

Prävention als Zweck und Rechtfertigung des modernen Strafrechts?

(현대형법의 목적과 정당화로서 예방?)*

Prevention as goal and legitimacy
of the modern criminal law?

고 봉 진**
Ko, Bong-Jin

Contents

- I. Einführung
- II. Die beiden Aspekte der Normen nach Jakobs
- III. Prävention im Schuld, Rechtsgut und der Strafung im Vorfeld
- IV. Gegenmeinungen des Präventionsstrafrechts
- V. Fazit

국문초록

3가지 형벌이론(특별예방이론, 소극적 일반예방이론, 적극적 일반예방이론)에서 특별예방이론과 소극적 일반예방이론은 형벌의 목적과 정당성과 연결되지만, 적극적 일반예방이론은 '형벌의 목적과 정당화로서 예방'과 관련되어 있

논문접수일 : 2014.11.15

심사완료일 : 2014.12.09

게재확정일 : 2014.12.11

* This work was supported by the research grant of the Jeju National University in 2014(이 논문은 2014년도 제주대학교 학술연구지원사업에 의하여 연구되었음). 이 논문은 2014년도 단기 국외연수(독일 프랑크푸르트대학 법과대학)의 결과물입니다.

** 법학박사 · 제주대 법학전문대학원 부교수

다. 이제까지 적극적 일반예방이론은 형벌이론으로 다루어졌으나, 적극적 일반예방이론의 올바른 자리는 형벌이론보다는 형법이론이다.

형법이론으로서 적극적 일반예방이론은 '현대형법의 규범과 귀속'에 대한 이론구성으로 나타난다. 독일의 야콥스(Günther Jakobs) 교수는 형법이론으로서 적극적 일반예방이론과 관련하여 사회통제수단으로 형법을 적극적으로 활용할 것을 자신의 이론에 기초해 주장한다. 그는 '형법은 사회의 정체성(동일성)을 형성하는 규칙'이라는 규범이론을 제안한다. 이에 따르면 형법은 법익을 보호하는 것이 아니라 사회의 정체성(동일성)을 결정하는 규범으로 기능한다. 또한 그는 개인적 귀속을 광범위하게 활용할 것을 제안한다. 그에 따르면 규범의 기능은 원치 않는 행동을 막는 데 있는 것이 아니라, 행위기대의 안정화에 있다고 본다. 이에 근거해서 규범적 기대를 기대할 수 있는 역할담당자(의 무자)에 책임귀속을 하게 된다.

야콥스의 형법이론에 따르면, 적극적 일반예방이론은 법익론, 추상적 위험범, 귀속이론(책임이론)의 영역에서 형법의 확장을 근거짓는 형법이론으로 작용한다. 프랑크푸르트 대학의 형법교수인 프리트비츠(Cornelius Prittwitz) 교수는 하쎄머(Winfried Hassemmer) 교수의 견해에 근거하여 사회통제수단으로 형법을 적극적으로 활용하는 것에 대해 반대한다. 이에 따르면 사회의 동일성을 형성하는 규범은 형법이 아니라 법 전체가 되어야 하며, 따라서 형법은 다른 사회통제수단을 고려해야 한다. 프리트비츠 교수는 적극적 일반예방이론은 형법의 목적과 정당성에 대한 위험형법의 대담방법이라면서 경계한다. 그에 따르면 위험사회의 조건 하에서 일반예방의 형법(위험형법)은 거대조종형법이 되었는데, 이는 효율성과 정당성의 측면에서 여러 문제를 낳는다.

주제어 : 적극적 일반예방이론, 현대형법의 목적과 정당성, 귄터 야콥스, 빈프리트 하쎄머, 코르넬리우스 프리트비츠

I . Einführung

Die Überlegungen zu den modernen Kriminalitäten in den Bereichen von Wirtschaft, Umwelt, organisierter Kriminalität und Atomkernenergie usw. fordern den Einblick in die Zusammenhänge zwischen der Gesellschaft, der Norm und dem Strafrecht. Das sozialwissenschaftlich orientierte Strafrecht scheint notwendig zu sein, obwohl man dabei die Tendenz des modernen Strafrechts leugnet. Die Schwierigkeit, die Straftheorien und die Strafrechtstheorien zu formulieren, liegt also darin, wie man die strafrechtinneren Aspekte und die strafrechtexternen Aspekte zusammenfassen kann. Die heute mögliche Antwort auf diese Frage kann im engen Zusammenhang mit der Gesellschaft, in der wir leben, gegeben werden. Diese ist die Risikogesellschaft, die gleichzeitig unsichere Gefahrgesellschaft und verunsicherte Gesellschaft ist.¹⁾

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich insbesondere mit den Themata 'die Theorie der positiven Generalprävention' und 'Prävention als Zweck und Rechtfertigung des modernen Strafrechts'. Sicherlich ist die Theorie der positiven Generalprävention ein Antwortversuch der Risikogesellschaft auf die Frage nach dem Zweck und der Legitimität des Strafrechts.²⁾ Außerdem kann nur von diesem Standpunkt aus die Prävention die Straftheorie mit der Strafrechtstheorie verbinden.³⁾ Von den Einsichten der strafrechtlichen Sozialwissenschaft muss ein Straftheorie zugleich eine Strafrechtstheorie sein.⁴⁾

1) Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1992, S. 49 ff.

2) Prittwitz (Fn. 1), S. 234 f. Auch Cornelius Prittwitz, "Positive Generalprävention und 'Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters'?", in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, FS für Hassemer zum 60. Geburtstag, Baden-Baden, Nomos-Verlag, 2000, S. 162 ff.

3) "Die 'Theorie der positiven Generalprävention' verpflichtet das Strafrecht - im Unterschied zur Lehre von der Integrationsprävention -, sich durch seine Formalisierung sozialer Kontrolle als Vorbild eines humanen Umgangs mit dem abweichenden Verhalten zu zeigen. Sie verbindet die Straftheorie mit der Strafrechtstheorie." Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1990, S. 334.

