

博士文丛
◎ 吴春雷 / 著

中国 司法权的建构

BOSHIWENCONG

兰.州.大.学.出.版.社



兰州大学出版社



D926
10

中国司法权的建构

吴春雷 著

D926
10

图书在版编目 (CIP)数据

中国司法权的建构/吴春雷著. —兰州:兰州大学出版社, 2004.4

(博士文丛;1)

ISBN 7-311-02394-7

I. 中... II. 吴... III. 司法制度—研究—中国

IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 039098 号

博士文丛(第一辑)

中国司法权的建构

吴春雷 著

兰州大学出版社出版发行

兰州市天水路 308 号 电话:8617156 邮编:730000

E-mail: press@onbook.com.cn

http://www.onbook.com.cn

兰州大学出版社激光照排中心照排

西北师范大学印刷厂印刷

开本: 880×1230 1/32

印张:7.375

2004 年 4 月第 1 版

2004 年 4 月第 1 次印刷

字数:208 千字

印数:1~1000 册

ISBN7-311-02394-7

全套定价:60.00 元
(本册定价:15.00 元)

法权的适用对象。相对于发生意义的司法权而言,近代社会的司法权是得到充分发展的同时也是受到更多条件或历史环节限制的司法权,而且在中西国家又表现出一定的差异性,这些差异在很大程度上可以归结为中西国家建构司法权的方向不同所造成。最后对我国的审判权和西方主要国家的司法权进行了比较,并在比较之后考察了司法权的建构。所谓司法权的建构,是指以司法权为中心的,由一系列原则、制度、规范等构成的一个有机联系的整体。西方主要国家的司法权经过法治理论和实践的长期洗礼后,就以法治为主要线索建立和发展起来;相反,我国的司法权则是沿着人民化的道路建立和发展的,因此,二者的区别是多方面的,其中,最具特殊性之处,在于我国的司法权是一种由检察权和审判权共同行使的二元结构。

第三章、第四章、第五章、第六章考察了我国司法权的宪政建构和诉讼建构。首先,对于司法、司法权和司法机关三个既有联系又有区别的概念进行了比较。其次,对于我国的侦查权和检察权的关系、检察权和审判权的关系进行了分析,以理论和实践的相互结合以及有关的案例说明,我国以侦查权、侦查监督权、审查起诉权、审判监督权等形式表现出来的检察权在刑事诉讼中与审判权的关系,要比其他诉讼关系更为复杂,这一复杂性决定了我国的司法裁判并不是只表现为法院审判权行使的结果,公安机关的侦查权、检察机关的检察权都在不同的程度上对这种司法裁判的结果发生影响。再次,对于我国法院审判权的地位、内容和合法行使问题进行了研究,认为由于检察权和审判权在我国诉讼建构中的非平衡性,同时也由于我国人民法院的审判权在整个国家权力体系中的地位呈现为相对弱小或者最为弱小的特征,因此除受到了较多的关注外,审判权的合法行使问题也应该引起高度的重视。由于这些问题以特殊的形式暴露出我国司法权建构的不合理性,因此,就必须寻找到解决这些问题的方案或对策。第七章、第八章对于我国司法权建构的各种对策性研究进行了整理和分析,分别指出了司法权中央化对策、非行政化对策和司法权主体的职业化对策的不足、局限性和合理成分,并在对这三种对策进行扬弃的基础上,提出了完善我国司法权建构的方向,这就是司法权的法治

化:它是将法治的一般理论与我国司法改革的实践有机地结合起来的一种可行性方式,同时也有利于将我国的司法改革引入到国际化的司法标准相接轨的道路中去。这种司法权法治化的改革思路,在我国又主要包括以下几个相互联系、互为因果的层次,即以审判权的独立行使为核心、以深化司法改革为路径、以政治体制改革为视角和以司法公正为目标,惟有如此,才能真正实现司法权维护社会正义的使命。

