НЕ КОПИРОВАТЬ

Проф. А. А. Жижиленко.

НАКАЗАНІЕ.

Его понятіе и отличіе отъ другихъ правоохранительныхъ средствъ.

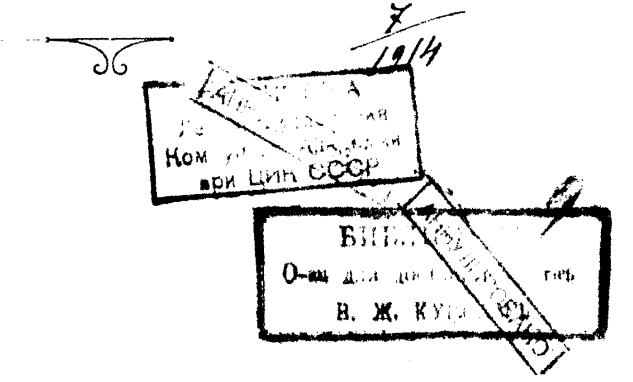
ПЕТРОГРАДЪ.
Типографія „ПРАВДА", Разъѣзжая, 16—18.
1914.

НЕ КОПИРОВАТЬ

Проф. А. А. Жижиленко.

НАКАЗАНІЕ.

Его понятіе и отличіе отъ другихъ правоохранительныхъ средствъ.



ПЕТРОГРАДЪ.
Типографія „ПРАВДА", Разъѣзжая, 16—18.
1914.

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общества естествоиспытателей
Академии наук СССР
1211
66

ОГЛАВЛЕНІЕ.

		стр
	Введеніе	1— 24
§	1. Практическое и теоретическое значеніе опредѣленія понятія наказанія	1
§	2. Планъ изслѣдованія понятія наказанія	13
	ЧАСТЬ I. Наказаніе, какъ принудительное средство правоохраны.	25— 111
	Глава I. Понятіе правоохранительныхъ средствъ.	
§	1. Правоохранительныя средства и ихъ виды	25
§	2. Условія примѣненія правоохранительныхъ средствъ . . .	27
	Глава II. Наказаніе, какъ вторженіе въ сферу правовыхъ благъ личности.	
§	1. Опредѣленіе наказанія, какъ зла или страданія	32
§	2. Другія опредѣленія внѣшней стороны наказанія	41
§	3. Вторженіе въ сферу правовыхъ благъ личности, какъ внѣшняя сторона наказанія	44
§	4. Юридическая природа выговора	46
§	5. Юридическая природа условнаго осужденія	52
	Глава III. Наказаніе, какъ правовое послѣдствіе неправды.	
§	1. Понятіе правового послѣдствія неправды	62
§	2. Классификація правовыхъ послѣдствій неправды	70
	Глава IV. Наказаніе и мѣры предупредительныя.	
§	1. Отличіе наказанія отъ мѣръ предупредительныхъ . . .	75
§	2. Мѣры чисто-предупредительныя	79
§	3. Мѣры предупредительно-лечебныя	90
§	4. Мѣры предупредительно-обезпечительныя и ихъ виды .	93
§	5. Мѣры, обезпечивающія явку обвиняемаго	96
§	6. Мѣры, обезпечивающія неуклоненіе отъ суда	100
§	7. Мѣры, обезпечивающія представленіе доказательствъ . .	107
§	8. Мѣры, обезпечивающія исполненіе гражданско-процессуальныхъ обязанностей	110

стр.

ЧАСТЬ II. Сущность наказанія и его отличіе отъ другихъ правовыхъ послѣдствій неправды . . . . . 112—572

Глава I. Возмездіе, какъ сущность наказанія.

§ 1. Внутреннее содержаніе наказанія 112
§ 2. Теоріи возмездія и ихъ классификація 117
§ 3. Взглядъ на возмездіе, какъ на таліонъ, справедливость и месть 120
§ 4. Теоріи возмездія, какъ уравненія или заглаженія . . . 124
§ 5. Теоріи искупленія, какъ разновидность теорій заглаженія . 127
§ 6. Теоріи заглаженія, характеризуемыя объектомъ заглаженія. 130
§ 7. Теоріи заглаженія, характеризуемыя дѣйствіемъ заглаженія. 134
§ 8. Оцѣнка теорій заглаженія 138
§ 9. Теоріи возмездія, какъ удовлетворенія потерпѣвшаго . . 142
§ 10. Теоріи возмездія, какъ удовлетворенія общества 144
§ 11. Оцѣнка этихъ теорій. 146
§ 12. Теоріи возмездія, какъ удовлетворенія государства . . . 149
§ 13. Теоріи возмездія, какъ общаго предупрежденія 151
§ 14. Теоріи возмездія, какъ особаго психическаго переживанія потерпѣвшаго. 157
§ 15. Теоріи возмездія, какъ простого реагированія на учиненное 160
§ 16. Оцѣнка этихъ теорій. 167
§ 17. Сущность возмездія 173
§ 18. Теоріи,признающія осужденіе сущностью наказанія . . 178
§ 19. Теоріи, признающія осужденіе однимъ изъ элементовъ наказанія 185
§ 20. Теоріи, отрицающія элементъ осужденія въ понятіи наказанія 188
§ 21. Предметъ и масштабъ оцѣнки, какъ элемента возмездія. 190
§ 22. Возмездіе, какъ сущность и какъ цѣль наказанія . . . 197
§ 23. Возраженія противъ пониманія наказанія, какъ возмездія. 212
§ 24. Предложенія относительно замѣны выраженія „возмездіе“ другими 213
§ 25. Возраженія противъ возмездія въ виду недостижимости справедливаго возмездія посредствомъ наказанія . . 216
§ 26. Возраженія противъ возмездія въ виду его недопустимости въ современной общественной жизни 221

стр.

§ 27. Возраженія противъ возмездія въ виду отрѣшенности идеи возмездія отъ жизни 232
§ 28. Возраженія противъ возмездія въ виду его несовмѣстимости съ началомъ цѣлесообразности наказанія . 238
§ 29. Возраженія противъ возмездія въ виду невозможности характеризовать имъ всѣ современныя наказанія . . 239
§ 30. Попытки конструкціи наказанія внѣ понятія возмездія . 242

Глава II. Наказаніе и мѣры соціальной защиты.

§ 1. Понятіе мѣръ соціальной защиты 248
§ 2. Теоріи отождествленія наказанія и мѣръ соціальной защиты 263
§ 3. Теоріи принципіальнаго разграниченія этихъ институтовъ. 277
§ 4. Особенности мѣръ соціальной защиты въ отношеніи порядка и условій ихъ назначенія 292
§ 5. Классификація мѣръ соціальной защиты 307
§ 6. Ссылка, какъ мѣра соціальной защиты 308
§ 7. Высылка 312
§ 8. Интернированіе преступниковъ невмѣняемыхъ и съ т. н. уменьшенной вмѣняемостью 320
§ 9. Принудительное воспитаніе несовершеннолѣтнихъ преступниковъ. 324
§ 10. Интернированіе тунеядцевъ 339
§ 11. Интернированіе общеопасныхъ рецидивистовъ 345
§ 12. Полицейскій надзоръ. 346
§ 13. Ограниченіе правъ, какъ мѣра соціальной защиты . . . 349
§ 14. Опубликованіе приговора 358

Глава III. Наказаніе и мѣры пресѣченія.

§ 1. Понятіе мѣръ пресѣченія и ихъ виды 361
§ 2. Необходимая оборона и дозволенное самоуправство. . . 366
§ 3. Виды мѣръ пресѣченія, примѣняемыхъ органами власти. 371
§ 4. Употребленіе оружія 372
§ 5. Мѣры удаленія 386
§ 6. Приводъ по распоряженію судебныхъ властей 396
§ 7. Личное задержаніе, какъ мѣра пресѣченія 397
§ 8. Т. н. „понудительное наказаніе“ (Zwangsstrafe) 402
§ 9. Понятіе мѣръ пресѣченія объективнаго характера . . . 405
§ 10. Объективныя послѣдствія неправды. 407
§ 11. Отобраніе имущества и его виды 421
§ 12. Особенности предмета отобранія 428

стр

§ 13. Послѣдствія отобранія 444
§ 14. Теоріи, признающія отобраніе единымъ институтомъ . . 451
§ 15. Теоріи, признающія отобраніе институтомъ смѣшаннаго характера 464
§ 16. Юридическая природа отобранія 482
§ 17. Наложеніе ареста на имущество. 494
§ 18. Правовая ничтожность недозволеннаго дѣянія 501

Глава IV. Наказаніе и возмѣщеніе вреда.

§ 1. Понятіе возмѣщенія вреда 504
§ 2. Теоріи отождествленія возмѣщенія вреда и наказанія . . 511
§ 3. Теоріи разграниченія возмѣщенія вреда и наказанія . . 521
§ 4. Взаимоотношеніе наказанія и возмѣщенія вреда 532
§ 5. Особые виды возмѣщенія вреда 536
§ 6. Уголовная отвѣтственность третьихъ лицъ 547
§ 7. Мѣры, выполняющія функціи наказанія и возмѣщенія вреда 556
§ 8. Возмѣщеніе моральнаго вреда 570

ЧАСТЬ III. Виды наказанія. . . . . . 572—675

Глава I. Наказаніе государственное и внѣгосударственное (дисциплинарное).

§ 1. Понятіе внѣгосударственнаго наказанія 572
§ 2. Различное пониманіе выраженія „дисциплинарное наказаніе“ 583
§ 3. Объемъ понятія дисциплинарнаго наказанія 592
§ 4. Теоріи, отрицающія за дисциплинарнымъ наказаніемъ характеръ наказанія 600
§ 5. Теоріи, отождествляющія наказанія дисциплинарное и уголовное 608
§ 6. Теоріи, признающія дисциплинарное наказаніе разновидностью наказанія. 617
§ 7. Дисциплинарныя наказанія отдѣльныхъ общеній, существующихъ въ государствѣ 629
§ 8. Дисциплинарныя наказанія общеній, предполагающихъ наличность особаго подчиненія индивида государству. 643

Глава II. Наказаніе уголовное и внѣуголовное (гражданское).

§ 1. Понятіе внѣуголовнаго наказанія 649
§ 2. Виды внѣуголовнаго наказанія 651

стр.

Глава III. Наказаніе и административное взысканіе.

§ 1. Судебный и внѣсудебный порядокъ назначенія наказанія. 655
§ 2. Понятіе административнаго взысканія и его виды . . . 659

Глава IV. Наказаніе и процессуальное взысканіе.

§ 1. Понятіе процессуальнаго взысканія 664
§ 2. Виды процессуальнаго взысканія 668

Заключеніе . . . . . 675—676

Важнѣйшія сокращенія:

Aschaffenburg's Monatsschrift—Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, herausgegeben von Aschaffenburg

V. D. A. T. и V. D. B. T. — Vergleichende Darstellung des deutschen und ausserdeutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil и Besonderer Teil.

Z. — Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

ВВЕДЕНІЕ.

§ 1. Разсматривая весь міръ неправа, всю область неправомѣрныхъ дѣяній во всемъ ихъ разнообразіи, мы можемъ замѣтить и крайнее разнообразіе тѣхъ мѣръ правовой охраны, которыя вызываются дѣйствительнымъ, а въ извѣстныхъ случаяхъ и лишь предполагаемымъ нарушеніемъ права и которыя исходятъ отъ носителей власти того или иного общенія людей, а иногда и отъ отдѣльныхъ частныхъ лицъ. Эти мѣры, приближаясь во многомъ другъ къ другу, въ то же время и отличаются другъ отъ друга по своему внутреннему содержанію, по своей сущности, а также по своимъ обоснованіямъ и условіямъ примѣненія, вслѣдствіе чего является возможность противупоставлять ихъ другъ другу въ качествѣ самостоятельныхъ правовыхъ институтовъ, характеризующихся опредѣленными чертами. Достаточно привести нѣкоторыя изъ этихъ мѣръ, чтобы указать на ихъ большое разнообразіе и вмѣстѣ съ тѣмъ на извѣстныя черты ихъ сходства и различія. Чиновникъ, совершающій маловажное упущеніе по службѣ, подвергается дисциплинарному взысканію; дѣти, нарушающія порядокъ семейной жизни, подвергаются со стороны родителей мѣрамъ домашняго исправленія; учащіеся за нарушеніе установленныхъ въ учебномъ заведеніи правилъ поведенія подвергаются мѣрамъ школьной дисциплины; присутствующіе въ залѣ засѣданія суда, въ случаѣ нарушенія порядка, удаляются изъ залы; члены парламента, допускающіе при исполненіи своихъ обязанностей извѣстные эксцессы, подвергаются мѣрамъ парламентской дисциплины; свидѣтель, не явившійся въ судъ, подвергается приводу; недобросовѣстный обвинитель присуждается въ извѣстныхъ случаяхъ къ уплатѣ судебныхъ издержекъ; безбилетный пассажиръ удаляется желѣзнодорожной полиціей изъ поѣзда; находящійся на улицѣ въ состояніи полнаго опьяненія лишается свободы до

вытрезвленія; лицо, опасное для общественнаго спокойствія и государственнаго порядка, высылается въ опредѣленную мѣстность; иностранецъ, представляющій опасность для туземнаго государства, высылается за его предѣлы; противоправно нападающій на кого-либо можетъ понести вредъ со стороны послѣдняго при его защитѣ; подозрѣваемый въ совершеніи преступнаго дѣянія можетъ подвергнуться личному задержанію; причинившій другому вредъ, допускающій денежную оцѣнку, присуждается къ возмѣщенію этого вреда; нарушившій при постройкѣ требованія устава строительнаго присуждается къ сломкѣ неправильно возведеннаго; обладающій предметомъ, оборотъ съ которымъ въ общежитіи не разрѣшенъ, лишается этого предмета; не исполнившій договора, заключеннаго подъ условіемъ уплаты неустойки, присуждается къ ея уплатѣ; рабочій за прогульные дни подвергается штрафу; членъ извѣстнаго общества подвергается по постановленію своихъ сочленовъ удаленію изъ состава общества за дурное поведеніе и предосудительные поступки; не уплатившій долга по требованію кредитора лишается свободы впредь до уплаты долга; несовершеннолѣтній, учинившій преступное дѣяніе, помѣщается въ исправительное заведеніе; вмѣняемый человѣкъ, учинившій такое же дѣяніе, подвергается наказанію.

Каждая изъ только что перечисленныхъ мѣръ — причемъ надо имѣть въ виду, что самый перечень ихъ не имѣетъ исчерпывающаго характера—представляетъ своеобразныя черты, имѣетъ опредѣленное назначеніе и вытекаетъ изъ опредѣленныхъ соображеній. Многія изъ нихъ имѣютъ уже вполнѣ сложившуюся правовую квалификацію, напротивъ того правовая природа другихъ не получила еще надлежащаго выясненія и должной оцѣнки и вызываетъ извѣстныя сомнѣнія.

Среди всѣхъ этихъ мѣръ особое мѣсто по своему значенію, какъ мѣра наиболѣе энергичнаго вторженія въ сферу правовыхъ благъ индивида, занимаетъ наказаніе. На ближайшій анализъ института наказанія направлена будетъ настоящая работа. Ея задачей будетъ выяснить, что представляетъ изъ себя наказаніе, какъ особый правовой институтъ, каковы его характерныя черты и чѣмъ оно отличается отъ другихъ родственныхъ институтовъ. Надо замѣтить, что изслѣдованіе вопроса о наказаніи въ указанномъ направленіи привлекаетъ къ себѣ мало интереса со стороны современныхъ криминалистовъ, и въ огромной литературѣ, касающейся вопросовъ, связанныхъ съ наказаніемъ, мы найдемъ сравнительно немного страницъ, посвященныхъ теоретическому и догматическому анализу наказанія. И это

прежде всего объясняется тѣмъ, что понятіе наказанія принадлежитъ къ числу тѣхъ понятій, которыя представляются достаточно простыми и ясными для всѣхъ. Однако, какъ вѣрно замѣчаетъ Листъ, „мы часто не даемъ себѣ яснаго представленія о тѣхъ трудностяхъ, которыя представляетъ для науки точное описаніе этого, повидимому, яснаго понятія, въ особенности его отграниченіе отъ другихъ общественныхъ мѣръ охраны (gesellschaftliche Sicherungsmassregeln)... И въ этой области мы находимся еще на самыхъ первыхъ ступеняхъ научной работы“ [1]). Въ современной литературѣ напротивъ того интересъ изслѣдователей вызываетъ вопросъ о наказаніи, разсматриваемомъ не съ этой точки зрѣнія, а главнымъ образомъ съ точки зрѣнія уголовной политики. Признавая все важное значеніе изслѣдованій послѣдняго рода, мы все-таки находимъ необходимымъ уголовно-политической оцѣнкѣ наказанія предпослать изслѣдованіе вопроса о томъ, что представляетъ изъ себя наказаніе по своей природѣ, какъ особый правовой институтъ. Быть можетъ, при подобномъ отношеніи къ данному вопросу тотъ рядъ контроверзъ, которыя имѣются въ настоящее время, напр. относительно сущности и цѣлей наказанія и взаимоотношенія наказанія и другихъ родственныхъ мѣръ, исчезнетъ, какъ порожденный отсутствіемъ одинаковаго для всѣхъ и всѣми принятаго пониманія наказанія. Опредѣленіе же правовой природы наказанія должно быть одинаково пріемлемымъ для представителей самыхъ разнообразныхъ теченій въ наукѣ.

Самая задача предпринимаемой работы—выяснить юридическую природу наказанія и тѣмъ указать отличительныя черты его по сравненію съ родственными институтами—можетъ показаться лишенной всякаго практическаго и теоретическаго значенія, такъ какъ съ одной стороны каждый, даже и не будучи юристомъ, представляетъ себѣ, что такое наказаніе, а съ другой стороны и положительное право даетъ, повидимому, ясный отвѣтъ на этотъ вопросъ. Но на самомъ дѣлѣ, какъ будетъ указано ниже, въ пониманіи существа наказанія нѣтъ единодушія у криминалистовъ, а положительное право собственно не даетъ прямого указанія относительно того, что слѣдуетъ считать наказаніемъ. Въ виду этого надлежащее опредѣленіе понятія наказанія и указаніе тѣхъ мѣръ, которыя должны именоваться наказаніемъ, представляетъ огромный интересъ, какъ практическій, такъ и теоретическій.

---

[1]) Liszt. Die Aufgabe und die Methode der Strafrechtswissenschaft (Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1905. B. II. s. 293).

Только зная, что такое наказаніе и какіе институты даннаго положительнаго права слѣдуетъ таковымъ признавать, можно надлежащимъ образомъ примѣнять на практикѣ тѣ правовыя положенія, которыя касаются наказанія, поскольку законъ не даетъ опредѣленнаго отвѣта на этотъ вопросъ. Такъ, напр., если возникаетъ вопросъ объ объемѣ помилованія, то слѣдуетъ имѣть въ виду, при установленіи предѣловъ его примѣненія, точное представленіе о томъ, что такое наказаніе, такъ какъ помилованіе, заключая въ себѣ отказъ государства отъ примѣненія въ данномъ случаѣ принадлежащаго ему права наказанія, можетъ быть распространено только на случаи наказанія, не касаясь другихъ послѣдствій неправды. То же приходится сказать и относительно давности наказанія, которая исходитъ изъ опредѣленнаго представленія о наказаніи, какъ особомъ правовомъ институтѣ, допускающимъ погашеніе въ силу протеченія извѣстнаго періода времени. Далѣе, опредѣленіе понятія наказанія имѣетъ практическое значеніе въ интересахъ строгаго проведенія принципа non bis in idem, сущность котораго заключается въ томъ, что если извѣстное лицо за данное правонарушеніе подверглось той реакціи, которая именуется наказаніемъ, то за то же дѣяніе оно не можетъ подвергнуться новой реакціи, также являющейся наказаніемъ. Наконецъ, при рѣшеніи вопроса о рецидивѣ, при которомъ усиленіе наказанія ставится въ зависимость отъ факта совершенія новаго преступленія послѣ осужденія или отбытія наказанія за прежнее, равно какъ при опредѣленіи значенія съ точки зрѣнія уголовнаго права смерти лица, учинившаго недозволенное дѣяніе, приходится исходить изъ опредѣленнаго представленія о наказаніи. Сверхъ того нельзя не считаться съ тѣмъ фактомъ, что въ настоящее время въ отдѣльныя законодательства, а въ особенности въ проекты новыхъ кодексовъ (швейцарскаго, германскаго, австрійскаго и сербскаго) начинаетъ проникать представленіе объ особыхъ мѣрахъ соціальной охраны, существующихъ наряду съ наказаніемъ, вслѣдствіе чего является настоятельная практическая потребность въ проведеніи разграниченія между этими правовыми институтами, и, собственно говоря, въ новѣйшей литературѣ уголовнаго права вопросъ о сущности наказанія поставленъ на очередь именно въ виду появленія особыхъ мѣръ соціальной защиты, какъ самостоятельнаго института.

Но еще важнѣе практическаго тотъ теоретическій интересъ, который представляетъ опредѣленіе понятія наказанія. Вопросъ о наказаніи—основной вопросъ всего уголовнаго права. Наказаніемъ характеризуется и самое преступное дѣяніе, которое есть не что иное, какъ наказуемое недозволенное дѣяніе. Исходя изъ пред-

ставленія о единствѣ неправды, мы по этому моменту — наказуемости—отличаемъ преступное дѣяніе отъ другихъ недозволенныхъ дѣяній. И, разсуждая послѣдовательно, мы должны признать, что съ анализа понятія наказанія, какъ основного вопроса, должно было бы начинаться разсмотрѣніе самой науки уголовнаго права. Какъ говорилъ еще Фейербахъ, „основное понятіе, изъ котораго исходитъ все уголовное право и къ которому все сводится, есть понятіе гражданскаго наказанія. Можно безъ преувеличенія сказать, что отъ опредѣленности или неопредѣленности одного этого понятія зависитъ истинность или ложность, послѣдовательность или непослѣдовательность всей теоріи и устойчивость или шаткость практики“ [1]). Впослѣдствіи ту же мысль особенно рельефно выразилъ французскій писатель Боссиръ, замѣчая, что „одно наименованіе карательнаго права (droit pénal), данное уголовному праву (droit criminel), показываетъ, что вопросъ о наказаніи является вопросомъ первымъ, если не въ порядкѣ фактовъ (l'ordre des faits), то по крайней мѣрѣ въ порядкѣ логическомъ“ [2]). Подобный же взглядъ на первенствующее значеніе наказанія въ уголовномъ правѣ высказывалъ и Кистяковскій, замѣчая, что „если ученіе о преступленіи съ научной точки зрѣнія занимаетъ въ уголовномъ правѣ первое мѣсто; если оно является главнѣйшей его составной частью, то съ точки зрѣнія сущности и цѣли уголовнаго права, какъ общественнаго института, первенствующее мѣсто въ уголовномъ правѣ несомнѣнно принадлежитъ наказанію. Въ немъ выражается душа, идея уголовнаго права“ [3]).

Особенно же послѣдовательно поступалъ, исходя изъ той же основной мысли Гуго Мейеръ, предпосылая въ своемъ учебникѣ анализъ понятія наказанія анализу понятія преступленія и указывая на то, что „основное понятіе уголовнаго права, т. е. то понятіе, благодаря которому отличается уголовное право отъ другихъ областей, есть не понятіе наказуемаго дѣянія, а понятіе наказанія, отъ котораго зависитъ и понятіе наказуемаго дѣянія“ [4]). На этой же точкѣ зрѣнія, прямо однако ея не высказывая, стоятъ, повидимому, и тѣ криминалисты, которые излагаютъ въ своихъ курсахъ сначала ученіе о наказаніи, а затѣмъ о преступленіи. Такъ

---

[1]) Feuerbach. Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. B. I. 1799 s. XVIII.

[2]) Beaussire. Les principes du droit. 1888 p. 125.

[3]) Кистяковскій. Элементарный учебникъ общаго уголовнаго права, 1890 стр 696.

[4]) H. Meyer. Lehrbuch des deutschen Strafrechts (her Allfeld). 1907, s. 2.

поступалъ, напр., Сергѣевскіи, хотя и невполнѣ послѣдовательно, такъ какъ у него нѣкоторые вопросы, относящіеся къ ученію о наказаніи (опредѣленіе размѣровъ наказанія, отмѣна наказанія) помѣщены въ концѣ книги [1]), а въ нѣмецкой литературѣ такой порядокъ изложенія науки уголовнаго права мы находимъ, напр., изъ болѣе старыхъ криминалистовъ у Вехтера [2]), а изъ новыхъ у Белинга [3]).

Однако нужно замѣтить, что огромное большинство криминалистовъ въ своихъ курсахъ принимаетъ иную систему расположенія того матеріала, который представляетъ уголовное право, давая сначала анализъ преступленія, а затѣмъ уже и наказанія. При этомъ лишь немногіе изъ нихъ считаютъ нужнымъ предпослать этому послѣднему анализу общее ученіе о наказаніи, заключающее въ себѣ опредѣленіе понятія наказанія и вопросы о цѣляхъ и основаніяхъ карательной дѣятельности государства. Изъ русскихъ криманалистовъ такъ поступаютъ Владимировъ [4]) и Познышевъ [5]), а изъ нѣмецкихъ старые криминалисты Фейербахъ [6]), Грольманъ [7]) и Бауэръ [8]), а изъ новыхъ Гейеръ [9]), Ламмашъ [10]) и Фингеръ [11]).

Съ другой стороны нѣкоторые ученые, не давая въ началѣ своего курса опредѣленія понятія наказанія, предпосылаютъ однако ученію о преступленіи и слѣдующему за нимъ ученію о наказаніи анализъ уголовно-правовыхъ теорій наказанія. По этому пути идутъ изъ русскихъ криминалистовъ Кистяковскій, Бѣлогрицъ-Котляревскій [12]) и Будзинскій [13]), а изъ нѣмецкихъ старые криминалисты: Мартинъ [14]), Генке [15]) и Гефф-

---

[1]) Сергѣевскій. Русское уголовное право Часть общая 1913.

[2]) Wächter. Das koniglich sächsische und das thuringische Strafrecht. 1857.

[3]) Beling. Grundzuge des Strafrechts 1905

[4]) Владимировъ. Учебникъ русскаго уголовнаго права. Часть общая. 1889; его же Курсъ уголовнаго права. Ч. I, 1908.

[5]) Познышевъ. Основныя начала науки уголовнаго права. 1912.

[6]) Feuerbach. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 1847.

[7]) Grolman. Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. 1805.

[8]) Bauer. Lehrbuch des Strafrechts. 1833.

[9]) Geyer. Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. 1885.

[10]) Lammasch. Grundriss des Strafrechts. 1902.

[11]) Finger. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. B. I. 1904.

[12]) Бѣлогрицъ-Котляревскій. Учебникъ русскаго уголовнаго права. 1904.

[13]) Будзинскій. Начала уголовнаго права. 1870.

[14]) Martin. Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalrechts. 1825.

[15]) Henke. Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. 1823.

теръ [1]), и новые: Бернеръ [2]) Гельшнеръ [3]), Янка [4]), Томсенъ [5]), Листъ [6]) и Штоссъ. [7]) Наконецъ, французскіе и бельгійскіе криминалисты [8]), а также огромное большинство русскихъ— Баршевъ [9]), Солнцевъ [10]), Калмыковъ [11]), Спасовичъ [12]) Неклюдовъ [13]), Есиповъ [14]), Таганцевъ [15]) и Пусторослевъ [16]) а изъ нѣмецкихъ криминалистовъ Марецолль [17]), Кестлинъ [18]), Лиліенталь [19]), Биндингъ [20]) Биркмейеръ [21]) и Меркель [22]) — излагаютъ сначала ученіе о преступленіи, а затѣмъ о наказаніи, не считая необходимымъ дѣлать какое-нибудь предварительное указаніе на существо наказанія. Изъ всѣхъ этихъ писателей только у Меркеля мы находимъ обоснованіе подобнаго отношенія къ данному вопросу. Возражая указанному выше французскому писателю Боссиру по поводу его взгляда на первенство наказанія передъ преступленіемъ, Меркель замѣчаетъ, что „это такъ же логично, какъ захотѣть изъ названія медицинскихъ наукъ дѣлать выводъ, будто понятіе лекарствъ есть prius въ отношеніи къ понятію болѣзней и что, слѣдовательно, начинающіе медики раньше должны изучать лекарства и ихъ примѣненіе, а затѣмъ уже болѣзни. Это мнѣніе является послѣдовательнымъ только у того, кто думаетъ характеризовать существо преступныхъ дѣяній, опре-

---

1) Heffter. Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts. 1840.

2) Berner. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1898.

3) Hälschner. Das gemeine deutsche Strafrecht. 1881

4) Janka. Das osterreichische Strafrecht 1902

5) Thomsen. Das deutsche Strafrecht. 1906.

6) Liszt. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1914.

7) Stooss. Lehrbuch des osterreichischen Strafrechts. 1913

8) Garraud. Précis de droit criminel. 1909, Ortolan. Eléments de droit pénal. 1875; Vidal. Cours de droit criminel et de science pénitentiaire. 1906, Thiry Cours de droit criminel. 1905; Prins. Science pénale et droit positif 1895.

9) Баршевъ. Общія начала теоріи и законодательствъ о преступленіяхъ и наказаніяхъ. 1841.

10) Солнцевъ. Россійское уголовное право. 1820 (изд. 1907 г. Фельдштейномъ).

11) Калмыковъ Учебникъ уголовнаго права. 1866.

12) Спасовичъ. Учебникъ уголовнаго права. 1863.

13) Неклюдовъ. Общая часть уголовнаго права (конспектъ). 1875.

14) Есиповъ. Очеркъ русскаго уголовнаго права. Часть общая. 1904.

15) Таганцевъ. Русское уголовное право. Часть общая. 1902.

16) Пусторослевъ. Русское уголовное право. Общая часть. В. I. 1912.

17) Marezoll. Das gemeine deutsche Criminalrecht. 1847.

18) Köstlin. System des deutschen Strafrechts. Allg. Theil. 1855.

19) Lilienthal. Grundriss zur Vorlesung über deutsches Strafrecht. 1900.

20) Binding, Grundriss des deutschen Strafrechts. Allg. Theil. 1907.

21) Birkmeyer. Grundriss zur Vorlesung über das deutsche Strafrecht. 1908.

22) Merkel. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.

дѣляя ихъ, какъ дѣянія, угрожаемыя наказаніемъ. Однако это мнѣніе стоитъ не выше, чѣмъ стояло бы мнѣніе того медика, который думалъ бы опредѣлить болѣзни по ихъ существу, опредѣляя ихъ, какъ происшествія, которыя даютъ поводъ лечиться“ [1]).

Едва ли однако можно съ этимъ согласиться. Не касаясь здѣсь общаго вопроса о томъ, какъ слѣдуетъ понимать „существо“ преступленія, мы должны сказать, что формально понятіе преступленія исчерпывается указаніемъ на то, что оно есть наказуемое правонарушеніе, и что это формальное опредѣленіе вполнѣ достаточно для того, чтобы отличить преступленіе отъ другихъ видовъ правонарушеній. Въ этомъ отношеніи вполнѣ правъ старый криминалистъ Клейншродъ, который замѣчаетъ: „я не вижу, какимъ образомъ можно безъ понятія наказанія опредѣлить формальный характеръ преступленія и его отличіе отъ другихъ недозволенныхъ дѣяній“ [2]). Съ другой стороны такъ часто встрѣчающіяся сравненія уголовнаго права съ медициной не могутъ сами по себѣ служить доказательствомъ правильности какого нибудь взгляда, съ которымъ приходится считаться криминалисту. Къ тому же въ данномъ случаѣ это сравненіе не годится и потому, что, какъ совершенно вѣрно замѣтилъ Г. Мейеръ, въ то время, какъ понятіе наказуемаго дѣянія зависитъ отъ понятія наказанія, понятіе болѣзни не зависитъ отъ понятія лекарства [3]).

Болѣе солидное на первый взглядъ обоснованіе того мнѣнія, которое было высказано Меркелемъ, мы находимъ у другого криминалиста, ученика Меркеля—Липманна; по его словамъ, „изъ двухъ основныхъ понятій „преступленіе“ и „наказаніе“ понятіе наказанія недоступно первоначальному (primär) установленію“ и „какъ ни спорить относительно основанія и цѣли наказанія, одно твердо установлено—то, что наказаніе должно быть противодѣйствіемъ преступленію и слѣдовательно борьбой съ силами, сдѣлавшимися дѣйствительными и распознаваемыми вслѣдствіе наказуемаго дѣянія“, поэтому, по его мнѣнію, понятіе и задачи наказанія можно развить только изъ особенностей преступнаго дѣянія [4]). Для оцѣнки этого мнѣнія надо принять во вниманіе то обстоятельство, что для Липманна преступное дѣяніе отличается отъ прочихъ видовъ недозволеннаго дѣянія не внѣш-

---

[1]) Merkel. l. c. p. 9.

[2]) Kleinschrod. Systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts B. I. 1805. s 4. Anm.

[3]) H. Meyer l. c. p. 2 n. 1.

[4]) Liepmann. Einleitung in das Strafrecht. 1900 s. 3.

ними послѣдствіями, а внутренними признаками, и поскольку онъ считаетъ возможнымъ установить ту особенность преступленія, которая выражается въ томъ, что преступленіе есть „противное обязанностямъ осуществленіе воли“ (pflichtswidrige Willensbetätigung) [1]) и которой онъ не усматриваетъ въ неправдѣ гражданской, постолько онъ послѣдователенъ, выдвигая на первый планъ ученіе о преступленіи, а не ученіе о наказаніи. Но если мы будемъ исходить изъ иного представленія, по нашему мнѣнію, единственно правильнаго, именно изъ представленія о единствѣ неправды, мы должны на первый планъ выдвигать наказаніе, а не преступленіе, такъ какъ только этотъ моментъ можетъ быть использованъ въ качествѣ критерія для разграниченія уголовной и иной неправды.

Значеніе наказанія, какъ основного вопроса всего уголовнаго права, вытекаетъ съ особенной наглядностью изъ того факта, что то различіе отдѣльныхъ школъ и направленій въ уголовномъ правѣ, которое въ особенности замѣчается въ наше время, коренится во взглядахъ на существо и задачи наказанія. Современные криминалисты дѣлятся на полемизирующія другъ съ другомъ школы не по вопросу о томъ, что представляетъ изъ себя преступленіе и какую роль играютъ его отдѣльные элементы, а по вопросу о сущности наказанія. Представители теорій возмездія и теорій общественной охраны, теорій общаго и спеціальнаго предупрежденія одинаково относятся къ сущности преступленія, но они не сходятся однако другъ съ другомъ во взглядахъ на наказаніе.

Наконецъ, выясненіе понятія наказанія представляется необходимымъ и важнымъ и потому, что до сихъ поръ въ литературѣ уголовнаго права нѣтъ согласія между писателями по вопросу о томъ, что представляютъ собой нѣкоторыя отдѣльныя правовыя послѣдствія неправды и каково ихъ отношеніе къ наказанію. И если, конечно, нѣтъ сомнѣній относительно правовой природы такихъ мѣръ, какъ смертная казнь или тѣлесное наказаніе, которыя всѣми признаются за наказанія. то съ другой стороны въ любомъ уголовномъ кодексѣ можно насчитать цѣлый рядъ такихъ институтовъ, относительно правовой природы которыхъ возникаютъ разногласія среди представителей науки. Такъ, напр. возникаетъ сомнѣніе относительно того, являются ли наказаніемъ такія мѣры, какъ опубликованіе приговора въ газетахъ, отобраніе орудій преступленія, высылка изъ извѣстной мѣстности лица, не

[1]) Liepmann l. c. s. 16.

имѣющаго права въ ней пребывать, сломка неправильно возведеннаго, закрытіе фабрики или завода, открытыхъ безъ разрѣшенія власти, отдача несовершеннолѣтнихъ въ исправительныя колоніи, помѣщеніе тунеядцевъ въ рабочій домъ, полицейскій надзоръ и т. п. А если отъ уголовныхъ кодексовъ перейти къ другимъ областямъ законодательства, то тамъ можно увидѣть еще цѣлый рядъ институтовъ, относительно правовой природы которыхъ постоянно возникаютъ споры. Что напр. представляетъ изъ себя дисциплинарное взысканіе или въ чемъ сущность такихъ мѣръ, какъ удаленіе безбилетнаго пасажира изъ поѣзда, или взысканіе, наложенное на неявившагося свидѣтеля? Что, наконецъ, представляетъ собой такая мѣра, какъ высылка „политически неблагонадежнаго“ субъекта по распоряженію соотвѣтственнаго органа администраціи? Можно ли считать подобныя мѣры наказаніемъ? Отвѣтъ на всѣ поставленные вопросы можетъ быть данъ только тогда, когда у насъ будетъ ясное представленіе о томъ, что такое наказаніе и каковы его существенныя черты.

Какъ относятся отдѣльные писатели къ подобнымъ мѣрамъ, которыя извѣстны любому положительному праву и которыя prima facie могутъ быть отнесены къ наказанію, можно судить по слѣдующимъ примѣрамъ. Неклюдовъ [1]) къ наказаніямъ, но только исключительнымъ, т. е. такимъ, которыя полагаются исключительно для извѣстныхъ лицъ и для извѣстныхъ дѣяній, относитъ между прочимъ: удаленіе и выведеніе изъ мѣста судебныхъ засѣданій, выведеніе изъ биржевого собранія, взятіе имѣнія въ опеку, расторженіе брака; Таганцевъ [2]) относитъ удаленіе безбилетнаго пассажира изъ поѣзда и удаленіе изъ зала засѣданія суда публики къ дисциплинарнымъ наказаніямъ; онъ же объединяетъ въ одну группу разнородныя процессуальныя мѣры [3]), говоря о мѣрахъ, которыя составляютъ „разнообразныя невыгодныя послѣдствія, налагаемыя на виновныхъ въ причиненіи разнаго рода воспрещенныхъ закономъ затрудненій успѣшному выполненію органамъ судебной власти возложенныхъ на нихъ обязанностей“, и относитъ сюда и приводъ свидѣтеля и мѣры пресѣченія обвиняемому уклоняться отъ слѣдствія и суда и денежныя взысканія, налагаемыя на свидѣтелей за неявку къ слѣдствію и суду, и отвѣтственность присяжныхъ засѣдателей за неявку къ отпра-

---

[1]) Неклюдовъ. Дополненія къ Учебнику уголовнаго права Бернера. 1865, стр. 572; его же, Общая часть, стр. 132.

[2]) Таганцевъ. в. с. т. I, стр. 97 и 101.

[3]) Тамъ же т. II, стр. 835.

вленію ихъ обязанностей. Фойницкій [1]) говоритъ о примѣненіи къ виновнымъ въ нарушеніи благочинія и порядка въ засѣданіи не уголовныхъ, а процессуальныхъ взысканій; въ другомъ мѣстѣ онъ называетъ эти мѣры дисциплинарными взысканіями, обозначая тѣмъ же именемъ и взысканія, налагаемая въ отношеніи свидѣтелей [2]). Французскій криминалистъ Гарро [3]) считаетъ наказаніемъ такія мѣры, какъ опубликованіе приговора въ газетахъ, тогда какъ нѣмецкій криминалистъ Франкъ усматриваетъ здѣсь видъ вознагражденія за вредъ [4]). По словамъ этого послѣдняго писателя, должны быть исключены изъ числа государственныхъ наказаній такія мѣры, какъ полицейскій надзоръ, конфискація, уничтоженіе сочиненій, отдача въ исправительныя колоніи, высылка изъ предѣловъ государства и т. п. Точно также Ольсгаузенъ [5]) относитъ не къ наказанію, а къ полицейскимъ мѣрамъ такіе институты, какъ конфискація, удаленіе изъ предѣловъ государства и т. п. Биндингъ же, различая среди наказаній настоящія и ненастоящія (echte und unechte), относитъ къ послѣднимъ конфискацію, полицейскій надзоръ и буссу [6]). Наконецъ, съ точки зрѣнія Гуго Мейера „настоящими“ наказаніями являются и такія мѣры, какъ тѣ своеобразные институты, которые извѣстны въ германскомъ правѣ подъ названіемъ „Ungehorsamstrafe, Zwangsstrafe, Executivstrafe, Ordnungsstrafe“, а также дисциплинарныя взысканія [7]).

Отсутствіе одинаковаго для всѣхъ представленія о томъ, что такое наказаніе, а также о томъ, въ чемъ заключается сущность иныхъ мѣръ правовой охраны въ отличіе отъ наказанія, ясно сквозитъ въ приведенныхъ только что взглядахъ различныхъ писателей. Отсюда вытекаетъ насущная потребность выяснить дѣйствительную природу наказанія, указать его характерныя черты, а также его отличіе отъ другихъ родственныхъ понятій. Съ этой точки зрѣнія въ высшей степени страннымъ представляется то мнѣніе, которое было высказано недавно Вахомъ [8]) по данному вопросу. По его словамъ, „было бы систематическимъ педантствомъ (systematische Pedanterie) думать отдѣлить отъ соб-

---

[1]) Фойницкій. Курсъ уголовнаго судопроизводства т. II 1910 г. стр. 147.

[2]) Тамъ же, стр. 330.

[3]) Garraud. Précis p. 220.

[4]) Frank. Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1912, s. 44.

[5]) Olshausen. Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1904 s 85.

[6]) Binding l c. s. 241.

[7]) H. Meyer l. c. s. 9 ff.

[8]) Wach. Legislative Technik въ Vergleichende Darstellung des deutschen und auslandischen Strafrechts. Allg. Teil B. VI. 1908 p. 16.

ственныхъ наказаній сходныя съ ними послѣдствія неправды или же принудительныя мѣры соціальной охраны и соціальной опеки, примѣняемыя по отношенію къ т. н. преступнымъ невмѣняемымъ (verbrecherische Unzurechnungsfahige опаснымъ привычнымъ пьяницамъ, или для воспитанія и исправленія несовершеннолѣтнихъ, и исключить ихъ изъ уголовнаго закона"; онъ находитъ, что можно защищать и внесеніе буссы въ общую часть кодекса, въ отдѣлъ о наказаніяхъ, замѣчая, что „научныя сомнѣнія въ этомъ отношеніи не имѣютъ значенія". Но если мы въ положительномъ правѣ въ настоящее время и находимъ иногда такое отношеніе къ данному вопросу, то это не значитъ, что и съ теоретической точки зрѣнія и de lege ferenda можно отстаивать допущеніе смѣшенія понятій. Какъ и наука, законъ не долженъ оставлять сомнѣній относительно существа той или иной мѣры, и потому нельзя думать, чтобы только изъ педанства въ законодательство вводились тѣ или другія указанія, на основаніи которыхъ можно составить представленіе о характерѣ отдѣльныхъ мѣръ правовой охраны.

Въ заключеніе нужно еще отмѣтить, что нѣкоторые писатели, подробно анализируя вопросы, связанные съ понятіемъ наказанія, и посвящая имъ солидныя и цѣнныя изслѣдованія, не даютъ однако опредѣленія разсматриваемаго явленія, не указывая даже ближе причинъ подобнаго своего отношенія къ этому вопросу, хотя казалось бы, вполнѣ можно было надѣяться получить отъ нихъ, это опредѣленіе. Такъ напр. въ столь цѣнномъ трудѣ Фойницкаго „Ученіе о наказаніи", гдѣ, повидимому, вполнѣ естественно было бы ожидать опредѣленія наказанія, мы не видимъ его. Все, что мы находимъ въ этомъ отношеніи въ книгѣ Фойницкаго, заключается въ слѣдующей какъ бы мимоходомъ выраженной мысли: „по его основной идеѣ, наказаніе представляетъ собой принужденіе, примѣняемое къ учинившему преступное дѣяніе... Принужденіе наказанія заключается въ причиненіи или обѣщаніи причинить наказываемому какое нибудь лишеніе или страданіе [1])". Точно также не даетъ опредѣленія наказанія и Мокринскій, посвятившій наказанію особую монографію; онъ ограничивается только указаніемъ двухъ характерныхъ признаковъ этого понятія: а) преднамѣренность причиненія страданія и б) государственное принужденіе къ страданію [2]). Не найдемъ мы также опредѣленія наказанія въ курсахъ уголовнаго права Лохвицкаго и Есипова. Лохвицкій говоритъ лишь объ „абсолютной необходимости на-

---

[1]) Фойницкій. Ученіе о наказаніи. 1889, стр. 2.

[2]) Мокринскій. Наказаніе, его цѣли и предположенія, 1902 стр. 3.

казанія, какъ страданія за преступленіе" и прибавляетъ къ этому, что „страданіе есть лишеніе или ограниченіе какого-нибудь блага" [1]), а Есиповъ замѣчаетъ только, что наказаніе „не есть лишь мѣра борьбы, но мѣра соціальнаго принужденія и мѣра помощи" [2]). Тоже замѣчается иногда и въ нѣмецкой литературѣ. Такъ мы не найдемъ опредѣленія понятія наказанія въ спеціальномъ изслѣдованіи, посвященномъ наказанію, Пфеннингера [3]), такое же отношеніе къ этому вопросу мы находимъ изъ болѣе старыхъ криминалистовъ у Кестлина, который вмѣсто опредѣленія даетъ указаніе того, что содержитъ въ себѣ наказаніе—а) объективное возстановленіе права изъ его нарушенія, б) погашеніе преступной вины и что в) мѣрой для наказанія является величина совершеннаго преступленія [4]), а изъ болѣе новыхъ писателей у Бара [5]), Бернера [6]) и Вахенфельда; послѣдній не давая опредѣленія наказанія, указываетъ только два его признака именно: а) наказаніе есть послѣдствіе преступленія и б) оно есть нарушеніе правовыхъ благъ [7]).

§ 2. Приступая къ опредѣленію понятія наказанія, мы должны прежде всего указать, что должно заключать въ себѣ это опредѣленіе и каковъ долженъ быть тотъ путь, которымъ можно придти къ выясненію сущности наказанія, какъ правового института.

Какъ и всякое другое опредѣленіе, опредѣленіе понятія наказанія должно заключать въ себѣ указаніе на всѣ необходимыя черты, пригодныя для того, чтобы отличить наказаніе отъ другихъ сходныхъ институтовъ. Оно должно заключать въ себѣ прежде всего указаніе на признаки, характеризующіе наказаніе, какъ явленіе, относящееся къ опредѣленному роду,—признаки, которые наказаніе раздѣляетъ съ другими явленіями, относимыми къ тому же роду, признаки родовые. Признаки эти должны указывать мѣсто, занимаемое наказаніемъ въ общей системѣ явленій, съ которыми имѣетъ дѣло наука права. Но установленія однихъ этихъ признаковъ, конечно, недостаточно, такъ какъ на ряду съ наказаніемъ существуютъ другіе институты, которые представляютъ не

---

[1]) Лохвицкій. Курсъ русскаго уголовнаго права, 1871, стр. 42—43.

[2]) Есиповъ. в. с. стр 342.

[3]) Pfenninger. Der Begriff der Strafe, untersucht an der Theorie des Hugo Grotius. 1877.

[4]) Köstlin. System s. 387.

[5]) Bar. Handbuch des deutschen Strafrechts. 1882.

[6]) Berner. l. c.

[7]) Wachenfeld. Das Strafrecht въ Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft, heraus v. Kohler, 1904. B. II, s. 275.

мало общаго съ нимъ; необходимо указать черты отличія наказанія отъ этихъ послѣднихъ, а это достигается установленіемъ признаковъ, способныхъ указать отличіе наказанія, какъ опредѣленнаго вида въ общей массѣ явленій, относимыхъ къ тому же роду,—признаковъ видовыхъ. Анализъ ихъ представляетъ особенное значеніе, такъ какъ ими характеризуются всѣ отличительныя черты наказанія, какъ своеобразнаго правового явленія.

Говоря о наказаніи, мы имѣемъ въ виду вездѣ понятіе его, какъ правового явленія. Насъ интересуетъ юридическая сторона вопроса о наказаніи. Все остальное, что можетъ касаться наказанія, но что выходитъ за предѣлы юридическаго изслѣдованія, должно быть оставлено въ сторонѣ: бытовой стороны наказанія и его соціальнаго значенія мы затрогивать не будемъ, сознавая однако все важное значеніе изслѣдованій наказанія въ подобномъ направленіи. Притомъ мы изслѣдуемъ наказаніе, какъ нѣчто существующее въ дѣйствительности, а не лишь предполагаемое къ существованію; мы имѣемъ въ виду наказаніе, какъ оно существуетъ, а не какъ должно существовать, анализируемъ его не съ точки зрѣнія уголовной политики, а съ точки зрѣнія уголовнаго права. [1]) Это необходимо особенно подчеркнуть въ виду того, что при разсмотрѣніи вопросовъ, связанныхъ съ общимъ ученіемъ о наказаніи, обыкновенно приходится считаться съ тѣмъ фактомъ, что многіе писатели исходятъ въ своихъ построеніяхъ не отъ существующаго права. Это прежде всего имѣетъ мѣсто въ литературѣ философской, но отражается и въ наукѣ уголовнаго права, и въ этомъ отношеніи замѣчаніе Липманна о томъ, что всѣ уголовныя теоріи отъ Платона до Канта и Гегеля понимали наказаніе совсѣмъ не юридически [2]), можно приложить къ цѣлому ряду другихъ теорій. Вмѣстѣ съ тѣмъ вполнѣ правъ и Биндингъ, который говоритъ, что „весьма знаменательно наблюденіе надъ тѣмъ, какъ мало старались почти всѣ теоріи объяснить явленія дѣйствительной жизни и считаться съ ними. Почти всѣ онѣ являются теоріями не дѣйствительнаго, а воображаемаго наказанія“ [3]).

---

[1]) Самый анализъ понятія наказанія, конечно, можетъ имѣть характеръ изслѣдованія или теоретико-догматическаго или же уголовно-политическаго, въ зависимости отъ того, какими цѣлями руководится изслѣдователь, и, очевидно, на простомъ недоразумѣніи покоится слѣдующее замѣчаніе Есипова: „уголовное право есть наука о преступленіи и преступникахъ, наказаніи и наказуемыхъ. Анализъ преступленія есть дѣло уголовной догматики или криминологіи Анализъ наказанія есть дѣло уголовной политики или пенологіи“. (Есиповъ в. с. стр. 340)

[2]) Liepmann l c s. 189.

[3]) Binding, Grundriss, s 163

Какимъ же однако путемъ намъ слѣдуетъ идти къ установленію понятія наказанія? Въ этомъ отношеніи передъ нами могутъ открываться слѣдующіе два пути: одинъ—это воспользоваться обыденнымъ словоупотребленіемъ и въ немъ поискать указанія относительно того, что надо разумѣть подъ именемъ наказанія, и другой—это обратиться къ положительному уголовному праву и въ немъ найти соотвѣтственное опредѣленіе.

Первый путь, какъ онъ ни представляется особенно заманчивымъ по своей простотѣ, нельзя считать надежнымъ средствомъ для достиженія намѣченной цѣли. Обыденное словоупотребленіе склонно одно и то же выраженіе употреблять для обозначенія самыхъ разнообразныхъ понятій, а съ другой стороны мы должны имѣть въ виду возможность употребленія въ этой области извѣстнаго выраженія не въ собственномъ, а переносномъ смыслѣ; въ этомъ случаѣ терминологія закона и юриспруденціи съ одной стороны и обыденной жизни съ другой могутъ и не совпадать другъ съ другомъ. Въ самомъ дѣлѣ выраженіе „наказаніе“ [1]) въ жизни употребляется для обозначенія не только того правового явленія, о которомъ мы ведемъ рѣчь, но и всякаго вообще непріятнаго явленія, къ какой бы области оно ни относилось,—къ области морали, религіи и т. д., поскольку съ представленіемъ о немъ связывается представленіе о томъ, что оно постигаетъ кого-либо за что-то имъ содѣянное. Въ этомъ смыслѣ говорятъ о томъ, что угрызенія совѣсти, испытываемыя человѣкомъ по поводу какого-нибудь его неблаговиднаго поступка, въ которомъ онъ раскаивается, есть для него наказаніе за этотъ поступокъ; всякое несчастіе, приключившееся съ человѣкомъ, есть наказаніе за какой-нибудь его грѣхъ; нищета, въ которую впалъ состоятельный человѣкъ, есть наказаніе за его алчность, болѣзнь есть наказаніе за плохой образъ жизни и т. п.; притомъ говорятъ о наказаніи, имѣя въ виду не только человѣка, но и животное—мѣры дрессировки тоже нерѣдко именуются наказаніемъ. Един-

[1]) Первоначальное значеніе слова „наказать“—давать наказъ, приказъ, приказывать строго, повелѣвать, а затѣмъ уже налагать взысканіе, карать (Даль. Толковый словарь живого великорусскаго языка 1905 т. II стр. 1005). Синонимомъ „наказанія“, является „кара“, „взысканіе“, „пеня“, „штрафъ“, „казнь“. Такіе же синонимы можно найти и въ другихъ языкахъ. Ср. Abicht. Die Lehre von Belohnung und Strafe, B. I. 1796 s. 11; у него указываются какъ синонимы Strafe, Reue, Busse, Züchtigung, Kasteyung, Rüge, Ahndung, Rache, Entgeltung, Vergeltung, Ersatz, Pein, Strafübel; poena, vindicta, ultio, castigatio, poenitentia, talio, satisfactio, punitio, censura; ποινή, τιμωρία, κόλασις, τιμή, ζημία, ἀντεκτίσις, ἀντίδοσις. Самое выраженіе Strafe въ нѣмецкомъ языкѣ имѣло первоначально иное значеніе, обозначая или упрекъ или тѣлесное наказаніе (ib. s. 12).

ственно, что мы на основаніи этого словоупотребленія можемъ вывести, это—указаніе на то, что въ общежитіи относительно употребленія выраженія „наказанія“ замѣчается извѣстная тенденція связывать представленіе о томъ, что́ есть наказаніе, съ представленіемъ о томъ, что́ подвергающійся наказанію сдѣлалъ,—наказаніе есть все то, что постигаетъ кого-нибудь за что-то имъ содѣянное и что представляетъ извѣстную непріятность для него, нѣчто вообще нежелательное. Въ обыденномъ словоупотребленіи, можно сказать, рельефно чувствуется въ выраженіи „наказаніе“ указаніе на идею возмездія, воздаянія; но констатированіе существованія этой тенденціи еще само по себѣ недостаточно, чтобы только на этомъ основаніи дать опредѣленіе понятія наказанія, какъ особаго правового института, со всѣми его существенными чертами.

Остается въ виду ненадежности перваго пути второй: выяснить понятіе наказанія на основаніи ближайшихъ указаній положительнаго уголовнаго права. Конечно, наша задача въ этомъ отношеніи была бы значительно упрощена, если бы въ законѣ давалось опредѣленіе того, что такое наказаніе [1]), но уголовные кодексы, преслѣдующіе ближайшія практическія цѣли, не прибѣгаютъ къ опредѣленіямъ подобнаго рода [2]). Уголовный законъ, не опредѣляя понятія наказанія, ограничивается обыкновенно перечисленіемъ тѣхъ мѣръ, которыя онъ называетъ наказаніемъ (ср. ст. 16, 17 и 30 улож. о нак., ст. 1 уст. о нак., ст. 2 угол. улож. 1903 г.) [3]). Такимъ образомъ на основаніи указаній положительнаго уголовнаго права мы узнаемъ, что извѣстныя мѣры именуются наказаніемъ, и что, слѣдовательно, выраженіе „наказаніе“ становится терминомъ, употребляемымъ въ законодательствѣ для обоз-

---

[1]) Самый терминъ „наказаніе“ въ нашемъ правѣ сравнительно поздняго происхожденія, болѣе старый терминъ—„казнь“, хотя уже въ древнѣйшихъ бытовыхъ памятникахъ употребляются выраженія „наказаніе“ и „месть“ въ качествѣ общихъ терминовъ для обозначенія понятія наказанія. (Ср Владимірскій-Будановъ. Обзоръ исторіи русскаго права. 1907 стр 333).

[2]) Насколько намъ извѣстно, только въ проектѣ португальскаго кодекса 1886 г. была попытка дать опредѣленіе понятія наказанія въ самомъ текстѣ закона, какъ „страданія или лишенія, возложеннаго на лицо, учинившее посягательство, вслѣдствіе моральнаго и матеріальнаго зла, причиненнаго послѣднимъ“ (См. Ortolan l. c. II p. 2 n. 2).

[3]) Въ новѣйшихъ проектахъ уголовныхъ уложеній (швейц., герм., австр. и серб.), гдѣ наряду съ наказаніемъ фигурируютъ и т. н. мѣры соціальной защиты, дается путемъ перечисленія указаніе, какія мѣры относятся къ области наказаній, а какія къ области мѣръ соціальной защиты (ср §§ 28—30 и §§ 31—33 швейц. пр. 1908, §§ 13—41 и §§ 42—43 герм. пр 1909, §§ 18—35 и §§ 36—42 авст. пр. 1909, §§ 15—39 и §§ 40—43 серб. пр. 1910).

наченія опредѣленныхъ правовыхъ явленій. Поэтому мы могли бы, повидимому, ограничиться ближайшимъ анализомъ положеній уголовнаго права и придти такимъ путемъ къ опредѣленію сущности наказанія. Но въ этомъ отношеніи необходимо соблюдать большую осторожность. Въ самомъ дѣлѣ, можно ли вообще считать наказаніемъ все то или лишь то, что прямо въ уголовномъ законѣ таковымъ именуется? Охватываетъ ли данный терминъ, какъ онъ употребленъ въ законѣ, всѣ явленія, которыя могутъ быть относимы къ извѣстному роду, и проводитъ ли законъ послѣдовательно употребленіе этого термина для обозначенія опредѣленныхъ однородныхъ явленій? Можно ли поэтому при установленіи существенныхъ элементовъ какого нибудь понятія исходить исключительно отъ извѣстныхъ наименованій, имѣющихся въ данномъ законодательствѣ? Если мы въ этомъ отношеніи обратимся къ любому положительному уголовному законодательству, то мы должны будемъ дать отрицательные отвѣты на поставленные вопросы. Такъ, съ одной стороны мы увидимъ, что законодательство, перечисляя отдѣльныя мѣры и именуя ихъ наказаніемъ, знаетъ кромѣ перечисленныхъ еще и другія мѣры, которыя, повидимому, тоже должны быть отнесены къ наказанію съ точки зрѣнія даннаго же законодательства, такъ что общій перечень наказаній оказывается неполнымъ (ср. ст. 25—30 угол. улож. 1903 г., говорящія о лишеніи правъ—мѣры, не указанной въ числѣ наказаній въ общемъ перечнѣ ихъ въ ст. 2, а также всѣ тѣ статьи улож. о нак., которыя говорятъ о т. н. исключительныхъ наказаніяхъ). Съ другой стороны мы должны считаться съ тѣмъ обстоятельствомъ, что въ уголовныхъ кодексахъ на ряду съ наказаніемъ упоминаются и другія мѣры, какъ правовыя послѣдствія недозволенныхъ дѣяній; эти мѣры, какъ и наказанія, являются въ глазахъ законодателя однимъ изъ средствъ борьбы съ преступленіемъ, вслѣдствіе чего нерѣдко онъ ведетъ о нихъ рѣчь тамъ же, гдѣ говорится о наказаніяхъ [1]). Такъ напр. въ улож. о нак. разд. I гл. II носитъ общій заголовокъ „о наказаніяхъ“, но въ отдѣл. II этой главы говорится о „вознагражденіи за вредъ и убытки“; а въ угол. улож. 1903 г. въ отдѣлѣ III главы I, у котораго стоитъ заголовокъ „о наказаніяхъ“, рѣчь идетъ о такихъ мѣрахъ, какъ помѣщеніе въ рабочій домъ (ст. 32),

[1]) Это обстоятельство подало поводъ Томсену говорить о цѣлесообразности замѣны понятія уголовнаго права понятіемъ „права борьбы съ преступленіемъ“ (Verbrechensbekämpfungsrecht), такъ какъ современные кодексы, а въ особенности отдѣльные законодательные акты, дополняющіе кодексы, говорятъ на ряду съ наказаніемъ и о другихъ средствахъ борьбы съ преступленіями опредѣленнаго рода. (Thomsen. Grundriss des deutschen Verbrechensbekämpfungsrechts 1905 p. 1)

I. 111812

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ БИБЛИОТЕКА Общественных Наук Академии Наук СССР

которое примѣняется по отбытіи наказанія, конфискація предметовъ, являющихся продуктомъ преступной дѣятельности или ея орудіемъ (ст. 36), или закрытіе неправильно открытаго и т. п. (ст. 37), хотя эти мѣры могутъ быть назначаемы и въ случаѣ оправданія обвиняемаго (ст. 38) т. е. тогда, когда наказаніе примѣняться вовсе не можетъ.

Такимъ образомъ на основаніи данныхъ, представляемыхъ положительнымъ уголовнымъ правомъ, мы видимъ, что съ одной стороны законодатель не обозначаетъ однимъ общимъ именемъ всѣхъ однородныхъ явленій, съ другой то, что онъ однимъ именемъ склоненъ называть разнородныя явленія.

Вмѣстѣ съ тѣмъ понятно, что при выясненіи существа извѣстнаго института нельзя придавать исключительнаго значенія и мѣсту, отводимому ему законодателемъ въ общей системѣ положительнаго права данной страны. Какъ справедливо замѣчаетъ Бирлингъ [1]), „одно то обстоятельство, что позитивный правопорядокъ слѣдуетъ опредѣленной систематикѣ, само по себѣ не можетъ еще никакимъ образомъ свидѣтельствовать о научномъ достоинствѣ этой систематики, также какъ вообще существующее въ положительномъ правѣ и даже въ совокупности всѣхъ извѣстныхъ намъ положительныхъ правъ пониманіе опредѣленныхъ правовыхъ учрежденій не является непреодолимымъ препятствіемъ для научнаго изслѣдованія реальнаго содержанія и связи этихъ учрежденій". Точно также совершенно вѣрно указываетъ Шетензакъ, что „далеко позади насъ лежатъ тѣ времена, когда думали, что съ принятіемъ правового института въ кодификацію одной части права, произносится приговоръ о его правовой природѣ [2])". О наказаніи можетъ быть рѣчь не только въ уголовномъ кодексѣ, но и въ другихъ частяхъ законодательства, что однако не измѣняетъ природы даннаго института, именно какъ наказанія. Такимъ образомъ неправильное именованіе извѣстной мѣры наказаніемъ или же наоборотъ исключеніе изъ числа наказаній такой мѣры, которая безусловно по своей природѣ является наказаніемъ, наконецъ, возможныя непослѣдовательности въ размѣщеніи постановленій о наказаніяхъ въ общей правовой системѣ—все это само по себѣ не можетъ еще вліять на теоретическую конструкцію даннаго правового явленія. Научное же изслѣдованіе должно быть свободно въ своихъ построеніяхъ отъ тѣхъ взглядовъ, которые нашли себѣ мѣсто въ законодательствѣ. Въ этомъ от-

---

[1]) Bierling, Juristische Principienlehre B. III. 1905 s. 378.

[2]) Schötensack. Der Konfiskationsprozess. 1905 s. 1.

ношеніи можно вполнѣ согласиться со слѣдующими словами Фернека: „задачей науки не является брать изъ закона конструкціи понятія. Она тѣмъ менѣе можетъ дѣлать это тогда, когда законодатель выражается не при помощи техническихъ терминовъ. Обязанностью науки скорѣе бы было въ случаѣ, если бы до ея свѣдѣнія дошло, что терминологія закона вводитъ въ заблужденіе и по существу неправильна, научить законодателя лучшей терминологіи [1])".

Какъ бы то ни было, въ современной доктринѣ при рѣшеніи вопроса о существѣ наказанія обыкновенно исходятъ исключительно изъ указаній положительнаго уголовнаго права, пользуясь терминологіей закона, но при этомъ получается нерѣдко, что нѣкоторые писатели не всѣ наказанія, которыя, повидимому, относятся положительнымъ правомъ къ наказаніямъ, считаютъ возможнымъ въ дѣйствительности именовать таковыми; отсюда стремленіе проводить различіе между наказаніями настоящими и ненастоящими [2]) или указывать на то, что извѣстныя наказанія не считаются таковыми въ положительномъ правѣ [3]).

Но если положительное уголовное право не содержитъ ближайшаго опредѣленія того, что такое наказаніе, и если вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя вполнѣ полагаться съ одной стороны на употребленіе въ законѣ термина „наказаніе", а съ другой—на научность его систематики, то въ такомъ случаѣ можетъ возникнуть вопросъ о томъ, можно ли вообще на основаніи анализа положительнаго уголовнаго права выяснить понятіе наказанія. Въ литературѣ уголовнаго права отрицательный отвѣтъ на этотъ вопросъ даетъ Томсенъ; по его словамъ, законодатель примѣняетъ въ отношеніи преступныхъ дѣяній большое число весьма разнообразныхъ мѣръ, но которыя изъ нихъ получаютъ названіе „наказаній", „представляется само по себѣ совершенно безразличнымъ, теоретически же это является ни чѣмъ инымъ, какъ споромъ о словахъ". Самъ онъ отказывается выставить понятіе наказанія, довольствуясь „указаніемъ объема понятія" („Umfangsangabe des Begriffs"), т. е. простымъ перечисленіемъ предметовъ, относящихся къ данному понятію; къ наказаніямъ онъ относитъ семь т. н. главныхъ наказаній

---

[1]) Hold v. Ferneck Die Rechtswidrigkeit 1903. B. I p. 358.

[2]) Такъ поступаетъ между прочимъ Биндингъ (Binding, l. c p. 241), говоря, какъ указано выше (стр 11) объ echte и unechte Strafen.

[3]) Это мы находимъ у Листа (Liszt l. c. p. 253), который, выставивъ понятіе наказанія и указавъ, какія мѣры по своему существу отличаются отъ наказаній, говоритъ вмѣстѣ съ тѣмъ и о такихъ мѣрахъ (Ordnungsstrafe), которыя только благодаря позитивно-правовому указанію отличаются отъ наказанія.

германскаго кодекса, прибавляя при этомъ, что „абстрагировать отъ этихъ семи наказаній признаки и выставлять на основаніи ихъ „опредѣленіе“ практически не имѣетъ цѣли, и даже опасно, такъ какъ на обратномъ пути отъ опредѣленія къ отдѣльнымъ предметамъ возможно придти къ другимъ предметамъ, къ другому объему понятія, чѣмъ тотъ, отъ котораго исходили, напр., относительно лишенія гражданскихъ правъ или полицейскаго надзора (въ силу ли ошибки, въ силу ли неудачно составленнаго опредѣленія) можно было бы придти къ тому выводу, что они соотвѣтствуютъ опредѣленію наказанія“ [1]).

Едва ли однако можно согласиться съ тѣмъ, что выставленіе опредѣленія наказанія на основаніи данныхъ положительнаго уголовнаго права можетъ оказаться опаснымъ. Конечно, опредѣленіе любого понятія можетъ оказаться неправильнымъ, если при составленіи его допущены были какія-нибудь погрѣшности, но это само по себѣ не должно служить основаніемъ къ отказу дать подобное опредѣленіе. Тѣ мотивы, по которымъ Томсенъ отказывается отъ опредѣленія наказанія, указываютъ лишь на то, что пріемъ опредѣленія наказанія на основаніи одного только положительнаго уголовнаго права государства, непригоденъ, но это не должно давать поводъ дѣлать отсюда выводъ о невозможности дать вообще самое опредѣленіе наказанія, имѣя въ виду указанія положительнаго уголовнаго права. Игнорировать ихъ мы не можемъ, но и ими одними довольствоваться мы тоже не можемъ. Мы должны въ своихъ построеніяхъ исходить изъ того, что положительное уголовное право государства знаетъ особую категорію мѣръ правоохраны, которыя именуются наказаніями. Мы и должны выяснить внутреннее содержаніе именно этихъ мѣръ, но для того, чтобы надлежащимъ образомъ выполнить эту задачу, мы должны имѣть въ виду, что выясненіе юридической природы наказанія можетъ быть сдѣлано лучше всего лишь тогда, когда мы съ институтомъ наказанія сопоставимъ другія средства правоохраны, выполняющія иныя функціи, чѣмъ наказаніе. Ихъ сопоставленіе и сравненіе другъ съ другомъ дастъ возможность яснѣе отмѣтить особенности того института, который законъ именуетъ наказаніемъ. Съ другой стороны мы должны имѣть въ виду, что наказаніе примѣняется не только государствомъ, но и другими общеніями людей, и эту область внѣгосударственнаго наказанія мы игнорировать не можемъ.

---

[1]) Thomsen. Das deutsche Strafrecht. s. 156—159.

Такимъ образомъ, единственный пригодный путь для выясненія понятія наказанія это — изслѣдовать сущность отдѣльныхъ правовыхъ явленій, заключающихъ въ себѣ реагированіе на недозволенныя дѣянія, не замыкаясь при этомъ исключительно въ рамки положительнаго уголовнаго права государства, и выяснить ту основную мысль, которая лежитъ въ основаніи каждаго изъ нихъ, сущность того, что выполняетъ каждая данная мѣра въ отличіе отъ другихъ, ея внутреннее содержаніе. Только такимъ путемъ изслѣдованія наказанія въ ряду другихъ сходныхъ институтовъ мы будемъ въ состояніи придти къ установленію юридической природы отдѣльныхъ правовыхъ институтовъ [1]). И этотъ путь не является такимъ, какой не имѣлся бы въ виду въ наукѣ уголовнаго права; имъ только недостаточно пользовались, но мысль о его правильности и цѣлесообразности выдвигалась въ литературѣ. Такъ, по словамъ Липманна, наказаніе надо разсматривать не какъ такой феноменъ, который долженъ быть фиксированъ изолированно, а какъ спеціальное примѣненіе правового принужденія вообще [2]), а Эткеръ вполнѣ вѣрно отмѣчаетъ, что „добрая часть контроверзъ основывается на одностороннемъ направленіи производившихся до сихъ поръ изслѣдованій. Одна дедукція не раскрываетъ намъ понятія наказанія. Надлежало бы произвести внимательную индуктивную оцѣнку всѣхъ позитивноправовыхъ явленій наказанія (уголовное наказаніе, частное наказаніе, полицейское наказаніе, Ordnungsstrafe и т. д.) въ сравненіи со случаями возмѣщенія вреда (Ersatz) и принужденія“ [3]). Наконецъ, нужно отмѣтить, что въ нашей литературѣ этотъ путь отчасти использованъ Таганцевымъ, который, говоря о „границахъ карательной дѣятель-

---

[1]) Въ виду большого разнообразія отдѣльныхъ способовъ реагированія на недозволенныя дѣянія, наука права должна стремиться къ тому, чтобы каждый изъ нихъ получилъ должную правовую квалификацію, и чтобы такимъ образомъ устранены были случаи возможнаго смѣшенія разныхъ институтовъ, что приходится наблюдать въ современномъ законодательствѣ. Для достиженія же этого первымъ шагомъ, конечно, является надлежащее употребленіе тѣхъ наименованій, которыя должны быть прилагаемы лишь къ опредѣленной группѣ явленій Какъ замѣчаетъ Меркель, „если обозначаются однимъ и тѣмъ же юридическимъ именемъ вещи, которыя, будучи разсматриваемы юридически, представляются весьма различными, то это допустимо лишь при предположеніи, что при этомъ сохраняется представленіе о ихъ различіи Но еще лучше логически различныя понятія отличать другъ отъ друга въ наименованіяхъ“ (Merkel. Juristische Encyklopädie. 1909 s. 113).

[2]) Liepmann l. c. p. 189.

[3]) Oetker. Rechtsguterschutz und Strafe (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. B. XVII s. 502 Anm 22).

ности", указываетъ рядъ институтовъ, приближающихся къ наказанію, но отличающихся отъ него опредѣленными чертами [1]).

Однако, выставляя такимъ путемъ понятіе наказанія, мы должны дать отвѣтъ еще на вопросъ о томъ, какое значеніе мы придаемъ тому опредѣленію, которое мы намѣрены установить. Является ли оно пригоднымъ для всѣхъ эпохъ и народовъ, или же мы имѣемъ въ виду понятіе наказанія съ точки зрѣнія опредѣленнаго народа и въ опредѣленную эпоху? Всякое законодательство, конечно, налагаетъ свое клеймо на тотъ или иной правовой институтъ, равно какъ и на то или иное регулированіе того или иного правового отношенія. Поэтому мы напр. можемъ говорить о томъ, какія наказанія извѣстны дѣйствующему русскому или германскому праву, какъ говоримъ и о томъ какія формы принимаетъ въ данномъ законодательствѣ мошенничество или подлогъ. Однако на основаніи тѣхъ обобщеній, которыя мы можемъ получить отъ изученія всего надлежащаго матеріала, мы можемъ сдѣлать выводъ относительно того, какъ слѣдуетъ вообще понимать наказаніе, какъ особый правовой институтъ, имѣющій опредѣленное внутреннее содержаніе. Наказаніе можетъ принимать различныя формы своего внѣшняго выраженія, но сущность его остается одна и та же. Иначе, повидимому, смотритъ на этотъ вопросъ Познышевъ. Давая свое опредѣленіе наказанія, онъ указываетъ на то, что его опредѣленіе рисуетъ уголовное наказаніе въ томъ его видѣ, въ какомъ оно существуетъ въ настоящее время во всѣхъ культурныхъ государствахъ, „но не всегда, прибавляетъ онъ, въ исторіи оно обладало всѣми этими признаками... указаніе на подобные факты не можетъ считаться возраженіемъ противъ даннаго выше опредѣленія. Опредѣленіе должно имѣть въ виду институтъ въ его развитомъ видѣ; тѣ же формы этого института, которыя существовали въ прежнее время и не обладали какими либо изъ признаковъ, указанныхъ опредѣленіемъ, должны разсматриваться, какъ зародышевыя, недоразвитыя формы даннаго института. Дать опредѣленіе, которое одинаково отвѣчало бы всѣмъ стадіямъ развитія опредѣленнаго явленія, невозможно" [2]). Но по этому поводу можно замѣтить, что при всемъ разнообразіи формъ наказанія, мы можемъ указать извѣстныя черты, безъ которыхъ немыслимо самое понятіе наказанія, какъ таковое, на какой бы стадіи своего развитія ни находилось уголовное право

---

[1]) Таганцевъ в с. стр 825 и сл

[2]) Познышевъ. Основныя начала науки уголовнаго права. Изд. I, 1907, стр. 25—26.

данной эпохи и даннаго народа. Какъ замѣчаетъ Моммзенъ, понятія вины и наказанія такъ же стары, какъ и само человѣчество [1]); и, дѣйствительно, посколько мы говоримъ о наказаніи, мы представляемъ себѣ такое явленіе, которое въ томъ или иномъ видѣ существуетъ столько вѣковъ, сколько существуетъ человѣчество, а тѣ черты, которыя, дѣйствительно, отличаютъ наказаніе отъ другихъ сходныхъ институтовъ, мы можемъ найти въ любомъ наказаніи.

Наконецъ, при построеніи наказанія надо обратить вниманіе на то, чтобы полученное опредѣленіе не заключало въ себѣ circulus vitiosus. Съ этимъ приходится считаться въ виду того, что обычно въ литературѣ уголовнаго права замѣчается какъ разъ обратное явленіе. Сплошь и рядомъ дается здѣсь такое опредѣленіе наказанія, въ которое вносится указаніе на то, что оно есть зло, назначаемое за преступленіе или примѣняемое къ преступнику. Въ то же время понятіе преступленія опредѣляется тѣмъ, что оно есть наказуемое правонарушеніе. Такимъ образомъ одно понятіе здѣсь опредѣляется при помощи другого [2]). На невозможность вводить въ понятіе наказанія указаніе на преступленіе или преступника уже обращено было вниманіе въ нѣмецкой литературѣ Макаревичемъ [3]), а въ нашей Познышевымъ [4]), но противъ этого недавно было сдѣлано возраженіе Круглевскимъ, указывавшимъ на то, что „съ методологической точки зрѣнія разбираемыя опредѣленія не только не заключаютъ въ себѣ какой-либо ошибки, въ частности порочнаго круга, но являются даже единственно возможными выразителями тѣхъ идей о преступленіи и наказаніи, которыхъ придерживается господствующее мнѣніе“ [5]). По его взгляду, преступленіе и наказаніе относятся къ числу „т. н. соотносительныхъ понятій, т. е. такихъ идей, которыя кромѣ означаемаго ими предмета, указываютъ на существованіе еще и другого

---

[1]) Mommsen. Römisches Strafrecht. 1899. s. 56.

[2]) Ср. напр. опредѣленія наказанія у Таганцева (в. с. II, стр. 825) „только тѣ мѣры, которыя примѣняются государствомъ противъ лицъ, учинившихъ преступныя дѣянія, . . . могутъ быть отнесены къ карательной дѣятельности государства“, у Ортолана (в. с. II, стр. 2) „зло, назначаемое соціальной властью учинителю преступленія вслѣдствіе этого преступленія“, у Листа (в. с. стр. 246) „зло, примѣняемое уголовнымъ судьей въ отношеніи преступника вслѣдствіе преступленія . .“

[3]) Makarewicz. Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage. 1906, s. 30.

[4]) Познышевъ. Основные вопросы ученія о наказаніи. 1904, стр. 334.

[5]) Круглевскій. Ученіе о карательныхъ нормахъ (Вопросы обществовѣдѣнія, в. I, 1908), стр. 136.

предмета, находящагося въ опредѣленномъ отношеніи къ первому". Но изъ того факта, что мы будемъ считать понятія преступленія и наказанія соотносительными понятіями, не вытекаетъ еще, что въ опредѣленіе одного изъ нихъ слѣдуетъ вносить указаніе на другое, а въ опредѣленіе этого послѣдняго—указаніе на первое. Какъ мы увидимъ далѣе, этого вполнѣ можно избѣгнуть, тѣмъ болѣе, что для самого существа наказанія не имѣетъ значенія какая-нибудь особенность того рода недозволенныхъ дѣяній, которыя влекутъ за собой наказаніе.

Въ виду того, что мы считаемъ возможнымъ опредѣлить сущность понятія наказанія лишь путемъ сопоставленія этого института съ другими сходными институтами, а также въ виду того, что въ современной доктринѣ уголовнаго права и въ современныхъ законодательствахъ съ одной стороны многія мѣры разсматриваются, какъ наказаніе, не будучи однако имъ по своей природѣ, а съ другой многія изъ нихъ, будучи лишь разновидностью наказанія, выдѣляются изъ понятія послѣдняго, мы считаемъ необходимымъ въ настоящемъ изслѣдованіи дать общую схему принудительныхъ средствъ правоохраны и показать мѣсто, занимаемое среди нихъ наказаніемъ, что въ свою очередь предполагаетъ обзоръ отдѣльныхъ средствъ правоохраны, необходимый для установленія признаковъ отличія ихъ отъ наказанія.

Съ другой стороны въ виду того, что кромѣ тѣхъ наказаній, которыя извѣстны любому уголовному кодексу, существуютъ и другія мѣры, представляющіяся по своей сущности такими же наказаніями, но тѣмъ не менѣе выдѣленныя изъ нихъ по тѣмъ или инымъ признакамъ и отнесенныя къ другимъ областямъ законодательства, мы должны при выясненія понятія наказанія остановиться и на разсмотрѣніи видовъ наказанія.

ЧАСТЬ I.

Наказаніе, какъ принудительное средство правоохраны.

Глава I.

Понятіе правоохранительныхъ средствъ.

§ 1. Устанавливая или признавая тѣ или иныя правила поведенія или нормы, въ силу которыхъ на сторонѣ однихъ лицъ создаются права, а на сторонѣ другихъ—соотвѣтствующія имъ обязанности, всякое организованное общеніе людей исходитъ изъ представленія о томъ, что эти правила будутъ соблюдаться тѣми, кого они касаются. Всякая норма расчитана прежде всего на то, что она будетъ добровольно выполнена тѣмъ, къ кому она обращена и что сознаніе человѣкомъ своего долга заставитъ его воздержаться отъ нарушенія установленныхъ правилъ поведенія, отъ совершенія тѣхъ дѣяній, которыя запрещены,—дѣяній недозволенныхъ, именуемыхъ неправдой (Unrecht). Если нарушенія нормъ въ дѣйствительности совершаются не такъ часто, какъ это могло бы быть, то причина этого между прочимъ лежитъ и въ томъ, что въ числѣ прочихъ мотивовъ сознаніе своего долга и представленіе о запрещенности дѣянія удерживаютъ человѣка отъ его учиненія. Но само собой разумѣется, что только при сильно развитомъ правовомъ чувствѣ одно лишь сознаніе того, что такъ поступать нельзя, можетъ заставить человѣка отказаться отъ совершенія того дѣянія, къ которому онъ стремится. Въ дѣйствительности мы видимъ, что такое развитое, такъ сказать „самодовлѣющее“, правовое чувство существуетъ далеко не у всѣхъ людей. Отсюда постоянная возможность возникновенія недозволенныхъ дѣяній всякаго рода, отсюда же вполнѣ естественное стремленіе всякаго организованнаго общенія людей заботиться о томъ, чтобы установленныя или

признанныя имъ правила поведенія дѣйствительно соблюдались, соотвѣтственно съ чѣмъ установляются особыя средства, направленныя на достиженіе этого. Именно, признавая, что сознаніе своего долга, какъ мотивъ поведенія, согласнаго съ требованіями даннаго общенія людей, можетъ оказаться недостаточнымъ, всякое общеніе людей вынуждено прибѣгать къ особымъ мѣропріятіямъ съ цѣлью обезпеченія установленныхъ правилъ поведенія. Эти мѣропріятія имѣютъ спеціальное назначеніе дать охрану, какъ всему данному правопорядку въ его цѣломъ, такъ и отдѣльнымъ правовымъ благамъ или интересамъ, и ихъ поэтому можно назвать „правоохранительными средствами" — Rechtsbewahrung, по терминологіи Бирлинга [1]).

Говоря о правоохранительныхъ средствахъ, мы имѣемъ здѣсь въ виду такія именно средства, которыя заключаютъ въ себѣ элементъ принужденія,—средства, путемъ примѣненія которыхъ или принудительно достигаютъ воспрепятствованія проявленію недозволеннаго дѣянія или же принудительно реагируютъ на возникающее или возникшее недозволенное дѣяніе, причемъ этотъ элементъ принужденія заключается въ томъ, что данныя правоохранительныя средства примѣняются независимо отъ воли или противъ воли тѣхъ лицъ, правовые интересы которыхъ они такъ или иначе затрагиваютъ. Но, конечно, возможны правоохранительныя средства, которыя чужды этого момента принужденія, въ частности въ области предупрежденія недозволенныхъ дѣяній. Стоитъ только вспомнить о тѣхъ нормахъ, которыя устанавливаютъ требованіе соблюденія извѣстныхъ формальностей при совершеніи тѣхъ или иныхъ дѣйствій, имѣющихъ правовое значеніе, напр. относительно заключенія договоровъ въ области частнаго права или относительно дѣйствій должностныхъ лицъ въ области публичнаго права. Вся область нормъ охранительнаго судопроизводства имѣетъ характеръ превентивный, ставя своей цѣлью предупрежденіе возможнаго совершенія недозволенныхъ дѣяній. Точно также къ области мѣръ предупредительныхъ, чуждыхъ принудительнаго характера, относятся и всѣ тѣ мѣры, которыя имѣютъ въ виду предупрежденіе преступленій вообще, въ частности всѣ мѣры, относящіяся къ широкой области общей соціальной политики.

Съ другой стороны мы должны имѣть въ виду, что возможны случаи, и они далеко не являются рѣдкимъ исключеніемъ изъ общаго правила, когда правопорядокъ по тѣмъ или инымъ

---

[1]) Bierling l. c. s. 346.

причинамъ не указываетъ въ отношеніи того или другого недозволеннаго дѣянія никакихъ спеціальныхъ принудительныхъ правоохранительныхъ средствъ Это можетъ происходить или въ силу особеннаго характера нѣкоторыхъ нормъ, говорящихъ о такихъ обязанностяхъ, которыя „по существу и смыслу своему могутъ удовлетворительно исполняться лишь при условіи независимости отъ постороннихъ давленій и свободнаго и безбоязненнаго слѣдованія собственному убѣжденію“ [1]), или по какимъ-нибудь чисто внѣшнимъ поводамъ (напр. въ зависимости отъ довѣрія государства къ своимъ подданнымъ) [2]), или же по случайнымъ причинамъ (напр. по оплошности законодателя). И случаи эти встрѣчаются какъ въ области права публичнаго (таковы напр. нормы международнаго права, или же нормы, опредѣляющія обязанности монарха, народныхъ представителей и судей), такъ и частнаго [3]).

Вообще же мы должны имѣть въ виду, что принудительныя средства правоохраны являются, по мѣткому выраженію Биндинга, лишь грубымъ суррогатомъ добровольнаго выполненія человѣкомъ своихъ обязанностей, такъ какъ вообще принужденіе есть абсолютно негодное средство для осуществленія права [4]).

§ 2. Будучи по внутреннему своему содержанію средствами обезпеченія неприкосновенности правового строя извѣстнаго общенія людей, правоохранительныя средства по своему внѣшнему выраженію заключаются въ извѣстныхъ дѣйствіяхъ, предпринимаемыхъ одними людьми въ отношеніи другихъ людей и представляющихъ собой вторженіе въ сферу правовыхъ благъ этихъ послѣднихъ. Изъ этого слѣдуетъ, что должны существовать особыя

---

[1]) Петражицкій Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности. т I изд. 1909 г. стр. 275 прим 2.

[2]) Ср. Binding Die Normen und ihre Übertretung. B. I. 1890. s. 63: „. .wird das Bedürfniss ihre (т. е. нормы) Übertretung mit Zwangsfolgen auszustatten um so geringer, je sicherer die Interessen der Normgebundenen sie selbst zu deren Befolgung drängen, je kleiner der Kreis dieser Personen ist und je grosser zugleich das Zutrauen des Staates zu ihrer Pflichttreue sein darf“.

[3]) „Едва ли было бы преувеличеніемъ, замѣчаетъ Петражицкій, если бы мы сказали, что 90% нарушеній гражданскихъ правъ не навлекаютъ и не могутъ по праву навлечь за собой на нарушителя никакихъ мѣръ принужденія, вообще невыгодныхъ правовыхъ послѣдствій“ (тамъ же).

[4]) Binding. Der Rechtszwang nach Wesen, Arten und Grenzen (Die Normen- B. I. Anhang s. 493): „jede erzwungene Leistung, weil ihr das Moment der Freiwilligkeit fehlt, nur ein gröberes Surrogat derjenigen ist, die der Berechtigte zu fordern hat In diesem Sinne kann man das Paradoxon verteidigen der Zwang ist zur Rechtsdurchführung absolut untaugliches Mittel“.

нормы, устанавливающія право вторженія въ чужую правовую сферу, долженъ быть установленъ кругъ лицъ, которымъ это право присваивается, и наконецъ должны быть ясно очерчены самые предѣлы возможнаго вторженія въ сферу чужихъ правовыхъ благъ.

Что касается тѣхъ нормъ, которыя устанавливаютъ подобное право вторженія, то это или такія нормы, которыя указываютъ, какъ слѣдуетъ поступать въ случаѣ, если имѣется основаніе ожидать по тѣмъ или инымъ даннымъ наступленія недозволеннаго дѣянія, или же такія, которыя указываютъ, что можно или необходимо сдѣлать въ случаѣ самаго возникновенія недозволеннаго дѣянія. Послѣднія нормы носятъ обыкновенно названіе нормъ секундарныхъ или нормъ-санкцій. Ими опредѣляется ближе сущность того правоотношенія, которое возникаетъ между лицомъ, имѣющимъ право на вторженіе въ сферу правовыхъ благъ другого лица, и этимъ послѣднимъ. Съ нормами этого типа въ особенности приходится имѣть дѣло въ области уголовнаго права, но онѣ не чужды и другимъ областямъ права. Такимъ образомъ въ этомъ случаѣ на ряду съ нормой, заключающей въ себѣ извѣстное правило поведенія, выдвигается новая норма, заключающая въ себѣ указаніе относительно того, какъ слѣдуетъ поступать въ отношеніи возможнаго или дѣйствительнаго нарушенія этого правила.

Что касается далѣе тѣхъ лицъ, которымъ принадлежитъ право вторженія въ сферу чужихъ правовыхъ благъ, то въ этомъ отношеніи, въ виду необходимости соблюденія полнаго безпристрастія при примѣненіи мѣръ правовой охраны, право это, по общему правилу, должно предоставляться не лицамъ, непосредственно заинтересованнымъ въ соблюденіи даннаго правила поведенія, а особымъ органамъ, предполагаемымъ въ каждомъ организованномъ общеніи людей, органамъ власти. Притомъ самыя правоохранительныя средства могутъ находиться или въ распоряженіи государственнаго общенія людей, или же въ распоряженіи другихъ формъ общенія, существующихъ въ государствѣ, такъ какъ всякое общеніе людей требуетъ для своего существованія наличности извѣстныхъ правилъ поведенія своихъ членовъ и вмѣстѣ съ тѣмъ опредѣленныхъ мѣръ воздѣйствія въ случаѣ несоблюденія этихъ правилъ. Въ семьѣ, въ школѣ, въ любой иной организаціи, даже недозволенной, напр., разбойничьей шайкѣ, должны существовать особыя правила поведенія для членовъ этой организаціи, а также мѣры, направленныя на достиженіе соблюденія ихъ. Конечно, наибольшее развитіе всѣ эти мѣры получаютъ въ государственномъ общеніи людей, на нихъ обыкновенно и обращаютъ

почти исключительно свое вниманіе изслѣдователи вопроса о природѣ разсматриваемыхъ мѣръ, однако существованія ихъ въ другихъ общеніяхъ людей мы игнорировать не должны. Имѣя же въ виду спеціально мѣры правоохраны въ области государственной жизни, мы видимъ, что нормально право принужденія присваивается органамъ государственной власти, а въ виду того, что правоохранительныя средства заключаютъ въ себѣ вторженіе въ сферу правъ личности, по господствующимъ въ настоящее время взглядамъ, примѣненіе ихъ должно быть предоставляемо въ видѣ общаго правила органамъ судебнымъ, дѣятельность которыхъ обставляется спеціальными условіями, гарантирующими интересы личности; но весьма нерѣдки въ современномъ правѣ случаи, гдѣ примѣненіе правоохранительныхъ мѣръ предоставлено органамъ административнымъ въ силу соображеній особаго рода. Наконецъ, въ видѣ сравнительно рѣдкаго исключенія предоставляется и отдѣльнымъ частнымъ лицамъ принятіе соотвѣтственныхъ средствъ правоохраны, заключающихъ въ себѣ вторженіе въ сферу чужихъ правовыхъ благъ. Вспомнимъ хотя бы право обороны, а также право задержанія преступниковъ, существующее въ нѣкоторыхъ законодательствахъ. Такимъ образомъ надѣленными правомъ вторженія въ сферу интересовъ третьихъ лицъ въ видахъ правоохраны являются или органы власти или же отдѣльныя частныя лица. Ниже мы увидимъ, въ какомъ объемѣ положительное право устанавливаетъ это право за тѣми и другими.

Наконецъ, принудительныя средства правоохраны заключаютъ въ себѣ право вторженія въ чужую правовую сферу, другими словами, право нарушенія чужихъ интересовъ, причемъ самый объемъ этого права вторженія, условія и порядокъ его осуществленія представляются различными въ отдѣльныхъ категоріяхъ правоохранительныхъ средствъ. Объектомъ этого права вторженія могутъ быть любые правовые интересы и блага личности, и самое вторженіе выражается въ отнятіи у человѣка извѣстнаго правового блага или въ ограниченіи пользованія имъ. Такимъ объектомъ обыкновенно служатъ жизнь, тѣлесная неприкосновенность, свобода передвиженія, тѣ или иныя права человѣка, его честь и имущество. Въ виду же ограниченности тѣхъ благъ, которыя могутъ быть пригодными объектами воздѣйствія въ интересахъ правоохраны, отдѣльныя правоохранительныя средства могутъ выражаться съ внѣшней стороны въ одинаковыхъ мѣрахъ, которыя однако по своему внутреннему существу представляются далеко не однородными. При этомъ надо имѣть въ виду, что въ положительномъ законодательствѣ мы усматриваемъ слѣдующее часто встрѣчаю-

щееся явленіе—подъ однимъ наименованіемъ здѣсь фигурируютъ институты разнаго рода, и внѣшнее выраженіе извѣстной мѣры часто заставляетъ забывать о ея существѣ, какъ мы увидимъ дальше, даже юристовъ. Достаточно привести нѣсколько примѣровъ для иллюстраціи этого положенія. Лишеніе свободы можетъ быть или мѣрой предупредительной, поскольку рѣчь идетъ, о задержаніи человѣка, вообще опаснаго или подозрѣваемаго въ учиненіи извѣстнаго правонарушенія, или мѣрой карательной, или же наконецъ мѣрой соціальной защиты, поскольку оно примѣняется въ отношеніи опаснаго привычнаго преступника. Денежное взысканіе можетъ быть или наказаніемъ или вознагражденіемъ за вредъ, причиненный недозволеннымъ дѣяніемъ; высылка иностранцевъ — или мѣра предупредительная, поскольку она примѣняется въ отношеніи подозрительнаго иностранца, или мѣра пресѣченія, поскольку высылается иностранецъ, не имѣющій права пребыванія въ данной мѣстности, или мѣра соціальной охраны, поскольку она примѣняется послѣ отбытія наказанія, взамѣнъ полицейскаго надзора. Самый полицейскій надзоръ является или мѣрой предупрежденія или мѣрой соціальной защиты. Нѣкоторыя изъ этихъ внѣшне одинаковыхъ мѣръ правоохраны находятъ уже себѣ должную оцѣнку, напр., различается ссылка судебная и административная, лишеніе свободы, какъ наказаніе и какъ подслѣдственное задержаніе, въ отношеніи же другихъ мѣръ на это часто не обращается вниманія. Такимъ образомъ приходится иногда въ единомъ, повидимому, институтѣ усматривать соединеніе нѣсколькихъ различныхъ институтовъ, лишь объединенныхъ однимъ общимъ наименованіемъ, въ силу того, что при этомъ обращено вниманіе лишь на внѣшнее выраженіе его. Отсюда возможность разложить многіе институты на отдѣльныя самостоятельныя мѣры, выполняющія особыя функціи.

Съ другой стороны надо имѣть въ виду, что иногда приходится признавать двойственную природу нѣкоторыхъ правоохранительныхъ средствъ, такъ какъ они выполняютъ одновременно нѣсколько функцій. Такъ, напр., денежныя взысканія за фискальныя нарушенія являются и наказаніемъ и возмѣщеніемъ ущерба казны, или предварительное задержаніе преступника въ моментъ учиненія преступнаго дѣянія есть и мѣра пресѣченія послѣдняго и въ то же время мѣра предупрежденія неявки преступника къ суду. Въ случаяхъ этого рода одна изъ функцій, выполняемыхъ подобными институтами, признается имѣющей преобладающее значеніе, чѣмъ обусловливается отнесеніе ихъ въ опредѣленную категорію.

Вмѣстѣ съ тѣмъ однако надо принять во вниманіе, что правопорядокъ можетъ прибѣгать къ извѣстнымъ мѣрамъ принужденія и въ такихъ случаяхъ, гдѣ никакого недозволеннаго дѣянія нѣтъ и гдѣ употребленіе данной принудительной мѣры вызывается какимъ-нибудь особымъ соображеніемъ, какой-нибудь особой потребностью правопорядка. Такимъ образомъ, если съ одной стороны могутъ быть такія недозволенныя дѣянія, которыя не влекутъ за собой никакихъ средствъ принужденія, то съ другой стороны и самыя средства принужденія могутъ быть иногда примѣняемы независимо отъ наличности неправды. Въ видѣ примѣра можно привести принудительное отчужденіе земли на какія-нибудь государственныя или общественныя нужды. Здѣсь противъ воли заинтересованнаго лица совершается вторженіе въ сферу его правовыхъ благъ, именно въ его право собственности. Другой примѣръ представляетъ отбываніе воинской повинности. Фактъ ея отбыванія влечетъ за собой большія ограниченія для гражданина въ сферѣ его личныхъ правъ, напр. обязанность пребыванія въ опредѣленномъ мѣстѣ, т. е. ограниченіе свободы передвиженія, и т. п. Это обстоятельство и могло послужить основаніемъ къ появленію въ карательной системѣ особаго наказанія въ видѣ отдачи въ солдаты—мѣры, широко практиковавшейся въ нашемъ старомъ правѣ. Наконецъ возможны случаи, когда добровольное занятіе лицомъ извѣстной профессіей накладываетъ на него тѣ или другія ограниченія, напр. поступленіе на государственную службу налагаетъ на человѣка нѣкоторыя ограниченія, неизвѣстныя въ отношеніи частныхъ лицъ, напр. ограниченіе въ правѣ передвиженія, (необходимость брать отпускъ въ случаѣ отъѣзда) или въ правѣ занятія извѣстными промыслами. Сюда же относятся различные случаи лишенія свободы, происходящіе въ общественныхъ интересахъ, напр. лишеніе свободы на основаніи особыхъ карантинныхъ правилъ, примѣняемое въ мѣстностяхъ, гдѣ свирѣпствуетъ эпидемія, помѣщеніе въ особые обсерваціонные пункты или изоляціонные дома лицъ, подозрительныхъ по чумѣ, далѣе различные случаи истребленія чужого имущества въ интересахъ общественнаго здоровья или безопасности, напр. уничтоженіе селеній, зараженныхъ чумой, убой скота, зараженнаго эпидемической болѣзнью и т. п.

Итакъ мы должны считаться съ фактомъ существованія въ любомъ единеніи людей особыхъ правоохранительныхъ средствъ принудительнаго характера, заключающихъ въ себѣ вторженіе въ сферу правовыхъ благъ личности. Къ числу подобныхъ правоохранительныхъ средствъ относится и наказаніе. Выставляя это

положеніе, мы указываемъ мѣсто, занимаемое наказаніемъ въ ряду другихъ правовыхъ явленій, и подчеркиваемъ родовой признакъ наказанія. Наказаніе есть одно изъ принудительныхъ средствъ правоохраны.

Этимъ указаніемъ, казалось бы, мы и могли бы ограничиться, поскольку мы выдвигаемъ опредѣленный родовой признакъ наказанія, подчеркивающій особенность его внѣшней стороны. Однако въ виду того, что характеристика наказанія съ внѣшней его стороны, какъ вторженія въ сферу правовыхъ благъ личности, не является общепринятой въ уголовно-правовой доктринѣ, мы считаемъ нужнымъ, прежде чѣмъ перейти къ опредѣленію внутренней стороны наказанія, самой сущности наказанія и его отличія отъ другихъ средствъ правоохраны, остановиться на тѣхъ взглядахъ, которые иначе характеризуютъ его внѣшнюю сторону.

Глава II.

Наказаніе, какъ вторженіе въ сферу правовыхъ благъ личности.

§ 1. Если обратиться къ разсмотрѣнію опредѣленій понятія наказанія въ юридической литературѣ, то можно замѣтить, что обыкновенно наказаніе съ внѣшней стороны опредѣляется, какъ зло. Начиная съ Гуго Гроція и до нашихъ дней огромное большинство юристовъ характеризуютъ наказаніе, именно, какъ зло [1]),

---

1) H. Grotius. De jure belli ac pacis, II, 20, 1: „malum passionis quod infligitur ob malum actionis"; Puffendorf. De jure naturae et gentium, VIII c. 3 § 4: „in genere poena describi potest per malum passionis quod infligitur ad malum actionis", Meister, Principia juris criminalis germanici communis 1811 s. 58· „poena . . . est malum (sensibile) quod propter factum legi contrarium, violatori legis vi sanctionis legalis infligitur"; Koch, Institutiones juris criminalis 1770 s. 57: „est itaque poena malum quod quis propter delictum ex legis dispositione subire teneatur"; Quistorp. Grundsatze des deutschen peinlichen Rechts 1810 s. 115· „Strafen nennt man eigentlich diejenigen Übel, die einem deshalb von der Obrigkeit zugefugt werden, weil er diejenigen Pflichten freywillig nicht erfullt hat, zu welchen er nach den Gesetzen des Staates verbunden war"; Feuerbach, Lehrbuch l. c. s 39. „das von dem Staate durch ein Gesetz angedrohte und kraft dieses Gesetzes zuzufugende Ubel ist eine burgerliche Strafe", Kleinschrod, l c II, s 8: „ein Übel, welches vom Gesetze demjenigen gedroht wird, welches er uberschreitet"; Grolman, l c. s. 11 „Praventionsubel gegen willkuhrliche Storer des rechtlichen Verhältnisses gebraucht, nennt man rechtliche Strafe"; Bauer l. c. s. 32: „ein Übel, welches mit einer unerlaubten Handlung verknupft wird", Tittman, Grundlinien der Rechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde.

и даже тѣ писатели, для которыхъ внѣшняя сторона наказанія отнюдь не исчерпывается указаніемъ на то, что оно есть зло, все-таки подчеркиваютъ эту его особенность. При этомъ нѣкоторые криминалисты опредѣляютъ ближе содержаніе этого зла, выдвигая на первый планъ его субъективную сторону, самое его переживаніе, и указываютъ на то, что наказаніе есть страданіе. Лишь сравнительно немногіе писатели, не считая возможнымъ характеризовать наказаніе, какъ зло, или же страданіе, при разсмотрѣніи его правовой природы отмѣчаютъ иные моменты, опредѣляя наказаніе, напр. какъ воздѣйствіе на личность, какъ принужденіе или же какъ посягательство на правовыя блага личности.

Переходя къ ближайшему анализу этихъ различныхъ опредѣленій наказанія, мы можемъ сказать слѣдующее.

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что наказаніе есть зло, и поскольку мы всякое для насъ нежелательное явленіе квалифицируемъ, какъ зло, и въ особенности квалифицируемъ подобнымъ образомъ такое явленіе, которое заключаетъ въ себѣ причиненіе извѣстнаго осязательнаго вреда, постолько мы наказаніе, какъ и всякое иное принудительное правоохранительное средство, можемъ

1800. s. 33: „Strafe heisst dasjenige sinnliche Übel, welches dem Urheber einer Störung des Freiheitsgebietes nach Vorschrift des Rechtsgesetzes zugefügt wird", Martin; l. c. s. 187. „(die Strafe) . . . besteht in einem . . . positiven Übel, auf dessen Zufügung der Verbrecher durch sein Verbrechen ein Recht wider sich begründet"; Häberlin, Grundsätze des Criminalrechts nach den neuen deutschen Strafgesetzbuchern, 1845 s. 110 „Strafe ist das von dem Gesetzgeber für die Übertretung des Strafgesetzes angedrohte, sinnlich fühlbare Übel", Marezoll, l. c. s. 135: „dasjenige Übel, was in Gemässheit eines eigentlichen Strafgesetzes den schuldigen Übertreter desselben zunächst zu dem Zwecke treffen soll, um dadurch, nach der Idee der Gerechtigkeit dem Staate selbst für die schuldvolle Übertretung Genugtuung zu geben"; Geyer, l. c. I s. 3. „ein Übel, welches von Menschen uber Menschen verhängt wird, nachdem diese irgend etwas getan haben, worin man eine Grundlage für die Bestrafung findet"; Hälschner l. c. I, s. 558: „das den Menschen als gesetzliche Folge seines schuldhaften Verhaltens treffende Übel"; Merkel, Lehrbuch s. 175. „Strafen sind Übel, welche über jemand kraft eines wirklich oder vermeintlich pflichtwidrigen Verhaltens verhängt werden", Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1902 s. 135: „Strafe ist das einer Person für ein verantwortliches Tun auferlegte Übel"; Liepmann, l. c. s. 195: „Strafen sind Übel, die gegen den Verbrecher wegen seiner Tat durch das Recht verhängt worden"; Oetker, l. c. s. 502: „die Strafe ist bestimmungsgemäss ein Übel und soll als solches empfunden werden"; Lammasch, l. c. s. 1 „Strafe ist ein Übel, welches der Staat dem Urheber eines Verbrechens androht um durch dessen Androhung und Vollstreckung die nachteiligen socialen Wirkungen des verübten Verbrechens und die Gefahr der Verübung künftiger Verbrechen zu vermindern" Janka l. c. s. 157: „das dem Verbrecher im Rückschlage gegen das Verbrechen von dem Staate innerhalb der öffentlichen Rechtsordnung durch das Gericht zu dem

опредѣлить, какъ зло. Но опредѣленіе наказанія, какъ зла, не затрагиваетъ юридической стороны изслѣдуемаго явленія. Зло и его коррелятъ добро—понятія изъ области міра нравственности, а не права. Сказать, что наказаніе есть зло, еще не значитъ указать на его юридическую природу.

Этого рода соображеніе было высказано еще Гейнце, который, анализируя понятіе наказанія, замѣтилъ, что „называть зло или страданіе содержаніемъ правового наказанія недопустимо формально, такъ какъ ни „зло", ни „страданіе" не являются юридическими понятіями, и фактически ошибочно, такъ какъ не только объективно, но часто также и съ субъективной точки зрѣнія наказуемаго наказаніе представляется благомъ" [1]). Однако эти слова вызвали противъ себя возраженіе со стороны Эткера, который замѣтилъ, что такимъ образомъ сильно переоцѣнивается значеніе юридической формулы и „что никогда не удастся разрѣшить проблемму наказанія, если будутъ отдѣлять право отъ реальнаго міра фактовъ и явленій, на почвѣ которыхъ оно выросло" [2]). Но, если съ этимъ возраженіемъ Эткера еще, пожалуй, можно было бы согласиться, посколько рѣчь шла бы объ оправданіи наказанія или же о выясненіи цѣлей карательной дѣятельности вообще, то нельзя не признать, что оно бьетъ мимо цѣли, посколько рѣчь идетъ о построеніи юридической формулы наказанія, безъ которой юристъ обойтись не можетъ и въ которую долж-

---

Zwecke auferlegte Übel, um künftige Übertretungen der in Rucksicht auf die unverbrochene Erhaltung der Guter des Rechts aufgestellten Normen zu hindern und solcherweise durch Abhaltung vom Verbrechen die Rechtsguterwelt zu sichern" Finger, Das Strafrecht systematisch dargestellt, 1902, I s. 38: „ein Übel, das kraft einer Rechtsvorschrift verhängt wird gegen jemanden, der staatlicher Vorschrift zuwidergehandelt hat; Beling, l. c. s. 8: „Strafe ist eine vom Staate über einen Menschen wegen einer von diesem begangenen Rechtswidrigkeit und fur dieselbe verhängtes Übel"; Росси Основныя начала уголовнаго права (русск. пер.) в. II, 1872, стр. 121: „наказаніе есть само по себѣ зло, причиняемое виновнику преступленія по поводу преступленія"; Ortolan I. c II, p. 2: „un mal infligé par le pouvoir social à l'auteur d'un délit à raison de ce délit"; Thiry l. c. p. 224: „le mal infligé par la société à l'auteur ou aux auteurs d'un délit à raison de ce délit"; Vidal l. c. p. 579: „un mal infligé au nom de la société et en éxecution d'une condamnation judiciaire à l'auteur d'un délit par ce qu'il est coupable et socialement responsable de ce délit"; Cuche, Traité de science et de législation pénitentiaire, 1905 p. 2: „un mal infligé à l'auteur du crime et qui l'atteint dans sa personne ou dans ses biens; Villey, Précis d'un cours de droit criminel, 1891 p. 3: „un certain mal à un individu à la raison de la violation d'un commandement auquel il était soumis".

[1]) Heinze. Strafrechtstheorien und Strafrechtsprincip въ Holtzendorff's Handbuch des deutschen Strafrechts. 1871 B. I. s. 321.

[2]) Oetker l. c. s. 502.

ны быть вводимы элементы, имѣющіе юридическое значеніе, а не характеризующіе наказаніе, какъ явленіе иного порядка. Сколько бы мы ни говорили, что наказаніе есть зло, этимъ мы не раскрываемъ того, что̀ есть наказаніе, какъ опредѣленное явленіе въ ряду другихъ правовыхъ явленій. И не потому, что наказаніе даже объективно, по словамъ Гейнце, можетъ представляться благомъ, мы должны отказаться отъ его опредѣленія, какъ зла, а потому, что юристу это опредѣленіе ничего не даетъ. Какъ замѣчаетъ Берольцгеймеръ, „наказаніе, какъ зло, соотвѣтствуетъ грѣховному промаху (sündhafte Verfehlung), а не правонарушенію“ [1]) Вообще же при опредѣленіи понятія наказанія мы должны поступать такъ, какъ поступаемъ при опредѣленіи любого юридическаго понятія, въ частности понятія преступленія. Вѣдь не одинъ юристъ не опредѣляетъ преступленія, указывая на то, что оно есть зло, хотя нѣтъ сомнѣнія, что съ этической точки зрѣнія преступленіе, взятое вообще, есть зло, и какъ таковое, вызываетъ потребность въ извѣстной реакціи. Для юриста въ понятіи преступленія важно подчеркнуть то, что оно есть обложенное наказаніемъ посягательство на охраненныя правомъ интересы и блага, и этимъ исчерпывается его указаніе на юридическую природу преступленія. Но то же самое должно имѣть мѣсто и примѣнительно къ опредѣленію понятія наказанія.

Сознаніе недостаточности опредѣленія наказанія, какъ зла, и побудило, очевидно, нѣкоторыхъ криминалистовъ вносить въ свое опредѣленіе ближайшее указаніе на то, въ чемъ это зло проявляется. Такъ поступаютъ напр. Листъ и Штоссъ. Листъ, давъ общее опредѣленіе наказанія, какъ „зла, которое назначаетъ уголовный судья въ отношеніи преступника за преступленіе для того, чтобы выразить общественное осужденіе дѣянія и его учинителя“, говоритъ, что два признака образуютъ понятіе наказанія: 1) то, что оно есть посягательство на виновнаго въ его охраняемыхъ правомъ интересахъ, 2) то, что оно есть явное осужденіе дѣянія и его учинителя [2]). А Штоссъ, указавъ на то, что наказаніе есть зло, добавляетъ къ этому, что внѣшнимъ образомъ это зло состоитъ въ отнятіи или умаленіи благъ виновнаго [3]). Но если выдвигается въ опредѣленіи наказанія моментъ посягательства на правовыя блага личности, какъ моментъ существенный, то самое опредѣленіе наказанія только, какъ

[1]) Berolzheimer. System der Rechts- und Wirthschaftsphilosophie B. V. 1907 s. 202.

[2]) Liszt. Lehrbuch. s. 250.

[3]) Stooss, Lehrbuch s. 188.

зла, теряетъ все свое значеніе. Здѣсь центръ тяжести переносится уже на обстоятельство, имѣющее, несомнѣнно, юридическое значеніе.

Далѣе слѣдуетъ замѣтить, что опредѣленіе наказанія, какъ зла, вызываетъ мысль о томъ, всегда ли наказаніе въ дѣйствительности является зломъ и не можетъ ли оно иногда, или же даже и вообще, быть понимаемо съ извѣстной точки зрѣнія и какъ благо. И въ литературѣ нѣтъ недостатка въ подобныхъ взглядахъ. Выше мы отмѣтили точку зрѣнія Гейнце, который допускалъ, что наказаніе не только субъективно, но и объективно представляется благомъ. Но особенно любопытно въ этомъ отношеніи отмѣтить взгляды гегеліанцевъ Абегга и Кестлина, которые понимали наказаніе, именно какъ благо. Признавая вообще, что наказаніе есть зло, Абеггъ однако замѣчалъ, что оно есть вмѣстѣ съ тѣмъ и благо, такъ какъ оно даетъ преступнику случай и средства примириться со справедливостью и дать ей удовлетвореніе (die Gerechtigkeit zu sühnen und ihr Genugtuung zu geben) [1]), а Кестлинъ находилъ, что „хотя наказаніе съ внѣшней стороны и представляется зломъ, но въ дѣйствительности оно есть благо, посколько оно даетъ преступнику сознаніе ничтожности его неразумной воли и имѣетъ цѣлью возстановленіе его разумной воли изъ самоотрицанія“ [2]). Наказаніе представляется благомъ и съ точки зрѣнія нѣкоторыхъ представителей школы естественнаго права, напр. Краузе [3]) и Аренса [4]), а также съ точки зрѣнія представителя т. н. теоріи исправленія Редера [5]). Сюда же от-

[1]) Abegg. Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. 1836 s. 176.

[2]) Köstlin. l. c. s. 390.

[3]) Krause. Abriss des Systems der Philosophie des Rechts und des Naturrechts 1838 s. 186 п. замѣчаетъ по поводу наказанія: „diese Benennung ist aber sehr unangemessen, weil man unter Strafe ein dem Rechtsverletzer deshalb zugefügtes Übel versteht, welchen Begriff die reine Wesenheit des Rechtes unbedingt von sich weiset. Die Rechtsfolge seines Unrechts mag wohl Dem, der im Unrechte ist, so lange er nicht enttäuscht und zur Erkentniss des Rechtes gelangt ist, als ein Übel empfunden werden; sie ist aber an sich für ihn kein Übel und wird ihm auch nicht mit der Absicht, ihm Wehe zu thun, zugefügt.

[4]) Ahrens. Cours de droit naturel ou de philosophie du droit. 1844 p. 274 говоритъ о наказаніи, которое ему рисуется, какъ исправленіе, слѣдующее: „Les moyens d'amendement seront sentis par le coupable, dans l'état anormal, vicié, dans lequel il se trouve, comme une peine, quoiqu' ils forment le vrai bien qui puisse lui être appliqué“.

[5]) Röder. Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen 1867 s. 74: „insofern der Strafzwang auf diese Weise der sittlichen Freiheit nicht Eintrag, sondern von Aussen Vorschub thut, d. h. sich als Zucht- oder Erziehungsmittel verhält, enthält er offenbar ein sittliches Gut für den Verbrecher selbst ebensowohl, als für die ganze Gesellschaft“.

носится взглядъ на наказаніе, высказанный теологомъ Даубомъ. По его ученію, высшій принципъ всякаго закона, а слѣдовательно и уголовнаго, есть любовь. Въ виду этого, по его мнѣнію, ошибочно называть наказаніе зломъ,—оно есть благодѣяніе, благо, хотя бы подвергшійся наказанію и чувствовалъ его, какъ зло [1]). Эта же точка зрѣнія на наказаніе, какъ на благо, сквозитъ въ ученіи Галлера о томъ, что въ наказаніи проявляется помощь, оказываемая сильными слабымъ [2]), а также у В. Соловьева въ его представленіи о наказаніи, какъ о „правомѣрномъ и обязательномъ средствѣ дѣятельнаго человѣколюбія, законно и принудительно ограничивающимъ крайнія проявленія злой воли не только ради безопасности общества и его мирныхъ членовъ, но непремѣнно также и въ интересахъ самого преступника", и въ его ученіи о томъ, что „различныя стороны (наказанія) одинаково обусловлены общимъ нравственнымъ началомъ человѣколюбія, обнимающимъ какъ обиженнаго, такъ и обидчика" [3]).

Такимъ образомъ, если встать на этическую точку зрѣнія, то, какъ видно изъ приведенныхъ только что мнѣній, можно защищать представленіе о наказаніи не только какъ о злѣ, но и благѣ. И, дѣйствительно, съ этической точки зрѣнія, посколько наказаніе приноситъ вредъ преступнику, оно есть зло, но посколько вмѣстѣ съ тѣмъ оно стремится достигнуть осуществленія болѣе высокихъ задачъ, оно есть благо [4]).

Наконецъ, нужно имѣть въ виду, что если опредѣлять наказаніе, какъ зло, и въ этомъ усматривать его главную черту, то вполнѣ естественно требовать, чтобы это зло дѣйствительно чувствовалось, какъ таковое, преступникомъ, къ которому оно примѣняется. Наказаніе перестаетъ быть наказаніемъ, посколько оно воспринимается не какъ зло, а какъ благо; оно утрачиваетъ въ этомъ случаѣ самую существенную свою черту, оно перестаетъ быть зломъ. Понятны поэтому съ такой точки зрѣнія тѣ слова, которыя мы находимъ у нашего стараго криминалиста Солнцева:

---

[1]) Daub. System der theologischen Moral 1841. II, 1. s. 347 Anm.

[2]) Haller. Restauration der Staatswissenschaft oder Theorie der natürlich geselligen Zustands. 1820 I, s. 410 eff.

[3]) В. Соловьевъ. Право и нравственность. Очерки изъ прикладной этики. 1899 стр. 103 и 104.

[4]) Ср. замѣчаніе Бѣлогриць-Котляревскаго (в. с. стр. 252) о томъ, что „наказаніе, какъ одинъ изъ элементовъ правопорядка, вовсе не является нравственнымъ зломъ: преступленіе есть зло, борьба съ которымъ составляетъ нравственную обязанность всѣхъ и каждаго, а особенно государства... государство, осуществляя борьбу съ преступленіемъ путемъ наказанія, вовсе не совершаетъ чего либо безнравственнаго, не причиняетъ нравственнаго зла".

„судья долженъ быть осторожнымъ въ опредѣленіи наказанія..., дабы не опредѣлить таковаго преступнику наказанія, которое онъ самъ желаетъ себѣ, яко добра“ (причемъ для иллюстраціи этого положенія приводится примѣръ раскольника, заявившаго о себѣ изъ желанія быть тѣлесно наказаннымъ) [1]). Но, разумѣется, что юридическая природа наказанія не можетъ мѣняться отъ того, какъ воспринимается наказаніе тѣмъ, кто ему подвергается. Воспринимается ли оно какъ зло или же какъ благо, оно все равно остается наказаніемъ, разъ оно заключаетъ въ себѣ тѣ элементы, которые характеризуютъ наказаніе, какъ особый правовой институтъ.

Итакъ, мы находимъ, что хотя наказаніе и представляется зломъ, но этотъ моментъ не пригоденъ для опредѣленія наказанія, какъ правового понятія. Въ виду этого мы не можемъ утверждать вмѣстѣ съ Берольцгеймеромъ, что зло есть только случайный, а не существенный моментъ наказанія [2]), какъ съ другой стороны не можемъ согласиться съ Алльфельдомъ, что оспариваніе природы наказанія, какъ зла, можетъ покоиться только на предвосхищеніи (Antizipation) цѣли наказанія при опредѣленіи его понятія, и что спорить можно о томъ, наказываютъ ли ради причиненія страданія, а не о томъ, состоитъ ли наказаніе въ причиненіи страданія [3]). Вмѣстѣ съ тѣмъ неправильнымъ представляется и замѣчаніе Виллерта, что только для теорій устрашенія и возмездія зло является логическимъ постулатомъ наказанія [4]). Всѣ подобныя разсужденія покоятся на неправильномъ представленіи о томъ, какое значеніе въ понятіи наказанія имѣетъ элементъ зла.

Нѣкоторые криминалисты, какъ сказано было раньше, въ свое опредѣленіе понятія наказанія вносятъ указаніе на то, что оно есть страданіе, подчеркивая этимъ то субъективное переживаніе, которое происходитъ у наказываемаго при примѣненіи наказанія [5]). Это указаніе на то, что наказаніе есть страданіе,

---

[1]) Солнцевъ, в. с. стр. 105.

[2]) Berolzheimer. Die Entgeltung im Strafrechte. 1903 s. 133 n. 2.

[3]) Allfeld Der Einfluss der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung. 1909 s. 48.

[4]) Willert. Das Postulat der Abschaffung des Strafmasses und die dagegen erhobene Einwendungen (Z. B. II s. 480). Мысль о томъ, что для теории возмездія представляется необходимымъ, чтобы наказаніе понималось именно, какъ зло, была высказана недавно Краузомъ, который находитъ, что теорія возмездія падаетъ, поскольку приходится признавать, что наказаніе только въ видѣ общаго правила является зломъ (Kraus. Das Recht zu strafen 1912 s. 138).

[5]) Такъ опредѣляетъ наказаніе Калмыковъ (в. с. стр. 145): „страданіе, налагаемое на преступника въ государствѣ верховной властью“; Мокринскій (в. с. стр. 2),

является собственно лишь ближайшимъ опредѣленіемъ того, что заключаетъ въ себѣ зло, содержащееся въ наказаніи, со стороны внутренней [1]), и такимъ образомъ опредѣленіе наказанія, какъ страданія, есть только болѣе точное обозначеніе того зла, которое въ наказаніи содержится. Но и понятіе страданія такъ же непригодно для характеристики наказанія, какъ правового явленія, какъ и понятіе зла, такъ какъ и оно не заключаетъ въ себѣ указанія на юридическій моментъ въ понятіи наказанія. И преступленіе есть страданіе, причиняемое преступникомъ потерпѣвшему, но это не указываетъ на юридическую сущность преступнаго дѣянія, и никто съ этой точки зрѣнія его не опредѣляетъ. Съ другой стороны, если мы можемъ сказать, что подвергающійся наказанію испытываетъ въ большинствѣ случаевъ страданіе, то въ то же время нужно считаться съ тѣмъ, что не всякое наказаніе заключаетъ въ себѣ необходимо элементъ переживанія его въ видѣ страданія. Этимъ элементомъ окрашены только тѣ наказанія, которыя заключаются въ посягательствѣ на личныя блага преступника, но напр. денежное взысканіе едва ли

не давая опредѣленія наказанія, подчеркиваетъ однако въ качествѣ существеннаго его элемента „преднамѣренное причиненіе страданія“; отчасти такъ опредѣляютъ наказаніе Сергѣевскій (в. с. стр. 63): „причиненіе преступнику извѣстныхъ страданій, вреда и стѣсненій“ и Владимировъ (Курсъ стр. 4) „физическія, юридическія и нравственныя лишенія“; то же мы видимъ, напр., у Франка (Frank l. c. s. 44): „Jede Strafe dem gesetzgeberischen Gedanken nach ein wegen der Tat gegen den Schuldigen verhängtes Leiden sein soll“, а также у Принса (Prins l. c. p. 397): „la souffrance que l'Etat inflige à celui qui a violé les lois pénales“, Лене (Lainé. Traité élementaire de droit criminel 1881 p. 193): „une souffrance physique ou morale qui le pouvoir, au nom seul de l'interêt public inflige à l'homme déclaré par jugement coupable d'un délit afin de remédier dans la mesure du possible au desordre social dont cet homme est l'auteur“ и Гарро (Garraud l. c. p. 239): „une souffrance que le pouvoir social inflige à un individu déclaré par jugement coupable d'une infraction“. Особенно же подробно останавливается на этомъ вопросѣ Грегоровичъ (Hregorowicz, Grundlagen und Grundbegriffe des Strafrechts. 1880. s. 130), который выставляетъ общее положеніе о томъ, что всякое наказаніе есть логически страданіе, и слѣдующимъ образомъ описываетъ сущность этого страданія „Der Schmerz kann nun entweder durch Einwirkung auf die Empfindungsnerven, oder durch Anstrengung der motorischen Nerven, oder durch Einwirkung auf das sog. moralische Gefühl erregt werden...“ (s. 131); между прочимъ въ доказательство того, что понятія „зла и страданія“ заключаютъ въ себѣ юридическій моментъ, онъ замѣчаетъ „der Grad der Empfindlichkeit des Subjects für eine Strafart kann als Strafminderungs—unter Umständen als Strafumwaldungsgrund, folglich als ein r e c h t l i c h bedeutsamer Umstand gelten“ (s 73 n. 1).

[1]) Ср. замѣчаніе Штосса: „съ внутренней стороны (innerlich) наказаніе состоитъ въ страданіи, которое причиняется виновному посредствомъ зла“ (Stooss l c. s. 188).

можно называть „страданіемъ“. Самое же опредѣленіе наказанія, какъ страданія, напоминаетъ намъ о той эпохѣ, когда дѣйствительно наказанія принимали такую форму своего выраженія, при которой все сводилось къ причиненію физическихъ страданій человѣку. Нужно при этомъ еще замѣтить, что при опредѣленіи наказанія, какъ страданія, можно легко находить наказаніе вездѣ, гдѣ налицо страданіе, и такимъ образомъ можно легко придавать характеръ карательной дѣятельности такимъ актамъ, которые въ строгомъ смыслѣ этого слова такимъ характеромъ не обладаютъ, напр. всей судебной процедурѣ, направленной на установленіе виновности лица. Наконецъ, слѣдуетъ имѣть въ виду, что многіе криминалисты опредѣляя наказаніе, какъ зло или страданіе, указываютъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что оно есть „преднамѣренное“ зло или страданіе, подчеркивая этимъ особенную важность даннаго признака наказанія [1]). Но, разумѣется, если наказаніе опредѣляется, какъ зло или страданіе, то естественно указывать, что это зло возникаетъ не какъ случайный рефлексъ наказанія, а какъ нѣчто такое, что, по мысли лица, примѣняющаго наказаніе, должно восприниматься, именно какъ зло или страданіе.

Неудовлетворительность опредѣленія наказанія, какъ страданія, заставляетъ нѣкоторыхъ криминалистовъ ближе указать, въ чемъ заключается это страданіе, и мы видимъ, что въ этомъ отношеніи такъ же, какъ при опредѣленіи наказанія, какъ зла, дѣлается указаніе на то вторженіе въ сферу правовыхъ благъ личности, которое и характеризуетъ на самомъ дѣлѣ наказаніе, какъ юридическое явленіе. Но такимъ путемъ, собственно говоря, обезцѣнивается и опредѣленіе наказанія, какъ страданіе. Такъ поступаетъ напр. Лохвицкій, указывая на то, что наказаніе есть страданіе за преступленіе, а страданіе есть лишеніе или ограниченіе какого-нибудь блага [2]); то же мы находимъ у Кистяковскаго, который разумѣетъ подъ наказаніемъ „тѣ мѣры, которыя по приговору суда принимаются противъ преступника и которыя причиняютъ ему страданіе и отнимаютъ у него разные виды благъ и правъ, ему принадлежащихъ“ [3]); точно также Вейнрихъ, опредѣливъ наказаніе, какъ страданіе, наложенное на индивида вслѣдствіе учиненія имъ преступленія, указываетъ на то, что это страданіе

[1]) Это мы видимъ у Мокринскаго (в. с. стр. 3), Биндинга (Binding, Grundriss s. 228), Биркмейера (Birkmeyer. Strafe und sichernde Massnahme. 1906 s. 11), Кэлера (Köhler. Der Vergeltungsgedanke und seine practische Bedeutung 1909 s. 142) и Наглера (Nagler. Verbrechensprophylaxe und Strafrecht. 1911. s. 128 и 226).

[2]) Лохвицкій в. с. стр. 42.

[3]) Кистяковскій в. с. стр. 696.

равнозначуще съ нарушеніемъ правовыхъ благъ (Rechtsguterverletzung) [1]); наконецъ, у Познышева мы читаемъ слѣдующее: „для наказуемаго оно (наказаніе) является невыгоднымъ послѣдствіемъ деликта, такъ какъ причиняетъ ему болѣе или менѣе чувствительное страданіе; и не причиняй оно преступникамъ, хотя бы небольшого страданія, оно было бы для нихъ безразлично и потеряло бы всякій смыслъ. Но нельзя опредѣлять наказаніе, прибавляетъ онъ однако, какъ это обыкновенно дѣлаютъ, какъ страданіе, причиняемое государствомъ виновнымъ нарушителямъ уголовнаго закона. Оно есть лишь то воздѣйствіе на человѣка, которымъ въ данномъ случаѣ причиняется страданіе“ [2]).

§ 2. Разсмотримъ теперь тѣ опредѣленія, которыя являются болѣе пріемлемыми съ точки зрѣнія юридической, такъ какъ они выдвигаютъ понятія, имѣющія отношеніе въ томъ или иномъ объемѣ къ области права; это—опредѣленія наказанія, какъ воздѣйствія на человѣка, какъ принужденія, какъ выполненія чего-то (Leistung) и какъ извѣстныхъ мѣръ для охраны правопорядка.

Что касается прежде всего опредѣленія наказанія, какъ воздѣйствія на человѣка, то мы находимъ его у Познышева [3]). Но что представляетъ изъ себя собственно это „воздѣйствіе“, авторъ ближе не указываетъ. Онъ говоритъ только, что наказаніе сохраняетъ этотъ характеръ (воздѣйствія на личность) и тогда, когда носитъ имущественный характеръ [4]). Но выраженіе „воздѣйствіе“ можно понимать прежде всего въ смыслѣ оказанія извѣстнаго вліянія однимъ лицомъ на другое. Однако такого рода воздѣйствіе заключается какъ въ наказаніи, такъ и въ угрозѣ его, и ничего характернаго именно для наказанія оно въ себѣ не содержитъ. Съ другой стороны, если мы говоримъ о подобномъ воздѣйствіи, то сейчасъ же возникаетъ вопросъ о ближайшемъ содержаніи этого воздѣйствія въ смыслѣ напр. устрашительнаго или исправительнаго вліянія наказанія, другими словами, если мы примемъ такое опредѣленіе наказанія, намъ придется внести въ

---

[1]) Weinrich. Strafrecht und Kriminalpolitik (Z. XVII s. 846).

[2]) Познышевъ. Основные вопросы стр. 335.

[3]) Тамъ же стр. 334: „уголовное наказаніе есть принудительное воздѣйствіе на личность, назначаемое закономъ въ качествѣ невыгоднаго послѣдствія извѣстныхъ дѣяній, соразмѣряемое съ характеромъ этихъ дѣяній и, въ частности, съ виною дѣйствующаго лица и опредѣляемое in concreto или судебными органами государственной власти, въ особо установленномъ порядкѣ или—въ исключительныхъ случаяхъ—главою государства“.

[4]) Тамъ же стр. 335.

него указаніе на опредѣленную цѣль карательной дѣятельности. Но затѣмъ „воздѣйствіе“ можно понимать и въ смыслѣ примѣненія извѣстной физической силы однимъ лицомъ въ отношеніи другого. Однако въ такомъ случаѣ опредѣленіе наказанія, какъ воздѣйствія, сводится къ опредѣленію его, какъ принужденія,—опредѣленію, которое мы и находимъ у нѣкоторыхъ криминалистовъ. Такъ напр. опредѣляютъ наказаніе Спасовичъ, разумѣя подъ нимъ „насильственныя стѣснительныя мѣры“ [1]), и Будзинскій, говоря о „внѣшнемъ принужденіи“, имѣющемся въ наказаніи [2]), наконецъ Фойницкій, не давая, какъ говорилось раньше, опредѣленія наказанія, указываетъ, что въ наказаніи проявляется принужденіе [3]). То же мы находимъ и у нѣкоторыхъ нѣмецкихъ писателей — у Абегга [4]), Бирлинга [5]) и отчасти у Фингера [6]).

Относительно опредѣленія наказанія, какъ принужденія, мы должны замѣтить, что, хотя оно и обращаетъ вниманіе на правовой моментъ, несомнѣнно присущій понятію принужденія, но оно ближе не выражаетъ внѣшней стороны наказанія, какъ особаго юридическаго института. Принужденіе показываетъ только, что что-то совершается противъ воли даннаго принуждаемаго лица. Но когда мы говоримъ о принужденіи, какъ элементѣ какого-нибудь понятія, намъ важно знать, въ чемъ это принужденіе заключается, каково его содержаніе, — другими словами при представленіи о принужденіи сейчасъ же возникаетъ вопросъ о томъ, къ чему же именно кто-либо принуждается. Человѣкъ же вообще можетъ принуждаться или къ совершенію какого-нибудь дѣйствія или воздержанію отъ него, или же къ претерпѣнію чего-нибудь. И такимъ образомъ, если мы говоримъ о моментѣ принужденія въ понятіи наказанія, то мы сейчасъ же ставимъ вопросъ о томъ, къ чему же принуждается виновный посредствомъ наказанія. Отвѣтомъ будетъ указаніе на то, что онъ принуждается совершить какое-нибудь дѣйствіе, напр., уплатить извѣстную сумму денегъ, или претерпѣть что-нибудь, напр., подвергнуться тѣлесному наказанію. То, къ чему принуждается человѣкъ, подвергающійся

---

[1]) Спасовичъ в. с. стр. 179.

[2]) Будзинскій в. с. стр. 246.

[3]) Фойницкій в. с. стр. 2.

[4]) Abegg. l. c. s. 175: „Strafe heisst der aus einer Gesetzesübertretung hervorgehende im Wesen der Gerechtigkeit gegründete Zwang gegen den Verbrecher, zur Unterordnung seines dem Rechte widerstrebenden Willens unter eben dieses Recht“.

[5]) Bierling, l. c. III s. 392: „der Satisfactionszwang, der geübt wird von einer obrigkeitlichen Gewalt“.

[6]) Finger. Strafrecht s. 342—343; опредѣливъ наказаніе, какъ зло, онъ указываетъ далѣе, что это зло состоитъ въ причиненіи принужденія.

наказанію, съ юридической точки зрѣнія можетъ быть охарактеризовано, какъ утрата какого-нибудь правового блага или же умаленіе его, и такимъ образомъ дѣйствительнымъ внѣшнимъ выраженіемъ наказанія явится именно этотъ послѣдній моментъ, а не чисто-формальный моментъ принужденія [1]).

Итакъ, указаніе на то, что наказаніе есть принужденіе, формально правильно, но оно не говоритъ все-таки само по себѣ о настоящемъ внѣшнемъ выраженіи наказанія.

Далѣе мы встрѣчаемъ опредѣленіе наказанія, какъ выполненія чего-то (Leistung), выставляемое Гейнце. Этотъ писатель говоритъ, что наказаніе есть то, что долженъ сдѣлать совершившій преступленіе, чтобы устранить неравенство, происшедшее между нимъ и его сочленами отъ нарушенія того жизненнаго закона, который обязателенъ для всѣхъ и который лежитъ въ основаніи всякаго единенія людей [2]). Но это разсужденіе Гейнце не столько имѣетъ въ виду дать опредѣленіе понятія наказанія, сколько указать правовое основаніе его, т. е. оправдать необходимость наказанія, чѣмъ и объясняется то, что Гейнце употребляетъ для характеристики наказанія выраженіе, относящееся къ области договорнаго права. Къ тому же наказаніе скорѣе характеризуется не тѣмъ, что дѣлаетъ наказываемый, сколько тѣмъ, что съ нимъ дѣлаютъ,—лишаютъ его какихъ-нибудь благъ или умаляютъ ихъ. Наконецъ, какъ вѣрно замѣчаетъ Познышевъ [3]), „объявить сущностью наказанія „исполненіе“ обязанности значитъ принимать за сущность признакъ, общій у даннаго явленія съ массою другихъ явленій...“ [4]) Съ другой стороны, если Р. Шмидтъ также находитъ, что наказаніе есть публично-правовое исполненіе обязанности (öffentlichrechtliche Leistung), то онъ въ то же время поясняетъ, что оно состоитъ въ отнятіи благъ и ограниченіи естественной свободы [5]), чѣмъ центръ тяжести въ опредѣленіи понятія наказанія переносится въ другую плоскость.

---

[1]) Съ другой стороны правильно указываетъ Бѣлогриць-Котляревскій (в. с. стр. 44): „признавать безусловнымъ элементомъ наказанія принужденіе... думается намъ нельзя потому, что пришлось бы въ искусственно-широкомъ объемѣ примѣнять это понятіе къ такимъ наказаніямъ, какъ выговоръ или замѣчаніе...“

[2]) Heinze l. c. s. 322, 333 eff.

[3]) Познышевъ в. с. стр. 205.

[4]) Такого же рода соображеніе относительно теоріи Гейнце высказываетъ Краузъ (Kraus. l. c. s. 19 n. 1), сопоставляя съ этой точки зрѣнія наказаніе и возмѣщеніе вреда.

[5]) R. Schmidt. Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung. 1912 s. 125.

Наконецъ мы находимъ въ литературѣ опредѣленія наказанія чисто-формальныя, не затрагивающія того, чѣмъ въ дѣйствительности является наказаніе, а потому и ничего не говорящія о юридической сущности наказанія; сюда, напр., относится опредѣленіе наказанія, какъ „мѣръ, которыя принимаются государствомъ противъ лицъ, учинившихъ преступное дѣяніе, вслѣдствіе такого учиненія для охраны правопорядка и правоохраненныхъ интересовъ", которое мы находимъ у Таганцева [1]). Здѣсь дается указаніе относительно того, каково назначеніе наказанія, но въ чемъ наказаніе проявляется, не указывается. То же приходится сказать относительно опредѣленія наказанія, даваемаго Еллинекомъ, какъ дѣйствій, предпринимаемыхъ государствомъ противъ виновника неправды, посредствомъ которыхъ должны заглаживаться вызванныя неправдой вредныя соціально-психологическія явленія [2]). Каково содержаніе этихъ „дѣйствій", здѣсь ближе не указывается, дается указаніе лишь на ихъ цѣль [3]).

§ 3. Остается послѣдняя группа опредѣленій [4]), которая затрогиваетъ внѣшнее проявленіе наказанія, какъ особаго юридическаго института. Это—опредѣленіе наказанія, какъ вторженія въ сферу правовыхъ благъ человѣка. Такое опредѣленіе мы находимъ у Неклюдова, который говоритъ, что наказаніе есть „лишеніе преступника за совершенное имъ посягательство какого-либо блага" [5]), а также у Бѣлогрицъ-Котляревскаго, который разумѣетъ подъ наказаніемъ „мѣры, направленныя на пораженіе правъ пре-

---

[1]) Таганцевъ в. с. II стр. 825.

[2]) Еллинекъ. Соціально-этическое значеніе права, неправды и наказанія. 1910 (русск. пер.) стр. 131.

[3]) Такое же формальное опредѣленіе мы находимъ и у болѣе старыхъ криминалистовъ: Россгирта (Rosshirt. Lehrbuch des Kriminalrechts. 1822. s. 114): „правовое средство публичной власти для поддержанія законнаго состоянія" и Генке (Henke l c. I s. 403): „eine Reaktion der Majestät im Staate".

[4]) Мы не будемъ здѣсь останавливаться на опредѣленіи наказанія, какъ осужденія (Bar l. c. s. 314), какъ возмездія (ср. Баршевъ в. с. разд. II стр. 2: „гражданское наказаніе есть возмездіе за преступленіе, которое основывается на нравственномъ законѣ справедливости и исходитъ отъ верховной власти") или какъ удовлетворенія (ср. Heffter l. c. s. 94: „eine Genugthuung, welche der Staat von demjenigen fordert und nimmt, der sich einer Verletzung der gemeinheitlichen Rechtsordnung schuldig gemacht hat zum Zweck der Widerherstellung und Aufrechthaltung derselben"). Эти опредѣленія, не касаясь внѣшней стороны наказанія, какъ юридическаго понятія, подчеркиваютъ однако извѣстныя черты наказанія, которыя даютъ возможность до извѣстной степени противупоставлять наказаніе другимъ правовымъ послѣдствіямъ неправды, по самому его содержанію.

[5]) Неклюдовъ. Конспектъ стр. 87.

ступника“ [1]). Изъ нѣмецкихъ юристовъ такъ же опредѣляютъ наказаніе Биндингъ [2]), Биркмейеръ [3]), Вахенфельдъ [4]) и Гарейсъ [5]), а также тѣ криминалисты, которые, выдвинувъ на первый планъ въ опредѣленіи наказанія признакъ зла, даютъ далѣе ближайшую характеристику этого зла, какъ нарушенія правовыхъ благъ личности (Листъ и Штоссъ) [6]). Сюда же надо отнести взглядъ на наказаніе, выставленный Берольцгеймеромъ, который говоритъ, что наказаніе не есть зло, а ущербъ правовымъ благамъ (Einbusse an Rechtsgutern), который долженъ понести виновный, какъ отплату (Entgelt) за учиненное имъ [7]).

Подобныя опредѣленія заключаютъ въ себѣ указаніе на то, что наказаніе по своему внѣшнему выраженію является тѣмъ же, что и преступное дѣяніе: и здѣсь и тамъ съ строго юридической точки зрѣнія имѣется посягательство на правовыя блага личности. Это и дало поводъ Вахенфельду отмѣтить, что наказаніе имѣетъ до извѣстной степени характеръ преступленія, что здѣсь нарушеніе правовыхъ благъ по исключенію дозволено и что это дозволеніе должно покоиться на законѣ [8]). Правда, противъ подобной точки зрѣнія возражаетъ Эткеръ, замѣчая, что нарушеніемъ правовыхъ благъ является деликтъ, а не наказаніе, „иначе, говоритъ онъ, государство было бы преступникомъ въ высшемъ стилѣ (im grössten Stile) и въ каждомъ наказаніи повторялось бы преступленіе. Наказаніе не нарушаетъ правового блага, а отнимаетъ у преступника его охрану (die Schutzwirkung eines solchen)“ [9]). Однако по

---

[1]) Бѣлогриць-Котляревскій в. с. стр. 252.

[2]) Binding. Grundriss s. 226· „Strafe ist eine Einbusse an Rechten oder Rechtsgütern, welche der Staat einem Delinquenten von Rechtswegen auferlegt zur Genugtuung fur seinen irreparabilen schuldhaften Rechtsbruch um die Autorität des verletzten Gesetzes aufrecht zu halten“.

[3]) Birkmeyer l. c. s. 14: „die Strafe ist Repression eines Verbrechens durch die Staatsgewalt, welche dadurch erfolgt, dass dem Verbrecher für seine Rechtsgüterverletzung eine verhältnissmässig gleiche Rechtsgüterverletzung auf Grund strafrechtlichen Urteils zugefügt wird“.

[4]) Wachenfeld l. c. s. 272 подчеркиваетъ, что наказаніе есть нарушеніе правовыхъ благъ (Rechtsguterverletzung).

[5]) Gareis. Rechts-Enzyklopädie und Methodologie als Einleitung in die Rechtswissenschaft. 1913 s. 177: „die Strafe ist eine vom Gemeinwillen gewollte Verletzung eines Rechtsguts (des Delinquenten) zum Schutze von Rechtsgutern (anderer einzelnen oder des Gemeinwesens)“.

[6]) См. выше стр. 35 По словамъ Штосса (Stooss l. c. s. 188), „вторженіе карательной власти въ благо индивида есть средство, при помощи котораго причиняется виновному карательное страданіе (Strafleiden)“.

[7]) Berolzheimer l. c. s. 33 eff.

[8]) Wachenfeld l. c. s. 276.

[9]) Oetker l. c. s. 549.

этому поводу слѣдуетъ замѣтить, что, конечно, благодаря отсутствію надлежащей правовой охраны тѣхъ или другихъ благъ, въ отношеніи которыхъ осуществляется наказаніе, мы въ наказаніи не можемъ усматривать противоправнаго и тѣмъ менѣе преступнаго дѣянія и что тѣ соображенія, по которымъ устраняется въ данномъ случаѣ правовая охрана, настолько вѣсски, что приходится допускать это отступленіе отъ общаго правила, но все это не отнимаетъ у наказанія характера нарушенія правовыхъ благъ. Убійство остается убійствомъ, т. е. отнятіемъ блага жизни у извѣстнаго лица, все равно будетъ ли это обыкновенное неправомѣрное убійство, или же убійство формально правомѣрное, совершенное защищающимся отъ нападенія при наличности общихъ условій необходимой обороны, или солдатомъ, убивающимъ на войнѣ непріятеля, или же палачемъ, казнящимъ человѣка, приговореннаго къ смертной казни. И эта черта наказанія особенно ярко бросается въ глаза тамъ, гдѣ незамѣтно наказаніе превращается въ преступленіе. Если кто нибудь приговоренъ къ лишенію свободы на 3 мѣсяца, то лишеніе его свободы на 1 день сверхъ назначеннаго по приговору суда срока есть уже преступленіе. Лишеніе свободы осталось лишеніемъ свободы, т. е. нарушеніемъ извѣстнаго правового блага индивида, но раньше оно имѣло правомѣрный характеръ, пока въ немъ осуществлялось наказаніе, а потомъ оно стало противоправнымъ. Какъ замѣчаетъ Белингъ, „преступленіе „лишеніе свободы“ и лишеніе свободы, примѣняемое, какъ наказаніе, цивилистическая уплата долга и денежный штрафъ совершенно неразличимы другъ отъ друга какъ фактическія явленія. Только тотъ смыслъ, который мы придаемъ данному явленію, даетъ ему возможность выступать въ качествѣ наказанія“ [1]). Впрочемъ, и самъ Эткеръ, очевидно, не придаетъ въ настоящее время особеннаго значенія тому, что имъ въ этомъ отношеніи было раньше сказано, такъ какъ въ одной изъ недавнихъ его работъ мы читаемъ: „всякое наказаніе проявляется въ умаленіи или лишеніи тѣхъ благъ, виновное нарушеніе которыхъ есть само преступленіе, — жизнь, свобода, честь, имущество; въ этомъ нѣкоторымъ образомъ имѣется отраженіе (Spiegelung) преступнаго въ наказаніи“ [2]).

§ 4. Моментъ нарушенія правовыхъ благъ личности, выражающійся въ лишеніи человѣка извѣстнаго блага или умаленіи

---

[1]) Beling. Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht. 1908 s. 5.

[2]) Oetker. Strafen und sichernde Massnahmen nach dem Vorentwurfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch. 1910 s. 6.

послѣдняго, присущъ всякому наказанію. И сколько мы можемъ представить себѣ отдѣльныхъ правовыхъ благъ личности, столько же мы можемъ представить себѣ и отдѣльныхъ видовъ наказаній: жизнь, тѣлесная неприкосновенность, свобода, имущество, правоспособность, честь — всѣ эти блага признавались, а нѣкоторыя изъ нихъ и теперь признаются годными объектами карательнаго воздѣйствія. И, конечно, не можетъ быть сомнѣнія въ существованіи этого момента вторженія въ сферу правовыхъ благъ личности въ такихъ мѣрахъ, какъ смертная казнь, тѣлесное наказаніе, лишеніе свободы въ разныхъ его видахъ, денежное взысканіе и лишеніе или ограниченіе правъ—словомъ въ огромномъ большинствѣ наказаній, а для весьма многихъ карательныхъ системъ для всѣхъ вообще наказаній. Вездѣ здѣсь мы видимъ извѣстное правовое благо, которое является объектомъ карательнаго воздѣйствія и которое отнимается или умаляется посредствомъ наказанія; и соотвѣтственно каждому изъ приводимыхъ наказаній мы можемъ представить деликтъ, посягающій на то же правовое благо, что и наказаніе.

Однако съ другой стороны возникаетъ сомнѣніе, является ли такая мѣра, какъ выговоръ, извѣстный нѣкоторымъ современнымъ карательнымъ системамъ [1]), тоже нарушеніемъ правовыхъ благъ личности, и можно ли признавать за этой мѣрой характеръ наказанія. Сомнѣнія въ этомъ отношеніи высказываются какъ въ нашей, такъ и въ иностранной литературѣ, причемъ нѣкоторые писатели, не усматривая въ выговорѣ лишенія или умаленія правовыхъ благъ и считая его все-таки наказаніемъ, не находятъ въ виду этого возможнымъ опредѣлять вообще наказаніе, какъ лишеніе или умаленіе правовыхъ благъ. Это мы находимъ напр. у Познышева, который говоритъ, что наказаніе „заключается обыкновенно въ лишеніи извѣстнаго блага или въ ограниченіи пользованія благомъ. Однако, прибавляетъ онъ, существуютъ и такія карательныя мѣры, которыя не представляютъ собой ни лишенія извѣстнаго блага, ни ограниченія въ пользованіи какимъ-либо благомъ, таковъ напр. выговоръ“ [2]). Поэтому то онъ и опредѣляетъ наказаніе, какъ воздѣйствіе на личность. Но, какъ указано будетъ дальше, и въ отношеніи выговора мы можемъ указать опредѣленное правовое благо, которое служитъ объектомъ карательной дѣятельности, вслѣдствіе чего мы и можемъ вообще

---

[1]) Выговоръ въ настоящее время извѣстенъ русскому, германскому, австрійскому, испанскому, португальскому и италіанскому уложеніямъ.

[2]) Познышевъ в. с. стр. 335.

оставаться при характеристикѣ наказанія, какъ отнятія или умаленія извѣстнаго правового блага.

Съ другой стороны мы находимъ въ современной литературѣ взглядъ на выговоръ, вообще отрицающій въ немъ наказаніе и признающій за нимъ характеръ мѣры дисциплинарной или воспитательно-педагогической. При этомъ одни писатели принципіально отрицаютъ за выговоромъ значеніе наказанія, другіе же выставляютъ этотъ взглядъ примѣнительно къ положительному (германскому или австрійскому) законодательству. Къ числу первыхъ относятся Ленингъ, Гельшнеръ и Гуго Мейеръ, къ числу послѣднихъ Ламмашъ, Кайзеръ и Гартманъ. По словамъ Ленинга, въ выговорѣ заключается „порицающее и предостерегающее указаніе на наказуемость дѣянія, при отказѣ отъ наказанія его“ [1]), Гельшнеръ же указываетъ, что выговору недостаетъ существеннаго свойства наказанія—„онъ отказывается отъ того, что существенно въ наказаніи, отъ принужденія, направляющагося на противуправную волю, и заключаетъ въ себѣ только заявленіе о нравственномъ осужденіи“ [2]); то же замѣчаетъ и Г. Мейеръ, указывая на то, что „выговоръ логически (begrifflich) меньше, чѣмъ наказаніе, въ немъ есть только объявленіе неодобренія поведенія, а въ наказаніи заключается зло“, однако, прибавляетъ онъ, въ позитивномъ правѣ онъ использованъ, какъ наказаніе [3]). Какъ видно, названные писатели отрицаютъ за выговоромъ природу наказанія, въ виду того, что они не находятъ въ немъ тѣхъ свойствъ, которыя съ ихъ точки зрѣнія вообще характеризуютъ наказаніе. Но если даже стоять напр. на той точкѣ зрѣнія, что наказаніе есть зло, то нельзя отрицать того, что и выговоръ заключаетъ въ себѣ этотъ элементъ, въ немъ содержится только зло психическое, а не физическое. Съ другой стороны въ немъ напр. заключается и моментъ принужденія; только въ противуположность другимъ наказаніямъ это принужденіе имѣетъ характеръ психическаго, а не физическаго воздѣйствія въ томъ смыслѣ, что подсудимый принуждается выслушать обращенное къ нему порицаніе его поступка. Наличность же въ выговорѣ элемента порицанія или предостереженія не можетъ быть основаніемъ для противуположенія выговора понятію наказанія, такъ какъ съ одной стороны, какъ мы увидимъ впослѣдствіи, безъ этого элемента не мыслимо вообще наказаніе (только онъ не относится къ

---

[1]) Loning. Grundriss s. 55.
[2]) Hälschner l. c. I. s. 604.
[3]) H. Meyer l. c. (1895) s. 378.

внѣшней его сторонѣ), а съ другой—предостереженіе заключается въ каждомъ правоохранительномъ средствѣ, поскольку это средство указывается въ качествѣ правового послѣдствія неправды.

Другіе писатели при рѣшеніи вопроса о природѣ выговора придаютъ особое значеніе мѣсту, занимаемому этой мѣрой въ общей системѣ законодательства. Такъ Ламмашъ, имѣя въ виду, что выговоръ не указанъ въ § 240 австр. угол. улож., гдѣ содержится общее перечисленіе наказаній, и что о немъ рѣчь идетъ только въ нѣкоторыхъ статьяхъ особенной части кодекса (§§ 414, 417 и 419), замѣчаетъ, что сомнительно, слѣдуетъ ли считать выговоръ наказаніемъ [1]). Кайзеръ же, указавъ на то, что выговоръ заключаетъ въ себѣ предостереженіе быть въ будущемъ болѣе внимательнымъ и что онъ не есть наказаніе, которое могъ бы чувственно воспріять преступникъ, обращаетъ вниманіе на мѣсто, занимаемое выговоромъ въ германскомъ уложеніи, и точно также подчеркиваетъ, что въ общемъ перечнѣ наказаній выговоръ въ немъ отсутствуетъ. Сверхъ того Кайзеръ въ доказательство правильности своей мысли приводитъ мотивы германскаго уложенія [2]). На той же точкѣ зрѣнія стоитъ Гартманъ, обращая особенное вниманіе на мѣсто, отведенное выговору въ системѣ германскаго уложенія [3]). По этому поводу слѣдуетъ замѣтить, что мѣсто, занимаемое той или другой мѣрой въ общей системѣ кодекса, какъ указано было уже раньше, не можетъ имѣть рѣшающаго значенія при выясненіи природы этой мѣры, такъ какъ законодатель можетъ и не имѣть надлежащаго представленія о ея правовой сущности. Онъ можетъ не упомянуть въ общемъ перечнѣ наказаній по какимъ-нибудь основаніямъ или даже случайно такую мѣру, которая несомнѣнно по своей природѣ ничѣмъ не отличается отъ помѣщенныхъ въ этомъ перечнѣ наказаній.

Обращаясь къ выясненію природы выговора, мы должны отмѣтить, что хотя современное уголовное законодательство отказывается отъ широкаго примѣненія этой мѣры, усматривая въ ней малую репрессивность, но это нисколько не отнимаетъ у этого наказанія его характера, какъ мѣры, заключающейся во вторженіи въ опредѣленное благо человѣка. По господствующимъ въ современной литературѣ воззрѣніямъ, выговоръ вполнѣ правильно разсматривается, какъ одно изъ устыдительныхъ наказаній,—онъ относится къ числу тѣхъ наказаній, которыя характеризуются,

---

[1]) Lammasch l. c. s. 48.

[2]) Kayser. Der Verweis (Allgemeine deutsche Strafrechtszeitung. 1871 s. 177).

[3]) Hartmann. Der Verweis im RSTGB (Allg. deut. Strafrechtszeitung 1872 s. 159).

