

Проф. М. П. Чубинскій.

---

УЧЕБНИКЪ  
УГОЛОВНАГО ПРАВА

т. I, общ. ч.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

1915.



СПбГУ

## ВВЕДЕНИЕ.

### I. Наука уголовного права и ея составные элементы.

#### I. Уголовное право и его развитіе.

Князяковскій: Учебникъ; Шпилевскій: «Союзъ родственной защиты у древнихъ германцевъ и славянъ»; Wilda: «Strafrecht der Germanen», 1842; Макаревичъ: «Das Wesen der Verbrechen», 1896.

Уже на зарѣ исторической жизни человѣчества мы видимъ, что его существованіе связано съ извѣстной организаціей. Не наблюдается постоянной борьбы всѣхъ противъ всѣхъ; не наблюдается и абсолютной свободы въ удовлетвореніи каждымъ своихъ потребностей и въ достиженіи своихъ желаній и цѣлей. Съ начатками организаціи явилась необходимость признавать на ряду со своими и нѣкоторые чужіе интересы, а вмѣстѣ съ тѣмъ необходимость въ тѣхъ или иныхъ предѣлахъ согласовать свое поведеніе съ волей другихъ и признавать нѣкоторыя обязательныя руководящія правила. Эти регулирующія жизнь правила, иначе называемыя нормами, могутъ опираться на религіозныя или моральныя основанія, могутъ быть освящены давностью ихъ существованія или навязаны волею побѣдителя, но во всѣхъ случаяхъ они отличаются той особенностью, что ихъ сила и значеніе охраняется при содѣйствіи власти, признанной въ данной общественной организаціи, а потому повиновеніе имъ является обязательнымъ и нарушеніе ихъ влечетъ не-

выгодныя для нарушителя послѣдствія, которыя могутъ доходить до лишенія нарушителя жизни.

Сначала область примѣненія указанныхъ нормъ является ограниченной. Громадную роль играетъ раздѣленіе на своихъ, т. е. входящихъ въ составъ данной соціальной организаци, и чужихъ. Въ отношеніи къ чужимъ сперва ограниченій нѣтъ или почти нѣтъ, ибо вся регулировка выработана для жизни внутри союза, но, чѣмъ дальше живетъ человѣчество, чѣмъ больше подвигается его развитіе, тѣмъ шире раздвигаются рамки организацій и союзовъ, тѣмъ дальше идетъ процессъ объединенія, который завершается переходомъ къ государственной организаци, а вмѣстѣ съ тѣмъ все шире и шире становится роль и значеніе нормъ, регулирующихъ жизнь и поведеніе людей.

Въ теченіе всего указаннаго процесса нарушеніе наиболѣе важныхъ интересовъ, посягательство на нормы, наиболѣе существенныя для общежитія, естественно, влечетъ за собой особенно серьезную реакцію, которая и по формамъ и по способамъ осуществленія въ различные періоды является неодинаковой, но которая въ то же время выдѣляетъ эти нормы изъ ряда другихъ, придаетъ имъ особый отпечатокъ, особый характеръ. Такъ мало-по-малу происходитъ образованіе уголовного права, какъ совокупности особо важныхъ запретовъ и совокупности серьезныхъ для нарушителя послѣдствій, связанныхъ съ этими запретами.

Указанная уголовно-правовая реакція явилась неодинаковой и по порядку ея осуществленія. Пока была слабой властью, стоящая во главѣ соціальной организаци, реакція осуществляется гораздо больше потерпѣвшимъ, чѣмъ властью, и имѣетъ въ значительной мѣрѣ индивидуальный характеръ, сохраняя отпечатокъ до-историческаго періода, когда ее опредѣляли не столько нормы, признанныя въ общежитіи, сколько раздраженное чувство потерпѣвшаго, его силы и силы людей, ему близкихъ. Это скорѣе расправа, чѣмъ планомѣрная кара, это месть за причиненное зло, зачастую принимающая самыя кровавыя формы. Но все же эта месть неполнѣ произвольна и безпредѣльна. Поскольку мы

выходимъ за до-историческіе предѣлы, можно утверждать, что институтъ мести опредѣлялся не только произволомъ потерпѣвшаго. Сюда входилъ рядъ иныхъ условій, находящихся въ связи съ социальными понятіями и моралью того времени, которая можетъ безконечно отличаться отъ позднѣйшей морали, но въ глазахъ людей того времени пользуется признаніемъ и играетъ роль извѣстнаго регулятора социальныхъ отношеній. По вѣрному указанію В. Соловьева, основанному на разборѣ ряда лингвистическихъ данныхъ, слово человѣческое на всѣхъ языкахъ непреложно свидѣтельствуеетъ о коренной внутренней связи между правомъ и нравственностью; юридическія и моральныя понятія выражаются словами или одинаковыми, или производными отъ одного корня. При такой связи невозможно допустить, чтобы хотя бы примитивныя религіозныя, моральныя и социальныя понятія оставались безъ всякаго вліянія въ такихъ важныхъ случаяхъ, какъ реакція на вредоносное дѣяніе, а сверхъ того имѣется и рядъ положительныхъ историческихъ данныхъ въ пользу того, что во времена историческія мечь не была слѣпой и произвольной реакціей; она, какъ это установлено еще классическимъ трудомъ Вильда въ нѣмецкой литературѣ и трудами Шпилевскаго въ нашей литературѣ, сопровождалась различными, все болѣе и болѣе развивающимися ограниченіями, ослабляющими и сокращающими ея роль и ея примѣненіе.

Укрѣпленіе власти, соединенное со сліяніемъ родовъ и племенъ, влечетъ за собой дальнѣйшія измѣненія въ интересующей насъ области. Роль нормъ, какъ правилъ, регулирующихъ социальныя отношенія, все болѣе и болѣе возрастаетъ; власть начинаетъ болѣе интенсивно вліять на объемъ запретовъ и предписаній и закрѣпляетъ частью на почвѣ уже сложившихся обычаевъ, частью дополняя и измѣняя ихъ, тѣ правовыя послѣдствія, которыя должны постигнуть нарушителя охраняемыхъ нормъ, и такъ постепенно слагается цѣлая система преступленій, какъ наиболее существенныхъ нарушеній условій общежитія, и система наказаній, какъ правовыхъ послѣдствій этихъ нарушеній.

Отношеніе власти къ преступленіямъ въ разныя эпохи оказывается весьма неодинаковымъ. Заботясь о своемъ укрѣпленіи и становясь заинтересованнымъ органомъ, власть, по мѣрѣ достиженія укрѣпленія, наслѣдуетъ отчасти первоначальную страстность индивида, оттѣсненной ею отъ распоряженія реакціей на преступленіе. Въ дѣло борьбы съ преступностью власть вноситъ много жестокости; она какъ бы воодушевляется идеей сокрушить преступниковъ и уничтожить преступность. Сфера запрещеннаго и преступнаго все болѣе и болѣе расширяется; слагается и долгіе вѣка господствуетъ кровавая система наказаній, и лишь очень труднымъ и медленнымъ путемъ человѣчество приходитъ къ другимъ понятіямъ и другимъ порядкамъ въ области уголовного правосудія. Съ этого момента борьба съ преступностью становится болѣе спокойной; карательныя мѣры гуманизируются, а нормы, регулирующія область запрещеннаго, освобождаются отъ всего лишняго, наноснаго и отжившаго и доходятъ до высокой степени развитія. Вмѣстѣ съ тѣмъ съ одной стороны, по мѣрѣ усложненія жизни, возникаютъ все новые и новые соціальныя интересы, требующіе охраны, а съ другой—все болѣе усложняется и получаетъ разнообразіе система мѣръ, устанавливаемыхъ законами, берущими указанные интересы подъ свою защиту. Въ основѣ системы лежатъ мѣры карательныя, но на ряду съ ними все болѣе и болѣе начинаетъ выдвигаться и роль мѣръ предупредительныхъ, имѣющихъ цѣлью воздѣйствіе не на отдѣльныя преступленія, а на причины преступности, рассматриваемой какъ извѣстное вредное соціальное цѣлое. Въ новѣйшее же время на ряду съ наказаніемъ появляется система особыхъ мѣръ, которыя по существу не являются наказаніемъ, но въ то же время входятъ въ систему, предназначенную къ воздѣйствію на проявленія преступности.

Такимъ образомъ каждая эпоха знаетъ рядъ отрицательныхъ соціальныхъ явленій, обнаруживающихъ значительную живучесть; каждая эпоха имѣетъ рядъ людей, нарушающихъ тѣ условія общежитія, которыя признаются существующими и потому ставятся подъ охрану уголовного за-

кона; въ каждую эпоху подъ знаменемъ этого закона идетъ борьба съ преступностью.

Совокупность охраняемыхъ уголовнымъ закономъ нормъ или правилъ поведенія, указывающихъ границу между дозволеннымъ и недозволеннымъ, и совокупность тѣхъ разнообразныхъ послѣдствій, которыя, въ силу закона, могутъ и должны наступать и примѣняться властью къ нарушеніямъ и нарушителямъ,—образуютъ собою уголовное право каждаго народа въ каждую историческую эпоху. Изученіе всего указанного матеріала составляетъ задачу науки уголовного права.

## II. Наука уголовного права и ея догматическій элементъ.

Binding: «Die Normen und ihre Uebertretung», I; Birkmeyer: «Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform»; Dorado: «La Sociologie et le droit pénal»; Ferri «La sociologie criminelle»; Фойницкій: «Уголовное право, его предметъ, его задачи», Суд. Ж. 1873; Lucchini «Le droit penal et les nouvelles théories»; Liszt: Lehrbuch; Сергѣевскій: «Русское уголовное право»; Таганцевъ: «Предметъ науки уголовного права», Право, № 51 и 52 за 1901 г.; Чубинскій: «Наука уголовного права и ея составные элементы», Ж. М. Ю. 1902, сентябрь.

Удовлетворяя запросамъ жизни, подвергаясь натиску ея требованій, наука уголовного права пережила нѣсколько формаций, измѣняясь какъ по своей формѣ, такъ и по содержанию.

Такія измѣненія тѣмъ болѣе естественны, что уголовное право, гдѣ рѣшаются вопросы, затрагивающіе важнѣйшія жизненныя блага гражданъ и важнѣйшіе интересы общенія, всегда находится въ живой связи съ политическими формами, правовыми, этическими и экономическими идеалами и потребностями общества.

Но сколь ни важны были отдѣльныя измѣненія, самое понятіе науки уголовного права долгое время оставалось неизмѣннымъ. Крѣпкую и безспорно господствующую позицію занималъ тотъ взглядъ, что наука уголовного права есть юридическая дисциплина, изучающая преступленіе и наказаніе, какъ отвлеченныя юридическія понятія, т. е. взглядъ,

ставившій науку уголовного права въ тѣсныя, строго очерченныя рамки и подчеркивающій ея, такъ сказать, формальный характеръ.

Въ XIX вѣкѣ этотъ взглядъ оказался поколебленнымъ, и разногласія продолжаются до нашихъ дней.

Одни отказываются признать наукой уголовное право въ его установившейся обрисовкѣ и думаютъ, что въ такомъ видѣ оно не имѣетъ права на существованіе. Придавая огромную важность уголовно-политическому элементу, отождествляемому съ уголовной антропологіей и соціологіей, они желаютъ, чтобы въ названныхъ дисциплинахъ растворилось уголовное право, потерявъ свой юридическій характеръ. Элементъ юридическій такимъ образомъ какъ бы упраздняется. Другіе, наоборотъ, болѣе и менѣе отрицательно относятся къ уголовно-политическому элементу; они требуютъ, чтобы уголовное право оставалось той строго-юридической наукой, какой оно было до сихъ поръ, и попрежнему занималось юридической конструкціей, т. е. изученіемъ преступленія и наказанія, какъ отвлеченныхъ юридическихъ понятій; устраняя изъ науки уголовного права антропологическій и соціологическій матеріалъ, какъ не юридическій, а потому и не входящій въ область права, обработку его предоставляютъ другимъ „вспомогательнымъ дисциплинамъ“, но признаютъ (одни въ большей степени, а другіе—въ меньшей), что съ выводами этихъ дисциплинъ наука уголовного права должна считаться. Наконецъ, третьи требуютъ, чтобы наука уголовного права, не растворяясь ни въ какой другой наукѣ, широко раздвинула свои рамки и занималась не только преступленіемъ и наказаніемъ, какъ отвлеченными юридическими понятіями, но и ихъ соціально-біологической подкладкой, т. е. изучала также и преступность въ ея цѣломъ, съ ея факторами и ея живыми дѣятелями. Результатомъ такой постановки дѣла должны явиться не только необходимыя разъясненія настоящаго, но и строго научныя указанія относительно будущаго; здѣсь уголовно-политическій элементъ на началахъ равноправности комбинируется съ юридическимъ.

Прежде всего нужно признать несомненнымъ, что преступленіе и наказаніе могутъ быть предметомъ юридическаго изученія, преслѣдующаго свои спеціальныя задачи. Оно разсматриваетъ выступающія на историческую сцену правовыя нормы и вытекающія изъ нихъ правоотношенія; оно старается путемъ сознательной юридической конструкціи обнять весь этотъ матеріалъ, овладѣть имъ, заключивъ его въ точныя понятія, и выяснитъ содержаніе правовыхъ опредѣленій; оно существовало раньше и можетъ существовать впредь. Чтобы опредѣлить, имѣетъ ли такое изученіе важность и цѣну, мы должны принять во вниманіе всѣ результаты, уже добытые путемъ юридическаго изученія преступленія и наказанія; этому изученію посвятила свой трудъ такъ называемая классическая школа уголовного права, такъ что, давая отрицательный отвѣтъ на поставленный вопросъ, мы *eo ipso* должны признать ея вѣковую работу безплодной.

Такой отвѣтъ даютъ весьма немногіе, изъ которыхъ слѣдуетъ отмѣтить Дорадо и Ферри.

Общее положеніе Дорадо гласитъ, что наука уголовного права должна исчезнуть и быть поглощена различными науками и особенно соціологіей. Упразднивъ юридическій элементъ въ уголовномъ правѣ, авторъ смѣло принимаетъ всѣ выводы, вытекающіе изъ такой посылки; онъ говоритъ только о дѣятелѣ, совершенно игнорируя дѣяніе, причѣмъ замѣняетъ „субъективную и личную отвѣтственность коллективной и объективной“. Несмотря на такую замѣну, индивидуальное наказаніе все-таки у автора сохраняется; оно должно потерять характеръ кары и слагаться изъ вознагражденія за вредъ и устраненія опасности въ будущемъ, являясь мѣрой предупредительной и неопредѣленной по сроку. Принципъ „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ долженъ быть упраздненъ, хотя его нынѣ, какъ отмѣчаетъ самъ авторъ, весь міръ считаетъ палладіумомъ гражданской свободы. Авторъ даже требуетъ, чтобы судьямъ былъ предоставленъ безграничный просторъ; онъ хочетъ, чтобы „судья могъ признавать преступными всѣ тѣ акты, которые по его мнѣнію этого заслуживаютъ, и примѣнять къ совершителямъ этихъ актовъ

всѣ тѣ мѣры защиты и охраны, которыя онъ признаетъ наиболѣе соотвѣтствующими“. Далѣе безъ доказательствъ утверждается, что рекомендуемый принципъ судейскаго усмотрѣнія не повредитъ свободѣ гражданъ, что „уголовная социологія воспрепятствуетъ злоупотребленіямъ судей“, и что это будетъ „не капризный произволъ античнаго измѣренія наказаній, а произволъ просвѣщенный и рациональный“.

