

# 墨家刑事法思想解读

——在西方启蒙主义坐标系之上

赵炜佳\*

## 目次

一、引言：珍视被放逐的墨家刑事法思想	之明确
二、挖掘墨家刑事法思想：以西方法律思想为观照	(七) 不党父兄，不偏富贵：人人平等原则之提倡
(一) 不相爱：犯罪形成之原因	(八) 杀盗非杀人：自助行为正当化之萌芽
(二) 义与利：违法性判断之依据	三、沉与浮：墨家刑事法思想式微与启蒙主义思想兴盛之原因对勘
(三) 赏善罚恶：刑事处罚之目的	(一) 墨家刑事法思想没落原因述略
(四) 罪不在禁，惟害无罪：罪刑法定原则之确立	(二) 启蒙主义刑事法思想昌盛原因述略
(五) 主客观相统一：犯罪认定之标尺	四、结语
(六) 不杀无辜，不失有罪：罪刑相适应	

**摘要** 墨家的刑事法思想是中国法律思想史皇冠上的一颗外观相对暗淡但内核极其丰富的明珠。条分缕析而言，墨家著作中已经隐约蕴含了犯罪形成之原因、违法性判断之依据、犯罪认定之标尺、刑事处罚之目的等现代刑法的价值构造；除此以外，罪刑法定主义、人人平等、自助行为正当化等理念在《墨经》中亦可初见端倪。以上思想往往被认为滥觞于欧洲民主启蒙时代，故本文对墨家的思想光芒与刑事古典学派、刑事实证学派等进行比较范式的解读。

**关键词** 墨家 启蒙主义 刑事法思想 比较法

## 一、引言：珍视被放逐的墨家刑事法思想

俯察中华民族文化发展的浩浩长河，百花齐放的先秦时代法律思想争妍斗奇，堪称中国法律

\* 北京师范大学刑事法律科学研究院硕士研究生。本文受中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“中国古代律令中的官吏治理策略与规范”资助。

思想史的“源头滥觞”者。美国著名汉学家史华兹认同雅斯贝尔斯的“轴心时代论”，<sup>〔1〕</sup>在此基础上，他有着鞭辟入里的阐述：“在轴心时期出现的思想运动都将直接或间接地深刻塑造所有这些文化随后的全部历史。”<sup>〔2〕</sup>毋庸置疑，先秦法律思想对我国古代法律文化的孕育——甚至现代法律制度的建设与发展的作用不言而喻，令后人叹为观止。

晚近以来，伴随着“德润人心”的理念与“以德治国”的政治需要，法学界对儒家思想的研究日益重视，“复兴孔孟”已蔚然成风。因“轻罪重罚”而被贴上“重刑主义”标签的法家思想虽逐渐遭遇旁落，却仍能够在“依法治国”的时代潮流中历久弥新；但是，被误解为缺乏法律研究价值的墨家思想却鲜有问津。

事实而言，正如杨鸿烈先生那一针见血的论述，“墨子的法律思想以正义为标准”，<sup>〔3〕</sup>而这与自然法学派对法价值的阐释<sup>〔4〕</sup>不约而同。此外，现代宪法理论中也能寻觅到墨家思想的蛛丝马迹，“《墨子》证明我国早在先秦时期已经产生了价值极高的宪法思想萌芽，即关于政权产生、监督、更替的思想，治国方略，基本人权保障，权力制约”。<sup>〔5〕</sup>墨家思想的研究价值于此可见一斑。

先秦诸子百家的思想花园里百花齐放，墨家思想对彼时法家的思想的形成也有着推动作用。根据著名历史学家葛兆光教授的表述，墨法两家秉持同一种思路，只不过发展程度不同。<sup>〔6〕</sup>墨子虽然意识到人性恶之倾向，主张以法为仪，消弭天下治乱，但仍渴望以“兼爱非攻”来应对社会之流弊。反观法家，它似乎走向了一个彻底的极端——以个人道德与良心建构起来的“自律”不堪一击，必须通过强有力的国家法来实现专制法治主义。在此意义上而言，墨家的法律思想——尤其在关涉自由与生命的刑事法领域中——同法家思想一样具有很高的研究价值。

值得指出的是，笔者之所以以西方启蒙主义(The Enlightenment)时期的刑事法思想为参照物，并非一种主观上的刻意“选择”。比较法视阈下的有意对比往往有穿凿附会之虞，难怪陈寅恪先生慨叹，“今日之墨学者，任何古书古字，绝无依据，亦可随其一时偶然兴会，而为之改移，几若善博者能呼卢成卢，喝雉成雉之比；此近日中国号称整理国故之普通状况，诚可为长叹息者也”。<sup>〔7〕</sup>相反，在对墨家思想中蕴含的刑事法理念抽丝剥茧时，正是某种无形的力量推动着笔者将视角缓缓地移向18世纪以降的欧洲大陆——伟大的启蒙思想家们踩在恣意专断罪与刑的专制主义刑法之上，发出罪刑法定、刑罚之于身心的惊世呐喊，袅袅的绕梁余音至今浸润着现代刑事法学。先秦时期的墨家思想与近代欧罗巴刑事法思想在笔者的视角中逐渐靠拢，华夏大地上先哲们高瞻远瞩的思想再一次让人折服。更令人赞叹不已的是，墨家刑事法思想的发轫竟然比西方早了整整两千年。然而，吊诡之处在于，战国以后，墨家正统之学的地位江河日下，最终被裹挟入中华文化的沙漠之中，这种思想文明史上的无情放逐使得华夏本土未能与同时期的古希腊一样播下自由、民主

〔1〕 所谓轴心时代，是指公元前500年前后同时出现在中国、西方和印度等地区的人类文化突破现象，这一理论发轫于德国思想家卡尔·雅斯贝尔斯。具体而言，包括古希腊的苏格拉底、柏拉图、亚里士多德；以色列的犹太教先知；古印度的释迦牟尼；中国春秋战国时期的老庄孔孟墨等，这几颗璀璨的明珠至今泽被着现代文明。

〔2〕 [美] 本杰明·史华兹：《古代中国的思想世界(重印)》，程刚译，江苏人民出版社2008年版，导论。

〔3〕 杨鸿烈：《中国法律思想史》，中国政法大学出版社2004年版，第37页。

〔4〕 自然法学派认为，法律以昭示着宇宙和谐秩序的自然法为正义的标准，坚持正义的绝对性。罗尔斯《正义论》中将自己的立论基础放在一个理性或逻辑的假设之上，并把这个假设环境称作“原始状态”(Original Position)，相当于自然状态在卢梭、洛克等人思想体系中的地位。而以兼相爱为立论根基的墨家思想同样会使正义在法律的价值中大放异彩。

