



Понятие уголовного права и основание наказания

Белогриц-Котляревский Леонид Сергеевич

Правовед-криминалист, ординарный профессор Киевского университета, действительный статский советник.

Abstract

В данной работе была исследованы понятие уголовного права как совокупности норм, определяющих меры наказания за преступления и система наказаний в Российском уголовном праве, проведен анализ различных видов наказаний. Была рассмотрена характеристика каждого вида наказания, дано его определение, указаны нормы, регламентирующие порядок его назначения и исполнения.

Keywords: наказание, уголовное право



I.

Понятие уголовного права.

Под именем уголовного права разумеется, во-первых, право положительное, как совокупность норм, определяющих меры наказания за преступления и, во-2-х, наука, которая занимается исследованием и обобщением понятий о преступлении и наказании. Первое определение ясно и не нуждается в особых комментариях; не то представляет собою понятие самой науки уголовного права. Это понятие часто затемняется включением в него чуждых элементов, расширением его сферы; мало того, раздаются голоса, отрицательные дающие самое бытие уголовного права, как юридической науки. Одни утверждают, что уголовной право в современном его состоянии есть не более как схоластика, которой нет дела до явлений живой действительности, до тех законов, которые управляют социальной жизнью, как в её развитии, так и в современном её состоянии. Наука уголовного права, говорят они, чтобы заслужить это название, должна превратиться в одну из отраслей социологии и в ней почерпнуть свое содержание. Другие же, не замечая в «головном праве законов развития понятий о преступлении и наказании, совершенно отвергают его научный характер, скрещивая его именем искусства. Как первое, так и второе возражение против уголовного права, как науки, основано на недоразумении или вернее на неверном представлении о науке права вообще. Первое возражение забывает, что, хотя преступление и наказание одинаково входят как в область уголовно-о права, так и социологии, по ним с двух совершенно различных точек зрения. Первое рассматривает преступление и наказание, как юридическое явление, т. е. как родовое абстрактное понятие, между тем как социология и имеет дело с ними, как с явлением конкретным, взятым в виде средней величины, выведенной из большего числа.

Второе же возражение грешит тем, что ложно представляет себе понятие науки: по смыслу этого возражения наукой называется только такая отрасль знания, в основе которой лежит изучение законов лишь развития явлений, другими словами— изучение законов только во времени, а не и в пространстве. Не трудно видеть, что подобное ограничение понятия науки лишено



твёрдого основания. Паука имеет своим предметом не только явления в движении, но и в пространстве; её задача исследовать, раскрыть путем обобщения ту постоянную связь, которая существует между явлениями. Отысканные таким путем начала, выражающая эту связь, эти постоянные и однородные соотношения—и составляют то, что называется принципами или законами науки. Эти законы будут исторические, если они выведены из изучений явлений в движении, они будут законами их системы, если явления берутся в пространстве. В применении к праву принципы, добытые первым путем, составят основу исторической теории права, добытые же вторым путем составят основу юридической теории права или просто юридической науки. Первая также может быть названа внешнею, ибо она имеет дело с воплощением явлений в жизни, вторая—внутреннюю, ибо она занимается изучением внутренней связи явлений. Что применимо к праву вообще, сохраняет свою полную силу и в отношении к праву уголовному в частности. Здесь принципы или законы исторического развития понятий преступления и наказания совершенно не те, на коих зиждется самая система этих понятий, их логическая конструкция, и нельзя не прибавить, что раскрытие принципов этой последней, познание внутренней природы соотношений понятий преступления и наказания представляет задачу, не менее если не более, тяжелую, чем вывод исторических законов развития данных понятий.

Но несмотря на различие природы юридической теории права вообще или уголовного в частности от исторической, между существует и даже должна существовать тесная фвжь. Всякая норма права создается на почве Факта; последний в истории необходимо предшествует праву; отсюда понятно, что уразумение истинного смысла, внутреннего строя права невозможно без познания Фактической стороны юридических отношений. В самом деле, чтобы определить внутренний смысл того или другого института, его органическое начало бытия, недостаточно установить его юридическую конструкцию, раскрыть логическую связь создающих его отношений; необходимо, кроме того, отыскать его жизненное основание, те условия, которые его породили; только таким образом мы отделим то, что принадлежит существу института и составляет условие его жизненности, от элемента преходящего, так сказать, элемента исторического. Таким образом—раскрытие внутренней природы права неизбежно предполагает изучение и элемента



историко-физиологического. Но эта связь обуславливается не общностью основ двух областей права, а общностью той почвы, на которой они возникают.

Из всего сказанного следует, что задача уголовного права, как юридической науки сводится к раскрытию той логической конструкции, которая лежит в основании понятий преступления и наказания, к установлению принципов внутреннего их соотношения. Такова природа нашей науки и её задача. Определив последнюю, можно было бы прямо перейти к её выполнению, если бы на пути у нас не лежал вопрос о праве на существование одного из важнейших элементов науки уголовного права, а именно вопрос о праве наказания. Мы должны отыскать основание этого права.

II. Основание наказания.

Стремление, пылливость человека познать причину, основание явлений привело его и к постановке вопроса об основании наказания. Эту постановку мы встречаем, еще у древних, а именно у Платона и у Аристотеля попадаются отдельные изречения, которыми они хотели обнять, выразить существо наказания; но дальше этих изречений древние философы не шли и уголовные теории о наказании суть произведение новейших времен. Родоначальником их следует считать Руго Грация, который выводил право наказания из общественного договора; но особенно плодovitый период построения этих теорий начинается со второй половины 18 века, со времени Век карий, который основанием наказания провозгласил право законной защиты государства. С легкой руки Веккарии последовал ряд теорий других философов, долгое время признававших идею защиты социального порядка краеугольным камнем наказания. Но все эти теории неминуемо должны были пасть с того момента, как только был» подорвана теория происхождения права и государства путем: общественного договора, теория, из которой исходили названные философы.

