

阿克塞尔·蒙特布鲁克

## 刑法哲学 (1995-2010)

复仇、刑期、替罪羔羊、人权刑法、自然刑法

谢焱 (译)

2013年第三版 (双语版)



柏林自由大学开放存取出版

---

Axel Montenbruck

## Strafrechtsphilosophie (1995-2010)

Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht

Chinesische Übersetzung von Yan Xie

3. als zweisprachige Auflage, 2013



verlegt im Open Access der Freien Universität Berlin

阿克塞尔 蒙特布鲁克（著）：法学博士（刑法学和刑事诉讼法学、法哲学、法律人类学），柏林自由大学刑法学和刑事诉讼法学教授，法律和社会哲学国际协会德国分会成员，中德刑事法协会成员

谢焱（译）：北京师范大学刑法学硕士，国家留学基金委奖学金获得者，德国慕尼黑大学刑法学、法哲学与法信息学研究所刑法学博士研究生

-----

*Axel Montenbruck* (Verfasser): Dr. iur. habil. (Straf- und Strafverfahrensrecht, Rechtsphilosophie, Rechtsanthropologie), Professor am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin, Mitglied der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, Deutsche Sektion, und Mitglied im Chinesisch-deutschen Strafrechtslehrerverband.

*Yan Xie* (Übersetzerin): Master of laws von Perking Pädagogische Universität, Stipendiatin von CSC (China Scholarship Council), Doktorandin am Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften, Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik an der LMU München

# 目 录

译者序 .....	1
中译本序言：我对中国和西方的几点认识 .....	5
<b>A. 报应：“以牙还牙，以眼还眼”是否为刑罚的基础？ .....</b>	<b>9</b>
I. 作为“综合论（Vereinigungstheorie）”因素的行为罪责报应（Tatschuldvergeltung） .....	9
II. 什么是正义？ .....	11
III. 正义：平等和德性 .....	11
IV. 正义、相互性和勿伤他人之戒律 .....	16
V. 正义与可一般化性（Verallgemeinerbarkeit） .....	20
VI. 付出，为了得到——通过放弃自由而得到自由 .....	21
VII. 正义与仁爱，社会正义 .....	24
VIII. 社会学-政治学的问题和“囚徒困境（Gefangenendilemma）”的解决办法 .....	26
IX. “一报还一报”模型的界限 .....	31
X. 自由刑和财产刑的结论 .....	34
<b>B. 刑期（Strafzeit）：刑期的发展轨迹——人类学的刑期等级 .....</b>	<b>37</b>
I. 量刑范围（Strafrahmen）的历史演变 .....	37
II. 哲学中时间的意义 .....	41
III. 社会学中的“社会时间” .....	43
IV. 心理学与生物学中的“时间” .....	46
V. 由相对时间决定的“客观”界限 .....	49
VI. 生命的阶段与监禁的等级 .....	54
<b>C. 替罪羔羊：世俗刑罚的宗教根源、“侵害”的文明 .....</b>	<b>61</b>
I. 根源 .....	61
II. 刑罚的宗教组织 .....	64
III. 谦卑的牺牲：庄重的祭品 .....	66
IV. 自由主义的馈赠与情感盟约 .....	71
V. 世俗化：使宗教转向内在 .....	74
VI. 自主性与万物有灵论 .....	78
<b>D. 人权刑罚：安抚、惩罚和公正——以法学的视角 .....</b>	<b>82</b>
I. 导语：法学的视角 .....	82
II. 和解（Versöhnung） .....	82
III. 刑罚 .....	89
IV. 公平正义 .....	94

V. 关于人格权刑罚的 12 个主题 .....	97
<b>E. 欧洲法学三元论的自然法及其一元论解读.....</b>	<b>105</b>
I. 引言和观点一：民主欧洲及其精神遗产.....	105
II. 通过法律确定（Verfasstheit）：格劳秀斯的“刑法作为国家法” .....	111
III. 布丹和霍布斯的主权法.....	121
IV. 洛克的私法.....	126
V. 欧洲三元论，欧洲的人性尊严一元论.....	131

## 译者序

众所周知，德国作为理论的国度、思想的国度、哲学的国度，造就了康德、黑格尔、谢林、费希特、叔本华、尼采等享誉世界的哲学家，德国学术界对人类思想学术的发展作出了独特而巨大的贡献。

康德、黑格尔和费希特等人所发展起来的法理论可谓是德国法律哲学的鼻祖，法律哲学在其引导下相伴成长。德国也是一个立法大国，其法律制度的基础可以追溯到 19 世纪。在康德的可一般化性观点看来，立法本身的存在就体现了德国法律的理性主义，尽管如今重要的决定越来越多地由最高联邦法院作出，德国立法机关只是在不断地进行小修小补。另外，欧洲的法律也在对德国的法律制度不断地产生影响。如果说法律制度不能进行简单移植的话，但作为法律制度的根基的法哲学思想却适于传递，因为交换一个苹果，各得一个苹果；但交换一种思想，各得两种思想。

在德国的法学研究体系中有这样一种传统：不仅刑法与刑诉法不分家，研究刑法与刑诉法的学者一般也同时研究法哲学，可见法哲学尤其刑法哲学与刑法、刑诉法研究的依存关系，德国蓬勃发展的刑法教义学、刑事政策学离不开刑法哲学作为其研究基础的支持。这是因为刑法作为一门关于犯罪和刑罚的部门法，在罪与罚的权衡中介入了国家公权力，事关个人生死，国家为何具有处置罪犯的权力，不得不回到最根本的问题上来，即刑罚的根基，这正是“刑法哲学”要回答的问题。所谓刑法哲学，就是站在应然的角度，对于刑法中的“实定法”问题进行理性反思所形成的关于刑法整体的体系性的看法和观点。其一方面以实定法为基础，同时又超越实定法之外对其本体论问题进行深刻性的反思，探寻刑法安生立命之根基。如果说刑法教义学解决的是具体刑法条款具体含义的解释的问题，那么刑法哲学则侧重于对刑法之合法性问题进行反思和关怀。因为刑法哲学实际上就是对刑法的合法性基础的考量和追问，也就是说，刑法的合法性基础问题构成了整个刑法哲学的起点和核心命题，两者相互依存，不可偏废。

中国无论是在研究死刑存废问题，刑法修正案的“入罪”与“出罪”问题，还是刑事诉讼法改革问题，都涉及到如果保障人权和惩罚犯罪之间寻找平衡，制定什么样的刑法才是合理的，这更多地需要从哲学上去寻找源头。中国正在构建

和谐社会，对刑法调控社会关系的范围与层次以及刑法调整正当性、合理性的追问必然会随之强化，中国刑法哲学的发展方向也必然成为刑法学者重点关注的问题。我国也有一些刑法专家和教授早在上世纪末就开始关注这个方向，例如陈兴良教授写过多部关于刑法的根基和哲学的著作，《刑法哲学》从犯罪本体论、刑罚本体论和罪刑关系论三个方面引荐了国外尤其是德国哲学家的罪刑理论，并作出论证。

时过境迁，刑法哲学却是一颗常青树，仍然吸引着德国现代刑法学家和哲学家进行进一步的探索和总结，因为基于现代社会对刑法正当性、合理性追问的迫切和加剧，刑法哲学仍将是部门法哲学研究中最受关注的领域之一。《德国刑法哲学：1995-2010》即是这个领域在当代的一部代表作。作者 Axel Montenbruck 生于 1942 年，1976 年博士论文《论选择确定》（Wahlfeststellung）在基尔大学获得博士学位，1979/80 年冬季，他的论文《论量刑》（Strafzumessung）通过教授资格评审。自 1981 年起至今在柏林自由大学法学院担任刑法和刑事诉讼法刑法哲学，法律人类学专业方向教授。早在上世纪八十年代就出版有个人著作五本，后又通过开放存取（Open Access）出版多本著作。《德国刑法哲学：1995-2010》是其近两年的力作，是其近半个世纪进行法学研究的总结性专著之一。

该书虽篇幅不长，但字字珠玑，参考文献翔实全面，总结了德国从 1995 年到 2010 年刑法哲学研究中相关著述代表人物的观点，但该书又不同于简单的观点陈述和罗列，而是从特殊的切入点展开了关于“报应”、“刑期”、“人权刑法”、“替罪羊”、“自然刑法”这五个部分的探讨。其中，“报应”一章并不仅仅是重复介绍“以牙还牙、以眼还眼”的观点，而是通过政治学上的博弈论来进行论证。“刑期”一章是关于刑法人类学的评论，对于判处多少年有期徒刑，我们往往知其然不知其所以然，作者从人类学角度深层地探讨刑期的意义。“替罪羊”想法是关于世俗刑法的宗教渊源，将神学上和精神学上的元素和刑罚结合起来，以获得民众的法律信仰，即实现刑法的积极的一般预防功能。“人权刑法”则是从法律和文化政治的角度，来讲述和解、刑罚和公正之间的关系。“自然刑法”以欧洲法学的三元论和一元论解读自然法。总之，该书不仅仅从罪和刑的角度来观察罪刑本身及其关系，而且具有跨学科的宽阔视野，同时兼顾点面结合，提出了新颖别致的观点，启迪人们的思考。

正如作者在中译本序言中所指出，鉴于内容的深邃，翻译于我而言是一个巨大的挑战，我常常在感受作者精髓思想之时，却苦于无法用贴切的语言表达出来。囿于译者能力所限，展现在读者面前的中译本或许有咀嚼生涩之感，对此作者深表歉意，建议读者不要拘泥于字句，而是用较为宏观、发散的思维来理解；对于翻译错误或不准确的地方，欢迎提出批评，不足之处敬请读者不吝赐教。

在整个翻译过程中，我都跟作者本人保持着良好的沟通，从一开始的翻译授权到翻译过程中对内容的理解和细节的意见交换，直至最后的出版和推介，Montenbruck 教授总在第一时间给予我帮助和指导，可以说，没有他半年多来的鼓励和支持，就不会有中译本如此迅速的问世，在此对他的帮助唯有表示深深的感谢。

最后，借此机会想对Open Access这种于中国而言尚较为新鲜的开放存取出版模式做一简要的说明。上世纪90年代末，国际学术界、出版界和图书情报界共同发起了开放存取运动（Open Access Movement），提出了开放存取出版模式，这是基于国家资助的研究成果应该免费向公众开放这样一种社会舆论背景而生的，它旨在推动和加速各学科领域的学术研究成果在因特网上自由的传播和使用，让更多人能迅速地、免费地获取各种格式的电子资源。所以说开放存取出版不仅仅是一种新的商业模式，而且是一种满足研究与教学需要的新途径。进入21世纪以来，尤其是欧盟对于这种出版模式给予了大力的物质支持，因为这有助于学术更为广泛有效的传播，同时也节约了印刷成本，符合环保理念。开放存取不同于普通的网络上传下载，其对文献的出版要求跟普通出版社别无二致，从而保证了文献的质量，同时文献也受到与普通出版方式相当的完全的版权保护。其特殊性表现在，在OA期刊上发表研究文章的作者授权出版商作为原始出版者出版其研究论文，应同意允许他人以免费和不受限制的方式非商业性地使用其成果；允许任何第三方在保持作品的完整性和尊重作者的首发权，正确引用并标注原始出版者前提下可无限制地免费复制、传播、展示其作品，允许制作其衍生作品。另外，全部或部分引用他们文章的作者必须指明其出处，这意味着作者可把研究成果放在自己的个人网站主页上，任意打印，把自己的文章邮给同事，但要求文章细节引述正确，并明确标明原始出版者。此外，作者只需支付少量费用，便可订购该文章高质量打印件。但是，任何个人或机构需要大量复制某一篇研究

论文（如250份以上），则需要与文章的版权持有人联系。在这一运动中，柏林自由大学显然是走在前列的，同时柏林自由大学开放存取出版社原则上规定只有该校的在职教授才有资格通过该出版社免费出版刊物，但经过沟通与协商，通过其对中译本的严格审核和Montenbruck教授的无私协助，我有幸作为译者也获得了同作者一样的待遇，中译本得以在柏林自由大学开放存取出版社免费出版，并得到了欧盟版权法对于译者全方位的版权保护，在此对出版社方面也表示由衷感谢。

最后，欢迎读者将该书打印出来，陈列在书房或图书馆，并祝愿读者享受阅读的乐趣，成为思想的赢家。

谢焱 2013年1月于慕尼黑



## 中译本序言：我对中国和西方的几点认识

怀着对我这本小书的中译本崇高的谢意，请允许我在这里简短地谈谈我的几点认识，希望借此能让人更好地理解我的想法。首先，将之译成中文，从根本上是想加深跨文化国家之间关于“刑法理念”范畴中一些问题的理解。

西方的法哲学理念吸收了儒家学说关于道德责任的一些观念，如今在国外成立的中国文化传播机构孔子学院就是以此命名的。正如任何其他的文化一样，浩瀚的中国也包括许多其他文化支流。重要的是在法律学者看来“法律主义”在古代似乎只盛行了很短的一段时间。无论是通过法律著作，还是奖惩措施，每种学说都必须要让这个泱泱大国维持必要的秩序。其中多样化的、宗教也是哲学意义上的“道家”学说在其他门派中脱颖而出，被认为不仅是正确的道路也代表最高的整体，它的统一阴和阳的矛盾学说，以及让事情顺其自然，而不强迫任何事情的观点都是以和谐跟宽容为导向的。道家使用“气”这个核心概念，指的是一种精神和情感的栩栩如生的力量。这种能量在古代欧洲亚里士多德那里<sup>1</sup>则表述成一种“理性灵魂”的元素，这也是当今“人之尊严”思想的重要渊源和基础。“佛教”这门宗教哲学进一步提倡宽容和尊重每一个生命。对神魔的信仰最后也可以归结于此。它将对外界力量的责任转化为我们日常生活中的仪式。所有这些文化的发展都受到了彼此影响，从而在中国这样一个大国秩序理念薄弱的国家中得以保留。

如果对西方视角作出自我批判的话，那么会在那里找到一个跨大西洋的领先文化。

从方法上来说，在整个人文学科的问题中居于核心的无外乎是整体上的务实理念和矛盾的综合解决。非直接的暗示一般将形成一种理解上的高度艺术，它避免了西方的分析方法，寻求对基本要素作出明确定义，将整体进行分解，例如将道德习惯分解到某些宪法原则中去，从而又得到了相应的限制。西方的分析思维一方面不可避免地导致了个人主义并很好地适应和诠释个人主义。早在古希腊就

---

<sup>1</sup> 亚里士多德在他的灵魂理论中定义了理性的概念，今天称之为有比例的理性主义，有五大特点或五大能力。他将人为的技术，理性的知识，道德的智慧，敏捷的洞察力和整体的智慧之间相分离。其本身的活动或能量被视为是统一它们的元素。(Aristotle' *De anima*: book 2 and 3 (with certain passages from book I.), transl. with introd. and notes by David W. Hamlyn, 1968, 1138 b, 20 ff., 1139 b, 15 – 17.)

已经如此。在欧洲文艺复兴时期，人们庆祝它的重生，人权也是基于此。另一方面分析思维来自于自然科学，并不断从中汲取营养。其自然法规则对欧洲的自然刑法和现行宪法有着重大的影响。如果从整体上来看，排除其中的矛盾，必然会倾向于社会的集体主义思想，从而达到共同利益，以及共和的理想。

就此而言儒家法律哲学只能给予一个难以令人满意的方面。每个受过教育的高尚的人，都将高度简化的习俗、常规、和谐原则视为优先于制定好的法律，并认为争议不体面的。比起沉闷的法律，每个人更愿意接受文明的道德礼仪和坚持个人的权利，并且认为纷争是很不文明的行为。每个人都要履行作为家庭成员的责任和义务，同时除了要遵从神的旨意之外还要服从于家庭最高领导者。不同之处只是神可以用幸运嘉奖世人正派的举止，以不幸惩罚世人不负责任的行为。

因此就有了最高正义之物。在理想情况下，作为道德习俗的一部分，也产生了家庭联盟对各自成员的照顾义务等等。每个人通过这种社会体系从一开始就被迫处于一种被动状态；但他同时也从自我责任的负担中解脱出来，他可以至少从社会规范中毫无负担地期待并准备着追求幸福，抓住种种生活机遇。而不端行为将被视为是对家庭和其他上级等的不服从，从而导致不仅是个人责任的一种耻辱。

与此相反，欧洲法文化建立在个体的公民权和人权之上，个体自觉地从自身责任和基本理性行为中衍生出这些权利。一方面按照纯粹的自由主义观点，自身责任源于纯粹的担保，从对自己的所有物、延伸到对自己行为后果的纯粹担保。另一方面，西方人自诩为“精神的-伦理的”生物。这样的生物处事独立自主。他的行为遵从自己的、或者至少说是被自己内化的普遍道德准则。他也承担义务，但只对自己。如若违反该义务，他本人就会被指责为有过失，在某些情况下就要被刑事庭公开地进行“有罪判决”。由此，对自己负责的人们自主地治理国家，他们把国家当作“首席仆人”<sup>2</sup>，其后再由民主主义者给国家加诸相应的保护公民及其人权的义务。但是公民仍可以用文明的形式为自己的权利而战，进入政坛表达观点，虽然他最终希望在法律上通过调节，在政治问题上通过妥协来解决问题。

自治的个人道德和出于士兵义务之下的社会习俗都属于规范的世界，但同时

---

<sup>2</sup> Montenbruck, Axel, 《文明：国家和人民；暴力和法律；文化与自然》，由柏林自由大学开放存取出版, <http://edocs.fu-berlin.de/>, 2. Aufl. 2010, 52 ff

反映了个人主义和集体主义的文化统治之间的分离。作者尝试从另一个角度，即将这两种视角一起放到人类学层面上来考察。简单说来，事实上人们总是同时在使用这二者，即个人责任的概念和对人类共同体的主流规范的服从。<sup>3</sup>

从政治角度来看，可以高度简化成西方的“自由、平等和共和”的信条，相对于第二理想模型而言自由是主导；而第二理想模型在顺序上有所颠倒，即所谓的“共和、平等和自由”，从这个角度看来共和处于主导地位。但理论对实际生活的影响形成了各自的文化。在这里，每个大的社会中都存在低级、边缘和反文化。因此，在每一个军队里都尊崇服从和无私的团结精神，并将其作为社会的主流观念。与此相反，与陌生人之间的以货易货，尽管有各种各样的管理制度，但归根结底普遍都遵循自由给予和接受的原则。

旨在保障自由权利的西方法律，包含了大量的罗马法中的教义，表面上看来首先将道德（习俗的姐妹）置于首要位置：“法律来源于正义，正义是法律之母，正义先于法律而产生”<sup>4</sup>。但接下来对二者的区分也很清楚。基于这个基本理念要对法律的内涵和外延进行解释，以免滥用。

此外“被确立的权利”是种形式。所以举例来说，“无法律则无刑罚”的罪刑法定原则支配着德国刑法。它不仅扎根于德国的基本法中，也被确立在欧洲人权公约及欧盟基本权利宪章中。<sup>5</sup>更上位的法理念和公正同时组成了它的本质内容。谁打破了这种形式，也就摧毁了它的内容，孔子如是说。从法哲学的角度来看，我们迫切需要的是这样两个组成部分，即以秩序形式表现出来的法律和以正义理论为核心的道德哲学。

德国的法哲学家古斯塔夫·拉德布鲁赫<sup>6</sup>进一步阐述了这种思想：“法律是现实有说服力的，它有着正确的价值观及为其服务的法理念”。之后又指出：“法律中除了正义不能有任何其他想法存在的余地。”不久后为了表述不同形式的平等，他继续解释到：“在这种意义上正义意味着平等。”

所言相同之处在于它们都属于西方政治文化的三个信条，即“自由、平等和

---

<sup>3</sup> 所以笔者还有一部网络出版的三卷本著作《民间宗教和法哲学》（第一和第二卷分别于2011年更新至第三版，第三卷于2010年首版，[edocs.fu-berlin.de/docs/receive/FUDOCSS\\_document\\_00000006674](http://edocs.fu-berlin.de/docs/receive/FUDOCSS_document_00000006674)）vgl.尤其见最后一卷第90页后。

<sup>4</sup> Accursius, *Glosse Iustitia zu Digesten* 1,1,1

<sup>5</sup> 参见《刑法中的合法性原则：中德比较》：Eric Hilgendorf / Genlin Liang(梁根林)(编者)，2012。

<sup>6</sup> Radbruch, Gustav, 《法哲学》，Dreier, Ralf/Paulson, Stanley L. (Hrsg.), 2. Aufl. 2003, 34 f.

共和”。<sup>7</sup>在这三者中公正是中流砥柱，其中又包含着“道德”、“法律”和“政治”并形成了统一体。但是自由和共和也要找到它们的位置。经济的自由主义强调共和的社会国家观念下的自由。

如果一旦不同政治体系都将平等和公平作为追求目标，那么他们之间至少会在以下两点达成妥协：即良好的社会道德和合理公正的法律体系。这时以下的一些考虑可能符合中国人的思维方式。

简单的“黄金法则”结合了动态的变换关系与静态的平等观念形成了所谓的“普遍”正义的核心（第一章）。从伦理学或习惯上来说不管谁看到法律之母即道德或习俗，就会自然追溯法的起源，特别是其中对“时间”问题的探讨（第二章）。但是也存在一些宗教因素，比如像祭品所蕴含的意义或者是一种事后的补偿，或者是一种对未来的期冀（给予才能得到）（第三章）。尽管人们是有理性的，但在诉讼中情感冲突起着主导作用，这将导致法律机构对之进行调解，也允许了使用带有宗教色彩的概念来解决冲突（第四章）。作为诉讼之父，必须要留名的是在其中看到的人类“自私的本性”（第五章）。

但是，上述的“刑法哲学”描述的西方图景基本上是以完全能自负责任的人群为前提的。也就是说假设将其中每一个人都置于核心原则为法治原则的法律体制下，将国家、法律以及个人尊严三者相联结。

鉴于这样复杂的背景，该书的译者——法学学者谢焱女士（曾就读于北京师范大学，现在慕尼黑大学攻读博士学位）接受了这个异常艰难的挑战。在此对她相对成功的翻译表示由衷的感谢。

阿克塞尔·蒙特布鲁克，2013年1月于柏林

---

<sup>7</sup> 见2009年《欧洲联盟基本权利宪章》序言

## A. 报应：“以牙还牙，以眼还眼”是否为刑罚的基础？

请您相信，笔者给您呈现的是典型的法学式的答案。那么再报应原则（das Wiedervergeltungsprinzip）究竟是不是刑罚的基础？答案为：是，亦不是。为什么？一个全面而完整的答案需要一位高校教师花费至少三刻钟的时间<sup>1</sup>。

### I. 作为“综合论（Vereinigungstheorie）”因素的行为罪责报应（Tatschuldvergeltung）

1. 如果有人想问刑法学者：“何为刑罚的基础”，并想得到一个简洁易懂的解释，答案将是刑罚充当了报应和预防（Vorbeugung）的角色。报应，是因为行为人侵害了“法益”，即一种受法律保护的价值；而通过预防功能，可以避免行为人或其他的任何一个人在将来实行相似的行为。

在学术上，有关刑罚的意义和目的之基础的通说是所谓的“综合论”，它包含了三个因素：

- 一般预防（Generalprävention），尤其是在维持公众的守法意识这一意义上
- 个别预防（Individualprävention），通过对犯罪行为人的警戒以及保障其在刑罚执行过程中的再社会化（Resozialisierung）
- 罪责平衡（Tatschuldausgleich），即对需要负责任的不法行为的报应。

总结为公式，我们可以将刑罚表述为“通过罪责报应和执行判决，来维持公众的守法意识”。<sup>2</sup>

2. 在自由的和高度发达的科学中，我们总是需要或多或少地将主流观点与其他不同观点进行区分，但这里我们不讨论这一问题。我们讨论的问题在于，其中的某个因素在多大程度上与罪责报应相统一，并且作为刑罚公正的基础？因

<sup>1</sup> 报告的风格被保留下来，但是报告的措词被扩充了，而且——很明显地——配上了脚注。

<sup>2</sup> Jescheck持类似观点：Jescheck, Hans-Heinrich/Ruß, Wolfgang/Willms, Günther（编者）：《刑法典》之《莱比锡评注》；《重要评注》，第一册（导言，第1章至第31章），第11版，1992，导言页边码 22 ff. 也可参见联邦宪法法院 45, 187, 253 ff.; Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert: 《刑法典及其附属法律》，第47版，1995，第46章页边码 3; Roxin, Claus, 《刑法总论第一册：犯罪学说的构造》，第2版，1994，第三章页边码 Rn. 32 ff.

为：在刑罚中我们以另一种痛苦报复他人给我们带来的痛苦，<sup>3</sup>用长时间的监禁报复谋杀——其中存在广泛的一致性。这是“以牙还牙，以眼还眼”原则和“犯罪必罚”的实际体现。

再报应原则，或者说刑罚原则，根植于人们对于正义的传统追求。后文我们将对这一追求和“以牙还牙，以眼还眼”原则的生长环境进行探讨。

3. 与之相反，从功利主义（Utilitarismus），包括正义功利主义（Gerechtigkeitsutilitarismus）（根据Rawls的观点<sup>4</sup>）的视角来看待报应和刑罚问题已经渐渐成为过去式。功利主义地为刑罚寻找存在基础，相对而言比较容易。

功利主义者认为，如果刑罚是必要的，那它就是有用的，因此——就这一点而言——也是正义的；如果假定，功利主义者想要提出并回答有关正义的问题。另外，为了保证尽可能多人的幸福而使少数人遭受不幸是可以忍受的<sup>5</sup>。

<sup>3</sup> Krümpelmann, Justus, 《社会罪责概念的教条主义的和经验主义的问题》，GA 1983, 337 ff., 441; 也可参见 Mayer, Hellmuth, Kant, 《黑格尔和刑法》，载: Bockelmann, Paul/Kaufmann, Arthur/Klug, Ulrich (编者), 《卡尔·恩吉施 70 岁诞辰纪念文集》，1969, 54 ff., 63, 其中康德援引：“刑法是拥有命令权的人针对卑下的人的法律，后者因其犯罪行为而遭受痛苦。”（《道德形而上学》，载《学术论文集》，331 ff.）; Roxin, Claus, 《国家刑罚的意义和界限》，《法学》1966, 377 ff., 379; Schmidhäuser, Eberhard, 《刑罚的意义》，第 2 版 1971, 41 ff.; Jakobs, Günther, 《刑法总论》之《归责学说的基础》，第 2 版, 1991, 6; 以及 Coing, Helmut, 《法哲学的基本特征》，第 4 版, 1985, 246 f.

<sup>4</sup> Rawls, John, 《正义原理》，1975, 81; 也可参见 Koller, Peter, 《社会不平等的辩解和批判》，载《奥地利社会学杂志》，1987, 第 2 册, 4 ff., 19.

Trapp, Rainer W., 《“非古典”功利主义》之《正义原理》; 载《哲学论文集》，55, 1988, 以及 313 ff.

<sup>5</sup> Bentham, Jeremy, 《道德和法律之原则导论》(1780), 新版 1948, 其中 170 f.; 同样的观点也可见 Hutcheson, Francis, 《对于美和善的原始看法之研究》，1725, 载: Fabian, Bernhard (编者), 《Francis Hutcheson 作品选集》，第一册, 1969, 164 ff.

另可见: Mill, John Stuart, 《功利主义》，1863 (新版 1964), 德文版: 1975; 也可参考 Stephens, Sir Leslie, 《英国功利主义者》，共三册, 1900; Albee, Ernest, 《英国功利主义的历史》，1902; Sidgwick, Henry, 《伦理学方法》，第 7 版, 1927; Kraus, Oskar G., 《价值原理研究》，1901.

另外, Mill 在撰写《论自由》时的洪堡派的观点也许可以作为样本, 见 Papageorgiou, Konstantinos A., 《安全与自治》之《论 Humboldts 和 John Stuart Mills 的刑法哲学》，载《法哲学与法社会学档案》第 7 期 (1990) 324 ff., 以及 346; Höffe, Otfried (编写者), 《功利主义伦理学导论》之《古典和当代文本》，1975; Smart, J.J.C./Williams, B., 《功利主义的支持与反对》，1973; 概要性介绍也可见 Brock, Dan W., 《有关功利主义的近期作品》，载《美国哲学季刊第 10 期》(1973), 201 ff.; 亦可参考 Mittenzwei, Ingo, 《目的论上的法律理解》之《目的指向的法学之科学理论上的和神灵历史上的基础》，1988, 以及 160 ff.; 以及 (注解版) Joerden, Jan C., 《正义思想的三个层面》之《一些法律伦理规则和原则的举例说明》，《法哲学与法社会学档案》第 74 期 (1988), 307 ff., 328 ff.

Köhler, Wolfgang R., 《论功利主义的伦理学之历史与结构》，1979, 尤其是 65 ff.; Baumann, Michael, 《目的理性与刑法——与行为相联系的法律之理由》，1987, 尤其是 191 ff.

关于正义的概念及其多样的层次可参见 Kelsen, Hans, 《纯粹法律学说》，其中包含一个附录：《正义问题研究》，第 2 版. 1960 (再版 1976), 357 ff.; Hart, Herbert Lionel Adolphus, 《法的概念》，载: Habermas, Jürgen/Henrich, Dieter/Taubes, Jacob (编者), 《学说》，1973, 214 ff.

## II. 什么是正义?

想要了解“正义”，就必须向哲学家求助。哲学家将首先为其尽量简要地介绍以下3种观察角度：

(1) 正义意味着平等（*Gleichheit*）和德性（*Sittlichkeit*），其中德性表示道德上的美好。

(2) 正义应当体现相互性（*Gegenseitigkeit*），这种相互性要求不危及任何人，也即“所有人都快乐，没有人痛苦”。

(3) 正义也要求社会公平，或采用一种古式的表述，正义要求仁爱，或者另一种同样过时的表述，正义需要宽容。

以下分述这三种视角（并结合其相近概念）：

## III. 正义：平等和德性

1. 如果有人问哲学家，什么才是“正义”最重要的成分，那么他通常会得到以下答案：正义的核心在于对平等的需求。

这一观点始于亚里士多德（*Aristoteles*）<sup>6</sup>。他认为：“正义即平等。这是人所共知的，而且是不证自明的。”

下面我们将目光转向近期的学者们，例如拉德布鲁赫（*Radbruch*）认为，“平等处于正义的核心”。<sup>7</sup> *Koller*<sup>8</sup>也指出，平等需求直接附着于“关于道德和正义的

<sup>6</sup> *Aristoteles*, 《尼各马可伦理学》，第6章（大概公元前330年）（*Gohlke, Paul*翻译版，《尼各马可伦理学》；《教学作品集》，第11卷，1956，第5篇）：不过亚里士多德区分：“非正义追求非平等，显然必须在这样的不平等之间找到一个中间点，这就是平等... 非正义就是不平等，那么正义就是平等... 然而一旦同样的事物得到不同的结果和分配，那么纷争和谴责就开始了。价值也会导致纷争和谴责。因为人们普遍承认，在分配中，权利必须与价值相称，只是人们对于价值标准并非总持相同观点；对于人民民主政治而言，价值标准是自由，在对阶级统治而言是财富或出身，对最有名望的人而言是道德。也就是说正义在于比较...”（*Baumann*也曾逐字引用，《法学导论》之《法律体系与法律技术》第8版，1989，5.）

<sup>7</sup> *Radbruch, Gustav*, 《立法上的非正义与超法律的正义》，载《南德法律报》，1946，105 ff., 107, und zwar 考虑到纽伦堡审判中的话语：“如果不追求正义，在制定实体法之时有意识地否认构成正义之核心的平等，那么这样的法律就不仅仅是“不正确的法律”，它根本就缺少了法律的本质。”涉及这一内容的还包括 *Frommel, Monika*, 《保卫柏林墙程序——一个预料之外的拉德布鲁赫公式的体现》，载：*Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich*（编者），《刑罚正义·Arthur Kaufman 70 诞辰纪念文集》，1993，81 ff., 87.

<sup>8</sup> *Koller*, 《社会不平等的自我辩解与批判》，载《奥地利社会学杂志》1987，第2册，4 ff., 第4册；另外 *Ebert, Udo*（《刑法中的反坐与报应——伦理、哲学和历史视角》，载：*Jung, Heike/Müller Dietz, Heinz/Neumann, Ulfrid*（编者），《法律与道德》之《对于定位的贡献》，1991，249 ff., 256）提到：“... 正义观念和正义公平无可争辩地紧密地结合在一起。”同样可见：*Benda, Ernst*, 《社会法治国家》，载：*Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen*（编者），《联邦德国宪法手册》，1983，477 ff., 483：“正义要求也与平等对待要求紧密相连。”

传统观点的核心”之上<sup>9</sup>。所有正义学说总包含一个“人类基本的平等”这样的表述。著名法社会学家Luhmann<sup>10</sup>认为：借助于“平等”，我们能够确定某一事物在某一时刻是正义的还是不正义的。这样的平等定理完成了“法律技术上的程式化”。总而言之，规则在于，相同案件相同对待，不同案件不同判决。

平等对待的要求也是人权（“自由、平等、博爱”<sup>11</sup>）的组成部分。德国宪法第三条第一款规定：“法律面前人人平等”。

2. 另外，平等要求与法律表述相关联：法律应当具有普遍性，即无差别地适用于所有人<sup>12</sup>。它同时作为法治国家原则（Rechtsstaatlichkeitsprinzip）（第二十条第三款）被写入宪法<sup>13</sup>。

3. 如果试图借助法治国家原则来理解形式上的平等的涵义，那么自然会发现（例如借助Kunig<sup>14</sup>的观点），法治国家原则所包含的不外乎避免专断（Willkür）这一要求<sup>15</sup>。Kunig认为，巨大的寻找论据上的努力使法治国家原则在宪法的各个领域得以确立。通过更仔细地观察可以发现，这样的努力凝结成为一个避免“专断”的基本原则<sup>16</sup>。根据一般的看法，专断可以借助宪法第三条所规定的平等要

<sup>9</sup> 也可参见Bianchi, Herman, 《刑罚伦理学》，Hans Kühler将其从荷兰语翻译过来, 1966, 63: “我们总是考虑比例、对称性、平衡，考虑‘不管怎样’、‘刚刚好’。这是一项原则，它存在于人类生活的所有领域，存在于美学，如同存在与伦理学中那样；存在于经济学；如同存在于法学中那样。”

此外，Piaget, Jean（《智慧心理学》，1948, 17 ff., 72 ff.）提到，平衡矛盾是人类思维结构的基本组成部分。就这方面来说，报应原则反映出人类存在的一种基本现象。（也可见两位作者所著，《现代教育的原理和方法》，1974, 229 ff., 271 ff.）；也可参见 Hoffmann, Peter 的概述，《现代刑法发展中的刑罚目的、报应和一般预防之关系研究》，1992, 138. 实际上：至少那些试图理性地理解这个世界的人，竭力争取确立一种秩序。如果一项守则的秩序被扰乱，那么他将——如果他可以掌控的话——致力于修复这一秩序，让它“重新变好”或者说将被扭曲的秩序重新校正。尽管秩序本身存在意义，它也之存在一种意义。否则，它就是一种心里衡量上的考虑，这样的衡量影响着公众的守法意识——只要不存在外部原因。

<sup>10</sup> Luhmann, Niklas, 《作为形式和标准的平等原则》，《法哲学与法社会学档案》第 77 期(1991), 435 ff., 440.

<sup>11</sup> 1789 年法国《人权宣言》第一条规定：“在权利方面，人们生来是而且始终是自由平等的。除了依据公共利益而出现的社会差别外，其他社会差别，一概不能成立。”

Rousseau, Jean-Jacques, 《人类不平等的起源》(1755), 载: Wigand, Karl (编者和译者), Jean-Jacques Rousseau, 《文化批判论文集》之《论艺术与科学》(1780), 第四版, 1983, 77 ff., 77; 《社会契约论》(1762), Eva Petzcker 和 Hans Brockard 重新翻译, 1979 (《与实体和规范意义上的不平等之区分相关联之平等观念研究》, 17 f.). 另可参见 Koller, Peter, 《社会不正义的自我辩解与批判》, 载《奥地利社会学杂志》1987, 第 2 册, 4 ff. (《论平等观念》6 f.)

<sup>12</sup> 法律的定义可参见Creifelds, Karl, 《法律词典》各个词条, 第 12 版. 1994.

<sup>13</sup> 宪法第二十条第三款规定：“立法权应服从宪法秩序；行政和司法权受法律和正义的制约。”

<sup>14</sup> Kunig, Phillip, 《法治国家原则》之《联邦德国宪法之意义的思考》1986, 305 f.

<sup>15</sup> 同样可参见Baumann, 《法学导论》之《法律体系和法律技术》，第 8 版. 1989, 5 f.

<sup>16</sup> Kunig, 出处同上, 303, 302. 他也强调专断概念的可变性。根据Leibholz, Gerhard的相应论点, 对于专断而言，不需要一个过错意义上的主观的事实构成（即恶意），《法律面前的平等》之《法律比较和法律哲学的基础研究》，1925, 111 f.; 有关罪责的构成因素也可参见 95 f.

Kunig 指出，借助法治国家构想的蓬勃发展，在 50 年代早期，法治国家原则就已经发展为实质平等的



求得避免<sup>17</sup>。因此我们的讨论又一次回到了平等上来。

4. 但是，以“平等”代替正义可以为我们带来很多好处的观点也是值得怀疑的：

例如Bohnert<sup>18</sup>认为，平等要求需要一个客观基础。但是最近即使是联邦宪法法院也已满足于“评价决定”<sup>19</sup>或“决定性的应当是案件事实”<sup>20</sup>或根据集体的正义观念<sup>21</sup>这样的表述。Bohnert得出结论，宪法的这一基础原则实际上只意味着“同等事情同等对待，当它应当被同等对待时”。对平等的解释最终追溯到“普遍性”之确立基础，而且专断最终只能借助法规的目的来得以阐明。<sup>22</sup>

实际上：平等要求预先确立规则（Vorgaben）：人们会问，我们应当同时考虑哪些标准：货币价值，大小或者重量？众所周知，苹果和梨是不可比的。但是，它们可能有一样的重量，一样的颜色或者一样的价格。

平等不外乎一种功能，刚好只是一个仍包含未知成分的“平等”。此外，平等只是比例性（Verhältnismäßigkeit）的一个特别形式，我们需要为比例性寻找标准。

在万不得已之时，我们委托刑法来让我们自己得到保护。所有小偷、强盗和杀人犯（应当）不考虑这个人本身的特点地被处以刑罚。否则，“平等地”和普遍地处以所有精神病人或所有红头发的人安乐死也是可以写入法律中的。

---

保障和对抗专断的盾牌。他还指点我们参阅 Fechner, Erich, 《社会法治国家中的自由与强制》(1953), 载: Forsthoff,

Ernst (编者.), 《法治国家性与社会福利国家性》, 1968, 73 ff., 75, 以及参阅 Scheuner, Ulrich, 《德国法治国家的新发展》(1960), 载: Forsthoff (编者), 出处同上, 461 ff., 490.

<sup>17</sup> 也可参见Bohnert, Joachim, 《检察官定案》, 1992, 第249页指向: 联邦宪法法院 18, 353 ff. (363); 以及联邦宪法法院 7, 89 ff. (92); 52, 131 ff. (145); 54, 117 ff. (172); 55, 72 ff. (94); 及Hesse, Konrad, 《国家法中的平等原则》, 《公法文汇》77 (1951/52), 167 ff., 168; 以上作者著, 《联邦德国宪法的基本特点》, 第11版. 1978, 78, 同时第18版. 1991; Selmer, Peter, 《法律的保留》, JuS 1968, 489 ff., 495 f.; Kloepfer, Michael, 《作为宪法问题的平等》, 1980, 11 f.; Fletcher, George P., 《刑法中的功利主义和原则思想》, 《总体刑法科学期刊》101 (1989), 803 ff., 808.

<sup>18</sup> Bohnert, 出处同上, 264.

<sup>19</sup> 联邦宪法法院 1, 208 ff. (249); 联邦宪法法院 9, 338 ff. (349).

<sup>20</sup> 联邦宪法法院 46, 224 ff. (233); 联邦宪法法院 53, 257 ff. (280, 285).

<sup>21</sup> 联邦宪法法院 9, 338 ff. (349); 42, 64 ff. (72); Maunz, Theodor/Zippelius, Reinhold, 《德国国家法》第29版. 1994, 204.

<sup>22</sup> Bohnert, 出处同上 265 指向 Podlech, Adalbert, 《宪法平等原则的内容和功能》, 1971, 121 (程序意义), 另参见Müller, Georg, 《平等原则》, 载《德意志国家法教师协会杂志》47 (1989), 49 f. (权衡平等和规范目标); Gusy, Christoph, 《平等原则》, 载《新法学周刊》1988, 2505 ff., 2507; Stein, 《宪法评注》; Wassermann, Rudolf (编者), 第2版. 1988, 第3条边码 33 f. Bohnert, 出处同上, 249. 另外, 怀疑性的论述见Leisner, Walter, 《平等国家》之《通过评价的权力》, 1980, 1 f.

5. 不管是平等还是更为细小的比例性，都始终涉及单个的抽象化，即单个的概念。存在于概念中的抽象化之目的始终在于将从来都不完全一致的情况进行总结概括。但在诸如人、桌子、椅子等等概念中，我们仍然能够限定那些对于我们来说非常重要的特征。平等要求需要抽象化，而且应当从一个尚未确定的，对于我们而言是“根本性的”（wesentlich）的角度。<sup>23</sup>

行家要发笑了。我们来到了人的本质这一问题。法哲学家Perelmann正是在这一意义上进行了解释：形式的或抽象的正义意味着，“相同的人类类别中的人，必须被以相同的方式对待”<sup>24</sup>。哲学家Ryffel<sup>25</sup>同样认为：平等要求应当是一个形式的要求。所有事情在特定的方面可能既相同又不同。决定性的是，它们本质上（im Wesentlichen）是否相同。

6. 平等和正义几乎算是同义反复的“近亲”。此时就存在一种风险，或者说一种期望，即否定不平等的存在，或者将不平等视为是正义的甚至是“自然的”。不受法律保护的奴隶或不自由的人早就证明了这一点。即使是康德（Kant）<sup>26</sup>也将比如学徒、佣人、未成年人、卑贱的女性、伐木工人和家庭教师作为被动的国家公民排除在一般性的立法之外。英国1215年签署的《大宪章》也仅适用于贵族。要承认人类中的每个个体拥有同样的权利，比如在遥远的孟买的乞丐，即使在今天仍然存在极大的困难。

7. 因此正义要求在某些时刻超越了平等要求。寻求正义就意味着追求某些有利的东西（就好像孪生子一样）。

Ryffel认为，实践经验整体上可以指明方向，而实践经验应当根据“最高道

<sup>23</sup> 即使人与事实情况都不相同，平等要求也可能是恰当的。关于这一问题可参见Kirchhof, Paul, 《客观性与专断》，载Faller, Hans-Joachim/Kirchhof, Paul/Träger, Ernst (编者), 《责任与自由》. 《作为决定价值次序的宪法》，《Willi Geiger 80 诞辰纪念文集》，1989, 82 ff., 98, 104. 值得思考的是，本文也指出，借助于概念，不同的人和事物被概括起来。(出处同上 104 参考Leibniz, Gottfried Wilhelm, 《有关人类理解力的新文章》，第2册，再版1961, 5 ff., 35 f. 以及 Austin, John, 《行为语言表达》，载：《语言与涵义》，1975, 245 ff.)

<sup>24</sup> Perelman, Chaim, 《论正义》，1967, 28.

<sup>25</sup> Ryffel, Hans, 《法律哲学与国家哲学——政治的哲学人类学》，1969, 222 f.; 也可参见Eggers, Philipp, 《正义与法律》，载 Just, Manfred/Wollenschläger, Michael/Eggers, Philipp/Hablitzel, Hans (编者.), 《Günther Küchenhoff (1908 - 1983) 纪念文集》，1987, 27 ff. (28 f.).

<sup>26</sup> Kant, Immanuel, 《道德形而上学》，载：Weischedel, Wilhelm (编者), 《康德作品集六册》，第四册：《伦理学与宗教哲学作品集》1956, 433 或参见Pawlowski, Hans-Martin, 《信仰自由的国家中的法律根据》，载Pawlowski, Hans-Martin/Smid, Stefan/Specht, Rainer (编者), 《Schelling的实践哲学和当前的法律哲学》；《空想与实践》. 《德国唯心主义作品与调查研究》，第二部分：《调查研究》，第13册，1989, 13 ff., 51 f., 其中也提到了早先对贵族与平民，自由人与奴隶，男人与女人等等之间天生的区别的承认。

德标准”来进行评价。此时，即使是正义观念也毫无帮助；因为更仔细地观察，可以发现正义的界限与善（Guten）的界限相交错：正义的事物是以真正标准形态存在的善<sup>27</sup>。就这一点而言，乌尔比安（Ulpian）有一个被塞尔苏斯（Celsus）称赞为完美的表述：“法是善与平等的艺术。”<sup>28</sup>

如果现在有人问，究竟什么是“善”，那么联邦宪法法院会告诉他，去参阅有关“关系”（Gemeinschaft）的基本价值的内容。刑法学者称之为“法益”（Rechtsgüter）（人身，生命，名誉，自由等等）。总结起来，只要涉及到个人，那么它指的就是“自由”与“幸福”。功利主义者将其表述为“得益”（Nutzen），经济学者表述为“利益”（Vorteile）。因此从宪法角度，实质正义不外乎就是对“自由”的要求。但是自由的概念又与人权和现代的自由、自主的人物典型形象不可分割地联系在一起。

Smaus<sup>29</sup>也认为，正义概念的实质内容一般性地涉及人与人之间关系的善或德性，并附上了评价标准：

- 人的尊严，
- 人权，
- 人民的自由、平等、自治<sup>30</sup>。

她提到了Höffe的观点，并补充到，在这一视角中，公共的行动，尤其是国家制度和法律制度也要接受评判。

因此，构成我们宪法主要部分的就是正义的！

8. 那么：正义在核心上意味着平等，平等意味着排除专断（在法治国家性意义上），平等的实质标准是“善”，即（道德上的）最高价值。

需要补充的是，平等要求只在关系中产生意义，而且只能是一种短期的交换关系（Austauschgemeinschaft）。另外，每一关系都隐藏着某种趋向平等的趋势。那么主人和仆人关系原则上至少导致，人们相互依存，即承认另一方的存在，就

<sup>27</sup> Ryffel, 出处同上 219.

<sup>28</sup> Ulpian, 《学说汇纂》第一册第一章，第一节。

<sup>29</sup> Smaus, Gerlinda, 《国家中的形式平等》，《社会中的实质不平等与刑事政策的窘境》，载：Jung, Heike (编者), 《刑事司法的替代途径和相关人权利保护》，《个人权利中的众人参与模式》，1989, 29 ff. (30).

<sup>30</sup> Höffe, Otfried, 《自由与平等：道德上的基本规范和政治上的基本权利》，载：Apel, Karl-Otto/Böhler, Dietrich/Rebel, Karlheinz (编者), 广播讲座：《实用哲学/伦理学》，第3册，1984, 735 ff. (740, 759 ff).

如同“权利”与生命一样。<sup>31</sup>

将视角转向刑法，我们不禁要问，刑罚究竟是不是“善”的。比如，当它能够为集体的“基本价值”提供保护时，它对于集体来说应该就是善的。对于单个犯罪行为而言，它却是而且始终是“痛苦”。即使在“赎罪”（Sühne）（甚至“漂白”）<sup>32</sup>的可能性之下，对刑罚进行重新定义也太过理想主义了。

## IV. 正义、相互性和勿伤他人之戒律

1. 古老的（圣经的、早期基督教的、罗马的）格言现今仍然影响着关于正确行为的日常想法。其悠久传承使其成为永恒的客观真理。最为重要的“黄金法则”规定：“以眼还眼，以牙还牙”。这就是（再）报应。它是相互性、交互性的基本原则，同样也是平等对待（Gleichbehandlung）意义上的平等的基本原则。

从正面来看，“黄金法则”<sup>33</sup>意味着：你想要别人怎样对待你，那么你就必须怎样对待别人。<sup>34</sup>或者如圣经所言：“无论何事，你们愿意别人怎样待你们，你们也要怎样待人”<sup>35</sup>或甚至于“仁爱他人，就如同爱自己一样”。

<sup>31</sup> 此时如果想要更多说明“权利”，就必须深入到法律原理中去，在这一方面可参考Alexy, Robert, 《法律概念与作用》1992, 201 结合 47 f.和 44 ff.; Creifelds, Karl, 《法律词典》,第12版1994, 其中的“权利”目; Wesel, Uwe, 《权利面面观. 非法律人的法学教科书》, 1991, 387.

关于承认思想可参考Larenz, Karl, 《德国民法总论》, 第7版. 1989, 34 “每个人被他人作为人来尊重之权利”结合“将其他每个人作为人来尊重之义务”; Folkers, Horst, 《人权原理——从人权的进一步发展角度》, 《法哲学与法社会学档案》第76期(1990), 12 ff.; 权利兼有三个组成部分: 权利主张、承认、保障。关于承认思想还可参考Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, 《哲学百科全书概要》(1830), 第三部分 (III.): 精神哲学, 原理-作品; Michael, Karl Markus/Moldenhauer, Eva (编者), 《文集 (从1832至1845; 重新出版)》共20册, 第10册, 1970, § 435; 也可参考Kojève, Alexandre, 《黑格尔思想回顾》, 1975, 24; Schaber, Peter, 《作为德性的法律. 黑格尔法哲学基本概念研究》, 1989, 30 f.

<sup>32</sup> 关于赎罪中的痛苦的重新定义还可参考Gössel, 《Pfeiffer纪念文集》, 23 (赎罪的、自我的罪责承担); 从神学角度可参考Gründel, Johannes, 《罪责研究. 神学-伦理学视角》, 载: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfried/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (编者), 《刑罚正义. Arthur Kaufmann 70 诞辰纪念文集》, 1993, 423 ff., 432: 从神学角度来看, 赎罪意味着“根本的和解”——至少是已经有罪的人和集体、集体和犯罪行为之间的和解, 而且主要是与上帝的和解, 其中所有罪责最终呈现为赎罪。这样的和解既不可以被人类自己挣得, 又不可以被强制施加。它是被赋予的。这正是基督教解脱信仰的中心思想, 耶稣基督赦免人类。

<sup>33</sup> 关于黄金法则两种表述（正面的和反面的）的思想史及至中国哲学的思想史, 可参见Joerden, Jan C., 《正义思想的三个层次. 以一些法伦理学规则和原则为例》, 《法哲学与法社会学档案》第74期(1988), 307 ff., 312 f.; 还可参见Hruschka, Joachim, 《在过去与当代讨论语境下康德对黄金法则的修改》, 载: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfried/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (编者), 《刑罚正义. Arthur Kaufmann 70 诞辰纪念文集》1993, 129 ff., 其中也提到了Christian Wolf关于儒家的论述。

<sup>34</sup> 在希腊神话中, 娜美西丝掌管分配, 即确定某人应得到什么, 同时也是针对罪行的复仇女神。以上是Baruzzi的观点, 《自由, 法律和公共福利. 一个法哲学的基本问题》, 1990, 31, 注释34 提到Ehrenberg, Viktor, 《早期希腊文化中的法律思想. 形成中的城邦的历史》, 1921 (再版1966), 以及Wolf, Ernst, 《希腊法律思想》, 第一册, 1950.

<sup>35</sup> 圣经, 《马太福音》7, 12; 《路加福音》6, 31; 另外, 已经有了注意到普遍化原则的译文 (参见以下康

2. 正面的黄金法则也存在于古罗马的“为了你给我,我要给与你”(do ut des)这一格言中<sup>36</sup>, 存在与给予与得到中。这是互易的原始原则。

反面地表述黄金法则<sup>37</sup>为:“你不想要别人怎样对你,那么你也应不怎样对待别人。”

3. 有二分之一的古老公式的内容是:各得其所。双方都(恰当地<sup>38</sup>)满足了对方。<sup>39</sup>它最初与“勿伤他人”联系在一起。<sup>40</sup>

---

德的观点);反面表述的黄金法则:你不想要别人怎样对你,那么你也不怎样对待别人,载:《多比传》4,16,还可参见Hruschka, Joachim,《在过去与当代讨论语境下康德对黄金法则的修改》,《Arthur Kaufmann纪念文集》,1993,出处同上129.

然后, Otto,《关键词:“平等”》,载: Brunner, Otto/Conze, Werner/Koselleck, Reinhart (编者),《历史性的基本概念》,第2册,1975,997 ff.,尤其涉及关于天主教社会学说中的宗教根源。

Gast, Wolfgang 也指出, Mahatma Gandhi 也把黄金法则作为其革命性的实践的基础,《法律修辞学、解释、根据与概括》,第2版.1992,335.对于革命的非暴力性他解释道,其本质在于,没有人受到思想、言辞或行动伤害,即使是为了所谓的人们的利益(Mahatma Gandhi,《没有暴力的自由》,Klaus Klostermeier (Urf.初稿拟定者.),1968,952).

Zippelius, Reinhold,《法哲学.教科书》,第2版.1989,107,其中提到 Aristoteles,《尼可曼斯伦理学》,1132b,也提到了传奇米诺斯国王拉达曼达斯的准则:“如果你必须为自己所做的行为负责,那么正义的法律就形成了。”

黄金法则也隐藏在亚里士多德对“功绩”的、在正义学说意义上的论述中,《尼可曼斯伦理学 I》.6-7,1097 a-b,德文译著,Grumach, E. (编者)第6册,1967,参见 Trapp, Rainer W.,《非古典功利主义.正义原理》;《哲学论文集》,55,1988,311;也可参见 Aristoteles,《尼可曼斯伦理学.以 Eugen Rolfes 的翻译为基础》;Bien, Günther (编者),《哲学丛书》,第5册,第4版I.1985,第8卷,第10章,1180 a;及 Ebert,《刑法中的反坐与报应——伦理学的、心理学的和历史的视角》,出处同上,1991,249 ff.,264,同时提到西塞罗 Cicero,《论法律 III》,20,46.

另可参见 Fechner, Erich,《人的尊严和生殖学的研究和技术》,JZ 1986,653 ff.,654 ff.,655,其中也涉及伊斯兰教和佛教。

<sup>36</sup> Paulus,《文摘》,第19册,第5章,第5部分,pr.-§1.

<sup>37</sup> 有关黄金法则还可参见: Raisch, Peter,《流传下来的针对实际法律运用的解释规范之适用》,1988,18.; Hare, Richard Mervin,《自由与理性》,1973,43 ff.; Spendel, Günter,《作为法律原则的黄金法则》,载: Esser, Josef/Thieme, Hans (编者),《Fritz von Hippel 70 诞辰纪念文集》,1967,491 ff.;还可参见 Weinberger, Ota,《分析学和辩证法的正义原理.行为理论上的和认识学上的正义学说概览》,载: Tammelö, Ilmar/Aarnio, Aulis (编者),《法学和伦理学中的理论与技术进步》,《法学理论》,附录3,1981,308 f.;还可参见 Bydliński, Franz,《基础性的法律原则.法伦理学上的团体状态》,1988,167 和 174.

<sup>38</sup> 关于亚里士多德所论述的交换规则(jus commutativa),一方面是交易正义(Verkehrsgerechtigkeit),另一方面是“各得其所”意义上的分配规则(jus distributiva),补偿正义(justicia compensatoria)也包含其中,参见 Fikentscher, Wolfgang,《家庭与城邦和蜜蜂的道德——共同使用和个人使用概述》,载: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (编者),《刑罚正义. Arthur Kaufmann 70 诞辰纪念文集》,1993,71 ff.,79 f.

<sup>39</sup> Ulpian:“正义是坚定的和稳固的意志,每个人都应拥有相应的权利”(《学说汇纂》第一册第一章第十节).

<sup>40</sup> 这一定理在查士丁尼(Justians)的体系中与“alterum non laedere”(不伤他人:《查士丁尼法典》I 1,3:“体面生活,不伤他人”);Schiemann, Gottfried,《普遍的伤害禁止规则:“勿伤他人”》,《法律学习》1989,345 ff.,尤其是 347 f.

Schiemann 认为, Kant, Immanuel 所著《道德形而上学》(1797年研究论文,42)也使用了一个类似的说法:“不使任何人冤屈”.这一句子可以追溯到 Cicero, Marcus Tullius (《论义务》1,7,20)和 Stoiker (Schiemann, 出处同上.347). Pufendorf, Samuel (《论自然法与万民法》1672, III, 1)将“勿伤他人”看作是义务体系中的核心意义(Schiemann, 出处同上349). Steinvoth, Ulrich (《古典的和现代的伦理学.实在的道德原理的基本方针》,1990,16 ff.)将道德归因于“勿伤他人”原理.伤害禁止被视为绝对义务。

这一规则目标在于实现法律的安定性（*Rechtssicherheit*），也对禁止武力（*Gewaltverbot*）原则进行了补充。禁止武力原则迫使停战。它带来“和平”（*Frieden*）。

如果要祝福别人安宁，我们常常会说：“安宁与你同在”或“你好”（*Shalom*）或“祝你平安”（*Salem*）。我们也可以通过举起手来表达这一信息，致意者也期望借此从对方获得问候。致意者表示其手中明显没有武器。它也可以体现在鞠躬时谦恭的手势中。它表示“我是你的仆人”。相互交握的手表示一种“一致”——我与你之间的分隔被消除了。我们成为一体。平等暂时被提高到了—致的高度。

法国 1789 年《人权宣言》第四条规定，自由意味着可以为任何“不伤害他人”的事情<sup>41</sup>。德国宪法第二条第一款规定：“人人有自由发展其人格的权利，但以不侵害他人之权利为限……”（也以不违反宪政秩序或道德规范者为限）。

另外，哲学家 *Baruzzi* 也提出，“自由”这一词语与关于“友爱”的词语相关联，而且应当被保存在“使自由”这一动词当中。它意味着相互保护的意愿。<sup>42</sup>

一些法哲学家认为：选择善还是恶，始终意味着：给某人他应当的东西。此时我们又转回原处。关于此，我们有必要提及 *Thomas von Aquins* 关于正义的经典表述，他再一次以“各得其所（*sum quique tribundi*）”改写了柏拉图和西塞罗的相关表述。<sup>43</sup>

“各得其所，勿伤他人”公式中没有提到的是，当某人伤害了他人，即他人没有被赐予应属于他的东西之时，会发生什么。

4. 《1104 年施瓦本省禁止复仇条例》的起草者将“以眼还眼，以牙还牙”原则和“各得其所，勿伤他人”原则结合以来，并从中推导出了刑罚：

不想宣誓“我不伤害他人，他人也不伤害我”的本省居民，应当被处于如“扰乱和平罪”这样的刑罚<sup>44</sup>，即根据再报应原则进行处理。

<sup>41</sup> 《1789 年人权宣言》, 载: Mayer-Tasch, Peter Cornelius, 《欧洲各国宪法》, 第 2 版. 1975, 210.

<sup>42</sup> Baruzzi, 《自由、权利与公共福利. 法哲学基础问题》, 1990, 14 f. 他也指出, 希腊词语 *Eleuthera* 和其词源 *Volk* 和德语词 “*Leute*” (三者都表示人民、公众) 相互关联, Baruzzi, 出处同上 14, 其中提到 *Raaflaub, Kurt*, 《希腊人的自由观念》, 载: *Welskopf, Elisabeth Charlotte* (编者.), 《古希腊中的社会类型化概念》, V, 1981, 180 ff., 特别是 185 f.; 关于自由和友爱的关系可参考 *Kluge, Friedrich*, 《德语词源词典》, 第 21 版 1975, 216, 218; 现在第 22 版 1989.

<sup>43</sup> 参见 *Platon*: 正义在于, 每个人做他应做的事. *Platon*, 《理想国》, 1978, 433 A - 433 C.

以及 *Eggers* (《正义与法律》, 《*Küchenhoff* 纪念文集》, 1987, 出处同上 27 ff., 28 f.) 及 *Josef Pieper* (四驾马车: 智慧、正义、勇敢、节制), 1964, 87)。

<sup>44</sup> *Hattenhauer*, 《欧洲法律史》, 1992, 272.

这些禁止复仇条例运动针对的是武力自卫行为。同时它们也限制了国家的发展和国家的权力垄断（Gewaltmonopols）<sup>45</sup>。

5. 结合“各得其所，勿伤他人”这一双重原则，再报应要求看来是一个理想的刑罚（在以一种痛苦报应另一种痛苦意义上）的根据<sup>46</sup>。

然而仔细研究会发现再报应引发了一系列的问题。在再报应原则的简单运用中，被处罚者也被允许用一个“进一步的”痛苦来报复他因自己的行为而遭受的痛苦。因为他也感觉自己受到伤害。我们以现代的刑罚剥夺他的“自由”。进一步来看：借此我们或许可以为实施制裁的权利奠定基础，其基础不再是安静地忍受刑罚的义务。禁止复仇条例运动并非徒劳的，它们寄希望于神的力量，并将历史发展导向了国家政权，只有国家政权才能行使权力。借此我们才远远摆脱了“无止境的再报应”。但是，据此，正义的就只能是上帝想要的，或者统治者做出的。

针对谋杀而言，再报应原则将我们带向了另一方困境：有疑问的是，被罪犯杀死的受害人究竟可以怎样复仇。答案是：“那么应当由他的家属代为处理”，这将导致无止境的“血亲复仇”，导致敌对，也就是说报应不再只涉及他和我，而是涉及不同的家庭（家族、宗族）。

6. 康德（因此尽可能地）提升了报应原则的高度（从刑罚的高度的视角）。他认为：“你加诸于人民中的其他人的不幸，也会使自己遭受到不幸。你辱骂他，这样你也辱骂了自己；你偷他的东西，这样你也偷了自己的东西；你打他，这样你也打了你自己；你杀死他，这样你也杀死自己。”<sup>47</sup>”

然后康德得出结论，当犯罪行为已经损害了自己时，那么（进一步的、国

<sup>45</sup> 参见 Schmidt, Eberhard, 《德国刑事司法历史导论》，第3版，1965, §§ 41 ff.; 还可参见Hattenhauers, 出处同上 271, 他认为，武力自卫也可称为“Faida werra guerra”, 这也与“la guerre”, “war”, “Wirren (骚乱)”以及“Krieg (纠纷)”等概念相适应，中世纪的“军阀”互为敌人，由此也导致了氏族向国家更迭。

<sup>46</sup> 有关量刑问题，Arthur Kaufmann提到了Thomas von Aquin的观点：“因此报应在交换行为中，根据某种归责关系，必须使行为简化，为此人们发明了货币。报应在交换正义领域就大致上意味着正义。” Arthur Kaufmann, 《正义原理：历史问题研究》，1985, 15 (Thomas von Aquin, 《神学大全》第二册，第二章. 61, a 4), 在附录中逐字引用, 65.

<sup>47</sup> Höffe, Otfried, 《康德关于法律强制和刑事处罚的根据》，载Brandt, Reinhard (编者), 《启蒙运动中的法哲学》，1982, 235, 238 f. 也提及了康德在《道德形而上学》中的观点, 1797 (研究论文, 第4册), 332, 15 ff., 根据其中的观点，再报应不总是“只能根据字面意思进行解释”。另一方面，他将再报应表述为“不倾向于任何一边的平等原则（以正义天平上的指针的状态）”（出处同上 332, 13 至 15）。

还可参见 Schnoor, Christian, 《作为行为正当性判断标准的康德的绝对命令》，1989, 61 ff. (没有从本质上改变一般公式, 出处同上 82)。

但是另一方面康德也要求镜像的刑罚（《道德形而上学》，研究论文, 第6册, 332, 26 ff.）

家的) 报复就不再是必要的。<sup>48</sup>

另外：“各得其所”与“勿伤他人”这一双重原则实际上要求，放弃每一项权利和每一项对抗权(Gegengewalt)。郑重地看待这一原则的人，就不可以伤害任何人，即使是伤害他的人。因此更为细致地观察，再报应原则(反面形式上)与“各得其所，勿伤他人”的双重规则根本就是不一致的。后者与再报应原则(反面形式上)相矛盾。

7. 首先弄明白的是，犯罪行为至少应该补偿自己引起的损害，即承担损害赔偿(Schadensersatz)责任，即承担正面形式的报应。但是：我们强制行为承担责任，这也是一种对安定秩序的侵犯。

但是，长期以来我们似乎得到以下结论：损害赔偿义务是从“勿伤他人”这一规定的反面中推导出来的。“勿伤他人”这一定理在格劳秀斯看来，已经成为了我们现代损害赔偿权(Schadensatzrecht)的基础。<sup>49</sup>同意他的观点的人，将得到如下结论：我们至少以再报应原则的正面形式，即赔偿(Wiedergutmachung)，来应对损害。

有刑法学者想到了一个论点——“以赔偿代替刑罚”<sup>50</sup>；他以特别规定(Sonderregelungen)的形式将其纳入刑法(《刑法典》第46 a, 56 a 条，《刑事诉讼法》第153 a 条)。前提是，赔偿对于他来说不是“刑罚”。

## V. 正义与可一般化性(Verallgemeinerbarkeit)

至迟从康德以来，我们将“以牙还牙，以眼还眼”原则进行了扩展。<sup>51</sup>我们

<sup>48</sup> 关于形式反坐和实质反坐的区别，可参考Oberer, Hariolf,《康德刑法学说中的某些理由》，载：Brandt, Reinhart (编者)，《启蒙运动中的法哲学》，1982, 399 ff., 415；还可参见Höffe, Otfried,《康德关于法律强制和刑事处罚的根据》，出处同上, 335 ff., 364 ff.：他区分了一般报应与个别报应。

关于康德对在自然法-教条主义的残余意义上的报应原则的理解，可参见Schild, Wolfgang,《政策的规范变化中的罪犯的理解》，载：Heyen, Erk Volkmar (编者)，《政策的规范变化. 法哲学与国家哲学专题研讨会暨 Hans Ryffel 70 诞辰》，《Speyer 大学丛书》，第 94 册, 1984, 117 ff., 133 ff.

<sup>49</sup> Schiemann, 出处同上 347 提及了Grotius, Hugo (《战争与和平法》，1625, II, 17, 1)：从“罪行”中天生地会产生以下义务，即必须补充他人已遭受的损害。

<sup>50</sup> 尤其可以参见Frehsee, Detlev,《作为刑法社会控制工具的损害赔偿》，1987, 135 ff., 170 ff., 374 ff.

<sup>51</sup> 他的第二个绝对命令/定言命令还涉及到“一般权利法”，其中每一特殊法律的源泉是：“根据一般性的法律，你的意志的自由运用与他人的自由可以同时存在”(Kant,《道德形而上学》，研究论文，第6册, 231, 10 ff.)，以及Gast, Wolfgang,《法律修辞学. 解释，说理，概括》，第2版 1992, 333, 边码466简要地进行了改写：“权利是他人也享有的，不给任何人带来强制的，自由，这也意味着，不伤害他人”；

另外还可参考Kühl, Kristian, 康德对刑法中的合法性与道德、法律义务与道德义务进行区分的意义——问题概述，载：Jung, Heike (编者)，《法律与道德. 方向确定上的努力》，1991, 139 ff., 170 ff.；还可参见



从两个人的概念，即自我与另一个我（ego et alter）的概念中脱离出来。根据康德的观点，我们可以研究“想要”（Gewollten）的一般化性：根据你可以期待其将被提升为一般性的法律的原则行事。<sup>52</sup>现在Richard Mervyn Hare<sup>53</sup>正在研究“应当”（Sollen）的可一般化性。

自康德以来，我们要讨论的是由各方面的利益均衡所决定的一般安定秩序。这是从两个人之间的易货交易到经久的连环交易，从交易现象到大量生活关系所迈进的一步。

但众所周知的是，康德及其追随者在一般化原理问题上将面临一个疑难问题，根据他们的观点，人们也可以将一伙强盗的伦理观念，或大家族间的血亲复仇乃至（古老的）私人惩罚（可能通过财产刑进行补救）提升为一项原则。原则上只有（但并非总是）人去尊重他人的生命和他人的生存需要——正好是在对相互关系的期待中。<sup>54</sup>人们并不必然迫切地想要自由刑。

此外，从双方的利益均衡到普遍的利益均衡之转变，给我们带来了一个进一步的——自明性的（an sich bekannt）——问题。二元关系还可以理解为规范，多边关系在不可侵犯性方面已经泛滥。可一般化性原则在功利主义的评价中容易被歪曲：在必要时“公众”的利益一定高于个人利益（甚至是犯罪行为人的利益）。因此我们的尝试暂时仍应是对相互性原则的继续研究。它也隐藏在可一般化性原则当中。<sup>55</sup>

## VI. 付出，为了得到——通过放弃自由而得到自由

### 1. “以牙还牙，以眼还眼”原则的一个变体是“付出以便获得回报”原则。

Dreier, Ralf, 《法律概念和法律思想》，载：《法律-道德-意识形态》，1981，出处同上 286 ff., 294，其中探讨了由道德原理决定的“特殊-伦理的”道德义务，即爱护义务和注意义务(Liebes- und Achtungspflichten)。

<sup>52</sup> 有关可一般化性的更古老的源头可参考Welding, Steen O., 《可一般化性是一个伦理学原则吗？》，《法哲学与社会哲学总汇》第 75 期(1989), 161 ff. 以及Locke, Don, 《一般化性的极小化可能性》，Phil. Rev. 77, 1968, 25 ff., 尤其是可参见 25 (对此Welding也有论述,出处同上 168)。

<sup>53</sup> Hare, Richard Mervyn, 《自由与理性》(英文版 1967 年), 1973, 34 ff.

<sup>54</sup> 参见Thomas Hobbes的论点,建国契约 (Staatsgründungsverträge) 的基础存在于相互间的害怕死亡的心理 (《论公民》第 2 章, 编号 6); 还可参见Diesselhorst, Malte, 《霍布斯和康德描述中的原始状态和社会契约. 现代体制思想的根源》，1989, 33 f.

<sup>55</sup> 关于黄金法则和康德的绝对命令可参考Maihofer, Werner, 《欧洲现代法学思想》，载: Horn, Norbert (编者), 《历史中的和现代的欧洲法律思想. Helmut Coing 70 诞辰纪念文集》，1982, 579 ff., 582; 同一本书, 《自然法作为生存法》，1963, 23 ff.;同一本书, 《人类秩序的意义》，1956; Hruschka, Joachim, 《17、18 世纪法学讨论中黄金法则与一般化原则的竞合》，《法学家报》1987, 941 ff.; 《在过去与现代讨论语境下康德对黄金法则的修改》，载: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.), 《刑罚正义. Arthur Kaufmann 70 诞辰纪念文集》，1993, 129 ff.

但是，它所包含的内容多于模糊不清的再报应。行为人本身也提供了某些东西。这是从“因为”到“以便”（他人也提供一些东西）的转变。另外，为他人提供其本身已经拥有的东西是没有意义的。面包师想要用他的面包换取钱而不是面包。“付出以便获得回报”原则的目标不仅在于相互的自由放弃，也在于以自由放弃来换取回报，而在放弃者看来，这样的回报比被牺牲的自由更为重要。简而言之：通过放弃自由而得到自由。

第二，“付出以便获得回报”原则意味着双方自愿进行此种交换。它同时还包含着权力放弃，即合作。它涉及“通过自愿的自由放弃而得到自由”。

第三，在“付出以便获得回报”原则中间接隐含着一种惩罚措施（Sanktion）：失望的期待不会导致合作。没有得到任何利益的人，至少在有其他业务伙伴可供选择时，在新的生意中不会想要再与同一个伙伴合作。

最后，在交易中双方之间存在一个共同的交易利益，他们是合作伙伴，即一项共同交易的合伙人。这种形式的联合，而且是短期的联合，将产生如下情形：各式各样的物品、服务等等被交换。每个人都付出了一些东西，也得到了一些他不拥有的东西。

2. 如果有人期待与这个或其他某个交易伙伴进行固定交易，那么展现在他面前的将是一条通往持久的劳动分工和劳动专业化的道路。专业化意味着每个人掌握一些特殊技能，而这些技能也依赖于其他人的技能：农民依赖于工匠，工匠依赖于“守夜人”等等。那么，对于有规律的交易的强烈期望成为“长期——相互的自由放弃以实现相互的自由收益”之思想的基础。

从劳动分工原则中又产生了一种平等趋势，尤其是当劳动分工以专业化的形式发生时。每个人掌握一些特殊技能，而这些技能也依赖于其他人的技能。例如农民依赖于裁缝，裁缝依赖于“守夜人”，等等。就这一点而言，“其他人”（不可避免地）即是我们的“同胞”，我们或许因此可以爱人如己。

3. 此外，长期劳动分工所形成的相互依赖中也隐藏着一小部分权力分配（Gewaltenteilung）。<sup>56</sup>它是通过“相互的自由放弃”形成社会契约这一思想的体

<sup>56</sup> Reinhold Zippelius (《权力控制中的疑难问题》，载: Merten, Detlef (编者), 《法治社会中的权力分解. Charles de Montesquieu 300 诞辰纪念. Speyer 行政大学 1989 年第 57 届政治科学研讨会报告与讨论集》，第 6 册，

现。如今我们可以在v. Hayek<sup>57</sup>, Luhmann, Höffe<sup>58</sup>, Kant<sup>59</sup>, Beccaria<sup>60</sup>和Hobbes<sup>61</sup>的著作中找到它的多种多样的变体。

4. 中间结论是：我们至少应该以其动态的形式，以“付出以便获得回报”原则来填充“以眼还眼，以牙还牙”意义上的简单——相互报复。它将我们导向相互性和平等，更确切地说，是以劳动分工实现等价这一意义上的平等，并将我

1989, 27 ff., 28) 中一方面提及Polybius (公元前 200 年) 关于罗马的“分而治之”的论述, 《历史学》, VI, 1 ff., 还提到了Locke, John, 《两篇关于政府的论文》, Euchner, Walter (编者); Abendroth, Wolfgang/Flechtheim, Ossip/Fetcher, Iring (编者), 《政治篇》, 1967, II § 76 以及Montesquieu, Charles de, 《论法律精神. 一种选择》, 由 Friedrich August Freiherr von der Heydte翻译, 1950, XI 4 及联邦宪法法院 9, 279 f.; 34, 59 f.

还可参见上述 Zippelius 的著作, 出处同上 30, 《自治的子系统 (宪法的特点) 的实现以及社会权力领域内的平衡》, 出处同上 33 (以及 Becker, Jürgen, 《集体国家 (Gruppenstaat) 的权力分配: 一篇关于政党国家和社团国家 (Parteien- und Verbändestaat) 的宪法的文章》 1986) 甚至卡特尔法。

关于法治国家概念和分权原则的关系可参考 Papier, Hans-Jürgen, 《法治社会中的权力分解》, 载: Merten (编者), 出处同上 95 ff.

<sup>57</sup> Hayek, Friedrich August von, 《自由宪章》, 1960, 25, 自由应当是这样一种状态, 在这一状态中对他人的强制被减小到在社会生活中可能的程度。Hattenhauer, Hans也着重指出了哈耶克观点的意义, 《欧洲法律史》, 1992, 754 f.

<sup>58</sup> 关于相互的自由放弃原则可参考: Luhmann, Niklas, 《法社会学》, 第 3 版. 1987, 363; Höffe, Otfried, 《政治正义. 法律和国家批判哲学的基础奠定》, 1987, 328, 以及Kelsen, Hans, 《什么是正义?》第 2 版. 1975, 40 ff. (容忍制度)。

还可参见刑法学者 Kratzsch, Dietrich, 《行为控制和组织. 刑法过错概念改革的萌芽和法律应用规则》; 《刑法研究论文集》, 第 64 卷, 1985, 351 ff., 以及此作者所著, 《抽象危险犯的具体化之原则》最高法院刑事判决 38, 309, 《法律学习》 1994, 372 ff., 377: “刑法的出发点和实质基准点是: 一般法律状态的维持和建立, 在这种状态中, 根据平等原则标准, 相应的统治空间和自治 (自治原则) 的可能性得以进入基本自由权利的基本构成要件当中。这一保障使人们相互满足。与“相互性原则”相适应, 人与人之间发生有规律的价值交换, 而在刑法过错规则框架下的风险分配和费用分配遵循价值交换的原则”, 以及 Roxin, Claus, 《刑法. 总则》第一册: 犯罪学说的构造, 第 2 版 1994, § 2 边码 9.

<sup>59</sup> 在实质正义意义上, 康德将权利定义为: “权利是条件的整体, 其中一个人的专断可以, 根据一般性的关于自由的法律, 与他人的专断协调一致”, Kant, Immanuel, 《道德形而上学》, 第一部分, 形而上学的法学基础知识, 引言 § b, 载: Weischedel, Wilhelm (编者), 《康德作品集》, 共 6 卷, 第 4 卷: 伦理学与宗教哲学作品集, 1956, 337. 还可参见Dreier, Ralf, 《法律概念和法律思想. 当代语境下康德的法律观念及其意义》, 1986, 11; 作者同上, 《康德实践哲学研究》, 载: 同上, 《法律-道德-意识形态》, 1981, 286 ff.

<sup>60</sup> 相互的自由放弃之思想可参见Beccaria (Beccaria, Cesare, 《犯罪与刑罚》1764, 德语翻译版: Wilhelm Alff, 1966, 51: 法律是“条件, 在这样的条件下, 独立的、孤独的人们在社会中联合起来, 这些无力的人曾生存在持续的战争状态中的, 并因自身保护的不确定性而享有已经变得多余的自由。他们牺牲了条件的一部分, 为了拥有剩余的安全和安宁”。Deimling, Gerhard, 《Cesare Beccarias<犯罪与刑罚>一书中的刑事预防和社会批判》, 载: Hirsch, Hans Joachim/Kaiser, Günther/Marquardt, Helmut (编者), 《Hilde Kaufmann纪念文集》, 1986, 51 ff., 52.

Dworkin, Ronald 发展出了一个“自由主义的平等构想”, 《认真对待公民权利》(英文版 1979), 1984, 尤其参考 439, 还可参考 Brugger, Winfried 的评论, 《评论》, 《法哲学与社会哲学总汇》71 (1989), 279 ff.

另参见 Hoerster, Detlef, 《自由的现实性》, 《法哲学与社会哲学总汇》75 (1989), 145 ff. (其结束语见第 160 页: “通过推理, 自由因此是可兑现的, 当每一以经验为根据的主体, 因其利益和需要, 而在现存的规则构造中发挥作用时”。)

<sup>61</sup> 关于平等和相互性在近代的发展可参考: Hobbes, Thomas, 《利维坦》(1651), 由 Fetcher, Iring 出版和作序 (1966), 由 Euchner, Walter 翻译; 再版 1984; Locke, John, 《关于政府的两篇文章》(英文版, 1690), Euchner, Walter (编者); Abendroth, Wolfgang/Flechtheim, Ossip K./Fetcher, Iring (编者), 《政治篇》, 1969, 201 (“明显的, 理性的”)。

Höffe, Otfried, 《绝对法律原则. 对现代主义的回应》, 1990, 132, 它一方面与霍布斯的第二条蕴含相互性和平等思想的自然法则, 另一方面与康德一般法的标准紧密相连。但 Hobbes 首先提到的是自我保存要求和幸福要求 (Verlangen nach Selbsterhaltung und Glück)。然而在自然法则的第二部分中他只提到了自由 (《利维坦》, 第 14 章)。

们间接导向了权力放弃。我们也掌握了一种惩罚手段，对于那些不愿意返还相应利益的人，我们在未来就不会给予其新的交易机会，即不会再合作。至少直到他提出交易的建议并已经实行了这桩买卖为止。

然而有问题的是，我们是否能够从不合作惩罚中推导出长期监禁的权利。自由刑作为从自由人团体中的长期排除，是可以站得住脚的。但是我们必须能够回答以下问题，当杀人犯、强盗或小偷再度向我们提出合作建议，并表明他希望尽量赔偿损害，而且将来再也不会只索取不付出时，会发生什么。

这就与自愿（*Freiwilligkeit*）问题联系起来。人们可以“自愿地”听命于市场准则。人们有可能通过自己一方的预先付出来促使他人与之交易。但是没有人自愿放弃在社会共同体中 10 年或 15 年的生活，即便这已预先在法律中进行了规定并且他对此知情。在实际的“终身”当中，通过相互的自由获得来实现相互的自由放弃这一思想被证明是荒谬的。因为这意味着终身监禁。由于杀人犯是在知道法律后果的情况下杀死被害人的，那么就是杀人犯自己导致了终身监禁，这种解释太理想主义了。对此刑法学者欲言又止：对自己生命的这样的支配必须被视为“违背道德的”和法律上无效的（参见《刑法典》§§ 216, 226 a）。

此外，当我们将劳动分工看作专业化了的劳动分工并且我们的整个生活都为相互依赖的情况做了安排时，市场的理想形态给我们带来一些问题。市场的交换正义涉及短期交易，并且其出发点在于，存在足够的买方和卖方，使得我们可以自由地选择交易伙伴。我们不能选择我们生于的并被其“社会化”的共同体，如家庭、村庄、国家。交换正义只要求一种简单的联系，它不以语言为前提。它只存放相似的、人类普遍性的需求。

对于一个思维模式的批判是很简单的。但内容贫乏总比什么都没有要强。而且，简单的比冗长的“既...又”或“如果...那么”更为优越。因此我们坚持“付出以便获得回报”作为相互正义的模型。

## VII. 正义与仁爱，社会正义

1. 自亚里士多德<sup>62</sup>以来，根据*Thomas von Aquin*<sup>63</sup>的观点，我们始终认为除

---

<sup>62</sup> Aristoteles, 《尼可曼斯伦理学》，第 5 册, 5. - 7. 章. (1130 b / 1131 a); Thomas v. Aquin, 《神学大全》，第 2 册, 2.; 天主教学术团体(编者), 《法律与正义》，1953, 57. 1 ff.; 还可参见 Fechner, Erich, 《法哲学. 社会学和法律形而上学》，第 2 版 1962, 11, Fn. 1.

交换正义（die gegenseitige (kommutative) Gerechtigkeit）之外，还存在分配正义（die austeilende oder distributive Gerechtigkeit）。

分配正义的目标在于，通过每个人都分得共同的财富的方式实现平等。负担和利益都被公平分配。分配正义采用了共同体（Gemeinschaft）的视角。它是“社会的”正义。从法学角度来看，它产生了对“公法（Öffentlichen Recht）”的要求。

分配正义思想也隐藏在“给予每个人应得的东西/各得其所”原则当中，更确切地说，当我们在分配（zuteilen）意义上，而不是在提供（gewähren）意义上理解“给予”时。那么某人应得的即是他对之享有请求权（Anspruch）的，而不是他已经作为权利所拥有的。然而一般性的财富分配之前提是，由大众（Allgemeinheit）来分配财富。也就是说，它必须征收捐税，或者占有某些权利，如土地所有权和其他价值。

由此，公共福利意义上的分配正义和个人间的交换正义之间产生了一种紧张关系。

在模棱两可的情况下，就必须做出一个决定：不是为了集体就是为了个人。Kindhäuser坚决地把交换正义摆在显著地位。它应当是第一性的正义。他因此使自己脱离了Rawls的观点<sup>64</sup>，后者将其“正义功利主义”理论最终归结于保障最大多数人的幸福这一愿望。

2.（古老）的格言“哪怕世界消灭，也要让正义实现”<sup>65</sup>也指向朴素的交换正义的社会界限。法哲学家Höffe提到了Nietzsche的观点，后者认为康德式的绝对

<sup>63</sup> Thomas v. Aquin, 第二册, 58. 6.

<sup>64</sup> Kindhäuser, Urs, 《刑法法益和法益保护》, 载: Lüderssen, Klaus/Nestler-Tremel, Cornelius/Weigend, Ewa (编者), 《现代刑法和最后手段原则》, 1990, 29 ff., 35, 其中提及Rawls, John, 《正义原理》(英文版 1971), 1975 (无页码) 以及Kindhäuser, Urs, 《作为犯罪行为的危险. 法律理论上的关于抽象和具体危险犯的教义学研究》, 1989, 325 ff.

<sup>65</sup> 参见Radbruch, Gustav, 《法哲学》, 第8版. 1973, 273 f. 以及Schäfer, Helmut M., 《法律的基础. 法律思想导论》, 1989, 62 f.; 关于关键词“法律与赦免”可参见 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, 《法哲学基本方针》, 1821, § 133, 282, 以及Hattenhauer, Hans, 《传奇故事中的赦免》, 《德国整体刑法学杂志》(1966), 184 ff., 尤其是 192 ff. 关于赦免和公正的类似概念可参考Ihering, Rudolf von, 《法律中的目的》, I., 6. 第8版, 1923, 331 ff., 以及Grewe, Wilhelm, 《赦免与法律》, 1936, 1 ff. 其中提到康德对赦免的批判(而不是对公正的批判): 它是统治者所有权利中最不可靠的一项(《道德形而上学》, 1797, A 205, B 235).

参见 Kaufmann, Arthur, 《文学作品中的法律和赦免》, 1991 (从 Sophokles 到 Kafka, 从 Hartmann von Aue 到 Thomas Mann), 其中也提到“赦免的女性特征”(出处同上 8) 以及其先验的特征(11 ff.), Michael Kohlhaas 提出的相反形象可参见第 28 页。

命令有一股暴行的味道。<sup>66</sup>Thomas von Aquin认为：“正义是混乱之母。”法律与赦免以及法律与公正休戚相关。<sup>67</sup>

交换正义意义上的正义是抽象的正义。传统正义的前提是，权利平等的双方处于对立地位。它并没有考虑到在个别情况中的特殊性，即个别正义（Einzelfallgerechtigkeit）。然而，只有在考虑特殊的事实情况时，才有理由偏离严格的公平与正义。

3. “博爱”对另外两个宪法基本原则，即自由和平等进行了补充。

简单来说：在权利平等的双方之间的每一个交易都有这样一个保留条件，即不使双方中的任何一方突然陷入困境（情事变更条款）。

4. 对于刑法来说这意味着：首先：除非人们自身处于极度的困难当中，否则人们不会将一个“兄弟”多年监禁。因此根据博爱原则，我们可以首先至少为缓刑的中止执行、有条件的提前释放、刑罚的宽松执行——简而言之——刑事判决结果的人道因素奠定基础。

第二：当一个人感觉到自己被他人威胁时，即处于危急状态时，我们只为被威胁的人提供紧急权利，即正当防卫或可免责的紧急避险。这意味着，只有因现存的攻击或急迫的重复发生之危险<sup>68</sup>，他才可以自卫。

我们可以博爱原则补充相互性原则，但后者不能为长期监禁提供基础。

## VIII. 社会学 - 政治学的问题和“囚徒困境（Gefangenendilemma）”的解决办法

1. 政治学学者Axelrod将我们称为“囚徒困境”的问题用一个例子进行了表达。这个被稍微更改的囚徒困境的例子<sup>69</sup>涉及共犯因告发同犯而成为公诉人一方

<sup>66</sup> Höffe, Otfried, 《绝对法律原则.现代主义的回应》, 1990, 239, 其中提到Nietzsche, Friedrich, 《道德的家族史》, 载: Schlechta, Karl (编者.), 《Friedrich Nietzsche作品3卷》, 第2卷, 第8版, 1977, 第2部分, 第6段。

<sup>67</sup> 关于作为个别正义的公正可参见Schäfer, 出处同上 65, 其中提到 Radbruch, 出处同上 127; Sauer, Wilhelm, 《论正义》, 1959, 137, 以及Aristoteles: 《尼可曼斯伦理学》, V. 14 (1137 b).

<sup>68</sup> 参见Spanner案, 最高法院判决, 《新法学周刊》 1979, 2053.

<sup>69</sup> Trapp, Rainer W. 提到了这一最初的变体(《“非古典”功利主义.正义原理》: 《哲学论文集》, 55, 1988, 224 ff.).

的证人的情形（Kronzeugensituation）：两个流浪者一起干了一场重大的抢劫。他们中的每个人都只能通过另一方的供述才能被证明有罪。两人被分别讯问。他们中的每个人都面临一个困境，要么供认要么不供认，更确切地说，这个困境有如下后果：两人都供认，则两人都将被监禁 5 年。两人都不供认，那么法院只能判决他们因流浪而被监禁 1 年。如果其中一人作为污点证人指控另一人，他自己将被无罪释放。

最理性的情况下将出现合作<sup>70</sup>：两人都缄默并只被判处一年监禁。

Axelrod<sup>71</sup>提出了一场竞赛，其中他要求，制作电脑程序来为这一困境寻找解决办法。每一方案存在或多或少的要点。被开发的程序要对要点进行多次对比。前提在于情况的“可重复性”。获胜的是数学家Rapoport提出的一个名叫“一报还一报（Tit for Tat）”的简单程序。<sup>72</sup>

2. “一报还一报”其实就是“以牙还牙，以眼还眼”这一黄金法则的体现。它补充了一种情形：从其行为判断，他一开始就始终选择合作模式。他开始时是友好的。他看起来是想要合作的。他根据“付出以便获得回报”这一黄金法则行事。他预先付出。但紧接着他只能作出反应：他以接下来的合作回报先前的合作。如果另一个人出卖了他，那么紧接着他就会为自己报仇。他认为：你不付出，那么我也不付出。但是他也不会耿耿于怀。他也会回复新的合作行为。他坚持合作，如同对方准备好参与到合作中那样。他们也准备长期和睦相处。

我们从人类的视角来观察首先提出合作的人。他开始时是“好人”。<sup>73</sup>如果

<sup>70</sup> 考虑到建立恐怖组织罪（刑法典 129a条）、所谓的污点证人规则（1989年6月9日颁布的刑法修订法第4条）以及为了只服2/3的刑罚和刑罚的宽松执行而供认之情形，在德国法律体系中三种法律后果将是：致人死亡的抢劫（最低刑罚10年监禁），故意伤害致人死亡（最低刑罚3年监禁），过失致人死亡（没有被提高的最低刑罚最多为5年监禁）。

<sup>71</sup> Axelrod, Robert, 《合作的演变（英文版1984）》，1987，99 ff.；另可参见Koller, Peter, 《报应的社会学研究》，手稿，《文学杂志》98（1987），44 ff., 48 ff., 其中提到：Rapoport, Anatol/Chammah, Albert M., 《囚徒困境. 冲突与合作研究》，1965；Davis, Morton D., 《非数学工作者的博弈论读本》1972，104 ff.；Ullmann-Margalit, Edna, 《社会准则的紧急情况》，1977，18 ff., 以及Taylor, Michael, 《无政府状态与合作》，1976，28 ff.

<sup>72</sup> 关于在德国的讨论，Koller, 出处同上 und Trapp, 出处同上以及Höffe, Otfried, 《绝对法律原则. 现代主义的回应》，1990，294；还可参见Gründel, Johannes, 《我们为什么处罚？天主教神学家视角中的犯罪，过错与刑罚》，载：Schöch, Heinz (编者), 《刑罚：宽恕之门》，《Hofgeismarer记录》224，1988，21 ff., 33. 以及Kindhäuser, Urs, 《作为犯罪行为的危险. 法律理论上的关于抽象和具体危险犯的教义学研究》，1989，154 ff., 其中提到Höffe, Otfried, 《政治正义. 法律与国家的批判哲学之基础》，1987，419 ff. (Kindhäuser以“单次情形（single shot- Situation）”为出发点，即唯一的决定强制（Entscheidungszwang））。

<sup>73</sup> 关于人应当是善的（与无罪推定相联系）这一推测，可参见Bohnert, Joachim, 《检察官的最终决定》，1992，245，其中提到“好人推定（praesumptio boni viri）”，比较法的与历史的观察视角：Köster, Rolf-Jürgen, 《无罪推定》，1979，101 ff.

他接下来严格地遵循“以牙还牙，以眼还眼”原则，那么他的行为是（十分）可预见的。他在其将来的行为中建立信赖。<sup>74</sup>而且，他还引诱另一个人接受他的提议，因为他并不是耿耿于怀的。

人类的观察方法如回报，为自己报仇，但同时又为了能够建立信赖而不耿耿于怀或是希望具有可预见性，对于电脑程序来说没有意义。电脑程序中的竞赛服务于这样一个目的，即长时间地把尽可能多的利益入账到自己的户头。在“一报还一报”程序中，这个户头表现为一个固定的不透明的反应。其中只存储着一个预先行为。

刑法学者指出，如果全面考虑出卖和接下来的刑罚，对不合作的处罚将导致告密者丧失利益。他必须放弃利益，以便可以再次要求接下来的合作。出卖者的不合作和处罚者的不合作涉及损害赔偿。通过损害赔偿，“刑罚”变成了一种弥补手段。

3. 对于政治学家来说，研究目的只在于对政府间的相互行为下结论。事实上，在国际法中相互性原则被作为一项铁律来看待。<sup>75</sup>它在那些不依靠实施法律的力量也可以存在的法律中发挥作用。其中不存在权力垄断（尽管“联合国”有良好的开端，而且在海牙还设有一个国际法院）。

4. 另外，“一报还一报”原则也被社会生物学家运用到了生物的进化研究当中。<sup>76</sup>其研究涉及遵循反复试验（Trial and Error，或译为尝试错误法）原则而继

关于市民刑法和敌人刑法的关系可参考 Dencker, Friedrich, 《以危险性推定代替行为罪责.刑法新发展的趋势》，载：《条款立法. 19.3.1988 在 Bonn 的共同活动》；《刑事辩护律师协会丛书》，1988, 46 ff.,以及 47 ff.: 在市民刑法中行为人直至对方提出证据之时，不会被作为潜在的危险源来对待，而是被作为应当是善良的人来对待，出处同上. 49, 其中区分了将行为人作为潜在的善良人看待的市民刑法和将行为人推测为恶人的敌人刑法。

<sup>74</sup> 关于囚徒困境中的两个人的处境，Koller认为，赢得另一个人的“信赖”是必要的，见Koller, 出处同上 50; 还可参考Snidal, Duncan, 《以对方为对手和囚徒困境：对国际合作和政府的影响》，《美国政治科学评论》，1985, 923 ff., 926 ff.

<sup>75</sup> Weber, Hermann/Wedel, Henning v., 《国际法基础课程.关于和平和平维护的国际法》，1977, 71; Wengler, Wilhelm; 《国际法》第一卷，第 1、2 部分, 1964, 837-839; W. Heintschel v. Heinegg in Ipsen, Knut, 《国际法.教科书》，第 3 版. 1990, 3 边码 11; Münch, Ingo von, 《国际法（不包括国际组织和国际战争法的内容）》，第 2 版. 1982, 353.

<sup>76</sup> Masters, Roger D.:《进化生物学，政治学原理和国家的产生》，载：Gruter, Margaret/Rehbinder, Manfred (编者.), 《生物学对于法律和伦理学问题的贡献》；Hirsch, Ernst E./Rehbinder, Manfred (编者), 《法社会学与法律事实研究丛书》，第 54 卷, 1983, 15 ff., 23 ff., 其中明确涉及亲缘选择；也可参见 Alexander, 《人的利益与生命进化研究》，出处同上 129 ff., 166, 其中提到：Trivers, Robert, 《相互利他主义的发展.生物学季刊》，46 (1971), 35 ff.; 还可参见其所著., 《社会演变》，1985.

另参见 Vogel, Christian, 《自然道德存在吗？或：我们的伦理学是多么地反自然的？》，载：Meier, Heinrich



续存活。尽管失败的尝试，或称错误，对于一个物种中的某一个体来说是致命的，但是对于在同一生存空间内的一个物种相对于另一物种的比例来说，长远来看——明显地——是有益的。通过长期的运用，每一个技巧丰富的继续存活模式相对于其他模式就更为优越。因此合作从长期来看能够带来共同的好处。根据适者生存原则，生物首先发现这一规律是具有说服力的。

5. 政治学家Snidal<sup>77</sup>尝试将各种选择的结构进行细化。他将这一二元关系拓展为多元关系。其结果是复杂的判断系列（不同行为优先选择的等级）以及补充的多个参与者之间的合作模型。但他最后仍坚持最初的“一报还一报”程序。

社会心理学家Spada和Ernst把囚徒困境拓展为“公地困境(Allmendeklemme)<sup>78</sup>”：他们注意到了因牧草和鱼是普遍可以得到和利用的而造成过度放牧和过度捕鱼的情形。他们发展了一个可以用电脑计算的“捕鱼游戏”。借此他们描述了“竞争参与者的动机和认知”之结果。他们甚至模拟了竞争者的性格，他们认为，有血有肉的竞争者不能一眼就可分辨出来其他竞争者的性格（好的，坏的，愚蠢的或其他性格）。

“一报还一报”的合作规则也，如同公地困境所暗示的那样，需要在所谓的混乱研究(Chaosforschung)的背景下来看待。混乱研究的博弈论模型<sup>79</sup>表示：最初在生活在一个池塘中的食用鱼和肉食鱼之间存在一种“有秩序的”关系。然后这种关系发生了变化，需要考察的是，出现了哪些后果。公地困境规则在这一池塘例子中是很明显的：当肉食鱼过量时，食用鱼的数量就会减少。因此就必须改变肉食鱼的数量。然而需要强调的是，通过微小的对肉食鱼或食用鱼的数量改变，稍后将会再次出现一个平衡状态。反之，更剧烈的干涉可能会使情况变得

---

(编者)：《进化生物学的挑战》，第2版，1989，193 ff., 211；以及 Wickler, Wolfgang, 《伦理学存在一个进化上的起源吗？》，载：Koslowski, Peter/Kreuzer, Philipp/Löw, Reinhard (编者), 《可行性的诱惑》，1983, 125 ff.

关于博弈论和进化可参考：Smith, John Maynard, 《进化和博弈论》，1982.

<sup>77</sup> Snidal, Duncan, 《以对方为对手和囚徒困境：对国际合作和政府的影响》，《美国政治科学评论》，1985, 923 ff., 926 ff., 其中提到Keohane, Robert Owen, 《霸权之后：世界政治经济中的合作与冲突》1984；以及：Hardin, Russell, 《集体行动作为一个愉快的行动和囚徒困境》，《行为科学》16 (1971), 472 ff.; 同一作者, 《集体行动》，1982.

<sup>78</sup> Spada, Ernst, 《排水口的颜色，关于垃圾的化学？公地困境中的人们》，《德国科学研究会研究和报告》，第3册，1990, 14 f.

<sup>79</sup> 关于混乱研究首先可参考Bestenreiner, Friedrich, 《惊人的反应.量子，夸克或从公式中得到的安慰》，1988, 152; Gleick, James, 《混乱——宇宙的秩序.现代物理学的范围》，1988, 20; 以及 Kargl, Walter, 《刑法中的行为和秩序.认知上的行为原理和刑罚原理之基础》；《刑法文集》，第86册，1991，以及42 ff.; 另还可参见Cramer, Friedrich, 《混乱和秩序.生命体的复杂结构》，1988.

“混乱”：再也无法达到一个平衡状态了。因此，“一报还一报”是一个生存策略，在封闭的环境中，只有当存在轻微的干涉时，它才调节性地产生影响，生命也只构成实体世界的一个部分。混乱理论因对气候的研究而发展起来，它首先涉及对气候的突然改变导致的混乱状态的预测。秩序，以及可靠性或可预见性，可能只是世界上的事物的总体状态的一个部分，甚至可能只是一种例外情形。但是对于生物的发展来说，合作具有突出的意义。即使是生命，也总是一小步一小步发展起来的。<sup>80</sup>

最后，但并非最不重要的是，“以牙还牙，以眼还眼”原则从来不是一个不变的公式。因为将这一原则适用于具体案例，要么开始时所有人合作，不存在冲突，而且没有人比别人过得更好；要么存在一个战争般的开端，其后完全没有合作的可能性存在。就这点而言，“以牙还牙，以眼还眼”原则只能作为规则来考虑，例外不仅是可能的，而且是绝对必要的。<sup>81</sup>

在小范围里，有秩序的行为将导致个人的或一个团体的可预见性。*Jakobs*<sup>82</sup>也在这一意义上进行了说明：“不能被强制性的安排所消除的恒定的意见一致很少存在，因为它无学习能力的强烈标志，因此同时也是进化生物学视角中的相关系统的继续存活能力的强烈标志”。具有可预见性同样也是危险的。因此生物世界比其初期要丰富多彩得多。在简单的构造之外，越来越多的非常复杂的“比赛者”发展起来。但是“以牙还牙，以眼还眼”这一“永恒”原则仍然作为有益的合作之思想。只是，比赛者，如与他人做成交易的个人，处于相互关系中的国家，处于相互关系中的和可能跨时期的生物物种，总是依赖于各自的抽象等级——前提是，上述条件应当被遵守。

6. 如果有多个游戏者参与这个游戏，根据*Höffe*<sup>83</sup>等人的观点，游戏者首先需要弄明白的是，根据“合作很好，但搭便车更好”这一格言，与他人真诚合作，而不是变成“搭便车者（*Trittbrettfahrer*）”（或寄生虫），即不是直截了当地利用

<sup>80</sup> 参见Cramer, Friedrich, 《认识作为研究生活的内容》，载：同一作者（编者），《认识作为精神和分子的过程》，1991, 205 ff., 221, 其中提到同一作者/Kaempfer, Wolfgang, 《时间树——一般时间理论的基础》，1990, 221 f.

<sup>81</sup> 就这一方面可参考Luhmann, Niklas (《法律社会学》,第2版. 1983, 48) 所运用的一对概念：规则/例外，来理解对偏离行为期待的失望，以及来弄清楚，严重的偏离并不耐久，也不现实。

<sup>82</sup> *Jakobs*, 《同意的稳定性，通过同意取得的稳定性研究》，载：Hattenhauer, Hans/Kaltefleiter, Werner (编者), 《多数裁定原则，意见一致以及宪法》，1985, 30. 还可参见Trotha, Trutz von, 《离心的态度，规则和偏离，关于规则和偏离之普遍性的社会哲学和社会学思考》，《法哲学与社会哲学总汇》64 (1978), 305 ff.

<sup>83</sup> *Höffe*, Otfried, 《绝对法律原则.对现代主义的回应》，1990, 287.

他人间的合作，是否是不值得的。因此Höffe预先设定了一个“狡猾的”游戏者模型。但是搭便车只在其他人合作时才有可能，另外他人也（必）将立即把对搭便车者的防御纳入其合作中。因此搭便车不能被视为一个单独-常胜的模型。这也揭示了一些问题，这些问题与从两人合作到多人合作的改变相联系。但仍然有一些人会选择这一不费事的途径。

## IX. “一报还一报”模型的界限

1. 正因为“一报还一报”原则符合“以牙还牙，以眼还眼”这一黄金法则的表述，所以更仔细地勾画它们之间的界限是非常值得的。

2. 根据政治学家Axelrod的观点，哲学家Höffe<sup>84</sup>注意到在一个大的（国家）共同体内适用“一报还一报”原则时（可能）出现的问题：一个小的不愿意合作者的团体也可能在对抗愿意合作的多数人时获得成功。因此“强制授权的社会制度（zwangsbefugte Sozialordnung）”是不可缺少的。所以现代法制和现代国家制度有这样一项任务，即通过防御和强迫具有攻击性的小团体的方法，至少为以自由为主旋律的（herrschaftsfrei）合作设定框架，并承认那些对于一个结构上自由的市场来说是基本的边界条件。

换言之，这一框架要求以“强制”来对抗“搭便车”和类似的“偏离行为”，以促进“好的”和自由的交换。它想要用强制力，现今是用刑罚威慑，来限制搭便车者的自由边界。但是“付出以便获得回报”原则并不能为这种限制提供辩护。通过放弃合作虽然能将搭便车者排除出去，但是对于放弃合作者提出的新的合作建议，市场参与者必然会进行审查。

Höffe 在其继续研究中表示，如果这样的边界条件得以产生，那么放弃浅见的“以牙还牙，以眼还眼”原则也是有可能的。边界条件容许更加长久的生命力。它们容许跨时期的（phasenverschobene）相互作用，乃至世代之间的交换。

以自由为主旋律的战略也会失灵，比如在环境保护问题上。

我们以有损于后代或实力较弱的邻国的方式生存。<sup>85</sup> 统治具有必然性，自由的交换正义的视角此时并不恰当，要不然，每一参与者就必然拥有同样的权力，

<sup>84</sup> Höffe, Otfried, 《绝对法律原则.对现代主义的回应》, 1990, 298.

<sup>85</sup> Höffe, 出处同上 304.

权力的分配也将非常对称。就这一点而言，博弈论的思考方法考虑到了Apel, Habermas或Rawls所称的最初状态意义上的“理想的交流场合和讨论场合”。Höffe也补充到，这涉及到社会起源的古老形态。社会契约原则上也只考虑权利平等的合伙人。Höffe提及Hobbes的观点并非没有缘由的。<sup>86</sup>

3. 我们似乎忽略了“一报还一报”原则真正的前提条件，因为它们是如此简单。真正的前提条件在于，我们多大程度上以这一原则为出发点，在于：

a) 比赛者的存在不受限制，他们现在是个体的人或社会单位，比如国家。

b) 以及：“以牙还牙，以眼还眼”原则以比赛者的行动能力为前提。

c) 以及永恒的可重复性之要求。因为只有从长期来看，“一报还一报”原则才能证明自己是在与其他原则的竞争中占优势的那个。

d) 另外，比赛要求同一性，或至少要求利益的可比性。鱼不可能对自行车感兴趣。

相互博弈的电脑程序，并不能“以武力”来摧毁其他电脑程序。它们是相同的，却也是可比的。它始终涉及分数意义上的优越性。不希望被释放的污点证人，至少对一个与自由等价的事物感兴趣，这一等价物可以是给自己或其亲属的金钱，在服刑期间的社会承认等等。

4. 因此“一报还一报”战略对于这样的“社会单位”是重要的，其外部标志非常简单（由于利益一致性），并且经常重复，并使得出卖同伴以“存活下来”成为可能：大家族，氏族，有30到200成员的部落，总归必须经受得起由疾病或事故引发的某一成员的死亡。它们在血亲复仇中幸免于难，尽管也被削弱了。相反，个人不可能从自己的死亡中幸存下来，以继续“参与游戏”。

对于个人来说，“一报还一报”原则的运用在存在生存威胁时失败了。危险常常会变成现实。游戏的可重复性也不能被保证。当涉及看上去“更可能不真实的”生存危险时，这也适用——尽管被减弱了。

相反，在个人不存在的领域，即在货物市场上，“一报还一报”原则是可以运用的。但是此时我们需要考虑可比性问题。在这里存在许多利益，但是有些利

---

<sup>86</sup> 参见Höffe, 出处同上 300 ff.

益是共同的或是可以被换算为“更好的生活”的利益的。相同的利益是那些涉及继续存活的利益，比如日常的对食物的需求。

5. 因此从进化生物学角度，仅将这一原则适用于生物物种的发展，是容易理解的。对于（在一个相对稳定的环境中的）生物物种之间的竞争来说——对于物种来说——所有上述条件都已具备：一个个体的死亡对于这个物种来说在生存上不是重要的。这个物种有能力继续竞争。因为从物种的视角来看，这涉及拥有或多或少成员的物种的简单的“继续存活”，所以这一视角的目的也在于寻找一个简单的其他可能性。而且：物种长期处于竞争当中。另外，当人类适应了继续发展的物种（如猿人和早期人类，直至今天的人类）或考虑到更大单位之间的竞争，如“哺乳类”和“爬行动物”（大概在“蜥蜴类”时期）之间的竞争，那么物种是更加经久不变的。

6. 谨慎的囚犯或已经被出卖过一次的人，因此必须竭力争取熟悉另一个人的行为模式。人类有这样的能力。一种通过试验确定他人行为的途径是，首先只为了微小利益而与他人合作。然后他将尝试提高共同交易的利益。一种方法是，相互通过劳动分工或现有的其他保证（人质）各自为对方放弃一些利益。他以此为建立信任的手段。直至这时他才最后下一个支持或反对合作的关乎生存的决定。公众也是这样对待被判处监禁的受审人的。其有条件的释放（假释）（规定在刑法第 57 条第 1 款）与诸如“经考察认为，受审人不执行刑罚也不致再犯罪的”相联系。

一个进一步的结论是：所有单个的生物也是一个更大的共同体的成员，例如品种、物种或其他更大的现存的社会单位如人、部落、氏族等等。它们始终有能力借助“一报还一报”原则参与到其共同体、物种等等的简单的生存游戏当中：为共同体“献身”原则上是它们所特有的，尽管不能被作为一项规则。每个个体将“献身”看得有多重要，体现在冲突当中。冲突中的每个个体也（本来）想要继续存活。

最后需要确定的是，以通过相互放弃自由来获得自由为目标的“一报还一报”只是一项原则。“搭便车”这一例外看起来——对个人而言当然需要进一步的考

虑——是绝对必要的。那些认为犯罪或许是“天生的”的思想已经过时。<sup>87</sup>我们将要而且必须反对这种思想。但是，它可能作为原则，属于生活的一个部分。另外，“以牙还牙，以眼还眼”原则的例外也正是“偏离行为”的例外。背叛有时也是值得的。

长期来看，（带有最初的合作建议的）“再报应”原则“取得胜利”（即使存在必要的例外）是有道理的。

## X. 自由刑和财产刑的结论

1. 以古老的报应原理或所谓的正义原理来为刑罚，尤其是自由刑奠定基础的人，将会追溯到“以牙还牙，以眼还眼”原则和“一报还一报”原则。

但是，通过斟酌，我们将会得到以下结论：“一报还一报”原则一定适用于大的社会团体之间的关系中，比如氏族与氏族，部落与部落或一个大的共同体内的社团如工会等等之间。（也适用于“血亲复仇”。因为氏族能经受得起一个个体的死亡，尽管氏族被削弱了。）

个人之间的“一报还一报”体现为古老的表扬与批评战略。它是甜点和鞭子或是“爱和撤回爱（*Liebe und Liebesentzug*）”。

2. 对于财产刑来说，批评（宣判有罪）比财产刑的捐献更为重要。宣判有罪体现了对犯罪者行为的一种“社会伦理上的”<sup>88</sup>指责。在被推迟为缓刑的自由刑中，重点在于宣判有罪。因此在这一范围内，确立关于补偿的规定来代替金钱负担甚至代替财产刑（刑法典第 59a 条）也是有可能的。法院在对行为人的警告中保留了对刑罚的宣判（在保留刑罚中）。因此财产刑对于我们来说也可被视为“令人难忘的惩戒”。<sup>89</sup>

现在至少有超过 80% 的判决中包含财产刑。如果再算上自由刑缓刑（有条件

<sup>87</sup> 关于犯罪行为之自然性可参考 Durkheim, Émile, 《作为正常现象的犯罪》，载：Sack, Fritz/König, René (编者), 《刑事社会学》, 第 3 版, 1979, 3 ff., 8 脚注 4; 也可参见 Hassemer, Winfried, 载：Wassermann, Rudolf (共同编者), 《交替评注丛书, 刑法典评注》, 第 1 册 (§§ 1 - 21), 1990, 在第 1 章之前的边码 57, 提到了 Coser, Lewis 对 Durkheim 命题的延伸, 《偏离行为的功能和规范的灵活性》, 载：Sack, Fritz/König, René (编者), 出处同上, 21, 以及 Mead, George H., 《刑罚正义的心理学》, 《美国社会学杂志》 23 (1918), 577 ff. 根据 Hassemer 的观点 (出处同上, 边码 58), Durkheim (出处同上 6) 美化了犯罪人。

<sup>88</sup> 关于罪责和宣判有罪的此种解释, 可参考 Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich, 《刑法. 总则》, 第 9 版 1985, § 23 III 1., 359

<sup>89</sup> 参考由 Baumann, Jürgen 提交的《刑法典草案, 总则》, 1966, 93.

的和无条件的)带来的财产刑 (§ 153a StGB), 那么超过 90% 的被宣告的判决都涉及财产刑。

因此我们得到了一个令人愉快的、正面的, 对个人而言还有待完善的中间结论: 对于轻微和中等犯罪的制裁, 财产刑和 (带有宣判有罪这一批评的) 缓刑在再报应原则意义上被认为是“正义的”。

3. 自由刑也带有一个这样的惩戒特征, 更确切地说, 当其指向公众并要维持公众的“守法意识”时。它涉及早已被熟知的一般预防, 通过处罚一个人, 来“吓退”其他人。唯有犯罪行为人被牺牲了, 以提醒其他人遵守法律。更冷酷地表达是: (守法的) 公众为了不使自己遭受危险而放弃了犯罪行为者。

当“公众”以宪法第一条所确立的人物形象为出发点, 并且将杀人犯作为公民 (甚至是“兄弟”) 进行理解时, 它就不可能再将“以牙还牙, 以眼还眼”原则作为长期的、可强制执行的自由刑的基础。杀人犯将再也不能学习和继续游戏。他将遭受到“市民死亡/民事死亡 (bürgerlicher Tod)”。<sup>90</sup>

4. 我们再次提问: “究竟取决于什么?” 答案是: “取决于视角。”当我们希望以自由刑来维持公众的守法意识时, 我们可以借助再报应来为自由刑奠定基础。对于公众来说这是一个“惩戒”。就这一点来说, 在一般预防意义上, “正义原理”是功利主义的女仆。但是个人伦理地, 即从相关公民的视角来看, 再报应原理 (即使是以“一报还一报”的形式上) 不能为自由刑奠定基础。

一个学会曾提供奖金, 征集这个问题的答案: 将自由刑不仅理解为强制性的和必要的 (或需要借助其他力量的和“最后手段<sup>91</sup>”), 而且理解为“正义的”,

<sup>90</sup> 1809 年巴登州法律和 1813 年巴伐利亚刑法典也将市民之死作为刑罚结果, 对此可参见 Schröder, Jan, 《关键词“权利能力”》, 载: Erler/Kaufmann, 出处同上, 《德国法律史小词典》, 第 4 册, 1990, 第 291 栏。

Hattenhauer 提到了《法国民法典 (拿破仑法典)》第 25 条: “市民死亡, 使被判刑者丧失其对于全部财产的所有权; 其财产继承为其继承人的利益而开始...” 见 Hattenhauer, 《欧洲法律史》, 1992, 596。Hattenhauer, 出处同上 596 提到了歌罗西书 (Kolosssebrief) 2, 20: “死去的人”, 也丧失了其在社会中的法律地位。

进入修道院, 即所谓的教徒之死 (Klostertod) 与作为刑罚被宣告的“市民之死”存在可比性, 参见 Paulus, Christoph, 《不显著规则概述》, 《法律学习》1994, 367 ff., 367 (关于《民法典》第一条规定的权利能力的含义)。

<sup>91</sup> 关于最后手段性可参考联邦宪法法院 39,1 指导原则, 和 47。还可参考: Naucke, Wolfgang, 《刑法. 导论》, 第 7 版, 1995,

39 “.....现在只存在刑罚理论问题的解决方法之出发点, 但尚不存在解决办法本身”; Roxin, Claus, 《刑法. 总论》, 第 1 册, 第 2 版, 1994, 25.

从相关公民的视角来看，是否是可能的。我的回答——现在——是：“不可能。”因此，相对于其他法官来说，以下结论更适用于刑事法官：只有那些问心有愧的法官，才是好法官。



## B. 刑期（Strafzeit）：刑期的发展轨迹——人类学的刑期等级

### I. 量刑范围（Strafrahmen）的历史演变

1. 多年来，德国制裁法领域的专家们一直在申斥：迄今为止，量刑范围问题还没有经历过一次全面研讨<sup>1</sup>。Streng<sup>2</sup>、Frisch<sup>3</sup>和Giering<sup>4</sup>批判了量刑范围具有的“地域司法特征（justizgeographischen Eigenheiten）”<sup>5</sup>。认为实现刑法公正迫切且必要，这可以通过制定更加严密的量刑范围，尤其是降低量刑的上限来实现。

此外，Zipf<sup>6</sup>还将矛头指向宪法中的罪刑法定原则（即所谓的“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”，Art 103 Abs. 2 GG, § 1 dStGB）：这意味着，立法机关（一定程度上）能够通过制定刑罚规则的方式，决定犯罪行为法律后果。当今的量刑范围并没有真实反映出个人行为的社会危害性，反映出的只是受历史条件所限的，自然形成的“标准量刑（Einheitsstrafrahmen）”<sup>7</sup>，与实际需要相去甚远。Bruns称之为背着“法律史包袱”的，不具普遍性的量刑。某例罪行为什么一定要这样判，而非那样判，判决后谁都说不出来，甚至也没什么“惯例”<sup>8</sup>作为依据。

<sup>1</sup> Heinz Zipf《刑罚政策》是一部教科书，2. 版次 1980, § 10 Rn. 202. 涉及特殊章节所有的改革步骤时，我们应对其中的刑罚设计给予更多的关注。对于企图，刑罚协调，参见ZRP立法报告，ZRP 1994, 376. 此外，关于刑罚协调无广泛争议以及§§ 223 bis 225 d StGB第一节中的刑罚尖锐化，请一并参阅König/Seitz犯罪法之刑法和刑事程序规则。

<sup>2</sup> Streng《量刑及相对公平：从法律学、心理学及社会学视角对不平等宣判的调查》，1984, 6 ff.

<sup>3</sup> Frisch《量刑教义学的现状及未来前景》。Hans-Jürgen Bruns和Franz Pallin《对于量刑法的系统介绍》，第I部和第II部，ZStW 99 (1987) 349 ff., 751 ff., 799 要求制定标准的指导性法案，以探讨切合实际的量刑上限。为使主审法官不会因为乌托邦式的刑罚堡垒而对宣判没有把握，应该制定一个可行的最高刑限，并敦促立法机关做“土地整理式”的量刑划分。

<sup>4</sup> Giering 量刑实践与量刑理论的不平衡——从一名刑法学者的角度尝试分析，参见 Pfeiffer/Oswald 编著的《宣判》。实践研究与刑法教义学的对话，1989, 77 f., 117.

<sup>5</sup> 关于“罕见的司法地域”，请参考Tröndle“量刑推荐中的问题”。“反对他们的反对者——赞成他们的批评者”，血液中的酒精（应指出版机构）8 (1971) 73 ff., 74; 另请参阅“犯罪学”中Albrecht判刑与罚款的执行。应考虑到每天的汇率制度。刑法制裁体系中的罚款，1980, 88, 90, 206 f; Schöch“判刑实践与交通犯罪（Verkehrsdelinquenz）”。以交通醉驾的实际调查为例阐释量刑的犯罪学观点，1973, 112.

<sup>6</sup> Zipf (Fn. 1) § 5 Rn. 99.

<sup>7</sup> Zipf (Fn. 1) § 10 Rn. 202, 根据刑罚典第 267 节（nach § 267 dStGB）指出，以伪造证件为例，对此类情节尤为严重的案件，可处以 5 天工资罚金刑至 15 年自由刑不等的惩罚；也可参阅Streng“刑法制裁，原理与应用”，1991, 164, 其中阐述了对in § 243 Abs 1 Satz 1 dStGB中盗窃罪适当量刑，即处以 10 马克罚金至 10 年有期徒刑的判决。在这里还无法找到立法机关对于刑罚应当性的任何评价和（预）评价。

<sup>8</sup> Bruns《量刑法》，《总则》，2. Aufl, 1974, 76; 量刑法，总则部分，1967, 56.

2. *Hettinger*<sup>9</sup>更加深入地研究了这个问题，即我们今天的量刑究竟是如何形成的——尽管他只考虑了“犯罪情节轻微”的情况。但是基于他的研究，立法机关才做出妥协，在当前已经提高部分刑罚底线的背景下，仍旧准许法官在特定情况中（破例）减刑至低于底线。*Hettinger*原本提倡的是，对于消费者投诉这种情节轻微的案件，可以允许设立并依据自由、专项的法则。这或许表达了立法机关在立法过程中，应当对所依据的事实基础区别对待。今日究竟该如何对待情节轻微的案件，我们尚无定论<sup>10</sup>。随着各种自由判刑明显地向所谓的“标准量刑”过渡，立法机关迫于时间的压力，决定在刑事法律的改革进程中，引进“威慑刑罚（Überleitung von Freiheitsstrafdrohungen）”<sup>11</sup>这一概念以应对过渡期。基于这个方案，立法机关彻底打破了之前存在的多种刑罚框架，直接去掉“劳教（Zuchthaus）”和“监禁（Gefängnis）”的概念，却将其对应的量刑尺度原样保留<sup>12</sup>。这一举措摧毁了此前人们眼中的刑罚观念<sup>13</sup>。与其对先前各种随意性较大的自由量刑进行毫无无意义的评判<sup>14</sup>，不如制定出正式、纯粹，且必须遵守的“标准刑”，将各种刑罚合并统一，再根据罪行按律选择。

*Hettinger*<sup>15</sup>认为，早在刑法典取消劳教、拘留、监禁及监禁并处罚金等多种刑罚之前，刑与罚一直处于相互协调的过程，直到引入“有一定标准的自由刑”并用于提前判定“还未发生的”<sup>16</sup>罪行，这就是刑罚威慑，不过后期由于这种标准的自由性较大，出现了很多重复量刑，有些情节轻微的犯罪也遭受重判。联邦最高法院因此也做了些力所能及的小改善，但那时，立法机构给出改善并非真正

<sup>9</sup> *Hettinger*《关于情节轻微案件的定义——及其概念的形成和发展史》，参见由Wolter 编著的 140 年，《Goldammer的刑事法档案，向Paul-Günter Pötz 70 岁生日献礼》，1993, 77 ff., 85 ff.

<sup>10</sup> *Hettinger* (Fn. 9) 109.

<sup>11</sup> ProtSondA V, 127. 会议, 2587 ff., 2592, Anlage 2, § b.

<sup>12</sup> *Hettinger*举了一个抢劫案，作为例子 (Fn. 9) 105: „例如§ 249 Abs 1 dStGB (德国刑法典 249 章第一段) bisher Zuchthaus von einem bis zu fünfzehn Jahren (将教养 1 年到 15 年) und § 249 Abs 2 dStGB beim Vorhandensein mildernder Umstände Gefängnis von sechs Monaten bis zu fünf Jahren vorgesehen (以手头有的减刑案例来看，将监禁指定为 6 个月到 5 年), so wurde nun im Wege der ‚Überleitung‘ daraus das, was heute in § 249 dStGB steht!“ (因此原来的刑罚时间才过渡到目前刑法典中写到的范围)。

<sup>13</sup> *Hettinger* (Fn. 9) 105 ff. 及后续几页

<sup>14</sup> Corves (BMJ) ProtSondA V, 128. 开庭, 2602: “在§ d Abs 1 文字意义中没有一个相应的规则”【即：与自由刑相联系的：(1)教养与监禁是可以选择的威慑手段，因此出现了自由刑。当监禁的下限或者教养的上限非常确定时，这个上下限也同时适用于自由刑】“若有一个规定，可以选择教养或监禁来威慑犯罪，则可以推论出以下这些纯形式上的无意义的内容：，……判以一年至十年或六个月至五年的有期徒刑。总之可以得出一个概念，至今可以预见到的各种自由刑，蕴含着各种没有价值的社会伦理道德评价，在可选的刑罚威慑中理应交融统一，（此外）还不具备充分的表达力”

<sup>15</sup> *Hettinger* (Fn. 9) 109 f.

<sup>16</sup> *Hettinger* (Fn. 9) 105.

从根源协调，而是零敲碎打<sup>17</sup>，这些改革碎片极其细微，又很混乱，不仅来自不同的时期，改革模式都不统一。

3. 也有人反对这个观点，说并不是那些刑法改革者提出的“有标准的自由刑（Einheitsfreiheitsstrafe）”。劳教和监禁，在1871年以及此前各版本的刑法典上都作为主要的自由判刑记载在案，自由刑本身仅标明“剥夺自由”这个刑罚手段，执法机关自行选择“剥夺自由”的具体操作程度。此外，自古以来劳教和监禁都是优先作为一种标志，用于衡量犯罪情节（轻重），其次才在具体刑罚中考考虑罪刑相适应（*aliud-Beziehung*）<sup>18</sup>。

由此说来，在“刑法典”已有的基础上，依据“客观”的法律解释，发展一种罪刑相对应的刑罚系统并无不可。

立法机关依据基本犯罪事实，以指明或不指明的方式，将案件定性为情节特别严重或情节轻微。如谋杀的定义是故意杀人，属于情节特别严重的罪行，但如果是在对方请求下动手则视为情节轻微。

同时还要考虑到，情节轻微的罪行，其基本犯罪事实或要件在某些情况下，也可能与情节严重的罪行所具有的要件极其相似<sup>19</sup>，不能简单归结为典型的“相同案件”。遇到看似相同的情形，必须综合额外发生的，重大的外力等情节来判定。即便是重刑本身（即便在证据确凿情况下）也需考虑与特别的（不特定的）减刑理由相互平衡：如果有减刑理由就可将其归入“一般案件（*einfachen Fall*）”来衡量。因此，当我们审判一个案件，认为其情节严重，并选择相对应的刑罚前，也考虑过（换个角度看）它是否能够判定为情节较轻的案件<sup>20</sup>，这种平衡才有意义。在法定刑罚范围的前提下，法官依此规则，可以寻求“相对公平”的判决方案。不过迄今为止，笔者的这一建议还未在判决和标准文献中得到特别的采纳<sup>21</sup>。类似的刑罚系统学说（基于“发展有效的刑罚”得来），还只是一个“相对系统”

<sup>17</sup> Hettinger (Fn. 9) 112.

<sup>18</sup> 刑法委员会会议备忘录，第一册，关于原则的提问，1956，翻印 R3, Nr 42, 395；也可参阅刑法教课书的鉴定，第一册，1954，刑罚威慑的系统化，69 f., 70.

<sup>19</sup> 量刑也在奥地利刑罚典（*öStGB*）有所重叠。Triffiterer赞成地摘录了：“这使符合事实的量刑尤其在有认证的情形下成为可能（*EBRV 1971, 93, Sp*）”。（Triffiterer 奥地利刑罚，总则部分，2. Aufl, 1994, Kap 19 Rn. 24 f）。这个原则不可能会这么差。

<sup>20</sup> 大致的这类主题和表述来自Streng (Fn. 2) 14 f., 308 ff.