〔5〕 任海涛：《墨子中的宪法思想萌芽》，载《法学杂志》2010年第5期，第134页。

〔6〕 参见葛兆光：《中国思想史》(第一卷)，复旦大学出版社1998年版，第225~261页。

〔7〕 陈寅恪：《陈寅恪先生论文集》，文理出版社1977年版，第1361页。

之良种,进而未能更早地迎来以公民为本位的法治(The rule of law)的春天。

鉴于此,本文采用思想史考察、归纳以及比较的研究方法,在儒、法研究的主流之中另辟蹊径,以西方启蒙主义刑事法思想为参照物,以求对墨家刑事法思想进行比较法视野下的解读。

## 二、挖掘墨家刑事法思想：以西方法律思想为观照

在那个百家争鸣的学术盛期,曾一度与儒家分庭抗礼的墨家,其“显学”地位甚至不在儒家之下。张国华教授对此有着精辟的论述,“墨家思想是我国古代思想文库的一块瑰宝”,〔8〕具体对应到专业领域,“墨家法律思想有不少可取之处”。〔9〕事实上,墨家对犯罪和刑罚的论证在体系性构建方面难以与法家相提并论,而是散逸在《墨子》一书的部分章节。虽飘散零落而不甚系统,但墨家对刑法价值的论述犹如夜空中的点点明星,点缀着漆黑的苍穹。

经考察与整理,笔者总结出墨家刑事法的逻辑脉络:“兼相爱”的平等观——“交相利”的权利观——“赏善罚恶”的刑罚观——“尚贤尚同”的君主观。

### (一) 不相爱：犯罪形成之原因

旧派古典刑法学派曾主张,犯罪源于个人自由意志支配下的某种必然结果。然而,19世纪前半叶的欧洲社会风云突变,以工业为支柱性产业的大城市如雨后春笋般陆续崛起,工人与雇主的抗争不断加剧,供求关系失衡导致失业人数陡增,由此引发犯罪率的几何式倍增且持续居高不下。于是,犯罪学从传统规范刑法学的羽翼中破壳而出,以社会防卫为本位的新派刑法观就此走到学术界的聚光灯下。

著名统计学家凯特勒(L. A. J. Quetelet)以实证研究为范式,在焕然一新的维度上对古典刑法思想进行了彻底的冲撞与革新。随后,来自意大利的龙布罗梭(C. Lombroso)历史性地开创了犯罪人类学派,将犯罪原因的研究对象从“行为”转向“行为人”。这一研究范式被其得意门生加洛伐罗(B. R. Garofalo)与菲利(E. Ferri)进一步发扬光大。之后,德国刑法学鼻祖李斯特(F. v. Liazt)将意大利学派的观点进行了批判性地继承。时至今日,现代犯罪学理论普遍认为,在基因、遗传、性别等主观原因外,外部环境——诸如经济关系、贫富悬殊、政治、教育、风俗、气候、地域也容易激发犯罪的浪潮。〔10〕

事实上,我们也能从墨家思想中发现上述犯罪主、客观原因论的千丝万缕的痕迹。“盗爱其室,不爱其异室,故窃其异室以利其室。贼爱其人,不爱人,故贼人以其利其身。此何也,皆起不相爱。”〔11〕胡适先生对此精辟简练地总结道:“不兼爱是天下一切犯罪的根本。”〔12〕

正如英国哲学家休谟那富有教义地总结,“显然,一切现象皆与人性存在或多或少的关联,任何学科都会通过多元化的途径回归于人性”。〔13〕如果与彼时占据主流地位的法家思想相比较,更能发现墨家思想对于犯罪原因论看法的弥足珍贵。法家将犯罪的形成原因简单地归咎于人之本性——“好利恶害”,〔14〕尤其在韩非看来,人际之间无非就是赤裸裸的利害关系,“人皆挟

〔8〕 张国华:《中国古代法律思想史新编》,北京大学出版社2003年版,第100页。

〔9〕 同上。

〔10〕 参见张远煌:《犯罪学》,中国人民大学出版社2007年版,第143~153页。

〔11〕 《墨子·兼爱上》。(谭家健、孙中原:《墨子今注今译》,商务印书馆2009年版。以下引文同样只注篇名。)

〔12〕 胡适:《中国哲学史大纲》,东方出版社1996年版,第128页。

〔13〕 [英]休谟:《人性论》,台海出版社2016年版,第6页。

〔14〕 《商君书·算地》。

自为心”。<sup>〔15〕</sup>因此，“今人之性，生而有好利焉，顺是，故争夺生而辞让亡焉；生而有疾恶焉。顺是，故残贼生而忠信亡焉；生而有耳目之欲，有好声色焉，顺是，故淫乱生而礼义文理亡焉”，<sup>〔16〕</sup>正是逐利欲望的无限膨胀引发作奸犯科。笔者认为，人性之好利恶害固然是犯罪发生的主观因素，但绝不能因此忽略对犯罪客观因素的深入挖掘，我们必须重视社会环境等因素对犯罪产生机制的重要影响，否则刑法将会充满压抑人性的工具主义色彩，从而迈向重刑主义的深渊。

墨家强调，周天子时期之所以出现天下大乱的动荡，根本原因在于“不相爱”。在他们看来，犯罪的主观原因是民众之间没有达到“兼相爱”的境界，故出现偷窃、杀人等严重危害社会秩序的行为。客观原因则是时下的统治者横征暴敛，荒淫无度，对民众维持温饱的基本必需品巧取豪夺，用于建造富丽堂皇而又不实用的王宫，酒池肉林的贵族消费与横尸遍野的民间惨状形成强烈的反差，从而点燃了犯罪的导火索。

值得注意的是，春秋先哲在分析犯罪与经济两者之间的关系上，有着高屋建瓴的见解。譬如，以改革家形象而流芳百世的管仲有着“仓廩实则知礼节，衣食足则知荣辱”<sup>〔17〕</sup>的精辟论断。墨家也不例外，“其财不足以待凶饥，振孤寡，故国贫而民难治也”；<sup>〔18〕</sup>“是以其民饥寒并至，故为奸邪”。<sup>〔19〕</sup>这其中蕴含着朴素的唯物主义观，这种异于主流的呐喊在当时无疑具有启迪民智的意义。

鉴于此，“兼相爱”便被墨家奉为预防抑或解决犯罪问题的圭臬。墨家认为，惟有将爱推己及人，才能出现“盗贼亡有，家不相乱，国不相攻”的和平盛世，进而实现“天下治”。<sup>〔20〕</sup>同时，统治者有必要引导民众互爱互助，自上而下地形成“兼相爱”的大同格局。此外，墨家也没有忽视法律的惩戒功能，对社会中出现的严重危及人身或财产安全的行为，要予以严厉的惩罚，“使天下之为寇乱盗贼者，周流天下无所种足”，<sup>〔21〕</sup>易言之，为达致将犯罪防患于未然之功效，必须借助刑法之威慑。