Тогда родилась необходимость подыскать другое основание существу наказания, и вот человеческий ум создает целый ряд других теорий, все многообразие которых можно свести к четырем группам: а) теории абсолютные, б) теории относительные, в) смешанные и г) отвергающая наказание.



Сущность всех их находится в тесной связи или с учениями о государстве или с способами исследования, раскрытия явлений. В конце прошедшего столетия и в начале настоящего пользовалась большим авторитетом теория договорного государства, т. е. теория происхождения последнего из воли, соглашений частных лиц, а не в силу абсолютной необходимости, и вот параллельно с этим учением появляются так называемые относительные теории, которые выводят основание наказания не из абсолютной необходимости, а из пользы и потребности общества. Теории относительные считают наказание средством к. достижению разных полезных общественных целей, а потому признают необходимость наказания лишь настолько, на сколько им м. б. достигнуты эти цели, состоящая в устрашении, предупреждении, исправлении и т. д. Затем, взгляд на государство переменяется: начинают смотреть на него, как на абсолютную, нравственную необходимость; согласно с сим переменяется и учение о наказании; основание его усматривают не в таких условных, зависимых обстоятельствах, как польза и потребности общества, «, в нравственной необходимости, в абсолютном требовании, скрещиваемом или именем категорического императива, диалектического возмездия, воздающей справедливости или возмездия вообще. Пр смыслу*этих так называемых абсолютных теорий наказание есть безусловно необходимое последствие преступления; в нем одном лежит его последнее основание, а потому оно должно быть назначаемо только потому, quia peccatum est. Но и теории абсолютные не долго удовлетворяют человеческий ум, которые вскоре постигает, что при признании абсолютной необходимости наказания человеческая личность приносится в жертву этой необходимости и перестает быть высшим началом, задачей государства. Стремление примирить интересы личности с идеей нравственной необходимости создает так называемые соединительные или посредствующая теории, из коих одни справедливое обуславливают полезным, другие—наоборот—полезное справедливым. Не более, чем полезно, не более чем справедливо—pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est util—вот Формула этих теорий. Наконец—неудовлетворенность существующим общественным строем, с одной стороны, признание зависимости, подчиненности как Физической, так и духовной природы человека, с другой стороны—порождают так называемые теории, отрицающая наказание.



После изложения условий происхождения разных теорий наказания, естественно перейти и к самым учениям.

К теориям абсолютным принадлежат: 1) Теория наказания— как религиозной необходимости—Шталя. По его учению государство есть наместник Божий па земле и, следовательно, представляет порядок, истекающий из самой воли Божией. Воля же Божия, создавая порядок, не могла не создать и средств его постановления в случае нарушения. Таким средством и является наказание. 2) Теория Гербарта, который рассматривал наказание не как религиозную, Н-как эстетическую необходимость, ибо невознагражденное KÄNT. Мое, так и доброе действие вызывает абсолютно неприятное чувство (Missfallen). 3) Теорий Канга или категорического императива. По его учению наказание ле может быть подчинено каким бы то ни было целям., ибо это значило бы принять в жертву этих целей личность человека. Наказание по этому должно быть независимо, абсолютно; оно есть категорическое, непреложное требование нашего разума, принадлежность нашей духовной организации. Но если наказание скрывает основание в самом себе, то и в своем приложении оно должно быть чуждо посторонних целей. Отсюда следует, что при измерении наказания м. б. согласен с его существом лишь принцип возмездия, воздаяния равным за равное. Но этот последний принцип нет необходимости непременно понимать в библейском смысле: око за око, зуб-за-зуб; достаточно, если наказание равно преступлению по своему влиянию па преступника и отражает в себе специфический характер совершенного преступления; впрочем, убийство д. б. карается обязательно смертной казнью, ибо только смертная казнь м. б. равна убийству; остальные наказания, как бы они ни были строги, не м. б. сравнены с лишением жизни. 4) Диалектическая теория возмездия Гегеля. Гегель рассуждает таким образом. Право есть воплощение во вне разумной общей воли, которая в самой себе не доступна посягательству и след. ненарушима. Преступление, нарушая право отрицает не только общую волю, по и частную, по сколько последняя есть часть первой; отсюда следует, что преступлением воля ставится в противоречие сама с собою; это противоречие требует уничтожения, отрицания, что и достигается наказанием, которое восстанавливает торжество общей воли. По право в своей сущности не наруσιμο; следов., воля, посягающая на пероок сама в себе ничтожна. Эта ничтожность и обнаруживается наказанием. Итак, наказание есть отрицание преступления, т. с. отрицание