关键词:司法权,司法权的建构,审判权,检察权,法治

目 录

摘要..... 1

第一章 什么是司法权..... 1

 一、司法权的概念..... 1

 二、发生意义的司法权..... 5

 三、近现代的司法权..... 27

 四、中西司法权的比较..... 33

第二章 司法权的建构..... 43

 一、什么是司法权的建构..... 43

 二、司法权的法治化建构..... 44

 三、司法权的人民化建构..... 52

 四、我国司法权建构的内容..... 58

第三章 中国司法权的宪政建构..... 62

 一、西方国家的宪政建构与法院独立..... 62

20	3、司法权主体职业化	对去后国中	二
17	三、出路——司法权的法治化	对去后国中	三
77	第八章 对审判结构的完善	对去后国中	章四第
77	一、以审判权的独立行使为核心	对去后国中	一
84	二、以司法改革的深化为路径	对去后国中	二
90	三、以系统论对审判结构的完善	对去后国中	三
49	四、以司法公正为目标	对去后国中	四
501	附录 对审判结构的完善	对去后国中	章五第
501	后记	对去后国中	223
501		对去后国中	1
1081		对去后国中	5
1141		对去后国中	1
1141		对去后国中	1
1501	摘要		1
1301	第一章 什么是司法权		1
1301	一、司法权的概念		1
1341	二、发生意义的司法权		5
1471	三、近现代的司法权		27
1211	四、中西司法权的比较		33
1211	第二章 司法权的建构		43
1241	一、什么是司法权的建构		43
1271	二、司法权的法治化建构		44
1641	三、司法权的人民化建构		52
1751	四、我国司法权建构的内容		58
1751	第三章 中国司法权的宪政建构		62
1761	一、西方国家的宪政建构与法院独立		62

目 录

二、我国司法权的宪政建构	65
三、我国司法权的范围	71
第四章 中国司法权的诉讼建构之一——侦查权与检察权	77
一、我国的侦查权	77
二、侦查权与检察权的关系	84
三、由个案折射出的我国侦查权与检察权的关系	90
四、侦查权与公民权利保护	94
第五章 中国司法权的诉讼建构之二——检察权与审判权	102
一、我国的检察权	102
1、我国检察权的性质	102
2、检察权与审判权的关系	108
二、审判权与法律监督权	114
1、我国的法律监督权	114
2、法律监督权和审判权的关系	120
第六章 中国司法权的诉讼建构之三——审判权	130
一、我国的审判权的地位	130
二、我国审判权行使的合法性	134
三、小结——我国司法权诉讼建构合理性之反思	147
第七章 中国司法权建构中的问题	151
一、已有的对策性研究	151
1、司法权的中央化	154
2、司法权的非行政化	157
3、司法权主体的职业化	164
二、已有对策性研究中的局限性与不足	172
1、司法权中央化对策的不可行性	172
2、司法权非行政化对策的局限性	176

3、司法权主体职业化对策的困惑	180
三、出路——司法权的法治化	186
第八章 我国司法权建构的完善方向	189
一、以审判权的独立行使为核心	189
二、以司法改革的深化为路径	195
三、以政治体制改革为视角	200
四、以司法公正为目标	207
参考文献	215
后记	223

概念是反映事物属性的思维形式。所谓司法权的概念,就是指人们对司法权这一事物属性的认识和概括。由于受到历史条件及其他因素的制约,在不同的历史时期内、在不同的国家和地区,人们对司法权的认识也不尽相同。这些关于司法权的形形色色的认识,经过分类整理以后,主要可以归纳为以下几种具有代表性的观点:

1. 司法权是裁判权。司法权的核心在于由司法机关代表国家对各类纠纷进行居中裁判,这种裁判对争议的双方具有拘束力。^①

2. 司法权是判断权。司法权是由法院享有的、对当事人提出的涉及其人身权益和财产权益的纠纷作出判断,并对法律进行解释和宣告法律是什么的终局性权力。这种权力被委托给了法院和法官,以同立法权和行政权相区别。^②