## （二）义与利：违法性判断之依据

在德日三阶层犯罪论的体系之下，作为位于“构成要件该当性”之后的“违法性”要素，承担着出罪的重要使命。日本著名刑法学者前田雅英教授认为，违法性“实质的特色，在于用违反道义秩序、缺乏社会的相当性等说明法规违反的内容”。<sup>〔22〕</sup>

在此维度上，刑法规范的本质在于人类的普世价值意蕴，这种判断根据能够贯穿人类历史长河的始终，历尽风浪的洗涤而永不褪色。事实上，在德国现代刑法体系中，虽然“社会相当性概念具有极大的不明确性而有损法的安定，故已被淘汰”，<sup>〔23〕</sup>但道义违法性理论经历了持久的大浪淘沙，依然历久弥新。

与将义与利截然对立的儒家学派不同，墨家旗帜鲜明地主张：“义，利也。”<sup>〔24〕</sup>应当说，“利”是墨家所极致推崇的“义”的内容、目的与衡量标准，“义”是将“利”由书面教义转为现实的重要手段。

〔15〕 《韩非子·外储说左》。

〔16〕 《韩非子·八斤》。

〔17〕 《管子·牧民》，中州古籍出版社2010年版，姚晓娟等注释。（以下只列篇目）

〔18〕 《墨子·辞过》。

〔19〕 《墨子·辞过》。

〔20〕 《墨子·辞过》。

〔21〕 《墨子·尚同下》。

〔22〕 [日]前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2015年第6版，第31页。

〔23〕 Vgl.C.Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I., 4. Aufl., C.H.Beck, 2006, S.295f. 转引自张明楷：《刑法学（第五版）》，法律出版社2016年版，第64页。

〔24〕 《墨子·经说上》。

值得说明的是，墨家所言之“利”，乃“天下之利”。〔25〕一旦某种行为被判断符合“义”之标准，那么便不会再受到刑法的苛责。

墨家的“义利并重”观在我国传统思想史关于二者关系的争论中可谓独树一帜，他们改变了先人弘义轻利、压抑人性的枯燥说教，并在辩证“交相利”与“兼相爱”的关系方面极其富有洞察力。在墨家的思想体系中，要想实现真正的义，唯有兼利他人，兼济天下。

与墨家同时肯定“义”与“利”不同，儒家素来主张“正名”，亦即通过“礼”之标准来判评是非。譬如，儒家出于维护统治阶级的秩序而提出“亲亲相隐”“刑不上大夫”等著名的命题，但在墨家看来，“爱无差等”〔26〕必然衍生出判断犯罪的标尺应当公平的结论，而非屈服于尊卑长幼的等级秩序。据《论语》记载，叶公偷羊，其儿子出庭指证、大义灭亲，最终使得叶公被依法处理，但孔子认为该子触犯不孝之罪，因为这违反了“亲亲”之礼。〔27〕然而，墨子对这样的人罪标准十分反对，在他看来，森严的等级制度不应当渗透到法令的施行中，否则是“贼天下之人者也”。〔28〕

同时，墨家还主张“兴天下之利，除天下之害”，〔29〕质言之，通过提倡人民在追求自己利益的同时尊重他人利益，来消除频繁的犯罪。毫不夸张地说，这种将“利”作为衡量行为是否符合“义”，亦即是否不侵害他人合法权益的价值判断标准，是对传统理念中以“礼”作为违法性判断标准的彻底颠覆，动摇了西周以降周礼在犯罪体系中的主宰地位，不啻于一种理论上的伟大革故鼎新。

总而言之，墨家在“天下一准乎礼”的主流声外发出了“天下莫贵于义”〔30〕这样掷地有声的号召，使得违法性判断的依据更加趋于科学合理。

### （三）赏善罚恶：刑事处罚之目的

伴随着摆脱野蛮与走向文明，刑罚目的论经历从等量报应、等价报应，再到预防论的嬗变，这是近代以来刑罚观发展的一大鲜明特征。现代对刑罚根据予以探讨的法哲学理论认为，刑罚的目的主要在于预防犯罪，具体而言，包括“一般预防”与“特殊预防”。〔31〕“根本不可能存在这样的情况，即立法者将特定行为规定为犯罪，却并未表现出预防此类犯罪行为的意愿与目的。因此，预防似乎成为了首要且唯一普遍的刑罚目的。”〔32〕一般预防往往依靠威慑来实现，“通过威慑进行一般预防，意味着不是因为犯罪受到处罚，而是为了他人不犯罪才受到处罚，犯罪人成为预防他人犯罪的工具”。〔33〕详细而言，特殊预防“通过刑罚的保安、威慑与再社会化功能实现”，〔34〕也就是通过惩罚犯罪来预防潜在的“危险人”，避免其走上犯罪的道路。

墨家认为，“古之圣王发宪出令，设以为赏罚，以劝贤沮赏”。〔35〕同时，“赏必当贤，罚必当暴”，〔36〕是所谓赏罚分明且恰当。君主在封赏处罚时必须审慎，既不能滥用奖赏，也不能滥用刑

〔25〕《墨子·兼爱上》。

〔26〕《墨子·非儒下》。

〔27〕参见《论语·子路》。

〔28〕《墨子·非儒下》。

〔29〕《墨子·天志中》。

〔30〕《墨子·贵义》。

〔31〕通过对犯罪行为施以刑事处罚，使尚未犯罪的社会大众受到震慑而不至于误入犯罪之歧途，是为一般预防；而通过教育改造来避免犯罪人再次施行犯罪行为的，为特殊预防。

〔32〕[美]霍姆斯：《法律的生命在于经验——霍姆斯法学文集》，明辉译，清华大学出版社2007年版，第122页。

〔33〕[德]Claus Roxin：《刑法中的责任与预防》，宫泽浩一监译，成文堂1984年版，第16页。

〔34〕[日]城下裕二：《量刑基准的研究》，成文堂1995年版，第133页。

〔35〕《墨子·非命上》。

〔36〕《墨子·尚同中》。

罚,充分发挥赏与罚对人性的引导功能,使趋利避害之人性与赏善罚恶有机地匹配起来,最终达到“劝之以赏眷,威之以刑罚”<sup>[37]</sup>的效果。此外,赏罚的法律规则必须与时下的社会主流道德观相辅相成,这也就是所谓的“上之所赏百姓之所誉”。

最重要的是,赏罚规则必须渗透着公平正义之理念,“赏善罚暴勿有亲戚弟兄之所阿”。<sup>[38]</sup>当然,这种理念主要是针对统治阶级而言,同时又饱含着劳动人民朴素的政治理想,将“天之爱百姓”体现得淋漓尽致。