Переходя ко взглядамъ Ферри по данному вопросу, нельзя не отмѣтить ихъ неопредѣленности и противорѣчивости; неоднократно признавалъ онъ до послѣдняго времени важность юридическаго изученія и заслуги въ этомъ направленіи классической школы уголовного права, но, на ряду съ этимъ, столь же неоднократно и также до послѣдняго времени имъ дается такая постановка вопросовъ и выдвигаются такіе тезисы, изъ которыхъ вытекаетъ прямо или косвенно совершенное отрицаніе важности и полезности юридическаго изученія. Это изученіе въ глазахъ Ферри не болѣе, какъ схоластика.

Самыя прогрессивныя реформаторскія попытки имъ отвергаются, разъ онѣ имѣютъ исходнымъ пунктомъ преступленіе и сохраняютъ юридическій характеръ, разъ онѣ „прививаются къ древу существующей науки и практики“. „Вся современная уголовная юстиція сосредоточивается вокругъ преступленія, какъ юридической сущности, вся юстиція будущаго будетъ сосредоточиваться на преступникѣ, какъ біо-психической личности, которая живетъ и дѣйствуетъ въ той или иной социальной средѣ“; поэтому никакія примирительныя попытки не могутъ пустить корней; нѣтъ средняго пути; необходимые для прогресса науки новые методы не вяжутся съ изученіемъ преступленія, какъ абстрактной сущности.

Не соглашаясь съ приведенными доводами, мы утверждаемъ, что слѣдуетъ прямо и категорически признать важность юридическаго изученія для науки уголовного права.

Необходимость такого изученія мы усматриваемъ въ томъ, что знакомство съ юридической стороной преступленія и наказанія даетъ строгую и ясную систематизацію матеріала, заключающагося въ уголовномъ законодательствѣ, формули-

руеть рядъ вытекающихъ изъ него общихъ принциповъ, вырабатываетъ техническіе приемы, освѣщаетъ какъ современное состояніе отдѣльныхъ институтовъ, такъ и историческую перспективу ихъ развитія, и такимъ образомъ способствуетъ работѣ на пользу правосудія и укрѣпленію въ жизни начала законности.

Начало законности, противопоставляемое началамъ произвольности, усмотрѣнія и т. д., есть основной лозунгъ въ жизни правовыхъ государствъ нашего времени; не вездѣ еще достигнуто его полное господство и не даромъ далось оно, а путемъ долгой исторической борьбы съ порядками, возвращенія которыхъ желать, казалось бы, невозможно. Въ области уголовно-правовой это начало законности находить свое выраженіе въ принципѣ „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“, который выдвинуть для защиты гражданской свободы и интересовъ отдѣльныхъ индивидовъ; уголовный законъ, указывая, какое дѣяніе (или поведеніе, слагающееся изъ ряда точно указанныхъ признаковъ) можетъ влечь за собою карательныя послѣдствія, охраняетъ не только правопорядокъ и общество, но и посягающаго на правопорядокъ индивида, служа ему оплотомъ противъ всемогущества государства и намѣчая рамки, въ предѣлахъ которыхъ карательная власть можетъ двигаться, но ни въ какомъ случаѣ за нихъ не можетъ выйти.

Отвергнуть необходимость гарантій для личности, хотя бы и преступной, мы можемъ лишь въ томъ случаѣ, если признаемъ, что разъ кто-либо совершилъ преступленіе, онъ *eo ipso* лишается всего того, что связано съ положеніемъ гражданина въ правовомъ государствѣ, и можетъ стать объектомъ произвольныхъ экспериментовъ. Ясно, что такого признанія сдѣлать нельзя: исторіи извѣстно время безграничныхъ полномочій судебной власти; оно дало картину безчисленныхъ и ужасающихъ злоупотребленій, опасаться которыхъ всегда можно и должно; оно вызвало необходимую и благодѣтельную реакцію и выработало то правоубѣжденіе, что правосудіе должно быть не основанной на произволѣ и усмотрѣніи борьбой съ „опасными и подозрительными“, а

строго закономѣрной реакціей, т. е. борьбой, руководящейся началомъ законности. Отказываться отъ этого начала и отъ закономѣрнаго отправленія правосудія, значить дѣлать громадный шагъ назадъ, возвращаться отъ правового государства къ полицейскому и такимъ образомъ терять добытые тяжелой борьбой культурные плоды.

Дорадо думаетъ, что вреда отъ отмѣны принципа „*nullum crimen*“ не послѣдуетъ, но доказательствъ у него нѣтъ; онъ просто исповѣдуетъ то, во что вѣруетъ; но, разъ исповѣданіе переносится въ область науки, то всѣ, не раздѣляющіе вѣры автора, могутъ требовать доказательствъ, тѣмъ болѣе, что рѣчь идетъ объ одной изъ кардинальнѣйшихъ проблемъ человѣческаго общежитія. Авторъ голословно увѣряетъ, что злоупотребленіямъ судебной власти воспрепятствуетъ наука и именно уголовная социологія; но какимъ образомъ она это сдѣлаетъ? Гдѣ у нея для этого реальныя силы? Отвѣта у автора мы не находимъ, а потому, отдавая должное его прекрасной вѣрѣ въ безграничную мощь науки, мы все же предпочитаемъ оставаться на твердой почвѣ, т. е. считаться съ историческимъ опытомъ и реальными фактами дѣйствительности; тогда мы должны будемъ признать, что желателенъ не „просвѣщенный и рациональный“ произволь (да и гдѣ гарантіи, что онъ будетъ именно таковымъ?), а твердый юридическій порядокъ, при сохраненіи котораго остается и необходимость юридическаго изученія.

Дорадо могъ бы спросить, къ чему же гарантіи для преступной личности, если упразднится самое наказаніе. Ни къ чему, —отвѣтили бы мы, если бы дѣйствительно произошло такое упраздненіе. Но на дѣлѣ этого нѣтъ: Дорадо отмѣняетъ названіе наказанія, а не его сущность, ибо безъ цѣлаго арсенала мѣръ ограниченія и лишенія свободы индивида не можетъ быть исполнена задача „устраненія опасности отъ преступника въ будущемъ“. А разъ это такъ, то важность юридическихъ гарантій, а слѣдовательно и работъ юридическаго характера остается внѣ спора.

Изученіе юридическое сдѣлается бесполезнымъ и излишнимъ — только тогда, когда не будетъ надобности,

охраняя правовой порядокъ и гарантируемые имъ матеріальные и духовные интересы, примѣнять къ нарушителямъ стѣсняющія ихъ свободу мѣры и имѣть законы, регулирующие примѣненіе этихъ мѣръ; равно будетъ оно бесполезнымъ и въ томъ случаѣ, если человѣчество придетъ къ столь безграничной вѣрѣ въ своихъ судей, что, отказавшись отъ уголовного кодекса, дастъ имъ власть свободно „вязать и рѣшить“, примѣняя „необходимыя мѣры“ къ кому угодно и за что угодно. Но для этого нужно, чтобы всѣ люди (а въ частности судьи), измѣнивъ свою человѣческую природу, приблизились къ ангеламъ, чтобы не было на землѣ ни зла, ни какихъ бы то ни было недостатковъ соціального строя, ни дурныхъ страстей. Поэтому предоставимъ утопистамъ рисовать эти райскія картины: имъ не мѣсто въ позитивной наукѣ.

Ферри высказывается менѣе опредѣленно, чѣмъ Дорадо, но и его теорія грѣшитъ забвеніемъ потребностей настоящаго. Допустимъ на минуту, что относительно будущаго онъ правъ, и что въ будущемъ все уголовное право сведется къ изученію преступника, а юридическому изученію преступленія и наказанія не будетъ мѣста. Но вѣдь ни одна наука не имѣетъ права ограничиваться тѣмъ, что будетъ важно, тѣмъ болѣе, что неизвѣстно, когда это будетъ. Настоящее также въ правѣ требовать отъ науки отвѣта на свои вопросы, на свои потребности. Настоящій общественный строй нормируется въ области правосудія уголовными законами, имѣющими своимъ отправнымъ пунктомъ преступленіе и признающими послѣдствіемъ преступленія наказаніе. Какъ для всего общества, такъ и въ частности для служителей правосудія необходимо, чтобы это правосудіе озарялось свѣтомъ науки, чтобы изучался и разрабатывался матеріаль, заключающійся въ уголовномъ законодательствѣ, и чтобы этотъ казуистическій и раздробленный матеріаль былъ сводимъ въ стройную систему, гдѣ ясно видны были бы общіе и основные принципы, гдѣ всякая частность могла бы быть подведена подъ опредѣленную родовую и видовую категорію.

Для удовлетворенія этихъ потребностей необходимо изучать преступленіе и наказаніе съ формально-юридической ихъ стороны; безъ такого изученія практика лишится авторитетнаго руководства и качественно понизится, а благодаря этому пострадаетъ и общество, не получающее удовлетворенія своимъ существеннымъ запросамъ, и сама наука, ибо, отворачиваясь отъ несоотвѣтствующихъ ея вкусамъ порядковъ настоящаго, она утрачиваетъ связь съ жизнью и не исполняетъ своего назначенія,

Даже и для реформъ гораздо плодотворнѣе можно работать въ томъ случаѣ, когда имѣется подъ ногами твердая юридическая опора. Какъ прекрасно формулировалъ Листъ, „безъ точнаго знанія дѣйствующаго права во всѣхъ его развѣтвленіяхъ, безъ полнаго обладанія законодательной техникой, безъ строгой узды логически-юридическаго мышленія, уголовная политика легко можетъ выродиться въ поверхностный, безъ руля носящійся по волнамъ рационализмъ“.

Поэтому даже для будущаго мы не можемъ допустить, чтобы наша наука, перенеся изученіе на преступника, стала совершенно игнорировать преступленіе.

Мы понимаемъ, если какой-нибудь утопистъ говорить, что въ прекрасномъ будущемъ преступленія исчезнутъ съ лица земли, а слѣдовательно не будетъ и преступниковъ; такой утопистъ можетъ предсказывать упраздненіе за ненадобностью и всего уголовного права. Но разъ кто-либо допускаетъ появленіе преступниковъ и въ будущемъ и сохраняетъ науку, вѣдающую преступниковъ, онъ долженъ признать, что эта наука не можетъ игнорировать и преступленія. Противоположный взглядъ могъ возникнуть въ разгарѣ острой полемической борьбы, какъ яркая антитеза стараго взгляда, желавшаго изучать преступленіе и только преступленіе; по существу же этотъ взглядъ не имѣетъ права на существованіе; онъ основывается на явномъ недоразумѣніи и на нарушеніи законовъ логики: нельзя говорить объ изученіи производнаго понятія, не давая научнаго опредѣленія производящаго понятія и совершенно игнори-

руя это послѣднее; преступникъ — значить совершитель преступления, ergo необходимо знать, что такое преступленіе, какія дѣянія въ данной странѣ признаются преступленіями и т. д., а въ этомъ и заключается юридическое изученіе преступления, которое желаютъ упразднить.

Далѣе, нельзя допустить, чтобы вполнѣ игнорировался моментъ объективный; для общества далеко не безразлично количество причиненнаго извѣстнымъ дѣяніемъ вреда; чѣмъ больше вредъ, тѣмъ чувствительнѣе онъ и тѣмъ больше вызываетъ тревоги и волненія; для потерпѣвшаго, интересы котораго слѣдуетъ имѣть въ виду и по взгляду самыхъ крайнихъ новаторовъ, гораздо важнѣе объективная сторона, количество причиненнаго ему матеріальнаго и моральнаго вреда, чѣмъ свойства личности нарушителя; наконецъ, еще болѣе важна объективная сторона для самого преступника, интересовъ котораго также нельзя совершенно игнорировать.

Даже, если бы выдвинутый въ послѣднее время антропологической школой критерій опасности отъ преступника (*temibilità*) сдѣлался единственнымъ мѣриломъ наказанія, если бы при опредѣленіи рода и вида наказанія принимался во вниманіе исключительно субъективный моментъ, то и тогда не упразднилось бы окончательно значеніе преступления: пусть преступленіе не служитъ болѣе важнѣйшимъ основаніемъ при опредѣленіи наказанія, пусть оно будетъ лишь поводомъ къ примѣненію наказанія, опредѣляемаго другими моментами,—и въ этомъ случаѣ сохраняется необходимость всесторонне, главнымъ же образомъ съ юридической точки зрѣнія, изучать этотъ поводъ. Отмѣняя правило „наказаніе соотвѣтствуетъ преступленію“, критерій опасности можетъ оставлять неприкосновеннымъ правило „*nullum crimen sine lege*“; только высказавшись за отмѣну и этого послѣдняго правила, мы навсегда покончимъ съ необходимостью изучать преступленіе. Теперь же для признанія кого-либо преступникомъ, необходимо сперва, чтобы было совершено дѣяніе, противорѣчащее уголовному закону, или рядъ дѣйствій, по закону характеризующихъ поведеніе, признаваемое преступнымъ; затѣмъ необходимо установить составъ

известнаго опредѣленнаго, а не какого-либо иного, преступленія и виновно-причинную связь между фактами, съ одной стороны, и виновнымъ—съ другой; вся процедура должна вестись въ установленномъ порядкѣ и съ соблюденіемъ цѣлаго ряда формальностей; лишь съ завершеніемъ ея обвинительнымъ приговоромъ мы получаемъ возможность говорить о преступникѣ.

Наконецъ, нельзя не отмѣтить, что послѣдовательные выводы изъ доктрины лицъ, желающихъ изученія преступника и окружающей его среды, но не желающихъ юридическаго изученія преступленія, оказались бы настолько вопіющими, что съ ними никогда не помирилось бы здоровое общественное правосознаніе.

Напримѣръ, мы знаемъ изъ наблюденій опытныхъ тюремновѣдъ надъ тюремными сидѣльцами, что совершители менѣе тяжкихъ преступленій часто труднѣе поддаются исправленію, чѣмъ совершители болѣе тяжкихъ преступленій, напримѣръ, убійцы. Возьмемъ мелкаго карманнаго ворипку, отягченнаго дурной наслѣдственностью, попадавшагося много разъ и мало подающаго надеждъ на исправленіе, но зато никогда не переходившаго къ болѣе тяжкимъ преступленіямъ, словомъ—представителя той низшей категоріи преступниковъ—„длинно-рукихъ“, о которыхъ съ презрѣніемъ отзываются и прежніе и современные аристократы преступности. Исходя изъ критерія „опасности“, игнорируя дѣяніе и основываясь исключительно на „біо-соціологическомъ изслѣдованіи преступника“, въ данномъ случаѣ, чтобы быть послѣдовательнымъ, нужно примѣнить безсрочное заключеніе и притомъ въ учрежденіи съ болѣе строгимъ режимомъ, предназначеннымъ для неисправимыхъ, т. е., напримѣръ, у насъ въ Россіи—на каторгѣ, въ Италіи—въ эргастоло и т. д.

И наоборотъ, послѣдовательность требуетъ, чтобы совершители самыхъ тяжкихъ преступленій, напримѣръ, корыстнаго убійства или изнасилованія, если они провинились въ первый разъ и не имѣютъ дурной наслѣдственности, были относимы въ категорію наименѣе опасныхъ и заслуживающихъ и болѣе мягкаго режима, и сравнительно короткаго заключенія.

Все изложенное приводит насъ къ выводу, что преступленіе и его объективная сторона имѣютъ безспорную важность, и что попытки отрицать эту важность, а вмѣстѣ съ тѣмъ и значеніе юридическаго изслѣдованія преступления и наказанія, покоятся на недоразумѣніи, соединены съ противорѣчіями, слабо обоснованы теоретически, а практически или невыполнимы, или грозятъ самыми опасными, не соответствующими общественному правосознанію и вѣковой культурѣ послѣдствіями.

