



《中山大学法律评论》
第9卷·第1辑(2011)

血色的正义之始

——读《以眼还眼》*

刘志松 于语和

提 要: 冲突与冲突的解决自古就是人类社会所面对的一项深刻主题,综观人类历史,冲突解决大抵经历了一个从私力到公力的过程。复仇是几乎所有初民社会都曾广泛使用的纠纷解决手段,这也成为最早的纠纷解决的私力救济方式。在复仇的历史中,从毫无规则的杀戮到逐渐出现对复仇进行限制的规则,公平观念也在血淋淋的背后悄悄孕育着。随着社会的发展和文明的进步,复仇逐渐受到限制,由第三人主持的决斗成为冲突解决的手段,虽然这仍是私力的表现,但公力救济的影子,那就是诉讼。复仇、决斗被代之以诉讼这一文明的纠纷解决模式,标志着纠纷解决模式从私力走向了公力。

关键词: 复仇; 决斗; 诉讼

通过私力的方式解决冲突大概是所有初民社会都要经历的一个过程。在具有公力性质的

* 作者刘志松,男,南开大学周恩来政府管理学院法学博士生,天津社会科学院助理研究员,研究领域为中国法律制度史、犯罪学史,代表作有《天意,法意,人意——中国乡土社会法制化的困惑》、《明初“申明亭”考论》、《〈折狱卮言〉与裁判官“内心独立”——兼论中西裁判官“内心独立”的取向差别》、《释“罪”》、《神,人,法:纠纷解决模式从权威到规则的演进》等。E-mail: songyimingzhi@163.com

作者于语和,男,南开大学法学院教授、博士生导师,天津师范大学法学博士,中国人民大学法学博士后,研究领域为民间法、法律思想史、中西法律文化比较,代表作有《中西法律文化散论》、《礼治与法治》、《民间法》、《中国近代前期的中西文化交流》、《“无讼”法律传统的衰微与律师制度的产生》等。E-mail: qilihaiyu@eyou.com

本文所阅读和评论的是威廉·米勒的《以眼还眼》,该书中文版经郑文龙、廖溢爱翻译,由浙江人民出版社2009年出版。该书作者威廉·伊恩·米勒,美国密歇根大学法学院汤马斯·龙恩讲座教授,耶鲁大学、芝加哥大学、哈佛大学的客座教授,耶鲁大学法理学博士,研究领域为法理学、西方中世纪历史与法学、政治和社会理论等,代表作有《血战与调停:萨迦冰岛的宿仇、法律与社会》、《欺骗》、《剖析厌恶感》、《羞辱》、《中世纪冰岛的法律与文学》等。

特殊力量出现之前，人类社会普遍的通过“私力”的方式来解决冲突，“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”¹，这是最初的解决途径。复仇即是人们对那些曾经伤害过自己身体或自己利益的人实行报复的一种行为。它的产生是人们的生存本能和自卫本能与外界因素发生作用的结果。拉法格将之称为报复，认为“报复是人类精神的最古老的情欲之一，它的根子扎在自己的本能里，扎在推动动物与人进行抵抗的需要中。当他们受到打击时，就会不自觉地予以回击”。“人使自己的激情可以帮助他在个人的和社会的关系上保存自己的时候。对血的无厌的渴求，被提升为神圣义务的复仇变成一切义务的第一位”²。这就是说，当其本人受到凌辱或他的亲属受到伤害时，他立刻会产生“心理失衡”，并面临“秩序重建”的问题，这时他就会把复仇当成最大的人生目标来追求，直到完成为止。这深刻地揭示了复仇产生的本质所在。复仇情结是远古时代血族复仇遗留下来的深层文化积存，有着深远的人类学背景。在复仇发展的历史上，大抵经历了血族复仇、血亲复仇、同态复仇几个阶段。而同态复仇则代表了远古正义的始端，它以血色拉开了正义的帷幕。

