、身體、財產、名譽、私領域被侵害，受害者在案發當下，憤怒是一種極普遍的情緒反應；當然也有可能是恐懼、害怕、失望、不安、無助等其他負面情緒。主觀的憤怒感受來源被認為主要包含受傷的痛苦以及特定的想報復的意思¹⁹⁹。

這些情感輕則可能絆住受害者，重則可能在未來反撲向受害者或導致受害者情感處理障礙。針對這樣的情感，有研究便曾指出當人們學著原諒時，人們對於被傷害了的憤怒能顯著地獲得舒緩²⁰⁰。較新的研究則反過來點出，憤怒作為原諒的前提的特性，此研究認為憤怒與能否原諒有相當直接的關係。當受害者不敢對加害者生氣或無法適當表達自己的憤怒時，傷害的責任無形中對受害者而言是懸置而未被加害者承擔的，這時原諒便很難產生，導致受害者也會持續被自己對加害者的強烈負面情緒所牽制²⁰¹。這或許也是修復式正義或和解制度被提出的原因其一，這些倡議者雖未能明講，但多少認為修復式正義或和解制度能夠提供對話平台，使受害者的憤怒等情感能有向加害者表達的出口，或許因此能產生原諒，對加害者、受害者的心理成長皆有所助益。姑不論原諒與憤怒間的關係；姑不論受害者是否憤怒、是否想宣洩憤怒、是否想原諒，至少這些研究都肯定，情感不該是被壓抑的。

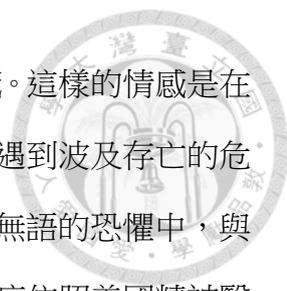
若以被侵害的為生命或身體而言，受害者負面情感的累積更可能導致精神疾病產生，例如心理創傷以及其後所導致的創傷後壓力症（**Post-traumatic Stress Disorder**）。創傷起源於讓人感到極端壓力或威脅的人事物，包括天災、人禍、戰爭事件、犯罪事件、甚至設計來幫助人們的醫療或法律程序都可能是現代社會中的壓力來源。當面臨重大壓力而身心來不及反應時，身心創傷便有機會產生²⁰²。

¹⁹⁹ Schimmel S., *Anger and its Control in Graeco-Roman and Modern Psychology*, 42 *PSYCHIATRY*, 320-337(1979).

²⁰⁰ Catherine T. Coyle & Robert D. Enright, *Forgiveness Intervention with Postabortion Men*, 65(6) *J. CONSULTING & CLINICAL PSYCHOL.* 1042, 1045(1997).

²⁰¹ 王玥好 (2004), 〈童年期性創傷婦女處理原諒議題之歷程〉, 《台灣性學學刊》, 第十卷第一期, 頁 45-46。

²⁰² 胡嘉琪 (2014), 《從聽故事開始療癒》, 頁 37, 張老師文化。

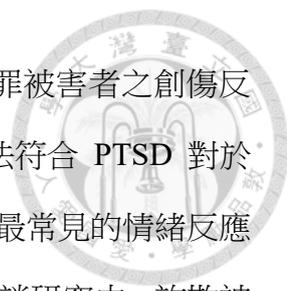


心理創傷最核心的情感，被認為是讓人癱瘓的恐懼與無力感。這樣的情感是在人無法有方向、有目標處理眼前的危機時所生的。正如動物們在遇到波及存亡的危險時會以戰鬥或逃跑（**fight or flight**）的方式面對，人類也會在無語的恐懼中，與自己、與環境陷入失去連結的狀態。而創傷所引起的創傷後壓力症依照美國精神醫學學會出版的《精神疾病診斷與統計手冊》(DSM-4)，在第四版針對「經歷重大災難」的定義中，包含必須經歷、目睹或面對事實的或威脅死亡、身體傷害的事件，或其他威脅自己或他人身體完整性的事件，也包含 A2 標準：當事人的當下反應必須有強烈的恐懼（**fear**）、無助（**helpless**）及恐怖（**horror**）等情感（又稱 **Trauma-related emotions**）。雖然《精神疾病診斷與統計手冊》第五版取消了 A2 標準，但原因應該不在於否定這些情緒感受，而是避免只有三種情感的標準限制創傷後壓力症成立的可能性。

在一份有關創傷壓力的英國研究中，就曾對 138 位經歷過重大犯罪的受害者進行調查。在未產生創傷後壓力症的受試者中，只有 48/110(44%)的人在恐懼、無助及恐怖的量表中其中一項達到強烈的程度；在產生創傷後壓力症的受試者中，則有 25/28(89%)達到強烈程度。值得注意的是在 28 位產生創傷後壓力症的受試者中有三位並未在創傷的過程中經歷到「強烈程度」的恐懼、無助或恐怖。這三位受試者在憤怒等情感及羞恥是否與 6 個月後的創傷後症狀相關的分析中，則呈現至少有一項情感達到強烈程度。這份研究結果贊同 DSM-4 中所認為的，創傷經歷中的恐懼、無助、恐怖等強烈情感與 PTSD 有正相關；但研究也指出 PTSD 的診斷標準應該要擴大包含其他負面情感，而且不論是在創傷當下所經歷到的，或後續因為認知評價所感受到的情感，像憤怒、羞恥便是很常見的情感類型²⁰³，都應該作為評斷是否有 PTSD 的標準。

雖然目前尚無針對犯罪受害者罹患 PTSD 的比例研究，然而，犯罪被害過程所

²⁰³ Chris R. Brewin et al., *Fear, Helpless and Horror in Posttraumatic Stress Disorder: Investigating DSM-4 Criterion A2 in Victims of Violent Crime*, 13(3) J. TRAUMATIC STRESS 499 (2000).



引起的負面情感卻是難以被否認的。國內有研究甚至以詐欺犯罪受害者之創傷反應現象與其他創傷事件做比較。雖然詐欺在 DSM 的判斷上無法符合 PTSD 對於「重大災難」的定義，但該研究援引文獻鋪陳，指出詐欺受害者最常見的情緒反應為憤怒，其他還包括壓力、焦慮和害怕；更舉出在一項大型的訪談研究中，詐欺受害者也如同其他犯罪受害者深陷生氣、壓力、失去自尊心、產生羞愧感、煩躁、失眠、自殺意圖、與家庭或伴侶關係失和、改變行為、害怕暴力威脅、不希望自己成為社會的焦點等情緒反應與情緒困擾中²⁰⁴。該研究則透過自陳問卷的方式，比較詐騙被害事件與傳統創傷事件的創傷反應症狀，認為詐欺事件受害者的創傷反應症狀並非屬於無症狀範圍，也非屬輕微症狀範圍²⁰⁵。換句話說，該作者認為詐欺事件與傳統創傷事件中，受害者在創傷反應症狀上並無差異，詐欺事件所引起的情緒反應應該證立詐欺事件作為創傷事件的資格。

被害所引起的個別情感在法律上或許不是理性辯論的重點，然而這些個別情感卻是案件發生後受害者必須獨自消化處理的。重大案件中，受害情感若未妥善面對或即便妥善面對，隨著 PTSD 的來襲，受害者對世界、對周遭的價值觀可能面臨崩毀；不但懷疑這世界，對於沒能保護好自身的自己也產生懷疑。這將反映在與他人關係陷入疏離、失落、情緒限於起伏不定，以及其他身心症狀中。創傷後壓力症的復原少則數個月，長則數年都有可能。在這段時間中，受害者已經為受創傷事件所俘虜，如果硬要談及與加害者碰面對話可能反倒成額外的壓力源。可能這正是為何傳統修復式正義在重大案件中的適用有其侷限性。因為在這類案件，如果強制要求加害者與受害者碰面，對於許多受害者而言，毋寧是更大的傷害。

即使是輕微的案件，被侵害本身或者隨之而來繁瑣的刑事程序，在在皆挑戰著受害者的情感。在一份記錄自己如何面對車禍事件處理過程的學位論文中，作者身為肇事次因，本該是受害者身分，卻因為法律操作的規則與程序，情感一路從自責、

²⁰⁴ 陳啟忠（2011），《詐欺犯罪受害者之創傷反應 與其他創傷事件的比較》，頁 6，國立臺北大學犯罪學研究所碩士論文。

²⁰⁵ 陳啟忠（2011），前揭註 204，頁 27。



無奈、憤怒、失望、冷漠到絕望，最後並在自己接受以 12 萬元與對方和解時感到恥辱²⁰⁶。換句話說，案件不論輕重，情感的處理始終是個問題。情感雖然獨立於法律之外，卻弔詭地持續牽動法領域與當事人的互動關係，並且長期以來受法領域的影響。

刑事司法過去不曾認真站在情感面思考事件，然而情感並不會隨著案件終結而消逝，甚至有增無減。情感的撫平所需要的時間跟精力，未必與當事人投入的努力成正比，更難以要求在程序進行中達成。我們必須首先承認刑事司法系統處理被害人情感的極限，我們有情感處理的額外需求。再者，我們也必須時時留意到傳統修復式正義的倡議者或許有著熾熱的心想打造雙贏局面，但太單純化被害人面對的情感內容與情感強度，亦將阻礙修復式正義以人為本解決紛爭的特質，而徒增被害人的心理負擔或導致其卻步。

第三項 加害者情感

在加害者方面，情感的難題未必會比較小。有關此，本文想從一本談英國 28 位專業緩刑執行人員與加害者的互動經驗的書籍，以及針對我國台中女監進行修復式正義成長團體的研究談起。

雖然該書名是《刑事司法中的情緒文化》(Emotional Literacy in criminal Justice)，然而全書是以緩刑執行人員在不停接觸各種腳色的情感中，如何學習控制自己的情感不干擾工作，並運用情感能力協助加害者為重心。本文認為之所以需要專書來討論緩刑執行人員的情感調節，除了是因為犯罪事件的敏感性，更在於加害者本身的複雜情感更是難題。執行人員便提到在與加害者建立關係的過程中，辨識加害者的情感是首要任務。其中加害者的負面情感可能包括憤怒、操縱、防備心，這些都會阻止加害者表達其真實情感。甚至有些加害者會呈現不感興趣、自以為是、

²⁰⁶ 鄭國豪 (2014)，《尋找正義的旅程：台灣試行修復式司法方案的紀錄觀察》，國立臺南藝術大學音像紀錄與影像維護研究所。



諷刺、固執等等。但不少執行人員也提到如果能適當引導，加害者是非常脆弱而需要他人的，他們異常的有戒心或易怒，實則是因為他們恐懼而不安，他們不確定接下來會發生甚麼事²⁰⁷。

而其中最屬困難的當屬重建加害者的自尊。執行人員認為自己必須透過展現同情心的過程以卸下加害者與他人的阻隔、調整權力的不平等，更重要的是承認加害者與其他人共享同樣的人類情感，最後才可能幫助他們建立自我尊重。因此執行人員必須要求自己看到加害者作為一個人的全貌，而不能只是關注他們犯罪的單一面向²⁰⁸。

其中，有執行人員談到有些性侵加害者年幼時的情感依附缺乏，可能因而導致後來的犯罪行為。這些執行人員會試圖以建立情感的方式來幫助加害者²⁰⁹。當然與加害者建立情感的過程也可能隱藏很多風險。執行人員必須小心自己太過投入。原因在於加害者多半缺乏情感連結的經驗，很容易一夕之間將情感投注於執行人員身上，反倒會造成執行人員工作場域與私人情感無法妥善切割。

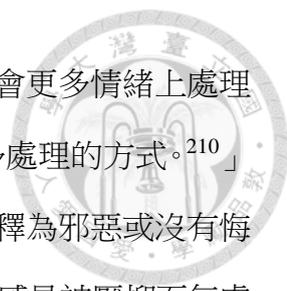
在這裡可以看到，即便加害者與案發的時間、案件的當事人已拉開一段距離，在面對偏中立的緩刑執行人員時，其內心情感的矛盾衝突、流動方式、該如何化解對於專業的執行人員的防備，都還是門艱澀的學問。

再以針對我國台中女監進行修復式正義成長團體的研究結果來看，這個團體活動的時間涵蓋了五個月的時間，從「認錯傾聽」、「說真相與圓謊」、「認識鏡中自我與對方」、「同理心」到「道歉練習與告白」及模擬「會面練習」，循序漸進地幫助加害者先是了解自身的行為、個性、缺點，包括不善於說真心話、習慣逃避、沒自信等等。接著，培養加害者同理他人的能力，最後才是學習表達自己的技巧。其實如果仔細觀察便可發現，加害者缺乏的正是處理情感的能力，最主要或許是處理

²⁰⁷ CHARLOTTE KNIGHT, EMOTIONAL LITERACY IN CRIMINAL JUSTICE 112 (2014).

²⁰⁸ *Id.* at 114.

²⁰⁹ *Id.* at 116.



自身情感的能力。其中一位學員便言及透過團體活動自己：「學會更多情緒上處理的方式，設身處地為他人著想，聽聽別人的意見，原來事情有很多處理的方式。²¹⁰」一般而言，加害者冷漠、有距離感、或情緒暴躁多半會被外人解釋為邪惡或沒有悔過之意，但更該思考的是，在這些武裝之下究竟加害者有哪些情感是被壓抑而無處、無法可傳達的？

活動承辦者認為此團體活動前半部還算順利，然而在進入尾聲的間接會面練習時，卻開始遇到瓶頸。有學員難以控制情緒，也擔憂未來不知該如何實際面對個案的受害者。至於在間接會面後、直接會面前的模擬演練階段，多數學員更是因為心理建設尚未妥善而出現情緒失控的情形，並承認面對受害者仍有心理壓力。研究者認為對於加害者而言，不清楚受害者是否願意接受自己的道歉可能是主要原因、另外他們也不清楚受害者現時最需要的幫助為何，對於直接見面一事還是會想逃避²¹¹。

從這份觀察研究更可以清楚看見，加害者無聲的情感波動可能大過於已表達出來的部分。而加害者的逃避見面未必是沒有道歉之意或沒有反省，而可能是手足無措，不知如何在情感波動下表達自我。這些加害者的情感障礙正是本文認為傳統修復式正義以「關係修復」為核心並不恰當的原因。畢竟這些情感障礙需要多久的時間去克服，本身是一大難題。在這狀況下，如果堅持要加害者與受害者達到關係修復，才能代表紛爭解決，那毋寧是為修復式正義設定更不可能的目標，進而阻止這些加害者進入修復程序。相對的，本文認為比較重要的是，去認知這些情感是確實存在的，進而協助並陪伴加害者去面對、消化這些情感。

第四項 案件關係人情感

案件關係人從親到疏包含加害者、受害者家屬、親友再到一般社會大眾。被害

²¹⁰ 陳祖輝、張嘉玲合著(2011)，前揭註 106，頁 133。

²¹¹ 陳祖輝、張嘉玲合著(2011)，前揭註 106，頁 139-140。



者家屬一般都會站在受害者立場感同身受，可能與受害者一起憤慨、一起悲傷、一起無助，並站在精神支持受害者的腳色。社會對於受害者家屬的情感即便不能完全體會或體諒，至少能拼湊出個大概，也願意提供協助。相對地，加害者家屬的情感一直以來則是較為陌生而易被忽略的一塊。

Sarah Eschholz 偕同幾位研究者於 2012 的研究從 19 位死刑犯的家屬觀點來談不同的修復式正義需求。傳統修復式正義的情感修復與療癒效果多是以加害者、受害者雙方為核心；但果真將犯罪的概念還原為傷害的話，那麼周遭家屬，包括加害者家屬因為犯罪事件所經歷的創傷與困難，也將浮出檯面成為待修復的對象。

研究中，死刑犯家屬所遭受的創傷其淵源通常有三個方向。首先，重大犯罪的加害者家屬因為親人原本的犯罪與刑事司法程序的追訴，而被排斥、經歷身心的症狀、感到罪惡且時常缺乏社會服務的支持。其次，多數死刑犯於兒童時期經歷過身體或性虐待等，其家屬也可能遭遇過類似情境。這類經驗會在審判中討論加害者的成長背景時，引發其家屬的創傷症狀。最後，死刑犯家屬會因為親人即將到來的死刑執行與執行本身而遭遇創傷²¹²。

死刑犯家屬的創傷反映與典型的創傷反映相同，都包含干擾（反覆想起或夢到事件本身）、逃避／麻木（無法想起或無法面對特定人、去特定與事件相關的場所）、過度亢奮（無法入眠、易怒、暴怒、無法集中注意力）等。此時，社群的反應十分重要，友善的社群或可幫忙減輕創傷症狀；但敵意的社群可能加深或導致創傷的持續，並漠視暴力、復仇、分裂等惡性循環產生。其中，媒體成為形塑社群的另一個關鍵。有加害者家屬認為媒體是他們遭受社群不好對待的根源，媒體報導成為雙方家庭遭受創傷的持續提醒，並導致事件無法終結²¹³。

這些家庭成員有很深的療癒需求。其中多數人渴望能聯繫受害者家屬、參與自

²¹² Eschholz et al., *supra note* 196, at 221.

²¹³ *Id.* at 226.

己的社群、或建立一個共享這類經驗的新社群²¹⁴。簡而言之，加害者家屬體內亦蘊藏了極大的負面能量需要尋求管道抒發。如果有療癒圈或家庭團體會議等的運作，便能藉由提供安全的環境使成員們抒發自己的感受，成為加害者、受害者家屬的情緒宣洩出口。

本文欲以一部 2007 年由日本漫畫改編的日本電視劇《愛與寬容》(アイシテル～海容～) 呈現加害者、受害者雙方家屬面臨侵害事件後，情感轉折的漫長過程。在第一集的電視劇中 7 歲的小澤清貴被 10 歲的野口智也殺害，接下來的二到十集則都環繞在小澤父母及智也父母如何在傷害事件發生後繼續生活。智也父母在事件發生之初旋即陷入錯愕、驚慌、否認、無法相信智也會犯下殺人行為的情緒中，甚至面對智也感到懷疑及恐懼。隨著挖掘事件真相的過程，智也媽媽嘗試理解智也的心境。她開始必須在心理上背負、共同承擔殺害行為的責任，反省自己對事件結果的遠因。過程中智也媽媽除了面臨兒子對自己封閉內心的痛心、還必須承受不停對自己指指點點、稱呼自己為殺人犯的社會，智也媽媽曾崩潰喊到她的全部信念在一瞬間都已瓦解，自己的生存意義及過去的所有努力也全盤被否定，更沒有信心自己能承擔這一切。

至於清貴的父母與姊姊從一開始的悲痛、拒絕接受、憤怒，隨著智也父母一再的來信道歉、閱讀審理日誌逐漸了解智也的心境轉折後，各自開展出不同的情感。清貴媽媽較能理解智也媽媽那種所有努力付之一炬、痛徹心匪的感覺，她願意接受智也媽媽的道歉。縱然她無法原諒智也一家，但她更期盼智也能夠在成長之後體悟到他剝奪了清貴、清貴一家多麼珍貴的東西。清貴媽媽的情感交雜在悲痛、自責、埋怨、憐憫中。相對地，清貴爸爸則是陷入越了解越難以釋懷的情緒。依照清貴爸爸的說法，原本可以正大光明的痛恨智也一家，一旦了解智也一家不過就是成千上百萬個家庭中的一個平凡家庭，這樣無處可宣洩的憤怒與怨恨叫他不知如何是好、原諒了對方又要如何面對清貴？如實地呈現著一些受害者家屬既痛恨加害者、也

²¹⁴ *Id.* at 227.