<sup>21</sup> Hettinger在(Fn. 9) 83 以他独特的见解批评了笔者的这一观点。Maiwald例外地（谈论到Montenbruck刑罚与量刑时，1983, GA 1985, 97 f）认为笔者的观点有积极的意义，但是在标准文献中却并没有被讨论过。

学说，试图指向“相对公正”的刑罚<sup>22</sup>。

4. 首要问题，也需要更加慎重考虑的问题是，为什么有期徒刑（自由刑）的“绝对”上限设定为15年（§ 38 dStGB）。并且，当我们有条件地对一些判决为“无期徒刑（lebenslang）”的罪犯减刑（§ 57a dStGB）<sup>23</sup>，也会考虑这个年限。这里就有个问题：15年，18年（法定年限）还是20年（在奥地利<sup>24</sup>），这决定肯定有其对应的政策；但是我们应该问，为什么不能认准字面意义上的“一生（无期）”，让所有的刑罚变成无上限的。又或者，为什么有期徒刑的最高刑期不是35或者40年？

还有一个问题，是关于目前实施的自由刑下限的设置依据。在自由刑执行中，可能有缓刑的存在，那么刑期就相应地增加了2年。依此可见，根据犯罪事实，有一个“标准量刑范围”，确保对严重的刑事犯罪行为有一个相适应的惩罚。这个量刑范围中，包含了为缓刑预留的余地，这个下限以下（大于80%的案件）就是相应的罚金刑。

要想在众多材料中寻求有关德国刑法典（及其前身）制裁法的答案，需要特别的研究。这项研究将另行出版。无论如何，立法机构对（早期）的量刑范围并不完全满意。*Sturm*认为，我们应当回归以前的15年最高刑限，以避免干扰刑罚威慑<sup>25</sup>的特殊效力。替代性草案里直截了当地规定：“20年的最高有期徒刑（在§ 44 Abs. 2 E 1962可以看到）太高了。这个“天文数字”需要降低到之前法定的刑期上限”<sup>26</sup>。即使在对无期徒刑的合宪性讨论（1977年），以及随后制定的受刑15年后有条件假释（§ 57a dStGB）条文的讨论中，我们也不得不注意到，正

<sup>22</sup> 参阅Montenbruck《刑罚与量刑》，1983, 217 ff. 笔者根据他们的最高和最低刑罚，在其对特重案件（广义上的，在aaO认证的影响下，51 ff., 55）或者情节轻微案件（包含“特殊的法律减刑理由”，59 ff）和基本犯罪（48 ff）区分方法的帮助下对量刑范围进行了系统化，并用于发展多层级的量刑指南，该指南使得对已成文的情节严重与情节轻微的案件的刑罚向未成文的具有基本犯罪事实特殊案件在相同的刑罚组内的转换成为可能。

<sup>23</sup> 也可参考Maurach/Zipf《刑法，总则部分》，Teilbd 2, 7. Aufl, 1989, § 59 Rn. 19, 与其他刑法系统中20、25和30年的最高限相比（关于法国CP中20年的最高限及其发展，参考Zieschang《制裁系统，法国刑法的改革及与德国刑法的比较》，1992, 54 ff., 57”），当前德国的刑罚上限较低，但是却被看作是完全合理的，因为其赎罪、惩戒和教育功能通常早在上限星期达到前就会失去意义。目前仅是满足了安全需求，为此执行判决只是权宜的解决方法。

<sup>24</sup> 有期徒刑：最高20年，§ 18 Abs 2 öStGB；对“无期徒刑”执行15年后有条件假释，§ 46 Abs 5 öStGB；参见Triffterer著《奥地利刑法典的全部量刑范围的概论》（Fn. 19）472 f.

<sup>25</sup> Sturm ProtSondA V, 109. 会议, 2134.

<sup>26</sup> 刑罚典的替代性草案，总则部分，Baumann/Brauneck/Hanack/Kaufmann/Klug/Lampe/Lenckner/Maihofer/Noll/Roxin/Schmitt/Schultz/Strathenwerth/Stree（编著），1966, 对 § 36, 75 提供依据。

式的无期徒刑平均为17.8年<sup>27</sup>。由此可见，我们可以就此问题达成一个广泛的、欧洲范围的共识<sup>28</sup>，只要我们具有追溯其起源的意愿。

5. 即便现在有人试图帮忙寻找关于刑法时限的其它资料，涉及刑法的时限，在这些材料中也如沧海一粟。刑法时效的30年界限与民法中的30年绝对时效是相互联系的 (§ 195 BGB)。Großfeld<sup>29</sup>回顾了时效期限及其历史。但即使是他也得承认，民法典对时效设置的原因并无说明。“为什么这个时限正好这么长，”他提问道：“为什么恰恰是30年，而不是35或40年<sup>30</sup>。”他还提出：“为什么有种说法是“不要相信超过30岁的人！””。带着这些问题，他深入追溯了欧洲历史，并得出结论：30年的时限是整个欧洲的传统<sup>31</sup>。我们可以在Heraklit (500 v.Chr.) 提出的“跨代 (Genea)”概念中找到它：30年应该是一个人从他第一个儿子出生到第一个孙子出生的时间，或者是他自己的出生与他的第一个儿子出生的时间跨度的平均值。早在“十二铜表法 (Zwölftafelgesetz)”中就已给出30年这一刑罚时效<sup>32</sup>。

## II. 哲学中时间的意义

1. 一位法学家突然走到一位哲学家跟前，并问他：“时间 (Zeit)”到底是什么？

哲学家与法学家一同步入思想史的洪流。

<sup>27</sup> 联邦法草案, 17. StÄndG, BT-Drs 8/3218, 草案, 依据, 6; 社民党和自民党的党派法律草案, BT-Drs 9/22, 依据, 5 f; 决议建议和联邦政府法律委员会关于法律草案的报告 (哈特曼与Lambinus), BT-Drs 8/3857, 9 f; 决议建议和社民党与自民党党派法律委员会关于法律草案的报告 (Lambinus und Götz), BT-Drs 9/450, 8 f; 另参考Jung ua 立法概述: 无期徒刑改革, JuS 1982, 222 ff., 223, 此外还提到, 立法机关要求, 科学应重点关注, 不要逾越 15 年的最低服刑年限。

<sup>28</sup> 相关法律对比参见决议建议和联邦政府法律委员会关于法律草案的报告 (哈特曼与Lambinus), BT-Drs 8/3857, 9 f: 比利时: 10 年后准予假释; 大不列颠: 7 至 11 年间准予假释; 卢森堡: 最早 15 年后准予有条件假释; 挪威: 12 年后准予假释; 奥地利和瑞士: 有条件地减刑到 15 年后准予有条件假释; 丹麦: 最早平均 13 年后准予假释; 瑞典按照 1962 的数据: 平均 12 至 14 年之间准予假释; 意大利不在此范围内: 减预计 28 年后准予假释。

<sup>29</sup> Großfeld法律的符号与数字。法律史与法律比较的数据, 1993, 174 ff: 30 年期限已出现在普通法和在普鲁士 1794 年的“土地法”中(I 9 § 546) 也在Code Civil (Art 2263)及奥地利民法典中 (§§ 1479, 1486)。

<sup>30</sup> Großfeld (Fn. 29) 175.

<sup>31</sup> Großfeld (Fn. 29) 参考 Stein Generations Live-spans and Usufructs, Revue Internationale de Droit de l'Antiquité 9 (1962) 335.

这恰好是父亲与儿子平均的年龄差距: 参照 Frenkel Heraklitues 《一代人之概念》, 载《美国语言学杂志》59 (1938) 89, 也可参考 Levy 《后古典的继承》, Bulletin del l'Instituto de Diritto Romano 1948, 352, 364.

<sup>32</sup> Großfeld (Fn. 29) 176 参照 Levy (Fn. 31) 361: 它已通过教会法 (Canon 197) 还有在 651 年的 Lex Romana visigotorum 10.24.

2. 自亚里斯多德 (*Aristoteles*) 起我们人类就知道, 时间和运动是密不可分的。运动是丈量“早”和“晚”<sup>33</sup>差距的工具。亚里斯多德将时间看作是“以前”和“以后”之间, 运动的数据。实际上, 对法学家而言时间也意味着: 伴随时间的流逝, “事物”改变了。他认为, 民法权利现在更多地被“时效”概念困扰, 比如你会听到这样的解释: 实际的物权占有者在10年之后可取得其所占有财产的所有权, 每当提起这种困扰, 他就会提出这个事物“相对静止不改变”的理论来。

3. 关于时间, 奥古斯丁 (*Augustinus*) 有另一个答案, 不过答案之前他会先解释: “到底什么是‘时间’, 如果没人问我, 我知道如何陈述; 如果有人提出这个问题让我解答, 那么我不知道如何回答”。他总结了过去, 现在和将来: “将来和过去都并非“时间”本身, 不可说: 时间‘是’过去, 现在, 将来三段; 我们应该更确切地说: 时间‘可分为’三段: (……) 也就是说“现在”包含过去, “过去”是现在的回忆; “现在”包含现在, 就是此刻眼前所见; “现在”也包含未来, 现在怀有“未来”的期待”<sup>34</sup>。

实际上我们知道, 思想家总会环顾到每一个视角, 从回忆一直延续到期待, 也将回忆视为期待之基础。

4. 康德 (*Kant*) 为我们解释道: 我们不能以人们认知观念中的时间为基础去发散思维: 时间在我们(人类)的认知中的投射是非常主观的, “感性世界以外并无他物”<sup>35</sup>。本杰明 (*Benjamin*)<sup>36</sup>将时间比作红色玻璃眼镜, 因为镜片是红色的所以透过眼镜看到的事物都是红色的, 虽然透过眼镜看到的形象改变了, 但是事物本身并没有改变什么。

“注视某物”同时也含有这个意思: 从“外部”观察它, 但是当我们从外部观察时, 又免不了透过一副“红色镜片”。这就把我们引回一个旧问题上: 人,

<sup>33</sup> 亚里斯多德的物理学。关于自然的讲座, 由Zekl作序和注解, 上册, Bücher I-IV, 1987, 219b; 此外还要参考接下来的论述, 即相应的由Dietl著的研究所与时间, 1983, 2 ff. (以社会科学家的视角)。

<sup>34</sup> Augustinus 忏悔录——自白。拉丁语与德语, 由Bernhart作序并翻译, 1955, 对于问题, 何谓时间, 629, 对于答案 642 f.

<sup>35</sup> Kant 康德《纯粹理性批判》2. Aufl, 1787, 52.

<sup>36</sup> Benjamin《哲学史上的时间观念》, in: Fraser (Hrsg.) 时间的声音 (The Voices of Time)。《关于个人对时间的观念的科学和人文调查》, 1968, 3 ff., 23; ein Vergleich, auf den auch Dietl (Fn. 33) 5 hinweist.

本身就生活在这个世界“中”，又是否真能（从外部）观察这个世界。当这个问题从这个角度冒出来时，我们根本无从解答。

5. 海德格尔 (*Heidegger*) 从存在和时间的关系角度探究了这个问题，并把“存在”指向了未来。他还写道：“时间存在于未来的可能性中，它本身就是一种‘未来性的存在’”<sup>37</sup>。从未来存在的概念中海德格尔自然地得出，“关于时间的多少，时间的长度以及时间点的问题，既然假定未来本身就是时间，那么这几个“时间问题”就根本没法度量了。只有当我说去“计算时间”时，计算的虽不可能是“时间”这个概念的本身，但这使之变成一个可以用度量的区间”<sup>38</sup>。

虽然我们并没有走出对时间的诠释这种两难的境地，但是我们拥有“记忆 (*Erinnerung*)”——也就是随着时间流逝而获取的经验，并能由此对未来获得相应的“期待 (*Erwartungen*)”。这种期待已完备，这两样东西就足够我们利用来发展我们的规则了。也就是说，我们是从不断变化的，我们所处的“当今时代”中，（艰难地）析选出固定的东西（规则或者经验）。连接时间点就能得到时间段。一个人在两年前和别人签订了合同，尽管会有诸多变化，按规则他也必须一直遵守合同。对我们而言，那个人是同一个人，合同也是那份合同，合同关系当然就还是同一个合同关系。只有在特殊情况（困境）时，我们允许有逃出规则的例外发生，即一般所说的“情事变更 (*clausula rebus sic stantibus*)”甚或在个别有证据表明特殊情形下，解除长期义务关系。

6. 法律意味着“秩序 (*Ordnung*)”，并使秩序得到信任（得以实现），所以法律必须遵循时间的进程。

### III. 社会学中的“社会时间”

1. 要探讨“社会时间 (*sozialen Zeit*)”概念，找社会学家施密特 (*Schmied*) 准没错。一切生物都有其寿命：个体与集体皆然。而且个体的时间会受到集体的

<sup>37</sup> Heidegger 《时间的概念》，马尔堡神学家协会报告，1924, 1989, 20; 参见《存在与时间》，1927, 16. Aufl, 1986, 231 ff.

<sup>38</sup> Heidegger (Fn. 37) 20; 也被 Dietl (Fn. 33) 9. 摘录。

时间影响，也就是说，个体也具备“社会时间”<sup>39</sup>。

施密特指出，对每一个社会领域（如：国家，乡镇，职业领域，熟人圈，家庭等）而言都存在多样的时间划分。在现代文化中形成的各种时间观念，其数量之多，无法估计。个体生活在属于自己的时间范围内，即社会外时间，但同时也体验他的城镇及周遭环境的时间。这所有的时间分割方式共存于我们的意识中。

2. 在所谓的“生活的时间”或主观的时间体验中，包含的各种问题是一个集合，时间的流速问题是其中一个重要的组成部分。

从整体的原则上来看，时间的流速真实地反映一个人当下所处的心理形态，时间流速自身作为一个开放性主体，运行于个体意识中，可以首先归类到个体心理学范畴。所以说，社会文化也会影响人们对时间流逝的体会。<sup>40</sup>

3. 社会文化的影响也同时包含：“远古社会通过人类感觉到的、废止旧的时间的阶段性和必要性，来开始计算新的时间”<sup>41</sup>。这就是一种时间“循环”。循环的时间不仅残留在我们的意识中，而且试图在社会潜意识中表现出来，通过时间愈加飞快地、“直线型”地流逝造成终结，然后重新回到稳定的形态下，从而可以再次循环。

循环的时间符合我们的日常生活和环境。它给予我们稳定和安全的感觉，并在此基础上确保了个人身份的存在。它以一种强大的形态存在于我们的意识中<sup>42</sup>。实际上，每个新的一天意味着一个新的开端。当新的一年来到我们庆祝“新年”，或者用复活节来庆祝春季的重临人间。

4. 施密特（*Schmied*）借用考古学家尼尔森（*Nilsson*）的观点指出，原始文化虽然也知道年的概念，但却不觉得计年是必要的。他们还把不属于同一个体系<sup>43</sup>的时间符号记录在一起。不过引入季节概念却在狩猎和采集活动起到了作用

<sup>39</sup> Schmied 社会时间：范围，„速度“与演化，1985，21 ff.，92 ff.，148 ff.

<sup>40</sup> Schmied (Fn. 39) 90.

<sup>41</sup> Schmied (Fn. 39) 148.

<sup>42</sup> Schmied (Fn. 39) 162 f.

<sup>43</sup> Schmied (Fn. 39) 133 参考 Nilsson 《蒙昧时期 - 计时法 (Reckoning)》，1920，3，9 和 92，356 ff. 并请参考《人种学研究报告》，Hallowell（在Salteaw-Indianern中）西方国家的时间取向和在前文学社会，美国人类学家 39 (1937) 647 ff.，653 ff. 同时参考Hawley 《人类生态学》，1950，300.



——除非他们生活在热带。季节也关系着生存安全。随着进入农耕时代，更多的时间节气便出现了<sup>44</sup>。

尤其是伴随着文字的发明和记事方法的出现，人们可以记录保存过去发生的事，从而更多的时节被划分了出来，这一点，在城市化进程中显得尤为重要，据推测，第一次时期划分出现在公元前3000年的巴比伦。<sup>45</sup>

每当新的统治者即位时，就会开始一个新的执政时期（纪元），这对（时间划分）也有着重要意义——当然伴随而来的大赦对人们来说更有意义<sup>46</sup>。

“永久循环”的时间循环观念和宗教观念中的“重生（Wiedergeburt）”紧密相联。与之对立的是时间的直线型流逝观念，这则被视为一种具有神学意义的时间概念<sup>47</sup>，尤其是在法官的眼中。在此基础上发展出了西方（也指西方民族）时间划分，并进一步发展成为当今世界范围内所主要实行的公元概念<sup>48</sup>。

5. 施密特（Schmied）解释道，假设现在给地球的年龄增加50亿年，其造成的结果绝对会使人类非常惊奇，但决不会带给我们震惊和焦虑感，这应该是因为，个体往往只从其所处的时代出发，只考虑跟自己生活接近的时代，（对久远年代之后的巨大变化予以忽视）<sup>49</sup>。

同时随着文化中时间意识的持续发展，人们就不再关注大的时间更迭，反而去关注对自身未来的把握。我们可以联想到，早期资本家对于可规划的时间段最多是5年。直到今天，人们还是比较倾向于制定未来2-4年的规划<sup>50</sup>。

还需补充一点，我们显然对超过3年的刑罚判决有障碍。法律心理调查结论显示，对于超过3年的刑罚，我们根本不看重其（对犯罪的）预防作用，更不会因此进行时间长短的区分<sup>51</sup>。

<sup>44</sup> Schmied (Fn. 39) 135 f. 参考 Brandon 时间和人类, 1951, 21 及 Nilsson (Fn. 43) 109 ff. 还有 Evans-Pritchard 《努尔人的时间 - 计时法 (Reckoning)》, Africa 12 (1939) 209.

<sup>45</sup> Schmied (Fn. 39) 138, 139 参考 Wendorff 《时间和文化》, 1980, 20 及 Elias 《关于人类文明的进程》, 《社会遗传学和心理遗传学调查卷 2: “社会变迁”》。《人类文明理论草案》, 5. Aufl, 1978, ua 384: 用长远的眼光来看人类必须熟知贸易和编织。关于文字的意义参见 Schmied (Fn. 39) 155 参考 Gehlen 《原始人与晚期文化》, 1956, 258 及 Goody Time: 《社会组织》, in: Sills (Hrsg.) 《社会科学百科全书》 Bd 16, 1968, 30 ff., 31, 38 和 Bergmann 《社会体系的时间框架》, 1981, 240 ff.

<sup>46</sup> Schmied (Fn. 39) 148 参考 ua auf Goody (Fn. 45) 30 ff., 35 及 Otto 《古代东方的时间观念与计时方法》, 载《常识教育》19 (1966) 747.

<sup>47</sup> Schmied (Fn. 39) 154.

<sup>48</sup> Schmied (Fn. 39) 126.

<sup>49</sup> Schmied (Fn. 39) 172.

<sup>50</sup> Schmied (Fn. 39) 171 参考 Schöpf 《国民经济中的预测问题》, 1966, 69.

<sup>51</sup> Vilsmeier 《刑法制裁惩戒作用的经验调查》, 载《犯罪学与刑法改革月刊》, 73 (1990) 273 ff; 对于重

6. *Elias*<sup>52</sup>写道：我们对于时间的观念衍生于现实存在着的社会的需求中。他也强调说，原始社会，人们在各自完全不同的时间观念下劳作，白昼与夜晚的交替就形成了他们认定季节的方式，他们据此收获与播种。白昼与夜晚等长时，便是换季的至日。并且在原始社会，人们还没有一个与时间相关的、完整的空间概念。太阳和月亮总是出现在他们村庄或山谷上方的天空，而人一旦到了一个新地方，就会觉得陌生，因为每一个村落都有它自己“独特的天空”<sup>53</sup>。

再次得出这个结论：生存决定了衡量时间的尺度。

## IV. 心理学与生物学中的“时间”

1. 心理学家 *Ciampi* 和 *Elias* 的观点不谋而合。社会学的时空概念不仅只有它的“几何形态”，它还与气象及环境相关，比如温度，湿度，采光还有噪音，气味等等。此外，房屋，广场及街道也有各自的时间和节奏。城市居民与住在山上及海边的人们对时间的观念也是不同的。

众所周知，年轻人与老年人，男人与女人或者不同社会阶层的人们都会有不同的时间观念。还有一点，随着年龄的增加，一般而言，人的生活节奏会放缓，相反地，对于发展型社会而言，节奏却会加快。*Hall* 认为，时间就像一种“语言”，时间作为所有活动的组织原则，个人也会被这张无形的节奏之网连系在一起。因此可以说，每一种文化都有它自己的时间框架<sup>54</sup>。

此外，*Hall* 还强调，存在“单一”文化的同时也可能存在“复合型”文化。“复合型”文化的特征是，人们的交集更多。北部国家属于“单一”文化，南部国家则是另一种类型。

2. *Ciampi* 提出了个人生命的生物学指标。生物钟决定了我们的生物节律。它和人对一天还有一年中光照、温度等的波动感知有关。

---

判问题参见 Westermann/Hager 《对不同公民群体中犯罪行为的重判》，载《犯罪学与刑法改革月刊》，69 (1986) 125 ff; 及 Westermann/Siedersleben 《体育犯规的归因及重判》，载《社会心理学杂志》21 (1990) 169 ff.

<sup>52</sup> *Elias* 关于时间, 1984; 由 *Ciampi* 再次研究: 《外界与精神世界》, 《时间, 空间与心理结构的形成》, 1988, 231 ff.

<sup>53</sup> *Elias* (Fn. 52) 161 aufgegriffen von *Ciampi* (Fn. 52) 232 f.

<sup>54</sup> *Ciampi* (Fn. 52) 238 参考 *Hall* „La danse de la vie“. *Temps culturel, temps vecu*, 1984, 11.

儿童对时间和空间的感知与成人完全不同，这也是一个生物学上的区别。对于儿童来说，只要周围的一切东西不断更新，时间和空间都显得是无尽的。但对年龄大一些的人而言，他们要做很多与时间和空间相关的决定。此外，大人由于经验丰富，知道多大的力气能做多大的事情，不管是好事还是坏事。*Ciampi*还得出另一方面的结论，年长一些的人具有令人惊讶的耐性。当60岁时，他一方面可以说和自己12岁，20岁或者30岁时是“同一个人”，另一面，却已变成一个“完全不同”的人了<sup>55</sup>。

和*Piaget*看法相同，*Schmied*也强调道，我们必须注意到，儿童对时间联系的理解和把握，发展得总是很缓慢<sup>56</sup>。直到青春期，他们的时期观念才升级到“年”的单位。时间意识的发展与个人身份意识的获取密切相关<sup>57</sup>。*Goody*还提到，在西方国家，人们会送一块手表给长大了的儿子<sup>58</sup>，这已经成为了一个普遍而悠久的风俗。

3. *Michon*曾做过一个关于“时间”概念（“对时间的研究”，1972-1981, 1986）的跨学科调查，试图佐证，*Fraser* 和 *Pepper* 所持有的不同时间观点其实是互相关联的<sup>59</sup>。

*Fraser* “时间属性等级”与 *Pepper* “基本象征”之间的关系及相应的测量结构

Level of Temporality 时间属性等级	Root Metaphor 基本象征	Representative System 代表性系统	Measurement Structure 测量结构	Cale Type Cale 类 型

<sup>55</sup> Ciompi (Fn. 52) 314 f.

<sup>56</sup> Schmied (Fn. 39) 14; Piaget 《儿童时间观念的树立》，1955, 18.

<sup>57</sup> Schmied (Fn. 39) 12 f. 参考 Wendorff 《时间与文化》，1980, 488 及参考 Jahoda 《儿童对时间及历史的概念》，教育评论 15 (1963) 87 ff., 101 参考 Zern 《建立系统显著的时间观念对儿童教育的某些影响》，载《遗传心理学专著》81 (1970) 221 ff

<sup>58</sup> Schmied (Fn. 39) 13 参考 Goody (Fn. 45) 38.

<sup>59</sup> Michon J T Fraser's 《“时间性等级”作为认知表征》，in: Fraser/Lawrence/Haber (Hrsg.) Time, 《中国及西方国家的时间》，《科学及社会.对时间的研究》V, 1986, 51 ff. 参考 Fraser 《关于时间，激情与知识》；《时间的起源与演化：对物理学阐释的批评》，198 及其时间等级及实测，国际精神分析杂志。

	Animism/mysticism		Elements,	
Atemporality	万物有灵论/神秘主义	Magic wand	wholes	Nominal
非时间	主义	魔术棒	元素, 整体	额定型
Prototemporality	Formism	Library	Monotonic	Ordinal
原生时间	形式主义	图书馆	单调	顺序型
Eotemporality	Mechanism	Clock	Linear	Interval
原始时间	机制论	钟表	线性	间隔型
Biotemporality	Contextualism	Thermostat	Dedekind	Ratio
生物时间	语境论	恒温器	戴德金法	比例型
		Self-organizing system (organism)		
Nootemporality	Organicism	自组织系统	Comple	Absolute
精神时间	机体说	(有机体)	强迫	绝对型

4. 此外, *Schmied*认为, 还需要注意到个体的“心理时间 (psychische Zeit)”。疼痛, 疲劳, 悲伤以及负罪感会让人觉得时间过得极慢<sup>60</sup>。当然也有相反的情形。心理学家*James*曾发现, 我们经历过的事, 即使事情本身很短暂, 事后很长一段时间也会一直出现在我们脑海; 而那些我们几乎没参与的事, 事后的记忆会越来越来少<sup>61</sup>。

如果这种说法正确, 那么就说明, 我们参与给予罪犯应有的刑罚判决后, 其家庭成员心中的悲痛感, 会间接地强加到我们身上, 如果给予罪犯的只是一个简单的“训斥”作为惩罚, 我们就无论如何也感受不到难过。在判决之后, 心理的感觉会使我们站到“罪犯”或者“嫌犯”的一边, 而在一段时间后对罪行做出不同的评判。

也许正是社会心理学的原因, 使得罪犯在原刑罚执行三分之二后可以获得有条件保释。当然, 这种刑罚“逻辑”也有相反的情形, 即: 报复性的犯罪无法获得减刑。先按照罪行事实判以较高的刑罚, 之后允许上诉核查, 这已成为社会性

<sup>60</sup> Schmied (Fn. 39) 88 f. 参考 Doob 《滴答响的时间》, 1971, ua 112 ff. 参见 Payk 《内在抑郁, 神经与精神异常引发的时间感错乱》 7 (1980) 364.

<sup>61</sup> James 《心理学原理》, 1922, 624.

共识，同时也符合我们的“是非观念”的运作<sup>62</sup>。这种方式之所以产生，正是因为人类有换位思考的能力<sup>63</sup>，这里指移情到罪犯的角度，在法庭裁决中就会与罪犯们感同身受。

## V. 由相对时间决定的“客观”界限

1. 通过以上的论述，我们可以肯定，时间是“相对的”：

(1) 首先讨论“社会时间”。它指的是人们所属的不同集体遵循的时间，每个集体的时间和各自的文化相关。很显然，以狩猎和采集为主的集体对准确时间的依赖较少，而深受城市文化或者现代化影响，采用高度分工协作方式、并依赖于各种规划的大型集体就更加依赖精准时间。同时，“政治”变动，如革命的发生或统治者的更替，在记录中都会留下一个准确的时间。

补充一点：当社会集体越重要，个人越不重要时，对社会性时间的确定就越重要，而同时，对个人时间的确定也越不重要。

(2) 另一方面，我们拥有高度独立的“心理时间（psychische Zeit）”。它与我们个人的情绪相关，但也能被其他人感知。

2. 以上资料从某种程度上说明，虽然时间有其“相对性”，但也具有较为“客观”的尺度。

(1) 这个相对客观的尺度就体现在：整个自然界，包括人类，统一受到白天与黑夜，夏天与冬天的主导。月亮阴晴圆缺的变化为进一步划分时间提供了依据，但我们也没有完全按照月相的依据，因此我们对月份天数的设置并不都一样。

(2) 其次，每个集体都是由人组成的，是人本身经历着生活的每一个阶段。

3. 我们了解到与人类相近的动物都具有“生物钟（biologische Uhr）”，生物钟不仅调节他们在不同季节的行为，更影响他们的繁殖活动，人类也是如此。

<sup>62</sup> Württenberger 《国民法律意识的波动于跃迁》，NJW 1986, 2281 ff. 以及 Lampe (Hrsg.) 《所谓的正义感，法律社会学及法律理论年鉴》 Bd 10, 1985 ua 以及 Zippelius 的文章，《正义感与法律知识》，12 ff., 其中对“与生俱来的行为倾向”与社会行为模式研究的关联 (17 ff); 批判性的: Müller-Dietz 《负罪感与量刑》，in: Jescheck/Jhong-Won/Nishihara/Schreiber (Hrsg.) 随笔 für Zong Uk Tjong, 1985, 126 ff.

正义感的一般定义: Venzlaff 《关于正义感在司法应用中的关键地位》，1973.

<sup>63</sup> 人类的这一特征仅存在于类人生物的雏形阶段，比如参见生物学家 Vogel 人类文化能力的生物学进化，in: Markl (Hrsg.) 自然与历史, 1983, 101 ff.

只是，当我们将类人生物源自遗传的“本性”同人类精神的“自由意志”分离，就意味着我们将源自遗传的“合理行为”同人类道德区分开了。人类文化使我们的“生物钟”呈现新的面貌<sup>64</sup>。

尽管如此，人类，动物和植物有着大致相同的生存目标，首先当然是存活，并追求有利条件。他们进行新陈代谢，有强烈的“繁殖”需求，这些行为都是为了生存，并（通过遗传）繁衍下去。

这个朴素的结论还体现了社会达尔文主义——人类集体与有机生物体的对照性，以及更多与“进化”<sup>65</sup>相关的内容。

4. 人类的生存意志有个显而易见的“敌人”——自然灾害（火山爆发，洪水泛滥），瘟疫（鼠疫），还有战争，都会对人口造成巨大的削减。这些灾难打破好几代人的辈分顺序（战前的一代和战后的一代人，以及他们的孩子和孙子辈）。很多人死去了，尤其是在大家族时期（以家族，宗族或部族为生活单位）<sup>66</sup>，重建变成第一紧迫的事。宗族也认为继续“血族复仇（Regeneration）”没意义，只会导致宗族成员个体甚至宗族本身的消亡。

而且，灾祸起于人，也能由人消弭，即宗族之间和平相处。这样就产生了一个问题，跨宗族或跨集体的杀人行为如何得到应有的惩戒？我们的刑法，作为一个“公众”法<sup>67</sup>，由集体实施，来保护我们个人权益，而宗族间的“法”则一直

<sup>64</sup> 关于人类道德与高等动物先道德的行为方式之间的关联，参见 Vogel 存在自然道德吗？或者：我们的伦理学有多反自然？，于：H Meier (Hrsg.) 进化生物学的挑战，1988, 193 ff., 211 ff. 带有批判性但是很重要的，从需求的视角，将“是”与“应该”区分开，生物学家 Wickler “伦理学有进化起源吗？”，另在 in: Koslowski/Kreuzer/Löw (Hrsg.) “可行/可为之事的诱惑”，1983, 126 ff., 136 f; Vossenkühl 由进化产生的道德的不可推论性，in: Koslowski/Kreuzer/Löw aaO 141 ff., 144, 148; 《飞越进化伦理学》in: Hudson (Hrsg.) 《伦理学新的研究》Bd 2, 1974, 217 ff., 248, 250, 252.

<sup>65</sup> Rottleuthner 认为基因导向的社会生物学理论是一种变相的功利主义 (Rottleuthner 生物学遗传因子对于法律的意义), in: Lampe [Hrsg.] 关于法律人类学的文章，国际法律与社会哲学协会 [IVR] 在联邦德国比勒费尔德市举行的德国区大会上的演讲，10. – 13. 10. 1984, ARSP Beiheft ARSP 副刊 22, 1985, 112 ff., 115 ua 参考 Lehmann 《法学，经济学，社会生物学——多种人类科学》，Betriebsberater 1982, 1997 ff); Lenk (注意新的行为理论研究部分 BF 在“行为与社会科学及其相关的法律科学”，in: Lampe aaO 132 ff., 135 担心由这些模式会产生形而上学的反泛灵论。以及 Hauptmann 《法官心理学》，《心理学家犯罪学》，《刑法的社会心理学引论》，1989, 226 参考 Vogel 《进化与道德》，在: Maier-Leibniz (Hrsg.) 《知识的产生》，1986, 467 ff., 488 ff. 也参考 Mohr 《伦理学发源于生物学吗？》，1983, 19 警告：可能会存在对保持健康纯净物种法西斯式的要求。

<sup>66</sup> Herzog 国家的史前史，in: Faller/Kirchhof/Träger (Hrsg.) 责任与自由. 宪法作为由价值决定的秩序），FS Geiger, 1989, 113 ff., 128; 及其早期的国家. 起源与政体，1988. 批判性的回顾了 Wesel 法与暴力的可转换性，十三项干预，1989, 25. 当然也适用于这种情况，即，我们必须把大家族的生存与幸存以及他们的那种结构形式分割开，即使报复原则作为部族之间的换位原则总是联系到当前的现行国际法。

<sup>67</sup> 新书籍：Rüping 《刑法史概论》，1981；《罚金刑与罚金. 公开处罚的发展》，ZStW 85 (1973) 672 ff; Hattenhauer 《关于中世纪的罚金与处罚》，ZRG 100 (1983) 53 ff; 《刑事立案与诉讼. 关于卡罗莱纳州在中世纪晚期的发展和基础》，参见：Landau/Schroeder (Hrsg.) 《刑法，刑法立案与诉讼》。《卡罗莱纳州犯

难逃强权垄断<sup>68</sup>的性质。这种早期“宗族”之间具有司法雏形的关系倒是可以拿来和如今的民法作比较<sup>69</sup>。

5. 一切高等生物的生命都可以划分成两个阶段：

(1) 发展期（Die Entwicklungsphase）：这个阶段生命体对“物质”的汲取比产出更多，它还在这个时期适应环境，发挥天生具有的能力，“学习”，并且“成长”。

(2) 稳定期（Ihr folgt die Stabilitätsphase）：生命体的主要任务是“存活”，并且在此阶段根据性别的不同结合与繁衍，而后走向衰老与死亡的归宿。

繁衍是生物进化论中最重要的一环。

6. 不过，我们时常还可以看到两个过渡阶段：首先是最早的阶段——获得繁衍的能力；另一个阶段可以称为“自我再生”。正因为此生物才衍生出了“自利型基因”<sup>70</sup>，以便基因能够在繁衍中延续。

正是基于这种理论，进化生物学家Alexander<sup>71</sup>用三个和繁殖有关的时期来划分高等生命的一生：

(1) 繁殖之前（童年期 Kindheit）

罪法的原理，发展和效用》，1984, 29 ff; 更多的证明可参见由 Lüderssen 所著《基督教伦理广场前的报复与赔偿》，参见: Dilcher/Staff (Hrsg.)《基督教和当代法律》，1984, 222 ff., 229 Fn. 4.

<sup>68</sup> 关于“国家的强权垄断，及其历史，以及更多的对于其瓦解倾向的证据，参见Faller国家的强权垄断及公民自我保护法”，见: ders/Kirchhof/Träger (Hrsg.) FS Geiger, 1989, 3 ff., 尤其是 5 ff., 及公民自我保护法 8 ff., 及关于国家强权垄断与公民自我保护法之间的关系——“无限责任股东概念” 17 f., 参考 Schünemann《司法体系中自救. 教义研究》，例子参见 §§ 227, 229 ff. BGB, 1985, 9 及 Hoffmann-Riem《警察权力过渡到私人》，ZRP 1977, 277 ff., 281 己及Willoweit在现代国家形成的过程中，国家垄断的出现，见: Randelzhofer/Süf3 (Hrsg.)《冲突与共识——基本法的 35 年》，1986, 313 ff. 及《国家垄断的形成与思想》，统治通函 1987, 217 ff; 并参见《战争法与刑法》，in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.)《刑罚公正》，FS Arthur Kaufmann, 1993, 449 ff., 452.

<sup>69</sup> 关于“史前文化”的没落与当时群体组织的衰落有关，也可参考 Hattenhauer《欧洲法律史》，1992, 208 ff. 对此Wesel也做了一些解释 Wesel (Fn. 66) 16, Morgan 和 Engel 也已经提出了这个观点，国家是通过摧毁有血缘关系的群体而诞生的；参见《原始社会:对人类从野蛮到文明进步的研究》，1891 (Neudruck 1976); Engels《家庭，私有制及国家的起源》(1884)，参见马克思和恩格斯的作品 (MEW) Bd 21, hrsg 马列主义研究所beim ZK der SED 1969, 25-173.

<sup>70</sup> 关于自利的基因参见刑法理论，并参见达尔文的《利己的基因》1978 年版)，1978;也可参见mwN总结性文章《自然选择是向哪种统一发展的？》，in: H Meier (Hrsg.) Die进化生物学的挑战, 1988, 53 ff., vgl insb (特别参见) 63 f. sowie 及 67; 此外，Alexander《人类的兴趣及生命过程的进化》，in: H Meier aaO 129 ff., 133 mwN. 关于亲缘选择: Smith《组选择与亲缘选择》，Nature 201 (1964) 1145 ff.关于对古老物种的保护与“基因保护”的呼吁,参见 Vogel (Fn. 64) 197 ff.并提及Lorenz“所谓的恶”.关于自然史中的侵略现象,1963 也参考 Eibl-Eihesfeldt 人类行为的生物学.人类行为学概要 1984; 另参阅 Leyhausen伦理道德，科学，医学和人类的生物学基础 1 (1974) 215 ff: “物种保护通用”；以及 Vogel (Fn. 64) 213.

这里并非为了引发争论。物种保护始终是个体生存的保障性原则。如果没有个体成员，便不会有人类社会的存在。

<sup>71</sup> 参见 Alexander (Fn. 70) 129 ff., 145 ff.

(2) 开始繁殖（成熟期 Reifung）

(3) 繁殖期（成年期 Erwachsenenleben）

人类性成熟期大约在12岁，俗称青春期。这个时期最晚结束于30岁之前。即使人们普遍认为25岁左右已经进入“自我再生”期（即足够成熟了），但又总会考虑：是否需要多加五年，直到这个孩子有足够的自立能力，父母无需再为他操心，他本身也可以进入正常的社会生活。

7. 在我们西方文化中，“具有繁衍能力”这一阶段的开始也有重要的社会意义。在德国，刑事责任能力始于14岁。满14岁的人就能参加坚信（Konfirmation 宗教仪式）和成年仪式。大约15岁义务教育就结束了。再晚一些，到18岁（最晚21岁），就成为完全行为能力人，具有选举权和被选举权。如果是男性公民，可以选择服兵役或民役。在这个阶段可以当学徒，也可以继续接受学校教育（高中）。18岁也不再适用青少年刑法。除非这个年龄（18岁至21岁）的当事人行为能力与青少年时期一样的情形下，才继续适用青少年刑法制度。

如果罪犯的年龄大于27岁，法庭通常不会再考虑按照常规让他在假释监视官的监视下假释（§ 56d Abs 2 dStGB）。60年代，青年运动的请愿书中提及年长者：“不要相信30岁以上的人。”<sup>72</sup> 这句标语正是他们对这一现实的写照。30岁的人正是劳动力大军的主力，他们也处在需要为孩子操心的时候。30岁，结束青春期，步入成熟。个人学习和游荡的生涯结束了。

8. 有一个非常短暂的年龄段，即婴儿接受社会的阶段，指初生的2-3年。这时候婴儿牙牙学语，可以上幼儿园了。

我们还需要知道，婴幼儿时期没有接受社会的小孩，与大一点的孩子相比存在更大的生命危险。德国联邦政府暴力委员会（在1990年）<sup>73</sup>指出，父母如果对自己的孩子实施暴力，尤其是对处于幼儿早期的孩子，会直接影响他们。对婴幼儿，尤其是早产儿的虐待非常危险。初生重不足的婴儿，畸形儿也一样，受虐待

<sup>72</sup> 参见Großfeld (Fn. 29) 175

<sup>73</sup> Schwind/Baumann 等人编著，《暴力的成因，预防及控制》。独立的政府委员会，即暴力委员会关于阻止与打击暴力犯罪的分析与建议，Bd I: 工作组的期末与期中鉴定，1990，Bd II: 小组委员会的早期鉴定，1990，Bd III: 特别鉴定（国外鉴定和国内鉴定），1990，Bd IV: 政治暴力与压制，国民问卷调查结果，1990，hier: Bd I, 73 Rn. 179 ff. iVm Bd I, 268, Bd II, 179, Bd IV, 230.



会导致行为异常<sup>74</sup>。社会各个层次都不乏施虐的父母<sup>75</sup>。至少，在德国，施虐行为和受教育程度及生活水平无关。

就连生物学家Alexander 也强调，婴幼儿的死亡率很高（指从出生到大约3岁）<sup>76</sup>。此时他们正跨入社会化的第一阶段，开始学习语言等。2-3岁以后就开始了一个值得关注的新阶段，（婴幼儿）的存活率会大大增加。

9. 再下一个年龄段，通常是指孩童五到七岁时，他们初具独立性，能够进入到社群中，也可以去上学了。依据民法典，儿童为限制民事行为能力人（§ 104 BGB）。这个阶段，父母无需再为孩子提供贴身、随时的看护。幼儿园会较早帮助孩子做好学前准备，整个幼儿园学段约为三年。入园年龄平均是五岁<sup>77</sup>。

10. 另一阶段是女性生物学上的更年期，她们绝经了，不可能再生育小孩（约40岁左右）。Alexander的“基因自利性（egoistischen Gens）”理论解释了这一现象。基因自利使得女性在这个阶段更多地去帮助、照料她们的孙辈（尤其是外孙），而避免与自己的孩子同时诞育子女，进而避免两代人的子女同时争夺资源<sup>78</sup>。

这个阶段驱使女性进入外祖母的角色，男性亦然。在生理感官上，他们都步入“老年”阶段了，头发也变得灰白。这些显而易见的特征标示着他们的行为能力减弱。不过，衰老同时象征着他们的“德高望重”。比如政治上，总统的年龄可不能低于40岁（宪法第54条）。事业成功人士的铁律是：成事必在40岁前。英籍美国人的俚语里还为这个年龄的人设有“资深搭档”和“资深要员”等词。

老年期现在多被认为是退休的年龄段，即60岁到70岁之间（正式退休年龄一般在62到65之间）。这时他们的孙子开始成长了。

<sup>74</sup> 参见 Schwind/Baumann (Fn. 73) Bd 1, 268, Bd II, 140.

<sup>75</sup> Schwind/Baumann (Fn. 73) Bd I, 73 参考特别报告Schneider Bd III, 524. 对于儿童（以及精神病患者）不应被看做是集体中的完全行为能力人，也请参见 Schild 刑罚——报复抑或恩典, SchwZStrR 99 (1982) 364 ff., 397.

<sup>76</sup> Alexander (Fn. 70) 129 ff., 145 ff.

<sup>77</sup> 数字 5 的意义（正好是一只手的手指数）请参见Großfeld (Fn. 29)。

<sup>78</sup> Alexander (Fn. 70) 162 ff. 参考 Willianms 《基因多效性，自然选择与衰老的进化》，进化论 11 (1957) 398 ff; 《自然选择下的繁殖成本与缺陷的改良》，Amer Nat 100 (1966) 687 ff. 达尔文《自私的基因》1976。

11. 社会学家Bornschiefer<sup>79</sup> 结合Schumpeter<sup>80</sup>的观点,提出了相似的经济循环周期这一概念。仓储管理及厨房用品的循环期为3.5年, (经济上) 投资收益的循环为8-10年, 库茨奈特循环期 (der Kuznetszyklus 经济增长与收入分配的循环期) 为18-25年, 康德拉季耶夫循环周期 (der Kondratieffzyklus 因政体更迭等改革引发的投资带来的经济发展波形循环) 为45-60年。

社会是由人组成的。人不断地改变, 都直接推动者社会的时代变革。不知不觉间, 一代又一代的年轻人, 都用不同的青春流行风尚标示了一个又一个“几年”。毫无疑问, 从社会的视角去看, 大约3-7年是一个时间段, 这也是一个中期的政治规划时间。无论是选举还是一些社会大事件都是安排在这个时间段, 比如奥林匹克就4年一届。重大或长期的计划都会遵循这个“适中”的时间线。

然而, 在高度依赖农业的社会中, 不仅每一年的收成很重要, 农产品的库存也非常重要。因此, 在圣经里也讲到七丰年, 这更凸显了遗忘储备的后果。渔猎和采集为生的人都需要遵照每年节律的变化。此外天灾始终存在, 旱灾和水灾都很常见, 人们需要储备来抵御它们。

## VI. 生命的阶段与监禁的等级

1. 毫无疑问, 我们人类的生命同社会的生命一起, 都可被划分为不同的时间段。尽管如此, 我们仍旧质疑, 是否有很多蛛丝马迹包含其中, 决定了当代监禁刑期的长短。

2. 继“终生 (Lebenslang)”, 即生物学上的“至死方休”这个时间划分之后, 15年年限是下一个重要的时间划分。这一时限意味着, 就连终身监禁犯服刑15年后也有可能获得“附条件假释”。15年, 这是一个真正的上限 (假释的可行性也得建立在服完15年的基本刑期上)。

对于已确立的罪行, 如谋杀等, 立法机构和刑事司法机关倾向判处的刑期越接近15年, 通常就越有可能变成“终身监禁” (等于至少监禁15年)。

<sup>79</sup> Bornschiefer 《西方社会转型》, 1988 及Kleinknecht 《危机与繁荣里的变革》; Schumpeter 《长期的复兴》 1987; 《对长周期的细证及批判》Zyklen Bornschiefer aaO 70f.

<sup>80</sup> Schumpeter 《商业周期: 理论性, 历史性, 统计角度地分析资本主义进程》 1939

3. “终身刑”的判定需要三方观点的支持：

(1) 罪犯

(2) 受害人或受害人家属

(3) 公众，即大众这个集体，包含公众机构的分支或公众代表<sup>81</sup>

“自利性基因”这一进化生物学领域的新概念，使得人们有必要首先关注个体的声音，同时，需要将罪犯和其家人或（作为间接受害人的）邻居分开来看待。但是，同时从“公众”与“个体”的角度出发，并不意味着可以直接采用个人的观点。一个人即使把“生命权”视作个体最高权利，同时把罪犯视为和自己一样的个体，也需（必须）接受“公益大于私利”的原则。他不能利用自由民主的基本制度或者利用“欧洲人权公约（der Europäischen Menschenrechtskon）”来狡辩。

4. 从这个观点出发，用生物学的视角来看，在一个社会中，（使用剥夺自由的方式）将一个“犯规者”排挤出社会无疑是对这个群体中的其他人有利的。也就是说：

(1) 对（被杀的）受害人的家庭成员而言，这是个孕育新生命的机会。15年时间足够受害人的孩子繁衍生息。这种新生最短也需要12-15年。幼子从生长到进入社会全过程只需要25年时间，至多不过30年。在遥远古文明的成文法中，我们也可以找到30年的年限，这大概已是迄今为止法定惩罚的最高限。这个时限背后反映的，是当时宗族式生活的人从残害中“新生”所需要的时间周期。

(2) 尊重那些希望远离罪犯的人的意愿，这是对的，也很重要。如果罪犯不得图困之困，则邻人都不免笼罩于受害的恐惧之中。

我们能体会近邻之情，则应能移情体会社会其他成员的恐惧。也就是说，公众观点应该代表那些受到威胁的人的观点。这正是“潜在受害者”观点，当他们的对安全和正义的需求受到威胁，我们愿意相助他们，无论是以“保护者”的形式，抑或是至少理解他们的自救（邻里相助）。

受到暴力和犯罪环境威胁的人，难免会首先为自己，为伴侣以及孩子的安全担心。至少有孩子的人都期望在孩子长大成人之前，能摒弃周围一切人为的危险

<sup>81</sup> 谋杀根据其详细的分类，具有不同的影响。（例如图财害命，抢劫致死，恶性抢劫，普通抢劫，持枪盗窃）参见Montenbruck的《对一种或多种罪行的评估与重估》，1989

因素。没有人愿意和犯罪分子做邻居。他们会将罪犯驱逐。也就是现在的“关押他们，逐出社区”。

至此，我们之前对自由刑的意义和目的的探究，都已有了答案。除了个体防御的需求外，还出于（来自人们同情心的）广泛的、有益于保护他人的目的。有这么一种观点，拉着全社会的自由权垫背，坚称以自由为代价的惩罚是邪恶的。过去一些国家曾经以驱逐出境或流放来代替死刑或监禁<sup>82</sup>，在德国，对待判定的不法之徒，我们应该坚持“监禁隔离”的方法，至少让罪犯失去社交生活带来的一切益处<sup>83</sup>。

这是一种全然陌生的生活，在改造期间，罪犯实际上被社会排除在外了。罪犯所经历的监狱生活，是一种了却一生的方式。而对其他人，受害人家属或者（受到威胁的）邻人而言，这也是种一生的改变。

但是，对罪犯来说，在与世隔绝的同时，也丧失了附属的权益。他无法抚养小孩，至少不能在社会上抚养。我们还得注意到，在公众的要求下，罪犯的社会联系被切断了，这使得他无法繁衍子嗣。而在生养小孩的过程中，幼童的照顾尤为重要。

5. 如果我们以罪犯的一生来衡量惩罚的极限,就能发现:

(1) 假设一个15岁的少年犯了谋杀罪，他（按照少年犯的最大刑期）服刑10年，那么等他刑满释放已经25岁了。谋杀使他的生活天翻地覆，且很可能他仍旧被当做杀人犯看待。作为成年人，他被我们看做异端。

(2) 20岁是人的青春期，正在从年少无知走向成熟，即便我们仍旧把他当作青年来对待，采用10年的刑限，他也需要服刑到30岁。

20岁时人的攻击性基因处于最强的阶段，在走向30岁的进阶中，人们基因之中逞凶斗狠的成分逐渐减弱，取代以成熟。

(3) 如果一个人在25岁犯下谋杀罪行，那么他面对的是（至少）15年与世

<sup>82</sup> Jescheck 罪行政策的转折点ZStW 91 (1979) 1037 ff., 1051 认为：终身监禁和死刑有相似之处，都永久地将罪犯排斥于社会之外。前宪法法庭主席Benda（《个人尊严神圣不可侵犯》Lamper著，人类法学的贡献 附录 22, 1985, 23 ff., 24, 25）将监禁看做是社会的惩罚，借用Frommel的话说：平民生活之死（杀人犯为什么不能成功改造，引自网络——远离终身判决，抵制终身监禁 1988, 69 ff, 71）。

判决的刑期，因此只应该是暂时的与世隔绝，暂时的被排斥，平民生活有时限的“死亡”。

<sup>83</sup> 参见Popitz 《社会的标准构造》1980, 60 f., 美国人类学家Gillin的《巴拿马流域，加勒比海和英属圭亚那的罪与罚》36 (1934) 331 ff., Hoebel的《原住民权利》1968. 要点 378, Popitz的《权利现象.权利-规则-暴力-科学》1986, 70

隔绝的刑期，即服刑到40岁，事实证明，这个时间段绝对能够减弱他年轻时的攻击性。但我们总不能始终把他当做杀人犯看待，他为他的罪行付出的代价也该结束了，但是我们未必乐意看他刑满释放后重新走入社会，这也是个问题。其实多数情况下，罪犯是能够洗心革面的。在他以后的生活中，“过去”的阴影始终笼罩着他，15年的牢狱生活提醒着他，促使他重新做人。

如果一个人30岁犯下谋杀的罪行，同样是15年的刑期，对他来说又历经不同的阶段。他出狱时都45岁了，同龄人的孩子都成年了。45岁他已经到了做外祖父的年龄，头发灰白，行动迟缓。人们需要通过他的行为，来判定他是否已经因为罪行和惩罚而改变，他面对着考验重重。（§§ 57, 57a dStGB）

（4）对一个在45岁犯下罪行的杀人犯来说，15年的刑期又让他步入了另一个人生的阶段。他成为一个无法工作，濒临退休的老人。同样，我们可以保证15年后他真的变成另一个人了。

6. “变成另一个人”同时意味着罪行改变了整个人际关系。其实罪犯也是人，和我们一样有自己的姓名，他的名字虽然普通，但是也在德意志联邦注册登记。我们都能在档案里看到他的犯罪前科。曾经犯罪的事实在现在只是他的回忆，是一件他不会再重复的事，谁如果坚持他仍旧有罪，至少应该去检验他是否还有犯罪的动机或能力。

7. 重新回到我们之前讲到的三方观点的考量：无论我们从哪个角度出发，社会成员的角度，潜在受害者的角度（邻居，或者是同情心受到挑战的大众），或是罪犯的角度，15年的刑期限制确实有它自己的意义。

同样具有意义的是两年刑期下限的设置。这等于短期“重置”罪犯的生活。因为罪犯带给了受害人和公众方一种类似的改变。然后，我们会给予罪犯自由，作为一种考验。如果再犯，不仅取消缓刑，而且给他一个更严厉的刑罚，更长的刑期，以惩罚他敢于无视法律警告故态复萌。

在15年的刑期之下，德国刑法还引入了一种10年为上限的刑罚，主要针对情节比较严重的中等犯罪。立法机关还特别考虑到服刑15年后可以有条件假释：他们在三分之二的罪行直接应用了15年上限的刑期，其他的才应用10年刑期上限。

这个时段的决定是否与生物学或社会周期有关，我们还不好说，不过在经济环境中，8-10年就是一个周期。

我们先假设出于某种理由，我们设置了5年作为中等刑期。那么10年就像是一个中界线，往上是15年的最高刑期。包含着5年，10年和15年三级刑期的刑罚，就仿佛一个（奇特的）三级跳。

这显然跟咱们使用的十进制也有关系，举例来说，假如立法委将当前的刑罚上限设定为18年，估计就会建立6-12-18年的三级跳。在早期的民法中就出现过7-14-21的三级跳：法定成年年龄为21岁，正好是获得普选权的年龄；14岁为完全刑事责任能力人（也是入学的年龄）；7岁以前是限制行为能力人。儿童有权决定的就只有自己的花费（§ 110 BGB）。

9. 5年年限自有其人类学依据：3-7岁的幼童初具社交能力。另外，5年年限也也是经济学和政治学中对“社会时间”的规划期界限。

因此，在与物主权和财产权相关的犯罪中，5年有着独立的意义。

对罪犯实施中等刑期的自由刑，对公众来说是一件好事——我们可以对自己的生活道路进行规划。而罪犯的这项权利则被我们剥夺了。被我们拿走的这五年中，社会没有等他，径自发展了，他的家人也不得不随着周遭环境的发展继续各自的生活。此外，所有社会分工中和“职业”有关的经济关系都和他无关。他丧失了自己的社会身份。在高度分工的社会中，4-5年监禁无异于“剥夺职业徒刑”。即使他的职业技能并没有丧失，完全胜任一份工作，他也必须为了获得这份工作机会付出莫大的艰辛。越小的社会团体中越是如此。3-4年之后，他的地位早已被其他人取代。游离于社会之外带给他的“伤害”久久难以痊愈。

一些情节严重的经济犯罪案件，其裁决说明一个问题，我们最终对罪犯施以4-5年的自由刑作为对犯罪行为的“报复”，其实遵循的是“相对合理”，因为情节更严重的暴力犯罪却可能取得较轻的惩罚，这种相对合理是有绝对的重点意义的。经济中的恢复期（中型恢复期）大约是4-5年，在刑期满后，罪犯才可以再次进入经济行业。<sup>84</sup>

<sup>84</sup> 关于“在经济罪案中，五年的刑期上限无法逾越，即使是针对最严重的财产侵吞罪案，五年的最高刑期仍旧显得太过于苛刻”，参见：Montenbruck《逃税案以及商业走私案件的关系》，wistra 1987, 7 ff., 11.

10. 2-3年的时间是幼儿期，至少从“重建”的角度来看，是需要的最低时限。这一时段仅仅只够生育一个小孩并度过妊娠期。但是度过高危的幼儿期也很重要，从社会的角度来看，同等重要的还有初步进入社会的能力。

同时，我们也倾向于将3年作为“可列入计划”的时限，因为这也是重新开始（重建）的底限。生活本就意味着，不仅要养活自己，远离危险，还要去繁衍，至少要让后代独立并成年，这个过程中还要让他们也远离危险。

德国立法机关将正在逐步扩充的自由刑的下限定为2年（准确的说是2年零一个月），而不是部分人要求的3年，这至少有两个有力的理由。首先，三分之二的监禁刑都在逐渐由三年刑期减为2年。第二，也不会有哪个法院愿意把刑期精确到月份，他们嫌麻烦。每一位经验丰富的法官，都会避免判个2.5年之类的刑期，因为他得首先考虑缓刑造成刑法中断的最长期限是2年，如果判2.5年，则不符合社会对刑罚正向的预期。

11. 一年不仅仅是“自然”生生不息的周期，也是（举例说）一个完整的妊娠及母体保护期。

对于一年期的自由刑，立法机关也同样设想到了缓刑造成刑罚中断的情况。罚金刑就是针对那些（未达到）360天上限的罪行的。一年是客观意义上的“自然”时间单位。一年后万物更新，我们都至少会做一年的计划，因为这可以看做是一个很均等的时段。在一年里很多东西确实可能改变。但我们庆祝每一次“生日”，并不会觉得自己“又一次彻底改变了”。以此理推，一年的自由刑没什么实际意义。对我们来说，一年的时间是不会使罪犯“洗心革面”的。社会在这么短的时间内都几乎没什么太大的改变。

12. 回顾可知，我们的刑罚期限从2-3年一直到15年，18年，20年这些上限是有其“人类学的”依据的。另外，这个范围之间还有第三个“来源于客观”的期限，即5年中期刑限设定。

立法机关选择保留意见，他们拒绝对当前自由刑的绝对上限以及15年刑限附加有条件假释的“无期徒刑”作任何解释，这真让人难以理解：一方面我们的“正义感”使我们支持司法给予罪犯一定程度的刑罚，同时知道愚蠢的“司法地域特

征”总是让司法实践不完美。另一方面，生物学观点一直向我们灌输“禁忌”，它说人类的生命是“神圣的”，我们不能扰乱它，冲抵它，话说我们德国人的法西斯血液与地域思想就曾经与这个“禁忌”同归于尽。

此外，如果有人打着“基因自利性”这一面崭新的大旗，打算擅改刑法的分级制度，并强迫整个社会其他个体都接受他的看法，那就让他自己去向罪犯，受害人（或受害人家属）以及“邻居”解释：为什么“终身”仅仅才意味着15年，为什么这一刑期上限会设定在15年。总而言之，15年对这些人来说意味着什么？



## C. 替罪羔羊：世俗刑罚的宗教根源、“侵害”的文明

### I. 根源

1. 谈及习惯法和刑法的世俗化的分道扬镳，*Baumann/Weber/Mitsch*教授<sup>1</sup>做了一番解释，“裂变并不意味着刑法和习惯法之间不存在任何亲缘关系。毋宁说，刑法的核心部分起源于习惯法。”三位教授进一步补充道，古代刑法发挥着替罪的作用，民众对谋杀者的处罚并未顾念到其人格。他们敏锐地指出，刑法和宗教习惯规范的分裂并非源自理性行为，而是通过既有规范的逐渐世俗化的途径来进行。基于这样的理解，对世俗化的理解就从刑法的古老根源开始。这两种思想被联系起来，对此，“祭祀牺牲理论”<sup>2</sup>的跨学科性亦有所裨益。

由于中世纪<sup>3</sup>人类精神的个性化，对惩罚源起的介绍接踵而至，人类如发展书写一样发展着刑罚，所以刑罚在一段遥远的时间内可能会被废除。<sup>4</sup>刑法限定的历史性确定了现代主权性的“公共刑罚”<sup>5</sup>和古老的私人刑罚<sup>6</sup>之间差异的主流观点。

刑罚的源起和历史性也要在这样的联系中加以考虑。

#### 2. 关于刑法的重归私有化（Reprivatisierung）

关于刑法的重归私人化和一些多重主题的争论，如行为人—侵害—平衡、<sup>7</sup>调解的普及性<sup>8</sup>、符合反国家利益至上的废除主义（通过非正式的、地方性的方

<sup>1</sup> Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, 《刑法总则》，教科书，第11版2003年53 Rn5.

<sup>2</sup> 例如, Schenk, Richard(Hrsg.)《“牺牲”理论——跨学科的对话》，1995年，此外没有法学知识的帮助。

<sup>3</sup> Schulz, Lorenz, 《对规范的质疑》，2001, 55 (“个体化——个人尊严、罪与非罪”), 例如 107 Abälard (1079-1142), 现代利己主义的奠基人, 在著名的、古老的、第8本巨著的指引下, Viktor, 《刑罚的产生》，1951, 107; Blank, Walter, 《天意或预测?》Fichte, Joerg O. (Hrsg.), 《中世纪.中世纪研究透视》, Bd. I („Providentia - Fatum - Fortuna“), 1996, 91, 97 ff.; Berman, Harold, 《法与革命》, 《西方法律传统的文化》, 1991, 310 页以下.

<sup>4</sup> 废除主义, 参照Kaiser, Günther, 《犯罪学》: 基础导论, 1997年第10版, § 38, 315 页以下. Hess, Henner/Steinert, Heinz, 导论, KrimJ, 《当代批判性犯罪学》, 1. Beiheft 1986, 2 ff. 8; Schumann, Karl F., 《进步犯罪政策和刑法系统的扩张》: Ostendorf, Heribert (Hrsg.), 《刑法和社会学的融合》, Lieselotte Pongratz文集, 1986, 371 ff., 376; Scheerer, Sebastian, 《废除的维度》, KrimJ 16 (1984), 90 ff.

<sup>5</sup> Lüderssen, Klaus, 《德国犯罪政策新趋势》: Eser, Albin/Cornils, Karin (Hrsg.), 《犯罪政策新趋势》, 1987, 161 ff. 公开的刑罚是怎样历史性地出现, 我们对该问题仍没有满意的答案。

<sup>6</sup> 此问题文献一览, Wadle, Elmar, 《国家和平、刑罚与法.对中世纪的十二评述》, 2001, 219 ff., zur Kritik 228 ff.; Blank, Providentia, 91, 97 ff.

<sup>7</sup> Statt vieler: Meier, Bernd-Dieter, 《刑法中结构性的行为处理-存货和改革视角》, GA 1999, 1 ff. u.a. 4 ff.

<sup>8</sup> Jung, Heike, Mediation: 《冲突规则中的规范变化?》 in: Schwind, HansDieter/Kube, Edwin/Kühne, Hans-Heiner (Hrsg.), 《Hans Joachim Schneider 诞辰 70 周年纪念文集》, 于 1998 年 11 月 14 日欢度生日。

略剥离国家刑罚), 已经初现成果, 但也显现了此种跨学科方式的界限。损害赔偿建立了报复的一种形式, 从积极的一面来讲, 因此也就属于对正义的经典追求的核心。<sup>9</sup>

私法的概念以私意为前提, 因此它以日耳曼式的、古老的遗嘱继承的社会模式(氏族、半自由的分支、如牧羊人、农场主、手工业者)为基础。他们彼此争斗, 由于借贷引发战争。在本质上, 他们的私法以“类国际法”为指向, 而不能按一部内部的房屋法或约束礼拜的法来理解。与此相反, 人种学的史前史和古代史寻找着人类最初的生活方式。<sup>10</sup>在对世界缓缓的征服中, 他们以小团体的形式生活在一起, 诸如渔民、猎人、采集者。他们将自己视为大自然的一份子。<sup>11</sup>就此而言, 我们需要进行历史性的回溯。<sup>12</sup>显而易见, 有的问题被弱化了, 即对没有文字记载的古老团体及其祭祀的说明。问题被限缩在了几个领域:(1) 他们分担的社会心理方式(2) 对文字起源的线索的历史性一瞥(3) 对自己文明的沉思, 以检验相应的基本认识(4) 最后, 从目的论的角度出发, 和现代社团的联结必须促成内部的前后一致。

3. 这种提法并不新颖。立施克教授认为, “充满情绪的复仇冲动描绘了可制裁行为的核心特征。”<sup>13</sup>然而, 刑罚应该和仪式融为一体, 情感也应被当做“社会性文化的力量”来塑造。一部位阶更高的法律需要刑罚措施, 正如, 在古代“献祭”被视作上帝的惩罚要求。必需的惩罚性宗教仪式的公开规模显示了复仇冲动

1913 ff. u.a. 916 ff., sowie Kerner, HansJürgen, 《行为人—受害人—平衡之调停》, in: Haft, Fritjof/Schlieffen, Katarina Gräfin von, 《调停手册》, 2002, § 49, “行为人—受害人—平衡”的最新文献。

<sup>9</sup> 既存刑罚中, 对正义及利己化的边界的理解: Montenbruck, Axel, 《“以牙还牙, 以眼还眼”—刑罚的基础?》, in: 夏季学期 1995, 院会议, 柏林自由大学法学院, 1995, 13 ff., 52 ff.

<sup>10</sup> 也如Frehsee, Detlev, 《刑法上的社会监督工具: 损害赔偿》, 1987, 13 ff.; grundlegend: Steinmetz, Sebald Rudolf, 《刑罚发展的人种学研究》, 第一卷, 1928, 436 ff.; Thurnwald, Richard, 《人种—社会学基础之上的人类社会》第五卷: Werden, 《人口研究领域内法的变迁和定型》, 1934, 105 ff.; Malinowski, Bronislaw, 《自然群体中的习俗和违法》, 1949; Hoebel, Edward Adamson, 《自然群体的法律》。载《法学历程的比较研究》1968 (原著:《原始人类的法. 比较法动态研究》, 1954), insbes. 345; 参见Schott, Clausdieter, 《原始社会中法的功能》, 参见Maihofer, Werner/Schelsky, Helmut (Hrsg.), 《现代社会中法的功能. 法社会学和法理学之年刊》第一卷, 1970, 107 ff.

<sup>11</sup> 《人类学——社会学视角》: Lampe, Ernst Joachim, 《人类学结构和法的历史性》: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.): 《刑罚的正义》, 载于《亚瑟·考夫曼诞辰70周年纪念文集》, 1993, 199 ff., 215.

<sup>12</sup> 德意志、欧罗巴与现代刑法的历史, 习惯上有三大源起:(1) 罗马法及其继受(2) 教会法与基督徒—犹太教徒, 古老的远东背景(3) 支脉法, 尤其是所谓日耳曼民族的法律。Dazu: Ebel, Friedrich/Thielmann, Georg, 《法的历史, 从古罗马到新时代》, 2003年第三版, 159页以下, 177页以下; Mitteis, Heinrich/Lieberich, Heinz, 《德意志法律史》, 第19版, 1992, 4.

<sup>13</sup> Lischke, Gottfried, 《刑罚在道德上有可替代性吗》: Zöllner, Brigitte (Hrsg.), 《与刑罚共生?》, 1997, 65 ff. 67.

的威力。此外，立施克教授从心理学的角度认为，何为侵扰逻辑的物事：“惩罚本身是种侵害，从来不显现出充分的反情绪化的特点。”

犯罪学的替罪羊理论追溯到一个在旧遗嘱中被涵盖的集体刑罚概念。<sup>14</sup>严格地说，<sup>15</sup>行为人的责任仅仅描述了在他身上投射出的相关因素，这种相关因素与其行为紧密联系：“群体在时间和文化上的特殊报复需求性”。雅各布斯<sup>16</sup>在其系统理论化的刑法概念的框架内阐述道，刑法罪责的确定仅经由根据社会必要性的归因而发生。失望的人应当无论如何都不对冲突负责。该负责的应当是“另一个系统”、命运或其他人。因为由诸多条件组成的网络十分复杂，一个主要的条件被孤立了，那就是行为人的权限。但这种观点并未道出最根本原因。

4. 刑法中对刑罚的概念中的优势学说是：刑罚尤其意味着现实的恶的施加，即刑法实行法第 5 条<sup>17</sup>规定的权利的损害。此处，对所有人来说，“恶”即人类通常所不希望被施加的物事，疼痛、疾病，同样也有对自由的限制和对利益的歧视和剥夺<sup>18</sup>。随后是刑罚表达规范的特点，例如对行为的主观要求的异议。<sup>19</sup>特别是定罪担负了一项任务，即对行为人来说以可交流的方式强化上述基础性法

<sup>14</sup> Bibel, 3. Mose 16, 5 ff.; 参见 Frey-Rhon, Liliane, 《心理学视角的“恶”》，载于《以 C.G. Jung 机构为素材的研究》，Zürich, Bd. XIII, 《“恶”》，1961, 161 ff., 182; Fromm, Erich, 《刑罚社会及违法者的心理》，1931, in: ders. 《分析的社会心理学和社会理论》，第 7 版 1982, 115 ff.; Jäger, Herbert, 《刑法和刑罚社会的心理学》，in: Lüderssen, Klaus/Sack, Fritz (Hrsg.), 《变态行为 II》. 《社会对犯罪的反应》，第一卷。《刑罚的立法和刑法的教条》，1975, 107 ff.; Mitscherlich, Alexander, 《通向无父社会之路》. 《社会心理学的看法》，1963, 104 f., 144 f.; Naegeli, Eduard, 《社会和犯罪者》，《代罪羔羊的喷薄》, in: Bitter, Wilhelm (Hrsg.), 《违法——罪责抑或命运？》. 《刑罚本质的改革》. 会议报告, 1969, 40 ff., 50; sowie Herren, Rüdiger, 《弗洛伊德和犯罪学》. 《精神分析的犯罪学导论》，1973, 79. Vgl. Kaiser, Günther 跨学科视角：《犯罪学》. 教科书，第三版, 1996, 导论, 155; 《法社会学透视》 Killias, Martin, 《刑罚必须存在否？》《社会心理学层面的核准功能考察》，in: Reh binder, Manfred (Hrsg.) 《瑞士人对法社会学的贡献》，1984, 135 ff; zudem: Lüderssen, Klaus, 《刑法和黑色密码》，in: Lüderssen, Klaus/Sack, Fritz (Hrsg.), 《变态行为 I》，《社会的选择性规范》，1975, 244 ff.

<sup>15</sup> Streng, Franz, 《罪，报应，一般预防》. 《刑法核心概念的深度心理学重构》，ZStW 92 (1980), 637 ff., 643, u. Hinw. 对 Alexander, Franz/Staub, Hugo 《心理学方式的指引》，《违法者与其法官》. 《条款世界中的精神分析法》，1929, in: Moser, Tilmann (Hrsg.), 《精神分析与司法》，1971, 203 ff., 388.

<sup>16</sup> Jakobs, Günther, 《刑法总论—原理和各派学说》，1983; 第 2 版，1991, 17 章, 484 f., Rn. 23 ff.; vgl. auch Naucke, Wolfgang, Strafrecht – 导论; 第 10 版，2002, § 7, Rn. 31 ff., 32; Röhl, Klaus Friedrich, 《法理学说通则》，教科书，第 2 版, 2001, 121 ff.

<sup>17</sup> 极少被提及的法律定义 Rogall, Klaus, 《作为震慑力的刑罚》: Zöller, Brigitte (Hrsg.), 《与刑罚共生？》，1997, 236 ff., 239.

<sup>18</sup> Wolf, Jean-Claude, 《防范抑或报应？》，《理性刑罚之导论》，1992, 18 m.w.N. 《疼痛之意义》: Jung, Heike, 《刑罚为何物？》 Ein Essay, 2002, 16 f., sowie Britz, Guido, 《刑罚与苦痛——一种近似》，in: Britz, Gui-do/Jung, Heike/Koriath, Heinz/Müller, Egon (Hrsg.), 《国家刑罚的基本问题》. 见《Heinz Müller-Dietz 诞辰 70 周年纪念文集》，2001, 73 ff.; Gephart, Werner, 《刑罚和违法》，Emile Durkheim 的理论, 1990, 122.

<sup>19</sup> So z.B. Freund, Georg, 《刑法系统目的论之合法性功能》，参见 Wolter, Jürgen/Freund, Georg (Hrsg.), 《刑法系统内的刑罚、量刑与刑罚程序》，《刑罚行为概念—刑罚行为分类—刑法目的一刑罚之剥夺资格—刑罚之弃权—刑罚之诉终结》，1996, 43 ff. 《比较刑法》: Kaiser, Hanno, 《矛盾与激烈行为》. 《论刑罚的正义》，1999, 140.

规的有效性问题的。<sup>20</sup>宪法学上认为每个人,包括被判刑的行为人,都是独立自主、有基本道德的人。其主体资格原则上不足以成为一个问题。<sup>21</sup>所以,在规范的突破之外同时也包含着自我矛盾。<sup>22</sup>在个人的罪责处理上要求前后一致。

刑罚的意义和目标基于联邦宪法法院和“三要素综合论”<sup>23</sup>的通说建立起来,如下,以宗教维度强调:刑罚肩负着更高目标。(1)从一般预防的维度来说,它服务于群体生活的基本价值的保护、民众对法律的忠诚的维护以及对有犯罪倾向的个体的震慑。(2)以个别预防为目的,即服务于行为人的再社会化,也确保其不对民众再次犯罪。(3)刑罚服务于维护罪责平衡原则的正义。<sup>24</sup>其罪责因素以意志自由、自主、从而是有尊严的人的坦白招供<sup>25</sup>为基础,同时也基于德意志宪法和一般人权法意义上的人的范式。

## II. 刑罚的宗教组织

1. 要研究现代刑罚和古代宗教的执行的亲缘关系,我们要着眼于最初的组织。作为恶的施行,刑罚充当了古老、残酷,又公正、必需的“许可”的角色。抑或,“牺牲”的要素既包含了行为人的暴力行为,也涵盖了民众的反暴力性,换言之,即他们遇到令人振奋的、理性的或自主的本质之时。我们将一类人称为“祭品”,即行为人以其行为伤害的群体,栩栩如生的景象:施加的恶与行为如此接近,如“祭祀”的手段般,针对行为人的刑罚暴力行为,内在化后可能甚至连自我的“献祭”都包含其中。

<sup>20</sup> Androulakis, Nikolaos, 《刑罚的至上性》; ZStW 108 (1996), 300 ff., 303, 给出了对刑罚的目的和基础性定义的问题的概览。

<sup>21</sup> BVerfGE 30, 1, 26; 50, 166, 175. 宪法法院的文献参见GeddertSteinacher, Tatjana, 《宪法定义之人类尊严. 联邦宪法法院对基本法第1条第1款的判例》, 1990, 33; zudem: Häberle, Peter, 《作为国家的基础的人类尊严》, 参见Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), 《国家法教程》. 第一卷: 《国家与宪法原理》, 1987, 815 ff., 834; 其他观点如Stern, Klaus, 《人权法基础之人类尊严》, 参见Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), 《国家法教程》, 第2版. 2000, § 108, 627 ff. Siehe auch Bayertz, Kurt, 《人类尊严: 问题与悖论》, ARSP 1995, 465 ff. (自主性是人类尊严的基础), 基于Kant, Immanuel的《习惯的形而上基本原理》, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band IV, 1903/11, 486.

<sup>22</sup> Seelmann, Kurt, 《通过对行为人自我矛盾的行为的讨论探寻刑法的合法性》, in: 《法学与伦理学年刊》, 第1卷, 1993, 315 ff; Rogall, Strafe, 236 ff.

<sup>23</sup> Statt vieler Baumann/Weber/Mitsch, § 3 Rn. 24 ff.; Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, 《刑法教科书—总论》, 第5版, 1996, 63 ff.; BVerfGE 45, 187, 253 ff.

<sup>24</sup> Zum Bestreben, 用来补偿的罪责平衡之报应论语汇, siehe Bruns, Hans-Jürgen, 《现代刑法中量刑的基本旧问题和新趋势》, 参见《Hans Welzel文集》, 1974, 739 ff.; Müller-Dietz, Heinz, 《刑罚概念和刑法的维护》, 1968, 23 ff., m.w.N.; Roxin, Claus, 《刑法的问题》, ZStW 96 (1984), 641 ff., 644, 赞成; Hoffmann, Peter总结, 《在发展和当今刑法中》, 《刑罚目的: 报应和一般预防之关系》, 1992, 112 ff.

<sup>25</sup> 基本法序言: “德国人民信奉不可侵犯的和不可转让的人权是所有人类社会、世界和平和正义的基础”, dazu statt vieler Kunig, Philip, in: Mönch, Ingo v./Kunig, Philip, 《基本法评论》, 第一卷, 从序言到第19条, 第5版, 2000年, 第1章, Rn.1.

抑或，在形而上学的层面上，刑罚并非自愿地被接受，而是包含了暴力的运用。正因为这样，在现代的民主国家，刑罚需要合法化。刑罚以更高的目标、绝对的原则呈现明显的、符合逻辑的合法性：在必要预防方面的相对、利益平衡；在公平正义方面的绝对性。那些拥有更高目标的人，也恰恰先有暴力的绝对观点，描绘着最大价值的生动的事物，如人类的生活时代，正是这样的人构造出“祭品”的模型。

2. 刑罚担当的最高价值：服务于神。如下相应的表述意味着刑罚：意志与最高价值的圣坛上，有预见性地预防或随后平复宝贵的物事。令价值受贬损，对相关群体来说，就是一种“恶”。而这样的“恶”被庄重地宣布施行。恶的施行，不是一次性的，而是以固定仪式公开进行。以世俗的形式，以民众之名宣布，从刑事审判程序到宣布判决，都清晰地指向了宗教的祭祀礼。或者用刑法上的两个概念来说，罗科信以人类意志的自由来阐述，即西洋的“Credo”<sup>26</sup>。Lenckner也这么认为，该种自由是规范性的社会裁判。只有获得一种确信，即在善恶中人类只存在于在自由和责任的意识中，它才具有充分的合法性。<sup>27</sup>随后，罪责之惩罚和一种“恶”的民主的施加以一种共同的认知为基础。最后，通说认为，刑罚注重保障着民众对法的忠诚，即充满活力的信仰共同体的积极信仰。<sup>28</sup>

3. 对当代世俗刑罚的古老宗教根源的追寻必须一览当今世界。“憎恨”作为人类尊严的物事，正如宗教中应用的圣杯。憎恨提供了一个概念，既为人类的意志提供了服务于德意志的刑法，也为有灵魂的世界提供“万物有灵论”。

<sup>26</sup> Roxin, Claus, 《问题论》, ZStW 96 (1984), 641 ff., 642 f.

<sup>27</sup> Lenckner, Theodor in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, 《刑法典评注》, 第26版, 2001, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 110; Roxin, Claus, 《变迁中的罪之原则》: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.): 《刑罚的正义》. 见《Arthur Kaufmann诞辰70周年纪念文集》, 1993, 519 ff., 521, erklärt, 移植自由不具备可证明性, 但必需的谨慎并不能阻碍我们承认“对自由的相互同意”这一社会的游戏规则。Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, 《刑法典与相关法》, 同见第50版, 2000, Vor 5 13, Rn. 28: “罪的前提是意志自由, 我们所经历的真实的一部分, 无需证明, 因为对于我们来说, 除却所经历的真实, 再无其他。” Rudolphi, Hans-Joachim, in: Rudolphi, Hans-Joachim/Horn, Eckard/Samson, Erich/Günther, Hans-Ludwig/Hoyer, Andreas/Wolters, Gereon, 《刑法典之系统性评论》, Stand April 2003, Rn. 1 Vor 5 19.

<sup>28</sup> Bock, Michael, 《刑法中的意图及主观状态, 积极的一般预防的法社会学说明》, ZStW 103 (1991), 636 ff., 《法条中“Glauben”的含义及效力》647页以下, 652页; Tiemeyer, Jürgen: 《经验科学确定的刑责概念之可能性》, ZStW 100 (1988), 527以下。

### III. 谦卑的牺牲：庄重的祭品

1. *Burkert*和*Girard*一样，他在1972年发表了宗教学论著，在*Gebauer*和*Wulf*的一个先前的调查中发现了追随的踪迹，将宗教的祭祀<sup>29</sup>视作人类行为<sup>30</sup>普遍的基本形式。这些论著和文字被联系起来。

在其语言练达的著作“神圣和权力”中，*Girard*将宗教学和心理学联系在一起：他所涉及的万物有灵的自然宗教，认为自然是有灵魂的。自然在它的每一部分都被唯一的灵魂和魔鬼控制着。人类生活在其中，也与其生活在一起。然而，人类共同体，在大体上是父系社会的构造，被预感的精神影响着。<sup>31</sup>在这样的概念中生活的人类觉得自己是有灵世界的一部分。

就像每一种世界观一样，这种形式的宗教只抓得住信仰它的人，只在它的范围内，只要他们还信任它。否则宗教就不需要任何确信。每一种怀疑论和其他世界观的发展希望是毫无考虑余地的。所有可践行的宗教同样如此，像所有的文化一样，缘于个体的馈赠、自我的独特组织。每一种单独的精神，在某一意义上总能被理解，拥有着独有的、也是最大的特性。在这种范围内它的路径亦是不可探究的。前现代的万物有灵论（*der prämoderne Animismus*）一定与后现代系统的基本概念、纯粹、众神平等<sup>32</sup>的关系理论相勾连。

2. *Girard*只想要他的论文作为理解原始宗教的基础，可是论文已经预测了一种可传递性：“犹太——基督的习惯和文化之总汇”<sup>33</sup>。这样，它迈出了第一步，从而汇入了古老的继承性的替罪羊学说，该种学说已经是一种牧羊人和农民文

<sup>29</sup> 牺牲者的定义(献祭=献给，交出；世俗也称：带到市场上) und 牺牲视为神作, siehe Bürkle, Horst, 《牺牲及其神学意义——宗教现象学的视角》，in: Schenk, Theorie, 153 ff., 154, sowie Kluxen, Wolfgang, Opfer als Handlung, in: Schenk, Theorie, 289 ff., 294 (牺牲在宗教拉丁语中的概念是„operari“, 作为社会的行为和“捐献”行为)。

<sup>30</sup> Gebauer, Gunter/Wulf, Christoph, 表演—仪式—姿势.Mimetisches Handeln in der sozialen Welt, 1998, 173; Burkert, Walter, -homo Necans. 《古希腊牺牲礼和神话的解释》, 1972, u.a. 9.

<sup>31</sup> Wesel, Uwe, 《法的历史. 从早期的成型到如今》, 2. Aufl. 2001, 38.

<sup>32</sup> 对自我创造系统的众神平等论的批判，参见 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 《国家、社会和自由》，1976, 60; Welker, Michael, 《神学和功能系统论》。《论战中的 Niklas Luhmann 的宗教社会学》，1985; Kargl, Walter, 《刑法中的行为与秩序》。《认知的行为和刑罚理论的基础》，1991, 21, 参照 Hejl, Peter M., 《社会学：作为自决系统理论》，1982, 255: “世俗神学”；siehe auch Luhmann, Niklas, 《社会结构和语义学》。《现代社会的社会学文集》，第2卷，1981, 63; Bock, Ideen, ZStW 103 (1991), 636 ff.; zudem: Scholz, Frithard, 《没有分歧的自由》，《古欧罗巴问题—Niklas Luhmanns 的系统理论》，1982, insbes. 23 ff.; 对此问题的批判同见 Zaczyk, Rainer, 《未遂行为的不法性》，1989, 33 ff., Luhmann 的自我批判, Niklas, 《“反身法”的一些问题》，《法社会学杂志》6 (1985), 1 ff., 2.

<sup>33</sup> Girard, Rene, 《神圣与暴力》(La Violence et la sacre, 1972), 德文: 1987, 457.

化。

尽管相邻的所有宪法学和刑法学针对奠基性的古老继承性人类场景进行了批评，当下，它看起来至少还是值得讨论的：暴力的情形下，群体内部的永不终结的反报，总是通过暴怒、愤慨或法律的需要被推动着。<sup>34</sup>相关方以新的反暴力对暴力作出反应。为了终结永久的反报，或用朴素、充满感情的手段去挫败暴力、消极接受暴力，或积极地寻找路途，通过一种“牺牲”去疏导“必然产生的拥堵”。<sup>35</sup>这个目标引发了普遍的宗教仪式般的“代罪羔羊”的牺牲。“牺牲”，如Girard在其社会心理学基础论文中的合理陈述，对民众的作用相当于一次冲动的释放。此外，对于群体来说，祭礼之“秀”同时也是个体的捐赠。<sup>36</sup>

为了维护民众对法律的忠诚，在样本性的对违法行为的处罚中，现代的一般预防之要求包含了这个观点的核心性因素。Girard补充到，现在的法院体系同样也服务于连续不断的再报应<sup>37</sup>，即禁止私刑（Selbstjustiz）<sup>38</sup>。“法院体系和牺牲归根结底具有相同的作用”，区别在于前者要有效得多。<sup>39</sup>因其正义感的驱使，共同体要求附加一种真实的痛苦。它通过犯罪行为而获得。因为它不将犯罪行为理解为一个外部的不可理解的灵魂的行为，而是理解为行为人自身的灵魂的行为，所以它求助于行为人及其灵魂。即便是根据其自身的理解，共同体的反应碰触到了行为人明显无法估量的和“自由的灵魂”。监禁行为人，能够使不再引起伤害。再社会化要求帮助他回到自愿的“好的灵魂”的状态。

3. 从万物有灵论角度来看，牺牲（Opfer）的定义和作用是非常重要的。在Girard看来，牺牲应当包含相似的东西，或如同需要补充的那样，表现已获得的東西的一个象征性部分。因此生物的一个类别，即人或动物，看起来像是完全可牺牲的，它必须指出与不可牺牲的类别，比如真实的人，之间尽可能大的相似性。

<sup>34</sup> Girard, Heilige, u.a. 30 ff.

<sup>35</sup> So auch Jakobs, Günther, 《规范，人，社会：法哲学的深思》，1997, 102; zudem: Kaiser, Hanno, 《矛盾与过激行为：刑罚的合法性》，1999, 12.

<sup>36</sup> Streng, Franz, 精神分析与刑法, MSchrKrim 59 (1976) 77 ff.; Maiwald, Manfred, 对社会性的罪责概念思考: Küper, Wilfried i.V.m. Puppe, Ingeborg/Tenckhoff, Jörg (Hrsg.), Karl Lackner诞辰 70 周年纪念文集, 1987, 149 ff., 156; vgl. auch Maiwald, Manfred, 刑法目的论的当代发展: Immenga, Ulrich (Hrsg.), 法学和法律发展 1980, 291 ff., 300 ff.

<sup>37</sup> Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, 《作品全集，评论性文章》，第 5 册，《哲学概论百科全书》，其以Johannes Hoffmeister 出版的Lasson版为基础，第 5 版，1949, § 500: 报复只带来新的伤害，没有止境，因为它以个人利益为出发点。但是这一过程通过一个不涉及自身利益的第三方的判决而被消除。

<sup>38</sup> Girard, Heilige, 36.

<sup>39</sup> Girard, Heilige, 39.

<sup>40</sup>因此人类牺牲常常来源于边缘的类别如奴隶、儿童和家畜等等。<sup>41</sup>另外，孩子和寡妇的牺牲原则上也体现了其被降低的地位。这一逻辑是有说服力的：他们不可能带来再报应的危险，也因此而被牺牲。但是他们也与同等的、值得报复的、能够报复的生物相联合。

从万物有灵论角度来看，*Girard*的另一个基本原理也是合乎逻辑的。他的研究标题已经提及这一原理。“圣徒与权力”休戚相关。因此，作为暴力行为的共同牺牲过程合乎逻辑地包含一个双重的先验元素。替罪羔羊不仅被恶魔化为责任的承担者，而且以神圣献祭（*heilige Opferung*）的方式被神圣化了。<sup>42</sup>神圣的权力和神圣化的相对权力以有生命之物的牺牲之形态相互碰撞。*Burkert*持类似观点。

4. 在 *Burkert* 看来，有四个组成要素需要被强调：

（1）牺牲原则上意味着剥夺生命。它最初是一个万物有灵论意义上的对动物的猎杀。<sup>43</sup>它们被杀死、肢解、献祭，在献祭宴上被吃掉。

（2）肉保障了继续生存。因此杀害是必要的。但这是以一生物的死亡为代价的。它要么是自身就有灵魂的，要么其死亡是与抢劫他人财产的概念相关联的。它隐藏流血的灾祸，流血也包含针对其他人的暴力。

（3）因此，被猎获的动物在牺牲行为中同时也充当“投影、象征化的描述和扮演行为的”对象。<sup>44</sup>此外，扮演行为应被理解为宗教仪式性的模仿，即一种已经间离的形式下的重复。

（4）因此，圣徒的基本经历是殉道（*Opfertötung*）。此外，祭神羔羊的血就相当于借助自己的手或神圣的中间人来实行流血牺牲的人自己的鲜血。血是一种特殊的液体。

因此暴行最初并不是一种特殊行为。自古以来它作为圣徒的主要元素伴随一生。在万物有灵的自然拜物教中，以及其他自然的和世界的视角中（这一视角，

<sup>40</sup> Girard, *Heilige*, 23 f.: “为了提供有益健康的食物来满足强权的胃口”，也可参见Emrich, 《牺牲》, 67, 75.

<sup>41</sup> Girard, *Heilige*, 398: 牺牲的动物以前常常被从家隔离出去，或被栓在人类的附近(399 f.).

<sup>42</sup> 关于这点还可参见Kaufmann, Franz-Xaver, 《文明使牺牲变得多余吗？》，载：Schenk, 173 ff., 176.

<sup>43</sup> Burkert, Walter, *Homo*, 30 Fn. 37, 引文：“生存的最大危险在于，人类的食物来自于响亮的枪膛。”一个爱斯基摩萨满如是说。引自：Meuli, Karl, 《希腊的牺牲风俗》，载：Gigon, Olof/Meuli, Karl/Theiler, Willy/Wehrli, Fritz/Wyss, Bernhard (编者), 《Phyllobolia (希腊语) . Peter von der Mühl纪念文集》，1946, 185 ff., 226.

<sup>44</sup> Gebauer/Wulf, 游戏, 173; Burkert, Walter, 人, 9: “人的宗教行为和作为‘屠戮者’的意识”, 29; Devereux, George, 《民族精神病学和自杀》, 1961, 14.



根据佛教思想，致力于生命和克制，或屈从于对所有生命宽容承认之原则），每一食物获得都意味着一种错乱：获得一些东西，却没有归还任何东西。因此猎人和收集人违反了一个古老的伦理上的正义原则，整体和谐原则以及世界秩序原则。每一人类行为都影响这个有灵魂的世界。

永恒罪恶的观念以及尊重所有生命的观念出现了。因此将自然认为是有生命的共同体，必须总是设法宽慰亡灵。它不仅祭祀亡灵，还合乎逻辑地邀请他们共同进食有鹿角的食物，如同在基督教中那样。通过这种方式，它使更高级的生物承担责任，同时也使更高级的生物看起来好像与牺牲者和牺牲者的灵魂一致。

冥界愤怒的报复只针对那些不愿意根据风俗分担的人，即不愿意牺牲的人。因此当缺少适当的祭品时，这就不会在有灵魂的生物死亡之前、之时和之后发生，那么合乎逻辑地就应当补上祭品，否则主管的灵魂就长期不得安宁。因此整个冥界的和谐，包括各自亡灵的和谐将失去平衡。归根结底，不同的灵魂和其混乱的统治领域相互对立。真实的牺牲服务于有灵魂的、先验的、高度标准化的和交际——象征性的世界的平静。至少在狩猎文化、畜牧文化和战争文化中，一个具有灵魂的生物的暴力的和蓄意的流血牺牲处于核心地位。

即使是在现代法律中，杀害别人被视为杀害那些在现代词义中具有自我灵魂的独特生物，而且正式被同种的生物杀害。这一古老的心理学明显表现在所有人自身具有不可触犯的人权这一观念中。但是牺牲替罪羊的道路是封闭的。

5. 对替罪羊的补偿在远古文明中转移了对具有更低价值、但相似的生物的侵略。但被牺牲的生物的相似性并不表示等值，而根据再报应原则，等值应当是必要的。因此根据报应原则，对于安宁而言，为了避免失望，需要额外的补偿。补偿必须合乎逻辑地存在于同一社会-情绪层面。

平衡存在于杀害的超凡脱俗的间离（*Verfremdung*）当中，而杀害是通过共同的、戏剧化的仪式典礼完成的。通过将人变为角色扮演者的方式，它使人和自身的感受相脱离。在词义上，人们戴上了面具并被杀死。这一在仪式中包含形式上的屈从的共同的放弃过程带有尊严的特征。这样的如同谦恭行为一般的屈从象征着放弃意义上的和平。

以这种消极的、产生失望的方式，侵略堵塞并不能被单独转移。因此牺牲行

为通过仪式化不仅被隔离了，并且附加地和主动地被装配到了许多相同牺牲的一个长的系列当中，并因此在交互主体的（intersubjektiv）层面被一般化。单一再报应的原则通过这种方式被转移适用到其他情形中。这样的系列又反过来深入涉及神话式的生活。在图腾信仰和祖先信仰中，仪式的这一个部分产生了一种与共同体起源之间的安慰关系。它引发了去个性化和社会化，在残酷无情的死亡事实和接下来的牺牲上覆上了神秘的面纱，并终结了所有的联合庆典活动。

此外，已经被程序化的刑事诉讼也不可避免地重复利用。在程序的不同阶段，行为和行为人越来越变得公式化。在审判中，所有参与人都按照一定的仪式登场。在程序中他们根据固定的模式口头地、公开地阐明事先已标准化的事实，这些事实构成了法律结果的前提。宣判以与半抽象的立法规定之间的平衡为基础，并提及许多类似的先前的行为。判决及其理由被口头地和书面地以一定的形式确定下来。它在整个刑罚执行期间都伴随被判决人，并被记录于中央登记簿（Zentralregister）上。就这方面来说，“经由程序的合法性”<sup>45</sup>这一概念包含了一个宗教的背景。

6. 从社会心理学视角来看，每个人，包括现代人类都克制杀害和暴力。几乎所有人都不愿意在战争中破坏和打破戒律。借助平衡技术，他们成功地克服了被最高法院确认的<sup>46</sup>高门槛。“牺牲物种的认知上的价值降低”尤其属于这种技术。<sup>47</sup>责任分配和对某一个更高权威的顺从提供了一种途径，如同米尔格兰姆试验所证明的那样，以在日常生活中降低危及生命的刑讯的门槛。<sup>48</sup>每一法律都有意识或无意识地服务于这一原则。每一个人都屈从于法律，规则被得到运用和阐释。服从原则<sup>49</sup>不想为自己辩解的国家或民主实证主义法学派所说的那样独自控

<sup>45</sup> Luhmann, Niklas, 《经由程序的合法性》，第3版，1978，特别是39 f.

尽管其中也提到现代程序的少量的拘于形式：“毫无疑问，公开的程序中包含了仪式化的元素。”

<sup>46</sup> 最高法院刑事案件 1983, 444; 《新法学周刊》1983, 2263; NSz 1986, 449, 450; 1987, 424; 1988, 175;

Benzler, Susanne, 《司法和 1945 年后的精神病院谋杀》，《批判性司法》1988, 137 ff.

<sup>47</sup> Eisenberg, Ulrich, 《犯罪学》，第5版，2000，§ 57 边码 90 ff., Popitz, Heinrich, 《权利现象.权威-统治-权力-技术》，1986, 97 ff.; 还可参考Suter, Daniel, 《通过恐惧和惊吓而实现的权利分解.极权主义体系中暴政的动力研究》，1983, 168 ff.; Benzler, 《司法》，KJ 1988, 137 ff.

<sup>48</sup> 即使是纳粹的罪行也并不主要是强制和暴政的结果, Eisenberg, U., 《犯罪学》，§ 57, 边码 86 ff., 以及Jäger, Herbert, 《极权主义统治下的罪行》, 载Sieverts, Rudolf/Schneider, Hans Joachim (编者), 《犯罪学简明词典》，第3册 (R-Z), 第2版 1975, 453 ff., 460.

<sup>49</sup> “权威，而非真理制定法”，Hobbes, Thomas, 《利维坦》拉丁语版，1688，第26章；以及Naucke, Wolfgang, 《刑法的相对义务》，载：Zaczyk, Rainer/Köhler, Michael/Kahlo, Michael (编者), 《E. A. Wolff 在 1. 10. 1998 年 70 诞辰纪念文集》，1998, 361 ff., 364 f.

制着法律。但它控制了现代法律的日常生活规则。人的自治这一观念意味着在自身道德的更高权威下自我克制的能力。这也适用于在文化的社会化框架下将他人的权威看得更高的人，前提是他屈从于他人的权威，而且虽然不是根据自我的理性或道德，但是也是根据自我的标准行为。

#### IV. 自由主义的馈赠与情感盟约

1. 这种宗教礼仪式的牺牲，除了其庄严性的特征外，也已经包含了一种自由主义的因素，这种因素可以被视为一种馈赠。此种馈赠的功能在于，为先验的接受者赋予义务，或者使其获得平静。

在宗教中，这种馈赠变成了“与自然和神灵进行交流的根本行为”<sup>50</sup>。牺牲式的馈赠（根据译者理解，即所谓祭献，本文用字面含义翻译成“牺牲式的馈赠”，以与馈赠的概念统一——译者注）被当作或者说就是所有宗教所共有的本质因素<sup>51</sup>，其目的在于“稳固彼此的关系”<sup>52</sup>。道理是显而易见的。一个人依靠其自身的力量所不能实现的东西，应当是那种可以给他带来美好命运的事物，譬如健康，子孙满堂，免于自然灾害等等。这些愿望如果可以实现，便是得到了馈赠。此外，这样的馈赠还必须滴水之恩、涌泉相报。获得这样的馈赠，应该贡献出一份厚礼，正所谓：我给你，你也给我（拉丁语）。

2. “馈赠”有如下几个特点：

（1）为受赠者提供利益，这一行为因为赠与者承担了对他而言痛苦的损失，而显得尤为重要；从这个意义上讲，赠与者做出了“牺牲”。对他而言，一个重要的馈赠就是一个重要的牺牲。最重要的牺牲应该是将自己当做委身于人的奴仆。日常打招呼时，会使用鞠躬这样谦卑的姿势，并自称“您的奴仆”，便说明这一点，这种行为是社会日常生活中合情合理的互相馈赠的方式。

（2）通常情况下，馈赠并非是指牺牲者所付出的牺牲本身，而是被客观化的有生命的或者神圣的事物，不过这一事物是存在于自然界中的。比如，在祭神羔羊的问题上，关乎的是馈赠“某件东西”，是对牺牲者而言虽然重要而神圣但

---

<sup>50</sup> Gebauer/Wulf, 游戏, 160.

<sup>51</sup> Bürkle, Sicht, 153, 157 ff.

<sup>52</sup> Bürkle, Sicht, 153, 159.

是可以支配的东西。所以说，馈赠的第二个典型特点就是可处分性（可支配性）。

（3）第三个相关联的特点，是背后隐藏的交易所具有的互易性。有些情况下的做出的馈赠，是需要得到对方的回馈的。就此而言，那种作为馈赠的牺牲行为，也要受到观念上和民法上互易法则的约束。馈赠者和受赠者在互易的过程中都将彼此视为“合同相对人”（合作伙伴）。<sup>53</sup>

（4）一般情况下认为，第四个特点是：没有履行馈赠义务的人，或者贫穷潦倒，或者声名狼藉，而每个馈赠者自己也会感到荣耀。馈赠者以“拥有者”自居，认为自己拥有了“他人的东西”，尽管是索要而来的东西。

（5）第五个特点：为了忏悔而需要做出牺牲的个人或者团体，将牺牲品视为支配者的一种馈赠，从而在这个意义上得到“解脱”。即使一个纯粹的人身上的自我牺牲，也只是证明了牺牲者的自我支配可以达到（多大的）限度而已。<sup>54</sup>

（6）对长期从事这种交易的心甘情愿，好比是为了换取一个人的安宁而给出的第一个“价码”。信用，即经验形成的信赖，是这样做的前提。当然，以荣誉、誓言甚而子女的婚礼为代价所做出的自我承诺，也会加强这样的信用。

3. 此外，这样的馈赠还包含了在“积极互易”，即政治博弈论中“一报还一报”<sup>55</sup>的层面上，对长期合作的选择。馈赠者获得了一种预先的信赖，他以此证明自己，是一个即使在未来也可以信任的，安分守己而决不自私的合作伙伴。

后来的世界拥有了财产权、交易以及制造人工物品的劳动工具（这样的工具解脱或者说解放了自给自足的氏族生活）。（人类）能够进入这样的世界，也正是肇始于“馈赠”的思想。虽然，馈赠有时也是一种“礼物”，从而在小型交易中并非是互易性的，但这样的情况是要受到限制的。<sup>56</sup>

但是，在作为礼物时，馈赠往往只是看起来无私而已。在这种情况下，馈赠的目的在于表明馈赠者是占领者或者有威力的人，在馈赠时向对方提供宾客的礼遇，并希望对方也能够以这样的礼遇对待自己。这样的馈赠，更是希望在紧急情况时都能得到对方的互易性的回馈。馈赠应当建立或者巩固赠与者与受赠者之间

<sup>53</sup> Wagner, Falk, 《人的献祭之末日与废除—基督教神学理论的革新》，参见Schenk, Theorie, 251 ff. u.a. 278 福音神学视角。

<sup>54</sup> Siehe auch Kluxen, Opfer, 289 ff., 292 (只有当对自我拥有的放弃成为内容后，献祭礼才能进行)。

<sup>55</sup> Dazu: Montenbruck, 以牙还牙, 13 ff., 44 ff.

<sup>56</sup> Gebauer/Wulf, 游戏, 165 ff. (礼物)。

的团结关系。

此外，即使在陌生人之间的馈赠，也通常是为了获得安宁。显然，（此时）紧急情况下的纾困，是不能得到互易的。长期以后，从中形成一种“盟约”式的情感联合。无论是信徒和他自己的神灵之间，还是信徒和为其集体负责的神灵、家族或氏族神灵、村落或城市神灵之间，对于签订书面盟约即旧约的犹太教徒则是指他们和他们的上帝之间，这样的宗教盟约都是不可分割的。值得一提的是，天主教在圣名纪念日还确立了专职的“圣徒”。在宗教意义上，这样的盟约就是主仆之间的生死联盟。不过，“主”只有在他统领仆役，而仆役自己又承认这一点时，“主”才是真正的“主”。德语词“唯心论”（Idealismus）<sup>57</sup>正好印证了这种宗教盟约的思想。

4. 伯克尔也正确的认为，宗教中的牺牲是基于自我承诺的个人臣服行为<sup>58</sup>。但是，互易性的思想也相应的促使强权者为了屈服者的继续存在，而一直负起责任。承诺导致义务的产生。因此，在希望对方接受馈赠的同时，也会期待接受者能够承担义务<sup>59</sup>，这样的期待便是基于“你给我，我也给你”的准则<sup>60</sup>。“承诺”的思想同样与“长期关系”的意识相关联。由此，可以引出“牺牲式馈赠”的第三个基本特点，即：在长期的联盟中不断重复馈赠的行为，以及对承诺、稳固未来团结关系、为安宁而给付的想法，都归结到了情感的层面。

从宗教的角度看，牺牲式的馈赠除了外在部分外，还表达了一种内在的牺牲，这样的牺牲对人而言属于自身的感情层面。即使是祈祷，或者正如伯克尔概括指出的那样，即以寻求内心解脱为目的的、作为“本质直观”的忏悔修行，都包含了精神上自我献身或者说牺牲的元素<sup>61</sup>。另一方面，祈祷是一种至少在原则上以“交谈盟约”为前提的对话。此外，祈祷有助于信徒强化其在“世界之中存在”的自己。他从中获得了有利于“此生”的东西。

<sup>57</sup> Fichte, Johann Gottlieb, 《根据科学学说的原则——自然法的基础》, 1796, in: Fichte, Immanuel Hermann (Hrsg.), Fichtes Werke, 第三卷, 法与习惯学说I, 1971, 1 ff., 47 ff., 85 ff.; Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, 《精神的表象学》, in: Sämtliche Werke, 周年纪念版 20 卷, H. Glockner编辑, Band 2, 1964, Bd. IV. A., 145 ff.; Seelmann, Kurt, 法哲学, 2. Aufl. 2001, Rn. 68 f. Hegel, 百科全书, § 434: 文中称, 主仆关系要稳定的持续终生, 需要“需求和担忧”的一致。

<sup>58</sup> Bürkle, Sicht, 153 ff., 160.

<sup>59</sup> Bürkle, Sicht, 153 ff., 161: “赠予捆绑并约束着接受方。”

<sup>60</sup> Spaemann, Robert, 牺牲概念的导入性特征 in: Schenk, Theorie, 11 ff., 21.

<sup>61</sup> Bürkle, Sicht, 153 ff., 163.

在宗教中，牺牲式的馈赠常常意味着一种“对待其本源力量的态度”<sup>62</sup>。这一已经向内心层面转化的模式，包含了对父母和祖先，以及在抽象层面上对造物者或者说造物自然的崇拜。从后现代世俗人类学的角度看，馈赠已然构建、实现并改变了个人及社会生活<sup>63</sup>。

根据早期人种学者M.茅斯的理论，并从系统理论的角度来看，“赠予、受领并回报赠予的这一循环，是纯粹的社会行为”，<sup>64</sup>正是这一行为构建了社会。这样的行为具有一个封闭的私人盟约的特点。

## V. 世俗化：使宗教转向内在

1. 将现代刑罚视为宗教礼仪式的牺牲的那种观点，尤其导致了一些问题。为此，作为与更高力量联系途径的从外部引入的宗教，其与世俗的西方人物形象之间，所具有的关系脉络，就应当被阐释清楚。“文明理论”即提供了解决问题的方法。因为独立自主而受人尊敬的世俗化的现代人物形象，与其他人一起进行民主的自我管理，这样的人物形象在广泛的领域，不仅排挤了圣人，甚而同时代替了他们的位置——这样的意识提供了解决上述问题的初步方法。

2. 相关的文明理论的“两点论”指出：现代文明以对人类而言从外部引入的宗教之世俗化，及其使人超凡脱俗并理智化的抽象性为基础。根据霍克海默和阿多诺以及以他们二者的观点为基础的神学家申克等人的理论，可以确定的一点是：“文明的历史，就是牺牲的内在化的历史。”对此还可以补充的一句话是：“换句话说即是：放弃的历史”。<sup>65</sup>

就此而言，此处涉及的是“牺牲向主观的转换”<sup>66</sup>。这样的转换在启蒙运动的意义上，发生在被先验理解的“义务论”中。埃利亚斯从社会学的角度认为：群体的文明化进程，即是“从外来强制到自我强制”的发展<sup>67</sup>。E-X. 考夫曼将

<sup>62</sup> Bürkle, Sicht, 153 ff., 154 ff.

<sup>63</sup> Gebauer/Wulf, 游戏, 160

<sup>64</sup> Gebauer/Wulf, 游戏, 160, unter Hinweis auf Mauss, Marcel, 《赠予, 原始社会中交换的形式与功能》in: ders., 《社会学和人类学》, 第2卷, 1978, 9 ff., 12.

<sup>65</sup> Gebauer/Wulf, 游戏, 160, unter Hinweis auf Mauss, Marcel, 《赠予, 原始社会中交换的形式与功能》in: ders., 《社会学和人类学》, Bd. 2, 1978, 9 ff., 12.

<sup>66</sup> Horkheimer/Adorno, 辩证法, 61 ff.

<sup>67</sup> Elias, Norbert, 《文明的进程》. 《社会学和心理学的探索》, 第1卷, 第5版, 1978, Einleitung, LXI; Gebauer/Wulf, 游戏, 39 ff.

文明定义为“催生自我克制的那种社会强制的产生”，并认为它需要生活条件的个体化以及文化与之相应的反射性。<sup>68</sup>

所以，启蒙运动时期的哲学和社会学明显地将宗教视为一种外部力量而接替了它的位置，并且也理智地废除了它。牺牲的内在化以自我管制（人的自主性）的思想为基础。在它（牺牲的内在化）存在的地方，就理所当然的存在自我强制。有房屋管领权的自由人、贵族、市民甚而族长，简言之就是每个相对或者绝对的统治者，都必须受到其自己规则的制约。即使是盲目的独断专权，也算是他自己的规则。一个人去做某一行为的每个“自由”的决定都是“他自己的”。

3. 如果说公正构成互易行为中每个联系或者联盟的核心要素，那么它也是每个联盟背后的根本起源。

即使是一个全能的神，我们也只能在尽管玄妙莫测的层面上认为它是公正的，更确切的说至少在互易行为的层面上可以认为它是公正的。即便是盲目的命运，我们也通常认为它是“应有的”，因为从一个不能被理解的更高层面来说，它一定是公正的。但是，如果不能理解人类心理灵魂的亦即内在的层面，不能理解以和谐安宁为目的的牺牲等等，那么一切宗教和伦理都将失去意义。同样，如果自我放弃时没有了牺牲的体验，这样的自我放弃也毫无意义。

有人认为人类是缺乏本能的生物并因此作为弥补而发展了文化，还有人认为，人类的情感很多情况下是文化的、过于精细的激动情绪<sup>69</sup>，这两种观点都可以追溯至盖伦的人类模型理论。耶申克和魏根特的“责任和负担模型”明显就是以他的理论为基础的<sup>70</sup>。E-X.考夫曼则援引了刑法学上的观点，即“通过文化来纯化激动的情绪”对人类而言不可能总是成功的<sup>71</sup>。即使是选择不理智，那也是人自己的自由。否则，人就是被“理智”所左右的了。

4. E-X.考夫曼指出了文明的三个特点，即（1）抑制度度（*Hemmschwelle*, 心理学词汇，即只有超过一定的忍受限度比如教育、伦理等设定的限度，才会做出

<sup>68</sup> Kaufmann, F.-X., 《文明》, 173 ff., 187; zudem als Überblick: Bogner, Artur, 《文明和理性》, 《马克思韦伯的文明理论》, Norbert Elias' und der Frankfurter Schule im Vergleich, 1989.

<sup>69</sup> Kaufmann, F.-X., 《文明》, 173 ff., 186.

<sup>70</sup> Gehlen, Arnold, 《人类, 本性和于世间的位》, B. Aufl. 1966, 400 ff.; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 405 ff., 416 Fn. 46.

<sup>71</sup> Kaufmann, F.-X., 文明, 173 ff., 186

不符合平时习惯的行为，比如杀人——译者注）的文化加强；（2）身体机能的退化；（3）权力的集中，竞争和日益增加的相互关系。

自然情感抑制限度的文化加强，却也构成了每个以合作为目的的内部文化的普遍任务。与此相反，战争思想则侧重于人为的构建将陌生人作为敌人杀死的“杀人抑制限度”。但是，将附近的其他人当作人看待并原则上作为邻居友好相处的这一基本能力则属于人的基因本能。即使是自然的情感抑制限度，也取决于每个人的社会化。原始民族的万物有灵论不需要文明化，它的基础主要在于对有生命的自然界的尊重。社会契约论的思想更多是表明，只有思想自由、有兽性本能的人，才需要自我立法所带来的文明化。

5. 自然界的许多神灵，包括其他的家族、村落和后期的城市神灵等诸多神灵减少为一个唯一的、万能的、高度抽象化的神灵，这一发展过程构成了思想史的一个重要阶段。不过，与旧时代的村落、氏族和城市神灵相比，旧约中的上帝还不是特定民族的“民族之神”。

既然有了“全体人类之神”的思想，那么必然会产生（宗教）超越民族的传播。将神灵抽象为一个统治一切的万能之神，使得在它的人类对手那里——即按照互易性的规则——发展“所有人与造物者都具有同一形象（*imago dei*）”的这一理论成为可能。根据旧约中的造物观和世界观，人已经与动物分开生活，他分享的是“神的呼吸”。它形成了他的灵魂。所以，人可以并且应当在这个世界上独立自觉的生活，尽管需要向神承担超验的责任。<sup>72</sup>至于人需要使他此世的行为合法化的这一事实，也确立了此世所应承担的自我责任的限度。人所需要付出的代价，则是不得不与其他世界分离<sup>73</sup>。为此，他可以也必须放弃“万物有灵论”的思想。

6. 此外，一个社会或实体的事件，可以加深人类存在的意义。人与他的团体一起像神一样创设一个有力量的、自己的、社会的、精神的或者随着人数量的增

<sup>72</sup> 根据“有尊严的人”的理论，人的“神化”在新约中是通过基督教中的“上帝之子”亦即上帝的“道成肉身”而形成的，世俗的人类则是在人道主义的角度提高到这个绝对层面的。参见：Schild, Wolfgang, „Würde“, in: Eler, Adalbert (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), Bd. 5, 1998, 1539 ff. sowie nachdrücklich Schulz, Lorenz, Normiertes Misstrauen, 2001, 91.

<sup>73</sup> Horkheimer/Adorno, Dialektik, 31 f. 指出：“人类过去总是不得不选择，是屈服于自然，还是让自然屈服于自己。”不过，还有一种相关的思想则是，也可以使自己成为观察研究的客体。这表明了较高的元层次，及其在科学理论上的虚构现实性和必要的主观性。



加建设一个自己的、实体的人为世界。他建设的建筑物便是自我创造的直接表达。通过驯养动物，用开垦和种植改变环境等行为，人类开始“离开”天堂，而“进入”自我创造的世界。牧人和农民也已经开始创造自己的世界。

语言向来是人类自己主体间思想世界的一种表达。它自人类起源以来就使人类文化呈现出自己的特点和个性。人类通过发明文字和数字，以及几乎到极致的独立交流，使得人类精神和实体自我创造以及自我控制的程度增加了。互相交流的人类之间的联系可以延伸到很久以前死者的过去，也可以涉及很远距离外的陌生人。所以，西方文明将对世界的理解发展成了从事物的角度看分析性亦即理性持续增长的抽象。通过对环境的控制与规整，以及文字的发展（文字的主要特点是使得稍纵即逝的话语有了可重复性），西方文明推动了人类对世界的理解。谁规整地统治，谁就统治的规整；谁放弃规整，谁就分享放弃。此外还有一句有名的话：谁分享，谁就能统治；谁给每个人分享自己的东西，或者让别人分享，谁就是公平的统治。

7. 作为自我控制的能动文化的一种传播行为，文明以启蒙运动的抽象性促进了向精神领域的重点转移。精神以智力和理智为主要特点。所谓的“分析神话”，也会伴随有明显的“肉体”<sup>74</sup>或感情的损失。

从盖伦的人类模型的角度来看，可以认为，宗教的事物不止在思想领域即精神领域里存在其原本或深层次的根源，在人类的“感官或意念世界”<sup>75</sup>里也是如此。在内部有条不紊的展开的情绪，以及涉及多种简单欲念乃至移情式团结的情绪，构成了人类肉体和精神世界的桥梁。他们构成了（在平日生活中非常明显的）人类存在的完整性。对失去某个身边的人而产生的痛苦，是对人类很明显的发自内心的、人道主义的爱，这种爱产生于人类的移情本能，不过之后也会关系到作为第三位关系的邻居这一“自己人”的更大群体。人类纯粹自私自利地与自己第一位和第二位的“相关人”分担共同的悲伤或喜悦，与这种能力相伴而生的，还有牺牲（痛苦的损失）在情感上的内在化。

如果将牺牲作为许多宗教的核心元素的话，那么现代化的宗教从现在起必须

<sup>74</sup> Claessens, Dieter, 《具象与抽象》,《人类学的社会学轮廓》e, 1980, 315 f.; Kaufmann, F.-X., 《文明》, 173 ff., 182 f.

<sup>75</sup> Cassirer, Ernst, 《象征形式的哲学》Bd.2, 《神话传说》, 1973, 262; Greisch, Jean, Homo Mimeticus. 《对 Rene Girard 的牺牲理论的人类学前提的批判性思考》: Schenk, Theorie, 27 ff., 30.

在人的“身体、灵魂和精神”这要素的本质层面将牺牲囊括进去，也就是说不能像一直以来的那样囊括于统一的内心的灵魂层面，而应该从现在起囊括于明净和理智的精神层面中。取代启蒙运动、并使心理学再度被提出的情绪性，同时将肉体与精神联系了起来。所以，世俗化时期的流行语便是：通过移情，实现人道主义。

## VI. 自主性与万物有灵论

1. 与自然界被赋予灵魂的这一思想相比，现代的世俗人类根据其世界观的不同，情况既是更好也是更坏了。一方面，由于有自主性，人是他自己威严的主人。在民主制度中，从后现代自我管理的理论来看，人则与集体中的其他人一起是他们这类集体或者说他们自己的“共同统治者”。作为被启蒙的结果，他在自己内心的理性世界外不再认同有其他的神凌驾于自己之上。因此，他知道每个对外的基本义务，即与更高的力量分享，也就是说从宗教的、以和谐安宁为目的的牺牲式馈赠中解脱。他可以、允许且必须将其余的世界理解为“没有灵魂、也没用精神的世界”，并将它直截了当地物化。他虽然存在于这个世界中，却还是世界和他自己的“主人”。

2. 另一方面，当通过对别人使用严重的暴力行为，以惩罚别人的暴力行为时，对他而言就产生了一个问题，即包含“消除侵略的、宗教礼仪的牺牲式馈赠模式”的持万物有灵论的宗教可能忽视的这一问题，对于他而言几乎可以说是陷入了“两难境地”。将一个其他相似但低等的神圣生命体，比如说动物作为赎罪的牺牲品，这一道路对他而言是行不通的，因为他否认它们与自己之间的相似性。

根据将牺牲内在化于现代大文明的理论，可以对 E-X.考夫曼提出但没有解答的那个社会问题作出回答，即：一个拒绝远古牺牲宗教的集体，如何在爆发冲动和确立身份之间平衡二者的优先性？答案不禁产生：如果只有某人被赋予了不可亵渎的人格尊严，那么只有他才是神圣的。他不可避免地要将自己的一部分牺牲出去。不过，根据牺牲式馈赠的原则，这一部分必须是从属的、相似的、并在此意义上可以被支配的事物，即被他“主宰”的事物。

例如，现代“犯罪人——牺牲”的平衡模式，包含了广义理解的人类灵魂世

界中赎罪式馈赠的自由主义元素。与之相反，与一种屈从的谦卑姿势相联系，罚金刑则是一种主权意义上的处罚，这一处罚含有牺牲生活标准或者牺牲“凝结时间”的含义。即使是短时间的终身处罚<sup>76</sup>，也可以被理解为此类的时间牺牲。但是，对于长时间的自由刑，则不能算是此类牺牲，尤其不能说是犯人自主的牺牲。依黑格尔的观点，每个主人都需要他的奴仆。从内在的角度看，与之和谐相处的目标，不能通过一个实体的、社会的或者某个道德的死亡来实现。只有将和谐带到彼世天堂的人，或者（虽然是佛教意义上）带到相应的内在的空虚灵魂中的人，才能要求用死亡作为忏悔的馈赠。但是，他必须提前解决一个问题，即他认为自己在不实施反报复的情况下，能怎样忍受这样的暴力行为。

3. 某个持万物有灵论的观察者的宗教要求，按照现代人本主义的世界观，应当得到试验性的全面检视。由此，可以得出众所周知的几点阐释。

（1）据此，替罪羊必须是人类。如果对现代人而言——正如“普遍人权”思想那样——所有的人确实都是同等价值的：陌生人如同朋友；妇女男人孩子病人老人都如同有完全能力的劳动者；底层成员如同高阶层的人员；少数民族如同多人口民族……那么，对他们而言就不存在比人类低一等的牺牲品。即使是谋杀罪犯，也依然是有着不可亵渎的尊严的人。人永远不能被当作客体<sup>77</sup>，这一观点在执行刑罚时明显适用<sup>78</sup>。因为人类本身必须“永远都是最终的目的”。<sup>79</sup>

（2）理论上只存在三个解决办法：（a）听天由命，放弃赎罪和将人类作为牺牲品，在可能的情况下，向每个获利者或者集体请求充分的物质和精神损害赔偿；以及（b）请求独立自主的违法者，在没有社会压力或强制的情况下，自愿选择牺牲自己。但是，这种自愿选择的忏悔方式，不得是自杀；但是这样的忏悔，必须以这个受尊重的人及“共同主人”的本质同样痛苦的、但必须是可支配的部分为内容；或者是（c）根据黑格尔的观点，应当通过刑罚使被判决者感到荣

<sup>76</sup> Dazu: Montenbruck, Axel, 《刑罚时间—人类学时间轴》:Schmoller, Kurt (Hrsg.):《Otto Triffterer诞辰 65 周年文集》, 1996, 649 ff.,357 ff.

<sup>77</sup> BVerfGE 5, 85, 204; 7, 198, 205; 27, 1, 6; 28, 386, 391; 30, 1, 26; 45, 187, 228 (无期徒刑); 50, 167, 175; 56, 37, 43; 61, 1, 34; 74, 102, 122; in diesem Sinne auch EuGH, EuZW 2001, 691, 695, Rn. 69 ff. (zur Biopatentrichtlinie); umfassend: Geddert-Steinacher, Tatjana, 《宪法概念上的人的尊严》. 基本法第 1 条第 1 款的联邦宪法法院判例, 1990, 31 ff.

<sup>78</sup> 《刑罚执行中的人类尊严》 insbesondere BVerfGE 45, 187, 228, sowie Müller-Dietz, Heinz, 《人类尊严和刑罚执行》, 1994, 22; Altenhain, G. A., 《人类尊严的基本权利及其在刑罚中的保护》, D, ZfStrVo 1988, 156ff., sowie Münch, Ingo v., 《基本权利和犯人》, JZ 1958, 73 ff.; Rotthaus, K.P.,《人类尊严和刑罚执行》, MDR 1968, 102 ff.

<sup>79</sup> BVerfGE 45, 187, 228.

耀。

(3) 但是, 实际上, 由于人类的高抑制限度, 会导致一种倾向, 即将严重暴力的实施者以非人化的形式妖魔化。这使得民主大众可以突破他们道德感情上的暴力抑制, 从而使惩罚犯罪者成为可能。对大多数人而言, 罪犯就是一个有点类似魔鬼的“非人类”<sup>80</sup>。根据替罪羊的模式, 罪犯和一个真正的好人相比, 只有在他也被视作同样是有灵魂的生命时, 二者才是相似的。

4. 以黑格尔的理论为基础的这些绝对刑罚依据, 不仅通过“认同思想”证明了刑罚形而上学的特点, 并且, 从一定程度上, 其主旨在于罪犯某种与事实相符的“精神上的人格丧失”。

比如, 泽尔曼<sup>81</sup>就首先通过“认同丧失”的理论模型, 确立了刑罚的合理性基础。犯罪者通过他的行为, 违背了互相认同的原则, 自己也由此成为了法律主体。他必须在自己如何对待别人的程度内降低自己的法律地位。不过, 对于谋杀案的情形, 还应当追问的是, 犯罪者是否至少不应该一直失去他的法律地位。(如果这样的话,) 重新获得互相的认同或者重新归入法律共同体, 对他而言就是不可能的了。

克勒也有相似的论述: 依黑格尔看来, 犯罪者必须纳入他自己的法律中。只有这样, 刑罚的基础才是将犯罪者作为法律主体的“认同”<sup>82</sup>。但是, 如果这样的话, 死刑却最终让犯罪者的主体地位精神化了。沃尔夫<sup>83</sup>和扎克齐克<sup>84</sup>

(Zaczyk) 像黑格尔那样以费希特的理论为基础, 也提到了所谓的“互相认同的关系”。破坏这样的关系, 也应当被视为是一种犯罪行为。<sup>85</sup>

费利克斯·杜克也论述称: 与“人与人之间互相认同”相对立的事物就是不正

<sup>80</sup> 关于非人化, 参见 Jäger, Herbert, 《宏观犯罪学》, 《集权的犯罪学研究》, 1989, 194; Sykes, Gresham/Matza, David, 《中立的技艺: 疏忽理论》; Sack, Fritz/König, Rene (主编), 《犯罪社会学》, 1968, 360 ff. und Hassemer, Winfried, 《刑法原理导论》, 第 2 版, 1990, 36 ff. 关于通过军事化的教育使人不再敏感, 参见 Jäger, 《宏观犯罪学》, 199, u. Hinw. auf Bandura, Albert, 《侵害》, 《社会学习分析》, 1973, 239; sowie Shatan, Chaim. F., 《军事的悼念和复仇仪式》, in: Passett Peter/Modena, Emilio (Hrsg.), 《从精神分析视角观战争与和平》, 1983, 220 ff.

<sup>81</sup> Seelmann, Kurt, 《“知道”的失去和自我包容》. Hegels Straftheorien, 1995, siehe insbes. 67.

<sup>82</sup> Köhler, Michael, 《刑法总论》, 1997, 37 f; 49 unter Hinweis auf Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, 《法哲学的准线》, 1821, § 199.

<sup>83</sup> Wolff, Ernst Amadeus, 《刑法与其他规制非法的规范的界限》, in: Hassemer, Winfried (Hrsg.): 《刑法政策》, 1987, 137 ff. 182 f.

<sup>84</sup> Zaczyk, Unrecht, 161.

<sup>85</sup> Zaczyk, 《不法》, 200 f.; vgl. auch Köhler, Michael, 《明知的疏忽. 刑法—法哲学上的探索》, 1982, 325: “这样, 逝去的或受伤害的人首先在具体团体中会紧迫地提出其他独立意志主体的有生存意愿的存在”。

当的行为，可以被理解为“在人与人打交道的过程中，破坏了对所在世界的基本认同”。从社会交际的角度看，即是一种“反社会交际”，从独立个格的角度看，则是“人格的丧失”<sup>86</sup>。如果将“罪责”视为一种谴责和责任的话，那么这便是被违法行为所干扰或破坏的“互动——交际关系”得以重新建立的基本方法。人类也就因此被区分为个人和个体。个人在精神上会得到尊重；而个体，则以被囚禁的形式忍受着痛苦。

5. 简言之，每个绝对的刑罚理论，但也包括每个相对的刑罚目的学说，如果像“一般积极预防理论”或“重返社会思想”那样，不以“防止危险”为标准，则都包含了宗教方面的因素。这些因素在“正义论”的学说中尤为明显的体现出来，“正义论”学说试图在规范层面调整可归责的“不正当行为”，并因此明显地使犯罪者承担了某种严重而真实的痛苦。表面上看来庄严而礼仪式的牺牲行为，进一步看包含了“有义务的、自由主义的馈赠”这一思想，再进一步看则包含了与更高力量建立终生情感盟约的理念。根据内在化的理论，现代刑罚建立在“独立自主原则”的基础上，其核心要素仍然包含了远古宗教的元素。自此以后，它便开始服务于“侵略的文明”。

综上所述，现代之初，公权力刑罚的诞生，不过是一次世俗的、并在此意义上“平民化”的（刑罚）的重生。

---

<sup>86</sup> Herzog, Felix, 《对不法的预防或法律的表象》. 《对现代刑法理论混合预防思想的克服之基石》, 1987, u.a. 118 ff.

