

● 中青文库 ●

刑事司法模式的 生成与演进

李卫红◎著

中国社会科学出版社

● 中青文库 ●

本书得到中国青年政治学院出版基金资助

刑事司法模式的 生成与演进

李卫红◎著

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法模式的生成与演进/李卫红等著. —北京:中国社会科学出版社, 2012. 3

ISBN 978 - 7 - 5161 - 0559 - 7

I. ①刑… II. ①李… III. ①刑事诉讼—司法制度—研究 IV. ①D915. 31

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 026090 号

责任编辑 李炳青

责任校对 王兰馨

封面设计 回归线视觉传达

技术编辑 张汉林

出版发行	中国社会科学出版社	出版人	赵剑英
社 址	北京鼓楼西大街甲 158 号	邮 编	100720
电 话	010 - 64073836(编辑) 64058741(宣传) 64070619(网站) 010 - 64030272(批发) 64046282(团购) 84029450(零售)		
网 址	http://www.csspw.cn (中文域名:中国社科网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京市大兴区新魏印刷厂	装 订	廊坊市广阳区广增装订厂
版 次	2012 年 3 月第 1 版	印 次	2012 年 3 月第 1 次印刷
开 本	710 × 1000 1/16		
印 张	16	插 页	2
字 数	260 千字		
定 价	45.00 元		

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

《中青文库》编辑说明

中国青年政治学院是共青团中央直属的一所普通高等学校。它于1985年12月在中央团校的基础上成立，经过二十多年的发展，目前已形成了包括本科教育、研究生教育、留学生教育、继续教育和团干部培训等多形式、多层次的教育格局。与其他已有百年历史的高校相比，中国青年政治学院进入国民教育序列的历史还显得比较短。因此，在高等教育跨越式发展的浪潮中，尽快提高学校的教学与学术水平就成为学校建设与发展的关键。2002年，学校制定了教师学术著作出版基金资助条例，旨在鼓励教师的个性化研究与著述，更期之以兼具人文精神与思想智慧的精品的涌现。出版基金创设之初，有学术丛书和学术译丛两个系列，意在开掘本校资源及域外精华。随着年轻教师的剧增和学校科研支持力度的加大，2007年又增设了博士论文文库系列，用以鼓励新人，成就学术。三个系列共同构成了对教师学术研究成果的多层次支持体系。

8年来，学校共资助教师出版学术著作近百部，内容涉及哲学、政治学、法学、社会学、经济学、文学艺术、历史学、管理学、新闻与传播等十多个学科。学校资助出版的初具规模，激励了教师，活跃了校内的学术气氛，并产生了很好的社会影响。2010年，校学术委员会将遴选出的一批学术著作，辑为《中青文库》，予以资助出版，一则用以教师学术成果的集中展示；二则希冀能以此为发端，突出学校特色，渐成风格与品牌。同时，为了倡导并鼓励学生关注社会，重视实践，寓科学研究于专业学习之中，文库还将学校长期以来组织的“智慧星火——中青学子学术支持计划”中的学生获奖作品辑为两本，一并收录在内。

《中青文库》编辑说明

在《中青文库》的编审过程中，中国社会科学出版社的编辑人员认真负责，用力颇勤，在此一并表示感谢！

中国青年政治学院科研处

2011 年 11 月

目 录

绪论	(1)
第一章 国家司法模式	(7)
第一节 国家司法模式的根基	(7)
第二节 国家司法模式的运作	(15)
第三节 国家司法模式的优势	(42)
第四节 国家司法模式的劣势	(43)
第二章 协商性司法模式	(49)
第一节 协商性司法模式的辨析	(49)
第二节 协商性司法模式的根基	(52)
第三节 协商性司法模式的价值	(58)
第四节 协商性司法模式的运作形式	(63)
第五节 我国港澳台地区协商性司法模式的特点	(72)
第六节 我国关于协商性司法模式的实践与探索	(82)
第七节 协商性司法模式的瓶颈	(93)
第三章 恢复性司法模式	(112)
第一节 恢复性司法模式的起源与研究现状	(112)
第二节 恢复性司法模式概述	(115)
第三节 恢复性司法模式的运行及表现形式	(127)
第四节 恢复性司法模式的实践操作及本土引入	(144)
第四章 刑事司法三大模式的结构与框架	(170)
第一节 刑事司法三大模式的演进	(170)

