

## [死刑研究]

### 死刑的被害人学视角\*

[德]海因茨·舍许\*\* 文 樊 文\*\*\* 译

作为我们这一代一流的刑法学家之一,容克(Heike Jung)致力于研究被害人学的问题并对刑事诉讼理论<sup>[1]</sup>和犯罪学<sup>[2]</sup>做出了富有成果的贡献。在其关于制裁制度与人权关系的专著<sup>[3]</sup>中,他一方面认为“重新重视犯罪被害人”是现代制裁制度发展的重要动力<sup>[4]</sup>,另一方面指出在许多国家还一直实践着的死刑,从人权的角度已经遭遇了坚决地反对。<sup>[5]</sup>借此机会如下这篇——联系两个视角的——文章是对他的献礼。<sup>[6]</sup>

“反对死刑的最重要的理由是死刑的存在没有理性的理由。这些非理性的理由可

\* 本文“Die Todesstrafe aus viktimologischer Sicht”选自《Heike Jung 祝贺文集》(Festschrift für Heike Jung), 2007年版,第865—874页。本文的翻译和发表取得了作者的授权。原德国美因兹(Mainz)大学法学教授,高等法院退休法官。

\*\* 作者(Prof. Dr. Heinz Schöch)系慕尼黑大学法学院整体刑法科学研究所犯罪学、少年法和刑罚执行研究室教席教授。

\*\*\* 译者系中国社会科学院法学研究所刑法研究室研究人员,德国马普刑法研究所及弗莱堡大学法学院博士研究生。

[1] Jung,《刑事诉讼中被害人的地位》(Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß), ZStW 93(1981),第1147页以下。

[2] Jung,《被害人学》(Viktimologie), in: Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss,《犯罪学小词典》(Kleines Kriminologisches Wörterbuch),1985年第2版,第521页以下;1993年第3版,第582页以下。

[3] Jung,《制裁制度与人权》(Sanktionensysteme und Menschenrechte),1992年版。

[4] Jung(注3),第60页以下。

[5] 同上,第76页以下,第80页。

[6] 本文以2005年8月22到23日在吉森(州)举行的一个废除死刑的国际研讨会上的演讲为基础。其他关于这个研讨会的文章发表在ZIS 2006,第318—411页(www.zis-online.com)。

能只是强调死刑对于犯罪作斗争的不可或缺性或者有用性。但是,对于打击犯罪,死刑无论如何没有比其他的刑罚或者处分有同样好的效用”。〔1〕

四十五年前伯克曼(Paul Bockelmann)用这段评论所进行的总结,是迄今世界上大多数的犯罪学者的共同信念:无论是出于一般预防还是特殊预防的理由,死刑都是无益的或者是不必要的。在罪责报应方面,一般看来死刑并不比终身自由刑更为严厉。〔2〕另外还有其错误判决和司法错误以及对于应该用死刑来救赎的最严重的罪责的确定上的各种疑虑的严重缺陷。人道的方面和整个国家制裁制度野蛮化的危险同样是反对死刑的理由。

但是,这些论据只是考虑到了刑罚对于国家共同体的一般方面,而没有考虑个人的需要,比如,谋杀未遂的被害人的需要或者遇难被害人遗属的需求。难道这里不存在合法的情感上的刑罚需求和可以理解的忽视整体的复仇思想?对于谋杀罪的被害人的遗属,我们所理解的理性的刑事政策难道不是有点冷酷无情?

## 二

作为犯罪被害人理论的被害人学,只是20世纪70年代以来,才在犯罪学和刑事政策中受到了重视。〔3〕在这之前,被害人虽然被认为是犯罪的必要客体和刑事诉讼中的证人,但是,并没有被理解为在刑法和刑事诉讼法上有着合法利益的独立主体。除过50年代要求恢复死刑的舆论气氛这个因素外,这种对被害人利益的忽视,导致1949年宪法废除死刑后不久就产生了来自议会内外的要求恢复死刑的动议。〔4〕