美国学者威廉·米勒的《以眼还眼》正是对有关同态复仇法则——以眼还眼、以牙还牙、以报还报——的一个深度解释。这本书将同态复仇置于正义的始端，正是人类社会最初衡量争议的标准。这本书的中译本已经于2009年由浙江人民出版社出版，这使得更多的读者可以了解有关复仇的故事。正像译者所讲的那样，这是一本“血淋淋”的书，它探讨的是历经西方古代、中世纪甚至前现代而不衰的一条法则——同态复仇³。从远古的《汉穆拉比法典》、犹太教的《托拉》、基督教的《新约圣经》、《冰岛萨迦》、中古日耳曼世界法典、文艺复兴时期的作品，甚至印欧语系中各欧洲语言的现代形式，都有着这一法则的印痕，从其中衍生出了一整套古人的具体生活方式并与其相适应的价值观念系统：以眼还眼，复仇，世代循环的仇杀，扯平，荣誉与耻辱，一切皆有价，一切皆可补偿，价值评级，谈判议价，欠与还，互惠，联盟，古典正义与平等，古代侵权与赔偿的法理学，等等。它将带领读者进入一个完全陌生的世界：一个从语词到生活实践，从生到死，从冥界到生界，从神对人的报复到人与神的议价，从看待家族到对待陌生人的方式，从冰岛萨迦到耶路撒冷等各种生活轨迹，都与现代文明社会截然不一的世界。它与我们现代人依然有着活生生的关系，那就是语义学上的传承与在现代商业社会依然盛行的一些法则，如财产保护规则、侵权规则、衡平、正义等法律观念，它们依然存活在现代法律系统的最深处。

血族复仇是反抗外来侵犯的最原始的形式，氏族对它的每一成员的行为负责，通过征服作为一个整体的侵犯者，氏族来反抗对于氏族整体的伤害。这种权利形式逐渐产生出一种更高级的部族和民族的权利形式⁴。血族复仇是无节制的、原始本能的自救行动，往往导致氏族或部落之间漫无限制的残暴厮杀，甚至造成整个氏族或部落的灭绝。这一复仇类型起源并存在于社会生产力水平极度低下的原始社会时代，个人只有依靠氏族集体才能维持生存，个人的利益与集体的利益息息相关，集体的荣辱与个人的利害不可分割，这就要求每个成员对集体要有很强的责任心和义务感。每以成员的心中都有一种意念，即氏族是一个坚实的整体，个人与氏族密不可分，“凡伤害个人的，便是伤害了整个氏族”⁵。从复仇文化形成的原生态看，血族复仇将人类潜伏的原始攻击本能充分地宣泄出来，加以固化和强化，建构并增强了原始人个体与其族属整体的关系，成为早期集团必不可少的凝聚力。因此，在人类许多民族中，都存在着强大的复仇情结，成为恒久而稳定的集体无意识。霍布豪斯指出，血族复仇就是一个家族对另一个家族所作的报复，每一个人都可以从其近亲那里求得支援。简言之，血族复仇有赖于亲族的团结⁶。血族复仇还有着凝聚亲族群体向心力的巨大心理功能，它使得某一群体的个体成员忽视对彼此间矛盾的注意，而关注来自外部的侵犯。从而由于这种关注愈益增进了内部团结。在许多原始部族中，复仇成为一种神圣的义务，“流一个野蛮人的血等于流全氏族的血；氏族的所有成员都负有为被侮辱者复仇的责任；复仇带有像结婚和财