第二节 刑事司法三大模式的整合与结构·····	(178)
第三节 我国刑事司法模式的框架设计·····	(196)
第五章 犯罪后的选择	
——从被动到主动·····	(217)
第一节 犯罪人及被害人在传统刑事司法中的被动角色·····	(217)
第二节 犯罪人及被害人从被动到主动角色的变革·····	(219)
第三节 犯罪人及被害人主动角色的进路	
——恢复性司法的结果·····	(238)
后记 ·····	(247)

绪 论

无论时代怎样发展，人类所追求的终极目标是每一个人都活得更像人，这是人道主义的精髓。现代性的观念使人们形成了万物不再永恒的感觉与态度，即便是成形的思维定式，大多也被一个一个地粉碎，所有坚固的东西都将随着年轮一圈一圈地旋转，而后或痕迹定格或烟消云散。伴随实现目的的手段不定期地转型与改变，从尊重走向怀疑，从敬畏走向背叛，从确定走向否决。

自近代以来，任何一个法治国家，其法律的内容与形式渐进定型，随后不断地被更迭与重组，人们解决犯罪问题的程序模式以国家司法模式为主导，以协商性司法模式为补充，以后又出现恢复性司法模式。^① 刑事司法三大模式的生成与演进是人们认识问题与解决问题的手段从低级到高级的层层递进、相互补充的结果。这是随着人类文明的不断进步与发展，刑事司法理念发生剧变的结果。人们由最初追求的公平、正义的价值目标不断向内外伸展，自由、民主、平等、博爱、效率、宽容、宽恕等这些普世价值已经逐渐被人们广泛接纳，因此促进了刑事司法更加科学化、民主化与人性化。

“司法”一词的含义非常广泛，在这里是指拥有司法权的国家机关，依照法定职权和程序，把法律用于对刑事、民事、行政等案件的处理，以及对这些案件的处理进行法律监督的法律活动。^② “模式”是理论的一种简化形式，是对现实事件的内在机制和事件之间关系的直观、简洁的描述，它向人们表明事物结构或过程的主要组成部分及其相互关系。广义的模式包括文字叙述、图像

① 李卫红：《恢复性司法模式中的被害人权利保护》，《西部法律评论》2009年第1期。作者在该文中首次将三种司法模式并提。

② 孙国华主编：《中华法学大辞典·法理学卷》，中国检察出版社1997年版，第410页。

描述、数学公式等；狭义的模式指词语同图像的结合。^①“模式”一词被各行各业广泛使用，以说明事物之间隐藏的规律和关系，从而形成一种研究范式。模式强调的既是形式上的规律，又有实质上的规律。只要是一再重复出现的事物，就有可能存在某种模式，它是人类积累的解决问题的经验的抽象与升华。刑事司法模式就是我们对近代以来刑事司法的运行状态进行的归纳总结并形成的研究范式。