1950年3月27日,受拜恩党(Bayernpartei)和一些自由主义者和保守派的支持,德国党(Deutsche Partei)以死刑对于谋杀罪行是唯一适当的报应为由,建议恢复死刑。拜恩党(Bayernpartei)的议员Etzel认为,“根据绝大多数居民的法感,重劳役监禁刑,终身监禁刑并不被看作是跟犯罪严重性相适应的充分的刑罚,对于人中恶魔的兽行,对于屡屡作案的抢劫及强奸杀人犯,杀父害母和杀害儿童的杀人犯,社会有正当防卫的权利,为了赎罪,为了威慑和保障安全,这种正当防卫的权利授权社会通过死刑彻底消灭

〔1〕 Bockelmann,《反对死刑的理性理由》(Die rationalen Gründe gegen die Todesstrafe), in: Maurach等12个回答者编,《死刑的问题》(Die Frage der Todesstrafe), 1962年版,第139页。

〔2〕 参阅 Beccaria,《论犯罪与刑罚》(über Strafe und Verbrechen), 参见 Alf 翻译的1776年原版之德文1988年版,第125页,关于死刑和终身强制劳动的比较部分。

〔3〕 Jung(注2), 1993年版,第582页以下; Kaiser,《犯罪学》(Kriminologie), 1996年第3版,第1053页以下。

〔4〕 Schwahn,《新法学周刊》(NJW), 1998年,第2568页以下,第2570页。

暴力犯罪者……”〔1〕。这个建议要求没有达到联邦议会要求的必需的2/3多数而被简单多数所否决。

1952年10月2日德国议会对死刑再次进行大辩论。一些CDU和德国党的议员报告认为,他们受到了选民的压力,这些选民要求他们支持死刑。〔2〕当时的联邦司法部长德勒尔(Thomas Dehler)发表了令人记忆犹新的讲话,这个讲话总结了所有强烈反对死刑的重要论据——顺便一提的是,他的观点与当时他的党(FDP)内多数的观点是相反的——,这个讲话之后,在2票弃权的情况下以151票反对146票赞成的表决结果否决了删除《德国基本法》第102条\*的要求。

嗣后虽然不再有议会的动议,但是,同情CDU的阿棱斯巴赫(Allensbach)\*\*民意调查研究所对居民进行了定期的问卷。问卷结果显示,到60年代中期支持恢复死刑的人数已经成为明显多数。支持率在1958年甚至达到了70%。〔3〕而且,在1976和1977年的极左主义恐怖浪潮期间,支持恢复死刑的比率也出现过一次微弱的多数。从此之后,一直都是死刑的反对者居多数。1992年西德明确支持死刑的占24%。到2000年就更少了,只有23%。〔4〕

20世纪50到60年代,尤其是骇人听闻的谋杀案件发生之后,居民中一再激起轰动性的抗议活动,这些抗议活动都是由谋杀案件被害人遗属及其同情者的情感震撼所激发的。

1954年,法国一个区的两个居民遭到了银行抢劫者的残暴杀害,以此为契机,区长组织了有利于恢复死刑的一种全民公决,并为恢复死刑收集了成千上万的支持者签名。〔5〕弗莱堡(Freiburg)附近的一个农业工人对一名11岁的儿童实施了性谋杀,被害人的葬礼之后,参加葬礼的来宾自发地进行了一个恢复死刑的静默抗议游行。

由于两名出租车司机被杀,1959年联邦德国的所有出租车司机举行了15分钟的

〔1〕 Etzel, in:《第一届德国联邦议会,1950年3月27日第52次会议》,第1894页;对此参阅Evans,《应报的仪式——1532—1987德国历史上的死刑》(Rituale der Vergeltung, Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte 1532-1987),2001年版,第941页。

〔2〕 Evans,《应报的仪式——1532—1987德国历史上的死刑》(Rituale der Vergeltung, Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte 1532-1987),2001年版,第949页。

\* 《德国基本法》第102条规定:废除死刑。——译者

\*\* 位于德国康斯坦茨(Konstanz)博登湖畔的一个当时有2000居民(现有7000多居民)的小城。——译者

〔3〕 对此参阅Kaiser,《犯罪学》(Kriminologie),1996年第3版,第1041页以下。

〔4〕 根据国际盖洛普民意调查(Gallup Umfrage: Gallup, George Horace[1901—1984],美国统计学家,民意抽样调查[盖洛普民意调查]创始人——译者。),参阅: <http://www.initiative-gegen-die-todesstrafe.de/august2003.htm>。

