

5
35

8336

Проверено 1961
ПРОВЕРЕНО
2000 г.

Хв
Фридрих
: Оми алма
349

ПОНЯТИЕ УГОЛОВНАГО ПРАВА И ОСНОВАНИЕ НАКАЗАНИЯ.

Леонида Българичъ-Котляревскаго.

Вступительная лекція, читанная въ Демидовскомъ Юриди-
ческомъ Лицеѣ 7 февраля 1883 года.



ЯРОСЛАВЛЬ.
Типографія Губ. Правленія
1883.

Печатано по опред. Совѣта Демидовскаго Юридич. Лицея.
Директоръ М. Капустинъ.

ПОНЯТІЕ УГОЛОВНАГО ПРАВА И ОСНОВАНІЕ НАКАЗАНІЯ.

I.

Иль. 10648.

Понятіе уголовного права *).

Подъ именемъ уголовного права разумѣется, во-1-хъ, право положительное, какъ совокупность нормъ, опредѣляющихъ мѣры наказанія за преступленія и, во-2-хъ, наука, которая занимается изслѣдованіемъ и обобщеніемъ понятій о преступленіи и наказаніи. Первое опредѣленіе ясно и не нуждается въ особыхъ комментаріяхъ; не то представляетъ собою понятіе самой науки уголовного права. Это понятіе часто затемняется включеніемъ въ него чуждыхъ элементовъ, расширеніемъ его сферы; мало того, раздаются голоса, отрицающіе самое бытіе уголовного права, какъ юридической науки. Одни утверждаютъ, что уголовное право въ современномъ его состояніи

*) *Источники:* Спасовичъ, Учебникъ уголовного права, § 1—4; Кистяковскій, Учебникъ уголовного права, § 1—21; Калмыковъ, Учебникъ уголовного права, стр. 7—24; Бернеръ, Учебникъ уголовного права, переводъ Пеклюдова, § 2—5; Будзинскій, Начала уголовного права, № 1—17; Hälschner, Das Gemeine Deutsche Strafrecht, 1881, § 1; Hugo Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, § 1; Меркель, über „das Gemeine Deutsche Strafrecht“ von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft, въ Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, herausg. von Dochow, стр. 553—596; Сергѣевскій, Преступленіе и наказаніе, какъ предметъ юридической науки, Юридич. Вѣстникъ, 1879 г., декабрь, стр. 877—904; Пахманъ, О современномъ движеніи въ наукѣ права, Спб., 1882

есть не болѣе какъ схоластика, которой пѣтъ дѣла до явленій живой дѣйствительности, до тѣхъ законовъ, которые управляютъ соціальной жизнью, какъ въ ея развитіи, такъ и въ современномъ ея состояніи. Наука уголовного права, говорятъ они, чтобы заслужить это названіе, должна превратиться въ одну изъ отраслей соціологіи и въ ней почерпать свое содержаніе. Другіе же, не замѣчая въ уголовномъ правѣ законовъ развитія понятій о преступленіи и наказаніи, совершенно отвергаютъ его научный характеръ, окрещивая его именемъ искусства. Какъ первое, такъ и второе возраженіе противъ уголовного права, какъ науки, основано на недоразумѣніи или вѣрнѣе на невѣрномъ представленіи о наукѣ права вообще. Первое возраженіе забываетъ, что, хотя преступленіе и наказаніе одинаково входятъ какъ въ область уголовного права, такъ и соціологіи, но изслѣдуются ими съ двухъ совершенно различныхъ точекъ зрѣнія. Первое разсматриваетъ преступленіе и наказаніе, какъ юридическое явленіе, т. е. какъ родовое абстрактное понятіе, между тѣмъ какъ соціологія имѣетъ дѣло съ ними, какъ съ явленіемъ конкретнымъ, взятымъ въ видѣ средней величины, выведенной изъ большихъ чиселъ.

Второе же возраженіе грѣшитъ тѣмъ, что ложно представляетъ себѣ понятіе науки: по смыслу этого возраженія наукой называется только такая отрасль знанія, въ основѣ которой лежитъ изученіе законовъ лишь *развитія* явленій, другими словами—изученіе законовъ только во времени, а не и въ пространствѣ. Не трудно видѣть, что подобное ограниченіе понятія науки лишено твердаго основанія. Наука имѣетъ своимъ предметомъ не только явленія въ движеніи, но и въ пространствѣ; ея задача изслѣдовать, раскрыть путемъ обобщенія ту постоянную связь, которая существуетъ между явленіями. Отысканныя такимъ путемъ начала, выражающія эту связь, эти постоянныя и однородныя соотношенія—и составляютъ то, что называется принципами или законами науки. Эти законы будутъ историческіе, если они выведены изъ изученій явленій въ движеніи, они будутъ

законами ихъ системы, если явленія берутся въ пространствѣ. Въ примѣненіи къ праву принципы, добытые первымъ путемъ, составляютъ основу исторической теоріи права, добытыя же вторымъ путемъ составляютъ основу юридической теоріи права или просто юридической науки. Первая также можетъ быть названа внѣшнею, ибо она имѣетъ дѣло съ воплощеніемъ явленій въ жизни, вторая—внутреннею, ибо она занимается изученіемъ внутренней связи явленій. Что примѣнимо къ праву вообще, сохраняетъ свою полную силу и въ отношеніи къ праву уголовному въ частности. Здѣсь принципы или законы историческаго развитія понятій преступленія и наказанія совершенно не тѣ, на коихъ жидется самая система этихъ понятій, ихъ логическая конструкція, и нельзя не прибавить, что раскрытіе принциповъ этой послѣдней, познаніе внутренней природы соотношеній понятій преступленія и наказанія представляетъ задачу, не менѣе если не болѣе, тяжелую, чѣмъ выводъ историческихъ законовъ развитія данныхъ понятій.

Но несмотря на различіе природы юридической теоріи права вообще или уголовного въ частности отъ исторической, между ними существуетъ и даже должна существовать тѣсная связь. Всякая норма права создается на почвѣ факта; послѣдній въ исторіи необходимо предшествуетъ праву; отсюда понятно, что уразумѣніе истиннаго смысла, внутренняго строя права невозможно безъ познанія фактической стороны юридическихъ отношеній. Въ самомъ дѣлѣ, чтобы опредѣлить внутренній смыслъ того или другаго института, его органическое начало бытія, недостаточно установить его юридическую конструкцію, раскрыть логическую связь создающихъ его отношеній; необходимо, кромѣ того, отыскать его жизненное основаніе, тѣ условія, которыя его породили; только такимъ образомъ мы отдѣлимъ то, что принадлежитъ существу института и составляетъ условіе его жизненности, отъ элемента преходящаго, такъ сказать, элемента историческаго. Такимъ образомъ—раскрытіе внутренней природы права неизбѣжно предполагаетъ

изученіе и элемента историко-физиологическаго. Но эта связь обусловливается не общностью основъ двухъ областей права, а общностью той почвы, на которой они возникаютъ.

Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что задача уголовного права, какъ юридической науки сводится къ раскрытію той логической конструкціи, которая лежитъ въ основаніи понятій преступленія и наказанія, къ установленію принциповъ внутренняго ихъ соотношенія. Такова природа нашей науки и ея задача. Опредѣливъ послѣднюю, можно было бы прямо перейти къ ея выполнению, если бы на пути у насъ не лежалъ вопросъ о правѣ на существованіе одного изъ важнѣйшихъ элементовъ науки уголовного права, а именно вопросъ о правѣ наказанія. Мы должны отыскать основаніе этого права.

II.

Основаніе наказанія *).