痛恨痛恨加害者的自己、更痛恨無法痛恨對方的自己，最後被這些痛恨情感捲入無盡的黑洞。



身處於這些情緒中的加害者、受害者雙方是否有能力面對對方？受害者方是否願意接受關於他方的道歉、他方的消息？這些決定都會在當事人的情感隨著時間推移起伏的過程中變化。例如該劇中清貴的媽媽一直很希望知道加害者家屬的想法；但相反地，清貴爸爸與清貴姐姐就認為來自加害者家屬的道歉、信件、消息是他們復原路上的干擾。這時候如果要求受害者家屬應該要與加害者家屬面對面；或要求受害者家屬傾聽他方的想法才符合傳統修復式正義中核心的關係修復，那麼等於是違背當事人意願的無理要求。較恰當的方式應該是先了解各個當事人的情感狀態，協助他們表達自己的情感，並以陪伴的方式陪他們做出接下來的決定，實不該武斷地預設當事人的需求。

第五項 小結

在今日風氣隱約予人社會情感氾濫的印象的同時；本文認為情感氾濫雖然透漏著危險，其反面不該是壓抑情感或否定情感，而是更謹慎地調節情感。原因在於，情感本身具有溝通的功能，情感的表達傳遞出的是人在面對或聽聞外在刺激後的認知及感受。雖然情感可能被形塑、被渲染，然而一味否定個人或集體情感等於要求人麻木而不帶有價值評價；一來，不可能，二來，則可能反倒鼓勵冷漠、隔離社會的產生、迫使個人獨自承擔不幸事件所導致的情感。對於如何調節情感，還是必須從拆解情感的本質出發，嘗試了解情感與規範社會間的刑法之關係，各種情感的內容、特質、作用效果；接著，才能思考情感於法律中的規範性地位。最後，在法律的極限之外，建立架構新的情感調節方式，也就是本文所主張的修復式正義。

第三節 情感之規範性地位



在這個段落本文想延續此節一開始「情感透過合理性的評價作為法律的過程」的討論。先是針對情感做出更深入的定義、分析；接著就刑法與情感間的互動關係及限制提出看法。

第一項 何謂情感？

行文至此，終究必須提出關鍵的問題：「甚麼是情感？」之所以在本章反覆提到「情感」一詞，卻不在章節之首先行定義，原因在於，本文想透過直接描述各方當事人、各種案件所呈現的情感類型，為讀者暫時拿開法律用語或專業定義，而能各自從當事人或相關人士的論述脈絡中去體會情感的特徵。這樣的好處在於能理解情感多義性的面向。

研究法律與情感的學者正如研究修復式正義的學者般，皆非起源於單一學術領域，亦非以單一研究方法進行。這些學者分別來自心理學、哲學、神經科學、社會科學等不同領域，使用不同的研究途徑去理解情感。不只呈現出的「情感」意涵在學科之間有所差異，甚至在個別情感用詞的精確度及指涉情境也大異其趣。例如 Kagan 曾指出對於恐懼（fear）一詞，神經社會學家藉由研究實驗室的老鼠來理解之；人類學可能研究的是對於陌生人接近的恐懼反映；兒童心理學家則是研究分離焦慮。雖然這三者皆使用了恐懼一詞，但很明顯有不同的研究對象、脈絡、方法、研究目標²¹⁵。

不只恐懼一詞，噁心、憤怒、悔過、羞恥等各種情感都存在如此的研究陷阱。之所以稱之為陷阱，是因為當這些領域中的情感研究結果要被導入法律領域的討論時，如果不了解這些用語歧異性的特點，很容易形成學者間使用著同一個詞卻雞同鴨講²¹⁶。更甚者法律學者可能逮到自己想要的情感定義，就將其當作唯一的可能性而展開全面的論述。此一問題，小則忽略那僅僅是眾多情感面向中的一種演繹結

²¹⁵ JEROME KAGAN, THREE SEDUCTIVE IDEALS 14-38 (Harvard University Press 1999).

²¹⁶ Susan A. Bandes & Jeremy A. Blumenthal, *Emotion and the Law*, 8 ANNUALS REV. LAW SOC. SCI. 161, 164 (2012).



果；大則是將完全無關的研究結果單單因為詞語的相同就匯入法律領域，並且在其他法律學者對情感不熟悉時，成為一種獨霸的論述。

Terry 在約 10 年前便提出，既然是研究法律與情感的獨立領域，應該有兩項前提。首先，當代法律與情感學者對「人類情感」的信念應該是情感能被特定出來研究，且情感與法律理論、法律實務密切相關，之間的關聯值得較過去更多的檢視。其次，這些研究學者很明顯地同時重視「與」字的兩端，雖然提出的是法律問題，但採取的觀點應該是根基於對情感的研究或理論²¹⁷。換句話說，就第二點而言，想討論法律與情感的學者，應該先言明自己就法律及情感所採的理論為何，才能有被驗證的可能。關於法律與情感的分析方法，根據從法律理論或情感理論的著重程度不同，該位學者又初步歸納出六種方法，包括情感中心方法、情感現象方法、情感理論方法、法律教義方法、法律理論方法、司法人員方法²¹⁸。這些分析方法非但不衝突，甚至多數時候學者必須兼採數種方法。本文在本章前半部便是以情感現象方法淺談刑事司法程序周圍常見而既有的情感；接著將利用情感理論方法擇取對於情感的理解；最後再結合法律理論方法來談修復式正義。

法律與情感分析方法	特色
情感中心方法	分析特定情感如何、可以如何或應該如何反應於法律中
情感現象方法	形容一個在機構（mechanism）已經被經歷、表達的情感並分析這樣的情感現象如何、可以如何或應該如何反應於法律中
情感理論方法	擇一種特定情感理論（或數個理論），並分析理論如何、可以如何或應該如何反應於法律中
法律教義方法	分析情感如何、可以如何獲應該如何反應於特定法律教義領域或特定類型的法律決定
法律理論方法	分析特定法律理論方法中所嵌入或反

²¹⁷ Terry A. Maroney, *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*, 30(2) L. & HUM. BEHAV. 119, 124 (2006).

²¹⁸ *Id.* at 126.

	映的情感理論
司法人員方法	檢視特定法律人士的法律工作中如何、可以如何或應該如何被情感影響

在本文選擇以何種情感理論來定義情感之前，Kagan 曾提及理想上，以情感或相關用語來描述法領域的情感的學者們，會澄清他們的工作定義，亦即澄清此些詞語將被使用的脈絡²¹⁹。如此，顯示出的是 Kagan 認為相較於固定、單一的情感定義，隨脈絡而異的情感內涵是必須而必然的。由於本文並不打算論述單一情感在特定條文或法體系的互動結果；且修復式正義著重的是環繞加害者、受害者、社群等的各種情感，因此這裡的重點毋寧是「各種情感」作為集合體所共同分享的特性為何？或至少最大公約數為何？只不過，從加害者、受害者出發常被提及的悔過、羞恥、罪惡等特定情感，以及於前文所談到加害者、受害者、案件關係人的情感現象能夠作為施力點，引導證立此處對於情感理論的選擇。

在這樣的前提理解下，本文認為從各領域所共同達致的暫時性定義來理解情感應該是合宜的。在 Bades 與 Blumenthal 合著的文章中，情感被認為是一系列評價與動機形成的過程，這些過程散佈於大腦，協助我們評價刺激並對刺激做出反應。此外，情感是在社會及文化的脈絡中形成、進而被解釋而用來溝通的。情感影響著人類篩選、分類、解釋資訊的能力；影響人類評價他人意圖及可信賴程度；並幫助我們決定何為重要與有價值的事物。最重要的是他引導我們去在乎我們決定的結果，並給予我們動力，根據評價結果去行動或不行動²²⁰。若以心理諮商領域的大師 Alber Ellis 所提出的理情行為治療(Rational Emotive Behavior Therapy, 簡稱 REBT)的基本假設出發，將能更容易理解何謂情感。理情行為治療的基本假設是，人類的認知、情緒、行為這三者雖然功能看似迥異，涉及一個人不同層面的反應，然而實際上他們彼此緊密互動、整合為一，而主宰每個人。當人的認知改變時，情感與行為會跟著改變；當情緒被改變時，認知與行為也會跟著改變；當一個人的行為被改

²¹⁹ JEROME KAGAN, WHAT IS EMOTION? 41 (Yale University Press 2007).

²²⁰ Bades & Blumenthal, *supra* note 216, at 163-64.



變時，情緒與認知也會有所不同²²¹。換句話說當研究人的行為時，是無法切割單獨看待行為本身，而仍需綜合考量他的情緒與認知。本文認為綜合 Bandes 與 Blumenthal 以及 Ellis 的說法及對人的假設，情感便是人類情緒與認知互動的結果，相較於純粹的情緒，是思考後轉化的情緒，進一步指向並影響接下來人的行為。這樣對於情感的解釋契合於法律與情感運動學者們的主張，都試圖打破對於情感的傳統迷思：情感乃相對於穩定的理智狀態而偶發、強烈、無法預測的心情。

從這個定義中，本文認為有必要擷取出三項與修復式正義最相關的情感特徵再深入論述之，包括情感的思考性、情感的可評價性、情感的流動性。

首先，關於情感的思考性，可以參考 Nussbaum 在逃避人性中，打擊「所有情感都是非理性的」此一傳統想法的論述方式。就「非理性」，Nussbaum 提到有兩種解釋方式，一種是指「未經思考」；另一種則是指「壞的思考」²²²。若說情感是未經思考的，將無法解釋為什麼我們能預測、想像他人的情感或擁有自己的情感。例如當朋友聽聞他的親人被攻擊時，我們想像上他可能產生憤怒、傷心等情感。那是因為人在親人遭受不測時，會去想像親人的狀況、身體可能經歷的痛楚，這樣的思考使他感到傷心、憤怒；即便我不同於我朋友，藉由這樣的邏輯思考，我也能知道他可能產生的情感反應。或者說當我一個人走在森林裡迷路時，我感到恐懼。這絕不是因為我走在森林裡便反射性地感到恐懼；而是因為當我迷路時，我想到天將暗、儲備糧食不足、氣溫驟降、許多蟲獸環繞，我想到我生命、身體可能遭遇到的危險，因此才感到恐懼。如果天光充裕、糧食豐沛、氣溫宜人等要素取而代之，同樣在森林裡迷路的我並不會感到相同程度的恐懼，這說明人確實會根據周遭的客觀現象或刺激展開思考，而凝結成情感反應。因此，要說情感是未經思考的，顯然是錯誤的。

更深入來說這個思考過程，Nussbaum 認為又分為三個部分，首先，情感有一

²²¹ Albert Ellis & Catharine MacLaren (著)，劉小菁 (譯)，(2002)，《理情行為治療》，頁 11，台北市：張老師出版。

²²² Martha C. Nussbaum (著)，方佳俊 (譯) (2007)，前揭註 198，頁 46-47。



個「對象」；其次，這個情感對象所起的情感作用取決於情感擁有者如何觀看與解釋這個特定的情感對象；最後，這個對於情感的解釋過程當然涉及解釋者自己對於情感對象的固有信念²²³。比方說，剛剛在森林裡迷路的例子，「在森林裡迷路可能引發人身傷害」便是恐懼的「對象」。當然可能聽說過他人「莫名恐懼」或「無來由地憤怒」，但這些情感產生的思考過程應該是過快或是潛意識的，總之不會是全然欠缺對象的。再者，我會產生恐懼是因為理解我的處境，並相信在天將暗、儲備糧食不足、氣溫驟降、許多蟲獸環繞的情境下，危機四伏。也許是過去聽聞過他人的森林經驗，知道低溫的一夜可能凍死人；或者突然跑出的毒蛇或山豬也可能襲擊人，總之是我對於這個「對象」的信念催生出我的恐懼情感。

既然情感具備思考性，那麼情感確實可能根基於「壞的思考」，或說有缺陷的思考²²⁴，而這正連結到情感的可評價性。或者更正確的說法其實是，至少在法律領域、甚至是道德領域，不可能一味地接受所有情感為平等。殊難想像情人因為被提分手感到憤怒而殺害對方、一名異性戀男子看不下去一對女同志因為噁心而殺害之、或一名兒子懷恨殺害殺父仇人，得到的情感評價會是一致的。在此要指出的一點是，情感的瑕疵意指根據評價的需求，檢視從認知情感對象、到理解處境、再到利用信念詮釋處境的整體過程，從中評價各階段的真實性與合理性；但這無論如何都無礙於情感經歷本身的真實性。也就是說，在不否認情人的憤恨與絕望、異性戀男子感到的噁心、兒子的憤怒與仇恨情感的真實性下，法律領域仍能評價這些情感。

Nussbaum 所提到評價的內容大致包括信念的真實性、合理性與情感本身的合理性²²⁵。以被情人提分手憤而殺之為例，信念的真實性問的是情人真的要跟你分手嗎？他的意思是否是你們該冷靜一下？或者他只是一時口不擇言？你的生活真的沒有他就完蛋了嗎？信念的合理性則是指你理解為對方要跟你分手、並且你的生活全毀的過程是否合理。如果對方給出具體的分手理由、表情認真堅決、刪除所有

²²³ Martha C. Nussbaum (著)，方佳俊 (譯) (2007)，前揭註 198，頁 64-67。

²²⁴ Martha C. Nussbaum (著)，方佳俊 (譯) (2007)，前揭註 198，頁 46-47。

²²⁵ Martha C. Nussbaum (著)，方佳俊 (譯) (2007)，前揭註 198，頁 73。



聯繫方式、並拿走所有屬於你的東西，可以說這個信念是合理的。但如果他只是在愚人節傳了「我要分手」四個字，這個信念的合理性相較之下就十分不足。信念的真實性與合理性都會影響我們對他人情感的評價，在法律領域也沒有例外。但比起此二者，法律領域更在乎的是情感本身合理的問題。換言之，縱使情人跟你分手，35歲交往了10年的你落得一無所有，「你憤恨而殺了對方的憤恨是否合理」這樣的問題。這層問題本文將留到下一項討論。

第三點，情感的流動性亦能從情感的思考性導出。特定事件作為對象進而產生的思考，不只受到客觀事實、對於客觀事實的了解與詮釋，這些詮釋更受到情感乘載者態度或性格的影響。Bandes 與 Blumenthal 在文章中曾提到情感能夠被引導、教育；而且情感的動態過程是被社會或制度環境所形塑的²²⁶。雖然 Bandes 與 Blumenthal 在文中的脈絡是為了說明法律結構會影響情感與情感能力，但更完整的意義，本文認為是情感也有個體獨特性的成分。就如性格一般受到內外環境、社會制度所形塑。不同人對於同樣事實遭遇所反映出的情感，會受到個人時間、環境、心境轉變而浮動。這在先前提到有關修復式正義加害者、被害者的研究文獻中，並不陌生。

在一篇童年期性創傷婦女處理原諒議題的研究中，幾位受訪者分別表示在事件發生後的歲月中，當他們理解到加害者將帶著一輩子的罪惡感，或加害者亦是家庭暴力下的被害者的時候，她們便不需要對加害者生氣。受訪者甚至直指道：「我發現我看到的事實，不見得是事實，而是我『認為』它是事實，如果我的『認為』改變，我的感受就也會改變，這讓我思考，到底我要怎麼想這件事（性侵害）」²²⁷。也就是說對於對象的不同解釋便可能產生不同情感，隨著時間流逝所帶來的不同體會與解釋，想當然爾地也會伴隨不同的情感。本文認為要討論情感與修復式正義的關聯，這是很重要的一個情感特性。過去我們所習慣的是鎖定程序中的特定時點，

²²⁶ Bandes & Blumenthal, *supra* note 216, at 171.

²²⁷ 洪素珍、王玥好（2004），前揭註 201，頁 46-47。



處理當事人情感；但該時點之前或過後的情感，便不在考慮範圍內。如果要嘗試建立能夠回應情感的刑事司法系統或修復式正義，情感的流動性應該被謹慎地納入考量。

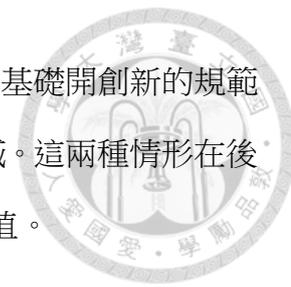
綜上所述，情感的思考性、情感的可評價性、情感的流動性，是本文認為在建構以情感修復為核心的修復式正義時，用來觀察與理解當事人情感需求的思考重點。

第二項 刑事司法系統中的情感及其困境

如同在本節之初所談到的，情感與作為規範的刑法有著密不可分的關係。理想上，組成社會的人們對於甚麼樣的侵害感到重視、重視的強弱，會透過情感反應出來，接著透過立法的過程呈現在不同強度的刑法規範中。如前文所提及，法律與情感的互動過程中，如果根據情感的思考性及流動性，統計每個不同個體對同一侵害事件所產生的情感，應該會呈現一個常態分布。當代的刑法體系應該是致力於找出這個常態分佈，再根據社會成員情感的平均值來決定哪些行為要予以規制、刑度如何等等。但是，這樣的推論會導出幾個思考陷阱，其中一項便是容易理所當然地誤以平均值或理性人標準作為「合理基準」。多數時候刑法背後的合理基準確實與平均理性人的法感情相吻合，但這未必表示平均人的法感情可以直接用做合理基準。情感反應在法領域的過程中，合理性基準應該要從法律的目的導出，似乎不該由情感的普遍合理性來決定之。

更精確地來說，刑法與情感是互相影響的結構關係；情感被視為刺激刑法思考有關於社會需求的重要要素，但在將情感轉化為具體規範時仍必須從建構社會「基本善」的角度去判斷該情感納入規範是否恰當。刑法的目的、特性作為乘載基本善的載體，因此必須思考情感是否與刑法的目的、特性產生齟齬，只有在符合刑法的基本目的內才應該被採納。然而，本文認為，如果刑法所未感知到的情感已足以質疑刑法的根本目的，為法律謀得特定範圍內新的目的；或刑事系統在能力範圍內無

法回應情感，這時情感是有可能顛覆既有規範體系，而以情感為基礎開創新的規範內容；或在刑事系統外建置其他場域，以回應犯罪所導致的情感。這兩種情形在後續討論修復式正義之規範性定位時，皆能詳見它們的差異與價值。



關於情感進入規範前由法律目的作為合理性基準，本文簡單以 Nussbaum 論證噁心、羞恥不該作為規範基礎為例說明之。Nussbaum 認為憤怒在事實正確且個案相關價值經過衡量時，能合理地作為刑法基礎。因為憤怒反應出的思維是關於自己是否被公平對待、是否遭到侵犯，這與法律所要保護個人不受傷害是相通的。然而，與此比較的噁心與羞恥背後的思維則複雜而危險許多。Nussbaum 主張噁心的內涵包含對於純潔、不朽、擺脫動物性的無謂渴望。人在操作噁心的情感來排斥或邊緣化特定行為與人時，是因為這些行為與人，勾起主流群體對於自身動物性與必死性的恐懼與不安，噁心的感覺與排斥的慾望其實更深沉而言是對於自己動物性與必死性的極力否定。因此，噁心在公共領域，或至少在刑法中被使用是不恰當的，因為它會正當化排除人類基於動物性而展開的行為，而鼓勵反感的產生²²⁸，重點是這些反感的對象並不能妥善地指出危險源²²⁹。

相對的，羞恥對於追求有意義、理想的社會生活與人格發展是有正面意義的，且羞恥多少帶有道德內涵。然而，不加思索或過度的利用羞恥去要求他人，反映出的可能是發話者對於自我全能的幻想、自戀、不肯承認他人權利與需求。羞恥隱藏著為了滿足自我的自戀計畫，而貶抑或攻擊其他障礙物的危險。值得注意的是，Nussbaum 所認為的羞恥十分有別於罪疚。罪疚與羞恥雖然都有感於自身的不足，然而現實中所採取的不同回應方式則反映出相異的心理機轉及對他人的預設。罪疚是在承認他人權利的前提下，否定自我的特定行為；羞恥則是自感不足後，由單一事件可能連結到對自身整體的否定，由於無所適從而傾向從社會退縮²³⁰。最後若不是蜷縮在角落，便是以攻擊他人的方式掩飾自己的羞恥感。

²²⁸ Martha C. Nussbaum (著)，方佳俊 (譯) (2007)，前揭註 198，頁 50-52。

²²⁹ Martha C. Nussbaum (著)，方佳俊 (譯) (2007)，前揭註 198，頁 316。

²³⁰ Martha C. Nussbaum (著)，方佳俊 (譯) (2007)，前揭註 198，頁 317-320。



其中的差異恰能說明為何罪疚應該能被刑法所採納而羞恥則否。培養犯罪者的罪疚情感等於分離錯誤行為與行為人，肯定他人的權利時也肯定行為人的權利，在此前提下針對錯誤行為予以評價；相反地，羞恥是以形塑自身為全能、完美的方式嘲笑、斥責犯罪者作為人的不足。此脈絡下的羞恥，宣揚的毋寧是一種零和關係，因為不法行為而將行為人貶斥為不完美的人，再將周遭的人塑造成其望而不及的完美的人。然而，這阻礙著實際上平等的人類、不完美的人類間的細微互動。這種個體間帶著缺陷的細微互動本來是不完美的個體學習接受各自缺失，培養與缺失共處，並達致接納自己與對方的必要過程。但是，刑法如果以規範的方式加諸羞恥在特定人身上，等於正大光明地宣稱特定人作為個體是次等的。更透過否定或無視人類的共同缺陷性、不足性，扼殺個人的個體性²³¹，將人視作隨時會因為錯誤行為或刻板印象被貶低的客體。

透過上述噁心與羞恥的例子，可以理解到，情感本身沒有真實性的問題，然而背後的思考及思考後的作為有可能指向權利保護、亦可能指向權利侵害，只有在促進權利保護、打造共同生活的基本善的範圍內該情感才應該被納入規範體系中。

不只是理論上如此，在實務上亦是如此。純粹的情感轉化為規範的過程，無論是民眾對特定議題的情感反映或不反映於法條中，或者是否採為裁判理由，都需要經過情感合理性的評價過程。