传统的刑事司法是指具有刑事侦查权、追诉权、审判权的国家机关以刑事法律为依据，以惩罚、矫治、威吓为手段，达到控制犯罪和预防犯罪的一系列程序活动，即国家司法模式。国家司法模式是以国家为核心，以国家垄断对犯罪的追诉为基础的刑事司法模式，它至今在各国刑事司法实践中仍占据着主导地位。但是，从某种角度观察，国家司法模式的劣势非常明显地存在着：第一，被害人不是诉讼主体；第二，在某种程度上，犯罪人权利容易受到公权力的侵犯；第三，诉讼程序繁冗拖沓，化解社会矛盾的效果不尽理想。时代呼唤协商性司法模式^②的出现，它是针对国家司法模式的弊端，以效率理念为指导，在司法实践中形成的新的司法模式。同样，协商性司法依然是在以国家追诉为主导的模式下进行的，被害人的利益相对没有得到足够重视，大多数犯罪人的矫正效果还是难如人意。在此背景下，以关注被害人权利运动为导火索，国际社会逐渐形成了一种通过犯罪人与被害人之间对话、协商来解决刑事案件的运作模式，其主旨在于对被犯罪行为破坏的社会关系进行修复与弥合，真正实现对被害人的补偿、对犯罪人的矫正以及对所有社会关系的复原，学者们称其为恢复性司法模式。^③

目前一些国家，如英国、美国、意大利、德国、新西兰、澳大利亚等，三种刑事司法模式并存使用。我国的现状是：在理论上，协商性司法模式和恢复性司法模式仅仅在 20 世纪末才引起我国学者的关注；在司法实践中，两者部

① 韩明安主编：《新语词大词典》，黑龙江人民出版社 1991 年版，第 329 页。

② 聂志琦：《协商性司法——刑事司法的新选择》，《法律适用》2006 年第 9 期。目前，大多数学者没有区分协商性司法模式与恢复性司法模式，有些论述协商性司法的文章将恢复性司法也纳入其中。本文对两者进行了严格区分。

③ 由于理念和翻译的不同，我国台湾地区称之为修复性司法或修复性正义，我国香港地区称之为复合正义，而我国内地学者称之为恢复性司法。

分地被适用以作为国家司法的补充，并且已经取得一些良好的社会效果和宝贵的实践经验。恢复性司法模式作为一种颠覆性的全新运作模式来解决刑事纠纷，还处在探索与发展的阶段，理论上众说纷纭，对其发展前景，学者们的观点更是杂陈不一。

国家司法以公诉为主线，以犯罪行为人为中心，关注的是惩罚，其过程与结果更多地体现法律报应。无论是社会主义国家奉行的以社会危害性为中心的孤立的个人反对统治阶级关系的观点，还是西方大陆法学倡导的法益侵害论，传统理论中的犯罪被认为不是私人之间的冲突与纠纷，而是个人对国家法律的公然挑战，因此，刑事审判中的另一方应当是国家，即公诉机关代表国家参加诉讼。一个人犯了罪，从犯罪的时候开始，就与国家发生刑事法律关系。所以，刑事责任的实质也就是犯罪人与国家及其司法机关之间的权利义务关系，国家一犯罪人作为相互对立的双方演绎着罪与刑的关系。刑事诉讼通过程序化的正式规则表明法律适用的平等性和惩罚的实质与象征意义，传统司法聚焦在对犯罪人的惩治及教育过程，从而对被告人、国家、社会公众及被害人有个全方位的交代或说法。长期以来，人们已习惯了这一做法。

协商性司法是指在刑事诉讼中，控方和辩方通过对话与合作，在充分考虑对方诉求的基础上相互合作与妥协，就刑事案件的处理意见达成基本共识的一种诉讼程序，典型如辩诉交易。协商性司法的地位比较特殊，其一方主体依然是国家及其代表机关，是在具体司法程序中公权对私权的部分让渡，是介于国家司法和恢复性司法之间的一种处理刑事案件的程序手段或方法。由于国家刑事司法资源的有限性，刑事司法机关不可能也没有必要将所有的刑事案件全部纳入正规刑事诉讼流程；对于犯罪嫌疑人来说，与检察官协商之后可以尽早摆脱繁冗拖沓的诉讼过程，得到较轻的刑事处罚，他们能够及早回归社会，开始新的生活，双方互利互赢，诉讼效率一目了然。

