

УДК 343.211

Пунитивное законодательство и уголовно-правовая доктрина. Скептические замечания к некоторым руководящим терминам современной теории уголовного права¹

Хильгендорф Эрик

Доктор юридических и философских наук, профессор,
заведующий кафедрой уголовного права,
Вюрцбургский университет Юлиуса-Максимилиана,
P.O. Box 97070, Sanderring, 2, Würzburg, Germany;
e-mail: hilgendorf@jura.uni-wuerzburg.de

Аннотация

В статье анализируются пределы осуществления государством карательной власти. Особое внимание уделяется понятию «пунитивного законодательства». Большое место занимает рассмотрение учения о правовом благе. Предпринимается попытка разграничения пунитивных и не пунитивных уголовно-правовых норм.

Ключевые слова

Пунитивное (карательное) законодательство, *ultima ratio*, практическая философия, карательная власть, конституционные принципы, функции учения о правовом благе, человеческое достоинство, эмпирическое знание.

¹ Перевод с немецкого выполнен А.Пауль

1. Введение

В правовых дебатах последних лет всё чаще встречается недо-

вольство избыточным «пунитивным (карательным) законодательством»².

² Характерно об этом пишут Lautmann, Klimke und Sack (Hrsg.),

Оно направлено против отдельных физических лиц, группы лиц и учреждений (таких, как парламентский законодатель), а также используется для характеристики определённых (реальных или предполагаемых) тенденций в уголовном законодательстве, при назначении меры наказания и исполнении наказания. В том случае, если недовольство направлено против физических лиц, оно нацелено на преувеличенную потребность в наказании или на потребность создания новых, но абсолютно излишних составов преступлений. Если недовольство касается законодательных тенденций, назначения меры наказания и исполнения наказания, то обычно оно скрывает в себе «избыток уголовного права» или «чрезмерно суровые наказания». Разговор о «пунитивном законодательстве» или «пунитивном образе мыслей», несмотря на чётко прослеживаемый отрицательный акцент, в большинстве случаев носит скорее неопределённый характер, так что остаётся неясным, что же точно порицается в качестве «пунитивного», что хотят выразить существующим

Kriminologisches Journal, 36. Jg., 8. Beiheft 2004 под названием „Punitivität“; см. также Cremer-Schäfer, Steinert, Straflust und Repression. Zur Kritik der populistischen Kriminologie, 1998.

недовольством и на что опирается отрицательная оценка³.

Спор о пунитивном законодательстве тесно связан с дискуссиями об особых формах проявления «современного уголовного права», которое критикуют за быстрый отказ от исполнения обязательств, возложенных Конституцией и преобразование в новое превентивное уголовное право⁴.

Отличительными признаками современного уголовного права должны быть: распространение уголовного права на новые сферы, криминализация новых видов преступной деятельности вместо декриминализации, гибкость традиционных конституционных обязательств (выход за пределы буквы закона, запрет аналогии закона,

3 Wolfgang Heinz справедливо подчёркивает, что не следует говорить о „пунитивном законодательстве“ без разграничения всех аспектов - „пунитивного законодательства“ как такового не существует. См. также статью Zunehmende Punitivität in der Praxis des Jugendkriminalrechts? Analysen aufgrund von Daten der Strafrechtspflegestatistiken, опубликованную в брошюре Das Jugendkriminalrecht vor neuen Herausforderungen? Jenaer Symposium 9.-11. September 2008, veranst. vom Bundesministerium der Justiz, 2009, S. 29, 33. См. также Heinz (там же).

4 Naucke, KJ 2010, S. 129 ff. справедливо подчёркивает, что речь не идёт о новом открытии; см. также Gusy, KJ 2010, S. 111 ff.

юридические стандарты аргументирования), отказ от принципа последнего довода (*ultima ratio*), создание правовых благ, подлежащих широкому толкованию (в особенности, универсальных правовых благ), обширная предварительная криминализация посредством регистрации покушений и подготовительных действий к совершению преступления, а также посредством широко распространённого введения деликтов создания конкретной и абстрактной опасности и, наконец, ослабление разделения между уголовным и полицейским правом посредством одностороннего выделения превентивных целей наказания⁵.

Нет сомнений в том, что большинство представленных здесь нововведений реализуется. В особенности прослеживается отчётливое распро-

5 Представленное здесь мнение принадлежит авторам „Франкфуртской уголовно-правовой школы“, таким, как, Naucke, *KritV* 93, 135 ff., Hassemer, *ZRP* 92, 378 ff., *StV* 95, 483 ff., Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, 1993. В сфере компьютерной преступности см. S.-H. Hong, *Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und das Computerstrafrecht*, 2002. URL: <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-opus-9542>. См. также Hesel, *Untersuchungen zu Dogmatik und den Erscheinungsformen des „modernen Strafrechts“*, 2003, S. 426, который справедливо предостерегает от общей оценки определённых тенденций развития.

странение материального уголовного права в Германии с начала 80-х годов⁶. Однако сомнительно, существовало ли вообще когда-нибудь отличное от представленной модели «современного уголовного права» так называемое «классическое исконное уголовное право» или речь идёт лишь о вымысле? В пользу законодательных нововведений говорит тот факт, что вследствие технического и экономического прогресса возникли новые формы социально вредного поведения, уголовно-правовое регулирование которого в последствии оказывается нередко ошибочным⁷. К такому поведению относятся экологические преступления и преступления в сфере компьютерных технологий. В пользу законода-

6 Hilgendorf, *Die deutsche Strafrechtsentwicklung 1975 – 2000*, в: Vormbaum/Welp (Hrsg.), *Das Strafgesetzbuch. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, Supplementband I*, 2004, S. 258 ff., в особенности S. 374 f. См. также Silva Sanchez, *Die Expansion des Strafrechts. Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften*, 2003. В Германии при назначении и исполнении наказаний нет ужесточений наказания, существующих в США, см. также Heinz (там же).

7 Schünemann, *GA* 1995, 201, 209 f; Kühne/Miyazawa (Hrsg), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, S. 15, 27.

тельного новшества, выражающегося в законодательном закреплении новых «беловоротничковых преступлений» помимо таких классических составов преступлений, как причинение телесных повреждений и убийство, говорят аргументы справедливости и социального равенства⁸. С другой стороны, нельзя обойти вниманием и тот факт, что гибкость конституционных связей и стирание граней между полицейским и уголовным правом, сливающихся в такой отрасли права, как «право общественной безопасности», представляют угрозу свободе общества⁹. Пунитивные тенденции в законодательстве заслуживают внимания даже в том случае, если нововведения уголовного права сами по себе считаются предосудительными.

В литературе по криминалистике содержатся различные описания понятия «пунитивное законодательство». *Лаутманн* и *Климке* различают следующие уровни значения данного термина: «Пунитивно в буквальном смысле ведёт себя физическое лицо или учреждение, считающее поведение другого лица или учреждения с нормативной точки зрения отклоненным от нормального и высказывающееся за применение к нему негативной санкции»¹⁰. В соответствии с этим пунитивное законодательство определяется как «обобщённая позиция или тенденция реагировать обременительными санкциями на воспринимаемые отклонения от нормы»¹¹. В теории уголовного права *Лаутманн* и *Климке* отдают предпочтение узкому понятию: «Пунитивное законодательство представляет собой тенденцию отдавать предпочтение карательным санкциям и пренебрегать примирительными санкциями». Авторы говорят также о «континууме пунитивного и разрешающего»¹².