3. 司法权是相对独立的权力。司法权是授予司法部门或法院行使的不同于行政权或立法权的国家权力。这是孟德斯鸠三权分立学说问世以来的最为流行的观念。^③

① 陈瑞华认为,“司法是与裁判有着内在联系的活动,司法权往往被直接称为司法裁判权”。参见陈瑞华:《司法权的性质》,载于《法学研究》2000年第3期第32页。王利明在《司法改革研究》一书中也有类似的观点:“审判或裁判权是司法权的核心内容。司法本质上就是由司法机关代表国家对各类纠纷进行的居中的裁判,此种裁判对争议各方具有拘束力。所以司法的固有权能就是裁判权。”法律出版社2000年版,第8页。

② 参见《Black's Law Dictionary》(fifth edition), West Publishing Company, P. 761-762; 同时,参见林美侠:《司法权的本质是判断权》,载于《法学》1998年第8期。

③ 参见 Dhavan: (Judges and the judicial power), London, Sweet & Maxwell, 1985, P. 3-4; 同时参见《牛津法律大辞典》关于“judicial”一词的解释。

第一章 什么是司法权

一、司法权的概念

概念是反映事物属性的思维形式。所谓司法权的概念，就是指人们对司法权这一事物属性的认识和概括。由于受到历史条件及其他因素的制约，在不同的历史时期内、在不同的国家和地区，人们对司法权的认识也不尽相同。这些关于司法权的形形色色的认识，经过分类整理以后，主要可以归纳为以下几种具有代表性的观点：

1. 司法权是裁判权。司法权的核心在于由司法机关代表国家对各类纠纷进行居间裁判，这种裁判对争议的双方具有拘束力。^①

2. 司法权是判断权。司法权是由法院享有的、对当事人提出的涉及其人身权益和财产权益的纠纷作出判断，并对法律进行解释和宣告法律是什么的终局性权力。这种权力被委托给了法院和法官，以同立法权和行政权相区别。^②

3. 司法权是相对独立的权力。司法权是授予司法部门或法院行使的不同于行政权或立法权的国家权力。这是孟德斯鸠三权分立学说问世以来的最为流行的观念。^③

① 陈瑞华认为，“司法是与裁判有着内在联系的活动，司法权往往被直接称为司法裁判权”，参见陈瑞华：《司法权的性质》，载于《法学研究》2000年第5期第32页。王利明在《司法改革研究》一书中也有类似的观点：“审判或裁判权是司法权的核心权能。司法本质上就是由司法机关代表国家对各类纠纷进行的居中的裁判，此种裁判对争议的双方具有拘束力。所以司法的固有权限就是裁判权。”法律出版社2000年版，第8页。

② 参见《Black's Law Dictionary》(fifth edition), West Publishing Company, P. 761~762; 同时，参见孙笑侠：《司法权的本质是判断权》，载于《法学》1998年第8期。

③ 参见 Dhavan: 《Judges and the judicial power》, London, Sweet & Maxwell, 1985, P. 3~4; 同时参见《牛津法律大辞典》关于“Judicial”一词的解释。

4. 司法权是多元权力的集合。在近现代意义上,司法权是指包括基本功能与法院相同的仲裁、调解、行政裁判、司法审查和国际审判等解决纠纷机制在内,以法院为核心、以当事人的合意为基础和國家强制力作为保证的、以解决纠纷为基本功能的权力体系。^①

5. 司法权是二元权力结构。在我国,按照现行宪政体制和司法体制,司法权一般包括审判权和检察权,它们分别由人民法院和人民检察院行使。这也是我国党的中央文件、大多数法学教科书以及法学类的词典、辞海都一致通行的观念。^②

上述几种代表性观点相互之间显然具有一定的出入。为了厘清它们之间的诸多分歧,我们可以尝试着用以下的逻辑方式进行由浅入深的分析:

首先,对各种代表性观点的求同。上述各种观点的差别尽管各异,但是它们的共性则在于,都在不同的程度上承认司法权是一种裁判权。也就是说,裁判权是司法权的本质特征,是它的核心内容,其他的各种差别都是在裁判权的基础上发展起来的,诸多观点中并没有对司法权是裁判权这一共同的基础产生怀疑和动摇。没有从众多的解决矛盾和纠纷的可能性中产生出来的处理具体案件和争议的裁判活动,也就无所谓司法权,这既是司法权的历史,也是司法权的现实:“如果一个纠纷根本得不到解决,那么,社会机体上就可能产生溃烂的伤口;如果此纠纷是以不适当的和不公正的方式解决的,那么社会机体上就会留下一个创伤,而且这种创伤的增多,又有可能严重危及人们对令人满意的社会秩序的维护。”^③ 裁判活动和裁判权正是人类社会寻找或者发现的解决矛盾和纠纷的一种适当的、也是相对公正的

① 参见杨一平:《司法正义论》法律出版社1999年版,第24~26页。劳伦斯·M·弗雷德曼在《美国司法制度历史断面之剖析》中,也把美国的司法权归结为解决纠纷、司法审查、整体正义等诸多方面,而非一个方面。参见小岛武司等:《司法制度的历史与未来》(中译本),法律出版社2000年版。

② 参见曾庆敏主编的《法学大辞典》所收录的司法权一词:“在我国,司法权主要由人民法院和人民检察院行使,公安机关、国家安全机关和司法行政机关也行使部分司法权……”,上海辞书出版社1998年版;以及李伟民主编的《法学词源》所收录的“司法权”一词:“国家实行审判和监督法律实施的权力”,黑龙江人民出版社2002年版。

③ 博登海默:《法理学 法律哲学与法律方法》(中译本),中国政法大学1999年版,第505页。

方式。

其次，对各种代表性的观点进行比较。判断权本身就涵盖有裁判之意，但是可以说又是相对于裁判而言的一种更为精巧的司法推理活动：“判断权是法官依照法律原则和法律规则就案件当事人提出的事实问题主张和法律问题主张在是非、曲直、正误、真假等方面所具有的多种可能性之间进行的辨别、选择和断定。”^①这种在事实问题和法律问题两方面的辨识活动，显然要比仅是解决矛盾和纠纷而不一定能够探明事实真相，或者也不一定有何法律原则和法律规则作为依据的裁判活动，如神明裁判或原始裁判形式，更能揭示司法权的运行规律。除此以外，判断权或多或少都隐含有同行政权的管理特征截然相对的性质。这实际上又涉及到了对判断权在前提条件上的一种历史限制，它在严格意义上应该出现于分权社会之后而非分权社会之前，只有在分权社会之后的以保障公民权利和自由为目的的司法活动，同时也是信奉法治和实现法治的司法活动，才能满足其在认定事实和适用法律两方面的缜密思维。从分权体制或宪政体制的角度来看，司法权无疑是相对独立于立法权和行政权之外的第三种或另一种国家权力。司法权的其他一些功能，包括司法解释权、司法审查权等，又是从它的独立地位和特征中派生出来的一些权力，至少从逻辑上是如此。司法解释是将一般的、抽象的法律规定或者先例，与千差万别的具体案件或者类似案件联系起来的一种必然的法律推理方式，尽管司法解释权的内容、形式和范围等在民法法系国家和普通法法系国家无法等量齐观；如果将这种相对独立的司法解释权从法院处理的民事和刑事案件中，进一步扩展到个人与国家机关之间发生的争端或者国家机关相互之间发生的争端，从而对立法机关制定法律的行为和行政机关执行法律的行为是否合法也进行审查，那么，这种意义上的司法解释权也就相应地转化为了司法审查权。也就是说，如果没有相对独立的司法权，也就没有相对独立的司法解释权，尽管司法解释的历史非常悠久，自从人类社会出现了裁判活动也就同时出现了司法解释活动，但