отрицания или что тоже возмездие. 4. Теория возмездия Цахарие, учившего, что так как преступление есть вторжение одного лица, в нравственную сферу свободы другого, то преступление стеснен в своей собственной свободе в такой же мере, в какой он нарушил свободу другого. Отсюда все наказания должны состоять в лишении свободы. 5) Теория возмездия Генке, признавая основанием наказания тоже абсолютную необходимость, ту особенность, что ставит мер возмездия в зависимость от достижения исправления, отрицая всякое значение свойства вины, как кратерному меры возмездия. 6) Теория возмездия Гельппера или что тоже мести, очищенной от всякого влияния страсти, вызываемой преступлением, и прилегающей без соображения полезных целей; возмездия требует законравственного мирового порядка, которого сила не зависит от какого либо строя, созданного человеком. 7) Теория Гейнце, выводящая основание наказания из безусловной необходимости государственной жизни. Человечество может осуществлять свои высшие цели, задачи цивилизации лишь в государстве, вне его человек остается звероподобным существом. Из необходимости государства проистекает необходимость правопорядка; посягая на этот последний, преступник тем самым является отступником от цивилизации. Из этого отношения между государством и цивилизацией и вытекает правовое основание наказания. Между преступником и остальными членами общества устанавливается некоторое неравенство, которое может быть восстановлено тогда, когда он к своему пониженному праву состоянию присоединит некоторое добавление, которое и поделает его равным с прочими членами общества. Это добавление и есть то, что мы называем наказанием. 8) Теории Лайстпера, выводящего основание наказания из самого Факта вторжения в чужую Сферу; потерпевшее лицо, в сферу прав которого вторгнулся преступник, eo ipso получает право подчинить его своей воле. Это подчинение потерпевший осуществляет или сам или чрез государство в виде наказания.

Из русских криминалистов к защитникам в абсолютных теорий можно причислить: а) Спасовича. Последний учит, что человеку несомненно присущи два качества—общезитиями свобода воли; мысленно мы можем в представить человека совершенно уединенным, представление—чистая абстракция; на практике он не может быть выделен из общества. Свобода воли вытекает из духовной природы человека, из его самосознания, отличающего



его от других существ. Две противоположности—общезительность и произвол примиряются в третьем понятии—справедливости, создающей возможность человеку из существа не выше животного перейти к Формам общежития. Общество возникает само собою и долгое время человек подчиняется ему бессознательно, как естественной, непреложной необходимости. По как существо свободное человек гнушается всякой необходимости и старается выйти из такого состояния; тут на помощь ему приходит воображение, которое указывает ему на новый идеал, способный сгладить диссонансы и противоречия естественного состояния общества, и человек органом присущей ему справедливости делает самое общество. Таким образом возникает государство. Общественная воля тогда выдвигает и ставит на от дельными неделимыми общую, безличную, безусловно для них обязательную норму закона положительного. Нарушение этой нормы создает то, что называется правонарушением. В числе этих правонарушений есть такие, которых главный элемент лежит не в материальном вреде, а в злой воле виновного. Такие правонарушения раскрывают в преступнике порчу нравственную, могущую послужить источником заразы, опасной для общества; они вызывают в общественной совести чувство негодования и требование обуздания воли преступной. Общество может и должно защищаться, иначе оно не могло бы и существовать, так-как все прочее средства оказались недостаточными.

Б) Сергеевского. По его учению Лиаказан есть безусловно-необходимый элемент правопорядка, так-как мы не можем себе представить ни одной Формы общежитий, способной обходить* без порицания и осуждения деяний, его нарушающих, или что тоже без наказания. Государство, как одна из Форм правопорядка, тоже поставлено в «безусловную необходимость отправлять уголовное правосудие—судить и наказывать преступников—так как в противном случае оно разложится. Отсюда следует, что уголовное правосудие не нуждается для своего обоснования ни в абсолютных принципах, ни в особых специальных целях, оно вытекает из сущности правопорядка и заключает цель в самом себе, оно самоцельно—Selbstzweck.

К относительным теориям, усматривающим основание наказания вне его—большую частью в общественных целях—принадлежат: 1) Теория устрашения, царившая в средние века в практической жизни и до сих пор не лишенная как теоретического, так и практического кредита; к числу наиболее



энергических её защитников принадлежит Филапжieri; в её же пользу склоняется и Иеринг в своем сочинении— *Zweck im Recht.*, а также Франк в своей „Философии уголовного права“. По учению этой теории в массе народа постоянно кипят инстинкты преступления. Наказание страхом своих кар и идеей о своей неизбежности должно парализовать эти инстинкты не только в преступнике, но и в других; оно, таким образом, должно поражать не только совершенное преступление, но и возможность новых злодеяний. 2) Теория полезности Бентама, оправдывающего наказание той высшей пользой, которую оно приносит обществу, удерживая страхом кар склонных к преступлениям от совершения последних. 3) Теории общественного договора, выводящая основание наказания из общественного соглашения, руководящегося соображениями общей пользы, размер которой и должен определять меру, наказания Теории общественного договора очень много, так что их некоторые, как наприм. Ортолап—раз читают -иа три категории; но авторы их, в сущности исходя из одного и того же принципа, различаются диедь тем, что неодинаково понимают цель государства; одни, как наприм. Фихте —эту последнюю усматривают в взаимной безопасности, другие, КакР Беккария— в необходимости защиты социального порядка т е, п. Данную теорию защищают, кроме Беккария и Фихте,—Гобез, Локк, Ватель, Пу- ФсндорФ, Руссо, Монтескье, Врпссо-de-Варвнль, Пасторе и др. 4) Теория самозащищения, учащая, что государству как имеющему право на существование в силу нравственного закопа, соединяющего людей в общество, принадлежит право самосохранения. Из этого последнего права вытекает право защиты от преступлений таким средством, которое предотвратило бы грозящую опасность: это средство и есть наказание. Эту теорию защищают Мартин, Шульце, Карминьяпи и другие. 5) Теория психологического принуждения Фейербаха. По этой теории источник преступления— чувственные побуждения; чтобы предупредить преступление, необходимо подавить последнее; это достигается угрозой наказания, которое должно быть организовано таким образом, чтобы лишение, причиняемое наказанием, было бы чувствительнее выгод и наслаждений, ожидаемых от преступления. 6) Теория предупреждения Грольмана и предостережения бау ера, равным образом как и Фейсрбарха, признают необходимым не только поражать совершенное зло, но и воздействовать на внутренний, лежащая в воле, как



преступника, так и других побуждения к злу. В этой необходимости, по их мнению, и лежит оправдание наказания. 7) Теория вознаграждения выводит основание наказания из необходимости загладить идеальный вред, причиняемый преступлением, вред, заключающийся в нарушении общественного спокойствия, потрясении силы законов, заразительности дурного примера, и т. п. Представителями этой теории являются Клейн, Велькер и другие. 8) Теория исправления, усматривающая основание наказания не только в целях лежащих вне преступника, но и в нем самом; иМ её учению задача наказания состоит не только в том, чтобы удерживать других от содеяния злодеяний, но прежде всего в том, чтобы в самом преступнике уничтожить склонность к преступлению. Этой цели можно достигнуть не устрашением, часто ведущим к противоположному результату, а исправлением павшего, поэтому исправление и есть истинное основание наказания.