Предлагалось различать три грани пунитивного законодательства: карательный менталитет, или потребность в наказании, исходящий от отдельных лиц, пунитивное законодательство в общесоциальном дискурсе и, прежде всего, в средствах массовой информации, а также карательные действия органов судебной власти. В соответствии с этим можно говорить

Предлагалось различать три грани пунитивного законодательства: карательный менталитет, или потребность в наказании, исходящий от отдельных лиц, пунитивное законодательство в общесоциальном дискурсе и, прежде всего, в средствах массовой информации, а также карательные действия органов судебной власти. В соответствии с этим можно говорить

8 Baumann, JZ 1983, 935, 937.

9 Hilgendorf, Die deutsche Strafrechtsentwicklung, S. 380.

10 Lautmann, Klimke, Punitivität als Schlüsselbegriff für eine Kritische Kriminologie. Kriminologisches Journal, 36. Jg., 8. Beiheft 2004 под названием „Punitivität“, S. 9.

11 Там же.

12 Там же (ст. 10).

об индивидуальном и общественном пунитивном законодательстве и пунитивном правосудии¹³. В качестве дополнительной перспективы следует принять во внимание феномен, который можно определить как «принятие карательных законов органами законодательной власти»¹⁴. Под этим понимается чрезмерная склонность к наказанию, или «жажда» наказания¹⁵, проявляемая государством и выражаемая в принятии законов, устанавливающих введение новых санкций.

Одной из таких «утрированных» и вместе с тем «неадекватных» уголовно-правовых норм являлось бы новое положение о запрете плевания на улицах и в местах общественного пользования под угрозой наказания в виде лишения свободы на длительный срок. В связи с нарушением принципа пропорциональности данная норма являлась бы антиконституционной.

13 Kury, Kania, Oberfell-Fuchs, *Worüber sprechen wir, wenn wir über Punitivität sprechen?* *Kriminologisches Journal*, 36. Jg., 8. Beiheft 2004 под названием „Punitivität“, S. 51, 52 f.

14 Kury, Kania, Oberfell-Fuchs затрагивали вопрос о принятии карательных законов законодательными органами на ст. 54, но не рассматривали его более подробно.

15 Hassemer, *Die neue Lust auf Strafe* // *Frankfurter Rundschau* Nr. 296 vom 20. Dezember 2000, S. 16.

Но не все случаи однозначны. Как раз в контексте новых технологий законодатель склоняется к тому, чтобы внедрить уголовное право в качестве средства для соблюдения порядка, причём приведённые выше основания не стоит отвергать с самого начала. Примером этого являются § 202с Уголовного Кодекса ФРГ и Федеральный закон ФРГ о защите эмбрионов 1990 года, ставящий клонирование, реализация которого на тот момент была ещё невозможной, под угрозу наказания¹⁶. Другой пример – § 13 Федерального закона о стволовых клетках, предусматривающий уголовную ответственность за совершение административного правонарушения. Также уголовная ответственность за отрицание холокоста (§ 130 Абз. 4 Уголовного Кодекса ФРГ) и инсайдерскую торговлю (§ 14 в сочетании с § 38 Закона о торговле ценными бумагами ФРГ) расцениваются некоторыми авторами как выражение чрезмерного пунитивного законодательства.

De lege ferenda в качестве пунитивного может быть рассмотрен (прежний) призыв к пенализации не

16 Обширно к использованию уголовного права в сфере биотехнологий Beck, *Stammzellforschung und Strafrecht. Zugleich eine Bewertung der Verwendung von Strafrecht in der Biotechnologie*, 2006.

только умышленного, но и неосторожного прерывания беременности, а также привлечение к ответственности за причинение телесных повреждений плоду, находящемуся в утробе матери, совершённое умышленно или неосторожно. В сфере компьютерной информации могут быть приведены в качестве примеров требование о новой квалификации § 185 Уголовного Кодекса ФРГ, предусматривающего оскорбления в сети Интернет, требование о введении новой статьи, предусматривающей уголовную ответственность за фишинг или за вступление в сексуальный контакт с малолетними в сети Интернет и, наконец, идея о введении уголовной ответственности для пользователей глобальной сети, не предпринимающих минимум действий для обеспечения собственной безопасности в Интернете, и способствующих тем самым распространению злонамеренного программного обеспечения. Как показывают последние примеры, недовольство пунитивным законодательством особенно тесно связано с дискуссией об уголовно-правовом регулировании использования новых технологий.

Решающим во всех этих примерах является вопрос о том, существует ли фиксированный предел легитим-

ного осуществления карательной власти государством? Где рациональной и оправданной преобразуется защита правовых благ в чрезмерное пунитивное законодательство? Примечательно, что до сих пор, кажется, не существует ни одного чёткого концепта по этому поводу. В дальнейшем речь не должна идти об эмпирическом подтверждении, об опровержении пунитивных тенденций¹⁷ и о вопросе возникновения пунитивных позиций¹⁸. В центре внимания скорее всего должен стоять вопрос о том, можно ли отграничить пунитивные санкции уголовно-правовой нормы от непунитивных, и как это сделать.

II. Где проходит граница между пунитивным и непунитивным уголовным законодательством? – Экскурсия в философию уголовного права

Вопрос о разграничении «адекватных» законов и законов, имеющих

17 Ср. Heinz (там же), Eingehend Hilgendorf (там же), Silva Sanchez (там же).

18 Hilgendorf, Beobachtungen zur Entwicklung des deutschen Strafrechts 1975 – 2005. // Weitzel (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung. Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie, 2007, S. 191, 205 ff.

«пунитивный характер» имеет своей целью установление возможности целесообразного ограничения государственной карательной власти. Примечательно, что данная проблема до сегодняшнего дня едва ли обширно и систематически рассматривалась в немецкой теории уголовного права¹⁹. Она рассматривалась лишь в рамках полемики о возможности существования концепции правового блага, повреждение которого влечёт за собой ограничение привлечения к ответственности²⁰. Роксин справедливо указал на то, что немецкий Федеральный конституционный суд до сих пор «не разработал ни одного концепта об ограничении карательной власти государства»²¹. В этой ситуации очевидна необходимость выйти за рамки юриспруденции и обратиться к практической философии, где вопрос об ограничении государственной власти обсуждается уже давно.

19 Cp. Hirsch, *Moderne Strafgesetzgebung und die Grenzen des Kriminalstrafrechts*. // *Strafrechtliche Probleme Band II*, hg. von Lilie, 2009, S. 21 – 36; Schmidt-Jortzig, *FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, 2001, S. 505 – 525; Wrage, *Grenzen der staatlichen Strafgewalt: Überlegungen zu einer Renaissance des materiellen Verbrechensbegriffs*, 2009.

20 Об этом ниже в главе IV.

21 Roxin, *StV* 2009, 544, 545.

Первой отправной точкой ограничения карательной власти государства можно считать размышления о договорной теории происхождения государства, обладающего монополией на легитимное насилие. В соответствии с договорной теорией, получившей развитие в трудах мыслителей эпохи Просвещения, общество делегирует государству полномочия по защите своих прав (а вместе с ними и карательную власть), так как только государство способно эффективно защищать его интересы. Как только государство выходит за эти полномочия, его действия являются незаконными и превышают (в соответствии с новейшей терминологией) дозволенные границы²².

Договорная модель представляет собой фикцию, разработанную для того, чтобы с одной стороны легитимировать государственную власть, а с другой стороны её же и ограничить²³. Акцент лежит то на одной, то на другой стороне, поэтому договорную теорию не всегда возможно идентифицировать с либеральным пониманием государства. *Томас Гоббс*, один из представителей этой

22 So etwa Roxin, *StV* 2009, 544, 545.

23 Mahlmann, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 2010, § 3 Rn. 1 ff.

теории, рассматривал государство на основе договора между людьми и сравнивал его со всемогущим Левиафаном²⁴. Между договорной моделью и представлением об ограничении карательной власти государства для защиты определённых правовых благ исторически-интеллектуально не существует убедительной взаимосвязи. В либеральном представлении (например, *Джона Локке*²⁵) договорную модель действительно можно трактовать таким образом, что карательная власть государства ограничивается защитой интересов народа. Разумеется, понятие «интересы» следует трактовать расширительно. Не представляется возможным, опираясь на договорную модель происхождения государства, получить чёткое разграничение между интересами, подлежащими и не подлежащими защите и, тем самым, легитимными и нелегитимными уголовными нормами.

