

А.Ф. Бернер

Учебник уголовного права

Том 1. Часть общая

**Москва
«Книга по Требованию»**

УДК 340
ББК 67.0
А11

А11 **А.Ф. Бернер**
Учебник уголовного права: Том 1. Часть общая / А.Ф. Бернер – М.: Книга по Требованию, 2021. – 941 с.

ISBN 978-5-518-05904-7

Часть общая и особенная.
С примечаниями, приложениями и дополнениями.
По истории Русского права и законодательству положительному.

ISBN 978-5-518-05904-7

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2021
© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2021

Эта книга является репринтом оригинала, который мы создали специально для Вас, используя запатентованные технологии производства репринтных книг и печати по требованию.

Сначала мы отсканировали каждую страницу оригинала этой редкой книги на профессиональном оборудовании. Затем с помощью специально разработанных программ мы произвели очистку изображения от пятен, клякс, перегибов и попытались отбелить и выровнять каждую страницу книги. К сожалению, некоторые страницы нельзя вернуть в изначальное состояние, и если их было трудно читать в оригинале, то даже при цифровой реставрации их невозможно улучшить.

Разумеется, автоматизированная программная обработка репринтных книг – не самое лучшее решение для восстановления текста в его первозданном виде, однако, наша цель – вернуть читателю точную копию книги, которой может быть несколько веков.

Поэтому мы предупреждаем о возможных погрешностях восстановленного репринтного издания. В издании могут отсутствовать одна или несколько страниц текста, могут встретиться невыводимые пятна и кляксы, надписи на полях или подчеркивания в тексте, нечитаемые фрагменты текста или загибы страниц. Покупать или не покупать подобные издания – решать Вам, мы же делаем все возможное, чтобы редкие и ценные книги, еще недавно утраченные и несправедливо забытые, вновь стали доступными для всех читателей.

«Amicus Plato,
sed magis amica veritas».

ВВЕДЕНИЕ.

§ 1.

Группировка вопросов заключающихся въ введении.

Предметы, образующіе собою содержаніе Введенія въ Уголовное Право, распадаются на три группы изъ которыхъ каждая имѣетъ особый, свойственный ей, характеръ.

Первая изъ нихъ имѣетъ своимъ основаніемъ обще научную необходимость, свойственную всѣмъ, даже совершенно абстрактнымъ и неопирающимся на историческій матеріалъ, наукамъ. Къ этой группѣ относятся: Понятіе уголовного права, выводъ Принципа уголовного права и Отношеніе уголовного права къ наукамъ, какъ ему подчиненнымъ такъ и надъ нимъ стоящимъ, (энциклопедическое положеніе уголовного права). Эта группа будетъ философскаго содержанія.

Вторая группа имѣетъ своимъ основаніемъ особый положительный и историческій складъ всей науки права. Она обнимаетъ собою исторію и, кроящіяся въ ней, источники уголовного права. Эта группа будетъ историческаго содержанія.

Въ третьей группѣ соединяются вспомогательныя средства нашей науки: такъ называемыя вспомогательныя науки и литература.

ПЕРВАЯ ГРУППА.

**ПОНЯТІЕ УГОЛОВНАГО ПРАВА, ВЫВОДЪ ПРИНЦИПА УГОЛОВНАГО ПРАВА
И ПОЛОЖЕНІЕ ЕГО ВЪ РЯДУ ДРУГИХЪ ЭНЦИКЛОПЕДИЧЕСКИХЪ НАУКЪ.**

§ 2.

Необходимость философской точки зрѣнія.

1. На входныхъ вратахъ излагаемой науки должно быть прежде всего написано ея понятіе. Этого требуетъ учебная цѣль. Лицо, приступающее къ занятіямъ какою либо наукою, должно тотчасъ же ориентироваться въ ней и быть обезопасено отъ неправильнаго на нее взгляда.

2. Но дача понятія составляетъ только вывѣску на зданіи науки а не какую либо часть самаго зданія. Наука начинается только съ выводомъ принципа, составляющаго фундаментъ зданія. Къ этому то выводу должно будетъ перейти козь скоро, изложеніемъ понятія, удовлетворено первому требованію учебной цѣли.