Юридическое изслѣдованіе, образующее ту часть нашей науки, которую обычно называютъ уголовной догматикой, является не только важнымъ, но и безусловно необходимымъ ея элементомъ.

### III. Значеніе уголовно-политическаго элемента.

Garraud: «Traité du dr. pénal» I; Духовской: «Задачи науки уголовного права», 1872; Lammasch: «Criminalpolitische Studien», Gerichts., B. 44; Liszt: «Criminal-politische Aufgaben»; Полянскій: «Къ вопросу объ объемѣ науки уголовного права», 1902; Пionтковскій: «Наука уголовного права, ея предметъ, задачи, содержаніе и значеніе», 1895; Prins: «Science pénal et droit positif», 1899; Пусторослевъ: «Уголовное право»; Stoos: «Was ist Kriminalpolitik», Schw. Z. f. Str., 1894, VII; Чубинскій: «Курсъ уголовной политики».

Признаніе необходимости догматическаго элемента въ наукѣ уголовного права еще не рѣшаетъ вопроса о ея предѣлахъ и о томъ, достигнетъ ли она, ограничившись догматикой, всѣхъ существенныхъ и неизбѣжныхъ для нея задачъ и цѣлей.

Важнѣйшими и наиболѣе послѣдовательными сторонниками суженія сферы науки уголовного права являются Биндингъ и Сергѣевскій.

Биндингъ умалчиваетъ обо всемъ, что выходитъ за строго-юридическіе предѣлы. Неоднократно съ особой любовью повторяетъ онъ, что наука уголовного права должна быть и оставаться наукой практическаго позитивнаго права; важность юридическаго элемента онъ доказываетъ сильно и убѣдительно, но почему только этотъ элементъ долженъ входить въ науку уголовного права, онъ не выясняетъ. При-

знавая, что юриспруденція становится недостойной своего имени, если она сводится лишь къ законовѣдѣнію, своей наукѣ онъ ставитъ задачей не только „содѣйствіе къ пониманію даннаго правосостоянія“, но и „выработку лучшаго права для будущаго“. Однако, вопросъ о томъ, достижимо ли полное рѣшеніе этой задачи на почвѣ строго юридической, остается у Биндинга открытымъ, а выработка лучшаго права во всѣхъ трудахъ его отодвигается на второй планъ и играетъ малую роль.

У проф. Сергѣевскаго мы читаемъ: „Изслѣдуя юридическую природу преступнаго дѣянія и наказанія и формулы права, эту природу опредѣляющія, наука уголовного права служить практической цѣли—дать руководство къ правильному пониманію и примѣненію, критикѣ и составленію уголовного закона. Этимъ опредѣляется содержаніе уголовного права, какъ науки юридической“

Посмотримъ, можно ли достигнуть этихъ цѣлей, оставаясь въ предѣлахъ исключительно юридическихъ. Цѣль для настоящаго—дать руководство къ правильному пониманію и примѣненію уголовного закона. Что эта цѣль важна, и что достигнуть ее безъ разработки юридическаго матеріала невозможно, это безусловно вѣрно. Но не слѣдуетъ забывать, что уголовно-правовыя формулы не примѣняются непосредственно къ жизни. Каждый судебный практикъ, въ руководство которому онѣ даются, раньше, чѣмъ опредѣлитъ, какой въ данномъ случаѣ передъ нимъ видъ субъективной виновности и пр. и какія юридическія послѣдствія должно связать съ этимъ случаемъ, долженъ предварительно позаботиться объ установленіи состава преступления и выработать убѣжденіе въ томъ, имѣетъ ли мѣсто самая виновность. Вотъ здѣсь то исключительно юридическій багажъ оказывается крайне недостаточнымъ, особенно въ тѣхъ случаяхъ, когда жизненная подкладка явленій оказывается иной, чѣмъ мы воображали, не прибѣгая къ ея непосредственному изученію. Вотъ почему рядъ абстрактныхъ, хотя и весьма глубокомысленныхъ, системъ терпѣль крушеніе при столкновеніи съ жизнью, вотъ почему уголовная юстиція въ своихъ отправленіяхъ столь

часто являлась формальной и бессильной, вот почему судебный практикъ часто бредеть ощупью тамъ, гдѣ при запасѣ надлежащихъ свѣдѣній онъ шелъ бы твердо и съ открытыми глазами.

Для уголовного права въ его строго-юридической обрисовкѣ, какъ справедливо замѣтили Prins и Lammasch, преступникъ является абстрактнымъ типомъ, а не живымъ, дѣйствующимъ человѣкомъ, преступленіе является не актомъ реальной жизни, а юридической формулой, внесенной въ кодексъ, наконецъ наказаніе является лишь теоретической системой, принятой учеными, которые не считались съ природой преступления. Ограничиваясь одной юридической стороной, мы упускаемъ изъ виду, что преступленіе и наказаніе существуютъ и проявляются въ мірѣ реальномъ, а доходя въ этомъ отношеніи до крайностей, мы можемъ дойти и до вырожденія юриспруденціи въ схоластику. Такимъ образомъ, даже потребностямъ настоящаго узко поставленная наука уголовного права не удовлетворить и достиженія указанныхъ ей цѣлей не обезпечить. Для надлежащаго служенія этимъ потребностямъ она должна расширить свои рамки, включивъ въ свое вѣдѣніе и матеріалъ не строго-юридическій.

Еще менѣе для узко поставленной науки уголовного права возможно давать правильныя указанія для будущаго, дать руководство къ правильной критикѣ и составленію уголовного закона и приготовить лучшее право, какъ этого хотятъ Биндингъ и Сергѣевскій. Допущеніемъ этой задачи они вносятъ въ уголовное право необходимый для него уголовно-политическій элементъ, но даютъ ему такую постановку, которая заранѣе парализуетъ его успѣхъ. Для того, чтобы что нибудь критиковать и реформировать, нужно отдѣлиться отъ существующаго и подлежащаго критикѣ матеріала и имѣть возможность стать выше его. Для того, чтобы критически отнестись къ дѣйствующему праву и дать указанія для составленія новаго, лучшаго, нельзя оставаться въ сферѣ отвлеченно-юридическихъ понятій: эта сфера связана съ существующимъ правопорядкомъ и почерпаетъ въ

немъ критеріи, тогда какъ для самой скромной критически-реформаторской дѣятельности необходимы новыя свѣжіе критеріи. Для полученія ихъ иногда рекомендуютъ дѣйствовать на основаніи данныхъ практики и началъ науки, но съ этой слишкомъ общей формулой согласиться нѣльзя: наука можетъ и должна считаться съ данными практики, но эти данныя не могутъ доставить руководящихъ принциповъ, ибо практика подчинена наукѣ и дѣйствуетъ лишь въ предѣлахъ существующихъ законовъ, освѣщаемыхъ наукою; недостатки практики могутъ ясно указать, что нужно реформировать, но никакъ не то, какъ нужно реформировать. Что же касается началъ науки, то они могутъ быть весьма полезными лишь въ томъ случаѣ, если самая наука понимается въ широкомъ смыслѣ; иначе, какъ мы уже видѣли, мы будемъ связаны рамками существующаго права и изъ началъ науки искомымъ критеріевъ не получимъ.

Не получимъ мы ихъ полностью и при дополненіи приведенной формулы тѣмъ, чѣмъ ее пополняетъ Н. С. Таганцевъ, по словамъ котораго дѣйствующее право можетъ быть критикуемо съ двоякой точки зрѣнія: его устойчивости и его жизнеспособности, основаніемъ же для критики, сверхъ данныхъ практики и началъ науки, можетъ служить опытъ другихъ народовъ и отечественная исторія права.

Изученіе исторіи правовыхъ нормъ, которое можетъ дать намъ серьезный матеріалъ для оцѣнки ихъ устойчивости, далеко не часто даетъ вѣрные критеріи для оцѣнки ихъ жизнеспособности: для того, чтобы рѣшить, пригодна ли для жизни данная норма, а, если непригодна, то въ какомъ духѣ слѣдуетъ измѣнить ее,—необходимо смотрѣть не только въ глубь прошлаго, но и въ суть настоящаго и вѣроятнаго будущаго; жизнь неустанно движется впередъ; она уводитъ со сцены за ненадобностью вопросы, когда-то жгучіе, и выдвигаетъ новыя проблемы, иногда совершенно невѣдомыя прошлому.

Съ давнихъ временъ въ исторіи желаютъ видѣть руководительницу; и соціологи, и политики, и юристы стараются почерпнуть изъ нея критеріи и практическіе рецепты. И

дѣйствительно, исторія указываетъ, какъ дѣйствовали при извѣстныхъ обстоятельствахъ, какія нормы выдвигали, и что изъ этого послѣдовало; она можетъ научить насъ не повторять ошибокъ прошлаго; она можетъ дать и кое-какія положительныя указанія въ томъ случаѣ, когда ситуація настоящаго сходна съ уже пережитымъ гдѣ-либо историческимъ моментомъ; но, какъ только передъ нами новая ситуація и новыя проблемы, съ помощью исторіи уже нельзя дать ни полной критической оцѣнки дѣйствующаго права, ни тѣмъ болѣе основательныхъ и дѣйствительно научныхъ предложеній для будущаго. Историческое изученіе даетъ наукѣ для ея потребностей нѣкоторыя основанія и иногда, а на всѣ и не всегда.

Это положеніе остается въ силѣ и при дополненіи историческаго метода сравнительнымъ. Какъ вѣрно указалъ Штаммлеръ, посредствомъ сравненія различныхъ правовыхъ установленій и сходныхъ другъ съ другомъ институтовъ достигается лишь возможность понять въ отдѣльности точнѣе и лучше каждый изъ сравниваемыхъ объектовъ, но посредствомъ сравненія нельзя получить чего, либо новаго и самостоятельнаго, стоящаго выше сравниваемыхъ объектовъ. Примѣняя сравнительный методъ, мы можемъ сказать, насколько та или иная норма нашего права лучше или хуже иностранной нормы; дать же всестороннюю оцѣнку дѣйствующаго права, въ полномъ объемѣ оцѣнить его жизнепригодность, а тѣмъ болѣе предложить для будущаго что-либо возвышающееся надъ сравниваемыми нормами и соответствующее дѣйствительнымъ потребностямъ, мы при помощи сравнительнаго метода и даже при комбинаціи его съ методомъ историческимъ не сможемъ, ибо пробѣлы, оставаемые историческимъ изученіемъ, лишь отчасти восполняются изученіемъ сравнительнымъ.

Равнымъ образомъ недостаточно еще признанія политическихъ задачъ уголовного права, т. е. согласія допустить въ это право уголовно-политическій элементъ; такое согласіе нерѣдко даютъ и даже называютъ уголовную политику давнимъ спутникомъ уголовного права, но этимъ спорный во-

прось не разрѣшается, ибо для правильной постановки уголовно-политическаго элемента необходимо выйти за строго-юридическіе предѣлы, а на это сторонники оспариваемыхъ нами взглядовъ не соглашаются, не желая включать въ нашу науку не-юридическій матеріалъ, который даютъ, съ одной стороны изучающая міръ преступниковъ уголовная антропология, а съ другой—освѣщающая социальную подкладу преступности уголовная социология.

Реальныя невыгоды отъ внесенія этого матеріала указывалъ проф. Таганцевъ; оно, по его мнѣнію, теоретически не соответствовало бы основнымъ началамъ классификаціи отдѣльныхъ отраслей знанія, а практически послужило бы только ко взаимному вреду разработки этихъ отдѣльныхъ отраслей изслѣдованія, такъ какъ онѣ разнятся по методамъ или приѣмамъ изученія матеріала и по преслѣдуемымъ имъ цѣлямъ. „Если уголовное право будетъ изучать условія, въ силу коихъ и среди коихъ создается преступникъ, выраженіе этой преступности и даже ея послѣдствія“, то среди массы этихъ данныхъ затеряется, конечно, изслѣдованіе юридической природы „выраженія преступности“ (т. е. преступления). „Осуществленіе такой задачи, особенно при университетскомъ преподаваніи, было бы не только непосильнымъ бременемъ, но вредно отразилось бы на обработкѣ и изученіи предмета, какъ всякое безсистемное, а потому, по необходимости, диллетантское изложеніе свѣдѣній, собранныхъ изъ самыхъ разнообразныхъ областей знанія“. „Такое соединеніе (добавляетъ проф. Сергѣевскій) можетъ быть механическимъ, но отнюдь не внутреннимъ“.

Итакъ, первый аргументъ—разница методовъ и цѣлей. Мы ее не усматриваемъ. Конечно, общая антропология и общая социология имѣютъ задачи и цѣли болѣе широкія и отличающіяся отъ цѣлей науки уголовного права, но отдѣльныя специальныя вѣтви этихъ наукъ,—уголовная антропология и уголовная социология,—именно въ силу своего обособленія и выдѣленія сближаются по цѣлямъ съ наукой уголовного права во многихъ своихъ пунктахъ, а въдь только эти пункты, а не цѣликомъ всю уголовную антропо-

логию и социологию, предлагается внести въ науку уголовного права. Поскольку находящийся въ этихъ пунктахъ матеріаль освѣщаетъ тѣ стороны социальнаго явленія, именуемаго преступленіемъ, и тѣ свойства преступной личности, знаніе которыхъ можетъ дать твердую опору работѣ правосудія, постольку ясно, что цѣли науки уголовного права цѣлямъ уголовной антропологии и уголовной социологии противопоставлять нельзя.

Обратимся къ разницѣ методовъ. Методы уголовного права—логическій (въ догматикѣ), историческій и сравнительный; это же—методы, которыми оперируютъ уголовная антропология и социология, или по крайней мѣрѣ всегда могутъ оперировать: никакихъ препятствій для этого быть не можетъ. Остаются методъ экспериментальный и методъ статистическій, играющіе главную роль въ уголовной антропологии и социологии.

Что наука уголовного права до недавняго времени оставалась имъ чуждой—сомнѣнію не подлежитъ; но, чтобы такъ дѣло оставалось и на будущее время—весьма сомнительно. Оспариваемая теорія не желаетъ видѣть, что въ кругъ ея доказательствъ входитъ *petitio principii*: вся ея аргументація сводится къ тому, что доказывается непримѣнимость методовъ уголовной антропологии и социологии къ теоретическому и практическому изученію уголовного права, какъ науки юридической.

Объ этой непримѣнимости нельзя было бы и спорить, разъ было бы незыблемо установлено, что наука уголовного права должна сводиться исключительно къ юридическимъ конструкціямъ, т. е. состоять изъ одной уголовной догматики; но это еще и требовалось доказать; самый вопросъ о методахъ былъ выдвинутъ для подкрѣпленія того положенія, что наука уголовного права не должна включать въ свои рамки антропологическаго и социологическаго матеріала. Стоя же на противоположной точкѣ зрѣнія и убѣдившись, что наряду съ уголовной догматикой полноправнымъ членомъ науки уголовного права должна являться широко поставленная уголовная политика, мы *eo ipso* должны допустить

примѣненіе въ наукѣ уголовного права новыхъ методовъ: этихъ методовъ требуетъ вновь вводимый матеріалъ, всесторонняя разработка котораго для нуждъ правосудія безъ нихъ невозможна.