1 [德]马克思，恩格斯：《马克思恩格斯选集》（第4卷），北京：人民出版社，1995年，第92-93页。

2 [法]拉法格：《思想起源论》，王子野译，北京：三联书店，1963年，第71页。

3 [美]威廉·米勒：《以眼还眼》，郑文龙，廖溢爱译，北京：浙江人民出版社，2009年，译后记。

4 [德]弗里德里希·包尔生：《伦理学体系》，何怀宏等译，北京：中国社会科学出版社，1988年，第523页。

5 [德]恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，北京：人民出版社，1972年，第84页。

6 L. T. Hobhouse, *Morals in Evolution: A Study of Comparative Ethics*. Volume 1, New York: Henry Holt, 1906, p89.

产那样的集体的性质”⁷。布鲁诺·赖德尔对早期社会中的血族复仇的现象及其各种形态作出了一种文化心理学上的解释，他认为这种复仇本身并不考虑罪责者的个性与动机，故与追求正义无关，而只是克服强烈的罪责感的体系记录，这和最初的活人祭祀以及所谓的“替罪羊”实际上是一样的⁸。王献唐认为，血族复仇“如此辗转仇杀，非有人和解，或历数百年不休，此仇杀之风亦自原始具来，愤黄族之侵陵，蓄志报复，根性相继，数千年后，仍存本族。凡能报复者，皆有特殊光荣，本族中自当尊为英雄。当时之蚩尤，即其最著者。而报复之唯一要件，厥惟英勇，故迄今英勇之人为全群所尊”⁹。卡西尔指出，此与上古图腾制有关，人类群体部落与从属于它的个体间没有明显的界限，因而“一人沾染的每一污点，犯下的每一罪过，都会通过直接的身体传感给部落的整体，被谋杀者灵魂的报复并不限于谋杀者，而要扩展到所有与谋杀者有直接或间接关系的人”¹⁰。血族复仇源自于人性护种的本能，这种报复性反应是任何一种生物在自然界生存竞争的基本需要和本能，是“野蛮人的普遍逻辑”。在人的社会性和理智的参与下，血族复仇往往会有扩大化的倾向，从而使简单的生物反应发展成为一种社会制度和现象。随着人类群体组织的演进，原始部族的群婚制逐渐向对偶婚制过渡，家族集团的利益与整个部族乃至民族利益之间逐渐产生了分离，家庭的意义逐渐凸现出来，复仇的规模与范围遂在现实社会中受到某种限制。但是，复仇也进一步成为连结家庭之间的纽带之一，成为家庭成员对家庭的不可推卸的责任，随着公共利益范围的萎缩，一种新的复仇形式——血亲复仇出现了。

血亲复仇是复仇主体受人类护种本能的驱动基于血缘关系的一种报复性行为。血亲复仇存在的基础在很大程度上已经不再是生存的必然，更多地是基于一种文化心理的需要。原始思维具有盲从和不疑的特点，人们对事物的认知也就经常有明显的主观性。人们坚信已经死去的家族成员具有让活人得福或受祸的特殊能力，当死者的灵魂要求为他复仇时，活着的人必须严肃地对待这一要求，并且不惜一切代价来满足他。否则，会给活着的人带来灾难，至少是得不到死者灵魂的护佑。如非洲的卡伊族人认为，“死者的魂要求报仇；假如他的死得不到报复，他的亲人们就要受到惩罚”；而达雅克人“也面临着一种非此即彼的抉择：要么他为死者而采取的进军中带回一个或几个人的头颅；要么他就面临着遭受死者的报复，这报复不仅是对他一个人，而且是对他的亲人们和他的整个集体¹¹”。在印第安人的某些部落中，父亲被杀死的小孩长大后明白他的责任，“死者会托梦给他的儿子兄弟，哭着叮嘱他们不要让仇人逍遥事外。如果他的儿子或兄弟不为报仇，那么这个含怨的愤怒的冤鬼就会对他的儿子或兄弟不利了”，有的部落会将一块布浸在死者所流的血里，当作一种纪念品，一直保留到复仇为止。摩尔根转述了詹姆斯·艾德的话，“他们在没有以血讨还血债之前，心中有如火烧一般，日日夜夜，永不安宁。当他们的亲戚，成本部落、本家族中酌一个成员被人杀害时，哪伯被害者是一个老妇人，这仇恨也会父子相传地永世不忘”。复仇成为人们生活中的一个必不可少的精神需要，这种需要不仅来自于对付外部侵犯，也同人们对生命自身的关注有关。摩尔根谈到，“自从有人类社会，就有谋杀这种罪行；自从有谋杀这种罪行，就有亲属报仇来对这种罪行进行惩罚。在易洛魁人以及其他一般的印第安部落当中，为一个被杀害的亲属报仇是一项公认的义务”。