Этотъ порядокъ, впрочемъ, не признается всѣми.

Есть два способа изложенія спеціальнѣй науки. Или ее разсматриваютъ какъ нѣчто цѣлое, въ самомъ себѣ законченное и замкнутое; или же принимаютъ во вниманіе ея зависимость отъ

высшаго знанія и начинаютъ поэтому изложеніе самой науки съ вывода ея изъ этого знанія (изъ философіи).

Первая метода есть эмпирическій способъ изложенія науки. Она излагаетъ матеріалъ науки, такъ какъ онъ собранъ, въ возможно доступномъ обзорѣнію, но совершенно внѣшнемъ порядкѣ и не заботится при этомъ о выводѣ всего содержанія изъ единого начала.

Вторая метода есть настоящій способъ научнаго изложенія. Ибо исходная точка и фундаментъ каждой спеціальной науки кроются въ философіи. Уклоняться отъ философіи, значитъ строить на воздухѣ и начинать излагать науку безъ всякаго принципа—значитъ отречься совершенно отъ характера научности.

Конечно и философія не есть нѣчто законченное и безусловно установившееся. Еще ни одна философская система не приобрѣла всецѣло общаго признанія. Поэтому и наше изложеніе уголовного права, хотя оно и будетъ выведено изъ философіи, не можетъ быть чѣмъ либо законченнымъ и безусловно истиннымъ.

Тѣмъ не менѣе тотъ, кто обрабатываетъ научнымъ образомъ какую либо спеціальную науку, не можетъ устроить себя отъ подобнаго вывода—устраненіе котораго можетъ проистекать только изъ интересовъ чуждыхъ наукъ; онъ долженъ стремиться только къ тому, чтобы поддерживать постоянно свою науку въ уровень съ современнымъ развитіемъ философіи.

3. Наука соподчиненная не можетъ быть точно также начата, вполне сознательно и правильно, безъ ознакомленія, какъ съ науками подчиненными ей самой, такъ и съ науками стоящими надъ нею. Представляя изъ себя только отдѣльный членъ въ цѣломъ организмѣ наукъ она должна находится въ какомъ нибудь отношеніи къ наукамъ ей сопредѣльнымъ. Слѣдовательно, ежели мы желаемъ, чтобы наша наука была понята вполне, то мы должны точно также ознакомиться и съ положеніемъ уголовного права въ ряду другихъ энциклопедическихъ наукъ. Да притомъ же это внѣшнее разграниченіе науки имѣетъ вліяніе и на ея внутренній строй. ¹⁾

¹⁾ Cp. Schleiermacher. Entwurf eines Systems der Sittenlehre. Berl. 1835. § 1—21.

I

ПОНЯТИЕ УГОЛОВНАГО ПРАВА.

§ 3.

Уголовное право въ субъективномъ и въ объективномъ смыслѣ.

Выраженіе «Право наказывать» (Strafrecht) имѣетъ двоякое значеніе, которое только въ своей цѣлости соответствуетъ полному понятію уголовного права.

Во первыхъ, выраженіе «право наказывать» можетъ быть понимаемо въ субъективномъ смыслѣ, какъ право государство на отправленіе наказанія (jus puniendi). Въ этомъ случаѣ оно означаетъ совокупность правъ, принадлежащихъ государству, какъ субъекту отправляющему карательную дѣятельность.

Во вторыхъ, въ противоположность сказанному, мы можемъ точно также говорить и объ уголовномъ правѣ въ объективномъ смыслѣ, то есть: о совокупности тѣхъ основныхъ положеній, которыми должно руководится государство, при отправленіи своего карательнаго права.