## D. 人权刑罚：安抚、惩罚和公正——以法学的视角

### I. 导语：法学的视角

我们以坐拥一批特殊听众的一场报告为基础。历史和文化化学专业在“公开讲堂”系列活动的框架内，以名为“安抚、惩罚和公正”的一个总括性标题举办了环形讲座。针对这个主题我们打开了法学的视角。从法学视角出发，我们确定了一个受众的范围，他们属于民主的市民社会（demokratischen Zivilgesellschaft），表现出公开性（Öffentlichkeit）的特点。报告在结束的章节力图突出德国的“人权刑罚”（Menschenrechtsstrafe）理念。在个别问题上，报告只给出了粗略的草案，一方面是期待着显著性，另一方面也出于科学的精耕细作，以期有利于关于法哲学的总标题“市民宗教”（Zivilreligion）。

首先，从市民社会的不同法学视角描绘的角度出发。

法学家的“法律”至少包括四个层次，当人们更靠近它时，它就会呈现出高超、复杂的亚文化。“法律”包括（1）广义上的一般的生效的成文法，从赔偿金目录规范到人权法解释；（2）总的法律科学，包括法律史、法哲学和犯罪学；（3）对法律家来说同样重要的法律实践，从律师的日常事务到联邦宪法法院法官的判决及欧盟法院；（4）公民和居民的第四层次就涉及到民主，民主与法律、法律受众相适应。民主的基石涉及到具备内化价值与法律感觉<sup>1</sup>的政治大众。一方面是在这民主的第四层面上，另一方面是基本权利和人权的层面上，应当进行这样的深思。

## II. 和解（Versöhnung）

### 1. 和解的涵义（Idee der Versöhnung）

#### a. 和解的民法概念（Zivilbegriff der Versöhnung）

首先，法学家也必须根据先前的理解来探寻和解的含义。以法政治学和民主

<sup>1</sup> 法律感觉作为伦理的范畴，特别是价值经验、允许的基石：Zippelius, Reinhold, 法哲学：教科书，5. Aufl. 2007, 94 ff. 价值经验, 102 ff. (特别是价值观意义上的“实质性的伦理价值观”) 以及 105 ff. “共识” (“公正观念的共识”), 113 ff. (当时作为文化思潮范畴的“居于支配地位的正义观”), 119 ff. (通过“生物活动”对文化活动的限制).

的角度来理解的话，和解显然是一种非国家且民事的程序。首先，和解建立了成年公民、他人、有魄力的调解人和仁慈的非政府组织的一项任务。西方法治国家为和解提供了合同式的法律框架，它设定了最低限度的伦理界限，根据需求规定了法院的起诉制度，以及对合同合意的执行介入国家力量。

在个案中，对于和解来说，什么是最值得考虑和结合的东西？根据词汇的本义，法学家们存疑，同时在大体上也跟随着对“人民”（Volkes）的概念的理解。崭新的同时也是民主的媒介——自由网络发挥了功用。维基百科提供了下述内容：<sup>2</sup>

和解（英文：reconciliation）是神学与哲学上的概念，在日常生活中经常使用，同样也在政治和心理学上运用。在辞源学上，这个概念和补偿、赔偿（Sühne）有亲缘关系，而不是与儿子（Sohn）有关，虽然和解（Aussöhnung）的想象似乎关乎父子亲情；

信仰，神学：（1）基督教：基督教的信仰中，通过定罪来赎人神之间既存的鸿沟。通过病痛的神圣事件和耶稣基督的复活来实现，但必须在信仰和爱中回顾和接受。关于通过耶稣基督人神和解的学说在基督教的神学中被视为基础理论（Soteriologie）。（2）天主教的神学中，个人的和解和由忏悔与赎罪产生的赦免密切相关。（3）犹太教：需要强调的是犹太教最大的节日是赎罪日（Jom Kippur），如此在节日里（被缩短了）便达成了与永生的和解，我们互相和解、宽恕：忏悔性的承认罪过是赎罪的前提。“赎罪日从上帝处解放了罪人，但首先是从邻人处解放罪人，其次才是被伤害的人被请求施以原宥——犹太教法典如是写道；

哲学：黑格尔的哲学中，将和解认为是调停（Vermittlung），在辩证法的最后，在综合性中消除了矛盾。概念与事实的应当达成一致；

政治：社会和政治上和解被视作一种可能的过去和或冲突结束的组成部分。这样就成立了很多事实或调解委员会。在真相与和解委员会（truth and reconciliation commissions）的词条下也能查到。

但终究不是法学上的概念，只是宗教和民事思考的一个组成部分<sup>3</sup>。

<sup>2</sup> 概念之通说：和解的摘要，维基百科，自由的百科全书。操作时间：2007年6月21日，<http://de.wikipedia.org>。

<sup>3</sup> “民事宗教”的政治学概念，尤其是与下列概念的区别（1）民事宗教（如民事的基督教）；（2）公民的宗教（公民哲学）；（3）政治性宗教（从政治学视角）；（4）民事宗教（在美国法上，通过宗教性的时刻进行政治控告）；（5）国教（德国法上的民事宗教的基本价值）；（6）文化宗教（在广义上，宪法中的教派的仪式），如国家、法律和文化；参见Kleger, Heinz/Müller, Alois,民事宗教的多数同意？宗教哲学自由保守主义的国家理论的框架内的政治宗教哲学：Kleger, Heinz/Müller, Alois (Hrsg.),美国和欧洲的民事宗教，1986，

## b. 法学视角的和解

“和解”，对法学家来说，概括的正确说法应当是一种程序性的过程。不是由国家自己推动该程序，而是民事当事人相互磋商。

从法学家的视角来看，和解表现为一种民事程序，两个或更多的自治人作为程序参加人来运作。和解的程序自身延伸为四个阶段：（1）原先的纷争；（2）协商；（3）和解协议；（4）真正的协议履行。每一份协议为真实协议的大意无声地覆盖，真实的协议存在于合意和平联盟中。<sup>4</sup>

私人间的和解协议的基本思想在第二点上即律师的日常工作中尤为突出。因为在原则上，律师试图避免将纷争提交到法院或将整个法律争议一直诉到联邦最高法院。联邦、宪法或欧盟法院的引人注目的判决中建立了基于统计学上的标志性的高效的例外。律师实质性的主要任务是预先性的争端调解，而不是整个法律途径的油尽灯枯。关于这样的民事协商支持方法的认识属于德国法律教育结合实际的关键能力（§ 5a DriG）。严格的法律及其国家的执行力在律师的实务中首先以“最坏案子”（„worst case“- Scenario）情形下的威慑手段发挥作用。

对于实践性的德国法学家来说，对和解的理解映射得最好的是在调解程序之中。因为调解要求法心理学的视角的纳入。例如，在刑法中，关涉到由法典创设的“行为人——受害人——平衡”模式（Täter-Opfer-Ausgleich）刑法典 46 条a 项。调解同时也帮助婚姻裁判和相邻关系的争端，以及劳动法、经济法、教育法、建筑法和环境法。<sup>5</sup>

对于法律实践来说，调解高度简化成由受过心理学教育的中间人主持的调停，尤其是介于两个受害的自我之间。在本质上，调解即冲突的清除，争端方投入共同的人格，因此坦然的或隐蔽地作出高度应激性反应。伤害，多数情况下是渐渐累积起来的，已经涉及到相关人群的灵魂、精神上的同一性。一般说来，对参与人来说，定位于一个确定的位置就已足够。争端方因此再三要求，首先是谦

---

221 ff., 尤见 240 页：分割成：（1）社会学的系统论，即功能不同的社会的一般价值；（2）国家哲学：作为自由国度的文化保护前提的宗教；（3）宪法理论，宗教和国家、社会、教堂的结构性关系；（4）纠结存在的基督哲学：宗教作为政治神学和国家、社会、教堂的关系。

<sup>4</sup> 政治学和不同文化见的冲突研究的视角：Senghaas, Dieter, 全世的和平, 2004, 124 ff. 狭义上的文明以伦理上的视角为目标。Senghaas 在他的关于文明理论“结构性的冲突处理”的解释中强调了这点。此外，他延展了一个柏拉图也坚持的唯心主义的习惯。Senghaas 有条理且精妙地叙述了文明类型的要素。其将国家切成了文明的六边形。这样国家就文明确定了重要的具体内容。每一种相互关系中，在指针性的阅读后，我们发现了六大要素：（1）暴力垄断；（2）共存性和对冲动的控制（3）社会正义；（4）冲突文化；（5）民主参与；（6）法治国。

<sup>5</sup> 概览 bei Haft, Fritjof/Schlieffen, Katarina Gräfin von, 调解手册, 2002, 56 f.



逊与悔恨 (Demut und Reue), 或者至少是其他人的尊敬 (Respekt), 最后是作为人的“平等”。

在这样的情况下, 法学家们强加给人一个概念。德国民法以自然人开篇, 民法典第 1 条规定: 法律地位由出生的完成而取得。但民法典 21 条以下同时立即又涉及到了“法人”。基本法 19 条第 3 款规定, 基本权利同时也适用于“法人”。刑法适用于所有活跃的企业和商会, 公共机构、机关和社团, 同时也适用于联邦, 也可以被诽谤 (beleidigungsfähig), 参见刑法典 185 条以下和 194 条第 3 款的规定。

国家也有一个受伤的集团性的本体, 碰巧和德国一样, 在其宪法的序言中规定了集合性的民族意识, 它拥有国家意志 (节日、国旗和国歌) (Feiertage, Fahnen und Hymnen), 如果需要的话, 也可以以名义上或事实上的法律地位发动战争, 通过这种手段, 它和自身内在的特性和外在的人格联系在一起。

个体的人与共同的人类团体可以通过他们的争端标的进行识别。在这些情形下, 它们倾斜了, 似乎在将它们法律地位撤回到固定的山丘上。从那儿起它们的士兵们被排遣出去, 为了公开的地盘而争斗, 用武器、必要时流血互搏。文明的运用起来的是一场数年之久的艰难法律争端, 由专业的武士——律师主导, 最后作出一个粗暴的、由国家保障的执行力、有法律效果的判决。在这个领域内, 法律调解开始发挥作用, 试图卸去情绪, 推动双方共同利益进入视野。它帮助当事方在更多步骤的程序中建立起相互的尊重, 克服对其本体的伤害, 最后至少是在一个合同的形式内带来经济上的收益。

人类的杀戮树立了一种特殊情形, 个体的谋杀及整个种族的群体性歼灭。在单个杀戮的情形下, 对成员来说首先需要的灵魂上的帮助 (Seelsorge)。而在对所谓的少数派进行种族灭绝时, 也表明了除却必然性, 此外也从大体上尽可能去巩固相关的幸存者的集体性的一面。从法律的角度来看, 法律的和平需求有所发展。民主构建的、有怜悯心的、相邻的公民社会因此找寻着一种平衡, 至少使当事方和多数公民能对结果满意。另外, 团结的、倾向性的仪式成为一种必须, 例如解释、安慰和洗礼行为<sup>6</sup>。民主的法治国家也为此提供了程序性的指导, 首当其冲的就是通过民主的国家司法手段来避免盛怒的公民私人司法行为。如果缺少

<sup>6</sup> 从仪式的视角: Gebauer, Gunter/Wulf, Christoph, 表演、仪式、姿势。社会中的模仿行为, 1998, 173.

这么一个民主国家，从西方的观点来看，如果在一个前法治国家或是一个前国家，此种配置尚未被提供，因此我们应当回归到群落（eine Gemeinschaft，群落的司法行为，译者注）。而对于和解的尝试必须发生在没有国家桎梏的情形下。

### c. 和解的治疗的一面

和解，从刑法角度来说，它的对象从刑法典 185 条规定的邻里的简单诽谤到 2002 年的民族刑法典第 6 条规定的种族灭绝，原则上以情绪化的固定的冲突为基础，这种冲突不仅应当成为医学上的，也应当是宗教上的“圣洁的”。

从法心理学的视角我们可以看到至少一方个人的本体遭受损害。其谈判能力一方面通过高涨的情绪表现出来，如沮丧、恼火或愤怒，或被伤害、被限制的群组自尊。另一方面，这样的感情状况尤其包含了野蛮的自我司法、特别是整个人格的投入的强大威胁。和解的路径，换言之，如调解般，存在于对受伤的人格和个人的谈判能力的缓慢“重新培植”中（Re-Kultivierung）。一般情况下，可信任的“中立的”第三方作为调解人（Vermittler）。这些人在宽敞的屋子里来回踱步，双方当时人根据其往自己方向的回踱确定进退之策。

对共同调停人（Vermittler）的选择建立了和解的第一步。调停人以其慷慨的中立性，表现为一个有魅力的权威，在宗教文化中则是一个神圣的人，有点类似萨满。和解的第二步则呈现为基于一个仪式性的、大多情况下是公平的对话式的草拟和合意。寻求和解经常意味着推动一段持久、整齐的且镇定的程序。协商的时间治愈了伤口，意味着承认或尊重自治的、权利平等的谈判方。第三步则展现了一种合同的方式，第四步是现实的转化，而这种转化也极有可能和合同约定的背道而驰。

最终，和解的概念包括：首先是和解的成功。它以合同开始，以合同的实现为终结。这样的合意一方面包括了“国际法上的和平合同”明确的因素。另一方面，也意味着：不仅对当事方本身，也对第三方来说，无论如何，没有争端、斗争、刑罚或更尖利一点，没有公民战争（kein Bürgerkrieg）的威胁，一片和平的景象。

## 2. 中世纪的赔偿合同形式的和解

和解，起初只是结合了治疗手段，但也有可能包含古老的神圣权威（heiligen

Gewalt)<sup>7</sup>。因为最初和解的标准手段树立了补偿（die Sühne）的形式，特别是以痛苦赔偿金的形式，即捐献（Opfer）。但赔偿金在理想模式中是“自愿的（freiwillig）”。它也为自身建立了一种痛苦损失的形式，即“损失（Einbuße）”。若没有任何赔偿额的存在，即只基于一方的宽恕，和解应否存在，在怎样的范围内存在？

又如，西方基督教的强大习惯专注于拷打的十字架上，这样就能使经受严刑拷打的“牺牲”——上帝之子——为了救赎这个世界而去世的耶稣神圣化。<sup>8</sup>

出于总结补偿和赔偿的种类和规模的目的，首先，对国家产生前的法律史的一瞥，对法学家们起了协助作用。在那个领域内，他们接触到了中世纪的补偿合同，以此来避免血仇。标准的赔偿金制度建立于中世纪的德国法律史上，以及国家产生前的法律史中私人的联盟间的争端或家族的调解中。牲畜和其他价值特别是针对自卫反击的人的损失的给付，要不然行为人的家庭就会面临永久的战争性敌对的威胁。<sup>9</sup>私人的联盟对其进行磋商。

赔偿协议包含了家庭间私人刑罚的形式。例如在德意志中世纪末期，即 1450 到 1600 年间的艾希施泰特（译者注：巴伐利亚州阿尔特米尔河畔的一县城，人口 13200，有教会综合大学），也要求作出这样的协议。在那里，大约有针对杀人罪的 110 个赔偿协议被证实。作为赔偿金手段总结出来的有：首先是牲畜，其次是钱财，最后是对个人的奴役。

### 3. 先于国家产生的神法和理性法

中世纪已经拥有了尽管先于国家产生但非常高明的法律思想，尤其是与今日的宪法相近的神圣的规范，即强制性规范。<sup>10</sup>

<sup>7</sup> 万物有灵论: Girard, René, 神圣与暴力(La Violence et la sacré, 1972), 德文版: 1987, 30 ff.; 来源于古希腊悲剧: Burkert, Walter, Homo necans. 古希腊牺牲和神话的诠释, 2. Aufl. 1997, u.a. 9: 扮演同性宗教, 像必死的同性恋一样有意识。

<sup>8</sup> 宗教的压力来源, 暴力和政治: Maier, Hans, 宗教的两面性, 宗教-暴力-政治, 2004, 18, 亚拉伯罕教的暴力及克服其暴力的古老方式, 以及对“暴力作为神的权力证明”的基本思想的探寻, (在Girard und Burkert的指引下), 十字耶稣作为暴力放弃的象征(19); 宗教的两面性, 第46页以下(集权主义系统内的类宗教因素): 共产主义、法西斯和国家社会主义, 政治的“受难者”, 第99页以下。

<sup>9</sup> Tacitus 在他的《日耳曼妮娅》中写道: 人们必须接受父亲或亲戚的敌意, 正如接受敌意一样。可惜敌意可以和解: 就连杀人者都可以通过确定数目的大小牲畜的牺牲得到宽恕; 亲戚们整体分担了突出的“被杀赔偿金”。团体的益处, 不被束缚的自由对于仇恨来说是危险的, Tacitus, Publius Cornelius, Germania (Fehrle, Eugen (Hrsg.)), 4. Aufl. 1944, cap. 2. Dazu auch: Grommes, Sabine, 司法中的宽恕概念, Der Sühnebegriff in der Rechtsprechung, 一次意识形态上的沉思, 2006, 57 ff.; 一般的和平骚乱下的“公开的刑罚”: Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, 刑法总论教科书, 5. Aufl. 1996, 91.

<sup>10</sup> 宗教和暴力, 暴力的宗教的学说, 国家社会主义, 恐怖撞击背景下的战争下对基督教的介绍, 以伊斯兰

欧洲乡村锻造的中世纪，就像早于它存在的许多国家一样，除了认识到世界的法官国王、和万能的神的不可分性之外，还有一个理念，即最高的正义法律的理念。“神”和“不可思议的最高规范的理念”高度简洁地在先国家时代建立了一个至高无上的统一体。固定的教堂和中心的三大宗教的教会学校以明显方式证明了精神的造物主、命中注定的性情以及秩序的理念之间的联系。如埃及般的大国的类似宗教调整提供了一个更宽泛的例子，高级的中世纪学者已经符合逻辑地浏览了类似书目的法律规范<sup>11</sup>，“汇编”的形式与圣经类似。

这些中世纪的神法在先前的法律学说、大学、修道院，随即在文艺复兴时期以最高的“人文主义之理性和人的天性的法律”形式释放出来。世俗的转化间，在国家法的身后，民主法治国家和有尊严的人，简言之，人文主义的理念发生了的串联。

#### 4. 总结：和解的世俗要素

我们可能以主题的形式尖锐地突出并强调下列和解要素，“依照此法”，即从西方法学家的视角出发，意味着“民事调解”（*zivile Mediation*），因此不仅包含了法律的因素，也包含了心理学的要素。

对于西方的民主法治国家而言，和解发端于强大的中世纪宗教学说。它的基本要素如下：和解意味着一次情绪化的冲突通过找寻共同的平衡得到和平解决。在此，冲突已然引发了双方的争斗，从它们的视角出发，它们自身配享尊严或人格。因此，争端的背景一般表现为事实上的或所谓的损害，正如其名，“主观陈述”（*Subjektstellung*）。和解蕴含了一种私人赔偿合同的形式和对痛苦的赔偿要求。赔偿金体现为半自愿、半强制的神圣物事的牺牲，该种神圣依世俗观点来看应当体现为私主体的本体的一部分。和解也要求半自愿、半强制的服从于赔偿程

---

教为基础：Ockenfels, Wolfgang, *Religion und Gewalt*, in: Rauscher, Anton (Hrsg.), 宗教对于社会的意义，在德国与美国的经验和问题，2004年，175页以下，神正论问题，第176页以下；战争与和平间的基督教，第181页以下；正义和相互性的宗教和平学说，184页以下。在万物有灵论，也有佛教的影响，在外来精神领域内、对亢奋的动物的追捕，如要求和平的战争。宗教和暴力，尤其是与战争的历史联系，参见Schaffner, Martin, 宗教和暴力。历史学的联系，参见Greyerz, Kaspar von /Siebenhüner, Kim (Hrsg.), 宗教和暴力。冲突，世俗的解释（1500-1800），2006，第29页以下，圣经的指示，Exodus, 15.3, (“先生” Herr是战争英雄，Herr是他的名字。）历史描述自身也和宗教、暴力或战争不可分割的联系着。

<sup>11</sup> 略见：Ebel, Friedrich/Thielmann, Georg, 法律史。从罗马古典时期到现代，第三版，2003年，边注183, (萨克森明镜)；Schroeder, Klaus-Peter, 从萨克森明镜到基本法，2001, 4 (从宪法历史的视角出发)。最初的萨克森明镜的私人的法律书籍发展从1325年开始，随后是普鲁士，通过注解的手段。其充当了1794年一般的普鲁士国家法的附从法。

序，有魅力的调停人至少对该种程序有所了解。最终，和解诱发了自由、有尊严的自我主体的、影响力巨大的和平联盟的一场革新。

在特定情形下，自主和解的基本理念体现为多样的、特别是前国家时期中世纪的方式，一种永久的超国家理念，一种在政治转型期内国家在共同的本体上的革新程序，正如：一种重要的、亚国家的、解决冲突的、介于“自由公民”间的私人手段。

### III. 刑罚

#### 1. 刑罚的学说

在刑法的历史上有两大类刑罚：私刑和公共刑罚。赔偿协议以其赔偿的核心概念显然隶属于第一种类。

从法社会学的视角来看，至少意味着主权性的刑罚，在狭义上简化为“从社会中剥夺资格”（Ausschluss aus der Gesellschaft），或者以一种“边缘化”的方式（Marginalisierung）来避开行为人，进而削弱其周围的社会区域。<sup>12</sup>

痛苦的身体罚和徒刑有以下边缘化后果：身体刑罚，或如死刑般，有效的开除出团体。根据基督教的理解，被判决者的灵魂将获得永生。

“刑事监禁”（Strafgefängenschaft）的说法，从法心理学视角来看，因此可以说是一种“开除”（Ausschluss）或更确切地说，“通过包含达致边缘化”（Marginalisierung durch Einschluss）。自由刑以公民的自由思想为前提，描绘了来世国家之上的人权“自由刑”（Freienstrafe）和“公民刑”（Bürgerstrafe）。这也就建立了自由，如基本法第 2 条第 1、2 款规定的行动和运动权（Handlungs- und Fortbewegungsfreiheit）或第 14 条第 1 款规定的财产自由，同时还有民主的法律人的核心。

自由刑意味着囚禁和监狱。当代的监禁的直接祖先一方面体现为为信徒而设的中世纪修道院，另一方面是为不招人待见的贵族而设的专制城堡、已为早期的大城市知悉的为新教徒子女设的工作房。作为真正的刑罚机构，而不仅仅是调查

<sup>12</sup> Opp, Karl-Dieter, 变态行为和社会结构, 1974, 83; 也有些相近的概念, 如 Scheffler, Uwe, 变态行为的犯罪社会学概念中的对社会边缘群体的歧视? 问题与抉择 in: Joerden, Jan C. (Hrsg.), 歧视与反歧视, 1996, 103 ff.; Durkheim, Émile, 正常现象: 犯罪学, in: Sack, Fritz/König, René (Hrsg.), 犯罪社会学, 第三版, 1979 年, 第 3 页以下, 8, Fn. 4; siehe dazu auch: Hassemer, in: Wassermann, Rudolf (Hrsg.), 刑事诉讼法评论, 共三卷, Reihe Alternativkommentare, 1996, Vor § 1 Rn. 57.

机构，国家监狱相对来说很新颖，在欧洲首次出现在革命后的 20 世纪。对于成熟的公民国家来说，它是一种公民刑；在新教看来，是反省和净化，而在秩序国家普鲁士，它则变为“听悔局”（Zuchthaus）。

自由刑也创造了一种程序，特别是这样一种想法，即被告人能主动参与到程序中，在另一个自由人前进行公开审理。

刑罚将“疼痛”（Pein）视作一种“恶”，它也应当如此。恶归纳为人类一般不希望的东西，然而它被施与到人类身上：疼痛，疾病，尤其是对自由的限制，歧视，及对利益的剥夺。<sup>13</sup>“纹身”（Bemakelung）、如剥夺资格等排斥性手段（如开除教籍、放逐）等公开的民事形式也属于刑罚的恶行。

就此而言，刑法探寻的是“以恶治恶”来达致平衡。在此平衡中至少存在刑罚的一个核心。

## 2. 民主的刑法的“意义和目的”

德国的国家刑法首先是为了在国家面前保护人民而服务，其次才是刑罚本身。

德国的联邦宪法法院<sup>14</sup>因此为刑罚作出解释，一方面，从民主的角度，它是一种不满的反应，导致了一种制裁。根据基本法，这肯定是可预见并能充分确定的。（基本法 103 条第 2 款=刑法典第 1 条，与基本法第 1 条第 1 款，第 2 条第 2 款，第 20 条第 3 款相结合）。此外，基本法第 104 条第 1 款、欧洲人权法第 3 条规定，不允许虐待被监禁者，也不能对被裁判者施以蔑视性刑罚。基本法第 102 条已经废止了死刑。

当时德国各州的刑法立法者以及德国刑法学界从 1810 年起就已一直围绕着“刑罚的意义和目的”进行研究。核心内被提炼出的是陈旧的三重集合论，联邦宪法法院也在其著名的限制谋杀的无期徒刑判决中详尽的抓住这点。此外，该案中宪法法院还解释道，谋杀者在原则上必须保有这样的机会去“重获自由”（der Freiheit je wieder teilhaftig）。<sup>15</sup> 刑罚本身（1）对平民大众起预防的作用，即一

<sup>13</sup> 疼痛的意义：Jung, Heike, 什么是刑罚？2002, 16；对盎格鲁美利坚的说明：Kleinig, John, 暴力对待的艰难性, in: Ashworth, Andrew/Wasik, Martin (Hrsg.), 判刑理论的基本点, Clarendon Press, Oxford 1998, 273 ff., 273, 275.

<sup>14</sup> 联邦宪法法院判例 105, 135, im 1. Leitsatz.

<sup>15</sup> 联邦宪法法院判例 45, 187, 253 ff.

般预防；(2) 对行为人的预防作用，即一般预防；(3) 作为自身目标的事后的、赔偿性的行为——罪责——平衡。

没有责任就没有刑罚，但是对于危险的人群，刑法设计了两个危险预防的激励措施，首先是刑法典第 66 条以下规定了保安措施和封闭的精神病机构的形式。人的尊严（基本法第 1 条第 1 款）和权利人的地位确定了刑罚被监禁者和被安置的人的样板。

此外，法律学者们时常会把目光投注到社会国家的刑法实践中。德国推行一种人情化的刑法实践。<sup>16</sup> 被判决者约有 70 万，7% 会被转交去执行自由刑。13% 的自由刑转化为缓刑。相较而言，象征性的财产刑为此涵盖了大约 80% 的判决。

用两个古老的词去作简短形容的话，刑罚以预防和报应（*die Vorbeugung und die Vergeltung*）为目标，其国家性的模式在一部有效的“敌对刑法”和一部人性化的“兄弟”抑或“近邻刑法”的两级间徘徊。民主和人权在被称作“友好的刑法”（*Freundstraferechts*）中优先。<sup>17</sup>

在此意义下，联邦宪法法院<sup>18</sup> 针对通过国家来剥夺自由的形式阐释道：

*“对人权的尊重和保护是基本法的宪法原则(...)。人类的社会价值要求和获得尊重的要求通过人权得到保护，禁止将人仅仅视作国家的客体，抑或将人仅仅视作手段，人的主体资格应当被重视。(...)”*

对于刑罚和刑法的惩罚问题，联邦宪法法院进一步强调了宪法同时拥有特别信条——基本法第 104 条（欧洲人权公约第 3 条）：

*“刑法的照顾，意味着尊重人权这一信条，特别是禁止残酷的、不人道的、歧视性的刑罚。不允许将行为人仅仅当做犯罪斗争的客体，从而侵害其宪法保护的社会性价值和受尊重的要求”。*

此外，联邦宪法法院也突出了无责任能力的违法者：

*“在此意义上的人权因为其身体上的或精神上的状况不能认定为有罪”。*

严重的没有尊严的行为也不能取消人权。不能从人身上剥夺这种尊严。也不能通过他的行为去实现他的尊严。

<sup>16</sup> Meier, Bernd-Dieter, 刑罚的惩罚, 2. Aufl. 2006, 47, 58 (备忘纸条: 财产刑).

<sup>17</sup> Scheffler, Uwe, 朋友和敌人, in: Feltes, Thomas/Pfeiffer, Christian/Steinhilper, Gernot (Hrsg.), 犯罪政策及其知识基础. Schwind 纪念文集, 2006, 123 ff., (敌友刑法之分的公民刑罚或敌对斗争和公民刑法); 第 125 页以下。(恐怖主义的斗争和抵抗法的构建): 126 (“*Unschädlichmachung*” 概念的调整, 从抵御危险的逻辑出发)。

<sup>18</sup> 联邦宪法法院判例 109, 133, 134 f. (强调: 不是原始的)。

向社会现实转变的是联邦宪法法院也同意阶梯型的种类抑或刑法上的行为人对人相对无尊严性，它如是说道：

*“易受侵害的倒是从中产生的荣誉权，尤其是国家刑罚的侵害。”*

与人的尊严的理念一致的首先是有罪判决，判决包含了合乎习惯的对行为人的污蔑和对其采取的行为，其次是自由刑和财产刑。简而言之，基本价值，如自由、财产和名誉可限制。主体以及人的法律地位是不可侵犯的。基本权利的权利人的地位不可侵犯，生命和健康，原则上还有名誉、自由、财产也不可侵犯。

### 3. 刑法上的坦白（*Geständnis*）和谅解（*Verständigung*）

刑法实践会怎样，且应当怎样在理想状态中为和解做准备？才能促成一种被告被原谅且自我忏悔的程序。目光聚焦到德国刑法实践上，我们可以得出以下结论：首先即便在没有特定的合意的情况下，法院仍可以并将减轻刑罚。行为人在审判中以“悔恨与坦白”（*Reue und Geständnis*）的态度屈服于国家的法律和其身后的价值秩序，这样对他的刑罚从一般预防的角度来看至少是值得减轻的。即便仅是坦白，至少也是一种真相，尤其是通过行为人自身的招供。在罪责刑罚的观点看来，它与一种有效的原宥形式相关。刑罚学说对法的可靠性的维护，<sup>19</sup>如今也促成了和缓的刑罚。因为这样的行为人没有为有效的法、价值秩序的自制树立生动例证。此外，行为人再犯的危险也明显减少。三个刑罚原因都允许在量刑时尽量宣判轻刑。且随后的刑罚执行计划应当将此特点视作再社会化的一步。执行的放松的前景如今正往公共执行发展，且向不危险的被监禁者招手示意。刑法典 57 条以下规定，在罪责范围以内，且具备一个有利的再犯预测报告，自由刑可以减去三分之一，可以转化为缓刑。

刑罚程序中，有时候坦白不仅是一种刑罚的减缓。特别是在被辩护的被告面临一年有期徒刑的刑罚可能时，在许多案件中会达成庭外合意，当然在审判中也应当被公开。<sup>20</sup>当一个确定的认罪达成，且无其他恶劣情形时，法院会告知一个具体的量刑上限。

德国刑法中有允许存在的谈判，该谈判具备与民主国家的和解协议的特征。

<sup>19</sup> 黑格尔的基本方式“否定”或“以其行为对抗法律的行为人的矛盾”：从刑法视角，Rogall, Klaus, 震慑的手段：刑罚，in: Zöller, Brigitte (Hrsg.), 和刑罚共同生活？1997, 236 ff. Seelmann, Kurt, 通过对行为人自我矛盾的行为的探讨，寻求刑罚的合法化。in: 法学和伦理学年刊，第一卷，1993 年，第 315 页以下。

<sup>20</sup> 刑罚程序中的“交流”（契约、协议）：BGH 49, 84, 88; BGH GrSen 50, 40 ff.; BVerfG NSTz 1987, 419.



正如常被配置一样，以这种途径的和解在内容上和受侵害的法治国共存，法治国家中，法律属于国家主体的核心，尤其在行为人认识到自己的行为、责任和法律秩序时。

#### 4. “牺牲法”

德国法律的牺牲保护部分存于刑法之外。对于牺牲者来说，存在于国家的刑法之外：（1）私领域的民法（侵权法、不作为诉求），如民法上的暴力保护法（2002年）；（2）国家警察法，国家社会法，包括暴力牺牲损害法（1976）。（3）一般的医疗、意外、人寿、养老保险；（4）非政府组织。

德国刑罚程序给受刑者设立了一个法律地位，他能在刑罚程序中为相应的刑罚机构服务。

例如，在权力侵权中，通过一次可信的自白或证人，被告通过获得辩护，可以发言或接受至少一次重要的质询。一旦有行为人的帮助，这样一来就能避免暴力受害者的第二或第三次受害。

因此，刑法第 46 条 a，第 49 条规定，在成功的达成行为人——受害人——平衡后，刑法提供了一个更重要的步骤，即以间断的形式减轻刑罚。在实践中，这样的调解多半不会发生在严重的暴力侵害案件中。然而，一次相对新的行为人——受害人——平衡辐射到整个刑法及法院达成的合意的内容中去。这种方式创立了刑法的和解协议，多数情形下是通过第三人作为中立的调解人来做准备和引导工作。首先是在财产刑或刑罚中止、改为缓刑的案件中，尤其是当成功的行为人——受害人——平衡业已存在时，根据法律规定，国家会放弃刑罚。

#### 5. 和解与法的安定性

国家产生前的赔偿合同已经包含了主权性因素的第二视角。

从当今的视角看，首先是自由的家庭或家父对实质相关人的放权，包括受伤害的男人、女人和孩子，以及程序。从当今的视角看 要对集体性的家族名誉的侵权做新的解释。同理，调停人一旦插手，就会作为例行公事的特别人等进入视野之中，通过协助双方，在安定性和避免私人司法的主旨下保证双方的利益。

从和解的国家产生前的、类国家或超国家的概念来看，我们可以推断，国家

的刑罚注意到，和解的任务是一个赔偿性的重要部分。高度简化的说，国家刑罚在民主法治国中为中世纪的赔偿协议构建了赔偿的至少三分之一。

## IV. 公平正义

### 1. 正义与法

正义表现为法律哲学上的一个概念，尤其是法律本身再三与之合一，总结为“法与正义”（*Recht und Gerechtigkeit*）。古老的背景首先存在于国家学者亚里士多德的法律伦理学中，他是亚历山大大帝的家庭教师。法哲学自身，如其名，对于伦理学来说，至少是起源自“不正义”（*Unrecht*），因此也存在于怎样涤除不正义的问题中。<sup>21</sup>正义的起初存在于经历过不正义之后。“正义和法律”看起来至少是一个固定的法政治学的结合物。

### 2. 正义的理念

#### a. 作为标尺的正义

正义到底意味着什么呢？这种情况下，我们不是问和解对于一般事物，而是对于哲学来说。

康德认为，正义作为弯曲之物的标尺，应当被牢记。<sup>22</sup>然而，正义以关于“直线”、“曲线”，以及“合法、非法”和“价值、无价值”的知识为前提。此外它首先涉及到程序问题。

如果用一个词来构建正义的核心概念的话，那就是“公平”（*Gleichheit*）。不公的情形下则要进行权衡，重塑公平。正义意味着（1）秩序上的公平；（2）特别是自由的人的公平；（3）在不公的情形下要求平衡。

#### b. 正义的三分法

首先，公平介于私密的和活跃的人之间。他们的民事自主性在西方世界占据了法国大革命三个核心要求中的两个，即要求扩展人作为公民的地位。核心要素

<sup>21</sup> Heraclitus Ephesius, 片段, (希腊和德国之片段), Snell, Bruno (Hrsg.), 1983年, 23卷: 人们认识公正, 因为它只带来不公。从法哲学总论的视角看公正和不公的不可分割性: Marcic, René, 关于法的基本解释。当代法律思想中既存的、基础实体论要素, Marcic, René/Tammelo, Ilmar (Hrsg.), 自然法和正义。问题的引入: 萨尔茨堡的法、国家和社会哲学文集, 第9卷1989年, 第13页以下, 重要的还有: Rottleuthner, Hubert, 不公。西方的伤害文化笺注, 2008年第6页。

<sup>22</sup> Kant, Immanuel, 习惯的形而上学, 参见: Weischedel, Wilhelm (Hrsg.), Immanuel Kant, 6卷本, 第4卷: 伦理学和宗教哲学文集, 1956, § E, 340; zudem: Siep, Ludwig, 自然法和权利法, in: Krawietz, Werner/Gerhardt, Volker (Hrsg.), 法律和自然。Beiträge zu Ehren von Friedrich Kaulbach, 1993, 132 ff., 137.

的补充，即“自由”（*Freiheit*），行动自由；“公平”（*Gleichheit*），作为人，兄弟般的。“友爱”（*Brüderlichkeit*），照顾。

人与人之间的公平，明确构建了西方民主的图景中不可分割的一部分。然而，根据它自身的理解，我们还需将人的本性和团结补充进去。

自亚里士多德开始，并由托马斯·冯·阿奎因（*Thomas von Aquin*）命名，我们获知了正义的三分法理论。<sup>23</sup>首先，它涵盖了相互（交流）的正义；其次，分派或分配的正义；第三，两个校正方法。它涉及到了以下内容：一方面是肉体上人的慈悲心，另一方面是冰冷的正规的实证主义，如法律上的正义。

德国的法律家强调德国国家法上确定的概念：基本法第2条第1款从自由的人的角度描述了法律和正义的统一：

“人人有自由释展其人格之权利，但以不侵害他人之权利或不违反宪政秩序或道德规范者为限。”

在正义的学说视角出发，该款几乎不能被越过。因为这一简单的规则解释的不仅是公平的方式和范围，还有积极活跃的人的理解。它也表明了人的自治的方式和边界。民法典第138条规定，违反风俗的，紧急情况下的暴利属于其核心情形的，树立了统一的表示，如社会责任，善良风俗的违反从国家法的视角出发也被纳入到秩序的合宪性中。

每一次针对人权的重大侵害最后反正也终究会让“不法的法”有生效的法律的特点。按照通说，每一种法律成为生效的法律时，都会有一个最小化的伦理核心<sup>24</sup>。鉴于人文主义，西方的法律思想支撑着正义的普通理论。确定的法的伦理双重内核树立了人性中的公平和团结性。作为西方宪法的核心，在西方民主的国教的意义上讲，自由、平等和团结的协调树立了世界性的信条形式。<sup>25</sup>

<sup>23</sup> 亚里士多德，*Nikomachische Ethik* (Dirlmeier, Franz (Übrs.)), 1999, 5. Buch, 5. - 7. Kap. (1130 b/ 1131 a); Thomas von Aquin, 神学总论，天主教的学术集，法和正义，1953, Buch II. 2., 57. 1 ff., 58. 6; vgl. 又见：Fechner, Erich, 法哲学、社会学和法的形而上学，1962年第2版，11页，脚注1..

<sup>24</sup> 选自BGHSt. 41, 101, 106 ff. (提出的国家对人的价值和尊严的尊重的最低要求，尤其是对民主德国违反人权的制度性不法)，民主德国允许向穿越边境的受害者射击。为联邦宪法法院95, 96所证实。(指导原则：基本的法律“被普遍认可的人权以重大的方式被忽视时”)。

<sup>25</sup> 在德国的国家法看来，将类似宗教的自白当作宪法核心的解释存在争议。它至少涉及到一个持续的坦白（在其他方面“批判宗教的”Kunig, in: Münch/Kunig; 基本法第1条, Rn. 37 und Podlech, in: AK-GG (Azzola), Art. 1 II, III, Rn. 5)。“法哲学的论断”和一般意义上的民事宗教：Dürig, in: Maunz/Dürig, 基本法第1条, Rn. 73. Mangoldt/Klein/Starck也有基本看法，基本法, Rn. 86: “和基于天赋人权的欧洲人权保护相结合”。Zippelius, in: BK-GG, 第1条Rn.43. Vorsichtiger Kunig, in: : Münch/Kunig, GG, Art. 1, Rn. 38 (基本法不能确定, 为何牵涉到的人权有效力, ——就像在第1条第2款中规定的一样——因为基本法只是强调确认之)。它只涉及到“政治上的行为指示”以及“天赋人权的宗教基础的分离”(Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 1, Rn. 39)。但也并不明确, 是否存在政治性的国家指导, 尤其是基础性的人权。

### c. 多样性：分配正义和损害禁止

两种主要形式后面隐藏了数目繁多的专业性正义学说。正义的学说和各自的专业领域联系起来，尤其是哲学、政治、经济，也和国家、法律相联系。

至少其多样性应当被简要地提及。另外，复杂的双重方式“保障每个人的本性”和“及保证没有人被伤害”。接着，粗糙的规则试图采用国家法的视角，以此从主权的一面来阐明分配正义。我们须使用关键词和四个粗略的框架概念。

伦理化的社会正义包含了分配的正义（*die iustitia distributiva*）（亚里士多德、托马斯·冯·阿奎因），同时也含有混合的政治学权利、义务模型。它以主权分配的程序性角色出现，建立了集体性的团结（*Brüderlichkeit*），在国家爱层面要求主权性的生存照顾（*die hoheitliche Daseinsvorsorge*）社会国家的原则（*Sozialstaatsprinzip*）。民主的解读引导它转化为国家公民的参与权（*Partizipation*）。它也将公平的理念理解为分配的民事法律人格，民法典第1条有所规定。主权性的怜悯、法官国王般的便宜之道有时也归属其中。

政治上的分配正义将最多数人的最大幸福（*summum bonum*）作为英美式功利主义（*politische Verteilungsformel angloamerikanischen Utilitarismus*）政治上的分配形式。它以赦免、追诉时效、和解协议的形式作为对社会有益的法的安定性的分配手段，在公共福利中为政治学的“善”设定总概念，也恢复了伦理价值上对其他人有好处的政治索取的分配原则。从每个共同的基本权利宪章的维度，它在模糊的价值体系理念后为实质上的宪法正义作了延展。在对不同基本权利和人权的具体权衡中，宪法法院在具体的“实践的整合一致性”（*praktischen Konkordanz*）的意义上会对基本价值作具体化说明。人权的政治学概念也涉及了自然法上的分配的人类绝对主体角色。

民事上的禁止伤害（损害原则），首先提供了合理的消极正义学说（没有疼痛）。从分配正义的角度看，也将对“生命”和“所有财产”的保守保障作为一项原则。间接地强迫集体性的、社会性的“善”，这种善是全面的暴力放弃和内在的市场和平的善。因此，它也已为政治、国家的暴力垄断服务。从禁止造成伤害的暴力得出了更进一步的结论，即法律化的和解的治愈理论（*die Heilsidee des verrechtlichten Ver-Sühnens*）。<sup>26</sup>

<sup>26</sup> 宽恕理论，即正义理论考虑到行为人作为主体的一方面，Hassemer, Winfried, 刑法原理，1990年第2版，第282页。也有罪责平衡的“宗教进程”意义上的；刑法心理学上的观点：Streng, Franz, 刑法的制裁，

这种集体性的“善”在所有民主主义者的民主中最终作为他们的“善”被分派，而民主主义者享有参与权。就此探讨的是一个民主的分配正义。

### 3. 正义和刑罚

首先，正义的核心因素和刑罚思想紧密相连，尤其是从德国法学家的视角看来。行为——罪责——平衡直接以行为的恶和刑罚的恶的严格相互性理论为基础。适度的刑罚显现为被告的“生存”。行为人“赚取了”刑罚，而他不情愿接受的刑罚，如果有需要，会像“生存”一样强制性地分配给他，这便是赎罪。

公正的刑罚和其他两个著名概念一起使用，即“镇压”（Repression）和“修复”（Restoration）。镇压意味着对弯曲的矫正。法官用暴力按压，恢复成它原来的形式。而修复意味着“法的和平的重新树立”。该观点以集体性的善为目标，这种善的分配不仅惠及全体，而且惠及每个民主主义者。

分配正义的理念发源于民主，也发源于对死刑的放弃、人类尊严的维持、在刑罚执行中被监禁者的合法人格，也回归到对自由的根本性看法。生命、人格尊严、对自由的期待在德国的民主中构架了刑罚被监禁者的“存在”。此外，他靠“集体性的善”来维持自己的份额。被监禁者的“存在”在人权法上的基础体现为人性上的公平和人与人之间的关怀。

在中世纪的和解协议看来，随后占据主导地位的是古老的自由模式的理念，它只和人格尊严相联系。

德国刑罚程序中，在宣判和执行阶段，被监禁者最终大概实际需要服其刑罚的三分之一。另外，他必须宣称愿意提供确定的补偿。在这种观点看来，介于相关的法律人、民主国家、具体受害者和行为人之间的交换正义的简单理念又占据了上风。

从而我们试图从总体上推倒“正义和法律”和国家刑罚的“人性化的正义”。

## V. 关于人格权刑罚的 12 个主题

密集的主题形式毕竟也得沿着下列学说线发展。

(I) 和解的概念首先包含了宗教的文明理念。重新和解为和平的社会的构想

提供了前提。

(1) 团体的理念控制了和解的基础学说。和解产生了一种团体的形式。和解和团体的概念为了放弃双方的暴力，要求双方关于和平和各自的结构。在通常情况下，和解团体的双重概念输送了相互间单边性的位置的放弃，放弃的至少也是对艰辛的宗教仪式似的程序的屈服。暴力的选择的威胁始终属于和解。对立双方以单向性的私人暴力相威胁，或这种威胁典型地通向双向性的两者的威胁，这样一般就会步入一个暴力的循环。抑或伴随着集体性的暴力的投入，它也威胁着其他的“平等和亲近”、“更高或更强大的“社会团体。但是压倒性优势的事物也试图放弃对暴力的潜在性投入。因此，主权结构的社会乐意对争端各方承诺妥协。尤其是它表达了放弃移植严格的法律，缩短形式上的程序。只有这样，法的和平才能立即被达到。

(2) 广义上的团体应当作联邦来理解。团体可以是两个独立的人，在大社会内部的两个不同的种族，抑或两个接壤的国家。仅仅是人的本性本身就已完成了人类社会的一种宽松形式。而有关联的是其彻底穿越了周遭。相反，急需的仅仅是人类的近邻或为相互交流而设的人群。一种社会类型以此种方式形成。<sup>27</sup> 每个联盟从自身而言，拥有共同的利益，即一种共同福利，和他们更广泛的社会环境相对应。

(3) 一般情况下，小组的这些参与者参与到更广泛的团体中，如精神伙伴、空间上的邻居，经济上的同伴或其他。此外，从多样性中他们也总结出了最高的社会个体性。对于他们自己和其他人来说，他们在那就如同演员、个人或主体一样登台。

(4) 像国家一样的坚固的巨大集群，坐拥一个来源于其仁慈社员内在紧密联系的独有情感本体。这一类情绪化的伙伴可能会由于野蛮的愤怒和失控的暴力冲动地引发冲突。在此情形下，他们将会被交互视作“非行为人、非人或非人类”。他们把其他人贬低为敌人或者只看做单纯的扰乱者。<sup>28</sup>一段确定的等候时间后，

---

<sup>27</sup> 从普通社会生物学系统理论的视角，Luhmann, Niklas的福利国家的政治学理论，1981, 19 f., “社会”以相同的方式：“社会是对所有可能的人与人之间的联系加以规制的广泛的系统。政治制度是其分系统”。在民主的层面上也是：“社会之外无国家”。

<sup>28</sup> Sykes, Gresham/Matza, David的针对对手的中立五大技术：违法理论，见：Sack, Fritz/König, René (Hrsg.), 犯罪社会学，1968, 360 ff., 366 f.: (1) 责任的否定（无情的父母，嫉妒的同伴，坏掉的社会）；(2) 不公的否定（偷窃视作借钱）；(3) 对受刑罚人的否定，因此带来更高层次上的“不公”、贬低以及对受刑罚人的去人化；(4) 对谴责人的非难（社会自身的恶）；(5) 难以到达的世界中的更高的正义， sowie zwei nach Thurmann, Quints, C., 越轨与道德承诺的中立性——危险性分析，in: 越轨行为，1984, 291 页以下，292 页。

他们也有能力在邻人的影响下向和解程序低头。每一步都符合法学、心理学的“调解”方式。

(II) 对平衡的追求构架了此种调解程序的理性基核。受伤本体的重新确立构建了其精神部分。首先，双方必须以合乎仪式的程序形式恢复对另一方的尊重。因此受伤本我的重建表现为平衡的一部分，因为这有益于以任何方式都是参加者或邻人的参与人，渐渐地重新以“平等而临近的人”来互相承认被充满敬意的予以尊重。但是需要具备的条件是，调解的选择需迈出达致平衡的第一步。通常，这种行为对于私人的网络，如家庭、朋友、第三人的强迫或以暴力垄断的法律社会来说，自身背负着名誉。

至少，在这样的迂回之中，其自身的脚印渐渐清晰。行为人至少会将自己视作有行为能力的人。在精神上受伤严重的受害人不仅以此种方式向外展示其主体地位，而且通过这种路径重新渐渐地局部达到其内里。

(III) 刑罚及其程序乍一看于和解无益，从受害者、行为人或第三者的角度看都是这样。因为刑罚主要包含了一种“恶”（疼、痛或失去自由）。而刑罚首先表现为一种暴力行为。遭受刑罚的犯罪行为和这种“恶”应当保持平衡。这种平衡的刑罚基础，特别是出于其自身的意愿，将会被增加为刑罚的预防目的的常规方式。

刑罚作为一般预防，有益于保护社会基本话语。而个别预防为保护社会，以对行为人施加恶的方式来其作用。和解的隐藏方式反而揭露了另外两个刑罚基础：“民众法律信仰的维护”，特别还有“再社会化”的理念。除了这两者之外，至少还存在一种思想，即通过对犯罪行为施加恶，来达到平衡的刑罚，我们尚有这样的目标要达成，并达致与维护法的安定性。

尽管如此，刑罚在核心上是反暴力地去实施。细看一眼，我们会发现，刑法在多大尺度上作出了转变来放弃严格的报应原则。

---

Maruna, Shadd/Copes, Heith, 我们学到了什么——中立性五十年? in: 犯罪和正义, 2005, 221 ff., 265: (6) 允许自己失足的圣人; (7) 必要性的捍卫。和亚文化理论的关联: Whyte, William F., 街角社会——四分之一意大利的社会结构, 柏林 1996, Cohen, Albert K., 犯法的男孩, 纽约 1965, Cloward, Richard A./Ohlin, Lloyd E., 犯罪和机会——犯法群体的理论, 1969 年第 5 版, Miller, Walter B., 下层文化: 盗匪犯罪的社会根源: 犯罪社会学, Sack, Fritz/König, René, 1979 年威斯巴登第 3 版。第 339 以下。对人的新探索。(在“反规范的行为方式”的人群中提升的中立接受度): Winkel, Frans, W., 犯罪行为和牺牲前的程序: 心理学和法律的进步, de Gruyter, Walter (Hrsg.), 柏林, 1997, 65 ff.; 该学说的问题: Fritsche, Immo, 原宥、合法化及社会规范的危害, 2003 年, 第 19 页。Ball, Richard A./Lilly, Robert, J., 农业国的未成年人犯罪: 犯罪学, 1971 年, 69 页以下。

(IV) 在联邦宪法法院强有力的辅导下,德国的“和解刑罚”形式发展起来。人性化的宪法给法治国家的刑罚提供了穹顶。对于狭义的刑罚来说,尤其是与安全保障相区别,如下所示:

(1) 基本法已经取消了死刑(基本法第 102 条)。

(2) 人们强调了“责任原则”,它只建立起刑罚的两大因素之一,即“行为——罪责——平衡”。它以“责任”为前提,原则上要求遭受刑罚的犯罪行为的严重性要放到与刑罚重度的关系中来。我们可以确定的是,责任原则在最本质的宪法基本规定位于第 1 条的人格尊严、第 2 条的自我责任、自由和法治国家原则。<sup>29</sup> 行为人尤其不应只被当做客体而被降级,而应当至少被当作主体来对待,例外是,经证实他对民主国家存在一定威胁。

(3) 行为人因此在执行中也配享人格尊严,原则上同是权利主体。

(4) 他的自由不应以有期徒刑的形式限制。他应当在原则上具备自由的可能性,作为自由人,需要强调的是,额外的保安措施的情况下,他可以在刑罚执行中进行登记,以证明其“不存在危险”。

(V) 这种人性化的惩罚方式将罪犯作为平等的和将来的人来对待,把他们看作是朋友而非敌人。从民主国家的调解角度看这些罪犯依然拥有不可侵犯的人权和积极地法律主体地位,两者是他们在民事调解框架中必须花大力气才能重新获得的。

罪犯的这种解释表明其特别是民主原则的结果。因为杀人犯作为国家的共同治理者,原则上还是必须要继续完成其职责。

从人权的角度来看,这也是他们的尊严和与生俱来的人格法。为了行使这种尊严,他需要生命或者至少有能够再次享有自由的机会。

违法者也有在罪犯和受害者间进行平衡的调解机会,这个机会是在必要时由国家促成的。受害者总会尝试从自己这方向罪犯提出积极有效的民事请求权。在有严重的会反复发生的危险时,受害者能够求助于警察。除此之外,当情况陷入现实存在的困境时,公共社会法也可以帮助受害者。刑法仅构成了国家整个法

---

<sup>29</sup> 联邦宪法法院新法学周刊 2008 年,第 1137 页:“没有责任,没有刑罚”的原则有宪法层级。它的基石是基本法第 2 条第 1 款中规定的对人权的尊重的信条以及法治原则。(vgl. BVerfGE 9, 167 [169]; BVerfGE 86, 288 [313]; BVerfGE 95, 96 [140])。从这项基本原则出发,刑庭也遵守个案中与责任相适应的刑罚的信条。另外,刑罚也必须考虑行为的严重性和罪责的尺度之间的法律关系。(vgl. BVerfGE 20, 323 [331]; BVerfGE 25, 269 [285 ff.]; BVerfGE 50, 5 [12]; BVerfGE 73, 206 [253 f.]; BVerfGE 86, 288 [313]; BVerfGE 96, 245 [249])。



律体系的一个部分而已。

(VI) 如果不那么教条地看，除此之外，还存在着放弃部分刑罚的民主且法治国家的和解方式。

(1) 这尤其适用于理想化的案件，在这些案件中罪犯以招供和悔意使自己重新服从于民主社会的法律，并且他还准备根据力量对比执行罪犯——受害者之间的平衡。罪犯在一些严重的，特别是暴力犯罪中准备好承担一段比较长的自由刑以作为对自己的惩罚，这也属于上述的理想案件。

这种恭顺的行为同时发生在惩罚的压力下在特别的情况下社会——实践型的调解存于以严格的主权性法律为背景的“最坏案件剧本”。

刑罚的人性化在于保障人的基本尊严、法律地位和罪犯服从法律时在刑罚不重的情况下至少会放弃部分刑罚及其执行。

(2) 这种方式的人性化产生于法治理念本身，又和法治理念一起以平等的形式出现在法治国家原则中。需要强调的是，这种人性化是对怜悯性的纠正。人性化同时也间接地包含了分配正义。因为分配正义来自于古代城邦公民或者今时今日人类的人权。

追求普遍公平的理念也描述了基本预防措施的必备要素。基本预防措施首先致力于对守法公众的价值保护和维护，而且其在这双重作用中与英美的“常识”被紧密地共同运用。基本预防措施也在民主和法治国家原则中有深深的根基。

相反地，民主中的公众共识首先在于：个人的基本价值被损害后应该被“公正”地平衡。否则会由公正产生以处私刑为形式的自力救济以及其他的危险或者

(VII) 前提是将前国家的或者超越国家的有关公平的观点作为自己最高价值。英美法中的陪审团常识以对正义的寻求为基础。正义也是法国关于共同的民族意志的核心 (*volonté générale*)。德国宪法第一条第二款也根据人权不可侵犯的规定指出了世界的正义。

(VIII) 另外还出现了对于平等的民主要求，它介于自由和团结一致之间。在这三者的相互关系中也只有和自由、团结一致一起，平等才构成了西方人物形象的必不可少的部分。简单地来说，以下几点适用于平等观念：

虽然公平的核心是由看不见的相互性的黄金规则组成的，这种相互性以具有类似性的平衡为目标，就此而言，“平等”的思想起着支配性的作用。但是，自

古希腊罗马以来为了实现交流公平至少还出现了分配公平。分配公平包括一个弥散性的辅助系统。根据分配公平每个人都有对其生存的请求权。根据财产和基本的行动自由这两种模式每个自由民都可以支配自己的法律地位，这个法律地位是为其他人所认可的。这样说来，平等从表面上看也已经以自由民的自由为前提。

但是不自由或者地位的丧失也可能构成人的存在。自由刑也抓住了这种开端，尽管其仅是有限地使用它。然而，共同财富的供给，比如已公开的请求权，从奴隶制中的解放或者从自由民角度的进行索赔或者公共的审判程序的权利，也体现着人的“存在”。

另外“下一个”的团结一致的因素。那些旧的关于公平的公式也研究这种限制。因为没有怜悯的平等可能是残酷的，也是野蛮和没有人性的。在对于怜悯感情上的考量背后是陷入困境的家庭性的、市政性的和道德无私性的关于团结一致的思想。

(IX) 涉及到刑罚即意味着以下几点：身处如此困境，即便罪犯自己对此负有责任，抑或是监禁的杀人犯，他也理应受到友爱的宽容。从绝对统治者的角度这相当于施予赦免。通过这种方式，统治者可以同时展现他的权力（铁腕）和仁慈。从人权的角度这里体现了一种理性的平衡，它向公众如此阐释对法律的忠诚：民主社会不应如同罪犯一样的放肆、自私及凶残。因此，它放弃了冰冷的纯粹复仇。

当一个残忍的暴徒并不恭顺地再屈于法律之下或自觉接受惩罚时，一个放弃对杀人犯处以死刑的社会，是具有和解性的。不过，在紧急情况下（这种情况需不停的反复检验核实），社会仍保有紧急权，尤其像在预防性拘留中所体现的那样。一个声明人的尊严不可触碰的人道社会，将会由于其对自我形象的定义，不愿与罪犯等同。

就这点来说，放弃严格对等的民族存在或多或少对罪犯的迎合。通过这种禁欲式的放弃其赢得了一份自尊自重。这种放弃体现了对永恒复仇的死刑机制的解放及自我控制，自尊自重也即从中发展而来。从分配正义的视角来看，该民族的行为并非慷慨大方，而是明智合理的。因为该民主的民族赋予——鉴于他们的统治思想——它的每个共同统治者人的地位，并且高于它的地位。换言之，该民族不会将任何一个成员，包括杀人犯，牺牲在一个更崇高思想的神坛上。它仅仅使

危险人物不再具有危险性。

(X) 这些要求并非仅存于理论，也存于法律实践中。正如所见，在主权法治国家德国，很久以来便在刑罚实践中实行和解性的方法了。其目的在于达成与社会，有可能的话还有受害者之间的“和平”，对其作出赔偿，得到减刑的“恩赐”，以及对执行松动和按三分之二刑罚假释的期待。

无论怎么说，80%的判决都为罚款处分及社会义工，另外13%为监禁，不过先通过缓刑的方式实施。法院经常将其与重大的生活指示和替代性的金钱定额相结合，这种金钱定额具有类似罚款的性质。然而，社会同样也可以从这种和解性的方式中获利。因为至少短期监禁并不那么有效，因为它反而提高了罪犯再犯的危险性。

罚款和缓刑处罚的核心在于，公众宣判其有罪。这种方式使黑格尔所指的法治国家的效用与罪犯的矛盾对立起来。据此，法律命令的效力在社会层面上再次得以实现。

此外，在广阔的刑法实践中，和解的基本理念得到了直接体现。专业的“平衡人”作为中间人或者调解员，抑或该项事务中的帮手出现。从刑法的角度来看它们分别为：辩护人、公诉人、刑法法官及之后判决执行中的执行主管

(XI) 另外，在一个民主的人权国家，将同样的他人看作兄弟（同胞），并对其处以人道的处罚甚至证明是公正的。因为，这种人道的处罚是站在个人的角度的，站在罪犯、受害人和第三人的角度的，即“您的角度”。因为这构成了他们人权地位极重要的一部分。从人权国家的集体视角来看，这种权利是对其占统治地位的民主的正义且理性的平衡。

我们选择了德国法作为榜样。然而，其在西方法律中的地位也体现了相似的人权宣言及将要公布的欧盟基本权利宪章。

(XII) *这种平衡高度简化地顾及到了罪犯、受害人及民主社会的利益。此外，它还顾及到了半宗教理念“和解”的法律化形式。*

那些行使宗教自由，并信仰三大宗教中一种的人，尽管在人权之上或之外认可另一种至高的权力，然而，他们也确信，这些宗教并非皆崇尚旧约的“以眼还眼”。（另外，“以眼还眼”也是一种言语。即使是杀人罪，他们也推崇一种平和的和解程序。）

从这个角度来看，德国刑罚是一种公正的、人道的、合法的惩罚手段，即“人权刑罚”。

## E. 欧洲法学三元论的自然法及其一元论解读

### I. 引言和观点一：民主欧洲及其精神遗产

1. 欧洲国家联盟间或需要回顾它的“共同起源”、自然法的共同起源。从十六及十七世纪一些名著获取的知识，需要结合现实的情况再度磨合、整理、推展。自然法——应当广义地<sup>1</sup>理解这个合成词——几位先圣大师的论断，应可启发我们新的思索。

约 1500 年至 1700 年之间，欧洲战乱绵延。战争与和平、瘟疫与饥荒、宗教革新与反革新此起彼伏。这种大变迁横贯了农业国家的中世纪晚期、城市的复兴期<sup>2</sup>和统治者的国家巴洛克主义<sup>3</sup>的近代。在这两个世纪里，新大陆的征服和自然科学的新成果也影响深远。自然法试图兼顾到新国家制度并理性地应对这种复杂性。

从现代到自然法的连接之桥就此形成。根据里斯本协议，“联盟条约”应具有一个如下的总纲：（它）是从欧洲的文化、宗教及人道的遗产、从不可侵犯和不可买卖的人权、从民主、平等和法治国家的基本原则创造性地发展而来。

在同样列入里斯本条约的《基本人权宪章》的总纲里，欧洲人民承认他们的“精神和道德遗产”<sup>4</sup>和由其推演出的“不可分割与普世的价值”。《欧洲人权公约》的总纲也谈到了“政治传承、理想及对于自由和法治国家的尊重”方面的“共同遗产”。

这样，这三个总纲不仅指向了共同传统，而且更主要的是提出了一些紧密关联的思想和公式。我认为，它们的主旨包括了“基本人权宪章”。这些总纲从德国的角度，同时地，也从历史的角度来看是极其有意义的。

基本权利宪章的“普世价值”首要的就是德国的人道主义最高概念：<sup>5</sup>人性

<sup>1</sup> Seelmann, Kurt, 法哲学, 4 版, 2007, § 8, Rn. 4 (“所有自然法的学说, 其基本思想的最低共同点是, 国家的全面指导权可以通过法律来否决(即超越国家的), “法律的不可支配性至少在它的重要原则方面得以捍卫”(法律的底限伦理核心))。

<sup>2</sup> 从欧洲人文科学史和自然科学史考察: Coing, Helmut, 作为科学问题的自然法, 1965, 7ff, (也包括关于再度复兴的古代)。

<sup>3</sup> 概言, Hattenhauer, Hans, 欧洲法学史, 第 4 版, 2004, 约rn.127ff, Rn. 1223f. (关于巴洛克思想)

<sup>4</sup> 关于该总纲德语版的宗教方面的内容和争论, 可参见: Stern/Tettinger, 于: Tettinger, PeterJ.欧洲人权宪章的科隆集注,2006,序言, Rn.6; 英文的较委婉说法“精神与道德遗产”。

<sup>5</sup> 参见: Haeberle, Peter, 人性尊严作为国家共同体的基础, 见: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (出版人), HdStRII,3,

尊严，紧接下来便是法国的三元论：“自由、平等和博爱”。<sup>6</sup>这些思想的原始父母是国家政治的第三点，即一方面是“有尊严的”和“自由的、平等和博爱的人”的“民主”，另一方面的作为“法律准则”的“法治国家”。由此可见，三元论构成了开放、多元的自然思维的典型骨架。从后现代角度来看，缺少了对于“自然”的提示，例如作为人类的环境，尤其早期国家的“自然法”已经用自己的方式使用了这种想法。

特别是从德国的角度来看，作为法治国家的“法律的统治”的重要思想，可以用 *Kirchhof* 的说法来概括。可以援引康德的定言令式，他通过法律秩序及权利的普遍适用性诠释服从法律，如下：“法律的不可破坏性约束所有的法律臣服者，要求一律的遵守，保证了所有人在法律面前的平等。”

法律之前的“平等”，不仅是一项基本权利，而且是“法治国家的适用范围”。平等原则是法治国家的最高法律准则。因此平等的思想和法律的思想互相促进，甚而混为一体。<sup>7</sup>故而，服从源自平等的形式理性。

简单的国家观念存在于民主和法治国家之中。欧洲奉行总纲的民族以民主方式和用法律观念管理狭义上的行政国家，行政国家的实践建立在权力垄断和税收所保证的预算之上。所有的民主构建的法治国家在政治上的实现需要“保证”，这一“保证”包括“有效的法律安定性”（*Rechtssicherheit*）<sup>8</sup>和国家条约中所确定的“良好行政”<sup>9</sup>。<sup>10</sup>

EMRK（欧洲人权公约）第5篇已经调整了“拥有自由和安全的权利”，在

2004 出版，\$22, Rn.100, 有一句：“人性尊严的信条在世界得以贯彻，是合作性的宪法国家里组织起来的整个人类的事业。”

<sup>6</sup> 关于整个文明的引导思想和关于用欧洲“总纲民族”前国家视点审视整个文明，参见 *Montenbruck, Axel*, 文明。国家和人类，权力和法律，文化与自然。2009, Rn.3.Iff.

<sup>7</sup> *Kirchhof, Paul*, 客观与随意，见：*Hans-Joachim/Kirchhof, Paul/Träger, Ernst* (出版人)，责任与自由。作为确立价值秩序的宪法，为 *Willi Geiger* 八十诞辰所做的贺词，989, 82 ff., 93, u. *Hinw. auf Grimm, Jakob und Wilhelm*, *Deutsches Wörterbuch* (bearbeitet von *H. Wunderlich*), Band 4, 1949, 8124.

<sup>8</sup> *Radbruch, Gustav*, 法哲学，教科书，第2版1. 2003, 167: “因为实在法律的实在性，法律安定性”成为其特点，同时它位置介于实用和正义之间，颇为奇怪。它不仅是公益的要求，也是正义的要求”。还可参见：*Arnauld, Andreas von*, 前瞻性地接近法律指导思想，2006, 640 及 641（法律的社会实效之保障）。因此，只要非公平的状态没有了自身动力，就是说没有了自己的“运动力”，那么法律安定性的新既定状态就会出现。

<sup>9</sup> 从法律比较上看欧洲不同的国家制度的“良好行政”的来源、产生与意义，参见：*Classen, Kai-Dieter*, 欧盟法律中的良好行政，2008, 100 ff. (北欧国家的“良好行政”)，116 (荷比卢国家的有序行政)，125 (普通法法系国家的“良好行政”，英国、爱尔兰)，137 (“欧陆法系的行政秩序”，法国、德国、奥地利、意大利)，162 ff. (由宪律确定的程序法，希腊，西班牙、葡萄牙) 以及 403 ff. (基本法的)，423 (他的结语是： „…细心实体化的程序基本法-“良好行政”，简单地，其类似结构可以用专制主义的概念“国家理性”来诠释。在西方的“民主”和“法治国家”里，它首先表现在“民主”与“法制国家”的保障和保护里。

<sup>10</sup> 从公法角度看“由法的稳定与实效产生的可靠性”，参见 *Arnauld, Andreas von*: “前瞻性地接近法律指导思想”，2006, 271 ff., 关于国家的法律安定性作为“泛欧洲的观念”，625, 生硬的法律制度--比如法国的一犹疑地接受法律安定性作为“指导思想”，662 f. 在欧盟法的压力下法国和英国的法律制度的缓慢转变。

第 6 篇里谈到了对于公平程序的保障。接着 EMRK 试图对刑法的权力加以约束，第 7 篇（惩罚必须有法可依）则包括了对免受不明的惩罚规则的保障。这条最后作为警务基本观念的安全也属于民主，尤其属于法律思想。作为有效的价值保障，它也被归类于普世价值。

## 2. 刑法也与有功焉

无论如何，德国国家的刑法在这个意义上说，自从 19 世纪来就在执行。今天的宪法条文“罪刑法定”，是法治国家的外在的观念。刑法试图用常用词“法益保护”，<sup>11</sup>把惩罚标准的内容限制到伦理底限之内。刑法此外还包括一个三合词：它由“法”的伦理的、礼仪的元素，由唯心主义、绝对的集合名词“善”，以及有预防性、有效的“保护”措施共同构成。<sup>12</sup>

从奉行总纲的民族来看，刑法用自己的方式准确地保障了他们的“价值”，人道价值的基础首先是“人性尊严”。根据联邦宪法法院的诠释，这个德国最高的价值（宪法第 1 篇），是一个双重概念。人的物理存在，即生命和身体，是精神化和规范化的“尊严”的“活的基础”。刑法中杀人罪和身体伤害罪保护了基本权利载体——人的身体存在。

“自由平等博爱”的三体合一。

“自由”涵括了所有的个人法益，首先是自由罪，以及财产、财富罪的总体。刑法描述了罪犯滥用他的自由的方式、限制受害人自由的方式。它要防止“强制”和“胁迫”，以及“欺骗”和“失信”。刑法从法律观念来理解“平等”，一般将之反映在普通犯罪里。“博爱”以多种形式存在于保护公共价值里。过失犯罪也包含这些基本思想。

另外，刑法特别通过规定国家保卫罪、法律事务罪来体现“民主和法治国家”的精神。

考虑到基本权利宪章的具体章节，得出结论：欧洲人权公约第 5 章把欧洲的

<sup>11</sup> 可参见 Rudolphi, Hans-Joachim 给刑法所作的独特的、系统的评注，Erich Samson 也有参与。2008 年 11 月，Rudolphi: vor § 1, Rn. 3 ff., Rn. 12 ff (“作为法益保护工具的刑法”)

<sup>12</sup> 从与刑法、宪法的联系谈“法益”的刑法观念，宪法约束下的刑法，参见：Lagodny, Otto, 受到基本权利约束的刑法，1996, 139 ff.; Appel, Ivo, 宪法与惩罚，关于国家惩罚的宪法界限，1998, 432 ff., 351 ff., 357 ff., 同书：刑法中的公共法益，2002, 44 f.; 以及 Frisch, Wolfgang, 在国家惩罚的合法性范围内的法益、法、不法行为结构和归责。Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohler, Wolfgang (出版人)，法益理论。刑法的合法基础或教义学的玻璃球游戏？2003, 215, ff. 221

独立概念“安全”与自由并列，作为实效性它构成了法治国家的一个组成部分，一方面刑法将安全概念体现在了保护的基本思想里，另一方面，公共安全的概念体现在妨害公众的罪行里、<sup>13</sup>大部分的附加处罚和破坏秩序法规里。滥用公务罪也以自己的方式解释了安全。

滥用公务罪也以自己的方式解释了安全。<sup>14</sup>德国刑法通过颁布刑事诉讼法保障了“程序公平”，它并非着眼于公民与国家的诉讼时的公平，而是把寻求客观真相当作最高目标。至于执行程序及其人道的重新社会化的目标则由此间已采取联邦化的执行法。

借助罪过概念（罪刑法定原则），<sup>15</sup>德国刑法结合了“民主”、“人性尊严”和“自由”的思想。

### 3. 这些思想是从哪个跨欧洲的遗产发展而来？

人性尊严是一个一元论概念，不是三元论。关于人性尊严，不得想不到自然法和国际法学者普芬多夫（1632-1694）提出的人性概念，他本人经历了欧洲大陆三十年战争的恐怖与后果。“人的尊严至高无上，因为他拥有灵魂，灵魂为理性之光照耀，拥有判断力和自由决断，于各种艺术得心应手。”<sup>16</sup>

这种自然法的论断，用人的精神灵性解释了人类的尊严。更近地观察的话，这种精神灵性包括了四种元素：理性的启蒙之光，规范的判断能力，意志与决断的自由，还有各种艺术上的创造力，后者也包括科学。

现在只缺少了人道的能力：同情，及其在一个共同体里博爱的结果。和卢梭

<sup>13</sup> “作为主导的宪政原则和最高的宪法价值，人的生命是人性尊严活的基础”。至少联邦宪法法院 115, 118, 152 如此认为（结合联邦宪法法院 39, 1, 42; 72, 105, 115; 109, 279, 311）。据此法院补充道：“每个人作为人都有尊严，不论其性格，其身体和精神状况，其成就和其社会地位”（参考：联邦宪法法院 87, 209, 228; 96, 375, 399）。“不可剥夺某个人的尊严。由此衍生出的获得尊重的权利，则是会遭到伤害的”。（联邦宪法法院 87, 209, 228）“它也与个体生命的期望寿命无关”（参考：联邦宪法法院 30, 173, 194，关于人在死后也拥有要求尊严的权利）也可参见：人性尊严作为国家批评的绝对规律，在：立法和法学的季评(KritV)，给Burkhard Hirsch的颁奖词，2006, 295 ff., 297

<sup>14</sup> 关于国家的罪责，概要的：Wagner, Heinz Jürgen: 公权滥用罪.1975

<sup>15</sup> 参见联邦宪法法院，2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1 - 421), Rn. 364: “在欧盟的刑法事务上的管理权，必须满足罪过原则的要求。刑法建立在这个罪过原则上。前提是人的自身责任，人能决定自己的行为，借助意志自由在对与错之间抉择。人性尊严的保障基于，把人当作精神的和风俗的灵长的想法，这种灵长天生能自由决定和发展。（比较：BVerfGE 45, 187<227>）在刑法事务的方面，宪法的第一篇第一节，对惩罚本质的理解和过错罪过的关系是决定性的。（比较：BVerfGE 95, 96 <140>）过则罚之原则，源自于宪法第 1 篇第 1 节的保障人性尊严。（比较：BVerfGE 57, 250 <275>; 80, 367<378>; 90, 145 <173>）过错原则属于根据宪法第 79 篇第 3 节而不具有的宪法同一性，即使在跨国家的公权力面前也得到保护。”

<sup>16</sup> 普芬多夫论“Dignitatio”，Pufendorf, Samuel: 论自然法和万民法，Böhling, Frank (出版人), Band 4.1 (Buch I bis IV), Buch II, Kap. 1, § 5.关于普芬多夫见：Wesel, Uwe, 法学史，从早期形式到现代，3. Aufl. 2006, Rn.249



的意思略不同，这里指的是关怀的情感层面，伦理上我们把它归结为某个团体中的（假性）利他主义。<sup>17</sup>

移情来源于人们不仅能商量式地、公平地为别人设身处地，<sup>18</sup>而且这种同情力也导致记住相互性和理性对话，并事先准备好。这样，人们会首先创造内心重现或使他人的形象栩栩如生，并如此创造一个灵魂上的精神上的“自己”。

人性尊严不仅构成世俗人权的核心。尊严的概念更构建了共同的自我管理的原因和方式，指的是如此有尊严的人的民主。<sup>19</sup>

问题是，历史上被这样“有尊严的”人领导的民主国家，是否正好包括了这些基本元素，即国家的人道特征。因为在这种民主制里，有尊严的、自由和有创意的人，根据自己的天性和本性，指导他们自己创立的世俗国家。取宗教的“神之像”而代之的至少是中间阶段的“人之像”，它作为政治人道主义阐明了各种人权。

4. 不论如何，普芬多夫的论述里，人性尊严的基督新教背景清晰可见，他同样看重市民从中世纪天主教会解放出来。<sup>20</sup>

前基督教时代用理性论证的国家，科学的自然法溯源于此，这些国家已在古代出现。保罗教派也许建立在希腊的思想世界之上。<sup>21</sup>具体地说，普芬多夫可以援引如同亚里士多德描述的灵魂观念，<sup>22</sup>现代早期先贤的著作因此可以说是古代

<sup>17</sup> 关于集体人的理念，卢梭，论社会契约或国家法的原则，(1786), Brockard, Hans (出版人), 1996, 18: “我们，每个人都把自己的个体及全部力量置于公共意志的最高准则之下，如同我们的身体会把每一肢体当作整体的不可分割的部分”。那些共同的，即民主制里的人民，以“民族精神”的形式接受了原本的人的角色，从而也构建了民族国家的自然主权。详见：文明。国家与人民，权力与法律，文化与自然 2009, Rn. 531 ff.

<sup>18</sup> 也可见：Mensch, James, Political Violence. The Conflation of Sovereignty and Freedom, in: Hagedorn, Ludger/Staudigl, Michael (出版人), 关于文明与区别，欧洲政治现象学文集。2008, 285 ff., 302, „We transfer to the other our sense of being a subject ... we also transfer to our self the others different grasp of the situation as evident by his or her physical or verbal behaviour“ und „the space of freedom that their alterity affords us“.... „The moral authority of such rules is that of the space of judicial order that embodies our alterity and freedom. That means that personal individuality is an old logical born of personal freedom, too“

<sup>19</sup> 关于“共同价值”的方式和意义见：Stern/Tettinger, 于：Tettinger, Peter J., 欧洲基本权利宪章科隆集评，2006, Rn. 25 ff., 基本权利和人权在欧洲和世界价值体系中的发展，更全面的且含有法律对比的参见：Rensmann, Thilo, 世界秩序和宪法，2007, 2, 208, (德国宪法法院的观点：人性尊严，它不仅普遍适用，而且还和“国际人权立宪主义”相关联)；203ff. (关于价值制度判决的理性和合法性，特指其在现代跨国家语境中) 243ff. (保护和保障义务与“自由和法制的”美国的宪法思想的对比)，329ff (在欧盟中的发展)；360ff. (关于国家共同体)

<sup>20</sup> 参见：Frank, Günter, 神学的理性。近代早期的宗教哲学研究，2003, 61f.: 根据梅兰希通，MSA 3, 359, 基督人类学的核心发端于认知心理学，“所有的科学都源自灵魂的认知。”

<sup>21</sup> Frank Günter, 神学的理性。近代早期的宗教哲学研究，2003, 59ff.

<sup>22</sup> 亚里士多德，Aristotle' De anima: 书 2 和 书 3 (with certain passages from book I)/transl. with introd. and notes bei D. W. Hamlyn, 1968, 406 b - 407 b, 灵魂是，人类天性的内在完善，参见：Frank, Günter, 神学的理性。近代早期的宗教哲学研究。2003, 58 ff., 64 ff. 关于神以自己形象造人，作为这种观点的表现方式，梅兰希通 Frank, Günter: 神学的理性，近代早期的宗教哲学研究，2003, 63 ff.: 在创世时上帝把最好的给了

思想的某种复兴。

首先，亚里士多德虽然在中世纪盛期争议不断，但此时产生了一个与他相似的政治学说，描述了他同时代的城镇国家和统治区域。以今天观点看，他的自然法论述甚至是后现代式地从人类的自然的社会冲动中演变而来，<sup>23</sup>他要求公共福祉，要求把平衡以及分寸当作正义的政治考量。<sup>24</sup>

5. 《基本权利宪章》突出“人性尊严”之后，接着是著名的三元论“自由平等博爱”。有鉴于此，必须考虑，多大程度上全欧洲的法学思想不仅出现了人员的三元论，而且出现了结构的三元论。

有些论点有待证明：1. 在著名的德国法律三支柱里：刑法、公法和——远离国家的——民法里，也能反映该三元论。2. 此三元论也可以代表法律思想的三个核心概念：公平、必要性和契约。3. 同时，出现西方的三个法文化模式，一个德国的强调平等的，一个法国的更依赖“博爱”，和一个“自由”思想更占主导的英美模式。

首先从格劳秀斯的正义论和“刑法作为自然法的国家法学”的演变着手。主要部分用来分析这种刑法论点。然后再谈布丹和霍布斯，他们各以自己的方式强调，自然法可当作统治者的有效的主权法，这是紧迫性和必然性造成的，至少在博丹看来，它可以导向博爱观念和未来的国家福利法。洛克则激进地认为，基于自由人的契约和公民合作原则，自然法也许可以当作“众人的民法”。

---

人类：智力、公平，快乐和意志自由，梅兰希通，CR, 12, 592; 13, 124 关于普拉图自然神学对加尔文的影响。Nijenhuis, Willem, Calvin, in: Müller, Gerhard (出版人), 神学的真实百科全书, 7 (1981), 568 ff.; 加尔文和神的自然知识, Obermann, Heiko A./James, Franck A. (red.), 参见: 中世纪晚期的奥古斯丁, 文艺复兴和宗教改革, 1991, 142 ff.

<sup>23</sup> “谁不在集体中生活，则不是国家的一分子，而是一只野兽。” Aristoteles, Politik, Gigon, Olof (出版人, Übers.), 2003, 50, 尽管在他看来这种行为会出现，却是非自然趋向的，因为他又说：“所有的人天性里都有一种组成（国家）共同体的欲求”，从而使自己成为西方自然法的古代奠基人。

<sup>24</sup> 亚里士多德认为，正义也间接源于自然：“正义是国家共同体独有的。因为，法就是国家共同体的秩序，正义判定，谁是公平的。”亚里士多德，政治, Gigon, Olof (出版人, Übers.), 2003, 后来他解释道：“政治的善就是公平的，是对大众有益的。凡公平者，则对大家都是平等的”，122, 以法哲学的观点, Naucke, Wolfgang/Harzer, Regina, 法哲学的基本概念, 5. Aufl. 2005, Rn. 71 f., 他们认为，正义论缺乏了关键思想，而且为了使国家稳定，把正义当作平等来解释，在政治上是最简单的。

## II. 通过法律确定 (Verfasstheit): 格劳秀斯的“刑法作为国家法”

1. 德国-荷兰人格劳秀斯 (1583-1645), 国际法之父, 生活在弗莱芒一个新教的贸易海港, 当时正值三十年战争期间, 荷兰为了脱离天主教的西班牙而大动干戈, 可能因为这个背景他把刑法和国际法一起比较。<sup>25</sup>

正义战争 (bellum iustum)<sup>26</sup>的理论是中世纪盛期的科学神学建立的<sup>27</sup>, 格劳秀斯则加以延续。它的目的是把战争限制于正义战争。格劳秀斯的观点应当首先是由加尔文主义的经历, 以及为正脱离罗马德意志的荷兰的事件所影响。<sup>28</sup>他的学说强迫国家使战争正当化。

格劳秀斯认为, 刑法乃正义地使用强制力的典范, 很明显, 他把刑法看作是一种法律的天然正义的典型。虽然自然允许某人以牙还牙, 但它需要一个目的。因为只有这样, 神赐予所有人类的亲密联系才可以置之不理。<sup>29</sup>格劳秀斯同时还强调, 用惩罚来治疗是高明的, 并援引塞内加 (前 4—65)<sup>30</sup>, 后者则依据柏拉图 (前 428/427—前 348/347)。<sup>31</sup>“这种惩罚方式是理性的指令”。

2. 格劳秀斯强调了这种论证的两个主要源泉, 即自然的理性和古代理论权威。理性论虽依据自然模式, 它却强迫理性的人, 理智地 (理性地)、同时也是

<sup>25</sup> “作为国际法的一部分的惩罚强制力”, 胡果 格劳秀斯: 战争法与和平法的三卷本, Schätzel, Walter (出版人), 1950, II, 20, § 3; Hüning, Dieter, 洛克论自然状态、自然惩罚权力和国家, 于: Peters, Martin/Schröder, Peter (出版人), 主权方案。17 和 20 世纪的政治制度思想论集。2001, 85 ff., 95

<sup>26</sup> 参见: Bothe, Michael, 维护和平和战争法, 于: Graf Vitzthum, Wolfgang (出版人), 国际法, 1997, 581 ff., 584.

<sup>27</sup> 从法学史看, 格劳秀斯的精神环境, 关于西班牙的后期经学家的先行者参见Köbler, Gerhard的概论, 德国法学史, 6. Aufl. 2005, 149 f.

<sup>28</sup> 从法哲学的角度: Frank, Günter, 神学的理性。近代早期的宗教哲学研究。2003, 229 ff.

<sup>29</sup> 胡果 格劳秀斯, 论战争法和和平法的三卷本, Schätzel, Walter (出版人, Übers.), 1950, Cap. XX, § 1, 1: “malum passionis propter malum actionis (因恶行而加以恶罚)”, 也可见§ 4, 1.: 关于格劳秀斯的刑法主张见Simson, Gerhard: 胡果·格劳秀斯和惩罚的功用, 于: Schwind, Hans-Dieter i.V.m. Berz, Ulrich/Geilen, Gerd/Herzberg, Rolf-Dietrich/Warda, Günter(出版人), 1985 年 12 月 18 日给Günter Blau的七十诞辰贺文。1985, 651 ff.; 尤其可参见: 刑法教科书概论, 5. Aufl. 1996, 69, 此外: Jakobs, Günther, 国家惩罚。目的和意义。2004, 5 ff.

<sup>30</sup> Seneca, Lucius Annaeus, 哲学随笔, Rosenbach, Manfred (出版人, Übers.), 5. Aufl. 1999, De ira, Bd. I, 对话 I-VI; De ira (论怒, § 213 StGB采纳) II, xxxii, 1 和 De ira I, xvii, 7; 参见: Schmitz, Heinz-Gerd, 关于犯罪惩罚的合法性.哲学思辨, 2001, 87.

<sup>31</sup> 柏拉图 普罗泰戈拉, 于: Eigler, Gunther (出版人) 柏拉图, 八卷本, 德语和希腊语, Band 8/1 (Buch I-VI) und Band 8/2 (Buch VII-XII), 特别版 1990, 83 ff., 324 a, b; auch: Platon, Nomoi, 于: Eigler, Gunther (出版人), 也可见: 柏拉图, 高尔吉亚篇, 于Eigler, Gunther (出版人) 柏拉图, 八卷本, 德语和希腊语。Band 8/1 (Buch I-VI) und 卷 8/2 (书 VII-XII), 特别版 1990, 269 ff., 428 a 至e: 作为治愈的惩罚。Jakobs, Günther论及, 国家惩罚, 目的与意义。2004.5.

科学地或者几何学式（*more geometrico*）地对待自然。<sup>32</sup>

理想的法律应如同，甚至也该当成物理定律<sup>33</sup>一样考察和研究。自然法也受到自然的约束，比如紧急状况。简而言之，文艺复兴和现代早期的三个指路明灯是：自然理智、古代传统和理性的（整体的）科学。

实体正义的概念，这样看和历史地看，置于世俗国家的正义之前，格劳修斯认为它将继续主导国家。亚里士多德在谈及正义时，抽象地称之为“最高财富”<sup>34</sup>。此外，他认为形式的“平等和相互性”，*iustitia commutativa* 是正义的第一元素。<sup>35</sup>

格劳修斯的研究指向早期的人道主义，它通过自然人权在当今跨国家的欧洲再获垂青，<sup>36</sup>并且如此地凝结成了法律化的人权尊严。根本上，格劳修斯处理新的国家如同或者也许是把它当成一个有防卫力的自由人。

3. 在先前天主教影响之下的欧洲中世纪，每次战争暴力都以相似方式找正当理由，尽管是在正义的上帝面前。所以，根据基督教会的逻辑，只有宗教和自卫战争是允许的。一般情况下，战争方之间存在上帝和平。在上帝子民之间的上帝和平的观念，“*civitas dei*”<sup>37</sup>经由缓慢的世俗化变成普遍的地区和平的誓言。

1532年，卡尔五世的刑事法院条例，（卡洛林那法典）带给欧洲中部第一部全帝国范围的刑法治度。该法典是一个规则集，采取了类似圣经的书的形式。<sup>38</sup>

<sup>32</sup> 关于自伽利略以来的“几何式世界”的理性：Husserl, Edmund, 欧洲科学和先验现象学的危机。现象学导论，1956, Husserl, Edmund, 关于“数学科学的通用性”的论点，1982.65ff

<sup>33</sup> 孟德斯鸠（1689-1755）随后以下句开始他那著名而影响巨大的文章：“法律从广义来说是关系，是事物的天性因必要性而产生的。由此可断言，所有的存在物都有他们的法律：神，身体世界，高级精神生物，动物和人都有它们自己的法律。”孟德斯鸠《论法的精神》，Forsthoff, Ernst (Übers.), 1951, Buch I, 1. Kap., 9 f.

<sup>34</sup> 关于此讨论，概括地：Röhl, Klaus Friedrich, 普遍法律论。教科书，3. Aufl. 2008, 236 f: 亚里士多德，尼各马可伦理学，Dirlmeier, Franz (Übers.) 1999, 1094a: 人如果不愿无意义地从一个阶段目的到另一个游荡，那必须有一个终极目的作为最高戒律。

<sup>35</sup> 亚里士多德，尼各马可伦理学，Dirlmeier, Franz (Übers.), 1999, 5. Buch, 5. - 7. Kap. (1130b/1131a); 托马斯阿奎那，神学大全，天主教学术协会(出版人)，法和正义，1953, Buch II. 2., 57. 1 ff., 58. 6, 关于从宪法角度看正义的形式详见：见上面的人权惩罚Rn. 459 ff.

<sup>36</sup> 关于人权作为“前国家的基本权利来源”，Di Fabio, Udo, 开放国家的法律，国家论和法论的纲要，1998, 61 ff.

<sup>37</sup> 关于德国中世纪和基督教世界教会的意义，作为*Civitas Dei*，参见：Eisenhardt, Ulrich, 德国法学史，5. Aufl. 2008, Rn. 40. 国家的代表皇帝，作为帝国元首，其任务是保护教会和基督教信仰；关于国王权力源自上帝和关于人民代表乃教会贵族与俗世贵族的模糊概念，Rn.10. 一个城市或土地的居民或者一个部落都属于人民。国家概念来自近代，可见：Brunner, Otto, 国家与统治，5. Aufl. 1965, 146 ff.; 关于国家的-组织的结构：Moraw, Peter, 关于中世纪的国家与组织的融合，见：国家，副刊，12, 1998, 7 ff., 22（帝国和领土的“二元方案”，自1500年在疆域之内得以巩固）

<sup>38</sup> 这方面的概念见：Ebel, Friedrich/Thielmann, Georg, 法学史。从罗马时期到近代，第3修订版。2003, Rn. 183 (关于萨克森法鉴的意思); Schroeder, Klaus-Peter, 从萨克森法鉴到基本法，2001, 4 (从宪法史的角度)。对于勃兰登堡及后来的普鲁士而言，从最初的私有的法典到普通的萨克森法鉴的发展是1325年的

同时它创造出一个“德意志的罗马法治民族”。卡洛林那法典用这种方式借助刑法开启了一个“皇帝的法治国家”，即使该法院条例刚开始只起辅助作用，只是国家主权打击“破坏国家之徒”<sup>39</sup>的方式，打击因冒险和贫穷犯罪的人。<sup>40</sup>从今天来看，它具有预防和刑事法的特点。用一个后来的专制国家的概念来表达的话，卡洛林那法典已经有一点“良善警察”<sup>41</sup>的意味了。

按照西方观点，长期以来，<sup>42</sup>自由人和平等人之间签订了赎罪契约，并且通过神圣的誓言予以额外保证。<sup>43</sup>此时出现了作为地位相同的人之间共识和合作的条约，还有一种外国人刑法和下层人民的刑法。从国家角度看，在缺乏有效的主权司法的地方，不同于城市中的法律孤岛还有在贵族和教会所在的乡下，这两种法律形式保证了地区和平。<sup>44</sup>

如同今天一样，随着某种加强的经济“全球化”，出现了新的人员流动状况。它要求给商业活动提高一种至少是辅助性的法律体系和保护体系，一个新的人道主义的法律和保护观念也呼之欲出。

今天在西方世界，一个在精神上和自然法相似的运动，与超国家的“国际法的立宪化和宪法法律<sup>45</sup>的国际化”趋势共同出现。<sup>46</sup>

---

布赫注释完成的，作为辅助法一直有效到 1794 年的普通普鲁士国家法

<sup>39</sup> 关于该起源：Regge, Jürgen, „Übersiebnen landschädlicher Leute“ und “关于名声的诉讼” 是对外国人的特别诉讼方式？于：Erfen, Irene/Spieß, Karl-Heinz (出版人) 中世纪的异国和旅行，1997, 289 ff., 296; 关于作为“社会防卫”的惩罚倾向：Laufs, Adolf, 德国的法律发展，1973, 87; Schmidt, Eberhard, 德国刑法事务史入门，1947, 3. Aufl. 1965, § 87; Radbruch, Gustav, 卡洛林那法典入门，于：卡尔五世刑事法庭规则，皇帝卡尔五世，1532 (卡洛林那)，6. Aufl. 1991, 再版，Kaufmann, Arthur (出版人)，7.

<sup>40</sup> Schünemann, Bernd, 论下层刑法和上层刑法。道德要求的准则转变？于：Kühne, Hans Heiner/Miyazawa, Koichi (出版人)，日本和德国的老刑法结构和新社会挑战，2000, 15 ff., 15.

<sup>41</sup> 关于 1500 至 1800 年近代早期德国国土的立法，作为从“良善警察”到警察国家，参见：Ebel Friedrich/Thielmann, Georg, 法学史，从古代罗马到近代，3. Aufl. 2003, Rn. 305 ff.

<sup>42</sup> Tacitus, public Cornelius, 日耳曼尼亚志，Fehle, Eugen (出版人)，4. Aufl. 1944, Cale. 2. 也可见：Grommes, Sabine, 法律判决中的赎罪概念。意识形态批评的观察；2006, 57 ff.; 关于破坏普遍和平时的“当众惩罚”，Jeschek, Hans Heinrich/Weigend, Thomas, 刑法概论，5. Aufl. 1996, 91.

<sup>43</sup> 关于中世纪晚期(至 1600)的惩罚：Willoweit, Dietmar, 复仇与惩罚，赎罪和宗教忏悔，近代之初的对于不公的制裁，在：Hilgendorf, Eric von/Weitzel Jürgen (出版人)，惩罚观念的历史发展，刑法史和刑法哲学的系列讲座，2007, 37 ff., 41 ff., 在近代初期源自“复仇和惩罚”“罪过和赎罪”，从 1450 到 1550，在埃希施塔特因为杀人罪而签订赎罪协定。

<sup>44</sup> 比较：Bothe, Michael, 和平保障和战争法，于：Graf Vitzthum, Wolfgang (出版人)，国际法，1997, 581 ff., 606.

<sup>45</sup> 关于“国际法的立宪化”中个人的主观权利的难题：Grzesnick, Bernd, 国际法中的个人权利，普遍国际法中的国际法发展趋势中的机会与危险，国际法档案 43 (2005), 312 ff., 315 f.; 关于个人权利的论证：JGH EuGRZ 2001, 287, 290; Bryde, Brun-Otto, 国际法的立宪化和宪法的国际化，国家(42) 2003, 61 ff., u.a. 64 ff.: 即使没有法的国家性，关于立宪的论点，此外：Uerpman, Robert, 国际的宪法法：JZ 2001, 565 ff., 572: 关于宪法式诠释的优点，特别是在欧洲宪法法院，Fischer-Lescano, Andreas, 全球宪法：国际社会的宪法，法哲学和国家哲学的档案，附文 88, 2002, 349 ff.; 概述由：Paulus, Andreas L., 国际法中的国际社会，2001, 293 ff.; Nettesheim, Martin, 教团的国际法：Z 2002, 569 ff., 575: 没有国家的情况下非政府组织因此发挥作用。

<sup>46</sup> 关于欧洲的个人权利保护：Schulte, Ellen, 反对集体权利规定的个人权利的保护，2005, 218 ff.; 关于个人申诉根据 Art. 34. EMRK, 根据欧盟条约：23ff. 的不可抗诉性。

这种发展再次得益于人道的法律化。普世人权的力量总是来源于涵盖一切和无孔不入的理性自然法的基本思想。因为，人权的绝对效用和普遍适用来源于它们所谓的自然性。

4. 再回到战争，谈谈它的反义词：和平。最早和平概念<sup>47</sup>的核心首先应从它的反面来看。多数情况下，和平意味着一个组织制造了休战状态，并且是以有组织的运用暴力的方式。暴力和内战是一个整体。因为欧洲在那个时代没有固定的国家，更没有民族国家，也没有把国家分为内外的明确的文化界限。

今天和平的创造与维持，包括了维持基本人权的目，那么类似地对于欧洲中世纪虚拟的神之国来说，则包括了一种普遍的世界观。<sup>48</sup>鉴于这些绝对观念，必须为战争及其实施——*ius in bello*（战时的权利）——找理由。考虑到人权，那么正义的战争，比如出于人道的原因，不仅仅需要伦理上的理由，而且从联合国作为精神上的超国家形态的角度看，正义战争甚至应该是近乎惩罚的和维护主权的。因此，当代非人道的民族屠杀，理所当然地导致和平武力的使用，也就是“军事措施”。（联合国宪章第42篇）。联合国是不公开的交战方，却提供俗世的和平，开启一种如格劳修斯所说的国际的“国家间的刑法”。

伦理的国际法如斯，很象神圣的自然的世界内部法。<sup>49</sup>必须借助它，中止一种破坏普遍和平的不公状态。公平原则介入是为了和平，为了平抑不公。格劳修斯认为，国际法的和跨国家的战争法，类似紧急权利和刑法，应当限制战争和暴力。

此外，主权国家后来的典型国际法包括广义的非军事制裁，比如封锁及威胁

<sup>47</sup> 比较，具体：Randelzhofer, Albrecht, 今天国际法中规范的和平概念--操作的可能度和界限，于：Delbrück, Jost (出版人), 国际法和预防战争：1979, 13 ff.; Bothe, Michael, 和平保障和战争法, in: Graf Vitzthum, Wolfgang (出版人), 国际法, 1997, 581 ff., 611 f.

<sup>48</sup> 关于当前国际人权的约束程度，（在人道的国际法和国家责任的权力方面），参见：Künzli, Jörg, 在僵硬与灵活之间：国际人权的约束度。论人权、人道的国际法和国家责任法的共同作用，2001 (zugl. Diss., Bern, 1999), u.a. 459 ff.

<sup>49</sup> 国家法的贺文集，名为“世界内部法”，关于“安全与和平”概念：Benedek, Wolfgang, 人类安全构想对维护和平的作用，于：Delbrück, Klaus Dicke/Stephan Hobe/Karl- Ulrich Meyn/Anne Peters/Eibe Riedel/Hans-Joachim Schütz/Christian Tietje (出版人), 世界内部法, *Liber amicorum Jost*, 2005, 24 ff., 作为基本纲要的人类安全和和平与在“人类安全”的国际法框架中要求的联系...“作为一个全面的、不是局部的，一个参与的、不是排除的，一个预防而不是反应的行为”（35）。他应当用以平衡“新的单边主义行为”，特别在主权思想方面。国家的“良好行政”和国家间的“全球行政”的视点应当通过“国际体系”的人权和民主来补充。隐藏的关键点听来很极端：“预防”是跨国家层面上的反应。人和他的安全虽然位于中心，国家借助人权管理他。取代民族的法制国家，是“个人安全的人权世界”

封锁。<sup>50</sup>在战争法里，它却变成类似惩罚的狭义上的制裁，当胜利者建立战争法庭时，比如纽伦堡法庭，来调查国家领导人的责任并加以惩罚。<sup>51</sup>

5. 在我看来，格劳修斯遵循两个观点。第一个，刑法明显是通过紧急防卫法变成一种主权使用的自然法。

世俗的两个最高概念，自然与法，在其超越地位之前，甚至掌权者都必须臣服，也包括那些在目无法律、烧杀抢掠的强盗团体内行为自由的武士。即使他也遵循自然，和“通过自保而自存”的想法不可分割。

刑法不仅仅作为一种理智法得到伦理上的证明，理智法诞生于要幸存下去的天然的可能性。自然法作为自卫的主角，更多地归属于理智的人。通过社会契约，该法渐渐也归属于被当作集体主体的国家。接着，自然的理智，还有正义自卫的思想联结并指导这两者：老的自卫的人，新的武装的国家。

这种基本原则有一个明显的罗马的，广义地说，民法的源头。在罗马共和国的时代，西塞罗<sup>52</sup>把刑法同样看作为自然法。<sup>53</sup>

罗马把它当成自由的罗马公民的法。近代早期，明显地并非人本身，而是本质上自由和活跃的人，一般只是能自卫的人，决定了自然法思想。

在罗马共和国，如同在古代雅典，“Status”作为法的主体属于那种首先是家庭父亲担任的社会角色。在这点上，私法是针对集体的、对外的。再进一步，它充当氏族和他们的当事人的“国际法”。这种古老的法律意识，构成了公民的刑

<sup>50</sup> 类似于私人的惩罚，尚有国际法的制裁（概括：Schröder, Meinhard, 责任，国际刑法，平息争端和制裁在：Graf Vitzthum, Wolfgang (出版人), 国际法, 1997, 525 ff., 573 ff.) 作为压制（比较Tomuschat, Christian, 压制和报复），关于他在国内运用的观点ZaöRV 1973, 179 ff.; Malanczuk, Peter, 关于国际法委员会草案中作为国家职能的镇压，）出现在国家间的层面，从禁运到报复。关于职能和制裁类措施的问题存在争议。Schneider, Henning C.的定义比较清楚，经济制裁。在颁布平行的经济制裁方面，联合国、欧盟和德国是互相竞争的规则制定者，1999, 250: 经济制裁主要是禁运和封锁，而不是禁商和其他贸易政策措施。它们是一种通过主权手段造成的外贸方面的不平等待遇，由一个或多个国际法主体对于另一国家主体的有害行为的外交反应，以便通过加诸危害而使后者改变行为”。250 f, 关于单个国家的使用如此措施的限制。

<sup>51</sup> 国际刑法法庭的发展，顺应了对自命统治者及其机构严重的、针对人的违法行为给予回答的要求，作为体系犯罪（负责刑法事务的国家法庭在刑法和刑事政策方面打击：Rogall, Klaus, 打击体系犯罪，见：罗克辛，克劳斯/Widmaier, Gunter(出版人), 五十年联邦法院，学界的贺词，Bd.IV,刑法和刑事诉讼法，2000,823ff, 或者更一般性地，作为宏观性犯罪。即使联合国对于国家领导人的针对的、私人财政制裁也纳入考量，它处于欧盟法和人权的紧张关系中，(smart 或者targeted sanctions, 总括：Tietje, Christian/Hamelman, Sandy, 联合国在盟约法和人权之间冲突时针对性的财政制裁，EuG-BeckRS2005,70,726,JuS2006,299ff.特别是300)。

<sup>52</sup> 西塞罗, Marcus, Tullius, De re publica, 论国家，见：Huchthausen, Liselot,(出版人,译者), 西塞罗，三卷本，Band2,1989,255ff.,III,54; Huening,Dieter,自然状态，约翰洛克论自然的国家权力及国家，见：Peters,Martin/Schroeder, Peter(出版人).主权构想。17至20世纪的政治秩序思想的论集，2001,85ff.,95

<sup>53</sup> 关于自然法的斯多葛来源的概况：Huening,Dieter,自然状态，约翰洛克论自然的国家权力和国家，见：Peters,Martin/Schroeder, Peter(出版人).主权构想。17至20世纪的政治秩序思想的论集，2001,85ff.; 格劳修斯，Hugo, De Jure belli ac pacis Libri tres, 论战争法和和平法的三卷本，Schaezel,Walter(出版人) 1950,II,20,\$3.

法到国家间的国际法的历史桥梁。较严格地说，近代早期的学界，在援引古代时，必须再一次分离它们。在前凯撒时代的罗马内部城市间，一方面是贵族成员在元老院统治。不过他们象其他城市一样，必须通过人民中的大量自卫的人来补充。他们必须把这些潜在的战士，同时也是自我防卫者，结合进罗马公民的内部法。

紧急防卫和由此演绎出的刑法，一般情况下以紧急防卫力和惩罚力为前提，就是说权力。紧急防卫至少提醒人，自己能防卫。作为天然无防卫力的人，比如小孩，是否据此可以有或实施自己的自然法，从这个角度看尚未有定论。本质上，紧急防卫象刑法一样，适用于有防卫力的个体。

紧急防卫法和刑法理论上仅限于自由人和政治掌权者，也就是统治者，或者甚至只限于理智的人，这种限制和自然的不确定概念相关。把孩子、妇女、病人、仆童和女仆，路上同伴、学生和其他对国家有害的人做政治排除，从公平的正当防卫法来说，从此成为可能。

除了开放的人权观，这种近代早期的做法已经有了一个重要的特征。作为严格意义上的自然法，紧急权利有了一个双重的、已经是主权的特征。紧急是从自然与法思想导出来的。自然和法理智（*Rechtsvernunft*），是自然法的绝对的或者最高的、虽然是玄学上的母体。在这幅图画中，紧急权利如同孩子从一个在自然-神的理智的圣灵中产生的联合体中跳跃出来。所有受缚于正义的自然法的人，都不分例外地成为法的臣民。公正的、理智的自然法，把中世纪天主教教众中打造成正当防卫法和刑法的法之族。

6. 如同格劳修斯明确指出，此模式中的惩罚具有了契约惩罚的民事特征。<sup>54</sup>

用今天的欧陆眼光看来，格劳修斯采用了市场的自由模式。根据今天的观点，它更象主流的英美思维，把“管理者”国家与强大的公民民主社会分离开来。<sup>55</sup>仔细地看，契约惩罚的想法直接建立在主权有效力的、自然的公正理智之上。因为，在自由市场的原则里，必须区分两个层次。每个市场都认可市场原则的主权。

<sup>54</sup> 此处也可见：Huenig, Dieter, 自然状态，约翰洛克论自然的国家权力和国家，见：Peters, Martin/Schroeder, Peter(出版人).主权构想。17至20世纪的政治秩序思想的论集，2001, 85ff., 107.

<sup>55</sup> 比较：哈佛法律和公共政策杂志（*JLPP*）, Vol.32, No.2, Spring 2009 总体地关于此主题：“美国和其他的主要民主国家不一样吗？” Barnett, Randy E., 人民与国家的分离，*JLPP*, Vol.32, No.2, 2009, pp.451, 453（“人民与国家的分离，为宪法确定，因为没有人能宣称可为人民代言：总统（与其他独裁者不同）和国会（不像主宰整个世界其他地区的议会制度）。这种教会与国家分离的分离……”）。



这样，市场自己象集体财富。<sup>56</sup>他的成员可以参与，紧急情况下可以通过市场警察和股市法加以保障，——作为分配正义——指派。

此自然法的契约模式的意义和起源也许来源于实际的高法的两个纲领。仅仅在口头上受制于合同是绝对不行的。民法上，主角一般会抵押一些有价值的，最可能的是一些非常私人的东西。<sup>57</sup>失去它会让他难过。商人在多数较小的市场上，提供他的个人声誉为“保障”，即他个人的社会信用。

如此一来，在条约的自然法里，至少“自然法人”负责履行自然的条约义务。这些法人，首先呈献给法之圣坛一个重要的非实体抵押品，为了维护法律，他们把自己的个人荣誉或法律群体的荣誉抵押在其他法人那里。这就是一种绑定，他通过接受某个条件，用自己的物品抵押后，必须承担失去的危险。同样地，他可以额外地做神圣的发誓，使他担负诅咒、教会开除、上帝或者他祖先的必然复仇的代价。<sup>58</sup>

对于所有的第三人和平等的人（den Peers）和明显可自卫的人，俗世的声望和信用很重要。英国贵族表现了一种政治市场的民事普遍性。这种普遍性的社会压力，即使没有宗教的绑定，也具有主权的特征。平等人的集体，不管是在议事广场，还是论坛或市场，形成了自己某种的集体权力。在这点上，民事的模式就具有一种主权的特征。

相应地，还有惩罚的方式。最高的惩罚常常是两可的情况下共同开除出集体。不过历史地看，人们可以通过赎罪条约、新的保金和悔恨金重新贿赂进集体。重归社会因而是可能的。

## 7. 条约惩罚的基本模式，明显建立在近乎宪法的社会契约思想之上。社会

<sup>56</sup> 包含集体财富的特别权重的经济理论：Buchanan, James M., *The limits of Liberty*, 1975, 133.

<sup>57</sup> 关于国家条约和抵押思想，用后者可以解释惩罚，之后更明确：Beccaria, Cesare, 论犯罪和惩罚，Hommel, Carl Ferdinand(译者)，1966, \$1.根据Beccaria, 反对死刑，因为群体的人，不能转让他最宝贵的：他的生命。判决的赎罪概念。意识形态批评的考察，2006, 84f.

<sup>58</sup> 由于误解和错误期待导致爆发战争，预料反抗不会长期持续，由于“感性的理智”，被伤害的民族自尊的含义：Weiler, Hans N(出版人),瓦德那-法兰克福（奥德）欧洲大学的大学文集，卷7：就职课程I(夏季学期 1994)，1995，155ff.;此外可见：Weiler Hans N.(Hrsg), *On Love and Altruism, Rationality and Society* 3(1991), 197ff.;从社会经济学的角度，基础的：Frank, Robert H., *Passions within Reason. The Strategic Role of the Emotions* 1988, 此外：Bolle, Friedel, 感情与理智--并不对立。在瓦德那-法兰克福（奥德）欧洲大学的就职课，1994年6月14日，见：Weiler, Hans N(出版人),瓦德那-法兰克福（奥德）欧洲大学的大学文集，卷7：就职课程I(夏季学期 1994)，1995，155ff.;也可见Ridley, Matt, 道德的生物学。为什么善良是值得的，1999, 819ff., 在他社会生物学的总体世界观里也包括了弗兰克的观点。

契约原本就是虚拟的，<sup>59</sup>对欧洲而言从社会现实和历史角度看，更多是作为社会发展上事后的理性的正当化和精神的细化，它明显地建立在前-国家法的和单纯的自然法的基础上。

进一步考察，这种社会契约从今天观点看，甚至没有私法思想。因为它指向一种前国家的绝对的自由，后者在宪法的精神上导向一个相互的自由放弃。<sup>60</sup>

费希特<sup>61</sup>把这种自由观点，比如通过自然法与法律相联结。宪法第2篇做了非常完美地描述。据此，自己的（自然的）自由只有首先通过其他平等人的自由，其次通过主权的、永久的风俗法，即宪法的社会伦理的基本规则来限制，可参见宪法第79篇，和第20篇。故而，社会契约思想更多地符合德国的和不同欧洲的宪法定者的社会现实的宪法共识，他们在总纲里表明观点，而不是在今天私法的社会契约里。<sup>62</sup>相反地，今天的大陆国家的宪法定者，利用了主要在19世纪发展的、已经成书的国家的-法律的民法和刑法。

一方面，宪法、和欧洲公约等给予民族国家的刑法额外的伦理的充实，这种充实通过基本权利和人权表现出自然法特点。另一方面，欧洲化迫使开放地回想到法思想的共同根源，该根源是指罗马的民法，还有中世纪的主权-宗教的刑法、契约式的赎罪法以及1532年的帝国后期的重刑刑法。

这种“自然”的双重刑法在国家形成后汇入权力垄断的思想。虽然人们说“国家的惩罚请求权”。<sup>63</sup>

但刑法还是继续可区分为国家防卫和自我防卫，代表着对个人法益和集体的共同价值的维护。<sup>64</sup>

<sup>59</sup> 关于社会契约的虚拟性的讨论详见：Hoeffe, Otfried, 政治正义，法与国家的批评哲学之基础，1987, 443；以及Koriath, Heinz, 刑法归责的基础，1994,251；Raz, Joseph, On the Authority of Constitutions, Some Preliminaries, 见：Alexander, Lawrence A. (出版人), 宪政主义，哲学基础，1998,152ff.,162f.：“所以即使真正的同意是权力的来源，那它也明显不过是假设的同意。我没见过有表明这一点的观点。”

<sup>60</sup> 从德国法哲学的角度：Hoerster, Detlef, 自由的真实，ARSP75 (1989), 145ff.,以此结尾，180：“自由可以讨论式地兑现，每个经验的主体和他的兴趣和需求在一个现存的规则架构内实现。在此意义的自由基础上，规则得到主体间的认同。”此外：Montenbruck, Axel, 文明。国家与人，权力与法，文化与自然，2009, Rn.223.

<sup>61</sup> Fichte, Johann Gottlieb, 根据知识学(Wissenschaftslehre)原则的自然法基础，1796, 见：费希特, Immanuel Hermann(出版人), 费希特作品，卷三，法学和伦理学I (1971) 1922,1ff52.

<sup>62</sup> 关于“宪法作为公民间的契约意义上的契约论的精神发展”见：Di Fabio, Udo, 开放国家的法。国家论和法论的概要，1998,35ff.有可能，相反的观点也可行。市场和契约建立在前国家的市场观念上，包括一个联邦的经常构架和至少认可交换的市场规律。简而言之，每一个市场都有一个宪法的想法。此想法来自民主国家的许久之后的观点，并升华之。

<sup>63</sup> 比如：联邦宪法法院，2BvR1119/05,于2009.7.9, 小节号(1-52),Rn.43.

<sup>64</sup> 参见：Weigend, Thomas, 不法行为(Delikt)的受害者和惩罚程序；刑法和刑事学，卷十，1989,28ff.,191；正确地批评了国家惩罚请求权的概念；Scheffler, Uwe也谈到了“惩罚追究责权”(Befugnis), 惩罚程序的过长期。实体法的和惩罚程序的法律后果，1991,141.

8. 对于自然法学者格劳修斯来说, 国家的惩罚职能不单单是来自国家的权力垄断。惩罚更多是对攻击共同体的自然法秩序的回应。攻击者, 象西塞罗和托马斯·阿奎因所指出, 退化为野兽, 由于攻击, 他丧失所有的权利和不值得宽容。<sup>65</sup>

这种简单的观点, 应该进一步考察。格劳修斯最初认为, 只有教化过的或者理智的人是人。他似乎也认识到, 人也可以充当非人或下等人。带着这种指责, 自由的想法可能就遭到扭曲。对他们而言, 功劳才是最重要的。

格劳修斯认为, 自然的却不理智的人, 进一步地看, 和野性的、即没有驯化的动物一样。依据这种古老的观点, 他认为“野人”具有基本技能, 或者等同于可驯化的家畜, 或者愿意被驯化, 然后听从于一个上级, 如同听从于自然法一样。野化的人, “不配”得到宽容。但是守法的人却可以给予宽容, 这就变成他的权利的一部分, 变成所谓的任意的、却大多是政治的恩惠 (Gnade) 的表现形式。

强盗人 (Raubmensch) 的诡计多端的根本暴力, 被尽可能地改造了。它被正义所教化, 仅被紧急驱除了。被追究的总是他们中的一些人, 在公共场所仪式化处死他们主要是被当作放逐, 发挥“神圣的反作用力”。

9. 在一般情况下, 新的公民人 (Buergermensch) 是通过行为来定义。根据他有无价值, 被相应地对待。可是, 因为和仅仅当他作为攻击者伤害性地、疯狂地举止时, 就会丧失他的民事的理智权利。按照雅克布斯的争议甚多的“敌对惩罚法”的概念, 犯罪的公民人由于他的行为丧失了“人格”。<sup>66</sup> 这个民事特点, 被德国宪法第 2 篇简单地诠释为“公民自由”, 并不是作为德国宪法第一篇的不可触犯的人性尊严。雅各布森的基本观点, 在剥夺自由的惩罚和保安监禁方面是

<sup>65</sup> 格劳修斯, Hugo, *De Jure belli ac pacis Libri tres*, 论战争法和和平法的三卷本, Schaetzel, Walter (出版人) 1950, II, 20, §3. Huening, Dieter, 自然状态, 约翰洛克论自然的国家权力和国家, 见: Peters, Martin/Schroeder, Peter (出版人). 主权构想。17 至 20 世纪的政治秩序思想的论集, 85ff., 97; 西塞罗 Marcus, Tullius, *De Officiis*, 义务论, 见: Huchthausen, Liselot, (出版人), Dieter, Horst (译者) 西塞罗, 三卷本, Band 3, 1989, 167ff., III, 21; 比较 III, 26. 关于把动物模式用到人的部分描述可见: Montenbruck, Axel, 文明。国家与人, 权力与法, 文化与自然, 2009, Rn. 667ff.

<sup>66</sup> 也可见: Scheffler, Uwe, 友好刑法和敌人刑法, 见: Thomas/Pfeiffer, Christan/Steinhilper, Gernot (出版人), 刑事政策及其科学基础。为 Hans-Dieter Schwind 教授七十诞辰所做的贺文, 2006, 123ff. (“公民刑法”分友好刑法和敌人刑法或者“打击敌人”和“公民刑法”); 125ff. (比如打击恐怖主义和废除保卫权利), 以及: 126 (“无害化”概念由抵抗危险的逻辑推导而来)。这场刑法讨论的在德国的激烈形式, 基本观点可见: Jakobs, Guenther, 还可见: “公民刑法和敌人刑法”, 见: 汉堡社会科学巡报 (HRSS; www.hamburg-review.com) 2004, 88ff., 91: “一个个体, 不愿被强迫进公民状态, 不能获得人格体这个概念所包括的福祉” -- “凡人格体都对个人举止提供足够的认知担保” (Gewahr), -- “谁没有个人举止足够的认知担保, 不仅不能期待被当作人来对待, 国家也不可以把他当人对待, 因为他会损坏别人的安全权。把称之为敌人刑法的东西妖魔化, 是完全错误的...”。当雅各布森把“个体”译成人的时候, 用公民的“自由”来定义人格体概念时, 那么至少已涵括了剥夺公民自由的人格惩罚的思想脉络。

和宪法同一的。<sup>67</sup>

一个“野性的人”，作为一个自然状态意义上的可自卫的自由人，始终至少是“可以教化的人”。他有成为民事人格体的潜能。古代的和罗马的奴隶也可以升格为自由人，而自由的公民则会在其他地方沦为战争奴隶。考虑到这个特点，可以把它当作“人性尊严”的自由主义核心。

同样地，自身职责，自身法责（Haftung），和大部分“掌控自我”的思想发端于这个自由主义的基本观点。法律的“贡献”，也在惩罚的罪责适度的思想里体现出来。

从跨国角度，从格劳修斯的正义自然法到今天西方的惩罚，得出以下的结论：

首先，可以从各国的传统的、民族国家的刑法体系的自然法的做法转移到今天人权的超国家的层面。对欧洲来说，其法律机构就是新的基本权利宪章，或者至少是旧的欧洲人权宪章及其法院。到了那里，国家剥夺自由的惩罚表现为监禁某人，它以同样地方式服务于并遵循人权的自然理智。今天的惩罚就重新在这个超国家的-伦理的层面，同样用自然理智的原因得以正当化。

它可以如同或者直接作为一个正义战争的低级形式来看待。象战争行为反击有组织的侵略一样，对个人暴行的后续惩罚应该是伦理上许可的，此外也是必须的。各国执行时必须额外地通过人权来解释惩罚，制定形式相应的法律。

用这样的自然法去考察，那么各国的刑法是用来驯化野性的、同时是天生值得尊敬的人，从今天观点看，是为其自身目的，即为了他的人性尊严。最后，甚至必须用人性尊严论证惩罚。

把古老的自然法做法传递到人权当道的当代，至少是合乎逻辑的。但它暴露了一个永恒的两难。因为，报复正义首先被置入自然理智或者人性尊严中，然后又从中抽离，让国家去执行。正义本身不再象亚里士多德所说，通过自然法来论证。近代早期的自然法接近于相应的简单高深的上帝之法，却是毋庸置疑的。

---

<sup>67</sup> 类似地，在解释保安监禁时，对“人格体”概念的基本处理：联邦宪法法院 109,133,135：“在人格体的共同体关联和共同体归属意义上的个人与共同体的矛盾上，宪法判定，却没有触及他的自身价值（...）.联邦宪法法院 109,133,134f.(作为结论：‘从其推导出的尊重请求权却会被伤害’...包括通过国家惩罚性的介入。由于这种人类观，保安监禁作为来保护大众的预防措施而和刑法一致”。关于“个人与集体作为社会化过程的两极”的社会学观点：Faulstich-Wieland,Hannelore,个人和社会，社会化理论和社会化研究，2000，23ff.;关于个体及其变种：人格体，人格、自我，主体和自我同一性，23ff.;关于社会化作为个体和集体的中介，74ff.

9. 作为国家法学在自然法中出现的正义刑法论,其逐步推演在格劳修斯理论中表现明显。它把自由的契约惩罚观念和自然理智的主权联系起来,该主权发源于作为紧急权利的正义绝对观念,即作为一个最高的伦理强制权。作为一个基本方法来遵循这种想法,看来是理性的。简单地说,该想法来自于平等观念。

### III. 布丹和霍布斯的主权法

1. 专制主权国家的理念化和效率思想可上溯到布丹(1529/30-1596)。布丹回答了马基雅弗利(1469-1527)<sup>68</sup>的非伦理的、却有效的自然主义,马氏尚留在城邦阶段,把城邦诸侯间的战争当作“政治的命令”。<sup>69</sup>

操作权力政治的君主生活的高墙环立的商业城市。他自己作为政治的商人,以及作为战争主和保护主出现。

2. 布丹首先考察法国,而且还投身于中世纪盛期的人性解放。他生活在一个天主教主导的国家,历史上看它产生于法兰克人的基督教化过程。这一古老的政治传统的影响千丝万缕。法国扶植了宽容的、清教徒的克吕尼寺庙势力。此外,他一直支持弱勢的教皇反对德国皇帝。另一方面,这个王国在1300年左右,在他的领土上剥夺了富有的、教皇的僧侣军团的财产。

国王作为王中之王,击退了其他渐趋强大的诸侯。布丹据此把国王看作尘世的核心决策人。他认为,国王超越法律之上,是全部的、中性的权力(“*pouvoir neutre*”)的载体。这个新的超诸侯,应该独立登场,对内对外都行使主权。

但他也负有义务:上帝法、自然法、所有民族共有的法律、还有他所签订的条约。<sup>70</sup>俗世的底限伦理的思想,已经在布丹处见端倪。这种伦理法和其他的主权法分离,主要是对外有效。作为独立行政权的代表,作为中立的和平裁决处,

<sup>68</sup> 关于马基雅弗利的论及早期专制主义的政治著作的意义: Stolleis, Michael, 近代早期的国家和国家理性, 1990, 32ff., 特别是关于影响极大的狮子与狐狸的的隐喻: 马基雅弗利, Niccolo, II, Principe (诸侯), Merian-Genast, Ernst (译者), Freyer, Hans的引言, 1961, XIX

<sup>69</sup> Muenkler, Herfried, 关于战争。由其反应考察战争史的阶段, 2002, 43ff. (“战争作为政治的命令”, 和已经“内外的分别”)。

<sup>70</sup> 布丹, Jean, 六卷, Les six livres de la republique, 1583, 卷一, (书I-III), 1981, 特别是第一章, 98ff., 第8章, 214ff., 此外第4章, 124. 第8章, 214. 他不受缚于世俗的法律, 却受缚于上帝的戒条, 却是在宗教的宽容和良心自由状况下, 从宗教史的角度: Uhle, Arnd, 国家-宗教-文化, 2004, 109, 以及: Randelzhofer, Albrecht, 国家威权和主权, 见: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (出版人), HdStR II, 3, 2004 版, §17, Rn. 16

同时作为所有公民的平等自由的保障，国王拥有让臣民服从的请求权。<sup>71</sup>

布丹为地广人稀的国家发展了国家理性的概念。他认为，统治者一方面承担了父亲的-关怀的义务。另一方面，他负责宗教的宽容以及臣民的安全。

3. 通过可选择不同信仰的宗教自由，布丹打开了通向后期的政教分离国家的道路。他最初允许至少原则上宗教的精神私有化，比如以今天美国出现的虔诚的信教团体的形式。宗教宽容思想，后来带给人们使国家承认宗教良心的请求权，也给予他们作为教徒的非政治化的尊严。<sup>72</sup>以后，康德把独立的、仅约束人本身的私德与统治者合目的的法作了严格区分，这时也同样初见端倪。

布丹认为，理想的法国给此种内心自由、而不是给虔诚的原始基督教所经历过的宽容提供了避风港。法国 18 世纪晚期开明的专制主义，和无神论的法国革命，通过要求宗教自由获得了它们早期的世俗基础。

4. 因此而出现的救济式刑法，只能在该国家模式内担任一个配角，对内首先具有预防性的安全法或警察法的特征。在法国和意大利，刑法现在多被认为是“社会性防卫”。<sup>73</sup>如此说来，刑法还是和战争法有亲属关系，确切地说，是在内战法的意义上。今天的德国普遍预防观念，认为惩罚是为了“权利和睦”，至少间接地与此相关。<sup>74</sup>根据德国刑法第 63 款的另一层次（*der zweite Spure*）的预

<sup>71</sup> 关于布丹作为国家理性思想的共同奠基人，作为对冷酷的马基雅弗利及其主权的核心概念的回答：Jellinek, Georg, 普通国家论，1914（再版 1976），443；Meinecke, Friedrich, 现代史上的国家理性思想，第 2 版，1925, 70ff.；Randelzhofer, Albrecht, 国家威权和君权，见：Isensee, Josef/Kirchhof, Paul（出版人），HdStR II, 3, 2004 版，§17, Rn.17（关于通过积极统治权，从外来政权的消极自由到作为君主的额外自由的发展）；Stolleis, Michael, 近代早期的国家和国家理性，1990, 23ff.

<sup>72</sup> 宗教自由的特别意义和，反过来，在“人性尊严作为宗教自由的思想史基础”的构想下：Uhle, Arnd, 国家-教会-文化，2004，88ff.

<sup>73</sup> 基本地：Ancel, Marc, 新的社会性防卫（*La Defense sociale nouvelle*, 德语版），Melzer, Michael（译者），根据 1996 第 2 版；1970；特别可以参见：许内曼，Bernd（出版人），预防性刑法的罪责原则的功能，1984, 153ff., 153；参见：Kaufmann, Hilde, 社会性防卫的语法体系（*Gramaticas System der Difesa Sociale*）和罪责刑法，见：Welzel, Hans/Conrad Hermann/Kaufmann, Armin/Kaufmann, Hilde（出版人）给 Helmut von Weber 七十大寿的贺词，61963, 418ff.；Schulz, Hansjuergen, 罪责刑法的另选择，法学工作文集 1982，518ff.；罗马社会学防卫的惩罚概念接近于德国罪责刑法：Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, 刑法教科书之概论，第 5 版，1996，66；Jescheck, Hans-Heinrich, 关于重新拟定社会防卫的最简纲领的法学评注，见：Schwind, Hans-Dieter i. V. m. Berz, Ulrich/Herzberg, Rolf Dietrich/Geilen, Gerd/Ward, Guenter（出版人），给 Guenter Blau 七十大寿的贺词，1985, 425ff. 比较：Hassemer, Winfried, 刑法基础入门，2 版，1990, 28, 310f.；以及：Naucke, Wolfgang, 刑法，入门，10 版，2002，§3, Rn.38ff. 更全面：Mir Puig, 圣地亚哥，今天欧洲的刑法体系，见：Schuenemann, Bernd/de Figueiredo Dias, Jorge（出版人），欧洲刑法的基石给 Claus Roxin 的科英布拉研讨会 Coimbra-Symposion, 1995, 35ff., 38ff.

