

中国文库

· 哲学社会科学类 ·

刑法哲学

(下)

陈兴良 著



中国政法大学出版社

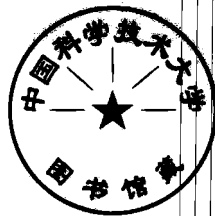
中国文库

哲学社会科学类

刑法哲学

(下)

陈兴良 著



中国政法大学出版社

中国文库·哲学社会科学类

(已出图书)

【第一辑】

- 马克思主义哲学纲要 韩树英主编 人民出版社
中国哲学史新编 冯友兰著 人民出版社
中国哲学史大纲(卷上) 胡适著 东方出版社
科学与哲学 张东荪著 商务印书馆
知识论 金岳霖著 商务印书馆
法相唯识学 太虚著 商务印书馆
大众哲学 艾思奇著 人民出版社
中国伦理学史 蔡元培著 商务印书馆
中国近三百年学术史 梁启超著 东方出版社
西方美学史 朱光潜著 人民文学出版社
通货新论 马寅初著 商务印书馆
资本主义的起源 厉以宁著 商务印书馆
改革：我们正在过大关 吴敬琏著 ··· 生活·读书·新知三联书店
发展的道理 樊纲著 生活·读书·新知三联书店
价值体系的历史选择 李从军著 人民出版社
汉语史稿 王力著 中华书局
音韵丛稿 何九盈著 商务印书馆
中国修辞学史 周振甫著 商务印书馆
中国翻译简史(五四以前部分) 马祖毅著 ··· 中国对外翻译出版公司

【第二辑】

- 马克思主义哲学史(修订本) 黄楠森等主编 北京出版社
文化与人生 贺麟著 商务印书馆
东西文化及其哲学 梁漱溟著 商务印书馆
中国哲学史方法论发凡 张岱年著 中华书局
两汉经学今古文平议 钱穆著 商务印书馆
汉代学术史略 顾颉刚著 东方出版社

- 形式逻辑 金岳霖主编 人民出版社
- 论逻辑经验主义 洪 谦著 商务印书馆
- 德国古典美学 蒋孔阳著 商务印书馆
- 美学概论 王朝闻主编 人民出版社
- 中国佛教哲学要义 方立天著 中国人民大学出版社
- 基督教哲学 1500 年 赵敦华著 人民出版社
- 海德格尔哲学概论 陈嘉映著 生活·读书·新知三联书店
- 现象学及其效应——胡塞尔与当代德国哲学
倪梁康著 生活·读书·新知三联书店
- 中国学术思想史随笔 曹聚仁著 生活·读书·新知三联书店
- 财政学与中国财政——理论与现实 马寅初著 商务印书馆
- 江村经济——中国农民的生活 费孝通著 商务印书馆
- 中国官僚政治研究 王亚南著 中国社会科学出版社
- 中国资本主义发展史 许涤新 吴承明主编 人民出版社
- 用辩证的眼光看市场经济 董辅初著 生活·读书·新知三联书店
- 微观经济学纵横谈 梁小民著 生活·读书·新知三联书店
- 刑法学原理 高铭暄等主编 中国人民大学出版社
- 物权法研究 王利明著 中国人民大学出版社
- 汉语语法史 王 力著 商务印书馆
- 语法修辞讲话 吕叔湘 朱德熙著 辽宁教育出版社
- 汉语现象论丛 启 功著 中华书局
- 外国教育史(修订本) 王天一等编著 北京师范大学出版社
- 启功讲学录 启 功著 北京师范大学出版社
- 英语史 李赋宁著 商务印书馆
- 当代翻译理论 刘宓庆著 中国对外翻译出版公司

【第三辑】

- 毛泽东的五篇哲学著作 毛泽东著 人民出版社
- 胡适选集 胡 适著 吉林人民出版社
- 论 道 金岳霖著 中国人民大学出版社
- 中国政治史 周谷城著 中华书局
- 中国近百年政治史(1840~1926) 李剑农著 复旦大学出版社
- 中国文化史 柳诒徵著 东方出版中心