Стремленіе, пытливость человѣка познать причину, основаніе явленій привело его и къ постановкѣ вопроса

*) *Источники*: Спасовичъ, учебникъ, стр. 9—67; Таганцевъ, Курсъ русскаго уголовного права, выпускъ 1-й, §§ 16—34; Кистяковскіи, Элементарный учебникъ общаго уголовного права, §§ 40—57; §§ 409—413; Бернеръ, перев. Неклюдова, стр. 7—92; Будзинскій, Начала, №№ 28—42; 321—391; Калмыковъ, Учебникъ, стр. 145—192; Чебышевъ-Дмитріевъ, Рѣчь о правѣ наказанія, Ярославль, 1859 г.; Сергѣевскій, О правѣ наказанія, Юридическій Вѣстникъ, 1881 г., мартъ; Hälschner, Das Gemeine Deutsche Strafrecht, 1881, стр. 3—14; Н. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1881, § 2; Garraud, Précis de droit criminel, tome 1-й, №№ 1—10, изд. 1863 г.; Ortolan, Eléments de droit pénal, Paris, 1875, стр. 79—94; Россия, Основ. начала угол. права, перев. Козоплянскаго, 1871, стр. 70—140; Франкъ, Философія

объ основаніи наказанія. Эту постановку мы встрѣчаемъ, еще у древнихъ, а именно у Платона и у Аристотеля попадаются отдѣльныя изреченія, которыми они хотѣли объять, выразить существо наказанія; но дальше этихъ изреченій древніе философы не шли и уголовныя теоріи о наказаніи суть произведеніе новѣйшихъ временъ. Родоначальникомъ ихъ слѣдуетъ считать Гуго Грація, который выводилъ право наказанія изъ общественнаго договора; но особенно плодovitый періодъ построения этихъ теорій начинается со второй половины 18 вѣка, со времени Беккаріи, который основаніемъ наказанія провозгласилъ право законной защиты государства. Съ легкой руки Беккаріи послѣдовалъ рядъ теорій другихъ философовъ, долгое время признававшихъ идею защиты социальнаго порядка краеугольнымъ камнемъ наказанія. Но всѣ эти теоріи неминуемо должны были пасть съ того момента, какъ только была подорвана теорія происхожденія права и государства путемъ общественнаго договора, теорія, изъ которой исходили названные философы.

Тогда родилась необходимость подыскать другое основаніе существованію наказанія, и вотъ человѣческій умъ создаетъ цѣлый рядъ другихъ теорій, все многообразіе которыхъ можно свести къ четыремъ группамъ: а) теоріи абсолютныя, б) теоріи относительныя, в) смѣшанныя и г) отвергающія наказаніе. Сущность всѣхъ ихъ находится въ тѣсной связи или съ ученіями о государствѣ или съ способами изслѣдованія, раскрытія явленій. Въ концѣ прошедшаго столѣтія и въ началѣ настоящаго

уголовнаго права, перев. Слонимскаго, Спб., 1868 г., стр. 1—141; Laistner, Das recht in der Strafe, 1872 г.; Bar, Die Grundlagen des Strafrechts, 1869, §§ 1—6; 14—15; Carrara, Programme du cours de droit criminel, traduction par Baret, Paris, 1876, §§ 582—612; Liszt, Der Zweckgedanke in Strafrecht, Zeitschrift für die Gesante Strafwissenschaft, herausg. von Liszt, 1883 г., dritter Band, erstes Heft, стр. 1—47; Sontag, Beiträge zur Lehre von der Strafe, таже Zeitschrift, 1881, В. 1, стр. 480—529; Иерингъ, Цѣль въ правѣ, изд. Муравьева, 1881.

пользовалась большимъ авторитетомъ теорія договорнаго государства, т. е. теорія происхожденія послѣдняго изъ воли, соглашеній частныхъ лицъ, а не въ силу абсолютной необходимости, и вотъ параллельно съ этимъ ученіемъ появляются такъ называемыя относительныя теоріи, которыя выводятъ основаніе наказанія не изъ абсолютной необходимости, а изъ пользы и потребности общества. Теоріи относительныя считаютъ наказаніе средствомъ къ достиженію разныхъ полезныхъ общественныхъ цѣлей, а потому признаютъ необходимость наказанія лишь настолько, насколько имъ м. б. достигнута эти цѣли, состоящія въ утрашеніи, предупрежденіи, исправленіи и т. д. Затѣмъ, взглядъ на государство перемѣняется: начинаютъ смотрѣть на него, какъ на абсолютную, нравственную необходимость; согласно съ симъ перемѣняется и ученіе о наказаніи; основаніе его усматриваютъ не въ такихъ условныхъ, зависимыхъ обстоятельствахъ, какъ польза и потребности общества, а въ нравственной необходимости, въ абсолютномъ требованіи, окрещиваемомъ или именемъ категорическаго императива, діалектическаго возмездія, воздающей справедливости или возмездія вообще. По смыслу этихъ такъ называемыхъ абсолютныхъ теорій наказаніе есть безусловно необходимое послѣдствіе преступленія; въ немъ одномъ лежитъ его послѣднее основаніе, а потому оно должно быть назначаемо только потому, quia peccatum est. Но и теоріи абсолютныя не долго удовлетворяютъ человѣческой умъ, которая вскорѣ постигаетъ, что при признаніи абсолютной необходимости наказанія человѣческая личность приносится въ жертву этой необходимости и перестаетъ быть высшимъ началомъ, задачей государства. Стремленіе примирить интересы личности съ идеей нравственной необходимости создаетъ такъ называемыя соединительныя или посредствующія теоріи, изъ коихъ одни справедливое обусловливаютъ полезнымъ, другіе—паоборотъ—полезное справедливымъ. Не болѣе, чѣмъ полезно, не болѣе чѣмъ справедливо—*pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est util*—вотъ формула этихъ теорій. Наконецъ—неудовлетво-

ренность существующимъ общественнымъ строемъ, съ одной стороны, признаніе зависимости, подчиненности какъ физической, такъ и духовной природы человѣка, съ другой стороны—порождаютъ такъ называемыя теоріи, отрицающія наказаніе.

Послѣ изложенія условій происхожденія разныхъ теорій наказанія, естественно перейти и къ самымъ ученіямъ.

Къ теоріямъ абсолютнымъ принадлежатъ: 1) Теорія наказанія—какъ религіозной необходимости—Штала. По его ученію государство есть намѣстникъ Божій на землѣ и, слѣдовательно, представляетъ порядокъ, истекающій изъ самой воли Божіей. Воля же Божія, создавая порядокъ, не могла не создать и средствъ его возстановленія въ случаѣ нарушенія. Такимъ средствомъ и является наказаніе. 2) Теорія Гербарта, который разсматривалъ наказаніе не какъ религіозную, а какъ эстетическую необходимость, ибо неознагражденное какъ злое, такъ и доброе дѣйствіе вызываетъ абсолютно непріятное чувство (Missfallen). 3) Теорія Канта или категорическаго императива. По его ученію наказаніе не можетъ быть подчинено какимъ бы то ни было цѣлямъ, ибо это значило бы принести въ жертву этихъ цѣлей личность человѣка. Наказаніе по этому должно быть независимо, абсолютно; оно есть категорическое, непреложное требованіе нашего разума, принадлежность нашей духовной организаціи. Но если наказаніе скрываетъ основаніе въ самомъ себѣ, то и въ своемъ приложеніи оно должно быть чуждо постороннихъ цѣлей. Отсюда слѣдуетъ, что при измѣреніи наказанія м. б. согласенъ съ его существомъ лишь принципъ возмездія, воздаянія равнымъ за равное. Но этотъ послѣдній принципъ нѣтъ необходимости непременно понимать въ библейскомъ смыслѣ: око за око, зубъ-за-зубъ; достаточно, если наказаніе равно преступленію по своему вліянію на преступника и отражаетъ въ себѣ специфическій характеръ совершеннаго преступленія; впрочемъ, убійство д. б. карается обязательно смертною казнью, ибо только смертная казнь м. б. равна убійству; остальные