Теории смешанные, как образовавшаяся из соединения абсолютных и относительных теорий, не представляют ничего оригинального, а потому и изобилуют количеством. Они нашли благодарную для себя почву в практических, утилитарных воззрениях Французских криминалистов, которым и обязаны своим блестящим построением. Родоначальником их среди французов считается знаменитый ученый и политический деятель Пелегрино Росси. По его учению существуют два рода правосудия: божеское или абсолютное и человеческое или социальное; оба они живут на нравственном законе, требовании совести, но этот нравственный закон в них проявляется неодинаково; в первом он прилагается безусловно, неминуемо, поражая не только злое деяние, но и помышление лукавое, ибо абсолютное правосудие самоцелью: оно существует потому, что существует; во втором же нравственный закон имеет характер внешний и ограниченный в двух отношениях: I) Цель его состоит в восстановлении общественного порядка, достигаемом тремя путями: наставлением, устрашением, исправлением; отсюда следует: а) что оно простирается не па все злодеяния, а лишь на те, которые нарушают общественный порядок и в) что общественное правосудие должно действовать в пределах трех названных последствий, т. е. на столько, на сколько наставление, исправление и устрашение могут быть достигнуты наказанием. II) Правосудие общественное ограничено и несовершенством самых средств, употребляемых человеком к раскрытию истин Из этого несовершенства, из



возможности ошибки проистекает обязанность общественного правосудия сложить свой мечд>, коль скоро существует сомнение в том, что данное злодеяние совершено известными лицами и нарушило общественный порядок.

Последователь Росси Ортолап также признает существование закона, требующего воздаяния добра и зла, закон получающего у него название справедливости. Проявление же этого закона в виде общественной меры наказания Ортолап оправдывает необходимостью охраны общественного порядка. Если общество, карая преступника, говорит Ортолан. может сказать, что я караю потому, что здесь идет дело о поддержании моего существования, то оно не нуждается более в оправдании своей деятельности. По применяя наказание, общество должно не выходить из пределов полезных целей общежития: на скрижалях его карательной деятельности д. б. надписано: не более, чем справедливо, не более, чем полезно: *pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile*. Тот же взгляд па наказание, как на исчадие справедливости, ограниченной целями общежития, мы встречаем у Фостепа Эли ии у Garraud, профессора Лионского юридич. Факультета.

Из немецких криминалистов наиболее оригинальное построение представляет теория Лбега. По этой теории наказание имеет свой источник также в справедливости, требующей воздаяния по мере вины; по воздаяние по мере вины ео ipso приводит к осуществлению полезных целей, ибо приходится бороться с степенью опасности, скрывающейся в злой воле: поражая эту опасность, наказание осуществляет полезные общественные цели. Из новейших немецких криминалистов смешанных теории держатся Вернер, Гуго-Мейер. Первый, следуя Гегелю, признает основанием наказания, как акта справедливости, возмездие или отрицание отрицания, т. е. неправды; справедливость с отрицательной стороны требует, говорит он, чтобы та воля, которая вторглась в чуждую ей Сферу, была стеснена ровно на столько же в своей собственной сфере права.: это требование достигается с помощью уголовного правосудия. Но возмездием или удовлетворением не исчерпываются цели наказания; все задачи наказания которые не могут быть выполнены достижением цели удовлетворения, совпадают с целями исправления и устрашения. Гуго Мейер, полагая основанием наказания воздающую справедливость— *vergeltende Gerechtigkeit*—подчиняет ее практическим соображениям. Осуществление воздающей справедливости,



говорит он, следует рассматривать как главную цель наказания, но при даже практические соображения сохраняют обуславливающее и ограничивающее влияние на образование уголовного права.

Смешанные теории не чужды и русской уголовной науке. К числу их защитников принадлежат: 1) Чебышев-Дмитриев. По его учению, сохранение общественной жизни составляет не только право человека, но и его долг, обязанность. И возможность общественной жизни предполагает бытие права и его ненарушимость. При нарушении права государство должно употребить принуждение для того, чтобы отвратить нарушение и восстановить господство права; таким принуждением и является наказание. 2) Будзивский. Стремление к общезнанию, говорит он, к соединению с другими подобными существами присуще человеку. Отсюда истекает необходимость государства,

как той неизбежной Формы, в которой народы исполняют свое историческое призвание. Но государство не есть учреждение, призванное осуществить известные мысли и цели со всею последовательностью; оно должно принять в уважение различные отношения и обстоятельства. Отсюда он делает тот вывод, что верховное начало уголовного права есть общественная справедливость, видоизмененная интересом общественной пользы. 3) Кис таковский. По его учению—говору учению, а не теории—ибо он не представляет цельной системы и даже принципиально стоит против таковой—Факт несомненного существования наказания во всех обществах указывает на органические причины необходимости его; но заключая от Факта наказания к праву его, Кистяковский считает необходимым указать различные побуждения и цели, которыми руководствовался и руководствуется человек, применяя наказание? Эти побуждения и цели он называет примитивными нованиями наказания. 4) Калмыков. В совести каждого человека, говорит он, начертаны прирожденные правила о добре и зле, о нрав- етвенном и безнравственном. Эти правила даны ему для руководства в и составляют сами по себе