Die positive Generalprävention hat seinen Ursprung im Normstabilisierungseffekt der Strafe und des Strafrechts. Die Kriminalprävention kommt nicht aus der Abschreckung des potentialen Täters, sondern aus der Normanerkennung der Bürger. Die Generalprävention durch Einübung in Normanerkennung ist die Aufgabe des Strafrechts, und die Kriminalprävention kommt aus dieser Aufgabe des Strafrechts.⁵⁾

Aus diesem Grund fragt man sich, ob die Kriminalprävention die Aufgabe des Strafrechts ist. "Fragen kann man sich, ob diese Aufgabe des Strafrechts noch als Präventionszweck angesehen werden kann. Es geht, wie Jakobs klarstellt, gar nicht mehr um das bescheidene Ziel der Prävention abweichenden Verhaltens, sondern um die Stabilisierung normativer Erwartungen, die für das soziale Leben unumgänglich sind. Es geht, auch wenn Jakobs selber meint, das Strafrecht habe eine präventive Funktion, weil es die Bedingungen sozialer Interaktion schütze, mehr um symbolische Versicherung als um manifeste Prävention."⁶⁾

II. Die beiden Aspekte der Normen nach Jakobs

Hier will ich auf Jakobs' Normtheorie eingehen. Um zu wissen, was die

4) Hassemer, "Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen?", in: Prittwitz, Baumann (Hrsg.), FS für Klaus Lüderssen zum 60. Geburtstag, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, S. 239. Bei Hassemer kommt ein Element hinzu, dass bei Jakobs fehlt oder zumindest nicht explizit wird: Danach muss eine Straftheorie mit einer Strafrechttheorie verbunden sein. Und sein Konzept positiver Generalprävention beruhe auf der Strafrechttheorie, die Strafrecht als Teilbereich sozialer Kontrolle ansieht. Dazu Prittwitz (Fn. 1), S. 216.

5) Für Hassemer ist das eigentlich Positive an der positiven Generalprävention nicht die Verbrechensprävention, sondern die vorbildliche Vermittlung des humanen Umgangs mit Abweichung. Dazu Prittwitz (Fn. 1), S. 221.

6) Prittwitz (Fn. 1), S. 228.

positive Generalprävention von Jakobs ist, ist das auch notwendig. Meines Erachtens ist seine Theorie darin bedeutend, dass sie die Prävention als Zweck und Rechtfertigung von Strafrecht präsentiert. Nach Hassemer gibt aber das präventiv orientierte Strafrecht Beispiele für die Funktionalisierung des Strafrechts: die Verfolgung gesellschaftspolitischer Ziele mit den Mitteln des Strafrechts. Die Prävention besteht seiner Meinung nach in einer Orientierung des Strafrechts auf sonstige soziale Kontrolle.⁷⁾

Jakobs formuliert seine Theorie mit Hilfe von Luhmann, der die normstabilisierende Funktion von Sanktionen vorgeschlagen hat.⁸⁾ Zum einen versteht Jakobs die Normen als die Regeln der Gestaltung von der Identität der Gesellschaft, und zum anderen als die normativen Erwartungen, deren Enttäuschung durch personale Zurechnung widerspricht werden muss. "Die Straftat wird nicht als Beginn einer Evolution genommen, auch nicht als kognitiv zu erledigendes Ereignis, sondern fehlerhafte Kommunikation, wobei der Fehler dem Täter als sein Verschulden zugerechnet wird."⁹⁾ Im Rahmen der positiven Generalprävention liegt die Strafe in der Kategorie der Kommunikation, die den Täter als Person behandelt.¹⁰⁾

Jakobs zweite Definition der Normen kommt aus Luhmann, aber die erste Definition der Normen formuliert er selbst. Diese bezieht sich auf die Probleme der Prävention als Zweck und Rechtfertigung von Strafrecht, auf die ich später eingehen will.

7) Hassemer, "Prävention im Strafrecht", *JuS* 1987, S. 264 f.

8) Luhmann, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., Wertdeutscher Verlag, 1987, S. 40 ff.

9) Jakobs, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken", *ZStW* 107, 1995, S. 844.

10) Jakobs, *Das Schuldprinzip*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1993, S. 27.

1. Die Regeln der Gestaltung der Identität der Gesellschaft

Für Jakobs ist die Normen entscheidend, weil sie das Kriterium der Strafbarkeit sind. Für Jakobs ist das Kriterium der Rechtsgüter zu eng und untauglich als Kriterium der Strafbarkeit. Statt des Kriterium der Rechtsgüter schlägt er die Normen als Kriterium der Strafbarkeit vor. Bei den Normen handelt es sich um keine Feststellung eines Zustandes, sondern um Gestaltung, und zwar Gestaltung der Identität der Gesellschaft. Die Normen sind also die Regeln dieser Gestaltung.¹¹⁾

Jakobs formuliert seine Theorie mit Hilfe der Systemtheorie Luhmanns. Jakobs versteht das Strafrecht als Teilsystem der Gesellschaft und schlägt die Normen als die Regeln, die die Identität der Gesellschaft gestalten, vor. Erst im kommunikativen Verständnis der Tat als normwidersprechende Behauptung und der Strafe als normbestätigende Antwort kann man Jakobs Meinung verstehen. Die Leistung des Strafrechts besteht also darin, dem Widerspruch gegen die identitätsbestimmende Normen der Gesellschaft seinerseits zu widersprechen. Das Strafrecht bestätigt also gesellschaftliche Identität.¹²⁾ Er legt großen Wert auf die wechselseitige Abhängigkeit zwischen der Gesellschaft und dem Strafrecht: die Lösung eines gesellschaftlichen Problems durch das Strafrecht erfolgt jedenfalls durch das Rechtssystem als gesellschaftliches Teilsystem, und das heißt, dass sie innerhalb der Gesellschaft erfolgt. Es ist also ausgeschlossen, Gesellschaft und Strafrecht auseinanderzureißen.¹³⁾ Für Jakobs ist das Strafrecht ein Teilsystem der

11) "Da es um Gestaltung geht, und nicht um die Feststellung eines Zustandes, bestimmt sich die Identität der Gesellschaft über die Regeln der Gestaltung, also über Normen und nicht über Zustände oder Güter." Jakobs (Fn. 9), S. 848: 야콥스의 형법이론에 대한 간략한 소개로는 고봉진, 현대형법에서 규범타당성과 개인귀속 - 위험, 위험인수, 의무 -, 법과 정책 제17집 제1호, 2011, 제주대학교 법과정책연구소, 36면 이하.