恢复性司法其基本内涵是指在犯罪发生后，经由调停人（或者会谈主持人）的帮助，被害人与加害人面对面直接商谈与交流，解决刑事纠纷，其目的是为了恢复被害人所破坏的社会关系、弥补被害人所受到的伤害，以及恢复加害人与被害者之间的和睦关系，并使加害人改过自新、复归社会。当代西方国家实施的恢复性司法程序表现形式主要有：（1）参与方包括了加害人、受害

人和社区，三方共同努力（必要时，司法机关也可以介入），以受害人和加害人的自愿为前提，通过对话来理清事实，相互倾听，恢复关系，进而恢复社区的安全。具体方式包括被害人——犯罪人会谈（VOC）、家庭成员会议（family group conference）以及圆桌会议（circle）。（2）社区与被害人、加害人相互合作，通过补偿（restitution）、社区服务（community service）来帮助加害人矫正，促进加害人重建羞耻（reintegrate shaming），融入社区。^①

协商性司法与恢复性司法在形式上有许多相似之处。首先，两种司法模式本质上都是解决刑事实体问题的程序上的契约关系，都是以协商、对话为主要途径来解决犯罪人的刑事责任问题；其次，它们排斥由国家单方面处罚犯罪人，国家不能是唯一的程序主导者，刑事法律关系的各方都有权参与纠纷解决方案的决定过程；再次，两者都能够部分地分担国家司法机关沉重的压力与负担，达到刑事诉讼程序分流的效果；最后，它们都有利于犯罪人主动认罪，改过自新，尽快重新成为社会中的普通一员。

但是协商性司法与恢复性司法在本质上却存在许多不同。例如，参与协商的主体不同，两者追求的目的不同，国家的控制程度不同，等等。虽然协商性司法更能及时有效地处理犯罪问题，恢复性司法使犯罪人在受害人的宽恕中走向悔改，但是，到目前为止，这两者还不能完全替代国家司法而成为主要刑事司法程序。协商性司法与恢复性司法是法治社会发展到一定阶段的产物，它们不仅不能完全摆脱国家司法，反而只能成为国家司法的有效补充，国家司法应该成为两者最强有力的后盾与保障，成为刑事司法程序的最后一道屏障。同时，国家司法应该开辟通往协商性司法与恢复性司法的各种路径，使犯罪人能够及时走上悔过自新的道路；协商性司法与恢复性司法也需要建立起可靠的监督与保障体制，确保当事人的意志自由以及处罚方案的顺利实施。总之，在整个刑事司法体制内，应该形成三种司法模式并存，以追求正义实现为目标的一种整合型的刑事司法体系。

恢复性司法的广泛适用应当有健全的公民社会的土壤。公民就是具有独立

^① 霍华德·泽尔：《恢复性司法》，王平主编：《恢复性司法论坛》，群众出版社2005年版，第392—395页。

人格、自由和负责任决定自己行为的人。中国历史上的许多人不具有独立人格的，大多数情况下，他们决定不了自己的行为，他们只对另一小部分人负责，如君臣关系、主仆关系。而现代高风险社会的市场经济要求每个人对自己的行为负责，无论是什么行为，承担责任的只有自己。另外，人们在对待犯罪及犯罪人时，如何摒弃太多的感情色彩而代之以更多的理性？理性平和的心态就是没有神敌之分，自己就是自己的上帝，自己出现问题首先要自己解决，无论是什么样的问题。不容回避的现实是：人生而并不平等。自近代以来，人们企盼通过法律的规定最大限度地实现人人平等。况且，人人生来就有尊严，这种尊严建立在人的思想之上、落实在行为当中。如果没有这些观念与制度，恢复性司法在中国将成为无源之水、无本之木，而恢复性司法的大量适用必然会经过一段漫长的过程。