В качестве второй отправной точки теоретического ограничения карательной власти государства можно рассматривать либеральную политическую философию 19-го века.

24 Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651), ed. by MacPherson, 1985.

25 John Locke, *Second Treatise on Government*. // *Two Treatises on Government* (1690), ed. by Laslett, 1991.

Джон Стюарт Милль рассматривал в четвёртой главе своего труда «О свободе» пределы власти, которую общество может осуществлять над личностью²⁶. Свои версии он обобщает в двух основных идеях:

1) «индивидуум не отвечает перед обществом за свои поступки, если это касается лишь его персоны». В этом случае «совет, наставление, убеждение и игнорирование, поскольку другие считают это наиболее благоприятным для себя... являются единственными мерами, посредством которых общество вправе выразить своё неодобрение и порицание по отношению к его поведению»²⁷.

2) «за действия, наносящие вред интересам других людей, несёт ответственность сам индивидуум, и к нему применимо общественное или правовое предписание, если общество уверено в том, что какая-нибудь из этих мер необходима для его защиты от индивидуума»²⁸.

Свобода личности должна заканчиваться там, где она затрагивает интересы других людей. *Милль* выра-

26 John Stuart Mill, *Die Freiheit* (On Liberty, 1859). Перевод, введение и комментирование Grabowsky, 1945, 4. Aufl. 1973, S. 212 – 236.

27 Mill, *Freiheit* (там же), S. 237.

28 Ebenda.

жает свою идею следующим образом: «Единственная цель, ради которой возможно законное осуществление власти по отношению к какому-нибудь члену общества – это предотвращение вреда, который может быть нанесён другим членам общества»²⁹. В англосаксонской философии права этот принцип называется «принцип вреда (harm principle)». По сегодняшний день он регулярно всплывает в дискуссиях об ограничении карательной власти государства³⁰.

Данный подход также не позволяет провести достаточно чёткую и однозначную параллель между «разумным» использованием карательной власти государством с одной стороны и карательным уголовным законодательством и практикой назначения наказания с другой стороны. Невозможно чётко определить границу, когда затрагиваются интересы других людей или их интересам причиняется вред. Чужие интересы могут быть затронуты не только в том случае, если причинён вред жизни, здоровью и имуществу другого человека, но даже

и тогда, когда затронуты его чувства, религиозные убеждения и моральные представления³¹. Такой психический или эмоциональный вред переживается значительно глубже, чем вред телесный или имущественный. Поэтому не удивительно, что в англосаксонских правовых кругах, находящих под влиянием «принципа вреда», ограничение карательной власти, осуществляемой государством, остаётся спорным вопросом, да и сам данный принцип стал уже давно объектом критики³².

В результате необходимо придерживаться того, что практическая философия не позволяет выдвинуть обязательные критерии для ограничения карательной власти государства. Действительно, существует множество точек зрения, аргументов и размышлений, которые могли бы быть плодотворными для теории и науки уголовного права³³, однако поиски простого

29 Mill, Freiheit (там же), S. 131.

30 Feinberg, *The Moral Limits of Criminal Law*, Vol. 1, Harm to Others, 1984; Vol. 2, Offense to Others, 1985; Vol. 3, Harm to Self, 1986; Vol. 4, Harmless Wrongdoing, 1988.

31 Hilgendorf, Glück und Recht. Vom „pursuit of happiness“ zum Recht aus Selbstbestimmung. // Kick (Hrsg.), Glück. Ethische Perspektiven – aktuelle Glückskonzepte, 2008, S. 47, 57 ff.

32 Cp. Harcourt, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 90 (1999), 109 ff.; Jacobson, *Philosophy and Public Affairs* 29 (2000), 276 ff.

33 Cp. Stepanians, *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, Bd. 14 (2009), 129 ff.

и удобного в применении критерия для распознавания «карательных» уголовно-правовых норм напрасны.

III. Конституционные требования

В этой ситуации естественно было бы спросить о наличии конституционных требований, предъявляемых к карательным законам. Ясно, что и уголовные нормы должны удовлетворять общим требованиям. Прежде всего это означает, что у законодателя имеются законодательные полномочия для издания норм, соблюден законодательный процесс их принятия и они не противоречат вышестоящим нормам, прежде всего не нарушают основные конституционные права и свободы³⁴.

1. Принцип пропорциональности

Уголовные законы, как и все прочие законы, должны удовлетворять принципу пропорциональности, то есть преследовать законную цель,

должны быть пригодными для её достижения, необходимыми и соразмерными. По возможности они должны представлять собой самое мягкое средство для достижения цели, установленной законодателем. Принцип пропорциональности ограничивает карательную власть государства по крайней мере постольку, поскольку неподходящие законы не могут достичь поставленную законодателем цель. Из круга подходящих законодательных средств необходимо выбрать именно то, которое в наименьшей мере затрагивает интересы субъектов правоотношений. При установлении пригодности и необходимости средств речь идёт, в основном, об эмпирических вопросах, оценивая которые законодатель действует по своему усмотрению.

Принцип пропорциональности не позволяет делать выводы о том, какие цели преследует или должен преследовать законодатель. Однако они не должны противоречить конституции и, в особенности, основным правам и свободам. Это следует из принципа соответствия нижестоящих актов вышестоящим. В противном случае данные цели с самого начала являются не только незаконными, но и противоречащими конституции. По-

34 Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996; основываясь на правопорядке Австрии повествует Lewisch, *Verfassung und Strafrecht. Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung*, 1993.

мимо всего прочего, принцип пропорциональности не позволяет сделать вывод о том, какие конституционные требования стоят перед (уголовным) законодателем.

2. Принцип *ultima ratio*

Наука уголовного права называет дальнейшие требования, предъявляемые к «правильным» и «легитимным» уголовным законам. Так, законы должны соответствовать принципу *ultima ratio*, то есть они должны быть последним средством воздействия государства на нарушителя, когда все остальные средства исчерпаны или существует такая опасность. Приверженцы данного принципа считают, что соответственная законодательная цель не должна быть также успешно достигнута средствами гражданского или административного права. Принцип *ultima ratio* в соответствии с либеральными представлениями позволяет сделать вывод о том, что уголовное право, как самая серьёзная форма вмешательства государства в правовую сферу граждан, должно быть использовано только тогда, когда применение других средств представляется безнадёжным. Критики предвидят уже сегодня многократные

нарушения данного принципа и упрекают законодателя в том, что уголовное право используется не в качестве последнего, а в качестве первого, а иногда и единственного средства воздействия (происходит злоупотребление правом³⁵).

Принцип *ultima ratio* можно рассматривать как выражение принципа пропорциональности, в соответствии с которым следует использовать самое мягкое из всех подходящих средств. Так как уголовное право представляет собой самый серьёзный инструмент государства для защиты правовых благ, то из этого следует, что его надо применять только в качестве самого крайнего средства. Использование уголовного права по сравнению с другими действиями государства в принципе второстепенно³⁶. В переносе на проблему пунитивного законодательства это означает следующее: если законодатель использует уголовно-правовые средства без убеждённости в том, что не могут быть использованы и другие средства, то он наруша-

35 Автором данного выражения является Hassemer, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, 2. Aufl. 1996, S. 8.

36 Weber, in Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2003, § 3 Rn. 19.

ет принцип *ultima ratio*, вызывая тем самым недовольство пунитивным законодательством.

3. Принцип вины и принцип законности

Признаком особой карательной позиции, уголовного карательного правосудия и практикой назначения наказания может быть нарушение таких традиционных государственно-правовых принципов, как принцип вины и принцип законности. Принцип вины гласит, что личная вина ответственность обосновывает и ограничивает³⁷. Без вины нельзя назначить наказание, а конкретная вина ограничивает размер наказания. Принцип вины называют «центральным и, со времён Канта и Гегеля, непрекосновенным действующим средством ограничения карательной власти государства»³⁸.