^① 孙万胜：《司法权的法理之维》，法律出版社2002年版，第17页。

是这时的司法解释更多地与其他解释或者其他国家机关的解释相互混杂，而没有发展为司法机关的专门权限；而没有相对独立的司法解释权，也就没有相对独立的司法审查权，即司法权的其他功能其实都是从分权社会以后才逐渐发展而来的，因此，这种关于司法权是由多种权力共同构成的观点，可以称之为近现代社会的司法权：“现代意义上充分发展的、完整形态的司法权，包括案件调查取证权、听审裁决权、法律解释权、司法审查权和宪法实施监督权，已经完全不同于人们对传统司法权和司法职能的理解。”^①至于司法权在我国表现出来的二元权力结构，是一种特殊形式，不能用我国司法权的这种特殊形式，来否定其他国家的普遍性。

再次，对司法权范围的认识。司法权的本质是裁判权，无论在古代社会还是现代社会都是如此，围绕司法权产生的其他各种认识或者说司法权的其他功能，都是从裁判权的基础上进一步发展而来的，因此，司法权的其他功能能否脱离裁判活动而单独存在与发展呢？至少判断权没有表现出这种趋势，因为判断与裁判并无任何质的区别，它是一种对事实和规范两个方面条件设置了更多合乎理性要求的裁判活动，它所区别的对象主要在于行政权。司法解释权和司法审查权也是如此，特别是作为判断权的必要延伸和补充，它们不能也不应该偏离对于具体矛盾和纠纷的裁决或者个案的处理：“司法中的所谓‘解释’，就其根本来看不是一个解释问题，而是一个判断问题。”^②不以具体矛盾和纠纷或者个案的处理而进行的抽象司法解释活动，是一种违反司法本质的活动，它不仅混淆了司法和立法的界限，而且势必为通过“司法立法”或“法官造法”来曲解法律、歪曲法律、甚至是变更法律，提供可乘之机。

正是通过对以上的各种关于司法权的代表性观点进行逻辑分析的基础上，本论文才将司法权的概念界定为：

司法权是指人类社会用于解决矛盾和纠纷的裁判权，以及与之相

① 方立新：《司法独立原则评析》，载于信春鹰、李林主编：《依法治国与司法改革》，中国法制出版社1999年版，第140页。

② 梁治平：《法律解释问题》，法律出版社1998年版，第58页。

关的其他各种权力。在这里,“裁判权”既包括以法律和法律规范解决矛盾和纠纷的形式,也包括以法律、法律规范以外的风俗、习惯、判例、经验等解决矛盾和纠纷的形式;“与之相关的其他各种权力”,是指除裁判功能以外,司法权因为实现社会正义的需要而逐渐延伸出来的司法解释权、司法审查权等。当然,由于这个司法权的概念在一定程度上模糊了古代社会和近现代司法权的界限,因此,我们有必要从“发生意义的司法权”和“近现代社会的司法权”两条途径,对它进一步深入研究。

二、发生意义上的司法权

所谓发生意义的司法权,是指在人类社会绵延不绝的历史发展中,司法权最初是在什么时期、什么阶段产生或出现的,构成它产生或出现的最基本的、也是最简单的条件是什么。这些条件既是历史的,也是逻辑的,是人类社会在无数的历史经验和教训中不断选择和反复运思的结果。根据人类社会的远古神话与传说、有证可考和无证可考的史料记载以及人类社会学某些田野调查等来推论,发生意义的司法权至少由以下三个方面的基本条件共同构成:

1. 矛盾和纠纷是司法权产生的社会基础。

矛盾和纠纷可谓随着人类社会的出现而出现的一种“与生俱来”的现象,哪里有人类社会,哪里就会有矛盾和纠纷。因此,从矛盾和纠纷产生的历史根源来看,它们可以一直被追溯到人类生存和生活的最初环境——原始社会,而无论对原始社会作出什么阶段的划分,^①也不管构成它的血缘单位或文化单位究竟表现为简单性还是复杂性的特点。^②为什么在原始社会就已经出现了矛盾和纠纷?这可能与人类必须要选择群体或群和的生活方式才能生存下去不无关系,^③即原始社会作为一种群体的社会或者群体的生活方式,必然存在着个人和个