отражение божеской, в ячной справедливости; как же они присущи каждому из людей, отдельно взятому, то они легко переходят в сознание целого народа и всех людей. Общее сознание всех людей, признавая известные поступки справедливыми, а другие несправедливыми одобряет первые и порицает последние. 1 Ию на этом общее сознание и



остановилось бы, если бы вскоре не присоединился новый элемент: необходимость общности для людей. Человек рождается в обществе и для общества—это его естественное положение; он его не выбирал и не от него зависит вполне освободиться от него. Это нравственная необходимость его существования. В настоящее время государство есть всеобщая и необходимая Форма человеческого общежития, которой должны подчиняться волей-не волей все люди, если только они не хотят жить, как дикари в пустыне. Из необходимости государства вытекает необходимость наказания; оно, как санкция законов, необходимо, во-1-х, для удержания людей в повиновении законам и верховной власти и, во-2-х, для возможного воздержания людей от преступных деяний угрозой общественной кары и приведением её в исполнение: но наказание, будучи необходимым, достигает тем самым и различных полезных целей, наприм. устрашения, исправления преступников, успокоения общества и прочее.

Четвертую группу теорий составляют так называемые отвергающие наказание. Число этих теорий весьма значительно и в основании их лежат самые разнообразные положения, смотря по тому, откуда они исходят. Главнейшая из них следующая: а) система предопределения или Фатализма, учащая, что из покои в веку над всем обществом тяготеет неизбежный рок, управляющий всеми действиями, а потому и свобода человека есть не более как обман чувств. Наиболее ярким выразителем этой теории является Йоханс Барт. б) Теория безнравственности наказания Барта, признающего положение о необходимости наказания для поддержания правового порядка ложным, ибо нравственный закон не может оправдывать безнравственных средств, к числу которых несомненно принадлежит и наказание, в) Теории, исходящая из изучения Физического и духовного строя человека. Сюда принадлежат: теории Френологов, теории Кефалометров или мозгомеров, сенсуалистов, физиогномиков или яйцеводов, система прирожденной злобы Фридберга, система несвободного проявления прирожденных инстинктов Данкварта, теория преступления, как особого вида психического расстройства, Французского психиатра Despine а и Шотландского врача Ломсона. Сущность всех этих теорий состоит в том, что они отрицают свободное проявление человеческой воли, сводя всю деятельность человека или к определенным частям его организма, как то—строению черепа, мозга, нервной системы,



лица, всего тела, или к психической структуре человека, к его прирожденным качествам, к характеру и т. д. В частности, наприм., Френологи учат, что центр и исключительный орган отправления человеческих способностей и инстинктов есть мозг; но так как выпуклостям мозга соответствуют выпуклости или бугорки черепа, то по развитию этих последних можно заключать и о развитии той или другой человеческой способности: при наличности развития бугорков они являются органами добродетели, при недостатке его—органами пороков. При такой зависимости духовных способностей человека от строения мозга, конечно, не м. б. и речи о наказании, а или о лечении при наголовическом состоянии мозга, или об образовании, обучении в случае невежества преступника. а) Теории, исходящая из изучения всего общественного строя или теории социалистов. Наиболее известным представителем этой теории является Роберт Овен По его учению характер человека есть продукт не свободной воли, а или его организации или внешних влияний окружающей его среды. За внешними влияниями он признавал такую силу, что допускал возможность путем воспитания достижения совершенного развития каждого ребенка не болезненной организации. Если таким образом, характер человека зависит от причин, вне последнего лежащих, то он и не может подлежать ответственности за свои действия. Наказание отменено и на место -его должно выступить воспитание, е) Теория уголовно-статистическая учит, что не только явления мира физического, но и духовного подчинены известным законами, суть следствие определенных причин. Не исключая из этой законосообразности и преступления, средняя цифра которых повторяется с такую правильностью, что преданным состоянием общества известное число лиц обязательно должны совершить преступление и ф) Теорий опирающиеся на изучение всей природы вообще или теории материалистов. Последняя исходят из того положения, что „нет силы без материи, нет и материи без силы“. Но если материя немислима без силы и наоборот, то, следовательно, образование вещей есть ничто иное, как продукт сочетания различных материальных движений.

Таким образом, и жизнь есть ничто иное как особенный род движения определенных материи. Человек, как член природы, подчинен также этому закону движения, а потому в своих действиях произволен. Не только весь склад его характера, по и отдельные действия подчиняются причинам и влияниям, как



внутри его лежащим, так и вне. То, что мы называем преступлением, вовсе не зависит от свободной воли человека: невежество, бедность, плохая умственная природа неизбежно толкают человека на путь преступной жизни.