<sup>74</sup> 大概如此，从刑法学的逻辑的，即，工具主义的，Kargl, Walter, 通过刑法保卫和平，以杀人罪为例说明神学的刑法正当化，ARSP, 1996, 485ff.；“以刑法保护和平”。古典的，Freund, Georg, 关于在全部刑法体系里的目的思想的合法化功能；见 Wolter, Juergen/Freund, Goerg（出版人），全部刑法体系里的罪行，量刑和刑事诉讼。

防性处分，主要指保安监禁，也援引了这个无罪责的警察基本做法。

在一个清教的，即专制主义的警察体系里，不再有对内的和类似地对天主教会裁判所的权力分离。警察这个词，定义了负责行政和安全的全权的执行机构，但该机构不是任意胡为的，而是为了新的大城邦、领土国家的目标而工作。后来，布丹在经济层面上相应地发展了主权的-有效的重商主义。

由于宽容的概念，布丹还没有为专制主义国家提供合理的解释。国家概念就必须直接从自然导引出来。

太阳王，法老式的人物，必须把自己升格到国家的象征。随后，开明的国家变成了一种客观体系，国家理智被宣布为国家纲领。国家必须尊重自己，以便成为真的“绝对国家”。完全类似于天赋人性尊严的概念，个人人权在西方今天的神圣化，证明了这一过程可以实现，以及用何种方式实现，民主同样也得以产生。人民统治的观念，只需援引早期国家的君主统治思想，然后转用到新的人性统治者身上。与此相反，当他们用“天生的”来解释自己的绝对尊严和权利时，革命的民主主义者就能在1800年左右，作为新的最高统治者登场。德国民法第1章，说民事权利是天生的，也是一个证据。它同时证明了自然法思想的神秘力量。

“良善警察”（gute policey）即好的统治者政策，构建了有效的公法，这归结于布丹的贡献。德国宪律式的刑法还把效用思想当作内在价值，即当作“刑法事务的功能性”。联邦宪法法院说，没有它，就无法实现正义。<sup>75</sup>

5. 霍布斯（1588-1679）所诠释的“绝对国家”，虽对国家理论有意义，对他所在的时代却无甚影响，<sup>76</sup>有可能，他的思想首先受到英国的革命和内战的影响。

---

罪行概念--罪行归责--刑法目的--刑罚排除--刑罚放弃--刑事起诉放弃，1996,43ff.,55.,说道“权利和睦”，然后就把为“法律秩序的维护”转换到惩罚的通常概念表现出来。或者：Sternberg-Lieben, Detlev, 刑法制定者的法益，相适性和自由，见：Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohler, Wolfgang(出版人),法益理论。刑法的合法化基础或者教义学的玻璃珠游戏？, 2003,65ff., 65: 从所有国家制定的法之典范推出，给公民一个和平的，有保障的共同生活，刑法也获得了它的合法性。“它最高的目的是保卫权利和睦。”

<sup>75</sup> 没有“刑法事务的功能性”，就无法实现正义，作为独立的宪法原则：联邦宪法法院 33,367,283; 44,353,374; 46,214,222; 74,257,262; Meyer-Gossner, Lutz, 刑事诉讼规定，法院根本法，附属法和补充规定。贝克的简评，卷, 47. 版 2004, Einl., 18.

<sup>76</sup> 霍布斯, Thomas, 利维坦, Fetscher, Irving (出版人), 5. Aufl. 1992, 比如第 13 章, 96, 或者 14 章, 101: 动机和目的，因此而放弃权利和转让权利，恰恰是生命和财产方面的人格体安全，维持生命，使人享受之。也可见：Strauss, Leo, 自然法和历史, 1989, 189; Hüning, Dieter, 约翰洛克论自然状态、自然的惩罚威权和国家见：Peters, Martin/Schroeder, Peter (出版人), 主权构想。17 和 20 世纪的政治秩序设想的论集, 2001; Albrecht, 国家威权和主权，见：Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (出版人), HdStR II, 3. Aufl. 2004, § 17, 122. 相似的：Schmitt, Carl, 托马斯霍布斯的国家理论中的利维坦。一个政治象征的意义和误用，1938,再版，1982, 71 f.: “国家结束了内战。不能结束内战的，就不是国家。非此即彼。” Wesel提到“头狼”，Uwe, 法的历史。从早期形式到今天, 3. Aufl. 2006, Rn. 249.

霍布斯用内战造成的紧急状况来阐释国家的合理性。在天然自由的自然状态中，人们互相攻击，迫使建立主权国家，用文明的状态给予人们以有限的公民自由。他的利维坦是某种形式的“头狼”。<sup>77</sup>

人类攻击的动物性，直到今天还留存，该思想可以上溯到西塞罗和托马斯·阿奎因。<sup>78</sup>只不过，从每个人身上去除了动物的影响力，而使之受到非永生的上帝及其力的约束。<sup>79</sup>

6. 霍布斯用自然的物理代替了正义的、以及诸侯理智的超自然的形而上学。通过前者，他演绎出一个似乎远离教会的、新的、却类似异端的超级存在。据此，他服务于英国脱离天主教及其寺院的活动，还有革命性的国家敬虔主义（*Staatspietismus*）。他的核心观念起着完全异教的作用。类似于海中怪物利维坦，只有国家能驯服自由人的狂野狼性。<sup>80</sup>利维坦的现实形象作为圣乔治之列的骑士，战胜了尘世的超级君主。

从宗教角度看，霍布斯用对大灾难的恐惧解释国家的合理性。理性地说，通过危急来论证，是一种机械论的做法。<sup>81</sup>总的来看，该观点是生物达尔文主义的先行者。当时英国渐渐成为海上强国，它的诺曼底人和盎格鲁人血缘，它一直拥有的维京人异教文化，都容易联想到海中生物利维坦。一个世纪后的休谟（*Hume*），为了使国家正当化，他的同属经验主义的论点也采用了这个简单的、消极的“战争与混乱”的政治论据。<sup>82</sup>

7. 霍布斯认为，惩罚成为一种制造恐惧的强制仪式，因此可用于普遍预防

<sup>77</sup> 霍布斯的“自然的和公民的自由”：Schapp, Jan, 自由、道德和法，法哲学的纲要，1994, 108 f. (“自然自由是每个人的自由，他看到自己有权力，可以根据自己的意志发展他的天性，即他的生命，然后根据他自己判断和理智利用一切符合目的的手段。”) 托马斯·霍布斯，利维坦，Fetscher, Irving (出版人), 5. Aufl. 1992, 民事自由是法律给予公民的自由，(利维坦, 21. Kap., 164 ff.)。这样，公民被绑定在人造的锁链上。“ (利维坦, 21. Kap., 164)。关于霍布斯的自然自由：Schapp, Jan, 自由、道德和法，法哲学的纲要。1994, 152 ff., 184 (“通过继续生命来合法化” )。

<sup>78</sup> 霍布斯言论对文明理论的持续意义，可见：Beckenbach, Niels, 编者的话, in: Beckenbach, Niels (出版人), 通向公民社会的道路，20世纪中叶德国的权力和文明，2005, 11 ff.

<sup>79</sup> 霍布斯及其和平理论与基督教化史的比较：Schapp, Jan, 自由、道德和法，法哲学的纲要，1994, 99 ff.

<sup>80</sup> 作为反上帝的权力，蛇或龙：圣经，以赛亚书，27, 1.

<sup>81</sup> 也可见：Schmitt, Carl, 政治神学。四章讲述了主权学说，6. Aufl. 1993, 63 f., 国家作为庞大的机器，“机械的机器”；联系到布丹：一个技术的-中立的-国家可以宽容也可以不宽容，在两种情况下他保持中立；Aponte, Alejandro, 战争和敌人刑法。以哥伦比亚为例考量“有效”的敌人刑法，1. Aufl. 2004, 98

<sup>82</sup> 为了创造秩序而要求权利，参见：Hume, David, 人性论，第3篇，1740，再版1961，第3篇，第II部分，6节，3号“显而易见，这将造成人类社会的无尽混乱，人的欲求与立场会迅速造成世界的无序，如果不通过严苛的法律来约束人们的话”；也可见：Schaefer, Helmut M., 法的基础，法思想入门，1989, 64.



和特殊预防。相应的术语是terror poena。<sup>83</sup>此外，惩罚经由原有的自然状态发展而来，因此也是从正义思想发展而来。<sup>84</sup>霍布斯利用不公平产生危害来威胁，说没有国家惩罚，危害会延续。国家是非永生的上帝，故而具体的惩罚，就等同于尘世地狱的恐吓及其地上的炼狱之火。

霍布斯说，公民的不服从，只有在有生命危险或会重伤的特殊情况下，以及在自我防卫的情况下是允许的。被审判者不用再遵守法律，不用遵守他的死刑判决中所表达出的东西。<sup>85</sup>

从自然法的基本观点出发，后来的德国唯心主义轻易地把自我约束的私德挑选出来并加以内化。必须控制住微小的内心利维坦。个人的罪责惩罚，及其理想的形式——自我惩罚，导致炼狱般的良心煎熬。严重的、未赎罪的犯罪行为，必然最终摧毁行为人自己的作为道德存在物的本质。

通过法律达成心理约束的理论，是费尔巴哈在19世纪初的巴伐利亚提出的，也在这种论证中体现出来。该理论承接了自然法的惩罚威权(terror poena)中文明化的一面。<sup>86</sup>霍布斯认为，它的基础则是争取和平、通过自然状态会造成危害来恐吓而达到和平的超越思想。<sup>87</sup>

<sup>83</sup> 关于“terror poena”，就像那些拥有作为能力(potestas)的权力，当作一种社会认可的职能，来自圣奥古斯丁的宽容和权力构想及其在中世纪和近代早期的诠释：Schreiner, Klaus, “忍耐”(tolerantia)或者“恐怖”(Terror)。对偏离宗教规定的反应模式，以奥古斯丁的宽容和权力构想为例研究和阐释，及其在中世纪和近代早期的诠释，见：Simon, Dieter (出版人)，宗教上的越轨，西方和东方中世纪宗教偏离的社会的、法学的和神学的反应之研究，1990, 159 ff., 159.

<sup>84</sup> 参见：Schapp, Jan, 自由、道德和法。法哲学纲要，1994, 225 ff. 因为他的伦理观点(作为尊重法律的义务理论)霍布斯的认可，托马斯霍布斯的利维坦，Fetscher Irving (出版人)，第5版 1992, 引言, 5 (参见：Schapp, Jan, 自由、道德和法。法哲学纲要，1994, 94 f.) 强调了，一系列的“自然惩罚”是损害自然规律的结果，是“更高的正义”的表现方式。

<sup>85</sup> Hobbes, Thomas, 霍布斯的利维坦，再版依据1651版，1962, 第XIII章，§9, 参见：Gert, Bernard, “遵守法律”作为道德守则，见：Byrd, B. Sharon/Hruschka, Joachim/Joerden, Jan C., 法学和伦理学年鉴，卷11 (2003), 3 ff.

<sup>86</sup> 费尔巴哈，Paul Johann Anselm Ritter von, 刑法进步的修订，耶拿文学汇报的副刊，第1年度，卷1, 1801, Sp. 255 ff., 257, 258; Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von, 实在重刑法的原则和基本概念的修订，第1部分，1799, 43 ff. 也可见：Hippel, Robert von, 德国刑法，卷I, 普通基础，1925-1930, 248 f.; Naucke, Wolfgang, 康德和费尔巴哈的心理强制论，1962, 12 ff.; Schreiber, Hans-Ludwig, 法律和法官。无法律即无犯罪与刑罚(nullum crimen, nulla poena sine lege)原则的历史发展，1976, 103 f.; Regge, Jürgen, 17和19世纪的德国法律的犯罪惩罚。在巴塞罗纳的让·布丹协会会议的德方总体报告，1987 关于“La Peine”见：Recueils de la Société Jean Bodin, Bd. LVII, 1989, 总体报告 (C. 7), 227 ff., 236; 以及：Bohnert, Joachim, 保罗约翰·安塞姆·费尔巴哈和刑法的确定性原则，1982, 11 ff.

<sup>87</sup> 详见：Kremkus, Andreas, 托马斯·霍布斯的惩罚和刑法立论，1999 (zugl. Diss., Frankfurt (Main), 1998), 59 ff., 和 62 ff., 论及托马斯·霍布斯，利维坦，Fetscher, Irving (出版人)，5. Aufl. 1992, 第27章；也见：Kodalle, Klaus Michael, 托马斯·霍布斯--统治逻辑和和平理智，1972, 65. 报复被认为不理智、无意义和无用处，Kremkus, Andreas, 托马斯·霍布斯的惩罚和刑法立论，1999 (zugl. Diss., Frankfurt (Main), 1998), 82, 提及托马斯·霍布斯的惩罚和刑法立论，哲学家和法学家之间关于英国法的对话，Willms, Bernard (出版人)，1992, 162.

8. 霍布斯的紧急状态威胁论，布丹的超越法律的国王论及国家重商主义可以形成一个整体。<sup>88</sup>背后还有马基雅弗利的权力思想。简而言之，这三个学说，共同构建了纯粹的专制主义。据此，有效的和可自卫的经济国家，其理性论证的政策凌驾于法之上。<sup>89</sup>国家旨在对内、对外殖民化，满足于在混乱和变迁时代的任务。君主国家在这个层面上，用这个目标建立起来，并使其权力垄断合理化。战争和混乱首先迫使绝对服从。用战争会制造混乱的警告，原则上解释了社会引导的主权方向。根据这种思想，对于自由人、公民和贵族以及对于所有新的“下等民众”而言，公民的和俗世的惩罚只是调整了小型战争（*guerre, war*）的混乱。鉴于这些任务，国家把它的对内的权力垄断又加以合理化。

此外，国家必须保卫自己。积极地说，今天保障人权和守护普遍法律价值成了“国家理性”的真正组成部分。紧随着民主，对民主的保护也归属于国家的保护。最后，随着法治国家的概念，法治国家的保护也被归于国家的保护。

紧急状态、必要性观点以及其防护构成了这些思想的基底。今天的“博爱”观念，毫无疑问包涵了布丹的基本论述。

## IV. 洛克的私法

1. 16 和 17 世纪，古老的三个封闭的内海：地中海，黑海和波罗的海刚被汉萨同盟主导不久，就被大西洋和太平洋取而代之，成了欧洲的新内海。新的国家象古代一样忙于自由贸易和争夺殖民地。市民的商行和商业银行参与统治。新世界应当受到洛克的国家理论的影响。

洛克（1632-1704）在这一背景下立论，他对政治自由主义的英国路线影响比霍布斯深远。洛克的国家论首先阐述了正在崛起的行政城市、商业城市伦敦的视点和它的政治环境。这个渐趋繁荣的城市，当时就成为了英国国土的中心。

2. 洛克认为，新教的人：天生就有对于所有自由、完全享受自然法的所有权利和特权的法律权利（*Rechtsanspruch*），和世界上的其他所有人及人群平等。

<sup>88</sup> 从历史角度概括：Hattenhauer, Hans, 欧洲法的历史，4. Aufl. 2004, Rn. 1217 - Rn. 1391. 他直接用笛卡尔的名言“我思故我在”开始了引言，Rn. 1217; 关于公法作为法院法的英国做法和关于议会主义：Rn. 1343 ff.

<sup>89</sup> 关于布丹和霍布斯所说的政治在国家里的自主化：Di Fabio, Udo, 开放国家的法律。国家论和法论的纲要，1998, 16 ff. 他们强调权力的绝对性和自然理智的重要性。

该法律权利已经反应了普遍的人权，进一步地看，它明显地诉求于相似的主权国家法人。无论如何，它需要一个人们的权利和特权的强大保护者，来实践此思想。

国家通过和平提供的最大益处，首先就是作为贸易外部自由的自由所提供的。它创造了享受和特权。自由国家保障的首先不是个人世界观的内心自由，主要也不是摆脱普遍的战争状态。

据此，公民甚至拥有一个重要的且人道的自然状态。<sup>91</sup>正是由此可导出他们的请求权。同样地，它具有个人的同一性。洛克解释道，“权利和正义的天然理由”，在“奖励或惩罚，好运和厄运”方面，来源于他的个体同一性。<sup>92</sup>这样，洛克至少迈出了到达法人的重要一步，这一步来自他自身的同一性。

是否洛克把不可侵犯的人性尊严作为精神之灵看待，如同普芬多夫所描述的那样，尚无定论。他的自由主义的重点放在实际的法律角色上。<sup>93</sup>十九世纪的把所有民事法人当作自由人格体（Person）的公民思想应当发端于此。

3. 于刑法而言，洛克逻辑地推论，不公平的使用权力等于是把人置入与他人的战争状态。<sup>94</sup>

洛克继续指出，故意地违反共同生活的准则，在认同自我维护的要求与共同的好（*bonum commune*）的情况下，那么行为人就把自己开除出人类共同体了。他违反自然法，是因为他不是依据理智准则而是别的准则生活的。

<sup>90</sup> 从宗教自由的角度翻译和强调：Uhle, Arnd, 国家-教会-文化, 2004, 111; Locke, John, 政府二论, 见: 政府论, Laslett, Peter (出版人), 1988, § 87, 也可见: § 4.

<sup>91</sup> 根据洛克, 自然状态下的人仅仅受缚于自然法和神的审判, 在文明状态下, 还额外地受缚于国家的立法和司法: Brandt, Reinhard, 洛克的人格同一性, 见: Byrd, B. Sharon/Joerden, Jan. C. (出版人), *Philosophia Practica Universalis*, Joachim Hruschka 70 大寿的贺文, 2006, 45 ff., 56

<sup>92</sup> „In this personal Identity is founded all the Right and Justice of Reward or Punishment, Happiness and Misery being that for which every one is concerned for himself no mattering what becomes of any Substance, not joined to, or affected with that consciousness“, Locke, John, 论对人类的理解(1690), Nidditch, Peter H. (出版人), 1975, 341 ff., Essay II, 27, 18; 参见: Brandt, Reinhard, 洛克的人格同一性, 见: Byrd, B. Sharon/Joerden, Jan. C. (出版人), *Philosophia Practica Universalis*, Joachim Hruschka 70 大寿的贺文, 2006, 45 ff., 55. Brandt质疑, 人格同一性已经是明显的意识成果(58)。人格同一性作为“感觉的集成”, 即“内化的角色”, 然后转化成法人意义上的法律化的人格。

<sup>93</sup> 关于洛克的“人格同一性”, (“每个人对自己所认为的...都是有意识的”): Locke, John, 论对人类的理解(1690); Nidditch, Peter H. (出版人), 1975, 104, Essay II, 1.1.

<sup>94</sup> 详见: Hüning, Dieter, *Naturzustand*, 约翰洛克的自然国家权力和国家, 见: Peters, Martin/Schroeder, Peter (出版人). 主权构想. 17 和 20 世纪的政治秩序设想的论集, 2001, Albrecht, 国家权力和主权, 见: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (出版人), *HdStR II*, 3. Aufl. 2004, § 17, 85 ff., 107; Ashcraft, Richard, 洛克的自然政府: 是历史事实亦或道德幻想? 见: 美国政治科学评论 62 (1968), 902ff., 904.; Locke, John, 政府二论, 见: 政府论, Laslett, Peter, 1988, §§ 19, 181, 183.

在清教主义的基础上，洛克采取了一个严格的自由主义姿态。自由不仅提供了主体的或个人的或者自己的权利。它还允许拥有真正的法律地位。洛克把不理智者亦有自然法的观念与战争状态论联系起来，此处，战争状态指的是旨在公民防卫的敌人刑法。<sup>95</sup>

洛克强调正义概念：如果君主行事不公平，或者容忍了不公平，那么公民不服从是允许的。因此君主受制于公平的基本准则。如此来说，他不是专制的，而是一个公平的和开明的统治者。通过受制于“法律规则”君主就被某些社会伦理绑定了。<sup>96</sup>

根据洛克和霍布斯，服从来自于共识，遵守诺言。

两者也显然是从建立和保持社会契约的紧急状态推导而来。霍布斯认为，共识和承诺是自然状态的混乱时紧迫的抉择，洛克认为，这是因为没有国家，合作性公平交易的优点就无法得以保证。

犯罪人由于他的行为脱离了理智的群体。但他仍然是一个自由的、虽然非理智的人。因为，洛克担心，被开除者也可以和别人结盟，<sup>97</sup>所以只能在紧急情况下把人开除。不论如何，不守法的人也不会沦为动物。洛克的社会契约已经包含了明显的私法特点。他的想法有一点没有答案，就是施暴者是不是至少应当类似宪法，让他保留潜在的合法成员的地位，就像前国家时期商人和自由武士所要求的那样。

如果说格劳修斯是按照自然的刑法来调整国际法，那么洛克通过内战和社会

<sup>95</sup> 参见与人道的公民刑法相反之处：Jakobs, Günther, 对伤人罪行的实体执行--同时也是论述特别部分的一般化：Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Rudolph, Hans-Joachim (出版人), 致克劳斯 罗克辛 79 寿辰的贺文, 于 2001 年 3 月 15 日, 793 ff., 通过卡尔 施米特的紧急和特别状态学说处理, von Aponte, Alejandro, 战争法和敌人刑法。以哥伦比亚为例考量“有效”的敌人刑法, 1. 2004 版, 126 ff., 315 ff. (行为人是“法益的敌人”)。现今关于如何在保护未成年公民免受敌人伤害的思考, 作为对“社会干涉刑法”的批评: Albrecht, Peter-Alexis, 刑法-从自由的干涉刑法到社会的干涉刑法, KritV 1988, 182 ff., 202. 对于德国纳粹时期把敌人当作“非人”的逻辑推论的批评: Eser, Albin, 考察总结, 见: Eser, Albin/Hassemer, Winfried/Burkhardt, Björn (出版人), 世纪之交前的德国刑法学。回首与展望, 2000, 437 ff., 445. 此外关于现今状况, 用了有说服力的标题, Schneider, Hendrik von, “对内部敌人的正义战争”, 关于打击“有组织犯罪”时的宪法式的程序保障, ZStW 113 (2001), 499 ff. 16 世纪的自然法通过“自由人”, 不仅针对单个战士或“强盗”, 而且还有在他们家族的有组织权力或者他们的保护联盟。

<sup>96</sup> 参见: Gert, Bernard, “遵守法律”作为道德规则, 见: Byrd, B. Sharon/Hruschka, Joachim/Joerden, Jan C., 法学和伦理学年鉴, Band 11 (2003), 3 ff.

<sup>97</sup> 关于 1932 年渐趋强化的朋友-敌人思想, 从价值中立的机械角度: Schmitt, Carl, 政治的概念, 3. Aufl. 1963 的版本, 1991, 31 ff., 一方面关于“内部敌人” (46), 另一方面区分外部的敌人和内部的犯罪, 前言(11)。关于卡尔·施米特的开除公民: Schmitz, Mathias, 卡尔·施米特的友敌理论. 草案与扩展, 1965, 15 ff.; 同时与 Leo Strauss 的对话: Meier, Heinrich, 卡尔 施米特, Leo Strauss 和“政治的概念”。关于不在场者的对话, 1998, 27. 也可见 Aponte, Alejandro, 战争和敌人刑法。Krieg und Feindstrafrecht. 以哥伦比亚为例考量“有效”的敌人刑法, 第 1 版, 2004, 150 ff.: “刑法是战争以其他手段的延续”

契约来阐释国家的刑法。洛克说，即使作为罪犯，法律人也不会沦为野兽，他只是解除了社会契约，因为对他而言，其他规则有效。他必须忍受非自然、非理性也即非法的社会后果，不管怎样，在这个试金石上法律的界限得以显现。因此，人的意志超越他的合法权利（Rechtsanspruch）。洛克认为，在他的时代自我开除属于法律事务的常态。人的尊严，如果从普芬多夫的角度去寻找，首先存在于自由决定之中。

5. 显而易见，洛克的刑法建立在自由人的战争权之上。这个诠释使他居于格劳修斯和霍布斯的中间位置。他认为，刑法，从其表达受限的自由权而言，决定了和证明了今天的基本权利的方式和跨度。

该观点也指出了今天的权利纠纷（Rechtsstreit）的概念。只要战争作为反应的方式出现，就有前国家的战争，从这个意义说它是有惩罚性质的诉讼程序。<sup>98</sup>

比如，今天的政治机构可以套用该角色系列。从当代的新自由主义和系统论观点看，可以把机构普遍地看成积极的“调节体系”，用来解决或减少已发现的合作问题，<sup>99</sup>它们自己也得以维持或至少调整。

洛克的自由主义构建了法律化的自由和法律角色里的权利纠纷思想一个重要部分。他突出了“自由”的观念。

6. 但是，基本思想还是自由人的思想，自由人甚至可以自我开除出集体。发生与否，由理智人的集体来决定，看它如何阐释集体福祉而定。然后，这个实际上自主的脱离转变成集体决定的流放。

一边是自由的行为人为他的自由行为承担责任，<sup>100</sup>另一边是主权的责任归

<sup>98</sup> 参见：Trotha, Trutz von, 低地的战争，见：Hitzler, Ronald/Reichert, Jo (出版人) 混乱的秩序，社会处理恐怖，2003, 71 ff., 关于“Spittler定律”，方式的多样化，去调解争端，特别是关于考虑到的或者缺少的选择的难题：72；后续的“小战争的兴起”：78 ff.; Spittler, Gerd, 在利维坦阴影里的争端调解，法律民族学研究的评介，法律社会学杂志，1980, 4 ff. 他补充道，“权力垄断者”因为没有受到“暴力自救的威吓”，所以他们能以“法治国家”“粗暴对待其他成员”。法制国家里的人与人共处的难题尚未处理。

<sup>99</sup> 把机构定义为“调节体系”，以解决或减少发现的合作问题，比如Keck, Otto, 安全机构分析的理性理论，见：Haftdorn, Helga/Keck, Otto (出版人)，在霸权和威吓之外的合作，国家关系中的安全机构，1997, 235 ff., 254.

<sup>100</sup> 也许甚至在日耳曼时期，关于激进的“行为杀人”的模式，批评地，也是因为很少的文献源泉，打击一个刑事责任相当的发生责任（Erfolgshaftung）：Mikat, Paul, 盎格鲁萨克森的刑法中的发生责任和过错思想，见：Welzel, Hans/Conrad, Hermann/Kaufmann, Armin/Kaufmann, Hilde(出版人)，致Hellmuth von Weber七十大寿贺词，1963, 9 ff. 也可见：Jakobs, Günther, 过错原则，1993, 关键词“过错责任对发生责任”，7 ff., 特别是10页也指出，发生责任与“氏族责任或者部落责任”紧密相连，因此它也不总是“惩罚责任”。由此在民法里，危害责任原本更多是破坏教会秩序。也可见：Brunner, Heinrich, 关于在古德国刑法中的无意的恶

属，两者融为一体。早在日耳曼时期，自由人的法就把剥夺（*Aberkennung*）当作驱逐，后果是失去和平（*Friedlosigkeit*）。<sup>101</sup>就是说取消被驱逐者的所有的法律约束。他的房子被损毁，妻子成为未亡人，孩子成了孤儿。没有人可以收容他。每个人可以随意杀死他。特别是早期人类法庭用失和平来回应不出庭和藐视他审判的行为。<sup>102</sup>它是一个公开的惩罚。不过，正如Weigend正确地指出的，失和平者可以通过支付“赎金”，把自己从“深山老林”里买回来。<sup>103</sup>

在此，根据主要目的不同，私法观点在主权定向之前和之外也起了作用。可是更起作用的是氏族联盟。从这点看，无帝国和无国家的自由人的刑法与某种小国际法结合起来。

以相似的基本论证，*Seelmann*把惩罚合理化，尽管他强调黑格尔的失去认可的模式。<sup>104</sup>据此，法被认为是一种认可关系，本质上就像遵守共识的模式。从这个客观化的、理想化的角度看，不法行为造成扰乱，制裁则是用于重建被损害的法律关系和自由关系。

根据德国责任刑法和普遍人权，更是如此。人人值得尊重，对于多重杀人犯亦然，也不可触犯。<sup>105</sup>这符合普芬多夫的基督教的核心原则。被审判者，在集

行，柏林科学院的回忆报告，1890, 487 ff., 488 ff.; Binding, Karl, 规则及其僭越，卷 1: 规则和刑法，1872; 卷 4: 过失，1919, 12 ff., 13.

<sup>101</sup> Weigend, Thomas, 不法行为受害人和惩罚程序; 刑法和犯罪学，卷 10, 1989, 28 ff., 191; 正确地批评，国家惩罚请求权的概念，涉及到“刑事追究”，故而也可见: Scheffler, Uwe, 惩罚程序的超长期限。实体法的和刑事程序的法律后果，1991, 141., 对于仇视和血性复仇在原始社会里的法律民族学研究，Heiderich, Barnim, 复仇的起源与功能。同时一篇关于通用法机构的问题的论文(Diss. 科隆)，1972, insbes. 22 ff.; 关于氏族在仇视中的作用: Wiebrock, Irene, 日耳曼氏族从早期到民族迁移的尾期，1979, 79 ff.; 以及: Beyerle, Franz, 日耳曼法律过程中的发展问题。赎罪、复仇和及其纳入民间法的刑事程序，1915, u.a. 205 ff.

<sup>102</sup> Hippel, Robert von, 德国刑法, Band I, 一般基础, 1925-1930, 1971, 53, 105; Schmidt, Eberhard, 德国刑法事务史入门, 1947, 3. Aufl. 1965, 再版 1983, 30; Mitteis, Heinrich/Lieberich, Heinz, 德国法历史, 19. Aufl., 1992, 41 f.; Brunner, Heinrich, 德国法历史, Band II, 2. Aufl. 1906 (C. v. Schwerin修订 1928), 232 ff.

<sup>103</sup> Kroeschell, Karl, 作为研究难题的日耳曼法, in: ders. (出版人), 致Hans Tiemitz八十大寿的贺文, 1986, 3 ff., 11 ff.; Weigend, Thomas, 不法行为受害人和惩罚程序; 刑法和犯罪学, Band 10, 1989, 28 ff., 32, Erl. 35, 提及了Binding, Karl, 日耳曼-德意志法的公开惩罚的起源, 1909, 31; Conrad, Hermann, 德国法历史, Band I. 早期和中世纪, 1954, 2. Aufl. 1962, 51; Kaufmann, Ekkehard, 关于日耳曼法的剥夺权利之理论, 见: Kleinheyer, Gerd/Mikat, Paul (出版人), 献给Hermann Conrad七十诞辰的纪念文, 1979, 329 ff.

<sup>104</sup> Seelmann, Kurt, 法哲学, 4. Aufl. 2007, § 9, Rn. 49, 援引Fichte, Johann Gottlieb, 根据知识学原理的自然法基础, 1796, 见: Fichte, Immanuel Herrmann (出版人), Fichtes Werke, Band III, 法论和习俗论III, 1971, § 20: 拒绝者不是让他“失和平”，而是通过构建一个“赎罪契约”来纳入。那么，如果人们读到了（正确地）维持了人的“尊严”核心的语境，就很明显（参见: Seelmann, Kurt, 法哲学, 4. Aufl. 2007, § 12, Rn. 1 ff.）更极端地作为剥夺认可: Seelmann, Kurt, 黑格尔的惩罚理论之“法哲学的要领”，JuS 1979, 687 ff., 688, 如此极端地也可见: Koriath, Heinz, 关于对积极总体预防的争论--概要: Radtke, Henning/Müller, Egon/Britz, Guido/Koriath, Heinz/Müller-Dietz, Heinz (出版人), 必须惩罚吗? 致Heike Jung六十大寿的集论, 2004, 49 ff., 63, 他自己在其后发现了一个复仇感的代码(64)。相似地: Pawlik, Michael, 人格体、主体和公民。刑罚的合法化, 2004, 86, 88 ff.

<sup>105</sup> BVerfGE 115, 118, 152, 以及: BVerfGE 39, 1, 42; 72, 105, 115; 109, 279, 311. 关于对自由的干涉, 也可见: BVerfGE 87, 209, 228; 96, 375, 399. 概括的关于人性尊严: Albrecht, Peter-Alexis, 人性尊严作为批评国家的绝对规则, 见: 立法和法学的季度评论, (KritV), 给Burkhard Hirsch的颁奖词, 2006, 295, 297.

体之内还是可尊重的。他获得机会去处理罪责，但必须放弃一些自由的领域，用他的公民人格核心来赎罪，紧急情况下要通过保安监禁进行。

不管如何，个人的、首先是自由的、却也是博爱的民主原则，与民族的法治国家的客观观点是一体的。他的比较点（*tertium comparationis*）是自然的理智，是一种的尘世的“圣灵”。

圣灵首先诉求于一个理智人，也许是一个全体系的“平衡”。

## V. 欧洲三元论，欧洲的人性尊严一元论

1. 最后，自然法有三种发展方向，在自由、平等和博爱的三元论方面，被概括为：

(1) 格劳修斯的名字代表一个特别公平的、刑法导向的国家意识。在这种意识里，法是以自然的正当防卫权利模式统治的。略微简化地说，后者建立在“平等和相互”上。

(2) 布丹和霍布斯仅仅重视紧急状况和它的主权防卫。布丹还支持主权的重商主义，要求宗教宽容。这两种论点需要理想君主和紧急状态的强制。只要国家脱离了宗教，它必须把救济机构视作“博爱”，或者把“博爱”交与强大的私人非政府组织。

(3) 洛克的国家服务于有用的商业，把他眼中的自然人当作可能的伙伴。他选择了古罗马战争法的民法做法，论证了条文化的自由（*verfasste Freiheit*）。

2. 三体合一也可以用别的方式概括，和三种制裁方式有关：

民族的-正义建立在平等思想之上，和行为-罪责-偿还的法律后果相关联，“用以平抑不公平”，以此重建法律和平。

社会的-必要性：它上溯到博爱思想，和预防的法律成分、社会防卫、社会归责和处理实施相关联。

民事的-合同：它发端于自由思想，与“自己的”责任的后果，包括自己的行为共同出现，它引发相应的保障地位。它反应在重新补偿思想和自愿的重新社会化措施里，以及在监禁者的保留的法律地位里。

每个民族国家的刑法包括了所有三个观点。但是各国的民主用其不同的方式

——不仅仅为了刑法——把这三个基本元素和谐地统一起来。欧洲的博爱观念，特别地在人权层面得到发挥。<sup>106</sup>德国、法国和英国的法律体系给欧洲提供了三种民族国家的基本模式，它们各着重于三点之一。其他两个元素被简化，具有修正体系的钳制作用。<sup>107</sup>从欧洲这三种大的法律体系，虽然这也意味着法文化的竞争，整个超越国家的欧洲获益不浅。这不仅仅是因为它容许许多民族国家的变种。

欧洲的总纲证明了，这种三合一至少是欧洲各国拥有的“自然法遗产的”一个根本元素。这个规范三元论代表了三个支柱，支撑起了西方文明的屋顶，还有三个概念的横梁：“民主”、“法治国家”以及“精神-文化的遗产”，它也包括了一个（自我批评的和开放的）“科学理智”的传统。否认这六个元素，每个不可容忍、不可控制和不可补偿的价值破坏都会危害这一文明。

3. 如何以普芬多夫的尘世的灵魂模式<sup>108</sup>来整合人性尊严，尚无定论。今天总纲里的法律化的人性尊严（*dignity of man*），在西方国家从专制主义到完全民主与人权的漫长演变过程中，明显接纳了君主统治的专制主义思想。因为，代后者而起的是人民的民主。

同样地，从人性尊严思想里不仅演化出了单个人权，比如欧洲基本权利宪章所列的，每个人都能要求国家加以保障。反过来，单个人权决定了本身几乎不可捉摸的人性尊严思想。根据它的半宗教化的绝对请求权，人的“灵魂-尊严”构成了民主和人权之庙的圣坛。人性尊严思想提供了一个半宗教的“一元论”。人性尊严成了最高的概念。

同样地，“自由平等博爱”的三元论可有助于充实人性尊严的模糊概念。内容上，人一般地被视为可尊敬的，因为他作为“现代人”，具有“理智”的基本能力，政治上可“自主”，即可以自我立法，或者看起来是如此。正如刑法证明的，人可以违反他的理智预设而决定。西方的信条<sup>109</sup>首先是意志自由，法律政策的决定自由和法的自我责任随之而来。人类自由的概念乍一看去，甚至也许构

<sup>106</sup> 参见：Calliess, Christian, 欧洲立法和各国基本权利 - 欧洲法院和联邦宪法法院的当今审判里的分离, JZ 2009, 113 ff., 119 ff. 除此，关于作为最低保护条款的基本权利宪章的第 53 款

<sup>107</sup> Montenbruck, Axel, 文明。国家与人、权力与法、文化与自然, 2009, Rn. 1098.

<sup>108</sup> 如要深化从灵魂的古老思想（柏拉图、亚里士多德、托马斯·阿奎因）导出的人性尊严，参见：Montenbruck, Axel, 公民宗教 I, 基础：西方的“民主的总纲-人道主义”和普遍的三元素“自然、灵魂与理智”，2. Aufl. 2010, Rn. 96 ff.

<sup>109</sup> 比较：Roxin, Claus, 刑法概论, Band I, 4. Aufl. 2006, Rn. 55.



成了西方文明的实际基础。自由本身总是与什么相关，因此是不完全的。总有人立刻问：“什么的自由？”。政治上和历史上的回答是：“用以摆脱完全博爱的专制主义约束的自由”。据此，“什么的自由？”问题一经提出即要回答。

政治的和历史的回答是：自由建构了平等人（peers）以及博爱人的民主。没有纳税，没有国防义务，没有私人的“救济组织”，就不能维系英美意义上的民主国家。最后，在自由思想和博爱思想之间存在一个“平衡”。每个自由人决定它的方式和内容，即使他们只是自由和平等的人民的一部分而已。

该自由人私下也是“理智的”，如果他自身都在每个具体情况里融合“自由、平等和博爱”。在一个与自由、平等和博爱的人组成的集体里，他首先在民主的社会伦理意义上是理智的，如果他借助“正义、必要性和契约”这三个范畴，调整他的社会内部世界，并让他的同类管理。

如同一再读到的，自由思想总是与平等和博爱为伍。借助它们，每个西方国家文化再次锻造了它的法文化和国家文化。洛克和霍布斯变成了英美法系的始祖。布丹和卢梭的思想决定了法国体系。如果不局限于影响广泛的德国唯心主义，比如局限于康德、黑格尔和费希特的话，那么我们可以尊崇格劳修斯和普芬多夫为德国法文化和国家文化的欧洲始祖。

4. 欧洲各民族国家的民主，如同欧洲宪章的总纲表明的，为他的文化采纳了所有三个基本元素。每个民主都必须采用了三个观点：

- 超国家的底限伦理的观点
- 实际的、博爱的国家政治的观点
- 私人的自由权的观念

每个非欧洲的民主社会，同样体现了西方三元论（和更多一些）的元素。每个民主用自己的方式，总是在每次政党权力交替时将这些原则调整，具体地说不仅为了刑法。不可避免的断裂和体系化的对立，比如集体的国家功用和个体的公民自由，只要可能和必要，都会融合入每个国家文化，并使之持续。<sup>110</sup> 鉴于每个民族国家的文化差异，欧洲政治联邦的基本观念“辅助性原则”（Subsidiarität）作为文化个性的政治形式发挥影响。<sup>111</sup>

<sup>110</sup> Montenbruck, Axel, 文明。国家与人、权力与法、文化与自然，2009, Rn. 1098.

<sup>111</sup> 参见: Calliess, Christian, 欧洲的立法和民族国家的基本权利 - 欧洲法院和联邦宪法法院的当今审判里的



阿克塞尔·蒙特布鲁克

## 刑法哲学 (1995-2010)

复仇、刑期、替罪羔羊、人权刑法、自然刑法

谢焱 (译)

2013年第三版 (双语版)



柏林自由大学开放存取出版

---

Axel Montenbruck

## **Strafrechtsphilosophie (1995-2010)**

**Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht**

**Chinesische Übersetzung von Yan Xie**

**3. als zweisprachige Auflage, 2013**



**verlegt im Open Access der Freien Universität Berlin**

阿克塞尔 蒙特布鲁克（著）：法学博士（刑法学和刑事诉讼法学、法哲学、法律人类学），柏林自由大学刑法学和刑事诉讼法学教授，法律和社会哲学国际协会德国分会成员，中德刑事法协会成员

谢焱（译）：北京师范大学刑法学硕士，国家留学基金委奖学金获得者，德国慕尼黑大学刑法学、法哲学与法信息学研究所刑法学博士研究生

-----

*Axel Montenbruck* (Verfasser): Dr. iur. habil. (Straf- und Strafverfahrensrecht, Rechtsphilosophie, Rechtsanthropologie), Professor am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin, Mitglied der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, Deutsche Sektion, und Mitglied im Chinesisch-deutschen Strafrechtslehrerverband.

*Yan Xie* (Übersetzerin): Master of laws von Perking Pädagogische Universität, Stipendiatin von CSC (China Scholarship Council), Doktorandin am Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften, Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik an der LMU München

## Einleitung der Übersetzerin Yan Xie

Wie aller Welt bekannt hat, steht Deutschland mit seiner Kultur für große geistige Theorien, gesamte Ideenlehren und für eine selbstkritische Philosophie. Es hat viele weltberühmten Philosophen wie Kant, Hegel, Schelling, Fichte, Schopenhauer und Nietzsche hervorgebracht. Deutsche Denker haben zur Entwicklung des Humanismus und auch zu seiner Kritik einen großen und speziellen Beitrag geleistet.

Kant, Hegel und Fichte haben eigene Rechtslehren entwickelt, die die deutsche Rechtsphilosophie immer noch mitbestimmen. Deutschland ist zudem das Land der großen Gesetzbücher, deren Grundlagen vielfach aus dem 19. Jahrhundert stammen. Kants Idee der Verallgemeinerbarkeit, bei ihm diejenige des eigenen Handelns, spiegelt sich auch immer noch im Rationalismus der deutschen Gesetzbücher wider, wenn auch wichtige Leitentscheidungen der obersten Bundesgerichte mehr und mehr hinzutreten und auch der deutsche Gesetzgeber ständig an kleineren Reformgesetzen arbeitet. Ebenso wirkt regelmäßig auch das Europäische Recht auf das deutsche Rechtssystem ein. Da ohnehin kein Rechtssystem einfach transplantiert werden kann, liegt es nahe, sich im Rahmen der Rechtsvergleichung mit Grundlage des Rechtssystems zu beschäftigen und zu ihnen zählt, zumal in Deutschland, die Rechtsphilosophie. Tauscht man einen Apfel aus, bekommt jeder einen Apfel; aber tauscht man eine Idee aus, bekommen beide Seiten zwei Ideen.

In der deutschen Rechtswissenschaft gibt es eine entsprechende Tradition: Studenten, die sich mit dem Strafrecht und Strafprozessrecht beschäftigen, studieren normalerweise auch gleichzeitig auch Fragen der Rechtsphilosophie, die wiederum eng mit der Rechtsgeschichte verbunden ist. Denn zum Kanon der rechtswissenschaftlichen Auslegungsmethoden gehören immer auch die Fragen nach „Sinn und Zweck“ sowie nach der Gesetzesgeschichte, und zwar für die einzelne Normen und ihrer Kernbegriffe ebenso wie für die gesamten deutschen Gesetzeswerke.

Umgekehrt hängen auch die Fortschritte in der Rechtsphilosophie, vor allem die des Strafrechts, von rechtswissenschaftlichen Studien über Sinn, Zweck und Tradition des Strafrechts und Strafprozessrechts ab. Die stürmische Entwicklung des großen Dogmen und der Wissenschaftspolitik des Strafrechts basieren auf der Strafrechtsphilosophie. Strafrecht ist ein Rechtsgebiet, das zunächst einmal das Verbrechen möglichst genau zu bestimmen trachtet. Keine

Strafe ohne Gesetz lautet ihr oberstes formales Prinzip, das auch in der deutschen Verfassung, sowie in der Europäischen Menschenrechtskonvention und auch in der neuen Grundrechtecharta der Europäischen Union (EU) von 2009 ihren Niederschlag gefunden hat. Auf Straftaten reagiert der demokratische Rechtsstaat, der für sich das Gewaltmonopol reklamiert, mit Freiheits- und mit Geldstrafen. Diese Sanktionen müssen in Deutschland der Schuld, also dem verschuldeten Unrecht, angemessen sein oder gemäß der Grundrechtecharta in Europa verhältnismäßig sein. Im Prozessrecht bietet das Strafrecht ein gesetzlich geregeltes Erkenntnisverfahren, das vor allem auf ein rechtsstaatlich-faires Verfahren setzt. Ein gesetzlich geregeltes Vollstreckungsverfahren folgt, bei dem die Menschenwürde des Verurteilten zu beachten ist. Alle diese Leitideen, wie Rechtsstaat, Gewaltmonopol, Schuld und Menschenwürde, sind Gegenstand der Rechtsphilosophie, und beim näherem Hinblicken nicht einfach zu bestimmen.

Zumal beim Strafrecht handelt es sich um die Ausübung des staatlichen Gewaltmonopols. Warum aber verfügt der Staat über die Macht, die Straftäter zu bestrafen? Da es sich um Leben und (sozialem) Tod handelt, müssen wir die drei grundlegende Frage nach den Strafgründen, den Strafzwecken und der Herkunft dieser Ideen beantworten, für die „Strafrechtsphilosophie“ Erklärungen zu bieten hat. Diese Philosophie beschäftigt sich mit Ansichten und Auffassungen über das gesamte System des Strafrechts, die durch das vernünftige Nachdenken über das sozialreale „Sein“ aus der Sicht des planenden „Sollens“ entstanden sind. Einerseits basieren sie also auf dem „Sein“. Andererseits gehen sie darüber hinaus und beschäftigen sich mit anderen ontologischen Problemen und forschen nach den Existenzgrundlagen des Strafrechts.

Wenn die Dogmatik des Strafrechts Probleme über die systemkonforme Auslegung der Bedeutungen konkreter Paragraphen löst, dann legt die Strafrechtsphilosophie ihren Schwerpunkt eher auf Nachdenken über die Frage nach Legitimität und Legalität der Strafgesetze. Die Rechtsstaatlichkeit des Strafrechts bildet das Kernthema aus der Sicht des Rechts und der Philosophie steuert allem die Ethik bei. Beide Sichtweisen hängen zusammen, sodass weder die eine noch die andere vernachlässigt werden darf. Vor allem die Frage nach dem „gerechten Recht“ führt dabei die beiden Teile der Rechtsphilosophie zusammen.

Egal ob China sich mit der Existenz bzw. Abschaffung der Todesstrafe beschäftigt, es erwägt die „Kriminalisierung“ und „Entkriminalisierung“ als Teil der Revision des materiellen Strafrechts und zudem die Reform des Strafverfahrensrechts, um ein Gleichgewicht

von Menschenrechtsschutz und effektiver Bestrafung der Straftäter zu finden. Welches Strafrecht soll entworfen werden? Um diese Frage zu beantworten, muss man zunächst eine Philosophie des Strafens formulieren. China baut im Moment eine harmonisierte Gesellschaft auf, die durch angemessene Antworten auf die Fragen nach dem strafrechtlichen Kontrollbereich der gesellschaftlichen Verhältnisse verstärkt werden sollen. Die Ideen von Legalität und Rationalität des Strafrechts können dabei helfen.

Die Entwicklungstendenz der chinesischen Strafrechtsphilosophie wird gewiss auch von deutschen Wissenschaftlern des Strafrechts mit großem Interesse verfolgt. Manche chinesische Spezialisten und Professoren des Strafrechts haben gegen Ende des letzten Jahrhunderts schon ihre Aufmerksamkeiten auf die Strafrechtsphilosophie gelenkt. Herr Professor Xingliang Chen z.B. hat schon mehrere Werke über die Grundlage des Strafrechts und Philosophie des Strafens geschrieben. In seinem Buch „Strafrechtsphilosophie“ beschäftigt er sich mit der Ontologie des Verbrechens, der der Bestrafung bzw. der Verhältnismäßigkeit von Strafe und Straftat. Die der ausländische Straftheorien, besonders die von deutschen Philosophen, betrachtet er ebenfalls, und er hat auch eine Reihe von Aspekten empirisch überprüft.

Die Umstände ändern sich mit der Zeit, die Strafrechtsphilosophie ist aber ein weitverzeigter alter Baum, dessen Kraft die deutschen Wissenschaftler des modernen Strafrechts speist, indem er die Grundlagen zu weiteren Forschung und auch zur Zusammenarbeit mit chinesischen Kollegen bietet. Aufgrund des dringlichen und verstärkten Nachfragens nach Legalität und Rationalität des Strafrechts durch die moderne Gesellschaft ist die Strafrechtsphilosophie immer noch einen der Studienfelder des Teilsrechts, mit der man sich am gründlichsten zu beschäftigt hat.

Das Buch „die deutsche Strafrechtsphilosophie (1995-2010)“ ist ein repräsentatives Werk in diesem Bereich in der Neuzeit. Der Autor Axel Montenbruck ist im Jahr 1942 geboren, er hat im Jahr 1976 mit seiner Doktorarbeit zum Thema „Wahlfeststellung“ seinen Dokortitel an der Universität Kiel erworben. Im Winter 1979/80 wurde er mit seiner Abhandlung zum Thema „Strafzumessung“ habilitiert. Seit 1981 lehrt er Strafrecht, Strafverfahrensrecht und Rechtsphilosophie in der juristischen Fakultät an der Freien Universität Berlin. Gleichzeitig ist er noch Mitglied der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, Deutsche Sektion, und Mitglied im Chinesisch-deutschen Strafrechtslehrerverband.

In den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts sind schon 5 Monographien von ihm erschienen, später hat er im Open Access der Freien Universität Berlin noch 6 weitere Bücher herausgegeben, zu den auch das vorliegende zählt. Das Buch (Deutsche) „Strafrechtsphilosophie (1995-2010)“ beinhaltet dabei eine Monographie, die recht unterschiedliche rechtsphilosophische Studien zu einem facettenreichen Gesamtwerk zusammenfasst.

Der Umfang dieses Buches ist zwar nicht besonders groß, aber jedes Wort ist wie eine Perle, auch sind die Literaturnachweise sehr umfangreich. Es fasst die Ansichten der Repräsentanten über die Studien der Strafrechtsphilosophie in betreffenden Werken von 1995 bis 2010 in Deutschland zusammen und, anders als die einfache Auflistung bzw. Wiedergabe verschiedener Auffassungen, untersucht bzw. analysiert es noch vor diesem Hintergrund die fünf Themen „Vergeltung“, „Strafzeit“, „Sündenbock“, „Menschenrechtsstrafe“ und „Naturrecht“. Das Kapitel über „Vergeltung“ stellt nicht nur die Ansicht „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ vor, sondern es versucht sie noch mithilfe der politikwissenschaftlichen Spieltheorie empirisch zu belegen. Das Kapitel über „Strafzeit“ betrifft die Bewertungen der Strafrechtsanthropologen. In diesem Zusammenhang wissen wir meistens nur, dass die Täter zur befristeten Freiheitsstrafe von ... Jahren verurteilt werden, aber nicht, warum. Der Autor untersucht tiefgründig die Bedeutung der Strafzeit aus der Sicht eines Rechtsanthropologen. Die Idee des „Sündenbocks“ geht auf den religiösen Ursprung des säkularisierenden Strafrechts zurück, sie verbindet die theologischen und psychischen Elementen mit Bestrafung, um den Rechtsglauben des Volkes zu gewinnen und die Generalprävention des Strafrechts zu verwirklichen. „Menschenrechtsstrafe“ erläutert aus der rechtlichen, kulturellen bzw. politischen Sicht das Verhältnis zwischen Versöhnung, Bestrafung und Gerechtigkeit. Drei große Ausprägungen des europäischen „Naturrechts“ erklärt der Verfasser, jeweils bezogen auf das Strafen, mithilfe der Dreifaltigkeitsformel von Freiheit, Gleichheit und Solidarität einerseits und mit dem Monismus des Naturrechts andererseits. Im Großen und Ganzen behandelt dieses Buch nicht nur die Straftat bzw. deren Verhältnis aus der Sicht des Verbrechens und der Bestrafung, sondern es eröffnet auch noch ein weites fächerübergreifendes Blickfeld und bietet vielfach neue, einzigartige Ansichten, die vielleicht die Leser zum Nachdenken anstoßen.

Aufgrund des tiefgründigen Inhalts ist die Übersetzung für mich eine große Herausforderung. Während ich von dem Gedanken des Autors



beeindruckt bin, leide ich auch immer darunter, seine Erwägungen nicht immer mit passenden chinesischen Worten ausdrücken oder wiedergeben zu können. Aufgrund der begrenzten Übersetzungsfähigkeit ist die vor den Lesern liegenden Übersetzungen vielleicht manchmal schwer zu verstehen; hiermit bitte ich Sie in aller Form um Entschuldigung und hoffe, dass die Leser sich nicht nur an den Buchstaben halten, sondern versuchen, das Gemeinte mit breitem Wissen und makroskopischem Denken zu verstehen. Ich würde mich darauf freuen, wenn Sie Vorschläge zur Änderung der falsch übersetzten oder unklaren Stellen an mich senden würden. Haben Sie die Güte, mir einen Rat hinsichtlich der Mängel zu geben!

Während der Übersetzung habe ich immer gut mit dem Autor kommuniziert. Wir haben uns regelmäßig über Fragen des Verständnisses ausgetauscht. Herr Professor Montenbruck hat mir immer als Erster seine Hilfe und seinen Rat angeboten. Man kann sagen, dass diese Übersetzung ohne seine Ermutigung und Übersetzung innerhalb eines knappen halben Jahres nicht so schnell erscheinen wäre. Hiermit bedanke ich mich herzlich für seine Hilfe.

Letztendlich will ich an dieser Stelle noch den Open Access, diese für China recht neue Verlagsform, kurz erläutern. Gegen Ende der 90er Jahren des letzten Jahrhunderts haben internationalen Wissenschaftler, Publikanten und Informationswissenschaftler die Open-Access-Bewegung begründet und diese neue Form des Verlages, also den freien Zugang zu wissenschaftlicher Literatur und anderen Materialien im Internet, vorgeschlagen. Allen Interessierten sollte zu den ohnehin von den Staaten subventionierten Forschungsergebnissen ein kostenfreier Zugang verschafft werden. Der Open Access soll die freie Verbreitung und Anwendung der Studienergebnisse in jedem Wissenschaftsfeld im Internet fördern, damit mehr Menschen schnell und kostenlos auf die elektronische Quelle jeder Form zugreifen können. Die Einführung des Open Access ist nicht nur ein neues Publikationsmodell, es befriedigt auch den Bedarf der Studien und Lehre an neuen Methoden bzw. Wegen. Seit dem Beginn des 21. Jahrhundert ist diese neue Verlagsform, die die Europäische Union (EU) nachdrücklich und auch materiell unterstützt, hilfreich für die weite und wirksame Verbreitung von wissenschaftlichen Erkenntnissen. Sie spart auch gleichzeitig Druckkosten, was sehr umweltfreundlich ist. Anders als ein normaler Download vom Internet sind die Anordnungen der meisten Universitäten an die publizierten Werke im Wesentlichen keine anderen als die eines normalen Verlages, wodurch die Qualität des Werkes garantiert wird. Universitäten, wie die Freie Universität Berlin, eröffnen ihren

allgemeinen Open Access nur Professoren oder von Professoren empfohlenen Schriften. Gleichzeitig wird das Werk auch wie vom normalen Verlag vollkommen urheberrechtlich geschützt. Ihre Besonderheit wird dadurch gekennzeichnet, dass der Autor, dessen Studien im Open Access veröffentlicht wurde, den Verleger als ursprünglichen Herausgeber zur Herausgabe seiner Arbeit ermächtigt. Dem Nutzer ist erlaubt, kostenlos und unbeschränkt die publizierten Schriften auf unkommerzieller Weise zu verwenden, unter der Voraussetzung, dass er auf die Vollständigkeit des Werkes achtet, das Recht auf erste Herausgabe des Autors respektiert, richtig zitiert und den ursprünglichen Verleger angibt, unbeschränkt das Werk kostenlos zu kopieren, zu verbreiten bzw. zu präsentieren. Ihm wird sogar gestattet, die Schriften fortzuentwickeln.

Anmerken möchte ich, dass auch der Dolmetscher gemäß dem EU-Urheberrecht geschützt wird. Hiermit bedanke ich mich auch herzlich bei dem Verlag.

Kopieren Sie also gern kostenlos dieses Buch und stellen Sie es in Ihre eigene Bibliothek ein. Zu guter Letzt wünsche ich den Lesern viel Vergnügen beim Lesen und beim eigenen Nachdenken!

*Yan Xie*, München im Januar 2013

## Mein Vorverständnis: China und der Westen

Die ehrenvolle Übersetzung meiner kleinen Schrift in die chinesische Hochsprache soll der interkulturellen Verständigung über einige Fragen der „Strafrechtsphilosophie“ dienen. Insofern sei es mir erlaubt, mein Vorverständnis zu darzulegen und an ihm anzuknüpfen.

Der westliche rechtsphilosophische Blick wird von Pflichtenethik des *Konfuzianismus* angezogen, dessen Namengeber auch heute noch Pate steht für die chinesischen Kulturinstitute im Ausland. Zur der großen chinesischen, wie zu jeden anderen Kultur zählen aber auch viele anderer Strömungen. Als wichtig erscheint dem Rechtswissenschaftler der „Legalismus“, der nur für eine kurze und in einer alten Zeit vorherrschte. Mit Gesetzeswerken sowie mit Belohnen und Strafen und Strafen trachtete jene Lehre die Ordnung des Reiches zu erhalten. Der vielfältige sowohl religiöse als auch philosophische „Taoismus“ steht dann unter anderem für den rechten Weg und das höchste Ganze, das die Widersprüche nach dem Prinzip des Yin und Yang vereint und der den Dingen seinen Lauf lassen und nichts erzwungen wissen will. Er ist auf Harmonie und Toleranz hin ausgerichtet. Mit Zentralbegriff des Qi verwendet der Taoismus zugleich den aktiven Lebensgeist der Energie und der Emotionen. In der Energie wiederum sah im antiken Europa auch bereits *Aristoteles* ein Element<sup>1</sup> seiner Vorstellung von der „Vernunftseele“, die wiederum eine wesentliche Grundlage der heutigen Idee von der Menschenwürde darstellt. Die alte Religionsphilosophie des „Buddhismus“ setzt ferner auf die Toleranz und den Respekt vor jeglichem Leben. Der Glaube an Geister und Dämonen, tritt schließlich auch hinzu. Er verlagert die Verantwortung auf externe Mächte, mit denen es allerdings rituell umzugehen gilt. Alle diese kulturellen Strömungen beeinflussen einander. Gehalten werden sie von der weichen Reichs- und Ordnungsidee des einen Chinas.

Wer selbstkritisch auf seinen Westen Blick wird dort auch die Idee von der einen transatlantischen Leitkultur erkennen.

---

<sup>1</sup> Aristoteles definiert in seiner Seelenlehre seinen Begriff der Vernunft, also heute in etwa die Ratio des Rationalismus, mit einem Kanon von fünf Eigenschaften, Fähigkeiten oder Dispositionen. Er trennt dazu zwischen künstlerischer Technik (*techne*), rationalem Wissen (*episteme*), ethischer Klugheit (*phronesis*), intellektueller Einsicht (*nous*) und ganzheitlicher Weisheit (*sophia*). Aber als deren verbindendes Element sieht er die Aktivität oder auch Energie an sich an (*energea*) (Aristotle' *De anima*: book 2 and 3 (with certain passages from book I.), transl. with introd. and notes by David W. Hamlyn, 1968, 1138 b, 20 ff., 1139 b, 15 – 17. )

Methodisch steht ohnehin in geisteswissenschaftliche Fragen die pragmatische Idee des Ganzen und der Synthese der Widersprüche im Mittelpunkt des Denkens. Die indirekte Andeutung bildet zudem generell eine hohe Kunst der Verständigung, und sie meidet die eher westlich-analytische Suche nach der eindeutigen Definition wesentlicher Elemente und die Zerlegung des Ganzen, wie etwa der Sitte, in einzelnen Verfassungsprinzipien, von denen es dann auch wieder noch relativierende Einschränkungen gibt. Das westliche analytische Denken führt einerseits zwangsläufig zum Individualismus und entspringt ihm auch zugleich. Schon die griechische Antike hat es vermittelt. In der europäischen Renaissance seine Wiedergeburt feierte und den Menschenrechten liegt es zugrunde. Andererseits entstammt das analytische Denken den Naturwissenschaften und erhält vom ihnen immer wieder neue Nahrung. Ihre Naturgesetze strahlen auf das europäische Naturrecht und das heutige Verfassungsrecht aus. Wer dagegen auf das Ganze blickt und in ihm Widersprüche aufhebt, neigt zwangsläufig zum gesellschaftlichen Kollektivismus, und mit ihm zum Vorrang des Gemeinwohls und zur Idee der Solidarität.

Insofern kann der Blick des Rechtsphilosophen auf den Konfuzianismus nur einen kaum befriedigenden Teilaspekt bieten. Jener setzt auf den gebildeten edlen Menschen und räumt hoch vereinfacht der Sitte, dem Ritus und dem Prinzip der Harmonie den Vorrang gegenüber dem gesetzten Recht ein und sieht den Streit als unschicklich an. Der Einzelnen hat sich der Familie als deren Mitglied pflichtgemäß unterzuordnen und über dem Kaiser wölbt sich nur der Himmel. Allerdings kann der himmlische Kaiser den irdischen für sein Wohlverhalten mit Glück belohnen oder wegen dessen Pflichtverletzungen mit Unglück strafen. Es gibt also etwas wie die allerhöchste Gerechtigkeit. Als Teil der Sitte entstehen in Idealfalle auch Fürsorgepflichten der Familienverbände etc für ihre jeweiligen Mitglieder. Der Einzelnen erscheint durch ein solches Sozialsystem auf den ersten Blick in einen passiven Status gerückt. Aber er ist damit zugleich weitgehend von Last der Eigenverantwortung befreit. So kann er zumindest innerhalb der sozialen Normen unbelastet nach dem Glück, also den Lebenschancen, Ausschau halten und bereit sein, dort, wo sie sich bieten, sie auch zu ergreifen. Fehlverhalten wiederum erscheint dann mehr als Ungehorsam gegenüber der Familie und sonstigen Oberen etc und führt zur Scham und nicht zur persönlichen Schuld.

Die europäische Rechtskultur baut dagegen auf den Bürger- und Menschenrechten des Einzelnen auf, die diese selbstbewusst aus seiner

Eigenverantwortung und aus seiner Grundfähigkeit zum vernünftigen Verhalten ableitet. Zum einen ergibt sich die Eigenverantwortung aus der schlichten Haftung für das Eigene, bis hin zu den Auswirkungen seiner eigenen Taten, so der rein liberalistische Ansatz. Zum anderen begreift sich der westliche Mensch als ein „geistig-sittliches“ Wesen. Als solches Wesen handelt er autonom; er unterwirft sein Verhalten seinen eigenen, zumindest aber den als eigene verinnerlichten allgemeinen moralischen Gesetzen. Er übernimmt also auch Pflichten, aber solche sich selbst gegenüber. Bei deren Verletzung trifft ihn dann ein höchstpersönlicher Schuldvorwurf, den gegebenenfalls ein Strafgericht nur noch mit seinem „Schuldspruch“ noch öffentlich verkündet. Den Staat regieren die für sich selbst verantwortlichen Menschen folglich auch demokratisch selbst und sie begreifen den Staat als ihren „ersten Diener“<sup>2</sup>. Ihm erlegen die Demokraten dann auch die entsprechenden Schutzpflichten für die Bürger und Menschenrechte auf. Dennoch darf der Bürger im zivilisierten Form für seine Rechte streiten und auf dem politischen Forum für seine Meinung eintreten, auch wenn er faktisch in gern in Rechtsfragen Vergleiche schließt und in politischen Fragen sich am Ende mit Kompromissen begnügt.

Persönliche Ethik der Autonomie als auch die soziale Sitte der Unterwerfung unter Solidarpflichten gehören beide zur Welt der Normen, aber spiegelt zugleich diese Trennung zwischen der kulturellen Vorherrschaft der Individualismus und des Kollektivismus wider. Der Verfasser hat anderer Stelle versucht, beide Sichtweisen auf der Ebene der Anthropologie zusammen zu fügen. Vereinfacht nutzt der Mensch tatsächlich immer beides, die Idee der Eigenverantwortung und diejenige des Gehorsams gegenüber den Leitnormen seiner Lebensgemeinschaft.<sup>3</sup>

Politisch betrachtet und weiterhin hoch vereinfacht steht dem westlichen Credo von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“, mit der Leitidee der Freiheit, ein zweites Idealmodell gegenüber. Es lautet umgekehrt gereiht und abgestuft „Solidarität, Gleichheit und Freiheit“. Bei dieser Sichtweise bildet die Solidarität die vorherrschende Leitidee. Aber die lebendige Ausprägung solcher Lehren übernehmen dann die jeweiligen Kulturen.

---

<sup>2</sup> Montenbruck, Axel, Zivilisation. Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur, online veröffentlicht auf dem Dokumentenserver der FU Berlin, <http://edocs.fu-berlin.de/>, 2. Aufl. 2010, 52 ff

<sup>3</sup> Deshalb hat der Verfasser auch einem dreibändigen online Werk auch den Doppeltitel „Zivilreligion. Eine Rechtsphilosophie“ gegeben (Band I und II. jeweils in der 3. erheblich erweiterte Auflage, 2011, Band III in der 1. Auflage, 2010, [edocs.fu-berlin.de/docs/receive/FUDOCS\\_document\\_00000006674](http://edocs.fu-berlin.de/docs/receive/FUDOCS_document_00000006674)) vgl. insbesondere den letzten Band, S. 90 ff

Dabei existieren in jeder Großgesellschaft immer Unter-, Neben und Gegenkulturen. So herrscht in jeder Armee die Ideen des Gehorsams und der aufopfernden Solidarität für die Gemeinschaft vor. Dagegen erfolgt der Tauschhandel mit Fremden trotz aller Reglementierungen überall nach dem Grundsatz des freien Gebens und Nehmens.

Das westliche Recht, das auf den Rechten der Freien errichtet ist, verfügt über einen großen römischrechtlichen Satz, der scheinbar auch die Ethik, eine Schwester der Sitte, an die erste Stelle setzt: „*Es komme das Recht von der Gerechtigkeit, sie ist seine Mutter, also war die Gerechtigkeit zuerst da*“ (Est autem ius a iustitia, sicut a madre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius)<sup>4</sup>. Aber auf den zweiten Blick wird dann der Unterschied deutlich. Dieser Grundsatz soll das Recht erklären und zugleich ausdeuten helfen, und zwar um es vor Missbrauch zu schützen.

Das „gesetzte Recht“ ist dabei die *Form*. So regiert zum Beispiel das Gesetzlichkeitsgebot „Keine Strafe ohne Gesetz“ das deutsche Strafrecht. Es ist nicht nur im deutschen Grundgesetz sondern in der Europäischen Menschenrechtskonvention und in der Grundrechtecharta der Europäischen Union verankert.<sup>5</sup> Die höhere Rechtsidee und mit ihr die Gerechtigkeit bildet dabei ihren wesentlichen *Inhalt*. Wer aber der Form zerbricht, der zerstört auch den Inhalt, so sagt es *Konfuzius*. Vonnöten sind also aus der Sicht der Rechtsphilosophie beide Elemente, das Recht in der Form der Ordnung und die Philosophie, hier die Ethik mit ihrem Kern der Lehre von der Gerechtigkeit.

Der große deutsche Rechtsphilosoph *Gustav Radbruch*<sup>6</sup> führt diesen Gedanken weiter aus: „*Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen*“ Und erklärt danach auch zweierlei: „*Die Idee des Rechts kann aber keine andere sein als die der Gerechtigkeit*“ Und weniger später, erläutert er dann: *Gerechtigkeit in solchem Sinne bedeutet Gleichheit*“, um dann über die verschiedenen Formen der Gleichheit zu schreiben.

Die Gleichheit aber gehört wiederum zum dreifaltigen Credo der westlichen politischen Kultur, das eben lautet „*Freiheit, Gleichheit und*

---

<sup>4</sup> Accursius, Glosse Iustitia zu Digesten 1,1,1

<sup>5</sup> Siehe dazu: Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht: Ein deutsch-chinesischer Vergleich; Eric Hilgendorf / Genlin Liang (Herausgeber), 2012.

<sup>6</sup> Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, Dreier, Ralf/Paulson, Stanley L. (Hrsg.), 2. Aufl. 2003, 34 f.

*Solidarität*“.<sup>7</sup> In diesem Dreiklang bildet die Gerechtigkeit die „Mitte“. In dieser Mitte fließen also „Ethik“, „Recht“ und „Politik“ zusammen und bilden eine Einheit. Aber Freiheit und Solidarität müssen auch ihren Platz finden. Der ökonomische Liberalismus betont die Freiheit, die Idee des Sozialstaates die Solidarität.

Aber sobald sich verschiedene politische Systeme um Gleichheit und Gerechtigkeit bemühen, kommen sie sich zumindest schon einmal auf halbem Wege entgegen. Die guten Sitten und das gerechte Recht treffen dort aufeinander.

Manche der nachfolgenden Erwägungen mögen nun dem chinesischen Denken vielleicht entgegenkommen:

Die einfache „goldene Regel“, die die dynamische Wechselseitigkeit mit der statischen Idee der Gleichheit verbindet, bildet den mutmaßlich „universellen“ Kern der Gerechtigkeit (Kapitel 1). Wer die Mutter des Rechts in der Ethik oder auch in der Sitte erblickt, der sollte dann auch generell nach der Abstammung des Rechts fragen, und unter anderem das Verhältnis zur „Zeit“ untersuchen (Kapitel 2). Aber auch religiöse Elemente, wie die Opfertaten könnten entweder eine nachträgliche Wiedergutmachung oder ein in die Zukunft gerichtetes „do ut des“ (Ich gebe, damit Du gibst) beinhalten (Kapitel 3). Auch spielen im Rechtsstreit, trotz aller Rationalität des Menschen, emotionale Konflikte eine Rolle, die unter anderem zum Rechtsinstitut der Mediation führen und erlauben den religiös eingefärbten Begriff der Versöhnung zu verwenden (Kapitel 4). Als Vater des Rechtsstreites könnte man um im Bild zu bleiben, aber auch die „egoistische Natur“ des Menschen ansehen (Kapitel 5).

Die vorliegende „Strafrechtsphilosophie“ setzt dennoch das westliche Bild vom grundsätzlich frei verantwortlichen Menschen voraus. Jenem liegt die Vorstellung von einem Rechtssystem zugrunde, in dessen Mittelpunkt das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit steht, insgesamt also die Verbindung von Staat, Recht und Menschenwürde.

Vor diesem Hintergrund hatte die Übersetzer, die Juristin Frau *Xie Yan*, ausgebildet an der Pekinger Universität und derzeit Doktorandin an der Universität München, eine außerordentliche schwere Aufgabe zu

---

<sup>7</sup> So heißt es auch in der Präambel der Grundrechtecharta der Europäischen Union von 2009

bewältigen. Für ihre, wie erfahren habe, so recht gelungene Übersetzung bin ich ihr außerordentlich dankbar.

*Axel Montenbruck*, Berlin im Januar 2013



# **Strafrechtsphilosophie (1995 – 2010)**

**Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechts-  
strafe, Naturrecht**

2. erweiterte Auflage, 2010

von

Axel Montenbruck



Verlegt im Open Access der Freien Universität Berlin

*Axel Montenbruck*, Dr. iur. habil. (Straf- und Strafverfahrensrecht, Rechtsphilosophie, Rechtsanthropologie), Universitätsprofessor für Straf- und Strafverfahrensrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin

Zitiervorschlag:

Montenbruck, Vergeltung in Strafrechtsphilosophie, Rn. ...

**A. Vergeltung: „Wie Du mir, so ich Dir“ – als Begründung für die Strafe? ..... 3**

I. Tatschuldvergeltung als ein Element der „Vereinigungstheorie“ ..	3
II. Was also ist Gerechtigkeit?.....	5
III. Gerechtigkeit: Gleichheit und Sittlichkeit .....	6
IV. Gerechtigkeit, Gegenseitigkeit und das Gebot, niemanden zu schädigen .....	13
V. Gerechtigkeit und Verallgemeinerbarkeit.....	20
VI. Geben, um zu Nehmen – Freiheitsgewinn durch Freiheitsverzicht.....	21
VII. Gerechtigkeit und Barmherzigkeit, soziale Gerechtigkeit .....	26
VIII. Die soziologisch-politologische Fragestellung und Lösung des „Gefangenendilemmas“ .....	28
IX. Grenzen des Modells „Tit for Tat“.....	34
X. Folgerungen für die Freiheits- und die Geldstrafe.....	38

**B. Strafzeit: Zeit als Strafzeit – Anthropologische Zeitstufen ..... 42**

I. Historische Strafrahmen .....	42
II. Deutungen der Zeit in der Philosophie .....	48
III. „Soziale Zeit“ der Soziologen .....	50
IV. Psychologische und biologische Zeit .....	54
V. „Objektive“ Grenzen der relativen Zeitbestimmung .....	57
VI. Lebensabschnitte und Stufen der Freiheitsstrafe.....	64

**C. Sündenbock: Religiöse Wurzeln des säkularen Strafens und Zivilisation der Aggression ..... 74**

I. Grundlegung .....	74
II. Religiöse Assoziationen des Strafens .....	79
III. Unterwürfiges Opfern als hoheitlicher Kult.....	81
IV. Liberale Gabe und emotionaler Bund .....	88
V. Säkularisierung als Verinnerlichung der Religion.....	92
VI. Autonomie und Animismus.....	97

**D. Menschenrechtsstrafe: Versöhnung, Strafe und Gerechtigkeit in juristischer Perspektive ..... 102**

I. Einführung: Die juristische Perspektive.....	102
II. Versöhnung .....	103
1. Idee der Versöhnung .....	103

2. Versöhnung durch mittelalterlichen Bußvertrag.....	109
3. Vorstaatliches Gottes- und Vernunftrecht .....	110
4. Zusammenfassung: Säkulare Elemente der Versöhnung ....	111
III. Strafe.....	112
1. Idee der Strafe .....	112
2. „Sinn und Zweck“ des demokratischen Strafrechts.....	114
3. Geständnis und Verständigung im Strafrecht .....	116
4. Opferrechte.....	117
5. Versöhnung und Rechtsfrieden.....	118
IV. Gerechtigkeit .....	119
1. Gerechtigkeit und Recht.....	119
2. Idee der Gerechtigkeit.....	120
3. Gerechtigkeit und Strafe .....	124
V. Zwölf Thesen zur Menschenrechtsstrafe .....	125

**E. Naturrecht als europäische Rechtstrinität und monistisch  
gelesen..... 135**

I. Einführung und erste Aspekte: Demokratisches Europa und sein geistiges Erbe .....	135
II. Verfasstheit durch Recht: „Strafrecht als Staatsrecht“ bei Grotius .....	144
III. Hoheitliches Recht bei Bodin und Hobbes.....	160
IV. Zivilrecht bei Locke .....	169
V. Europäische Trinität, europäischer Menschenwürde-Monismus.....	176

## **Vorwort zur 2. Auflage**

Die 2. Auflage enthält nunmehr auch ein Kapitel zum Naturrecht. Dabei handelt es sich um die Fortschreibung und Erweiterung einer kleinen Abhandlung, die für die Samsons Festschrift vorgesehen ist. Sie sparte dort insbesondere die Ausführungen zu Pufendorfs früher Deutung der Menschenwürde aus. An die Seite der Deutung des Naturrechts im Sinne einer „Europäischen Rechtstrinität“, die je nach Autor „Freiheit, Gleichheit oder Solidarität“ in den Mittelpunkt stellt, ist nunmehr auch noch die „monistische“ Idee der Menschenwürde zu setzen. Die strukturelle Verwandtschaft zur christlichen Dreifaltigkeit ist dabei bewusst gewählt.

Zum weiteren Umfeld dieser Schrift gehört inzwischen auch eine kleine Schriftenfamilie. So sind im Open Access der Freien Universität Berlin ebenfalls erschienen:

- Zivilisation - Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur (2010).

- Zivilreligion I - Grundlegung: westlicher „demokratischer Präambel-Humanismus“ und universelle Trias „Natur, Seele und Vernunft“ (3. Auflage, 2010).

- Zivilreligion II - Grundelemente: Versöhnung und Mediation, Strafe und Geständnis, Gerechtigkeit und Humanität aus juristischen Perspektiven (2. Auflage, 2010).

- Zivilreligion III - Überbau: demokratischer Humanismus, sozialreale Dehumanisierung, Auflösung zum synthetischen Pragmatismus der „Mittelwelt“ (2. Auflage, 2010).

- Western Anthropology - Democracy and Dehumanization (2nd edition, 2010).

*Axel Montenbruck, August 2010*

## Vorwort

Unter dem Dach der „Strafrechtsphilosophie“ waren zunächst drei kleinere Abhandlungen zusammengefasst. Zuvor waren sie in zwei Festschriften erschienen bzw. in der Vortragsreihe des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin. Sie betreffen die Themen „Strafzeit“, „Sündenbock“ und „Vergeltung“. Bei der „Strafzeit“ handelt es sich um einen anthropologischen Essay. Bei der „Vergeltung“ werden nicht nur die goldene Regel des „Wie Du mir, so ich Dir“ erörtert, sondern auch die Bezüge zur politologischen Spieltheorie aufgezeigt. Die Untersuchung zur Sündenbockidee versucht, theologische und psychologische Elemente mit dem Gedanken des Strafens zur Erhaltung der Rechtstreue, also der positiven Generalprävention zu verbinden.

Die rechts- und kulturpolitische Abhandlung „Menschenrechtsstrafe“ ist angefügt. Sie beruht auf einem bislang unveröffentlichten Vortrag im Rahmen einer universitären Ringvorlesung.

Herzlich bedanken möchte ich bei denen, die mir geholfen haben, diese und andere Arbeiten voran zu treiben, indem sie geduldig immer wieder Textteile ins Reine geschrieben, Korrekturen gelesen und den Fußnotenapparat erstellt und angepasst haben. Es sind vor allem: meine wissenschaftlichen Mitarbeiter, Herr Dr. iur. *Daniel Schubert* und Herr Dr. iur. *Henning Loeck*, meine studentische Mitarbeiterin Frau *Diana Champarova* und, nicht zuletzt, meine Sekretärin Frau *Natalie Korth-Ndiaye*.

*Axel Montenbruck*, Februar 2010

## A. Vergeltung: „Wie Du mir, so ich Dir“ – als Begründung für die Strafe?

Erlauben Sie mir, dass ich Ihnen diese Frage gleich und zwar typisch juristisch beantworte: Ist also das Wiedervergeltungsprinzip eine Begründung für die Strafe? Die Antwort lautet: „ja und nein“. Es kommt darauf an.... Für eine umfassende Antwort benötigt allerdings ein Hochschullehrer bekannterweise wenigstens eine dreiviertel Stunde<sup>1</sup>.

### I. Tatschuldvergeltung als ein Element der „Vereinigungstheorie“

100 1. Wer den *Strafrechtler* nach der Begründung der Strafe fragt und ihn zu einer *kurzen* und verständlichen Erklärung nötigt, wird hören, dass das Strafen der *Vergeltung* und der *Vorbeugung* diene. Vergeltung, *weil* der Täter ein „Rechtsgut“, also einen rechtlich geschützten *Wert* verletzt habe, und Vorbeugung, damit weder er noch irgendein anderer *künftig* ähnliche Taten begeht.

101 Wissenschaftlich verfeinert gilt als die herrschende Auffassung zur Begründung von Sinn und Zweck des Strafens die sogenannte „Vereinigungstheorie“. Sie besteht aus drei Elementen:

- *Generalprävention*, insbesondere im Sinne der Erhaltung der *Rechtstreue* der Allgemeinheit

- *Individualprävention*, durch Sicherung vor dem Täter und dessen Resozialisierung im Vollzug und eben dem

- *Tatschuldausgleich*, also der Vergeltung für das verschuldete Unrecht.

---

<sup>1</sup> Der Vortragsstil ist beibehalten, die Fassung des Vortrages allerdings erweitert und – wie ersichtlich – mit Fußnoten versehen.

Zu einer Formel zusammengefasst dient das Strafen z.B. der „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit durch Tatschuldvergeltung und humanen Strafvollzug“.<sup>2</sup>

2. Wie stets in einer freien und hochkultivierten Wissenschaft muss sich jede herrschende Theorie mit mehr oder weniger abweichenden Ansichten auseinandersetzen. Doch darum soll es nicht gehen. Die Frage ist, inwieweit das *eine Element*, dasjenige der *Tatschuldvergeltung*, noch kürzer, der *Tatvergeltung*, geeignet ist, die Gerechtigkeit des Strafens zu begründen. Denn: Wir vergelten, und darüber besteht gleichfalls weitgehend Einigkeit, beim Strafen ein *Übel* mit einem anderen *Übel*,<sup>3</sup> den Mord mit einem langjährigen Freiheitsentzug. Es ist die Verwirklichung des Prinzips: „Wie Du mir, so ich Dir“, die „goldene Regel“: „Weil Du gemordet hast, wirst Du bestraft“.

Das Prinzip der Wiedervergeltung ist eingebettet in die klassische Frage nach der *Gerechtigkeit*, hier des Strafens. Auf sie und damit das Umfeld des Grundsatzes „wie Du mir, so ich Dir“ ist einzugehen.

3. Auszublenden ist dagegen der Blickwinkel des Utilitarismus, auch derjenige des *Gerechtigkeitsutilitarismus* (etwa im Sinne von Rawls<sup>4</sup>). Utilitaristisch die Strafe zu begründen, bereitet – verhältnismäßig – wenig Mühe. Ist sie notwendig, so ist sie nützlich und damit – insofern – auch gerecht; einmal vorausgesetzt, dass der Utilitarist überhaupt die Frage nach der Gerechtigkeit stellen und beantworten will. Und: Das

---

<sup>2</sup> Ähnlich Jescheck in: Jescheck, Hans-Heinrich/Ruß, Wolfgang/Willms, Günther (Hrsg.): Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar; Großkommentar, 1. Band (Einleitung, §§ 1 bis 31), 11. Aufl. 1992, Einl. Rn. 22 ff.

Vgl. auch etwa BVerfGE 45, 187, 253 ff.; Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47. Aufl. 1995, § 46 Rn. 3; Roxin, Claus, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2. Aufl. 1994, § 3, Rn. 32 ff.

<sup>3</sup> Krümpelmann, Justus, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA 1983, 337 ff., 441; siehe auch Mayer, Hellmuth, Kant, Hegel und das Strafrecht, in: Bockelmann, Paul/Kaufmann, Arthur/Klug, Ulrich (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, 54 ff., 63, der Kant zitiert: „Das Strafrecht ist das Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen, ihn wegen seines Verbrechens mit einem Schmerz zu belegen“ (Metaphysik der Sitten, Akademie-Ausgabe, 331 ff.); Roxin, Claus, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377 ff., 379; Schmidhäuser, Eberhard, Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl. 1971, 41 ff.; Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen der Zurechnungslehre, 2. Aufl. 1991, 6; sowie Coing, Helmut, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1985, 246 f.

<sup>4</sup> Rawls, John, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, 81; siehe dazu auch Koller, Peter, Die Rechtfertigung und Kritik sozialer Ungleichheit, Österreichische Zeitschrift für Soziologie 1987, Heft 2, 4 ff., 19.

Trapp, Rainer W., „Nicht-klassischer“ Utilitarismus. Eine Theorie der Gerechtigkeit; Philosophische Abhandlungen, 55, 1988, vgl. u.a. 313 ff.



Glück möglichst vieler zu sichern, erlaubt es eben auch, dafür einen von ihnen unglücklich zu machen<sup>5</sup>.

## II. Was also ist Gerechtigkeit?

104 Wer nach der Gerechtigkeit fragt, wird sich an den *Philosophen* wenden. Jener wird ihm in aller Kürze zunächst einmal die folgenden drei Gesichtspunkte referieren:

(1) Gerechtigkeit bedeutet *Gleichheit* und *Sittlichkeit*, wobei Sittlichkeit das *ethisch* Gute bedeutet,

(2) Gerechtigkeit sei *Gegenseitigkeit*, verbunden mit dem Gebot, niemanden zu *schädigen*, also: „allen wohl und niemand weh“.

(3) Gerechtigkeit verlangt auch nach *sozialer* Gerechtigkeit, oder, mit einem altertümlichen Wort, nach Barmherzigkeit“, oder ebenso unmodern: zum Recht müsse Gnade (Milde) hinzukommen.

---

<sup>5</sup> Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation* (1780), Neuausgabe 1948, u.a. 170 f.; in diesem Sinne etwa auch schon Hutcheson, Francis *An Inquiry into the Original of our Ideas of Beauty and Virtue*, 1725, in: Fabian, Bernhard (Hrsg.), *Collected Works of Francis Hutcheson*, Bd. 1, 1969, 164 ff. Zudem: Mill, John Stuart, *Utilitarianism*, 1863 (Neudruck 1964), deutsch: 1975; siehe dazu auch Stephens, Sir Leslie, *The English Utilitarians*. 3 Bände, 1900; Albee, Ernest, *History of English Utilitarianism*, 1902; Sidgwick, Henry, *The Methods of Ethics*, 7. Aufl. 1927; Kraus, Oskar G., *Zur Theorie des Wertes*, 1901. Dazu, dass die Humboldt'schen Ideen Mill bei der Abfassung von „On Liberty“ möglicherweise als Vorlage gedient haben könnten, siehe Papageorgiou, Konstantinos A., *Sicherheit und Autonomie. Zur Strafrechtsphilosophie Wilhelm von Humboldts und John Stuart Mills*, ARSP 76 (1990) 324 ff., u.a. 346; Höffe, Otfried (Hrsg.), *Einführung in die utilitaristische Ethik. Klassische und zeitgenössische Texte*, 1975; Smart, J.J.C./Williams, B., *Utilitarianism for and against*, 1973; eine Übersicht auch bei Brock, Dan W., *Recent Work in Utilitarianism*, *American philosophical Quarterly* 10 (1973), 201 ff.; siehe dazu auch Mittenzwei, Ingo, *Teleologisches Rechtsverständnis. Wissenschaftstheoretische und geistesgeschichtliche Grundlagen einer zweckorientierten Rechtswissenschaft*, 1988, u.a. 160 ff.; sowie (kommentierend) Joerden, Jan C., *Drei Ebenen des Denkens über Gerechtigkeit. Dargestellt am Beispiel einiger rechtsethischer Regeln und Prinzipien*, ARSP 74 (1988), 307 ff., 328 ff. Köhler, Wolfgang R., *Zur Geschichte und Struktur der utilitaristischen Ethik*, 1979, insbesondere 65 ff.; Baurmann, Michael, *Zweckrationalität und Strafrecht – Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht*, 1987, insbes. 191 ff. Zum Begriff der Gerechtigkeit und seinen vielfältigen Schattierungen siehe aber auch Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre, mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2. Aufl. 1960 (Nachdruck 1976), 357 ff.; Hart, Herbert Lionel Adolphus, *Der Begriff des Rechts (The Concept of Law)*, in: Habermas, Jürgen/Henrich, Dieter/Taubes, Jacob (Hrsg.), *Theorie*, 1973, 214 ff.

Zu diesen drei (und einigen mit ihnen verwandten) Gesichtspunkten im Einzelnen:

### III. Gerechtigkeit: Gleichheit und Sittlichkeit

1. Wer den Philosophen danach fragt, was den das wichtigste Element der „Gerechtigkeit“ sei, wird in aller Regel die Antwort erhalten, es sei im Kern die Forderung nach *Gleichheit*. 105

So beginnt *Aristoteles*<sup>6</sup> seine Definition der Gerechtigkeit mit: „Gerechtigkeit ist Gleichheit. Das weiß jeder, und es braucht nicht bewiesen zu werden“.

Nunmehr ein Sprung in die jüngste Vergangenheit: *Radbruch* z.B. sieht in der Gleichheit „den Kern der Gerechtigkeit“<sup>7</sup>. *Koller*<sup>8</sup> stellt heutzutage in eben diesem Sinne fest, dass die Forderung nach Gleichheit unmittelbar an den „elementaren Kern der herkömmlichen 106

---

<sup>6</sup> Aristoteles, Nikomachische Ethik, Kapitel 6 (ca. 330 v. Chr.) (in der Übersetzung von Gohlke, Paul, Nikomachische Ethik; Die Lehrschriften, Band 11, 1956, Buch V): Allerdings differenziert Aristoteles dann: „Da der Ungerechte Ungleichheit will, und Unrecht Ungleichheit ist, muss es offenbar zwischen solcher Ungleichheit eine Mitte geben, und das ist die Gleichheit... Ist also Unrecht Ungleichheit, so ist Recht Gleichheit... Aber da fangen die Streitigkeiten und Vorwürfe an, sobald Gleiche nicht Gleiches haben und zugewiesen bekommen. Auch aus dem Wert folgt dies. Denn es ist allgemein anerkannt, dass das Recht bei der Verteilung dem Wert entsprechen müsse, nur dass man über den Wertmesser nicht überall gleicher Meinung ist; für die Volksherrschaft ist es die Freiheit, für die Klassenherrschaft der Reichtum oder die Abstammung, für die Herrschaft der Besten die Tugend. Also besteht das Recht in einer Vergleichung...“ (so auch wörtlich zitiert bei Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft. Rechtssystem und Rechtstechnik, 8. Aufl. 1989, 5.)

<sup>7</sup> Radbruch, Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ), 1946, 105 ff., 107, und zwar im Hinblick auf die Nürnberger Prozesse mit dem Satz: „Wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur „unrichtiges Recht“, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur“. Hieran erinnert Frommel, Monika, Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfried/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 81 ff., 87.

<sup>8</sup> Koller, Die Rechtfertigung und Kritik sozialer Ungerechtigkeit, Österreichische Zeitschrift für Soziologie 1987, Heft 2, 4 ff., 4; auch Ebert, Udo (Talio und Vergeltung im Strafrecht – ethische, psychologische und historische Aspekte, in: Jung, Heike/Müller-Dietz, Heinz/Neumann, Ulfried (Hrsg.), Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991, 249 ff., 256) meint: „... ist doch der Gleichheitsgedanke mit der Gerechtigkeit unbestreitbar engstens verbunden“. In der Sache ebenso: Benda, Ernst, Der soziale Rechtsstaat, in: Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1983, 477 ff., 483: „Das Gerechtigkeitspostulat ist zugleich eng mit dem Gleichbehandlungspostulat verbunden“.

Auffassungen von Moral und Gerechtigkeit“ rühre<sup>9</sup>. Alle Gerechtigkeitslehren enthielten irgendeine Vorstellung von „grundlegender Gleichheit menschlicher Wesen“. Der bekannte Rechtssoziologe *Luhmann*<sup>10</sup> erklärt: Mit Hilfe der „*Gerechtigkeit*“ bestimmten wir, was jeweils recht und unrecht sei. Der Gleichheitssatz leiste die „rechtstechnische Operationalisierung“. Gemeint sei also die Regel, gleiche Fälle gleich, ungleiche Fälle ungleich zu entscheiden.

Die Forderung nach Gleichbehandlung ist auch Bestandteil der Menschenrechte („Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit“<sup>11</sup>). Art. 3 Abs. I des deutschen Grundgesetzes lautet: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“.

---

<sup>9</sup> Siehe auch Bianchi, Herman, Ethik des Strafens, aus dem Niederländischen übertragen von Hans Kühler, 1966, 63: „Wir denken immer im Proportionalität, in Symmetrie, in Gleichgewicht, immer in „immer gleichviel“, in „nichts zuviel“... Es ist ein Prinzip, das zu allen menschlichen Lebensgebieten gehört, zur Ästhetik genauso wie zur Ethik, zur Ökonomie ebenso wie zum Recht“.

Piaget, Jean (Die Psychologie der Intelligenz, 1948, 17 ff., 72 ff.) meint überdies, es sei ein Grundelement der menschlichen Denkstruktur, Gegensätze auszugleichen. Insofern reflektiere das Vergeltungsprinzip ein Grundphänomen der menschlichen Existenz (siehe dazu auch denselben, Theorien und Methoden der modernen Erziehung, 1974, 229 ff., 271 ff.); vgl. dazu auch den Überblick bei Hoffmann, Peter, Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung im heutigen Strafrecht, 1992, 138. In der Tat: Zumindest derjenige, der die Welt rational zu verstehen sucht, bemüht sich um eine Ordnung. Ist die Ordnung eines Regelwerks (gleich welcher Art) gestört, so wird er – soweit es ihm zur Verfügung steht – danach trachten, sie wiederherzustellen, etwas „wieder gut“ zu machen oder mit einem anderen Bild: das Krumme wieder richten. Allerdings macht es nur einen Sinn, wenn auch die Ordnung selbst einen Sinn macht. Anderenfalls ist es (schlicht) eine Berücksichtigung „sozialpsychologischer“ Erwägungen, die die „Rechtstreue“ der Allgemeinheit bestimmen – ohne dass es hierfür einen äußeren Grund gibt.

<sup>10</sup> Luhmann, Niklas, Der Gleichheitssatz als Form und als Norm, ARSP 77 (1991), 435 ff., 440.

<sup>11</sup> In der Französischen Erklärung der Menschenrechte von 1789 heißt es in deren Art. 1: „Die Menschen werden frei und gleich an Rechten geboren und bleiben es. Die gesellschaftlichen Unterschiede können nur im gemeinsamen Nutzen begründet sein“  
Rousseau, Jean-Jacques, Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen (1755), in: Wigand, Karl (Hrsg. und Übersetzer), Jean-Jacques Rousseau, Schriften zur Kulturkritik. Über Kunst und Wissenschaft (1780), 4. Aufl. 1983, 77 ff., 77; derselbe, Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts (Du contrat social au principes du droit politique, 1762), in Zusammenarbeit mit Eva Petzcker neu übersetzt und herausgegeben von Hans Brockard, 1979 (zum Gedanken der Gleichheit verknüpft mit der Trennung von natürlicher im Sinne von körperlicher und normativer Ungleichheit, 17 f.). Vgl. dazu auch Koller, Peter, Die Rechtfertigung und Kritik sozialer Ungleichheit, Österreichische Zeitschrift für Soziologie 1987, Heft 2, 4 ff. ( zum Gedanken der Gleichheit 6 f.)

2. Zudem ist das Gleichheitsgebot mit der Vorstellung von einem *Ge-* 107  
*setz* verbunden: Dieses soll allgemein sein, also für alle gleich gel-  
 ten<sup>12</sup>. Als *Rechtsstaatlichkeitsprinzip* ist es also ebenfalls in der Ver-  
 fassung (Art. 20 III GG) enthalten<sup>13</sup>.

3. Wer den Begriff der formalen Gleichheit mit Hilfe des *Rechts-* 108  
*staatsprinzips* zu begreifen sucht, wird allerdings z.B. mit dem Kolle-  
 gen *Kunig*<sup>14</sup> feststellen müssen, dass das Rechtsstaatsprinzip nicht viel  
 mehr als die Forderung enthält, dass *Willkür* zu vermeiden sei<sup>15</sup>. *Ku-*  
*nig* meint, der „gewaltige argumentative Aufwand“, mit dem das  
 Rechtsstaatsprinzip in allen Bereichen des Verfassungsrechts einge-  
 setzt werde, gerinne bei näherem Hinsehen zu einer vor „Willkür“  
 schützenden Generalklausel<sup>16</sup>. Willkür ist das, was nach allgemeiner  
 Auffassung mit Hilfe des Gleichheitsgebotes des Art. 3 GG zu ver-  
 meiden sei<sup>17</sup>. Wir sind also wieder bei der Gleichheit.

4. Doch ist – auch – zu bezweifeln, dass wir mit der Umschreibung 109  
 der Gerechtigkeit mit „Gleichheit“ viel gewinnen:

---

<sup>12</sup> Zur Definition des Gesetzes vgl. u.a. Creifelds, Karl, Rechtswörterbuch, 12. Aufl. 1994 zum selben Stichwort.

<sup>13</sup> Art. 20 Abs. 3 GG: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden“.

<sup>14</sup> Kunig, Phillip, Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland 1986, 305 f.

<sup>15</sup> Ebenso Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft. Rechtssystem und Rechtstechnik, 8. Aufl. 1989, 5 f.

<sup>16</sup> Kunig, aaO 303, 302. Allerdings betont er auch die Wandelbarkeit des Willkürbegriffs. Zur Willkür bedürfe es jedoch nicht eines subjektiven Tatbestandes (also eines bösen Willens) etwa im Sinne von Schuld, unter Hinweis auf die entsprechenden Thesen von Leibholz, Gerhard, Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage, 1925, 111 f.; vgl. zur Eliminierung des Schuldelements auch 95 f.

Kunig weist darauf hin, dass mit dem Aufschwung „materieller“ Rechtsstaatskonzeptionen schon in den frühen 50er Jahren das Rechtsstaatsprinzip zum Garanten materieller Gleichheit und zum Schutzschild gegen „Willkür“ entwickelt worden sei. Er verweist u.a. auf Fechner, Erich, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat (1953), in: Forsthoff, Ernst (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, 73 ff., 75, sowie auf Scheuner, Ulrich, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland (1960), in: Forsthoff (Hrsg.), aaO 461 ff., 490.

<sup>17</sup> Zum „Gleichheitsgrundsatz als allgemeinem Erfordernis des Rechtsstaats“ etwa auch Bohnert, Joachim, Die Abschlussentscheidung des Staatsanwaltes, 1992, 249 unter Hinweis auf: Bundesverfassungsgericht 18, 353 ff. (363); sowie BVerfG 7, 89 ff. (92); 52, 131 ff. (145); 54, 117 ff. (172); 55, 72 ff. (94); sowie auf Hesse, Konrad, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77 (1951/52), 167 ff., 168; derselbe, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl. 1978, 78, inzwischen 18. Aufl. 1991; Selmer, Peter, Der Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1968, 489 ff., 495 f.; Kloepfer, Michael, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, 11 f.; Fletcher, George P., Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht, ZStW 101 (1989), 803 ff., 808.

So erklärt z.B. der Kollege *Bohnert*<sup>18</sup>, das Gleichheitsbegehren verlange einen sachlichen Grund. Aber auch z.B. das Bundesverfassungsgericht habe sich letztlich mit Formulierungen wie „die Wertung entscheide“<sup>19</sup> oder „maßgeblich sei die Sachgerechtigkeit“<sup>20</sup> oder mit dem Hinweis auf die Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft<sup>21</sup> begnügt. *Bohnert* folgert, damit laute dieser Fundamentalsatz der Verfassung eigentlich nur, dass „das Gleiche nur gleich behandelt wird, wenn es gleich behandelt werden soll“. Die Auslegung von Gleichheit greife also letztlich auf den *Grund der Setzung* von „Allgemeinheit“ zurück, und Willkür sei letztlich nur mit Hilfe des *Regelungszweckes* zu interpretieren<sup>22</sup>.

- 110 In der Tat: Gleichheit verlangt selbst nach *Vorgaben*: Wir fragen, *gleich* im Hinblick auf welches Kriterium: Geldwert, Größe oder Gewicht? Äpfel und Birnen sind bekanntermaßen unvergleichbar. Sie können dennoch gleich schwer, von gleicher Farbe oder gleich teuer sein.

Gleichheit ist also nicht viel mehr als eine Funktion, eben nur eine „Gleichheit“ von noch unbekanntem Elementen. Gleichheit ist überdies nur eine besondere Form der *Verhältnismäßigkeit* und für die *Verhältnismäßigkeit* bedürfen wir eines „Maßes“, eines Maßstabes.

- 111 Auf das *Strafrecht* übertragen beruhigt es uns allenfalls, dass alle Diebe, Räuber und Mörder ohne Ansehen der Person bestraft werden (sollen). Nur, ebenso „gleich“ und allgemein ist dann auch die Euthanasie aller Geisteskranken oder aller Rothaarigen kodifizierbar.
- 112 5. Ob wir nun aber nach Gleichheit oder bescheidener nach *Verhältnismäßigkeit* fragen, stets handelt es sich um das Problem einer *jeglichen Abstraktion*, also schon eines jeden Begriffes. Bei der Abstrakti-

---

<sup>18</sup> Bohnert, aaO 264.

<sup>19</sup> Bundesverfassungsgericht 1, 208 ff. (249); BVerfG 9, 338 ff. (349).

<sup>20</sup> BVerfG 46, 224 ff. (233); BVerfG 53, 257 ff. (280, 285).

<sup>21</sup> BVerfG 9, 338 ff. (349); 42, 64 ff. (72); Maunz, Theodor/Zippelius, Reinhold, Deutsches Staatsrecht, 29. Aufl. 1994, 204.

<sup>22</sup> Bohnert, aaO 265 unter Hinweis auf Podlech, Adalbert, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, 121 (Programmzwecke), sowie auf Müller, Georg, Der Gleichheitssatz, VvdStRL 47 (1989), 49 f. (Abwägung zwischen Gleichheit und Regelungsziel); Gusy, Christoph, Der Gleichheitssatz, NJW 1988, 2505 ff., 2507; Stein, in: Alternativkommentar. Kommentar zum Grundgesetz; Wassermann, Rudolf (Hrsg.), 2. Aufl. 1988, Art. 3 Rn. 33 f. Bohnert, aaO 249 zudem unter Hinweis auf die skeptischen Ausführungen zu Gleichheit als Egalisierung von Leisner, Walter, Der Gleichheitsstaat. Macht durch Nivellierung, 1980, 1 f.

on, die in einem Begriff steckt, geht es stets darum, Umstände, die niemals völlig identisch sind, zusammenzufassen. Dennoch vermögen wir, bei Begriffen wie Mensch, Tisch, Stuhl usw. die uns wichtigen Eigenschaften zu umschreiben. Die Forderung nach Gleichheit bedeutet nicht viel anderes, als diejenige nach *Abstraktion*, und zwar eben unter einem noch zu bestimmenden Gesichtspunkt, der uns als „*wesentlich*“ gilt<sup>23</sup>.

Der Kenner wird lächeln. Wir sind also beim Wesen des Wesens an- 113  
 gelangt. Doch erklärt der Rechtsphilosoph *Perelman* in eben diesem Sinne: Formale oder abstrakte Gerechtigkeit bedeute, dass „die *Wesen* derselben *Wesenskategorie* auf dieselbe Art und Weise behandelt werden müssen“<sup>24</sup>. Der Philosoph *Ryffel*<sup>25</sup> gibt ebenfalls zu bedenken: Die Forderung nach Gleichheit sei eine formale. Alle Fälle seien in bestimmter Hinsicht sowohl gleich als auch ungleich. Es komme also darauf an, ob sie im *Wesentlichen* gleich oder ungleich seien.

6. Wegen der fast *tautologisch* engen Verwandtschaft von Gleichheit 114  
 und Gerechtigkeit besteht sogar die Gefahr, je nach Wunsch, die Ungleichheit zu leugnen, oder als „gerecht“ oder gar als „natürlich“ anzusehen. Rechtlose Sklaven oder Unfreie hat es lange gegeben. Selbst *Kant*<sup>26</sup> schloss z.B. noch Gesellen, Dienstboten, Unmündige, Frauenzimmer, Holzhacker und Hauslehrer als passive Staatsbürger von der

---

<sup>23</sup> Zu den Problemen, dem Gleichheitsgebot gerecht zu werden, obwohl Menschen und Sachverhalte niemals identisch sind, siehe auch Kirchhof, Paul, Objektivität und Willkür, in: Faller, Hans-Joachim/Kirchhof, Paul/Träger, Ernst (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Freiheit. Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag, 1989, 82 ff., 98, 104. Bedenkenswert ist auch sein Hinweis, dass mit Hilfe der sprachlich vorgegebenen Abstraktion, also den Begriffen, verschiedene Personen und Dinge zusammengefasst werden (aaO 104 unter Hinweis auf Leibniz, Gottfried Wilhelm von, Neue Abhandlungen über den menschlichen Verstand, Band 2, Nachdruck 1961, 5 ff., 35 f. sowie Austin, John, Performative Äußerungen, in: Wort und Bedeutung, 1975, 245 ff.)

<sup>24</sup> Perelman, Chaim, Über die Gerechtigkeit, 1967, 28.

<sup>25</sup> Ryffel, Hans, Rechts- und Staatsphilosophie – philosophische Anthropologie des Politischen, 1969, 222 f.; siehe auch Eggers, Philipp, Gerechtigkeit und Recht, in Just, Manfred/Wollenschläger, Michael/Eggers, Philipp/Hablitzel, Hans (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Günther Küchenhoff (1908 – 1983), 1987, 27 ff. (28 f.).

<sup>26</sup> Kant, Immanuel, Die Metaphysik der Sitten, in: Weischedel, Wilhelm (Hrsg.), Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden, Band IV: Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, 1956, 433 – woran Pawlowski, Hans-Martin, Probleme der Rechtsbegründung im Staat der Glaubensfreiheit, in: Pawlowski, Hans-Martin/Smid, Stefan/Specht, Rainer (Hrsg.), Die praktische Philosophie Schellings und die gegenwärtige Rechtsphilosophie; Spekulation und Erfahrung. Texte und Untersuchungen zum Deutschen Idealismus, Abteilung II: Untersuchungen, Band 13, 1989, 13 ff., 51 f., erinnert, zugleich mit Hinweisen die frühere Anerkennung „natürlicher Unterschiede“ von Adligen und Bürgern, Freien und Sklaven, Mann und Frau usw.

allgemeinen Gesetzgebung aus. Die magna charta von 1215 galt – lediglich – für den Adel. Auch heute noch bereitet es uns erhebliche Schwierigkeiten, *jedes* Mitglied der Menschheit als gleichberechtigt anzuerkennen, etwa den Bettler im fernen Bombay.

- 115 7. Deshalb ist die Forderung nach *Gerechtigkeit* derjenigen nach Gleichheit in einem Punkt *überlegen*. Gerechtigkeit zu wollen, besagt, *etwas Gutes* anzustreben (gleich sind eben auch Zwillinge).
- 116 Mit *Ryffel*: Richtungweisend sei die Praxis im Ganzen, die nach „obersten sittlichen Maßstäben“ zu beurteilen sei. Auch der Gedanke der Gerechtigkeit helfe hier nicht; denn bei näherer Betrachtung verfließen die Grenzen des Gerechten zum *Guten*: Das Gerechte ist *das Gute* in wirklich maßgebender Gestalt<sup>27</sup>. Insofern bleibt es also bei dem, was *Ulpian* schon bei *Celsus* als elegant formuliert lobt: „Das Recht ist die Kunst des Guten und Gleichen“ (Jus est ars boni et aequi)<sup>28</sup>.
- 117 Wer aber nun nachfragt, was denn das „Gute“ sei, wird mit dem Bundesverfassungsgericht auf die *elementaren Werte* der „Gemeinschaft“ verweisen. Der Strafrechtler kennt sie als „Rechtsgüter“ (Leib, Leben, Ehre, Freiheit usw.). Fasst man sie zusammen, so sind sie, soweit sie den Einzelnen betreffen, Ausfluss der „*Freiheit*“, des „*Glücks*“. Für den Utilitaristen stellen sie den „*Nutzen*“, für den Ökonomen Vorteile dar. Damit ist aus verfassungsrechtlicher Sicht die materielle Gerechtigkeit nicht viel mehr als die Forderung nach „*Freiheit*“. Der Begriff der Freiheit aber wiederum ist untrennbar mit demjenigen der *Menschenrechte* verbunden und damit auch mit dem modernen *Menschenbild* des freien und selbstbestimmten Menschen.

*Smaus*<sup>29</sup> erklärt auch in eben diesem Sinne den *materiellen* Gehalt des Begriffs der Gerechtigkeit als etwas, das sich allgemein auf die Güte oder *Sittlichkeit* der *zwischenmenschlichen* Beziehungen erstreckt und fügt an: Maßstab seien

- die Menschenwürde,

---

<sup>27</sup> Ryffel, aaO 219.

<sup>28</sup> Ulpian, Digesten, 1. Buch, 1. Titel, 1. Fragment.

<sup>29</sup> Smaus, Gerlinda, Formale Gleichheit im Staat, materiale Ungleichheit in der Gesellschaft und Aporien einer gerechten Kriminalpolitik, in: Jung, Heike (Hrsg.), Alternativen zur Strafjustiz und die Garantie individueller Rechte des Betroffenen, Participatory Models ans Individual Rights, 1989, 29 ff. (30).

- die Menschenrechte,

- die Freiheit sowie Gleichheit und Selbstbestimmung des Volkes<sup>30</sup>.

Unter Hinweis auf den *Höffe* fügt sie an, dass unter diesem Aspekt dann auch das öffentliche Handeln, insbesondere der Staats- und Rechtsinstitutionen zu beurteilen sei.

Damit ist gerecht, was das Kernstück unserer Verfassung ausmacht!

8. Also: Gerechtigkeit bedeutet zwar im Kern Gleichheit, Gleichheit 118 bedeutet Ausschluss von Willkür (im Sinne der Rechtsstaatlichkeit), materieller Maßstab der Gleichheit ist aber das „Gute“, also die (sittlichen) höchsten Werte.

*Anzufügen* ist allerdings auch, dass die Forderung nach Gleichheit nur in einer *Gemeinschaft* Sinn macht, und sei es auch nur in einer kurzfristigen Austauschgemeinschaft. Zudem birgt auch jede Gemeinschaft eine gewisse Tendenz zur Gleichheit. So führt auch die *Gemeinschaft* von Herrn und Knecht in der Regel wenigstens dazu, dass man miteinander „lebt“, d.h. die Existenz des anderen *anerkennt*, also gleich ist im Hinblick auf das „Recht“ auf Leben<sup>31</sup>.

Übertragen auf das *Strafrecht* haben wir also zu fragen, ob denn Strafe 119 „gut“ sei. Für die „Gemeinschaft“ mag sie gut sein, z.B. dann, wenn sie den Schutz der „elementaren Werte“ der Gemeinschaft zu bewir-

---

<sup>30</sup> Höffe, Otfried, Freiheit und Gleichheit. Moralische Grundnormen und politische Grundrechte, in: Apel, Karl-Otto/Böhler, Dietrich/Rebel, Karlheinz (Hrsg.), Funkkolleg: Praktische Philosophie/Ethik, Bd. 3, 1984, 735 ff. (740, 759 ff).

<sup>31</sup> Mehr zu „Recht“ zu sagen, hieße an dieser Stelle tief in die Rechtstheorie einzusteigen, siehe insoweit Alexy, Robert, Begriffe und Geltung des Rechts, 1992, 201 i.V.m. 47 f. und 44 ff.; Creifelds, Karl, Rechtswörterbuch, 12. Aufl. 1994 zum Stichwort „Recht“; Wesel, Uwe, Fast alles was Recht ist. Jura für Nichtjuristen, 1991, 387.

Zum Anerkennungsgedanken siehe etwa Larenz, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, 34 „das Recht eines jeden von einem anderen als Person geachtet zu werden“ verbunden mit der „Pflicht gegenüber jedem anderen, ihn als Person zu achten“; Folkers, Horst, Zur Theorie der Menschenrechte – Perspektiven ihrer Weiterentwicklung, ARSP 76 (1990), 12 ff.: Das Recht vereinige drei Elemente: Anspruch, Anerkennung, Gewährleistung.

Zum Anerkennungsgedanken vgl. auch Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse (1830), Dritter Teil (III.): Die Philosophie des Geistes, Theorie – Werkausgabe; Michael, Karl Markus/Moldenhauer, Eva (Hrsg.), Werke (von 1832 bis 1845; neu editiert) in zwanzig Bänden, Band 10, 1970, § 435; siehe dazu auch Kojeve, Alexandre, Hegel. Eine Vergegenwärtigung seines Denkens, 1975, 24; Schaber, Peter, Recht als Sittlichkeit. Eine Untersuchung zu den Grundbegriffen der Hegelschen Rechtsphilosophie, 1989, 30 f.



ken vermag. Für den *einzelnen* Straftäter aber ist und bleibt sie „Übel“. Auch die Umdeutung der Strafe in die Chance zu „Sühne“ (gar als „Reinigung“)<sup>32</sup> ist zu idealistisch gedacht.

#### **IV. Gerechtigkeit, Gegenseitigkeit und das Gebot, niemanden zu schädigen**

- 120 1. Uralte (biblische, altchinesische und römische) Spruchweisheiten prägen auch heute noch unsere alltäglichen Vorstellungen vom richtigen Verhalten. Ihre lange Tradition verleiht ihnen den Hauch der Ewigkeit einer *objektiven* Wahrheit. Die wichtigste „goldene Regel“ lautet eben: „Wie Du mir, so ich Dir“. Es ist das (Wieder-)Vergelten. Es ist der Grundsatz der *Gegenseitigkeit*, der Reziprozität und damit insofern wieder derjenige der Gleichheit im Sinne von Gleichbehandlung.

---

<sup>32</sup> Zur Umdeutung von Übel in Sühne siehe u.a. Gössel, Festschrift für Pfeiffer, 23 („sühnende selbstverantwortete Übernahme der Schuld“); aus theologischer Sicht siehe Gründel, Johannes, Umgang mit Schuld. Theologisch-ethische Perspektiven, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfried/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 423 ff., 432: Theologisch gesehen bedeute Sühne „wesentlich Versöhnung – zunächst Versöhnung des Schuldiggewordenen mit der Gemeinschaft und der Gemeinschaft mit dem Straftäter, dann und vor allem aber auch Versöhnung mit dem, zu dem im letzten alle Schuld als Sünde erscheint: mit Gott. Solche Versöhnung kann weder verdient noch erzwungen werden. Sie bleibt geschenkt. Gerade dies ist die zentrale Aussage des christlichen Erlösungsglaubens, dass Gott in Jesus Christus die Menschheit mit sich versöhnt hat“.

*Positiv* gefasst lautet die „goldene Regel“<sup>33</sup>: Was Du willst, dass man Dir tu’, dass füg’ anderen zu<sup>34</sup>. Oder mit der Bibel u.a.: „Alles nun was ihr wollt, dass euch die Leute tun sollen, das tut ihnen auch“<sup>35</sup> oder sogar als „liebe Deinen Nächsten wie Dich selbst“.

---

<sup>33</sup> Zur Geistesgeschichte der beiden Fassungen der goldenen Regel (der positiven und der negativen) bis hin zur chinesischen Philosophie, siehe Joerden, Jan C., Drei Ebenen des Denkens über Gerechtigkeit. Dargestellt am Beispiel einiger rechtsethischer Regeln und Prinzipien, ARSP 74 (1988), 307 ff., 312 f.; siehe auch Hruschka, Joachim, Kants Bearbeitung der goldenen Regel im Kontext der vorangegangenen und zeitgenössischen Diskussion, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 129 ff. mit Hinweis auf Christian Wolf, der seinerseits auf Konfutius hinweist.

<sup>34</sup> So ist in der griechischen Mythologie auch „Nemesis“ die Göttin des Zuteilens sowohl dessen, was einem gebührt, als auch des Vergeltens von Untaten des Rächens von Freveln, angemerkt von Baruzzi, Freiheit, Recht und Gemeinwohl. Grundfragen einer Rechtsphilosophie, 1990, 31, Erläuterung 34 unter Hinweis auf Ehrenberg, Viktor, Die Rechtsidee im frühen Griechentum. Untersuchungen zur Geschichte der werdenden Polis, 1921 (Nachdruck 1966), sowie auf Wolf, Ernst, Griechisches Rechtsdenken, Band I, 1950.

<sup>35</sup> Bibel, Matthäus 7, 12; Lukas 6, 31 ; im übrigen bereits eine Übersetzung, die das Prinzip der Verallgemeinerung beachtet (siehe dazu alsbald zu Kant); als negative Fassung der goldenen Regel: „Was Du nicht willst, das man Dir tut, das füg’ auch keinem anderen zu“, in: Buch Tobit 4, 16, siehe dazu auch Hruschka, Joachim, Kants Bearbeitung der goldenen Regel im Kontext der vorangegangenen und zeitgenössischen Diskussion, Arthur Kaufmann-Festschrift, 1993, aaO 129.

Dann, Otto, Stichwort: „Gleichheit“, in: Brunner, Otto/Conze, Werner/Koselleck, Reinhart (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Band 2, 1975, 997 ff., insbesondere zu den religiösen Wurzeln in der katholischen Soziallehre.

Darauf, dass auch Mahatma Gandhi seiner revolutionären Praxis die goldene Regel zugrunde gelegt hat, weist Gast, Wolfgang, Juristische Rhetorik, Auslegung, Begründung, Subsumtion, 2. Aufl. 1992, 335, hin. Zur Gewaltlosigkeit der Revolution führt er aus, ihr Wesen müsse sein, kein Geschöpf durch Gedanken, Worte oder Taten zu verletzen, auch nicht zum angeblichen Vorteil des Geschöpfes (Mahatma Gandhi, Freiheit ohne Gewalt, Klaus Klostermeier (Urf.), 1968, 952).

Zippelius, Reinhold, Rechtsphilosophie. Ein Studienbuch, 2. Aufl. 1989, 107, weist auf Aristoteles, Nikomachische Ethik, 1132b hin, und dessen Überlieferung des Grundsatzes des legendären minoischen Königs Rhadamanthys: „Leidest Du, was Du getan hast, so ist es richtiges Recht geworden“.

Auch verbirgt sich die goldene Regel im Behandeln nach „Verdienst“ im Sinne der Gerechtigkeitslehre von Aristoteles, Nikomachische Ethik I. 6 – 7, 1097 a – b, Werk in deutscher Übersetzung, Grumach, E. (Hrsg.) Band 6, 1967, vgl. Trapp, Rainer W., „Nicht-klassischer“ Utilitarismus. Eine Theorie der Gerechtigkeit; Philosophische Abhandlungen, 55, 1988, 311; vgl. auch Aristoteles, Nikomachische Ethik. Auf der Grundlage der Übersetzung von Eugen Rolfes; Bien, Günther (Hrsg.), Philosophische Bibliothek, Band 5, 4. Aufl. 1985, X. Buch, 10. Kapitel, 1180 a; dazu auch Ebert, Talion und Vergeltung im Strafrecht – ethische, psychologische und historische Aspekte, aaO, 1991, 249 ff., 264, zugleich unter Hinweis auf Cicero, De legibus III, 20, 46.

Siehe überdies Fechner, Erich, Menschenwürde und generative Forschung und Technik, JZ 1986, 653 ff., 654 ff., 655, der auch auf den Islam und Buddhismus eingeht.

- 122 2. Die *positive* Form der goldenen Regel steckt auch im alten römischen „do ut des“<sup>36</sup>. Im Geben und Nehmen (genauer: ich gebe, damit Du gibst“). Es ist das Urprinzip des Tauschhandels.

*Negativ* formuliert lautet die „goldene Regel“<sup>37</sup>: „Was Du nicht willst, dass man Dir tu’, das füg’ keinem anderen zu“.

- 123 3. Eine zweite uralte Formel lautet: *Suum cuique tribuere*. Jedem das Seine (angemessen<sup>38</sup>) gewähren<sup>39</sup>. Ursprünglich und zu Recht verbunden mit: *Alterum non laedere*, dem anderen nicht schaden<sup>40</sup>.

Diese Regel zielt auf *Rechtssicherheit* und ergänzt sie um das *Gewaltverbot*. Das Gewaltverbot erzwingt gleichsam einen Waffenstillstand. Es führt zum „*Frieden*“.

---

<sup>36</sup> Paulus, Digesten, 19. Buch, 5. Titel, 5. Fragment, pr. – § 1.

<sup>37</sup> Zur goldenen Regel vgl. auch: Raisch, Peter, Vom Nutzen überkommener Auslegungskanonens für die praktische Rechtsanwendung, 1988, 18.; Hare, Richard Mervin, Freiheit und Vernunft (Freedom and Reason), 1973, 43 ff.; Spindel, Günter, Die goldene Regel als Rechtsprinzip, in: Esser, Josef/Thieme, Hans (Hrsg.), Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, 1967, 491 ff.; vgl. auch Weinberger, Ota, analytisch-dialektische Gerechtigkeitslehre. Skizze einer handlungstheoretischen und non-kognitivistischen Gerechtigkeitslehre, in: Tammelo, Ilmar/Aarnio, Aulis (Hrsg.), Zum Fortschritt von Theorie und Technik in Recht und Ethik. On the Advancement of Theory and Technique in Law and Ethics, Rechtstheorie, Beiheft 3, 1981, 308 f.; siehe auch Bydlinski, Franz, Fundamentale Rechtsgrundsätze. Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät, 1988, 167 und 174.

<sup>38</sup> Siehe zum Verhältnis der *jus commutativa* im aristotelischen Sinne, also der Verkehrsgerechtigkeit einerseits und der *jus distributiva* eben im Sinne des „*suum cuique*“ (jedem das Seine) im Sinne von angemessenen, zu dem auch die *justicia compensatoria* gehört, etwa Fikentscher, Wolfgang, Oikos und polis und die Moral der Bienen – eine Skizze zum Gemein- und Eigennutz, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 71 ff., 79 f.

<sup>39</sup> Ulpian: „Gerechtigkeit ist der beharrliche und beständige Wille, jedem sein Recht zukommen zu lassen“ (Digesten, 1. Buch, 1. Titel, 10. Fragment).

<sup>40</sup> Dieser Satz ist in den Institutionen Justians verknüpft gewesen mit dem Satz „*alterum non laedere*“ (keinen anderen verletzen: Justinians I 1, 3: „*Iuris praecepta sunt hic: honeste vivere, alterum non laedere*“; Schiemann, Gottfried, Das allgemeine Schädigungsverbot: „*alterum non laedere*“, Jus 1989, 345 ff., insbesondere 347 f.

Schiemann merkt überdies an, dass auch Kant, Immanuel, Die Metaphysik der Sitten, 1797 (Akademieausgabe), 42, den Satz aufgreift „*tue niemandem Unrecht (neminem laedere)*“. Dieser Satz lasse sich auf Cicero, Marcus Tullius (De officiis 1, 7, 20) und über ihn auf die Stoiker zurückzuführen (Schiemann, aaO. 347). Bei Pufendorf, Samuel (De iure naturae et gentium, libri octo 1672, III, 1) erhalte dann das „*alterum non laedere*“ eine zentrale Bedeutung im System der Pflichten des Menschen überhaupt (Schiemann, aaO 349). Steinvorh, Ulrich (Klassische und moderne Ethik. Grundlinien einer materialen Moraltheorie, 1990, 16 ff.) führt die Moral sogar auf den Satz „*neminem leadere*“ zurück. Das Verletzungsgebot gelte als unbedingte Pflicht.

Das Angebot, zum Frieden bereit zu sein, äußern wir dann mit den 124  
Worten: „Friede sei mit Dir“ oder „Shalom“ bzw. „Salem“. Es steckt  
aber auch in der erhobenen Hand, mit der der Grüßende auf den  
Gegengruß hofft. Seine Hand trägt sichtbar keine Waffen. Es ist aber  
auch die Demutsgebärde der *Verbeugung* vor dem anderen. Ich bin  
Dein Diener. Die gegenseitig gereichte Hand zeigt sogar eine „Vereinigung“ an. Die Trennung zwischen Ich und Du ist aufgehoben. Wir  
sind eins. Gleichheit wird für einen Augenblick zur Einheit überhöht.

In Art. 4 der Französischen Erklärung der Menschenrechte von 1789 125  
heißt es, Freiheit bedeute, alles tun zu können, was „einem anderen  
nicht schadet“<sup>41</sup>. Art. 2, Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes lautet:  
„Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit,  
soweit er nicht die Rechte anderer verletzt...“(und nicht gegen die ver-  
fassungsgemäße Ordnung oder das Sittengesetz verstößt).

Der Philosoph *Baruzzi* erinnert im Übrigen daran, dass das Wort  
„Freiheit“ mit demjenigen des „Freundes“ zusammenhänge und uns  
auch noch im Tätigkeitswort des „freiens“ erhalten sei. Es bedeute,  
einander wohlgesonnen zu sein, sich schonen zu wollen<sup>42</sup>.

Der Kreis schließt sich, wenn einige Rechtsphilosophen erklären: Das 126  
Gute oder das Böse zu wählen, heiße immer: Jemandem zu geben oder  
vorzuhalten, was sein sei. Damit werde die klassische Formulierung  
Thomas *von Aquins* der Gerechtigkeit aufgegriffen, der diese selbst  
wiederum im Anschluss an *Platon* und *Cicero* als „*sum quique*  
*tribundi*“ umschrieben habe<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.08.1789, in: Mayer-Tasch, Peter  
Cornelius, *Die Verfassungen Europas*, 2. Aufl. 1975, 210.

<sup>42</sup> Baruzzi, *Freiheit, Recht und Gemeinwohl. Grundfragen einer Rechtsphilosophie*, 1990,  
14 f. Auch verweist er darauf, dass das griechische Wort *Eleuthera* mit dem Wortstamm  
Volk und dem deutschen „Leute“ zusammenhängt, Baruzzi, aaO 14 unter Hinweis auf  
Raaflaub, Kurt, *Zum Freiheitsbegriff der Griechen*, in: Welskopf, Elisabeth Charlotte  
(Hrsg.), *Soziale Typenbegriffe im Alten Griechenland*, V, 1981, 180 ff., insbesondere 185  
f.; zum Verhältnis von Freiheit und Freund unter Hinweis auf Kluge, Friedrich,  
*Ethymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 21. Aufl. 1975, 216, 218; inzwi-  
schen 22. Aufl. 1989.

<sup>43</sup> Vgl. dazu etwa auch *Platon*: *Gerechtigkeit bestehe darin, dass jeder das seinige tut. Platon, Der Staat*, 1978, 433 A – 433 C.  
Ebenso will etwa Eggers (*Gerechtigkeit und Recht, Küchenhoff-Gedächtnisschrift*, 1987,  
aaO 27 ff., 28 f.) mit Josef Pieper (*Das Viergespann, Klugheit – Gerechtigkeit – Tapferkeit – Maß*, 1964, 87) formulieren.

Nur ist mit der Formel „jedem das Seine und niemanden einen Schaden“ noch nicht gesagt, was denn zu geschehen hat, wenn jemand doch einen anderen schädigt, ihm also nicht das Seine gönnt.

- 127 4. Die Verfasser des Schwäbischen Provinzial-Landfriedens von 1104 verknüpfen den Grundsatz des „wie Du mir, so ich Dir“ mit dem Prinzip „jedem das Seine und niemanden einen Schaden“ und leiten daraus die *Strafe* ab:

Wer von den Bewohnern der Provinz nicht Frieden mit den Worten schwören wolle: Ich schade niemanden, niemand schadet mir“, der solle dieselbe Strafe wie ein „Friedensbrecher“ erleiden<sup>44</sup>, also nach dem Prinzip der Wiedervergeltung behandelt werden.