какъ наказанія, направляющіяся на честь человѣка. Здѣсь благо чести является предметомъ карательнаго воздѣйствія [1]). И этотъ характеръ выговора, какъ наказанія, направляющагося противъ чести лица, особенно рельефно выступаетъ на первый планъ въ исторіи уголовнаго права. По словамъ Сергѣевскаго, въ старомъ нашемъ правѣ выговоръ выражался или въ грамотѣ, адресованной виновному или въ судебномъ приговорѣ—указѣ и сказкѣ— или заносился въ разрядныя книги. Формы выговора были весьма интенсивны: порицаніе выражалось въ рѣзкихъ, грубыхъ и бранныхъ словахъ [2]). Съ теченіемъ времени, естественно, выговоръ долженъ былъ утратить это свое внѣшнее проявленіе [3]). Современное государство мало-по-малу отказывается отъ этого наказанія по мѣрѣ того, какъ оно убѣждается, что благо чести не можетъ считаться по своему особенному характеру годнымъ средствомъ карательнаго воздѣйствія государства, и выговоръ выходитъ изъ употребленія въ качествѣ общаго наказанія [4]). Впрочемъ, въ на-

---

[1]) На этой точкѣ зрѣнія стоятъ напр. у насъ Фойницкій, относящій выговоръ къ пораженіямъ чести (в. с. стр. 164), Бѣлогрицъ-Котляревскій (в. с. стр. 301) и Кистяковскій, стоящій за расширеніе его примѣненія (в. с. стр. 798), а также большинство современныхъ нѣмецкихъ криминалистовъ (Гейеръ, Меркель, Листъ, Биндингъ); эту же его природу подчеркиваютъ и писатели, спеціально изслѣдовавшіе данное наказаніе: „der Übeltäter soll durch den Verweis an seiner Ehre gefasst werden" (Bocks, Wesen und Vollstreckung der gerichtlichen Verweises. 1906 s. 35); „...dass der Verbrecher sich vor sich selbst demütige" (Ellinger, Der Verweis im deutschen Reichsstrafrechte 1899 s. 47); „...Strafart, die sich an das Ehrgefuhl des Täters wendet" (Kieslich. Die Ehrenstrafen. 1911 s. 66). Особенно подробно характеризуетъ съ этой же точки зрѣнія выговоръ Нордшильдъ, находя, что выговоръ нѣчто большее, чѣмъ порицаніе (Missbilligung) „er ist ein Tadel, der auf das Schamgefuhl Einfluss hat und da er infolgedessen demütigend ist, auf das Ehrgefühl einwirkt... Der Verweis bringt nicht nur einen empfindlichen Nachteil, sondern auch eine Verletzung von Rechtsgütern, nämlich gerade der köstlichsten menschlichen Besitzung der Ehre, mit sich..." (Nordschild. Der Verweis im Strafrecht und Strafprozess. 1900 s. 22 u 26).

[2]) Сергѣевскій. Наказаніе въ русскомъ правѣ XVII в. 1888 стр. 282.

[3]) Ср. постановленіе Генеральнаго Регламента 1720 г. гл. XXVI: „не надлежитъ президентамъ... членовъ того коллегія... жестокими и чувственными словами укорять".

[4]) Въ современномъ русскомъ правѣ выговоръ примѣняется въ качествѣ общаго наказанія сравнительно рѣдко. Составители улож. о нак. исходили изъ того соображенія, что выговоры „особенно приличны въ тѣхъ случаяхъ, когда вина была послѣдствіемъ не злого умысла, а неразумія и незнанія обязанностей и когда впавшаго въ оную нужно только предостеречь для того, чтобы онъ впредь не дозволялъ себѣ никакого нарушенія порядка" (Проектъ улож. о нак. угол. и исправ. 1871 г. стр. LXII); сообразно съ этимъ выговоромъ въ улож. о нак. установленъ въ ст. 126, 1467, 1468, 1493, 1494, а также за нарушеніе по небрежности разныхъ профессіональныхъ обязанностей; та же мысль нашла себѣ выраженіе и въ ст. 9 уст. о нак., по которой выговоръ вообще назначается за проступки, совершенные безъ намѣренія. Въ угол. улож. 1903 г. выговоръ исчезаетъ, потому что Редакціонная

стоящее время нѣкоторые писатели предлагаютъ воскресить это наказаніе и сулятъ ему особую роль въ будущихъ уголовныхъ кодексахъ [1]) или же вообще стоятъ за расширеніе объема его примѣненія [2]).

Значеніе выговора, какъ мѣры, направленной противъ чести человѣка, особенно ясно въ той области, въ которой онъ и въ современномъ законодательствѣ находитъ довольно обширную сферу примѣненія—въ области отправленія т. н. дисциплинарнаго правосудія въ разныхъ его видахъ. Здѣсь безусловно бросается въ глаза характеръ выговора, какъ наказанія, позорящаго честь даннаго субъекта, какъ члена опредѣленной организаціи [3]).

Комиссія пришла къ убѣжденію объ излишествѣ этого наказанія въ общей лѣстницѣ наказаній, „такъ какъ съ одной стороны оно не заключаетъ въ себѣ никакой репрессивности, а съ другой и въ дѣйствующемъ правѣ, употребляясь по преимуществу (?!), какъ мѣра дополнительная, оно весьма рѣдко налагалось въ порядкѣ уголовнаго суда“ (Объяснит. записка къ проекту угол. улож. т. I, 1897 г. стр 35). Вмѣсто него появилось „внушеніе“, какъ особая мѣра педагогическаго воздѣйствія въ отношеніи несовершеннолѣтнихъ (ст 55 п. 3). Съ точки зрѣнія русскаго положительнаго права не подлежитъ сомнѣнію, что выговоръ есть наказаніе. Онъ помѣщенъ въ числѣ прочихъ общихъ наказаній въ лѣстницѣ наказаній улож. о нак. (ст. 30) и уст. о нак. (ст. 1); съ нимъ, какъ съ наказаніемъ общимъ, считается улож. о нак. при установленіи сроковъ давности уголовнаго преслѣдованія (ст. 158 п. 4).

[1]) Такъ относится къ этому наказанію напр. Ауеръ (Auer. Sociales Strafrecht 1903 s. 271), который видитъ въ немъ наказаніе будущаго, какъ наказаніе высоко развитого народа.

[2]) Напр. Gennat. Das Strafensystem und seine Reform, 1905 s. 49; это нашло себѣ отраженіе и въ проектахъ германскаго уложенія — официальномъ (§ 37) и контръ-проектѣ, составленномъ Листомъ, Калемъ, Лилиенталемъ и Гольдшмидтомъ (§ 67).

[3]) Такъ, если мы обратимся къ разсмотрѣнію природы выговора, примѣняемаго въ отношеніи служащихъ, то мы можемъ замѣтить его значеніе, какъ мѣры, направляющейся противъ служебной чести человѣка. Наше право, какъ извѣстно, различаетъ въ примѣненіи къ служащимъ выговоры со внесеніемъ въ послужные списки и безъ этого (ст. 65 п. 6 и 8 улож. о нак.). Первая кара представляется пожизненной въ томъ смыслѣ, что вообще отмѣтки о наложенныхъ наказаніяхъ, внесенныя въ послужные списки, не подлежатъ исключенію изъ списковъ (ст. 814 уст. о сл. гражд.), и лица, подвергшіяся подобному взысканію, навсегда лишаются права на полученіе знака безпорочной службы (ст. 571 учр. орд.). Что же касается второй кары, то, хотя она и не имѣетъ такого значенія, какъ предыдущая, но она тоже соединена съ извѣстнымъ воздѣйствіемъ на служебную честь лица, такъ какъ въ аттестаты лицъ, увольняемыхъ въ отставку, должны вноситься не только свѣдѣнія, взятыя изъ общаго послужного списка, но въ нихъ помѣщаются еще выговоры, налагаемые на служащихъ за упущенія не по суду, а въ административномъ порядкѣ въ теченіе года (ст. 821 уст. о служ.). Такой же характеръ имѣетъ несомнѣнно и выговоръ, налагаемый на присяжныхъ повѣренныхъ (ст. 368 п. 2 у. с.у).

§ 5. Посколько мы признаемъ, что наказаніе, какъ видъ правоохранительныхъ средствъ, заключаетъ въ себѣ отнятіе у человѣка принадлежащаго ему правового блага или умаленіе его, мы должны сказать, что всѣ тѣ мѣры, которыя этого элемента въ себѣ не заключаютъ, не являются наказаніемъ, хотя бы примѣненіе ихъ и вызывалось наличностью преступнаго дѣянія.

Такъ мы должны относиться къ такой мѣрѣ, какъ условное осужденіе. Условное осужденіе, въ которомъ имѣется отказъ отъ немедленнаго назначенія или немедленнаго приведенія въ исполненіе назначеннаго наказанія, въ силу одного этого обстоятельства не должно уже считаться наказаніемъ. Какъ вѣрно замѣчаетъ Бури „наказаніе, которое не исполняется, не есть вообще наказаніе“ [1]). Но условное осужденіе и по внѣшнему своему выраженію не заключаетъ въ себѣ того вторженія въ сферу правовыхъ благъ личности, которое вообще характеризуетъ наказаніе. Въ самомъ дѣлѣ, условно осужденный ставится въ извѣстность, что въ случаѣ неисполненія имъ возложенныхъ на него спеціальныхъ обязанностей, или же въ случаѣ совершенія имъ новыхъ преступленій въ точно указанный срокъ, онъ будетъ (или же можетъ быть) наказанъ за то дѣяніе, наказаніе за которое въ настоящее время или не назначается или же не приводится въ исполненіе. Надъ нимъ лишь виситъ угроза подвергнуться той отвѣтственности, которая вытекаетъ изъ факта учиненія имъ однажды преступнаго дѣянія. Но наличность такой угрозы еще не превращаетъ данную мѣру въ наказаніе, такъ какъ тогда пришлось бы въ каждой угрозѣ наказаніемъ усматривать уже самое наказаніе.

Нужно однако замѣтить, что такой взглядъ на природу условнаго осужденія, отрицающій за нимъ значеніе наказанія, поддерживается сравнительно немногими криминалистами, притомъ одни изъ нихъ усматриваютъ въ условномъ осужденіи видъ помилованія, другіе—условное оправданіе, третьи—мѣру государственнаго вознагражденія за добропорядочное поведеніе, четвертые — мѣру соціальной защиты, пятые — видъ погашенія наказанія. Первая точка зрѣнія высказывается напр. Ашроттомъ [2]), Розенфельдомъ [3]),

---

[1]) Buri. Determinismus und bedingte Verurteillung (Gerichtssaal. B. XLVI 1892. s. 321).

[2]) Aschrott. Ersatz kurzzeitiger Freiheitsstrafe. 1889 s. 44.

[3]) Rosenfeld. Welche Strafmittel können an der Stelle der kurzzeitigen Freiheitsstrafe gesetzt werden? 1890 s. 148: „...die Aussetzung der Strafvollstreckung Gnadensakt ist“.

Геннатомъ [1]) и Алльфельдомъ [2]). Ее, дѣйствительно, можно защищать въ примѣненіи къ той формѣ, въ какую вылилось условное осужденіе въ нѣкоторыхъ германскихъ государствахъ, гдѣ имѣется институтъ условнаго помилованія [3]). Но та форма условнаго осужденія, которая существуетъ въ другихъ странахъ и которая является актомъ судебной дѣятельности, не можетъ быть понимаема, какъ помилованіе, если мы не хотимъ отклоняться отъ строго юридическаго пониманія послѣдняго. Другая точка зрѣнія находитъ, что условное осужденіе есть условное оправданіе — absolution conditionnelle, по опредѣленію Перрена [4]) и bedingte Strafloserklärung od. Freisprechung, по опредѣленію Игнаціуса [5]). Однако взглядъ Перрена не обнимаетъ всѣхъ формъ выраженія условнаго осужденія, такъ какъ иногда условное осужденіе конструируется такимъ образомъ, что при благопріятномъ истеченіи періода испытанія отсроченное наказаніе разсматривается, какъ отбытое (напр. въ норвежскомъ правѣ). Этого избѣгаетъ Игнаціусъ, сопоставляя вмѣстѣ и освобожденіе отъ наказанія и оправданіе. Но характеризовать условное осужденіе, какъ оправданіе, мы вообще не можемъ уже по одному тому, что въ основаніи назначенія его лежитъ обвинительный, а не оправдательный приговоръ. Взглядъ на условное осужденіе, какъ на госу-

---

[1]) Gennat. Gutachten für die Vereinsversammlung (Blätter für Gefängnisskunde B. XXVII. 1893. s. 461) „dass aber Straferlass, sei er auch an Bedingungen geknüpft, Gnade ist, sollte ernstlich von niemand bestritten".

[2]) Allfeld. Der bedingte Straferlass. 1902 s. 15 u. 25 — „ein Akt der Begnadigung".

[3]) Противъ этого общепринятаго взгляда высказывается Тимашевъ (Условное осужденіе, 1914 г. стр. 265), указывая на то, что „примѣненіе отсрочки наказанія при такъ называемомъ помилованіи допустимо только при наличности извѣстныхъ въ юридическихъ нормахъ указанныхъ обстоятельствъ. Отсрочка и въ Германіи дается не верховной властью, а органами подчиненными... Правда, они дѣйствуютъ не въ силу закона, а какъ бы по делегаціи монархомъ своего права, но и тутъ делегація совершается не отдѣльными произвольными актами, а юридической нормой, только не закономъ въ формальномъ смыслѣ, а указомъ (т. е. все-таки закономъ въ матеріальномъ смыслѣ). Такимъ образомъ, являясь дѣятельностью органовъ подчиненнаго управленія и при томъ дѣятельностью подзаконной, примѣненіе условнаго помилованія не можетъ быть сближаемо съ актомъ помилованія". Но по поводу этого взгляда мы должны замѣтить, что поскольку признается, что органы подчиненные примѣняютъ условное помилованіе въ силу делегаціи имъ монархомъ своего права, этимъ уже признается природа условнаго помилованія, именно какъ помилованія. Вопросъ же о томъ, какимъ путемъ эта делегація установляется, для юридической природы разсматриваемаго института значенія имѣть не можетъ.

[4]) Perrin. De la remise conditionnelle des peines. 1904 p. 156.

[5]) Ignatius. Die juristische Natur der bedingten Verurteilung (Z. XXIII. 1903 s. 226).

дарственное вознагражденіе за добропорядочное поведеніе, высказываетъ Эткеръ, указывающій на то, что государство наряду съ карательнымъ возмездіемъ въ извѣстныхъ случаяхъ осуществляетъ возмездіе награждающее; проявленіе этой дѣятельности государства Эткеръ и усматриваетъ въ условномъ осужденіи [1]), поскольку въ немъ заключается отпаденіе наказанія въ силу благопріятнаго истеченія отсрочки осужденія или наказанія. Но такое рѣшеніе вопроса касается не установленія правовой природы самаго условнаго осужденія, а правовой оцѣнки благопріятнаго результата примѣненія этой мѣры [2]). Вопросъ же о томъ, можно ли въ окончательномъ непримѣненіи наказанія при благопріятномъ истеченіи періода испытанія видѣть награду, возбуждаетъ самъ по себѣ большія сомнѣнія [3]). Нельзя, наконецъ, согласиться и со взглядомъ, выставленнымъ Ленцомъ, видящимъ въ условномъ осужденіи мѣру соціальной защиты [4]): посколько мѣры соціальной защиты, съ внѣшней стороны, заключаютъ въ себѣ тотъ же моментъ вторженія въ сферу правовыхъ благъ, что и наказаніе, приходится признавать этотъ взглядъ такимъ же неправильнымъ, какъ и взглядъ на то, что условное осужденіе есть не что иное, какъ наказаніе.

Болѣе правильно характеризуютъ условное осужденіе тѣ писатели, которые находятъ въ немъ видъ погашенія наказанія, именно условное его погашеніе. На этой точкѣ зрѣнія въ иностранной литературѣ стоятъ Ламмашъ [5]), Готье [6]) и составители проекта швейцарскаго уголовнаго уложенія, которые объ условномъ осужденіи говорятъ въ главѣ, спеціально посвященной „отпаденію наказанія“ (§ 61 швейц. улож. 1908 г.); въ нашей литературѣ этотъ взглядъ проводится напр. Фойницкимъ, посколько

---

[1]) Oetker. Strafe und Lohn (Gerichtssaal B 70 s. 336 eff.). Вслѣдъ за Эткеромъ такую же точку зрѣнія развиваетъ Шюли (Schühly. Kritische Darstellung der Strafen und sichernden Massnahmen des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch. 1912 s. 8), говоря о sog. belohnende Massnahmen.

[2]) Этимъ, очевидно, и объясняется то, что Эткеръ въ то же время высказываетъ взглядъ на условное осужденіе, какъ на наказаніе (Oetker. Rechtsgüterschutz s 567).

[3]) См. въ этомъ отношеніи соображенія, высказываемыя Тимашевымъ (в. с. стр. 290).

[4]) Lenz. Die anglo-amerikanische Reformbewegung im Strafrecht 1908 s 190.

[5]) Lammasch. Empfiehlt sich die Einführung der bedingten Verurteilung in die Strafgesetzgebung der übrigen Länder und unter welchen Voraussetzungen? (Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung. B. I. s. 34).

[6]) Gautier. A propos de la condamnation conditionnelle (Revue pénale suisse. II 1890 p. 316): „une mode spéciale d'extinction de la peine“; онъ однако сближаетъ условное осужденіе съ давностью, съ чѣмъ согласиться нельзя.

онъ именуетъ условное осужденіе „погасительной отсрочкой наказанія“ и разсматриваетъ его, какъ процессуальный институтъ [1]), а также Сергѣевскимъ, который въ условномъ осужденіи видитъ одинъ изъ случаевъ погашенія наказанія [2]). Такая же точка зрѣнія проводится, повидимому, и Таганцевымъ, судя по мѣсту, отводимому имъ этому институту въ общей системѣ изложенія уголовнаго права (условное осужденіе, какъ видъ отсрочки исполненія наказанія) [3]), а также Познышевымъ, который находитъ, что къ обстоятельствамъ, погашающимъ уголовную отвѣтственность, близко стоитъ институтъ условнаго осужденія [4]). Точнѣе данный взглядъ на сущность условнаго осужденія формулируется Тимашевымъ, усматривающимъ въ этомъ институтѣ „погасительную пріостановку карательной дѣятельности государства“ [5]), сущность которой опредѣляется, какъ „своеобразное измѣненіе матеріальнаго юридическаго отношенія между государствомъ и преступникомъ, измѣненіе, не затрагивающее рода и размѣра карательнаго права, но превращающее это послѣднее изъ абсолютнаго въ суспенсивно-условное“ [6]).

Однако большинство криминалистовъ смотритъ на условное осужденіе, какъ на наказаніе, приводя различныя обоснованія этого взгляда. Одни изъ нихъ указываютъ на то, что условное осужденіе есть вообще то зло или то страданіе, которое, по ихъ мнѣнію, должно характеризовать всякое наказаніе, и это зло они усматриваютъ или въ той угрозѣ наказаніемъ, которая виситъ надъ условно осужденнымъ, или же въ томъ особомъ режимѣ, которому онъ подлежитъ; другіе отождествляютъ условное осужденіе съ выговоромъ наконецъ, третьи придаютъ особое значеніе для характеристики этой мѣры самому факту постановленія приговора. Первая точка зрѣнія проводится напр. въ нѣмецкой литературѣ Гиппелемъ [7]), Симонсономъ [8]) и Эткеромъ [9]), а во

[1]) Фойницкій. Курсъ уголовнаго судопроизводства т. II 1910 г. стр. 547.

[2]) Сергѣевскій в. с. стр. 377.

[3]) Таганцевъ в. с. стр. 1392.

[4]) Познышевъ. Ученіе о карательныхъ мѣрахъ и мѣрѣ наказанія. 1908 г. стр. 176.

[5]) Тимашевъ в. с. стр. 3.

[6]) Тамъ же стр. 256.

[7]) Hippel, Die Vorschläge zur Einführung der bedingten Verurteilung in Deutschland (Gerichtssaal B. 43. s. 116).

[8]) Simonson. Fur die bedingte Verurteilung. 1890 s. 15.

[9]) Oetker l. c. s. 567: „die der Tat an sich angemessene Strafe wird ausgesprochen und es steht der Übeltäter warend der Bewährungsfrist unter dem Banne dieser Strafdrohung. Darin, nicht schon in der Feststellung der Tat... in der Unannehmlichkeit öffentlicher Handlung... liegt eine Strafe“.

французской—„отцомъ“ условнаго осужденія Беранже [1]); въ нашей же литературѣ ея придерживаются Есиповъ и Піонтковскій. По словамъ Есипова, условное осужденіе является институтомъ, дополняющимъ собой лѣстницу наказаній: „оно является такъ сказать первымъ ея членомъ, низшей ея мѣрой“ [2]). Болѣе же подробно останавливается на этомъ вопросѣ Піонтковскій, который замѣчаетъ слѣдующее: „Условное осужденіе есть наказаніе. Страданіе условнаго осужденія состоитъ въ наличности такихъ фактовъ, какъ произнесеніе обвинительнаго приговора и характеръ испытательнаго режима, создающій для условно осужденнаго невыгодное сравнительно съ людьми, суду не подвергавшимися, положеніе... Это наказаніе заключается въ воздѣйствіи на преступнаго агента путемъ страха передъ неминуемымъ наступленіемъ извѣстнаго зла и надежды на избавленіе отъ послѣдняго“ [3]). Но что касается угрозы, висящей надъ условно осужденнымъ, то, какъ было уже выше указано, въ ней мы не находимъ ничего такого, чего бы не было въ обыкновенной угрозѣ наказаніемъ: всякій человѣкъ долженъ знать, что въ случаѣ совершенія преступленія, онъ можетъ подвергнуться наказанію, и условное осужденіе ничего новаго въ этомъ отношеніи не создаетъ [4]). Что же касается особаго характера испытательнаго режима, который установляется въ нѣкоторыхъ законодательствахъ въ отношеніи лицъ, подвергающихся условному осужденію, и который выражается напр. въ томъ, что послѣднія находятся на попеченіи у особаго должностного лица, то это обстоятельство само по себѣ еще не дѣлаетъ условное осужденіе наказаніемъ, здѣсь мы имѣемъ дѣло съ опекой, которая не является вовсе правоохранительнымъ средствомъ, а тѣмъ болѣе наказаніемъ, какъ бы она ни была стѣснительна сама по себѣ. Наконецъ, что касается другихъ стѣснительныхъ элементовъ, которые сопровождаютъ режимъ условнаго осужденія (напр. обязанность пребыванія въ извѣстной мѣстности), то подобныя мѣры должны быть разсматриваемы самостоятельно

---

[1]) Bérenger. Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Bérenger (Revue pénitentiaire. 1890 p. 402): cette ménace si longtemps suspendue, est assurément une peine“.

[2]) Есиповъ, в. с. стр. 511. Ср. Prins. l. c. p. 405, который тоже помѣщаетъ условное осужденіе въ систему наказаній.

[3]) Піонтковскій. Объ условномъ осужденіи. 1904 г. стр. 102—107.

[4]) Совершенно правильно замѣчаетъ по этому поводу Перренъ: „si l'on admet que le sursis... est une peine morale, on est logiquement obligé d'admettre que tout le monde exécute continuellement une peine d'ordre moral...“ (Perrin l. c. p. 153); ср. замѣчаніе Тимашева (в. с. стр. 275) о томъ, что эта угроза отличается отъ общей угрозы закона только количественно, а не качественно.

отъ условнаго осужденія—въ нихъ вовсе не выражается сущность этого института; какова же природа этихъ дополнительныхъ мѣропріятій, сопровождающихъ назначеніе условнаго осужденія, это вопросъ совершенно особый, не связанный съ вопросомъ о природѣ условнаго осужденія.

Съ другой стороны наказаніе въ условномъ осужденіи усматривается нѣкоторыми писателями въ томъ, что эта мѣра есть своего рода выговоръ. Эта точка зрѣнія высказывается напр. въ нѣмецкой литературѣ Зейффертомъ и Цюрхеромъ, а въ нашей Рубиновскимъ и Гогелемъ. Зейффертъ прямо находитъ, что условное осужденіе есть выговоръ [1]), Цюрхеръ же видитъ въ условномъ осужденіи не простой выговоръ, а усиленный (verstärkter Verweis) [2]); далѣе Рубиновскій говоритъ [3]), что условное осужденіе есть „наказаніе болѣе строгое, чѣмъ замѣчаніе, выговоръ.... и менѣе строгое, чѣмъ арестъ, тюрьма. Условное осужденіе по существу = безусловному выговору + условный арестъ (штрафъ). . . оно представляетъ собой соединеніе давнымъ давно извѣстныхъ родовъ наказанія. . . при „условномъ осужденіи“ осужденный при извѣстныхъ условіяхъ освобождается отъ второй части приговора (заключенія, штрафа), послѣ того, какъ отбылъ первую часть приговора (публичное осужденіе и порицаніе)“. Наконецъ, Гогель указываетъ, что условное осужденіе есть наказаніе, такъ какъ внушеніе входитъ въ этотъ институтъ, какъ необходимый составной элементъ [4]) По поводу подобнаго пониманія условнаго осужденія надо замѣтить, что, дѣйствительно, существуютъ такія формы выраженія условнаго осужденія въ законодательствѣ, при которыхъ примѣненіе этой мѣры сопровождается назначеніемъ выговора, но въ такомъ случаѣ ясно бросается въ глаза то, что въ самомъ по себѣ условномъ осужденіи этого момента выговора не заключается. Къ тому же, какъ вѣрно указываетъ Тимашевъ, при той формѣ, которую принимаетъ выговоръ въ случаяхъ комбинаціи съ условнымъ осужденіемъ, становится сомнительнымъ карательный его характеръ: „ближайшее разсмотрѣніе законодательныхъ текстовъ и судебной практики показываетъ намъ, что выговоръ пріобрѣтаетъ тутъ характеръ разъясненія виновному неправильности его поведенія, а

---

[1]) Seuffert. Ist die bedingte Verurteilung im Strafrecht einzuführen? (Verhandlungen des XXI Deutschen Juristentags. 1890. I, s. 257).

[2]) Zürcher. Uber die bedingte Verurteilung (Verhandlungen des schweizerischen Vereins für Straf-und Gefängniswesen. 1901 s. 73).

[3]) Рубиновскій. Объ „условномъ осужденіи“ 1908 г. стр. 4—5.

[4]) Гогель. О желательности и возможности введенія въ Россіи института условнаго осужденія (Ж. М. Ю. 1897 г. № 7, стр. 36 прим.).

еще больше сущности примѣняемой къ нему мѣры и послѣдствій неисполненія ставимыхъ ему условій. Иными словами въ этихъ случаяхъ выговоръ представляется лишь особенно торжественной формой объявленія приговора, скорѣе процессуальной мѣрой, чѣмъ наказаніемъ" [1]). Если же придавать вообще условному осужденію значеніе выговора или порицанія, то этимъ приходится отмѣчать въ немъ такой моментъ, который въ немъ самомъ не имѣется. Порицаніе или выговоръ слѣдуетъ усматривать не въ томъ моментѣ, который совпадаетъ съ указаніемъ на то, что назначенное наказаніе подлежитъ отсрочкѣ, а въ моментѣ самаго вынесенія приговора, т. е. указанія на то, что такое то лицо признается виновнымъ въ такомъ то дѣяніи. Но подобнаго рода осужденіе можетъ заключаться въ любомъ случаѣ вынесенія обвинительнаго приговора, независимо оттого, будетъ ли онъ затѣмъ приведенъ въ исполненіе или нѣтъ. Здѣсь порицаніе лежитъ не въ условномъ осужденіи, какъ особомъ институтѣ, а въ судебномъ приговорѣ.

Наконецъ, признакъ наказанія усматривается въ условномъ осужденіи не въ моментѣ направленной на преступника угрозѣ, не въ характерѣ испытательнаго режима и не въ выговорѣ, будто-бы заключающемся въ условномъ осужденіи, а въ самомъ постановленіи приговора. На такой точкѣ зрѣнія стоитъ Листъ. Онъ замѣчаетъ, что карательное содержаніе (Strafinhalt) лежитъ въ первой составной части условнаго осужденія—въ постановленіи приговора съ (резолютивно) условной отсрочкой наказанія. По его мнѣнію, это несомнѣнно въ томъ случаѣ, когда примѣненіе условнаго осужденія соединяется съ выговоромъ, такъ какъ объявленіе выговора есть исполненіе назначеннаго наказанія, но то же слѣдуетъ признать и тогда, когда выговоръ не присоединяется къ условному осужденію, потому что тогда, замѣчаетъ онъ, не только въ выраженномъ въ приговорѣ осужденіи дѣянія, но и въ созданномъ отсрочкой „состояніи висѣнія" (Schwebezustand) заключается для осужденнаго зло, которое онъ, смотря по обстоятельствамъ, чувствуетъ острѣе, чѣмъ исполненіе незначительнаго денежнаго взысканія или лишенія свободы и даже выговора [2]). На той же точкѣ зрѣнія стоитъ Мокринскій, по мнѣнію котораго, наказаніе распредѣляется на два акта—на присужденіе къ наказанію съ предшествующимъ ему тяжелымъ состояніемъ нахожденія подъ судомъ и слѣдствіемъ, во-первыхъ, и на выпол-

---

[1]) Тимашевъ в. с. стр. 268.

[2]) Liszt. Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung (V. D. Allg. Teil. B. III. 1908 s. 89).

неніе приговора надъ осужденнымъ преступникомъ во-вторыхъ; „одно нахожденіе подъ судомъ, судимость, признаніе по суду виновнымъ, переживается, какъ страданіе", а это для названнаго писателя въ данномъ случаѣ является достаточнымъ признакомъ наказанія, въ виду чего и условное осужденіе онъ считаетъ настоящимъ наказаніемъ [1]).

Останавливаясь на оцѣнкѣ этого взгляда, мы должны сказать, что здѣсь карательный характеръ условнаго осужденія прежде всего усматривается въ томъ, что имѣется на лицо произнесеніе обвинительнаго приговора. Но самъ по себѣ обвинительный приговоръ, не является еще наказаніемъ. Правда, въ литературѣ высказывается иногда мысль о томъ, что репрессія преступленія начинается задолго до примѣненія наказанія [2]), но надо замѣтить, что если мы и признаемъ репрессивное значеніе той или иной мѣры, то только по одному этому моменту мы еще не можемъ считать ее наказаніемъ. Нельзя не признавать напр. репрессивнаго значенія за общей уголовной угрозой, но это не даетъ намъ права видѣть въ такой угрозѣ наказаніе. Само же выраженіе „репрессія", которое въ подобномъ случаѣ употребляется, обозначаетъ не наказаніе, а не что иное, какъ общую превенцію, которая безспорно заключается и въ фактѣ существованія угрозы наказаніемъ и въ совокупности всѣхъ процессуальныхъ мѣропріятій, направленныхъ на установленіе виновности извѣстнаго лица въ учиненномъ преступленіи,—все это должно оказывать извѣстное вліяніе на народную психику и тѣмъ предупреждать

---

[1]) Мокринскій. Условное осужденіе и Государственный Совѣтъ. „Право" 1910 г. № 30 стр 1838.

[2]) Какъ замѣчаетъ Еллинекъ (в. с. стр. 173) „государственная репрессія психологическихъ послѣдствій неправды не начинается только фактическимъ назначеніемъ наказанія уже осужденному преступнику; всѣ учрежденія, которыя существуютъ, чтобы подвергнуть нарушителя правовой нормы окончательной карѣ, участвуютъ въ репрессивномъ дѣйствіи"; тоже мы видимъ у Бара (Bar. Handbuch s. 320) и у Гейнце (Heinze. l. c. s. 326); ср. также Владимировъ (Уголовный законодатель, какъ воспитатель народа, 1903 г. стр. 95): „наказаніе для человѣка, еще не признаннаго виновнымъ, начинается съ момента привлеченія его къ слѣдствію въ качествѣ обвиняемаго". Сюда же относится недавно высказанный Краузомъ (Kraus l. c. s. 63) взглядъ о необходимости проводить различіе между конкретнымъ наказаніемъ (Strafvorgang) и самымъ институтомъ наказанія (Strafinstitution), подъ которымъ онъ разумѣетъ „всѣ общественныя или государственныя учрежденія, которыя имѣютъ цѣлью поддерживать карательную безопасность (Strafsicherheit)", понимаемую имъ, какъ „обезпеченіе того, что злодѣянія извѣстнаго тяжкаго рода, по крайней мѣрѣ, въ видѣ общаго правила найдутъ свое наказаніе". Къ „институту наказанія" въ указанномъ смыслѣ онъ относитъ полицію, прокуратуру, присяжныхъ судей и т. д.

преступленія. Къ тому же, если усматривать наказаніе въ самомъ уголовномъ процессѣ, то пришлось бы говорить о наказаніи невиновныхъ, если процессъ закончился оправданіемъ подсудимыхъ или освобожденіемъ ихъ отъ угрожавшаго имъ наказанія. Съ другой стороны нужно имѣть въ виду, что если въ обвинительномъ приговорѣ въ частности слѣдуетъ усматривать наказаніе, то окажется, что если этотъ приговоръ не будетъ приведенъ въ исполненіе вслѣдствіе помилованія, все-таки мы должны будемъ признать, что наказаніе здѣсь осуществилось, другими словами получится одновременно и наказаніе и ненаказаніе виновника даннаго преступленія. Смѣшивать осужденіе съ наказаніемъ такимъ образомъ нельзя. Интересно при этомъ отмѣтить, что самъ Листъ выставивъ положеніе о томъ, что наказаніе въ условномъ осужденіи заключается въ постановленіи приговора, затѣмъ счелъ нужнымъ подчеркнуть въ этой мѣрѣ и иные элементы, которые именно и характеризуютъ ее, какъ наказаніе—въ концѣ концовъ онъ видитъ въ ней то же зло, что и въ другихъ наказаніяхъ. Очевидно, для него самый фактъ постановленія приговора все-таки еще не является рѣшающимъ для признанія условнаго осужденія наказаніемъ. У Мокринскаго же условное осужденіе, какъ наказаніе, характеризуется нѣсколько иначе, чѣмъ всякое другое наказаніе. Тамъ требуются вообще два элемента, здѣсь же достаточно одного[1]). И не показываетъ ли уже одно это, что и для Мокринскаго условное осужденіе скорѣе должно было бы быть не наказаніемъ, а чѣмъ нибудь инымъ?

Наконецъ, въ пользу признанія за условнымъ осужденіемъ характера наказанія приводятся еще соображенія такого рода. Указывается напр. на то, что при условномъ осужденіи отсрочка можетъ не распространяться на дополнительныя наказанія, которыя тогда приводятся въ исполненіе сами по себѣ, между тѣмъ это было бы логически невозможно, еслибы самая отсрочка не являлась наказаніемъ (Эткеръ). Но противъ этого соображенія Эткера, которое вполнѣ раздѣляется Листомъ, слѣдуетъ выдвинуть то соображеніе, что бываютъ случаи, когда извѣстныя наказанія, которыя по своей идеѣ должны быть примѣняемы именно въ дополненіе къ другимъ главнымъ, тѣмъ не менѣе примѣняются безъ нихъ. Таковъ напр. по нашему угол. улож. 1903 г. случай погашенія за давностью главнаго наказанія, не распространяющійся на наказаніе дополнительное (ст. 69), или же тотъ случай, когда при нѣкоторыхъ преступленіяхъ по нашему законодательству освобож-

[1]) См. выше стр. 12.

деніе отъ наказанія за давностью, примиреніемъ или помилованіемъ не распространяется на лишеніе избирательныхъ правъ въ законодательныя учрежденія (ст. 10 Пол. о выб. въ Госуд. Думу); здѣсь дополнительное наказаніе сохраняетъ свою силу въ то время, какъ главное погашено, и примѣняется независимо отъ него. Другое соображеніе, выдвинутое Кауфгольдомъ, заключается въ указаніи на то, что условно осужденный все-таки разсматривается, какъ наказанный, даже въ случаѣ благопріятнаго истеченія періода испытанія, что принимается напр. во вниманіе при рецидивѣ [1]). Относительно этого взгляда слѣдуетъ замѣтить, что подобное положеніе существуетъ не во всѣхъ формахъ условнаго осужденія, но даже и тамъ, гдѣ послѣднее принимаетъ такое выраженіе, его наличность сама по себѣ еще не говоритъ въ пользу признанія за условнымъ осужденіемъ наказанія. Вѣдь при рецидивѣ нерѣдко въ отдѣльныхъ законодательствахъ, въ томъ числѣ и въ нашемъ (ст. 131 ул. о наказ., ст. 14 уст. о нак.), принимается во вниманіе не только предшествующее отбытіе наказанія, но вообще предшествующее осужденіе. Поэтому рецидивистомъ можетъ быть признанъ и тотъ, кто, бывъ осужденъ, былъ помилованъ и впослѣдствіи снова совершилъ преступленіе. Однако изъ этого факта не дѣлается же выводъ, что помилованіе является тоже наказаніемъ.

Наконецъ, въ заключеніи нужно вообще замѣтить, что если мы будемъ понимать условное осужденіе въ качествѣ наказанія, то придется признать возможность примѣненія двухъ наказаній за одно и то же преступленіе: одно наказаніе въ видѣ условнаго осужденія, а другое—то, которое будетъ отбываться вмѣстѣ съ наказаніемъ за вновь учиненное въ періодъ испытанія преступленіе. При этомъ нужно, имѣть въ виду, что, въ случаѣ благопріятнаго протеченія періода испытанія наказаніе, грозившее виновному, въ однихъ законодательствахъ разсматривается, какъ отбытое, въ другихъ, какъ бы не бывшее. Но и въ томъ и другомъ случаѣ, при признаніи условнаго осужденія наказаніемъ, мы должны будемъ придти къ неудовлетворительнымъ выводамъ. Если непримѣненное наказаніе разсматривается, какъ отбытое, то окажется, что виновный отбылъ два наказанія: и то, которое ему было назначено, и то, которое именуется условнымъ осужденіемъ, причемъ въ дѣйствительности было отбыто одно наказаніе; изъ факта же его отбытія дѣлается выводъ объ отбытіи и другого. Если же непримѣненное наказаніе разсматривается, какъ не бывшее,

---

[1]) Kaufhold. Bedingte Verurteilung und administrative Begnadigung. 1902 s. 14.

то все-таки мы имѣемъ фактъ отбытія другого наказанія—условнаго осужденія. Таковы тѣ несообразности, къ которымъ приходится придти, если признать, что условное осужденіе есть наказаніе, и въ общей оцѣнкѣ этого взгляда можно вполнѣ согласиться съ Вахомъ, который говоритъ, что тотъ, кто называетъ условное осужденіе наказаніемъ, смѣшиваетъ осужденіе съ наказаніемъ [1]).

Итакъ, наказаніе, какъ принудительное правоохранительное средство, особымъ видомъ котораго оно является, заключается въ вторженіи въ сферу правовыхъ благъ личности, и тамъ, гдѣ мы такого вторженія усмотрѣть не можемъ, мы не можемъ вмѣстѣ съ тѣмъ говорить о наказаніи, какъ бы мы ни находили наличность репрессивнаго значенія въ той или иной мѣрѣ.

Глава III.

Наказаніе, какъ правовое послѣдствіе неправды.

§ 1. Какъ указано было уже раньше, среди правоохранительныхъ средствъ выдѣляются прежде всего такія мѣры, которыя предпринимаются для предупрежденія неправды и которыя въ силу этого именуются предупредительными мѣрами; но наряду съ ними во всякомъ общеніи людей встрѣчаются, притомъ въ несравненно большемъ количествѣ, такія правоохранительныя средства, которыя имѣютъ въ виду не грозящую лишь въ будущемъ неправду, а неправду, которая начала уже совершаться или уже совершилась [2]).

Эти правоохранительныя средства отличаются по своему внутреннему содержанію большимъ разнообразіемъ, дающимъ возможность различать среди нихъ совершенно самостоятельные по своему значенію институты, но всѣ они объединяются въ одну группу по чисто внѣшнему моменту—всѣ они вызываются не возможной лишь въ будущемъ, а уже существующей неправдой —

---

[1]) Wach. l. c. s. 74 n. 5.

[2]) Не нужно забывать, что противуправнымъ дѣяніе признается не только тогда, когда оно уже выполнено, но и тогда, когда оно начато выполненіемъ, предварительныя стадіи противузаконной дѣятельности—приготовленіе и покушеніе—заключаютъ въ себѣ несомнѣнно моментъ противуправности, хотя эти стадіи въ большинствѣ случаевъ не вызываютъ въ отношеніи къ себѣ примѣненія какихъ-нибудь правоохранительныхъ средствъ.

поэтому они обыкновенно и именуются правовыми послѣдствіями неправды (Rechtsfolgen des Unrechts, Unrechtsfolgen); всѣ они— средства борьбы съ существующей уже неправдой. Какъ и остальныя правоохранительныя средства, съ которыми мы имѣемъ здѣсь дѣло, они характеризуются принудительнымъ моментомъ; какъ и остальныя правоохранительныя средства, они вызываются къ жизни существенными потребностями любого единенія людей—не реагируя принудительнымъ путемъ на совершающуюся или уже совершившуюся неправду, всякій правопорядокъ обрекалъ бы себя самого на уничтоженіе, поскольку современное человѣчество не достигло еще такой степени своего духовнаго совершенства, когда всѣ безъ исключенія велѣнія правового характера исполнялись бы независимо отъ угрозы причиненіемъ извѣстнаго ущерба правовымъ благамъ, въ случаѣ ихъ неисполненія

Наказаніе, будучи принудительнымъ средствомъ правоохраны, примѣняется лишь въ отношеніи такого недозволеннаго дѣйствія, которое изъ стадіи возможности перешло въ стадію дѣйствительности, выразившись или въ оконченномъ нарушеніи правопорядка или въ начатіи его, а иногда и въ приготовленіи къ нему. Оно поэтому относится къ числу правоохранительныхъ средствъ, представляющихъ собою правовыя послѣдствія неправды. Такимъ образомъ мы можемъ сказать, что наказаніе есть одно изъ правовыхъ послѣдствій неправды.

Что же представляютъ изъ себя эти правовыя послѣдствія неправды, какъ ихъ можно опредѣлить, какія мѣры можно и должно относить въ данную группу правоохранительныхъ средствъ и какіе отдѣльные виды правовыхъ послѣдствій неправды слѣдуетъ различать?

Если мы обратимся къ выясненію существа правовыхъ послѣдствій неправды, то мы прежде всего увидимъ, что данное наименованіе употребляется обыкновенно въ юридической литературѣ примѣнительно къ опредѣленной группѣ правовыхъ институтовъ, но безъ указанія на то, что вообще должно быть понимаемо подъ нимъ. Лишь сравнительно немногіе писатели останавливались на его выясненіи. Такъ, Тонъ указывалъ на то, что „правовымъ послѣдствіемъ неправды можетъ быть названо только установленное правопорядкомъ послѣдствіе неправды“ [1]), но здѣсь дается лишь указаніе на то, что изъ этого понятія должны быть исключены всѣ тѣ мѣры, которыя, хотя и заключаютъ въ себѣ

[1]) Thon. Der Rechtsbegriff (Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht B. VII s. 252).

реагированіе на неправду, но чужды правовой сферы. Болѣе подробно останавливался на выясненіи существа правового послѣдствія неправды Меркель, по словамъ котораго „формально оно опредѣляется, какъ совокупность послѣдствій, соединенныхъ посредствомъ закона съ противуправнымъ дѣяніемъ, а матеріально, какъ совокупность всего того, посредствомъ чего явленія, въ которыхъ неправда имѣетъ свое бытіе, должны быть уничтожены (wiederaufgehoben werden sollen) сообразно требованіямъ общей воли“ [1]). Но это опредѣленіе не точно, такъ какъ, посколько оно касается формальной стороны даннаго института, оно не содержитъ указанія относительно того, каковы тѣ „послѣдствія“ о которыхъ здѣсь говорится, и въ чемъ они выражаются, а посколько оно касается матеріальной стороны, оно не охватываетъ всѣхъ возможныхъ видовъ правовыхъ послѣдствій неправды, если не придавать выраженію „уничтоженіе“ чисто метафорическаго значенія. Такъ, подъ это опредѣленіе едва ли можно подвести такую мѣру, какъ принужденіе къ выполненію извѣстной обязанности, оставшейся невыполненной. Впослѣдствіи Меркель выдвинулъ другое опредѣленіе понятія правового послѣдствія неправды, которое однако точно также оказывается не вполнѣ удачнымъ,—именно онъ указывалъ, что правовыя послѣдствія правонарушенія это—„проявленія силы (Machtäusserungen) права, которыя имѣютъ характеръ противодѣйствій противъ дѣятельности, направляющейся въ образѣ правонарушенія противъ него самого и противъ того, что имъ охраняется, и которыя, противуполагаясь этой дѣятельности по содержанію, пропорціональны ей (посколько это достижимо) по своей энергіи и по своему размѣру (Tragweite)“ [2]). Въ этомъ опредѣленіи вполнѣ правильно подчеркивается та особенность данныхъ мѣръ, которая заключается въ томъ, что онѣ являются противодѣйствіемъ противъ опредѣленной дѣятельности, но при этомъ вмѣстѣ съ тѣмъ указывается такая ихъ черта, которая встрѣчается лишь у нѣкоторыхъ изъ нихъ, именно говорится о пропорціональности размѣра и энергіи этихъ мѣръ энергіи и размѣру правонарушенія; это однако можетъ быть принято съ извѣстными оговорками лишь въ отношеніи наказанія; напротивъ никакой пропорціональности мы не найдемъ напр., въ такой мѣрѣ пресѣченія, какъ уничтоженіе продуктовъ преступной дѣятельности, такъ какъ даже самое маловажное правонарушеніе можетъ повлечь за собой подобную мѣру. Близкое къ опредѣленію Меркеля даетъ

---

[1]) Merkel. Kriminalistische Abhandlungen I, 1867 s. 57.

[2]) Merkel Juristische Encyklopädie. s. 31.

опредѣленіе правовыхъ послѣдствій неправды Липманнъ. По его словамъ, всякое правовое послѣдствіе неправды можно охарактеризовать, какъ „правовое противодѣйствіе, которое имѣетъ цѣлью заглаженіе (Ausgleichung), въ интересахъ правопорядка, зла, происшедшаго вслѣдствіе неправды“ [1]). Однако и это опредѣленіе представляется неправильнымъ въ томъ отношеніи, что цѣль заглаженія зла обыкновенно приводится, какъ цѣль наказанія, а не всякаго вообще правового послѣдствія неправды. Идея заглаженія зла вмѣстѣ съ тѣмъ вызываетъ представленіе объ извѣстномъ соотношеніи заглаживаемаго зла съ тѣмъ средствомъ, которое для этого употребляется. Между тѣмъ такого соотношенія мы не найдемъ при многихъ правовыхъ послѣдствіяхъ неправды, напр. при мѣрахъ пресѣченія.

Итакъ, приведенныя опредѣленія не могутъ быть признаны правильными, поскольку они выдвигаютъ какую-нибудь черту, которая характеризуетъ не любое правовое послѣдствіе неправды, а лишь нѣкоторыя изъ нихъ; причемъ можно замѣтить, что эти опредѣленія, говоря о правовыхъ послѣдствіяхъ неправды, на самомъ дѣлѣ главнымъ образомъ имѣютъ въ виду наказаніе. Но если мы будемъ стараться охватить опредѣленіемъ правовыхъ послѣдствій неправды не только наказаніе, но и другія мѣры, выполняющія иныя функціи, то мы должны будемъ придти вообще къ тому выводу, что дать такое опредѣленіе правового послѣдствія, которое объединяло бы все ихъ разнообразіе, невозможно, если мы будемъ стремиться въ это опредѣленіе внести указаніе на внутреннее ихъ содержаніе. Поэтому данное опредѣленіе можетъ подчеркивать лишь формальную сторону разсматриваемаго правового явленія, указывая черты отличія его отъ мѣръ предупредительныхъ,—этотъ внѣшній формальный моментъ и объединяетъ всѣ разнообразныя правовыя послѣдствія. Внутренній же моментъ, объединяющій ихъ, есть тотъ, который мы находимъ и въ мѣрахъ предупредительныхъ и который даетъ намъ возможность объединять и тѣ и другія мѣры въ высшій родъ—правоохранительныя средства. Этотъ моментъ — задача охраны правопорядка въ его цѣломъ и въ его отдѣльныхъ интересахъ. Съ этой точки зрѣнія мы можемъ согласиться съ тѣмъ опредѣленіемъ, которое мы находимъ у Гиппеля и которое гласитъ, что правовыя послѣдствія неправды это „особенныя внѣшнія средства власти (äussere Machtmittel), которыя должны быть примѣняемы для охраны права и ввѣренныхъ ему интересовъ“ [2]). Такимъ об-

[1]) Liepmann l. c s. 191.

[2]) Hippel Strafrechtsreform und Strafzwecke. 1907 s. 4.

разомъ правовыя послѣдствія неправды можно опредѣлить вообще, какъ принудительныя средства правоохраны, которыя заключаются въ противодѣйствіи совершающейся или уже совершившейся неправдѣ.

Нужно замѣтить, что нѣкоторые писатели избѣгаютъ употребленія выраженія „правовыя послѣдствія неправды", пользуясь для обозначенія соотвѣтственныхъ мѣръ другими терминами. Такъ Бирлингъ среди мѣръ, направленныхъ на утвержденіе права (Rechtsbewahrung), т. е. огражденія авторитета права (die Wahrung der Autorität des Rechts), различаетъ съ одной стороны мѣры превенціи, а съ другой мѣры репрессіи, куда онъ относитъ всѣ мѣры „утвержденія права" противъ уже наступившей неправды; причемъ онъ по поводу употребленнаго имъ въ столь широкомъ смыслѣ выраженія „репрессія", идущаго въ разрѣзъ съ обычнымъ словоупотребленіемъ и пониманіемъ этого термина, дѣлаетъ слѣдующее замѣчаніе: „конечно, можно спорить относительно того, выражаетъ ли вполнѣ соотвѣтствующимъ образомъ слово „репрессія" то общее, что есть во всѣхъ этихъ учрежденіяхъ или мѣропріятіяхъ, но во всякомъ случаѣ это слово достаточно опредѣленно указываетъ на то, что рѣчь идетъ о борьбѣ съ уже имѣющейся неправдой" [1]). Но въ обыденной жизни и въ области права настолько всѣ свыклись съ употребленіемъ выраженія „репрессія" въ смыслѣ карательныхъ мѣропріятій, что едва ли представляется удобнымъ употреблять это выраженіе и для обозначенія такихъ мѣръ, какъ вознагражденіе за вредъ, которое именно обычно и противополагается наказанію, какъ мѣрѣ репрессіи. Въ выраженіи „репрессія" слишкомъ сильно подчеркнута цѣль, которая отсутствуетъ у многихъ видовъ правовыхъ послѣдствій неправды. Выраженіе же „послѣдствіе" уже само по себѣ достаточно ясно оттѣняетъ всѣ тѣ мѣры, которыя противополагаются мѣрамъ предупредительнымъ, и представляется достаточно общимъ и широкимъ, дающимъ возможность подводить подъ него весьма различныя по своему содержанію и по своему назначенію мѣры. Съ другой стороны Эткеръ говоритъ вообще о средствахъ реакціи (Reaktionsmittel) въ отношеніи неправды, разумѣя подъ ними правовыя послѣдствія неправды [2]). Но и это выраженіе всего болѣе характеризуетъ наказаніе и въ такомъ смыслѣ обыкновенно употребляется, хотя отчасти нельзя не признать, что правовыя послѣдствія неправды тѣмъ вообще и характеризуются, что они являются реаги-

---

[1]) Bierling, l. c. s. 365.

[2]) Oetker. Rechtsgüterschutz s. 524.

рованіемъ въ отношеніи неправды въ противуположность ея предупрежденію.

Посколько мы говоримъ о правовомъ послѣдствіи неправды, какъ принудительномъ средствѣ правоохраны, мы разумѣемъ здѣсь всякое реагированіе на происшедшую неправду, которое выражается во вторженіи въ сферу правовыхъ благъ личности. Гдѣ мы этотъ элементъ усматриваемъ, тамъ мы должны усматривать и правовое послѣдствіе неправды. Это положеніе однако не всѣми признается. Въ этомъ отношеніи любопытно привести взгляды Биндинга и Герца. Биндингъ изъ понятія правовыхъ послѣдствій деликта исключаетъ вознагражденіе за вредъ [1]), а Герцъ вообще отрицаетъ за наказаніемъ значеніе правового послѣдствія неправды [2]). Но эти положенія названныхъ авторовъ являются выводами изъ ихъ своеобразныхъ взглядовъ, которые они выставляютъ примѣнительно къ другимъ вопросамъ. Именно, Биндингъ изъ понятія неправды вообще (Unrecht) выдѣляетъ, какъ особый ея видъ, деликтъ, характеризуемый имъ, какъ нарушеніе права на повиновеніе, принадлежащее власть имущему [3]), съ этимъ то деликтомъ связываются наказаніе и другія правовыя послѣдствія, но не вознагражденіе за вредъ, которое вообще связывается съ неправдой.

Иначе этотъ вопросъ ставится у Герца. Исходя изъ того положенія, что для понятія неправды требуется установленіе момента нарушенія и что такимъ образомъ не всякое нарушеніе нормы есть неправда, онъ, спеціально для области уголовнаго права установляетъ то положеніе, что не всякое преступленіе есть неправда и такимъ образомъ онъ различаетъ наказуемую неправду и наказуемую ненеправду (Nichtunrecht). Это предположеніе даетъ ему основаніе утверждать, что неправда и наказаніе находятся не въ необходимой связи другъ съ другомъ, а въ связи скорѣе случайной. Поэтому онъ дѣлаетъ и дальнѣйшій выводъ о томъ, что наказаніе не есть правовое послѣдствіе неправды, признавая его однако правовымъ послѣдствіемъ преступленія [4]). Съ этимъ взглядомъ Герца согласиться никоимъ образомъ нельзя уже въ силу полной произвольности тѣхъ утвержденій, которыя мы у него находимъ. Сузивъ произвольно понятіе неправды, онъ долженъ былъ естественно сузить и понятіе правового послѣдствія неправды, но для этого нѣтъ никакихъ основаній. Если мы будемъ стоять на точкѣ зрѣнія правильнаго пониманія того, что предста-

[1]) Binding. Normen, I s. 433.
[2]) Hertz. Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts. 1880 s. 43.
[3]) Binding. l c. s. 299
[4]) Hertz. l. c. p. 39 и сл.

вляетъ собой неправда, разумѣя подъ ней все то, что совершается вопреки правовымъ велѣніямъ (quod non jure fit), то мы должны будемъ сказать, что наказаніе есть одно изъ правовыхъ послѣдствій неправды, и, конечно, вмѣстѣ съ тѣмъ мы должны утверждать, что наказаніе характеризуетъ собой тотъ видъ неправды, который именуется преступленіемъ.

Говоря о томъ, что правовое послѣдствіе неправды принудительнаго характера заключается въ правѣ вторженія въ сферу правовыхъ благъ личности, мы должны исходить изъ представленія о существованіи особенныхъ нормъ, которыя уполномочиваютъ опредѣленныхъ субъектовъ къ подобному вторженію, въ результатѣ котораго возникаетъ особое правоотношеніе между лицомъ, управомоченнымъ на подобное вторженіе, и тѣмъ лицомъ, которое должно выполнить извѣстное дѣйствіе или допустить учиненіе его въ отношеніи къ себѣ, въ чемъ и проявляется самое правовое послѣдствіе. При этомъ слѣдуетъ обратить вниманіе на слѣдующее соображеніе Тона, который говоритъ, что „если кто нибудь за убійство подвергается смертной казни, то это не значитъ, что смертная казнь является правовымъ послѣдствіемъ неправды,—сама по себѣ она есть нѣчто фактическое (ein tatsächlicher Vorgang); на самомъ дѣлѣ правовое послѣдствіе выражается въ томъ, что убійство вызываетъ къ жизни императивы, которые обращаются къ органамъ, отправляющимъ правосудіе, и которые имѣютъ цѣлью преслѣдованіе и наказаніе убійцы... Эта возможность и долженствованіе (Dürfen und Sollen) государственныхъ органовъ есть правовое послѣдствіе неправды... Такимъ образомъ, замѣчаетъ онъ, правовыя послѣдствія нарушенія нормы . . . состоятъ въ свою очередь только въ появленіи на свѣтъ новыхъ императивовъ или въ отпаденіи старыхъ (послѣднее имѣетъ мѣсто напр. въ институтѣ лишенія покровительства законовъ)“ [1]). Въ этомъ ученіи центръ тяжести при опредѣленіи сущности правовыхъ послѣдствій неправды переносится съ самыхъ мѣръ, которыя предпринимаются для правоохраны, на тѣ правомочія, въ силу которыхъ эти мѣры предпринимаются, онѣ и именуются правовыми послѣдствіями противоправнаго дѣянія. По поводу этого взгляда мы должны однако замѣтить, что въ широкомъ смыслѣ этого слова подъ правовыми послѣдствіями неправды мы можемъ разумѣть самый фактъ возникновенія извѣстнаго правомочія къ опредѣленной дѣятельности, выражающейся въ реагированіи на совершившееся, но съ другой стороны мы должны помнить, что выраженіе „правовое

[1]) Thon. Rechtsnorm und subjectives Recht 1878 s. 8—10.

послѣдствіе неправды" приходится употреблять въ специфическомъ узкомъ смыслѣ для обозначенія опредѣленныхъ правовыхъ институтовъ за отсутствіемъ у насъ другого подходящаго выраженія для характеристики всѣхъ тѣхъ мѣръ, которыя объединяются подъ этимъ общимъ наименованіемъ. Другими словами, подъ правовыми послѣдствіями неправды мы разумѣемъ, какъ правомочіе извѣстныхъ лицъ на принятіе извѣстныхъ мѣръ, такъ и самыя эти мѣры. Въ послѣднемъ смыслѣ мы обыкновенно и употребляемъ это выраженіе, исходя, конечно, изъ общаго представленія о томъ, что эти мѣры возникаютъ на основаніи извѣстнаго правомочія, образующагося для опредѣленныхъ лицъ въ силу самаго факта возникновенія неправды того или другого вида.

Разсматривая ближе указанное правомочіе, мы должны обратить вниманіе, какъ на субъектовъ его, такъ и на самое его содержаніе.

Что касается субъектовъ права принудительнаго реагированія на происшедшую неправду, то, какъ и въ отношеніи субъектовъ мѣръ предупредительныхъ, мы можемъ здѣсь различать съ одной стороны частныхъ лицъ, съ другой—носителей власти даннаго общенія людей, причемъ предоставленіе этого правомочія частнымъ лицамъ въ настоящее время разсматривается, какъ исключеніе изъ общаго правила, въ силу котораго нормально подобнаго рода правомочіе предоставляется органамъ власти. Что же касается содержанія самыхъ правомочій, то средства реагированія въ отношеніи уже совершившейся неправды, весьма разнообразны и могутъ быть сведены къ нѣсколькимъ группамъ. Эти средства могутъ примѣняться или изолированно другъ отъ друга, или же кумулятивно, наряду другъ съ другомъ, какъ выполняющія различныя функціи, причемъ въ этомъ послѣднемъ случаѣ они могутъ исходить какъ отъ одного и того же общенія людей, такъ и отъ разныхъ ихъ общеній, такъ какъ съ одной стороны одно и то же дѣяніе можетъ заключать въ себѣ разные моменты, вызывающіе каждый въ отдѣльности особыя средства реагированія, а съ другой эти отдѣльные моменты могутъ получать одновременно оцѣнку въ различныхъ общеніяхъ людей, къ которымъ принадлежитъ виновный, и соотвѣтственно этому установляются и различныя средства реагированія. Возьмемъ такіе примѣры. Нѣкто при помощи взлома совершилъ кражу; его наказываютъ, и сверхъ того онъ долженъ вознаградить потерпѣвшаго, если не можетъ возвратить вещь въ натурѣ; но кромѣ того самое орудіе взлома должно быть уничтожено. Адвокатъ растратилъ деньги, ввѣренныя ему кліентомъ; онъ за это подвергается наказанію и

мѣрѣ дисциплинарной. Какъ видно, вообще возможно большое разнообразіе въ отношеніи различныхъ комбинацій правовыхъ послѣдствій неправды, причемъ только однородныя послѣдствія не могутъ кумулировать, т. е. никто не можетъ быть дважды наказанъ за одно и то же преступленіе, не можетъ быть дважды присужденъ за то же дѣяніе къ вознагражденію за вредъ и т. п.

§ 2. Какъ неоднократно уже упоминалось, правовыя послѣдствія неправды представляются, при всемъ своемъ внѣшнемъ сходствѣ, весьма разнообразными по своему содержанію, и это разнообразіе обусловливается тѣми различными функціями, которыя выполняются отдѣльными мѣрами правоохраны. Отсюда потребность свести ихъ къ опредѣленнымъ группамъ и указать отличительныя черты каждой изъ нихъ; это и будетъ выполнено въ дальнѣйшемъ изложеніи, поскольку это представляется необходимымъ для выясненія отличительныхъ особенностей наказанія и установленія точекъ его соприкосновенія и расхожденія съ другими правоохранительными мѣрами.

Въ этомъ отношеніи представляется однако не лишеннымъ извѣстнаго интереса обозрѣніе существующихъ классификацій правоохранительныхъ мѣръ. Еще Пуффендорфъ различалъ три правовыхъ послѣдствія неправды: вознагражденіе за вредъ, возстановленіе нарушеннаго права и наказаніе [1]), и обыкновенно на эти три послѣдствія и обращается вниманіе, когда наказаніе противупоставляется другимъ сходнымъ съ нимъ институтамъ [2]). Но указанными мѣрами не исчерпывается перечень встрѣчающихся правовыхъ послѣдствій неправды. Здѣсь не упомянуты напр. мѣры пресѣченія, имѣющія вполнѣ самостоятельное значеніе по сравненію съ другими мѣрами, въ особенности съ наказаніемъ, съ которымъ у нихъ однако не мало общаго.

Разсматривая отдѣльныя попытки группировки правовыхъ послѣдствій неправды, мы найдемъ различныя основанія, по которымъ производится дѣленіе правохранительныхъ средствъ и въ частности правовыхъ послѣдствій неправды на отдѣльныя группы. Такъ, у Тона выдвигается на первый планъ различіе цѣлей, которыя правопорядокъ преслѣдуетъ, установляя правовыя послѣдствія [3]); съ этой точки зрѣнія онъ различаетъ двѣ главныхъ группы: 1) правовыя положенія (Rechtsätze) съ цѣлью наказанія

[1]) Puffendorf. De jure naturae. l. III. c. I. §§ 6—11.

[2]) Напр. Гиппель особенно важными правовыми послѣдствіями неправды считаетъ именно эти мѣры (Hippel l. c. s. 5).

[3]) Thon l. c. s. 20.

и 2) правовыя положенія съ цѣлью заглаженія (Ausgleichung); въ послѣдней же группѣ онъ въ свою очередь различаетъ три формы: 1) принужденіе къ исполненію (Erfüleungszwang), 2) вознагражденіе и 3) обезпеченіе (Sicherung), подъ которымъ онъ понимаетъ обезпеченіе противъ будущей неправды, противъ ея повторенія [1]). Въ эту послѣднюю группу онъ относитъ отнятіе у нарушителя нормы того права или правомочія, которое дало поводъ къ данному нарушенію нормы, а также отнятіе и уничтоженіе такихъ предметовъ, дальнѣйшее существованіе которыхъ можетъ вызвать новое нарушеніе нормы [2]). Существенное же различіе между правовыми послѣдствіями обѣихъ главныхъ группъ онъ усматриваетъ въ томъ, что первая группа характеризуется наличностью намѣренія причинить зло учинителю извѣстнаго правонарушенія ради этого послѣдняго, тогда какъ правовыя послѣдствія второй категоріи имѣютъ тенденцію не причинять новаго зла, а по возможности исцѣлить наличное зло [3]). Останавливаясь на оцѣнкѣ этой классификаціи, мы должны сказать, что выставляемое ею противуположеніе обѣихъ группъ правовыхъ послѣдствій по ихъ цѣли едва-ли можно признать удачнымъ, если вообще будутъ противуполагаемы другъ другу цѣль наказанія и цѣль заглаженія. Дѣло въ томъ, что если мы и для мѣръ обезпеченія будемъ выдвигать цѣль заглаженія, то будетъ представляться непонятнымъ, почему ту же цѣль мы не можемъ признать и въ отношеніи правовыхъ послѣдствій, выражающихся въ наказаніи; къ тому же весьма многіе криминалисты цѣлью наказанія, какъ возмездія, считаютъ именно заглаженіе. Но эта цѣль заглаженія собственно могла бы еще характеризовать лишь вознагражденіе за вредъ, гдѣ именно объ этомъ заглаженіи и идетъ рѣчь, а не остальныя мѣры, отнесенныя во вторую группу. Съ другой стороны, если видѣть характерное для первой группы въ моментѣ цѣли причинить зло, то, разсуждая послѣдовательно, мы должны то же признать и для многихъ случаевъ второй группы, отнесенныхъ къ обезпеченію, напр. тамъ, гдѣ уничтожается вещь, имѣется такая же цѣль причиненія зла, какъ и при наказаніи. Наконецъ, нужно имѣть въ виду, что всякое наказаніе обращаетъ вниманіе на будущее и съ этой точки зрѣнія стремится исцѣлить то зло, которое причинено преступленіемъ. Во всякомъ случаѣ однако въ классификаціи Тона лежитъ правильная мысль, поскольку онъ выдѣляетъ особо послѣднюю

---

[1]) Ib. 66.
[2]) Ib 67 и 68.
[3]) Ib. 69.

категорію правовыхъ послѣдствій, не умѣщающуюся въ трехъ предыдущихъ, именно мѣры обезпеченія.

Иную классификацію правовыхъ послѣдствій неправды выставляетъ Меркель. Онъ предлагаетъ двоякую ихъ группировку: съ одной стороны онъ различаетъ частно-правовыя и публично-правовыя послѣдствія, съ другой—наказаніе и иныя мѣры, „для которыхъ у насъ нѣтъ подходящаго общаго наименованія“ [1]) и къ которымъ онъ относитъ реализуемую посредствомъ принужденія обязанность къ выдачѣ предметовъ, находящихся противуправно въ чьемъ-либо обладаніи, а также отнятіе присвоенныхъ званій, должностей и т. п., принужденіе къ исполненію частно-правовыхъ или публично-правовыхъ обязанностей, обязанность и принужденіе къ возмѣщенію вреда, противуправно причиненнаго чужому имуществу. Характерную черту всѣхъ послѣднихъ мѣропріятій онъ усматриваетъ въ наличности „специфическаго заглаженія того, что характеризуетъ правонарушеніе“, а также въ томъ, что, хотя всѣ правовыя послѣдствія и представляются зломъ, но этотъ моментъ получаетъ при наказаніи болѣе высокое значеніе, чѣмъ при прочихъ послѣдствіяхъ [2]).

Останавливаясь на оцѣнкѣ этой классификаціи, мы должны сказать, что дѣленіе правовыхъ послѣдствій по тѣмъ областямъ права, къ которымъ они принадлежатъ, особеннаго значенія не представляетъ. Этимъ устанавливается различіе между отдѣльными ихъ группами чисто случайное и формальное, хотя нельзя не отрицать того, что любая область права кладетъ свой отпечатокъ на тѣ правовыя послѣдствія, съ которыми ей преимущественно приходится имѣть дѣло, и, конечно, тѣ правовыя послѣдствія, съ которыми мы встрѣчаемся въ области гражданскаго права, отличаются отъ тѣхъ, которыя имѣются въ области публичнаго права въ его отдѣльныхъ развѣтвленіяхъ [3]). Что же касается противуположенія наказанія всѣмъ остальнымъ правовымъ послѣдствіямъ, то посколько здѣсь для характеристики всей послѣдней группы выдвигаются особенности, характеризующія лишь вознагражденіе за вредъ, то съ правильностью его согласиться нельзя. То специфическое заглаженіе, которое характеризуетъ вознаграж-

---

[1]) Merkel l. c. s. 126.

[2]) Ib. s. 127 и 131.

[3]) Въ частности въ области публичнаго права можно различить напр. своеобразную и по своему содержанію и по условіямъ своего примѣненія группу правовыхъ послѣдствій международно-правового деликта (съ установленіемъ отвѣтственности государства за своихъ подданныхъ). См. объ этомъ Листъ. Международное право (русск. пер.) 1909 стр. 227.

деніе за вредъ, совершенно отсутствуетъ въ другихъ мѣрахъ, о которыхъ говоритъ Меркель. Но если оставить попытку объединить какимъ-нибудь признакомъ всѣ мѣры, противуполагаемыя наказанію, то мы увидимъ, что Меркель различаетъ собственно четыре вида правовыхъ послѣдствій неправды: наказаніе, прекращеніе неправомѣрнаго состоянія, принужденіе къ исполненію извѣстныхъ обязанностей и вознагражденіе за вредъ. Достаточно было установить эти отдѣльные виды, не стремясь найти общую черту для однихъ изъ нихъ въ противуположность другимъ.

Наконецъ, мы находимъ своеобразную классификацію у Бирлинга, который даетъ классификацію не только правовыхъ послѣдствій неправды, но вообще правоохранительныхъ средствъ. Этотъ писатель обращаетъ вниманіе на то, отъ кого исходитъ примѣненіе соотвѣтственныхъ правоохранительныхъ средствъ (Rechtsbewahrung) и различаетъ въ этомъ отношеніи три группы мѣръ: 1) осуществленіе права (Geltendmachung) со стороны спеціально управомоченнаго, т. е. самопомощь (Selbsthulfe) въ широкомъ смыслѣ этого слова, 2) помощь сотоварищей (Genossenhülfe) и 3) вмѣшательство какой-нибудь начальственной власти (Eingreifen einer obrigkeitlichen Gewalt); въ послѣдней же группѣ онъ въ свою очередь различаетъ мѣры превентивныя и мѣры репрессивныя, къ которымъ онъ относитъ слѣдующіе три вида мѣръ: 1) принужденіе къ исполненію (Erfullungszwang), 2) принужденіе къ вознагражденію (Ersatzzwang) и 3) принужденіе къ удовлетворенію (Satisfaktionszwang), куда имъ относится наказаніе [1]). Не останавливаясь на вопросѣ о правильности дѣленія правоохранительныхъ средствъ на группы въ связи съ субъектомъ права примѣненія ихъ, мы должны обратить вниманіе на особую классификацію мѣръ репрессіи и указать на ея неполноту—она не охватываетъ всего разнообразія этихъ мѣръ. Правда, принужденіе къ возмѣщенію Бирлингъ понимаетъ шире, чѣмъ принужденіе къ вознагражденію, такъ какъ онъ подъ нимъ разумѣетъ принужденіе къ созданію матеріальнаго возмѣщенія (суррогата) въ случаѣ невыполненія чего-либо (Zwang zur Beschaffung eines materialen Ersatzes (Surrogats) für die mangelnde Erfullung) [2]), но тѣмъ не менѣе во всѣ эти три группы не укладываются такіе институты, какъ мѣры пресѣченія, не говоря уже о мѣрахъ соціальной защиты. Интересно при этомъ отмѣтить, что, по словамъ Бирлинга, наказаніе есть только одинъ изъ видовъ принужденія къ удовлетворенію (Satisfaktionszwang) и даже глав-

---

[1]) Bierling l. c. s. 350.

[2]) Ib. s. 376.

ный видъ, но что касается другихъ видовъ, то онъ ихъ не называетъ, такъ какъ, выдѣляя изъ наказанія месть, онъ находитъ, что этому институту слѣдуетъ предоставить особое мѣсто. Въ заключеніе нужно отмѣтить извѣстное сходство, которое можетъ быть усмотрѣно въ этой классификаціи репрессивныхъ мѣръ съ той классификаціей средствъ принужденія, которую мы находимъ у Биндинга. Биндингъ собственно не говоритъ объ особыхъ видахъ правовыхъ послѣдствій неправды, а лишь различаетъ отдѣльные виды принужденія, сообразно различнымъ его цѣлямъ, именно, 1) принужденіе для выполненія чего-либо (Erfüllungszwang), 2) принужденіе для обезпеченія чего либо (Sicherungszwang) и 3) принужденіе для наказанія (Strafzwang) [1]), причемъ первый и третій видъ характеризуются, какъ физическое, а второй, какъ психологическое принужденіе. У него такимъ образомъ на первый планъ выдвигаются не правовыя послѣдствія неправды, а способы осуществленія извѣстныхъ правомочій, и все то, что не является наказаніемъ и вмѣстѣ съ тѣмъ не представляется лишь средствомъ психическаго воздѣйствія, объемлется у него подъ именемъ принужденія къ выполненію,—категорія, которая охватываетъ самыя разнородныя по своему внутреннему содержанію мѣры [2]).

Принимая во вниманіе большое разнообразіе правовыхъ послѣдствій неправды, мы считали бы возможнымъ различать слѣдующія четыре группы отдѣльныхъ ихъ группъ, характеризующихся вполнѣ опредѣленными и имъ однимъ присущими функціями: это—1) наказаніе, 2) мѣры защиты, 3) мѣры пресѣченія и 4) возмѣщеніе вреда. Изъ этихъ четырехъ группъ правовыхъ послѣдствій неправды первыя двѣ могутъ быть противупоставлены двумъ послѣднимъ въ томъ отношеніи, что онѣ направляются на личность того, кто имъ подвергается, тогда какъ послѣднія двѣ характеризуются, какъ мѣры, направленныя на возстановленіе нарушеннаго правомѣрнаго состоянія. Отсюда наличность извѣстныхъ чертъ сближенія другъ съ другомъ съ одной стороны наказанія и мѣръ защиты, съ другой—мѣръ пресѣченія и возмѣщенія вреда. Ближайшему указанію сущности каждой изъ этихъ группъ и будетъ

---

[1]) Binding. Normen s. 496.

[2]) На совершенно иномъ началѣ покоится классификація оборонительныхъ мѣръ (mesures défensives) у Ферри. Онъ различаетъ четыре группы этихъ мѣръ: мѣры предупредительныя, возстановительныя (réparatrices), репрессивныя и обезвреживающія (éliminatives), причемъ къ второй группѣ онъ относитъ уничтоженіе неправомѣрнаго состоянія, ничтожность послѣдствій противуправнаго акта и возмѣщеніе вреда, а третья и четвертая группы отведены отдѣльнымъ видамъ наказаній (Ферри. Уголовная соціологія. 1908 русск. пер. стр. 425 и сл.).

посвящена дальнѣйшая работа, поскольку это представляется необходимымъ для выясненія понятія наказанія и его отличія отъ другихъ правоохранительныхъ средствъ.

Однако, прежде чѣмъ приступить къ выясненію понятія наказанія и другихъ правовыхъ послѣдствій неправды, намъ представляется цѣлесообразнымъ остановиться еще на вопросѣ о взаимномъ отношеніи наказанія и мѣръ предупредительныхъ въ виду того, что внѣшнее сходство нѣкоторыхъ предупредительныхъ мѣръ съ наказаніемъ иногда даетъ поводъ къ смѣшенію и къ сближенію ихъ другъ съ другомъ.

Глава IV.

Наказаніе и мѣры предупредительныя.

§ 1. Какъ неоднократно упоминалось, правоохранительныя принудительныя средства дѣлятся на двѣ группы: съ одной стороны это—мѣры предупрежденія неправды, съ другой—правовыя послѣдствія ея, причемъ различіе между этими двумя группами лежитъ въ томъ, что мѣры предупредительныя имѣютъ въ виду лишь возможную въ будущемъ неправду, тогда какъ правовыя послѣдствія неправды считаются съ фактомъ совершающейся или уже совершившейся неправды; первыя имѣютъ въ виду создать затрудненіе появленію противузаконнаго дѣянія, вторыя реагируютъ тѣмъ или инымъ способомъ на учиняющееся или учиненное противузаконное дѣяніе.

Поскольку предупредительныя мѣры сопровождаются элементомъ принужденія и соединены съ вторженіемъ въ сферу правовыхъ благъ личности, онѣ весьма близко по своему внѣшнему выраженію подходятъ къ наказанію, а потому и могутъ быть легко съ нимъ смѣшиваемы. Это внѣшнее сходство предупредительныхъ мѣръ съ наказаніемъ приводитъ даже къ тому, что нѣкоторыя изъ нихъ фактически въ извѣстномъ смыслѣ какъ бы приравниваются въ положительномъ правѣ къ наказанію, какъ это видно изъ существованія института зачета въ наказаніе предварительнаго заключенія. Ихъ смѣшеніе другъ съ другомъ возможно и потому, что въ законодательствѣ встрѣчаются нерѣдко однородныя мѣры, являющіяся или мѣрами предупредительными или наказаніемъ, напр. лишеніе свободы.

Внѣшнее сходство предупредительныхъ мѣръ съ наказаніемъ и возможность въ силу этого ихъ смѣшенія другъ съ другомъ заставляетъ насъ остановиться на нихъ нѣсколько подробнѣе и посмотрѣть, какое выраженіе нашли онѣ въ нашемъ законодательствѣ, тѣмъ болѣе, что въ литературѣ проскальзываетъ иногда взглядъ, отождествляющій до извѣстной степени нѣкоторыя изъ предупредительныхъ мѣръ съ наказаніемъ [1]).

Останавливаясь на ближайшемъ разсмотрѣніи мѣръ предупредительныхъ, мы должны прежде всего сказать, что хотя нѣкоторыя изъ нихъ и представляются даже болѣе энергичными средствами вторженія въ сферу правовыхъ благъ человѣка, чѣмъ многія наказанія (ср. напр. въ нашемъ правѣ административную ссылку съ одной стороны и выговоръ съ другой), но тѣмъ не менѣе въ общемъ по своей тяжести онѣ оказываются менѣе интенсивными, чѣмъ наказаніе. Объемъ тѣхъ правовыхъ благъ, которыя служатъ здѣсь объектомъ принудительнаго воздѣйствія, оказывается болѣе ограниченнымъ, а самый характеръ этого воздѣйствія является болѣе умѣреннымъ, чѣмъ при наказаніи. Это объясняется тѣмъ, что для примѣненія того вторженія въ сферу правовыхъ благъ, которое имѣетъ мѣсто при предупредительныхъ мѣрахъ, устанавливаются иныя основанія, чѣмъ въ отношеніи наказанія. Дѣло въ томъ, что при примѣненіи мѣръ предупредительныхъ у лица, ихъ примѣняющаго, нѣтъ тѣхъ данныхъ, какія имѣются въ распоряженіи лица, примѣняющаго наказанія. Въ то время, какъ при наказаніи, какъ и при всякомъ иномъ правовомъ послѣдствіи неправды, исходятъ изъ факта существованія неправды, при мѣрахъ предупредительныхъ можно лишь предположительно судить о возможности наступленія неправды. Эти мѣры вызываются къ жизни исключительно соображеніями практической цѣлесообразности, и, хотя безъ примѣненія ихъ въ извѣстномъ объемѣ, какъ показываетъ опытъ жизни, обойтись нельзя—

---

[1]) Такъ, у Фойницкаго (в. с. т. I стр. 15) мы находимъ слѣдующее разсужденіе: „предупредительныя мѣры по нашему праву весьма широки, переходя въ карательныя, — отдачу подъ надзоръ полиціи, высылку изъ столицъ и даже ссылку и заключеніе". Ср. также Ферри (в. с. стр. 425): „собственно говоря, если разсматривать эти мѣры абстрактно, ихъ нельзя отнести къ числу санкцій или реакцій, потому что онѣ предшествуютъ тѣмъ противузаконнымъ дѣяніямъ, которыя должны предупреждать. Но съ другой стороны, если обратить вниманіе на то, что въ конечномъ итогѣ эти превентивныя мѣры заключаются въ цѣломъ рядѣ ограниченій, какъ личной, такъ и общественной дѣятельности, то легко будетъ признать за ними характеръ истинной санкціи, но взятой въ данномъ случаѣ въ ея наименѣе прямой и въ наименѣе тяжелой формѣ".

иначе возникнетъ недозволенное дѣяніе,—однако широкое ихъ примѣненіе является недопустимымъ, какъ создающее большую опасность для правовыхъ благъ личности, сообразно съ чѣмъ устанавливаются тѣсныя границы ихъ примѣненія. И въ этомъ отношеніи можно наблюдать, что чѣмъ больше государство носитъ на себѣ черты полицейскаго государства, тѣмъ шире объемъ допустимости ихъ примѣненія, тѣмъ разнообразнѣе онѣ и тѣмъ больше онѣ по своему внѣшнему выраженію и по своей тяжести приближаются къ наказанію; напротивъ въ правовомъ государствѣ замѣчается стремленіе сузить возможный и необходимый объемъ ихъ примѣненія, обставить самое употребленіе ихъ необходимыми гарантіями и устранить мѣры, сходныя по своей тяжести съ наиболѣе тяжкими наказаніями. Въ этомъ отношеніи наше законодательство рисуетъ картину особенно сильнаго развитія предупредительныхъ принудительныхъ мѣръ, показывая вмѣстѣ съ тѣмъ, что къ подобнымъ мѣрамъ принудительнаго воздѣйствія въ немъ нерѣдко дозволяется прибѣгать тамъ, гдѣ рѣчь идетъ собственно о предполагаемомъ, а не о доказанномъ существованіи преступнаго дѣянія, гдѣ въ соотвѣтствіи съ этимъ о примѣненіи наказанія не могло бы быть рѣчи, но гдѣ тяжкая форма вторженія въ сферу правовыхъ благъ личности является допустимой подъ предлогомъ установленія такимъ образомъ предупрежденія преступленія. Допущеніе примѣненія подобныхъ мѣръ лишь по предположенію виновности лица, а не на основаніи констатированія ея не даетъ намъ однако права высказываться въ томъ смыслѣ, что въ этихъ мѣрахъ заключается наказаніе, такъ какъ формально онѣ предпринимаются для предупрежденія другихъ преступленій, могущихъ быть учиненными даннымъ лицомъ.

Предупредительныя мѣры, какъ можно замѣтить изъ ближайшаго анализа содержанія ихъ, выполняютъ двоякаго рода функціи: это или мѣры, назначеніе которыхъ простое недопущеніе совершенія недозволенныхъ дѣяній, или же это мѣры, которыя имѣютъ въ виду принудительнымъ путемъ обезпечить исполненіе извѣстныхъ обязанностей и не допустить уклоненія отъ ихъ исполненія. Различіе между этими двумя группами лежитъ между прочимъ въ томъ, что примѣненіе мѣръ первой группы связано съ представленіемъ о недопущеніи посредствомъ нихъ совершенія тѣхъ недозволенныхъ дѣяній, которыя представляются особенно нежелательными для правопорядка и которыя обложены наказаніями, это—мѣры предупрежденія преступленій; мѣры же второй группы не связаны лишь съ подобнаго рода дѣяніями. Другое различіе заключается въ томъ, что мѣры первой группы выражаются въ

различныхъ формахъ лишенія свободы—возможное совершеніе преступленія предупреждается принудительно тѣмъ, что данный субъектъ лишается свободы передвиженія и въ силу этого перестаетъ грозить общественному спокойствію, мѣры же второй группы проявляются и въ формахъ воздѣйствія на имущество лица.

Что касается далѣе субъектовъ права принудительнаго предупрежденія недозволенныхъ дѣяній, то таковыми въ видѣ общаго правила являются органы публичной власти, и лишь по исключенію это право предоставляется въ извѣстныхъ случаяхъ частнымъ лицамъ. При этомъ можно замѣтить, что для мѣръ первой группы пригоднымъ органомъ примѣненія ихъ признаются обыкновенно органы административные, для второй же группы—судъ, уголовный или гражданскій по принадлежности, а органы администраціи замѣняютъ уголовный судъ лишь въ случаяхъ, не терпящихъ отлагательства. Впрочемъ, мы можемъ констатировать, что съ постепеннымъ развитіемъ началъ правового государства, и для мѣръ первой группы устанавливается въ качествѣ нормальнаго органа ихъ примѣненія судъ уголовный. Въ этомъ отношеніи мы можемъ наблюдать любопытное явленіе современной правовой жизни, заключающееся въ томъ, что уголовный судъ изъ органа, исключительно назначающаго наказаніе и лишь постепенно и еще не окончательно сосредоточившаго въ своихъ рукахъ эту функцію, мало-по-малу дѣлается органомъ назначенія и иныхъ мѣръ, посколько онѣ покоятся на извѣстномъ принужденіи. Современное правосознаніе мало-по-малу приходитъ къ тому заключенію, что всякаго рода вторженіе въ сферу правовыхъ благъ личности, на какомъ бы оно основаніи ни покоилось, должно исходить отъ судебныхъ, а не административныхъ органовъ, такъ какъ только при этомъ условіи можно создать надлежащія гарантіи правильности примѣненія данной мѣры. Этимъ лишній разъ подчеркивается то, что нельзя въ опредѣленіе наказанія для его характеристики, въ отличіе отъ другихъ правоохранительныхъ средствъ, вносить указаніе на то, что эта мѣра назначается судомъ, такъ какъ и другія принудительныя мѣры правоохраны, притомъ не только правовыя послѣдствія неправды, но и мѣры предупредительныя, могутъ примѣняться тоже судомъ.

Такъ какъ мѣры предупредительныя предпринимаются въ предположеніи о возможности наступленія недозволеннаго дѣянія, то, само собой разумѣется, примѣненіе ихъ должно отпадать, коль скоро отпадаетъ это предположеніе, или же коль скоро начинаетъ реализоваться недозволенное дѣяніе. Въ послѣднемъ случаѣ мѣра предупредительная уступаетъ свое мѣсто другимъ мѣрамъ — мѣ-

рамъ пресѣченія или же наказанію. Изъ того же положенія вытекаетъ, что мѣра предупредительная заранѣе не можетъ быть опредѣлена въ своемъ объемѣ, она должна быть по своей сущности неопредѣленной; однако интересы личной свободы въ данномъ отношеніи установляютъ изъятіе въ томъ смыслѣ, что нормально указывается опредѣленный предѣлъ во времени, дольше котораго примѣненіе предупредительной мѣры, поскольку она выражается въ лишеніи свободы, не должно имѣть мѣста. И въ этомъ отношеніи получается извѣстное сходство мѣры предупредительной съ наказаніемъ, но въ то время, какъ размѣръ наказанія назначается сообразно съ оцѣнкой преступнаго дѣянія, „размѣръ“ мѣры предупредительной можетъ быть опредѣленъ сообразно съ представленіемъ объ интенсивности существующей опасности.

§ 2. Обращаясь къ разсмотрѣнію первой группы предупредительныхъ мѣръ, которыя могутъ быть названы чисто-предупредительными, такъ какъ ихъ единственное назначеніе предупреждать учиненіе недозволенныхъ дѣяній, мы можемъ замѣтить, что онѣ примѣняются въ отношеніи лицъ, опасныхъ вообще для правопорядка въ томъ смыслѣ, что отъ нихъ можно ожидать совершенія извѣстныхъ правонарушеній; какъ замѣчаетъ Таганцевъ, „для принятія ихъ не требуется установленія дѣйствительнаго учиненія запрещеннаго дѣянія, конкретной виновности, достаточно только вѣроятности его наступленія, одной общей порочности даннаго лица, пригодности его къ учиненію правонарушеній, иногда даже принадлежности къ извѣстному преступному или порочному классу населенія“ [1]). Среди этихъ мѣръ можно различать мѣры, примѣняемыя въ отношеніи лицъ вообще опасныхъ, и мѣры, примѣняемыя въ отношеніи опасныхъ невмѣняемыхъ или вообще ненормальныхъ субъектовъ. Эти мѣры весьма близко примыкаютъ къ мѣрамъ соціальной защиты, примѣняемымъ въ отношеніи точно также опасныхъ субъектовъ, но доказавшихъ свою опасность учиненіемъ преступнаго дѣянія. Такимъ образомъ ихъ отличіе отъ послѣднихъ сводится къ чисто формальному моменту наличности учиненнаго правонарушенія; но мѣры соціальной защиты заключаютъ въ себѣ нерѣдко весьма тяжкое посягательство на индивидуальную свободу, вслѣдствіе чего примѣненіе ихъ допустимо лишь въ отношеніи такихъ опасныхъ субъектовъ, опасность которыхъ представляется особенно вѣроятной, а это устанавливается между прочимъ и фактомъ преступности въ прошломъ даннаго

[1]) Таганцевъ, в. с. т. II стр. 826.

субъекта. Съ этой точки зрѣнія приходится относиться отрицательно къ мнѣніямъ тѣхъ писателей, которые предлагаютъ допустить примѣненіе мѣръ соціальной защиты въ отношеніи лицъ опасныхъ вообще, т. е., правильнѣе выражаясь, расширить примѣненіе мѣръ предупредительныхъ, усиливъ ихъ тяжесть допущеніемъ весьма продолжительнаго лишенія свободы.

Посколько мы говоримъ, что предупредительныя мѣры покоятся на представленіи объ опасности, которою грозитъ извѣстное лицо, мы должны считаться съ тѣмъ, что основаніемъ ихъ примѣненія является не только опасность реально существующая, но и существующая лишь по мнѣнію того, кто ихъ примѣняетъ: опасность не только дѣйствительно грозящая въ будущемъ, но и опасность предполагаемая. Отсюда вполнѣ понятна потребность въ установленіи съ одной стороны извѣстныхъ гарантій личной свободы при примѣненіи этихъ мѣръ, а съ другой стороны—мѣропріятій, могущихъ парализовать вредныя послѣдствія неправильнаго ихъ примѣненія.

Останавливаясь на постановленіяхъ нашего законодательства по вопросу о мѣрахъ чисто-предупредительныхъ, мы должны признать крайнюю ихъ неудовлетворительность. Въ немъ отсутствуетъ необходимая точность указанія тѣхъ случаевъ, когда примѣненіе этихъ мѣръ допускается, равно какъ предѣловъ возможнаго ихъ примѣненія, а также самаго объема дозволенныхъ средствъ предупредительнаго принужденія. Интересы личной свободы принесены въ жертву необходимости бороться всѣми средствами съ опасностью возникновенія правонарушеній. При этомъ замѣчается большая суровость примѣняемыхъ мѣръ, вытекающая изъ неуваженія къ личности человѣка, а вмѣстѣ съ тѣмъ большое разнообразіе самыхъ мѣръ по ихъ содержанію. Органомъ примѣненія ихъ является власть административная, дѣйствующая внѣ всякаго спеціальнаго контроля органовъ судебныхъ.

Наше право общимъ образомъ указываетъ, что „губернаторы, мѣстныя полиціи и вообще всѣ лица, имѣющія начальство по части гражданской или военной, обязаны всѣми зависящими отъ нихъ средствами предупреждать и пресѣкать всякія дѣйствія, клонящіяся къ нарушенію должнаго уваженія къ вѣрѣ, или же общественнаго спокойствія, порядка, безопасности личности и безопасности имущества . . .“ (ст. 1 Св. Зак. т. XIV уст. пред. прес. прест.). При этомъ законъ называетъ нѣкоторыя изъ подобныхъ мѣръ, именно онъ говоритъ: „къ мѣрамъ предупрежденія и пресѣченія преступленій относятся: отдача подъ надзоръ полиціи, воспрещеніе жительства въ столицахъ или иныхъ

мѣстахъ, высылка административнымъ порядкомъ въ опредѣленныя мѣстности европейской или азіатской Россіи, а также удаленіе иностранцевъ заграницу. Мѣры сіи могутъ быть опредѣляемы въ нѣкоторыхъ особенныхъ случаяхъ порядкомъ для сего установленнымъ, безъ формальнаго производства суда" (прим. къ ст. 1 того же уст. прод. 1912 г.). Однако перечень этотъ не полонъ: въ немъ опущено указаніе на мѣру, которая чаще всего примѣняется на практикѣ,—на полицейскій арестъ или личное задержаніе. Къ тому же слѣдуетъ замѣтить, что примѣненіе указанныхъ мѣръ, именно въ качествѣ мѣръ предупрежденія, не въ нѣкоторыхъ только случаяхъ, какъ говоритъ законъ, а вообще, по нашему праву, предоставляется полиціи, безъ формальнаго производства суда.

Такимъ образомъ всѣ предупредительныя мѣры даннаго рода по нашему праву можно свести къ слѣдующимъ: 1) полицейскій арестъ, 2) полицейскій надзоръ, 3) воспрещеніе жительства, 4) административная высылка и 5) высылка иностранцевъ. Разсмотрѣніе этихъ мѣръ представляетъ интересъ для криминалиста въ виду того, что нѣкоторыя изъ нихъ весьма близко подходятъ къ соотвѣтственнымъ по внѣшнему выраженію наказаніямъ, что и даетъ поводъ нѣкоторымъ писателямъ до извѣстной степени признавать за ними карательную природу.

Полицейскій арестъ или личное задержаніе лицъ опасныхъ для общежитія по распоряженію полицейской власти вытекаетъ изъ самаго существа дѣятельности органовъ полиціи. Безъ этого не обходится ни одно государство въ томъ или иномъ объемѣ [1]). И это положеніе не возбуждаетъ въ настоящее время сомнѣній. По словамъ Георга Мейера, „даже безъ прямого уполномочія закона за полиціей должно быть признано вытекающимъ изъ ея общей принудительной власти (Zwangsgewalt) право производить аресты, если они представляются необходимыми въ интересахъ общественной безопасности, спокойствія или нравственности или для собственной защиты арестуемаго лица" [2]). Но при этомъ, чѣмъ

[1]) Даже въ Англіи, гдѣ нормально за органами полиціи не предполагается право административнаго принужденія, все-таки имѣются случаи, гдѣ органы полиціи (равно какъ и частныя лица) имѣютъ право прибѣгать къ личному задержанію (см. Hayeraft, Executive Powers in relation to crime and disorder or police powers in England. 1897 p. 13 eff).

[2]) G. Meyer. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht B. I. 1883 s. 147). То же повторяетъ Гессенъ: „нельзя представить себѣ такого положенія вещей, при которомъ органы, завѣдующіе поддержаніемъ спокойствія и порядка, не были бы вооружены правомъ полицейскаго ареста: это—естественная и дѣйствительно необходимая функція полицейской власти, (Гессенъ. Исключительное положеніе 1908 стр. 18) Ср. объ этомъ же Тарасовъ. Личное задержаніе, какъ полицейская мѣра безопасности 1875 ч. 1 стр. 153

выше цѣнится въ государствѣ личная свобода, тѣмъ больше устанавливается для нея гарантій при примѣненіи этого ареста; и это тѣмъ болѣе необходимо, что въ виду большого разнообразія возможныхъ поводовъ къ принятію ареста, перечисленіе въ законѣ ихъ отдѣльныхъ случаевъ представляется затруднительнымъ—вотъ почему соблюденіе установленныхъ въ законѣ формальностей представляется здѣсь особенно важнымъ. Въ нашемъ правѣ по этому вопросу имѣются самыя скудныя опредѣленія, далеко не удовлетворяющія требованіямъ установленія гарантій личной свободы, и это вполнѣ понятно, такъ какъ соотвѣтственныя его положенія образовались примѣнительно къ условіямъ быта полицейскаго государства. Общее постановленіе закона, касающееся права личнаго задержанія, редактировано весьма неопредѣленно, именно ст. 688 Св. Зак. т. II общ. учр. губ. гласитъ: „полиція въ случаѣ нарушенія благочинія и порядка въ округѣ ея вѣдомства, приводитъ по мѣрѣ власти, ей предоставленной, предписанное закономъ или постановленіемъ къ точному и непремѣнному исполненію, несмотря ни на какое лицо; оказывающихъ же явное и насильственное сопротивленіе требованіямъ ея беретъ въ опредѣленныхъ законами случаяхъ подъ стражу". Но здѣсь говорится скорѣе о той дѣятельности, которая относится къ пресѣченію преступленій, а не предупрежденію ихъ, такъ какъ здѣсь предполагается „сопротивленіе", т. е. уже наступившая неправда. Если же мы обратимся къ отдѣльнымъ статьямъ закона, то мы найдемъ только нѣсколько далеко неполныхъ опредѣленій относительно нѣкоторыхъ случаевъ примѣненія ареста для предупрежденія недозволеннаго дѣянія, притомъ безъ всякихъ ближайшихъ указаній относительно нормировки пользованія этимъ средствомъ со стороны органовъ полиціи[1]). Кромѣ того въ нашемъ правѣ особо указываются и нѣкоторые случаи примѣненія подобнаго ареста

[1]) Сюда относится право временнаго задержанія пьяныхъ („лицъ, находящихся въ публичныхъ мѣстахъ въ состояніи явнаго опьяненія, угрожающемъ безопасности, спокойствію или благочинію, полиція удаляетъ и можетъ задерживать временно впредь до вытрезвленія"—ст. 153 уст. пред. прос. прест. прод. 1912 г.), нищихъ („уличенные въ бродяжничествѣ для прошенія милостыни забираются мѣстными полиціями"..—ст. 163 тамъ же) и проститутокъ, больныхъ заразительной болѣзнью („буде заразившія.. женщины дѣйствительно окажутся виновными въ непотребствѣ и суть бродящія, подлыя и подозрительныя дѣвки, таковыхъ брать и лечить отъ заразительной болѣзни въ госпиталяхъ и по вылеченіи поступать съ ними, какъ о бродягахъ постановлено"—ст. 158 тамъ же); далѣе с.-петербургской полиціи предоставлено право задерживать людей, которые будутъ возить по тротуарамъ телѣжки или будутъ ходить по тротуарамъ съ громоздкими тяжестями (ст. 2 прил. къ ст. 220 прим. уст. пред., прес.)—очевидно, въ виду той опасности, которую представляетъ подобное движеніе по тротуарамъ для другихъ лицъ.

иными органами власти. Такъ, въ отношеніи порочныхъ членовъ, удаляемыхъ изъ обществъ сельскихъ обывателей, а также казачьихъ и инородческихъ обществъ, указывается на право содержанія ихъ подъ стражей при сельскомъ и волостномъ управленіи „въ предупрежденіе вреда, какой они могли бы нанести своимъ односельчанамъ", если представляется необходимость въ этомъ (ст. 7 прил. къ ст. 205 св. зак. т. XIV уст. пред. прест.), причемъ отъ земскаго начальника зависитъ при провѣркѣ приговора сдѣлать распоряженіе о заключеніи подобнаго лица подъ стражу въ городской тюрьмѣ (ст. 8 тамъ же). Далѣе, законъ 22 іюня 1909 г. о досрочномъ условномъ освобожденіи предоставляетъ мировому, городскому и гминному судьѣ, а также земскому начальнику право подвергнуть „предварительному задержанію" досрочно освобожденнаго, порочное поведеніе котораго грозитъ личной или общественной безопасности (ст. 436 уст. сод. страж. прод. 1912). Таковы тѣ немногочисленныя опредѣленія, которыя мы находимъ по данному вопросу въ нашемъ законодательствѣ.

Но кромѣ того наше право знаетъ случаи примѣненія полицейскаго ареста на основаніи тѣхъ положеній, которыя заключаются въ исключительныхъ законахъ. Въ силу положенія объ усиленной и чрезвычайной охранѣ предоставляется мѣстнымъ начальникамъ полиціи, а также начальникамъ жандармскаго управленія и ихъ помощникамъ право примѣненія предварительнаго задержанія не долѣе 2 недѣль, а тамъ, гдѣ исключительныя положенія не введены, не долѣе 1 недѣли, всѣхъ лицъ, внушающихъ основательное подозрѣніе въ совершеніи государственныхъ преступленій, или въ прикосновенности къ нимъ, а равно въ принадлежности къ противузаконнымъ сообществамъ (ст. 21 и ст. 25 Пол. о мѣрахъ къ охран. гос. пор. и общ. без.), съ правомъ продленія этого срока до 1 мѣс. по письменному распоряженію губернатора или градоначальника; если же возникаетъ вопросъ о высылкѣ этихъ лицъ, то предварительный ихъ арестъ можетъ быть продленъ по распоряженію министра внутреннихъ дѣлъ впредь до разрѣшенія вопроса о ихъ высылкѣ (ст. 33 прим.) [1]).

[1]) То же право установлено на основаніи военнаго положенія, причемъ къ государственнымъ преступленіямъ здѣсь прибавлены преступленія, нарушающія существенные интересы арміи (ст. 23 прил. къ ст. 23 Общ. упр. губ.), а также въ случаѣ примѣненія чрезвычайныхъ мѣръ охраны на желѣзныхъ дорогахъ—право примѣненія этой мѣры предоставляется офицерамъ отдѣльнаго корпуса жандармовъ въ отношеніи лицъ, внушающихъ основательное подозрѣніе въ совершеніи преступленій государственныхъ или нарушающихъ правильность и непрерывность дѣйствія желѣзной дороги или телеграфа, а равно въ принадлежности къ противузаконному сообществу (ст. 420[1] у. у. с. прод. 1912 г.).

Что касается природы этого вида полицейскаго ареста, то въ нашей литературѣ высказываются различные взгляды на нее. Такъ, Люблинскій говоритъ, что „уже самъ по себѣ, даже независимо отъ грозящей административной кары, этотъ арестъ является серіознымъ наказаніемъ, отбываемымъ въ одиночномъ заключеніи (ст. 1043 у. у. с.) и сопровождаемымъ особыми мѣрами для прегражденія всякихъ сношеній съ внѣшнимъ міромъ“ [1]). Но говорить о томъ, что этотъ арестъ есть наказаніе, представляется совершенно неправильнымъ, и если въ обыденной жизни и допускается вообще смѣшеніе наказанія съ мѣрами предупредительными, то съ точки зрѣнія строго юридической о смѣшеніи этихъ двухъ мѣръ рѣчи быть не можетъ. Тѣ строгости, которыя сопровождаютъ этотъ арестъ, сами по себѣ не способны измѣнить природы этого института, какъ мѣры предупредительной, и карательнаго характера въ виду этого данная мѣра еще не заключаетъ [2]).

Другая точка зрѣнія на природу этого ареста высказывается Гессеномъ, который, указавъ на то, что по всякому уголовному дѣлу дѣятельность полиціи распадается на двѣ стадіи—обнаруженіе преступленія и изслѣдованіе уже обнаруженнаго преступленія, производство по нему формальнаго дознанія,—говоритъ,

---

[1]) Люблинскій. Свобода личности въ уголовномъ процессѣ 1906 г. стр 328.

[2]) При этомъ нужно замѣтить, что этотъ полицейскій арестъ, назначаемый въ порядкѣ охраны, долженъ быть отличаемъ отъ того ареста, который назначается въ порядкѣ производства дознанія по преступленіямъ государственнымъ (ст. 1035^{14} у. у. с. говоритъ, что „при производствѣ дознаній лица, производящія оныя, могутъ заключать подъ стражу обвиняемыхъ и въ такихъ преступныхъ дѣяніяхъ, которыя влекутъ за собой наказаніе ниже исправительнаго дома, если эта мѣра представляется необходимой для предупрежденія сношеній обвиняемыхъ между собой или сокрытія слѣдовъ преступнаго дѣянія“). Это вытекаетъ прежде всего изъ указанія тѣхъ органовъ, которымъ принадлежитъ право примѣненія этого ареста: арестъ по ст. 1035^{14} у. у. с. могутъ примѣнять только органы, производящіе дознаніе, т. е. офицеры отдѣльнаго корпуса жандармовъ, а въ случаѣ ихъ отсутствія чины полиціи (ст. 1035^{1}), тогда какъ арестъ въ порядкѣ охраны примѣняютъ мѣстные начальники полиціи и начальники жандармскихъ управленій и ихъ помощники (ст. 21 пол.); далѣе въ принципѣ установляется срочность полицейскаго ареста въ порядкѣ охраны и неуказаніе срока для ареста въ порядкѣ дознанія, что вытекаетъ изъ самаго существа дѣла. Конечно, весьма часто бываетъ, что арестованный въ порядкѣ охраны подлежитъ далѣе высылкѣ и суду не предается, но бываютъ и такіе случаи—и послѣ закона 1904 г. о введеніи въ дѣйствіе уг. ул. 1903 г. это стало болѣе частымъ явленіемъ,—что противъ него возбуждается уголовное преслѣдованіе и производится дознаніе—и въ этомъ случаѣ онъ обыкновенно заключается подъ стражу; но это лишеніе свободы есть уже мѣра пресѣченія уклоненія отъ слѣдствія и суда, и она можетъ быть замѣняема другими мѣрами, какъ это вытекаетъ изъ ст. 1035^{16}, которая указываетъ, какъ поступать при возникновеніи затрудненій по вопросу объ избраніи мѣры пресѣченія.

что обнаруженіе преступленій нуждается въ особыхъ пріемахъ, и „на ряду съ наблюденіемъ внутреннимъ и внѣшнимъ, существеннымъ средствомъ обнаруженія преступленій является предварительный, въ порядкѣ охраны арестъ, сопровождаемый производствомъ въ томъ же порядкѣ обысковъ и выемокъ“ [1]). Конечно, этотъ арестъ, примѣняемый обыкновенно „впредь до выясненія причинъ заарестованія“ становится на практикѣ средствомъ обнаруженія преступленій, но юридическая природа его заключается не въ этомъ, а въ томъ, что это есть арестъ, какъ особая предупредительная мѣра, примѣняемая въ отношеніи лица, признаваемаго опаснымъ для государственнаго спокойствія.

Полицейскій надзоръ, какъ особая чисто-предупредительная мѣра, принимаемая въ виду возможной въ будущемъ неправды со стороны извѣстнаго лица, извѣстенъ нашему праву, но вышелъ уже изъ употребленія въ другихъ законодательствахъ [2]), гдѣ онъ иногда примѣняется лишь въ отношеніи лицъ, отбывшихъ уже наказаніе, слѣдовательно въ качествѣ мѣры иного характера. По нашему законодательству онъ употребляется въ качествѣ мѣры, установленной въ порядкѣ исключительныхъ законовъ и обыкновенно сопровождаетъ административную высылку (ст. 2), хотя можетъ быть назначенъ и независимо отъ нея (ст. 3 прил. 11 къ ст. 1 прим. 2 св. зак. т. XIV уст. прид. прест. прод. 1912 г.). „Полицейскій надзоръ, говоритъ нашъ законъ (ст. 1), какъ мѣра предупрежденія преступныхъ дѣяній противъ существующаго государственнаго порядка, учреждается надъ лицами, вредными для общественнаго спокойствія“, причемъ въ отношеніи порядка опредѣленія самой мѣры дѣлается ссылка на статьи закона, которыя опредѣляютъ порядокъ назначенія высылки административнымъ порядкомъ (ст. 32, 33, 34 (прод.) ст. 35, 36 прил. 1 къ той же статьѣ). Этотъ надзоръ, назначаемый на срокъ не свыше 5 лѣтъ, влечетъ за собой обязанность поднадзорнаго жить въ указанномъ ему мѣстѣ (ст. 7) и заключаетъ въ себѣ рядъ весьма существенныхъ стѣсненій для личности, обнимая собой, кромѣ стѣсненій въ свободѣ передвиженія, ограниченія въ свободѣ занятій и про-

[1]) Гессенъ в. с. стр. 250.

[2]) Примѣненіе его въ качествѣ мѣры чисто-предупредительной, т. е. въ отношеніи лицъ, еще не совершившихъ преступленія, но вообще опасныхъ, встрѣчалось въ разныхъ странахъ, напр. во Франціи подъ именемъ surveillance de la haute police въ отношеніи лицъ опасныхъ для государственнаго порядка, въ силу декрета 8 дек. 1851 г., и въ Пруссіи въ отношеніи лицъ, не имѣющихъ честнаго постояннаго заработка, въ силу министерскаго распоряженія 12 сент. 1815 г. см. Fuhr. Strafrechtspflege und Socialpolitik. 1892 s. 55; Braun, Wider Polizeiaufsicht (Z. X s. 814).

мысловъ, въ неприкосновенности домашняго міра, права корреспонденціи и т. д. Въ виду этихъ стѣсненій, связанныхъ съ полицейскимъ надзоромъ, въ литературѣ возникъ даже взглядъ на него, какъ на наказаніе. По словамъ В. В. Ивановскаго, „относительно полицейскаго надзора.... наше законодательство содержитъ довольно опредѣленныя указанія, свидѣтельствующія въ то же время о томъ, что такого рода полицейскій надзоръ служитъ не только предупредительной полицейской мѣрой, но и тяжелымъ внѣсудебнымъ наказаніемъ, соединеннымъ съ значительными ограниченіями правоспособности поднадзорныхъ“ [1]). То же повторяетъ и Гессенъ, замѣчая, что „будучи по своей цѣли предупредительной мѣрой, надзоръ этотъ по своимъ послѣдствіямъ имѣетъ безусловно репрессивный характеръ“ [2]). Однако по поводу подобныхъ взглядовъ мы должны сказать, что какъ бы мы ни находили, что данная мѣра по своему внѣшнему проявленію приближается къ наказанію, это не даетъ права юристу отождествлять ее съ какимъ либо наказаніемъ. Объемъ мѣропріятій, заключающихся въ полицейскомъ надзорѣ, можетъ быть различенъ въ зависимости отъ того, какъ законодатель считаетъ цѣлесообразнымъ организовать данную мѣру, но отъ этого не измѣняется общій ея характеръ. Выражается ли полицейскій надзоръ лишь въ ограниченіи свободы передвиженія или онъ сопровождается и другими мѣропріятіями, это не измѣняетъ его природы, какъ мѣры предупредительнаго характера, примѣняемой въ виду предполагаемой возможности учиненія даннымъ лицомъ правонарушенія. Въ основаніи его лежитъ лишь возможная въ будущемъ, а не существующая уже въ настоящемъ неправда. Поэтому о смѣшеніи полицейскаго надзора, какъ мѣры предупредительной, съ наказаніемъ, какъ правовымъ послѣдствіемъ неправды, рѣчи быть не можетъ.

Особенное развитіе получаетъ въ нашемъ законодательствѣ въ качествѣ мѣры чисто-предупредительной ограниченіе въ правѣ жительства и свободы передвиженія [3]). Предпринимаемая въ от-

[1]) В. В. Ивановскій. Учебникъ административнаго права. 1908 стр. 148.

[2]) Гессенъ в. с. стр. 16.

[3]) Иностраннымъ законодательствамъ эта мѣра въ качествѣ мѣры чисто-предупредительной почти вовсе неизвѣстна. Упоминанія заслуживаетъ итальянскій законъ объ общественной безопасности 1889 г., который дозволяетъ мѣстной полицейской власти высылать на родину неизвѣстныхъ подозрительныхъ лицъ (§ 85) ср. также привилегію города Берлина 1822 г., въ силу которой президенту полиціи предоставляется право разрѣшать жительство въ Берлинѣ вновь прибывшимъ лицамъ, „если они могутъ указать на свой до сихъ поръ добропорядочный образъ жизни и вмѣстѣ съ тѣмъ на то, что они располагаютъ достаточными средствами для честнаго существованія“. (Conta. Die Ausweisung aus dem deutschen Reich und aus dem Staat und der Gemeinde in Preussen, 1904, s. 162).

ношеніи лишь возможныхъ, а не дѣйствительныхъ правонарушителей, мѣра эта безъ сомнѣнія является лишь мѣрой предупредительной, а не наказаніемъ, какъ ни представляется она по своей тяжести фактически сходной съ тѣмъ наказаніемъ, которое извѣстно подъ именемъ ссылки. Это въ общемъ и не оспаривается въ нашей литературѣ, хотя иногда проскальзываетъ въ ней и иной взглядъ. Такъ, напр., Чубинскій указываетъ на то, что „высылка или ссылка по существу своему связаны съ такими тяжкими стѣсненіями для личности, и заключаютъ въ себѣ столь существенное посягательство на ея права, что не должны имѣть мѣста безъ соотвѣтствующаго приговора суда..., ибо здѣсь de facto въ руки администраціи передается право подъ именемъ „предупредительныхъ мѣръ“ или „мѣръ безопасности“ налагать уголовныя кары, сущность которыхъ не измѣняется отъ того, что ихъ преподносятъ подъ другой вывѣской“ [1]). Точно также эту мѣру квалифицируетъ, какъ „наказаніе по чистому усмотрѣнію власти“ А. Кулишеръ [2]); наконецъ, въ соображеніяхъ, высказанныхъ въ 1888 г. Государственнымъ Совѣтомъ мы читаемъ: „этотъ родъ ссылки, отличаясь отъ судебной ссылки своей срочностью, представляетъ собой одно изъ строжайшихъ наказаній“ [3]).

Данная мѣра проявляется или въ видѣ воспрещенія пребыванія въ опредѣленныхъ мѣстностяхъ—т. н. административная высылка или же въ видѣ удаленія въ опредѣленную мѣстность, т. н. административная ссылка. Она примѣняется или въ отношеніи лицъ, неблагонадежныхъ въ политическомъ отношеніи или, какъ выражается законъ, лицъ, „вредныхъ для государственнаго и общественнаго спокойствія“ (ст. 32 Пол. о мѣрахъ къ охраненію гос. пор. и общ. спок. прил. 1 къ ст. 1, прим. 2, т. XIV Св. Зак. уст. пред. прес. прест.) или же въ отношеніи лицъ порочныхъ, или какъ выражается законъ, „лицъ, признаваемыхъ вредными для общественнаго спокойствія, вслѣдствіе порочнаго ихъ поведенія“ (ст. 16 пр. 2 тамъ же по прод. 1912 г.). Сущность обоихъ видовъ данной мѣры заключается въ слѣдующемъ: воспрещеніе пребыванія есть высылка извѣстнаго лица изъ опредѣленнаго мѣста съ правомъ свободнаго пребыванія въ другихъ мѣстахъ; порядокъ ея назначенія опредѣляется ст. 16 п. 4 Пол., которая говоритъ о правѣ генералъ-губернаторовъ, губернаторовъ и градоначальниковъ „воспрещать отдѣльнымъ личностямъ пребываніе въ мѣст-

---

[1]) Чубинскій. Курсъ уголовной политики 1912 г., стр. 312.

[2]) А. Кулишеръ. Господство права и административное принужденіе. 1911 стр. 17.

[3]) Таганцевъ, в. с. II, стр. 834, пр. 1.

ностяхъ, объявленныхъ въ положеніи усиленной охраны" (а по силѣ ст. 23, конечно, и чрезвычайной), причемъ, какъ видно изъ прим. 2 (по прод. 1912 г.) къ ст. 16, указанные административные органы могутъ прибѣгать къ данной мѣрѣ собственной властью лишь въ отношеніи „политически-неблагонадежныхъ лицъ", въ отношеніи же „лицъ порочныхъ" окончательное рѣшеніе о воспрещеніи пребыванія зависитъ отъ особаго совѣщанія при министрѣ в. д. [1]). Что касается административной высылки, то она заключается въ высылкѣ въ какую-либо опредѣленную мѣстность Европейской или Азіатской Россіи съ обязательствомъ безотлучнаго пребыванія тамъ въ теченіе назначеннаго срока (отъ 1 года до 5 лѣтъ—ст. 32 и 36); эта мѣра примѣняется особымъ совѣщаніемъ при м. в. д. (ст. 34) и, какъ видно изъ прим. 2 къ ст. 36, не ограничивается дѣйствіемъ лишь въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на исключительномъ положеніи. Оба эти вида ограниченія въ правѣ пребыванія извѣстны и другимъ нашимъ исключительнымъ законоположеніямъ и сверхъ того существуютъ въ законодательствѣ, касающемся управленія нѣкоторыми окраинами [2]).

---

[1]) О томъ, какъ произошло соотвѣтственное измѣненіе первоначальнаго текста Положенія 1881 г. въ этомъ направленіи, см Гессенъ. Исключительное положеніе стр. 236 и сл.

[2]) Такъ, на основаніи правилъ о правахъ и обязанностяхъ комендантовъ крѣпости, даже при состояніи крѣпости въ мирномъ положеніи, комендантъ можетъ воспретить пребываніе въ предѣлахъ крѣпостного раіона лицамъ, присутствіе которыхъ признано будетъ вреднымъ для общественнаго спокойствія и безопасности крѣпости (ст. 7 прил. къ ст. 22 т. II Св. Зак. Общее Учр. Губ.), а также удалить съ театра военныхъ дѣйствій лицъ, внушающихъ ему недовѣріе (ст. 14 тамъ же). Точно также въ мѣстностяхъ, объявляемыхъ на военномъ положеніи, генералъ-губернаторамъ или облеченнымъ ихъ властью лицамъ, предоставляется воспрещать пребываніе отдѣльнымъ лицамъ (ст. 19 п. 16 прил. къ ст. 23 Общ. Учр. Губ.) и высылать ихъ во внутреннія губерніи Имперіи (п. 17 тамъ же). То же предоставляется на основаніи правилъ чрезвычайной охраны на жел. дор. особому комитету дороги, который имѣетъ право воспрещать пребываніе въ полосѣ отчужденія отдѣльнымъ лицамъ, какъ частнымъ, такъ и должностнымъ, кромѣ находящихся при исполненіи служебныхъ обязанностей лицъ судебнаго вѣдомства (ст. 6 п. 9 прил. къ ст. 575 прим 17 Уст. пут. сообщ. прод. 1912 г.), а также выселять отдѣльныхъ лицъ съ полосы отчужденія (ст. 6 п. 10 тамъ же). Далѣе Кавказскому Намѣстнику предоставляется право удаленія въ избранную мѣстность въ предѣлахъ Кавказскаго края съ воспрещеніемъ отлучки на срокъ не свыше 5 лѣтъ лицъ, принадлежащихъ къ туземному населенію, которыя оказываются вредными для общественнаго порядка и безопасности (ст. 26 Учр. Кавк. т. II Св. Зак. прод. 1912 г.); ему же принадлежитъ право воспрещать пребываніе лицамъ нетуземнаго происхожденія, вреднымъ для общественнаго порядка и безопасности, въ пограничныхъ съ Турціей и Персіей мѣстностяхъ, равно какъ жительство въ предѣлахъ края всѣмъ лицамъ, коихъ пребываніе тамъ признано будетъ вреднымъ (ст. 27

Съ такимъ же характеромъ мѣры чисто-предупредительной является административная высылка „вредныхъ и порочныхъ“ членовъ обществъ сельскихъ обывателей, а также казачьихъ и инородческихъ обществъ, удаляемыхъ изъ ихъ среды (ст. 205 Св. зак. т. XIV уст. пред. прест. прод. 1912) и предоставляемыхъ въ распоряженіе правительства для водворенія въ одну изъ мѣстностей, указываемыхъ на каждое трехлѣтіе впередъ положеніями совѣта министровъ (ст. 21 прил. къ ст. 205); эта мѣра имѣетъ срочный характеръ—удаленные по истеченіи 5 лѣтъ въ случаѣ одобрительнаго поведенія могутъ переходить на жительство въ другія губерніи, однако кромѣ той, изъ которой они были удалены (ст. 22) [1]).

Какъ особую мѣру, стоящую въ одномъ ряду съ административной ссылкой и высылкой, слѣдуетъ назвать высылку заграницу, примѣняемую къ иностранцамъ, въ качествѣ мѣры предупредительной, по распоряженію административной власти; въ этомъ отношеніи она должна быть отличаема отъ той высылки, которая примѣняется, какъ мѣра общественной охраны, по отбытіи наказанія и которая замѣняетъ по нашему праву отдачу подъ надзоръ полиціи (улож. о нак. ст. 58[3], угол. улож. ст. 35). Эта мѣра въ противоположность предыдущимъ, извѣстна всѣмъ современнымъ законодательствамъ, прибѣгающимъ къ ней въ отношеніи нежелательныхъ въ томъ или иномъ отношеніи иностранцевъ. По общепринятому мнѣнію, она разсматривается въ качествѣ предупредительной мѣры, предпринимаемой въ интере-

---

п. 2 и 3 тамъ же). На основаніи положенія объ управленіи Туркестанскимъ краемъ генералъ-губернатору предоставляется право высылать вредныхъ по политической неблагонадежности туземцевъ въ мѣстности Имперіи на срокъ не свыше 5 лѣтъ, а также высылать на родину изъ предѣловъ бухарскаго и хивинскаго ханствъ неблагонадежныхъ и порочныхъ русскихъ подданныхъ (ст. 15 Пол. Турк. прод. 1912 г. т. II Св. Зак.) Такое же право высылки вредныхъ инородцевъ предоставлено и степному генералъ-губернатору (ст. 17 Пол. упр. степн. обл.).

[1]) Ближайшія основанія для принятія этой мѣры указываются неодинаково относительно различныхъ случаевъ ея примѣненія: для сельскихъ, а въ прибалтійскомъ краѣ для волостныхъ обществъ, указывается удаленіе тѣхъ изъ проживающихъ въ ихъ средѣ членовъ, дальнѣйшее пребываніе коихъ въ ихъ средѣ угрожаетъ мѣстному благосостоянію и безопасности (ст. 1), въ отношеніи обществъ евреевъ-поселенцевъ говорится о передачѣ въ распоряженіе правительства „кого-либо изъ своихъ собратій“ безъ указанія ближайшихъ къ тому основаній (ст. 16), для колонистовъ кавказскаго края—о предоставленіи въ распоряженіе правительства того, „кто за всѣми принятыми къ удержанію его отъ разврата средствами, останется въ поведеніи своемъ неисправнымъ (ст 17)—для казачьихъ обществъ (ст. 18) и обществъ инородцевъ, а также туземцевъ Туркестанскаго края (ст. 19)—объ удаленіи „вредныхъ и порочныхъ“ членовъ.

сахъ охраны общественнаго порядка [1]). Этотъ мотивъ во многихъ законодательствахъ указывается, какъ обычный поводъ для принятія данной мѣры въ конкретномъ случаѣ [2]); только англійскій законъ 1905 г указываетъ ближе тѣ отдѣльные случаи, въ которыхъ возможно примѣненіе высылки иностранцевъ. Наше законодательство совершенно не опредѣляетъ ближе поводовъ для примѣненія высылки заграницу въ качествѣ мѣры чисто-предупредительной: оно говоритъ только, что удаленіе заграницу пребывающихъ въ Россіи иностранцевъ, съ воспрещеніемъ возвращаться въ предѣлы ея, производится, за исключеніемъ случаевъ, особо въ законѣ указанныхъ, по усмотрѣнію и распоряженію М. В. Д. (ст. 1 прил. къ ст. 205[1] Уст. пред. прест.), законъ же указываетъ особо только тѣ случаи, гдѣ примѣненіе этой мѣры является послѣдствіемъ отбытія извѣстныхъ наказаній, что относится уже къ ссылкѣ, какъ мѣрѣ соціальной охраны [3]).

§ 3. Наряду съ только что указанными предупредительными мѣрами, которыя предпринимаются въ отношеніи опасныхъ для правопорядка субъектовъ и которымъ присуща исключительно предупредительная функція, въ любомъ законодательствѣ можно найти и такія предупредительныя мѣры, которыя, кромѣ цѣли достиженія предупрежденія недозволеннаго дѣянія, имѣютъ въ виду обезпеченіе интересовъ того лица, въ отношеніи котораго онѣ примѣняются. Это—мѣры въ отношеніи опасныхъ невмѣняемыхъ или вообще ненормальныхъ субъектовъ, имѣющія въ виду не только предупредить правонарушеніе, но и въ то же время лечить или же охранять тѣхъ, къ кому онѣ примѣняются. Эти мѣры могутъ быть названы предупредительно-лечебными. Съ такимъ характеромъ являются мѣры, заключающіяся въ принудительной изоляціи умалишенныхъ и въ принудительномъ леченіи алкоголиковъ. Обѣ эти категоріи людей представляютъ опасность для

---

[1]) См. Martini. L'expulsion des étrangers 1909 p. 3. Garraud. Traité théorique et pratique du droit pénal français t. I. 1913 p. 438. Liszt. Lehrbuch s. 269 n. 7; его же Völkerrecht. § 25 III; Conta. l c. s. 5; Langherst. Das Recht der politischen Fremdenausweisung mit besonderer Berücksichtigung der Schweiz 1891 s. 47.

[2]) Ср. § 90 итальянскаго закона 1889 г. объ общественной безопасности и § 1 бельг. зак. 1897 г.

[3]) Право высылки кромѣ того принадлежитъ военному министру, намѣстнику на Кавказѣ, генералъ-губернаторамъ, а въ губерніяхъ и областяхъ пограничныхъ и губернаторамъ по испрошенію Высочайшаго разрѣшенія черезъ совѣтъ министровъ (тамъ же). Наконецъ то же право предоставляется на основаніи военнаго положенія генералъ-губернаторамъ или лицамъ облеченнымъ ихъ властью. (ст. 19 п. 16 пол.).

общественнаго спокойствія и могутъ угрожать разнообразнымъ правовымъ благамъ, и правопорядокъ, не дожидаясь наступленія того или иного вреда, могущаго проявиться въ фактѣ учиненія ими дѣянія, квалифицируемаго вообще въ качествѣ недозволеннаго, можетъ принимать и въ дѣйствительности принимаетъ соотвѣтственныя принудительныя предупредительныя мѣры. Само собой разумѣется, что мѣры этого рода могутъ представлять весьма существенное посягательство на интересы личной свободы—отсюда необходимость обставлять примѣненіе ихъ соотвѣтственными гарантіями, а также допускать ихъ лишь въ случаяхъ особенно важныхъ, когда имѣется особенная опасность отъ оставленія подобныхъ субъектовъ на свободѣ.

Что касается прежде всего умалишенныхъ, то лишеніе ихъ свободы въ случаѣ грозящей отъ нихъ опасности для окружающихъ покоится на общемъ правѣ, принадлежащемъ органамъ администраціи примѣнять личное задержаніе въ отношеніи субъектовъ, угрожающихъ правопорядку. При этомъ однако нужно отмѣтить, что законодательства, спеціально говорящія объ особыхъ мѣрахъ въ отношеніи умалишенныхъ, имѣютъ въ виду почти исключительно мѣры, которыя примѣняются въ отношеніи умалишенныхъ, учинившихъ преступленіе, въ отношеніи же умалишенныхъ, вообще опасныхъ для правопорядка, содержатся соотвѣтственныя постановленія лишь въ немногихъ законодательствахъ. Такъ, наше право говоритъ прямо лишь о мѣрахъ, примѣняемыхъ въ отношеніи умалишенныхъ, уже совершившихъ преступленія, устанавливая такимъ образомъ въ этомъ случаѣ особыя мѣры соціальной защиты (ст. 95 и 96 улож. о нак.; ст. 39 уг. улож. 1903 г.). Что же касается предупредительныхъ мѣръ въ отношеніи данныхъ лицъ, то о нихъ законодательство наше прямыхъ указаній не содержитъ, хотя и исходитъ изъ предположенія о ихъ допустимости, не устанавливая при этомъ однако никакихъ особыхъ гарантій личной свободы [1]).

---

[1]) Единственной, пожалуй, гарантіей, притомъ весьма недостаточной, въ нашемъ правѣ является опредѣленіе ст. 338 т. II Св. Зак. Общ. учр. губ., которая гласитъ, что „если безумные и сумасшедшіе, не совершившіе преступленія, будутъ отданы въ частныя лечебныя заведенія безъ предварительнаго формальнаго освидѣтельствованія ихъ, то содержатели сихъ заведеній обязаны немедленно увѣдомлять о семъ мѣстное медицинское начальство, которое также представляетъ о семъ неотложно губернатору. Сей послѣдній по полученіи такого увѣдомленія собираетъ немедленно частнымъ образомъ и безъ огласки свѣдѣнія: не было ли при помѣщеніи тѣхъ больныхъ въ лечебныя заведенія какого-либо злоупотребленія власти надъ ними“...

Въ другихъ законодательствахъ самое право помѣщенія умалишенныхъ въ спеціальныя заведенія для нихъ предусматривается или въ законодательныхъ актахъ (см. напр. art. 1, органическаго закона кантона Фрейбургъ 18 ноября 1871 г.) или въ особо изданныхъ правительственныхъ распоряженіяхъ [1]) (напр. въ Пруссіи указъ 19 января 1888 г. и новѣйшій указъ 26 марта 1901 г. [2]), въ Баваріи, Саксоніи и т. д.). Вообще же въ настоящее время сознаніе необходимости гарантировать интересы лица, подвергающагося этой мѣрѣ, приводитъ къ мысли о необходимости самое помѣщеніе въ домъ для умалишенныхъ поставить въ зависимость отъ соотвѣтственнаго постановленія судебнаго органа. Это уже нашло себѣ примѣненіе въ законодательствахъ англійскомъ, нѣкоторыхъ штатовъ Сѣверной Америки, италіанскомъ и др., хотя вмѣстѣ съ тѣмъ вездѣ обыкновенно указываются случаи, не терпящіе отлагательства, гдѣ возможно обходиться безъ этой процедуры [3]). Эта же мысль неоднократно высказывалась какъ въ иностранной, такъ и нашей литературѣ [4]).

Наконецъ, особой предупредительной мѣрой является принудительное леченіе алкоголиковъ, примѣняемое къ нимъ въ виду той опасности, которую они представляютъ для общества; эта мѣра

---

[1]) См. объ этомъ Wüst. Die sichernden Massnahmen im Entrwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch 1905. s. 35.

[2]) Reissner. Die Zwangunterbringung in Irrenanstalten und der Schutz der persönlichen Freiheit. 1905. s. 6.

[3]) Во Франціи 22 января 1907 г. былъ принятъ палатой депутатовъ подобный же законопроектъ, внесенный депутатомъ Dubief. См. Spach. La liberté individuelle et le projet de loi sur les aliénés adopti par la chambre des députés le 22 janvier 1907. (Revue pénitentiaire et de droit pénal. 1909. № 1 p. 87). Баженовъ. Проектъ законодательства о душевно-больныхъ и объяснительная записка къ нему. 1911 стр. 35 и сл.

[4]) Schroder. Das Recht im Irrenwesen, kritisch, systematisch und kodificiert; 1890; Medem, Entwurf eines Gesetzes betreffend die Reform des Irrenwesens. 1897. Reissner l. c. s. 82; Oetker. Entwurf eines Reichsgesetzes betreff. die vorläufige Verwahrung und die Internierung gemeingefährlichen Geisteskranker und Bestrafung, vorläufige Verwahrung und Internierung im Falle geminderter Schuldfähigkeit (Mitteilungen der IKO. XII s. 58), также Aschaffenburg. Gemeingefährliche Geisteskranke und verbrecherische Gewohnheitstrinker. (V. D. A. T. I. s. 116); Dubief, Le régime des aliénés, 1909 p. 60; Баженовъ, в. с. стр. 88; въ ст. 8 его проекта закона о душевнобольныхъ сказано: „для сего (т. е. для насильственнаго помѣщенія больного въ спеціальное учрежденіе для призрѣнія) требуется заключеніе мѣстнаго врача о формѣ душевнаго разстройства даннаго лица, мотивированное рѣшеніе волостной управы и постановленіе о семъ мѣстнаго уѣзднаго члена окружнаго суда“; еще раньше ту же мысль высказывалъ у насъ Константиновскій. (Русское законодательство объ умалишенныхъ, его исторія и сравненіе съ иностранными законодательствами. 1887 г. стр. 89).

извѣстна пока еще весьма немногимъ законодательствамъ. Она существуетъ напр. въ нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантонахъ: С. Галленѣ (законъ 29 іюня 1891 г.), Обвальденѣ (законъ 27 апрѣля 1893 г.) и Базелѣ-городѣ (законъ 21 февраля 1901 г.), гдѣ допускается принудительное помѣщеніе алкоголиковъ для леченія въ спеціальныя для нихъ учрежденія, по распоряженію административной власти [1]), а также въ Новомъ Южномъ Валлисѣ (законъ 10 окт. 1900 г.) [2]).

§ 4. Слѣдующую группу предупредительныхъ мѣръ представляютъ мѣры, имѣющія въ виду обезпечить исполненіе извѣстныхъ обязанностей, лежащихъ на опредѣленномъ лицѣ, и предпринимаемыя въ предположеніи о возможномъ ихъ неисполненіи. Ихъ можно назвать предупредительно-обезпечительными мѣрами. Предполагая, что неисполненіе данной обязанности можетъ быть избѣгнуто лишь примѣненіемъ предупредительной мѣры, такъ какъ расчитывать на добровольное ея исполненіе нѣтъ основаній, правопорядокъ прибѣгаетъ къ этимъ особымъ предупредительно-обезпечительнымъ мѣрамъ. Но, разумѣется, это можетъ имѣть мѣсто, въ виду принудительнаго характера предпринимаемой мѣры, не въ отношеніи обезпеченія исполненія любой правовой обязанности, а лишь примѣнительно къ нѣкоторымъ обязанностямъ, представляющимъ особое значеніе для интересовъ общественныхъ. Эти мѣры имѣются въ области процессуальнаго отношенія, какъ уголовнаго, такъ и гражданскаго. Для каждой изъ этихъ двухъ сферъ объемъ и порядокъ назначенія данныхъ мѣръ различны, но предупредительный характеръ послѣднихъ, къ какой бы области онѣ ни относились, не можетъ подлежать сомнѣнію. Какъ увидимъ дальше, нѣкоторыя изъ этихъ мѣръ проявляются внѣшнимъ образомъ въ такомъ же вторженіи въ сферу правовыхъ благъ человѣка, какъ и наказаніе, но это тѣмъ не менѣе не даетъ права отождествлять оба данныхъ института. Мѣры эти отличны отъ наказанія, такъ какъ ихъ исключительное назначеніе—предупредить возможность неисполненія процессуальныхъ обязанностей, и посколько данныя процессуальныя обязанности могутъ быть обезпечены въ своемъ исполненіи инымъ образомъ, для ихъ примѣненія не можетъ и не должно быть мѣста. Этимъ обусловливаются неодинаковыя исходныя точки зрѣнія при примѣненіи предупредительно-обезпечитель-

---

[1]) Wüst. l. c. s. 29.

[2]) См. Aschaffenburg l. c. s 124.

ныхъ мѣръ съ одной стороны и наказанія съ другой. Какъ говоритъ Люблинскій, „въ то время, какъ принужденіе, примѣняемое въ цѣляхъ процесса, основывается на принципѣ наибольшей экономіи его примѣненія и оправдывается только своей неизбѣжностью, принужденіе при наказаніи . . . опредѣляется на основаніи соображеній справедливости, задачъ карательныхъ и исправительныхъ, и притомъ въ размѣрѣ, установленномъ въ законѣ, а не по принципу наибольшей экономіи“ [1]).

Останавливаясь прежде всего на мѣрахъ обезпеченія процессуальныхъ обязанностей, извѣстныхъ уголовному процессу, мы можемъ замѣтить ихъ большое разнообразіе, въ виду чего ихъ можно разбить на три группы: 1) мѣры, обезпечивающія явку обвиняемаго, 2) мѣры, обезпечивающія неуклоненіе отъ слѣдствія и суда и 3) мѣры, обезпечивающія представленіе доказательствъ.

Если мы обратимся къ разсмотрѣнію юридической природы данныхъ мѣръ, то мы найдемъ здѣсь тѣ же черты, которыя характеризуютъ и только что разсмотрѣнную группу мѣръ чисто-предупредительныхъ, т. е. и здѣсь рѣчь идетъ о предупрежденіи извѣстнаго недозволеннаго дѣянія. Въ самомъ дѣлѣ, эти мѣры примѣняются въ случаѣ, если есть основаніе предполагать, что безъ примѣненія ихъ не будетъ выполнена извѣстная обязанность, падающая на то или иное лицо, подозрѣваемое въ учиненіи преступнаго дѣянія, и что подозрѣваемый въ совершеніи его скроется отъ органовъ власти или скроетъ слѣды имъ учиненнаго. Основаніемъ для ихъ примѣненія является не то, что даннымъ лицомъ совершено такое то преступное дѣяніе, за которое онъ подлежитъ уголовной отвѣтственности, а то, что есть основаніе предполагать возможность учиненія имъ новаго недозволеннаго дѣянія для того, чтобы избѣжать наказанія,—именно противодѣйствія правосудію въ его различныхъ видахъ. Всѣ предупредительныя мѣры, отнесенныя въ данную группу, характеризуются именно тѣмъ, что ими предупреждается противодѣйствіе правосудію.

Въ этомъ отношеніи необходимо замѣтить слѣдующее. Совершеніемъ всякаго преступнаго дѣянія учиняющій его навлекаетъ на себя обязанность подвергнуться наказанію, такъ какъ совершеніе преступленія даетъ государству право примѣнить то или иное наказаніе къ учинившему его. Примѣненіе же наказанія предполагаетъ отправленіе правосудія, такъ какъ право наказывать человѣка за учиненное имъ преступное дѣяніе, естественно, влечетъ за собой право судить его, а вмѣстѣ съ тѣмъ и право принимать всѣ необходи-

---

[1]) Люблинскій, в. с. стр 12.

мыя мѣры для отправленія правосудія. Отсюда рядъ правомочій органовъ власти (а въ опредѣленныхъ случаяхъ и частныхъ лицъ, замѣняющихъ ихъ) на опредѣленныя дѣйствія въ отношеніи извѣстныхъ лицъ; отсюда же и рядъ обязанностей, возложенныхъ на послѣднія. Самыя эти обязанности падаютъ или на лицъ, учинившихъ преступное дѣяніе, или же на третьихъ лицъ. Какъ говоритъ Фойницкій, „необходимость правосудія создаетъ для государства право требовать отъ каждаго лица споспѣшествованія цѣлямъ правосудія“ [1]). Но гдѣ мыслимы извѣстныя обязанности, тамъ мыслимы и нарушенія ихъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и средства борьбы съ ними, осуществляемыя принудительнымъ путемъ. Поэтому, какъ замѣтилъ еще римскій юристъ Павелъ, „jurisdictio sine modica coërcitatione nulla est“ [2]), и, дѣйствительно, посколько отправленіе правосудія мыслится, какъ нѣчто необходимое въ интересахъ всего правопорядка, постолько всякое препятствованіе отправленію его, всякое неисполненіе обязанностей, падающихъ на извѣстное лицо по отправленію правосудія,—противодѣйствіе правосудію, отъ кого бы оно ни исходило, разсматривается, какъ недозволенное дѣяніе, допускающее вообще возможность примѣненія принудительныхъ мѣръ правоохраны. Въ извѣстныхъ случаяхъ это недозволенное дѣяніе образуетъ изъ себя наказуемое дѣяніе въ виду особыхъ соображеній (напр. въ виду особенной важности происшедшаго правонарушенія для правопорядка): такъ, укрывательство лица, разыскиваемаго властью по подозрѣнію въ учиненіи тяжкаго преступленія или преступленія, есть наказуемое дѣяніе (ст. 168 п. 2 угол. улож.); въ другихъ случаяхъ оно остается вообще недозволеннымъ, какъ нарушеніе извѣстной обязанности, но наказаніемъ не облагается, напр. самоукрывательство преступника или неявка его на судъ. Совершившій преступленіе обязанъ являться на судъ, къ слѣдствію и ко всѣмъ вообще дѣйствіямъ органовъ власти, направленнымъ на раскрытіе преступленія, и если онъ добровольно этой обязанности не исполняетъ, то онъ можетъ быть подвергнутъ приводу, или же неявка его въ опредѣленныхъ случаяхъ разсматривается, какъ признаніе своей вины; такимъ, образомъ, хотя правопорядокъ и не установляетъ за неисполненіе этой обязанности уголовнаго наказанія, однако онъ можетъ связывать съ нимъ другія правовыя послѣдствія—мѣры пресѣченія или тѣ или иныя процессуальныя невыгоды, которыя постигаютъ данное лицо. Но если подобная обязанность существуетъ и можетъ быть

---

[1]) Фойницкій в. с. т. 11 стр. 905.

[2]) l. 5. § 1 D. de off. ejus cui mandata est jurisdictio, 1, 21.

нарушена, то, конечно, можетъ быть предупреждаема и возможность ея нарушенія въ будущемъ при помощи принудительныхъ мѣръ—отсюда возможность принятія мѣръ обезпеченія явки лица, привлекаемаго къ уголовной отвѣтственности. А такъ какъ житейскій опытъ показываетъ, что добровольнаго исполненія этой обязанности явки со стороны совершившаго преступленіе ожидать вообще трудно—reorum est fugere,—то создается потребность принятія мѣръ предупрежденія уклоненія отъ правосудія съ самаго момента учиненія преступленія, коль скоро есть опасность такого уклоненія. Здѣсь возникаетъ опасность для правосудія въ томъ смыслѣ, что преступникъ можетъ скрыться,—отсюда и мѣры борьбы съ этимъ возможнымъ правонарушеніемъ.

Такимъ образомъ тѣ мѣры, которыя обезпечиваютъ исполненіе процессуальныхъ обязанностей, являются мѣрами, предупреждающими возникновеніе извѣстной неправды, именно противодѣйствія правосудію. При этомъ важной особенностью этихъ мѣръ является то, что онѣ могутъ постигать не только того, кто въ дѣйствительности совершилъ преступленіе, но и того, кто лишь подозрѣвается въ его совершеніи, такъ какъ органы власти иногда не имѣютъ вполнѣ осязательныхъ данныхъ, въ силу которыхъ они могли бы при первой встрѣчѣ съ фактомъ совершеннаго преступленія опредѣлить съ полной достовѣрностью того, кто егоучинилъ; для подобныхъ лицъ возникаетъ обязанность не противодѣйствовать правосудію, какъ скоро соотвѣтствующій органъ власти обращается къ нимъ съ заявленіемъ о падающемъ на нихъ подозрѣніи въ совершеніи преступленія. Для нихъ, какъ и для настоящихъ преступниковъ, создается обязанность повиновенія предъявляемымъ къ нимъ требованіямъ, и нарушеніе этихъ требованій будетъ противозаконнымъ. То же мы видимъ и въ области примѣненія наказанія: человѣкъ невинно осужденный обязанъ претерпѣть наложенную на него кару, и уклоненіе отъ нея будетъ противуправнымъ. Отсюда потребность въ установленіи съ одной стороны гарантій личной свободы при примѣненіи подобныхъ мѣръ, а съ другой—особыхъ способовъ возмѣщенія государствомъ того ущерба, который былъ понесенъ безъ должнаго основанія лицомъ, испытавшимъ на себѣ неправильное примѣненіе данной принудительной мѣры.

§ 5. Мѣрой, обезпечивающей явку обвиняемаго и имѣющей принудительный характеръ, прежде всего является, въ качествѣ особаго самостоятельнаго института, предварительный арестъ преступника (vorläufige Festnahme, arrestation preventive),—институтъ,

который не получилъ у насъ почти совершенно выраженія въ уголовномъ процессуальномъ законодательствѣ, но который развился въ особую мѣру въ законодательствѣ иностранномъ [1]). Этотъ предварительный арестъ, въ качествѣ мѣры предупредительно-обезпечительной, долженъ обезпечить явку обвиняемаго къ органамъ отправленія правосудія; поэтому онъ имѣетъ провизорный характеръ и долженъ прекращаться, какъ только эта цѣль достигнута; но, конечно, онъ можетъ быть замѣненъ и въ дѣйствительности замѣняется мѣрами, имѣющими своимъ назначеніемъ обезпечить неуклоненіе отъ суда и слѣдствія вообще, а не самую явку обвиняемаго.

Такъ какъ этотъ предварительный арестъ имѣетъ въ виду обезпечить явку къ слѣдственнымъ дѣйствіямъ человѣка, учинившаго преступленіе, то отсюда понятно, что примѣненіе его можетъ имѣть мѣсто собственно только тогда, когда на лицо дѣйствительное совершеніе преступленія человѣкомъ, подвергающимся этой мѣрѣ, и когда на самомъ дѣлѣ имѣется опасность его уклоненія отъ явки—посколько эти условія отпадаютъ, постолько не можетъ быть примѣняема эта мѣра. Однако въ отдѣльныхъ законодательствахъ эта мѣра въ томъ или иномъ объемѣ допускается и при наличности лишь болѣе или менѣе сильнаго подозрѣнія относительно учиненія преступленія даннымъ лицомъ.

Самое примѣненіе предварительнаго ареста предоставляется или органамъ власти, или же, въ извѣстныхъ случаяхъ, и частнымъ лицамъ, и что касается права задержанія, принадлежащаго послѣднимъ, то его субъектами могутъ быть какъ непосредственно потерпѣвшій отъ даннаго преступленія, такъ и постороннія лица, явившіяся свидѣтелями происшедшаго. Какъ вѣрно замѣчаетъ Лярнодъ, „никакой текстъ закона не помѣшаетъ потерпѣвшему схватить своего обидчика и представить его въ полицію. Онъ въ подобныхъ случаяхъ разсуждаетъ не о правахъ, а повинуется инстинкту“ [2]). Однако положительное законодательство категорически признаетъ это право за частными лицами лишь въ немногихъ странахъ, опредѣляя въ общемъ ихъ права уже по сравненію съ правами полицейскихъ органовъ. Такъ, это установлено въ Англіи въ точно опредѣленныхъ случаяхъ, причемъ необходимымъ предположеніемъ осуществленія этого права является дѣйствительное совершеніе преступленія [3]); то же мы видимъ

[1]) См. объ этомъ у Люблинскаго. в. с. стр. 282.

[2]) Larnaude. Sur les garanties de la liberté individuelle (Revue pénitentiaire. 1902 p. 1131).

[3]) Kenny. Outlines of criminal law. 1907, p 443.

въ Германіи (§ 127 S. P. O.), въ Норвегіи (§ 238 уст. уг. ст.) и въ Финляндіи (уг. ул. гл. III § 8).

Обращаясь къ нашему законодательству, мы можемъ замѣтить, что его опредѣленія по данному вопросу, какъ и по другимъ вопросамъ, связаннымъ съ правомъ личнаго задержанія, оставляютъ желать многаго. Наше право содержитъ лишь слѣдующія два постановленія, которыя указываютъ на то, что и ему не чуждъ общій принципъ предоставленія права принятія разсматриваемой мѣры всякому гражданину; но принципъ этотъ выраженъ весьма несовершенно. Ст. 242 уст. пред. прест. предписываетъ: „если учинится ссора или драка, то посторонніе, случившіеся при этомъ или слышавшіе крики „караулъ", должны ссорящихся развести и стараться примирить, а отнюдь на ссору и на драку не обращать; въ случаѣ же причиненія кому-либо побоевъ, обиженному чинить вспоможеніе, и тѣхъ людей, на которыхъ будутъ кричать „караулъ" ловить и приводить въ полицію". Точно также подобное право личнаго задержанія предусматриваетъ и ст. 310 уст. пред. прест., которая говоритъ: „обязанность всякаго есть доносить объ умыслѣ на зажигательство и о похваляющихся на оное; кто откроетъ зажигателя, тотъ обязанъ по возможности, задержавъ его, представить мѣстному начальству, а если задержать будетъ невозможно, то извѣстить о семъ полицію для принятія нужныхъ мѣръ къ поимкѣ". Приведенныя статьи при всей ихъ неполнотѣ и казуистичности содержатъ въ себѣ вполнѣ ясное начало, которое по аналогіи можетъ быть распространено на рядъ подобныхъ же случаевъ. Это и дало поводъ сенату выставить положеніе о томъ, что „потерпѣвшій отъ преступленія всегда вправѣ остановить подозрѣваемаго имъ въ совершеніи преступнаго дѣянія и представить въ полицію или мировому судьѣ" (р. у. к. д. 70/520). Но данное разъясненіе черезчуръ обще, посколько въ немъ рѣчь идетъ о правѣ потерпѣвшаго „всегда" задерживать подозрѣваемаго, хотя съ другой стороны оно узко, посколько говоритъ о подобномъ правѣ только самого потерпѣвшаго, а не всякаго третьяго лица [1]).

[1]) Право насильственнаго задержанія преступника частнымъ лицомъ признается у насъ Познышевымъ (Основныя начала стр. 171). Напротивъ его отрицаетъ Люблинскій (Уставъ уголовнаго судопроизводства Систематическій комментарій в. I, 1914 стр. 249), исходя изъ буквальнаго толкованія ст. 51 у. у. с., говорящей, что „при сообщеніи мировому судьѣ о преступномъ дѣяніи, обвиняемый можетъ быть подвергнутъ задержанію" (ред. зак 15 іюня 1912 г.), и указывая на то, что выраженіе „сообщенія" присваивается только актамъ полицейской или административной власти. Точно также противъ сенатской практики высказывается и Пусторослевъ (в. с. стр. 283).

Что касается далѣе права органовъ полиціи на предварительное задержаніе, то оно у насъ впервые введено закономъ о преобразованіи мѣстнаго суда 15 іюня 1912 г. (ст. 51, 51^1 и 51^2 у. у. с.) въ отношеніи лицъ, обвиняемыхъ передъ мировой юстиціей [1]). Съ другой же стороны нужно имѣть въ виду, что по ст. 393 у. у. с. обвиняемый до исполненія требованія о его приводѣ содержится въ домашнемъ арестѣ или подъ стражей—эта мѣра принимается, очевидно, по распоряженію полиціи и является самостоятельной по отношенію къ самому приводу.

Но кромѣ тѣхъ нормъ, которыя содержатся въ у. у. с., мы можемъ найти еще цѣлый рядъ иныхъ нормъ, разбросанныхъ въ другихъ частяхъ нашего законодательства и содержащихъ въ себѣ указаніе на право личнаго задержанія органами администраціи лицъ, подозрѣваемыхъ въ совершеніи преступленія [2]). Однако въ случаяхъ этого рода личное задержаніе является не только мѣрой, обезпечивающей явку обвиняемаго, но и мѣрой, обезпечивающей неуклоненіе его отъ слѣдствія и суда.

Другой мѣрой предупрежденія неявки лица, привлекаемаго къ суду и слѣдствію, является приводъ по первому разу или безъ предварительнаго призыва (ст. 389 у. у. с.); при этомъ нужно замѣтить, что въ то время, какъ приводъ, примѣняемый въ случаѣ неявки по призыву, есть мѣра пресѣченія противузаконнаго дѣянія, этотъ видъ привода есть лишь мѣра предупредительная. Онъ имѣетъ по нашему праву факультативный характеръ и при-

---

[1]) Правда, Люблинскій (Личная свобода стр. 291) отстаивалъ ту мысль, что и въ прежней редакціи ст. 51 у. у. с. подъ „приводомъ“ разумѣлся и предварительный арестъ, но это изъ самого текста закона прямо не вытекало.

[2]) Такъ, это право предоставляется спеціальной полиціи въ сферѣ ея дѣятельности; таково предоставленное полевой стражѣ право задерживать на мѣстѣ проступка виновныхъ въ допущеніи животныхъ на чужую землю или въ кражѣ, потравѣ и побоѣ чужого хлѣба и т. п. (ст. 185 Уст. сельск. хоз.) или право, предоставленное кордонной стражѣ для охраны рыболовства въ области войска донскаго, „брать“ виновнаго въ ловлѣ въ запрещенныхъ мѣстахъ или недозволенными снастями и представлять смотрителю ловель (ст. 660 тамъ же), или же право, предоставленное чинамъ лѣсной стражи задерживать застигнутыхъ въ нарушеніи лѣсныхъ узаконеній (ст. 74 и 609 уст. лѣс.); спеціально въ отношеніи полиціи въ С.-Петербургѣ устанавливается право задерживать (ст. 3 Прил. къ ст. 220 прим. уст. пред. прест.) выходящихъ изъ дому съ узлами подозрительныхъ людей или людей въ позднее время съ потаенной ношей или узломъ (ст. 4). Сюда же слѣдуетъ отнести и право личнаго задержанія лица, совершившаго преступное дѣяніе, относительно котораго возбуждено требованіе иностраннымъ государствомъ о выдачѣ. Нормально это возможно при представленіи установленныхъ доказательствъ (ст. 852^{14} у. у. с.), но по исключенію также и до полученія ихъ, въ случаяхъ, не терпящихъ отлагательства (ст. 852^{19} у. у. с.).

мѣняется или тогда, когда тяжесть грозящаго наказанія даетъ поводъ предполагать, что подозрѣваемый въ преступленіи будетъ укрываться отъ правосудія (наказанія, соединенныя съ лишеніемъ всѣхъ или всѣхъ особенныхъ правъ), или когда это подозрѣніе оправдалось (когда призывъ не могъ быть сдѣланъ по укрывательству), или же, наконецъ, въ отношеніи лицъ, вообще подозрительныхъ (не имѣющихъ постояннаго мѣста жительства, извѣстнаго ремесла или промысла) [1]).

§ 6. Кромѣ предварительнаго ареста, какъ средства обезпеченія явки къ органамъ, производящимъ слѣдственныя дѣйствія, и привода по первому разу, къ тѣмъ же предупредительно-обезпечительнымъ мѣрамъ относятся мѣры, направленныя вообще на обезпеченіе исполненія обязанности не уклоняться отъ суда и слѣдствія. По своему внѣшнему выраженію эти мѣры заключаютъ въ себѣ или посягательство на свободу лица или на его имущественную сферу. По нашему праву, особенно богатому ими, къ первымъ относятся личное задержаніе (взятіе подъ стражу и домашній арестъ), отдача подъ особый надзоръ полиціи, содержаніе котораго въ законѣ ближе не опредѣляется, отдача несовершеннолѣтняго подъ отвѣтственный присмотръ родителямъ и другимъ лицамъ, равно какъ помѣщеніе его въ исправительную колонію или пріютъ или же въ монастырь, отобраніе вида на жительство и обязаніе подпиской о невыѣздѣ—запрещеніе отлучки; ко вторымъ—залогъ (ст. 415—416[2] у. у. с.) [2]).

Изъ всѣхъ этихъ мѣръ обращаетъ на себя особенное вниманіе взятіе подъ стражу или подслѣдственное задержаніе, какъ мѣра наиболѣе тяжкая и по своему внѣшнему выраженію тождественная съ соотвѣтственнымъ наказаніемъ—лишеніемъ свободы. Но при всемъ внѣшнемъ сходствѣ юридическая природа обоихъ этихъ

---

[1]) Интересно отмѣтить, что въ германскомъ уголовномъ процессѣ такой приводъ (sofortige Vorvuhrung S. P. O. § 134) допускается въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣются основанія, по которымъ допускается изданіе указа объ арестѣ, чѣмъ особенно подчеркивается природа этой мѣры, предупреждающей уклоненіе отъ явки.