Ежели мы взглянемъ на исходный принципъ этихъ основныхъ положеній уголовного права въ объективномъ смыслѣ, то мы найдемъ въ немъ начало и основаніе уголовного права въ субъективномъ смыслѣ. Основныя положенія уголовного права въ объективномъ смыслѣ не только опредѣляютъ собою какимъ образомъ государство должно пользоваться своимъ карательнымъ правомъ, но они показываютъ намъ также, что и въ какихъ случаяхъ оно можетъ и должно имъ пользоваться. Слѣдовательно уголовное право въ объективномъ смыслѣ вызываетъ само уголовное право въ субъективномъ смыслѣ. Государство имѣетъ право наказывать только въ такомъ случаѣ, когда эти основныя положенія требуютъ наказанія и обращаютъ наказуемость какого либо дѣянія въ обязанность государства. Сталобыть то, что представляется намъ съ одной стороны правомъ, является, съ дру-

гой стороны, обязанностію; даже болѣе, обязанность есть источникъ права, и уголовное право въ субъективномъ смыслѣ (Strafrecht im subjectiven Sinne) должно быть поэтому разсматриваемо, какъ исчадіе уголовного права въ объективномъ смыслѣ (Strafrecht im objectiven Sinne).

§ 4.

Задача науки уголовного права.

Разсматриваетъ ли наука уголовного права уголовное право въ объективномъ или же уголовное право въ субъективномъ смыслѣ?

Послѣ вышесказаннаго отвѣтъ на этотъ вопросъ весьма легокъ.

Конечно мы будемъ имѣть дѣло главнымъ образомъ съ тѣми основными положеніями, которыя должно соблюдать государство, при отправленіи своего корательнаго права, но мы должны въ тоже самое время вывести необходимость и дать основаніе праву наказывать. Слѣдовательно, какъ понятіе уголовного права исчерпывается только тогда, когда мы обнимемъ его какъ въ субъективномъ, такъ и въ объективномъ смыслѣ, точно также и наука уголовного права должна обнимать собою и то и другое: излагая необходимость наказанія вообще и опредѣленной его мѣры за опредѣленное преступленіе, она доказываетъ тѣмъ самымъ право и обязанность государства наказывать, т. е. Уголовное право въ субъективномъ и объективномъ смыслѣ.

§ 5.

Уголовное право какъ право положительное и какъ наука.

Хотя уголовное право, составляющее предметъ нашихъ занятій, есть право положительное, однако это нисколько не нарушаетъ его научнаго характера. Положительность требуется самимъ понятіемъ права. Согласно своей собственной природѣ и задачѣ, право должно быть положительнымъ.

Самособою разумѣется что отсюда нельзя заключать къ тому, чтобы

то или другое положительное право удовлетворяло всѣмъ требованіямъ науки. Никакое положительное право не удовлетворяетъ воемъ своихъ частяхъ праву, съ точки зрѣнія науки. Подобному тому какъ вообще всякое чистое понятіе болѣе или менѣе искажется въ своемъ воплощеніи въ жизни, точно также и намъ придется нерѣдко усматривать уклоненія положительнаго права отъ требованій науки.

Въ подобныхъ случаяхъ мы должны будемъ разсматривать нашъ предметъ съ двоякой точки зрѣнія, и именно: во первыхъ, съ точки зрѣнія судьи, во вторыхъ, съ точки зрѣнія законодателя. Только при этомъ условіи мы можемъ, излагая положительное право, остаться въ уровень съ наукой.

Безспорно что судья стоитъ подъ закономъ. Онъ долженъ признать положительный законъ, даже и тогда когда онъ становится въ разрѣзъ съ требованіями науки. Законодатель, напротивъ того, долженъ выводить свои постановленія изъ принциповъ. Отъ него долженъ исходить положительный законъ, поэтому онъ долженъ сознавать вопросъ въ его философскомъ понятіи. Для теоретика розысканіе этого чистаго, (философскаго) понятія вопроса имѣетъ громадное значеніе. Съ уничтоженіемъ его онъ былъ бы лишенъ самой науки. Она обратилась бы для него въ простое законознаніе (*gesetzkunde*).

Теоретикъ никогда не имѣетъ въ виду только одно, то или другое, положительное законодательство, но всегда въ тоже самое время и чистую науку. Онъ можетъ передавать законодательство положительное не иначе какъ возвысившись надъ послѣднимъ, до самой сущности предмета.