全球经济一体化的内在动力使得中国融入世界成为必然。全世界人民要有一些共同的规则，正如奥林匹克运动会中的所有项目一定要有同一的规则一样，即使有些规则不公平，也必须依此裁判，否则，游戏将无法正常进行。目前，我们承认联合国里面的几个关于人权的公约，实际上就是对全球规则的认可。从这个意义上说，市场经济和法治国家，在今天更多的是国际趋同。如果连市场都没有一个基本的共同的概念，那么，市场将无法进行下去，因为有了标准，也就没有了行为方向。同样，法治也应该有一个共同的准则，而这个共同准则则是弘扬法治精神的标杆。法定的刑事司法程序应当成为对全球人都可适用的规则，如果大家一起“玩儿”，这是必然，就像奥运会一样。

问题是在现实生活中，事实与制度存在着断裂。有一道鸿沟，在任何时代都存在着，而且非一朝一夕可以填平或逾越。较为激烈、社会危害性严重的刑事案件由社会底层人物发生的比例相对大些，这些人的先进理念却相对少些；而掌握先进理念的人大多又不会去触犯杀人、放火等如加罗法洛所言的自然犯罪，他们所主张的自由、平等、宽容、宽恕等大多不被前者所接受，因为他们的生活及观念里基本上没有这些概念。而恢复性司法恰恰需要一批拥有最新观念的人去实践。两者一个天上一个地上，若要无缝地衔接起来，需要时间。现实中本应该刑事和解的却难以和解，其理论也就成了水中月、镜中花。

人治与法治各有利弊，将两者完美地结合只能算是美好的理想。人治的最

大弊端在于没有保障性，结果具有极大的不确定性。因为谁都不知道会碰上一个什么样的伟人，如李世民、毛泽东、邓小平，等等。法治的最大弊端在于它的“死性”，无论多大的事情都急不得，必须走程序，但结果具有一定的确定性。问题在于选择哪个制度就必须接受它本身具有的好与坏，恰恰不能以一个的“好”来比另一个的“坏”，两者需要比较的是综合起来哪一个更好或是哪一个更不坏。刑事司法三大模式都是建立在“法治”框架内，我们必须接受法治的一切正负效应。

制度本身的内容即刑事法律规定，决定了犯罪后的结果。刑事和解及恢复性司法适用的结局是：并非所有的犯罪人都要交由国家处理，部分行为人、受害人在一定程度上可以控制自己的命运，由被动到主动进行选择，从而更多地实现人的主体权利。通常情况下，国家可以剥夺个人的生命，但是，却不能去掉与阻止个人的种种恶性及其行为表现。如果更换视角，这种恶的背后又何尝不是推动社会发展的积极因素呢？正是人的自私本性促使人的外在行为亦步亦趋，使得物种得以延续，经济得以发展，政治更为清明，法律愈为健全，道德底线越加明晰。人类的利益纷争在践踏法律的同时，也为法律的修正与完善提供了丰富的经验与教训，在此基础上，通过外在修炼不断渗入内里，从而回归事物的原本。这恰恰是本书的尝试与努力。

第一章 国家司法模式

刑事司法模式是学者们对刑事司法制度的理论归纳与研究。笔者认为，自近代以来，刑事司法模式有三种：国家司法模式、协商性司法模式和恢复性司法模式。^① 到目前为止，国家司法模式依然是刑事司法中主要的、基本的模式。国家刑事司法模式，以《刑法》与《刑事诉讼法》为规范依据的法律适用过程，旨在确定涉嫌犯罪的行为主体的刑事责任，是犯罪控制与人权保障在单一化的实体与程序制度中寻求价值实现的路径。

第一节 国家司法模式的根基

国家司法模式的生成有其深厚的根基，其存在的合理性与合法性一直持续着，直至根基坍塌或改变，这一模式才有可能被其他模式所取代。其生成与存在的理由如下：

一 国家主义法律观

究其实质，国家主义就是以国家为本，在意志与利益方面以国家为主导，以国家为核心向外辐射，理论上与实践上都是既实在又缥缈，因为国家的意志与利益最终还得体现在个人身上，国家这一壳子里装的是一个具体的人。有些情况下，个人或者部分人打着国家的幌子，实现的是个人的意志和利益。但这是历史发展的过程，谁也改变不了。