[2]) Законъ кромѣ того говоритъ о поручительствѣ, но эта мѣра сама по себѣ чужда того принудительнаго характера, который мы видимъ въ остальныхъ мѣрахъ—здѣсь мѣсто внѣшняго принужденія занимаетъ внутреннее; эту мѣру Люблинскій правильно называетъ мѣрой „психологически-принудительнаго характера“ (тамъ же стр. 20), какъ мѣра физическаго принужденія, заключающая въ себѣ вторженіе въ сферу правовыхъ благъ личности, представляется не самое поручительство, а взысканіе поручительства, какъ послѣдствіе неисполненія извѣстной обязанности, но это уже не мѣра предупредительная, а правовое послѣдствіе происшедшей неправды.

институтовъ весьма различна, что отражается между прочимъ и въ самомъ порядкѣ отбытія подслѣдственнаго задержанія съ одной стороны и наказанія съ другой. Самостоятельное значеніе подслѣдственнаго заключенія въ отношеніи наказанія признается въ нашемъ правѣ, напр. въ требованіи раздѣльнаго содержанія состоящихъ подъ слѣдствіемъ и судомъ и отбывающихъ наказаніе (ст. 175 уст. о сод. подъ стр.), съ установленіемъ для первыхъ особаго режима, выражающагося напр. въ правѣ ношенія собственной одежды (ст. 191) и въ освобожденіи отъ обязательнаго труда (ст. 349). Наконецъ, фактически это различіе проводится въ учрежденіи особыхъ тюремныхъ заведеній, куда должны направляться только одни подслѣдственные арестанты (таковъ напр. домъ предварительнаго заключенія въ СПБ.). Нужно однако замѣтить, что разсматриваемая мѣра изъ мѣры предупредительной превращается въ мѣру пресѣченія, поскольку основаніемъ примѣненія ея является не фактъ предполагаемаго противодѣйствія правосудію въ видѣ уклоненія отъ суда и слѣдствія, а фактъ дѣйствительнаго его выполненія; такимъ образомъ задержаніе скрывшагося преступника есть мѣра пресѣченія, задержаніе же преступника на мѣстѣ совершенія преступленія—мѣра предупредительная.

Предварительное заключеніе, право примѣненія котораго покоится на соображеніи о необходимости его въ интересахъ правильнаго отправленія правосудія и которое имѣетъ своей задачей обезпеченіе неуклоненія обвиняемаго отъ суда, есть предупредительная мѣра, направленная на предотвращеніе нарушенія со стороны обвиняемаго обязанности не уклоняться отъ всѣхъ тѣхъ процессуальныхъ дѣйствій, которыя направлены на раскрытіе преступнаго дѣянія и на его оцѣнку путемъ вынесенія соотвѣтственнаго приговора. Ему совершенно чуждъ карательный характеръ, оно никоимъ образомъ не является наказаніемъ. Однако нужно обратить вниманіе на одну особенность этой мѣры, которая даетъ возможность говорить о томъ, что отбытіе предварительнаго заключенія въ извѣстномъ смыслѣ приравнивается отбытію наказанія. Этой особенностью является допустимость зачета въ наказаніе отбытаго предварительнаго заключенія,—института, существующаго въ большемъ или меньшемъ объемѣ во всѣхъ современныхъ законодательствахъ. И если допускается это право сокращать полагающееся за преступное дѣяніе наказаніе только въ виду того, что данный субъектъ уже фактически былъ лишенъ свободы подъ видомъ предварительнаго заключенія, то, конечно, можетъ возникнуть вопросъ о томъ, на какомъ основаніи покоится существо-

ваніе этого института, идущаго въ разрѣзъ съ общимъ положеніемъ о томъ, что наказаніе назначается сообразно винѣ преступника; здѣсь же обращается вниманіе на чисто внѣшнее обстоятельство, не имѣющее никакого отношенія къ виновности даннаго лица [1]).

Если мы обратимся къ разсмотрѣнію того, какой отвѣтъ на поставленный вопросъ даетъ литература уголовнаго права, то мы увидимъ различное обоснованіе самаго института зачета. Впрочемъ, слѣдуетъ замѣтить, что иногда цѣлесообразность и справедливость зачета представляются настолько очевидными, что у нѣкоторыхъ писателей мы не находимъ никакого особаго его обоснованія, кромѣ общаго указанія на то, что эта мѣра, какъ и наказаніе, заключается въ лишеніи свободы, а потому одну мѣру можно приравнять другой. Такъ, напр. Таганцевъ говоритъ: „предварительное заключеніе заподозрѣннаго въ преступномъ дѣяніи, являясь нерѣдко необходимымъ условіемъ дознанія и предварительнаго слѣдствія, тѣмъ не менѣе по существу своему составляетъ лишеніе свободы, весьма близко подходящее къ карательнымъ мѣрамъ; поэтому понятно, что такой арестъ не можетъ не быть принимаемъ во вниманіе при опредѣленіи мѣры наказанія, въ особенности если онъ былъ продолжителенъ, а самое преступленіе по судебному приговору оказалось маловажнымъ“ [2]). Точно также не даетъ ближайшаго обоснованія допустимости существованія этого института Случевскій. Онъ говоритъ, что „хотя условія тюремнаго заключенія лицъ въ качествѣ подслѣдственныхъ арестантовъ по идеѣ не имѣютъ ничего общаго съ условіями заключенія лицъ, отбывающихъ наказаніе лишеніемъ свободы, но тѣмъ не менѣе въ дѣйствительности между ними есть много общаго, такъ какъ обѣ эти формы заключенія ограничиваютъ самое существенное право человѣка— право свободы передвиженія, а потому нельзя не признать вполнѣ справедливымъ, что наше дѣйствующеее законодательство за послѣднее время рѣшилось допустить зачетъ“ [3]).

Обозрѣвая тѣ взгляды, которые высказываются въ литературѣ относительно обоснованія института зачета, мы можемъ найти среди нихъ и указаніе извѣстныхъ правовыхъ принциповъ, и кон-

---

[1]) Это и даетъ поводъ Биндингу (Binding. Grundriss s. 276) называть данный случай „ненастоящимъ вину уменьшающимъ основаніемъ“ (unechter Milderungsgrund).

[2]) Таганцевъ, в. с. т. II стр. 1377. То же повторено въ Объясн. зап. къ проекту угол. улож. т. 1 стр. 510.

[3]) Случевскій. Учебникъ русскаго уголовнаго процесса. 1913 стр. 373.

струированіе правовыхъ фикцій, и ссылку на соображенія справедливости и на требованія уголовной политики, и подведеніе зачета подъ общее начало заглаженіе вреда.

На первой точки зрѣнія въ нашей литературѣ стоитъ Фойницкій. По его словамъ, „необходимость принимать во вниманіе лишенія, понесенныя осужденнымъ за ту же вину, коренится въ юридическомъ началѣ: ne bis in idem. Отсюда зачетъ такихъ лишеній въ наказаніе при исполненіи приговора, вычетъ ихъ въ полной мѣрѣ или въ части изъ объема лишеній, опредѣленныхъ приговоромъ. Здѣсь, продолжаетъ онъ, могутъ быть два случая, смотря по тому, понесены ли прежнія лишенія въ видѣ мѣры предварительной, напр. подслѣдственнаго задержанія, или въ видѣ кары за ту же вину". Нужно при этомъ замѣтить, что Фойницкій къ сказанному прибавляетъ, что „предварительный арестъ назначается не въ наказаніе, но въ дѣйствительности представляетъ серіозное лишеніе для задержаннаго" [1]).

Останавливаясь на разсмотрѣніи этого взгляда, мы должны замѣтить, что тотъ юридическій принципъ, который здѣсь приведенъ—ne bis in idem, имѣетъ тотъ смыслъ, что никто не можетъ быть дважды подвергнутъ за одно и то же дѣяніе однороднымъ мѣрамъ. Никто не можетъ быть дважды наказанъ за одно и то же дѣяніе—гласитъ въ частности этотъ принципъ, но онъ совершенно не примѣнимъ къ тѣмъ случаямъ, когда кромѣ наказанія извѣстное лицо подвергается такимъ мѣрамъ, которыя внѣшнимъ образомъ могутъ быть сходны съ наказаніемъ, но по своей природѣ представляются неодинаковыми съ нимъ. Весьма нерѣдки случаи, гдѣ одно и то же противузаконное дѣяніе влечетъ за собой разныя правовыя послѣдствія, являющіяся одинаковыми лишеніями съ внѣшней стороны, но по существу представляющіяся совершенно различными мѣрами (напр. вознагражденіе за вредъ и наказаніе и т. п.). Такимъ образомъ принципъ ne bis in idem могъ бы быть приложимъ въ данномъ отношеніи только въ томъ случаѣ, если бы мы доказали, что предварительное заключеніе есть наказаніе, но, конечно, Фойницкій этого не утверждаетъ. Съ другой стороны не надо забывать, что данный принципъ имѣетъ отношеніе къ тѣмъ случаямъ, гдѣ рѣчь идетъ о вторичномъ примѣненіи наказанія къ одному и тому же преступленію; между тѣмъ въ основаніи примѣненія предварительнаго заключенія лежитъ не то дѣяніе, которое вызываетъ примѣненіе къ себѣ

---

[1]) Фойницкій в. с. т II, стр. 543—544.

наказанія. Это—мѣра предупрежденія уклоненія отъ суда; основаніемъ ея является противодѣйствіе правосудію, вообще предполагаемое со стороны даннаго лица, а отнюдь не то преступленіе, которое совершено этимъ лицомъ.

Другой взглядъ на тотъ же вопросъ мы находимъ у Гарро, который говоритъ, что основаніемъ для существованія института зачета является то, что „представляется справедливымъ наградить (bénéficier) уменьшеніемъ наказанія осужденнаго, который отбылъ наказаніе предварительно (par anticipation), и что юридическая идея, на которой покоится зачетъ, есть та, что въ случаѣ осужденія, предварительное заключеніе представляется предварительнымъ отбытіемъ наказанія (une exécution anticipée de la peine [1]). Ближайшаго обоснованія своего взгляда Гарро однако не приводитъ, и такимъ образомъ онъ просто устанавливаетъ юридическую фикцію, въ силу которой то, что не является наказаніемъ, считается все-таки таковымъ. Едва ли однако можно согласиться съ допустимостью установленія подобной фикціи, покоющейся на забвеніи истинной правовой природы предварительнаго задержанія. Къ тому же нельзя не замѣтить, что сама по себѣ подобная фикція была бы еще, можетъ быть, умѣстна лишь при институтѣ обязательнаго зачета, между тѣмъ многимъ законодательствамъ извѣстенъ и факультативный зачетъ—такимъ образомъ здѣсь въ силу этой фикціи отъ усмотрѣнія суда зависитъ признать предварительное заключеніе предварительнымъ отбытіемъ наказанія или нѣтъ. Наконецъ, зачетъ устанавливается лишь въ томъ случаѣ, когда виновный приговаривается къ лишенію свободы, а не къ другому наказанію, напр. къ денежному взысканію, между тѣмъ, если исходить изъ той основной „юридической идеи“, которую выставляетъ Гарро, зачетъ могъ бы имѣть мѣсто и въ этомъ случаѣ.

На соображенія карательной политики обращаетъ особенное вниманіе Люблинскій. Хотя по его мнѣнію, „основнымъ соображеніемъ установленія зачета являлось сознаніе несправедливости присоединять къ наказанію особый придатокъ въ видѣ предварительнаго заключенія“, но къ этому онъ присоединяетъ рядъ соображеній карательной политики, какъ то „тенденцію по возможности избѣгать заключеніе въ тюрьмѣ“ далѣе, соображенія „обезпеченія правильности приговоровъ“, наконецъ, указаніе на „коррективъ недостатковъ предварительнаго слѣдствія“ [2]).

---

[1]) Garraud. Traité, t. III p. 683.

[2]) Люблинскій в. с. стр. 570 и слѣд.

Однако тѣ соображенія карательной политики, которыя здѣсь приводятся, сами по себѣ не могутъ оправдать допустимость зачета; притомъ ихъ значеніе чисто вспомогательное, такъ какъ они только присоединяются къ тому общему соображенію, что несправедливо не считаться съ фактомъ предшествовавшаго лишенія свободы подъ видомъ предварительнаго заключенія. Но почему это считается несправедливымъ, объясненій Люблинскимъ не дается.

Наконецъ, существуетъ взглядъ, по которому въ основаніе института зачета кладется идея заглаженія (Vergütung) вреда. По этому взгляду, предварительное задержаніе есть зло, не вызываемое тѣми соображеніями абсолютнаго характера, на которыхъ покоится зло, примѣняемое подъ видомъ наказанія. Государство, причиняющее это зло, должно загладить его, а это достигается вознагражденіемъ невинно привлеченныхъ къ уголовному суду съ одной стороны и зачетомъ предварительнаго заключенія въ наказаніе съ другой. Этотъ взглядъ между прочимъ приводилъ еще Гейнце [1]); въ настоящее время онъ получилъ нѣсколько иное выраженіе у Кригсмана [2]), который указываетъ на то, что въ допущеніи института зачета проявляется опредѣленное отношеніе, въ которомъ другъ къ другу стоятъ государство и личность. „Государство, говоритъ Кригсманъ, не распоряжается суверенно индивидомъ и его свободою, оно должно давать отчетъ въ лишеніи свободы". Этимъ и объясняется допустимость зачета; по его словамъ, сущность предварительнаго заключенія исчерпывается цѣлью обезпеченія процесса. Соединенное съ нимъ зло не является его существеннымъ логическимъ признакомъ; его нужно разсматривать, какъ фактически неизбѣжный случайный признакъ (Akzidentales) мѣры обезпеченія.

И, дѣйствительно, оправданіе института зачета можетъ быть допущено постолько, посколько мы будемъ стоять на той точкѣ зрѣнія, что для государства создается обязанность заглаженія того вреда правовымъ благамъ индивида, которое оно причинило безъ достаточнаго основанія. Только признавая это начало, мы можемъ уяснить себѣ, почему требованіе зачета признается справедливымъ и почему въ настоящее время всѣ законодательства вводятъ этотъ институтъ, какъ такой, безъ котораго современное правовое государство обойтись не можетъ.

По тому взгляду, который существуетъ въ современномъ государствѣ, свобода личности разсматривается, какъ весьма цѣн-

[1]) Heinze. Das Recht der Untersuchungshaft 1865 s. 24.

[2]) Kriegsmann. Anrechnung der Untersuchungshaft (V. D. Allg. T. B. III. 1909 s. 224).

Б[illegible]
О-ва [illegible]
В. Ж. [illegible] Ъ.

ное благо индивида; отсюда потребность установленія гарантій личности при лишеніи свободы, отсюда и стремленіе сосредоточить всѣ случаи права лишенія свободы въ рукахъ судебныхъ органовъ. Лишеніе свободы, къ которому прибѣгаетъ государство, какъ къ мѣрѣ предупредительной, разсматривается имъ, какъ мѣра крайняя и въ видѣ общаго правила нежелательная, такъ какъ въ основаніи примѣненія ея лежитъ представленіе не о дѣйствительно происшедшей неправдѣ, а о неправдѣ лишь грозящей. Но посколько государство считаетъ себя вынужденнымъ прибѣгать къ этой мѣрѣ въ виду отсутствія у него иныхъ способовъ предотвращенія грозящей опасности правильному отправленію правосудія, постолько оно должно стараться использовать всякій представляющійся ему случай загладить то, что оно совершило только въ силу фактической необходимости. И этотъ случай представляется тогда, когда виновный, лишенный предварительно свободы, приговаривается къ наказанію, выражающемуся въ лишеніи свободы. Одинаковое внѣшнее проявленіе обѣихъ мѣръ—и мѣры предупредительной и наказанія—даетъ опредѣленный масштабъ для весьма простого практическаго осуществленія института зачета. Такимъ образомъ путемъ зачета предварительнаго заключенія въ наказаніе устраняется тотъ ущербъ личной свободѣ, который былъ нанесенъ индивиду государствомъ, не обладавшимъ инымъ средствомъ обезпечить интересы правосудія. Но съ другой стороны отсюда слѣдуетъ, что посколько вина въ принятіи предупредительной мѣры падаетъ на самого обвиняемаго, постолько для зачета не можетъ быть мѣста, какъ это и оговорено категорически нѣкоторыми законодательствами (напр. венг. улож. § 94).

Наше право до введенія въ дѣйствіе угол. улож. 1903 г. не знало собственно института зачета предварительнаго заключенія въ наказаніе, оно допускало этотъ зачетъ лишь въ порядкѣ примѣненія ст. 775 у. у. с., такъ какъ говорило о допустимости возбужденія ходатайства предъ Монархомъ о чрезвычайномъ смягченіи наказанія между прочимъ и въ томъ случаѣ, когда виновный „весьма долго находился подъ судомъ и стражей“ (ст. 153 улож. о нак.); впервые вводитъ этотъ институтъ въ наше законодательство угол. улож. 1903 г., устанавливая право суда засчитывать въ наказаніе вполнѣ или частью предварительное заключеніе, если виновный приговаривается къ заключенію въ исправительномъ домѣ, крѣпости, тюрьмѣ или аресту (ст. 54). Это же начало проводитъ новый законъ 17 февр. 1910 г. примѣнительно къ улож. о нак. и уст. о нак. (ст. 152^1 улож. о нак. и ст. 16^1 уст. о нак.). Такимъ образомъ въ нашемъ правѣ отъ усмотрѣнія

суда зависитъ или сократить назначенное наказаніе, принявъ во вниманіе лишеніе свободы подъ видомъ предварительнаго заключенія, или же отмѣнить его, приравнявъ ему вполнѣ фактическое лишеніе свободы, отбытое подъ видомъ предварительнаго заключенія [1]).

§ 7. Послѣдній видъ мѣръ предупредительно-обезпечительныхъ, принимаемыхъ при отправленіи уголовнаго правосудія, составляютъ мѣры, имѣющія въ виду добыть принудительнымъ путемъ необходимыя доказательства по дѣлу. Дѣло въ томъ, что посколько мы признаемъ для учинившаго преступленіе обязанность подвергнуться наказанію и вмѣстѣ съ тѣмъ тѣмъ мѣрамъ, которыя дѣлаютъ возможнымъ его примѣненіе, постолько мы должны признать обязанность представленія доказательствъ по дѣлу, а отсюда право органовъ власти примѣненія мѣръ предупрежденія въ виду возможнаго сокрытія этихъ доказательствъ— такимъ путемъ устраняется возможность противодѣйствія правосудію, чѣмъ, слѣдовательно, предупреждается правонарушеніе. Основаніемъ для существованія этихъ мѣръ является представленіе о томъ, что государство иначе не можетъ осуществлять своихъ задачъ по отправленію правосудія. На этомъ основаніи являются допустимыми при наличности извѣстныхъ условій посягательство на домашній миръ лица, подозрѣваемаго въ совершеніи преступленія, вторженіе въ его жилище, т. е. обыски, и изъятіе имущества изъ сферы его обладанія — т. е. выемки, а также нарушеніе тайны его корреспонденціи.

Наше законодательство предоставляетъ право предпринимать подобныя дѣйствія, заключающія въ себѣ вторженіе въ сферу

---

[1]) Интересно при этомъ отмѣтить, что до послѣдняго времени наше законодательство не знало особаго термина для обозначенія предварительнаго заключенія. У. у. с. говоритъ о „взятіи подъ стражу“ (ст. 416 и др.). Этому соотвѣтствовало выраженіе, существовавшее въ ст. 153 улож. о нак., которая предоставляла право чрезвычайнаго смягченія наказанія въ порядкѣ ст. 775 у. у. с., когда виновный „весьма долго находился подъ судомъ и стражей“. Новый законъ, вводящій институтъ зачета подслѣдственнаго ареста въ наказаніе, какъ и угол. улож. 1903 г., употребляетъ новый терминъ „предварительное заключеніе“. Очевидно, этотъ терминъ долженъ быть понимаемъ въ смыслѣ содержанія подъ стражей во время производства предварительнаго слѣдствія (или дознанія по преступленіямъ политическимъ). Съ этой точки зрѣнія не можетъ быть рѣчи о зачетѣ въ наказаніе содержанія подъ стражей въ порядкѣ исключительныхъ законоположеній, такъ какъ это—не мѣра предупрежденія неуклоненія отъ правосудія, а лишь мѣра, предпринимаемая въ отношеніи опасныхъ для государственнаго спокойствія лицъ Текстъ ст. 153 улож. о нак. былъ поэтому болѣе широкъ, чѣмъ текстъ закона 17 февр. 1910 г.

правовыхъ благъ личности, опредѣленнымъ органамъ власти, но оно не выработало въ этомъ отношеніи того порядка процессуальнаго отобранія вещей, которое существуетъ напр. въ германскомъ процессѣ подъ именемъ Beschlagnahme (S. P. O. § 94 и сл.). Оно ограничивается только указаніемъ на то, что обыски и выемки въ домахъ и другихъ жилыхъ помѣщеніяхъ производятся лишь въ случаѣ основательнаго подозрѣнія, что въ этихъ мѣстахъ скрыты: обвиняемый, или предметъ преступленія или вещественныя доказательства, необходимыя для объясненія дѣла (ст. 357 у. у. с.); при этомъ самая выемка или отобраніе можетъ касаться или вещественныхъ доказательствъ преступленія или проступка или вещей, добытыхъ черезъ преступное дѣяніе (ст. 267 у. у. с.); кромѣ того, въ частности, законъ предоставляетъ слѣдователю право открывать запертое, когда хозяинъ не сдѣлаетъ этого добровольно, безъ напраснаго однако поврежденія осматриваемыхъ помѣщеній (ст. 366), а изъ обыскиваемыхъ бумагъ отбирать и прилагать къ дѣлу только бумаги необходимыя (ст. 367). Вмѣстѣ съ тѣмъ право осмотра и выемки распространяется и на почтовую и телеграфную корреспонденцію съ соблюденіемъ особыхъ формальностей (ст. 368[1]). Самое право производства обысковъ и выемокъ принадлежитъ и органамъ судебнымъ и органамъ полиціи, по сколько она замѣняетъ судебнаго слѣдователя (ст. 258), за исключеніемъ права производить осмотръ и выемку корреспонденціи; но при производствѣ дознанія по государственнымъ преступленіямъ и это право принадлежитъ административнымъ органамъ безъ всякаго участія суда (ст. 1035[11]). Нужно при этомъ замѣтить, что вмѣстѣ съ тѣмъ наше законодательство установляетъ право судебныхъ органовъ на отобраніе вещей, у кого бы онѣ ни находились, какъ это признается въ ст. 368 у. у. с., гласящей, что „ни присутственныя мѣста, ни должностныя или частныя лица не могутъ отказываться отъ выдачи нужныхъ къ производству слѣдствія письменныхъ или вещественныхъ доказательствъ“, и это положеніе у. у. с. получаетъ опредѣленную санкцію въ ст. 165 угол. улож. 1903 г.

Наконецъ, на ряду съ общими законами и наши исключительные законы точно также предусматриваютъ право производить обыски, а также право налагать арестъ на имущество [1]). Нужно

[1]) Такъ, ст. 21 Пол. о мѣрахъ къ охр. гос. пор. говоритъ о правѣ мѣстныхъ начальниковъ полиціи, а также начальниковъ жандармскихъ управленій и ихъ помощниковъ, производства во всякое время обысковъ и о наложеніи ареста впредь до распоряженія подлежащаго начальства на всякаго рода имущество, указывающее на преступность дѣйствій и намѣреній заподозрѣннаго лица; то же право

однако замѣтить, что въ данномъ случаѣ разсматриваемая мѣра обладаетъ характеромъ не столько мѣры предупредительной, сколько мѣры пресѣченія происходящей неправды.

Съ другой стороны необходимо имѣть въ виду, что отобраніе вещей, о которомъ главнымъ образомъ приходится говорить при разсмотрѣніи мѣръ обезпеченія представленія доказательствъ, можетъ имѣть мѣсто и не для того, чтобы предупредить возможность сокрытія доказательствъ по данному дѣлу, а для того, чтобы обезпечить возможность исполненія приговора какъ въ отношеніи наказанія, такъ и въ отношеніи заявленнаго гражданскаго иска. Такъ, ст. 268 у. у. с. общимъ образомъ допускаетъ наложеніе запрещенія или ареста на имѣніе обвиняемаго для обезпеченія могущаго пасть на него денежнаго взысканія или иска о вознагражденіи за вредъ и убытки, что дѣлается окружнымъ судомъ по представленію судебнаго слѣдователя. Точно также слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что въ извѣстныхъ случаяхъ нѣкоторыя мѣры, являющіяся мѣрами неуклоненія отъ суда и слѣдствія, въ то же время являются и мѣрами обезпеченія возможности исполненія приговора. Такъ, относительно залога въ нашемъ правѣ имѣется рядъ опредѣленій, подчеркивающихъ и это его назначеніе,— именно ст. 1164 у. у. с. указываетъ, что по дѣламъ казеннаго управленія взимается залогъ въ суммѣ, равной денежному взысканію, къ уплатѣ коего можетъ быть приговоренъ обвиняемый (ср. также ст. 1281 уст. акц. сб.), ст. 1208 у. у. с. говоритъ о взиманіи залога со шкиперовъ и матросовъ въ уплатѣ причитающагося съ нихъ штрафа при обвиненіи ихъ въ такихъ преступленіяхъ, за которыя законъ не опредѣляетъ личнаго наказанія, ст. 186 прав. устр. суд. части въ мѣстн., гдѣ введ. пол. зем. нач., указываетъ на то, что, въ случаѣ побѣга обвиняемаго или уклоненія его отъ суда, залогъ идетъ на удовлетвореніе иска о вознагражденіи за вредъ и убытки.

Такимъ образомъ, право отобранія вещей установляется или съ цѣлью предупредить сокрытіе ихъ, или же съ цѣлью предупредить возможность неисполненія приговора; въ обоихъ случаяхъ рѣчь идетъ о предупрежденіи противодѣйствія правосудію. Но съ другой стороны нужно имѣть въ виду, что поскольку подобное отобраніе вещей наступаетъ послѣ того, какъ совершено престу-

---

предоставляется и при военномъ положеніи (ст. 23 прил. къ ст 23 общ учр. губ.); право дѣлать обыски во всякое время и во всякихъ помѣщеніяхъ предоставляется офицерамъ отдѣльнаго корпуса жандармовъ при примѣненіи чрезвычайныхъ мѣръ на желѣзныхъ дорогахъ (ст. 363 прим. прод. 1906 г. у. у. с.).

пленіе, и посколько имѣется въ виду прекращеніе такимъ путемъ проявленія этого преступленія, постолько мы можемъ говорить о примѣненіи этой мѣры отобранія и въ качествѣ мѣры пресѣченія преступленія. Въ подобныхъ случаяхъ въ одной и той же мѣрѣ заключаются слитые (если можно такъ выразиться) въ идеальной совокупности два института, природа которыхъ неодинакова, но которые проявляются внѣшнимъ образомъ одинаково. Если, положимъ, полиціей задержанъ фальшивый монетчикъ вмѣстѣ съ принадлежностями для изготовленія фальшивой монеты, то послѣднія отбираются изъ его владѣнія съ одной стороны для того, чтобы обезпечить представленіе ихъ на судъ и тѣмъ предупредить противодѣйствіе правосудію, которое здѣсь можетъ выразиться въ сокрытіи доказательствъ по дѣлу, съ другой стороны для того, чтобы пресѣчь проявленіе преступнаго дѣянія, устранивъ возможность его воспроизведенія. Однако, въ извѣстныхъ случаяхъ отобраніе вещей выступаетъ исключительно въ качествѣ мѣры предупрежденія противодѣйствія правосудію.

§ 8. Послѣднюю группу мѣръ предупредительно-обезпечительныхъ представляютъ тѣ мѣры, которыя имѣютъ въ виду обезпеченіе выполненія извѣстной процессуальной обязанности въ области гражданскаго процесса, именно обезпеченіе возможности исполненія приговора по гражданскому дѣлу; эти мѣры являются однимъ изъ средствъ охраненія гражданско-процессуальнаго отношенія.[1]). Сюда относится прежде всего мѣра предупрежденія уклоненія отвѣтчика отъ исполненія рѣшенія путемъ ограниченія его свободы передвиженія посредствомъ отобранія подписки о невыѣздѣ (ст. 652[1] и 1222[1] у. г. с.), что возможно или тогда, когда искъ не обезпеченъ запрещеніемъ на опредѣленное имѣніе, арестомъ движимости или поручительствомъ, или же когда онъ обезпеченъ не въ надлежащей мѣрѣ. Самая мѣра назначается опредѣленіемъ суда, по просьбѣ взыскателя. Другой мѣрой предупрежденія нарушенія стороной въ процессѣ своихъ обязанностей является залогъ движимыхъ или недвижимыхъ вещей въ обезпеченіе денежныхъ взысканій, причемъ для осуществимости права залога вещь подвергается аресту (ст. 968 у. г. с.), подъ которымъ разумѣется „исходящее отъ суда запрещеніе выпускать изъ своего владѣнія ту или другую вещь“ [2]); то же устанавливается и въ отношеніи недвижимаго имущества, на которое накладывается запрещеніе, влекущее за собой ограниченіе въ правѣ распоряженія и пользованія этимъ имуществомъ (ст. 610 и 1097).

---

[1]) Гольмстенъ. Учебникъ гражданскаго судопроизводства 1913 стр. 270.

[2]) Тамъ же стр. 279.

Таковы тѣ разнообразные виды мѣръ предупредительныхъ, которыя извѣстны нашему праву. Для всѣхъ нихъ существеннымъ моментомъ является наличность принудительнаго вторженія въ сферу правовыхъ благъ личности, и это сближаетъ ихъ съ внѣшней стороны съ другими правохранительными средствами, выражающимися въ правовыхъ послѣдствіяхъ неправды, въ томъ числѣ и съ наказаніемъ. Но ихъ отличіе отъ послѣднихъ коренится въ томъ, что всѣ эти мѣры имѣютъ въ виду лишь неправду предстоящую, а не осуществляющуюся или уже осуществившуюся, что и кладетъ свой отпечатокъ какъ на самый характеръ предупредительныхъ мѣръ, такъ и на порядокъ ихъ назначенія и примѣненія.

ЧАСТЬ II.

Сущность наказанія и его отличіе отъ другихъ правовыхъ послѣдствій неправды.

Глава I.

Возмездіе, какъ сущность наказанія.

§ 1. Правовыя послѣдствія недозволенныхъ дѣяній, т. е. тѣ правоохранительныя средства, которыя примѣняются въ отношеніи совершающагося или уже совершившагося недозволеннаго дѣянія, какъ было указано выше, весьма разнообразны по своему внутреннему содержанію, по самой своей сущности, хотя съ внѣшней стороны, со стороны формы, въ смыслѣ вторженія въ сферу правовыхъ благъ личности, они могутъ выражаться въ одинаковыхъ мѣрахъ. Наказаніе, мѣры защиты, мѣры пресѣченія, вознагражденіе за вредъ,—всѣ эти институты могутъ выражаться съ внѣшней стороны въ одинаковыхъ средствахъ воздѣйствія, но по своему внутреннему содержанію, а вслѣдствіе этого отчасти и по условіямъ своего примѣненія, они глубоко различны, и когда намъ приходится ту или иную мѣру характеризовать въ качествѣ опредѣленнаго правового института, мы должны подчеркивать не внѣшнее ея выраженіе, а самое ея содержаніе. Въ виду этого при выясненіи вопроса о томъ, что представляетъ изъ себя каждое изъ указанныхъ правовыхъ послѣдствій неправды, какъ опредѣленный правовой институтъ, отличный отъ другихъ родственныхъ институтовъ, получаетъ особое значеніе указаніе на то, что образуетъ особенность внутренняго содержанія отдѣльныхъ правовыхъ послѣдствій неправды, или иначе, чѣмъ отличается каждое изъ нихъ другъ отъ друга по самой своей сущности.

Говоря здѣсь о внутреннемъ содержаніи института, мы имѣемъ въ виду самый его смыслъ или иначе ту его функцію, кото-

рую онъ выполняетъ въ общемъ строѣ правовыхъ явленій, то его отправленіе, безъ котораго немыслимо самое представленіе о немъ, какъ объ опредѣленномъ институтѣ, какъ бы ни казались разнообразными внѣшнія формы его выраженія. Это то, что скрывается за внѣшней оболочкой даннаго института и что придаетъ ему значеніе, свойственное ему лишь одному. Но это внутреннее содержаніе института должно быть отличаемо отъ той цѣли, которую онъ, какъ таковой, можетъ преслѣдовать. Цѣли, преслѣдуемыя разнообразными правовыми послѣдствіями неправды, могутъ совпадать другъ съ другомъ, а единая общая цѣль—охрана правопорядка—присуща всѣмъ имъ въ одинаковой мѣрѣ. И подобно тому, какъ, говоря о лишеніи свободы, какъ о правовомъ послѣдствіи учиненнаго правонарушенія, мы еще по одной внѣшней формѣ—по наличности вторженія въ сферу свободы индивида—не можемъ дѣлать вывода о томъ, что данная мѣра есть во всякомъ случаѣ наказаніе, такъ, и указывая на то, что эта мѣра предпринимается для правовой охраны вообще или съ цѣлью извѣстнаго воздѣйствія на все общество или на индивида, учинившаго правонарушеніе, мы изъ одного этого не можемъ еще дѣлать вывода о томъ, что въ данномъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ наказаніемъ,—общее предупрежденіе заключается въ любомъ правовомъ послѣдствіи неправды, а спеціальное присуще напр. и мѣрамъ соціальной защиты. Такимъ образомъ при установленіи опредѣленной правовой характеристики каждаго института, заключающаго въ себѣ правоохранительное средство, мы должны считаться не съ формой или внѣшнимъ выраженіемъ данной мѣры и не съ преслѣдуемыми ею цѣлями, которыя лежатъ за предѣлами ея содержанія, а съ тѣмъ, что представляетъ собой ея внутреннее содержаніе.

Останавливаясь въ частности на разсмотрѣніи внутренняго содержанія наказанія, какъ оно находитъ себѣ выраженіе въ положительномъ уголовномъ правѣ государства, а также уголовномъ правѣ другихъ человѣческихъ общеній, мы можемъ замѣтить, что отличительной чертой института наказанія по сравненію съ другими правовыми послѣдствіями неправды является присущій ему элементъ возмездія. И какъ бы отдѣльные писатели ни расходились другъ съ другомъ въ пониманіи самаго существа возмездія, приходится констатировать, что на признаніи того положенія, что институтъ наказанія покоится на идеѣ возмездія, сходятся за немногими исключеніями, о чемъ рѣчь будетъ ниже, представители самыхъ разнообразныхъ теченій въ области науки уголовнаго права. Многіе изъ нихъ при этомъ относятся вообще

отрицательно къ идеѣ возмездія, но ихъ критика этой идеи—правда, въ этомъ отношеніи есть и исключенія—не отрицаетъ все-таки того положенія, что наказаніе въ его историческомъ развитіи и современномъ его видѣ покоится на идеѣ возмездія. Съ этой точки зрѣнія они и критикуютъ современное уголовное право и предлагаютъ новые пути къ рѣшенію вѣчно юной проблеммы о сущности наказанія. Весь же споръ, который ведется въ настоящее время въ наукѣ уголовнаго права по вопросу о наказаніи и который дѣлитъ криминалистовъ на извѣстныя школы, главнымъ образомъ имѣетъ въ виду не наказаніе, какъ оно проявлялось въ прежнее время и проявляется теперь, а наказаніе, какъ оно должно быть въ будущемъ; и если многіе писатели говорятъ, что современное наказаніе, покоющееся на возмездіи, выполнило свою историческую функцію и въ настоящее время утратило свой смыслъ въ качествѣ пригодной мѣры борьбы съ преступностью, такъ что отъ него слѣдуетъ отказаться, то съ другой стороны имѣется и тотъ взглядъ, что и въ дальнѣйшемъ наказаніе должно оставаться тѣмъ, чѣмъ оно было до сихъ поръ,—возмездіемъ. Такимъ образомъ этотъ споръ сводится, собственно говоря, къ тому, является ли наказаніе по самому существу своему возмездіемъ, или же возмездіе есть одна изъ историческихъ формъ проявленія наказанія, само же наказаніе можетъ и не заключаться въ возмездіи. Въ послѣднемъ случаѣ, конечно, возникаетъ вопросъ о томъ, что же на самомъ дѣлѣ является отличительной чертой наказанія вообще, а не наказанія въ его прошломъ и настоящемъ, а также и другой вопросъ о томъ, можно ли ту мѣру, которая не покоится на идеѣ возмездія, называть наказаніемъ.

Но, указывая на то, что наказаніе есть по самому своему существу возмездіе и признавая такимъ образомъ, какъ будетъ далѣе указано, что безъ понятія возмездія нѣтъ и наказанія, мы должны прежде, чѣмъ перейти къ изложенію и критикѣ противуположныхъ взглядовъ, поставить вопросъ, который можетъ показаться на первый взглядъ праздным и излишнимъ,—вопросъ о томъ, что такое возмездіе. Установивъ же опредѣленную точку зрѣнія въ этомъ отношеніи, мы должны рѣшить другой вопросъ, который вызываетъ извѣстныя несогласія въ современной литературѣ уголовнаго права,—вопросъ о томъ, какой именно моментъ въ понятіи наказанія характеризуется, какъ возмездіе,—является ли возмездіе самой сущностью наказанія, или же это одна изъ цѣлей наказанія. При разсмотрѣніи этихъ вопросовъ, какъ они ставятся и рѣшаются въ современной криминалистической лите-

ратурѣ, мы можемъ замѣтить, что нерѣдко отрицательное отношеніе къ идеѣ возмездія, какъ основной идеѣ понятія наказанія, происходитъ отъ невѣрнаго представленія о сущности этого понятія и о роли его въ институтѣ наказанія.

Приступая къ рѣшенію вопроса о томъ, что надлежитъ разумѣть подъ выраженіемъ „возмездіе", мы должны прежде всего констатировать отсутствіе въ литературѣ уголовнаго права единообразнаго представленія о сущности возмездія и наличность нерѣдко весьма коренного расхожденія отдѣльныхъ ученыхъ въ пониманіи возмездія [1]). Многіе криминалисты, даже принадлежащіе къ одному и тому же научному направленію, расходятся другъ съ другомъ въ пониманіи сущности возмездія. И это объясняется между прочимъ тѣмъ обстоятельствомъ, что отдѣльные писатели, выясняя понятіе наказанія и исходя изъ представленія о томъ, что наказаніе есть возмездіе, затѣмъ для характеристики возмездія выдвигаютъ какой-нибудь опредѣленный моментъ самаго понятія наказанія и считаютъ, что въ немъ то и проявляется сущность возмездія,—таково напр. представленіе о томъ, что возмездіе есть удовлетвореніе потерпѣвшаго или всего общества или что оно есть общее предупрежденіе. Извѣстную цѣль, присущую наказанію вообще или отдѣльнымъ видамъ наказанія, или же наказанію на извѣстной стадіи его развитія, они возводятъ въ со-

[1]) На это обстоятельство обращено уже вниманіе нѣкоторыми криминалистами, и оно или становится аргументомъ противъ пониманія наказанія, какъ возмездія, или же вызываетъ стремленіе установить понятіе возмездія, одинаково пріемлемое для всѣхъ криминалистовъ. Ср. напр. Lilienthal (Deutsche Litteraturzeitung 1896 № 3 s 89): „..dass man zwar häufig genug die Vergeltung, als den eigentlichen Rechtsgrund der Strafe anruft, freilich ohne bis jetzt darüber, was denn „Vergeltung" eigentlich bedeute, zu einem wirklichen Einverständnisse gekommen zu sein", Vargha (Die Abschaffung der Strafknechtschaft, B. II. 1897 s. 239): „...dass diejenigen, welche heute noch für die Vergeltungsstrafe eintreten, hinsichtlich der Bedeutung des Wortes „Vergeltung" durchaus nicht einig sind, indem sich hierunter eigentlich fast jeder etwas anderes denkt und sehr viele eigentlich gar keinen klaren bestimmten Begriff hiemit verbinden"; Liszt (Lehrbuch s. 88 n. 2)... „den Anhängern der Vergeltungstheorie der einheitliche Begriff der Vergeltung völlig abhanden gekommen ist"; онъ же (Die sichernden Massnahmen in den drei neuen Strafgesetzentwürfen въ Archiv fur Rechts-und Wirthschaftsphilosophie, B. III s. 611) замѣчаетъ относительно возмездія: „ein fester Begriff sich nicht verbinden lässt und in der Tat wie gerade in jüngster Zeit aus den von Birkmeyer-Naglerischen Kampfschriften unwiderleglich hervorgeht, ein jeder Schriftsteller unter Vergeltung etwas anderes versteht"; Liepmann (Strafrechtsreform und Schulenstreit, Z. XXVIII s. 3): „Wort und Begriff „Vergeltung" durchaus vieldeutig sind und mit ganz verschiedenem Masse gemessen werden können"; Kraus (l. c. s. 21): „freilich sind unter.... Anhängern der „Vergeltung" innerlich verschiedene Gruppen zu unterscheiden"; R. Schmidt (l. c. s. 2): „...aber jeder dabei noch immer etwas Verschiedenes unter Vergeltung versteht".

держаніе самаго понятія возмездія; при этомъ отъ нихъ нерѣдко ускользаетъ то обстоятельство, что понятіе возмездія не пріурочивается непремѣнно къ институту наказанія, и что тѣ цѣли, которыя они въ данномъ случаѣ выдвигаютъ для характеристики возмездія, характеризуютъ однако не всякое вообще возмездіе, а лишь одинъ его видъ—возмездіе карательное. Между тѣмъ возмездіе остается возмездіемъ, независимо отъ того, использовано ли оно для такихъ институтовъ, какъ месть или наказаніе (воздаяніе зломъ за зло)—возмездіе карающее, или же на немъ покоится идея награды (воздаяніе добромъ за добро)—возмездіе награждающее. Возмездіе можно логически представить себѣ кромѣ того и въ формѣ воздаянія добромъ за зло (такова идея христіанской морали: ударившему по щекѣ подставить другую) и наконецъ,—зломъ за добро (эта форма возмездія нерѣдко встрѣчается въ частной и общественной жизни, но воспринимается, какъ нѣчто ненормальное и несправедливое и потому принципіально недопустимое). То, что характеризуетъ возмездіе во всѣхъ этихъ возможныхъ его формахъ, то должно оставаться для насъ руководящимъ и при выясненіи существа понятія возмездія въ наказаніи. Впрочемъ, нужно замѣтить, что нѣкоторые криминалисты исходятъ изъ болѣе широкаго представленія о возмездіи и говорятъ о награждающемъ и о карательномъ возмездіи, какъ о видахъ возмездія вообще, напр. Меркель [1]) и Липманнъ [2]), или же различаютъ болѣе широкое и болѣе узкое понятіе возмездія. Такъ поступаетъ напр. Кэлеръ [3]), относя къ возмездію въ широкомъ смыслѣ „отплату (Erwiederung) того, что намъ сдѣлалъ другой посредствомъ противодѣйствія (Gegenleistung), которымъ совершающій его желаетъ показать опредѣленную оцѣнку полученнаго (wodurch deren Geber eine bestimmte Wertschätzung des Empfangenen zu erkennen geben will), и понимая подъ возмездіемъ въ узкомъ смыслѣ „противодѣйствіе противъ дурныхъ дѣйствій“ (Gegenleistung gegen üble Leistungen), т. е. исключая отсюда возмездіе награждающее. Точно также въ широкомъ понятіи возмездія, какъ „той человѣческой судьбы, которую навлекаютъ на себя своимъ поведеніемъ и которая представляетъ собой эквивалентъ внутренней цѣнности этого поведенія“ (dasjenige Menschenschicksal, das man sich durch eigenes Verhalten zugezogen hat, und das ein Aequivalent für den inneren Wert dieses Verhaltens darstellt), разли-

[1]) Merkel. Vergeltungsidee und Zwekgedanke im Strafrecht (Gesam. Abhandlungen B. II. T. II s. 691).

[2]) Liepmann. l. c. s. 5.

[3]) Kohler. Vergeltungsgedanke s. 14.

чаетъ Белингъ [1]) возмездіе in bonam partem, награду, и возмездіе in malam partem, т. е. наказаніе, въ зависимости отъ того, имѣется ли эквивалентъ за внутренне похвальное (innerlich verdienstliches) или же внутренне виновное поведеніе (innerlich schuldhaftes Verhalten).

§ 2. Различіе въ пониманіи сущности возмездія, которое можно усмотрѣть у отдѣльныхъ писателей, настолько существенно, что въ этомъ отношеніи можно подмѣтить нѣсколько опредѣленныхъ теченій, представляющихъ еще сверхъ того извѣстные оттѣнки мысли [2]). Соотвѣтствующая группировка имѣющихся въ настоящее время воззрѣній на существо возмездія проводится уже нѣкоторыми писателями, но встрѣчающіяся попытки группировать эти воззрѣнія страдаютъ извѣстными дефектами и прежде всего неправильностью исходныхъ точекъ зрѣнія и неполнотой—многіе оттѣнки существующихъ взглядовъ оказываются незатронутыми [3]).

Наиболѣе простой и вмѣстѣ съ тѣмъ, можно сказать, наиболѣе грубой представляется та группировка мнѣній относительно существа возмездія, которую мы находимъ у Листа. Въ современной нѣмецкой литературѣ онъ различаетъ сторонниковъ „стараго“ взгляда на возмездіе, какъ на таліонъ (въ духѣ Канта) и сторонниковъ „новаго“ взгляда на возмездіе, какъ на противодѣйствіе противъ злого или добраго дѣла, которое, падая на учинителя дѣянія, имѣетъ цѣлью заглаженіе (Ausgleichung) происшедшаго отъ этого дѣянія неправильнаго соотношенія (Missverhältniss) между активно и пассивно участвующими въ немъ лицами (въ духѣ Меркеля). Къ числу сторонниковъ перваго взгляда Листъ относитъ изъ современныхъ криминалистовъ Биркмейера, Гретенера, Каля, Кэлера, Ваха и Вахенфельда, а во вторую группу онъ зачисляетъ Алльфельда, Бара, Биндинга, ванъ-Калькера, Фингера, Гиппеля, Фернека, Ламмаша, Липманна, Лефлера, Эткера,

[1]) Beling. Vergeltungsidee s. 7.

[2]) Въ своемъ дальнѣйшемъ изложеніи мы ограничиваемся почти исключительно нѣмецкой литературой, гдѣ разсматриваемые вопросы привлекаютъ къ себѣ большое вниманіе, особенно въ новѣйшее время, въ этомъ отношеніи французская, англійская и италіанская литературы не представляютъ особеннаго интереса.

[3]) Мы имѣемъ въ виду въ данномъ случаѣ взгляды на самую сущность возмездія, а не на его обоснованіе и оправданіе—въ этомъ послѣднемъ отношеніи давно уже въ литературѣ проводится различіе между теоріями божескаго, нравственнаго, эстетическаго, діалектическаго, правового и соціальнаго возмездія въ зависимости отъ того, чѣмъ оправдывается самый институтъ наказанія. Взглядъ на сущность возмездія не слѣдуетъ смѣшивать съ взглядомъ на то, чѣмъ можно оправдать самое существованіе возмездія и его примѣненіе.

Штосса, Гепфнера, Р. Шмидта и Берольцгеймера [1]). Однако съ подобнымъ противуположеніемъ стараго и новаго взгляда на возмездіе едва ли можно согласиться. Если дѣйствительно можно противупоставлять старый взглядъ на возмездіе новому, то это слѣдуетъ дѣлать не по тому моменту, который выдвигаетъ Листъ, а по другому—старый взглядъ на возмездіе слѣдуетъ усматривать въ сущности ученій т. н. абсолютныхъ теорій, которыя отвергали цѣлевое оправданіе наказанія и выдвигали возмездіе, какъ самоцѣль (Кантъ и Гегель), но новыя теоріи возмездія и тѣ представители ихъ, которые названы Листомъ, отказываются отъ подобнаго пониманія возмездія—для нихъ представленіе о наказаніи, какъ о возмездіи, не исключаетъ представленія о достиженіи наказаніемъ разныхъ полезностей. Съ другой стороны самое противупоставленіе возмездія, какъ таліона, возмездію, какъ заглаженію происшедшаго разлада, не можетъ быть признано правильнымъ, такъ какъ идея таліона обозначаетъ лишь опредѣленный способъ или порядокъ осуществленія возмездія, и съ этой точки зрѣнія можно противупоставлять идею таліона, какъ идею возмездія равнымъ зломъ, идеѣ пропорціональнаго или приблизительнаго или же относительнаго воздаянія, но никакъ не представленію о томъ, что возмездіе выполняетъ функцію заглаженія чего то происшедшаго. Наконецъ, нельзя не отмѣтить, что перечень авторовъ, отнесенныхъ въ ту или иную группу, сдѣланъ Листомъ довольно произвольно. Въ одну и ту же группу онъ относитъ писателей, смотрящихъ совершенно неодинаково на сущность возмездія, какъ это будетъ указано ниже. Взгляды Меркеля, Р. Шмидта и Эткера, далеко неодинаковы, какъ неодинаковы и взгляды Колера и Биркмейера.

Нѣсколько иная группировка взглядовъ на сущность возмездія предложена Голльдакомъ [2]). Онъ дѣлитъ эти взгляды на двѣ группы: 1) одна, признаваемая имъ господствующей, усматриваетъ въ возмездіи заглаженіе сообразно съ оцѣнкой (Ausgleichung nach den geläuterten Werturteilen) значенія происшедшаго дѣянія, и 2) другая понимаетъ возмездіе, какъ принятое на себя государствомъ удовлетвореніе потребностей въ удовлетвореніи (Befriedigung der Genugtuungsbedürfnisse). Въ этой группировкѣ мнѣній совершенно правильно проведено противуположеніе двухъ концепцій возмездія, какъ заглаженія и какъ удовлетворенія, но

---

[1]) Liszt. Lehrbuch s. 88 n. 2.

[2]) Holldack. Von der Idealität des dualistischen Prinzip in der Strafe. 1911 s. 53.

данная группировка не полна, такъ какъ она оставляетъ безъ вниманія и другіе взгляды, напр. взглядъ на возмездіе, какъ на общее предупрежденіе, и взглядъ на возмездіе, какъ на простое реагированіе на совершившееся правонарушеніе.

Больше разнообразія въ существующихъ взглядахъ на возмездіе усматриваетъ Кэлеръ [1]). Онъ различаетъ слѣдующія воззрѣнія на ближайшее содержаніе понятія возмездія: 1) взглядъ, признающій за возмездіемъ только дескриптивное значеніе (точка зрѣнія Листа), 2) пониманіе возмездія, какъ таліона и какъ чувства удовлетворенія (Genugtuungsgefühl); сюда онъ относитъ съ одной стороны Канта и его ближайшихъ послѣдователей въ уголовномъ правѣ, съ другой—Гиппеля, Геймбергера, Зейфферта, Лефлера, Ламмаша, Фингера, Липмана, Липса и Бирлинга, 3) пониманіе возмездія, какъ абсолютнаго и какъ нравственнаго заглаженія; сюда имъ отнесены взгляды Гельшнера, Кэстлина и Геппа, и 4) пониманіе возмездія, какъ уравненіе вредной цѣнности происшедшаго нарушенія (Ausgleich für den nachteiligen Wert des begangenen Unrechts) — точка зрѣнія самого автора. И эта группировка съ одной стороны оказывается неполной, такъ какъ она не обращаетъ вниманія и на иные, кромѣ приведенныхъ авторомъ, взгляды на сущность возмездія, съ другой стороны она лишена опредѣленнаго критерія, такъ какъ нѣтъ основанія относить въ одну группу теоріи таліона и теоріи возмездія, какъ удовлетворенія; къ тому же наряду съ абсолютнымъ и нравственнымъ заглаженіемъ можно еще имѣть въ виду и иное пониманіе идеи заглаженія; разновидностью этого пониманія является и собственный взглядъ автора, такъ что представлялось бы болѣе правильнымъ теоріи заглаженія противупоставлять всѣмъ остальнымъ теоріямъ и въ нихъ различать еще нѣкоторые оттѣнки.

Разсматривая имѣющіеся въ литературѣ уголовнаго права взгляды на сущность возмездія, мы можемъ различить среди нихъ слѣдующія пять группъ: это—1) пониманіе возмездія, какъ заглаженія или уравненія (Ausgleichung); здѣсь принимается во вниманіе то, что наказаніе представляетъ собой извѣстный эквивалентъ преступнаго дѣянія, чѣмъ и достигается заглаженіе послѣдняго; при этомъ самое заглаженіе понимается неодинаково отдѣльными писателями: то оно понимается, какъ искупленіе, то какъ устраненіе происшедшаго отъ правонарушенія разлада, то какъ возстановленіе нарушеннаго равновѣсія; 2) пониманіе возмездія, какъ удовлетворенія, причемъ это удовлетвореніе разу-

[1]) Köhler l. c. s. 15—31.

мѣется или въ смыслѣ потребности, присущей индивиду, или же въ смыслѣ потребности общественной и даже государственной; 3) пониманіе возмездія въ смыслѣ общаго предупрежденія; 4) пониманіе возмездія въ смыслѣ воздѣйствія на человѣка, вызывающаго у него опредѣленныя психическія переживанія; 5) пониманіе возмездія, какъ реагированія на учиненное. Коренное различіе между всѣми этими взглядами заключается въ томъ, что при первомъ пониманіи возмездія обращается главное вниманіе не столько на то, что заключается въ самомъ актѣ возмездія, сколько на то, что заключается въ правонарушеніи, вызывающемъ этотъ актъ возмездія; при второмъ и третьемъ пониманіи центръ тяжести падаетъ на переживанія третьихъ лицъ, воспринимающихъ актъ возмездія, причемъ въ обоихъ случаяхъ это переживаніе понимается неодинаково; при четвертомъ пониманіи особо подчеркивается переживаніе того, противъ кого возмездіе непосредственно направляется; наконецъ, при послѣднемъ пониманіи все исчерпывается указаніемъ на самое дѣйствіе, выражающее возмездіе. Кромѣ того различіе между этими взглядами можно замѣтить еще въ томъ отношеніи, что въ первыхъ трехъ концепціяхъ возмездія обращается вниманіе на моментъ цѣли, тогда какъ въ остальныхъ двухъ этотъ моментъ изъ понятія возмездія элиминируется.

§ 3. Нужно однако имѣть въ виду, что въ литературѣ встрѣчаются еще и другія представленія, соединяемыя съ выраженіемъ „возмездіе“, но они собственно не затрогиваютъ самой сущности возмездія. Таково напр. представленіе о возмездіи, какъ о таліонѣ (das Wiedervergeltungsrecht, jus talionis Канта), но выраженіе „таліонъ“ не даетъ намъ еще указанія на внутреннее содержаніе возмездія, таліонъ указываетъ лишь на внѣшнее выраженіе идеи возмездія и выдвигаетъ лишь тотъ масштабъ равенства, который долженъ быть положенъ, по мнѣнію представителей этого взгляда, въ основаніе осуществленія возмездія: „per quod quis peccat, per idem punitur et idem“ [1]). Съ этой же точки зрѣнія представляется неправильнымъ то пониманіе возмездія, которое мы находимъ у Бернера, характеризующаго возмездіе въ противуположность Канту не какъ принципъ таліона, а какъ принципъ пропорціональности [2]).

---

[1]) Kant. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. 1798. Zusatz zur Erörterung der Begriffe des Strafrechts s. 172.

[2]) Berner. Lehrbuch s. IX: „nennt man nun das Aequivalent ein proportionales Übel, so kann man das Vergeltungsprinzip als das Prinzip der Proportionalität bezeichnen“.

Здѣсь тоже только подчеркивается масштабъ оцѣнки при осуществленіи возмездія, но не указывается на сущность возмездія.

Равнымъ образомъ не опредѣляетъ ближе сущности возмездія встрѣчающееся иногда въ литературѣ указаніе на то, что возмездіе есть справедливость. Такъ, напр. Бернеръ замѣчаетъ, что „наказаніе, уголовная справедливость (Strafgerechtigkeit) и возмездіе—понятія тождественныя“ [1]); точно также Гуго Мейеръ говоритъ, что идею возмездія можно назвать справедливостью въ узкомъ смыслѣ слова [2]). Такой же взглядъ высказываетъ и Ламмашъ, противуполагая идею возмездія или требованіе справедливости идеѣ полезности [3]). Наконецъ, Колеръ заявляетъ: „мы стоимъ за идею возмездія, т. е. идею справедливости“ [4]). Подобное же представленіе о возмездіи, какъ о справедливости, сквозитъ и въ разсужденіяхъ тѣхъ писателей, которые говорятъ о томъ, что понятія справедливаго возмездія и возмездія вообще тождественны [5]). Но, конечно, подобныя выраженія нужно понимать въ томъ смыслѣ, что осуществленіе возмездія можетъ оцѣниваться, какъ проявленіе справедливости, а не въ томъ, что возмездіе есть именно та же идея, что и идея справедливости. Возмездіе и справедливость не являются понятіями непремѣнно совпадающими. Мы всегда можемъ находить въ силу тѣхъ или иныхъ соображеній осуществленіе возмездія въ данномъ случаѣ несправедливымъ, поскольку оно не соотвѣтствуетъ господствующимъ представленіямъ о справедливости. Вообще же мы признаемъ возмездіе справедливымъ только тогда, когда усматриваемъ въ немъ извѣстное соотвѣтствіе съ тѣмъ, что служитъ предметомъ этого воздѣйствія, и мы находимъ его несправедливымъ, когда такого соотвѣтствія мы усмотрѣть

---

[1]) Berner. Lehrbuch, 12 Aufl s. 28.

[2]) H. Meyer. Die Gerechtigkeit im Strafrecht (Gerichtssaal B. 33 s. 102).

[3]) Lammasch. Über die Zwecke und Mittel der Strafe (Z. IX s. 635): „so bereitswillig ich... die grosse Bedeutung des Vergeltungsgedanken oder mit einem anderen Worte das Erforderniss der Gerechtigkeit und nicht bloss der Nützlichkeit der Strafe anerkenne“.

[4]) Kohler. Moderne Rechtsprobleme 1907 s. 44; то же повторяетъ за нимъ Оба (Oba, Unverbesserliche Verbrecher und ihre Behandlung. 1908) s. 43: „die gerechte Vergeltungsidee ist... nichts anderes, als die Gerechtigkeitsidee“, s. 57: „die Idee der Gerechtigkeit ist nichts anderes, als die Vergeltungsidee“.

[5]) Такъ напр. Köhler l. c. s. 79 замѣчаетъ: „es ist eine rein terminologische Frage, ob man auf Grund des gewonnenen Gerechtigkeitsbegriffes das Bedürfniss fühlt zur Vergeltung das „gerecht“ hinzuzufügen oder die Gerechtigkeit bereits in der Vergeltung enthalten wissen will“; ср. также Kraus l. c. s, 78: „unter Vergeltung ist hierbei zu verstehen „gerechte Vergeltung“, welche lediglich auf die Schuld sieht“.

не можемъ. Понятіе справедливости мѣняется въ зависимости отъ различныхъ весьма сложныхъ причинъ, и идеалъ справедливаго въ наше время иной, чѣмъ нѣсколько вѣковъ тому назадъ, но сущность возмездія, какъ опредѣленнаго явленія соціальной жизни, остается безъ измѣненій. Поэтому мы и можемъ критиковать существующее уголовное право и существующія наказанія, какъ нѣчто несправедливое, отстаивая въ то же время самый институтъ наказанія [1]).

Далѣе мы встрѣчаемъ нерѣдко указаніе на то, что возмездіе есть месть. Этотъ взглядъ чаще всего выставляется тѣми писателями, которые возражаютъ противъ пониманія наказанія, какъ возмездія. Для нихъ, какъ недопустимой представляется въ современномъ обществѣ месть, такъ же недопустимо и наказаніе, покоющееся на возмездіи, какъ на мести. Такова напр. между прочимъ точка зрѣнія Геймбергера, который говоритъ, что „возмездіе не больше, чѣмъ месть“ [2]), точно также, по мнѣнію Макаревича, современное возмездіе (Wiedervergeltung) есть не что иное, какъ форма общественной мести [3]); тоже мы находимъ у Варги который особенно энергично нападаетъ на современное наказаніе, какъ основанное на возмездіи, т. е. на мести [4]). Однако мы должны сказать, что месть и возмездіе не одно и то же, что первое понятіе болѣе узкое, чѣмъ второе, и что месть и наказаніе—два особыхъ самостоятельныхъ института, хотя и покоющихся на одномъ и томъ же началѣ возмездія. Но если идея возмездія и лежитъ въ основаніи какъ наказанія, такъ и мести [5]), то тѣмъ не менѣе способъ проявленія ея въ обоихъ этихъ институтахъ пред-

---

[1]) Въ этомъ отношеніи вполнѣ вѣрно замѣчаетъ Р. Шмидтъ (R. Schmidt, l. c. s. 139): „auch ein Strafensystem, das auf den Zweck der Vergeltung als Hauptzweck zu geschnitten ist, ist keineswegs notwendig zugleich gerecht. Die Geschichte zeigt zahllose Phasen ungerechter Vergeltungsjustiz, und auch im geltenden Recht mogen wir an zahlreichen Einzelstellen ungerechte Normierungen finden. Unser Strafrecht wäre nicht reformsbedürftig, wenn es nicht so wäre“.

[2]) Heimberger. Der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht 1903 s. 19 (рус. пер. Геймбергеръ. Что такое справедливость съ точки зрѣнія уголовнаго права. 1904 г. стр. 17).

[3]) Makarewicz. Klassizismus und Positivismus in der Rechtswissenschaft (Z. XVI, s. 605).

[4]) Vargha l. c. II s. 227: „...ist man berechtigt jede Vergeltungsstrafe als Rache zu qualifiziren“.

[5]) Особенно настаиваетъ на этомъ положеніи Меркель (Merkel, l. c. s. 692): „die vergeltende staatliche Strafe und die Rache ...sind nur einzelne aber besonders bedeutsame Formen dieser Vergeltung“; тоже замѣчаетъ Р. Шмидтъ (R. Schmidt l. c. s. 75): „die Vergeltungsfunktion sowohl der Rache, wie der Strafe, zwei an sich verschiedenen Erscheinungen innewohnen kann“.

ставляется настолько различнымъ, что оба они могутъ быть вполнѣ ясно отличаемы другъ отъ друга—при наказаніи мы представляемъ участіе въ назначеніи его третьяго посторонняго лица, налагающаго наказаніе, тогда какъ при мести мы считаемся съ тѣмъ, что такого третьяго безпристрастнаго лица нѣтъ, и месть осуществляетъ самъ потерпѣвшій. не обладающій той объективной оцѣнкой учиненнаго, которая предполагается въ наказаніи. При примѣненіи наказанія та оцѣнка учиненнаго, которая выражается въ фактѣ причиненія мстящимъ извѣстнаго посягательства на правовыя блага человѣка и наличность которой не должна подлежать сомнѣнію, такъ какъ и мстящій такъ же, какъ и наказывающій, совершаетъ нѣчто въ соотвѣтствіи съ совершеннымъ, происходитъ не въ силу какихъ-нибудь заранѣе установленныхъ объективныхъ критеріевъ, а въ силу тѣхъ субъективныхъ переживаній, которыя возникаютъ у мстящаго. Съ этой точки зрѣнія, посколько мы признаемъ возмездіе и въ мести, мы не можемъ согласиться съ мнѣніями тѣхъ криминалистовъ, которые, высказываясь противъ допустимости отождествленія мести и возмездія, отрицаютъ за местью характеръ возмездія. Такъ, Белингъ находитъ недопустимымъ иденфицированіе мести и возмездія и считаетъ месть безнравственной вслѣдствіе „соединеннаго съ ней отсутствія мѣры (Masslosigkeit) и лежащаго именно въ этомъ ея противорѣчія идеѣ возмездія“ [1]); но этотъ взглядъ Белинга объясняется тѣмъ, что онъ въ болѣе широкомъ понятіи возмездія вообще различаетъ еще этическое возмездіе. Вотъ почему, въ соотвѣтствіи съ этимъ, немного дальше онъ заявляетъ, что „несмотря на это месть и возмездіе не находятся другъ къ другу въ отношеніи противуположности. Месть есть возмездіе, но не покоющееся на этической идеѣ, а коренящееся въ эгоистическомъ побужденіи (im selbstischen Triebe) [2])“. Точно также Франкъ замѣчаетъ, что „возмездіе отличается отъ мести отсутствіемъ того влеченія (das Triebartige), которое мы всегда соединяемъ съ понятіемъ мести“, добавляя къ этому, что, „конечно, нельзя отрицать того, что въ современномъ наказаніи имѣются еще остатки инстинктивной реакціи“ [3]). Но, если съ этимъ взглядомъ и можно согласиться, то только имѣя въ виду различіе не между местью и возмездіемъ, а между местью и наказаніемъ. Наконецъ, если Фингеръ говоритъ, что влеченіе мстить (Rachetrieb), изъ котораго возникло наказаніе

---

[1]) Beling l. c. s. 25.
[2]) Ib. n. 1.
[3]) Frank. Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe. 1908 s. 5.

живетъ еще и теперь въ обществѣ въ болѣе утонченной формѣ, какъ возмездіе, какъ чувство равновѣсія (Gefühl fur ein Gleichmass) между злодѣяніемъ и наказаніемъ [1]), то съ этими словами автора можно согласиться, понимая ихъ не въ томъ смыслѣ, что месть не есть возмездіе, а въ томъ, что возмездіе первоначально подъ вліяніемъ инстинктивнаго реагированія принимало грубую форму мести, съ теченіемъ же времени его проявленіе приняло болѣе утонченную форму наказанія, по мѣрѣ того, какъ былъ выработанъ иной, чѣмъ это было раньше, критерій оцѣнки происшедшаго посягательства. Съ такой точки зрѣнія понятно то противуположеніе между местью и наказаніемъ, которое дѣлается Биркмейеромъ, видящимъ въ наказаніи справедливое возмездіе и противупоставляющимъ ему месть, какъ возмездіе несправедливое [2]).

§ 4. Переходя къ разсмотрѣнію разнообразныхъ воззрѣній на сущность возмездія, мы прежде всего должны остановиться на наиболѣе распространенномъ взглядѣ на возмездіе, какъ на заглаженіе, уравненіе (Ausgleichung). Этотъ взглядъ въ свою очередь заключаетъ въ себѣ извѣстные оттѣнки, которые въ томъ или иномъ направленіи характеризуютъ сущность самаго заглаженія. При этомъ можно замѣтить, что одни писатели прямо называютъ возмездіе заглаженіемъ или уравненіемъ и лишь ближе поясняютъ, что слѣдуетъ разумѣть подъ этимъ послѣднимъ выраженіемъ, другіе же, хотя возмездіе прямо и не именуютъ заглаженіемъ, но указываютъ тѣмъ не менѣе отдѣльные элементы этого понятія, которые должны характеризовать возмездіе именно, какъ заглаженіе или уравненіе,—обыкновенно въ этомъ случаѣ дѣлается указаніе на то, что наказаніе заключаетъ въ себѣ зло, равноцѣнное съ преступленіемъ, чѣмъ подчеркивается то начало уравненія, которое заключается, по мнѣнію этихъ писателей, въ возмездіи [3]).

Теоріи возмездія, какъ заглаженія или уравненія, составились подъ несомнѣннымъ вліяніемъ философскихъ построеній Ге-

---

[1]) Finger. Lehrbuch s. 42.

[2]) Birkmeyer. Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe. (Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe. Vier Vorträge gehalten im akademisch—juristischen Verein zu München. 1906). s. 4: „die ungerechte Vergeltung, als welche uns die Rache sich darstellt, ist in der Strafe zur gerechten Vergeltung geworden".

[3]) Ср. напр. Abegg l. c. s. 73· „insofern sie (т. е. наказаніе) ein gleiches Mass fordert, hat sie die Eigenschaft einer Vergeltung", Hälschner, l. c. I, s. 566: „der rechtliche Wert des Verbrechens in der Strafe seinen entsprechenden das Verbrechen tilgenden Ausdruck finde".

геля [1]). И хотя самъ Гегель и не выставлялъ прямо того положенія, что возмездіе выражается въ заглаженіи, но тѣмъ не менѣе нельзя не обратить вниманія на то, что сущность его теоріи наказанія, т. н. теоріи логическаго или діалектическаго возмездія, покоится именно на представленіи о заглаженіи наказаніемъ происшедшаго правонарушенія. И это стоитъ въ связи съ его ученіемъ о трехъ моментахъ въ діалектическомъ процессѣ развитія абсолютнаго духа—тезисѣ, антитезисѣ и синтезисѣ. Его представленіе о томъ, что преступленіе въ своемъ положительномъ бытіи, какъ сознательный разладъ частной воли съ волей общей, покоится на особенной волѣ преступника (die positive Existenz der Verletzung ist nur als der besondere Wille des Verbrechers) и что индивидуальная воля, отрицающая волю общую, есть явленіе ничтожное и призрачное,—влечетъ за собой признаніе необходимости на основаніи діалектическаго процесса развитія абсолютнаго духа обнаружить ничтожность преступной воли и уничтожить ее; это и достигается наказаніемъ, которое, уничтожая преступленіе, возстановляетъ такимъ образомъ право (die Verletzung dieses als eines daseinden Willens also ist das Aufheben des Verbrechens, das sonst gelten wurde, und ist die Wiederherstellung des Rechts) [2]); уничтоженіе же преступленія онъ называетъ возмездіемъ, такъ какъ оно по своему понятію заключаетъ въ себѣ нарушеніе нарушенія (das Aufheben des Verbrechens ist insofern Wiedervergeltung, als sie dem Begriffe nach Verletzung der Verletzung ist) [3]). У Гегеля такимъ образомъ ясно проводится значеніе наказанія, какъ средства заглаженія происшедшаго отъ преступленія разлада, расхожденія воли частной и воли общей, и заглаженіе это, какъ видно изъ дальнѣйшихъ словъ Гегеля, происходитъ на основаніи признанія внутренняго тождества (die innere Identitat) между преступленіемъ и наказаніемъ въ смыслѣ равенства ихъ по цѣнности (nach dem Werte) [4]).

---

[1]) По мнѣнію Зульца (Sulz Hegels philosophische Begründung des Strafrechts und deren Ausbau in der deutschen Strafrechtswissenschaft. 1910 s. 1), „наименованіе „теорія возмездія", которое ближе характеризуетъ абсолютныя теоріи, можетъ быть прилагаемо къ теоріи Гегеля только условно, такъ какъ это слово охватываетъ собой ту моральную цѣнность, для которой нѣтъ мѣста въ философіи Гегеля"; однако ближайшее разсмотрѣніе ученія Гегеля показываетъ, что онъ стоитъ на вполнѣ ясномъ представленіи о томъ, что въ наказаніи заключается возмездіе, которое у него получаетъ лишь иное оправданіе, чѣмъ у другихъ философовъ, напр. у Канта.

[2]) Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts. 1821 s. 96.

[3]) Ib. s. 99.

[4]) Ib. s. 99.

Точка зрѣнія Гегеля на возмездіе находитъ себѣ отчетливое отраженіе въ трудахъ ближайшихъ его учениковъ-криминалистовъ, въ особенности у Бернера, который говоритъ, что „требованіе справедливости заключается въ томъ, что та воля, которая вторглась въ чужую волевую сферу, должна быть отрицаема, сообразно мѣрѣ этого вторженія, въ своей собственной волевой сферѣ—въ этомъ и заключается возмездіе, которое является чистой основной сущностью (das reine Grundwesen) наказанія“ [1]).

Но придавая большое значеніе ученію Гегеля для дальнѣйшаго развитія доктрины о возмездіи, мы однако не можемъ согласиться съ тѣмъ несомнѣннымъ преувеличеніемъ значенія этого ученія, которое придается ему Колеромъ; по словамъ этого писателя, „ученіе о возмездіи или искупленіи (Sühne) много разъ понималось невѣрно. Оно есть не что иное, какъ гегелевское ученіе, лишь перенесенное изъ гегелевской діалектики въ дѣйствительность жизни“ [2]). Это замѣчаніе неправильно однако уже въ силу того, что кромѣ того пониманія возмездія, которое вытекаетъ изъ ученія Гегеля, есть еще и другія концепціи возмездія, которыя чужды совершенно діалектикѣ Гегеля. Такъ, иначе обосновывается и принимаетъ нѣсколько иное выраженіе та же идея возмездія у Гербарта, который говоритъ объ эстетической потребности въ возмездіи: „то положительное, что не нравится, замѣчаетъ онъ, влечетъ къ понятію равнаго ему отрицательнаго, съ которымъ вмѣстѣ оно образуетъ нуль“, въ возмездіи же онъ, видитъ символъ, въ которомъ выражается неудовольствіе (Missfallen). Здѣсь такимъ образомъ точно также подчеркивается въ возмездіи моментъ уравненія или заглаженія, но вмѣстѣ съ тѣмъ отмѣчается, что въ возмездіи проявляется извѣстное осужденіе, выраженіе неудовольствія, указаніе на то, что происшедшее намъ не нравится [3]).

Съ другой стороны на развитіе ученія о возмездіи, какъ о заглаженіи, оказало свое вліяніе ученіе Велькера объ устраненіи (Wiederaufhebung) при помощи наказанія идеальнаго, „нематеріальнаго“ вреда, причиненнаго преступленіемъ, и, хотя Велькеръ не является представителемъ теоріи возмездія въ

---

[1]) Berner. Lehrbuch, 2 Aufl. § 28.

[2]) Kohler. Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts. 1909 s. 6.

[3]) Herbart. Schriften zur praktischen Philosophie (Sämmtliche Werke. B. VIII. 1851 s. 57· „ein Positives, das missfällt, treibt zu dem Begriff des ihm gleichen Negativen, mit welchen zusammen es Null machen würde. Rückgang also des gleichen Quantum Wohl oder Wehe von dem Empfänger zum Täter ist das, worauf das Urteil weiset. Vergeltung ist das Symbol, worin das Missfallen sich ausdrückt“.

собственномъ смыслѣ этого слова [1]), но то устраненіе интеллектуальнаго вреда, о которомъ говоритъ Велькеръ, весьма близко подходитъ къ заглаженію тѣхъ психическихъ переживаній, которыя, по ученію позднѣйшихъ криминалистовъ, возникаютъ при преступленіи и которыя устраняются при помощи наказанія, заглаживающаго ихъ. По словамъ Велькера [2]), устраненіе матеріальнаго вреда, происшедшаго отъ правонарушенія, есть предметъ гражданскаго права, устраненіе же вреда интеллектуальнаго есть предметъ уголовнаго права. Этотъ интеллектуальный вредъ представляется ему многообразнымъ, такъ какъ онъ наносится и самому преступнику и другимъ гражданамъ и потерпѣвшему и проявляется въ соотвѣтствіи съ этимъ въ различныхъ направленіяхъ. Въ связи съ этимъ Велькеръ выставляетъ семь „справедливыхъ“ цѣлей наказанія: 1) нравственное исправленіе преступника, 2) политическое исправленіе, 3) возстановленіе уваженія и довѣрія къ нему гражданъ, 4) возстановленіе правового настроенія воли (Willensstimmung) у гражданъ вообще, ихъ нравственнаго и политическаго уваженія къ праву, 5) возстановленіе чести и уваженія къ пострадавшему, 6) возстановленіе правового настроенія воли пострадавшаго и 7) очищеніе государства отъ совершенно испорченныхъ его сочленовъ [3]). Нѣкоторыя изъ этихъ цѣлей и являются сущностью возмездія, какъ заглаженія происшедшаго, какъ его понимаютъ многіе криминалисты.

§ 5. Останавливаясь на ближайшемъ анализѣ теорій заглаженія, мы можемъ прежде всего отмѣтить, что среди нихъ особое мѣсто занимаетъ т. н. теорія искупленія (Sühne), представителемъ которой въ нѣмецкой литературѣ является Колеръ [4]). Эта теорія можетъ быть названа разновидностью теорій заглаженія въ томъ смыслѣ, что въ ней говорится о той очищающей силѣ боли, которая заключается въ наказаніи и которая, очищая, естественно, тѣмъ самымъ заглаживаетъ происшедшее.

---

[1]) Поэтому обыкновенно теорію Велькера и не зачисляютъ въ группу теорій возмездія, а отводятъ ей особое мѣсто Ср. напр. Binding, Grundriss s. 212, гдѣ теорія Велькера отнесена въ группу теорій исцѣленія (Heilungstheorien), а не возмездія.

[2]) Welcker. Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe 1813 s. 251—252.

[3]) Ib. s. 265

[4]) Нужно замѣтить, что французскіе писатели, говоря о возмездіи, обыкновенно характеризуютъ его именно, какъ искупленіе (expiation), ср. напр. Garraud Traité, t. I. 1913 p. 84, который называетъ начало „malum actionis propter malum passionis“—le principe d'expiation, а также Chauveau et Hélie, Théorie du code pénal t. I, 1887—1908 p. 13: „cette expiation est la rétribution dans une juste proportion du mal par le mal“.

По ученію Колера, представленіе о томъ, что наказаніе, какъ „причиненіе зла есть дѣйствительная реакція противъ яда, заключающагося въ безнравственности“ и что такимъ образомъ „весь организмъ человѣчества улучшается въ своемъ состояніи“, покоится на „искупляющей, очищающей, можно сказать освящающей силѣ боли“ (in der suhnenden, reinigenden, ich möchte fast sagen, weihevollen Kraft des Schmerzens) [1]); значеніе искупленія, говоритъ онъ дальше, состоитъ въ очищеніи (Läuterung und Reinigung), и „это очищеніе не есть только очищеніе индивида, но очищеніе всего человѣчества“ [2]); „искупляющая сила страданія, прибавляетъ онъ, уничтожаетъ вину, исправляетъ и возвышаетъ, она утѣшаетъ человѣчество и страхомъ удерживаетъ отъ совершенія дальнѣйшихъ дѣяній“ [3]); вмѣстѣ съ тѣмъ, по его словамъ, наказаніе служитъ для исцѣленія того соціальнаго зла, которое произошло отъ посягательства [4]). Въ этомъ ученіи Колера, впервые развитомъ имъ въ такомъ видѣ въ одной изъ болѣе раннихъ работъ, ясно выдвигается представленіе о томъ, что искупленіе есть заглаженіе происшедшаго. Въ одной же изъ болѣе позднихъ своихъ работъ [5]) Колеръ уже прямо замѣчаетъ, что „то, чего желаетъ основная идея о возмездіи или искупленіи (Grundgedanke von Vergeltung und Suhne) есть заглаженіе безнравственнаго при помощи боли и страданія“, и къ этому добавляетъ, что пониманіе уголовнаго права, какъ права возмездія, есть единственно вѣрное и въ наши дни. Наконецъ, въ самой недавней своей работѣ [6]) онъ опять говоритъ объ очищеніи наказаніемъ цѣлаго, указывая, что въ этомъ очищеніи принимаетъ участіе и индивидъ, а объясненіе допустимости прибѣгать къ причиненію зла въ видѣ реагированія на учиненное онъ видитъ съ одной стороны въ очищающей силѣ боли, а съ другой въ томъ, что душевная боль поднимаетъ человѣка „изъ надменности его отдѣльной сущности“ (aus der Übermut seiner Einzelwesenheit), показываетъ ему ничтожность его отдѣльнаго существованія и внушаетъ ему мысль о силѣ и святости цѣлаго.

На такомъ же представленіи о наказаніи, какъ искупленіи, стоитъ Ферстеръ, который тоже говоритъ объ очищеніи, заключающемся въ наказаніи и достигаемомъ тяжкимъ страданіемъ и

---

[1]) Kohler. Das Wesen der Strafe. 1886 s. 6.
[2]) Ib. s. 9.
[3]) Ib. s. 11.
[4]) Ib. s. 20.
[5]) Kohler. Moderne Rechtsprobleme s. 44.
[6]) Kohler. Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts. s. 7—8.

лишеніемъ. Въ уголовномъ возмездіи онъ видитъ „приблизительный символъ (ein annährendes Symbol) дѣйствительно болѣе глубокаго исправленія нарушеннаго равновѣсія нравственнаго порядка", указывая при этомъ на то, что при искупленіи не можетъ быть рѣчи о совершенно точномъ уравненіи (eine ganz exacte Ausgleichung) [1]). Та же идея проводится отчасти и у Когена, который, понимая наказаніе, какъ возмездіе, подчеркиваетъ то, что оно есть очищеніе преступника [2]).

Нужно обратить при этомъ вниманіе на то, что мысль объ искупляющемъ характерѣ наказанія высказывается между прочимъ и такими писателями, которые исходятъ изъ нѣсколько иныхъ взглядовъ на сущность возмездія. Такъ, Наглеръ указываетъ на искупляющее уравненіе (der sühnende Ausgleich), которое заключается въ наказаніи [3]), а Краузъ находитъ, что „очищеніе (Läuterung) есть желательный побочный эффектъ, способствованіе которому желательно въ рамкахъ справедливаго наказанія" [4]).

Переходя къ оцѣнкѣ взгляда на сущность возмездія, какъ искупленія, мы должны прежде всего отмѣтить, что указаніе на искупляющій характеръ наказанія, на очищающее значеніе страданія и боли касается собственно не самаго существа возмездія, какъ такового, а имѣетъ въ виду тотъ результатъ, который можетъ быть достигнутъ при помощи возмездія, заключающагося въ наказаніи. Но при подобномъ пониманіи возмездія въ опредѣленіе его сущности вводится указаніе на цѣль, къ достиженію которой можетъ стремиться наказаніе. Другими словами, одна изъ возможныхъ цѣлей наказанія здѣсь выдвигается для характеристики самаго понятія возмездія. Понятно поэтому, почему Колеръ считаетъ свою теорію соединительной и почему онъ находитъ у ней точки соприкосновенія съ теоріями относительными. Но если считать, что наказаніе должно характеризоваться, какъ искупленіе, то въ виду того своеобразнаго мистическаго характера, который придается выраженію „искупленіе", понимаемое въ такомъ смыслѣ наказаніе дѣлается чуждымъ праву; въ этомъ отношеніи вполнѣ правильно разсуждаютъ Зонтагъ [5]) и Грегоровичъ [6]), указывая на то, что подобнаго рода теологическія воззрѣнія должны быть устранены изъ уголовнаго права; правильно оцѣни-

---

[1]) Foerster. Schuld und Sühne. 1911 s. 22.

[2]) Cohen. Ethik des reinen Willens. 1907 s. 377.

[3]) Nagler. Die Verständigung der Strafschulen (Gerichtsaal, B. 70 s. 7).

[4]) Kraus. l. c. s. 144.

[5]) Sontag. Beiträge zur Lehre von der Strafe (Z. I, s. 486).

[6]) Hregorovicz. Grundlagen s. 70.

ваетъ эту точку зрѣнія и Берольцгеймеръ, подчеркивающій, что теорія искупленія является принципомъ церкви въ ея карательной дѣятельности, тогда какъ государство не задается цѣлью нравственнаго очищенія и не обращаетъ вниманія на достиженіе душевной боли, сокрушенія и раскаянія [1]). Съ другой стороны, если выраженіе „искупленіе“, „очищеніе болью“ лишить особеннаго мистическаго характера, заключающагося въ немъ, то при ближайшемъ анализѣ оно собственно будетъ обозначать лишь исправленіе, такъ какъ, поскольку человѣкъ очищается болью, онъ исправляется; но въ такомъ случаѣ теорія возмездія, какъ искупленія, сведется къ простой теоріи исправленія. Въ этомъ отношеніи вполнѣ правъ со своей точки зрѣнія Р. Шмидтъ, который, разбирая теорію Колера, указываетъ на то, что „очищеніе посредствомъ боли“ можно понимать или какъ воздѣйствіе на отдѣльное лицо (т. е. исправленіе) или какъ воздѣйствіе на общество (т. е. возмездіе) [2]). На то же обращаетъ вниманіе и Краузъ, замѣчая, что „если сущность возмездія заключается въ леченіи (Heilung), то это значитъ вводить теорію исправленія подъ именемъ теоріи возмездія“ [3]). Возможность же именно подобнаго пониманія искупленія вытекаетъ хотя бы изъ того, что нѣкоторые писатели, напр. Роденъ, говоря объ искупленіи, имѣютъ въ виду именно исправленіе преступника, которое достигается примѣненіемъ наказанія,—у этого писателя идея искупленія поглощается идеей исправленія [4]).

§ 6. Приступая далѣе къ разсмотрѣнію теорій заглаженія въ собственномъ смыслѣ, мы должны замѣтить, что эти теоріи въ ихъ современномъ видѣ представляютъ извѣстныя разновидности, въ зависимости отъ того, какъ понимается тотъ ближайшій объектъ, на который направляется заглаженіе или уравненіе, заключающееся въ возмездіи, и въ чемъ это заглаженіе проявляется. Отсюда прежде всего возможность дѣленія этихъ теорій на двѣ группы въ зависимости отъ того, подчеркивается ли въ нихъ ближайшій объектъ заглаженія или же самое дѣйствіе заглаженія. Въ литературѣ,

---

[1]) Berolzheimer, Entgeltung, s 130.

[2]) R. Schmidt, Die Aufgaben der Strafrechtspflege. 1895 s. 47 n. 1.

[3]) Kraus l. c. s. 4 n. 1.

[4]) Rohden. Das Wesen der Strafe im ethischen und strafrechtlichen Sinne 1905 s. 60: „der höchste Zweck der Strafe soll die Besserung sein. Gewiss aber die Strafe kann nur dadurch wirksam bessern, dass sie den Bestraften zur inneren Anerkennung seiner Schuld und daher auch der gerechten Vergeltung bringt, durch die er billig empfängt, was seine Taten wert sind, dass sie ihm das befreiende Bewustsein einflösst, er habe durch die Strafe die Schuld gesühnt“.

впрочемъ, имѣются попытки иной классификаціи этихъ теорій; такъ, Краузъ дѣлитъ ихъ на теоріи юридическаго уравненія, къ которымъ онъ относитъ теоріи Биндинга, Белинга, Велькера и Меркеля и теоріи психически-этическаго уравненія — теоріи Роланда, Гегеля и Кестлина [1]). Но это дѣленіе установлено Краузомъ безъ достаточнаго основанія, въ особенности, посколько онъ утверждаетъ, что всѣ теоріи уравненія приводятъ неукоснительно къ теоріи правовой охраны (Rechtsschutztheorie) и являются не чѣмъ инымъ, какъ ея правовой формой [2]), и посколько онъ считаетъ возможнымъ относить къ одной и той же группѣ писателей, исходившихъ изъ далеко неодинаковыхъ взглядовъ на сущность возмездія. Самое противуположеніе „юридическаго“ уравненія уравненію „психически-этическому“ едва ли проведено Краузомъ правильно — Велькеръ съ его ученіемъ о заглаженіи идеальнаго вреда, причиненнаго преступленіемъ и проявляющагося въ разнообразныхъ формахъ, является скорѣе сторонникомъ „психически-этическаго“ уравненія, а не „юридическаго“, какъ это полагаетъ Краузъ, а Гегель не можетъ быть, собственно говоря, отнесенъ ни къ одной изъ указанныхъ Краузомъ группъ.

Среди первой разновидности теорій заглаженія—разновидности, выдвигающей на первый планъ указаніе на объектъ заглаженія, особое вниманіе обращаетъ на себя теорія Меркеля, относительно котораго Биндингъ замѣтилъ, что его разсужденія о наказаніи это самое прекрасное и самое лучшее, что сказано было недавно по этому вопросу [3]), а Липманнъ даже заявилъ, что въ этой теоріи заключаются прямо исчерпывающіе выводы [4]).

Меркель даетъ двоякое опредѣленіе возмездія—одно болѣе широкое, другое болѣе узкое. Именно, съ одной стороны онъ говоритъ, что „понятіе возмездія охватываетъ всѣ противодѣйствія (Gegenwirkungen) противъ виновника неудовольствія или удовольствія, которыя имѣютъ характеръ, соотвѣтствующій свойству перваго дѣйствія (Einwirkung), слѣдовательно, въ одномъ случаѣ характеръ враждебный, уменьшающій удовольствіе (lustmindernd), а въ другомъ дружелюбный“ [5]). Въ этомъ опредѣленіи еще нѣтъ рѣчи о возмездіи, какъ уравненіи или заглаженіи, и говорится лишь о воздѣйствіи, соотвѣтствующемъ дѣйствію, его вызывающему. Какъ мы увидимъ дальше, это—вполнѣ правильное представленіе о сущ-

[1]) Kraus, l. c. s. 36 ff.; s. 53 ff.
[2]) Ib. s 44.
[3]) Binding, Grundriss. s. 183.
[4]) Liepmann. Einleitung. s. 190.
[5]) Merkel, Vergeltungsidee, s. 691.

ности возмездія, посколько мы возмездіе понимаемъ, какъ явленіе, свойственное не одному только наказанію, но и наградѣ, и посколько мы желаемъ отрѣшиться отъ представленія отъ той цѣли, къ которой можно стремиться при помощи возмездія. Но съ другой стороны мы видимъ у Меркеля и иное опредѣленіе, которое подчеркиваетъ характеръ возмездія, какъ заглаженія,—опредѣленіе, которое и имѣется обыкновенно въ виду, когда приводится взглядъ Меркеля на возмездіе. Именно онъ замѣчаетъ, что „возмездіе это—противодѣйствіе противъ злого или добраго дѣянія, которое, будучи направлено противъ виновниковъ этихъ дѣяній, имѣетъ цѣлью заглаженіе происшедшаго отъ нихъ неправильнаго соотношенія между активно и пассивно участвующими въ нихъ лицами“ [1]). Здѣсь возмездіе имѣетъ уже опредѣленную цѣль, какъ это указываетъ самъ Меркель, это—не простое реагированіе, соотвѣтствующее характеру того, на что реагируютъ, а реагированіе, стремящееся къ заглаженію происшедшаго разлада между двумя лицами. Такимъ образомъ объектомъ заглаженія при возмездіи у Меркеля является то неправильное соотношеніе двухъ лицъ, которое вызывается преступнымъ дѣяніемъ, и наказаніе есть возмездіе въ томъ смыслѣ, что оно заглаживаетъ, уравниваетъ это неправильное соотношеніе.

Почти такое же пониманіе сущности возмездія, но только съ большимъ подчеркиваніемъ роли возмездія, какъ дѣйствія, вызывающаго опредѣленныя психическія переживанія, мы видимъ у Липманна. Онъ также говоритъ о заглаженіи наказаніемъ вредныхъ послѣдствій преступленія (Verbrechenswirkungen), но онъ лишь болѣе подробно ихъ анализируетъ [2]). По его ученію, для возмездія являются существенными два момента: 1) реагированіе противъ послѣдствія (Wirkung) происшедшаго, воспринимаемаго, какъ удовольствіе или неудовольствіе, и побуждающаго къ противодѣйствію (Gegenwirkung), 2) реакція, которая должна служить заглаженіемъ неудовлетвореннаго чувства, психическаго разлада (eines psychischen Missverhältnisses). Къ этому онъ прибавляетъ, что наказаніе есть реакція противъ

---

[1]) Merkel, Lehrbuch. 187: „Vergeltung nennen wir eine Gegewirkung gegen Übelthaten oder Wohlthaten, welche gegen die Urheber dieser Thaten gerichtet, die Ausgleichung eines durch sie erzeugten Missverhältnisses zwischen den aktiv und passiv bei ihnen betheiligten Personen bezweckt.“ Познышевъ (Основные вопросы стр. 182) совершенно неточно переводитъ эти слова Меркеля, указывая на то, что отвѣтное дѣйствіе имѣетъ своей цѣлью „уничтожить нарушенное равновѣсіе между активомъ и пассивомъ (?!) субъектовъ даннаго отношенія“.

[2]) Liepmann, Einleitung s. 193.

послѣдствій преступленія, которыя воспринимаются, какъ враждебныя праву и какъ вредныя для общественнаго порядка; оно желаетъ загладить происшедшія психическія нестроенія (Missstände): чувство нарушеннаго спокойствія, возбужденіе потерпѣвшаго и его близкихъ и стремится достигнуть этого тѣмъ, что реагируетъ на виновника этихъ нестроеній способомъ, причиняющимъ ему боль [1]). Подобное же пониманіе возмездія мы находимъ у Шетензака, который повторяетъ почти дословно опредѣленіе Меркеля [2]), и у Неттера, примыкающаго всецѣло къ взгляду Меркеля [3]). На той же точкѣ зрѣнія стоятъ Еллинекъ, который указываетъ на то, что наказаніе есть дѣйствіе, посредствомъ котораго должны быть заглажены вызванныя неправдой вредныя соціально-психологическія явленія [4]), а также Гейеръ, обращающій особенное вниманіе на заглаженіе при помощи наказанія того психическаго переживанія, которое вызвано преступленіемъ [5]). Нужно, впрочемъ, имѣть въ виду, что функцію заглаженія вреда посредствомъ наказанія признаютъ и такіе писатели, которые не считаютъ возможнымъ характеризовать наказаніе, какъ возмездіе, напр. Таганцевъ [6]), въ чемъ нельзя не замѣтить до извѣстной степени вліянія ученія Велькера.

Нѣсколько иначе, чѣмъ только что приведенные писатели, понимаетъ объектъ заглаженія при возмездіи Кэлеръ. Указавъ на то, что въ понятіи возмездія субъективная потребность удовлетворенія (das subjective Genugtuungsbedürfniss) отступаетъ передъ общественной потребностью въ заглаженіи (das Gemeinschaftsbedürfniss nach Ausgleichung), которая покоится на соображеніяхъ разума о ничтожности (Unwert) неправды [7]), онъ опредѣляетъ возмездіе, какъ „такую мѣру, посредствомъ которой законодатель

[1]) Liepmann. Strafrechtsreform, s. 5.

[2]) Schötensack. Unbestimmte Verurteilung. 1909 s. 20.

[3]) Netter. Das Prinzip der Vervollkommnung als Grundlage der Strafrechtsreform 1900 s. 350.

[4]) Еллинекъ. в. с. стр. 131.

[5]) Geyer. Grundriss I s. 32 замѣчаетъ относительно возмездія: „die Ausgleichung der Störungen, welche das Verbrechen in den Willenssphären Anderer (nicht bloss des Verletzten) hervorgerufen hat".

[6]) Таганцевъ в. с. II стр. 914 замѣчаетъ: „конечно, фактъ совершившагося посягательства никакія дѣйствія не вычеркнутъ изъ области совершившихся явленій, но уничтоженіе можетъ относиться къ тѣмъ разнообразнымъ послѣдствіямъ, которыя оставило по себѣ преступленіе, къ созданнымъ или порожденнымъ имъ измѣненіямъ въ лицѣ потерпѣвшаго, общества, государства"; причемъ даже, какъ одну изъ цѣлей наказанія, онъ называетъ заглаженіе вреда, причиненнаго преступленіемъ обществу (стр. 923).

[7]) Köhler l. c. s. 23.

при помощи опредѣленныхъ органовъ налагаетъ на нарушителя правовой воли вредъ такой величины, чтобы онъ по крайней мѣрѣ для налагающаго его являлся уравненіемъ вредной цѣнности (der nachteilige Wert) учиненнаго неповиновенія“ [1]). Самое заглаженіе происходитъ, по мнѣнію Кэлера, на основаніи чистыхъ оцѣночныхъ сужденій (geläuterte Werturteile) [2]), причемъ онъ имѣетъ въ виду здѣсь только приблизительную точность заглаженія (annähernde Exactheit) [3]). Въ его ученіи такимъ образомъ выдвигается представленіе о томъ, что заглаженіе направляется собственно не на тотъ психическій разладъ, который производится преступнымъ дѣяніемъ, а непосредственно на самое неповиновеніе, заключающееся въ фактѣ учиненія правонарушенія. Но подобная замѣна одного объекта заглаженія другимъ не мѣняетъ существа данной теоріи, какъ теоріи заглаженія, такъ какъ она исходитъ изъ представленія о томъ, что возмездіе имѣетъ цѣлью загладить происшедшее. Здѣсь только въ противуположность предыдущимъ взглядамъ болѣе точно оттѣняется юридическая сторона того, что служитъ объектомъ заглаженія. Кромѣ того въ ученіи Кэлера слѣдуетъ еще отмѣтить то, что у него для признанія даннаго дѣйствія заглаживающимъ происшедшее неповиновеніе, получаетъ значеніе не то, какъ его воспринимаетъ тотъ, по адресу котораго возмездіе направляется, а то, какимъ оно является въ глазахъ производящаго возмездіе [4]).

§ 7. Съ значительно инымъ оттѣнкомъ выдвигается сущность уравненія или заглаженія въ составѣ понятія возмездія у Биркмейера, виднѣйшаго представителя теоріи возмездія въ новѣйшей нѣмецкой литературѣ. Этотъ писатель обращаетъ свое вниманіе не столько на предметъ заглаженія, на то, что подлежитъ заглаженію, сколько на то, въ чемъ это заглаженіе проявляется и какъ оно производится. По его словамъ, „воздавать (vergelten) обозначаетъ первоначально отплачивать (heimzahlen), платить равнымъ за равное и такимъ образомъ производить заглаженіе несоотвѣтствія (Missverhältniss), происшедшаго вслѣдствіе опредѣленнаго

---

[1]) Ib. s. 28.

[2]) Ib. s. 45.

[3]) Ib. s. 39.

[4]) Нужно при этомъ имѣть въ виду, что нѣкоторые писатели, говоря о заглаженіи, которое заключается въ возмездіи, указываютъ лишь общимъ образомъ на то, что возмездіе заключаетъ въ себѣ „заглаженіе произведеннаго преступленіемъ зла“, не опредѣляя ближе того, что надо понимать подъ этимъ зломъ. Ср. напр. Rohwedder. Die Strafauffassung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch 1911 s. 5: „Ausgleichung durch das Verbrechen erzeugten Übel“.

поведенія; спеціально же возмездіе посредствомъ наказанія обозначаетъ заглаженіе, уравненіе (Ausgleichung), производимое между правонарушеніемъ, преступленіемъ на одной сторонѣ и нарушеннымъ имъ правопорядкомъ на другой, посредствомъ отплаты (Heimzahlung) за причиненное преступленіемъ зло равнымъ зломъ" [1]. Въ соотвѣтствіи съ этимъ Биркмейеръ замѣчаетъ, что возмездіе состоитъ въ возстановленіи равновѣсія [2]) Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ указываетъ на то, что если наказаніе должно быть возмездіемъ, оно должно заключать въ себѣ зло, адэкватное преступленію, а также на то, что наказаніе, какъ возмездіе, должно заключать въ себѣ принципъ мѣры (Massprinzip); въ пропорціональности между преступленіемъ и наказаніемъ онъ усматриваетъ справедливость наказанія и отличіе осуществленнаго въ наказаніи возмездія отъ мести [3]).

Близко къ Биркмейеру въ его представленіи о сущности заглаженія въ понятіи возмездія подходитъ Наглеръ, который точно также выдвигаетъ для характеристики заглаженія моментъ возстановленія равновѣсія. По его словамъ, наказаніе есть необходимое противодѣйствіе (Gegenwirkung) организованнаго въ государство, наполненнаго „волей къ бытію" общества, предназначенное для того, чтобы образовывать справедливый эквивалентъ дѣянія и возстановлять происшедшее нарушеніе равновѣсія [4]).

Взглядъ на то, что наказаніе, какъ возмездіе, заключаетъ въ себѣ моментъ возстановленія нарушеннаго равновѣсія, является естественнымъ выводомъ изъ пониманія возмездія, какъ заглаженія или уравненія—возстановленіе равновѣсія и есть то, въ чемъ реально выражается самое заглаженіе. Этимъ и объясняется, почему весьма многіе представители теорій возмездія выдвигаютъ преимущественно этотъ моментъ въ своей характеристикѣ сущности возмездія,—моментъ, особо выдвинутый Гегелемъ въ его ученіи о томъ, что наказаніе путемъ отрицанія отрицанія возстановляетъ право. Такъ, еще Шталь находилъ, что карающая справедливость, какъ видъ воздающей справедливости, есть возстановленіе господства нравственной силы посредствомъ уничтоженія возставшаго противъ нея или посредствомъ причиненія ему стра-

---

[1]) Birkmeyer. Strafe und sichernde Massnahme s. 10. Въ другой своей работѣ „Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe", s. 5 онъ говоритъ прямо: „durch die Strafe vergelten, d. h. Gleiches mit Gleichem erwiedern".

[2]) Ib. s. 10.

[3]) Ib. s. 13.

[4]) Nagler. Die Verständigung der Strafschulen s 7.

даній [1]); изъ современныхъ же писателей Ленингъ обращаетъ особое вниманіе на то, что при помощи наказанія уничтожается несоотвѣтствіе (Missverhaltniss), возникшее вслѣдствіе противоправнаго дѣянія вмѣсто отношенія равновѣсія (Gleichgewichtverhältniss) между правовыми сферами двухъ лицъ, и возстановляется правовое равновѣсіе между ними [2]), сообразно съ чѣмъ онъ и говоритъ о заглаживающей, исправляющей и возстановляющей функціи (ausgleichende, ausbessernde, wiederherstellende Funktion) наказанія, подчеркивая вмѣстѣ съ тѣмъ, что при наказаніи рѣчь идетъ не о возстановленіи отдѣльнаго нарушеннаго права, а о возстановленіи надлежащаго отношенія между двумя правовыми сферами въ ихъ цѣломъ [3]). Тотъ же взглядъ проводитъ Каль, говоря объ авторитативномъ возстановленіи нарушеннаго правопорядка посредствомъ наказанія, адэкватнаго величинѣ вины [4]).

Близко къ указаннымъ взглядамъ на возмездіе, какъ заглаженіе происшедшаго, подходятъ взгляды двухъ писателей, которые, хотя и не конструируютъ возмездія въ смыслѣ уравненія или заглаженія, но тѣмъ не менѣе, придавая ему значеніе извѣстной расплаты за совершенное, они подчеркиваютъ этимъ назначеніе возмездія устранять происшедшее правонарушеніе при помощи опредѣленныхъ дѣйствій. Эти писатели, хотя и расходятся въ обоснованіи своихъ взглядовъ, приближаются однако другъ къ другу въ своихъ выводахъ. Это—Берольцгеймеръ и Роландъ. Для перваго изъ нихъ наказаніе есть уплата должнаго, для второго—возвратъ полученнаго.

Берольцгеймеръ высказывается противъ самаго понятія возмездія, но, собственно говоря, тѣ выводы, къ которымъ онъ приходитъ, не подрываютъ сущности этого понятія. По его словамъ, наказаніе образуетъ не эквивалентъ за преступленіе (теорія возмездія), а „эквивалентъ за устраненіе созданнаго преступленіемъ состоянія: за это преступникъ долженъ потерпѣть ущербъ (Einbusse), долженъ дать отплату (Entgelt leisten), долженъ отплатить (теорія

---

[1]) Stahl. Die Philosophie des Rechts. 1854. II, Abt. I s. 165.

[2]) Loning. Über die Begrundung des Strafrechts. 1889 s. 18.

[3]) Ib. s. 21.

[4]) Kahl. Verhandlungen des evangel. socialen Kongress Darmstadt. s. 996: „nicht rächende Wiedervergeltung, nicht rohe Talion, nicht äusserliche Abzahlung. Vielmehr nach den Gesetzen einer höheren Wertgleichung autoritative Wiederherstellung der gebrochenen Rechtsordnung durch eine dem Masse der Verschuldung adäquate Strafe“ (цитата изъ Rohden. Das Wesen der Strafe. s. 62 n. 1).

отплаты—Entgeltungstheorie)“ [1]). Но хотя Берольцгеймеръ и настаиваетъ на томъ, что его теорія не есть теорія возмездія, а особая теорія „отплаты“ и хотя онъ проводитъ различіе между понятіями „возмездіе“ и „отплата“ между прочимъ и въ томъ отношеніи, что возмездіе есть установленіе эквивалента (Aequivalentsetzung) со стороны управомоченнаго, а отплата есть то же со стороны обязаннаго, и что управомоченный на наказаніе воздаетъ за дѣяніе (причиняя зло), тогда какъ обязанный къ наказанію долженъ отплатить за свое дѣяніе (терпя ущербъ) [2]), но въ концѣ концовъ его теорія заключаетъ въ себѣ лишь измѣненіе господствующей терминологіи, а не самаго существа дѣла, такъ какъ отплата есть, конечно, то же воздаяніе; при предлагаемой Берольцгеймеромъ конструкціи мы сохраняемъ въ сущности идею возмездія и только принимаемъ въ расчетъ не того, кто воздаетъ, а того, на кого воздаяніе падаетъ [3]); къ этому выводу приходится придти въ особенности, если принять во вниманіе то, что Берольцгеймеръ опредѣляетъ наказаніе, какъ „эквивалентъ, который по воззрѣніямъ общества долженъ быть данъ для того, чтобы устранить созданное преступленіемъ состояніе“ [4]), и говоритъ, что наказаніе назначается для того, чтобы возстановить нарушеніе равновѣсія, произведенное преступленіемъ; наказаніе есть эквивалентъ преступленія“ [5]). Такимъ образомъ здѣсь рѣчь идетъ о томъ же назначеніи наказанія—устранять созданное неправомѣрное состояніе и возстановлять нарушенное равновѣсіе, о которомъ говорятъ представители теоріи заглаженія.

Нѣсколько иначе подходитъ къ тому же вопросу Роландъ. По его словамъ, сущность возмездія, при которомъ за одно зло назначается другое, состоитъ въ томъ, что второе зло въ своемъ обратномъ отношеніи (Rückbeziehung) къ первому должно являться

---

[1]) Berolzheimer. Entgeltung s. 83. То же онъ повторяетъ въ своей послѣдней работѣ, противупоставляя господствующую теорію возмездія своей теоріи отплаты (System der Rechts-und Wirtschaftsphilosophie B. V. s. 10): „die Strafe ist nicht Aequivalent des Verbrechens durch Übelserleidung (Vergeltungstheorie), sondern Aequivalent zur Beseitigung des durch das Verbrechengeschaffenen Zustandes und zwar wesentlich durch Einbusse an Rechtsgüter (Entgeltungstheorie)“.

[2]) Ib. s. 34.

[3]) Въ этомъ отношеніи въ оцѣнкѣ теоріи Берольцгеймера можно вполнѣ присоединиться къ слѣдующимъ словамъ Белинга· „jedenfalls ist bei Lichte besehen die Berolzheimersche Entgeltung nicht gegensätzlich gegen die Vergeltung, sondern nur deren passivische Seite: die Vergeltung vom Standpunkte des betroffenen Individuums aus gesehen“ (Beling l. c. s. 9 n. 1).

[4]) Berolzheimer, I. c. s. 34.

[5]) Berolzheimer. Rechtsphilosophische Studien. 1903 s. 93.

не новымъ зломъ, а прежнимъ, которое лишь возвращается, какъ эквивалентъ, обратно или въ томъ же самомъ видѣ, какъ при таліонѣ, или же въ другой формѣ, но съ тѣмъ же содержаніемъ. Возмездіе, прибавляетъ онъ, какъ показываетъ самое словоупотребленіе, есть воздаяніе (Wiedervergeltung), возвратъ (Zurückgabe) ранѣе понесеннаго зла, новое причиненіе (Wiederzufügung) того же зла, хотя и въ другой формѣ [1]). Другими словами, у него возмездіе есть возвращеніе ранѣе полученнаго зла. Едва ли однако можно согласиться съ правильностью подобной точки зрѣнія, и едва ли то пониманіе возмездія, которое предлагаетъ Роландъ, можетъ дать намъ дѣйствительное представленіе о томъ, что такое возмездіе; едва ли можно серіозно утверждать, что то зло, которое примѣняется въ наказаніи, есть то же зло, которое уже проявилось въ преступленіи, и что здѣсь оно возвращается (кому?) лишь въ новой формѣ. Какъ вѣрно замѣчаетъ Краузъ, въ ученіи Роланда заключается только игра словъ, такъ какъ въ дѣйствительности здѣсь ничего не дается обратно [2]); и, конечно, весь смыслъ разсужденій Роланда о томъ, что возмездіе заключается въ возвратѣ полученнаго, сводится къ представленію о томъ, что такимъ путемъ заглаживается происшедшее и возстановляется нарушенное равновѣсіе. Но для выраженія этой простой и общеизвѣстной мысли не было никакого основанія выставлять парадоксальную теорію, способную вызвать лишь рядъ недоумѣній, — тѣмъ болѣе, что въ другомъ мѣстѣ своей книги эту мысль Роландъ прямо и высказываетъ [3]).

§ 8. Останавливаясь на оцѣнкѣ взглядовъ на возмездіе, какъ на уравненіе или заглаженіе, мы должны сказать, что при всемъ различіи, которое можно усмотрѣть въ отдѣльныхъ разновидностяхъ теорій заглаженія, общее для нихъ лежитъ въ признаніи того положенія, что при помощи возмездія устраняется извѣстный непорядокъ, вызванный преступленіемъ; этотъ непорядокъ заглаживается путемъ причиненія учинителю его извѣстнаго зла, значеніе котораго соотвѣтствуетъ значенію самаго непорядка,—въ этомъ и выражается идея уравненія или заглаженія. Такимъ образомъ здѣсь сущность возмездія усматривается, собственно говоря, не въ немъ

---

[1]) Rohland. Die soziologische Strafrechtslehre. 1911, s. 27.

[2]) Kraus l. c. s. 54.

[3]) Rohland l. c. s. 19: „dem Erforderniss ausgleichender Gerechtigkeit zu genügen, ist der höchste und letzte Zweck der Strafe, denn Ausgleichung kann nur durch Wiederzufügung, mithin durch Vergeltung erfolgen".

самомъ, а въ томъ результатѣ, который достигается при помощи акта, осуществляющаго возмездіе. И центръ тяжести всего ученія о возмездіи направляется не на выясненіе значенія и сущности того акта, при помощи котораго оказывается возмездіе, а на указаніе тѣхъ послѣдствій, которыя причиняются или должны причиняться этимъ актомъ. Но именно въ подобномъ представленіи о сущности возмездія и заключается дефектъ всѣхъ подобныхъ теорій. Всѣ они обращаютъ вниманіе на такой моментъ, который лежитъ уже внѣ самаго содержанія возмездія; говоря о возмездіи, онѣ имѣютъ въ виду опредѣленное реагированіе на происшедшее, стремящееся къ достиженію извѣстнаго результата. Это реагированіе имѣетъ своимъ назначеніемъ заглаживать извѣстное нежелательное явленіе и его результаты. Возмездіе здѣсь не простое реагированіе на происшедшее, а реагированіе, преслѣдующее опредѣленную цѣль. Здѣсь возмездію присваивается то, что можетъ быть отнесено къ наказанію, какъ одному изъ проявленій возмездія, а не къ возмездію вообще. Къ тому же можно говорить, что возмездіе будетъ использовано въ опредѣленномъ рядѣ случаевъ съ цѣлью загладить происшедшее, но можно говорить и о томъ, что оно будетъ использовано съ иной цѣлью, напр. можно говорить, что возмездіе употребляется не для того, чтобы загладить происшедшее и устранить вредное и нежелательное впечатлѣніе отъ него, а напротивъ для того, чтобы „освѣжить“ это впечатлѣніе отъ него и подчеркнуть тѣмъ нежелательность того явленія, противъ котораго въ данномъ случаѣ реагируютъ. Отъ подобнаго представленія однако не мѣняется существо возмездія, какъ извѣстнаго воздѣйствія, такъ какъ цѣль сама по себѣ еще не характеризуетъ сущности явленія. Карательное возмездіе и возмездіе награждающее одинаково остаются возмездіемъ, хотя цѣль возмездія въ одномъ и другомъ случаѣ понимается неодинаково. Наконецъ, надо имѣть въ виду, что при пониманіи возмездія, какъ уравненія или заглаженія, рѣчь можетъ идти лишь о воздѣйствіи съ цѣлью загладить впечатлѣніе, которое произведено на окружающихъ фактомъ учиненнаго правонарушенія,—въ этомъ и заключается тотъ идеальный вредъ, о заглаженіи котораго посредствомъ наказанія и идетъ обыкновенно рѣчь при возмездіи. Больше ничего загладить нельзя, въ особенности же нельзя загладить самое правонарушеніе, какъ уже совершившееся. Но если надо какъ нибудь иначе понимать объектъ заглаженія, то приходится согласиться съ Попперомъ въ его критикѣ понятія заглаженія, поскольку онъ указываетъ, что осуществленіемъ возмездія въ наказаніи причиняется новое зло, и такимъ

образомъ вмѣсто заглаженія на самомъ дѣлѣ получается только удвоеніе и повтореніе зла [1]).

Съ другой стороны иного идеальнаго вреда, кромѣ впечатлѣнія, производимаго преступленіемъ, мы представить себѣ въ данномъ случаѣ не можемъ; но этотъ моментъ лежитъ уже внѣ понятія преступнаго дѣянія, какъ такового [2]), и, слѣдовательно, принимая этотъ взглядъ, мы должны допустить, что при помощи наказанія реагируютъ не на преступленіе, а на нѣчто лежащее внѣ его. Самое же заглаженіе существующаго впечатлѣнія заключается, само собой разумѣется, въ созданіи новаго впечатлѣнія, возникающаго отъ воспріятія факта осужденія и наказанія виновнаго [3]). Этимъ и объясняется, почему многія теоріи возмездія говорятъ не о заглаженіи происшедшаго, а о созданіи новаго переживанія при помощи акта воздаянія— таковы теоріи удовлетворенія и теоріи общаго предупрежденія. Какъ видно изъ приведенныхъ выше ученій, и у представителей теоріи заглаженія постоянно проскальзываетъ мысль о томъ, что при помощи возмездія вызываются извѣстные психическіе эффекты, лежащіе, какъ указано, внѣ понятія заглаженія, какъ такового. Въ этомъ созданіи новаго впечатлѣнія и заключается

---

[1]) Popper. Das Recht zu leben und die Pflicht zu sterben. 1903 s. 176. „ist denn Verbrechen und Strafe, wie Gewinn und Verlust, wie Plus und Minus, wie Rechts und Links anzusehen, die sich gegenseitig verzehren? Welches kindische Analogosieren oder welche herbe Rachgier war nötig, um einen solchen Gedanken aufkommen zu lassen"; s 177: „der Verbrecher hat Andern Schaden zugefügt, diese tun ihm dasselbe und wir haben also hier zwei Übeltaten, nicht anderes... wir aber werden in diesem Vorgange nur eine Verdoppelung, eine Wiederholung und nicht eine Ausgleichung erblicken".

[2]) Съ этой точки зрѣнія вполнѣ правильно замѣчаетъ Герцъ: (Hertz l. c. s. 41) „die Existenz eines solchen intellectuellen, moralischen oder ideelen Schadens gar nicht nachgewiesen werden kann. Theils ist er nämlich ein Erzeugniss blosser Spekulation, geschaffen durch den Wunsch für eine reine Hypothese einen Anknüpfungspunkt zu finden... Theils offenbart sich solcher vermeintlich intellectueler Schaden nur als materielle Verletzung bestimmter Interessen, die als solche verkannt werden... oder es wird endlich auf ein Moment Bezug genommen, welches völlig ausserhalb des Unrechtstatbestandes liegt".

[3]) Отрицать то, что при помощи отправленія правосудія и въ частности примѣненія наказанія заглаживается впечатлѣніе, происшедшее отъ факта учиненія преступленія, мы однако не можемъ, имѣя въ виду иститутъ наказаніе, какъ таковой, и отправленіе правосудія въ цѣломъ, хотя бы мы и относились отрицательно къ отдѣльнымъ видамъ наказанія. Неправъ поэтому въ своей критикѣ теоріи Велькера Спасовичъ (Учебникъ стр. 34), иронически замѣчающій по поводу нея: „откуда же слѣдуетъ, что вредъ этотъ вознаграждается наказаніемъ? что когда преступника высѣкутъ или продержатъ въ тюрьмѣ, то этимъ уничтожается обаяніе дурного примѣра, успокоится негодованіе общества и возстановится уваженіе къ закону?"

то возстановленіе нарушеннаго равновѣсія, о которомъ говорятъ многіе писатели, характеризуя сущность возмездія, какъ заглаженія; иначе же понимать возстановленіе равновѣсія нельзя, такъ какъ тогда наказаніе сольется съ другими правоохранительными средствами—и съ вознагражденіемъ за вредъ и со многими мѣрами пресѣченія неправды, для которыхъ является существеннымъ моментомъ возстановленіе нарушеннаго объективнаго порядка [1]).

Наконецъ, нужно замѣтить, что поскольку заглаженіе понимается въ смыслѣ воздѣйствія на психику преступника, постолько оно, подобно тому, какъ это было указано выше относительно понятія искупленія, можетъ легко превращаться въ понятіе исправленія. Это въ дѣйствительности и приходится наблюдать напр. въ ученіи Варги. Являясь рѣшительнымъ противникомъ понятія возмездія, этотъ ученый въ то же время вполнѣ признаетъ за наказаніемъ функцію заглаженія и считаетъ ее вполнѣ пріемлемой для своей конструкціи наказанія, какъ опеки, такъ какъ онъ всецѣло отождествляетъ заглаженіе съ исправленіемъ [2]).

Итакъ, съ точки зрѣнія разсмотрѣнныхъ взглядовъ возмездіе характеризуется, какъ извѣстная отплата тому, кто что нибудь сдѣлалъ, именно за то, что онъ это сдѣлалъ. Эта отплата заключаетъ въ себѣ уравненіе, заглаженіе учиненнаго, погашеніе его, а потому и возстановленіе того, что было нарушено. И здѣсь, какъ мы видѣли, съ одной стороны или подчеркивается тотъ психическій эффектъ, который долженъ быть заглаженъ путемъ мѣръ возмездія и который возникъ вслѣдствіе факта учиненія извѣстнаго правонарушенія, или же просто указывается, что заглаживается тотъ вредъ, который заключается въ данномъ правонарушеніи, взятомъ самомъ по себѣ. Съ точки зрѣнія этихъ теорій

---

[1]) Ср. по этому поводу замѣчаніе В. Соловьева (в. с. стр. 53): „понятіе возстановленія нарушеннаго права имѣетъ ясный и опредѣленный смыслъ, когда дѣло идетъ о правонарушеніи количественномъ... но перенесеніе этого понятія изъ области имущественныхъ правонарушеній въ область уголовныхъ злодѣяній приводитъ къ игрѣ словами, которую можно было бы назвать пустымъ ребячествомъ, если бы она не была вмѣстѣ съ тѣмъ и игрой человѣческими головами".

[2]) Vargha, l. c. II s.s. 142, 144, 146, 147, 150, 177, 178, 226, 240 и др.; ср въ особенности s. 150: „diese repressive Disciplin, als rügende und ausgleichende-corrigirende-erziehliche Tätigkeit ist die sogenannte Straffunktion" и s 177: „als Strafmittel eine zweckmässige, gerechte und nützliche Ausgleichungsmassregel des kriminellen Willens"; въ связи съ этимъ онъ протестуетъ противъ смѣшенія двухъ понятій: „angemessene Strafreaktion" и „angemessene Vergeltungsmarter" (ib. s. 237), высказываясь рѣшительно противъ послѣдняго, такъ какъ, исходя изъ пониманія заглаженія, какъ исправленія, онъ находитъ, что наказаніе, какъ воспитательная мѣра, не должно заключать въ себѣ страданія и мученія.

возмездіе есть взиманіе извѣстнаго эквивалента за учиненное съ его учинителя. И если, какъ сказано было выше, неправильнымъ въ подобныхъ разсужденіяхъ приходится признать то, что въ нихъ сущностью возмездія считается то, что собственно выходитъ за его предѣлы и представляетъ его цѣль, то съ другой стороны подчеркиваніе момента эквивалента въ понятіи возмездія правильно въ томъ отношеніи, что этимъ подчеркивается мысль о томъ, что возмездіе покоится на представленіи объ извѣстной оцѣнкѣ того, по отношенію къ чему приходится прибѣгать къ мѣрамъ воздаянія.

§ 9. Если только что разобранныя теоріи возмездія—теоріи заглаженія—грѣшатъ тѣмъ, что онѣ выдвигаютъ на первый планъ въ понятіи возмездія представленіе объ извѣстномъ результатѣ, къ которому стремится возмездіе, и тѣмъ самымъ подчеркиваютъ извѣстную цѣль, которую можно преслѣдовать при помощи возмездія, то еще больше грѣшатъ въ этомъ отношеніи тѣ теоріи, которыя прямо одну изъ возможныхъ цѣлей наказанія вообще пріурочиваютъ къ понятію возмездія и ею характеризуютъ самую сущность возмездія.

Это приходится сказать прежде всего относительно той группы теорій, которыя понимаютъ возмездіе, какъ удовлетвореніе. Съ точки зрѣнія этихъ теорій возмездіе рисуется или какъ удовлетвореніе того чувства мести, которое является у лица, непосредственно потерпѣвшаго извѣстное вторженіе въ сферу своихъ благъ, или какъ удовлетвореніе, которое ощущается всѣмъ обществомъ, или же наконецъ какъ удовлетвореніе, которое дается не непосредственно пострадавшему или другимъ лицамъ, а самому государству.

Первая точка зрѣнія между прочимъ проводится особенно выразительно у Ламмаша въ его ученіи о цѣляхъ наказанія. Различая „постоянныя“ (konstante) цѣли наказанія, т. е. такія, къ которымъ государство стремится во всѣхъ случаяхъ наказанія и „измѣнчивыя“ (variable), т. е. такія, которыя государство преслѣдуетъ только относительно той или иной категоріи преступленій, а не преступленія вообще [1]), онъ къ числу постоянныхъ относитъ между прочимъ и цѣль удовлетворенія (Genugtuung), которое у него оказывается тождественнымъ съ возмездіемъ [2]). По его словамъ

[1]) Lammasch. Über Zwecke und Mittel der Strafe (Z. IX s. 425).

[2]) Это особенно ясно вытекаетъ изъ другой работы Ламмаша по тому же вопросу „Kriminalpolitische Studien“ (Gerichtssaal, 44 s. 174), гдѣ онъ говоритъ не о цѣли удовлетворенія, какъ въ указанной выше работѣ, а прямо о цѣли возмездія, разумѣя подъ нею именно удовлетвореніе.

назначенное государствомъ наказаніе имѣетъ между прочимъ своей функціей предоставить удовлетвореніе (Genugtuung) потерпѣвшему отъ преступленія, т. е. дать удовлетвореніе (Befriedigung) его потребности въ возмездіи (Vergeltung) за причиненное ему преступникомъ зло, а также дать ему замѣну (Ersatz) мести, осуществленіе которой ему запрещаетъ государство [1]). Здѣсь такимъ образомъ возмездіе понимается, какъ удовлетвореніе непосредственно потерпѣвшаго отъ преступленія, въ связи съ чѣмъ оно и разсматривается, не какъ сущность наказанія, а какъ одна изъ цѣлей карательной дѣятельности государства.

Какъ удовлетвореніе потерпѣвшаго, понимаютъ далѣе возмездіе Голльдакъ и Бирлингъ. Голльдакъ замѣчаетъ, что безъ идеи удовлетворенія (Genugtuung) нельзя обойтись при обоснованіи наказаніи [2]) и что поэтому можно спокойно отнестись къ всѣмъ нападкамъ противниковъ воздающаго и удовлетворяющаго дѣйствія (vergeltend-genugtuende Wirkung) наказанія, такъ какъ возникновеніе и прекращеніе влеченія къ удовлетворенію (Genugtuungstrieb) есть психическій процессъ, а необходимые психическіе процессы не могутъ быть ни хорошими, ни дурными [3]); въ соотвѣтствіи съ этимъ онъ указываетъ на то, что при оцѣнкѣ преступнаго необходимо считаться не только съ интересами государства, но и потерпѣвшаго [4]). А Бирлингъ подчеркиваетъ, что наказаніе заключаетъ въ себѣ удовлетвореніе (Satisfaktion) нарушеннаго правового чувства, и замѣчаетъ, что тамъ, гдѣ нѣтъ потребности въ удовлетвореніи, не можетъ быть рѣчи о наказаніи [5]); поэтому онъ и наказаніе опредѣляетъ, какъ „средство удовлетворенія потребности въ удовлетвореніи (Befriedigung des Satisfaktionsbedurf-

[1]) Lammasch. Zwecke s. 427. Въ указанной второй своей работѣ Ламмашъ, говоря о возмездіи, къ этому еще прибавляетъ, что наказаніе имѣетъ своей задачей не только удовлетвореніе потерпѣвшаго, но и успокоеніе всего общества, угрожаемаго преступленіемъ, относительно того, что по крайней мѣрѣ на время воля индивида, возстающая противъ охраняемаго государствомъ порядка, не будетъ въ состояніи утверждать себя (sich behaupten), а напротивъ того будетъ подчинена этому порядку (Kriminalpol. Studien s. 74).

[2]) Holldack l. c. s. 55.

[3]) Ib. s. 57.

[4]) Ib. s. 64. „und hier nun sagt die Genugtuungsstrafe nicht weiter, als dass, wenn das Verbrechen begrifflich aus drei beteiligten: dem Staat, dem Täter und dem Verletzten bestehe, die praktische Gegenwirkung gegen eben diesesVerbrechen nicht erpresslich nur auf die Bewertung zweier dieser Grösse unter Ausschaltung des Verletzten aufgebaut werden könne, sondern dass das Urteil, welches das Gemeinwesen durch seine Organe autonom uber die Unwert dieser Tat spräche, nach jenen drei Grössen bestimmt werden müsse".

[5]) Bierling. l c. III, s. 388.

nisses) лица, пострадавшаго отъ неправды, безразлично, кто при этомъ разумѣется въ качествѣ пострадавшаго“ [1]); вмѣстѣ съ тѣмъ онъ указываетъ на то, что выраженіе „возмездіе“ въ своемъ первоначальномъ значеніи является синонимомъ для обозначенія удовлетворенія.

§ 10. Нѣсколько иное пониманіе возмездія, какъ удовлетворенія, мы находимъ у Гюнтера въ его извѣстномъ изслѣдованіи по вопросу объ идеѣ воздаянія въ исторіи и философіи уголовнаго права. Все это изслѣдованіе проникнуто мыслью о томъ, что въ возмездіи заключается элементъ удовлетворенія. По словамъ Гюнтера, „правосознаніе нашего народа еще и теперь находитъ безъ сомнѣнія дѣйствительное удовлетвореніе при наказаніи лишь тогда, когда посредствомъ лишенія свободы не только предупреждаются будущія злодѣянія, но когда въ то же время считаются съ потребностью извѣстнаго удовлетворенія за совершенное“ [2]). Но это удовлетвореніе онъ понимаетъ однако, какъ такое удовлетвореніе, которое имѣетъ въ виду не только непосредственно потерпѣвшаго, но и все общество. Такъ, возражая между прочимъ на сдѣланный Р. Шмидтомъ упрекъ, будто онъ смѣшалъ два принципіально различныхъ понятія—удовлетвореніе и возмездіе [3]), онъ замѣчаетъ, что такъ какъ „преступленіе посягаетъ на все общество, то у послѣдняго, какъ такового, хотя и не можетъ быть влеченія къ удовлетворенію (Genugtuungstrieb), но все таки можетъ быть чувство или ощущеніе (das Gefühl oder die Empfindung) удовлетворенія отъ примѣненія къ виновному наказанія“ [4]).

Другіе писатели точно также указываютъ на тотъ моментъ „общественнаго удовлетворенія“, которое заключается въ возмездіи. Такъ, напр. Белингъ подчеркиваетъ сущность возмездія, какъ извѣстнаго психическаго процесса, нами переживаемаго [5]), и указываетъ на то чувство удовлетворенія (Befriedigung), которое испытывается отъ факта совершившагося возмездія. Особенно же подробно развивается эта точка зрѣнія у Фингера, который анализируетъ ближе сущность удовлетворенія, какъ психическаго процесса, вызываемаго примѣненіемъ наказанія. По его ученію, на-

[1]) Ib. s. 389.

[2]) Günther. Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts. Abt. II. 1891 s. IX.

[3]) R. Schmidt. Aufgaben s. 14 n.

[4]) Günther l. c. Abt. III s. XVII n. 38.

[5]) Beling l. c. s. 8: „tatsächlich gegeben sind nur Annehmlichkeit und Übel, die den Menschen widerfahren, und erst das Denken macht diese zu Fälle der „Vergeltung“.

казаніе, какъ осужденіе, выраженное посредствомъ причиненія зла, не только можетъ дѣйствовать, какъ общее и спеціальное предупрежденіе, но и можетъ удовлетворять потребность въ удовлетвореніи или въ справедливости (Genugtuungs-bezw. Gerechtigkeitsbedurfniss); потребность же въ удовлетвореніи онъ характеризуетъ, какъ чувство неудовольствія, которое присоединяется къ представленію о томъ, что фактическій ходъ событій не соотвѣтствуетъ тому, который посредствомъ ассоціацій сдѣлался обычнымъ. Посредствомъ назначенія наказанія послѣ учиненнаго преступленія устанавливается согласіе между господствующими ассоціаціями и фактическимъ ходомъ событій, положеніе вещей приспособляется къ формамъ ассоціацій, и посредствомъ этого элиминируется тотъ моментъ неудовольствія, который возникъ изъ бывшаго несогласія (Discrepenz) [1]). Но, установивъ это положеніе, онъ однако замѣчаетъ, что, „свойство наказанія служить потребности въ возмездіи скорѣе есть naturale этой мѣры, считать же это за его essentiale нельзя“ [2]).

Наконецъ, надо замѣтить, что на моментъ удовлетворенія въ понятіи наказанія обращаютъ вниманіе и такіе писатели, которые въ общемъ исходятъ изъ другого пониманія возмездія. Такъ, у Наглера мы встрѣчаемъ указаніе на то, что „возникшее вслѣдствіе преступленія возбужденіе проявляется прежде всего въ потерпѣвшемъ, какъ субъективное стремленіе къ удовлетворенію (Genugtuungssteben). Ему сочувствуютъ его близкіе родственники и другія лица, и чѣмъ болѣе далекіе круги затрагиваются вѣстью о преступленіи, тѣмъ больше распространяется потребность удовлетворенія и тѣмъ больше она вмѣстѣ съ тѣмъ освобождается отъ крайне личныхъ шлаковъ и объективируется“ [3]). Поэтому онъ и указываетъ на то, что только идея возмездія въ смыслѣ объективнаго удовлетворенія (objective Genugtuung) [4]) можетъ образовывать уголовно-правовой принципъ [5]); но это объективное удовлетвореніе онъ понимаетъ въ концѣ концовъ въ томъ смыслѣ, въ какомъ понимается возмездіе сторонниками

---

[1]) Finger. Verbrechen und Strafe als reale Erscheinung (Gerichtssaal 71 s 55).

[2]) Ib. s. 76.

[3]) Nagler. Verbrechensprophylaxe s. 146—147.

[4]) Идея объективнаго удовлетворенія, заключающагося въ возмездіи, въ свое время была выдвинута Кестлиномъ (Köstlin, System I, s. 414), но у него она имѣла совершенно иное содержаніе: по его ученію, это объективное удовлетвореніе есть объявленіе преступной воли ничтожной (die Nichtigerklarung des verbrecherischen Willens an sich—s. 388),

[5]) Nagler l. c. s. 141.

теоріи заглаженія: „соціальная справедливость наказанія, замѣчаетъ онъ, покоится на полномѣрномъ (massvoll) уравненіи причиненнаго преступленіемъ психическаго разлада (Missverhältniss) посредствомъ страданія“ [1]). То же отношеніе къ моменту удовлетворенія мы видимъ и у Еллинека, который замѣчаетъ, что „посколько наказаніемъ должно быть заглажено только индивидуально-психологическое нарушеніе равновѣсія, оно имѣетъ характеръ удовлетворенія“ [2]).

§ 11. Взглядъ на возмездіе, какъ на удовлетвореніе потерпѣвшаго, былъ подвергнутъ въ литературѣ уголовнаго права основательной и справедливой критикѣ, указавшей на то, что этому моменту нельзя придавать такого исключительнаго значенія, какое ему стремятся придавать его сторонники. Такъ, Франкъ замѣтилъ, что, хотя удовлетвореніе и играетъ извѣстную роль въ уголовномъ правѣ, но о немъ рѣчь идетъ только въ отношеніи опредѣленной группы преступныхъ дѣяній (оскорбленіе чести, тѣлесныя поврежденія, нарушенія домашняго мира и т. п.), представленіе же о томъ, что система воздающаго наказанія вообще объясняется идеей удовлетворенія, по его словамъ, идетъ слишкомъ далеко [3]). Ту же мысль высказываетъ и Краузъ [4]). Особенно же рѣшительно возсталъ противъ подобной концепціи возмездія Р. Шмидтъ, выдвинувъ оригинальное, но вмѣстѣ съ тѣмъ и мало убѣдительное противуположеніе двухъ понятій—возмездія и удовлетворенія. По мнѣнію Р. Шмидта, понятіе возмездія существенно отлично отъ понятія удовлетворенія; по его словамъ, потребность въ справедливомъ возмездіи правильно приписывается всѣмъ гражданамъ, напротивъ того влеченіе къ удовлетворенію (Genugtuungstrieb) не можетъ быть вызвано преступленіемъ во всѣхъ гражданахъ; оно возникаетъ лишь въ тѣсномъ кругѣ лицъ; только въ отношеніи нѣкоторыхъ преступленій, вродѣ государственной измѣны, богохульства и т. п. можно выставить, по его мнѣнію, иное положеніе. Такимъ образомъ, по его ученію, возмездіе присуще всякому наказанію, а удовлетвореніе можетъ и не вызываться наказаніемъ. То чувство, которое испытываютъ постороннія лица отъ наказанія, прибавляетъ онъ, есть удовлетвореніе (Befriedigung), но это чувство иного характера, чѣмъ то чувство мести, которое появляется у

---

[1]) Ib. s. 141.
[2]) Еллинекъ в. с. стр. 137.
[3]) Frank. Vergeltungsstrafe, s. 10.
[4]) Kraus l. c. s. 22.

потерпѣвшаго, это—удовлетвореніе потребности въ возмездіи, радость по поводу самоутвержденія (Selbstbehauptung) пострадавшаго сотоварища по отношенію къ виновному. Этому чувству, имѣющемуся у общества въ его цѣломъ, онъ противупоставляетъ удовлетвореніе (Genugtuung), какъ чувство мести, которое имѣется только у потерпѣвшаго [1]); если же однако и теперь, замѣчаетъ онъ, иногда наказаніе доставляетъ удовлетвореніе, то это удовлетворяющее дѣйствіе наказанія есть случайное побочное его дѣйствіе (Nebenwirkung) [2]). Однако это противуположеніе возмездія и удовлетворенія, которое дѣлаетъ Р. Шмидтъ едва ли можно признать правильнымъ. Едва ли въ самомъ дѣлѣ представляется возможнымъ проводить различіе между удовлетвореніемъ потребности въ возмездіи и удовлетвореніемъ чувства мести по различію субъектовъ, получающихъ то или другое удовлетвореніе; даже въ той обрисовкѣ, которую Р. Шмидтъ даетъ первому виду удовлетворенія, нельзя усмотрѣть чего то такого, чего не можетъ быть у потерпѣвшаго,—и наоборотъ удовлетвореніе второго вида можетъ чувствовать и индивидъ и коллективное цѣлое. Какъ правильно замѣчаетъ Гольдакъ, критикуя ученіе Р. Шмидта, отрицать существованіе чувства удовлетворенія въ болѣе широкихъ кругахъ общества значитъ въ концѣ концовъ просто отрицать всѣ явленія массовой психологіи, какъ бы они ни отличались въ данномъ случаѣ отъ явленій психологіи индивидуальной [3]).

Останавливаясь на оцѣнкѣ взглядовъ на возмездіе, какъ на удовлетвореніе потерпѣвшаго, мы должны сказать, что отрицать то обстоятельство, что при помощи наказанія дается извѣстное удовлетвореніе потерпѣвшему, мы не можемъ [4]), тѣмъ болѣе, что

---

[1]) R. Schmidt l. c. s. 70—71.

[2]) Ib. s. 78.

[3]) Holldack l. c. s. 55 n. 2

[4]) Поэтому то многіе криминалисты при анализѣ понятія наказанія и обращаютъ вниманіе на то, что наказаніе заключаетъ въ себѣ удовлетвореніе. Ср. Liszt, Lehrbuch s. 72: „er (der Strafzwang) wirkt.... b) ebenso auf den Verletzten, dem er überdies die Genugtuung gewährt, dass der gegen ihn gerichtete rechtswidrige Übergriff nicht ungeahndet bleibt“: Liepmann, Strafrechtsreform s. 6: „er befriedigt das Genugtuungsbedürfniss des Verletzten und der ihm Gleichgesinnten“; Биркмейеръ же прямо говоритъ, что въ возмездіи заключается моментъ удовлетворенія, хотя онъ и характеризуетъ возмездіе, какъ заглаженіе, а не удовлетвореніе (Birkmeyer, Strafe, s. 19): „als Vergeltung entsühnt die Strafe den Verbrecher, verschafft die Genugtuung dem durch das Verbrechen Verletzten, befriedigt sie das Gerechtigkeitsbedürfniss der Volksgenossen und kommt dem Gerechtigkeitsgefühl des Verbrechers selbst entgegen“; то же читаемъ у Гиппеля (Hippel, Willensfreiheit und

существовали такія стадіи развитія уголовнаго права, когда всякое наказаніе преслѣдовало почти исключительно цѣль удовлетворенія (эпоха композицій), да и современное право нерѣдко учитываетъ этотъ моментъ. Мало того мы можемъ сказать, что самая потребность въ наказаніи, сознаніе его необходимости, между прочимъ вызывается тѣмъ впечатлѣніемъ, которое производитъ преступленіе на непосредственно потерпѣвшаго отъ него или на другихъ лицъ. Месть, судъ Линча, наказанія на первоначальной ступени ихъ развитія вызываются потребностью удовлетворить потерпѣвшаго отъ преступленія и стремятся къ достиженію этой цѣли [1]). Но опять таки мы должны сказать, что эта цѣль удовлетворенія находится внѣ самаго понятія возмездія, какъ такового. Она приходитъ извнѣ и окрашиваетъ въ тотъ или другой цвѣтъ самое возмездіе. Если эта цѣль и можетъ быть признана въ извѣстныхъ случаяхъ при карательномъ возмездіи, то все-таки мы не можемъ ее конструировать въ составѣ возмездія награждающаго. Она, слѣдовательно, чужда понятію возмездія, какъ таковому. Съ другой стороны, если стоять на представленіи о возмездіи, какъ удовлетвореніи потерпѣвшаго, то, при такомъ пониманіи возмездія, его можно усматривать и въ такихъ мѣрахъ, которымъ совершенно чуждъ карательный характеръ, но въ которыхъ рѣчь идетъ также объ удовлетвореніи лица, потерпѣвшаго отъ какого нибудь правонарушенія; но этимъ специфическій элементъ уголовнаго права — возмездіе—переносится въ другія, чуждыя ему области. Наглеръ напр. замѣчаетъ, что „идея возмездія оффиціально признана и въ области гражданскаго права“, и приводитъ постановленіе art. 28 Abs. 2 швейцарскаго гражданскаго уложенія, которое знаетъ притязаніе на уплату опредѣленной денежной суммы, какъ удовлетвореніе, независимо отъ вознагражденія за вредъ [2]). Но это не есть возмездіе, а лишь возмѣщеніе нематеріальнаго вреда при помощи денежнаго эквивалента. Наконецъ, въ заключеніе слѣдуетъ указать на то, что если понимать возмездіе, какъ удовлетвореніе потерпѣвшаго, то заранѣе надо при-

---

Strafrecht. 1903 s. 28): „es (зло въ наказаніи) stärkt das Rechtsgefuhl, es stellt das erschütterte Bewusstsein der Rechtssicherheit wiederher und es befriedigt zugleich das Rachebedürfniss der durch das Verbrechen berührten Kreise, insbesondere des Verletzten“.

[1]) Нѣкоторые писатели признаютъ въ этомъ удовлетворении не цѣль, а „случайное послѣдствіе“ (Hertz 1 c. s. 42) или „рефлективное дѣйствіе наказанія“ (Познышевъ, Основные вопросы стр. 304 и 383 прим. 1), но нельзя не замѣтить, что въ цѣломъ рядѣ случаевъ удовлетвореніе потерпѣвшаго выступаетъ именно, какъ особая цѣль карательной дѣятельности.

[2]) Nagler l. c. s. 155.

знать, что есть случаи, гдѣ приходится констатировать наличность возмездія даже при отсутствіи подобнаго удовлетворенія, а это уже само по себѣ подрываетъ правильность пониманія возмездія, какъ удовлетворенія.

Что же касается пониманія возмездія въ смыслѣ удовлетворенія всего общества, то нужно признать, что подобная точка зрѣнія вполнѣ правильно учитываетъ то обстоятельство, что отъ примѣненія наказанія дѣйствительно получается въ большинствѣ случаевъ, поскольку наказаніе, по господствующимъ воззрѣніямъ, не противорѣчитъ представленію о справедливости, извѣстное удовлетвореніе, которое испытываетъ кромѣ непосредственно потерпѣвшаго отъ преступленія все общество, заинтересованное въ надлежащемъ отправленіи правосудія. И это удовлетвореніе заключается въ элиминированіи, какъ говоритъ Фингеръ [1]), того неудовольствія, которое возникаетъ отъ представленія о томъ, что фактическій ходъ событій не соотвѣтствуетъ тому, который на основаніи ассоціацій сдѣлался обычнымъ, — оно есть не что иное, какъ успокоеніе извѣстнаго возбужденія, которое происходитъ отъ воспріятія факта совершенія преступленія. Но подобное удовлетвореніе или вѣрнѣе успокоеніе тоже не заключается въ самомъ возмездіи, какъ таковомъ; оно наступаетъ послѣ того, какъ заинтересованныя въ томъ лица узнаютъ о совершившемся фактѣ наказанія [2]); это чувство удовлетворенія здѣсь, какъ и въ другихъ сферахъ и въ другихъ случаяхъ индивидуальной и общественной жизни, наступаетъ лишь послѣ воспріятія извѣстнаго факта, а самый фактъ, который вызываетъ это чувство, еще не заключаетъ, самъ по себѣ взятый, момента удовлетворенія. Возмездіе, дѣйствительно, можетъ вызывать и вызываетъ въ обществѣ чувство удовлетворенія, но оно по одному этому еще не является само по себѣ удовлетвореніемъ. Это—моментъ привходящій, это — эффектъ, вызываемый возмездіемъ, но не сущность самаго возмездія.

§ 12. Иная точка зрѣнія на возмездіе, какъ удовлетвореніе, защищается Биндингомъ. Для этого писателя удовлетвореніе, имѣющееся въ возмездіи, заключается не въ удовлетвореніи чувства мести потерпѣвшаго отъ преступленія или удовлетвореніи треть-

---

[1]) См. выше стр. 145.

[2]) Правъ въ этомъ отношеніи Грегоровичъ, замѣчая: „sie (die Genugtuung) ist nur eine ganz von der subjectiven Auffassung abhängige Wirkung der Erkenntniss, dass der Strafzweck im einzelnen Fall erreicht worden oder wenigstens zur Geltung gekommen ist“ (Hregorowicz l. c. s. 96).

ихъ лицъ, а въ удовлетвореніи извѣстной потребности государства. По словамъ Биндинга, право наказанія направляется на полученіе отъ делинквента удовлетворенія за тотъ неустранимый вредъ, который онъ причинилъ правопорядку [1]). „Если онъ сдѣлалъ, говоритъ Биндингъ, то, чего право не желало, то теперь онъ долженъ потерпѣть то, что право на него возлагаетъ и чего онъ не желаетъ. Онъ поставилъ передъ закономъ вопросъ о силѣ (Machtfrage), поэтому ему законъ отвѣчаетъ посредствомъ принудительнаго подчиненія своей силѣ, своему владычеству... Такимъ образомъ наказаніе есть доказательство на дѣлѣ силы права (Rechtsmachtbewährung); какъ принудительное подчиненіе виновнаго подъ сильную руку права, оно всегда является для него зломъ и слѣдовательно воздаяніемъ зломъ за зло, а какъ побѣда правовой силы надъ виновнымъ, оно является для нея тріумфомъ, такъ какъ здѣсь заключается приблизительное уравненіе (Ausgleich) посягательства—и эта функція есть не столько возмездіе, сколько удовлетвореніе, которое преступникъ оказываетъ государству. Поэтому, прибавляетъ Биндингъ, въ виду подобнаго пониманія наказанія оно именуется наказаніемъ — возмездіемъ или удовлетвореніемъ (Vergeltungs- oder Genugtuungsstrafe)". И это, по его мнѣнію, есть единственное возможное пониманіе наказанія. Далѣе онъ поясняетъ эту мысль указаніемъ на то, что „государство не отплачиваетъ въ этомъ случаѣ злодѣяніемъ за злодѣяніе, неправдой за неправду, а борется съ врагомъ права силою права. Достигнуть же этого оно можетъ не иначе, какъ тѣмъ, что оно его принудительно подчиняетъ себѣ и слѣдовательно причиняетъ ему зло... Послѣднее однако является не самоцѣлью, а средствомъ для цѣли" [2]). Какъ видно, эти разсужденія Биндинга отчасти совпадаютъ съ тѣми положеніями, которыя выставляются сторонниками взгляда на возмездіе, какъ на заглаженіе. Однако для него особенное значеніе получаетъ не этотъ моментъ заглаженія, котораго онъ не отрицаетъ, а то удовлетвореніе за причиненный вредъ, которое предоставляется при помощи возмездія государству. Но этотъ моментъ удовлетворенія понимается Биндингомъ довольно своеобразно. Въ то время, какъ у ранѣе раз-

---

[1]) Сходный взглядъ выставляетъ Ульманъ (Ullman. Zur Lehre von der Strafe Gerichtssaal 33 l. c. s. 35), замѣчая: „die Strafe ihrem Wesen nach Vergeltung ist.. nicht gestraft wird um die Strafe willen, sondern alle strafrechtliche Vergeltung eine Zweckbeziehung in sich selbst ist... die Genugtuung für den im Verbrechen liegenden Bruch der Rechtsordnung... Die Genugtuung ist der einzige aus dem Begriff der Strafe sich ergebende Zweck derselben".

[2]) Binding, Grundriss, s. 228.

смотрѣнныхъ писателей рѣчь идетъ объ удовлетвореніи извѣстнаго чувства, извѣстнаго психическаго переживанія или потерпѣвшаго или третьихъ лицъ, у Биндинга удовлетвореніе пріобрѣтаетъ совершенно иное значеніе, посколько оно направляется въ отношеніи государства, которое, конечно, никакихъ подобныхъ переживаній испытывать не можетъ [1]). Самое выраженіе „удовлетвореніе“ получаетъ въ этомъ случаѣ иной, переносный смыслъ, такъ какъ говорить объ удовлетвореніи государства, какъ такового, въ собственномъ смыслѣ этого слова, нельзя. Преступникъ, подвергающійся возмездію, исходящему отъ лица государства, совершаетъ нѣчто въ интересахъ государства—въ этомъ смыслѣ только и можно говорить объ „удовлетвореніи“, которое дѣлается государству. Но если такъ понимать сущность возмездія, то это значитъ вводить въ опредѣленіе этого понятія элементъ совершенно побочнаго характера. Къ тому же о воздающемъ наказаніи мы можемъ говорить, и не имѣя въ виду исключительно область государственной жизни. Наказаніе имѣетъ болѣе универсальный характеръ, и государственное наказаніе есть лишь одинъ изъ видовъ наказанія вообще; опредѣляя понятіе возмездія, какъ элементъ понятія наказанія вообще, мы должны имѣть въ виду всю область кары, а не только область государственной кары, а съ другой стороны помнить, что элементъ возмездія вообще характеризуетъ не только наказаніе, но и награду.

§ 13. Третью группу взглядовъ на сущность возмездія представляютъ воззрѣнія тѣхъ писателей, которые въ возмездіи видятъ общее предупрежденіе, т. е. характеризуютъ его той цѣлью, которая обыкновенно пріурочивается къ самому наказанію; но здѣсь это общее предупрежденіе означаетъ нѣчто большее, чѣмъ это принято понимать, — именно въ то время, какъ обычно, общее предупрежденіе понимается просто, какъ устрашеніе третьихъ лицъ посредствомъ угрозы и исполненія наказанія,

---

[1]) Еллинекъ (в. с. стр. 138 прим. 1), разбирая теорію Биндинга, совершенно правильно замѣчаетъ: „вѣдь удовлетвореніе мыслимо только, какъ результатъ психологическаго процесса, т. е. предполагаетъ всегда индивидуумовъ, у которыхъ оно можетъ наступить. Впрочемъ, если олицетворять общество и государство и чисто антропоморфически снабжать ихъ умомъ, чувствомъ и волею, то можно объяснить сумму послѣдствій наказанія, какъ удовлетвореніе этого большого индивидуума. Однако зачѣмъ нужна такая совершенно не имѣющая научнаго значенія фикція? Или, быть можетъ, удовлетвореніе должно служить правовой или государственной идеѣ, царящей внѣ всякихъ субъективныхъ отношеній въ заоблачномъ замкѣ?“

здѣсь оно характеризуется, какъ особый сложный психическій процессъ, который происходитъ въ третьихъ лицахъ, непосредственно не затрагиваемыхъ преступленіемъ. Въ этомъ отношеніи данныя теоріи близко подходятъ къ теоріямъ удовлетворенія, поскольку это удовлетвореніе понимается въ смыслѣ удовлетворенія общественнаго, но отъ нихъ онѣ отличаются тѣмъ, что онѣ не ограничиваются подчеркиваніемъ въ этомъ психическомъ процессѣ переживанія удовлетворенія, а напротивъ того придаютъ большое значеніе тому обстоятельству, что при помощи возмездія достигается укрѣпленіе правового чувства и что такимъ образомъ происходитъ правовое воспитаніе гражданъ. На этой точкѣ зрѣнія стоятъ Р. Шмидтъ, Бюттнеръ, Эткеръ и Редвицъ.

Особенно подробно развиваетъ взглядъ на возмездіе, какъ на общее предупрежденіе, Р. Шмидтъ въ своей книгѣ „Die Aufgaben des Strafrechts“ [1]), играющей большую роль въ исторіи развитія ученія о сущности и цѣляхъ наказанія. По словамъ Р. Шмидта, всѣ тѣ, кто приписываютъ наказанію функцію возмездія, понимаютъ подъ нимъ сознательно-цѣлевую (zweckbewusste) государственную дѣятельность, намѣренное воздѣйствіе на народъ въ его цѣломъ и притомъ такое воздѣйствіе, которое какимъ-нибудь образомъ противодѣйствуетъ совершенію преступленія и развитію преступности. Возмездіе для всѣхъ нихъ есть только форма проявленія общаго предупрежденія [2]). Возмездіе, продолжаетъ онъ, какъ форма общей превенціи, должно укрѣплять правовое и государственное чувство (Rechts-und Staatsgefühl) тѣхъ, кто при конфликтѣ между преступленіемъ и государствомъ стоятъ на сторонѣ государства и осуждаютъ совершившуюся неправду [3]); то, что мы называемъ воздающей функціей (vergeltende Funktion) наказанія, обозначаетъ своеобразное и самостоятельное явленіе въ противуположность простому устрашающему развитію силы (Machtentfaltung) [4]). Государственное наказаніе представляетъ актъ возмездія потому, что оно подтверждаетъ и осуществляетъ существующую разъ навсегда связь между извѣстными дѣяніями и соотвѣтственными болевыми послѣдствіями. Только это проявленіе возмездія—обнаруженіе силы въ соотвѣтствіи съ воззрѣніями гражданъ на дѣяніе и на ожи-

---

[1]) Основныя свои мысли Р. Шмидтъ повторилъ и въ недавно вышедшей книгѣ „Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung“, 1912, которая, по его словамъ, имѣетъ въ виду лишь дополнить ранѣе высказанныя положенія (s. 27 n. 1).

[2]) R. Schmidt, Aufgaben s. 44.

[3]) Ib. s. 52.

[4]) Ib. s. 62.

даемыя отъ него послѣдствія, влечетъ за собой психологическій результатъ [1]). Государственное наказаніе, поясняетъ онъ ближе, есть принудительная мѣра, которая обезпечиваетъ уваженіе къ государству со стороны добрыхъ гражданъ въ тѣхъ случаяхъ, когда совершено дѣяніе, достойное въ ихъ глазахъ осужденія и вредное для общаго блага. Въ возбужденіи этого ощущенія уваженія (Respektsempfindung) при такихъ обстоятельствахъ заключается воздающая функція наказанія за преступленіе. „Наказаніе дѣйствуетъ воздавая,—это значитъ, оно обезпечиваетъ авторитетъ государственнаго и правового порядка“ [2]). Только надлежащее пониманіе идеи возмездія даетъ, по его словамъ, полную ясность относительно того дѣйствія наказанія, которое мы называемъ общимъ предупрежденіемъ [3]). Въ новой своей работѣ Р. Шмидтъ, повторяя и развивая ранѣе высказанныя положенія замѣчаетъ, что возмездіе есть „удовлетвореніе духовнаго ожиданія (die Befriedigung einer seelischen Erwartung), духовной потребности (eines gemüthlichen Bedürfnisses) въ переживающихъ вмѣстѣ преступленіе людяхъ“ [4]), причемъ здѣсь онъ обращаетъ вниманіе на то, что возмездіе есть средство укрѣпить въ населеніи соціальный образъ мыслей (die sociale Gesinnung) [5]), что общее предупрежденіе есть средство дисциплины народа (Volksdisciplin) [6]) и что, наконецъ, возмездіе достигается педагогическимъ воздѣйствіемъ на всѣ общественныя силы и на всѣхъ членовъ общества [7]). Но въ этой работѣ онъ уже проводитъ большее сближеніе, чѣмъ раньше, между возмездіемъ въ томъ смыслѣ, какъ онъ его понимаетъ, и устрашеніемъ. „Устрашающая функція, по его словамъ, есть неотдѣлимое сопровождающее явленіе воздающей функціи“ [8]), хотя оно и является ея придаткомъ [9]). При этомъ онъ находитъ, что „устрашеніе и возмездіе должны быть соединены подъ однимъ понятіемъ общаго предупрежденія, которое до сихъ поръ прилагалось произвольно и по старому обыкновенію лишь къ устрашенію“ [10]).