國內就有論文曾研究白玫瑰運動中情感法律化的過程與困境。該作者提到社會情感蒐集、彙整完畢後，在將抽象的情感轉化為具體訴求的階段，會因為對情感進行詮釋者為何人而形成不同的法律訴求。例如，白玫瑰運動中同樣以社會恐懼及憤怒為基礎所提出的刑法修正方向，包含性侵犯應重判、被害人應受保護、司法應更加公正。這些法律訴求的再具體化，鑒於社會團體或提出者的不同，在進入法律體系前，形成各說各話的局面²³²。這裡呈現的正是法律外部言論的自由、多元性；

²³¹ Martha C. Nussbaum (著)，方佳俊 (譯) (2007)，前揭註 198，頁 336。

²³² 李品儀 (2014)，《白玫瑰運動之研究-從情感、社會運動與法律修正之角度切入》，頁 120-124，國立成功大學法律學系碩士班碩士論文。



相反地，法律內部言論，則相對受到許多限制。以情感為基礎的訴求在進入法律體系時，如果是要增訂或修正條文者，除了要符合憲法要求外，也必須符合該法律本身的目的、功能、性質及其原理原則；如果是另立法律時，則獨立立法的必要性以及是否牴觸憲法原則便會成為訴求進入法律內部的界線²³³。這些憲法要求、法律目的、功能、原理原則等便是以「基本善」作為合理性評價基準。

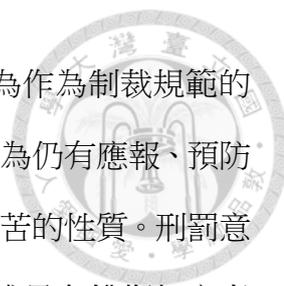
本文認為對於合理性評價的嚴格要求應該是源自於法律的固有特性。法律乃規範社會群體的最強制力量，它透過不同的制裁方式或法律效果從各層面限制、侵入個人生活，因此必須更為穩定、謹慎而自我節制。在思考甚麼能作為規範基礎時，程序必須盡可能達到去蕪存菁的功能，透過層層把關，使進入法律內部的規範直指向共同的基本善。而不同的法體系間，所反映的情感類別與容納的情感多寡，須視該法體系的目的與效力而定。在越嚴厲、越缺乏彈性的法體系中，情感因其流動的相反特性，便須受到較強烈的檢視以及限制。

在刑事法領域，刑罰動輒限制犯罪人金錢、人身自由、甚至剝奪生命，具有最強而有力的制裁效果。這正是為何刑法第二條「罪刑法定原則」格外要求明確及穩定性。連結到情感與刑事法體系的討論時，本文認為必須從兩個方向來看情感論述難以開展的原因。首先，必須談論刑罰嚴厲性所帶來的限制；接著，則是情感流動性所必然伴隨的不確定性。這兩者間相反的特質，本文認為是造成刑事情感在刑事司法領域中特別敏感而難以討論的原因。

第一款 刑事法的穩定性

首先，如前所述，情感乘載著公眾視為重要的利益，在基本善的範圍內被確立為禁止規範。但值得注意的是，並不是所有公認的利益都會進入刑法體系，例如說謊、使用竊盜並不在刑事法規範圍內。這是因為刑法的特性來自於其制裁效力，刑法學者們一般認為禁止規範若缺乏制裁規範，禁止規範便沒有實質效力；這即是為何

²³³ 李品儀（2014），前揭註 232，頁 126-127。



刑法典中無法找到具有禁止規範卻欠缺制裁規範的條文。又因為作為制裁規範的刑罰，並不只是宣示性的反射基本善的存在；刑罰一般被學者認為仍有應報、預防等目的，而近代刑事法認為基於應報、預防目的刑罰必須具有痛苦的性質。刑罰意在施加痛苦予加害者的前提下，刑法與刑罰規定考量的重點變成是在權衡加害者行為與加害者權利受限制的比例。最終，本文認為這個刑罰的比例原則考量反而成為衡量哪些基本善於刑法是否被承認的重要基準。

簡單來說，因為制裁規範的刑罰是痛苦的，所以不可能普遍的承認侵害基本善的事物都以刑法來回應。侵害基本善的行為，只有在刑罰被認為能達到應報、預防及其他懲罰目的且符合比例原則、最小侵害性原則時，才能被納入刑法規範。而這樣的刑事司法系統中，顯然回應社會情感的並不是針對處理情感而設計的機制。即便社會情感指出重要的利益，然而刑罰的功能與目的卻成為真正篩選出受刑法保護的對象的基準。最終的結果是社會情感訴諸於當代刑法體系，許多時候勢必要落空。

刑法典中對於責任的要求可以很明確點出情感與法律間的斷層。關於行為人的責任判斷，要求行為人必須具備辨識其行為違法及依其辨識而行為之能力。因為行為人如果無法理解其行為的意義或控制其行為，那麼對該人施加懲罰便毫無意義，懲罰會淪為單純施加痛苦的暴力，而無法達到要求行為人負責、嚇阻或預防的目的。但是現實中的案件是，當殺害他人的行為人具有精神障礙時，受害者家屬並無法因此而諒解行為人，憤怒、悲傷、痛苦、無奈依舊縈繞；相對的，在社會大眾間，對於犯行的恐懼、憤怒時常會展現為要求特定加害者負起責任。此時，刑法卻無從貫徹，因為刑罰的目的在這類案件中注定落空而必須謹守謙抑的腳色，無法發動。最後，刑事法體系只能無奈而冷眼地面對受害者家屬，而承認這是刑法的極限。



在此想指出的是，當我們在思考刑事法領域中情感作為立法基礎的可能性時，刑法與刑罰的目的、特色一方面是衡量情感的那把尺，但他們更是從根本限制情感存在於規範體系的阻力。

第二款 情感的不穩定性

然而，在刑法的固有特性與情感的流動性間如今產生更急迫而棘手的問題，也正是本文研究的重點，並不是社會情感轉換的部分。因為在社會情感的範圍，學者尚能透過研究、說理的方式去引導或解釋社會情感，且涉及公眾性的緣故，至少能利用公開的場合試圖去衡量、試探社會情感並透過法律框架來把關。相反地，在修復式正義及療癒式司法等主張當中，涉及的不但是個案中私人情感，且試圖承諾的是以這些情感為中心而展開尊重當事人的程序。由於已涉及個案，通常不免牽動個案中刑罰的結果。但在沒有旁觀者真的有能力去引導、詮釋或評價他人的情感，且過去經驗裡對於私人情感與法律間的轉換較不熟悉時，這種無法預測的情感內容對穩定的法律而言，便形成更劇烈的未知衝擊。

說是未知，其實確切而言，是法律領域的學者們長期不甚願意去思考這些不穩定的因素。接著本文將分別以修復式正義中常見的加害者悔過與被害人療癒結合被害人陳述於審判中載浮載沉的現況，來說明私人情感於刑罰階段進退兩難的困境。

悔過是個人對於過去所做所為的懊悔、抱歉與罪惡。對於修復式正義而言，悔過被認為是修復會議後加害者可能產生的個人情感。學者們多以正面的態度視其為鼓勵加害者面對自己、期許新生活、並能肯定被害者的傷害、進而療癒被害者的情感。長期以來悔過在當代刑事司法程序中隱而不顯地有其地位。在我國，偵查階段的悔過可能影響檢察官是否起訴、給予緩起訴或不起訴；更常見的是在審判階段經由和解與否影響法官量刑。悔過在這層意義被當作衡量加害者惡性的工具，有學



者稱之為個人惡性模式 (Individual badness model)。悔過的加害者被認為比起未悔過的加害者需要的嚇阻力道較小，因為悔過的經歷本身被肯認為某種折磨，而這也表示該加害者未來的再犯可能性較低²³⁴。

然而，這種推論首先受到的質疑是，悔過的人真的代表他們的惡性較低、再犯率較低嗎？這些悔過的真摯性在公開的司法場域可信嗎？法庭、檢查官前是辯論罪與罰的公開場合。雖然理論上不該，但加害者從外觀、穿著到行為舉止在在都可能影響判斷、裁量過程的情況下，加害者在公開法庭本來就會以自己呈現的形象出現；更遑論在知道悔過可能影響起訴、判決時，道歉、悔過時常較之於真摯的情感流露，顯示的反而是被告不想進入訴訟、或想盡快結束案件的訴訟策略。其次，對於真心想悔過的人，這種公開場域無疑是情感流露的高牆。當被告的家人、親信或無關的他人都在場，公開而真摯的悔過可能令人感到羞辱，特別是對自尊心較強或犯下易被標籤化的犯罪類型（性犯罪）的加害者²³⁵。這時候加害者的不悔過或看似不真心的悔過，究竟該如何連結到加害者的惡性，難以一概而論。

再者，悔過被作為評價加害者惡性，更根本地會混淆悔過的傳達對象。悔過中的懊悔、罪惡指向的是自己，是對自己的檢視結果；而當中的抱歉應該是對受害者或受其行為所影響之人。然而，法律場域間接要求這些呢喃的悔過必須被大聲、清楚地公開呈現才能證明加害者的惡性減低，無疑是在扭曲悔過的內在結構。另外，由於檢察官、法官變成接受悔過表示的對象，更深深重挫悔過本來應傳達予受害者的意義。

最後一點，認為藉由悔過能衡量加害者的惡性根本未意識到情感的流動性。不論是偵查程序、審判程序，總會有程序的時間限制。悔過如果要能對程序結果起作用，便必須在這段期間呈現出來。然而，正如其他的情感生成需要特定的脈絡、人際、環境等刺激，悔過更是屬於這種需要時間去沉澱思考的情感，因為它涉及的是

²³⁴ Stephanos Bibas & Richard A. Bierschbach, *Integrating Remorse and Apology into Criminal Procedure*, 114(1) YALE L.J. 85, 106 (2004).

²³⁵ *Id.* at 98.



對自我不足的檢視與承認。面對自我的脆弱所需要的時間往往取決於凝視自己缺點的勇氣，並無法衡量。長則可能數年之後，伴隨著人生經歷才能漸漸釐清悔過的沉重。

就如同在電影《贖罪》中，白昂妮幼時基於錯誤想像，指稱姐姐西希莉雅的男友羅比為性侵害犯，導致羅比必須與西希莉雅分離，並在監獄、戰場上度過數年，徹底破壞、改寫了羅比的生命。但白昂妮直到數年後，才能慢慢理解她幼時的一句話怎麼傷害、摧毀羅比與西希莉雅。即便白昂妮後來親口對羅比及西希莉雅表達歉意及悔恨，但伴隨著羅比戰死沙場、西希莉雅於避難中意外身亡，這股悔過的情感只能像盤旋的禿鷹，終其一生虎視眈眈地瞅著白昂妮。理解悔過作為私人情感的流動性，便很難接受藉由特定時點的悔過作為加害者惡性的評價，並更無法理解悔過與否影響案件結果的正當性何在。本文並非全然反對現行訴訟程序中以悔過作為減輕刑罰的依據，旨在點出情感的流動與刑罰的嚴厲間所產生的齟齬；另外，表達對於因此制度而導致未能有悔過機會的當事人的無奈。

另外，以近年來受害者運動中作為受害者權利象徵的受害者陳述（*victim impact statement*）而言，受害者陳述是由受害者本人或其親近家屬出庭當面陳述受害經驗對於他們具體生活或心情所起的作用。由於受害者陳述情感力道強勁，對於審判結果、被告的權利影響多大不甚明確，因此學說上有不少爭論。在美國 *Payne v. Tennessee* 判決中，法院認為受害者陳述有提供案件完整資訊的功用，並不是以情感表達為目的，因此不需要被排除於法庭。此說認為，少了受害者陳述，受害者將淪為無臉孔的外人，關於受害者生命的獨特性亦未被具體呈現，而這是屬於犯罪結果極為重要的一部。然而，反對說則認為受害者陳述可能造成被告權利陷入危殆。審判主要是針對被告行為作評價的過程，受害者陳述通常已經脫溢行為所造成的直接結果，而這些情感損害等間接結果在定位上能否屬於損害結果仍不明的情況下，不適合出現在講究以證據說理的場域、透過情緒性語言介入審判者。

受害者陳述是從受害者的角度講述私人感受，雖然被稱之為受害者權利，然而



會受到質疑的原因在於赤裸、純粹而不受控制的私人情感要直接被放入法律角力的場域始終令人惴惴不安。特別是刑罰作為施加痛苦於加害者的工具時，如何建立被害者的流動情感與加害者的責任間的關聯，也是問題。傳統關於法律是理性、情感是非理性的想法，明白的呈現了被害人陳述出現於法庭中的齟齬。對此，Bandes 與 Blumenthal 在文章中很精準地點出困境的原因，他們提到正反雙方的論點本身即是問題，一方要馬是試圖忽視被害人陳述中的情感特質，一方則是把被害人陳述中情感成分的內容都視作偏見。換句話說兩者皆未嘗試去理解被害人陳述中的情感成分究竟為何。他們提到比較好的方式應該是正面承認被害人陳述會激起情感，接著去探求這些陳述背後情感的動態內容，是否符合懲罰的目的、是否逾越憲法對於肆意、不平等懲罰的保障²³⁶。

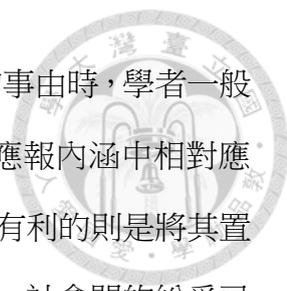
Bandes 其實就曾在自己更早之前的文章將被害人陳述放在司法療癒被害者的脈絡下，論證情感驟然被一概承認的盲點。文章環繞著司法近年來講求「closure」的風氣，但 closure 究竟為何，作者談道並無廣泛被接受的心理學意義，事實上只不過是一系列寬鬆、模糊的實證性概念。朦朧中，在其他學者口中 closure 似乎是一種司法有義務要幫被害人達到的法學心裡狀態²³⁷。Closure 如果翻譯為完結、終了或終結，皆無法恰當地呈現出他與被害人心理狀態的關聯，因此本文想將其翻譯成「療癒」，並指稱已然達到心理、情感上的釋懷或告一段落。

這種司法從 2、30 年前嘗試承諾提供與被害者的療癒狀態，意旨透過被害人陳述達到情感淨化、洗滌，具體結果則包含感到和平、解脫、正義或自己能面對未來的綜合感受。療癒狀態亦可指稱被害人找出關於傷害事件的答案的能力，這裡可能就會涉及到與加害者的修復式正義。但療癒狀態也可能指向特定判決或量刑結果。在死刑案件，療癒需求更可能必須透過死刑的執行才會宣稱被滿足²³⁸。但是，如此一來，難道是要將被害人的療癒當作另一項刑罰目的？關於被害人與刑罰目

²³⁶ Bandes & Blumenthal, *supra* note 216, at 167.

²³⁷ Susan A. Bandes, *Victims, "Closure", and the Sociology of Emotion*, 72 L. & CONTEMP. PROBS. 1, 2 (2009).

²³⁸ *Id.* at 3.



間的討論，在論及加害者與被害者和解或賠償做為減輕刑罰的事由時，學者一般仍會在既有的刑罰目的理論中找尋理論基礎。例如將其解釋為應報內涵中相對應的贖罪或悔悟；嚇阻理論中作為加害者社會復歸的正向條件；最有利的則是將其置於積極的一般預防下，認為和解或賠償代表的是行為人、被害人、社會間的紛爭已解決，法秩序已然復歸和平²³⁹。這些在既有理論內安置被害者的嘗試，是因為過去被害人或社會的非難情感並非刑罰目的，而頂多是反射效。本文認為，如若在刑罰已有應報、嚇阻、預防等目的的現況下，再加上被害人療癒，刑罰目的勢必將遭受更多質疑，因為被害人情感的浮動將為刑罰帶來的是更多不確定性。

在刑法學者能完整回答上述問題前，貿然承認刑罰具有療癒功能且過分重視純粹的情感，已陷司法實務於以法律評價情感或任情感勒索法律的泥淖。質樸的情感是私密而內在的心理動態，其強度、內容、變化性因人而異。真實的情感在陳述的當下是參雜著被害人理解、詮釋事實的方式、面對事件的態度，這些本來並不屬於法律評價犯罪時，想像上所考慮的內容。更因為刑罰是直指向加害者而產生效果的，在懲罰嚴厲的背景下，任由被害人情感決定懲罰內容，會過度動盪刑罰的比例性，更加減損刑罰的威嚇效力。但當刑事司法承諾被害人他們該感到療癒、被害人期待自己達到療癒、而司法人員也逐漸相信他們該完成這項任務無，整個情勢已難懸崖勒馬。

當司法人員發現情感有時超出他們的期待，不適合出現於法庭時，不得不去評價、篩選、提示被害人陳述的內容。結果不是排斥情感太偏激、內容空泛的陳述、便是間接扭曲陳述的內容來符合法律期待。這個時點上，被害人陳述的形式框架無疑已削弱並制式化被害人的情感內容。在學者自以為被害人陳述是在尊重被害人的權利時，卻未曾想過在否定個案被害人陳述，或試圖溝通被害人陳述該如何表達時，即已介入情感的內容；並使法律不得不以「理想被害人的情感框架」評價個案被害人。對於被承諾能透過被害人陳述得到療癒的被害人而言，當他們被排除於法

²³⁹ 王正嘉（2012），〈犯罪被害人影響刑事量刑因素初探〉，《國立中正大學法學集刊》，頁 77-78。



庭時，受害者所受的傷害以及受害者或其家屬的療癒需求都被雙重否定²⁴⁰。即便受害者能適當而完整的陳述，面對他的卻是來自法律場域的沉默，因為整個陳述過程是以權利的概念展現，法官或在場人員不同於私人脈絡底下的傾聽者，身分的限制使他們無法給予過多的同理與安慰²⁴¹。這時要說刑事司法還能善盡療癒的任務，實在啟人疑竇。

綜上所述，個人情感的模糊性、流動性與刑罰嚴厲性是難以相容的，本文認為至少目前尚無法容納純粹、樸實、未經修飾的私人情感出現於刑事司法領域中。因為越是嚴厲的刑罰，對加害者的侵害越大，越是需要穩定而明確的依據；流動的私人情感不適於作為時間軸上特定時點的刑罰判斷依據。

第四節 情感修復的兩種途徑

目前為止，修復一詞的圖像已十分清晰。在犯罪事件、或者把法律框架拿開的話，在侵害事件中，因為侵害而掀起的情感波動、情感處理需求正是修復式正義的重心。修復式正義旨在提供一個空間，讓情感能夠適當的被抒發、溝通、交換、理解。而根據範圍的狹廣，最核心的當然是加害者、受害者雙方的私人情感需求、漸次是其周遭親友的私人情感需求、最廣泛的方為社會針對事件所生的社會情感。

從歷史脈絡來看，這類因侵害事件所產生的情感並非今日所獨有；是否處理、如何處理這類情感亦有無數種可能。在私人恩怨各自了結的時代，顯然私人情感是由個人獨自消化，個人根據情感所起的動力去尋求自身的處理方式，可能是復仇、亦可能是尋求和解。然而隨著國家的追訴逐漸取代私人行動，這些因侵害事件而引起的私人情感並未藉由國家追訴的過程得到釋放或處理，而是隨著國家追訴力量的茁壯、鞏固，而逐漸轉為潛伏於私人領域中，變成充其量只能言說、卻無法具體指導受害者與加害者間關係的行動。換句話說，侵害事件發生後，對於案件的處理

²⁴⁰ Bades, *supra* note 237, at 26.

²⁴¹ *Id.* at 17-18.