〔5〕 对此和下面的例子参阅Müller-Meinigen jr.,《死刑和民意》(Todesstrafe und öffentliche Meinung), in:《死刑的问题》(Die Frage der Todesstrafe),1962年版,第109页以下。

抗议罢工;在这位慕尼黑的被害人墓地,天主教精神领袖要求对这种谋杀给予死刑。

1961年,汉堡的许多出租车司机因为一个同事被杀,高举大幅标语上街游行,要求恢复死刑。

就是在大刑法委员会,一个由当时最负盛名的刑法学家和从事实务的刑事法律人所召集的会议上,个别委员主张恢复死刑并主要从被害人的角度进行了论理。当时已经退休的柏林高等法院院长斯考特(Skott)博士报告了一个美国大学生格拉姆(John Graham)的恐怖袭击,这位大学生1953年用定时炸弹制造了一起空难,目的是为了获得与所有其他的44个乘客一起遇难的他的母亲的遗产继承。Skott博士当时是这样说的:“每当我想到这个犯罪行为所表现出来的极其深重的罪责,想到所有不幸的被害人,想到许多失去抚养者的家人,每当我问自己,所有这些被害人的遗属是什么样的感受,如果刑事法庭的反应仅仅是要把这些犯罪行为人监禁起来,……每当我问自己,被害人的遗属是否认为这种监禁对于他们在法律制度上是公正的,当然,他们或许这样认为,但是,出于我最深的信念,我必须实话实说:对于这样的犯罪行为,别的都无能为力,只有死刑才能赎罪。硬是简单地把‘复仇感’认作直接遭遇犯罪而要求死刑的当事人的主导动机,我认为是错误的,我更加相信,这些当事人比那些用一般理论的和伦理的观点解决问题的人,比那些当他们自己成为犯罪的被害人时,或许又是完全不同的另外一种看法的人,对于如下这个问题有一种更为强烈的、更为自然的并更为切近情景的感受:什么是对于重建法律秩序所不可缺少的”〔1〕

慕尼黑的刑法学老师伯克曼(Paul Bockelmann),是一位死刑的热心反对者,他强调罪责报应的情感方面,说道:“对于我本人来说,我必须毫不犹豫地承认,我的情感自然是要求死刑,只要我知道像炸弹袭击者的这样的案件,即只要我知道,任何人不止一次对我最为亲近的家属实施了致死的犯罪,我马上感到我心中升腾起复仇的幻想,在这种幻想中,我要求行为人承受比纯粹适用死刑更多的痛苦和折磨。我不否认:置行为人于死地于事无补;我的赔罪需求所要求的不是无痛苦的处死行为人,而是完全不同的其他方式;对于纯粹的残忍的罪行,对行为人千刀万剐的肉体刑罚,于我的感受来说,是唯一可行的刑罚。但是,我不能向你们继续展示我(由情感支配的)人格的缺陷,因为这种(文明人的)人格应当认肯的是,个人的这种赔罪需求完全与国家的刑罚需求无关,所科处的刑罚的决定必须完全不依赖于这种个人需求而做出。”〔2〕

从刑法学家的观点看来,这种主观报应需求和客观刑罚目的之间的分离是完全可以理解的。但是,在越来越成为更大多数的居民中确立这种信念,更何况在美国和日本

〔1〕 参阅 Skott,《大刑法委员会会议记录》(Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission),第11卷,对于死刑的意见(Beratungen zur Todesstrafe),1959年,第12页以下。

〔2〕 参阅 Bockelmann,《大刑法委员会会议记录》(Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission),第11卷,对于死刑的意见(Beratungen zur Todesstrafe),1959年,第16页。

是彼此相反的趋势,怎么会是可能的呢?