那么,赏与罚的最终目的剑指何处呢?这需要我们从小家的一贯主张——“尚同”中寻找答案。为了实现“兼相爱,交相利”的大同格局,有必要倚重某种公权强制力作为保障与后盾。“天子之所是,皆是之;天子之所非之,皆非之。……天子唯能壹同天下之义,是以天下治也。”<sup>[39]</sup>遗憾的是,“尚同”所追求的“壹同天下之义”,仅靠民众的自觉自律当然很难达致这一政治目标,于是刑罚工具便应运而生。“天下从事者,不可以无法仪,无法仪而其事能成者,无有也。虽至士之为奖项者,皆有法”,<sup>[40]</sup>这也是刑法的社会防卫功能在墨家思想中的一大体现。

与同时代的法家相比,亦可发现墨家思想对于刑罚目的论证之全面与深刻。固然法家也有“赏善罚恶”的相似论述,但法家对刑罚尤其是重刑的倚重有剑走偏锋之虞。《法经》开宗明义道,“王者之政,莫急于盗贼”<sup>[41]</sup>,如何破解犯罪难题?“刑生力,力生强,强必王”<sup>[42]</sup>,刑罚目的之实现全然依靠惩罚与震慑。在此基础上,法家彻底否定道义教化的社会治理功能,“严家无悍妇,慈母有败子,故法威可以禁暴,而德厚不足以智乱也”<sup>[43]</sup>,由此可见,在法家的视野中,法律的劝善作用被消解,而禁恶的功能却被格外夸大。

最后,刑法轻重与国家治理的辩证关系也在墨家思想体系中得以进一步厘清,亦即“刑罚深则国乱”,“国家治则刑法正”。<sup>[44]</sup>反对刑法的触角过分地延伸至生活的每一个角落,保证罚当其罪,这其中蕴含的刑法谦抑性理念在中国古代法律思想的史册中熠熠生辉。

#### (四) 罪不在禁,惟害无罪:罪刑法定原则之确立

“没有罪刑法定,何谈法治。”<sup>[45]</sup>现代刑法理论普遍认为,罪刑法定原则滥觞于英王约翰在1215年颁行的《大宪章》,意在防止封建君主的罪刑擅断。洛克(John Locke)和卢梭(Jean-Jacques Rousseau)在社会契约论的立论根基上将这一理论发扬光大,之后,贝卡利亚(Beccaria, Marchese di)在其扛鼎之作《论犯罪与刑罚》中将这项原则予以明确化表述与论证——“任何超越法律限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚”。<sup>[46]</sup>现代刑法学之父费尔巴哈(P. J. v. Feuerbach)独具匠心地描绘出“法治国”之蓝图,并将这一原则的含义具体阐明——法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。经过学界的不断扬弃与修正,罪刑法定原则已成为各国刑法典中业已成熟的“黄金法则”,彰显着刑法“既是善良人的大宪章,亦是犯罪人的大宪章”之人权保障机制。

[37] 《墨子·兼爱下》。

[38] 《墨子·尚贤上》。

[39] 《墨子·尚同上》。

[40] 《墨子·法仪》。

[41] 《法经》。

[42] 《商君书·说民》。

[43] 《韩非子·显学》。

[44] 《墨子·辞过》。

[45] 参见[英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第232页以下。

[46] [意]切萨雷·贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第11页。

然而，笔者在整理文献时惊喜地发现，早在春秋时期，墨家的法律思想便悄然蕴含了这一充满理性色彩的刑罚原则——“罪，不在禁，惟害无罪，殆姑”。〔47〕学界对此句的注释固然有所争议，但更为权威的通说将之译为，“某人的行为如果不在被刑法禁止的事项之内，则其行为即使有害，也不应当被认定为犯罪”。〔48〕马作武教授则进一步认为，“这是主张犯罪必须是触犯禁条的行为，如果行为虽然有社会危害性，但法无明文规定，也不能以犯罪论之。这个观点其实是提出了罪刑法定的原则”。〔49〕

众所周知，罪刑法定主义素来被奉为西方法律流派——主要是刑事古典学派独树一帜的先进理念。那么，是否就此认为可以修改教科书的表述，将罪刑法定主义的发源地改为中国而使墨子彪炳史册呢？

笔者认为，分析某种法律原则或制度时，必须要根植于该国家或地区的法律文化土壤。事实而言，中国封闭的农耕文化决定了商品交换业很难繁荣，自给自足的生活方式更是导致一切以权利与个人为本位的法律思想都被扼杀在萌芽之际。这种极其交错复杂的历史人文环境下孵化出的中国墨家“罪不在禁，惟害无罪”不可与西方的“罪刑法定”相提并论。“随意把异域文化中因特殊的背景和问题成长起来的事物奉为本土的权威，这不可避免地忽略了实质上的兼容性而陷入了形式主义的泥潭。”〔50〕在启蒙主义思潮中，自由与民主语境下的罪刑法定主义有着极为丰富的派生原则，譬如，禁止事后法、禁止类推解释、禁止绝对的不定期刑等，处处饱含了西方公民对自由、民主、公正、法治等价值理念生生不息的渴望与追求。而如前所述，中国的传统文化土壤孕育而生的罪刑法定更多地被赋予形式意义，故在实质内容与功能上与西方的“罪刑法定”不可同日而语。尽管如此，“罪不在禁，惟害无罪”仍然不失为彼时阴翳的文化天空中一道理性的闪电，虽然如昙花般转瞬即逝，但亦足以划破苍穹，留下震古烁今的惊鸿一瞥。

那么，墨家“罪不在禁，惟害无罪”的阐述对现代法治有何启发意义呢？我国《刑法》第3条旗帜鲜明地宣告了罪刑法定原则，然而，罪刑法定主义在我国当下的司法实践中仍然难以完全贯彻，最常见的现象就是对空白罪状和兜底条款的任意解释而导致刑罚权力的恣意发动。以不久之前的热点法治事件内蒙古农民王力军非法经营罪为例，王力军与妻子以收购玉米为业以谋求生计，却因为缺乏“玉米收购许可证”而被认定为非法经营罪。绝对的罪刑法定主义早已被时代所摒弃，适当设置空白罪状有利于严密刑事法网，及时应对层出不穷的危害社会经济秩序的新型违法行为。然而，空白罪状必须时刻佩戴“紧箍咒”，这就要求我们必须从刑法教义学的解释路径出发，对《刑法》第225条第四项“其他严重扰乱秩序的非经营行为”之规定做出恰当解释，这是现代法治意义上罪刑法定主义的必要内涵。司法者在对这一条款进行解释时必须遵守“并列条款同类解释规则”，但是，无论如何，农民走街串巷收购玉米且月盈利不过几百元的行为都不可能与《刑法》第225条前三项囊括的非法买卖外汇、出售彩票、从事电信业务等行为外延在法益侵害程度上相提并论。概言之，司法工作者妥善利用解释技巧便会使罪刑法定主义的约束机制充分发挥。