- 生育制度 费孝通著 商务印书馆
- 中国文化与中国的兵 雷海宗著 商务印书馆
- 中国法律与中国社会 瞿同祖著 中华书局
- 20世纪西方哲学东渐史 汤一介主编 首都师范大学出版社
- 老庄新论 陈鼓应著 商务印书馆
- 通俗哲学 韩树英主编 中国青年出版社
- 晚清政治思想史论 王尔敏著 广西师范大学出版社
- 中国传统政治哲学 周桂钿主编 河北人民出版社
- 哲学通论 孙正聿著 复旦大学出版社
- 简帛古书与学术源流 李零著 生活·读书·新知三联书店
- 中国反贪史 王春瑜主编 四川人民出版社
- 中国现代化历程 虞和平主编 江苏人民出版社
- 竞争法论 徐士英著 世界图书出版公司
- 金翼 林耀华著 生活·读书·新知三联书店
- 马氏文通 马建忠著 商务印书馆
- 乾嘉学派研究 陈祖武 朱彤窗著 河北人民出版社
- 科学翻译学 黄忠廉 李亚舒著 中国对外翻译出版公司
- 禅宗思想渊源 吴言生著 中华书局
- 丝绸之路宗教研究 李进新著 新疆人民出版社

第二编

刑罚本体论

第十一章 道义报应

报应之刑首先表现为道义报应，道义报应使刑罚奠基于对犯罪人的否定的道义（伦理）评价之上，从而使刑罚具有合理性。

第一节 道义报应的概念

道义报应，是指根据犯罪人的主观恶性程度实行报应。根据道义报应的观点，对犯罪人发动刑罚，应以其道德罪过为基础，使刑罚与道德充分保持一致。

一、康德之道义报应主义

康德是道义报应主义的始祖。因此，讨论道义报应不能不论及康德的思想。康德认为，人的行为是道德研究的对象，而人的行为有意志过程和效应过程。意志是人的实践理性，意志过程是决定做出某一行为的动机过程，凭这一过程的机制，建立行为的准则，并使之符合一定的普遍规律。行为的效应过程，是行为产生结果和起作用的过程。康德认为，惟一有道德意义的，是行为的动机过程。只有动机才是评判行为的依据。行为的效应过程，已经进入了自然因果律决定的范围，至少从三个方面看，行为结果是不确定的，不能作为评判依据：（1）行为结果建立在主观感性感知的范围内。（2）这些结果的产生，受自然因果律决定，与选择无关。（3）它们只相对于人的感性才能发生有益或有害的作用。可见，行为的效应过程，没有普遍必然的

性质。惟一能接受评价的，只有行为的动机方面。^{〔1〕}在这个意义上说，康德是一个动机论者。根据康德的伦理原则，人本来就具有一种内在的指挥力量，它决定着他自己的实际行为，并使之具有道德性质。人违反绝对命令而犯罪，就应当受到道义上的非难与谴责。刑罚本身蕴含着正义、均衡的道德本质，含有等量报复的报应刑的意义。对犯罪人发动刑罚，应以其道德罪过为基准。犯罪人所应受的刑罚的形式，取决于犯罪人所实施的犯罪形式，刑罚应与犯罪在量和形式上相均衡。

应该说，康德的道义报应主义较之神意报应主义有所进步。但是，康德的道义报应主义把犯罪的主观恶性绝对化，夸大刑罚的道德意义，大有可责难之处。

（一）道德并非是社会生活的惟一准则

在社会生活中，道德规范固然具有重大意义，它对于法律规范，包括刑法规范也具有重要的制约性。但是，犯罪与刑罚作为刑法现象，主要应当遵循法律规范的评价，尽管也不能忽视道德的评价。但是，康德却过分地强调道德评价，忽视了法律评价的重要性。康德甚至于还把道德对社会生活的作用强调到不恰当的程度，似乎不是道德为社会生活而存在，而是社会生活为道德而存在，这种道德至上论，完全是本末倒置。正如我国学者指出：道德固然是一种很重要的社会生活准则，但是，作为社会主体的人并不只是为道德而生存。相反，道德本身只不过是维护社会生活的一种手段。因此，尽管刑罚不可能离开人们的道德评价标准而存在，但从道德而不从社会生活的需要来解释刑罚，显然是把道德这一社会生活准则凌驾于社会生活本体之上，自然难以为人所接受。^{〔2〕}因此，康德的道义报应主义将道德夸大为行为评价的惟一准则的观点是难以成立的，应予否定。