血亲复仇取代血族复仇的过程同时也是利益逐渐出现分化的过程，具有共同利益的群体由氏族移于家庭，家庭成为构成社会的最小单位。从前氏族内部的纠纷要有氏族习惯和风俗来解决，复仇只是对于来自氏族之外的侵害才使用，而今氏族内部的家庭之间的纠纷也出现了复仇现象。这意味着人类的主体意识逐渐加强了，正是利益的分化导致了这一点。人类朴素的公正意识的产生使得一种新的意义上的复仇模式最终出现，它“以血还血，以牙还牙”为最高的准则，这便是同态复仇。同态复仇也称为对等复仇，它在复仇的对象与时间上，放弃了施与仇敌无限的报复，而是体现出一定的自觉理性限制。虽然仍然是一种暴力解决纠纷的私力救济途径，但此时的“仇恨”已经被视为一种类似于“债”的东西，复仇也成为一种以人身偿债的手段。所谓的“以血还血，以牙还牙”并非严格意义上规则，它只是一种原则，体现了对等性，这也许正是后世“正义”的文化根源。

7 [法]拉法格：《思想起源论》，王子野译，北京：三联书店，1963年，第71页。

8 [德]布鲁诺·赖德尔：《死刑的文化史》，郭二民编译，北京：三联书店，1992年，第30-32页。

9 王献唐：《炎黄氏族文化考》，济南：齐鲁书社，1985年，第277-278页。

10 [德]恩斯特·卡西尔：《神话思维》，黄龙保等译，北京：中国社会科学出版社，1992年，第218-219页。

11 [法]列维·布留尔：《原始思维》，丁由译，北京：商务印书馆，1981年，第391页。

血族复仇逐渐让位于血亲复仇，到了后来，血亲复仇又被“以血还血，以牙还牙”的同态复仇所取代，这意味着正义报应观念的开始。无论怎样，以血还血的复仇现象作为复杂的强迫和焦虑不安的体系行使着一定的心理、和社会的使命。实际上，即同态复仇之后，还存在一种复仇类型，那就是代偿复仇，即以赎金代替杀人复仇，这无疑是一种更加理性化的复仇形式，它逐渐发展为后世的“赔偿”观念。

当氏族集体的向心力不断削弱，个体在暴力争斗中的力量就显得相当薄弱，每次私力救济往往意味着更大的复仇性暴力的产生，个人利益必将在弱肉强食的环境下面临更大的侵害。人们陷入在无穷的血泊中，以血还血。报仇创造了一种不纯洁，对这一不洁的纯洁化清洗由一种新的报仇来完成，它又是不洁的一种新的增加。一报还一报，没完没了。这是一条没有尾的链条：一桩过错导致它的惩罚，而惩罚本身又该重新得到惩罚，因为它自身也是一桩过错。此时，人类必然产生一种需要，即摆脱纠纷当事人自己解决彼此间纠纷的方式，因为这样只能使纠纷不断升级，而将纠纷诉诸于双方都能服从的规则，这样，复仇的循环被打破，最初出现的是决斗。