#### （五）主客观相统一：犯罪认定之标尺

早在远古唐虞时期，“眚灾肆赦，怙众贼刑”〔51〕的刑罚适用原则已经初具雏形，亦即因过失而导致的危害行为可以在法律后果上得到或减或免的处遇。与之相应，故意犯罪则被予以从重处罚。迨至西周，犯罪的主观方面构成要素受到进一步重视，故意与累犯从重处罚，过失与偶犯获得

〔47〕《墨子·经上》。

〔48〕前注〔11〕，谭家健、孙中原书，第246页。

〔49〕马作武：《中国法律思想史纲》，中山大学出版社2007年版，第76页。

〔50〕马小红：《中国法律思想史研究》，中国人民大学出版社2007年版，第35页。

〔51〕《尚书·舜典》，中华书局2016年版。（以下只列篇目）

宽宥处理。<sup>〔52〕</sup>由此可见,早在远古时期,刑事法律中便绽放着“刑罚个别化”的人性光辉。

墨家则将这种刑罚处理原则进一步发扬。巫马子历来声称“不爱天下,独爱自己”,这与墨子心系天下、爱无差等的广阔胸襟大相异趣。巫马子认为不爱天下与兼爱天下虽然是两种相左的动机,但产生的结果却几乎一致,于是他便质问墨子。墨子做出了回应。“子墨子曰:今有燎者于此,一人奉水将灌之,一人操火将益之,功皆未至,子何贵于二人?巫马子曰:我是彼奉水者之意,而非夫操火者之意。子墨子曰:吾亦是吾意而非子之意也。”在这段对话中,墨子举失火之例意在表明——尽管行为结果可能相同,但支配结果的主观方面若有差异,亦即或善或恶,则因此受到的非难与苛责便不可同日而语。

其实,孟子的上述理念与他的治国方略息息相关。巫马子希望独善其身,墨子则主张兼济天下,人各有志,无可厚非。尽管从短期的视角来看,相同结果的外衣会暂时蒙蔽是非善恶的判断;但长远来看,二者的效果高下立判。独善一身源于自私自利的行为动机,势必酿就顾影自怜、各人自扫门前雪的社会环境,则天下大乱;兼济苍生的情怀则肇始于利他的主观动机,终将产生“兼相爱”的大同社会,则天下大治。

从西方刑法发展史的视角来看,刑罚的目的共存在两种理念的分野:其一是将犯罪行为视为刑法规制的中心,其背后的法哲学价值蕴含是报应刑理论;其二是侧重于惩罚犯罪行为人“恶”,这是以预防刑(尤其是特殊预防)理论为根基建构起的主观主义思路。启蒙主义思潮澎湃而来,伟大的思想家们勇敢地鞭挞片面归罪的封建刑法,孟德斯鸠听闻有人因为做梦割断皇帝咽喉而被处死的真实惨剧后,义正词严地对此批判道:“这是大暴政!即使他有过这样的想法,但从未付诸实践,法律责任的正当根据应当是外部行为。”<sup>〔53〕</sup>

经比较可见,18世纪中叶以来,关于“行为刑法”与“行为人刑法”的争论素来聚讼不休。如何将两者有机地融合起来?不论是刑事古典学派(旧派)的客观主义,抑或是刑事实证学派(新派)的主观主义,都未能如愿解决。而两千多年前的中国先秦时代刑法思想中便可以寻觅到“主客观相统一”的理念,由此可见,我国古代先哲的刑事法思想具有时代的超越性,至今看来仍然闪耀着理性的光芒。

那么,在当下司法实践中,如何通过借鉴吸收墨家思想中关于主客观相统一的智慧结晶,消弭主观主义与客观主义之间的巨大鸿沟,进而实现二者的融会贯通呢?以我国刑法典为例,《刑法》第14条、第15条分别规定了故意犯罪与过失犯罪的法律内涵,第16条则将缺乏主观罪过的不可抗力与意外事件排除在犯罪圈之外,第18条明确规定了不同程度的精神病人如何承担刑事责任。《刑法》分则各罪名不论是叙明罪状抑或空白罪状,皆表明或至少暗合了行为人实施危害行为是犯罪的必备构成要件要素之一。以共同犯罪为例,倘若某行为人超出共同犯罪故意而出现同伙无法预料的实行过限,那么其他行为人对实行过限部分引起的刑事责任不予承担。又如单位犯罪问题中,被告单位的罪责应当与主要责任人以及单位内部其他人员的刑事责任区分开来,切不可混为一谈。此外,还要注重发挥这一原则在区分不同犯罪的罪质时的辨析功能,如集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪以是否具有“非法占有”之目的为界限。概言之,司法工作者应当时刻心怀正义,目光穿梭于主观罪过与客观行为之间,警惕陷入主观归罪或者客观归罪的片面泥潭。

#### (六) 不杀无辜,不失有罪:罪刑相适应之明确

除了使罪刑法定原则初具雏形外,墨家还对司法工作者提出了殷殷的劝勉——“不杀无辜,不

〔52〕 史料记载:“人有小罪,非眚,乃为终自作不典;式尔,有厥罪小,乃不可不杀。乃有大罪,非终,乃为眚灾;适尔,既道极厥晕,时乃不可杀。”参见《尚书·康诰》。

〔53〕 [法] 孟德斯鸠:《论法的精神(下卷)》,商务印书馆2012年版,第197页。

失有罪”。<sup>〔54〕</sup> 罚当其罪才能够保证“贵贤罚暴”。<sup>〔55〕</sup> 慎刑固然值得提倡，但这并不表明刑罚的功能可以被道德感化或理论说教所替代，更不能代表刑法的适用一律从轻，适度的刑事处罚才可以实现“赏人善而罚人暴，则国必治矣”。<sup>〔56〕</sup> 这种思想凸显出的价值追求是公平与正义，其背后蕴藏的理论根基实为墨家“兼相爱”之“兼”的生动呈现。

自人类诞生以来，朴素的公平观念便支配着一切人的言行。而后，犯罪现象出现在人们的视野，刑罚也因此应运而生，法学家们便思索着如何协调二者的关系。具体映射在刑法中，便是犯罪与刑罚的互相对应，刑事古典学派创始人贝卡利亚别出心裁地创立了罪刑阶梯模型，自此，罪刑相适应原则得以明确。该原则要求：“重罪当重罚，轻罪当轻罚，罪刑当相称，刑罚当其罪。”<sup>〔57〕</sup> 在贝式的影响下，边沁更是别出心裁地提出计算罪行相称的五大规则：刑罚之苦必须超越犯罪之利；刑法的确定程度与其严厉程度负相关；若两个罪行相联系，严重之罪应当被科处严厉之刑罚，从而尽量使犯罪停止于罪行较轻阶段；罪行越严重，越具备充分的理由对其实行较重之刑以实现以儆效尤；充分考虑某些个别化因素，不能对相同之罪一律不加区分而适用相同之刑罚。<sup>〔58〕</sup>