與對於情感的處理至此走上分家一途。法體系要求個人獨自解決自己內在的情感，然而卻剝奪個人私自展開行動的能力，於是可以說法體系陷受害者於更孤立無援、無法發聲的地位，這是受害者運動在近代勢不可擋的真正原因。

至於社會情感，除了在國家追訴權穩固後，還是會針對個別的案件產生集體的情感反應外，當代更應該要關注的是嚴罰化訴求所反映出的社會情感趨勢為何。本文針對嚴罰化社會氛圍的解釋除了認為其與被害認同、抽象受害者理論與犯罪風險社會的概念有密不可分的關係²⁴²，亦深深體會到便利、煽情、情緒性的媒體渲染是助燃劑。但額外的，本文認為直至目前為止受到忽略的一個提問是「為什麼滿溢的情緒會淹向刑事政策的走向」？社會大眾受到媒體短期的情緒炒作、加以風險社會難以預測的安全疑慮，導致社會大眾將自己投射為潛在受害者，這些一貫的論述都不難以理解。但是為什麼這些情緒最後具體化為嚴罰化的訴求？

以下是本文初步的解釋。正如同療癒做為一項法律上權利所引起討論一般，原因在於國家獨霸追訴權的幾世紀，不只奪走犯罪事件中當事人的發話權，更成功讓刑事程序成為社會對於處理犯罪事件的唯一想像。至此無論是對於侵害事件的私人情感、社會情感、道德想像、被保護的期待都只能蜂擁進刑事司法領域，轉為對於刑事立法或特定判決結果的追討。因為社會習慣性地認為司法領域是唯一正字標記，只有在司法領域中，受害者被承認的權利、加害者被懲罰的結果、社會被宣洩的情緒才是真實存在而正確安全的。

然而，根據前述討論，情感難以融存於現況的刑事司法系統中。本文認為即便承認社會負有責任去重新發現、肯認與重視，並處理情感，這並不當然意味應該由刑事司法系統承擔這個重責大任。或者說刑事司法系統必須認清自身的任務及極限，不該盲目的照單全收、承諾處理情感的能力。

接著，本文嘗試提出兩種建立情感處理機制時的思考方向，修復式正義在其情

²⁴² 王正嘉（2012），前揭註 239，頁 85。

感導向的背景下，也應該循此去確立其與刑事司法系統的關係。



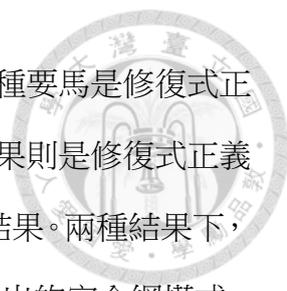
第一項 以情感為中心的刑事司法系統

首先，我們當然可以討論或思考建立一套完全以情感為中心的刑事司法系統（或甚至不稱之為刑事司法系統更佳）。這種處理侵害事件的模式便會與第二章提到純粹的療癒圈或納瓦霍正義很相近。盡量齊聚受侵害所波及的人，並在情感表達、觀念溝通、互相理解的緩慢過程中為侵害事件尋找解決方式。由於在這樣的系統中，沒有量刑、沒有懲罰等刑罰目的考量，而是單純以私人情感做為指導正義的核心，程序的重點毋寧是藉由情感的討論、摩擦，去溝通出侵害事件對雙方或社群的重要性，再據此形成個案依其對正義的理解所合致的和平。

這樣的系統聽起來雖然最符合本文對於修復應該以情感為核心的推論，但本文認為在實踐面上社會條件並不允許。例如在納瓦霍正義中，支持這套正義的首先是整個社群對於人際互動的信念。當地傳統認為個人與社群的關係是個人自我負責的前提。因此當侵害事件發生、在要求行為人負責前，他們願意用更多時間促進個人與社群關係的溝通，因為這樣的解決方式才能達到他們認為的讓個人決定怎麼為自己的行為負起完整責任。

但這種須花費額外時間溝通個人價值觀、說理、處理情感的程序，在今天資訊爆炸、快速流動的社會中，將遭遇的挑戰是，如何找到有這樣信念的社群？且這個社群規模又必須能自成一格以一貫的信念處理偶發的侵害事件？至少，浸淫於嚴罰化思想的當今台灣社會中，社會對於行為、犯罪、權利、責任、負責的理解，並不具備開展完全以情感為中心的刑事司法系統的條件。

對於犯罪的理解如今指向個人的錯誤、個人的責任。社會普遍認為即便家庭、社會有形塑個人人格、影響行止的能力，一旦成年人意志健全便必須承擔完全的個人責任。此時，若貿然提倡完全以情感為中心的刑事司法系統，而情感又是以無節



制、渲染、宣洩的姿態爭取絕對的影響力時，將有兩種結果。一種要馬是修復式正義完全被爆炸的情感所綁架，加害者成為公審的對象。另一種結果則是修復式正義或療癒司法被認為太軟弱而不能在個案中得到符合情感期待的結果。兩種結果下，修復式正義與療癒司法終究會遭到否定。就如同 Braithwaite 所提出的安全網模式，因為觀念上無法接受情感流動性主導的修復式正義，所以帶來的是差距懸殊的處理結果；在修復式正義無法達到加害者自我改過時，亦無法放棄以威嚇或隔離的方式繼續貫徹想像的正義。既要刑事司法系統擔當情感解決功能、又堅持不能縱放加害者，於是在刑事司法系統內不得不以強制的暴力為後盾擔保情感的處理。但如此一來，最後只是情感以其他形式被偷渡進刑事司法程序，以不適當的比例挾持刑罰。

如前一節所再三論及的，本文不認為直接將私人情感連結到對加害者的懲罰是公平而經過深思熟慮的。因此，除非未來整體社會對於情感與療癒的知識與理解足以支持我們建立一套完全以個案私人情感為中心的刑事司法系統，且此體系放棄在情感期待落空時以備位的傳統刑事司法代之；否則如前所見，在私人情感與當代刑事審判實務存有評價轉換困難的現況，恐怕至多只能退而求其次依照療癒需求的不同，個別導向不同的療癒途徑。而一個以情感為中心的刑事司法系統只能做為將來研究發展的藍圖。

第二項 個別導向不同的情感修復途徑

當修復式正義以情感修復為核心，而情感表達或療癒功能愈漸受到重視時，必須提問：「個案中的當事人表達情感或療癒所指向的期待究竟為何？」這個問題其實比想像中難以回答，因為在個案中當事人的情感受到事件衝擊可能本已十分複雜，表達情感可能是一股內在需求，但是這股需求所期待達致的結果為何則當事人未必能夠言明。

當事人情感的表達可能是希望看到特定審判結果、看到加害者悔過、抑可能是想單純抒發情感或想與他方會面，更可能是揉合著這些期待。這些都可能是當事人



所各自定義的療癒。然而當這些療癒的需求同時出現在刑事司法領域或呈現於法庭時，刑事司法根據本文前一項的論述，並無法一概滿足。

本文認為在肯定情感修復的前提下，為避免情感貿然混入刑事司法系統內造成刑罰目的更加模糊而導致懲罰的合理性動搖；也為避免情感修復工作如果無法針對情感需求展開將導致對當事人的二度傷害，現況下較可行的方式是釐清與刑罰目的密切相關的情感，而除此之外的情感應該一概從刑事司法系統切割出來。這些切割出來的情感應該由社會內其他領域或機構承擔起處理的責任。

將情感與刑事司法系統拉開一段距離，放在特別的機構或脈絡處理至少有以下幾項好處。首先，可以避免刑罰目的的混淆。當我們鼓勵將情感獨立於刑事司法系統時，案件當事人與社會情感才不會依賴刑事司法系統、依賴國家暴力作為解決紛爭的唯一途徑。在國家暴力的功能及目的能與流動的情感拉開一段距離被理性重新檢視時，刑罰目的才可能被重新檢討。這有助於刑罰目的的自我澄清，避免被批評為政治、社會控制的打手或情感宣洩的出口。

延續第一點，將情感置於刑事司法系統外，對當今嚴罰化的趨勢將有抑制的作用。當刑罰目的純化為應報、預防或嚇阻時，至少刑事立法與量刑必須緊貼著這些目的，不能任由社會情感的劇烈程度作為合理化重刑的依據，而這正是近年來隨著社會案件頻仍的常見趨勢。更明確的說，社會情感雖然指出群眾重視個別法律上利益的程度，但是當情感能夠恰當的被刑事司法系統外的機構透過其他方式處理時，反覆運作之下，其實能向社會展演的是情感不依賴刑事司法系統的修復功能。就刑法謙抑性此點，對刑事司法系統的去情感化是有幫助的。

此外，不論情感是否依賴刑罰來處理或情感需求可否做為刑罰唯一目的，都必須是在社會對於情感調節有足夠理解後才該考慮的。換句話說，本文其實是理解也期待以情感為中心的紛爭處理機制，但是在近百年來欠缺從情感層面處理紛爭的經驗下，這些能力需要被重新培養。與其放在刑事司法系統內，讓當事人擺盪在懲



罰與情感需求間，在感到受挫或解脫時分不清是懲罰或情感的緣故，本文認為暫時將情感拉到一個較真空的環境，就展開情感與紛爭解決功能的試驗而言是比較適合的。

最後補充一點，如前文所強調的情感流動性，各當事人的情感抒發需求可能是在未來的日子才出現。為此，更應該提供一個未有期限限制的場域來處理情感，而很顯然地，司法領域的程序時間限制十分固定。若要求刑事司法系統內另闢一程序隨時處理類似需求，則會過分增加刑事司法系統的工作量。

根據上述理由，本文認為有必要區分當事人的情感需求，進而導向不同的情感處理途徑。在當事人的需求是特定審判結果時，當事人必須依照實體法為自己的情感找到依附的依據。這裡的依據指的並不是承認被害人陳述，而是被害人所提供的陳述內容必須是與審判過程有關且必要的資訊，如傷害結果、現場環境、情節等等。至於情感傷害是否屬於傷害結果則屬於將來法律與情感領域值得研究的議題。在此之前，不應該以此作為依據。

而在被害人想看到加害者悔過或當事人想單純抒發情感的情境，既然情感的作用層面很顯然已脫離法律的評價範圍也與傳統刑罰目的有若干隔閡，這些情感應該被帶離刑事司法系統，由社會內其他機構專責擔當起紛爭後當事人情感處理的功能。因此修復式正義的運作，本文認為基於其個人情感修復的需求，必須在傳統刑事司法系統外，找尋實踐的空間。



第五章 修復式正義的重新建構

第一節 雙主體的修復式正義

第一項 加害者／受害者之各自修復

在推導出修復式正義應該以情感為導向後，在這裡本文想回顧第四章開頭處所談到傳統所認為的修復式正義核心。本文擬以情感與人的關聯驗證哪些部分是重要的價值，並以此去回應純粹化模式下的既存疑慮、嘗試解決之。最後，再提出修復式正義於我國的整體草圖。

在前一章關於情感細微分析後，情感的私密與內在特性是本文所強調的。但是，人與人之間是否能夠理解他人的情感？或者能理解到甚麼程度呢？這涉及到該如何架構起以情感為導向的制度，或說該如何以制度輔佐情感的傳達。在國內學者林聰賢《灰色的靈魂—被害·法律·救贖》²⁴³一文中，作者從分析文學作品出發，談到人與人間的理解可能性、人的自我救贖，以及法律如何介入、壟斷個人與他者間的相遇與聯繫。該文十分冷靜、透徹地以另一種語言描述刑事司法系統的反人性。對於人與人間理解可能性的論述，本文認為正好能帶領關於修復式正義的思考。

該文認為，語言構成人與人間理解的基礎。將個人情感帶入的話，換句話說，語言的使用構成我們理解他人快樂、悲傷、憤怒、痛苦、自責、愧疚等情感的基礎。但實際上，我們是無法理解他人的情感的，原因有二。其一，這些情感只有在語言的範圍內可能被他人理解。即便我們多少能說明、描述自己的感受，實際情感的細微、流動卻是個體靈魂深處的內在體會，無法全部透過語言述說。更甚者，人類對於語言的信奉已經到語言能夠限定我們如何理解他人的程度。我們多數時候會自然的推定只有透過語言傳遞出的情感是實存的，這導致對他人情感理解的第一層

²⁴³ 林聰賢（2016），〈灰色的靈魂—被害·法律·救贖〉，《中原財經法學》，第 17 期。



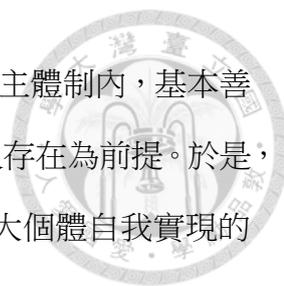
失真。

第二點延續著第一點，當語言先是轉化過傳達者的情感內容時，在接收者透過語言理解他人情感的過程，又會再次參入自己的解讀，造成第二層失真。換句話說，所謂理解他人的感受，其實是一種自我封閉式的理解，端看我內心的情感被對方情感觸動的程度而定。當一個人說「我能理解你的痛苦感受」時，實際上並不是真的理解，而是對方的境遇勾動該人內心的痛苦感受，而從這個痛苦感受推測對方應該是如此吧。因此可以說感受永遠是從內產生，而不是連結到對方而從他處獲得的。至於兩人間互相理解的幻覺多半是由「我能理解你的痛苦感受」一語所形塑的。

人與人間相互理解的內在侷限性，一來說明著靈魂是必須個別承受自我的命運，終究無從相互理解；但另一層面，這樣的差異與不可理解性為個人與他者間劃分出自我的獨特性。與他者間既想理解卻無法理解的相遇，便成為誘發個體去思考、探索自身存在意義的觸媒。人與人間的相處便是互相碰撞、觸發的原子，在這過程中個體獨飲著自我內在感受，並基於此感受行動。在世的人們，嘗試著理解他人，嘗試著被他人理解，在認知到無法互相理解的過程中，展開自我舒緩的掙扎行動，或許就是人最可貴的力量。

然而，近代刑事司法系統奠定的基礎卻是完全反於前述的人性假設。刑法作為一體適用的共同規範，便是將個人於具體事件中的感受類型化、數據化，並化約為簡單的文字描述，以此指稱理解他人的個別處境及際遇。在《灰色的靈魂— 被害·法律·救贖》中，作者便提到刑法體系上加害者、被害者等概念的產生與運作，看似是在傳達對於這些人的理解，但實則是將各種「類」加諸於個體與他者。更進一步，原本在個體碰撞過程中，個體自我救贖的掙扎行動是個人主體性展現的片刻，也是個人唯一能依著自己靈魂、內在感受去行動的機會，卻也遭到阻斷。法律於此似乎成為以理解之名、壓抑個體自我實現之機器。

當然，時至今日，去鼓吹個人憑其自由意志生活、碰撞、甚至互相傷害的自我



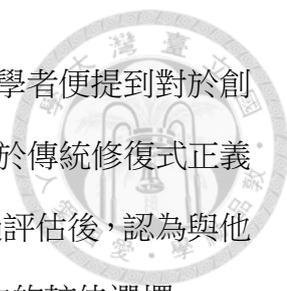
實現不只現實上不可行，在民主的架構中，亦會受到質疑。在民主體制內，基本善的維護終究會要求自我實現有其界限，而且必須至少以肯定他人存在為前提。於是，在當代，較理想的制度設計應該是在尊重他人存在的前提下擴大個體自我實現的可能性。

據此，本文認為可以推論出，傳統修復式正義的價值—「直接參與」、「權力賦予」、「自願性」中，「權力賦予」是最關鍵的價值。因人與人間的不可理解性，情感作為個人內在、私密的靈魂顫動，是無從分享的。權力賦予確保的正是個體有能力，並現實上能夠根據自身的情感去帶動未來行動的選擇。由肯定個體情感到肯定個體行動的過程，個體的獨特性便於焉成形。同時，一個個自我實現的行動，成為個體能攫取作為氧氣的片刻主體性。

修復式正義制度的重點，循著這樣的概念應該是在打造一個允許加害者、受害者能夠在侵害事件發生後根據個人情感，施展個體權力、自我實現的環境。如此一來，會發現當事人參與程序的「自願性」其實是內含於權力賦予的概念中，當然必須被保護；會成為問題的反而是「直接參與」。本文認為在討論當事人是否需「直接參與」修復程序背後的真正問題其實是，雙方的自我實現是否交會或如何兼顧？

權力賦予，在本文立場強調的是以個別當事人的情感為中心而輔助其施展權力。本文認為只有在肯認加害者與受害者同樣是修復的主體時，才可能擔保修復程序能在尊重他人存在的前提下，擴大個體自我實現的可能性。如果放棄這項堅持，修復式正義將會淪為以修復為名挾持加害者作為療癒被害者的工具，或於修復過程中在雙方當事人的修復需求間顧此失彼。

本文提倡的修復式正義中，加害者與受害者是兩個各自的中心，各自有著不同的修復需求，需要藉助的幫助、修復時間的長短、修復的方式都未必相同也不必然相關。修復式正義制度設計上應該是分別以加害者及受害者為修復對象，幫助雙方情感的個別抒發及調節，以便其重新掌握各自的生活。在修復過程中，本文認為個



案中的他方可能屬於修復的一環，但亦可能從頭到尾都不存在。學者便提到對於創傷的受害者，修復對話不該被視為必要或療癒的前提²⁴⁴。本文對於傳統修復式正義認為加害者與受害者應該面對面的回應是，只有在雙方各自經過評估後，認為與他方的會面是有助於各自的修復時，直接參與式的修復才是個案中的較佳選擇。

這樣的理解亦是本文對於純粹模式與最大化模式爭論中的最終立場。在第三章中，本文贊同純粹模式將犯罪視為當事人間的紛爭，並交由當事人主導修復結果。但在一方不願意面對他方，或一方以終極排除他方為修復需求等，究竟該如何處理，仍是純粹模式下的疑慮。如果從加害者、受害者各自為修復主體來重新建構修復式正義的話，首先，雙方都是不該被否定其存在的主體，也不服務於他方的修復。因此，如果一方不願意面對他方或一方以排除他方為修復需求，則這兩項需求注定要「使其落空」。

修復式正義所提供的是協助當事人自我了解、自我表達、尋求自我實現，進而修復的環境，但不應該擔保所有當事人自我認定的修復需求都被滿足。這樣的設計，乍聽之下或許會落入以家父長式的角色為當事人決定其修復方式的結果，因為內在似乎帶有哪些修復合理、哪些不合理的評價。但本文所認為的修復式正義與家父長式的偽善，最大的差異在於不以公權力作為限制當事人修復的力量，而是以他方的修復限制另一方的修復。換句話說，是把公權力盡量抽離，使加害者、受害者在碰撞他方需求時調整自身需求。修復不是一方一味索求的過程，修復是雙方或多方在疼痛、失望中逐漸理解或至少接受他方，進而調整自我以面對現實的發展過程。修復是劇烈疼痛的成長。如果能理解此點，便能擺脫正面、樂觀、雙贏等等對於修復式正義的夢想泡沫。本文以為，修復式正義追求的不是雙贏，而是再也沒有輸贏。

第二項 修復程序的多樣性

²⁴⁴ Nancy J. Good & David L. Gustafson, *Coming Together After Violence: Social Work and Restorative Practice*, in *SOCIAL WORK AND RESTORATIVE JUSTICE* 220, 235 (Elizabeth Beck et al. eds., 2011).



以加害者、被害人雙方各自為修復主體的修復式正義，根據個案當事人情感內涵的差異，修復需求也各不相同。修復式正義在制度上應該盡量提供多樣的修復程序。所謂多樣至少應該針對不同對象、不同案件類型、提供不同方式的修復內容。

在對象設定上的不同，指的是僅針對加害者的修復程序、僅針對被害者的修復程序以及包含加害者、被害人雙方而兩者參與程度比例不一的各種程序。例如在我國台中女監的「修復式正義成長團體課程」便是單獨針對加害者，藉由培養其認識自己、處理情感的能力來達到修復加害者的修復式正義²⁴⁵。在是否讓加害者與被害人接觸的決定上，可以看到以加害者修復需求為考量，而不強迫、不勉強的尊重。

針對被害者的修復程序，本文認為社會內既有的被害人保護、輔導課程或機構，在協助被害人平復情感、重建自身權力及生活的層面，都屬於修復式正義的一環。只是在確立修復式正義的價值後，未來可以更一體、全面的以修復式正義為核心架構這些制度的功能分配，將重點擺放在被害者的情感修復需求。至於包含加害者、被害人雙方的程序，從間接的群體對話，透過加害者與非個案中被害人討論個人犯罪經驗，到終極的加害者、被害人修復會議都屬之。

修復式正義將來應試著從案件類型的差異去提供不同的修復程序。例如針對性犯罪、身體傷害、家暴事件等案件的特殊性質，由不同機構為被害人設計適當的情感修復程序。在加害者方亦同，在酒駕、毒品、性犯罪、身體傷害、家暴事件中根據各種行為背後的因素去規劃各自適合的情感修復內容。

在修復方法上的設計則更應多樣化以供當事人選擇，或讓當事人自己開發新選項。除了正式的課程、談話、演講外，間接或非正式的活動有助於當事人在比較放鬆的生活方式中達到修復效果。例如，加害者、被害人以書信、錄製影片等間接方式傳遞情感、與彼此溝通，便是考量雙方見面障礙後的備位選擇。這樣距離的溝通，既不會造成雙方過大的心理負擔，雙方亦能交換彼此的心理感受，可能是特定

²⁴⁵ 陳祖輝、張嘉玲（2011），前揭註 106。



個案中的最佳解。

其他創新的嘗試亦值得鼓勵。例如 2004 年春天，賓州矯正部、賓州受害者保護辦公室、監獄組織機構、主教社區服務、社區受害者服務及部分受刑人共同合作，在美國八個監獄裡巡迴演出一部改編自 Zehr 《超越：犯罪被害者的思考》（*Transcend: Reflection of Crime Victims*）一書的戲劇，名稱為《活動的身體》（*A body in motion*）。約 1500 名受刑人觀看了這個演出。此外，這齣劇也在社區內上演給矯正人員及其志工、監獄倡導人員及其志工、受害者倡導人員及其志工看²⁴⁶。

全劇共 70 分鐘，帶領觀眾經歷一系列被害者的情緒感受與生活，包含受害者經歷暴力犯罪的經驗及其後續生活。其中一個母親的旁白便提到她再也不過聖誕節，因為她的前夫在那天殺了他們的兩個孩子；另一個旁白闡述身為一名女子在血泊中清洗死去的姊姊的經驗；還有一名女子向上帝狂吼，吶喊關於不停襲擊她的風暴；一名男子則是談到自己與殺害他女兒的兇手見面並告訴他「我原諒你」的旅程；一名在慢跑時被性侵的女子，說到自己如何掙脫性侵他的男子曾經凌駕於他的權力，並回復慢跑。這個方案有許多目標，而最主要的是喚醒並提升對受害者經驗以及受害者後續需求的理解，促進加害者、受害者、社群間的對話²⁴⁷。

此劇演出的成功不僅在於他透過演員們在犯罪影響中所呈現的對白、情緒表達與肢體動作觸動到許多加害者的內心，激發加害者從憤怒、恐懼、羞恥到悔過的情感，也在於整個修復計畫的完整性。由於演出鎖定的觀眾群是以受刑人為主，關於受刑人觀賞該劇的情感反應便是此修復計畫中的重點。

在演出前，先是由一名受刑人向觀眾介紹戲劇內會出現有關受害者經驗的展演，以確保觀眾能做好心理準備。因為受刑人不僅僅是犯罪事件中的加害者亦可能有被害經驗，戲劇內容可能喚起受刑人個別的經驗及感受。此外，心理工作人員與

²⁴⁶ Barb Toews and M. Kay Harris, *Restorative Justice in Prisons*, in *SOCIAL WORK AND RESTORATIVE JUSTICE* 118, 131-32 (Elizabeth Beck et al. eds., 2011).