Точно также философское ознакомленіе съ предметомъ не излишне и для практика. Въ самомъ дѣлѣ ежели законодатель черпаетъ свои выводы изъ чистой науки и восходитъ къ принципамъ, стоящимъ надъ всѣми положительными правами, то понятно, что и практикъ не будетъ имѣть возможности проникнуть въ зиждательное начало и духъ своего кодекса ежели онъ не въ состояніи слѣдовать по тому пути, которымъ шелъ законодатель. Онъ можетъ похвалиться только въ такомъ случаѣ дѣйствительнымъ и живымъ пониманіемъ своего законодательства, когда онъ пойметъ весь тотъ умственный

процессъ которымъ созданъ тотъ или другой положительный законъ. Только при этомъ условіи мы можемъ ожидать отъ него плодотворнаго толкованія законодательныхъ постановленій.

II.

ВЫВОДЪ ПРИНЦИПА УГОЛОВНАГО ПРАВА ИЛИ О ТЕОРІЯХЪ ПРАВА НАКАЗЫВАТЬ.

§ 6.

Раздѣленіе уголовныхъ теорій.

Хотя и въ древности встрѣчаются важныя отдѣльныя изрѣченія о существѣ наказанія и объ уголовномъ правосудіи, ¹⁾ но собственно уголовныя теоріи—достояніе новѣйшихъ временъ.

Онѣ идутъ рука объ руку съ тѣми различными фазами, которыя прошло въ новое время понятіе государства. Согласно этому мы должны различать относительныя, абсолютныя и соединительныя (посредствующія между ними) теоріи. ²⁾

A.

ОТНОСИТЕЛЬНЫЯ ТЕОРІИ.

§ 7.

Общее значеніе относительныхъ теорій.

Въ концѣ прошедшаго и въ началѣ настоящаго столѣтія государство разсматривалось какъ учрежденіе, существующее только въ

¹⁾ Именно у Платона въ *Gorgias* (ed Bipont. Vol 4 pag. 49, 57, 65. 168) de Legg. (lib 9, 10, 11) въ *Protagoras* (ed. Bipont. pag. 114 vol 3). А равно и у Аристотеля, *Этика*. кн. 5. гл. 8.

²⁾ Раздѣленіе теорій на относительныя и абсолютныя принадлежитъ Германіи. Но оно такъ справедливо что принято и за границей. Такъ мы находимъ его у Hélie, въ введеніи ко 2-му изданію *Rossi, Traité de droit pénal* 1855 г. Срав. *Ortolan, Eléments de droit pénal*. 1855. Стр. 83 прим. 3.

видахъ выгодъ и пользы отдѣльныхъ лицъ,—какъ большое общество взаимнаго застрахованія, оправданіе котораго находится не въ немъ самомъ и не въ его собственномъ бытіи но въ личныхъ выгодахъ и въ индивидуальномъ благосостояніи. (Договорное государство).

Но уголовная дѣятельность есть только отдѣльная часть общей государственной дѣятельности. А потому ежели государственная дѣятельность имѣетъ своимъ предметомъ исключительно пользу отдѣльныхъ лицъ то понятно, что и уголовная дѣятельность государства существуетъ именно только для этой же цѣли.

Таковъ взглядъ относительныхъ теорій, опирающихся главнымъ образомъ на вышеприведенное пониманіе государства.

Согласно этому мы называемъ относительными (*relativetheorien*) тѣ теоріи, которыя стремятся вывести необходимость наказанія изъ его полезности, опираясь на цѣль, лежащую внѣ самаго наказанія.

Изъ безчисленнаго множества относительныхъ теорій мы ограничимся только слѣдующими.

§ 8.

т. н. старинная теорія устрашенія.

Грубѣйшая изъ всѣхъ относительныхъ теорій—старинная теорія устрашенія (*Abschreckungs theorie*), доказываетъ слѣдующимъ образомъ свою законность.

Масса народа постоянно наклонна къ преступленію. Правительство, слѣдовательно, имѣетъ непрестанно передъ собою кипучіе опасные элементы, которые должны быть охлаждены. Оно и употребляетъ, наказаніе, какъ средство ведущее къ этой цѣли; наказаніе, должно удерживать страхомъ своихъ каръ отъ нарушенія законовъ всѣхъ тѣхъ, въ комъ преобладаетъ наклонность къ преступленію. Возможный преступникъ долженъ быть запуганъ наказаніемъ постигающимъ дѣйствительнаго преступника. Правда, что не всѣ наказанія отправляются публично а поэтому и не всѣ они могутъ

дѣйствовать на преступника видомъ претерпѣваемыхъ страданій, но, тѣмъ не менѣе сознаніе той неизбѣжности, что за преступленіемъ непремѣнно послѣдуетъ наказаніе, остается, въ мнѣніи этой системы, самымъ цѣлесообразнымъ средствомъ для подавленія преступныхъ наклонностей. ¹⁾

Слѣдовательно эта террористическая система наказываетъ преступника не за то преступленіе, которое имъ дѣйствительно совершено, но за тѣ, которыя могутъ быть совершены въ будущемъ другими.