Не усматриваемъ мы и вреда для разработки и преподаванія науки уголовного права отъ расширенія ея рамокъ. Юридическій элементъ въ нашей реформированной наукѣ не пострадаетъ, а тѣмъ болѣе не затеряется; безспорная его важность, какъ для нуждъ правосудія, такъ и для самой науки уголовного права, нами и признана, и подробно мотивирована. Прекратится лишь прежняя односторонность; не будутъ игнорироваться необходимыя данныя о реальной жизненной подкладкѣ изучаемыхъ явленій; изслѣдователь будетъ интересоваться не только отдѣльными преступленіями, но и преступностью въ ея цѣломъ, а своей наукѣ поставитъ не только цѣль способствованія поддержанію правопорядка, но и болѣе широкую и плодотворную цѣль—способствовать наилучшей организаціи правосудія и наиболѣе успѣшной, основанной на твердыхъ научныхъ данныхъ, борьбѣ съ преступностью.

Мы не ждемъ ни хаоса, ни затрудненій въ научной работѣ. Рѣчь идетъ не о томъ, чтобы втиснуть въ рамки науки уголовного права всю уголовную соціологию и антропологию цѣликомъ (это былъ бы дѣйствительно хаосъ и притомъ никому нежелательный), а лишь о томъ, чтобы въ науку уголовного права былъ включенъ тотъ необходимый антропологическій и соціологическій матеріалъ, разработка котораго важна для цѣлей, преслѣдуемыхъ наукой уголовного права и одновременно близкихъ къ правильно понимаемымъ цѣлямъ уголовной соціологии и антропологии.

При такой постановкѣ дѣла явится органическая связь между юридическимъ и не-юридическимъ матеріаломъ въ наукѣ уголовного права, явится возможность не механическаго, а органическаго соединенія, которое можно противопоставить соединенію механическому.

Что работа криминалиста при такой постановкѣ дѣла будетъ сложнѣе и тяжелѣе,—это безспорно, но невыполни-

мости ея доказать нельзя. Съ теченіемъ времени задачи каждой науки усложняются, но зато работа ея становится плодотворнѣе. То же происходитъ и съ наукой уголовного права, расширенія рамокъ которой требуетъ не какая-нибудь кабинетная теорія, а сама жизнь. Эта жизнь выдвигаетъ новыя и сложныя проблемы, которыя не получаютъ разрѣшенія въ старыхъ рамкахъ. Чтò лучше для науки—идти навстрѣчу новымъ требованіямъ жизни, служеніе которымъ составляетъ ея величайшую и благороднѣйшую задачу, и расширять такимъ образомъ свои предѣлы, или гордо оберегать эти предѣлы, какъ нѣчто священное и непогрѣшимое, закрывая глаза на все остальное,—относительно отвѣта, казалось бы, сомнѣнія быть не можетъ.

То же самое надо сказать и считаясь съ интересами преподаванія. На юридическихъ факультетахъ пока почти повсемѣстно дѣло обстоитъ такъ, что ни уголовная антропология, ни уголовная социология не введены въ кругъ изучаемыхъ предметовъ. Такимъ образомъ профессоръ-криминалистъ въ большинствѣ случаевъ является единственнымъ лицомъ, отъ котораго слушатели почерпаютъ свѣдѣнія о преступности и репрессіи. Если бы рядомъ съ криминалистомъ на кафедрахъ работали уголовный антропологъ и уголовный социологъ, тогда раздѣленіе труда между ними всѣми являлось бы болѣе или менѣе понятнымъ. Криминалистъ могъ бы сказать: „интересующіе васъ, господа, вопросы о факторахъ преступности, о мѣрахъ борьбы съ ней въ смыслѣ ея предупрежденія, о типахъ преступниковъ и т. д. посильно разрѣшаются моими коллегами; мое же дѣло главнымъ образомъ заключается въ изученіи съ вами юридической стороны явленій, именуемыхъ преступленіемъ и наказаніемъ“. Правда, и въ этомъ случаѣ нельзя было бы провести точныхъ демаркаціонныхъ линій, ибо, переходя отъ рѣчи *de lege lata* къ рѣчи *de lege ferenda*, профессоръ-криминалистъ не могъ бы игнорировать ни уголовной антропологии, ни уголовной социологии, но онъ могъ бы тогда менѣе на нихъ останавливаться.

Ограничиваться же юридической стороной при современномъ положеніи дѣлъ—это значитъ оставлять учащихъ безъ

руководства въ вопросахъ весьма важныхъ и серьезныхъ изъ-за поклоненія сотворенному кумиру, каковымъ является строго-юридическое пониманіе науки уголовного права.

Фактически отъ этого пониманія начинаютъ уклоняться и сторонники классической школы. Съ одной стороны, выростае т. наз. нео-классицизмъ, который во многихъ отношеніяхъ идетъ навстрѣчу новымъ теченіямъ науки уголовного права. Съ другой стороны, даже виднѣйшіе и авторитетнѣйшіе представители классической школы, какъ напримѣръ проф. Таганцевъ, отстаивая принципиально строго-юридическія рамки науки уголовного права, начинаютъ включать въ свои труды и разборъ ученія о прирожденномъ преступникѣ, и хотя бы краткіе абрисы системы предупрежденія преступленій, и признаніе того, что во многихъ отношеніяхъ „прогрессъ науки уголовного права обусловливается развитіемъ работъ по уголовной антропологии и особенно социологии“, и что съ данными этихъ наукъ криминалистъ долженъ считаться.

Острота спора такимъ образомъ начинаетъ смягчаться, и расширеніе рамокъ науки уголовного права фактически получаетъ прочную почву и широкое признаніе.

#### IV. Предѣлы науки уголовного права и ея связь съ другими дисциплинами.

Бѣлогрицъ-Котляревскій: Учебникъ; Ефимовъ: «Природа преступления», 1914; Liszt: «Aufg. und Methode»; Stoops: «Kampf gegen das Verbrechen»; Сергѣевскій: «Преступленіе и наказаніе, какъ предметъ юридической науки»; Пусторослевъ: «Русское угол. право», общ. ч., 1912; Таганцевъ: Лекціи, I, 1902; Фойницкій: «Ученіе о наказаніи»; Спекторскій: «Юриспруденція и правовѣдѣніе» (Юр. В., II, 1913).

Для избѣжанія встрѣчающагося въ литературѣ упрека, будто требованія о расширеніи рамокъ науки уголовного права представляются до сихъ поръ мало выясненными, а соотвѣтствующая имъ программа изслѣдованія неуловимою, необходимо точно намѣтить предѣлы изслѣдованія, въ которыхъ должна дѣйствовать наука уголовного права. Здѣсь

большіе споры вызываетъ вопросъ о томъ, должна ли наша наука взять въ свое вѣдѣніе борьбу съ преступностью цѣликомъ, или она должна заботиться лишь о наилучшей организаціи карательныхъ мѣръ (репрессіи), оставивъ другимъ дисциплинамъ заботу о способахъ и средствахъ предупрежденія преступленій (превенціи). Въ новой литературѣ обычно признается необходимость принять въ свое вѣдѣніе мѣры безопасности, аналогичныя наказанію (мѣры противъ невмѣняемыхъ, малолѣтнихъ, бродягъ, алкоголиковъ и т. п.), но спорятъ, входитъ ли въ уголовное право рекомендація мѣръ чисто предупредительныхъ. Напримѣръ, Листъ приводитъ много интересныхъ соображеній о мѣрахъ, которыя могутъ сильно подѣйствовать въ смыслѣ предупрежденія преступленій, и между прочимъ указываетъ на такія соціальныя мѣры, которыя ничего общаго съ репрессіей не имѣютъ, напримѣръ, законъ, обязывающій фабрикантовъ устраивать приличныя жилища для рабочихъ. Онъ прямо утверждаетъ, что наказаніе не является единственнымъ и наилучшимъ средствомъ въ борьбѣ съ преступностью, и въ то же время онъ включаетъ превенцію въ уголовное право лишь постольку, поскольку дѣло идетъ о т. наз. общей и специальной превенціи, т. е. поскольку предупрежденіе преступленій достигается угрозой закона, наказаніемъ и родственными съ нимъ мѣрами, какъ заключеніе въ рабочій домъ, убѣжище для алкоголиковъ, пріюты для малолѣтнихъ и т. д.

Что же касается криминалистовъ-классиковъ, то они вопросъ о предупрежденіи преступленій въ свое вѣдѣніе обычно не включаютъ.

Мы находимъ, что спорный вопросъ долженъ войти въ вѣдѣніе криминалистовъ во всей своей широтѣ.

Какъ медикъ нуждается въ знаніи вызывающихъ болѣзни причинъ, находящихся внѣ больныхъ и въ ихъ организмѣ, съ его большей или меньшей устойчивостью и предрасположеніями, такъ и криминалистъ долженъ быть знакомъ съ факторами преступности, находящимися какъ внѣ преступниковъ, такъ и въ нихъ самихъ. Врачъ, преслѣдуя задачу борьбы съ болѣзнями, не можетъ ограничиться лѣченіемъ

заболѣвшихъ и указаніемъ наилучшихъ способовъ лѣченія вообще; онъ долженъ разрабатывать и мѣры наилучшаго предупрежденія болѣзней, иначе его знаніе причинъ болѣзней останется безплоднымъ и неутилизованнымъ. Въ такое же положеніе попадаетъ и криминалистъ, если, изучивъ причины преступности, онъ не утилизируетъ надлежащимъ образомъ своихъ познаній и не обратитъ вниманія на широкую организацію мѣръ превентивныхъ.

Какъ справедливо указалъ Штоессъ, не слѣдуетъ забывать, что превенція и репрессія преслѣдуютъ одну и ту же цѣль, — дѣйствительную борьбу съ преступностью. Намъ не должно смущать то, что въ наукѣ уголовного права „тщательное отдѣленіе превенціи отъ репрессіи еще и нынѣ почитается классическимъ“: требовать этого отдѣленія такъ же нераціонально, какъ требовать отъ врача, чтобы онъ не занимался мѣрами гигиены. „Государство, ведущее борьбу съ преступностью, чтобы обезпечить себѣ побѣду, дѣйствуетъ то однимъ, то другимъ оружіемъ, то ими обоими. Теоретики, которые желали бы тщательно „очистить“ уголовное право отъ превентивныхъ мѣръ, изгоняютъ эти мѣры изъ уголовныхъ кодексовъ и уголовной юстиціи, но они забываютъ о реальной связи превенціи и репрессіи“.

Иногда пессимистически относятся къ самой идеѣ предупрежденія преступленій посредствомъ социальныхъ реформъ. Указывая, что преступленія не всегда являются порожденіемъ недостатковъ общественнаго строя, профессоръ Сергѣевскій выставляетъ тезисъ, гласящій, что не только дурныя стороны общественной организаціи, а всѣ — и дурныя, и хорошія — служатъ почвой, на которой вырастаютъ преступленія. Поэтому онъ предполагаетъ, что въ будущемъ, несмотря на социальные реформы, преступленія будутъ лишь измѣняться и иначе распредѣляться, но не уменьшаться.

Если бы это было вѣрно, то, конечно, нашей наукѣ не стоило бы создавать научно построенной превентивной политики; но съ указанными пессимистическими предположеніями согласиться невозможно. Данныя статистики съ очевидностью

доказываютъ, что преступленій, вытекающихъ изъ недостатковъ общественнаго строя, неизмѣримо болѣе, чѣмъ преступленій, выросшихъ на положительныхъ его сторонахъ, и что удачныя социальныя реформы настолько же ослабляютъ преступность, насколько неудачныя повышаютъ.

Никогда и нигдѣ неурожай, дороговизна цѣнъ на предметы первой необходимости, дурное управленіе, тяжесть падающихъ на малоимущіе классы налоговъ и т. п. явленія не вели къ пониженію преступности; никогда и нигдѣ борьба съ этими явленіями преступности не повышала, а всегда ее ослабляла. Мало того, воздѣйствію социальныхъ реформъ доступны и тѣ причины преступности, которыя, какъ показали спеціальныя изслѣдованія, сюда направленные, лежатъ въ иной области и коренятся частью въ физической и психической организаціи человѣка со всеѣми ея свойствами, предрасположеніями, особенностями и дефектами, частью въ такихъ внѣшнихъ условіяхъ космическаго характера, какъ климатъ, температура и т. п. Хорошая постановка образованія и воспитанія можетъ смягчить дурныя наклонности; заботы о жилищахъ для безпріютныхъ и о топливѣ и теплой одеждѣ для неимущихъ не могутъ не понижать цифры тѣхъ преступленій, на которыя толкаютъ холодъ и стужа и т. п. Поэтому и отдѣльные авторитетные представители классической школы начинаютъ въ своихъ курсахъ, хотя бы кратко, говорить о превенціи. Напримѣръ, проф. Таганцевъ справедливо оцѣниваетъ значеніе научно поставленной социальной превентивной политики; онъ съ сочувствіемъ излагаетъ предложенный бельгійскимъ проф. Принсомъ планъ социальныхъ реформъ и видитъ въ немъ „примѣръ разумной уголовной гигиены“.

Нельзя, наконецъ, отказаться отъ изученія въ нашей наукѣ предупрежденія преступленій на томъ основаніи, будто этимъ дѣломъ занято полицейское право.

Предупрежденіе преступленій по существу, путемъ воздѣйствія на причины преступности и парализаціи въ корнѣ ихъ проявленій, никогда цѣликомъ въ науку полиціи не входило и теперь не входитъ. Въ полиціи благосостоянія

разсматривается рядъ мѣръ, осуществленіе которыхъ должно благоприятно отразиться между прочимъ и на преступности, но въ виду при этомъ имѣется не борьба съ преступностью, а подъемъ благосостоянія населенія, и о многомъ существенно важномъ для предупрежденія преступленій — умалчивается.

Поэтому, если наука уголовного права изъементъ изъ своего вѣдѣнія превенцію, то многіе вопросы послѣдней останутся безъ надлежащаго научнаго освѣщенія, съ явнымъ проигрышемъ и для науки и для общества.

Но и введеніемъ превенціи не исчерпываются задачи науки уголовного права.

При изученіи преступности и мѣръ борьбы съ ней нужно остановиться и на вопросѣ о разграниченіи преступнаго отъ не преступнаго; въ этой области криминалисты также должны возвысить свой голосъ, какъ они не разъ дѣлали это и раньше, вооружаясь противъ смѣшенія преступнаго съ грѣховнымъ, безнравственнымъ, опаснымъ и т. д. Нельзя обольщать себя мыслью, что уже здѣсь идеаль достигнуть: этого нѣтъ даже въ наиболѣе прогрессивныхъ изъ современныхъ уголовныхъ кодексовъ Европы, у насъ же въ этой области предстоитъ еще очень много работы.

Не можетъ, далѣе, наша наука оставить безъ вниманія вопросы объ опредѣленіи сравнительной тяжести преступныхъ дѣяній, о допустимости или недопустимости вѣсудебныхъ взысканій и мѣръ и т. д. Такихъ вопросовъ масса; всѣ они нуждаются въ научно обоснованномъ рѣшеніи и затрагиваютъ существенные интересы общества, всѣ они отражаются на ходѣ великаго дѣла правосудія и опредѣляютъ качественную степень его организаціи, а потому наука уголовного права для надлежащаго выполненія своей миссіи должна взять на себя широкую задачу указанія на все то, что связано съ усовершенствованіемъ уголовного законодательства и наилучшей постановкой великаго дѣла уголовного правосудія въ странѣ.