在启蒙思想家的大力宣扬下，该原则被进一步提倡并继承。正如孟德斯鸠言，“刑罚应有之尺度，依照所犯罪行大小，规定相应轻重的惩罚”。<sup>〔59〕</sup> 贝卡利亚的论述则更为深刻，“犯罪行为对公共法益的危害愈大，促使实施犯罪的力量亦会愈强，与之相应，制止犯罪的方法或手段就应该愈加有力”。<sup>〔60〕</sup> 同时，不均衡的刑罚“所要求的并不是某一犯罪行为和对这种犯罪的惩罚两者之间呈现完美的一一对应之关系，而是对不同犯罪的惩罚须在罪与罚的标度或标准上大体相当于相应犯罪的严重性”。<sup>〔61〕</sup> 值得指出的是，尔后西方刑法学理论中尽管出现了刑罚个别化原则，譬如保安处分、缓刑、减刑与假释，但这与罪刑相适应并无抵牾之处，反而是对前者的有机补充。

由上可见，墨家所主张的“不杀不辜，不失有罪”与西方刑事法领域中的“罪刑相适应”在思想上存在着高度相似相通之处，墨家法律思想的价值由此可窥得一二。

#### （七）不党父兄，不偏富贵：人人平等原则之提倡

与上文所论述的正义一样，平等也是人类素来孜孜不倦以追求的普世价值目标，自陈涉在垄亩之上振臂高呼出“王侯将相宁有种乎”这石破天惊的呐喊后，人类对平等的期待与实际上并不平等的阶级社会相伴相随，贯穿整个中国封建社会的始终。

现代意义上的平等思想发轫于欧洲思想启蒙时代，从洛克的“人类天生都是自由、平等和独立的”，<sup>〔62〕</sup>到卢梭的“任何个人都生而自由平等”，<sup>〔63〕</sup>人道主义的光辉在法学家精深的思想中炫丽闪烁着。从1776年美国的《独立宣言》到1789年法国的《人权宣言》，一部又一部的宪法性文件相继问世，“平等”被各国视为“不可剥夺之人权”，发展为各国宪政原则的重要组成部分，并进而升华为国际人权公约体系中的核心部分。

〔54〕 《墨子·尚同中》。

〔55〕 《墨子·兼爱下》。

〔56〕 《墨子·尚同中》。

〔57〕 赵秉志：《刑法总论》，中国人民大学出版社2016年版，第45页。

〔58〕 参见〔英〕边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆2012年版，第68~70页。

〔59〕 〔法〕孟德斯鸠：《波斯人信札》，人民文学出版社1958年版，第141页。

〔60〕 〔意〕切萨雷·贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第11页。

〔61〕 〔英〕哈特：《惩罚与责任》，王勇等译，华夏出版社1989年版，第155页。

〔62〕 〔英〕洛克：《政府论》（下篇），商务印书馆1980年版，第59页。

〔63〕 〔法〕卢梭：《社会契约论》，商务印书馆1980年版，第9页。

与儒家的“刑不上大夫”思想不同,墨家对平等的坚守让人印象深刻,甚至演绎出大义灭亲的佳话。墨家的另一位代表人物巨子秉公执法,铁面无私,他唯一的儿子在秦国杀人,秦惠王主张放其一条生路,但巨子为了维护法律的权威,“王虽为之赐,而令吏弗诛,腹子不可不行墨者之法”,毅然决然地下令处死儿子,而为后世所交相称赞。

值得指出的是,墨家所主张的“不党父兄,不偏富贵”对法家的“法不阿贵”思想产生了深刻的影响。商鞅素来提倡“壹刑”,恪守法律适用的平等,用法必专,绝不可因为私议就动摇立场。在文化交流频繁的春秋战国时代,墨者身体力行地践行并传播着墨家的思想,墨者入秦后,“尚同”思想得到秦献公的极大认同。<sup>〔64〕</sup>毫不夸张地说,墨、法两家在平等观上确实在超越儒家刑分等级上有着某种高度的默契与传承。

按照墨家关于“不党父兄,不偏富贵”的表述,法律——尤其是关涉着自由与生命的刑事法律更应当严格恪守这一准则。“天下无大小国,皆天之邑也,人无幼长贱贵,皆天之臣也”,<sup>〔65〕</sup>这对儒家竭力鼓吹的“亲亲、尊尊、君君、臣臣”的礼治思想无疑是翻天覆地式的冲击,但正是这种思想的交锋与碰撞,馥郁了百花齐放的文化盛世。具体而言,在立法层面要做到“爱无差等”,使刑法能够保障每一位公民——包括犯罪人的法益;在司法层面,要做到一视同仁,上至大夫,下达庶人,只要侵犯法律的权威,就应当受到公正的惩处;在执行层面,不能因为犯罪者曾经的特殊身份或者功绩就随意给予宽宥的处罚甚至放弃处罚。

#### (八) 杀盗非杀人:自助行为正当化之萌芽

在今天看来,倘若对“杀盗非杀人”做单纯的文义解释,解释结论无疑违反刑法面前人人平等之原则。其实,这种解读方式已经陷入“以今律古”之泥潭。遗憾的是,这在法律思想史研究中似乎不是个例——譬如人们运用阶级划分法,常把墨家学派纳入“小生产者”的范畴,再充满偏见地贴以“落后”的标签,以此来达致某种论证目的——这着实是一种求全责备。在笔者看来,“杀盗非杀人”这一阐述在某种程度上可以觅得现代法治制度与思想的踪影。

首先,针对荀子“惑于用名以乱名者也”的指摘,笔者为墨子做出辩护。从逻辑学的角度层面而言,“盗”是此命题的种概念,而“人”便是将其涵摄的属概念。“人”的集合无外乎“盗”与“非盗”。如若只是望文生义,很容易滑向这样一种误区:墨家把“盗”从“人”的集合中剥离出来,并使两者成为平行的并列关系。但如果坚持恪守两者的种属关系而进行深入剖解的话,“杀盗非杀人”这一命题之中的“人”乃“非盗之人”,亦即——“杀盗人,非杀非盗之人”。如此看来,这个命题合情合理,并非诡辩。值得特别强调的是,笔者之所以做出这种解释,完全基于墨子的“以兼易别”——这一逻辑指引贯穿于整个墨家思想体系的始终——在属概念的集合里,特别注重对于概念冲突时的调和。笔者相信,尽管墨家学派在名辩的领域卓有建树,但放眼《墨经》,墨家素来以悲天悯人为基调,以兼爱非攻为圭臬,以兼济天下为情怀,而不是把逻辑起势作为论证义务。