Теорія устрашенія отрекается такимъ образомъ отъ того положенія, что человѣкъ не вещь а лицо, поэтому онъ не долженъ быть употребляемъ какъ средство для доставленія выгодъ другимъ, но долженъ быть разсматриваемъ какъ самъ себѣ цѣль (Selbstzweck). Кроме того система эта исходитъ изъ того взгляда, что страхъ есть самое дѣйствительное средство для предупрежденія преступленій.

И то и другое признается ложнымъ со стороны теоріи исправленія.

§ 9.

Теорія исправленія.

Теорія исправленія (Besserungs theorie) уважаетъ въ преступникѣ человѣка, личность, поэтому она думаетъ, что онъ не можетъ быть низведенъ на степень простаго средства. Она стремится къ тому чтобы наказаніе не только удерживало отъ преступленія третьихъ лицъ, но чтобы оно спасало прежде всего самаго преступника отъ новыхъ преступленій. Но по ея мнѣнію этого возможно достигнуть не съ помощію устрашенія а, болѣе достойнымъ и благороднымъ образомъ, и именно черезъ исправленіе павшаго. Присущій каждому человѣку, духъ независимости, возстановляетъ преступника противу террористическаго наказанія. вмѣсто того чтобы отказаться отъ самаго совершенія преступленія, онъ будетъ стараться о томъ чтобы совершить

¹⁾ Gmelin. Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafe, стр. 35. А равно и другіе старинные криминалисты.

его возможно скрытіе. Большинство снова—преступниковъ, или рецидивистовъ, встрѣчается какъ разъ въ тѣхъ странахъ, гдѣ господствуютъ самыя варварскія казни. Хорошія послѣдствія могутъ быть достигнуты только мягкой дисциплиной а не дисциплиною расжигающею чувство мѣсти и ненависти.

Поэтому исправительная цѣль и есть истинное основаніе права наказывать ¹⁾.

Задача критики не распространяется на отдѣльныя драгоценныя частности этой теоріи. Критика задаетъ этой системѣ только одинъ вопросъ: гдѣ же ея основаніе права наказывать? Тщетно станете вы искать его. Теорія исправленія требуетъ наказанія, потому что должно исправлять; но она не вывела почему же должно исправлять именно посредствомъ наказанія; слѣдовательно наказаніе остается лишеннымъ всякаго основанія.

Если бы правовой принципъ наказанія заключался въ исправленіи то въ такомъ случаѣ не слѣдовало бы вовсе наказывать неисправимыхъ злодѣевъ, потому что нѣтъ никакой возможности надѣяться на ихъ исправленіе.

§ 10.

Теорія самозащиты.

Теорія самозащиты (Vertheidigungs theorie) видитъ въ уголовной дѣятельности государства отправленіе права необходимой обороны. Государство имѣетъ право на существованіе, потому что нравственная природа людей обязываетъ ихъ къ государственной жизни. Изъ права же на существованіе вытекаетъ право самосохраненія. Но каждое преступленіе есть посягательство на государственную жизнь, грозящее опасностью государству. По этому государство должно поставить виновника этого зла въ такое невыгодное положеніе, которое предотвращало бы грозящую опасность; такимъ средствомъ и является наказаніе ²⁾

¹⁾ Ср. Zeitschr für ausländ. Gesetzgebung Band VIII. Стр. 316. Mittärmaier къ Фейербаху § 149. Прим. 4.

²⁾ Особенно Martini. Lehrb § 11. Schulze, Romagnosi, Carmignani, Crispani. Ср. Trendelenbourg. Naturrecht auf dem Grunde der Ethik. Berlin 1860 § 56.