²⁴⁷ *Id.*



被害者保護人員在每一次演出時都隨侍在側，觀察觀眾的反應，以便在演出中能夠立即提供協助予有突發狀況或需求的觀眾。在演出結束後，則有討論會提供觀眾交換他們各種對於戲劇的感受與反應。這些討論會分別以小群體或大群體的方式進行。原先的規劃是以特定演員與場景為討論焦點，但隨著討論熱烈進行，逐漸變成觀眾的情感抒發，並討論該如何處理這些反應。對於沒能參加討論會的觀眾，亦提供有個人面對觀賞演出而產生的情緒的方法，鼓勵觀眾互相支持彼此²⁴⁸。

對於加害者的修復，這樣的演出形式以不經意的方式試探、引導當事人的內心情感。有觀眾便提到：「能夠有真實的感受真好—跟一群難以感受到疼痛的人（其他受刑人）生活在一起令我非常疲憊!」「我想要防禦，我想要抨擊這戲劇，但我無法。」這些訊息傳達出，此戲劇至少幫助受刑人跟自己內在的人性再次建立連結，並使他們經歷情感的起伏，而不是放任他們將這些實際存在的情感伴隨犯罪、監禁而埋葬²⁴⁹。不預設加害者的感受、不預想加害者該如何面對被害者經驗，而是在加害者針對自己的經驗產生自然的情感後，透過適當的討論、協助他們面對情感，反而能夠讓加害者自發地由內在感受去思考接下來的行為。

由這個實例，本文想點出修復式正義作為協助加害者、被害者雙方探索內在情感、表達內在情感、重新掌握自身權力的制度，營造外在環境的重要性。修復程序務必像是設計一齣齣有音樂、有燈光、有舞台、有布景，但沒有演員、沒有對白的戲。由加害者、被害者自己走入場景中，扮演一個個主角，隨著音樂、燈光、舞台、布景及其他人即席的對白開展自己的對白、情感表達以及肢體動作。正因為甚麼樣的人適合甚麼樣的腳色、自己的表達潛能如何能恰當地被激發是未知的，所以必須有多樣的場景給當事人選擇。修復式正義應該提供多樣的計畫內容，讓個體能夠在盡量舒適、安心、安全、放鬆的情況下認識自己的情感。

²⁴⁸ *Id.* at 133.

²⁴⁹ *Id.* at 134.



第二節 社會工作與修復式正義的交會

第一項 社會工作的起源

社會工作的起源大致始於 19 世紀晚期，主要是為了回應根植於工業革命所產生的各種社會問題。伴隨著大量移民移入都市的，是貧窮、疾病、文盲、心理障礙等的產生。除此之外，社會結構分層也以另一種方式被確立，富有的資本家與低薪階級或無業遊民形成對比，帶來各種物理與社會需求²⁵⁰。

最早期的社會工作包含兩股社會運動，分別為社會慈善組織（Charity Organization Society）以及英國於 1880 年代展開的房屋安置運動（Settlement House Movement）。這兩股運動在早期有不同的工作概念，也引導後續不同的發展。社會慈善組織注重的是道德概念與個人責任，當時這類的組織多半是由富有的女性成立。社會工作內容則是以提供資源、幫助予弱勢群體為主。隨著經驗的累積，工作內容從單純的訪視弱勢族群，到以更系統、理性、自然科學的方式去協助個體運作上的問題²⁵¹。

房屋安置運動與前者相同是以減低都市貧窮與社會弊端為目標，但在實踐上強調的是社會共同責任以及個體作為社區或鄰里的一部分，環境的改善問題。這股運動的支持者認為貧窮與移民的問題來自個體與家庭或社會環境的適應問題；問題的解決於是繫諸個體或家庭與環境間一致性的提升。換句話說，前股運動多少會標示出自己與服務對象間的差異；而後者是居住於鄰里間，盡量減低與服務對象間的差異與社會結構分層感受²⁵²。

這兩種面對弱勢群體的相異態度，象徵的是看待周遭人群的方式不同，社會慈善組織是在觀念上已經預想關於非弱勢群體的形象，基於此去幫助、拉拔、提攜弱

²⁵⁰ Nancy P. Kropf, *Justice, Restoration, and Social Work*, in *SOCIAL WORK AND RESTORATIVE JUSTICE* 15, 15-16 (Elizabeth Beck et al. eds., 2011).

²⁵¹ *Id.* at 16.

²⁵² *Id.* at 17.



勢的個體，立於完整的彼岸，而向不足的他者伸出援手。相對的房屋安置運動，是以較平等而共享社會的角度，不預想由完整、健全的個體所形成的社會，而是去調和既存於社會中的個體、人際、家庭、社群、組織，使整體社會的運轉滑順。雖然兩者間有所差異，但大致上都意識到個體生存於環境中可能面對的障礙，並透過不同方式去協助之，進而達到解決社會問題的目標。

第二項 與修復式正義的概念相似性

在前一章的結論中，已論證作為修復式正義核心的情感修復功能應該被帶離刑事司法系統，在紛爭後，由社會內其他機構擔當起當事人情感處理功能。這樣的構想除了源自刑事司法系統內刑罰目的的侷限性顧慮，更深層的原因則可以追溯到社會工作與修復式正義間概念上的高度重疊性，以及修復多樣性的需求。本文認為由社會工作來承擔情感修復的工作，將更能貼切地滿足修復式正義理念上的功能。

若從社會工作的特性談起，令人驚喜的是能隱約見到修復式正義的雛形。首先，社會工作與修復式正義相同，其根源是多種不同的社會運動。即便到今日，若問社會工作的服務對象或組織範圍包含哪些，則是難以窮盡列舉的。服務對象囊括兒童福利、勞工、受暴婦女、中輟少年、老年人、身障人士等等。組織範圍亦由個人、團體、私人組織到政府組織，共同架構起社會工作的網，關注社會各層面的議題。在這些組織間，當代的社會工作主要肯認三項價值，分別為賦權、社會正義與彈性²⁵³。

所謂的賦權正是學者口中傳統修復式正義的核心價值。在社會工作發展的歷史中，從 20 世紀中葉一系列美國民權運動、婦女、同志權利運動中，賦權意旨這些群體中的個體累積力量參與、掌握並影響自己生活的過程。賦權並不是一個終極

²⁵³ *Id.* at 20.



的狀態或結果，相對的應該是一個動態潛能²⁵⁴。其實用賦權似乎表徵的是權利被賦予的結果，意味著這權利是由他處而來；然而實則根本的意涵應該是個體由內而外注意到自己的處境、了解自己需求、關注自身權利、並基於此展開個人生活、建立與他人間關係、做出公共領域內政治決定的能力。

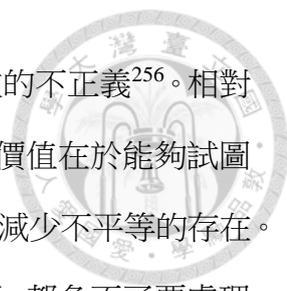
至於社會工作領域中如何達到個體賦權的目標，正和賦權的內涵有密切關係，亦必須從培養、訓練個體習慣主動掌控自己開始。實務中的實踐，學者提到幾個面向。首先，工作者與對象要盡量合作並建立互相尊重，而不是在互動過程中由工作者指導對象何謂較佳的生活。其次，工作者需要接受而非質疑或挑戰對象所定義的個案困境。最後，幫助對象建立權力感，讓對象感受自己掌握、做決定的力量²⁵⁵。

修復式正義被提出之初的重點，亦是加害者、受害者到社群三方的賦權，或以學者的說法是，將解決紛爭的權利從國家轉移回此三方手中。從加害者的角度，學者強調的賦權是使加害者理解自己的行為、認識行為對他人的後果、進而自己負起責任，採取適當的方式去修補與受害者或社群的關係。在受害者方，賦權則是將受害者從既定受害而沉默的腳色中解放出來，讓受害者可以陳述自己的個別處境與需求，並透過需求的盡量滿足，重新累積自己的權力感。而在社群的賦權，學者認為透過社群參與紛爭的解決，不論是提供社會服務或類似量刑圈、療癒圈等等，都是由社群主動擔當起調節社群內互動關係，而不再只是因為侵害事件而受到擾動的受害者。一方面讓加害者在社群中再次認識自己的位置並獲得接納；另一方面則是提供受害者所需的支持，透過這樣的三方關係更加鞏固社群內的互動關係。

可以注意到，修復式正義底下，加害者、受害者的賦權，亦講求個體如何在侵害事件後認知自己處境、了解自己需求、關注自身需求權利，並基此再與環境或他人的需求衝撞後展開個人新的生活、建立與周遭他人新的關係。因此，單就此點而言，本文認為修復式正義的加害者、受害者是值得社會工作者投入更多注意的領域。

²⁵⁴ *Id.* at 21.

²⁵⁵ *Id.*



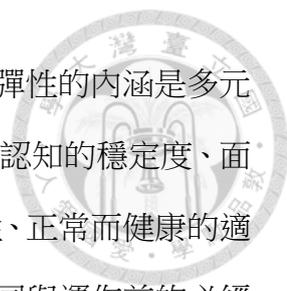
社會工作的第二項價值是挑戰從個人、團體到社會結構層次的「不正義」²⁵⁶。相對於賦權主要著重個體權力的調整，社會工作中的「社會」更大的價值在於能夠試圖釐清從社會機構、法律到政府組織中資源分配的情形，並致力於減少不平等的存在。修復式正義不論作為對於傳統刑事司法系統的修正、補充或質疑，都免不了要處理紛爭事件中的不正義—權利的衝突。因此若由社會工作擔當起修復式正義的實踐，不但不是增添社會工作者所不擅長的事項，反而是社會工作者可以利用此契機，將長期對於正義的理解，藉由紛爭解決的過程注入社會關係裡。修復式正義與社會工作的結合對於不正義的調整至少有兩項明顯的好處。

首先，因為具體的侵害事件可謂社會生活中權利衝突最尖銳的狀況。此情況下的不正義一般來說是特別地失衡而且急性的。對當事人而言，這種衝擊格外強烈且多半缺乏時間去因應，需借助外界力量來建立自己面對的能力。如果能由社會工作由輔助、陪伴的腳色來參與當事人紛爭處理的過程，可說是正中社會工作踐行弭平社會不正義的目標。此外，刑事司法系統一般常遭批評為即便在個案中盡力達到正義，卻無法在更大的脈絡下去實踐正義。遊走在懲罰系統內的犯罪者在知識水平、經濟地位、智識狀況、生活背景等性質上，一直有明顯的不平等。這項事實暗指著刑事司法系統其實是不正義地鎖定社會中的特定族群，而這是刑事司法系統無法否認，卻又無從緩解的實況。若社會工作擔當起修復式正義的實踐，那麼便可在個案加害者、受害者、周遭受影響的加害者與受害者親友、社群間尋找符合較大脈絡的正義。同時實現社會工作與修復式正義的內在價值。

最後一項社會工作的基本價值是尊重個體的彈性以及培養容納多元個體的彈性社會。具體而言指的是社會工作相信每個個體透過外界的幫助、扶持，都能夠以自己的方式克服、適應生命中的負面事件，包含創傷、壓力、衝擊或其他風險，這種成長、發展、改變的潛能，是無法被計量也不該被限制住的²⁵⁷。過去，個體適應

²⁵⁶ *Id.*

²⁵⁷ *Id.* at 20.



彈性的欠缺被認為與病理相連結。但近年來，學者認為關於個體彈性的內涵是多元的，包含個體面對風險反應的差異、在創傷事件後保持關於自身認知的穩定度、面對壓力及衝突的應對策略，學者更將彈性視為一種具個體獨特性、正常而健康的適應過程。這是個體在面對壓力、創傷、衝突後，開展新的身分認同與運作前的必經過程²⁵⁸。

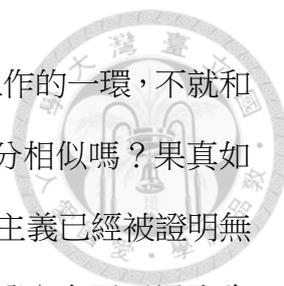
個體的彈性看似類似於某種個人特質，然而從家庭、教育、鄰里、社區、社會、政府、組織都對個體的彈性及適應性有構成作用。社會工作特別強調承載個體的各層組織也應該培養組織的彈性。這樣所建構起的彈性社會，有幾個特色。包含去辨識了解並運用社會成員的各種天分及能力。接著，在這樣的認知背景下，建造能夠容納多樣獨特生命經驗的社會成員的社會政策及社會結構。換句話說，個體彈性雖然有先天或獨特的特點，但實際適應結果與社會包容的程度有密切關聯。越是能夠多元考量社會內組成的彈性社會，所設計出的環境越能柔軟的承接住棱角不同的個體，個體於是能向這樣的社會吸取養分而成長、發展、蛻變。

加害者、受害者面對侵害事件後承受的壓力、挫折、創傷以及所需要的協助與復原時間都不盡相同。這些適應能力會受到個人成長經驗與周遭環境的影響。但身為人，脆弱的獨特性卻在傳統刑事司法系統中消失，未曾受到應有的重視。修復式正義所能帶來的改變正是設計柔軟而能協助加害者、受害者探索自身修復能量的彈性制度。修復式正義在各國實踐時所呈現的形式多元性，或有遭批評為概念模糊，其實展現的恰恰是一個彈性社會在面對多元的成員時，盡力提供多元需求的努力。在這點上，社會工作本來已延伸耕耘的領域，都可以做為孕育更豐富的修復式正義的沃土。

第三項 對於包容社會的期許

對於刑罰目的理論發展歷史只要稍有了解，便會在本文前一節的討論中，感到

²⁵⁸ *Id.* at 23.



疑似對於某種歷史遺物的復興呼喚。將刑事司法案件視作社會工作的一環，不就和主導上一世紀前三分之二的刑罰目的理論——刑罰福利主義有幾分相似嗎？果真如此的話，那麼既然在 1960 年代末期、1970 年代初期，刑罰福利主義已經被證明無效，今天本文所主張的、訴諸社會力量的紛爭處理機制又該如何證立自己已汲取失敗的經驗，而能捲土重來、帶來再一次的變革呢？對此，必須從分析刑罰福利主義失敗的原因出發，再針對原因提出根本上的理論修正，才有可能開創新的格局。

關於刑罰福利主義於英美國家潰堤的慘烈狀況、以及之後抬頭的嚴罰主義稱霸一時的盛況於法學界的討論，可在 Daivid Garland 《失控的懲罰》一書中詳見其敘述，本文無意於此花篇幅贅述。然而對於刑罰福利主義於犯罪學、刑罰目的理論中式微的多重原因，值得更進一步檢視與推敲。

在 2005 年 Downes 與 Hansen 研究福利支出與監禁率關係的文章中，便細膩地分析並提出關於刑罰福利主義沒落的可能原因，包含「一切無效」的文字煽動性、福利制度的獨立性被漠視、數據資料上無法嚇阻逼升的犯罪、福利制度並未提供幫助予最脆弱、相對剝奪最嚴重的族群，當然還有新馬克斯主義對於福利國家的根本反對。這些因素的加乘作用，導致的不單單只是福利主義於刑事法領域的沒落，而是對福利主義、福利國家信任的整體瓦解。

其中像是福利制度並未提供幫助予最脆弱、相對剝奪最嚴重的族群，指稱的是過多的照護被分配給監獄制度，而對於類似兒童保護、死亡或性虐待被害者的支持卻相對不足，這大幅削弱福利制度提供基礎保護的能力。社會現實更強化這種資源分配不平等的感受。相較於獄政人員能夠阻止受刑人逃脫、檢警人員會打擊犯罪、查緝毒犯，社工人員這行卻不容易秀出漂亮的成績單。社工人員始終穿梭在社會邊緣的一群中，相較於快速獵捕、排除犯罪人，社工人員的工作是避免讓這群因政治、經濟動盪而產生的弱勢掉出社會網。但長期下來，這不但耗時且進展有限，而社工人員幫助的對象看起來就是不斷攫取資源卻無法有貢獻的一群。一般民眾對於福利國家的想法變成是將權利、資源給予有權力攻擊他人的犯罪者，而未顧及真正手



無縛雞之力的弱者²⁵⁹。這樣想來福利制度令人厭惡也不太意外。

本文認為，分析新馬克斯主義對福利制度的不信任，或許正能說明福利制度於某些社會推行的無奈。新馬克斯主義認為福利國家是包裹著糖衣的毒藥，是福利國家支撐起資本主義的剝削，帶動虛假的幻象，在勞工階級陷入苦難時稍微讓步罷了²⁶⁰。但今天的我們，如果換個角度事後諸葛的話，1970 以前的福利國家，即便努力在資本主義民主國家體制中進行資源再分配，他所犯的錯在於低估自身所處的政治經濟社會中，資本主義所具有的影響力。資本主義社會在社會、文化、經濟所帶來的不平等衝擊，若沒有更大量、更堅實的福利網，根本無法扛起整個崩解的社會現實。於是在街頭犯罪、財產犯罪、黑手黨層出不窮的竄起、犯罪率節節升高時，福利制度的軟弱、緩不濟急、資源不足，都被認為是福利制度本身的缺失，並使福利制度被冠上「幫助資本主義殘害社會的遮羞布」²⁶¹。

關於福利制度的獨立性被漠視，反而是有別於一般對福利主義的批評，而是刑事司法內部對於刑罰福利主義，或又稱矯治主義的批評，具體來說可以連結到對於社會控制網藉由矯治手段為外衣、包裹著懲罰目的而擴張的恐懼。1980 年代對此批評的學者認為福利主義於刑罰內所宣稱的矯治措施並不是相對於懲罰的柔軟措施，毋寧只是在輔助既有的懲罰系統擴張其領土的手段。他們認為首先，即便矯治措施原先有獨立的善意，但這些善意在與法系統相連結後，很容易在手段的採取上偏離善意初衷，而導致非善意的結果，例如電子監控系統。最後的制度運作結果就像是 Garland 所提到的「刑罰福利主義」一詞，福利主義是被吸收進、而服膺於刑罰目的，於是福利制度被認為失卻其獨立性²⁶²。

Downes 與 Hansen 在文章中提出福利主義於犯罪學、刑罰目的論中式微的原

²⁵⁹ David Downes & Kirstine Hansen, *Welfare and Punishment in Comparative Perspective*, in PERSPECTIVES ON PUNISHMENT: THE CONTOURS OF CONTROL 5 (Armstrong & Sarah & McAra, Lesley eds., 2006).

²⁶⁰ *Id.* at 6.

²⁶¹ *Id.* at 5.

²⁶² *Id.* at 3.