其次,跳出单纯的逻辑圈,我们不妨进行一番价值判断。众所周知,在遍布生存危机的远古时期,既没有完全自给自足的能力,又缺乏平等交换的权利意识,因而以掠夺资源为目标的冲突与战乱不可避免。此后,财产私有制度便使得你争我夺的情况变得愈加频繁。这使得“御寇”成为通行公认的防卫方式。“国家”这一实体初具雏形后,同态复仇与私刑色彩便被国家法所认可。譬如,《周礼·秋官》明确宣布了“反盗贼军乡邑及家人,杀之无罪”。“父之仇也,弗与共戴天,兄弟之仇,不反兵,交游之仇,不同国”的原则在《礼记》中得以进一步深化,私人救济制度下的血亲复仇观念

〔64〕 郑杰文:《中国墨学通史》,人民出版社2006年版,第69页。

〔65〕 《墨子·法仪》。

被赋予合法性。把视角投向西方,社会契约理论下的国家构建决定了私刑需要被收敛与克制,因为“过度的私人之间的惩罚导致的结果必然是同态复仇的死灰复燃,进而引发豪强利用优势地位与资源,藉此公然横行霸道,鱼肉人民”。〔66〕

发展迄今,为了弥补特殊状况下国家公权救济不可避免的滞后性,各国普遍把正当防卫、紧急避险等自助行为当作正当化事由,以此来阻却违法。可以说,现代意义上的违法阻却事由正是公力救济与私人惩罚妥协中和的产物。在这个意义上,蕴含着私力救济价值的“杀盗非杀人”不失为对当时社会运作中公力救济不足的一种及时补充。尽管在今天看来确实存在一定的不合理之处,但如前所述,“以今律古”是对古代法律制度的过分苛责,在私力救济还未融入官方惩罚机制的彼时,“杀盗非杀人”确实在某种程度上反映了墨家超前的社会治理视野。

然而,毫不讳言地说,正当防卫、紧急避险等自助行为在我国当代法治进程中常常处于尴尬的困境。近年来的司法实践中,“小偷入户盗窃滑倒摔伤,户主被判承担民事赔偿责任”,“刘某追捕盗贼,盗贼不慎落入水塘淹死,刘某被控过失致人死亡罪”〔67〕等事件屡见报端。或许是对国家刑罚权的过度依赖而使民间私立救助的合法空间被大大挤压,正当行为阻却刑事违法性的机能被逐渐侵蚀,刑法的法益保护功能得以强调但人权保障功能却被搁置偏废,司法实务者对正当防卫等行为的认定过于小心翼翼。笔者认为,如前所述,“杀盗非杀人”的正确解读应当是“不能将杀死盗贼与杀死无辜者同罪同罚”,其根基蕴含的自主行为正当化原理在今天应当被格外提倡。

### 三、沉与浮：墨家刑事法思想式微与启蒙主义思想兴盛之原因对勘

#### (一) 墨家刑事法思想没落原因述略

长期以来,学界在论及墨家思想衰落的原因时,往往以教科书式的“过于理想化,小生产者阶级的软弱妥协”为结论〔68〕一笔带过而缺乏论证。即使是胡适等国学大师,也仅将墨家尘埋的原因归咎于三点:儒家的反对;民本学说招致统治者不满;墨家后世传人太过于“精妙”的诡辩,〔69〕而尚未在逻辑与实体内容上展开精细的说理。

首先,就社会结构而言,彼时中国的文化土壤尚无能使墨家思想深入扎根并持续繁荣的容身之地。正如费孝通先生在《乡土中国》中对传统社会演变进程的真知灼见,乡土社会的逻辑起点是以每一个“自己”为核而刻下的圆心,就像把小石头掷入水里,由此衍生出一轮又一轮的圈状波纹,随着水圈的延扩而愈加稀薄,最终呈现一种差序格局。〔70〕在那一系列同心圆中,人与人之间就此形成了或大或小的鸿沟——亲疏贵贱。素来主张长幼有序、君臣有别的儒家思想更能迎合当权者的胃口,“兼相爱”的呼吁自然会被历代统治阶级轻视甚至打压。具体到刑事法领域,将法律作为阶级统治工具的法家思想自然会受到强烈推崇,“以德配天”的儒家思想恰好能为专断的统治者披

〔66〕 桑东辉:《“杀盗非杀人”命题的法文化诠释》,载《哈尔滨学院学报》2008年第2期,第52页。

〔67〕 参见李吉华等:《为抓小偷男子拼命追捕 却致小偷跳河不幸淹死》,载中国江苏网(<http://jsnews2.jschina.com.cn/system/2013/01/16/015958508.shtml>),最后访问时间2017-10-02)。

〔68〕 更遗憾的是,许多关于墨学中衰原因的论述甚至并未碰触问题的核心,譬如,孙贻让认为,“犷秦隐儒,墨学亦微,至西汉儒复兴而墨学绝”,他主张用儒家的“仁”来解读墨家的“兼爱”,甚至认为二者没有任何区别。在其观点中,墨家已经融为与其别无二致的儒家之主流。

〔69〕 参见蔡尚思主编:《十家论墨》,上海人民出版社2004年版,第174页。

〔70〕 参见费孝通:《乡土中国》,上海人民出版社2006年版。

上美化皇权的外衣,而真正蕴含民本、自由思想,甚至大胆提出“君,臣民通约也”<sup>〔71〕</sup>的墨家刑事法主张便只能在狭小的夹缝中勉强维持奄奄之息。

其次,墨家在理论自我更新、承继与完善方面付之阙如,进而陷入了固步自封的泥潭。以儒家为例,从先秦到两汉的过渡期,经荀子等继承者的起承转合,儒家思想经历了从子学至经学的嬗变。尤其是集百家之大成者董仲舒,为儒学之宗注入以法、阴阳等诸子学说的新鲜血液,进而使得儒家思想博采众长,始终保持着鲜活的生命力。而墨家的视野则不够开阔,曾经“徒属弥众,弟子弥丰,充满天下”<sup>〔72〕</sup>的支配地位让墨家有些自大而不屑甚至排斥其他学说。另外,“墨子服役者百八十人,皆可使赴火蹈刃,死不旋踵”,<sup>〔73〕</sup>动辄集体以身殉国的墨家子弟事迹<sup>〔74〕</sup>固然是人们口耳相传的关于舍生取义的佳话,但这也直接导致墨家的后继无人,试想,倘若没有继承者举起墨家大旗,又如何使墨家思想薪火相传?皮之不存,毛将焉附,墨家思想的刑事法价值观自然不会被时代所采纳。

最后,在严格强调“兵伐自天子出”的专制君主治下,一个内部有着严明纪律的世俗化军事组织势必引起中央统治者的猜忌与警惕。墨家组织森严且稳固,“以巨子为圣人,皆愿为之尸,翼得为其后世”,<sup>〔75〕</sup>固然可以由此钦佩巨子的人格魅力,但长此以往,效忠于巨子而无视国君的民间组织自然会使统治者顿感颜面尽失。此外,墨家内部还有着具备强大约束力的法律,甚至无视帝王之赦令而对巨子的亲生儿子执行死刑。这种游离于统治秩序之外的“法外之法”自然会使君主十分忌惮。易言之,在墨家的刑事法思想中,如今看来熠熠生辉的平淡、正义等理念在当时并不受宠,反而因为与封建法制相悖而遭受弃用。