12) Jakobs (Fn. 9), S. 844 ff.

13) Jakobs (Fn. 9), S. 846.

Gesellschaft als System. Das Strafrecht ist das Teilsystem, das die gesellschaftliche Identität bestätigt. Wie das Strafrecht die Identität der Gesellschaft bestätigt und wie die Prävention und diese Funktion zusammenhängen, hat Jakobs ebenfalls dargelegt. Damit will ich mich im nächsten Kapitel beschäftigen.

Konkret gesehen steht Jakobs Normenvorschlag, in dem die Normen als Regeln der Gestaltung der Identität der Gesellschaft gelten, im Zusammenhang mit seiner Kritik zur Rechtsgütertheorie und seinem Vorschlag für die Strafung im Vorfeld. Hier befindet sich die Identität der Gesellschaft im Schwerpunkt.

2. Normative Erwartung und personale Zurechnung

Die Funktion von Normen liegt nach Luhmann nicht in der Verhinderung unerwünschter Handlungen, sondern in der Stabilisierung von Verhaltenserwartungen.¹⁴⁾ Jakobs versteht die Funktion der Norm als die Erwartung, eine Person werde sich in einer bestimmten Lage in bestimmter Weise verhalten, und zwar nicht wegen des Ergebnisses der Verrechnung von Lust mit Unlust, sondern einzig wegen ihres Person-Seins; mit anderen Worten, eine Norm ordnet die Welt nicht über das Schema von Lust und Unlust der Individuen, sondern über dasjenige der Pflichten und der Freiräume von Personen, also Rollenträgern.¹⁵⁾ Gesellschaft solle stabilisiert werden, und vom freien Subjekt sei nicht die Rede.¹⁶⁾ In diesem Zusammenhang

14) Luhmann (Fn. 8), S. 43.

15) Jakobs, "Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung", in: ARSP, *Verantwortung in Recht und Moral*, Beiheft 74, 2000, S. 57; Eingehend Jakobs., *Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2011, S. 63 ff; Grundlegend zur Person als kommunikative Konstruktion Luhmann, *Soziale Systeme*, Grundriss einer allgemeinen Theorie, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984, S. 429 ff.

führt Jakobs den Gedanken der personalen Kommunikation ein. Das Ordnungsschema, nach dem Personen gebildet werden, ist der binäre Code 'Sollen/Freiraum'. Eine Person nimmt innerhalb einer Gruppe eine Rolle ein. Sie besitzt eine durch normative Verständigung gewonnene Gestalt, in der Pflichten wie Rechte gebündelt werden.¹⁷⁾ Bei Jakobs sind nicht Individuen, sondern die Personen die Elemente der Gesellschaft. Bei Jakobs ist das psychische System der Individuen nicht wichtig, sondern das soziale System der Personen und die Pflichten der Rollenträger zur Gesellschaft. Die Zurechnung wird ohne psychischen Gegenstand hergestellt, wird vielmehr nach Zweckgesichtspunkten bestimmt.¹⁸⁾

Die Definition der gesellschaftsbezogenen Person von Jakobs befindet sich im Schwerpunkt von Jakobs' Meinung über die Zurechnungslehre und die Schuldlehre.¹⁹⁾ Jakobs scheint mir durch die Formulierung der Person als Rollenträger, zwei Grundkonzepte überwinden zu versuchen, nämlich das täterorientierte Konzept und das gesellschaftsorientierte Konzept.²⁰⁾

16) Jakobs (Fn. 9), S. 849.

17) Jakobs, (Fn. 10), S. 59.

18) Jakobs, *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen : Mohr, 1976. S. 16.

19) Das Wort »Person« stammt ursprünglich von lateinisch *persona*, dem Wort für die Maske, die die Schauspieler im antiken Drama trugen. Indem die Schauspieler eine Maske benutzten, zeigten sie an, dass sie eine Rolle spielten. Nach dem Oxford Dictionary lautet eine der gegenwärtig gebräuchlichen Bedeutungen des Begriffs *Person*: »ein selbstbewusstes oder rationales Wesen«. In diesem Sinn ist der Begriff in der Vergangenheit von untadeligen Philosophen verstanden worden. John Locke definiert eine Person als »ein denkendes intelligentes Wesen, das Vernunft und Reflexion besitzt und sich als sich selbst denken kann, als dasselbe denkende Etwas in verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten«. Singer, *Praktische Ethik* (übersetzt von Bischoff, Wolf und Klose), Stuttgart, 1994, S. 120.

20) Aus diesem Grund findet Lüderssen auch, Jakobs' Funktionalismus gewinnt seine Aussagekraft vor allem durch die Gegenüberstellung von 'Sinn' und 'Natur' und personaler oder instrumentaler Kommunikation. Die Option für Sinn und personale Kommunikation ist geknüpft an den rollenorientierten Begriff des Subjekts, und daraus ergibt sich dann eine bestimmte "Identität der Gesellschaft". Lüderssen, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken", *ZStW* 107, 1995, S. 883.

III. Prävention im Schuld, Rechtsgut und der Strafung im Vorfeld

Außer der Theorie der positiven Generalpräventionstheorie wird sich das Präventionskonzept mit der Rechtsgutlehre, mit Gefährdungsdelikten, mit der Zurechnungslehre und der Schuldlehre befassen. Jakobs' zwei Aspekte der Normen scheinen mir besonders zur Abschaffung der Rechtsgutlehre und der Schuldlehre und zur Ausweitung der Delikten zu führen. Hiervon ist die Prävention als Zweck und Rechtfertigung von Strafrecht betroffen. Das Präventionskonzept kann in zwei Konzepte geteilt werden, und zwar die Prävention, bei der es um die positive Generalprävention geht, und die Prävention, bei der es um Kriminalitäten geht, die in der Risikogesellschaft entstehen. Von diesem Standpunkt aus hat Prittwitz das Strafrecht der Risikogesellschaft formuliert:

“Wo die Grenze zwischen Schuld und Prävention geaugnet wird, da verschimmt auch die Grenze zwischen Strafrecht und Kriminalpolitik. [...] Die Gesellschaft, in der wir leben, ist die Risikogesellschaft, die gleichzeitig unsicherere Gefahrgesellschaft und verunsicherte Gesellschaft ist. Für das Strafrecht bedeutet dieses Mehr an Unsicherheit in objektiver wie subjektiver Hinsicht Konjunktur. Beide Modelle von Risikogesellschaft erwarten offensichtlich gerade vom Strafrecht einen wichtigen Beitrag zur Lösung des Problems. Das drückt sich aus in den Begriffen des präventiven Strafrechts einerseits, das in der Risikogesellschaft zum Mittel der Großsteuerung zu avancieren scheint, und des symbolischen Strafrechts andererseits, dem in der rationalisierten, individualisierten und anonymisierten Risikogesellschaft die Rolle eines Garanten von Orientierungssicherheit zugeadcht scheint.”²¹⁾

21) Prittwitz (Fn. 1), S. 236. Der Versuch, das Strafrecht auf die Herausforderung der Risikogesellschaft einzustellen, habe eine zunehmende Folgenorientierung und Betonung der Prävention zur Folge, damit verbunden eine Entformalisierung und Flexibilisierung

Folgendermaßen gehe ich von Prittwitz' Risikogesellschaftsanalyse aus, und sehe mit Luhmanns Systemtheorie Jakobs' Meinung über Prävention in der Schuld, Zurechnung, Rechtsgut und der Strafung im Vorfeld an. Danach möchte ich einige Gegenmeinungen gegenüberstellen.

1. Identitätsbestimmende Normen versus Rechtsgüter

Jakobs ist der Meinung, dass die Identität der Gesellschaft sich über die Regeln der Gestaltung bestimmt, also über Normen und nicht über Zustände oder Güter. „Strafrecht garantiert keine Gütersicherheit, sondern Normgeltung.“²²⁾ „Sicherlich scheint das Kriterium des Schutzguts Jakobs zu eng und untauglich zu sein. Jakobs' Meinung nach schützt das Strafrecht keine Rechtsgüter, sondern die identitätsbestimmenden Normen. Die Aufgabe des Strafrechts darf nicht die Vermeidung von Güterverletzungen sein. Aufgabe ist vielmehr die Bestätigung der Normgeltung, wobei Geltung mit Anerkennung gleichzusetzen ist.“²³⁾

„Mit Hilfe der Risikogesellschaftsanalyse ist es nicht schwierig, die Zunahme der identitätsbestimmenden Normen zu beobachten. Das neue Strafrecht der Großsteuerung schützt mehr und andere Rechtsgüter. Damit ist sowohl die 'schrakenlos' anmutende Disponibilität der Rechtsgüter (Lüderssen, Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, 1989, S. 7) angesprochen als auch die Neigung des Gesetzgebers, immer mehr auf einen personalen Bezug zu verzichten und dafür 'vage', aber 'plakativ beschriebene' 'Universalrechtsgüter' (Hassmer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, S. 275 und S. 278) in den Mittelpunkt zu stellen.“²⁴⁾

sowie letztlich eine Erosion des tradierten rechtsstaatlichen Strafrechts.

22) Jakobs, Der *strafrechtliche Handlungsbegriff*, Beck Juristischer Verlage, München, 1992, S. 37.

23) Jakobs (Fn. 15), S. 10.

Amelung hat auch versucht, mit Hilfe der Systemtheorie das Kriterium des Rechtsguts durch die Sozialschädlichkeit zu ersetzen.²⁵⁾ Das Kriterium des Rechtsguts scheint nach Amelung heutzutage nicht mehr zu gelten, um die Straftaten zu bestimmen. Besonders hat das funktionalistische Denken Jakobs' Meinung nach die Rechtsgutslehre anachronistisch gemacht. Die Bedrohung eines Rechtsguts durch ein Verhalten ist notwendige, aber nicht auch zugleich hinreichende Voraussetzung der Verhaltenskriminalisierung.²⁶⁾ Sollen wir das Kriterium des Rechtsguts aufgeben? Aber das Kriterium der identitätsbestimmenden Normen scheint mir noch unklar. In diesem Zusammenhang hat Neuman und Schroth Amelungs Kriterium der Sozialschädlichkeit kritisiert, weil die Bestimmung der Sozialschädlichkeit mit Hilfe des Kriteriums der Gefährdung des Fortbestandes der Gesellschaft nur dann nicht leer ist, wenn es möglich ist, Kriterien der Identität einer Gesellschaft anzugeben.²⁷⁾ Aus diesem Grund muss zuerst geklärt werden, wie und mit welchen Kriterien die Identität einer Gesellschaft bestimmt werden kann.

Die zweite Gegenmeinung gegen Jakobs' Meinung richtet sich gegen die Gesellschaft selbst. Jakobs hat Luhmanns Systemtheorie nur teilweise übernommen.²⁸⁾ Luhmanns Meinung nach ist die heutige Gesellschaft anders als Jakobs Meinung keine Gesamtgesellschaft, sondern nichts anderes als die Differenz der Funktionssysteme. Die moderne Gesellschaft ist also 'die Gesellschaft ohne Zentrum' oder 'die multizentrische Gesellschaft'.²⁹⁾

24) Prittwitz (Fn. 1), S. 245.

25) Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Diss. Göttingen, Frankfurt am Main, 1972, S. 361 ff.

26) Hassemer, "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", in: Philipps, Scholler (Hrsg.), FS für Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, *Jenseits des Funktionalismus*, Decker & Müller, 1989, S. 88.

27) Neuman/Schroth, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1980, S. 112.

28) Jakobs sagte, dass seine Ausführungen der Systemtheorie Luhmanns keineswegs konsequent, ja nicht einmal in allen Hauptsachen folgen. Dazu Jakobs (Fn. 9), S. 843.

Wir leben in der Gesellschaft, aber nicht in einer Gesellschaft. Zum Beispiel nur mit dem binären Code Recht/Unrecht ist das Rechtssystem nicht in der Lage, die nach dem Code Zahlen/Nicht-Zahlen funktionierende Wirtschaft zu beurteilen. Aus diesem Grund lohnt es sich, in allen Systembereichen jeweils die Normen, also die Regeln der Gestaltung für die Identität der Gesellschaft, finden zu versuchen.

2. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung

„Das neue Strafrecht der Großsteuerung schützt das früher, also schon im Vorfeld einer Verletzung (Angesprochen sind hier sowohl die allgemeinen Tendenzen der „Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung“ (Jakobs, ZStW 97 (1985), S. 751 ff.), als auch speziell die Neigung zu neuen und neu begründeten (dazu: Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989) Gefährdungsdelikten, (kritisch dazu: Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991).“³⁰⁾

Die merkwürdige Tendenz des modernen Strafrechts ist die Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. Durch seinen Vorschlag „Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung“ steht Jakobs auf der gleichen Linie, auf der sich der oben genannte Schutz der Identität der Gesellschaft befindet.

Jakobs hat mit drei Gründen versucht, die Aufwertung der abstrakten Gefährdungsdelikte vom Polizeidelikt - als bloße oder doch hauptsächlichliche Ordnungsstörung - zum Kriminaldelikt - als Angriff auf die gesellschaftliche Identität - zu rechtfertigen.³¹⁾ Erstens sagt er, dass es auch bei den abstrakten Gefährdungsdelikten um die Erhaltung von Normgeltung geht.

29) Luhmann (Fn. 8), S. 193 ff.

30) Prittwitz (Fn. 1), S. 245.

31) Jakobs (Fn. 9), S. 856.

Durch die Aufwertung zum Kriminaldelikt muss man sich an die Geltung der Normenorientierung. Zweitens erklärt er die Aufwertung zum Kriminaldelikt mit Hilfe der Aufwertung der Sicherheit. Abstrakte Gefährdungsdelikte stören nicht mehr nur die öffentliche Ordnung, sondern verletzen auch ein Recht auf Sicherheit. Drittens und hauptsächlich ist die Grenze zwischen erlaubtem oder gar erwünschtem Verhalten und normwidrigem Verhalten heute in nicht wenigen Teilen der Gesellschaft keine gewachsene, einer gelebten Sittlichkeit korrespondierende Grenze, sondern sie wird schlicht konstruiert, mehr oder weniger willkürlich festgesetzt.³²⁾

Aber bei den abstrakten Gefährdungsdelikten ist Luhmanns Meinung ganz anders als Jakobs' Meinung. Die Vorfeldkriminalisierung bei den abstrakten Gefährdungsdelikten ist das Zweckprogramm, das durch Strafrecht in anderen Systembereichen eingesetzt wird. Das ist mit der Kritik an der sozialstaatlichen Verrechtlichung verbunden.

3. Schuld als Derivat der Generalprävention

Die Rechtfertigung der Strafe durch die Prävention ist in der Schuldlehre sehr umstritten. Es geht hier um den Zweck des Strafrechts (die Stabilisierung einer bestimmten Ordnung) und die Anknüpfung der Strafe an Schuld als das Mittel zur Realisierung.³³⁾ Jakobs'Hauptthese ist der Zweckbezug der Schuldmomente in einer Theorie der Zurechnung: die Ermittlung von Schuld bei Anwendung des geltenden Strafrechts besteht in der Begründung des Bedürfnisses, zur Bestätigung der Verbindlichkeit der

32) Jakobs (Fn. 9), S. 855 ff. Er nennt als Beispiel für einen dritten Grund das Umweltrecht. Die Schärfe der Grenze, am sinnfälligsten bei den Grenzwerten im Umweltrecht, gehört zur Identität der gegenwärtigen Gesellschaft, da diese es nicht nur zulässt, sondern wegen ihrer Abhängigkeit von der Wirtschaft sogar darauf angewiesen ist, dass bis an die Grenze jeder mögliche Vorteil herausgeschlagen wird.

33) Jakobs (Fn. 10), S. 3.

Ordnung gegenüber dem rechtstreuen Bürger in bestimmten Maß zu strafen: Schuld wird durch Generalprävention begründet und nach dieser Prävention bemessen.³⁴⁾ Ist Schuld schon immer zweckbestimmt, so folgt daraus zwingend: Der Zweck, der in die Schuld eingeht, kann durch Schuld nicht limitiert werden, und die Schuld, in die der Zweck eingegangen ist, begründet Strafe.³⁵⁾ Bei Jakobs ist der Schuldbegriff nur ein normaler Begriff und nur der Zweck kann dem Schuldbegriff Inhalt geben. Bei Jakobs ist der Schuldbegriff die Zuständigkeit für einen Mangel an dominanter rechtlicher Motivation bei einem rechtswidrigen Verhalten.³⁶⁾

Die Kritik richtet sich gegen den Schuldmaßstab und die Funktionalisierung der Schuld von Jakobs. "Mit dem Schuldmaßstab wird also nicht ein Subjekt gemessen, sondern eine Person, und zwar die denkbar allgemeinste Person, deren Rolle es ist, das Recht zu respektieren." "Im Ergebnis spielt sich das Strafrecht nicht im Einzelbewusstsein ab, sondern in der Kommunikation. [...] Der funktionale Schuldbegriff ist notwendig eben in dem Maß deskriptiv, in dem die Gesellschaft bestimmt ist."³⁷⁾

Trotz vieler Kritiken scheint mir der Zweckgedanke Kraft zu bekommen, damit die Lebensführungsschuld kritisiert wird, weil er eine Interpretation des Schuldbegriffs ist, die einerseits den kriminalpolitischen Zwecken entspricht und andererseits den Anschein erwecken konnte, dass die schuldsteigernde Wirkung des Rückfalls nicht das Resultat präventiver Zweckerwägungen gewesen ist, sondern ganz unabhängig davon aus einer sachgerechten Analyse des Schuldprinzips allein folge.³⁸⁾ Die Konstruktion

34) Jakobs (Fn. 10), S. 9.

35) Jakobs (Fn. 10), S. 32.

36) Jakobs, *Strafrechts, Allgemeiner Teil, die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin/New York, 1993, S. 467.

37) Jakobs (Fn. 9), S. 866 f. Zur Kritik an der funktionalen Schuldlehre von Jakobs, Stübinger, "Nicht ohne meine »Schuld«!", *KJ*, 1993, S. 37 ff.