〔1〕 参见周辅成主编：《西方著名伦理学家评传》，上海人民出版社1987年版，第464页。

〔2〕 参见邱兴隆、许章润：《刑罚学》，群众出版社1988年版，第33页。

(二) 道德罪过并非是犯罪的惟一本质

犯罪与道德罪过有一定关联,即使是在犯罪中,这种关联也并非总是一样的。刑法中就有自然犯与法定犯之分,自然犯大多是与道德罪过有着密切联系的犯罪,而法定犯却与道德罪过无甚大关系。因此,仅仅以道德罪过为标准,并不能十分准确地揭示犯罪的本质,因而难以为刑罚提供科学的依据。同时,过分强调道德罪过,忽视客观行为在犯罪中的意义,会导致追究人的思想动机,这种现象历来存在。而且,以道德罪过作为犯罪的惟一本质,那么,什么行为应该规定为犯罪,就应当完全以有无道德罪过为转移。但这并不符合刑法规范的实际情况。正如我国学者指出:有些行为,道德罪过轻微甚至谈不上道德罪过,被明文规定为应受刑罚惩罚的犯罪,如:违章停车。而另一些令人发指、道德罪过严重的行为却反而不受刑罚制裁,如:血亲通奸。同样,在特定情况下,亲朋好友间的背信弃义、过河拆桥的行为的道德罪过比较轻微的偷盗有过之而无不及,但前者未被纳入刑法的视野,后者却一直构成刑罚的常务对象。^[1]

(三) 道义报应并非是刑罚的惟一根据

刑罚是一种复杂的社会与法律的现象,其根据是多元的,而并非是单一的。康德的道义报应主义将道义报应视为刑罚的惟一根据,是将刑罚这种复杂的现象简单化,并不符合刑罚的本质。而且,即使是在康德的道义报应主义的理论中,也存在自相矛盾:既然刑罚以道义报应为根据,刑罚的轻重便应以社会对犯罪的道德评价为转移,即是说,罪过严重者应受重刑。道德罪过轻者只应受轻刑。如:同是杀人,出于激愤而杀人者的道德罪过显然轻于图财害命者,前者应受的惩罚当然应轻于后者。然而,康德却主张刑罚的形式与犯罪的形式相同,这实际上是对犯罪人的道德罪过的无视。故此,康德的道义报应论难以自圆其说。^[2]因此,只有把道义根据与刑罚的其他根据有

[1] 参见邱兴隆、许章润:《刑罚学》,群众出版社1988年版,第33页。

[2] 参见邱兴隆、许章润:《刑罚学》,群众出版社1988年版,第34页。

机地结合起来，才能科学地揭示刑罚的根据。

二、道义报应之科学立论

我们虽然对康德的道义报应主义持否定的态度，但决不能由此而否认道义报应本身。应该说，道义报应这个概念，在一定程度上揭示了刑罚的真谛，应予肯定。当然，需要对道义报应作出科学的界定。

道义报应的本质是将刑罚奠基于主观恶性，它作为对已然之罪的一种回顾，着眼于犯罪人的主观恶性，予以否定的伦理评价。道义报应揭示了刑罚的伦理意义，因而是刑罚的题中应有之义。日本著名刑法学家小野清一郎指出：伦理规范是国家法律的根底。所谓法，实际上就是由国家认可、限定、组织和形成的伦理。法的实质是伦理，不，法本身就是伦理。法属于人伦的、伦理世界中的一种规范秩序，是被政治和权力所保障的秩序。凡是伦理秩序都是扎根于人类存在的基础的，特别是法秩序，更是和人类存在中的现实利益相结合的。^{〔1〕}基于对法与伦理关系的这样一种认识，小野清一郎明确地指出了刑法的伦理性，认为应当把刑法当做在根本上是以伦理的，亦即人伦关系中的实践的道理或条理为根基的东西。^{〔2〕}由此出发，小野清一郎论述了道义责任的内容，指出：所谓道义责任，是指基于“对那种行为人理应知道不该去做而事实上他却做了的违法行为要进行非难”这一点而确定的责任。刑法上的责任，就是基于这样道义非难的责任。因此，可以说它是以道义责任为核心的。然而，道义责任具有方向和程度的区别。故意犯和过失犯，就是构成要件方面所给予的区别。故意和过失，原本属于伦理的、道义的价值判断，最终要依靠对具体事实的观念的制约。^{〔3〕}我认为，小野清一郎的这些论述使道义报应的意