总之,墨家的刑事法思想始终缺乏能与其相匹配的经济、政治等基础,在两汉之经学、魏晋之玄学、隋唐之佛学、宋明之理学的思想洪流中逐渐沉入河床,从“显学”一落千丈为“绝学”。

## (二) 启蒙主义刑事法思想昌盛原因述略

与墨家最为不同的是,启蒙主义刑法思想诞生在工业革命的温床之上,无论是经济条件,抑或是民众舆论,都具备了接受民主自由思想的成熟条件。

就18世纪欧洲大陆尤其是法国的社会背景而言,尽管封建君主专制国家和天主教会一度钳制着民众的思想,但文艺复兴的推波助澜使得自然科学取得长足发展,日心说等自然规律被科学家们揭示并传播,天主教会在时下的许多故弄玄虚的统治权自我论证不攻自破。于是,逐渐摆脱愚昧的人们开始觉醒,他们勇敢地擎起“人权”之大旗,一道道理性的闪电在黑暗的夜空中呼啸而来,向专制统治发起了一场轰轰烈烈的思想解放的猛攻。

随后,启蒙思想家接过旗帜,竭力倡导构建“理性”的社会,用“天赋人权”对抗“君权神授”,用“社会契约”抨击专制暴政,用信仰自由攻陷思想压迫。接着,饱含自由、人权等普世价值与罪刑法定、罪刑适应等制度设计的刑事法思想喷薄而出。

这些闪耀着智慧与理性光芒的深邃思想像万束光芒般直射在中世纪欧洲上空,驱散了专制主义与宗教神学的阴霾,并泽被至亚欧大陆乃至整个人类社会。

〔71〕 《墨子·经上》。

〔72〕 《吕氏春秋·尊师》。

〔73〕 《淮南子·泰族训》。

〔74〕 孟胜作为墨家之“巨子”,承诺助阳城君守城,阳城君身陷楚国政变,孟胜坚持死守,弟子徐弱则建议撤退,保存实力,以免“绝墨者于世”。孟胜大义凛然地说,今天墨者若不死,则违背墨者之义,我的人虽然活了,墨者之义却死了;而我今天选择死守,我人虽然死了,墨者之义还会继续活下去。而后自尽。数以千计的其他墨者听说巨子殉国的消息后,集体殉难,慷慨就义。

〔75〕 《庄子·天下》。

于是，从霍布斯的“利维坦”到贝卡利亚的“论犯罪与刑罚”，从洛克的“政府论”到卢梭的“社会契约论”，从孟德斯鸠的“论法的精神”到狄德罗的“百科全书”，启蒙主义的刑事法思想就此潜移默化地持续影响着现代刑法学，“润物细无声”。

#### 四、结 语

墨家学派在先秦时期素有“天下之言，不归杨则归墨”的支配地位，一度占据着彼时思想王国的半壁江山。尔后之所以日渐式微，其实是儒法合流的必然结果，儒家渲染仁义道德，法家讲究阴谋、阳谋与控制术，这些都与墨家的“兼爱”思想大相径庭，因此决定了封建统治者绝不会将墨家法律思想作为施政的理念与工具。但是，正是由于墨家思想在当时颇为“异端”，才能从侧面映衬出墨学在罪刑法定、人人平等、罪刑适应等理念上的登高望远，而这一切都在本文中以西方刑事法思想为坐标系而展开了论证。

在法学界，曾经存在一种普遍的误解：幅员辽阔的华夏大地上从来没有诞生过启蒙主义思潮，因而中国古、近代史的发展长轴上缺乏民主、自由等法治思想的点缀。笔者认为，对待文化传统，既不可夜郎自大而以“天朝上国”自居，亦不能妄自菲薄而缺乏文化自信。

事实上，墨子曾被高度评价为中国的“赫拉克利特”，<sup>〔76〕</sup>著名历史学家汤因比更是如此肯定墨家思想的现代价值：“把普遍的爱作为义务的墨子学说，对现代世界来说，更是恰当的主张，因为现代世界在技术上已经统一，但在感情方面还没有统一起来。”<sup>〔77〕</sup>秦汉更替之交，墨家倏忽陨落，门下学派几经肢解分离，并最终在历史舞台上黯然失色，以至于《墨子》一书几度散失，至今仍有多篇佚失。随着历史的发展，儒家如日中天，道家后来居上，“儒道互补”构成中华文化的基本结构，法家“以法治国”更是成为历代统治者的驭民思想核心，中华文化之河的主航道上却再无墨家的风帆。墨家倡导兼爱，奈何生于一个弱肉强食的版图吞并时代。墨家畅谈科学，奈何君王宁可追求虚无缥缈的龟甲蓍草。墨家力主“节葬”与“节用”，但这与贵族阶层搜刮民膏以厚葬的奢靡之风格不入。墨家推崇科学，可是在王侯将相的纸上谈兵中，这些不过是“匠人之作，奇技淫巧”罢了。

近代中国的命途筭路蓝缕，在帝国列强的铁蹄蹂躏下满目疮痍。情系社稷的文人，譬如梁启超，胸怀巨大的爱国热情，博览文献，研精覃思，期冀找出能与儒家分庭抗礼的学术标杆，以此“中体西用”，贯通西方之民主自由与彼时中国之间的鸿沟。“墨学可以起中国只衰者”，<sup>〔78〕</sup>“观墨学实行之大纲，其最要者莫如轻生死，次则隐忍苦痛。欲救今日之中国，舍墨学之忍苦痛则何以哉”。<sup>〔79〕</sup>屈辱的近代史已然翻页，但对墨家思想的探析不可以停下步伐，如前文所述，墨家思想的发掘在当今仍然具有重要价值，除了对刑事法理念的确立有着先进的阐述外，“兼爱非攻”之提倡更成为当今国际法上各国和平相处的思想渊源。

总而言之，墨家刑事法思想绝不当在历史的滚滚红尘中销声匿迹湮没无闻，相反，其饱含道义与大爱的经世济民的思想精髓在法治中国的语境下必须被重视，是谓“法安天下，德润人心”。

（责任编辑：赖骏楠）

〔76〕 参见1939年2月1日毛泽东关于《墨子哲学思想》一文的信。

〔77〕 《展望二十一世纪——汤因比与池田大作对话录》，中译本，国际文化出版公司1985年版，第425页。

〔78〕 梁启超：《子墨子学说》，载严灵峰编：《无求备斋墨子集成》，18册，台湾成文出版社1975年版，第42页。

〔79〕 前注〔78〕，梁启超书，第48页。