Вина в качестве (индивидуальной) виновности³⁹ означает и мораль-

ную значимость уголовно-правовых норм. Принцип вины связывает уголовное право и мораль⁴⁰. Распространение уголовного права на «менее моральные» сферы разумеется не ведёт к ослаблению данной связи. Границей осуществления карательной власти государством является не связь уголовного права с нормами и запретами морали, так как они сами являются спорными в таких новейших сферах, как интернет, использование современного медицинского оборудования или проведение биотехнологических исследований. По крайней мере, всегда будет сформулирована этическая позиция, на которую сможет опереться законодатель. Поэтому специфическая функция вины – функция измерения наказания, – едва ли подходит для установления чётких требований, соблюдаемых законодателем.

Принцип вины не может ограничить и назначение наказания. Даже если бы был смысл в том, чтобы ограничить размер наказания степенью вины, «вина» всё равно остаётся неизмеримой и уж ни в коем случае не количественной величиной. Во всяком случае рациональные суждения,

37 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 37 I (S. 407).

38 Roxin, FS Lampe, 2003, S. 423, 435.

39 Решение Федерального конституционного суда ФРГ по уголовным делам BGHSt 2, 194, 200; Weber, in Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 18 Rn. 13.

40 Jescheck/Weigend, AT, § 38 I (S. 418 f.) по праву говорят о том, что данная связь не является общепринятой.

такие как «вина А больше, чем вина Б», выглядят приемлемыми⁴¹. Также невозможно, ссылаясь на принцип вины, назначить высокое наказание при наличии малой степени вины в содеянном, исходя из чисто превентивных рассуждений. Этим можно легко манипулировать, однако действительно ограничить карательную власть государства невозможно.

Уголовно-правовой принцип законности содержит в себе четыре составляющих⁴²: нормы уголовного права должны быть закреплены в официальных документах (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), уголовное право должно быть ясным и достаточно определённым (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), должны быть установлены запреты на придание обратной силы закону (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) и применение уголовного закона по аналогии (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Можно привести следующую аргументацию: карательное уголовно-правовое мышление существует тогда, когда данные прин-

ципы не принимаются во внимание или в значительной степени нарушаются для того, чтобы удовлетворить карательную потребность. Однако это также не позволяет сделать вывод о том, есть ли предел осуществления государством карательной власти.

4. Человеческое достоинство как предел осуществления государством карательной власти

Деятельность уголовного законодателя не может быть направлена против человеческого достоинства, положения о котором закреплены в статье 1 абз. 1 Основного Закона ФРГ. Каждое ущемление человеческого достоинства само по себе противоречит конституции и не может быть оправдано никакими другими вышестоящими позициями. Разумеется, проблематичен тот аспект, что само понятие человеческого достоинства является расширительным⁴³ и поэтому не может быть использовано ни для защиты от карательных притязаний со стороны государства, ни для их обоснования⁴⁴. Всё также остаётся неясным – не беря

41 Это действует только в том случае, если оценка происходит на основе единой и последовательной моральной системы.

42 Jescheck/Weigend, AT, § 15 (в особенности S. 134 ff.).

43 Hilgendorf, Jahrbuch für Recht und Ethik 1999, 137 ff.

44 Убедительная критика у Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 20 ff.

во внимание исторически возникшие и в значительной степени неоспоримые основные явления (как, например, пытки и рабство) – действительно ли мера, применяемая государством, затрагивает человеческое достоинства пострадавшего? Для того, чтобы эффективно ограничить вмешательство уголовного законодателя, необходимо уточнить само понятие «человеческого достоинства». Первый вариант: человеческое достоинство определяется как совокупность субъективных прав на материальный прожиточный минимум, автономное самораскрытие, свободу от страданий, неприкосновенность частной жизни, материальную и духовную ценность, основополагающее равноправие и минимальное уважение⁴⁵. Любое вмешательство государства в эти права недопустимо. Однако такой подход предусматривает, что сфера защиты человеческого достоинства и вышеназванные права подлежат узкому толкованию. Это означает, что человеческое достоинство устанавливает для уголовного законодателя всего лишь малый предел осуществления карательной власти.

45 Cp. Hilgendorf, Jahrbuch für Recht und Ethik 1999, 137, 148; cp. также Birnbacher // Aufklärung und Kritik, Sonderheft 1/1995, 4, 6.

IV. Концепция «правового блага» в уголовном праве.

1. Решение Федерального конституционного суда об инцесте и концепция о правовом благе, ограничивающем привлечение к уголовной ответственности

Решением Федерального конституционного суда от 26 февраля 2008 г. привлечение к уголовной ответственности совершеннолетних брата и сестры за совершение инцеста было признано соответствующим конституции⁴⁶. Это решение вызвало замешательство в германских научных кругах. Причиной этого явилась не наказуемость инцеста как такового, а тот факт, что Федеральный конституционный суд в своём решении отказался от концепции правового блага, ограничивающего привлечение к уголовной ответственности, которой придерживались в науке уголовного права вот уже многие годы и будут придерживаться в дальнейшем⁴⁷.

46 Решение Федерального конституционного суда ФРГ по уголовным делам BVerfGE 120, 224 – 255 с отклоняющимся вотумом Hassemer.

47 Cp. Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer

Основная идея представителей данной концепции выглядит следующим образом: уголовно-правовые нормы являются легитимными только в том случае, если целью их принятия является защита правовых благ. Термин «правовое благо» остаётся до сих пор спорным понятием⁴⁸. В тридцатые годы XX века предпринимались попытки заменить понятие правового блага понятием правового обязательства. Преступление должно было представлять собой не нарушение правового блага, а нарушение правового обязательства⁴⁹. Сходным являлся взгляд *Вельцеля*: уголовное право направлено, в первую очередь, на отказ от предлагаемых юридических убеждений и, тем самым, осуществляет опосредованную защиту правовых благ. Не только противоправность на-

ступивших последствий, но и противоправность деяния должны стоять в центре уголовного права. Так как термин «противоправность» относится к преступнику, то речь идёт о «личной противоправности деяния»⁵⁰. Однако ни учение о нарушении правового обязательства, ни концепция о личной противоправности деяния не смогла одержать верх.

Представление о правовом благе, ограничивающем привлечение к уголовной ответственности, достигло практической эффективности во время реформ Особенной части, проводимых с середины 70-х годов. Приблизительно в этот период велись дискуссии о реформе уголовно-правовых норм, предусматривающих уголовную ответственность за совершение половых преступлений. Правилom хорошего тона считается (и считалось на тот момент) сделать ударение на том, что уголовное право должно быть использовано только для защиты правовых благ, а не «моральных представлений». В настоящее время данная концепция продолжает играть особую роль в правовой политике, когда, например, «обычные чувства» не могут быть рассмотрены в качестве

praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973; дискуссия к решению Федерального конституционного суда ФРГ об инцесте Hefendehl/A. von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Staates oder dogmatisches Glasperlenspiel? 2003.

48 Обзор различных концепций „правового блага“ представляет Stratenwerth, Zum Begriff des „Rechtsguts“. // FS Lenckner 1998, S. 377 – 391, S. 398. LK, 12. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 8, причём, определение „правового блага“ вносит больше путаницы, чем ясности.

49 Gallas, FS Gleispach 1936, S. 50, 67 f.

50 Weber, in Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 3 Rn. 16.

правовых благ и возможность защиты правового блага в данном случае исключается⁵¹.

Это позволяет увидеть тесную связь данной концепции с либеральными представлениями, причём уголовное право должно использоваться очень сдержанно и лишь в качестве исключения. Поэтому не удивляет, что течение декриминализации 60-70-х годов прошлого столетия сделало концепцию правового блага, ограничивающего привлечение уголовной ответственности, своим лозунгом.

2. Существовали ли правовые блага до того, как их создал уголовно-правовой законодатель?