Для успѣшнаго выполненія указанныхъ задачъ наша наука должна быть поставлена на твердую почву и отрѣ-

питься отъ односторонняго способа рѣшать всѣ вопросы путемъ умозрительнымъ. Преступность является слѣдствіемъ извѣстныхъ причинъ; не открывъ ихъ и не воздѣйствуя на нихъ, нельзя воздѣйствовать и на слѣдствія. Поэтому руководимая наукой борьба съ преступностью должна имѣть въ своемъ основаніи изслѣдованіе причинъ, которыми обусловливается возникновеніе, развитіе и измѣненіе преступности. Это основаніе мы, вслѣдъ за Манувріе и фанъ-Гамелемъ, назовемъ уголовной этиологіей.

Но указанный этиологическій базисъ при всей своей необходимости для нашей науки не можетъ дать ей всего ей необходимаго. Не считаясь съ выработаннымъ исторіей извѣстнымъ складомъ жизни, мы не только рискуемъ возможностью повторить ошибки, уже сдѣланныя въ прошломъ, но и лишаемся критерія для разграниченія того, чего должно требовать для немедленнаго проведенія въ жизнь, отъ того, что должно выставить какъ идеаль, необходимый, но недостижимый сразу. Какъ бы прекрасны и какъ бы научно обоснованы ни были наши желанія, они могутъ столь неизмѣримо отличаться отъ существующаго въ дѣйствительности, что, настаивая на немедленномъ проведеніи ихъ въ жизнь, мы подвергнемъ ихъ риску захирѣть подъ вліяніемъ явныхъ и скрытыхъ, активныхъ и пассивныхъ противодѣйствій и условій. Криминалиста-догматика исторія научаетъ понимать существующее, криминалиста-политика она научаетъ избѣгать промаховъ прошлаго и не требовать сейчасъ же того, что достижимо лишь современемъ.

Не останавливаясь далѣе на томъ, что криминалистъ долженъ быть хорошо ориентированъ въ сравнительномъ законодательствѣ, ибо общеизвѣстно, что опытъ другихъ народовъ даетъ криминалистамъ цѣнныя указанія, перейдемъ къ послѣднему весьма важному пункту.

Этотъ пунктъ признавался старыми криминалистами, но нерѣдко игнорируется новыми.

Дѣло въ томъ, что мы можемъ самымъ научнымъ образомъ построить вѣрную, цѣлесообразную и дѣйствительную систему мѣръ борьбы съ преступностью, и тѣмъ не менѣе

эта система не удовлетворитъ того самаго общества, охрана интересовъ котораго имѣется въ виду, по крайней мѣрѣ не удовлетворитъ лучшихъ представителей этого общества. Въ наши дни преступность сильно возрастаетъ; умножается число профессиональныхъ преступниковъ; можетъ быть, на почвѣ вполне научныхъ данныхъ мы придемъ къ выводу, что наиболѣе дѣйствительный способъ борьбы съ этими печальными явленіями на почвѣ репрессивныхъ мѣръ, которыя необходимы всегда, какъ бы широко ни примѣнялись мѣры превентивныя,—это широкое примѣненіе смертной казни и пожизненнаго заключенія не только къ совершителямъ тягчайшихъ преступленій, но и къ упорнымъ совершителямъ преступленій маловажныхъ. Весьма вѣроятно, что, примѣняя этотъ реально-обоснованный выводъ на практикѣ, мы бы достигли полезныхъ результатовъ въ смыслѣ уменьшенія преступности; но существуютъ соображенія, въ силу которыхъ лучше достигнуть меньшихъ результатовъ, но смягчить свои уголовно-политическія предложенія. У общества есть извѣстный этическій и идейный капиталъ, изъ котораго вытекаютъ понятія о справедливомъ и несправедливомъ, возвышенномъ и низкомъ; благодаря этому, обществу можетъ претить путь, который дастъ матеріальныя выгоды, но оскорбитъ его идеалы. Поэтому криминалистъ не долженъ никогда въ своихъ предложеніяхъ упускать этихъ идеаловъ изъ виду, памятуя, что „не о единомъ хлѣбѣ живъ будетъ человѣкъ“, и что у общества много задачъ, а не только задача борьбы съ преступностью, которая удовлетворяетъ лишь одной изъ потребностей человѣчества; борьба должна вестись такъ, чтобы не оскорблялись другія потребности человѣчества, а въ число ихъ входить, какъ одна изъ важнѣйшихъ, потребность въ уваженіи къ его этическому и идейному капиталу.

Новое движеніе въ наукѣ уголовного права впервые стало на позитивный уголовно-этіологическій базисъ; въ этомъ его сила и залогъ его прочнаго успѣха; но, какъ прекрасно выразился на одномъ конгрессѣ союза криминалистовъ van Hamel, „въ реалистической работѣ можно оставаться идеалистомъ“. Вѣра въ высокое и идеальное наполняла

никогда всю доктрину естественного права; послѣднее умерло, ибо не имѣло подъ собою прочной почвы, но не умеръ духъ его проникавшій; онъ снова воскресаетъ въ наши дни въ области философіи, права и политики; онъ долженъ проникнуть и въ сферу возродившейся науки уголовного права, которая, работая на реальной почвѣ для пользы человѣчества въ области уголовного правосудія, должна вести эту работу съ вѣрой въ лучшіе идеалы человѣчества, и соображаясь съ этими идеалами.

Сдѣлавъ такую обрисовку предѣловъ и задачъ науки уголовного права, мы можемъ теперь дать ей полное опредѣленіе и установить ея подраздѣленія и ея связь съ другими науками.

Наука уголовного права есть наука социальнo-юридическая. Она прежде всего изучаетъ преступленія и наказанія съ ихъ формальной стороны, исходя изъ данныхъ позитивнаго права, легализирующихъ отправленія правосудія; весь этотъ сложный и казуистическій матеріалъ она анализируетъ, сводитъ въ стройную систему, гдѣ выясняются общіе и основные принципы, и гдѣ всякая частность, всякое отдѣльное явленіе могутъ быть подведены подъ опредѣленную родовую и видовую категорію. Этотъ элементъ науки уголовного права, служащій потребностямъ настоящаго и нуждамъ правосудія даннаго времени, называется уголовной догматикой.

Но наука уголовного права не можетъ ограничиться юридической оболочкой явленій, ей подвѣдомыхъ, не можетъ игнорировать жизненной подкладки этихъ явленій. За каждымъ отдѣльнымъ дѣяніемъ скрывается живая личность его совершителя; совокупность этихъ дѣяній образуетъ родовое понятіе „преступность“, которая является грознымъ социальнымъ зломъ, требующимъ неустанной борьбы со стороны общества.

Изучая причины, которыми обусловливается возникновеніе, развитіе и измѣненіе преступности и которые лежатъ какъ внутри человѣка, такъ и внѣ его, наука уголовного права получаетъ прочный этиологическій базисъ для выпол-

ненія дальнѣйшей своей цѣли—улучшить и облегчить работу уголовного правосудія путемъ выработки болѣе совершенныхъ нормъ и указать пути для болѣе успѣшной и цѣлесообразной постановки дѣла борьбы съ преступностью. Такимъ образомъ для будущаго она намѣчаетъ и необходимыя соціальныя реформы и твердыя основанія лучшаго уголовного законодательства. Этотъ элементъ нашей науки называется уголовной политикою<sup>1)</sup>.

Кромѣ дѣленія науки уголовного права на элементы догматическій и политической, должны быть указаны и другія дѣленія.

Уголовное право дѣлится на матеріальное уголовное право и формальное или процессуальное; первое изучаетъ весь матеріалъ, входящій въ сферу преступности и борьбы съ ней, второе изучаетъ систему органовъ, вѣдающихъ дѣло уголовного правосудія, и характеръ и организацію судебного производства, путемъ котораго устанавливаются факты преступленій и отвѣтственность ихъ совершителей. Настоящій учебникъ посвященъ праву матеріальному, а потому процессуальное право оставляетъ въ сторонѣ.

<sup>1)</sup> Мы не упоминаемъ снова отдѣльно ни объ исторіи уголовного права, ни о сравнительномъ изученіи права другихъ государствъ, ни о философіи уголовного права, ибо все эти элементы входятъ по частямъ и въ догматику, и въ политику, даютъ имъ необходимый матеріалъ и подлежатъ изложенію вмѣстѣ съ ними. *Idem* Фойницкій, Garraud, van Calker, Liszt и др.

Равнымъ образомъ «пеналогія», т. е. ученіе о наказаніи и его возможно лучшей организаціи, не составляетъ отдѣльнаго элемента науки уголовного права, а входитъ частью въ уголовную догматику, частью въ уголовную политику. «Тюрьмовѣдѣніе» является по существу лишь частью пеналогіи. «Пенитенціарная наука», о которой говорятъ въ послѣднее время французы (Garraud, Cuche и др.), есть не что иное, какъ уголовная политика, ограничивающаяся мѣрами репрессивными и оставляющая въ сторонѣ превентивныя; самый терминъ взять лишь потому, что названіе «уголовная политика» французы считаютъ не подходящимъ къ духу ихъ языка, а потому неудобопрививаемымъ. «Уголовная психологія» и «уголовная психопатологія» могутъ быть рассматриваемы какъ части уголовной антропологіи. Наконецъ, уголовную догматику иногда именуютъ «наукой уголовного права въ тѣсномъ смыслѣ» (Liszt); мы для ясности терминологіи, предпочитаемъ избѣгать такого именованія.

Матеріальное уголовное право въ свою очередь дѣлится на часть общую и часть особенную.

Обычно въ первой изучаются преступленія и наказанія, какъ родовыя понятія, въ ихъ общемъ видѣ; въ особенной же части изучаются и классифицируются отдѣльные роды и виды преступленій и излагаются положенныя за нихъ наказанія. Это дѣленіе принято въ настоящее время и уголовными кодексами и наукой. При расширеніи рамокъ науки уголовного права, необходимость котораго выше установлена, между общей и особенной частью долженъ соотвѣтственно распределиться не только уголовно-догматическій, но и уголовно-политическій матеріаль.

Наконецъ, общая часть подраздѣляется на ученіе о преступленіи и ученіе о наказаніи.

Нами къ ученію о наказаніи будетъ присоединено ученіе о предупрежденіи преступленій и ученіе о мѣрахъ борьбы съ преступностью, не являющихся наказаніемъ, но родственныхъ ему въ томъ отношеніи, что они въ той или иной мѣрѣ ограничиваютъ свободу того лица, къ которому ихъ примѣняютъ. Равнымъ образомъ необходимое расширеніе получаютъ отдѣлы, трактующіе о субъектѣ преступленія, т. е. о преступникѣ.

Что касается связи уголовного права съ другими науками, то естественно, что уголовное право, раздѣляя судьбу всѣхъ наукъ, не стоитъ изолированно. Мы уже упоминали о его связи съ теоріей права, уголовной антропологіей и уголовной социологіей. Для правильнаго развитія какъ догматики, такъ и политики, необходимо обстоятельное знакомство съ тѣмъ путемъ, по которому шло развитіе уголовно-правовыхъ нормъ, а это обстоятельное знакомство требуетъ, чтобы криминалистъ зналъ условія, при которыхъ происходило развитіе упомянутыхъ нормъ, т. е. былъ въ курсѣ не только теоріи права, но и исторіи вообще. Только тогда сдѣлается ему понятной эволюція многихъ уголовно-правовыхъ понятій и институтовъ; только знакомство съ общими условіями той или иной эпохи и съ уровнемъ ея культуры можетъ дать ему пониманіе характера преступности даннаго періода и

тѣхъ мѣръ борьбы, которыя выдвигались противъ этой преступности.

Для своего уголовно-этіологическаго базиса наука уголовного права почерпаетъ матеріаль изъ уголовной антропологіи и уголовной соціологіи. Тотъ же матеріаль полезенъ ей для рѣшенія цѣлага ряда уголовно-политическихъ проблемъ, освѣщая физическую и психическую подкладку дѣятельности преступнаго человѣка и условія соціальной жизни, являющіяся факторами преступности. Но уголовная антропологія есть лишь вѣтвь общей антропологіи, равно какъ уголовная соціологія -- общей соціологіи. Развитие этихъ вѣтвей находится въ зависимости отъ развитія ихъ цѣлаго; ихъ пониманіе требуетъ извѣстныхъ общихъ предпосылокъ, и такимъ образомъ возникаетъ связь науки уголовного права съ антропологіей и соціологіей.

Не менѣе важной является связь нашей науки съ философій. Необходимость создавать обобщенія и сводить разрозненный матеріаль въ стройную систему, необходимость осмыслить этотъ матеріаль и свою собственную сущность, необходимость по цѣлому ряду отдѣльныхъ вопросовъ установить предпосылки философскаго характера, необходимость при постройкахъ *de lege ferenda* имѣть сознательные и отчетливые соціальные идеалы и этическіе постулаты, — все это указываетъ, какъ важно для науки уголовного права не отворачиваться отъ философіи, дающей основы общаго сознательнаго міросозерцанія, а напротивъ — искать въ ней опоры, конечно, постольку, поскольку сама философія стоитъ на прочномъ позитивномъ основаніи и не превращается въ метафизику, апріорныя и произвольныя построенія которой не могутъ быть пригодными для нашей прикладной науки, служащей не интересамъ чистаго познанія, а реальнымъ нуждамъ человѣчества.

Еще болѣе близкой является связь науки уголовного права съ юридическими науками вообще и въ особенности съ государственнымъ и гражданскимъ правомъ.

Изучаемый государственнымъ правомъ политическій укладъ данной страны, объемъ признанныхъ правъ поддан-

ныхъ, характеръ отношеній между государствомъ и церковью, предѣлы власти и порядокъ отвѣтственности должностныхъ лицъ,—все это во многихъ отношеніяхъ предопредѣляетъ характеръ и предѣлы уголовно-правовыхъ нормъ и является важнымъ для науки уголовного права, особенно же въ ея работѣ *de lege ferenda*, гдѣ освѣщаемыя государственнымъ правомъ институты могутъ по существу своему являться тормозами для реформъ, важныхъ, а порою и необходимыхъ въ интересахъ достойнаго уголовного правосудія.

Наконецъ, въ тѣсной связи находится наша наука съ правомъ гражданскимъ.

Оно опредѣляетъ семейный укладъ и громадную сферу возможныхъ имущественныхъ правоотношеній и обязательствъ; оно охраняетъ цѣлый рядъ правъ и институтовъ, открывая возможность гражданскихъ взысканій въ случаѣ нарушенія.

Не будучи знакомъ со всѣмъ этимъ матеріаломъ, не обладая отчетливымъ пониманіемъ указанныхъ институтовъ, криминалистъ неизбежно запутается въ цѣломъ рядѣ вопросовъ, ибо съ одной стороны его наука разрабатываетъ изнанку тѣхъ явленій, лицо которыхъ входитъ въ гражданское право, а съ другой—уголовно-правовая охрана дается часто тѣмъ же правовымъ благамъ и интересамъ, которые охраняетъ и право гражданское, а потому необходима и вдумчивая работа и цинвильно-правовыя познанія, чтобы разобраться въ сопредѣльныхъ областяхъ и рѣшить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, преступленіе передъ ними или гражданское правонарушеніе.

Въ работѣ же *de lege ferenda* криминалистъ часто встрѣчается съ необходимостью требовать отмѣны или измѣненія тѣхъ нормъ гражданскаго права, которыя мѣшаютъ его предположеніямъ. Банкротство, ростовщичество, самовольное пользование, обольщеніе, мошенничество, — всѣ эти деликты не могутъ быть перестраиваемы безъ соотвѣтствующихъ перестроекъ въ гражданскомъ правѣ. То же и въ области предупрежденія преступленій, рациональная постановка которой можетъ потребовать предварительныхъ и серьезныхъ реформъ въ области гражданскаго права.