наказанія, какъ бы они ни были строги, не м. б. сравнены съ лишеніемъ жизни. 4) Діалектическая теорія возмездія Гегеля. Гегель рассуждаетъ такимъ образомъ. Право есть воплощеніе во внѣ разумной общей воли, которая въ самой себѣ не доступна посягательству и слѣд. непарушима. Преступленіе, нарушая право, отрицаетъ не только общую волю, но и частную, по сколько послѣдняя есть часть первой; отсюда слѣдуетъ, что преступленіемъ воля ставится въ противорѣчіе сама съ собою; это противорѣчіе требуетъ уничтоженія, отрицанія, что и достигается наказаніемъ, которое возстапавливаетъ торжество общей воли. Но право въ своей сущности не парушимо; слѣдов., воля, посягающая на него, сама въ себѣ ничтожна. Эта ничтожность и обнаруживается наказаніемъ. Итакъ, наказаніе есть отрицаніе преступленія, т. е. отрицаніе отрицанія или что тоже возмездіе. 4) Теорія возмездія Цахаріе, учившаго, что такъ какъ преступленіе есть вторженіе одного лица въ нравственную сферу свободы другаго, то преступникъ д. б. стѣсненъ въ своей собственной свободѣ въ такой же мѣрѣ, въ какой онъ нарушилъ свободу другаго. Отсюда всѣ наказанія должны состоять въ лишеніи свободы. 5) Теорія возмездія Генке, признавая основаніемъ наказанія тоже абсолютную необходимость, представляетъ ту особенность, что ставить мѣру возмездія въ зависимость отъ достиженія исправленія, отрицая всякое значеніе свойства вины, какъ кратеріума мѣры возмездія. 6) Теорія возмездія Гельшнера или что тоже мести, очищенной отъ всякаго вліянія страсти, вызываемой преступленіемъ, и прилагающейся безъ соображенія полезныхъ цѣлей; возмездія требуетъ законъ нравственнаго міроваго порядка, котораго сила не зависитъ отъ какого либо строя, созданнаго человѣкомъ. 7) Теорія Гейнце, выводящая основаніе наказанія изъ безусловной необходимости государственной жизни. Человѣчество можетъ осуществлять свои высшія цѣли, задачи цивилизаціи лишь въ государствѣ, внѣ его человѣкъ остается звѣреподобнымъ существомъ. Изъ необходимости государства проистекаетъ необходимость правопорядка; посягая на

этотъ послѣдній, преступникъ тѣмъ самымъ является отступникомъ отъ цивилизаціи. Изъ этого отношенія между государствомъ и цивилизаціей и вытекаетъ правовое основаніе наказанія. Между преступникомъ и остальными членами общества устанавливается нѣкоторое неравенство, которое можетъ быть возстановлено тогда, когда онъ къ своему пониженному правосостоянію присоединитъ нѣкоторое добавленіе, которое и содѣлаетъ его равнымъ съ прочими членами общества. Это добавленіе и есть то, что мы называемъ наказаніемъ. 8) Теорія Лайстнера, выводящаго основаніе наказанія изъ самаго факта вторженія въ чужую сферу; потерпѣвшее лицо, въ сферу правъ котораго вторгнулся преступникъ, eo ipso получаетъ право подчинить его своей волѣ. Это подчиненіе потерпѣвшій осуществляетъ или самъ или чрезъ государство въ видѣ наказанія.

Изъ русскихъ криминалистовъ къ защитникамъ абсолютныхъ теорій можно причислить: а) Спасовича. Послѣдній учить, что человѣку несомнѣнно присущи два качества—общезитіе и свобода воли; мысленно мы можемъ представить человѣка совершенно уединеннымъ, но это представленіе—чистая абстракція; на практикѣ онъ не можетъ быть выдѣленъ изъ общества. Свобода воли вытекаетъ изъ духовной природы человѣка, изъ его самосознанія, отличающаго его отъ другихъ существъ. Двѣ противоположности—общезитительность и произволь примиряются въ третьемъ понятіи—справедливости, создающей возможность человѣку изъ существа не выше животнаго перейти къ формамъ общезитія. Общество возникаетъ само собою и долгое время человѣкъ подчиняется ему безсознательно, какъ естественной, непреложной необходимости. Но какъ существо свободное человѣкъ гнушается всякой необходимости и старается выйти изъ такого состоянія; тутъ на помощь ему приходитъ воображеніе, которое указываетъ ему на новый идеалъ, способный сгладить диссонансы и противорѣчія естественнаго состоянія общества, и человѣкъ органомъ присущей ему справедливости дѣлаетъ са-

мое общество. Такимъ образомъ возникаетъ государство. Общественная воля тогда выдвигаетъ и ставитъ на отдѣльными недѣлимыми общую, безличную, безусловно для нихъ обязательную норму закона положительнаго. Нарушеніе этой нормы создаетъ то, что называется правонарушеніемъ. Въ числѣ этихъ правонарушеній есть такія, которыхъ главный элементъ лежитъ не въ матеріальномъ вредѣ, а въ злой волѣ виновнаго. Такія правонарушения раскрываютъ въ преступникѣ порчу нравственную, могущую послужить источникомъ заразы, опасной для общества; они вызываютъ въ общественной совѣсти чувство негодованія и требованіе обузданія воли преступной. Общество можетъ и должно защищаться, иначе оно не могло бы и существовать, такъ-какъ всѣ прочія средства оказались недостаточными.

б) Сергѣевскаго. По его ученію наказаніе есть безусловно-необходимый элементъ правопорядка, такъ-какъ мы не можемъ себѣ представить ни одной формы общежитія, способной обходиться безъ порицанія и осужденія дѣяній, его нарушающихъ, или что тоже безъ наказанія. Государство, какъ одна изъ формъ правопорядка, тоже поставлено въ безусловную необходимость отправлять уголовное правосудіе—судить и наказывать преступниковъ—такъ какъ въ противномъ случаѣ оно разложится. Отсюда слѣдуетъ, что уголовное правосудіе не нуждается для своего обоснованія ни въ абсолютныхъ принципахъ, ни въ особыхъ спеціальныхъ цѣляхъ, оно вытекаетъ изъ сущности правопорядка и заключаетъ цѣль въ самомъ себѣ, оно самоцѣльно—*Selbstzweck*.

Къ относительнымъ теоріямъ, усматривающимъ основаніе наказанія внѣ его—большою частью въ общественныхъ цѣляхъ—принадлежатъ: 1) Теорія устрашенія, царившая въ средніе вѣка въ практической жизни и до сихъ поръ не лишенная какъ теоретическаго, такъ и практическаго кредита; къ числу наиболѣе энергическихъ ея защитниковъ принадлежитъ Филанжіери; въ ея же пользу склоняется и Терингъ въ своемъ сочиненіи—*Zweck im Recht.*, а также Франкъ въ своей „Философій

уголовнаго права“. По ученію этой теоріи въ массѣ народа постоянно кипятъ инстинкты преступленія. Наказаніе страхомъ своихъ каръ и идей о своей неизбѣжности должно парализовать эти инстинкты не только въ преступникѣ, но и въ другихъ; оно, такимъ образомъ, должно поражать не только совершенное преступленіе, но и возможность новыхъ злодѣяній. 2) Теорія полезности Бентама, оправдывающаго наказаніе той высшей пользой, которую оно приноситъ обществу, удерживая страхомъ каръ склонныхъ къ преступленіямъ отъ совершенія послѣднихъ. 3) Теорія общественнаго договора, выводящая основаніе наказанія изъ общественнаго соглашенія, руководящагося соображеніями общей пользы, размѣръ которой и долженъ опредѣлять мѣру наказанія. Теорій общественнаго договора очень много, такъ что ихъ нѣкоторыя, какъ наприм. Ортолапъ—раздѣляютъ на три категоріи; но авторы ихъ, въ сущности исходя изъ одного и того же принципа, различаются лишь тѣмъ, что неодинаково понимаютъ цѣль государства; одни, какъ наприм. Фихте—эту послѣднюю усматриваютъ въ взаимной безопасности, другіе, какъ Беккарія—въ необходимости защиты соціальнаго порядка и т. п. Данную теорію защищаютъ, кромѣ Беккарії и Фихте,—Гобезъ, Локкъ, Ватель, Пуфендорфъ, Руссо, Монтескье, Бриссо-де-Варвилль, Пасторе и др. 4) Теорія самозащиты, учащая, что государству какъ имѣющему право на существованіе въ силу нравственнаго закона, соединяющаго людей въ общество, принадлежитъ право самосохраненія. Изъ этого послѣдняго права вытекаетъ право защиты отъ преступленій такимъ средствомъ, которое предотвратило бы грозящую опасность; это средство и есть наказаніе. Эту теорію защищаютъ Мартинъ, Шульце, Карминьяни и другіе. 5) Теорія психологическаго принужденія Фейербаха. По этой теоріи источникъ преступленія—чувственныя побужденія; чтобы предупредить преступленіе, необходимо подавить послѣднія; это достигается угрозою наказанія, которое должно быть организовано такимъ образомъ, чтобы лишеніе, причиняемое наказаніемъ, было бы чувствительнѣе выгодъ и