### 三

在过去的30年里,再没有出现恢复死刑的持续要求,即使不时有轰动性犯罪的诱因。在我看来,这主要是由于世易时移,出现了新情况,起了新变化,有了新发展。

1. 德国法不仅在《刑法典》而且以《基本法》第102条在宪法层面明确规定,废除死刑,这是一个很大的优点。由于宪法的修改要求必须的2/3多数,这种规定,很大程度上不受居民观点变动以及立法者平民主义心血来潮的影响。除过这种形式的方面,还有宪法的规范效力,在居民的意识中宪法的效力有很高的位阶。另外,对于死刑的宪法禁止,议会咨委有令人信服的根据,即人们对于第三帝国时期滥用死刑的普遍不满。就第二次世界大战期间来说,正式法庭作出的死刑判决的数字估计不少于15000个,相反,在第一次世界大战整个期间,只有141个死刑判决。<sup>[1]</sup>还有强烈的人道主义方面,SPD议员的议会咨委和后来的联邦议会议长施米特(Carlo Schmid)对此作了如下的表述:“死刑是一种暴行,这种暴行与其说是要威慑残忍的犯罪,不如说是鼓励了它。通过适用死刑国家贬低了自己”。<sup>[2]</sup>

2. 基于各种统计分析,世界上几乎所有的犯罪学研究者都认为,相对于长期自由刑,死刑根本没有一般预防或者特殊预防的优点。只有美国的经济学家Ehrlich认为,借助于统计可以证明处决率(死刑执行率)对于减少谋杀犯罪的影响。但是,他的论述有着其经济学上风险—收益理论的强烈特征,并且在实证上是不能令人信服的。<sup>[3]</sup>

3. 尽管现代工业社会出现了日益强化的世俗化,基督教人观在西欧国家的法律伦理和生物伦理中始终起着引领作用。就是在突显赎罪和报应的刑罚目的的情感方面,世界观的信念常常也是决定性的。替代旧约的完全能够给死刑提供根据的“以眼还眼,以牙还牙”的复仇原则(反坐原则)<sup>[4]</sup>的是,耶稣基督(Jesu Christi)爱所有的人和他代表人类慷慨赴(受)难从而使人类获得了赦罪可能性的新约福音。这种信仰促进了人与人之间的宽容和忍让,开启了宽恕和救赎所有人的可能性。1958年10月17日在大刑法委员会的会议上耶赛克(Hans-Heinrich Jescheck)对此作了如下的表述:“我反对死刑的最深层理由是这样的信念,任何人直到他最后的时刻都有资格享受上帝的宽恕、慈悲和恩典。因此,任何人也没有权利以刑罚为理由剥夺他

[1] Kaiser,《犯罪学》(Kriminologie),1996年第3版,第1041页。

[2] Evans,《应报的仪式——1532—1987德国历史上的死刑》(Rituale der Vergeltung, Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte 1532-1987),2001年版,第931页等处。

[3] Kaiser,《犯罪学》(Kriminologie),1996年第3版,第1046页。

[4] Mose第二编,21章,第23—25页。

人的生命”。〔1〕

4. 尽管有联邦宪法法院对于终身自由刑执行方面做出了适当的宪法界限,对一再死灰复燃、引入死刑的要求,终身自由刑是社会心理学上的一个有效的抑制。无论是在阻止继续犯罪方面,还是在被害人希望的与罪责相应的处罚方面,终身自由刑一直都保持着它的重要性。近年来,对谋杀案件进行判决时,对于特别严重的罪责的确定,日益重要起来,因为这种罪责严重程度的确定,能够表明法益侵害的严重性。被害人遗属常见的愿望是必须保障犯罪行为不会再次实施如此的犯罪行为\*,在满足这个愿望方面,除终身自由刑外,2004年以来,重要的可能要数保安监督了(《德国刑法典》第66条第1款),尽管细看起来它可能终归只有象征性的意义。〔2〕

5. 70年代被害人学的繁荣导致犯罪学和刑事政策以及之后的刑法实践强有力地转向了被害人的利益。除过大量的关于被害频率的调查研究之外,犯罪行为对被害人的后果,被害人的需求和由于刑事诉讼程序而二次被害的危险的研究也有了重要的意义。尤其是对严重暴力犯罪的被害人的研究几乎完全可以应用于谋杀罪的被害人的遗属。另外,在刑事政策层面,通过《被害人保护法》(1986年),《证人保护法》(1998年)和《被害人权利改革法》(2004年)受害人的权利得到了扩大,这同样也给有权提起附带诉讼的谋杀罪的被害人的亲属带来了好处。