---

[1]) Ib. s. 63.
[2]) Ib s. 66.
[3]) Ib. s. 72.
[4]) R. Schmidt. Strafrechsreform s. 25.
[5]) Ib. s. 49.
[6]) Ib. s. 77.
[7]) Ib. s. 91.
[8]) Ib. s. 52.
[9]) Ib. s. 70.
[10]) Ib. s. 74.

Это ученіе о т. н. соціальномъ возмездіи, именуемомъ такъ потому, что Р. Шмидтъ имѣетъ въ виду не нравственныя, а соціальныя воззрѣнія, какъ существенныя для оцѣнки преступленія и установленія соотвѣтственной мѣры наказанія [1]), вызываетъ противъ себя то возраженіе, что здѣсь для характеристики сущности возмездія опять таки, какъ и въ теоріяхъ удовлетворенія, берется извѣстная цѣль карательной дѣятельности государства, которая и разсматривается, какъ возмездіе. И въ этомъ отношеніи мы можемъ сказать, что дѣйствительно возмездіе можетъ преслѣдовать цѣль созданія въ гражданахъ уваженія передъ государствомъ [2]), мы можемъ вмѣстѣ съ тѣмъ говорить о томъ, что возмездіе является важнымъ средствомъ правового воспитанія гражданъ, но мы не можемъ утверждать, что это возмездіе и есть правовое воспитаніе. Въ этомъ существенный дефектъ данной теоріи, не говоря уже о томъ, что то пониманіе возмездія, которое предлагаетъ Р. Шмидтъ, совершенно не соотвѣтствуетъ тому, что обычно разумѣется подъ именемъ возмездія, воздаянія [3]). При возмездіи, какъ таковомъ, мы можемъ имѣть въ виду только того, противъ кого актъ возмездія направляется; мы воздаемъ именно ему, а не кому нибудь другому, и если результатомъ этого воздаянія будетъ воздѣйствіе, направляющееся противъ третьихъ лицъ, то это будетъ побочное весьма желательное дѣйствіе возмездія, а не самое возмездіе.

Близко къ Р. Шмидту подходитъ Бюттнеръ, который понимаетъ возмездіе тоже въ смыслѣ общаго предупрежденія, т. е. „воздѣйствія, вызваннаго осуществленіемъ возмездія на настроеніе воли (Willensdisposition) свидѣтелей преступленія (Verbrechenszuschauer)“ [4]); однако онъ не считаетъ возможнымъ ограничиваться однимъ этимъ моментомъ въ понятіи возмездія, хотя и придаетъ ему особенное значеніе; именно, онъ замѣчаетъ, что всякое нападеніе вызываетъ: 1) въ подвергшемся нападенію непроизвольныя рефлексивныя дѣйствія (Reflexwirkungen), которыя характери-

[1]) R. Schmidt. Aufgaben s. 63.

[2]) Съ этой точки зрѣнія формально правъ Белингъ, когда онъ говоритъ, что поддержаніе авторитета государства есть цѣль возмездія (Beling l. c. s. 38), и когда онъ замѣчаетъ, исходя изъ этого взгляда, что государственное возмездіе представляется громоотводомъ противъ опасности потери авторитета (ib. s. 39).

[3]) Ср. слѣдующее замѣчаніе Неттера по поводу ученія Р. Шмидта: „die Zusammenstellung von Generalprävention und Vergeltung dagegen ist ein Versuch mit dem Begriff der Vergeltung einen Sinn zu verbinden, den er geschichtlich nie gehabt hat und begrifflich nicht hat“ (Netter l. c. s. 308).

[4]) Buttner. Die Vergeltung und ihre Zukunft im Strafrecht. (Gerichtssaal. B. 56 s. 296).

зуются, какъ влеченіе къ удовлетворенію, потребность въ удовлетвореніи, искупленіи и сатисфакціи (Genugtuungstrieb, Sühne-und Satisfactionsbedürfniss) и 2) такія же непроизвольно возникающія рефлексивныя дѣйствія ощущеній лицъ постороннихъ; оба эти момента, по его мнѣнію, являются составными элементами воздающаго отраженія (eine vergeltende Abwehr), и разрывать ихъ нельзя, такъ какъ между обоими этими явленіями должна существовать естественная органическая связь; обѣ описанныхъ стороны принципа возмездія являются существенными составными частями его— „то, что обиженный ощущаетъ, какъ удовлетвореніе, а обидчикъ какъ искупленіе, то отражается въ сердцѣ зрителя какъ одобреніе (Beifall)“ [1]). Какъ видно, въ данномъ отношеніи Бюттнеръ расходится съ Р. Шмидтомъ, который не считаетъ удовлетвореніе въ противуположность общему предупрежденію существеннымъ элементомъ всякаго возмездія. Нѣсколько далѣе Бюттнеръ называетъ однако эти составныя части понятія возмездія цѣлями возмездія, смѣшивая такимъ образомъ понятіе составныхъ элементовъ явленія и его цѣль,—именно онъ указываетъ, что заключающіяся въ возмездіи цѣлевыя отношенія (Zweckbeziehungen) могутъ быть понимаемы въ двухъ направленіяхъ. Прежде всего достигается удовлетвореніе (Befriedigung) органическаго, образующаго интегральную часть человѣческой природы влеченія къ мести, удовлетворенію и сатисфакціи (Rache-, Genugtuung-, Satisfaktionstrieb)— потребности въ искупленіи (Sühnebedurfniss), а затѣмъ удовлетворяется сознательно или безсознательно, но всегда одновременно и въ силу естественной связи внутренне соединенная съ искупленіемъ потребность въ возмездіи (Vergeltungsbedürfniss) со стороны членовъ того круга, въ которомъ отражаются эти явленія,—потребность, которая выступаетъ въ формѣ симпатизированія обиженному и которая требуетъ сохраненія, равно какъ и возстановленія уваженія и правового положенія его. Въ понятіи возмездія мы охватываемъ, говоритъ онъ, два понятія — удовлетворенія и поддержанія уваженія (Achtungswahrung), какъ проявленія одного и того же принципа, расходящіяся по разнымъ направленіямъ [2]). Къ сказанному онъ еще прибавляетъ, что принципъ возмездія охватываетъ возмездіе съ точки зрѣнія потерпѣвшаго, т. е. удовлетвореніе (Genugtuung), и возмездіе съ точки зрѣнія зрителей, т. е. поддержаніе права и уваженія (Rechts—und Achtungswahrung), [3])—общее предупрежденіе. Эти обѣ стороны всякаго воз-

[1]) Ib. s. 315.
[2]) Ib. s. 326.
[3]) Ib. s. 326.

дающаго мѣропріятія онъ называетъ существенными и естественными цѣлями возмездія, такъ какъ ихъ основаніе покоится на естественной природѣ человѣка, и имъ онъ противуполагаетъ второстепенныя, искусственно построенныя цѣли — устрашеніе, исправленіе и обезвреженіе [1]).

Въ этомъ ученіи Бюттнера обращаетъ на себя вниманіе указаніе на присутствіе въ понятіи возмездія тѣхъ двухъ моментовъ, которые—каждый въ отдѣльности—выдвигались представителями другихъ взглядовъ на возмездіе,—и удовлетвореніе и общее предупрежденіе; другими словами, этотъ авторъ исправляетъ ученіе Р. Шмидта въ томъ отношеніи, что онъ не довольствуется исключительно отождествленіемъ возмездія съ общимъ предупрежденіемъ. Но и онъ самъ, собственно говоря, выставляя свой взглядъ, не опредѣляетъ сущности возмездія; онъ исходитъ изъ представленія о томъ, что возмездіе преслѣдуетъ извѣстныя цѣли, которыми онъ и характеризуетъ самое возмездіе, забывая то, что эти цѣли преслѣдуются не возмездіемъ, какъ таковымъ, а наказаніемъ; поэтому то онъ и считаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ возможнымъ говорить о побочныхъ цѣляхъ возмездія, хотя и это лишь цѣли наказанія, а не возмездія, какъ такового.

Взглядъ на возмездіе, какъ на общее предупрежденіе, высказываетъ далѣе Эткеръ, понимая общее предупрежденіе еще шире, чѣмъ это дѣлаетъ Р. Шмидтъ. По его словамъ, общее предупрежденіе въ его новѣйшемъ пониманіи, по которому оно обозначаетъ укрѣпляющую обязанности, наставляющую, предостерегающую, дающую удовлетвореніе, запечатлѣвающую и укрѣпляющую цѣнность правового блага, святость правовой обязанности и непріемлемость (Verwerflichkeit) правонарушенія, функцію наказанія, органически связано съ возмездіемъ [2]); понимаемое, по его словамъ, такимъ образомъ общее предупрежденіе неотдѣлимо отъ возмездія [3]). Наконецъ, такое же пониманіе возмездія мы находимъ у Редвица. Онъ считаетъ возмездіемъ охрану правовыхъ благъ посредствомъ общаго предупрежденія. Это—то возмездіе, замѣчаетъ онъ, которое осуществляетъ государство для того, чтобы посредствомъ его воздѣйствія на народъ охранить правовыя блага; поэтому цѣль общаго предупрежденія онъ считаетъ за essentiale правового возмездія, хотя онъ и допускаетъ въ рамкахъ правового возмездія спеціальное предупрежденіе [4]).

[1]) Ib. s. 327.

[2]) Oetker, Zum Streite der Strafrechtsschulen (Gerichtssaal. B. 78 s. 101).

[3]) Ib. s. 103.

[4]) Redwitz. Die polizeilichen Massregeln der Reichsstrafgesetzbuchs und ihr Verhältniss zu dessen allgemeinen Grundsätzen. 1909 s. 8 n. 1 и s. 16—17.

Разсматривая ближе теоріи возмездія, какъ общаго предупрежденія, мы можемъ сказать, что общая превенція, какъ ее понимаютъ Р. Шмидтъ и его послѣдователи, не представляетъ ничего характернаго ни для возмездія вообще, ни для карательнаго возмездія въ частности. Развитіе уваженія къ закону и насажденіе правового воспитанія не есть такая цѣль, которая можетъ преслѣдоваться только при помощи наказанія. Вся система права имѣетъ общепревентивный характеръ. Съ другой стороны мы можемъ замѣтить, что постепенно при все болѣе и болѣе широкомъ пониманіи общаго предупрежденія, отрѣшившемся отъ его традиціоннаго пониманія, возмездіе стало пониматься даже въ смыслѣ правоохранительнаго средства; другими словами, постепенно произошло отождествленіе самыхъ понятій возмездія и наказанія, и то, что характеризуетъ наказаніе не только съ точки зрѣнія его цѣлей, но и даже его роли въ общей системѣ правовой жизни, то стало характеризовать самое возмездіе. Въ этомъ отношеніи было упущено изъ вида, что возмездіе есть только извѣстный моментъ въ понятіи наказанія, притомъ такой моментъ, который встрѣчается и внѣ наказанія. Возмездіе и карательное возмездіе стали такимъ образомъ синонимами. Однако вмѣстѣ съ тѣмъ мы должны замѣтить, что самый фактъ выставленія понятія общаго предупрежденія для характеристики понятія возмездія представляется знаменательнымъ въ томъ отношеніи, что благодаря этому явилась возможность для современныхъ криминалистовъ отстаивать бывшій весьма непопулярнымъ въ послѣднее время взглядъ на то, что наказаніе покоится на возмездіи. Указавъ на то, что въ возмездіи скрывается моментъ общаго предупрежденія, эти писатели защитили и самый моментъ возмездія въ понятіи наказанія, какъ ни неправильна была ихъ исходная точка зрѣнія; вмѣстѣ съ тѣмъ они указали, что концепція наказанія, покоющагося на возмездіи, ничего непріемлемаго для теоріи и практики не представляетъ и что защита возмездія, какъ элемента наказанія, не означаетъ еще защиту представленія о происхожденіи возмездія изъ началъ, стоящихъ внѣ окружающаго насъ міра.

§ 14. Слѣдующая группа писателей при анализѣ понятія возмездія усматриваетъ сущность возмездія въ томъ психическомъ переживаніи преступника, которое достигается при помощи воздающаго наказанія. Такъ понимаютъ возмездіе Алльфельдъ, Штернъ и Фоке.

По словамъ наиболѣе виднаго представителя этого взгляда Алльфельда, „воздающее наказаніе (Vergeltungsstrafe) есть наказаніе, которое должно представлять собою зло, адэкватное учиненному конкретному правонарушенію [1]); воздавать, прибавляетъ онъ, есть не что иное, какъ причинять человѣку за его (дурное или хорошее) поведеніе что-нибудь такое, что въ существенномъ равноцѣнно этому поведенію. Кто воздаетъ, тотъ предоставляетъ тому, кто совершилъ доброе дѣло и вызвалъ тѣмъ чувство удовольствія, снова почувствовать удовольствіе, и готовитъ тому, кто своимъ злымъ дѣломъ вызвалъ чувство неудовольствія, снова чувство неудовольствія, причемъ между тѣмъ, что другой произвелъ въ чувствѣ удовольствія или неудовольствія, и тѣмъ, что ему за это удѣляется, существуетъ извѣстная равномѣрность (Ebenmass)". Больше, замѣчаетъ онъ, ничего не принадлежитъ къ понятію возмездія [2]). Свое опредѣленіе возмездія Алльфельдъ признаетъ сходнымъ съ опредѣленіемъ Белинга, но при этомъ указываетъ только, что тамъ еще дѣлается указаніе на моментъ вины, тогда какъ можно говорить и о возмездіи за причиненіе зла безъ вины [3]). Но свой взглядъ онъ не отождествляетъ съ взглядомъ на возмездіе, какъ заглаженіе, и прямо указываетъ, что то пониманіе заглаженія, которое имѣется напр. у Липманна—заглаженіе психическаго разлада, не касается существа возмездія, такъ какъ здѣсь рѣчь идетъ уже о томъ, что находится за предѣлами понятія возмездія и что относится къ области цѣлей возмездія [4]).

Близко къ этому взгляду подходитъ то представленіе о возмездіи, которое мы находимъ у Штерна. По мнѣнію этого писателя, возмездіе есть реактивное возбужденіе (reaktive Erregung) относительно—эквивалентнаго удовольствія или неудовольствія со стороны получателя удовольствія или неудовольствія у того, кто ихъ произвелъ (von seiten des Empfängers einer Lust oder Unlust bei Erzeuger derselben)[5]). Онъ стоитъ при этомъ за относительно-эквивалентное возмездіе, а не за пропорціональное, находя, что моментъ пропорціональной справедливости лежитъ внѣ понятія возмездія [6]).

---

[1]) Allfeld. Der Einfluss der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung. 1909 s. 2.

[2]) Ib. s. 48.

[3]) Ib. s. 48 n. 1.

[4]) Ib. s. 50.

[5]) J. Stern. Über den Begriff der Vergeltung (Z. 24 s. 48).

[6]) Ib. s. 46—47.

Наконецъ, о возмездіи въ смыслѣ возбужденія извѣстнаго психическаго переживанія въ преступникѣ говоритъ Фоке. По его словамъ, возмездіе есть такое жизненное явленіе, посредствомъ котораго отплачивается объективно и субъективно полученное добро или зло равнымъ же добромъ или зломъ. „Такимъ образомъ, говоритъ онъ, возмездіе логически предполагаетъ по крайней мѣрѣ два живыхъ существа и реальное дѣйствіе (Aktion), вызывающее извѣстное ощущеніе; разсматриваемое само по себѣ, оно по своей сущности есть противодѣйствіе (Reaktion), соотвѣтствующее этому дѣйствію и направленное на произведеніе такого же ощущенія, идущаго со стороны затронутаго имъ по отношеніи къ субъекту, сдѣлавшемуся активнымъ раньше другого (zuerst aktiv geworden)“ [1]).

На значеніе момента психическаго переживанія, какъ мы уже видѣли, обращали вниманіе многіе писатели, затрагивавшіе вопросъ о сущности возмездія, но они этотъ моментъ учитывали, не какъ самостоятельный моментъ, а какъ такой, въ которомъ проявляется та или иная черта, выдвигаемая для характеристики возмездія— это психическое переживаніе разсматривалось или, какъ проявленіе заглаженія или, какъ проявленіе удовлетворенія, заключающагося въ возмездіи. Въ противуположность этому данный взглядъ придаетъ, если можно такъ выразиться, самодовлѣющее значеніе этому моменту психическаго переживанія, въ вызываніи котораго и усматривается сущность понятія возмездія. Отсюда и существенное различіе въ конструкціяхъ этихъ авторовъ по сравненію съ тѣми конструкціями, о которыхъ рѣчь была выше. Это и даетъ основаніе выдѣлить данные взгляды на возмездіе въ особую группу, такъ какъ приведенные выше писатели не видятъ въ возмездіи ни заглаженія, ни удовлетворенія, ни общаго предупрежденія.

Данный взглядъ на возмездіе совершенно правильно констатируетъ тотъ психическій процессъ, который вызывается осуществленіемъ возмездія у лица, совершившаго преступленіе, и въ этомъ отношеніи онъ выгодно отличается отъ многихъ ранѣе разсмотрѣнныхъ взглядовъ, такъ какъ онъ учитываетъ только тѣ психическія переживанія, которыя вызываются актомъ возмездія у непосредственнаго получателя возмездія, а не у третьихъ лицъ. И нельзя отрицать того, что актъ возмездія дѣйствительно можетъ вызывать опредѣленныя переживанія чувства удовольствія или неудовольствія, причемъ эти чувства находятся въ извѣстномъ соотношеніи съ подобнымъ же чувствомъ удовольствія или не-

[1]) Vocke, Freiheit, Vergeltung und Strafe (Z. 28. s. 836).

удовольствія, вызваннымъ тѣмъ или инымъ поведеніемъ лица. Но, какъ бы мы ни находили, что здѣсь вѣрно отмѣчается то чувство, которое вызывается возмездіемъ, мы все-таки должны сказать, что этотъ взглядъ характеризуетъ не столько самое возмездіе, какъ элементъ наказанія или награды, сколько именно то „чувство" возмездія, которое сопровождаетъ примѣненіе наказанія или назначеніе награды. Поэтому мы должны признать, что этотъ взглядъ, опредѣляя возмездіе, говоритъ болѣе того, что необходимо сказать для характеристики этого понятія. Съ другой стороны мы должны помнить, что для характеристики возмездія, какъ такового, безотносительно къ результатамъ, которые имъ достигаются, важна точка зрѣнія воздающаго, а не того, въ отношеніи котораго возмездіе направляется. Послѣдній можетъ и не испытывать того чувства удовольствія или неудовольствія, которое должно быть произведено наградой или наказаніемъ. Человѣкъ можетъ находить несправедливымъ ту награду или то наказаніе, которыя онъ получаетъ, мало того, онъ можетъ при извѣстныхъ условіяхъ считать это наказаніе наградой, а награду наказаніемъ; но все это безразлично — актъ возмездія все-таки отъ этого не мѣняется, такъ какъ возмездіе характеризуется, какъ актъ воздающаго, а не получающаго возмездіе. Только вводя указаніе на эту особенность въ понятіи возмездія и только допуская подобную поправку, можно было бы еще согласиться съ мнѣніями представителей этихъ теорій.

§ 15. Послѣднюю группу взглядовъ на сущность возмездія представляютъ воззрѣнія, отрѣшающіяся отъ представленія о тѣхъ цѣляхъ, которыя могутъ преслѣдоваться возмездіемъ, равно какъ и о тѣхъ переживаніяхъ, которыя могутъ ими вызываться. Въ нихъ дается опредѣленіе возмездія просто, какъ реагированія на учиненное, причемъ особенностью этихъ взглядовъ является то, что они вмѣстѣ съ тѣмъ обыкновенно отрицаютъ за возмездіемъ нормативное значеніе, признавая за нимъ лишь значеніе дескриптивное.

Эта точка зрѣнія въ новѣйшее время была развита Листомъ въ его докладѣ, представленномъ въ 1905 г. въ мюнхенскомъ Akademisch juristischer Verein'ѣ, и цѣлымъ рядомъ другихъ писателей, хотя давно уже она была высказана Шютце[1]). Именно, Шютце находилъ, что „какъ эластичное тѣло проявляетъ свою упругость тѣмъ, что оно отражаетъ всякое нападеніе, стараясь принять прежнюю форму и положеніе, такъ и правопорядокъ

[1]) Schutze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1874 s. 40.

проявляетъ свою жизненную силу и эластичность, необходимо и непроизвольно реагируя противъ нападающаго на него, отбрасывая его въ его границы. Эту непроизвольную, естественную реакцію правопорядка противъ обнаружившейся во внѣшнемъ мірѣ оппозиціонной индивидуальной воли, этотъ возвратный ударъ мы называемъ наказаніемъ... Пусть назовутъ это объясненіе связи понятія преступленія и наказанія теоріей справедливости или возмездія". Здѣсь такимъ образомъ подчеркивается сущность возмездія, какъ естественной реакціи противъ преступленія, безъ указанія на то, что́ эта реакція вызываетъ и къ чему она стремится. Но точка зрѣнія Шютце не нашла въ свое время послѣдователей и лишь въ новѣйшее время она воскрешена Листомъ и другими криминалистами.

По словамъ Листа, онъ не отрицаетъ того, что наказаніе есть возмездіе, но считаетъ возмездіемъ дѣянія его послѣдствія, какъ они должны падать и на ненаказуемаго его учинителя (die Folgen, wie sie auch auf den straflosen Tater zurückfallen müssen); это возмездіе не есть дѣло рукъ человѣческихъ, а совершенно независимый отъ людей законъ природы, оно есть эхо дѣянія, отраженіе дѣянія на дѣятелѣ; наказаніе, говоритъ онъ далѣе, есть одно изъ послѣдствій, которыя вызываются злымъ дѣломъ, оно есть возмездіе, но оно не должно быть имъ [1]). Эту точку зрѣнія Листъ нѣсколько дополняетъ въ недавней своей работѣ, написанной подъ несомнѣннымъ вліяніемъ Кольрауша, о взглядахъ котораго на возмездіе въ составѣ понятія наказанія рѣчь будетъ ниже [2]). Здѣсь Листъ замѣчаетъ, что „указаніе на ходячее слово „возмездіе" не можетъ удовлетворить критической потребности, такъ какъ съ одной стороны это слово не обозначаетъ постояннаго, твердо установленнаго понятія, а съ другой потому, что въ понятіи возмездія, которое имѣетъ чисто дескриптивную природу, отсутствуетъ совершенно нормативный элементъ. Охотно говорятъ, продолжаетъ онъ, о „справедливомъ" возмездіи и указываютъ этимъ на возможность несправедливаго возмездія; можно воздавать за добро не только добромъ, но, какъ показываетъ ежедневный опытъ, и зломъ и наоборотъ. И если признается, что наказаніе есть всегда возмездіе и всегда должно быть имъ, то этимъ вмѣстѣ съ тѣмъ указывается на то, что мы никогда не

---

[1]) Liszt. Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe s. 3 въ сборникѣ: Vergeltungsstrafe Schutzstrafe, Rechtsstrafe. Vier vorträge. 1906.

[2]) Liszt. Die sicherenden Massnahmen in den drei neuen Strafgesetzentwürfen (Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie, III s. 611).

можемъ узнать изъ понятія возмездія о томъ, должно ли и какъ должно (ob und wie) наказывать". Изъ всѣхъ этихъ разсужденій Листа ясно вытекаетъ, что для него возмездіе имѣетъ совершенно иное содержаніе, чѣмъ для другихъ криминалистовъ,—у него оно есть просто реакція, которая вызывается фактомъ правонарушенія. Впрочемъ, надо отмѣтить, что наряду съ указаннымъ взглядомъ Листъ проводилъ и проводитъ другіе взгляды на сущность возмездія и на его значеніе для наказанія. Такъ, въ своей сдѣлавшей эпоху въ исторіи науки уголовнаго права истекшаго столѣтія работѣ: „Der Zweckgedanke im Strafrecht" онъ понималъ возмездіе, какъ возстановленіе нарушеннаго равновѣсія и находилъ проявленіе возмездія въ выставленномъ имъ понятіи „охраняющаго наказанія" (Schutzstrafe) [1]). Впослѣдствіи онъ говорилъ, что возмездіе можетъ быть признаваемо цѣлью наказанія [2]), и указывалъ на то, что, по современнымъ воззрѣніямъ, понятіе возмездія смягчено до понятія общаго предупрежденія. Съ другой стороны нужно имѣть въ виду, что Листъ высказываетъ и тотъ взглядъ, что возмездіе не можетъ быть разсматриваемо, какъ элементъ наказанія. Такъ, онъ замѣчаетъ, что „возмездіе на детерминистическомъ основаніи есть не только погрѣшность (Versündung) сердца, но и заблужденіе разсудка" [3]), и указываетъ вмѣстѣ съ тѣмъ на научную безплодность и практическую непримѣнимость идеи возмездія [4]), хотя, посколько онъ, какъ это отмѣчаетъ Делаки [5]), въ своихъ предположеніяхъ объ основаніяхъ реформы уголовнаго права указываетъ на то, что въ отношеніи преступниковъ

---

[1]) Именно онъ говорилъ здѣсь (Aufsatze, I, s. 174) слѣдующее: „wenn auch die Unhaltbarkeit des Princips der Wertgleichheit zwischen Verbrechen und Strafe uns ebenso unzweifhaft geworden ist, wie die Unbrauchbarkeit der Idee der proportionalen Gerechtigkeit, so ist doch damit die Unhaltbarkeit und Unbrauchbarkeit der Vergeltungsstrafe uberhaupt nicht erwiesen. Die einzig haltbare und fruchtbare Form der Vergeltungsstrafe ist die Schutzstrafe.. Dem Verbrecher soll vergolten werden nach seinem Werte für die Rechtsordnung; sein rechtlicher Wert liegt in der Verschiebung des Gleichgewichts der Kräfte, welche das staatliche Leben bestimmen, in der Erschütterung der Rechtsordnung, die Vergeltung besteht demnach in der Wiederherstellung des Gleichgewichts, in der Sicherung der Rechtsordnung. Die Schutzstrafe ist die Vergeltungstrafe".

[2]) Liszt, Lehrbuch изд. 1908 г. s. 81; этого мѣста однако уже нѣтъ въ послѣднихъ изданіяхъ 1911, 1912 и 1914 г. (s. 89).

[3]) Liszt. Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe. (Aufsätze, II, 48).

[4]) Ib. s. 54

[5]) Delaquis. Ergänzung zu Referat von v. Liszt (Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie III s. 623).

случайныхъ должна быть сохранена система дѣйствующаго права [1]), онъ тѣмъ самымъ признаетъ возмездіе въ смыслѣ господствующихъ взглядовъ по крайней мѣрѣ для этой группы преступниковъ и de lege ferenda.

Тотъ же взглядъ на возмездіе, что и у Листа, мы находимъ и у другихъ криминалистовъ—у Франка, Экснера, Вахенфельда, Штосса, М. Э. Майера, Доны, и Кольрауша съ тою только разницею, что они вовсе не исходятъ изъ представленія о томъ, что возмездіе есть проявленіе особаго закона природы; всѣ они характеризуютъ возмездіе, какъ простую реакцію противъ учиненнаго, не указывая на то, ради чего эта реакція производится и чего она достигаетъ. Такъ, по словамъ Франка, возмездіе есть реакція на поведеніе, которая соотвѣтствуетъ характеру послѣдняго, или возмездіе есть воздѣйствіе, соотвѣтствующее характеру дѣйствія (eine dem Character der Aktion entsprechende Reaktion) [2]). Съ этой точки зрѣнія онъ находитъ, что не только теперешнее, но и всякое наказаніе есть и можетъ быть только возмездіемъ: идея возмездія неразрывно связана съ нимъ [3]). Тотъ же взглядъ приводитъ Экснеръ, замѣчая, что „само собою разумѣется, что всякое наказаніе есть возмездіе, такъ какъ наказаніе по самому своему понятію (begriffsmässig) есть зло за зло“ [4]). На той же точкѣ зрѣнія стоитъ Вахенфельдъ, указывающій, что наказаніе по самой своей внутренней природѣ... „есть простое реагированіе на неправду — оно заключается въ возмездіи“ [5]) То же высказываетъ Штоссъ, понимая подъ возмездіемъ противодѣйствіе (Gegenwirkung) противъ преступленія [6]). Такая же точка зрѣнія выставляется далѣе М. Э. Майеромъ, который замѣчаетъ, что наказаніе есть возмездіе [7]), но прибавляетъ, что понятіе возмездія имѣетъ для уголовнаго права только дескриптивныя, но никоимъ образомъ не нормативныя функціи, и указываетъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что возмездіе, какъ

---

[1]) Liszt. Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen? (Aufsätze II s. 393); онъ здѣсь имѣетъ въ виду „das weitere Gebiet der Falle, in denen die Aufgabe der Strafe in der Bewährung des Rechtes sich erschopft in denen sich lediglich darum handelt, dem Verbrecher die Macht der von ihm übertretenen Rechtsordnung eindringlich zum Gemute zu fuhren“.

[2]) Frank. l. c. s. 6.

[3]) Ib. s. 7.

[4]) Exner. Die Theorie der Sicherungsmittel. 1914 s. 27.

[5]) Wachenfeld l. c. s. 275.

[6]) Stooss, Lehrbuch s. 191.

[7]) M. E. Mayer. Gutachten über die strafrechtliche Behandlung von Rückfall, gewohnheitsmässigem und gewerbsmässigem Verbrechertum (Verhandlungen des 28 Deutschen Juristentags I. 1905 s. 165 n. 28).

нормативная идея, есть принципъ безпринципности (ein Princip der Principlosigkeit) [1]). Такого же рода разсужденія мы находимъ у Доны, поскольку онъ замѣчаетъ, что воздавать значитъ „обращаться (behandeln) съ кѣмъ-либо, сообразно съ его личностью“ [2]). Наконецъ, тотъ же взглядъ проводится у Кольрауша, который особенно подробно останавливается на обоснованіи того положенія, что возмездіе имѣетъ дескриптивное, а не нормативное значеніе [3]). Этотъ писатель, исходя изъ кантовскаго противоположенія изъясняющихъ и оцѣнивающихъ сужденій—противоположенія сужденій относительно существованія и условій явленій съ одной стороны и ихъ цѣнности или ничтожности съ какой нибудь точки зрѣнія съ другой стороны,—старается примѣнить эту постановку вопроса при разсмотрѣніи основныхъ проблеммъ уголовнаго права. По его словамъ, криминалистъ констатируетъ и объясняетъ, какъ нѣчто образовавшееся, каузально обусловленное съ одной стороны отдѣльное дѣяніе преступника, съ другой—весь комплексъ нормъ. Къ обоимъ явленіямъ онъ прилагаетъ свои масштабы, и если съ одной стороны онъ спрашиваетъ, правильно ли дѣяніе его учинителя, т. е. сообразно ли оно съ нормами и съ правомъ, или же оно неправильно, т. е. противоправно и противунорменно и какъ онъ „долженъ“ къ нему относиться въ послѣднемъ случаѣ, то съ другой стороны онъ также спрашиваетъ, „правильно“ ли образовавшееся, существующее право или же оно должно быть измѣнено [4]). По его словамъ, къ общему ученію объ оцѣнкѣ права (Wert des Rechts) въ связи съ ученіемъ о томъ правѣ, которое должно быть, относится и вопросъ о возмездіи. Онъ говоритъ, что мы можемъ описать, какъ во всѣ времена всякое дѣйствіе вызывало противодѣйствіе и т. д., мы можемъ констатировать, что въ соціальной жизни каждое дѣяніе получаетъ свою награду, за всякое злое дѣло „воздается“, и мы

---

[1]) Ib. s. 167.

[2]) Dolina. Willensfreiheit und Verantwortung (Aschaffenburg's Monatschrift III s. 531): „unser Lob und unser Tadel, unsere Anerkennung und unsere Missbilligung, unsere Achtung und unsere Missachtung, unsere Verehrung und unser Absehen—sie alle haben zum unmittelbaren Gegenstande die Eigenschaften, welche uns in einem Menschen entgegentreten... Vergelten heisst nicht anderes, als jemanden behandeln nach Massgabe seiner Persönlichkeit. Darum ist Vergeltung gerechtfertigt dem gegenüber, dessen Taten wirklich Ausflüsse seiner Persönlichkeit sind und gemäss dem Umfange, in dem sie es sind“.

[3]) Kohlrausch. Über deskriptive und normative Elemente im Vergeltungsbegriff des Strafrechts (Въ сборникѣ „Zur Erinerung an I. Kant“ Abhandlungen, herausgegeben von Universität Königsberg. 1904 s. 271).

[4]) Ib s. 274.

можемъ выставить положеніе, что эта реакція лежитъ такъ глубоко въ природѣ разсматриваемыхъ явленій, что она, можно предполагать, никогда не исчезнетъ. Но это и не оспаривается, замѣчаетъ онъ, предметомъ спора является вопросъ о томъ, какъ должны мы наказывать. Защитники воздающаго наказанія думаютъ обосновать изъ идеи возмездія не только то, что наказаніе должно существовать, но и родъ и мѣру того, какъ должно наказывать, въ то время, какъ ихъ противники допускаютъ „что", т. е. допускаютъ возможность обоснованія наказанія изъ идеи возмездія, но рѣшительнымъ образомъ оспариваютъ возможность установить изъ идеи возмездія „какъ", т. е. родъ и мѣру наказанія. Сторонники воздающаго наказанія видятъ въ наказаніи заглаженіе, парализованіе происшедшаго преступленія и требуютъ уравненія (Gleichstellung) наказанія съ вредными для права послѣдствіями виновнаго дѣянія, а ихъ противники отрицаютъ допустимость установленія такого равенства между двумя несоизмѣримыми величинами и требуютъ приспособленія наказанія цѣли противодѣйствовать будущему учиненію преступленій [1]). Въ другой своей работѣ [2]) Кольраушъ дополняетъ эту мысль указаніемъ на то, что понятіе „возмездія" употребляется въ двухъ разныхъ значеніяхъ: „равенство наказаніе=возмездіе можетъ означать: поскольку всякое явленіе имѣетъ адэкватное послѣдствіе (Wirkung), постолько наказаніе, т. е. реакція противъ преступленія, есть возмездіе, оно имъ было всегда и будетъ всегда... равенство наказаніе=возмездіе можетъ однако еще значить: отдѣльное наказаніе должно быть такъ устроено, чтобы оно представляло „возмездіе" за совершенное злодѣяніе и обуславливало его заглаженіе (Ausgleichung). Идея возмездія можетъ быть результатомъ историческаго констатированія, но она можетъ быть и требованіемъ уголовной политики. Этотъ послѣдній смыслъ обыкновенно придаютъ идеѣ возмездія въ современной литературѣ".

Таковы тѣ воззрѣнія, по которымъ возмездіе разумѣется просто, какъ воздѣйствіе на учиненное, независимо отъ того, что оно въ дѣйствительности вызываетъ и къ чему оно стремится.

Не слѣдуетъ при этомъ думать, что подобное пониманіе возмездія является лишь взглядомъ, исповѣдываемымъ Листомъ и его послѣдователями. Даже съ признаніемъ нормативнаго значенія возмездія въ понятіи наказанія, нѣкоторые писатели тѣмъ не менѣе понимаютъ возмездіе, именно въ смыслѣ фактическаго воздѣйствія

---

[1]) Ib. s. 276.

[2]) Kohlrausch. Litterarische Bericht (Z. 25 s. 264).

на учиненное. Это особенно ясно проводится Вассерманомъ, который, хотя и высказываетъ свой взглядъ на возмездіе подъ несомнѣннымъ вліяніемъ Кольрауша, но тѣмъ не менѣе не отрицаетъ нормативнаго значенія элемента возмездія въ понятіи наказанія, такъ какъ считаетъ нужнымъ отличать формальное понятіе возмездія отъ его содержанія [1]). По его словамъ, опредѣленіе возмездія, „какъ противодѣйствія, соотвѣтствующаго характеру дѣйствія", есть только формальное понятіе, такъ какъ „соотвѣтствовать" является лишь бланкомъ: здѣсь не указывается на цѣль, такъ какъ „цѣль явленія лежитъ всегда внѣ его формальнаго содержанія", выяснить же эту цѣль значитъ то же, что разсмотрѣть ее съ точки зрѣнія ея оцѣнки (Wertgesichtspunkt); исходя изъ этого положенія, онъ замѣчаетъ, что возмездіе, которое образуетъ сущность наказанія, и возмездіе, которое называется обыкновенно цѣлью наказанія, не одно и то же [2]). Наказаніе есть возмездіе, должно же оно быть „справедливымъ возмездіемъ", т. е. возмездіемъ квалифицированнымъ, такимъ, которое соотвѣтствуетъ вполнѣ опредѣленнымъ правовоззрѣніямъ; этимъ путемъ, замѣчаетъ онъ, формальное понятіе получаетъ содержаніе [3]).

То же мы видимъ и у Ваха, одного изъ наиболѣе видныхъ представителей теоріи возмездія въ нѣмецкой литературѣ. По его словамъ, „идея возмездія не есть идея таліона, формальнаго, качественнаго или только количественнаго равенства. Она не есть месть, эта грубѣйшая, инстинктивная, безмѣрная въ себѣ реакція потерпѣвшаго; она не есть и удовлетвореніе послѣдняго, заглаженіе вреда, не есть вмѣстѣ съ тѣмъ и нераспознаваемое человѣческимъ глазомъ моральное возмездіе. Она есть идея о томъ, что злодѣяніе, какъ нападеніе на общежитіе, должно на практикѣ вызывать къ себѣ отношеніе, соотвѣтствующее его отрицательной оцѣнкѣ (die Übeltat als Angriff auf die Gemeinschaft ihrem Unwert gemäss praktisch zu behandlen sei") [4]). Собственно говоря, такое же пониманіе возмездія мы находимъ и у Меркеля въ первомъ изъ приведенныхъ выше его опредѣленій возмездія (возмездіе, какъ противодѣйствіе противъ виновника удовольствія или неудовольствія, которое имѣетъ характеръ, соотвѣтствующій свой-

---

[1]) Wasserman. Normative und deskriptive Elemente im Begriff der Strafe (Z. 29 s. 467).

[2]) Ib. s. 468.

[3]) Ib. s. 470.

[4]) Wach. Die kriminalpolitischen Schulen und die Strafrechtsreform 1902 s. 20.

ству перваго дѣйствія [1]), а также въ опредѣленіяхъ возмездія въ широкомъ смыслѣ этого слова, которыя даютъ Белингъ (человѣческая судьба, которую навлекаютъ на себя своимъ поведеніемъ и которая представляетъ собой эквивалентъ внутренней цѣнности этого поведенія) [2]) и Кэлеръ (отплата того, что намъ сдѣлалъ другой, посредствомъ противодѣйствія, которымъ совершающій его желаетъ показать опредѣленную оцѣнку полученнаго [3]). Это можно замѣтить и у другихъ писателей, напр. у Гретенера, который подчеркиваетъ въ понятіи наказанія необходимое обратное его отношеніе (Rückbeziehung) къ виновному дѣянію и не говоритъ о заглаженіи, удовлетвореніи и т. п. [4]). Близко къ этому подходитъ и то представленіе о возмездіи, которое мы находимъ у Клейндинста [5]). Наказаніе, говоритъ онъ, есть отплата зла зломъ, отраженіе нападенія посредствомъ новаго нападенія. Указывая затѣмъ, что должно быть выставлено общее отношеніе (allgemeine Verhältniss) между интенсивностью нападенія и энергіей реакціи, онъ говоритъ, что, сообразно этому, наказаніе заключаетъ въ себѣ моментъ адэкватнаго зла. Противъ этой конструкціи можно однако возразить, что въ ней заключается смѣшеніе двухъ понятій—отплаты и защиты. Отплата имѣетъ въ виду всегда нѣчто совершившееся, тогда какъ защита мыслима лишь въ отношеніи чего то предстоящаго. Поэтому то соотношеніе между интенсивностью нападенія и энергіей защиты, которое принимается во вниманіе при необходимой оборонѣ, не можетъ быть вообще учитываемо при наказаніи.

§ 16. Останавливаясь, послѣ произведеннаго обзора различныхъ взглядовъ на сущность возмездія, на ближайшемъ выясненіи вопроса о томъ, какъ же слѣдуетъ понимать возмездіе, мы должны признать, что лишь при томъ пониманіи возмездія, которое мы

---

[1]) См выше стр. 131. Нужно, впрочемъ, имѣть въ виду, что Меркель во всѣхъ своихъ разсужденіяхъ придаетъ большее значеніе второму своему опредѣленію возмездія, какъ заглаженія.

[2]) См. выше стр 116.

[3]) См. выше стр 116

[4]) Gretener. Die neuen Horizonte im Strafrecht. 1909 s. 134 Сопоставляя обезвреженіе съ наказаніемъ, онъ замѣчаетъ: „in Wahrheit fehlen der Unschadlichmachung begrifflich alle wesentliche Merkmale der Rechtstrafe· sie entbehrt der notwendigen Rückbeziehung auf die schuldhafte Tat eines zurechnungsfähigen Menschen und findet im begangenen Verbrechen weder ihren Grund noch ihr Mass, sie entbehrt des Moments des rechtlichen Reprobation, das sich in jedem Strafurteil betätigt, sie ist begrifflich nicht einmal notwendig ein Übel".

[5]) Kleindienst. Zum Streite der Straftheorien (Z. 29 s. 137).

находимъ у только что приведенныхъ писателей—возмездіе, какъ реагированіе на учиненное—мы, дѣйствительно, можемъ отмѣтить то, что на самомъ дѣлѣ имѣется въ каждомъ наказаніи (равно какъ и въ каждой наградѣ) и на признаніи чего могутъ сойтись представители разныхъ взглядовъ на сущность наказанія и на цѣли карательной дѣятельности. Здѣсь дается тотъ минимумъ въ пониманіи возмездія, который одинаково обязателенъ для всякаго, кто считаетъ наказаніе возмездіемъ. И, хотя отдѣльные писатели могутъ расходиться относительно ряда другихъ вопросовъ, напр. по вопросу о томъ, должно ли и можетъ ли государство въ своей карательной дѣятельности руководиться исключительно началомъ возмездія или нѣтъ, т. е. имѣетъ ли возмездіе не только дескриптивное, но и нормативное значеніе, или по вопросу о томъ, какой масштабъ можетъ быть выдвинутъ въ качествѣ существеннаго для воздающей дѣятельности, или, наконецъ, по вопросу о томъ, какъ слѣдуетъ обосновывать самое возмездіе, тѣмъ не менѣе въ данномъ случаѣ, поскольку рѣчь идетъ о самомъ пониманіи возмездія, какъ извѣстнаго реальнаго явленія, всѣ они должны быть согласны другъ съ другомъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ только при указанномъ послѣдней группой писателей пониманіи возмездія является возможность подводить подъ него самыя разнообразныя формы реагированія на учиненное—и награды, и кары, гдѣ бы и въ чемъ бы онѣ ни проявлялись. Всегда, когда мы представляемъ себѣ наказаніе или награду, мы представляемъ себѣ вмѣстѣ съ тѣмъ то, что здѣсь имѣется извѣстное воздѣйствіе, извѣстное реагированіе на учиненное. Отрѣшиться отъ представленія объ этомъ моментѣ въ понятіи наказанія или награды мы не можемъ, если мы не хотимъ отрѣшиться отъ самаго понятія наказанія или награды [1]). И если другія концепціи возмездія грѣшатъ въ особенности тѣмъ, что онѣ въ опредѣленіе возмездія вносятъ указаніе на моментъ, чуждый понятію возмездія, какъ таковому, напр. указаніе на цѣль карательной дѣятельности государства, то этой погрѣшности мы не можемъ найти въ данномъ пониманіи возмездія, такъ какъ понятіе цѣли оно совершенно элиминируетъ изъ понятія возмездія. Съ другой стороны въ то время, какъ другіе

---

[1]) Ср. Сорокинъ. Преступленіе и кара, подвигъ и награда. 1914, стр. 102 „простѣйшее опредѣленіе наказанія будетъ гласить. наказаніе есть актъ или совокупность актовъ, вызванныхъ преступленіемъ и представляющихъ реакцію на акты, квалифицируемые, какъ акты преступные. Въ pendant къ этому, опредѣленіе награды будетъ гласить: награда есть актъ или совокупность актовъ, вызванныхъ подвигомъ и представляющихъ реакцію на акты, квалифицируемые, какъ акты услужные".

взгляды по большей части не въ состояніи бываютъ обнять всей области наказаній, такъ какъ та или иная цѣль возмездія можетъ быть въ конкретномъ случаѣ недостижимой, относительно этого взгляда приходится наблюдать другое. Такъ, напр. въ то время, какъ при пониманіи возмездія въ смыслѣ удовлетворенія, приходится указывать цѣлый рядъ случаевъ примѣненія наказанія, гдѣ объ этомъ удовлетвореніи говорить вовсе не приходится, при разбираемомъ пониманіи возмездія наоборотъ мы должны признать наличность возмездія и въ подобныхъ случаяхъ въ такой же мѣрѣ, какъ и въ другихъ. Только наличность неправильной исходной точки зрѣнія можетъ объяснить то, что нѣкоторые писатели, какъ напр. Меркель [1]) и Липманнъ [2]), признавая для наказанія существеннымъ возмездіе, все-таки считаютъ возможнымъ указывать случаи, гдѣ приходится утверждать обратное: а это, конечно, подрываетъ все значеніе выставляемаго ими положенія о томъ, что наказаніе есть возмездіе, такъ какъ достаточно указать хоть одинъ случай, гдѣ наказаніе не является возмездіемъ, чтобы отвергнуть всю правильность и цѣнность общаго ученія о томъ, что оно есть возмездіе. Но если признается, что есть случаи, гдѣ нельзя найти возмездія, и если вмѣстѣ съ тѣмъ указывается, что наказаніе есть возмездіе, то это можетъ быть объяснено только невѣрнымъ представленіемъ о томъ, что такое возмездіе, а также о томъ, какую роль оно играетъ въ понятіи наказанія. Если же мы будемъ придерживаться того взгляда, что возмездіе есть просто воздѣйствіе на учиненное, намъ не придется указывать случаи, которые представляютъ исключеніе изъ этого общаго правила. Вмѣстѣ съ тѣмъ только при такомъ пониманіи возмездія мы можемъ говорить, что и тамъ, гдѣ мы считаемъ въ силу существующихъ воззрѣній осуществленіе возмездія несправедливымъ, мы все-таки не отрицаемъ наличности возмездія, такъ какъ „справедливое“ возмездіе и возмездіе вообще— не одно и то же.

Однако подобное представленіе о сущности возмездія, вполнѣ простое и ясное въ силу того, что оно отрѣшено отъ посторонних ему элементовъ, должно было вызывать протестъ и критику со стороны тѣхъ писателей, которые выдвигаютъ иное пониманіе возмездія; въ особенности въ этомъ отношеніи критика удѣляетъ много вниманія ученію Листа, причемъ отдѣльныя возраженія, которыя дѣлаются противъ этого взгляда, сводятся къ тому, что въ

---

[1]) Merkel, Lehrbuch s. 186.

[2]) Liepmann, Strafrechtsreform s. 5.

нихъ указывается или на то, что моментъ возмездія имѣетъ не дескриптивный, а нормативный характеръ, или же на то, что выставленное понятіе возмездія является ничего не говорящимъ и лишеннымъ опредѣленнаго содержанія. Такъ, Роландъ находитъ, что Листъ и Франкъ слишкомъ широко понимаютъ возмездіе, между тѣмъ понятіе возмездія нуждается въ ограничительныхъ признакахъ [1]), такъ какъ, по его словамъ, возмездіе и справедливое возмездіе сливаются воедино, и если мы говоримъ о возмездіи, мы разумѣемъ подъ нимъ именно справедливое возмездіе [2]): „идея возмездія, прибавляетъ онъ, основывается на представленіи о такомъ возмездіи, которое должно имѣть мѣсто, потому что этого требуетъ справедливость, она указываетъ такимъ образомъ на правило должнаго (eine Regel des Geschehen-Sollens), и, слѣдовательно, на нормативный принципъ. Поэтому нѣтъ такого возмездія, которое представляетъ только фактическое явленіе (tatsächlicher Vorgang) и къ которому мы не присоединяемъ прилагательнаго „справедливое“ или „несправедливое“ [3]). Въ частности онъ возражаетъ Кольраушу, различающему два понятія возмездія— возмездія въ смыслѣ чисто фактическаго событія и возмездія въ смыслѣ должнаго, замѣчая слѣдующее: „въ отношеніи: основаніе и послѣдствіе, которыя представляютъ вина и возмездіе, оба члена отношенія принадлежатъ къ области господства должнаго. Поэтому есть только одно понятіе возмездія и оно строится на нормативныхъ элементахъ“ [4]). Но по поводу этого возраженія Роланда прежде всего надо замѣтить, что представляется недопустимымъ отождествлять возмездіе и справедливое возмездіе, такъ какъ вопросъ о томъ, справедливо ли въ данномъ случаѣ возмездіе или нѣтъ, есть вопросъ, который рѣшается внѣ вопроса о томъ, что такое возмездіе, въ связи съ извѣстными господствующими въ данномъ мѣстѣ и въ данное время воззрѣніями. Возмездіе же само по себѣ есть именно нѣчто „фактическое“, такъ какъ вопросъ о „должномъ“ мы можемъ поставить въ этомъ отношеніи только тогда, когда выяснимъ, какого рода соображеніями слѣдуетъ руководствоваться въ карательной дѣятельности. Мы можемъ говорить, что наказаніе есть возмездіе, но мы въ то же время можемъ говорить, что государство въ своей карательной дѣятельности должно прибѣгать къ наказанію не потому, что наказаніе есть

---

[1]) Rohland l. c. s. 24.
[2]) Ib. s. 29.
[3]) Ib. s. 30.
[4]) Ib. s 30.

возмездіе, а потому, что примѣненіемъ и осуществленіемъ этого возмездія мы можемъ достигнуть опредѣленныхъ цѣлей. Мы должны поэтому строго различать представленіе о возмездіи, какъ содержаніи или сущности наказанія, и представленіе о немъ, какъ о цѣли наказанія. Понятія эти не совпадаютъ; отсюда и возможность различать возмездіе въ смыслѣ чисто-фактическаго событія и въ смыслѣ должнаго. Съ другой стороны, если формула, выставленная сторонниками этого взгляда, и представляется въ извѣстномъ отношеніи слишкомъ широкой, то ограниченіе ея, которое вытекаетъ изъ самаго существа возмездія и которое лишь поясняетъ его ближе, должно быть сдѣлано не въ томъ направленіи, которое проводится Роландомъ, а совершенно иначе, какъ это будетъ указано ниже,—оно не сокращаетъ объема понятія возмездія, а лишь придаетъ ему бо́льшую опредѣленность.

Другое возраженіе противъ Листа дѣлаетъ Р. Шмидтъ, замѣчая, что „если Листъ и оставилъ въ своей системѣ мѣсто понятію возмездія, то это было только кажущейся непослѣдовательностью съ его стороны. Здѣсь рѣчь идетъ о чисто маскирующемъ (rein maskirende) сохраненіи слова безъ его прежняго содержанія и объ употребленіи его въ совершенно иномъ смыслѣ—именно наказаніе, какъ таковое, какъ возмездіе, именуется реакціей, репрессіей [1]); въ виду этого онъ находитъ въ подобномъ словоупотребленіи лишь одну тавтологію [2]). Однако относительно этого замѣчанія Р. Шмидта слѣдуетъ сказать, что въ наименованіи возмездія реакціей нѣтъ вовсе тавтологіи; этимъ выраженіемъ только ближе опредѣляется содержаніе понятія возмездія и подчеркивается то, что возмездіе не есть цѣль наказанія. И, имѣя въ виду любое проявленіе возмездія, мы не можемъ его иначе представить себѣ, какъ воздѣйствіе, идущее отъ одного лица къ другому. Будемъ ли мы при этомъ говорить о карательномъ возмездіи или возмездіи награждающемъ, мы одинаково должны будемъ характеризовать возмездіе именно съ этой точки зрѣнія. Вопросъ о томъ, какъ это возмездіе должно быть использовано и чѣмъ при этомъ слѣдуетъ руководиться, есть самостоятельный и особый вопросъ, и отъ его рѣшенія въ ту или другую сторону не зависитъ рѣшеніе вопроса о самомъ существѣ возмездія.

---

[1]) R. Schmidt, Strafrechtsreform s. 21.

[2]) Ib. s. 32: „...die Verflüchtigung des Vergeltungsbegriffs zu der rein tautologischen Redefigur fur Strafe, Verbrechensunterdrückung, Reaktion überhaupt".

Почти такія же возраженія противъ пониманія возмездія въ приведенномъ только что смыслѣ мы находимъ у Познышева, останавливающагося въ частности на разсмотрѣніи взгляда Франка и подвергающаго его рѣшительной критикѣ. По его словамъ [1]), разсматриваемая точка зрѣнія пытается удержать идею возмездія, выбросивъ изъ нея содержаніе, но „при такихъ условіяхъ, замѣчаетъ онъ, эта идея становится неопредѣленной, такъ какъ характеръ и размѣры наказанія ею не указываются. Если признать, что и кругъ подлежащихъ наказанію дѣяній ею не опредѣляется, то она утратитъ всякое содержаніе и значеніе. Если же допустить, что, не опредѣляя наказанія, она опредѣляетъ кругъ случаевъ его примѣненія, то во-первыхъ получится странная односторонность въ содержаніи этой идеи, а во-вторыхъ, руководясь ею, государство должно будетъ распространить свою карательную дѣятельность на всѣ дурные поступки. Если допустить, что идея возмездія, не требуя равенства наказанія и преступленія, все же указываетъ, что за дурнымъ поступкомъ должно послѣдовать извѣстное зло, то опять таки она будетъ слишкомъ неопредѣленной. Вообще, разъ ни кругъ дѣяній, подлежащихъ наказанію, ни наказанія съ большей или меньшей опредѣленностью не указываются идеей возмездія, то послѣдняя лишается всякой цѣны и значенія. Для того же, чтобы обосновать моментъ страданія въ наказаніи совсѣмъ нѣтъ надобности прибѣгать къ этой идеѣ". Но по поводу этого взгляда надо замѣтить, что всѣ разсужденія о томъ, что при подобномъ пониманіи возмездія не указываются ближе характеръ и размѣръ наказанія, не являются вовсе возраженіемъ противъ правильности взгляда Листа и Франка, такъ какъ характеръ и размѣръ наказанія должны опредѣляться не идеей возмездія, какъ таковой, а соображеніями иного рода; конечно, нельзя думать, чтобы идея возмездія могла опредѣлить кругъ наказуемыхъ дѣяній, но вѣдь наказуемость дѣяній опредѣляется соображеніемъ о томъ, что представляютъ они въ глазахъ общества, а не возможностью или невозможностью воздать за нихъ. Съ другой стороны пониманіе возмездія, какъ воздѣйствія, реагированія, констатируетъ лишь опредѣленный фактъ, не подлежащій сомнѣнію, и это пониманіе вовсе не дѣлаетъ неопредѣленной самую идею возмездія, оно не лишаетъ вовсе эту идею всякаго значенія и цѣны, напротивъ того оно уясняетъ ея истинное значеніе, подчеркивая ея надлежащую роль въ понятіи наказанія.

---

[1]) Познышевъ. Основныя начала стр. 59.

§ 17. Итакъ, мы признаемъ, что изъ всѣхъ опредѣленій понятія возмездія наиболѣе правильно характеризуетъ сущность этого явленія послѣдняя группа разсматриваемыхъ теорій возмездія. И хотя въ данномъ случаѣ мы не можемъ идти всецѣло вслѣдъ за Листомъ и говорить вмѣстѣ съ нимъ о томъ, что возмездіе есть законъ природы и что оно заключается въ послѣдствіяхъ дѣянія, какъ они падаютъ и на не подвергающагося наказанію учинителя дѣянія, такъ какъ при такомъ пониманіи возмездія подъ него можно подвести любое нежелательное послѣдствіе дѣянія, въ чемъ бы оно ни выражалось, тѣмъ не менѣе мы должны признать, что въ выставленномъ Листомъ и другими криминалистами ученіи имѣетъ большое значеніе указаніе на то, что возмездіе заключается просто въ реагированіи на учиненное.

Но если мы выставляемъ это положеніе, то вмѣстѣ съ тѣмъ мы должны признать, что, при всей своей формальной правильности, опредѣленіе возмездія, какъ воздѣйствія за учиненное, страдаетъ однимъ дефектомъ, именно оно не обращаетъ вниманія на такое обстоятельство, которое представляется существеннымъ для понятія возмездія,—на то, что въ понятіи возмездія заключается еще наличность момента оцѣнки учиненнаго [1]). Если же мы въ понятіи возмездія особо выдвинемъ этотъ моментъ, который нуждается еще въ самостоятельномъ анализѣ, то мы можемъ дать слѣдующее опредѣленіе понятія возмездія: возмездіе есть дѣйствіе, направляющееся въ отношеніи лица, учинившаго что нибудь, и выражающее собой оцѣнку учиненнаго. Таково единственно правильное опредѣленіе понятія возмездія, если мы желаемъ дать опредѣленіе возмездія вообще, а не возмездія только карательнаго, и если мы не желаемъ вводить въ опредѣленіе этого понятія указаніе на цѣль, которая достигается путемъ осуществленія возмездія.

Останавливаясь ближе на разсмотрѣніи отдѣльныхъ элементовъ понятія возмездія, мы можемъ сказать слѣдующее.

Мы говоримъ, что возмездіе есть дѣйствіе. Этимъ мы хотимъ подчеркнуть, что оно не есть простое сужденіе, не есть вмѣстѣ съ тѣмъ психическое переживаніе какого-либо рода. Если мы еще

---

[1]) Впрочемъ, нужно замѣтить, что въ приведенныхъ выше (стр. 116) опредѣленіяхъ Белинга и Кэлера на этотъ моментъ обращается вниманіе, но для обоихъ этихъ писателей сущность возмездія не исчерпывается тѣми опредѣленіями, которыя они въ данномъ случаѣ дѣлаютъ, такъ какъ они въ другихъ мѣстахъ своихъ сочиненій подчеркиваютъ иной моментъ въ понятіи возмездія—именно моментъ заглаженія или уравненія.

только считаемъ человѣка заслуживающимъ похвалы или упрека за что-нибудь имъ совершенное, то этимъ мы не производимъ еще возмездія въ отношеніи его. Съ другой стороны мы не можемъ въ возмездіи видѣть одно лишь психическое переживаніе. Если по поводу того или иного поступка человѣка рождается извѣстный внутренній протестъ противъ него или же одобреніе ему, то психическое переживаніе, сознаніе необходимости оказать какое-либо воздѣйствіе на этого субъекта, возникающая потребность въ воздаяніи, другими словами одно „чувство возмездія“ не есть еще самое возмездіе. Лишь посколько это психическое переживаніе вылилось въ опредѣленномъ поведеніи тѣхъ или другихъ лицъ и посколько это „чувство возмездія“ воплотилось въ извѣстномъ дѣйствіи, мы говоримъ о наличности возмездія. Если А, возмущенный какимъ-либо поступкомъ Б, почувствовалъ потребность ударить Б, то здѣсь имѣется лишь „чувство возмездія“ у А, возмездіе же мы усмотримъ въ самомъ нанесеніи удара, которое А производитъ въ отношеніи Б.

Затѣмъ, посколько мы говоримъ о дѣйствіи, мы предполагаемъ наличность извѣстнаго субъекта, лица дѣйствующаго, совершающаго нѣчто въ направленіи другого лица. Поэтому изъ понятія возмездія мы исключаемъ все то, что можетъ представлять собой добро или зло для какого-нибудь лица, но что исходитъ не отъ человѣка и въ чемъ можетъ проявляться дѣйствіе какихъ-либо стихійныхъ силъ. Счастіе или несчастіе человѣка, его удачу или неудачу мы можемъ лишь въ переносномъ, метафорическомъ смыслѣ называть возмездіемъ за тѣ или иные его поступки. Здѣсь мы предполагаемъ лишь причинную связь между явленіями и, посколько мы признаемъ, что одно явленіе вызываетъ другое и посколько мы первое явленіе осуждаемъ или хвалимъ, мы во второмъ явленіи, вызванномъ первымъ, усматриваемъ то, что въ области человѣческихъ дѣйствій представляется возмездіемъ. Такимъ образомъ, говоря о возмездіи, мы разумѣемъ подъ нимъ не событіе или явленіе вообще, а дѣйствіе человѣка. Конечно, посколько въ области религіи божеству приписываются тѣ или другія дѣйствія, свойственныя человѣку, является представленіе о воздающемъ божествѣ, награждающемъ за доброе и карающемъ за злое дѣло.

Мы говоримъ, что въ возмездіи заключается дѣйствіе, направляющееся въ отношеніи лица. Этимъ мы подчеркиваемъ то, что о возмездіи можно говорить, въ соотвѣтствіи съ той ступенью культурнаго развитія человѣчества, на которомъ оно въ настоящее время стоитъ, лишь имѣя въ виду сферу человѣче-

скихъ отношеній. Конечно, мы можемъ представить себѣ и сферу взаимоотношеній животныхъ, гдѣ также возможны извѣстныя воздѣйствія однихъ животныхъ на другихъ, но здѣсь мы не можемъ говорить о томъ, что подобное воздѣйствіе имѣетъ въ виду что нибудь совершенное этими животными, не можемъ говорить объ оцѣнкѣ происшедшаго; эта оцѣнка возможна лишь со стороны лица мыслящаго [1]). Съ другой стороны, когда мы говоримъ о возмездіи, мы можемъ, конечно, представить себѣ, случаи, когда человѣкъ проявляетъ возмездіе въ отношеніи неодушевленныхъ предметовъ или животныхъ, поскольку онъ приписываетъ имъ учиненіе извѣстныхъ дѣйствій, воспринимаемыхъ, какъ добро или зло, и поскольку онъ надѣляетъ ихъ свойствами, присущими человѣку,—что и соотвѣтствуетъ опредѣленной стадіи развитія человѣчества. Такъ, Ксеркъсъ, приказавъ бичевать Геллеспонтъ, погубившій его корабли, осуществилъ возмездіе въ отношеніи неодушевленнаго предмета, подобно тому, какъ дикарь осуществляетъ это возмездіе въ отношеніи ушибившаго его предмета; точно также, если общество находится на такой стадіи развитія, что оно допускаетъ примѣненіе наказаній къ животнымъ, то здѣсь мы имѣемъ такое же проявленіе возмездія, какъ и въ другихъ случаяхъ [2]). Но, поскольку мы въ настоящее время, говоря о какихъ либо дѣйствіяхъ, заслуживающихъ похвалы или упрека, предполагаемъ извѣстныя психическія особенности того, кто эти дѣйствія совершилъ, мы можемъ говорить о возмездіи лишь, имѣя въ виду сферу человѣческихъ отношеній.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, поскольку мы говоримъ, что возмездіе заключается въ дѣйствіи, которое направляется въ отношеніи извѣст-

---

[1]) Иначе смотритъ на это Данквардъ (Dankwardt, Psychologie und Kriminalrecht, 1863 s. 35); онъ говоритъ: „die Strafe, welche ein Thier an einem anderen Thiere oder an einem Menschen vollzieht, ist die auf einem Naturgesetz beruhende Reaktion des gereizten Zerstörungstriebes. Man nennt sie: Rache“; но онъ забываетъ, что указываемая имъ реакція должна выражать собою оцѣнку учиненнаго, а этой оцѣнки нѣтъ въ случаяхъ, имъ приводимыхъ.

[2]) Въ этомъ отношеніи нельзя согласиться съ Гейнце (Heinze l. c. s. 321), который, различая воспитательное наказаніе (Erziehungsstrafe) и наказаніе правовое (Rechtsstrafe), ограничиваетъ послѣднее областью человѣческихъ отношеній, а относительно перваго замѣчаетъ, что оно можетъ быть всюду, гдѣ преслѣдуются воспитательныя цѣли, и говоритъ, что оно можетъ быть распространено также и на животныхъ высшей организаціи (höher organisirte Thiere). Но мы должны признать, что въ мѣрахъ дрессировки животныхъ мы никоимъ образомъ не можемъ усмотрѣть момента возмездія—здѣсь причиненіе физическаго страданія животному вовсе не заключаетъ въ себѣ элемента оцѣнки чего-нибудь совершеннаго этимъ животнымъ.

наго лица, мы обыкновенно предполагаемъ, что воздающій и тотъ, кому воздается,—разныя лица. Конечно, можно представить себѣ случаи возмездія, оказаннаго человѣкомъ самому себѣ. Судъ надъ самимъ собой тоже предполагаетъ извѣстную оцѣнку учиненнаго. Въ этомъ смыслѣ можно усмотрѣть возмездіе напр. въ поступкѣ Эдипа, можно его видѣть въ добровольномъ наложеніи на себя извѣстныхъ лишеній и т. п. Но всѣ случаи этого рода насъ не интересуютъ, такъ какъ они лежатъ внѣ сферы юридическихъ отношеній.

Наконецъ, мы говоримъ, что возмездіе есть дѣйствіе, направленное въ отношеніи лица, учинившаго что-либо. Этимъ мы указываемъ, что для возмездія необходима наличность опредѣленнаго поведенія лица, которое и вызываетъ данную реакцію; здѣсь недостаточенъ одинъ только образъ мыслей лица, похвальный или порицаемый. Человѣкъ въ своихъ мысляхъ воленъ. Только тогда, когда этотъ образъ мыслей проявился въ опредѣленномъ поведеніи лица, мы говоримъ о той потребности въ возмездіи, которая вызываетъ соотвѣтственный актъ воздаянія. Самое же совершеніе чего-нибудь выражается или въ дѣятельности активной—учиненіи чего-либо, или въ дѣятельности пассивной — въ воздержаніи отъ чего-либо: одинаково и та и другая дѣятельность можетъ признаваться заслуживающей одобренія или порицанія. Но, конечно, мы оцѣниваемъ такъ или иначе поведеніе лица постолько, посколько мы усматриваемъ въ немъ проявленіе извѣстныхъ внутреннихъ свойствъ этого лица, его „личности“.

Однако, однимъ моментомъ воздѣйствія мы, какъ сказано было уже выше, обойтись не можемъ въ понятіи возмездія. Всякое воздѣйствіе на учиненное, посколько оно есть именно возмездіе, должно покоиться на извѣстномъ отношеніи лица воздѣйствующаго къ тому, на что оно воздѣйствуетъ. Это отношеніе лица представляетъ изъ себя его сужденіе, оцѣнивающее значеніе того, на что направляется въ конкретномъ случаѣ реагированіе. Другими словами, въ основаніи возмездія лежитъ оцѣнка совершеннаго, и всякій актъ возмездія выражаетъ собой эту оцѣнку. Самая же оцѣнка учиненнаго должна логически предшествовать тому воздѣйствію, въ которомъ она выражается. Раньше, чѣмъ человѣкъ накажетъ или наградитъ кого-нибудь за что - либо имъ совершенное, онъ долженъ оцѣнить совершенное, представить себѣ его значеніе въ томъ или иномъ отношеніи, подъ тѣмъ или инымъ угломъ зрѣнія, и признать необходимость въ виду этого извѣстнаго реагированія на совершенное.

Эта оцѣнка обусловливается такимъ образомъ самымъ фактомъ учиненнаго [1]).

Самая оцѣнка, заключающаяся въ возмездіи, можетъ быть двоякая — или положительная, или отрицательная; въ первомъ случаѣ мы говоримъ объ одобреніи учиненнаго, во второмъ— о его неодобреніи, осужденіи, порицаніи. Въ соотвѣтствіи съ этимъ положительная оцѣнка осуществляется и проявляется въ наградѣ, отрицательная—въ мести и въ наказаніи. Отсюда различіе между возмездіемъ награждающимъ и возмездіемъ карательнымъ, которыя представляются лишь разновидностями общаго понятія возмездія. Оцѣнка совершеннаго происходитъ при этомъ съ точки зрѣнія лица, примѣняющаго воздѣйствіе въ отношеніи другого лица и руководствующагося при этомъ соображеніями особаго рода, лежащими въ основаніи этой оцѣнки, о чемъ будетъ сказано ниже. Поэтому для самаго существа возмездія безразлично отношеніе къ акту возмездія того лица, по отношенію къ которому этотъ актъ направляется, и совпадаетъ ли при этомъ его оцѣнка съ этой оцѣнкой—безразлично; вмѣстѣ съ тѣмъ его переживанія, въ смыслѣ воспріятія акта возмездія въ видѣ удовольствія или неудовольствія, тоже безразличны для самаго понятія возмездія. Нормально, конечно, предполагается, что оцѣнка обоихъ лицъ совпадаетъ, и совпаденіе это представляется безусловно желательнымъ тогда, когда актъ возмездія можетъ быть использованъ въ качествѣ средства созданія мотива извѣстнаго поведенія у того лица, по отношенію къ которому оно осуществляется; но эта оцѣнка можетъ и не совпадать у этихъ лицъ Учиняющій извѣстное дѣяніе можетъ находить, что совершенное имъ похвально съ точки зрѣнія его идеаловъ или идеаловъ его сотоварищей, между тѣмъ какъ съ точки зрѣнія положительнаго права и лицъ, его примѣняющихъ, данное дѣяніе является порицаемымъ, въ частности преступнымъ. Поэтому возможны случаи, когда карательное воздѣйствіе можетъ даже представляться награждающимъ возмездіемъ для того, кто ему подвергается. Ореолъ мученичества рисуется съ точки зрѣнія лица, гибнущаго за проповѣдываніе своихъ ученій, высшей наградой, между тѣмъ какъ то „мученіе“, которому оно подвергается, есть съ точки зрѣнія взглядовъ, нашедшихъ себѣ выраженіе въ положительномъ правѣ, кара за данное порицаемое, а потому и запрещенное дѣяніе.

---

[1]) Правъ въ этомъ отношеніи Эткеръ (Oetker. Rechtsgüterschutz s. 534), замѣчая. „die Vergeltungsidee stellt zwischen dem Social-Guten und dem Lohn, dem Social-Bösen und der Strafe an Stelle blosser Folgeverhältniss kausale Verbindung dar“.

Эта оцѣнка учиненнаго должна происходить на основаніи опредѣленныхъ критеріевъ, которые могутъ быть различными,— или чисто-субъективными, какъ при мести, въ особенности на первоначальныхъ стадіяхъ ея развитія, какъ особаго правового института, гдѣ рѣшеніе вопроса о томъ, какъ слѣдуетъ отнестись къ учиненному и какъ слѣдуетъ выразить это отношеніе къ нему, находится первоначально всецѣло въ зависимости отъ усмотрѣнія самого мстящаго, — или же объективными, какъ при наказаніи. Въ послѣднемъ случаѣ при примѣненіи возмездія приходится руководствоваться живущими въ данной средѣ воззрѣніями относительно значенія происшедшаго правонарушенія. Это не только воззрѣнія чисто этическаго характера, такъ какъ многія преступленія не имѣютъ никакого отношенія къ области этики, но и воззрѣнія, которыя названы Р. Шмидтомъ „соціальными“ воззрѣніями [1]), и которыя представляются весьма разнообразными по источнику своего происхожденія и по своему значенію [2]). Эта оцѣнка въ области положительнаго права дается заранѣе во всѣхъ статьяхъ т. н. особенной части уголовнаго кодекса, гдѣ опредѣляется сущность того или иного преступленія и устанавливается in abstracto размѣръ наказанія за это дѣяніе [3]); дѣятельность же уголовнаго суда, назначающаго наказаніе въ опредѣленномъ размѣрѣ въ соотвѣтствіи съ особенностями даннаго конкретнаго дѣянія, даетъ эту оцѣнку in concreto.

§ 18. Представленіе о томъ, что наказаніе покоится на отрицательной оцѣнкѣ учиненнаго, на его осужденіи, въ настоящее время раздѣляется многими криминалистами, хотя ихъ отношеніе къ значенію этого момента въ понятіи наказанія, неодинаково— одни изъ нихъ этому моменту осужденія придаютъ такое значеніе, что въ ихъ глазахъ самая сущность наказанія исчерпывается указаніемъ на то, что оно есть осужденіе (точка зрѣнія Бара,

---

[1]) R. Schmidt. Aufgaben s. 63.

[2]) Какъ правильно говоритъ Еллинекъ, „.. въ вызванномъ преступленіемъ ощущеніи и затѣмъ вытекающемъ изъ него требованіи реакціи заключается настоящая соціальная оцѣнка, или, если угодно, осужденіе преступника, которая зависитъ отъ государственныхъ, нравственныхъ, экономическихъ, религіозныхъ, правовыхъ и тому подобныхъ воззрѣній народа“ (Еллинекъ в. с. стр. 142).

[3]) Ср. по этому поводу замѣчаніе Кэлера (Köhler l. c. s. 50 n. 1) „in dem besonderen Teile der Strafgesetzbücher der verschiedenen Perioden findet sich das Ergebniss der jeweiligen allgemeinen Bewertung des Unrechts dargelegt, soweit der betreffende Gesetzgeber sich im Einklang mit den Werturteilen seines Volkes befindet“.

Сергѣевскаго, Тальберга и Бѣлогриць-Котляревскаго); другіе напротивъ того указываютъ на осужденіе лишь, какъ на одинъ изъ элементовъ наказанія въ ряду другихъ элементовъ (господствующая точка зрѣнія); третьи, наконецъ, видятъ въ осужденіи одну изъ цѣлей наказанія (Ламмашъ). Всѣ эти три точки зрѣнія страдаютъ однако тѣмъ общимъ недостаткомъ, что онѣ моментъ осужденія пріурочиваютъ къ самому наказанію, а не къ возмездію, заключающемуся въ наказаніи. Между тѣмъ, анализируя понятіе возмездія вообще, а не исключительно проявленіе его въ карательной области, мы должны придти къ тому заключенію, что оцѣнка учиненнаго есть моментъ самаго понятія возмездія; она предполагается актомъ возмездія, какъ таковымъ, и потому существуетъ въ любомъ проявленіи возмездія, безотносительно къ тому, выражается ли оно въ положительной или отрицательной формѣ. Наказанію присуще осужденіе постолько, посколько оно заключаетъ въ себѣ моментъ возмездія, такъ какъ идея возмездія покоится на идеѣ оцѣнки учиненнаго. Изъ современныхъ криминалистовъ только одного Р. Шмидта можно до извѣстной степени считать сторонникомъ подобнаго взгляда на значеніе момента оцѣнки въ понятіи наказанія,—именно, онъ усматриваетъ въ наказаніи проявленіе силы (Machtausserung) въ согласіи съ воззрѣніями гражданъ на дѣяніе и на ожидаемыя отъ него послѣдствія—съ воззрѣніями соціальными, [1]) и говоритъ о соціальномъ осужденіи (sociale Missbilligung), которое онъ считаетъ лишь смягченной формой проявленія возмездія, указывая на то, что воздающая сила наказанія поглощаетъ осужденіе (die Vergeltungskraft der Strafe absorbiert die Missbilligung) [2]).

Основателемъ взгляда на то, что сущность наказанія выражается въ моментѣ осужденія, является Баръ выставившій свою теорію нравственнаго осужденія или порицанія (sittliche Missbilligung, Reprobation) [3]). Это ученіе Бара о нравственномъ порицаніи, заключающемся въ наказаніи, находится въ тѣсной связи съ его общимъ представленіемъ о томъ, что право есть не что иное, какъ мораль общежитія (die Moral des Gemeinwesens), и эту мысль Баръ отстаиваетъ настолько категорично, что даже тамъ, гдѣ, по его же словамъ, правовыя положенія не имѣютъ прямого отношенія къ морали, онъ находитъ все-таки, что эти по-

[1]) R. Schmidt l. c. s. 63.

[2]) Ib. s. 81.

[3]) Эта теорія впервые развита Баромъ въ его Grundlagen des Strafrechts, 1869 г. и затѣмъ безъ существенныхъ измѣненій воспроизведена въ его Handbuch des deutschen Strafrechts, 1882 г. и Probleme des Strafrechts, 1896 г.

ложенія служатъ морали (dienen der Moral), такъ какъ они отводятъ индивиду обезпеченную область свободы дѣйствія и, слѣдовательно, и возможной нравственности (indem sie dem Einzelnen ein sicheres Gebiet des freien Schaltens, also der möglichen Sittlichkeit gewährleisten) [1]). Поэтому онъ считаетъ всякое дѣяніе, нарушающее правопорядокъ, уже, какъ таковое, больше или меньше, прямо или непрямо безнравственнымъ. Отсюда для него и возникаетъ возможность и необходимость нравственнаго порицанія всякаго правонарушенія. Порицающее осужденіе, по его словамъ, имѣетъ въ виду прежде всего дѣяніе, но по необходимости оно обращается и противъ его учинителя, потому что дѣяніе нельзя мыслить безъ учинителя его [2]). Это порицаніе, самыя формы проявленія котораго могутъ быть разнообразны, присуще всякому наказанію; поэтому, по его словамъ, наказаніе есть намѣренная и искусственная мѣра, которая выражаетъ осужденіе (eine absichtliche und kunstliche Massregel, welche eine Missbilligung ausdruckt) [3]). Въ порицаніи онъ усматриваетъ при этомъ самую сущность наказанія; все остальное есть, по его мнѣнію, измѣнчивый придатокъ наказанія, и „мы не только можемъ, замѣчаетъ онъ, представить себѣ наказаніе безъ этого придатка, но и положительное право знаетъ его: это—выговоръ въ присутствіи суда“ [4]). Установивъ сущность наказанія, какъ порицанія, Баръ вмѣстѣ съ тѣмъ высказывается противъ признанія наказанія возмездіемъ, имѣя въ виду то пониманіе возмездія въ смыслѣ таліона, которое выдвигалось метафизическими теоріями (въ частности Кантомъ) [5]); надо однако замѣтить, что при рѣшеніи вопроса объ опредѣленіи мѣры наказанія онъ, хотя и признаетъ несоизмѣримость величины преступленія и наказанія, тѣмъ не менѣе въ интересахъ справедливости требуетъ, чтобы съ одинаковыми явленіями обращались одинаково и чтобы одинаковыя явленія имѣли и одина-

---

[1]) Bar, Handbuch s. 313.

[2]) Ib. s. 314.

[3]) Bar. Grundlagen s. 3.

[4]) Ib. s. 4.

[5]) Bar. Handbuch s. 318; впрочемъ, онъ здѣсь же замѣчаетъ: „nur wenn man die Vergeltung nicht als Übel-und Wehtun, sondern einfach als Minderung des Gedeihens, Hinderung der Entwicklung ansieht, hat sie einen vernunftigen, dann aber widerum mit der Missbilligung ubereinkommenden Sinn. Wenn moralisch leben und handeln der allgemeinen Ordnung des Seins entspricht, so muss das Gegenteil den Urheber der moralwidrigen Handlung ausstossen machen, ihn hindern... Die moralische Ordnung kehrt sich von dem Überteter ab, oder sie wendet sich gegen ihn, was genau betrachtet, dasselbe ist“.

ковые результаты, а это, по его словамъ, вырабатывается на основаніи традиціи въ области наказанія [1]).

Останавливаясь на разсмотрѣніи взгляда Бара, мы должны сказать, что онъ совершенно правильно отмѣчаетъ то обстоятельство, что въ каждомъ наказаніи заключается осужденіе, порицаніе. Но въ его построеніи имѣются двѣ ошибки. Одна ошибка состоитъ въ томъ, что онъ, исходя изъ превратнаго представленія о сущности взаимоотношенія права и нравственности, говорилъ о нравственномъ осужденіи, заключающемся въ наказаніи; другая же ошибка заключается въ томъ, что элементъ осужденія, т. е. элементъ оцѣнки, онъ признавалъ существеннымъ элементомъ наказанія, а не возмездія, противъ признанія котораго элементомъ наказанія онъ безусловно возражалъ. Что касается первой ошибки, то слѣдуетъ замѣтить, что, посколько среди преступленій имѣется цѣлый рядъ дѣяній, безразличныхъ для морали,— если не идти вслѣдъ за тѣмъ искусственнымъ пріемомъ, который дѣлаетъ въ этомъ случаѣ Баръ,—постолько не можетъ быть и рѣчи о нравственномъ порицаніи, какъ о существенномъ моментѣ наказанія. Осужденіе, которое заключается въ возмездіи, не есть моральное осужденіе; та оцѣнка совершеннаго, которая выражается въ актѣ возмездія, основывается на рядѣ соображеній различнаго рода, не только этическихъ [2]). И всегда возможны случаи, когда дѣяніе приходится осуждать по особымъ соображеніямъ, хотя мы и видимъ, что мотивъ преступной дѣятельности чуждъ позорнаго (этически-порицаемаго) характера [3]). Затѣмъ, что касается второй ошибки, то нельзя не замѣтить, что отнесеніе момента осужденія къ самому наказанію, а не къ возмездію, какъ таковому, можетъ привести къ извѣстному отождествленію наказанія съ осужденіемъ,

---

[1]) Ib. s. 331: „Gerechtigkeit ist aber immer vorhanden, wenn Gleiches gleich behandelt wird oder Gleiches die gleichen Resultate hat; bei Verbrechensstrafen ist daher die Tradition die Gerechtigkeit".

[2]) Какъ вѣрно указываетъ Гейнце (Heinze l. c. s. 328), наказаніемъ дается правовая оцѣнка преступленія, оно есть выраженіе правовой, а не нравственной стоимости преступленія.

[3]) Ср. по этому поводу слѣдующее замѣчаніе Неттера (Netter l. c. s. 305) „nicht jede Rechtsstrafe ist öffentliche Missbilligung; vielmehr kann... jedes Verbrechen gelegentlich aus einer ehrenhaften und in keiner Weise misszubilligenden Gesinnung hervorgehen". Онъ вмѣстѣ съ тѣмъ вполнѣ правильно указываетъ, что для подобнаго осужденія нѣтъ необходимости считаться съ фактомъ учиненнаго правонарушенія: „bezieht sich eine moralische Beurteilung... stets auf die Gesinnung, da in der Handlung lediglich die Persönlichkeit ihren Ausdruck findet und wir unser Werturteil von der Tat auf die Gesinnung übertragen"; но въ такомъ случаѣ, замѣчаетъ онъ, не зачѣмъ было бы связывать общественное порицаніе именно съ учиненіемъ дѣянія.

а это въ свою очередь можетъ дать поводъ видѣть наказаніе уже въ самомъ осужденіи, т. е. въ дѣятельности, предшествующей наложенію наказанія, въ судѣ и приговорѣ [1]). Отсюда понятно, почему Баръ считаетъ возможнымъ говорить о томъ, что „процессъ и приговоръ о преступникѣ представляютъ собой уже часть наказанія, нерѣдко даже его важнѣйшую часть“ [2]). Но при такомъ пониманіи наказанія утрачивается всякая опредѣленность его границъ [3]). Въ ученіи Бара представляется кромѣ того ошибочнымъ подчеркиваніе осужденія въ качествѣ существеннаго элемента понятія наказанія въ противуположность обычному признанію существеннымъ его моментомъ наличности „страданія“, „зла“ или вторженія въ сферу правовыхъ благъ личности [4]). За наказаніемъ, какъ таковымъ, мы не можемъ отрицать характера подобнаго вторженія; мы его находимъ и тамъ, гдѣ, по мнѣнію Бара, идея осужденія проявляется въ своемъ чистомъ видѣ, въ выговорѣ, — наказаніи, свободномъ отъ другихъ „придатковъ“. Осужденіе, которое заключается въ возмездіи, осуществляется при наказаніи посредствомъ вторженія въ сферу правовыхъ благъ личности, поэтому и нельзя говорить, что въ наказаніи заключается только моментъ осужденія и что моментъ „зла“ (т. е. вѣрнѣе, вторженія въ сферу благъ личности) для него не существенъ [5]).

Точка зрѣнія Бара въ нашей литературѣ усвоена Сергѣевскимъ [6]), а вслѣдъ за нимъ Тальбергомъ [7]) и Бѣлогриць-Кот-

---

[1]) Подобное отношеніе и наблюдается иногда въ доктринѣ, какъ было уже на это выше указано (стр. 59 пр. 2).

[2]) Bar l. c. s. 320.

[3]) Противъ подобнаго пониманія наказанія особенно высказывается Эткеръ, замѣчая (Oetker. Zum Streite der Strafrechtsschulen s. 32): „blosse Feststellung der Deliktsbegehung ist nicht das strafrechtlich characteristische Unwerturteil, angeordnete Reaktion nicht deshalb Strafe, weil eine solche Beurteilung ihr vorangegangen ist. Sonst enthielte die Verurteilung zum Schadenersatze ex delicto eine Bestrafung“. Ср. также приведенныя выше соображенія (стр. 59—60).

[4]) Bar. l. c. s. 321.

[5]) Неправъ однако въ своей критикѣ Бара Р. Шмидтъ (R. Schmidt. Aufgaben s. 50—51), поскольку онъ думаетъ, что у Бара центръ тяжести лежитъ въ словесномъ порицаніи; именно онъ замѣчаетъ: „es wird der historischen Tatsache nicht gerecht, dass soweit unsere Erfahrung reicht, die Strafe stets in der Zufugung eines konkreten Übels bestanden hat und sich niemals mit der bloss wörtlichen Missbilligung, etwa mit der urteilsmässigen Feststellung der Verbrechensschuld, begnügt hat“. Напротивъ, самъ Баръ говоритъ: „mit der Missbilligung in abstracto ist aber noch die Art ihrer konkreten Äusserung nicht gegeben“ (Handbuch, s. 315).

[6]) Сергѣевскій, в. с. стр. 66.

[7]) Тальбергъ. Къ вопросу о наказаніи (Журн. Гр. и Угол. Права 1884 г. № 5, стр. 21 и сл.).

ляревскимъ [1]). Сергѣевскій прямо въ подтвержденіе своего мнѣнія ссылается на Бара и говоритъ слѣдующее: „обращаясь къ анализу внутренней стороны наказанія, мы видимъ, что черезъ всѣ формы и виды наказанія въ ихъ историческомъ развитіи и современномъ состояніи, проходитъ одна общая идея — это то, что въ наказаніи, какова бы ни была его форма и каково бы ни было его содержаніе, всегда заключается осужденіе, порицаніе преступнаго дѣянія, притомъ не простое осужденіе, но осужденіе, выраженное въ такой формѣ, которая точно и ясно опредѣляетъ размѣръ и степень осужденія, соотвѣтственно сравнительной важности самаго дѣянія". Однако, какъ видно изъ этихъ словъ, въ отличіе отъ Бара, Сергѣевскій не говоритъ о нравственномъ порицаніи, такъ какъ онъ не усваиваетъ точку зрѣнія этого писателя на взаимоотношеніе права и нравственности; вмѣстѣ съ тѣмъ однако онъ и не указываетъ ближе, что должно быть положено въ основаніе порицающаго сужденія вмѣсто моральной оцѣнки учиненнаго. Разсуждая послѣдовательно, онъ долженъ былъ бы, повидимому, признать за основаніе порицанія соображенія, соотвѣтствующія той основной цѣли наказанія—„поддержаніе авторитета велѣній законодателя", — которую онъ выдвигаетъ [2]). Конечно, посколько Сергѣевскій усматриваетъ моментъ осужденія не въ понятіи возмездія, которое онъ вообще не указываетъ въ качествѣ элемента понятія наказанія, а въ самомъ понятіи наказанія, всѣ тѣ соображенія, которыя были приведены выше противъ подобной конструкціи, сохраняютъ свою силу и въ отношеніи его взгляда.

Нужно замѣтить, что въ недавнее время взглядъ на осужденіе, какъ на существенный моментъ наказанія былъ выдвинутъ и обоснованъ съ совершенно иной точки зрѣнія— съ точки зрѣнія философскаго построенія наказанія, С. Гессеномъ. Этотъ писатель разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ: „Если изъ раціоналистическихъ теорій наказанія устранить посторонніе матеріальные моменты, какъ равенство между составомъ преступленія и конкретнымъ наказаніемъ или даже равное отношеніе между ними, то въ качествѣ формы наказанія останется одно лишь признаніе права нарушеннымъ, осужденіе преступленія... Преступленіе нормы есть вопросъ, обращенный къ праву: дѣйствуетъ ли еще нарушенная норма, соотвѣтствуетъ ли она жизни или нѣтъ. Одно изъ двухъ: либо норма не соотвѣтствуетъ жизни — тогда она должна быть

---

[1]) Бѣлогрицъ-Котляревскій, в. с. стр. 44.

[2]) Сергѣевскій, в. с. стр. 110.

отмѣнена, либо норма соотвѣтствуетъ жизни — тогда она должна быть подтверждена и нарушеніе ея осуждено, какъ нарушеніе. Безъ такого осужденія право теряетъ свой смыслъ, свое значеніе, какъ совокупность нормъ, которыя, хотя и могутъ фактически нарушаться и дѣйствительно нарушаются, все же не должны быть нарушаемы... Въ основѣ всякаго наказанія, продолжаетъ онъ дальше, лежитъ осужденіе правонарушенія, какъ бы оба они ни отягощались затѣмъ матеріальными моментами. Безъ выраженія въ немъ осужденія наказаніе не имѣетъ правового смысла, а есть лишь месть или мѣра общественной безопасности“ [1]). Въ соотвѣтствіи съ этимъ онъ и опредѣляетъ наказаніе съ его формальной стороны, какъ „направленный на правового субъекта правовой актъ, смыслъ котораго сводится къ осужденію преступленія или къ подтвержденію правовой нормы или, иначе говоря, къ возстановленію нарушенной справедливости“ [2]). Какъ видно изъ этихъ словъ, здѣсь осужденіе понимается въ своеобразномъ смыслѣ: это—не порицаніе въ смыслѣ отрицательной оцѣнки учиненнаго, какъ это обыкновенно предполагается, а лишь, признаніе права нарушеннымъ, т. е. простое констатированіе факта правонарушенія. Но если въ этомъ моментѣ усматривается сущность осужденія, то этимъ еще не устанавливается ничего характернаго для наказанія. Признаніе права нарушеннымъ мы найдемъ и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ о назначеніи наказанія по тѣмъ или инымъ основаніямъ рѣчи быть не можетъ; право признается нарушеннымъ и въ случаѣ назначенія какой-либо мѣры пресѣченія, и въ случаѣ установленія вознагражденія за причиненный вредъ и т. п. При томъ рѣшеніи вопроса, которое предлагаетъ С. Гессенъ, центръ тяжести переносится съ наказанія, какъ такового, на актъ судебной дѣятельности, предшествующій его исполненію, — на приговоръ суда; отсюда понятно и слѣдующее заявленіе автора: „такъ какъ осужденіе есть форма всего конкректнаго наказанія и лишь формально, а не временно предполагается ему, то отправленіе наказанія не должно быть отдѣлено отъ суда и приговора такъ, какъ оно отдѣлено теперь“ [3]). Съ другой стороны, если авторъ отождествляетъ осужденіе съ подтвержденіемъ правовой нормы или съ возстановленіемъ нарушенной справедливости, то и этимъ опять-таки не дается ничего характернаго именно для наказанія,

---

[1]) С. Гессенъ. Философія наказанія (Логосъ. 1912—1913 г., кн. I и II, стр. 216—217).

[2]) Тамъ же стр. 218.

[3]) Тамъ же стр. 222.

какъ самостоятельнаго правового института: подтвержденіе правовой нормы производится уже однимъ фактомъ постановленія судебнаго приговора по поводу любой неправды, а не только преступленія, возстановленіе же нарушенной справедливости, т. е. гармоніи между правомъ и жизнью [1]), есть то, къ чему должно стремиться всякое правоохранительное средство, какъ послѣдствіе неправды. Положимъ, С. Гессенъ старается спасти свое положеніе указаніемъ на то, что „возстановляя справедливость осужденіемъ, наказаніе направлено исключительно на то въ преступленіи, что непоправимо: его не интересуетъ, возможно ли возстановить также еще и матеріальный ущербъ, причиненный правонарушеніемъ... Гражданское же возмѣщеніе убытковъ направлено отнюдь не на правонарушеніе, которое, какъ таковое, непоправимо; цѣль его отнюдь не осужденіе, но исключительно „устраненіе возстановимаго противорѣчащаго праву состоянія". Правда, прибавляетъ онъ далѣе, при этомъ также всегда возстановляется справедливость, нарушенная черезъ неправомѣрное ограниченіе чужого имущества. Но это значитъ лишь, что идея справедливости есть основная общая для всего права категорія, что право по существу своему едино" [2]). Однако изъ этихъ словъ видно, что у автора окончательно сливается область наказанія съ областью вознагражденія за вредъ, такъ какъ то осужденіе, т. е. возстановленіе нарушенной справедливости, которое должно было характеризовать одно только наказаніе, оказывается, имѣетъ мѣсто и тамъ, гдѣ рѣчь идетъ не о наказаніи, а о вознагражденіи за вредъ, и все различіе между наказаніемъ и вознагражденіемъ за вредъ сводится здѣсь къ трудно уловимому понятію возстановленія непоправимаго и поправимаго въ области правонарушенія, а не къ наличности или отсутствію осужденія. Въ заключеніе нужно указать, что вся конструкція С. Гессена исходитъ изъ такого пониманія наказанія, которое чуждо и праву и реальной жизни и является совершенно произвольнымъ; въ этомъ отношеніи особенно характерно отношеніе автора къ смертной казни: онъ находитъ, что она „не подходитъ подъ истинно-философское понятіе наказанія, ибо нарушаетъ границы наказанія, какъ правового акта" [3]).

§ 19. По мнѣнію другихъ ученыхъ, тоже, очевидно, подъ извѣстнымъ вліяніемъ Бара, моментъ осужденія разсматривается,

---

[1]) Тамъ же стр. 219.

[2]) Тамъ же стр. 219—220.

[3]) Тамъ же стр. 209, прим. 1.

какъ одинъ изъ элементовъ понятія наказанія, не покрывающій однако собой всѣхъ остальныхъ элементовъ наказанія. И мы можемъ замѣтить, что въ настоящее время объ этой оцѣнкѣ или осужденіи, какъ элементѣ наказанія, говорятъ писатели самыхъ разнообразныхъ направленій, какъ бы различно они ни относились къ тому, какъ эта оцѣнка должна производиться и какія соображенія должны ложиться въ ея основаніе. Такъ, напр. Меркель говоритъ, что въ назначеніи наказанія проявляется сужденіе о цѣнности дѣянія (Werturteil), именно о его отрицательной цѣнности (negativer Wert) [1]); Вахъ указываетъ на содержащуюся въ каждомъ наказаніи необходимую для поддержанія государства практическую справедливую оцѣнку преступленія [2]); Биркмейеръ говоритъ объ отрицательной оцѣнкѣ (Unwerturteil), которая заключается въ наказаніи [3]); Штоссъ указываетъ, что наказаніе есть государственное порицаніе дѣянія [4]); Краузъ замѣчаетъ, что наказаніе заключаетъ въ себѣ порицаніе (Tadel), и говоритъ, что этимъ наказаніе отличается отъ леченія (Heilverfahren) [5]); точно также объ оцѣнкѣ дѣянія посредствомъ наказанія говорятъ Кэлеръ, указывая на то, что наказаніе должно представлять собою противуцѣнность (Gegenwert) преступленія [6]), Гафтеръ, развивая ту мысль, что порицаніе заключаетъ въ себѣ предостереженіе, обращенное къ обществу, не совершать подобныхъ дѣяній [7]), и Наглеръ, подчеркивая этическую оцѣнку совершеннаго [8]). Наконецъ, въ опредѣленіе понятія наказанія сталъ вводить указаніе на моментъ порицанія въ послѣднее время и Листъ, хотя раньше онъ иначе относился къ этому вопросу [9]). Очевидно, что послѣ того, какъ было

---

[1]) Liepmann. Die Lehre von Verbrechen und Strafen von A. Merkel. 1912 s. 194 „in der Verhängung einer Strafe kommt konkludenterweise stets ein Werturteil über die vorausgesetzte Handlung zum Ausdruck und zwar das Urteil, dass die Handlung kraft ihres Widerspruchs mit einer verpflichtenden Anforderung zu missbilligen, dass ihr also ein negativer Wert zuzuerkennen sei".

[2]) Wach. Legislative Technik s. 72: „die Kriminalstrafe kein Erziehungsmittel .. sie ihrer Idee nach—das zur Erhaltung des Staats notwendige praktische gerechte Werturteil des Verbrechens ist, unabhängig davon, ob Besserung angezeigt oder erreichbar, ob Abschreckung nötig oder erfolgreich sein sollte".

[3]) Birkmeyer, Strafe, s. 13.

[4]) Stoos, Lehrbuch s. 197.

[5]) Kraus l. c. s. 8.

[6]) Köhler l. c. s. 58.

[7]) Hafter. Strafe und sichernde Massnahmen (Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 17 s. 229).

[8]) Nagler, Verbrechensprophylaxe s. 153.

[9]) Ср. Liszt, Zweckgedanke (Aufsätze I, s. 142), а также прежнія и новыя (начиная съ 16-го 1908 г.) изданія его Lehrbuch'a, прежде (Lehrbuch 1905 Aufl. 14

выяснено, что оцѣнка, заключающаяся въ наказаніи, не есть лишь оцѣнка этическая, Листъ счелъ возможнымъ ввести указаніе на нее въ опредѣленіе понятія наказанія. Особенно же важное значеніе моменту осужденія въ понятіи наказанія придаетъ Фингеръ, считая его важнѣйшимъ моментомъ въ понятіи наказанія и находя, что только та мѣра можетъ именоваться наказаніемъ, посредствомъ которой нашла и должна была найти себѣ выраженіе отрицательная оцѣнка, неодобреніе (ein Unwerturteil, eine Missbilligung) [1]). Въ виду этого онъ называетъ наказаніе мѣрой осужденія (Missbilligungsmassregel) [2]), подчеркивая этимъ отличіе наказанія отъ другихъ сходныхъ институтовъ. Это осужденіе, по его словамъ, принимаетъ выразительную (nachdruckliche) форму назначенія зла для того, чтобы живѣйшимъ образомъ оказать вліяніе на эмоціональные моменты, опредѣляющіе поведеніе человѣка [3]).

Къ сказанному надо прибавить, что данный моментъ осужденія (или вѣрнѣе, оцѣнки) должны, очевидно, признавать въ составѣ понятія наказанія, даже не относя его къ моменту возмездія, и тѣ писатели, которые, хотя прямо объ осужденіи не говорятъ, но выставляютъ требованіе соизмѣряемости наказанія съ внутренней и внѣшней стороной неправды [4]), такъ какъ самая соизмѣряемость предполагаетъ наличность предшествующей оцѣнки того дѣянія, на которое должно быть оказано „соразмѣрное“ воздѣйствіе.

Всѣ указанные писатели вполнѣ правильно выдвигаютъ представленіе о томъ, что наказаніе покоится на оцѣнкѣ учиненнаго, но ихъ ошибка заключается въ томъ, что они пріурочиваютъ этотъ элементъ оцѣнки непосредственно къ самому наказанію, а не къ лежащему въ его основаніи понятію возмездія.

---

u. 15 s. 248) наказаніе опредѣлялось имъ такъ. „Strafe ist das vom Strafrichter gegen den Verbrecher wegen des Verbrechens erkannte Übel“, теперь же (Lehrbuch 1914 Aufl. 20 s. 249) нѣсколько иначе: „Strafe ist nach geltendem Recht das Übel, das der Strafrichter gegen den Verbrecher wegen des Verbrechens verhängt, um das gesellschaftliche Unwerturteil über Tat und Täter zum Ausdruck zu bringen“, причемъ, давъ такое опредѣленіе, онъ указываетъ далѣе на „eine handgreifliche Missbilligung der Tat und des Täters“, какъ на существенный элементъ понятія наказанія, наряду съ другимъ—вторженіемъ въ сферу правовыхъ благъ виновнаго.

[1]) Finger. Verbrechen und Strafe s. 50

[2]) Ib. s. 51.

[3]) Ib. s. 52; къ этому онъ еще добавляетъ: „die Missbilligung durch Leidzufugung soll auch in der Psyche des Übeltäters jene Vorstellungs-und Gefühlsassoziationen herbeiführen, die den Tendenzen zum normwidrigen Tun entgegen sind“.

[4]) Это мы видимъ у Познышева (Основные вопросы стр. 393) и у другихъ криминалистовъ.

Наконецъ, какъ указано было выше, есть взглядъ, по которому осужденіе разсматривается, какъ цѣль наказанія. Мы видѣли уже, что Ламмашъ различаетъ постоянныя и измѣнчивыя цѣли наказанія и къ числу постоянныхъ цѣлей относитъ и возмездіе. Точно также онъ признаетъ въ качествѣ такой цѣли и осужденіе, замѣчая, что постоянной цѣлью всякой угрозы наказаніемъ является торжественное выраженіе неодобренія угрожаемому наказаніемъ поведенію [1]), причемъ этому неодобренію онъ придаетъ характеръ общаго предупрежденія, такъ какъ указываетъ на то, что оно имѣетъ цѣлью укрѣпить мотивы, противодѣйствующіе склонности совершить преступленіе [2]). Однако съ подобнымъ пониманіемъ осужденія, какъ цѣли наказанія, мы согласиться не можемъ; конечно, порицаніе можетъ производить тѣ эффекты, о которыхъ говоритъ Ламмашъ, а потому оно и можетъ быть использовано съ этой цѣлью, но нельзя говорить о томъ, что оно само по себѣ уже является и цѣлью наказанія. Человѣкъ наказывается не для того, чтобы этимъ было выражено порицаніе его дѣянію, а въ самомъ наказаніи его, какъ возмездіи, заключается элементъ порицанія, который можетъ быть использованъ съ различными цѣлями.

§ 20. Итакъ, мы видимъ, что весьма многіе криминалисты въ настоящее время считаютъ нужнымъ указывать на моментъ порицанія, какъ на моментъ, существенный для понятія наказанія—по нашему же мнѣнію, не непосредственно присущій наказанію, а присущій ему постолько, посколько оно заключаетъ въ себѣ по самой своей природѣ элементъ возмездія.

Однако, если таково господствующее мнѣніе въ современной криминалистической литературѣ, то съ другой стороны мы найдемъ и такихъ писателей, которые отрицательно относятся къ моменту осужденія, какъ элементу понятія наказанія, причемъ обыкновенно въ этомъ случаѣ осужденіе понимается, именно какъ нравственное порицаніе, вслѣдствіе чего оно и признается непригоднымъ моментомъ для правового института наказанія. Съ этой точки зрѣнія возражаетъ противъ понятія осужденія Фойницкій [3]), замѣчая, что, „порицаніе понятно относительно дѣяній безнравственныхъ, необъяснимо относительно дѣяній, безразличныхъ въ нравственномъ отношеніи“ и, что „притомъ порицаніе есть функ-

[1]) Lammasch. Über Zwecke und Mittel der Strafe s. 425.

[2]) Ib. s. 426, то же въ его „Kriminalpolitische Studien“ s. 171, причемъ тамъ говорится о подобной цѣли, присущей какъ угрозѣ, такъ и назначенію наказанія, и подчеркивается, что это осужденіе дѣйствуетъ, какъ и другія этическія силы.

[3]) Фойницкій. Ученіе о наказаніи, стр. 16 прим. 1.

ція общественная, наказаніе—функція государственная. Порицаніе указываетъ на мнѣніе порицающаго, ничего не указывая относительно судьбы порицаемаго; въ наказаніи совсѣмъ наоборотъ". Точно также противъ пониманія наказанія, какъ осужденія, высказывается Ленингъ, замѣчая, что „правовое наказаніе не содержитъ въ себѣ сужденія о нравственной цѣнности соотвѣтственнаго дѣянія" и что при такомъ пониманіи наказанія остается необъяснимой правовая обязанность наказанія и принужденіе къ ея претерпѣнію (Verduldung) [1]). Но возраженія подобнаго характера покоятся на представленіи о томъ, что въ наказаніи имѣется нравственное осужденіе; разъ мы отъ этого пониманія осужденія отказываемся, сами собой отпадаютъ и приведенныя возраженія. Едва ли серіознымъ представляется далѣе возраженіе, приводимое противъ момента осужденія Керлеромъ и заключающееся въ указаніи на то, что порицать можно и не прибѣгая къ наказанію [2]). Изъ того, что можетъ существовать порицаніе самостоятельно отъ наказанія, мы не можемъ однако дѣлать вывода о томъ, что его не можетъ быть въ понятіи наказанія. Точно также мало обоснованнымъ представляется возраженіе, которое дѣлаетъ противъ порицанія, какъ элемента понятія наказанія, Вейнрихъ, указывающій на то, что порицаніе весьма часто оказывается явленіемъ, сопровождающимъ наказаніе, проявляясь въ презрѣніи (Verachtung), которое общество оказываетъ въ отношеніи наказаннаго. Но, говоритъ онъ, это презрѣніе направляется не въ отношеніи всѣхъ подвергающихся наказанію, равно какъ и законъ не со всѣми наказаніями соединяетъ позорящія послѣдствія (Ehrenfolgen) [3]); къ этому онъ прибавляетъ, что судья въ своемъ приговорѣ не высказываетъ порицанія за преступленіе, онъ приказываетъ, чтобы преступникъ за свое дѣяніе перенесъ извѣстное карательное зло (Strafübel) [4]). Однако относительно этихъ разсужденій Вейнриха нужно замѣтить, что онъ смѣшалъ понятіе осужденія съ понятіемъ презрѣнія, между тѣмъ какъ эти понятія не представляются тождественными. Конечно, презрѣніе является тоже одной изъ формъ проявленія осужденія, но съ одной стороны въ понятіи презрѣнія подчеркивается не только наличность оцѣнки учиненнаго, но уже и извѣстное реагированіе на него: въ этомъ смыслѣ презрѣніе есть проявленіе идеи возмездія — оно говоритъ поэтому намъ

[1]) Löning l. c. s. 7.

[2]) Kerler. Die Idee der gerechten Vergeltung in ihrem Widerspruch mit der Moral. 1908 s. 5.

[3]) Weinrich, Strafrecht und Kriminalpolitik (Z. 17 s. 847)

[4]) Ib. s 850

больше, чѣмъ простое осужденіе; съ другой стороны выраженіе презрѣнія заключаетъ въ себѣ несомнѣнно нравственное осужденіе. А изъ того обстоятельства, что не при всѣхъ преступленіяхъ возможно говорить о подобномъ осужденіи въ видѣ презрѣнія, нельзя дѣлать вывода о томъ, что въ виду этого и осужденіе вообще не есть элементъ наказанія.

§ 21. Установивъ то положеніе, что въ понятіе возмездія входитъ элементъ оцѣнки совершеннаго, мы должны указать ближе, что собственно подлежитъ въ этомъ случаѣ оцѣнкѣ и какой масштабъ кладется въ основаніе ея.

Что касается перваго вопроса—о предметѣ оцѣнки, то въ этомъ отношеніи мы должны констатировать, что представленіе о томъ, что подлежитъ оцѣнкѣ, мѣняется въ зависимости отъ состоянія культуры и господствующихъ воззрѣній. Исторія намъ показываетъ, что въ болѣе отдаленныя времена вниманіе въ этомъ отношеніи обращалось только на объективный моментъ въ понятіи дѣянія, и первоначально оцѣнка учиненнаго связывалась лишь съ представленіемъ о томъ, что нѣчто человѣкомъ сдѣлано, вопросъ же о томъ, какъ отразилось учиненное въ психикѣ его учинителя, вовсе не ставился,—въ частности въ области той отрицательной оцѣнки, которая заключается въ наказаніи, первоначально придавалось значеніе исключительно тому, что человѣкомъ совершено дѣяніе, выражающееся въ какомъ-нибудь вредоносномъ актѣ; въ этомъ заключается начало т. н. объективнаго вмѣненія (das Prinzip der Erfolgshaftung), остатки котораго сохраняются въ извѣстномъ объемѣ и въ современномъ правѣ. Значеніе нарушеннаго блага и размѣръ причиненнаго вреда были первоначально единственными моментами въ понятіи преступленія, выдвигавшимися при оцѣнкѣ послѣдняго. Съ теченіемъ времени однако подобная оцѣнка признается недостаточной, признается необходимость оцѣнки субъективнаго момента (das Prinzip der Schuldhaftung) [1]), и чѣмъ дальше, тѣмъ полнѣе указываются

---

[1]) Какъ правильно замѣчаетъ ванъ-Калькеръ (van-Calker, Ethische Werte im Strafrecht. 1904 s. 12), „damit tritt in langsamer allmählicher Entwickelung an die Stelle der Beurteilung nach dem Prinzip der reinen Erfolgshaftung das Streben, neben der Tat immer mehr den Täter in seiner für die Tat bedeutsamen Willensbeschaffenheit ins Auge zu fassen und den Inhalt des Willens in der Bestimmung von Art und Mass der Strafe, also bei der juristischen Beurteilung und Bewertung, in Rücksicht zu ziehen. Wir bezeichnen das damit an die Stelle des Prinzips der Erfolgshaftung tretende strafrechtliche Beurteilungsprinzip als das Prinzip der Schuldhafung".

тѣ данныя, которыя могутъ быть приняты во вниманіе для выясненія личности учинителя дѣянія; дѣяніе начинаетъ оцѣниваться, не какъ само по себѣ взятое, а какъ проявленіе личности [1]). Постепенно начинаетъ выясняться, что оцѣнка должна заключаться не въ томъ, что принимается во вниманіе лишь голый фактъ причиненнаго вреда или принесенной пользы, а въ томъ, что учиненное человѣкомъ дѣяніе ставится въ извѣстное соотношеніе съ его психикой; это соотношеніе именуется „виной“ въ случаѣ совершенія чего-либо влекущаго за собой отрицательную оцѣнку, порицаніе, и „заслугой“ въ случаѣ совершенія чего-либо, влекущаго за собой положительную оцѣнку, одобреніе. Мало-по-малу выясняется, что, когда приходится оцѣнивать извѣстное дѣяніе человѣка съ точки зрѣнія тѣхъ или иныхъ господствующихъ взглядовъ, то слѣдуетъ считаться съ тѣмъ, каково участіе психики этого лица въ данномъ случаѣ. И если мы находимъ, что этого участія вовсе не было, мы отказываемся отъ оцѣнки учиненнаго въ смыслѣ порицанія или одобренія его: случайное преступное дѣяніе не наказывается, случайно сдѣланное доброе дѣло не можетъ вызвать награды.

Итакъ, посколько мы говоримъ о карательномъ возмездіи и посколько мы предполагаемъ проявленіе въ немъ отрицательной оцѣнки учиненнаго, мы считаемся съ тѣмъ, какъ отражается учиненное въ психикѣ его учинителя, съ виной послѣдняго—и въ наличности именно этого рода оцѣнки заключается особенность наказанія, посколько оно покоится на возмездіи, въ противуположность всякимъ инымъ правоохранительнымъ средствамъ. Съ этой точки зрѣнія мы можемъ вполнѣ согласиться съ той характеристикою, которую дѣлаетъ возмездію Краузъ, называя его „возмездіемъ за вину“ (Schuldvergeltung) [2]), такъ какъ дѣйствительно всякое наказаніе покоится на признаніи виновности лица, которая должна быть опредѣленнымъ образомъ установлена. Однако и объективный моментъ (значеніе нарушеннаго блага и размѣръ причиненнаго вреда) въ настоящее время не устраняется при оцѣнкѣ учиненнаго, но онъ получаетъ значеніе, не какъ самостоятельный моментъ, а какъ моментъ, оцѣниваемый на ряду съ субъективнымъ. Но если мы находимъ, что при оцѣнкѣ учиненнаго придается большое значеніе субъективному моменту дѣянія, то мы должны помнить, что этотъ моментъ учитывается не самостоятельно, не какъ самъ по

---

[1]) Въ этомъ заключается оцѣнка дѣянія, какъ выражается Тесажъ, по его симптоматическому значенію въ противуположность его оцѣнкѣ лишь въ соотвѣтствіи съ значеніемъ причиненнаго вреда (Tesar, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens 1907 s. 3).

[2]) Kraus l. c. s. 78.

себѣ взятый, а именно какъ элементъ самаго дѣянія, такъ какъ при помощи возмездія дается оцѣнка учиненнаго дѣянія, а не его учинителя. Оцѣнка послѣдняго происходитъ лишь попутно, посколько человѣкъ влагается въ учиненное имъ и посколько учиненное имъ неотдѣлимо отъ него самого. Говоря же о субъективномъ моментѣ, какъ предметѣ оцѣнки при карательномъ возмездіи, мы имѣемъ въ виду то проявленіе личности въ дѣяніи, которое характеризуется, какъ виновность, т. е. опредѣленное отношеніе психики человѣка къ предпринимаемому имъ дѣйствію. И посколько при помощи воздаянія мы оцѣниваемъ преступное дѣяніе, а не самую личность, какъ таковую, постолько мы не можемъ говорить о томъ, что предметомъ оцѣнки при возмездіи является опасность лица или вообще его преступное настроеніе. Опасность—это совокупность тѣхъ данныхъ, которыя даютъ основаніе ожидать совершенія преступнаго дѣянія извѣстнымъ лицомъ; она мыслится, какъ нѣчто стоящее внѣ понятія преступнаго дѣянія, какъ такового, она тѣсно связана съ представленіемъ о личности, а не дѣяніи. То же приходится сказать о преступномъ настроеніи, для котораго фактъ учиненнаго правонарушенія самъ по себѣ значенія не имѣетъ, такъ какъ здѣсь все переносится на моментъ субъективный [1]).

Съ другой стороны слѣдуетъ имѣть въ виду, что при назначеніи отдѣльныхъ наказаній, при установленіи конкретнаго размѣра наказанія примѣнительно къ конкретному случаю жизни, могутъ выдвигаться въ томъ или иномъ объемѣ представленія о тѣхъ практическихъ цѣляхъ, которыя преслѣдуются въ данную эпоху наказаніемъ, что и заставляетъ при назначеніи наказанія учитывать и такіе моменты, которые лежатъ за предѣлами виновности, какъ таковой. Но наличность подобныхъ представленій не подрываетъ того общаго положенія, что при возмездіи мы говоримъ объ оцѣнкѣ учиненнаго, такъ какъ эти представленія приходятъ извнѣ и не вытекаютъ изъ самаго существа возмездія, какъ такового. Съ этой точки зрѣнія можно согласиться съ Липманномъ, который замѣчаетъ, что въ пропорціональности между преступленіемъ и наказаніемъ лежитъ не одинъ только принципъ вины, а множество одновременно дѣйствующихъ и часто перекрещиваю-

---

[1]) Нужно замѣтить, что въ современной литературѣ имѣется взглядъ, который этому моменту — преступному настроенію (Gesinnung),—придаетъ рѣшающее значеніе при оцѣнкѣ учиненнаго. Такова напр. точка зрѣнія Листа. Въ своей работѣ „Nach welchen Grundsätzten ist die Revision des STGB in Aussicht zu nehmen?“ (Aufsätze, II s. 381) онъ говоритъ: „Proportionalität zwischen Strafe und verbrecherischer Gesinnung des Täters. Das ist in ein Wort zusammengefasst die Forderung, die wir heute an das künftige STGB fur das deutsche Reich stellen“.

щихся точекъ зрѣнія,—посколько мы признаемъ, что при назначеніи наказанія принимаются въ расчетъ его практическія цѣли; но съ другой стороны нельзя признать правильнымъ указаніе Липманна на то, что въ наказаніи дается оцѣнка не только виновности, но и опасности лица [1]). Наказаніе по своей идеѣ этой оцѣнки въ себѣ не заключаетъ. И въ этомъ отношеніи мы должны замѣтить, что оцѣнка или, вѣрнѣе, констатированіе опасности, какъ таковой—въ противуположность виновности—не имѣетъ ничего общаго съ оцѣнкой вины, такъ какъ понятія опасности и вины не совпадаютъ другъ съ другомъ [2]). Виновность можетъ быть въ извѣстномъ случаѣ и очень велика, тогда какъ соціальная опасность можетъ быть при этомъ минимальной, и наоборотъ виновность можетъ быть иногда весьма незначительной, можетъ даже опуститься до нуля (напр. въ случаѣ невмѣняемости лица), тогда какъ соціальная опасность при этомъ можетъ возрасти до высшей своей степени [3]). Съ другой стороны констатированіе соціальной опасности должно вызывать мысль о необходимости реагировать на нее принятіемъ особыхъ мѣръ охраны, т. н. мѣръ соціальной защиты, а не выраженіемъ осужденія учиненному.

Другой вопросъ—это вопросъ о томъ способѣ, какимъ производится оцѣнка совершеннаго, о томъ, какъ она выражается въ дѣйствіи, представляющемъ собой возмездіе за учиненное — другими словами, каковъ масштабъ этой оцѣнки. Извѣстное соотношеніе между тѣмъ дѣйствіемъ, въ отношеніи котораго устанавливается актъ возмездія, и самымъ актомъ возмездія должно существовать. Безъ этого немыслимо понятіе возмездія, какъ бы его себѣ ни представлять. Этого не могутъ отрицать и тѣ писатели, которые признаютъ возмездіе простымъ реагированіемъ на со-

[1]) Liepmann, Lehre von Verbrechen und Strafe von A. Merkel s. XXVI: „unsere Strafen enthalten nicht bloss Schätzungen der Schuld, die in dem Verbrechen zum Ausdruck kommt, sondern daneben vor allem Schätzungen der geschädigten und gefährdeten Rechtsguter und ausserdem in sehr erheblichem Masse Werturteile über die Gefährlichkeit bestimmter verbrecherischen Individuen und antisozialer allgemeinen Zustände. Daher bringt uns jene geforderte Proportionalität zwischen Verbrechen und Strafe niemals ein Princip, auch nicht das der Schuld zum Ausdruck, sondern eine Fulle zusammenwirkenden und oft einander kreuzenden Gesichtspunkte".

[2]) Ср. по этому поводу слова Кольрауша (Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff 1903 s. 35): „Verschuldung und sociale Gefährlichkeit bilden so zwei parallele, aber entgegengesetzt gerichtete Linien".

[3]) Подобнаго же рода соображенія относительно возможности несовпаденія вины и опасности высказываетъ Биркмейеръ въ недавно вышедшей книгѣ „Schuld und Gefährlichkeit in ihrer Bedeutung für die Strafbemessung". 1914 s. 156, находя однако возможнымъ обойтись въ уголовномъ правѣ безъ самостоятельнаго понятія опасности въ виду возможности углубленія (Vertiefung) понятія вины (s. 210 eff.).

вершенное, и они говорятъ, что это реагированіе должно находиться въ извѣстномъ соотношеніи съ тѣмъ дѣйствіемъ, противъ котораго оно направляется. И въ самомъ представленіи о необходимости существованія такого соотношенія лежитъ представленіе о справедливости. Посколько это соотношеніе нарушено, мы признаемъ возмездіе несправедливымъ. Конечно, точки зрѣнія на то, что такое справедливость, могутъ мѣняться, въ соотвѣтствіи съ чѣмъ можетъ мѣняться и представленіе о томъ, какъ должно быть установлено необходимое соотношеніе между актомъ возмездія и учиненнымъ дѣяніемъ сообразно съ произведенной оцѣнкой учиненнаго, но это соотношеніе необходимо покоится на извѣстномъ представленіи о существованіи опредѣленныхъ требованій справедливости.

Въ прежнее время справедливая оцѣнка учиненнаго понималась въ смыслѣ установленія матеріальнаго внѣшняго равенства, таліона, между тѣмъ, что было сдѣлано, и тѣмъ, что въ отвѣтъ на сдѣланное теперь дѣлается. Начало: „око за око, зубъ за зубъ“, особенно ясно выражаетъ эту идею таліона [1]). Эта же идея проводилась Кантомъ, который въ подобномъ требованіи равенства (Gleichheit) чисто внѣшняго характера видѣлъ проявленіе общественной справедливости [2]). Онъ выставлялъ начало: per quod quis peccat, per idem punitur et idem [3]), и указывалъ, что тамъ, гдѣ этотъ принципъ не можетъ быть осуществленъ буквально, преступнику должно быть воздано зломъ, равнымъ преступленію по силѣ дѣйствія (der Wirkung nach). Но, само собою разумѣется, это требованіе является невыполнимымъ въ настоящее время. Поэтому уже послѣдователями Канта въ области уголовнаго права были выдвинуты иныя начала. Такъ, Цахаріе [4]) требовалъ не внѣшняго равенства, а равенства внутренняго, сводя всякое правонарушеніе

---

[1]) Въ нашемъ правѣ еще въ петровскомъ законодательствѣ прямо и наглядно выражалась въ законѣ эта идея талиона; ср. арт. 154 Воинскаго устава· „кто кого волею и нарочно, безъ нужды и безъ смертнаго страху умертвитъ или убьетъ его тако. что отъ того умретъ, онаго кровь паки отмстить и безъ всякой милости оному голову отсѣчь“.

[2]) Kant l. c. s. 227 замѣчаетъ· „Welche Art aber und welcher Grad der Bestrafung ist es, welche die öffentliche Gerechtigkeit, sich zum Principe und Richtmasse macht? Kein anderes als das Princip der Gleichheit (im Stande des Zongleins an der Wage der Gerechtigkeit) sich nicht mehr auf die eine als auf die andere Seite hinzuneigen... Nur das Wiedervergeltungsrecht (jus talionis), aber wohl zu verstehen, vor den Schranken des Gerichts (nicht in deinem Privaturteile) kann die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben“.

[3]) Ibid Zusatz s. 172.

[4]) Zachariä. Anfangsgründe des philosophischen Kriminalrechts 1805 § 42 ff.

къ посягательству на свободу и указывая на то, что въ любомъ наказаніи заключается наличность подобнаго посягательства. Съ другой стороны Шталь говорилъ о равенствѣ по степени проявляющагося господства въ преступленіи и наказаніи [1]). Наконецъ, Гегель выдвинулъ идею тождества (Identität) совершеннаго съ оказываемымъ на него воздѣйствіемъ, указывая на то, что это тождество нужно понимать въ смыслѣ равенства по цѣнности (Wert) [2]), и подчеркивая то, что это равенство можетъ быть лишь приблизительнымъ (nur eine Annährung zulässt), такъ какъ качественныя и количественныя свойства преступленія и его уничтоженія относятся къ сферѣ внѣшняго бытія, въ которой невозможны никакія абсолютныя опредѣленія [3]). Объ этой внутренней цѣнности говорятъ и современные криминалисты, требуя лишь въ этомъ отношеніи не равенства, какъ это выдвигалось въ прежнее время [4]), а извѣстной пропорціональности [5]), усматривая въ этомъ проявленіе принципа справедливаго возмездія [6]), или же идеи правильнаго права [7]). Причемъ нѣкоторые изъ нихъ говорятъ объ адэкватности зла, заключающагося въ наказаніи, съ зломъ, заключающимся въ правонарушеніи (Биркмейеръ) [8]), дру-

---

[1]) Stahl l. c. B. II, Ab. I s. 169 „in der Art und dem Masse, wie der Mensch sich aufgelehnt hat, so muss er auch wiedergedruckt werden".

[2]) Hegel l. c. s 99: „diese auf dem Begriffe beruhende Identität ist aber nicht die Gleichheit in der specifischen, sondern in deran sich seyenden Beschaffenheit der Verletzung—nach dem Werthe derselben".

[3]) Ib. s 100.

[4]) Впрочемъ, еще недавно нѣкоторые криминалисты выдвигали начало равенства. Такъ, Гельшнеръ (Hälschner l c I. s. 568) говорилъ: „...dass der Strafzwang fur den Verbrecher den gleichen Wert habe, wie der verbrecherische Zwang fur die Gesellschaft, den Staat, dass der Mass, in welchem der Zwang empfinden wird, auf beiden Seiten das gleiche sei".

[5]) Ср. напр. Merkel, Vergeltungsidee s. 693: „...die dem Masse der Verschuldung im Sinne der herrschenden Wertanschauungen proportionale Vergeltung". Эту пропорціональность требуютъ и такіе писатели, которые относятся отрицательно къ мысли о возможности использовать возмездіе въ видѣ цѣли наказанія, напр. Листъ, который требуетъ пропорціональности между наказаніемъ и преступнымъ настроеніемъ (Gesinnung) виновнаго (ср. Aufsätze, II, 409).

[6]) Ср. напр. van-Calker l. c. s. 35: „das Princip der gerechten Vergeltung, d. h. die Strafe ist zu bemessen proportional zu der Grösse der Schuld".

[7]) Ср. точку зрѣнія Тесажа (Tesar l. c. s. 1), который по поводу постулата пропорціональности между преступленіемъ и наказаніемъ замѣчаетъ: „Immer wieder wird, wie ich glaube auch mit Recht betont, dass dieses Princip so tief im Rechtsbewusstsein aller Völker gegründet erscheint, dass es geradezu die Erscheinungsform der Idee des richtigen Rechts hinsichtlich des Strafmasses bezeichnet werden kann".

[8]) Birkmeyer, Strafe s. 13: „soll die Strafe Vergeltung sein für ein Verbrechen, so muss sie ein dem Verbrechen adäquates Übel sein".

гіе же подчеркиваютъ требованіе приблизительнаго равенства по цѣнности преступленія и наказанія [1]), довольствуясь относительной эквивалентностью (relative Aequivalent), заключающейся въ возмездіи [2]).

И современное право показываетъ намъ, что въ области наказаній масштабомъ оцѣнки является представленіе о возможности установленія извѣстнаго приблизительнаго соотношенія между преступленіемъ и наказаніемъ. Въ этомъ отношеніи достаточно бросить взглядъ на любой уголовный кодексъ, какъ мы сейчасъ же можемъ убѣдиться, что его карательная система покоится на этомъ представленіи [3]). На основаніи тѣхъ или иныхъ соображеній указывается въ немъ общимъ образомъ размѣръ того наказанія, которое полагается за извѣстное преступленіе, и затѣмъ этотъ размѣръ увеличивается или уменьшается въ зависимости отъ ряда обстоятельствъ, которыя лежатъ въ самомъ преступленіи или внѣ его и при наличности которыхъ учиняется данное преступленіе. Въ любомъ кодексѣ мы находимъ цѣлую скалу преступленій, различныхъ по своей тяжести, и соотвѣтственно этому цѣлую скалу наказаній также различной тяжести. Одни преступленія, по господствующимъ воззрѣніямъ, признаются болѣе тяжкими, а другія менѣе тяжкими; въ соотвѣтствіи съ этимъ за болѣе тяжкія преступленія назначаются и болѣе тяжкія наказанія. Мы признаемъ напр. съ точки зрѣнія этихъ взглядовъ, что назначеніе за убійство денежнаго взысканія или выговора не соотвѣтствуетъ представленію

---

[1]) Ср. Beling (l. c. s. 67), который говоритъ, что оцѣнка происходитъ „ohne arithmetische Hilfsmittel und demnach ohne mathematische Exactheit"; тоже Kohler (l. c. s 39) — „eine annährende Exactheit der Ausgleichung", Allfeld (l. c. s. 73) — „eine annährende Wertgleichheit", Rohland (l. c. s. 14)—„es sich nicht um absolute Werte, sondern um Annährungswerte handelt"; Binding l. c. s. 172 находитъ даже: „dieser approximativer Ausgleich ist der einzige Strafzweck, den das positive Recht anerkennt".

[2]) Ср по этому поводу замѣчаніе Штерна (I Stern l. s. 46) о томъ, что дѣйствительная эквивалентность можетъ находиться въ рѣдкихъ только случаяхъ: „was den letzten Punkt betrifft, so sei nur daranerinnert, dass der Verbrecher stets das Verbrechen in einem aufgeregten Zustand begeht, während der Richter im Staat mit ruhiger Besonnenheit urteilt und straft".

[3]) Нужно однако имѣть въ виду, что современные кодексы до сихъ поръ сохраняютъ слѣды идеи таліона, господствовавшей въ старомъ правѣ. Таково напр. назначеніе смертной казни за предумышленное убійство во многихъ западноевропейскихъ законодательствахъ, усиленіе наказанія при лишеніи свободы въ зависимости отъ продолжительности послѣдняго. отвѣтственность за лжеприсягу во вредъ невиновному, сообразно съ тѣмъ наказаніемъ, которому подлежитъ оговоренный и т. п. (случаи эти между прочимъ отмѣчены въ большомъ количествѣ Гюнтеромъ; см. Günther l. c. B. III s. 327 и сл.).

о сравнительной тяжести этого преступленія, какъ съ другой стороны мы сказали бы то же объ угрозѣ въ законѣ смертной казнью за куреніе табаку. Вмѣстѣ съ тѣмъ мы видимъ, какъ принаравливается размѣръ наказанія въ конкретномъ случаѣ къ извѣстному преступленію въ виду особенностей послѣдняго. Это наглядно сказывается въ порядкѣ установленія отвѣтственности за отдѣльныя преступленія по мѣрѣ содѣяннаго виновнымъ. Въ любомъ кодексѣ мы найдемъ случаи, когда наказаніе, положенное за извѣстное преступленіе, усиливается въ зависимости отъ наступленія особыхъ послѣдствій учиненнаго: такова напр. система усиленія отвѣтственности при тѣлесныхъ поврежденіяхъ въ зависимости отъ наступленія тѣхъ или иныхъ послѣдствій, въ особенности при наличности ихъ смертельнаго исхода. Таковъ же смыслъ всей системы обстоятельствъ, увеличивающихъ или уменьшающихъ вину [1]). То же наблюдаемъ мы напр. и относительно порядка опредѣленія наказанія по совокупности преступныхъ дѣяній по т. н. системѣ сложенія и возвышенія наказаній.

§ 22. Въ виду того, что возмездіе, выражаемое при помощи извѣстнаго дѣйствія, вызываетъ тѣ или иныя психическія переживанія, какъ со стороны того, кто совершилъ то дѣяніе, которое влечетъ за собой возмездіе, такъ и со стороны третьихъ лицъ, будетъ ли это самъ потерпѣвшій или все общество, эти переживанія могутъ быть использованы и, какъ показываетъ опытъ прошлаго и настоящаго, постоянно бываютъ использываемы при самомъ осуществленіи возмездія. Отсюда представленіе о цѣляхъ, которыя могутъ быть достигаемы при помощи осуществленія возмездія [2]).

---

[1]) Ср. въ особенности ст. 129 улож. о нак. „вина учинившаго какое-либо преступленіе, а съ тѣмъ вмѣстѣ и мѣра слѣдующаго за сіе наказанія у в е л и ч и в а е т с я п о м ѣ р ѣ того: 1) ч ѣ м ъ б о л ѣ е былъ умыселъ..., 2) ч ѣ м ъ в ы ш е было его состояніе.., 3) ч ѣ м ъ б о л ѣ е противузаконны.. и т. д.

[2]) Люблинскій въ недавно вышедшей работѣ „О дѣйствіи наказанія“ (въ сборникѣ „Новыя идеи въ правовѣдѣніи“ 1914 г. № 1 стр. 14) указываетъ на необходимость замѣнить ученіе о цѣляхъ наказанія ученіемъ о его дѣйствіи, онъ говоритъ, что „неправильно приписывать наказанію тѣ или иныя цѣли Напротивъ того вполнѣ необходимо выяснить дѣйствіе наказанія въ связи съ другими явленіями соціальной жизни“; вмѣстѣ съ тѣмъ онъ подчеркиваетъ то, что его теорія выясняетъ „причинную, а не телеологическую связь наказанія съ другими соціальными явленіями“ (стр. 26). Но по поводу этого взгляда нужно замѣтить, что поскольку извѣстныя „дѣйствія“ наказанія, выражающіяся въ тѣхъ или иныхъ психическихъ переживаніяхъ общества и индивида, учитываются законодателемъ въ качествѣ желательныхъ результатовъ карательной дѣятельности государства, постолько они тѣмъ самымъ получаютъ значеніе цѣлей, къ которымъ стремится государство, примѣняя наказаніе.

Эти цѣли въ особенности выступаютъ на первый планъ тогда, когда возмездіе принимаетъ характеръ дѣятельности, въ которой оказывается заинтересованнымъ государство. Здѣсь акты возмездія (напр. наказаніе въ противоположность случаямъ мести) получаютъ опредѣленную цѣлевую окраску. И наличность такой цѣлевой окраски мы не можемъ отрицать ни въ области наказанія, ни въ области награды. Какъ наказаніе стремится къ достиженію опредѣленныхъ цѣлей, такъ то же самое мы должны сказать и относительно награды.

Самыя цѣли, которыя въ этомъ отношеніи могутъ быть указаны, представляются или общими цѣлями, которыя достигаются при любомъ осуществленіи возмездія, или же спеціальными, которыя имѣютъ въ виду опредѣленную форму проявленія его. Общей цѣлью, которая выдвигается при осуществленіи возмездія вообще, является то правовое воспитаніе и индивида и общества, которое достигается при помощи примѣненія и награды, и наказанія. Спеціальными же цѣлями, которыя преслѣдуются осуществленіемъ опредѣленныхъ формъ возмездія, являются въ отношеніи возмездія награждающаго укрѣпленіе мотивовъ поведенія, согласныхъ съ требованіями данной общественной среды—поощреніе къ дальнѣйшей полезной дѣятельности, а въ отношеніи возмездія карательнаго въ его различныхъ видахъ—исправленіе, устрашеніе и обезвреженіе, наряду съ удовлетвореніемъ потерпѣвшаго. Наличность этихъ спеціальныхъ цѣлей не подрываетъ однако значенія общей цѣли осуществленія возмездія, такъ что даже тамъ, гдѣ въ отношеніи индивида, подвергшагося наказанію, мы усматриваемъ лишь цѣль обезвреженія, мы видимъ, что и здѣсь имѣется въ виду оказать извѣстное воздѣйствіе на все общество, т. е. и здѣсь мы можемъ говорить о задачахъ общаго правового воспитанія, при осуществленіи котораго въ данномъ случаѣ интересы индивида вполнѣ приносятся въ жертву интересамъ общества.

Говоря о томъ, что наказаніе заключаетъ въ себѣ моментъ возмездія, а съ другой стороны подчеркивая то, что при помощи этого возмездія могутъ быть достигаемы различныя цѣли путемъ того воздѣйствія, которое можетъ производить возмездіе на общество и на индивида, мы тѣмъ самымъ выставляемъ то положеніе, что возмездіе является сущностью наказанія, а не его цѣлью. Возмездіе наполняетъ институтъ наказанія опредѣленнымъ содержаніемъ, придаетъ ему опредѣленный смыслъ и тѣмъ самымъ даетъ возможность отличить отъ него другіе сходные институты, являющіеся такъ же, какъ и наказаніе, средствами правовой охраны. Цѣли же, которыя могутъ быть достигаемы при помощи возмездія, могутъ быть раз-

личны; онѣ могутъ мѣняться въ зависимости отъ степени культурнаго развитія данной общественной среды, но онѣ не могутъ и не должны прикрывать собой внутренняго содержанія наказанія, его сущности, которою является возмездіе, т. е. воздѣйствіе на учиненное, заключающее въ себѣ его оцѣнку. И, какъ въ отношеніи награды, мы можемъ выставить то положеніе, что ея внутреннее содержаніе, ея сущность есть возмездіе за учиненное, такъ то же самое мы должны сказать и относительно наказанія.

Нужно однако замѣтить, что въ литературѣ уголовнаго права сравнительно немногіе криминалисты стоятъ на этой единственно правильной точкѣ зрѣнія на роль возмездія въ понятіи наказанія. Такъ, на этой точкѣ зрѣнія стоитъ Штоссъ, указывая на то, что справедливое возмездіе не есть цѣль наказанія, а его сущность (Wesen), [1]) и замѣчая, что возмездіе есть средство пріостановить преступленіе и осуществить уголовную защиту (Strafschutz) [2]). Ульльманъ находитъ, что „наказаніе есть по своей сущности возмездіе... Наказываютъ, замѣчаетъ онъ, не ради самого наказанія, но всякое уголовно-правовое возмездіе заключаетъ въ себѣ отношеніе цѣли (Zweckbeziehung)“ [3]). Франкъ говоритъ о томъ, что содержаніемъ наказанія, притомъ существеннымъ для самаго его понятія, является возмездіе; но „возмездіе, прибавляетъ онъ, не является цѣлью наказанія. Его цѣль—поддержаніе соціальнаго порядка... Наказываютъ не для того, чтобы воздать, а воздаютъ, наказывая (man vergilt strafend), ради указанной цѣли“ [4]). Макаревичъ, имѣя въ виду пониманіе наказанія, какъ возмездія, замѣчаетъ, что относительно сущности наказанія исключенъ всякій произволъ теоретика [5]). По словамъ М. Э. Майера, совершенно неправильно считать возмездіе цѣлью наказанія, такъ какъ, если возмездіе является сущностью наказанія—а въ этомъ не можетъ быть сомнѣнія,—то выраженія: „возмездіе есть цѣль наказанія“ и „наказаніе есть для самого себя цѣль“ являются тождественными [6]). Другіе писатели, хотя прямо и не говорятъ, что возмездіе есть сущность наказанія, но, такъ какъ они отрицаютъ за возмездіемъ значеніе цѣли наказанія, то ясно, что, посколько они при-

---

[1]) Stooss. Strafe und sichernde Massnahme (Schw. Zeitschrift fur Strafrecht B 14 s. 387); то же въ Lehrbuch s. 191.

[2]) Stooss, Lehrbuch s. 191.

[3]) Ullman l. c. s. 35.

[4]) Frank l. c. s. 22.

[5]) Makarewicz. Das richtige Recht (Z. 26 s. 948).

[6]) M. E. Mayer l. c. s. 162.

знаютъ возмездіе существеннымъ моментомъ наказанія, они могутъ понимать его именно только, какъ сущность наказанія, какъ его внутреннее содержаніе. Такъ, если Листъ признаетъ наказаніе возмездіемъ, но тѣмъ не менѣе отрицаетъ за возмездіемъ нормативный характеръ, то ясно, что для него возмездіе должно быть сущностью наказанія [1]); въ этомъ отношеніи съ нимъ согласенъ Делаки [2]). Однако не только указанные писатели, отрицающіе нормативное значеніе за моментомъ возмездія, отрицаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и возмездіе, какъ цѣль наказанія, но и другіе криминалисты изъ числа представителей противуположнаго направленія высказываютъ также положеніе о томъ, что возмездіе не есть цѣль наказанія. Такъ, Эткеръ замѣчаетъ: „возмездіе не есть цѣль наказанія. Утвержденіе обратнаго тождественно съ выраженіемъ: государство наказываетъ для того, чтобы наказать, награждаетъ для того, чтобы награждать. Государство наказываетъ, государство награждаетъ, это значитъ: оно воздаетъ“ [3]); Белингъ говоритъ, что идея возмездія можетъ быть возведена въ цѣль наказанія лишь съ точки зрѣнія идеалистическаго міросозерцанія [4]); Шетензакъ указываетъ на то, что возмездіе не есть цѣль наказанія... государство воздаетъ не ради этической потребности, какъ таковой, а для охраны правовыхъ благъ... наказаніе есть охраняющее возмездіе (schirmende Vergeltung) [5]), а Алльфельдъ признаетъ, что наказаніе есть логически возмездіе, и всякое наказаніе есть необходимо возмездіе [6]); цѣлью же наказанія онъ считаетъ охрану правопорядка (Bewährung der Rechtsordnung) [7]).

Такимъ образомъ съ точки зрѣнія указанныхъ криминалистовъ не вызываетъ никакихъ сомнѣній правильность установленія того положенія, что возмездіе есть сущность наказанія, т. е. его внутреннее содержаніе, и что безъ него немыслимо самое наказаніе. Однако для огромнаго большинства криминалистовъ вопросъ о роли возмездія въ понятіи наказанія получаетъ совершенно иное разрѣшеніе. По ихъ взглядамъ, возмездіе есть не

---

[1]) Впрочемъ, прежде въ Lehrbuch'ѣ онъ выставлялъ, какъ было указано выше, иное положеніе (см. стр. 162 пр. 2).

[2]) Delaquis. Die Umbildung des Strafbegriffs im modernen Kriminalrecht (Z. 32 s. 682).

[3]) Oetker. Rechtgüterschutz s. 549.

[4]) Beling l. c. s. 35.

[5]) Schötensack l. c. s. 21, 23.

[6]) Allfeld l. c. s. 50.

[7] Ib. s. 56.

сущность наказанія, а его цѣль. И это положеніе для большинства писателей даннаго направленія представляется настолько яснымъ, что они не останавливаются даже на его обоснованіи, и лишь немногіе изъ его защитниковъ считаютъ нужнымъ указать, почему они придаютъ возмездію значеніе цѣли наказанія и не находятъ возможнымъ видѣть въ немъ сущность наказанія. Такъ, Роландъ, исходя изъ общаго соображенія о томъ, что цѣль извѣстнаго мѣропріятія является рѣшающей для его внѣшняго выраженія (Gestaltung) и что поэтому изъ свойства его можно дѣлать выводъ о той цѣли, которую преслѣдуютъ посредствомъ него, находитъ, что при такой зависимости содержанія отъ цѣли нельзя и при наказаніи отдѣлять другъ отъ друга содержаніе возмездія и цѣль послѣдняго, „такъ какъ прежде всего цѣль возмездія создала характеръ наказанія, какъ возмездія (denn erst der Vergeltungszweck hat den Vergeltungsinhalt der Strafe geschaffen)"; всякое наказаніе, которое производитъ возмездіе, замѣчаетъ онъ, указываетъ на то, что оно вызвано цѣлью возмездія, причемъ эта цѣль можетъ выступать, какъ цѣль въ себѣ, какъ при мести, или же, какъ средство для болѣе высокой цѣли, какъ при государственномъ наказаніи [1]). Относительно этого взгляда Роланда нужно однако замѣтить, что отождествлять самое содержаніе явленія съ его цѣлью и предполагать, чтобы одно и то же явленіе представлялось одновременно и содержаніемъ другого явленія и вмѣстѣ съ тѣмъ его цѣлью, невозможно. Цѣль института, какъ вполнѣ правильно замѣтилъ еще Іерингъ, лежитъ всегда внѣ его содержанія [2]). Нельзя, конечно, отрицать того, что то или иное содержаніе явленія можетъ ближе указывать на цѣль, которая, благодаря этому содержанію можетъ быть легче и проще достигнута, равно какъ нельзя отрицать и того, что стремленіе къ достиженію извѣстной цѣли можетъ имѣть рѣшающее значеніе при выборѣ той или другой мѣры, направленной на достиженіе этой цѣли, но это обстоятельство, само по себѣ взятое, не даетъ еще намъ возможности говорить о томъ, что цѣль явленія есть то же, что и его содержаніе.

Другой криминалистъ того же направленія—Биркмейеръ находитъ даже логически несостоятельнымъ противуположеніе возмездія, какъ сущности наказанія и какъ его цѣли. Если наказаніе есть возмездіе, замѣчаетъ онъ, то невозможно при помощи его стремиться къ чему-нибудь другому, что не является исключи-

[1]) Rohland l. c. s. 23.

[2]) Ihering. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. B. II, 2 s. 365

тельно или на первомъ мѣстѣ возмездіемъ. Наказаніе есть возмездіе и дѣйствуетъ поэтому, какъ таковое. Если какое-нибудь средство, прибавляетъ онъ, способно вызывать различныя послѣдствія, если оно такимъ образомъ пригодно для достиженія различныхъ цѣлей, то употребляющій это средство долженъ стремиться къ этимъ цѣлямъ въ томъ порядкѣ ихъ слѣдованія (Reihenfolge), который заключаетъ въ себѣ природа этого средства. Природа же наказанія есть возмездіе. Ради его дѣйствія именно, какъ возмездія, мы должны его употреблять въ первую очередь, если мы вообще хотимъ пользоваться имъ для борьбы съ преступленіями. И это дѣйствіе его оправдываетъ постановку на первый планъ (voranzustellen) цѣли возмездія [1]). Наказаніе, говоритъ онъ, есть возмездіе и тѣмъ самымъ репрессія и назначается съ цѣлью возмездія (die Strafe ist Vergeltung und damit Repression und wird zum Zwecke der Vergeltung verhängt) [2]). Однако этотъ взглядъ лучше всего опровергается писателемъ, принадлежащимъ къ тому же лагерю, что и самъ Биркмейеръ,—Алльфельдомъ. Алльфельдъ возражаетъ противъ признанія нелогичности противуположенія сущности и цѣли наказанія и замѣчаетъ, что наоборотъ это противуположеніе есть логически единственно возможное, если возмездіе разсматривать, какъ сущность наказанія. „Какъ къ питанію, замѣчаетъ онъ, относится то, что въ организмъ вводятся соотвѣтственныя вещества, цѣлью же питанія является не это введеніе веществъ, а поддержаніе жизни, такъ и цѣль наказанія, если оно есть возмездіе, должно искать гдѣ-нибудь въ другомъ мѣстѣ, а не въ возмездіи“ [3]). Къ этому надо прибавить, что Биркмейеръ, собственно говоря, исходитъ изъ предположенія о доказанности того, что еще нуждается въ доказательствѣ. Почему, если наказаніе есть возмездіе, то при помощи его можно стремиться лишь къ тому, что является возмездіемъ, и почему въ наказаніи цѣль возмездія должна быть выдвинута на первый планъ? Однако всѣ эти разсужденія Биркмейера станутъ понятными, если мы вспомнимъ, что онъ въ понятіи возмездія выдвигаетъ на первое мѣсто

---

[1]) Birkmeyer, Strafe s 19.

[2]) Ib. s. 20 Впрочемъ, въ другой своей работѣ, болѣе ранней, Биркмейеръ придерживался иного мнѣнія (Birkmeyer. Gedanken zur bevorstehenden Reform der deutschen Strafgesetzgebung. Archiv für Strafrecht 48 s 92 n. 60); именно онъ указывалъ здѣсь на то, что понятіе возмездія въ высшей степени спорно, и объяснялъ это тѣмъ, что при этомъ не всегда достаточно разграничиваются содержаніе и цѣль возмездія. „Содержаніе возмездія, говорилъ онъ, есть отплата (Erwiederung) равнымъ за равное, цѣль же возмездія—искупленіе (Sühne) по отношенію къ правопорядку и удовлетвореніе по отношенію къ потерпѣвшему“.

[3]) Allfeld l. c. s. 56 n 1.

заглаженіе учиненнаго. Возмездіе заглаживаетъ учиненное и по самой своей сущности должно къ этому стремиться. Содержаніе явленія и его цѣль здѣсь сливаются другомъ съ другомъ. И въ этомъ отношеніи можно вполнѣ согласиться съ тѣмъ замѣчаніемъ, которое дѣлаетъ Клейнфеллеръ относительно представленія о томъ, что справедливое возмездіе есть цѣль наказанія. По его мнѣнію, „если справедливость наказанія обусловливается его дѣйствительностью (Wirksamkeit), а это послѣднее обусловлено цѣлью наказанія, то само справедливое возмездіе не можетъ быть цѣлью наказанія“ [1])

Однако большинство современныхъ криминалистовъ, какъ указано было выше, выдвигая возмездіе, какъ элементъ наказанія, и подчеркивая, что возмездіе является цѣлью наказанія, не считаютъ даже нужнымъ дать ближайшее обоснованіе этого взгляда; данное положеніе представляется имъ не вызывающимъ сомнѣній. При этомъ однако по вопросу о томъ, какое значеніе слѣдуетъ придавать этой цѣли наказанія, мнѣнія криминалистовъ значительно расходятся другъ съ другомъ. Такъ, одни писатели говорятъ, что возмездіе—постоянная и необходимая цѣль наказанія, тогда какъ другіе указываютъ на то, что она не есть необходимая его цѣль, наконецъ, многіе, выдвинувъ эту цѣль на первый планъ, вслѣдъ за тѣмъ указываютъ на другія цѣли, которыя преслѣдуются наказаніемъ. Но уже самый фактъ существованія на ряду съ возмездіемъ, какъ особо выдвинутой цѣлью наказанія, цѣлаго ряда другихъ цѣлей, казалось бы, должно было навести на мысль о томъ, что, очевидно, возмездіе не есть цѣль наказанія, разъ ему придается совершенно особое значеніе въ ряду другихъ цѣлей. Впрочемъ, съ другой стороны мы должны замѣтить, что если возмездіе понимается, какъ удовлетвореніе или общее предупрежденіе, вполнѣ естественно было признавать его цѣлью наказанія.

Такъ, мы уже видѣли, что для Ламмаша возмездіе является одной изъ постоянныхъ или общихъ цѣлей наказанія [2]), тогда какъ для Гейнце возмездіе—одна изъ случайныхъ его цѣлей, такъ какъ сущность наказанія онъ видитъ въ исполненіи извѣстной обязанности (Strafleistung) [3]); точно также для Фингера она не есть существенная цѣль [4]), въ то время, какъ Каль считаетъ ее главной (prinzipal) цѣлью наказанія [5]); наконецъ, Кэлеръ признаетъ возмездіе не за конечную цѣль (der letzte Zweck), а за промежуточ-

[1]) Kleinfeller. Die Bekämpfung des Verbrechens. 1889 s 10.
[2]) См. выше стр. 142.
[3]) Heinze l. c. s. 332.
[4]) См. выше стр. 145.
[5]) Kahl l. c. s 99 b

ную (Zwischenzweck) среди другихъ цѣлей [1]). Цѣль возмездія, въ смыслѣ заглаженія, признаетъ и Меркель [2]), равно какъ и большинство послѣдователей т. н. третьей школы [3]), напр. Липманнъ и Гиппель; по словамъ послѣдняго, возмездіе есть особенно важная цѣль наказанія, которую никогда нельзя упускать изъ виду, хотя онъ и находитъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что могутъ быть случаи, когда перевѣсъ берутъ другія цѣли, напр. при этически-безразличной полицейской неправдѣ [4]). Эту цѣль возмездія онъ ставитъ на ряду съ другими двумя цѣлями—общимъ и спеціальнымъ предупрежденіемъ [5]) и подчеркиваетъ, что возмездіе есть лишь одна изъ цѣлей наказанія, не болѣе и не менѣе [6]). Точно также, по словамъ Лиліенталя, возмездіе есть лишь одна изъ цѣлей наказанія [7]), Роландъ же замѣчаетъ, что возмездіе есть ближайшая, а не конечная цѣль наказанія (der nächste, nicht der Endzweck) [8]). Цѣль возмездія въ понятіи наказанія выдвигаютъ кромѣ того Вассерманъ [9]), Бюттнеръ [10]) и составители проекта германскаго уголовнаго уложенія [11]).

---

[1]) Kohler l. c. s. 80 и 84. То же повторяетъ Роведдеръ (Rohwedder l. c. s. 111. „Vergeltung—Zwischenzweck und selbst wieder ein Mittel zur Erreichung des hochsten Zwecks des Staats-und Rechtsschutzes").

[2]) Merkel. Lehrbuch s. 187· „Gegenwirkung... Ausgleichung bezweckt".

[3]) Нужно замѣтить, что та характеристика этой третьей школы, которая дѣлается Гиппелемъ (Hippel, Vorentwurf Z. 30 s. 876)· „sie hält fest am Vergeltungsgedanken, aber unter Ablehnung einer ausschliesslichen Alleinherrschaft derselben. Sie betrachtet den Vergeltungszweck der Strafe als einen hochwichtigen, nie zu vernachlässigenden, aber nur als einen neben anderen Zwecken" не соотвѣтствуетъ дѣйствительности въ отношеніи всѣхъ тѣхъ писателей, которые приводятся имъ въ качествѣ представителей этой школы, именно онъ называетъ (кромѣ себя) Меркеля, Бара, Ламмаша, Штосса, Франка, Липманна; но напр. Франкъ и Штоссъ видятъ, какъ указано было выше (стр. 199), въ возмездіи сущность наказанія, а не его цѣль. Съ другой стороны между взглядами Меркеля и другихъ криминалистовъ этой группы имѣется большое различіе по многимъ вопросамъ, связаннымъ съ понятіемъ возмездія.

[4]) Hippel. Strafrechtsreform l. c. s. 10.

[5]) Hippel. Vorentwurf s. 881.

[6]) Hippel Willensfreiheit und Strafrecht. 1903 s. 28.

[7]) Lilienthal. Die internationale kriminalistische Vereinigung und ihre Zielpunkte (Z. 14 s. 695).

[8]) Rohland l c. s. 19.

[9]) Wasserman. Methodenlehre und Strafrechtswissenschaft (Z. 31 s. 470); онъ признаетъ цѣлью наказанія „справедливое" возмездіе на ряду съ другими цѣлями, считая однако возмездіе само по себѣ сущностью наказанія.

[10]) Büttner l. c. s. 295.

[11]) Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Allg. Teil. Begründung s. IX; здѣсь одновременно цѣлями наказанія признаются: „Vergeltung, Besserung, Schutz der Gesellschaft, General-und Specialprävention".

При этомъ нужно имѣть въ виду, что тѣ писатели, которые признаютъ возмездіе цѣлью наказанія, исходятъ вмѣстѣ съ тѣмъ изъ представленія о томъ, что возмездіе, какъ цѣль наказанія, есть моментъ, имѣющій нормативное значеніе. Особенно настаиваетъ на нормативномъ характерѣ понятія возмездія Биркмейеръ, говоря о томъ, что наказаніе есть и должно быть возмездіемъ [1]). То же вслѣдъ за нимъ повторяютъ Наглеръ [2]), Шетензакъ [3]) и Вассерманъ [4]). На этой же точкѣ зрѣнія стоятъ и другіе писатели, которые не раздѣляютъ основныхъ принциповъ Биркмейера, напр. Меркель [5]) и Липманнъ [6]).