Всё-таки, существовали ли правовые блага до того, как их создал законодатель? Если законодатель создаёт правовые блага только при вынесении решения, то эти правовые блага не могут ограничить его свободу; правовые блага возникают посредством издания акта законодательным органом. Перед законодателем стоят определённые интересы личности или

общества и угроза этим интересам. Законодатель реагирует на это таким образом, что опираясь на собственное усмотрение, он защищает интересы в уголовно-правовом смысле и воздвигает их в ранг (уголовно-) правовых благ. Не законодатель связан правовыми благами, а правовые блага связаны деятельностью законодателя. Эта серьёзная проблема для концепции правового блага, ограничивающего привлечение к уголовной ответственности, до сих пор не была однозначно решена её последователями.

Даже если видеть задачу уголовного права в том, что оно «снабжает важнейшие сферы социального сосуществования и соответственно важнейшие социальные интересы особой защитой»⁵², то остаётся определить, какие это конкретно сферы и о каких интересах идёт речь. На этот вопрос не всегда можно ответить, ссылаясь на предполагаемые правовые блага. Поэтому Федеральный конституционный суд в своём решении об инцесте справедливо сформулировал, что прерогативой законодателя является «установление охраняемых уголовным правом благ, подлежащих защите наравне с установлением целей наказа-

51 Hörnle, Der Schutz von Gefühlen im StGB. // Die Rechtsguttheorie, S. 268 ff.; Grob anstößiges Verhalten – strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005.

52 Weber, in Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 3 Rn. 10.

ния». Данное полномочие «не может быть ограничено ссылкой на якобы выведенные инстанциями без вмешательства законодателя «признанные» правовые блага. Оно может быть ограничено скорее ... конституцией, если она ... с самого начала откажется от преследования конкретных целей»⁵³.

В теории уголовного права многие авторы не согласились с решением Федерального конституционного суда⁵⁴. *Роксин*, один из важнейших представителей концепции правового блага, пояснил: у суда отсутствует понимание того, что соответствие уголовно-правовой нормы конституции зависит не только от того, что «она пригодна и необходима для достижения законной цели, а также соразмерна. Сама цель должна быть конституционно легитимирована, если она достигается средствами уголовного права». Такая легитимация может исходить только из того, что задачей уголовного права является лишь защита правовых благ, а не

морали, исторических традиций или общественных взглядов⁵⁵.

И всё-таки нет полного ответа на вопрос, откуда берутся правовые блага. С перспективы теории права речь идёт об особом случае постановки вопроса о существовании ценностей или «благ». Ответ на этот вопрос безрезультатно ищет пратическая философия на протяжении вот уже более 2500 лет. В качестве решающих доводов были представлены божья воля, идеи времени, природа, разум, мерило счастья или непротиворечивое обобщение. Но ни один из них не был убедительным⁵⁶.

Существует мнение о том, что можно взять за основу правовые блага, содержащиеся в нормах конституции⁵⁷. Проблема состоит, однако, в расплывчатой и неопределённой формулировке ценностей и благ в Основном законе и, прежде всего, в основ-

55 Roxin, StV 2009, 544, 549.

56 Hilgendorf, Recht und Moral. // Aufklärung und Kritik 2001, 72 ff. Roxin, AT Bd. 2, § 2 Rn. 63 справедливо подчёркивает изменчивость понятия правового блага.

57 Решение Федерального конституционного суда ФРГ по уголовным делам BVerfGE 120, 224, 243 ff направлено на охрану брака и семьи (статья 6 Основного закона ФРГ), сексуального самоопределения и на евгенические соображения.

53 Решение Федерального конституционного суда ФРГ по уголовным делам BVerfGE 120, 224, 242.

54 Bottke, FS Volk 2009, S. 93 ff.; Cornils, ZJS 2009, 85 ff.; Greco, ZIS 2008, 234 ff.; Hörnle, NJW 2008, 2085 ff.; Hufen/Jahn, JuS 2008, 550; Noltenius, ZJS 2009, 15 ff.; Roxin, StV 2009, 544 ff.; Zabel, JR 2008, 453 ff.; Ziethen, NStZ 2008, 614.

ных правах, что открывает широкий простор для их толкования. Помимо этого, в учении об основных правах и в судебной практике Федерального конституционного суда ФРГ обнаруживаются, или лучше сказать, разрабатываются новые правовые блага благодаря новой интерпретации положений Основного закона, их комбинации друг с другом и с прежними подходами. Примером тому служат основное право на информационное самоопределение⁵⁸ и основное право на обеспечение конфиденциальности и целостности информационно-технологических систем⁵⁹. Лейтмотив немецкой конституции – человеческое достоинство. Его толкование порой настолько неопределённо, что оно позволяет легитимировать почти любую уголовно-правовую норму. Примером являются неясные и частично противоречивые ценности, сформулированные в законе о защите эмбрионов⁶⁰. Поэтому сомнительно, можно ли действительно в положениях Основного закона найти чёткие и недвусмыслен-

ные уголовно-правовые блага и взять их за основу. Намного убедительней является позиция Федерального конституционного суда ФРГ: привлечение к уголовной ответственности следует ограничивать только в том случае, если положения Основного закона «с самого начала не направлены на преследование определённой цели»⁶¹. В итоге следует придерживаться той позиции, что учение о правовом благе в прежней редакции с точки зрения ограничения уголовного законодателя не выходит за рамки принципа пропорциональности⁶².

3. Что осталось от учения о правовом благе?

Критика учения о правовом благе, функция которого состоит в ограничении привлечения к уголовной ответственности, не означает, что оно не имеет значения для уголовно-правовой политики и науки уголовного права. В целом, необходимо различать следующие функции данного учения⁶³:

58 Решение Федерального конституционного суда ФРГ по уголовным делам BVerfGE 65, 1 ff.

59 Решение Федерального конституционного суда ФРГ по уголовным делам BVerfGE // NJW 2008, 822.

60 Schroeder, FS Miyazawa, 1995, S. 533 ff.

61 Решение Федерального конституционного суда ФРГ по уголовным делам BVerfGE 120, 224, 242.

62 Appel, Verfassung und Strafe, 1997, S. 357 ff.

63 Walter, in: LK, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 8 различает системно-критическую

1) Только в том случае, если при создании новой уголовно-правовой нормы будет сформулировано правовое благо, на защиту которого направлена законодательная деятельность, то новое определение правового блага проверяется на его пригодность и необходимость. Это способствует осуществлению контроля как со стороны самого законодателя, так и внешнего контроля (прежде всего со стороны науки). Речь идёт о *рационализирующей функции* концепции о правовом благе.

2) Связь уголовных норм с определёнными правовыми благами имеет огромное значение для систематики права и научно-догматических трудов. Учение о правовом благе помогает создать группу норм, целью которых является защита определённых правовых благ. В этом проявляется *систематизирующая функция* учения о правовом благе.

3) С ней непосредственно связана обучаемость уголовному праву, представляющего собой не только конгломерат не связанных друг с дру-

или легитимационную (здесь она названа функцией, ограничивающей привлечение к уголовной ответственности), толковательную, систематизирующую, конкурентно-догматическую и согласительную функции правовых благ.

гом, а лишь исторически сплетённых уголовно-правовых норм, но и уголовное право, имеющее внутреннюю структуру и порядок, благодаря охраняемым им правовым благам. В этом необходимо видеть и *дидактическую функцию* учения о правовом благе.

4) При толковании права и его применении концепция правового блага также имеет большое значение. Так как при толковании закона зачастую возникают различные лингвистически приемлемые интерпретации норм, то законодателем может быть выбрана любая интерпретация правового блага и любая правоприменительная деятельность, позволяющая эффективнее достичь законодательную цель (а именно защиту правового блага). Подобные соображения возникают, вероятнее всего, в рамках телеологической интерпретации права. Толкование положений закона без рассмотрения конкретных правовых благ являлось бы также невозможным, ибо нормы права поддаются широкому толкованию и являются слишком неопределёнными⁶⁴. Поэтому здесь можно вести речь об *аргументативной функции* правового блага.