наслаждений, ожидаемыхъ отъ преступленія. 6) Теорія предупрежденія Грольмана и предостереженія Бауера, равнымъ образомъ какъ и Фейербарха, признають необходимымъ не только поражать совершенное зло, но и воздѣйствовать на внутреннія, лежащія въ волѣ, какъ преступника, такъ и другихъ побужденія къ злу. Въ этой необходимости, по ихъ мнѣнію, и лежитъ оправданіе наказанія. 7) Теорія вознагражденія выводитъ основаніе наказанія изъ необходимости загладить идеальный вредъ, причиняемый преступленіемъ, вредъ, заключающійся въ нарушеніи общественнаго спокойствія, потрясеніи силы законовъ, заразительности дурнаго примѣра и т. п. Представителями этой теоріи являются Клейнъ, Велькеръ и другіе. 8) Теорія исправленія, усматривающая основаніе наказанія не только въ цѣляхъ, лежащихъ внѣ преступника, но и въ немъ самомъ; по ея ученію задача наказанія состоитъ не только въ томъ, чтобы удерживать другихъ отъ содѣянія злодѣяній, но прежде всего въ томъ, чтобы въ самомъ преступникѣ уничтожить склонность къ преступленію. Этой цѣли можно достигнуть не устрашеніемъ, часто ведущимъ къ противоположному результату, а исправленіемъ павшаго, поэтому исправленіе и есть истинное основаніе наказанія.

Теоріи смѣшанныя, какъ образовавшіяся изъ соединенія абсолютныхъ и относительныхъ теорій, не представляютъ ничего оригинальнаго, а потому и изобилуютъ количествомъ. Они нашли благодарную для себя почву въ практическихъ, утилитарныхъ воззрѣніяхъ французскихъ криминалистовъ, которымъ и обязаны своимъ блестящимъ построеніемъ. Родоначальникомъ ихъ среди французовъ считается знаменитый ученый и политическій дѣятель Пелегрино Росси. По его ученію существуютъ два рода правосудія: божеское или абсолютное и человѣческое или социальное; оба они жиздятся на нравственномъ законѣ, требованіи совѣсти, но этотъ нравственный законъ въ нихъ проявляется неодинаково; въ первомъ онъ прилагается безусловно, неминусемо, поражая не только злое дѣяніе, но и помысленіе лукавое, ибо абсолютное пра-

восудіе самоцѣльно: оно существуетъ потому, что существуетъ; во второмъ же нравственный законъ имѣетъ характеръ виѣшній и ограниченный въ двухъ отношеніяхъ: I) Цѣль его состоитъ въ возстаповленіи общественнаго порядка, достигаемомъ тремя путями: наставленіемъ, устрашеніемъ, исправленіемъ; отсюда слѣдуетъ: а) что оно простирается не на все злодѣянія, а лишь на тѣ, которыя нарушаютъ общественный порядокъ и в) что общественное правосудіе должно дѣйствовать въ предѣлахъ трехъ названныхъ послѣдствій, т. е. на столько, на сколько наставленіе, исправленіе и устрашеніе могутъ быть достигнуты наказаніемъ. II) Правосудіе общественное ограничено и несовершенствомъ самыхъ средствъ, употребляемыхъ человѣкомъ къ раскрытію истины. Изъ этого несовершенства, изъ возможности ошибки проистекаетъ обязанность общественнаго правосудія сложить свой мечъ, коль скоро существуетъ сомнѣніе въ томъ, что данное злодѣяніе совершено извѣстными лицами и нарушило общественный порядокъ.

Послѣдователь Росси Ортоланъ также признаетъ существованіе нравственнаго закона, требующаго воздаянія добра и зла, закона, получающаго у него названіе справедливости. Проявленіе же этого закона въ видѣ общественной мѣры наказанія Ортоланъ оправдываетъ необходимостью охраны общественнаго порядка. Если общество, карая преступника, говоритъ Ортоланъ, можетъ сказать, что я караю потому, что здѣсь идетъ дѣло о поддержаніи моего существованія, то оно не нуждается болѣе въ оправданіи своей дѣятельности. Но примѣняя наказаніе, общество должно не выходить изъ предѣловъ полезныхъ цѣлей общежитія; на скрижаляхъ его карательной дѣятельности д. б. написано: не болѣе, чѣмъ справедливо, не болѣе, чѣмъ полезно: *pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile*. Тотъ же взглядъ на наказаніе, какъ на исчадіе справедливости, ограниченной цѣлями общежитія, мы встрѣчаемъ у Фостена Эли и у Garraud, профессора Ліонскаго юридич. факультета.

Изъ нѣмецкихъ криминалистовъ наиболее оригинальное построеніе представляетъ теорія Абега. По этой

теоріи наказаніе имѣеть свой источникъ также въ справедливости, требующей воздаянія по мѣрѣ вины; но воздаяніе по мѣрѣ вины eo ipso приводитъ къ осуществленію полезныхъ цѣлей, ибо приходится бороться съ степенью опасности, скрывающейся въ злой волѣ: поражая эту опасность, наказаніе осуществляетъ полезныя общественныя цѣли. Изъ новѣйшихъ нѣмецкихъ криминалистовъ смѣшанныхъ теорій держатся Бернеръ, Гуго-Мейеръ. Первый, слѣдуя Гегелю, признаетъ основаніемъ наказанія, какъ акта справедливости, возмездіе или отрицаніе отрицанія, т. е. неправды; справедливость съ отрицательной стороны требуетъ, говоритъ онъ, чтобы та воля, которая вторглась въ чуждую ей сферу, была стѣснена ровно на столько же въ своей собственной сферѣ права: это требованіе достигается съ помощью уголовного правосудія. Но возмездіемъ или удовлетвореніемъ не исчерпываются цѣли наказанія; всѣ задачи наказанія, которыя не могутъ быть выполнены достиженіемъ цѣли удовлетворенія, совпадаютъ съ цѣлями исправленія и устрашенія. Гуго Мейеръ, полагая основаніемъ наказанія воздающую справедливость—*vergeltende Gerechtigkeit*—подчиняетъ ее практическимъ соображеніямъ. Осуществленіе воздающей справедливости, говоритъ онъ, слѣдуетъ разсматривать какъ главную цѣль наказанія, но при этомъ практическія соображенія сохраняютъ обусловливающее и ограничивающее вліяніе на образованіе уголовного права.