Переходя к оценке изложенных теорий наказания или, вернее, их групп, мы начнем с последней группы—теорий, отрицающих наказание, как таких, которые разрушают самое основание уголовного права. Вглядываясь в их сущность, нельзя не заметить, что большинство из них свое отрицание наказания основывают на непризнании свободы воли, которую они считают краеугольным камнем наказания. Но их отрицание свободы воли не только не угрожает целесообразности наказания, а напротив служит ему опорой, ибо целесообразность наказания, как общественной меры, направленной к достижению известных последствий, только и мыслима при условии признания произвольности человеческих действий. Раз человеческие действия совершенно произвольны, не подчинены известным причинам и законам, никакое определенное воздействие па человека было бы невысказано. Непризнание свободы воли, кроме того, входит в состав не только одних теорий, отрицающих наказание: оно присуще, и теориям остальных групп. И в самом деле, признание абсолютными теориями безусловной необходимости наказания *eo ipso* исключает свободный произвол; там, где царит необходимость, нет места произволу; еще менее этот последний элемент можно признать условием относительных теорий; названные теории, поставив основанием наказания—достижение полезных целей, неизбежно предполагают, что человек в своих действиях определяется известными причинами, в силу чего на него и возможно воздействовать наказанием. Итак, если отрицание свободы воли составляет условие теорий всех групп, то, очевидно, оно не годно служить краеугольным камнем теорий, отвергающих наказание. Несостоятельность эти к последним теорий подтверждается еще и другими соображениями. Вспраиваясь в них, мы видим, что многие из них слишком шатки и ненаучны, чтобы придавать им вес. В особенности это следует сказать относительно теорий, опирающихся па изучение Физической и духовной природы человека. Наука в этой области, что касается вопроса о свободе действий человека, пока сделала так мало или вернее, создает часто столь противоречивые учения, что трудно на них серьезно останавливаться. Вспомним, что та самая Френология, которая в конце прошлого века и в первой четверти нынешнего почти



бесспорно царила, теперь утратила всякий авторитет и даже записана некоторыми в число шарлатанства. Заметим также, что изучение мозга и нервной системы пока еще столь далеко от каких либо вполне простых УрсВ ул г,зато в и выводов, что строить на нем теорий,; более или менее прочные, по меньшей мере преждевременно. Тоже самое следует сказать об изучении всей природы вообще или о теориях Я уже не говорю о таких теориях, как система безнравственности наказания Барта, которой все учение основано на диалектической игре слов, или о системе прирожденной злобы Фридберга и несвободного проявления прирожденных инстинктов Данкварта, опирающихся не на позитивный метод изучения совершающихся явлений, а на предположения, ими созданные: это не научные теории, а произвольные нелишенные остроумия построения.

Ближайшее исследование отрицательных теорий показывает также, что большинство из них в сущности не отрицает наказания; почти все они признают, что преступление есть столь вредное действие, что его нельзя оставить без внимания, и считают необходимым бороться с ним, Все различие их от других теорий — в средствах борьбы. В то время, как эти последний главный момент борьбы видят во внешнем воздействии на преступника., первые переносят его па те мотивы и условия, которые порождают преступление. Отсюда в виде средств наказания у них являются: или предупреждение, как учат Френологи, предупреждение и воспитание, как учат кеФалометры и сенсуалисты. Только очень немногие теории, как на- прим. теория несвободного проявления прирожденных инстинктов Данкварта, некоторые теории материалистов отрицают наказание в корне, т. е. не признают целесообразности каких бы то ни было средств борьбы с преступлением.

Такова отрицательная сторона Теорий, о которых идет речь. Их положительная сторона, их несомненная заслуга состоит в том исследовав глубже природу преступления, они указали его необходимость более целесообразной борьбы с ним, такой борьбы, которая не ограничивалась бы воздействием на преступную частную волю, а лила' бы дальше—до самого источника преступности, до тех общих причин и мотивов, которые лежат не только в преступнике, но и вне его—в обществе.

Следующую группу с конца представляют теории смешанные. Одни Из них, как было выше сказано, обуславливают справедливость пользой, другие наоборот—пользу



справедливостью. Но первые забывают, что нравственное начало никогда не может быть поставлено в зависимость от пользы, которую оно приносит; оно имеет оправдание в самом себе, или во всяком случае более глубокое основание своего бытия. Что же касается вторых, то они упускают из виду, что поставление начала полезности в зависимость от начала справедливости не дает сколько нибудь твердого критерия для определения меры наказания, ибо, во 1-х, начало справедливости подчинено закону исторической изменчивости; его содержание теперь не то, что было в эпоху уголовного права низших Формаций, а, во-2-х, это начало слишком неопределенно в своих границах; где, спрашивается, лежит ма штаб, который мог бы нам указать maximum и minimum справедливости.

Смешанные теории, подобно отрицающим наказание, не прошли бесплодно в общем ходе общественной жизни. Они указали на то, что живая человеческая личность не м. б. приносима в жертву временных преходящих целей; выдвинув начало справедливости, они подняли личность, поставили ее выше этих последних; в начале справедливости они указывали на ту путеводную звезду, к которой должно обращаться государство и подчинять ей свои преходящие цели.

Третья группа с конца—теории относительные не выдерживают критики уже в силу Шожной постановки вопроса: из полезности наказания жи коим образом нельзя заключать к самому праву наказания. Из того, что наказание полезно для государства, никак не следует, чтобы оно имело право на него или же чтобы оно было безусловно необходимо. Затем, они совершенно без ответа оставляют вопрос об основании права наказания в том случае, когда достижение целей невозможно или излишне, напри., когда казнь не действует устрашительно на преступника или па общество, или когда наказание не только не предупреждает, а напротив содействует возрастанию преступлений. Наконец, специальные цели, взятые каждая отдельно, представля- ляют крайне непригодный масштаб для соразмерения наказания, ибо, следуя им, пришлось бы часто прибегать к слишком жестоким карам, как наир, тогда, если бы в основание наказания было положено: устрашение, предостережение, психологическое принуждение.

Заслуга относительных теорий состоит в том, что они, обратив внимание на благо и потребности общества—как на цель наказания, более глубоко изучили те интересы, которые связаны с наказанием и которые ими могут быть достигнуты. Идя другим



путем, чем теории, отвергающая наказание, они в сущности пришли к тому же исходному пункту, а именно к признанию Необходимости более широких, более радикальных средств борьбы с преступлением, средств борьбы, выходящих за пределы воздействия на частную волю преступника: предупреждение и исправление одинаково рекомендуются теориями обеих групп. Разница между ними или, вернее, между некоторыми из них скорее количественная, чем качественная. Чтобы в этом убедиться, достаточно сравнить теорию исправления Струве и теорию кеФалометра Арамберга.