## II. Исторія науки уголовного права.

Stinzing: «Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft», fortg. v. Landsberg, B. I; Таганцевъ: Лекціи, I; Бистяковскій, Учебникъ; Bar, Handbuch, I; Günther: «Die Idee der Wiedervergeltung», I и II; Laistner: «Das Recht in der Strafe»; Böhmer: «Handbuch der Litteratur d. Criminalrecht», 1876; В.-Котляревскій: Учебникъ; Hertz: «Voltaire und die französische Strafrechtspflege im XVIII Jarh.»; Гернетъ, «Предшественники социологической школы уголовного права»; van Kan: «Les causes économiques de la criminalité, 1903.

I. До достиженія человѣчествомъ сравнительно высокой степени интеллектуальнаго и общественнаго развитія никакихъ научныхъ построений, конечно, быть не могло. Для такихъ построений требуется способность къ абстрактному мышленію, способность не только наблюдать извѣстные факты и воспринимать извѣстныя понятія, но и обобщать ихъ, улавливать руководящія идеи путемъ систематизаціи матеріала и критически относиться къ объектамъ изученія.

Но и съ появленіемъ способности къ абстракціи и обобщенію мысль человѣка естественно обращалась къ болѣе общимъ и насущнымъ проблемамъ его бытія, а не къ вопросамъ частнымъ и въ томъ числѣ не къ вопросамъ затрагивающимъ лишь одну частную сферу уголовного правосудія.

Вотъ почему философія явилась ранѣе правовѣднія, а первыя построенія, имѣющія значеніе для уголовного права, возникли лишь какъ частности общихъ философскихъ системъ, выработанныхъ греческой мыслью.

Многіе изъ криминалистовъ утверждаютъ, что для своей науки мы, кромѣ нѣсколькихъ разрозненныхъ отрывковъ, не находимъ въ трудахъ греческихъ философовъ цѣннаго матеріала. Но дѣйствительность такого мнѣнія не оправдываетъ. Работая надъ разрѣшеніемъ важнѣйшихъ проблемъ бытія, представители греческой философской мысли нерѣдко одновременно занимались начертаніемъ идеаловъ индивиду-

<sup>1)</sup> Примѣч. Болѣе подробныя указанія литературы, какъ по исторіи науки уголовного права вообще, такъ и по отдѣльнымъ ея періодамъ, даны въ моемъ «Курсѣ уголовной политики», 2-е изд. 1912 и въ «Очеркахъ уголовной политики» 1905 года.

альной и государственной жизни, а потому, касаясь дѣла правосудія, сказали свое слово о желательной организаціи, существѣ и цѣляхъ наказанія, т. е., хотя и мимоходомъ, поставили и разсмотрѣли важные для нашей науки вопросы.

Дальше эта работа продолжалась и развивалась и результаты этой работы должны быть учтены въ исторіи нашей науки, хотя сама она, какъ цѣлое, возникла многими вѣками позже.

Наиболѣе интересный для насъ матеріаль мы находимъ у Платона и Аристотеля.

У Платона преступленіе разсматривается какъ болѣзнь государства, уврачеваніе которой лежитъ на обязанности государственной власти; поэтому карательная дѣятельность ставится на ряду съ другими мѣрами, обеспечивающими существованіе государства, и правителямъ предписывается поддерживать правовой порядокъ, охранять авторитетъ законовъ и, по возможности, не допускать ихъ нарушенія.

Платонъ устраиваетъ законы, считаясь съ человѣческимъ несовершенствомъ, а потому изъ цѣлей наказанія указываетъ прежде всего обезпеченіе общества и устрашеніе преступника. Но устрашеніе у него не есть рекомендація жестокости, ибо Платонъ желаетъ не рабскаго повиновенія закону изъ страха, а повиновенія сознательнаго и по убѣжденію; еще съ большимъ вниманіемъ онъ выдвигаетъ понимаемую въ моральномъ смыслѣ исправительную цѣль, взамѣнъ же принципа возмездія прямо выставляется принципъ цѣлесообразности.

Далѣе, основными принципами наказанія у Платона являются принципы цѣлесообразности и индивидуализаціи наказанія и въ связи съ этимъ центръ тяжести переносится съ объективной стороны на субъективную. Платонъ желаетъ, чтобы правосудіе считалось не только съ природой учиненнаго дѣянія, но и съ побужденіями виновнаго, съ характеромъ средствъ, употребленныхъ имъ въ дѣло, и т. п.

Особая же строгость рекомендуется для тѣхъ случаевъ, гдѣ жестокость у преступника сочетается съ коварствомъ.

Наконецъ, недостигаемо возвышаясь не только надъ взглядами своего времени, но и надъ взглядами гораздо болѣе позднихъ временъ, Платонъ требуетъ, чтобы наказаніе было личнымъ и не распространялось на дѣтей и потомковъ преступника даже при тягчайшихъ преступленіяхъ.

Другой великій умъ древности—Аристотель, труды котораго оказали громадное и долгое вліяніе на умственную жизнь Европы, и наукъ уголовного права оставилъ много интересныхъ и поучительныхъ идей.

У него имѣется масса матеріала, относящагося къ догмѣ уголовного права и впервые подвергшагося разработкѣ; имъ дана конструкція дѣяній случайныхъ и неосторожныхъ, умысла, опьяненія, аффекта, принужденія, ошибки и мн. др. Канонисты и позднѣйшіе криминалисты во многомъ лишь повторяли и развивали эти мысли Аристотеля. Далѣе, Аристотель первый призналъ относительное равенство передъ закономъ. Какъ ни высоко возвысился онъ надъ понятіями своего времени, онъ не могъ отрѣшиться вполне отъ условій и коренныхъ убѣжденій этого времени и выставить идею полного равенства. Онъ заложилъ первый ея камень: идею равенства всѣхъ полноправныхъ гражданъ передъ закономъ. Разъ гражданинъ,—этого довольно, а богатый онъ или бѣдный, сильный или незначительный,—безразлично.

Далѣе, говоря объ организаціи правосудія, Аристотель подчиняетъ мораль политикѣ и даетъ построенія чисто утилитарныя. Онъ убѣжденъ, что одними предписаніями совершенно невозможно направить массу къ добру; эта масса воздерживается отъ дурныхъ поступковъ лишь изъ страха передъ наказаніемъ; она склонна предпочитать свои выгоды и удовольствія общему благу, а потому предусмотрительный законодатель долженъ сдерживать дурные инстинкты угрозой наказанія, болѣе суроваго по сравненію съ выгодой и удовольствіемъ, которое можетъ доставить преступленіе.

Здѣсь есть уже сознаніе того, что преступность есть социальное зло, съ которымъ нужно бороться и по возможности предупреждать его угрозой кары.

Наказаніе Аристотель разсматриваетъ какъ актъ необхо-

димости; такъ какъ польза всего общества есть высшее благо а осуществленіе наказанія приносить реальныя выгоды всему обществу, то отсюда и вытекаетъ справедливость наказанія.

Что касается индивидуальной отвѣтственности, то въ основу ея положены Аристотелемъ идеи индетерминизма: духъ долженъ господствовать надъ тѣломъ, и разумъ надъ инстинктомъ, какъ хозяинъ надъ рабомъ. Аристотель даже утверждаетъ, что всѣ причины преступленій могутъ быть при внимательномъ наблюденіи сведены или къ привычкамъ и вкусамъ, противорѣчащимъ разуму, или къ страстямъ, его затемняющимъ.

Но такъ говоритъ онъ лишь тамъ, гдѣ желаетъ обосновать отвѣтственность; когда онъ обращается къ болѣе подробному разсмотрѣнію источниковъ, изъ которыхъ проистекаютъ преступленія, онъ указываетъ много причинъ, безусловно стоящихъ внѣ преступнаго индивида или, точнѣе, внѣ его воли, напримѣръ на подкупность или низость судей, безпорядки въ государствѣ, слабость или отдаленность репрессіи, легкость скрыть похищенное, нежеланіе или боязнь пострадавшихъ принести жалобу, искусственныя нужды, возникающія изъ чрезмѣрнаго богатства, дѣйствительныя нужды бѣдняковъ, не имѣющихъ необходимаго и др.

Преслѣдуя общественный интересъ, Аристотель считается съ силами обыкновеннаго человѣка и не требуетъ героизма; онъ противъ наказуемости тѣхъ случаевъ, когда обстоятельства, вызвавшія преступленіе, превышаютъ обыкновенныя силы человѣческой природы. Онъ имѣетъ въ виду идею индивидуализаціи наказанія и обращаетъ серьезное вниманіе на обстоятельства, которыя должны отягчать вину. Во многомъ здѣсь отдана дань духу времени, но много указано и важнаго для будущаго нашей науки, какъ напримѣръ, повтореніе преступленій, особая жестокость, проявленная виновнымъ, нежеланіе загладить причиненный вредъ и т. п.

Обращаясь теперь къ римскому творчеству, мы постараемся доказать, что римская мысль оставила намъ цѣнное

наслѣдіе, какъ для уголовной догматики, такъ и для уголовной политики.

Благодаря своему практическому такту и чуткому пониманію того, что нужно для успѣха правосудія, римляне хотя и не создали цѣльных и строго систематизированныхъ теорій, но дали рядъ формулъ и ученій громадной важности. Недаромъ даже въ современныхъ учебникахъ и курсахъ постоянно приходится по цѣлому ряду вопросовъ уголовного права начинать съ изложенія конструкцій, созданныхъ Римомъ. У римскихъ юристовъ, особенно у тѣхъ, труды которыхъ вошли въ отрывкахъ въ Дигесты, уже намѣчены столь важныя догматическія построенія, какъ конструкція умысла и неосторожности, какъ различеніе покушенія и совершенія, необходимая оборона и т. д., а равно сдѣлана сложная работа по установленію составовъ отдѣльныхъ преступленій, какъ это вполне убѣдительно доказано въ старомъ трудѣ Rein'a (*Kriminalrecht der Römer*) и въ новѣйшихъ трудахъ Zumpt'a („*Das Criminalrecht d. Römisch. Republik*“, I) и Th. Mommsen'a („*Römisches Strafrecht*“). Немало дано римлянами и матеріала, цѣннаго для уголовной политики. Такъ, Цицеронъ, во многомъ раздѣлявшій положенія стоиковъ, частью примѣнилъ ихъ принципы къ области правосудія, частью ушелъ впередъ и далъ самостоятельныя построенія. Онъ настойчиво указывалъ на важность неизбежности наказанія, а что касается цѣлей наказанія, то, отрицая цѣли устрашенія, онъ связывалъ эту цѣль съ принципомъ экономіи каръ (*ut metus ad omnes, poena ad paucos perveniret*); затѣмъ онъ придавалъ важное значеніе цѣли предупрежденія, какъ спеціальнаго (въ лицѣ преступника, котораго наказаніе должно удержать въ будущемъ отъ преступленій), такъ и общаго, дѣлающаго другихъ „*ad injuriam tardiores*“. Законы должны стремиться къ тому, чтобы сдѣлать союзъ гражданъ неприкосновеннымъ и безопаснымъ, всѣми мѣрами сдерживая посягателей на этотъ союзъ; по этому все правосудіе осуществляется „*ad reipublicae utilitatem*“.

Но идея безопасности общества не является единственнымъ критеріемъ: наказаніе должно во всякомъ случаѣ на-

лагаться за вину и соответствовать этой винѣ. Самое понятие вины разрабатывается широко и вниманіе обращается на субъективную сторону и въ частности на „*perturbationes animi*“, а не только на моментъ вреда (*nec enim peccata rerum eventu, sed vitiis hominum metienda sunt*).

Сенека, повторивъ данную Платономъ формулу (*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*), говорить, что наказаніе должно стремиться или къ исправленію наказуемаго, или къ исправительному воздѣйствію на другихъ, или къ безопасности общества.

Онъ не возражалъ противъ строгихъ наказаній вообще, но главнымъ въ его глазахъ всегда является не устрашеніе, а „*curatio cuius salutaris effectus est*“. Онъ понимаетъ и воспитательное дѣйствіе на гражданъ хорошаго законодательства (*leges... proficiunt ad bonos mores*).

Отсюда для Сенеки, какъ и для Цицерона, на первомъ планѣ стоитъ не причиненный вредъ, а самъ преступный субъектъ и его воля; отсюда и нѣкоторыя крайности, но эти крайности отнюдь не подрываютъ общаго важнаго значенія идей автора.

Интересны, далѣе, данныя, находящіяся у римскихъ прозаиковъ и поэтовъ, ибо эти данныя, по свидѣтельству компетентныхъ изслѣдователей, отражались и на законодательствѣ, и на мнѣніяхъ юристовъ, какъ въ прежнее, такъ и въ новое время. Ихъ обстоятельную разработку далъ французскій криминалистъ *Henriot*.

Эти писатели (*Публий Сиръ, Лукіанъ, Катонъ, Плавтъ, Овидій, Горацій, Пруденцій, Ювеналь* и др.) выдвинули тезисъ, что всякое хорошее уголовное законодательство должно стремиться къ искорененію преступленій, а не преступниковъ; они рѣшительно высказались за принципъ личности наказанія, тогда какъ римское законодательство при нѣкоторыхъ преступленіяхъ допускало семейную отвѣтственность; ихъ рѣзкіе протесты вызывалъ принципъ групповой отвѣтственности и наказуемости невинныхъ и произволъ въ дѣлѣ назначенія наказаній; они же съ большой проницательностью указали рядъ причинъ, вызывающихъ преступленія,

какъ личныхъ (корысть, честолюбіе), такъ и соціальныхъ (ужасы бѣдности и т. п.).

Итакъ, уступая въ глубинѣ взглядовъ греческимъ философамъ и нерѣдко заимствуя у нихъ подходящій матеріалъ, римская мысль сдѣлала крупный шагъ впередъ въ томъ отношеніи, что она сознала глубокую важность дѣла правосудія, серьезно поработала надъ вопросомъ о лучшей его организаціи и выработала цѣлый рядъ формулъ, весьма важныхъ для правосудія и сыгравшихъ огромную роль впоследствии („non bis in idem“, „cogitationis poenam nemo patitur“ и мн. др.).

Мы не хотимъ преувеличивать значенія указаннаго матеріала. Многія правовыя пріобрѣтенія были добыты путемъ практики, а не путемъ предыдущаго появленія соотвѣтствующихъ теорій; многія полезныя идеи слабо отражались на практикѣ, но всѣ эти темныя стороны не уничтожаютъ значенія свѣтлыхъ сторонъ, нами указанныхъ, а потому мы можемъ признать, что древній міръ намѣтилъ не мало идей, имѣющихъ глубокую важность для правосудія и для нашей науки и положилъ начало разработкѣ вопросовъ, впоследствии развитыхъ въ догмѣ уголовного права.

## II. Наука уголовного права въ средніе вѣка.

Ук. работы Кистяковского, Stinzing'a, Günther'a, а также Du-Boys: «Histoire du droit criminel des peuples modernes»; Heppе-Soldan: «Geschichte der Hexenprocesse», I; Savigny: «Geschichte d. Römischen Rechts im Mittelalter», V.