38) Baumann, "Schuldlose Dogmatik?", in: Lüderssen/Sack(Hrsg.), *Abweichendes Verhalten*

der Lebensführungsschuld, der immer wieder, beim Affekt, bei Verbotsirrtum oder auch beim Problemen der Fahrlässigkeit begegnet wird, ist nicht anders als ein mühsam verhüllter Kunstgriff, um präventive Notwendigkeiten doch noch notdürftig mit dem Schuldgedanken zu versöhnen.³⁹⁾ Es dürfte der Mühe lohnen, einmal dem Gedanken nachzugehen, ob nicht die Regeln, die heute unter dem Gesichtspunkt der Lebensführungsschuld diskutiert wird, unter dem Gesichtspunkt der Generalprävention einen guten Sinn haben könnten.⁴⁰⁾ Die mögliche beste Lösung kann man finden, indem man die Lebensführungsschuld nicht anerkennt. Aber dieser Weg steht gegen die Tendenz des modernen Strafrechts, und er steckt im Dilemma.

IV. Gegenmeinungen des Präventionsstrafrechts

Um die Probleme des Präventionsgedanken als Zweck und Rechtfertigung von Strafrecht zu finden, brauchen wir nicht nur die soziologische Beobachtungsperspektive, sondern auch die rechtstheoretische Beobachtungsperspektive, weil Hauptquellen für den Präventionsgedanken nicht nur die Rechtssoziologie, sondern auch Rechtsphilosophie, Kriminologie und Kriminalpolitik sind. Man muss auch die Frage berücksichtigen, ob zwei Beobachtungsperspektiven auf den anderen Dimensionen stehen können.

IV, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1980, S. 227.

39) Baumann (Fn. 38), S. 227.

40) Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1977, S. 44. Mir scheint die Beziehung zwischen der Tatschuld und der Lebensführungsschuld der Beziehung zwischen dem personalen Rechtsgut und dem universalen Rechtsgut ähnlich zu sein. Das universale Rechtsgut und die Lebensführungsschuld befinden sich zwar jeweils im Rechtsgutreich und im Schuldreich, aber sie haben ihre Begrenzungsrolle des Rechtsguts und der Schuld verloren.

1. Das Trilemma des regulatorischen Rechts

Von der Seite der Systemtheorie aus erfolgt die erste Kritik an der Prävention als Zweck und Rechtfertigung von Strafrecht. Die hervorragende Kritik an der Leistungsfähigkeit des präventiven Strafrechts kommt aus Teubners Trilemma des regulatorischen Rechts. "Die Steuerungsprobleme des Rechts sind unübersehbar. Das erklärt die Attraktivität einer Theorie, die diese Probleme nicht als Betriebsunfall behandelt, sondern als notwendige Folge einer generellen Steuerungsunfähigkeit des Rechts. Das aber ist das Hauptergebnis des systemtheoretisch inspirierten Nachdenkens über Recht als eines selbständigen Teilsystem, das andere Teilsysteme nur beobachten, nicht aber beeinflussen kann. In den Worten Teubners: „Die doppelte Autopoiese - die des Rechts und die der gesellschaftliche Teilsysteme - (bedingt die) Unmöglichkeit der direkten Rechtsintervention.“⁴¹⁾

Das Präventionsdilemma wird in dem Satz "Prävention ist ein akzeptables Konzept nur, wenn sie gelingt"⁴²⁾ oder in dem Satz "Das präventive Strafrecht ist erfolgreich nur bei der Zerstörung seiner eigenen Grundlagen"⁴³⁾ beschrieben.⁴⁴⁾

Prittwitzs Analyse nach ist unter den Bedingungen der Risikogesellschaft aus dem Strafrecht der Spezial- und Generalprävention ein Strafrecht der Großsteuerung geworden, das gegenüber den Problemen des klassischen Präventionsstrafrechts spezifische Effektivitäts- und Legitimitätsfragen aufwirft.⁴⁵⁾ Er nennt drei Gründe: Die Kontraproduktivität der strafrechtlichen Großsteuerungsversuche, das destruktive Potential des Strafrechts (der

41) Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, 1989, S. 117. zit. Prittwitz (Fn. 1), S. 140.

42) Hassemer, "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", *NStZ*, 1989, S. 558.

43) Hassemer, "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", *StV* 9, 1995, S. 486.

44) Prittwitz (Fn. 1), S. 241 (Fn. 21).

45) Prittwitz (Fn. 1), S. 245.

Großsteuerung) für das (rechtsstaatlich-liberale) Strafrecht, die mittel- und langfristige Nebenfolge dieser Nebenfolgen. Kurz gesagt, die Ziele, die mit dem Strafrecht der Großsteuerung verfolgt werden, werden nicht erreicht. Dafür ist absehbar, dass der Einsatz dieses Strafrechts unerwünschte Nebenfolgen produziert.⁴⁶⁾

2. Unverfügbares im Strafrechtssystem

Von der Seite des Strafrechts aus erfolgt die Zweite Kritik an der Prävention als Zweck und Rechtfertigung von Strafrecht. Zum Unverfügbaren im Strafrechtssystem gehört vor allem 'Strafrecht als ultima ratio'. Hassemers These ist: Prävention ist das herrschende Paradigma unserer Zeit und auch unserer Kriminalpolitik. Prävention aber kann nicht Ziel des Strafrechts sein, sie kann sich nur im Rücken einer gerechten Antwort auf das Verbrechen ereignen. Macht man sie zum Ziel, so gefährdet man Institutionen, ohne die das Strafrecht nicht überleben kann.⁴⁷⁾

Obwohl Hassemers Normverständnis anders als Jakobs Normverständnis ist, scheint von meiner Sicht aus Hassemer Jakobs die Frage zu stellen, welche Normen konkret die Normen sind, die die Identität der Gesellschaft gestalten. "Zu eng ist die Beschränkung auf nur einen Teil der strafrechtlichen Normen, nämlich die Vorschriften des Besonderen Teils des Strafrechts, die mit Strafe bewehrten Verhaltensgebote. [...] Sie lässt die anderen Normen des Strafrechts außer Betracht, die für eine Strafzielbestimmung unter dem Stichwort „Normvertrauen“ keineswegs ferner liegen als die strafrechtlichen Verbote, nämlich insbesondere die Regeln des Strafverfahrensrechts, des strafrechtlichen Verfassungsrechts und

46) Prittitz (Fn. 1), S. 247.