Однако, поскольку мы исходимъ изъ представленія о томъ, что возмездіе образуетъ содержаніе наказанія, а не его цѣль, мы должны признавать, что моментъ возмездія есть лишь дескриптивный моментъ въ понятіи наказанія и что изъ самаго понятія возмездія, какъ такового, нельзя извлечь принципа для карательной дѣятельности—его надо искать въ другомъ мѣстѣ. Принципъ возмездія говоритъ лишь о томъ, что въ возмездіи заключается воздѣйствіе на учиненное въ соотвѣтствіи съ оцѣнкой послѣдняго, но этотъ принципъ самъ по себѣ не указываетъ, какъ должна происходить эта оцѣнка и чѣмъ надо руководствоваться при ея установленіи; оцѣнка учиненнаго происходитъ на основаніи извѣстныхъ воззрѣній, живущихъ въ данной средѣ и указывающихъ намъ, какъ надо понимать значеніе учиненнаго, какъ виновнаго посягательства на существующій правопорядокъ; эти воззрѣнія указываютъ на тотъ размѣръ наказанія, который слѣдуетъ наложить за извѣстное правонарушеніе; въ этихъ именно воззрѣ-

---

[1]) Birkmeyer. Strafe s. 19.

[2]) Nagler. Verbrechensprophylaxe s. 141: „nur der Vergeltungsgedanke im Sinne der objectiven Genugtuung kann das Strafrechtsprincip bilden".

[3]) Schotensack l. c. s. 21: „Vergeltung schliesst aber weiter ein normatives Element in sich".

[4]) Wasserman l. c. s. 646.

[5]) Merkel. Lehrbuch s. 187: „...die Strafe... was sie ihrem wesentlichen Endzwecke gemäss leisten soll, subsumirt sie sich dem Begriff der Vergeltung". Впрочемъ, иначе оцѣниваетъ ученіе Меркеля Кольраушъ (Kohlrausch. Descriptive und normative Elemente s. 284), замѣчая: „sein Vergeltungsbegriff enthält lediglich descriptive Elemente, die Vergeltungsidee aber, mit der heute gearbeitet wird, ist eine normative"; при этомъ онъ основывается на словахъ Меркеля. „ihr Mass in der Bedeutung der Übeltaten für diese Aufrechterhaltung wie sie in der herrschenden Anschauungen spiegelt" (Vergeltungsidee s. 694); вѣрныя возраженія дѣлаютъ противъ такого пониманія ученія Меркеля Роландъ (Rohland l c. s. 21) и Кэлеръ (Kohler l. c. s. 16).

[6]) Liepmann. Strafrechtsreform. s. 18 n. 26; кромѣ того s. 19: „die Vergeltung wird stets die nächstliegende und bei schweren Delikten nicht zu entbehrende Funktion der Strafe sein".

ніяхъ, а не въ самомъ возмездіи, какъ таковомъ, какъ учитъ Биркмейеръ [1]), мы можемъ искать принципъ мѣры наказанія. Однимъ словомъ, изъ наличности принципа возмездія можно сдѣлать выводъ о томъ, что должно быть соотвѣтствіе между преступленіемъ и воздѣйствіемъ на него, но онъ ближе не говоритъ, въ чемъ это соотвѣтствіе должно въ дѣйствительности заключаться.

Нужно при этомъ обратить вниманіе на то, что, поскольку современные представители теорій возмездія признаютъ возмездіе, какъ одну изъ цѣлей наказанія наряду съ другими цѣлями, постолько у нихъ наказаніе понимается, не какъ самоцѣль (Selbstzweck); и въ этомъ отношеніи, какъ вѣрно замѣчаетъ Бюттнеръ, новыя теоріи возмездія отличаются отъ старыхъ абсолютныхъ тѣмъ, что онѣ выдвигаютъ возмездіе въ новомъ выраженіи (Gestaltung), въ одѣяніи идеи цѣли [2]). Неправы поэтому тѣ, кто всѣмъ вообще теоріямъ возмездія приписываютъ то, что является вѣрнымъ лишь относительно теорій абсолютныхъ, и даже отрицаютъ возможность иного представленія о сущности теорій возмездія. Съ этой точки зрѣнія неправъ Таганцевъ, когда онъ, имѣя въ виду теоріи возмездія вообще, замѣчаетъ, что „представленіе о какой-либо государственной дѣятельности, имѣющей характеръ рефлективный и инстинктивный, не мирится съ идеей современнаго государства“ [3]), и что „если мы будемъ утверждать, что только такое наказаніе, которое удовлетворяетъ цѣлямъ полезности, въ данномъ случаѣ и будетъ справедливымъ, и что въ примѣненіи такого наказанія будетъ заключаться справедливое возмездіе..., то, какъ бы мы ни называли такую доктрину, она не подойдетъ подъ теорію возмездія“ [4]). Впрочемъ, нужно замѣтить, что и теперь нѣкоторые писатели все-таки понимаютъ наказаніе въ старомъ смыслѣ, какъ заключающее цѣль въ себѣ. На этой точкѣ зрѣнія стоятъ напр. Колеръ. ученіе котораго было выше разсмотрѣно [5]), и Лассонъ, который прямо говоритъ, что наказаніе, какъ таковое, не имѣетъ вообще никакой цѣли; наказываютъ потому, что наказаніе справедливо и разумно, а не для того, чтобы достигнуть посредствомъ наказанія чего-нибудь внѣшняго

---

[1]) Birkmeyer, Strafe s. 13: „die Strafe als Vergeltung schliesst zugleich... ein Massprincip in sich“.

[2]) Buttner l. c. s. 294.

[3]) Таганцевъ в. с. II стр. 909.

[4]) Тамъ же стр. 911

[5]) См. стр. 127 и слѣд.

(Ausserliches) [1]). Эта же точка зрѣнія сквозитъ въ разсужденіяхъ Гейльборна, который, строго различая общее предупрежденіе и возмездіе, замѣчаетъ, что возмездіе наступаетъ не ради цѣли общаго предупрежденія и вмѣстѣ съ тѣмъ не ради соціальнаго порядка,—наказаніе есть всегда лишь реакція въ отношеніи прошлаго [2]).

При этомъ слѣдуетъ отмѣтить, что многіе современные криминалисты—представители теорій возмездія, для ближайшей характеристики самой цѣли наказанія, какъ возмездія, выставляютъ представленіе о томъ, что возмездіе, заключающееся въ наказаніи, установляется для поддержанія авторитета государства. Эта мысль далеко не нова. Ее много лѣтъ тому назадъ проповѣдывалъ знаменитый Карпцовъ [3]), ее же отстаивалъ недавно Биндингъ [4]), а у насъ вслѣдъ за нимъ Сергѣевскій, хотя онъ и не говорилъ о томъ, что наказаніе есть возмездіе [5]). Теперь эту мысль выдвигаетъ Белингъ, замѣчая, что о возмездіи нельзя говорить, что оно есть „защита правовыхъ благъ посредствомъ нарушенія правовыхъ благъ": оно есть защита только одного блага—авторитета государства [6]), и указывая на то, что государственное возмездіе есть громоотводъ противъ опасности потери авторитета [7]). Исходя изъ этого положенія и руководствуясь исключительно имъ, онъ указываетъ на то, что государство должно отказываться отъ примѣненія наказанія, коль скоро оно усматриваетъ, что въ конкретномъ случаѣ возникаетъ извѣстный вредъ для его авторитета отъ примѣненія наказанія [8]). По поводу этого взгляда приходится сказать, что „авторитетъ государства" есть голая формула, которая должна еще наполниться опредѣленнымъ содержаніемъ. Этотъ авторитетъ государства охраняется не самъ по себѣ взятый, а ради другихъ благъ. Притомъ, какъ говоритъ Эткеръ, разбирая точку зрѣнія Белинга, „отдѣльныя преступленія не грозятъ ниспроверженіемъ государственному авторитету, а потому

---

[1]) Lasson. System der Rechtsphilosophie. 1882 s. 533.

[2]) Heilborn. Die kurze Freiheitsstrafe. 1908 s. 74 ff.

[3]) Carpzow. Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium, II qu 101 nr. 10 ff. „prima ratio puniendorum delictorum ut dignitas auctoritasque ejus, in quem peccatum fuit, conservetur, ne scilicet praetermissa animadversio contemptum magistratui pariat".

[4]) Binding. Grundriss s. 234 говоритъ о „Bewährung der Autorität der verletzten Gesetze".

[5]) Сергѣевскій в. с. стр. 110.

[6]) Beling l. c. s. 43.

[7]) Ib. s. 69.

[8]) Ib. s. 47—49.

и поддержаніе его не можетъ быть опредѣленной цѣлью наказанія... Для достиженія своихъ цѣлей государство нуждается въ авторитетѣ. Этотъ авторитетъ есть такимъ образомъ средство для цѣли, а не самоцѣль“ [1]). Съ другой стороны совершенно вѣрно замѣчаетъ Липманнъ, что существуютъ наказанія, которыя вообще не касаются государственнаго авторитета и которыя его потрясаютъ еще тяжелѣе, чѣмъ самая ненаказуемость [2]). И въ этомъ отношеніи совершенно правильно поступаетъ Сергѣевскій, посколько онъ въ концѣ концовъ считаетъ нужнымъ наполнить свою формулу извѣстнымъ содержаніемъ, признавая, что выставленная имъ общая задача наказанія—поддержаніе авторитета велѣній законодателя „съ точки зрѣнія отдѣльныхъ лицъ сводится къ созданію чувства уваженія къ закону, чувства легальности; съ точки зрѣнія всего общества—къ дисциплинѣ передъ закономъ, силѣ, дѣйствующей, пожалуй, и не сознательно, аналогично съ силой привычки“ [3]). Но, понимаемая въ такомъ смыслѣ, эта цѣль поддержанія авторитета велѣній законодателя имѣетъ уже другое значеніе. Это—цѣль общаго предупрежденія, цѣль правового воспитанія массъ.

Другіе писатели эту цѣль наказанія, какъ возмездія, напротивъ того понимаютъ иначе, именно какъ цѣль защиты правовыхъ благъ. Такъ, напр. Эткеръ называетъ наказаніе охраняющимъ возмездіемъ (schützende Vergeltung), указывая на то, что возмездіе примѣняется не для него самого, а для защиты правовыхъ благъ [4]), и подчеркивая при этомъ, что и охраняющая и воздающая функціи наказанія одинаково для него существенны [5]).

Но если сторонники современныхъ теорій возмездія, представители т. н. классической и т. н. третьей школы, стоятъ на

[1]) Oetker. Zum Streite der Strafrechtsschulen s. 90.

[2]) Liepmann. Die Lehre von Verbrechen und Strafe von A. Merkel s. XXVII n. 3, къ этому онъ прибавляетъ: „Man denke an wirkungslose Strafen, über die der Bestrafte spottet, an Strafe, die ganze Stände als ungerecht empfinden (Delikte im Wahl-und Lohnkampf), oder an Strafe, die den Betroffenen lediglich in seiner Kraft brechen, ohne dass irgend jemand, ausser vielleicht der Richter, der die Strafe ausspricht, in ihr eine sittliche Idee empfindet“.

[3]) Сергѣевскій в. с. стр. 110.

[4]) Oetker. Strafe und Lohn s. 9 ff.; въ Rechtsgüterschutz s. 549 онъ считаетъ цѣлью наказанія общее предупрежденіе.

[5]) Ib. s. 11. На той же точкѣ зрѣнія онъ стоитъ въ своей послѣдней работѣ „Zum Streite der Strafrechtsschulen“ s. 90, гдѣ онъ говоритъ: „wahre Vergeltung ist nur zum Schutze der Güter, die der Staat als Existenzbedingungen der sittlich sozialen Gemeinschaft erkennt hat und durch seine die Anforderungen der sozialen Ethik fortschreitend erfüllende Gesetzgebung zu wahren bestrebt ist“. Тотъ же взглядъ проводятъ и другіе писатели, напр. Schötensack l. c. s. 23, Allfeld l. c. s. 56.

той точкѣ зрѣнія, что возмездіе не исключаетъ извѣстныхъ цѣлей наказанія, то такимъ образомъ падаетъ то противуположеніе воздающаго (Vergeltungstrafe) и цѣлеваго наказанія (Zweckstrafe), которое могло вытекать лишь изъ представленія о возмездіи, какъ о самоцѣли. И въ настоящее время на признаніи этого положенія сходятся представители всѣхъ направленій въ литературѣ уголовнаго права. Такъ, Листъ еще въ одной изъ самыхъ раннихъ своихъ работъ выставилъ то положеніе, что „охраняющее наказаніе есть воздающее наказаніе“ (die Schutzstrafe ist die Vergeltungstrafe) [1]), а Меркель съ другой стороны призналъ, что противуположеніе воздающаго и цѣлевого наказанія не имѣетъ смысла [2]). Эту послѣднюю точку зрѣнія въ особенности подчеркиваетъ въ настоящее время Липманнъ, указывая на то, что не можетъ быть проведена рѣзкая граница между репрессіей и превенціей [3]) и что въ дѣйствительности вопросъ долженъ быть поставленъ о томъ, въ какомъ объемѣ наказанія могутъ и должны выполнять профилактическія функціи [4]). То же повторяютъ и весьма многіе представители теорій возмездія въ ихъ новѣйшемъ выраженіи. Такъ, напр. ванъ-Калькеръ замѣчаетъ, что „идея возмездія съ перваго своего появленія въ сознаніи народовъ, какъ и въ сознаніи инвдивида, заключаетъ въ себѣ цѣлевое отношеніе—воспрепятствованіе наступленію вновь уже перенесеннаго (erduldeten) нарушенія посредствомъ реагированія противъ перваго нападенія“ [5]); Гафтеръ указываетъ, что цѣлевое наказаніе соціологической школы не исключаетъ идеи возмездія, но пробуждаетъ ее къ новой болѣе сильной жизни [6]); Эткеръ находитъ, что противуположеніе наказанія воздающаго и наказанія охраняющаго совершенно непонятно, потому что въ зависимости отъ того смысла, который придается охраняющему наказанію, оно или совпадаетъ съ воздающимъ наказаніемъ, или же не является вовсе наказаніемъ [7]). Наконецъ, въ томъ же смыслѣ высказывается и глава современныхъ представителей теоріи возмездія—Биркмейеръ. По его словамъ, „наказаніе за учиненныя преступленія

---

[1]) Liszt. Der Zweckgedanke im Strafrecht (Aufsätze I s. 174).

[2]) Merkel. Vergeltungsidee s. 703: „die allgemeine Gegenüberstellung von Vergeltungs-und Zweckgedanke hat keinen Sinn“.

[3]) Liepmann. Die Lehre von Verbrechen s. XXVII.

[4]) Ib. s. XXX. Эту мысль онъ высказывалъ и раньше въ Einleitung s. 188.

[5]) van-Calker. Vervollkommnungsidee und Entwicklungsgedanke im Strafrecht (Z. 32 s. 160).

[6]) Hafter l. c. s. 230.

[7]) Oetker. Strafe und Lohn s. 6.

должно происходить по началу справедливаго возмездія. Такое регулированіе (Regulung) уголовнаго права, замѣчаетъ онъ, есть вмѣстѣ съ тѣмъ и самое цѣлесообразное. Ибо нѣтъ ничего болѣе ошибочнаго, какъ противуположеніе идеи возмездія цѣлевому наказанію. Справедливость есть первая и важнѣйшая цѣль государственнаго законодательства; въ области же уголовнаго права справедливость состоитъ въ справедливомъ возмездіи. Такимъ образомъ справедливое воздающее наказаніе есть въ то же время лучшее цѣлевое наказаніе (die gerechte Vergeltungsstrafe ist also zugleich die beste Zweckstrafe)“ [1]); къ этому онъ еще прибавляетъ, что, „хотя наказаніе по своей цѣли есть не превенція, а репрессія, такъ какъ назначается для того, чтобы воздать, а не для того, чтобы охранять, но тѣмъ не менѣе возможно и желательно предупреждать посредствомъ воздающаго наказанія, что и достигается, какъ посредствомъ угрозы наказаніемъ, такъ и посредствомъ организаціи самаго исполненія наказанія“ [2]).

Такимъ образомъ мы видимъ, что и сторонники классическаго направленія и сторонники соціологическаго направленія, не говоря уже о представителяхъ т. н. третьей школы, сходятся другъ съ другомъ въ томъ отношеніи, что они одинаково допускаютъ въ наказаніи моментъ возмездія и одинаково признаютъ, что наказаніе должно преслѣдовать опредѣленныя цѣли [3]). Различіе между ними заключается не въ томъ, какъ нужно понимать наказаніе, а въ томъ, какъ слѣдуетъ понимать самый моментъ возмездія и какъ онъ долженъ и можетъ быть использованъ при примѣненіи наказанія. И въ то время, какъ классики и представители т. н. третьей школы говорятъ обычно о нормативномъ характерѣ понятія возмездія, представители соціологической школы стоятъ на признаніи за возмездіемъ лишь дескриптивнаго значенія. Первые говорятъ, что вопросъ о томъ, какъ долженъ быть

---

[1]) Birkmeyer Gedanken s. 75.

[2]) Ib. s. 77.

[3]) Ср. между прочимъ ту характеристику, которую дѣлаетъ въ данномъ отношеніи новому направленію въ уголовномъ правѣ Штернбергъ (Sternberg. Das Verbrechen in Kultur und Seelenleben der Menschheit. 1912) s. 55· „die moderne Strafrechtstheorie könnte, selbst wenn sie wollte, des Vergeltungsgedankens sich sowenig entschlagen, dass vielmehr gerade sie ihn erst rein zum Ausdrucke und zur Wirkung bringt“; s. 58· „das Kluge, technisch Zweckmässige ist vom Guten, Gerechten, die Zweckmassnahme von der richtigen Vergeltungsmassnahme nicht verdrängt, sondern in ihr aufgeholen... Die Strafrechtstheorie, die mit all ihrer geistigen Macht alle zweckmässigen Mittel zur Bekampfung des Verbrechens durchforscht, ist die wahre Vergeltungstheorie,—wie denn eine Strafrechtstheorie schon dem Worte nach nichts anderes als eine Vergeltungstheorie sein kann“.

опредѣленъ размѣръ наказанія in concreto, слѣдуетъ рѣшать лишь на основаніи представленія о томъ, что возмездіе заключаетъ въ себѣ принципъ мѣры (представители классическаго направленія), или же на ряду съ этимъ допускаютъ и значеніе другихъ данныхъ (представители т. н. третьей школы); вторые же говорятъ, что этотъ вопросъ долженъ быть рѣшенъ на основаніи представленія о тѣхъ цѣляхъ, которыя достигаются при помощи наказанія, а не на основаніи представленія о томъ, что наказаніе есть возмездіе. И это различіе обоихъ направленій покоится на неодинаковомъ общемъ ихъ міросозерцаніи. Съ этой точки зрѣнія нельзя не согласиться съ мнѣніемъ Канторовича о томъ, что представители теорій возмездія и сторонники теорій защиты сходятся другъ съ другомъ только въ ихъ законодательно-политическихъ консеквенціяхъ (die legislativ-politischen Konsequenzen bei der Grundanschauungen auf das Gleiche hinauslaufen), но что съ точки зрѣнія философіи права они исходятъ изъ разныхъ идей; при этомъ онъ замѣчаетъ, что „сторонники идеи возмездія указываютъ, что для государства возникаетъ изъ преступленія только право примѣнить къ преступленію возмездіе, обязанность же использовать это право должна быть обоснована другими принципами, напр. интересомъ поддержанія своего авторитета; сторонники же охраняющаго наказанія выставляютъ положенія другого рода, изъ которыхъ одни не вытекаютъ ни изъ идеи возмездія, ни изъ идеи защиты, другія же, хотя и вытекаютъ изъ этой послѣдней идеи, но въ то же время исходятъ и изъ идеи возмездія“ [1]).

Итакъ, мы признаемъ, что внутреннее содержаніе всякаго наказанія, его сущность, есть возмездіе, и посколько мы мыслимъ вообще наказаніе, какъ своеобразный правовой институтъ, отличающійся отъ другихъ родственныхъ институтовъ, постолько мы представляемъ его именно, какъ институтъ, заключающій въ себѣ элементъ возмездія, причемъ этотъ элементъ является не цѣлью наказанія, а самой его сущностью. Только при такомъ пониманіи наказанія, а также только при такомъ пониманіи значенія возмездія, какъ элемента понятія наказанія, мы можемъ дать такое опредѣленіе понятія наказанія, на которомъ могли бы сойтись представители разнообразныхъ теченій въ области уголовнаго права. И, быть можетъ, тѣ противники идеи возмездія, какъ элемента понятія наказанія вообще, которые встрѣчаются въ настоящее время, отказались бы отъ своего взгляда, если бы они обра-

[1]) Kantorowicz. Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft (Aschaffenburg's Monatsschrift B. 7 s 259).

тили надлежащее вниманіе на то мѣсто, которое долженъ занимать элементъ возмездія въ понятіи наказанія, и если бы они убѣдились въ томъ, что съ признаніемъ идеи возмездія не указывается еще тѣмъ самымъ, что возмездіе должно быть понимаемо, какъ цѣль наказанія. Съ этой точки зрѣнія представляетъ особый интересъ ближайшее ознакомленіе съ взглядами тѣхъ писателей, которые вообще отрицаютъ моментъ возмездія въ понятіи наказанія, высказывая это положеніе или только de lege ferenda или даже de lege lata, признавая, что наказанію вообще чуждъ моментъ возмездія. Въ виду этого въ дальнѣйшемъ мы разсмотримъ наиболѣе рельефные взгляды подобныхъ писателей, сводя ихъ къ опредѣленнымъ исходнымъ точкамъ зрѣнія, и въ связи съ этимъ мы укажемъ, какъ нѣкоторые писатели пытались дать конструкцію наказанія внѣ понятія возмездія.

§ 23. Останавливаясь на ближайшемъ разсмотрѣніи взглядовъ тѣхъ писателей, которые отрицаютъ моментъ возмездія въ понятіи наказанія, мы можемъ замѣтить, что нерѣдко многіе писатели, возражающіе противъ возмездія, какъ элемента понятія наказанія, имѣютъ въ виду не то пониманіе возмездія, которое выдвигается въ современной литературѣ и которое покоится на наблюденіи реальныхъ явленій жизни, а то, которое выставлялось въ прежнее время въ т. н. абсолютныхъ теоріяхъ, исходившихъ не изъ анализа реальныхъ данныхъ, а изъ разнаго рода метафизическихъ построеній. Эти писатели возражаютъ противъ возмездія, имѣя въ виду то его обоснованіе, отъ котораго отказываются и сами представители современныхъ теорій возмездія. Съ другой стороны нерѣдко возраженіе дѣлается противъ того пониманія возмездія, которое, по мнѣнію даннаго автора, будто бы исключительно и характеризуетъ это явленіе [1]); между тѣмъ возраженія его, дѣлаемыя противъ такой концепціи возмездія, не касаются часто другихъ пониманій сущности этого явленія. Особенно часто напр. встрѣчается возраженіе противъ возмездія въ виду того, что возмездіе отождествляется съ местью, и посколько месть признается нетерпимой въ современномъ обществѣ, постолько же отрицается и наказаніе, покоющееся на возмездіи.

---

[1]) Ср. замѣчаніе Кэлера (Köhler l. c. s. 131) по поводу критики понятія возмездія: „es gewinnt oft den Anschein, als ob die Angriffe auf den Vergeltungsgedanken mehr auf vorgefasster Meinung über das, was unter dem Namen Vergeltung etwa verstanden sein mochte, als auf einer genauen Erfassung des Kernproblems der Gegensätze Vergeltungsstrafe und Gefährlichkeitstrafe beruhten".

По поводу всѣхъ подобныхъ возраженій мы должны сказать, что разъ, на основаніи наблюденія реальной дѣйствительности, выдвигается такое пониманіе возмездія, которое должно быть одинаково пріемлемо для всякаго криминалиста, къ какому бы направленію онъ ни принадлежалъ, и разъ выставляется то положеніе, что безъ возмездія не можетъ быть и наказанія и что та мѣра борьбы съ преступностью, которая не покоится на возмездіи, перестаетъ быть наказаніемъ [1]), то съ этой точки зрѣнія слѣдуетъ признать, что всѣ возраженія, дѣлаемыя противъ возмездія, лишены значенія; въ этомъ отношеніи можно согласиться съ Р. Шмидтомъ, что самая борьба съ идеей возмездія есть борьба съ вѣтряными мельницами [2]). Однако борьба эта ведется, притомъ ведется весьма энергично, принимая иногда даже видъ борьбы политическаго характера [3]).

§ 24. Разсматривая взгляды писателей, отрицательно относящихся къ представленію о наказаніи, какъ о возмездіи, мы должны

---

[1]) Въ этомъ отношеніи вполнѣ правильно замѣчаетъ Липпсъ (Lipps. Der Begriff der Strafe въ сборникѣ „Vier Vorträge“ s. 52), что лучше вообще не употреблять выраженіе „наказаніе“, если оно употребляется для обозначенія мѣръ защиты общества (es wäre nur zu verlangen, dass derjenige, der diesen Standpunkt (т. е. защиту общества, а не наказаніе) einnähme, dabei mit absoluter Konsequenz verharrte. Dann täte derselbe oder auch gut, das Wort „Strafe“ überhaupt nicht in den Mund zu nehmen“; совершенно правильно также указываетъ Крепелинъ (Krapelin, Das Verbrechen, als soziale Krankheit въ Aschaffenburg's Monatsschrift B. III s. 269), что наказаніе въ теперешнемъ смыслѣ слова перестаетъ существовать съ того момента, когда оно становится чистымъ средствомъ охраны; причемъ онъ въ этомъ усматриваетъ величайшее завоеваніе новыхъ воззрѣній (es ist vollkommen wahr, dass die Strafe im heutigen Sinne mit dem Augenblicke aufhört, in dem sie zur reinen Schutzmassregel wird, aber gerade darin sehen wir die grösste Errungenschaft der neuen Anschauungen).

[2]) R. Schmidt. Strafrechtsreform s. 29.

[3]) Такъ, напр. Радбрухъ защиту возмездія приписываетъ консервативному направленію, а защиту охраняющаго наказанія либеральному (Radbruch. Die politische Prognose der Strafrechtsreform въ Aschaffenburg's Monatsschrift B. V s. 1 ff.), замѣчая: „...der Liberalismus im Strafrecht die Sicherungstheorie fordert, der Konservatismus die Vergeltungslehre festzuhalten gebietet“. Ему между прочимъ на это возражаетъ Р. Шмидтъ, указывая на то, что, напротивъ того, воздающее наказаніе въ его современномъ видѣ есть продуктъ новаго времени, тогда какъ мѣры соціальной защиты существовали и раньше, когда господствовалъ полный произволъ власти (R. Schmidt l. c. s 189: „die Vergeltungsstrafe in ihrer relativ reifsten Form, ihrer bewusstesten Ausbildung, ausgebildet als die alleindenkbare Basis einer gerechten, Freiheit und Gleichheit fördernden Rechtspflege, ist also selbst die specifische moderne Strafrechtsschöpfung“); впрочемъ, въ этомъ отношеніи Р. Шмидтъ вступаетъ въ противорѣчіе съ самимъ собой, такъ какъ въ той же книгѣ нѣсколько раньше онъ говоритъ: „sie (Vergeltungsstrafe) liegt in der Tradition unserer Kultur. Die Sicherungsmassregeln gegen gefährliche Bürger sind späte Produkte“ (ib. s. 67).

прежде всего отмѣтить тѣ взгляды, которые высказываются собственно не противъ самаго принципа возмездія, какъ такового, а противъ употребленія выраженія „возмездіе“ для обозначенія сущности наказанія. Эти писатели, очевидно, обращаютъ вниманіе на то разнообразіе воззрѣній, которыя связываются съ выраженіемъ „возмездіе“, и стремятся выдвинуть вмѣсто прежняго выраженія такое новое, которое не могло бы вызывать разногласій относительно своего содержанія. Такъ, мы уже видѣли, что Берольцгеймеръ отказывается отъ термина „возмездіе“ (Vergeltung), выставляя вмѣсто него выраженіе „отплата“ (Entgeltung) [1]); точно также Канторовичъ предлагаетъ говорить не о возмездіи, а о „воздаяніи“ (Retribution) [2]), что вызываетъ сочувствіе и со стороны Делаки [3]); далѣе, Краузъ предлагаетъ замѣнить выраженіе „справедливое возмездіе“ выраженіемъ „справедливое распредѣленіе“ (gerechte Verteilung), замѣчая, что при наказаніи имѣются отнятіе благъ и причиненіе зла, осуществляемыя такимъ способомъ, который служитъ объективно самому выгодному регулированію распредѣленія (objectiv vorteilshafteste Regelung der Verteilung); уменьшеніе сферы обладанія, прибавляетъ онъ, лишеніе чего-либо (das Entbehren), играетъ роль въ каждомъ наказаніи, и распредѣляющая справедливость проявляется здѣсь въ качествѣ „отнимающей справедливости (entziehende Gerechtigkeit)“ [4]). Наконецъ, нужно замѣтить, что еще раньше этихъ писателей Биндингъ также предлагалъ избѣгать употребленія термина „возмездіе“ въ виду той неясности, которая въ немъ заключается, и рекомендовалъ вмѣсто этого говорить просто объ огражденіи правового господства. Онъ замѣчалъ въ этомъ отношеніи слѣдующее: „наказаніе есть всегда принудительное подчиненіе преступника подъ правовое господство (Rechtsherrlichkeit)... Обыкновенно называютъ эту несомнѣнную цѣль наказанія возмездіемъ... Однако слово „возмездіе“ будитъ нѣкоторыя нездоровыя и ложныя побочныя мысли, которыя отчасти дискредитировали здоровую его основную мысль. Вовсе не желаетъ страсть государства насытиться страданіемъ преступника, вовсе не желаетъ государство воздавать зломъ за зло, равнымъ за равное; напротивъ того, страсти преступника отвѣчаетъ вынужденный, все болѣе и болѣе отрѣшающійся отъ страсти, точно вымѣренный актъ правового утвержденія бытія (rechtliche Daseinbewährung); за правонарушеніе отплачиваютъ

[1]) См. выше стр. 136.
[2]) Kantorowicz l. c. s. 260 Anm. 1.
[3]) Delaquis. Umbildung des Strafbegriffs. s 673 n. 11.
[4]) Kraus l. c. s. 135.

чѣмъ-то спасительнымъ для правопорядка, за правовое зло чѣмъ-то благимъ и чѣмъ-то необходимымъ для права (rechtlich Gutes und Unentbehrliches). Я предпочитаю говорить, прибавляетъ онъ, объ утвержденіи правового господства (Bewährung der Rechtsherrlichkeit) посредствомъ склоненія преступника подъ правовое принужденіе, чѣмъ о такъ легко вводящемъ въ заблужденіе возмездіи" [1]).

Однако по поводу всѣхъ подобныхъ взглядовъ слѣдуетъ замѣтить, что всякая замѣна одного выраженія, употреблявшагося до сихъ поръ для обозначенія опредѣленнаго понятія, другимъ представляется умѣстной только тогда, когда прежнее выраженіе можетъ дѣйствительно вводить въ заблужденіе относительно самой сущности понятія, обозначаемаго имъ, и когда употребленіемъ новаго выраженія это можетъ быть устранено,—иначе подобная замѣна ничѣмъ не можетъ быть оправдана. Но замѣна выраженія „возмездіе" выраженіями „отплата" или „воздаяніе" или „распредѣленіе" едва-ли можетъ дать намъ болѣе ясное представленіе о томъ, что скрывается за этимъ выраженіемъ, чѣмъ освященное долговременнымъ существованіемъ выраженіе „возмездіе". Если мы и замѣчаемъ, что выраженіе „возмездіе" понимается разными писателями различно, то отсюда слѣдуетъ дѣлать выводъ лишь о необходимости найти такое опредѣленіе понятія возмездія, которое было бы для всѣхъ одинаково пріемлемымъ, а вовсе не о томъ, чтобы старое выраженіе было замѣнено новымъ. Съ другой стороны надо обратить вниманіе на то, что въ томъ предложеніи, которое дѣлаетъ Биндингъ, заключается нѣчто большее, чѣмъ простое предложеніе замѣнить одно выраженіе другимъ. Биндингъ имѣетъ въ виду наполнить самое понятіе возмездія особымъ содержаніемъ и старается достигнуть этого употребленіемъ новаго болѣе подходящаго выраженія. Но то, что онъ въ этомъ случаѣ предлагаетъ, далеко не является характернымъ для обозначенія самой сущности возмездія. Биндингъ въ своемъ опредѣленіи подчеркиваетъ лишь то, что наказаніе является однимъ изъ средствъ правоохраны, которое выражается въ подчиненіи правонарушителя подъ правовое господство, т. е. подчеркиваетъ принудительный характеръ наказанія; но такими словами можно, собственно говоря, охарактеризовать любое правоохранительное средство, въ которомъ заключается элементъ принужденія; между тѣмъ то, что представляется для возмездія особенно существеннымъ—наличность оцѣнки учиненнаго,—Биндингъ въ предлагае-

[1]) Binding. Normen B. I s. 419.

момъ имъ обозначеніи сущности возмездія не затрагиваетъ. При такихъ условіяхъ то возраженіе, которое онъ дѣлаетъ противъ употребленія термина „возмездіе“, и то предложеніе, на которомъ онъ настаиваетъ, теряетъ свое значеніе.

§ 25. Обращаясь далѣе къ разсмотрѣнію тѣхъ возраженій, которыя выдвигаются не противъ употребленія термина „возмездіе“, а противъ пониманія возмездія, какъ основного момента наказанія, мы можемъ замѣтить, что обыкновенно это возраженіе дѣлается главнымъ образомъ не съ точки зрѣнія lex lata, такъ какъ большинство критиковъ признаетъ, что современное наказаніе основывается на возмездіи, а съ точки зрѣнія lex ferenda—именно указывается на неправильность современной конструкціи наказанія, покоющейся на возмездіи, и рекомендуется замѣна прежняго пониманія наказанія, какъ возмездія, новымъ, отрицающимъ возмездіе, какъ элементъ понятія наказанія,—наказаніе мыслится de lege ferenda внѣ понятія возмездія. Лишь немногіе писатели отрицаютъ и за современнымъ наказаніемъ характеръ возмездія. Такъ, напр. Таганцевъ говоритъ, что „только древнѣйшее право... ставило принципомъ наказанія таліонъ или возмездіе, но уже законодательства XVI и XVII вѣковъ прямо выражали, что наказаніе примѣняется ради его полезности“ [1]). Точно также Познышевъ замѣчаетъ, что „время господства идеи возмездія въ сознаніи наиболѣе культурныхъ народовъ прошло безвозвратно“ [2]). Но подобныя разсужденія исходятъ изъ представленія или о томъ, что возмездіе и таліонъ — понятія равнозначущія, или же о томъ, что возмездіе есть цѣль наказанія. Однако, если исходить изъ иного представленія о возмездіи, то нельзя отрицать того, что современное уголовное право знаетъ наказаніе, какъ институтъ, покоющійся на идеѣ возмездія, какъ это обычно и признается въ литературѣ уголовнаго права.

Существующія въ современной криминалистической литературѣ возраженія противъ возмездія представляются весьма разнообразными по своимъ исходнымъ точкамъ зрѣнія, но, при всемъ ихъ разнообразіи, ихъ тѣмъ не менѣе можно свести къ нѣсколькимъ группамъ [3]). Это—указанія: 1) на недостижимость осуществленія справедливаго возмездія посредствомъ наказанія, 2) на

---

[1]) Таганцевъ в. с. II стр. 923.

[2]) Познышевъ. Основные вопросы стр. 121.

[3]) И въ данномъ случаѣ мы будемъ имѣть въ виду главнѣйшимъ образомъ нѣмецкую литературу, какъ наиболѣе отчетливо формулирующую всѣ разнообразныя возраженія противъ идеи возмездія.

недопустимость его въ современной общественной жизни, какъ пережитка отдаленной стадіи развитія человѣчества, и потому какъ явленія неразумнаго или безнравственнаго, 3) на отрѣшенность идеи возмездія отъ жизни, 4) на ея несовмѣстимость съ началомъ цѣлесообразности наказанія и, наконецъ, 5) на ея непригодность для характеристики всѣхъ вообще наказаній.

Въ первомъ отношеніи возраженіе противъ возмездія формулируется въ видѣ общаго указанія на то. что наказаніе нельзя разсматривать, какъ возмездіе, въ виду того, что преступленіе и наказаніе не могутъ быть соизмѣряемы другъ съ другомъ. Съ этой точки зрѣнія возражаютъ противъ идеи возмездія очень многіе криминалисты, считающіе вообще возможнымъ конструировать наказаніе внѣ понятія возмездія, напр. Баръ, Зейффертъ, Крепелинъ, Геймбергеръ, Ашаффенбургъ, Варга. Такъ, Баръ находитъ, что наказаніе и неправда величины несоизмѣримыя и что только въ томъ случаѣ, если бы они были соизмѣримы, можно было бы оправдать теорію возмездія, если не на практикѣ, то по крайней мѣрѣ въ теоріи [1]). По словамъ Зейфферта, „мы не знаемъ той мѣры вины, за которую мы хотимъ воздать . . . и не иначе обстоитъ дѣло съ другой стороной возмездія—нахожденіемъ и примѣненіемъ зла, служащаго заглаженіемъ (Ausgleichungsübel)“ [2]). Въ другой своей работѣ онъ замѣчаетъ, что считаетъ вѣру людей въ то, что они при помощи уголовнаго правосудія выполняютъ воздающую справедливость, самообманомъ, въ которомъ онъ лично не желаетъ принимать участія [3]). То же повторяетъ Крепелинъ, называя „благочестивымъ самообманомъ (frommer Selbstbetrug) нашу вѣру въ то, будто мы можемъ нашимъ отправленіемъ правосудія осуществлять справедливость въ высокомъ смыслѣ этого слова... Принимаемая нами пропорціональность оказывается совершенно произвольной, такъ какъ внутренняго соотношенія между виной и наказаніемъ не существуетъ, если только не желать вернуться къ принципу таліона“ [4]). То же находитъ Ашаффенбургъ, подчеркивая невозможность соизмѣренія наказанія съ виной [5]), а также Варга, указывая на отсутствіе опредѣленнаго масштаба для сравненія преступленія и наказанія [6]). Особенно же рѣзко съ этой

---

[1]) Bar. Handbuch s. 330.

[2]) Seuffert. Ist die bedingte Verurteilung im Strafrecht einzufuhren? (Verhandlungen des 21 Deutschen Juristentags 1890 B. I s. 250).

[3]) Seuffert. Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland. 1902 s. 8.

[4]) Kräpelin l. c. s. 268.

[5]) Ашаффенбургъ. Преступленіе и борьба съ нимъ. 1906 г. стр. 192 и сл.

[6]) Vargha l. c. B. II s. 220. „sittliche und sinnliche Übel—je ganz unvergleichbare Wertgrössen sind“.

точки зрѣнія нападаетъ на возмездіе Геймбергеръ, указывая на недоступность справедливаго возмездія для человѣческаго умѣнія и знанія (Können und Wissen) и на то, что возмездіе вообще не можетъ быть задачей государства. Эта недоступность справедливаго возмездія, по его мнѣнію, выводится неопровержимо изъ исторіи уголовнаго права—такъ, онъ указываетъ на то, что прежде примѣнялись суровыя наказанія за такія дѣянія, которыя теперь наказываются легко. Кто же нашелъ настоящее уравненіе между преступленіемъ и наказаніемъ, спрашиваетъ онъ, старое ли время или новое? Естественно, что мы, какъ дѣти новаго времени, думаемъ, что правы мы, но въ будущемъ возможно подобное же осужденіе нашей системы [1]). Съ другой стороны, можно ли, спрашиваетъ онъ, найти наказаніе, которое представлялось бы уравненіемъ злодѣянія, и говоритъ, что это недостижимый идеалъ, такъ какъ при назначеніи наказанія многое зависитъ отъ случайностей—разные суды различно оцѣниваютъ одинаковые случаи и думаютъ, что они выполняютъ справедливое возмездіе, тогда какъ въ дѣйствительности мы не въ состояніи найти настоящее уравненіе преступленія съ наказаніемъ. Цѣнности, которыя намъ приходится здѣсь соразмѣрять другъ съ другомъ, представляются слишкомъ неоднородными [2]); ссылаться же на живущія въ народѣ моральныя и правовыя оцѣночныя сужденія (Werturteile) онъ не считаетъ возможнымъ, такъ какъ эти сужденія, какъ показываетъ исторія, подлежатъ постоянному измѣненію; они даже не представляются одинаковыми въ одинъ и тотъ же періодъ времени и являются различными въ зависимости отъ отдѣльныхъ сословій (Stände) и круговъ интересовъ [3]). Если даже они и даютъ указанія, замѣчаетъ онъ, законодателю и судьѣ о томъ, что одни дѣянія должны быть наказуемы строже, чѣмъ другія, то они все-таки не указываютъ на соотношеніе цѣнности (Wertverhältnis) между преступленіемъ и наказаніемъ [4]), такъ какъ мы не можемъ измѣрить величину вины [5]), тѣмъ болѣе, что даже внѣшнимъ образомъ одинаково отмѣренныя наказанія дѣйствуютъ неодинаково на подвергшихся имъ, и желать предоставить здѣсь „каждому свое“ есть тщетное стараніе [6]).

---

[1]) Heimberger. Der Begriff der Gerechtigkeit. s. 11.
[2]) Ib. s. 12.
[3]) Ib. s. 13.
[4]) Ib. s. 14.
[5]) Ib. s. 17.
[6]) Ib. s. 17.

Такія же возраженія противъ принципа возмездія встрѣчаются и въ нашей литературѣ. Такъ, Бѣлогрицъ-Котляревскій указываетъ на неудовлетворительность теорій возмездія потому, что онѣ лишены опредѣленнаго устойчиваго критерія для указанія мѣры наказанія [1]). Точно также Таганцевъ замѣчаетъ, что „принципъ возмездія является практически несостоятельнымъ при опредѣленіи степени и мѣры отвѣтственности за отдѣльныя преступленія“ и что „надлежащее осуществленіе внутренне уравненнаго воздаянія возлагаетъ на законодателя непосильную задачу“, и высказываетъ недоумѣніе по вопросу о томъ, „гдѣ найти внутренній масштабъ справедливой оцѣнки, какъ основы справедливаго воздаянія“ [2]). То же находимъ мы и у Познышева, который говоритъ, что „принципъ возмездія требуетъ отплаты преступнику равнымъ зломъ.., это требованіе равенства... неосуществимо... Довольствоваться же грубымъ приблизительнымъ равенствомъ абсолютная справедливость не можетъ; приблизительная справедливость есть все же несправедливость. Съ другой стороны принципъ возмездія лишенъ всякаго основанія. Почему, спрашивается, одна сумма страданій должна влечь за собой такую же сумму страданій? Къ тому же, прибавляетъ онъ, ближайшее опредѣленіе того, что слѣдуетъ разумѣть подъ равенствомъ преступленія и наказанія, у сторонниковъ даннаго принципа весьма различно, и какое бы изъ этихъ опредѣленій мы ни выбрали, оно будетъ одинаково произвольно и неосуществимо“. Въ виду этого онъ находитъ, что „начало возмездія не имѣетъ подъ собой никакихъ прочныхъ основаній, неосуществимо и произвольно“ [3]). Такія же соображенія высказывалъ и В. Соловьевъ, замѣчая, что „абсолютная теорія преступленія и наказанія, которую мы назовемъ варварскою, если ее разсматривать, согласно ея собственнымъ требованіямъ, именно какъ абсолютная и окончательная, представляетъ одну изъ самыхъ по-

---

[1]) Бѣлогрицъ-Котляревскій в. с. стр. 56.

[2]) Таганцевъ в. с. стр. 910 и сл. Въ соотвѣтствіи съ этимъ онъ замѣчаетъ, что „преступникъ наказывается за учиненное имъ виновное дѣяніе не соотвѣтственно общественному и индивидуальному значенію вины, но въ интересахъ общественной правоохраны“ (тамъ же стр. 921). Впрочемъ, въ другомъ мѣстѣ (стр. 1283) онъ замѣчаетъ: „значеніе, которое народное правовоззрѣніе, нашедшее себѣ выраженіе въ уголовномъ законѣ, придаетъ правоохраненному интересу, опредѣляетъ относительное значеніе учиненнаго преступнаго дѣянія, родъ его наказанія“, прибавляя къ этому, что „личныя качества преступника, въ особенности степень его нравственной и юридической испорченности, его опасность для общественнаго правопорядка, могутъ имѣть только вспомогательное значеніе при опредѣленіи отвѣтственности“ (стр. 1283).

[3]) Познышевъ. Основные вопросы стр. 367 и 368.

разительныхъ диковинокъ въ богатой кунсткамерѣ человѣческихъ заблужденій“ [1]), и что „уголовно-правовая теорія безусловной вины и равномѣрнаго возмездія при всѣхъ своихъ утонченностяхъ выросла на почвѣ самыхъ ребяческихъ представленій и есть только трансформація первобытнаго дикаго взгляда“ [2]), такъ какъ „едва ли есть тутъ (въ отношеніи преступленія и наказанія) въ самомъ дѣлѣ вообще какое-нибудь соотвѣтствіе или равенство“ [3]); къ тому же, прибавляетъ онъ, при многихъ преступленіяхъ нельзя даже придумать способа равнаго возмездія [4]).

Останавливаясь на этихъ возраженіяхъ противъ идеи возмездія, мы должны сказать, что, какъ ни приходится соглашаться съ правильностью многихъ положеній, выставленныхъ указанными писателями, въ частности Геймбергеромъ, поскольку они сводятся къ общему указанію на большую трудность выразить при помощи наказанія надлежащую оцѣнку учиненнаго правонарушенія, мы все-таки не можемъ признать ихъ пригодными для отрицанія самаго момента возмездія въ понятіи наказанія. Приведенными соображеніями нисколько не поколеблено представленіе о томъ, что возмездіе есть существенный элементъ понятія наказанія и что безъ представленія о той оцѣнкѣ, которая выражается въ наказаніи, мы не можемъ обойтись, если мы имѣемъ дѣло именно съ наказаніемъ, а не съ какимъ-нибудь другимъ сходнымъ съ нимъ институтомъ. Мы можемъ признать непріемлемымъ тотъ или иной способъ оцѣнки, которымъ пользуются въ настоящее время, примѣняя наказаніе, мы можемъ указывать на соображенія, съ которыми не считаются, но съ которыми необходимо считаться при этой оцѣнкѣ, на необходимость ее углублять по сравненію съ тѣмъ, что до сихъ поръ дѣлалось, но мы не можемъ лишь изъ-за несовершенства и недостаточности существующей оцѣнки отказываться отъ признанія въ наказаніи элемента возмездія; мы не можемъ вмѣстѣ съ тѣмъ отрицать того, что оцѣнка преступленія, выражающаяся въ назначеніи за него извѣстнаго наказанія, покоится на опредѣленныхъ живущихъ въ ту или иную эпоху воззрѣніяхъ, измѣненіе которыхъ во времени вполнѣ понятно и не подрываетъ значенія самой оцѣнки. При этомъ, конечно, мы можемъ находить отдѣльныя преступленія и наказанія несоизмѣримыми другъ съ другомъ, поскольку они въ конкретномъ случаѣ представляются разнород-

[1]) В. Соловьевъ в. с. стр. 49.
[2]) Тамъ же стр 50
[3]) Тамъ же стр. 56.
[4]) Тамъ же стр. 58.

ными величинами (напр., оскорбленіе чести и тюрьма и т. п.), но мы не можемъ отрицать того, что преступленіе вообще и наказаніе вообще могутъ быть разсматриваемы, какъ величины соизмѣримыя, въ томъ смыслѣ, что оба они одинаково заключаютъ въ себѣ моментъ вторженія въ сферу правовыхъ благъ личности. Этотъ моментъ даетъ возможность выражать вовнѣ опредѣленнымъ образомъ оцѣнку учиненнаго при назначеніи и примѣненіи наказанія. Съ другой стороны мы понимаемъ эту соизмѣримость не въ смыслѣ равенства зла преступленія и зла наказанія, а въ смыслѣ ихъ извѣстнаго соотвѣтствія по ихъ тяжести, согласно господствующимъ взглядамъ; и это особенно наглядно выражается въ томъ, что съ возрастаніемъ вины увеличивается наказаніе, а съ ея уменьшеніемъ уменьшается и наказаніе. Въ этомъ примѣненіи наказанія въ большемъ или меньшемъ размѣрѣ въ соотвѣтствіи съ значеніемъ учиненнаго въ особенности ясно проявляется возмездіе. А отъ представленія объ извѣстномъ соотвѣтствіи между преступленіемъ и наказаніемъ не могутъ отдѣлаться и противники возмездія. Такъ, Таганцевъ, какъ указано было выше [1]), при опредѣленіи мѣры наказанія говоритъ о значеніи правоохраненнаго интереса. Точно также Познышевъ, говоря о мѣрѣ наказанія, указываетъ между прочимъ на то, что предѣлы между maximum и minimum отвѣтственности должны быть достаточно велики для того, чтобы судья могъ установить извѣстное соотвѣтствіе между наказаніемъ и степенью проявленнаго виновнымъ неуваженія къ закону [2]). Даже такой противникъ господствующей школы уголовнаго права, какимъ является Ферри, не можетъ отказаться отъ подобной же точки зрѣнія—именно, говоря собственно не о наказаніи, а о мѣрахъ защиты, онъ имѣетъ въ виду такія мѣры, которыя соотвѣтствуютъ лицу, совершившему преступленіе, и замѣчаетъ, что здѣсь нужно принимать во вниманіе не только внушаемый преступникомъ страхъ и его приспособляемость, но кромѣ того болѣе или менѣе противуобщественное свойство дѣянія и болѣе или менѣе противуобщественный характеръ дѣйствующаго лица [3]).

§ 26. Другое возраженіе, которое обыкновенно приводится противъ представленія о возмездіи, какъ о существенномъ элементѣ понятія наказанія, это—указаніе на то, что возмездіе недопустимо

---

[1]) См. стр. 219 пр. 2.

[2]) Познышевъ. Основныя начала стр. 619.

[3]) Ферри в. с. стр. 431

въ современной общественной жизни, какъ пережитокъ прежняго времени,—оно есть та же месть, т. е. нѣчто такое, что находится внѣ предѣловъ разумной дѣятельности человѣка и что порождается тѣмъ инстинктивнымъ влеченіемъ, которое понятно на первоначальныхъ стадіяхъ развитія человѣчества, но безъ котораго можно обойтись въ настоящее время. Отсюда признаніе возмездія съ одной стороны противорѣчащимъ требованіямъ разума, съ другой стороны безнравственнымъ. Эта точка зрѣнія выдвигается очень часто въ современной литературѣ: наказаніе, какъ возмездіе, отождествляется съ местью, отсюда протестъ противъ современнаго наказанія и требованіе отрѣшиться отъ проявленія мести въ дѣлѣ борьбы съ преступностью. На этомъ основывается главнымъ образомъ вся та критика современной карательной системы, которая выдвинута представителями уголовно-антропологической и уголовно-соціологической школъ. Но и писатели, не принадлежащіе къ сторонникамъ этихъ школъ, точно также критикуютъ современное наказаніе, исходя изъ того же основнаго возраженія противъ возмездія. Многимъ изъ нихъ представляется осуществленіе возмездія неразумнымъ. Особенно рѣшительно высказывается съ этой точки зрѣнія противъ возмездія Варга. По его словамъ, та побѣда, которая въ настоящее время одерживается надъ возмездіемъ, есть побѣда разума надъ чувственностью, чувства солидарности и права (Mit-und Rechtsgefühl) надъ эгоизмомъ (Selbstsucht), любви надъ ненавистью, короче—интеллигентнаго надъ животнымъ (der Intelligenz über die Tierheit) [1]. Точно также Зейффертъ указываетъ на то, что „разумъ не требуетъ человѣческаго возмездія. . . Государство и общество суть понятія, въ отношеніи которыхъ не можетъ быть и рѣчи о тѣхъ душевныхъ движеніяхъ, которыя мы называемъ влеченіемъ къ возмездію (Vergeltungstrieb). Самое чувство удовольствія отъ возмездія не можетъ быть одобрено разумомъ“ [2]. Подобныя же разсужденія мы находимъ и у Геймбергера, который говоритъ, что возмездіе есть не что иное, какъ месть, между тѣмъ не дѣло государства осуществлять месть, такъ какъ развивающаяся культура ее отвергаетъ [3]. То заглаженіе, о кото-

[1]) Vargha l. c. B. I s. 595.

[2]) Seuffert. Ist die bedingte Verurteilung etc. s. 249. Къ этому онъ прибавляетъ: „durch das Unlustgefuhl des Verbrechers, welches wir mit der Strafe erzeugen wollen und meist auch erzeugen, wollen wir bei uns das Lustgefuhl der Ausgleichung bewirken. Aber was ist dann, wenn dieses Lustgefuhl hervorgerufen? Nichts in der Welt der Wirklichkeiten und Ideen ist entwickelt oder gefordert. Keiner einzelnen Bedingung unseres Daseins oder seiner Entwicklung entspricht das Lustgefuhl der Vergeltung“ (ib. s 250)

[3]) Heimberger l c. s. 19.

ромъ говорятъ сторонники теоріи возмездія, по его словамъ, не что иное, какъ обыкновенная месть, какъ бы ее ни описывали красивыми словами и образами [1]), такъ какъ положеніе: „какъ ты мнѣ, такъ и я тебѣ“ есть тотъ основной тонъ, который здѣсь проникаетъ все [2]). На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ и Герольдъ, указывая на то, что „миссія влеченія (къ мести) уже выполнена“, его значеніе относится къ прежнему времени, въ современномъ же государствѣ нѣтъ мѣста для его проявленія [3]).

Мы уже останавливались раньше на тѣхъ взглядахъ, которые отождествляютъ возмездіе съ местью [4]). Мы уже указывали, что возмездіе безспорно лежитъ въ основаніи мести, какъ лежитъ оно въ основаніи наказанія, но это не подрываетъ все-таки значенія возмездія, какъ элемента наказанія. Общность основаній мести и наказанія еще сама по себѣ не можетъ дискредитировать взгляда, признающаго возмездіе существеннымъ элементомъ понятія наказанія. То обстоятельство, что первоначально идея возмездія находитъ себѣ осуществленіе въ такихъ актахъ, которые непосредственно порождаются извѣстными чувственными влеченіями человѣка, не можетъ быть принято за аргументъ противъ признанія въ понятіи наказанія момента возмездія, и не можетъ давать основанія дѣлать выводъ о томъ, что возмездіе есть нѣчто само по себѣ неразумное. Разнообразные правовые институты могутъ корениться въ тѣхъ или иныхъ чувственныхъ влеченіяхъ людей; лишь съ теченіемъ времени эти влеченія перестаютъ здѣсь выступать на первый планъ, но одно то обстоятельство, что подобные институты первоначально покоились на чувственныхъ влеченіяхъ людей, не лишаетъ ихъ значенія и не дѣлаетъ ихъ неразумными. Бракъ, собственность и т. п. находятся въ такомъ же положеніи, какъ и наказаніе, — они возникли изъ извѣстныхъ чувственныхъ влеченій, но это обстоятельство не лишаетъ возможности признавать эти институты разумными, поскольку они использованы современнымъ человѣчествомъ для достиженія опредѣленныхъ цѣлей, одобряемыхъ разумомъ. Конечно, мы можемъ находить, что при примѣненіи наказанія, при осуществленіи возмездія, нерѣдко замѣчается проявленіе чувства мстительности, которое даетъ соотвѣтствующую окраску всей карательной дѣятельности; мы можемъ установить, что это замѣчается не только относительно уголовнаго права прежнихъ формацій, но и въ современ-

---

[1]) Ib. s 21.
[2]) Ib. s. 22.
[3]) Herold. Bemerkungen uber den Rechtsprincip der Zweckstrafe. (Z. 12 s. 589).
[4]) См. выше стр. 122 и сл.

номъ правѣ, посколько мы видимъ, что въ отдѣльныхъ случаяхъ примѣненіе возмездія вытекаетъ не изъ какихъ-либо высшихъ побужденій, а исключительно изъ стремленія отомстить преступнику; но тѣмъ не менѣе это чувство мы не можемъ смѣшивать съ возмездіемъ, какъ таковымъ, и не можемъ вмѣстѣ съ тѣмъ отрицать возмездіе, какъ элементъ наказанія, только на томъ основаніи, что оно отождествляется съ местью. Мы можемъ представить себѣ наказаніе, которое преслѣдуетъ исключительно цѣль исправленія преступника и заботится о возрожденіи его личности. Оно, конечно, не вытекаетъ изъ чувства мести, но оно тѣмъ не менѣе остается возмездіемъ, посколько оно выражаетъ собой оцѣнку учиненнаго и примѣняется на основаніи этой оцѣнки въ соотвѣтствіи съ учиненнымъ Несмотря однако на то, что возмездіе не есть чувство мести, отождествленіе обоихъ понятій нерѣдко встрѣчается въ литературѣ [1]).

Въ связи съ представленіемъ о томъ, что возмездіе и месть понятія тождественныя, находится представленіе о безнравственности возмездія, а потому и о его недопустимости въ современныхъ условіяхъ культурной жизни человѣчества. Представленіе о возмездіи, какъ о мести, влечетъ за собой логически представленіе о безнравственности возмездія. Отсюда возникаетъ возраженіе противъ возмездія, заключающееся въ указаніи на то, что понятіе возмездія не соотвѣтствуетъ нашимъ этическимъ воззрѣніямъ. И въ данномъ отношеніи выставляется положеніе, какъ

---

[1]) Ср. въ этомъ отношеніи слѣдующія разсужденія Познышева (Основные вопросы стр. 370): „карательная дѣятельность государства никогда не должна носить хотя бы малѣйшихъ слѣдовъ вліянія на нее принципа возмездія или злобнаго чувства мести, которое къ сожалѣнію такъ долго и такъ ярко окрашивало формы и содержаніе уголовной репрессіи прежнихъ вѣковъ“ или (стр. 321) „съ представленіемъ о субъектѣ и въ частности о государствѣ, какъ дѣйствующемъ, не связывается еще непремѣнно представленіе о немъ, какъ о мстителѣ, не задумывающемся надъ отплатою врагамъ своимъ“, то же читаемъ и въ его „Основныхъ началахъ, стр. 47: „изъ того, что преступность въ значительной степени зависитъ отъ социальныхъ условій, что само общество такимъ образомъ въ значительной степени виновато въ совершающихся въ немъ преступленіяхъ, можно сдѣлать лишь выводъ, что общество не имѣетъ права мстить преступникамъ, отплачивать имъ зломъ за содѣянное зло... Наказаніе можетъ и должно быть не возмездіемъ, а средствомъ предупрежденія преступленія“, а также стр. 82· „прежнее стремленіе законодателя—стремленіе отмстить преступнику—если не изсякло совсѣмъ, то сильно ослабѣло... Стремленіе съ достаточной силой отмстить преступнику все болѣе утрачивало подъ собою почву. Стало ясно, что собственный интересъ государства требуетъ, чтобы оно не особенно усердствовало на поприщѣ отомщенія, не истребляло и не увѣчило преступниковъ... Мстить преступнику со стороны общества и несовсѣмъ справедливо“.

разъ обратное тому, которое выдвигалось и выдвигается многими сторонниками теорій возмездія для обоснованія самаго института наказанія, — указанію на то, что наши нравственныя воззрѣнія требуютъ возмездія (Кантъ и его школа) [1]). Подобное возраженіе противъ возмездія выставляется весьма многими писателями. Въ нашей литературѣ этотъ взглядъ проводится напр. Познышевымъ и В. Соловьевымъ, а въ нѣмецкой напр. Варгой, Крепелиномъ, Керлеромъ и Древсомъ [2]). Такъ, Познышевъ замѣчаетъ, что „подсказываемая животнымъ чувствомъ мести эта идея (т. е. идея возмездія) безнравственна“ [3]), а, по словамъ В. Соловьева, „уголовно-правовая доктрина возмездія, совершенно лишенная и логическаго и нравственнаго смысла, есть лишь пережитокъ дикаго состоянія, и уголовныя наказанія, нынѣ еще употребительныя, посколько въ нихъ намѣренное причиненіе преступнику физическихъ страданій или лишеній ставится цѣлью правовой реакціи на преступленіе, представляетъ собой лишь историческую трансформацію первобытнаго начала кровавой мести“ [4]). Точно также Варга неоднократно подчеркиваетъ безнравственность возмездія, замѣчая, что „мстительное вожделѣніе (Rachegelüste) есть аффектъ, противорѣчащій нравственности, и не является правовымъ благомъ, заслуживающимъ общественной охраны; въ виду этого воздающее мучающее наказаніе (Marterstrafe) представляется настолько же безнравственнымъ, насколько и нецѣлесообразнымъ и вреднымъ для осуществленія правового господства государственнаго авторитета въ отношеніи къ преступнику“ [5]). По мнѣнію Зихарта, возмездіе представляется безнравственнымъ, такъ какъ „воздающее наказаніе происходитъ отъ низменнаго (unlauterer) чувства мсти-

---

[1]) Ср. напр. въ современной литературѣ взглядъ Родена, который усматриваетъ въ возмездіи именно проявленіе этическаго начала (Rhoden l. c. s. 55); онъ говоритъ: „nicht der blutdurstige Instinkt der Masse, sondern das Urteil völlig unbeteiligter, sittlich empfindenden Kreise, des unparteischen Zuschauers bäumt sich gegen den verubten Frevel auf und begehrt Genugtuung, Ausgleichung...; das sittliche Empfunden des Zuschauers fühlt sich verletzt nicht nur wenn Wehetaten, sondern auch wenn Wohltaten unvergolten bleiben“ и далѣе (s. 56): „in der Strafe vollzieht sich ein wesentliches Stuck der sittlichen Weltordnung“.

[2]) Эта точка зрѣнія была высказана въ свое время и Шопенгауеромъ (Полное собраніе сочиненій т. I. Міръ, какъ воля и представленіе стр. 360): „всякое возмездіе за неправду посредствомъ причиненія муки безъ цѣли въ будущемъ, представляетъ собой месть... это—злоба и жестокость, которыя не могутъ быть этически оправданы“.

[3]) Познышевъ. Основныя начала стр. 60.

[4]) В. Соловьевъ в. с. стр. 60.

[5]) Vargha l. c. B II s. 221; ср. также s. 162, 238 и др.

тельности, а цѣлью его является возмездіе, состоящее въ причиненіи страданій. И этотъ безнравственный характеръ, замѣчаетъ онъ, нисколько не улучшается посредствомъ стремленія къ справедливости, такъ какъ послѣдняя состоитъ въ возможно большемъ приспособленіи страданія, заключающагося въ наказаніи (Strafleiden), къ уголовной винѣ (Strafschuld), другими словами, въ полномъ удовлетвореніи лежащей въ основаніи наказанія идеи мести“ [1]). Въ этихъ словахъ Зихарта кромѣ общаго указанія на тождество возмездія и мести, что мы видимъ у приведенныхъ только что писателей, неразрывно связывающихъ представленіе о возмездіи съ представленіемъ о первобытномъ животномъ чувствѣ мести, подчеркивается еще представленіе о томъ, что сущность возмездія состоитъ въ причиненіи страданія—мысль, съ правильностью которой согласиться однако нельзя, такъ какъ для понятія возмездія, какъ такового, вовсе не является существеннымъ моментъ причиненія страданія. Съ другой стороны, если мы будемъ признавать безнравственнымъ самое причиненіе страданія, которое осуществляется при помощи воздающей карательной дѣятельности, то мы должны будемъ признать на томъ же основаніи безнравственнымъ всякое насиліе, хотя бы оно исходило отъ государства и было освящено представленіемъ о достиженіи такимъ путемъ извѣстной пользы для государства. Но Зихартъ и другіе писатели, которые говорятъ о безнравственности возмездія, не высказываются вовсе противъ самаго института наказанія, хотя и находятъ, что оно покоится на насиліи, и признаютъ безнравственнымъ только наказаніе, покоющееся на возмездіи, а не всякое вообще наказаніе. Ту же мысль, что и Зихартъ, высказываетъ относительно возмездія Крепелинъ, замѣчая, что „идея возмездія несоединима съ нашими нравственными воззрѣніями... Возникшая изъ наивнаго влеченія къ мести она представляется чуждымъ пережиткомъ въ такое время, которое учитъ насъ все настойчивѣе, что все понять значитъ все простить“ [2]).

Особенно подробно развиваетъ точку зрѣнія на безнравственность возмездія, хотя и отрѣшаясь собственно отъ представленія о тождественности возмездія и мести, Керлеръ. Онъ останавливается на разсмотрѣніи сущности „абсолютнаго наказанія“ (absolute Strafe), которое онъ противуполагаетъ государственному наказанію и которое, по его словамъ, признаютъ обыкновенно за составную часть нравственнаго порядка. Это наказаніе онъ признаетъ не только

---

[1]) Sichart. Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe (Z. 27 s. 554).

[2]) Krapelin l. c. s. 279.

не стоящимъ въ какомъ бы то ни было соотношеніи съ моралью, но совершенно безнравственнымъ (etwas durchaus Unmoralisches) [1]; государственное же наказаніе онъ оправдываетъ именно потому, что оно „не является наказаніемъ въ собственномъ смыслѣ этого слова", такъ какъ оно не имѣетъ цѣлью возмездіе. По его мнѣнію, „справедливое возмездіе есть понятіе, которое перенесено неправильно въ этическую сферу изъ сферы хозяйственныхъ отношеній", такъ какъ понятіе справедливаго возмездія покоится на происходящемъ изъ хозяйственной сферы требованіи, чтобы всякое положительное или отрицательное дѣйствіе (Leistung) получало свою противуцѣнность (Gegenwert). Такимъ образомъ, по его ученію, справедливое возмездіе не есть этическое понятіе. При этомъ онъ сопоставляетъ награду съ наказаніемъ, замѣчая, что „все, что можно сказать относительно награды, касается и наказанія" [2], и говоритъ, что съ точки зрѣнія чистой морали вовсе не требуется, чтобы доброе дѣло награждалось. „Моральное, замѣчаетъ онъ, разумѣется само собой; къ чему же здѣсь нужна награда?" Награда назначается изъ соображеній педагогическаго и практическаго характера [3], абсолютное же наказаніе такъ же, какъ и абсолютная награда, не зависитъ отъ морали. Но если, прибавляетъ онъ, приходится признать, что возмездіе несоединимо съ моралью, то приходится вмѣстѣ съ тѣмъ установить, что возмездіе не можетъ быть цѣлью государственнаго наказанія [4]). Какъ видно изъ сказаннаго, возмездіе у Керлера понимается, какъ цѣль наказанія, и съ этой точки зрѣнія оно имъ осуждается, какъ несовмѣстимое съ понятіемъ абсолютной морали. Но если мы и можемъ согласиться съ правильностью мысли этого писателя о томъ, что возмездіе не можетъ быть оправдано съ точки зрѣнія чистой морали, — мысли, которая была особенно ясно формулирована еще Меркелемъ, замѣтившимъ, что „сущности морали нечего дѣлать съ идеей возмездія, самой по себѣ взятой, такъ какъ высшая оцѣнка человѣческаго поведенія для болѣе тонкаго (fein) чувства зависитъ повсюду именно отъ того, что представленіе (Rücksicht) о наградѣ и наказаніи не оказало никакого вліянія на это поведеніе" [5]),—то,

---

[1]) Kerler. s. 7. Тѣ же соображенія онъ высказываетъ въ своей работѣ „Nietzsche und die Vergeltungsidee". 1900 s. 26 ff.

[2]) Ib. s. 9.

[3]) Ib. s. 8.

[4]) Ib. s. 13.

[5]) Merkel l. c. s. 698 Ср. также замѣчаніе въ этомъ же смыслѣ Герца (Hertz l. c. s. 243). „die Ethik hat vielmehr allen Anlass sich gegen dieses lediglich euda-

посколько мы отрѣшаемся съ одной стороны отъ оцѣнки начала возмездія съ точки зрѣнія исключительно чистой морали, а съ другой и отъ представленія о томъ, что возмездіе является цѣлью наказанія, постолько вопросъ о безнравственности возмездія для насъ отпадаетъ. Чувство мести мы можемъ признавать безнравственнымъ, но это не влечетъ за собой признаніе безнравственности и возмездія. Какъ говоритъ Белингъ, если дѣйствительно этически обезцѣнивается поведеніе человѣка, разсчитывающаго на награду, то это еще не затрагиваетъ моральности возмездія; въ особенности, замѣчаетъ онъ, это видно изъ того, что желаніе вознаградить дѣлается особенно сильнымъ тогда, когда дѣяніе происходитъ безъ малѣйшаго спекулированія на награду [1]). Съ другой стороны слѣдуетъ обратить вниманіе на слѣдующее возраженіе, которое дѣлаетъ Белингъ въ отношеніи Керлера,—именно, онъ указываетъ, что экономическій и нравственный порядокъ не являются противуположностями, такъ какъ можно утверждать, что хозяйственная точка зрѣнія потому основывается на идеѣ уравненія цѣнностей, что это уравненіе признается моральнымъ [2]).

Близко къ Керлеру подходитъ по своимъ взглядамъ Древсъ, который признаетъ возмездіе безнравственнымъ съ точки зрѣнія христіанской морали [3]). По его словамъ, разъ наказаніе возникло „изъ естественно-человѣческаго чувства мести (natürlich-menschliches Rachegefuhl) дохристіанской эпохи“, оно не можетъ быть оправдано христіанской этикой. „Понятіе наказанія, замѣчаетъ онъ, такъ же, какъ и понятіе награды, въ примѣненіи къ совершенному нравственному поведенію законченной (vollendete) личности отпадаетъ, такъ какъ эта личность не дѣлаетъ ничего хорошаго изъ стремленія къ наградѣ или изъ страха передъ наказаніемъ. Только тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о нравственномъ вліяніи на другихъ—о воспитаніи, вступаетъ идея возмездія въ свое нравственное право. И разъ на-

---

monistischer Auffassung entspringende Princip der Vergeltung auf das Nachdrücklichste zu verwahren“, а также Лобеданка (Lobedank. Rechtsschutz und Verbrecherbehandlung. 1906 s. 21): „es giebt Menschen, die der Vergeltungsidee einen besonderen sittlichen Wert zuerkennen... Ich vermag die Idee, dass jede „Schuld“ ihre „Sühne“ finden musse, keineswegs so besonders erhaben zu finden... Sollte es nicht auch wirklich einen höheren Stand der Sittlichkeit und der Kultur bedeuten, wenn man sich des Rechtsbrechers erwehrt ohne „Vergeltung“ im hergebrachten Sinne an ihm zu üben?“.

[1]) Beling l. c. s. 19 n. 1.

[2]) Ib. s. 19 n. 1.

[3]) Еще раньше его то же говорилъ Шлейермахеръ (Schleirmacher. Die Christliche Sitte nach den Grundsätzten der evangelischen Kirche. Sämtliche Werke B. XII. 1843 s. 24), указывая на то, что начало возмездія противорѣчитъ ученію Христа.

всегда должно быть установлено, что наказаніе, покоющееся на естественномъ влеченіи къ возмездію, ниже христіанства (unterchristlich)“ [1]). Какъ видно, эта критика идеи возмездія исходитъ изъ представленія о томъ, что возмездіе и месть явленія тождественныя,—взглядъ, съ которымъ, какъ было уже указано, нельзя согласиться.

Своеобразная точка зрѣнія, отождествляющая месть и возмездіе и отрицающая вмѣстѣ съ тѣмъ возможность признанія наказанія возмездіемъ, выдвигается Липпсомъ, усматривающимъ двойной самообманъ въ представленіи о томъ, что наказаніе есть возмездіе [2]). Различая положительное влеченіе къ возмездію (Vergeltungstrieb),—влеченіе къ благодарности, и отрицательное—влеченіе къ мести (Rachetrieb), онъ говоритъ, что содержаніе этого послѣдняго влеченія выражается въ томъ, что „я переживаю въ себѣ направленное на отрицаніе меня самого воленіе (Wollen) и внутренне реагирую на него, т. е. стремлюсь естественнымъ образомъ отрицать то, что меня отрицаетъ, или устранить отрицаніе меня самого“ [3]). Это отрицаніе такимъ образомъ естественно имѣетъ въ виду „чужое воленіе, поскольку оно направлено противъ меня или враждебно мнѣ“. При этомъ онъ замѣчаетъ, что, когда наказываютъ преступника, то думаютъ, что этимъ совершается реакція противъ его злого воленія. Но въ этомъ представленіи, по его мнѣнію, заключается самообманъ, который объясняется тѣмъ, что самое влеченіе къ мести отличается слѣпотой. Мы отождествляемъ всего индивида съ возбужденіемъ его воли (Willensregung) или съ его волей, поскольку она проявилась въ этомъ волевомъ возбужденіи, и думаемъ, осуществляя возмездіе, что мы затрогиваемъ злое воленіе (das böse Wollen) индивида, отрицаемъ его, въ то время, какъ въ дѣйствительности мы отрицаемъ нѣчто такое, что относится къ его волѣ (Wille), но въ остальномъ не имѣетъ ничего общаго съ его воленіемъ (Wollen) [4]). Далѣе онъ замѣчаетъ, что влеченіе къ возмездію есть влеченіе противопоставить злу, которое причинилъ преступникъ, зло, которое онъ долженъ испытать. Поэтому, по самому своему понятію, возмездіе не имѣетъ ничего общаго съ тѣмъ дѣйствіемъ, которое должно произвести наказаніе въ сознаніи и воленіи наказаннаго индивида—съ его внутреннимъ исправленіемъ (Korrectur) [5]). Въ виду

[1]) Drews. Strafrechtsreform und Christentum. 1905 s. 15.
[2]) Lipps Der Begriff der Strafe (Vier Vorträge) 1906 s. 57.
[3]) Ib s. 60.
[4]) Ib. s 62.
[5]) Ib. s. 63

этого, говоритъ онъ, нельзя наказаніе называть облагороженнымъ возмездіемъ или местью, такъ какъ, хотя слѣпое влеченіе къ возмездію и облагораживается тогда, когда оно дѣлается альтруистическимъ влеченіемъ („причиненное другому зло я внутренне переживаю, какъ причиненное мнѣ самому“) [1]) къ мести, но и этимъ не устраняется его слѣпота. Слѣпота же эта можетъ быть уничтожена только тогда, когда „моментъ возмездія замѣняется моментомъ отрицанія злого воленія въ преступникѣ“, но благодаря этому на мѣсто мести становится нѣчто совершенно иное, именно наказаніе. Тѣмъ не менѣе, говоритъ Липпсъ, нельзя еще отрицать того, что альтруистическое влеченіе къ возмездію имѣетъ общую исходную точку съ наказаніемъ, такъ какъ слѣпое влеченіе къ возмездію хочетъ безсознательно для самого себя того, что является требованіемъ наказанія, но оно хочетъ достигнуть этого такимъ путемъ, который лежитъ совершенно въ сторонѣ отъ наказанія, путемъ самообмана. Въ подобномъ самообманѣ, по его мнѣнію, сущность возмездія и состоитъ. Указывая далѣе на то, что мотивомъ требованія наказанія является стремленіе къ освобожденію отъ тяжелаго (peinlich) чувства, которое вызвано правонарушеніемъ, онъ говоритъ, что оно достигаетъ своей цѣли путемъ самообмана, становясь стремленіемъ къ возмездію (Vergeltungsdrang). Но кромѣ этого чувства внутренняго освобожденія или облегченія, говоритъ Липпсъ, есть еще и другое—это чувство примиренія (Ausgesöhntheit) отъ того, что преступника постигло зло,—чувство, которое примиряетъ насъ съ нимъ, поскольку мы чувствуемъ къ нему состраданіе („преступникъ дѣлается мнѣ, какъ человѣкъ, ближе, представляется мнѣ въ болѣе мягкомъ свѣтѣ“) [2]); но въ этомъ отношеніи наступаетъ второй самообманъ: мы думаемъ, что, если преступникъ является для насъ въ лучшемъ свѣтѣ, онъ является уже въ меньшей степени преступнымъ—„такъ какъ мы чувствуемъ себя внутренне примиренными, то въ насъ является иллюзія, что вина объективно искуплена“. Во всемъ этомъ, по его словамъ, и заключаются ошибки теоріи возмездія. Она требуетъ возмездія, т. е. отплаты зломъ за зло. Но это обозначаетъ не что иное, какъ то, что она требуетъ двойного самообмана (Selbstbetrug) или двойного ослѣпленія (Verblendung). Съ одной стороны мы должны думать, что мы отрицаемъ посредствомъ возмездія злое воленіе преступника тамъ, гдѣ оно вовсе не затрогивается, а затрогивается и отрицается нѣчто стоящее

---

[1]) Ib. s. 59.
[2]) Ib. s. 64.

рядомъ съ этимъ злымъ воленіемъ. А съ другой стороны мы должны принимать наше чувство субъективной удовлетворенности (Versohnheit), какъ объективное искупленіе [1]). Поэтому, говоритъ Липпсъ, „воздающее наказаніе не есть вовсе дѣйствительное наказаніе. Оно есть только причиненіе зла, которое кажется наказаніемъ лишь въ силу двойного самообмана“ [2]). Въ заключеніе онъ подчеркиваетъ, что возмездіе онъ понимаетъ въ смыслѣ слѣпого естественнаго влеченія къ возмездію, но онъ согласенъ признать теорію возмездія, если возмездіе понимается не въ этомъ смыслѣ, а въ смыслѣ объективнаго искупленія, какъ дѣйствительное уничтоженіе злого воленія преступника. Здѣсь мы примиряемся не слѣпо, сообразно съ чувствомъ, а этически, и въ этомъ смыслѣ примиреніе есть этическое примиреніе [3]).

Останавливаясь на оцѣнкѣ взгляда Липпса, мы должны сказать, что, при всей глубинѣ его анализа тѣхъ психическихъ переживаній, которыя сопровождаютъ актъ возмездія и которыя совершенно правильно расчленяются Липпсомъ на внутреннее освобожденіе или облегченіе, испытываемое по поводу наказанія, и на субъективное примиреніе съ преступникомъ, происходящее отъ наказанія послѣдняго, все построеніе Липпса покоится на положеніи, которое само еще нуждается въ доказательствѣ. По его ученію, только та мѣра есть наказаніе, которая заключаетъ въ себѣ воздѣйствіе на „злое воленіе“ преступника, въ чемъ онъ видитъ объективное искупленіе, какъ существенный элементъ понятія наказанія. Но не показываетъ ли этотъ взглядъ, что для Липпса наказаніемъ является только такое наказаніе, которое преслѣдуетъ цѣль исправленія? Между тѣмъ то, что выдвигаетъ Липпсъ, вовсе непригодно для характеристики любого наказанія, какъ оно дается исторіей права и современнымъ законодательствомъ. Съ другой стороны, говоря о возмездіи въ составѣ наказанія, мы имѣемъ въ виду не чувство мести или чувство возмездія, подъ вліяніемъ котораго осуществляется актъ воздаянія, а самое возмездіе, воздаяніе, какъ воздѣйствіе на человѣка, заключающее въ себѣ и выражающее собой оцѣнку учиненнаго; между тѣмъ Липпсъ говоритъ исключительно о возмездіи, какъ объ извѣстномъ психическомъ переживаніи, которое происходитъ въ обществѣ при осуществленіи наказанія. Съ этой точки зрѣнія у него и получается оцѣнка этого переживанія, какъ двой-

---

[1]) Ib. s. 66.
[2]) Ib. s. 68.
[3]) Ib. s. 70.

ного самообмана, но это представленіе о самообманѣ, который заключается въ возмездіи, не касается еще самаго существа возмездія. Наконецъ, хотя Липпсъ и высказывается противъ возмездія, но на самомъ дѣлѣ онъ высказывается лишь противъ извѣстной неправильной, по его мнѣнію, концепціи возмездія, такъ какъ самъ онъ все-таки признаетъ возмездіе въ видѣ объективнаго искупленія.

§ 27. Слѣдующая группа возраженій противъ возмездія, какъ элемента понятія наказанія, исходитъ изъ представленія о томъ, что идея возмездія имѣетъ метафизическое основаніе, что она чужда дѣйствительной жизни въ то время, какъ наказаніе вызывается потребностями реальной жизни. Возраженіе это имѣетъ въ виду т. н. абсолютныя теоріи возмездія, но, нападая на эти теоріи прежде всего за ихъ отрицаніе цѣли наказанія внѣ его самого, оно нападаетъ въ то же время на теоріи возмездія вообще, даже въ ихъ современномъ видѣ, хотя онѣ и расходятся съ абсолютными теоріями.

Эта точка зрѣнія проводится у многихъ криминалистовъ, напр. у Бара, Зихарта, Геймбергера; въ частности надо замѣтить, что то отрицательное отношеніе, которое замѣчается въ русской литературѣ къ представленію о возмездіи, какъ элементѣ понятія наказанія, объясняется главнымъ образомъ представленіемъ о метафизической подкладкѣ этого понятія. Такъ, напр. у Таганцева указывается, что идея наказанія ради наказанія не находитъ себѣ оправданія ни теоретическаго, ни практическаго [1]). Разсужденія подобнаго же рода мы находимъ и у Познышева. По его словамъ, разборъ теологическихъ и метафизическихъ теорій приводитъ къ слѣдующему весьма важному выводу: „наказаніе ни въ какомъ случаѣ не должно быть возмездіемъ за преступленіе. Въ самомъ дѣлѣ, если принципъ возмездія не находитъ себѣ точки опоры въ соображеніяхъ теологическаго характера и если нельзя допустить существованіе независимаго отъ опыта начала воздающей справедливости..., то приходится придти къ выводу, что принципъ возмездія лишенъ почвы. Дѣйствительно, въ сферѣ эмпирической для него нельзя уже найти и тѣни какихъ-либо основаній... съ позитивной точки зрѣнія принципъ возмездія лишенъ всякихъ основаній и долженъ быть рѣшительно отвергнутъ“ [2]). Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ находитъ, что въ литературѣ иногда

---

[1]) Таганцевъ в. с. стр. 913.

[2]) Познышевъ. Основныя начала стр. 58.

появляются теоріи, безплодно старающіяся обосновать принципъ возмездія эмпирически [1]). Между тѣмъ, по его мнѣнію, „утвердить идею возмездія на эмпирическихъ основаніяхъ представляется совершенно невозможнымъ. Чувство мести, дѣйствительно, подсказываетъ идею отплаты зломъ за зло, но нравственное значеніе этого чувства и этой идеи несомнѣнно чисто отрицательное" [2]). Однако съ этой точкой зрѣнія согласиться нельзя. Какъ правильно замѣчаетъ Наглеръ, тотъ, кто въ настоящее время стоитъ за возмездіе, тотъ дѣлаетъ это свободно отъ всякой метафизики, совершенно реалистически, и иначе и быть не можетъ [3]). И, дѣйствительно, въ настоящее время можно считать установленнымъ то положеніе, что начало возмездія основывается на чисто эмпирическихъ данныхъ. По современнымъ ученіямъ, идея возмездія покоится не на признаніи нравственной необходимости возмездія въ силу категорическаго императива нашего разума (Кантъ), не на представленіи объ отраженіи въ немъ начала божескаго правосудія (Шталь) [4]), не на признаніи логической необходимости его, какъ средства примиренія тезиса и антитезиса (Гегель), не на признаніи, наконецъ, эстетической необходимости устранить происшедшее нарушеніе гармоніи (Гербартъ), а на особенностяхъ психики человѣка. Большинство современныхъ криминалистовъ, отстаивающихъ идею возмездія въ понятіи наказанія, твердо стоятъ на представленіи о психологическомъ обоснованіи возмездія. Возмездіе покоится на чувствѣ возмущенія, которое возникаетъ по поводу причиненнаго вреда, и это чувство находитъ себѣ первоначальное проявленіе въ институтѣ мести, а затѣмъ и въ смѣняющемъ его наказаніи; въ мести въ ея чистомъ видѣ это чувство возмущенія осуществляется безъ всякаго представленія о мѣрѣ возмездія, тогда какъ въ наказаніи оно извѣстнымъ образомъ умѣряется [5]). Но, говоря о томъ, что возмездіе покоится на пси-

---

[1]) Тамъ же стр. 59 прим. 1.

[2]) Познышевъ. Основные вопросы стр. 369.

[3]) Nagler l. c. s. 143.

[4]) Впрочемъ, въ богословской литературѣ и теперь встрѣчается эта точка зрѣнія. Ср. слѣдующія слова Кафтана (Kaftan. Dogmatik s. 345; цитата приведена у Rohden l. c. s. 67): „dass Gott das Böse straft, ist die Grundlage aller menschlichen Strafgerechtigkeit. Die, welche sie üben, handeln von Namen Gottes als seine Diener, führen ein heiliges Amt in seinem Auftrage. Ihre Ordnung ist daher niemals bloss eine Sache der Zweckmassigkeit, sondern beruht auf dem unantastbaren Gedanken von Gut und Böse, die in dem heiligen Willen Gottes begründet sind".

[5]) Это умѣреніе воздаянія заключаетъ въ себѣ идею пощады потерпѣвшаго; какъ замѣчаетъ Еллинекъ (в. с. стр. 104), „если естественное влеченіе, которое является чисто эгоистическимъ, умѣряется альтруистическимъ вниманіемъ къ инди-

хологическомъ основаніи, мы однако не можемъ идти такъ далеко, чтобы въ проявленіи этого чувства возмущенія усматривать выраженіе всеобщаго космическаго закона, который охватываетъ не одну только дѣятельность людей по отношенію къ другимъ людямъ, какъ это утверждаетъ Постъ [1]).

Въ выясненіи значенія возмездія, именно какъ явленія реальной жизни, а не какъ начала, вытекающаго изъ извѣстныхъ метафизическихъ основаній, особенно велика заслуга Меркеля, который низвелъ идею возмездія съ высотъ метафизики, на которыхъ она находилась со временъ Канта, и сдѣлалъ ее „мірской". Въ самомъ дѣлѣ, по словамъ Меркеля, „возмездіе не есть изобрѣтеніе нашихъ законодателей и не есть учрежденіе, которое не сегодня—такъ завтра или вообще когда либо можетъ быть отмѣнено по какому-нибудь приказанію власти; оно не есть проявленіе (Ausfluss) какой-нибудь теоріи, можетъ быть, ложной, какъ насъ хотятъ нѣкоторые въ настоящее время увѣрить; оно есть явленіе, лежащее въ объективной природѣ человѣческихъ дѣлъ (eine in der objectiven Natur der menschlichen Dinge begründete Erscheinung), противъ котораго даже самый сильный могъ бы примѣнить только оружіе Донъ-Кихота" [2]). Онъ находитъ при этомъ, что государственное возмездіе будетъ существовать до тѣхъ поръ, пока будетъ существовать государственное право [3]).

Не меньшее значеніе въ выясненіи того положенія, что возмездію чуждо метафизическое обоснованіе, принадлежитъ Р. Шмидту, выдвинувшему т. н. теорію соціальнаго возмездія, покоющагося исключительно на эмпирическихъ данныхъ. Онъ говоритъ, что

видууму, противъ котораго оно направлено, месть облагороживается до степени возмездія, не отвергая однако своего происхожденія отъ общаго органическаго основного влеченія".

[1]) Post Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend ethnologischer Basis B I. 1880 s. 141. „das Rachegefuhl ist ein ganz allgemeines, es geht keineswegs bloss gegen andere Menschen... Das Rachegefuhl ist auch nicht dem Menschen allein eigen, sondern das Tier kennt dasselbe ebenso Wir werden es hier wahrscheinlich mit einer tellurisch organischen Ausserungsform eines allgemeinen kosmischen Gesetzes zu tun haben, welches im Menschen deshalb wirksam ist, weil er ein kosmisches Individuum ist".

[2]) Liepmann. l. c. s. 198.

[3]) Merkel. Vergeltungsidee s. 698. Эту заслугу Меркеля въ данной области особенно ярко отмѣтилъ Лимпманнъ въ рядѣ своихъ работъ. Она же отмѣчена и Бютнеромъ, который указываетъ, что у Меркеля все сводится въ области возмездія къ „органическимъ, соединеннымъ неразрывно съ человѣческой природой внутреннимъ силамъ" (Büttner l. c. s. 298). Непонятна поэтому та оцѣнка теоріи Меркеля, которую мы находимъ у Познышева (Основные вопросы стр. 185), признающаго, что Меркель признаетъ начало возмездія лежащимъ внѣ человѣка.

„на основаніи опыта твердо установлено, что всякій ожидаетъ отъ другого активнаго выступленія противъ обиды, въ особенности болевой реакціи (eine schmerzhafte Reaktion), и этимъ обусловливается то, что обиженный лишь посредствомъ дѣятельной реакціи обезпечиваетъ себѣ уваженіе своихъ товарищей и что онъ встрѣчаетъ ихъ неуваженіе въ случаѣ воздержанія отъ этой реакціи. Это ожиданіе и эти послѣдствія являются общими представленіями и ощущеніями, которыя сами собой соединяются съ порицающимъ сужденіемъ (missbilligende Beurteilung) опредѣленныхъ дѣйствій, направленныхъ противъ извѣстныхъ лицъ“ [1]).

Взглядъ на то, что возмездіе покоится на эмпирическихъ данныхъ, въ настоящее время проводится писателями, принадлежащими къ различнымъ научнымъ направленіямъ. Такъ, Еллинекъ говоритъ, что идея возмездія присуща нашей природѣ и еще дальше развивается въ насъ благодаря воспитанію [2]), и что, если мы расчленимъ влеченіе къ возмездію психологически и исторически, то найдемъ съ одной стороны изначальное эгоистическое чувство мести, направленное на уничтоженіе нарушителя, а съ другой—альтруистическія склонности, все болѣе развивающіяся съ прогрессомъ культуры, объектомъ которыхъ являются даже тѣ сочлены общества, которые дерзаютъ колебать его правовое основаніе [3]); Биркмейеръ замѣчаетъ, что неистребимое убѣжденіе въ томъ, что преступнику должно воздать и что справедливо только воздающее наказаніе, имѣетъ свое глубочайшее основаніе въ самой природѣ человѣка. Въ нашей чувственной природѣ коренится, какъ одно изъ самыхъ элементарныхъ и могущественнѣйшихъ влеченій, влеченіе къ возмездію [4]). Роландъ указываетъ, что возмездіе имѣетъ свои корни въ существѣ человѣческой природы вообще, замѣчая при этомъ, что возмездіе, будучи требованіемъ нашего правосознанія, указываетъ въ конечной линіи на психологическую потребность въ уравненіи, которая владѣетъ въ самой широкой степени нашимъ мышленіемъ и чувствованіемъ [5]). Наглеръ называетъ влеченіе къ возмездію однимъ изъ неоспоримѣйшихъ психологическихъ явленій, которое наступаетъ съ автоматической правильностью: „идеи оскорбляющаго правонарушенія и бьющаго назадъ (rückschlagend) наказанія соединяются другъ

---

[1]) R. Schmidt, Aufgaben, 64.
[2]) Еллинекъ в. с. стр. 105.
[3]) Тамъ же стр. 115.
[4]) Birkmeyer. Gedanken s. 73.
[5]) Rohland l. c s. 28.

съ другомъ сами собой, такъ какъ онѣ относятся къ „естественному составу“ (der naturliche Bestand) человѣческихъ чувствъ“ [1]); поэтому, говоритъ онъ, пока не перемѣнится природа человѣка, мы всегда должны будемъ осуществлять воздающее уголовное право (das Vergeltungsstrafrecht) [2]). Белингъ находитъ, что „нормальное здоровое чувство реагируетъ въ отношеніи происшедшаго возмездія чувствомъ удовлетворенія тогда и постолько, когда и посколько то, что получилъ виновникъ дѣянія, представляется по своей мѣрѣ заслуженнымъ имъ, и это душевное переживаніе происходитъ безъ всякаго телеологическаго мышленія“ [3]); при этомъ онъ замѣчаетъ, что можно установить феноменологически - эмпирически, что идея возмездія живетъ въ народѣ, какъ нравственная идея [4]). По словамъ Гюнтера, первое побужденіе воздать за совершившуюся неправду лежитъ въ потребности человѣческой природы осуществлять возмездіе за понесенное страданіе, за причиненную обиду [5]). Фингеръ замѣчаетъ, что сомнѣніе въ существованіи потребности въ возмездіи можетъ быть легко устранено самоиспытаніемъ (Selbstprüfung), не чувствуется ли неудовольствіе, если преступнику удалось остаться безнаказаннымъ [6]). Бюттнеръ находитъ, что возмездіе „есть самоутвержденіе, ограждение собственной личности и уваженія къ ней, будучи проявленіемъ самаго жизненнаго влеченія человѣческой природы“ [7]). По словамъ Гиппеля, потребность въ возмездіи есть естественное влеченіе, которое дѣйствуетъ въ каждомъ изъ насъ съ элементарной силой [8]). Клейндинстъ находитъ, что основа принципа возмездія имѣетъ психологическую природу. „Психологически, замѣчаетъ онъ, возмездіе есть реакція сознанія чисто идіопатическаго характера, проявленіе которой происходитъ непосредственно и инстинктивно. Чувство возмездія есть чувство распространенія

---

[1]) Nagler l. c. s 145.

[2]) Ib. s. 152.

[3]) Beling l. c. s. 11 ff.

[4]) Ib. s. 20.

[5]) Günther l c. B I s. 5.

[6]) Finger l. c. s. 65.

[7]) Buttner l. c. s. 299. Къ этому онъ прибавляетъ (s. 325). „die Vergeltung ist ein Princip vollster organischen Lebensäusserung und besteht in den Gegenwirkungen, welche anfänglich unbewusst und reflexartig ohne Vorstellung der ihnen unterliegenden Zweckmässigkeit von Organismus gegen feindliche Angriffe geubt werden, welche jedoch später nach Erkentniss der ihnen in Folge einer natürlichen Kausalität fur bestimmte Ziele innewohnenden Zweckeignung verstandesmässig reflectorisch zur Anwendung kommen“.

[8]) Hippel. Strafrechtsreform s. 9

(Ausdehnung) затронутаго посредствомъ нападенія (angriffsweise) „я“, чувство проникновенія (vordringen) въ захваченную противникомъ сферу власти, чувство утвержденія самого себя, осуществленное посредствомъ пораженія нарушителя“ [1]); Наконецъ, I. Штернъ выводитъ возмездіе на основаніи началъ критическаго позитивизма изъ отраженія нападенія. По его словамъ, „возмездіе соединено уже съ примитивнымъ эгоистическимъ отраженіемъ со стороны природы. Оно постепенно развилось въ первоначально анэтическое (нравственно безразличное) влеченіе къ возмездію, которое съ сдѣлавшеюся впослѣдствіи моральною частью отраженія, соединившись именно съ этой частью, приняло также нравственный характеръ“ [2]).

Таково обоснованіе возмездія, какъ элемента наказанія, въ современной литературѣ. Какъ видно изъ приведеннаго ряда разсужденій отдѣльныхъ писателей, здѣсь уже нѣтъ того метафизическаго обоснованія возмездія, которое дѣлалось въ прежней литературѣ. Поэтому возражать въ настоящее время противъ возмездія, ссылаясь на метафизическій характеръ идеи возмездія, совершенно недопустимо [3]).

---

[1]) Kleindienst l. c. s. 136.

[2]) l. Stein Uber den Begriff der Vergeltung (Z. 28 s. 47); то же и у B. Stern. Positivrechtliche Begründung des philosophischen Strafrechts. 1905 s 62 ff

[3]) Ср. въ этомъ отношеніи слѣдующее замѣчаніе Тарда (Tarde. Philosophie pénale s 510): „mais la colère qui nous saisit à la vue de l'acte criminel et le désir de vengeance qui nous anime aussitôt contre son auteur sont des phénomènes naturels aussi“: а также слѣдующія разсужденія Петражицкаго (Теорія права и государства 2 изд. 1909 г. т. I стр. 168): „по общимъ законамъ эмоціональной психологіи такія дѣйствія по отношенію къ субъекту, которыя послѣднему представляются причиненіемъ со стороны другого добра, плюса, благодѣянія, имѣютъ тенденцію вызывать въ психикѣ этого субъекта каритативныя, благожелательныя и благодарственныя эмоціи, напротивъ, такія дѣйствія другихъ по отношенію къ субъекту, которыя ему предсгавляются причиненіемъ зла, вреда, минуса, аггрессивными дѣйствіями и посягательствами, имѣютъ тенденцію возбуждать эмоціональныя реакціи противуположнаго характера, одіозныя, злостныя и мстительныя эмоціи“, причемъ онъ замѣчаетъ, что „въ области правовой психики въ случаѣ исполненія, нѣтъ мѣста для дѣйствія тенденцій каритативныхъ и благодарственныхъ реакцій“ (стр. 170), далѣе· „эти эмоціональныя возбужденія имѣютъ ..разныя степени интенсивности ...и проявляются во внѣшнемъ поведеніи въ различныхъ формахъ: въ видѣ словесныхъ протестовъ и выраженій неудовольствія, гнѣва, негодованія .. или въ видѣ разныхъ иныхъ репрессивныхъ дѣйствій вплоть до убійства—кровавой мести“, и наконецъ: „какъ и тенденція понужденія обязаннаго къ исполненію, вообще насильственнаго осуществленія права, репрессивныя тенденціи правовой психики вліяютъ на самое содержаніе права и находятъ въ немъ свое отраженіе въ видѣ развитія правовой нормировки мести и наказаній“.

§ 28. Дальнѣйшее возраженіе противъ идеи возмездія покоится на общемъ представленіи о ея несовмѣстимости съ идеей полезности наказанія: посколько наказаніе мыслится, какъ преслѣдующее извѣстныя цѣли, постолько оно не можетъ быть понимаемо, какъ возмездіе. Эта точка зрѣнія развита въ нашей литературѣ Познышевымъ. По его словамъ, „уже съ перваго взгляда ясно, что указанныя двѣ точки зрѣнія (идея возмездія и идея предупрежденія) враждебны другъ другу и при послѣдовательномъ развитіи вытѣсняютъ одна другую. Принципъ возмездія требуетъ, чтобы наказаніе было въ извѣстномъ отношеніи къ преступленію. Идея предупрежденія преступленій приводитъ къ постановкѣ извѣстныхъ полезныхъ цѣлей, требованія которыхъ лишь случайно могутъ совпадать съ требованіями принципа возмездія, какъ правило же, будутъ болѣе или менѣе рѣзко съ ними расходиться. Слѣдуя одному изъ данныхъ принциповъ, неизбѣжно разойдешься съ требованіями другого". . . [1]) „изъ принципа пользы съ несомнѣнностью вытекаетъ отрицаніе начала возмездія" [2]). Къ сказанному онъ еще добавляетъ, что „если подъ началомъ возмездія разумѣть просто требованіе отплаты безъ какого-либо опредѣленія того, за что и какъ слѣдуетъ воздавать, то такая идея не противорѣчитъ началу цѣлесообразности, но только потому, что она не содержитъ въ себѣ никакихъ опредѣленныхъ требованій. Но такая пустая идея совершенно немыслима логически; возмездіе при такихъ условіяхъ стало бы словомъ безъ опредѣленнаго значенія. Но посколько начало возмездія выступаетъ съ своими особыми требованіями, оно, очевидно, несовмѣстимо съ принципомъ пользы. Необходимо выбрать какое-нибудь одно изъ этихъ началъ" [3]). Въ связи съ этимъ, отрицая возмездіе въ наказаніи, онъ устанавливаетъ, что „энергія карательнаго воздѣйствія должна быть пропорціональна трудности достигнуть желаннаго результата, сопротивленію, которое встрѣчаетъ себѣ это воздѣйствіе въ личности преступника" [4]), т. е. другими словами наказаніе должно соразмѣряться не съ тѣмъ, что совершено, а съ тѣмъ, каковы свойства преступника, хотя, впрочемъ, далѣе онъ находитъ, что „установивъ характеръ воздѣйствія, законодатель долженъ соразмѣрять его энергію съ объемомъ содѣяннаго (conatus—delictum consummatum)" [5]).

---

[1]) Познышевъ. Основные вопросы стр 81.

[2]) Тамъ же стр. 159.

[3]) Тамъ же стр. 185.

[4]) Тамъ же стр. 392.

[5]) Тамъ же стр. 393. То же Основныя начала стр 617.

По поводу этой точки зрѣнія мы должны сказать, что, посколько мы придаемъ возмездію значеніе сущности наказанія и посколько мы отрицаемъ за нимъ значеніе особой цѣли карательной дѣятельности, постолько само собою падаетъ возраженіе противъ допустимости соединенія момента возмездія съ моментомъ цѣлесообразности наказанія. Наказаніе, будучи возмездіемъ, т. е. воздѣйствіемъ за учиненное въ соотвѣтствіи съ оцѣнкой его, можетъ и должно преслѣдовать извѣстныя цѣли. Къ тому же надо прибавить, что, если Познышевъ, отрицая моментъ возмездія и выдвигая принципъ пользы, какъ единственный принципъ при опредѣленіи размѣровъ наказанія, все-таки въ то же время находитъ, что энергія карательнаго воздѣйствія должна соразмѣряться съ объемомъ содѣяннаго, то это обозначаетъ не что иное, какъ то, что эта энергія карательнаго воздѣйствія должна выражать собою оцѣнку учиненнаго, т. е. другими словами, здѣсь удѣляется началу возмездія въ установленномъ нами раньше смыслѣ извѣстное значеніе въ понятіи наказанія. Что же касается указанія на „пустоту“ понятія возмездія въ томъ случаѣ, если не опредѣляется ближе, за что и какъ слѣдуетъ воздавать, то въ этомъ отношеніи не нужно упускать изъ вида, какъ уже приводилось раньше, что съ одной стороны, дѣйствительно, возмездіе вообще само по себѣ не можетъ указывать, за что и какъ слѣдуетъ наказывать,—это установляется на основаніи извѣстныхъ господствующихъ въ населеніи взглядовъ, а съ другой—понятіе возмездія вовсе не представляется „пустымъ“, если мы подчеркиваемъ, что возмездіе заключаетъ въ себѣ моментъ оцѣнки учиненнаго; благодаря этому оно наполняется опредѣленнымъ содержаніемъ.

§ 29. Наконецъ, противъ возмездія дѣлается возраженіе еще въ томъ смыслѣ, что это понятіе слишкомъ узко. Съ этой точки зрѣнія возражаетъ противъ возмездія Фернекъ. По его словамъ, тотъ, кто считаетъ возмездіе сущностью наказанія, суживаетъ этимъ понятіе наказанія, такъ какъ это понятіе пригодно только для тѣхъ положительныхъ правопорядковъ, въ которыхъ наказаніе мыслится, какъ возмездіе, но этимъ не только разрывается единство всѣхъ правовыхъ послѣдствій, но исключается изъ понятія уголовно-правовыхъ послѣдствій (Strafrechtsfolgen) большое число послѣднихъ, какъ то: наказанія за неповиновеніе, наказанія за нарушеніе порядка (Muthwillens-, Ordnungsstrafe), дисциплинарныя наказанія и большинство полицейскихъ наказаній, установленіе понятія которыхъ благодаря этому дѣлается невоз-

можнымъ [1]). Но этотъ взглядъ Фернека покоится на отсутствіи у даннаго писателя надлежащаго представленія о сущности возмездія. Для него, повидимому, возмездіе сводится къ цѣли наказанія, именно къ цѣли удовлетворенія. Но, если мы будемъ такъ понимать возмездіе, то мы, дѣйствительно, не только не будемъ въ состояніи объединить всѣ тѣ различные виды единаго понятія наказанія, о которыхъ говоритъ Фернекъ, но мы не будемъ въ состояніи получить единаго понятія для наказанія въ собственномъ смыслѣ этого слова (наказаніе уголовное), такъ какъ очень часто мы будемъ лишены возможности констатировать наличность этой цѣли въ отдѣльныхъ наказаніяхъ.

Въ связи съ сказаннымъ мы должны отмѣтить, что и нѣкоторые другіе писатели, не отрицающіе вообще за возмездіемъ значенія одного изъ элементовъ понятія наказанія и строющіе такимъ образомъ понятіе наказанія на признаніи за нимъ характера возмездія, допускаютъ однако возможность такихъ случаевъ, когда возмездіе будетъ отсутствовать въ извѣстномъ наказаніи и когда послѣднее все-таки будетъ признаваться наказаніемъ. Эта непослѣдовательность данныхъ писателей, настаивающихъ энергично на томъ, что наказаніе покоится на возмездіи, и въ то же время допускающихъ исключеніе изъ этого общаго положенія, объясняется съ одной стороны тѣмъ, что для нихъ возмездіе лишь одна изъ цѣлей наказанія, а такъ какъ эта цѣль не всегда можетъ быть констатирована, то отсюда и представленіе о томъ, что не всегда возмездіе имѣется въ наличности въ отдѣльныхъ случаяхъ наказанія; съ другой стороны это объясняется тѣмъ, что у нихъ возмездіе понимается главнымъ образомъ въ смыслѣ удовлетворенія; тамъ, гдѣ эта цѣль не можетъ быть выдвинута на первый планъ, тамъ нѣтъ и возмездія. Такъ, представленіемъ о возмездіи, какъ о цѣли наказанія, объясняется указаніе Меркеля и его школы на рядъ случаевъ, гдѣ нельзя усмотрѣть возмездія въ понятіи наказанія. Притомъ Меркель лишь намѣтилъ нѣкоторые случаи этого рода [2]), Липманнъ же прямо утверждаетъ, что признаніемъ наказанія возмездіемъ „еще не сказано, что наказаніе при всѣхъ преступленіяхъ есть возмездіе, равно какъ не сказано, что наказаніе выполняетъ лишь функціи возмез-

---

[1]) H. v. Ferneck. Die Rechtswidrigkeit s. 308. То же читаемъ и у Варги (Vargha l. c. B. II s. 163): „doch die Annahme ist eben ganz falsch, dass die Strafe einzig nur in der Form einer Vergeltungstrafe denkbar sei und dass eben in der Vergeltung des Üblen mit Üblem ihr eigentliches Wesen liege".

[2]) Merkel. Lehrbuch s. 186 упоминаетъ объ азартной игрѣ, при которой о возмездіи говорить не приходится.

дія, а сказано только то, что этимъ обозначается существенная сторона наказанія“ [1]). По его словамъ, въ дѣйствующемъ правѣ есть составы преступленій, которыя влекутъ за собой наказаніе не изъ соображеній возмездія. Если государство въ такихъ случаяхъ наказываетъ, то оно это дѣлаетъ, понятно, не для того, чтобы удовлетворить (befriedigen) свою или чужую потребность въ удовлетвореніи (Genugtuungsbedurfniss), а также не потому, что вредное послѣдствіе влечетъ къ противодѣйствію, но во всѣхъ подобныхъ случаяхъ дѣло идетъ о такихъ нестроеніяхъ (Misstände), которыя наказаніе должно только предупреждать, о причинахъ и антисоціальныхъ состояніяхъ,—зародышахъ преступленій, съ которыми государство желаетъ бороться [2]). Наказаніе, по его словамъ, борется не только съ результатами преступленій, но и съ ихъ причинами. Точно также Гиппель говоритъ, что не вездѣ при наказаніи преслѣдуется цѣль справедливаго возмездія. Существуютъ многочисленные случаи (напр. этически индифферентныя полицейскія нарушенія), въ которыхъ потребность въ возмездіи существуетъ только въ ничтожной степени (in verschwindenden Masse) и которые наказываются ради другихъ цѣлей. Есть далѣе случаи, прибавляетъ онъ, въ которыхъ потребность въ удовлетвореніи неясна или даже неправильна (unrichtig), такъ какъ она покоится на ошибочной оцѣнкѣ (Wertanschauungen): здѣсь она нуждается въ критическомъ отношеніи и, если нужно, въ исправленіи [3]).

Но и кромѣ Меркеля и его школы такіе же взгляды высказываютъ и криминалисты, принадлежащіе къ другимъ направленіямъ, напр. Фингеръ, Кэлеръ, Роландъ, Ламмашъ, Клейндинстъ и Алльфельдъ. Такъ, Фингеръ указываетъ на то, что возмездіе является не essentiale, а только naturale понятія наказанія [4]). Кэлеръ говоритъ, что возмездіе есть только одна изъ формъ наказанія, но не единственная [5]), а Роландъ замѣчаетъ, что не всякое наказаніе есть возмездіе (напр. наказаніе новой школы), потому что не всякое наказаніе означаетъ отплату (Widerzufügung). Только тогда наказаніе, по его словамъ, становится возмездіемъ, когда оно пред-

---

[1]) Liepmann. Strafrechtsreform s. 5.

[2]) Ib. s. 18. См. также Liepmann. Die Lehre von Verbrechen und Strafe von A. Merkel. s. XXIV.

[3]) Hippel. Vorentwurf s. 883.

[4]) Finger l. c. 76 n. 27, а также s. 82, гдѣ сказано: „es ist a priori denkbar, dass gegenüber einer grossen Menge von Übeltaten das Vergeltungsbedürfniss auf den Nullpunkt herabsinkt“.

[5]) Kohler l. c. s. 29.

ставляетъ изъ себя обратную цѣнность (Gegenwert) въ сравненіи съ прежнимъ зломъ [1]). Ламмашъ же, возражая Р. Шмидту, который находитъ извѣстные слѣды возмездія въ современномъ правѣ, говоритъ, что „дѣйствующее право далеко стоитъ даже отъ приблизительнаго осуществленія идеи справедливости или возмездія, такъ какъ оно изъ разнообразныхъ практическихъ соображеній въ весьма многихъ отношеніяхъ сознательно отъ этого отступаетъ". Если бы въ немъ дѣйствительно, по его словамъ, господствовала идея возмездія. то нельзя было бы объяснить существованіе уголовной давности, помилованія и зависимости преслѣдованія отъ частной воли въ случаяхъ частныхъ деликтовъ [2]). Далѣе, Клейндинстъ отмѣчаетъ, что въ дѣйствующемъ правѣ есть случаи, гдѣ на первый планъ выступаетъ идея охраны и гдѣ идея возмездія отодвигается на задній планъ—это случаи, когда наказываются приготовительныя дѣйствія и гдѣ имѣется лишь созданіе извѣстной опасности для общества [3]). Наконецъ, Алльфельдъ находитъ, что возмездія нѣтъ въ полицейскомъ наказаніи, которое есть только усиленное предупредительное средство (eine verstarkte Vorbeugungsmassregel) [4]).

Итакъ, мы видимъ, что весьма многіе современные криминалисты, являющіеся сторонниками идеи возмездія въ понятіи наказанія, не придаютъ однако этому моменту значеніе существеннаго элемента понятія наказанія, поскольку они признаютъ, что есть наказанія, которыя не покоятся на идеѣ возмездія. Но мы должны сказать, что, если мы понимаемъ возмездіе, не какъ цѣль наказанія, а какъ моментъ, характеризующій самую сущность наказанія, какъ выраженіе оцѣнки учиненнаго, мы не можемъ представить себѣ наказаніе безъ этого элемента. Съ этой точки зрѣнія наказаніе и за полицейскіе проступки и за дѣянія, которыя не заключаютъ въ себѣ дѣйствительнаго вреда, одинаково являются наказаніемъ, покоющемся на возмездіи, такъ какъ и здѣсь, какъ и во всѣхъ другихъ наказаніяхъ, имѣется такое воздѣйствіе на учиненное, которое выражаетъ собой его оцѣнку. Цѣль отмстить за учиненное, удовлетворить потерпѣвшаго и т. д. здѣсь часто не можетъ быть установлена, но это не отнимаетъ у наказанія его существеннаго элемента—возмездія.

§ 30. Однако, если нѣкоторые писатели отрицаютъ моментъ возмездія въ понятіи наказанія, то спрашивается, что же они вы-

---

[1]) Rohland l. c. s. 31.
[2]) Lammasch. Aufgaben s. 642.
[3]) Kleindienst l. c. s. 160.
[4]) Allfeld l. c s 55.

двигаютъ вмѣсто него въ качествѣ существеннаго элемента наказанія и какъ они характеризуютъ самую сущность этого понятія? Въ этомъ отношеніи мы можемъ замѣтить разнообразныя конструкціи [1]). Такъ, многіе писатели, отрицательно относясь къ понятію возмездія, указываютъ, что наказаніе должно быть не воздающимъ, а охраняющимъ наказаніемъ (Schutzstrafe)—точка зрѣнія уголовно-соціологической школы въ Германіи, или, что оно должно быть опекой въ отношеніи преступника (Bevormundung у Варги, опека у В. Соловьева), или мѣрой борьбы съ личными условіями преступности (Фойницкій) [2]). Но подобныя сужденія не касаются наказанія, какъ оно есть, и имѣютъ въ виду лишь наказаніе въ будущемъ, которое иногда при такомъ пониманіи собственно перестаетъ даже быть наказаніемъ, обращаясь скорѣе въ особую мѣру соціальной защиты. Другіе же напротивъ стремятся указать, что наказаніе вообще, слѣдовательно, и de lege lata должно быть понимаемо не въ смыслѣ возмездія. Однако обыкновенно этого рода разсужденія сводятся къ указанію или такихъ особенностей наказанія, которыя собственно присущи не наказанію, какъ таковому, а лежащему въ основѣ его возмездію, или же такихъ признаковъ наказанія, которые оно раздѣляетъ вмѣстѣ съ другими сходными институтами, или же, наконецъ, эти разсужденія заключаютъ въ себѣ совершенно произвольныя конструкціи наказанія, не охватывающія всего того, что подводится обычно подъ понятіе наказанія.

Сюда напр. относится приведенный выше взглядъ Бара на наказаніе, какъ на осужденіе. Но выраженіе „осужденіе“ уже само по себѣ означаетъ ту оцѣнку, которая заключается въ возмездіи, какъ элементѣ наказанія, и въ этомъ отношеніи опредѣленіе наказанія, какъ осужденія, есть вмѣстѣ съ тѣмъ и опредѣленіе его, какъ возмездія, но опредѣленіе неполное, такъ какъ мало сказать, что наказаніе есть осужденіе, надо еще указать, какъ выражается это осужденіе; посколько же будетъ указано, что это осуж-

---

[1]) При этомъ нужно имѣть въ виду, что нѣкоторые писатели, хотя и не вносятъ въ свое опредѣленіе наказанія указанія на возмездіе, какъ на элементъ наказанія, но всѣ ихъ разсужденія клонятся къ признанію въ наказаніи возмездія, понимаемаго въ томъ или иномъ смыслѣ. Такъ, напр. Вехтеръ опредѣляетъ наказаніе, какъ реакцію противъ учиненной неправды посредствомъ принужденія или страданія, причемъ прибавляетъ, что „наказаніе дѣлается справедливымъ наказаніемъ только тогда, когда эта реакція необходима для борьбы съ противоправной волей и для удовлетворенія (Genugtuung) за нарушенное право, слѣдовательно, для погашенія преступленія“. (Wächter. Deutsches Strafrecht 1881 s. 22).

[2]) Фойницкій в. с. стр. 42.

деніе выражается въ извѣстныхъ внѣшнихъ дѣйствіяхъ, въ которыхъ заключается оцѣнка учиненнаго, постолько тѣмъ самымъ будетъ уже сказано, что наказаніе есть возмездіе. Сюда же относится взглядъ, высказанный еще Фейербахомъ [1]), а нынѣ проводимый Фернекомъ о томъ, что наказаніе есть „исполненіе угрозы". Удобство такого опредѣленія наказанія Фернекъ усматриваетъ въ томъ, что при подобномъ пониманіи наказанія, по его словамъ, не приходится говорить ни о возмездіи, ни о цѣлесообразности наказанія [2]). Но указаніе на то, что наказаніе есть выполненіе угрозы, есть чисто формальное опредѣленіе, не касающееся вопроса о томъ, что же представляетъ наказаніе по своему внутреннему существу, и этотъ вопросъ остается у Фернека открытымъ. Точно также формальнымъ представляется то опредѣленіе понятія наказанія, которое мы находимъ у Спасовича. Спасовичъ говоритъ, что наказаніе есть „охраненіе закона положительнаго", подчеркивая, что наказаніе не является ни таліономъ, ни местью, ни возмездіемъ [3]). Однако „охраненіе закона положительнаго" является чертой, которая характеризуетъ не одно только наказаніе, но и другія правоохранительныя средства, такъ что при такомъ опредѣленіи указать именно на сущность наказанія не представляется возможнымъ. Такимъ же формальнымъ и ничего не говорящимъ о содержаніи наказанія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и не пригоднымъ для разграниченія наказанія и другихъ институтовъ, является опредѣленіе наказанія, какъ правового послѣдствія деликта, выставляемое Миттельштедтомъ. Миттельштедтъ выводитъ наказаніе изъ правовой нормы и усматриваетъ въ немъ „дополненіе нормы" (Complement der Norm), такъ какъ наказаніе должно обезпечивать длящееся постоянство (dauernder Bestand) правовой нормы выражать ея святость и неприкосновенность; онъ находитъ, что этимъ внутреннимъ отношеніемъ наказанія къ нормѣ исчерпывается сущность наказанія. Наказаніе, прибавляетъ онъ, есть правовое послѣдствіе, ничего больше, какъ правовое послѣдствіе [4]). Впрочемъ, указывая далѣе, какъ назначается наказаніе въ соотвѣтствіи съ учиненнымъ, онъ между прочимъ говоритъ, что между размѣромъ неправды и наказанія существуетъ „эквивалентное отношеніе послѣдствія" (äquivalentes Folgeverhältniss) [5]); но этимъ онъ собственно подчеркиваетъ возмездіе, какъ сущность наказа-

[1]) Feuerbach. Lehrbuch s. 39.
[2]) H. von Ferneck l. c. s. 311.
[3]) Спасовичъ, Учебникъ стр. 65—66.
[4]) Mittelstädt. Schuld und Sühne (Gerichtssaal B. 47 s. 2).
[5]) Ib. s. 17.

нія, что и даетъ вполнѣ основательный поводъ для Бури замѣтить, что это эквивалентное отношеніе послѣдствія есть не что иное, какъ воздающій эквивалентъ (vergeltender Äquivalent) старой школы [1]). То же можно сказать относительно взгляда Глазера. Глазеръ усматриваетъ сущность наказанія въ томъ, что оно есть отражающая реакція (Abwehrreaction), актъ отраженія лица, направленный противъ вторженія посторонняго индивида въ его существенные жизненные интересы [2]); въ возмездіи же онъ видитъ лишь одну изъ формъ наказанія, характеризующуюся отсутствіемъ сознательнаго представленія о цѣли и смѣняющуюся съ теченіемъ времени наказаніемъ, преслѣдующимъ цѣль огражденія жизненныхъ интересовъ отъ будущихъ нарушеній [3]). Но это опредѣленіе не указываетъ на черты отличія наказанія, какъ такового, отъ другихъ формъ отражающей реакціи; къ тому же говорить о наказаніи, какъ объ отраженіи, можно лишь въ переносномъ смыслѣ. Сюда же относится взглядъ, высказанный Гейнце о томъ, что наказаніе есть выполненіе извѣстной обязанности, оказаніе чего-либо (Leistung) [4]). И этотъ взглядъ не указываетъ, чѣмъ отличается наказаніе отъ другихъ формъ „исполненія обязанности", напр. отъ вознагражденія за вредъ и т. п. Далѣе мы видимъ, что нѣкоторые писатели произвольно сокращаютъ объемъ понятія наказанія. Такъ, Липпсъ выставляетъ то положеніе, что наказаніе не должно быть ни возмездіемъ, ни охраняющимъ наказаніемъ, а „правовымъ наказаніемъ" (Rechtsstrafe); но это правовое наказаніе у него сводится къ исправленію преступника, вслѣдствіе чего онъ изъ области наказанія выбрасываетъ всѣ мѣры, выражающіяся въ обезвреженіи преступника [5]). Однако этимъ съ одной стороны придается совершенно произвольное значеніе выраженію „правовое наказаніе", а съ другой—опять таки указываются такія особенности наказанія, которыя присущи наказанію, не какъ оно есть, а какъ оно должно быть. То же мы видимъ у С. Гессена, который, какъ мы видѣли, создаетъ совершенно произвольное въ смыслѣ отрѣшенности отъ положительнаго права понятіе наказанія, выбрасывая изъ числа наказаній тѣ ихъ виды, которые не подходятъ подъ выставленное имъ опредѣленіе наказанія, напр. смертную казнь [6]).

---

[1]) Bur. Schuld und Strafe (Gerichtssaal B. 47 s. 252)

[2]) Glaser. Zurechnungsfähigkeit, Willensfreiheit, Gewissen und Strafe. 1888 s. 73.

[3]) Ib. s. 74.

[4]) Heinze l. c. s. 322.

[5]) Lipps l. c. s. 73.

[6]) С. Гессенъ в. с. стр. 228.

Своеобразный, но не менѣе произвольный взглядъ на наказаніе мы находимъ у Штаммлера, который тоже отрицаетъ въ наказаніи моментъ возмездія. По его словамъ, наказаніе есть исправленіе (Berichtigung) правонарушенія, которое напередъ говоритъ каждому лицу, подчиненному праву: „не пытайся нарушать правовой порядокъ и разрушать его (durchqueren) — онъ все равно будетъ снова возстановленъ"; это исправленіе можетъ состоять, по его словамъ, или въ буквальномъ исправленіи (in buchstäblicher Reparatur), или же въ возмѣщеніи его (Ersatz) [1]); при этомъ онъ замѣчаетъ: „я усматриваю сущность наказанія исключительно въ исправленіи (Berichtigung) происшедшаго правонарушенія, а не въ возмездіи" [2]). Но если усматривать сущность наказанія въ исправленіи происшедшаго, т. е. въ возстановленіи нарушеннаго порядка, то этимъ, какъ указывалось уже выше, ничего характернаго именно для наказанія, какъ особаго правового института, въ противуположность другимъ средствамъ правоохраны, еще не установляется, и съ этой точки зрѣнія наказаніе можетъ быть смѣшиваемо напр. съ вознагражденіемъ за вредъ, (Ersatz) [3]).

Такимъ образомъ, какъ мы видимъ, всѣ попытки обойтись безъ указанія на то, что въ понятіи наказанія заключается элементъ возмездія, оказываются безплодными, такъ какъ въ дѣйствительности самое понятіе наказанія немыслимо внѣ этого момента, и если реагированіе на совершившуюся неправду будетъ происходить внѣ его, это реагированіе мы не можемъ называть наказаніемъ. Но при этомъ нужно помнить, что, говоря о возмездіи, мы имѣемъ въ виду опредѣленное пониманіе самаго выраженія „возмездіе". Мы разумѣемъ возмездіе, какъ воздѣйствіе на учиненное дѣяніе, заключающее въ себѣ его оцѣнку. Мы говоримъ здѣсь не объ удовлетвореніи потерпѣвшаго, не о таліонѣ, а лишь о томъ, что наказаніе содержитъ въ себѣ реагированіе

---

[1]) Stammler. Die Lehre vom richtigen Rechte. 1902 s. 139.

[2]) Ib. s. 303. Къ этому онъ добавляетъ: „diese Berichtigung hat methodisch derartig zu geschehen, dass der Delinquent mit der Gesamtheit der Rechtsunterworfenen in einer besonderen Gemeinschaft gedacht ist, bei deren Auseinandersetzung unter der Anleitung der Grundsätze des richtigen Rechts der von ihm verubte Defekt ihm zu Last zu setzen ist".

[3]) Ср. также критику взгляда Штаммлера у Макаревича, указавшаго на полную произвольность конструкціи Штаммлера (Makarewicz. Das richtige Recht. Z. 26 s. 948): „er vergewaltigt zuerst die allgemeine Auffassung des offentlichen Rechts, wonach das Individuum (der Verbrecher) keine der Gesellschaft ebenburtige, gleich berechtigte Partei ist, er zwingt dazu, dass die Gesellschaft (als Partei vorgestellt) das Urteil fällt—in eigener Angelegenheit".

на преступное дѣяніе, притомъ реагированіе, выражающее собою оцѣнку этого дѣянія. Во всякомъ наказаніи заключается оцѣнка учиненнаго, которая проявляется внѣшнимъ образомъ въ воздѣйствіи на учинителя преступнаго дѣянія въ соотвѣтствіи съ значеніемъ учиненнаго [1]). И на этой точкѣ зрѣнія стоитъ уголовное право въ его историческомъ развитіи и современномъ состояніи [2]). Но должно ли вообще и въ будущемъ существовать возмездіе, не откажется ли со временемъ отъ него человѣчество, мы пока установить научно не можемъ. Возможно, что человѣчество откажется отъ возмездія, и такимъ образомъ исчезнетъ наказаніе, а на смѣну ему явятся новыя мѣры, хотя бы мѣры, извѣстныя подъ именемъ мѣръ соціальной защиты,—мѣры, которыя и теперь въ извѣстныхъ областяхъ вытѣсняютъ наказаніе. Одинъ историческій опытъ существованія наказанія, покоющагося на возмездіи, не говоритъ въ пользу его вѣчнаго существованія. Съ этой точки зрѣнія трудно согласиться съ Биркмейеромъ, который говоритъ, что возмездія требуетъ постоянство развитія права (Kontinuität der Rechtsentwicklung) [3]), и въ этомъ отношеніи скорѣе болѣе убѣдительными представляются тѣ разсужденія, которыя мы находимъ у Листа, указывающаго на эволюцію понятія наказанія и на то, что ходъ культуры требуетъ измѣненія въ понятіи наказанія [4]). Но эти измѣненія, посколько они отнимаютъ у наказанія

---

[1]) Ср. въ этомъ отношеніи то опредѣленіе наказанія, которое мы находимъ у Гольдака (Holldack l. c. s 7 Anm 2) и съ которымъ можно почти вполнѣ согласиться „ein vom Gemeinwesen in einem Unwerturteil ausgesprochenes und in Beziehung auf das begangene Verbrechen realisiertes Übel, welches der davon Betroffene als ihm wegen jener Tat zugefugt begreifen muss".

[2]) Правъ въ этомъ отношеніи Гюнтеръ (Gunther l. c. I s. 16), который говоритъ: „so durfen wir die Behauptung aufstellen, dass die Idee der Vergeltung in Theorie und Praxis des Strafrechts aller Zeiten, bald mehr, bald weniger scharf ausgeprägt, bald vorherrschend, bald gegen äussere Zwecke zurücktretend, immer aber gleich einem roten Faden aus der Masse der übrigen leitenden Principien erkennbar hervorleuchtet", хотя онъ и придаетъ возмездію иное значеніе и говоритъ вообще о возмездіи, имѣя въ виду различный смыслъ этого слова (ср. III 217, 327, 382, 475, 501). Въ современномъ правѣ онъ усматриваетъ 1) слѣды когда-то дозволенной мести и частнаго возмездія, 2) проявленіе возмездія въ формѣ матеріальнаго или реальнаго таліона, 3) случаи т. н. аналогичнаго таліона, 4) проявленіе возмездія въ отношеніи къ деликту освобожденія заключенныхъ, 5) идею возмездія въ формѣ наказанія въ соотвѣтствіи съ природой или духомъ (nach der Natur oder dem Geiste) преступленій. Интересно отмѣтить, что сюда онъ относитъ пріуроченіе (Anpassung) карательнаго средства къ особенностямъ деликта и даже назначеніе заключенія въ работномъ домѣ по отбытіи тюремнаго заключенія (т. н. korrectionelle Nachhaft).

[3]) Birkmeyer. Gedanken s 78.

[4]) Liszt Das „richtige Recht" in der Strafgesetzgebung. (Z. 26 s. 553 и Z. 27 s 91).

характеръ возмездія, влекутъ за собой не столько измѣненіе понятія наказанія, сколько его исчезновеніе и замѣну новыми явленіями. Но пока наказаніе будетъ существовать, мы его должны мыслить, какъ мѣру, покоющуюся на возмездіи. „Das Volk kennt keine Strafe ohne Vergeltung, говоритъ Наглеръ, und ist dabei wohl beraten“ [1]).

Установивъ то положеніе, что наказаніе по своему содержанію представляется возмездіемъ, т. е. воздѣйствіемъ на учиненное въ соотвѣтствіи съ оцѣнкой послѣдняго, и сопоставивъ съ этимъ указаніе на внѣшнюю сторону наказанія, заключающуюся во вторженіи въ сферу правовыхъ благъ человѣка, мы можемъ выставить слѣдующее опредѣленіе наказанія. Наказаніе есть правовое послѣдствіе недозволеннаго дѣянія, состоящее во вторженіи въ сферу правовыхъ благъ виновнаго и выражающее этимъ оцѣнку учиненнаго имъ дѣянія.

Это опредѣленіе, какъ мы увидимъ впослѣдствіи, придется дополнить указаніемъ еще на нѣкоторыя особенности наказанія, которыя относятся не къ его внѣшней сторонѣ и не къ внутреннему содержанію, а къ условіямъ и порядку его назначенія, въ связи съ чѣмъ можно различать отдѣльные виды наказанія, но оно само по себѣ вполнѣ пригодно для того, чтобы отличить отъ наказанія другія правовыя послѣдствія неправды. Анализъ же послѣднихъ покажетъ, что извѣстныя мѣры, признаваемыя иногда и въ законодательствѣ и въ доктринѣ наказаніями, вовсе не содержатъ тѣхъ признаковъ, которые характеризуютъ то, что является наказаніемъ, и что наоборотъ они обладаютъ такими признаками, которые даютъ возможность подводить ихъ подъ другія категоріи правовыхъ послѣдствій неправды.

Глава II.

Наказаніе и мѣры соціальной защиты.

§ 1. На ряду съ тѣми правовыми послѣдствіями неправды, которыя характеризуются, какъ наказаніе, особое мѣсто занимаютъ мѣры, извѣстныя подъ именемъ мѣръ соціальной защиты, мѣръ безопасности или иначе мѣръ охраны, мѣръ обезпеченія (sichernde Massnahmen, mesures de surêté).

---

[1]) Nagler l. c. s. 156.

Эти мѣры по своему внѣшнему выраженію весьма близко подходятъ къ наказанію, проявляясь въ одинаковомъ съ наказаніемъ способѣ воздѣйствія на правовыя блага личности и будучи такимъ же вторженіемъ въ сферу этихъ благъ, какъ и наказаніе, такъ что на первый взглядъ онѣ, повидимому, ничѣмъ отъ наказанія и не отличаются; но, какъ это неоднократно указывалось, наличность внѣшняго сходства извѣстнаго института съ другимъ, не имѣетъ еще съ одной стороны рѣшающаго значенія при выясненіи его природы, а съ другой—не можетъ служить поводомъ къ отождествленію данныхъ институтовъ. Разсматривая же ближе мѣры соціальной защиты и выясняя ихъ внутреннее содержаніе, мы должны признать, что онѣ представляютъ совершенно самостоятельный институтъ, занимающій особое мѣсто среди прочихъ институтовъ, служащихъ средствомъ правоохраны. Примѣненіе ихъ вызывается не потребностью дать оцѣнку извѣстнаго правонарушенія, а исключительно потребностью предотвратить возможность учиненія новаго посягательства со стороны того лица, противъ котораго онѣ примѣняются. Въ основаніи примѣненія ихъ лежитъ не учиненное правонарушеніе, само по себѣ взятое, а такія особыя свойства личности его учинителя, обнаружившіяся въ его совершеніи, которыя грозятъ возможностью новыхъ правонарушеній и отъ вреднаго проявленія которыхъ правопорядокъ долженъ себя оградить. Правонарушеніе въ этомъ случаѣ принимается въ расчетъ лишь, какъ проявленіе особыхъ психическихъ свойствъ правонарушителя. Мѣрамъ защиты присущъ такимъ образомъ исключительно превентивный характеръ и отъ мѣръ чисто-предупредительныхъ онѣ отличаются только формальнымъ моментомъ—тѣмъ, что примѣненіе ихъ обусловлено фактомъ уже учиненнаго, а не лишь возможнаго правонарушенія, что однако отражается на порядкѣ ихъ назначенія, такъ какъ онѣ примѣняются, какъ послѣдствіе преступленія, тогда какъ мѣры предупредительныя лишь въ виду возможнаго въ будущемъ правонарушенія.

Въ виду этого мѣры защиты можно опредѣлить, какъ такія мѣры, которыя примѣняются къ лицамъ, учинившимъ преступныя дѣянія, и которыя, не выражая собой оцѣнки учиненнаго и считаясь лишь съ особыми психическими свойствами этихъ лицъ, направлены на предупрежденіе учиненія ими новыхъ преступныхъ дѣяній путемъ воздѣйствія на нихъ посредствомъ вторженія въ сферу ихъ правовыхъ благъ.

Нужно при этомъ замѣтить, что въ литературѣ уголовнаго права мы не находимъ почти вовсе опредѣленія понятія мѣръ за-

щиты, такъ какъ главное вниманіе по данному вопросу направлено не столько на выясненіе этого понятія, сколько на указаніе тѣхъ или иныхъ чертъ отличія мѣръ защиты отъ наказанія [1]). Имѣющіяся же опредѣленія мѣръ соціальной защиты представляются не вполнѣ удачными, такъ какъ они или не указываютъ всѣхъ элементовъ этого понятія [2]), или же не охватываютъ всѣхъ видовъ мѣръ соціальной защиты, имѣя въ виду лишь нѣкоторыя изъ нихъ [3]), или же содержатъ въ себѣ такія указанія, которыя

---

[1]) Такъ поступаютъ почти всѣ изслѣдователи вопроса о мѣрахъ защиты (Вюстъ, Гафтеръ, Редвицъ, Белингъ, Наглеръ, Штоссъ) См. напр. позицію, занятую въ этомъ вопросѣ Штоссомъ, который въ своемъ учебникѣ вмѣсто того, чтобы давать опредѣленіе понятія мѣръ защиты, указываетъ параллельно цѣлый рядъ ихъ особенностей, въ виду которыхъ онъ и противуполагаетъ наказаніе и мѣры защиты другъ другу (Stoos, Lehrbuch s. 246)

[2]) Таково напр опредѣленіе, которое мы находимъ у Листа (Liszt, Lehrbuch s. 250) „Sichernde Massnahmen sind solche staatliche Massregeln, durch die entweder die Anpassung des einzelnen an die Gesellschaft... oder die Ausscheidung des anpassungsunfahigen aus der Gesellschaft .. bezweckt wird". Но въ этомъ опредѣленіи подчеркиваются лишь особыя цѣли, которыя могутъ преслѣдовать отдѣльные виды мѣръ защиты; однако, поскольку эти цѣли въ конкретномъ случаѣ могутъ совпадать съ цѣлями наказанія, постолько провести отличіе мѣръ защиты отъ наказанія оказывается невозможнымъ. То же можно сказать и относительно опредѣленія Экснера (Exner l c. s. 50): „personliche Sicherungsmittel sind staatliche Zwangsmassregeln, die uber eine bestimmte Person verhangt werden, um kunftige verbrecherische Handlungen dieser Person zu verhuten". Подъ это опредѣленіе можно подвести разнообразныя наказанія, поскольку они преслѣдуютъ цѣль спеціальнаго предупрежденія.

[3]) Таково опредѣленіе Биркмейера (Birkmeyer. Strafe und sichernde Massnahme im Vorentwurf. 1910 s. 21) „so ergeben sich als sichernde Massnahmen im Sinne des Entwurfes die Massregeln gegenuber dem gemeingefahrlichen Tater eines Verbrechens, wodurch der Staat den aus diesem Zustand weiter drohenden Verletzungen des Rechtsordnung auf dem Wege individueller Behandlung des Individuums und seines Zustandes zu praevenieren sucht". Но это опредѣленіе не полно, такъ какъ оно охватываетъ только мѣры защиты въ отношеніи общеопасныхъ преступниковъ. То же приходится сказать и относительно того опредѣленія, которое мы находимъ въ мотивахъ къ швейцарскому проекту уголовнаго уложенія (Erläuterungen zum Vorentwurf für ein schweizerisches Strafgesetzbuch v. 1908. 1911 s. 66; „sichernde Massnahmen sind Anordnungen, die der Richter in Verbindung mit einem Schuldurteil uber einen zurechnungsfähigen Täter neben oder an Stelle der Strafe verhängt behufs Vorbeugung gegen zukunftigen Verbrechen, also in Fällen, in denen nach dem personlichen Zustande des Täters von der Strafe eine vorbeugende Wirkung nicht zu erwarten ist"; это опредѣленіе суживаетъ понятіе мѣръ защиты, имѣя въ виду лишь мѣры, принимаемыя въ отношеніи лицъ, признаваемыхъ вмѣняемыми, и отбрасывая, слѣдовательно, всѣ тѣ мѣры, которыя принимаются въ отношеніи лицъ невмѣняемыхъ и съ т. н. уменьшенной отвѣтственностью, равно какъ и въ отношеніи несовершеннолѣтнихъ преступниковъ.

не выясняютъ ближе ихъ сущности по сравненію съ наказаніемъ [1]).

Подобное отношеніе литературы уголовнаго права къ опредѣленію понятія мѣръ соціальной защиты объясняется прежде всего тѣмъ, что самый терминъ „мѣры защиты“ еще чуждъ положительному праву, и самое понятіе мѣръ защиты кристаллизировалось въ видѣ самостоятельнаго понятія только въ проектахъ новыхъ уголовныхъ уложеній (швейцарскаго, германскаго, австрійскаго, сербскаго и датскаго). Но, конечно, это не мѣшаетъ криминалистамъ усматривать и въ современномъ правѣ такія мѣры, которыя должны быть охарактеризованы, какъ мѣры защиты [2]). Вмѣстѣ съ тѣмъ и самый кругъ тѣхъ мѣропріятій, которыя объемлются общимъ понятіемъ мѣръ защиты, какъ показываетъ это намъ литература уголовнаго права и въ особенности проекты новыхъ уложеній, не представляетъ еще чего-нибудь строго установленнаго, и однѣ и тѣ же мѣры признаются разными учеными и въ разныхъ проектахъ уголовныхъ уложеній то мѣрами защиты, то наказаніемъ [3]). Итакъ, понятіе мѣръ соціальной защиты есть понятіе недавняго происхожденія [4]), благодаря чему еще окончательно

---

[1]) Таково опредѣленіе Шюли (Schuly l. c. s. 8). „als sichernde Massnahmen kann man jene zur Prävention gegen weitere Rechtsverletzungen des einzelnen Individuums bestimmte, an die geschehene Rechtsverletzung geknüpften Massregeln bezeichnen, welche nicht unter den Begriff der Strafe fallen“. Это опредѣленіе, довольствуясь лишь общимъ указаніемъ того, что мѣры защиты не являются наказаніемъ, не указываетъ, что же именно характеризуетъ мѣры защиты въ отличіе отъ наказанія по ихъ внутреннему содержанію.

[2]) Такъ, Листъ (Lehrbuch s 250), исходя изъ общаго положенія о томъ, что въ случаѣ сомнѣнія для дѣйствующаго права надо признавать за отдѣльными мѣрами защиты характеръ наказанія, находитъ, что съ точки зрѣнія германскаго уложенія сюда относятся мѣры принудительнаго воспитанія, т. н. korrectionelle Nachhaft и конфискація. Штоссъ же (Lehrbuch s. 192) замѣчаетъ, что нѣкоторыя наказанія австрійскаго уголовнаго уложенія по своей природѣ являются мѣрами защиты или имѣютъ преимущественно этотъ характеръ.

[3]) Ср. напр. запрещеніе посѣщенія питейныхъ домовъ—Wirthhausverbot; по германскому проекту (§ 43) это—мѣра защиты, а по швейцарскому (§ 45)—дополнительное наказаніе.

[4]) Нужно однако имѣть въ виду, что самый терминъ „мѣры безопасности“ (Sicherheitsmittel) былъ извѣстенъ уже давно, но, какъ видно напр. изъ статьи Eisenhart'a „In wie fern lässt sich eine ausserordentliche Strafe, welche nicht als blosses Sicherheitsmittel, sondern als eigentliche Strafe erkannt wird, rechtfertigen?“ (Archiv des Criminalrechts. B. III. 1801 s. 65), первоначально подъ мѣрами охраны разумѣлись мѣры, примѣнявшіяся въ отношеніи лицъ, которыя подозрѣвались въ совершеніи преступленія, но которыхъ нельзя было присудить къ наказанію за отсутствіемъ надлежащихъ уликъ, какъ это требовалось формальной теоріей доказательствъ. Такія лица, оставлявшіяся судомъ въ подозрѣніи, первоначально при-

не установлены ни сущность ихъ и ихъ отношеніе къ наказанію, ни ихъ объемъ [1]).

Нужно однако замѣтить, что, хотя мы и признаемъ мѣры соціальной защиты явленіемъ недавняго происхожденія, но при этомъ слѣдуетъ имѣть въ виду, что нѣкоторыя изъ этихъ мѣръ уже давно были извѣстны отдѣльнымъ законодательствамъ; новое время сказало здѣсь свое слово въ томъ только смыслѣ, что оно свело эти мѣры въ опредѣленную систему, придумало нѣкоторыя новыя ихъ формы и высказало мысль о необходимости ихъ рѣзкаго противуположенія наказанію.

Исторія же развитія мѣръ защиты показываетъ постепенное возникновеніе отдѣльныхъ мѣръ этого рода, примѣнявшихся на ряду съ наказаніемъ или вмѣсто него и вызывавшихся особыми психическими свойствами лица, его опасностью; причемъ нѣкоторыя мѣры, ранѣе примѣнявшіяся съ успѣхомъ, съ теченіемъ времени выходятъ изъ употребленія, но затѣмъ снова появляются уже въ наше время, принявъ нѣсколько иное выраженіе. Такъ, вслѣдъ за появленіемъ въ практикѣ германскихъ судовъ конца XVIII ст. примѣненія особыхъ мѣръ охраны по отношенію къ лицамъ, оставленнымъ по суду въ подозрѣніи за отсутствіемъ уликъ [2]), обнаруживается стремленіе примѣнять подобныя же мѣры по отношенію къ такимъ преступникамъ, которые уже отбыли наказаніе, но продолжали, по мнѣнію суда, представлять опасность для общества [3]). И эта

говаривались къ экстраординарнымъ наказаніямъ, но послѣ того, какъ была выяснена невозможность назначенія въ подобномъ случаѣ наказанія, къ нимъ стали примѣнять особыя мѣры охраны (см. Fuhr. Strafrechtspflege und Socialpolitik. 1892 s 5 ff.).

[1]) Въ виду этого можно вполнѣ согласиться съ словами Ашротта о томъ, что настоятельно желательно, чтобы наука занялась больше, чѣмъ это дѣлалось до сихъ поръ, опредѣленіемъ понятія мѣръ защиты (Aschrott. Strafen. Sichernde Massnahmen. Schadenersatz въ сборникѣ „Die Reform des Reichsstrafgesetzbuch". B. I. 1910 s. 142), а также съ указаніемъ Колера (Kohler. Rechtsphilosophie und Universalgeschichte въ Holtzendorff's Encyklopädie der Wissenschaft. B. I. 1904 s. 58) на то, что отъ строгаго отдѣленія принудительнаго воспитанія и лишенія свободы, какъ средства защиты (Sicherungsabschliessung), отъ наказанія зависитъ будущее уголовнаго права. Но съ другой стороны нѣтъ основанія думать, какъ это дѣлаетъ Делаки (Delaquis. Die Umbildung des Strafbegriffs im modernen Kriminalrecht. Z. 32 s 680), что рѣшеніе вопроса о взаимоотношеніи наказанія и мѣръ защиты принадлежитъ будущему. Какъ ни разнообразны отдѣльныя мѣры защиты и какъ ни близко подходятъ онѣ къ наказанію, все-таки наука теперь же вправѣ и обязана стараться выяснить ихъ сущность и черты ихъ отличія отъ родственныхъ понятій, не откладывая этого до неопредѣленнаго будущаго

[2]) См выше стр. 251 прим. 4.

[3]) Fuhr l. c. s. 16.

практика находитъ себѣ извѣстную опору и въ законодательствѣ. Такъ, прусскій ландрехтъ 1794 г. (ч. II тит. XX § 5) говорилъ, что „воры и другіе преступники, которые вслѣдствіе своихъ испорченныхъ наклонностей могутъ быть опасны для общаго блага, не должны быть освобождаемы изъ заключенія послѣ отбытія наказанія раньше, чѣмъ они укажутъ, что могутъ себя содержать честнымъ путемъ", а изданный въ его развитіе указъ 26 февр. 1799 г. еще больше расширялъ сферу примѣненія этого постановленія" [1]). Кромѣ такого предохранительнаго заключенія послѣ отбытія наказанія сталъ примѣняться еще полицейскій надзоръ, вытѣснившій постепенно примѣненіе этого заключенія, признаннаго несогласнымъ съ конституціонными требованіями огражденія личной свободы. Съ другой стороны слѣдуетъ отмѣтить, что въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, напр. въ англійскомъ правѣ (insane offenders bill 28 іюля 1800 г.) и въ нашемъ, уже давно появляются опредѣленія о допустимости принятія особыхъ мѣръ охраны въ отношеніи лицъ невмѣняемыхъ, признаваемыхъ особенно опасными для общества. Въ нашемъ законодательствѣ еще св. зак. т. XV изд. 1832 г. въ ст. 137 указывалъ на то, что „учинившіе смертоубійство въ припадкѣ сумасшествія и, по приговору совѣстнаго суда, отосланные въ домъ сумасшедшихъ для содержанія и леченія въ ономъ, ни въ коемъ случаѣ не должны быть изъ того дома исключаемы и водворяемы въ общество; только, если таковой сумасшедшій совершенно исцѣлился и въ теченіе 5 лѣтъ сряду не замѣчено будетъ никакихъ припадковъ сумасшествія, то онъ можетъ получить свободу съ разрѣшенія министерства внутреннихъ дѣлъ". Это постановленіе св. зак. было воспринято при составленіи улож. о нак. (ст. 95 и 96), хотя составители его и находили, что „указаніе предосторожностей, которыя должны быть принимаемы противъ безумныхъ, учинившихъ смертоубійство или посягнувшихъ на жизнь другого, или свою собственную или на зажигательство, не принадлежитъ, собственно къ постановленіямъ улож. о нак." [2]). Вмѣстѣ съ тѣмъ давно уже появляются и быстро распространяются съ середины прошлаго столѣтія особыя мѣры принудительнаго воспитанія несовершеннолѣтнихъ преступниковъ, въ отношеніи которыхъ признано было нецѣлесообразнымъ примѣненіе наказанія [3]). Далѣе постепенно возникаютъ

[1]) Fuhr l. c. s. 29.

[2]) Проектъ улож. о нак. угол. и испр., внесенный въ 1844 г. въ Государственный Совѣтъ. 1871 г. стр. 30.

[3]) Еще во французскомъ кодексѣ 1791 г. part. I, tit. V, art. 2 содержалось опредѣленіе о направленіи несовершеннолѣтнихъ преступниковъ въ особыя maisons de correction,—опредѣленіе, воспринятое и въ code pénal 1810 г. art. 66.

и развиваются особыя учрежденія для лицъ, совершившихъ преступное дѣяніе по тунеядству и праздности, а также для нищенствующихъ и бродяжествующихъ—работные дома, куда эти лица направляются вмѣсто наказанія или по отбытіи наказанія [1]). Вмѣстѣ съ тѣмъ появляется въ качествѣ мѣръ защиты помѣщеніе въ особыя лечебныя заведенія преступниковъ-алкоголиковъ, направляемыхъ туда точно также или по отбытіи наказанія или взамѣнъ наказанія. На ряду съ этимъ возникаетъ помѣщеніе по отбытіи наказанія въ особыя лечебныя заведенія лицъ, признаваемыхъ судомъ не вполнѣ нормальными, лицъ съ уменьшенной вмѣняемостью. Наконецъ, вводятся особыя мѣры для опасныхъ рецидивистовъ въ видѣ примѣненія къ нимъ ссылки или помѣщенія ихъ въ особое предохранительное заключеніе. Такимъ образомъ появляются въ отдѣльныхъ законодательствахъ, пока еще въ разрозненномъ видѣ и не сведенныя въ одну систему, мѣры соціальной защиты, замѣняющія собой наказаніе или примѣняемыя на ряду съ наказаніемъ. Но, какъ сказано было выше, только въ проектахъ новыхъ уложеній появляется самое названіе „мѣръ защиты“ для обозначенія опредѣленнаго круга мѣръ борьбы съ преступностью, причемъ, какъ можно замѣтить при ближайшемъ разсмотрѣніи этихъ проектовъ, объединеніе мѣръ защиты въ одну группу въ нихъ еще не достигнуто, такъ какъ кромѣ мѣръ защиты, прямо въ качествѣ таковыхъ указанныхъ, повсюду можно найти и другія мѣры, ничѣмъ не отличающіяся отъ тѣхъ, которыя прямо именуются мѣрами защиты, но въ общемъ перечнѣ ихъ пропущенныя.

Впервые вводитъ въ обиходъ самое названіе мѣръ защиты швейцарскій проектъ [2]). Въ немъ особый отдѣлъ (III), носитъ заголовокъ: „die Strafe und sichernde Massnahme“, и здѣсь къ мѣрамъ защиты прямо отнесены: предохранительное задержаніе (Verwahrung) привычныхъ преступниковъ (§ 31), пріученіе къ труду (Erziehung zur Arbeit) тунеядцевъ (§ 32), леченіе (Behandlung) привычныхъ пьяницъ (§ 33); но кромѣ того сюда же надо отнести указанныя въ другихъ мѣстахъ проекта мѣры принудительнаго воспитанія несовершеннолѣтнихъ преступниковъ (§§ 10 и 11) и мѣры, примѣняемыя въ отношеніе преступниковъ невмѣняемыхъ и съ уменьшенной вмѣняемостью—предохранительное ихъ задер-

[1]) Въ этомъ отношеніи, собственно говоря, воскресаетъ практика, которая существовала въ нѣкоторыхъ странахъ уже много вѣковъ тому назадъ, но которая съ теченіемъ времени была оставлена.

[2]) Здѣсь, какъ и въ другихъ мѣстахъ, мы имѣемъ въ виду послѣднюю редакцію проекта 1908 г.

жаніе (Verwahrung— 16) и мѣры ихъ призрѣнія (Fursorge—§ 17). Отдѣльно отъ этихъ мѣръ въ швейцарскомъ проектѣ поставлены „мѣры предосторожности“ (vorsorgliche Massnahmen), къ которымъ отнесены поручительство (§ 46), конфискація опасныхъ предметовъ (§ 47) и опубликованіе приговора (§ 48). Вслѣдъ за швейцарскимъ проектомъ усваиваютъ понятіе мѣръ соціальной защиты, какъ особый институтъ, поставленный наравнѣ съ наказаніемъ, но отличный отъ него, и другіе проекты новыхъ уложеній. Такъ, германскій проектъ 1909 г. говоритъ о мѣрахъ защиты въ одной главѣ съ наказаніемъ (отд. 2) и относитъ къ нимъ помѣщеніе въ рабочій домъ (§ 42), запрещеніе посѣщенія питейныхъ домовъ и помѣщеніе въ учрежденія для алкоголиковъ (§ 43); но въ мотивахъ проекта и рядъ другихъ мѣръ получаетъ названіе мѣръ защиты,—помѣщеніе въ воспитательныя учрежденія несовершеннолѣтнихъ преступниковъ, мѣры заключенія опасныхъ невмѣняемыхъ и др.[1]). Австрійскій проектъ 1912 г. удѣляетъ мѣрамъ защиты (Sicherungsmittel) самостоятельный отдѣлъ (отд. 2), относя къ нимъ помѣщеніе умалишенныхъ въ особыя учрежденія (§ 36), помѣщеніе въ особыя заведенія общеопасныхъ преступниковъ съ т. н. уменьшенной вмѣняемостью (§ 37), предохранительное заключеніе общеопасныхъ рецидивистовъ (§ 38), полицейскій надзоръ (§ 39), высылку иностранцевъ (§ 40) и конфискацію извѣстныхъ предметовъ (§ 41); но кромѣ того австрійскому проекту извѣстны и другія мѣры защиты, о которыхъ въ этомъ отдѣлѣ не говорится, напр. мѣры принудительнаго воспитанія. Сербскій проектъ 1910 г. знаетъ особую главу, посвященную наказаніямъ и мѣрамъ защиты, причемъ къ послѣднимъ онъ относитъ предохранительное заключеніе общеопасныхъ рецидивистовъ (§ 40), помѣщеніе въ особыя учрежденія опасныхъ невмѣняемыхъ и лицъ съ уменьшенной вмѣняемостью (§ 41), запрещеніе посѣщенія питейныхъ домовъ (§ 42) и конфискацію извѣстныхъ предметовъ (§ 43). Но и здѣсь этотъ перечень долженъ быть пополненъ такими мѣрами, какъ принудительное воспитаніе несовершеннолѣтнихъ. Наконецъ, въ проектѣ датскаго уголовнаго уложенія 1912 г. наряду съ наказаніемъ особо предусматриваются въ отдѣльной главѣ „другія правовыя послѣдствія наказуемыхъ дѣяній“, куда отнесены (§ 79): отнятіе извѣстныхъ правъ, мѣры защиты, вознагражденіе за вредъ и другія средства удовлетворенія; притомъ, какъ видно изъ отдѣльныхъ постановленій проекта, мѣры защиты

---

[1]) Begründung s. 225, 236, 361 и др. См. объ этомъ Birkmeyer l. c. s. 8 ff.

охватываютъ собой принудительное помѣщеніе въ особыя учрежденія лицъ невмѣняемыхъ и не вполнѣ вмѣняемыхъ (§ 84), особыя мѣры, примѣняемыя въ отношеніи преступниковъ, совершившихъ свое дѣяніе подъ вліяніемъ спиртныхъ напитковъ (запрещеніе посѣщенія питейныхъ заведеній и помѣщеніе въ особыя заведенія — § 85), „публичную охрану“ (offentlicher Gewahrsam), примѣняемую къ лицамъ, виновнымъ въ угрозѣ (§ 86), ограниченіе выбора мѣста жительства въ отношеніи нѣкоторыхъ категорій привычныхъ преступниковъ (бродягъ, лицъ, совершающихъ имущественныя преступленія и преступленія противъ нравственности—§ 87) и, наконецъ, высылку иностранцевъ по отбытіи наказанія (§ 98).