Для дальнѣйшаго уголовно-правового творчества новыя государственныя формации, возникшія съ вторженіемъ сѣверныхъ народовъ и паденіемъ Рима, оказались весьма неблагоприятными: новые пришельцы не могли оцѣнить сдѣланныя Римомъ въ области права культурныя пріобрѣтенія; они принесли съ собой много силы и свѣжести, но вмѣстѣ съ тѣмъ и довольно первобытное міросозерцаніе, распространенное, конечно, и на область преступленія и наказанія. Ихъ частноправныя взгляды въ послѣдней области стояли

неизмѣримо ниже того уровня, до котораго дошла римская мысль; благодаря этому, научная работа древняго міра не могла нормально развиваться и продолжаться. Властительницей мысли во вѣхъ областяхъ знанія становится церковь. Она одна уцѣлѣла при крушеніи цѣлаго ряда государственныхъ институтовъ; вымирание стараго порядка и формирование новаго длилось вѣка, и за все это время авторитетъ церкви мало-по-малу получалъ все большее и большее признаніе со стороны новыхъ народовъ, благодаря чему церковь сдѣлалась тѣмъ убѣжищемъ, куда наука укрылась, но откуда впоследствии, несмотря на желаніе нѣкоторыхъ ея представителей, ей уже трудно было выбраться.

Церковь, укрѣпившись, превратилась изъ гонимой и терпимой во властвующую и объявила себя единственнымъ владѣтелемъ и истолкователемъ истины, чѣмъ ео ipso сдѣлалась враждебной всякому критицизму. Въ нея нѣтъ спасенія, нѣтъ и не можетъ быть никакой науки; поэтому философія, ранѣе занимавшаяся самостоятельными поисками истины, теперь теряетъ право на эту дѣятельность и подчиняется положительной теологіи. Въ области же уголовного права, если сохранилась возможность разрабатывать уже дѣйствующія нормы, то изслѣдованія, стремящіяся къ свободному реформированію жизни въ области правосудія и задѣвающія цѣлый рядъ существенныхъ интересовъ, а въ томъ числѣ и церковныхъ, сдѣлались невозможными.

Но и сверхъ того существовалъ рядъ неблагоприятныхъ обстоятельствъ. Характерными чертами сложившагося въ средніе вѣка строя явились угнетеніе и закрѣпощеніе народа—съ одной стороны и привилегированное положеніе и политическое преобладаніе духовенства и дворянства—съ другой. Въ области правосудія новый строй выразился многообразными и жестокими карами для народа и весьма снисходительнымъ отношеніемъ къ привилегированнымъ классамъ.

Великая идея признанія правъ личности, внѣ рамокъ ея соціального положенія, не могла, поэтому, получить примѣненія. Вообще же средневѣковой порядокъ отличается по су-

ществу двойственностью и разладомъ между внѣшнимъ и внутреннимъ: во имя Бога любви людей пытаются и посылаютъ на костеръ, но вмѣстѣ съ тѣмъ среди самой ужасающей дѣйствительности не гибнетъ окончательно духъ стремленія къ лучшему.

Въ началѣ этого періода въ новыхъ государственныхъ формаціяхъ идетъ работа по нормированію преступленія и наказанія, главнымъ образомъ на почвѣ учета обычаевъ, и мы встрѣчаемся съ цѣлымъ рядомъ отдѣльныхъ законодательствъ (т. наз. *leges barbarorum*); но о наукѣ не можетъ быть и рѣчи вплоть до т. наз. рецепціи римскаго права, этого медленнаго, но грандіознаго историческаго процесса, на почвѣ котораго открылась возможность научной работы, и до учрежденія университетовъ, которые появляются въ XII вѣкѣ, сперва въ Италіи, а потомъ и въ другихъ странахъ.

Но и въ университетахъ работа надъ уголовнымъ правомъ долгое время имѣетъ лишь субсидіарный характеръ. Со времени знаменитаго Ирнерія, положившаго въ Болонскомъ университетѣ въ XII в. начало школѣ глоссаторовъ, юристы стали заниматься изученіемъ и толкованіемъ правового матеріала, но главное вниманіе сосредоточено было на гражданскомъ правѣ, изученіе же уголовного права составляло лишь малую часть преподаванія и вплоть до XVI в. не образовывало самостоятельной дисциплины.

Естественно, что со времени укрѣпленія власти церкви чтенія по уголовному праву большое вниманіе должны были удѣлять каноническому праву, получившему и систематизацію и широкое развитіе; но и римское право играло весьма серьезную роль. Уже начиная съ первыхъ глоссаторовъ и продолжая позднѣйшими комментаторами, изучаютъ и толкуютъ 47 и 48 книгу Пандектъ (*libri terribiles*), отдѣльные титулы кодекса Юстиніана и образовавшіеся на римской почвѣ обычаи. Канонисты, выставивъ формулу „*ecclesia Romana vivit secundum legem Romanam*“, укрѣпили позицію римскаго права, которое такимъ образомъ, наряду съ каноническимъ правомъ, было признано дѣйствующимъ правомъ, хотя, конечно, господствующимъ въ этомъ союзѣ являлось право ка-

ноническое. Поэтому въ исторіи даннаго періода науки уголовного права прежде всего нужно остановиться на трудахъ канонистовъ.

Учители первыхъ временъ христіанства, пока церковь была еще гонимой, оставили намъ рядъ глубоко гуманныхъ и привлекательныхъ завѣтовъ. Они учили снисхожденію къ грѣшнымъ и преступнымъ людямъ; они выдвинули на первый планъ идею исправленія и высоко подняли ея значеніе; они рѣшительно высказались противъ смертной казни вообще, и въ дѣлахъ вѣры въ частности. Отсюда формула — „ecclesia abhorret sanguine“ и знаменитыя положенія Лактанція, утверждавшаго, что Господь воспрещаетъ всякое убійство, а въ томъ числѣ и смертную казнь (*hominem occidere sit semper nefas*), и что, охраняя казнями религію, мы можемъ лишь запятнать ее.

Не по такому пути пошли канонисты средневѣковья. Они стали на ту точку зрѣнія, что церковь не можетъ сама назначать и исполнять смертныхъ приговоровъ, но что свѣтская власть имѣетъ не только право, но и обязанность воздавать казнями за болѣе тяжкія и въ томъ числѣ за религіозныя преступленія. Извѣстный декорумъ соблюдался, ибо въ концѣ приговора, сопровождавшаго передачу, обыкновенно духовный судъ рекомендовалъ свѣтскому суду не предавать виновнаго смерти или изувѣченію, но это приглашеніе было лишь формальностью, которую всегда соблюдала даже безчеловѣчная и погубившая тысячи жертвъ испанская инквизиція. На практикѣ приглашеніе духовнаго суда наказать какъ можно мягче, безъ пролитія крови, обычно прямо понималось какъ приглашеніе сжечь виновнаго живымъ на кострѣ и такимъ образомъ формула о непролитіи церковью крови стала прикрывать собой можетъ быть величайшее во всей міровой исторіи лицемѣріе.

Нѣкоторый шагъ впередъ, по сравненію съ дѣйствовавшимъ въ то время правомъ, заключался въ томъ, что канонисты, воскрешая идеи древняго міра, энергично вооружались противъ частно-правнаго взгляда на преступленіе, требовали, чтобы наказаніе преслѣдовало разумныя цѣли, имѣя

въ виду общій интересъ, и вели плодотворную борьбу съ кровавой местию, но, наряду съ этимъ, въ науку и жизнь ими впервые вносятся смѣшеніе понятій грѣховнаго, безнравственнаго и преступнаго; преступники отождествляются съ грѣшниками, прелюбодѣяніе въ числѣ преступленій ставится рядомъ съ воровствомъ, а святотатство (кстати замѣтимъ, понимаемое въ самомъ широкомъ, а не только въ имущественномъ смыслѣ)—рядомъ съ отравленіемъ; „стирать съ лица земли“ предписывается равнымъ образомъ и отцеубійцѣ и нечестивцевъ.

Эти идеи канонистовъ получали все большее и большее распространеніе и проникли сперва въ каноническое право, а потомъ и въ свѣтское. На практикѣ это привело къ истинѣ чудовищнымъ результатамъ, ибо дало невѣроятную жестокость наказаній; духовные писатели, увлекаясь идеаломъ аскетизма, безмѣрно преувеличили значеніе плотскихъ преступленій и расширили ихъ сферу, а въ преслѣдованіи грѣховнаго и безнравственнаго впоследствии дошли до чтенія въ сердцахъ и преслѣдованія мысли. На этой почвѣ развилось и широкое вмѣшательство въ частную жизнь, подобное римской цензурѣ, но едва ли не горшее послѣдней.

Изъ цѣлей наказанія наиболѣе выдающіеся канонисты (Бл. Августинъ, Исидоръ, Амвросій, Фома Аквинатъ и др.) подчеркивали цѣль исправленія, отождествляемаго съ раскаяніемъ грѣшника въ своей винѣ; но главенство этой цѣли можно признать лишь тогда, если мы будемъ смотрѣть на бумагу и закрывать глаза на дѣйствительность, ибо многіе изъ канонистовъ (Хризостомъ, Исидоръ Пелюзіота, Теодоретъ и др.), увлекаясь идеями моисеева законодательства, доходили даже до защиты и пропаганды таліона, а по всѣмъ преступленіямъ, болѣе важнымъ съ канонической точки зрѣнія, была тенденція какъ бы а priori признавать преступника неисправимымъ.

Канонисты разработали ученіе объ оскорбленіи нѣкоторыми преступленіями самого Божества (*crimina laesae majestatis Divinae*), куда были отнесены богохуленіе, оскорбленіе святыни въ самомъ широкомъ объемѣ, ересь и колдовство,

Предполагалось, что только жестокой карой виновныхъ можно умилостивить Божество, разгнѣванное этими преступленіями, а потому нормальнымъ наказаніемъ за нихъ сдѣлалась смертная казнь, которая совершенно не вяжется съ идеей исправленія. Отъ казни не всегда избавляло виновнаго даже полное и чистосердечное раскаяніе, а между тѣмъ, по авторитетному мнѣнію бл. Августина, достиженіе раскаянія грѣшника должно было бы духовнымъ судомъ быть отождествляемо съ достиженіемъ исправительной цѣли. Ясно, что заботились не о послѣдней, тѣмъ болѣе, что самыя кары дѣлились на исправительныя (*medicinales*) и отмщающія (*vindictivae*), причѣмъ послѣднія являлись наиболѣе частыми.

Нѣкоторые существенные моменты имѣются въ ученіи канонистовъ объ отвѣтственности. Ихъ ученіе о волѣ легло въ основу позднѣйшихъ доктринъ и господствовало много вѣковъ въ видѣ индетерминистической теоріи, частью отбѣснившей фаталистическую теорію предестинаціонистовъ, частью заключившей съ ней компромиссъ, въ которомъ сложнымъ и казуистическимъ путемъ приходили къ положенію, что предопредѣленіе существуетъ, но не исключаетъ свободы воли челоувѣка и его отвѣтственности. При рѣшеніи вопроса о размѣрахъ отвѣтственности канонисты высказывались и за этическую оцѣнку дѣянія, хотя далѣе по этому пути дошли до крайностей, до полного смѣшенія морали съ правомъ.

Та новая религіозно-нравственная точка зрѣнія, которая отразилась на ученіи о субъективной виновности и принесла съ собой расширеніе круга преступленій и массу насилія надъ мыслью и совѣстью, въ то же время впервые дала правовую охрану нѣкоторымъ благамъ; въ то время, вапримѣръ, какъ истребленіе плода было широко распространено въ древнемъ мірѣ и преслѣдовалось лишь постольку, поскольку оно являлось посягательствомъ на здоровье или жизнь матери, канонисты потребовали правовой охраны самого плода; они зашли слишкомъ далеко въ своей формулѣ: „*homo est, qui est futurus*“, благодаря которой истребленіе плода отождествлялось съ дѣтубійствомъ и каралось наравнѣ съ по-

слѣднимъ, но основная ихъ идея отразилась на всѣхъ позднѣйшихъ законодательствахъ.

Не менѣе любопытны идеи канонистовъ о правѣ убѣжища и о дняхъ Божія міра. Эти идеи (особенно же первая изъ нихъ) не были впервые выдвинуты или изобрѣтены канонистами; но они, почерпнувъ эти идеи изъ законовъ и практики древней Іудеи, энергично содѣйствовали ихъ проведенію въ жизнь народовъ новаго міра и этимъ способствовали хотя частичной гуманизации правосудія; дни Божія міра являлись благодѣяніемъ, давая возможность на короткое время отдохнуть отъ жестокихъ проявленій мести, самоуправства и произвола, бывшихъ обычными явленіями въ эпоху кулачнаго права, а право убѣжища отдавало подъ защиту церкви слабыхъ и невинно преслѣдуемыхъ. Въ этомъ отношеніи канонисты имѣютъ безспорную заслугу.

Но несравненно болѣе у канонистовъ ученій отрицательнаго характера, т. е. вредныхъ для правосудія и влекущихъ его назадъ.

Прекрасная идея Лактанція о невозможности охранять религію казнями и насиліемъ скоро была отвергнута и забыта. Уже въ V в. систему насилія въ дѣлахъ вѣры возвелъ въ положительную теорію блаж. Августинъ, а епископъ парижскій Вильгельмъ, ссылаясь на притчу Христа о плевелахъ и пшеницѣ, сталъ доказывать, что нечестивыхъ надо истреблять съ корнемъ и, конечно, тѣлесною смертію, если нельзя искоренить иначе.

Благодаря распространенію подобныхъ идей и охотному усвоенію ихъ церковью, преслѣдованіе и истребленіе еретиковъ становится нормальнымъ явленіемъ, и, начиная съ XIII в., практикуется иногда въ невѣроятно ужасающихъ формахъ и размѣрахъ, какъ это было, напримѣръ, въ дѣлѣ Альбигойцевъ, истребленныхъ безъ различія пола и возраста. Съ этихъ поръ, какъ справедливо замѣчаетъ проф. Бѣлогриць-Котляревскій, нетерпимость сдѣлалась лозунгомъ западной церкви и распространила свое господство на нѣсколько столѣтій. Свободный голосъ науки и совѣсти былъ совершенно подавленъ. Система церковнаго абсолю-

тизма легко стирала съ лица земли всякаго, кто позволялъ себѣ время отъ времени возвысить голосъ. Идея вѣротерпимости потерпѣла полное крушеніе.

Не менѣе поучительна метаморфоза во взглядахъ на волшебство и вѣдовство.

Въ первые вѣка церкви канонисты старались объявить дѣянія этого рода плодомъ воображенія суевѣрныхъ людей которые вѣрують, что человекъ можетъ пользоваться поддержкой темныхъ, дьявольскихъ, обладающихъ сверхъестественными и таинственными силами существъ. Канонисты указывали на несовмѣстимость такихъ понятій съ вѣрой въ единого Бога, всемилостивѣйшаго и всемогущаго. Рядъ соборовъ провозгласилъ, что ночные полеты вѣдьмъ суть языческое безмысліе и измышленіе фантазіи, и что всякая вѣра въ чародѣйство есть заблужденіе или пустая иллюзія.

Но общій низкій культурный уровень не далъ этимъ взглядамъ возможности проникнуть въ жизнь; невѣжество и суевѣріе господствовали и среди народа, и среди духовенства, и среди властей. Вѣра въ тайныя искусства и въ возможность союза съ дьяволомъ въ теченіе среднихъ вѣковъ развивается и къ XV вѣку получаетъ громадное распространеніе, причѣмъ преслѣдованіе волшебства и вѣдовства часто сливается съ преслѣдованіемъ ереси. Въ 1358 году даже появляется первое руководство для судей по дѣламъ о волшебствѣ и ересяхъ („Directorium inquisitorum“), написанное доминиканскимъ монахомъ, генераль-инквизиторомъ Аррагоніи, Николаемъ Эвмерикомъ, а въ 1487 году профессора теологіи Генрихъ Инститоръ и Яковъ Шпренгеръ, назначенные папой Иннокентіемъ VIII для преслѣдованія волшебства и ересей, выпускаютъ свой знаменитый трактатъ („Malleus maleficarum“), одобренный кельнскимъ теологическимъ факультетомъ. Въ этомъ трактатѣ, опираясь на каноническіе авторитеты, авторы доказываютъ возможность союза съ дьяволомъ, признають существованіе вѣдьмъ, вредящихъ людямъ съ помощью дьявола, и объявляютъ даже, что не вѣрить въ вѣдовство есть величайшая ересь,— „Haeresis est maxima opera maleficarum non credere“.