从历史发展的角度来看，在古希腊、古罗马、日耳曼等民族中都曾普遍的流行“决斗”这种纠纷解决模式。文化人类学学者曾指出，决斗在人类社会的早期阶段相当普遍¹²。在古希腊《荷马史诗》中，特洛伊战争是以决斗方式开始的，先由墨涅拉俄斯与帕里斯决斗，决斗不分胜负时希腊人和特洛伊人才正式开战。《伊利亚特》也描述了阿勒珊德罗斯与墨涅拉俄斯、阿喀琉斯与赫克托尔的决斗。在古罗马，更是以“角斗”来解决争端而闻名，伏尔泰曾在其著作中记载，恺撒在《演讲集》中曾叙述他的百人队长中有两人一直互相忌妒和敌对，最后用挑战解决争端，以显示谁在作战时行为最高尚。他们中若有一人把众多敌人打翻在地，然后自己也受伤摔倒，这时他的对手便来救他¹³。在古罗马甚至存在因不服判决而与法官进行决斗的事例。在日耳曼诸民族中，决斗的存在更为普遍，甚至有学者认为“决斗”现象实始于日耳曼民族之中¹⁴。几乎所有古老的日耳曼法都提到作为一种法定试罪法的司法决斗，诸如勃艮第人、伦巴底人、阿拉曼尼人、图林根人、弗里斯兰人、萨克逊人、哥特人、巴伐利亚人等日耳曼民族的早期法典皆有司法决斗的明确规定¹⁵。这一现象似乎与日耳曼人好斗、崇尚武力的民族习性相契合。从未被征服的日耳曼人享有极端自主独立的生活，对凶杀、盗窃、侮辱、伤害等纠纷往往彼此争斗，直至兵戎相见。凯撒和塔西佗都说过，日耳曼部落用单独剑斗来解决争端¹⁶。巴特尔库露斯甚至指出，日耳曼人的一切事情，都用决斗来解决¹⁷。孟德斯鸠甚至称“日耳曼人在一些特殊案件中把决斗看成是一种天意，并经常以此来惩罚罪犯和篡权者”¹⁸。

随着日耳曼势力的扩张，对罗马的征服以及日耳曼法的发展，决斗逐渐演变为正式的司法制度，公元501年，勃艮第国王耿多巴德鉴于在诉讼中伪证泛滥，明令在审判中可以通过决斗来取证，由此掀开了司法决斗的历史，并被日耳曼诸国仿效，在以后约600年的时间中成为一种重要的司法手段。如公元7世纪中叶，伦巴德贵族阿达鲁夫引诱王后古德波佳但遭到拒绝，他恼羞成怒，诬告王后谋反，国王偏听偏信，下令囚禁王后三年。古德波佳是法兰克公主，法兰克国王多次派人到伦巴德交涉，要求释放她，都没有如愿。最后两国商定以决斗来证明王后到底是清白还是有罪。阿达鲁夫在决斗中被击败，古德波佳从而得以回复名誉和地位¹⁹。根据当时的法律，若向国王控告他人犯死罪，被告可提供适当的宣誓为自己洗脱指控；若被告与控告人一起出庭，可通过决斗反驳指控。若通过决斗证实指控，被告将丧失生命或者以支付令国王满意的赔偿金赎罪；若指控未被证实，控方须支付赎杀金作为赔偿，其中一半归国王，一半归被告。决斗当时被作为贵族的一项特权，决斗的使用被视为对贵族