Какъ видно изъ приведенныхъ постановленій проектовъ новыхъ уложеній, въ нихъ еще нѣтъ должной согласованности и вмѣстѣ съ тѣмъ не довершено еще полное объединеніе мѣръ защиты въ одинъ опредѣленный институтъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ это слѣдуетъ изъ тѣхъ же постановленій, чѣмъ дальше, тѣмъ больше укрѣпляется въ современномъ правосознаніи убѣжденіе въ томъ, что однимъ наказаніемъ бороться съ преступностью нельзя и что нужны особыя мѣры, которыя нѣсколько иначе, чѣмъ наказаніе, подходятъ къ вопросу о цѣлесообразномъ способѣ борьбы съ преступностью. Въ соотвѣтствіи съ этимъ мы видимъ въ современной литературѣ защитниковъ данныхъ мѣръ среди писателей самаго разнообразнаго научнаго направленія. Ихъ защищаютъ не только сторонники новыхъ теченій въ наукѣ уголовнаго права, но съ ними считаются и представители т. н. классической школы: ихъ допускаютъ не только такіе неоклассики, какъ Биркмейеръ [1]), но и представители чистаго классицизма, какъ Колеръ [2]), и Биндингъ [3]). Этимъ мѣрамъ, насколько можно объ этомъ судить по общему сочувственному къ нимъ отношенію, принадлежитъ дальнѣйшее развитіе въ области уголовнаго права, причемъ нѣкоторые писатели придаютъ имъ особенное значеніе: такъ, Вульфенъ находитъ, что вообще наказаніе должно быть уничтожено и должно уступить свое мѣсто мѣрамъ защиты, такъ какъ справедливы только эти мѣры [4]), а Попперъ полагаетъ, что наказаніе въ будущемъ должно быть замѣнено средствами публичности (Mittel der Publicität), и мѣрами соціальной защиты [5]); наконецъ,

---

[1]) Birkmeyer Strafe und sichernde Massnahme 21, 22, 23.
[2]) Kohler Moderne Rechtsprobleme s. 51.
[3]) Binding. Grundriss, Vorwort s. XVII.
[4]) Wulfen. Psychologie des Verbrechers 1908 B. I. s. 528.
[5]) Popper l. c. s. 209 и 217.

Крепелинъ думаетъ, что въ превращеніи наказанія въ чистую мѣру защиты слѣдуетъ усматривать величайшее пріобрѣтеніе новыхъ воззрѣній [1]).

Что касается внѣшняго выраженія мѣръ соціальной защиты, то мы должны сказать, что эти мѣры, заключая въ себѣ моментъ вторженія въ сферу правовыхъ благъ личности, подобно наказанію, представляются весьма разнообразными по характеру тѣхъ благъ, которыя признаются здѣсь годными объектами воздѣйствія, но въ общемъ объемъ этихъ благъ уже, чѣмъ при наказаніи. Въ качествѣ такихъ мѣръ законодатель обыкновенно примѣняетъ извѣстныя ему мѣры чисто-предупредительныя или карательныя, заключающіяся въ лишеніи свободы; далѣе сюда относятся мѣры наблюденія, сопровождающіяся наложеніемъ на человѣка ряда ограниченій, — полицейскій надзоръ; сюда же можно отнести и нѣкоторые виды лишенія правъ, выполняющіе тѣ же функціи, что и остальныя мѣры защиты; наконецъ, сюда же относится и та мѣра, которая выражается въ опубликованіи приговора, посколько эта мѣра является не средствомъ удовлетворенія потерпѣвшаго, а средствомъ защиты общества отъ опасныхъ элементовъ.

Впрочемъ, нужно имѣть въ виду, что нѣкоторые писатели, а также проекты уголовныхъ уложеній идутъ еще дальше въ этомъ отношеніи, расширяя понятіе мѣръ защиты на многія такія мѣропріятія, которыя должны быть отнесены къ другимъ группамъ правовыхъ послѣдствій неправды, въ частности къ категоріи мѣръ пресѣченія, и которыя вообще должны быть выдѣляемы изъ понятія мѣръ защиты, какъ опредѣленнаго правового института. Такъ, мы видимъ, что Листъ [2]), Шюли [3]), Редвицъ [4]) и Экснеръ [5]) признаютъ мѣрами соціальной защиты и такіе институты, какъ конфискацію и уничтоженіе предметовъ [6]). Еще шире понимаетъ объемъ мѣръ защиты Штоссъ, различая три группы этихъ мѣръ: 1) мѣры защиты противъ лицъ, 2) противъ вещей (сюда онъ относитъ конфискацію) и 3) въ пользу

---

[1]) Krapelin. Das Verbrechen als sociale Krankheit (Aschaffenburg's Monatsschrift B. III, s. 269).

[2]) Liszt. Lehrbuch, s. 252.

[3]) Schühly l. c. s. 78 и 110.

[4]) Redwitz l. c. s. 76.

[5]) Exner l. c. s. 57.

[6]) Въ соотвѣтствіи съ подобнымъ расширеніемъ объема мѣръ защиты Шюли даже различаетъ объективно и субъективно охраняющія мѣры—objectiv sichernde, subjectiv sichernde Massnahmen (Schühly l. c. s. 11).

потерпѣвшаго (сюда онъ относитъ опубликованіе приговора) [1]). Особенно же широкій объемъ придаетъ мѣрамъ защиты Листъ въ своихъ послѣднихъ работахъ, относя даже сюда такія мѣры, какъ условное осужденіе, реабилитація, непримѣненіе наказанія въ особенно легкихъ случаяхъ и т. п. [2]), а также Ашаффенбургъ, у котораго эти мѣры охватываютъ воспитаніе, награду, условное осужденіе и даже наказаніе [3]). Но мы должны сказать, что мѣры соціальной защиты, какъ мѣры предупрежденія учиненія новыхъ преступленій со стороны извѣстнаго лица, имѣютъ такой же строго личный характеръ, какъ и наказаніе, непосредственно падая на личность того, кто учинилъ преступное дѣяніе и по тѣмъ или инымъ соображеніямъ признается опаснымъ для общества; поэтому всѣ мѣры чисто объективнаго характера, какъ конфискація, чуждыя совершенно этого строго личнаго характера, должны разсматриваться, какъ это будетъ ниже указано, какъ мѣры пресѣченія, а не какъ мѣры соціальной защиты, выполняя совершенно особыя функціи въ общемъ строѣ правовыхъ явленій. Что же касается того вида опубликованія приговора, который имѣетъ въ виду Штоссъ, то эту мѣру слѣдуетъ разсматривать, какъ особую мѣру возмѣщенія (моральнаго) вреда, въ противуположность другому виду опубликованія приговора, о которомъ Штоссъ не упоминаетъ и который выполняетъ ту же функцію защиты общества, какъ и другія мѣры охраны. Эту мѣру мы можемъ понимать, какъ мѣру защиты, въ томъ только случаѣ, если мы выраженію „мѣры соціальной защиты“ будемъ придавать значеніе выраженія, характеризующаго всѣ тѣ мѣры, которыя вообще охраняютъ общество и его интересы; но при такомъ безбрежномъ объемѣ этого понятія сюда, дѣйствительно, можно подводить, какъ это дѣлаютъ Листъ и Ашаффенбургъ, самые разнообразные правовые институты, связанные другъ съ другомъ только тѣмъ, что всѣ они въ конечномъ результатѣ ограждаютъ общество. Однако при такомъ пониманіи выраженіе „мѣры защиты“. уже утрачиваетъ значеніе опредѣленнаго юридическаго термина [4]).

---

[1]) Stooss. Lehrbuch s. 246.

[2]) Liszt. Die „sichernde Massnahmen“ in den drei Vorentwürfen (Oesterreichische Zeitschrift fur Strafrecht. B. 1 s. 5)

[3]) Ср. его возраженія на рефератъ Листа о мѣрахъ защиты на конгрессѣ Internationale Vereinigung fur Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 1910 г. въ Берлинѣ (Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. B. III s. 652).

[4]) Употребляемое въ этомъ смыслѣ выраженіе „мѣры соціальной защиты“ равносильно выраженію „оборонительныхъ мѣръ“ (mesures défensives), которое мы находимъ напр. у Ферри для обозначенія самыхъ разнообразныхъ средствъ

Но, какъ бы мы ни находили большое разнообразіе въ мѣрахъ защиты по ихъ внѣшнему выраженію, онѣ все-таки по своему внутреннему содержанію, по тѣмъ функціямъ, которыя онѣ выполняютъ, представляютъ единый институтъ; поэтому замѣчанія съ одной стороны Делаки о томъ, что выраженіемъ „мѣры защиты" обозначаются образованія самаго разнороднаго характера (ganz disparater Characters) [1]), а съ другой Листа о томъ, что нѣтъ единаго понятія мѣръ защиты [2]), правильны постолько, посколько мы говоримъ о внѣшнемъ выраженіи этихъ мѣръ, а не о внутреннемъ ихъ содержаніи. Самое же различіе мѣръ защиты по ихъ внѣшнему выраженію даетъ, конечно, возможность дѣлить ихъ на извѣстныя группы въ зависимости отъ ближайшаго характера того воздѣйствія на лицъ, учинившихъ преступное дѣяніе, въ которомъ онѣ проявляются, но этимъ однако не устраняется единство самого института мѣръ защиты. Такъ, Листъ вполнѣ правильно различаетъ двѣ группы мѣръ защиты, представляющія свои особенности [3]), это—мѣры спасенія (rettende), которыя онъ въ другомъ мѣстѣ называетъ воспитательными (erziehende), [4]) и мѣры собственно охраняющія (eigentlich sichernde); къ первымъ онъ относитъ мѣры принудительнаго воспитанія несовершеннолѣтнихъ, рабочій домъ, помѣщеніе въ заведенія для алкоголиковъ, условное осужденіе, реабилитацію, непримѣненіе наказанія въ особенно легкихъ случаяхъ и т. п., ко вторымъ же—остальныя мѣры. Различіе между обѣими

общественной обороны (какъ это было уже выше указано стр. 74 прим. 2) Въ такомъ же смыслѣ употребляетъ выраженіе „соціальная защита" (la défense sociale) Принсъ, указывая на то, что мѣры защиты разнообразны по своему содержанію (ср. Prins. La défense sociale et les transformations du droit pénal. 1910 p. 55 „dans tous les cas, ce qui est certain, c'est que les mesures à prendre ne sont pas uniquement des peines; elles sont aussi bien éducatives, charitables, protectrices, réparatrices que répressives). Съ другой стороны однако Принсъ употребляетъ выраженіе „moyens de préservation sociale" (Prins. Science pénale et droit positif. 1899 p. XLIV) для обозначенія особыхъ мѣръ, которыя онъ противуполагаетъ наказанію. Если понимать мѣры защиты въ такомъ широкомъ смыслѣ, то въ эту группу можно включить ту мѣру, которая примѣняется въ настоящее время въ нѣкоторыхъ штатахъ Сѣверной Америки (Индіанѣ, Калифорніи, Орегонѣ и Коннектикутѣ) подъ видомъ кастраціи или вѣрнѣе стерилизаціи опасныхъ преступниковъ (Люблинскій. Новая мѣра борьбы съ вырожденіемъ и преступностью. Русская Мысль. 1912 г. № 3 стр. 43 и сл.). Съ этой точки зрѣнія эта мѣра и характеризуется Наглеромъ (Nagler l. c. s. 241) и Ледереромъ (Lederer. Die Kastration als sichernde Massnahme. Z. 28 s. 446)

[1]) Delaquis l. c. s. 678.

[2]) Liszt. Die „sicherenden Massnahmen" in den drei neuen Strafgesetzentwürfen (Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, III s. 616).

[3]) Liszt l. c. Oesterreichische Zeitschrift I s. 5.

[4]) Liszt. Lehrbuch s. 250, также Archiv III s. 614.

группами онъ усматриваетъ съ одной стороны въ томъ, что мѣры спасенія имѣютъ въ виду благо индивида, а мѣры охраны въ узкомъ смыслѣ — интересы общества, первыя выражаются въ приспособленіи (Anpassung), вторыя же въ удаленіи (Ausscheidung) [1]). Съ другой стороны онъ видитъ различіе между обѣими группами въ томъ, что первыя мѣры по самому ихъ свойству должны быть ограничены въ отношеніи срока своего примѣненія, такъ какъ, если цѣль этихъ мѣръ не будетъ достигнута въ теченіе опредѣленнаго времени, то слѣдуетъ признать невозможность ея достиженія, а потому и безцѣльность самихъ мѣръ, при вторыхъ же рѣчь идетъ только о защитѣ общества въ отношеніи лицъ, которыхъ уже нельзя спасти,—устанавливать здѣсь высшій размѣръ ихъ примѣненія было бы совершенно неправильно [2]). Точно также различаетъ среди мѣръ защиты двѣ группы ихъ Штоссъ, противупоставляя мѣры исправленія (besserнde) мѣрамъ предупрежденія, (vorbeugende) [3]). Наконецъ, Экснеръ, различая съ одной стороны личныя, а съ другой вещныя (sachliche) мѣры защиты, дѣлитъ первыя на мѣры противъ хронической и противъ острой опасности и точно также говоритъ о мѣрахъ исправленія (Besserungsmittel) и мѣрахъ охраны (Schutzmittel), раздѣляя послѣднія въ свою очередь на двѣ группы: абсолютныя и относительныя мѣры защиты [4]).

Говоря здѣсь о мѣрахъ защиты и имѣя въ виду ихъ большое разнообразіе, мы признаемъ, что всѣ онѣ, независимо отъ ихъ особенностей въ отдѣльныхъ случаяхъ, являются правовыми послѣдствіями неправды, такъ какъ въ основаніи ихъ лежитъ опредѣленное преступное дѣяніе, хотя и учитываемое не само по себѣ, а какъ проявленіе опасности лица. Въ этомъ отличіе этихъ мѣръ отъ мѣръ чисто предупредительныхъ, гдѣ все покоится лишь на предположеніи о возможности извѣстнаго правонарушенія, а не на доказанномъ уже фактѣ учиненія правонарушенія. Таково, можно предполагать, communis opinio doctorum по этому вопросу, хотя это прямо нигдѣ и не высказывается. Только у Гиппеля мы находимъ указаніе на то, что, если мѣры защиты пріурочиваются къ учиненной неправдѣ, то они вмѣстѣ съ наказаніемъ и другими мѣрами подпадаютъ подъ болѣе высокое понятіе правового по-

---

[1]) Liszt l. c. Oest. Zeitschrift I, s. 19.

[2]) Liszt l. c. Archiv III s. 615.

[3]) Stoos. Lehrbuch 1909 s. 229. Въ новомъ изданіи учебника (1913 г.) Штоссъ объ этомъ дѣленіи болѣе не упоминаетъ (стр. 245).

[4]) Exner l. c. s. 107.

слѣдствія (Rechtsfolge) для борьбы съ учиненной неправдой [1]). Точно также въ датскомъ проектѣ уголовнаго уложенія, какъ было выше указано, мѣры защиты поставлены вмѣстѣ съ другими мѣрами подъ общій заголовокъ „правовое послѣдствіе наказуемыхъ дѣяній“ (§ 79). Иного взгляда на правовую природу мѣръ защиты придерживается Фернекъ, имѣя въ виду, впрочемъ, лишь нѣкоторые ихъ виды. По его словамъ, помѣщеніе въ пріютъ (Anhaltung) малолѣтняго есть такъ же мало правовое послѣдствіе неправды, какъ и интернированіе душевно больного [2]). Но по этому поводу мы должны замѣтить, что то обстоятельство, что данная мѣра постигаетъ и того, кто признается невмѣняемымъ, само по себѣ не отнимаетъ еще у ней характера правового послѣдствія неправды, такъ какъ вполнѣ возможны и другіе случаи, гдѣ правовое послѣдствіе наступаетъ тогда, когда учинившій дѣяніе признается невмѣняемымъ; это напр. приходится сказать относительно вознагражденія за вредъ, какъ правового послѣдствія неправды, или цѣлаго ряда мѣръ пресѣченія. Между тѣмъ ни у кого не является мысли отрицать въ подобныхъ случаяхъ характеръ данной мѣры, какъ правового послѣдствія, только потому, что она примѣняется въ отношеніи невмѣняемаго лица. Требованіе установленія вмѣняемости и виновности лица связано по существу лишь съ понятіемъ наказанія, такъ какъ та оцѣнка, которая заключается въ наказаніи, предполагаетъ наличность оцѣнки виновности лица. Съ другой стороны тотъ фактъ, что въ отношеніи невмѣняемыхъ, но опасныхъ субъектовъ предпринимаются мѣры чисто предупредительныя въ томъ случаѣ, если они не совершили преступнаго дѣянія, и что эти чисто предупредительныя мѣры по своему внѣшнему выраженію представляются тѣмъ же, что и мѣры защиты, предпринимаемыя противъ нихъ въ случаѣ совершенія ими преступныхъ дѣяній, самъ по себѣ еще не можетъ служить препятствіемъ къ установленію того положенія, что въ мѣрѣ защиты заключается правовое послѣдствіе неправды, такъ какъ здѣсь всегда имѣется на лицо уже совершившаяся неправда, какъ нарушеніе нормъ правопорядка. И въ этомъ отношеніи нельзя не считаться еще съ тѣмъ обстоятельствомъ, что, если напр. мѣра защиты принимается противъ умалишеннаго, оказавшагося особенно опаснымъ, какъ это принято нашимъ правомъ, то для назначенія ея признается компетентнымъ судъ, который, конечно, раньше, чѣмъ ее назначить, долженъ установить,

---

[1]) Hippel. Vorentwurf, s. 900.

[2]) H. von Ferneck. Rechtswidrigkeit B. II s. 30.

что произошло то преступное дѣяніе, которое даетъ основаніе для принятія по закону соотвѣтственной мѣры. Безъ подобнаго констатированія факта правонарушенія примѣненіе самой мѣры не можетъ имѣть мѣста, а это лишній разъ подчеркиваетъ, что мы здѣсь имѣемъ дѣло съ правовымъ послѣдствіемъ неправды, какъ съ особымъ средствомъ правоохраны. Наконецъ, нужно отмѣтить, что въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ рѣчь идетъ о мѣрахъ, примѣняемыхъ къ субъектамъ вмѣняемымъ, повидимому, ни у кого не возникаетъ сомнѣній относительно того, что мы здѣсь имѣемъ дѣло съ правовымъ послѣдствіемъ неправды. Но по существу нѣтъ различія между тѣми видами мѣръ охраны, которыя имѣютъ въ виду людей вмѣняемыхъ, и тѣми, которыя примѣняются въ отношеніи невмѣняемыхъ,—и вмѣняемые и невмѣняемые одинаково разсматриваются, какъ субъекты, вызывающіе необходимость принятія особыхъ мѣръ въ силу своего особеннаго психическаго уклада, въ силу своей опасности.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, надо имѣть въ виду, что мѣры соціальной защиты могутъ быть смѣшиваемы и въ дѣйствительности смѣшиваются, какъ это показываютъ и взгляды отдѣльныхъ криминалистовъ и разныя законодательства, съ дополнительными наказаніями, такъ какъ онѣ чаще всего примѣняются въ дополненіе къ наказанію, по его отбытіи. Такова, какъ мы увидимъ дальше, господствующая въ нашей литературѣ точка зрѣнія на природу полицейскаго надзора и нѣкоторыхъ видовъ ограниченія правъ или въ нѣмецкой литературѣ на природу исправительнаго ареста (correctionelle Nachhaft). Но, посколько вообще въ этихъ мѣрахъ мы не усматриваемъ того, что характеризуетъ наказаніе, постолько мы не можемъ усматривать въ нихъ дополнительное наказаніе, которое есть, конечно, во всякомъ случаѣ наказаніе.

Останавливаясь далѣе на ближайшемъ разсмотрѣніи юридической природы мѣръ соціальной защиты, мы должны прежде всего обратить вниманіе на слѣдующее обстоятельство. Въ виду того, что положительному праву, какъ было уже раньше указано, чуждо понятіе особой системы мѣръ соціальной защиты, самый вопросъ о природѣ ихъ получаетъ значеніе не столько de lege lata, сколько de lege ferenda. Съ другой стороны слѣдуетъ отмѣтить, что обыкновенно при выясненіи вопроса о взаимоотношеніи наказанія и мѣръ защиты рѣчь идетъ не о всей области этихъ мѣръ, а лишь о нѣкоторыхъ ихъ видахъ, именно главнымъ образомъ о тѣхъ мѣропріятіяхъ, которыя направлены противъ опасныхъ вмѣняемыхъ преступниковъ. Всѣ мѣры, которыя имѣютъ въ виду иныя группы преступниковъ, въ томъ числѣ несовершеннолѣтнихъ, а

также опасныхъ невмѣняемыхъ субъектовъ, обыкновенно устраняются изъ поля изслѣдованія криминалистовъ, занимающихся даннымъ вопросомъ. Между тѣмъ для надлежащаго уясненія правовой природы мѣръ защиты и ихъ отношенія къ наказанію надо считаться съ институтомъ мѣръ защиты во всей его полнотѣ, имѣя въ виду притомъ и тѣ отдѣльные ихъ виды, которые извѣстны уже дѣйствующему праву, но выясненіе природы которыхъ обыкновенно не привлекаетъ къ себѣ вниманія криминалистовъ, такъ какъ подобныя мѣры по традиціи разсматриваются, какъ наказанія.

§ 2. Существующіе въ литературѣ взгляды относительно природы мѣръ соціальной защиты можно свести къ двумъ—это или отрицаніе принципіальнаго различія между наказаніемъ и мѣрами соціальной защиты или признаніе его.

Перваго взгляда придерживаются главнымъ образомъ сторонники новыхъ воззрѣній на наказаніе—для нихъ мѣры соціальной защиты являются наказаніемъ, главнымъ образомъ, съ точки зрѣнія эволюціи понятія наказанія, и, какъ справедливо указываетъ Биркмейеръ [1]), самое противупоставленіе наказанія и мѣръ защиты оказывается невозможнымъ для теоріи охраны (Schutztheorie); но этотъ взглядъ раздѣляютъ и послѣдователи старыхъ воззрѣній на наказаніе, защитники теорій возмездія,—съ ихъ точки зрѣнія мѣры соціальной защиты заключаютъ въ себѣ всѣ существенныя черты наказанія въ его современномъ видѣ. Первое направленіе особенно ярко представлено Листомъ, второе—Меркелемъ.

Въ своихъ работахъ Листъ неоднократно подчеркиваетъ, что весь споръ, который ведется по данному вопросу, есть споръ о словахъ. „Намъ безразлично, говоритъ онъ въ одной изъ своихъ болѣе старыхъ работъ [2]), имя, которое хотятъ дать ребенку. Со стороны нашихъ противниковъ очень любезно то, что они остаются довольными, если щадятся издревле почтенные этикеты. Въ „наказаніи“ привычнаго преступника не должно быть нарушаемо „равновѣсіе между виной и возмездіемъ“, но противъ пожизненныхъ или очень продолжительныхъ „мѣръ охраны“ послѣ отбытаго наказанія наши противники не имѣютъ ничего возразить. Двухъ лѣтъ тюрьмы въ отношеніи неисправимаго бродяги „воздающая“ справедливость не допускаетъ, но на пять лѣтъ значительно болѣе чувствительнаго рабочаго дома противники соглашаются...“ Въ другой своей статьѣ, разбирая проектъ швей-

---

[1]) Birkmeyer, Strafe s. 24.

[2]) Liszt. Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe (Aufsätze B. II, s. 72).

царскаго уголовнаго уложенія, Листъ по адресу его составителя Штосса замѣчаетъ слѣдующее: „онъ остерегается называть „мѣры охраны“ наказаніемъ и боится придавать имъ ту интенсивность, какую мы постоянно требовали“; останавливаясь же въ частности на предохранительномъ заключеніи (Verwahrung), онъ опять повторяетъ, что для него безразлично названіе, но что ему „доставляетъ удовольствіе наблюдать неясность и шаткость этого чисто доктринерскаго противуположенія“ [1]). Совсѣмъ недавно Листъ особенно ясно высказалъ этотъ свой взглядъ въ двухъ работахъ, посвященныхъ разсмотрѣнію мѣръ соціальной защиты по проектамъ швей-

---

[1]) Liszt. Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs (Aufsatze II, 123). Это же онъ повторяетъ и въ другихъ своихъ работахъ, напр., въ статьѣ „Die Zukunft des Strafrechts“ (Aufsatze, II, 19). „мы не придаемъ ни малѣйшаго значенія спору о словахъ—является ли рабочій домъ наказаніемъ или мѣрой охраны“, а также въ статьѣ „Die strafrechtliche Zurechnungsfahigkeit“ (Aufsätze B. II s 227), гдѣ онъ указываетъ, что различіе между охраняющимъ наказаніемъ (Sicherungsstrafe) по отношенію къ неисправимымъ преступникамъ и заключеніе (Verwahrung) общеопасныхъ умалишенныхъ не только въ существенномъ практически неосуществимо, но и принципіально должно быть отвергаемо. То же говоритъ онъ въ статьѣ „Das gewerbmassige Verbrechen“ (Aufsatze, II s. 328), замѣчая по поводу того, что предполагаемое особое предохранительное заключеніе профессіональныхъ преступниковъ называютъ не наказаніемъ, а мѣрой охраны: „пусть говорятъ при этомъ о предохранительномъ заключеніи (Sicherheitshaft). Названіе для меня здѣсь, какъ и вездѣ, безразлично“. Впрочемъ, нужно имѣть въ виду, что иногда Листъ высказывалъ и нѣсколько иныя мысли по данному вопросу. Такъ, въ только что приведенной статьѣ у него можно встрѣтить такое заявленіе. „желаютъ ли мѣры охраны и исправленія именовать наказаніемъ въ техническомъ смыслѣ этого слова и трактовать ихъ въ качествѣ таковыхъ или нѣтъ, хотя это и имѣетъ большой научный интересъ, представляетъ совершенно незначительное законодательное значеніе“ (ib. s. 309). Въ соотвѣтствіи съ этимъ въ своей статьѣ „Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft“ (Aufsätze, II, 293), указывая на задачу науки уголовнаго права, заключающуюся въ каузальномъ изслѣдованіи того явленія, которое называется наказаніемъ, онъ подчеркиваетъ необходимость точнаго описанія этого, повидимому, такого яснаго понятія, и въ особенности его отграниченія отъ другихъ общественныхъ мѣръ охраны, точно также на лиссабонскомъ съѣздѣ международнаго союза криминалистовъ онъ прямо говорилъ о необходимости установленія различія между наказаніемъ и мѣрами защиты (Mitteilungen der I. K. V. B. VI, 471). Наконецъ, въ своей статьѣ „Birkmeyer's Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht. (Z. 27, s. 219) онъ заявляетъ, что онъ годы работалъ надъ выясненіемъ понятія наказанія и его отграниченіемъ отъ понятія мѣръ защиты, а въ статьѣ „Zur Vorbereitung des Strafgesetzentwurfs“ (Aufsätze II, s 422) онъ замѣчаетъ, что только тогда, когда будетъ достигнута полная ясность относительно общественныхъ факторовъ преступности, можетъ быть рѣшенъ споръ о соотношеніи между наказаніемъ и мѣрами предупредительными вообще и съ имѣющими быть принятыми въ уголовномъ кодексѣ мѣрами защиты въ особенности.

царскаго, германскаго и австрійскаго уголовныхъ уложеній [1]), а также въ новомъ изданіи своего учебника. Въ первой изъ этихъ работъ онъ указываетъ, что онъ съ 1893 г. утверждалъ невозможность строго разграничивать понятія наказанія и мѣръ защиты по ихъ содержанію [2]), и замѣчаетъ, что, какъ наказаніе можетъ воспринять въ себя идею исправленія, такъ оно можетъ быть использовано и съ цѣлью охраны. Понятіе „охраняющаго наказанія" (Sicherungsstrafe), по его словамъ, не содержитъ въ себѣ никакого логическаго противорѣчія, мѣра же охраны только тогда перестаетъ быть наказаніемъ, когда наступленіе ея не связывается болѣе съ предположеніемъ объективно-наказуемаго поведенія (Verhaltung), но именно это показываетъ, что она по своему содержанію не можетъ быть отграничена отъ наказанія. Какъ принудительное воспитаніе, прибавляетъ онъ далѣе, по своему существу остается тѣмъ же, примѣняется ли оно согласно § 57 германскаго улож. вслѣдствіе наказуемаго дѣянія или на основаніи одного изъ партикулярныхъ (landesrechtliche) законовъ о попечительномъ воспитаніи (Fursorgeerziehungsgesetze) вслѣдствіе нравственной испорченности малолѣтняго, такъ и рабочій домъ сохраняетъ свою сущность, будетъ ли онъ наказаніемъ или мѣрой охраны. Въ виду этого Листъ вполнѣ допускаетъ возможность замѣны (vicariiren) наказанія мѣрами защиты, находя, что это не только логически возможно, но можетъ быть и практически рекомендуемо [3]). Во второй своей работѣ онъ называетъ страннымъ догматизмомъ точку зрѣнія на существованіе различія между мѣрами защиты и наказаніемъ, прибавляя къ этому, что разграниченіе наказанія и мѣръ защиты не имѣетъ ни малѣйшаго практическаго значенія. По его словамъ, если напр. общеопасный преступникъ, отбывъ наказаніе, удерживается еще въ особомъ учрежденіи или въ особомъ отдѣленіи тюрьмы, то непонятно, по какимъ признакамъ можно установить въ этомъ случаѣ различіе между предохранительнымъ задержаніемъ въ отдѣленіи А даннаго учрежденія и карательнымъ задержаніемъ въ отдѣленіи Б того же учрежденія,—развѣ лишь по формѣ и покрою платья. Осужденный можетъ съ тѣмъ же успѣхомъ быть „задержаннымъ" въ томъ же помѣщеніи, гдѣ онъ до сихъ поръ

---

[1]) Liszt. Die „sichernden Massnahmen" in den drei Vorentwürfen" (Oesterreichische Zeitschrift für Strafrecht 1910, I) и Die „sichernden Massnahmen" in den drei neuen Strafgesetzentwürfen" (Archiv fur Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, III).

[2]) Liszt. Oest. Z. II. c. s. 6. Приведенныя выше цитаты (стр. 264 прим.), взятыя изъ его же сочиненій, не вполнѣ подтверждаютъ эти его слова.

[3]) Ib. s. 6.

отбывалъ „наказаніе“ [1]). Вмѣстѣ съ тѣмъ Листъ указываетъ, что наказаніе должно быть органически вставлено въ обширную систему общественныхъ средствъ охраны (gesellschaftliche Schutzmassregel) [2]), и стираетъ всякую границу между наказаніемъ и мѣрами охраны, замѣчая, что мѣры охраны по своему содержанію должны оставаться тѣми же самыми, будутъ ли онѣ пріурочены къ совершившемуся преступленію для того, чтобы по возможности предупредить дальнѣйшія преступленія того же лица, или же онѣ будутъ назначаться для того, чтобы вообще предупредить совершеніе преступленій со стороны опаснаго человѣка [3]). Онъ находитъ, впрочемъ, что, если въ настоящее время система мѣръ соціальной защиты вводится въ уголовное законодательство, то дальнѣйшее развитіе приведетъ къ тому, что мѣры охраны будутъ освобождены отъ своей связи съ наказаніемъ и будутъ отнесены къ особому законодательству [4]). Тогда, прибавляетъ онъ, теперешняя антитеза мѣръ соціальной защиты и наказанія должна будетъ уступить высшему синтезу [5]).

Наконецъ, надо имѣть въ виду, что въ послѣднихъ (19 и 20) изданіяхъ своего учебника Листъ, разсматривая наряду съ наказаніемъ мѣры защиты, указываетъ, что отношеніе мѣръ защиты къ наказанію очень спорно. Строгое противуположеніе обоихъ понятій противорѣчитъ, по его словамъ, фактическимъ обстоятельствамъ. Такъ, извѣстно, что мѣры охраны не должны быть непремѣнно связываемы съ учиненіемъ преступнаго дѣянія и такимъ образомъ идутъ дальше понятія наказанія. Но если онѣ связываются съ учиненіемъ преступнаго дѣянія, то принимаютъ въ себя очень легко существенныя черты наказанія („зло, соединенное съ осужденіемъ“), даже съ точки зрѣнія теоріи возмездія. Съ другой стороны, посколько наказаніе преслѣдуетъ цѣль исправленія и обезвреженія, оно переходитъ въ область мѣръ охраны. Оба института относятся, замѣчаетъ онъ дальше, другъ къ другу, какъ два пересѣкающихся круга: чистое воздающее наказаніе и чистыя мѣры охраны стоятъ на противуположныхъ другъ другу краяхъ, внутри же общей для нихъ обоихъ области наказаніе и мѣра охраны могутъ замѣнять другъ друга [6]).

---

[1]) Liszt, Archiv. III, s. 616.

[2]) Ib. s. 617.

[3]) Ib. s. 618.

[4]) Ib. s. 619.

[5]) Ib. s 620.

[6]) Liszt. Lehrbuch 20 Aufl. s. 251. Интересно отмѣтить, что въ предыдущихъ (до 19) изданіяхъ своего учебника Листъ иначе представлялъ себѣ рѣшеніе дан-

Эта точка зрѣнія Листа раздѣляется и нѣкоторыми другими криминалистами. Такъ, Делаки, который раньше считалъ возможнымъ противупоставлять наказаніе мѣрамъ защиты, въ виду различія ихъ основанія и цѣли [1]), и не находилъ возможнымъ подводить наказаніе подъ высшее понятіе мѣръ защиты [2]), признавая однако тѣ мѣры, которыя теперь называются мѣрами защиты, смѣшанными формами (Mischformen), заключающими въ себѣ наполовину характеръ наказанія, наполовину охраняющую тенденцію (halb Strafcharacter, halb sichernde Tendenz) [3]),—въ настоящее время подъ непосредственнымъ вліяніемъ Листа высказывается въ томъ смыслѣ, что принципіальнаго различія между данными институтами нѣтъ. Все различіе между ними, заявляетъ онъ, не качественное, а количественное [4]), такъ какъ удерживаемое до сихъ поръ въ классической школѣ понятіе наказанія уже изжито (abgewirtschaftet hat) [5]). Цѣль, замѣчаетъ онъ при этомъ, находится внѣ существа вещи. Даже если бы и было вѣрно, что мы наказаніе употребляемъ только съ цѣлью репрессіи, а мѣры защиты только съ цѣлью предупрежденія, то этимъ еще никоимъ образомъ не было бы доказано, что сущность обоихъ институтовъ не одинакова. Базисъ же для примѣненія обоихъ институтовъ тотъ же самый, такъ какъ и для примѣненія мѣръ соціальной защиты требуется опредѣленное дѣяніе, а не простая опасность, т. е. слѣдовательно, нужна опредѣленная мѣра вины, и такимъ образомъ примѣненіе мѣры охраны также базируется на принципѣ справедливости [6]). Признавая далѣе, что мѣры охраны заключаютъ въ себѣ наряду съ превенціей и репрессію [7]), онъ видитъ все различіе между обоими институтами не въ ихъ содержаніи, такъ какъ они по внутреннему своему существу одинаковы (innerlich wesensgleich), а лишь въ количественной структурѣ (in der quantitativen Struktur)

наго вопроса, такъ какъ онъ противуполагалъ другъ другу оба эти института. Такъ, въ изд. 18 своего учебника (s. 248) онъ противуполагаетъ наказаніямъ мѣры административныя (Verwaltungsmassregeln), къ которымъ онъ относитъ и мѣры охраны (Sicherungsmittel) въ отношеніи общеопасныхъ умалишенныхъ и лицъ съ уменьшенной вмѣняемостью.

[1]) Delaquis. Ergänzungen zum Referat von v. Liszt (Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, III s. 622).

[2]) Ib s. 624.

[3]) Ib. s. 623.

[4]) Delaquis. Die Umbildung des Strafbegriffs im modernen Kriminalrecht. (Z. 32 s. 684).

[5]) Ib. s. 685.

[6]) Ib. s. 686.

[7]) Ib s. 682.

отдѣльныхъ ихъ элементовъ. Различія же эти, по его словамъ, значительно меньше, чѣмъ это обыкновенно предполагается, и, поскольку они могутъ быть установлены, они вытекаютъ не изъ различія существа обѣихъ мѣръ, а изъ выступленія на первый планъ одной изъ возможностей ихъ дѣйствія (Wirkungsmoglichkeit), одной изъ ихъ цѣлей [1]). Поэтому онъ считаетъ совершенно безразличнымъ, говорятъ ли о наказаніи или о мѣрѣ защиты, и лишь для того, чтобы оставаться въ предѣлахъ традиціи, онъ находитъ возможнымъ сохранить понятіе наказанія въ расширенномъ объемѣ [2]), равно какъ и понятіе чисто предупредительныхъ мѣръ, которыя примѣняются не въ виду наличности объективнаго состава, а въ виду опасности правонарушенія [3]). Къ сказанному онъ прибавляетъ, что благодаря тому, что мѣра охраны примѣняется въ юридически-организованномъ процессѣ судьею на основаніи особаго психическаго состоянія виновнаго и въ соотвѣтствіи съ его психической структурой, эта мѣра, ранѣе относившаяся къ области управленія, дѣлается и матеріально актомъ юстиціи (Justizakt), такъ что и въ этомъ отношеніи нѣтъ различія между наказаніемъ и мѣрой защиты [4]),

Какъ видно, Делаки, не довольствуясь общими соображеніями уголовно-политическаго характера, какъ это дѣлаетъ Листъ, старается обосновать сходство мѣръ защиты съ наказаніемъ, имѣя въ виду и опредѣленныя соображенія юридическаго характера. Но приводимыя имъ соображенія особаго значенія не представляютъ, такъ какъ то обстоятельство, что данная мѣра примѣняется судомъ, еще не можетъ влечь за собой того результата, что она благодаря этому превращается въ актъ отправленія правосудія и дѣлается институтомъ тождественнымъ съ наказаніемъ.

На той же точкѣ зрѣнія отождествленія наказанія и мѣръ охраны стоитъ ванъ-Гаммель. Такъ, на лиссабонскомъ съѣздѣ м. с. к., указывая на то, что нельзя провести разграничительной линіи между вмѣняемыми и невмѣняемыми, онъ говорилъ, что вмѣсто этого долженъ быть поставленъ вопросъ о томъ, каковы тѣ дѣйствительныя мѣры, которыя слѣдовало бы принимать въ томъ или иномъ случаѣ въ отношеніи той или иной группы преступниковъ или въ отношеніи того или иного индивида, подчеркивая этимъ, что съ его точки зрѣнія нѣтъ различія между на-

---

[1]) Ib. s. 687.
[2]) Ib. s 690.
[3]) Ib. s 691.
[4]) Ib. s 700.

казаніемъ и мѣрами защиты [1]); точно также на гамбургскомъ съѣздѣ союза онъ говорилъ, что „есть три понятія, которыя намъ страшно мѣшаютъ: понятіе вмѣняемости, понятіе наказанія и понятіе преступленія“, [2]) и „что наказаніе есть мѣра обхожденія (Behandlung), есть строгое обхожденіе (eine scharfe Behandlung)“, прибавляя къ этому, что „сумасшедшіе тоже наказываются въ сумасшедшихъ домахъ“, а называется ли это наказаніемъ или нѣтъ, — это съ его точки зрѣнія совершенно безразлично [3]); по его словамъ, „если человѣкъ опасенъ, его слѣдуетъ подвергнуть особымъ мѣрамъ (Behandlung), называйте ихъ, какъ хотите“ [4]).

Такое же отождествленіе наказанія и мѣръ защиты мы видимъ у Ашаффенбурга, который говоритъ, что понятіе мѣръ соціальной защиты есть болѣе широкое, а понятіе наказанія болѣе узкое понятіе въ томъ смыслѣ, что мѣры защиты представляютъ собою большой кругъ, въ которомъ наряду другъ съ другомъ помѣщаются воспитаніе и награда, условное осужденіе и наказаніе, такъ что наказаніе, по его словамъ, слѣдуетъ понимать, какъ мѣру защиты [5]). Но здѣсь собственно Ашаффенбургъ имѣетъ въ виду не то противупоставленіе мѣръ защиты и наказанія, которое обыкновенно дѣлается, а у него высказывается лишь мысль о томъ, что наказаніе есть вообще одно изъ средствъ борьбы общества съ преступностью, въ чемъ, конечно, сомнѣваться не приходится. Вопроса же о взаимномъ отношеніи мѣръ охраны, какъ особаго самостоятельнаго института, и наказанія Ашаффенбургъ не касается.

Однако не только сторонники новыхъ направленій въ наукѣ уголовнаго права отождествляютъ понятіе наказанія и понятіе мѣръ защиты. То же мы находимъ, какъ было сказано, и у писателей, которые исходятъ изъ иного взгляда на сущность наказанія, отстаивая ту мысль, что наказаніе не только есть, но и должно быть возмездіемъ. Но разсужденія этихъ писателей идутъ по иному пути. Они отождествляютъ мѣры защиты съ наказаніемъ потому, что они усматриваютъ въ нихъ все то, что, по ихъ мнѣнію, характеризуетъ наказаніе. Здѣсь не наказаніе поглощается мѣрами соціальной защиты, а наоборотъ мѣры защиты поглощаются наказаніемъ.

---

[1]) Mitteilungen der I. K. V. B. VI s. 473.
[2]) Mitteilungen der I. K. V. B. XIII s. 507.
[3]) Ib. s. 509.
[4]) Ib. s. 511.
[5]) Aschaffenburg l. c. s. 652.

Такъ, Меркель находитъ возможнымъ приравнивать наказанію мѣры соціальной охраны, имѣя въ виду предохранительное заключеніе (Verwahrung) рецидивистовъ по швейцарскому проекту, такъ какъ „эти мѣры, какъ и наказаніе, имѣютъ своимъ предположеніемъ деликтъ, въ немъ ищутъ себѣ оправданія и наступаютъ въ силу приговора суда уголовнаго“ [1]). Гафтеръ же усматриваетъ проявленіе „справедливаго возмездія“ въ томъ, что, напримѣръ, нарушающій правопорядокъ пьяница помѣщается въ лечебное заведеніе со строгимъ режимомъ, и говоритъ, что „новыя карательныя мѣры должны разсматриваться, какъ наказаніе, какъ причиняющее страданіе вторженіе въ личныя правовыя блага правонарушителя“ [2]).

Далѣе, Франкъ, разсматривая то обезвреженіе общеопасныхъ преступниковъ, которое совершается посредствомъ ихъ предохранительнаго заключенія, замѣчаетъ, что „хотятъ ли въ этомъ случаѣ говорить о наказаніи или предпочитаютъ говорить о мѣрѣ охраны, — это вопросъ, который, хотя и не можетъ быть обойденъ молчаніемъ изъ-за техническихъ соображеній, но которому я не могу придавать никакого принципіальнаго значенія“ [3]). Наконецъ, Лиліенталь указываетъ, что вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли мѣры охраны называть наказаніемъ за нравственную или правовую вину или же мѣрой предупредительной, обоснованной доказанной опасностью лица, есть споръ о словахъ [4]). На этой же точкѣ зрѣнія стоятъ отчасти и составители проекта германскаго уложенія, замѣчая между прочимъ въ отношеніи предохранительнаго задержанія рецидивистовъ слѣдующее: „практическаго различія между наказаніемъ и этимъ заключеніемъ не существуетъ, и здѣсь только споръ о словахъ. Въ обоихъ случаяхъ осужденный лишается свободы и уже въ силу одного этого предохранительное заключеніе ощущается имъ, какъ наказаніе“ [5]). Эту же точку зрѣнія раздѣляютъ и французскіе криминалисты, которые, напримѣръ, такую мѣру, какъ релегація,—о чемъ рѣчь будетъ ниже— относятъ къ наказаніямъ, хотя она и примѣняется, какъ самостоятельная мѣра послѣ отбытія наказанія.

---

[1]) Merkel. Über Herrn Thurneysens Kritik des Vorentwurfs zu einem schweiz. Strafgesetzbuch (Abh. B. II. S. 821).

[2]) Hafter Strafe und sichernde Massnahme im Vorentwurfe zu einem schweiz. Strafgesetzbuch (Schw. Zeitschrift fur Strafrecht, XVII s. 231).

[3]) Frank. Vergeltungstrafe s. 24.

[4]) Lilienthal. Der Stooszsche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches (Z. XV s. 121).

[5]) Begründung Allg. Teil. S. 360. Впрочемъ, что касается другихъ мѣръ, то составители проекта считали возможнымъ противополагать ихъ наказанію (s. 148).

Съ подобнымъ же отношеніемъ къ вопросу о взаимоотношеніи между наказаніемъ и мѣрами соціальной защиты мы можемъ встрѣтиться и въ русской наукѣ уголовнаго права, какъ это можно видѣть по тѣмъ преніямъ, которыя происходили на послѣднемъ съѣздѣ русской группы м. с. к. 1912 г. въ СПБ. по поводу доклада о мѣрахъ соціальной защиты въ отношеніи опасныхъ преступниковъ [1]). Такъ, напр. Ширяевъ утверждалъ, что „какъ разъ оба элемента, составляющіе характерное свойство института наказанія (т. е. по его мнѣнію, элементъ принудительный и элементъ порицанія), вмѣстѣ съ тѣмъ вполнѣ присущи и мѣрамъ соціальной защиты, по крайней мѣрѣ, тѣмъ изъ нихъ, которыя примѣняются къ той категоріи общеопасныхъ преступниковъ, опасность коихъ соціальнаго происхожденія“: при чемъ характерное выраженіе порицанія, заключающееся въ этихъ мѣрахъ, онъ усматривалъ въ англійскомъ законѣ 1908 г., гдѣ данный вопросъ разсматривается присяжными засѣдателями, выносящими свой вердиктъ. По его словамъ, „эти два пункта скорѣе сближаютъ институтъ наказанія съ мѣрами соціальной охраны“, такъ что „между тѣми и другими мѣрами все-таки больше сходства, чѣмъ различія“; при этомъ онъ указывалъ, „что особо существеннаго значенія разграниченіе мѣръ репрессіи и мѣръ соціальной охраны не имѣетъ, гораздо существеннѣе, гораздо важнѣе практическая организація этихъ мѣръ“ [2]). Ту же точку зрѣнія высказывалъ и Исаевъ, указывавшій на то, что нѣтъ разницы между мѣрами карательными и большинствомъ мѣръ охраны, прежде всего тѣхъ мѣръ, которыя примѣняются къ тунеядцамъ, къ преступникамъ привычки и т. д. „Этимъ мѣрамъ, по его мнѣнію, одинаково присущъ элементъ страданія, который заключается хотя бы въ томъ, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ лишеніемъ свободы, не говоря уже о режимѣ“ [3]).

---

[1]) Жижиленко. Мѣры соціальной защиты въ отношеніи опасныхъ преступниковъ. 1911.

[2]) Труды IX общаго собранія русской группы м. с. к. 28—31 марта 1912 г. въ С.-Петербургѣ (Журналъ уголовнаго права и процесса 1913 г. № 1. Приложеніе стр. 61).

[3]) Тамъ же стр. 36. Еще проще подходилъ къ данному вопросу Торховскій, который, обращая главное вниманіе на внѣшнее сходство, существующее между наказаніемъ и мѣрами защиты, прямо говорилъ, что никакой разницы между мѣрами защиты и наказанемъ усмотрѣть нельзя. По его словамъ, „онъ далеко не согласенъ съ тѣмъ выводомъ, что нужно смотрѣть иначе на мѣры воздѣйствія, когда онѣ являются послѣдствіемъ вины, и на тѣ мѣры воздѣйствія, которыя можно примѣнять къ личности, опасной для общества. Вѣдь, собственно говоря, все сводится къ одному, къ лишенію свободы. И какъ вы ихъ ни назовете, все равно

На признаніи за мѣрами соціальной защиты значенія лишь разновидности наказанія стоитъ, повидимому, и Люблинскій, замѣчая, что „въ мѣрахъ соціальной защиты дѣйствіе наказанія, охарактеризованное нами, какъ дополнительное, получаетъ особенно яркое выраженіе и въ значительной мѣрѣ опредѣляетъ самое содержаніе наказанія“ [1]).

Нужно при этомъ отмѣтить, что даже такіе писатели, которые въ общемъ стоятъ на принципѣ разграниченія мѣръ соціальной защиты и наказанія, все-таки находятъ, что нѣкоторыя изъ этихъ мѣръ заключаютъ въ себѣ извѣстный карательный элементъ. На этомъ покоится взглядъ тѣхъ писателей, которые считаютъ возможнымъ устанавливать двойственность природы мѣръ соціальной охраны въ томъ смыслѣ, что эти мѣры съ одной стороны являются наказаніемъ, а съ другой полицейскими мѣрами; эта точка зрѣнія проводится напр. Вюстомъ примѣнительно къ отдѣльнымъ мѣрамъ охраны, извѣстнымъ швейцарскому проекту, среди которыхъ онъ различаетъ чистыя мѣры охраны и мѣры смѣшанныя—первыя имѣютъ въ виду только цѣль обезвреженія, вторыя же являются вмѣстѣ съ тѣмъ наказаніемъ, служа и цѣли возмездія; такимъ образомъ первыя являются только мѣрами полицейскими, а вторыя, одновременно и наказаніемъ и мѣрами полицейскими [2]). Эта же точка зрѣнія проскальзываетъ между прочимъ у Набокова. Такъ, онъ замѣчаетъ, что тѣ sichernde Massnahmen, которыя примѣняются къ лицамъ съ уменьшенной вмѣняемостью и т. п., „не имѣютъ характера карательной репрессіи и по существу и по формѣ отличны отъ мѣръ безопасности противъ закоренѣлыхъ и не поддающихся исправленію рецидивистовъ“ [3]), какъ бы подчеркивая тѣмъ карательный характеръ всѣхъ остальныхъ мѣръ защиты. Точно также Гольдшмидтъ, хотя и исходитъ изъ представленія о принципіальномъ различіи между наказаніемъ и мѣрами соціальной защиты, тѣмъ не менѣе утверждаетъ, что въ мѣрахъ за-

---

для жизни это останется все тѣмъ же лишеніемъ свободы въ высшей степени болѣзненнымъ для даннаго лица и для тѣхъ, кто съ нимъ связанъ... Если вы такъ посмотрите, то всякую мѣру воздѣйствія вы должны считать равносильной мѣрѣ наказанія“ (Тамъ же стр. 52).

[1]) Люблинскій. О дѣйствіи наказанія стр. 23.

[2]) Wüst l. c. s. 93—94.

[3]) Набоковъ. Мѣры соціальной защиты противъ рецидивистовъ (Журн. угол. пр. и пр. 1913 г. № 1 стр. 7 врим.). Нужно отмѣтить при этомъ нѣкоторую неустойчивость автора въ характеристикѣ отдѣльныхъ мѣръ. Такъ, говоря о мѣрахъ соціальной защиты, онъ тутъ же одну изъ этихъ мѣръ релегацію рецидивистовъ по французскому закону 1885 г. называетъ самостоятельнымъ наказаніемъ.

щиты вообще и въ рабочемъ домѣ въ особенности заключается достаточно элементовъ возмездія и общаго предупрежденія, почему, по его словамъ, не должно имѣть мѣста на практикѣ назначеніе кратковременнаго лишенія свободы наряду съ этой мѣрой [1]). Равнымъ образомъ Канторовичъ, признавая различіе, существующее между наказаніемъ и мѣрами охраны, замѣчаетъ однако, что примѣненіе наказанія и чистой мѣры охраны наряду другъ съ другомъ неизбѣжно приводитъ къ непропорціональной, а потому и несправедливой суровости, такъ какъ и мѣрамъ защиты необходимо присущъ характеръ принужденія и зла (Zwangs- und Übelscharacter); онъ вмѣстѣ съ тѣмъ находитъ, что это не можетъ быть оправдываемо и съ точки зрѣнія воздающей справедливости [2]); поэтому, разсматривая вопросъ о допустимости примѣненія мѣръ защиты наряду съ наказаніемъ, онъ рекомендуетъ прибѣгать не къ поглощенію и кумуляціи, а къ принципу редукціи (Reductionsprincip), при которомъ былъ бы принимаемъ во вниманіе при опредѣленіи размѣра наказанія и характеръ зла (Übelscharacter) мѣры охраны. Такъ, въ частности онъ указываетъ, что назначеніе наказанія въ высшей мѣрѣ никогда не можетъ быть допускаемо, если къ нему присоединяется еще назначеніе мѣры защиты [3]).

Останавливаясь на оцѣнкѣ приведенныхъ взглядовъ, не считающихъ возможнымъ проводить различіе между мѣрами соціальной защиты и наказаніемъ, мы должны прежде всего отмѣтить слѣдующій ихъ основной дефектъ: здѣсь то чисто внѣшнее обстоятельство, что и при наказаніи и при мѣрахъ охраны приходится прибѣгать къ одинаковымъ средствамъ воздѣйствія на преступника, признается главнымъ основаніемъ для вывода о тождествѣ этихъ институтовъ. Лишеніе свободы, къ помощи котораго прибѣгаютъ какъ для наказанія, такъ и для мѣръ охраны, является съ этой точки зрѣнія достаточнымъ основаніемъ для отождествленія мѣръ соціальной защиты съ наказаніемъ. Но лишеніе свободы можетъ выполнять различныя назначенія, и не вездѣ, гдѣ имѣется лишеніе свободы, уже имѣется и наказаніе; для этого стоитъ только вспомнить предварительное задержаніе, столь отличное по своему значенію отъ наказанія, но примѣняемое съ внѣшней стороны въ формѣ, одинаковой съ формой наказанія.

---

[1]) Goldschmidt. Strafen und verwandte Massregeln (V. D. A. T. IV s. 332—333, также s. 460, 462).

[2]) Kantorowicz. Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft (Aschaffenburg's Monatsschrift. VII s. 261).

[3]) Ib s. 262.

Между тѣмъ это внѣшнее сходство обоихъ институтовъ болѣе всего и обусловило возможность говорить о ихъ тождествѣ. Конечно, нельзя не согласиться съ тѣмъ, что провести на практикѣ различіе въ самой организаціи мѣръ защиты и наказанія дѣло достаточно трудное, но въ этомъ отношеніи нельзя не считаться съ одной стороны съ тѣмъ обстоятельствомъ, что нѣкоторыя положительныя законодательства, напр. англійскій законъ 1908 г., на этотъ путь уже встали, а съ другой стороны съ тѣмъ, что самый режимъ лишенія свободы можно вообще весьма варіировать въ зависимости отъ ближайшихъ его цѣлей [1]). Къ тому же надо замѣтить, что и теперь въ однихъ и тѣхъ же мѣстахъ заключенія нерѣдко пребываютъ и отбывающіе наказаніе и подслѣдственные арестанты, но существованіе въ одномъ и томъ же учрежденіи отдѣленія А, гдѣ отбывается наказаніе, и отдѣленія Б, гдѣ пребываютъ привлеченные къ суду, нисколько не влечетъ за собой смѣшенія юридической природы наказанія съ подслѣдственнымъ арестомъ; мало того, это смѣшеніе не наступаетъ даже отъ того, что въ извѣстныхъ случаяхъ допускается зачетъ въ наказаніе предварительнаго ареста, хотя самый порядокъ отбытія этихъ мѣръ и особенности ихъ режима совершенно не одинаковы.

Но кромѣ этого общаго замѣчанія, относящагося одинаково къ представителямъ какъ старыхъ, такъ и новыхъ направленій въ наукѣ уголовнаго права, можно сдѣлать еще въ частности слѣдующія отдѣльныя замѣчанія примѣнительно къ взглядамъ тѣхъ и другихъ.

Имѣя въ виду спеціально точку зрѣнія Листа, мы должны сказать, что посколько мы будемъ смотрѣть на наказаніе исключительно, какъ на средство обезпеченія общества (Sicherungsstrafe), утратится, дѣйствительно, то различіе, которое могло бы быть установлено между обоими разсматриваемыми институтами, но посколько вообще мѣры соціальной охраны мы анализируемъ въ предѣлахъ современнаго права, мы должны исходить изъ того пониманія наказанія, какъ оно имъ дается, а съ точки зрѣнія послѣдняго приходится утверждать, что наказаніе покоится на представленіи о

---

[1]) Ср. напр. предложеніе Набокова (Мѣры соціальной защиты стр. 22) о томъ, чтобы режимъ мѣръ защиты былъ индивидуальнѣе и мягче тюремнаго режима; Набоковъ говоритъ, „что здѣсь элементъ страданія и лишенія долженъ быть доведенъ до минимума“, и къ этому прибавляетъ, что „въ основѣ всегда должно лежать сознаніе, что отбытіемъ наказанія виновный уплачиваетъ свой долгъ обществу, и что идейное различіе между мѣрами безопасности и наказаніемъ должно быть по возможности воплощаемо въ реальныхъ формахъ“ (стр. 23).

заключающемся въ немъ возмездіи; это возмездіе принимаетъ такія формы своего выраженія, въ которыхъ выражается стремленіе указать на значеніе учиненнаго преступникомъ зла, какъ явленія нежелательнаго для общества, и наказаніе, будучи возмездіемъ, принимаетъ поэтому такую форму своего проявленія, въ которой выражается опредѣленная оцѣнка этого зла. Такимъ образомъ, поскольку мы говоримъ о современномъ наказаніи, мы должны исходить изъ представленія наказанія не какъ Sicherungsstrafe, а какъ Vergeltungsstrafe, а потому распространять на мѣры соціальной охраны черты, присущія именно Sicherungsstrafe, нѣтъ основаній. Но если бы даже мы и признали, что современное наказаніе начинаетъ воспринимать въ себя черты наказанія, исключительно понимаемаго, какъ средство охраны общества, то одно это еще не можетъ давать намъ поводъ отождествлять мѣры охраны съ наказаніемъ, такъ какъ одна и та же цѣль обезпеченія общества можетъ быть достигаема и неодинаковыми средствами.

И, конечно, не количественное только, какъ это говоритъ Делаки, а именно качественное различіе существуетъ между мѣрами защиты и наказаніемъ, поскольку мы видимъ, что въ наказаніи заключается оцѣнка преступнаго дѣянія и въ частности вины его учинителя, а мѣры защиты вызываются лишь соображеніемъ цѣлесообразности, представленіемъ о необходимости предупредить совершеніе новыхъ преступленій со стороны даннаго лица. Самое основаніе примѣненія наказанія и мѣръ защиты, которое Делаки представляется одинаковымъ, далеко не таково, какъ это будетъ ниже указано.

Но, съ другой стороны едва ли можно согласиться и со взглядомъ Меркеля, который въ мѣрахъ охраны усматриваетъ признаки наказанія, какъ оно понимается современнымъ правомъ. Такъ, прежде всего нельзя считать за существенный признакъ наказанія, ему одному свойственный, то, что оно является правовымъ послѣдствіемъ правонарушенія: вмѣстѣ съ нимъ этотъ признакъ раздѣляютъ и многіе другіе институты, поскольку они являются правовыми послѣдствіями противозаконныхъ дѣяній. Точно также для характеристики мѣръ защиты не имѣетъ значенія то, что данныя мѣры назначаются, какъ и наказаніе, уголовнымъ судомъ, такъ какъ не все то, что назначается послѣднимъ, тѣмъ самымъ является уже наказаніемъ. Съ другой стороны, точка зрѣнія самого преступника, подлежащаго наказанію, что подчеркиваютъ составители германскаго проекта угол. улож., значенія не имѣетъ: если онъ и считаетъ тѣ или иныя лишенія наказаніемъ, то это еще

не даетъ основаній и теоріи уголовнаго права признавать ихъ наказаніемъ. Наконецъ, если считать возмездіемъ даже принудительное леченіе алкоголика, какъ это дѣлаетъ Гафтеръ, то, исходя изъ этого взгляда, можно было бы усматривать возмездіе вездѣ, гдѣ только человѣкъ, учинившій преступленіе, подвергается какимъ-нибудь непріятностямъ и т. п., но при такомъ пониманіи идеи возмездія мы покидаемъ правовую почву и даемъ возможность смѣшивать наказаніе съ явленіями совершенно иного порядка. Видѣть же моментъ порицанія, присущій наказанію, а также будто-бы мѣрамъ защиты, какъ это дѣлаетъ Ширяевъ, въ томъ обстоятельствѣ, что приговоръ о назначеніи этихъ мѣръ постановляется судомъ присяжныхъ,—это значитъ относить моментъ порицанія не къ самому институту наказанія, покоющемуся на возмездіи, а къ чему то лежащему внѣ его содержанія.

Что же касается того взгляда, который усматриваетъ въ мѣрахъ защиты смѣшанный характеръ, въ частности взгляда, высказаннаго Вюстомъ, то въ этомъ отношеніи можно сказать, что во-первыхъ, едва ли можно противопоставлять другъ другу указываемыя имъ категоріи мѣръ защиты въ зависимости отъ преобладанія въ отдѣльныхъ случаяхъ той или иной цѣли—здѣсь критерій избранъ въ высшей степени неопредѣленный, къ тому же, если примѣнить его и къ отдѣльнымъ карательнымъ мѣрамъ, то придется признать многія наказанія не чистыми наказаніями, а наказаніями смѣшанными, заключающими въ себѣ и полицейскія мѣры, а во-вторыхъ, посколько въ этихъ мѣрахъ охраны признается моментъ возмездія, постолько выдвигается элементъ не характерный для этого института, какъ это только что было указано.

§ 3. Иначе относится къ природѣ мѣръ соціальной охраны взглядъ тѣхъ писателей, которые признаютъ возможнымъ отстаивать самостоятельную природу мѣръ защиты въ противоположность наказанію, подчеркивая въ этомъ отношеніи то, что при назначеніи ихъ считаются съ инымъ моментомъ, чѣмъ при назначеніи наказанія. Эта точка зрѣнія раздѣляется многими современными криминалистами, принадлежащими къ различнымъ направленіямъ въ наукѣ уголовнаго права.

Разсматривая ближе взгляды этихъ писателей, мы должны замѣтить, что самое обоснованіе различія между мѣрами защиты и наказаніемъ не представляется у нихъ одинаковымъ, и отдѣльные писатели приводятъ разныя соображенія въ пользу выставляемаго ими положенія. Конечно, извѣстныя соображенія

при этомъ многими повторяются, вслѣдствіе чего для удобства разсмотрѣнія отдѣльные взгляды могутъ быть сведены къ нѣсколькимъ группамъ; причемъ, какъ мы увидимъ дальше, не всѣ высказанныя положенія могутъ быть приняты въ расчетъ, какъ такія, которыя дѣйствительно обосновываютъ принципіальное различіе, существующее между наказаніемъ и мѣрой защиты.

При этомъ нужно имѣть въ виду, что для нѣкоторыхъ писателей вопросъ о взаимоотношеніи мѣръ охраны и наказанія не вызываетъ сомнѣній; они исходятъ изъ даннаго положенія, какъ изъ реальнаго факта. Такъ, напр. Биндингъ замѣчаетъ, что онъ безусловно отклоняетъ приниженіе (Herabwurdigung) наказанія на уровень полицейской мѣры охраны, такъ какъ наказаніе есть нѣчто существенно иное, болѣе высокое, болѣе благородное [1]), и къ этому прибавляетъ, что наказаніе и мѣры охраны должны быть строго отличаемы другъ отъ друга и что наказаніе никогда не должно быть низводимо на мѣсто подвида мѣръ охраны [2]). Точно также Миттермайеръ замѣчаетъ, что теоретически наказаніе и охрана (Sicherung) расходятся другъ съ другомъ, не указывая однако ближе, въ чемъ черты этого расхожденія, но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ подчеркиваетъ, что практически они однако другъ съ другомъ сходятся [3]). Наконецъ, Салейль говоритъ, что тѣ мѣры, которыя мы называемъ обезпечивающими или элиминирующими наказаніями (peines de surêté ou d'élimination), не являются наказаніемъ въ юридическомъ смыслѣ слова, будучи настоящими мѣрами предупредительной полиціи, аналогичными тѣмъ мѣрамъ, которыя принимаются въ отношеніи сумасшедшихъ; но въ чемъ различіе между тѣмъ и другими, онъ ближе не указываетъ [4]).

Тѣ основанія для разграниченія мѣръ охраны и наказанія, которыя приводятся въ современной литературѣ, можно свести къ слѣдующимъ главнымъ группамъ: 1) различіе по цѣли, 2) по внѣшнему выраженію, 3) по основанію примѣненія, 4) по ихъ масштабу и 5) по внутреннему содержанію.

Что касается первой группы взглядовъ, то чаще всего приходится встрѣчать въ литературѣ указаніе на то, что различіе между наказаніемъ и мѣрой защиты заключается въ томъ, что

---

[1]) Binding. Grundriss. Vorwort s. XVI.

[2]) Ib. s. XIX.

[3]) Mittermaier. Die Behandlung unverbesserlichen Verbrecher (V. D. Allg. T. B. III s. 267).

[4]) Salleilles. L'individualisation de la peine. 1898 s. 131.

наказаніе есть репрессія, а мѣра соціальной защиты есть превенція. Это напр. мы находимъ у Биркмейера [1]) и у Роланда [2]); но выраженное въ такой общей формѣ это различіе мало еще проливаетъ свѣта на сущность взаимоотношенія между наказаніемъ и мѣрами защиты. Болѣе ясно ту же мысль выражаетъ Р. Шмидтъ, говоря о томъ, что въ извѣстныхъ случаяхъ на мѣсто воздающаго наказанія выдвигаются такія мѣры, которыя, хотя и примѣняются какъ послѣдствія преступленія, но прежде всего вытекаютъ изъ мотива спеціальнаго предупрежденія [3]), а также Фуръ, указывая на то, что идея возмездія и искупленія, которая въ наказаніи выступаетъ на первый планъ, при мѣрахъ охраны отступаетъ назадъ, а на ея мѣсто выдвигается цѣль предупредить совершеніе новыхъ преступленій со стороны даннаго преступника [4]). У другихъ писателей мы встрѣчаемъ противуположеніе цѣлей наказанія и мѣръ охраны въ томъ смыслѣ, что при наказаніи преслѣдуется цѣль общей превенціи, а при мѣрахъ защиты спеціальной (точка зрѣнія Шюли [5]), Гольдшмидта [6]), Шетензака [7]) и Экснера) [8]). Конкретизируя же ближе цѣль спеціальнаго предупрежденія, нѣкоторые писатели, напр. Кригсманъ [9]) и Ямаока [10]), говорятъ о цѣли исправленія и обезвреженія или обезпеченія, спеціально присущей мѣрамъ защиты. Съ другой стороны слѣдуетъ отмѣтить, что Вюстъ противуполагаетъ наказаніе и мѣры адми-

---

[1]) Birkmeyer, Strafe s. 16.

[2]) Rohland l. c. s. 30.

[3]) R. Schmidt. Aufgaben s. 273.

[4]) Fuhr l. c. s. 23.

[5]) Schühly l. c. s. 9.

[6]) Goldschmidt. l. c. s. 317, онъ противуполагаетъ цѣль возмездія или цѣль общаго предупрежденія, которая преслѣдуется въ первую линію наказаніемъ, цѣли спеціальнаго предупрежденія, которой главнымъ образомъ служатъ мѣры защиты.

[7]) Schötensack. Unbestimmte Verurteilung s. 25; онъ говоритъ, что одностороннее преслѣдованіе цѣли спеціальнаго предупрежденія не можетъ входить въ задачу правового наказанія, цѣль же общаго предупрежденія не достигается при помощи леченія (Heilbehandlung) правонарушителя. Къ этому онъ еще прибавляетъ, что въ то время, какъ мѣры защиты желаютъ исключительно воздѣйствовать на преступника, наказаніе въ первую очередь желаетъ воздѣйствовать на общество и лишь во вторую очередь, въ предѣлахъ возможности, и на преступника.

[8]) Exner l. c. s. 228; по его словамъ, „наказаніе имѣетъ цѣлью общее предупрежденіе и функціонируетъ со спеціальнымъ предупрежденіемъ, поскольку это само собой возможно въ рамкахъ главной цѣли, а мѣра защиты имѣетъ цѣлью спеціальное предупрежденіе и функціонируетъ съ общимъ предупрежденіемъ, поскольку это само собой возможно въ рамкахъ главной цѣли".

[9]) Kriegsmann. Einführung in die Gefängnisskunde 1912 s. 239.

[10]) Jamaoka. Grundzüge der Strafpolitik. 1909 s. 91.

нистративныя (Verwaltungsmassregeln) по ихъ цѣли въ томъ смыслѣ, что наказаніе имѣетъ цѣлью возмездіе, исправленіе, обезвреженіе и устрашеніе, тогда какъ административныя мѣры желаютъ быть только актомъ государственнаго попеченія (Fürsorge), т. е. попеченіемъ ради самого индивида или же обезпеченіемъ ради третьихъ лицъ [1]). Всѣ эти взгляды правильно указываютъ на то, что цѣль спеціальнаго предупрежденія присуща мѣрамъ охраны, но съ другой стороны нельзя забывать и того, что наказанію тоже можетъ быть присуща цѣль спеціальнаго предупрежденія; поэтому болѣе основательно, чѣмъ названные писатели, поступаетъ Гиппель, указывая на то, что наказаніе преслѣдуетъ цѣль возмездія и превенціи, а мѣра охраны только цѣль превенціи [2]). Съ подобной же точки зрѣнія болѣе правильно поступаетъ и Редвицъ, указывая на отрицательную черту мѣры защиты—то, что она не желаетъ возмездія [3]).

Нужно замѣтить, что нѣкоторые писатели говорятъ и о другомъ содержаніи цѣлей мѣръ охраны, иногда ближе ихъ не опредѣляя. Такъ, Таганцевъ, говоря о такихъ мѣрахъ, какъ принудительное помѣщеніе бездомныхъ и безпризорныхъ дѣтей, устройство работныхъ домовъ даже съ принудительнымъ помѣщеніемъ, отсылка бродягъ на мѣсто ихъ жительства и т. д., замѣчаетъ, что они не составляютъ наказанія, такъ какъ онѣ преслѣдуютъ иныя цѣли [4]), причемъ содержаніе этихъ цѣлей ближе имъ не опредѣляется. Съ другой стороны Эткеръ [5]) и Наглеръ [6]) опредѣляютъ особую цѣль мѣръ защиты, какъ цѣль охраны (Schutzzweck, Sicherungsidee), причемъ Наглеръ особенно подчеркиваетъ то, что при наказаніи приспособленіе и удаленіе опаснаго субъекта есть только побочная цѣль, а при мѣрахъ защиты это главная цѣль.

Обращаясь къ оцѣнкѣ взгляда на различіе наказанія и мѣръ защиты по ихъ цѣли, мы должны прежде всего сказать, что, какъ это уже указывалось, наличность извѣстной цѣли не можетъ выдвигаться для характеристики сущности того или иного

---

[1]) Wust l. c. s. 43.

[2]) Hippel. Vorentwurf, s. 900

[3]) Redwitz l. c. s. 23; онъ говоритъ: „wir werden eine solche Massregel, welche vergelten will und es auch tut, unbedingt als Strafe ansprechen; die Specialprävention fällt dann eben in deren Rahmen. Umgekehrt ist eine Massnahme, die nicht den Anforderungen gerechter Vergeltung entspricht, oder obwohl sie diesen eventuell entspräche, doch im konkreten Fall offenbar nicht vergelten will, niemals Strafe".

[4]) Таганцевъ в. с. стр. 920.

[5]) Oetker. Strafen und sichernden Massnahmen nach dem Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. 1910 s. 6.

[6]) Nagler. Verbrechensprophylaxe s. 217.

института, такъ какъ цѣль института лежитъ внѣ его содержанія, и наличность той или иной цѣли не проливаетъ еще истиннаго свѣта на особенности этого института. Въ частности же нужно замѣтить, что противуположеніе цѣлей наказанія и мѣръ защиты въ смыслѣ противуположенія общаго и спеціальнаго предупрежденія не можетъ быть признано правильнымъ въ виду того, что съ одной стороны не только мѣры защиты, но и наказаніе, какъ было упомянуто выше, можетъ преслѣдовать цѣль спеціальнаго предупрежденія, а съ другой стороны—общее предупрежденіе есть та цѣль, которую мы установляемъ въ отношеніи любого правоохранительнаго средства независимо отъ того, является ли оно предупредительной мѣрой или правовымъ послѣдствіемъ неправды. Но если мы видимъ, что наказаніе можетъ преслѣдовать цѣль спеціальнаго предупрежденія и что то же приходится сказать о мѣрахъ защиты, то, очевидно, различіе между этими институтами лежитъ не въ томъ, что является общимъ для нихъ, а въ томъ, что есть въ наказаніи и чего нѣтъ въ мѣрахъ защиты. Съ другой стороны, если цѣль общаго предупрежденія нужно понимать не въ томъ смыслѣ, въ какомъ обычно противуполагается общее и спеціальное предупрежденіе, въ смыслѣ воздѣйствія или на общество или на преступника, а въ иномъ смыслѣ,—въ томъ именно, что общее предупрежденіе есть возмездіе, какъ это прямо и высказывается нѣкоторыми изъ приведенныхъ выше писателей, то этимъ собственно подчеркивается вполнѣ правильная мысль о томъ, что наказаніе покоится на возмездіи, а мѣрамъ защиты чуждъ этотъ моментъ; но, какъ мы знаемъ, элементъ возмездія въ составѣ наказанія, долженъ пониматься, не какъ цѣль наказанія, а какъ самая сущность его, и поэтому, если говорится, что моментъ возмездія присущъ наказанію и отсутствуетъ въ мѣрахъ охраны, то этимъ вопросъ о различіи данныхъ институтовъ разрѣшается не съ точки зрѣнія различія цѣлей, ими преслѣдуемыхъ, а съ точки зрѣнія различія ихъ внутренняго содержанія, различія тѣхъ функцій, которыя они выполняютъ въ ряду другихъ правовыхъ институтовъ.

Нужно, наконецъ, еще отмѣтить, что иногда различіе по цѣли между наказаніемъ и мѣрой защиты усматривается въ томъ, что наказаніе имѣетъ цѣлью причинить преступнику страданіе (Strafleiden), тогда какъ эта цѣль отсутствуетъ въ мѣрѣ защиты. Такова напр. точка зрѣнія Штосса [1]). Но здѣсь рѣчь идетъ, собственно говоря, не о различіи, существующемъ между

[1]) Stooss. Lehrbuch s. 246.

данными институтами по ихъ цѣли, а о неодинаковомъ ихъ внѣшнемъ выраженіи, о чемъ рѣчь будетъ ниже.

Другое различіе между мѣрами защиты и наказаніемъ усматривается во внѣшнемъ ихъ выраженіи,—именно, посколько наказаніе характеризуется, какъ зло, постолько этотъ моментъ зла отрицается въ качествѣ существеннаго элемента понятія мѣры защиты. Эта точка зрѣнія весьма распространена въ современной литературѣ, и почти всѣ писатели, говорящіе о принципіальномъ различіи, существующемъ между наказаніемъ и мѣрами защиты, подчеркиваютъ прежде всего эту черту ихъ отличія другъ отъ друга. Такъ, Биркмейеръ говоритъ, что въ то время, какъ для наказанія зло есть его сущность, для мѣры защиты оно только случайное дѣйствіе (Wirkung) [1]); точно также Редвицъ подчеркиваетъ причиненіе зла, лишь какъ случайный моментъ въ мѣрахъ защиты [2]); по словамъ Белинга, не можетъ быть и рѣчи о томъ, чтобы мѣра защиты должна была необходимо соединяться со зломъ для лица, ей подвергающагося [3]); отрицаетъ за ней характеръ необходимаго зла (Ubelscharacter) и Шетензакъ [4]). Нѣкоторые писатели еще точнѣе формулируютъ данную мысль, указывая на то, что въ то время, какъ въ наказаніи мы имѣемъ зло преднамѣренное, мѣра защиты, хотя и можетъ восприниматься тѣмъ, кто ей подвергается, какъ зло, но это ея послѣдствіе не является преднамѣреннымъ (Глейспахъ) [5]), или что въ мѣрѣ защиты нѣтъ характера зла, соотвѣтствующаго ея назначенію (ein bestimmungsmässiges Ubel), какъ говоритъ Кэлеръ [6]). То же говоритъ Экснеръ, указывая на то, что наказаніе должно быть зломъ или по крайней мѣрѣ должно мыслиться, какъ зло, хотя оно и не всегда воспринимается, какъ зло, мѣра же защиты не должна никогда мыслиться, какъ зло, хотя она часто и воспринимается, какъ зло [7]). По словамъ же Кригсмана, цѣлью мѣры защиты является защита, а не воздающее причиненіе зла, и если эта мѣра на практикѣ и дѣйствуетъ, какъ зло, то этотъ характеръ зла не является существеннымъ для ея понятія [8]).

---

[1]) Birkmeyer l. c. s. 39 n. 66.

[2]) Redwitz l. c. s. 26.

[3]) Beling l. c. s. 105.

[4]) Schötensack l. c. s. 25.

[5]) Gleispach. Das österreichische Strafgesetzentwurf 1910 s. 52.

[6]) Köhler l. c. s. 150. То же говорятъ Oba (Unverbesserliche Verbrecher s. 81) и Wüst l. c. s. 85.

[7]) Exner l. c. s. 229.

[8]) Kriegsmann l. c. s. 239.

Другіе писатели говорятъ не о злѣ, какъ о моментѣ, отличающемъ мѣры защиты отъ наказанія, а о страданіи (Набоковъ [1]), Полянскій [2]), Эткеръ) [3]), причемъ опять таки при этомъ говорится, что страданіе здѣсь имѣется лишь постолько, посколько оно неразрывно связано съ лишеніемъ свободы (Колеръ) [4]), или, что если мѣра защиты и можетъ заключать въ себѣ страданіе для лица, ей подвергшагося, то это не существенно для самаго ея понятія, будучи лишь такимъ ея рефлективнымъ дѣйствіемъ, которое во многихъ случаяхъ можетъ отсутствовать и даже можетъ превращаться въ благодѣяніе (Франкъ) [5]). Послѣдняя мысль находитъ себѣ опредѣленное выраженіе у нѣкоторыхъ писателей, которые прямо выдвигаютъ то, что мѣра защиты въ противуположность наказанію есть благодѣяніе. Такъ, напр. Ленцъ говоритъ, что въ то время, какъ наказаніе по своему назначенію есть зло, мѣра защиты представляется благодѣяніемъ для преступника, такъ какъ она стремится къ включенію его въ общество или къ удаленію его отъ соблазновъ свободы [6]). Ту же мысль развиваетъ и Наглеръ, указывая на то, что мѣра защиты прямо стремится къ благодѣянію для лица, подвергающагося ей, поэтому она должна отказаться отъ всякаго причиненія страданія, которое не является безусловно необходимымъ въ интересахъ профилактики [7]). Къ этому онъ прибавляетъ, что если данное лицо и чувствуетъ ея воздѣйствіе, какъ зло, то оно страдаетъ здѣсь такъ

---

[1]) Набоковъ. Къ вопросу объ опасномъ состояніи (Журн угол. пр. и проц. 1912 г. № 3 стр 29).

[2]) Труды русской группы м. с. к. Общее собраніе группы въ Москвѣ 1911 г. стр. 141. То же мы видимъ и у Мокринскаго, хотя онъ и не знаетъ особой группы мѣръ, которымъ бы присваивалось названіе мѣръ соціальной защиты. Именно онъ говоритъ: „стоитъ отнять у наказанія эту характерную черту — преднамѣренное причиненіе страданій—или предположить, что данное мѣропріятіе не по исключенію, но уже по общему правилу, не въ силахъ вызвать требуемаго эффекта, — и всякій почувствуетъ, что мѣропріятіе уже не соотвѣтствуетъ понятію наказанія, что оно можетъ быть названо мѣрой принудительнаго воспитанія, образованія, врачебнаго пользованія, призрѣнія, изолированія, но отнюдь не наказанія“ (Мокринскій в. с стр. 3).

[3]) Oetker. Strafrechtliche Behandlung jugendlichen Personen (Gerichtsaal 73 s. 433).

[4]) Kohler. Rechtsphilosophie s. 58. Ср. также Kohler. Leitfaden des deutschen Strafrechts. 1910 s. 2, гдѣ особенно подчеркивается то, что въ принудительномъ воспитаніи и въ мѣрахъ защиты, въ противуположность наказанію, зло является не цѣлью, а лишь побочнымъ явленіемъ (Begleiterscheinung)—оно имѣетъ мѣсто только потому, что безъ него нельзя достигнуть цѣли этого института.

[5]) Frank l. c. s. 20.

[6]) Lenz l. c. s. 295.

[7]) Nagler l. c. s. 227.

же, какъ страдаетъ больной отъ горечи лекарства или отъ другихъ неудобствъ процесса леченія или же отъ болѣзненности операціи [1]). То же мы видимъ и у Гретенера, который замѣчаетъ, что „зло“ несущественно для мѣръ защиты и что моментъ лишенія свободы здѣсь перевѣшивается тѣми выгодами, которыя предоставляются большинству лицъ, подвергающихся мѣрамъ защиты, такъ что „качество зла“ (Übelsqualität) съ полнымъ основаніемъ не можетъ быть признаваемо за этими мѣрами [2]). Наконецъ, Леффлеръ, противуполагая принудительное воспитаніе несовершеннолѣтнихъ, какъ видъ мѣръ защиты, наказанію, подчеркиваетъ, что въ то время, какъ наказаніе есть зло, принудительное воспитаніе имѣетъ въ виду не зло, а благодѣяніе [3]).

Что касается оцѣнки этихъ взглядовъ, то мы должны вспомнить то, что нами было уже высказано раньше [4]) относительно включенія въ опредѣленіе понятія наказанія элемента зла или страданія; посколько мы признали, что понятіе зла или страданія не можетъ быть вообще принято для характеристики наказанія, постолько его нельзя использовать и для проведенія отличія наказанія отъ мѣры защиты. Если бы мы и считали возможнымъ характеризовать наказаніе, какъ зло, въ виду того, что оно заключаетъ въ себѣ моментъ вторженія въ сферу правовыхъ благъ личности, то такъ же мы должны были бы характеризовать, какъ зло, и мѣры соціальной защиты, которыя немыслимы безъ момента принужденія. Понятно, поэтому, почему Роландъ въ противуположность другимъ криминалистамъ подчеркиваетъ характеръ мѣръ соціальной защиты, именно какъ зла, говоря лишь, что эти мѣры не являются новымъ причиненіемъ (Wiederzufügung) вызваннаго преступникомъ зла (въ чемъ онъ, какъ было выше указано [5]), усматриваетъ сущность наказанія) и потому не дѣйствуютъ, какъ заглаженіе зла, а представляютъ собой созданіе новаго зла, которое оставляетъ нетронутымъ прежнее зло и заботится только о будущемъ [6]). Съ другой стороны, если говорить, что заключающееся въ наказаніи зло есть зло преднамѣренное, то опять-таки нельзя не замѣтить, что это имѣетъ мѣсто и въ отношеніи мѣръ соціальной защиты, такъ какъ и здѣсь это зло не возникаетъ случайно. Когда примѣняется мѣра защиты, то, конечно, заранѣе учитываютъ то, что она бу-

---

[1]) Ib. s. 228.
[2]) Gretener l. c. s. 135.
[3]) Löffler. Strafe und Fürsorgeerziehung. 1909 s. 3.
[4]) См. стр. 33 и сл.
[5]) См. стр. 138.
[6]) Rohland l. c. s. 30.

детъ воспринята, какъ нѣчто нежелательное, какъ зло. Она такимъ образомъ тоже назначается съ тѣмъ, чтобы ее воспринимали именно, какъ зло. Наконецъ, нельзя вмѣстѣ съ тѣмъ характеризовать мѣры защиты, какъ благо, въ противуположность наказанію, какъ злу, такъ какъ съ извѣстной точки зрѣнія мы можемъ разсматривать и наказаніе, какъ благо; къ тому же современныя наказанія такъ же стараются заботиться объ участи отбывающихъ наказаніе, какъ заботятся мѣры защиты объ участи лицъ, подвергающихся имъ, такъ что съ этой точки зрѣнія въ самомъ режимѣ, въ которомъ выражаются и наказаніе и мѣры защиты, мы находимъ одинаково проявленіе идеи оказанія даннымъ лицамъ благодѣянія, хотя бы и при помощи извѣстнаго принудительнаго воздѣйствія на нихъ.

Дальнѣйшее различіе между наказаніемъ и мѣрами защиты усматривается въ неодинаковомъ основаніи примѣненія тѣхъ и другихъ. Именно, обыкновенно указывается на то, что тогда какъ основаніемъ примѣненія наказанія является преступное дѣяніе, основаніе мѣръ защиты—опасность дѣятеля. Эта мысль высказывается весьма часто въ литературѣ уголовнаго права; такъ, Белингъ замѣчаетъ, что въ отношеніи опаснаго преступника примѣняются правовыя послѣдствія двоякаго рода: возмездіе за его преступленіе и предупрежденіе изъ-за его опасности [1]), а Биркмейеръ находитъ, что преступленіе есть только поводъ, а не причина примѣненія мѣръ защиты, причиной же здѣсь является опасность виновника, такъ что мѣры защиты не стоятъ въ причинной связи съ преступленіемъ [2]); то же повторяютъ Редвицъ [3]) и Кригсманъ, различая въ этомъ отношеніи правовое основаніе и поводъ [4]), Гретенеръ, подчеркивая то, что здѣсь нѣтъ обратнаго отношенія (Rückbeziehung) къ виновному дѣянію, [5]) и Ленцъ, указывая на то, что мѣры защиты оцѣниваютъ отдѣльное дѣяніе или многія дѣянія съ точки зрѣнія проявляющейся въ нихъ опасности учинителя ихъ, т. е. только съ точки зрѣнія ихъ симптоматическаго значенія [6]). Послѣднюю мысль раздѣляетъ и Шетензакъ, подчеркивая также только симптоматическое значеніе дѣянія, какъ основаніе примѣненія мѣръ охраны [7]). Эта мысль о неодинако-

---

[1]) Beling l. c. s. 122.
[2]) Birkmeyer l c. s. 16.
[3]) Redwitz l. c. s. 24.
[4]) Kriegsmann l c. s. 239.
[5]) Gretener l. c. s. 134.
[6]) Lenz l. c. s. 295.
[7]) Schötensack l. c. s 24.

вомъ основаніи наказанія и мѣръ охраны особенно настойчиво проводится Штоссомъ въ цѣломъ рядѣ его работъ; Штоссъ говоритъ, что наказаніе предполагаетъ составъ преступленія (Tatbestand), а мѣры охраны типическое состояніе (Zustand) лица [1]), что мѣры охраны обосновываются не опредѣленнымъ деликтомъ лица, а его состояніемъ, которое выясняется во время уголовнаго процесса противъ этого лица [2]), и что въ то время, какъ наказаніе налагается на виновнаго за его преступленіе, примѣненіе мѣръ защиты обосновывается вредоносностью или опасностью лица [3]). Ту же мысль высказываютъ и Гернетъ, говоря объ особомъ опасномъ состояніи, обнаруженномъ какими-либо поступками, какъ основаніи принятія мѣръ защиты, въ противуположность вмѣненному въ вину преступленію, какъ основанію назначенія наказанія [4]), а также Глейспахъ [5]), Гафтеръ [6]) и Наглеръ; послѣдній замѣчаетъ, что основаніемъ для принятія мѣръ охраны является состояніе опасности (Gefahrzustand) лица, причемъ безразлична та форма, въ которой эта опасность проявляется [7]), тогда какъ наказаніе исходитъ изъ понятія вины [8]). Наконецъ, то же говоритъ и Гольдшмидтъ, указывая на то, что „наказаніе есть правовое послѣдствіе, которое пріурочивается къ отдѣльнымъ составамъ преступленій, представляя собой установленное въ различныхъ степеняхъ, сообразно различной тяжести этихъ составовъ, но въ общемъ одинаковое (generell gleiche) противодѣйствіе противъ нихъ... Служащія же главнымъ образомъ цѣли спеціальнаго предупрежденія мѣры охраны пріурочиваются не къ отдѣльнымъ составамъ преступленій, а къ общеопаснымъ состояніямъ; они дифференцируются не по первымъ, а по послѣднимъ, и не остаются въ общемъ одинаковыми, т. е. наказаніемъ, причиненіемъ неудовольствія (Unlustzufügung)“ [9]).

---

[1]) Stooss Sichernde Massnahmen (Schw. Zeitschrift. XVIII s. 175). То же говорится въ его статьѣ „Die sichernden Massnahmen gegen Gemeingefährlichen im oesterreichischen Strafgesetzentwurfe (Oest. Zeitschrift für Strafrecht. B. I. 1910 s. 26) и въ Lehrbuch s. 192.

[2]) Stooss. Strafe und sichernde Massnahme (Schw. Zeitschrift. XIV s 394).

[3]) Stooss. Lehrbuch s. 246. То же повторяется въ мотивахъ къ проекту швейцарскаго уг. ул. (Erläuterungen s. 67): „knüpfen die sichernden Massnahmen nicht an bestimmte Tatbestande an, sondern an den Zustand des Täters“.

[4]) Гернетъ. Уголовное право, часть общая. 1913 г. стр. 152.

[5]) Gleispach l. c. s 52.

[6]) Hafter. Der neue Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch (Z. 30 s. 735).

[7]) Nagler l. c. s. 230.

[8]) Ib. s. 236

[9]) Goldschmidt l. c. s. 317.

Останавливаясь на выдвигаемомъ этими взглядами критеріи разграниченія мѣръ защиты и наказанія мы должны сказать, что здѣсь, дѣйствительно, вполнѣ вѣрно отмѣчается существенное различіе, имѣющееся между обоими этими институтами. Основаніемъ примѣненія наказанія всегда является дѣяніе само по себѣ взятое: дѣяніе это подлежитъ извѣстной оцѣнкѣ, въ соотвѣтствіи съ которой и назначается наказаніе. При этомъ обращается вниманіе на вину учинителя дѣянія, посколько эта вина нашла себѣ выраженіе въ самомъ дѣяніи. Напротивъ, всѣ мѣры охраны характеризуются тѣмъ, что основаніемъ для ихъ примѣненія является не учиненіе преступленія, а особое психическое состояніе того, кто это преступленіе учинилъ, та опасность, которую онъ обнаруживаетъ тѣми или иными поступками.

Это особое психическое состояніе лица обусловливается разнаго рода причинами, какъ-то недостаточной степенью умственнаго развитія, что вызываетъ необходимость принятія особыхъ мѣръ принудительнаго воспитанія, ненормальностью умственныхъ способностей—полной или частичной, въ силу чего примѣняются особыя мѣры леченія, наконецъ, наличностью у даннаго субъекта укоренившихся привычекъ, вредныхъ для общежитія, что вызываетъ мѣры пріученія его къ труду или необходимость его изолированія изъ данной среды.

И въ этомъ заключается, дѣйствительно, коренное отличіе мѣръ охраны отъ наказанія. Въ то время, какъ примѣненіе наказанія обусловлено признаніемъ виновности лица въ учиненіи опредѣленнаго преступленія, примѣненіе мѣръ соціальной охраны обусловлено опаснымъ состояніемъ этого лица, и въ этомъ отношеніи нельзя не считаться съ тѣмъ фактомъ, что мѣры защиты имѣютъ мѣсто даже тамъ, гдѣ о наказаніи не можетъ быть рѣчи: таковы всѣ мѣры, примѣняемыя въ отношеніи лицъ невмѣняемыхъ. Эти лица наказанію не подлежатъ, но тѣмъ не менѣе въ отношеніи ихъ примѣняются мѣры охраны: одно это уже показываетъ, что эти мѣры по своей природѣ отличаются отъ наказанія, разъ онѣ примѣняются тамъ, гдѣ наказаніе назначено быть не можетъ. Правда, на это можно возразить, что если только что указанные виды мѣръ соціальной защиты и отличаются въ этомъ отношеніи безусловно особымъ характеромъ по сравненію съ наказаніемъ, то это не должно быть распространяемо вообще на всѣ тѣ мѣры, которымъ присваивается названіе мѣръ соціальной защиты. Но природа этихъ мѣръ не измѣняется отъ того, что онѣ могутъ быть назначены и въ отношеніи лицъ вмѣняемыхъ, такъ какъ та существенная черта, которая имѣется въ мѣрахъ

охраны, налагаемыхъ на невмѣняемыхъ, присутствуетъ и въ мѣрахъ охраны, налагаемыхъ на вмѣняемыхъ лицъ. При этомъ надо имѣть въ виду, что наказаніе прежде всего считается съ прошлымъ, исходитъ изъ учиненнаго даннымъ субъектомъ дѣянія, напротивъ того мѣры соціальной охраны на прошлое смотрятъ, какъ на поводъ для принятія мѣръ, ихъ взоры устремлены на будущее, такъ какъ самая опасность мыслится, какъ нѣчто грозящее, слѣдовательно, относящееся къ будущему. Мѣры охраны примѣняются единственно потому, что въ будущемъ можно ожидать отъ даннаго лица извѣстныхъ правонарушеній. Совершеніе преступленія въ прошломъ есть, дѣйствительно, не болѣе, какъ симптомъ этой опасности. Такимъ образомъ данный взглядъ совершенно правильно оттѣняетъ ту особенность мѣръ защиты, которая характеризуетъ ихъ въ противуположность другимъ правовымъ послѣдствіямъ неправды.

Въ связи съ этимъ выдвигается указаніе на различіе, существующее между мѣрами защиты и наказаніемъ въ томъ смыслѣ, что масштабъ ихъ примѣненія неодинаковъ. Какъ замѣчаетъ Биркмейеръ, масштабъ мѣры защиты покоится не на винѣ учинителя дѣянія, а на его индивидуальности и его опасности [1]); точно также и другіе писатели подчеркиваютъ, что масштабъ мѣры соціальной защиты образуетъ не тяжесть деликта виновнаго лица, а продолжительность самой потребности въ охранѣ и что эти мѣры по своей интенсивности совершенно независимы отъ значенія лежащаго въ ихъ основаніи преступнаго дѣянія (Кригсманъ) [2]), что для примѣненія мѣръ охраны единственно имѣетъ значеніе тотъ взглядъ, что эти мѣры должны примѣняться постолько, посколько есть для этого потребность (Гафтеръ [3]), что въ заранѣе неопредѣленной продолжительности заключенія (Verwahrung) лежитъ признакъ, по которому можно судить о томъ, что здѣсь дѣло идетъ о мѣрѣ защиты, а не о наказаніи [4]), что въ то время, какъ при наказаніи его размѣръ опредѣляется сообразно съ значеніемъ подвергшагося нападенію правового блага, сообразно съ тяжестью этого нападенія и сообразно съ виной учинившаго преступленіе, родъ мѣры защиты опредѣляется въ соотвѣтствіи съ цѣлью защиты (Штоссъ) [5]), что въ то время, какъ при наказаніи требуется одинаковое

---

[1]) Birkmeyer l. c. s. 16
[2]) Kriegsmann l. c. s. 239.
[3]) Hafter l. c. s. 736.
[4]) Ib. s. 741.
[5]) Stooss. Lehrbuch s. 246.

количество злостности и страданія (ein Quantum Bossheit durch ein Quantum Leid wettschlagen), для мѣръ защиты этого не требуется, такъ какъ здѣсь необходима лишь пропорція между опасностью дѣятеля и идущимъ ей навстрѣчу актомъ обезпеченія (Sicherungsaktion), такъ что здѣсь исчезаетъ понятіе „суровости“ и „снисхожденія“ (Наглеръ) [1]), и наконецъ, что мѣры защиты выходятъ за предѣлы вины (Бернеръ) [2]).

Съ этимъ представленіемъ вмѣстѣ съ тѣмъ связано и представленіе о различіи въ практическомъ примѣненіи мѣръ защиты по сравненію съ наказаніемъ, указаніе на то, что сущность мѣръ защиты лежитъ въ индивидуальномъ обхожденіи (individuelle Behandlung) съ опаснымъ субъектомъ (Биркмейеръ) [3]), и что здѣсь имѣетъ значеніе приспособленіе (Anpassung) къ особенностямъ личности подвергающагося дѣйствію этой мѣры, дѣлаясь ея руководящимъ принципомъ (Кригсманъ) [4]).

И эти основанія разграниченія наказанія и мѣръ защиты приводятся совершенно правильно. Въ самомъ дѣлѣ, наказанія назначаются въ размѣрѣ, который долженъ соотвѣтствовать размѣру виновности; тяжесть наказанія должна вмѣстѣ съ тѣмъ соотвѣтствовать самому значенію преступнаго дѣянія, какъ посягательства на извѣстное правовое благо, имѣющее опредѣленную цѣнность. Напротивъ, при мѣрахъ охраны „размѣръ“ ихъ не опредѣляется соображеніемъ о его соотвѣтствіи размѣру виновности—человѣкъ можетъ быть признанъ безусловно виновнымъ, а потому и подлежащимъ наказанію, но тѣмъ не менѣе примѣненіе мѣръ охраны по отношенію къ нему можетъ быть вполнѣ исключено, такъ какъ онъ не представляетъ той опасности, которая вызываетъ принятіе этихъ мѣръ. Далѣе, при примѣненіи мѣры соціальной защиты значеніе блага, подвергшагося нападенію, само по себѣ ничтожно. Даже если это благо и небольшой цѣнности, то тѣмъ не менѣе въ случаѣ, если опасность отъ посягательства на него велика, къ учинителю этого посягательства примѣняются мѣры охраны, посколько можно ожидать отъ примѣненія ихъ извѣстной пользы для общежитія.

Наконецъ, какъ существенный моментъ разграниченія наказанія и мѣръ защиты, указывается то обстоятельство, что мѣрамъ защиты чуждъ тотъ элементъ оцѣнки или осужденія, на которомъ

---

[1]) Nagler l. c. s. 244.

[2]) Berner. Lehrbuch Aufl. 18 s. VIII.

[3]) Birkmeyer l. c. s. 17.

[4]) Kriegsmann l c. s. 239.

покоится институтъ наказанія. Эта мысль подчеркивается весьма многими писателями. Объ этомъ напр. говоритъ Биркмейеръ [1]), указывая на то, что мѣры соціальной защиты никоимъ образомъ не заключаютъ въ себѣ оцѣнки (Werturteil) преступнаго дѣянія; точно также Наглеръ замѣчаетъ, что наказаніе вызывается этическими соображеніями и требуется народнымъ чувствомъ справедливости, тогда какъ мѣры защиты вытекаютъ изъ соображеній полезности и политической цѣлеобразности [2]). Редвицъ тоже находитъ, что мѣры защиты не заключаютъ въ себѣ этической оцѣнки (ethisches Werturteil) дѣянія, но служатъ только выраженіемъ соображеній цѣлесообразности [3]) Объ отсутствіи въ мѣрахъ защиты момента осужденія говоритъ далѣе Глейспахъ, замѣчая, что въ то время, какъ наказаніе есть выраженіе осужденія и имѣетъ этическую окраску, этого нѣтъ въ мѣрахъ защиты, такъ какъ онѣ могутъ примѣняться и въ отношеніи лицъ невмѣняемыхъ и въ отношеніи вещей [4]); по словамъ Гретенера, въ мѣрахъ защиты не имѣется момента судейскаго порицанія (richterliche Reprobation) [5]), Гиппель же замѣчаетъ, что въ мѣрахъ защиты нѣтъ этическаго осужденія (ethisches Werturteil), нѣтъ выраженія упрека въ винѣ (Schuldvorwurf) [6]). Точно также и въ нашей литературѣ высказывается этотъ взглядъ. Такъ, по словамъ Набокова, „наказанію присущъ извѣстный моментъ нравственной оцѣнки преступника и его дѣянія, моментъ совершенно чуждый мѣрамъ охраны... въ наказаніи высказывается извѣстная оцѣнка, извѣстное осужденіе, Werturteil“ [7]); далѣе, Гернетъ указываетъ на то, что „всякое наказаніе предполагаетъ осужденіе преступника, т. е. признаніе его виновнымъ. Прошлое и

---

[1]) Birkmeyer l. c. s. 40 n. 71.

[2]) Nagler l c. s. 217.

[3]) Redwitz l c s. 25.

[4]) Gleispach l. c. s 52. То же выражено въ мотивахъ къ австрійскому проекту уголовнаго уложенія (Erläuterungen s. VII): „die Sicherungsmittel sind ethisch farblos“. Это же повторяетъ и Экснеръ (Exner l. c. s. 229).

[5]) Gretener l. c. s. 134

[6]) Hippel. Willensfreiheit s. 25.

[7]) Набоковъ. Къ вопросу объ „опасномъ состояніи“ стр. 28. Нужно отмѣтить, что раньше Набоковъ устанавливалъ иначе тѣ признаки, которыми отличаются мѣры защиты отъ наказанія. Ср. его докладъ на съѣздѣ р. г. м. с. к въ Москвѣ 1910 г. (Труды стр. 105): „основнымъ признакомъ наказанія, какъ опредѣленнаго юридическаго института, является его справедливость въ примѣненіи къ данному дѣянію. Такъ какъ справедливое наказаніе служитъ охранѣ правопорядка, то оно является, вообще говоря, цѣлесообразнымъ... Указанными признаками наказаніе отличается отъ всякихъ иныхъ формъ принудительнаго воздѣйствія государства на личность“.

современное уголовное право связаны съ идеей наказанія-возмездія. Мѣры соціальной защиты лишены всякой связи съ этой идеей“ [1]), точно также Штильманъ выдвигаетъ моментъ осужденія, какъ черту, отсутствующую въ мѣрахъ защиты [2]).

Всѣ подобнаго рода разсужденія вполнѣ правильно указываютъ на тотъ моментъ, который, дѣйствительно, имѣетъ существенное значеніе для выясненія природы мѣръ защиты въ противуположность наказанію. И мы должны сказать, что указаніе на то, что мѣрамъ защиты чуждъ тотъ моментъ оцѣнки учиненнаго (не непремѣнно этической оцѣнки), который заключается въ наказаніи, имѣетъ рѣшающее значеніе при выясненіи взаимнаго отношенія наказанія и мѣръ защиты. То, что является существеннымъ для наказанія, и то, безъ чего мы не можемъ представить себѣ самаго наказанія, то для мѣръ защиты никакого значенія не имѣетъ. Мѣра защиты вовсе не имѣетъ своимъ назначеніемъ оцѣнивать извѣстнымъ образомъ преступное дѣяніе, учиненное даннымъ лицомъ. Учитывая преступное дѣяніе только, какъ проявленіе особыхъ свойствъ личности преступника, особенностей его психическаго уклада, мѣра защиты опредѣляется лишь представленіемъ о необходимости считаться съ той опасностью лица, которая въ данномъ случаѣ можетъ быть установлена. Изъ факта назначенія мѣры защиты въ конкретномъ случаѣ мы не можемъ еще сдѣлать вывода объ извѣстной оцѣнкѣ такимъ путемъ самаго дѣянія, по поводу котораго данная мѣра принимается.

Посколько же наличность оцѣнки, заключающейся въ наказаніи, характеризуетъ собой то, что именуется возмездіемъ—воздѣйствіемъ на учиненное въ соотвѣтствіи съ его оцѣнкой,—постолько мы говоримъ, что мѣрамъ защиты чуждъ элементъ возмездія. При помощи ихъ не воздаютъ преступнику за учиненное имъ дѣяніе, выражая самымъ актомъ воздаянія опредѣленную оцѣнку учиненнаго, а лишь стремятся предупредить возможность новыхъ посягательствъ со стороны даннаго лица въ виду обнаруженной имъ преступной дѣятельности, вытекающей изъ опредѣленныхъ побужденій или обусловленной извѣстными особенностями его личности. Мѣры принудительнаго воспитанія, мѣры леченія, мѣры обезвреженія и т. д.—всѣ онѣ не заключаютъ въ себѣ момента возмездія; всѣ онѣ, какъ выражается Р. Шмитъ, лежатъ по ту сторону границъ справедливаго воздающаго наказанія [3]); всѣ онѣ

---

[1]) Гернетъ в. с. стр. 152.

[2]) Труды IX съѣзда русской группы м с. к. стр. 45.

[3]) R. Schmidt. Strafrechtsreform s. 154.

обусловливаются лишь представленіемъ о томъ, что изъ соображеній цѣлесообразности надо предпринять извѣстныя мѣры, ограждающія общество; имъ вмѣстѣ съ тѣмъ чуждо представленіе о томъ, что назначеніе ихъ вызывается извѣстными требованіями справедливости,—моментъ, который выдвигается на первый планъ, когда говорятъ о допустимости примѣненія наказанія.

Таковы существенныя черты отличія мѣръ защиты отъ наказанія.

Нужно однако обратить вниманіе, что въ литературѣ указываются и другія черты отличія другъ отъ друга разсматриваемыхъ институтовъ. Такъ, Наглеръ находитъ, что въ противуположность наказанію, мѣры защиты возможны и въ отношеніи къ юридическимъ лицамъ и даже въ отношеніи къ животнымъ [1]), что въ то время, какъ наказаніе имѣетъ строго личный характеръ, мѣры соціальной защиты на это не обращаютъ вниманія (въ доказательство этой мысли приводится кастрація) [2]), что причины прекращенія этихъ мѣръ и наказанія различны [3]), что самый порядокъ ихъ назначенія неодинаковъ, такъ какъ назначеніе мѣръ превенціи (Präventionsprozedur), по его внутреннему существу, есть чистая административная дѣятельность, тѣмъ болѣе, что для примѣненія данныхъ мѣръ требуется лишь объективная вѣроятность [4]), а не правовая увѣренность, и что, наконецъ, для наказанія является существеннымъ фиксированіе срока, тогда какъ для мѣръ защиты лишь дѣйствительный ихъ результатъ рѣшаетъ вопросъ о допустимости ихъ прекращенія [5]).

По поводу подобныхъ указаній нужно прежде всего замѣтить, что, если мы хотимъ дать характеристику мѣрамъ соціальной защиты, какъ опредѣленному правовому институту, а не имѣемъ въ виду характеризовать ихъ въ смыслѣ мѣръ, которыми вообще общество ограждаетъ себя отъ тѣхъ или иныхъ нежелательныхъ явленій, мы не можемъ говорить о мѣрахъ защиты въ отношеніи юридическихъ лицъ и животныхъ, или же отрицать за ними строго личный характеръ. Что же касается остальныхъ указаній, то они вытекаютъ изъ факта признанія самостоятельной природы

---

[1]) Nagler l. c. s. 240.

[2]) Ib. s. 241.

[3]) Ib. s. 251.

[4]) Ib. s. 254.

[5]) Ib. s. 250; то же говоритъ и Кэлеръ, усматривая ихъ типичный признакъ въ томъ, что для ихъ продолжительности имѣетъ исключительно значеніе продолжающееся существованіе опредѣленнаго состоянія духа (Köhler l. c. s. 149).

мѣръ защиты. Такъ, изъ самаго существа мѣръ соціальной защиты вытекаетъ, что для назначенія ихъ, въ противуположность наказанію, не требуется созданія особыхъ органовъ, которымъ должно быть ввѣрено ихъ назначеніе,—органовъ судебныхъ; органы административные, повидимому, могли бы быть призваны для ихъ примѣненія, поскольку рѣчь идетъ о констатированіи опасности извѣстнаго лица; точно также порядокъ ихъ назначенія долженъ быть иной, чѣмъ порядокъ назначенія наказанія, такъ какъ въ послѣднемъ случаѣ принимаются во вниманіе тѣ обстоятельства, которыя вліяютъ на степень виновности, тогда какъ здѣсь должна идти рѣчь не о виновности, а объ опасности лица; наконецъ, по самому своему существу мѣры охраны должны, повидимому, назначаться на неопредѣленный срокъ, такъ какъ въ противуположность наказанію, которое назначается въ опредѣленномъ размѣрѣ, сообразно обнаруженной винѣ, здѣсь прекращенія опасности заранѣе учесть нельзя, а потому о точномъ размѣрѣ самой мѣры защиты заранѣе говорить не приходится. Однако, какъ мы увидимъ дальше, интересы личной свободы требуютъ отступленія отъ послѣдовательнаго и строгаго проведенія этихъ выводовъ, и въ дальнѣйшемъ будетъ указано, какъ въ этомъ отношеніи проекты новыхъ уложеній идутъ на встрѣчу запросамъ современнаго правового государства и какъ здѣсь согласуются требованія интересовъ общественныхъ съ требованіями интересовъ частныхъ.

§ 4. Примѣненіе мѣръ соціальной защиты, есть по своему существу дѣятельность, которая выходитъ за предѣлы отправленія уголовнаго правосудія въ строгомъ смыслѣ этого слова. Окружающая же насъ жизнь показываетъ намъ, что примѣненіе тѣхъ или иныхъ мѣръ, направленныхъ на охрану интересовъ общества отъ грозящей имъ опасности, поскольку онѣ не выражаются въ наказаніяхъ, предоставляется компетенціи органовъ административныхъ, и это оправдывается прежде всего тѣмъ, что для принятія ихъ требуется извѣстная быстрота и необходимы энергичныя рѣшительныя дѣйствія власти для того, чтобы пресѣчь или предупредить то или иное нежелательное явленіе, борьба съ которымъ съ успѣхомъ для дѣла не можетъ быть отсрочена. И эта борьба можетъ вестись, какъ въ отношеніи тѣхъ или другихъ опасныхъ людей, такъ и въ отношеніи проявленія стихійныхъ силъ. Всякій согласится съ тѣмъ, что принятіе мѣръ въ отношеніи буйствующаго сумасшедшаго или алкоголика есть дѣло полиціи, на обязанности которой лежитъ забота о поддержаніи порядка и которая въ интересахъ

общежитія должна такихъ людей задержать, прекращая имъ возможность причинять вредъ окружающимъ. Быть можетъ, въ виду этого слѣдовало бы предоставлять административной власти принятіе мѣръ охраны въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ рѣчь идетъ объ опасности лицъ, учинившихъ преступное дѣяніе и тѣмъ доказавшихъ свою особенную опасность, а не просто лишь опасныхъ вообще? Разсуждая послѣдовательно и имѣя въ виду то, что было только что сказано, мы должны были бы, повидимому, признать, что, посколько рѣчь идетъ лишь о констатированіи опасности, а не виновности лица, самое назначеніе мѣръ охраны можетъ быть предоставлено органамъ полиціи, такъ какъ вопросъ о томъ, чѣмъ обусловлена въ данномъ случаѣ эта опасность, самъ по себѣ не имѣетъ существеннаго значенія.

При такомъ рѣшеніи поставленнаго вопроса особенно ясно подчеркивался бы самый характеръ мѣръ защиты въ противуположность наказанію, ихъ особая природа и ихъ самостоятельное значеніе. И мы видимъ, что въ литературѣ имѣется опредѣленное теченіе въ смыслѣ подобнаго рѣшенія даннаго вопроса. Такую точку зрѣнія отстаиваютъ—правда, повидимому, не для всѣхъ видовъ мѣръ защиты—Р. Шмидтъ и Набоковъ. Р. Шмидтъ исходитъ при этомъ изъ идеи раздѣленія власти судебной и административной. По его словамъ, какъ гражданская и административная юстиція должны оставаться раздѣленными другъ отъ друга, такъ должны быть строго отдѣлены другъ отъ друга уголовная юстиція и административная профилактика преступленій, (Verbrechensprophylaxe), причемъ онъ указываетъ, что это необходимо, для того, чтобы карающее возмездіе могло неограниченно дѣйствовать на народъ [1]). Примѣненіе наказанія и мѣръ защиты, говоритъ онъ въ другомъ мѣстѣ, не можетъ быть ни при какихъ обстоятельствахъ предоставляемо однимъ и тѣмъ же судамъ и въ рамкахъ одного и того же процесса. Если наше законодательство, замѣчаетъ онъ, все время считаетъ необходимымъ и возможнымъ проводить отдѣленіе гражданской юстиціи отъ управленія въ области имущественной сферы индивида, то это должно быть тѣмъ болѣе возможнымъ въ гораздо болѣе чувствительной сферѣ личности [2]). Точно также, по словамъ Набокова, „когда предполагаютъ поручить суду несвойственную ему функцію органа полиціи безопасности... этимъ прежде всего извращается роль уголовнаго судьи, сглаживается та принципіальная грань, которою

---

[1]) R Schmidt. Aufgaben s. 294.
[2]) R. Schmidt. Strafrechtsreform s. 163.

отдѣляется судебная дѣятельность отъ административной“ [1]). Онъ находитъ, что, „требованіе, чтобы мѣры охраны примѣнялись только судомъ, опирается на какую-то дѣтскую вѣру въ непогрѣшимость или въ такія свойства судьи, которыя дѣйствительно совершенно отдѣляютъ и кладутъ пропасть между нимъ и административными органами... это есть своего рода обманъ зрѣнія... съ той минуты, какъ вы предоставляете судьѣ возможность примѣнять мѣры воздѣйствія не на основаніи строго опредѣленнаго въ законѣ состава преступнаго дѣянія, опредѣленной виновности, а на основаніи психологической оцѣнки личности, то гдѣ же у васъ гарантія, чтобы завтра вашъ судья, которому вы сегодня довѣряете, не обратился въ тотъ же самый органъ власти, который примѣняетъ тѣ или другія мѣры, не считаясь съ требованіемъ закона, а руководясь требованіями цѣлесообразности? Съ этой точки зрѣнія я и считаю, что присвоеніе уголовному судьѣ функцій по охранѣ общества отъ будущихъ опасностей есть извращеніе роли идеи суда, что роль и идея суда заключаются въ томъ, чтобы отправлять правосудіе, а не въ томъ, чтобы бороться съ опасными людьми“ [2]).

Нужно однако отмѣтить, что подобные взгляды являются исключеніемъ изъ общаго сонма голосовъ криминалистовъ разныхъ направленій, которые говорятъ о томъ, что судъ долженъ быть признанъ компетентнымъ въ рѣшеніи вопроса о допустимости примѣненія мѣръ охраны. Въ этомъ отношеніи солидарны другъ съ другомъ такіе антиподы въ современной наукѣ уголовнаго права, какъ Листъ и Биркмейеръ. Листъ особенно настаиваетъ на томъ, чтобы въ конституціонномъ государствѣ назначеніе и прекращеніе предохранительнаго заключенія въ отношеніи опасныхъ преступниковъ происходило въ силу судебнаго рѣшенія, подчеркивая этимъ необходимость заботиться о надлежащей охранѣ правъ личности [3]). По словамъ же Биркмейера, судья, который знаетъ подробнѣйшимъ образомъ всѣ обстоятельства дѣла, является самымъ подходящимъ лицомъ для примѣненія мѣръ защиты, и посколько онѣ заключаютъ въ себѣ вторженіе въ индивидуальную свободу, назначеніе ихъ должно происходить съ соблюденіемъ тѣхъ гарантій, которыя представляетъ судебное произ-

[1]) Набоковъ. Должна ли въ основаніи карательной дѣятельности быть положена оцѣнка опаснаго состоянія личности преступника или же оцѣнка свойствъ совершеннаго имъ преступленія? (Русская группа м. с. к. Общее собраніе въ Москвѣ 21—23 апрѣля 1910 г. стр 117).

[2]) Набоковъ. Къ вопросу объ опасномъ состояніи, стр. 31.

[3]) Liszt. l. c. Oest. Zeitschrift I, 23.

водство [1]). Особенно же обстоятельно останавливается на рѣшеніи этого вопроса Штоссъ. Говоря о томъ, что для государства еще важнѣе, чѣмъ возмездіе за учиненное дѣяніе, предупрежденіе преступленій, онъ замѣчаетъ, что главнымъ образомъ эта предупредительная дѣятельность возлагается на полицію, а не на судъ. Но, прибавляетъ онъ, законодательство должно предоставить суду право принимать такія мѣры, которыя судъ съ бо́льшимъ пониманіемъ, слѣдовательно, лучше, и безъ дальнѣйшаго промедленія, слѣдовательно, проще можетъ назначить, чѣмъ полицейская власть, которая должна будетъ вновь изучить то дѣло, съ коимъ уже основательно ознакомился судья. Опасно, по его словамъ предоставлять судейскія правомочія полиціи, но ничего нельзя возразить противъ предоставленія судьѣ права примѣнять мѣры защиты, если это представляется цѣлесообразнымъ и не грозитъ ни интересамъ государства, ни интересамъ подвергающагося имъ частнаго лица [2]). И нельзя, дѣйствительно, не согласиться съ правильностью тѣхъ соображеній, которыя выдвигаются указанными писателями и которыя являются въ общемъ communis opinio doctorum.

Въ самомъ дѣлѣ, нельзя не замѣтить нѣкоторыхъ особенностей самыхъ условій, вызывающихъ принятіе мѣръ охраны, благодаря которымъ приходится признать, что болѣе подходящими органами назначенія ихъ слѣдуетъ считать органы судебные, а не полицейскіе. Прежде всего нельзя въ этомъ случаѣ не обратить вниманія на то, что тѣ обычныя основанія, которыя приводятся въ пользу предоставленія принятія мѣръ безопасности полицейскимъ органамъ — требованіе быстроты дѣйствій и указаніе на опасность въ замедленіи принятія ихъ, здѣсь значенія не имѣютъ, такъ какъ самая процедура установленія опасности лица, учинившаго преступленіе, требуетъ наличности достаточно продолжительнаго времени, въ теченіе котораго должна быть констатирована эта опасность на основаніи данныхъ, выяснившихся во время всесторонняго разсмотрѣнія дѣла. А такъ какъ здѣсь приходится говорить о такихъ мѣрахъ, которыя принимаются только послѣ

---

[1]) Birkmeyer. Gedanken s. 79. То же Birkmeyer, Strafe s. 22, гдѣ онъ вслѣдъ за Эткеромъ (Oetker. Z. 17 s 588) говоритъ: „das rein theoretische Bedenken der Reinhaltung des Richteramts darf daran nicht hindern, sobald praktische Vorteile es anraten oder gebieten".

[2]) Stooss Motive zu dem Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches. 1893 s. 35. Ср. соображенія Вюста по этому вопросу (Wüst l. c. s. 71, 78 и 98), а также тѣ соображенія, которыя высказывались на Спб. съѣздѣ русск. группы м. с. к. по поводу доклада Набокова. (Труды IX Общаго Собранія р г. м. с. к. 28—31 марта 1912 г. въ Спб. стр. 61 и сл).

того, какъ будетъ констатировано учиненіе даннымъ лицомъ преступнаго дѣянія, то вполнѣ компетентнымъ для принятія ихъ можетъ быть признанъ тотъ уголовный судъ, который разсматриваетъ дѣло о данномъ преступленіи. И нельзя противъ этого возражать, указывая на то, что не дѣло уголовнаго суда опредѣлять въ своемъ приговорѣ что-нибудь иное кромѣ наказанія. Стоитъ только обратиться къ положительному праву, какъ мы найдемъ, что оно вообще вовсе не стоитъ на той точкѣ зрѣнія, что уголовный судъ долженъ ограничиваться лишь назначеніемъ наказанія. Не говоря о томъ, что уголовный судъ бываетъ призванъ въ извѣстныхъ случаяхъ къ вынесенію приговора и относительно заявленнаго гражданскаго иска, вытекающаго изъ факта учиненія преступленія, мы можемъ указать рядъ случаевъ, когда уголовный судъ въ своемъ приговорѣ назначаетъ помимо наказанія иного рода мѣры. Такъ, суду уголовному предоставляется дѣлать постановленіе объ уничтоженіи вещей, добытыхъ преступленіемъ, даже въ томъ случаѣ, когда онъ постановляетъ объ оправданіи подсудимаго, хотя объ уничтоженіи подобныхъ вещей должна, казалось бы, заботиться полиція въ порядкѣ охраны общественной безопасности, а не судъ; суду же принадлежитъ право въ извѣстныхъ случаяхъ дѣлать постановленіе объ опубликованіи приговора въ газетахъ—мѣра эта опять-таки не является наказаніемъ; ему же, наконецъ, принадлежитъ право дѣлать постановленіе о помѣщеніи несовершеннолѣтняго преступника въ исправительное заведеніе. И это сосредоточеніе въ однѣхъ рукахъ права назначенія какъ наказанія, такъ и мѣръ охраны, особенно оправдывается соображеніями экономіи затраты силъ при производствѣ уголовныхъ дѣлъ. Вмѣсто того, чтобы предоставлять рѣшеніе вопроса о цѣлесообразности принятія въ конкретномъ случаѣ мѣры соціальной защиты органамъ администраціи послѣ того, какъ судъ установилъ виновность извѣстнаго лица и опредѣлилъ, сообразно этому, наказаніе, или же въ силу его невмѣняемости или въ виду другихъ соображеній призналъ его не подлежащимъ наказанію, вполнѣ естественно предоставить тому же суду рѣшить вопросъ о томъ, насколько необходимо въ данномъ случаѣ въ виду опасности лица, обнаруженной самыми особенностями его дѣянія, примѣненіе къ нему мѣры охраны. Суду легче констатировать эту опасность и ея значеніе на основаніи того матеріала, который былъ на его разсмотрѣніи, чѣмъ органамъ администраціи, которые не въ состояніи выяснить данный вопросъ въ той полнотѣ, какъ это можетъ сдѣлать судъ. Вмѣсто того, чтобы вторично заставлять органы

администраціи продѣлывать то, что уже сдѣлалъ судъ, гораздо цѣлесообразнѣе поручить рѣшеніе этого вопроса во всей его полнотѣ суду. Роль органовъ администраціи здѣсь заключается лишь въ выполненіи того, что будетъ указано судомъ.

Однако, кромѣ этого соображенія практическаго удобства слѣдуетъ привести еще соображенія иного характера, имѣющія болѣе принципіальное значеніе. При примѣненіи мѣръ защиты обыкновенно рѣчь идетъ о лишеніи свободы, притомъ нерѣдко на сроки весьма продолжительные, между тѣмъ современное правовое государство не можетъ допускать лишенія свободы человѣка безъ соблюденія извѣстныхъ гарантій въ особенности, поскольку рѣчь идетъ не о временномъ лишеніи свободы впредь до выясненія компетентнымъ судомъ вопроса о виновности, а о лишеніи свободы, имѣющемъ такой же характеръ мѣры окончательной, а не предварительной, какъ и наказаніе. Гарантіей же въ этомъ случаѣ является установленіе того общаго положенія, что только судъ можетъ быть уполномоченъ на подобное лишеніе свободы. Это положеніе и нашло себѣ уже признаніе въ отдѣльныхъ законодательствахъ, въ частности въ Англіи, въ отношеніи умалишенныхъ; это же имѣлъ въ виду проектъ закона объ умалишенныхъ, принятый въ 1907 году французской палатой депутатовъ. Но, если примѣненіе подобныхъ мѣръ можетъ быть предоставлено суду въ отношеніи умалишенныхъ, то тѣмъ болѣе есть основаніе считаться съ индивидуальной свободой тѣхъ лицъ, которыя, хотя и представляютъ извѣстную опасность для общества, но являются вмѣняемыми лицами. Ограниченіе ихъ существеннаго блага свободы не можетъ быть сдѣлано помимо участія въ этомъ дѣлѣ суда. Правда, въ литературѣ указывалось еще и на возможность установленія особаго порядка назначенія мѣръ защиты, въ частности въ отношеніи лицъ съ такъ называемой уменьшенной вмѣняемостью, но и въ этомъ случаѣ не отрицалась идея суда. Такъ, напр. Листъ указывалъ на необходимость установленія для этихъ лицъ особой процедуры, выполняемой въ видѣ взятія ихъ подъ опеку (Entmündigungsverfahren) [1]), а Эткеръ говорилъ объ особой процедурѣ интернированія (Internierungsverfahren) [2]), но и тотъ и другой не исключали суда, какъ органа, компетентнаго для принятія подобныхъ мѣръ. Оба они подчеркивали лишь необходимость особаго процесса при установленіи примѣненія мѣръ охраны.

---

[1]) Mitteilungen der I. K. V. XI, s. 637.

[2]) Mitteilungen der I. K. V. XII, s 68.

Посколько мѣры охраны обусловлены тѣмъ состояніемъ опасности лица, которое проявилось въ фактѣ учиненія преступнаго дѣянія, примѣненіе ихъ имѣетъ смыслъ до тѣхъ поръ, пока длится самое опасное состояніе. Какъ только приходится признать, что извѣстный субъектъ пересталъ грозить опасностью общежитію, дальнѣйшее лишеніе его свободы теряетъ свой смыслъ и становится недопустимымъ. Такимъ образомъ по самой своей природѣ мѣры соціальной защиты должны примѣняться впредь до устраненія той опасности, которая вызвала ихъ примѣненіе. И въ этомъ заключается ихъ существенное отличіе отъ наказанія. Послѣднее назначается сообразно преступленію и проявленной въ немъ винѣ и по самой своей природѣ предполагаетъ заранѣе опредѣленный срокъ, на который оно назначается, такъ какъ та оцѣнка, которая въ немъ заключается, должна быть вполнѣ точно указана, а это и достигается установленіемъ опредѣленнаго срока, на который назначается наказаніе. Неопредѣленный приговоръ и наказаніе исключаютъ взаимно другъ друга, и всѣ тѣ мѣры, которыя назначаются на неопредѣленный заранѣе срокъ, не являются наказаніемъ. Это—мѣры защиты. Для послѣднихъ же неопредѣленность срока вполнѣ естественна.

Но, если приходится установить, что мѣры соціальной защиты должны быть назначаемы безъ указанія заранѣе опредѣленнаго срока лишенія свободы, т. е. приговоръ, касающійся ихъ примѣненія, долженъ быть неопредѣленнымъ, то, съ другой стороны, интересы личной свободы требуютъ, чтобы эта безсрочность не превращалась, насколько возможно, въ пожизненность.

Вмѣстѣ съ тѣмъ при этомъ необходимо считаться съ тѣмъ, что режимъ самыхъ мѣръ охраны долженъ быть разнообразенъ въ зависимости отъ того, къ кому примѣняется данная мѣра. Дѣло въ томъ, что проникнутыя всецѣло идеей цѣлесообразности, мѣры соціальной защиты должны покоиться еще въ большей степени, чѣмъ наказаніе, на приципѣ индивидуализаціи, на началѣ пріуроченія къ данному конкретному случаю той мѣры, которая къ нему всего больше подходитъ. И въ этомъ отношеніи мы замѣчаемъ, что эти мѣры представляются дѣйствительно весьма разнообразными въ зависимости отъ особенностей причинъ, порождающихъ опасное состояніе преступника, что отражается прежде всего на характеристикѣ режима того мѣста, гдѣ отбываетъ назначенную ему мѣру охраны субъектъ, лишенный свободы. Ясно, что мѣры охраны, которыя примѣняются въ отношеніи невмѣняемыхъ, учинившихъ преступленіе, должны быть иныя, чѣмъ мѣры, примѣняемыя въ отношеніи преступниковъ вмѣняемыхъ.

При этомъ слѣдуетъ отмѣтить, что въ виду того различія, которое представляютъ отдѣльныя группы лицъ, подвергающихся мѣрамъ защиты, вполнѣ понятно, что послѣднія могутъ преслѣдовать различныя цѣли, которыя кладутъ свой отпечатокъ на самый характеръ той или иной мѣры. Эти цѣли могутъ выражаться или просто въ обезвреженіи лица или въ его леченіи или въ его исправленіи (соціальномъ перевоспитаніи). Конечно, посколько приходится имѣть дѣло съ отдѣльными группами преступниковъ, то та, то другая цѣль выдвигается на первый планъ. Такъ, въ отношеніи преступниковъ невмѣняемыхъ, не подающихъ надежды на излеченіе, мѣры охраны должны проявляться въ простомъ обезвреженіи этихъ лицъ. Послѣднія должны быть удалены изъ той среды, для которой они представляли опасность, и помѣщены въ такія условія, при которыхъ ихъ опасность въ этомъ отношеніи могла бы быть устранена. Самая организація этихъ мѣръ можетъ интересовать, однако, уголовное право лишь постолько, посколько поводомъ для ихъ примѣненія является фактъ учиненія даннымъ лицомъ извѣстнаго правонарушенія. Что касается лицъ невмѣняемыхъ, но подающихъ надежду на излеченіе, то мѣры охраны въ отношеніи ихъ должны примѣняться въ такомъ видѣ, въ какомъ могло бы быть обезпечено ихъ леченіе. Это слѣдуетъ имѣть въ виду въ отношеніи лицъ съ т. н. уменьшенной вмѣняемостью, въ особенности же въ отношеніи алкоголиковъ, которые въ случаѣ совершенія преступленія, учиненнаго подъ вліяніемъ склонности къ пьянству, должны быть отправляемы въ особыя учрежденія, спеціально для нихъ установленныя. Наконецъ, въ отношеніи тѣхъ лицъ, опасность которыхъ является опасностью, такъ сказать, соціальнаго происхожденія, слѣдуетъ имѣть въ виду такія мѣры, которыя могли бы способствовать устраненію этой опасности, а достигнуть этого можно посредствомъ дѣятельности, направленной на привитіе данному субъекту такихъ началъ, безъ которыхъ онъ не можетъ считаться безопаснымъ для общества,—именно въ отношеніи подобныхъ лицъ должны быть использованы тѣ средства, при помощи которыхъ можно разсчитывать на искорененіе привычекъ, приводящихъ къ совершенію преступленій. Здѣсь должны быть принимаемы тѣ мѣры, которыя имѣютъ въ виду пріученіе къ труду этихъ опасныхъ для общества субъектовъ. Это — особые рабочіе дома или спеціальныя учрежденія, куда помѣщаются опасные рецидивисты. Посколько эти лица оказываются доступными соотвѣтственному воздѣйствію, не нужно терять надежды достигнуть ихъ возвращенія къ честной жизни, а

потому самый режимъ этихъ учрежденій долженъ быть такъ организованъ, чтобы онъ допускалъ возможность исправленія этихъ лицъ. Эти особенности характера отдѣльныхъ мѣръ защиты, отражающіяся и на особенностяхъ ихъ режима, должны быть принимаемы во вниманіе при установленіи возможнаго предѣльнаго срока допустимости ихъ примѣненія. Такъ, посколько мы говоримъ о простомъ обезвреженіи, мѣры соціальной защиты, сообразно особенностямъ тѣхъ лицъ, къ которымъ онѣ примѣняются, должны дѣйствительно продолжаться пожизненно — сюда относятся мѣры въ отношеніи невмѣняемыхъ преступниковъ, не подающихъ надежды на излеченіе. Посколько же данная мѣра направлена на леченіе или соціальное перевоспитаніе путемъ пріученія къ труду, она должна имѣть извѣстный предѣлъ во времени, за который она не должна переходить. Такимъ образомъ, для опредѣленныхъ категорій мѣръ охраны долженъ быть указанъ извѣстный максимумъ лишенія свободы съ установленіемъ права досрочнаго условнаго или безусловнаго освобожденія подъ контролемъ суда. Условное освобожденіе должно быть допускаемо въ видѣ общаго правила во всѣхъ случаяхъ принятія мѣръ охраны, безусловное же въ тѣхъ только, когда дальнѣйшее возвращеніе даннаго субъекта въ то мѣсто, изъ котораго онъ освобождается, болѣе не предвидится, напр., при полномъ излеченіи той болѣзни, которая заставила прибѣгнуть къ примѣненію этой мѣры. Контроль суда въ обоихъ случаяхъ представляется желательнымъ по тѣмъ общимъ соображеніямъ, которыя заставляютъ признавать цѣлесообразнымъ предоставленіе суду права назначенія мѣръ охраны.

Мы установили выше, что мѣры соціальной защиты имѣютъ самостоятельную природу по сравненію съ мѣрами карательными; этой самостоятельной ихъ природой и объясняется то, что примѣненіе ихъ возможно не только тогда, когда наказаніе въ данномъ случаѣ вовсе не можетъ быть примѣнено, но и тогда, когда оно примѣняется, а также и тогда, когда оно могло бы быть примѣнено, но не примѣняется въ виду примѣненія въ этомъ случаѣ мѣры охраны. Изъ всѣхъ этихъ случаевъ лишь послѣдній вызываетъ къ себѣ особенное вниманіе, въ первыхъ же двухъ примѣнимость этихъ мѣръ вполнѣ понятна. Наказаніе не можетъ быть примѣнено тогда, когда для этого нѣтъ подходящаго объекта воздѣйствія. Но, хотя невмѣняемый и недоступенъ воздѣйствію при помощи наказанія, онъ можетъ представлять извѣстную опасность для общежитія, и въ силу одного этого возможно примѣненіе мѣръ охраны тамъ, гдѣ не можетъ быть примѣнено наказаніе.

Съ другой стороны, посколько каждый изъ разсматриваемыхъ институтовъ относится къ явленіямъ разнаго порядка, дѣлается возможнымъ примѣненіе наказаній и мѣръ охраны на ряду другъ съ другомъ, и въ этомъ нельзя усмотрѣть нарушенія принципа non bis in idem. Если наказаніе исходитъ изъ идеи возмездія, нѣтъ ничего удивительнаго въ этомъ примѣненіи мѣръ защиты наряду съ наказаніемъ. При этомъ здѣсь возможна двоякая комбинація: или наказаніе отбывается раньше, или же оно примѣняется послѣ того, какъ была примѣнена мѣра охраны. Первое представляется общимъ правиломъ, второе же допускается обыкновенно примѣнительно къ лицамъ съ т. н. уменьшенной вмѣняемостью: разъ наступитъ ихъ излеченіе во время отбытія ими мѣры охраны, они подлежатъ помѣщенію въ тюрьму для отбытія назначеннаго имъ наказанія. Что же касается допустимости примѣненія мѣръ защиты взамѣнъ наказанія, то для объясненія этого слѣдуетъ имѣть въ виду то общее положеніе, что наложенное наказаніе не всегда должно быть непремѣнно отбыто. Наказаніе не примѣняется за давностью, отъ него отказываются изъ милосердія къ преступнику, отъ него, наконецъ, отказываются въ тѣхъ случаяхъ, когда можно предполагать, что въ конкретномъ случаѣ отъ непримѣненія наказанія ожидается большая польза, чѣмъ отъ примѣненія его (условное осужденіе); послѣдняя мысль использована и въ отношеніи мѣръ защиты: мѣры защиты могутъ замѣнять собой наказаніе, посколько можно ожидать, что ихъ примѣненіемъ можно достигнуть большаго, чѣмъ примѣненіемъ наказанія. Эта мысль нашла себѣ ясное выраженіе въ допустимости замѣны наказанія мѣрами принудительнаго воспитанія несовершеннолѣтнихъ преступниковъ. Это же вообще можетъ имѣть мѣсто въ томъ случаѣ, когда законъ грозитъ за маловажное дѣяніе незначительнымъ наказаніемъ и когда заранѣе можно предвидѣть, что примѣненіемъ наказанія въ такомъ размѣрѣ нельзя достигнуть должнаго огражденія общества. Поэтому является возможность отказаться отъ примѣненія наказанія въ тѣхъ случаяхъ, когда при незначительномъ наказаніи должна еще примѣняться сверхъ того продолжительная по сроку мѣра охраны.

Что касается отношенія доктрины уголовнаго права къ разрѣшенію вопроса о допустимости примѣненія мѣръ защиты совмѣстно съ наказаніемъ или взамѣнъ наказанія, то нужно замѣтить, что въ этомъ отношеніи, какъ общее правило, можно выставить положеніе, высказанное Биркмейеромъ, о томъ, что, посколько желаютъ примѣнять мѣры защиты въ отношеніи достойныхъ наказанія и способныхъ къ наказанію, постолько нужно раньше

примѣнить къ этимъ лицамъ наказаніе [1]); въ соотвѣтствіи съ этимъ обыкновенно данный вопросъ рѣшается положительно, напр. въ отношеніи лицъ съ т. н. уменьшенной вмѣняемостью, въ отношеніи которыхъ установляется, что наказаніе должно предшествовать примѣненію мѣръ соціальной защиты (мѣры леченія) [2]). Та же мысль приводится и въ отношеніи мѣръ защиты противъ опасныхъ рецидивистовъ [3]): эти лица сначала подвергаются наказанію, а затѣмъ къ нимъ примѣняются мѣры защиты. При этомъ для обоснованія допустимости примѣненія мѣръ защиты на ряду съ наказаніемъ приводятся обыкновенно указанія на то, что это вытекаетъ изъ самаго ихъ принципа (Наглеръ) [4]) и что нѣтъ основанія отказываться при примѣненіи мѣры защиты отъ примѣненія наказанія въ виду того, что наказаніе заключаетъ въ себѣ этическое осужденіе (Vorwurf), чего нѣтъ въ мѣрахъ защиты (Гиппель) [5]). Наконецъ, что касается допустимости замѣны (т. н. vicariiren) наказанія мѣрами защиты, то въ этомъ отношеніи среди представителей классической школы въ нѣмецкой литературѣ имѣется опредѣленное теченіе въ пользу отрицательнаго рѣшенія этого вопроса (особенно категорическій отвѣтъ на этотъ вопросъ даетъ Биркмейеръ) [6]) въ виду того, что функціи наказанія и функціи мѣръ защиты не совпадаютъ, и одно не можетъ замѣнять другое. Но нужно замѣтить, что въ нѣмецкой литературѣ и среди криминалистовъ, не являющихся сторонниками новыхъ теченій въ наукѣ, имѣется не мало защитниковъ принципіальной допустимости замѣны наказанія мѣрами защиты. Такъ, напр. Кригсманъ замѣчаетъ, что въ отдѣльномъ случаѣ могутъ быть задачи и цѣли, которыя стоятъ выше, чѣмъ возмездіе. Здѣсь дѣло не въ томъ, что одна цѣль торжествуетъ надъ другой, а то, что внѣуголовно-

---

[1]) Birkmeyer. Strafe s. 45 и 98 То же говорятъ Гольдшмидтъ (Goldschmidt l. c. s. 464—465) и Миттермайеръ (Mittermaier l. c. s. 365).

[2]) Ср. точку зрѣнія Листа (Liszt. Schutz der Gesellschaft gegen gemeingefahrliche Geisteskranke und vermindert Zurechnungsfähige въ Aschaffenburg's Monatsschrift I s. 15), а также резолюцію нѣмецкой группы м. с. к. въ Дрезденѣ (Mitteilungen der I. K. V. IX s. 602), которая высказалась въ томъ смыслѣ, что если субъектъ съ уменьшенной вмѣняемостью способенъ къ наказанію (straffähig), онъ помѣщается въ соотвѣтствующее учрежденіе по отбытіи наказанія, въ противномъ случаѣ время, проведенное въ этомъ учрежденіи, зачитывается ему въ срокъ наказанія.

[3]) Ср. точку зрѣнія Фрейденталя, отстаивающаго идею неопредѣленныхъ приговоровъ въ отношеніи общеопасныхъ преступниковъ (Freudenthal. Unbestimmte Verurteilung. V. D. A. T. III s. 320), а также постановленіе по этому предмету 28 съѣзда германскихъ юристовъ (Verhandlungen des 28 deutschen Juristentags. B. III s. 435)

[4]) Nagler l. c. s. 257.

[5]) Hippel. Bettel, Landstreicherei und Arbeitscheu (V. D. B. T. II s. 227).

[6]) Birkmeyer. Strafe s. 45.

правовая задача достигается на счетъ задачи уголовнаго права. Если право, замѣчаетъ онъ, приходитъ къ заключенію, что въ отдѣльномъ случаѣ, тамъ, гдѣ могло бы быть дано возмездіе, не слѣдуетъ воздавать, и что ради другихъ цѣлей слѣдуетъ отказаться отъ возмездія, то это не обозначаетъ умаленія уголовнаго права, но только указаніе его условнаго значенія и его ограниченной власти [1]). Иначе оправдываетъ возможность такой замѣны наказанія мѣрой защиты Гиппель. По его словамъ, это возможно тогда, когда этическое осужденіе посредствомъ назначенія (Erkennung) наказанія совмѣстно съ исполненіемъ (Vollzug) мѣры защиты, опредѣляемой за то же дѣяніе, представляется съ точки зрѣнія возмездія зломъ, адэкватнымъ дѣянію. Кумулированіе обѣихъ мѣръ въ подобномъ случаѣ было бы ненужной, а потому и несправедливой суровостью. Что такіе случаи вообще могутъ встрѣчаться, добавляетъ онъ, на это указываетъ общее теоретическое соображеніе относительно родства послѣдствій неправды, въ частности же то, что то послѣдствіе, которое дѣйствуетъ, какъ зло, можетъ удовлетворить потребности въ возмездіи и тогда, когда оно къ этому и не стремится (въ видѣ примѣра онъ приводитъ зачетъ въ наказаніе предварительнаго заключенія) [2]).

Установивъ то положеніе, что мѣры соціальной защиты по самому своему существу отличаются отъ наказаній, мы должны сдѣлать отсюда логическій выводъ, что, поскольку тѣ или иныя положенія уголовнаго права расчитаны на наказаніе, они не могутъ быть распространяемы безъ особаго указанія закона на мѣры охраны. Такъ, если въ законѣ даются особыя правила относительно порядка назначенія наказанія, напр., по вопросу объ обстоятельствахъ, вину уменьшающихъ или увеличивающихъ, то эти правила не должны быть примѣняемы при наложеніи мѣръ защиты При назначеніи ихъ судъ долженъ считаться не съ большей или меньшей степенью виновности, что собственно и имѣютъ въ виду эти правила, а исключительно съ большей или меньшей степенью опасности преступника, проявленной имъ въ фактѣ учиненія опредѣленнаго преступленія. Тѣ или иныя побужденія, изъ которыхъ исходилъ преступникъ при совершеніи своего дѣянія, сами по себѣ значенія не представляютъ при опредѣленіи мѣры охраны: только въ виду того, что извѣстное побужденіе, особенно вкоренившееся въ личности преступника, можетъ свидѣтельствовать о его опасности, оно и принимается здѣсь во вниманіе.

---

[1]) Kriegsmann. l. c. s. 550.

[2]) Hippel. Vorentwurf s. 903.

Особенное же значеніе въ этомъ отношеніи получаетъ самый образъ жизни даннаго субъекта и тѣ условія, въ которыхъ протекаетъ его дѣятельность. Съ другой стороны къ мѣрамъ охраны не должны быть примѣняемы положенія о такихъ институтахъ, какъ давность или помилованіе, заключающихъ въ себѣ отказъ государства отъ принадлежащаго ему права на наказаніе. Помилованіе тѣсно связано съ представленіемъ о виновности—милуютъ виноватыхъ; посколько же извѣстное лицо лишено свободы именно въ виду своей опасности, представляется нецѣлесообразнымъ отмѣнять эту мѣру при продолжающейся еще его опасности. Самое освобожденіе его должно быть обусловлено не тѣмъ, что его можно простить, а тѣмъ, что оно перестало грозить обществу и что при такихъ условіяхъ лишеніе его свободы дальше является нецѣлесообразнымъ [1]). На этомъ же основаніи нѣтъ повода для примѣненія давности въ отношеніи случаевъ назначенія мѣръ охраны. Вопросъ объ опасности рѣшается судомъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ, и, само собой разумѣется, судъ можетъ усмотрѣть отсутствіе какихъ бы то ни было основаній для примѣненія мѣры охраны, если послѣ совершенія преступленія прошло много времени и есть основаніе думать, что данный субъектъ не представляетъ больше опасности для общества. Съ другой стороны могутъ быть случаи, когда даже большой промежутокъ времени, въ теченіе котораго преступленіе оставалось скрытымъ или преступникъ не былъ пойманъ, нисколько не доказываетъ, что правосудіе имѣетъ дѣло съ человѣкомъ, не опаснымъ болѣе „за давностью“ для правопорядка.

Самый вопросъ о примѣнимости къ мѣрамъ соціальной охраны положеній, установленныхъ для наказанія, имѣетъ практическое значеніе и возбуждается именно потому, что о мѣрахъ охраны рѣчь идетъ по большей части въ тѣхъ же уголовныхъ кодексахъ, которые предусматриваютъ и наказаніе, а потому молчаніе закона можетъ дать поводъ къ неправильнымъ толкованіямъ, если мы не будемъ исходить изъ опредѣленнаго представленія относительно природы мѣръ охраны. Только въ швейцарскомъ проектѣ данный вопросъ получаетъ вполнѣ ясный отвѣтъ въ отношеніи примѣнимости давности къ мѣрамъ охраны—именно здѣсь, очевидно, по соображеніямъ практическаго харак-

[1]) Такъ рѣшаютъ этотъ вопросъ: Nagler l. c. s 253; Redwitz l. c. s. 190; Binding, Handbuch s. 873 n. 4; Thomsen, Das deutsche Strafrecht s. 175. Иначе смотритъ на это Вюстъ, замѣчая, что помилованіе есть актъ государственной политики и потому его невыгодно заранѣе ограничивать (Wust l. c., s. 183).

тера дается опредѣленное указаніе на то, что давность примѣнима и въ отношеніи мѣръ охраны, причемъ эта давность предусматривается отдѣльно отъ давности, поглощающей наказаніе, чѣмъ лишній разъ подчеркивается особая природа мѣръ защиты въ противоположность наказанію (ст. 31—33) [1]).

Въ связи съ представленіемъ о самостоятельной природѣ мѣръ защиты возбуждается нерѣдко въ литературѣ вопросъ о томъ, гдѣ, т. е. въ какой области законодательства, должно быть отводимо мѣсто для нихъ,—должна ли быть рѣчь о нихъ въ общихъ уголовныхъ кодексахъ, или же эти мѣры должны быть отсюда выдѣлены. Нужно замѣтить, что данный вопросъ самъ по себѣ принципіальнаго значенія не имѣетъ—это вопросъ законодательной техники, но иногда ему въ литературѣ придается особенное значеніе въ томъ смыслѣ, что указывается на возможность смѣшенія понятій наказанія и мѣръ защиты, если объ этихъ институтахъ одновременно рѣчь идетъ въ одномъ и томъ же кодексѣ, причемъ подчеркивается, что разграниченіе понятій мѣры защиты и наказанія можетъ быть съ успѣхомъ достигнуто въ томъ случаѣ, если о нихъ говорится въ разныхъ областяхъ законодательства. Эта точка зрѣнія высказывается довольно часто въ литературѣ уголовнаго права. Такъ, по словамъ Р. Шмидта, внесеніемъ мѣръ соціальной защиты въ уголовный кодексъ разрушается та существующая въ настоящеее время стѣна, которая раздѣляетъ область профилактики преступленій и область карательную [2]). Точно также Белингъ говоритъ, что для того, чтобы мѣры защиты были совершенно отдѣлены отъ наказанія, слѣдуетъ помѣстить ихъ въ особый законъ, въ крайнемъ случаѣ, въ особое приложеніе къ уголовному кодексу, но съ тѣмъ, чтобы при этомъ было прямо указано, что онѣ независимы отъ предположеній возмездія и что мѣра ихъ вытекаетъ изъ выясненія (Erprobung) конкретнаго дѣла [3]). Далѣе Биркмейеръ прямо замѣчаетъ, что онъ опасается, что помѣщеніе мѣръ соціальной защиты въ уголовномъ кодексѣ дастъ поводъ къ смѣшенію ихъ съ наказаніемъ, такъ что самое лучшее было бы помѣстить ихъ въ особомъ уложеніи о мѣрахъ защиты [4]). Съ подобнымъ

[1]) Нужно однако имѣть въ виду, что поскольку нѣкоторыя мѣры защиты въ положительномъ правѣ разсматриваются, какъ дополнительное наказаніе, получается возможность формальнаго обоснованія допустимости погашенія ихъ путемъ помилованія или давности.

[2]) R. Schmidt. Aufgaben s. 273.

[3]) Beling l. c. s. 144.

[4]) Birkmeyer. Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht: „Nicht der Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen“ 1909 s. 183 Впрочемъ,

рѣшеніемъ вопроса соглашается и Наглеръ, находя, что это соотвѣтствуетъ практической потребности [1]). Точно также Кригсманъ находитъ необходимымъ отдѣленіе въ кодексахъ мѣръ защиты отъ наказанія, находя опаснымъ помѣщеніе въ одномъ законѣ обоихъ этихъ институтовъ, такъ какъ это приводитъ не только къ загрязненію (Verunreinigung) понятія наказанія, но и къ ничѣмъ по существу не оправдываемому распространенію постановленій уголовнаго права на мѣры защиты [2]).

Напротивъ, другіе писатели находятъ, что мѣры защиты должны быть помѣщаемы въ общихъ уголовныхъ кодексахъ. и Делаки даже считаетъ прямо комичнымъ требованіе распредѣленія мѣръ защиты и наказанія по двумъ кодексамъ [3]).

Конечно, мѣсто, занимаемое тѣмъ или инымъ институтомъ въ общей системѣ законодательства, какъ это было уже указано, не рѣшаетъ еще вопроса о природѣ даннаго института, такъ что будетъ ли мѣра защиты указана въ уголовномъ уложеніи или въ особомъ законѣ, это дѣла не мѣняетъ, и вопросъ законодательной техники отнести эту мѣру въ ту или иную сферу законодательства. Но, разумѣется, по соображеніямъ практическаго характера законодатель долженъ подчеркивать особенности мѣръ защиты, указывая вмѣстѣ съ тѣмъ на то, посколько къ нимъ примѣнимы общія положенія уголовнаго права. Въ этомъ отношеніи можно согласиться съ Гафтеромъ, который, признавая возможнымъ помѣщеніе мѣры защиты въ одномъ законѣ вмѣстѣ съ наказаніемъ, говоритъ, что законодатель долженъ аутентически объявить, что̀ должно считаться наказаніемъ и что́ мѣрой защиты, причемъ онъ долженъ указать для каждой области отдѣльныя правила относительно порядка назначенія, зачета, прекращенія, давности и т. п., такъ что такимъ путемъ вмѣсто одной системы возникли бы двѣ системы, которыя отдѣльно другъ отъ друга могли бы преслѣдовать двоякую цѣль возмездія и охраны общества [4]). Мы видимъ, что новѣйшіе проекты уголовныхъ уложеній идутъ навстрѣчу этой потребности практическаго характера. Такъ, въ первоначальныхъ редакціяхъ швейцар-

---

надо замѣтить, что Биркмейеръ придерживался раньше иного мнѣнія; ср. Birkmeyer. Gedanken s 78.

[1]) Nagler l. c. s. 261 n 3. Та же точка зрѣнія выставлена въ мотивахъ къ австрійскому проекту (Erläuterende Bemerkungen zum Vorentwurf eines österreichischen Strafgesetzbuchs. 1910 s. 45): „sie (т. е. различіе) auch äusserlich scharf durchzufuhren, empfiehlt sich auch aus gesetztechnischen Grunden“.

[2]) Kriegsmann. Die Strafen und Sicherungsmassregeln des osterreichischen Strafgesetzentwurfs (Aschaffenburg's Monatsschrift. VI s. 549).

[3]) Delaquis. Ergänzungen s. 623.

[4]) Hafter Strafe und sicherende Massnahme s. 226.

скаго проекта, не проводилась точно граница между наказаніемъ въ собственномъ смыслѣ этого слова и мѣрами охраны, причемъ это было сдѣлано умышленно для того, чтобы наука выдвинула соотвѣтственныя черты отличія обоихъ этихъ институтовъ. Однако это вызвало неодобреніе въ литературѣ [1]), и въ послѣдней редакціи проекта (1908 г.) мы находимъ прямое указаніе на то, какія мѣры относятся къ мѣрамъ охраны въ противоположность наказанію.

§ 5. Разсматривая отдѣльныя мѣры, которыя извѣстны современному положительному праву и проектамъ новыхъ уложеній и которыя можно охарактеризовать, какъ мѣры соціальной защиты, въ противоположность наказанію, мы можемъ разбить ихъ на нѣсколько группъ въ зависимости отъ способа ихъ выраженія, а также тѣхъ непосредственныхъ цѣлей, которыя онѣ въ отдѣльныхъ случаяхъ преслѣдуютъ. Такъ, прежде всего, можно различать слѣдующія четыре группы этихъ мѣръ: 1) лишеніе свободы, 2) полицейскій надзоръ, 3) лишеніе извѣстныхъ правъ и 4) опубликованіе приговора. Въ свою очередь первая группа можетъ быть разбита на двѣ подгруппы: 1) удаленіе въ опредѣленную мѣстность или изъ опредѣленной мѣстности и 2) интернированіе; въ послѣднемъ же можно различать: 1) мѣры изоляціи и леченія, примѣняемыя къ а) невмѣняемымъ, б) къ лицамъ съ т. н. уменьшенной вмѣняемостью, в) къ алкоголикамъ; 2) мѣры принудительнаго воспитанія несовершеннолѣтнихъ преступниковъ; 3) мѣры трудового перевоспитанія нищихъ, тунеядцевъ и т. п. и 4) мѣры обезвреженія общеопасныхъ рецидивистовъ. Всѣ эти мѣры при всемъ ихъ разнообразіи представляютъ то общее, что онѣ не заключаютъ въ себѣ воздаянія, ими не дается оцѣнка учиненному дѣянію, основаніемъ ихъ является не фактъ совершившагося правонарушенія, самъ по себѣ взятый, а особенныя свойства учинителя правонарушенія,—его опасность, которая вызываетъ потребность въ огражденіи интересовъ общества отъ возможнаго новаго посягательства даннаго лица. Многія изъ этихъ мѣръ извѣстны уже современнымъ законодательствамъ, но обыкновенно и въ положительномъ правѣ и въ трудахъ криминалистовъ онѣ за немногими исключеніями, какъ это будетъ указано ниже, признаются не за мѣры защиты—терминъ, какъ сказано раньше, чуждый еще дѣйствующему праву,—но за наказанія. То, что эти мѣры вызы-

[1]) Ср. Rolin. Etude sur l'avant-projet du code pénal suisse (Revue de droit international et de legislation comparée, XXIX, p. 48); Hafter. l c. s. 217.