На этой почвѣ развиваются новые ужасы средневѣкового правосудія: обвиняемому не говорятъ сущности обвиненія, для него тайна имя его обвинителя и имена свидѣтелей, къ нему, наконецъ, начинаютъ примѣнять пытку, которая становится обычнымъ средствомъ для полученія признанія обвиняемаго.

До т. наз. позднихъ среднихъ вѣковъ обладаніе юридическимъ образованіемъ почти исключительно сосредоточивалось въ рукахъ духовенства и на самихъ университетахъ лежалъ яркій духовный отпечатокъ. Для полученія докторской степени было обязательно изученіе не только римскаго, но и каноническаго права, откуда и средневѣковой титулъ— „*doctor utriusque juris*“; право возводить въ ученые степени могло быть даровано только папой, а правовѣдами какъ на кафедрахъ, такъ и въ судебной практикѣ, являлись главнымъ образомъ члены клира.

Поэтому понадобился очень большой періодъ времени на то, чтобы, благодаря ознакомленію съ правомъ многихъ свѣтскихъ лицъ, явившихся слушателями возникающихъ и развивающихся университетовъ, и благодаря проникновенію римскаго права въ правовую сферу земель и городовъ создался контингентъ подготовленныхъ свѣтскихъ лицъ, появился спросъ на нихъ и т. обр. мало-по-малу образовалось сословіе юристовъ, служителей государственной идеи и защитниковъ свѣтскаго авторитета. Только съ этихъ поръ для юристовъ, а въ томъ числѣ и для криминалистовъ, открылась возможность въ будущемъ уйти отъ роли слѣпого орудія церкви, изученіе же криминальныхъ работъ, вышедшихъ въ свѣтъ до конца XV вѣка, еще всецѣло указываетъ на то, что наука уголовного права находилась въ полной зависимости отъ церкви, а потому во многихъ отношеніяхъ ея роль проявилась въ проведеніи въ жизнь невѣжества и суевѣрія и вообще не была значительной.

Несмотря на то, что уголовное право долгое время самостоятельно не читалось, довольно рано начинаютъ выходить въ свѣтъ книги, этому праву посвященные. Появляются труды: Роландина, Бельвизія, Рофреда, Дуран-

тиса, Гандина, Бартола, Фабра, Аретина, Ипполита Марсилійскаго и др., первымъ изъ коихъ былъ трудъ Альберта Гандинуца „Tractatus de maleficiis“, появившійся въ половинѣ XIII в.

Обратившись къ существу этой литературы и ознакомившись съ ея характеромъ и методами, придется сдѣлать печальный выводъ, что она мало подвинула впередъ разработку науки уголовного права.

Главнымъ и почти единственнымъ методомъ въ криминальныхъ работахъ, какъ и вообще въ средневѣковой наукѣ, являлся методъ экзегетическій, а такъ какъ, благодаря вліянію церкви, развитіе юриспруденціи шло параллельно съ развитіемъ теологіи, то въ первой, какъ и во второй, научныя работы выливались въ форму схоластической діалектики, а это впаденіе въ схоластику было гибельнымъ для всякаго истинно научнаго духа.

Преклоненіе передъ авторитетами доходило до того, что авторитетъ для криминалиста данной эпохи становится высшимъ и лучшимъ доказательствомъ: чѣмъ болѣе авторитетныхъ именъ назоветъ онъ, чѣмъ больше дастъ цитатъ изъ ихъ сочиненій, тѣмъ убѣдительнѣе и вѣрнѣе становится его мнѣніе и въ его собственныхъ глазахъ, и въ глазахъ его учениковъ и читателей. Авторитету отцовъ церкви въ каноническомъ правѣ соотвѣтствовалъ авторитетъ первыхъ глоссаторовъ, называемыхъ „четырьмя лиліями права“ въ параллель съ четырьмя „doctores ecclesiae“ въ теологіи. Но эти „лиліи“ по крайней мѣрѣ непосредственно изучали источники и толковали ихъ; авторитетъ свой они приобрѣли благодаря тонкому анализу, обилію казуистическаго матеріала и діалектикѣ, проявленной при изложеніи римскаго и каноническаго права. Послѣдователи же ихъ стали терять непосредственную связь съ источниками; они занялись не продолженіемъ работы надъ этими источниками, а изслѣдованіемъ того, что высказано по тому или иному вопросу авторитетами. Отсюда—безконечныя комментаріи, цитаты и т. д., создавшіе въ послѣдствіи понятіе о *communis opinio doctorum*, какъ о верховномъ авторитетѣ, но у потомства

вызавшіе справедливый приговоръ о работахъ ученыхъ того времени: „non glossant glossas, sed glossarum glossas“.

Даже наслѣдіемъ древняго міра не умѣли, а отчасти и не могли хорошо пользоваться; хотя схоластическая наука цѣнила авторитетъ Аристотеля въ свѣтской сферѣ почти такъ же, какъ авторитетъ св. писанія въ теологій, но мысли Аристотеля часто искажались и изъ него почерпали лишь то, что гармонировало съ понятіями данной эпохи, а лучшія его идеи въ области правосудія обыкновенно оставлялись въ сторонѣ.

Наука перестаетъ идти впередъ; она безконечно пересказываетъ и переворачиваетъ на всѣ лады старый матеріалъ и старыя мысли.

### III. Наука уголовного права въ переходную эпоху.

#### I. Гуманизмъ и реформація.

Корелинъ: «Ранній итальянскій гуманизмъ»; Stinzing: *у. с.*, В. I; Savigny: *у. с.*, В. 6; Bar, *Handbuch*; Wächter: «Beiträge zur deutsche Geschichte».

Періодъ съ конца XV и до начала XVIII вѣка образуетъ переходную эпоху; главнѣйшими моментами, ознаменовавшими начало новаго міра, мы признаемъ утрату церковью ея всепоглощающаго вліянія вслѣдствіе того перевѣса, который получила свѣтская власть въ борьбѣ съ духовной, затѣмъ—постепенное приобрѣтеніе политическихъ правъ городами, ослабившее исключительное господство дворянства и духовенства, и, наконецъ, гуманизмъ и реформацію.

Идейное значеніе гуманизма и его заслуги для развитія научной мысли вообще и для нашей науки въ частности—не подлежатъ сомнѣнію. Даже допуская, что ранними гуманистами не вполне ясно сознавалась лежавшая въ основѣ движенія враждебность къ главнымъ опорамъ средневѣковья—къ аскетическому идеалу жизни и къ требованію абсолютнаго преклоненія передъ авторитетомъ церкви, и что далеко не во всѣхъ соприкасающихся съ нимъ областяхъ знанія гуманизмъ вызвалъ обновленіе и освободилъ мысль отъ оковъ

традиціи, все же необходимо отмѣтить, что гуманисты дали первую попытку теоретически обосновать идею политическаго равенства и въ этомъ отношеніи ушли впередъ сравнительно даже съ передовыми умами древняго міра, и что они высказались за признаніе свободы и самостоятельности науки, которая, какъ мы знаемъ, оставалась скованной и поработанной въ теченіе всѣхъ среднихъ вѣковъ.

Такимъ образомъ гуманизмъ проложилъ путь для новыхъ формацій и подготовилъ рядъ крупныхъ соціальныхъ реформъ и научныхъ новообразованій; нанесъ смертельный ударъ схоластикѣ и подготавливая освобожденіе науки отъ оковъ авторитета и традиціи, онъ культивировалъ почву, на которой могли развиваться мощныя научныя теченія, нуждающіяся въ правѣ свободнаго критическаго отношенія къ существующему.

Непосредственное вліяніе гуманистическихъ ученій на нашу науку и на область уголовного правосудія оказалось сравнительно слабымъ, ибо одновременно съ развитіемъ гуманизма и т. сказ. на глазахъ послѣдняго процвѣтали явленія самой чудовищной жестокости и попранія личности, оправдываемыя и поддерживаемыя криминалистами, и протеста со стороны гуманистовъ они почти не встрѣчали.

Никто изъ гуманистовъ не сумѣлъ и не попытался примѣнить для реформы юриспруденціи свое литературное образованіе. Тамъ, гдѣ начиналась юриспруденція, оканчивался ихъ тонкій вкусъ; отсюда возникло у нихъ то двойственное отношеніе, которое они даже считали необходимымъ: одно по отношенію къ музамъ, украшенное всѣми цвѣтами классической древности, а другое по отношенію къ службѣ бѣмидѣ.

Прибавимъ къ этому, что движеніе, именуемое гуманизмомъ, по существу было эстетическимъ и аристократическимъ, что громадное большинство университетовъ даже на родинѣ гуманизма, т. е. въ Италіи, не играло роли въ гуманистическомъ движеніи, и что гуманисты въ общемъ чуждались политической сферы и вопросовъ о практическихъ нуждахъ государства касались въ своихъ трудахъ весьма слабо, и мы

поймемъ, почему даже тѣ изъ гуманистовъ, которые были юристами, почти не примѣнили къ юридической области того своего новаго духа и тѣхъ новыхъ познаній, о которыхъ говорятъ изслѣдователи данной эпохи.

Правда, нѣкоторые гуманисты (Будеусъ, Альціатъ, Цазій) стремились къ изученію правовыхъ источниковъ въ ихъ первоначальной чистотѣ, защищали плоды культуры и правовые завѣты древняго міра, способствовали новому расцвѣту римскаго права и уменьшенію авторитета каноническаго права и такимъ образомъ подготовили улучшение догматики и возможность роста политики права, но областью уголовного правосудія они интересовались меньше всего и имъ было чуждо стремленіе къ указанію на тѣ или иныя реформы.

Наконецъ, если у нѣкоторыхъ гуманистовъ (Лаврентій Валла, Генрихъ Бебель, Гутенъ и др.) можно найти протестъ противъ „чада и мрака“ юридическихъ комментаріевъ, если они обличали въ ѣдкихъ сатирахъ „пошлое варварство“ современныхъ имъ юристовъ, то здѣсь не было борьбы противъ жестокости уголовныхъ законовъ и вообще противъ существовавшихъ порядковъ въ сферѣ уголовной юстиціи, а было лишь обличеніе научнаго невѣжества и искаженія духа и смысла подлинныхъ древнихъ источниковъ.

Но слабость непосредственнаго вліянія гуманизма не помѣшала тому, что позже его вліяніе сказалось довольно ярко; общій духъ ученія гуманистовъ, враждебный средне-вѣковымъ устоямъ общественной жизни и науки, привелъ и къ новымъ формамъ жизни, и къ новой болѣе свободной и вооруженной правомъ критикой наукъ.

Реформація въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ была радикальнѣе гуманизма, а потому отъ нея можно было ожидать большихъ результатовъ для уголовного правосудія и науки уголовного права. Реформація, довершая дѣло начатое гуманизмомъ, открыто возстала противъ папства и прямо стала обличать стѣненія церковью мысли и совѣсти. Лютеръ и его послѣдователи явились, такимъ образомъ, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ союзниками и преемниками гуманистовъ,

Дороги гуманизма и реформаціи скоро должны были разойтись: подготовлялась революціонная буря народовъ, которую не укротила и не могла укротить реформація, а рядомъ съ ней стояла аристократія умовъ, которая хотѣла жить и блистать спокойнымъ наслажденіемъ высокой культурою древности; но и разойдясь въ своемъ теченіи, гуманизмъ и реформація все же могутъ быть объединены той связью, что, распатавъ основы средневѣковья, они проложили путь новымъ формамъ жизни и новой наукѣ.

Реформаціонное движеніе при всей его интенсивности соприкасалось съ дѣломъ уголовного правосудія лишь частично, но въ сравнительно тѣсной сферѣ преслѣдованія мысли и совѣсти, казалось бы, изъ основныхъ тезисовъ реформаціи долженъ былъ вытечь энергичный протестъ, а вмѣстѣ съ нимъ и важныя новаторскія предложенія.

Но уже самъ Лютеръ, настойчиво защищавшій въ теоріи свободу религіозной мысли, современемъ значительно отступилъ отъ послѣдовательнаго проведенія въ жизнь этого своего взгляда.

Меланхтонъ пошелъ еще дальше; онъ оправдывалъ кару свѣтскою властью нѣкоторыхъ ересей, которыя онъ подводилъ подъ понятіе богохульства или безбожія, и даже признавалъ за правительствомъ право устанавливать „истинное богопознаніе“, т. е. сталъ на ту скользкую почву, на которой впоследствии въ протестантскихъ земляхъ основывали преслѣдованіе сектъ.

Наконецъ, Кальвинъ на почвѣ протестантизма возстановилъ лицемѣрную политику средневѣковаго католицизма; отвергнувъ право церкви прибѣгать въ дѣлахъ вѣры къ свѣтскимъ средствамъ принужденія, онъ призналъ обязанность свѣтской власти преслѣдовать лжеученія и примѣнять кары въ видѣ изгнанія и даже тѣлесныхъ наказаній, пытокъ и казней. Такъ, по настоянію Кальвина, былъ въ 1553 г. сожженъ въ Женевѣ вмѣстѣ со своими сочиненіями Михаилъ Сервэ, который въ этихъ сочиненіяхъ весьма свободно отнесся къ догмату троичности и къ нѣкоторымъ изъ таинствъ.

Ихъ послѣдователи и въ частности профессора протестантскихъ университетовъ также не остались на высотѣ великой идеи вѣротерпимости. Подъ покровомъ защиты и изложенія религіозной истины вообще, они сдѣлались блюстителями ея чистоты въ обрисовкѣ, данной протестантизмомъ. Иногда увлеченные протестантскимъ фанатизмомъ ученые доходили до того, что, какъ бы храня преданія инквизиціи, стали преслѣдовать всякую мысль, идущую новыми путями.

Вообще преслѣдованія за ереси долго держались не только въ католическихъ, но и въ протестантскихъ странахъ: карали и за оскорбленіе господствующей вѣры, относя это къ ереси, и за нежеланіе подчиниться правилу „*cujus regio—ejus religio*“, т. е. безпрекословно исповѣдывать вѣру суверена, и за религіозное разномысліе.

Точно также дѣятели реформации мало возвысились надъ своими современниками въ своемъ отношеніи къ колдовству и вѣдовству. Протестантская церковь оказалась не менѣе, чѣмъ католическая ревностной въ преслѣдованіи „безбожныхъ союзовъ съ дьяволомъ“.

И все же значительный шагъ впередъ былъ сдѣланъ. Несмотря на разныя отступленія, были провозглашены великая идея свободы совѣсти, которая стала проникать въ умы и въ будущемъ принесла важные для науки плоды; сокрушеніе папскаго авторитета открыло пути для борьбы за свободу научнаго изслѣдованія, и въ области каръ за религіозныя преступленія, если и не сразу погасли костры, то все же казни стали рѣже, наказанія смягчились, и объемъ понятія ереси и наказуемой безнравственности сталъ сокращаться.

СПбГУ



000186191

ЮФ СПбГУ