Смѣшанныя теоріи не чужды и русской уголовной наукѣ. Къ числу ихъ защитниковъ принадлежатъ: 1) Чебышевъ-Дмитріевъ. По его ученію, сохраненіе общественной жизни составляетъ не только право человѣка, но и его долгъ, обязанность. Но возможность общественной жизни предполагаетъ бытіе права и его пенарушимость. При нарушеніи права государство должно употребить принужденіе для того, чтобы отвратить нарушеніе и возстановить господство права; такимъ принужденіемъ и является наказаніе. 2) Будзівскій. Стремленіе къ общежитію, говоритъ онъ, къ соединенію съ другими подобными существами присуще человѣку. Отсюда истекаетъ необходимость государства,

какъ той неизбѣжной формы, въ которой народы исполняютъ свое историческое призваніе. Но государство не есть учрежденіе, призванное осуществить извѣстныя мысли и цѣли со всею послѣдовательностью; оно должно принять въ уваженіе различныя отношенія и обстоятельства. Отсюда онъ дѣлаетъ тотъ выводъ, что верховное начало уголовного права есть общественная справедливость, видоизмѣненная интересомъ общественной пользы. 3) Кистяковскій. По его ученію—говорю ученію, а не теоріи—ибо онъ не представляетъ цѣльной системы и даже принципиально стоитъ противъ таковой—фактъ несомнѣннаго существованія наказанія во всѣхъ обществахъ указываетъ на органическія причины необходимости его; но заключающая отъ факта наказанія къ праву его, Кистяковскій считаетъ необходимымъ указать различныя побужденія и цѣли, которыми руководствовался и руководствуется человѣкъ, примѣняя наказаніе. Эти побужденія и цѣли онъ называетъ *примитивными основаніями* наказанія. 4) Калмыковъ. Въ совѣсти cadaго человѣка, говоритъ онъ, начертаны прирожденныя правила о добрѣ и злѣ, о нравственности и безнравственности. Эти правила даны ему для руководства въ жизни и составляютъ сами по себѣ отраженіе божеской, вѣчной справедливости; какъ же они присущи каждому изъ людей, отдѣльно взятому, то они легко переходятъ въ сознаніе цѣлаго народа и всѣхъ людей. Общее сознаніе всѣхъ людей, признавая извѣстные поступки справедливыми, а другіе несправедливыми одобряетъ первые и порицаетъ послѣдніе. Но на этомъ общее сознаніе и остановилось бы, если бы вскорѣ не присоединился новый элементъ: необходимость общности для людей. Человѣкъ рождается въ общество и для общества—это его естественное положеніе; онъ его не выбиралъ и не отъ него зависитъ вполне освободиться отъ него. Это нравственная необходимость его существованія. Въ настоящее время государство есть всеобщая и необходимая форма человѣческаго общежитія, которой должны подчиняться волей-не волей всѣ люди, если только они не хотятъ жить, какъ дикари въ пустынь. Изъ необходимости

государства вытекает необходимость наказанія; оно, какъ санкція законовъ, необходимо, во-1-хъ, для удержанія людей въ повиновеніи законамъ и верховной власти и, во-2-хъ, для возможнаго воздержанія людей отъ преступныхъ дѣяній угрозою общественной кары и приведеніемъ ея въ исполненіе: но наказаніе, будучи необходимымъ, достигаетъ тѣмъ самымъ и различныхъ полезныхъ цѣлей, наприм. устрашенія, исправленія преступниковъ, успокоенія общества и прочее.

Четвертую группу теорій составляютъ такъ наз. отвергающія наказаніе. Число этихъ теорій весьма значительно и въ основаніи ихъ лежатъ самыя разнообразныя положенія, смотря по тому, откуда они исходятъ. Главнѣйшія изъ нихъ слѣдующія: а) система предъопредѣленія или фатализма, учащая, что изъ покоя вѣку надъ всемъ обществомъ тяготѣетъ неизбѣжный рокъ, управляющій нашими дѣйствіями, а потому и свобода человѣка есть не болѣе какъ обманъ чувствъ. Наиболѣе яркимъ выразителемъ этой теоріи является Йохъ. б) Теорія безирравственности наказанія Барта, признающаго положеніе о необходимости наказанія для поддержанія правоваго порядка ложнымъ, ибо нравственный законъ не можетъ оправдывать безирравственныхъ средствъ, къ числу которыхъ несомнѣнно принадлежитъ и наказаніе. в) Теоріи, исходящія изъ изученія физическаго и духовнаго строя человѣка. Сюда принадлежатъ: теоріи френологовъ, теоріи кефалометровъ или мозгомѣровъ, сенсуалистовъ, физиогномиковъ или лицевѣдовъ, система прирожденной злобы Фридриха, система несвободнаго проявленія прирожденныхъ инстинктовъ Даниелъварта, теорія преступленія, какъ особаго вида психическаго разстройства, французскаго психіатра Despine'a и Шотландскаго врача Томсона. Сущность вѣхъ этихъ теорій состоитъ въ томъ, что они отрицаютъ свободное проявленіе человѣческой воли, сводя всю дѣятельность человѣка или къ опредѣленнымъ частямъ его организма, какъ то—строенію черепа, мозга, нервной системы, лица, всего тѣла, или къ психической структурѣ человѣка, къ его прирожденнымъ качествамъ, къ характеру и т. д. Въ частности, наприм., френологи

учать, что центр и исключительный органъ отправленія чловѣческихъ способностей и инстинктовъ есть мозгъ; но такъ какъ выпуклостямъ мозга соответствуютъ выпуклости или бугорки черепа, то по развитію этихъ послѣднихъ можно заключать и о развитіи той или другой чловѣческой способности: при наличности развитія бугорковъ они являются органами добродѣтели, при недостаткѣ его—органами пороковъ. При такой зависимости духовныхъ способностей чловѣка отъ строенія мозга, конечно, не м. б. и рѣчи о наказаніи, а или о леченіи при патологическомъ состояніи мозга, или объ образованіи, обученіи въ случаѣ невѣжества преступника. d) Теоріи, исходящія изъ изученія всего общественнаго строя или теоріи социалистовъ. Наибольше извѣстнымъ представителемъ этой теоріи является Робертъ Овенъ. По его ученію характеръ чловѣка есть продуктъ не свободной воли, а или его организаціи или внѣшнихъ вліяній окружающей его среды. За внѣшними вліяніями онъ признавалъ такую силу, что допускатъ возможность путемъ воспитанія достиженія совершеннаго развитія каждаго ребенка не болѣзненной организаціи. Если, такимъ образомъ, характеръ чловѣка зависитъ отъ причинъ, внѣ послѣдняго лежащихъ, то онъ и не можетъ подлежать ответственности за свои дѣйствія. Наказаніе д. б. отмѣнено и на мѣсто—его должно выступить воспитаніе. e) Теорія уголовно-статистическая учитъ, что не только явленія міра физическаго, но и духовнаго подчинены извѣстнымъ законамъ, суть слѣдствіе опредѣленныхъ причинъ. Не исключены изъ этой законосообразности и преступления, средняя цифра которыхъ повторяется съ такою правильностью, что при данномъ состояніи общества извѣстное число лицъ обязательно должны совершить преступленіе и f) Теорія, опирающіяся на изученіе всей природы вообще или теоріи материалистовъ. Послѣднія исходятъ изъ того положенія, что „нѣтъ силы безъ матеріи, нѣтъ и матеріи безъ силы“. Но если матерія немыслима безъ силы и наоборотъ, то, слѣдовательно, образованіе вещей есть ничто иное, какъ продуктъ сочетанія различныхъ матеріальныхъ движеній.

Такимъ образомъ, и жизнь есть ничто иное какъ особенный родъ движенія опредѣленныхъ матерій. Человѣкъ, какъ членъ природы, подчиненъ также этому закону движенія, а потому въ своихъ дѣйствіяхъ непроизволенъ. Не только весь складъ его характера, но и отдѣльныя дѣйствія подчиняются причинамъ и вліяніямъ, какъ внутри его лежащимъ, такъ и внѣ. То, что мы называемъ преступленіемъ, вовсе не зависитъ отъ свободной воли человека: невѣжество, бѣдность, плохая уметвенная природа неизбѣжно толкаютъ человека на путь преступной жизни.