因，並不是在否定福利主義。而是試圖在這樣的社會氛圍下，更進一步堅持透過跨國比較分析，去驗證各國的福利支出與懲罰系統間的反比關係，並說明 1970 年代於犯罪學知識上的轉變若不是被刻意引導，便是福利制度不夠徹底。總之，不是福利制度本身無能、軟弱的緣故。

其實，Beckett 與 Western 在此之前已經對福利制度與監禁率做過研究並提出兩者間的反比關係。Beckett 與 Western 認為，福利制度於社會中成敗的關鍵在於一國或整體社會對於邊緣人所採取的「包容」或「排除」態度。包容的社會強調造成邊緣族群的社會因子，並致力於提供一般性的福利措施以納入社會邊緣族群。反映於刑事政策或犯罪學上，則是將受刑人視為社會弱勢族群、意識到社會成因於犯罪事件中的影響，進而能對犯罪帶有較寬容的態度而達到低監禁率。相反地，一個讚揚排除邊緣人的社會，會反過來將犯罪、社會資源分配不公、弱勢視做社會邊緣人本身的責任。失業被認為是懶惰的代價、偏差行為是不合理的，而這些異常是無法改變的，於是缺乏一般性的福利措施。在面對犯罪會採取嚴厲的處罰方式，對於以監禁剝奪人自由亦不痛不癢²⁶³。

Downes 與 Hansen 以及 Beckett 與 Western 關於福利制度與犯罪學、刑罰、刑事政策間關係的研究，不能說十分詳盡。一來，關於福利制度的實質內涵與價值並未著墨太多，也未分析各種不同的福利措施與刑事政策間的對應關係。再者，從監禁率出發，探討與福利制度的關係，或許是想反映一國的嚴罰政策。但是單以監禁率作為衡量嚴罰的標準仍有失精確²⁶⁴，必較好的方式或許應該包含報案率、定罪率、監禁率、平均刑期、時執行刑期等數據²⁶⁵，或者將社會處遇也納入作為考量，如此方能描繪一國嚴罰與否的 3D 形象或觀察到是否有社會控制網擴張的現象。

但至少這兩份研究結果，在多數國家以監禁作為主要刑罰的當代，仍舊值得深

²⁶³ Katherine Beckett and Bruce Western, *Governing Social Marginality: Welfare, Incarceration, and the Transformation of State Policy*, 3(1) PUNISHMENT AND SOCIETY JOURNAL 43,43-44(2001).

²⁶⁴ 周愷嫻、Bill Heberton 合著 (2010.06)，〈刑罰是知識結構與文化的鏡子：台灣與英國嚴刑重罰趨勢之比較研究〉，《台大法學論叢》，第 39 卷第 2 期，頁 437-440。

²⁶⁵ 周愷嫻、Bill Heberton 合著 (2010.06)，前揭註 264，頁 453。



思，究竟何以在矯治主義、刑罰福利主義被宣稱「一切無效」的情況下，數據資料卻呈現福利支出與監禁率的反比關係？本文認為，應該思考的是福利制度—或以本文而言社會工作是比較樸實的用語—的內涵以及乘載著福利制度的社會條件為何。

福利制度，在制度面上確實是以扶持弱勢、支援社會邊緣團體、提供資源、金錢、力量給因受資本主義波及而被不平等對待的人群。然而，這種論述背後的態度，是一種居高臨下式的施與受的關係。也難怪在實踐上，多方都不討好。對於被課徵稅收投入福利制度的施予方，由於感覺到資源的分配是自己的施予、自己的恩惠落入他人口袋，難免斤斤計較，並對於由誰享受這些資源備感敏銳。相對地，在收受方，未分配到資源的弱勢族群感到多重剝奪；即便分配到資源的弱勢群體亦有一種慚愧感，彷彿是自己掠奪他人資源；而更深層的是對於資本主義享盡權力、地位的那一群，施捨點利益就沾沾自喜的嘴臉感到由衷的憎恨。各方對於福利制度的嗤之以鼻加在一起，也難怪政客能夠自信地喊出「一切無效」。

但是，前一節所提的社會工作，卻能在看似扶持弱勢、支援社會邊緣團體、提供資源、金錢、力量給因受資本主義波及而被不平等對待的人群的相同表象上，開展不同社會意義。本文以為那是因為社會工作堅持的精神應該是個人的「賦權」、而脈絡是在社會能充分意識到不公平、不正義的不合理。

換句話說，正如 Beckett 與 Western 所提及的不同社會分別有「排除」與「包容」邊緣人的傾向，這是整體社會的共同主觀所形塑出的對人的態度。在共同主觀肯認他人的潛能、脆弱、徬徨、無助以及他人完整的存在空間時，會反射出的是對於提供他人存在空間、擁抱他人無助、緩解他人徬徨、包容他人脆弱、鼓勵他人潛能的個人責任，並呈現為責無旁貸地社會責任的承擔，要求國家、政府積極調整不平等的社會實況。也就是說，社會工作是跟他背後對於他人的認同有密不可分的關係。若從這個角度，便能理解，在社會欠缺「包容」他者的共同主觀時，即便想推動社會工作，也會向 1970 年的英美一般，在刑罰福利主義中面臨空前絕後的挫敗，



本質上便是因為欠缺社會背景的實質支持。

照這樣的推論，似乎一旦社會共同主觀同意以「排除」來對待弱勢族群，即無社會工作或修復式正義立足之地。本文寧願相信，這樣的說法實在太悲觀，也太小看從個人到社會的自我修復能力。正如制度、法律的建構與觀念的轉變，到底是前者帶動後者，或者後者帶動前者，似乎是雞生蛋、蛋生雞的問題？其實，沒有標準答案，所以都是可能的。制度與觀念之間也是會互相帶動的，只不過在兩者間差距過大的情況下難免會出現斷裂。本文認為，刑罰福利主義除了局部概念的偏差外，主要是因為與社會觀念的落差太大而慘遭滑鐵盧。

在我國看似邁開腳步走上「排除異己」一途的現在²⁶⁶，本文認為有必要從堅守「賦權」的社會工作推動起，社會工作一點一滴的在角落穩健地落實，同時也是埋下一顆顆包容他人、扛起社會責任的種子。人與人、社會與制度的溝通畢竟就像修復式會議中的雙方當事人一般，是會互相反饋的結構。在不同想法交會、反饋的過程，亦是無數不同回憶、習慣匯聚的場域，不只是既有的資訊在交換，更會激盪出新的想法²⁶⁷。在這樣的漣漪下，才可能有想像「包容社會」的空間。

第三節 修復式正義的社會實踐

第一項 刑事責任的近代反省

承接著前述討論，本文接著將在最後的部分，嘗試正面回應常見有關修復式正義的疑問：若將修復式正義放在社會工作領域內，作為紛爭發生時修復個人情感波動，並協助加害者、受害者權利的自我賦予，那麼修復與否、修復結果與刑事司法系統的關聯如何？是否是刑罰的替代選項？

²⁶⁶ 謝煜偉(2004)，《二分論刑事政策之考察與批判—從我國「寬嚴並進的刑事政策」談起》，頁 120-21，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

²⁶⁷ Good & Gustafson, *supra* note 244, at 239.



本文在第四章雖然已就情感在當代若隱若現於刑事立法與審判階段的情形有所描述，但如果不談談個人刑事責任內部運作的困境，那麼將無法接著完成本文認為修復式正義能夠協助重新建構刑事司法系統、而且有潛力激發較好的刑事司法系統的推論。因此接下來會爬梳學者對於刑事責任的近代觀察，並連結到刑罰理論的內容流變，最後提出本文的答案。

「有責任斯有刑罰」大概是習法的學者在刑法總則的前幾堂課就會掌握的大原則。然而，何謂責任、何謂刑罰則綿延了數個世紀，真理並未越辯越明，而是有越來越多種詮釋空間。國內學者李茂生便曾撰寫《近代刑法中個人責任主義的反思》，從歷史的角度回顧近代刑法中個人責任主義是如何被國家有意識地建構出來，並藉此跳脫現有框架去思考責任的不同涵義。

一般而言，責任是在判斷個人的特定行為具違法性後，檢討特定個人是否具備非難性。非難的基礎在於該人是自我決定地做出違法行為，因此能要求他對違法行為負起責任。然而，在上述文章中，李茂生指出責任的判斷過程其實在前題設定部分已經暗藏玄機。本來，犯罪作為一種社會事態，他的原因與效果是發散狀的指向各種空間、時態、人物、狀況，然而在責任判斷前的構成要件及違法性判斷過程，其實已經有意識地將社會事態的外延予以限縮²⁶⁸。所謂客觀法益的侵害或危殆化，正是以國家設定的法的觀點所認知的特定事實。於是問題便會落到，國家究竟是如何設定社會事態的？為何要如此設定？如此設定社會事態與個人責任的關係，所扭曲或遺漏的社會事態又為何呢？

從歷史上來看，當社會發生動盪的犯罪時，在中世紀是將此理解為共同生活秩序的狀態被破壞，刑罰雖然是針對特定個人所展開的儀式，但是目的是將該人作為祭品獻予聖靈，透過這樣儀式的方式平復聖靈的憤怒、得到聖靈的寬恕，並回復社會的共同生活秩序。而因為聖靈不論存在與否，它象徵的都是生活共同體內部的交互關係，於是中世紀的社會面對犯罪時，其實是以「集團責任、連帶責任、結果責

²⁶⁸ 李茂生（1998），《權力、主體與刑事法：法邊緣的論述》，頁 67。李茂生發行。

任」的方式，由生活共同體一同承擔秩序被破壞的責任，只不過責任是透過特定人作為祭品的儀式得到履行²⁶⁹。



在進展到 12、13 世紀後，隨著商業交易型態、共同生活緊密度、以及人工環境中風險的轉變，體現為個人地位的提升；相對地，集團責任、連帶責任、結果責任的沒落。國家的出現、犯罪追訴權力的集中，在這樣的背景下難以訴諸聖靈儀式來處理犯罪；但國家既已一肩擔起犯罪控制的任務，在眾目睽睽下勢必得運用一套合理的方式，既制裁犯罪也展現自己無遠弗屆的權力不可。

國家如果必須詳細檢視犯罪事態的成因、一一追究從個人到集團的責任，第一會面臨的挑戰便是耗時的效率問題，接著連結到權力的不果斷。一舉兩得的方式是將手中既有的祭品描繪為造成社會擾動的唯一原因，將「該人的惡」與「社會事態整體的惡」相連結。如此一來，原本生活共同體的責任便能合理地轉化為特定個人的責任。更巧妙地是，如果能夠將個人描繪的越邪惡、並且將其邪惡訴諸於個人原因，那麼這種個人責任的建構就越不會受到質疑。接著，在國家運用手中刑罰權公開、嚴厲、殘暴、快速制裁該個人時，一種正義的伸張便大功告成²⁷⁰。這基本上就是近代刑事法體系中個人責任的原型。

個人責任的理論在啟蒙運動將人類形象描繪為理性、自律後更加完整。個人理性的預設，使國家作為個人理性的集合，透過理性的共同主觀—法律—所展開的統治活動有了文明而不可動搖的氣息。但是在個人責任撐起刑罰的背後，作為基礎的「理性的人」中的理性所指究竟為何？究其根本，不過是社會內共同主觀所投射出的抽象的人的形象。在刑法宣稱理性的歸責活動背後，其實是社會成員的共同主觀從「整體」社會事態中將「特定」個人與其行為萃取出來，並透過刑罰的施加，來展現對「整體」事態的處理過程。而如果再將共同主觀還原到個人，因為根本無法在茫茫人海中找到「理性的人」，海水退去後裸露出來的其實是一個個原始、樸實

²⁶⁹ 李茂生（1998），前揭註 268，頁 71。

²⁷⁰ 李茂生（1998），前揭註 268，頁 74。



的個人情感。換句話說，宣稱以理性取代眾人情感的法律，只不過是舊瓶裝新酒的以理性的歸責一詞包裝眾人情感，而使情緒性的歸責活動在這些啟蒙的名稱後得到合理化、令人心安的根據²⁷¹。

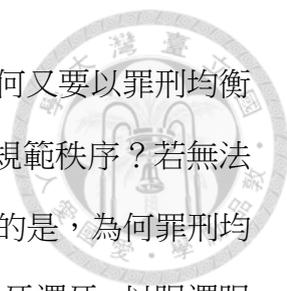
人都有殘暴、欲求不滿、宣洩的本能。但同時人又有自我節制的本能，因為人無法面對殘暴的自身。於是呈現出迂迴、模稜兩可、自圓其說的荒謬行為。刑罰理論可能最能說明這種詭譎的人性。既想懲罰，卻又不敢大肆屠殺、讓鮮血恣意四濺，於是設立一道道防線避免自己暴戾，在這防線內小小地、輕身躡腳地宣洩著，但仍保有翩翩的形象。本文將以簡單的方式爬梳各家應報理論與本文相關的部分，目的是為了點出人性迂迴的事實。

應報理論龐雜的理論分支不只貫穿時代稱霸著刑罰理論，更以變形蟲的模式展開論述。學者認為應報理論的本質性要素為罪刑均衡，而環繞著罪刑均衡，應報的基礎為何、如何衡量罪與刑的相當性、個人責任的內容為何、行為責任或行為人責任互動關係為何等，則成為各種應報理論差異之所在。

應報理論中最純粹的絕對應報理論將刑罰本身視為目的，有罪就有罰，而刑罰必須與犯罪完全相當。相對應報理論則認為在消極應報之外，刑罰仍舊能夠有積極的預防意義。於是與罪刑相應的刑罰會成為最高限度，再依據行為人的個別預防考量形成具體的刑罰。近年來德國刑法學界檢討當代矯治主義、預防目的將人視為客體以治療、隔離的方式威嚇大眾的作法，認為刑罰仍應以行為人為主體而發展出規範應報論。規範應報論認為犯罪是破壞了市民間相互承認的規範關係，應報即是為了回復犯罪前的規範秩序。

關於絕對應報理論的批評主要在於將刑罰本身看作唯一目的太過消極。而一旦放棄絕對應報理論，而改以預防目的或恢復規範秩序來解釋應報理論，本文認為都必須面對為何需以刑罰達到預防效果，或為何需以刑罰恢復規範秩序的質疑。更

²⁷¹ 李茂生（1998），前揭註 268，頁 82。



深入質疑的話，在相對應報理論底下，既然要以預防為目的，為何又要以罪刑均衡為上限？在規範應報理論中，又為何與罪相當的刑罰就能恢復規範秩序？若無法時，難道恢復規範秩序是可有可無的說詞？而，本文真正質問的是，為何罪刑均衡會作為應報理論的本質性要素？特別在我們明明知道即便「以牙還牙、以眼還眼」都難以在倫理上宣稱罪刑均衡時，更不要說當代刑罰與犯罪間的「均衡性、相當性」。那麼始終不放棄以罪刑均衡作為刑法基礎原則，並將此視為刑罰謙抑性的展現，沾沾自喜於刑法的理性、自我約束的背後到底是甚麼？

本文認為這正是因為社會的情感仍舊像緊箍咒箝制著應報理論的發展、箝制著刑罰的判斷，於是一方面情感依附著理論想要釋放，但罪刑均衡正是那一道道避免自己暴戾的防護牆。其實在最傳統「以牙還牙、以眼還眼」的做法中，罪刑均衡是多此一舉的原則，因為牙與牙、眼與眼間的評價本來就相同（在忽略牙齒與眼睛對於個人價值的前提下）。應報理論之所以必須謹守罪刑均衡，潛意識裡是意識到一旦放棄「以牙還牙、以眼還眼」後，罪刑是不可能均衡的社會現實。即便在絕對理論中，以刑罰本身為目的，只求對應於犯罪行為本身，然而因為刑罰中的自由刑、金錢刑、生命刑究竟要如何與被侵害的法益等價等值根本無解，而必須訴諸共同主觀。因此所謂「罪刑均衡」，看似是刑罰的謙抑性，其實是一種群眾的集體自我安慰。即便群眾的共同主觀認為應該嚴厲的懲罰犯罪人，而這個共同主觀並不合理，但只要在法定刑及共同主觀的範圍內，都可以宣稱遵守罪刑均衡，至於是否均衡根本無從檢驗，因為標準只在共同主觀感受。

如果把眼光轉向認為刑罰帶有預防目的或刑罰是為了恢復規範效力的理論，則插入一個罪刑均衡更是意味不明。這個罪刑均衡的判斷終究是來自於共同主觀的法律判斷，那麼在前述提到共同主觀是個人情感集合的事實下，罪刑均衡一方面是理性所築起的最後一道防線，但它本質包裹的、守護的卻是群眾的情感。現實上，近代應報理論不管怎麼變形，刑罰都只是透過大眾激情而被確認以及執行²⁷²。本文

²⁷² 李茂生（2015.09），〈應報、死刑與嚴罰的心理〉，《中研院法學期刊》，第 17 期，頁 297。

認為，只要罪刑均衡被視為量刑的基本原則，就無法逃脫情感的介入，擺脫不了被當代理性視為鬼魅般的社會情感。罪刑均衡其實是默許集體情感的證明。

到目前為止，我們已經勾勒出當代刑式司法系統追究個人責任的整體模型。

「以共同主觀形塑出實體法→擷取社會事實的片段作為構成要件與違法性的評價基礎→在責任階段以共同主觀建構均衡於犯罪的刑罰→將刑罰施加在特定個人身上」。而學者認為這套責任模型背後的實質內涵是「社會的需求(將社會事態簡化為特定行為尋求特定人負責的需求)→國家型態的確立→被合理化的國家暴力行為(將社會事態完全視為個人行為的結果)→與國家型態相對應的個人理性形象的型塑→違反形象的個人的尋出(行為=行為人)」²⁷³。

學者們對於近代以個人責任完全取代或掩蓋社會責任，並以特定個人承擔刑罰作為社會事態的終結的反省，主要在於喚醒對「理性的人」的盲目信仰、抑制「均衡性、相當性」的幻象無限擴張、促進社會認清個人僅僅行為作為社會事態中的一個環節的事實²⁷⁴。國內學者謝煜偉基此提出對於應報理論的修正，稱之為修正的社會應報觀，內容上則認為刑罰的目的是「犯罪事後處理機能」的一環。

該學者認為社會事態背後的生成責任可以分為兩部分，包含直接責任與間接責任，兩者的責任主體均為犯罪行為人。然前者是犯罪行為人因其行為所負的直接責任，後者則為由犯罪行為人生命歷程角度來看的間接責任。對於後者，該理論是從犯罪處理機能的角度出發，認為責任主體除行為人外，更要考量與行為人相關、參與犯罪行為人生命歷程、對社會事態起間接作用的社群。這樣的主張並不是在呼籲連帶責任的復歸，而是要在現行制度下膨脹的個人責任中，篩漏出社會的間接責任，作為量刑的減輕因素。換句話說，這樣的「犯罪事後處理機能」指向社會內整體的犯罪處理責任，包含對犯罪原因的理解、犯罪者再社會化、對犯罪受害者及其家屬的照護與救助。而行為人個人的責任也應該從犯罪事後處理的角度出發，刑罰

²⁷³ 李茂生（1998），前揭註 268，頁 79。

²⁷⁴ 李茂生（1998），前揭註 268，頁 89。

的動用是在未有其他替代刑罰的措施能適切處理，並修補犯罪所帶來的損害時的最後手段²⁷⁵。



第二項 修復式正義與社會責任的承擔

在思考現階段修復式正義與刑事司法間的互動關係，原則上可以依循著前述刑事責任的近代反省，惟修復式正義與刑事司法間的主從關係仍須進一步再推敲。此外，在本文主張將修復式正義置於社會工作內的前提下，也必須對修復式正義與侵害事件發生後責任的歸屬與承擔做出更多說明。

首先，前述學者提出的犯罪事後處理機能，大抵上已掌握到犯罪發生後的重點，除了刑罰與刑罰的目的外，更上位的概念其實反而應該是針對犯罪所為的總體處理。然而，本文在此針對犯罪事後處理機能有四項質疑。第一，「處理」是太籠統的詞，其實無法具體指導犯罪事後處理的細節行動。第二，犯罪事後處理機能仍有淪為利用當事人作為實驗品的意涵。第三，犯罪「事後」處理一詞，再加上學者主張的修正的應報理論，都指向消極的對過去已發生的犯罪事件的處理，本文認為過分被動。第四，犯罪事後處理機能既意識到超越刑法的犯罪處理責任，卻謹守刑事司法系統內部的改革，格局太小。

傳統的修復式正義理論主張修復犯罪所造成加害者、被害者、社區間關係的破壞。犯罪事後處理機能作為輔助修正的社會應報論，同樣的，認為不該再一味強調法秩序本身的恢復與規範再確認，而該重視具體人際關係的事後修補²⁷⁶。從這點，可以觀察到傳統修復式正義與犯罪事後處理機能有相同的內涵，同樣重視人際關係。唯一的差異，可能再於傳統修復式正義學者習慣用正向、激勵、希望的方式看待關係的修復；而犯罪事後處理機能則選擇將自己縮小，僅消極處理既有的動盪。

²⁷⁵ 謝煜偉 (2014.09)，〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，第 15 期，頁 192-195。

²⁷⁶ 謝煜偉 (2015.09)，〈寬容社會的曙光？—從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應三篇評論文〉，《中研院法學期刊》，第 17 期，頁 385。