〔1〕 参见〔日〕小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社1991年版，第17—47页。

〔2〕 参见〔日〕小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社1991年版，第46页。

〔3〕 参见〔日〕小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社1991年版，第25页。

蕴昭然若揭，值得高度重视。

三、道义报应的形式

道义报应只有通过刑罚适用才能实现。因此，道义报应蕴含在各种具体的刑罚方法之中，下面分别加以说明：

(一) 道义报应与生命刑

生命刑是极刑，也是道义报应的最高形式。在生命刑的适用中，无疑应当考虑道义报应的因素。但在我国刑法学界，对此的理解并非完全一致。例如，我国1979年刑法第43条明确规定：“死刑只适用于罪大恶极的犯罪分子”。那么，如何理解这里所谓“罪大恶极”呢？一种观点认为，在我国的法律上，凡是涉及可以判处死刑的条文，都是明文规定，判处死刑的，必须是“情节特别严重”，或者“对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的”，或者“致人重伤、死亡”，或者“致使公私财产遭受重大损失”等等。^{〔1〕}因此，所谓“罪大恶极”，一般是指对国家和人民利益危害特别严重和情节特别恶劣的犯罪。^{〔2〕}显然，这种观点强调的是犯罪的客观危害。另一种观点认为，“罪大恶极”一方面指犯罪人主观恶性很深，不能改造或基本不能改造；另一方面，是指犯罪人的犯罪活动给国家、社会和人民造成极严重的损害，只有一方面，不能认为是罪大恶极，不能适用死刑。^{〔3〕}无疑，这种观点是从主观与客观相统一的意义上理解“罪大恶极”这一规定的，要求被告入主观恶性很深，才能适用死刑。我同意后一种观点，这种观点把道义报应的因素考虑到生命刑的适用条件中去，较为符合立法原意。因此，主观恶性是否很深，应当成为死刑适用的参考因素之一。道义报应在死缓适用中也有重要意义，死缓适用的前提虽然也是“罪大恶极”，但根据法律规定，如果不是必须立即执行

〔1〕 参见王作富：《中国刑法研究》，中国人民大学出版社1988年版，第300页。

〔2〕 参见林准主编：《中国刑法教程》，人民法院出版社1989年版，第157页。

〔3〕 参见杨春洗、陈广君：“死刑论”，载《刑法学专论》，北京大学出版社1989年版，第348页。

的，可以判处死缓。这里所谓“不是必须立即执行”，也应当考虑主观恶性程度。因此，以下两种人从道义报应的角度考虑可以判处死缓：（1）平时表现较好，犯罪动机不十分恶劣，因偶然原因犯了特别严重的罪，可以考虑适用死缓。因为这种人较容易改造。（2）被害人有一定过错，责任不全在被告人的，这也是情有可原的，可以考虑适用死缓。^{〔1〕}现在，1997年修订的刑法中，虽然将“罪大恶极”改为“罪行极其严重”。但在理解上，并无实质的变化。总之，在死刑（包括死缓）的适用中，应当考虑道义报应。

（二）道义报应与自由刑

自由刑作为以剥夺自由为内容的刑罚，与道义报应也有密切联系。例如，道义报应导致刑罚措施（主要是指自由刑）的多阶原则（*prinzip der Mehrstufigkeit der Massnahmen*）。根据这一原则，把自由刑分成“重惩役”、“轻惩役”与“拘禁”等。^{〔2〕}根据米特麦耶的观点，德国刑法中的重惩役是与无耻性相联结的，是一种无耻刑。^{〔3〕}日本刑法则把犯罪区分为破坏廉耻罪和非破坏廉耻罪，分别适用禁锢刑与徒刑刑。^{〔4〕}显然，道义报应是自由刑多阶化的重要因素之一。虽然当前世界上存在自由刑单一化的运动，赞同者众，但阻力也很大，在日本对自由刑的单一化持反对论的人就很多。^{〔5〕}这里不能不考虑到道义报应的合理要求在起作用，当然也有不少国家实行了自由刑的单一化，例如荷兰从1881年以来就已经实现了自由刑的单一化。但是，即使是实现了自由刑的单一化，也并不意味着对道义报应的无

〔1〕 参见陈广君：“我国刑法中死刑的初步探讨”，载《全国刑法硕士论文荟萃（1981届—1988届）》，中国人民公安大学出版社1989年版，第452页。

〔2〕 参见林山田：《刑罚学》，台北商务印书馆1983年第2版，第51页。

〔3〕 参禁〔日〕木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣等译，上海翻译出版公司1991年版，第425页。

〔4〕 参见〔日〕福田平、大塚仁：《日本刑法总论讲义》，李乔等译，辽宁人民出版社1986年版，第215页。

〔5〕 参见〔日〕福田平、大塚仁：《日本刑法总论讲义》，李乔等译，辽宁人民出版社1986年版，第215页。

视。正如日本刑法学家指出：在性质上对于社会的、政治的犯人之类的有信仰的犯人，不可忽视在行刑时要特别予以考虑。^{〔1〕}我国刑法将自由刑分为无期徒刑、有期徒刑与拘役，也不能说没有道义报应的因素在起作用。