Gerichtet waren diese *Landsfriedensbewegungen* gegen das Fehdeunwesen. Sie waren zugleich Vorboten der staatlichen Entwicklung und des staatlichen *Gewaltmonopols*<sup>45</sup>.

- 128 5. Die Forderung nach Wiedervergeltung scheint also, verbunden mit dem Doppelprinzip des „jedem das Seine und niemanden einen Schaden“, eine ideale *Begründung* für das *Strafen* im Sinne des Vergeltens eines Übels mit einem anderen Übel zu sein<sup>46</sup>.

- 129 Doch birgt das Problem der Wiedervergeltung auf den zweiten Blick eine Reihe von Problemen. So müsste es bei reiner Anwendung auch dem Bestraften erlaubt sein, das ihm angetane Übel seinerseits mit einem (weiteren) Übel zu vergelten. Denn auch er sieht sich verletzt. Ihm nehmen wir mit der modernen Strafe die „Freiheit“. Genauer noch: Das Recht zu strafen können wir damit vielleicht begründen, aber nicht mehr die Pflicht, die Strafe – still – zu dulden. Nicht umsonst hat die Landfriedensbewegung auf die göttliche Macht gehofft

---

<sup>44</sup> Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, 1992, 272.

<sup>45</sup> Dazu statt vieler: Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, §§ 41 ff.; vgl. auch den Hinweis Hattenhauers, aaO 271, dass die Bezeichnung für Fehde auch „Faïda werra guerra“ war und damit Begriffen wie „la guerre“, „war“, „Wirren“ und damit dem „Krieg“ entspricht, also mittelalterlich „warlords“ zu Gegnern hatte und damit von der Sippe zum Staat führte.

<sup>46</sup> Für die Strafzumessung erinnert Arthur Kaufmann an die Worte des Thomas von Aquin: „Deshalb muss die Vergeltung bei Tauschhandlungen, nach einem gewissen Verhältnis der Zumessung, der Tat angeglichen werden; dazu hat man das Geld erfunden. Und so bedeutet Vergeltung so viel wie Recht im Bereich der Tauschgerechtigkeit“. Arthur Kaufmann, Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen, 1985, 15 (Thomas von Aquin, Summa theologiae Buch II, II qu. 61, a 4), wörtlich zitiert im Anhang, 65.

und die geschichtliche Entwicklung zur staatlichen Macht geführt, die allein berechtigt war, Gewalt zu üben. Erst damit ist der Schritt weg von der „ewigen Wiedervergeltung“ getan. Doch ist danach gerecht nur, was Gott will, oder gerecht, was der Herrscher tut.

Für den Mord etwa führt uns das Prinzip der Wiedervergeltung in ein weiteres Dilemma: Zu fragen ist, wie denn das Opfer wiedervergelten kann, dass der Täter getötet hat. Lautet die Antwort: „dann dürfen stellvertretend seine Angehörigen handeln“, führt dies zur ewigen „Blutrache“, zur Urfehde, und zwar zwischen verschiedenen Familien (Sippen, Clans), nicht mehr zwischen ihm und mir.

6. *Kant* überhöht (womöglich deshalb) das Vergeltungsprinzip (allerdings mit dem Blick auf die *Höhe* der Strafe) mit den Worten „also: Was für unverschuldetes Übel du einem Anderen im Volk zufügst, dass tuhst du dir *selbst* an. Beschimpfst du ihn, so beschimpfst du dich selbst; bestiehlst du ihn, so bestiehlst du dich selbst, schlägst du ihn, so schlägst du dich selbst, tödstest du ihn, tödstest du dich selbst“<sup>47</sup>. Es ist also nicht der Andere, der handelt, sondern der Täter, der das Gebot des gegenseitigen Freiheitsverzichtes missachte und *sich* damit *selbst schädige*. *Kant* rettet sich also in eine idealistische Sicht.

Allerdings müsste *Kant* dann auch folgern, dass sich dann, wenn der Täter sich schon selbst geschädigt habe, sei eine (weitere, etwa staatliche) Vergeltung nicht mehr geboten<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Höffe, Otfried, *Kant's Begründung des Rechtszwanges und der Kriminalstrafe*, in Brandt, Reinhard (Hrsg.), *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, 1982, 235, 238 f. mit Hinweis u.a. auf Kants Formulierung in *Die Metaphysik der Sitten*, 1797 (Akademieausgabe, Band VI), 332, 15 ff., wonach die Wiedervergeltung nicht immer „nach dem Buchstaben möglich sein kann“. Wiedervergeltung erläutert er auch an anderer Stelle als das „Prinzip der Gleichheit (im Stande des Züngleins an der Waage der Gerechtigkeit), sich nicht mehr auf die eine als auf die andere Seite hin zu neigen“ (aaO 332, 13 bis 15).

Vergleiche auch Schnoor, Christian, *Kants Kategorischer Imperativ als Kriterium der Richtigkeit des Handelns*, 1989, 61 ff. (keine wesentliche Variante der allgemeinen Formel, aaO 82).

Allerdings habe *Kant* an anderen Stellen auch spiegelnde Strafen verlangt, (*Metaphysik der Sitten*, Akademieausgabe, Band VI, 332, 26 ff.)

<sup>48</sup> Zur Unterscheidung zwischen formeller und materieller Talion siehe auch Oberer, Hariolf, *Über einige Begründungsaspekte der Kantischen Strafrechtslehre* in: Brandt, Reinhard (Hrsg.), *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, 1982, 399 ff., 415; vgl. auch Höffe, Otfried, *Kant's Begründung des Rechtszwanges und der Kriminalstrafe*, aaO, 335 ff., 364 ff.: Er unterscheidet dementsprechend zwischen allgemeiner und spezieller Vergeltung. Zu Kants Verständnis des Vergeltungsprinzips im Sinne naturrechtlich-dogmatischer Relikte siehe auch Schild, Wolfgang, *Das Verständnis des Missetäters im normativen Wandel des Politischen*, in: Heyen, Erk Volkmar (Hrsg.), *Vom normativen Wandel des Politi-*

- 132 Zudem: Der Doppelgrundsatz „Jedem das Seine“, und „Niemanden einen Schaden“ verlangt eigentlich, auf *jegliche* Gewalt, auch auf die der Gegengewalt, zu verzichten. Wer ihn ernst nimmt, darf niemanden schädigen, auch nicht den Schädiger. Das Wiedervergeltungsprinzip (in seiner negativen Form) ist also mit dem Doppelgebot des „jedem das Seine und niemanden einen Schaden“ bei näherem Hinsehen überhaupt nicht zu vereinbaren. Dieser Grundsatz widerspricht dem Prinzip der Wiedervergeltung (in seiner negativen Form).
- 133 7. Allerdings leuchtet es zunächst einmal ein, dass der Täter wenigstens den verursachten Schaden wieder gut zu machen hat, also *Schadensersatz*, Vergeltung in positiver Form, zu leisten hat. Aber: Zwingen wir ihn dazu, so ist auch dies ein Eingriff in die Friedensordnung.
- 134 Dennoch scheinen wir seit langem den Schluss zu ziehen, dass aus dem Gebot, niemanden zu schaden, widrigenfalls die Pflicht zum Schadensersatz folge: So heißt es, dass der Satz „niemanden zu schaden“ über *Grotius* bereits Grundlage unseres modernen Schadensersatzrechtes geworden sei<sup>49</sup>. Wer dem folgt, kommt also zu dem Ergebnis, dass wir auf *Verletzung* zumindest mit dem Wiedervergeltungsprinzip in seiner positiven Form reagieren, also mit *Wiedergutmachung*.
- 135 Der *Strafrechtler* erinnert sich an die These „Wiedergutmachung statt Strafe“<sup>50</sup>; er weiß sie in Sonderregelungen ins Strafrecht eingeführt (§§ 46 a, 56 a StGB, 153 a StPO). Nur, Wiedergutmachung ist für ihn eben keine „Strafe“.

---

schen. Rechts- und staatsphilosophisches Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Hans Ryffel; Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 94, 1984, 117 ff., 133 ff.

<sup>49</sup> Schiemann, aaO 347 unter Hinweis auf Grotius, Hugo (*De iure belli ac pacis*, 1625, II, 17, 1): Aus einer „Übeltat“ entstehe natürlicherweise die Verpflichtung, wenn ein Schaden zugefügt worden ist, diesen wieder gut zu machen.

<sup>50</sup> Vgl. dazu insbesondere Frehsee, Detlev, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987, 135 ff., 170 ff., 374 ff.

## V. Gerechtigkeit und Verallgemeinerbarkeit

Spätestens seit *Kant* erweitern wir zwar den Satz des „Wie Du mir, so ich Dir“<sup>51</sup>. Wir lösen uns vom Bild der *zwei* Personen, des Ich und des Anderen (ego et alter). Mit *Kant* fordern wir die „Verallgemeinerbarkeit“ des Gewollten: Handle nach solchen Maximen, von denen Du wollen kannst, dass sie zum allgemeinen Gesetz erhoben werden<sup>52</sup>. Heutzutage fordert etwa Richard Mervyn *Hare*<sup>53</sup> die *Universalisierbarkeit* des Sollens.

Seit *Kant* geht es uns also um eine allgemeine Friedensordnung, die vom allseitigen *Interessenausgleich* bestimmt ist. Es ist der Schritt vom Austauschgeschäft zwischen zwei Personen zu einem – dauerhaften – *Ringtausch*; vom *Marktgeschehen* zur *Lebensgemeinschaft* (vieler).

Bekanntermaßen aber stehen *Kant* und seine Nachfolger mit dem Verallgemeinerungsprinzip vor dem Problem, das man dann auch die Moral von Räuberbanden, oder auch die Blutrache zwischen Großfamilien bis hin zur (alten) Privatstrafe (mit dem möglichen Ausgleich durch Geldbuße) zum Prinzip erheben könnte. In der Regel nur (aber nicht stets) wird man das Leben des anderen achten und damit zusammenhängend dessen existentielle Bedürfnisse – eben in der Erwar-

---

<sup>51</sup> Sein zweiter kategorischer Imperativ betrifft im Übrigen „das allgemeine Rechtsgesetz“, welches die Quelle eines jeden besonderen Gesetzes sei: „Handele äußerlich so, dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen könne“ (*Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Akademieausgabe, Bd. VI, 231, 10 ff.), mit *Gast*, *Wolfgang*, *Juristische Rhetorik. Auslegung, Begründung, Subsumtion*, 2. Aufl. 1992, 333, Rn. 466 vereinfacht übersetzt: „Recht ist Freiheit, die auch der andere hat, und die niemandem Zwang antut“. Niemandem Zwang anzutun, bedeutet dann auch, ihn nicht zu verletzen (*neminem laedere*....);

zudem auch *Kühl*, *Kristian*, *Die Bedeutung der Kantschen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht – ein Problemaufriss*, in: *Jung*, *Heike* (Hrsg.), *Recht und Moral. Beiträge einer Standortbestimmung*, 1991, 139 ff., 170 ff.; vgl. auch *Dreier*, *Ralf*, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, in: *Recht – Moral – Ideologie*, 1981, aaO 286 ff., 294, der von den durch das Tugendprinzip statuierten „speziell-ethischen Tugendpflichten, d.h. Liebes- und Achtungspflichten“ spricht.

<sup>52</sup> Zu älteren Wurzeln der Verallgemeinerung siehe auch *Welding*, *Steen O.*, *Is Universalizability A Principle of Ethics?*, *ARSP* 75 (1989), 161 ff. mit Hinweis u.a. auf *Locke*, *Don*, *The Trivializability of Universalizability*, *Phil. Rev.* 77, 1968, 25 ff., vgl. insbesondere 25 (dazu *Welding*, aaO 168).

<sup>53</sup> *Hare*, *Richard Mervyn*, *Freiheit und Vernunft (Freedom and Reason)*, 1967), 1973, 34 ff.



tion der Wechselseitigkeit<sup>54</sup>. Freiheitsstrafe muss man nicht zwingend wollen.

- 139 Überdies bereitet uns der Sprung vom gegenseitigen zum *allseitigen* Interessenausgleich ein weiteres – an sich bekanntes – Problem. Binäre Beziehungen lassen sich noch einigermaßen in Regeln fassen, multilaterale ufern in Unberechenbarkeit aus. Auch lässt sich das Prinzip der Verallgemeinerbarkeit leicht in den utilitaristischen Ansatz umbiegen: notfalls müssten dann die Interessen der „Allgemeinheit“ denen des Einzelnen (hier sogar denen eines Straftäters) vorgehen. Zu versuchen ist deshalb zunächst einmal, mit dem Gegenseitigkeitsgrundsatz weiterzuarbeiten. Auch er steckt im Verallgemeinerungsprinzip<sup>55</sup>.

## VI. Geben, um zu Nehmen – Freiheitsgewinn durch Freiheitsverzicht

- 140 1. Eine Variante des Prinzips „wie Du mir, so ich Dir“ ist der Grundsatz des „do ut des“. Er enthält aber *mehr* als das blinde Wiedervergelten. Der Handelnde bietet selbst etwas an. Es ist der Sprung vom „weil“ zum „damit“ (der andere etwas anbietet). Zudem ist es sinnlos, jemand anderem etwas anzubieten, was man selbst bereits besitzt. Der Bäcker will Geld und nicht Brot für sein Brot. Der Grundsatz des „Gebens, um zu nehmen“ zielt also nicht nur auf den gegenseitigen *Freiheitsverzicht*, sondern auf den Freiheitsverzicht um eines *Gewinnes* willens, der jedem der Partner wichtiger erscheint als die geopfer-te Freiheit. Kurz also: *Freiheitsgewinn durch Freiheitsverzicht*.

---

<sup>54</sup> Vgl. auch die These von Thomas Hobbes, die Staatsgründungsverträge hätten ihren Grund in der wechselseitigen Todesfurcht (De Cive, 2. Kapitel, Ziffer 6); siehe dazu auch Diesselhorst, Malte, Naturzustand und Sozialvertrag bei Hobbes und Kant. Zugleich ein Beitrag zu den Ursprüngen des modernen Systemdenkens, 1989, 33 f.

<sup>55</sup> Zur goldenen Regel und zum kategorischen Imperativ Kants siehe etwa Maihofer, Werner, Europäisches Rechtsdenken heute, in: Horn, Norbert (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, 1982, 579 ff., 582; derselbe, Naturrecht als Existenzrecht, 1963, 23 ff.; derselbe, Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956; Hruschka, Joachim, Die Konkurrenz von goldener Regel und Prinzip der Verallgemeinerung in der juristischen Diskussion des 17./18. Jahrhunderts als geschichtliche Wurzel von Kants kategorischem Imperativ, JZ 1987, 941 ff.; derselbe Kants Bearbeitung der goldenen Regel im Kontext der vorangegangenen und zeitgenössischen Diskussion, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 129 ff.

Der Grundsatz des Gebens, um zu nehmen, meint zweitens, dass beide 141  
Partner den Austausch *freiwillig* vornehmen. Er enthält also zugleich  
den *Gewaltverzicht*, kurz: *Kooperation*. Es geht um „Freiheitsgewinn  
durch *freiwilligen* Freiheitsverzicht“.

Im Satz „ich gebe, um zu nehmen“ steckt drittens *mittelbar* auch eine 142  
*Sanktion*: bei enttäuschter Erwartung *nicht* zu kooperieren. Wer nichts  
zurückerhalten hat, wird mit einem neuen Angebot an denselben Part-  
ner warten, zumindest dann, wenn – wie auf dem idealen Markt – an-  
dere Geschäftspartner zur Verfügung stehen.

Schließlich: Im Augenblick des *Austausches* haben beide Seiten ein 143  
gemeinsames Geschäftsinteresse, sie sind Partner, d.h. Teilhaber an  
einem *gemeinsamen Geschäft*. Beide bilden eine *Gemeinschaft*. Sol-  
che Art von Gemeinschaft, und sei es auch nur die kurzfristige Ge-  
meinschaft, entspringt dem Umstand, dass unterschiedliche Gegen-  
stände, Dienstleistungen usw. ausgetauscht werden. Jeder erhält etwas  
und gibt etwas, was er nicht hat.

2. Wer zudem darauf hoffen darf, dass mit diesem oder mit einem an- 144  
deren Geschäftspartner ein ständiger Austausch möglich ist, dem er-  
öffnet sich der Weg zur dauerhafteren *Arbeitsteilung*, und *Professio-  
nalisierung* der Arbeit. Professionalisierung bedeutet, dass jeder über  
besondere Fähigkeiten verfügt, und zwar solche, von denen dann der  
andere abhängig ist: der Bauer vom Handwerker, der Handwerker  
vom „Wächter“, usw. Die Verfestigung der Hoffnung auf regelmä-  
ßigen Austausch ist dann Grundlage des Gedankens vom – *dauerhaften*  
– *gegenseitigen Freiheitsverzicht*, zum gegenseitigen *Freiheitsgewinn*.

Aus dem Prinzip der Arbeitsteilung wiederum ergibt sich auch eine 145  
*Tendenz zur Gleichheit*, insbesondere dann, wenn Arbeitsteilung in  
der Form der Professionalisierung stattfindet. Jeder verfügt über be-  
sondere Fähigkeiten, von denen der andere *abhängig* ist. Der Bauer  
vom Schneider, der Schneider vom „Wächter“, usw. Insoweit ist der  
„Andere“ (zwangsläufig) unser „*Nächster*“, und vielleicht deshalb  
können wir ihn dann auch (auch wirklich) lieben, wie uns selbst.

- 146 3. Hinter der gegenseitigen Abhängigkeit durch *dauerhafte Arbeitsteilung* steckt überdies auch ein Stück *Gewaltenteilung*<sup>56</sup>. Es ist die Idee vom Sozialvertrag durch „gegenseitigen *Freiheitsverzichts*“. Sie finden wir heutzutage in vielerlei Varianten bei v. Hayek<sup>57</sup>, Luhmann, Höffe<sup>58</sup> aber auch schon bei Kant<sup>59</sup>, Beccaria<sup>60</sup> und Hobbes<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> So verweist etwa Reinhold Zippelius (Problemfälle der Machtkontrolle, in: Merten, Detlef (Hrsg.), Gewaltentrennung im Rechtsstaat. Zum 300. Geburtstag von Charles de Montesquieu. Vorträge und Diskussionsbeiträge der 57. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstage 1989 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer; Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 6, 1989, 27 ff., 28) auf die entsprechenden Erkenntnisse einerseits des Polybios (2. vorchristliches Jahrhundert) zum römischen „divide et impera“, *Historiae*, VI, 1 ff., sowie auf Locke, John, Zwei Abhandlungen über die Regierung (*Two Treatises of government*, 1690), Euchner, Walter (Hrsg.); Abendroth, Wolfgang/Flechtheim, Ossip/Fetcher, Iring (Hrsg.), Politische Texte, 1967, II § 76 sowie auf Montesquieu, Charles de, Vom Geist der Gesetze (*De l'esprit des lois*). Eine Auswahl, übersetzt von Friedrich August Freiherr von der Heydte, 1950, XI 4 sowie auf BVerfG 9, 279 f.; 34, 59 f.

Vgl. denselben (Zippelius), aaO 30, zu Schaffung autonomer Teilsysteme (förderativer Charakter der Verfassung) sowie zu Balancen im Bereich sozialer Gewalten, aaO 33 (u.a. unter Hinweis auf Becker, Jürgen, Gewaltenteilung im Gruppenstaat, Ein Beitrag zum Verfassungsrecht des Parteien- und Verbändestaates, 1986) bis hin zum Kartellrecht.

Zum Verhältnis von Rechtsstaatsbegriff und Gewaltenteilungsgrundsatz siehe auch Papier, Hans-Jürgen, Gewaltentrennung im Rechtsstaat, in: Merten (Hrsg.), aaO 95 ff.

<sup>57</sup> Hayek, Friedrich August von, *Constitution of Liberty*, 1960, 25, der Zustand der Freiheit sei derjenige, in dem Zwang auf einige von Seiten anderer Menschen soweit herabgemindert ist, als dies im Gesellschaftsleben möglich ist. Die Bedeutung v. Hayeks unterstreicht auch Hattenhauer, Hans, Europäische Rechtsgeschichte, 1992, 754 f.

<sup>58</sup> Zum Prinzip des gegenseitigen Freiheitsverzichts: Luhmann, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl. 1987, 363; Höffe, Otfried, *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, 1987, 328, siehe aber auch Kelsen, Hans, Was ist Gerechtigkeit?, 2. Aufl. 1975, 40 ff. (Regime der Toleranz).

Siehe aber auch etwa den Strafrechtler Kratzsch, Dietrich, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und die Regeln der Gesetzesanwendung; *Schriften zum Strafrecht*, Band 64, 1985, 351 ff., sowie denselben, Prinzipien der Konkretisierung von abstrakten Gefährdungsdelikten – BGHSt 38, 309, JuS 1994, 372 ff., 377: „Ausgangspunkt und materielle Richtpunkt... des Strafrechts: Die Erhaltung und Schaffung eines allgemeinen Rechtszustands, bei dem jedem Menschen nach Maßgabe des Gleichheitsprinzips ein Grundtatbestand an elementaren Freiheitsrechten mit entsprechendem Herrschaftsraum und der Möglichkeit zur Selbstbestimmung (Autonomieprinzip) eingeräumt ist. Diese Garantie gewähren sich die Menschen gegenseitig. Entsprechend diesem „Gegenseitigkeitsprinzip“ kommt es zu einem regelmäßigen Wertaustausch zwischen den Menschen, an dessen Prinzipien sich auch die Risiko- und Kostenverteilung im Rahmen der strafrechtlichen Unrechtsnormen orientiert“, siehe auch Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2. Aufl. 1994, § 2 Rn. 9.

<sup>59</sup> Im Sinne der materiellen Gerechtigkeit definiert etwa auch Kant das Recht wie folgt: „Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des Anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“, Kant, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil 1, *Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre*, Einleitung § b, in: Weischedel, Wilhelm (Hrsg.), Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden, Band IV: *Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie*, 1956, 337. Siehe dazu auch – m.w.N. – Dreier, Ralf, *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenwärtige Diskussion*, 1986, 11; der-

4. Ein *Zwischenergebnis* lautet also: Das schlichte – gegenseitige – Vergelten im Sinne des „Wie Du mir, so ich Dir“ sollten wir – wenigstens – in seine *dynamische* Form kleiden, in das „Geben um des Nehmens willen“ („do ut des“). Es führt uns zu Gegenseitigkeit und Gleichheit, und zwar Gleichheit im Sinne von Gleichwertigkeit durch Arbeitsteilung, und indirekt zum Gewaltverzicht. Auch steht uns eine Sanktion zur Verfügung, demjenigen, der nicht bereit ist zurückzugeben, künftig *kein neues* Angebot zu machen, also nicht zu kooperieren. Jedenfalls solange nicht, bis er seinerseits eines unterbreitet und das Geschäft durchgeführt hat. 147

Doch ist es zweifelhaft, ob wir aus der Sanktion der Nicht-Kooperation auf das Recht zum langjährigen *Freiheitsentzug* schließen können. Zwar lässt sich die Freiheitsstrafe sehr wohl als langfristigen *Ausschluss* aus der Gemeinschaft der Freien begründen. Doch müssen wir dann die Frage beantworten können, was denn nun ge- 148

---

selbe, Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants, in: derselbe, *Recht – Moral – Ideologie*, 1981, 286 ff.

<sup>60</sup> Die Idee des gegenseitigen Freiheitsverzichtes ist etwa auch bei Beccaria zu finden (Beccaria, Cesare, *Verbrechen und Strafe* (Dei delitti e delle pene, 1764), deutsche Übersetzung von Wilhelm Alff, 1966, 51: Gesetze seien die „Bedingungen, unter denen unabhängige isolierte Menschen sich in Gesellschaft zusammenfanden, Menschen, die müde waren, in einem ständigen Zustand des Krieges zu leben und eine infolge der Ungewissheit ihrer Bewahrung unnütz gewordene Freiheit zu genießen. Sie opferten davon einen Teil, um des Restes in Sicherheit und Ruhe sich zu erfreuen“. Der Rechtswissenschaft in Erinnerung gerufen von Deimling, Gerhard, *Kriminalprävention und Sozialkritik* im Werk Cesare Beccarias „Über Verbrechen und Strafe“, in: Hirsch, Hans Joachim/Kaiser, Günther/Marquardt, Helmut (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, 51 ff., 52.

Eine „liberale Konzeption der Gleichheit“ entwickelt auch Dworkin, Ronald, *Bürgerrechte ernst genommen* (Taking rights seriously, 1979), 1984, vgl. insbesondere 439, siehe auch die Besprechung von Brugger, Winfried, *Rezension*, ARSP 71 (1989), 279 ff.

Siehe auch Hoerster, Detlef, *Die Wirklichkeit der Freiheit*, ARSP 75 (1989), 145 ff. mit dem Schlusssatz, aaO 160: („Freiheit ist dadurch diskursiv einlösbar, indem jedes empirische Subjekt sich mit seinen Interessen und Bedürfnissen in einem bestehenden Normgefüge zur Geltung bringt. Auf der Basis so verstandener Freiheit können Normen intersubjektive Anerkennung finden.“).

<sup>61</sup> Zur Entwicklung der Idee der Gleichheit und Gegenseitigkeit in der Neuzeit: Hobbes, Thomas, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates* (1651), herausgegeben und eingeleitet von Fetcher, Iring (1966), übersetzt von Euchner, Walter; Neuausgabe 1984; Locke, John, *Zwei Abhandlungen über die Regierung* (Two Treatises of government, 1690), Euchner, Walter (Hrsg.); Abendroth, Wolfgang/Flechtheim, Ossip K./Fetcher, Iring (Hrsg.), *Politische Texte*, 1969, 201 („Evident, vernünftig“).

Höffe, Otfried, *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*, 1990, 132, sieht einen engen Zusammenhang zwischen Hobbes zweitem natürlichem Gesetz mit dem Gedanken der Wechselseitigkeit und Gleichheit einerseits und Kants Kriterium der allgemeinen Gesetzlichkeit andererseits. So setze zwar Hobbes zunächst beim Verlangen nach Selbsterhaltung und Glück an. Im zweiten Teil des natürlichen Gesetzes spreche er dann allerdings nur noch von Freiheit (*Leviathan*, Kapitel 14).

schehen solle, wenn der Mörder, Räuber oder Dieb uns erneut seine Kooperation anbietet und erklärt, er wolle nach Kräften den Schaden gutmachen, werde auch künftig niemals mehr nehmen, ohne zu geben.

- 149 Damit zusammen hängt das Problem der *Freiwilligkeit*. Den Marktregeln kann man sich noch „freiwillig“ unterwerfen. Man hat ja die Möglichkeit, seinerseits durch Vorleistung den anderen zu einem Geschäft zu bewegen. Doch kann und wird niemand „freiwillig“ auf 10 oder 15 Jahre seines Lebens in der Gemeinschaft verzichten, und zwar auch nicht dann nicht, wenn dies vorher gesetzlich bestimmt gewesen ist und er darum wusste. Bei einem wirklichen „Lebenslang“ ist die Idee des gegenseitigen Freiheitsverzichts durch gegenseitigen Freiheitsgewinn sogar ad absurdum geführt. Denn sie bedeutet lebenslangen Freiheitsentzug. Die Erklärung, der Mörder habe das Lebenslang ja selbst bewirkt, weil er in Kenntnis der Rechtsfolge sein Opfer getötet habe, ist idealistisch. Dem Strafrechtler liegt es auf der Zunge, zu sagen: eine solche Verfügung über das eigene Leben müsste uns als „sittenwidrig“ gelten und rechtsunwirksam sein (vgl. §§ 216, 226 a, StGB).
- 150 Auch ansonsten bereitet uns das Idealbild des *Marktes* dann Probleme, wenn wir Arbeitsteilung als professionalisierte Arbeitsteilung betrachten *und* unser ganzes *Leben* darauf eingerichtet haben, voneinander abhängig zu sein. Die Tauschgerechtigkeit des Marktes hat *kurzfristige* Geschäfte im Blick und geht davon aus, dass es genügend Anbieter und Abnehmer gibt, wir also unsere Partner „frei“ wählen können. Eine Gemeinschaft wie die Familie, das Dorf, das Land, können wir nicht wählen, in sie werden wir *hineingeboren* und von ihr „sozialisiert“. Die Tauschgerechtigkeit verlangt nur eine einfache Kommunikation, sie setzt nicht einmal Sprache voraus. Sie unterstellt nur ähnliche, allgemeinemenschliche Bedürfnisse.
- 151 Nur: Die Kritik an einem Denkmodell ist einfach. Aber ein schwächliches ist besser als gar keines. Und: Ein Einfaches ist einem wortreichen „sowohl als auch“ oder einem „wenn, dann“ oder aber einem schlichten fordern von guten Taten überlegen. Also bleiben wir beim „do ut des“ als Form der wechselseitigen Gerechtigkeit.

## VII. Gerechtigkeit und Barmherzigkeit, soziale Gerechtigkeit

1. Schon seit *Aristoteles*<sup>62</sup> und mit *Thomas von Aquin*<sup>63</sup> nennen wir 152  
stets neben der *gegenseitigen (kommutativen)* Gerechtigkeit die *austeilende* oder *distributive* Gerechtigkeit.

Ziel der austeilenden Gerechtigkeit ist es, Gleichheit zu schaffen, indem jeder an allgemeinen Gütern teilhaben kann. Lasten und Vorteile sind gerecht zu verteilen. Die austeilende Gerechtigkeit nimmt also den Blickwinkel der *Gemeinschaft* ein. Es ist die „soziale“ Gerechtigkeit. Rechtswissenschaftlich betrachtet verlangt sie nach einem „*Öffentlichen* Recht“.

Der Gedanke der austeilenden Gerechtigkeit verbirgt sich auch im 153  
Satz „*sum cuique tribuere*“, und zwar dann, wenn wir „*tribuere*“ im Sinne von zuteilen, und nicht als gewähren begreifen. Dann ist das Seine dasjenige, worauf ein jeder einen *Anspruch* hat und nicht das, was er bereits als Recht besitzt. Allerdings setzt die allgemeine Verteilung von Gütern voraus, dass die *Allgemeinheit* Güter zu verteilen hat. Sie muss also Abgaben einfordern oder eigene Rechte, etwa an Grundeigentum und sonstigen Werten, in Anspruch nehmen.

Damit entsteht ein *Spannungsverhältnis* zwischen der austeilenden Gerechtigkeit im Sinne des *Gemeinwohls* und der *individuellen* Tauschgerechtigkeit zwischen den Einzelnen.

In Grenzfällen ist eine Entscheidung erforderlich: Entweder für die 154  
Gemeinschaft *oder* aber für den Einzelnen. *Kindhäuser* etwa stellt ausdrücklich die *justitia commutativa* in den Vordergrund. Sie sei die primäre Gerechtigkeit. Er setzt sich damit ausdrücklich von *Rawls* ab<sup>64</sup>, der seinen „Gerechtigkeitsutilitarismus“ letztlich am Wunsch festmacht, das Glück möglichst *vieler* zu gewährleisten.

---

<sup>62</sup> Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, 5. Buch, 5. – 7. Kap. (1130 b / 1131 a); Thomas v. Aquin, *Summa theologica*, Buch II. 2.; Katholischer Akademikerverband (Hrsg.), *Recht und Gerechtigkeit*, 1953, 57. 1 ff.; vgl. etwa auch Fechner, Erich, *Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts*, 2. Aufl. 1962, 11, Fn. 1.

<sup>63</sup> Thomas v. Aquin, Buch II. 2., 58. 6.

<sup>64</sup> Kindhäuser, Urs, *Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz*, in: Lüderssen, Klaus/Nestler-Tremel, Cornelius/Weigend, Ewa (Hrsg.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, 1990, 29 ff., 35 unter Hinweis auf Rawls, John, *Eine Theorie der Gerechtigkeit (A Theory of Justice)*, 1971), 1975 (ohne Seite) sowie unter Hinweis auf Kindhäuser, Urs, *Gefähr-*

- 155 2. Auf die sozialen *Grenzen* der schlichten Tauschgerechtigkeit weist auch der (alte) Satz „fiat iustitia pereat mundus“ (Würde Gerechtigkeit geschehen, würde die Welt vergehen)<sup>65</sup> hin. Oder mit *Nietzsche*, an den der Rechtsphilosoph *Höffe* erinnert, der *Kant'sche* „kategorische Imperativ rieche nach Grausamkeit“<sup>66</sup>. Oder mit *Thomas von Aquin*: „Gerechtigkeit ohne Barmherzigkeit ist grausam; Barmherzigkeit ohne Gerechtigkeit ist die Mutter des Chaos“. Recht und Gnade oder aber auch Recht und Billigkeit gehören zusammen<sup>67</sup>.
- 156 Die Gerechtigkeit im Sinne der Tauschgerechtigkeit ist eine abstrakte Gerechtigkeit. Die klassische Gerechtigkeit setzt voraus, dass sich (gleichberechtigte) *Partner* gegenüberstehen. Sie berücksichtigen also nicht die Besonderheiten des Einzelfalls mit, also die *Einzelfallgerechtigkeit*. Doch besteht nur dann, wenn *besondere* Umstände dazu Anlass geben, der Grund, von der strengen Gleichheit und Gegenseitigkeit abzuweichen.
- 157 3. Es ist also die „*Brüderlichkeit*“, die die anderen beiden Verfassungsgrundsätze der Freiheit und Gleichheit ergänzt.

Kurz: Jedes einzelne Tauschgeschäft von zunächst gleichberechtigten Partnern steht dann unter dem Vorbehalt, dass nicht eine der beiden Seiten in *Not* verfällt (*clausula rebus sic stantibus*).

---

dung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, 1989, 325 ff.

<sup>65</sup> Vgl. Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, 273 f. sowie Schäfer, Helmut M., Grundlagen des Rechts. Einführung in das Rechtsdenken, 1989, 62 f.; zum Stichwort Recht und Gnade etwa auch Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 133, Pg. 282, sowie auch Hattenhauer, Hans, Die Begnadigung im Spiegel der Legende, ZStW 78 (1966), 184 ff., besonders 192 ff. Zur Verwandtschaft von Gnade und Billigkeit siehe auch Ihering, Rudolf von, Der Zweck im Recht, I., 6. – 8. Aufl. 1923, 331 ff., sowie Grewe, Wilhelm, Gnade und Recht, 1936, 1 ff. unter Hinweis auf die Kritik von Kant an der Gnade (nicht aber an der Billigkeit), als das „schlüpfrigste.... unter allen Rechten des Souveräns“ (Metaphysik der Sitten, 1797, A 205, B 235). Siehe auch Kaufmann, Arthur, Recht und Gnade in der Literatur, 1991 (von Sophokles bis Kafka, von Hartmann von Aue bis Thomas Mann), u.a. mit Hinweis auf die „weiblichen Züge der Gnade“ (aaO 8) sowie deren metaphysischen Charakter (11 ff.), zur Gegenfigur des Michael Kohlhaas auch 28.

<sup>66</sup> Höffe, Otfried, Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, 1990, 239 unter Hinweis auf Nietzsche, Friedrich, Zur Genealogie der Moral, in: Schlechta, Karl (Hrsg.), Friedrich Nietzsche. Werke in drei Bänden, Band 2, 8. Aufl. 1977, 2. Teil, Abs. 6.

<sup>67</sup> Zur Billigkeit als Einzelfallgerechtigkeit siehe auch Schäfer, aaO 65 unter Hinweis auf Radbruch, aaO 127; Sauer, Wilhelm, Die Gerechtigkeit, 1959, 137, sowie auf Aristoteles: Nikomachische Ethik, V. 14 (1137 b).

4. Für das *Strafrecht* bedeutet dies aber:

158

Erstens: Einen „Bruder“ sperrt man nicht jahrelang ein, es sei denn, man ist selbst in höchster Not. Mit der Brüderlichkeit können wir deshalb – erstens – nur aber immerhin, die Strafaussetzung zur Bewährung, die bedingte Entlassung, Vollzugslockerungen, kurz, die „humanen“ Elemente der Strafrechtsfolgen begründen.

Zweitens: Wenn der Bruder sich vom Bruder bedroht sieht, also in einer Notlage ist, geben wir dem Bedrohten nur die Notrechte, also dasjenige der Notwehr oder aber des rechtfertigenden Notstandes. Das heißt, nur bei einem *gegenwärtigen* Angriff oder bei akuter Wiederholungsgefahr<sup>68</sup> darf er sich wehren.

Mit der Brüderlichkeit können wir also das Prinzip der Gegenseitigkeit ergänzen, den langfristigen Freiheitsentzug aber nicht begründen.

### VIII. Die soziologisch-politologische Fragestellung und Lösung des „Gefangenendilemmas“

1. Der Politologe *Axelrod* hat dasselbe Problem in einen Fall gekleidet, den wir als das sogenannte Gefangenendilemma kennen. 159

Der – leicht modifizierte – Ausgangsfall<sup>69</sup> des Gefangenendilemmas ist eine Kronzeugensituation: Zwei Landstreicher haben gemeinsam einen schweren Raub begangen. Seinetwegen kann jeder Einzelne jedoch nur mit Hilfe der Aussage des Anderen überführt werden. Beide werden einzeln vernommen. Jeder von ihnen steht nun vor dem *Dilemma*, entweder zu gestehen oder nicht zu gestehen, und zwar mit folgenden Konsequenzen: Gestehen beide, erhalten beide eine Freiheitsstrafe von 5 Jahren. Gestehen beide nicht, so kann das Gericht sie nur wegen Landstreicherei zu einem Jahr verurteilen. Tritt einer jedoch als Kronzeuge gegen den anderen auf, geht er selbst straffrei aus.

---

<sup>68</sup> Siehe insoweit etwa den Spanner-Fall, BGH NJW 1979, 2053.

<sup>69</sup> Auf diese Ursprungsvariante weist – in der deutschen Rezeption dieses Problems – etwa Trapp, Rainer W. („Nicht-klassischer“ Utilitarismus. Eine Theorie der Gerechtigkeit; Philosophische Abhandlungen, 55, 1988, 224 ff.) hin.



Am vernünftigsten erscheint die *Kooperation*<sup>70</sup>: beide schweigen und erhalten lediglich ein Jahr Freiheitsentzug.

- 160 *Axelrod*<sup>71</sup> hat einen Wettbewerb ausgeschrieben, in dem er aufforderte, Computerprogramme zur Lösung dieses Dilemmas einzureichen. Für jede der Alternativen gab es mehr oder weniger Punkte. Die zu entwickelnden Programme spielten *mehrfach* gegeneinander. Voraussetzung war also die „*Wiederholbarkeit*“ der Situation. Gewonnen hat das schlichte System des „Tit for Tat“ (englisch für: „Geben und Nehmen“), das der Mathematiker *Rapoport* unter diesem Begriff eingereicht hat<sup>72</sup>.
- 161 2. Das „Tit for Tat“ ist nichts anderes, als die Strategie des „Wie Du mir, so ich Dir“, die „goldene Regel“. Sie ist allerdings um einen Umstand zu ergänzen: Der nach ihr Handelnde entscheidet sich *eingangs* stets für das *Kooperationsmodell*. Er beginnt freundlich. Er will offenbar die Kooperation. Er verfährt nach der goldenen Regel: „do ut des“ (Ich gebe, damit Du gibst). Er leistet *einmal* vor. Aber anschließend *reagiert* er nur noch: Er *belohnt* die vorhergehende Kooperation mit nachfolgender Kooperation. Verrät der andere ihn, so *rächt* er sich anschließend. Er erklärt: Gibst Du nicht, dann geben ich auch nicht. Aber *nachtragend* ist er nicht. Erneutes kooperatives Verhalten be-

---

<sup>70</sup> Auf das deutsche Rechtssystem übertragen könnten die drei Rechtsfolgen lauten: Raub mit Todesfolge (Regelmindeststrafe 10 Jahre), Körperverletzung mit Todesfolge (Regelmindeststrafe 3 Jahre), fahrlässige Tötung (ohne erhöhte Mindeststrafe Höchstmaß 5 Jahre), in Verbindung mit der Tätigkeit in einer terroristischen Vereinigung (§ 129 a StGB) und der sogenannten Kronzeugenregelung (Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten vom 9.6.1989, Art. 4) sowie den Möglichkeiten, die ein Geständnis für die 2/3-Verbüßung und den gelockerten Strafvollzug eröffnet.

<sup>71</sup> Axelrod, Robert, *Die Evolution der Kooperation* (The Evolution of Cooperation, 1984), 1987, 99 ff.; siehe zudem Koller, Peter, *Zur Soziologie der Vergeltung*, Manuskripte, *Zeitschrift für Literatur* 98 (1987), 44 ff., 48 ff., unter Hinweis auf: Rapoport, Anatol /Chammah, Albert M., *Prisoner's Dilemma. A Study in Conflict and Cooperation*, 1965; Davis, Morton D., *Spieltheorie für Nicht-Mathematiker* 1972, 104 ff.; Ullmann-Margalit, Edna, *The Emergence of Norms*, 1977, 18 ff., sowie auf Taylor, Michael, *Anarchy and Cooperation*, 1976, 28 ff.

<sup>72</sup> In der deutschen Diskussion aufgegriffen, nicht nur von Koller, aaO und Trapp, aaO sowie von Höffe, Otfried, *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*, 1990, u.a. 294; siehe auch Gründel, Johannes, *Warum und zu welchem Ende strafen wir? Kriminalität, Schuld und Strafe aus der Sicht eines katholischen Theologen*, in: Schöch, Heinz (Hrsg.), *Strafe: Tor zur Versöhnung, Hofgeismarer Protokolle* 224, 1988, 21 ff., 33. sowie Kindhäuser, Urs, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1989, 154 ff. unter Hinweis auf Höffe, Otfried, *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, 1987, 419 ff. (Kindhäuser geht allerdings nur von der „single shot-Situation“ aus, also dem einmaligen Entscheidungszwang, dazu gleich).

antwortet er ebenso. Auch hält er dann an der Kooperation solange fest, wie der andere bereit ist, sich auf diese Kooperation einzulassen. Er ist also auch zu dauerhaftem *Frieden* bereit.

Aus menschlicher Sicht würden wir sagen, derjenige, der zunächst 162 einmal die Kooperation anbietet. Er geht vom „guten Menschen“ aus<sup>73</sup>. Außerdem ist sein Verhalten dann, wenn er sich anschließend streng an die Regel des „wie Du mir, so ich Dir“ hält, (äußerst) *berechenbar*. Er schafft also Vertrauen in sein künftiges Verhalten<sup>74</sup>. Mehr noch: Er verlockt den anderen zu einem Angebot, denn er ist nicht nachtragend.

Menschliche Sichtweisen wie belohnen, sich rächen, aber dabei nicht 163 nachtragend zu sein oder berechenbar sein zu wollen, um Vertrauen zu schaffen, sind für Computerprogramme ohne Bedeutung. Ihr Wettkampf dient dem Ziel, auf die Dauer möglichst viele Vorteile auf dem eigenen Konto verbuchen zu können. Er geschieht beim Programm des „Tit for Tat“ im Sinne eines ständigen blinden Reagierens. Nur ein Vorverhalten wird gespeichert.

Der *Strafrechtler* wird feststellen, dass die Strafe der Nicht- 164 Kooperation aus dem Blickwinkel der Gesamtabrechnung von Verrat und nachfolgendem Strafen dazu führt, dass dem Verräter sein Vorteil verlustig geht. Er muss ihn aufgeben, um dann wiederum die nachfolgende Kooperation einfordern zu können. Bei der Gesamtabrechnung von Nichtkooperation des Verräters und Nichtkooperation des Straffenden handelt es sich also um *Schadensersatz*. Aus der „Strafe“ wird Wiedergutmachung.

---

<sup>73</sup> Zur Vermutung, dass vom Menschen eigentlich nur Gutes anzunehmen sei (im Zusammenhang mit der Deutung der Unschuldsumutung) auch Bohnert, Joachim, Die Abschlußentscheidung des Staatsanwaltes, 1992, 245 unter Hinweis auf die „praesumptio boni viri“, rechtsvergleichend und historisch: Köster, Rolf-Jürgen, Die Rechtsvermutung der Unschuld, 1979, 101 ff.

Zum Verhältnis von Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht siehe auch Dencker, Friedrich, Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld. Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung, in: Artikelgesetz. Gemeinsame Veranstaltung 19.3.1988 Bonn; Schriftenreihe der Strafverteidiger-Vereinigung, 1988, 46 ff., u.a. 47 ff.: Beim Bürgerstrafrecht werde der Täter bis zum Beweis des Gegenteils nicht als potentielle Gefahrenquelle gesehen, sondern als „zum Guten, zum Recht“ fähiges „Wesen“, aaO. 49, mit der Trennung zwischen Bürgerstrafrecht als das Strafrecht der potentiell Guten und dem Feindesstrafrecht als der vermutlich Schlechten.

<sup>74</sup> Für die Lage zweier Menschen in der Situation eines Gefangenen-dilemmas weist z.B. Koller zu Recht darauf hin, dass sie genötigt sind, das „Vertrauen“ des anderen zu gewinnen, Koller, aaO 50; vgl. aber auch Snidal, Duncan, Coordination versus and Prisoner's Dilemma: Implications for International Cooperation and Regimes, The American Political Science Review, 1985, 923 ff., 926 ff.

- 165 3. Dem Politologen geht es allerdings nur darum, Schlüsse auf das Verhalten von *Staaten* untereinander zu ziehen. In der Tat ist im *Völkerrecht* das Prinzip der Gegenseitigkeit als ein eherner Grundsatz bekannt<sup>75</sup>. Er gilt damit in einem Recht, das ohne eine das Recht durchsetzende Macht auskommen muss. Ein *Gewaltmonopol* gibt es nicht (auch wenn die „Vereinten Nationen“ dazu Ansätze zeigen, und es auch einen Internationale Gerichtshof, in Den Haag, gibt).
- 166 4. Im Übrigen spricht viel dafür, das Prinzip des „Tit for Tat“ mit dem Soziobiologen *Masters* auf die *Evolution* von Lebewesen zu übertragen<sup>76</sup>. Es geht um das Überleben nach dem Prinzip des *Trial and Error*, also des *Versuchs* und *Irrtums*. Zwar ist der fehlgeschlagene Versuch, also der Irrtum, für das *einzelne* Individuum einer Art tödlich, doch für das Verhältnis einer *Art* zu einer anderen Art, die sich im selben Lebensraum befindet, auf *Dauer* – offenbar – von Vorteil. Es ist, langfristig angewendet, jedem noch so trickreichen anderen Überlebensmodell überlegen. Die Kooperation ist also langfristig von gemeinsamem Vorteil. Dass *Lebewesen* diese Regel entdeckt haben, ist also aufgrund des Prinzips des Überlebens des Besseren zwingend.

---

<sup>75</sup> Weber, Hermann/Wedel, Henning v., Grundkurs Völkerrecht. Das internationale Recht des Friedens und der Friedenssicherung, 1977, 71; Wengler, Wilhelm; Völkerrecht. Band I. Erster und zweiter Teil, 1964, 837-839; W. Heintschel v. Heinegg in Ipsen, Knut, Völkerrecht. Ein Studienbuch, 3. Aufl. 1990, § 3 Rn. 11; Münch, Ingo von, Völkerrecht (Ohne Internationale Organisationen und Kriegsvölkerrecht) in programmierter Form mit Vertiefungshinweisen, 2. Aufl. 1982, 353.

<sup>76</sup> So Masters, Roger D.: Evolutionsbiologie, politische Theorie und die Entstehung des Staates, in: Gruter, Margaret/Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Der Beitrag der Biologie zu Fragen von Recht und Ethik; Hirsch, Ernst E./Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 54, 1983, 15 ff., 23 ff., mit ausdrücklichem Bezug auf die Kin-selection; zudem Alexander, Über die Interessen der Menschen und die Evolution von Lebensabläufen, aaO 129 ff., 166, unter Hinweis auf: Trivers, Robert, The evolution of reciprocal altruism. Quarterly Review of Biology, 46 (1971), 35 ff.; vgl. auch dens., Social Evolution, 1985.

Siehe zudem Vogel, Christian, Gibt es eine natürliche Moral? Oder: Wie widernatürlich ist unsere Ethik?, in: Meier, Heinrich (Hrsg.): Die Herausforderung der Evolutionsbiologie, 2. Aufl. 1989, 193 ff., 211; sowie Wickler, Wolfgang, Hat die Ethik einen evolutionären Ursprung?, in: Koslowski, Peter/Kreuzer, Philipp/Löw, Reinhard (Hrsg.), Die Verführung durch das Machbare, 1983, 125 ff.  
Zur Spieltheorie und Evolution: Smith, John Maynard, Evolution and the Theory of Games, 1982.

5. Der Politologe *Snidal*<sup>77</sup> versucht, die Struktur der Alternativen zu 167  
verfeinern. Er erweitert die Zweierbeziehung auf *mehrere* Akteure.  
Seine Ergebnisse sind komplizierte Urteilsskalen (Grade der Vorzüge  
verschiedenen Handelns) sowie ergänzende Kooperationsmodelle  
zwischen mehreren Akteuren. Doch bleibt auch er auch letztlich beim  
Ausgangsprogramm des „Tit for Tat“.

Die *Sozialpsychologen Spada* und *Ernst* haben das Gefangenendi- 168  
lemma zur „Allmendeklemme“<sup>78</sup> erweitert: Sie betrachten die Situati-  
on des Überweidens bzw. Überfischens von allgemein zugänglichen  
und nutzbaren Weide- bzw. Fischgründen. Entwickelt haben sie ein  
mit Computern berechenbares „Fishing Conflict Game“. Mit seiner  
Hilfe stellen sie die Konsequenzen der „Motivation und Kognition der  
Konfliktbeteiligten“ dar. Sie haben sogar Spielerpersönlichkeiten si-  
mulierte, von denen sie meinen, dass sie auf den ersten Blick von Spie-  
lern aus Fleisch und Blut nicht unterscheidbar seien (gute, böse,  
dumme, kluge oder auch andere Spielercharaktere).

Die Kooperationsregel des „Tit for Tat“ ist auch, wie die Almende- 169  
klemme andeutet, vor dem Hintergrund der sogenannten Chaosfor-  
schung zu sehen. Ein spieltheoretisches Modell der *Chaosforschung*<sup>79</sup>  
lautet: Anfangs gibt es ein „geordnetes“ Verhältnis von Fressfischen  
und Raubfischen in einem Teich. Dann verändern sich diese Verhält-  
nisse, und zu prüfen ist, welche Auswirkungen eintreten. Die Regel  
der Almendeklemme in der Fischteichvariante ist offenkundig: Bei  
einem Übermaß an Raubfischen wird der Bestand der Fressfische ver-  
ringert. Daraufhin muss sich zwangsläufig der Bestand der Raubfische  
verändern. Doch ist festzustellen, dass sich bei *geringfügigen* Eingrif-  
fen in den Bestand der Raub- bzw. auch der Fressfische später wieder  
ein Gleichgewicht ergibt. Hingegen kann bei größeren Eingriffen der

---

<sup>77</sup> Snidal, Duncan, Coordination versus and Prisoner`s Dilemma: Implications for Interna-  
tional Cooperation and Regimes, *The American Political Science Review*, 1985, 923 ff.,  
926 ff., unter Hinweis auf Keohane, Robert Owen, *After hegemony: Cooperation and dis-  
cord in the world political economy* 1984; sowie auf: Hardin, Russell, *Collective action as  
an agreeable and prisoner`s dilemma*, *Behavioral Science* 16 (1971), 472 ff.; ders., *Col-  
lective action*, 1982.

<sup>78</sup> Spada, Ernst, *Farben in den Ausguß, Chemie auf den Müll? Der Mensch in der Allmende-  
Klemme*, *Forschung, Mitteilungen der DFG*, Heft 3, 1990, 14 f.

<sup>79</sup> Zur Chaosforschung siehe zunächst allgemein Bestenreiner, Friedrich, *Der phantastische  
Spiegel. Quanten, Quarks oder vom Trost, der aus der Formel kommt*, 1988, 152; Gleick,  
James, *Chaos – Die Ordnung des Universums. Vorstoß in Grenzbereiche der modernen  
Physik*, 1988, 20; sowie Kargl, Walter, *Handlung und Ordnung im Strafrecht. Grundlagen  
einer kognitiven Handlungs- und Strafrecht*; *Schriften zum Strafrecht*, Heft 86, 1991,  
u.a. 42 ff.; zudem etwa auch Cramer, Friedrich, *Chaos und Ordnung. Die komplexe  
Struktur des Lebendigen*, 1988.

Umstand eintreten, dass die Verhältnisse sich „*chaotisch*“ entwickeln: ein Gleichgewicht nicht mehr zu erreichen ist. „Tit for Tat“ ist – demzufolge – eine Überlebensstrategie, die in geschlossenen Lebensräumen nur bei *kleineren* Eingriffen regulierend wirkt, und auch das Leben insgesamt macht nur einen Teil der körperlichen Welt aus. Nicht umsonst hat sich gerade für die Erforschung des Klimas der chaostheoretische Ansatz entwickelt, in dem es vorrangig um Vorzeichen des *Umkippens* in einen chaotischen Zustand geht. Ordnung, also auch Verlässlichkeit oder „Berechenbarkeit“, sind womöglich nur ein Teil, vielleicht sogar nur die *Ausnahme* des Gesamtzustandes der Dinge dieser Welt. Für die Entwicklung der Lebewesen ist Kooperation aber von herausragender Bedeutung. Auch hat sich das Leben immer nur in *kleinen* Schritten entwickelt<sup>80</sup>.

- 170 Schließlich und nicht zuletzt kann das Prinzip des „Wie Du mir, so ich Dir“ auch niemals eine *feste* Weltformel sein. Denn, gesetzt den Fall, es gelte als solche, dann bliebe es entweder bei der anfänglichen Kooperation aller, Konflikte gäbe es nicht und niemand wäre „besser“ als andere. Oder: Bei einem konflikthaften Beginn gäbe es niemals eine Kooperation. Insofern ist der Grundsatz des „Wie du mir, so ich Dir“ nur als *Regel* zu denken. *Ausnahmen* sind nicht nur möglich, sondern *zwingend* erforderlich<sup>81</sup>.
- 171 Im Kleinen gilt auch, dass geordnetes Verhalten zur Berechenbarkeit des Einzelnen oder einer Gruppe führt. *Jakobs*<sup>82</sup> erklärt in eben diesem Sinne: „konstanter Konsens, der nicht phasenweise durch zwingende Arrangements überbrückt werden muss, dürfte schon deshalb selten sein, weil er ein starkes Indiz für die *Lernunfähigkeit* „und deshalb auch zugleich und *evolutionsbiologisch betrachtet* die *Überlebensfähigkeit* der beteiligten Systeme ist“. Berechenbar zu sein, ist eben auch *gefährlich*. Deshalb ist die Welt der Lebewesen auch weitaus vielfälti-

---

<sup>80</sup> Vgl. hierzu aus dem Blickwinkel der Chaosforschung Cramer, Friedrich, Erkennen als Inhalt eines Forscherlebens, in: ders. (Hrsg.), Erkennen als geistiger und molekularer Prozeß, 1991, 205 ff., 221, unter Hinweis auf dens./Kaempfer, Wolfgang, Der Zeitbaum – Grundlegung einer allgemeinen Zeittheorie, 1990, 221 f.

<sup>81</sup> Vgl. insofern auch das von Luhmann, Niklas (Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983, 48) verwendete Begriffspaar Regel/Ausnahme, um über die Enttäuschung der Erwartung zum abweichenden Verhalten zu gelangen, und um zugleich darauf hinzuweisen, dass die harte Abweichung wenig konsistent und damit auch wahrscheinlich bleibt.

<sup>82</sup> Jakobs, Zur Stabilität von Konsens, zur Stabilität durch Konsens, in: Hattenhauer, Hans/Kaltefleiter, Werner (Hrsg.), Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung, 1985, 30. Vgl. auch Trotha, Trutz von, Exzentrische Positionalität, Norm und Abweichung, sozialphilosophisch-soziologische Überlegungen über die Universalität von Norm und Abweichung, ARSP 64 (1978), 305 ff.

ger als zu ihrer Anfangszeit. Neben einfachen Strukturen haben sich immer auch und immer mehr hochkomplizierte „Akteure“ entwickelt. So gibt es zwar die „ewige“ Regel des „Wie Du mir, so ich Dir“ als *Idee* der vorteilhaften *Kooperation*. Nur, wer dann der Akteur ist, der Einzelne, der mit einem anderen Geschäfte abschließt, die Staaten im Verhältnis zueinander, die Arten von Lebewesen im Verhältnis zueinander und womöglich über weite Zeiträume, ist zumindest abhängig von der jeweiligen Abstraktionsebene – vorausgesetzt, die obengenannten Bedingungen sind einzuhalten.

6. Spielen *mehrere* Spieler dieses Spiel, so leuchtet es zunächst einmal ein, mit *Höffe*<sup>83</sup> u.a. zu erwägen, ob es sich nicht lohnt, anstatt ehrlicherweise zu kooperieren, zum „Trittbrettfahrer“ (also zum Parasit) zu werden, also schlicht ausnutzen zu sollen, dass andere miteinander kooperieren, nach dem Motto „Kooperation ist gut, Trittbrettfahren ist besser“. Damit gibt *Höffe* ein „schlaues“ Spielerprofil vor. Doch ist Trittbrettfahren *erstens* nur dort möglich, wo andere kooperieren, und *zweitens* werden auch sie alsbald gemeinsam in ihre Kooperation die *Abwehr* von Trittbrettfahrern mit einbeziehen (müssen). Als ein – *allein* – siegreiches Modell dürfte somit das Trittbrettfahren nicht gelten können. Es zeigt jedoch die Probleme auf, die mit dem Wechsel von zwei Partnern zur Kooperation vieler verbunden sind. Einige können auch diesen bequemen Weg gehen. 172

## IX. Grenzen des Modells „Tit for Tat“

1. Gerade weil das Prinzip „Tit for Tat“ dem „Geben und Nehmen“, also einer Ausprägung der „goldenen Regel“ des „Wie Du mir, so ich Dir“ entspricht, lohnt es sich, dessen *Grenzen* näher zu umreißen: 173

2. Der Philosoph *Höffe*<sup>84</sup> macht bereits in Anlehnung an den Politologen *Axelrod* auf die Probleme aufmerksam, die mit der Anwendung des Grundsatzes „Tit for Tat“ *innerhalb* einer größeren (staatlichen) Gemeinschaft auftreten (können): Eine *kleine* Gruppe Kooperationsunwilliger könne sich auch gegen eine Mehrzahl von Kooperationswilligen durchsetzen. Deshalb seien „*zwangsbefugte* Sozialordnungen“ erforderlich. Die modernen Rechts- und Staatswesen hätten somit die Aufgabe, zumindest den „Rahmen für eine herrschaftsfreie 174

---

<sup>83</sup> Höffe, Otfried, Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, 1990, 287.

<sup>84</sup> Höffe, Otfried, Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, 1990, 298.

Kooperation“ zu setzen, indem sie aggressive Kleingruppen abwehren bzw. nötigten, die für einen strukturell herrschaftsfreien Markt elementaren Randbedingungen anzuerkennen.

- 175 Mit anderen Worten verlangt er, dass das „Trittbrettfahren“ und ähnliches „abweichendes Verhalten“ mit „Zwang“ bekämpft wird, damit die „guten“ den freien Austausch im Übrigen betreiben können. Er will also den freien Markt der „Trittbrettfahrer“ mit Gewalt, heutzutage also mit *Strafandrohungen*, verbieten. Doch lässt sich diese Einschränkung mit dem Prinzip des „geben um zu nehmen“ eben nicht rechtfertigen. Durch Kooperationsverzicht können zwar Trittbrettfahrer ausgeschlossen werden, aber ein neues Kooperationsangebot ihrerseits müssen die Marktteilnehmer dann prüfen dürfen.
- 176 *Höffe* meint in Fortführung seines Ansatzes: Seien solche Rahmenbedingungen gegeben, so sei es auch möglich, vom *kleinlichen* „wie Du mir so ich Dir“ abzusehen. Die Rahmenbedingungen erlaubten vielmehr einen *längeren* Atem. Sie ließen „phasenverschobene Wechselseitigkeit“ zu, und zwar hin bis zu einem Tausch zwischen den *Generationen*.
- 177 Auch versagten herrschaftsfreie *Strategien* z.B. beim *Umweltschutz*. Wir lebten auf Kosten anderer Generationen oder aber auch auf Kosten schwächerer Nachbarstaaten<sup>85</sup>. Für die Notwendigkeit von Herrschaft und gegen den Gesichtspunkt der herrschaftsfreien Tauschgerechtigkeit spräche auch, dass anderenfalls jeder Beteiligte dieselbe Macht besitzen müsse, deren Verteilung also streng *symmetrisch* sei. Insofern erinnere diese spieltheoretische Betrachtungsweise an die „ideale Kommunikations- bzw. Diskussionssituation“ im Sinne von *Apel*, *Habermas* oder auch in *Rawls* ursprünglicher Situation. *Höffe* hätte auch anfügen können, es handele sich um das alte Bild vom Sozialvertrag. Auch der Sozialvertrag sieht im Prinzip gleichberechtigte Partner vor. Nicht umsonst verweist *Höffe* dann auch auf *Hobbes*<sup>86</sup>.
- 178 3. Die eigentlichen Voraussetzungen des Grundsatzes „Tit for Tat“ („do ut des“) scheinen wir zu übersehen, weil sie so einfach sind. Sie liegen darin, dass wir, wie selbstverständlich davon ausgehen, dass

---

<sup>85</sup> Höffe, aaO 304.

<sup>86</sup> Vgl. zu allem Höffe, aaO 300 ff.

a) die *Existenz* der Akteure unangetastet bleibt, seien sie nun Einzelpersonen oder soziale Einheiten, wie Staaten.

b) Mehr noch: Der Grundsatz des „Wie Du mir, so ich Dir“ setzt die *Handlungsfähigkeit* der Akteure voraus.

c) Das Gebot der *ewigen* Wiederholbarkeit kommt hinzu. Denn nur auf Dauer erweist sich das Prinzip des „Tit for Tat“ als das im Wettbewerb mit anderen Prinzipien überlegene.

d) Außerdem verlangt dieses Spiel nach Identität oder zumindest Vergleichbarkeit der *Interessen*. Der Fisch hat kein Interesse am Fahrrad.

Die Computerprogramme, die gegeneinander antreten, sind nicht in der Lage, die anderen „mit Gewalt“ zu zerstören. Dasselbe gilt für die Handlungsfähigkeit und Wiederholbarkeit desselben Vorganges und ebenso für die Interessen. Sie sind gleich oder doch vergleichbar. Es geht stets um Vorteile im Sinne von Punkten. So muss der Kronzeuge, der nicht freikommen will, wenigstens ein Interesse an einem Gegenwert haben, wie etwa an Geld für sich oder seine Angehörigen, an sozialer Anerkennung innerhalb der Vollzugsanstalt usw. 179

4. Deshalb ist die Strategie des „Tit for Tat“ für solche „sozialen Einheiten“ wichtig, deren Außenbeziehungen *einfach* sind (wegen der Interessenidentität) und sich häufig wiederholen, und (damit zusammenhängend) die als Einheit auch den Verrat des Partners zu „überleben“ vermögen: Die Großfamilie, die Sippe, der Clan von 30 bis 200 Mitgliedern muss ohnehin in der Lage sein, den *Tod* eines Mitglieds zu verkraften, sei es z.B. denjenigen durch Krankheit oder Unfall. Sie überlebt auch Blutrache, wenngleich auch geschwächt. Der Einzelne dagegen kann seinen Tod nicht überleben, um weiter zu spielen. 180

Bei dem Einzelnen, dem *Individuum*, scheidet die Anwendbarkeit des Grundsatzes „Tit for Tat“ also in all denjenigen Fällen, in denen es um *existentielle* Bedrohungen geht. Gefahren pflegen sich einmal zu realisieren. Die *Wiederholbarkeit* des Spiels ist dann eben nicht gewährleistet. Das gilt – wenngleich abgeschwächt – auch dann, wenn es sich um *Existenzgefährdungen* handelt, die „eher unwahrscheinlich“ erscheinen. 181

Brauchbar hingegen ist das Prinzip des „Tit for Tat“, also des „do ut des“, für den Einzelnen im *nichtexistentiellen* Bereich, also auf dem 182



*Markt* der Waren. Dort haben wir dann zwar mit dem Problem der Vergleichbarkeit zu kämpfen. Es gibt eben viele Interessen, aber es gibt auch viele Interessen, die gemeinsam sind oder aber in den Vorteil des „besseren Lebens“ umgerechnet werden können. Gleiche Interessen sind diejenigen, die das *Überleben* betreffen, also z.B. das tägliche Bedürfnis nach Nahrung.

- 183 5. Aus evolutionsbiologischer Sicht liegt es deshalb nahe, diesen Grundsatz – nur – für die Entwicklung der *Arten* von Lebewesen anzuwenden. Für den Wettbewerb einer Art von Lebewesen mit anderen (in einer relativ beständigen Umwelt) sind – für die Art – alle vorgenannten Voraussetzungen gegeben: Der Verlust eines *einzelnen* Individuums ist für die Art nicht existentiell bedeutsam. Sie ist fähig, den Wettbewerb weiterzuführen. Da es aus ihrem Blickwinkel auch um das schlichte „Überleben“ der Art mit mehr oder weniger Mitgliedern geht, zielt dieser Blickwinkel auch auf eine *schlichte* Alternative. Und: Die Arten stehen über *lange* Zeit im Wettbewerb. Zudem sind Arten noch *dauerhafter*, wenn man auf sich fortentwickelnde Arten (wie etwa die Vor- und Frühmenschen, bis hin zum heutigen Menschen) abstellt, oder gar noch den Wettbewerb zwischen noch *größeren Einheiten* betrachtet, wie etwa zwischen den „Säugetieren“ in der Konkurrenz zu den „Reptilien“ (etwa zu Zeiten der „Saurier“).
- 184 6. Der vorsichtige Gefangene oder derjenige, der bereits einmal verraten worden ist, muss sich deshalb darum bemühen, das Verhaltensmuster des anderen kennen zu lernen. Menschen sind dazu fähig. Ein Weg, das Verhalten des anderen zu „erproben“, besteht darin, mit ihm zunächst nur für geringerwertige Vorteile zusammenzuarbeiten. Er wird dann versuchen, die Vorteile der gemeinsamen Geschäfte zu steigern. Ein Weg dazu ist, sich wechselseitig, durch Arbeitsteilung oder ein sonstiges Unterpfand (Geisel) in die Hand des jeweils anderen zu begeben. Er greift zu „vertrauensbildenden Maßnahmen“. Erst dann wird er die – letztlich existentielle Entscheidung – für (oder gegen) die Kooperation treffen. Ebenso verhält sich im Übrigen auch die Allgemeinheit dem zu Freiheitsstrafe Verurteilten gegenüber. Seine bedingte Entlassung macht sie (in § 57 I StGB) unter anderem davon abhängig, dass „...verantwortet werden kann, zu erproben, ob der Verurteilte außerhalb des Vollzuges keine Straftaten mehr begehen wird...“.
- 185 Dennoch ist eine weitere Folgerung zu ziehen: Alle *einzelnen* Lebewesen sind auch *Mitglieder* einer größeren Gemeinschaft, etwa ihrer Art, Artenfamilie oder einer sonstigen länger existierenden sozialen

Einheit wie etwa eines *Volkes*, eines Stammes, Sippe usw. Sie haben also – stets – die *Anlage* in sich, das einfache „Spiel“ des besseren oder schlechteren Überlebens ihrer *Gemeinschaft*, ihrer Art usw. mit Hilfe des Grundsatzes „Tit for Tat“ *mitzuspielen*: Ihnen ist also die „*Aufopferung*“ für die Gemeinschaft im *Prinzip* eigen, wenngleich auch *nicht als Regel*. Und wie ernst oder nicht ernst ein jeder es mit der Aufopferung nimmt, zeigt sich im Kriege. Auch dort will jeder (eigentlich) überleben.

Abschließen ist also festzustellen, dass das Prinzip des „Tit for Tat“ 186 oder das „do ut des“ mit dem Ziel des gegenseitigen Freiheitsverzichtes zum beiderseitigen Freiheitsgewinn nur eine Regel ist. Die Ausnahme des „Trittbrettfahrens“ scheint – worüber im Einzelnen gewiss noch weiter nachzudenken wäre – zwingend zu sein. Es ist der alte Gedanke, dass das Verbrechen womöglich „natürlich“ ist<sup>87</sup>. Wir werden und müssen es also bekämpfen. Nur, es gehört womöglich als Prinzip zum „Leben“. Hinzu kommt, dass die Ausnahmen von der Regel des „Wie Du mir, so ich Dir“ eben diejenigen des „abweichenden Verhaltens“ sind. Als Verrat kann sich eben das Verbrechen doch einmal lohnen.

Allerdings dauerhaft „gespielt“ spricht viel dafür, dass die Regel „siegte“, die (wenngleich mit zwingenden Ausnahmen) lautet: „*Wiedervergeltung*“ (mit anfänglichem Kooperationsangebot).

## X. Folgerungen für die Freiheits- und die Geldstrafe

1. Wer Strafe, das heißt insbesondere die Freiheitsstrafe, mit der alten 187 Vergeltungs- bzw. auch sogenannten Gerechtigkeitstheorie begründet, greift auf das Prinzip des „wie Du mir, so ich Dir“ zurück und damit auch auf den Grundsatz „Tit for Tat“.

---

<sup>87</sup> Zur Natürlichkeit des Verbrechens siehe etwa Durkheim, Émile, Kriminalität als normales Phänomen, in: Sack, Fritz/König, René (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 3. Aufl. 1979, 3 ff., 8 Fn. 4; siehe dazu auch Hassemer, Winfried, in: Wassermann, Rudolf (Gesamthrg.), Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1 (§§ 1 – 21), 1990, vor § 1 Rn. 57, der überdies auf die Fortführung Durkheims Thesen bei Coser, Lewis, Einige Funktionen abweichenden Verhaltens und normativer Flexibilität, in: Sack, Fritz/König, René (Hrsg.), aaO, 21, hinweist, sowie auf Mead, George H., The Psychology of Punitive Justice, American Journal of Sociology (AJS) 23 (1918), 577 ff. Durkheim (aaO 6), habe allerdings Hassemer, aaO Rn. 58 zufolge den Verbrecher idealisiert.

188 Doch ist aus den vorstehenden Erwägungen der folgende Schluss zu ziehen: Dieser Grundsatz gilt gewiss im Verhältnis zwischen größeren *sozialen Gruppen*, etwa zwischen Sippen und Clans untereinander oder innerhalb einer Großgemeinschaft zwischen Vereinigungen, wie etwa Gewerkschaften oder Unternehmern usw. (Und zwar selbst als „Blutrache“. Denn den Tod einzelner kann die Sippe, wenngleich geschwächt, verkraften.)

„Tit for Tat“ zwischen *einzelnen* Menschen ist die alte Strategie von Lob und Tadel. Es ist Zuckerbrot und Peitsche oder aber feinsinniger „Liebe und Liebesentzug“.

189 2. Bei der *Geldstrafe* ist der *Tadel* (der Schuldspruch) von weit erheblicher Bedeutung als das Opfer der Geldstrafe. Der Schuldspruch stellt eine „sozial-ethische Missbilligung“<sup>88</sup> des Verhaltens des Täters dar. Selbst bei der zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe liegt noch das Schwergewicht auf dem Schuldspruch. Eben deshalb ist es in diesem Bereich auch möglich, anstelle der Geldleistung die Auflage der Wiedergutmachung zu setzen, sie ist auch anstelle der Geldstrafe möglich (§ 59 a StGB). Das Gericht belässt es dann bei einer Verwarnung (unter Geldstrafenvorbehalt). Geldstrafe gilt uns deshalb auch als „Denkzettelstrafe“<sup>89</sup>.

190 Die Geldstrafe umfasst heutzutage immerhin weit über 80 % der Verurteilungen. Bezieht man die darunter liegende Einstellung gegen eine Geldbuße (§ 153 a StGB) ebenso mit ein wie die zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe (mit und ohne Auflagen), so geht es um den Bereich von mehr als 90 % der verhängten „Strafrechtsfolgen“.

191 Damit ist ein erfreuliches, weil positives, im einzelnen aber gewiss noch auszufeilendes Nebenergebnis erzielt: Die Sanktionen für leichtere und mittlere Kriminalität, Geldstrafe und Strafaussetzung zur Bewährung (mit dem Tadel des Schuldspruchs) sind als „gerecht“ im Sinne des Wiedervergeltungsprinzips anzusehen.

192 3. Einen solchen Denkzettelcharakter hat sogar auch die *Freiheitsstrafe*, und zwar dann, wenn sie an die *Allgemeinheit* gerichtet ist und de-

---

<sup>88</sup> Zu dieser Deutung der Schuld und des Schuldspruchs statt vieler Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1985, § 23 III 1., 359

<sup>89</sup> Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, vorgelegt von Baumann, Jürgen u.a., 1966, 93.

ren „Rechtstreue“ erhalten soll. Es handelt sich um den altbekannten generalpräventiven Ansatz, einen Menschen zu bestrafen, damit die anderen „abgeschreckt“ werden. Einer, und zudem nur ein Straftäter wird geopfert, um die anderen zu mahnen doch die Regeln einzuhalten. Noch härter formuliert: Auf diesen einzelnen kann die (rechtstreue) Allgemeinheit, ohne sich selbst zu gefährden, – offenbar – verzichten.

Wenn die „Allgemeinheit“ jedoch vom *Menschenbild* des Art. 1 GG 193 ausgeht und auch den Mörder als Bürger (oder gar als „Bruder“) begreift, kann sie nicht mehr zur Begründung der längerfristigen, zu vollstreckenden Freiheitsstrafe auf dem Grundsatz des „wie Du mir, so ich Dir“ verweisen. Der Mörder kann gar nicht mehr lernen und weiterspielen. Er erleidet den „bürgerlichen Tod“<sup>90</sup>.

4. Um erneut zu fragen: „worauf kommt es also an?“ Antwort: „Auf 194 den Blickwinkel“. Mit der Wiedervergeltung vermögen wir die Freiheitsstrafe zu begründen, wenn wir mit ihr die Rechtstreue der Allgemeinheit erhalten wollen. Für die Allgemeinheit ist es ein „Denkzettel“. Insofern ist die „Gerechtigkeitstheorie“ Magd des Utilitarismus im Sinne der Generalprävention. Individualethisch aber, dass heißt aus dem Blickwinkel des betroffenen Bürgers, ist die Freiheitsstrafe mit dem Prinzip der Wiedervergeltung (auch in seiner freundlicheren Form des „Tit for Tat“) *nicht* zu begründen.

Eine *Akademie* sollte einmal einen Preis auf die Beantwortung der 195 Frage aussetzen, ob es denn überhaupt möglich ist, die Freiheitsstrafe – aus dem Blickwinkel des betroffenen Bürgers – nicht etwa nur als zwingend und notwendig (oder hilflos und lateinisch: als „ultima ratio“<sup>91</sup>), sondern auch als „gerecht“ zu begreifen. Meine Antwort lautet

<sup>90</sup> Den bürgerlichen Tod als Straffolge gab es auch im badischen Landrecht von 1809 und im bayerischen Strafgesetzbuch von 1813, siehe dazu mit weiteren Nachweisen etwa Schröder, Jan, Stichwort „Rechtsfähigkeit“, in: Erler/Kaufmann, aaO, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band 4, 1990, Spalte 291.

Code civile I, 1, Art. 25, z.B. „durch den bürgerlichen Tod verliert der Verurteilte das Eigentum an allem Vermögen, welches er besaß. Die Erbfolge wird zum Vorteile seiner Erben eröffnet...“; Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, 1992, 596, erinnert daran. Hattenhauer, aaO 596 unter Hinweis auf den Kolosserbrief 2, 20 „Wer der Welt abstarb“, verlor auch seine Rechtsstellung in der Gesellschaft.

Dazu, dass der Eintritt in das Kloster mit dem „bürgerlichen Tod“, der meist strafrechtlich verhängt wurde, zumindest vergleichbar war als sogenannter Klostertod siehe etwa auch Paulus, Christoph, Ein Plädoyer für unscheinbare Normen, JuS 1994, 367 ff., 367 (zur Bedeutung der Rechtsfähigkeit gem. § 1 BGB).

<sup>91</sup> Zum ultima-ratio-Charakter vgl. z.B. BVerG 39,1 Leitsatz sowie etwa auch 47 statt vieler etwa auch: Naucke, Wolfgang, Strafrecht. Eine Einführung, 7. Aufl. 1995, 39 „... ein

– derzeit – : „Nein“. Deshalb gilt weiterhin für den Strafrichter, mehr als für jeden anderen Richter: Nur wer ein schlechtes Gewissen hat, ist ein guter Richter.

## B. Strafzeit: Zeit als Strafzeit – Anthropologische Zeitstufen

### I. Historische Strafraumen

1. Dass bis heute keine umfassende Überprüfung der Strafraumen 200  
stattgefunden habe, rügen seit Jahren diejenigen, die sich intensiver  
mit dem deutschen Sanktionenrecht beschäftigen<sup>1</sup>. Kritisch äußern  
sich *Streng*<sup>2</sup>, *Frisch*<sup>3</sup> und *Giering*<sup>4</sup> zu den „justizgeographischen Ei-  
genheiten“<sup>5</sup> der Strafzumessung. Vonnöten sei Strafgleichheit. Sie sei  
durch engere Strafraumen, insbesondere durch Reduzierung der Straf-  
rahmenobergrenze zu erzielen.

*Zipf*<sup>6</sup> verweist zudem auf den verfassungsrechtlichen Bestimmtheits- 201  
grundsatz (im Sinne der Formel „keine Strafe ohne Gesetz“, Art 103  
Abs. 2 GG, § 1 dStGB): Der Gesetzgeber habe auch die Rechtsfolgen-  
seite der Straftaten, also die Strafen (näher) zu bestimmen. Die heuti-  
gen Strafraumen spiegelten nicht die wirkliche Bewertung der Sozial-  
schädlichkeit des pönalisierten Verhaltens wider. Sie stellten einen  
historisch bedingten Wildwuchs mit in der Regel viel zu weiten „Ein-

---

<sup>1</sup> Zipf Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch, 2. Aufl. 1980, § 10 Rn. 202. Bei allen Reformschritten im Besonderen Teil müsse man der Gestaltung der Strafraumen mehr Aufmerksamkeit als bisher widmen; zum Vorhaben, die Strafraumen zu harmonisieren, vgl. ZRP-Gesetzgebungsreport, ZRP 1994, 376. Dazu, dass die Harmonisierung der Strafraumen allseits unumstritten sei und die Strafschärfungen bei den §§ 223 bis 225 d StGB der erste Schritt, siehe auch König/Seitz Die straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen des Verbrechensbekämpfungsgesetzes, NSTZ 1995, 1 ff.

<sup>2</sup> Streng Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen und soziologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung, 1984, 6 ff.

<sup>3</sup> Frisch Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin, Teil I und II, ZStW 99 (1987) 349 ff., 751 ff., 799 mit der Forderung einer Erarbeitung normativer Orientierungsmodelle, zur Überprüfung, inwieweit die oberen Bereiche des Strafraumens realistisch seien. Um den Tatrichter nicht mit utopischen Schwerekalen zu verunsichern, sollte ein realistisches Höchstmaß formuliert und der Gesetzgeber zur „Flurbereinigung“ gemahnt werden.

<sup>4</sup> Giering Ungleichheiten der Strafzumessungspraxis und die Strafzumessungslehre – Versuch einer Analyse aus der Sicht eines Strafrechtswissenschaftlers, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.) Strafzumessung. Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog, 1989, 77 f., 117.

<sup>5</sup> Zur „seltsamen Justizgeographie“ vgl Tröndle Das Problem der Strafzumessungsempfehlungen. Wider ihre Gegner – Für ihre Kritiker, Blutalkohol 8 (1971) 73 ff., 74; vgl auch aus der Kriminologie: Albrecht Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen. Unter Berücksichtigung des Tagessatzsystems. Die Geldstrafe im System der strafrechtlichen Sanktionen, 1980, 88, 90, 206 f; Schöch Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz. Kriminologische Aspekte der Strafzumessung am Beispiel einer empirischen Untersuchung der Trunkenheit im Verkehr, 1973, 112.

<sup>6</sup> Zipf (Fn. 1) § 5 Rn. 99.

heitsstrafrahmen“ dar<sup>7</sup>. Zu den einzelnen Strafrahmen als „rechtshistorisches Phänomen“ erklärt denn auch *Bruns*, warum ein bestimmter Tatbestand so und nicht anders bewertet worden sei, lasse sich nachträglich meist nicht mehr feststellen, jedenfalls nicht mit „empirischem Erfahrungsmaterial“ belegen<sup>8</sup>.

202 2. *Hettinger*<sup>9</sup> hat sich näher mit der Frage beschäftigt, wie denn unsere heutigen Strafrahmen entstanden sind – wenngleich im Hinblick auf die „minderschweren Fälle“. Mit dieser Generalklausel ermögliche es der Gesetzgeber dem Richter, die festgelegten erhöhten Mindeststrafen (ausnahmsweise) zu unterschreiten. *Hettingers* eigentliches Anliegen, die Rechtsprechung zu den „minderschweren Fällen“ von dem Vorwurf eines Produktes freier, selbstherrlicher „Rechtsschöpfung“ zu befreien und zu klären, ob sie nicht den Versuch darstellen, Vorstellungen umzusetzen, die den Gesetzgeber bei Schaffung der einschlägigen Regelungen geleitet hätten, habe die Genese der heutigen minder schweren Fälle nicht zu bestätigen vermocht<sup>10</sup>. Mit der wesentlichen Kehrtwendung des Überganges von den verschiedenen Freiheitsstrafenarten zur sogenannten „Einheitsstrafe“ habe sich der Gesetzgeber im Zuge der Strafrechtsreform, angesichts der drängenden Zeit, zur Radikallösung der „Überleitung von Freiheitsstrafdrohungen“<sup>11</sup> entschlossen. Mit ihr habe der Gesetzgeber das vorher bestehende differenzierte Bewertungsgefüge völlig vernichtet. Indem er „Zuchthaus“ und „Gefängnis“ einfach strich, aber die dazugehörigen Strafrahmen soweit als möglich bestehen ließ<sup>12</sup>, habe er

<sup>7</sup> Zipf (Fn. 1) § 10 Rn. 202 verweist als Beispiel auf die Urkundenfälschung nach § 267 dStGB, bei der in besonders schweren Fälle jede Strafgröße von 5 Tagessätzen bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe möglich ist; vgl. auch Streng *Strafrechtliche Sanktionen. Grundlagen und Anwendung*, 1991, 164, welcher zudem auf den von 10,- DM Geldstrafe bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe reichenden Strafrahmen des Diebstahls in § 243 Abs 1 Satz 1 dStGB verweist. Hier suche man die (Vor-)Wertung der Strafwürdigkeit durch den Gesetzgeber nahezu vergeblich.

Zur „Überalterung von Strafrahmen“ vgl. auch Köhler *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung – erörtert am Problem der Generalprävention*, 1983, 56, welcher in der faktischen Möglichkeit gesetzgeberischer Untätigkeit indes auch die Frage nach einer sekundären Legitimation von Bewertungsänderungen im Gesamtprozeß der Strafrechtsanwendung aufgeworfen sieht.

<sup>8</sup> *Bruns* *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, 2. Aufl., 1974, 76; ders. *Strafzumessungsrecht. Allgemeiner Teil*, 1967, 56.

<sup>9</sup> *Hettinger* *Über den Begriff der minderschweren Fälle – ein Beitrag zu ihrer Entstehungsgeschichte*, in: Wolter (Hrsg.) *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz*, 1993, 77 ff., 85 ff.

<sup>10</sup> *Hettinger* (Fn. 9) 109.

<sup>11</sup> ProtSondA V, 127. Sitzung, 2587 ff., 2592, Anlage 2, § b.

<sup>12</sup> Als Beispiel verweist *Hettinger* (Fn. 9) 105 auf den Raub: „Hatte bspw § 249 Abs 1 dStGB bisher Zuchthaus von einem bis zu fünfzehn Jahren und § 249 Abs 2 dStGB beim Vorhandensein mildernder Umstände Gefängnis von sechs Monaten bis zu fünf Jahren

sehenden Auges das bisherige Wertefühl zerstört<sup>13</sup>. Rein formal habe ein „unsinniger Inhalt“ herauskommen müssen, wenn man bisher vorgesehene verschiedenartige Freiheitsstrafen, die auch ein unterschiedliches Unwerturteil enthielten<sup>14</sup>, bei wahlweiser Androhung zu einer einheitlichen Strafdrohung verschmelze.

*Hettinger*<sup>15</sup> meint, die Strafen und Strafraumen seien einmal stimmig 203 gewesen, und zwar als das Strafgesetzbuch noch die unterschiedlichen Straforten Zuchthaus, Gefängnis, Festungshaft (Einschließung), Haft und Geldstrafe kannte. Erst mit der Einführung der „Einheitsfreiheitsstrafe“ und infolge des „eigentlich kaum glaublichen“<sup>16</sup> Vorgehens bei der Überleitung der Strafdrohungen sowie den (hierdurch und auch später entstandenen) Strafmaßüberlappungen größten Ausmaßes sei auch die Rechtsprechung zu den minderschweren Fällen nicht mehr zu halten gewesen. Der Bundesgerichtshof habe deshalb in diesem Bereich zwar manches anders, aber nur wenig besser machen können: Was der Gesetzgeber ihm vorgegeben habe, sei kein in sich stimmiges Modell, sondern ein „Scherbenhaufen“<sup>17</sup>. Die vorhandenen Fragmente seien zu klein, zu unterschiedlich und gehörten nicht nur verschiedenen Zeiten, sondern auch verschiedenen Modellen an.

3. Dem steht einmal entgegen, dass die „Einheitsfreiheitsstrafe“ keine 204 Erfindung der großen „Strafrechtsreformatoren“ ist. Zuchthaus und Gefängnis, die alten Hauptfreiheitsstrafen des dStGB von 1871 (und seiner Vorgänger) galten als bloße Etiketten für dasselbe: den Freiheitsentzug, und zwar im Wesentlichen in derselben Anstalt und in ähnlicher Weise vollzogen. Überdies standen seit jeher Zuchthaus und

---

vorgesehen, so wurde nun im Wege der ‚Überleitung‘ daraus das, was heute in § 249 dStGB steht!“

<sup>13</sup> Hettinger (Fn. 9) 105 ff.

<sup>14</sup> Corves (BMJ) ProtSondA V, 128. Sitzung, 2602: „Ohne eine Regelung im Sinne des § d Abs 1“ [also: Verbindung von Freiheitsstrafen: (1) Sind Zuchthaus und Gefängnis wahlweise angedroht, so tritt an deren Stelle Freiheitsstrafe. Ist das Mindestmaß der Gefängnisstrafe oder das Höchstmaß der Zuchthausstrafe besonders bestimmt, so gilt dieses Mindest- oder Höchstmaß auch für die Freiheitsstrafe] „könne aus einer Bestimmung, die bisher Zuchthaus oder Gefängnis wahlweise androhe, rein formal folgender unsinniger Inhalt herausgelesen werden: ‚... wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren oder mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft‘. Jedenfalls komme der Gedanke, dass bisher vorgesehene verschiedenartige Freiheitsstrafen, die auch ein unterschiedliches sozialetisches Unwerturteil enthielten, auch bei wahlweiser Androhung zu einer einheitlichen Strafdrohung verschmolzen werden sollten, (im übrigen) nicht hinreichend zum Ausdruck.“

<sup>15</sup> Hettinger (Fn. 9) 109 f.

<sup>16</sup> Hettinger (Fn. 9) 105.

<sup>17</sup> Hettinger (Fn. 9) 112.



Gefängnis weit eher in einem Stufenverhältnis (Verbrechen und Vergehen) als in einer aliud-Beziehung<sup>18</sup>.

- 205 Außerdem erscheint es immerhin möglich, – auf der Grundlage der Vorgaben des Strafgesetzbuches und bei einer „objektiven“ Gesetzesauslegung – eine relative Strafrahmensystematik zu entwickeln.
- 206 Der Gesetzgeber geht von Grundtatbeständen aus und schreibt ihnen, entweder benannte oder auch unbenannte, besonders schwere oder auch minderschwere Fälle zu. So lässt sich auch der Mord sehr wohl als besonders schwerer Fall des Totschlages begreifen, die Tötung auf Verlangen als eine Form des minderschweren Falles.
- 207 Auch ist zu überlegen, ob in dem Bereich, in dem sich der Strafrahmen der minderschweren Fälle eines Grundtatbestandes einerseits und der besonders schweren Fälle desselben Grundtatbestandes andererseits „überlappen“<sup>19</sup>, nicht die typischen „einfachen Fälle“ eben dieses Grundtatbestandes anzusiedeln sind. Denn auch wenn besonders mildernde Umstände vorliegen, können sie einen Ausgleich durch zusätzlich auftretende, besonders erschwerende Umstände erfahren. Umgekehrt können strafscharfende Gesichtspunkte (und zwar auch in der Form einer Qualifikation) durch einen außerordentlichen (unbenannten) Strafmilderungsgrund ausgeglichen werden: Wenn man so will, zu einem „einfachen Fall“. So kann es denn Sinn machen, einen besonders schweren Fall anzunehmen, und gleichwohl eine Strafe zu wählen, die auch für einen an sich minderschweren Fall möglich wäre<sup>20</sup>. Mit Hilfe der gesetzlichen Strafrahmen lassen sich somit „Regeln“ für eine „relativ gerechte“ Strafzumessung durch den Richter ermitteln. Doch haben diese Vorschläge des Verfassers bislang keinen besonderen Widerhall in Rechtsprechung und Standardliteratur gefunden<sup>21</sup>. Aber auch eine solche Strafrahmensystematik (entwickelt an-

---

<sup>18</sup> Lange Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission Bd 1, Grundsatzfragen, 1956, Umdruck R3, Nr 42, 395; vgl auch ders Bd 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, Zur Systematik der Strafdrohungen, 69 f., 70.

<sup>19</sup> Auch im öStGB überlappen sich die Strafrahmen. Triffterer zitiert zustimmend: „Das ermöglicht eine sachgerechte Strafzumessung insbesondere in qualifizierten Fällen (EBRV 1971, 93, Sp).“ (Triffterer Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl, 1994, Kap 19 Rn. 24 f). So schlecht kann also dieses Prinzip nicht sein.

<sup>20</sup> So etwa die These und die Forderung von Streng (Fn. 2) 14 f., 308 ff.

<sup>21</sup> Insofern hat Hettinger (Fn. 9) 83 mit seiner – einzigen – Kritik an diesem Vorschlag des Verfassers recht. Mit Ausnahme von Maiwald (Besprechung von: Montenbruck Strafrahmen und Strafzumessung, 1983, GA 1985, 97 f), der zu ihnen eine positive Stellungnahme abgegeben hat, werden sie in der Standardliteratur nicht einmal diskutiert.

hand der geltenden Strafraumen) ist nur eine „relative“ Systematik. Sie führt nur – aber immerhin – zur „relativen“ Straferechtigkeit<sup>22</sup>.

4. Vorrangig und bescheidener ist die Frage nach der Begründung der „absoluten“ Obergrenze von derzeit 15 Jahren für die zeitige Freiheitsstrafe (§ 38 dStGB). An ihr orientieren wir auch die bedingte Entlassung für zu „lebenslang“ verurteilte Straftäter (§ 57a dStGB)<sup>23</sup>. Aber noch allgemeiner: Ob 15, 18 (Volljährigkeitsgrenze) oder 20 Jahre (wie in Österreich<sup>24</sup>) ist gewiss eine politische Entscheidung; zu fragen ist, weshalb wir denn nicht weiterhin von einem wirklichen „Lebenslang“ ausgehen und alle Strafen nach oben offen sein lassen. Oder anders gefragt: Warum liegt die zeitige Höchststrafe nicht bei 35 oder 40 Jahren?

Eine zweite Frage ist diejenige nach der Begründung der Untergrenze der – zu vollstreckenden – Freiheitsstrafe. Für die Praxis gibt es sie, es ist die Strafobergrenze für die noch zur Bewährung aussetzbare Freiheitsstrafe von Strafen oberhalb von 2 Jahren (§ 56 dStGB). Damit verfügen wir der Sache nach über einen „Einheitsstrafrahmen“, in den Strafen für schwer-kriminelles Verhalten einzupassen sind. Unterhalb dieses Strafraumens liegt die Schicht der zur Bewährung aussetzbaren Freiheitsstrafe (§ 56 dStGB) und unter ihr noch die (in mehr als 80% der Fälle) verhängte Geldstrafe.

---

<sup>22</sup> Vgl. Montenbruck Strafraumen und Strafzumessung, 1983, 217 ff. So hat der Verfasser eine Systematisierung der Strafraumen nach ihren Höchst- und Mindeststrafen mit Hilfe der Unterscheidung zwischen besonders schweren Fällen (i.w.S., unter Einschluss der Qualifikationen aaO, 51 ff., 55) bzw. minderschweren Fällen (einschließlich der „besonderen gesetzlichen Milderungsgründe“, 59 ff) und Grunddelikten (48 ff) zur Entwicklung einer mehrstufigen Strafzumessungslehre vorgenommen, welche zudem die Übertragung der Strafraumen der kodifizierten besonders schweren und minderschweren Fälle auf nicht kodifizierte besondere Fälle von (Grund-) Tatbeständen derselben Strafraumengruppe (67 ff) ermöglicht.

<sup>23</sup> Vgl. auch Maurach/Zipf Strafrecht Allgemeiner Teil Teilbd 2, 7. Aufl, 1989, § 59 Rn. 19, die das zeitige Maximum des deutschen Rechts im Vergleich zu Höchstgrenzen von 20, 25 und 30 Jahren in anderen Strafrechtssystemen (zur 20jährigen Höchstgrenze des französischen CP und deren Entwicklung vgl. Zieschang Das Sanktionensystem in der Reform des französischen Strafrechts im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht, 1992, 54 ff., 57) als gering, aber dennoch gerechtfertigt betrachten, da die Sühne-, Abschreckungs- und Erziehungsfunktionen meist lange vor Erreichen des Maximums verblasen würden. Es verbleibe nur die Befriedigung des Sicherheitsbedürfnisses, für welches der Strafvollzug nur eine Verlegenheitslösung biete.

<sup>24</sup> Zeitige Freiheitsstrafe: höchstens 20 Jahre, § 18 Abs 2 öStGB; bedingte Entlassung „Lebenslänglicher“ nach 15 Jahren, § 46 Abs 5 öStGB; siehe auch den Überblick über sämtliche Strafraumen des öStGB bei Triffterer (Fn. 19) 472 f.

- 210 Sämtliche Materialien zum Sanktionenrecht des dStGB (und all seiner Vorgänger) auf Antworten durchzusehen, erfordert eine besondere Untersuchung. Sie wird an anderer Stelle zu veröffentlichen sein. Ganz unzufrieden war der Gesetzgeber jedenfalls nicht mit den (uralten) Strafraumen. So meint *Sturm*, man solle es bei der – alten – Höchstgrenze von 15 Jahren belassen, um einen allzu tiefen Eingriff in die Strafdrohungen des Besonderen Teils zu vermeiden<sup>25</sup>. Im Alternativentwurf heißt es schlicht und abschließend: „Als Höchstmaß der zeitigen Freiheitsstrafe sind 20 Jahre, wie sie § 44 Abs. 2 E 1962 vorsieht, zu hoch. Der AE geht daher auf das Höchstmaß des geltenden Rechts zurück“<sup>26</sup>. Selbst in der Diskussion um die Verfassungsgemäßheit der lebenslangen Freiheitsstrafe (im Jahre 1977) und der anschließenden Kodifizierung der bedingten Entlassung nach 15 Jahren (§ 57a dStGB) mussten wir zur Kenntnis nehmen, dass die durchschnittliche – tatsächliche – Verbüßungsdauer lebenslanger Freiheitsstrafen bei 17,8 Jahren lag<sup>27</sup>. Es gibt also einen breiten, auch inner-europäischen Konsens<sup>28</sup>. Was fehlt, ist der Wille, nach seinem Ursprung zu suchen.
- 211 5. Selbst wer sich nunmehr hilfesuchend nach anderen Zeitgrenzen im Strafrecht umsieht und auf die strafrechtlichen Verjährungsfristen stößt, wird in deren Materialien ebenfalls nicht fündig. Die 30-Jahres-Grenze für die strafrechtliche Verjährung dürfte aber ihrerseits mit der zivilrechtlichen absoluten Verjährungsfrist von 30 Jahren zusammen-

---

<sup>25</sup> Sturm ProtSondA V, 109. Sitzung, 2134.

<sup>26</sup> Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, Baumann/Brauneck/Hanack/Kaufmann/Klug/Lampe/Lenckner/Maihofer/Noll/Roxin/Schmitt/Schultz/Strathenwerth/Stree (Hrsg.), 1966, Begründung zu § 36, 75.

<sup>27</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines 17. StÄndG, BT-Drs 8/3218, Begründung, 6; Gesetzentwurf der Fraktion der SPD und FDP, BT-Drs 9/22, Begründung, 5 f; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (Hartmann und Lambinus), BT-Drs 8/3857, 9 f; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der SPD und FDP (Lambinus und Götz), BT-Drs 9/450, 8 f; vgl aber Jung ua Gesetzgebungsübersicht: Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe, JuS 1982, 222 ff., 223, welche auch darauf hinweisen, dass sich der Gesetzgeber darauf berufen könne, dass die Wissenschaft überwiegend dahin tendiere, nicht über eine Mindestverbüßungsdauer von 15 Jahren hinauszugehen.

<sup>28</sup> Rechtsvergleichend siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (Hartmann und Lambinus), BT-Drs 8/3857, 9 f; Belgien: Entlassung nach 10 Jahren; Großbritannien: Entlassung zwischen dem 7. und 11. Jahr; Luxemburg: bedingte Entlassung nach frühestens 15 Jahren; Norwegen: Entlassung nach 12 Jahren; Österreich und Schweiz: bedingte Entlassung nach 15 Jahren; Dänemark: gnadenweise Entlassung nach durchschnittlich 13 Jahren; Schweden nach Zahlen aus 1962: durchschnittliche Entlassungszeit zwischen dem 12. und 14. Jahr; Italien fällt aus dem Rahmen: Entlassung erst nach 28 Jahren vorgesehen.

hängen (§ 195 BGB). An sie und ihre Geschichte erinnert *Großfeld*<sup>29</sup>. Aber auch *Großfeld* muss zunächst einmal feststellen, dass die Motive des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht begründen, warum die Verjährung gerade nach dieser Zeit eintritt und er fragt, warum gerade 30, warum nicht 35 oder 40 Jahre<sup>30</sup>. Er fragt auch, weshalb es hieße: „Trau keinem über 30!“ Deshalb steigt er tief in die europäische Geschichte hinab: Die 30jährige Verjährung sei gemeineuropäische Tradition<sup>31</sup>. Wir fänden sie im Begriff der „Genea“ bei *Heraklit* (500 v. Chr.). Es sei für einen Mann der Zeitraum der durchschnittlichen Spanne zwischen der Geburt des ersten Sohnes und des ersten Enkels bzw. der eigenen Geburt und der Geburt des ersten Sohnes. Bereits im Zwölftafelgesetz habe es eine 30jährige Verjährungsfrist gegeben<sup>32</sup>.

## II. Deutungen der Zeit in der Philosophie

1. Der Rechtswissenschaftler steht also alsbald vor dem Philosophen 212  
und fragt ihn, was denn eigentlich „Zeit“ sei.

Der Philosoph wird mit dem Rechtswissenschaftler in den Keller der Geistesgeschichte steigen.

2. Seit *Aristoteles* wissen wir, dass Zeit und Bewegung untrennbar 213  
sind und die Bewegung als Differenz zwischen „früher“ und „später“ zu messen ist. *Aristoteles* misst Zeit als Zahl der Bewegungen im Hinblick auf das Frühere und das Spätere<sup>33</sup>. In der Tat bedeutet auch für den Juristen der Zeitablauf, dass sich „etwas“ verändert hat. Die Vorstellung vom unbeweglich Statischen, immer fortwährend Gleichsei-

<sup>29</sup> Großfeld *Zeichen und Zahlen im Recht. Zahlen in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, 1993, 174 ff. Die 30-Jahres-Frist gebe es schon im gemeinen Recht und im Preussischen Allgemeinen Landrecht von 1794 (I 9 § 546) sowie im Code Civil (Art 2263) und im Österreichischen ABGB (§§ 1479, 1486).

<sup>30</sup> Großfeld (Fn. 29) 175.

<sup>31</sup> Großfeld (Fn. 29) unter Hinweis auf Stein *Generations Live-spans and Usufructs*, *Revue Internationale de Droit de l'Antiquité* 9 (1962) 335.

Es sei zugleich der mittlere Altersabstand zwischen Vater und Sohn: unter Hinweis auf Frenkel *Heraklitues an the Notion of a Generation*, *American Journal of Philology* 59 (1938) 89, sowie auch auf Levy *Die nachklassische Ersitzung*, *Bulletino del l'Instituto de Diritto Romano* 1948, 352, 364.

<sup>32</sup> Großfeld (Fn. 29) 176 unter Hinweis auf Levy (Fn. 31) 361: sie sei in das Kirchenrecht übergegangen (Canon 197) und auch in die *Lex Romana visigotorum* 10.24 aus dem Jahre 651.

<sup>33</sup> *Aristoteles Physik. Vorlesung über Natur*, mit einer Einleitung und mit Anmerkungen von Zekl, Erster Halbbd: Bücher I-IV, 1987, 219b; siehe hierzu und auch zu den nachfolgenden Umschreibungen den entsprechenden Überblick von Dietl *Institutionen und Zeit*, 1983, 2 ff. (aus sozialwissenschaftlicher Sicht).

enden hebt er auf, wenn er meint, ein zivilrechtlicher Anspruch sei nunmehr mit der Einrede der Verjährung belastet, oder gar erklärt, der gutgläubige Besitzer könne das Eigentum an einer Sache nach 10 Jahren ersitzen.

- 214 3. *Augustinus* hat eine andere Antwort, auch wenn er zunächst erklärt: „Was also ist die ‚Zeit‘, wenn mich niemand danach fragt, weiß ich es; will ich es einem Fragenden erklären, weiß ich es nicht“. *Augustinus* fasst Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft zusammen: „Weder die Zukunft, noch die Vergangenheit ‚ist‘ und nicht eigentlich lässt sich sagen: Zeiten ‚sind‘ drei: Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft; vielmehr sollte man, genau genommen, etwa sagen: Zeiten ‚sind‘ drei: (...) und zwar ist da Gegenwart von Vergangenem, nämlich Erinnerung; Gegenwart von Gegenwärtigem, nämlich Augenschein; Gegenwart von Künftigem, nämlich Erwartung“<sup>34</sup>.

In der Tat wissen wir, dass der denkende Mensch in jedem Augenblick umgeben ist von Erinnerung und Erwartung und die Erwartungen gerade auf den Erinnerungen beruhen.

- 215 4. *Kant* hat uns verdeutlicht, dass die Zeit aus der menschlichen Wahrnehmung nicht hinweggedacht werden kann: Die Zeit ist eine subjektive Bedingung unserer (menschlichen) Anschauung „und an sich außer dem Subjekte nichts“<sup>35</sup> *Benjamin*<sup>36</sup> vergleicht die Zeit mit einer Brille, die aus roten Gläsern bestehe und folglich alle Gegenstände rötlich erscheinen ließe, aber im Gegensatz zu einer Brille eben nicht abgenommen werden könne.

Doch bedeutet „etwas anzuschauen“ eben auch, es von außen zu betrachten, und sei es auch nur durch die Gläser einer roten Brille. Damit stehen wir dann vor dem alten Problem, ob derjenige, der „in“ der Welt lebt, die Welt auch wirklich (von außen) betrachten kann. Nur, dieses Problem ist an dieser Stelle, wenn überhaupt, nicht zu lösen.

- 216 5. *Heidegger* hat sich mit der Frage nach dem Verhältnis von Sein und Zeit beschäftigt und das Sein an der Zukunft ausgerichtet. Er

---

<sup>34</sup> Augustinus *Confessiones* — Bekenntnisse. Lateinisch und deutsch, eingeleitet und übersetzt von Bernhart, 1955, zur Frage, was ist also Zeit, 629, zur Antwort 642 f.

<sup>35</sup> Kant *Critik der reinen Vernunft*, 2. Aufl., 1787, 52.

<sup>36</sup> Benjamin *Ideas of Time in the History of Philosophy*, in: Fraser (Hrsg.) *The Voices of Time. A Cooperative Survey of Man's Views of Time Expressed by the Sciences and by the Humanities*, 1968, 3 ff., 23; ein Vergleich, auf den auch Dietl (Fn. 33) 5 hinweist.

schreibt unter anderem: „Die Zeit besteht in der Möglichkeit des Zukünftigen, sie sei das ‚Zukünftigsein‘ selbst“<sup>37</sup>. Aus dem Zukünftigsein schließt *Heidegger* dann allerdings auch, „dass die Frage nach dem Wieviel der Zeit, Wielange und Wann, sofern die Zukünftigkeit eigentlich die Zeit ist, dass diese Frage der Zeit unangemessen bleiben muss. Nur wenn ich sage, die Zeit zu berechnen, hat die Zeit eigentlich keine Zeit, so ist dies eine angemessene Aussage“<sup>38</sup>.

Allerdings vermögen wir diesem Dilemma dann doch wieder dadurch 217 zu entkommen, dass wir „Erinnerung“, also Erfahrungen mit Zeitabläufen, haben und aufgrund dessen in die Zukunft entsprechende „Erwartungen“ richten. Die Erwartungen sind wir bereit, in abstrakte Regeln zu setzen. Das bedeutet, dass wir aus den ständigen Veränderungen unserer Gegenwart das (gerade noch) Beständige herausfiltern. An die Stelle von Zeitpunkten setzen wir Zeiträume. Der Mensch, der vor zwei Jahren mit einem anderen einen Vertrag geschlossen hat, muss sich in der Regel trotz aller Veränderungen an den Vertrag halten. Der Mensch ist derselbe, der Vertrag ist derselbe und auch das Vertragsverhältnis gilt uns als das nämliche. Nur im Notfalle erlauben wir Ausnahmeregelungen, sei es über die allgemeine „*clausula rebus sic stantibus*“ oder eine (individuell zu begründende) außer-ordentliche Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses usw.

6. Bedeutet Recht „Ordnung“, und führt Ordnung zu Verlässlichkeit, 218 so muss das Recht die Zeit fürchten.

### III. „Soziale Zeit“ der Soziologen

1. Mit dem Soziologen *Schmied* lohnt es sich, der „sozialen Zeit“ 219 nachzuspüren. Alles was lebt, hat eine Lebenszeit: der Einzelne ebenso wie Gemeinschaften. Und ist die Zeit des Einzelnen durch die Zeit der Gemeinschaft mitgeprägt, so gibt es eine „soziale Zeit“<sup>39</sup> auch des Einzelnen.

---

<sup>37</sup> Heidegger *Der Begriff der Zeit*. Vortrag vor der Marburger Theologengesellschaft, 1924, 1989, 20; siehe auch *ders Sein und Zeit*, 1927, 16. Aufl, 1986, 231 ff.

<sup>38</sup> Heidegger (Fn. 37) 20; auch zitiert bei Dietl (Fn. 33) 9.

<sup>39</sup> Schmied *Soziale Zeit*. Umfang, „Geschwindigkeit“ und Evolution, 1985, 21 ff., 92 ff., 148 ff.

- 220 *Schmied* verweist auf die Vielfalt der für jeden Sozialbereich (Staat, Kommune, Berufsfeld, Bekanntenkreis, Familie usw.) existierenden Zeiteinteilungen. In einer modernen Kultur bildete sich eine unüberschaubare Menge von Zeitvorstellungen. Daneben lebe der Einzelne in der eigenen zeitlichen Dimension, der Freizeit. Aber er erlebe die Zeiten seiner Kommune und nächsten Umgebung mit. Alle Zeiteinteilungen „koexistierten“ in unserem Bewusstsein.
- 221 2. Die Frage der Geschwindigkeit des Zeitablaufs gehöre ebenfalls als ein wichtiger Bestandteil zum Problemfeld der sogenannten erlebten Zeit oder des subjektiven Zeiterlebens.

Wenn man auch prinzipiell davon ausgehen könne, dass die Wahrnehmung der Geschwindigkeit von Zeit eine primär psychische Ausstattung des Menschen darstelle, im Bewusstsein des Einzelnen ablaufe und sich damit als Thematik offenbare, die vor allem der Individualpsychologie zuzuordnen sei, so seien doch auch soziokulturelle Einflüsse auf das Erleben des Ablaufs von Zeit anzunehmen<sup>40</sup>

- 222 3. Zu den „soziokulturellen“ Einflüssen gehöre bereits die Teilhabe an „der von den archaischen Gesellschaften gespürten Notwendigkeit, sich periodisch durch die Annullierung der Zeit zu regenerieren“<sup>41</sup>. Ihr diene die „zyklische“ Zeit. Zyklische Zeit sei nicht nur ein Überbleibsel in unserem Bewusstsein, sondern Ausdruck eines Versuchs des gesellschaftlichen Unterbewusstseins, aus der Gefährdung durch den immer rasenderen „linearen“ Zeitablauf in die Geborgenheit zurückzukehren, die eben eine zyklische Zeit biete.

Zyklische Zeit entspreche dem Alltagserleben unserer Umwelt. Sie verleihe Stabilität und Sicherheit und stütze damit auch die Identität des Einzelnen. Sie sei eine mächtige Formation in unserem Bewusstsein<sup>42</sup>. In der Tat: Jeder neue Tag bedeutet für uns einen Neubeginn. Das neue Jahr feiern wir als „Neujahr“ oder aber mit dem Frühling als „Ostern“.

- 223 4. *Schmied* weist mit dem Archäologen *Nilsson* darauf hin, dass primitive Kulturen zwar das Jahr gekannt hätten, sich aber nicht genötigt fühlten, die Jahre zu zählen. Auch hätten sie verschiedene Zeitbe-

---

<sup>40</sup> Schmied (Fn. 39) 90.

<sup>41</sup> Schmied (Fn. 39) 148.

<sup>42</sup> Schmied (Fn. 39) 162 f.

zeichnungen nebeneinander besessen, die nicht in einem System stünden<sup>43</sup>. Bei Jägern und Sammlern spiele lediglich die Einteilung nach Jahreszeiten eine Rolle – falls sie nicht in tropischen Gebieten lebten. Jahreszeiten seien eben mit der Sicherung der Existenz verbunden. Mit dem Übergang zum Ackerbau habe es dann mehrere feste Zeitpunkte gegeben<sup>44</sup>.

Insbesondere mit der Schrift und der Möglichkeit der Aufzeichnung, 224  
also der Aufbewahrung von Vergangenen, habe sich eine weitere Gliederung der Zeiträume entwickelt. Sie sei insbesondere bei Stadtbildungen wichtig gewesen, mutmaßlich zum ersten Mal in Babylonien um 3000 v. Chr.<sup>45</sup>

Bedeutsam sei aber auch, dass etwa mit dem Amtsantritt eines neuen 225  
Herrschers eine neue „Ära“ beginne. In der Tat verknüpfen wir mit ihr vielfach auch noch die Amnestie<sup>46</sup>.

Die zyklischen Zeitvorstellungen der ewigen Wiederkehr seien eng mit der religiösen Vorstellung von der „Wiedergeburt“ verbunden. Dagegen stünde die lineare Zeitvorstellung. Sie sei, insbesondere aus der jüdischen Sicht, ebenfalls eine theologische Zeit gewesen<sup>47</sup>. Mit ihr aber habe sich die westliche (doch wohl rationalere) Zeiteinteilung und damit dann die heute weltweit vorherrschende Zeiteinteilung entwickelt<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> Schmied (Fn. 39) 133 unter Hinweis auf Nilsson *Primitive Time – Reckoning*, 1920, 3, 9 sowie 92, 356 ff. sowie unter Hinweis auf die ethnologischen Forschungsberichte, etwa von Hallowell (bei den Salteaow-Indianern) *Temporal Orientation in Western Civilization and in a Pre-literate Society*, *American Anthropologist* 39 (1937) 647 ff., 653 ff. sowie Hawley *Human Ecology*, 1950, 300.

<sup>44</sup> Schmied (Fn. 39) 135 f. unter Hinweis auf Brandon *Time and Mankind*, 1951, 21 sowie Nilsson (Fn. 43) 109 ff. und auch auf Evans-Pritchard *Nuer Time – Reckoning*, *Africa* 12 (1939) 209.

<sup>45</sup> Schmied (Fn. 39) 138, 139 unter Hinweis auf Wendorff *Zeit und Kultur*, 1980, 20 sowie unter Hinweis auf Elias *Über den Prozess der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen Bd 2: Wandlungen der Gesellschaft. Entwurf zu einer Theorie der Zivilisation*, 5. Aufl., 1978, ua 384: An die „Langsicht“ haben sich die Menschen im Handelsgeflecht gewöhnen müssen. Zur Bedeutung der Schrift siehe auch Schmied (Fn. 39) 155 unter Hinweis auf Gehlen *Urmensch und Spätkultur*, 1956, 258 sowie Goody *Time: Social Organization*, in: Sills (Hrsg.) *Encyclopedia of the Social Sciences* Bd 16, 1968, 30 ff., 31, 38 und Bergmann *Die Zeitstrukturen sozialer Systeme*, 1981, 240 ff.

<sup>46</sup> Schmied (Fn. 39) 148 unter Hinweis ua auf Goody (Fn. 45) 30 ff., 35 sowie auf Otto *Zeitvorstellungen und Zeitrechnung im Alten Orient*, *Studium Generale* 19 (1966) 747.

<sup>47</sup> Schmied (Fn. 39) 154.

<sup>48</sup> Schmied (Fn. 39) 126.



- 226 5. *Schmied* erklärt, wenn heute etwa das Alter der Erde mit 5 Mrd. Jahren angegeben werde, so riefe das bestimmt ein Staunen hervor, aber keine Betroffenheit. Das liege vermutlich daran, dass der Einzelne von seiner Lebenszeit ausgehe und der Lebenszeit der ihm Nahestehenden<sup>49</sup>.

Auch bei der Weiterentwicklung des kulturellen Zeitbewusstseins ginge es nicht um große Zeitschritte, sondern letztlich sei die Frage der Beherrschbarkeit der Zukunft von Bedeutung. So sei auf die Planbarkeitsphase der Früh-Kapitalisten hinzuweisen. Sie betrage maximal 5 Jahre. Auch heute noch bestehe ein besonderer Bedarf an Prognosen für einen Zeitraum von 2-4 Jahren<sup>50</sup>.

Dem ist anzufügen, dass wir offenbar Schwierigkeiten mit der Bewertung von Strafen über drei Jahren haben. Rechtspsychologische Befunde sprechen dafür, dass wir Strafen über drei Jahren kaum mehr im Hinblick auf ihre präventiven Wirkungen zu differenzieren vermögen<sup>51</sup>.

- 227 6. *Elias*<sup>52</sup> schreibt ebenfalls: Unsere Vorstellungen von der Zeit seien aus existentiellen sozialen Notwendigkeiten heraus erwachsen. Auch er betont, dass primitivere Gemeinschaften mit völlig anderen Zeit- und auch Raumbegriffen gearbeitet hätten. Neben dem Wechsel von Tag und Nacht sei es derjenige der Jahreszeiten gewesen, etwa für Ernte und Saatarbeiten, die Besonderheiten der Tag- und Nachtgleiche bzw. der Sonnenwenden. Doch hätten primitive Gesellschaften noch keinen generellen zusammenhängenden Raum gekannt. Der Himmel über ihrem Dorf oder Tal habe ihre Sonne und ihren Mond gehabt. Man habe sich an fremden Orten deshalb fremd gefühlt, weil doch jeder Dorfstaat seinen eigenen Himmel habe<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> Schmied (Fn. 39) 172.

<sup>50</sup> Schmied (Fn. 39) 171 unter Hinweis auf Schöpf Das Prognoseproblem in der Nationalökonomie, 1966, 69.

<sup>51</sup> Vilsmeier Empirische Untersuchungen zur Abschreckungswirkung strafrechtlicher Sanktionen, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 73 (1990) 273 ff; zum Problem der Schwereinschätzung siehe auch Westermann/Hager Schwereinschätzung von Delikten in verschiedenen Bevölkerungsgruppen, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 69 (1986) 125 ff; sowie etwa Westermann/Siedersleben Ursachenattributionen und Schwereinschätzungen von Regelverstößen im Sport, *Zeitschrift für Sozialpsychologie* 21 (1990) 169 ff.

<sup>52</sup> Elias Über die Zeit, 1984; aufgegriffen wiederum von Ciompi Außenwelt — Innenwelt. Die Entstehung von Zeit, Raum und psychischen Strukturen, 1988, 231 ff.

<sup>53</sup> Elias (Fn. 52) 161 aufgegriffen von Ciompi (Fn. 52) 232 f.

Wieder also: Die „Existenz“ bestimmt das Maß der Zeit.

#### IV. Psychologische und biologische Zeit

1. Der Psychologe *Ciampi* knüpft an *Elias* an. Der „soziale Zeit-Raum“ bestehe nicht nur in seiner „geometrischen Konfiguration“. Er entstehe aufgrund von Klimaverhältnissen, also Temperatur, Feuchtigkeit, Lichtverhältnissen aber auch Geräuschen, Gerüchen usw. Auch Häuser, Plätze und Straßen hätten ihre Zeiten und Rhythmen. Der Städter lebe mit anderen Zeitvorstellungen als der Berg- oder auch Meermensch. 228

Auch gebe es bekanntermaßen Unterschiede zwischen Jung und Alt, 229 zwischen Männern und Frauen oder auch zwischen Angehörigen verschiedener sozialer Schichten. Bekannt sei auch, dass das allgemeine Lebenstempo bei zunehmendem Alter abnehme. Andererseits nehme das Lebenstempo aber bei fortschreitender zivilisatorischer Entwicklung zu. Mit *Hall* sei festzustellen, dass Zeit wie eine „Sprache“ sei. Es sei ein Organisationsprinzip aller Aktivität, das die Individuen durch ein unsichtbares Gewebe von Rhythmen miteinander verbinde. Damit habe auch jede Kultur ihren eigenen zeitlichen Rahmen<sup>54</sup>

*Hall* habe überdies herausgearbeitet, dass es mutmaßlich „monochrome“ 230 neben „polychromen“ Kulturen gebe. Polychrome Kulturen hätten die Eigenart, dass es ihren Menschen möglich sei, vielerlei nebeneinander durchzuführen. Nordländer gehörten eher zu ersteren, Südländer eher zur zweiten Art.

2. Für die Lebenszeit des Einzelnen verweist *Ciampi* auf die biologischen Vorgaben. Innere Uhren bestimmten unseren Biorhythmus. Er sei von tages- aber auch jahreszeitlichen Schwankungen des Lichtes, der Temperatur usw. abhängig. 231

Zu den biologischen Unterschieden gehöre aber auch, dass Kinder 232 Zeit und Raum ganz anders erlebten als Erwachsene. Solange alles immer wieder neu sei, erscheinen Raum und Zeit grenzenlos. Bei den älteren Menschen seien die meisten lebenszeit- und raumbestimmenden Entscheidungen getroffen. Überdies wisse der ältere Mensch auf-

---

<sup>54</sup> Ciampi (Fn. 52) 238 unter Hinweis auf Hall *La danse de la vie. Temps culturel, temps vecu*, 1984, 11.

grund seiner Erfahrungen besser als der jüngere, wie stark sich auf die Dauer zunächst unscheinbare Weichenstellungen auswirken, und zwar sowohl im Guten wie im Schlechten. Doch stellt *Ciampi* auch fest, auf der anderen Seite habe der ältere Mensch die erstaunliche Dauerhaftigkeit trotz allem Wechsel kennen gelernt. Auch mit 60 Jahren fühle er sich einerseits als „genau derselbe“ wie mit 12, 20 oder 30 Jahren und andererseits sei er doch ein „ganz anderer“ geworden.<sup>55</sup>

- 233 Mit *Piaget*, so betont auch *Schmied*, sei daran zu erinnern, dass sich das Erfassen zeitlicher Zusammenhänge beim Kind erst langsam entwickle<sup>56</sup>. Erst in der Pubertät würden Zeiträume von jeweils einem Jahr überblickt. Die Entwicklung des Zeitbewusstseins hänge stark mit dem Erwerb einer eigenen Identität zusammen<sup>57</sup>. *Goody* weise etwa darauf hin, dass in westlichen Ländern lange der Brauch verbreitet gewesen sei, den heranwachsenden Söhnen eine Uhr zu schenken<sup>58</sup>.
- 234 3. Innerhalb der breit angelegten interdisziplinären Untersuchung über den Begriff der „Zeit“ („The Study of Time“, 1972-1981, 1986) hat etwa *Michon* versucht, die verschiedenen Sichtweisen der Zeit von *Fraser* und von *Pepper* in Beziehung zueinander zu setzen<sup>59</sup>.
- 235 *The Relations Between Fraser's Levels of Temporality, Pepper's „Root Metaphors“ and Corresponding Measurement Structure*

---

<sup>55</sup> Ciampi (Fn. 52) 314 f.

<sup>56</sup> Schmied (Fn. 39) 14; Piaget Die Bildung des Zeitbegriffes beim Kinde, 1955, 18.

<sup>57</sup> Schmied (Fn. 39) 12 f. unter Hinweis auf Wendorff Zeit und Kultur, 1980, 488 sowie auf Jahoda Children's Concept of Time and History, Educational Review 15 (1963) 87 ff., 101 sowie auf Zern The influence of certain child-rearing factors upon the development of a structured and salient sense of time, Genetic Psychology Monographs 81 (1970) 221 ff

<sup>58</sup> Schmied (Fn. 39) 13 unter Hinweis auf Goody (Fn. 45) 38.

<sup>59</sup> Michon J T Fraser's „Levels of Temporality“ as Cognitive Representations, in: Fraser/Lawrence/Haber (Hrsg.) Time, Science, and Society in China and the West. The Study of Time V, 1986, 51 ff. unter Hinweis auf Fraser Of time, passion and knowledge; ders The geneses and evolution of time: A critique of interpretation in physics, 1982 sowie ders Temporal levels and reality testing, International Journal of Psycho-Analysis 62 (1981) 3 ff; Pepper World hypotheses: A study in evidence, 1942.

Level of Temporality	Root Metaphor	Representative System	Measurement Structure	Scale Type
Atemporality	Animism/ mysticism	Magic wand	Elements, wholes	Nominal
Prototemporality	Formism	Library	Monotonic	Ordinal
Eotemporality	Mechanism	Clock	Linear	Interval
Biotemporality	Contextualism	Thermostat	Dedekind	Ratio
Nootemporality	Organicism	Self- organizing system (organism)	Identity	Absolute

4. Darüber hinaus gibt es noch – mit *Schmied* – die „psychische Zeit“ des Einzelnen zu vermerken. Schmerz, Ermüdung sowie Trauer und Schuld ließen die Zeit eher dahin schleichen<sup>60</sup>. Auch trete eine gewisse Verkehrung auf. So habe der Psychologe *James* angemerkt, dass im Nachhinein Zeiträume, die uns kurz vorgekommen seien, später lang erschienen. Zeiträume, in denen wir wenig erlebt hätten, würden im Rückblick schrumpfen<sup>61</sup> 236

Ist das richtig, so spricht das sogar dafür, Schuldstrafen, die wir auch am Schmerz der Angehörigen messen, nicht unmittelbar nach der Tat zu verhängen, jedenfalls dann nicht, wenn es mehr als eine schlichte „Denkzettelstrafe“ ist. Nach der Aburteilung kann sich auf der „Opferseite“ ebenso wie auf der Seite der „potentiellen Opfer“ soviel ereignet haben, dass sich für uns „nach einiger Zeit“ eine andere Bewertung der Tat ergibt. 237

Vielleicht liegt darin auch der sozialpsychologische Grund dafür, dem Verurteilten nach zwei Dritteln der eigentlichen Strafe das Angebot einer bedingten Entlassung machen zu können. Eigentlich spricht die „Logik“ der Schuldstrafe für das Gegenteil: Schuld, die zu vergelten ist, kann nicht nachträglich abgemildert werden. Der gesellschaftliche „Konsens“, den Weg zu wählen, die – höhere – Schuldstrafe zunächst 238

<sup>60</sup> Schmied (Fn. 39) 88 f. unter Hinweis ua auf Doob Pattering of Time, 1971, ua 112 ff. sowie ua auf Payk Zeiterlebensstörungen bei endogener Depression, Neurologie und Psychiatrie 7 (1980) 364.

<sup>61</sup> James Principles of Psychology, 1922, 624.

zu verhängen und sie dann später überprüfen zu lassen, dürfte – eben deshalb – unserem „Rechtsempfinden“ entsprechen<sup>62</sup>. Dieses entsteht womöglich wieder durch die menschliche Fähigkeit, sich in die Lage anderer zu versetzen<sup>63</sup>, also hier in die Opferrolle, und gerade im Prozess mit ihnen mitzuleiden. Im Zeitpunkt des Prozesses ist diese Zeitberechnung die richtige.

## V. „Objektive“ Grenzen der relativen Zeitbestimmung

239 1. Nach allem haben wir gewiss festzuhalten, Zeit ist „relativ“:

(1) Es gibt eine „soziale Zeit“. Es ist die Zeit der jeweiligen Gemeinschaft, in der die Menschen leben. Sie ist abhängig von der jeweiligen Kultur. Es leuchtet ein, dass Jäger und Sammler viel weniger auf exakte Zeitmessung angewiesen sind als städtische Kulturen oder die modernen, hoch arbeitsteilig arbeitenden und damit auf Planung angewiesenen Großgemeinschaften. Auch dürfte die Zeit durch „politische“ Veränderungen, wie Revolution oder aber auch Herrscherwechsel, entscheidend bestimmt gewesen sein.

240 Zudem: Je wichtiger die Gemeinschaft ist und je unwichtiger der Einzelne, desto wichtiger ist die soziale Zeitbestimmung und nicht die individuelle.

(2) Andererseits besitzen wir eine höchst individuelle „psychische Zeit“. Sie hängt von unseren „Stimmungen“ ab. Dennoch ist sie von anderen nachvollziehbar.