Переходя къ оцѣнкѣ изложенныхъ теорій наказанія или, вѣрнѣе, ихъ группъ, мы начнемъ съ послѣдней группы—теорій, отрицающихъ наказаніе, какъ такихъ, которыя разрушаютъ самое основаніе уголовного права. Вглядываясь въ ихъ сущность, нельзя не замѣтить, что большинство изъ нихъ свое отрицаніе наказанія основываютъ на непризнаніи свободы воли, которую они считаютъ краеугольнымъ камнемъ наказанія. Но ихъ отрицаніе свободы воли не только не угрожаетъ цѣлесообразности наказанія, а напротивъ служитъ ему опорой, ибо цѣлесообразность наказанія, какъ общественной мѣры, направленной къ достиженію извѣстныхъ послѣдствій, только и мыслима при условіи признанія непроизвольности человѣческихъ дѣйствій. Разъ человѣческія дѣйствія совершенно произвольны, не подчинены извѣстнымъ причинамъ и законамъ, никакое опредѣленное воздѣйствіе на человека было бы немыслимо. Непризнаніе свободной воли, кромѣ того, входитъ въ составъ не только однихъ теорій, отрицающихъ наказаніе; оно присуще и теоріямъ остальныхъ группъ. И въ самомъ дѣлѣ, признаніе абсолютными теоріями безусловной необходимости наказанія eo ipso исключаетъ свободный произволъ; тамъ, гдѣ царитъ необходимость, нѣтъ мѣста произволу; еще менѣе этотъ послѣдній элементъ можно признать условіемъ относительныхъ теорій; названныя теоріи, поставляя основаніемъ наказанія—достиженіе полезныхъ цѣлей, неизбѣжно предполагаютъ, что человекъ въ своихъ дѣйствіяхъ опредѣляется извѣстными причинами, въ силу чего на него и

возможно воздѣйствовать наказаніемъ. Итакъ, если отрицаніе свободы воли составляетъ условіе теорій всѣхъ группъ, то, очевидно, оно не годно служить краеугольнымъ камнемъ теорій, отвергающихъ наказаніе. Несостоятельность этихъ послѣднихъ теорій подтверждается еще и другими соображеніями. Всматриваясь въ нихъ, мы видимъ, что многія изъ нихъ слишкомъ шатки и ненаучны, чтобы придавать имъ вѣсъ. Въ особенности это слѣдуетъ сказать относительно теорій, опирающихся на изученіе физической и духовной природы человѣка. Наука въ этой области, что касается вопроса о свободѣ дѣйствій человѣка, пока сдѣлала такъ мало или вѣрнѣе, создаетъ часто столь противорѣчивыя ученія, что трудно на нихъ серьезно останавливаться. Вспомнимъ, что та самая фрепология, которая въ концѣ прошлаго вѣка и въ первой четверти нынѣшняго почти безспорно царила, теперь утратила всякій авторитетъ и даже записана нѣкоторыми въ число шарлатанствъ. Замѣтимъ также, что изученіе мозга и нервной системы пока еще столь далеко отъ какихъ либо вполнѣ прочныхъ результатовъ и выводовъ, что строить на немъ теоріи, болѣе или менѣе прочныя, по меньшей мѣрѣ преждевременно. Тоже самое слѣдуетъ сказать объ изученіи всей природы вообще или о теоріяхъ матеріалистовъ. Я уже не говорю о такихъ теоріяхъ, какъ система безнравственности наказанія Барта, которой все ученіе основано на діалектической игрѣ словъ, или о системѣ прирожденной злобы Фридберга и несвободнаго проявленія прирожденных инстинктовъ Данкварта, опирающихся не на позитивный методъ изученія совершающихся явленій, а на предположенія, ими созданныя: это не научныя теоріи, а произвольныя нелипенныя остроумія построенія.

Ближайшее изслѣдованіе отрицательныхъ теорій показываетъ также, что большинство изъ нихъ въ сущности не отрицаютъ наказанія; почти всѣ онѣ сознаютъ, что преступленіе есть столь вредное дѣйствіе, что его нельзя оставить безъ вниманія, и считаютъ необходимымъ бороться съ нимъ. Все различіе ихъ отъ другихъ теорій — въ ередствахъ борьба. Въ то время,

какъ эти послѣднія главный моментъ борьбы видятъ во вѣншемъ воздѣйствіи на преступника, первыя переносятъ его на тѣ мотивы и условія, которые порождаютъ преступленіе. Отсюда въ видѣ средствъ наказанія у нихъ являются: или предупрежденіе, какъ учатъ френологи, предупрежденіе и воспитаніе, какъ учатъ кефалометры и сенсуалисты. Только очень немногія теоріи, какъ на-прим. теорія несвободнаго проявленія прирожденныхъ инстинктовъ Данкварта, нѣкоторыя теоріи матеріалистовъ отрицаютъ наказаніе въ корнѣ, т. е. не признаютъ цѣлесообразности какихъ бы то ни было средствъ борьбы съ преступленіемъ.

Такова отрицательная сторона теорій, о которыхъ идетъ рѣчь. Ихъ положительная сторона, ихъ несомнѣнная заслуга состоитъ въ томъ, что, изслѣдовавъ глубже природу преступленія, онѣ указали на необходимость болѣе цѣлесообразной борьбы съ нимъ, такой борьбы, которая не ограничивалась бы воздѣйствіемъ на преступную частную волю, а шла бы дальше—до самаго источника преступности, до тѣхъ общихъ причинъ и мотивовъ, которыя лежатъ не только въ преступникѣ, но и вѣн его—въ обществѣ.

Слѣдующую группу съ конца представляютъ теоріи смѣшанныя. Однѣ изъ нихъ, какъ было выше сказано, обусловливаютъ справедливость пользою, другія—наоборотъ—пользу справедливостью. Но первыя забываютъ, что нравственное начало никогда не можетъ быть поставлено въ зависимость отъ пользы, которую оно приноситъ; оно имѣетъ оправданіе въ самомъ себѣ, или во всякомъ случаѣ болѣе глубокое основаніе своего бытія. Что же касается вторыхъ, то онѣ упускаютъ изъ виду, что поставленіе начала полезности въ зависимость отъ начала справедливости не даетъ сколько нибудь твердаго критеріума для опредѣленія мѣры наказанія, ибо, во-1-хъ, начало справедливости подчинено закону исторической измѣнчивости; его содержаніе теперь не то, что было въ эпоху уголовного права низшихъ формаций, а, во-2-хъ, это начало слишкомъ неопредѣленно въ своихъ границахъ; гдѣ,

спрашивается, лежитъ масштабъ, который могъ бы намъ указать maximum и minimum справедливости.

Смѣшанныя теоріи, подобно отрицающимъ наказаніе, не прошли безплодно въ общемъ ходѣ общественной жизни. Онѣ указали на то, что живая человѣческая личность не м. б. приносима въ жертву временныхъ преходящихъ цѣлей; выдвинувъ начало справедливости, онѣ подняли личность, поставили ее выше этихъ послѣднихъ; въ началѣ справедливости онѣ указывали на ту путеводную звѣзду, къ которой должно обращаться государство и подчинять ей свои преходящія цѣли.

Третья группа съ конца—теоріи относительныя не выдерживаютъ критики уже въ силу ложной постановки вопроса: изъ полезности наказанія никоимъ образомъ нельзя заключать къ самому праву наказанія. Изъ того, что наказаніе полезно для государства, никакъ не слѣдуетъ, чтобы оно имѣло право на него или же чтобы оно было безусловно необходимо. Затѣмъ, онѣ совершенно безъ отвѣта оставляютъ вопросъ объ основаніи права наказанія въ томъ случаѣ, когда достиженіе цѣлей невозможно или излишне, наприм., когда казнь не дѣйствуетъ устрашительно на преступника или на общество, или когда наказаніе не только не предупреждаетъ, а напротивъ содѣйствуетъ возрастанію преступленій. Наконецъ, спеціальныя цѣли, взятая каждая отдѣльно, представляють крайне непригодный масштабъ для соразмѣренія наказанія, ибо, слѣдуя имъ, пришлось бы часто прибѣгать къ слишкомъ жестокимъ карамъ, какъ напр. тогда, если бы въ основаніе наказанія было положено: устрашеніе, предостереженіе, психологическое принужденіе.