47) Hassemer (Fn. 43), S. 486.

auch die Lehren des Allgemeinen Teils. [...] Nicht nur die Verbote des Besonderen Teils, sondern auch diese Gebote, Prinzipien und Regeln bestimmen die Farbe des Strafrechts und haben einen Anspruch auf normative Prägung der Bevölkerung.”⁴⁸⁾

Individuelle Zurechnung gehört auch zum Unverfügbaren.⁴⁹⁾ Jakobs hat sie durch personale Zurechnung ersetzt.

3. Jenseits der positiven Generalprävention

Von der Seite der Kriminologie aus erfolgt die dritte Kritik an der Prävention als Zweck und Rechtfertigung von Strafrecht. Soweit Kriminalitätstheorien, genauer: Kriminalitätslogische Theorien, d.h. Theorien, die sich mit den Ursachen kriminellen Verhaltens befassen, biologische, soziologische oder psychologische Faktoren als kriminogen identifizieren, drohen sie die Basis des Schuldstrafrechts, die Vorstellung von der menschlichen Willens- oder Handlungsfreiheit, ins Wanken zu bringen.⁵⁰⁾ Aber sie drohen auch Jakobs' Theorie der positiven Generalprävention, weil die verschiedenen Ursachen der Kriminalität bei Jakobs gleichgültig sind, und die positive Generalprävention durch die Normenstabilisierung für kriminalitätslogische Theorien die andere Welt ist. Durkheims Behauptung einer positiven Funktion des Verbrechens

48) Hassemer (Fn. 3), S. 238.

49) Keinen Zweifel an der Legitimität eines solchen effektiven Strafrechts hat, wer ein Risikorecht vorschlägt, in dem Kausalität, individuelle Zurechnung, und der Grundsatz in dubio pro reo als „altväterliche Kategorien“ in den Ruhestand geschickt werden, Prittwitz (Fn. 1), S. 243 f; Während sich in der Rechtspolitik, in der sie begleitenden Theorie und in den Rechtsdogmatiken Funktionalismus, Prävention, Abwägungsmechanik und Folgenberücksichtigung ausbreiten, arbeitet die neueste Rechtsphilosophie an einer tieferen Begründung der Unverfügbarkeit. Hassemer, „Unverfügbares im Strafprozess“, in: Kaufmann(Hrsg.), FS für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1988, S. 195.

50) Neumann/Schroth (Fn. 27), S. 2.

für die Gesellschaft stellt die Ziele der präventiven Straftheorien tendenziell in Frage. Dass eine Theorie, derzufolge Kriminalität allein aus gesellschaftlichen 'Zuschreibungen' resultiert (labelingapproach), das Strafrecht als Instrument der Kriminalitätsbekämpfung radikal in Frage stellt, liegt auf der Hand.⁵¹⁾

4. Formalisierter Teilbereich sozialer Kontrolle

Während das Strafrecht bei der Jakobs' Theorie ein Teil der Gesellschaft ist,⁵²⁾ ist das Strafrecht bei der Hassemers Theorie ein Teil der Gesellschaftskontrolle. Aus diesem Grund hat die Prävention bei den beiden Theorien einen anderen Sinn. Bei Hassemer ist präventive Orientierung des Strafrechts Orientierung auf soziale Kontrolle außerhalb des Strafrechts selbst.

Eine präventive Orientierung droht das Strafrecht im Interesse kriminalpolitischer Ziele zu funktionalisieren und Rechtsbeeinträchtigungen betroffener Bürger mit Folgen zu legitimieren, deren Eintritt nicht gewiß ist. Die Antwort darauf kann nicht die Rückkehr zu einem Vergeltungsstrafrecht sein. Vielmehr muss dem auf 'Effektivität' ausgerichteten modernen Strafrecht eine klare normative Opfergrenze gezogen werden, und eine präventiv begründete Rechtfertigung von belastenden Strafrechtsfolgen ist überall dort ausgeschlossen, wo über den Eintritt der externen Folgen keine angemessene Gewissheit herrscht.⁵³⁾

Von der Seite der Kriminalpolitik aus erfolgt die vierte Kritik an der Prävention als Zweck und Rechtfertigung von Strafrecht. Ich halte es für

51) Neumann/Schroth (Fn. 27), S. 2.

52) Mit der Betonung der Zeitdimension als Grundlage der Funktion des Rechts finden wir uns im Gegensatz zu einer älteren Lehre der Rechtssoziologie, die mit Begriffen wie soziale Kontrolle oder Integration den Akzent auf die soziale Funktion des Rechts gelegt hatte. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993S. 15.

53) Hassemer (Fn. 7), S. 266.

richtig, dass das Strafrecht als »formalisierter Teilbereich sozialer Kontrolle« angesehen wird, und die Funktion des Strafrechts die Funktionen anderer Gesellschaftskontrollen berücksichtigen muss. Von diesem Standpunkt aus kann der Ausweg für die Prävention als Zweck und Rechtsfertigung gefunden werden.

“Da Strafrecht nicht isoliert wirkt, sondern vielmehr innerhalb eines Gesamtsystems sozialer Kontrolle (dessen formalisierter Teilbereich das Strafrecht ist), muss eine strafrechtliche Theorie der Generalprävention die Wechselwirkungen zwischen Strafrecht und anderen Kontrollinstanzen (Familie, Berufsumgebung, Schule usw.) beachten. Heilsame Wirkung durch Strafrecht sind dann nicht mehr nur Abschreckung (rational kalkulierender Täter), sondern die langfristige positive Beeinflussung sozialer Normen; diese Beeinflussung kann beispielweise über eine humane, rechtsstaatliche und auf die Rechte der Beteiligten achtende Politik von Strafrecht und Strafverfahren eher gelingen als über eine zu Verschärfungen neigende Politik der Abschreckung.”⁵⁴⁾

V. Fazit

Oben habe ich Jakobs' Theorie unter dem Titel 'Prävention als Zweck und Rechtfertigung von Strafrecht' dargestellt. Das von der Zweckrationalität instrumentalisierte Strafrecht präsentiert die Präventionsorientierung. Vor allem habe ich Jakobs' Theorie mit zwei Präventionsgedanken verbunden. Diese beide Präventionsgedanken sind mit dem anderen Normverständnis verbunden.