#### 四

对于消除严重暴力犯罪的后果,70年代中期以来建立起来的帮助犯罪被害人协会也做出了重要的贡献。有许多活跃着的地区性协会。全联邦范围活动的仅仅是1976年建立的白环(Weisse Ring),它有大约60000成员和超过2000人的义务帮助者,是刑事政策上极有影响的一个团体。显然,帮助被害人协会并没有考虑当时毕竟超过40%的居民要求死刑的实际愿望而且——根据在美国和日本的发展——没有把死刑作为他们对于刑事政策所要求的对象。

但是,这种不要求死刑的姿态在白环建立以来的30年里也不是只此一次。在白环的协会杂志和新闻通报中可以看到对于死刑不止一次的表态。就此而言,明显的是,即使协会内部也从来没有这样的要求,尽管在齐默尔曼(Eduard Zimmermann)为主席的白环运作之初的18年众所周知的是,要求更为严厉的刑罚和对于过轻的司法的

〔1〕 参阅 Jescheck,《大刑法委员会会议记录》(Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission),第11卷,对于死刑的意见(Beratungen zur Todesstrafe),1959年,第36页。

\* 死刑的保障安全的效应当然是绝对的、明显的,因为被执行死刑的行为人再也不可能有再犯的机会了。但是,其他的刑罚种类,比如终身自由刑,或者保安监督同样能够达到这样的效果。——译者

〔2〕 参阅 Meier,《刑法的制裁》(Strafrechtliche Sanktionen),2006年第2版,第284页以下。

批判。但是这种情况在刑法专业顾问的影响下已经发生了明显的变化。这主要多亏伯姆(Alexander Böhm)\*,他建议董事会设立专业顾问,并且直到2006年他不幸罹难车祸前都在领导这个顾问小组。<sup>[1]</sup>

此外,对于最严重的犯罪,白环把其对于个案的帮助措施和刑事政策要求集中在首要的并不是处罚最大化的真实需求上。根据白环的理念,受害人的赔罪利益不是或者不再是特别僵化的刑罚期待。犯罪被害人希望在刑事程序中被认真对待,他们希望亲自接受赔罪,并且——在一些案件中——希望以尽可能简单的途径得到损害赔偿。刑事诉讼应该做如此安排,以便受害人或者有提出附带诉讼权利的家属再次更好地知道,刑事诉讼程序也解决犯罪行为人对他们的法益造成侵害的问题,而不仅仅是国家刑罚目的的满足。

## 五

对于谋杀罪的被害人亲属的刑罚需求的专门研究还没有进行过。从1989年弗莱堡马普刑法所(Freiburger Max-Planck-Institut)的库瑞(Kury)及其同事进行的居民电话问卷我们知道,对于犯罪被害人来说,一般说来,社会对于犯罪行为人的防范,即,保障安全的方面是最高首要需求,之后,是对于其他犯罪行为人的威慑,最后——几乎是并列的——是对于所实施的不法的赎罪和报应以及犯罪行为人的再社会化。<sup>[2]</sup>这个研究依据的是对东德4971个对象和西德2024个对象的问卷。

鲍尔曼和舍特勒(Baumann/Schädler)的一个小规模的研究针对的是203个暴力犯罪、财产犯罪和其他犯罪的被害人的问卷。这些对象是1986年在哈瑙(Hanau)报案之后被直接问卷的。这里,希望更为严厉的刑罚还是排在教育和保障安全的刑罚需求之后。<sup>[3]</sup>无论如何,值得注意的是,调查发现,只有3个性犯罪的被害人认为对行为人科以死刑是合适的。另外,一个50岁的妇女,她的一个邻居毒死了她的狗,她要求毒死这个行为人。这些自然是奇怪的个案。被害人刑罚需求的这些零星线索,总体上已经

\* 原德国美因兹(Mainz)大学法学教授,高等法院退休法官。

[1] 现在的成员是Dölling和Schöch教授,退休的总检察长Kintzi博士,退休的高等法院院长Steffen,律师Siegfried Kauder MdB,女高级检察官Stahlmann和女律师Döring-Striening。