Заслуга относительныхъ теорій состоитъ въ томъ, что онѣ, обративъ вниманіе на благо и потребности общества—какъ на цѣль наказанія, болѣе глубоко изучили тѣ интересы, которые связаны съ наказаніемъ и которые ими могутъ быть достигнуты. Идя другимъ путемъ, чѣмъ теоріи, отвергающія наказаніе, онѣ въ сущности пришли къ тому же исходному пункту, а именно къ признанію необходимости болѣе широкихъ, болѣе радикальныхъ

средствъ борьбы съ преступленіемъ, средствъ борьбы, выходящихъ за предѣлы воздѣйствія на частную волю преступника: предупрежденіе и исправленіе одинаково рекомендуются теоріями обѣихъ группъ. Разница между ними или, вѣрнѣе, между нѣкоторыми изъ нихъ скорѣе количественная, чѣмъ качественная. Чтобы въ этомъ убѣдиться, достаточно сравнить теорію исправленія Струве и теорію кепалометра Арамберта.

Остаются теоріи абсолютныя. Коренной недостатокъ этихъ теорій состоитъ въ томъ, что онѣ принимаютъ за доказанное то, что требуетъ доказательства. Всѣ ихъ абсолютныя идеи, принципы лишены опредѣленнаго содержанія и не существуютъ внѣ нашего сознанія. Что такое категорическій императивъ Канта, или идея абсолютно воздающей справедливости, какъ не положеніе, лишь живущее въ нашемъ воображеніи, но чуждое реальнаго бытія. Прежде надо доказать это послѣднее, а потомъ уже изъ него выводить необходимость наказанія, а не наоборотъ. Кроме того, не надо забывать, что безусловное осуществленіе начала воздающей справедливости превосходить силы и цѣль государства, а потому не годно служить основаніемъ наказанія и съ этой стороны. Наконецъ, безусловныя принципы предполагаютъ неизмѣнность области преступленій и ихъ важности, а между тѣмъ исторія говоритъ противное. Такова отрицательная сторона абсолютныхъ теорій. Справедливое же ихъ зерно состоитъ въ томъ, что онѣ относятъ основаніе наказанія къ самому факту преступленія, а не къ тѣмъ цѣлямъ, которыя внѣ его лежатъ; наказаніе налагается, *quia reatum est*, оно само себѣ цѣль. На этомъ зернѣ, мнѣ кажется, и можно построить теорію, способную оправдать наказаніе.

При разрѣшеніи этой задачи тщетно было бы, разумѣется, претендовать на оригинальность. Достаточно, если уже высказанныя мысли получать дальнѣйшее, болѣе всестороннее развитіе. Раскрытіе основанія наказанія м. б. достигнуто двумя путями. Можно, во-1-хъ, поставить своей задачей отыскать примитивное, конечное, такъ

сказать, основаніе наказанія, т. е. то, въ силу котораго человекъ, взятый какъ чистая абстракція, изъ покоя-вѣковъ примѣнялъ и долженъ примѣнять наказаніе, или же, во-2-хъ, ограничиться болѣе скромной задачей—опредѣлить основаніе наказанія которое человекъ примѣняетъ, какъ существо общежительное, какъ оргаъ и членъ правопорядка, другими словами—опредѣлить не примитивное безусловное основаніе наказанія, а ограниченное, условное и что тоже правовое основаніе.

Ставши на первый путь, нельзя прійти къ чему либо другому, какъ къ абсолютнымъ идеямъ и принципамъ, существующимъ лишь въ отвлеченіи, въ нашемъ сознаніи неразрывно съ той необходимой связью преступленія и наказанія, которая также лежитъ въ нашемъ сознаніи. Исканіе безусловнаго основанія необходимо приводитъ и къ безусловному источнику. Но этотъ путь и неудобенъ и совершенно лишній, неудобенъ потому, что переносить умъ изъ міра конкретнаго въ міръ абстрактный, котораго содержаніе неуловимо; лишній же потому, что для обоснованія наказанія достаточно остановиться на его правовомъ характерѣ, т. е. рѣшить вопросъ, на чемъ живетъ право государства наказывать? Но чтобы разрѣшить этотъ вопросъ, необходимо уяснить себѣ, что же такое наказаніе?

Вглядываясь въ различные роды уголовныхъ каръ, мы замѣчаемъ, что имъ присущъ одинъ неизбѣжный элементъ—это порицаніе или осужденіе. Безъ этого элемента, справедливо говоритъ Баръ, наказаніе пемыслимо. Его можно представить себѣ безъ элемента принужденія, какъ наприм. въ взысканіи посредствомъ выговора въ присутствіи суда, но элементъ порицанія, осужденія ему неизбѣжно сопутствуетъ. Если, такимъ образомъ, порицаніе или осужденіе есть сущность наказанія, то поставленный выше вопросъ долженъ быть измѣненъ въ слѣдующій: на чемъ же основывается право государства выражать порицаніе или осужденіе за тѣ дѣйствія, которыя называются преступленіями? Оно основывается на задачѣ, назначеніи государства, какъ правопорядка, содѣйствовать правственному развитію личности. Въ основѣ государ-

ства, какъ порядокъ лежитъ человѣческая личность; она его источникъ и задача; задача государства по отношенію къ личности состоитъ въ томъ, чтобы установить условія ея нравственнаго развитія, создать такую сферу, такой порядокъ, такое соотношеніе лицъ и вещей, при которомъ человѣческая личность могла бы возможно легче выполнить, осуществить свое нравственное назначеніе. Сама по себѣ человѣческая личность слишкомъ ограничена и слаба, чтобы самолично—безъ содѣйствія себѣ подобныхъ—успѣшно шествовать по пути, ведущему къ нравственному усовершенствованію; условія этого послѣдняго лежатъ не только внутри человѣка, но и внѣ его—въ волѣ и дѣйствіяхъ другихъ ему подобныхъ существъ; потому-то онъ и соединяется въ общество, что только въ немъ онъ можетъ найти все условія, необходимыя для выполненія своей задачи, слишкомъ трудной и даже почти недостижимой для него одного, отдѣльно взятаго. Только въ обществѣ онъ можетъ видѣть, съ одной стороны, образцы высокаго нравственнаго развитія, способные служить ему свѣточемъ, а, съ другой, примѣры полнаго нравственнаго паденія: оставаясь внѣ общества человѣкъ даже не знаетъ бы, въ чемъ заключается нравственное совершенство—добродѣтель и нравственное паденіе—порокъ, не говоря уже о томъ, что ему были бы совершенно чужды пути, которыя ведутъ къ первому и низвергаютъ въ пропасть втораго.

Такимъ образомъ общежитіе является необходимымъ условіемъ возможности человѣку выполнять задачу своего нравственнаго развитія. Въ какой формѣ общежитія—онъ единственно только можетъ идти по предназначенному ему пути своего нравственнаго совершенствованія—нельзя рѣшить à priori, нельзя сказать, чтобы только современное государство было годно служить данной цѣли; прежде чѣмъ создать эту болѣе высокую форму общежитія—человѣкъ прошелъ черезъ рядъ другихъ болѣе низшихъ формъ, менѣе совершенныхъ, но кто же можетъ сказать, что только современный человѣкъ выполняетъ свое нравственное назначеніе, между тѣмъ

какъ стародавній человѣкъ не служилъ этой задачѣ и вообще не способенъ былъ морально развиваться. Несомнѣнно, что и низшія формы общественности также послужили, также принесли лепту въ общую сокровищницу нравственнаго развитія человѣка, также были той коллективной сферой, въ которой только современный имъ человѣкъ способенъ былъ выполнить свою задачу. Точно также ничто не ручается за то, что будущій человѣкъ не выработаетъ болѣе совершеннаго типа общежитія, чѣмъ современное государство, типа, по отношенію къ которому послѣднее будетъ стоять въ такомъ же положеніи, представляясь столь же низшей формой, какъ восточныя деспотіи стоятъ теперь по отношенію къ государствамъ Европы. Словомъ, формы общежитія подлежатъ такому же закону исторической измѣчивости и развитія, какъ и самая личность человѣка, ихъ создающая.