241 2. Doch spricht einiges dafür, dass es trotz aller Relativität auch einige „objektive“ Zeitmaßstäbe gibt.

---

<sup>62</sup> Würtemberger Schwankungen und Wandlungen im Rechtsbewußtsein der Bevölkerung, NJW 1986, 2281 ff. sowie Lampe (Hrsg.) Das sogenannte Rechtsgefühl, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd 10, 1985 ua mit einem Beitrag von Zippelius Rechtsgefühl und Rechtsgewissen, 12 ff., der auf den Aspekt der „angeborenen Verhaltensdisposition“ im Zusammenhang mit der Erforschung sozialer Verhaltensmuster hinweist (17 ff); kritischer: Müller-Dietz Schuldgefühl und Strafzumessung, in: Jescheck/Jhong-Won/Nishihara/Schreiber (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong, 1985, 126 ff.

Allgemein zur Bedeutung des Rechtsgefühls: Venzlaff Über die Schlüsselstellung des Rechtsgefühls bei der Gesetzesanwendung, 1973.

<sup>63</sup> Zu dieser Eigenschaft des Menschen, die nur in Ansätzen bei subhumanen Lebewesen vorhanden ist, siehe etwa den Biologen Vogel Die biologische Evolution menschlicher Kulturfähigkeit, in: Markl (Hrsg.) Natur und Geschichte, 1983, 101 ff.

(1) So ist die gesamte Natur, und damit auch der Mensch, in hohem Maße beherrscht von Tag und Nacht sowie von Sommer und Winter. Als weitere Unterteilung bietet sich der Mondwechsel an. Dass wir an ihn allerdings nicht in gleichem Maße gebunden sind, zeigt unsere davon abweichende Bestimmung der Monate.

(2) Außerdem besteht jede Gemeinschaft aus Menschen. Menschen aber durchlaufen Lebensphasen.

3. Wenn wir bei subhumanen Lebewesen eine „biologische“ Uhr kennen, die nicht nur ihr Verhalten während der verschiedenen Jahreszeiten regelt, sondern auch und insbesondere auf die Fortpflanzung ausgerichtet ist, dürfte für Menschen dasselbe gelten. Nur: Wenn wir die genetisch vorgeprägten „Instinkte“ subhumaner Lebewesen vom „freien“ menschlichen Geist trennen, so bedeutet das auch, dass wir zwischen genetischem rituellen Verhalten einerseits und der menschlichen Moral andererseits unterscheiden. Die „biologische“ Uhr wird durch eine „kulturelle“ überformt<sup>64</sup>. 242

Dennoch sind die Zwecke im Groben dieselben: Mensch, Tier und Pflanze wollen zunächst einmal „leben Sie suchen nach Vorteilen. Sie betreiben „Stoffwechsel“ und sie sind auch vom Bedürfnis geprägt, sich „fortzupflanzen“. Beidem, dem Leben und dem (genetischen) Überleben, dienen ihre Handlungen. 243

Diese schlichte Feststellung meidet im Übrigen das, was dem „Sozialdarwinismus“ vorgeworfen wird, die Vergleichbarkeit menschlicher Gemeinschaften mit einem Organismus, und mehr noch: dessen „Evolution“<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Zum Verhältnis von menschlicher Moral und prä-moralischen Verhaltensweisen von höheren Tieren siehe Vogel Gibt es eine natürliche Moral? Oder: Wie widernatürlich ist unsere Ethik?, in: H Meier (Hrsg.) Die Herausforderung der Evolutionsbiologie, 1988, 193 ff., 211 ff. Kritisch und zwar vorrangig unter dem Blickwinkel des Gebotes, zwischen Sein und Sollen zu trennen, der Biologe Wickler Hat die Ethik einen evolutionären Ursprung?, in: Koslowski/Kreuzer/Löw (Hrsg.) Die Verführung durch das Machbare, 1983, 126 ff., 136 f; Vossenkuhl Die Unableitbarkeit der Moral aus der Evolution, in: Koslowski/Kreuzer/Löw aaO 141 ff., 144, 148; Flew Evolutionary Ethics in: Hudson (Hrsg.) New Studies in Ethics Bd 2, 1974, 217 ff., 248, 250, 252.

<sup>65</sup> Rottleuthner hält den genetisch orientierten sozialbiologischen Ansatz für eine verkappte Variante des Utilitarismus. Man bediene sich der genetischen Metaphysik (Rottleuthner Die Bedeutung biologischer Determinanten für das Recht, in: Lampe [Hrsg.] Beiträge zur Rechtsanthropologie, Vorträge auf der Tagung der deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie [IVR] in der Bundesrepublik Deutschland, Bielefeld, 10. – 13. 10. 1984, ARSP Beiheft 22, 1985, 112 ff., 115 ua unter Hinweis

- 244 4. Andererseits ist es offenkundig, dass neben Naturkatastrophen (Vulkanausbrüchen, Überschwemmungen) auch Seuchen (Pest) und Kriege erhebliche Einschnitte bedeutet haben. Sie haben Rangordnungen aufgebrochen (Vorkriegs- und Nachkriegsgenerationen und deren Kinder- bzw. Enkelgeneration). Der Tod von vielen Menschen aber musste, zumal in Zeiten der Großfamilien (Sippen, Clans oder auch Stämme)<sup>66</sup>, die Frage nach der „Regeneration“ in den Vordergrund drängen. Nicht umsonst sahen die Sippen die Gefahren ewiger „Blutrache“, die die Clans selbst und nicht nur ihre einzelnen Mitglieder existentiell bedrohen.
- 245 Im übrigen: Von Menschen entfacht, konnte sie durch Menschen beigelegt werden, und zwar durch „Frieden“ zwischen den einzelnen Sippen, was die Frage offen lässt, wie denn Tötungshandlungen innerhalb von Gemeinschaften zu „ahnden“ sind. Unser Strafrecht aber, das „öffentliche“ Strafrecht<sup>67</sup>, ist eines, das innerhalb unserer Haupt- und Schutzgemeinschaft stattfindet, jener, die noch immer das Gewaltmonopol<sup>68</sup> besitzt. Das Verhältnis früherer „Sippen“ zueinander ist weit eher mit dem Völkerrecht zu vergleichen<sup>69</sup>.

---

auf Lehmann Jurisprudenz, Ökonomie, Soziobiologie – Humanwissenschaften, Betriebsberater 1982, 1997 ff); Lenk (Bemerkungen zum neuen verhaltenstheoretischen Ansatz B F Skinners in den Verhaltens- und Sozialwissenschaften sowie der Rechtswissenschaft, in: Lampe aaO 132 ff., 135) befürchtet, dass aus solchen Modellen die Gefahr eines „metaphysischen Antimentalismus“ erwachse. Auch Hauptmann Psychologie für Juristen. Kriminologie für Psychologen. Einführung in die Sozialpsychologie des Strafrechts, 1989, 226 unter Hinweis auch auf Vogel Evolution und Moral, in: Maier-Leibniz (Hrsg.) Zeugen des Wissens, 1986, 467 ff., 488 ff. sowie auf Mohr Biologische Wurzeln der Ethik?, 1983, 19 warnt: Es bestünde die Gefahr „faschistoider“ Züge im Sinne der Erhaltung einer gesunden und reinen Rasse.

<sup>66</sup> Herzog Zur Vorgeschichte des Staates, in: Faller/Kirchhof/Träger (Hrsg.) Verantwortlichkeit und Freiheit. Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung, FS Geiger, 1989, 113 ff., 128; sowie ders Staaten der Frühzeit. Ursprünge und Herrschaftsformen, 1988.

Kritisch allerdings im Hinblick auf die Übertragbarkeit Wesel Recht und Gewalt, Dreizehn Eingriffe, 1989, 25. Allerdings dürfte auch hier gelten, dass wir trennen müssen zwischen dem Leben und dem Überleben einer Großfamilie und deren jeweiligen Strukturen; auch wenn das Vergeltungsprinzip als Wechselseitigkeitsprinzip zwischen Sippen immer noch an das heutige Völkerrecht erinnert.

<sup>67</sup> Zur neueren Literatur: Rüping Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 1981; ders Geldstrafe und Buße. Zur Entwicklung der öffentlichen Strafe, ZStW 85 (1973) 672 ff; Hattenhauer Über Buße und Strafe im Mittelalter, ZRG 100 (1983) 53 ff; Trusen Strafprozess und Rezeption. Zu den Entwicklungen im Spätmittelalter und den Grundlagen der Carolina, in: Landau/Schroeder (Hrsg.) Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina, 1984, 29 ff; weitere Nachweise siehe auch bei Lüderssen Vergeltung und Sühne vor dem Forum der christlichen Ethik – Kein Platz mehr für absolute Strafzwecke?, in: Dilcher/Staff (Hrsg.) Christentum und modernes Recht, 1984, 222 ff., 229 Fn. 4.

<sup>68</sup> Zum Gewaltmonopol des Staates, seiner Geschichte sowie mit ausführlichen Nachweisen auch auf die Auflösungstendenzen siehe Faller Gewaltmonopol des Staates und Selbst-

5. Alle höheren Lebewesen haben einen Lebensweg, der sich grob in zwei Phasen teilen lässt: 246

(1) Die Entwicklungsphase: Eine Phase, in der das Lebewesen weit mehr „Stoff“ aufnimmt, als es abgibt, es passt sich seiner Umwelt an, entwickelt genetisch angelegte Fähigkeiten, es „lernt“. Das Lebewesen „wird“.

(2) Ihr folgt die Stabilitätsphase: Das Lebewesen „ist“. In diesem Zeitabschnitt pflanzen sich Lebewesen – in aller Regel – zweigeschlechtlich fort. Das Altern und Sterben ist dessen Ende.

Die evolutionsbiologisch bedeutsame Schnittlinie ist die Fortpflanzung.

6. Doch, wie so häufig, lassen sich Übergangsstufen erkennen: Einmal geht es um die Erreichung der Fortpflanzungsfähigkeit. Dies ist der früheste Zeitpunkt. Der andere ist derjenige, in dem die „Regeneration“ tatsächlich eintritt. Dann erst hat das Lebewesen im Sinne des „eigennütigen Gens“<sup>70</sup> für seine genetische Fortexistenz gesorgt. 247

---

schutzrecht des Bürgers, in: ders/Kirchhof/Träger (Hrsg.) FS Geiger, 1989, 3 ff., insbesondere 5 ff., sowie zum Selbstschutzrecht des Bürgers 8 ff., sowie zum Verständnis des Gewaltmonopols des Staates einerseits und der Selbstschutzrechte des Bürgers andererseits – als „Komplementärbegriffe“ 17 f., unter Hinweis auf Schünemann Selbsthilfe im Rechtssystem. Eine dogmatische Studie am Beispiel der §§ 227, 229 ff. BGB, 1985, 9 sowie auf Hoffmann-Riem Übergang der Polizeigewalt auf Private?, ZRP 1977, 277 ff., 281 sowie Willoweit Die Herausbildung des staatlichen Gewaltmonopols im Entstehungsprozeß des modernen Staates, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.) Konsens und Konflikt – 35 Jahre Grundgesetz, 1986, 313 ff. sowie Schwegmann Idee und Entstehung des staatlichen Gewaltmonopols, Verwaltungsrundschreiben 1987, 217 ff; siehe zudem Haffke Kriege und Strafrecht, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.) Strafrecht, FS Arthur Kaufmann, 1993, 449 ff., 452.

<sup>69</sup> Dazu, dass der Untergang „archaischer Kulturen“ mit dem Verfall ihrer Personalverbände zusammenhängt, siehe auch Hattenhauer Europäische Rechtsgeschichte, 1992, 208 ff. So erklärt auch Wesel (Fn. 66) 16, bereits Morgan und Engel hätten die Ansicht vertreten, der Staat entstehe durch Zerstörung der Verwandtschaftsgruppen; sowie Morgan Die Urgesellschaft: Untersuchungen über den Fortschritt der Menschheit aus der Wildheit durch die Barbarei zur Zivilisation, 1891 (Neudruck 1976); Engels Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates (1884), in: Marx/Engels Werke (MEW) Bd 21, hrsg vom Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED 1969, 25-173.

<sup>70</sup> Zum eigennütigen Gen siehe Strafrechtstheorie vgl. etwa Dawkins Das egoistische Gen, 1978; siehe auch zusammenfassend mwN ders Auf welche Einheiten richtet sich die natürliche Selektion?, in: H Meier (Hrsg.) Die Herausforderung der Evolutionsbiologie, 1988, 53 ff., vgl insb 63 f. sowie 67; siehe zudem Alexander Über die Interessen der Menschen und die Evolution von Lebensabläufen, in: H Meier aaO 129 ff., 133 mwN. Zur Kin-selection: Smith Group selection and kin-selection, Nature 201 (1964) 1145 ff.



248 In eben diesem Sinne spricht der Evolutionsbiologe *Alexander*<sup>71</sup> ganz generell von drei Fortpflanzungsperioden:

(1) der Periode vor der Fortpflanzung (Kindheit),

(2) der Phase des Beginns der Fortpflanzung (Reifung)

(3) und der Periode der Fortpflanzung (Erwachsenenleben).

249 Die Geschlechtsreife beginnt beim Menschen mit der sogenannten Pubertät, mit etwa 12 Jahren. Abgeschlossen ist die Regeneration spätestens mit 30 Jahren. Auch wenn man eine übliche Regenerationszeit von rund 25 Jahren ansetzt, so ist zu überlegen, ob nicht weitere 5 Jahre hinzukommen müssen, bis das Kind einen Selbständigkeitsgrad erreicht hat, der es von der zwingenden Fürsorge seiner Eltern befreit; es ist also selbst in das soziale Leben der Gemeinschaft eingetreten.

250 7. Auch in unserer westlichen Kulturgemeinschaft ist der Beginn der Fortpflanzungsfähigkeit von sozialer Bedeutung. In Deutschland ist der Jugendliche mit 14 Jahren strafmündig. Mit 14 Jahren etwa nimmt er an der Konfirmation oder der Jugendweihe teil. Mit etwa 15 Jahren endet die Schulpflicht. Etwas später, mit 18 Jahren (früher mit 21 Jahren), ist der Jugendliche voll geschäftsfähig; er hat das aktive Wahlrecht. Ist er männlich, so kann er zum Wehr- oder Zivildienst eingezogen werden. Zu dieser Zeit etwa enden auch die Lehrzeit oder die weiterbildenden Schulen (Gymnasien). Mit 18 endet auch das Jugendstrafrecht. Nur in den Fällen, in denen Heranwachsende (zwischen 18 und 21 Jahren) bzw. ihre Taten denen Jugendlicher gleichstehen, unterliegen sie noch dem Jugendstrafrecht.

251 Ist ein Straftäter hingegen älter als 27 Jahre, verzichtet das Gericht z.B. in der Regel darauf, ihm einen Bewährungshelfer an die Seite zu stellen (§ 56d Abs 2 dStGB). Die Jugendbewegung der 60er Jahre

---

Dass inzwischen viel dafür spricht, an die Stelle der (alten) Arterhaltung die „Generhaltung“ zu setzen, siehe auch Vogel (Fn. 64) 197 ff. mit Hinweisen auf Lorenz Das sogenannte Böse. Zur Naturgeschichte der Aggression, 1963 sowie auf Eibl-Eibesfeldt Die Biologie des menschlichen Verhaltens. Grundriss der Humanethologie, 1984; vgl zudem Leyhausen The biological basis of ethics and morality, Science, Medicine and Men 1 (1974) 215 ff. „Universal-Arterhaltung“; auch dazu Vogel (Fn. 64) 213.

Doch kommt es auf den Streit hier letztlich nicht an. Arterhaltung setzt immer auch im Prinzip Erhaltung der einzelnen Individuen voraus. Ohne individuelle Mitglieder kann keine menschliche Gemeinschaft bestehen.

<sup>71</sup> Vgl. Alexander (Fn. 70) 129 ff., 145 ff.

sprach den älteren Menschen mit dem Spruch: „Trau keinem über 30“<sup>72</sup> die Orientierung an Idealen ab und markierte ihre Hinwendung zum Pragmatismus des Alltags. 30jährige sind ins Berufsleben eingliedert, sie haben für ihre eigenen Kinder zu sorgen. Spätestens mit 30 Jahren endet die Phase des Jung-Erwachsenen. Er hat seine Lehr- und Wanderjahre abgeschlossen.

8. Eine weitaus kürzere biologische Altersphase ist diejenige der So- 252  
zialisierung im frühkindlichen Alter zwischen 2–3 Jahren. Das Kind beginnt, die Sprache zu lernen. Es wird kindergartenreif.

Auch haben wir zur Kenntnis zu nehmen, dass das noch nicht sozialisierte „Kleinkind“ in größerer Lebensgefahr schwebt als das etwas ältere Kind. So verwies etwa die Gewaltkommission der Bundesregierung Deutschlands (im Jahre 1990)<sup>73</sup> darauf, dass sich die Gewalt der Eltern gegenüber den eigenen Kindern insbesondere gegen Kinder in den ersten Lebensjahren richtet. Säuglinge und Kleinkinder seien besonders misshandlungsgefährdet, und zwar vor allem Frühgeborene, Neugeborene mit geringem Geburtsgewicht, mit angeborenen Missbildungen, ungewöhnlichen Verhaltensweisen etc<sup>74</sup>. Die misshandelnden Elternteile entstammten im Übrigen allen sozialen Schichten<sup>75</sup>. Zumindest in diesem Bereich zeigt sich, dass Ethik nicht von Ausbildung und Lebensstandard abhängt.

Auch der Biologe *Alexander* unterstreicht, dass es eine hohe Säug- 253  
lings- und Kleinkindsterblichkeit (bis zu etwa 3 Jahren) gebe<sup>76</sup>. Insofern ist der Eintritt in die erste Phase der Sozialisation, des Lernens einer Sprache usw. ein auch biologisch herausgehobenes Stadium: Nach 2-3 Jahren steigen die Überlebenschancen.

<sup>72</sup> So auch Großfeld (Fn. 29) 175.

<sup>73</sup> Schwind/Baumann ua (Hrsg.) Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt. Analysen und Vorschläge der Unabhängigen Regierungskommission zur Verhinderung und Bekämpfung von Gewalt (Gewaltkommission), Bd I: Endgutachten und Zwischengutachten der Arbeitsgruppen, 1990, Bd II: Erstgutachten der Unterkommissionen, 1990, Bd III: Sondergutachten (Auslandsgutachten und Inlandsgutachten), 1990, Bd IV: Politische Gewalt und Repression. Ergebnisse von Bevölkerungsumfragen, 1990, hier: Bd 1, 73 Rn. 179 ff. iVm Bd 1, 268, Bd II, 179, Bd IV, 230.

<sup>74</sup> Vgl auch Schwind/Baumann (Fn. 73) Bd 1, 268, Bd II, 140.

<sup>75</sup> Schwind/Baumann (Fn. 73) Bd I, 73 unter Hinweis auf Sondergutachten Schneider Bd III, 524.

Dazu, dass Kinder (ebenso wie Geistesranke) nicht eigentlich als vollwertige Mitglieder der Gemeinschaft anzusehen seien, etwa auch Schild Strafe — Vergeltung oder Gnade?, SchwZStrR 99 (1982) 364 ff., 397.

<sup>76</sup> Alexander (Fn. 70) 129 ff., 145 ff.

- 254 9. Die nächste Altersphase ist diejenige, in der das Kind so selbständig ist, dass es in die Gemeinschaft einzutreten vermag, der Beginn der Schulfähigkeit mit 5-7 Jahren. Nach dem bürgerlichen Gesetzbuch ist das Kind beschränkt geschäftsfähig (§ 104 BGB). Es bedarf nicht mehr des ständigen, unmittelbaren Schutzes der Eltern. Allerdings beginnt die Kindergartenreife im Sinne einer „Vorschule“ früher, und zwar etwa mit drei Jahren. Der griffige Mittelwert: 5 Jahre<sup>77</sup>.
- 255 10. Eine weitere biologisch vorgegebene Altersphase ist bei Frauen diejenige, in der sie nicht mehr in der Lage sind, Kinder zu gebären (ab 40 Jahren). Diese biologische Eigenart erklärt etwa *Alexander* damit, dass es aus dem Blickwinkel des „egoistischen Gens“ offenbar günstiger ist, dass die Frau sich den Kindern ihrer Kinder (vorrangig den Kindern ihrer Töchter) zuwendet und ihnen hilft, als selbst mit weiteren Kindern in den Wettbewerb zu ihren Töchtern zu treten<sup>78</sup>.
- 256 Es handelt sich um das Stadium, in dem die Frauen, aber in der Regel auch die Männer in die Rolle der Großeltern hineinkommen. Sie werden „Greise“ in der ursprünglichen Bedeutung des Wortes: Ihre Haare werden grau. Dieses weithin sichtbare Zeichen spiegelt die Verminderung ihrer Leistungsfähigkeit wider. Sie werden zu „Senioren“, aber auch zu ehrwürdigen „Senatoren“. Das Mindestalter des Bundespräsidenten beträgt 40 Jahre (Art 54 GG). Die Regel der Karrieristen lautet: Bis 40 müsse man es geschafft haben. Dann ist man mit einem Wort aus dem Angloamerikanischen „Senior-Partner“ oder gehört zu den „senior officials“.

Diese Phase ist heutzutage abgeschlossen mit dem Ausscheiden aus der Arbeitswelt zwischen 60 und 70 Jahren (Pensionsgrenze etwa zwischen 62 und 65 Jahren): Die Enkel beginnen erwachsen zu werden.

---

<sup>77</sup> Zur Bedeutung der Zahl 5 (als eine Handvoll Finger) siehe auch Großfeld (Fn. 29).

<sup>78</sup> *Alexander* (Fn. 70) 162 ff. unter Hinweis auf Williams Pleiotropy, natural selection and the evolution of senescence, *Evolution* 11 (1957) 398 ff; vgl auch ders Natural selection, the costs of reproduction and a refinement of Lack's principle, *Amer Nat* 100 (1966) 687 ff. sowie Dawkins *The Selfish Gene*, 1976.

11. Auf ähnliche wirtschaftswissenschaftliche Zyklen weist der Soziologe *Bornschie*<sup>79</sup> im Anschluss an *Schumpeter*<sup>80</sup> hin. Der Lagerhaltungs- oder auch Kitchen-Zyklus betrage 3,5 Jahre, der Juglarzyklus 8–10 Jahre, der Kuznetszyklus 18–25 Jahre, der Kondratieffzyklus 45–60 Jahre. 257

Dass sich die Gemeinschaft ebenfalls mit ihren Mitgliedern, den Menschen, ändert, also sich deren Phasen in ihrer Erneuerung widerspiegelt, liegt nahe. So kennt die junge Generation der Jugendlichen und Heranwachsenden Modewellen, die jeweils einige Jahre zusammenfassen. Unzweifelhaft gibt es aus sozialer Sicht Phasen von 3–7 Jahren, die eine mittelfristige politische Planung bedeuten. Dazu gehören Wahlperioden, aber auch soziale Ereignisse, wie die alle vier Jahre stattfindende Olympiade. Alle längeren ernsthaften Planungen sind derart „mittelfristige“. 258

Aber auch bei Gesellschaften, die stark vom Ackerbau abhängen, dürfte nicht nur die jährliche Ernte, sondern auch die Vorratshaltung entscheidend gewesen sein. So spricht auch die Bibel von sieben fetten Jahren, die offenbar die Vorratshaltung haben vergessen lassen. Jäger und Sammler hingegen dürften stärker an den Jahresrhythmus gebunden sein. Aber auch sie müssen für Naturkatastrophen, wie Dürre oder Überschwemmungen um Gebiete gewusst haben, auf die man sich für diese „Notlagen“ zurückziehen konnte. 259

## VI. Lebensabschnitte und Stufen der Freiheitsstrafe

1. Dass wir das Menschenleben und auch das soziale Leben in solcherlei Zeiträume einteilen und auch einteilen können, dürfte kaum zu bezweifeln sein. Zweifelhaft ist jedoch, inwieweit es möglich erscheint, aus ihnen Anhaltspunkte für die Bestimmung der Dauer der zeitigen Freiheitsstrafe zu gewinnen. 260

2. Nach dem „Lebenslang“, also dem tatsächlichen „bürgerlichen Tod“, ist die Begrenzung auf 15 Jahre die nächstwichtigste Zeiteinteilung. 261

---

<sup>79</sup> Bornschie Westliche Gesellschaft im Wandel, 1988, 70 sowie auch Kleinknecht Innovation Patterns in Crisis and Prosperity. Schumpeter's Long Cycle Reconsidered, 1987; zur Kritik mit ausführlichen Nachweisen, insb an den langfristigen Zyklen Bornschie aaO 70 f.

<sup>80</sup> Schumpeter Business Cycles. A Theoretical, Historical and Statistical Analysis of the Capitalist Process, 1939.

lung. Da aber auch das „Lebenslang“ bedeutet, dass der Täter sich in aller Regel Hoffnung auf eine bedingte Entlassung nach 15 Jahren machen darf, erweist sich die 15-Jahres-Grenze als eigentliche Obergrenze. (Ausnahmen sind möglich, aber sie selbst sind noch von der 15-Jahres-Grenze abhängig.)

Je mehr Gesetzgeber und Strafverfolgungsorgane im konkreten Fall sich der 15-Jahres-Grenze nähern (wollen), desto enger werden sie sich an dem Hauptfall für die Sanktion „lebenslang“ (im Sinne von mindestens 15 Jahren) orientieren: dem Mord.

262 3. Drei Blickwinkel stehen für die Übertragung von „Lebensabschnitten“ auf die (grobe) Strafbemessung zur Verfügung:

(1) derjenige des Täters,

(2) derjenige des Opfers oder seiner Angehörigen,

(3) derjenige der Allgemeinheit, also der Hauptgemeinschaft, einschließlich ihrer Untergliederungen<sup>81</sup>.

263 Der neuere evolutionsbiologische Ansatz des „egoistischen Gens“ nötigt uns eigentlich dazu, vorrangig den Blickwinkel des Einzelnen heranzuziehen, wobei dann noch zu trennen wäre zwischen demjenigen des Täters und demjenigen der Angehörigen oder auch demjenigen des „Nachbarn“ als potentielltem Opfer. Aber auch wer davon ausgeht, dass der Blickwinkel der „Allgemeinheit“ gleichrangig neben demjenigen des „Einzelnen“ zu stehen hat, wird nicht umhin können, eben auch den Blickwinkel des Einzelnen einzunehmen. Jeder, der das „Leben“ als das höchste Individualrechtsgut ansieht und auch den Straftäter noch als Mitmensch begreift, wird von der schlichten These des „Gemeinwohl vor Eigennutz“ absehen (müssen). Er dürfte nicht mehr auf dem Boden der „freiheitlich demokratischen Grundordnung“ und auch nicht auf demjenigen der Europäischen Menschenrechtskonvention stehen.

---

<sup>81</sup> Zu den Ableitungslinien aus dem Mord (etwa die Stufung Mord aus Habgier, Raub mit Todesfolge, schwerer Raub, einfacher Raub, Schußwaffendiebstahl) siehe Montenbruck Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine und mehrere Taten, 1989, 93.

4. Von diesem Standpunkt aus, durch eine „biologistische“ Brille betrachtet, bedeutet die Ausgliederung des Täters aus der Gemeinschaft (also ihm seine Freiheit zu entziehen) für andere einen „biologischen“ Vorteil, und zwar: 264

(1) Für die Angehörigen des (getöteten) Opfers ist es in dieser Zeit möglich, eine neue Generation heranzuziehen. In 15 Jahren ist gleichsam das Kind des Getöteten wiederum fortpflanzungsfähig. Die Zeit von 12-15 Jahren ist die niedrigste Frist für die Regeneration. Die volle Regeneration ist erst bei 25 Jahren anzunehmen oder aber wenn man die Vollendung, die Sozialisation des Kleinkindes, hinzunimmt, insgesamt in rund 30 Jahren gegeben. Die 30-Jahres-Grenze finden wir denn auch z.B. als äußerste Grenze bei der Verjährung zivilrechtlicher Ansprüche, während wir uns bei der Strafe (womöglich) auf die Untergrenze stützen. Doch steht hinter dem Blickwinkel auf die Angehörigen immer noch der – archaische – Gedanke der Überlebensfähigkeit der einzelnen Sippe.

(2) Richtiger und wichtiger ist es, den Blickwinkel desjenigen einzunehmen, der den Täter tatsächlich „meidet“. Würden wir den Täter nicht einsperren, so wäre es der „Nachbar“, der Angst hat, das nächste Opfer zu sein.

Mit den (wirklichen) Nachbarn fühlen auch wir anderen, weit entfernt lebenden Mitglieder derselben Großgemeinschaft mit: Wir vermögen uns in seine Angst einzufühlen. Insofern ist es dann auch – mittelbar – die Allgemeinheit, die ebenfalls bereit ist, den Blickwinkel des Bedrohten einzunehmen. Es ist also der Blickwinkel des „potentiellen Opfers“, desjenigen, der nach „Gefahrenabwehr“ verlangt und andernfalls „Selbstjustiz“ androht und dem wir bereit sind zu helfen, und zwar entweder organisiert durch „Wächter“ oder aber zumindest mit Verständnis für „Selbsthilfe“ (durch seine eigenen Nachbarn). 265

Wer Gewalttaten in seinem Umfeld fürchten muss, sorgt sich zunächst einmal um sich, seinen Lebenspartner und seine Kinder. Zumindest derjenige, der kleine Kinder hat, wird verlangen, dass, wenigstens bis er sie großgezogen hat, diese „menschliche Gefahrenquelle“ aus seiner Nachbarschaft entfernt wird. Andere aber werden den Gewalttäter in ihrer Nachbarschaft auch nicht dulden wollen. Sie werden ihn aus ihrer Gemeinschaft verbannen. Heutzutage bedeutet es „Aussperren durch Einsperren“. 266

267 Spätestens an dieser Stelle ist offenkundig, dass eigentlich zuvor die Frage nach Sinn und Zweck der Freiheitsstrafe beantwortet sein müsste. Der hier gewählte Blickwinkel ist ein individualpräventiver, der allerdings auch generalpräventive Erwägungen (indirekt über das Mitfühlen) mit aufnimmt. Einigermaßen konsensfähig dürfte sein: Strafe stellt ein Übel dar, dieses Übel besteht im Abschneiden von Freiheiten, und zwar der freien Entfaltung innerhalb einer Gemeinschaft. Von Isolierung oder dem bürgerlichen Tod<sup>82</sup>, den frühere Zeiten und andere Staaten mit Deportation und Verbannung verknüpft haben, das germanische Recht mit dem „vogelfrei stellen“, sollten wir dann auch die Brücke zum „Aussperren durch Einsperren“ schlagen. „Kurzum, er geht sämtlicher Vorteile verlustig, die das Leben in der Gemeinschaft bietet“<sup>83</sup>.

So betrachtet ist es ein „fremdes Leben“, das sich während der Zeit entwickelt, in der der Täter tatsächlich aus der Gemeinschaft ausgeschlossen ist. Es ist eine Art „Lebenslang“, das den Täter trifft, wenn er diese Zeit eingesperrt bleibt, und zwar ein Lebenslang aus dem Blickwinkel der Anderen: der Opferfamilie oder aber (richtigerweise) der „Nachbarn“.

268 Aber auch für den Täter bedeutet der Ausschluss aus der Gemeinschaft, dass ihm eben diese Vorteile genommen sind. Er kann kein Kind aufziehen, zumindest nicht in der Gemeinschaft. Auch haben wir zur Kenntnis zu nehmen, dass die Allgemeinheit fordert, dem Gewalttäter Sozialkontakte (die zur Fortpflanzung führen könnten) zu nehmen. Auch Müttern, die Kinder im Vollzug gebären, wird man die Kinderbetreuung nur in der Kleinkinderphase überlassen (dürfen).

---

<sup>82</sup> Jescheck Die Krise der Kriminalpolitik, ZStW 91 (1979) 1037 ff., 1051 meint, dass die lebenslange Freiheitsstrafe „im Prinzip ähnlich der Todesstrafe einen dauernden Ausschluß des Verurteilten aus der Gemeinschaft bedeutet“. Der frühere Präsident des Bundesverfassungsgerichts Benda („Die Würde des Menschen ist unantastbar“, in: Lampe (Hrsg.) Beiträge zur Rechtsanthropologie, ARSP Beiheft 22, 1985, 23 ff., 24, 25) sieht in der Strafe die „Isolierung“ von der Gemeinschaft; mit den Worten von Frommel: den „zivilen Tod“ (Wieso gelingt es nicht, die allgemein für reformbedürftig angesehenen Tötungsdelikte zu novellieren?, in: Weber/Scheerer [Hrsg.] Leben ohne Lebenslänglich. Gegen die lebenslange Freiheitsstrafe, 1988, 69 ff., 71).

Die zeitige Freiheitsstrafe ist somit – auch – der zeitweise Ausschluß, die zeitweilige Isolierung, der zivile Tod auf Zeit.

<sup>83</sup> Popitz Die normative Konstruktion von Gesellschaft, 1980, 60 f. unter Hinweis auf Gillin Crime and Punishment Among the Barama River Caribs of British Guyana, American Anthropologist 36 (1934) 331 ff., auf den auch Hoebel Das Recht der Naturvölker, 1968, 378 verweist; vgl. zudem Popitz Phänomene der Macht. Autorität – Herrschaft – Gewalt – Technik, 1986, 70.

5. Messen wir die Höchststrafen an der Lebenszeit des Straftäters, so ergibt sich folgendes: 269

(1) Wer als Jugendlicher mit 15 Jahren einen Mord begeht und dafür (alsbald) die Höchststrafe (für Jugendliche) von 10 Jahren erhält, ist dann, wenn er sie voll verbüßt, 25 Jahre alt. Der Mord hat sein Leben geprägt. Zu bezweifeln ist aber, dass er sich noch als derjenige sieht, der diese Tat begangen hat. Er dürfte sich als ein „anderer“ sehen, und wir ihn auch: Er ist ein „Erwachsener“. 270

(2) Ein 20jähriger Heranwachsender ist dann, wenn wir ihn einem Jugendlichen gleichstellen und wiederum auf die Höchststrafe von 10 Jahren erkennen, bei deren Verbüßung 30 Jahre alt. 271

Bei Jung-Erwachsenen kennen wir die Phase bis zu etwa 30 Jahren, die vermutlich zu einem genetisch angelegten aggressiveren Verhalten gegenüber den Älteren führt. Hat er dieses Alter erreicht, so spricht einiges dafür, dass sich seine jugendliche Aggressivität abgeschwächt hat. 272

(3) Hat ein Jung-Erwachsener von 25 Jahren einen Mord begangen, und gliedern wir ihn für (mindestens) 15 Jahre aus der Gemeinschaft aus, so spricht viel dafür, dass er mit 40 Jahren ein Lebensalter erreicht hat, in dem sich seine „jugendliche Aggressivität“ erheblich abgeschwächt hat. Zu befürchten ist zwar, dass er sich in die Gesellschaft der Ausgegliederten eingliedert, also wieder „sozialisiert“ hat. Aber dies ist ein Umstand, der nicht mehr unmittelbar mit dem Mord zu verknüpfen ist, aus dem wir auf seine künftige Gewalttätigkeit haben schließen müssen. Der Straftäter, dafür spricht viel, hat sich grundlegend verändert. Die Beziehung zwischen ihm und seiner Straftat hat sich gelockert. Auch wenn ihre Folge, der Freiheitsentzug, sein nachfolgendes Leben bestimmt hat, die Tat selbst gehört seiner „Vergangenheit“ an. Zumindest der Jung-Erwachsene ist nach 15 Jahren ein „anderer Mensch“. 272

Wer als Voll-Erwachsener mit 30 Jahren einen Mord begeht und ebenfalls 15 Jahre Strafhaft verbüßt, findet sich gleichfalls in einer anderen Altersphase. Er ist dann 45 Jahre alt und einer von denjenigen Erwachsenen, die bereits selbst erwachsene Kinder haben (können). Mit 45 tritt er in die Phase der „Großeltern“ ein. Seine Haare sind grau, seine körperliche Leistungsfähigkeit lässt nach. Ob er stattdessen seine „kriminellen Erfahrungen“ aus dem Vollzug in Gewalttaten um- 273



setzt, muss sich zeigen. Doch besteht Anlass, ihn zu „erproben“ (§§ 57, 57a dStGB).

- 274 (4) Begeht ein Mensch mit 45 Jahren eine Mordtat, so bedeutet eine 15jährige Freiheitsstrafe für ihn wiederum den Eintritt in eine andere Lebensphase. Es ist heutzutage diejenige, in der die Lebensarbeitszeit langsam endet, diejenige des Eintritts in den Ruhestand. Auch aus dem Blickwinkel dieses Täters können wir sagen, nach 15 Jahren hat er sich erheblich verändert.
- 275 6. Ein „anderer Mensch“ zu sein bedeutet auch, dass sich die Beziehung zwischen Täter und Tat aufgelöst hat. Zwar gilt der Täter uns noch als mit sich selbst identisch. Er trägt denselben Namen, und zwar allgemein und auch im Bundeszentralregister, in dem wir die Vorstrafen vermerken. Doch dürfte für ihn die Tat weitaus mehr Erinnerung sein, als nacherlebbar. Wer also auf Tat(schuld)vergeltung setzt, sollte überprüfen, ob er auch – wirklich – eine Beziehung dieses Menschen zu seiner – alten – Tat herstellen kann. Will er sie ihm wirklich noch vorwerfen?
- 276 7. Zurück zu den drei Blickwinkeln, mit denen wir Lebensphasen einzuschätzen vermögen: Welchen Blickwinkel wir auch immer einnehmen, denjenigen der Angehörigen, denjenigen der potentiellen Opfer (der Nachbarn und mittelbar der mitfühlenden „Allgemeinheit“) oder aber eben denjenigen des Täters, die Höchststrafe von 15 Jahren macht – insofern – Sinn.
- 277 Sinnvoll erscheint auch die Untergrenze von 2 Jahren. Dass der Täter sich in kürzeren Zeiträumen (im Strafvollzug) ändert, oder aber dass die Opferseite oder die Gemeinschaft allgemein sich grundlegend verändert, und zwar ohne ihn, ist nicht zu erwarten. Deshalb sollten wir ihn lieber noch einmal – in Freiheit – „erproben“, um dann bei einem Rückfall nicht nur die Bewährungsstrafe zu widerrufen, sondern ihn auch, weil er sich die Vortat nicht hat zur Warnung dienen lassen, insgesamt mit einer weit höheren Strafe, und dann für eine längere Zeit, aus der Gemeinschaft auszgliedern.
- 278 Unterhalb der 15-Jahres-Grenze hat der deutsche Strafgesetzgeber noch eine 10-Jahres-Grenze eingezogen, und zwar als Obergrenze für die besonders schweren Fälle der mittleren Kriminalität. Er hat sie aber auch in den Blick genommen bei der Festlegung der bedingten Entlassung nach 15 Jahren: Zwei-Drittel-Verbüßung für die zeitige

Freiheitsstrafe von bis zu 15 Jahren bedeutet eine Obergrenze bis zu 10 Jahren bei den übrigen Straftaten. Ob sie überhaupt von biologischen oder sozialen Zeitabschnitten geprägt sein kann, ist zweifelhaft. Allenfalls im Rahmen der Wirtschaftswissenschaften gibt es die Diskussion um einen Zyklus von 8-10 Jahren.

Einmal unterstellt, es gebe gute Gründe für die 5-Jahres-Grenze als 279 derjenigen der mittelfristigen Planung, so scheint die 10-Jahres-Grenze eine Art Mittelwert darzustellen, der sowohl von ihr als auch von der Höchstgrenze von 15 Jahren bestimmt sein dürfte. Zudem enthält die Abstufung 5 Jahre, 10 Jahre, 15 Jahre einen (magischen) Dreisprung.

Er hängt gewiss zudem mit unserem Zehnersystem zusammen: Hätte 280 der Gesetzgeber z.B. die zeitige Höchststrafe an der heutigen Volljährigkeitsgrenze von 18 Jahren orientiert, so hätte es vielleicht nahe gelegen, eine Dreierstufung von 6, 12 und 18 Jahren festzulegen. Einen solchen Dreiersprung hat es früher schon im Zivilrecht gegeben: Mit der zivilrechtlichen Volljährigkeitsgrenze von 21 Jahren, die zugleich das allgemeine Wahlrecht eröffnete; mit 14 Jahren begann die Strafmündigkeit (der Eintritt in die Lehre usw.); mit 7 Jahren begann die beschränkte Geschäftsfähigkeit. Das Kind konnte über sein Taschengeld frei verfügen (§ 110 BGB).

9. Die 5-Jahres-Grenze hingegen scheint einen eigenen anthropologi- 281 schen Hintergrund zu besitzen: In der Zeit von 3-7 Jahren wird das Kind „sozialfähig“. Außerdem umfasst die 5-Jahres-Grenze grob die „soziale Zeit“ der Planung in Ökonomie und Politik.

Deshalb dürfte der 5-Jahres-Grenze auch und gerade bei den Eigentums- und Vermögensdelikten eine eigenständige Bedeutung zukommen.

Bei einem mittelfristigen Freiheitsentzug trifft den Täter das, was für 282 die Allgemeinheit der Vorteil ist: die Planbarkeit des Lebensweges. Sie nehmen wir ihm. Die Gemeinschaft entwickelt sich ohne ihn 5 Jahre fort. Seine familiären Bezüge stellen zwar womöglich ein fortdauerndes soziales Netz dar. Das sonstige Umfeld aber, grob die „Geschäftsbeziehungen“, also all das, was in einer arbeitsteiligen Gesellschaft mit dem Stichwort „Beruf“ zu umschreiben ist, nehmen wir ihm. Er verliert seine (konkrete) soziale Rolle in der Gemeinschaft. In einer hocharbeitsteiligen Gemeinschaft sind Strafen von 4-5 Jahren

„Berufsausübungsstrafen“. Auch wenn er seine Fähigkeiten, diesen Platz einzunehmen, grundsätzlich nicht verloren haben dürfte – einen neuen Arbeitsplatz muss er sich erkämpfen. Das dürfte im Übrigen auch in kleineren Gemeinschaften gegolten haben. Nach 3-4 Jahren ist ein anderer in seine Rolle hineingewachsen. Die „Wunde“, die seine Ausgliederung aus der Gemeinschaft hinterlassen hat, ist gleichsam geheilt.

- 283 Gerade bei schwereren Wirtschaftsstraftaten spricht also einiges dafür, dass die von uns vielfach verhängten schwersten Freiheitsstrafen von 4-5 Jahren nicht nur „relativ“ gerecht sind, weil sie milder sind als Strafen für schwere Gewaltdelikte, sondern auch einen absoluten Kern haben. Die Wirtschaft regeneriert sich in mittelfristigen Phasen. Und nach dieser Zeit muss es dem Täter erst einmal wieder gelingen, in das Wirtschaftsleben einzutreten<sup>84</sup>.
- 284 10. 2-3 Jahre lang dauert die Kleinkindphase. Sie erscheint zumindest aus dem Blickwinkel der „Regeneration“ als Untergrenze. Es genügt nicht, ein Kind zu zeugen und die Schwangerschaftszeit zu überstehen. Wichtig ist auch das Überleben der hochgefährlichen Kleinkindphase und, aus sozialer Sicht, die Fähigkeit, in die Gemeinschaft eintreten zu können.
- 285 Zugleich nähern wir uns mit drei Jahren bereits der Planbarkeitsgrenze, die womöglich auch mit dieser Untergrenze der Regeneration zusammenhängt. Zu leben bedeutet eben nicht nur, sich persönlich zu ernähren und unmittelbare Gefahren für sich abzuwenden, sondern auch, sich fortzupflanzen, wenigstens hin bis zu einer gewissen Selbständigkeit des Nachwuchses, was auch einschließt, Gefahren für ihn abzuwenden.
- 286 Dass der deutsche Gesetzgeber die Untergrenze für die stets zu vollstreckende Freiheitsstrafe auf 2 Jahre (genauer: 2 Jahre und 1 Monat) festgelegt hat, und nicht etwa, wie zum Teil gefordert, auf 3 Jahre, dürfte zumindest zwei gute Gründe haben. Immerhin schwächt die mögliche Zwei-Drittel-Verbüßung selbst eine (noch überschaubare) 3-Jahres-Strafe noch auf 2 Jahre ab. Wichtiger aber ist der Umstand, dass es keinem Gericht möglich ist, Strafen auf den Monat genau fest-

---

<sup>84</sup> Dazu, dass bei Wirtschaftsstraftaten die Obergrenze von fünf Jahren kaum überschritten wird und damit die Fünfjahresgrenze auch faktisch selbst für schwerste Vermögensdelikte die Obergrenze darstellt: Montenbruck Zum Verhältnis von Steuerhinterziehung und gewerbsmäßigem Schmuggel, wistra 1987, 7 ff., 11.

zulegen. Jeder erfahrene Berufsrichter, der sich für eine Strafe von z.B. 2,5 Jahren ausspricht, dürfte zuvor auch die Frage nach der Aussetzbarkeit der Freiheitsstrafe beantwortet haben, die bei Strafen bis zu 2 Jahren möglich gewesen wäre, sie dann aber, und damit eine günstige Sozialprognose, verneint haben.

11. Ein Jahr ist nicht nur die Phase, in der sich die „Natur“ vielfach regeneriert, es ist z.B. auch die Schonphase für Schwangerschaft und Mutterschutz. 287

Für Strafen von einem Jahr hat der Gesetzgeber sogar in der Regel die Strafaussetzung zur Bewährung vorgesehen. Es ist bei Geldstrafen für Einzeltaten die (selten erreichte) Obergrenze von Tagessätzen (360). Das Jahr ist offenkundig eine „objektive“ im Sinne einer „natürlichen“ Zeiteinheit. Nach einem Jahr beginnt alles neu, zumindest in den mittleren Breiten müssen wir für ein Jahr planen. In einem Jahr mag sich aber vieles ändern. Wir feiern dann auch unseren „Geburtstag“, aber das Gefühl, uns grundlegend geändert zu haben, kommt dabei nicht auf. Ist das richtig, dann sind Freiheitsstrafen von einem Jahr zumindest dann „sinnlos“, wenn es uns nicht möglich ist, den Täter in dieser Zeit im Vollzug zu „verändern“. Auch die Gesellschaft verändert sich in dieser Zeit nur kaum.

12. Rückblickend ist also festzustellen, dass es eine „anthropologische“ Begründung für den groben Strafraumen von 2-3 Jahren im unteren Bereich bis hin zu 15, 18, 20 Jahren im oberen Bereich gibt. Dazwischen scheint es überdies eine dritte „objektivierbare“ Grenze zu geben: die 5-Jahres-Grenze als diejenige der „mittelfristigen“ Planbarkeit. 288

Die Zurückhaltung des Gesetzgebers, seine Weigerung, Begründungen selbst für die absolute Obergrenze für zeitige Freiheitsstrafen oder aber auch für die 15-Jahres-Grenze bei der bedingten Entlassung aus „lebenslang“ anzugeben, erscheint somit nicht ganz unverständlich: Es ist einmal unser „Rechtsgefühl“, dass wir mit den groben gesetzlichen Strafraumen einigermaßen zufrieden sind, und zwar weil wir wissen, dass die Rechtspraxis trotz aller „justizgeographischen“ Ungereimtheiten sie recht vorsichtig ausschöpft. Zum anderen und insbesondere ist es das „Tabu“, das uns vor der Beschäftigung mit biologistischen Einsichten zurückschrecken lässt. Das Menschenleben gilt uns als „heilig“. Wir mögen es nicht zerteilen und gegenrechnen. Hinzu kommt unsere (deutsche) Erfahrung mit einer faschistischen Blut- und Bodenideologie, die mit diesem Tabu gebrochen hat. 289

- 290 Dennoch: Wer von der „Arterhaltung“ zum neueren Ansatz des „egoistischen Gens“ überzuwechseln bereit ist und somit das Individuum in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen stellt, sollte dem Straftäter, seinem Opfer (bzw. dessen Angehörigen) und auch seinen Nachbarn erklären, weshalb denn „lebenslang“ nur rund 15 Jahre bedeutet und die zeitige Obergrenze bei 15 Jahren liegt, allgemeiner noch: Was denn 15 Jahre für sie alle bedeuten.

## C. Sündenbock: Religiöse Wurzeln des säkularen Strafens und Zivilisation der Aggression

### I. Grundlegung

1. Zu der säkularen Trennung von Sittengesetz und Strafrecht erklären 300 *Baumann/Weber/Mitsch*<sup>1</sup>, sie bedeute nicht, „dass keine Verwandtschaft zwischen Strafrecht und Sittengesetz bestünde. Vielmehr wurzelt der Kernbereich des Strafrechts im Sittengesetz“. Sie fahren fort: Die archaischen Strafrechte bedienten sich der Sündenbockfunktion. Die Bestrafung des Mörders durch das Volk erfolge ohne Rücksicht auf dessen Persönlichkeit. Sie erläutern zudem einsichtig, dass sich die Trennung von strafrechtlichen und religiös-sittlichen Normen nicht durch „rationalen Akt, sondern durch allmähliche Säkularisierung vorhandener Normen“ ergeben habe. Das Verständnis der Säkularisierung eröffnet somit den Blick auf etwaige archaische Wurzeln des Strafrechts. An diese Gedanken ist anzuknüpfen. Die interdisziplinären Facetten der „Theorie des Opfers“<sup>2</sup> leisten dazu Hilfestellung.

Die Vorstellung von der „Geburt der Strafe“ infolge der geistigen Individualisierung des Menschen im Mittelalter<sup>3</sup> legt nahe, dass der Mensch die Strafe wie die Schrift entwickelt hat und deshalb auch in einer fernen Zeit abschaffen könnte<sup>4</sup>. Eine begrenzte Geschichtlichkeit des Strafrechts bestimmt auch die vorherrschende Vorstellung von der Unterscheidung zwischen der modernen hoheitlichen oder auch „öf-

---

<sup>1</sup> Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 11. Aufl. 2003, 5 3 Rn. 5.

<sup>2</sup> Z.B. Schenk, Richard (Hrsg.) Zur Theorie des Opfers – Ein interdisziplinäres Gespräch, 1995, im Übrigen ohne einen rechtswissenschaftlichen Beitrag.

<sup>3</sup> Dazu Schulz, Lorenz, Normiertes Misstrauen, 2001, 55 („Individualisierung – personale Würde, Schuld und Unschuld“), z.B. 107 zu Abälard (1079-1142) als den Begründer des modernen Individualismus unter Hinweis auf die bekannte ältere, ebenso betitelte Schrift von Achter, Viktor, Geburt der Strafe, 1951, 107; zudem: Blank, Walter, Providentia oder Prognose? in: Fichte, Joerg O. (Hrsg.), Das Mittelalter. Perspektiven mediävistischer Forschung, Bd. I („Providentia – Fatum – Fortuna“), 1996, 91, 97 ff.; Berman, Harold, Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition, 1991, 310 ff.

<sup>4</sup> Zum Abolitionismus vgl. den Überblick bei Kaiser, Günther, Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen, 10. Aufl. 1997, § 38, 315 ff., m.w.N. sowie etwa Hess, Henner/Steinert, Heinz, Einleitung, KrimJ, Kritische Kriminologie heute, 1. Beiheft 1986, 2 ff. 8; ähnlich Schumann, Karl F., Progressive Kriminalpolitik und die Expansion des Strafrechtssystems, in: Ostendorf, Heribert (Hrsg.), Integration von Strafrechts- und Sozialwissenschaften. Festschrift für Lieselotte Pongratz, 1986, 371 ff., 376; Scheerer, Sebastian, Die abolitionistische Perspektive, KrimJ 16 (1984), 90 ff.

fentlichen Strafe<sup>5</sup> und der alten privaten Strafe<sup>6</sup>. Über die Geburt und die Geschichtlichkeit der Strafe ist in diesem Zusammenhang ebenfalls nachzudenken.

- 302 2. Die Diskussion um die Reprivatisierung des Strafrechts mit dem Doppelthema des Täter-Opfer-Ausgleichs<sup>7</sup> oder auch allgemeiner der Mediation<sup>8</sup> und des entsprechenden anti-etatistischen Abolitionismus als Ablösung der staatlichen Strafe durch informelle und auch kommunale Strategien zeigt die Fruchtbarkeit, aber auch die Grenzen eines solchen interdisziplinären Ansatzes an. Wiedergutmachung bildet eine Form der Vergeltung, und zwar in ihrer positiven Alternative, und gehört deshalb zum Kern der klassischen Forderung nach Gerechtigkeit<sup>9</sup>.
- 303 Die Vorstellung vom privaten Recht setzt jedoch die Idee des Privaten bereits voraus. Sie legt deshalb schon das sowohl germanische als auch alttestamentarische Sozialmodell der Sippen und halbfreien Unterfamilien, die Hirten, Ackerbauern, Handwerker und Händler sind, zugrunde. Sie konkurrieren und führen Kriege um das Haben und Sein. Im Kern ist ihr Privatrecht zudem völkerrechtsähnlich integential ausgerichtet und nicht als ein internes Haus- oder ein Kultbinnenrecht zu verstehen. Hingegen sucht die ethnologische Ur- und Frühgeschichte<sup>10</sup>) die ursprüngliche Lebensweise der Menschen zu

---

<sup>5</sup> Lüderssen, Klaus, Neuere Tendenzen der deutschen Kriminalpolitik, in: Eser, Albin/Cornils, Karin (Hrsg.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, 161 ff. Es gebe immer noch keine befriedigende Antwort auf die Frage, wie die öffentliche Strafe historisch entstanden sei.

<sup>6</sup> Einen Überblick, auch über die Literatur, zu dieser Frage, bei Wadle, Elmar, Landfrieden, Strafe, Recht. Zwölf Studien zum Mittelalter, 2001, 219 ff., zur Kritik 228 ff.; Blank, Providentia, 91, 97 ff.

<sup>7</sup> Statt vieler: Meier, Bernd-Dieter, Konstruktive Tatverarbeitung im Strafrecht – Bestandsaufnahme und Reformperspektiven, GA 1999, 1 ff. u.a. 4 ff.

<sup>8</sup> Jung, Heike, Mediation: Paradigmawechsel in der Konfliktregelung? in: Schwind, Hans-Dieter/Kube, Edwin/Kühne, Hans-Heiner (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Schneider zum 70. Geburtstag am 14. November 1998, 913 ff. u.a. 916 ff., sowie Kerner, Hans-Jürgen, Mediation beim Täter-Opfer-Ausgleich, in: Haft, Fritjof/Schlieffen, Katarina Gräfin von, Handbuch Mediation, 2002, § 49, mit neuester ausführlicher Lit. zum Täter-Opfer-Ausgleich.

<sup>9</sup> Zum Verständnis der Gerechtigkeit und auch dessen individuelle ethischen Grenzen bei existentiellen Strafen: Montenbruck, Axel, „Wie Du mir, so ich Dir“- als Begründung für die Strafe?, in: Sommersemester 1995, Fachbereichstag, Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin, 1995, 13 ff., 52 ff.

<sup>10</sup> Z.B. auch Frehsee, Detlev, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987, 13 ff.; grundlegend: Steinmetz, Sebald Rudolf, Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe, 1. Band, 1928, 436 ff.; Thurnwald, Richard, Die menschliche Gesellschaft in ihren ethno-soziologischen Grundlagen, 5. Band: Werden, Wandel und Gestaltung des Rechts im Lichte der Völkerforschung, 1934, 105 ff.; Malinowski, Bronislaw, Sitte und Verbrechen bei den Naturvölkern, 1949; Hoebel, Edward Adamson, Das Recht der Naturvölker. Eine vergleichende Untersuchung rechtlicher Ab-

erfassen. Sie lebten während ihrer langsamen Eroberung der Welt vermutlich in Kleingruppen als Fischer, Jäger und Sammler und dachten sich als eins mit der Natur<sup>11</sup>. Insofern ist historisch weiter zurückzugehen<sup>12</sup>. Die offenkundigen Probleme der Deutung alter schriftloser Gemeinschaften und deren Kulte lassen sich abschwächen. Sie reduzieren sich (a) insoweit als sozialpsychologische Ansätze sie mittragen, (b) insoweit als der historische Blick in schriftliche Quellen Anhaltspunkte ergibt und (c) insoweit die Betrachtung der eigenen Zivilisation entsprechende Rudimente bestätigt. Schließlich und teleologisch müssen (d) auch die zu ziehenden Verbindungslinien zu modernen Gemeinschaften eine innere Folgerichtigkeit vermitteln.

3. Die Fragestellung ist nicht neu. Mit den Worten des Psychologen 304 *Lischke*: „Der emotionsgeladene Racheimpuls stellt das Kernmerkmal strafenden Handelns dar.“<sup>13</sup> Allerdings sei das Strafen in ein Ritual eingebunden, die Emotionen würden also durch „gesellschaftlich-kulturelle Kräfte“ gestaltet. Heute fordere ebenso ein höheres Gesetz die Strafe, wie in früheren Zeiten Opfer dem Strafanspruch der Götter anheim gefallen seien. Das offenbare Ausmaß der notwendigen Ritualisierung des Strafens zeigt die Gewalt des Racheimpulses an. Zudem ist mit *Lischke* aus psychologischer Sicht festzuhalten, was auch die Logik aufdrängt: Auch die Strafe selbst ist Aggression und kann „niemals zureichend entemotionalisiert werden“.

Die kriminologische Sündenbocktheorie greift auf eine im Alten Testament belegte Vorstellung kollektiven Strafens zurück<sup>14</sup>. *Streng*<sup>15</sup> er-

---

läufe 1968 (Orig.: *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*, 1954), insbes. 345; siehe zudem Schott, Clausdieter, Die Funktion des Rechts in primitiven Gesellschaften, in: Maihofer, Werner/Schelsky, Helmut (Hrsg.), Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 1, 1970, 107 ff.

<sup>11</sup> Aus anthropologisch-philosophischer Sicht Lampe, Ernst Joachim, Anthropologische Struktur und Geschichtlichkeit des Rechts, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.): Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 199 ff., 215.

<sup>12</sup> Die deutsche und europäische Rechtsgeschichte, und damit auch die des modernen Strafrechts, besitzt herkömmlicherweise drei Wurzelstränge: (1) das römische Recht und seine Rezeption, (2) das Kirchenrecht mit seinem christlich-jüdischen, also altorientalischen Hintergrund und (3) die Stammesrechte, insbesondere die Rechte der sogenannten germanischen Völker. Dazu: Ebel, Friedrich/Thielmann, Georg, Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit, 3. Aufl. 2003, 159 ff., 177 ff.; Mitteis, Heinrich/Lieberich, Heinz, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl., 1992, 4.

<sup>13</sup> Lischke, Gottfried, Sind Strafen moralisch vertretbar?, in: Zöllner, Brigitte (Hrsg.), Mit Strafen leben?, 1997, 65 ff. 67.

<sup>14</sup> Bibel, 3. Mose 16, 5 ff.; siehe dazu Frey-Rhon, Liliane, Das Böse in psychologischer Sicht, in: Studien aus dem C.G. Jung Institut, Zürich, Bd. XIII, Das Böse, 1961, 161 ff., 182; Fromm, Erich, Zur Psychologie des Verbrechers und der strafenden Gesellschaft,



klärt ähnlich, die Schuld des Täters stelle lediglich das auf ihn projizierte Korrelat der an seine Tat geknüpften „zeit- und kulturspezifischen Vergeltungsbedürfnisse der Allgemeinheit dar“. *Jakobs*<sup>16</sup> erläutert im Rahmen seiner systemtheoretischen Strafrechtsdeutung, die Bestimmung der strafrechtlichen Schuld erfolge lediglich per Zuschreibung nach den sozialen Notwendigkeiten. Der Enttäuschte sei jedenfalls nicht zuständig für den Konflikt. Zuständig sei entweder ein „anderes System“ oder das Schicksal oder eine andere Person. Aus dem komplexen Geflecht der einzelnen Bedingungen werde dann eine Hauptbedingung isoliert, die Zuständigkeit des Täters. Derartige Sichtweisen sind aber nicht zu Grunde zu legen.

- 305 4. Auszugehen ist von den vorherrschenden Vorstellungen des Strafrechts vom Strafen: Strafe meint danach insbesondere die Zufügung eines realen Übels im Sinne eines Rechtsnachteils gemäß Art. 5 EGStGB<sup>17</sup>. Dabei steht Übel generell für alles, was Menschen gewöhnlich nicht wünschen, dass es ihnen angetan werde: Schmerz, Leiden, aber auch Freiheitseinschränkungen, Benachteiligungen und Entzug von Vorteilen<sup>18</sup>. Hinzutritt der expressiv-normative Charakter

1931, in: ders. *Analytische Sozialpsychologie und Gesellschaftstheorie*, 7. Aufl. 1982, 115 ff.; Jäger, Herbert, *Psychologie des Strafrechts und der strafenden Gesellschaft*, in: Lüderssen, Klaus/Sack, Fritz (Hrsg.), *Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, Band 1. *Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik*, 1975, 107 ff.; Mitscherlich, Alexander, *Der Weg zur vaterlosen Gesellschaft. Ideen zu Sozialpsychologie*, 1963, 104 f., 144 f.; Naegeli, Eduard, *Die Gesellschaft und die Kriminellen, Ausstoßen des Sündenbocks*, in: Bitter, Wilhelm (Hrsg.), *Verbrechen – Schuld oder Schicksal?. Zur Reform des Strafwesens. Ein Tagungsbericht*, 1969, 40 ff., 50; sowie Herren, Rüdiger, *Freud und die Kriminologie. Einführung in die psychoanalytische Kriminologie*, 1973, 79. Vgl. den interdisziplinären Überblick bei Kaiser, Günther, *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl. 1996, Einführung, 155; aus rechtssoziologischem Blickwinkel Killias, Martin, *Muss Strafe sein? Überlegungen zur Funktion von Sanktionen aus sozialpsychologischer Sicht*, in: Reh binder, Manfred (Hrsg.) *Schweizerische Beiträge zur Rechtssoziologie*, 1984, 135 ff.; zudem: Lüderssen, Klaus, *Strafrecht und „Dunkelziffer“*, in: Lüderssen, Klaus/Sack, Fritz (Hrsg.), *Abweichendes Verhalten I, Die selektiven Normen der Gesellschaft*, 1975, 244 ff.

<sup>15</sup> Streng, Franz, *Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe*, *ZStW* 92 (1980), 637 ff., 643, u. Hinw. auf den psychologischen Ansatz von Alexander, Franz/Staub, Hugo, *Der Verbrecher und seine Richter. Ein psychoanalytischer Einblick in die Welt der Paragraphen*, 1929, in: Moser, Tilmann (Hrsg.), *Psychoanalyse und Justiz*, 1971, 203 ff., 388.

<sup>16</sup> Jakobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1983; 2. Aufl. 1991, 17. Abschnitt, 484 f., Rn. 23 ff.; vgl. auch Naucke, Wolfgang, *Strafrecht – Eine Einführung*; 10. Aufl. 2002, § 7, Rn. 31 ff., 32; Röhl, Klaus Friedrich, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 2. Aufl. 2001, 121 ff.

<sup>17</sup> An diese wenig beachtete gesetzliche Definition erinnert zu Recht Rogall, Klaus, *Strafe als Mittel der Abschreckung*, in: Zöller, Brigitte (Hrsg.), *Mit Strafen leben?*, 1997, 236 ff., 239.

<sup>18</sup> Wolf, Jean-Claude, *Verhütung oder Vergeltung? Einführung in ethische Straftheorien*, 1992, 18 m.w.N. Zur Bedeutung des Schmerzes: Jung, Heike, *Was ist Strafe? Ein Essay*, 2002, 16 f., sowie Britz, Guido, *Strafe und Schmerz – eine Annäherung*, in: Britz, Gui-

des Strafens als der Widerspruch gegen das Seindürfen der Tat<sup>19</sup>. Insbesondere der Schuldspruch dient der Aufgabe, die vom Täter in Frage gestellte Geltung der ursprünglichen Normordnung auf kommunikative Weise zu bekräftigen<sup>20</sup>. Aus verfassungsrechtlicher Sicht gilt jeder Mensch, auch der verurteilte Straftäter, als ein autonomer und grundmoralischer Mensch. Seine Subjektqualität darf nicht prinzipiell in Frage gestellt werden<sup>21</sup>. Deshalb beinhaltet im Übrigen der Normbruch zugleich einen Selbstwiderspruch<sup>22</sup>. Er ruft folgerichtig nach persönlicher Verarbeitung der Schuld.

Sinn und Zweck des Strafens ist mit dem *Bundesverfassungsgericht* 306 und der vorherrschenden dreisäuligen Vereinigungstheorie<sup>23</sup> zu begründen und wie folgt religiös zu akzentuieren: Etlichen höheren Aufgaben „dient“ die Strafe. (1) Generalpräventiv dient sie dem Schutz der elementaren Werte des Gemeinschaftslebens, der Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit und der Abschreckung tatgeigneter Personen, (2) individualpräventiv ausgerichtet dient sie der Resozialisierung des Täters und der Sicherung der Allgemeinheit vor Wiederholungstaten. (3) Die Strafe dient zudem der Gerechtigkeit

---

do/Jung, Heike/Koriath, Heinz/Müller, Egon (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, 73 ff.; Gephart, Werner, Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Durkheims, 1990, 122.

<sup>19</sup> So z.B. Freund, Georg, Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem, in: Wolter, Jürgen/Freund, Georg (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem. Straftatbegriff – Straftatzurechnung – Strafrechtzweck – Strafausschluß – Strafverzicht – Strafklageverzicht, 1996, 43 ff. sowie strafrechtsvergleichend: Kaiser, Hanno, Widerspruch und harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe, 1999, 140.

<sup>20</sup> Androulakis, Nikolaos, Über den Primat der Strafe; ZStW 108 (1996), 300 ff., 303 gibt einen guten Überblick über die Probleme der von den Strafzwecken und -gründen abhängigen Definition des Strafens.

<sup>21</sup> BVerfGE 30, 1, 26; 50, 166, 175. Zur verfassungsrechtlichen Literatur siehe Geddert-Steinacher, Tatjana, Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu Art. 1 Abs. 1 GG, 1990, 33; zudem: Häberle, Peter, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Bd. I: Grundlagen von Staat und Verfassung, 1987, 815 ff., 834; anderer Ansicht etwa Stern, Klaus, Menschenwürde als Grundlage der Menschenrechte, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 2. Aufl. 2000, § 108, 627 ff. Siehe auch Bayertz, Kurt, Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien, ARSP 1995, 465 ff. („Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur“), angelehnt an Kant, Immanuel, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band IV, 1903/11, 486.

<sup>22</sup> Seelmann, Kurt, Versuche einer Legitimation von Strafe durch das Argument selbstwidersprüchlichen Verhaltens des Straftäters, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. I, 1993, 315 ff.; Rogall, Strafe, 236 ff.

<sup>23</sup> Statt vieler Baumann/Weber/Mitsch, § 3 Rn. 24 ff.; Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, 63 ff.; BVerfGE 45,187, 253 ff.

nach dem Prinzip des Tatschuldausgleichs<sup>24</sup>. Es beruht für sein Schulselement auf dem „Bekenntnis“<sup>25</sup> vom willensfreien, autonomen und deshalb würdigen Menschen, und somit auf dem Menschenbild der deutschen Verfassung und der allgemeinen Menschenrechte.

## II. Religiöse Assoziationen des Strafens

- 307 1. Auf die Frage nach Verwandtschaften zwischen moderner Strafe und archaischer Religionsausübung drängen sich die folgenden ersten Assoziationen auf: Als Übelzufügung gilt Strafe als archaische, grausame, aber auch gerechte und notwendige „Sanktion“. Oder: Elemente des Opfernens enthalten sowohl der Gewaltakt des Täters als auch die Gegengewalt der Gemeinschaft, und zwar dann, wenn sie ein beseeltes, vernünftiges oder auch autonomes Wesen betreffen. Opfer nennen wir den Menschen, den der Täter mit seiner Tat verletzt, und die Ebenbildlichkeit des zuzufügenden Übels mit der Tat legt nahe, auch den Akt der Strafgewalt gegenüber dem Täter als Art der Opferung, verinnerlicht später vielleicht sogar als eine Selbstopferung zu begreifen. Oder und bereits auf der Ebene der Metaphysik: Nicht freiwillig übernommen, beinhaltet die Strafe die Anwendung von Gewalt. Als solche bedarf sie im modernen demokratischen Staat der Rechtfertigung. Legitimiert wird sie ersichtlich und folgerichtig mit höheren Zwecken und absoluten Prinzipien: relativ und güterabwägend mit der notwendigen Prävention und absolut z.B. mit der Gerechtigkeit. Wer höheren Zwecken und erst recht wer absoluten Ideen gewaltsam etwas Höchstwertiges und Lebendiges darbietet, wie die Lebenszeit eines Menschen, zeichnet das Bild des Opfernens.
- 308 2. Höchstwerten zu dienen, gemahnt an Gottesdienst. Mit den entsprechenden Worten heißt zu strafen: auf dem Altar von Idee und

---

<sup>24</sup> Zum Bestreben, die Vokabel der Vergeltung durch die des Schuldausgleichs zu ersetzen, siehe Bruns, Hans-Jürgen, Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, in: Festschrift für Hans Welzel, 1974, 739 ff.; Müller-Dietz, Heinz, Strafbegriff und Strafrechtspflege, 1968, 23 ff., m.w.N.; Roxin, Claus, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984), 641 ff., 644, spricht zu Recht von einer Tautologie; zusammenfassend Hoffmann, Peter, Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht, 1992, 112 ff.

<sup>25</sup> Die Präambel des Grundgesetzes lautet: „Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“, dazu statt vieler Kunig, Philip, in: Mönch, Ingo v./Kunig, Philip, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, Präambel bis Art. 19, 5. Aufl. 2000, Art.1, Rn.1.

Höchstwerten entweder weit vorausschauend vorbeugend oder auch nachträglich besänftigend etwas Wertvolles darzubieten. Dieser Wertverlust bedeutet für den Mitmenschen, den er trifft, ein Übel. Dieses Übel ist feierlich zu verhängen. Seine Verhängung, aber nicht einmal mehr seine Vollstreckung, findet öffentlich und ritualisiert statt. Mit der säkularen Formel „im Namen des Volkes“ verkündet, weist die Hauptverhandlung bis hin zum Urteilspruch deutlich erkennbare Parallelen zu religiösem Opfern auf. Oder mit zwei strafrechtlichen Deutungen: *Roxin* erklärt das Bekenntnis zur Willensfreiheit des Menschen als das abendländische „Credo“<sup>26</sup>. Sie sei, so *Lenckner*, eine normative gesellschaftliche Entscheidung. Sie sei dann hinreichend legitimiert, wenn sie in der Überzeugung getroffen werde, dass Menschen im Guten wie im Bösen nur im Bewusstsein von Freiheit und Verantwortung existieren können<sup>27</sup>. Danach beruht die Schuldstrafe und mithin die demokratische Zufügung eines Übels auf ein gemeinsames Bekenntnis. Oder schließlich: Die Strafe dient nach herrschender Ansicht insbesondere der Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit, also dem tätigen Glauben<sup>28</sup> einer aktiven Glaubensgemeinschaft.

3. Die Suche nach alten sakralen Wurzeln des modernen säkularen Strafans stellt nur auf den ersten Blick das moderne Weltbild in Frage. Der „Animus“ ist als Menschenwürde sein Gegenstand und religiös gewendet sein Gral. Animus stellt einen Begriff dar, dessen sich zudem sowohl das deutsche Strafrecht für den Willen eines Menschen als auch der Animismus für die beseelte Welt bedienen. 309

---

<sup>26</sup> Roxin, Claus, Problematik, ZStW 96 (1984), 641 ff., 642 f.

<sup>27</sup> Lenckner, Theodor in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. Aufl. 2001, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 110; Roxin, Claus, Das Schuldprinzip im Wandel, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.): Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 519 ff., 521, erklärt, die Willensfreiheit sei nicht nachweisbar, doch hindere uns diese „notwendige Bescheidung“ nicht daran, die wechselseitige Zubilligung von Freiheit als „soziale Spielregel“ anzuerkennen. Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, noch in der 50. Aufl. 2000, Vor 5 13, Rn. 28: „Willensfreiheit als Voraussetzung von Schuld ist ... als Teil der von uns erlebten Wirklichkeit existent und bedarf keines Beweises, weil es für uns keine andere als die erlebte Wirklichkeit gibt (str.)“. Rudolphi, Hans-Joachim, in: Rudolphi, Hans-Joachim/Horn, Eckard/Samson, Erich/Günther, Hans-Ludwig/Hoyer, Andreas/Wolters, Gereon, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Stand April 2003, Rn. 1 Vor 5 19.

<sup>28</sup> Bock, Michael, Ideen und Chimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, ZStW 103 (1991), 636 ff., zur Bedeutung des „Glaubens“ an die Norm für deren Geltung, insbes. 647 ff., 652; Tiemeyer, Jürgen, Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, ZStW 100 (1988), 527 ff.

### III. Unterwürfiges Opfern als hoheitlicher Kult

- 310 1. *Burkert*, der wie *Girard* seine religionswissenschaftlichen Thesen im Jahre 1972 veröffentlicht hat und in einer jüngeren Untersuchung von *Gebauer* und *Wulf* Gefolgschaft findet, sieht das religiöse Opfern<sup>29</sup> als eine allgemeine Grundform menschlichen Verhaltens<sup>30</sup>. An diese These und diese Schriften ist anzuknüpfen.
- 311 Religion und Psychologie fügt *Girard* in seinem sprachgewaltigen Werk „Das Heilige und die Gewalt“ zusammen: Die animistischen Naturreligionen, auf die er sich bezieht, begreifen die Natur als beseelt. Die Natur ist in jedem ihrer Teile von einzelnen Geistern und Dämonen beherrscht. Der Mensch lebt in und mit dieser Natur. Die menschlichen Gemeinschaften sind zudem, und zwar insbesondere soweit sie patriarchalisch strukturiert sind, vom Geist der Ahnen beeinflusst<sup>31</sup>. Die in dieser Vorstellung lebenden Menschen empfinden sich als Teil dieser beseelten Welt. Diese Art der Religion erfasst aber, wie jede Weltanschauung, nur denjenigen, der an sie glaubt und ihn auch nur insoweit, als er an sie glaubt. Andernfalls bedürften Religionen keiner Bekräftigungen. Jeder Skeptizismus und auch die Entwicklung anderer Weltanschauungen wären ausgeschlossen. Auch sind alle praktizierten Religionen, wie alle Kulturen, weil Identität stiftend, recht eigen ausgestaltet. Jeder einzelne Geist, in welchem Sinne auch immer verstanden, besitzt neben seinem arteigenen auch einen höchst eigenartigen Charakter. Auch seine Wege sind insoweit unerforschlich. Der prämoderne Animismus ist durchaus mit der Grundvorstellung der postmodernen System- als der reinen und gottgleichen<sup>32</sup> Beziehungstheorie zu erfassen und auch verwandt.

---

<sup>29</sup> Zur Definition des Opfers (von offerre = darbringen, hingeben; profan auch: etwas zu Markte tragen) und sacrificium als das Heiliggemachte, siehe Bürkle, Horst, Die religionsphänomenologische Sicht des Opfers und ihre theologische Relevanz, in: Schenk, Theorie, 153 ff., 154, sowie Kluxen, Wolfgang, Opfer als Handlung, in: Schenk, Theorie, 289 ff., 294 (opfern vom kirchenlateinischen Begriff „operari“, als soziales Tun und „Almosen“ geben).

<sup>30</sup> Gebauer, Gunter/Wulf, Christoph, Spiel – Ritual – Geste. Mimetisches Handeln in der sozialen Welt, 1998, 173; Burkert, Walter, -homo Necans. Interpretationen altgriechischer Opferriten und Mythen, 1972, u.a. 9.

<sup>31</sup> Wesel, Uwe, Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 2. Aufl. 2001, 38.

<sup>32</sup> Zur entsprechenden Kritik an der Gottgleichheit des selbstschöpferischen Systems vgl. Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, 60; Welker, Michael, Theologie und funktionale Systemtheorie. Niklas Luhmanns Religionssoziologie in theologischer Diskussion, 1985; Kargl, Walter, Handlung und Ordnung im Strafrecht. Grundlagen einer kognitiven Handlungs- und Straftheorie, 1991, 21, in Bezug auf Hejl, Peter

2. *Girard* selbst will seine Thesen nur als die Basis für eine Theorie der primitiven Religionen verstanden wissen, vermutet aber bereits ihre Übertragbarkeit „auf die jüdisch-christliche Tradition und die Kultur insgesamt“<sup>33</sup>. So mündet sie auch im ersten Schritt in die alttestamentarische Sündenbocklehre, die, bereits eine Hirten- und Bauernkultur im Blick hat. 312

Trotz aller nahe liegender verfassungs- und strafrechtlicher Kritik am ihr zugrunde liegenden alttestamentarischen Menschenbild erscheint sie auch heute noch zumindest als diskutabel: An sich droht bei Gewalt innerhalb der Gemeinschaft die ewige Wiedervergeltung, die jeweils durch Wut, Zorn oder auch Rechtsbedürfnis erneut angetrieben<sup>34</sup> wird. Die Betroffenen reagieren auf Gewalt mit neuer Gegengewalt. Um die ewige Wiedervergeltung zu beenden, gibt es nur entweder den schlichten und emotionalen Weg, die Gewalt frustriert und passiv hinzunehmen, oder aber aktiv den Ausweg, den Bedürfnisstau durch ein Opfer abzulenken<sup>35</sup>. Diesen Zweck verfolgt die gemeinsame rituelle Opferung eines Sündenbockes. Das Opfer, so lautet also *Girards* aus der Sozialpsychologie stammende einsichtige Grundthese, bewirkt für die Gemeinschaft insgesamt eine Affektentladung. Der Akt der Opferung wirkt zudem zugleich für die Gemeinschaft als Identität stiftend<sup>36</sup>. 313

Die moderne generalpräventive Einforderung der exemplarischen Bestrafung des Normbrechers zur Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit impliziert wesentliche Elemente dieser Sicht. Das heutige 314

---

M., Sozialwissenschaft als Theorie selbstreferentieller Systeme, 1982, 255: „Säkularisierte Theologie“; siehe auch Luhmann, Niklas, Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenschaftssoziologie der modernen Gesellschaft, Band II, 1981, 63; Bock, Ideen, ZStW 103 (1991), 636 ff.; zudem: Scholz, Frithard, Freiheit als Indifferenz. Alteuropäische Probleme mit der Systemtheorie Niklas Luhmanns, 1982, insbes. 23 ff.; kritisch zu diesem Ansatz auch Zaczyk, Rainer, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, 33 ff., selbstkritisch Luhmann, Niklas, Einige Probleme mit „reflexivem Recht“, Zeitschrift für Rechtssoziologie 6 (1985), 1 ff., 2.

<sup>33</sup> Girard, Rene, Das Heilige und die Gewalt (La Violence et la sacre, 1972), deutsch: 1987, 457.

<sup>34</sup> Girard, Heilige, u.a. 30 ff.

<sup>35</sup> So auch Jakobs, Günther, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegung zu einer Rechtsphilosophie, 1997, 102; zudem: Kaiser, Hanno, Widerspruch und harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe, 1999, 12.

<sup>36</sup> Streng, Franz, Psychoanalyse und Strafrecht, MSchrKrim 59 (1976) 77 ff.; Maiwald, Manfred, Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff, in: Küper, Wilfried i.V.m. Puppe, Ingeborg/Tenckhoff, Jörg (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, 149 ff., 156; vgl. auch Maiwald, Manfred, Moderne Entwicklungen der Auffassung vom Zweck der Strafe, in: Immenga, Ulrich (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtswissenschaft 1980, 291 ff., 300 ff.

Gerichtswesen, fügt auch *Girard* an, diene ebenfalls dazu, die ewige Widervergeltung<sup>37</sup>, also Selbstjustiz zu unterbinden<sup>38</sup>. „Gerichtswesen und Opfer haben also letztlich die gleiche Funktion“, nur sei das Gerichtswesen viel effizienter<sup>39</sup>. Die Gemeinschaft verlangt die Zufügung eines realen Übels, weil ihr Gerechtigkeitsgefühl sie dazu treibt. Aufgebracht ist sie durch Tat. Da sie aber die Tat nicht als Tat eines externen unfassbaren Geistes begreift, sondern als diejenige des höchsteigenen Geistes dieses Täters, wendet sie sich an den Täter und seinen Geist. Mit ihrer Reaktion trifft sie, auch nach ihrem eigenen Verständnis, ihn mit seinem offenbar unberechenbaren und „freien Geist“. Eingesperrt vermag er keinen Schaden mehr anzurichten. Re-sozialisierungsangebote helfen ihm, sich in einen freiwillig „guten Geist“ zurückzuverwandeln.

315 3. Bedeutsam sind die Definition und die Funktion des Opfers aus animistischer Sicht. Mit *Girard* muss das Opfer etwas Ähnliches beinhalten oder aber, wie anzufügen ist, einen symbolischen Teil des Erlangten darstellen. Damit eine Kategorie von Lebewesen, also Mensch oder Tier, als überhaupt opferfähig erscheint, muss sie eine möglichst große Ähnlichkeit mit der nichtopferungsfähigen Kategorie, etwa des wahren Menschen aufweisen<sup>40</sup>. Vielfach entstammen deshalb die Menschenopfer einer „randständigen Kategorie als Sklaven, Kinder, Vieh usw.“<sup>41</sup>. Auch das Opfern von Kindern oder Witwen zeigt im Übrigen in der Regel deren geminderten Status an. Die Logik ist zwingend: Von ihnen kann nicht die Gefahr der Widervergeltung ausgehen, und deshalb werden sie zu Opfern. Aber sie assoziieren in ihrer Person noch das vollwertige und vergeltungswürdige und -fähige Lebewesen.

316 Für die animistische Weltsicht erscheint auch eine weitere Grundthese *Girards* folgerichtig, die er mit dem Titel seiner Untersuchung bereits anspricht. „Das Heilige und die Gewalt“ gehören zusammen. Der ge-

---

<sup>37</sup> Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Sämtliche Werke, Kritische Ausgabe, Band V, Encyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, auf der Grundlage der Lassonschen Ausgabe* herausgegeben von Johannes Hoffmeister, 5. Aufl. 1949, § 500: Die Rache schaffe, weil sie von Einzelinteressen ausginge, nur neue Verletzungen, „ins Unendliche fort“. Aber dieser Prozess hebe sich „in einem dritten Urteil, das ohne Interesse ist, der Strafe, auf“.

<sup>38</sup> Girard, *Heilige*, 36.

<sup>39</sup> Girard, *Heilige*, 39.

<sup>40</sup> Girard, *Heilige*, 23 f.: „um dem Appetit der Gewalt eine bekömmliche Nahrung zu liefern“; siehe auch Emrich, *Opfer*, 67, 75.

<sup>41</sup> Girard, *Heilige*, 398: Opfertiere wurden vielfach zuvor von der Herde abgesondert und in der Nähe von Menschen angepflockt (399 f.).

meinsame Opfervorgang als Gewaltakt beinhaltet deshalb folgerichtig ein doppeltes metaphysisches Element. Der Sündenbock wird gleichzeitig sowohl dämonisiert als Träger der Schuld als auch mit der heiligen Opferung sakralisiert<sup>42</sup>. Heilige Gewalt und heiligende Gegengewalt treffen sich im Bild vom Opfer eines lebendigen Wesens. Ähnlich sieht es *Burkert*.

4. Mit *Burkert* sind vier Teilelemente herauszustellen, die besondere Akzente setzen: 317

(1) Opfern meint in der Regel einen Tötungsakt. Ursprünglich war es die Jagd eines im animistischen Sinne heiligen Beutetiers<sup>43</sup>. Jenes wurde getötet, verteilt, geopfert und im Opfermahl gemeinsam verzehrt. 318

(2) Das Fleisch sicherte zwar das Überleben. Die Tötung war also notwendig. Sie brachte aber als Preis den Schock des Tötens eines lebendigen Wesens mit sich. Es war entweder selbst beseelt oder aber seine Tötung mit der Vorstellung vom Raub an dem Eigentum fremder Geister verbunden. Sie barg den Schrecken des Blutvergießens, das auch die Gewalt gegenüber einem anderen Menschen mit einschloss. 319

(3) Die Beutetiere dienten deshalb auch schon während der Opferhandlung zugleich als Objekte von „Projektionen, Symbolisierung und mimetischem Handeln“<sup>44</sup>. Dabei ist unter mimetischem Handeln das rituelle Nachahmen und hier also das Wiederholen in einer bereits verfremdenden Weise zu verstehen. 320

(4) Das Grunderlebnis des Heiligen war demzufolge die Opfertötung. Das Blut der Opferlämmer entspricht zudem dem höchsteigenen Blut derjenigen, die Blutopfer mit eigener Hand durchführen oder durch heilige Mittler durchführen lassen. Blut ist ein besonderer Saft. 321

---

<sup>42</sup> Dazu auch Kaufmann, Franz-Xaver, Macht Zivilisation das Opfer überflüssig?, in: Schenk, 173 ff., 176.

<sup>43</sup> Burkert, Walter, *Homo*, 30 Fn. 37, Zitat: „Die größte Gefahr des Lebens liegt darin, dass die Nahrung des Menschen aus lauter Seelen besteht“, sagte ein Eskimo-Schamane, wörtlich aus: Meuli, Karl, Griechische Opferbräuche, in: Gigon, Olof/Meuli, Karl/Theiler, Willy/Wehrli, Fritz/Wyss, Bernhard (Hrsg.), *Phyllobolia*. Festschrift für Peter von der Mühl, 1946, 185 ff., 226.

<sup>44</sup> Gebauer/Wulf, *Spiel*, 173; Burkert, Walter, *Homo*, u.a. 9: „Der homo religiosus agiere und sei sich bewusst als ‚homo necans‘“, 29; Devereux, George, *Ethnopsychiatry and Suicide*, 1961, 14.



- 322 Die Gewalttat galt somit ursprünglich nicht als Ausnahmeakt. Seit jeher begleitete sie zugleich als Hauptelement des Heiligen das gesamte Leben. In einer animistischen Naturreligion, aber auch in jeder anderen Natur- und Weltsicht, die sich buddhistisch dem Leben und seiner Überwindung widmet oder auch ganzheitlich taoistisch dem Ausgleich oder auch sonst dem Prinzip der toleranten Anerkennung allen Lebens unterwirft, bedeutet jeder Nahrungserwerb eine Störung: etwas zu nehmen, ohne etwas zurückzugeben. Damit verletzt der Jäger und Sammler ein altes ethisches Gerechtigkeits-, ein ganzheitliches Harmonie- und damit auch Weltordnungsprinzip. Jede menschliche Aktion greift in die beseelte Welt ein.
- 323 Die Idee einer ewigen Sündhaftigkeit, aber auch diejenige der Achtung allen Lebens zeichnet sich ab. Gemeinschaften, die die Natur als belebt betrachten, müssen deshalb jeweils und regelmäßig dafür sorgen, Geister zu versöhnen. Sie opfern ihnen nicht nur, sondern sie laden sie auch folgerichtig, und wie in der christlichen Religion, zum gemeinsamen Mahl zuvor geweihter Speisen ein. Auf diese Weise bewirken sie, dass die zuständigen höheren Wesen die Verantwortung für die Tat mit übernehmen und sich weiterhin mit den Opfern und deren persönlichen Geistern im Einklang sehen.
- 324 Die zürnende Vergeltung der Geisterwelt lädt also nur derjenige auf sich, der nicht den Sitten gemäß zu teilen, also zu opfern, bereit ist. Fehlt es deshalb an dem gebotenen Sühneopfer, wird es vor, bei oder nach der Tötung eines beseelten Wesens nicht erbracht, so ist es folgerichtig nachzuholen, oder aber der zuständige Geist würde dauerhaft unbefriedigt sein. Mit ihm würde die Harmonie der gesamten Geisterwelt, einschließlich des eigenen Geistes, aus dem Gleichgewicht geraten. Letztlich stehen einander verschiedene Geister und deren diffuse Herrschaftsbereiche gegenüber. Das reale Opfer wird im Dienste der Versöhnung der beseelten, also metaphysischen und hoch normativen und auch kommunikativ-symbolischen Welt erbracht. Den Kernfall aber bildet zumindest in Jagd-, Hirten- und kriegerischen Kulturen die gewaltsame als die bewusste blutige Tötung eines beseelten Wesens.
- 325 Auch im modernen Recht gilt die Tötung eines Mitmenschen als diejenige des einzigen Wesens, das im heutigen Wortsinne einen eigenen Geist besitzt, und zwar durch ein ebensolches Wesen. Die alte Seelenlehre spiegelt sich in der Idee der unantastbaren Menschenwürde, die allen Menschen eigen ist, erkennbar wider. Verschlöschen ist jedoch der Weg, einen Sündenbock zu opfern.

5. Der Rückgriff auf den Sündenbock dient in den archaischen Kulturen dazu, die Aggression auf etwas weniger Wertvolles aber Ähnliches abzulenken. Aber die Ähnlichkeit eines geopfertem Lebewesens bietet noch nicht die Gleichwertigkeit, die nach dem Widervergeltungsprinzip an sich erforderlich wäre. Zur Befriedung nach dem Vergeltungsprinzip bedarf es deshalb, um Frustrationen zu vermeiden, zusätzlicher Kompensationen. Sie müssen folgerichtig auf derselben sozial-emotionalen Ebene angesiedelt sein. 326

Der Ausgleich besteht einmal in der vergeistigenden Verfremdung der Tötung durch die gemeinschaftliche, theatergleiche Feierlichkeit des Ritus. Er entfremdet die Menschen von ihren eigenen Gefühlen, indem er sie und sie sich mit ihm in Rollenträger verwandelt. Im Wortsinne werden die Personen zu Maskenträgern, die etwas durch die Masken und durch sich hindurch tönen lassen. Dieser gemeinsame Vorgang von Entäußerungen trägt mit der formalen Unterwerfung unter ein Ritual hoheitliche Züge. Eine solche Unterwerfung symbolisiert als Demutshaltung den Frieden im Sinne eines Verzichtes. 327

Auf diese passive, nur Frustration erzeugende Weise ist der Aggressionsstau nicht allein abzulenken. Der Akt der Opferung wird deshalb durch die Ritualisierung nicht nur verfremdet, sondern zusätzlich und aktiv in eine lange Kette von vielen gleichen Opferungen eingepasst und dadurch auf der intersubjektiven Ebene verallgemeinert. Das Prinzip der einfachen Widervergeltung wird auf diese Weise überspielt. Diese Kette reicht weit in das mythische Leben zurück. In Totem- oder auch Ahnenreligionen schafft dieser Teil des Ritus eine tröstende Rückbindung an die Ursprünge der Gemeinschaft. Er bewirkt eine Entindividualisierung und Sozialisierung, legt den Schleier der Mystifizierung über die grausame Realität des Todes und des nachfolgenden Ausgleichsopfers und endet in der Aktivität der alle vereinigenden Feier. 328

Auch das ansonsten schon ritualisierte Strafverfahren bedient sich 329  
zwangsläufig der Wiederholung. Es nähert sich Tat und Täter immer formelhafter werdend in verschiedenen Phasen des Verfahrens. In der Hauptverhandlung haben alle Beteiligten ihren rituellen Hauptauftritt. In Rollen entwickeln sie nach festen Mustern mündlich und öffentlich die vornormierten Tatsachen, die die Rechtsfolgenvoraussetzungen bilden. Der Urteilsspruch beruht seinerseits auf dem Abgleich mit halbabstrakten gesetzlichen Festschreibungen und erinnert an die vielen ähnlichen vergangenen Taten. Das Urteil ist mit seinen Gründen mündlich und dann nachlesbar in bestimmten Formen und Formeln

festgeschrieben. Es begleitet den Verurteilten während des gesamten Vollzuges und im Zentralregister noch darüber hinaus. Insofern beinhaltet die Vorstellung von der „Legitimation durch Verfahren“<sup>45</sup> einen sakralen Hintergrund.

- 330 6. Aus sozialpsychologischer Sicht verfügt jeder und auch der moderne Mensch über Tötungs- oder Gewalthemmungen. Nahezu alle Menschen sind dennoch zumal im Krieg bereit, das Tabu nicht zu töten, zu durchbrechen. Mittels Neutralisationstechniken gelingt es ihnen, ihre höchstrichterlich bestätigte<sup>46</sup> hohe Hemmschwelle zu überwinden. Zu diesen Techniken gehört insbesondere die „kognitive Abwertung der Opferkategorie“<sup>47</sup>. Die Verantwortungsverteilung und vor allem die gehorsame Unterwerfung unter irgendeine höhere Autorität bietet, wie zum Beispiel das Milgram-Experiment zeigt, einen Weg, um selbst im Alltag die Hemmschwelle für Leben gefährdende Folterungen herabzusetzen<sup>48</sup>. Dieses Prinzips bedient sich bewusst oder auch unbewusst jedes Recht. Ihm unterwirft sich jeder einzelne Mensch, der Normen anwendet und ausführt. Der Gehorsamsgrundsatz<sup>49</sup> regiert das Recht zwar nicht allein, als staatlicher oder auch demokratischer Rechtspositivismus, der sich selbst als solcher rechtfertigt. Er beherrscht aber den Bereich der Alltagsregelungen des modernen Rechts. Auch die Idee der Autonomie des Menschen meint die Fähigkeit zur Selbstunterwerfung unter die höhere Autorität der eigenen Moral. Ebenso gilt, dass der Mensch, der stattdessen fremde Autoritäten im Rahmen seiner kulturellen Sozialisation als höhere verinnerlicht, wenn er sich ihnen unterwirft, zwar nicht nach eigener Vernunft oder Moral, aber doch unmittelbar nach eigenen Maßstäben handelt.

---

<sup>45</sup> Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Aufl. 1978, insbesondere 39 f., wengleich unter Hinweis auf die geringere Förmlichkeit moderner Verfahren: „Ohne Zweifel nehmen öffentliche Verfahren ritualisierte Elemente in sich auf.“

<sup>46</sup> BGH StV 1983, 444; NJW 1983, 2263; NStZ 1986, 449, 450; 1987, 424; 1988, 175; Benzler, Susanne, *Justiz und Anstaltsmord nach 1945*, *Kritische Justiz* 1988, 137 ff.

<sup>47</sup> Eisenberg, Ulrich, *Kriminologie*, 5. Aufl. 2000, § 57 Rn. 90 ff., Popitz, Heinrich, *Phänomene der Macht. Autorität – Herrschaft – Gewalt – Technik*, 1986, 97 ff.; zudem etwas kritischer Suter, Daniel, *Die Rechtsauflösung durch Angst und Schrecken. Zur Dynamik des Terrors im totalitären System*, 1983, 168 ff.; Benzler, Justiz, KJ 1988, 137 ff.

<sup>48</sup> Auch die nationalsozialistischen Verbrechen waren nicht überwiegend Folge von Zwang und Terror gegenüber Ausführenden, Eisenberg, U., *Kriminologie*, § 57, Rn. 86 ff., sowie Jäger, Herbert, „Verbrechen unter totalitärer Herrschaft“, in: Sieverts, Rudolf/Schneider, Hans Joachim (Hrsg.), *Handwörterbuch der Kriminologie*, 3. Band (R-Z), 2. Aufl. 1975, 453 ff., 460.

<sup>49</sup> „Auctoritas non veritas facit legem“, Hobbes, Thomas, *Leviathan*, lateinische Fassung, 1688, 26. Kap; dazu Naucke, Wolfgang, *Notizen zur relativen Verbindlichkeit des Strafrechts*, in: Zaczyk, Rainer/Köhler, Michael/Kahlo, Michael (Hrsg.), *Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998*, 1998, 361 ff., 364 f.

#### IV. Liberale Gabe und emotionaler Bund

1. Neben ihrer hoheitlichen Ausrichtung enthält auch bereits das religiöse rituelle Opfern ein liberalistisches Element, das in seinem Verständnis als eine Gabe zu sehen ist. Gaben dienen dazu, den metaphysischen Adressaten zu verpflichten oder zu versöhnen. 331

Das Wechseln von Gaben erscheint in der Religion als „zentrale Handlungen des Austausch mit der Natur und den Göttern“<sup>50</sup>. Die Opfergabe ist und gilt als ein Wesenselement aller Religionen<sup>51</sup>. Sie dient als Gabe zur „Befestigung einer reziproken Beziehung“<sup>52</sup>. Die rationalen Gründe sind offenkundig. Was der Mensch nicht aus eigener Kraft selbst bewirken kann, soll ihm ein wohlmeinendes Schicksal bieten: Gesundheit, Kindersegen und das Fernbleiben von Umweltkatastrophen. Werden diese Wünsche erfüllt, erscheinen sie als Gabe. Diese Gabe muss ebenfalls erwidert und besser noch, ihr sollte durch ein üppiges Erstgeschenk zuvorgekommen werden: Do ut des. 332

2. Eine Gabe hat die folgenden Eigenheiten: 333

(1) Sie verschafft dem Empfänger einen Vorteil und erhält ein besonderes Gewicht dadurch, dass sie einen schmerzlichen Verlust für den Geber darstellt. Insofern bietet er ein Opfer. Eine bedeutende Gabe ist für ihn ein bedeutendes Opfer. Das wichtigste Opfer wäre die persönliche Hingabe als die Selbstversklavung, etwa im Sinne der persönlichen Dienerschaft. Der übliche Gruß mit der Demutsgeste des Verbeugens oder auch den Worten „Ihr Diener“ zeigt dieses Element, und zwar als erwartete wechselseitige Gabe im sozialen Alltag an. 334

(2) Typischerweise handelt es sich bei der Gabe nicht um die Aufopferung des Opfernden selbst, sondern um etwas verobjektiviertes Lebendiges oder auch Heiliges, aber ein Teil der Natur. Wie beim Opferlamm handelt es sich um eine Gabe von Etwas, um ein Objekt, das dem Opfernden zwar wichtig und heilig ist, über das er aber disponieren kann. Die zweite typische Eigenheit der Gabe ist also deren Verfügbarkeit (Disponibilität). 335

---

<sup>50</sup> Gebauer/Wulf, Spiel, 160.

<sup>51</sup> Bürkle, Sicht, 153, 157 ff.

<sup>52</sup> Bürkle, Sicht, 153, 159.

- 336 (3) Der dritte und verbindende Aspekt ist die Gegenseitigkeit eines verdeckten Geschäftes. Eine Gabe verlangt bei Gelegenheit eine Gegengabe. Insofern regiert das Opfer, als Gabe gedeutet, auch das rationale und zivile Prinzip der Wechselseitigkeit. Geber und Empfänger erkennen einander während des Austausches wechselseitig als „Partner“ (Teilhaber) an<sup>53</sup>.
- 337 (4) Generell gilt viertens: Wer die Gabe nicht leistet, ist entweder arm oder aber entehrt. Jeder Gebende ehrt sich also zugleich auch selbst. Er geriert sich als ein Besitzender, als jemand, der „das Seine“ hat, aber auch beansprucht.
- 338 (5) Fünftens: Der Einzelne oder auch eine Gemeinschaft, die Opfer als Buße verlangt, nimmt diese als Gaben von einem Verfügenden und in diesem Sinne „Freien“. Selbst ein Akt einer totalen persönlichen Selbstopferung beweist das Ausmaß der Selbstherrschaft des sich Opfernenden<sup>54</sup>.
- 339 (6) Als erstes Friedensangebot einem Menschen gegenüber schwingt die Bereitschaft zu einem längerfristigen Handel mit. Dessen Grundlage ist der Kredit als das erfahrene Vertrauen. Aber auch er wird durch die gebende Selbstverpfändungen von Ehre, Schwüren oder auch Heiraten der eigenen Kinder gestärkt.
- 340 3. Die Gabe beinhaltet zudem die Option der dauerhaften Kooperation im Sinne der positiven Wechselseitigkeit, dem „fit for tat“ der politischen Spieltheorie<sup>55</sup>. Der Gebende schafft vorleistend Vertrauen. Er weist sich deshalb als ein auch zukünftig verlässlicher und vor allem friedliebender, weil nicht egoistischer Partner aus.
- 341 Der künftige Weg in einer Welt des Eigentums sowie des Handels und des künstliche Gegenstände schaffenden arbeitsteiligen Handwerks, das autarke Familiengruppen ab- und auflöst, ist mit der Idee der Gabe eröffnet. Zwar ist einzuschränken, dass Gaben auch als Geschenke

---

<sup>53</sup> Wagner, Falk, Die christliche Revolutionierung des Gottesgedankens als Ende und Aufhebung menschlicher Opfer, in: Schenk, Theorie, 251 ff. u.a. 278 aus dem Blickwinkel der evangelischen Theologie.

<sup>54</sup> Siehe auch Kluxen, Opfer, 289 ff., 292 (nur „wenn der Inhalt des Verzichts Eigenbesitz ist, über den der Opfernde rechtmäßig verfügen kann“).

<sup>55</sup> Dazu: Montenbruck, Wie Du mir, 13 ff., 44 ff.

und deshalb nicht wechselseitig im Sinne eines kleinkrämerischen Austauschgeschäftes gereicht werden<sup>56</sup>.

Aber auch als Geschenke werden sie in aller Regel nur scheinbar altruistisch dargeboten. Sie dienen in diesem Falle der Darstellung des Gebers als Besitzendem und Mächtigem, sind mit dem Angebot des Gastrechts und der Erwartung, gegebenenfalls nach diesem Recht behandelt zu werden, verbunden. Sie enthalten die Erwartung der Wechselseitigkeit jedenfalls in Notlagen. Sie sollen Solidarität zwischen Gebenden und Empfängern aufbauen oder bestärkend aufrechterhalten. 342

Zudem sind sie selbst unter Fremden typischerweise mit dem Angebot des Friedens verbunden. Notlagen sollen also wechselseitig auch nicht geschaffen werden. Daraus ergibt sich auf Dauer die emotionale Verbundenheit eines „Bundes“: Untrennbar ist der religiöse Bund des Gläubigen nicht nur mit seinem persönlichen Geist, der vielfach an seinem Namen haftet, sondern auch mit dem zuständigen Geist für seine Gruppe, dem Familien- oder Stammesgeist, dem Dorf- oder Stadtgott, bei dem Volk der Juden des Alten Testaments der schriftlich belegte Bund mit ihrem Gott. Zu erinnern ist daran, dass der Katholizismus mit dem Namenstag auch einen zuständigen Heiligen bestimmt. Dieser Bund meint auf der religiösen Ebene die Lebensgemeinschaft von Herrn und Knecht. Bei ihr ist aber auch der Herr nur dann Herr, wenn er über Knechte verfügt, die ihn als solchen anerkennen. Diese Vorstellung des deutschen Idealismus<sup>57</sup> entspricht derjenigen des religiösen Bundes. 343

4. *Bürkle* sieht im religiösen Dahingeben zugleich auch, und zu Recht, den persönlichen Unterwerfungsakt der eigenen Verpfändung<sup>58</sup>. 344

---

<sup>56</sup> Gebauer/Wulf, Spiel, 165 ff. (Geschenk).

<sup>57</sup> Fichte, Johann Gottlieb, Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre, 1796, in: Fichte, Immanuel Hermann (Hrsg.), Fichtes Werke, Band III, Zur Rechts- und Sittenlehre I, 1971, 1 ff., 47 ff., 85 ff.; Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Phänomenologie des Geistes, in: Sämtliche Werke, Jubiläumsausgabe in Zwanzig Bänden, hrsg. von H. Glockner, Band 2, 1964, Bd. IV. A., 145 ff.; Seelmann, Kurt, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2001, Rn. 68 f. Hegel, Encyclopädie, § 434: Es besteht, „da das Mittel der Herrschaft, der Knecht, in seinem Leben gleichfalls erhalten werden muss, Gemeinsamkeit des Bedürfnisses und der Sorge“ für die Befriedigung ihres Verhältnisses.

<sup>58</sup> Bürkle, Sicht, 153 ff., 160.

- 345 Doch ebenso erzwingt der Gedanke der Wechselseitigkeit eine entsprechend fortdauernde Verantwortlichkeit der höheren Macht für die Existenz des sich Unterwerfenden. Die Verpfändung bewirkt eine Verpflichtung. Deshalb verbirgt sich in der erhofften Annahme der Gabe die Erwartung, die der Satz „do ut des“ ausspricht<sup>59</sup>, also den Empfänger verpflichten zu können<sup>60</sup>. Mit dem Gedanken der Verpfändung ist ebenfalls die Vorstellung einer längerfristigen Beziehung verbunden. Daraus folgt ein drittes Element der Opfer-Gabe: Die Wiederholung von Gaben innerhalb einer langfristigen Gemeinschaft und auch die Vorstellung von der Verpfändung, des Einwerbens von künftiger Solidarität und auch das Angebot zum Frieden weisen auf die emotionale Seite hin.
- 346 Aus religiöser Sicht signalisiert die Opfer-Gabe über den äußeren Teil hinaus ein inneres Hingeben, das dem Menschen als emotionale Grundanlage eigen ist. Auch das Gebet, oder wie *Bürkle* verallgemeinernd formuliert, die Kontemplation als die innere Wesensschau, die dem Ziel dient, nach innerer Befreiung zu suchen, enthält Elemente eines geistigen Sich-Hingebens und also Opfern<sup>61</sup>. Das Gebet ist andererseits ein Zwiegespräch, das zumindest im Grundsatz eine Kommunikationsgemeinschaft voraussetzt. Es dient überdies dem Gläubigen dazu, ihn in seinem „In-der-Welt-sein“ zu stärken. Er erhält also etwas für das diesseitige Leben.
- 347 In der Religion meint die Opfergabe vielfach ein „Verhalten gegenüber der Macht seines eigenen Ursprungs“<sup>62</sup>. Dieses bereits verinnerlichende Modell umfasst die Verehrung der Eltern ebenso wie diejenige der Ahnen und abstrahierend des Schöpfergottes oder der schöpferischen Natur insgesamt. Bereits postmodern aus weltlich anthropologischer Sicht betrachtet, strukturieren, erhalten und verändern Gaben das individuelle und das soziale Leben<sup>63</sup>.
- 348 Dem frühen Ethnologen *M. Mauss* zufolge und bereits systemtheoretisch gedacht, stellt der „zirkuläre Prozess des Gebens, Nehmens und Erwiderns von Gaben die totale soziale Handlung“ dar, die die Ge-

---

<sup>59</sup> Spaemann, Robert, Einleitende Bemerkungen zum Opferbegriff, in: Schenk, Theorie, 11 ff., 21.

<sup>60</sup> Bürkle, Sicht, 153 ff., 161: „Die Gabe bindet und verpflichtet den Empfänger.“

<sup>61</sup> Bürkle, Sicht, 153 ff., 163.

<sup>62</sup> Bürkle, Sicht, 153 ff., 154 ff.

<sup>63</sup> Gebauer/Wulf, Spiel, 160.

sellschaft konstituiert<sup>64</sup>. Sie besitzt als solche den Charakter eines in sich geschlossenen privaten Bundes.

## V. Säkularisierung als Verinnerlichung der Religion

1. Probleme bereitet insbesondere die Vorstellung der modernen Strafe als sakrale Opferung. Dazu ist die Verbindungslinie von der von außen leitenden Religion als der Rückbindung an höhere Mächte hin zum säkularen westlichen Menschenbild aufzuzeigen. Das Mittel bietet die Zivilisationstheorie und den Einstieg die Erkenntnis, dass das säkularisierte moderne Menschenbild des würdigen, weil autonomen Menschen, der sich gemeinsam mit anderen demokratisch selbst regiert, in weiten Bereichen das Heilige nicht nur verdrängt, sondern zugleich ersetzt hat. 349

2. Die entsprechende zivilisationstheoretische Doppelthese lautet: Die moderne Zivilisation beruht auf Verinnerlichung der den Menschen von außen leitenden Religion und zudem auf deren vergeistigender und rationalisierender Abstraktion. Mit *Horkheimer* und *Adorno*, auf deren Sicht sich auch zum Beispiel der Theologe *Schenk* stützt, ist festzustellen: „Die Geschichte der Zivilisation ist die Geschichte der Introversion des Opfers.“ Mit ihnen ist zugleich anzufügen: „Mit anderen Worten: die Geschichte der Entsagung“<sup>65</sup>. 350

Insofern handelt es sich um: „Die Transformation des Opfers in die Subjektivität“<sup>66</sup>. Sie findet im Sinne der Aufklärung in den Pflichtenlehren statt, die a priori begriffen werden. *Elias* formuliert aus soziologischer Sicht: die Zivilisierung von Sozietäten sei die Entwicklung „vom Fremdzwang zum Selbstzwang“<sup>67</sup>. *E-X. Kaufmann* definiert Zivilisation als die Entstehung eines gesellschaftlichen Zwangs zur 351

---

<sup>64</sup> Gebauer/Wulf, Spiel, 160, unter Hinweis auf Mauss, Marcel, Die Gabe. Form und Funktion des Austauschs in archaischen Gesellschaften, in: ders., Soziologie und Anthropologie, Bd. 2, 1978, 9 ff., 12.

<sup>65</sup> Horkheimer, Max/Adorno, Theodor W., Dialektik der Aufklärung: Philosophische Fragmente. Friedrich Pollock zum 50. Geburtstag, 1972, 62; Schenk, Richard, Einleitung in die Thematik „zur Theorie des Opfers“, in: ders., Theorie, 1 ff., 2.

<sup>66</sup> Horkheimer/Adorno, Dialektik, 61 ff.

<sup>67</sup> Elias, Norbert, Über den Prozess der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen, Bd. I, 5. Aufl. 1978, Einleitung, LXI; Gebauer/Wulf, Spiel, 39 ff.



Selbstbeherrschung. Sie verlange eine Individualisierung der Lebensverhältnisse und entsprechende Reflexivität der Kultur<sup>68</sup>.

- 352 Die Philosophie der Aufklärung und die Soziologie lösen also erkennbar nicht nur die Religion als äußere Macht ab, sondern sie auch rational auf. Die Introversion des Opfern beruht auf der Idee der Selbstherrlichkeit als der Autonomie des Menschen. Dort, wo sie gegeben ist, herrscht folgerichtig Selbstzwang. Der Freie, der Edle, der Bürger wie auch schon der Familienvater, dem ein absolutes Hausrecht zusteht, kurz auch jeder relative oder auch absolute Herrscher muss sich an irgendein eigenes Regelwerk binden. Selbst die blinde Willkür wäre seine eigene. Jede „freie“ Entscheidung eines Menschen zu einer Handlung ist bereits „die Seine“.
- 353 3. Bildet die Gerechtigkeit in Form der Wechselseitigkeit den Kern einer jeden Beziehung und deshalb auch der Gemeinschaft, ist sie zugleich der im Übrigen blinde Urgrund einer jeden Gemeinschaft.
- 354 Selbst einen allmächtigen Gott vermögen wir uns in der Regel nur, wenngleich als in seinem unerforschlichen Sinne als gerecht, und zwar vorrangig als gerecht im Sinne der Wechselseitigkeit vorzustellen. Auch ein blindes Schicksal gilt uns deshalb häufig als ein verdientes, weil es in einem unbegreifbaren höheren Sinne gerecht sein muss. Aber ohne die psychisch-geistige, also innere Anlage des Menschen, versöhnende Opfer als solche zu begreifen, kann keine Religion und keine Moral ihren Sinn erlangen. Auch wären die eigenen Entsayungen ohne ihr Erleben als Opfer keine solchen.
- 355 Das dementsprechende Bild vom Menschen als instinktarmem Wesen, das zum Ausgleich die Kultur entwickelt hat, und die Vorstellung, dass menschliche Emotionen vielfach kulturelle, überfeinerte Affekte darstellen<sup>69</sup>, gehen auf das Menschenmodell *Gehlen's* zurück. *Jescheck* und *Weigend* haben es ausdrücklich ihrem Verantwortungs- und Schuldmodell zugrunde gelegt<sup>70</sup>. Mit E.-X. *Kaufmann* ist auf die das Strafrecht schaffende Einsicht zu verweisen, dass dem Menschen die „Sublimierung der Affekte durch Kultur“ keinesfalls immer ge-

---

<sup>68</sup> Kaufmann, F.-X., *Zivilisation*, 173 ff., 187; zudem als Überblick: Bogner, Artur, *Zivilisation und Rationalisierung. Die Zivilisationstheorien Max Webers, Norbert Elias' und der Frankfurter Schule im Vergleich*, 1989.

<sup>69</sup> Kaufmann, F.-X., *Zivilisation*, 173 ff., 186.

<sup>70</sup> Gehlen, Arnold, *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, B. Aufl. 1966, 400 ff.; Jescheck/Weigend, *Strafrecht AT*, 405 ff., 416 Fn. 46.

lingt<sup>71</sup>. Auch die Freiheit zur Unvernunft ist dem Menschen eigen. Andernfalls wäre er auch über die Vernunft determiniert.

4. *E-X. Kaufmann* weist auf drei Eigenheiten der Zivilisation hin: (1) 356  
Kulturelle Erhöhung der Hemmschwelle, (2) Verhäuslichung der körperlichen Funktionen, (3) Monopolisierung der Gewalt, Konkurrenz und zunehmende Interdependenz.

Die kulturelle Erhöhung der natürlichen emotionalen Hemmschwelle 357  
bildet jedoch die generelle Aufgabe einer jeden auf Kooperation angelegten Binnenkultur. Kriegsideologien sorgen dagegen für den künstlichen Abbau von Tötungshemmungen gegenüber Fremden als Feinden. Aber die Grundfähigkeit, andere Menschen und zwar in der Nähe als Menschen zu erkennen und mit ihnen auch grundsätzlich als Nächste empathisch umgehen zu können, gehört zum genetischen Menschsein. Auch die emotionalen natürlichen Hemmschwellen sind als Anlagen vorhanden, die von der jeweiligen Sozialisation abhängen. Der Animismus der Naturvölker bedarf zudem keiner Zivilisierung. Er beruht übergreifend auf der Achtung der gesamten belebten Natur. Die Idee des Sozialvertrages deutet vielmehr an, dass erst der frei gedachte, triebhaft tierische Mensch der Zivilisierung durch Selbstgesetzgebung bedurfte.

5. Den großen geistesgeschichtlichen Zwischenschritt bildet die Ent- 358  
wicklung der jüdisch-christlichen Reduktion der vielen Geister der Natur, der zusätzlichen Familien-, Dorf- und der späteren Stadtgötter auf den einen einzigen allmächtigen und somit hoch abstrakten Gott. Aber auch der alttestamentarische Gott war noch der Volksgott des auserwählten Volkes, insofern noch vergleichbar mit alten Dorf-, Stammes- und Stadtgöttern.

Vonnöten war die folgerichtige völkerübergreifende Ausbreitung mit 359  
der Idee des Gottes aller Menschen. Die Abstraktion auf den einen, alles beherrschenden allmächtigen Geist erlaubt für seinen menschlichen Widerpart, und zwar nach dem Grundsatz der Wechselseitigkeit, die Idee von der Ebenbildlichkeit (*imago dei*) des und aller Menschen mit dem Schöpfer zu entwickeln. Bereits nach dem alttestamentarischen Schöpfungs- und Weltbild lebt der Mensch von den Tieren getrennt. Er hat Anteil am göttlichen Atem. Jener bildet seine Seele. Der Mensch kann und soll deshalb in dieser Welt selbstbestimmt leben,

---

<sup>71</sup> Kaufmann, F.-X., *Zivilisation*, 173 ff., 186.

wenngleich belegt mit der transzendentalen Verantwortung gegenüber seinem Gott<sup>72</sup>. Der Umstand aber, dass er sich für sein Handeln in der jenseitigen Welt zu rechtfertigen hat, beweist ebenfalls das hohe Maß der Eigenverantwortung in der diesseitigen. Der Preis, den der Mensch entrichtet, ist die Trennung von der sonstigen Natur<sup>73</sup>. Dafür konnte und musste er den Animismus aufgeben.

- 360 6. Hinzu tritt ein ebenso sozialer wie realer Vorgang, der die Bedeutung des Menschseins steigert. Der Mensch schafft sich mit und in seinen Großgemeinschaften gottähnlich eine mächtige eigene soziale, geistige und auch bei steigender Zahl der Menschen eigene reale Kunstwelt. Seine Bauwerke sind der steinerne Ausdruck dieser Selbstschöpfung. Den Ausstieg aus dem Paradies und den Einstieg in die Schöpfung eigener Welten hat er mit der Domestizierung von Tieren und der Veränderung seiner Umwelt durch Rodungen und Pflanzungen begonnen. Schon Hirten und Bauern schaffen sich eigene Welten.
- 361 Die Sprache ist seit jeher Ausdruck einer eigenen menschlichen intersubjektiven Gedankenwelt. Sie symbolisiert und prägt seine Kultur seit seinem Ursprung. Das Ausmaß seiner geistigen und auch der realen Selbstschöpfung und dann auch Selbstherrschaft hat er durch die Erfindung der Schrift und der Zahlen und mit ihr durch die kommunikative Verselbständigung künstlich fast ins Unermessliche gesteigert. Die Gemeinschaft der kommunizierenden Menschen weitet sich bis in die Vergangenheit der längst Verstorbenen aus und umfasst nunmehr auch die Fremden in außerordentlicher Ferne. Die westliche Hochkultur hat folgerichtig ihr Weltverständnis zu einer zunehmend analysierenden, also rationalen Abstraktion in der Sicht der Dinge entwickelt. Sie hat es mit der Beherrschung und Ordnung der Umwelt und auch der Entwicklung der Schrift, deren Haupteigenheit die Wiederholbarkeit des flüchtigen Wortes ist, vorangetrieben. Wer herrscht ordnet, wer ordnet herrscht. Wer ordnet abstrahiert, und wer abstrahiert teilt.

---

<sup>72</sup> Mit der Idee des würdigen Menschen wird die Vergöttlichung der Menschen neutestamentarisch durch den christlichen Gottessohn und also Gottes „Inkarnation“ betrieben und das säkulare Menschsein im Sinne der Humanitas auf diese absolute Ebene gehoben. Überblick bei Schild, Wolfgang, „Würde“, in: Erler, Adalbert (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), Bd. 5, 1998, 1539 ff. sowie nachdrücklich Schulz, Lorenz, Normiertes Misstrauen, 2001, 91.

<sup>73</sup> Horkheimer/Adorno, Dialektik, 31 f. erklären: „Die Menschen hatten schon immer zu wählen zwischen ihrer Unterwerfung unter die Natur oder der Natur unter das Selbst.“ Allerdings gehört dazu auch die Vorstellung, sich auch selbst zum Objekt von Betrachtungen machen zu können. Sie zeigt die nächst höhere Meta-Ebene, wissenschaftstheoretisch deren Fiktivität und auch deren notwendige Subjektivität an.

Zudem gilt bekanntlich auch: Wer teilt, kann herrschen. Wer jedem das Seine zuteilt oder lässt, der herrscht gerecht.

7. Die Zivilisation als Akt der Verbreiterung einer selbstherrlichen Kultur der Verfügbarkeit bewirkt mit der Abstraktion für die Aufklärung eine Gewichtsverschiebung hin zum Geist. Der Geist wird durch den Verstand und die Vernunft geprägt. Der so bezeichnete „Mythos der Analytischen“ geht einher mit einem erkennbaren Verlust an „Körperlichkeit“<sup>74</sup> und an Emotionalität. 362

Im Sinne des *Gehlenschen* Menschenbildes ist dennoch davon auszugehen, dass das Religiöse seine eigentlichen und tiefsten Wurzeln nicht einmal in der Welt der Vorstellung, also in der geistigen Welt, sondern in der „Gefühls- und Willenswelt“<sup>75</sup> des Menschen besitzt. Emotionen, die in sich fein aufgefächert und von einfachen Trieben bis hin zu empathischer Solidarität reichen, bilden die lange Brücke zwischen der Körperlichkeit und der geistigen Binnenwelt des Menschen. Sie schaffen die, jedenfalls für den Alltag evidente, Ganzheitlichkeit des Menschseins. Jeder Schmerz über den Verlust eines nächsten Menschen ist ebenso ein Gefühl wie die bereits deutlich vergeistigte humanistische Liebe zur Menschheit, die ebenso aus der Empathiefähigkeit des Menschen erwächst, sich dann allerdings insbesondere auf eine größere Gruppe von „Eigenen“ als tertiären Nächsten bezieht. Mit der durchaus eigennützigen Fähigkeit des Menschen zum Mitleiden und zur Mitfreude mit seinen primären und sekundären Beziehungspersonen ist auch die emotionale Verinnerlichung des Opfers als ein schmerzlicher Verlust vorgegeben. 363

Wenn man das Opfer als Kernelement vieler Religionen ansieht, dann muss die modernisierte Religion das Opfer in den nunmehr wesentlichen Teil der menschlichen Dreieinigkeit von Leib, Seele und Geist einbetten, also statt bisher in eine vereinigte vergeistigte Seele nunmehr in den erkennenden und vernünftigen Geist. Die Emotionalität, die die Aufklärung verdrängt und die Psychologie wieder zurückgebracht hat, verbindet gleichsam Körper und Geist. Das säkularisierte Schlagwort lautet deshalb: Humanität durch Empathie. 364

---

<sup>74</sup> Claessens, Dieter, *Das Konkrete und das Abstrakte. Soziologische Skizzen zur Anthropologie*, 1980, 315 f.; Kaufmann, F.-X., *Zivilisation*, 173 ff., 182 f.

<sup>75</sup> Cassirer, Ernst, *Philosophie der symbolischen Formen*, Bd. 2, *Das mythische Denken*, 1973, 262; Greisch, Jean, *Homo Mimeticus. Kritische Überlegungen zu den anthropologischen Voraussetzungen von Rene Girards Opferbegriff*, in: Schenk, *Theorie*, 27 ff., 30.

## VI. Autonomie und Animismus

- 365 1. Verglichen mit der Vorstellung von der beseelten Natur steht der moderne verweltlichte Mensch nach seiner Weltanschauung zugleich besser und schlechter da. Einerseits ist er, weil autonom, sein eigener würdiger Herr. In der Demokratie ist er im Sinne der postmodernen Theorie der Selbstorganisation der Mitherrscher mit den Anderen seiner Gemeinschaft über dieselbe und, auch auf diese Weise, über sich selbst. Aufgeklärt, kennt er außer seiner verinnerlichten Vernunft keine Götter über sich. Deshalb weiß er sich von jeder externen Grundpflicht, mit höheren Mächten zu teilen, also von der religiösen, versöhnenden Opfergabe befreit. Er kann, darf und muss die übrige Welt als entseelt, also entgeistigt begreifen und schlicht versachlichen. Er ist dennoch in ihr, aber auch ihr und sein eigener Herr.
- 366 2. Andererseits entsteht für ihn bei der Bestrafung schwerer Gewalttaten von Mitmenschen mit schweren Gewaltakten an Mitmenschen dasselbe Problem, dem die animistischen Religionen mit dem Aggressionen abbauenden rituellen Opfer-Gaben-Modell entgehen konnten, und zwar für ihn nahezu zum Dilemma potenziert. Der Weg des reinigenden und befreienden Sühneopfers eines anderen ähnlichen, aber niederrangigen heiligen lebendigen Wesens, etwa eines Tieres, ist ihm verschlossen, weil er ihnen die Ähnlichkeit mit sich abspricht.
- 367 Mit der These von der Verinnerlichung des Opfers in den modernen Großzivilisationen ist die Antwort auf die soziale Frage gegeben, die im Übrigen auch *E-X. Kaufmann* stellt, aber nicht beantwortet: Wie kann eine Gemeinschaft, die die archaischen Opferreligionen ablehnt, deren Vorzüge der Affektentladung und Identitätsstiftung ausgleichen? Die Antwort, die sich nach allem aufdrängt, lautet: Ist allein der Mensch mit der unantastbaren Menschenwürde gesegnet, so ist nur er heilig. Er hat zwangsläufig einen Teil seiner selbst zu opfern. Allerdings hat dieser Teil nach dem Prinzip der Opfergabe etwas Niederrangiges, aber Ähnliches und insofern schon etwas Verfügbares zu sein. Etwas, über das er der „Herr“ ist.
- 368 Der moderne Täter-Opfer-Ausgleich enthält zum Beispiel liberalistische Elemente der sühnenden Gabe in einer im weiten Sinne verstandenen beseelten Welt der Menschen. Die Geldstrafe beinhaltet hingegen eine hoheitliche Buße, verbunden mit einer unterwürfigen De-

mutsgeste, etwa im Sinne des Opfers von Lebensstandard oder von geronnener Zeit. Auch eine kürzere Lebenszeitstrafe<sup>76</sup> lässt sich noch als ein solches Zeitopfer verstehen. Aber bei der langfristigen Freiheitsstrafe verbietet es sich, von einem solchen Opfer, zumal noch von einem autonomen des Täters zu sprechen. Jeder Herr bedarf im Sinne *Hegels* seines Knechtes. Verinnerlicht gedacht, ist das Ziel mit sich in Harmonie zu leben weder durch den realen oder auch einen sozialen oder auch irgendeinen moralischen Tod zu erlangen. Nur wer die Harmonie auf ein jenseitiges Paradies überträgt oder aber buddhistisch auf eine entsprechende innere Seelenleere projiziert, kann den Tod als Bußgabe einfordern. Er muss dann aber zuvor das Problem lösen, wie er diesen Gewaltakt in seiner Vorstellung selbst ertragen kann, ohne in ihr die Spirale der Wiedervergeltung fortzuschreiben.

3. Versuchsweise sind die religiösen Forderungen eines animistisch denkenden Beobachters für die moderne anthropozentrische Welt-sicht durchzuprüfen. Sie ergeben die durchaus bekannten Deutungen. 369

(1) Die Sündenböcke müssen danach immer Menschen sein. Sind aber dem modernen Menschen, wie es die Idee der universellen Menschenrechte verkündet, wirklich alle Menschen gleich viel wert: Fremde wie Freunde; Frauen und Männer; Kinder, Kranke und Alte wie Vollerwerbstätige; Mitglieder einer Unterschicht wie Oberschichtsangehörige; Minderheiten wie Mehrheiten, dann fehlt es ihnen an niederrangigen Opfern unter den Menschen. Auch der Mörder bleibt Mensch mit unantastbarer Menschwürde. Dass der Mensch niemals zum Objekt gemacht werden darf<sup>77</sup>, gilt ausdrücklich auch für den Strafvollzug<sup>78</sup>. Denn der Mensch muss „immer Zweck an sich selbst bleiben“<sup>79</sup>. 370

<sup>76</sup> Dazu: Montenbruck, Axel, Zeit als Strafzeit – Anthropologische Zeitstufen, in: Schmoller, Kurt (Hrsg.): Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, 649 ff., 357 ff.