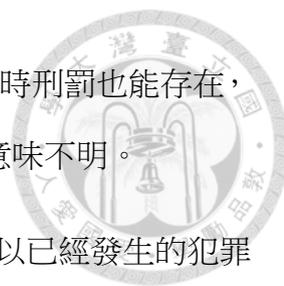


但本質上，正如本文在第三章中提到修復式正義修復標的不明的困境，犯罪事後處理機能亦欠缺處理標的，或說未意識到犯罪事件的核心癥結—情感糾結，因此不可避免地會陷入相同的泥淖。本文主張的修復式正義，正是從刑事司法領域中當事人的經驗以及本節中對應報主義的檢討，而歸納並堅定應以個人情感修復作為核心。既然，刑罰理論幾百年來的發展終究無法跳脫鬼魅的情感，該是時候面對情感、了解情感、處理情感。從情感修復出發，同樣會關心怎麼樣的背景型塑當事人案發時或案發後的特定情感—換句話說不可避免地會去理解犯罪原因；接著在理解並幫助加害者處理自身情感的糾結時，也等於是在陪伴加害者學習適應於社會生活、與他人相處的社會化能力；在面對被害人犯罪後的情感時，更能從被害者的角度去考量他們所需要的幫助。換句話說以情感作為核心，比起泛泛的「犯罪處理」一詞，能更加以當事人的感受出發，切中事件的癥結點。

此外，犯罪事後處理機能在討論死刑存廢議題時，會主張雖然無法終極證立死刑的廢除，但是一旦犯罪人的生命被國家剝奪後，犯罪處理責任就無法被社會及個人所履行。因為犯罪人死亡後，關於犯罪原因的理解、犯罪者的再社會化或對被害人家屬的照護救助，都會成為未盡之夢。關於這樣的說法雖然是在為廢除死刑於倫理層面之外，找出從社會責任角度說服社會留犯罪人一命的說法。然而，此說詞背後將犯罪人視作解明犯罪原因或處理犯罪的關鍵鑰匙一事，難免留下一個疑慮：是否在犯罪原因解明、被害人生活復歸平靜、社會憤怒平息後，犯罪人屆時被悄悄地剝奪生命也無所謂。特別是犯罪處理機能，根本未說明何謂「處理終了」。

本文認為，雙主體的修復式正義從當事人情感角度出發，立於肯認雙方存續的基礎前提事實，因此可以避免互相利用，或顧此失彼的情況。而犯罪原因解明、再社會化、對被害人的照護及救助，並不是無來由的應然，而是在賦予當事人權利之下所可能附隨或帶來的結果。

第三點，刑罰在犯罪事後處理機能中被認為是消極的最終處理方法，在其他犯罪處理手段都不可能的前提下才能被使用。但是這樣的說法，雖然是為了更加節制



刑罰使用的務實作法，但終究是承認在其他處理手段都不能使用時刑罰也能存在，而對於這時刑罰的目的如何達到犯罪事後處理機能，則放任其意味不明。

本文則認為，姑不論刑罰如何被定位，修復式正義雖然也是以已經發生的犯罪或紛爭作為切入的契機，但之所以重視關係、重視個別感受、重視情感修復，絕不是意思意思消極地表示弭平該紛爭或事件。甚至就社會現實存有來看，已經發生的事件絕無可能消極的處理而不涉及時間流動、不對未來產生影響。於是，在修復式正義或犯罪事後處理機能要談關係修復或本文所主張的情感修復之下，就無法也不該以消極的態度視之。至少必須意識到，現在的衝突、情感折騰、理解、復原的過程對於當事人而言都是因為指向未來才有受難的意義。因此如果刑罰要被作為犯罪事後處理機能的一環，必須有朝向未來的積極性，否則刑罰運作的範圍不論再小，終將只是施加意味不明的痛苦。

最後一點，也是最重要的一點，本文認為犯罪事後處理機能僅僅作為刑罰的輔助材料格局太小、大材小用了。明明已經關心到社會責任與個人責任間不同的責任內涵，也意識到必須持續投入福利制度來完善犯罪處理的工作，但是一旦犯罪事後處理不能跳脫刑事司法領域、發展為社會內的紛爭解決機制，而選擇瑟縮在刑事司法領域一角作為支持刑罰的理論，毋寧是承認刑罰存在的絕對必要。至少本文對這樣無意於根本挑戰刑罰的理論感到可惜。犯罪處理機能除非能清楚揭示刑罰的積極意義，否則應該如實呈現刑罰的消極情感宣洩意義，總之不應該以最小限度的、模糊的犯罪處理機能包裹懲罰。

因此，本文仍舊主張修復式正義應該是棲身於社會內的、以當事人情感修復為導向的各種紛爭解決機制的總稱。修復式正義應該跳脫刑事司法系統的侷限，從社會責任承擔的角度，將個別情感修復作為目標。至於當事人間關係修復、犯罪原因的解明、加害者再社會化、被害者的精神、心理等傷害的平復，都屬於伴隨加害者、被害人本身權利復興的可能結果，但不是制度的首要目標。

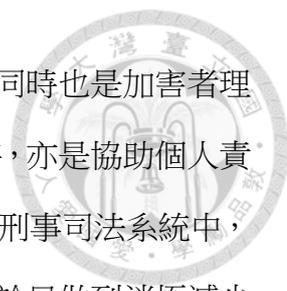


至於謝煜偉對於社會責任與個人責任的二分關係，主張應在個案中，透過觀察、評估的方式找出社會對犯罪的間接責任，並作為個人量刑減輕因素。想像上這樣的責任區分當然是可能存在的。然而，實際的認定會成為困難。因為，在個案中社會責任主要是透過行為人的行為間接被呈現的，等於在判斷社會責任的範圍時，必需透過過濾行為，去分離出社會責任與個人責任的分類。這並不是容易的事。行為人的性格、行為、想法皆形成於廣大的社會中。沒有一項行為能宣稱完全脫免於社會的影響，反而是社會因素與個人因素孰輕孰重的問題。而這正是使社會責任與個人責任的二分關係陷入判斷困難的原因。

此外，社會責任除了學者所提及的型塑犯罪行為人生命歷程的部分外，社會責任更包括型塑受害者生命歷程導致被害或擴大的部分，甚至是放任犯罪事件風險提高或無法即時搶救、縮小損害的部分。這些因素在近代評價犯罪行為、犯罪結果時都佔有一席之地，並會對犯罪行為人的個人責任產生影響。但當社會間接責任僅思考到介入加害者生命歷程的部分時，許多無形、未被察覺的社會責任仍舊潛伏在犯罪行為人的個人責任，透過刑罰由犯罪行為人獨自承擔。

因此，若從修復式正義的角度，本文認為在思考犯罪事件發生後，社會責任與個人責任的關係時，較妥善的方式是，理解到社會相較於個人，絕對是資源豐富、管道多元、技巧多樣的。由於社會責任與個人責任的交互影響，難以劃清界線；因此應該由較有資源、集體分攤責任的社會優先承擔起處理的責任。修復式正義應先透過社會工作的多角化方式處理犯罪後各方的情感，並承擔修復的工作。社會責任履行的方式不應該侷限於思考、研發能夠取代刑罰的措施，並於措施失敗時，假設至少還有刑罰能作為後盾。因為那等於是將個人責任的網作為社會責任失靈時的擔保，是錯誤的先後關係。相反地，社會責任的履行應該積極地提供讓當事人能自我了解、自我修復的環境、知識、時間、技巧、陪伴與支持。

更進一步的理由在於，修復式正義中，並非只有社會責任的面向。加害者在自我修復的過程，亦同時在承擔個人的責任。舉例而言，悔過並不像語意上那樣正向、



簡單，同時包含對於自我否定的承認與轉變的決心，真實的悔過同時也是加害者理解並願意承擔自己責任的表現。當社會承擔起促進修復的責任時，亦是協助個人責任的承擔，自然不能以涇渭分明的方式看待兩者。當學者主張於刑事司法系統中，透過排除社會責任的方式，於量刑中反映出個人責任的學說，等於只做到消極減少社會責任混入行為人刑罰；但並未積極地使社會承擔起其根本責任。

基於這樣的想法展開對刑罰的反省，本文認為，修復式正義除了應該於刑事司法系統外推展；更主張修復結果在個案上不應該反映到刑事司法判決中。如前一章結尾所言，與法律實體法內容相關的情感固然可以透過訴訟程序作為證據提出，但其餘的情感應該透過刑事司法系統外之修復程序處理。這樣的說法不僅指情感的修復應該放在社會工作內，處理的結果也當然該歸屬於社會工作的結果。如果就此感到心理上的負擔，認為加害者或受害者修復狀況良好，為何刑罰無法因此減輕，這正是本文的意圖。

當修復式正義能夠在刑事司法系統之外緩慢地展演社會內修復的能力時，我們或許能更深刻地去反省刑罰功能、社會責任以及個人責任，所指究竟為何。只有當其他紛爭解決機能善盡其責，社會承擔起應負的責任時，以個人責任為核心的刑罰才可能得到檢討並萃取出它的本質，屆時或許會被認為是虛幻也不一定。這樣的說法，與社會應盡力承擔其責任，而無法承擔時，由刑罰作為最後手段的說法，截然不同。當我們把刑罰視為最後的防護網；很自然地，在其他紛爭解決機能無法發揮時，刑罰永遠會像盤旋的禿鷹，由著各種理由拼湊出懲罰的意義。因為刑罰在歷史上來看，至少能給予群眾情緒性的支持。瑪莎納思邦在書中亦認為一個社會無法擺脫監禁與「懲罰」機制，代表著社會在其他任務上已然失敗，如果社會曾透過教育、就業、營養與住屋等方式保護人民福祉，縱使懲罰機制可能仍舊存在，但他們做的事將會少許多²⁷⁷。顯然，瑪莎納思邦應該也是同意本文觀點的。

本文認為，如果修復式正義能夠透過社會工作的方式撐起紛爭解決機能，那麼

²⁷⁷ Martha C. Nussbaum (著)，高忠義 (譯) (2017)，《憤怒與寬恕》，頁 324，台北市：商周出版。

以個人責任為中心的刑事司法系統的本質轉變或許將是指日可待，如此所謂的刑法謙抑，才不會只是琅琅上口的口號。



第三項 修復式正義與社會情感之轉化

李茂生在其書中曾稱刑罰是透過大眾激情而被確認以及執行²⁷⁸；瑪莎納思邦在談刑事司法制度時，亦呼籲法官及陪審員須謹慎發揮自己有限的情緒腳色，雖然該發揮情緒能力，但更需有相當自制能力，因為社會中憤怒的魅惑之歌如此吸引人²⁷⁹。本文雖主張修復式正義於社會內反覆運作能夠帶動刑事司法系統之轉變，然而，終究須面對一個相當實際的質疑，如果「刑罰自存在以來即是社會情緒下的產物」，那麼本文所主張以個人情感為修復核心的修復式正義究竟要如何撼動以社會情感為基礎的刑事司法系統？在刑罰嚴厲化且隨社會輿論擺動的今天，這項隱憂是切實存在著。

此問題涉及社會情感如何平撫、轉化的問題，實際上是社會動員理論中該如何從改變社會情緒到改變社會作為的問題。《憤怒與寬恕》一書中，在第七章政治領域中的革命的正義，以甘地、金恩、曼德拉為例，談如何引導、利用並轉化群眾憤怒，應可作為參考。瑪莎納思邦藉這三位社會動員領袖不憤怒而堅定的力量改變政治生態的方式傳達純粹的憤怒無助於社會的改變。在這裡本文沒有足夠時間處理憤怒這項情緒是否應該被壓抑、轉化而全然無值得擁抱的命題，但瑪莎納思邦的這三個例子清楚展現社會憤怒是能被理解而撫慰的，透過有智慧的做法能達到不依憑報復即產生尊重損害、損失的效果。

書中提到，金恩博士實際上是允許真實憤怒，也理解群眾高昂的情緒，甚至認為在鼓勵人們參與的過程中，示威遊行是疏導被壓抑的情緒的方法，只不過金恩更重視將真正憤怒導向未來，藉由有紀律的行動「淨化」對敵人的憤怒，最終轉化成

²⁷⁸ 同前揭註 272。

²⁷⁹ Martha C. Nussbaum (著)，高忠義 (譯) (2017)，前揭註 277，頁 323。



謹慎區辨行為與行為人的心理態度，批判並否定惡行，但不將無法扭轉的邪惡歸諸行為人。此想法於 Braithwaite 有幾分雷同，認為行為可以譴責，然而人始終值得尊重與同情，要創造一個人人能共存的社會，需要所有人共同以尊重與主動關懷的態度參與社會、尋求接納所有人的共同善，這絕不是報復能達成的²⁸⁰。

在具體作為部分，書中提到曼德拉的三項作為，首先曼德拉促使南非的國歌同時保留兩首具有不同歷史的歌曲，分別是〈天佑非洲〉與〈呼喚〉，前者是採用非洲三種主要語言所創作，後者則是種族隔離時南非的國歌，照理說這兩首歌就像是水火不容的兩種目標與情感，然而曼德拉在非洲民族議會中領袖們想廢掉〈呼喚〉時，呼籲各方學著用別人眼光看待世界，最後成功保留這兩首歌並將其揉合成現在的國歌，尊重每個人情感歸屬的展現²⁸¹。其次，曼德拉深知橄欖球是白人的運動，黑人輕視並怨恨這項運動，但曼德拉透過與球隊教練、選手耐心互動，建立信任與友誼，爾後先是說服球隊公開且熱情地唱國歌，以此讓白人球迷認同新融合的國家，也等於向黑人伸出友善的邀請，接著再設立訓練課程教導黑人孩子玩橄欖球，讓橄欖球成為連結起黑人與白人情感的契機，當雙方有相同目標時，原本存在雙方間的差異性無形中便縮小了。最後，也是大家最耳熟能詳的真相與和解委員會，以追求真相作為受害者與加害者的共同目標，而不是原諒或寬恕，這是相當重要的里程碑²⁸²。

瑪莎納思邦認為曼德拉所鼓吹的真相與和解委員會「是尊重人的，不要求卑躬屈膝，肯定不羞辱人，而且保護犯錯者的尊嚴，將他們當作未來國家同樣平等的公民，不要求以道歉作為赦免的條件，真相的說明也不是作為認罪，而只是重述已經發生過的事。不要求任何人表現懺悔，也不需要承諾不再犯，藉由貶抑而獲得的承諾肯定只有反效果。²⁸³」

²⁸⁰ Martha C. Nussbaum (著)，高忠義 (譯) (2017)，前揭註 277，頁 341。

²⁸¹ Martha C. Nussbaum (著)，高忠義 (譯) (2017)，前揭註 277，頁 356-358。

²⁸² Martha C. Nussbaum (著)，高忠義 (譯) (2017)，前揭註 277，頁 370。

²⁸³ Martha C. Nussbaum (著)，高忠義 (譯) (2017)，前揭註 277，頁 370。



從這些例子中能看到本文所提倡的修復式正義－情感修復－的影子，如果社會真誠地追求共存共榮的環境，那麼終究必須回到對每一個個體的尊重，這樣的觀念才能產生包容，並將多數人的心力擺在改善社會而非分化，帶動有建設性的作為。至於這樣的觀念種子如果必須等待由有智慧的領導者發起才能開花結果，那樣的轉機實在遙遙無期。若能踐行社會中的修復式正義，透過個案成果的累積，本文認為亦是以不同的方式傳達相同意念：「共同善是每個人內心天生的趨性，並無須仰賴懲罰，也能追求共同存在」。換句話說，情感反應提示重要利益的存在，而修復式正義恰恰是協助個人及社會學習真實反映情感、承接情感，在淡化並化解個人情感後，促進社會理解「個人間雖有差異性，但社會的共同目標定是改善問題」。於焉，透過修復式正義達到轉化社會情感，進而帶動社會整體將重心置放在問題解決，而非代罪羔羊的尋出。

因此，刑事司法系統與修復式正義在剛推動修復式正義的開頭，也許會是並駕齊驅的兩套制度在兩個領域運作，甚至會帶來不少倫理與情感上的挑戰。然而，修復式正義應該堅持住情感修復的核心功能，並保持其不受刑罰牽制的獨立性。在這樣的條件下，當修復的賦權價值能得到社會普遍的承認，在社會逐漸培養出尊重、包容等情感價值時，其精神自然會注入刑事司法系統時，屆時方是一個社會實踐的修復式正義建構完全的時刻。彼時，刑事司法系統或許還會存在，卻可能蛻變出截然不同的面貌，一個帶有修復意涵的刑事司法系統。



第六章 結論

人就如同一座座孤島，散佈在無窮的海平面上，漂泊著。孤島間並沒有陸地相連，形成了語言、習慣、思想、情感的隔閡。人與人間的區隔、人之所以具有獨特性，也來自互相不能跨越的距離。內在的情感、內在獨特的語言邏輯、內在的思想，形塑了注定孤獨的靈魂。一方面人是孤獨的，但另一方面這卻是自我能安穩存在，不致陷入混淆的必要條件。因此，內在的情感、語言、思想，是個人得以存續的糧食。

孤島間，仍舊會互相牽動，正如海風會帶來遠方的種子、海水會推來另一地的草、木、花、果。人與人間亦然。我們無法完全理解他人、無法複製成另一個人、也無法真的改變另一個人；但在偶然交會的瞬間，在試圖理解他人時，自己將無形中一點一滴被改變，而箇中滋味，只有自己能理解。因此，在人際的相處間，關係是難以有意識的被建立。就如同投一顆石子進入大海，我們看的到進入海面前的拋物線，也看的見或許石子進入大海後的前 0.05 秒，但之後石子如何被海流帶走、如何在海底沉落，並不是我們能想像的，因為那是不屬於我們的系統。人與人只能在互相投射、反射、猜測的過程中，悄悄地掌握他人、摸索自己，進而改變自己。

紛爭、衝突，如果以別於犯罪的視角來看，確實只是人際互動間，多種關係的一種。紛爭、衝突就如石子投入大海，所激起的漣漪、內在改變，實則只有當事人個人清楚。一直以來，國家以犯罪的語言詮釋紛爭、衝突，於是表面具體、客觀的傷害似乎完全取代內在的傷害。但是即便針對同樣的客觀傷害，由不同個體承受時，根據每個人內在情感、內在語言邏輯的不同，紛爭、衝突的實質意義就將不同。本文認為，如果要維護自我的存續，特別是在紛爭、衝突發生致使自我陷入更大危機時，就必須回到對個人內在情感的尊重。內在情感包含著個人的思想系統，因此對於情感的關注與處理，同時也是對個人思想的尊重。

本文認為傳統修復式正義以「關係修復」為核心，忽略了以各別當事人為主體



的重要性，導致個人的情緒感受消解於對於關係的追求。但很多時候，關係甚至不是當事人所在乎的對象。正因如此，傳統修復式正義未必能協助當事人在紛爭後排解負面感受，並建立對於自我的掌握。本文主張重新建構的修復式正義應該「分別」面對「個別當事人」情感、協助當事人表達情感、進而嘗試理解並處理當事人情感。這之中，當然也包括溝通情感背後對於事件的解讀與想法。如此從個人為主體出發的修復，不同於過去以「關係修復」為核心；「情感修復」並不要求加害者與被害者面對面和解，而是個別探求加害者與被害者基於情感需求所需要的幫助。至於加害者與被害者間的關係，則是由雙方根據其意願，可有可無的修復對象。而關係修復與否也與個人情感修復的結果不必然相關。這樣的修復，不至於使加害者與被害者間成為箝制對方修復，或限制對方修復的因素。如此一來，具體的修復結果才能說是根據當事人需求所開展的不同可能性。

此外，刑事司法的謙抑需求包裹著刑罰懲罰的慾望。現階段將情感導入刑事司法領域，對於近來情感氾濫的社會氛圍，反而會使情感淪為刑事懲罰的藉口或工具，導致對於情感的想像太過狹隘，將再次遁入刑事司法總攬紛爭的現況。社會工作在其分配正義、權力賦予的目標，以及穿梭於社會間的性質，與修復式正義的需求及目標相符。本文主張由社會內的力量來承擔起紛爭後情感修復的功能，可以避免刑事司法的公權力介入情感的領域。因此，應該透過社會工作的方式，於刑事司法領域外，實踐修復式正義。

而在「情感修復」結果與刑事司法程序的互動關係上，本文認為情感修復的結果不應該反映到刑事司法中。原因承如前述，情感的本質與以懲罰為手段的刑事司法存有內在衝突。現階段，情感的抒發一旦與刑罰相牽動，反倒會導致修復式正義中情感修復功能的減損。由社會工作收割修復式正義的情感修復結果，方能彰顯出有別於刑罰的社會內紛爭解決功能。社會內透過不同方式溝通情感、處理情感的反覆展演，將能帶起社會大眾對犯罪、紛爭解決的新的想像、跳脫嚴厲刑罰是犯罪唯一解，而個人責任取代社會責任的現況。於此，一個共同承擔社會責任的集體意識