Но какую же, спрашивается, въ этихъ формахъ общежитія въ дѣлѣ нравственнаго развитія личности играетъ роль наказаніе, какъ порицаніе или осужденіе извѣстныхъ дѣйствій и почему оно необходимо? Оно играетъ въ данномъ отношеніи, вообще говоря, такую-же роль, какъ угрызеніе совѣсти, т. е. внутреннее осужденіе закона нравственнаго, и какъ внѣшнее осужденіе и порицаніе закона религіознаго. Нѣтъ сомнѣній, что и внутренній законъ нравственности, и внѣшніе законы религіи и права одинаково служатъ одной и той же задачѣ—нравственному развитію личности, различаясь между собою только способами своего служенія, вліянія, содѣйствія и источникомъ своего происхожденія. Источникъ нравственнаго закона внутри человѣка, въ его природѣ, а потому онъ и дѣйствуетъ, проявляется чисто внутреннимъ образомъ; источникъ же религіознаго и правоваго карательнаго закона—внѣшній, а потому и проявляется, дѣйствуетъ внѣшними способами. Въ первомъ случаѣ источникомъ закона является церковь, какъ совокупность лицъ, соединенныхъ вѣрой въ тѣ или другіе догматы и сверхестественныя начала; во второмъ же случаѣ—государство, какъ организованная форма общежитія, обнимающая лицъ,

соединенныхъ не только во имя единства вѣрованій, а, прежде всего, во имя другихъ самыхъ разнообразныхъ, жизненныхъ интересовъ. Церковь и государство, являясь высшими учрежденіями, естественно могутъ и проявить свое вліяніе на человѣческую личность лишь извнѣ; въ этомъ заключается ихъ сходство; но ихъ различіе состоитъ въ томъ, что церковь въ своихъ карахъ дальше сущности наказанія, т. е. порицаній или осужденій идти не должна, какъ институтъ, хотя внѣшній, но духовный, обязанный дѣйствовать исключительно моральными средствами на своихъ непокорныхъ членовъ, между тѣмъ какъ государство есть институтъ не только внѣшній, но и принудительный, такой, который въ интересахъ правопорядка, въ интересахъ поддержанія той формы общежитія, выраженіемъ которой оно служитъ, можетъ употребить въ случаѣ нужды и средства принужденія, которыми располагаетъ.

Но принужденіе не есть существенный моментъ права вообще, а, слѣдовательно, и права наказанія въ частности. Правовой законъ служитъ задачѣ нравственнаго развитія личности не только тогда, когда онъ выступаетъ принудительно противъ преступившей законъ воли, но и тогда, когда онъ добровольно соблюдается. Уже одинъ фактъ его существованія, уже установленная имъ регуляция высшихъ отношеній далеко не безразлична въ интересахъ нравственнаго развитія личности. Вотъ почему государство, какъ мы видѣли, даже такой правовой институтъ какъ наказаніе не связываетъ необходимо съ элементомъ принужденія; оно довольствуется однимъ выраженіемъ порицанія въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ безъ принужденія можно обойтись. Правда, большая часть наказаній связана съ принужденіемъ, но эта прибавка является какъ настоящая необходимость усилить элементъ порицанія средствомъ болѣе рѣшительнымъ, болѣе способнымъ произвести на общество и преступника дѣйствительное впечатлѣніе осужденія или порицанія. Безъ этого средства, безъ этой прибавки наказаніе на большинство преступниковъ вовсе не производило бы впечатлѣнія порицанія а встрѣчало бы гомерическій смѣхъ.

Итакъ, если элементъ принужденія не есть существенный моментъ права вообще и права наказанія въ частности, представляя необходимую лишь въ извѣстныхъ случаяхъ прибавку, то сущность наказанія юридическаго, какъ выраженія порицанія или осужденія—совпадаетъ съ сущностью наказанія нравственнаго, проявляющагося въ видѣ угрызеній совѣсти, и наказанія религіознаго, являющагося въ видѣ увѣщанія, наставленія, лишенія извѣстныхъ религіозныхъ благъ, исходящихъ отъ опредѣленнаго духовнаго органа. Какъ наказаніе, такъ и угрызеніе совѣсти, и религіозное внушеніе необходимо заключаютъ въ себѣ элементъ порицанія или осужденія и безъ этого элемента невысказанными. Но никто не станетъ отвергать, что нравственный законъ совѣсти, равно какъ и религіозныя наставленія, сентенціи несомнѣнно служатъ задачѣ нравственнаго развитія личности, ея моральнаго усовершенствованія; отсюда слѣдуетъ, что и юридическій карательный законъ, тождественный съ ними по своей сущности, также долженъ служить той же общей задачѣ. А если такъ, то значить наказаніе также необходимо для выполненія этой задачи, какъ необходимъ нравственный законъ совѣсти. И въ самомъ дѣлѣ—мы не можемъ представить себѣ ни одной формы общежитія, которая бы могла обходиться безъ наказанія; исключить наказаніе изъ общежитія значить поставить на карту его самого. Даже такая идеализированная форма общежитія, какую организовалъ Робертъ Овенъ въ Нью-Ланаркѣ—также не могла обойтись безъ наказанія; изгнаніе, которому подвергались негодные члены колоніи—было ничѣмъ другимъ, какъ замаскированной высшей мѣрой наказанія. Государство, какъ самая сложная организованная форма общежитія, также не возможна безъ института наказанія; уничтожьте этотъ институтъ—и оно неизбежно рухнетъ. Опредѣленіе въ государствѣ дѣйствій, подлежащихъ осужденію или порицанію—также необходимо, какъ и положительное опредѣленіе его строя. Въсѣтъ они образуютъ подобіе головы Януса, гдѣ на одной сторонѣ нормы, опредѣ-

ляющія строй государства, какъ правопорядка, а на другой—нормы его гарантирующія.

Но общежитіе въ той или другой формѣ—какъ мы сказали—представляется необходимымъ условіемъ возможности человѣку осуществлять свою задачу нравственнаго развитія. Оно образуетъ ту сферу, въ предѣлахъ только которой человѣкъ можетъ выполнять свое нравственное призваніе. А такъ-какъ въ этой сферѣ наказаніе является необходимымъ условіемъ или средствомъ осуществленія человѣкомъ своей нравственной задачи, то оно образуетъ одинъ изъ составныхъ элементовъ общежитія, его сущность, слѣд. начало самоцѣльное, не нуждающееся для своего оправданія въ цѣляхъ, внѣ его лежащихъ. Искать оправданіе наказанія во внѣ его лежащихъ цѣляхъ—было бы равносильно тому, какъ если бы кто нибудь вздумалъ оправдывать необходимость песка для образованія стекла не тѣмъ, что послѣднее безъ перваго не мыслимо, не тѣмъ, что песокъ есть самая сущность стекла, а той или другой формой послѣдняго, его блескомъ, твердостью и т. п. Правда, то или другое количество и качество песка можетъ имѣть вліяніе на всѣ эти обстоятельства, но оправданіе его наличности въ стеклѣ не внѣ послѣдняго, а въ самой его сущности. Изъ того, что наказаніе представляетъ изъ себя одинъ изъ составныхъ элементовъ государства, какъ извѣстной формы общежитія, какъ правопорядка, слѣдуетъ, что его мѣра необходимо должна сообразоваться, между прочимъ, и съ важностію правонарушеній, съ значеніемъ ихъ для порядка. Въ этомъ его существенное отличіе отъ грѣха, какъ преступленія противъ религіи, который хотя также заключаетъ въ себѣ необходимо элементъ порицанія или осужденія, но мѣру тяжести своей почерпаетъ не въ объективныхъ условіяхъ, не въ общественномъ или частномъ вредѣ, а преимущественно въ субъективныхъ условіяхъ дѣланія.



0000007

ЮФ СПбГУ