Остаются: теории абсолютные. Коренной недостаток этих теорий состоит в том, что они принимают за доказанное то, что требует доказательства. Все их абсолютные идеи, принципы лишены определенного содержания и не существуют вне нашего ^ сознания. Что такое категорический императив Канта, или идея абсолютно воздающей справедливости, как-положение, лишь живущее в нашем воображении, по реального бытия. Прежде надо доказать это последнее, а потом уже из него выводить необходимость наказания, а не наоборот. Кроме того, не надо забывать, что безусловное осуществление началом воздающей справедливости превосходить силы и цель государства, а потому не годно служить основанием наказания и с этой стороны. Наконец, безусловные принципы предполагают неизменность области преступлений и их важности, а между тем история говорит противное. Такова отрицательная сторона абсолютных теорий. Справедливое же их зерно состоит в том, что они относят основание наказания к самому Факту преступления, а не к чем целям, которые вне его лежат; наказание налагается, *quia res- satum est*, оно само себе цель. На этом зерне, мне кажется, и можно построить теорию, способную оправдал наказание.

При разрешении этой задачи тщетно было бы, разумеется, претендовать па оригинальность. Достаточно, если уже высказанные мысли получают дальнейшее, более всестороннее развитие. Раскрытие основания наказания м. б. достигнуто двумя путями. Можно, во-1-х, поставить своей задачей отыскать примитивное, конечное, так сказать, основание наказания, т. е. то, в силу которого человек, взятый как чистая абстракция, из покон- веков применял и должен применять наказание, или же, во-2-х, ограничиться более скромной задачей—определить основание наказания которое человек применяет, как существо общежительное, как орган и член правопорядка, другими



словами—определить не примитивное безусловное основание наказания, а ограниченное, условное и что тоже правовое основание.

Ставши па первый пут, нельзя прийти к чему либо другому, как к абсолютным идеям и принципам, существующим лишь в отвлечении, в нашем сознании неразрывно с той необходимой связью преступления и наказания, которая также лежит в нашем сознании. Искание безусловного основания необходимо приводит и к безусловному источнику. Но этот путь и неудобен и совершенно лишний, неудобен потому, что переносит ум из мира конкретного въЖцр абстрактный, которого содержание неуловимо: лишний же потому, что для обоснования наказания достаточно остановиться на его правовом характере, т. е. решить вопрос, на чем жиздится право государства наказывать? Но чтобы разрешить этот вопрос, необходимо уяснить себе, что же такое наказание?

вглядываясь в различные роды уголовных кар, мы замечаем, что им присущ один неизбежный элемент—это порицание или осуждение. Без этого элемента, справедливо говорит Бар, наказание немисливо. Его можно представить себе без элемента принуждения как напрым. в взыскании посредством выговора в присутствии суда, но элемент порицания, осуждения ем\ неизбежно сопутствует. Если, таким образом, порицание или осуждение есть сущность наказания, то поставленный выше вопрос должен быть изменен в следующий: па чем же основывается право государства выражать порицание или осуждение за те действия, которые называются преступлениями? Оно основывается па задаче, назначении государства, как правопорядка, содействовать нравственному развитию личности. В основе государства, как правопорядка лежит человеческая личность; она его источник и задача; задача государства по отношению к личности состоит в том, чтобы установить условия её нравственного развития, создать такую Сферу, такой порядок, такое соотношение лиц и вещей, при котором человеческая личность могла бы возможно легче выполнить, осуществить свое нравственное назначение. Сама по себе человеческая личность слишком ограничена и слаба, чтобы самолично—без содействия себе подобных—успешно шествовать по пути, ведущем к нравственному усовершенствованию; условия этого последнего лежат не только внутри человека, ио и вне его—в воле и действиях других ему подобных существ; потому-то он и соединяется в общество, что



только в нем он может найти все условия, необходимые для выполнения своей Задачи, слишком трудной и даже почти недостижимой для него одного, отдельно взятого. Только в может видеть, с одной стороны, образцы высокого нравственного развития, способные служить ему светочем, а, с другой, примеры полного нравственного падения: оставаясь вне общества человек даже не знал бы, в чем заключается нравственное совершенство — добродетель и нравственное падение — порок, не говоря уже о том, что ему были бы совершенно чужды пути, которые ведут к первому и низвергают в пропасть второго.

Таким образом общежитие является необходимым, условием возможности человеку выполнять задачу своего нравственного развития В какой Форме общежития — он единственно только может идти по предназначенному ему пути своего нравственного усовершенствования — нельзя решить а priori, нельзя сказать, чтобы только современное государство было годно служить данной цели; прежде чем создать эту более высокую Форму общежития — человек прошел через ряд других более низших Форм, менее совершенных, но 1 кто же может сказать, что только современный человек выполняет свое и нравственное назначение, между тем послужили, также принесли лепту в общую сокровищницу нравственного развития человека, также были той коллективной сферой, в которой только современный им человек способен был выполнить свою задачу. Точно также ничто не ручается за то, что будущий человек не выработает более совершенного типа общежития, чем современное государство, типа, по отношению к которому последнее будет стоять в таком же положении, представляться столь же низшей Формой, как восточные деспотии стоят теперь по отношению к государствам Европы. Словом, Формы подлежат такому же закону исторической изменчивости и развития, как и самая личность человека, их с издающая.