[2] 参阅Kury/Dörmann/Richter/Würger,《德国被害人的经验和对于内部安全的看法》(*Opfererfahrungen und Meinungen zur inneren Sicherheit in Deutschland*),1992年版,第221页。

[3] 参阅Baumann/Schädler,《犯罪行为发生后的被害人——他的期待和看法》(*Das Opfer nach der Straftat-seine Erwartungen und Perspektiven*),1991年版,第119页。

表明,被害人的报应需求并不是首要的,这个命题是正确的\*。另外,其他暴力犯罪被害人的最为突出的需求可能同样也是杀人犯罪被害人的亲属的需求。<sup>[1]</sup>他们首要的不是要求报仇或者报应,而是需要一个倾诉的对话者,这个对话者要全面理解并耐心地倾听他们的诉说,向他们表示安慰和同情;当需要支持的时候,随时为他们提供帮助。

对于刑罚需求来说,列于首位的是保障安全的方面;应该阻止进一步的类似犯罪行为的发生,并且应该给予犯罪行为人与其罪责相当的处罚。为了防止对于遇难的被害人公正的罪责分配,被害人的亲属希望以受害人的地位或者提起附带诉讼的权利人参与刑事诉讼程序。他们希望阻止通过协商途径降低罪责非难,以免出现像以伤害致死罪替代谋杀罪的情况。而且他们希望得到程序最后结果的通知。在特别的情况下,也要保障通过附带诉讼程序在进行的刑事程序中实现损害赔偿的权利主张。

所有这些需求,德国刑法和刑事诉讼法通过1986年的《被害人保护法》,1998年的《证人保护法》和2004年的《被害人权利改革法》给予了很大程度上的关注。与此相关,具有特别重要意义的是遇害人的亲属作为提起附带诉讼的权利人参与刑事程序的权利(《德国刑事诉讼法典》第395条第2款第1项)。从2004年起他们还可以对此通过律师请求国家赔偿(《德国刑事诉讼法典》第397a条第1款)。通过这种方式,被害人亲属知道,诉讼中所进行的任何事情并没有背着他们,而且,对于在罪责刑罚方面有所怀疑的协商——由于并不通知被害人或者其亲属参与协商——,针对判决他们可以使用权利救济手段。

以前通常确实没有予以重视的遇害人亲属亲临刑事程序,自从由于被劫持绑架而参与了整个刑事程序的勒姆茨玛(Jan Phillip Reemtsma)发表了令人深思的报告后,受到了许多批判者的重新审视。在他关于33天“被拘禁于地下室”及其之后的时间的报告中,他描述了他对于行为人及其所受到的处罚的看法:<sup>[2]</sup>“即使人们明天给我送来

- \* 当然犯罪行为实施之后,不同被害人的利益和需求是不同的。犯罪发生之后,大部分被害人都希望对一个完全理解并耐心的对话者倾诉他的遭遇。对于心理上处理这样的事件来说,只有这种倾诉才能完成释放心理压力的重要功能。而犯罪行为发生后,典型的被害人需求有如下这些:1. 安全需求。被害人希望这样的事件不应该再次发生,自己不应该再继续受害。2. 需要被认真对待并被确认为“被害人”。他的诉说不应受到怀疑,他本人不应受到责备。3. 希望得到物质赔偿。犯罪行为所造成的后果,应该被抵偿和复原。4. 对于精神已造成重大人身或者精神损害的严重犯罪,希望行为人受到刑罚处罚。5. 最后被害人希望得到安宁,希望忘记犯罪行为并回归到正常的生活状态。具体那种需求是首要的,首先取决于犯罪的种类和严重程度。被害人自我主观感觉犯罪行为造成的损害越是轻微,他对物质损失的赔偿需求越是强烈;自我感觉受到的损害越是重大,越是强烈希望对行为人予以刑罚处罚,并且情况许可的情况下越是希望亲自帮助警方侦破案件。参阅 Kilchling,《被害人利益和刑事追诉》(Offerinteressen und Strafverfolgung),1995年版,第180页以下;Meier,《犯罪学》(Kriminologie),2003年版,第8章边码47,48。——译者