道义报应不仅体现在自由刑的设立上，而且表现在自由刑的执行上。例如独居制，就有道义报应的意蕴。日本犯罪学家菊田幸一就指出：与其说昼夜独居拘禁是刑事政策上的需要，倒不如说是为了使被收容者能够有所忏悔和促使他们在思想上有所改正，以便从心理上施加压力而实行的制度。^{〔2〕}因此，独居制的初衷是为犯罪人对自己所犯罪行为进行忏悔创造条件。当然，由于独居制具有折磨人的性质，受到一些人的抨击。但现在仍有不少国家的行刑法规定，在新入狱的一定时间得实行独居制。

（三）道义报应与财产刑

财产刑主要适用于财产性犯罪以及轻微的故意犯罪与过失犯罪，从历史渊源上来看，与道义报应没有很大的关系。当然，在我国现行刑法中，财产刑的适用也不能不考虑主观恶性的因素。对于那些屡教不改，一贯从事财产性犯罪的人应当剥夺其一定数量的财产。外国就有这样的立法例，例如《苏俄刑法典》第30条第2款规定：“罚金的数额，当根据所犯罪行的轻重程度，并考虑犯罪人的财产状况，在30卢布以上50卢布以下的范围内判处。对于贪利的犯罪，应在1000卢布以下的范围内判处。”由此可见，对贪利的犯罪判处的罚金，高于非贪利的犯罪，这就是在财产刑中考虑道义报应的因素。

（四）道义报应与资格刑

资格刑是从名誉刑演变而来的，而名誉刑往往适用于那些所谓破廉耻的犯罪，因而具有较为浓厚的道义报应的意味。当然，在古代刑

〔1〕 参见〔日〕木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣等译，上海翻译出版公司1991年版，第426页。

〔2〕 参见〔日〕菊田幸一：《犯罪学》，海沫等译，群众出版社1989年版，第468页。

法中，资格刑的主旨在于毁损犯罪人的名誉，给其以精神上的折磨。这种资格刑在我们今天是应当予以否定的。但我们也不能否认，即使是今天的资格刑也有道义报应的内容。

第二节 刑罚的伦理根据

道义报应为刑罚提供伦理根据。因此，进一步地阐述道义报应，有必要涉及刑罚的伦理根据问题。应该说，刑罚的伦理根据是一个十分重大、内容广泛的问题，本节只是从道义报应这一角度略加论述。

一、刑罚伦理根据的演变

在远古时代，结果责任盛行。只要发生了危害结果，就予以刑罚处罚，而不过问行为人的主观动机及其罪过问题。中国古代就有杀人者死、伤人者刑的说法，鲜明地表达了结果责任的意蕴。可以说，杀人者死、伤人者刑是原始社会的同态复仇的习俗的沿袭。但在西周时期开始，中国古代文献就有“杀人而义”的记载。例如，《周礼·地官·调人》云：“凡杀人而义者，不同国，勿令仇，仇之则死。”杀人而义有条件地不死，作为中国古代杀人者死的法律原则的例外，表明中国古代调整犯罪和刑罚关系的刑法，逐渐摆脱了原始社会同态复仇的习俗，而越来越纳入以伦理为原则的轨道，是中国古代刑法伦理化的一个重要标志。那么，什么是杀人而义呢？汉人郑玄注谓：“义，宜也。谓父母兄弟师长，尝辱骂而杀之者，如是为得其宜，虽所杀者人之父兄，不得仇也，使之不同国而已。”从这个解释中，我们可以看出，义是对于因辱骂父母兄弟师长而杀人者的肯定的伦理道德的评价，因而也是肯定的法律的评价。所以，杀人而义是免除杀人者的刑事责任的根据。如果说，这里的杀人而义，主要是指正当防卫。^{〔1〕}那么，中国古代刑法从西周开始就对故意与过失等这样一些罪过形式

〔1〕 参见陈兴良：《正当防卫论》，中国人民大学出版社1987年版，第11页。

有了粗略的区分，开始从结果责任向道义责任转变。当然，在某些朝代，由于统治者的残暴，仍然制定出一些全然不考虑道义因素的严刑苛罚。例如秦朝就有对服劳役者失期当斩的规定。只要迟到（即失期），就处以死刑，而不问是故意失期，过失失期，抑或是意外事件与不可抗力。由此可见，刑罚建立在道义基础之上，是一个复杂的变化过程，其中难免有反复与曲折。