Но какую же, спрашивается, в этих Формах общежития в деле нравственного развития личности играет роль наказание, как порицание или осуждение известных действий II почему оно необходимо? Оно играет в данном отношений, вообще говоря, такую-же роль, как угрызение совести, т. е. внутреннее осуждение закона нравственного, и как внешнее осуждение и порицание закона религиозного. Нет сомнения, что и внутренний закон нравственности, и внешние законы религии и права одинаково служат одной и той же задаче — нравственному развитию личности, различаясь между собою только способами



своего служения, влияния, содействия и источником своего происхождения. Источник нравственного закона внутри человека, в его природе, а потому он и действует, проявляется чисто внутренним образом; источник же религиозного и правового карательного закона—внешний, а потому и проявляется, действует внешними способами. В первом случае источником закона, является церковь, как совокупность лиц, соединенных верой в те или другие догматы и сверхъестественные начала; во втором же величае—государство, как организованная Форма, общежития, обнимающая лиц соединенных не только во имя единства верования, а, прежде всего, во имя других самых разнообразных, жизненных интересов. Церковь и государство, являясь внешними учреждениями, естественно могут и проявить свое влияние на человеческую личность лишь извне; в этом заключается их сходство; но их различие состоит в том, что церковь в своих карах дальше сущности наказания, т. е. порицаний или осуждений идти не должна, как институт, хотя внешний, но духовный, обязанный действовать исключительно моральными средствами на своих непокорных членов, между тем, как государство есть институт не только внешний, но и принудительный, такой, который в интересах правопорядка, в интересах поддержания тое Формы общежития, выражением которой оно служит», употребить в случае нужды и средства принуждения, которыми располагает.

Но принуждение 4 не есть существенный момент права вообще, а, следовательно, и права наказания в частности. Правовой закол служит задаче нравственного развития личности не только тогда, когда он выступает принудительно против преступившей закон воли, по и тогда, когда он добровольно соблюдается. Уже один Факт его существования, уже установленная им регулировка внешних отношений далеко не безразлична в интересах нравственного развития личности. Вот почему государство, как мы видели, даже такой правовой институт как наказание не связывает необходимо с элементом принуждения; оно довольствуется одним выражением порицания в тех случаях, где без принуждения можно обойтись. Правда, большая часть наказаний связана с принуждением, но эта прибавка является как настоятельная необходимость усилить элемент порицания средством более решительным, более способным произвести на общество и преступника действительное впечатление осуждения или порицания. Без



этого средства, без этой прибавки наказание на большинство преступников вовсе не производило бы впечатления порицания а встречало бы гомерический смех.

Итак, если элемент принуждения не есть существенный момент права вообще и права наказания в частности, представляя необходимую лишь в известных случаях прибавку, то сущность наказания юридического, как выражения порицания или осуждения—совпадает с сущностью наказания нравственного, проявляющегося в виде угрызений совести, и наказания религиозного, являющегося в виде увещания, наставления, лишения известных религиозных благ, исходящих от определенного духовного органа. Как наказание, так и угрызение совести, и религиозное внушение необходимо заключают в себе элемент порицания или осуждения и без этого элемента немислимы. Но никто не станет отвергать, что нравственный закон совести, равно как и религиозные наставления, сентенции несомненно служат задаче нравственного развития личности, её морального усовершенствования; отсюда следует, что и юридический карательный закон, тождественный ними по своей сущности, также должен служить той же общей задаче. А если так, то значит наказание также необходимо для выполнения этой задачи, как необходим нравственный закон совести. И в самом деле—мы не можем представить себе ни одной Формы общежития, которая бы могла обходиться без наказания; исключить наказание из общежития значит поставить на карту его самого. Даже такая идеализированная Форма общежития, какую организовал Роберт Овен в Нью-Ланарке—также не могла обойтись без наказания; изгнание, которому подвергались негодные члены колонии—было ничем другим, как замаскированной высшей мерой наказания. Государство, как самая сложная организованная Форма общежития, также не возможна без института наказания; уничтожьте этот институт—и оно неизбежно рушится. Определение в государстве действий, подлежащих осуждению или порицанию—также необходимо, как и положительное определение его строя. Вместе они образуют подобие головы Януса, где на одной стороне нормы, определяющая строи государства, как правопорядка, а на другой—нормы его гарантирующая.

Но общежитие в той или другой Форме—как мы сказали —представляется необходимым условием возможности человеку осуществлять свою задачу нравственного развития. Оно образует



ту сферу, в пределах только которой человек может выполнять «вое нравственное призвание. А так-как в этой сфере наказание является необходимым условием или средством осуществления человеком своей нравственной задачи, то оно образует один из составных элементов общежития, его сущность, след. начало самоцельное, не нуждающееся для своего оправдания в целях, вне его лежащих. Искать оправдание наказания во вне его лежащих целях—было бы равносильно тому, как если бы кто-нибудь вздумал оправдывать необходимость песку для образования стекла не тем, что последнее без первого не мыслимо, не тем, что песок есть самая сущность стекла, а той или другой Формой последнего, его блеском, твердостью и т. п. Правда, то или другое количество и качество песку может иметь влияние на все эти обстоятельства, по оправдание его наличности в стекле не вне последнего, а в самой его сущности. Из того, что наказание представляет из себя один из составных элементов государства, как известной Формы общежития, как правопорядка, следует, что его мера необходимо должна сообразоваться, между прочим, и с важностей правонарушений, с значением их для порядка. В этом его существенное отличие от греха, как преступления против религии, который хотя также включает в себе необходимо элемент порицания или осуждения, но меру тяжести своей почерпает не в объективных условиях, не в общественном или частном вреде, а преимущественно в субъективных условиях деяния.