12 [比]R. C. 范·卡内冈：《英国普通法的诞生》，李红海译，北京：中国政法大学出版社，2003年，第84页。

13 [法]伏尔泰：《风俗论》（中册），梁守锵等译，北京：商务印书馆，2006年，第369页。

14 参见[英]戴维·沃克：《牛津法律大辞典》，北京：光明日报出版社，1988年，第273页。

15 杨昌栋：《基督教在中古欧洲的贡献》，北京：社会科学文献出版社，2000年，第235页。

16 参见《简明不列颠百科全书》（第4卷），北京：中国大百科全书出版社，1985年，第474-475页。

17 参见[法]孟德斯鸠：《论法的精神》（下册），孙立坚等译，西安：陕西人民出版社，2001年，第616页。

18 [法]孟德斯鸠：《论法的精神》（下册），孙立坚等译，西安：陕西人民出版社，2001年，第616页。

19 转引自彭小瑜：“西方法制史上的决斗”，载《光明日报》2002年8月21日，第8版。

财产的保障²⁰。神圣罗马帝国皇帝奥托二世于 988 年制定了一项法律，规定：遗产继承发生争议，一方出示遗产证书，他方坚持认为证书为假的情形下，可采用决斗解决纠纷。奥托二世在该法的序言中指出，如果某个继承遗产的证书被认为是假证书，而出示证书的人只要立誓此证书是真的，那么不需要经过任何预备审判，这个人就变成了遗产的主人。这样立伪誓也就产生了。决斗当时作为贵族的一项特权，是反抗不公平的堡垒，决斗的使用被视为对贵族财产的保障²¹。伏尔泰在《风俗论》中指出，西西里人狄奥多罗斯的《历史文库》、彼得克特的《简略罗马史》等著作表明，决斗的习惯自世纪初就存在于高卢和德意志。即便在基督教时代，决斗风尚仍非常稳固地植根于高卢人和德意志人的习惯中。迪康吉引述的古代加泰罗尼亚文、德意志——巴伐利亚的法律，都规定某些情况下可下令决斗²²。11 世纪诺曼征服之后，英国也从西欧引入了司法决斗制度。而且，随着司法决斗的盛行，纯粹因为个恩怨而挑起的私人决斗也出现了。当时的一项法律规定，“在盗窃或杀人的指控中，如果任何英国人向一位法国人提出决斗，可以进行决斗”²³。在英国，决斗又被称作“决斗断讼法”。12 世纪时，司法决斗已成为不列颠主要的裁判方式，至少在有权持有武器的贵族之间是这样。至 13 世纪早期，决斗裁判的豁免权成了不列颠全岛市民特权地位的一项特征²⁴。即使在中世纪，在教会的统治之下，以决斗的方式来解决纠纷仍然盛行。

实际上，在决斗还在盛行的时候，来自远古的原始正义就演变为通过法庭实现的正义，复仇最终导向了规制和公正，人们开始建立个人的责任感，原始的复仇制度瓦解，最早的法院——古典世界中第一个正式的司法机构——就这样产生了²⁵。纠纷解决的私力救济方式逐渐为公力救济方式所取代。现代诉讼制度的许多基本要素却可从决斗中找到对应的特征，如对抗制，当事人诉讼武器对等原则，法官的中立性和被动性，公开审判，言词主义，直接主义，集中主义等都是如此，司法决斗的内在精神为现代诉讼制度所继袭和衍进。爱斯梅因即把抗辩式诉讼描述为根源于“两个战斗者之间的模拟战，法官通过裁决一方或另一方失败而结束战斗”。无论民事裁决还是刑事裁判，“皆为武力解决冲突的替代物(模拟战)……这意味着即使从最原始意义上讲，诉诸裁决在其社会功能上是为了维护社会秩序而作为实际使用武力的替代物”²⁶。日本学者山内进则将决斗裁判视为欧洲法精神及当事人主义之鼻祖²⁷。从现代西方诉讼制度中可以隐约看到传统“决斗”的刀光剑影与攻防对抗，“对抗性”与“斗争性”也成为西方社会解决纠纷的一个典型特征。

(初审编辑：毛玮)

20 转引自徐昕：“司法决斗考”，《法制与社会发展》2007 年第 1 期，第 20-39 页。

21 [法]孟德斯鸠：《论法的精神》(下册)，孙立坚等译，西安：陕西人民出版社，2001 年，第 620 页。

22 参见[法]伏尔泰：《风俗论》(中册)，梁守锵等译，北京：商务印书馆，2006 年，第 369 页。

23 Robert Bartlett, *Trial by Fire and Water: The Medieval Judicial Ordeal*. Oxford University Press, 1986, p104.

24 Robert Bartlett, *Trial by Fire and Water: The Medieval Judicial Ordeal*. Oxford University Press, 1986, p120.

25 徐昕：“私力救济的神话之维——兼论法院的产生”，《现代法学》2006 年第 1 期，第 158-166 页。

26 转引自徐昕：“司法决斗考”，《法制与社会发展》2007 年第 1 期，第 20-39 页。

27 [日]山内进：《决斗裁判：欧洲法精神之原貌》，东京：讲谈社，2000 年，第 241-242 页。