^① 李卫红：《恢复性司法模式中的被害人权利保护》，《西部法律评论》2009年第1期。

有学者认为,“国家本位主义,简而言之,是从国家的角度和立场出发,简单地把法律视为国家的控制和管理社会的工具的思想观念”^①。“国家在对犯罪的反应上,与刑法的联系很强。国家反应可以随心所欲地指向犯罪人,也指向越轨者;国家不受任何外部标准的干预,也没有任何的限制,它将犯罪与越轨混为一谈,强行要求对统治规范的绝对服从。”^②意大利政治哲学家尼古拉·马基雅维利对国本位的价值观也进行了阐述,“马基雅维利颂扬国家的无限权力,并主张公共生活中的伦理原则应当完全服从于管理国家的政策需要。立基于他所勾画的一幅充满了人的情绪化、软弱和邪恶的图景,他劝告统治者无情地、玩世不恭地将他们的国民当作工具来使用,以建立强有力的统一的国家”^③。孔子的儒家哲学中就蕴含着国本位的价值观,孔子讲“明德”、“修身”,其目的在于“齐家”、“治国”、“平天下”。在上古中国,“国”之所指不过是一县、一州、一府大小之地,当时的统一的中央国家之内称为“天下”,这也影响到后来封建社会中的观念,认为“国”就是一个大的家,“家”就是一个小的国,对家庭能尽到孝慈则能对国尽忠。家国一体、融家于国的情形必然形成一切以国家利益和社会秩序的稳定为最高价值,也必然造成这种价值观的无限扩散,以致渗透到包括纯私人事务在内的一切领域。

抽象国家被视为犯罪唯一的受害者,马克思从阶级学说的角度指出犯罪乃是“孤立的个人反对统治关系的斗争”^④，“罪犯是国家的公敌”，国家与犯罪人之间的矛盾不可调和，国家对犯罪抱有敌对态度。国家对犯罪的敌对态度，决定司法治理模式必然是胜负对峙的模式，对峙的目的在于实施报复性的惩罚。犯罪侵害的是公共利益，被害人亦不能左右，犯罪行为侵害法益，破坏社会共同生活的和平性，是以国家作为法益及和平秩序的维护者，具有责无旁贷的义务去追诉犯罪并处罚犯人，以回复因为犯罪而受损的法的和平性。

① 廖中洪：《民事诉讼立法中的国家本位主义批判》，《现代法学》2002年第10期。

② 米海依尔·戴尔玛斯-马蒂：《刑事政策的主要体系》，卢建平译，法律出版社2000年版，第58页。

③ 同上书，第60页。

④ 《马克思恩格斯全集》第3卷，人民出版社1960年版，第379页。

国家有效地控制暴力、欺诈和偷窃，为发展新的个体创造了良好的环境。但在国家至上理念的支配下，国家本位主义要求国家对社会进行全面干预，认为个人利益和集体利益只有纳入国家利益之中才能得以实现，这是因为国家利益占主要的地位，其他所有社会成员在与国家关系中变为隶属者。“在以国家为中心的理论中，各种社会群体和利益组织都被纳入国家体制，成为国家机器的一部分，因而社会群体和利益组织在国家政策的制定过程中很少能参与决策，它们只能是国家决策的执行者。‘19世纪的问题是上帝死了，20世纪的问题是人类死了。’法律的异化发展会形成一种‘现世主义’和‘工具主义’。”^① 法律，在基于人类理性产生之后，逐渐成为社会精英掌控的工具，成为脱离并凌驾于人性之上的统治力量，演变成法律工具主义，这样的法律只不过是一种非人格化的任人摆布的“工具”。

国家主义法律观是历史发展的必然。但在其发展的过程中，其后果有可能直接导致公民的自由受到侵犯。如我国近期发生的一起南京某大学副教授换妻案，^② 副教授终获判三年半。虽然笔者不赞同马晓海教授的生活方式，但随着社会进步，民智渐开，国家在区分道德和犯罪的界限上，法律是否会成为国家运用公权力介入原来没有或“不应该”介入的领域内的工具？这是否能体现国家运用司法权对违反社会行为的制裁和矫正，以维护社会秩序呢？这些都有待于深入研究。