① 参见摩尔根的《古代社会》和恩格斯的《家庭、私有制和国家的起源》中译本。

② 参见马林诺夫斯基的《文化论》和露丝·本尼迪克的《文化模式》中译本。

③ 高鸿钧在《现代法治的困境及其出路》一文中,首先使用了“群和”一词来表达与个人自由相对的含义,载于《法学研究》2003年第2期。

人之间的、个人与社会之间的对立，正如在它们之间也同时存在着相互的分工、协作或合作那样，^① 尽管我们没有必要将这种对立夸大到如同霍布斯所描绘的那种狼和狼之间的自相残杀。这种合作与对立的关系，在一方面可以归之为，人作为一种社会化的动物，只有过社会生活或群体生活，^② 才能构成其本人和整个人类生存和发展的基础，即他的行为的社会化形式是推动人类社会不断进步的主要形式。这一点，正如马克思所指出的那样：“人的活动和享受，无论就其内容或就其存在方式来说，都是社会的，是社会的活动和享受。”^③ 另一方面在于，个人之所以为个人，就在于他是一种独立于社会的生命存在和经验存在，这种活生生的存在决定了他不可能只是机械地与社会融为一体，还会对社会的日常秩序和规则产生一些抵触情绪或偏离倾向，从而使个人与个人之间的、个人与社会之间的对立表现为与当时的生产和生活条件，如对劳动的分工、对食物的采集与分配、对小孩的教育和抚养等相适应的各种形式，并且随着社会的发展、变迁和进步而呈现为不断涌现和逐渐扩大的趋势。除了在每一血缘单位或文化单位的内部都必然萌发矛盾和纷争以外，由于当时的血缘单位或文化单位在血缘基础、宗教信仰、生活习俗、婚姻形式或者利益分配等许多方面也是各有特色，从而使这些各具特色的单位在相互联系和交往的过程中，又不可避免地陷入到排斥、冲突甚至是大规模战争的困境中去。也就是说，只要有人类社会存在，就必然会同时派生出矛盾和纠纷，马克思主义的经典作家们也并不否认矛盾和纠纷早在原始社会中就已经存在，只是对它的那些与国家的暴力强制截然不同的解决矛盾和纠纷的方式，采取了一种更为赞赏的态度而已！^④

① 参见狄骥的《社会连带主义法学》。

② 参见《汉书·刑法志》一开始就对人类为什么必须要过群体生活的解释，尽管这种解释以“仁爱”为基础，但是多少都反映出了人类只有过群体生活、社会生活才能生存下去的必然性，和亚里士多德的关于人是社会的政治动物的观点，具有异曲同工之妙。

③ 《马克思恩格斯全集》第42卷，人民出版社1972年版，第121～122页。

④ 恩格斯指出，“而这种十分单纯质朴的氏族制度是一种多么美妙的制度呵！没有大兵、宪兵和警察，没有贵族、总督、地方官和法官，没有监狱，没有诉讼，而一切都是有条有理的。一切争端和纠纷，都由当事人的全体即氏族或部落来解决，或者由各个氏族相互解决；血族复仇仅仅当作一种极端的、很少应用的威胁手段……”参见《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1995年版，第95页。

有矛盾和纠纷，就势必要寻求解决矛盾和纠纷的方式。根据现有的人类学和法人类学的研究成果，人类社会的矛盾和纠纷最初发生时，主要采取了一种私力救济的方式。这种私力救济方式，也就是表现为如同洛克等自然法学家描述的自然状态，尽管这种自然状态不一定具有历史的真实性：“人们既生来就享有完全自由的权利，并和世界上其他任何人或许多人相等，不受控制地享受自然法的一切权利和利益，他就自然享有一种权力，不但可以保有他的所有物——即他的生命、自由和财产——不受其他人的损害和侵犯，而且可以就他认为其他人罪有应得的违法行为加以裁判和处罚，甚至在他认为罪行严重而有此需要时，处以死刑。”^①