Zum einen geht es um den in der Rechtsgutlehre und den abstrakten

54) Hassemer (Fn. 7), S. 262.

Gefährdungsdelikten eingesetzten Präventionsgedanke. In diesen Bereichen werden die Normen zweckrational als die Regeln der Gestaltung der Identität der Gesellschaft eingesetzt. Meines Erachtens werden diese Bereiche von Prittwitz als die Phänomene des Strafrechts der Großprävention befasst. Aus Prittwitz' Analyse der Risikogesellschaft und des Risikostrafrechts kann man das Problem der Effektivitätsorientierung vom modernen Präventionsstrafrecht genau erkennen.

Zum anderen handelt es sich um den in der Zurechnungslehre, der Schuldlehre und der Theorie der positiven Generalprävention eingesetzten Präventionsgedanken. Jakobs versteht nach Luhmanns Modell die Funktion der Norm als die Erwartung, also die Stabilisierung von Verhaltenserwartungen. Bei seiner Zurechnungslehre und Schuldlehre schlägt er 'Person' als das moderne Menschbild vor, das sich für den modernen Normperspektive eignet. Aber das entscheidende Problem liegt darin, dass das Strafrecht als Normwissenschaft vom sozialwissenschaftsorientierten Strafrecht, vor allem vom mit der Systemtheorie erklärten Strafrecht allein unter dem funktionalen Gesichtspunkt der Stabilisierung von Verhaltenserwartungen, nicht begriffen werden kann.

Aus diesen Gründen scheint die Theorie der positiven Generalprävention als »formalisierter Teilbereich sozialer Kontrolle« noch attraktiver zu sein. Als ein Teil der Gesellschaftskontrolle kann die Theorie der positiven Generalprävention nicht nur die Straftheorie und die Strafrechtstheorie, sondern auch die Sozialpolitiktheorie werden.

Ich denke, dass das moderne Strafrechtssystem für die Zweckrationalität zu offen ist. Man muss aber das Risiko eingehen, die Zweckrationalität mit der instrumentalen Rationalität bei den Rechtsgütern und den abstrakten Gefährdungsdelikten zu verwechseln. Zur Zeit herrscht die Tendenz, das Strafrecht zu einem funktionalen Instrument der Innenpolitik zu erweitern und seine klassischen Schranken abzubauen. Die Zwecke, denen das

Risikostrafrecht dienen will, sind, risikosoziologisch gesprochen, einerseits die Risikominimierung, andererseits die Vermittlung von Sicherheit.⁵⁵⁾ Ein entscheidendes kriminalpolitisches Argument ist dabei stets fast selbstverständlich gesellschaftliche Gefährlichkeit der fraglichen Verhaltensweisengewesen.⁵⁶⁾

참고문헌

- Hassemer, Winfried: Prävention im Strafrecht, JuS, 1987, S. 257 ff.
- Hassemer, Winfried: Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NSTZ 1989, S. 553 ff.
- Hassemer, Winfried: Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, S. 378 ff.
- Hassemer, Winfried: Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik, StV 9/1995, S. 486 ff.
- Hassemer, Winfried: Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen?, in: FS für Klaus Lüderssen, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, S. 239 ff
- Luhmann, Niklas: Das Recht der Gesellschaft, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993
- Lüderssen, Klaus: Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW 107, 1995, S. 883 ff.
- Jakobs, Günther: Strafrechts, Allgemeiner Teil, die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin/New York, 1993
- Jakobs, Günther: Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und

55) Prittwitz (Fn. 1), S. 366.

56) Herzog, "Nullum Crimen Sine Periculo Sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln", in: Lüderssen, Nestler-Tremel, Weigend(Hrsg.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1990, S. 105.

- „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW 107, 1995, S. 843 ff.
- Jakobs, Günther: Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung, in: ARSP, Verantwortung in Recht und Moral, Beiheft 74, 2000
- Prittitz, Cornelius: Strafrecht und Risiko, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1992
- Prittitz, Cornelius: Positive Generalprävention und “Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters”? in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. FS für Winfried Hassemer zum 60. Geburtstag, Baden-Baden, Nomos-Verlag, 2000, S. 162 ff.
- 고봉진, 현대형법에서 규범타당성과 개인귀속 - 위험, 위험인수, 의무 -, 법과 정책 제17집 제1호, 2011, 제주대학교 법과정책연구소, 27면-43면.

[Abstract]

Prevention as goal and legitimacy of the modern criminal law

Ko, Bong-Jin

Dr. jur., Professor, Jeju University Law School

While the theory of special prevention and the theory of passive general prevention are related to the goal and legitimacy of criminal punishment, the theory of positive general prevention is directly related to the goal and legitimacy of the modern criminal law. Until now we regard the theory of positive general prevention as theory of criminal punishment. But in my opinion we should consider the theory of positive general prevention as

theory of the modern criminal law.

The theory of positive general prevention as theory of the modern criminal law is related to the theory of the norm and personal responsibility (personal obligations). Günther Jakobs asserts that we should use the modern criminal law more actively as 'prima-ratio' tool of society control. He proposes the modern criminal law as 'rules that determines the identity of society'. He uses the term of personal obligations. The theory of positive general prevention makes the expansion of the modern criminal law possible in three distinct areas: Rechtsgut, Gefährdungsdelikt, Zurechnung.

But Cornelius Prittwitz takes precautions against the theory of Günther Jakobs. He opposes to the idea that the modern criminal law is used as 'prima-ratio' tool of society control. He revises the theory of positive general prevention as the theory of the modern criminal law. He thinks that the theory of positive general prevention is related to the modern 'Risikostrafrecht'. Under the condition of risk society the modern 'Risikostrafrecht' becomes the massive control law that causes many problems in the aspect of effectiveness and legitimacy.

In my articles I compares two important views of the modern criminal law.

Key words : the theory of positive general prevention, goal and legitimacy of the modern criminal law, Günther Jakobs, Winfried Hassemer, Cornelius Prittwitz