二 报应正义

“报应”的概念没有确定标准。《牛津法律大辞典》将“Retribution”一词译为“报复”，解释为“所受的损害之回复、回报或补偿”^③。报应和报应正义的观念在人类社会中存在久远，根深蒂固。它源于复仇——一种极端的私力救济，但在此基础上发展为一种意识形态化的正义观念。报应正义深深影响着人类生活和行动选择，并在法律中打上了鲜明的印记。报应正义，最初是为解决

① 高颖：《法律人本主义的进路与反思》，《商业文化》2009年第8期。

② 包括马晓海副教授在内的22名被告人因犯“聚众淫乱罪”被起诉，马晓海被判刑。这一案件引起社会各界的密切关注。

③ 戴维·沃克主编：《牛津法律大辞典》，邓正来等译，光明日报出版社1988年版，第772页。

刑罚的正当根据问题而引起法学家广泛关注的。报应论是最早且至今生命力最旺的刑罚根据说，此后长期存在报应论与功利论的对立，报应论追求刑罚的公正价值，功利论（包括威慑论和矫正论）基于苦乐算计追求刑罚的预防功能。也有人试图寻求中间道路——报应与功利的一体化或二元化。刑罚一体论者也有多种观点，他们就报应与功利为什么应统一、可统一以及应如何统一等问题远未达成共识。^① 许多人批判报应，但即便就刑罚的正当根据而言，“作为惩罚之目的，防止、威慑、改造等方法显然是不成功的”^②，因为无论如何也总难以摆脱报应观念的制约。戈尔丁提出：“不能从整体上放弃报应论”。^③ 丹宁勋爵认为：“任何刑罚的最终根据都不在于它是一种遏制手段，而在于它是社会对犯罪的一种有力的谴责。”^④ 大谷实主张：（相对的）“报应论能满足社会的报应感情，有利于增进国民对法秩序的信赖感，故它既是适当的又是正义的”。^⑤ 近年来，许多人重回报应主义立场，美国一些州放弃功利主义而采用报应主义公正模式。^⑥

报应正义是指通过对犯罪分子施加惩罚，实现人类追求的正义。自古以来嵌在人们心中的观念就是“杀人偿命”、“欠债还钱”，结局是以法律对犯罪分子的严惩而告终。报应观念贴近人性要求和生物本能，是最原始的、最基本的、最直觉的和最具渗透力的正义反映。人的仇恨和报复都是一种本能，起于强烈的自我保护，基于报应实现的报应正义，表现为一种“各得其所”的原始的、朴素的、直觉的正义观念、心理感受和道德感情。报应正义是生物世界的普遍法则，正如魏因贝格尔指出，“正义的原则和理想是部分地以生物学为基础和部分地以文化为基础的决定行动的因素”。法律映射出报应正义的要求，早期法律表现尤为明显，如《汉穆拉比法典》规定的同态复仇、罗马法确立的报复法则等。毫不夸张，自古以来，不仅刑法，而且还有其它法律乃至整个法

① 邱兴隆：《穿行于报应与功利之间——刑罚“一体论”的解构》，《法商研究》2000年第6期。

② 戴维·沃克主编：《牛津法律大辞典》，邓正来等译，光明日报出版社1988年版，第772页。

③ 戈尔丁：《法律哲学》，齐海滨译，三联书店1987年版，第200页。

④ 哈特：《惩罚与责任》，王勇等译，华夏出版社1989年版，第2页。

⑤ 冯军：《刑事责任论》，法律出版社1996年版，第262页。

⑥ 霍金斯等：《美国监狱制度——刑罚与正义》，孙晓鹰等译，中国人民公安大学出版社1991年版，第96页。