⁶⁴ Примером является § 185 Уголовного кодекса ФРГ, толкование которого едва ли было возможным без рассмотрения правового блага „честь“.

5) И, наконец, концепция правового блага имеет ещё одну важнейшую *применительную функцию*. Она проявляется, например, в учении о конкуренции норм при разграничении идеальной и реальной совокупности преступлений⁶⁵ или в учении об обстоятельствах, исключающих уголовную ответственность, например, при наличии признаков согласия потерпевшего⁶⁶.

V. О значимости эмпирического знания

Примечательно, что в разработанной прежде схеме проверки ограничения привлечения к уголовной ответственности эмпирическое знание играет большую роль: какие общественные интересы рассматриваются обществом как наиболее важные⁶⁷, какие средства и нормы пригодны и необходимы для защиты этих интересов⁶⁸ – все эти вопросы эмпирические и подпадают в сферу компетенции эмпирических социальных наук. Схожую ситуацию можно наблюдать при опре-

делении меры наказания. Вопрос о том, какие наказания или другие меры уголовно-правового характера являются частнопредупредительными, а какие общепредупредительными, является также эмпирическим, и на него и по сегодняшний день нет ответа. Уголовное законодательство и определение меры уголовно-правовой ответственности зависят от эмпирического знания в том случае, если вышеописанная схема должна быть неукоснительно соблюдена. Из этого может быть выведено дальнейшее важнейшее правило к определению пунитивного законодательства и определению меры уголовно-правовой ответственности: пунитивно поступает тот, кто удовлетворяет потребности в применении наказания без ссылки на эмпирическое знание. Иными словами: уголовное законодательство и определение мер уголовно-правовой ответственности, не руководствующиеся и не контролируемые наукой, рискуют стать простым инструментом удовлетворения иррациональных потребностей в применении наказания.

VI. Резюме

Приведённую выше конструкцию можно представить в обобщённом виде в следующих тезисах:

65 Решения Федерального конституционного суда BGHSt 28, 11, 15; 31, 380 f.

66 Mitsch // Baumann/Weber/Mitsch, AT (там же), § 17 Rn. 99.

67 См. главу IV и сноску 51.

68 См. главу III.

1) Пунитивное законодательство представляет собой очень размытый концепт. Чёткое разграничение пунитивного и непунитивного законодательства не представляется возможным. Однако, может быть, именно поэтому концепции пунитивного законодательства отводится ключевая роль в текущих криминально-политических дебатах.

2) Распространение материального уголовного права в последние 30 лет не позволяет отвегнуть его как неправомерное только потому, что оно «пунитивное». Существует множество уважительных причин для того, чтобы назначать наказание за совершение новых форм социально вредного поведения, если оно ставит под угрозу мирное совместное сосуществование. Решение об этом надлежит принимать законодателю, наделённому соответствующими законодательными полномочиями в условиях парламентской демократии.

3) Основные уголовно-правовые принципы, такие как принцип пропорциональности, принцип *ultima ratio*, принципы законности и вины, могут лишь частично ограничить законодателя, однако чёткую границу применения государством карательной власти они не определяют.

4) Невозможно ограничить карательную власть, осуществляемую государством, ссылаясь на уже имеющиеся правовые блага, так как законодатель сперва создаёт их посредством издания правовых актов. При этом он ориентируется на эмпирические интересы, подлежащие защите, и на угрозу нарушения данных интересов.

5) Отчётливым пределом осуществления государством карательной власти является человеческое достоинство, нарушение которого неприемлемо. В остальном, принципы пропорциональности, *ultima ratio*, законности и вины образуют схему, позволяющую проверить, как ограничивается привлечение к уголовной ответственности и осуществлять контроль за применением государством карательной власти и сверять уголовные законы.

6) Эмпирическое знание также играет важную роль. Вопросы о пригодности и необходимости уголовного закона являются эмпирическими. Это относится и к вопросу о том, какие интересы настолько важны для социального сосуществования, что они нуждаются в уголовно-правовой защите, даже если законодатель действует по своему усмотрению.

7) Учитывая значение эмпирического знания для рационального

уголовного законодательства, удовлетворяющего конституционным предписаниям, необходимо требовать, чтобы законодатель не ограничивался использованием общих знаний, а в будущем чаще принимал во внимание выводы эмпирических социальных наук.

8) Правовая догматика стоит перед выполнением неотложной задачи по решению общеизвестных спорных проблем традиционного учения о правовом благе (например, концептуализация «правового блага» и вопрос о происхождении и образовании правовых благ). При этом междисци-

плинарные контакты, такие как практическая философия современности и теория права, должны способствовать решению конкретных проблем.

9) В целом, не представляется возможным эффективно ограничить карательную власть государства терминологией или якобы существующими ранее благами. Однако это не мешает тому, что полемика о пунитивных тенденциях, ставящих свободу под потенциальную угрозу, остаётся важнейшей политической задачей, о чём постоянно вещают средства массовой информации.

Список литературных источников

1. Appel, Ivo: *Verfassung und Strafe: zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin 1998 (Diss. Freiburg im Breisgau 1997).
2. Baumann, Jürgen: *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*. In: *JZ* 1983, 935-939.
3. Baumann, Jürgen; Weber, Ulrich; Mitsch, Wolfgang: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl., 2003.
4. Beck, Susanne: *Stammzellforschung und Strafrecht. Zugleich eine Bewertung der Verwendung von Strafrecht in der Biotechnologie*, 2006.
5. Birnbacher, Dieter: *Mehrdeutigkeiten im Begriff der Menschenwürde*. In: *Aufklärung und Kritik*, Sonderheft 1/1995.
6. Bottke, Wilfried: *Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?* In: *Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, *In dubio pro Libertate*, 2009, S. 93-111.
7. Cornils, Matthias: *Sexuelle Selbstbestimmung und ihre Grenzen*. In: *ZJS* 2009, 85-89.

8. Cremer-Schäfer, Helga; Steinert, Heinz: Straflust und Repression. Zur Kritik der populistischen Kriminologie, 1998.
9. Feinberg, Joel: The Moral Limits of Criminal Law, Vol. 1, Harm to Others, 1984; Vol. 2, Offense to Others, 1985; Vol. 3, Harm to Self, 1986; Vol. 4, Harmless Wrongdoing, 1988.
10. Gallas, Wilhelm: Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung. In: Gegenwartfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Graf W. Gleispach, 1936.
11. Greco, Luis: Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutlehre übrig? In: ZIS 2008, 234-238.
12. Gusy, Christoph: Sicherheitskultur – Sicherheitspolitik – Sicherheitsrecht. In: KritV 2010, S. 111-128.
13. Harcourt, Bernard: "The Collapse of the Harm Principle" in The Journal of Criminal Law and Criminology 90 (1999), 109 ff.
14. Hassemer, Winfried: Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. In: ZRP 92, 378-383.
15. Hassemer, Winfried: Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik. In: StV 95, 483-490.
16. Hassemer, Winfried: Die neue Lust auf Strafe. In: Frankfurter Rundschau Nr. 296 vom 20. Dezember 2000, S. 16.
17. Hassemer, Winfried: Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, 2. Aufl. 1996.
18. Hassemer, Winfried: Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973.
19. Hefendehl, Roland; Andrew von Hirsch; Wohlers, Wolfgang (Hrsg.): Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Staates oder dogmatisches Glasperlenspiel? 2003.
20. Heinz, Wolfgang: Zunehmende Punitivität in der Praxis des Jugendkriminalrechts? Analysen aufgrund von Daten der Strafrechtspflegestatistiken. In: Das Jugendkriminalrecht vor neuen Herausforderungen? Jenaer Symposium 9.-11. September 2008, veranst. vom Bundesministerium der Justiz, 2009.
21. Hesel, Gerd J.: Untersuchungen zu Dogmatik und den Erscheinungsformen des "modernen Strafrechts", 2003.