<sup>77</sup> BVerfGE 5, 85, 204; 7, 198, 205; 27, 1, 6; 28, 386, 391; 30, 1, 26; 45, 187, 228 (zur lebenslangen Freiheitsstrafe); 50, 167, 175; 56, 37, 43; 61, 1, 34; 74, 102, 122; in diesem Sinne auch EuGH, EuZW 2001, 691, 695, Rn. 69 ff. (zur Biopatentrichtlinie); umfassend: Geddert-Steinacher, Tatjana, Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu Art. 1 Abs. 1 GG, 1990, 31 ff.

<sup>78</sup> Zur Menschenwürde im Strafvollzug siehe insbesondere BVerfGE 45, 187, 228, sowie Müller-Dietz, Heinz, Menschenwürde und Strafvollzug, 1994, 22; Altenhain, G. A., Das Grundrecht der Menschenwürde und sein Schutz im Strafvollzug, ZfStrVo 1988, 156ff., sowie Münch, Ingo v., Die Grundrechte des Strafgefangenen, JZ 1958, 73 ff.; Rotthaus, K.P., Menschenwürde und Strafvollzug, MDR 1968, 102 ff.

<sup>79</sup> BVerfGE 45, 187, 228.

- 371 (2) Theoretisch bleiben nur drei Auswege: (a) Resignierend auf Sühne und die Opferung von menschlichen Sündenböcken zu verzichten und, soweit irgend möglich, umfassenden materiellen und immateriellen Schadensatz, und zwar von jedem Bereicherten und im übrigen von der Gemeinschaft insgesamt einzufordern, sowie und insbesondere (b) den autonomen Rechtsbrecher ohne sozialen Druck oder gar Zwang zu einem freiwilligen Selbstopfer aufzufordern. Die freiwillige Buße kann allerdings nicht in einer Selbsttötung bestehen; sie muss jedoch einen wesensgleichen schmerzlichen, aber doch auch nur verfügbaren Teil dieses würdigen Menschen und Mit-Herren zum Inhalt haben. Oder (c) mit *Hegel* ist davon auszugehen, dass der Verurteilte mit der Strafe zu ehren sei.
- 372 (3) Faktisch aber findet dennoch, und zwar paradoxerweise wegen der hohen Hemmschwelle des Menschen, eine Dämonisierung in Form der Dehumanisierung des schweren Gewalttäters statt. Dieser Weg erlaubt der demokratischen Allgemeinheit, ihre moralisch-empathischen Gewalthemmungen zu überwinden, um den Täter bestrafen zu können. Der Strafgefangene erscheint der Mehrheit als teildämonisierter Un-Mensch<sup>80</sup>. Er ist nach dem Modell des Sündenbockes dem wahren als dem guten Menschen als ein gleichwohl beseeltes Wesen nur noch ähnlich.
- 373 4. Diejenigen absoluten Strafbegründungen, die sich an *Hegel* anlehnen, bezeugen nicht nur über die Idee der Anerkennung den metaphysischen Charakter des Strafens, sondern zielen, zum Teil offen, auf eine der Wirklichkeit entsprechende „geistige Entpersonalisierung“ des Täters.
- 374 *Seelmann*<sup>81</sup> zum Beispiel legitimiert die Strafe zunächst mit dem Modell des Anerkennungsverlustes. Der Täter verletze mit der Tat zugleich das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und somit auch sich selbst als Rechtssubjekt. In dem Maße, in dem er sich über den

---

<sup>80</sup> Zur „Dehumanisierung“ siehe Jäger, Herbert, Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt, 1989, 194; Sykes, Gresham/Matza, David, Techniken der Neutralisierung: Eine Theorie der Delinquenz, in: Sack, Fritz/König, Rene (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 1968, 360 ff. und Hassemer, Winfried, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, 36 ff. Zur Desensibilisierung u.a. durch militärische Ausbildung vgl. Jäger, Makrokriminalität, 199, u. Hinw. auf Bandura, Albert, Aggression. A social learning analysis, 1973, 239; sowie Shatan, Chaim. F., Militarisierter Trauer und Rachezeremonie, in: Passett Peter/Modena, Emilio (Hrsg.), Krieg und Frieden aus psychoanalytischer Sicht, 1983, 220 ff.

<sup>81</sup> Seelmann, Kurt, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien, 1995, siehe insbes. 67.

anderen aufgeschwungen habe, müsse er selbst in seinem Rechtsstatus gemindert werden. Für den Fall des Mordes bleibt aber zu fragen, ob der Täter dann nicht zumindest seinen Rechtsstatus auf Dauer verlieren soll. Eine Wiederaufnahme in die wechselseitige Anerkennungs- und damit auch die Rechtsgemeinschaft müsste ihm dann verschlossen bleiben.

*Köhler* erklärt ähnlich: Mit *Hegel* müsse der Täter unter sein eigenes 375  
Recht subsumiert werden. Nur so beruhe Strafe auf der Anerkennung des Täters als Rechtssubjekt<sup>82</sup>. Mit der Todesstrafe allerdings hätte sich dann die Subjektstellung des Täters endgültig vergeistigt. *Wolff*<sup>83</sup> und *Zaczyk*<sup>84</sup> lehnen sich wie *Hegel* an *Fichte* an und sprechen ebenfalls von einem gegenseitigen Anerkennungsverhältnis. Auch dessen Verletzung sei als ein Verbrechen anzusehen<sup>85</sup>.

*Felix Herzog* erklärt gleichfalls: Gegenstück der „interpersonalen An- 376  
erkennung“ sei das Unrecht, verstanden als „Zusammenbruch konstitutiver Annahmen einer gemeinsamen Welt in interpersonaler Begegnung“, aus der Perspektive der Sozialität sei es die „Dissozialität“, aus der der Individualität die „Depersonalisierung“<sup>86</sup>. Sähe man in der Schuld Vorwurf und Verantwortung, wäre dies der Ausgangspunkt für die Wiederherstellung der durch das Tatumrecht ge- oder zerstörten „interaktiv-kommunikativen“ Beziehung. Der Mensch wird also in Person und Individuum geteilt. Die Person, lies der Geist, wird geehrt, und das Individuum erleidet die Pein, nunmehr in der Form der Gefangenschaft.

5. Kurz: Jede absolute Straftheorie, aber auch jede relative Straf- 377  
zwecklehre, die wie positive Generalprävention oder die Idee der Resozialisierung nicht auf die Gefahrenabwehr abstellt, enthält sakrale Elemente. Besonders deutlich treten sie in den Gerechtigkeitslehren hervor, die verschuldetes Unrecht auf der normativen Ebene ausglei-

---

<sup>82</sup> Köhler, Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, 37 f; 49 unter Hinweis auf Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 199.

<sup>83</sup> Wolff, Ernst Amadeus, *Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen*, in: Hassemer, Winfried (Hrsg.): *Strafrechtspolitik*, 1987, 137 ff. 182 f.

<sup>84</sup> *Zaczyk, Unrecht*, 161.

<sup>85</sup> *Zaczyk, Unrecht*, 200 f.; vgl. auch Köhler, Michael, *Die bewusste Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 1982, 325: „So bedeutet töten als verletzen zunächst in konkreter Allgemeinheit die negierende Aufhebung des lebenswollenden Daseins eines anderen selbständigen Willenssubjektes.“

<sup>86</sup> Herzog, Felix, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts. Bausteine zur Überwindung des heteronom-präventiven Denkens der Straftheorie der Moderne*, 1987, u.a. 118 ff.



chen wollen und ausdrücklich deshalb dem Täter ein schweres reales Übel auferlegen. Das auf den ersten Blick hoheitliche rituelle Opfern umfasst auf den zweiten auch die Vorstellung der verpflichtenden liberalen Gabe und auf den dritten die Idee des emotionalen Lebensbundes mit einer höheren Macht. Mit der Theorie der Verinnerlichung gewinnt die moderne Strafe selbst für ihren Kern, ihrer Gründung auf dem Autonomieprinzip, ihre alte religiöse Dimension zurück. Sie dient seit jeher der „Zivilisation der Aggression“

- 378 Die Geburt der öffentlichen Strafe zu Beginn der Moderne erscheint nach allem nur als eine säkulare und insofern „zivile“ Wiedergeburt.

## D. Menschenrechtsstrafe: Versöhnung, Strafe und Gerechtigkeit in juristischer Perspektive

### I. Einführung: Die juristische Perspektive

Dem Beitrag liegt ein Vortrag mit einem besonderen Hörerkreis zu- 400  
grunde. Der Fachbereich Geschichts- und Kulturwissenschaften hat  
eine Ringvorlesung im Rahmen der Veranstaltungsreihe „Offener  
Hörsaal“ unter das Generalthema „Versöhnung, Strafe und Gerechtig-  
keit“ gestellt. Für dieses Thema galt es die juristische Perspektive auf-  
zuzeigen. Aus der Sicht des Rechts handelt es sich also um einen  
Adressatenkreis, der zur *demokratischen Zivilgesellschaft* zählt und  
einen Teil ihr „Öffentlichkeit“ darstellt. Neu gefasst ist das Ab-  
schlusskapitel des Vortrags mit dem vorliegenden Versuch, die Idee  
einer (deutschen) „Menschenrechtsstrafe“ herauszustellen. Ferner  
handelt es sich in vielen Einzelfragen nur um recht grobe Skizzen, die  
einerseits auf Evidenz hoffen, aber andererseits auch die wissenschaft-  
liche Ausarbeitung, etwa unter dem provokativen rechtsphilosophi-  
schen Generalthema einer „Zivilreligion“, verdienen würden.

Zu beginnen ist aus dem Blickwinkel der Zivilgesellschaft mit der Be- 401  
schreibung der verschiedenen juristischen Perspektiven.

Das Recht des „Juristen“ umfasst *zumindest* vier Ebenen, die falls man 402  
sie näher betrachtet vier in sich hoch komplexe Subkulturen darstellen  
würden. Zum Recht gehören (1) das gesamte geltende *Gesetzesrecht*  
*im weiten Sinne*, von der Bußgeldkatalog-Verordnung bis hin zu den  
Menschenrechtserklärungen, (2) die gesamte *Rechtswissenschaft*, ein-  
schließlich der Rechtsgeschichte, der Rechtsphilosophie und der Kri-  
minologie, und zudem (3) für den Juristen ebenso wichtig, die gesam-  
te *Rechtspraxis*, vom Alltag des Rechtsanwalts bis hin zu den richter-  
rechtlichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und der  
EU-Gerichte. (4) Hinzu tritt in der Demokratie die vierte Ebene der  
Bürger und Rechtsuntertanen, die das Recht, unter anderem, als  
*Rechtsadressaten* anspricht. Auf dem Boden der Demokratie handelt  
es sich um das *politische Volk*, das über ein verinnerlichtes Werte- als  
ein *Rechtsgefühl* verfügt<sup>1</sup>. Auf dieser *vierten Ebene* der Demokratie

---

<sup>1</sup> Zum „Rechtsgefühl“ als ethische Kategorie, insbesondere als Werterfahrung und als Grundlage eines Konsenses: Zippelius, Reinhold, *Rechtsphilosophie: ein Studienbuch*, 5. Aufl. 2007, 94 ff. (zur „Werterfahrung“ als solcher), 102 ff. (zum Wertempfinden u.a. als

einerseits und der Grund- und Menschenrechtsebene andererseits soll, soweit möglich, auch diese Betrachtung angesiedelt sein.

## II. Versöhnung

### 1. Idee der Versöhnung

#### a. Zivilbegriff der Versöhnung

- 403 Zunächst wird auch der Jurist nach dem groben *Vorverständnis* der Idee der Versöhnung suchen. Rechtspolitisch und demokratisch verstanden stellt die Versöhnung offenbar eine Art von *außerstaatlichem* und damit *zivilem Verfahren* dar. Die Versöhnung bildet vor allem die Aufgabe der *mündigen Bürger-* und *Mitmenschen*, der *charismatischen Schlichter* und der *karitativen* Nichtregierungsorganisationen (NGO's). Der westliche *Rechtsstaat* bietet zur Versöhnung aber den *vertraglichen* Rechtsrahmen, er setzt *minimalethischen* Grenzen, ordnet bei Bedarf die gerichtliche *Einklagung* sowie den Einsatz der Staatsgewalt zu Vollstreckung der Vertragsvereinbarungen.
- 404 Was aber meint und assoziiert nun die Versöhnung *im Einzelnen*? Der Jurist fragt dazu weiter nach dem *Wortsinn* und unterwirft sich im Übrigen schon damit in der Regel dem Verständnis des „Volkes“. Dazu lässt sich das neue und ebenfalls demokratische Medium des freien Internets nutzen. *Wikipedia* bietet etwa folgendes:<sup>2</sup>
- 405 *Versöhnung* (engl.: reconciliation) ist ein theologischer und philosophischer Begriff, wird aber häufig auch in der Alltagssprache, auch Politik oder Psychologie verwendet. Der Begriff ist etymologisch verwandt mit Sühne, und wie hier anzufügen ist nicht mit Sohn, obwohl die Vorstellung einer Aussöhnung von Vater und Sohn nahe liegt;

---

„materiale Wertethik“) sowie 105 ff. zum „Konsens“ (als „Konsens von Gerechtigkeits-einsichten“), 113 ff. (zu den „herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen“, als Ethos eines Kulturkreises), 119 ff. (zu den Grenzen des kulturellen Spielraums durch die „biologischen Programme“).

<sup>2</sup> Zum allgemeinsprachlichen Verständnis des Begriffs: Auszüge aus dem Artikel Versöhnung, in: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie. Bearbeitungsstand: 21. Juni 2007, <http://de.wikipedia.org>.

*Glauben, Theologie:* (1) Christentum: Im christlichen Glauben ist die durch die Sünde entstandene Kluft zwischen *Gott und Mensch zu versöhnen*. Das ist durch das Heilgeschehen des Leidens und Aufstehens Jesu Christi durchgeführt, muss aber im Glauben und in der Liebe nachvollzogen und angenommen werden. Die Lehre der Versöhnung von Gott und Mensch durch Jesus Christus wird in der christlichen Theologie als Soteriologie bezeichnet. (2) In der katholischen Theologie ist die individuelle Versöhnung eng verknüpft mit der aus Beichte und Buße folgenden Absolution. (3) Judentum: Hervorzuheben ist der große jüdische Feiertag Jom Kippur, an dem –etwas verkürzt dargestellt– die Versöhnung mit dem Ewigen dadurch erreicht wird, dass wir uns miteinander versöhnen: Das reuevolle Eingeständnis von Sünden ist eine Bedingung zur Sühne. „Der *Versöhnungstag befreit von Sünden gegen Gott*, jedoch von Sünden gegen den Nächsten erst, nachdem die geschädigte Person um Verzeihung gebeten worden ist“ heißt es im Talmud;

*Philosophie:* In *Hegels Philosophie* ist mit Versöhnung die Vermittlung gemeint, die am Ende der Dialektik die Widersprüche in einer *Synthese* aufhebt. Die Einheit von Begriff und Realität soll erreicht werden;

*Politik:* In der Gesellschaft und Politik wird Versöhnung als ein möglicher Bestandteil der Vergangenheitsbewältigung und/oder Konfliktbewältigung betrachtet. So wurden zahlreiche *Wahrheits- und Versöhnungskommissionen* gegründet– siehe auch Liste der truth and reconciliation commissions.

Nach allem handelt es sich bei der Versöhnung nicht um einen juristischen Begriff. Er ist aber ein Bestandteil des religiösen und des zivilen Denkens<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Zum politologischen Begriff der „Zivilreligion“, und zwar mit der Differenzierung von (1) Bürgerlicher Religion (als privatistisches Christentum), (2) Religion des Bürgers (als Philosophie des Bürgers), (3) politischer Religion (aus Sicht der politischen Soziologie), (4) Zivilreligion (im amerikanischen Sinne als Aufladung der Politik durch religiöse Momente) oder, (5) Staatsreligion (im deutschen Sinne der Grundwerte als Zivilreligion), (6) Kulturreligion (als über und postkonfessionelle Säkularisierung im Verfassungsstaat im weiten Sinne, als Staat, Recht und Kultur), siehe: Kleger, Heinz/Müller, Alois, Mehrheitskonsens als Zivilreligion? Zur politischen Religionsphilosophie innerhalb Liberal-konservativer Staatstheorie, in: Kleger, Heinz/Müller, Alois (Hrsg.), Religion des Bürgers. Zivilreligion in Amerika und Europa, 1986, 221 ff., insbes. 240: mit der Aufteilung in: (1) soziologische Systemtheorie: als „generalisierte Werte in einer funktional differenzierten Gesellschaft“, (2) Staatsphilosophie: Religion als kulturelle Erhaltungsbedingung des li-

## b. Versöhnung aus Sicht des Juristen

- 410 „Versöhnung“, so scheint es generell und erst recht für den Juristen, erfordert den Vorlauf eines *Verfahrens*. Jenes betreibt aber nicht der Rechtsstaat selbst, sondern es verhandeln *Zivilpersonen* mit einander.
- 411 Die Versöhnung besteht aus der Sicht des Juristen in einem zivilen Prozess, den zwei oder mehr *autonomen Personen* als Verfahrensbeeteiligte betreiben. Das Versöhnungsverfahren selbst erstreckt sich über *vier Phasen*: (1) dem ursprünglichen *Streit*, (2) der *Verhandlung*, (3) dem *Versöhnungsvertrag*, und (4) der realen *Vertragserfüllung*. Jeder Vertrag wird unausgesprochen von der Überidee des idealen *Vertrages* überwölbt, der in der Idee der *Vereinigung* und dem der Vorstellungen von einem *Friedensbund* besteht<sup>4</sup>.
- 412 Der Grundgedanke eines *privaten Versöhnungsvertrages* beherrscht auf den zweiten Blick auch den Alltag der *Rechtsanwälte*. Denn in der Regel versuchen sie den Streit vor Gericht oder gar den vollen Rechtsstreit bis hin zu den Bundesgerichten zu vermeiden. Die spektakulären Entscheidungen der Bundes- oder der Verfassungs- oder gar der EU-Gerichte bilden statistisch betrachtet die *symbolischen* hoch wirksamen Ausnahmen. Die faktische Hauptaufgabe der Anwälte besteht in der *vorzeitigen Streitbeilegung* und nicht in der ständigen Ausschöpfung des gesamten Rechtsweges. Das Wissen um solche Arten der Unterstützung des zivilen *Verhandelns* gehört inzwischen zu den praxisnahen Schlüsselqualifikationen der deutschen Juristenausbildung (§ 5 a DRiG). Das strenge Recht und dessen staatliche Vollstreckung wirken in der Praxis des Anwalts vor allem als *Drohung* mit dem „*worst case*“- *Scenario*.

---

beralen Staates, (3) Verfassungstheorie. Religion als „strukturelles Verhältnis von Staat, Gesellschaft und Kirche, (4) als „christliche Philosophie der entzweiten Existenz“: „Religion als politisch-theologisches Verhältnis von Staat, Gesellschaft und Kirche“.

<sup>4</sup> Aus Sicht der politischen und interkulturellen Konfliktforschung: Senghaas, Dieter, Zum irdischen Frieden, 2004, 124 ff. Zivilisation im engeren Sinne zielt auf die ethischen Sichtweisen. So betont etwa Senghaas in seiner Lesart der Zivilisationstheorie die „konstruktive Konfliktbearbeitung“. Insofern setzt er eine idealistische Tradition fort, die auch bei Platon zu finden ist. Senghaas fächert die Elemente seines Zivilisationsmodells feinsinnig auf und schneidet sie zugleich als ein „zivilisatorisches Sechseck“ auf den Staat zu. Damit wechselt er endgültig von der Zivilisation als einer Form zu einem allerdings wichtigen konkreten Inhalt. In jeweils wechselseitiger Beziehung und im Uhrzeigersinn gelesen, bestünden die sechs Elemente in: (1) Gewaltmonopol, (2) Interdependenzen und Affektkontrolle, (3) Sozialgerechtigkeit, (4) Konfliktkultur, (5) Demokratische Partizipation und (6) Rechtsstaatlichkeit.

Das Verständnis der Versöhnung scheint sich für den praktischen deutschen Juristen *am besten in* das Verfahren der *Mediation* wieder zuspiegeln. Denn die *Mediation* verlangt den Blickwinkel der *Rechtspsychologie* einzunehmen. Im Strafrecht handelt es sich dabei z.B. um den vom Gesetz eröffneten *Täter-Opfer-Ausgleich*, § 46 a StGB. *Mediationen* helfen aber auch bei Ehescheidungen und Nachbarschaftsstreitigkeiten, aber auch im Arbeits-, im Wirtschafts-, sowie im Schul-, Bau- und Umweltrecht.<sup>5</sup> 413

*Mediation* heißt für die juristische Praxis hoch vereinfacht die *Vermittlung* von psychologisch geschulten *Mediatoren*, und zwar zwischen zwei verletzten *Egoismen*. Im Kern dient die *Mediation* also der Bereinigung von Konflikten, bei denen die Streitende ihre *gesamte Persönlichkeit* einsetzen und deshalb offen oder verdeckt *hochemotional* reagieren. Die Verletzungen, die sich zumeist nach und nach angereichert haben, betreffen bereits die seelisch-geistige *Identität* der handelnden Personen. In der Regel genügt es dazu schon, dass die *Personen*, die beteiligt sind, sich mit einer bestimmten Position *identifiziert* haben. Die Streitenden fordern deshalb vielfach zunächst *Demut und Reue* oder aber *zumindest* den *Respekt des Anderen* und damit die Gleichheit als „Person“ ein. 414

Dem Juristen drängt sich an dieser Stelle sein Begriff von der Person auf. Das deutsche bürgerliche Recht beginnt mit der natürlichen Person, dem Menschen, der seine Rechtstellung mit Vollendung der Geburt einnimmt, § 1 BGB. Aber es fügt sofort die „juristische Person“ hinzu §§ 21 ff. BGB. Auch die *Grundrechte* sind auf „juristische Personen“ sinngemäß anzuwenden, Art. 19 III GG. Im Strafrecht gelten generell alle aktiven Unternehmen und Gewerkschaften, öffentliche Behörden, Anstalten und Körperschaften, und auch der Bundesstaat selbst, als *beleidigungsfähig*, §§ 185 ff. 194 III StGB. 415

Auch Staaten verfügen über ein verletzbares kollektives Ego. *Staaten*, die gelegentlich wie Deutschland in den Präambeln ihrer Verfassungen ihr *kollektives Volksbewusstsein* dokumentieren, verfügen über ein *Nationalbewusstsein* (Feiertage, Fahnen und Hymnen) und sie führen notfalls auch wirkliche Kriege um angebliche oder auch tatsächliche Rechtspositionen, mit denen sie ihre innere Identität und ihre äußere Personalität verbinden. 416

---

<sup>5</sup> Überblick bei Haft, Fritjof/Schlieffen, Katarina Gräfin von, Handbuch der *Mediation*, 2002, 56 f.

- 417 Einzelne Menschen und auch gesamte menschliche Gemeinschaften können sich also mit ihrer Streitsache identifizieren. In diesen Fällen neigen sie dazu, sich mit ihren Rechtspositionen gleichsam auf eine befestigte Hügelburg zurückzuziehen. Von dort aus werden sie ihre Soldaten zum Kampf auf der offenen Ebene auszuschicken, um den Streit mit Waffen und notfalls blutig auszufechten. Zivilisiert gewendet droht ein jahrelanger harter Rechtsstreit, den professionelle Kriegeranwälte führen und an dessen Ende eine gewaltsame staatlich gestützte Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils steht. In diesem Bereich setzt die Rechtsmediation ein und versucht, die *Emotionen* abzubauen und die *gemeinschaftlichen Interessen* beider Seiten in den Blickpunkt zu schieben. Sie hilft den Parteien in einem mehrstufigen Verfahren, die wechselseitige *Achtung* aufzubauen, Verletzungen ihrer *Identität* zu überwinden und am Ende zumindest das wirtschaftlich Erreichte in eine *Vertragsform* zu bringen.
- 418 Einen Sonderfall bildet die Tötung von Menschen, der individuelle Mord wie die kollektive Vernichtung von gesamten Volksgruppen. Bei Tötungen Einzelner ist zwar zunächst die *Seelsorge* für die Angehörigen gefragt. Bei Völkermorden an angeblichen Minderheiten erweist es sich ferner als unumgänglich zudem die kollektive Seite der betroffenen Überlebenden soweit möglich zu stabilisieren. Aber aus der Sicht des Rechts entwickelt sich das Bedürfnis nach *Rechtsfrieden*. Die demokratisch geordnete Zivilgesellschaft der mitfühlenden Nächsten sucht deshalb nach einem *Ausgleich*, mit dessen Ergebnis sich zumindest die Parteien und die Mehrheit der Bürger abfinden können. Zusätzlich werden solidarisch Gesinnten öffentliche Rituale als Klärungs-, Trost und Reinigungsakte einfordern.<sup>6</sup> Ihr demokratischer Rechtsstaat bietet auch dafür seine Verfahrensweisen an, die vor allem aber dazu dienen, die wütende *Selbstjustiz* der Bürger durch *demokratische Staatsjustiz* zu vermeiden. Fehlt dagegen ein demokratischer Rechtsstaat, dann wird eine Gemeinschaft aus der westlichen Sicht in einen vor-rechtsstaatlichen und vielfach auch in einen vorstaatlichen Zustand zurückgeworfen, der diese Angebote nicht zu Verfügung stellt. Versöhnungsversuche müssen dann ohne den Staatsrahmen stattfinden.

---

<sup>6</sup> Aus der Sicht der Ritualisierung: Gebauer, Gunter/Wulf, Christoph, Spiel-Ritual-Geste. Mimetisches Handeln in der sozialen Welt, 1998, 173.

### c. Heilende Seite der Versöhnung

Der Versöhnung, deren Gegenstände aus strafrechtliche Sicht von der 419  
einfachen Beleidigung unter Nachbarn gem. §§ 185 StGB bis hin zum  
Völkermord im Sinne von § 6 des Völkerstrafgesetzbuches von 2002  
reicht, liegt also in der Regel ein *emotional verankerter Konflikt* zu-  
grunde, der mit einem sowohl medizinischen als auch religiösen Wort  
„*geheilt*“ werden soll.

Aus rechtspsychologischer Sicht erweist sich zumindest also die *per-* 420  
*sonale Identität* einer Seite als beschädigt. Deren eigene *Verhand-*  
*lungsfähigkeit* erweist sich einerseits durch hohe Emotionen, wie  
Frustration, Ärger oder Wut, oder auch durch verletzten Gruppenstolz,  
als eingeschränkt. Andererseits aber beinhaltet diese Gefühlslage die  
mächtige Drohung mit wilder *Selbstjustiz* und zwar unter Einsatz der  
*gesamten* Personalität. Der Weg der Versöhnung besteht, wie die Me-  
diation belegt, in der langsamen *Re-Kultivierung* der verletzten perso-  
nalen Identität und damit dann auch der Verhandlungsfähigkeit von  
Personen. Dazu dienen, in der Regel vertrauenswürdige „neutrale“  
Dritte als *Vermittler*. Diese pendeln in dem *breiten Raum*, den beide  
Parteien nach ihrem Rückzug in sich selbst gebildet haben.

Die Wahl eines gemeinsamen Vermittlers bildet dabei schon den *ers-* 421  
*ten Schritt* zur Versöhnung. Der Vermittler tritt mit seiner wohlwol-  
lenden Neutralität als eine charismatische *Autorität*, in religiösen Kul-  
turen als eine *geheiligte Person*, etwa als Schamane, auf. Den *zweiten*  
Schritt dieser Mediation stellt die Erarbeitung und Einigung auf ein  
*rituelles*, zumeist faires und *dialogisches* Verfahren dar. Versöhnung  
zu suchen, meint immer auch, ein längeres und geordnetes, und bereits  
dadurch ein *beruhigendes* Verfahren zu betreiben. Schon die Zeit der  
Verhandlungen heilt die Wunde und meint ferner immer auch, den  
anderen als autonome und gleichberechtigte Verhandlungsperson *an-*  
*zuerkennen* oder auch zu „respektieren“. Den *dritten* Schritt stellt eine  
Art von *Vertrag* dar, der vierte besteht in der realen *Umsetzung*, die  
wiederum auch noch einmal vom vertraglich Vereinbarten abweichen  
kann.

Der *Begriff* der Versöhnung umfasst schließlich vor allem den *Erfolg* 422  
der Versöhnung. Er beginnt mit dem Vertrag und endet mit dessen  
Verwirklichung. Diese Vereinbarung enthält einerseits das deutliche  
Element eines kleinen „*völkerrechtlichen Friedensvertrages*“. Er be-  
deutet andererseits vor allem, und zwar für die Parteien selbst wie



auch für die Dritten, dass jedenfalls *unmittelbar* kein Streit, kein Kampf, keine Strafe oder auch zugespitzt „*kein Bürgerkrieg*“ mehr droht. Es herrscht Frieden.

## 2. Versöhnung durch mittelalterlichen Bußvertrag

- 423 Die Versöhnung, die zunächst nur die Heilung assoziiert, könnte aber auch eine *dunkle* Seite im Sinne der alten „heiligen Gewalt“ enthalten.<sup>7</sup> Denn das ursprüngliche Standardmittel der Versöhnung bildet die *Sühne*, und zwar in der Form schmerzhafter *Buße*, also ein *Opfer*. Die Buße geschieht zwar im Idealfall „freiwillig“. Sie bildet aber für sich betrachtet eine Form *schmerzhaften Verlustes*, als „Einbuße“. Ob und inwieweit es überhaupt eine Versöhnung ohne irgendeine Sühneleistung, also nur aufgrund der edlen Vergebung einer Seite gibt, mag sogar dahingestellt bleiben.
- 424 Auch z.B. die mächtige westliche Tradition des Christentums setzt auf das Marterkreuz und heiligt somit das qualvolle Opfer des *Gottessohnes* Jesus, der stirbt, um die Welt zu versöhnen.<sup>8</sup>
- 425 Art und Ausmaß der Sühne und *Buße* zu erfassen, verhilft dem Juristen zunächst der Blick in die vorstaatliche *Rechtsgeschichte*. Dort trifft er auf den mittelalterlichen *Sühnevertrag*, mit dem die *Blutrache* abgewendet wurde. Standardbußen bilden in der *mittelalterlichen*, und damit der *vorstaatlichen deutschen Rechtsgeschichte* die Streitbeilegung zwischen *Personalverbänden* wie den Sippen. Vieh und sonstige Werte sind insbesondere für den Verlust eines getöteten wehrhaften Mannes zu leisten, andernfalls droht der Familie des Täters die ewige kriegerische Feindschaft.<sup>9</sup> Es verhandeln aber die Personalverbände.

<sup>7</sup> Für den Animismus: Girard, René, *Das Heilige und die Gewalt* (La Violence et la sacré, 1972), deutsch: 1987, 30 ff.; aus der Sicht der altgriechischen Tragödie: Burkert, Walter, *Homo necans. Interpretationen altgriechischer Opferriten und Mythen*, 2. Aufl. 1997, u.a. 9: „Der ‚homo religiosus‘ agiere und sei sich bewusst als der sterbliche ‚homo necans‘.“

<sup>8</sup> Zum Spannungsbogen von Religion, Gewalt und Politik: Maier, Hans, *Das Doppelgesicht des Religiösen, Religion-Gewalt-Politik*, 2004, 18 (zur Gewalt in den „abrahamitischen Religionen“ als archaischer Grundansatz den sie zu überwinden suchen mit dem Grundgedanken der „Gewalt als Machterweis des göttlichen“ (unter Hinweis auf Girard und Burkert); zum Kreuz Jesu als Symbol des Gewaltverzichts (19); insgesamt als „Doppelgesicht des Religiösen“ sowie 46 ff. (zu Religionsähnlichen Elementen in totalitären Systemen: Kommunismus, Faschismus und Nationalsozialismus); ferner zum „politischen Märtyrer“ (99 ff.)

<sup>9</sup> Tacitus schreibt in seiner *Germania*: „Man muss die Feindschaften des Vaters oder überhaupt der Verwandten übernehmen wie die Freundschaften; sie bestehen jedoch nicht unversöhnlich fort: Sogar Totschlag wird nämlich durch eine gewissen Anzahl an Groß- und

Der Sühnevertrag beinhaltet verkürzt also eine Art der *Privatstrafe* zwischen Familien. Ihn hat es noch lange, zum Beispiel im *späten* deutschen Mittelalter zwischen 1450 und 1600 in Eichstätt, gegeben. Etwa 110 Sühneverträge sind dort wegen Totschlages nachgewiesen. Als Buße erfassen sie vor allem Vieh-, Geld und auch die Versklavung von Einzelnen.

### 3. Vorstaatliches Gottes- und Vernunftrecht

Das Mittelalter besaß bereits eine, wenngleich vorstaatliche, *höhere* 426 *Rechtsidee*, und zwar im Sinne einer den heutigen *Verfassungen* nahen heiligen Ordnung, und d.h. auch Zwangsordnung.<sup>10</sup>

Das *ländlich* geprägte Mittelalter Europas kannte, wie viele Reiche 427 vor ihm, neben den weltlichen *Richterkönigen* und *untrennbar* mit dem allmächtigen Gott auch die Idee eines höchsten *gerechten Rechts*. „Gott“ und „die Idee der unfassbaren höchsten Ordnung“ bilden, hoch vereinfacht in vorstaatlichen Zeiten, noch eine allerhöchste Einheit. Die festen Kirchen und auch die zentralen Tempelschulen der drei großen *Buch-Religionen* belegen in sichtbarer Weise diese Verbindung von geistigem *Schöpfergott*, der schicksalhaften *Natur* und der Idee der *Ordnung*. Die ähnliche religiöse Ausrichtung eines ländlichen Großreiches wie etwa Ägypten bietet ein weiteres Beispiel. Bereits das scholastische Hochmittelalter lenkt folgerichtig zu buchähnlichen

---

Kleinvieh gestöhnt und an der Erhebung des Wergeldes nimmt die gesamte Verwandtschaft teil – zum Nutzen der Gemeinde, denn in ungebundener Freiheit sind Fehden gefährlich“, Tacitus, Publius Cornelius, *Germania* (Fehrle, Eugen (Hrsg.)), 4. Aufl. 1944, cap. 2. Dazu auch: Grommes, Sabine, *Der Sühnebegriff in der Rechtsprechung, Eine ideologiekritische Betrachtung*, 2006, 57 ff.; zu „öffentlichen Strafen“ bei allgemeiner Friedensstörung siehe: Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, 91.

<sup>10</sup> Zu Religion und Gewalt, sowie zur Idee der Religion der Gewalt, etwa im Nationalsozialismus, sowie zu den christlichen Vorstellung vom Krieg vor dem Hintergrund von Terroranschlägen, die mit dem Islam begründet werden: Ockenfels, Wolfgang, *Religion und Gewalt*, in: Rauscher, Anton (Hrsg.), *Die Bedeutung der Religion für die Gesellschaft. Erfahrungen und Probleme in Deutschland und die USA*, 2004, 175 ff., zum Theodizeeproblem 176 ff.; zum „Christentum zwischen Krieg und Frieden“, 181 ff.; zur kirchlichen Friedenslehre der Gerechtigkeit und Wechselseitigkeit 184 f. Im Animismus, der auch den Buddhismus noch mitprägt, gilt auch die Jagd im Gebiet eines fremden Geistes und an beseelten Tieren als ein Krieg, der seinen Frieden einfordert. Zur geschichtlichen Verbindung von „Religion und Gewalt“ und zwar als Krieg, siehe auch: Schaffner, Martin, *Religion und Gewalt. Historiographische Verknüpfungen*, in: Greyerz, Kaspar von /Siebenhüner, Kim (Hrsg.), *Religion und Gewalt. Konflikte, Rituale Deutungen (1500 – 1800)*, 2006, 29 ff. mit dem Hinweis auf die Bibel, Exodus, 15.3 („Der Herr ist ein Kriegsheld. Herr ist sein Name.“). Die Geschichtsschreibung selbst ist untrennbar mit Religion und Gewalt oder Krieg verbunden (31).

*Gesetzesordnungen*<sup>11</sup> über, die eine der Bibel ähnliche Buchform von „Sammlungen“ aufweisen.

428 Dieses mittelalterliche Gottesrecht konnte sich über die ersten *Rechtsschulen*, über die *Universitäten* und die *Klöster*, im nächsten Schritt in der Renaissance zum höchsten „*Vernunft- und Naturrecht des Humanismus*“ emanzipieren. *Säkular* gewendet steht aber auch heute hinter dem staatlichen Recht die heilige Rückbindung an die Ideen des demokratischen Rechtsstaates und der würdigen Menschen, kurz an den *Humanismus*.

#### **4. Zusammenfassung: Säkulare Elemente der Versöhnung**

429 Zugespitzt und in Thesenform lassen sich insgesamt vielleicht in die folgenden Elemente der Versöhnung „als solcher“ herausstellen, die aus der Sicht des weltlichen Juristen dann eine Art von „zivile Mediation“ meint und deshalb sowohl *rechtliche* als auch *psychologische* Elemente enthält.

430 Das Versöhnen hat sich für die westlichen demokratischen Rechtsstaaten aus dem mächtigen mittelalterlichen religiösen Denken heraus entwickelt. Seine Grundelemente bilden die folgenden: Die Versöhnung meint die friedliche Lösung eines emotionalen Konfliktes durch die gemeinsame Suche nach einem Ausgleich. Der Konflikt hat dabei bereits zum Streit zwischen zwei Parteien geführt, die zumindest aus ihrer Eigensicht Würde oder Personalität besitzen. Der Streithintergrund besteht deshalb in der Regel in tatsächlichen oder in angeblichen Verletzungen dieser, wie es auch heißt, Subjektstellung. Die Versöhnung beinhaltet eine Art privaten Sühnevertrag und verlangt nach einer schmerzhaften Buße. Die Buße besteht in der halbfreiwilligen, halberzwungenen Aufopferung von etwas Heiligem, das aus der säkularen Sicht einen Teil der eigenen personalen Identität darstellt müsste. Die Versöhnung verlangt auch die halbfreiwillige, halberzwungene Unterwerfung unter einem Bußverfahren, das zumindest

---

<sup>11</sup> Dazu den Überblick bei: Ebel, Friedrich/Thielmann, Georg, Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit, 3., neu bearb. Aufl. 2003, Rn. 183 (zur Bedeutung des Sachsenspiegels); Schroeder, Klaus-Peter, Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz, 2001, 4 (Aus verfassungsgeschichtlicher Sicht). Die Entwicklung des zunächst privaten Rechtsbuches zum gemeinen Sachsenspiegel fand für Brandenburg, und später Preußen, durch die Buch'sche Glosse 1325 statt und es galt als subsidiäres Rechts bis zum Allgemeinen Preußischen Landrecht von 1794.

charismatische Vermittler kennt. Am Ende der Versöhnung lockt die Erneuerung eines wirkungsmächtigen Friedensbundes der freien und würdigen (Selbst-) Subjekte.

Die Grundidee einer selbständigen Versöhnung erweist sich im Einzelnen als vielfältig, und zwar als ein an sich vorstaatlich-mittelalterlicher Ansatz, als eine ewige überstaatliche Idee, als ein Staaten im politischen Umbruch in ihrer kollektiven Identität erneuerndes Verfahren, sowie: als ein wichtiges substaatliches privates Mittel der Konfliktlösung zwischen „freien Bürgern“.

### III. Strafe

#### 1. Idee der Strafe

In der *Strafrechtsgeschichte* existieren also zwei Großgruppen von Strafen: die *private Strafe* und die *öffentliche Strafe*. Und die *Sühneverträge* gehören mit dem eigenen Kernbegriff der Sühne offenbar zur ersten Gruppe.

Aus *rechtssoziologischer* Sicht bedeutet zumindest das *hoheitliche Strafen* im engeren Sinne vereinfacht den „Ausschluss aus der Gesellschaft“ oder zumindest eine „Marginalisierung“ als *Meidung* des Täters und zudem eine Schwächung seines sozialen Nahfeldes<sup>12</sup>. Auch die peinlichen (*poena*) Körper- und die Lebensstrafen haben diese Folgen der Marginalisierung als Körperstrafe oder aber als Todesstrafe die effektive *Exkommunizierung* aus der Gemeinschaft zum Gegenstand. Nach christlichem Verständnis lebt dabei die *Seele* des Verurteilten fort.

Die Idee der „Strafgefängenschaft“ bedeutet dann folglich aus der Sicht der Rechtssoziologie „Ausschluss“ oder besser „Marginalisierung durch Einschluss“. Die Idee der *Freiheitsstrafe* setzt dann bereits

---

<sup>12</sup> Opp, Karl-Dieter, *Abweichendes Verhalten und Gesellschaftsstruktur*, 1974, 83; dort auch weitere verwandte Definitionen. Dazu auch: Scheffler, Uwe, *Diskriminierung von sozialen Randgruppen durch das kriminalsoziologische Konzept abweichenden Verhaltens? Probleme und Alternativen*, in: Joerden, Jan C. (Hrsg.), *Diskriminierung - Antidiskriminierung*, 1996, 103 ff.; Durkheim, Émile, *Kriminalität als normales Phänomen*, in: Sack, Fritz/König, René (Hrsg.), *Kriminalsoziologie*, 3. Aufl. 1979, 3 ff., 8, Fn. 4; siehe dazu auch: Hassemer, in: Wassermann, Rudolf (Hrsg.), *Kommentar zur Strafprozeßordnung in drei Bänden. Reihe Alternativkommentare*, 1996, Vor § 1 Rn. 57.

die bürgerliche Idee der *Freiheit* voraus. Sie stellt also jenseits der übernationalen Menschenrechte schon eine „Freienstrafe“ und eine „Bürgerstrafe“ dar. Dabei bildet die Freiheit, etwa als Handlungs- und Fortbewegungsfreiheit (Art. 2 I, II GG) oder als Eigentumsfreiheit (Art. 14 I GG) zugleich den Kern der einer der demokratischen „Rechtsperson“.

- 435 Die Freiheitsstrafe heißt dann auch Gefangenschaft und verlangt nach einem *Strafgefängnis*. Die unmittelbaren Vorgänger der heutigen *Strafgefangenschaft* stellen deshalb zum einen die mittelalterliche *Klosterhaft* für *Gläubige* dar, sowie zum anderen die absolutistische *Festungshaft* für missliebige *Adelige*, und das *Arbeitshaus* für die protestantischen *Bürgerkinder*, das bereits die frühen Großstädte kannten. Das Staatsgefängnis als echte Strafanstalt, und nicht nur als Untersuchungshaftanstalt, ist *relativ neu* und tritt in Europa erst im nachrevolutionären 19. Jahrhundert in Erscheinung. Es dient damit als *Bürgerstrafe* für den erwachenden Bürgerstaat und, vor allem aus protestantischer Sicht, der strengen Einkehr und Läuterung. Im Ordnungsstaat Preußen wandelt es sich zum „Zuchthaus“.

Die Freienstrafe prägt auch das Verfahren und insbesondere die Vorstellung, dass der *Angeklagte* sich an seinem Verfahren aktiv beteiligen kann und auch dass eine *öffentliche* Hauptverhandlung vor den *anderen Freien* stattfindet.

- 436 Vereinfacht gilt die Strafe also als ein Übel, und sie soll „Pein“ (poena) bereiten. *Verallgemeinert* steht Übel für alles, was Menschen gewöhnlich nicht wünschen, dass es ihnen angetan werde: *Schmerz*, *Leiden*, aber auch *Freiheitseinschränkungen*, Benachteiligungen und Entzug von Vorteilen<sup>13</sup>. Zum Strafübel gehören also auch die öffentlich-zivilen Formen der „Bemakelung“ und des Meidens sowie der Ausschluss (*Exkommunikation*, *Verbannung*).

Insofern sucht das Strafrecht dann „*ein Übel mit einem Übel*“ auszugleichen. In diesem *Ausgleich* liegt zumindest *ein Kern* des Strafens.

---

<sup>13</sup> Zur Bedeutung des Schmerzes: Jung, Heike, Was ist Strafe?, 2002, 16; unter Hinweis auf die angloamerikanische Deutung bei: Kleinig, John, The Hardness of Hard Treatment, in: Ashworth, Andrew/Wasik, Martin (Hrsg.), The Fundamentals of Sentencing Theory, Clarendon Press, Oxford 1998, 273 ff., 273, 275.

## 2. „Sinn und Zweck“ des demokratischen Strafrechts

Das deutsche staatliche Strafrecht dient zunächst einmal dem Schutz 437  
des Menschen vor dem Staat und regelt dann erst das Strafen selbst.

Das deutsche *Bundesverfassungsgericht*<sup>14</sup> erklärt deshalb zum einen und aus der demokratischen Sicht zur Strafe: sie sei eine *missbilligende Reaktion*, die zu einer *Sanktion* führe. Diese muss nach dem Grundgesetz *vorhersehbar und hinreichend bestimmt* sein (Art. 103 II = § 1 StGB, in Verbindung mit Art. 1 I, 2 II, 20 III GG). Außerdem dürfen *festgehaltenen* Personen nicht „misshandelt“ und die verurteilten Straftäter auch keinen „erniedrigenden Strafen“ unterworfen werden, Art. 104 I GG, Art. 3 EMRK. Die Todesstrafe hat schon das Grundgesetz selbst abgeschafft, Art. 102 GG.

Die deutschen Strafgesetzgeber der damaligen Länder und die deut- 438  
sche Strafrechtswissenschaft haben sich bereits seit etwa 1810 immer wieder mit dem „Sinn und Zweck des Strafen“ beschäftigt. Heraus- kristallisiert hat sich eine im Kern uralte *dreifaltige Vereinigungstheorie*, die auch das *Bundesverfassungsgericht* in seiner berühmten Entscheidung zur Einschränkung der lebenslangen Freiheitsstrafe für den Mord ausführlich aufgegriffen hat. In ihr hat das Verfassungsgericht unter anderem erklärt, dass auch Mörder grundsätzlich die „Chance“ erhalten müssen, „der Freiheit je wieder teilhaftig“ zu werden.<sup>15</sup> Die Strafe selbst dient (1) der vorbeugenden Einwirkung auf die Allgemeinheit, der *Generalprävention*, (2) der vorbeugenden Einwirkung auf den Täter, der *Individualprävention*, und (3) dem *nachträglichen* und sühnenden Tat-Schuld-Ausgleich als Selbstzweck.

Ohne Schuld ist zwar keine Schuldstrafe zu verhängen, aber für ge- 439  
fährliche Personen sieht das Strafrecht die zwei Spur der *Gefahrenabwehr*, vor allem in den Formen der Sicherungsverwahrung und der Unterbringung in eine geschlossenen psychiatrische Anstalt vor, §§ 61 ff. StGB. Die Menschenwürde (Art. 1 I GG) und Stellung als Rechts- person bestimmen jedoch das Bild des Strafgefangenen und der unter- brachten Menschen im jeweiligen Vollzug.

---

<sup>14</sup> BVerfGE 105, 135, im 1. Leitsatz.

<sup>15</sup> BVerfGE 45, 187, 253 ff.

- 440 Der Jurist wird zudem immer auch auf die sozialreale staatliche Strafrechtspraxis blicken. Der deutsche Staat betreibt eine *humane Strafrechtspraxis*<sup>16</sup>. Nur 7 %, der Verurteilungen von rund 700. 000 p.a. lauten auf zu vollstreckende Freiheitsstrafe. Zur Bewährung werden rund 13 % der Freiheitsstrafe ausgesetzt. Die vergleichsweise nur symbolische Geldstrafe erfasst dafür rund 80 % der Verteilungen.
- 441 Auf zwei alte Worte reduziert, zielt das Strafen –an sich betrachtet– auf die *Vorbeugung* und die *Vergeltung*. Seine staatlichen Ausprägungen pendeln zwischen den Polen eines effektiven *Feindstrafrechts* und eines humanen Bruder- oder auch *Nächstenstrafrechts*. Demokratie und Menschenrechte führt zum Vorrang eines, wie es auch heißt „Freundstrafrechts“.<sup>17</sup>
- 442 In diesem Sinne erklärt das Bundesverfassungsgericht<sup>18</sup> für alle Formen der Freiheitsentziehung durch den Staat:

*„Achtung und Schutz der Menschenwürde gehören zu den Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes (...). Mit der Menschenwürde ist der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Menschen geschützt, der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt (...).“*

- 443 Auf die Strafen und die Maßregeln des Strafrechts gemünzt, betont das Bundesverfassungsgericht ferner auch, das zugleich das gesonderte Verfassungsgebot des Art. 104 (ebenso auch Art. 3 EMRK):

*„Für die Strafrechtspflege bedeutet das Gebot zur Achtung der Menschenwürde insbesondere, dass grausame, unmenschliche und erniedrigende Strafen verboten sind. Der Täter darf nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs gemacht werden.“*

---

<sup>16</sup> Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2006, 47, 58 (zur Geldstrafe als „Denkzettel“).

<sup>17</sup> Dazu auch: Scheffler, Uwe, Freund- Feindstrafrecht, in: Feltes, Thomas/Pfeiffer, Christian/Steinhilper, Gernot (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift Schwind, 2006, 123 ff., („Bürgerstrafrecht“ mit der Trennung von Freund- und Feindstrafrecht oder „Feindbekämpfung“ und „Bürgerstrafrecht“); 125 ff. (etwa bei Terrorismusbekämpfung und Abbau von Verteidigungsrechten), sowie: 126 (mit Ausrichtung auf den Begriff „Unschädlichmachung“, der aus der Logik der Gefahrenabwehr folgt).

<sup>18</sup> BVerfGE 109, 133, 134 f. (Hervorhebungen nicht im Original).

Außerdem betont das Bundesverfassungsgericht für schuldunfähige 444  
Rechtsbrecher:

*„Menschenwürde in diesem Sinne ist auch dem eigen, der auf Grund seines körperlichen oder geistigen Zustands nicht sinnhaft handeln kann“.*

Selbst schweres „unwürdiges“ Verhalten hebt die Menschenwürde also nicht auf. Diese Würde selbst kann keinem Menschen genommen werden. Er kann seine Würde auch nicht durch seine Tat verwirken.

Sozial-real gewendet räumt das Bundesverfassungsgericht dann doch 445  
eine Art der abgestuften oder auch relativen Unwürdigkeit des Straftäters ein. So erklärt es:

*„Verletzbar ist aber der Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt (...) und zwar auch durch strafende Eingriffe des Staates“.*

Vereinbar mit der Idee der Menschenwürde ist also erstens das Ver- 446  
dikt des *Schuldspruchs*, der eine sittliche Bemaklung des Täters und auch der Tat an sich enthält, sowie zweitens die Freiheits- oder Geldstrafe. Vereinfacht sind die Grundwerte Freiheit, Vermögen und Ehre einschränkbar. Unantastbar bleiben die Subjekt- und damit auch die Rechtsstellung des Menschen. Unantastbar bleibt die Stellung als Träger von Grundrechten, also auch Leben und Gesundheit u.s.w. sowie selbst auch die Ehre, Freiheit und Eigentum im Grundsatz.

### 3. Geständnis und Verständigung im Strafrecht

Wie wird und wie darf die *Strafrechtspraxis* im Idealfalle mit einem 447  
zur *Versöhnung* bereiten, und deshalb *geständigen* und *reueigen* Beschuldigten verfahren? Der Blick in die deutsche *Strafrechtspraxis* ergibt dazu folgendes: Zunächst kann und wird das *Gericht* die Strafe auch *ohne* jede gesonderte Vereinbarung *mildern*. Denn sobald sich der Täter in der Hauptverhandlung mit „Reue und Geständnis“ der staatlichen *Rechts-* und der dahinter stehenden *Werteordnung* unterwirft, so kann seine Strafe aus dieser *generalpräventiven* Sicht zumindest milder ausfallen. Schon mit dem bloßen *Geständnis* wird zumindest eine *Teilwahrheit*, und zwar durch den Täter selbst eingeräumt. Aus der Sicht der Tatschuldstrafe handelt es sich also um eine Art der immerhin teilweise wirksamen *Entschuldigung*. Auch die Strafidée



der Erhaltung der *Rechtstreue der Allgemeinheit* erlaubt nunmehr ebenfalls eine mildere Strafe. Denn dieser Täter bildet kein lebendes Beispiel mehr für die Verleugnung der geltenden Rechts- und Werteordnung<sup>19</sup>. Ferner erscheint die *Rückfallgefahr* bei einem einsichtigen Täter als deutlich geringer. Alle drei *Strafbegründungen* erlauben also, auf die *Strafbemessung* übertragen, auch eine geringe konkrete Strafe auszusprechen. Zudem darf der spätere *Vollzugsplan* diesen Gesichtspunkt als einen Schritt zur *Resozialisierung* berücksichtigen. Die Aussichten auf Vollzugslockerungen bis hin zum offenen Vollzug winken diesem offenbar *ungefährlichen* Strafgefangenen. Ferner kann die Freiheitsstrafe, die an sich vom Schuldrahmen eingeeignet ist, bei einer günstigen Rückfallprognose um ein Drittel reduziert und zur Bewährung ausgesetzt werden, § 57 ff. StGB.

- 448 In den Strafprozessen findet im Falle eines Geständnisses nicht nur einfach eine Strafmilderung statt. Insbesondere bei einem verteidigten Angeklagten, mit einer Straferwartung von einem Jahr Freiheitsstrafe wird in vielen Fällen zuvor eine *außergerichtliche Vereinbarung* getroffen, die dann auch in der Hauptverhandlung offen gelegt werden soll.<sup>20</sup> In ihr kündigt das Gericht eine *konkrete Strafobergrenze* an, falls ein bestimmtes Geständnis erfolgt und es sich keine weiteren erschwerenden Umstände ergeben.
- 449 Selbst im deutschen Strafrecht finden also erlaubte Absprachen statt, die den Charakter eines *Sühnevertrages* mit dem *demokratischen Staat* besitzen. Wie auch immer ausgestaltet findet auf diese Weise inhaltlich mit dem verletzten Rechtsstaat, bei dem das Recht zum Kern der *Staatsidentität* gehört, eine Art der Versöhnung statt und zwar insbesondere dann, wenn der Täter sich ausdrücklich zur Tat, zu seiner Verantwortung und zur Rechtsordnung insgesamt bekennt.

#### 4. Opferrechte

- 450 Der Opferschutz des deutschen Rechts ist zum Teil außerhalb des Strafrechts angesiedelt. Für Opfer existieren außerhalb des staatlichen

---

<sup>19</sup> Vgl. zu diesem hegelschen Ansatz der „Negation“ oder des „Widerspruchs des Täters mit seiner Tat gegen das Recht: sie aus Sicht des Strafrechts, Rogall, Klaus, Strafe als Mittel der Abschreckung, in: Zöller, Brigitte (Hrsg.), Mit Strafen leben? 1997, 236 ff. Seelmann, Kurz, Versuche einer Legitimation von Strafe durch das Argument selbstwidersprüchlichen Verhaltens des Straftäters, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. I, 1993, 315 ff.

<sup>20</sup> Zur „Verständigung“ (Absprache, Deal) im Strafverfahren: BGH 49, 84, 88; BGH GrSen 50, 40 ff.; BVerfG NSTZ 1987, 419.

Strafrechts: (1) das *private Zivilrecht* (Deliktsrecht, Unterlassungsansprüche) sowie ein zivilrechtliches Gewaltschutzgesetz (seit 2002), (2) das *staatliche Polizeirecht* sowie das *staatliche Sozialrecht*, einschließlich Gewaltopferentschädigungsgesetz (seit 1976), (3) die allgemeine Kranken- Unfall- Lebens- und Renten- Versicherungen, (4) sowie die gemeinnützige „Nicht-Regierungs-Organisationen“ (z. B. Weißer Ring).

Aber auch der deutsche Strafprozess versieht das Opfer mit einer eigenen Rechtsstellung und es kann im Strafverfahren eigener Opferanwälte bedienen. 451

Bei den Gewaltdelikten erspart der Angeklagte z.B. mit einem glaubhaften Geständnis vielfach den Opferzeugen die *Aussage* oder zumindest eine *kritische Befragung* durch die Verteidigung. Eine zweite oder dritte „Viktimisierung“ der Gewaltopfer wird auf diese Weise mit der Hilfe des Täters selbst vermieden. 452

Einen noch größeren Schritt bietet deshalb das staatliche *Strafgesetzbuch* in der Form einer sprunghaften Strafmilderung in den Fällen an, in denen ein erfolgreicher *Täter-Opfer-Ausgleich* abgewickelt wird, §§ 46 a, 49 StGB. In der Praxis findet eine solche Mediation aber zumeist *nicht* bei schweren Gewaltdelikten statt. Der relativ neue Täter-Opfer-Ausgleich strahlt dennoch auf das gesamte Strafrecht und den Inhalt von gerichtlichen Vereinbarungen aus. Dieser Ansatz bildet eine Art *strafrechtlichen Sühnevertrag*, der zumeist durch Dritte als neutrale *Mediatoren* vorbereitet und begleitet wird. Vor allem in den Fällen, in denen andernfalls *Geldstrafe* oder Strafaussetzung zur Bewährung drohen, kann aber ein erfolgreicher Täter-Opfer-Ausgleich sogar von Gesetzes wegen zu einem *Strafverzicht* des Staates führen. 453

## 5. Versöhnung und Rechtsfrieden

Bereits der *vorstaatliche* Sühnevertrag enthält auf den zweiten Blick *hoheitliche* Elemente. So haben zunächst die freien Familien- oder Hausväter aus der heutigen Sicht den eigentlichen Betroffenen, der verletzten Männern, den Frauen und Kindern, das Verfahren aus der Hand genommen und es aus heutiger Sicht als Angriff auf die *kollektive* Familienehre umgedeutet. Ebenso traten auch die Vermittler, sobald sie eingeschaltet wurden, als gesonderte Ritualpersonen auf und 454

haben dabei mitgeholfen, die Interessen beider Seiten im Sinne des *höheren Friedens* und zur Vermeidung von *Selbstjustiz* einzuschmelzen.

- 455 Aus der Sicht der *vor-, neben- und überstaatlichen* Idee der Versöhnung lautet die Folgerung deshalb, dass die *staatliche Strafe* deren Aufgaben zu einem wichtigen Teil *ersatzweise* wahrnimmt. Die staatliche *Strafe* bildet also hoch vereinfacht im demokratischen *Rechtsstaat* zumindest zu einem „*Drittel den Ersatz*“ für den mittelalterlichen Sühnevertrag.

## IV. Gerechtigkeit

### 1. Gerechtigkeit und Recht

- 456 Die Gerechtigkeit stellt einen Begriff der *Philosophie* des Rechts dar, den aber *das Recht* selbst vielfach schon mit vereinnahmt und zu „Recht und Gerechtigkeit“ zusammenfasst. Der antike Hintergrund besteht vor allem in der Rechtsethik des Staatslehrers *Aristoteles*, dem Erzieher von Alexander dem Großen. Selbst die Rechtsphilosophie, so heißt es, habe jedenfalls für die Ethik ihren Ursprung im „Unrecht“ und mithin in der Frage, wie das Unrecht zu beseitigen sei.<sup>21</sup> Am Anfang der Gerechtigkeit stand danach also das Erleben von Ungerechtigkeit. „Gerechtigkeit und Recht“ schein als zumindest als eine feste rechtspolitische Paarung zusammenzugehören.

---

<sup>21</sup> Heraclitus Ephesius, Fragmente (Fragmente, griechisch und deutsch), Snell, Bruno (Hrsg.), 1983, Fragment 23, erklärt: Recht kenne der Mensch nur, weil es Unrecht gebe. Zur Untrennbarkeit von Recht und Unrecht aus der Sicht der allgemeinen Rechtsphilosophie: Marcic, René, Um eine Grundlegung des Rechts. Existenziale und fundamentalontologische Elemente im Rechtsdenken der Gegenwart, in: Marcic, René/Tammelo, Ilmar (Hrsg.), Naturrecht und Gerechtigkeit. Eine Einführung in die Probleme; Salzburger Schriften zur Rechts-, Staats- und Sozialphilosophie, Band 9, 1989, 13 ff., 14. Nachdrücklich auch: Rottleuthner, Hubert, Ungerechtigkeiten. Anmerkungen zur westlichen Leidkultur, 2008, 6 ff.

## 2. Idee der Gerechtigkeit

### a. Gerechtigkeit als Gerade-Richten

Was nun bedeutet die Gerechtigkeit als solche? An dieser Stelle ist nicht wie bei der Versöhnung die Allgemeinheit sondern die Philosophie zu befragen.

Nach *Kant* meint die Gerechtigkeit einprägsam das *Gerade-Richten* 457 von etwas *Krummem*.<sup>22</sup> Danach allerdings setzt die Gerechtigkeit das Wissen um das „Gerade“ und damit auch um das „Krumme“, also um Recht und Unrecht und Wert und Unwert, schlicht voraus. Außerdem handelt es sich vor allem um ein *Verfahren*.

Mit einem einzigen Wort bildet den Kern der Gerechtigkeit die 458 „Gleichheit“. Im Falle der *Ungleichheit* ist dann für einen Ausgleich zu sorgen und die Gleichheit wiederherzustellen. Danach meint Gerechtigkeit (1) Gleichheit als *Ordnungsidee*, (2) und zwar für die *Person* des Freien als Gleichen (3) und fordert bei Ungleichheit den *Ausgleich*.

### b. Dreiteilige Gerechtigkeit

Die Gleichheit besteht vor allem zwischen privaten und aktiven *Per-* 459 *sonen*. Deren ziviles Selbstverständnis ist in der westlichen Staatenwelt um *zwei* der drei Kernforderungen der französischen Revolution für den Status des Menschen als Bürger zu *erweitern*. Um Kernelemente ergänzt, lauten alle drei: *Freiheit*“, als Handlungsfreiheit, „*Gleichheit*“, als Mensch, „*Brüderlichkeit*“, als Fürsorge.

Die „Gleichheit“ zwischen *Personen* bildet also *ausdrücklich* einen untrennbaren Teil des westlichen Bildes von *Demokraten*. Allerdings ist ihr Selbstverständnis dann auch noch um das Menschsein und die Solidarität zu ergänzen.

---

<sup>22</sup> Kant, Immanuel, Die Metaphysik der Sitten, in: Weischedel, Wilhelm (Hrsg.), Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden, Band IV: Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, 1956, § E, 340; zudem: Siep, Ludwig, Naturgesetz und Rechtsgesetz, in: Krawietz, Werner/Gerhardt, Volker (Hrsg.), Recht und Natur. Beiträge zu Ehren von Friedrich Kaulbach, 1993, 132 ff., 137.

460 Schon seit *Aristoteles* und mit *Thomas von Aquin* nennen und kennen wir eine Dreiteilung der Idee der Gerechtigkeit<sup>23</sup> Sie erfasst erstens die *gegenseitige (kommutative)* Gerechtigkeit und zweitens die *austeilende oder distributive* Gerechtigkeit. Drittens treten zwei Korrektive hinzu. Es handelt sich um die materialen humane *Barmherzigkeit* einerseits und den kalten formalen Positivismus als *legale Gerechtigkeit* andererseits.

461 Der deutsche Jurist wird zudem eine im deutschen Staatsrecht verfestigte Definition betonen: Art. 2 I GG beschreibt die Einheit von „Recht und Gerechtigkeit“ aus der Sicht einer freien Mensch-Person in diesem Gesamtsinne:

„Jeder hat das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“

462 Dieser Satz ist auch aus der Sicht der Gerechtigkeitsidee kaum zu überbieten. Denn diese einfache Formel erläutert sowohl die Art und den Umfang der *Gleichheit* als auch das Verständnis der aktiven *Person* und bekennt zudem noch die Art und die Grenzen von deren *Autonomie*. Die Sittenwidrigkeit, zu deren Kernfälle die Ausbeutung von Notlagen gehört, § 138 BGB, bildet ferner einen Ausdruck der *Solidarität* als Sozialpflichtigkeit und ist aus staatsrechtlicher Sicht schon weitgehend in die „*Verfassungsmäßigkeit*“ der Ordnung einbezogen.

463 Jeder grobe Verstoß gegen die *Menschenrechte* würde schließlich ohnehin auch einem „ungerechtem Recht“ den Charakter des gültigen Rechts nehmen. Insofern besitzt aus der Sicht der vorherrschenden Rechtstheorie jedes Recht das gültige Recht sein will, einen *minimal-ethischen Kern*.<sup>24</sup> Insofern stützt die westliche Idee des *Rechts* die allgemeine Idee von der *Gerechtigkeit* im Hinblick auf die Humanität. Deren festen ethischen Doppelkern des Rechts bilden danach die

---

<sup>23</sup> Aristoteles, *Nikomachische Ethik* (Dirlmeier, Franz (Übrs.)), 1999, 5. Buch, 5. - 7. Kap. (1130 b / 1131 a); Thomas von Aquin, *Summa theologica*, Katholischer Akademikerverband (Hrsg.), *Recht und Gerechtigkeit*, 1953, Buch II. 2., 57. 1 ff., 58. 6; vgl. etwa auch: Fechner, Erich, *Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts*, 2. Aufl. 1962, 11, Fn. 1.

<sup>24</sup> Aufgegriffen von BGHSt. 41, 101, 106 ff. („Mindestanforderungen“ ... die „an die staatliche Beachtung von Wert und Würde des Menschen zu stellen sind“, und zwar für das menschenrechtswidrige Systemunrecht der DDR (nach DDR erlaubte Schüsse auf Grenzverletzer). Bestätigt von BVerfGE 95, 96 (Leitsatz: Wenn das zugrunde liegende Recht „die allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise missachtet.“).

Gleichheit im Menschsein und die mitmenschliche Solidarität. Als Kern der westlichen Verfassungen bilden der Akkord von Freiheit, Gleichheit und Solidarität eine weltliche Art eines Credo im Sinne einer Staatenreligion der westlichen Demokratien.<sup>25</sup>

### c. Vielfalt: Zuteilungsgerechtigkeit und Schädigungsverbot

Hinter den beiden *Hauptformeln* verbergen sich zahlreiche fachwissenschaftliche *Gerechtigkeitslehren*. Sie verknüpfen den Gedanken der Gerechtigkeit mit ihrem jeweiligen *Fachgebiet*, insbesondere der Philosophie, der Politik, der Wirtschaft, sowie mit dem Staat und dem Recht. 464

Zumindest ihre *Vielfalt* soll angedeutet werden. Dazu ist der *komplexere Doppelansatz* „Jedem das Seine gewähren“ und „Niemandem einen Schaden“ näher zu betrachten. Die folgende Grobordnung versucht, den *Blickwinkel* des *Staatsrechts* einzunehmen und mit ihm die *hoheitliche* Seite der *Zuteilungsgerechtigkeit* anzuleuchten. Stichworte und vier groben Rahmenbegriffe müssen genügen. 465

Die *ethische Sozialgerechtigkeit* umfasst die *iustitia distributiva* (Aristoteles, Thomas v. Aquin) als gemischtes politisches Rechte- und auch Pflichtenmodell. Sie tritt als hoheitliche Zuteilung von Verfahrensrollen in Erscheinung. Sie begründet kollektivistisch gedacht die Solidarität („Brüderlichkeit“) und verlangt vom Staat die hoheitliche Daseinsvorsorge als Sozialstaatsprinzip. Demokratische gelesen führt sie zu den Teilhaberechten des Staatsbürgers (Partizipation). Sie versteht die Idee der Gleichheit als zugeteilte zivile Rechtspersönlichkeit, § 1 466

---

<sup>25</sup> Aus der deutschen staatsrechtlicher Sicht ist die Deutung, die Verfassungskerne als religionsanaloge Bekenntnisse zu begreifen, umstritten. Zumindest aber handelt es sich um ein fortdauerndes Bekenntnis (so die ansonsten „religionskritischen“ Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 1, Rn. 37 und Podlech, in: AK-GG (Azzola), Art. 1 II, III, Rn. 5). Für eine „rechtsphilosophische Feststellung“ und damit in gemeinen Sinne als Zivilreligion: Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1, Rn. 73; ansatzweise auch Mangoldt/Klein/Starck, GG, Rn. 86: „Anschluss an die europäische Menschenrechtskonvention, die naturrechtlich begründet ist“. Dazu auch: Zippelius, in: BK-GG, Art. 1 Rn. 43. Vorsichtiger Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 1, Rn. 38 („Das GG kann nicht festlegen, warum diese in Bezug genommenen Menschenrechte gelten, es kann sie nur - wie in Art. 1 II gesehen - ausdrücklich gutheißen“). Es handele sich um eine „politische Handlungsanleitung“ und insofern um die „Loslösung von naturrechtlich religiöser Fundierung“ (Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 1, Rn. 39). Aber auch damit bleibt offen, ob dann nicht eine politische Staats-Anleitung vorliegt, und zwar aufgrund der zugrunde liegenden Menschenrechte.

BGB. Zu ihr gehört auch die hoheitliche Gnade und richterkönigliche Billigkeit im Einzelfall.

- 467 Die *politische Zuteilungsgerechtigkeit* greift die „Größtes Glück möglichst Vieler“ (summmum bonum) als politische Verteilungsformel des angloamerikanischen Utilitarismus auf. Sie spiegelt sich in Amnestien, Verjährung und Sühneverträge als sozialnützliche Zuteilung von Rechtsfrieden wieder. Sie findet sich im Gemeinwohl als Sammelbegriff für das politische „Gute“ und als wertethisches Zuteilungsprinzip des politischen Nehmens zugunsten Anderer wieder. Sie steckt hinter der Idee einer vage Werteordnung für materiale Verfassungsgerechtigkeit im Sinne jeder gesamten Grundrechtscharta. Verfassungsgerichte konkretisieren sie im Sinne einer konkrete „praktischen Konkordanz“ der Grundwerte bei der konkreten verfassungsrechtlichen Abwägung zwischen verschiedenen hohen Grund- und Menschenrechten. Auch die politische Idee der Menschenwürde geht von einer vom Naturrecht zugeteilte absolute Subjektrolle des Menschen aus.
- 468 Das *ziviles Schädigungsverbot* (harm principle), bietet zunächst eine einleuchtende negative Gerechtigkeitslehre („keinem Weh“). Aus der Sicht der Zuteilungsgerechtigkeit zielt es aber auch auf die konservative Sicherung des „Seinen“ und damit allen „Eigentums“ als Prinzip. Es erzwingt zudem mittelbar die kollektiven also sozialen, Güter des allseitigen Gewaltverzichts und des inneren Marktfriedens. Es dient schon deshalb auch schon der Idee des politisch-staatlichen Gewaltmonopols. Aus dem Schädigungsverbot folgt, bei dessen Verletzungen, ferner auch die Heilsidee des verrechtlichten Ver-Sühnens.<sup>26</sup>
- 469 Schließlich werden alle derartigen „kollektiven Güter“ in der Demokratie allen Demokraten, die als Mitherrscher darauf auch einen Teilhabeanspruch besitzen, als die „Ihren“ zugeteilt. Insofern ließe sich dann von einer *demokratische Zuteilungsgerechtigkeit* sprechen.

---

<sup>26</sup> Zur Sühnetheorie als die subjektive, den Täter betrachtende Seite der Gerechtigkeitstheorie: Hassemer, Winfried, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, 282, zudem im Sinne eines auch „sakralen Vorgangs“ des Schuldausgleichs; dazu aus der Sicht der Strafrechtspsychologie auch: Streng, Franz, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, 17.

### 3. Gerechtigkeit und Strafe

Die Kernelemente der *Gerechtigkeit* und die Idee des *Strafens* sind 470 nach allem, zumal aus der Sicht des deutschen Juristen, eng miteinander verbunden. Der *Tat-Schuld-Ausgleich* beruht dabei offen auf dem Gedanken der strengen *Wechselseitigkeit* von Tatübel und Strafübel. Zudem aber erscheint die angemessene Strafe auch als die „*Seine*“ des Angeklagten. Der Täter hat sie persönlich „verdient“. Die Strafe, die er nicht freiwillig übernimmt, wird ihm notfalls als „die Seine“ zwangsweise zugeteilt und sie dient dort der „Sühne“.

Die *gerechte Strafe* funktioniert mit zwei anderen bekannten Begriffen 471 als „Repression“ und zur „Restauration“. Repression meint dann das Richten von etwas Krummen. Der Richter drückt mit Gewalt etwas in seine alte Form zurück. Restauration meint die gerechte „Wiederherstellung des Rechtsfriedens“. Diese Sicht zielt auf ein kollektives Übergut, auf dessen *Zuteilung* nicht nur die Allgemeinheit insgesamt sondern mit ihr auch *jeder Demokrat* einen Anspruch besitzt.

Der Idee der zuteilenden Gerechtigkeit entspringt in der Demokratie 472 auch der *Verzicht* auf die *Todesstrafe*, die Aufrechterhaltung der Menschenwürde und der *Rechtspersönlichkeit* des Gefangenen im Strafvollzug sowie die grundsätzliche *Aussicht wieder in Freiheit* zu kommen. Das *Leben*, die *Menschenwürde* und diese *Aussicht auf Freiheit* bilden in der deutschen Demokratie „das Seine“ des Strafgefangenen. An diesem kollektiven Gut erhält er weiterhin „seinen“ Anteil. Die menschenrechtlichen Grundlagen des Seinen stellen analog dann die Gleichheit im *Menschsein* und der Gedanke der *mitmenschlichen* Fürsorge dar.

Aus der Sicht des *mittelalterlichen Sühnevertrages* regiert also weiter die Idee dieses alten Freien-Modells und sie ist nur *zudem* mit dem Gedanken der Menschenwürde zu verknüpfen.

Im deutschen Strafverfahren, bis zum Urteil und selbst im Vollzug, 473 kann der Strafgefangene schließlich noch grob über „ein Drittel“ seiner Strafe *verhandeln*. Dazu muss er sich zu bestimmten *Gegenleistungen* bereit erklären. Aus dieser Sicht regiert dann wieder die einfache Idee der *Austauschgerechtigkeit* zwischen den betroffenen Rechtspersonen, dem demokratischen Staat, dem konkreten Opfer und dem Täter.



Damit ist versucht, „Gerechtigkeit und Recht“ generell und auch die „humane Gerechtigkeit“ der staatlichen Strafe zu umreißen.

## V. Zwölf Thesen zur Menschenrechtsstrafe

In Thesenform gedrängt, lässt sich nach allem die folgende Gedankenlinie entwickeln.

474 (I) *Der Begriff der Versöhnung erfasst vor allem eine religiös-zivilisatorische Idee. Als Wieder-Versöhnung setzt sie dazu die Vorstellung von einer friedlichen Gemeinschaft voraus.*

(1) Die Idee von Gemeinschaft bedient sich des Grundgedankens der *Versöhnung*. Ebenso bringt eine *Versöhnung* eine Art von Gemeinschaft hervor. Die Vorstellungen von *Versöhnung* und Gemeinschaft fordern beide um des Friedens und ihrer jeweiligen Struktur willen einen *Verzicht auf Gewalt* von beiden Seiten. Die Doppelidee der versöhnlichen Gemeinschaft befördert in der Regel einen *wechselseitigen Verzicht* auf einseitige Positionen, zumindest aber die Unterwerfung unter ein mühsames rituelles Verfahren. Zur *Versöhnung* gehört aber stets auch die Drohung mit der Alternative von Gewalt. Entweder droht die Gegenseite mit *privater Gewalt* und diese Drohung wird typischerweise in eine Gegendrohung einmünden, so dass sich in der Regel der Eintritt in eine gesamte Gewaltspirale abzeichnet. Oder aber es droht die Gemeinschaft der (übrigen) „Gleichen und Nächsten“ oder diejenige der „Höheren und Mächtigen“, mit dem Einsatz ihrer kollektive Gewalt. Allerdings versuchen auch die Übermächtigen auf den Einsatz ihres Gewaltpotenzials zu verzichten. Deshalb ist auch eine hoheitlich strukturierte Gemeinschaft bereit, Kompromisse mit den Streitenden einzugehen. Insbesondere wird sie anbieten, auf die Umsetzung strikten Rechts zu verzichten und das formale Verfahren abzukürzen, so dass alsbald Rechtsfrieden erlangt werden kann.

475 (2) Dabei ist Gemeinschaft im weiten Sinne eines *Bundes* zu verstehen. Gemeinschaften können zwischen zwei einzelnen Menschen, zwischen verschiedenen Ethnien innerhalb einer Großgesellschaft oder auch zwischen benachbarten Staaten bestehen. Selbst das bloße Menschsein schafft schon eine lockere Art einer Gesellschaft von Menschen. Relevant wird sie durchweg durch die Nähe. Umgekehrt nötigt schon die bloße Nachbarschaft von Menschen oder Gruppen

von Menschen nötigt zur Kommunikation miteinander und schafft auf diese Weise eine Art von Gesellschaft.<sup>27</sup> Jeder Bund verfügt seinerseits über gemeinsame Interessen, also einer Art von Gemeinwohl, etwa ihrer weiteren sozialen Umwelt gegenüber.

(3) Diese Teilhaber einer Gruppe sind in der Regel an weiteren Gemeinschaften, etwa den geistigen Freunden, räumlichen Nachbarn, den wirtschaftlichen Kollegen usw. beteiligt. Unter anderem aus dieser Vielfalt beziehen sie ihre höchste soziale Individualität. Für sich und die Anderen treten sie dort jeweils als *Akteure*, *Personen* oder *Subjekte* auf. 476

(4) Auch stabile große Kollektive, wie der Staat, verfügen vielfach über eine eigene *emotionale* Identität, die sie aus der inneren Verbundenheit ihrer humanen Mitglieder mit ihnen ableiten. Solche emotionalen Partner können einen Konflikt impulsiv, mit wilder Wut und mit ungezügelter Gewalt austragen. Sie werden sich in diesem Falle wechselseitig als Un-Täter, als Un-Personen oder als Un-Menschen begreifen. Den anderen werden sie als Feind oder vielleicht auch nur als bloßen Störer abqualifizieren.<sup>28</sup> Sie vermögen sich aber auch, nach 477

---

<sup>27</sup> Aus der Sicht der universellen sozio-biologischen Systemtheorie definiert etwa Luhmann, Niklas, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981, 19 f., die „Gesellschaft“ in ähnlicher Weise: „Die Gesellschaft ist das umfangreichste Sozialsystem, das alle möglichen Kommunikationen zwischen Menschen ordnet. Das politische System ist eines ihrer Teilsysteme“. Sowie durchaus auch im Sinne Demokratie: „Aber der Staat ist nichts außerhalb der Gesellschaft.“

<sup>28</sup> Fünf Techniken der Neutralisation von Gegnern beschreiben Sykes, Gresham/Matza, David, Techniken der Neutralisierung: Eine Theorie der Delinquenz, in: Sack, Fritz/König, René (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 1968, 360 ff., 366 f.: (1) Ablehnung der Verantwortung (lieblose Eltern, neidische Kollegen, schlechte Gesellschaft), (2) Verneinung des Unrechts (Diebstahl als borgen), (3) Ablehnung des Opfers deshalb in höherem Sinn doch „gerecht“ und Abwertung und Entmenschlichung des Opfers, (4) „Verdammung der Verdammenden“ (Gesellschaft sei selbst schlecht), (5) höhere Gerechtigkeit in einer unzulänglichen Welt, sowie zwei nach Thurmann, Quints, C., Deviance and the neutralization of moral commitment – An imperical analysis, in: Deviant Behavior, 1984, 291 ff., 292 f. und Maruna, Shadd/Copes, Heith, What have we learned in five decades of neutralization?, in: Crime and Justice, 2005, 221 ff., 265: (6) Gerechter, der sich einen Ausrutscher erlauben darf, (7) Verteidigung mit der Notwendigkeit. Zur Verwandtschaft mit der Subkultur-Theorie: Whyte, Wiliam F., Die Street Corner Society – die Sozialstruktur eines Italienviertels, Berlin 1996, Cohen, Albert K., Delinquent Boys, New York 1965, Cloward, Richard A./Ohlin, Lloyd E., Delinquency and opportunity – a theory of delinquent gangs, 5. Aufl. 1969, Miller, Walter B., Die Kultur der Unterschicht – Ein Entstehungsmilieu für Bandendelinquenz, in: Kriminalsoziologie, Sack, Fritz/König, René, 3. Aufl. Wiesbaden 1979, 339 ff. Neuere Untersuchungen zu Personen (erhöhte „Neutralisationsakzeptanz“ bei Personen mit „normkonträren Verhaltensweisen“) bei: Winkel, Frans, W., Criminal Behavior and the Pre-Victimization Process, in: Advances in Psychology and Law, de Gruyter, Walter (Hrsg.), Berlin, 1997, 65 ff.; zu den Problemen dieser Studie: Fritsche, Immo, Entschuldigen, Rechtfertigen und die Verletzung sozialer

einer gewissen Wartezeit und vielfach auf die Einwirkung von Nächsten hin einem Versöhnungsverfahren zu unterwerfen. Jenes entspricht dann dem juristisch-psychologischen Modell der „Mediation“.

- 478 (II) *Das Streben nach Ausgleich bildet den rationalen Kern eines solchen Vermittlungsverfahrens.* Die Wiederherstellung der verletzten Identitäten bildet ihren psychologischen Teil. Beide Seiten müssen zunächst und auf diesem Wege des rituellen Verfahrens die Achtung vor einander wiedererlangen. Deshalb stellt schon der Wiederaufbau des beschädigten Egos selbst einen Teil des Ausgleichs dar, denn er dient dazu, dass sich die Beteiligten, die stets in irgendeiner Weise als Teilhaber auch Nachbarn sind, einander nach und nach wieder als „Gleiche und Nächste“ anerkennen und respektvoll achten.
- 479 Aber bereits die Wahl der Mediation beinhaltet einen ersten Schritt zum Ausgleich. In der Regel ist dieser Akt dem Ansehen gegenüber dem privaten Netzwerk der Familien und Freunde, oder dem Druck der mächtigen Dritten oder der Rechtsgesellschaft mit ihrem Gewaltmonopol selbst geschuldet. Zumindest über diesen Umweg entspringt der Schritt dann auch dem eigenen Selbstbild. Der Handelnde will sich zumindest als verhandlungsfähiger Mensch zeigen. Selbst schwer traumatisierte Opfer vermögen auf diese Weise ihre Subjektstellung nicht nur nach außen zu zeigen, sondern auf diese Wege auch partiell im Inneren langsam wieder zu gelangen.
- 480 (III) *Die Strafe und ihr Verfahren dient zwar auf den ersten Blick nicht der Versöhnung und zwar weder aus der Perspektive des Opfers noch der des Täters noch der Dritten.* Denn in erster Linie soll die Strafe ein Übel (Leid, Schmerz oder Freiheitsverlust) beinhalten.

Insofern erscheint das Strafen vor allem ein Gewaltakt. Mit ihm soll das Übel der Straftat ausgeglichen werden. Diesem Strafgrund des Ausgleichs, und zwar um seiner selbst Willen, werden herkömmlicher Weise die Strafzwecke der Prävention hinzugefügt. Als Generalprävention dient das Strafen dem Schutz der elementaren Werte einer Gemeinschaft. Individualpräventiv wirkt die Übelszufügung auf den Täter ein, um die Gesellschaft zu schützen. Verdeckte Ansätze zur Versöhnung bergen hingegen zwei andere Strafbegründungen, die Idee der "Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit" und vor allem

der Gedanke der "Resozialisierung". Hinter ihnen steht zumindest auch der Gedanke, mit den Strafen durch Ausgleich des Übels der Straftat doch einen Zweck zu verfolgen und mit den Strafen "Rechtsfrieden" zu schaffen und zu erhalten.

Dennoch meint das Strafen im Kern Gegengewalt zu üben. Erst auf den zweiten Blick wird deutlich, dass und in welchem Maße das Strafrecht auf die Umsetzung des Grundsatzes der strikten Vergeltung zu verzichten.

(IV) *So hat sich in Deutschland mit kräftiger Nachhilfe des Bundesverfassungsgerichts eine Form von „Versöhnungsstrafe“ entwickelt.* 481 Insofern überwölbt nämlich das humane Verfassungsrecht die an sich ältere Idee des rechtsstaatlichen Strafens. Für die Strafe im engeren Sinne, von der aber die Sicherungsverwahrung zu trennen ist, gilt deshalb folgendes:

(1) Die Todesstrafe hat bereits das Grundgesetz selbst abgeschafft (Art. 102 GG).

(2) Das Schuldprinzip, das an sich nur eines von zwei Elementen der Strafe als „Tat-Schuld-Ausgleich“ bildet, wird herausgehoben. Es setzt Verantwortlichkeit voraus und verlangt grundsätzlich auch, die Schwere der Straftat ins Verhältnis zur Strafhöhe zu setzen. Verankert ist das Schuldprinzip in den wesentlichsten Grundbestimmungen der Verfassung, in Art. 1, der Menschenwürde, der Freiheit als Eigenverantwortung in Art. 2 I und im Rechtsstaatsprinzip.<sup>29</sup> Der Straftäter darf also insbesondere „nicht bloß zum Objekt“ degradiert, sondern muss zumindest auch in seiner Subjektstellung geachtet werden und andernfalls erweist sich auch der demokratische Rechtsstaat als gefährdet.

(3) Der Straftäter verfügt deshalb auch im Vollzug über die Menschenwürde und grundsätzlich auch dort über die Stellung eines Rechtssubjektes.

---

<sup>29</sup> Dazu: BVerfG NJW 2008, 1137: „Der Grundsatz „keine Strafe ohne Schuld“ hat Verfassungsrang; er findet seine Grundlage im Gebot der Achtung der Menschenwürde sowie in Art. 2 I GG und im Rechtsstaatsprinzip (vgl. BVerfGE 9, 167 [169]; BVerfGE 86, 288 [313]; BVerfGE 95, 96 [140]). Aus diesem Grundsatz folgt für die Strafgerichte das Gebot schuldangemessenen Strafens im Einzelfall. Danach muss Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters stehen (vgl. BVerfGE 20, 323 [331]; BVerfGE 25, 269 [285 ff.]; BVerfGE 50, 5 [12]; BVerfGE 73, 206 [253 f.]; BVerfGE 86, 288 [313]; BVerfGE 96, 245 [249]).“

(4) Seine Freiheit darf zwar in der Form der Freiheitsstrafe eingeschränkt werden. Er muss aber grundsätzlich der Freiheit wieder teilhaftig werden können. Als freier Mensch, so ist anzufügen, hat er es selbst im Falle einer zusätzlichen Sicherungsverwahrung in der Hand, im Vollzug seine Ungefährlichkeit zu belegen.

482 (V) *Diese Art von „humanen“ Strafen behandelt den Straftäter als „Gleichen und Nächsten“, nicht als Feind, sondern als Freund. Ihm bleiben also aus der Sicht der Mediation von der Seite des demokratischen Staates die unantastbare Würde und die Stellung als aktives Rechtssubjekt, die er beide im Rahmen einer zivilen Mediation erst mühsam wieder erreichen müsste.*

483 Diese Deutung des Straftäters erweist sich u.a. als Konsequenz des *Demokratieprinzips*. Denn als Mitherrscher muss selbst der Mörder grundsätzlich noch weiterhin zur Verfügung stehen können.

Aus der Sicht der *Menschenrechte* sind ihm überdies seine Würde und seine Rechtspersönlichkeit angeboren. Diese Subjektivität kann ihm niemand, nicht einmal er sich selbst mit seiner Tat nehmen. Um diese Würde aber auszuüben, bedarf es seines Lebens und wenigstens der Chance, der Freiheit wieder teilhaftig werden zu können.

484 Auch erhält der Delinquent die notfalls vom Staat vermittelte Gelegenheit, zu einem mediativen Täter-Opfer-Ausgleich. Das Opfer selbst kann seinerseits ohnehin versuchen, zivilrechtliche Ansprüche gegen den Täter aktiv geltend zu machen. Bei akuter Wiederholungsgefahr kann es sich an die staatliche Polizei wenden. Außerdem hilft dem Opfer das öffentliche Sozialrecht, wenn es in existenzielle Not gerät. Das Strafrecht bildet also nur *einen Teil* des Gesamtrechtssystems des Staates.

485 (VI) *Hinzu kommt, dogmatisch weniger beachtet, das demokratische und auch rechtsstaatliche Versöhnungsangebot des teilweisen Strafverzichts.*

(1) Es gilt insbesondere für den idealen Fall, dass der Täter sich mit Geständnis und Reue wieder dem Recht der demokratischen Gesellschaft unterwirft und er auch noch bereit ist, nach Kräften einen Täter-Opfer-Ausgleich vorzunehmen. Dazu gehört ferner, dass er bei schweren, insbesondere Gewaltverbrechen, als eigene Buße auch den längeren Entzug von Freiheit bewusst auf sich zu nehmen bereit ist.

Zwar geschieht auch dieser Demutsakt stets gleichzeitig unter dem Druck der sich abzeichnenden Bestrafung. Aber auch in den sonstigen Fällen sozial-realer Mediation steht das worst-case-Szenario des strengen hoheitlichen Rechts im Hintergrund.

Die Humanität des Strafens besteht also in der Gewährleistung des Menschseins, der Aufrechterhaltung der Rechtsstellung und, bei demütiger Unterwerfung, im „barmherzigen“ Recht auf zumindest teilweisen Straf- und Vollstreckungsverzicht.

(2) Diese Art der Humanität ergibt sich insofern aus der Rechtsidee selbst und mit ihr im Rechtsstaatsprinzip wieder, als diese in der Vorstellung von *Gerechtigkeit* zu finden ist. Ausdrücklich steht sie im Korrektiv der *Barmherzigkeit*. Mittelbar ist sie aber auch *Zuteilungsgerechtigkeit* mit enthalten. Denn sie ergibt sich aus dem „Seinen“ des antiken Polis-Bürgers oder heute des Menschen der Menschenrechte.

Die Idee des Strebens nach allgemeiner Gerechtigkeit stellt wiederum ihrerseits ein wesentliches Element der Generalprävention dar. Sie ist vor allem auf den Wertschutz und die Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit ausgerichtet, und ist in dieser Doppelfunktion eng mit dem angloamerikanischen „common sense“ verwandt. Die Generalprävention ist ihrerseits im Demokratie- und auch im Rechtsstaatsprinzip verwurzelt.

Dieser Konsens der Allgemeinheit besteht in der Demokratie umgekehrt vor allem darin, dass die Verletzung von personalen Grundwerten „gerecht“ ausgeglichen werden soll. Andernfalls erwächst u.a. die Gefahr von Selbsthilfe in der Form von Lynchjustiz durch die Gerechten oder in der Furcht vor Nachahmung von Seiten der Tatgeneigten.

(VII) *Einzunehmen ist auch der vorstaatliche oder auch überstaatliche Blickwinkel der Gerechtigkeit als ein eigenes höchstes Gut.* Auf der Suche nach Gerechtigkeit fußt der common sense einer angloamerikanischen Jury. Gerechtigkeit bildet auch einen Kern der französischen Grundidee des kollektiven Volkswillens (*volonté générale*). Auch die Deutsche Verfassung in Art. 1 II GG, weist nach der Festbeschreibung der Unantastbarkeit der Menschenwürde sofort und mit dem „Darum“-Bezug auf die „Gerechtigkeit in der Welt“ hin. 486

(VIII) *Hinzu tritt ferner die demokratische Forderung nach Gleichheit, die in der Mitte zwischen Freiheit und Solidarität angesiedelt ist.* 487

Sie bildet in und nur mit diesem Dreiklang einen wesentlichen Teil des westlichen Menschenbildes. Für die Gerechtigkeitsidee gilt nach allem kurz gefasst folgendes:

- 488 Den Kern der Gerechtigkeit bildet zwar die goldene Regel der blinden Wechselseitigkeit mit dem Ziele des Ausgleichs mit etwas Gleichartigem. Insofern regiert der Gedanke der „Gleichheit“. Aber zur Austauschgerechtigkeit tritt seit der Antike wenigstens die Zuteilungsgerechtigkeit hinzu. Sie umfasst ein diffuses komplementäres System. Nach ihr hat jede Person Anspruch auf das Seine. Jeder Freie verfügt danach nach den beiden Modellen des Eigentums und der grundsätzlichen Handlungsfreiheit über einen eigenen Rechtsstatus, den der andere anzuerkennen hat. Insofern setzt die Gleichheit scheinbar auch schon die Freiheit von Freien mit voraus.
- 489 Aber auch die Unfreiheit oder auch der Statusverlust können das Seine des Menschen bilden. Auch die Freiheitsstrafe greift diesen Ansatz auf, auch wenn sie ihn nur beschränkt verwendet. Doch die Gewährung kollektiver Güter, wie der verkündete Anspruch, die Befreiung von der Sklavenrolle oder aus der Sicht des Freien, das Recht auf eine Sühne- oder auf ein öffentliches Gerichtsverfahren, können dann das „Seine“ eines Stadtbürgers darstellen.
- 490 Ferner gilt jedenfalls für die Stadtbürger das solidarische Element des „Nächsten“. Auch alte Gerechtigkeits-Formeln greifen diese Einschränkung auf. Denn Gerechtigkeit ohne *Barmherzigkeit* wäre grausam, also wild und barbarisch. Hinter der emotionalen Idee der Barmherzigkeit steht der familiäre, der kommunale und der moralisch-altruistische Gedanke der Solidarität in Notlagen.
- 491 (IX) *Auf des Strafen bezogen bedeutet dies folgendes:* In einer solchen Notlage befindet sich, wengleich selbst verschuldet, auch der eingesperrte Mordtäter und ihm ist brüderliche Nachsicht zu bieten. Aus der Sicht absoluter Herrscher war analog dazu „*Gnade*“ zu üben. Auf diesem Weg konnte der Herrscher zugleich seine Macht und seine Milde zeigen. Aus der Sicht der Menschenrechte findet ein *vernünftiger Ausgleich* statt, der der Allgemeinheit die Rechtstreue unter anderem so erläutert, dass die demokratische Gesellschaft nicht ebenso wild, egoistisch oder auch grausam handelt wie der Täter. Deshalb verzichtete die Demokratie auf die kalte reine Wiedervergeltung.

Die Gemeinschaft, die auf die Todesstrafe für Mörder verzichtet, erweist sich also selbst dann als versöhnlich, wenn ein brutaler Gewalttäter sich nicht demütig wieder dem Recht unterwirft und nicht freiwillig die Strafe auf sich nimmt. Nur in stets erneut zu überprüfenden Notfällen behält sie sich Notrechte, wie insbesondere die Sicherungsverwahrung vor. *Eine humane Gesellschaft, die die Menschenwürde für unantastbar erklärt, will aufgrund ihres Selbstbildes nicht dem Täter „gleichen“.* 492

Das Volk, das auf die strenge Wechselseitigkeit verzichtet, kommt jedem Täter insofern ein Stück entgegen. *Mit diesem asketischen Verzicht ist ein Gewinn an Selbstachtung verbunden.* Er erwächst aus der damit gezeigten Befreiung von diesem tödlichen Mechanismus der ewigen Wiedervergeltung und damit aus der Selbstbeherrschung. Aus der Sicht der Zuteilungsgerechtigkeit handelt das Volk nicht großzügig, sondern sinnvoll. Denn das Volk von Demokraten teilt – um seiner Leitidee willen – jedem seiner Mitherrscher den Status einer Person zu, und zwar als den „Seinen“. Anders gewendet opfert das Volk kein Mitglied, und zwar auch nicht den Mörder, auf dem Altar einer höheren Idee. Es nimmt den Gefährlichen lediglich ihre Gefährlichkeit. 493

(X) *Diese Forderungen bestehen nicht nur in der Theorie sondern auch in der Rechtspraxis.* Wie zu zeigen war, bietet die praktische Strafverfolgung auch im hoheitlichen Rechtsstaat Deutschland seit langem *versöhnliche* Nebenwege an, um den „Frieden“ mit der Gesellschaft und, soweit möglich, mit dem Opfer zu schließen, Buße auf sich zu nehmen, aber auch die „Gnade“ der Strafmilderung zu erhalten sowie Vollzugslockerungen und auch eine bedingte Entlassung etwa nach 2/3 der verhängten Strafe erwarten zu dürfen. 494

Ohnehin lauten 80% der Verurteilungen auf Geldstrafen, die auch mit gemeinnütziger Arbeit abgegolten werden können. Weitere 13% bilden Freiheitsstrafen, die zunächst auf Bewährung ausgesetzt werden. Das Gericht verbindet sie vielfach und gleichsam ersatzweise mit strafähnlichen Geldauflagen und mit einschneidenden Weisungen zur Lebensführung. Aber auch die Gesellschaft profitiert von dieser Art von Versöhnungsangebot. Denn zumindest kurzfristige Freiheitsstrafen gelten als unproduktiv, weil sie die Wiederholungsgefahr erhöhen. 495

Der positive Kern der Geldstrafe und der Verurteilung zu Freiheitsstrafen, die zur Bewährung ausgesetzt werden, liegt im öffentlichen *Schuldspruch*. Mit ihm wird dem Widerspruch des Täters gegen die 496



Geltung des Rechts im hegelschen Sinne von Seiten des Rechtsstaates widersprochen. Die Gültigkeit der Rechtsbefehle wird dadurch auf der gesellschaftlichen Ebene wieder hergestellt.

497 In weiten Bereichen der praktischen Strafrechtspflege arbeitet die Rechtspraxis überdies direkt mit den Grundelementen der „Versöhnung“. Als Mediatoren und Schlichter oder auch als Helfer bei diesem Geschäft treten professionelle „Ausgleicher“ auf. Es sind aus der Sicht des Strafrechts: die Strafverteidiger, die Staatsanwälte, die Strafrichter und später auch noch die Vollstreckungsleiter im Strafvollzug.

498 (XI) In einem demokratischen Menschenrechtsstaat schließlich erweist sich also das menschliche Strafen gegenüber „Gleichen“ als „Nächsten“ sogar als gerecht. Denn diese Art des humanen Strafens ist aus Sicht der Einzelnen, also der Täter, der Opfer und der Dritten: „die Ihre“. Denn es bildet einen wesentlichen Teil ihres Menschenrechts-Status'. Aus dem kollektiven Blickwinkel des Menschenrechtsstaates stellt dieses Recht den „gerechten und vernünftigen Ausgleich“ unter den ihn beherrschenden „Demokraten“ dar.

Als Modell wurde das deutsche Recht gewählt, aber seine Verankerung im westlichen Recht belegen die analogen Menschenrechtserklärungen und auch die künftige Europäische Grundrechtscharta.

499 (XII) *Dieser Ausgleich berücksichtigt hoch vereinfacht die Interessen von Täter, Opfer und der Gemeinschaft der Demokraten, und er berücksichtigt eine verrechtlichte Form der halbreligiösen Idee der „Versöhnung“.*

Wer also die Menschenrechte zur freien Ausübung einer Religion nutzt, und einer der drei Buchreligionen folgt, erkennt zwar über oder neben den Menschenrechten eine andere Höchstmacht an. Der Gläubige wird dann aber feststellen, dass alle Buchreligionen nicht allein auf das alttestamentarische „Auge um Auge“ setzen, was im Übrigen auch schon eine Art der Verhältnismäßigkeit beschreibt. Alle Schriften kennen zugleich auch Worte, die zumindest bei einer entsprechenden Auslegung, auf den Versuch der Versöhnung setzen. Selbst bei Tötungen empfehlen sie eine Art von friedlichem Sühneverfahren.

Aus diesen Blickwinkeln handelt es sich also, unter anderem bei der deutschen Strafe um eine gerechte, um eine humane und um eine legale Sanktion, mit einem Wort um eine „Menschenrechtsstrafe“.

## E. Naturrecht als europäische Rechtstrinität und monistisch gelesen

### I. Einführung und erste Aspekte: Demokratisches Europa und sein geistiges Erbe

- 500 1. Das supranationale Europa erfordert gelegentlich den Blick „zurück zu den gemeinsamen Wurzeln“, denen des Naturrechts. Einige zu-meist bekannte Lese Früchte, die vor allem das 16. und 17. Jahrhundert bietet, verdienen es vielleicht, noch einmal aufpoliert, gut sortiert, ausgestellt und dabei auf die Gegenwart bezogen zu werden. Die Erwägungen einiger europäischer Altmeister des Naturrechts, das *im weiten Sinne*<sup>1</sup> dieses Doppelwortes zu verstehen sein soll, sollen Grund und Anlass für einige eigene Gedanken bieten.

Die europäische Welt bestand in der Zeitspanne etwa zwischen 1500 und 1700 aus einer Gemengelage. Sie war von Krieg und Frieden, Seuchen und Hungersnöte, von Reformation und Gegenreformation gekennzeichnet. Das *Spätmittelalter* der ländlichen Reiche umfasst diese Umbruchzeit ebenso wie die *Renaissance* der Städte<sup>2</sup> und die schon staatlicher barocker *Neuzeit* der Landesherren.<sup>3</sup> Mitgeprägt waren diese beiden Jahrhunderte auch von der Eroberung der neuen Welt sowie von den neuen Erkenntnissen der Naturwissenschaften. Diese Komplexität sucht das Naturrecht *rational* und mit Blick auf die neue *Staatlichkeit* zu ordnen.

- 501 Die Brücke von der Jetztzeit zum Naturrecht ist schnell geschlagen. Der *Unionsvertrag* soll gemäß dem Vertrag von Lissabon eine Präambel erhalten, die lauten soll: „*Schöpfend aus dem kulturellen, religiösen und humanistischen Erbe Europas, aus dem sich die unverletzlichen und unveräußerlichen Rechte des Menschen sowie Freiheit, De-*

---

<sup>1</sup> Seelmann, Kurt, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 2007, § 8, Rn. 4 („Allen naturrechtlichen Lehren dürfte als kleinster gemeinsamer Nenner der Grundgedanke gemeinsam sein, dass die universale Verfügungsgewalt des Staates über das Recht verneint wird“ (also über-staatlich), „dass also die Unverfügbarkeit von Recht wenigstens in seinen wichtigen Grundsätzen behauptet wird“ (also minimal-ethischer Kern des Rechts).

<sup>2</sup> Aus der Sicht der europäischen Geistes- und Wissenschaftsgeschichte: Coing, Helmut, Naturrecht als wissenschaftliches Problem, 1965, 7 ff. (unter anderem zur wieder belebten Antike).

<sup>3</sup> Überblick bei Hattenhauer, Hans, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2004, etwa Rn. 127 ff., Rn. 1223 f. (für das Denken im Barock).

*mokratie, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit als universelle Werte entwickelt haben“.*

In der Präambel der *Grundrechtscharta*, die der Vertrag von Lissabon ebenfalls mit einbindet, bekennen sich die europäischen „Völker“ zu ihrem „geistig-moralischen Erbe“<sup>4</sup> und „unteilbaren und universellen Werten“, die sich aus diesem Erbe entwickelt haben. Ähnlich spricht bereits die Präambel der *Europäischen Menschenrechtskonvention* vom „gemeinsamen Erbe“ an „politischen Überlieferungen, Idealen, Achtung der Freiheit und Rechtsstaatlichkeit“.

Insofern verweisen sie diese drei Präambeln nicht nur auf die gemeinsame Tradition. Vielmehr bieten sie auch bereits eine Gemengelage von eng verwandten Ideen und Formeln. Die inhaltlichen Kernaussagen enthält meines Erachtens die *Grundrechtscharta*. Ihre Präambel dürfte sich aus deutscher und, wie sich nebenher ergeben könnte, aus historischer Sicht als die sinnvollste erwiesen.

Die Reihe der „universellen Werte“ der Grundrechtscharta führt der 502 (wohl eher) *deutsche* humane Höchstbegriff<sup>5</sup> der „Menschenwürde“ an. Ihm folgt sofort die alte *französische* Revolutions-Trinität von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ (Brüderlichkeit) nach.<sup>6</sup> Ein staatspolitisches Drittes bildet gleichsam das fundamentalistische Elternpaar dieser Ideen, es sind die „Demokratie“ der „würdigen“ sowie „freien, gleichen und solidarischen Menschen“ einerseits und die „Rechtsstaatlichkeit“ als „Rule of Law“ andererseits. Trinitäten, so zeigt sich hier schon, bilden ein typisches Grundgerüst für ein dann letztlich doch offenes pluralistisches Denken. So fehlt etwa aus postmoderner Sicht der Hinweis auf die „Natur“, etwa als Umwelt des Menschen, zumal schon das frühstaatliche „Naturrecht“ diesen Gedanken auf seine Weise verwendet hat.

---

<sup>4</sup> Zum Inhalt und Streit um die religiöse Seite der deutschen Fassung der Präambel, siehe: Stern/Tettinger, in: Tettinger, Peter J., Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Präambel, Rn. 6; auf Englisch etwas abgeschwächer als „spiritual and moral heritages“.

<sup>5</sup> Siehe: Häberle, Peter, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), HdStR II, 3. Aufl. 2004, § 22, Rn. 100 mit der an sich fundamentalistischen Forderung: „Die weltweite Durchsetzung des ‚Glaubenssatzes‘ der Menschenwürde wird Sache der in kooperativen Verfassungsstaaten organisierten ganzen Menschheit“.

<sup>6</sup> Zu den einführenden Gedanken und etwa zur vorstaatlichen Sicht der europäischen „Präambelvölker“ auf die gemeinsame Zivilisation, siehe: Montenbruck, Axel, Zivilisation. Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur, 2009, Rn. 31 ff.

- 503 Was aus insbesondere aus der deutscher Sicht die bedeutende Idee der „Herrschaft des Rechts“, als Rechtsstaatlichkeit, beinhaltet, ist etwa mit *Kirchhof* zu umschreiben. In Anlehnung an den *kantischen* kategorischen Imperativ erklärt er den Gehorsam gegenüber dem Recht über die Universalisierbarkeit der Rechtsordnung und der Rechte, und zwar mit den Worten: „*Die Unverbrüchlichkeit des Rechts bindet alle Rechtsunterworfenen, verlangt ausnahmslose Befolgung, sichert die Gleichheit aller Menschen vor dem Recht.*“

Die „Gleichheit“ vor dem Gesetz sei deshalb nicht nur ein Grundrecht, sondern auch „Geltungsbedingung des Rechtsstaates“. Das Prinzip der Gleichheit ist ihm die *oberste* Rechtsidee. Deshalb näherten sich die Gedanken von Gleichheit und Recht einander bis hin zur Identität an.<sup>7</sup> Danach ergibt sich der Gehorsam zudem aus der formalen *Vernunft der Gleichheit*.

- 504 Die einfache *Staatsidee* steckt in beidem, der Demokratie und dem Rechtsstaat. Der exekutive Staat im engen Sinne, den die europäischen Präambelvölker demokratisch und mit ihrer Rechtsidee beherrschen, steht mit seinem *Gewaltmonopol* und seinen von Steuern gespeisten *Budget* für die Umsetzung. Die politische Realisierung des gesamten demokratisch verfassten Rechtsstaates verlangt nach der „Sicherheit“, die die „effektive Rechtssicherheit“<sup>8</sup> und innerhalb des Vertrages ausdrücklich die „gute Verwaltung“<sup>9</sup> mit einschließt.<sup>10</sup> So

---

<sup>7</sup> Kirchhof, Paul, Objektivität und Willkür, in: Faller, Hans-Joachim/Kirchhof, Paul/Träger, Ernst (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Freiheit. Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag, 1989, 82 ff., 93, u. Hinw. auf Grimm, Jakob und Wilhelm, Deutsches Wörterbuch (bearbeitet von H. Wunderlich), Band 4, 1949, 8124.

<sup>8</sup> Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, Studienausgabe, 2. Aufl. 2003, 167: „Die Rechtssicherheit, die jedem positiven Recht schon wegen seiner Positivität eignet, nimmt eine merkwürdige Mittelstellung zwischen Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit ein: sie ist einerseits von Gemeinwohl gefordert, andererseits aber auch von der Gerechtigkeit“. Dazu auch: Arnauld, Andreas von, Perspektivische Annäherungen an eine *idée directrice* des Rechts, 2006, 640 sowie 641 (ein „Garant der sozialen Effektivität des Rechts“). Deshalb gilt unter anderem auch, sobald der Unrechtszustand keine Eigendynamik also keine eigene „Bewegungskraft“ mehr besitzt, kann die Rechtssicherheit des neuen status quo eintreten.

<sup>9</sup> Rechtsvergleichend zur Herkunft, Entstehung und Bedeutung der „Guten Verwaltung“ in den verschiedenen europäischen Staatskulturen, siehe: Classen, Kai-Dieter, Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union, 2008, 100 ff. („gute Verwaltung“ in den nordischen Staaten), 116 („ordnungsgemäße Verwaltung“ in den Benelux-Staaten), 125 („gute Verwaltung“ in den Common-Law-Staaten, Vereinigtes Königreich, Irland), 137 (in den „traditionellen rechtsstaatlich geprägten Verwaltungsordnungen“, Frankreich, Deutschland, Österreich, und Italiens), 162 ff. („verfassungsrechtlich verankerte Verfahrensrechte“ Griechenlands, Spaniens und Portugals) sowie 403 ff. (grundrechtsrechtlich), 423 (Am Ende schließt er mit den Worten: „...vorsichtig zu konkretisierendes Verfahrensgrund-

regelt schon Art. 5 EMRK das „Recht auf Freiheit und Sicherheit“. Ihm folgt die Sicherung des – eher englischen – *fairen Verfahrens* in Art. 6 nach. Im unmittelbaren Anschluss daran sucht die EMRK die Macht des *Strafrechts* zu kontrollieren und mit Art. 7 („Keine Strafe ohne Gesetz“) Sicherheit vor allem vor unbestimmten Strafnormen zu erhalten. Dieser letztlich polizeiliche Grundgedanke der Sicherheit gehört also zur Demokratie und vor allem zur Rechtsidee. Auch zu den universellen Werten ist er als effektiver Werteschutz hinzuzurechnen.

2. Auch das Strafrecht selbst liefert dazu seinen Beitrag.

505

So regiert jedenfalls das *deutsche* staatliche Strafrecht in diesem Sinne schon seit dem 19. Jahrhundert der heutige Verfassungssatz „*nullum crimen sine lege*“, die formale Idee des Rechtsstaates. Mit dem gängigen Wort vom „Rechtsgüterschutz“<sup>11</sup> versucht das Strafrecht zudem den Inhalt der Strafnormen auf *minimalethische Werte* zu begrenzen. Dazu verwendet das Strafrecht im Übrigen einen dreifaltigen Begriff. Er setzt sich aus dem ethisch-rituellen Element des „Rechtes“, aus dem idealistisch-absoluten Sammelbegriff des „Gutes“ (oder Wertes) und aus dem präventiv-effektiven Ansatz des „Schutzes“ zusammen.<sup>12</sup>

In der Logik der *Präambel-Völker* gedacht, gewährleistet das Strafrecht mit seinen Mitteln exakt deren „Werte“: Als Basis für die huma-

---

recht“). Die „Gute Verwaltung“ ist hoch vereinfacht strukturähnlich mit dem absolutistischen Gedanken der „Staatsraison“ zu deuten. In den westlichen „Demokratien“ und „Rechtsstaaten“ besteht sie vor allem in der Sicherung und dem Schutz der „Demokratie“ und der „Rechtsstaatlichkeit“.

<sup>10</sup> Aus öffentlich-rechtlicher Sicht zur „Verlässlichkeit durch Beständigkeit und Effektivität des Rechts“, siehe: Arnauld, Andreas von, *Perspektivische Annäherungen an eine idée directive des Rechts*, 2006, 271 ff.; zur Rechtssicherheit im Staat als „gemeineuropäische Idee“, 625, zur Rechtssicherheit als „idée directive“ die aber auch von an sich legalistischen Rechtsordnungen wie der französischen nur zögerlich aufgenommen wird, 662 f., sowie zum langsamen Wandel der französischen und der englischen Rechtsordnung auf Druck des europäischen Gemeinschaftsrechts.

<sup>11</sup> Siehe dazu auch den – stets kreativen – Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch von Rudolphi, Hans-Joachim, mitbegründet von Erich Samson, Stand: November 2008, Rudolphi: vor § 1, Rn. 3 ff., Rn. 12 ff. („Strafrecht als Mittel des Rechtsgüterschutzes“),

<sup>12</sup> Zur strafrechtlichen Idee des „Rechtsguts“ in der Verbindung von Strafrecht und Verfassungsrecht, siehe: Lagodny, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, 139 ff.; Appel, Ivo, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafers*, 1998, 432 ff., 351 ff., 357 ff. ebendort; zudem: Hefendehl, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, 44 f.; sowie auch: Frisch, Wolfgang, *Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafers*, in: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohler, Wolfgang (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, 215 ff. 221.

nen Werte gilt zunächst die „Menschenwürde“. Dieser deutsche Höchstwert (Art.1, I GG) ist dazu, und zwar ganz im Sinne des Bundesverfassungsgerichts, wörtlich als ein Doppelbegriff zu lesen. So bildet das körperliche „Mensch“-Sein, also *Leben* und *Leib*, die „vitale Basis“ für die vergeistigte und normative „Würde“.<sup>13</sup> Tötungs- und Körperverletzungsdelikte schützen die körperliche Existenz des Grundrechtsträger Mensch im Strafrecht.

506 Hinzu tritt der Dreiklang von „*Freiheit, Gleichheit, Solidarität*“.

„Freiheit“ umfasst alle *Individualrechtsgüter*, und vor allem die Freiheits- sowie den Komplex der Eigentums- und Vermögensdelikte. Auch die Art wie der Täter seine *Freiheit* missbraucht und diejenige seiner Opfer einschränkt, beschreibt das Strafrecht. Es will vor allem „Gewalt“ und „Drohung“ sowie „Täuschung“ und „Treubruch“ bekämpfen. Die „Gleichheit“ greift das Strafrecht vor allem über die Idee des Gesetzes auf und spiegelt sie im Regelfall der *Allgemeindelikte* wieder. Die „Solidarität“ steckt in vielerlei Formen hinter dem Schutz von *Gemeinschaftswerten*. Auch die Fahrlässigkeitsdelikte erhalten diesen Grundgedanken.

„Demokratie und Rechtsstaatlichkeit“ bedenkt das Strafrecht zudem gesondert über die Staatschutz- und Rechtspflegedelikte.

507 Mit Blick auf die einzelnen Abschnitte der Grundrechtscharta ergibt sich Folgendes: Die selbständige europäische Idee der „Sicherheit“, die etwa auch Art. 5 EMRK neben die Freiheit setzt, und die zudem auch einen Teil der Rechtsstaatlichkeit als Effektivität darstellt, bedient das Strafrecht zum eine mit dem Grundgedanken des Schutzes. Zum anderen stecken der Gedanke der allgemeinen Sicherheit in den gemeingefährlichen Delikten sowie großen Teilen des Nebenstraf-

---

<sup>13</sup> „Das menschliche Leben ist die vitale Basis der Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip und oberstem Verfassungswert“. So jedenfalls BVerfGE 115, 118, 152 (in Verbindung mit BVerfGE 39, 1, 42; 72, 105, 115; 109, 279, 311). Danach fügt das Gericht erst an: „Jeder Mensch besitzt als Person diese Würde, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seinen körperlichen oder geistigen Zustand, seine Leistungen und seinen sozialen Status“ (unter Verweis auf: BVerfGE 87, 209, 228; 96, 375, 399). „Sie kann keinem Menschen genommen werden. Verletzbar ist aber der Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt“ (Verweis auf: BVerfGE 87, 209, 228). „Das gilt unabhängig auch von der voraussichtlichen Dauer des individuellen menschlichen Lebens“ (Verweis auf: BVerfGE 30, 173, 194: zum Anspruch des Menschen auf Achtung seiner Würde selbst nach dem Tod). Siehe auch: Albrecht, Peter-Alexis, Menschenwürde als staatskritische Absolutheitsregel, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), Laudatio für Burkhard Hirsch, 2006, 295 ff., 297.

und des Ordnungswidrigkeitenrechts. Auch die Amtsdelikte bedienen auf ihre Weise die Sicherheit.<sup>14</sup> Das „faire Verfahren“ gewährleistet das deutsche Strafrecht mit der deutschen Ausformung des Strafprozessrechts, das allerdings nicht auf die Fairness im parteilichen Streit von Bürger und Staat setzt, sondern die Suche nach der objektiven Wahrheit als höchstes Ziel begreift. Dem Vollstreckungsverfahren und seinem Ziel der humanen Resozialisierung dient das inzwischen föderale Vollzugsrecht.

„Demokratie“ sowie „Menschenwürde“ und „Freiheit“ nimmt das deutsche Strafrecht zudem schon früh mit dem Begriff der *Schuld* (nullum crimen sine culpa).<sup>15</sup>

3. Aus welchem gesamteuropäischen Erbe stammen aber nun diese 508 Gedanken?

Einen *monistischen* Ansatz, also noch keine trinitären, bietet die Idee 509 der Menschenwürde. Zur „Menschenwürde“ ist dazu auf die Worte hinzuweisen, die das Menschenbild des *brandenburgischen* Natur- und Völkerrechtlers *Pufendorf* (1632-1694) wiedergeben, der im Übrigen vor allem die Schrecken und Folgen des Dreißigjährigen Krieges in *Kontinentaleuropa* erlebt hat.

„Der Mensch ist von höchster Würde, weil er eine Seele hat, die ausgezeichnet ist durch das Licht des Verstandes, durch die Fähigkeit, die

---

<sup>14</sup> Zur Zurechenbarkeit zum Staat grundlegend: Wagner, Heinz Jürgen, *Amtsverbrechen*, 1975.

<sup>15</sup> Siehe dazu auch BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1 - 421), Rn. 364: „Die Zuständigkeiten der Europäischen Union im Bereich der Strafrechtspflege müssen zudem in einer Weise ausgelegt werden, die den Anforderungen des Schuldprinzips genügt. Das Strafrecht beruht auf dem Schuldgrundsatz. Dieser setzt die Eigenverantwortung des Menschen voraus, der sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann. Dem Schutz der Menschenwürde liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten (vgl. BVerfGE 45, 187 <227>). Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG die Auffassung vom Wesen der Strafe und das Verhältnis von Schuld und Sühne (vgl. BVerfGE 95, 96 <140>). Der Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt, hat seine Grundlage damit in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 57, 250 <275>; 80, 367 <378>; 90, 145 <173>). Das Schuldprinzip gehört zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist“.



*Dinge zu beurteilen und sich frei zu entscheiden, und die sich in vielen Künsten auskennt“.*<sup>16</sup>

Dieser naturrechtliche Ansatz begründet die „Würde“ des Menschen offenbar mit der *Geistseele* des Menschen. Diese Art der Geistseele umfasst etwas näher betrachtet zunächst einmal vier Elemente, das aufklärende Licht des *Verstandes*, die normative Fähigkeit zur *Beurteilung*, die Willens- als Entscheidungs-*Freiheit* und die Kreativität in den vielen Künsten, zu denen auch die *Wissenschaften* zu rechnen sind.

- 510 Es fehlt noch der Hinweis auf die humane Fähigkeit zum *Mitleiden* mit der Folge der Solidarität innerhalb einer Gemeinschaft. In leichter Verfremdung von *Rousseau* handelt es sich um die emotionale Seite der Fürsorge, die wir moralisch als (Schein-) Altruismus der Wirkgruppe einordnen würden.<sup>17</sup>

Zugleich beruht Empathie darauf, dass Menschen sich nicht nur dialogisch fair in den Anderen<sup>18</sup> hineinversetzen können, sondern das Mitleiden-Können führt auch dazu die Wechselseitigkeit und den rationalen Dialog *verinnerlichen* und vorwegnehmen können. Dazu schaffen Menschen sich zunächst gleichsam innere *Repräsentationen* oder auch lebendige *Abbilder* der Anderen und auf diesem Wege auch ein seelisch-geistiges „Selbst“.

---

<sup>16</sup> Pufendorf zur „Dignitatio“: Pufendorf, Samuel, *De jure naturae et gentium*, Böhling, Frank (Hrsg.), Band 4.1 (Buch I bis IV), Buch II, Kap. 1, § 5. Zu Pufendorf siehe: Wesel, Uwe, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 3. Aufl. 2006, Rn. 249.

<sup>17</sup> Zum Gedanken der kollektiven Person: Rousseau, Jean Jaques, *Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts* (1766), Brockard, Hans (Hrsg.), 1996, 18: „Gemeinsam stellen wir alle, jeder von uns, seine Person und seine ganze Kraft unter die oberste Richtschnur des Gemeinwillens und wir nehmen, als Körper, jedes Glied als untrennbaren Teil des Ganzen auf.“ Das Gemeinsame, also in der Demokratie das Volk, und zwar in seiner Form als „Volksgeist“ übernimmt hier die Rolle der eigentlichen Person und begründet dann auch die natürliche Souveränität des Volksstaates. Ausführlicher: Montenbruck, Axel, *Zivilisation. Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur*, 2009, Rn. 531 ff.

<sup>18</sup> Siehe etwa: Mensch, James, *Political Violence. The Conflation of Sovereignty and Freedom*, in: Hagedorn, Ludger/Staudigl, Michael (Hrsg.), *Über Zivilisation und Differenz*, Beiträge zu einer politischen Phänomenologie Europas, 2008, 285 ff., 302, „We transfer to the other our sense of being a subject ... we also transfer to our self the others different grasp of the situation as evident by his or her physical or verbal behaviour“ und „the space of freedom that their alterity affords us“.... „The moral authority of such rules is that of the space of judicial order that embodies our alterity and freedom. That means that personal individuality is an old logical born of personal freedom, too“.

Diese Würde des Menschen bildet nicht nur den Kern der säkularen *Menschenrechte*. Vielmehr begründet die Idee der Dignitas auch *Grund und Art der gemeinsamen Selbst-Herrschaft*, also die Demokratie der dergestalt würdigen Menschen.<sup>19</sup>

Zu fragen ist auch, ob nicht der *demokratische Staat*, der historisch 511 betrachtet viel später von einem Volk von solchen „würdigen Menschen“ gelenkt wird, dann auch eben diese Grundelemente, und zwar als humane *Eigenschaften* des Staates, umfassen müsste. Denn in der Demokratie wird der würdige, freie und kreative Mensch den von ihm selbst geschaffenen *weltlichen* Staat nach seiner Natur und seinem Wesen ausrichteten. Statt des religiösen „imago dei“ gilt nunmehr zumindest als Zwischenstufe das „imago hominis“, das als politischer Humanismus die Menschenrechte ausfüllt.

4. Bei *Pufendorf*, jedenfalls, ist zugleich der *christlich-protestantische* 512 Hintergrund der Menschenwürde erkennbar, der ebenfalls schon auf die Emanzipation des bürgerlichen Menschen von der mittelalterlichen katholischen Kirche setzte.<sup>20</sup>

Die schon *vorchristliche* vernünftige Staatsbegründung, auf die das *wissenschaftliche* Naturrecht zurückgreifen konnte, hatte schon in der Antike stattgefunden paulinische Christentum konnte sich seinerseits auf diese hellinistische Ideenwelt stützen.<sup>21</sup> Konkret konnte *Pufendorf* also auf eine Idee der Seele zurückgreifen, wie sie unter anderem schon *Aristoteles* beschrieben hat.<sup>22</sup> Die Werke der Altmeister der frü-

<sup>19</sup> Zur Art und Bedeutung der „gemeinsamen Werte“, siehe: Stern/Tettinger, in: Tettinger, Peter J., Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Rn. 25 ff. Zur Entwicklung einer europäischen und internationalen Werteordnung der Grund- und Menschenrechte, siehe umfassend und rechtsvergleichend: Rensmann, Thilo, Werteordnung und Verfassung, 2007, 2, 208 (Aus der Sicht des deutschen Bundesverfassungsgerichts: die Menschenwürde sei, neben ihrem universalen Ansatz, mit dem „internationalen Menschenrechtskonstitutionalismus“ verbunden.); 203 ff. (zur Rationalität und Legitimität der Wertordnungsjudikatur und zwar in ihrem gegenwärtigen übernationalen Kontext); 243 ff. (u.a. Vergleich der Schutz- und Gewährleistungspflichten mit der „liberal-rechtsstaatlichen“ Verfassungskonzeption der Vereinigten Staaten); 329 ff. (Entwicklung im Hinblick auf die Europäische Union); 360 ff. (hinsichtlich der nationalen Gemeinschaft).

<sup>20</sup> Siehe: Frank, Günter, Die Vernunft des Gottesgedankens. Religionsphilosophische Studien zur frühen Neuzeit, 2003, 61 f.: Nach Melanchton, MSA 3, 359, ergebe sich der Kern der christlichen Anthropologie aus der erkenntnispsychologischen Einsicht, dass „sich die Ursprünge aller Wissenschaft aus der Erkenntnis der Seele erheben“.

<sup>21</sup> Frank, Günter, Die Vernunft des Gottesgedankens. Religionsphilosophische Studien zur frühen Neuzeit, 2003, 59 ff.

<sup>22</sup> Aristoteles, Aristotle' De anima: book 2 and 3 (with certain passages from book I)/transl. with introd. and notes bei D. W. Hamlyn, 1968, 406 b – 407 b, die Seele sei die innere Vollendung der Natur des Menschen. Dazu: Frank, Günter, Die Vernunft des Gottesge-

hen Moderne stellen deshalb die fortschreibende *Renaissance* des antiken Denkens dar. Vor allem der im Hochmittelalter umstrittene *Aristoteles* hat eine ähnliche Politiklehre mit Blick auf die seinerzeit existenten Stadtstaaten und Herrschaftsgebiete vertreten. Er hat seinen naturrechtlichen Ansatz aus heutiger Sicht sogar eher *postmodern* aus dem *natürlichen Sozialtrieb* des *Menschen* heraus entwickelt,<sup>23</sup> indem er das Wohl der *Allgemeinheit* sowie *die Mitte* und das *Maß* als die politischen Elemente der *Gerechtigkeit* einfordert.<sup>24</sup>

- 513 5. Der Betonung der „Menschenwürde“ folgt also in der Präambel der Grundrechtscharta die bekannte *Dreifaltigkeit* von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ nach. Mit Blick auf sie ist zu überlegen, inwieweit sich nicht auch eine sowohl *personale* als auch *strukturelle Trinität* des gesamteuropäischen Rechtsdenkens aufzeigen lässt.