ваются преступленіемъ, и то, что онѣ съ внѣшней стороны проявляются такъ же, какъ и наказанія, служитъ обыкновенно поводомъ къ отождествленію ихъ съ наказаніемъ. Однако ближайшій анализъ сущности этихъ мѣръ долженъ разрушить представленіе о нихъ, какъ о наказаніяхъ.

§ 6. Что касается первой изъ указанныхъ выше группъ мѣръ защиты, то сюда относится прежде всего то лишеніе свободы, которое заключаетъ въ себѣ такія мѣры, какъ ссылка, т. е. удаленіе въ опредѣленную мѣстность съ обязательствомъ пребыванія тамъ, и высылка, т. е. удаленіе изъ опредѣленной мѣстности съ правомъ свободнаго пребыванія въ другой мѣстности, иначе запрещеніе жительства въ извѣстныхъ мѣстахъ.

Ссылка, какъ мѣра соціальной защиты, примѣняемая въ отношеніи опредѣленной категоріи опасныхъ преступниковъ, извѣстна лишь немногимъ современнымъ законодательствамъ. Она существуетъ во Франціи подъ видомъ релегаціи (relégation), введенной закономъ 27 мая 1884 г. въ отношеніи извѣстныхъ категорій повторныхъ рецидивистовъ и распространенной впослѣдствіи законами 1893 и 1894 г.г. на нѣкоторыя формы анархистической дѣятельности (участіе въ преступныхъ сообществахъ—art. 266 code pénal—и прославленіе извѣстныхъ преступленій, равно какъ подстрекательство къ нимъ—art. 3 закона 1894 г.); кромѣ того она введена въ Португаліи закономъ 1892 г. и примѣняется здѣсь точно также къ нѣкоторымъ категоріямъ повторныхъ рецидивистовъ; наконецъ, она существуетъ въ нашемъ правѣ въ видѣ ссылки на водвореніе, примѣняемой по отношенію къ бродягамъ (ст. 951 улож. о нак. и ст. 275 угол. улож. 1903 г.).

Нужно однако замѣтить, что и во французской и въ нашей литературѣ этотъ видъ ссылки разсматривается, не какъ мѣра защиты, а какъ наказаніе. Французскіе криминалисты обыкновенно признаютъ, что релегація есть дополнительное наказаніе [1]); однако нельзя не обратить вниманіе на то, что эта мѣра примѣняется не въ качествѣ наказанія; она примѣняется именно уже по отбытіи наказанія за опредѣленные деликты и вызывается не фактомъ учиненія извѣстнаго правонарушенія, а тѣмъ, что повторное учиненіе преступныхъ дѣяній свидѣтельствуетъ объ особенной опасности ихъ учинителя; ей такимъ образомъ совершенно чуждъ элементъ воздаянія. Интересно отмѣтить, что нѣкоторые француз-

[1]) Ср. напр. Chauveau et Hélie l. c. t. I, p. 197 n. 5 и t. VII p. 40; Vidal l. c. p. 604; Garçon. Code pénal annoté, p. 107; Cuche l. c. p. 467; Garraud. Traité t. II. 1898 p. 111; однако въ t. II. 1914 p. 243—эта мѣра имъ именуется мѣрой защиты.

скіе ученые чувствуютъ эту особенность релегаціи, такъ что, давъ общее указаніе о томъ, что релегація есть дополнительное наказаніе, они въ дальнѣйшемъ высказываютъ соображенія, которыя идутъ въ разрѣзъ съ этимъ. Такъ, Кюшъ, хотя и признаетъ релегацію наказаніемъ, но, характеризуя эту мѣру, подчеркиваетъ такія ея особенности, которыя существенны не для наказанія, а именно для мѣры защиты. По его словамъ, релегація не есть наказаніе, направляющееся противъ послѣдняго учиненнаго извѣстнымъ лицомъ правонарушенія; она есть „репрессія состоянія рецидива самого по себѣ (répression de l'état de récidive lui même), окончательно раскрытаго и установленнаго этимъ правонарушеніемъ и съ общественной точки зрѣнія гораздо болѣе тяжкаго, чѣмъ послѣднее“ [1]). Для него такимъ образомъ существеннымъ въ этой мѣрѣ является то, что основаніемъ ея примѣненія служитъ вовсе не деликтъ самъ по себѣ взятый, а особое психическое состояніе лица, его учинившаго. Но это именно и характеризуетъ эту мѣру, какъ мѣру защиты, а не наказаніе. Поэтому, если даже законъ въ art. 266 и называетъ данную мѣру наказаніемъ— а слова закона, повидимому, и являются единственнымъ основаніемъ для взгляда, установившагося во французской литературѣ,— мы все-таки, зная истинную природу ея, должны сказать, что та характеристика, которая дается ей въ законѣ, неправильна. Съ этой точки зрѣнія правильнѣе поступаютъ Гарро [2]) и тѣ нѣмецкіе писатели, которые релегацію характеризуютъ, какъ мѣру защиты, хотя и не приводятъ обоснованія своего взгляда. Такъ, напр. поступаетъ Гольцендорфъ [3]) и Гольдшмидтъ [4]).

Что же касается извѣстной нашему праву ссылки на водвореніе бродягъ въ предназначенныя для того мѣстности (ст. 951 улож. о нак.), то всѣ наши криминалисты согласны съ тѣмъ, что эта мѣра есть наказаніе. Они только указываютъ обыкновенно на то, что эта мѣра стоитъ внѣ общей лѣстницы наказаній [5]).

---

[1]) Cuche l. c. p. 468.

[2]) Garraud l. c. t. II. 1914 p. 243.

[3]) Holtzendorff und Jagemann. Handbuch des Gefängnisswesens. 1888, I s. 431.

[4]) Goldschmidt l. c. s. 129.

[5]) Ср. напр. Неклюдовъ. Руководство къ особенной части. 1880 т. IV стр. 43: „наказаніе за бродяжество есть наказаніе спеціальное, т. е. стоящее внѣ общей лѣстницы наказаній“; Бѣлогриць-Котляревскій, в. с. стр. 273: „къ ссылкѣ на поселеніе примыкаетъ ...ссылка на водвореніе; ссылка на водвореніе признается уголовнымъ наказаніемъ, стоящимъ отдѣльно отъ общей лѣстницы наказаній“; Боровитиновъ (Бродяжество по русскому праву 1905 стр. 16) замѣчаетъ, говоря о ссылкѣ на водвореніе, что „поселеніе ...въ этой системѣ явилось только дополнительнымъ наказаніемъ, придаткомъ, какимъ оно является въ настоящее время по

Эта точка зрѣнія воспринята и нашей кассаціонной практикой, которая (р. у. к. д. 70/512), говоря о ссылкѣ на водвореніе признаетъ, что это наказаніе составляетъ „особый видъ, исключительно за бродяжество опредѣляемый".

Останавливаясь на оцѣнкѣ этого взгляда, мы должны сказать, что въ самомъ фактѣ назначенія ссылки на водвореніе по отбытіи наказанія лежитъ мысль о томъ, что эта мѣра не есть наказаніе: она примѣняется послѣ того, какъ бродягой будетъ отбыто заключеніе въ исправительныхъ арестантскихъ отдѣленіяхъ срокомъ на 4 года. Этимъ наказаніемъ оцѣнивается тотъ деликтъ, который выражается въ сокрытіи бродягой своего состоянія или званія и настоящаго мѣста жительства, но такъ какъ бродяга представляетъ опасность, то по отношенію къ нему примѣняется еще особая мѣра, путемъ которой должна быть устранена эта опасность. Эта точка зрѣнія на природу ссылки на водвореніе находитъ себѣ извѣстное подтвержденіе съ одной стороны въ томъ, что данная мѣра не указана въ томъ общемъ перечнѣ наказаній, который существуетъ и въ улож. о нак. (ст. 17 и 30) и въ угол. улож. 1903 г. (ст. 2), а съ другой въ томъ противоположеніи ссылки, какъ наказанія и какъ особой мѣры, которое имѣется въ ст. 1 уст. о ссыльн., гдѣ сказано: „два рода ссылки опредѣляются судебными приговорами въ наказаніе за преступныя дѣянія: 1) ссылка въ каторжныя работы и 2) ссылка на поселеніе въ мѣстности, къ тому предназначенныя. Кромѣ того, бродяги по отбытіи ими наказанія въ исправительныхъ арестантскихъ отдѣленіяхъ или въ тюрьмахъ отправляются для водворенія въ якутскую область" [1]). Наконецъ, для характеристики ссылки на водвореніе нельзя не обратить вниманія на опредѣленіе ст. 24 уст. о сс., гдѣ сказано, что „бродяги, признанные по освидѣтельствованію неспособными слѣдовать въ ссылку, а также имѣвшіе ко времени отправленія въ ссылку болѣе 60 лѣтъ отъ роду обращаются въ заведенія общественнаго призрѣнія", причемъ, конечно, само по себѣ обстоятельство, указанное въ этой статьѣ, не влечетъ за собой отпаденія наказанія за бродяжество. Своеобразный характеръ ссылки на водвореніе въ противоположность характеру ссылки, какъ наказанія, отмѣчается и въ соображе-

---

отношенію къ каторгѣ", Познышевъ (Ученіе о карательныхъ мѣрахъ стр. 68) говоритъ, что ссылка на водвореніе—карательная мѣра, примѣняемая только къ бродягамъ.

[1]) По закону 24 апрѣля 1911 г. вмѣсто якутской области указываются особенно предназначенныя для того мѣстности.

ніяхъ, высказанныхъ министромъ юстиціи въ его представленіи въ государственный совѣтъ 14 марта 1898 г. Дѣло въ томъ, что проектъ редакціонной коммиссіи отказался отъ существующей въ нашемъ правѣ квалификаціи бродяжества и вмѣстѣ съ тѣмъ и отъ примѣненія ссылки на водвореніе въ отношеніи бродягъ, но послѣдняя мѣра была возстановлена въ проектѣ уголовнаго уложенія, измѣненномъ министромъ юстиціи (1898 г.). Въ означенномъ представленіи мы читаемъ:.. „одного, установленнаго въ проектѣ за этотъ видъ бродяжества наказанія оказывается недостаточно для борьбы съ лицами, которыя являются наиболѣе опасными врагами общественной безопасности. Отбывъ болѣе или менѣе продолжительное наказаніе лишеніемъ свободы, лицо, изобличенное въ бродяжествѣ, по выходѣ изъ исправительнаго дома, если оно не обнаружило своего дѣйствительнаго происхожденія или таковое не было открыто, остается въ томъ же положеніи бродяги, скрывающаго свою личность, а потому въ интересахъ общественной безопасности, не можетъ пользоваться тою же свободою, какая предоставляется всѣмъ отбывшимъ исправительный домъ преступникамъ... самое предоставленіе бродягамъ права свободнаго проживанія въ предѣлахъ имперіи можетъ грозить государству и обществу серьезной опасностью. Посему, если и возможно сохранить для бродягъ указанной категоріи предположенное въ проектѣ наказаніе, то оно во всякомъ случаѣ требуетъ дополнительнаго постановленія о томъ, что тѣ изъ указанныхъ въ п. 1 ст. 309 бродягъ, званіе которыхъ по отбытіи срока исправительнаго дома не будетъ обнаружено, подвергаются высылкѣ въ Сибирь по правиламъ, въ уставѣ о ссыльныхъ изложеннымъ“ [1]).

Наконецъ, какъ особый видъ ссылки, примѣняемой въ качествѣ мѣры соціальной защиты, слѣдуетъ упомянуть переселеніе ссыльно-поселенцевъ изъ одной мѣстности въ другую въ виду ихъ опасности и неисправимости (ст. 239 уст. о сс.).

---

[1]) Представленіе м. ю. отъ 14 марта 1898 г. стр. 171. Интересно отмѣтить, что взглядъ на то, что ссылка на водвореніе не есть наказаніе былъ высказанъ товарищемъ прокурора въ протестѣ по дѣлу, приведшему за собой указанное выше разъясненіе сената (стр. 310). Въ этомъ протестѣ было указано, что „водвореніе въ Восточную Сибирь не представляетъ собою какого-либо наказанія, каковымъ для бродягъ служитъ заключеніе въ арестантскихъ ротахъ, а является лишь мѣрой административной въ видахъ какъ охраненія общества отъ такихъ лицъ, званіе которыхъ неизвѣстно, такъ и укрѣпленія ихъ самихъ къ опредѣленному мѣсту жительства и занятіямъ“.

§ 7. Другой видъ той же группы мѣръ соціальной защиты представляютъ тѣ мѣры, которыя характеризуются, какъ удаленіе изъ извѣстной мѣстности, запрещеніе пребыванія, высылка. Эта высылка можетъ принимать различныя формы, и здѣсь, можно различать съ одной стороны высылку за предѣлы государства иностранцевъ, съ другой стороны удаленіе изъ опредѣленной мѣстности вообще опасныхъ субъектовъ, совершившихъ извѣстныя преступленія.

Какъ было раньше указано [1]), высылка иностранцевъ, угрожающихъ безопасности того государства, въ которомъ они прибываютъ, примѣняется, какъ особая мѣра предупрежденія. И поскольку такая мѣра вообще признается пріемлемой, разъ имѣется основаніе ожидать отъ даннаго опаснаго иностранца извѣстныхъ правонарушеній, постолько она должна признаваться пріемлемой и въ томъ случаѣ, гдѣ опасность даннаго иностранца подтверждается уже фактомъ учиненія имъ преступнаго дѣянія. Въ соотвѣтствіи съ этимъ мы видимъ во всѣхъ законодательствахъ примѣненіе высылки въ отношеніи къ иностранцамъ, совершившимъ преступныя дѣянія, причемъ обыкновенно постановленія объ этомъ даются въ уголовныхъ кодексахъ. Таковы, напр. постановленія §§ 39 п. 2 и 362 абз. 4 германскаго угол. улож. о замѣнѣ полицейскаго надзора и помѣщенія въ рабочій домъ въ отношеніи иностранцевъ высылкой ихъ изъ предѣловъ государства, а также постановленіе § 284, допускающее самостоятельное примѣненіе этой мѣры при профессіональной азартной игрѣ; таково далѣе постановленіе § 38 норвежскаго уложенія, допускающаго высылку иностранцевъ, приговоренныхъ къ тюремному заключенію на срокъ свыше 6 мѣс. и къ аресту (Hefte) на срокъ свыше 3 лѣтъ; точно также по англійскому закону Aliens act 1905 г. предоставляется право высылки иностранцевъ за преступленія, наказуемыя не ниже тюрьмы, а также за проституцію и бродяжество; далѣе французское уголовное законодательство знаетъ одинъ случай примѣненія этой мѣры, въ качествѣ мѣры самостоятельной, притомъ назначаемой администраціей,—въ случаѣ бродяжества (art. 272); съ другой стороны § 64 венгерскаго уложенія предоставляетъ суду право назначить въ дополненіе ко всякому наказанію за преступленіе, учиненное иностранцемъ, высылку изъ предѣловъ государства; подобнаго же рода опредѣленія, предоставляющія администраціи право примѣнять высылку иностранцевъ въ случаѣ учиненія ими любого преступленія знаетъ и италіанскій законъ объ обществен-

[1]) См. стр. 89.

ной безопасности 1889 г. (art. 90) и бельгійскій законъ 1897 г. (art. 1). Наконецъ, по русскому праву высылка опредѣляется, какъ мѣра, которая назначается взамѣнъ надзора полиціи по усмотрѣнію министра внутреннихъ дѣлъ (ст. 58[3] улож. о нак.) или взамѣнъ ограниченія въ правѣ избранія и перемѣны мѣста жительства (ст. 35 угол. улож. 1903 г.). При этомъ надо замѣтить, что въ этомъ отношеніи установляется, въ видѣ санкціи, принудительное водвореніе на жительство по распоряженію министра внутреннихъ дѣлъ иностранцевъ, не исполнившихъ требованія объ оставленіи предѣловъ Россіи, не принятыхъ иностраннымъ государствомъ (ст. 9) и самовольно возвратившихся въ Россію послѣ двухкратнаго удаленія заграницу (ст. 10 Прил. къ ст. 205[1] уст. прес. прест. прод. 1912 г.).

Что касается юридической природы подобной высылки иностранцевъ, то въ то время, какъ въ французской литературѣ данная мѣра разсматривается, какъ мѣра полицейская [1]), такъ какъ art. 272 Code pénal говоритъ о высылкѣ иностранца, признаннаго судомъ бродягой, мѣрами администраціи и такъ какъ въ этомъ усматривается частный случай предоставленнаго закономъ 3 дек. 1849 г. (art. 7) права м. в. д. высылать всякаго иностранца полицейскими мѣрами (par mesure de police),—въ нѣмецкой литературѣ преобладаетъ мнѣніе, что эта мѣра есть дополнительное наказаніе [2]); точно также въ русской литературѣ эту мѣру обыкновенно считаютъ дополнительнымъ наказаніемъ, сопоставляя ее съ полицейскимъ надзоромъ [3]).

Однако, если обратить вниманіе съ одной стороны на то, что эта мѣра вызывается лишь представленіемъ о томъ, что отбывшій наказаніе преступникъ-иностранецъ представляетъ опасность для общества и что онъ уже понесъ наказаніе за свое дѣяніе, а съ другой—на то, что эта мѣра обычно замѣняетъ собою полицейскій надзоръ, то мы должны будемъ признать, что она выполняетъ иныя функціи, чѣмъ наказаніе, это — мѣра безопасности. Только однимъ соображеніемъ объ опасности, которую представляетъ субъектъ, отбывшій наказаніе за свое дѣяніе, обусловливается ея примѣненіе.

---

[1]) Ср. напр. Chauveau et Hélie l. c. t. III p. 315; Garçon l. c. p. 653.

[2]) Ср. напр. Liszt, Lehrbuch s. 269; Finger, Lehrbuch s. 495; Berner, Lehrbuch s. 225; Merkel, Lehrbuch s. 223; Lehmann. Die Ausweisung im System des deutschen Fremdenrechts. 1899 s. 53.

[3]) Сергѣевскій в. с. стр. 134; Таганцевъ, в. с. II стр. 1081; Познышевъ. Основныя начала стр. 609.

Нужно замѣтить, что въ литературѣ уголовнаго права постепенно начинаетъ выясняться истинная природа этой мѣры, такъ же, какъ и многихъ другихъ мѣръ, обычно подводимыхъ подъ общее понятіе дополнительныхъ наказаній. Такъ, на этой точкѣ зрѣнія стоитъ Мартини. По его вѣрному замѣчанію, даже въ томъ случаѣ, когда высылка направлена противъ иностранца, учинившаго преступленіе, она сохраняетъ свой первоначальный характеръ: она предназначена для того, чтобы предотвратить повтореніе запрещенныхъ дѣяній [1]). Онъ поэтому даже находитъ, что эта мѣра должна быть назначаема исключительно органами административными и что суды не должны имѣть права прибавлять ее къ тѣмъ наказаніямъ, которыя они налагаютъ на иностранцевъ, [2]) — настолько для него по самой своей природѣ эта мѣра представляется отличной отъ наказанія. Точно также Конта, указавъ на характеръ высылки иностранцевъ, какъ мѣры безопасности, прибавляетъ къ этому, что она не мѣняетъ своего характера въ томъ случаѣ, когда примѣняется въ отношеніи иностранцевъ, уже отбывшихъ наказаніе, такъ какъ по большей части отъ нихъ можно ожидать созданія опасности для общественныхъ интересовъ, между тѣмъ какъ ихъ злодѣяніе уже искуплено судейскимъ приговоромъ [3]). На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ и Редвицъ, указывая на то, что высылка иностранцевъ стоитъ на точкѣ зрѣнія обезвреженія въ интересахъ даннаго государства преступника [4]). Она не является наказаніемъ, такъ какъ ея цѣль исключительно спеціальное предупрежденіе [5]). Наконецъ, то же мы находимъ и у Штосса, который къ числу мѣръ соціальной защиты относитъ и высылку [6]), хотя надо имѣть въ виду, что въ другомъ мѣстѣ онъ ее считаетъ дополнительнымъ наказаніемъ [7]). Съ другой стороны надо замѣтить, что Ольсгаузенъ, принимая во вниманіе то, что по германскому уложенію высылка иностранцевъ примѣняется или взамѣнъ полицейскаго надзора и отдачи въ рабочій домъ или въ качествѣ

---

[1]) Martini l. c. p. 4.

[2]) Ib. p. 99.

[3]) Conta l. c. s. 5.

[4]) Redwitz l. c. s. 52.

[5]) Ib. s. 75. Ср. также его слова: „Was ferner den Zweck der Massregel betrifft, so ist dieser auch hier nicht eine der Rechtsgüterverletzung adäquate, auf Generalprävention abzielende Übelszufügung, sondern lediglich Specialprävention, Beseitigung des Ausländers, der durch das gewerbmässig betriebene Glücksspiel gezeigt hat, dass er nicht gewillt ist, sich als nützliches Glied unserer Wirtschaftsordnung einzureihen, sondern nur beabsichtigt, dieselbe als unnützer Schmarotzer zu schädigen".

[6]) Stooss l. c. s. 247.

[7]) Ib. s. 222.

самостоятельной мѣры, находитъ, что высылка перваго вида есть дополнительное наказаніе [1]), высылка же, примѣняемая самостоятельно по отбытіи наказанія въ отношеніи профессіональныхъ игроковъ, есть мѣра полицейская [2]). Однако нужно замѣтить, что оба эти вида одной и той же мѣры существенно ничѣмъ другъ отъ друга не отличаются, такъ что, если мы одну изъ нихъ называемъ мѣрой защиты, а не наказаніемъ, то это мы должны дѣлать и въ отношеніи другой. Нужно отмѣтить, что въ нашей литературѣ былъ также высказанъ взглядъ на предупредительный характеръ высылки иностранцевъ Александренко [3]), который исходилъ изъ представленія о различіи между высылкой, какъ мѣрой уголовной репрессіи, и какъ административной мѣрой по охраненію порядка, и относительно послѣдней находилъ, что „это преимущественно мѣра административная, предупредительнаго характера, отнюдь не преслѣдующая наказанія высылаемаго, а лишь имѣющая въ виду воспрепятствовать данному лицу нарушать внутреннее и внѣшнее спокойствіе государства. Этому положенію не противорѣчитъ высылка опороченныхъ по суду, такъ какъ и въ отношеніи таковыхъ государство можетъ желать и принимать мѣры, чтобы преступленія, совершенныя иностранцами, не повторялись болѣе на его территоріи".

Вопросъ о правовой природѣ высылки иностранцевъ совершенно правильно рѣшается въ проектахъ австрійскомъ (§ 40) и датскомъ (§ 88), гдѣ эта мѣра прямо отнесена къ категоріи мѣръ защиты, въ противоположность проекту швейцарскаго и германскаго уложеній, гдѣ она разсматривается, какъ дополнительное наказаніе.

Въ заключеніе слѣдуетъ отмѣтить, что съ точки зрѣнія нашего права высылка иностранцевъ представляется не наказаніемъ, а мѣрой защиты, между прочимъ и потому, что она назначается не судомъ, постановляющимъ приговоръ по данному дѣлу, а органами административной власти, руководствующимися въ этомъ отношеніи исключительно соображеніями цѣлесообразности. Это въ особенности вытекаетъ изъ ст. 971^1 у. у. с., по которой „судебныя установленія сообщаютъ губернатору копіи вступившихъ въ законную силу приговоровъ, коими иностранцы присуждаются къ наказаніямъ, соединеннымъ съ отдачей подъ надзоръ полиціи", въ связи съ чѣмъ въ ст. 58^3 улож. о нак. установляется,

---

[1]) Olshausen. Kommentar s. 126 и 1447.

[2]) Ib. s. 1197.

[3]) Александренко. О высылкѣ иностранцевъ (Ж. М. Ю. 1905 г. № 5 стр. 61).

что для иностранцевъ отдача подъ надзоръ полиціи, по усмотрѣнію министра внутреннихъ дѣлъ, можетъ быть замѣнена удаленіемъ заграницу; точно также и въ угол. улож. 1903 г. (ст. 35) высылка утрачиваетъ характеръ наказанія, потому что, какъ это слѣдуетъ изъ объясн. зап. къ угол. улож., дѣйствительное примѣненіе этой мѣры предоставляется той власти, отъ которой исходятъ распоряженія по примѣненію надзора [1]), чѣмъ подчеркивается природа этой мѣры именно, какъ мѣры защиты, а не наказанія.

Что касается другого вида высылки—удаленія изъ опредѣленной мѣстности нѣкоторыхъ категорій опасныхъ субъектовъ, учинившихъ извѣстныя преступленія, т. е. административной высылки, примѣняемой въ качествѣ мѣры защиты, то эта мѣра, какъ самостоятельный институтъ, извѣстна нашему праву въ различныхъ видахъ.

Такъ, сюда надо отнести высылку вредныхъ для общественнаго порядка и безопасности инородцевъ, если имѣются у администраціи достовѣрныя свѣдѣнія объ участіи этихъ лицъ въ опредѣленныхъ преступленіяхъ; эта высылка примѣняется на основаніи распоряженій степного и туркестанскаго генералъ-губернаторовъ (ст. 17 прим. Полож. объ упр. степн. обл. прод. 1912 г.; ст. 15 прим. Полож. объ управл. туркест. края прод. 1912 г.). и кавказскаго намѣстника (ст. 26 учр. кавк.). Данная мѣра характеризуется, какъ мѣра защиты въ томъ смыслѣ, что она примѣняется не въ отношеніи опасныхъ вообще лицъ (какъ мѣра чисто-предупредительная), а въ отношеніи лицъ, совершившихъ уже преступленія; ея особенностью является только то, что она примѣняется не на основаніи обычнаго порядка отправленія правосудія, а въ административномъ порядкѣ, причемъ здѣсь администрація должна исходить изъ опредѣленныхъ достовѣрныхъ свѣдѣній о виновности данныхъ лицъ, которыя такимъ образомъ вмѣсто наказанія подвергаются этой мѣрѣ защиты.

Сюда же далѣе слѣдуетъ отнести такую мѣру, какъ высылку изъ С.-Петербурга съ воспрещеніемъ пребыванія въ столицѣ срокомъ на 4 года, по постановленію совѣщательнаго присутствія при градоначальникѣ и съ утвержденіемъ послѣдняго, лицъ, проживающихъ безъ вида, не имѣющихъ средствъ къ существованію и ведущихъ жизнь праздную и вообще предосудительную, притомъ подвергшихся по суду наказанію за преступныя дѣйствія противъ порядка управленія, благочинія и чужой собствен-

[1]) Объясн. зап. т. I стр. 273.

ности (ст. 5—8 прил. къ ст. 31 прим. уст. о пасп.); такой же характеръ имѣетъ воспрещеніе въѣзда въ столицы и жительства въ нихъ срокомъ на 7 лѣтъ, какъ послѣдствіе исключенія изъ духовнаго вѣдомства за пороки и дурное поведеніе (ст. 179 уст. пред. прест.). Всѣ эти мѣры, конечно, не являются наказаніемъ за учиненныя правонарушенія, не выражая собой оцѣнки послѣднихъ; онѣ вызываются исключительно представленіемъ объ опасности извѣстнаго лица, учинившаго тотъ или иной деликтъ.

Наконецъ, въ эту же группу мѣръ слѣдуетъ помѣстить то удаленіе на 50 верстъ отъ сухопутной и морской границъ на срокъ отъ 1 до 5 лѣтъ (ст. 1048 уст. там.) или даже навсегда (въ отношеніи евреевъ, проживающихъ въ губерніяхъ западныхъ и въ бессарабской—ст. 1072), а также на 100 верстъ (въ отношеніи евреевъ въ губерніяхъ варшавскаго генералъ-губернаторства—ст. 1073), которое примѣняется сверхъ наказаній, опредѣляемыхъ за контрабанду.

По самому своему существу и эта мѣра есть лишь мѣра защиты, такъ какъ она тоже не заключаетъ въ себѣ оцѣнки преступнаго дѣянія, именуемаго контрабандой,—оцѣнки, которая дается наказаніемъ, назначаемымъ за контрабанду, независимо отъ примѣненія удаленія (ст. 1067—1075 и 1078 уст. там.); данная мѣра выражаетъ собой только мысль о необходимости удалить изъ опредѣленной мѣстности лицъ, представляющихъ опасность въ виду обнаруженной ими преступной дѣятельности извѣстнаго рода.

Въ нашей литературѣ нѣтъ никакихъ указаній относительно природы этой мѣры; только Фонъ-Резонъ называетъ ее дополнительнымъ наказаніемъ, не приводя впрочемъ никакого обоснованія этого взгляда [1]). Но наша судебная практика высказывалась по данному вопросу, причемъ въ однихъ случаяхъ она признавала это удаленіе наказаніемъ, въ другихъ же только мѣрой полицейской. Основаніемъ для признанія за удаленіемъ характера наказанія является прежде всего то обстоятельство, что въ ст. 1048 уст. там., которая упоминаетъ объ этой мѣрѣ, сказано: „наказанія и взысканія, опредѣляемыя за контрабанду, суть"... Однако, не говоря уже о томъ, что слова закона бываютъ часто вообще непригодны для выясненія сущности того или иного института, нельзя не замѣтить, что въ ст. 1048 проводится мысль о томъ, что отъ наказаній въ собственномъ смыслѣ надо отличать „взысканія", но мысль эта выражена очень неясно; съ другой же

[1]) Фонъ-Резонъ Примѣненіе законовъ о нарушеніяхъ уставовъ казеннаго управленія. 1900 стр. 46.

стороны въ этой статьѣ удаленіе какъ бы противополагается наказанію, такъ какъ здѣсь мы читаемъ: „въ случаяхъ особо закономъ указанныхъ, сверхъ наказанія денежною пенею и отобраніемъ контрабандныхъ товаровъ и перевозочныхъ средствъ—удаленіе“... При этомъ мы должны имѣть въ виду, что постановленіе ст. 1048 уст. там. объ удаленіи, обязанное своимъ появленіемъ закону 27 марта 1906 г., есть лишь развитіе того постановленія, которое существовало еще въ прежнемъ законодательствѣ въ отношеніи евреевъ и которое сохранено и теперь въ ст. 1072 и 1073 уст. там.: та мѣра, которая раньше допускалась въ отношеніи евреевъ, въ настоящее время распространена и на другихъ лицъ. Однако сенатская практика находитъ, что постановленія съ одной стороны ст. 1072 и 1073 и съ другой ст. 1048 неодинаковы и что та мѣра, о которой говорится въ ст. 1072 и 1073, есть мѣра полицейская, а та мѣра, которая указывается въ ст. 1048, есть наказаніе.

Наиболѣе раннее изъ сенатскихъ рѣшеній по данному вопросу относится къ законодательству прежнему, смыслъ постановленій котораго однако до сихъ поръ не утратилъ своего значенія. Это—рѣш. у. к. д. 81/22. Здѣсь сенатъ высказывается по поводу прим. 1 къ ст. 23 т. XIV уст. о пасп. по прод. 1876 г., гдѣ говорится о томъ, что евреи, изобличенные въ контрабандномъ промыслѣ, немедленно удаляются изъ 50 верстнаго отъ границы пространства, о чемъ судебныя мѣста при рѣшеніи дѣлъ сего рода и должны означать въ своихъ приговорахъ. Сенатъ находитъ, что „такое удаленіе евреевъ, какъ не включенное въ улож. о нак., въ числѣ наказаній, назначаемыхъ за нарушенія таможеннаго устава, и распространяемое не только на виновныхъ, но и на ихъ женъ и несовершеннолѣтнихъ дѣтей, а также налагаемое въ нѣкоторыхъ случаяхъ и въ административномъ порядкѣ... не можетъ быть наказаніемъ, а имѣетъ характеръ мѣры предупредительной, цѣлью которой является огражденіе отъ посягательствъ на интересы казны со стороны лицъ, признанныхъ контрабандистами“... Въ этомъ рѣшеніи совершенно правильно отмѣчается характеръ данной мѣры, какъ мѣры защиты, вызываемой потребностью оградить интересы общества отъ опаснаго субъекта. Та же мысль проводится и въ позднѣйшемъ рѣшеніи 1907/22 уже примѣнительно къ нынѣ дѣйствующимъ ст. 1072 и 1073 уст. там., причемъ здѣсь сенатъ указываетъ, что эта мѣра не составляетъ самостоятельнаго наказанія и примѣняется къ виновнымъ сверхъ другихъ опредѣленныхъ за контрабанду наказаній, и что „мѣра эта издавна существующая и вызванная сообра-

женіями особаго вреда, причиняемаго развитіемъ контрабаннаго промысла между евреями, проживающими близъ границы, оставлена была въ силѣ, и при обсужденіи проекта положенія о взысканіяхъ за контрабанду (законъ 27 марта 1906 г.) признано было необходимымъ лишь согласовать ее съ уголовнымъ уложеніемъ 1903 г.". Вмѣстѣ съ тѣмъ здѣсь указывается, что „высылка виновныхъ въ контрабандѣ за 50 или 100 верстъ отъ границы составляетъ послѣдствіе наказанія". Такимъ образомъ въ этомъ рѣшеніи сенатъ стоитъ по прежнему на правильной точкѣ зрѣнія относительно правовой природы удаленія, не усматривая въ ней наказанія. Но уже въ рѣшеніи у. к. д. 1909 5 сенатъ къ прежнему взгляду присоединяетъ новый. Въ этомъ рѣшеніи проводится различіе между тѣмъ удаленіемъ, которое предусмотрѣно въ видѣ общей мѣры, примѣняемой въ особыхъ въ законѣ указанныхъ случаяхъ за занятіе контрабандой (ст. 1048 п. 3), и тѣмъ, которое предусматривается въ ст. 1072 и 1073, какъ мѣра, примѣняемая лишь въ отношеніи евреевъ. Первая мѣра признается наказаніемъ, вторая—мѣрой полицейской. Интересны тѣ соображенія, которыми руководился сенатъ, разрывая вполнѣ естественную и понятную связь между двумя случаями примѣненія одной и той же мѣры. Сенатъ, говоря о томъ удаленіи, которое предусматривалось въ прим. 1 къ ст. 23 т. XIV уст. о пасп. прод. 1876 и которое помѣщено было впослѣдствіи въ замѣнившей его ст. 1543 уст. там. изд. 1892 г. и ст. 1072 уст. там. изд. 1904 г., и подтверждая прежній взглядъ на то, что это удаленіе имѣетъ характеръ мѣры предупредительной, указываетъ, что „нынѣ, за послѣдовавшимъ въ законодательствѣ измѣненіемъ, удаленіе за 50 верстъ отъ границъ, опредѣляемое на основаніи ст. 1048 уст. там. (прод. 1906 г.), включено въ число наказаній и взысканій, назначаемыхъ за контрабанду въ случаяхъ особо указанныхъ, и притомъ во-первыхъ съ указаніемъ въ приговорѣ опредѣленнаго срока удаленія и во-вторыхъ не евреямъ только, а вообще всѣмъ виновнымъ въ контрабандѣ въ случаяхъ, особо въ уставѣ таможенномъ означенныхъ. За такимъ измѣненіемъ въ законодательствѣ, назначаемое по 3 п. 1048 ст. уст. там. удаленіе за 50 верстъ отъ сухопутной и морской границы должно быть признаваемо мѣрой, имѣющей характеръ личнаго наказанія, положеннаго за нарушеніе таможеннаго устава... Что же касается удаленія евреевъ, указанныхъ въ ст. 1072 и 1073 уст. там. и подлежащихъ удаленію на основаніи этихъ статей, а не на основаніи 3 п. ст. 1048, то оно и послѣ изданія закона 28 марта 1906 г. сохранило то же значеніе мѣры предупредительной, какое имѣло и раньше".

Какъ видно, главнымъ основаніемъ для положенія, высказаннаго сенатомъ, является то обстоятельство, что въ ст. 1048 говорится о наказаніяхъ и взысканіяхъ и что тамъ рѣчь идетъ и объ удаленіи. Но не трудно замѣтить, что новый законъ расширилъ только то, что существовало до сихъ поръ, признавъ опасность со стороны контрабандистовъ не только тогда, когда они принадлежатъ къ еврейскому племени, но и къ другимъ племенамъ, и сохранивъ въ отношеніи евреевъ прежній объемъ примѣненія это мѣры,—болѣе широкій, чѣмъ для неевреевъ. Сравнивая другъ съ другомъ тѣ статьи уст. там., гдѣ говорится о примѣненіи удаленія, ст. 1067—1071 и ст. 1075 съ одной стороны и ст. 1072 и 1073 съ другой, мы можемъ замѣтить, что въ то время, какъ евреи подлежатъ удаленію за всякій тайный провозъ товаровъ и вообще за контрабандный промыселъ, а также и за участіе въ немъ, неевреи подлежатъ удаленію лишь за совершеніе опредѣленныхъ видовъ квалифицированной контрабанды; и это въ особенности явствуетъ изъ того обстоятельства, что въ случаѣ повторенія контрабанды евреи подлежатъ безсрочному удаленію, тогда какъ срочное удаленіе (на срокъ отъ 1 до 5 лѣтъ), назначается на нихъ за всякій случай контрабанды, какъ это признано и сенатомъ въ его рѣшеніи 1907/8, гдѣ между прочимъ было сказано, что „подъ контрабаднымъ промысломъ въ ст. 1072 и 1073 уст. там. изд. 1904 г. подразумѣвается вообще тайный провозъ товаровъ, хотя бы и въ первый разъ, участіе въ этомъ провозѣ, сокрытіе контрабанды, продажа и храненіе товара тайно провезеннаго другимъ лицомъ“. Такимъ образомъ въ ст. 1072 и 1073 приводятся лишь еще новые случаи примѣненія удаленія, кромѣ указанныхъ въ ст. 1067 и сл., причемъ эти статьи лишь дополняютъ то, что сказано въ ст. 1048. Смыслъ же той мѣры, которая указана въ статьяхъ 1072—1073, ничѣмъ не отличается отъ смысла мѣры, указанной въ ст. 1048. Въ этомъ отношеніи можетъ быть одно изъ двухъ—или въ обоихъ случаяхъ говорится о наказаніи, или же въ нихъ рѣчь идетъ о мѣрахъ защиты, такъ какъ основной принципъ, лежащій въ каждомъ изъ указанныхъ постановленій, представляется совершенно одинаковымъ. Но, поскольку мы находимъ, что въ ст. 1072 и 1073 удаленіе есть мѣра защиты, примѣняемая наряду съ наказаніемъ, которое постигаетъ виновнаго въ учиненіи опредѣленнаго дѣянія, постолько мы должны признать то же и относительно удаленія, о которомъ говоритъ ст. 1048.

§ 8. Слѣдующую группу мѣръ защиты представляютъ тѣ мѣры, которыя заключаются въ помѣщеніи учинившаго преступ-

ное дѣяніе, въ виду его опасности и вообще его психическихъ свойствъ, въ особыя заведенія съ опредѣленнымъ режимомъ жизни; всѣ эти мѣры можно охарактеризовать однимъ общимъ наименованіемъ—интернированіемъ. Мѣры эти по своему характеру въ зависимости прежде всего отъ особенностей тѣхъ лицъ, которыя сюда направляются, представляются, какъ было уже выше указано, весьма разнообразными.

Сюда прежде всего относятся мѣры изоляціи и леченія, примѣняемыя въ отношеніи общеопасныхъ невмѣняемыхъ. Во многихъ законодательствахъ прямо указывается на право суда назначать эти мѣры или же предлагать администраціи примѣнить ихъ въ случаѣ признанія невмѣняемыхъ лицъ опасными (§ 46 итал. улож., § 41 болг., § 38 датск., § 37 голл., § 39 норв., § 8 испан.,англ. зак. 1883 г.). Это же начало принято и въ нашемъ законодательствѣ, въ ст. 95—97 улож. о нак., на основаніи соотвѣтственнаго постановленія Св. Зак. т. XV изд. 1832 г. [1]). По образцу улож. о нак то же установляется и въ угол. улож. 1903 г., въ которомъ мы находимъ общее указаніе на то, что въ случаяхъ, когда оставленіе невмѣняемаго лица безъ особаго присмотра судъ признаетъ опаснымъ, онъ отдаетъ это лицо подъ отвѣтственный надзоръ родителямъ или другимъ лицамъ, пожелавшимъ принять его на свое попеченіе, или помѣщаетъ его во врачебное заведеніе; съ другой же стороны для суда устанавливается обязанность помѣстить невмѣняемаго во врачебное заведеніе, въ случаѣ учиненія наиболѣе тяжкихъ преступленій—убійства, весьма тяжкаго тѣлеснаго поврежденія, изнасилованія или покушенія на одно изъ этихъ преступленій (ст. 39). На необходимость предоставленія суду права помѣщенія опасныхъ невмѣняемыхъ въ врачебныя заведенія обращаютъ особенное вниманіе проекты новыхъ уголовныхъ уложеній: швейцарскій (§ 16), устанавливающій, что, если подобныя лица угрожаютъ общественной безопасности или общему благополучію, то судъ назначаетъ заключеніе (Verwahrung) ихъ въ лечебномъ заведеніи или пріютѣ, германскій (§ 65), говорящій о помѣщеніи ихъ въ общественныя лечебныя заведенія или пріюты, австрійскій (§ 36) указывающій, что, если умалишенный совершитъ дѣяніе, караемое наказаніемъ болѣе строгимъ, чѣмъ 6 мѣсяцевъ лишенія свободы, то это лицо помѣщается въ государственныя учрежденія для преступниковъ умалишенныхъ, если оно по своему болѣзненному состоянію и особенностямъ самаго дѣянія должно разсматриваться,

[1]) См. выше стр. 253.

какъ особенно опасное для нравственности и спокойствія личности и имущества, сербскій (§ 41) и датскій (§ 84). Что же касается природы даннаго вида лишенія свободы, то обыкновенно не вызываетъ ни у кого сомнѣній то, что эта мѣра есть мѣра безопасности, а не наказаніе.

Значительно менѣе распространены въ современномъ правѣ особыя мѣры защиты въ отношеніи преступниковъ съ т. н. уменьшенной вмѣняемостью, такъ какъ и самое понятіе уменьшенной вмѣняемости не признается почти вовсе современными законодательствами. Только въ норвежскомъ уложеніи (§ 39) говорится о правѣ суда помѣщать подобныя лица такъ же, какъ и невмѣняемыхъ, въ особыя лечебныя заведенія, убѣжища и рабочіе дома. Но уже всѣ новѣйшіе проекты уложеній знаютъ мѣры защиты въ отношеніи лицъ съ уменьшенной вмѣняемостью. Такъ, швейцарскій проектъ говоритъ о допустимости заключенія (Verwahrung) этихъ лицъ наряду съ невмѣняемыми (§ 16), причемъ указываетъ, что, если отпадаетъ причина пріостановки исполненія приговора въ отношеніи лица съ уменьшенной вмѣняемостью, то судъ рѣшаетъ, нужно ли еще и какъ долго еще нужно примѣнять наказаніе (§ 18); вмѣстѣ съ тѣмъ, хотя помѣщеніе въ лечебное заведеніе и разсматривается, какъ мѣра защиты, тѣмъ не менѣе пребываніе въ этомъ заведеніи засчитывается въ наказаніе (§ 57); въ германскомъ проектѣ лица съ уменьшенной вмѣняемостью помѣщаются въ лечебныя заведенія или пріюты, если того требуетъ общественная безопасность, причемъ эта мѣра примѣняется только послѣ отбытія назначеннаго имъ лишенія свободы (§ 65); въ австрійскомъ проектѣ лица съ уменьшенной вмѣняемостью, признанныя общеопасными, по отбытіи наказанія могутъ быть еще сверхъ того лишены свободы (weiterhin verwahrt werden); судъ высказывается въ своемъ приговорѣ о допустимости подобнаго задержанія и затѣмъ на основаніи результатовъ отбытія наказанія дѣлаетъ постановленіе о томъ, чтобы заключенный содержался въ особомъ государственномъ учрежденіи, или же въ особомъ отдѣленіи учрежденія для умалишенныхъ (§ 37); въ сербскомъ проектѣ установляется положеніе по образцу австрійскаго, причемъ, если лица съ уменьшенной вмѣняемостью присуждаются къ наказанію, то ихъ пребываніе въ лечебномъ заведеніи засчитывается въ наказаніе, съ другой же стороны въ случаѣ освобожденія ихъ отсюда до истеченія срока назначеннаго наказанія, они должны отбыть остатокъ наказанія въ тюрьмѣ (§ 41); по датскому проекту подобныя лица тоже помѣщаются въ особыя учрежденія, причемъ эта мѣра можетъ и замѣнять собой наказаніе (§ 50). Относительно природы

данной мѣры въ литературѣ уголовнаго права точно также не возникаетъ сомнѣній: всѣ видятъ въ ней мѣру защиты, а не наказаніе.

Особую разновидность мѣръ защиты этого рода представляютъ мѣры, примѣняемыя къ преступникамъ-алкоголикамъ. Эти мѣры получили особое развитіе въ англійскомъ правѣ, но кромѣ того онѣ существуютъ еще въ нѣкоторыхъ континентальныхъ законодательствахъ и проектахъ новыхъ уложеній. Въ Англіи законъ 1898 г. о преступникахъ-алкоголикахъ (Inebriates act) допускаетъ примѣненіе мѣръ охраны въ слѣдующихъ двухъ случаяхъ: 1) въ отношеніи лицъ, приговоренныхъ къ каторгѣ (penal servitude) или къ тюрьмѣ, если судъ признаетъ, что дѣяніе вполнѣ или отчасти совершено подъ вліяніемъ опьяненія и если при томъ установлено посредствомъ сознанія подсудимаго или на основаніи приговора присяжныхъ, что подсудимый привычный пьяница; эти лица могутъ быть помѣщаемы по приговору суда на ряду съ наказаніемъ, или вмѣсто него, срокомъ до 3 лѣтъ въ особое убѣжище для алкоголиковъ—государственное или находящееся подъ контролемъ государства (certified inebriate reformatory) и 2) въ отношеніи лицъ, осужденныхъ въ теченіе года не менѣе трехъ разъ за указанные въ этомъ актѣ полицейскіе деликты, вновь учинившихъ такой же деликтъ и признанныхъ привычными пьяницами—примѣненіе этой мѣры дѣлается или на основаніи приговора, постановленнаго въ суммарномъ порядкѣ, или на основаніи приговора присяжныхъ; самая мѣра назначается срокомъ до 3 лѣтъ и отбывается въ учрежденіяхъ, находящихся подъ контролемъ государства; какъ видно, въ этомъ случаѣ наказаніе вовсе не назначается. Точно также на основаніи норвежскаго закона 1900 г. допускается помѣщеніе привычныхъ пьяницъ, совершившихъ преступленіе, въ рабочій домъ или въ лечебное заведеніе на срокъ, который необходимъ для ихъ выздоровленія, но не свыше 18 мѣс., а при повторномъ ихъ помѣщеніи—не свыше 3 лѣтъ, причемъ указывается, что, если въ данномъ случаѣ назначается наказаніе, то оно можетъ вполнѣ или отчасти отпасть. Такія же постановленія мы находимъ и въ новѣйшихъ проектахъ уголовныхъ уложеній. Такъ, швейцарскій проектъ установляетъ, что, если присужденный къ тюремному заключенію оказывается привычнымъ пьяницей, и если его дѣяніе находится въ связи съ этимъ его свойствомъ, то судъ можетъ помѣстить его въ лечебное заведеніе для пьяницъ, въ предположеніи о возможности его излеченія, и отсрочить исполненіе наказанія; по излеченіи же его и, во всякомъ случаѣ, по истеченіи двухъ лѣтъ, судъ его отсюда

освобождаетъ, рѣшая предварительно вопросъ о томъ, нужно ли и въ какомъ объемѣ слѣдуетъ еще примѣнить тюремное заключеніе (§ 33). Германскій проектъ опредѣляетъ, что, если судомъ будетъ установлена склонность преступника къ опьяненію, онъ, назначая тюрьму или арестъ не менѣе, чѣмъ на 2 недѣли, можетъ назначить на ряду съ наказаніемъ помѣщеніе осужденнаго въ лечебное заведеніе для алкоголиковъ впредь до его излеченія, но, во всякомъ случаѣ, не свыше 2 лѣтъ, если эта мѣра представляется нужной, чтобы пріучить осужденнаго къ законной и правильной жизни (§ 43). Наконецъ, датскій проектъ тоже допускаетъ помѣщеніе въ особыя учрежденія преступниковъ-алкоголиковъ (§ 85), причемъ эта мѣра можетъ здѣсь замѣнять собой наказаніе (§ 50).

Что касается юридической природы данной мѣры, то и въ этомъ отношеніи въ доктринѣ не возникаетъ сомнѣній относительно того, что принудительное леченіе алкоголиковъ-преступниковъ не является наказаніемъ, будучи лишь мѣрой соціальной защиты.

§ 9. Особый видъ интернированія образуетъ тотъ институтъ, который извѣстенъ подъ именемъ мѣръ принудительнаго воспитанія несовершеннолѣтнихъ преступниковъ. Эта мѣра, какъ и ранѣе разсмотрѣнныя, не есть наказаніе, такъ какъ она не содержитъ въ себѣ элемента воздаянія, не заключая въ себѣ оцѣнки дѣянія учиненнаго несовершеннолѣтнимъ. Она назначается единственно въ силу того, что фактъ учиненнаго несовершеннолѣтнимъ правонарушенія свидѣтельствуетъ объ особомъ психическомъ его состояніи, о его недостаточномъ духовномъ развитіи, вслѣдствіе чего возникаетъ потребность принять по отношенію къ несовершеннолѣтнему воспитательныя мѣры, которыя осуществляются принудительнымъ путемъ. Что мѣры принудительнаго воспитанія не являются наказаніемъ, это въ особенности ярко вытекаетъ изъ того, что продолжительность лишенія свободы, которое вызывается потребностью принудительнаго воспитанія, находится въ соотношеніи не съ значеніемъ дѣянія, учиненнаго даннымъ лицомъ, не съ важностью совершеннаго имъ посягательства на существующія нормы правопорядка, а исключительно съ особенностями его психики: несовершеннолѣтній лишается свободы на столько времени, сколько это представляется необходимымъ для его перевоспитанія, причемъ здѣсь установляется лишь общій предѣльный возрастный срокъ для пребыванія въ исправительномъ заведеніи, такъ какъ предполагается, что по дости-

женіи этого срока дальнѣйшее пребываніе несовершеннолѣтняго въ подобномъ заведеніи представляется излишнимъ: если онъ не „перевоспитался“, то дальнѣйшей дѣятельностью въ томъ же направленіи ничего достигнуть нельзя. Въ этомъ и заключается то, что отличаетъ мѣры принудительнаго воспитанія отъ наказанія. Правда, указывается и другая черта отличія этихъ мѣръ отъ наказанія— то, что мѣры принудительнаго воспитанія есть не зло, какимъ является всякое наказаніе, а благо для заключеннаго (точка зрѣнія напр. Леффлера) [1]), но мы знаемъ, что разграничивать подобнымъ образомъ наказаніе и мѣры защиты не представляется возможнымъ.

По общепринятому въ настоящее время въ иностранной литературѣ взгляду, это интернированіе несовершеннолѣтнихъ разсматривается, не какъ наказаніе, а какъ мѣра защиты [2]). Такова же точка зрѣнія на природу этой мѣры и всѣхъ законодательствъ. При этомъ нужно обратить вниманіе на то, что почти во всѣхъ законодательствахъ интернированіе несовершеннолѣтнихъ связывается съ опредѣленнымъ ихъ возрастомъ (съ т. н. періодомъ условной невмѣняемости), а также съ признаніемъ невмѣняемости ихъ, такъ что въ отношеніи несовершеннолѣтнихъ того же возраста, признанныхъ вмѣняемыми или дѣйствовавшими съ разумѣніемъ, установляется лишь смягченіе наказаній.

Однако въ нѣкоторыхъ законодательствахъ и въ проектахъ новыхъ уложеній проводится тотъ взглядъ, что въ данномъ случаѣ самъ по себѣ вопросъ о вмѣняемости или невмѣняемости несовершеннолѣтнихъ значенія не имѣетъ, и что вмѣсто этого получаетъ значеніе рѣшеніе болѣе общаго вопроса о томъ, какъ слѣдуетъ реагировать на преступное дѣяніе, учиненное несовершеннолѣтнимъ; именно здѣсь признается, что нужно ставить вопросъ о томъ, не нуждается ли данный несовершеннолѣтній, учинившій преступное дѣяніе, вообще въ мѣрахъ перевоспитанія, и, если этотъ вопросъ рѣшается утвердительно, то къ несовершеннолѣтнему примѣняется особая мѣра воспитанія вмѣсто наказанія (или же иногда по отбытіи наказанія). Эта точка зрѣнія проводится напр. въ законодательствахъ италіанскомъ, шведскомъ, венгерскомъ и англійскомъ и въ проектахъ германскаго, австрійскаго и въ особенности швейцарскаго уложеній. Такъ, по италіанскому уложенію къ несовершеннолѣтнимъ въ возрастѣ отъ 9 до 14 (§ 54) и отъ 14 до 18 лѣтъ (§ 55) примѣняются смягчен-

---

[1]) Löffler. l. c. s. 3.

[2]) Cp. Leonhard. Über Zwangserziehung im Strafrecht. 1907 s. 41; Bierling l. c. III s. 367 n. 4; Birkmeyer, Strafe s. 4; Garçon l. c. p. 192.

ныя наказанія, если несовершеннолѣтніе дѣйствовали съ разумѣніемъ, но при этомъ указывается, что, если наказаніемъ будетъ ограниченіе личной свободы, то оно отбывается въ исправительномъ заведеніи (casa di correzione); по шведскому закону 27 іюня 1912 г. для несовершеннолѣтнихъ въ возрастѣ отъ 15 до 18 лѣтъ полагаются уменьшенныя наказанія, если несовершеннолѣтніе дѣйствовали съ разумѣніемъ, однако при этомъ указывается, что судъ можетъ назначить вмѣсто денежнаго взысканія и тюремнаго заключенія до 6 мѣс. помѣщеніе ихъ въ исправительное заведеніе; по венгерскому закону 1908 г. (§ 17) прямо указывается, что въ отношеніи несовершеннолѣтнихъ въ возрастѣ отъ 12 до 18 лѣтъ, признанныхъ вмѣняемыми, устанавливаются слѣдующія мѣры: выговоръ, условное осужденіе, принудительное воспитаніе и тюремное заключеніе (Gefängniss-oder Stäatsgefängnisstrafe); наконецъ, по англійскому закону Children Act 1908 г. въ исправительные пріюты (reformatory school) помѣщаются несовершеннолѣтніе преступники въ возрастѣ отъ 12 до 16 лѣтъ, признанные виновными въ дѣяніяхъ, наказуемыхъ каторжной и простою тюрьмой, и только въ томъ случаѣ, если не окажется пріюта, который согласился бы принять несовершеннолѣтняго старше 14 лѣтъ, осужденный вновь приводится на судъ, который уже назначаетъ общее наказаніе.

Точно также и въ проектахъ уголовныхъ уложеній мы встрѣчаемъ опредѣленія этого рода. Такъ, по германскому проекту, въ отношеніи несовершеннолѣтнихъ въ возрастѣ отъ 14 до 18 лѣтъ установляется смягченіе наказанія, но вмѣстѣ съ тѣмъ опредѣляется, что, если дѣяніе представляется главнымъ образомъ послѣдствіемъ недостаточнаго воспитанія или если по инымъ соображеніямъ представляется необходимымъ принять мѣры воспитанія для того, чтобы пріучить несовершеннолѣтняго къ легальной (gesetzmässiges) жизни, то судъ можетъ назначить наряду съ наказаніемъ или вмѣсто него отдачу въ воспитательныя учрежденія, стоящія подъ надзоромъ государства (§ 69). Въ австрійскомъ проектѣ установляется, что несовершеннолѣтній въ возрастѣ отъ 14 до 18 лѣтъ вмѣсто лишенія свободы на срокъ не свыше 3 мѣс. можетъ быть отданъ по постановленію суда для принудительнаго воспитанія (Fürsorgeerziehung), если мѣра эта кажется подходящей для его исправленія и для предупрежденія его безпризорности—Verwahrlosung (§ 57); точно также несовершеннолѣтній, въ случаѣ присужденія его къ тюремному заключенію, можетъ быть по отбытіи наказанія подвергнутъ по приговору суда принудительному воспитанію, если это пред-

ставляется необходимымъ для исправленія его (§ 58). Наконецъ, въ швейцарскомъ проектѣ въ отношеніи несовершеннолѣтнихъ въ возрастѣ отъ 14 до 18 лѣтъ не ставится вовсе вопросъ о ихъ вмѣняемости, а принимаются въ отношеніи ихъ разныя мѣры, какъ-то: помѣщеніе въ заведеніе для принудительнаго воспитанія (Zwangserziehungsanstalt) или исправительное заведеніе (Korrectionsanstalt) или особое обхожденіе (besondere Behandlung) или наказаніе (выговоръ и лишеніе свободы до 2 мѣс.) въ зависимости отъ ихъ психическихъ особенностей; въ частности наказаніе примѣняется тогда, когда несовершеннолѣтній не является заброшеннымъ или нравственно испорченнымъ (weder verwahrlos noch sittlich verdorben) или когда его состояніе не требуетъ какого - нибудь особаго обхожденія съ нимъ (§ 11 п. 1—5).

Какъ видно изъ всѣхъ приведенныхъ постановленій дѣйствующихъ законовъ и проектовъ новыхъ уложеній, помѣщеніе несовершеннолѣтнихъ преступниковъ въ исправительныя заведенія разсматривается, какъ мѣра, признаваемая допустимой и въ отношеніи тѣхъ несовершеннолѣтнихъ, которые подлежатъ даже наказанію, какъ мѣра, замѣняющая собой это наказаніе или даже назначаемая наряду съ нимъ. Конечно, природа этой мѣры не мѣняется отъ того чисто-внѣшняго обстоятельства, что она примѣняется и къ такимъ несовершеннолѣтнимъ, которые собственно признаются вмѣняемыми и нормально подлежатъ уголовной отвѣтственности. Здѣсь данная мѣра назначается взамѣнъ наказанія, но отъ одного этого она не дѣлается еще наказаніемъ.

Если мы обратимся къ постановленіямъ нашего права, то мы должны будемъ признать, что наше право примыкаетъ къ только что приведеннымъ законодательствамъ, но его положенія отличаются особенной сложностью, и нѣкоторыя изъ нихъ могутъ вызывать извѣстныя сомнѣнія.

Наше улож. о нак. указываетъ, что несовершеннолѣтніе отъ 10 до 17 лѣтъ, признанные судомъ учинившими преступное дѣяніе безъ разумѣнія, отдаются подъ отвѣтственный надзоръ, но они могутъ быть обращаемы въ воспитательно - исправительныя заведенія, если за учиненное преступное дѣяніе въ законѣ назначено наказаніе не ниже тюремнаго заключенія. Несовершеннолѣтніе же въ возрастѣ отъ 14 до 17 лѣтъ въ случаѣ учиненія преступныхъ дѣяній, за которыя въ законѣ назначены уголовныя наказанія, обращаются по преимуществу въ эти заведенія; однако въ случаѣ невозможности помѣстить ихъ туда, они заключаются на срокъ, опредѣляемый судомъ, но не далѣе, какъ до наступленія 18-лѣтняго возраста, въ особыя помѣщенія, устроен-

ныя для нихъ при тюрьмахъ или домахъ для арестуемыхъ по приговорамъ мировыхъ судей (ст. 137); наконецъ, тамъ, гдѣ нѣтъ исправительныхъ заведеній или гдѣ нѣтъ въ нихъ свободныхъ помѣщеній, несовершеннолѣтніе вмѣсто обращенія въ особыя помѣщенія при тюрьмахъ могутъ быть отдаваемы для исправленія также на срокъ, опредѣляемый судомъ, но не далѣе, какъ до наступленія 18-лѣтняго возраста, въ монастыри ихъ вѣроисповѣданія (ст. 137^1). Что же касается несовершеннолѣтнихъ, признанныхъ учинившими дѣяніе съ разумѣніемъ, то здѣсь различаются несовершеннолѣтніе отъ 10 до 14 лѣтъ и отъ 14 до 17 лѣтъ. Первые въ зависимости отъ тяжести учиненнаго ими преступнаго дѣянія или присуждаются къ отдачѣ въ воспитательно-исправительныя заведенія или къ заключенію на срокъ отъ 2 до 5 лѣтъ и отъ 1 мѣс. до 1 года въ особыхъ помѣщеніяхъ при тюрьмахъ или арестныхъ домахъ или къ отдачѣ подъ надзоръ родителей и другихъ лицъ (ст. 138) или наконецъ къ заключенію въ монастырь на такой же срокъ—(ст. 138^1). Вторые же подвергаются наказаніямъ въ уменьшенномъ размѣрѣ, причемъ однако взамѣнъ заключенія въ тюрьмѣ они или обращаются въ воспитательно-исправительныя заведенія или заключаются на срокъ, опредѣляемый судомъ, въ особыя помѣщенія при тюрьмахъ (ст. 140). По уставу же о нак. вводится въ этомъ отношеніи нѣсколько упрощенная система: именно, несовершеннолѣтніе отъ 10 до 14 лѣтъ, признанные виновными, отдаются подъ отвѣтственный надзоръ; если же за учиненное ими преступное дѣяніе въ законѣ назначено наказаніе не ниже тюремнаго заключенія, или окажется, что преступныя дѣянія обращены ими въ промыселъ или свидѣтельствуютъ о привычкѣ ихъ къ преступной дѣятельности, то они могутъ быть обращаемы въ воспитательно-исправительныя заведенія. Несовершеннолѣтніе же отъ 14 до 17 лѣтъ подлежатъ наказанію, но мировой судья можетъ, не подвергая ихъ наказанію, отдавать ихъ подъ отвѣтственный надзоръ (ст. 11) или же назначать взамѣнъ заключенія въ тюрьмѣ обращеніе въ исправительныя заведенія или заключеніе на срокъ, опредѣляемый на основаніи ст. 11 (т. е. въ половинномъ размѣрѣ сроковъ наказанія, положенныхъ для взрослыхъ) въ особыя помѣщенія при тюрьмахъ (ст. 6). Наконецъ, по уголовному уложенію 1903 г. проводится различіе между несовершеннолѣтними въ возрастѣ отъ 10 до 17 лѣтъ, признанными невмѣняемыми и признанными вмѣняемыми. Первые по общему правилу отдаются подъ отвѣтственный надзоръ родителямъ и другимъ лицамъ, а въ случаѣ учиненія тяжкихъ преступленій или преступленій, могутъ быть помѣщены и въ

воспитательно-исправительныя заведенія, причемъ несовершеннолѣтніе въ возрастѣ отъ 14 до 17 лѣтъ, учинившіе тяжкія преступленія, обращаются по преимуществу въ эти заведенія, а при невозможности помѣстить ихъ туда въ особо приспособленныя помѣщенія при тюрьмахъ и арестныхъ домахъ; несовершеннолѣтнія же женскаго пола могутъ быть отданы въ женскіе монастыри ихъ вѣроисповѣданія (ст. 41). Вторые же по общему правилу подлежатъ наказаніямъ; но при этомъ несовершеннолѣтніе отъ 10 до 14 лѣтъ взамѣнъ всѣхъ наказаній не ниже тюрьмы подлежатъ помѣщенію въ воспитательно-исправительное заведеніе, взамѣнъ же ареста или денежной пени—внушенію отъ суда, однако въ случаѣ обращенія проступка въ промыселъ или въ случаѣ привычки къ преступной дѣятельности они также подлежатъ помѣщенію въ эти заведенія; несовершеннолѣтніе же въ возрастѣ отъ 14 до 17 лѣтъ или подлежатъ наказанію (заключеніе въ тюрьмѣ) за преступленія, влекущія за собой смертную казнь или каторгу, или же обращаются въ исправительныя заведенія взамѣнъ остальныхъ наказаній не ниже тюрьмы; наконецъ, въ случаѣ совершенія проступковъ, къ нимъ примѣняются тѣ же мѣры, что и къ несовершеннолѣтнимъ въ возрастѣ отъ 10 до 14 лѣтъ. При этомъ, въ случаѣ невозможности помѣстить несовершеннолѣтняго въ исправительное заведеніе, совершившій преступное дѣяніе, наказуемое не ниже исправительнаго дома, можетъ быть заключенъ въ особое помѣщеніе при тюрьмахъ; въ остальныхъ же случаяхъ несовершеннолѣтній можетъ быть отданъ подъ отвѣтственный надзоръ, несовершеннолѣтняя же можетъ быть отдана въ монастырь (ст. 55).

Какъ видно изъ приведенныхъ положеній нашего законодательства, въ отношеніи несовершеннолѣтнихъ взамѣнъ наказаній примѣняются слѣдующія мѣры: отдача подъ надзоръ родителей, помѣщеніе въ воспитательно-исправительныя заведенія, заключеніе въ особыя помѣщенія при тюрьмахъ и при арестныхъ домахъ и отдача въ монастырь. Всѣ эти мѣры являются особыми мѣрами принудительнаго воспитанія, а не наказаніями. Какъ увидимъ дальше, сомнѣніе въ этомъ отношеніи можетъ возбуждать только заключеніе въ особыя помѣщенія при тюрьмахъ, относительно же природы прочихъ мѣръ никакихъ сомнѣній не должно быть.

Однако, если обратиться къ нашей литературѣ и судебной практикѣ, то можно замѣтить, что здѣсь высказываются иные взгляды относительно сущности этихъ отдѣльныхъ мѣръ. Повидимому, только отдача подъ отвѣтственный надзоръ не вызы-

ваетъ ни у кого сомнѣнія въ томъ смыслѣ, что она не есть наказаніе. Сенатъ еще въ рѣш. у. к. д. 76/1913 призналъ это, мотивируя свой взглядъ тѣмъ, что эта мѣра не указана въ общей лѣстницѣ наказаній и что ни существо, ни размѣръ ея не опредѣляется уголовными законами; но, конечно, если бы даже въ уголовныхъ законахъ и содержалось какое-нибудь опредѣленіе въ этомъ отношеніи, одно это обстоятельство, само по себѣ взятое, не служило бы еще доводомъ въ пользу признанія данной мѣры наказаніемъ.

Что же касается помѣщенія въ воспитательно-исправительныя заведенія, то замѣчается нѣкоторая неустойчивость взглядовъ на сущность этой мѣры, въ особенности въ виду того, что эта мѣра примѣняется какъ въ отношеніи невмѣняемыхъ, такъ и вмѣняемыхъ несовершеннолѣтнихъ. Нѣкоторые криминалисты разсматриваютъ эту мѣру, какъ наказаніе, именно какъ замѣняющее наказаніе. Такъ, Бѣлогриць-Котляревскій, говоря объ особыхъ мѣстахъ заключенія, на ряду съ крѣпостями и военными тюрьмами упоминаетъ о заведеніяхъ для малолѣтнихъ преступниковъ, придавая имъ, повидимому, такое же значеніе, какъ и наказанію [1]). Сергѣевскій, говоря о заведеніяхъ для малолѣтнихъ преступниковъ въ главѣ, посвященной тюремному заключенію [2]), и упоминая въ главѣ, касающейся опредѣленія наказаній для несовершеннолѣтнихъ, о помѣщеніи ихъ въ исправительныя заведенія [3]), повидимому, не имѣлъ вполнѣ яснаго представленія о взаимоотношеніи наказанія и этой мѣры — въ общемъ оба института для него скорѣе представлялись, какъ явленія одного порядка. Какъ мѣры, которыя имѣютъ „не карательный, а воспитательный характеръ, хотя съ элементомъ принужденія“, характеризуетъ мѣры принудительнаго воспитанія Фойницкій, разсматривая ихъ однако въ числѣ прочихъ наказаній [4]).

Съ другой стороны у Таганцева, въ мотивахъ уголовнаго уложенія 1903 г. и въ сенатской практикѣ вопросъ о сущности мѣръ принудительнаго воспитанія получаетъ двоякій отвѣтъ, въ зависимости отъ того, къ какой категоріи несовершеннолѣтнихъ примѣняется данная мѣра. По мнѣнію Таганцева, тѣ исправительныя заведенія, о которыхъ говорится въ ст. 41 угол. улож., такія же мѣры безопасности, какъ и тѣ мѣры, которыя примѣняются

---

[1]) Бѣлогриць-Котляревскій в. с. стр. 294.
[2]) Сергѣевскій в. с. стр. 180.
[3]) Тамъ же стр. 366.
[4]) Фойницкій. Ученіе о наказаніи стр. 453.

по отношенію къ преступникамъ душевно-больнымъ, такъ какъ онѣ примѣняются къ лицамъ, коимъ содѣянное не вмѣнено [1]). Что же касается тѣхъ мѣръ, которыя примѣняются взамѣнъ наказанія по отношенію къ несовершеннолѣтнимъ, признаннымъ вмѣняемыми, то эти мѣры, съ точки зрѣнія Таганцева, являются наказаніемъ. По его словамъ, отдача въ воспитательные пріюты является по нашему дѣйствующему праву несомнѣнно судебно-карательной мѣрой: она можетъ быть назначена только судомъ, по отношенію къ лицу, признанному виновнымъ, и притомъ за извѣстныя закономъ указанныя дѣянія; къ этому онъ прибавляетъ, что, какъ мѣра карательная, отдача въ пріюты должна быть отнесена къ группѣ мѣръ замѣняющихъ [2]). Точно также въ Объяснительной запискѣ къ проекту уголовнаго уложенія 1903 г. мы читаемъ, что „къ малолѣтнимъ (рѣчь идетъ о признанныхъ виновными) единственно нормальнымъ наказаніемъ должна быть отдача въ исправительные пріюты“ [3]), хотя нѣсколько дальше и сказано, что „эта отдача малолѣтнихъ въ пріюты или тюрьмы во всякомъ случаѣ является замѣной или измѣненіемъ наказанія“ [4]); съ другой стороны, говоря о мѣрахъ, примѣняемыхъ къ несовершеннолѣтнимъ, признаннымъ невмѣняемыми, Объяснительная записка указываетъ, что это—„взысканія, которыя имѣютъ болѣе воспитательный, чѣмъ карательный характеръ“ [5]), и характеризуетъ ихъ, какъ „мѣры предохранительныя“ [6]). Та же точка зрѣнія проводилась и въ Особомъ Совѣщаніи Госуд. Совѣта по разсмотрѣнію проекта уголовнаго уложенія: здѣсь мѣра, назначаемая на основаніи ст. 55, была признана несомнѣннымъ наказаніемъ, такъ какъ статья эта относится къ такимъ несовершеннолѣтнимъ, которымъ совершенныя имъ преступныя дѣянія вмѣняются въ вину [7]).

Что касается сенатской практики, то сенатъ еще въ рѣш. общ. собр. 74/46 установилъ, что домашнее исправленіе и отдача въ исправительные пріюты (ст. 6 и 11 уст. о нак., ст. 137, 4 п. ст. 138 и 144 улож. о нак.), „имѣя не карательный, а воспитательный характеръ, не составляютъ наказанія“; точно также

---

[1]) Таганцевъ в. с. II стр. 1090.
[2]) Тамъ же стр. 1089.
[3]) Объясн. зап. т. I стр. 524.
[4]) Тамъ же стр. 530.
[5]) Тамъ же стр. 340.
[6]) Тамъ же стр. 343.
[7]) Журналъ Особаго Совѣщ. стр. 141—143.

и въ рѣш. у. к. д. 1907/17 было прямо указано, что „несовершеннолѣтніе отъ 10 до 17 лѣтъ, которымъ вмѣнено въ вину учиненное ими преступное дѣяніе, подвергаются въ случаяхъ, указанныхъ въ ст. 41 и 55 угол. улож. воздѣйствію исправительныхъ мѣръ. . . приведенныя выше мѣры исправленія замѣняютъ собою наказаніе“; но впослѣдствіи сенатъ измѣняетъ свою точку зрѣнія и въ рѣш. у. к. д. 1912/9 проводитъ ту мысль, что мѣра принудительнаго воспитанія то является наказаніемъ, то не является имъ въ зависимости отъ тѣхъ лицъ, къ которымъ она примѣняется; причемъ примѣнительно къ постановленіямъ улож. о нак. выставляется „тотъ общій руководящій принципъ, что несовершеннолѣтнему отъ 10 до 17 лѣтъ можетъ быть вмѣнено преступное дѣяніе, а слѣдовательно и принимаемыя противъ него исправительныя мѣры могутъ почитаться наказаніемъ (взамѣнъ наказанія, положеннаго для совершеннолѣтнихъ) только тогда, когда несовершеннолѣтній могъ понимать свойство и значеніе имъ совершаемаго или руководить своими поступками, т. е. когда онъ дѣйствовалъ съ разумѣніемъ (ст. 138, 139 и 140 улож. о нак.)“; въ соотвѣтствіи съ этимъ указывается, что „когда несовершеннолѣтніе признаны дѣйствовавшими безъ разумѣнія, то присужденіе ихъ къ заключенію въ исправительные пріюты, колоніи или въ особыя помѣщенія при тюрьмахъ и арестныхъ домахъ не почитается наказаніемъ“. Нѣсколько иначе поставленъ этотъ вопросъ, по мнѣнію сената, по уст. о нак., по которому „съ несомнѣнностью вытекаетъ, что несовершеннолѣтніе отъ 10 до 14 лѣтъ подвергаются только мѣрамъ исправленія, но не наказанію, такъ какъ они могутъ быть только отданы подъ отвѣтственный надзоръ... или же обращаются въ исправительные пріюты безъ указанія срока и безъ возможности замѣны сихъ заведеній особыми помѣщеніями... Несовершеннолѣтніе же въ возрастѣ отъ 14 до 17 лѣтъ подлежатъ наказанію въ половинномъ размѣрѣ (ст. 11 уст.), но взамѣнъ заключенія въ тюрьму они обращаются въ исправительные пріюты или въ особыя помѣщенія при тюрьмахъ“; поэтому, по словамъ сената, въ отношеніи этихъ лицъ „законъ признаетъ мѣры воздѣйствія и исправленія, кромѣ отдачи подъ отвѣтственный надзоръ родителей, наказаніемъ“. Нужно при этомъ обратить вниманіе, что сенатъ далѣе невѣрно цитируетъ ст. 6 уст. о нак., говоря, что по этой статьѣ „несовершеннолѣтніе отъ 14 до 17 лѣтъ взамѣнъ заключенія въ тюрьмѣ или обращаются въ исправительные пріюты съ опредѣленіемъ сроковъ содержанія или заключаются на срокъ, опредѣленный мировымъ судьей на основаніи ст. 11 (по прод.) въ особыя помѣщенія, устроенныя

для нихъ при тюрьмахъ или домахъ для арестуемыхъ по приговорамъ мировыхъ судей"; въ дѣйствительности же въ этой статьѣ не говорится о томъ, что несовершеннолѣтніе помѣщаются въ исправительныя заведенія на срокъ, опредѣленный мировымъ судьей; между тѣмъ сенатъ, повидимому, придаетъ особое значеніе тому обстоятельству, что будто бы несовершеннолѣтніе въ данномъ случаѣ помѣщаются на опредѣленный срокъ въ пріюты и другія учрежденія, разъ онъ выставляетъ такой тезисъ: „изъ изложеннаго явствуетъ, что только въ отношеніи несовершеннолѣтнихъ отъ 14 до 17 лѣтъ законъ признаетъ мѣры воздѣйствія и исправленія, кромѣ отдачи подъ отвѣтственный надзоръ родителей, наказаніемъ, требуетъ опредѣленія сроковъ содержанія и допускаетъ замѣну тюрьмы заключеніемъ въ исправительные пріюты или въ особыя помѣщенія при тюрьмахъ или арестныхъ домахъ".

Однако то обстоятельство, что въ однихъ случаяхъ данныя мѣры замѣняютъ собою наказаніе, посколько онѣ примѣняются по отношенію къ вмѣняемымъ несовершеннолѣтнимъ, а въ другихъ имѣютъ самостоятельное значеніе, посколько онѣ примѣняются тогда, когда для примѣненія наказанія нѣтъ достаточнаго основанія, (именно въ отношеніи несовершеннолѣтнихъ, признанныхъ невмѣняемыми), не играетъ никакого значенія при выясненіи правовой природы этихъ мѣръ. Онѣ не переходятъ изъ одной категоріи правовыхъ институтовъ въ другую лишь въ силу такого обстоятельства, которое касается общихъ условій примѣненія ихъ. И мы видимъ, что въ западно-европейской литературѣ никто не возбуждаетъ вопроса о томъ, что природа мѣръ принудительнаго воспитанія мѣняется въ отдѣльныхъ случаяхъ въ зависимости отъ того, что представляютъ собой отдѣльныя категоріи несовершеннолѣтнихъ. При этомъ нужно замѣтить, что на рѣшеніе этого вопроса въ ту или другую сторону, конечно, не можетъ, вліять то, какъ именуетъ законъ данную мѣру. Между прочимъ въ этомъ отношеніи слѣдуетъ упомянуть, что по закону 1909 г. о воспитательно-исправительныхъ заведеніяхъ для несовершеннолѣтнихъ преступниковъ въ одномъ мѣстѣ эта мѣра названа наказаніемъ, именно въ ст. 24 говорится: „...если несовершеннолѣтній обвиняется въ учиненіи... преступнаго дѣянія, за которое онъ по закону не можетъ подлежать болѣе строгому наказанію, какъ отдачѣ въ воспитательно-исправительное заведеніе". Однако весь режимъ воспитательно-исправительнаго заведенія, а также опредѣленіе круга лицъ, которыя подлежатъ отдачѣ въ эти заведенія (ст. 7), показываютъ, что здѣсь мы имѣемъ дѣло не съ наказаніемъ.

Наконецъ, для характеристики мѣръ принудительнаго воспитанія слѣдуетъ обратить еще вниманіе на ст. 24 Положенія о восп.-испр. завед., гдѣ сказано, что „судебное преслѣдованіе въ отношеніи уголовной отвѣтственности несовершеннолѣтняго отъ 10 до 17 лѣтъ, помѣщеннаго въ воспитательно-исправительное заведеніе по опредѣленію и приговору суда, не можетъ быть возбуждено, а начатое подлежитъ прекращенію, если несовершеннолѣтній обвиняется въ учиненіи до помѣщенія въ названное заведеніе, а равно въ самомъ заведеніи или во время побѣга или отпуска изъ него преступнаго дѣянія, за которое онъ по закону не можетъ подлежать болѣе строгому наказанію, какъ отдачѣ въ воспитательно-исправительное заведеніе". Другими словами, въ этомъ случаѣ всѣ несовершеннолѣтніе въ возрастѣ отъ 10 до 14 лѣтъ, въ соотвѣтствіи съ ст. 137 и 138 улож. о нак. и ст. 11 уст. о нак., не подлежатъ уголовной отвѣтственности за свои преступныя дѣянія, независимо отъ тяжести послѣднихъ, несовершеннолѣтніе же въ возрастѣ отъ 14 до 17 лѣтъ не подлежатъ отвѣтственности за дѣянія, наказуемыя не выше тюремнаго заключенія по улож. о нак. и уст. о нак., (ст. 140 улож. о нак. и ст. 11 уст. о нак.) и не выше ссылки на поселеніе по угол. улож. (ст. 55), такъ какъ эти наказанія для нихъ могутъ быть замѣнены исправительными заведеніями, изъ чего слѣдуетъ, что былъ ли несовершеннолѣтній при обвиненіи въ томъ дѣяніи, за которое онъ помѣщенъ въ исправительное заведеніе, признанъ вмѣняемымъ или невмѣняемымъ, само по себѣ значенія не имѣетъ, такъ какъ помѣщеніе въ такія заведенія не есть наказаніе.

Итакъ, мы признаемъ, что помѣщеніе въ исправительныя заведенія и по нашему праву не является наказаніемъ, оно есть мѣра соціальной защиты. Съ этой точки зрѣнія вполнѣ правильно характеризуетъ его природу Гернетъ [1]).

Что же касается отдачи въ монастырь, то, посколько эта мѣра замѣняетъ собою отдачу въ исправительныя заведенія, она является не наказаніемъ, а особой формой принудительнаго воспитанія, слѣдовательно, мѣрой защиты. Однако мы въ сенатской практикѣ найдемъ указанія противоположнаго характера. Такъ, въ рѣш. у. к. д. 68/46 указывается, что заключеніе въ монастырь можетъ быть разсматриваемо, какъ одно изъ исправительныхъ наказаній, а въ рѣш. у. к. д. 80/5 признано, что эта мѣра составляетъ особое наказаніе, не содержащееся въ общей лѣстницѣ исправительныхъ

---

[1]) Гернетъ в. с. стр. 154.

наказаній. Но никакой мотивировки того, почему данная мѣра должна считаться наказаніемъ, мы въ сенатскихъ рѣшеніяхъ не находимъ. Наконецъ, въ приведенномъ уже выше рѣшеніи 1912/9 приводится взглядъ на заключеніе въ монастырь, какъ на мѣру, которая или является наказаніемъ или не является имъ, въ зависимости отъ того, къ кому она примѣняется. Но мы уже видѣли всю искусственность этого пріема въ отношеніи помѣщенія въ исправительныя заведенія.

Наконецъ, своеобразныя особенности представляетъ та мѣра, которая характеризуется, какъ особое помѣщеніе несовершеннолѣтнихъ въ тюрьмахъ. Эта мѣра сопоставлена въ нашемъ законодательствѣ съ отдачей въ исправительныя заведенія, причемъ въ отличіе отъ всѣхъ другихъ мѣръ принудительнаго воспитанія, при которыхъ вполнѣ естественно заранѣе не опредѣляется срокъ, необходимый для исправленія несовершеннолѣтняго, здѣсь въ самомъ законѣ указывается тотъ срокъ, на который данная мѣра можетъ быть назначена. Съ другой стороны, такъ какъ эта мѣра отбывается въ тюрьмахъ, гдѣ обычно отбывается наказаніе лишеніемъ свободы, то это обстоятельство можетъ явиться поводомъ для ея смѣшенія съ наказаніемъ.

Для выясненія сущности данной мѣры представляется цѣлесообразнымъ указать на то, какъ она возникла въ нашемъ законодательствѣ. Обращаясь къ мотивамъ закона 1897 г., введшаго эту мѣру, мы видимъ, что ей придавалось значеніе мѣры исправительной, а не карательной. Здѣсь мы читаемъ слѣдующее: „Въ дополненіе статьи 6 уст. о нак. по прод. 1895 г., предполагается постановить, что, въ случаѣ присужденія несовершеннолѣтнихъ отъ 14 до 17 лѣтъ къ заключенію въ тюрьмѣ, мировому судьѣ предоставляется распорядиться, чтобы это наказаніе отбывалось ими въ помѣщеніи для арестуемыхъ по приговорамъ мировыхъ судей. При обсужденіи приведеннаго постановленія, Совѣщаніе приняло на видъ, что всѣ проектированныя измѣненія въ законоположеніяхъ о наказуемости несовершеннолѣтнихъ имѣютъ главнѣйшею цѣлью ихъ исправленіе; между тѣмъ тюремное заключеніе представляется мѣрою, которая прямо противорѣчила бы этой цѣли. Посему Совѣщаніе считаетъ необходимымъ, оставивъ тюремное заключеніе лишь взамѣнъ уголовныхъ наказаній (ст. 139 улож. о нак.), замѣнить его для несовершеннолѣтнихъ отъ 14 до 17 лѣтъ содержаніемъ въ особыхъ помѣщеніяхъ, устроенныхъ при тюрьмахъ или арестныхъ домахъ (ср. ст. 137 улож. о нак.) въ случаяхъ, указанныхъ разсматриваемымъ дополненіемъ къ ст. 6

уст. о нак. и статьями 138 и 140 улож. о нак. [1])... Обратясь засимъ къ вопросу о томъ, кому должно быть предоставлено опредѣленіе продолжительности заключенія въ особыхъ при тюрьмахъ и арестныхъ домахъ помѣщеніяхъ и принявъ на видъ, что послѣднія въ отношеніи условій содержанія въ нихъ заключенныхъ не могутъ быть вполнѣ приравнены къ исправительнымъ пріютамъ и колоніямъ, Совѣщаніе затруднилось поставить опредѣленіе срока заключенія несовершеннолѣтнихъ въ означенныхъ помѣщеніяхъ въ зависимости отъ ихъ управленія и посему признало болѣе правильнымъ предоставить опредѣленіе этого срока суду“ [2]).

При разсмотрѣніи затѣмъ даннаго законопроекта въ соединенныхъ департаментахъ государственнаго совѣта было высказано сомнѣніе относительно цѣлесообразности особыхъ помѣщеній при тюрьмахъ и домахъ для арестуемыхъ по приговорамъ мировыхъ судей,—именно было указано, что „трудно расчитывать, чтобы какъ въ тюрьмахъ, такъ и въ арестныхъ домахъ могли быть отведены отвѣчающія своему назначенію помѣщенія для несовершеннолѣтнихъ. Кромѣ того порядокъ и условія тюремной жизни мало приспособлены къ потребностямъ указаннаго выше возраста (отъ 14 до 17 лѣтъ) и особымъ цѣлямъ заключенія несовершеннолѣтнихъ преступниковъ“ [3]). Но на это министръ юстиціи замѣтилъ: „что касается заведеній, спеціально приспособленныхъ для несовершеннолѣтнихъ преступниковъ старшаго возраста, то до сего времени ихъ вовсе не существуетъ; ихъ замѣняютъ особыя отдѣленія, устраиваемыя при тюрьмахъ и арестныхъ домахъ. Такія отдѣленія имѣются во всѣхъ новыхъ тюрьмахъ; въ нихъ несовершеннолѣтніе содержатся отдѣльно отъ взрослыхъ преступниковъ“ [4]).

Наконецъ, слѣдуетъ отмѣтить, что соединенные департаменты, обративъ вниманіе на то, что по ст. 137 улож. о нак. предполагалось помѣщать несовершеннолѣтнихъ въ исправительныя колоніи до исправленія или на срокъ до 18 лѣтъ, а за неимѣніемъ мѣста въ послѣднихъ въ особыя помѣщенія при тюрь-

---

[1]) Журналъ Особаго Совѣщанія, образованнаго въ средѣ Гос. Совѣта для предварительнаго обсужденія представленія м. ю. объ измѣненіи формъ и обрядовъ судопроизводства по дѣламъ о преступныхъ дѣяніяхъ малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ, а также законоположеній о ихъ наказуемости (1896). — См. Законъ 2 іюня 1897 г. о малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ подсудимыхъ. 1899 г. стр. 119.

[2]) Тамъ же стр. 121.

[3]) Тамъ же стр. 145.

[4]) Тамъ же стр. 147.

махъ на срокъ до 5 лѣтъ, замѣтили: „такимъ образомъ мѣра преимущественно воспитательнаго характера, какою является помѣщеніе въ исправительное заведеніе, будетъ примѣняться не болѣе, какъ на срокъ до 4 лѣтъ и не долѣе, какъ до наступленія 18 лѣтъ, тогда какъ мѣра по существу своему болѣе строгая — заключеніе въ тюрьмѣ либо арестномъ домѣ, хотя бы и въ особыхъ отдѣленіяхъ ихъ, будетъ назначаться на срокъ до 5 лѣтъ и при томъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ до наступленія совершеннолѣтія. Между тѣмъ едва-ли есть основаніе дѣлать такое различіе въ характерѣ, тяжести и возможной продолжительности двухъ мѣръ, изъ которыхъ вторая предназначена замѣнять первую въ зависимости отъ внѣшнихъ условій, а не отъ индивидуальныхъ свойствъ самого подростка или совершеннаго имъ противузаконнаго дѣянія. По мнѣнію соединеннаго присутствія, слѣдуетъ уравнять сроки, назначаемые для пребыванія въ исправительныхъ заведеніяхъ и особыхъ отдѣленіяхъ при тюрьмахъ и арестныхъ домахъ“ [1]).

Всѣ эти разсужденія, высказывавшіяся при обсужденіи закона 1897 г., отчетливо подчеркиваютъ, что „особое помѣщеніе“ въ тюрьмахъ или арестныхъ домахъ, не есть наказаніе, замѣняющее собой тюремное заключеніе или другія наказанія, а есть мѣра исправительная, осуществляемая однако въ виду недостатка исправительныхъ заведеній въ учрежденіяхъ, предназначенныхъ для отбытія наказанія. То обстоятельство, что эта мѣра назначается судомъ на опредѣленный срокъ, какъ видно, вызвано соображеніями совершенно особаго рода. И судъ, назначая эту мѣру на извѣстный срокъ, не выражаетъ этимъ оцѣнку дѣянія, учиненнаго несовершеннолѣтнимъ; этотъ срокъ опредѣляется въ связи съ представленіемъ объ особыхъ психическихъ свойствахъ несовершеннолѣтняго. Эта мѣра не есть наказаніе, это—мѣра защиты.

Что касается нашей литературы, то вопросъ о природѣ „особаго помѣщенія“ несовершеннолѣтнихъ былъ затронутъ недавно Познышевымъ, который признаетъ за нимъ значеніе особой мѣры, замѣняющей для несовершеннолѣтнихъ наказаніе [2]), и указываетъ на то, что „особое помѣщеніе“ не есть ни особая тюрьма, ни особое отдѣленіе тюрьмы, а есть учрежденіе sui generis [3]). При этомъ для обоснованія своего взгляда Познышевъ приводитъ

[1]) Тамъ же стр. 133.

[2]) Познышевъ. Къ вопросу о несовершеннолѣтнихъ преступникахъ (Вопросы права 1910 г. кн. IV стр. 52); точно также въ „Основныхъ началахъ“ стр. 225 онъ указываетъ на то, что эта мѣра не есть наказаніе.

[3]) Тамъ же стр. 50.

слѣдующія соображенія: 1) то, что въ спискѣ наказаній, извѣстныхъ улож. о нак. и уставу о нак. „особыя помѣщенія“ не упомянуты; но, конечно, это соображеніе, само по себѣ взятое, еще не имѣетъ рѣшающаго значенія при выясненіи природы данной мѣры; 2) то, что эта мѣра примѣнима и въ отношеніи несовершеннолѣтнихъ, дѣйствовавшихъ безъ разумѣнія, между тѣмъ „нельзя же допустить, что законъ желаетъ наказывать и подростковъ, дѣйствовавшихъ безъ разумѣнія, причемъ примѣненіе къ нимъ наказанія ставитъ въ зависимость отъ обстоятельства, лежащаго внѣ ихъ поведенія и личности — отъ существованія въ данной мѣстности исправительнаго заведенія или наличности въ послѣднемъ свободнаго мѣста“ [1]); это соображеніе безусловно имѣетъ большое значеніе при рѣшеніи даннаго вопроса, въ особенности, если принять во вниманіе исторію возникновенія разсматриваемаго института; 3) то, что ст. 138 улож. о нак., говорящая о томъ, какъ замѣняется наказаніе малолѣтнимъ въ возрастѣ отъ 10 до 14 лѣтъ, говоритъ въ числѣ мѣръ, замѣняющихъ наказаніе и объ особомъ помѣщеніи; это обстоятельство однако само по себѣ еще не свидѣтельствуетъ въ пользу отрицанія за данной мѣрой характера наказанія, такъ какъ здѣсь могла бы идти рѣчь и о замѣнѣ одного наказанія другимъ, посколько говорится о несовершеннолѣтнихъ, дѣйствовавшихъ съ разумѣніемъ; 4) то, что въ отношеніи срока содержанія въ особыхъ помѣщеніяхъ или указывается тотъ же предѣльный срокъ, который до закона 1909 г. былъ предѣльнымъ и для исправительныхъ заведеній (18 лѣтъ), или же указываются сроки, совершенно иные, чѣмъ принятые обыкновенно для тюрьмы или ареста. Но и это обстоятельство тоже не имѣетъ особаго значенія, такъ какъ предѣльный срокъ для данной мѣры, какъ мы видѣли, пришлось установить въ извѣстномъ соотвѣтствіи съ срокомъ помѣщенія въ исправительныя заведенія, по соображеніямъ практическаго характера, такъ какъ иначе въ конкретномъ случаѣ участь несовершеннолѣтняго, обращеннаго въ „особое помѣщеніе“, оказывалась бы тяжелѣе, чѣмъ участь помѣщеннаго въ исправительное заведеніе, тогда какъ по мысли закона эти мѣры, какъ замѣняющія другъ друга, должны представляться равнозначущими; съ другой же стороны нельзя, конечно, не считаться съ тѣмъ обстоятельствомъ, что особые сроки для заключенія несовершеннолѣтнихъ въ тюрьмѣ, какъ наказанія, назначаемаго взамѣнъ другихъ наказаній, отличаются отъ обычной продолжительности тюремнаго заключенія (ст. 139); однако это обстоя-

[1]) Тамъ же стр. 51.

тельство не даетъ еще намъ права дѣлать выводъ о томъ, что здѣсь имѣется не наказаніе, а другая мѣра. Итакъ, при рѣшеніи вопроса о природѣ „особаго помѣщенія“ имѣетъ значеніе съ одной стороны то, что эта мѣра примѣняется и тамъ, гдѣ о наказаніи во всякомъ случаѣ не можетъ быть рѣчи, а съ другой—тѣ соображенія, которыя легли въ основаніе закона, установившаго эту мѣру.

Что же касается точки зрѣнія нашей сенатской практики относительно природы „особаго помѣщенія“, то первоначально сенатъ не признавалъ эту мѣру наказаніемъ, теперь же онъ считаетъ ее въ однихъ случаяхъ наказаніемъ, въ другихъ—исправительной мѣрой. Такъ, въ рѣш. у. к. д. 1907/14 сенатъ, говоря общимъ образомъ о мѣрахъ, указанныхъ въ ст. 41 и 55 угол. улож., называетъ „исправительными“ мѣры, выражающіяся въ присужденіи виновнаго къ отдачѣ въ исправительные пріюты и воспитательно-исправительныя заведенія, а при невозможности сего къ заключенію въ особое для несовершеннолѣтнихъ помѣщеніе при тюрьмѣ или арестномъ домѣ, и указываетъ на то, что приведенныя мѣры исправленія замѣняютъ собою наказаніе, опредѣленное въ законѣ, подчеркивая при этомъ то, что „законодательныя соображенія (Объясн. зап. т. I и Журналъ Особаго Совѣщанія Госуд. Сов.), положенныя въ основаніе редакціи ст. 41 и 55 угол. улож., свидѣтельствуютъ, что законъ приравниваетъ особыя помѣщенія при тюрьмѣ и арестномъ домѣ къ исправительно-воспитательнымъ заведеніямъ“. Въ виду этого сенатъ указываетъ, что судебное мѣсто, приговаривая подсудимаго къ помѣщенію въ подобное заведеніе, должно въ приговорѣ своемъ постановить и о заключеніи его въ особое помѣщеніе, на случай невозможности помѣстить въ исправительное заведеніе. Но эта точка зрѣнія оставлена въ рѣш. у. к. д. 1912/9, гдѣ особое помѣщеніе, какъ и другія мѣры принудительнаго воспитанія, то признаются, то не признаются наказаніемъ, — взглядъ, къ которому по приведеннымъ выше соображеніямъ нельзя присоединиться.

§ 10. Слѣдующимъ видомъ мѣръ безопасности является интернированіе нищихъ, бродягъ и т. п. опасныхъ субъектовъ. Эта мѣра извѣстна многимъ законодательствамъ. Такъ, code pénal (art. 274) предусматриваетъ помѣщеніе нищихъ по отбытіи наказанія въ особыя убѣжища (dépôt de mendicité). По бельгійскому закону 1897 г. въ отношеніи привычныхъ и работоспособныхъ нищихъ и бродягъ допускается взамѣнъ наказанія помѣщеніе въ особыя учрежденія (dépôt de mendicité) срокомъ отъ 2 до 7 лѣтъ; въ другихъ случаяхъ примѣняется помѣщеніе въ убѣжища (maison

de refuge) срокомъ до 1 г., примѣненіе же наказаній помимо мѣръ защиты допускается только при квалифицированномъ нищенствѣ и бродяжествѣ. Германское угол. улож. въ качествѣ мѣры соціальной охраны знаетъ т. н. korrectionnelle Nachhaft, т. е. заключеніе въ рабочемъ домѣ, примѣняемое по постановленію административной власти, въ силу приговора суда, по отбытіи наказанія, въ отношеніи тунеядцевъ, сутенеровъ, бродягъ и т. п. лицъ (§ 361). Австрійскій законъ 1885 г. точно также допускаетъ примѣненіе рабочаго дома въ отношеніи нищихъ и бродягъ. Голландское улож. (§ 37) знаетъ отдачу въ рабочій домъ нищихъ, бродягъ и привычныхъ пьяницъ на время отъ 3 мѣс. до 3 лѣтъ. По шведскому законодательству (законъ 1885 г.) допускается примѣненіе рабочаго дома въ отношеніи бродягъ и нищихъ, причемъ отъ администраціи зависитъ сократить или удлинить назначенный срокъ. Норвежскій законъ 1900 г. опредѣляетъ, что въ отношеніи праздношатающихся, рецидивистовъ въ этой области, примѣняется сверхъ наказанія (тюремное заключеніе до 3 мѣс.) помѣщеніе въ рабочій домъ на срокъ до 3 лѣтъ; въ этомъ случаѣ наказаніе, назначенное даже за другой деликтъ, если оно не превышаетъ 3 лѣтъ, можетъ вполнѣ или отчасти отпасть; изъ рабочаго дома преступникъ можетъ быть до срока освобожденъ, но при этомъ, если назначенное наказаніе при примѣненіи рабочаго дома отпало, то срокъ этого наказанія долженъ быть обязательно отбытъ въ рабочемъ домѣ. То же установляется въ проектахъ швейцарскаго и германскаго уложенія. Швейцарскій проектъ предоставляетъ право суду въ томъ случаѣ, если кто-нибудь присуждается къ тюремному заключенію, и оказывается, что это лицо является развратнымъ и тунеядцемъ, а преступленіе его вытекаетъ изъ подобнаго его свойства, отсрочить исполненіе наказанія и помѣстить это лицо въ особый рабочій домъ, если оно способно къ работѣ, и если можно полагать, что его возможно пріучить къ труду; въ рабочемъ домѣ осужденный долженъ пребывать не менѣе одного года, по прошествіи котораго онъ можетъ быть условно освобожденъ соотвѣтственнымъ органомъ власти съ правомъ примѣненія назначеннаго раньше наказанія; примѣненіе наказанія можетъ имѣть мѣсто также и въ томъ случаѣ, если въ теченіе первыхъ трехъ мѣсяцевъ обнаруживается, что осужденный не можетъ быть пріученъ къ труду; по истеченіи трехъ лѣтъ всякій условно освобожденный признается освобожденнымъ окончательно, и назначенное наказаніе отпадаетъ (§ 34). Германскій же проектъ установляетъ право помѣщенія въ рабочій домъ преступниковъ тунеядцевъ, съ которыми сравниваются и

преступники распутные, если ихъ преступленіе учинено вслѣдствіе распутства или тунеядства, и если за него назначено, по крайней мѣрѣ, 4-хъ недѣльное заключеніе въ тюрьмѣ или арестномъ домѣ; судъ можетъ назначить эту мѣру въ особо указанныхъ въ законѣ случаяхъ на ряду съ наказаніемъ или, если наказаніе не превышаетъ 3 мѣсяцевъ лишенія свободы, то вмѣсто него: срокъ пребыванія въ рабочемъ домѣ опредѣляется отъ 6 мѣс. до 3 лѣтъ (§ 42).

Наконецъ, и наше уголовное уложеніе 1903 г. знаетъ подобную же мѣру—именно помѣщеніе по приговору суда лица, учинившаго преступное дѣяніе, вслѣдствіе тунеядства или праздности, по отбытіи наказанія тюрьмой въ работный домъ срокомъ отъ 6 мѣс. до 2 лѣтъ (ст. 32) [1]).

Останавливаясь на выясненіи вопроса о томъ, какова природа работнаго дома, мы должны сказать, что по господствующему въ нашей литературѣ взгляду эта мѣра разсматривается, какъ наказаніе [2]), и только Гернетъ утверждаетъ иное, признавая за данной мѣрой характеръ мѣры защиты [3]). Такова же господствующая точка зрѣнія въ нѣмецкой литературѣ относительно юридической природы т. н. correctionnelle Nachhaft [4]).

Однако въ нѣмецкой литературѣ имѣется не мало криминалистовъ, являющихся защитниками противоположнаго взгляда [5]).

---

[1]) Интересно отмѣтить, что эта мѣра не имѣлась въ виду при составленіи проекта уголовнаго улож.; она впервые была выдвинута при разсмотрѣніи проекта въ особомъ совѣщаніи гос. сов. Именно, особое совѣщаніе остановилось „на возможности примѣненія судебной властью еще нѣкоторыхъ мѣропріятій, направленныхъ къ огражденію общественной безопасности", и, имѣя въ виду преступленія, учиненныя по тунеядству и праздности, указывало, что „едва ли съ точки зрѣнія справедливости возможно возражать противъ нѣкотораго отягощенія участи подобнаго лица присоединеніемъ къ опредѣленному за совершенное имъ дѣяніе наказанію другихъ мѣръ, способныхъ пріучить его къ работѣ и вывести изъ неблагопріятныхъ условій жизни" (Журналъ особ. сов., стр. 122).

[2]) Такова напр. точка зрѣнія Таганцева в. с. стр. 1088 и Познышева (Ученіе о карательныхъ мѣрахъ стр. 12 и Основныя начала стр. 466).

[3]) Гернетъ в. с. стр. 160.

[4]) Такъ смотритъ на этотъ вопросъ цѣлый рядъ писателей Finger, Lehrbuch s. 451; Merkel, Lehrbuch, s. 222; Meyer-Allfeld, Lehrbuch s. 308, Liszt, Lehrbuch, s. 250; Schütze, Lehrbuch s. 80; Olshausen, Kommentar, § 362 № 2 и 4; Hippel. Die korrectionnelle Nachhaft. 1889 s. 100; онъ же „Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel" s. 52; онъ же „Bettel, Landstreicherei und Arbeitscheu" s. 182; Löning. Die Verjährung (V. D. A. T. I s 448 Anm. 2).

[5]) Сюда относятся напр. Berner, Lehrbuch s. 226; Binding, Grundriss, s. 264 онъ же Lehrbuch II, 2 s. 926, Frank. Strafgesetzbuch § 362 № III, Beling, Grundzüge, s. 126 Thomsen, das deutsche Strafrecht, s. 159, 189; R. Schmidt. Aufgaben, s. 273.

При этомъ нужно замѣтить, что у большинства писателей по данному вопросу почти вовсе не приводится ближайшее обоснованіе защищаемаго ими взгляда. Только въ работахъ Гиппеля, защитника взгляда на эту мѣру, какъ на наказаніе, а также Гроблебена и Редвица, отстаивающихъ противоположную точку зрѣнія, мы найдемъ болѣе подробное обоснованіе выдвинутыхъ ими взглядовъ. Не затрогивая въ настоящее время тѣхъ положеній названныхъ авторовъ, которыя имѣютъ въ виду специфическія особенности постановленій германскаго права и прежде всего то, что по германскому уложенію судъ постановляетъ лишь передачу (Überweisung) виновнаго административной власти, отъ которой затѣмъ зависитъ и самое назначеніе данной мѣры и опредѣленіе ея срока съ максимальнымъ предѣломъ въ 2 года (§ 362), мы остановимся лишь на тѣхъ соображеніяхъ, которыя имѣютъ въ виду данный институтъ, какъ таковой, независимо отъ того ближайшаго выраженія, которое онъ получаетъ въ германскомъ законодательствѣ. Въ пользу признанія природы данной мѣры, какъ наказанія, именно дополнительнаго наказанія, приводится прежде всего общее соображеніе о томъ, что эта мѣра раздѣляетъ всѣ черты наказанія. Она, какъ говоритъ Гиппель [1]), есть нарушеніе правовыхъ благъ, есть зло, которое притомъ въ одинаковой степени соотвѣтствуетъ требованіямъ какъ воздающей справедливости, такъ и цѣлесообразности, такъ какъ идея возмездія требуетъ въ первую очередь опредѣленіе мѣры наказанія не въ соотвѣтствіи съ величиной происшедшаго нарушенія правовыхъ благъ, а съ глубиной субъективной виновности; по его словамъ, если считать эту мѣру мѣрой полицейской, то исчезаетъ всякое правовое основаніе для ея примѣненія, такъ какъ преступникъ уже отбылъ свое наказаніе, вторгаться же государству въ личную свободу индивида для того, чтобы осуществить принудительное воспитаніе подданныхъ, не есть задача государства. Но по поводу этого взгляда нужно замѣтить, что, хотя данная мѣра и заключаетъ въ себѣ вторженіе въ сферу правовыхъ благъ личности, однако это вторженіе происходитъ не въ видѣ воздаянія за учиненное и не выражаетъ собою оцѣнки учиненнаго. Оцѣнка учиненнаго выражается въ данномъ случаѣ въ томъ, что виновный подвергается извѣстному воздѣйствію въ видѣ принужденія отбыть тюремное заключеніе (по нашему праву) или арестъ (по германскому), но этимъ и исчерпывается эта

Wust l. c. s. 45; Stooss, Lehrbuch s. 247; Goldschmidt. l. c. s. 275; Kriegsmann Einführung, s. 241; Redwitz, l. c. s. 36 eff.; Grobleben, Die juristische Natur der korrectionellen Nachhaft (Gerichtssaal. B. 70 s. 212 eff.).

[1]) Hippel. Korrectionelle Nachhaft s. 109.

оцѣнка; то, что сверхъ этого, долженъ перенести виновный, вызывается представленіемъ объ особенностяхъ его психики, при которыхъ признается недостаточнымъ съ точки зрѣнія огражденія интересовъ общества одного наказанія; посколько въ дѣйствительности обнаруживаются извѣстныя особенности психики виновнаго, которыя въ нашемъ уложеніи подчеркнуты указаніемъ на то, что преступное дѣяніе совершено по тунеядству и праздности, постолько необходимо принять мѣры, которыя устраняли бы опасность, проистекающую изъ этихъ психическихъ особенностей. Здѣсь такимъ образомъ дѣло идетъ уже не объ оцѣнкѣ виновности, а принимаются мѣры огражденія отъ опасности даннаго лица. Если же стать на иную точку зрѣнія, то придется признать или то, что человѣкъ наказывается вдвойнѣ за одно и то же дѣяніе, причемъ наказаніе дополнительное можетъ оказаться даже болѣе тяжкимъ, чѣмъ главное, или же, что одно наказаніе постигаетъ его дѣяніе, а другое тотъ дефектный, антисоціальный образъ мыслей, который имъ обнаруженъ, — другими словами придется признать, что назначаются два наказаніе: одно за самый деликтъ, другое за преступное настроеніе (Gesinnung) виновнаго. Эти соображенія и должны быть рѣшающими при выясненіи природы данной мѣры. Если же кромѣ того Гроблебенъ указываетъ на то, что correctionelle Nachhaft въ первую очередь преслѣдуетъ цѣль исправленія, тогда какъ для наказанія цѣлью является быть зломъ для преступника [1]), въ чемъ онъ усматриваетъ сущность возмездія, и, если онъ притомъ еще подчеркиваетъ то, что при помощи рабочаго дома создается благодѣяніе для заключенныхъ, такъ какъ они воспитываются для правильной жизни [2]), то, какъ мы уже говорили раньше, всѣ эти признаки нельзя учитывать, какъ существенные для понятія наказанія и мѣры защиты. Точно также, если Гроблебенъ съ другой стороны выдвигаетъ то соображеніе, что о рабочемъ домѣ не говорится въ системѣ наказаній уголовнаго кодекса [3]), то, мы должны имѣть въ виду, что, какъ это не разъ подчеркивалось, мѣсто, занимаемое тѣмъ или инымъ институтомъ въ общей системѣ кодекса само по себѣ не имѣетъ еще рѣшающаго значенія при выясненіи природы этого института. Наконецъ, если Редвицъ въ пользу признанія данной мѣры мѣрой безопасности приводитъ то соображеніе, что она преслѣдуетъ исключительно цѣль исправленія [4]), то и одно это обстоя-

[1]) Grobleben l. c. s. 222.
[2]) Ib. s. 224.
[3]) Ib. s. 241.
[4]) Redwitz l. c. s. 44.

тельство еще не является рѣшающимъ, если при этомъ не указывается, что она чужда элемента оцѣнки учиненнаго. Заслуживаютъ однако вниманія его замѣчанія о томъ, что нельзя считать данную мѣру дополнительнымъ наказаніемъ, такъ какъ это противорѣчитъ самому представленію о взаимоотношеніи между главными и дополнительными наказаніями; здѣсь, по его словамъ отсутствуетъ всякая разумная пропорція въ отношеніи главнаго наказанія [1]). Онъ замѣчаетъ при этомъ, что дѣленіе наказанія на главное и дополнительное можетъ быть оправдываемо тѣмъ, что законодатель въ этомъ случаѣ выставляетъ наказанія (Strafübel), которыя касаются различныхъ интересовъ виновнаго, или же затрагиваютъ одни и тѣ же его интересы, но существенно различнымъ образомъ, и что въ этомъ отношеніи прежде всего одно зло должно быть въ сравненіи съ другимъ дѣйствительно второстепеннымъ; въ данномъ же случаѣ всего этого, по его словамъ, нѣтъ—обѣ мѣры (арестъ и рабочій домъ) направляются въ отношеніи свободы преступника, къ тому же дополнительное наказаніе здѣсь значительно суровѣе, чѣмъ главное. Это несоразмѣрно строгое „дополнительное наказаніе“ обосновывается исключительно цѣлесообразностью и не можетъ быть разсматриваемо, какъ наказаніе въ юридическомъ смыслѣ.

Что же касается далѣе указанія Гиппеля на то, что наказаніе должно соотвѣтствовать глубинѣ субъективной виновности, то, признавая всю правильность этой точки зрѣнія, мы должны однако помнить, что при примѣненіи работнаго дома рѣчь идетъ не о томъ, что глубина субъективной виновности требуетъ усиленія кары, а о томъ, что опасность лица, хотя бы и при незначительной его виновности въ данномъ случаѣ, требуетъ принятія особенной мѣры охраны.

Такимъ образомъ, помѣщеніе въ рабочій домъ мы должны считать не наказаніемъ, а мѣрой защиты. И въ этомъ отношеніи интересно отмѣтить, что во французской литературѣ не возникаетъ сомнѣнія относительно природы мѣры, сходной съ рабочимъ домомъ—помѣщенія въ особые пріюты лицъ, занимающихся нищенствомъ, послѣ отбытія ими наказанія, положеннаго по закону за этотъ деликтъ (art. 274); по общему признанію французской литературы, эта мѣра есть не наказаніе, а мѣра полицейская, причемъ въ обоснованіе этого взгляда приводятся обыкновенно соображенія о томъ, что эта мѣра примѣняется сверхъ наказанія, по отбытіи его [2]).

---

[1]) Ib. s. 48.

[2]) Chauveau l. c. t. III p. 327, Garraud l. c. t. II p. 411, Garçon l c. p. 659.

§ 11. Въ качествѣ особой мѣры соціальной защиты слѣдуетъ отмѣтить то лишеніе свободы, которое примѣняется въ отношеніи общеопасныхъ рецидивистовъ, по отбытіи ими наказанія за учиненные ими деликты. Эта мѣра нашла себѣ выраженіе въ англійскомъ законѣ Prevention of crimes act 1908 г. Въ силу этого закона судъ, въ случаѣ согласія самого преступника или же признанія его присяжными засѣдателями привычнымъ преступникомъ (habitual criminal), при присужденіи его къ каторжнымъ работамъ, можетъ опредѣлить, что въ виду преступныхъ привычекъ и образа жизни осужденнаго, послѣдній для огражденія общества (if it is expedient for the protection of the public) долженъ быть заключенъ подъ стражу на болѣе продолжительное время, а потому въ дополнительномъ приговорѣ судъ можетъ постановить, что осужденный по окончаніи срока отбытія каторжныхъ работъ подлежитъ дальнѣйшему заключенію подъ стражей на срокъ не свыше 10 и не ниже 5 лѣтъ. Въ самомъ текстѣ закона при этомъ указывается, что это заключеніе должно считаться предупредительнымъ (preventive detention), чѣмъ особенно подчеркивается его своеобразная природа въ противоположность наказанію; кромѣ того, здѣсь же установляется, что отбытіе наказанія должно предшествовать отбытію мѣры охраны и что послѣднее производится въ особыхъ тюрьмахъ или особыхъ частяхъ тюремъ, спеціально для этого предназначенныхъ [1]).

Подобная же мѣра извѣстна и проектамъ новыхъ уложеній. Такъ, швейцарскій проектъ установляетъ, что преступниковъ привычныхъ, т. е. лицъ, присужденныхъ неоднократно къ лишенію свободы и обнаруживающихъ склонность къ преступленіямъ или къ разврату и тунеядству, судъ можетъ помѣстить, вмѣсто тюрьмы, въ особое учрежденіе (Verwahrungsanstalt); здѣсь осужденный обязанъ оставаться до окончанія назначеннаго ему срока наказанія и, во всякомъ случаѣ, не менѣе 5 лѣтъ, а если онъ былъ уже раньше помѣщенъ сюда, то не менѣе 10 лѣтъ; по истеченіи 3 лѣтъ

[1]) Еще раньше, чѣмъ въ Англіи, подобныя же мѣры охраны въ отношеніи опасныхъ преступниковъ привычныхъ были введены въ австралійскомъ законодательствѣ. По закону 1905 г. въ Новомъ Южномъ Валлисѣ вводится право суда помѣщать опасныхъ преступниковъ, учинившихъ повторно опредѣленныя преступныя дѣянія, въ законѣ точно указанныя, по отбытіи ими наказанія, въ особыя учрежденія на неопредѣленное время, причемъ указывается особый режимъ содержанія этихъ лицъ, отличный отъ содержанія въ обыкновенныхъ тюрьмахъ; губернатору предоставляется право примѣненія въ отношеніи этихъ лицъ досрочнаго условнаго освобожденія на два года, по истеченіи которыхъ данный субъектъ уже не разсматривается въ качествѣ „привычнаго преступника“; то же установлено и въ Новой Зеландіи по закону 1906 г.

онъ можетъ быть досрочно освобожденъ, во всякомъ же случаѣ онъ освобождается по прошествіи 20 лѣтъ; условно освобожденный можетъ быть обратно возвращенъ въ указанное учрежденіе въ случаѣ повторенія преступленія въ теченіе 3 лѣтъ—въ противномъ случаѣ, онъ окончательно освобождается (§ 31). Австрійскій же проектъ опредѣляетъ въ отношеніи привычныхъ преступниковъ, признаваемыхъ общеопасными, подъ которыми надо разумѣть лицъ, учинившихъ опредѣленныя преступленія, приговоренныхъ, по крайней мѣрѣ, дважды къ исправительному дому и совершившихъ въ теченіе 5 лѣтъ со времени отбытія послѣдняго наказанія такое же преступленіе, что эти лица могутъ быть по отбытіи наказанія и далѣе лишены свободы (weiterhin angehalten werden), не свыше однако 10 лѣтъ, причемъ мѣстомъ отбытія этой мѣры служитъ или особое учрежденіе, или особое отдѣленіе обычныхъ мѣстъ заключенія (§§ 36—38). Наконецъ, въ сербскомъ проектѣ установляется, что повторные рецидивисты, по постановленію суда, могутъ быть по отбытіи назначеннаго имъ наказанія оставлены еще въ тюрьмѣ на неопредѣленное время, если на основаніи совершенныхъ ими дѣяній и образа ихъ жизни можно признать, что они не прекратятъ дальнѣйшаго совершенія преступленій и тѣмъ опасны для общества (§ 40).

Это лишеніе свободы, по общему мнѣнію криминалистовъ, разсматривается не въ качествѣ наказанія, а въ качествѣ мѣры соціальной защиты.

§ 12. Какъ мѣра безопасности, далѣе, долженъ разсматриваться полицейскій надзоръ, который характеризуется, какъ запрещеніе измѣнять мѣсто жительства и удаляться безъ особеннаго дозволенія полиціи, равно какъ воспрещеніе жительства и пребыванія въ извѣстныхъ мѣстностяхъ (ст. 58^1 и 58^2 улож. о нак.), или та тождественная съ нимъ мѣра, которая извѣстна угол. улож. 1903 г. подъ именемъ ограниченія въ правѣ избранія и перемѣны мѣста жительства (ст. 34 и 35). Самая сущность полицейскаго надзора покоится на предположеніи о томъ, что лица, отбывшія наказанія за преступныя дѣянія, представляютъ опасность для общества, какъ однажды уже совершившія преступное дѣяніе, вслѣдствіе чего признается необходимымъ и послѣ освобожденія ихъ отъ назначеннаго наказанія подвергнуть ихъ извѣстнымъ ограниченіямъ для того, чтобы органамъ администраціи можно было съ успѣхомъ наблюдать за ними и тѣмъ имѣть возможность предупредить учиненіе ими новыхъ преступленій. Эта мѣра вызывается не фактомъ учиненнаго правонарушенія, какъ таковымъ, а пред-

ставленіемъ о той опасности, которая предполагается за даннымъ преступникомъ. Конечно, естественно было бы эту мѣру примѣнять лишь тамъ, гдѣ эта опасность можетъ дѣйствительно существовать по самому характеру данной преступной дѣятельности, т. е. слѣдовало бы связывать эту мѣру съ фактомъ преступленія, а не съ характеромъ наказанія, но напр. наше улож. о нак. и угол. улож. 1903 г., въ противоположность германскому уложенію (§ 38), поступаютъ иначе, создавая презумпцію опасности въ отношеніи всякаго лица, отбывшаго наказаніе не ниже тюрьмы съ лишеніемъ нѣкоторыхъ особенныхъ правъ. Интересно отмѣтить, что составители проекта улож. о нак. прямо исходили изъ этой презумпціи; по крайней мѣрѣ, въ объясненіяхъ къ проекту мы читаемъ: „сіи лица нѣкоторое время состоятъ подъ особымъ надзоромъ полиціи; сіе, кажется, необходимо, ибо люди, однажды учинившіе преступленіе довольно важное, всегда болѣе или менѣе подозрительны и легко покушаются на совершеніе новыхъ“ [1]). Впрочемъ, надо имѣть въ виду, что по ст. 1050 и 1052 улож. о нак допускается примѣненіе полицейскаго надзора и по отношеніи къ лицамъ, присужденнымъ къ денежному взысканію [2]), и въ этомъ случаѣ уже обращается вниманіе не на характеръ наказанія, а на значеніе той дѣятельности, которая вызываетъ потребность въ принятіи данной мѣры (нарушеніе нѣкоторыхъ постановленій о воспитаніи юношества).

Что касается природы полицейскаго надзора, то въ нашей литературѣ всѣ криминалисты согласно опредѣляютъ полицейскій надзоръ, какъ дополнительное наказаніе [3]). На этой же точкѣ зрѣнія стоятъ французскіе криминалисты, имѣя въ виду, какъ полицейскій надзоръ (surveillance de la haute police), такъ и замѣнившій его по закону 27 мая 1885 г. институтъ запрещенія пребыванія (interdiction de séjour), хотя они и подчеркиваютъ при этомъ особенный характеръ этой мѣры [4]). Точно также

---

[1]) Проектъ в. с. стр. 17.

[2]) Кромѣ того по ст. 939[1] ул. о нак. (прод. 1912 г.) надзоръ полиціи присоединяется къ тюремному заключенію на срокъ отъ 2 до 8 мѣс., не соединенному съ лишеніемъ правъ.

[3]) Ср. Кистяковскій в. с. стр. 819 „какъ мѣра стѣсненія гражданской свободы лица, онъ долженъ быть причисленъ къ наказаніямъ“; Бѣлогрицъ-Котляревскій в. с. стр. 297: „..одинъ изъ видовъ лишенія свободы, такъ какъ представляетъ собой рядъ ограниченій личности“. То же Фойницкій в. с. стр. 84 и 483, Таганцевъ в. с. стр. 1079, Сергѣевскій в с. стр. 201, Познышевъ, Ученіе о карательныхъ мѣрахъ стр. 137 и Основныя начала стр. 466 и 606.

[4]) Ortolan l. c. t. II, p. 181: „ce n'est pas une peine de répression, c est une peine de prévention“, Chauveau et Hélie. Théorie I, p. 186: „cette surveillance

и въ германской литературѣ господствуетъ взглядъ на полицейскій надзоръ, какъ на наказаніе [1]). Но, если мы вникнемъ въ самую сущность этой мѣры, то мы должны признать, что полицейскій надзоръ не есть наказаніе, а мѣра охраны. Это признаютъ и нѣкоторые германскіе ученые [2]). Дѣйствительно, самая сущность полицейскаго надзора заключается въ томъ, что здѣсь мы считаемся съ той опасностью, какую представляетъ для общежитія преступникъ, въ силу чего и признается необходимымъ даже по отбытіи имъ наказанія примѣнять къ нему еще особыя мѣры, направленныя на воспрепятствованіе ему проявлять свою вредную дѣятельность по отношенію къ обществу. Съ точки же зрѣнія нашего права характеръ полицейскаго надзора, какъ мѣры безопасности, особенно рельефно проявляется въ томъ, что въ улож. о нак. есть случай, когда эта мѣра примѣнима и тамъ, гдѣ о примѣненіи наказанія рѣчи быть не можетъ. Это—ст. 122 улож. о нак., гдѣ говорится, что „если всѣ согласившіеся учинить какое - либо преступленіе, впослѣдствіи прежде всякаго на оное покушеніе сами по собственной волѣ отступили отъ своего намѣренія и сіе преступленіе не принадлежитъ къ числу тѣхъ, въ коихъ закономъ полагается наказаніе и за одинъ на нихъ умыселъ, то они освобождаются отъ всякаго наказанія, но, смотря по обстоятельствамъ могутъ быть отданы на опредѣленное болѣе или менѣе продолжительное время подъ надзоръ полиціи". Съ другой стороны тотъ фактъ, что въ извѣстныхъ случаяхъ по нашему праву допускается примѣненіе полицейскаго надзора за дѣянія маловажныя, обложенныя лишь денежнымъ взысканіемъ, свидѣтельствуетъ о томъ, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ мѣрой, которая не есть сама по себѣ наказаніе, такъ какъ она вызывается самымъ характеромъ правонарушенія, свидѣтельствующаго

---

n'est point, à proprement parler, une peine"; Garçon l. c. p. 97 n. 10; Wachet L'interdiction de séjour. 1913 p 82. Гаппо (Garraud, Traité II p. 299), хотя и замѣчаетъ относительно этой мѣры „moins une peine qu'une mesure destinée à empêcher la récidive", однако далѣе называетъ ее наказаніемъ (ib. p. 312).

[1]) См. напр. Olshausen, Kommentar § 38; Fuhr, l. c. s. 279; Zucker. Die Polizeiaufsicht. 1894 s. 21; Meyer-Allfeld, Lehrbuch s. 310; Finger, Lehrbuch s. 489; Merkel, Lehrbuch, s. 222; Liszt, Lehrbuch s. 269, хотя въ другомъ мѣстѣ онъ замѣчаетъ: „als Sicherungsmittel nach verbusster Strafe dient die Polizeiaufsicht" (ib. s. 81 n. 8).

[2]) Berner. Lehrbuch, s. 226; Beling. Grundzüge s. 126; Binding Handbuch I, s 873; то же въ Grundriss s. 264, Thomsen. Das deutsche Strafrecht s 188; l. c. Frank. Strafgesetzbuch § 39; Grobleben l. c. s. 246; Goldschmidt. s. 278; Kriegsmann. Einführung s. 250. Stooss. Lehrbuch, s. 250; G. Meyer. Lehrbuch s. 151—„polizeiliche Massregel, welche aber nur auf Grund eines gerichtlichen Erkentnisses verhängt werden darf".

объ извѣстной опасности его учинителя, и эта мѣра по своей тяжести оказывается интенсивнѣе, чѣмъ то наказаніе, которое въ данномъ случаѣ опредѣляется.

Что же касается тѣхъ соображеній, которыя приводятся въ пользу признанія за полицейскимъ надзоромъ характера наказанія, то они сводятся къ извѣстнымъ уже намъ указаніямъ на то, что онъ есть зло, вторженіе въ правовую сферу лица (Фуръ) [1]), что законъ его прямо именуетъ наказаніемъ и что онъ назначается въ приговорѣ, который основывается на прошломъ, а не на будущемъ (Ваше) [2]). Однако всѣ эти указанія не имѣютъ рѣшающаго значенія при выясненіи природы полицейскаго надзора по приведеннымъ раньше соображеніямъ.

Наконецъ, надо имѣть въ виду, что въ нашемъ правѣ наряду съ полицейскимъ надзоромъ особо поставлена мѣра, которая также не является наказаніемъ,—именно то наблюденіе, которому подвергается условно освобожденный изъ мѣста заключенія и которое также сопровождается рядомъ ограниченій въ свободѣ передвиженія (ст. 19 закона объ условномъ досрочномъ заключеніи 22 іюня 1909 г.), причемъ эти ограниченія имѣютъ нѣсколько иное значеніе, чѣмъ тѣ, которыя сопровождаютъ обыкновенно полицейскій надзоръ, такъ какъ по общему правилу, если условно освобожденный нарушитъ условія, на коихъ ему предоставлена свобода, то досрочное освобожденіе можетъ быть отмѣнено (ст. 20). Это наблюденіе есть такъ же, какъ и полицейскій надзоръ, мѣра защиты.

§ 13. Слѣдующій видъ мѣръ защиты образуетъ пораженіе извѣстныхъ правъ, вызываемое особой опасностью, которую въ томъ или иномъ отношеніи представляетъ лицо, учинившее преступное дѣяніе. Его назначеніе заключается въ воспрепятствованіи преступнику снова учинить тотъ деликтъ, который вытекаетъ изъ ненадлежащаго пользованія извѣстными правами. Въ этомъ отношеніи нужно замѣтить, что вообще лишеніе правъ обыкновенно бываетъ используемо, какъ наказаніе, въ частности, какъ дополнительное наказаніе, присоединяемое къ другимъ, главнымъ, и въ этомъ случаѣ оно выражаетъ собою оцѣнку преступнаго дѣянія, какъ и всякое другое наказаніе, или являясь послѣдствіемъ присужденія къ извѣстнымъ наказаніямъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ нашемъ правѣ, или вытекая изъ особенностей опредѣленныхъ деликтовъ, съ учине-

---

[1]) Fuhr l. c. s. 279.

[2]) Wachet l c. p. 83.

ніемъ которыхъ признается несовмѣстимымъ пользованіе извѣстными правами, какъ это принято, напр. въ германскомъ правѣ: поскольку тяжесть или особый характеръ извѣстныхъ дѣяній вызываетъ необходимость примѣненія лишенія опредѣленныхъ правъ, постолько въ этомъ лишеніи правъ слѣдуетъ усматривать оцѣнку преступныхъ дѣяній [1]). Но на ряду съ подобнымъ лишеніемъ правъ, какъ дополнительнымъ наказаніемъ, существуетъ и такой его видъ, который выполняетъ иныя функціи, нежели наказаніе,—это лишеніе права заниматься извѣстной профессіей или промысломъ. Примѣненіемъ подобнаго правопораженія не имѣется въ виду дать оцѣнку преступному дѣянію; имъ лишь обезпечиваются интересы общества отъ возможности новаго учиненія преступленія даннымъ лицомъ, которое признается опаснымъ для общества, поскольку въ его преступной дѣятельности обнаруживается стремленіе использовать во вредъ опредѣленнымъ интересамъ принадлежащее ему право заниматься опредѣленной профессіей. Сохраненіе подобнаго права за даннымъ лицомъ представляется несоотвѣтствующимъ требованіямъ правопорядка; отсюда возникновеніе потребности обезвредить опаснаго субъекта путемъ отнятія у него этого права.

Такимъ образомъ, какъ слѣдуетъ изъ сказаннаго, въ институтѣ правопораженій необходимо различать два самостоятельныхъ института—правопораженіе, какъ наказаніе, и какъ мѣру защиты. Но обыкновенно оба эти вида лишенія правъ не различаются ни въ законодательствѣ, ни въ доктринѣ уголовнаго права, и въ частности, какъ въ нашей, такъ и въ германской литературѣ, господствуетъ взглядъ на то, что лишеніе правъ есть всегда дополнительное наказаніе. Однако можно замѣтить, что въ нѣмецкой литературѣ высказывается уже иная точка зрѣнія, находящая себѣ извѣстное отраженіе и въ проектахъ новыхъ уголовныхъ уложеній. Тѣ писатели, которые останавливали свое вниманіе на существованіи особыхъ мѣръ защиты, отличныхъ отъ наказанія, и выясняли ихъ сущность, должны были придти къ тому выводу, что въ нѣкоторыхъ категоріяхъ правопораженій находитъ себѣ выраженіе та идея, которая ха-

---

[1]) Въ германской литературѣ тѣ случаи, когда лишеніе правъ присоединяется къ присужденію къ извѣстнымъ наказаніямъ ipso jure, какъ ихъ законное послѣдствіе, обыкновенно разсматриваются (см. напр. Liszt, Lehrbuch s. 253, Binding, Handbuch s. 328), не какъ наказаніе, а какъ особыя мѣры, именуемыя Rechtsverwirkungen—„отнятіемъ права“, однако эти мѣры по своему существу являются тѣми же наказаніями, отличаясь отъ прочихъ наказаній лишь особымъ порядкомъ своего назначенія—не въ силу спеціальнаго приговора суда, а прямого указанія закона.

рактеризуетъ мѣры защиты въ противоположность наказанію. Это проводится напр. у Штосса [1]), Франка [2]), Редвица [3]), Фингера [4]), отчасти Гольдшмидта [5]), которые признаютъ за извѣстными категоріями правопораженій значеніе мѣръ превентивныхъ или мѣръ безопасности [6]).

Болѣе широкій взглядъ высказываетъ въ этомъ отношеніи Томсенъ, который во всякомъ правопораженіи германскаго права, въ томъ числѣ и въ пораженіи гражданскихъ почетныхъ правъ (burgerliche Ehrenrechte) усматриваетъ мѣру защиты, а не наказаніе [7]), исходя съ одной стороны изъ того чисто внѣшняго обстоятельства, что германское уложеніе (§ 45) говоритъ о назначеніи правопораженій наряду съ наказаніемъ, а съ другой, принимая во вниманіе то, что существуетъ особый институтъ реабилитаціи наряду съ помилованіемъ; кромѣ того, по его мнѣнію, смыслъ лишенія правъ заключается въ стремленіи воспрепятствовать преступнику пользоваться гражданскими правами, такъ какъ можно опасаться, что, посколько дѣло будетъ идти о его интересахъ, онъ будетъ поступать безчестно (unehrlich); такимъ образомъ, замѣчаетъ Томсенъ, это лишеніе правъ не есть наказаніе, а мѣра предупредительная (Vorbeugungsmittel). Едва ли однако можно согласиться съ правильностью этого взгляда.

---

[1]) Stooss. Lehrbuch s. 225. „der Verlust von Rechten und Befugnisse ist in der Tat dem Wesen nach eine sichernde Massnahme Nicht die Bedeutung der strafbaren Handlungen entscheidet uber die Massnahme, sondern die Personlichkeit des Täters und das Urteil daruber, ob das Verhalten des Taters einen weiteren Missbrauch seines Berufes besorgen lässt".

[2]) Frank l. c s. 44 усматриваетъ Präventionsmassregeln въ пораженіяхъ правъ, указанныхъ въ § 161 (лишеніе права быть допрашиваемымъ подъ присягой въ качествѣ свидѣтеля или эксперта, какъ послѣдствіе лжеприсяги) и § 319 герм. ул. (лишеніе права занятія должности на желѣзно-дорожной или телеграфной службѣ, какъ послѣдствіе учиненія нѣкоторыхъ нарушеній, связанныхъ съ неисполненіемъ обязанностей въ этихъ сферахъ).

[3]) Redwitz l. c s. 143 болѣе правильно, чѣмъ Франкъ, усматриваетъ мѣру защиты только въ правопораженіи, указанномъ въ § 319 угол. улож.

[4]) Finger l. c. s. 488 признаетъ природу полицейскаго мѣропріятія (die Natur von polizeilich präventiven bezw. fiskalischen Massregeln) за цѣлымъ рядомъ правопораженій, извѣстныхъ т. н. Nebengesetze (напр § 30 Branntweinsteuergesetz 1887; § 145 Vereinszollgesetz; § 5 Brausteuergesetz; § 11, 24, 35 и 56 Zuckersteuergesetz).

[5]) Goldschmidt l. c. s. 413 замѣчаетъ вообще относительно многихъ правопораженій, что ихъ часто трудно отличить отъ предупредительныхъ мѣръ (Präventivmassregeln).

[6]) Нужно однако имѣть въ виду, что еще Тонъ (Thon l. c. s. 67) указывалъ, что отнятіе права, подавшаго поводъ къ правонарушенію, есть не наказаніе, а защита (Sicherung)

[7]) Thomsen. Das deutsche Strafrecht s. 190.

То предупредительное значеніе всякаго правопораженія, которое выдвигается на первый планъ Томсеномъ, есть моментъ, присущій любому наказанію, а между тѣмъ именно въ томъ обстоятельствѣ, что извѣстныя правопораженія вызываются опредѣленными преступными дѣяніями въ виду ихъ свойствъ или тяжести, заключается представленіе о томъ, что здѣсь дается оцѣнка преступнаго дѣянія,—тяжесть и свойство преступнаго дѣянія измѣряются тяжестью и свойствомъ тѣхъ правопораженій, которыя дополняютъ собой главныя наказанія, чѣмъ вмѣстѣ съ тѣмъ подчеркивается особое значеніе отдѣльныхъ деликтовъ, требующихъ усиленной репрессіи.

Нужно замѣтить, что даже въ нашемъ правѣ ощущается до извѣстной степени различіе правопораженій, какъ наказаній, и какъ мѣръ безопасности; въ улож. о нак. это наглядно выражается въ томъ, что тѣ три правопораженія, которыя являются наказаніемъ, входятъ въ самую лѣстницу наказаній (лишеніе всѣхъ правъ, лишеніе всѣхъ особенныхъ правъ и лишеніе нѣкоторыхъ особенныхъ правъ ст. 17 и 30 ул. о нак.), тогда какъ о „запрещеніи производства прежняго ремесла или промысла“ говорится отдѣльно отъ лишенія правъ, какъ наказанія, и самая эта мѣра содержится въ перечнѣ тѣхъ мѣръ, которыя присоединяются къ наказаніямъ (ст. 58 улож. о нак.). Точно также въ уголовномъ улож. 1903 г. до извѣстной степени противопоставляется пораженіе правъ, какъ наказаніе, присоединяющееся къ другимъ наказаніямъ (ст. 25—30), въ видѣ послѣдствія присужденія къ нимъ, и „лишеніе права заниматься опредѣленнымъ въ законѣ видомъ торговли и промысловъ или иною указанной въ законѣ дѣятельностью“ (ст. 33), которое, хотя и именуется дополнительнымъ наказаніемъ, но поставлено совершенно отдѣльно отъ другихъ правопораженій, какъ дополнительныхъ наказаній; При этомъ слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что въ Объясн. зап. къ проекту угол. улож. въ качествѣ особенностей этой послѣдней мѣры, приводится именно то, что является характернымъ для мѣры защиты, а не для наказанія. Ссылаясь на мнѣніе комиссіи государственнаго совѣта, выработавшей основныя начала новой карательной системы, Объяснит. записка указываетъ, что „пораженіе такихъ правъ должно быть назначаемо за тѣ преступныя дѣянія, которыя по сопровождавшимъ ихъ обстоятельствамъ могутъ сдѣлать опаснымъ сохраненіе за осужденнымъ этихъ правъ въ виду усмотрѣнной судомъ его неспособности, или даже нерадѣнія, или же злоупотребленія сими правами. Преступныя дѣянія этого рода должны быть означены

въ самомъ законѣ, но суду слѣдуетъ предоставить назначеніе такого ограниченія независимо отъ тяжести главнаго наказанія, которому подвергнутъ осужденный, такъ какъ опасность пользованія правами профессіональными можетъ быть весьма значительною и при сравнительно маловажныхъ преступныхъ дѣяніяхъ“ [1]) И эта особенная природа даннаго правопораженія, вызываемаго представленіемъ о той опасности для общества, которую можетъ обнаружить преступникъ, если сохранить за нимъ пользованіе тѣмъ правомъ, посредствомъ злоупотребленія коимъ выполнено его преступное дѣяніе, ясно сказывается въ особенной части кодексовъ, гдѣ ближе опредѣляются, какъ сущность правопораженій этого рода, такъ и характеръ преступныхъ дѣяній, вызывающихъ потребность примѣненія ихъ, равно какъ и условія ихъ примѣненія.

Въ улож. о нак. и въ угол. улож. мы находимъ цѣлый рядъ статей, которыя предусматриваютъ примѣненіе данной мѣры: при этомъ можно замѣтить, что эта мѣра въ улож. о нак. примѣняется преимущественно безсрочно,—таково: лишеніе права продавать или приготовлять напитки или что-нибудь съѣстное и выдѣлывать посуду для приготовленія или храненія сихъ припасовъ (ст. 865), которое назначается въ случаѣ, если послѣдствіемъ приготовленія или продажи вредныхъ для здоровья съѣстныхъ припасовъ или напитковъ будетъ причиненіе кому-либо смерти; лишеніе права продавать ядовитыя и сильнодѣйствующія (ст. 867, 868), а также лекарственныя вещества (ст. 883), лишеніе права управлять аптеками и содержать ихъ (ст. 885, 887, 888, 890, 894, 898), какъ послѣдствіе нарушенія правилъ о приготовленіи и отпускѣ лекарствъ изъ аптекъ; запрещеніе отправленія фармацевтической практики въ подобныхъ же случаяхъ (ст. 898); лишеніе права ходатайства по чужимъ дѣламъ (ст. 939), какъ послѣдствіе возбужденія къ начатію или продолженію противузаконныхъ исковъ и жалобъ; лишеніе права содержать гостинницы, меблированныя комнаты (ст. 958), какъ послѣдствіе необъявленія полиціи о прибывающихъ и выбывающихъ и т. п. дѣяній; лишеніе права торговать порохомъ (ст. 986^{2}) за нарушеніе правилъ о храненіи пороха; лишеніе права содержать склады взрывчатыхъ веществъ въ подобныхъ же случаяхъ (ст. 986^{3}); лишеніе права содержать ссудную кассу (ст. 992^{1}—992^{4}), какъ послѣдствіе нарушенія правилъ объ открытіи и содержаніи ссудныхъ кассъ; лишеніе права быть раввиномъ (ст. 1053), какъ послѣдствіе неисполненія обязанностей по

[1]) Объясн. зап т. I стр. 224.

надзору за частнымъ воспитаніемъ дѣтей евреевъ; лишеніе права на содержаніе дилижансовъ и транспортовъ (ст. 1113), какъ послѣдствіе нарушенія извѣстныхъ правилъ; лишеніе права торговли, примѣняемаго въ отношеніи неосторожнаго банкрота (ст. 1165) или какъ послѣдствіе неисполненія правилъ о веденіи книгъ (ст. 1173), употребленія мѣръ и вѣсовъ, не имѣющихъ установленныхъ клеймъ ст. 1175) или невѣрныхъ (ст. 1176), или же какъ послѣдствіе разглашенія приказчикомъ свѣдѣній въ подрывъ кредиту хозяина (ст. 1187); лишеніе права содержанія банкирскихъ конторъ (ст. 1174^2 и 1174^4) за нарушеніе извѣстныхъ правилъ; запрещеніе входа въ биржевыя собранія, какъ послѣдствіе незаконнаго маклерства (ст. 1278); лишеніе права мастера держать учениковъ (ст. 1379) и лишеніе права мастера (ст. 1384), какъ послѣдствіе нарушенія правилъ объ управленіи учениками; лишеніе права на новые поиски (ст. 594), какъ послѣдствіе нѣкоторыхъ нарушеній при производствѣ золотого или платиноваго промысла, причемъ надо имѣть въ виду, что обыкновенно эта мѣра налагается тогда, когда преступное дѣяніе совершается не въ первый разъ. Въ другихъ случаяхъ эта мѣра назначается на извѣстный срокъ: лишеніе на 5 лѣтъ права заниматься лѣсною промышленностью за укрывательство или покупку завѣдомо похищеннаго лѣса (ст. 822); лишеніе права управленія аптекой на время отъ 6 мѣс. до 1 г., или на 1 годъ, или на время отъ 1 до 2 лѣтъ (ст. 884, 886 и 894); лишеніе права вступать въ строительные подряды срокомъ отъ 1 г. до 2 л. и даже до 6 лѣтъ (ст. 1058, 1060), запрещеніе ходить въ море въ качествѣ корабельщика на срокъ отъ 2 до 3 лѣтъ (ст. 1242); лишеніе права завѣдывать фабриками и заводами на время до 2 лѣтъ (ст. 1359^2). Наконецъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ это лишеніе права занятій назначается до наступленія извѣстнаго обстоятельства — воспрещеніе практики впредь до выдержанія новаго испытанія (ст. 870), какъ послѣдствіе явныхъ ошибокъ со стороны врача, оператора, акушера и повивальной бабки, по незнанію своего искусства, воспрещеніе производства какихъ-либо строеній до полученія аттестата о пріобрѣтеніи достаточныхъ познаній (ст. 1061), какъ послѣдствіе важныхъ неправильностей и упущеній со стороны архитектора, архитекторскаго помощника или иного техника строителя, по незнанію своего искусства; запрещеніе ходить въ море до полученія новаго свидѣтельства о пріобрѣтеніи достаточныхъ для исполненія обязанностей корабельщика познаній (ст. 1244), какъ послѣдствіе причиненія вреда кораблю отъ недостатка его знаній.

Что же касается угол. улож., то оно въ общемъ сохраняетъ случаи пораженія права занятій, извѣстные улож. о нак., прида-

вая однако имъ обыкновенно срочный характеръ; такъ, въ немъ говорится о лишеніи права торговли лекарственными веществами срокомъ отъ 1 до 5 лѣтъ (ст. 198), о запрещеніи права занятія фармацевтической практикой на срокъ отъ 6 мѣс. до 2 лѣтъ (ст. 202), лишеніе права продавать, имѣть у себя и употреблять въ производствѣ ядовитыя и сильнодѣйствующія вещества срокомъ отъ 1 до 5 лѣтъ (ст. 204, 205), права торговли на тотъ же срокъ (ст. 218), права содержать заведеніе для изготовленія огнестрѣльныхъ и взрывчатыхъ веществъ и снарядовъ на тотъ же срокъ (ст. 224), права торговать ими и имѣть складъ оныхъ на тотъ же срокъ или даже навсегда (ст. 225, 228), права управлять гостинницей навсегда (ст. 266), лишеніе права торговли и права быть редакторомъ на срокъ отъ 1 до 5 лѣтъ, какъ послѣдствіе храненія для продажи или распространенія завѣдомо безстыдныхъ произведеній печати (ст. 281), права содержать ссудную кассу, банкирское заведеніе или мѣняльную лавку на срокъ отъ 1 до 5 лѣтъ или навсегда (ст. 319, 322), права завѣдывать заводомъ, фабрикой, промысломъ или заведеніемъ на срокъ отъ 1 до 5 лѣтъ (ст. 364), воспрещеніе технику или оптовому подрядчику производство работъ на тотъ же срокъ или навсегда (ст. 382), лишеніе права на новые поиски (ст. 447), воспрещеніе на срокъ отъ 6 м. до 3 л. дѣятельности, при осуществленіи которой виновнымъ вслѣдствіе несоблюденія должныхъ правилъ была причинена смерть или тѣлесное поврежденіе (ст. 464 и 474), воспрещеніе практики врачу и повивальной бабки на срокъ отъ 1 года до 5 лѣтъ, какъ послѣдствіе умерщвленія плода (ст. 466), лишеніе права быть капитаномъ, управляющимъ судномъ, лоцманомъ или проводникомъ на тотъ же срокъ, какъ послѣдствіе неоказанія помощи (ст. 493) или оставленія въ опасности (ст. 495 также и въ отношеніи управляющаго желѣзнодорожнымъ поѣздомъ или паровозомъ), лишеніе права служить на желѣзной дорогѣ, при водномъ пути, на пароходѣ или морскомъ суднѣ, а равно быть подрядчикомъ по желѣзнодорожнымъ сооруженіямъ или по сооруженію пароходовъ и морскихъ судовъ на тотъ же срокъ, какъ послѣдствіе поврежденія, нарушившаго безопасность желѣзнодорожнаго движенія или плаванія (ст. 558, 559), лишеніе права производить постройки и вступать въ строительные подряды оптомъ на тотъ же срокъ (ст. 561), лишеніе права торговли навсегда или на тотъ же срокъ неосторожнаго банкрота (ст. 603), лишеніе права завѣдыванія или распоряженія установленіями, товариществами и обществами, какъ послѣдствіе легкомысленнаго веденія дѣлъ (ст. 604), лишеніе навсегда права содержать ссудную кассу или быть въ ней приказчикомъ, какъ послѣдствіе ростовщичества (ст. 608), лишеніе

права заниматься лѣснымъ промысломъ на срокъ отъ 1 года до 5 лѣтъ (ст. 626).

Наконецъ, мы находимъ рядъ подобныхъ же постановленій въ уст. объ акц. сбор., какъ-то: лишеніе права на производство издѣлій изъ вина и спирта, не подлежащихъ платежу акциза (ст. 1083), права производить торговлю водочными издѣліями и крѣпкими напитками (ст. 1087, 1112, 1114, 1117), права заниматься дрожжевымъ производствомъ (ст. 1089), права заниматься выдѣлкой освѣтительныхъ нефтяныхъ маслъ (ст. 1253, 1254), права заниматься спичечнымъ производствомъ (ст. 1260), права заниматься гильзовымъ производствомъ (ст. 1270^{6}), права продажи и приготовленія искусственныхъ сладкихъ веществъ (ст. 1270^{15})—во всѣхъ этихъ случаяхъ рѣчь идетъ о пожизненномъ характерѣ данной мѣры; кромѣ того есть случаи примѣненія ея на извѣстный срокъ, именно ст. 1184, 1187, 1189 и 1202 знаютъ лишеніе права содержать табачныя фабрики и вообще заниматься приготовленіемъ и продажей табаку срокомъ до 2 лѣтъ, ст. 1186 устанавливаетъ лишеніе права производить торговлю табакомъ на время не свыше 1 года. Всюду основаніемъ для примѣненія разсматриваемой мѣры является нарушеніе правилъ, установленныхъ въ отношеніи производства опредѣленнаго промысла, причемъ нерѣдко самое примѣненіе ея ставится въ зависимость отъ повторной преступной дѣятельности виновнаго.

Въ ту же группу правопораженій, которыя по своей сущности должны характеризоваться, какъ мѣры безопасности, а не мѣры карательныя, относится лишеніе права родительской, опекунской или иной власти надъ несовершеннолѣтнимъ, какъ послѣдствіе учиненія извѣстнаго противузаконнаго дѣянія въ отношеніи несовершеннолѣтняго. Таково опредѣленіе ст. 420 уг. улож., предусматривающее эту мѣру, какъ послѣдствіе жестокаго обращенія съ недостигшимъ 17 лѣтъ, обращенія его къ нищенству или иному безнравственному занятію, а также принужденія несовершеннолѣтняго, не достигшаго 21 года, посредствомъ злоупотребленія родительской или опекунской властью ко вступленію въ бракъ. Здѣсь эта мѣра примѣняется, по усмотрѣнію суда, сверхъ назначеннаго наказанія (заключенія въ тюрьмѣ), причемъ, какъ видно изъ Объяснит. зап. къ проекту угол. улож., она, по мысли составителей проекта, должна была имѣть особый смыслъ: „эта мѣра представляется, читаемъ мы здѣсь, наиболѣе соотвѣтствующей природѣ такихъ дѣяній и предупреждающей подобныя злоупотребленія, особенно при опредѣленіи ея факультативно, по усмотрѣнію суда, а не по без-

условному правилу закона для всѣхъ случаевъ“ [1]). Институтъ лишенія родительской (или опекунской) власти, какъ послѣдствіе преступной дѣятельности родителей по отношенію къ дѣтямъ (или опекуновъ по отношенію къ опекаемымъ), извѣстенъ и другимъ современнымъ уголовнымъ законодательствамъ (напр. § 414 и 415 австр. угол. улож.; § 392 итал. улож.; § 34 невшат. улож.; § 42 проекта швейц. улож.), причемъ обыкновенно эта мѣра разсматривается, какъ дополнительное наказаніе; но нѣкоторыя законодательства, напр. германское, говорятъ о ней не въ уголовныхъ, а въ гражданскихъ законахъ (§ 1680 BGB), чѣмъ съ внѣшней стороны до извѣстной степени подчеркивается ея природа, не какъ мѣры карательной [2]); въ виду же того, что эта мѣра въ германскомъ правѣ примѣняется, какъ послѣдствіе осужденія за опредѣленныя преступныя дѣянія (преступленіе или умышленный проступокъ въ отношеніи ребенка), въ силу прямого указанія закона, а не по приговору суда, она обыкновенно относится въ литературѣ къ категоріи т. н. Rechtsverwirkungen [3]).

Наконецъ, въ группу правоограниченій, какъ мѣръ безопасности, надо отнести то ограниченіе въ правѣ свободнаго распоряженія своими дѣйствіями, которое выражается въ запрещеніи посѣщенія питейныхъ заведеній лицамъ, совершившимъ преступное дѣяніе подъ вліяніемъ алкоголизма,—мѣра, извѣстная законодательствамъ отдѣльныхъ швейцарскихъ кантоновъ (напр. шафгауз. улож. § 24; фрейб. улож. art. 309; обвальд. улож. art. 4 п. 6) и законодательству датскому (законъ 1 апр. 1905 г.), а также проектамъ германскаго (§ 43), сербскаго (§ 42) и датскаго (§ 85) угол. улож., въ которыхъ эта мѣра прямо именуется мѣрой безопасности. Нужно однако отмѣтить, что въ проектѣ швейцарскаго улож. эта мѣра разсматривается, какъ дополнительное наказаніе (§ 45), съ чѣмъ однако трудно согласиться, такъ какъ въ лишеніи права посѣщенія питейныхъ заведеній никоимъ образомъ нельзя видѣть оцѣнки того дѣянія, которое совершено даннымъ лицомъ подъ вліяніемъ пьянства.

---

[1]) Объясн. зап т. IV стр. 221.

[2]) Нужно при этомъ замѣтить, что въ послѣднее время лишеніе родительской власти начинаетъ примѣняться не только, какъ послѣдствіе опредѣленныхъ преступныхъ дѣяній, но и вообще злоупотребленія родительской властью, что въ особенности подчеркиваетъ характеръ данной мѣры, не какъ наказанія Такъ, это мы видимъ напр. въ итал. гражд. код. 1865 г. § 392, въ голланд. зак. 6 февр. 1901 г., въ австр. гр. улож. § 177, въ норвеж. зак. 1896 г. о заброшенныхъ дѣтяхъ, въ финл зак. 19 авг. 1898 г. § 57, въ новомъ швейц. гр. улож § 285; отчасти и въ герм. гражд. улож. § 1666 Abs. 1.

[3]) Ср. Liszt l. c. s. 253 n. 6; Goldschmidt l. c. s. 423.

§ 14. Послѣдній видъ мѣръ безопасности образуетъ та мѣра, которая выражается въ опубликованіи приговора въ печати, посколько эта мѣра имѣетъ въ виду оградить интересы общества отъ преступника, обнаружившаго свою опасность фактомъ учиненія опредѣленныхъ преступленій.