[1] 参阅 Meier,《犯罪学》(Kriminologie),2003年版,第8章边码47。

[2] 参阅 Reemtsma,《在地下室》(Im Keller),2001年第2版,第215页以下。

行为人的头颅,我也从中没有得到什么好处。即就使我甘愿让他不受处罚,这对我或许没有什么,但是,在我看来,文明就要遭受破坏。我希望这个人受到审判。对我来说不存在仇恨的抵偿……”。

某人受到了伤害,他想报复,这是天经地义的,一点也不过分。有时报复是有益的,但是有时未必。从文明的立场看来,报复是不允许的,因为如果允许报复,那么它甚至会释放出一种不可控制的升级的驱动力。处罚犯罪行为,一方面,肯定是出于威慑的需要;另一方面,倒是为了维护禁止的规范。因为,对于一种禁令来说,违反这种禁令而没有随之而来的制裁,那么这种禁令实际上就不存在。而刑法理论肯定不关注的,是被害人。尽管对于被害人来说,刑罚有着更为重要的意义。之所以有更为重要的意义,并不是因为刑罚能够满足报复的需求,因为通常这种(个人的)报复需求不会得到满足;而是因为刑罚借助于被害人表明了社会共同体的体感相关(/与共)性。刑罚从社会整体中把犯罪行为人排除了出去,由此被害人就溶入了社会共同体。对于犯罪行为人来说,刑罚基本上不是别的什么,而是人类的友好来信,这些大量的信件所说的倒是:“欢迎回来”。

## 六

在刑事程序中的受害人的主体地位并不意味着,这个受害人或者他的活着的亲属应该回到刑事程序的中心地位。刑事诉讼程序的主要任务仍然是证明被告人行为的可罚性,并在可罚性成立的情况下,证明处罚是与其罪责相当的处罚。被告人基本的、在宪法上得到绝对确认的辩护权肯定是不可剥夺的权利。但是,被告人也没有权利把合法的受害人利益排除在程序之外,尽管这事实上削弱了他的辩护人地位。<sup>[1]</sup>

哈塞默(Hassemer)多年前在他的一篇关于《我们为什么以及为了什么结果而处罚?》的文章中就正确地批判道,在传统的特殊预防和一般预防理论那里,被害人并不重要。<sup>[2]</sup>

而且勒姆茨玛(Reemtsma)已经明确说过,严重暴力犯罪的被害人的报复愿望不是微弱的需求,因此不应忽视而应予以重视。<sup>[3]</sup>对于被害人来说,所涉及的是要承认:所发生的犯罪行为是一种不法(Unrecht),而不是一种不幸(Unglück);同样涉及的是对犯罪所造成的个人的和社会的损害进行界分的国家义务。这个正是积极的一般预防思想所考虑的。<sup>[4]</sup>而且,哈塞默(Hassemer)也指出,维护共同生活的基本规范不能只关

[1] 参阅 Schöch,《Rieß 祝贺文集》(Festschrift für Rieß),2003 年版,第 507 页以下,第 523 页。

[2] 参阅 Hassemer,《法政策杂志》(Zeitschrift für Rechtspolitik),1997 年,第 316 页以下,第 318 页。

[3] 参阅 Reemtsma,《被害人对于处罚犯罪行为人的权利——作为一个问题》(Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters-als Problem),1999 年版,第 26 页。

[4] 参阅 Reemtsma(注 31),第 27 页。

注抽象的法益。“受害人的康复,他们人的尊严的重建,对于被害人曾经是‘被害人’(而不是犯罪行为人,也不是纯粹的意外事件)的事后证实”都是必要的。<sup>[1]</sup>

所有的这些尤其适用于谋杀的遇害者及其亲属。在一个实质上关注被害人及其亲属利益的有序而公正的刑事程序中兑现他们的赔罪需求,有助于获得法和平并抑制要求以死刑的形式进行毁灭性报复的破坏性愿望。“刑事司法的存在不是自我目的,而是以人为目的”。<sup>[2]</sup>

[1] 参阅 Hassemer,《法政策杂志》(*Zeitschrift für Rechtspolitik*),1997年,第318页。

[2] 参阅 Jung,《什么是刑罚?》(*Was ist Strafe?*),2002年版,第77页。