Die zu belegenden These lauten: (1) dass sich in den bekannten *deutschen drei Säulen des Rechts*, im Strafrecht, Öffentliches Recht und dem – staatsferneren – Zivilrecht diese Dreifaltigkeit widerspiegeln könnten. (2) Ebenso könnte diese Trinität auch *drei Kernbegriffe* der Rechtsidee verkörpern: Gerechtigkeit, Notwendigkeit und Vertrag. (3) Nebenher könnten sich auch schon drei westliche Rechtskulturen modellhaft abzeichnen, eine deutsche, die die „Gleichheit“ betont, eine

---

dankens. Religionsphilosophische Studien zur frühen Neuzeit, 2003, 58 ff., 64 ff. Zur Gottesebenbildlichkeit als Ausdruck dieser Sicht bei Melancthon: Frank, Günter, Die Vernunft des Gottesgedankens. Religionsphilosophische Studien zur frühen Neuzeit, 2003, 63 ff.: In der Schöpfung habe Gott das Beste dem Menschen mitgeteilt: Weisheit, Gerechtigkeit, Freude und Willensfreiheit, Melancthon, CR, 12, 592; 13, 124. Zum Einfluss der platonischen natürlichen Theologie auf Calvin: Nijenhuis, Willem, Calvin, in: Müller, Gerhard (Hrsg.) Theologische Realenzyklopädie, 7 (1981), 568 ff.; zudem: Steinmetz, David C., Calvin and the Natural Knowledge of God, in: Obermann, Heiko A./James, Franck A. (red.), Via Augustini. Augustine in the Late Middle Ages, Renaissance and Reformation, 1991, 142 ff.

<sup>23</sup> „Wer aber nicht in der Gemeinschaft leben kann, der ist kein Teil des Staates, sondern ein wildes Tier“, Aristoteles, Politik, Gigon, Olof (Hrsg., Übers.), 2003, 50. Eigentlich erweist sich dieses, wenngleich auch aus seiner Sicht durchaus vorkommende, Verhalten als tendenziell unnatürlich, denn er erklärt auch: „Alle Menschen haben von Natur aus den Drang zu einer solchen (staatlichen) Gemeinschaft“, und tritt damit als der antike Gründungsvater des westlichen Naturrechts auf.

<sup>24</sup> Auch die Gerechtigkeit ergibt sich für Aristoteles mittelbar aus der Natur: „Die Gerechtigkeit ist der staatlichen Gemeinschaft eigen. Denn das Recht ist die Ordnung der staatlichen Gemeinschaft, und die Gerechtigkeit urteilt darüber, was gerecht sei“, Aristoteles, Politik, Gigon, Olof (Hrsg., Übers.), 2003. Später erläutert er: „Das politisch Gute ist das Gerechte, und dieses ist das, was der Allgemeinheit zuträglich ist. Das Gerechte scheint nun Gleichheit für alle zu sein“, 122. Aus der Sicht der Rechtsphilosophie ist Naucke, Wolfgang/Harzer, Regina, Rechtsphilosophische Grundbegriffe, 5. Aufl. 2005, Rn. 71 f., beizupflichten, wenn sie meinen, der Gerechtigkeitslehre fehle, wie anzufügen ist, jedenfalls insofern der große Wurf und dass die Gerechtigkeit als Gleichheit begriffen das politisch Einfachste darstelle, um einen Staat stabil zu halten.

französische, die eher auf „Solidarität“ gegründet ist und eine angloamerikanische, die die Teilidee „Freiheit“ vorherrschen lässt.

Zu beginnen ist mit *Gerechtigkeitslehre* von *Grotius* und der Zuspitzung zur These „*Strafrecht als Staatsrecht im Naturrecht*“. Diesem strafrechtlichen Ansatz ist auch der Hauptteil gewidmet. Fortzufahren ist mit *Bodin* und *Hobbes*. Sie könnten jeweils auf ihre Weise das Naturrecht dann als dasjenige *effektive hoheitliche Recht der Herrscher* betonen, welches auf der Not und der *Notwendigkeit* gegründet ist und das jedenfalls bei *Bodin* grundsätzlich auch für den Gedanken der Solidarität und ein zukünftiges staatliches Sozialrecht offen sein könnte. Bei *Locke* schließlich tritt das Naturrecht dann zugespitzt vielleicht vor allem als das „*Zivilrecht der Personen*“ auf, das vom Vertrag der Freien und der Grundidee der bürgerlichen Kooperation ausgeht.

## II. Verfasstheit durch Recht: „Strafrecht als Staatsrecht“ bei Grotius

1. Der Deutsch-Niederländer *Grotius* (1583-1645), der als Vater des Völkerrechts gilt, hat in einer Zeit der reichen flämischen protestantischen Seehandelsstädte, dem holländischen Ablösungskrieg mit dem katholischen Spanien sowie im Umfeld des dreißigjährigen Krieges gelebt und vermutlich vor diesem Hintergrund das *Straf-* und *Völkerrecht* gemeinsam betrachtet.<sup>25</sup>

*Grotius* führt die Lehre vom *gerechten Krieg* (*bellum iustum*)<sup>26</sup> fort, die bereits die *hochmittelalterliche* wissenschaftliche Theologie für ihre Sicht entworfen hat<sup>27</sup>. Sie diente der Beschränkung von Kriegen auf gerechte Kriege. *Grotius'* Sicht war dabei mutmaßlich vor allem vom Erlebnis des *Calvinismus* und der sich abspaltenden, aber damals

<sup>25</sup> Zur „Strafgewalt als Teil des Völkerrechts“: Grotius, Hugo, *De Jure belli ac pacis Libri tres*, Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens, Schätzel, Walter (Hrsg.) 1950, II, 20, § 3; Hüning, Dieter, *Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei John Locke*, in: Peters, Martin/Schröder, Peter (Hrsg.), *Souveränitätskonzeption. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. bis zum 20. Jahrhundert*, 2001, 85 ff., 95.

<sup>26</sup> Siehe: Bothe, Michael, *Friedenssicherung und Kriegsrecht*, in: Graf Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.), *Völkerrecht*, 1997, 581 ff., 584.

<sup>27</sup> Aus rechtsgeschichtlicher Sicht zum geistigen Umfeld von Grotius und zu den Vorläufern bei den spanischen Spätscholastikern siehe den Überblick bei Köbler, Gerhard, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 6. Aufl. 2005, 149 f.

noch römisch-deutschen *Niederlande* mit bestimmt.<sup>28</sup> Seine Lehre zwingt den Staat vor allem dazu, Kriege zu rechtfertigen.

- 516 Als Modellfall der *gerechten* Gewaltanwendung gilt *Grotius* das *Strafrecht*, das ihm offenbar als Prototyp eines Rechts der Ungerechtigkeit gilt. *Die Natur erlaube es zwar, demjenigen, der ein Übel getan habe, ein Übel zuzufügen. Zusätzlich bedürfe es dazu aber eines Zwecks. Denn nur mit ihm sei die über Gott gegebene verwandtschaftliche Verbundenheit aller Menschen beiseite zu schieben.*<sup>29</sup> *Grotius* betont dazu *die Klugheit, die Strafe zur Heilung einzusetzen*, und verweist auf *Seneca* (4. v. Chr. – 65 n. Chr.)<sup>30</sup>, der sich auf *Platon*<sup>31</sup> (428/427 v. Chr. – 348/347 v. Chr.) bezieht. *Diese Art der Strafe sei ein Diktat der Vernunft.*
- 517 2. *Grotius* betont dabei die ersten beiden Hauptquellen dieses Ansatzes, die natürliche *Vernunft* und die *Autorität* der antiken Lehren. Die Vernunftlehre verweist zwar auf das Modell der *Natur*. Sie nötigt umgekehrt aber auch die Vernünftigen dazu, sich mit der Natur vernünftig, also rational und somit auch wissenschaftlich oder auch „more geometrico“ zu beschäftigen.<sup>32</sup> Die idealen Gesetze sind wie oder so-

---

<sup>28</sup> Dazu aus religionsphilosophischer Sicht: Frank, Günter, *Die Vernunft des Gottesgedankens. Religionsphilosophische Studien zur frühen Neuzeit*, 2003, 229 ff.

<sup>29</sup> Grotius, Hugo, *De Jure belli ac pacis Libri tres, Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens*, Schätzel, Walter (Hrsg., Übrs.), 1950, Cap. XX, § 1, 1: „Malum passionis propter malum actionis“, siehe zudem: § 4, 1. Zu den strafrechtlichen Erwägungen von Grotius siehe: Simson, Gerhard, *Hugo Grotius und die Funktion der Strafe*, in: Schwind, Hans-Dieter i.V.m. Berz, Ulrich/Geilen, Gerd/Herzberg, Rolf-Dietrich/Warda, Günter (Hrsg.), *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*; 1985, 651 ff. sowie insbesondere: Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5. Aufl. 1996, 69, Ferner: Jakobs, Günther, *Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck*, 2004, 5 ff.

<sup>30</sup> Seneca, Lucius Annaeus, *Philosophische Schriften*, Rosenbach, Manfred (Hrsg., Übrs.), 5. Aufl. 1999, *De ira*, Bd. I, *Dialoge I-VI*; *De ira* (Über den Zorn, den § 213 StGB aufgreift) II, xxxii, 1 und *De ira* I, xvii, 7; dazu: Schmitz, Heinz-Gerd, *Zur Legitimität der Kriminalstrafe. Philosophische Erörterungen*, 2001, 87.

<sup>31</sup> Platon, Protagoras, in: Eigler, Gunther (Hrsg.), *Platon, Werke in acht Bänden. Griechisch und Deutsch*, Band 8/1 (Buch I-VI) und Band 8/2 (Buch VII-XII), Sonderausgabe 1990, 83 ff., 324 a, b; auch: Platon, *Nomoi*, in: Eigler, Gunther (Hrsg.), *Platon, Werke in acht Bänden. Griechisch und Deutsch*, Band 8/1 (Buch I-VI) und Band 8/2 (Buch VII-XII), Sonderausgabe 1990, 854 d, 934 a, b, und: Platon, *Gorgias*, in: Eigler, Gunther (Hrsg.), *Platon, Werke in acht Bänden. Griechisch und Deutsch*, Band 8/1 (Buch I-VI) und Band 8/2 (Buch VII-XII), Sonderausgabe 1990, 269 ff., 428 a bis e: *Strafen als Heilen*. Seinerseits aufgegriffen von Jakobs, Günther, *Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck*, 2004, 5.

<sup>32</sup> Zur „Rationalität der Welt „more geometrico“ seit Galilei: Husserl, Edmund, *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie. Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie*, 1956, Husserl, Edmund, *Zur These von der „Universalität der Wissenschaft der Mathematik“*, 1982, 65 ff.

gar auch als *physikalische* Gesetze<sup>33</sup> zu betrachten und erforschen. Das Naturrecht kennt insofern also auch den Zwang durch die Natur, etwa als Not. Kurz gefasst lauten alle drei Leitbilder der Renaissance und der Frühmoderne also: natürliche *Vernunft*, antike *Tradition* und rationale (ganzheitliche) *Wissenschaft*.

Die Idee der materiellen *Gerechtigkeit* ist aus dieser Sicht und auch historisch derjenigen des säkularen Staates *vorgelagert* und sie überwölbt den Staat bei *Grotius* auch weiterhin. Bereits *Aristoteles* spricht im Zusammenhang mit der Gerechtigkeit abstrakt vom „obersten Gut“<sup>34</sup>. Er sah zudem in der formalen „Gleichheit und Wechselseitigkeit“, der *iustitia commutativa*, das erste Element der *Gerechtigkeit*.<sup>35</sup>

*Grotius'* Ansatz bietet also zugleich den Einstieg in das Denken des frühen *Humanismus*, der auf dem Wege über die *natürlichen* Menschenrechte im gegenwärtigen supranationalen Europa erneut an Bedeutung gewinnt<sup>36</sup> und der sich auf diese Weise auch zur *verrechtlichten Menschenwürde* verdichtet hat. Im Kern behandelt *Grotius* den neuen Staat wie oder vermutlich auch „als“ einen wehrhaften Freien.

3. Aber auch schon im vorangehenden von der katholischen Religion 518 geprägten europäischen *Mittelalter* fand die Rechtfertigung jeglicher kriegerischer Gewalt in ähnlicher Weise, wenngleich gegenüber dem *gerechten Gott*, statt. Deshalb waren nach der kirchenchristlichen Logik nur *Glaubens-* und *Verteidigungskriege* erlaubt. Im Übrigen hatte zwischen den Kriegern der *Gottesfrieden* zu herrschen. Die Idee des Gottesfriedens innerhalb des Gottesvolkes, der „*civitas dei*“, <sup>37</sup> ging

---

<sup>33</sup> Montesquieu (1689-1755) jedenfalls beginnt, zeitlich etwa später, seine berühmte und wirkungsmächtige Schrift mit dem Satz: „Gesetze im weitesten Sinne des Wortes sind Beziehungen, die sich aus der Natur der Dinge mit Notwendigkeit ergeben. In diesem Sinne haben alle Wesen ihre Gesetze: die Gottheit, die körperliche Welt, höhere geistige Wesen, Tiere und Menschen haben ihre eigenen Gesetze“, Montesquieu, Charles de, *Vom Geist der Gesetze*, Forsthoff, Ernst (Übers.), 1951, Buch I, 1. Kap., 9 f.

<sup>34</sup> Zu dieser Diskussion insgesamt: Röhl, Klaus Friedrich, *Allgemeine Rechtslehre*. Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 2008, 236 f.; *Aristoteles, Nikomachische Ethik*, Dirlmeier, Franz (Übers.) 1999, 1094 a: wolle man nicht ein sinnloses leeres Streben von einem Zwischenziel zum nächsten, dann müsse es ein Endziel als das oberste Gut geben.

<sup>35</sup> *Aristoteles, Nikomachische Ethik*, Dirlmeier, Franz (Übers.), 1999, 5. Buch, 5. - 7. Kap. (1130 b/1131 a); Thomas von Aquin, *Summa theologica*, Katholischer Akademikerverband (Hrsg.), *Recht und Gerechtigkeit*, 1953, Buch II. 2., 57. 1 ff., 58. 6. Ausführlicher zu den Formen der Gerechtigkeit aus der Sicht des Verf.: siehe oben Menschenrechtsstrafe, Rn. 459 ff.

<sup>36</sup> Zu den Menschenrechten etwa als „vorstaatliche Quelle der Grundrechte“: Di Fabio, Udo, *Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie*, 1998, 61 ff.

<sup>37</sup> Zur Bedeutung der Kirche im deutschen Mittelalter und der christlichen Welt als *Civitas Dei*, siehe: Eisenhardt, Ulrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 5. Aufl. 2008, Rn. 40. Der

mit einer schleichenden *Säkularisierung* in das Beschwören des allgemeinen *Landfriedens* über.

- 519 Die *Peinliche Gerichtsordnung Kaiser V. von 1532* (*Constitutio Criminalis Carolina*) brachte eine große erste reichsweite Straf-Rechtsordnung in die Mitte der Europäischen Welt. Dieses Gesetzeswerk bot eine Normsammlung, die der Bibel in ihrer Buchform durchaus ähnlich war.<sup>38</sup> Zugleich schuf dieses Rechtswerk der Logik der Sache nach ein „römisches *Rechtswolk* der deutschen Nation“. Die CCC bot auf diese Weise über das *Strafrecht* den Einstieg in eine Art von „kaiserlichem Rechtsstaat“, auch wenn die Gerichtsordnung selbst zunächst nur subsidiär galt und wohl vor allem die *hoheitliche Bekämpfung* des „*landschädlichen Volkes*“<sup>39</sup> diente, also die *Abenteurer- und Elendskriminalität* im Blick hatte.<sup>40</sup> Aus heutiger Sicht war sie insofern präventiv und polizeirechtlich ausgelegt. Mit einem späteren eher absolutistisch-staatlichen Begriff umschreiben war die CCC bereits ein wenig „gute polizey“.<sup>41</sup>

---

Staat in Gestalt des Kaisers hatte als Oberhaupt des Reiches die Aufgabe, die Kirche und den christlichen Glauben zu schützen; zur Ableitung der königlichen Gewalt von Gott und zur vagen Idee des Volkes in Gestalt des geistlichen und des weltlichen Adels, Rn. 10. Auch die Bewohner einer Stadt oder Landschaft oder ein Stamm konnten zum Volk gehören. Dazu, dass der Begriff des Staates aber aus der Neuzeit stammt, siehe: Brunner, Otto, *Land und Herrschaft*, 5. Aufl. 1965, 146 ff.; zur staatlichen-organisatorischen Struktur: Moraw, Peter, *Zur staatlich-organisatorischen Integration des Reiches im Mittelalter*, in: *Der Staat*, Beiheft, 12, 1998, 7 ff., 22 („dualistische Lösung“ von Reich und Territorium, die sich ab 1500 über das Territorium verfestigt).

<sup>38</sup> Dazu den Überblick bei Ebel, Friedrich/Thielmann, Georg, *Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit*, 3., neu bearb. Aufl. 2003, Rn. 183 (zur Bedeutung des *Sachsenspiegels*); Schroeder, Klaus-Peter, *Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz*, 2001, 4 (Aus verfassungsgeschichtlicher Sicht). Die Entwicklung des zunächst privaten Rechtsbuches zum gemeinen *Sachsenspiegel* fand für Brandenburg, und später Preußen, durch die Buch'sche Glosse 1325 statt und es galt als subsidiäres Recht bis zum Allgemeinen Preußischen Landrecht von 1794.

<sup>39</sup> Zum Ursprung in diesem Sinne: Regge, Jürgen, „Übersiebne landschädlicher Leute“ und „Verfahren auf Leumund“ als besondere Prozessformen gegenüber Fremden?, in: Erlen, Irene/Spieß, Karl-Heinz (Hrsg.) *Fremdheit und Reisen im Mittelalter*, 1997, 289 ff., 296; zur Tendenz einer Strafe als „Sozialverteidigung“: Laufs, Adolf, *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, 1973, 87; Schmidt, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 1947, 3. Aufl. 1965, § 87; Radbruch, Gustav, *Zur Einführung in die Carolina*, in: *Die Peinliche Gerichtsordnung, Kaiser Karls V von 1532 (Carolina)*, 6. Aufl. 1991, Nachdruck, Kaufmann, Arthur (Hrsg.), 7.

<sup>40</sup> Schönemann, Bernd, *Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht. Ein Paradigmenwechsel im moralischen Anspruch?*, in: Kühne, Hans Heiner/Miyazawa, Koichi (Hrsg.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, 15 ff., 15.

<sup>41</sup> Zur Gesetzgebung in den deutschen Territorien in der frühen Neuzeit von 1500 – 1800 als „gute Policey“ bis zum Polizeistaat, siehe: Ebel Friedrich/Thielmann, Georg, *Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit*, 3. Aufl. 2003, Rn. 305 ff.

Aus weltlicher Sicht wurden zudem seit langem<sup>42</sup> *Sühneverträge* unter 520  
Freien und Gleichen geschlossen, die zusätzlich mit heiligen Eiden  
abgesichert waren.<sup>43</sup> Der Vertrag als Konsens und Kooperation unter  
den Ebenbürtigen und auch eine Art des Fremden- und des Unter-  
schichtenstrafrechts trafen also zusammen. Aus staatlicher Sicht sorg-  
ten *beide Rechtsformen* dort für die Erhaltung des Landfriedens, wo  
es, anders als auf den *Rechtsinseln* innerhalb der Städte und auf dem  
Lande der Adelsherren und Klostersiedlungen, an effektiver hoheitli-  
cher Gerichtsbarkeit fehlte.<sup>44</sup>

Die neue Mobilität der Menschen geht wie heute mit einer verstärkten  
ökonomischen „Globalisierung“ einher. Sie erfordert zugleich auch  
für den Handel eine neue, zumindest subsidiäre Rechts- und Sicher-  
heitsstruktur und mit ihr eines neues humanistisches Rechts- und  
Sicherheitsdenken.

Eine dem Naturrecht im Geiste ähnliche Bewegung scheint derzeit in 521  
der westlichen Welt mit der überstaatlichen „Konstitutionalisierung  
des Völkerrechts und einer Internationalisierung des Verfassungs-  
rechts“<sup>45</sup> zu entstehen.<sup>46</sup> Diese Entwicklung bedient sich erneut der

---

<sup>42</sup> Tacitus, public Cornelius, *Germania*, Fehle, Eugen (Hrsg.), 4. Aufl. 1944, Cale. 2. Dazu auch: Grommes, Sabine, *Der Sühnebegriff in der Rechtsprechung. Eine ideologiekritische Betrachtung*, 2006, 57 ff.; Zur bereits „öffentlichen Strafen“ bei allgemeiner Friedensstörung, siehe: Jescheck, Hans Heinrich/Weigend, Thomas, *Strafrecht AT*, 5. Aufl. 1996, 91.

<sup>43</sup> Zur Strafe im Spätmittelalter (insoweit bis etwa 1600): Willoweit, Dietmar, *Rache und Strafe, Sühne und Kirchenbuße, Sanktionen für Unrecht an der Schwelle zur Neuzeit*, in: Hilgendorf, Eric von/Weitzel Jürgen (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie*, 2007, 37 ff., 41 ff. geht für den Übergang in die Neuzeit von einer Gemengelage von „Rache und Strafe“, „Sühne und Kirchenbuße“ aus, Sühnevereinbarungen seien aber z.B. in Eichstätt von 1450 bis 1550 rund 110 wegen Tötungsdelikten abgeschlossen worden.

<sup>44</sup> Vgl.: Bothe, Michael, *Friedenssicherung und Kriege*, in: Graf Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.), *Völkerrecht*, 1997, 581 ff., 606.

<sup>45</sup> Zur Problematik der „Konstitutionalisierung des Völkerrecht“ über subjektive Rechte des Einzelnen: Grzesnick, Bernd, *Rechte des Einzelnen im Völkerrecht, Chancen und Gefahren völkerrechtlicher Entwicklungstrends im allgemeinen Völkerrecht*, *Archiv des Völkerrechts* 43 (2005), 312 ff., 315 f.; zur Begründung von Individualrechten: JGH EuGRZ 2001, 287, 290; Bryde, Brun-Otto, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und eine Internationalisierung der Verfassungsrechts*, *Der Staat* (42) 2003, 61 ff., u.a. 64 ff.: wenn- gleich ohne Staatlichkeit des Rechts; zur These von der Konstitutionalisierung, zudem: Uerpmann, Robert, *Internationales Verfassungsrecht*, *JZ* 2001, 565 ff., 572: zu den Vorzügen einer verfassungsähnlichen Auslegung, insbesondere beim Europäischen Gerichtshof; Fischer-Lescano, Andreas, *Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft*, *Archiv für Rechts- und Staatsphilosophie, Beiheft* 88, 2002, 349 ff.; Überblick auch bei: Paulus, Andreas L., *Internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*, 2001, 293 ff.; Nettesheim, Martin, *Das kommunitive Völkerrecht*, *JZ* 2002, 569 ff., 575: ohne Staat sind deshalb Nichtregierungsorganisationen tätig.



humanen Verrechtlichung. So entspringt die Kraft der *allgemeinen Menschenrechte* immer noch der Grundidee eines alles überspannenden und durchdringenden *vernünftigen Naturrechts*. Denn ihre absolute Geltung und ihre Allgemeingültigkeit beziehen die Menschenrechte aus ihrer angeblichen Natürlichkeit.

- 522 4. Zurück zum Krieg, und mit ihm zu seinem Gegenbegriff, dem Frieden. Der Kern des *ursprünglichen Friedensbegriffs*<sup>47</sup> ist vor allem in dessen *negativer* Seite zu sehen. Insofern meint der Frieden die zu-  
meist durch eine *Organisation* bewirkte *Abwesenheit* des Krieges, und zwar in der Form der *organisierten Gewaltanwendung*. Gewalt und Bürgerkrieg bilden dabei noch eine Einheit. Denn Europa kannte seinerzeit noch keine verfestigten Staaten oder gar Nationalstaaten und damit ihre klare kulturelle Trennung von Innen und Außen.
- 523 Sobald heute überdies die Aufgabe, Frieden zu schaffen und zu erhalten, das Ziel der Einhaltung der *fundamentalen* Menschenrechte mit einbezieht, ist analog zum fiktiven Gottesstaat des europäischen Mittelalters wieder eine universelle *Weltanschauung* mit einbezogen.<sup>48</sup> Vor diesen absoluten Ideen sind folglich Kriege und deren Durchführung, das *ius in bello*, zu rechtfertigen. Mit den Menschenrechten sind *gerechte Kriege*, etwa solche aus *humanitären* Gründen, nicht nur ethisch zu begründen, sondern aus der Sicht dieses geistigen Überstaatsgebildes der vereinten Nationen sogar auch *strafähnlich* und hoheitlich einzuordnen. So führt gegenwärtig folgerichtig insbesondere der inhumane Völkermord zum Einsatz von „Friedensstreitkräften“, die gleichwohl, „militärische Maßnahmen“ heißen (Art. 42 UN-Charta). Die Vereinten Nationen treten dabei nicht offen als Kriegspartei auf, sondern sie bieten nur die säkulare Friedensordnung und eröffnen im Sinne von *Grotius* eine Art von internationalem „Staaten-Strafrecht“.

---

<sup>46</sup> Zum Individualrechtsschutz in Europa: Schulte, Ellen, Individualrechtsschutz gegen Normen des Gemeinschaftsrechts, 2005, 218 ff.; zur Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK, zur Unanfechtbarkeit nach EG-Vertrag: 23 ff.

<sup>47</sup> Vgl. im Einzelnen: Randelzhofer, Albrecht, Der normative Friedensbegriff im Völkerrecht der Gegenwart – Möglichkeiten und Grenzen seiner Operationalisierung, in: Delbrück, Jost (Hrsg.), Völkerrecht und Kriegsverhütung, 1979, 13 ff.; Bothe, Michael, Friedenssicherung und Kriegsrecht, in: Graf Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.), Völkerrecht, 1997, 581 ff., 611 f.

<sup>48</sup> Zum derzeitigen Verpflichtungsgrad internationaler Menschenrechte (in Bezug auf das humanitäre Völkerrecht und auf das Recht der Staatenverantwortlichkeit), siehe: Künzli, Jörg, Zwischen Rigidität und Flexibilität: Der Verpflichtungsgrad internationaler Menschenrechte. Ein Beitrag zum Zusammenspiel von Menschenrechten, humanitärem Völkerrecht und dem Recht der Staatenverantwortlichkeit, 2001 (zugl. Diss., Bern, 1999), u.a. 459 ff.

Ein derartiges ethisches Völkerrecht erscheint erkennbar als heiliges 524 natürliches *Weltbinnenrecht*.<sup>49</sup> Ein Unrechtszustand, der den universalen Frieden stört, soll mit ihm beseitigt werden. Damit greift das *Gerechtigkeitsprinzip* mit seinem Ziel ein, um des Friedens willen Unrecht auszugleichen. Wie bei *Grotius* sollen das völkerrechtliche und das *supranationale* Kriegsrecht *not-* und *strafrechtsähnlich* der Begrenzung von Krieg und Gewalt dienen.

Das spätere klassische Völkerrecht der souveränen Staaten kennt zudem zivile *Sanktionen* im weiten Sinne, wie den *Boycott* und dessen Androhung.<sup>50</sup> Im Kriegsrecht wechselt es aber dann zu *strafähnlichen Sanktionen im engeren Sinne* über, wenn die Sieger Kriegstribunale, wie den Nürnberger Gerichtshof, einsetzen und die *persönliche Ver-*

---

<sup>49</sup> Aus einer staatsrechtlichen Festschrift mit dem Titel „Weltbinnenrecht“ zur Paarung von „Sicherheit und Frieden“: Benedek, Wolfgang, Der Beitrag des Konzeptes der menschlichen Sicherheit zur Friedenssicherung, in: Delbrück, Klaus Dicke/Stephan Hobe/Karl-Ulrich Meyn/Anne Peters/Eibe Riedel/Hans-Joachim Schütz/Christian Tietje (Hrsg.), Weltinnenrecht, Liber amicorum Jost, 2005, 24 ff., zur Verbindung von menschlicher Sicherheit und Frieden als Grundkonzept und der Einforderung im Rahmen des Völkerrechts der „menschlichen Sicherheit“ ... „als ein umfassender statt sektoraler, ein partizipativer statt exklusiver und ein präventiver statt reaktiver Ansatz“ (35). Er soll ein Gegengewicht zum „neuen unilateralistischen Ansatz“ bilden und zwar auch beim Souveränitätsdenken. Ergänzen sollen ihn die Sichtweisen von „good governance“ national und „global governance“ international, und zwar über die Menschenrechte und Demokratie im „internationalen System“. Der verdeckte Kernsatz lautet also zugespitzt: „Prävention“ regiert auf der transnationalen Ebene. Im Mittelpunkt stehen zwar der Mensch und seine Sicherheit, er wird aber mit Hilfe des Menschenrechts von Staaten verwaltet. An die Stelle des nationalen Rechtsstaats tritt die „Menschenrechtswelt der persönlichen Sicherheit“.

<sup>50</sup> Analog zu den Privatstrafen treten die völkerrechtlichen Sanktionen (zusammenfassend: Schröder, Meinhard, Verantwortlichkeit, Völkerstrafrecht, Streitbeilegung und Sanktionen in: Graf Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.), Völkerrecht, 1997, 525 ff., 573 ff.) als Repressalien (Vgl.: Tomuschat, Christian, Repressalien und Retorsion, zu einigen Aspekten in ihrer innerstaatlichen Durchsetzung, ZaöRV 1973, 179 ff.; Malanczuk, Peter, Zur Repressalie im Entwurf der Internationalen Law Commission zur Staatenverantwortlichkeit, ZaöRV 1985, 293 ff., 300 f.) auf zwischenstaatlicher Ebene in Erscheinung, vom Embargo bis zur Retorsion. Die Frage nach der Verantwortlichkeit und der Strafähnlichkeit insofern ist allerdings umstritten. Einleuchtend ist aber zum Beispiel die Definition von Schneider, Henning C., Wirtschaftssanktionen. Die VN, EG und Bundesrepublik Deutschland als konkurrierender Normgeber beim Erlass paralleler Wirtschaftssanktionen, 1999, 250: Wirtschaftssanktionen seien insbesondere Embargo und Blockade, nicht aber Boycott und ähnliche handelspolitische Maßnahmen. Sie seien „eine durch hoheitliche Maßnahmen im Bereich der Außenwirtschaftsbeziehungen bewirkte Ungleichbehandlung, welche als außenpolitisch motivierte Reaktion von einem oder mehreren Völkerrechtssubjekten auf ein nachteiliges Verhalten eines anderen Völkerrechtssubjekts vorgenommen wird, um letzteres durch Zufügung eines Nachteils zu einer Verhaltensänderung zu veranlassen“, u.a. 250 f., auch zu den Beschränkungen einzelner Staaten, solche Maßnahmen einzusetzen.

antwortung von Staatsführern zu ermitteln und zu sanktionieren suchen.<sup>51</sup>

- 525 5. *Grotius* verfolgt meines Erachtens zwei Ansätze. Zum einen bildet das Strafrecht offenbar auf dem Wege über das *Notwehrrecht* ein *hoheitlich* ansetzendes *Naturrecht*.

Der Übermacht des allerhöchsten säkularen Ideenpaares von Natur und Recht muss sich dann auch der *Mächtige* unterwerfen, und zwar auch derjenige freie Krieger, der innerhalb der an sich *rechtsfreien*, vielfach raubritterlichen *Räuberbande* agiert. Denn auch er beruft sich auf die Natur und sie ist von der Idee der „Selbsterhaltung durch Selbstverteidigung“ nicht zu trennen.

Seine ethische Rechtfertigung erhält das Strafrecht dabei nicht nur als ein *Vernunftrecht*, das sich lediglich aus der natürlichen Notwendigkeit zum Überleben ergibt. Das Naturrecht steht vielmehr dem vernünftigen Menschen als *wehrhaften* Akteur zu. Über den Gesellschaftsvertrag wächst dieses Recht dann auch dem als *kollektives Subjekt* zu begreifenden Staat zu. Im nächsten Schritt verbindet und überwölbt also beide, den alten wehrhaften Menschen und den neuen bewaffneten Staat, dieselbe natürliche Vernunft und mit ihr der Gedanke der gerechten Verteidigung.

- 526 Dieser Grundansatz besitzt eine starke römische und damit im weiteren Sinne auch zivilrechtliche Quelle. In der republikanischen römischen Zeit sah *Cicero*<sup>52</sup> das Strafrecht ebenfalls als ein *Natur-Recht*<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Die Entwicklung von internationalen Strafgerichtshöfen bedient das Bedürfnis nach Antwort auf schwere personengebundene Verstöße von Selbstherrschern und deren Organen, als Systemkriminalität (zu deren Bewältigung aus strafrechtlicher und kriminalpolitischer Sicht in Bezug auf den Bundesgerichtshof für Strafsachen: Rogall, Klaus, Bewältigung von Systemkriminalität, in: Roxin, Claus/Widmaier, Gunter, (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, Strafrecht und Strafprozessrecht, 2000, 283 ff. oder auch allgemeiner als Makrokriminalität. Selbst über gezielte private Finanzsanktion der Vereinten Nationen gegenüber Staatsführern wird nachgedacht, sie stehen dann in einem Spannungsverhältnis zum europäischen Gemeinschaftsrecht und zu den Menschenrechten (smart oder auch targeted sanctions, zusammenfassend: Tietje, Christian/Hamelmann, Sandy, Gezielte Finanzsanktionen der Vereinten Nationen im Spannungsverhältnis zum Gemeinschaftsrecht und zu Menschenrechten. EuG-BeckRS 2005, 70, 726, JuS 2006, 299 ff., insbes. 300).

<sup>52</sup> Cicero, Marcus Tullius, De re publica, Der Staat, in: Huchthausen, Liselot (Hrsg., Übrs.), Cicero, Werke in drei Bänden, Band II, 1989, 255 ff., III, 54; Hüning, Dieter, Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei John Locke, in: Peters, Martin/Schröder, Peter (Hrsg.). Souveränitätskonzeptionen. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. bis zum 20. Jahrhundert, 2001, 85 ff., 95.

Rom kannte es allerdings nur als das Recht der freien *römischen Bürger*. Auch in der frühen Neuzeit bestimmte erkennbar *nicht der Mensch an sich*, sondern im Kern der *freie* und aktive Mensch, und in der Regel nur der wehrhafte Mann, das Naturrechtsdenken.

Im republikanischen Rom gehörte wie im klassischen Athen der „Status“ als Rechtssubjekt zu derjenigen sozialen Rolle, die vor allem die *Familienväter* wahrnahmen. Insofern galt das Privatrecht bereits für ein Kollektiv und nach außen. Zugespitzt wirkte es also als „intergentiales“ Recht der *Sippen* (Gens) und ihrer Klienten. Dieses alte Rechtsverständnis bietet dann die historische Brücke vom *bürgerlichen* Straf- zum *zwischenstaatlichen* Völkerrecht. Auf den zweiten Blick hatte die *gelehrte* Welt der frühen Neuzeit bei ihrem Rückgriff auf die Antike noch einmal zu trennen. In der *binnenrömischen* Stadtwelt der vorkaiserlichen Zeit regierten zum einen zwar die Patrizier, die im Senat vertreten waren. Aber sie hatten sich, wie jede Stadt, um die große Gruppe der *Wehrhaften* des Volkes (populus) zu ergänzen. Diese potenziellen Krieger, die zugleich auch Selbstverteidiger sein konnten, mussten sie in das Binnenrecht der römischen Bürger mit einbinden.

Die Notwehr und das aus ihr folgende Strafrecht setzen typischerweise die Fähigkeit zur Notwehr und zum Strafen, also *Macht* voraus. Die Notwehr assoziiert ohnehin zumindest das Vermögen, sich überhaupt *wehren* zu können. Ob also Menschen, die von Natur aus *wehrunfähig* sind, wie etwa Kleinkinder, aus dieser Sicht überhaupt ein eigenes Naturrecht besitzen oder ausüben können, erscheint aus dieser Sicht zumindest offen. Im Kern jedenfalls erweisen sich das Notwehr- wie das Strafrecht als auf die *wehrfähigen Personen* zugeschnitten. 527

Die theoretische *Begrenzung* des Notwehr- und des Strafrechts auf die *Freien* oder politisch Mächtigen, also auf die *Herren*, oder sogar auch nur auf die *Vernünftigen*, hängt dann nur noch vom unbestimmten Begriff der Natur ab. Die politische *Ausgliederung* der Kinder, der Frauen, der Kranken, der Knechte und Mägde, der fahrenden Gesellen und

---

<sup>53</sup> Zusammenfassend auch zu den stoischen Quellen des Naturrechts: Hüning, Dieter, Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei John Locke, in: Peters, Martin/Schröder, Peter (Hrsg.), Souveränitätskonzeptionen. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. bis zum 20. Jahrhundert, 2001, 85 ff.; Grotius, Hugo, De Jure belli ac pacis Libri tres, Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens, Schätzel, Walter (Hrsg.) 1950, II, 20, § 3.

Schüler und aller landschädlichen Leute bleibt aus der Sicht des gerechten *Notwehrrechts* durchaus eröffnet.

- 528 Neben dieser offenen menschenrechtlichen Flanke verfügt dieser frühmoderne Ansatz aber bereits über eine wichtige Besonderheit. Als Naturrecht im Wortsinn betrachtet besitzt das Notrecht einen doppelten, bereits *hoheitlichen* Charakter. So ist das Notrecht sowohl von der *Natur* als auch von der *Idee des Rechts* abgeleitet. Natur und Rechtsvernunft erscheinen als die *absoluten* oder höchsten, wenngleich metaphysischen *Übereltern* des Naturrechts. Die Notrechte entspringen in diesem Bilde wie *Kinder* einer Vereinigung, die ihrerseits in dem *heiligen Geist* der natürlich-göttlichen Vernunft an sich stattfindet. Alle Menschen, die dem gerechten Naturrecht unterworfen sind, treten universell als eine Art von *Rechtsuntertanen* auf. Das gerechte, vernünftige Naturrecht schmiedet aus dem mittelalterlichen Gottesvolk des katholischen Christentums ein *Rechtsvolk* der Notwehr- und Strafrechte.
- 529 6. Die Strafe verfügt in diesem Modell, wie *Grotius* zum anderen ausdrücklich erklärte, über den *zivilen* Charakter einer *Vertragsstrafe*.<sup>54</sup>

Damit verwendet *Grotius* aus der heutigen kontinentaleuropäischen Sicht das liberale Modell des Marktes. Damit entspricht es aus heutiger Sicht eher dem vorherrschenden *anglo-amerikanischen* Denken, das auf der Teilung von einem „Verwalter“-Staat und einer mächtigen zivilen demokratischen Gesellschaft beruht.<sup>55</sup> Aber auch die Idee der Vertragsstrafe beruht auf den zweiten Blick und *mittelbar* auf der *hoheitlich* wirksamen natürlichen Gerechtigkeitsvernunft. Denn beim marktliberalen Grundansatz sind zwei Ebenen sorgfältig zu trennen. So erkennt auch jeder Markt die Hoheit des *Marktprinzips* an. Danach erscheint der Markt selbst als *kollektives Gut*<sup>56</sup>, an dem seine Mitglie-

---

<sup>54</sup> Dazu auch: Hüning, Dieter, Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei John Locke, in: Peters, Martin/Schröder, Peter (Hrsg.), Souveränitätskonzeptionen. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. bis zum 20. Jahrhundert, 2001, 85 ff., 107.

<sup>55</sup> Vgl.: Harvard Journal of Law and Public Policy (JLPP), Vol. 32, No. 2, Spring 2009 insgesamt zum Thema: „Is America Different From Other Major Democracies?“, Barnett, Randy E., The Separation of People and State, JLPP Vol. 32, 2009, pp. 451, 453 („The separation of People and State is preserved by the Constitution because no one can claim to speak for the People: neither the President (unlike various dictatorships) nor the Congress (unlike the parliamentary systems that dominate throughout the rest of the world). This separation, like the separation of Church and State...“).

<sup>56</sup> Aus der Sicht der Wirtschaftstheorie mit der besonderen Gewichtung von Kollektivgütern: Buchanan, James M., The Limits of Liberty, 1975, 133.

der teilhaben und das ihnen notfalls auch über die Marktpolizei und ein Börsenrecht gesichert und – als *iustitia distributiva* – zugeteilt wird.

Der Sinn und Ursprung dieses naturrechtlichen Vertragmodells ergibt sich überdies vermutlich aus der Verbindung zweier Leitbilder des *praktischen* Handelsrechts. So genügt die bloße verbale Unterwerfung unter einen *Vertrag* in aller Regel nicht. *Zivilrechtlich* betrachtet *verpfändet* deshalb der jeweilige Akteur in der Regel zugleich etwas Wertvolles und möglichst etwas *Höchstpersönliches*.<sup>57</sup> Dessen Verlust muss ihn schmerzen. Jeder Händler bietet deshalb auf dem zumeist überschaubaren Markt zumindest sein persönliches Ansehen „zur Sicherheit“ an, also seine persönliche soziale Kreditwürdigkeit.

Auf diese Weise stehen im vertraglichen Naturrecht zumindest die „*Naturrechtspersonen*“ für die Umsetzung der natürlichen *Vertragspflichten* ein. Diese Rechtsmenschen opfern dann vor allem ein bedeutendes *immaterielles* Pfand auf dem Altar des Rechts, indem sie ihre persönliche Ehre oder die Ehre ihrer *Rechtsfamilien* für die Einhaltung des Rechts bei den anderen Rechtsmenschen *hinterlegt* wissen. Der Mensch betreibt also eine *Rückbindung*, die ihn mit dem Eintritt einer bestimmten Bedingung mit der *Haftung* mit *dem Seinen* bedroht. Im selben Sinne kann er auch *zusätzlich* einen heiligen Eid schwören und sich dadurch mit dem Pfand der *Verdammnis* und Exkommunikation oder der zwingenden *Rache* seines Gottes oder seiner Ahnen belegen.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Zum Staatsvertrag und der Idee der Verpfändung, mit der die Strafe zu begründen sei, dann später auch ausdrücklich: Beccaria, Cesare, Vom Verbrechen und Strafen, Hommel, Carl Ferdinand (Übers), 1966, § 1. Aber gegen die Todesstrafe spricht nach Beccaria, dass der Mensch der Gemeinschaft nicht das Kostbarste übertragen habe, sein Leben (§ 12); Grommes, Sabine, Der Sühnebegriff in der Rechtsprechung. Eine ideologiekritische Betrachtung, 2006, 84 f.

<sup>58</sup> Zur Erläuterung des Ausbruches von Kriegen aus dem Missverständnis und der falschen Erwartung, nicht mit andauerndem Widerstand rechnen zu müssen, und zur Bedeutung des verletzten Nationalstolzes vor dem Hintergrund der „Vernunft der Gefühle“: Weiler, Hans N. (Hrsg.), Europa Universität Viadrina Frankfurt (Oder) Universitätsschriften, Band 7: Antrittsvorlesungen I (Sommersemester 1994), 1995, 155 ff.; siehe überdies: Weiler, Hans N. (Hrsg.), On Love and Altruism, Rationality and Society 3 (1991), 197 ff.; Grundlegend aus der Sicht der Sozioökonomie: Frank, Robert H., Passions within Reason. The Strategic Role of the Emotions, 1988, zudem: Bolle, Friedel, Emotionen und Vernunft- keine Gegensätze. Antrittsvorlesung an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) am 14. Juni 1994, in: Weiler, Hans N. (Hrsg.), Europa Universität Viadrina Frankfurt (Oder) Universitätsschriften, Band 7: Antrittsvorlesungen I (Sommersemester 1994), 1995, 155 ff.; siehe auch Ridley, Matt, Die Biologie der Tugend. Warum es sich

531 Das weltliche Ansehen und der Kredit spielen eine bedeutende Rolle, und zwar bei allen *Dritten* und *Gleichen* (den Peers) und bei allen sichtbar *Wehrhaften*. Diese Peers stellen zudem eine Art der zivilen *Allgemeinheit* des *politischen Marktes* dar. Auch der *soziale Druck* einer solchen Art von Allgemeinheit (oder des *Marktes* der wehrhaften Geschäftspartner) trägt auch ohne religiöse Rückbindung bereits *hoheitliche* Züge. Selbst diese Gemeinschaft der Gleichen, sei es auf dem Thingplatz, dem Forum oder Markt, bildet eine eigene Art von *kollektiver Macht* aus. Auch insofern trägt das zivile Modell einen hoheitlichen Charakter in sich.

Dem entspricht auch die Art der Strafe. Die *Höchststrafe* bildet stets der im Zweifel *kollektive Ausschluss* aus der Gemeinschaft. Allerdings konnte man sich in die Gemeinschaft historisch betrachtet wieder über den Sühnevertrag, neue Bürgen und Reugelder einkaufen. Diese Art von Resozialisierung war also möglich.

532 7. Das Grundmodell der Vertragsstrafe beruht erkennbar auf der Idee des verfassungsnahen *Gesellschaftsvertrages*. Der ohnehin fiktive Gesellschaftsvertrag<sup>59</sup>, der für Europa aus sozialrealer und historischer Sicht eher als nachträgliche rationale *Rechtfertigung* und geistige *Verfeinerung* einer gesellschaftlichen Entwicklung zu begreifen ist, beruht seinerseits ausdrücklich auf einer *vor-staatsrechtlichen* und lediglich *naturrechtlichen* Grundlage.

533 Dieser Gesellschaftsvertrag ist bei näherer Betrachtung auch nicht einmal im heutigen Sinne *zivilrechtlich* zu denken. Denn gemeint ist eine vorstaatliche absolute Freiheit, die dann im verfassungsrechtlichen Sinn zu einem wechselseitigen Freiheitsverzicht führt.<sup>60</sup> *Fichte*<sup>61</sup>

---

lohnt, gut zu sein, 1999, 189 ff., der ebenfalls die Ideen von Frank in sein vor allem zusammenfassendes soziobiologisches Weltbild der Gegenwart mit einbezieht.

<sup>59</sup> Zur Diskussion um die Fiktivität des Gesellschaftsvertrages ausführlich: Höffe, Otfried, Politische Gerechtigkeit. Grundlegungen einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, 1987, 443; sowie Koriath, Heinz, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, 251; Raz, Joseph, On the Authority of Constitutions. Some Preliminaries, in: Alexander, Lawrence A. (Hrsg.), Constitutionalism. Philosophical Foundations, 1998, 152 ff., 162 f.: „So even if real consent is a source of authority, it is far from clear that hypothetical consent is. I know of no argument which it shows that it is“.

<sup>60</sup> Dazu aus der Sicht der deutschen Rechtstheorie: Hoerster, Detlef, Die Wirklichkeit der Freiheit, ARSP 75 (1989), 145 ff., mit dem Schlusssatz, 180: „Freiheit ist diskursiv einlösbar, indem jedes empirische Subjekt sich mit seinen Interessen und Bedürfnissen in einem bestehenden Normgefüge zur Geltung bringt. Auf der Basis so verstandener Freiheit können Normen intersubjektive Anerkennung finden“. Zudem: Montenbruck, Axel, Zivilisation. Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur, 2009, Rn. 223.

hat diese Sicht der Freiheit zum Beispiel bereits über das Naturrecht mit dem Recht verbunden. Art. 2 I GG beschreibt sie in vorzüglicher Weise. Danach ist die eigene (natürliche) Freiheit nur, aber immerhin erstens durch diejenige der anderen Gleichen und zweitens durch das hoheitlich-ewige Sittengesetz, also die sozialetischen Grundnormen der Verfassung begrenzt, vgl. Art 79 III i.V.m. Art. 1, 20 GG. Insofern entspricht die Idee des Gesellschaftsvertrages weit eher dem sozialrealen *Verfassungskonsens* des deutschen und der verschiedenen europäischen *Verfassungsgeber*, die sich in den Präambeln zu erkennen geben, als der Idee eines heutigen zivilrechtlichen Gesellschaftsvertrages.<sup>62</sup> Umgekehrt aber haben die heutigen nationalen kontinentalen Verfassungsgeber für ihre Verfassungen das vor allem im 19. Jahrhundert entwickelte und zu Büchern ausgereifte staatlich-gesetzliche Zivil- und Strafrecht genutzt.

Bezogen auf das gegenwärtige *nationale Strafrecht* findet einerseits 534  
inzwischen mit den Verfassungen und mit den europäischen Konventionen etc eine zusätzlich *ethische Aufladung* statt, die über die Grund- und Menschenrechte naturrechtliche Züge aufweist. Andererseits nötigt die Europäisierung auch zur offenen Rückbesinnung auf die *gemeinsamen* Wurzeln des Rechtsdenkens, und zwar damit nicht nur auf das römische Zivilrecht, sondern auch auf das mittelalterliche Gemisch von einem hoheitlich-religiösen Straf- und vertraglichen Sühnerecht und der späteren kaiserlichen peinlichen Gerichtsordnung von 1532.

Das derartige „natürliche“ doppelte Strafrecht mündet mit der Staatenbildung in die Idee des Gewaltmonopols ein. Zwar spricht man vom „staatlichen Strafanspruch“<sup>63</sup>. Aber das Strafrecht bleibt dennoch weiterhin trennbar in den Staats- als Selbstschutz, den stellvertretend

---

<sup>61</sup> Fichte, Johann Gottlieb, Grundlagen des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, 1796, in: Fichte, Immanuel Hermann (Hrsg.), Fichtes Werke, Band III, Zur Rechts- und Sittenlehre I (1971), 1922, 1 ff., 52.

<sup>62</sup> Zur „geistigen Fortwirkung der Vertragstheorie im Sinne der „Verfassung als Vertrag zwischen Bürgern“: Di Fabio, Udo, Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtslehre, 1998, 35 ff. Aber mutmaßlich gilt auch der umgekehrte Ansatz. Der Markt und der Vertrag beruhen auf einer vorstaatlichen Marktidee und enthalten insofern die ständige Konstitution eines Bundes und zumindest die Anerkennung der Marktregeln des Austausches. Kurz gefasst steckt in jedem Markt schon der Gedanke einer Verfassung. Dieser Gedanke wird dann noch aus der viel späteren Sicht des demokratischen Staates aufgegriffen und sublimiert.

<sup>63</sup> So zum Beispiel: BVerfG, 2 BvR 1119/05 vom 9.7.2009, Absatz-Nr. (1 - 52), Rn. 43.



zu gewährleistenden Schutz der Individualrechtsgüter und den Schutz von kollektiven Gemeinschaftswerten.<sup>64</sup>

- 535 8. Für den Naturrechtler *Grotius* geht die *Strafkompetenz* des Staates nicht schlicht aus dem staatlichen Gewaltmonopol hervor. *Die Strafe begegne vielmehr dem Angriff auf die naturrechtliche Ordnung der Gemeinschaft schlechthin. Der Angreifer degeneriere, wie dies schon Cicero und Thomas von Aquin gelehrt hätten, zum wilden Tier, das mit seinem Angriff alle Rechte verloren habe und keine Nachsicht mehr verdiene.*<sup>65</sup>

Dieses einfache Bild ist näher zu betrachten. *Grotius* begreift damit auf den ersten Blick als Menschen nur den *zivilisierten* oder vernünftigen Menschen. Also scheint er auch Menschen als *Unmenschen* oder auch als Untermenschen zu kennen. Aber mit diesem Vorwurf dürfte der liberale Ansatz verfälscht sein. Für jenen bildet der *Verdienst* den Mittelpunkt.

- 536 So steht der natürliche, jedoch unvernünftige Mensch für *Grotius* offenbar auf den zweiten Blick *nur* dem wilden, also dem *nicht domestizierten* Tiere gleich. Mit diesem alten Bild spricht er dann auch dem „wilden Menschen“ offenbar die *Grundfähigkeit* zu, entweder dem Haustiere gleich noch gezähmt zu werden oder sich freiwillig gezähmt zu zeigen und dann einem Oberherrn, wie dem Naturrecht, zu gehorchen. Der verwilderte Mensch hat zwar keine Nachsicht mehr „verdient“. Sie aber zum Beispiel dennoch zu gewähren, bleibt den Rechtstreuen nicht verboten, sondern bildet einen Teil ihres Rechts und den Ausdruck des Prinzips der angeblich willkürlichen, aber zu meist politischen *Gnade*.

---

<sup>64</sup> Siehe dazu: Weigend, Thomas, Deliktsoffer und Strafverfahren; Strafrecht und Kriminologie, Band 10, 1989, 28 ff., 191; zu Recht kritisch zum Begriff des staatlichen Strafanpruchs; von „Strafverfolgungsbefugnis“ spricht deshalb auch Scheffler, Uwe, Die überlange Dauer von Strafverfahren. Materielle rechtliche und strafprozessuale Rechtsfolgen, 1991, 141.

<sup>65</sup> Grotius, Hugo, De Jure belli ac pacis Libri tres, Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens, Schätzkel, Walter (Hrsg.) 1950, II, 20, § 3; Hüning, Dieter, Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei John Locke, in: Peters, Martin/Schröder, Peter (Hrsg.), Souveränitätskonzeption. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. bis zum 20. Jahrhundert, 85 ff., 97; Cicero, Marcus Tullius, De officiis, Pflichtenlehre, in: Huchthausen, Liselot (Hrsg.), Dieter, Horst (Übers.), Cicero, Werke in drei Bänden, Band III, 1989, 167 ff., III, 21; vgl. auch III, 26. Zum Tiermodell als Teil der Beschreibung des Menschen siehe: Montenbruck, Axel, Zivilisation. Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur, 2009, Rn. 677 ff.

Die durchaus auch listenreiche Grundgewalt dieser *Raubmenschen* wird soweit möglich umgeformt. Sie wird durch die Gerechtigkeit zivilisiert und nur notfalls verbannt. Gejagt werden immer nur einige von ihnen und ihre rituelle öffentliche Hinrichtung dient vor allem der Bannung und wirkt als „heilige Gegengewalt“.

9. Der neue *Bürgermensch* ist dabei in der Regel über eine *Handlung* 537 definiert. Nach ihrem Wert oder Unwert ist er auch zu behandeln. Doch, weil und nur in dem Maße, in dem er sich als *Angreifer* verletzend und dabei *wild* verhält, kann er seine zivilen Vernunftrechte verlieren. Im Sinne von *Jakobs'* umstrittenen Begrifflichkeiten des *Feindstrafrechts* verliert der kriminelle Bürgermensch mit der Tat seine „Personalität“.<sup>66</sup> Diese an sich zivile Eigenschaft ist dabei vereinfacht als „bürgerliche Freiheit“ im Sinne von Art. 2 I GG und nicht als unantastbare Menschenwürde im Sinne des Art. 1 I GG zu begreifen. Insofern ist der Grundansatz von *Jakobs* dann auch bezüglich Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung verfassungskonform.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Dazu auch: Scheffler, Uwe, Freund- Feindstrafrecht, in: Feltes, Thomas/Pfeiffer, Christian/Steinhilper, Gernot (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift für Prof. Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, 123 ff. („Bürgerstrafrecht“ mit der Trennung von Freund- und Feindstrafrecht oder „Feindbekämpfung“ und „Bürgerstrafrecht“); 125 ff. (etwa bei Terrorismusbekämpfung und Abbau von Verteidigungsrechten), sowie: 126 (mit Ausrichtung auf den Begriff „Unschädlichmachung“, der aus der Logik der Gefahrenabwehr folgt). Grundlegend für die heftige deutsche Seite dieser strafrechtliche Diskussion: Jakobs, Günther, unter anderem in: „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht“, in: Hamburg Review of Social Sciences (HRSS; www.hamburg-review.com) 2004, 88 ff., 91: „Ein Individuum, das sich nicht in einen bürgerlichen Zustand zwingen lässt, kann der Segnungen des Begriffs der Person nicht teilhaftig werden“ — „Person [ist] nur, wer eine hinreichende kognitive Gewähr für personales Verhalten bietet“ — „Wer keine hinreichende kognitive Sicherheit personalen Verhaltens leistet, kann nicht nur nicht erwarten, noch als Person behandelt zu werden, sondern der Staat darf ihn auch nicht mehr als Person behandeln, weil er ansonsten das Recht auf Sicherheit der anderen Personen verletzen würde. Es wäre also völlig falsch, das, was hier als Feindstrafrecht bezeichnet wurde, zu verteufeln ...“. Aber sobald Jakobs seinen Begriff vom „Individuum“ mit Mensch übersetzt und seine Begriff von der Person über die bürgerliche „Freiheit“ definiert ist zumindest grobe Gedanke der Strafe als Entzug der Personalität als bürgerlichen Freiheiten mit abgedeckt.

<sup>67</sup> Ähnlich für den Begriff der „Person“ im Grundansatz bei der Begründung der Sicherungsverwahrung: BVerfGE 109, 133, 135: „Das Grundgesetz hat die Spannung Individuum — Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und der Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten (...). BVerfGE 109, 133, 134 f. (als Folgerung: „Verletzbar ist aber der Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt...“, und zwar auch durch strafende Eingriffe des Staates. Vor diesem Menschenbild ist die Sicherheitsverwahrung auch als Präventivmaßnahme zum Schutz der Allgemeinheit mit dem Grundgesetz vereinbar“. Aus der Sicht der Soziologie zu „Individuum und Gemeinschaft als Pole von Sozialisationsprozessen“: Faulstich-Wieland, Hannelore, Individuum und Gesellschaft, Sozialisations-theorien und Sozialisationsforschung, 2000, 23 ff.; zum Individuum mit den Varianten: Person, Persönlichkeit, Selbst, Subjekt

Auch bleibt ein „wilder Mensch“, der als wehrhafter Freier im Sinne des *status naturalis* verstanden wird, stets zumindest ein „zivilisierbarer Mensch“. Er verfügt über das Potential, zivile Person zu sein. Auch die antiken und germanischen Sklaven konnten zu Freien erhoben und die freien Bürger konnten andernorts zu Kriegssklaven herabgestuft werden. Bezieht man diese Eigenschaft mit ein, so kann man sie als den liberalen Kern der „Menschenwürde“ begreifen

Ferner entspringen dieselben Gedanken der Eigenverantwortlichkeit, der persönlichen Haftung und der weitgehend freien Verfügung „über sich selbst“ diesem *liberalen* Grundansatz. Es ist derjenige des „Verdienstes von Strafe, der dann auch in der Vorstellung von der *Schuldangemessenheit* der Strafe einen Niederschlag findet.

- 538 Ein übernationaler Seitenblick vom gerechten Naturrecht des *Grotius* aus hin zum heutigen westlichen Strafen ergibt dann vielleicht folgendes:

Zunächst wäre der naturrechtliche Ansatz von den herkömmlichen, typischerweise *nationalen* Strafrechtssystemen der einzelnen Staaten auf die *überstaatliche* Ebene der heutigen *Menschenrechte* zu übertragen. Dessen gesetzliches *Forum* könnte dann für Europa die neue Grundrechtscharta oder aber zumindest die alte Europäische Menschenrechtskonvention mit ihrem eigenen Gerichtshof bilden. Dort angelangt, müsste dann die staatliche Freiheitsstrafe als die *Gefangenhaltung* eines Menschen in ähnlicher Weise letztlich der *natürlichen Vernunft* der *Menschenrechte* dienen und entsprechen. Die heutige Strafe wäre dann erneut auf dieser überstaatlich-ethischen Ebene und ebenfalls aus den Gründen der *natürlichen Vernunft* zu rechtfertigen.

Sie könnte dann aber entweder ebenso wie, oder besser wohl unmittelbar als eine Unterform des *gerechten Krieges* anzusehen sein. Wie ein *Kriegsakt* gegen eine *organisierte* Aggression müsste die nachträgliche Strafe wegen der Gewalttat von *einzelnen* Menschen als ethisch erlaubt und zudem geboten erscheinen. Der ausführende Nationalstaat müsste die Strafe dann *dementsprechend* jeweils zusätzlich über die *Menschenrechte* erklären und dazu auch formal *passende* Gesetze vorlegen.

Aus der Sicht eines solchen Naturrechts gedacht würde das nationale Strafrecht dann etwa der *Domestizierung* des wilden, aber nunmehr dennoch angeboren *würdigen* Menschen dienen, und zwar, wie aus der heutigen Sicht anzufügen ist, auch um seiner selbst willen, also auch gerade wegen seiner *Menschenwürde*. Am Ende müsste sogar die *Menschenwürdeidee* selbst die Strafe begründen. 539

Diese Übertragung des alten naturrechtlichen Ansatzes auf die menschenrechtliche Gegenwart erscheint zumindest als *schlüssig*. Aber sie offenbart auch ein ewiges Dilemma. Denn in die natürliche Vernunft oder auch in die Menschenwürde wird zunächst die vergeltende Gerechtigkeit *hineingelegt*, um sie dann wieder herausziehen und ihre Ausübung dem Staat zu übertragen. Die Gerechtigkeit selbst wird im Naturrecht, und zwar anders als bei *Aristoteles*, nicht mehr begründet. Die Nähe des Naturrechts der frühen Neuzeit zum entsprechenden *einfachen* unerforschlichen Gottesrecht erweist sich als offenkundig.

9. Die Zuspitzung zur These vom *gerechten Strafrecht*, das im *Naturrecht* als *Staatsrecht* auftritt, findet also in den Lehren von *Grotius* ihren deutlichen Niederschlag. Dazu verbindet es die *liberale* Idee der Vertragsstrafe mit der *Hoheit* der natürlichen Vernunft, hinter der die absolute Idee der Gerechtigkeit als Notrecht, also auch als ein höchstes *ethisches* Zwangsrecht, steht. Vernünftig erscheint es, diesen Gedanken jedenfalls als *einen* Grundansatz festzuhalten. Hoch vereinfacht entspringt er der Idee der Gleichheit. 540

### III. Hoheitliches Recht bei Bodin und Hobbes

1. Auf Bodin (1529/30-1596) gehen die Idealisierung des absoluten hoheitlichen Staates und der Gedanke der Effektivität zurück. Bodin antwortet dabei seinerseits auf den unethischen, aber effektiven Naturalismus des Oberitalieners Machiavelli (1469-1527)<sup>68</sup>, der noch den Stadtstaat im Blick hatte und den Krieg der Stadtfürsten untereinander als „politisches Imperativ“ ansah.<sup>69</sup> Sein machtpolitischer agierender 541

<sup>68</sup> Zur Bedeutung der politischen Schriften Machiavellis für den Frühabsolutismus: Stolleis, Michael, *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit*, 1990, 23 ff., insbesondere zur prägenden Metapher von Löwe und Fuchs bei: Machiavelli, Niccolo, *Il Principe* (der Fürst), Merian-Genast, Ernst (Übrs.), Einleitung von Freyer, Hans, 1961, XIX.

<sup>69</sup> Münkler, Herfried, *Über den Krieg. Stationen der Kriegsgeschichte im Spiegel ihrer Reflexionen*, 2002, 34 ff. („Kriegsführung als politischer Imperativ“ und bereits schon die „Trennung von Innen und Außen“).

Fürst lebt in der ummauerten Handelsstadt. Er tritt als selbst politischer Händler sowie als Kriegs- und Schutzherr auf.

- 542 2. Bodin betrachtet vor allem Frankreich und ist für seine Zeit noch mit der Emanzipation vom Hochmittelalter beschäftigt. Bodin lebt in einem mehrheitlich katholischen Flächenstaat, der auch historisch betrachtet erst im Verein mit der Christianisierung der Franken entstanden ist. Diese alte politische Tradition wirkt in vielfältiger Form fort. So hat Frankreich die tolerante und puritanistische Klostermacht von Cluny hervorgebracht. Zudem hat es stets den schwachen Papst gegen den deutschen Kaiser gestützt. Andererseits konnte das Königtum in seinem Gebiet bereits um 1300 die wohlhabenden, an sich päpstlichen Mönchskrieger der Tempelritter enteignen:

Der König erwies sich als der Übervater, der die Macht der anderen aufstrebenden Fürsten zurückdrängte. Bodin begreift demgemäß den König als den zentralen Entscheider auf Erden. Den König sieht er als über das Gesetz gestellt und als Träger der gesamten, aber neutralen Macht („pouvoir neutre“) an. Dieser neue Überfürst soll als autonom auftreten und sich dadurch nach innen und nach außen als souverän erweisen.

- 543 Verpflichtet ist dieser Fürst aber dennoch: dem göttlichen Recht, dem Naturrecht, den allen Völkern gemeinsamen Gesetzen und somit auch den von ihm geschlossenen Verträgen.<sup>70</sup> Der Gedanke des weitgehend säkularen ethischen Minimums tritt also auch bei Bodin schon in Erscheinung. Aber dieses ethische Recht ist vom sonstigen hoheitlichen Recht abgetrennt und gilt vor allem nach außen. Der König, der als Verkörperung der souveränen Regierungsgewalt, als neutrale Friedensinstanz und damit zugleich auch als Garant gleicher Freiheit aller Bürger auftritt, verfügt über einen Anspruch gegen die Untertanen auf Gehorsam.<sup>71</sup> Bodin entwickelt somit die Idee der Staatsräson für den

---

<sup>70</sup> Bodin, Jean, Sechs Bücher, *Les six livres de la republique*, 1583, Band 1 (Buch I-III) 1981, insbesondere Kap. 1, 98 ff., Kap. 8, 214 ff., zudem Kap. 4, 124. Kap. 8, 214. Er ist nicht an weltliche Gesetze gebunden, wohl aber an das göttliche Gebot, allerdings vor dem Hintergrund der religiösen Toleranz und Gewissensfreiheit, dazu aus kirchengeschichtlicher Sicht: Uhle, Arnd, *Staat-Kirche-Kultur*, 2004, 109, sowie: Randelzhofer, Albrecht, *Staatsgewalt und Souveränität*, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *HdStR II*, 3. Aufl. 2004, § 17, Rn. 16.

<sup>71</sup> Zu Bodin als Mitbegründer der Idee der Staatsräson und als eine Antwort auf den kalten Machiavellismus mit dem Kernbegriff der Souveränität: Jellinek, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, 1914 (Nachdruck 1976), 443; Meinecke, Friedrich, *Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte*, 2. Auflage 1925, 70 ff.;

Flächenstaat. Den Herrscher sieht Bodin selbst aber dennoch zwar einerseits an patriarchalisch-fürsorgerische Pflichten gebunden. Der Fürst hat aus seiner Sicht aber andererseits sowohl für die religiöse Toleranz als auch für die Sicherheit der Untertanen zu sorgen.

3. Mit der Religionsfreiheit, die die Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Bekenntnissen meint, eröffnet Bodin im Rückblick den Weg in den späteren laizistischen Staat. Denn seine Sicht erlaubt im ersten Schritt zumindest grundsätzlich die geistige Privatisierung der Religion, etwa in Form von frommen Glaubensgemeinschaften im heutigen US-amerikanischen Sinne. Die Idee der religiösen Toleranz bringt dem Menschen später den staatlich anerkannten Anspruch auf ein religiöses Gewissen und mithin auch seine, allerdings entpolitisierte, Würde als ein Glaubender.<sup>72</sup> Auch Kants spätere strenge Trennung von der autonomen, weil nur den Menschen selbst bindenden höchstpersönlichen Moral und dem auch zweckhaften Recht der Obrigkeit zeichnet sich dabei ebenfalls schon ab. 544

Der ideale französische Staat bietet also im Sinne von Bodin das schützende Haus für dieselbe innere Freiheit als Toleranz, die schon das fromme Urchristentum gelebt hat. Der spätere aufgeklärte Absolutismus des weitgehend „französischen“ 18. Jahrhunderts und die atheistische französische Revolution erhalten beide mit der Forderung nach Religionsfreiheit ihre frühe säkulare Grundlegung.

4. Das infolgedessen fürsorgerische Strafrecht kann innerhalb des Staatsmodells nur eine Nebenrolle einnehmen und vor allem Charakter eines präventiven Sicherheits- oder eines Polizeirechts nach innen erhalten. In Frankreich und Italien wird das Strafrecht auch derzeit vielfach noch als „Sozialverteidigung“ gedeutet<sup>73</sup>. Derart begründet ist 545

---

Randelzhofer, Albrecht, Staatsgewalt und Souveränität, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), HdStR II, 3. Aufl. 2004, § 17, Rn. 17 (zur Entwicklung der negativen Freiheit von fremder Herrschaft zur zusätzliche Freiheit als der Souveränität durch positive Herrschaftsrechte); Stolleis, Michael, Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit, 1990, 23 ff.

<sup>72</sup> Zur außerordentlichen Bedeutung der Religionsfreiheit, und zwar umgekehrt unter der Vorstellung von der „Menschenwürde als ideengeschichtliche Grundlegung der Idee der Religionsfreiheit“: Uhle, Arnd, Staat-Kirch-Kultur, 2004, 88 ff.

<sup>73</sup> Grundlegend: Ancel, Marc, Die neue Sozialverteidigung (La Défense sociale nouvelle, deutsch), Melzer, Michael (Übrs.) nach der 2. Aufl. 1966; 1970; siehe dazu insbes.: Schünemann, Bernd, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: Schünemann, Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 153 ff., 153; siehe dazu: Kaufmann, Hilde, Gramaticas System der Difesa Sociale und das deutsche Schuldstrafrecht, in: Welzel, Hans/Conrad, Hermann/Kaufmann, Armin/Kaufmann, Hilde

das Strafrecht weiterhin mit dem Kriegsrecht verwandt, und zwar im Sinne eines Bürgerkriegsrechts. Auch die heutigen deutschen generalpräventiven Thesen, dass das Strafen dem „Rechtsfrieden“ diene, weisen zumindest mittelbar in diese Richtung.<sup>74</sup> Die präventiven Maßregeln der zweiten Spur gemäß §§ 63 ff StGB, allen voran die Sicherungsverwahrung, greifen ebenfalls auf diesen schuldfreien polizeilichen Grundansatz zurück.

- 546 In einem puristischen, also absolutistischen, polizeilichen System findet zudem die Gewaltenteilung nach innen und analog zur Inquisition der katholischen Kirche nicht mehr statt. Das Wort Polizei beschreibt dann die allmächtige Exekutive, die für die Verwaltung und Sicherheit sorgt, die aber nicht willkürlich handelt, sondern sich effektiv für die Zwecke der neuen Großpolis, des Territorialstaats, einsetzt. Bodin hat dazu passend später auf der ökonomischen Ebene die Idee des hoheitlich-effektiven Merkantilismus entwickelt.

Bodins eigene Deutung liefert aber wegen der Idee der Toleranz noch nicht die schlüssige Begründung für den absolutistischen Staat. Dazu musste sich die Idee des Staates vielmehr unmittelbar aus der Natur heraus ergeben. Der (Sonnen-) König, also ein pharaonischer Mensch,

---

(Hrsg.), Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, 1963, 418 ff.; Schulz, Hansjürgen, Alternativen zum Schuldstrafrecht, Juristische Arbeitsblätter 1982, 518 ff.; zur Annäherung der romanischen Straffidee der Sozialverteidigung an das deutsche Schuldstrafrecht: Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, 66; Jescheck, Hans-Heinrich, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Neugestaltung des Mindestprogramms der Défense Sociale, in: Schwind, Hans-Dieter i.V.m. Berz, Ulrich/Herzberg, Rolf Dietrich/Geilen, Gerd/Warda, Günter (Hrsg.), Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag, 1985, 425 ff. Vgl. andererseits allerdings auch: Hassemer, Winfried, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, 28, 310 f.; sowie: Naucke, Wolfgang, Strafrecht. Eine Einführung, 10. Aufl. 2002, § 3, Rn. 38 ff. Umfassender: Mir Puig, Santiago, Das Strafrechtssystem im heutigen Europa, in: Schünemann, Bernd/de Figueiredo Dias, Jorge (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposion für Claus Roxin, 1995, 35 ff., 38 ff.

<sup>74</sup> So etwa, und insofern folgerichtig aus der strafrechtswissenschaftlichen Sicht, und zwar utilitaristisch, Kargl, Walter, Friedenssicherung durch Strafrecht. Teleologische Strafrechtfertigung am Beispiel der Tötungsdelikte, ARSP 1996, 485 ff.: „Friedenssicherung durch Strafrecht“. Klassischer schon Freund, Georg, Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem; in Wolter, Jürgen/Freund, Georg (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem. Straftatbegriff - Straftatzurechnung - Strafrechtssystem - Strafausschluss - Strafverzicht - Strafklageverzicht, 1996, 43 ff., 55., der von „Rechtsfrieden“ spricht und damit den Übergang zum üblichen Begriff der Strafe zur „Bewährung der Rechtsordnung“ anzeigt. Oder: Sternberg-Lieben, Detlev, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, in: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohler, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, 65 ff., 65: Aus dem Inbegriff allen staatlich gesetzten Rechts, den Bürgern ein friedliches, gesichertes Zusammenleben zu ermöglichen, erfahre auch das Strafrecht seine Legitimation. „Sein oberstes Ziel ist die Gewährleistung des Rechtsfriedens...“.

musste sich zum Inbegriff des Staates erheben. Später hatte sich der aufgeklärte Staat noch zu einer Art von objektivem System zu wandeln und die Staatsvernunft zu seinem eigenen Staatsleitbild zu erklären. Der Staat musste sich also gleichsam selbst verehren, um zum wirklich „absoluten Staat“ zu werden. Dass und in welcher Form ein solcher Vorgang möglich erscheint, belegt die durchaus analoge Idee der angeborenen Menschenwürde und die heutige westliche Heiligung der personalen Menschenrechte, die auch die Demokratie begründen. Die Idee der Volksherrschaft brauchte nur die frühstaatliche Herrscheridee der Majestät des Souveräns aufzugreifen und auf die neuen humanen Herrscher zu übertragen. Umgekehrt konnten die revolutionären Demokraten um 1800 nur dann als neue höchste Herrscher auftreten, wenn sie ihre absolute Würde und Rechte als angeboren begründeten. § 1 BGB, der zivile Rechte mit der Geburt entstehen lässt, ist noch heute ein Beleg dafür. Er bezeugt zugleich die heimliche Übermacht des Naturrechtsdenkens.

Die „gute policey“, die gute landesherrliche Politik meint und damit das effektive öffentliche Recht begründet, ist aber mit Bodin auf den Weg gebracht. Das deutsche verfassungsrechtliche Strafrecht kennt im Übrigen ebenfalls den Effektivitätsgedanken als Eigenwert an, und zwar als „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“. Ohne sie, so erklärt das Bundesverfassungsgericht, könne Gerechtigkeit nicht verwirklicht werden.<sup>75</sup>

5. Staatstheoretisch bedeutend, wenngleich mit weniger Wirkungen 547  
auf seine eigene Zeit, erweist sich die zeitlich nachfolgende Deutung des *absoluten* Staates durch *Hobbes* (1588-1679).<sup>76</sup> Geprägt waren

---

<sup>75</sup> Zur „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“, ohne die die Gerechtigkeit nicht verwirklicht werden könnte, als eigenständiges Verfassungsprinzip: BVerfGE 33, 367, 283; 44, 353, 374; 46, 214, 222; 74, 257, 262; Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen. Beck'sche Kurzkommentare, Band, 47. Aufl. 2004, Einl., 18.

<sup>76</sup> Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Fetscher, Irving (Hrsg.), 5. Aufl. 1992, etwa Kap. 13, 96, oder auch Kap. 14, 101: Motiv und Zweck, um deretwillen Rechtsverzicht und Rechtsübertragung eingeführt worden sind, nichts anderes als die Sicherheit der Person hinsichtlich ihres Lebens und der Mittel, das Leben so zu erhalten, dass man seiner nicht überdrüssig wird. Siehe auch: Strauss, Leo, *Naturrecht und Geschichte*, 1989, 189; Hüning, Dieter, *Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei John Locke*, in: Peters, Martin/Schröder, Peter (Hrsg.), *Souveränitätskonzeptionen. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. bis zum 20. Jahrhundert*, 2001; Albrecht, *Staatsgewalt und Souveränität*, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *HdStR II*, 3. Aufl. 2004, § 17, 122. Ähnlich: Schmitt, Carl, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, 1938, Nachdruck 1982, 71 f.: „Der Staat macht ja gerade dem Bürgerkrieg ein Ende. Was dem Bürgerkrieg kein Ende macht, ist



seine Vorstellungen vermutlich vor allem durch die Revolutions- und Bürgerkriege in England.

*Hobbes* begründet den Staat bekanntlich vor allem über die Notlage des Bürgerkrieges. *Der Kampf aller gegen alle im Naturzustand der natürlichen Freiheit, also im status naturalis, nötigt zur Bildung des hoheitlichen Staates* und bringt dem Menschen die begrenzte bürgerliche Freiheit in der Form des *status civilis*. Sein Leviathan stellt dabei eine Art von „Oberwolf“ dar.<sup>77</sup>

Die Idee der aggressiven *Tiernatur* von Menschen, auf die schon *Cicero* und *Thomas von Aquin* zurückgreifen, bleibt offenbar bestehen.<sup>78</sup> Nur wird die tierische Macht dem Einzelnen genommen und bei einem sterblichen Gott und in dessen Übermacht gebündelt.<sup>79</sup>

- 548 6. *Hobbes* ersetzt damit die übernatürliche Metaphysik der gerechten beziehungsweise der fürstlichen Vernunft durch die natürliche *Physik* der Natur. Über sie entwickelt er ein scheinbar kirchenfernes neues, aber dennoch analoges heidnisches Überwesen. Mit ihm bedient er die nützliche englische Ablösung vom Katholizismus und seinem Klosterwesen ebenso wie den neuen revolutionären Staatspietismus. Sein Kernbild wirkt durchaus heidnisch. Die *wilde Wolfsnatur* des freien Menschen vermag nur der Staat, und auch nur analog zum *Seeungeheuer* des *Leviathan*, zu zähmen.<sup>80</sup> Das *realistische* Bild vom *Leviathan* erzwingt gleichsam einen irdischen Überherrn als Reiter im Range eines heiligen Georg.

---

kein Staat. Das eine schließt das andere aus“. Von „Oberwolf“ spricht Wesel, Uwe, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 3. Aufl. 2006, Rn. 249.

<sup>77</sup> Zur „natürlichen und bürgerlichen Freiheit“ bei *Hobbes*: Schapp, Jan, *Freiheit, Moral und Recht. Grundzüge einer Philosophie des Rechts*, 1994, 108 f. („Die natürliche Freiheit ist die Freiheit eines jeden, seine eigene Macht nach seinem Willen zur Erhaltung seiner eigenen Natur d.h. seines eigenen Lebens einzusehen und folglich alles zu tun, was er nach seinem eigenen Urteil und eigener Vernunft als das zu diesem Zweck geeignete Mittel aussieht.“); *Hobbes, Thomas, Leviathan*, Fetscher, Irving (Hrsg.), 5. Aufl. 1992, Die zivile Freiheit ist dann diejenige die das Gesetz dem Bürger lässt (*Leviathan*, 21. Kap., 164 ff.). Damit liege der Bürger an „künstlichen Ketten“ (*Leviathan*, 21. Kap., 164). Zu natürlicher Freiheit in Anlehnung an *Hobbes* auch: Schapp, Jan, *Freiheit, Moral und Recht. Grundzüge einer Philosophie des Rechts*, 1994, 152 ff., 184 („Legitimation über die Erhaltung des Lebens“).

<sup>78</sup> Zur fortbestehenden Bedeutung des *Hobbes'schen* Wolfes für die Zivilisationstheorie siehe zum Beispiel: Beckenbach, Niels, Editorial, in: Beckenbach, Niels (Hrsg.), *Wege zur Bürgergesellschaft, Gewalt und Zivilisation in Deutschland Mitte des 20. Jahrhunderts*, 2005, 11 ff.

<sup>79</sup> Ein Vergleich von *Hobbes*, und seiner Friedensgeschichte und mit der christlichen Heilsgeschichte: Schapp, Jan, *Freiheit, Moral und Recht. Grundzüge einer Philosophie des Rechts*, 1994, 99 ff.

<sup>80</sup> Als gottfeindliche Macht, Schlange oder Drache: Bibel, Jesaja 27, 1.

Aus religiöser Sicht betrachtet bedient sich *Hobbes* der Begründung des Staates mit der Furcht vor *apokalyptischen Zuständen*. Rational erscheint seine Sicht mit der Begründung über die Not bereits als ein zugleich *mechanistischer Ansatz*<sup>81</sup>. Sie erscheint insgesamt als Vorläufer *biologisch-darwinistischer* Vorstellungen. Die sich damals entwickelnden Aussichten einer *Seemacht* England, das mit den Normannen und den Angeln auch die alte heidnische Kultur der Wikinger nachhaltig in sich trug, scheint das Wort vom Meereswesen Leviathan ebenfalls zu assoziieren. Auch *Hume* (1711-1776) verwendet eine Generation später und für seinen ebenfalls empirischen Grundansatz noch dieses einfache, letztlich negative politische Doppelargument von *Krieg und Unordnung* für die Rechtfertigung des Staates.<sup>82</sup> 549

7. Das Strafen bildet *Hobbes* zufolge ein *Zwangsritual*, das Furcht erzeugen soll und somit general- und individualpräventiv einzusetzen ist. Der passende Begriff lautet *terror poena*<sup>83</sup>. Zudem ergibt sich die Strafe aber auch bei ihm über den ursprünglichen status naturalis und somit ebenfalls aus der Gerechtigkeitsidee<sup>84</sup>. *Hobbes* verwendet insofern vor allem die Drohung mit dem *Unheil der Ungerechtigkeit*, die ohne die staatliche Strafe bestehen würde. Bildet der Staat den sterblichen Gott, so entspricht dann folgerichtig auch die konkrete Strafe der 550

<sup>81</sup> Dazu auch: Schmitt, Carl, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 6. Aufl. 1993, 63 f., der Staat als die große Maschine, die „machina machinarum“; aber mit Blick auf Bodin, auch: ein technisch-neutraler Staat kann sowohl tolerant als auch intolerant sein, er bleibe in beiden Fällen neutral; Aponte, Alejandro, Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, 1. Aufl. 2004, 98

<sup>82</sup> Zur alten Forderung nach Recht, um Ordnung zu schaffen, siehe: Hume, David, Treatise on Human Nature, Buch 3, 1740, Neudruck 1961, Buch 3, Teil II, Abschn. 6, Nr. 3 „Es liegt aber auf der Hand, daß dies eine unendliche Verwirrung in der menschlichen Gesellschaft hervorrufen und daß die Begehrlichkeit und Parteilichkeit der Menschen schnell Unordnung in die Welt bringen würde, wenn die Menschen nicht durch unbeugsame Gesetze in Schranken gehalten würden“; dazu auch: Schäfer, Helmut M., Grundlagen des Rechts. Einführung in das Rechtsdenken, 1989, 64.

<sup>83</sup> Zu dem Begriff des „terror poena“, der wie derjenige, der Gewalt als potestas im Sinne einer sozial anerkannte Funktion besaß, und zwar aus dem Toleranz- und Gewaltkonzept des heiligen Augustinus und seiner Rezeption im Mittelalter und in der frühen Neuzeit: Schreiner, Klaus, „Duldsamkeit“ (tolerantia) oder „Schrecken“ (Terror). Reaktionsformen auf Abweichungen von der religiösen Norm, untersucht und dargestellt am Beispiel des augustinschen Toleranz- und Gewaltkonzeptes und dessen Rezeption im Mittelalter und der frühen Neuzeit, in: Simon, Dieter (Hrsg.), Religiöse Devianz, Untersuchungen zu sozialen, rechtlichen und theologischen Reaktionen auf religiöse Abweichungen im westlichen und östlichen Mittelalter, 1990, 159 ff., 159.

<sup>84</sup> Dazu: Schapp, Jan, Freiheit, Moral und Recht. Grundzüge einer Philosophie des Rechts, 1994, 225 ff. hebt für seine Sicht von Moral (als Pflichtenlehre zur Achtung vor dem Recht) die Anmerkung von Hobbes, Thomas, Hobbes' Leviathan, Fetscher Irving (Hrsg.), 5. Aufl. 1992, Einleitung, 5 (dazu: Schapp, Jan, Freiheit, Moral und Recht. Grundzüge einer Philosophie des Rechts, 1994, 94 f.) hervor, dass eine Reihe „natürlicher Strafen“ die Folge von Verletzungen natürlicher Gesetze sei, als Ausdruck „höherer Gerechtigkeit“.

Drohung mit der irdischen Hölle und ihrem reinigenden Fegefeuer schon auf Erden. Ziviler *Ungehorsam* ist nach *Hobbes* nur im Ausnahmefall der Todesgefahr oder schwerer Verletzungen sowie im Falle der Selbstverteidigung erlaubt. *Der Verurteilte brauche dem Recht nicht mehr zu gehorchen, was er im Übrigen mit seiner Verurteilung zum Tode auch ausdrückt würde*<sup>85</sup>.

- 551 Aus diesem naturrechtlichen Grundansatz konnte der deutsche *Idealismus* deshalb später leicht die höchstpersönliche Moral des *Selbstzwanges* herausfiltern, sie *verinnerlichen*. Es galt insofern, den kleinen *inneren Leviathan* zu beherrschen. Die persönliche Schuldstrafe führte in ihrer idealen Form der Selbstbestrafung zu den gleichsam höllischen *Gewissensbissen*. Schwere ungesühnte Straftaten mussten am Ende die eigene Identität des Täters als moralisches Wesen zerstören.
- 552 Die Theorie des *psychischen Zwangs* durch das *Gesetz*, die *Feuerbach* zu Beginn des 19. Jahrhunderts im deutschen *Bayern* aufgestellt hat, spiegelt in diesen Ansatz ebenfalls wider. Sie lehnt sich an die zivilisierende Seite des naturrechtlichen *terror poena* an.<sup>86</sup> Dessen Urgrund bleibt aber auch aus der Sicht von *Hobbes* die übergeordnete Idee, *Frieden* zu erstreben und ihn durch die Drohung mit dem Unheil des Naturzustandes zu erzwingen.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> Hobbes, Thomas, *Hobbes' Leviathan*, Reprinted from the Edition of 1651, 1962, Chapter XIII, § 9, dazu: Gert, Bernard, „Obey the Law“ as a Moral Rule, in: Byrd, B. Sharon/Hruschka, Joachim/Joerden, Jan C., *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Band 11 (2003), 3 ff.

<sup>86</sup> Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von, *Revisionen der Fortschritte des Criminalrechts*, *Ergänzungsblätter zur Jenaischen Allgemeinen Literatur-Zeitung*, 1. Jahrgang, Band 1, 1801, Sp. 255 ff., 257, 258; Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1. Teil, 1799, 43 ff. Siehe auch: Hippel, Robert von, *Deutsches Strafrecht*, Band I, *Allgemeine Grundlagen*, 1925-1930, 248 f.; Naucke, Wolfgang, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, 12 ff.; Schreiber, Hans-Ludwig, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, 1976, 103 f.; Regge, Jürgen, *Die Kriminalstrafe in den deutschen Rechten des 17. und 19. Jahrhunderts*. *Deutscher Generalbericht für die Tagung der Société Jean Bodin in Barcelona 1987 zum Thema „La Peine“*, in: *Recueils de la Société Jean Bodin*, Bd. LVII, 1989, *Generalbericht* (C. 7), 227 ff., 236; sowie: Bohnert, Joachim, *Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht*, 1982, 11 ff.

<sup>87</sup> Ausführlich dazu: Kremkus, Andreas, *Die Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes*, 1999 (zugl. Diss., Frankfurt (Main), 1998), 59 ff., u.a. 62 ff., mit Bezug auf Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Fetscher, Irving (Hrsg.), 5. Aufl. 1992, 27. Kap.; siehe auch: Kodalle, Klaus Michael, *Thomas Hobbes – Logik der Herrschaft und Vernunft des Friedens*, 1972, 65. Vergeltung gilt im übrigen als unvernünftig, zwecklos und nutzlos, Kremkus, Andreas, *Die Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes*, 1999 (zugl. Diss., Frankfurt (Main), 1998), 82, unter Hinweis auf Hobbes, Thomas, *Dialog*

8. Hobbes' Drohung mit der Notlage und Bodins Lehre vom König, 553  
 der über dem Recht steht, und auch sein staatlicher Merkantilismus  
 lassen sich auch zusammenführen.<sup>88</sup> Im Hintergrund wirkt zudem  
 Machiavellis Machtdenken fort. Hoch vereinfacht vermögen diese drei  
 Lehren gemeinsam den reinen Absolutismus zu begründen. Über dem  
 Recht steht danach die rational begründbare Politik des effektiven und  
 wehrhaften Wirtschaftsstaates<sup>89</sup>. Er zielt auf die Kolonisierung nach  
 innen und nach außen und ist mit dieser Aufgabe in den Zeiten der  
 großen Wirren und Umbrüche auch zufrieden. Auf dieser Ebene und  
 mit dieser Zwecksetzung schuf sich überhaupt erst der monarchische  
 Staat und rechtfertigte sein Gewaltmonopol. Absoluten Gehorsam er-  
 zwingen vor allem der Krieg und das Chaos. Die Mahnung mit den  
 Wirren des Krieges begründet grundsätzlich die *hoheitliche* Ausrich-  
 tung der Führung einer Gesellschaft. In diesem Denken ordnet die zi-  
 vile und irdische *Strafe* gegenüber Freien, Bürgern und Edlen sowie  
 gegenüber dem gesamten neuen „Fußvolk“ lediglich die *Wirren*  
 (guerre, war) des *Kleinkrieges*. Mit dieser Aufgabe rechtfertigt der  
 Staat dann wiederum sein *Gewaltmonopol* nach innen.

Ferner muss der Staat sich selbst schützen. Positiv gefasst bilden heute 554  
 die Gewährleistung der Menschenrechte und der Schutz universeller  
 Rechtswerte genuine Teile der „Staatsraison“. Mit der *Demokratie*  
 gehört zum Staatschutz der Schutz aller Demokraten. Mit der Idee des  
*Rechtstaates* zählt schließlich auch der Rechtsstaatsschutz zum Staat-  
 schutz.

Den Urgrund derartiger Gedanken bilden die Ideen der *Not* und der  
*Notwendigkeit* und ihre effektive Bekämpfung. Der heutige Begriff  
 der „Solidarität“ umfasst jedenfalls den Grundansatz von *Bodin*.

---

zwischen einem Philosophen und einem Juristen über das englische Recht, Willms, Ber-  
 nard (Hrsg.), 1992, 162.

<sup>88</sup> Umfassend aus historischer Sicht: Hattenhauer, Hans, Europäische Rechtsgeschichte, 4.  
 Aufl. 2004, Rn. 1217 – Rn. 1391. Er beginnt seine Einführung unmittelbar mit dem Satz  
 von Descartes „cogito ergo sum“, Rn. 1217; zum englischen Weg des common law als  
 Gerichtsrecht und zum Parlamentarismus: Rn. 1343 ff.

<sup>89</sup> Zur „Verselbständigung des Politischen im Staat“ durch Bodin und Hobbes: Di Fabio,  
 Udo, Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie, 1998, 16 ff.  
 Bei ihnen stehen die Absolutheit der Macht und die natürliche Vernunft im Vordergrund.

#### IV. Zivilrecht bei Locke

- 555 1. An die Stelle der alten drei geschlossenen Binnenmeere, des Mittelmeers, des Schwarzen Meers und der Ostsee, die gerade noch die Hanse getragen hat, treten im 16. und 17. Jahrhundert der Atlantik und der Pazifik als neue *europäische Binnenmeere*. Die neuen Staaten sind wie in der Antike durch den *Fernhandel* und den Kampf um *Kolonien* bestimmt. Bürgerliche Handelshäuser und Handelsbanken regieren mit. Diese neue Welt dürfte die Staatslehre von *Locke* geprägt haben.

*Locke* (1632-1704) begründet in diesem Sinne und wirkungsmächtiger als *Hobbes* in seiner Zeit die *englische* Ausrichtung des politischen *Liberalismus*. *Locke`s* Staatslehre erläutert somit vor allem die Sicht der aufstrebenden *Regierungs- und Handelsstadt London* und deren politisches Umfeld. Diese aufblühende Stadt erweist sich schon damals als das Zentrum des englischen Staatsgebietes.

- 556 2. Den neuen protestantischen Menschen sieht *Locke* als: „mit einem Rechtsanspruch auf vollkommene Freiheit und uneingeschränkten Genuss aller Rechte und Privilegien des natürlichen Gesetzes, in Gleichheit mit jedem anderen Menschen oder jeder Anzahl von Menschen auf dieser Welt geboren“<sup>90</sup>.

Dieser Rechtsanspruch, der bereits die allgemeinen *Menschenrechte* wiedergibt, wendet sich auf den zweiten Blick jedoch offenbar an einen Adressatenkreis von ähnlich souveränen staatlichen Rechtspersonen. Jedenfalls verlangt er zur Verwirklichung dieser Idee einen mächtigen Beschützer der menschlichen Rechte und Privilegien.

Den hohen Nutzen, den der Staat mit seinem Frieden bietet, bildet vor allem die Freiheit als äußere Freiheit des *Handels*. Sie erst gestattet den Genuss und schafft Privilegien. Der liberale Staat sichert danach also *nicht* vorrangig die innere Freiheit des persönlichen *Weltbildes* und bietet auch *nicht* in erster Linie die endgültige Befreiung von der *Not* des allgemeinen Kriegszustandes.

---

<sup>90</sup> Übersetzt und betont aus Sicht der Religionsfreiheit von: Uhle, Arnd, Staat-Kirche-Kultur, 2004, 111; Locke, John, The Second Treatise of Government, in: Two Treatises of Government, Laslett, Peter (Hrsg.), 1988, § 87, siehe auch: § 4.

Dementsprechend verfügt der Bürger sogar *weiterhin* über einen wichtigen und zudem humanen Naturzustand<sup>91</sup>. Denn aus ihm erst kann er seine Ansprüche ableiten. Ebenso besitzt er eine *persönliche Identität*. *Locke* erklärt, *der natürliche Grund für „Recht und Gerechtigkeit“ bezüglich „Belohnungen oder Strafe, Glück und Unglück“ ginge aus seiner persönlichen Identität hervor*<sup>92</sup>. Damit hat *Locke* zumindest den wichtigen Schritt zur *Rechtsperson* gesetzt und er geht von einer eigenen *Identität* des Menschen aus. 557

Ob *Locke* mit seiner Sicht die Idee der *unantastbaren* Menschenwürde als *Geistseele* mit erfasst, wie sie *Pufendorf* umschreibt, erscheint zumindest als offen. Sein liberales Hauptgewicht legt er jedenfalls auf die praktischen *Rechtsrollen*.<sup>93</sup> Auch aus dieser englischen Quelle kann dann später die bürgerliche Idee der *gesamten* zivilen *Rechts- als* *Freiheitsperson* des 19. Jahrhunderts erwachsen.

3. Für das Strafrecht betont *Locke* folgerichtig, dass der *ungerechte* Gebrauch von Gewalt den Menschen in den *Kriegszustand* mit anderen versetzt.<sup>94</sup> *Locke* weiter: *Mit dem willentlichen Verstoß gegen die Bedingungen des Zusammenlebens, und zwar in Übereinstimmung sowohl mit der Forderung nach Selbsterhaltung als auch dem bonum* 558

---

<sup>91</sup> Nach *Locke* untersteht der Mensch im Naturzustand ausschließlich dem Naturgesetz und der göttlichen Gerichtsbarkeit und im Zivilzustand zusätzlich der staatlichen Gesetzgebung und Justiz: dazu Brandt, Reinhard, „Personal Identity“ bei *Locke*, in: Byrd, B. Sharon/Joerden, Jan. C. (Hrsg.), *Philosophia Practica Universalis*, Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, 2006, 45 ff., 56

<sup>92</sup> „In this personal Identity is founded all the Right and Justice of Reward or Punishment, Happiness and Misery being that for which every one is concerned for himself no mattering what becomes of any Substance, not joined to, or affected with that consciousness“, *Locke*, John, *An Essay Concerning Human Understanding* (1690), Nidditch, Peter H. (Hrsg.), 1975, 341 ff., Essay II, 27, 18; dazu: Brandt, Reinhard, „Personal Identity“ bei *Locke*, in: Byrd, B. Sharon/Joerden, Jan. C. (Hrsg.), *Philosophia Practica Universalis*, Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, 2006, 45 ff., 55. Brandt bezweifelt, dass es sich bei der Personal Identity bereits um eine eindeutige „Bewusstseinsleistung“ handle(58). Gemeint sei eine personalen Identität als „bundle of perceptions“, also „verinnerlichte Rollen“, die dann offenbar später in die verrechtlichte Personalität im Sinne der Rechtsperson übergehen.

<sup>93</sup> Zur „personal identity“ bei *John Locke* („Every Man being conscious to himself, That he thinks...“): *Locke*, John, *An Essay Concerning Human Understanding* (1690); Nidditch, Peter H. (Hrsg.), 1975, 104, Essay II, 1.1.

<sup>94</sup> Siehe dazu ausführlicher: Hüning, Dieter, Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei *John Locke*, in: Peters, Martin/Schröder, Peter (Hrsg.). *Souveränitätskonzeptionen. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. bis zum 20. Jahrhundert*, 2001 Albrecht, Staatsgewalt und Souveränität, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *HdStR* II, 3. Aufl. 2004, § 17, 85 ff., 107; Ashcraft, Richard, *Locke's State of Nature: Historical Fact or Moral Fiction?*, in: *American Political Science Review* 62 (1968), 902 ff., 904.; *Locke*, John, *The Second Treatise of Government*, in: *Two Treatises of Government*, Laslett, Peter, 1988, §§ 19, 181, 183.

*commune, schließe sich der Gewalttäter selbst aus der Gemeinschaft der Menschen aus. Mit seinem Verstoß gegen das natürliche Gesetz gebe er zu erkennen, dass er nach anderen Regeln als denen der Vernunft leben wolle.*

Damit nimmt *Locke* auf zudem *puritanischer* Grundlage einen streng liberalistischen Standpunkt ein. Die Freiheit eröffnet nicht nur subjektive oder individuelle oder eigene Rechte. Sie erlaubt auch, über den Rechtsstatus als solchen zu verfügen. Sein Ansatz verbindet die Vorstellung, dass der Mensch über sein Naturrecht, wenngleich als Unvernünftiger, aber so doch auch noch frei verfügen kann, mit der Idee des *Kriegszustandes* im Sinne eines auf bürgerliche Verteidigung ausgerichteten *Feindstrafrechts*<sup>95</sup>.

*Locke* zudem stellt auf die Idee der *Gerechtigkeit* ab: Verhalte sich der *Souverän* unfair oder lade er ungerechte Belastungen auf, sei ziviler Ungehorsam erlaubt. Danach unterliegt der *Souverän* dem Grundgebot der Fairness. Er ist also in diesem Sinne kein absoluter, sondern eine gerechter und aufgeklärter Herrscher. Mit der Unterwerfung unter die „Rule of Law“ bindet sich der *Souverän* letztlich an eine bestimmte *Sozialethik*<sup>96</sup>.

559 Nach *Locke*, und auch nach *Hobbes*, ergibt sich der *Gehorsam* aus dem *Konsens* und *Versprechen* zu gehorchen. Beide ergäben sie sich

---

<sup>95</sup> Siehe auch im Gegensatz zum humanen Bürgerstrafrecht: Jakobs, Günther, Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person- Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils, in: Schönemann, Bernd/Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 793 ff., aufgegriffen zugleich mit Carl Schmitts Lehre vom Not- und Ausnahmezustand, von Aponte, Alejandro, Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, 1. Aufl. 2004, 126 ff., 315 ff. (der Täter sei der „Feind des Rechtsgutes“). Zur gegenwärtigen Vorstellung vom Schutz des an sich unmündigen Bürgers vor Feinden als Kritik am sich abzeichnenden „sozialen Interventionsstrafrecht“: Albrecht, Peter-Alexis, Das Strafrecht auf dem Wege vom liberalen zum sozialen Interventionsstrafrecht, KritV 1988, 182 ff., 202. Kritisch zur zutreffenden Folgerung der Feinde als „Unpersonen“ im deutschen Nationalsozialismus: Eser, Albin, Schlussbetrachtungen, in: Eser, Albin/Hassemer, Winfried/Burkhardt, Björn (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, 2000, 437 ff., 445.

Zudem zur Gegenwart unter dem aussagekräftigen Titel Schneider, Hendrik von, „Bellum Justum gegen den Feind im Inneren? Über die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien bei der „Bekämpfung“ der organisierten Kriminalität, ZStW 113 (2001), 499 ff. Auch das Naturrecht des 16. Jahrhunderts hatte mit den „Freien“ nicht nur einzelne Krieger oder „Räuber“, sondern deren organisierte Macht innerhalb von Familien oder auch Schutzverbänden im Blick.

<sup>96</sup> Dazu: Gert, Bernard, „Obey the Law“ as a Moral Rule, in: Byrd, B. Sharon/Hruschka, Joachim/Joerden, Jan C., Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 11 (2003), 3 ff.

aber ebenso erkennbar aus der *Not*, den *Sozialvertrag* zu gründen und aufrechterhalten zu müssen. Konsens und Versprechen entstehen nach *Hobbes* aus der drohenden Alternative des Chaos des Naturzustandes, sowie mit *Locke* zudem aus der Gefahr, ohne den Staat der Vorteile kooperativen fairen Handelns verlustig zu gehen.

Der Straftäter tritt danach mit seiner Tat zwar aus der Gemeinschaft der Vernünftigen aus. Aber ein freier, wenngleich unvernünftiger *Mensch* scheint er gleichwohl zu bleiben. Denn, so fürchtet *Locke* zudem, die Ausgeschlossenen könnten sich auch mit anderen verbünden,<sup>97</sup> weshalb sie nur im Notfalle ausgeschlossen werden sollten. Zum *Tier* jedenfalls degeneriert der Outlaw offenbar nicht. *Locke*'s Sozialvertrag enthält also schon deutlich *zivilrechtliche* Züge. Damit lässt seine Sicht auch die Frage zumindest offen, ob der Gewalttäter nicht *grundrechtsähnlich* wenigstens ein *potentieller* künftiger Rechtsgenosse verbleibt, wie es in vorstaatlicher Zeit auch der Händler und der freie Krieger für sich beanspruchen konnten.

Hatte *Grotius* noch das Völkerrecht dem natürlichen Strafrecht angepasst, so begreift *Locke* das staatliche Strafrecht über den Bürgerkrieg und den Gesellschaftsvertrag. *Locke*'s Rechtsmensch degeneriert als Straftäter auch nicht zum wilden Tier, sondern er *kündigt* gleichsam den Gesellschaftsvertrag, weil für ihn andere Regeln gelten. Dafür muss er mit den Folgen der Unnatürlichkeit und der Unvernunft, nämlich der *Rechtlosigkeit* bezüglich dieser Gesellschaft leben. Jedenfalls an diesem Prüfstein zeigen sich dann doch die Grenzen des Rechts. Der Wille des Menschen steht demnach über seinem Rechtsanspruch. Der Selbstausschluss gehört nach *Locke* sogar zum ständigen Alltag der Strafrechtspflege seiner Zeit. Die Würde des Menschen, suchte man sie etwa aus der Sicht von *Pufendorf*, bestünde dann vor allem im Element der *Entscheidungsfreiheit*. 560

---

<sup>97</sup> Zum zuspitzenden Freund-Feind-Denken im Jahre 1932, aus einer wertneutralen mechanischen Sicht: Schmitt, Carl, *Der Begriff des Politischen*, 3. Aufl. der Ausgabe von 1963, 1991, 31 ff., einerseits zum „inneren Feind“ (46), andererseits zur Trennung von Feinden im äußeren Bereich und Verbrechern inneren Bereich, Vorwort (11). Zum Ausblenden des Bürgers bei Carl Schmitt: Schmitt, Mathias, *Die Freund-Feind-Theorie Carl Schmitts*. Entwurf und Entfaltung, 1965, 15 ff.; zugleich Dialog mit Leo Strauss: Meier, Heinrich, Carl Schmitt, Leo Strauss und „Der Begriff des Politischen“. Zu einem Dialog unter Abwesenden, 1998, 27. Aber auch Aponte, Alejandro, *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, 1. Aufl. 2004, 150 ff.: „Strafrecht als die Fortsetzung des Krieges mit anderen Mitteln“



- 561 5. Das Strafrecht gründet *Locke* offenbar auf das *Kriegsrecht* des *Freien*. Mit dieser Deutung nimmt er deshalb die *mittlere* Position zwischen den Grundansichten von *Grotius* und *Hobbes* ein. Bei ihm bestimmt und belegt das Strafrecht zudem die Art und die Reichweite der heutigen *Grundrechte*, und zwar soweit sie eingeschränkte *Freiheitsrechte* darstellen.

Auch den heutigen Begriff des *Rechtsstreits* zeigt diese Sicht an. Die vorstaatlichen Kriege erscheinen, sobald sie als *Reaktionen* auftreten, in diesem Sinne als *streitige Verfahren mit Strafcharakter*.<sup>98</sup>

- 562 Die gegenwärtigen politischen Institutionen lassen sich zum Beispiel gut in diese Rollenbündel einpassen. Aus der heutigen *neoliberalen* und aus der *systemtheoretischen* Sicht sind Institutionen generell als aktive „Regelsysteme“ zu begreifen, die identifizierte *Kooperationsprobleme* lösen oder mildern,<sup>99</sup> um sich selbst zu erhalten oder wenigstens anzupassen.

*Locke's* Liberalismus begründet jedenfalls einen wichtigen Teil der westlichen Idee der *verrechtlichten Freiheiten* und des Rechtsstreites in *Rechtsrollen*. Sein Ansatz betont die Idee der „Freiheit“.

- 563 6. Aber die Grundidee bleibt diejenige des *Freien*, der sich sogar selbst aus der Gemeinschaft *ausschließen* kann. Ob dies aber geschieht, bestimmt die Gemeinschaft der Vernünftigen, und zwar nach ihrer Auslegung des Gemeinwohls. Dann wechselt de facto der freiwillige *Ausstieg* in die kollektive *Verbannung* über.

---

<sup>98</sup> Siehe: Trotha, Trutz von, Kriege der Niederlagen, in: Hitzler, Ronald/Reichert, Jo (Hrsg.) Irritierte Ordnung, Die gesellschaftliche Verarbeitung von Terror, 2003, 71 ff., zum „Spittler-Theorem“, der Vielzahl der Arten, Streit beizulegen und insbesondere zum Problem der in Betracht kommenden oder fehlenden Alternativen: 72; zum folgenden „Aufstieg des kleinen Krieges“: 78 ff.; Spittler, Gerd, Streitregelung im Schatten des Leviathan. Eine Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchungen, Zeitschrift für Rechtssoziologie, 1980, 4 ff. Er fügt an, die „Gewaltmonopolisten“ könnten, weil sie „von der Drohung der gewaltsamen Selbsthilfe“ entlastet seien, sich deshalb „mit ihren Rechtsstaaten“ oft „rüde gegenüber ihren Mitmenschen“ verhalten. Es entsteht also das noch anzusprechende Problem der Mitmenschlichkeit im Rechtsstaat.

<sup>99</sup> Zur Definition der Institutionen als „Regelsysteme“, die identifizierte Kooperationsprobleme lösen oder mildern, z.B. Keck, Otto, Der Beitrag rationaler Theorieansätze zur Analyse von Sicherheitsinstitutionen, in: Haftendorn, Helga/Keck, Otto (Hrsg.), Kooperation jenseits von Hegemonie und Bedrohung, Sicherheitsinstitutionen in den internationalen Beziehungen, 1997, 235 ff., 254.

Ansätze von Haftung des freien Täters für seine freien Taten<sup>100</sup> einerseits und hoheitliche Verantwortungszuschreibung andererseits vermischen sich. Das Recht der Freien kennt bereits in der germanischen Zeit die Aberkennung als *Verbannung* mit der Folge der Friedlosigkeit<sup>101</sup>. Sie meint die Durchtrennung aller rechtlichen Bindungen zum Ausgestoßenen. Sein Haus wurde verwüstet, seine Frau galt als Witwe, seine Kinder als Waisen. Niemand durfte ihn beherbergen. Jeder durfte ihn ohne weiteres töten. Friedlosigkeit war insbesondere die Antwort der Volksgerichte der Frühzeit auf das Nichterscheinen vor ihnen oder die Missachtung ihrer Sprüche<sup>102</sup>. Sie war insofern eine öffentliche Strafe. Allerdings erinnert *Weigend* zu Recht daran, dass der friedlos Gestellte sich durch Bußzahlungen vielfach „aus dem Walde“ habe zurückkaufen können.<sup>103</sup> Insofern regiert, je nach dem

---

<sup>100</sup> Vielleicht sogar in germanischer Zeit zugespitzt zur Formel „Die Tat tötet den Mann“. Kritisch, unter anderem wegen der dürftigen Quellenlage, und gegen eine der Strafhaftung äquivalente Erfolgshaftung: Mikat, Paul, Erfolgshaftung und Schuldgedanke im Strafrecht der Angelsachsen, in: Welzel, Hans/Conrad, Hermann/Kaufmann, Armin/Kaufmann, Hilde (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, 1963, 9 ff. Siehe auch: Jakobs, Günther, Das Schuldprinzip, 1993, unter dem Stichwort „Schuldhaftung versus Erfolgshaftung“, 7 ff., insbes. 10, u. Hinw. darauf, dass die Erfolgshaftung eng mit der „Sippen- oder Stammeshaftung“ verbunden ist und dass sie deshalb nicht stets eine „Strafhaftung“ sei. Insofern handele es sich im Zivilrecht um die Gefährdungshaftung, ursprünglich vielfach die Störung einer sakralen Ordnung. Siehe zudem: Brunner, Heinrich, Über die absichtslose Missetat im altheutschen Strafrecht, Sitzungsbericht der Berliner Akademie, 1890, 487 ff., 488 ff.; Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1: Normen und Strafgesetze, 1872; Band 4: Die Fahrlässigkeit, 1919, 12 ff., 13.

<sup>101</sup> Weigend, Thomas, Deliktsoffer und Strafverfahren; Strafrecht und Kriminologie, Band 10, 1989, 28 ff., 191; zu Recht kritisch zum Begriff des staatlichen Strafanpruchs, der generell von „Strafverfolgungsbefugnis“ spricht, deshalb auch Scheffler, Uwe, Die überlange Dauer von Strafverfahren. Materielle rechtliche und strafprozessuale Rechtsfolgen, 1991, 141., u. Hinw. auf die rechtsethnologischen Untersuchungen zu Fehde und Blutrache in primitiven Gesellschaften bei Heiderich, Barnim, Genese und Funktion der Rache. Gleichzeitig ein Beitrag zum Problem der Universalrechtsinstitute (Diss. Köln), 1972, insbes. 22 ff.; zur Rolle der Sippe bei der Fehdeführung: Wiebrock, Irene, Die Sippe bei den Germanen der Frühzeit bis zum Ausgang der Völkerwanderung, 1979, 79 ff.; sowie: Beyerle, Franz, Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang. Sühne, Rache und Preisgabe ihrer Beziehung zum Strafprozeß der Volksrechte, 1915, u.a. 205 ff.

<sup>102</sup> Hippel, Robert von, Deutsches Strafrecht, Band I, Allgemeine Grundlagen, 1925-1930, 1971, 53, 105; Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 1947, 3. Aufl. 1965, Nachdr. 1983, 30; Mitteis, Heinrich/Lieberich, Heinz, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl., 1992, 41 f.; Brunner, Heinrich, Deutsche Rechtsgeschichte, Band II, 2. Aufl. 1906 (bearbeitet von C. v. Schwerin, 1928), 232 ff.

<sup>103</sup> Kroeschell, Karl, Germanisches Recht als Forschungsproblem, in: ders. (Hrsg.), Festschrift für Hans Tiemitz zu seinem 80. Geburtstag, 1986, 3 ff., 11 ff.; Weigend, Thomas, Deliktsoffer und Strafverfahren; Strafrecht und Kriminologie, Band 10, 1989, 28 ff., 32, Erl. 35, u. Hinw. auf Binding, Karl, Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht, 1909, 31; Conrad, Hermann, Deutsche Rechtsgeschichte, Band I. Frühzeit und Mittelalter, 1954, 2. Aufl. 1962, 51; Kaufmann, Ekkehard, Zur Lehre von der Friedlosigkeit im Germanischen Recht, in: Kleinheyer, Gerd/Mikat, Paul (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hermann Conrad zum 70. Geburtstag, 1979, 329 ff.

Hauptzweck, die privatrechtliche Sicht vor oder neben der hoheitlichen Ausrichtung mit. Allerdings agieren dann auch eher gesamte *Sippenverbände*. Auch insofern verbindet sich das reichs- und staatslose Strafrecht der Freien mit einer Art kleinem Völkerrecht.

- 564 *Seelmann* etwa legitimiert die Strafe im Grundansatz ähnlich, wenn gleich er auch auf das Modell des Verlustes der *Anerkennung* aus der Sicht *Hegels* abstellt.<sup>104</sup> Das Recht gilt danach, wie im Grundsatz bei jedem Modell, das auf den *Konsens* abstellt, als eine *Anerkennungsbeziehung*. Das Delikt führt aus dieser – *verobjektivierenden*, und *idealisierenden* Sicht – zu dessen Störung, und die Sanktion dient der Restauration der verletzten Rechts- und Freiheitsbeziehung.
- 565 Nach dem deutschen Schuldstrafrecht und den allgemeinen Menschenrechten gilt aber mehr. Selbst der Mehrfachmörder gilt noch, und unantastbar, als ein *würdiger Mensch*<sup>105</sup>, also im Sinne des christlichen Kernsatzes von *Pufendorf*. Der Abgeurteilte verbleibt deshalb *innerhalb* der Gemeinschaft der Würdigen. Er erhält die Chance zur Schuldverarbeitung, muss jedoch weite Bereiche seiner Freiheit aufgeben, büßt also den Kern seiner zivilen Personalität ein, und zwar notfalls auch über eine Sicherungsverwahrung.

Wie auch immer, das *personale*, vor allem freiheitliche, aber auch solidarische *Demokratieprinzip* und die *objektive* Idee des *ethischen Rechtsstaates* gehören zusammen. Ihr *tertium comparationis* bildet die natürliche Vernunft, also eine Art von weltlichem „heiligen Geist“.

---

<sup>104</sup> Seelmann, Kurt, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 2007, § 9, Rn. 49, in Anlehnung an Fichte, Johann Gottlieb, Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre, 1796, in: Fichte, Immanuel Herrmann (Hrsg.), Fichtes Werke, Band III, Zur Rechts- und Sittenlehre III, 1971, § 20: Sei der Verweigerer nicht „friedlos“ zu stellen, sondern über die Konstruktion eines „Abbüßungsvertrages“ zu erfassen. Insofern bleibt offenbar, wenn man den Kontext mitliest, (zurecht) der „Würde“-Kern des Menschen erhalten (dazu: Seelmann, Kurt, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 2007, § 12, Rn. 1 ff.). Wohl noch zugespitzter als Aberkennung: Seelmann, Kurt, Hegels Straftheorie in seinen „Grundlinien der Philosophie des Rechts“, JuS 1979, 687 ff., 688, derart zugespitzt auch bei: Koriath, Heinz, Zum Streit um die positive Generalprävention – Eine Skizze, in: Radtke, Henning/Müller, Egon/Britz, Guido/Koriath, Heinz/Müller-Dietz, Heinz (Hrsg.), Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Heike Jung, 2004, 49 ff., 63, der selbst dahinter nur eine Chiffre für das Rachegefühl erblickt (64). Ähnlich: Pawlik, Michael, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, 2004, 86, 88 ff.

<sup>105</sup> BVerfGE 115, 118, 152, sowie: BVerfGE 39, 1, 42; 72, 105, 115; 109, 279, 311. Zu Eingriffen in die Freiheit, siehe auch: BVerfGE 87, 209, 228; 96, 375, 399. Umfassend zur Menschenwürde: Albrecht, Peter-Alexis, Menschenwürde als staatskritische Absolutheitsregel, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), Laudatio für Burkhard Hirsch, 2006, 295, 297.

Jener erstrebt vor allem einen vernünftigen, vielleicht auch einen gesamtsystemischen „Ausgleich“.

## V. Europäische Trinität, europäischer Menschenwürde-Monismus

1. Im *Einzelnen* lassen schließlich sich also drei Ausrichtungen des Naturrechts unterscheiden und in Bezug auf die Trinität von Freiheit, Gleichheit und Solidarität wie folgt reduzieren: 566

(1) So steht der Name von *Grotius* für ein insbesondere *gerechtes* und auch *strafrechtlich* ausgerichtetes Staatsverständnis. Ihn ihm regiert das Recht nach dem Modell des natürlichen Notwehrrechtes. Jenes beruht, ein wenig verkürzt auf der „Gleichheit und Gegenseitigkeit“.

(2) *Bodin* und *Hobbes* setzen auf die Not allein und deren *hoheitliche* Abwehr. Dabei befürwortet *Bodin* zudem den hoheitlichen *Merkantilismus* und verlangt auch religiöse Toleranz. Diese beiden Sichtweisen setzen auf den idealen König und den Zwang der Not. Sobald der Staat sich von der Religion löst, muss er dann aber auch die *Charitas* als „*Solidarität*“ übernehmen, oder aber sie starken privaten „Nicht-regierungsorganisationen“ überlassen.

(3) *Locke`s* Staat dient dem *nützlichen Handel* und sieht den natürlichen Menschen, den er in den Blick nimmt, als möglichen Partner. Er wählt den zivilrechtlichen Ansatz des alten römischen Streitrechts. Sein Ansatz begründet die verfasste *Freiheit*.

2. Diese Dreifaltigkeit lässt sich auch noch einmal anders fassen und mit drei Sanktionsarten verbinden: 567

*Die – ethische – Gerechtigkeit:* sie beruht auf dem Gedanken der Gleichheit und ist mit der Rechtsfolge von Tat-Schuld-Ausgleich zu verbinden, „um das Unrecht auszugleichen“ und dadurch den Rechtsfrieden wiederherzustellen.

*Die – soziale – Notwendigkeit:* sie lässt sich die auf die Idee der Solidarität zurückführen, und ist mit den Rechtselementen der Prävention, der sozialen Verteidigung, der sozialen Zurechnung und des Behandlungsvollzuges verknüpft.

*Der – zivile – Vertrag*: er entspringt der Freiheitsidee und geht mit der Folge von Haftung für „das Eigene“, einschließlich der eigenen Taten, einher, er löst die entsprechenden Garantien aus. Ferner spiegelt er sich in den Gedanken der Wiedergutmachung und dem Angebot von freiwilligen Resozialisierungsmaßnahmen, sowie auch in der fortbestehenden Rechtstellung des Strafgefangenen wider.

- 568 Jedes nationale Strafrecht umfasst alle drei Gesichtspunkte. Aber jede nationale Demokratie wird diese *drei Grundelemente* jeweils auf ihrer Weise, und nicht nur für das Strafrecht, mit einander *harmonisieren*. Hier greift der europapolitische Gedanke der Subsidiarität, und zwar auf der menschenrechtlichen Ebene.<sup>106</sup> Die Rechtssysteme von Deutschland, Frankreich und England stellen für Europa passender Weise jeweils drei nationale Grundmodelle zur Verfügung, Sie favorisieren dabei jeweils *eines* dieser drei Elemente. Die anderen beiden wirken dann vereinfacht als ein Zangenpaar von Korrektursystemen.<sup>107</sup> Von diesem groben nationalen Dreiklang dreier großer europäischer Rechtssysteme, der auch eine rechtskulturelle Konkurrenz beinhaltet, profitiert das gesamte übernationale Europa. Denn es erlaubt, nicht zuletzt, auch viele Arten von nationalen Varianten.
- 569 Die europäischen Präambeln belegen jedenfalls, dass diese Dreifaltigkeit als solche zumindest ein wesentliches Element des naturrechtlichen „Erbes“ der europäischen Völker bildet. Diese normative Trinität stellt dann drei der Säulen dar, auf denen das mächtige Dach der *westlichen Zivilisation* ruht, die auch auf den drei begrifflichen Tragpfeiler der „Demokratie“, der „Rechtsstaatlichkeit“ sowie die das „geistig-kulturelle Erbe“, das unter anderem auch die Tradition einer auch (selbstkritischen und offenen) „wissenschaftlichen Vernunft“ umfasst. Gefährdet ist diese Zivilisation durch jede unerträgliche und nicht mehr kontrollier- und ausgleichbare Wertverletzung als „Negation“ dieser sechs Elemente.

---

<sup>106</sup> Siehe dazu: Calliess, Christian, Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte – Divergenzen in der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und BVerfG?, JZ 2009, 113 ff., 119 ff. unter anderem zu Art. 53 Grundrechtscharta als Mindestschutzklausel.

<sup>107</sup> Montenbruck, Axel, Zivilisation. Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur, 2009, Rn. 1098.

3. Offen ist die Frage nach der Einordnung der Menschenwürde im Sinne des weltlichen Seelenmodells<sup>108</sup> von Pufendorf. Die heutige verrechtlichte Menschenwürde der Präambeln (dignity of man) hat in der langen Umbruchphase der westlichen Staaten vom Absolutismus bis hin zur vollen Demokratie und den Menschenrechten sicherlich auch noch die *absolutistische* Idee der Majestät des Herrschers mit in sich aufgenommen. Denn an dessen Stelle ist das Volk der Demokraten getreten. 570

Ebenso ergeben sich nicht nur die einzelnen Menschenrechte, etwa der Europäischen Grundrechtcharta, deren Gewährleistung der einzelne Mensch vom Staat verlangen kann, aus der Idee der Menschenwürde. Vielmehr bestimmen sie umgekehrt auch die allein kaum fassbare Idee von der Menschenwürde. Ihrem semireligiösen Absolutheitsanspruch gemäß bildet die „Seelen-Würde“ des Menschen, um im Bilde zu bleiben, den heiligen Altar, den dieser Tempel der Demokratie und der Menschenrechte umschließt. Insofern bietet die Idee von der Menschenwürde dann einen semireligiösen „monistischen“ Ansatz. Die Idee der Menschenwürde bietet den *allerhöchsten* Begriff.

Aber ebenso kann auch die Dreifaltigkeit von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ helfen, die vage Idee der Menschenwürde auszufüllen. Inhaltlich darf der Mensch herkömmlicherweise deshalb als würdig gelten, weil er als „homo sapiens“ mit der Grundfähigkeit zur „Vernunft“ ausgestattet und politisch zur „Autonomie“, also zur Selbstgesetzgebung, fähig ist oder zu sein scheint. Der Mensch kann sich aber, wie das Strafrecht belegt, auch gegen die Vorgaben seiner Vernunft entscheiden. Das westliche *Credos*<sup>109</sup> besteht deshalb zunächst einmal in der *Willensfreiheit*, aus der dann auch die rechtspolitische *Entscheidungsfreiheit* und auch die rechtliche *Eigenverantwortung* folgt. Damit bildet auf den ersten Blick vielleicht sogar die Idee von der Freiheit des Menschen die eigentliche Grundlage der westlichen Zivilisation. Aber Freiheit allein ist auf etwas bezogen und damit unvollkommen. „Freiheit wovon?“ lautet die Frage, die sich sofort stellt. „Freiheit vom absolutistischen Zwang der totalen Solidarität“ möchte man politisch und historisch antworten. Danach ist sofort aber die Frage nach der „Freiheit wozu?“ zu stellen und zu beantworten. 571

---

<sup>108</sup> Zur Vertiefung der Ableitung der Menschenwürde aus der alten Idee der Seele (Platon, Aristoteles, Thomas von Aquin), siehe: Montenbruck, Axel, *Zivilreligion I, Grundlegung: Westlicher „demokratischer Präambel-Humanismus“ und universelle Trias „Natur, Seele und Vernunft“*, 2. Aufl. 2010, Rn. 96 ff.

<sup>109</sup> Vgl.: Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*, 4. Aufl. 2006, Rn. 55.

Die politische und historische Antwort darauf lautet, die Freiheit zur Ausbildung einer Demokratie der Gleichen (peers) und, wie anzufügen ist, auch der solidarischen Personen. Denn ohne steuerliche Tribute, ohne den Wehrdienst und ohne private „Charity“ ist auch im angloamerikanischen Sinne kein demokratischer Staat aufrechtzuerhalten. Am Ende findet also zwischen den Idee der Freiheit und der Solidarität ein „Ausgleich“ statt. Dessen Art und Umfang aber bestimmt der einzelne Freie, wengleich aber ebenfalls nur als Teil des Volkes der Freien und Gleichen.

- 572 Dieser freie Mensch verhält sich persönlich dann als „vernünftig“, wenn er für sich „selbst“ und in der Regel in jedem konkreten Fall „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ zu harmonisieren sucht. In der Gemeinschaft mit anderen freien, gleichen und solidarischen Menschen gilt er vor allem dann im Sinne einer demokratischen Sozialethik als vernünftig, wenn er seine soziale Binnenwelt mithilfe der entsprechenden drei Kategorien von „Gerechtigkeit, Notwendigkeit und Vertrag“ ordnet und von seinesgleichen verwalten lässt.

Wie auch immer gelesen, zur Idee der Freiheit treten also die Ideen von Gleichheit und Solidarität hinzu. Jede der westlichen Staatskulturen prägt innerhalb dessen noch einmal ihre Rechts- und Staatskulturen aus. Locke und Hobbes bilden die großen Ahnherren des *angloamerikanischen Systems*. Die Ideen von Bodin und Rousseau bestimmen das *französische System*. Grotius und Pufendorf könnten wir, sofern man sich beim Rückblick nicht auf den wirkungsmächtigeren deutschen Idealismus beschränkt und etwa bei Kant, Hegel und Fichte stehen bleibt, als die *Europäischen Vor-Väter der deutschen Rechts- und Staatskultur* verehren.

- 573 4. Jede nationale europäische Demokratie wird also, wie es auch die Präambeln der europäischen Konventionen belegen, für ihre Kultur alle *drei Grundelemente* aufgreifen. Jede Demokratie wird auch alle drei Sichtweisen einnehmen müssen,

- diejenige der überstaatliche Minimaethik,
- diejenige der praktisch-solidarischer Staatspolitik und
- diejenige der privaten Freiheitsrechte.

Jede, auch außereuropäische – demokratische – Gesellschaft wird 574 nicht nur ebenfalls die Elemente dieser weltlichen *Trinität* (und manches mehr) spiegeln. Jede Demokratie wird auch, und jeweils auf ihrer Weise ständig neu und zudem bei jedem parteipolitischen Machtwechsel, diese Grundsätzen im einzelnen neu gewichten, und zwar nicht nur für das Strafrecht. Die unvermeidlichen Brüche und die systemischen Antinomien, wie etwa der Wettkampf zwischen der kollektiver staatlicher Effektivität und individueller bürgerlicher Freiheit, werden jede Staatskultur soweit möglich und nötig, *harmonisieren*, und ansonsten schlicht aushalten.<sup>110</sup> Hinsichtlich der kulturellen Unterschiede zwischen den einzelnen Nationalstaaten wirken sich dann die europapolitischen föderalen Grundgedanken der „Subsidiarität“ als politische Form der kulturellen Individualität aus.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Montenbruck, Axel, *Zivilisation. Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur*, 2009, Rn. 1098.

<sup>111</sup> Siehe dazu: Calliess, Christian, *Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte – Divergenzen in der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und BVerfG?*, JZ 2009, 113 ff., 119 ff. unter anderem zu Art. 53 Grundrechtscharta als Mindestschutzklausel.