22. Hilgendorf, Eric: Beobachtungen zur Entwicklung des deutschen Strafrechts 1975 – 2005. In: Eric Hilgendorf; Jürgen Weitzel (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung. Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie*, 2007, S. 191-215.
23. Hilgendorf, Eric: Die deutsche Strafrechtsentwicklung 1975 – 2000. Reformen im Besonderen Teil und neue Herausforderungen. In: Thomas Vormbaum; Jürgen Welp (Hrsg.), *Das Strafgesetzbuch. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, Supplementband I*, 2004, S. 258-380.
24. Hilgendorf, Eric: Glück und Recht. Vom "pursuit of happiness" zum Recht aus Selbstbestimmung. In: Hermes Andreas Kick (Hrsg.), *Glück. Ethische Perspektiven – aktuelle Glückskonzepte*, LIT Verlag Münster, 2008, S. 47-64.
25. Hilgendorf, Eric: *Jahrbuch für Recht und Ethik* 1999, 137-158.
26. Hilgendorf, Eric: Recht und Moral. In: *Aufklärung und Kritik* 2001, 72-90.
27. Hirsch, Hans Joachim: Moderne Strafgesetzgebung und die Grenzen des Kriminalstrafrechts. In: *Strafrechtliche Probleme Band II*, hg. von Lilie, 2009, S. 21 – 36.
28. Hobbes, Thomas: *Leviathan* (1651), ed. by MacPherson, 1985.
29. Hong, Seung-Hee: *Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und das Computerstrafrecht*, 2002.
30. Hörnle, Tatjana: Der Schutz von Gefühlen im StGB. In: *Die Rechtsgutstheorie*, S. 268-280.
31. Hörnle, Tatjana: Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik. In: *NJW* 2008, 2085-2088.
32. Hufen, Friedhelm; Jahn, Matthias: BVerfG – 26.2.08 – 2 BAI 392/07 – Strafbarkeit des Geschwisterinzests. In: *JuS* 2008, 48, 6, 550- 552.
33. Jacobson, Daniel: *Philosophy and Public Affairs* 29 (2000), 276-309.
34. Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 1996.
35. Kury, Helmut; Kania, Harald; Obergfell-Fuchs, Joachim: Worüber sprechen wir, wenn wir über Punitivität sprechen? *Kriminologisches Journal*, 36. Jg., 8. Beiheft 2004: Punitivität, S. 51.
36. Kühne, Hans-Heiner; Miyazawa, Koichi (Hrsg): *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, S. 15-36.

37. Lagodny, Otto: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, 1996.
38. Lautmann, Rüdiger; Klimke, Daniela; Sack, Fritz (Hrsg.): Ökonomische Rationalität und Moral. Inklusions- und Exklusionsmodi in überwachten Städten. In: Kriminologisches Journal, 36. Jg., 8. Beiheft 2004: Punitivität, S. 155-175.
39. Leipziger Kommentar (LK), Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2007.
40. Lewisch, Peter: Verfassung und Strafrecht. Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung, 1993.
41. Locke, John: Second Treatise on Government. In: Two Treatises on Government (1690), ed. by. Laslett, 1991.
42. Mahlmann, Matthias: Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 2010.
43. Mill, John Stuart: Die Freiheit (On Liberty, 1859). Перевод, введение и комментирование Grabowsky, 1945, 4. Aufl. 1973, S. 212 – 236.
44. Naucke, Wolfgang: Die robuste Tradition des Sicherheitsstrafrechts. In: KritV 2010, S. 129-136.
45. Naucke, Wolfgang: Schwerpunktverlagerung im Strafrecht. In: KritV 93, S. 135-162.
46. Noltenius, Bettina: Grenzenloser Spielraum des Gesetzgebers im Strafrecht? In: ZJS 2009, 15-21.
47. Prittwitz, Cornelius. Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993.
48. Roxin, Claus: Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik. In: Festschrift für Ernst-Joachim Lampe, 2003, S. 423.
49. Roxin, Claus: Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests. In: StV 2009, 544-550.
50. Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, II, 4. Aufl. 2006.
51. Sanchez, Jesus-Maria Silva: Die Expansion des Strafrechts. Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften, 2003.
52. Schünemann, Bernd: Grob anstößiges Verhalten – strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005.
53. Schünemann, Bernd: Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. In: GA 1995, 201-229.
54. Schmidt-Jortzig, Edzard: Grenzen der staatlichen Strafgewalt, In: P. Badura/E. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2001, Bd. 2, S. 505-525.

55. Schroeder, Horst: Die Rechtsgüter des Embryonenschutzgesetzes. In: Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 533.
56. Stepanians, Markus: Paternalismus in der Rechtsphilosophie: Die moralischen Grenzen des Strafrechts. In: Quante, M., (Hrsg.): Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, 2009, Bd. 14 (2009), S. 129.
57. Stratenwerth, Günter: Zum Begriff des "Rechtsguts". In: Festschrift für Theodor Lenckner, 1998, S. 377 – 391.
58. Wrage, Nikolaus: Grenzen der staatlichen Strafgewalt: Überlegungen zu einer Renaissance des materiellen Verbrechensbegriffs, 2009.
59. Zabel, Benno: Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht. In: JR 2008, 453-457.
60. Ziethen, Jörg: Zur Verfassungsmäßigkeit des § 172 Abs 2 StGB. In: NStZ 2008, 614-618.

Punitive law and criminal law doctrine. Skeptical comments to some of the terms governing the contemporary theory of criminal law

Hilgendorf Eric

Doctor of Law, professor,
Dean of the Law Faculty and the Chair of the Department of Criminal Law,
University of Würzburg,
P.O. Box 97070, Sanderring, 2, Würzburg, Germany;
e-mail: hilgendorf@jura.uni-wuerzburg.de

Abstract

The article stresses that the recent German criminal legislation is increasingly criticized as "excessively punitive". Emphasis on the fact that at present there is a tendency to exaggerated punishment demands, emergence of new legally defined crimes and the introduction of harsher punishments for crimes. The author provides various definitions of the term "punitive legislation" and invites us to distin-

guish three points: the punitive mentality of individuals, society and the punitive actions of the judiciary. The research highlights the phenomenon that legislative bodies take more and more laws related to the introduction of new punitive sanctions. The study also lists the main features inherent in the modern criminal law. The paper reveals the basic arguments in favor of the adoption of legislative innovations in the field of law, due to technical and economic progress and the latest technology. When considering the question of the delimitation of punitive and not punitive legislation the research refers to the practical philosophy, focusing on the harm principle and the contractual theory of the origin of the state, has a monopoly on legitimate violence. The article presents a very detailed analysis of the possibility of limiting the punitive power of the state, guided by these basic constitutional principles, as the principle of proportionality, ultima-ratio, the principles of legality and guilt. This paper includes the detailed study of the human dignity as the limit of the state's punitive rules. Particular attention is paid to the concept of what is legally good, limiting criminal prosecution. The author quotes the famous decision of the Federal Constitutional Court of Germany of incest on February 26, 2008, that made mischief in the scientific community. The article also details the problem of existence and legal benefits, and lists the functions inherent in the concept of good. The research emphasizes the close connection of empirical knowledge of criminal law and the definition of measures of criminal liability, as well as the importance of interdisciplinary contacts. It concludes with a major rule to the definition of punitive legislation and the definition of measures of criminal liability.

Keywords

Punitive legislation, ultima ratio, practical philosophy, punitive rules, constitutional principles, the doctrine, human dignity, empirical knowledge.

References

1. Appel, Ivo: *Verfassung und Strafe: zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin 1998 (Diss. Freiburg im Breisgau 1997).
2. Baumann, Jürgen: *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*. In: *JZ* 1983, 935-939.