及至中世纪，从结果责任发展到主观责任，开始走向极端，导致刑罚与道德相混淆，刑罚追究人的道德过错甚至思想动机，这在中外刑法史上都不罕见。中国古代有春秋决狱，外国古代有圣经决狱。春秋决狱的主要内容之一就是原心定罪，即只以行为人的主观思想作为定罪的依据，而不是以其行为的社会危害性为根据。《盐铁论·刑德》：“《春秋》之治狱，论心定罪，志善而违于法者免，志恶而合于法者诛。”这就是中国古代刑法中诛心的思想，是明显的主观归罪。所谓圣经断狱，则是根据圣经的只言片语出入人罪。在圣经断狱的情况下，刑事司法的重要任务就是依据神学教义深入探究行为人的主观心理状态，尤其是行为的动机。在中世纪的欧洲广泛流传着这样一个典型的圣经断狱的案件。一天，几名强盗闯进一座修道院，把两名教士打昏并洗劫院内的财物，两名修士很快苏醒过来，出其不意地制服了强盗，把他们捆绑起来。一名修士跑去向当局报告，另一名留下来看守强盗。后来强盗企图逃跑，就在即将挣脱绳索时，看守他们的那名修士为了防止被强盗所杀，就先下手杀掉了他们。案发后，人们对这两名修士的行为是否属于正当防卫争论不休，并把案件呈送到教皇亚历山德罗三世那里。教皇依据《圣经》裁断，两名教士捆绑和杀死强盗的行为均构成犯罪，因为他们违反了基督教徒所必须遵守的恭谦忍让的原则，违背了耶稣的箴言：如果一个人拿走了你的外衣，你应该把你的斗篷也让他拿去；如果打了你的左脸，他应该把右脸也伸过去。^{〔1〕}在这种情况下，刑罚完全成了封建伦理的奴仆与工具。

〔1〕 参见黄风：《贝卡里亚及其刑法思想》，中国政法大学出版社1987年版，第60页。

到了近代，康德对封建宗教的道义责任论进行改造，提出了理性的道义报应论，将刑罚的主要任务视为是恢复道德秩序。当然，正如前面我们所言，康德的道义报应主义仍然存在片面性，没有科学地揭示刑罚的伦理根据。

二、刑罚伦理根据的底蕴

刑罚为什么需要伦理根据？这是一个需要回答的问题。刑罚与伦理属于两个不同的范畴。但是，它们作为一种社会现象，都属于社会上层建筑的范畴，都是被一定的社会物质生活条件所决定的。在维护社会方面，道德与法律（包括刑法在内）共同执行着维护有利于统治阶级的社会秩序的职能。当然，伦理道德更侧重人们行为的内在动机；而刑法则侧重人们行为的外部结果。刑法与伦理道德的统一形成上层建筑控制经济基础的巨大力量。^{〔1〕}由此可见，刑罚与伦理，既存在本质上的内在同一性，又存在特征上的外在差别性。对于两者的差别性，我们尤其应当予以注意。德国著名伦理学家弗里德里希·包尔生在论及法律与道德的不一致时指出：刑法也是这样。它把按照主观的考虑或道德的考虑作出的因而存在着巨大的差别的两类行为置于同一个公式之下。凶杀是有预谋的对一个人的故意杀害，是该处死罪的。这个定义中既包括对一个无耻卑鄙地用某种卑污的手段毁灭了我的家庭荣誉和幸福而丝毫没有感到自己违反了刑法的流氓的公开的正义的逐杀，也包括施毒者与暗杀者的最为凶残的行为。不错，刑法在这种差别最为显著的地方试图使自己更为灵活以适合个别情况；法官在与实施惩罚有关的问题上的独立的审判权，对可原谅的情况以及赦免的可能性的考虑，都是达到这一目的的手段。但是显然这些保护措施对于抵制法律的机械运用所造成的错误是不够的。^{〔2〕}因此，刑法的适用不能完全脱离伦理的因素，而应当把两者有机地结合起来：

〔1〕 参见曲三强：“社会主义初级阶段刑法伦理观探要”，载《中外法学》1989年第2期，第35页。

〔2〕 参见〔德〕弗里德里希·包尔生：《伦理学体系》，何怀宏、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版，第544页。