根据古代文献和史料所记载，私力救济方式可以在不同程度上归属于同态复仇和血族复仇的范围。其中，“以牙还牙、以血还血”代表的同态复仇是处理同一血缘单位或文化单位内部矛盾和纷争的基本形式；而血族复仇和血亲复仇在本质上则是对同态复仇的延续，因为它的发生具有和同态复仇相同的前提，即某一族群的内部成员遭受到了侵害，只是由于损害者不是来自于本单位的内部，而是外部，因此就将通行于某一内部的造成同等程度伤害的报复形式扩大到了不同的族群之间，用于解决不同血缘单位或文化单位之间的外部冲突与战争。尽管这些记载过于简单，一般都缺乏相应地细节分析，但是，人类学和法人类学对非西方的“未开化民族”的田野调查和获取的第一手资料，则在很大程度上弥补了这些缺陷和不足，下面的一份调查资料就是如此：

道森先生提供了这样一篇有关“交战”情况的生动报道，交战的起因是一个牧羊人被长矛刺伤。因犯罪而要受到惩罚的人名叫科尔邦·威基。他必须站着保护自己免受对方所投的矛刺中他。然后一个名叫瓦利斯的人手持棍棒走向同他交战。“当他们用棍棒耀武扬威一番之后，威基在瓦利斯的头部猛击了一下，后者有意头向前倾不做任何防御。一会儿他面对着他的对手挥舞着他的

① 洛克：《政府论》（下）中译本，商务印书馆1964年版，第53页。

棍棒，像个小丑式的跳起舞来，这时血一直流到他的双颊与胸膛上。然后威基将脑袋伸向瓦利斯，后者回击他同样的一棒，而这时威基也以同样的方式跳舞，同时头部流出血来。这时我冲过去站在他们中间，并坚持要他们停下来。他们立即默不作声，只表示出轻微的反对；但是一直紧靠着我的瓦利斯恳求我允许他再向科尔邦·威基打一棒，使他受伤，然后让威基也再回他一棒：‘只是一点儿，先生，’他说，‘没有什么伤害，以后不再发怒了；黑人经常这样干。’这个场面使我非常厌恶，我不准他们再打下去。我向他们讲道理，进行说服，并叫他们握手言好。他们看来十分惊讶，我竟以为他俩是仇敌了。瓦利斯说，‘我一直很喜欢科尔邦·威基，他是好人。’‘那么’，我说，‘你们为什么愿意互相伤害呢？’他们两人都因这个问题而放声大笑，看来这个问题以及我所讲的道理对他们来说完全不能理解。”^①

在这里，尽管道森先生以他所接受的文明教育，将科尔邦·威基的行为称之为犯罪，将二者的互相攻击理解为交战行为，但是实际上，把二者的行为视为澳大利亚两个土著群体之间的同态复仇，可能更加客观；只是没有相应的资料显示其群体内部的复仇也采取了类似的处理方式。同态复仇之所以总是伴随着流血的形式，可能与原始人对血的直观印象有关，即人的生命因为有血而健壮、因为失血而虚弱、因为血流殆尽或无血而死亡，因此，流血出自于报复的需要——正如科尔邦·威基和瓦利斯互相棒打对方后，还要跳舞，让血从头部流出来那样，而不是源自于残酷和野蛮的观念，因为野蛮和残酷的观念在当时的原始人中可能还没有形成或发展起来，只是来自于另一文明系统的人用自己的文化和语言对原始人的或其他“未开化民族”生活方式和行为方式的观察和解释而已。这也可能是为什么古希腊的德拉科法律被认为“不是用墨水写的，而是用血写的”^②原因，因为如果一部法律收集和容纳了较多的同态复仇和血族复仇规定，就必然充

① 埃利奥特·史密斯：《人类史》，社会科学文献出版社2002年版，第168~169页。

② 参见普鲁塔克：《传记集》，商务印书馆1962年版，第25页。