3. Baumann, Jürgen; Weber, Ulrich; Mitsch, Wolfgang: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003.
4. Beck, Susanne: Stammzellforschung und Strafrecht. Zugleich eine Bewertung der Verwendung von Strafrecht in der Biotechnologie, 2006.
5. Birnbacher, Dieter: Mehrdeutigkeiten im Begriff der Menschenwürde. In: Aufklärung und Kritik, Sonderheft 1/1995.
6. Bottke, Wilfried: Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes? In: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, In dubio pro Libertate, 2009, S. 93-111.
7. Cornils, Matthias: Sexuelle Selbstbestimmung und ihre Grenzen. In: ZJS 2009, 85-89.
8. Cremer-Schäfer, Helga; Steinert, Heinz: Straflust und Repression. Zur Kritik der populistischen Kriminologie, 1998.
9. Feinberg, Joel: The Moral Limits of Criminal Law, Vol. 1, Harm to Others, 1984; Vol. 2, Offense to Others, 1985; Vol. 3, Harm to Self, 1986; Vol. 4, Harmless Wrongdoing, 1988.
10. Gallas, Wilhelm: Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung. In: Gegenwartfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Graf W. Gleispach, 1936.
11. Greco, Luis: Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutlehre übrig? In: ZIS 2008, 234-238.
12. Gusy, Christoph: Sicherheitskultur – Sicherheitspolitik – Sicherheitsrecht. In: KritV 2010, S. 111-128.
13. Harcourt, Bernard: "The Collapse of the Harm Principle" in The Journal of Criminal Law and Criminology 90 (1999), 109 ff.
14. Hassemer, Winfried: Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. In: ZRP 92, 378-383.
15. Hassemer, Winfried: Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik. In: StV 95, 483-490.
16. Hassemer, Winfried: Die neue Lust auf Strafe. In: Frankfurter Rundschau Nr. 296 vom 20. Dezember 2000, S. 16.
17. Hassemer, Winfried: Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, 2. Aufl. 1996.

18. Hassemer, Winfried: Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973.
19. Hefendehl, Roland; Andrew von Hirsch; Wohlers, Wolfgang (Hrsg.): Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Staates oder dogmatisches Glasperlenspiel? 2003.
20. Heinz, Wolfgang: Zunehmende Punitivität in der Praxis des Jugendkriminalrechts? Analysen aufgrund von Daten der Strafrechtspflegestatistiken. In: Das Jugendkriminalrecht vor neuen Herausforderungen? Jenaer Symposium 9.-11. September 2008, veranst. vom Bundesministerium der Justiz, 2009.
21. Hesel, Gerd J.: Untersuchungen zu Dogmatik und den Erscheinungsformen des "modernen Strafrechts", 2003.
22. Hilgendorf, Eric: Beobachtungen zur Entwicklung des deutschen Strafrechts 1975 – 2005. In: Eric Hilgendorf; Jürgen Weitzel (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung. Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie, 2007, S. 191-215.
23. Hilgendorf, Eric: Die deutsche Strafrechtsentwicklung 1975 – 2000. Reformen im Besonderen Teil und neue Herausforderungen. In: Thomas Vormbaum; Jürgen Welp (Hrsg.), Das Strafgesetzbuch. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, Supplementband I, 2004, S. 258-380.
24. Hilgendorf, Eric: Glück und Recht. Vom "pursuit of happiness" zum Recht aus Selbstbestimmung. In: Hermes Andreas Kick (Hrsg.), Glück. Ethische Perspektiven – aktuelle Glückskonzepte, LIT Verlag Münster, 2008, S. 47-64.
25. Hilgendorf, Eric: Jahrbuch für Recht und Ethik 1999, 137-158.
26. Hilgendorf, Eric: Recht und Moral. In: Aufklärung und Kritik 2001, 72-90.
27. Hirsch, Hans Joachim: Moderne Strafgesetzgebung und die Grenzen des Kriminalstrafrechts. In: Strafrechtliche Probleme Band II, hg. von Lilie, 2009, S. 21 – 36.
28. Hobbes, Thomas: Leviathan (1651), ed. by MacPherson, 1985.
29. Hong, Seung-Hee: Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und das Computerstrafrecht, 2002.
30. Hörnle, Tatjana: Der Schutz von Gefühlen im StGB. In: Die Rechtsgutstheorie, S. 268-280.
31. Hörnle, Tatjana: Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik. In: NJW 2008, 2085-2088.

32. Hufen, Friedhelm; Jahn, Matthias: BVerfG – 26.2.08 – 2 BAI 392/07 – Strafbarkeit des Geschwisterinzests. In: JuS 2008, 48, 6, 550- 552.
33. Jacobson, Daniel: Philosophy and Public Affairs 29 (2000), 276-309.
34. Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin, 1996.
35. Kury, Helmut; Kania, Harald; Obergfell-Fuchs, Joachim: Worüber sprechen wir, wenn wir über Punitivität sprechen? Kriminologisches Journal, 36. Jg., 8. Beiheft 2004: Punitivität, S. 51.
36. Kühne, Hans-Heiner; Miyazawa, Koichi (Hrsg.): Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, 2000, S. 15-36.
37. Lagodny, Otto: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, 1996.
38. Lautmann, Rüdiger; Klimke, Daniela; Sack, Fritz (Hrsg.): Ökonomische Rationalität und Moral. Inklusions- und Exklusionsmodi in überwachten Städten. In: Kriminologisches Journal, 36. Jg., 8. Beiheft 2004: Punitivität, S. 155-175.
39. Leipziger Kommentar (LK), Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2007.
40. Lewisch, Peter: Verfassung und Strafrecht. Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung, 1993.
41. Locke, John: Second Treatise on Government. In: Two Treatises on Government (1690), ed. by. Laslett, 1991.
42. Mahlmann, Matthias: Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 2010.
43. Mill, John Stuart: Die Freiheit (On Liberty, 1859). Перевод, введение и комментирование Grabowsky, 1945, 4. Aufl. 1973, S. 212 – 236.
44. Naucke, Wolfgang: Die robuste Tradition des Sicherheitsstrafrechts. In: KritV 2010, S. 129-136.
45. Naucke, Wolfgang: Schwerpunktverlagerung im Strafrecht. In: KritV 93, S. 135-162.
46. Noltenius, Bettina: Grenzenloser Spielraum des Gesetzgebers im Strafrecht? In: ZJS 2009, 15-21.
47. Prittwitz, Cornelius. Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993.

48. Roxin, Claus: Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik. In: Festschrift für Ernst-Joachim Lampe, 2003, S. 423.
49. Roxin, Claus: Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests. In: StV 2009, 544-550.
50. Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, II, 4. Aufl. 2006.
51. Sanchez, Jesus-Maria Silva: Die Expansion des Strafrechts. Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften, 2003.
52. Schünemann, Bernd: Grob anstößiges Verhalten – strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005.
53. Schünemann, Bernd: Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. In: GA 1995, 201-229.
54. Schmidt-Jortzig, Edzard: Grenzen der staatlichen Strafgewalt, In: P. Badura / E. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2001, Bd. 2, S. 505-525.
55. Schroeder, Horst: Die Rechtsgüter des Embryonenschutzgesetzes. In: Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 533.
56. Stepanians, Markus: Paternalismus in der Rechtsphilosophie: Die moralischen Grenzen des Strafrechts. In: Quante, M., (Hrsg.): Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, 2009, Bd. 14 (2009), S. 129.
57. Stratenwerth, Günter: Zum Begriff des "Rechtsguts". In: Festschrift für Theodor Lenckner, 1998, S. 377 – 391.
58. Wrage, Nikolaus: Grenzen der staatlichen Strafgewalt: Überlegungen zu einer Renaissance des materiellen Verbrechensbegriffs, 2009.
59. Zabel, Benno: Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht. In: JR 2008, 453-457.
60. Ziethen, Jörg: Zur Verfassungsmäßigkeit des § 172 Abs 2 StGB. In: NStZ 2008, 614-618.