

А.Ф. Бернер

Учебник уголовного права

Том 1. Часть общая

Москва
«Книга по Требованию»

УДК 340
ББК 67.0
А11

A11 **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 вопросовъ заключающихся въ введении.

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

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

Вторая группа имѣть своимъ основаніемъ особый положительный и историческій складъ всей науки права. Она обнимаетъ собою исторію и, кроющіяся въ ней, источники уголовнаго права. Эта группа будетъ исторического содержанія.

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

ПЕРВАЯ ГРУППА.

ПОНЯТИЕ УГОЛОВНОГО ПРАВА, ВЫВОДЪ ПРИНЦИПА УГОЛОВНОГО ПРАВА И ПОЛОЖЕНИЕ ЕГО ВЪ РЯДУ ДРУГИХЪ ЭНЦИКЛОПЕДИЧЕСКИХЪ НАУКЪ.

§ 2.

Необходимость философской точки зрения.

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 орьентироваться въ ней и быть обезопашено отъ неправильного на нее взгляда.

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

Этотъ порядокъ, впрочемъ, не признается всѣми.

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

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

Первая метода есть эмпірическій способъ изложения науки. Она излагаетъ материалъ науки, такъ какъ онъ собранъ, въ возможно доступномъ обозрѣнію, но совершенно внѣшнѣмъ порядкѣ и незаботится при этомъ о выводѣ всего содержанія изъ единаго начала.

Вторая метода есть настоящій способъ научнаго изложения. Ибо исходная точка и фундаментъ каждой специальной 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 установленвшееся. Еще ни одна философская система не пріобрѣла всецѣло общаго признанія. Поэтому и наше изложение уголовнаго 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 специальную науку, не можетъ устранить себя отъ подобнаго вывода—устраниеніе котораго можетъ происходить только изъ интересовъ чуждыхъ наукѣ; онъ долженъ стремится только къ тому, чтобы поддерживать постоянно свою науку въ уровень съ современнымъ развитіемъ философіи.

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

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

I

ПОНЯТИЕ УГОЛОВНАГО ПРАВА.

§ 3.

Уголовное право въ субъективномъ и въ объективномъ смыслѣ.

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

Во первыхъ, выражение «право наказывать» можетъ быть понимаемо въ субъективномъ смыслѣ, какъ право государство на отправление 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 отправлении своего карательного права.

Ежели мы взглянемъ на исходный принципъ этихъ основныхъ положеній уголовнаго права въ объективномъ смыслѣ, то мы найдемъ въ немъ начало и основаніе уголовнаго права въ субъективномъ смыслѣ. Основныя положенія уголовнаго 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. Стало быть то, что представляется намъ съ одной стороны правомъ, является, съ дру-

гой стороны, обязанностю; даже более, обязанность есть источникъ права, и уголовное право въ субъективномъ смыслѣ (Strafrecht im subjectiven Sinne) должно быть поэтому рассматриваемо, какъ исчадіе уголовнаго права въ объективномъ смыслѣ (Strafrecht im objectiven Sinne).

§ 4.

Задача науки уголовнаго права.

Рассматриваетъ ли наука уголовнаго 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 отпраffлении своего корательнаго права, но мы должны въ тоже самое время вывести необходимость и дать основаніе праву наказывать. Слѣдовательно, какъ понятіе уголовнаго права исчерпывается только тогда, когда мы обнимемъ его какъ въ субъективномъ, такъ и въ объективномъ смыслѣ, точно также и наука уголовнаго права должна обнять собою и то и другое: излагая необходимость наказанія вообще и опредѣленной его мѣры за опредѣленное преступленіе, она доказываетъ тѣмъ самимъ 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 требованиямъ науки. Никакое положительное право неудовлетворяетъ вовсѣхъ 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 положительного права отъ требованій науки.

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

Безспорно что судья стоитъ подъ закономъ. Онъ долженъ принять положительный законъ, даже и тогда когда онъ становится въ разрѣзъ съ требованиями 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 бы былъ бы лишенъ самой науки. Она обратилась бы для него въ простое законознаніе (*gesetzeskunde*).

Теоретикъ никогда не имѣть въ виду только одно, то или другое, положительное законодательство, но всегда въ тоже самое время и чистую науку. Онъ можетъ передавать законодательство положительное не иначѣ 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 зиждительное начало и духъ своего кодекса ежели онъ не въ состояніи слѣдовать по тому пути, которымъ шелъ законодатель. Онъ можетъ похвалится только въ такомъ случаѣ дѣйствительнымъ и живымъ пониманіемъ своего законодательства, когда онъ пойметъ весь тотъ умственный

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

II.

ВЫВОДЪ ПРИНЦИПА УГОЛОВНАГО ПРАВА ИЛИ О ТЕОРИЯХЪ ПРАВА НАКАЗЫВАТЬ.

§ 6.

Раздѣленіе уголовныхъ теорій.

Хотя и въ древности встречаются важныя отдельныя изрѣченія о существѣ наказанія и объ уголовномъ правосудіи, ¹⁾ но собственно уголовные 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 относительные, абсолютные и соединительные (посредствующія между ними) теоріи. ²⁾

A.

ОТНОСИТЕЛЬНЫЕ ТЕОРИИ.

§ 7.

Общее значеніе относительныхъ теорій.

Въ концѣ прошедшаго и въ началѣ настоящаго столѣтія государство рассматривалось 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. кни. 5. гл. 8.*

²⁾ Раздѣленіе теорій на относительные и абсолютные 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 отдельныхъ лицъ,—какъ большое общество взаимного застрахования, оправдание которого 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 отдельная часть общей государственной дѣятельности. А потому ежели государственная дѣятельность имѣть своимъ предметомъ исключительно пользу отдельныхъ 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, которые стремятся вывести необходимость наказанія изъ его полезности, опираясь на цѣль, лежащую въ самаго наказанія.

Изъ безчисленнаго множества относительныхъ теорій мы ограничимся только слѣдующими.

§ 8.

т. н. старинная теорія устрашения.

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

Масса народа постоянно наклонна къ преступленію. Правительство, слѣдовательно, имѣть 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 дѣйствительного 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 преступлѣніемъ 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, которые 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 рассматриваемъ какъ самъ себѣ цѣль (Selbstzweck). Кромѣ того система эта исходитъ изъ того взгляда, что страхъ есть самое дѣйствительное средство для предупрежденія преступлений.

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 самого преступника отъ новыхъ преступлений. Но по ея мнѣнію этого возможно достигнуть не съ помощью устрашенія а, болѣе достойнымъ и благороднымъ образомъ, и именно черезъ исправленіе павшаго. Присущій каждому человѣку, духъ независимости, возстановляетъ преступника противу террористического наказанія. Вместо того чтобы отказаться отъ самого совершенія преступленія, онъ будетъ стараться о томъ чтобы совершить

¹⁾ Gmelin. Grundsätze der Gesetzgebung uber Verbrechen und Strafe, стр. 35. А равно и другие старинные криминалисты.

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

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

Задача критики не распространяется на отдельныя 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 правовый 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 самозащищенія.

Теорія самозащищенія (*Vertheidigungs theorie*) видитъ въ уголовной дѣятельности государства отправление права необходиомой 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. *Mittärmäier* къ *Фейербаху* § 149. Прим. 4.

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