才可能出現。屆時，當對犯罪的憤怒、仇恨、失望、痛苦等情緒不再投注於刑罰時，刑罰的本質必然會引起社會的叩問。這才是本文認為邁向真實的刑罰謙抑性緩慢而踏實的路。



本論文在書寫上確實不能被稱為是刑事政策的討論，因為論述的政策內容實在不深入。以「重新建構修復式正義」為主題，在書寫的過程也一再自我懷疑過於飄渺而不實際。然而，對本文而言，這是種策略；甚至在關於當代刑事司法系統的反省上，更是種必須。過去對於刑事司法系統的檢討與司法改革的建議，始終站在肯認刑罰存在必要性的前提上，而本文純粹是對於這樣的前提有極大的不安與懷疑。但是在與現況做出必要的妥協後，本文既無法否定刑罰的存在，也不願意贊同刑罰的現狀。於是，抱持著避開對於刑罰的直接論述，透過專注於發展刑事司法系統外的紛爭解決方式，是本文所以為目前比較恰當而可行的方法。就如人與人間的交互投射作用，刑事司法系統內與外也必然存在這樣的互動關係。當修復式正義作為社會內紛爭解決機制能夠證明其情感修復，乃至於協助加害者與被害人開展紛爭後的生活時，本文認為刑罰與刑事司法系統自能反思出自己在社會機構內適當的功能。本文期望，這樣的思考脈絡，可以提供一種不同的曲徑來看待現況。

參考文獻



一、中文文獻

(一) 一般書籍

- 王皇玉 (2009)。《刑罰與社會規訓》。元照出版。
- 貝加利亞 (著)，李茂生 (譯) (1993)。《犯罪與刑罰》。協志工業叢書。
- 李茂生 (1998)。《權力、主體與刑事法：法邊緣的論述》。李茂生發行。
- 林山田、林東茂、林燦璋合著 (2011)。《犯罪學》。三民書局。
- 胡嘉琪 (2014)。《從聽故事開始療癒》。張老師文化。
- 黃榮堅 (2012)。《基礎刑法學 (上)》。元照出版。
- 蔡德輝、楊士隆合著 (2009)，《犯罪學》。五南文化事業。
- Albert Ellis & Catharine MacLaren (著)，劉小菁 (譯) (2002)。《理情行為治療》。台北市：張老師出版。
- David Garland (著)，周盈成 (譯) (2006)。《控制的文化》。台北：巨流。
- Judith Lewis Herman (著)，楊大和 (譯) (1995)。《創傷與復原》。時報文化。
- Martha C. Nussbaum (著)，方佳俊 (譯) (2007)。《逃避人性》。台北市：商周出版。
- Martha C. Nussbaum (著)，高忠義 (譯) (2017)。《憤怒與寬恕》。台北市：商周出版。

(二) 書籍之篇章

- Günther Jakobs (著)，徐育安 (譯)。〈市民刑法與敵人刑法〉，收於：許玉秀 (編)，《刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯》，頁 15-39。新學林出版。

(三) 期刊

- 王正嘉 (2012)。〈犯罪被害人影響刑事量刑因素初探〉，《國立中正大學法學集刊》，頁 57-94。
- 王玥好 (2004)。〈童年期性創傷婦女處理原諒議題之歷程〉，《台灣性學學刊》，第十卷，第一期，頁 35-51。
- 李佳玟 (2016)。〈法律與情感運動〉，《月旦法學雜誌》，第 249 期，頁 160-170。
- 李茂生 (2015.09)。〈應報、死刑與嚴罰的心理〉，《中研院法學期刊》，第 17 期，頁 295-311。
- 周憐嫻、Bill Heberton 合著 (2010.06)。〈刑罰是知識結構與文化的鏡子：台灣與英國嚴刑重罰趨勢之比較研究〉，《台大法學論叢》，第 39 卷第 2 期，頁 433-472。
- 林聰賢 (2016)。〈灰色的靈魂—被害·法律·救贖〉，《中原財經法學》，頁 99-128。
- 陳祖輝、張嘉玲合著 (2011)。〈「責躬省過」：監獄修復式正義成長團體之探索性研

- 究》，《中央警察大學警學叢刊》，第 41 卷第 6 期，頁 115-144。
- 許春金（2003）。〈修復式正義的實踐理念與途徑—參與式刑事司法〉，《犯罪於刑事司法研究》，第一期，頁 37-66。
- 許春金、陳玉書、黃政達合著（2007）。〈調解制度中受調解人修復性影響因素之研究——修復式正義觀點〉，《犯罪與刑事司法研究》，第九期，頁 1-54。
- 黃榮堅（2007）。〈讎敵社會裡的修復式司法〉，《月旦法學雜誌》，第 146 期，頁 96-119。
- 黃曉芬、張耀中合著（2012）。〈試評臺灣具修復式正義精神之相關制度〉，《犯罪與刑事司法研究》，第 19 期，頁 45-72。
- 謝如媛（2005）。〈修復式司法的現狀與未來〉，《月旦法學雜誌》，第 118 期，頁 41-51。
- 謝煜偉（2014.09）。〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，第 15 期，頁 139-206。
- 謝煜偉（2015.09）。〈寬容社會的曙光？—從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應三篇評論文〉，《中研院法學期刊》，第 17 期，頁 369-402。
- 警學叢刊編輯部（1997）。〈明恥整合、共和主義及政策〉，《警學叢刊》，第 27 卷 4 期，頁 215-231。
- John Braithwaite 演講，周憐嫻口譯，曾子奇文稿整理（2014.07.26）。〈修復式正義與和平（二）〉，《法務通訊》，第 2656 期，第三版。
- Miguel Polaino-Orts（著），徐育安（譯）（2009）。〈以功能破除概念迷思：敵人刑法〉，《法學新論》，第 22 期，頁 33-44。

（四）學術論文

- 李品儀（2014）。《白玫瑰運動之研究-從情感、社會運動與法律修正之角度切入》。國立成功大學法律學系碩士班碩士論文。
- 夏化祥（2006）。〈具修復式正義內涵之刑案調解研究〉，國立臺北大學犯罪學研究所碩士論文。
- 陳珈谷（2002）。《論修復式司法》。國立臺灣大學法律學系碩士論文。
- 陳啟忠（2011）。《詐欺犯罪受害者之創傷反應 與其他創傷事件的比較》。國立臺北大學犯罪學研究所碩士論文。
- 鄭國豪（2014）。《尋找正義的旅程：台灣試行修復式司法方案的紀錄觀察》。國立臺南藝術大學音像紀錄與影像維護研究所。
- 謝煜偉（2004）。《二分論刑事政策之考察與批判—從我國「寬嚴並進的刑事政策」談起》。國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

（五）其他

- 委託單位：法務部（2014），《修復式司法試行方案成效評估暨案件評估指標之研究期末報告》。



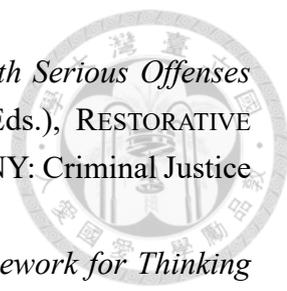
二、英文文獻

(一) 書籍

- AMERICAN FRIENDS SERVICE COMMITTEE, (1971). STRUGGLE FOR JUSTICE. Hill and Wang.
- CHARLOTTE KNIGHT, (2014). EMOTIONAL LITERACY IN CRIMINAL JUSTICE, Palgrave Macmillan UK.
- DAVID GARLAND, (2001). THE CULTURE OF CONTROL. University of Chicago Press.
- DENNIS SULLIVAN & LARRY TIFFT, (2005). RESTORATIVE JUSTICE—HEALING THE FOUNDATIONS OF OUR EVERYDAY LIVES. Willow Tree Press.
- DAVID J. CORNWELL, (2006). CRIMINAL PUNISHMENT AND RESTORATIVE JUSTICE—PAST, PRESENT AND FUTURE PERSPECTIVES. Waterside Press.
- HOWARD ZEHR, (2005). CHANGING LENSES: A NEW FOCUS FOR CRIME AND JUSTICE. Herald Press.
- HOWARD ZEHR & BARB TOEWS, (2004). CRITICAL ISSUES IN RESTORATIVE JUSTICE. Criminal Justice Press.
- JEROME KAGAN, (1999). THREE SEDUCTIVE IDEALS. Harvard University Press.
- JEROME KAGAN, (2007). WHAT IS EMOTION? Yale University Press.
- JOHN BRAITHWAITE, (1989). CRIME, SHAME AND REINTEGRATION. Cambridge University Press.
- LAWRENCE W. SHERMAN & HEATHER STRANG, (2007). RESTORATIVE JUSTICE: THE EVIDENCE, The Smith Institute.
- LODE WALGRAVE, (2008). RESTORATIVE JUSTICE, SELF-INTEREST AND RESPONSIBLE CITIZENSHIP. Willan Publishing.
- MARGARITA ZERNOVA, (2007). RESTORATIVE JUSTICE — IDEALS AND REALITIES. Ashgate Publishing
- MARTIN WRIGHT, (1991). JUSTICE FOR VICTIMS AND OFFENDERS. Open University Press.
- ZYGMUNT BAUMAN, (2001). COMMUNITY:SEEKING SAFETY IN AN INSECURE WORLD. Oxford Polity Press.

(二) 書之篇章

- Barb Toews and M. Kay Harris, (2011). *Restorative Justice in Prisons*. In E. Beck, N. P. Kropf, & P. B. Leonard (Eds.), SOCIAL WORK AND RESTORATIVE JUSTICE: SKILLS FOR DIALOGUE, PEACEMAKING, AND RECONCILIATION(pp.118-148). New York: Oxford University Press.
- Barry Stuart, (1996). *Circle Sentencing: Turning Swords into Ploughshares*, In Burt Galaway & Joe Hudson (Eds.), RESTORATIVE JUSTICE: INTERNATIONAL PERSPECTIVES(pp.193-206). Monsey, NY: Criminal Justice Press.

- 
- Caren L. Flaten, (1996). *Victim-offender Mediation: Application with Serious Offenses Committed by Juveniles*, In Burt Galaway & Joe Hudson (Eds.), RESTORATIVE JUSTICE: INTERNATIONAL PERSPECTIVES(pp.387-402). Monsey, NY: Criminal Justice Press.
- Daniel W. van Ness, (2009). *The Shape of Things to Come: A framework for Thinking About a Restorative Justice System*, In Elmar G.M. Weitekamp & Hans-Jürgen Kerner (Eds.), RESTORATIVE JUSTICE—THEORETICAL FOUNDATIONS(pp.1-20), Deon, UK: Willan Publishing.
- David Downes & Kirstine Hansen, (2006). *Welfare and Punishment in Comparative Perspective*, In Armstrong & Sarah & McAra, Lesley (eds.), PERSPECTIVES ON PUNISHMENT: THE CONTOURS OF CONTROL(pp.133-154), Oxford University Press, Oxford, UK.
- Fred McElrea, (2006). *Restorative Justice—A New Zealand Perspective*, In David J Cornwell, CRIMINAL PUNISHMENT AND RESTORATIVE JUSTICE(pp.119-134). Waterside Press.
- Geroge Pavlich, (2001). *The Force of Community*, in Heather Strang & John Briathwaite (eds.), RESTORATIVE JUSTICE AND CIVIL SOCIETY(pp.56-68), Cambridge University Press.
- George Pavlich(2009), *Deconstructing Restoration: The Promise of Restorative Justice*, In Elmar G.M. Weitekamp & Hans-Jürgen Kerner (Eds.), RESTORATIVE JUSTICE—THEORETICAL FOUNDATIONS(pp.90-109), Deon, UK: Willan Publishing.
- Gordon Bazemore & Lode Walgrave, (1999). *Restorative Juvenile Justice: In Search of Fundamentals and Outline for Systemic Reform*, In Gordon Bazemore & Lode Walgrave(Eds.), RESTORATIVE JUVENILE JUSTICE: REPAIRING THE HARM OF YOUTH CRIME(pp.45-74), Criminal Justice Press.
- Hans Boutellier, (2002). *Victimization and Restorative Justice: Moral Backgrounds and Political Consequences*, in Lode Walgrave (ed.), RESTORATIVE JUSTICE AND THE LAW(pp.19-30), Willan Publishing..
- Heather Strang, (2001). *The Crime Victim Movement as a Force in Civil Society*, In Heather Strang & John Briathwaite (eds.), RESTORATIVE JUSTICE AND CIVIL SOCIETY(pp.69-82), Cambridge University Press.
- Howard Zehr, (2009). *Journey to Belonging*, In Elmar G.M. Weitekamp & Hans-Jürgen Kerner (Eds.), RESTORATIVE JUSTICE—THEORETICAL FOUNDATIONS(pp.21-31), Deon, UK: Willan Publishing.
- Inge Vanfraechem, (2007). *Community, Society and State in Restorative Justice: An Exploration*, In Robert Mackay & Marko Bosnjak & Johan Deklerck & Christa Pelikan & Bas van Stokkom & Martin Wright (Eds.), IMAGES OF RESTORATIVE JUSTICE Theory(pp.73-91), Verlag F. Polzeiwissens.
- L. A. Penner et al., (2000). *Helping Victims of Loss and Trauma: A Social Psychological*

- Perspective*. In John H. Harvey & Eric D. Miller (eds.), *LOSS AND TRAUMA: GENERAL AND CLOSE RELATIONSHIP PERSPECTIVES*(pp.62-85), Routledge.
- Lode Walgrave, (1998). *What Is at Stake in Restorative Justice for Juveniles*, In Lode Walgrave (ed.), *RESTORATIVE JUSTICE FOR JUVENILES: POTENTIALITIES, RISKS AND PROBLEMS FOR RESEARCH*(pp.11-16), Leuven University Press.
- Lode Walgrave, (2009). *From Community to Dominion: In Search of Social Values for Restorative Justice*, In Elmar G.M. Weitekamp & Hans-Jürgen Kerner (Eds.), In *RESTORATIVE JUSTICE—THEORETICAL FOUNDATIONS*(pp.71-89), Deon, UK: Willan Publishing.
- Marko Bošnjak, (2007), *Some thoughts on the relationship between restorative justice and the criminal law*, In Robert Mackay & Marko Bosnjak & Johan Deklerck & Christa Pelikan & Bas van Stokkom & Martin Wright (Eds.), *IMAGES OF RESTORATIVE JUSTICE Theory*(pp.94-111) , Verlag F. Polizeiwissens.
- Nancy P. Kropf, (2011), *Justice, Restoration, and Social Work*, In E. Beck, N. P. Kropf, & P. B. Leonard (Eds.), *SOCIAL WORK AND RESTORATIVE JUSTICE: SKILLS FOR DIALOGUE, PEACEMAKING, AND RECONCILIATION*(pp.15-30). New York: Oxford University Press.
- Nancy J. Good & David L. Gustafson, *Coming Together After Violence: Social Work and Restorative Practice*, In E. Beck, N. P. Kropf, & P. B. Leonard (Eds.), *SOCIAL WORK AND RESTORATIVE JUSTICE: SKILLS FOR DIALOGUE, PEACEMAKING, AND RECONCILIATION*(pp.220-247). New York: Oxford University Press.
- Nils Christie, (2009). *Conflicts as Property*, In Andrew von Hirsch et al.(Eds.), *PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY*, Hart.
- Paul McCold, (1998). *Restorative Justice: Variation on a Theme*, In Lode Walgrave (ed.), *RESTORATIVE JUSTICE FOR JUVENILES – POTENTIALITIES, RISKS, AND PROBLEMS* (pp.19-53), Leuven: Leuven University.
- Paul McCold, *Primary Restorative Justice Practices*, (2002). In Allison Morris and Gabrielle Maxwell (Eds.), *RESTORATIVE JUSTICE FOR JUVENILES : CONFERENCING, MEDIATION AND CIRCLES*(pp.41-58), Hart Publishing.
- Robert E. Mackey, (2007). *Law as Peacemaking: Beyond the Concept of Restorative Justice*. In Robert Mackay & Marko Bosnjak & Johan Deklerck & Christa Pelikan & Bas van Stokkom & Martin Wright (Eds.), *IMAGES OF RESTORATIVE JUSTICE Theory*(pp.112-128) , Verlag F. Polizeiwissens.
- R. Yazzie & J.W. Zion, (1996). *Navajo Restorative Justice: The Law of Equality and Justice*, In Burt Galaway & Joe Hudson (eds.), *RESTORATIVE JUSTICE: INTERNATIONAL PERSPECTIVES*(pp. 157-173), Criminal Justice Press.
- Sarah Eschholz et al., (2012). *Offenders' Family Members' Responses to Capital Crimes*. In Curt R. Bartol & Anne M. Bartol (eds.), *CURRENT PERSPECTIVES IN FORENSIC PSYCHOLOGY AND CRIMINAL BEHAVIOR*(pp.220-228), SAGE Publications UK.

(三) 期刊

- 
- Barry C. Feld, (1993). *Criminalizing the American Juvenile Court*. CRIME & JUST, 17, 197-280.
- Catherine T. Coyle & Robert D. Enright, (1997). *Forgiveness Intervention with Postabortion Men*. J. CONSULTING & CLINICAL PSYCHOL, 65(6), 1042-1046.
- Chris R. Brewin et al., (2000). *Fear, Helpless and Horror in Posttraumatic Stress Disorder: Investigating DSM-4 Criterion A2 in Victims of Violent Crime*. J. TRAUMATIC STRESS, 13(3), 499-509.
- Katherine Beckett and Bruce Western, (2001). *Governing Social Marginality: Welfare, Incarceration, and the Transformation of State Policy*, PUNISHMENT AND SOCIETY JOURNAL, 3(1), 43-59.
- Mark S. Umbreit & Betty Vos, (2000). *Homicide Survivors Meet the Offenders Prior to Execution*. HOMICIDE STUD., 4(1), 63-87.
- Nils Christie, (1977). *Conflicts as Property*. BRIT. J. CRIMINOLOGY, 17(1) 1, 1-15.
- Paul McCold, (2000). *Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: A Reply to the Maximalist Model*. CONTEMP. JUST REV., 3(4), 357-414.
- Robert Yazzie, (1994). "Life Comes from It": Navajo Justice Concepts. N.M.L. REV., 24, 175-190.
- Robert Yazzie, (1996). "Hozho Nahasdlii"—We Are Now in Good Relations: Navajo Restorative Justice. ST. THOMAS L. REV., 9, 117-124
- Schimmel S., (1979). *Anger and its Control in Graeco-Roman and Modern Psychology*, 42 PSYCHIATRY, 320-337.
- Stephanos Bibas & Richard A. Bierschbach, (2004). *Integrating Remorse and Apology into Criminal Procedure*. YALE L.J., 114(1), 85-148.
- Su-Syan Jou, (2014). *Norwegian Penal Norms: Political Consensus, Public Knowledge, Suitable Sentiment and a Hierarchy of Otherness*. NAT'L TAIWAN UNI. L. REV., 9(2), 283-315.
- Susan A. Bandes, (2009). *Victims, "Closure", and the Sociology of Emotion*. L. & CONTEMP. PROBS., 72, 1-26.
- Susan A. Bandes & Jeremy A. Blumenthal, (2012). *Emotion and the Law*. ANNUALS REV. LAW SOC. SCI., 8, 161-181.
- Terry A. Maroney, (2006). *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*. L. & HUM. BEHAV., 30(2), 119-142.
- Tony F. Marshall, (1996). *The Evolution of Restorative Justice in Britain*. EUR. J. CRIME POLICY RES., 4(4), 21-43.
- William J. Chambliss, (1975). *Toward a Political Economy of Crime*, THEORY AND SOCIETY 149, 2(2), 149-170.



三、日本文獻

高橋則夫（2003）。《修復的司法の探求》。成文堂。

高橋則夫（2007）。《對話による犯罪解決—修復的司法の展開》。成文堂。

四、其他

法務部網

<https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=27753&ctNode=11600&mp=001>

聯合新聞網

http://p.udn.com.tw/upf/newmedia/2015_data/20150602_udnthroat/udnthroat/index.html

三立新聞網

<http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=149235>

蘋果即時

<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20160328/826487/>

N.Y. TIMES

<http://www.nytimes.com/2012/08/23/opinion/at-breivik-trial-a-chance-for-norway-to-heal.html>

公視新聞議題中心

<http://pnn.pts.org.tw/main/2015/07/04/%E6%B0%91%E4%B8%BB%E6%B3%95%E6%B2%BB%E8%AE%93%E5%9C%8B%E5%AE%B6%E8%AE%8A%E5%BE%97%E6%9B%B4%E5%A5%BD%EF%BC%9A%E5%8A%AB%E5%BE%8C%E6%8C%AA%E5%A8%81%E7%9A%84%E5%83%B9%E5%80%BC%E9%81%B8%E6%93%87/>