Въ этомъ отношеніи нужно имѣть въ виду, что самый институтъ опубликованія приговора не представляется единымъ по своему внутреннему содержанію, по тѣмъ функціямъ, которыя онъ выполняетъ, такъ какъ подъ однимъ именемъ здѣсь разумѣются двѣ мѣры различнаго значенія. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ это опубликованіе приговора есть лишь мѣра удовлетворенія потерпѣвшаго, посколько она имѣетъ въ виду реабилитировать его и тѣмъ предоставить ему извѣстное удовлетвореніе и возмѣстить ему такимъ путемъ ущербъ, происшедшій отъ факта учиненія извѣстнаго правонарушенія. Такой характеръ, какъ это будетъ указано ниже, присущъ тому опубликованію приговора, которое примѣняется въ дѣлахъ объ оскорбленіи чести. Напротивъ, въ другихъ случаяхъ опубликованіе приговора допускается не ради удовлетворенія потерпѣвшаго, а исключительно въ виду той опасности для общества, которую обнаруживаетъ своей дѣятельностью данный субъектъ; подобной мѣрѣ чуждъ характеръ частнаго удовлетворенія, но вмѣстѣ съ тѣмъ ей чуждъ и характеръ наказанія, такъ какъ въ ней не заключается вовсе оцѣнки учиненнаго; какъ и въ другихъ случаяхъ, эта оцѣнка здѣсь дается фактомъ назначенія наказанія, помимо котораго однако примѣняется еще опубликованіе приговора; здѣсь оглаской произнесеннаго приговора по данному дѣлу имѣется въ виду освѣдомить общество о личности извѣстнаго субъекта и тѣмъ предупредить дальнѣйшую его преступную дѣятельность. Таковъ несомнѣнно смыслъ опредѣленій нашего уголовнаго законодательства, разбросанныхъ по разнымъ статьямъ улож. о нак. и уполномочивающихъ судъ на принятіе этой мѣры. Такъ, ст. 1045[1] улож. о нак. говоритъ о помѣщеніи судебнаго приговора въ ближайшемъ нумерѣ изданія по дѣламъ объ изготовленіи или выпускѣ въ свѣтъ нумера повременнаго изданія преступнаго содержанія, ст. 1059—1061 предусматриваютъ опубликованіе приговора, касающагося воспрещенія извѣстнымъ лицамъ права производить постройки въ случаяхъ нарушенія ими правилъ устава строительнаго, ст. 1416 и 1417 имѣютъ въ виду опубликованіе приговора по дѣламъ о присвоеніи непринадлежащихъ знаковъ отличія, чиновъ, званій, фамилій, титуловъ и т. п., учиненномъ въ

третій разъ. Точно также въ угол. улож. 1903 г. говорится объ опубликованіи приговора въ случаѣ осужденія торговца или промышленника за опредѣленныя преступныя дѣянія, выражающіяся въ нарушеніи правилъ, установленныхъ относительно производства торговли или промысла (ст. 218 въ связи съ ст. 209—216 угол. улож.), въ случаѣ осужденія за совершеніе опредѣленныхъ преступленій печати (ст. 309, соотвѣтствующая ст. 1045[1] улож. о нак.), въ случаѣ осужденія по дѣламъ о неосторожномъ причиненіи смерти или тѣлеснаго поврежденія, если эти дѣянія были послѣдствіемъ несоблюденія виновнымъ правилъ, установленныхъ закономъ или обязательнымъ постановленіемъ для его рода дѣятельности въ огражденіе личной безопасности (ст. 464 и 474) и въ случаѣ осужденія за употребленіе негоднаго матеріала и за неисполненіе техническихъ правилъ при производствѣ постройки (ст. 561). Кромѣ того надо имѣть въ виду, что подобныя постановленія мы находимъ также въ уст. объ акц. сбор., гдѣ встрѣчаемъ рядъ опредѣленій, касающихся опубликованія приговора: въ случаѣ осужденія за нарушеніе нѣкоторыхъ правилъ о выдѣлкѣ на заводахъ питей (ст. 1062, 1067 и 1072), за переработку денатурированнаго спирта и отбросовъ съ цѣлью приготовленія вина и водочныхъ издѣлій для продажи (ст. 1083[2] прод. 1912 г.), за нарушеніе постановленій о порядкѣ производства и продажи искусственныхъ сладкихъ веществъ (ст. 1270[14] прод. 1912 г.). Такія же постановленія мы можемъ найти и въ другихъ законодательствахъ, напр. въ германскомъ (ср. Nahrungsmittelgesetz 1879 § 16; Weingesetz 1901 § 19; Wettbewerbgesetz 1896 § 13; Margarinegesetz 1897 § 20). Всѣ эти опредѣленія закона характеризуются тѣмъ, что въ нихъ данная мѣра примѣняется сверхъ того наказанія, которому подвергается преступникъ за свое дѣяніе, и расчитана на то, что оглашеніе приговора можетъ устранить опасность со стороны этого лица.

Что касается юридической природы данной мѣры, то въ законодательствѣ обыкновенно опубликованіе приговора называется дополнительнымъ наказаніемъ. Такъ ее прямо характеризуютъ ст. 33 уг. ул.[1])

---

[1]) Интересно однако отмѣтить, что составители уголовнаго уложенія сознавали, что характеризовать эту мѣру только, какъ наказаніе, не представляется возможнымъ. Ср. замѣчаніе Особ. Совѣщ. при Гос. Сов., впервые присоединившаго къ другимъ дополнительнымъ наказаніямъ проекта уложенія опубликованіе приговора: „такая мѣра будетъ несомнѣнно болѣе чувствительнымъ для виновныхъ наказаніемъ, чѣмъ денежная пеня или даже арестъ... эта мѣра будетъ служить предостереженіемъ покупателей отъ недобросовѣстности торговцевъ и промышленниковъ (Журн. Особ. Совѣщ. стр. 248).

и § 35 австрійскаго проекта [1]); въ улож. же о нак. оно помѣщено среди мѣръ, которыя присоединяются къ нѣкоторымъ изъ наказаній исправительныхъ (ст. 58); при этомъ въ самомъ понятіи опубликованія приговора обыкновенно въ положительномъ правѣ не различаются два указанныхъ выше его вида, представляющихся различными институтами, а въ норвежскомъ улож. рѣчь идетъ лишь объ опубликованіи приговора въ интересахъ потерпѣвшаго (§ 16 и § 130, 173 и 253). Болѣе правильно поступаетъ въ данномъ отношеніи швейцарскій проектъ, который относитъ опубликованіе приговора не къ наказаніямъ, а къ особымъ мѣрамъ предосторожности („vorsorgliche Massnahmen“— § 48).

Точно также и въ литературѣ уголовнаго права опубликованіе приговора обыкновенно разсматривается въ качествѣ дополнительнаго наказанія (Таганцевъ [2]), Познышевъ [3]), фонъ-Резонъ [4])—въ нашей литературѣ, Листъ [5]), Мейеръ [6]), Штенглейнъ [7]) и др.—въ германской [8]), причемъ обыкновенно никакого обоснованія этого взгляда мы не находимъ. Здѣсь рѣшающее значеніе имѣетъ, повидимому, то, что эта мѣра примѣняется, какъ послѣдствіе преступнаго дѣянія. Но, конечно, одно это обстоятельство не даетъ еще намъ права считать эту мѣру наказаніемъ. Болѣе правильно рѣшаютъ вопросъ о правовой природѣ этого вида опубликованія приговора тѣ писатели, которые не считаютъ возможнымъ видѣть въ немъ наказаніе, характеризуя его, какъ мѣру предупредительную, мѣру полицейскую (Биндингъ [9]), Гольд-

---

[1]) Нужно однако замѣтить, что съ точки зрѣнія австрійскаго проекта менѣе всего можно было бы данную мѣру характеризовать въ качествѣ наказанія, поскольку въ немъ указывается на возможность опубликованія приговора въ извѣстныхъ случаяхъ и на основаніи заявленія лица, оправданнаго судомъ.

[2]) Таганцевъ в. с. II стр. 1087.

[3]) Познышевъ в. с. стр. 615. Ученіе о карательныхъ мѣрахъ стр. 10.

[4]) Фонъ-Резонъ в. с. стр. 50.

[5]) Liszt. Lehrbuch s. 251 n. 4

[6]) Meyer-Allfeld. Lehrbuch s. 321.

[7]) Stenglein. Die strafrechtlichen Nebengesetze deutschen Reichs. 1903 s. 84.

[8]) Нужно замѣтить, что въ германской литературѣ обыкновенно проводится различіе между двумя видами опубликованія приговора по ихъ внутреннему содержанію, и тѣ, кто вообще признаютъ наказаніемъ указанный выше видъ опубликованія приговора, отрицаютъ въ то же время за другимъ его видомъ — удовлетвореніе потерпѣвшаго — характеръ наказанія (ср. напр. Liszt l. c. s. 253; Meyer-Allfeld l. c. s. 321).

[9]) Binding. Grundriss s. 267 замѣчаетъ. „vielmehr durfte es sich um Massregeln der Warnung des Publikums von dem Nahrungsmittel- und Weinfälscher, sowie vor dem unlauteren Konkurrenten handeln“, относя эту мѣру къ „unechte Strafen“.

шмидтъ [1]), или которые подчеркиваютъ различныя функціи этого института (Гарро) [2]). Признавая этотъ видъ опубликованія приговора мѣрой безопасности, мы однако никакъ не можемъ согласиться съ точкой зрѣнія, высказанной Штоссомъ, усматривающимъ характеръ мѣры защиты и въ томъ опубликованіи приговора, который производится въ интересахъ потерпѣвшаго, и именующимъ прямо эту мѣру „мѣрой защиты въ пользу потерпѣвшаго“ [3]). Штоссъ въ данномъ случаѣ не обращаетъ вниманія на тѣ общія требованія, которыя онъ же выставляетъ въ отношеніи мѣръ защиты по сравненію съ наказаніемъ, въ частности на то, что эти мѣры должны защищать общество отъ опасности со стороны отдѣльныхъ лицъ. Между тѣмъ разъ данная мѣра принимается прежде всего въ интересахъ потерпѣвшаго и заключается въ предоставленіи ему „правомочія опубликовать приговоръ“, то этимъ уже указывается на то, что въ ней заключается нѣчто иное, чѣмъ мѣра безопасности, которая характеризуется, какъ защита интересовъ общества, а не частнаго лица, пострадавшаго отъ преступленія.

Наконецъ нужно замѣтить, что то обстоятельство, что въ нашемъ законодательствѣ такъ же, какъ и въ другихъ, напр. въ германскомъ, устанавливается положеніе, въ силу котораго приговоръ публикуется на счетъ виновнаго, не можетъ служить основаніемъ въ пользу признанія за данной мѣрой наказанія, подобно тому, какъ нельзя усматривать наказаніе и въ фактѣ возложенія судебныхъ издержекъ на лицо, присужденное къ наказанію.

Глава III.

Наказаніе и мѣры пресѣченія.

§ 1. Устанавливая извѣстныя правила поведенія, всякій правопорядокъ тѣмъ самымъ указываетъ, что тѣ или другіе поступки, совершенные вопреки этимъ правиламъ, являются нежелательными; отсюда вполнѣ естественно и послѣдовательно вытекаетъ потребность въ устраненіи этихъ поступковъ и ихъ внѣшняго проявленія, равно какъ и ихъ послѣдствій. Такимъ образомъ въ любомъ

---

[1]) Goldschmidt l. c. s. 281.

[2]) Garraud l. c. t. II p. 436: „...tantôt comme une mesure pénale, tantôt comme une mesure de réparation, tantôt comme une mesure d'ordre public“.

[3]) Stooss l. c. s. 247.

общеніи людей возникаетъ совокупность такихъ мѣръ, которыя направлены на прекращеніе недозволенныхъ дѣяній и на устраненіе проявленія противузаконной дѣятельности. Эти мѣры могутъ быть названы мѣрами пресѣченія неправды. Онѣ являются наиболѣе естественнымъ правовымъ послѣдствіемъ неправды въ томъ отношеніи, что даже тогда, когда правопорядокъ по тѣмъ или инымъ соображеніямъ отказывается отъ установленія другихъ правовыхъ послѣдствій неправды, напр. отъ наказанія, онъ не можетъ отказаться отъ примѣненія ихъ, не будучи въ состояніи примириться съ самымъ фактомъ существованія противоправнаго дѣянія и его осязательныхъ, воплотившихся въ извѣстныхъ дѣйствіяхъ или предметахъ, послѣдствій. То, что вообще, какъ незакономѣрное, не должно существовать, то не должно и не можетъ существовать и въ данномъ конкретномъ случаѣ.

При примѣненіи мѣръ пресѣченія правопорядокъ руководствуется исключительно потребностью устраненія того, что, сообразно его же велѣніямъ, не должно было бы существовать. При этомъ онъ не задается мыслью объ оказаніи такимъ путемъ воздѣйствія на учиненное дѣяніе, соотвѣтственно его оцѣнкѣ. Эта оцѣнка здѣсь совершенно отсутствуетъ. Мѣры пресѣченія примѣняются не въ соотвѣтствіи съ тѣмъ, что совершено, а лишь въ виду того, что нѣчто совершено вопреки установленнымъ правиламъ поведенія. Въ силу этого тѣ предпосылки, которыя имѣютъ мѣсто въ отношеніи наказанія, а также тѣ общія требованія, которыя выставляются относительно его примѣненія, здѣсь теряютъ значеніе. Такъ, поскольку здѣсь отсутствуетъ элементъ оцѣнки дѣянія, постолько для примѣненія мѣръ пресѣченія утрачиваетъ значеніе самъ по себѣ вопросъ о виновности, столь существенный для примѣненія наказанія. Съ другой стороны, поскольку наличность оцѣнки учиненнаго, безъ которой немыслимо наказаніе, требуетъ установленія извѣстнаго соотношенія между размѣромъ наказанія и значеніемъ учиненнаго правонарушенія, постолько здѣсь, разъ эта оцѣнка отсутствуетъ, о какомъ-нибудь принаровленіи мѣръ пресѣченія самому значенію пресѣкаемой неправды, рѣчи быть не можетъ—здѣсь выборъ той или иной мѣры диктуется главнымъ образомъ энергіей происходящаго посягательства, соотвѣтственно съ которой, съ принятіемъ во вниманіе общаго начала экономіи принудительныхъ средствъ правоохраны, примѣняется мѣра, необходимая для пресѣченія въ данномъ случаѣ неправды. Наконецъ, поскольку вслѣдствіе наличности элемента оцѣнки, присущаго наказанію, выдвигается требованіе установленія опредѣленнаго размѣра назначаемаго въ кон-

кретномъ случаѣ наказанія, постолько, за отсутствіемъ этого элемента, мѣры пресѣченія по самому своему существу представляются неопредѣленными по своему размѣру: онѣ примѣняются до тѣхъ поръ, пока это необходимо для прекращенія происшедшаго неправомѣрнаго состоянія; съ устраненіемъ его само собой должно падать и примѣненіе мѣръ пресѣченія. Въ виду этого понятно, что всѣ тѣ обстоятельства, которыя вызываютъ отпаденіе наказанія (помилованіе, давность, смерть виновнаго, примиренія сторонъ), сами по себѣ безъ прямого указанія закона не распространяются на мѣры пресѣченія. Таковы черты принципіальнаго расхожденія мѣръ пресѣченія и мѣръ карательныхъ. Но съ внѣшней стороны эти мѣры очень близко подходятъ къ наказаніямъ, а такъ какъ многія изъ нихъ обыкновенно указываются, какъ правовыя послѣдствія не всякаго вообще противоправнаго дѣянія, а дѣянія преступнаго, и такъ какъ къ тому же онѣ нерѣдко носятъ такое же наименованіе, какъ и отдѣльныя наказанія, то отсюда легко можетъ возникнуть смѣшеніе ихъ съ наказаніемъ. И, дѣйствительно, изученіе любого положительнаго законодательства, равно какъ юридической литературы показываетъ намъ постоянно встрѣчающіеся случаи смѣшенія подобнаго рода совершенно различныхъ по своему внутреннему содержанію институтовъ. Въ виду этого представляется весьма настоятельнымъ ближайшій анализъ мѣръ пресѣченія.

При этомъ нужно замѣтить слѣдующее. Употребляя выраженіе „мѣры пресѣченія“, мы имѣемъ въ виду придать ему значеніе термина [1]), пригоднаго для обозначенія цѣлаго ряда отдѣльныхъ правовыхъ послѣдствій неправды, которыя одинаково характеризуются своимъ внутреннимъ содержаніемъ и которыя не могутъ быть подведены ни подъ категорію наказанія, ни подъ категорію мѣръ соціальной защиты, ни подъ категорію возмѣщенія вреда. Съ другой стороны употребленіемъ даннаго термина мы имѣемъ въ виду провести противопоставленіе этихъ мѣръ мѣрамъ предупредительнымъ. Нужно замѣтить однако, что въ литературѣ замѣчается нерѣдко смѣшеніе мѣръ пресѣченія и мѣръ предупредительныхъ; между тѣмъ проведеніе различія между этими двумя группами мѣръ является вполнѣ естественнымъ по чисто формальному моменту—мѣры предупредительныя имѣютъ въ виду лишь

---

[1]) Въ германской литературѣ для характеристики большинства мѣръ этого рода обыкновенно употребляется терминъ „принудительныя средства“ (Zwangsmittel), но онъ самъ по себѣ не указываетъ на внутреннее содержаніе данныхъ мѣръ, на ихъ особыя функціи, тѣмъ болѣе, что принудительный характеръ мы можемъ усмотрѣть не только въ этихъ мѣрахъ, но напр. и въ мѣрахъ предупредительныхъ.

возможность возникновенія неправды, тогда какъ мѣры пресѣченія слѣдуютъ за возникающей или же возникшей неправдой. Смѣшеніе этихъ двухъ понятій, быть можетъ, въ нашей литературѣ вызвано наименованіемъ „Устава о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій“ (т. XIV св. зак.) безъ строгаго затѣмъ проведенія въ текстѣ соотвѣтственныхъ статей закона (ст. 1 Уст. и прим. къ ней) [1]) различія между дѣятельностью предупредительной и дѣятельностью пресѣкающей. Это смѣшеніе замѣтно напр. у Таганцева, который говоритъ совмѣстно о мѣрахъ предупрежденія и пресѣченія преступныхъ дѣяній, относя сюда съ одной стороны мѣры, принимаемыя для предупрежденія возможнаго наступленія вредныхъ послѣдствій извѣстныхъ дѣяній или устраненія уже наступившихъ послѣдствій, съ другой—мѣры, принимаемыя полиціей противъ личностей, представляющихся вредными или даже только опасными для общественнаго порядка и спокойствія [2]). Попытка болѣе строгаго разграниченія этихъ двухъ понятій проводится въ Объяснительной запискѣ къ проекту уголовнаго уложенія 1903 г. Именно, составители записки, имѣя въ виду бездѣйствіе власти со стороны служащаго, обязаннаго предупреждать или пресѣкать вредъ, угрожающій порядку управленія или казенному, общественному или частному интересу (ст. 639 угол. улож.), и останавливаясь на ближайшемъ выясненіи понятія „предупрежденія“ и „пресѣченія“, замѣчаютъ: „выраженіе „предупрежденіе“ предполагаетъ преступленіе въ состояніи злоумышленія и отчасти приготовленія; выраженіе „пресѣченіе“ имѣетъ въ виду предпринятое уже дѣяніе, начиная отъ покушенія и до выполненія преступникомъ послѣдняго дѣйствія (напр. нанесенія смертельнаго удара), или до прекращенія имъ его длящейся преступной дѣятельности (напр. лишенія свободы и т. п.)“ [3]). То же различіе приводитъ Люблинскій, который замѣчаетъ, что выраженіе „пресѣченіе“, „имѣетъ въ виду прекращеніе уже начавшейся попытки, а не вообще предупрежденіе“ [4]).

Приступая къ разсмотрѣнію мѣръ пресѣченія, мы прежде всего должны констатировать большое ихъ разнообразіе, что и заставляетъ насъ установить извѣстную ихъ группировку.

Такъ, здѣсь прежде всего можно различать двѣ группы мѣръ въ зависимости отъ того, направляются ли онѣ непосредственно противъ личности правонарушителя, или же онѣ направлены на

---

[1]) См. выше стр. 86.

[2]) Таганцевъ в. с. стр. 827.

[3]) Объяснительная записка т. VIII стр. 195

[4]) Люблинскій. Свобода личности, стр. 289 прим

явленія, въ которыхъ выражается противузаконная дѣятельность: первая группа мѣръ можетъ быть названа мѣрами пресѣченія личнаго характера, вторая же мѣрами пресѣченія объективнаго характера.

Но если мѣры перваго рода имѣютъ характеръ личный въ противоположность мѣрамъ второго рода — мѣрамъ чисто-объективнымъ, то и въ нихъ этотъ личный характеръ не заключаетъ чего-нибудь существеннаго для самаго понятія мѣръ пресѣченія. Чисто случайнымъ является здѣсь то обстоятельство, что данная мѣра обращается противъ личности нарушителя, и это объясняется тѣмъ, что данное неправомѣрное дѣяніе, о которомъ идетъ рѣчь, не можетъ быть прекращено иначе, какъ путемъ непосредственнаго воздѣйствія на личность нарушителя, такъ какъ оно заключаетъ въ себѣ извѣстное дѣйствованіе или бездѣйствіе, которое можно прекратить лишь посредствомъ воспрепятствованія данному лицу продолжать его противузаконную дѣятельность, а это воспрепятствованіе можетъ быть произведено только посредствомъ причиненія извѣстнаго принужденія въ отношеніи личности нарушителя.

Другое различіе, которое можно установить въ отношеніи отдѣльныхъ категорій мѣръ пресѣченія, касается преимущественно мѣръ пресѣченія личнаго характера и находится въ зависимости отъ особенностей того противузаконнаго дѣянія, которое при ихъ помощи прекращается; это различіе обусловливается тѣмъ, заключается ли самое пресѣкаемое дѣяніе въ опредѣленномъ дѣйствованіи или же въ несовершеніи чего-либо, бездѣйствіи; въ первомъ случаѣ мѣры пресѣченія проявляются въ непосредственномъ прекращеніи принудительнымъ путемъ противузаконнаго дѣянія и его послѣдствій, во второмъ—онѣ проявляются въ особой дѣятельности, направленной на то, чтобы заставить данное лицо принудительнымъ путемъ выполнить то, что надлежало ему выполнить; это—случай такъ называемаго принужденія къ исполненію (Erfullungszwang по нѣмецкой терминологіи). Такимъ образомъ принужденіе къ исполненію извѣстной обязанности, добровольно невыполненной даннымъ лицомъ, есть лишь разновидность общаго понятія мѣръ пресѣченія. Принужденіемъ человѣка исполнить эту обязанность пресѣкается та неправда, которая имѣла мѣсто въ данномъ случаѣ въ видѣ бездѣйствія.

Что касается внѣшняго выраженія мѣръ пресѣченія, то нужно замѣтить, что мѣры пресѣченія, направленныя на понужденіе извѣстнаго лица прекратить противоправную дѣятельность, выражается ли она въ содѣяніи чего-нибудь или воздержаніи отъ чего-

нибудь, проявляются въ лишеніи свободы или въ денежномъ взысканіи; лишь по исключенію допускается примѣненіе болѣе энергичныхъ вторженій въ сферу интересовъ личности, какъ это мы усматриваемъ при необходимой оборонѣ или при употребленіи оружія. Напротивъ того мѣры объективнаго характера, направляясь непосредственно на извѣстныя явленія внѣшняго міра, заключаютъ въ себѣ своеобразныя мѣры, затрагивающія главнымъ образомъ чужую имущественную сферу и выражающіяся или въ непосредственномъ прекращеніи проявленія противузаконной дѣятельности на тѣхъ или другихъ объектахъ имущественныхъ правъ извѣстныхъ лицъ (отобраніе вещей, закрытіе неправильно открытаго и т. п.) или въ устраненіи тѣхъ правовыхъ эффектовъ, которые вытекаютъ изъ даннаго недозволеннаго дѣянія (т. н. правовая ничтожность).

§ 2. Непосредственное физическое воздѣйствіе на личность въ качествѣ мѣры пресѣченія представляется весьма разнообразнымъ и по внѣшнему выраженію и по самымъ условіямъ своего примѣненія, причемъ самыя мѣры пресѣченія этого рода могутъ исходить какъ отъ частныхъ лицъ, такъ и отъ органовъ власти.

Что касается мѣръ пресѣченія, выражающихся въ непосредственномъ физическомъ воздѣйствіи и принимаемыхъ частными лицами, то сюда слѣдуетъ отнести прежде всего необходимую оборону, т. е. право причиненія вреда нападающему при защитѣ отъ его противузаконнаго посягательства.

Необходимую оборону обыкновенно разсматриваютъ въ качествѣ мѣры превентивной, [1]) и, конечно, посколько мы можемъ усмотрѣть, что примѣненіемъ мѣръ обороны предупреждается самое совершеніе извѣстнаго посягательства, постолько въ необходимой оборонѣ можно видѣть мѣру превентивную; но при такомъ разсужденіи не обращается должнаго вниманія на ближайшее выясненіе того, что вызываетъ мѣры обороны. Необходимая оборона имѣетъ въ виду не возможное лишь вообще посягательство, какъ любая предупредительная мѣра, а посягательство уже проявляющееся. Она является правовымъ послѣдствіемъ неправды, и самая ея допустимость обусловливается наличностью совершающагося недозволеннаго дѣянія. Весь смыслъ необходимой обороны въ томъ и заключается, что при ней предотвращается вредъ,

---

[1]) Ср. напр. Thon l. c. s 14; Bierling I c s. 366; Таганцевъ в. с. стр. 520: Фельдштейнъ, О необходимой оборонѣ и ея отношеніи къ такъ называемому правомѣрному самоуправству. 1899 г стр 19.

грозящій извѣстному правовому благу, путемъ пресѣченія уже начатаго посягательства на это благо. Какъ правильно замѣчаетъ Биндингъ, право обороны есть „право принужденія къ несовершенію чего-нибудь“ (ein Recht des Zwanges zur Unterlassung) [1]). Она обусловливается не простой опасностью дѣятеля, какъ мѣры предупрежденія, а самой наличностью посягательства, что подчеркиваетъ и положительное право (ср. ст. 101 улож. о нак. и ст. 45 угол. улож. 1903 г.). При этомъ данное посягательство здѣсь выражается въ такой дѣятельности, которая соотвѣтствуетъ стадіямъ покушенія или приготовленія [2]). Нужно замѣтить однако, что противъ подобной конструкціи возражаетъ Биндингъ, замѣчая, что нападеніе, вызывающее оборону, нельзя отождествлять съ покушеніемъ, такъ какъ „необходимой обороной должно быть отвращено не опредѣленное преступленіе, не опредѣленное даже просто дѣяніе, а опредѣленная опасность, которая, впрочемъ, достигаетъ высшаго пункта своего проявленія въ дѣяніи. Право обороны возникаетъ съ этой опасностью и исчезаетъ съ ея уничтоженіемъ“ [3]). Однако самъ Биндингъ къ этому дальше прибавляетъ: „право обороны возникаетъ, точнѣе говоря, съ приготовительнаго дѣйствія, обнаруживающаго волю нападенія (Angriffswillen), которая, повидимому, желаетъ непосредственно продолжаться въ дѣйствіи, направленномъ на осуществленіе преступленія (Ausführungshandlung)“. И, дѣйствительно, съ точки зрѣнія уголовнаго права мы можемъ характеризовать то дѣяніе, которое вызываетъ необходимую оборону, не какъ опасность только, а какъ дѣйствительно существующую неправду; это и подчеркивается положительнымъ правомъ, выставляющимъ въ качествѣ условія правомѣрности необходимой обороны наличность противузаконнаго нападенія, т. е. наличность неправды. Само собой разумѣется, что подобное посягательство, выразившееся въ конкретномъ случаѣ въ приготовленіи, можетъ и не влечь за собой наказанія, что и является общимъ правиломъ, но оно несомнѣнно сохраняетъ свой противоправный характеръ и потому можетъ вы-

---

[1]) Binding. Handbuch s. 750; то же повторяетъ Эгкеръ: „Zwang zum Unterlassen der Verletzung“ (Oetker. Notwehr und Notstand въ V. D. A. T. B II s. 256).

[2]) Нѣкоторые писатели говорятъ здѣсь о наличности лишь покушенія; напр. Альберти (Alberti. Das Notwehrrecht. 1901 s. 17) замѣчаетъ: „gefährdende Ereigniss, welches im Begriff ist einzutreten... muss im Stadium des Versuches stehen, bezw. des Analogons der objectiven Seite desselben auf dem Gebiete der Fahrlässigkeit und des Zufalls“; однако при ближайшемъ разсмотрѣніи отдѣльныхъ случаевъ мы можемъ увидѣть здѣсь такую дѣятельность, которая соотвѣтствуетъ стадіи приготовленія.

[3]) Binding l c. s. 746.

зывать мѣру пресѣченія, какъ свое правовое послѣдствіе. То обстоятельство, что въ данномъ случаѣ правовое послѣдствіе неправды связывается съ болѣе ранними ступенями ея развитія, а не съ моментомъ ея окончанія, не представляетъ ничего особеннаго, такъ какъ и другія правовыя послѣдствія неправды, напр. наказаніе, часто имѣютъ въ виду не наступившую уже окончательно неправду, а лишь ея первыя проявленія, выражающіяся въ покушеніи или приготовленіи [1]).

Самое опредѣленіе уголовнаго закона о ненаказуемости дѣяній, учиненныхъ при необходимой оборонѣ, есть обобщенная формула, которая имѣетъ въ виду указать границы правомѣрной обороны; но эта формула могла бы быть выражена и иначе, именно такимъ образомъ, чтобы ею подчеркивалась природа обороны, какъ мѣры пресѣченія; такъ, ст. 45 уг. ул., гласящая: „не почитается преступнымъ дѣяніе, учиненное при необходимой оборонѣ противъ незаконнаго посягательства на личныя или имущественныя блага защищающагося или другого лица“ могла бы быть выражена такъ: „если кто нибудь незаконно посягнетъ на чьи либо личныя или имущественныя блага, тотъ можетъ подвергнуться нападенію со стороны защищающагося для прекращенія начатаго имъ посягательства“.

При этомъ надо отмѣтить, что существеннымъ условіемъ необходимой обороны, какъ извѣстнаго правомѣрнаго средства, находящагося въ рукахъ частнаго лица, для пресѣченія реализующагося нападенія, является то, что мѣры обороны могутъ имѣть мѣсто только тогда, когда онѣ непосредственно слѣдуютъ за угрожающей опасностью, не давая ей возможности оконча-

---

[1]) Взглядъ на необходимую оборону, какъ на правовое послѣдствіе неправды, проводитъ между прочимъ Леффлеръ (Loffler. Unrecht und Notwehr. Z. XXI s. 564), сопоставляя необходимую оборону съ наказаніемъ, вознагражденіемъ за вредъ и прямымъ воздѣйствіемъ (Einschreiten) судебныхъ или административныхъ властей и замѣчая: „въ принципіальномъ допущеніи необходимой обороны я усматриваю общее и самое характерное правовое послѣдствіе неправды“. Та же точка зрѣнія высказана и Розинымъ (Розинъ. О крайней необходимости. 1899 г. стр. 209): „другая группа санкцій имѣетъ дѣло съ охраняющими или обязывающими нормами. Всякая попытка нарушенія правового запрета, совершенія неправды, влечетъ правовую реакцію... Въ эту группу относятся вторичныя правовыя нормы, устанавливающія наказаніе; сюда же относятся и нормы, регламентирующія институтъ необходимой обороны“. Однако нужно замѣтить, что вообще съ этой точки зрѣнія институтъ необходимой обороны обыкновенно въ юридической литературѣ не разсматривается. Между тѣмъ этотъ институтъ характеризуется всѣмъ тѣмъ, чѣмъ характеризуются вообще мѣры пресѣченія въ противоположность другимъ мѣрамъ и прежде всего мѣрамъ карательнымъ.

тельно реализоваться; разъ посягательство совершилось или нападавшій прекратилъ добровольно свое нападеніе, нѣтъ мѣста и оборонѣ, такъ какъ здѣсь нѣтъ основанія для дѣятельности, направленной на пресѣченіе неправды, хотя при этомъ и могутъ сохраняться основанія для осуществленія дѣятельности иного рода, напр. дѣятельности карательной. Что касается, наконецъ, самаго „размѣра“ или объема необходимой обороны, который можетъ быть примѣненъ въ конкретномъ случаѣ, то особенность этой мѣры пресѣченія заключается въ томъ, что онъ заранѣе учтенъ быть не можетъ: онъ всецѣло опредѣляется конкретной обстановкой даннаго случая, такъ какъ по современнымъ взглядамъ, находящимъ себѣ отраженіе и въ положительномъ правѣ, энергія защиты должна соотвѣтствовать энергіи нападенія.

Другой мѣрой пресѣченія, предоставленной компетенціи частныхъ лицъ, является допускаемое въ настоящее время въ довольно узкихъ предѣлахъ самоуправство, т. н. дозволенное самоуправство. Сюда относятся тѣ случаи принудительнаго воздѣйствія, гдѣ рѣчь идетъ о насильственномъ прекращеніи происходящаго неправомѣрнаго состоянія, грозящаго вредомъ или причиняющаго вредъ данному лицу. Здѣсь такъ же, какъ и въ другихъ случаяхъ, принудительнымъ путемъ пресѣкается возникающая или уже возникшая неправда [1]). Таково напр. по нашему праву право задержанія чужого домашняго скота и домашней птицы, могущихъ произвести или производящихъ на земельныхъ угодьяхъ потраву или другія поврежденія (ст. 164 уст. сельск. хоз. т. XII ч. II св. зак.); таковы далѣе предусмотрѣнный нашимъ правомъ случай правомѣрности убіенія чужой напавшей на кого нибудь собаки (ст. 224 уст. пред. прес. прест.) или предусмотрѣнный въ германскомъ гражданскомъ уложеніи случай дозволеннаго воздѣйствія (поврежденіе или разрушеніе) на чужую вещь для избѣжанія опасности, которую эта вещь представляетъ [2]).

---

[1]) Говоря о неправдѣ, мы разумѣемъ здѣсь неправду въ широкомъ смыслѣ этого слова, имѣя въ виду т. н. объективную неправду, для которой не требуется момента установленія вины.

[2]) Ср. § 228: „Wer eine fremde Sache beschadigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem Anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstorung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht ausser Verhältniss zu der Gefahr steht...“ То же мы находимъ въ нашемъ проектѣ гражданскаго уложенія (обязательственное право), именно въ ст. 1178 мы читаемъ: „убившій чужое животное или причинившій ему поврежденіе, а также истребившій или повредившій чужое имущество для предотвращенія такой грозившей ему самому или кому либо другому отъ животнаго или

Какъ особый видъ дозволеннаго самоуправства, выражающагося въ правѣ примѣненія частнымъ лицомъ мѣры пресѣченія, можно разсматривать принадлежащее по нашему законодательству право задержанія бѣглаго, вытекающее изъ ст. 1 прил. къ ст. 152 уст. о пасп., въ силу которой каждый обязанъ въ случаѣ, когда къ нему явится бѣглый, преслѣдовать его, ловить и представлять немедленно полиціи.

Всѣ эти случаи дозволеннаго самоуправства являются мѣрами пресѣченія неправды, такъ какъ они реагируютъ на уже совершившуюся или еще только совершающуюся неправду, чѣмъ они и отличаются отъ другихъ случаевъ, которые представляютъ изъ себя предупредительныя мѣры, поскольку ими создается предупрежденіе неисполненія извѣстной обязанности: таковъ напр. ранѣе приведенный случай самовольнаго задержанія лица, учинившаго преступное дѣяніе, на мѣстѣ его учиненія [1]). Въ литературѣ, впрочемъ, замѣчается стремленіе охарактеризовать всѣ случаи саморасправы, именно какъ „самовольное пресѣченіе неправды“ (eigenmächtige Unrechtshemmung) [2]), хотя не всѣ они представляются однородными по своей природѣ [3]).

Приведенными только что случаями, сравнительно немногочисленными, ограничиваются (за нѣкоторыми исключеніями, которыя будутъ далѣе указаны) тѣ мѣры пресѣченія, которыя предоставлены усмотрѣнію всякаго частнаго лица и которыя всецѣло находятся въ его распоряженіи; напротивъ того, гораздо обширнѣе та группа мѣръ пресѣченія, которая предоставлена опредѣленнымъ органамъ власти. Эти послѣднія мѣры во многомъ приближаются къ наказанію, и вниманіе криминалиста должно быть обращено на выясненіе точекъ соприкосновенія и расхожденія этихъ двухъ институтовъ.

имущества опасности, которая не могла быть предотвращена въ то самое время другими средствами и не была вызвана по винѣ его самого, не обязанъ возмѣстить причиненный тѣмъ вредъ, если дѣйствіе, причинившее вредъ, находилось въ соотвѣтствіи съ размѣромъ грозившей опасности“. Нужно замѣтить, что въ литературѣ случаи этого рода нерѣдко разсматриваются, какъ разновидность общаго понятія крайней необходимости. Ср. напр. Liszt. Lehrbuch s. 154.

[1]) См. выше стр. 98.

[2]) Alberti. Eigenmächtige Unrechtshemmung. 1904

[3]) Относя извѣстные случаи саморасправы, а также необходимую оборону къ правовымъ послѣдствіямъ неправды и усматривая здѣсь именно то правовое послѣдствіе, которое характеризуется, какъ мѣра пресѣченія, мы однако не можемъ отнести къ той же категоріи т. н крайнюю необходимость. Въ широкомъ значеніи этого слова крайняя необходимость является то же однимъ изъ правоохранитель-

§ 3. Разсматривая мѣры, которыя предоставляются органамъ власти для пресѣченія противузаконныхъ дѣяній, мы можемъ замѣтить, что въ однихъ случаяхъ этимъ органамъ даются лишь общія указанія относительно ихъ обязанностей по пресѣченію противузаконныхъ дѣяній, причемъ самыя мѣры пресѣченія ближе не опредѣляются, въ другихъ же—въ законѣ ближе указывается объемъ тѣхъ мѣръ, которыя могутъ быть употребляемы тѣми или иными органами власти. Если мы обратимся къ нашему праву, то увидимъ, что наряду съ указаніемъ общихъ обязанностей полиціи по пресѣченію преступленій законъ предусматриваетъ особыя мѣры пресѣченія противузаконныхъ дѣяній, которыя можно свести къ слѣдующимъ группамъ: 1) употребленіе оружія, 2) мѣры удаленія, 3) мѣры привода и 4) мѣры задержанія.

Перечисляя общія обязанности полиціи, наше право указываетъ между прочимъ въ числѣ остальныхъ предметовъ вѣдомства полиціи „усмиреніе всякаго дѣйствія, противнаго вѣрноподданическому долгу и послушанію“, „прекращеніе всякихъ непозволительныхъ и соблазнительныхъ сборищъ“, „принятіе чрезвычайныхъ мѣръ къ исполненію закона и къ возстановленію порядка, спокойствія и безопасности“ (ст. 681 п. 5 общее учр. губ.), „прекращеніе всякаго насилія, обидъ и самоуправства“ (ст. 683 п. 1), „принятіе мѣръ для прекращенія возникающихъ безпорядковъ“ (ст. 722). Здѣсь, какъ видно, лишь самымъ общимъ образомъ говорится о дѣятельности полиціи по прекращенію неправды, причемъ о самыхъ мѣрахъ, пригодныхъ для этого, не упоминается. Въ другихъ опредѣленіяхъ закона мы можемъ однако найти указанія относительно допустимости употребленія вообще мѣръ физическаго принужденія, которыя ближе все-таки не опредѣляются. Такъ, въ ст. 113 уст. пред. прест., говорится, что когда соберется народъ въ шумномъ и безпорядочномъ скопищѣ, то полиція должна заставить толпу разойтись по домамъ, а въ случаѣ нужды и при недостаточности полицейскихъ средствъ, могутъ быть призваны войска съ соблюденіемъ правилъ, изложенныхъ въ общ. губ. учр. Точно также въ ст. 110[18] уст. пред. прест. прод. 1912 г. указывается, что по объявленіи публичнаго собранія закрытымъ, участники его обязаны разойтись; при неисполненіи же этого требованія они удаляются мѣрами полиціи. Болѣе опредѣленно указываются мѣры пресѣченія въ ст. 688 общ.

ныхъ средствъ, но она отличается отъ правовыхъ послѣдствій неправды тѣмъ, что направляется не по адресу тѣхъ, отъ кого исходитъ такъ или иначе эта неправда, а по адресу третьихъ лицъ, ни въ какомъ отношеніи къ этой неправдѣ не стоящихъ.

учр. губ., гдѣ говорится о правѣ полиціи „оказывающихъ явное и насильственное сопротивленіе ея требованіямъ брать въ опредѣленныхъ законами случаяхъ подъ стражу“ [1]).

§ 4. Что касается спеціально указанныхъ въ законѣ мѣръ пресѣченія, предоставленныхъ отдѣльнымъ органамъ власти, то въ этомъ отношеніи приходится прежде всего остановиться на употребленіи оружія, какъ на средствѣ наиболѣе энергичнаго воздѣйствія на происходящую неправду и наиболѣе важномъ по своимъ послѣдствіямъ въ виду особаго значенія тѣхъ правовыхъ благъ, на которыхъ возможно оказывать такимъ путемъ принудительное воздѣйствіе.

Въ извѣстныхъ случаяхъ правопорядокъ присваиваетъ отдѣльнымъ органамъ власти, или вѣрнѣе служителямъ власти, и воинскимъ чинамъ (а по рѣдкому исключенію и частнымъ лицамъ) право употребленія оружія для прекращенія принудительнымъ путемъ извѣстныхъ недозволенныхъ дѣяній, которыя въ данныхъ условіяхъ иначе не могли бы быть прекращены. Какъ и другія мѣры пресѣченія, употребленіе оружія можетъ имѣть мѣсто лишь постолько, посколько это необходимо для прекращенія извѣстной неправды, и разъ недозволенное дѣяніе прекращено, примѣненіе его само собой исключается—въ этомъ характерная особенность этого института и его отличіе отъ наказанія. Съ другой стороны, посколько мы говоримъ, что такимъ путемъ оказывается воздѣйствіе на происходящую уже неправду, постолько нельзя эту мѣру разсматривать, какъ мѣру чисто-превентивную. Поэтому не вполнѣ точно выражается Гессенъ, замѣчая: „несмотря на всю тяжесть послѣдствій, связанныхъ съ примѣненіемъ разсматриваемой принудительной мѣры, эта мѣра по своему существу, имѣетъ не репрессивный, а превентивный (предупредительный) характеръ“; но при этомъ онъ вполнѣ вѣрно ука-

---

[1]) Съ этимъ опредѣленіемъ можно сопоставить опредѣленіе ст. 484 уст. конв. службы изд. 1907 г., гдѣ говорится, что при оказаніи тюремному начальству содѣйствія, въ случаѣ необходимости, „на вызванную команду конвойной стражи возлагается а) побужденіе силой неповинующихся арестантовъ исполнить требованіе тюремнаго начальства“... Въ частности въ отношеніи пересылаемыхъ въ этапныхъ партіяхъ арестантовъ указывается на необходимость предваренія ихъ о томъ, что „противъ всякаго оказавшаго неповиновеніе требованіямъ конвоя можетъ быть употреблена сила“ (ст. 170), и это „употребленіе силы“ противуполагается употребленію оружія, что допускается въ случаѣ сопротивленія или попытокъ къ побѣгу Какъ слѣдуетъ изъ ст. 188, „употребленіе силы“ выражается въ наложеніи наручниковъ или предупредительныхъ связокъ

зываетъ, что „употребленіе оружія съ репрессивной цѣлью, послѣ того, какъ безпорядки прекратились, всегда и необходимо является незаконнымъ“ [1]).

Употребленіе оружія въ отличіе отъ другихъ мѣръ пресѣченія характеризуется особенно обширнымъ объемомъ тѣхъ благъ, которыя здѣсь являются объектомъ принудительнаго воздѣйствія,—благо жизни и тѣлесная неприкосновенность, на которыя не распространяются другія мѣры пресѣченія (кромѣ необходимой обороны), являются здѣсь пригоднымъ объектомъ принудительнаго воздѣйствія [2]); другой характерной ихъ особенностью является то, что результатъ ихъ употребленія не можетъ быть заранѣе учтенъ. Эти особенности даннаго института вызываютъ потребность возможно тщательной регламентаціи въ законѣ самаго права употребленія оружія, какъ въ смыслѣ установленія поводовъ для его осуществленія, такъ и условій, при которыхъ оно становится возможнымъ.

Поводы для осуществленія этого права, какъ они указаны въ нашемъ, равно какъ и въ иностранныхъ законодательствахъ, различны, соотвѣтственно чему различны и тѣ условія, при наличности которыхъ употребленіе оружія признается правомѣрнымъ; вмѣстѣ съ тѣмъ представляются неодинаковыми и тѣ полномочія, которыя въ этомъ отношеніи принадлежатъ отдѣльнымъ лицамъ. Эти поводы можно свести къ слѣдующимъ случаямъ: 1) прекращеніе нападенія на личныя и имущественныя блага самого защищающагося или третьихъ лицъ, 2) прекращеніе нападенія на интересы, ввѣренные спеціальной охранѣ даннаго лица, 3) прекращеніе проявляемаго неповиновенія и сопротивленія власти, 4) прекращеніе извѣстныхъ преступленій, происходящихъ въ присутствіи даннаго лица, 5) прекращеніе побѣга [3]).

Изъ всѣхъ этихъ случаевъ, первые два ничего своеобразнаго не представляютъ—это обыкновенные случаи необходимой обороны; напротивъ остальные случаи получаютъ особое значеніе, такъ какъ они выходятъ за тѣ предѣлы необходимой обороны, которые отмежевываются современнымъ законодательствомъ (напр. ст. 101 ул. о нак., ст. 45 уг. ул.) этому институту, и естественно

---

[1]) Гессенъ. Исключительное положеніе стр. 54

[2]) Какъ замѣчаетъ Вильфлингъ (Wilfling. Der administrative Waffengebrauch der öffentlichen Wachorgane und des Heeres. 1909 s. 4), „der Waffengebrauch geht aber mit seinen Wirkungen über das grundsätzliche Mass polizeiliches Zwanges hinaus“.

[3]) Вильфлингъ всѣ эти случаи сводитъ къ тремъ: необходимая оборона, преодолѣніе сопротивленія и неповиновенія и побѣгъ (Wilfling l. c. s. 16).

ожидать, что расширеніе объема необходимой обороны должно повлечь за собой упраздненіе и многихъ особыхъ постановленій о правѣ употребленія оружія.

Если мы обратимся къ разсмотрѣнію постановки вопроса о правѣ употребленія оружія по нашему законодательству, то мы увидимъ слѣдующую картину [1]).

Постановленія о правѣ употребленія оружія разбросаны по различнымъ частямъ нашего законодательства, причемъ отдѣльныя опредѣленія его оказываются мало согласованными другъ съ другомъ. Одни узаконенія болѣе подробно указываютъ условія правомѣрности употребленія оружія, другія довольствуются самыми общими указаніями. Спеціальныя постановленія по данному вопросу мы можемъ прежде всего найти въ улож. о нак. (ст. 1471 и 1495), а затѣмъ и въ другихъ частяхъ Свода Законовъ, посколько тамъ предусматривается право отдѣльныхъ служителей власти, входящихъ въ составъ извѣстной стражи, употреблять оружіе въ сферѣ ихъ непосредственной компетенціи [2]). Таковы правила, установленныя въ прил. къ ст. 688 прим. Св. зак. т. II общ. учр. губ. для чиновъ полицейскихъ и жандармскихъ командъ [3]), правила, установленныя въ прил. къ ст. 316 прим. общ. учр. губ. (прод. 1912 г.) для чиновъ воинскихъ командъ, призываемыхъ гражданскими властями (правила 7 февраля 1906 г. о призывѣ войскъ для содѣйствія гражданскимъ властямъ), далѣе особыя правила, указанныя для корчемной (прил. къ ст. 4 Св. Зак. т. V уст. объ акц.

---

[1]) Нужно замѣтить, что въ нашей литературѣ данный вопросъ не излагается во всей полнотѣ. Гессенъ въ приведенномъ выше сочиненіи (ст 373 пр. 1) говоритъ лишь о случаяхъ употребленія оружія, указанныхъ въ общ. учр. губ., игнорируя другія постановленія, В. Ивановскій (Учебникъ административнаго права стр. 155) сверхъ того говоритъ еще объ употребленіи оружія лѣсной стражей, а кн. Друцкой (Предѣлы невмѣненія въ военно-уголовномъ правѣ 1902 г. стр. 80 и сл.) говоритъ спеціально объ употребленіи оружія воинскими чинами. Мы считаемъ нужнымъ въ виду этого подробнѣе остановиться на этомъ вопросѣ, особенно въ виду его значенія и для области уголовнаго права.

[2]) То же самое явленіе приходится наблюдать и во многихъ иностранныхъ государствахъ, и замѣчаніе Вильфлинга о желательности изданія въ Германіи одного общаго спеціальнаго закона, касающагося даннаго вопроса (Wilfling, l. c. s. 16), имѣетъ смыслъ не только для Германіи, но и для другихъ государствъ, въ частности и для Россіи.

[3]) Эти правила въ настоящее время дополнены новыми, изданными въ порядкѣ инструкціи объ употребленіи оружія полицейскими и жандармскими командами (23 апр. 1908 г.) и не вполнѣ съ ними согласованными; въ отношеніи поводовъ для употребленія оружія эта инструкція воспроизводитъ правила 7 февр. 1906 г. (исключая права употребленія оружія противъ толпы, оскорбляющей войско словами).

сбор.), таможенной (ст. 21 прил. къ ст. 3 Св. Зак. т. VI уст. там. прод. 1912 г.), пограничной (прил. къ ст. 2 тамъ же), лѣсной (ст. 78 и сл. Св. Зак. т. VIII уст. лѣсн.) и желѣзнодорожной стражи (ст. 2 прил. къ ст. 575 прим. 16 и ст. 6 прил. къ ст. 575 прим. 17 Св. Зак. т. XII прод. 1912 г. уст. путей сообщ.); наконецъ, особо стоятъ правила употребленія оружія лицами воинскаго званія, спеціально предусмотрѣнныя военными законами (ст. 277 воинск. уст. о нак., ст. 153, 183 и 206 уст. гарн. службы, ст. 10 правилъ для охраны казенныхъ складовъ посредствомъ сторожей и ст. 189 уст. конв. службы).

Приступая къ разсмотрѣнію этихъ правилъ, мы находимъ слѣдующее. Употребленіе оружія прежде всего допускается въ случаѣ необходимой обороны, поскольку рѣчь идетъ о собственной защитѣ употребляющаго оружіе или защитѣ третьихъ лицъ или же того интереса, который былъ спеціально порученъ его охранѣ, причемъ нерѣдко самое право употребленія оружія со стороны даннаго лица и ограничивается по закону лишь случаями необходимой обороны.

Такъ, прежде всего мы находимъ общее опредѣленіе улож. о наказ. (ст. 1471, п. 5, а также ст. 1495), устанавливающее ненаказуемость убійства (а также причиненія увѣчья, ранъ или иного поврежденія здоровья), въ случаѣ употребленія оружія часовымъ или инымъ караульнымъ или дозорнымъ и вообще какою-либо стражей въ отношеніи нападавшаго с и л о й на нихъ или на ввѣренныя ихъ охраненію зданія, деньги или вещи. То же положеніе находитъ себѣ выраженіе въ общихъ правилахъ объ употребленіи оружія полицейскими и жандармскими чинами; причемъ здѣсь проводится различіе между тѣмъ случаемъ, когда полицейскій и жандармскій чинъ дѣйствуетъ не въ составѣ командъ, и тѣмъ, когда къ употребленію оружія прибѣгаютъ команды, призванныя для возстановленія порядка. Въ первомъ случаѣ допускается употребленіе оружія указанными чинами при отправленіи своихъ служебныхъ обязанностей: 1) для отраженія всякаго вооруженнаго нападенія, 2) для отраженія нападенія, хотя бы и невооруженнаго, но сдѣланнаго нѣсколькими лицами или даже однимъ лицомъ, но при такихъ обстоятельствахъ и условіяхъ, когда никакое иное средство защиты не было возможно, 3) для обороны другихъ лицъ отъ застигнутаго полицейскимъ или жандармскимъ чиномъ нападенія, угрожающаго жизни, здоровью или неприкосновенности тѣхъ лицъ, 4) при задержаніи преступника, когда онъ будетъ препятствовать сему указанными выше насильственными дѣйствіями и 5) при преслѣдованіи аре-

станта, бѣжавшаго изъ тюрьмы или изъ подъ стражи, когда онъ противится задержанію такими же дѣйствіями (ст. 1 п. 1—5 прил. къ ст. 688 прим. общ. учр. губ.). Во второмъ случаѣ различается право употребленія оружія или безъ всякаго предупрежденія или послѣ троекратнаго предваренія неповинующихся: безъ предупрежденія команды могутъ употреблять оружіе во время народныхъ безпорядковъ или волненій въ крайней необходимости, а именно, когда сдѣлано будетъ нападеніе на команду или когда окажется нужнымъ спасти быстрымъ дѣйствіемъ жизнь лицъ, подвергнувшихся насиліямъ со стороны возмутившихся (ст. 3 п. 3). Однако это опредѣленіе представляется неполнымъ, поскольку на основаніи общихъ правилъ о необходимой оборонѣ можно говорить о правомѣрности и другихъ случаевъ употребленія оружія, напр. для огражденія тѣлесной неприкосновенности другихъ лицъ, а не только ихъ жизни, о чемъ говоритъ данная статья. Такое же различіе между двумя указанными категоріями случаевъ дѣлаетъ и прил. къ ст. 316 (прим.) общ. учр. губ. Именно, здѣсь различаются случаи употребленія оружія съ одной стороны призванными для содѣйствія гражданскимъ властямъ войсками, съ другой — караулами, часовыми, дозорами и отдѣльными чинами отъ войскъ; первыя дѣйствуютъ или прибѣгая къ установленному троекратному предупрежденію или безъ этого: съ предупрежденіемъ (но не ожидая передачи полномочія со стороны гражданскихъ властей), войска могутъ употребить оружіе противъ толпы, оскорбляющей войска словами, — это мѣра обороны въ отношеніи словеснаго оскорбленія, напротивъ безъ всякаго предупрежденія они примѣняютъ оружіе противъ толпы или арестантовъ, нападающихъ на войска или совершающихъ какія-либо враждебныя противъ нихъ дѣйствія, и противъ оказывающихъ сопротивленіе задержанію лицъ подлежащихъ арестованію (ст. 30); въ отношеніи же вторыхъ установляется право употребленія оружія для защиты самихъ себя, охраняемаго лица или ввѣреннаго охранѣ поста (ст. 32). То же указаніе на возможность употребленія оружія со стороны чиновъ опредѣленной стражи при наличности общихъ условій необходимой обороны мы находимъ и въ правилахъ объ употребленіи оружія корчемной стражей (ст. 32 прил. къ ст. 4 уст. акц. сб.), каковыя правила распространяются и на чиновъ таможенной стражи (ст. 21 прим. къ ст. 3 уст. там.)[1]). Что касается далѣе лѣсной стражи, то въ отношеніи

[1]) Въ ст 32 этихъ правилъ сказано, что „если во время службы на корчемную стражу будетъ сдѣлано открытое нападеніе людей вооруженныхъ съ цѣлью отбитія питей и причиненія побоевъ или смерти чинамъ сей стражи, то они могутъ прибѣгать сначала къ холодному оружію,—а въ крайнемъ случаѣ и къ огнестрѣль-

ея имѣется общее постановленіе о томъ, что она не должна употреблять оружія иначе, какъ по приказанію лѣсничаго или для собственной защиты (ст. 78 уст. лѣсн.); при этомъ изъ ближайшаго разсмотрѣнія соотвѣтствующихъ опредѣленій видно, что даже тамъ, гдѣ умѣстно было бы ссылаться на общія правила необходимой обороны, въ законѣ право употребленія оружія поставлено въ связь съ наличностью приказа лѣсничаго,—именно приказъ этотъ можетъ быть данъ, когда при насильственныхъ порубкахъ съ огнестрѣльнымъ оружіемъ порубщики приготовляются къ оборонѣ, а также для собственной обороны при самовольныхъ порубкахъ, хотя безъ вооруженія, но когда самовольные порубщики приготовляются напасть превосходной силой на лѣсную стражу, а также при преслѣдованіи насильственныхъ и самовольныхъ порубщиковъ, если они дѣлаютъ нападеніе для избѣжанія поимки или узнанія ихъ; то же установлено и въ отношеніи лѣсныхъ сторожей въ губерніяхъ Царства Польскаго (ст. 610). Наконецъ, ст. 277 воинскаго устава о нак. предусматриваетъ случаи употребленія оружія, основаніемъ для котораго является прежде всего наличность необходимой обороны,— именно рѣчь идетъ о смертоубійствѣ, а также нанесеніи тѣлесныхъ поврежденій, не вмѣняемыхъ въ преступленіе, въ случаѣ, когда часовой, караулъ, патруль, конвойный или стража ранятъ или убьютъ нападающаго на нихъ, отражая силу силой или защищая ввѣренныя ихъ охраненію лица, зданія, деньги или вещи (п. 1), а также когда посланный для взятія кого-либо подъ стражу съ употребленіемъ въ случаѣ необходимости оружія, встрѣтивъ явное сопротивленіе, убьетъ сопротивляющагося или ранитъ его, если не было иного средства отвратить сопротивленіе и исполнить данное приказаніе (п. 3); этому соотвѣтствуютъ ст. 153 уст. гарн. службы, по которой разрѣшается часовому употреблять оружіе между прочимъ въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) для защиты охраня-

---

ному съ возможной однако осмотрительностью". То же имѣетъ въ виду и уст. там. въ отношеніи пограничной стражи: чины послѣдней имѣютъ право употребленія оружія при отправленіи служебныхъ обязанностей съ одной стороны для отраженія всякаго вооруженнаго на нихъ нападенія или встрѣченнаго сопротивленія, а также для отраженія нападенія или сопротивленія, хотя и невооруженнаго, но сдѣланнаго нѣсколькими лицами или даже однимъ лицомъ, но при такихъ условіяхъ или обстоятельствахъ, когда чинамъ пограничной стражи угрожала опасность (ст. 261 прил. къ ст. 2 уст. там.); въ томъ же объемѣ установляется право употребленія оружія при необходимой оборонѣ со стороны желѣзнодорожной стражи (путевыхъ сторожей на средне-азіатской, сибирской, забайкальской и закавказской желѣзныхъ дорогахъ (ст. 2 прил. къ ст. 575 прим. 16 уст. пут. сообщ. прод. 1912 г.), а также всякой вооруженной охранной стражи, учрежденной на желѣзныхъ дорогахъ (ст. 6 п. 12 прил. къ ст. 575 прим. 17).

емаго лица или поста и 2) для защиты самого себя, а также ст. 183, указывающая на право караульнаго начальника приказать караулу дѣйствовать оружіемъ: 1) для защиты охраняемаго лица или поста и 2) для охраненія самого караула; точно также ст. 10 правилъ для охраны казенныхъ складовъ посредствомъ сторожей (прил. 3 къ ст. 34 уст. гарн. сл.) говоритъ о правѣ сторожей употреблять оружіе только для защиты самихъ себя и для защиты охраняемыхъ постовъ. Наконецъ, въ уст. конв. службы употребленіе оружія допускается въ случаѣ нападенія арестантовъ на чиновъ конвоя (ст. 189), а также постороннихъ лицъ на чиновъ конвоя или арестантовъ (ст. 191).

Таковы тѣ разнообразные случаи употребленія оружія, въ которыхъ поводомъ для принятія этой мѣры является наличность общихъ условій необходимой обороны. Посколько правила объ употребленіи оружія въ подобныхъ случаяхъ являются лишь повтореніемъ того, что установлено въ общей части уголовнаго кодекса, постолько они являются излишними, такъ какъ они не установляютъ новаго правомочія тѣхъ или другихъ лицъ. Законодательство можетъ обойтись безъ нихъ; ихъ наличность можетъ внести лишь затрудненія при практическомъ примѣненіи ихъ въ виду несогласованности ихъ другъ съ другомъ, а также съ общими положеніями улож. о нак. Необходимая оборона есть общее основаніе для признанія дѣянія правомѣрнымъ независимо отъ того, пришлось ли для ея осуществленія прибѣгнуть къ оружію или нѣтъ, а также отъ того, прибѣгаетъ ли къ нему частное лицо или извѣстный служитель власти, дѣйствующій въ предѣлахъ спеціальнаго права употребленія оружія [1]). Единственное, съ чѣмъ приходится считаться въ данномъ случаѣ, это то, что самое употребленіе оружія въ случаѣ необходимой обороны со стороны лицъ, носящихъ его по долгу службы, можетъ быть обставлено особыми условіями въ родѣ того, что къ огнестрѣльному оружію можно переходить только послѣ использованія холоднаго и т. п.

Другую группу случаевъ употребленія оружія представляетъ та, гдѣ оружіе употребляется для пресѣченія извѣстныхъ нарушеній, пресѣкать которыя или вообще лежитъ на обязанности даннаго лица, прибѣгающаго къ этой мѣрѣ, или же лежитъ на

[1]) Ср. Binding l. c. s. 792 n. 3: „Berufsrecht und Notwehr können zusammentreffen, ohne das jenes in diesem aufginge. Jeder tätliche Angriff auf den in Ausübung seines Berufsrechts Begriffenen berechtigt zur Notwehr"; Rissom. Notwehr und Waffengebrauch des Militärs. 1906 s. 46: „es liegt in der Natur der Sache begründet, dass dienstlicher Waffengebrauch und persönliche Notwehr leicht zusammentreffen".

немъ въ виду приглашенія его другими для подобной дѣятельности. Эта группа представляетъ такія разновидности: оружіе употребляется или для пресѣченія опредѣленныхъ противузаконныхъ дѣяній, или же для пресѣченія противузаконныхъ дѣяній, происходящихъ въ присутствіи даннаго лица, или же, наконецъ, въ случаѣ побѣга извѣстныхъ лицъ. Здѣсь вездѣ имѣется въ виду происходящее противузаконное дѣяніе, для прекращенія котораго можетъ быть употреблена данная мѣра пресѣченія. Сюда относятся случаи буйства, сопротивленія властямъ, неповиновеніе, образованіе скопищъ и т. п. дѣянія.

Относительно обязанности пресѣкать преступныя дѣянія примѣненіемъ вооруженной силы наше улож. о нак. общимъ образомъ говоритъ о ненаказуемости убійства и тѣлеснаго поврежденія (ст. 1471 п. 2 и ст. 1495), когда таможенной, лѣсной, пограничной, корчемной или желѣзнодорожной стражей, при точномъ исполненіи возложенныхъ на нее обязанностей и безъ всякаго отступленія отъ установленныхъ для употребленія ею огнестрѣльнаго оружія правилъ будетъ убитъ (а также изувѣченъ и т. д.) человѣкъ, покусившійся на одно изъ преступленій, которыя эта стража обязана стараться предупреждать. Такимъ образомъ соотвѣтственныя указанія относительно случаевъ этого рода можно, повидимому, найти въ особыхъ узаконеніяхъ, опредѣляющихъ права отдѣльныхъ категорій служителей власти. Однако въ этихъ узаконеніяхъ мы не вездѣ находимъ ближайшія опредѣленія этого рода. Изъ нѣкоторыхъ же опредѣленій мы можемъ вывести заключеніе, что для извѣстныхъ категорій служителей власти право употребленія оружія и въ этомъ отношеніи ограничивается, собственно говоря, обыкновенными случаями необходимой обороны. Такъ, въ уст. акц. сб., говорящемъ о правѣ употребленія оружія со стороны корчемной стражи (прил. къ ст. 4),—а правила, здѣсь находящіяся, какъ сказано выше, распространяются и на таможенную стражу,—можно найти лишь выше приведенныя положенія, которыя имѣютъ въ виду только случаи употребленія оружія при необходимой оборонѣ; далѣе въ правилахъ объ употребленіи оружія пограничной стражей рѣчь лишь идетъ, какъ мы увидимъ дальше, о правѣ употребленія оружія при отказѣ подчиниться требованію остановиться, и только въ правилахъ объ употребленіи оружія желѣзнодорожной стражей заключаются указанія, имѣющія ближайшее отношеніе къ даннымъ случаямъ,—именно дозволяется прибѣгать къ употребленію оружія при покушеніяхъ злоумышленниковъ на безопасность желѣзнодорожнаго движенія нападеніемъ на поѣзда и желѣзнодорожныя

строенія, умышленной порчей рельсоваго пути или другихъ желѣзнодорожныхъ сооруженій или посредствомъ похищенія желѣзнодорожнаго имущества и т. п. Затѣмъ въ эту же группу относятся случаи, о которыхъ спеціально говоритъ п. 6 ст. 1471 улож. о нак., устанавливая, что смертоубійство не вмѣняется въ преступленіе, когда оно было послѣдствіемъ употребленія оружія воинскими чинами, призванными для содѣйствія гражданскому начальству при точномъ исполненіи возложенныхъ на нихъ обязанностей и безъ всякаго отступленія отъ установленныхъ на сей предметъ правилъ (ст. 1495 говоритъ о безнаказанности увѣчій и ранъ, нанесенныхъ въ случаяхъ, указанныхъ въ ст. 1471). Ближайшее указаніе случаевъ этого рода содержится въ правилахъ о призывѣ войскъ (прил. къ ст. 316 прим. общ. учр. губ.), гдѣ установляется, что войска могутъ употреблять оружіе по передачѣ полномочій со стороны гражданскихъ властей и послѣ троекратнаго предупрежденія для разсѣянія неповинующейся толпы и противъ толпы, препятствующей движенію войскъ, и безъ всякаго предупрежденія въ отношеніи третьихъ лицъ, препятствующихъ (очевидно, безъ насилія — иначе это будетъ случай необходимой обороны) задержанію лицъ, подлежащихъ арестованію (ст. 30 тамъ же); то же установляется въ правилахъ объ употребленіи оружія полицейскими и жандармскими командами, посколько имъ вообще разрѣшается употреблять оружіе для возстановленія порядка послѣ троекратнаго предупрежденія неповинующихся (ст. 3 правилъ); сюда же относятся опредѣленія уст. конв. сл., который дозволяетъ употребленіе оружія при наличности буйства или сопротивленія арестантовъ (ст. 189), а также въ случаѣ попытки къ насильственному освобожденію арестантовъ (ст. 191), равно какъ опредѣленія уст. гарн. сл., который имѣетъ въ виду случаи открытаго возмущенія арестантовъ (ст. 183 и 206). Сюда же, наконецъ, надо отнести случай, о которомъ говоритъ воинскій уст. о нак., именно, когда препровождающій плѣнныхъ при открытомъ ихъ неповиновеніи или возмущеніи убьетъ или ранитъ кого-либо изъ нихъ (ст. 277 п. 6). Нужно замѣтить, что относительно правовой природы этой послѣдней мѣры, именно, какъ мѣры пресѣченія, высказываетъ сомнѣніе кн. Друцкой, на томъ основаніи, что здѣсь рѣчь идетъ о реагированіи такимъ путемъ въ отношеніи уже совершившагося неповиновенія, такъ какъ „первый отказъ отъ повиновенія даетъ полный составъ преступленія, не измѣняющійся въ своемъ существѣ отъ большей или меньшей его продолжительности“ [1]), но нужно имѣть въ виду, что, пока длится самое непови-

[1]) Кн. Друцкой в. с. стр. 85.

новеніе впредь до его прекращенія, мы можемъ говорить о мѣрахъ пресѣченія въ отношеніи этого длящагося деликта такъ же, какъ мы говоримъ о мѣрахъ пресѣченія и въ другихъ случаяхъ.

Особый случай употребленія оружія представляетъ изъ себя тотъ, гдѣ рѣчь идетъ о прекращеніи преступленія, происходящаго въ присутствіи даннаго лица, прибѣгающаго для этого къ употребленію оружія. Это спеціально предусмотрѣно въ правилахъ о призывѣ войскъ; послѣднія могутъ употреблять оружіе безъ предупрежденія противъ производящихъ въ присутствіи войскъ насилія надъ личностью, насильственное разрушеніе имущества (разгромъ), зажигательство или убійство (ст. 30 п. III п. 2).

Слѣдующую весьма обширную группу, притомъ весьма разнообразную по содержанію, представляютъ случаи употребленія оружія для предотвращенія побѣговъ разнаго рода, посколько самый побѣгъ образуетъ изъ себя дѣяніе противузаконное. Въ этомъ отношеніи мы должны исходить изъ представленія о существованіи обязанности для опредѣленныхъ лицъ пребывать въ извѣстномъ мѣстѣ, покидать которое самовольно они не имѣютъ право. Нарушеніе этой обязанности представляется настолько нежелательнымъ въ интересахъ общественныхъ, что могутъ быть установлены опредѣленныя правовыя послѣдствія этого нарушенія. Въ однихъ случаяхъ здѣсь допускается примѣненіе наказанія, въ другихъ—и это является общимъ правиломъ—признается допустимость примѣненія мѣръ пресѣченія, въ томъ числѣ и употребленіе оружія. Совершающій побѣгъ можетъ, а иногда и долженъ быть остановленъ силой оружія, чѣмъ пресѣкается учиняемое имъ правонарушеніе, но конечно, это само по себѣ не исключаетъ возможности примѣненія наказанія въ подобномъ случаѣ. На основаніи опредѣленій нашего права здѣсь можно различать такіе случаи: побѣгъ изъ карантина, побѣгъ арестантовъ и побѣгъ совершающихъ извѣстныя правонарушенія. Первый случай предусматривается улож. о нак., которое устанавливаетъ ненаказуемость убійства или тѣлеснаго поврежденія (п. 2 ст. 1471 и 1495), когда чиновникъ карантинной стражи или служитель совершитъ подобное дѣяніе въ отношеніи человѣка, покушающагося бѣжать изъ подъ ея надзора или прорваться за карантинную черту или бѣжать изъ карантина или карантиннаго судна; разрѣшеніе употребить оружіе въ этомъ случаѣ дается и частному лицу въ силу прямого указанія закона (п. 3 ст. 1471). Второй случай—право употребленія оружія при побѣгѣ арестанта—общимъ образомъ предусматривается въ улож. о нак. въ п. 5 ст. 1471 (а также въ ст. 1495), гдѣ говорится о правѣ употребленія оружія часовымъ или караульнымъ или дозорнымъ или во-

обще какою либо стражей въ отношеніи покушавшагося бѣжать изъ тюрьмы или изъ подъ стражи заключеннаго, когда не было иного средства предупредить сей побѣгъ; кромѣ того это же право устанавливается въ отношеніи употребленія оружія полицейскими и жандармскими чинами, дѣйствующими не въ составѣ командъ, при преслѣдованіи арестанта, бѣжавшаго изъ тюрьмы или изъ подъ стражи, когда невозможно настичь его (ст. 1 п. 4 и 5 прил. къ ст. 688 прим. общ. учр. губ.), а также по законамъ военнымъ, въ силу которыхъ предоставляется право караульному или конвойному ранить или убить арестанта, покусившагося бѣжать изъ мѣста заключенія или изъ подъ стражи (ст. 277 п 6 воин. уст. нак., ср. также ст. 32 прил. къ ст. 316 прим. общ. учр. губ., ст. 153 уст. гарн. сл., ст. 189 уст. конв. сл.). Сюда же относится случай употребленія оружія желѣзнодорожной стражей въ отношеніи задержаннаго злоумышленника, когда онъ обнаружитъ попытку къ бѣгству и когда не окажется возможнымъ настичь его (ст. 2 прил. къ ст. 575 прим. 16 уст. пут. сообщ продол. 1912 г.; то же установлено и въ отношеніи пограничной стражи при такихъ же условіяхъ, ст. 261 прил. къ ст. 2 уст. там.).

Наконецъ, послѣдній случай, близко по своему значенію подходящій къ только что изложенному, представляетъ то опредѣленіе закона, которое имѣетъ въ виду примѣненіе оружія въ отношеніи лица, совершающаго побѣгъ въ случаѣ, если оно будетъ застигнуто при совершеніи противузаконнаго дѣянія. Посколько учиненіе противузаконнаго дѣянія влечетъ за собой необходимость суда и наказанія, постолько правопорядокъ можетъ примѣнять мѣры, направленныя на устраненіе препятствій къ осуществленію этого его права, такъ какъ учиненіе преступленія влечетъ за собой возникновеніе ряда обязанностей для учинившаго преступленіе въ отношеніи къ государству. Для этого лица между прочимъ возникаетъ обязанность подчиняться всѣмъ тѣмъ требованіямъ власти, которыя предпринимаются въ интересахъ правосудія. Поэтому, если къ совершившему преступленіе предъявляется во время его побѣга требованіе остановиться, онъ обязанъ этому требованію подчиниться. Неисполненіе его, хотя и не влечетъ наказанія, все же остается противузаконнымъ дѣяніемъ, которое и вызываетъ по отношенію къ себѣ мѣру пресѣченія въ видѣ употребленія оружія.

По данному вопросу положенія отдѣльныхъ частей нашего законодательства оказываются несогласованными другъ съ другомъ. Такъ, въ отношеніи корчемной, (а слѣдовательно и таможенной стражи) установляется то положеніе, что при бѣгствѣ корчемниковъ употреблять оружіе запрещается; въ такомъ случаѣ корчемная

стража обязана ограничиться однимъ преслѣдованіемъ виновныхъ до ближайшаго селенія или города, потребовавъ содѣйствія полиціи къ задержанію виновныхъ (ст. 32 прил. къ ст. 4 уст. акц. об.), но въ отношеніи пограничной стражи это право расширяется въ случаѣ, когда лица, слѣдующія въ предѣлахъ пограничной полосы съ товарами или ношами или по пограничной рѣкѣ на нагруженныхъ судахъ, либо переходящія границу незаконными путями и способами, послѣ двухкратнаго отклика „стой“ и предупредительнаго выстрѣла вверхъ, не остановятся и обнаружатъ намѣреніе скрыться отъ преслѣдованія, если не окажется возможнымъ настичь ихъ (ст. 261 прил. къ ст. 2 уст. там.); въ такомъ же объемѣ это право предоставляется и желѣзнодорожнымъ стражамъ, когда злоумышленникъ послѣ двухкратнаго окрика „стой“ и предупредительнаго выстрѣла вверхъ, убѣгая, не остановится и обнаружитъ намѣреніе скрыться отъ преслѣдованія и не окажется возможнымъ настичь и задержать его (ст. 6 п. 12 прил. къ ст. 575 прим. 17 уст. пут. сообщ.); то же далѣе установляется на основаніи воин. уст. нак., гдѣ п. 2 ст. 277 говоритъ объ освобожденіи отъ наказанія часового въ томъ случаѣ, когда онъ въ опасномъ мѣстѣ, окликнувъ, по особому о томъ приказанію проходящаго дважды, съ угрозой употребить оружіе, и не получивъ отвѣта, выстрѣлитъ по немъ и ранитъ его или убьетъ. Наконецъ, нужно замѣтить, что есть случаи, когда и безъ всякаго окрика можетъ быть примѣнено оружіе, именно полицейскими и жандармскими чинами, дѣйствующими не въ составѣ команды, при задержаніи преступника, когда невозможно будетъ преслѣдовать и настичь убѣгающаго (ст. 1 п. 4 прил. къ ст. 688 прим. общ. учр. губ.); въ этомъ случаѣ требованіе остановиться вытекаетъ изъ самаго факта преслѣдованія скрывающагося преступника.

Таковы тѣ разнообразные случаи употребленія оружія по нашему законодательству, которые характеризуютъ данный институтъ, именно какъ одну изъ мѣръ пресѣченія неправды. Какъ видно изъ приведенныхъ постановленій закона, въ нихъ оказывается подчасъ большая несогласованность, такъ что приведеніе ихъ въ одну систему, объединенную общими руководящими положеніями, является насущной потребностью нашего законодательства.

Отдѣльно отъ приведенныхъ случаевъ употребленія оружія со стороны служителей власти и воинскихъ чиновъ стоитъ случай употребленія оружія начальникомъ въ отношеніи подчиненныхъ для пресѣченія противузаконной дѣятельности послѣднихъ.

Отъ прочихъ случаевъ данный отличается тѣмъ, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ извѣстнымъ проявленіемъ власти начальника по отношенію къ подчиненному, тогда какъ тамъ ни о какой власти употребляющаго оружіе по отношенію къ тому, противъ кого оно употребляется, рѣчи быть не можетъ. По нашему праву сюда относится случай, указанный въ воинскомъ уст. о нак. (ст. 277 п. 5)—это право начальника убить или ранить во время сраженія подчиненнаго, сопротивляющагося ему или обратившагося изъ трусости въ бѣгство или побудившаго къ побѣгу другихъ или распространявшаго между военными чинами страхъ и безпорядокъ, если не было иного средства пресѣчь сопротивленіе или предупредить побѣгъ и безпорядки, а также его право во время возмущенія открытою силою или вооруженной рукой употребить необходимыя мѣры усмиренія для возстановленія порядка, въ томъ числѣ и право ранить или убить непокорнаго или приказать убить его тутъ же (ст. 277 п. 4) [1]).

Въ подобныхъ случаяхъ непосредственнаго воздѣйствія начальника въ отношеніи подчиненнаго обыкновенно усматривается видъ крайней необходимости; но это само по себѣ не раскрываетъ намъ правовой природы данной мѣры, указывая лишь на то, что вызываетъ необходимость пользованія ею [2]). Съ другой стороны здѣсь иногда усматривается наказаніе; но характеризовать данную мѣру, какъ наказаніе, мы не можемъ потому, что въ ней нельзя видѣть оцѣнку учиненныхъ правонарушеній, такъ какъ оцѣнка послѣднихъ дается въ тѣхъ статьяхъ военно-уголовнаго кодекса, которыми эти дѣянія объявляются въ качествѣ преступленій, влекущихъ за собой опредѣленныя наказанія. Самое примѣненіе этой мѣры не исключаетъ возможности преданія суду и назначенія наказанія тѣмъ изъ учинившихъ нарушеніе своего долга, которые останутся въ живыхъ. Начальникъ же имѣетъ право на примѣненіе этой мѣры, какъ только онъ усмотритъ указанныя для этого въ законѣ основанія, не возбуждая вопроса о виновности лица, къ которому онъ данную мѣру примѣняетъ. Онъ руководствуется лишь тѣмъ соображеніемъ, что происшедшее правонарушеніе должно быть пресѣчено даннымъ способомъ воздѣйствія въ силу его особеннаго значенія для условій даннаго момента [3]).

---

[1]) См. ближайшій анализъ этого права у кн. Друцкого в. с. стр. 80 и слѣд.

[2]) Какъ случай крайней необходимости, оцѣниваетъ у насъ Сергѣевскій (в. с. стр. 114) лишеніе жизни бѣгущаго труса въ сраженіи.

[3]) Кн. Друцкой (в. с. стр. 88) называетъ употребленіе оружія начальникомъ мѣрой „лишь условно пресѣкающей", не выясняя ближе сущности этого понятія; признавать же ее наказаніемъ онъ не считаетъ возможнымъ по слѣдующимъ основа-

Самый характеръ этой мѣры, какъ мѣры пресѣченія, подчеркиваетъ и наше право, говоря о допустимости прибѣгнуть къ ней, если не было иного средства пресѣчь сопротивленіе и т. д. Природа употребленія оружія начальникомъ въ отношеніи подчиненнаго выясняется еще и на основаніи опредѣленія ст. 5 воин. дисц. уст., которая гласитъ, что въ случаѣ нарушенія общественнаго спокойствія или открытаго неповиновенія и возмущенія, начальникъ обязанъ неисполняющихъ свой долгъ принудить къ повиновенію силою или оружіемъ и принять всѣ зависящія отъ него мѣры для прекращенія безпорядковъ. Приведенныя выше опредѣленія ст. 277 воинск. уст. о нак. несомнѣнно стоятъ въ связи по своему содержанію съ этой статьей, въ которой смыслъ права употребленія оружія подчеркивается выраженіемъ „мѣры для прекращенія безпорядковъ“. Однимъ словомъ, начальникъ убивающій на мѣстѣ преступленія подчиненнаго, оказывающаго ему сопротивленіе и т. д., не наказываетъ его за это послѣднее, а лишь пресѣкаетъ происходящую на его глазахъ неправду [1]).

ніямъ „для того, чтобы эти мѣры получили значеніе наказанія, необходимы слѣдующія условія: нужно, чтобы законъ военно-уголовный каралъ неповиновеніе смертной казнью или тѣлесными поврежденіями, затѣмъ необходимо освободить отъ другихъ наказаній раненаго начальникомъ неповиновавшагося подчиненнаго и, наконецъ, законъ долженъ уполномочить начальника примѣнять въ извѣстныхъ случаяхъ по личному усмотрѣнію такія наказанія, которыя при иныхъ условіяхъ назначаются только судомъ“.

[1]) Нужно однако имѣть въ виду, что законодатель можетъ это право употребленія оружія обставить такими условіями, что въ данномъ случаѣ придется считаться съ наличностью наказанія, а не мѣры пресѣченія. Таково напр положеніе, которое мы находимъ въ австрійскомъ военно-уголовномъ уложеніи 1885 г., гдѣ категорически указано, что трусость въ виду непріятеля есть особое преступленіе, обложенное смертной казнью (§ 251), причемъ прибавлено, что начальникъ можетъ немедленно убить виновнаго въ этомъ дѣяніи или же приказать привести немедленно въ исполненіе это наказаніе (§ 252); этимъ подчеркивается то, что здѣсь рѣчь идетъ о наказаніи, которое можетъ быть примѣнено и въ порядкѣ особаго суммарнаго суда. Такъ же рѣшался данный вопросъ въ прусскомъ и вюртембергскомъ военно-уголовныхъ кодексахъ; но уже въ германскомъ военно-уголовномъ уложеніи (§ 84), хотя бѣгство въ виду непріятеля и обложено смертной казнью, однако законъ не говоритъ о томъ, что это наказаніе можетъ быть приведено въ исполненіе немедленно въ порядкѣ суммарнаго суда, употребленіе же оружія въ подобномъ случаѣ, на что вообще уполномоченъ начальникъ (§ 124), является уже не наказаніемъ, а принудительнымъ средствомъ, направленнымъ къ прекращенію бѣгства. Это измѣненіе законодательныхъ опредѣленій въ данной области даетъ основаніе Вильфлингу (Wilfling l. c. s. 10) говорить, что право употребленія оружія, какъ самостоятельный институтъ, возникло изъ права на наказаніе на мѣстѣ совершившагося правонарушенія; при этомъ онъ подчеркиваетъ, что практическое различіе между обоими институтами лежитъ въ томъ, что употребле-

§ 5. Другимъ видомъ мѣръ пресѣченія являются разнообразные способы воздѣйствія на свободу передвиженія, какъ средство прекращенія незаконномѣрнаго дѣянія. Эти мѣры могутъ быть общимъ образомъ названы мѣрами удаленія.

Среди этихъ мѣръ прежде всего слѣдуетъ отмѣтить, какъ мѣру, имѣющую широкій объемъ примѣненія, высылку лицъ, незаконно пребывающихъ въ извѣстной мѣстности, въ другую мѣстность, гдѣ они обязаны были пребывать; этимъ путемъ пресѣкается возникшая неправда и вмѣстѣ съ тѣмъ достигается возстановленіе нарушеннаго правомѣрнаго состоянія. Въ нашемъ правѣ встрѣчается немало постановленій, которыя указываютъ на допустимость примѣненія этой мѣры пресѣченія въ видѣ особой мѣры удаленія даннаго лица изъ опредѣленной мѣстности съ принудительнымъ водвореніемъ въ другую, гдѣ это лицо обязано было раньше пребывать и откуда оно самовольно удалилось. Наиболѣе типичнымъ въ этомъ отношеніи представляется постановленіе ст. 63 уст. о нак., которая опредѣляетъ, что за самовольное оставленіе мѣста, назначеннаго для жительства по законному распоряженію надлежащей судебной или правительственной власти, а равно за самовольное возвращеніе въ мѣста, изъ коихъ виновные высланы, а также за нарушеніе подписки о невыѣздѣ изъ мѣста жительства или временнаго пребыванія, данной должниками суду на основаніи правилъ гражданскаго производства, виновные независимо отъ взысканія возвращаются въ мѣста, опредѣленныя имъ для жительства. Немало случаевъ этого рода знаетъ и уст. о пасп. Это—высылка въ мѣсто постояннаго жительства лицъ, оказавшихся безъ установленнаго вида или съ видомъ просроченнымъ и не отбывшихъ туда добровольно въ семидневный срокъ по истеченіи срока временнаго свидѣтельства, выданнаго имъ (ст. 31 уст. о пасп.); высылка изъ С.-Петербурга лицъ, не имѣющихъ видовъ на жительство или проживающихъ съ просроченными видами (прил. къ ст. 31 прим.); высылка мѣрами полиціи въ мѣста ихъ постояннаго жительства лицъ, находящихся подъ надзоромъ полиціи въ силу состоявшагося о нихъ судебнаго приговора и высланныхъ на водвореніе за нищенство,

---

ніе оружія, какъ принудительное средство, находитъ себѣ ограниченіе въ той цѣли, къ которой оно стремится, причемъ убійство не является такой цѣлью.

Интересно отмѣтить, что нашъ воинскій уст. о нак. въ ст. 277 говоритъ не исключительно о правѣ на убійство начальникомъ подчиненнаго, но и о правѣ на причиненіе тѣлеснаго поврежденія („право убить или ранить"), что также подчеркиваетъ природу данной мѣры, какъ мѣры пресѣченія, при которой въ противоположность наказанію можетъ быть и не учтенъ заранѣе ея результатъ.

оказавшихся безъ вида на жительство или, хотя и съ видомъ, но въ мѣстностяхъ, гдѣ они не имѣютъ права пребывать (ст. 32); водвореніе мѣрами полиціи казаковъ, не явившихся изъ отлучки въ теченіе двойного противъ разрѣшеннаго имъ отпуска, на мѣста ихъ жительства (ст. 113); далѣе подобныя мѣры допускаются въ отношеніи иностранцевъ, прибывшихъ на границу безъ установленнаго паспорта — послѣдніе удаляются полицейской властью обратно безъ испрошенія на то предварительнаго разрѣшенія высшей инстанціи (ст. 234), а также кочующихъ цыганъ, которые высылаются въ мѣста водворенія съ воспрещеніемъ отлучки на два года (ст. 159[1] уст. о пред. прест.); наконецъ, въ нашемъ правѣ имѣется цѣлый рядъ опредѣленій о водвореніи въ черту осѣдлости евреевъ: такъ, объ этомъ говоритъ ст. 1171 улож. о нак., имѣя въ виду немедленную высылку евреевъ, производящихъ внѣ черты, назначенной имъ для жительства, недозволенную торговлю; далѣе ст. 1 прим. 2 прил. къ ст. 68 уст. о пасп. указываетъ, что евреи, незаконно поселившіеся внѣ городовъ и мѣстечекъ, высылаются въ мѣста постояннаго жительства евреевъ, а въ ст. 74 устанавливается въ видѣ общаго правила, что евреи, не имѣющіе вида на жительство, когда таковой требуется, а также обнаруженные, хотя бы и съ видомъ на жительство, но въ мѣстностяхъ, въ которыхъ не имѣютъ права пребывать, высылаются въ мѣста ихъ постояннаго жительства; кромѣ того, ст. 136 указываетъ, что иностранные евреи, проживающіе подъ именемъ христіанъ или выѣхавшіе изъ Финляндіи, немедленно высылаются изъ Россіи.

Всѣ перечисленныя мѣры удаленія по своему внѣшнему выраженію представляются сходными съ наказаніемъ, однако по своему внутреннему содержанію онѣ являются не наказаніемъ, а мѣрами пресѣченія. Примѣненіе ихъ не выражаетъ собой оцѣнки учиненнаго правонарушенія, въ соотвѣтствіи съ чѣмъ не обращается вниманія на установленіе виновности лица, учинившаго данное правонарушеніе. Здѣсь нѣтъ рѣчи о возмездіи за учиненное, а лишь имѣется устраненіе длящагося неправомѣрнаго состоянія, вызваннаго дѣятельностью даннаго лица. Это лицо не имѣетъ права по тѣмъ или инымъ соображеніямъ пребывать въ извѣстной мѣстности, поэтому оно и должно быть удалено отсюда и препровождено туда, гдѣ оно обязано пребывать. Будетъ ли при этомъ данное лицо сверхъ того еще подвергнуто наказанію за учиненное правонарушеніе—это обстоятельство само по себѣ не устраняетъ потребности въ уничтоженіи создавшагося неправомѣрнаго состоянія. Посколько же эта мѣра не требуетъ для своего

примѣненія установленія виновности лица, учинившаго правонарушеніе, постолько ея примѣненіе можетъ быть предоставлено органамъ администраціи; но, разумѣется, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ суду приходится за данное правонарушеніе въ силу прямого указанія закона опредѣлять наказаніе, ему можетъ быть предоставлено и право назначенія этой мѣры пресѣченія. То обстоятельство, что эта мѣра назначается судомъ, не измѣняетъ ея правовой природы. Конечно, вмѣстѣ съ тѣмъ не измѣняется природа данной мѣры и отъ того обстоятельства, что рѣчь о ней идетъ иногда въ области уголовнаго законодательства, а не въ другихъ областяхъ права.

Однако при выясненіи природы мѣръ удаленія съ точки зрѣнія нашего права могутъ возникнуть сомнѣнія, и, какъ показываетъ наша практика, они уже возникали, относительно случаевъ, указанныхъ въ уголовномъ законодательствѣ (ст. 63 уст. о нак. и ст. 1171 улож. о нак.); природа же данной мѣры, поскольку послѣдняя устанавливается въ другихъ областяхъ нашего законодательства, не вызываетъ сомнѣнія,—здѣсь не можетъ быть рѣчи о наказаніи уже и потому, что дѣянія, которыя вызываютъ ея примѣненіе, не помѣщены въ числѣ тѣхъ, которыя влекутъ за собой наказаніе.

Останавливаясь на разсмотрѣніи этого вопроса, мы должны замѣтить, что по ст. 63 уст. о нак. удаленіе какъ бы считается наказаніемъ, такъ какъ въ этой статьѣ говорится: „независимо отъ взысканія, виновные возвращаются въ мѣста, опредѣленныя имъ для жительства. Тому же наказанію подвергаются также должники и т. д.“, а ст. 1171 улож. о нак. общимъ образомъ такъ же, какъ и всѣ другія статьи этого кодекса, опредѣляющія наказаніе, говоритъ, что виновные „подвергаются“ конфискаціи товаровъ ихъ и немедленной высылкѣ изъ тѣхъ мѣстъ. Очевидно, только эта одна форма выраженія ст. 1171 улож. вызвала въ нашей сенатской практикѣ представленіе о томъ, что высылка въ черту осѣдлости есть наказаніе (ср. рѣш. у. к. д. 87/14, 99/19 и общ. собр. 91/26 и 1904/02), такъ какъ сенатъ не приводитъ нигдѣ указаній, почему онъ считаетъ возможнымъ усматривать въ этой мѣрѣ наказаніе; въ рѣш. 87/14 онъ только говоритъ, что это—„отдѣльный родъ наказанія, введенный въ законодательство по особымъ соображеніямъ“, а въ рѣш. 91/26 подчеркиваетъ лишь отличіе высылки въ черту осѣдлости, предусмотрѣнной въ ст. 1171 улож., отъ административной высылки иностранца-еврея въ томъ смыслѣ, что „первая представляетъ собой назначаемое по суду ограниченіе права проживать внѣ

черты, коимъ виновный пользовался при соблюденіи извѣстныхъ условій, по закону, а вторая, относясь къ мѣропріятіямъ, предпринимаемымъ административной властью, никакого ограниченія правъ, ему по закону принадлежащихъ, не представляетъ". Но при ближайшемъ разсмотрѣніи содержанія ст. 63 уст. о нак. и ст. 1171 улож. о нак. можно замѣтить слѣдующее. Если даже признать, что ст. 63 уст., въ послѣдней своей части употребляя выраженіе „тому же наказанію", имѣетъ въ виду именовать этимъ терминомъ какъ настоящее наказаніе, въ первой ея части указанное (арестъ или денежное взысканіе), такъ и мѣру удаленія, то это обстоятельство само по себѣ еще не можетъ имѣть рѣшающаго значенія, такъ какъ одно наименованіе въ законѣ извѣстнаго института наказаніемъ не даетъ еще намъ права признавать за послѣднимъ характеръ наказанія; между тѣмъ въ этой статьѣ данная мѣра, собственно говоря, именно противополагается наказанію, такъ какъ въ ней говорится: „независимо отъ взысканія" виновные подвергаются и т. д., и самое выраженіе „тому же наказанію" имѣетъ въ виду именно указанное раньше „взысканіе", а не мѣру удаленія; вообще же надо имѣть въ виду, что послѣдняя часть ст. 63 появилась значительно позже первой (законъ 7 марта 1879 г.), чѣмъ и объясняется извѣстная несогласованность отдѣльныхъ частей этой статьи. Что же касается ст. 1171 улож., то и самъ законъ не называетъ прямо высылку еврея въ черту осѣдлости наказаніемъ, а употребленное въ ней выраженіе „подвергаются" еще не характеризуетъ ту мѣру, которой виновные подвергаются, непремѣнно, какъ наказаніе. Нужно замѣтить, что сенатъ въ одномъ изъ болѣе раннихъ своихъ рѣшеній (уг. деп. 75/465), если и не прямо, то косвенно не усматриваетъ въ удаленіи въ черту осѣдлости уголовной кары. Это рѣшеніе между прочимъ говоритъ: „помѣщенное въ ст. 1171 правило о высылкѣ евреевъ вполнѣ соотвѣтствуетъ выраженному въ ст. 130 уст. торг., а это послѣднее основано на Высочайше утвержденномъ 13 апрѣля 1835 г. положеніи о евреяхъ, которое, установивъ кореннымъ началомъ, что евреи могутъ пользоваться извѣстными правами только въ чертѣ, назначенной для постояннаго ихъ жительства, дозволило имъ лишь временно пребывать за этой чертой, и затѣмъ, слѣдовательно, подъ употребленнымъ въ § 51 того же положенія, а равно и въ ст. 1171 ул. о нак. выраженіемъ „немедленной высылкѣ", очевидно, должно разумѣть лишь то, что евреи высылаются въ предѣлы назначенной для ихъ постояннаго жительства мѣстности, такъ какъ иначе подрывалось бы всякое значеніе закона 13 апрѣля 1835 г.". Эти послѣднія слова

особенно ясно проливаютъ свѣтъ на природу данной мѣры, не какъ наказанія, а какъ мѣры, направленной на устраненіе происходящаго неправомѣрнаго дѣянія; точно также въ рѣш. у. к. д. 89/32 эта высылка прямо именуется административной мѣрой. Еще яснѣе выражена та же точка зрѣнія на эту мѣру удаленія въ Высочайше утвержденномъ мнѣніи Государственнаго Совѣта 1897 г. по дѣлу Левитана, гдѣ прямо сказано, что эта мѣра не имѣетъ значенія уголовнаго наказанія, а составляетъ мѣру административную, принимаемую противъ евреевъ, нарушающихъ правила объ условіяхъ жительства ихъ внутри Имперіи.

Интересно отмѣтить, что въ угол. улож. 1903 г. въ ст. 177 и 178, которыя соотвѣтствуютъ первой и второй части ст. 63 уст. о нак., не упоминается о принудительномъ водвореніи, изъ чего однако не слѣдуетъ, что эта мѣра въ данномъ случаѣ больше примѣняться не будетъ: молчаніе закона здѣсь есть только молчаніе уголовнаго закона, такъ какъ законодатель счелъ болѣе правильнымъ не говорить объ этой мѣрѣ въ области уголовнаго законодательства. Естественно, что и впредь лица, самовольно удалившіяся изъ того мѣста, гдѣ они обязаны пребывать, будутъ туда обратно водворяться. И это обстоятельство, конечно, само по себѣ не можетъ измѣнить юридической природы самой мѣры: какъ была она мѣрой пресѣченія, такъ она ею же и остается. Но если въ ст. 177 и 178 угол. улож. принудительное водвореніе отброшено, то съ другой стороны можно указать, какъ на извѣстную непослѣдовательность составителей угол. улож., на то обстоятельство, что въ ст. 335 угол. улож., соотвѣтствующей ст. 1171 улож. о нак., сохранено опредѣленіе о высылкѣ евреевъ; притомъ это опредѣленіе здѣсь получило даже дальнѣйшее развитіе, именно предусматривается высылка евреевъ въ предѣлы постоянной осѣдлости на срокъ отъ 1 года до 5 лѣтъ, а въ случаѣ повторенія проступковъ, указанныхъ въ этой статьѣ, и навсегда. Любопытно при этомъ отмѣтить, что въ проектѣ редакціонной комиссіи была сохранена высылка евреевъ безъ ближайшей мотивировки того, почему объ этой мѣрѣ должно быть упомянуто въ угол. улож.: въ объясн. зап. указано было только, что „для евреевъ ст. 257 (т. е. ст. 335 улож.) устанавливаетъ по примѣру ст. 1171 дѣйствующаго уложенія, обязательную ихъ высылку въ предѣлы ихъ постоянной осѣдлости“ [1]). Однако въ проектѣ министра юстиціи эта мѣра была устранена, причемъ въ числѣ мотивовъ для такого рѣшенія вопроса были приведены соображенія указаннаго выше

[1]) Объясн. зап. т. III стр. 288.

мнѣнія гос. сов. по дѣлу Левитана 1897 г, о природѣ этой мѣры. Министръ юстиціи вполнѣ правильно находилъ, что „упоминаемая въ проектѣ высылка евреевъ, являясь административной мѣрой, порядокъ и условія примѣненія которой опредѣляются внѣ уголовнаго закона, не можетъ быть относима къ уголовнымъ послѣдствіямъ осужденія по ст. 257 и не должна, казалось бы, находиться въ ряду уголовныхъ каръ“ [1]). Однако Особое Совѣщаніе при Государственномъ Совѣтѣ возстановило редакцію первоначальнаго проекта уголовнаго уложенія, разсматривая высылку въ качествѣ дополнительной мѣры взысканія и указывая своеобразные мотивы для подобнаго рѣшенія, именно оно находило, что „дозволеніе евреямъ проживать внѣ черты осѣдлости допускается для нѣкоторыхъ опредѣленныхъ въ законѣ категорій лицъ еврейскаго происхожденія (уст. пасп. ст. 12, 13, 157, 158 и 161) и основаніемъ для такого дозволенія служитъ принадлежность еврея къ извѣстной профессіи, полученное имъ образованіе или занятіе торговлей или ремесломъ. Ставя такое условіе для полученія разрѣшенія проживать повсемѣстно, законъ тѣмъ самымъ какъ бы предполагаетъ, что имѣющій опредѣленный кругъ занятій еврей будетъ вести честный и не противный закону образъ жизни. Нарушая запретъ, установленный ст. 296, лицо еврейскаго происхожденія, разрушаетъ черезъ это презумпцію добропорядочности и потому подлежитъ по мнѣнію Ос. Сов., лишенію предоставленной ему льготы — права проживать внѣ черты еврейской осѣдлости. Въ семъ отношеніи установленіе для евреевъ дополнительной мѣры взысканія въ видѣ высылки ихъ по приговору суда въ предѣлы постоянной ихъ осѣдлости, представляется вполнѣ цѣлесообразнымъ“ [2]).

Какъ особую разновидность мѣръ удаленія, можно еще привести случаи обратнаго водворенія въ мѣста лишенія свободы и ссылки лицъ, оттуда бѣжавшихъ (ср. ст. 313 улож. о нак.); причемъ нужно замѣтить, что примѣненіе этой мѣры принудительнаго водворенія не исключаетъ еще и наказанія за побѣгъ (въ случаѣ побѣга изъ мѣста заключенія безъ насилія противъ властей это наказаніе выражается въ незачетѣ въ наказаніе всего срока уже отбытаго въ дѣйствительности наказанія—ст. 414 уст. сод. подъ стр.).

Къ этой же группѣ мѣръ, заключающихся въ пресѣченіи противузаконнаго дѣянія путемъ воздѣйствія на свободу передви-

---

[1]) Представленіе м. ю. стр. 152.

[2]) Журналъ Особаго Совѣщанія стр. 322.

женія его учинителя — мѣръ удаленія, относится удаленіе изъ засѣданій разныхъ установленій лицъ, нарушающихъ своимъ поведеніемъ ихъ порядокъ. Эти мѣры имѣютъ въ виду исключительно пресѣченіе произведеннаго безпорядка, что явствуетъ въ особенности изъ того факта, что виновные въ этомъ дѣяніи сверхъ удаленія могутъ подвергнуться еще наказанію.

Наше законодательство въ цѣломъ рядѣ своихъ опредѣленій установляетъ обязанность добропорядочнаго поведенія для лицъ, находящихся въ засѣданіяхъ извѣстныхъ учрежденій, и допускаетъ удаленіе не исполняющихъ этой обязанности. Такъ, въ правилахъ объ охраненіи должнаго порядка въ помѣщеніяхъ законодательныхъ учрежденій мы находимъ слѣдующія опредѣленія: допущенныя въ засѣданія лица обязаны хранить молчаніе и соблюдать благопристойность, порядокъ, тишину и спокойствіе, отнюдь не дозволяя себѣ выражать какимъ бы то ни было способомъ одобреніе или порицаніе (ст. 1 прил. къ ст. 61 пр. Учр. Госуд. Сов. и ст. 12 Правилъ 17 апр. 1906 г. объ охраненіи должнаго порядка въ помѣщеніяхъ Госуд. Думы); надзоръ за соблюденіемъ этой обязанности возлагается на помощниковъ пристава Гос. Сов. или Гос. Думы, дѣйствующихъ согласно преподаннымъ предсѣдателемъ Сов. или Думы указаніямъ или распоряженіямъ (ст. 12 для Гос. Сов. и ст. 13 для Гос. Думы); лица же, не исполнившія требованія вести себя пристойно, немедленно удаляются помощниками пристава изъ засѣданія Гос. Сов. или Гос. Думы, а въ случаѣ отказа добровольно оставить засѣданіе, принуждаются къ тому силой (ст. 13; ст. 14); наконецъ, въ случаѣ общаго нарушенія посторонними лицами порядка, тишины и спокойствія въ помѣщеніяхъ Госуд. Совѣта или Госуд. Думы на помощниковъ пристава возлагается обязанность, по распоряженію предсѣдателя Совѣта (или съ разрѣшенія предсѣдателя Думы), или удалить всѣхъ постороннихъ лицъ, или ограничиться удаленіемъ постороннихъ изъ того помѣщенія, въ коемъ произошло нарушеніе порядка (ст. 14; ст. 15); при этомъ нужно имѣть въ виду, что въ ст. 39^2 уст. о нак. установляется уголовная отвѣтственность за нарушеніе порядка въ законодательныхъ учрежденіяхъ.

Другой случай этого рода представляетъ право удаленія нарушающихъ порядокъ въ судебныхъ засѣданіяхъ. Установивъ общую обязанность всѣхъ находящихся при разборѣ дѣлъ соблюдать правила благопристойности, порядокъ и тишину (ст. 67, 154, 504 у. с. у.; ст. 4 правилъ о произ., суд. дѣлъ, подвѣд. зем. нач. и гор. суд.), законъ указываетъ ближе полномочія въ этомъ

отношеніи отдѣльныхъ судебныхъ органовъ, представляющіяся по своему объему неодинаковыми: именно мировой судья и предсѣдатель волостного суда, а также предсѣдатель присутствія, земскій начальникъ и городской судья въ случаѣ повторенія нарушенія можетъ удалить неповинующихся изъ присутствія (ст. 67 у. с. у., ст. 4 правилъ о произв. дѣлъ, ст. 21 врем. прав. о волостномъ судѣ), предсѣдатель же прочихъ судебныхъ мѣстъ (въ томъ числѣ и предсѣдатель съѣзда мировыхъ судей, въ силу ст. 68 приравненный въ своихъ правахъ предсѣдателямъ общихъ судебныхъ мѣстъ) и первоприсутствующій могутъ, и не выжидая повторенія нарушенія порядка, приказать нарушителю удалиться изъ присутствія или велѣть вывести неповинующагося (ст. 155 у. с. у.), въ крайнихъ же случаяхъ, когда невозможно различить виновныхъ въ произведенномъ безпорядкѣ, они могутъ при безуспѣшности сдѣланнаго ими внушенія выслать изъ залы засѣданія всѣхъ постороннихъ (ст. 156); наконецъ, если нарушеніе порядка сдѣлано кѣмъ-либо изъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ или ихъ повѣренныхъ, удаленіе можетъ быть примѣнено по общему правилу лишь въ случаѣ повторенія нарушенія (ст. 157); однако съ другой стороны законъ дозволяетъ удаленіе подсудимаго изъ присутствія по случаю произведеннаго имъ буйства или шума (ст. 729 у. у. с.), не ставя этого въ зависимости отъ повторенія даннаго дѣянія; кромѣ того для возстановленія порядка въ засѣданіи предсѣдатель или первоприсутствующій могутъ требовать содѣйствія мѣстной полиціи, а въ крайнихъ случаяхъ и ближайшей воинской команды (ст. 159 у. с. у.). Самыя мѣры удаленія примѣняются независимо отъ наложенія на виновныхъ взысканій, которыя указаны однако не въ общихъ уголовныхъ законахъ, а въ у. с. у.

Третій случай удаленія этого рода представляютъ мѣры, примѣняемыя на основаніи общ. учр. губ. въ отношеніи нарушенія порядка въ собраніяхъ различныхъ учрежденій (ст. 189—191); именно, нарушающія приличіе, порядокъ и тишину постороннія лица могутъ быть удалены изъ присутствія по распоряженію предсѣдателя, а неповинующихся такому распоряженію онъ приказываетъ вывести (ст. 190), при невозможности же различить нарушителей порядка и при безуспѣшности внушенія удаляются изъ присутствія всѣ постороннія (ст. 191); при этомъ надо отмѣтить, что данныя мѣры не исключаютъ уголовной отвѣтственности по ст. 39^{1} уст. о нак., которая предусматриваетъ нарушеніе порядка въ разнаго рода избирательныхъ собраніяхъ, съѣздахъ и сходахъ.

Что касается правовой природы этихъ мѣръ, то не вызываетъ сомнѣній то положеніе, что онѣ не являются наказаніемъ.

Въ нашей литературѣ только одинъ Неклюдовъ, признавалъ въ нѣкоторыхъ изъ этихъ мѣръ наказаніе [1]); именно онъ усматривалъ въ удаленіи или выведеніи изъ мѣста судебнаго засѣданія наказаніе исключительное, не приводя, впрочемъ, никакихъ мотивовъ для обоснованія этого своего взгляда. Единственное, что могло бы говорить въ пользу этого взгляда, это то, что въ у. с. у. эта мѣра удаленія поставлена альтернативно съ извѣстными наказаніями или точнѣе процессуальными взысканіями. Такъ, ст. 67 у. с. у. говоритъ, что судья можетъ приговорить къ денежному взысканію отъ 25 коп. до 3 р. и даже удалить неповинующихся изъ присутствія, а ст. 155 у. с. у. предоставляетъ предсѣдателю право приказать нарушителю порядка удалиться изъ присутствія, велѣть вывести неповинующагося или даже распорядиться о задержаніи его подъ стражей однакожъ не болѣе, какъ на 24 часа. Но то, что данная мѣра поставлена альтернативно съ наказаніями не измѣняетъ ея природы, какъ мѣры удаленія. Ея назначеніе—прекратить происходящее неповиновеніе или нарушеніе должнаго порядка, пресѣчь происходящую неправду. Впрочемъ, въ литературѣ существуетъ еще взглядъ на эту мѣру, какъ на проявленіе дисциплинарной власти предсѣдателя, такъ что самая мѣра разсматривается, какъ мѣра дисциплинарная [2]). Однако, какъ это будетъ указано ниже, говорить здѣсь объ особой дисциплинарной власти предсѣдательствующаго въ отношеніи лицъ, присутствующихъ на судѣ, нельзя—здѣсь нѣтъ того, что характеризуетъ дисциплинарныя отношенія; предсѣдатель же всякаго засѣданія, примѣняя мѣры удаленія, осуществляетъ принадлежащую ему полицейскую власть по устраненію возможнаго безпорядка, т. н. Sitzungspolizei, по выраженію нѣмецкихъ писателей. Самыя мѣры, которыя вытекаютъ изъ власти предсѣдателя любого собранія, могутъ быть различными по своей природѣ: онѣ могутъ заключаться или исключительно въ мѣрахъ

---

[1]) Неклюдовъ. Дополненія къ учебнику Бернера, стр. 572; тоже Конспектъ стр. 132.

[2]) Такъ, Фойницкій. Курсъ уголовнаго судопроизводства, т. II, стр. 330, имѣя въ виду дѣянія, совершаемыя въ присутствіи суда, говоритъ, что наше законодательство не знаетъ délits d'audience, оговаривая лишь проступки свидѣтелей и другихъ лицъ, которыя подлежатъ „дисциплинарнымъ взысканіямъ". Въ другомъ мѣстѣ (т I, стр. 199 и стр. 284) Фойницкій прямо говоритъ о „дисциплинарныхъ мѣрахъ, предоставленныхъ судебнымъ мѣстамъ относительно частныхъ лицъ"; точно также Случевскій (в. с. стр. 183) характеризуетъ право примѣненія извѣстныхъ мѣръ къ нарушеніямъ порядка въ засѣданіи суда, какъ дисциплинарную власть предсѣдателя.

пресѣченія, въ частности въ мѣрахъ удаленія, или же онѣ могутъ выражаться сверхъ того и въ наказаніяхъ; однако случаи послѣдняго рода встрѣчаются только въ дѣятельности судебныхъ органовъ, какъ это ясно вытекаетъ изъ прямыхъ указаній закона.

Съ такимъ же характеромъ мѣры пресѣченія недозволеннаго дѣянія является далѣе удаленіе пассажира въ опредѣленныхъ случаяхъ изъ поѣзда. И здѣсь данная мѣра не является наказаніемъ, а имѣетъ своимъ назначеніемъ прекращеніе извѣстной недозволенной дѣятельности. Это допускается по нашему общему уст. рос. ж. д. въ слѣдующихъ случаяхъ: съ одной стороны удаляются безбилетные пассажиры, съ другой—пассажиры, нарушающіе порядокъ. Въ первомъ отношеніи устанавливается, что, если пассажиръ не пожелаетъ уплатить, по обнаруженіи неимѣнія билета, двойную плату за безбилетный проѣздъ и взять новый билетъ, то жандармъ, а при отсутствіи его начальникъ станціи удаляетъ такого пассажира изъ поѣзда (ст. 25); то же установляется въ случаѣ отказа пассажира уплатить причитающуюся съ него разницу, если онъ слѣдовалъ самовольно въ вагонѣ высшаго класса съ билетомъ низшаго (ст. 26). Во второмъ отношеніи говорится о правѣ начальника станціи удалить при посредствѣ жандарма пассажира изъ поѣзда: 1) если послѣдній нарушаетъ правила, ограждающія спокойствіе другихъ ѣдущихъ съ нимъ въ одномъ помѣщеніи лицъ, 2) если находящіеся съ нимъ въ одномъ поѣздѣ пассажиры потребуютъ его удаленія вслѣдствіе его буйства, или же явно безстыдныхъ или оскорбительныхъ съ его стороны дѣйствій (ст. 27) [1]). Нужно отмѣтить, что въ нашей литературѣ замѣчается стремленіе и въ правѣ удаленія пассажировъ изъ поѣзда усматривать проявленіе дисциплинарной власти. Такъ, Таганцевъ прямо говоритъ объ особой дисциплинарной власти должностныхъ лицъ, служащихъ при желѣзной дорогѣ, въ отношеніи пассажировъ [2]). Однако видѣть здѣсь проявленіе дисциплинарной власти есть еще меньше основаній, чѣмъ въ приведенномъ только что случаѣ проявленія власти предсѣдателя собранія. И здѣсь, какъ это будетъ указано ниже, нѣтъ ничего такого, что является характернымъ для тѣхъ отношеній, которыя именуются дисциплинарными.

---

[1]) Уставъ ж. д. предусматриваетъ еще третій поводъ удаленія — болѣзненное состояніе, угрожающее опасностью другимъ пассажирамъ, и недугъ, возбуждающій общее отвращеніе (ст. 27). Но въ этомъ случаѣ, само собой разумѣется, ничего противузаконнаго въ самой дѣятельности виновнаго, какъ основаніи для данной принудительной мѣры, не имѣется.

[2]) Таганцевъ в. с. стр. 101.

§ 6. Къ той же группѣ мѣръ пресѣченія противузаконной дѣятельности относится приводъ опредѣленныхъ лицъ, производимый по распоряженію судебныхъ властей. Для этихъ лицъ фактомъ приглашенія ихъ создается обязанность явки въ то мѣсто, куда они приглашены. Ихъ неявка есть дѣяніе противузаконное и, какъ таковое, она можетъ подлежать наказанію; но сверхъ наказанія въ этомъ случаѣ установляется и примѣненіе такой мѣры, которая имѣетъ своей цѣлью прекратить данное противузаконное дѣяніе.

Случаи этого рода въ томъ или иномъ объемѣ извѣстны всѣмъ законодательствамъ. Наше законодательство предусматриваетъ ихъ въ у. у. с. и у. г. с. Въ первомъ изъ нихъ устанавливается право подвергнуть приводу обвиняемаго въ случаѣ неявки его по призыву, чѣмъ эта мѣра отличается отъ привода по первому разу, гдѣ имѣется лишь возможность неявки, опасность нарушенія данной обязанности, а не дѣйствительное ея нарушеніе; именно ст. 61 у. у. с. говоритъ, что по дѣламъ о преступныхъ дѣйствіяхъ, за которыя въ законѣ положено заключеніе въ тюрьмѣ или наказаніе болѣе строгое, судья въ случаѣ неявки обвиняемаго, распоряжается о приводѣ его (ср. ст. 179 правилъ о произв. дѣлъ, подвѣдом. земск. и гор. суд. и ст. 70 врем. прав. о волостномъ судѣ), а ст. 389 предоставляетъ тоже право привода судебному слѣдователю: призываемые, не явившіеся въ срокъ и не представившіе удостовѣренія о законныхъ причинахъ неявки, приводятся къ слѣдствію. Самое содержаніе привода опредѣляется въ ст. 391, какъ принужденіе къ явкѣ: по предъявленіи обвиняемому повѣстки о приводѣ онъ приглашается слѣдовать за ея предъявителемъ, а въ случаѣ неповиновенія или сопротивленія, приводится къ слѣдствію при содѣйствіи должностныхъ или частныхъ лицъ.

Кромѣ того приводъ допустимъ по нашему праву въ отношеніи свидѣтелей, вызываемыхъ по уголовнымъ дѣламъ, въ случаѣ вторичной неявки ихъ безъ уважительныхъ причинъ (въ этомъ случаѣ сверхъ того они подвергаются и денежному взысканію); это допустимо въ производствѣ у мировыхъ судей (не у земскихъ начальниковъ и городскихъ судей и не въ волостномъ судѣ) по дѣламъ о преступныхъ дѣяніяхъ, за которыя въ законѣ положено тюремное заключеніе (ст. 69), а на предварительномъ слѣдствіи, производимомъ судебнымъ слѣдователемъ, по всякимъ вообще дѣламъ (ст. 438); точно также при производствѣ дѣла въ окружномъ судѣ, въ случаѣ отсрочки засѣданія за неявкой кого-либо изъ свидѣтелей, показаніе коихъ имѣетъ существенное въ дѣлѣ значеніе, судъ дѣлаетъ

распоряженіе или о повтореніи вызова неявившемуся свидѣтелю, или о приводѣ его установленнымъ порядкомъ (ст. 641). Какъ сказано было выше, приводъ свидѣтелей по нашему праву допустимъ только по дѣламъ уголовнымъ, что составляетъ особенность нашего права, такъ какъ въ другихъ законодательствахъ, напр. въ герм. (§ 345) и австр. уст. гр. суд. (§ 335) допускается приводъ свидѣтелей при вторичной ихъ неявкѣ и по гражданскимъ дѣламъ [1]).

Третій случай привода, извѣстный нашему праву, есть приводъ должниковъ, предусмотрѣнный въ у. г. с. Должникъ, вызванный чрезъ повѣстку, обязанъ явиться лично въ срокъ, назначенный предсѣдателемъ суда (ст. 1222[8]), или въ тотъ судъ, который его вызвалъ, или, если онъ находится въ другомъ мѣстѣ, къ мировому судьѣ, въ участкѣ котораго онъ имѣетъ пребываніе, причемъ мировой судья составляетъ протоколъ, въ который вносится заявленіе должника о принадлежащихъ ему средствахъ или о неимѣніи таковыхъ по удовлетворенію производимаго взысканія. Въ случаѣ же неявки должника въ судъ или непредставленія составленнаго мировымъ судьей протокола безъ уважительныхъ причинъ предсѣдатель суда дѣлаетъ распоряженіе о приводѣ должника въ судъ (ст. 1222[9]), а если окажется, что должникъ скрылся, то судъ дѣлаетъ распоряженіе о его сыскѣ; розысканный должникъ приводится полиціей для составленія протокола или въ окружный судъ или къ мировому судьѣ (ст. 1222[10]). Во всѣхъ этихъ случаяхъ гражданскій судъ руководствуется правилами, установленными въ у. у. с.

§ 7. Особую разновидность мѣръ пресѣченія неправды, именно тѣхъ мѣръ, которыя заключаются въ принужденіи къ исполненію извѣстной обязанности, оставшейся невыполненной со стороны опредѣленнаго лица, представляетъ личное задержаніе должниковъ. Современное право примѣняетъ эту мѣру въ ограниченномъ размѣрѣ. Такъ, наше дѣйствующее право послѣ закона 7 марта 1879 г., отмѣнившаго вообще личное задержаніе за долги,

---

[1]) Между прочимъ и у насъ при составленіи у. г. с. была мысль установить право привода свидѣтеля черезъ полицію при вторичномъ его ослушаніи и подвертать его аресту до дня допроса не долѣе 3 дней. Но впослѣдствіи было признано, что распоряженіе о приводѣ и о содержаніи подъ арестомъ было бы въ высшей степени несправедливо, такъ какъ свидѣтель вызывается по гражданскому, а не по уголовному дѣлу, и потому здѣсь не можетъ имѣть мѣста ни приводъ черезъ полицію, ни наложеніе такого строгаго личнаго наказанія, какъ арестъ. (Судебные уставы 20 ноября 1864 года ч. I стр. 213).

допускаетъ личное задержаніе лишь должниковъ, признанныхъ несостоятельными неосторожными (по дѣламъ о несостоятельности неторговой), по поводу долга не ниже 100 р. (ст. 34 прил. III къ ст. 1400 у. г. с.) и устанавливаетъ различную продолжительность его въ соотвѣтствіи съ количествомъ неуплаченнаго взысканія отъ 6 мѣс. до 5 лѣтъ (ст. 36), обусловливая примѣненіе его рядомъ формальныхъ требованій (напр. обязанностью представленія взыскателемъ кормовыхъ денегъ, положенныхъ неисправнымъ должникамъ на пропитаніе во время личнаго ихъ задержанія и т. п.—ст. 40). Характеръ данной мѣры, какъ мѣры пресѣченія, или точнѣе, понудительнаго средства къ исполненію извѣстной обязанности, вытекаетъ ясно изъ особенностей причинъ прекращенія этого личнаго задержанія: въ числѣ прочихъ причинъ (напр. достиженія 70 лѣтъ, истеченія срока, назначеннаго судомъ, и непредставленія кормовыхъ денегъ), законъ особо предусматриваетъ уплату сполна всего взысканія и издержекъ по исполненію рѣшенія и принятіе со стороны взыскателя поручительства третьяго лица по должникѣ (ст. 57). Посколько первоначально не выполненная обязанность впослѣдствіе выполняется, или же представляется иное обезпеченіе ея выполненія, постолько теряетъ смыслъ примѣненіе мѣры, направленной на понужденіе къ выполненію этой обязанности. Въ этомъ отношеніи разсматриваемое личное заключеніе отличается по своей природѣ отъ того личнаго задержанія, которое по дѣламъ о несостоятельности торговой примѣняется въ отношеніи должника, объявленнаго несостоятельнымъ (ст. 410 и 430 уст. суд. торг.) и которое предшествуетъ наложенію наказанія на неосторожнаго банкрота (ст. 529 уст. суд. торг.). Это—мѣра предупрежденія неисполненія обязанности явки на судъ и отбытія наказанія, какъ это въ особенности вытекаетъ съ одной стороны изъ того обстоятельства, что по силѣ опредѣленія суда, должникъ, объявленный несостоятельнымъ, въ тотъ же самый день, какъ говоритъ законъ, отдается подъ стражу, а съ другой стороны изъ того, что только представленіе должникомъ надежнаго поручительства въ неотлучкѣ его изъ города, при наличности еще нѣкоторыхъ опредѣленныхъ условій, можетъ замѣнить эту мѣру (ст. 410 уст. суд. торг.).

Нужно замѣтить, что подобный же характеръ мѣры понужденія къ исполненію извѣстныхъ обязанностей представляетъ и то личное задержаніе, которое въ силу ст. 62 улож. о нак. примѣняется въ отношеніи лицъ, присужденныхъ къ вознагражденію за причиненные ими вредъ или убытокъ и не имѣющихъ никакихъ средствъ для этого: эти лица могутъ быть, если они не подвер-

гаются наказанію уголовному, по требованію обиженной стороны, заключены въ тюрьму на основаніи общихъ правилъ о должникахъ, объявленныхъ и признанныхъ несостоятельными установленнымъ порядкомъ.

Такой же характеръ присущъ и той мѣрѣ, которая существуетъ во французскомъ правѣ и извѣстна тамъ подъ именемъ contrainte par corps (art. 52, 467 и 469 code pénal). Это—личное задержаніе, примѣняемое, какъ средство взысканія денежныхъ взысканій, вознагражденія за вредъ и судебныхъ издержекъ [1]). По мнѣнію французскихъ криминалистовъ. не подлежитъ сомнѣнію то, что это лишеніе свободы не есть особое наказаніе, замѣняющее денежное взысканіе, а лишь понудительное средство [2]); причемъ природа данной мѣры особенно ясно проявляется въ томъ, что даже отбытое полностью личное задержаніе, назначаемое въ соотвѣтствіи съ размѣромъ неуплаченной суммы на срокъ отъ 2 дней до 2 лѣтъ, не погашаетъ права государства требовать уплаты штрафа, а также и въ томъ, что въ числѣ прочихъ причинъ прекращенія личнаго задержанія, кромѣ уплаты назначенной суммы и истеченія назначеннаго срока заключенія, значится представленіе поручительства и невнесеніе кормовыхъ денегъ (art. 6—8 и 11 закона 1867 г.).

Съ другимъ характеромъ является то лишеніе свободы, которое въ большинствѣ современныхъ законодательствъ, въ томъ числѣ и въ нашемъ правѣ, замѣняетъ денежное взысканіе въ виду несостоятельности присужденнаго къ этому наказанію лица. Это—настоящее наказаніе, хотя и носящее на себѣ въ то же время въ большей или меньшей степени черты мѣры принужденія къ исполненію извѣстной обязанности; однако послѣдній моментъ еще не превращаетъ этой мѣры въ мѣру пресѣченія, такъ какъ онъ играетъ въ ней лишь второстепенную роль. Въ нашей литературѣ такъ же, какъ и въ нѣмецкой, не возбуждается сомнѣній относительно природы этой мѣры: она разсматривается, какъ замѣняющее наказаніе. Впрочемъ, въ Объяснит. зап. къ проекту угол. улож. мы находимъ указаніе на двойственную природу этого

---

[1]) Art. 52 гласитъ. „l'exécution des condamnations à l'amende, aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais, pourra être poursuivie par la voie de la contrainte par corps".

[2]) Cp. Chauveau et Hélie. Théorie t I p. 316; Garraud, Traité. t. II p. 508 „la contrainte par corps n'est pas une peine, puisque, nulle part, la loi ne l'a ainsi qualifiée, c'est une voie d'exécution des condamnations pécuniaires, prononcées pour faits délictueux; Vidal, Cours p. 688: „elle n'est en principe qu'un simple moyen indirect de paiement et non une peine".

личнаго задержанія. „Личное задержаніе, какъ замѣна взысканія, падающаго на виновнаго, читаемъ мы въ объяс. зап., имѣетъ двоякое значеніе. Съ одной стороны оно является средствомъ понудить осужденнаго къ уплатѣ наложеннаго на него взысканія, когда есть основаніе предполагать, что онъ скрылъ возможность уплатить слѣдующую съ него сумму, а съ другой—оно является взысканіемъ за совершенный проступокъ, который въ противномъ случаѣ остался бы безнаказаннымъ“ [1]); причемъ, по мнѣнію составителей объясн. зап., у насъ „личное задержаніе является нынѣ несомнѣннымъ наказаніемъ“ [2]). Но, если по конструкціи улож. о нак. не подлежитъ сомнѣнію, что личное задержаніе (арестъ не свыше 3 мѣс. и тюрьма до 5 лѣтъ) [3]), замѣняющее денежное взысканіе, есть наказаніе (ст. 84), такъ какъ по условіямъ своего назначенія и самаго отбытія оно ничѣмъ не разнится отъ лишенія свободы, назначаемаго въ видѣ наказанія, то въ конструкціи уст. о нак. и угол. улож. 1903 г. бросается въ глаза двойственный характеръ этой мѣры—и какъ наказанія и какъ мѣры принужденія исполненія извѣстной обязанности. Такъ, по уст. о нак. лишеніе свободы, назначаемое вмѣсто денежнаго взысканія въ случаѣ несостоятельности присужденнаго (арестъ до 3 мѣс. и тюрьма не свыше 4 мѣс.—ст. 7), можетъ быть прекращено, въ противоположность всякому другому случаю примѣненія лишенія свободы, и до истеченія назначеннаго срока, такъ какъ по силѣ ст. 23 содержащіеся взамѣнъ денежныхъ взысканій подъ арестомъ освобождаются, когда внесутъ часть слѣдующаго съ нихъ денежнаго взысканія, соразмѣрную остающемуся сроку заключенія; точно также по угол. улож. 1903 г., при уплатѣ пени или ея части во время отбыванія замѣняющаго ихъ ареста (срокомъ до 1 года) [4]) послѣдній прекращается или срокъ его уменьшается соразмѣрно съ внесенной частью пени (ст. 59). Значеніе лишенія свободы, какъ понудительнаго средства, проявляется здѣсь въ томъ, что оно прекращается, какъ только вносится денежное взысканіе; такимъ образомъ присужденный здѣсь косвенно понуждается къ уплатѣ того денежнаго взысканія, которое собственно и было назначено, какъ наказаніе для даннаго случая, и которое по чисто внѣшнимъ обстоятельствамъ не могло быть выполнено.

---

[1]) Объяснит. зап. т. I стр. 540.

[2]) Тамъ же стр. 546.

[3]) По ст. 638 ул. о нак. сроки заключенія опредѣляются вдвое продолжительнѣе противъ назначенныхъ въ ст. 84.

[4]) По ст. 1057 уст. там. прод. 1912 г. этотъ срокъ увеличенъ до 2 лѣтъ.

Тотъ же характеръ мѣры пресѣченія несомнѣнно имѣется и въ томъ личномъ задержаніи, которое примѣняется въ отношеніи свидѣтелей, отказывающихся давать показаніе, съ тѣмъ, чтобы принудить ихъ дать это показаніе. Этотъ институтъ принудительнаго ареста (Zwangshaft) существуетъ въ германскомъ уставѣ уголовнаго судопроизводства (§ 69), гдѣ онъ примѣняется наряду съ наказаніями, положенными за тотъ же деликтъ,—отказъ дать свидѣтельскія показанія (Zeugnissverweigerung). Своеобразная природа этой мѣры, именно какъ мѣры пресѣченія неправды, вытекаетъ изъ того, что, какъ говоритъ самъ законъ, она примѣняется для принужденія къ дачѣ показанія (zur Erzwingung des Zeugnisses); поэтому, какъ только свидѣтель исполнитъ лежащую на немъ обязанность давать показаніе, данная мѣра отпадаетъ, какъ и всякая иная мѣра пресѣченія, примѣняемая лишь постолько, посколько это необходимо для прекращенія неправды. Съ другой стороны эта мѣра должна отпадать, коль скоро прекращается потребность въ полученіи свидѣтельскаго показанія; въ этомъ отношеніи самъ законъ указываетъ, что она не можетъ продолжаться по окончаніи производства въ данной инстанціи. Однако при этомъ соображенія практическаго характера и въ особенности представленіе о томъ, что самый процессъ можетъ длиться немало времени, заставляютъ законодателя въ интересахъ огражденія личной свободы установить предѣльный срокъ назначенія личнаго задержанія: такъ. § 69 устанавливаетъ максимумъ его продолжительности въ 6 мѣсяцевъ, а по дѣламъ о нарушеніяхъ въ 6 недѣль. Природа этого личнаго задержанія, именно какъ мѣры понужденія, а не наказанія, въ противоположность природѣ настоящихъ наказаній, которыя по силѣ того же § 69 могутъ быть примѣняемы въ случаѣ подобнаго нарушенія своихъ обязанностей свидѣтелемъ, признается безусловно всей нѣмецкой литературой [1]).

Наконецъ, такой же характеръ мѣры пресѣченія имѣетъ то личное задержаніе, которое налагается, какъ послѣдствіе неисполненія обязанности не уклоняться отъ суда и слѣдствія, и которое, какъ указывалось выше [2]), отличается по этому моменту отъ лич-

---

[1]) См. напр. Dochow. Der Zeugnisszwang. 1877 s. 2; Kayser. Der Zeugnisszwang im Strafverfahren in geschichtlicher Entwickelung. 1879 s. 30; Lemcke. Der Zeugnisszwang im Straf- und Disziplinarverfahren, insbesondere die Zeugnispflicht des Redakteurs. 1909 s. 4. Birkmeyer. Deutsches Strafprozessrecht. 1898 s. 433 именуетъ эту мѣру „Executivstrafe", противуполагая ее наказанію уголовному; Giesen. Der Zeugnisszwang gegen die Presse. 1906 s. 108.

[2]) См. стр. 100.

наго задержанія, имѣющаго значеніе лишь мѣры обезпечительно-предупредительной, посколько это послѣднее примѣняется въ виду возможнаго неисполненія указанной обязанности.

§ 8. Къ той же группѣ мѣръ пресѣченія, выражающихся въ извѣстныхъ мѣрахъ понужденія къ исполненію опредѣленныхъ обязанностей, относится и чуждый нашему праву, но сильно развитой въ германскомъ правѣ институтъ т. н. „понудительныхъ наказаній“ (Zwangsstrafe, Executivstrafe, executivische Massregeln), при помощи которыхъ органы администраціи понуждаютъ къ совершенію извѣстныхъ дѣйствій или къ воздержанію отъ извѣстной дѣятельности опредѣленное лицо, угрожая ему въ случаѣ неповиновенія примѣненіемъ этой мѣры, съ правомъ неоднократнаго повторенія ея примѣненія съ усиленіемъ ея размѣра [1]).

Своеобразный характеръ данной мѣры проявляется въ особенности въ томъ, что она имѣетъ мѣсто только до тѣхъ поръ, пока предъявленное требованіе повиновенія можетъ быть еще осуществлено и пока есть еще потребность въ его осуществленіи; поэтому не можетъ быть мѣста для примѣненія этой мѣры, посколько изъ обстоятельствъ даннаго случая вытекаетъ, что то требованіе, которое предъявляется, оказывается по какимъ-либо соображеніямъ неисполнимымъ. Съ другой стороны продолжающееся неповиновеніе вызываетъ возможность новаго примѣненія такой же мѣры съ предшествующей угрозой, посколько при по-

[1]) См. напр. Gewerbeordnung § 144a; Tabaksteuergesetz § 40; Branntweinsteuergesetz § 31; Zuckersteuergesetz § 56, Schaumweinsteuergesetz § 21, BGB §§ 78, 1788, 1837, Handelsgesetzbuch §§ 14, 37, 319, 325. Въ нашемъ правѣ нѣчто подобное проектировалось ввести въ новой редакціи у. г. с., ст. 1583 котораго содержала въ себѣ такого рода предписаніе: „когда дѣйствіе, къ совершенію котораго присужденъ должникъ, не можетъ быть произведено другимъ лицомъ, а зависитъ исключительно отъ воли должника, то судъ, по просьбѣ взыскателя въ самомъ рѣшеніи или, если просьба заявлена послѣ рѣшенія, судъ первой инстанціи особымъ опредѣленіемъ назначаетъ штрафъ, подъ угрозой котораго должникъ обязывается исполнить рѣшеніе въ указанный для него срокъ. Въ случаѣ неисполненія рѣшенія штрафъ сей взыскивается немедленно черезъ полицію, а для исполненія по просьбѣ взыскателя назначается новый срокъ подъ угрозой взысканія штрафа въ большемъ размѣрѣ. Размѣръ отдѣльнаго штрафа не можетъ превышать 300 р., а въ общей сложности 2000 р.“ (Проектъ комиссіи по пересмотру законоположеній по судебной части 1900 г). Здѣсь, за исключеніемъ того, что данная мѣра примѣняется судомъ, а не органами администраціи, мы находимъ все то, что характеризуетъ „понудительныя наказанія“ германскаго права: обращеніе съ требованіемъ выполнить извѣстное дѣйствіе къ опредѣленному лицу, установленіе при этомъ угрозы взысканія на случай неповиновенія, послѣдующее приведеніе ея въ исполненіе въ этомъ случаѣ и установленіе новой угрозы съ соотвѣтствующимъ наростаніемъ взысканія впредь до прекращенія неповиновенія.

мощи перваго примѣненія ея не удалось сломить это неповиновеніе и посколько можно предполагать, что новой угрозой взысканія, на этотъ разъ болѣе суроваго, и ея осуществленіемъ можно добиться повиновенія.

„Понудительныя наказанія“ не являются наказаніями въ настоящемъ смыслѣ этого слова потому, что они не заключаютъ въ себѣ элемента воздѣйствія на учиненное въ соотвѣтствіи съ его оцѣнкой. Примѣненіе ихъ обусловливается не необходимостью дать извѣстную оцѣнку проявленному неповиновенію, а потребностью сломить неповиновеніе; поэтому и объемъ должнаго воздѣйствія опредѣляется не самымъ значеніемъ даннаго неповиновенія, а степенью проявляющагося упорства лица неповинующагося и степенью потребности вынудить повиновеніе [1]); этимъ и объясняется возрастаніе взысканія въ случаѣ неудачи перваго примѣненія его. Если же въ законѣ опредѣляется возможный максимумъ допустимаго средства воздѣйствія, то это объясняется потребностью устранить въ интересахъ обезпеченія правовыхъ благъ личности проявленіе произвола въ данной области. Самостоятельная природа „понудительныхъ наказаній“, отличная отъ природы настоящаго наказанія, даетъ возможность примѣнять наряду съ ними и наказанія, какъ это нерѣдко прямо установляется закономъ [2]). То обстоятельство, что данная мѣра заранѣе указывается въ соотвѣтствующемъ требованіи органа власти, подобно тому, какъ указывается заранѣе и всякое вообще наказаніе, не измѣняетъ природы данной мѣры, такъ какъ и въ другихъ случаяхъ примѣненія мѣръ пресѣченія мы можемъ нерѣдко встрѣчаться съ фактомъ предварительной угрозы примѣненія этой мѣры въ случаѣ совершенія извѣстнаго правонарушенія; такъ, это имѣетъ мѣсто напр. въ отношеніи употребленія оружія, гдѣ обыкновенно требуется соотвѣтственное предупрежденіе относительно предстоящаго приступа къ дѣйствію оружіемъ, или же въ отношеніи привода, гдѣ тоже обыкновенно имѣется предварительная угроза примѣненія этой мѣры въ случаѣ неповиновенія приказу о явкѣ. Въ германской литературѣ

[1]) Ср. Hofacker. Verhältniss der Executiv- zu den Kriminalstrafen. 1906 s. 15.

[2]) См. напр. § 40 Tabaksteuergesetz „unbeschadet der verwirkten Ordnungsstrafen kann die Steuerbehörde die Beobachtung der Verschriften.... durch Androhung und Einziehung von executivischen Geldstrafen bis zu 300 Mark erzwingen...“; то же § 31 Branntweinsteuergesetz, § 57 Zuckersteuergesetz, § 21 Schaumweinsteuergesetz. Нужно однако замѣтить, что для тѣхъ случаевъ, гдѣ въ законѣ нѣтъ соотвѣтственныхъ постановленій, нѣкоторыми писателями отрицается возможность примѣненія „понудительныхъ наказаній“ совмѣстно съ обычными наказаніями (см. напр. Rosin. Das Polizeiverordnungsrecht im Preussen. 1882 s. 103).

господствуетъ взглядъ на эту мѣру, именно какъ на принудительное средство (Zwangsmittel) [1]); однако нужно замѣтить, что существуютъ взгляды, которые приписываютъ ей характеръ наказанія. Такъ напр. смотритъ на нее Гуго Мейеръ, который находитъ, что природа данной мѣры, какъ наказанія, не измѣняется отъ того, что ея ближайшей цѣлью является приведеніе въ исполненіе распоряженій административныхъ властей [2]); точно также Генель указываетъ на природу этой мѣры, какъ наказанія, въ виду того, что ею, какъ и всякимъ другимъ наказаніемъ, угрожаютъ для того, чтобы удерживать другихъ отъ неправды, и что она примѣняется для воздаянія за учиненное правонарушеніе [3]); наконецъ, Ленингъ усматриваетъ въ ней возмездіе за учиненное непослушаніе [4]). По поводу этихъ взглядовъ слѣдуетъ однако замѣтить, что съ одной стороны та черта, которая выдвигается для характеристики данной мѣры, не имѣетъ значенія ея цѣли, а выражаетъ собой самую ея сущность, подобно тому, какъ возмездіе является сущностью, а не цѣлью наказанія, а съ другой стороны указаніе на то, что данная мѣра заключаетъ въ себѣ возмездіе, покоится на недостаточно ясномъ представленіи о сущности возмездія—примѣненіемъ „понудительнаго наказанія“ вовсе не производится оцѣнка правонарушенія, что является существеннымъ для наказанія. Вмѣстѣ съ тѣмъ нужно имѣть въ виду, что все отличіе этой мѣры отъ многихъ другихъ видовъ мѣръ пресѣченія заключается въ томъ, что здѣсь нѣтъ непосредственнаго прекращенія противоправной дѣятельности, а имѣется прекращеніе посредственное при помощи особаго воздѣйствія на волю неповинующагося субъекта (какъ это имѣетъ мѣсто и при личномъ задержаніи, употребляемомъ въ качествѣ мѣры пресѣченія), съ другой же стороны здѣсь имѣется особый порядокъ наложенія даннаго взысканія.

Нужно кромѣ того замѣтить, что въ литературѣ высказывались еще взгляды относительно двойственнаго характера данной мѣры. Такъ, Листъ находилъ, что „понудительное наказаніе“ есть не только наказаніе, но и мѣра принужденія, такъ какъ „она обра-

---

[1]) См. напр. Isaak. Zwangsstrafrecht und Zwangsstrafverfahren (Z. 21 s. 638); Bohm. Die Zulässigkeit der Executivstrafe neben der Kriminalstrafe 1904 s 13; Hofacker l. c. s. 7; G. Meyer. Lehrbuch I. s. 84; Rosin l. c. s. 115; Olshausen. Kommentar s. 1368; Preger. Die Ordnungsstrafe im Reichsrecht. 1892 s. 54; Anschutz. Das Recht des Verwaltungszwanges in Preussen (Verwaltungsarchiv. B. I. s. 404); Krakenberger. Die rechtliche Natur der Ordnungsstrafe. 1912 s. 128.

[2]) H. Meyer. Lehrbuch s. 8.

[3]) Hänel. Deutsches Staatsrecht. 1892 s. 457.

[4]) Loning. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1884 s. 251 Anm. 1.

щается къ прошлому, чтобы обезпечить будущее, поэтому она примѣняется, какъ только обнаружилось неповиновеніе и не прекращается, какъ принудительная мѣра въ узкомъ смыслѣ, съ преодолѣніемъ сопротивленія“ [1]), а Сарвей усматривалъ въ немъ, „какъ средство для вынужденія повиновенія, такъ и наказаніе въ смыслѣ возмездія за неправду“ [2]). Выше было указано, почему однако нельзя видѣть въ этой мѣрѣ наказанія; а поскольку мы отрицаемъ характеръ наказанія за этой мѣрой, постолько мы должны отрицать и двойственность ея характера.

При этомъ слѣдуетъ имѣть въ виду, что поводомъ для извѣстныхъ сомнѣній относительно природы „понудительнаго наказанія“ послужило то обстоятельство, что, если эта мѣра назначена въ случаѣ неповиновенія, то ея дѣйствіе не прекращается въ случаѣ послѣдующаго повиновенія, проявленнаго до исполненія этой мѣры. Въ литературѣ это объясняется обыкновенно тѣмъ, что назначеніе даннаго взысканія и его исполненіе (Straffestsetzung und Vollstreckung) не являются самостоятельными актами, взятое каждое въ отдѣльности, и что исполненіе является необходимымъ корелятомъ назначенія взысканія, будучи лишь частью общей принудительной мѣры, которая заключается въ назначеніи взысканія и его послѣдующемъ исполненіи; [3]) нельзя однако не замѣтить крайней искусственности этого объясненія, заставляющаго соединять вмѣстѣ то, что и логически и юридически не связано другъ съ другомъ. Поэтому болѣе правильнымъ представляется объясненіе, даваемое Гофакеромъ [4]), который замѣчаетъ, что назначеніе денежнаго наказанія рождаетъ публичное право требованія, осуществленіе котораго не можетъ зависѣть отъ послѣдующаго отпаденія его цѣли. И это объясненіе подтверждается общимъ представленіемъ о природѣ денежнаго взысканія по германскому праву, гдѣ полученное государствомъ право требованія не прекращается и за смертью присужденнаго къ денежному взысканію.

§ 9. Всѣ тѣ мѣры пресѣченія, которыя были до сихъ поръ разсмотрѣны, представляются мѣрами, направляющимися непо-

[1]) Liszt. Ordnungs- und Disciplinarstrafen въ Holtzendorff's Rechtslexikon. 1881. B II s. 966.

[2]) Sarvey. Allgemeines Verwaltungsrecht въ Marquarden's Handbuch des öffentlichen Rechts. B. I. Abt. II. 1884 s. 159.

[3]) Точка зрѣнія Preger'a l. c. s. 57; ту же мысль проводитъ Изаакъ, подчеркивая то, что исполненіе взысканія не имѣетъ самостоятельнаго значенія, тѣсно примыкая къ его назначенію; назначенное взысканіе не можетъ быть поэтому отмѣнено, хотя бы и дѣйствіями осужденнаго (Isaak l. c. s. 689).

[4]) Hofacker l. c. s. 12.

средственно на личность правонарушителя; онѣ оказываютъ воздѣйствіе на тѣ или иныя правовыя блага личности и такимъ путемъ имѣютъ въ виду понудить даннаго правонарушителя или воздержаться отъ дальнѣйшей дѣятельности, нарушающей существующій правопорядокъ, или совершить нѣчто установленное въ интересахъ правопорядка. Въ этомъ отношеніи данныя мѣры пресѣченія имѣютъ такой же „личный“ характеръ, какъ и наказаніе: съ устраненіемъ личности правонарушителя устраняются и эти мѣры. Но если при наказаніи этотъ „личный“ характеръ вытекаетъ изъ идеи воздаянія, въ силу которой наказаніе должно постигать только того, кто признается виновнымъ, то здѣсь это обусловливается характеромъ того противузаконнаго дѣянія, въ отношеніи котораго эти мѣры предпринимаются: извѣстное дѣйствованіе лица должно быть замѣнено воздержаніемъ отъ дѣйствованія или же извѣстное бездѣйствіе лица должно быть замѣнено дѣйствованіемъ его, а это предполагаетъ опредѣленную личность, въ отношеніи которой происходитъ подобная принуждающая или пресѣкающая дѣятельность. Однако возможны случаи, когда противоправное дѣяніе пресѣкается не этимъ путемъ непосредственнаго воздѣйствія на личныя блага правонарушителя, а путемъ устраненія самаго проявленія этого дѣянія и того длящагося неправомѣрнаго состоянія, которое вызвано имъ. Отсюда наличность особыхъ мѣръ, которыя могутъ быть названы мѣрами пресѣченія объективнаго характера. Особенность этихъ мѣръ заключается въ томъ, что онѣ не затрогиваютъ непосредственно личности того, отъ кого исходитъ данное правонарушеніе, и все въ нихъ ограничивается устраненіемъ внѣшняго проявленія происшедшаго правонарушенія и его послѣдствій. Какъ говоритъ Янка, подобныя мѣры отдѣляются отъ преступника (von dem Verbrecher sich loslösen) [1]); онѣ назначаются независимо отъ преслѣдованія или осужденія извѣстнаго лица; для назначенія ихъ безразлично, обнаруженъ ли виновникъ правонарушенія и можетъ ли быть установлена его отвѣтственность. Здѣсь приходится считаться исключительно съ тѣмъ, что данное правонарушеніе съ его длящимися результатами существовать не должно и не можетъ, а потому и должно быть устранено.

Въ виду того, что въ юридической литературѣ, какъ будетъ указано ниже, вопросъ о правовой природѣ нѣкоторыхъ мѣръ изъ этой группы мѣръ пресѣченія вызываетъ извѣстныя сомнѣнія, представляется необходимымъ войти въ болѣе детальное его

[1]) Janka l. c. s. 158.

разсмотрѣніе, а для этого прежде всего надлежитъ ознакомиться съ соотвѣтственными законодательными постановленіями и посмотрѣть, въ какихъ формахъ проявляется въ нихъ данная группа мѣръ. При этомъ нужно имѣть въ виду, что опредѣленія объ этихъ мѣрахъ мы найдемъ не только въ общихъ уголовныхъ кодексахъ, но и въ спеціальныхъ узаконеніяхъ, касающихся установленія тѣхъ или иныхъ мѣръ борьбы съ противузаконными дѣяніями опредѣленнаго рода.

Мѣры пресѣченія объективнаго характера по ихъ внѣшнему выраженію и по условіямъ ихъ примѣненія можно разбить на три группы: 1) мѣры, которыя характеризуются, какъ устраненіе того, что произошло вопреки требованіямъ или въ несоотвѣтствіи съ требованіями закона,—мѣры, которыя могутъ быть названы объективными послѣдствіями неправды, 2) мѣры, выражающіяся въ изъятіи изъ оборота тѣхъ предметовъ, которые такъ или иначе затрагиваются противузаконной дѣятельностью; эти мѣры бываютъ двухъ видовъ: отобраніе имущества и наложеніе ареста и 3) мѣры, которыя заключаются въ признаніи не имѣющимъ юридическаго значенія того, что совершено вопреки требованію закона,—т. н. правовая ничтожность.

§ 10. Объективныя послѣдствія неправды извѣстны нашему праву въ двухъ видахъ: это—или присужденіе къ исполненію того, что извѣстнымъ лицомъ упущено, или же устраненіе того, что совершено вопреки требованія закона. Въ первомъ случаѣ законъ исходитъ изъ представленія о возможности исправленія того, что сдѣлано неправильно, во второмъ же онъ предписываетъ устранить („закрыть“) то, что сдѣлано въ несоотвѣтствіи съ закономъ; при этомъ въ первомъ случаѣ законъ предполагаетъ или возможность самостоятельной дѣятельности по исправленію упущеннаго со стороны извѣстнаго лица, или же онъ допускаетъ возможность совершенія этого исправленія за счетъ его, во второмъ случаѣ обыкновенно предполагается, что соотвѣтственная дѣятельность будетъ осуществлена помимо участія даннаго лица.

Первый видъ разсматриваемой группы мѣръ пресѣченія общимъ образомъ указанъ въ ст. 26 уст. о нак., которая говоритъ, что когда проступокъ состоитъ въ неисполненіи закона или предписаній дѣйствующихъ въ силу закона властей, то виновные, независимо отъ взысканій, приговариваются къ исполненію по мѣрѣ возможности того, что ими упущено; частные же случаи примѣненія той же мѣры указаны въ ст. 68 и 162 уст., изъ которыхъ первая устанавливаетъ, что виновные, сверхъ означенныхъ

въ ст 65—67 взысканій, обязаны исправить или подвергнуть сломкѣ въ опредѣленный судьею срокъ все неправильно ими построенное, если допущенная неисправность будетъ признана вредной для общественной безопасности или народнаго здравія, а вторая говоритъ объ обязанности разобрать возведенныя постройки въ случаѣ сидки смолы, дегтя и т. д. не въ отведенныхъ лѣснымъ управленіемъ мѣстахъ; точно также частный случай этой мѣры предусматривается въ ст. 1058 улож. о нак., гдѣ указано, что все неправильно устроенное (съ нарушеніемъ устава строительнаго) исправляется или передѣлывается на счетъ виновныхъ [1]).

Что же касается второго вида той же группы мѣръ пресѣченія—устраненія послѣдствій противузаконной дѣятельности, то наше законодательство, не установляя въ этомъ отношеніи одного общаго положенія, предусматриваетъ лишь отдѣльные случаи этого рода, причемъ, какъ видно изъ отдѣльныхъ статей закона, эта мѣра выражается обыкновенно или а) въ „закрытіи" чего-нибудь открытаго безъ разрѣшенія власти [2]), или же б) рѣчь идетъ о закрытіи чего-нибудь открытаго безъ соблюденія предписанныхъ закономъ правилъ [3]), или же в) наконецъ, рѣчь идетъ о закрытіи чего-нибудь устроеннаго вопреки прямого запрещенія закона [4]). Кромѣ того, нужно имѣть въ виду то, что иногда законъ

---

[1]) Сходная мѣра извѣстна уст. объ акц. сб. въ видѣ удаленія посуды съ винокуреннаго завода· ст. 1060 предусматриваетъ удаленіе неправильно замѣненной, передѣланной, прибавленной или исправленной посуды, ст 1062 говоритъ объ обязанности заводчика удалить въ 6-мѣсячный срокъ со дня вступленія приговора въ законную силу всю посуду и вообще всѣ приспособленія, составляющія принадлежность завода при тайной выдѣлкѣ питей; ст. 1067 то же установляетъ въ случаѣ выдѣлки питей на заводахъ, существующихъ тайно.

[2]) Уст. о нак. говоритъ о закрытіи ссудной кассы (ст. 471), улож. о нак.—о закрытіи аптеки (ст. 881), учебнаго заведенія (ст. 1049), объ упраздненіи церкви или каплицы (ст. 1066), закрытіи мечети (ст. 1073), синагоги и молитвенной школы (ст. 1074), частнаго банка (ст. 1152), торговаго общества, товарищества или компаніи (ст 1197), порохового (ст. 1350[1]) и капсюльнаго завода (ст. 1350[2]).

[3]) Улож. о нак. предусматриваетъ закрытіе церкви или каплицы, построенныхъ изъ дерева тамъ, гдѣ это не дозволено (ст. 1067), закрытіе (а также исправленіе или перенесеніе въ другое мѣсто) мечети, или синагоги или молитвенной школы, построенныхъ не въ предписанномъ разстояніи отъ другихъ строеній (ст. 1073 и 1074), закрытіе частнаго банка (ст. 1152), торговаго общества, товарищества или кампаніи (ст 1197), уничтоженіе за счетъ виновнаго построенныхъ имъ фабрики, мануфактуры или завода, признанныхъ по законамъ вредными для чистоты воздуха или воды (ст. 863), закрытіе тѣхъ же заведеній, выстроенныхъ тамъ, гдѣ это запрещено или не въ надлежащемъ разстояніи отъ другихъ строеній (ст. 1075), закрытіе порохового завода (ст. 1350[1]) или капсюльнаго заведенія (ст. 1350[2]), въ которыхъ производятся работы до освидѣтельствованія.

[4]) Улож. о нак. упоминаетъ объ уничтоженіи частнаго почтоваго учрежденія (ст. 1114).

не прямо говоритъ о „закрытіи“, а указываетъ особую мѣру, которая влечетъ за собой eo ipso подобное закрытіе; такъ, онъ говоритъ объ отобраніи патента на торговлю крѣпкими напитками [1]).

Въ всѣхъ этихъ случаяхъ закрытіе извѣстныхъ учрежденій происходитъ потому, что они въ томъ видѣ, въ какомъ возникли (или даже вообще), по предположенію законодателя, существовать не должны. Вполнѣ естественно поэтому во всѣхъ этихъ случаяхъ возникновеніе того правового послѣдствія, которое пресѣкаетъ длящійся результатъ данной противоправной дѣятельности. При этомъ однако надо обратить вниманіе на то, что наряду съ этими нормами есть и другія, гдѣ устанавливается эта мѣра въ виду того, что при занятіи извѣстной профессіей или извѣстнымъ промысломъ нарушаются нѣкоторыя изъ установленныхъ въ этомъ отношеніи правилъ или совершаются преступныя дѣянія, стоящія въ связи съ этой профессіей или промысломъ [2]).

Какъ видно изъ приведенныхъ постановленій уст. о нак. и улож. о нак., наше дѣйствующее право только въ уст. о нак. считаетъ нужнымъ дать извѣстныя общія опредѣленія относительно примѣнимости въ извѣстныхъ случаяхъ данной мѣры, какъ мѣры, вытекающей изъ самаго характера происшедшаго правонарушенія; въ улож. о нак. напротивъ того въ общей части не содержится никакихъ общихъ указаній относительно возможности принятія тѣхъ или иныхъ объективныхъ послѣдствій правонару-

---

[1]) По уст. о нак. это установляется съ одной стороны за торговлю ими въ такомъ мѣстѣ, гдѣ это запрещено, или лицомъ, не имѣющимъ права ее производить (ст. 51^5) и за торговлю въ заведеніи, на открытіе котораго не получено разрѣшеніе, впредь до полученія этого разрѣшенія (ст. 51^6), съ другой—за вторичное совершеніе такихъ дѣяній, какъ продажа крѣпкихъ напитковъ въ долгъ, на счетъ будущаго урожая и т. д. (ст. 51^7), за совершеніе въ третій разъ открытія данной торговли въ недозволенное время, а также допущенія въ заведеніи недозволенныхъ увеселеній, игръ или же безчинствъ и безпорядковъ (ст. 51^9). Объ этомъ же говоритъ и уст. акц. сб., напр. въ ст. 1133, устанавливающей эту мѣру въ случаѣ учиненія во второй разъ продажи крѣпкихъ напитковъ распивочно изъ заведенія для торговли питіями только на выносъ.

[2]) Такъ, въ улож. о нак. говорится о закрытіи банкирскихъ конторъ и мѣняльныхъ лавокъ за обнаруженное въ нихъ въ третій разъ храненіе отдѣленныхъ отъ процентныхъ бумагъ купоновъ, теченіе $^0/_0{}^0/_0$ по коимъ еще не началось (ст. 1174^2) и за производство воспрещенныхъ имъ операцій (ст. 1174^4), о закрытіи типографіи, литографіи или металлографіи, какъ о послѣдствіи учиненія любого преступленія и проступка печати (ст. 1045); въ частности указывается на временное до 6 мѣсяцевъ закрытіе типографіи за повторный выпускъ изъ типографіи до истеченія установленнаго срока всякаго неповременнаго (ст. 1012^1), а также повременнаго изданія, заключающаго въ себѣ эстампы, рисунки или другія изображенія (ст 1012^2); наконецъ, рѣчь идетъ о пріостановкѣ повременнаго изданія или запрещеніи его навсегда въ случаѣ изготовленія и выпуска въ свѣтъ повременнаго изданія преступнаго содержанія (ст. 1045^1).

шенія и лишь въ особенной части примѣнительно къ опредѣленнымъ правонарушеніямъ выдвинуто указаніе относительно этого. При этомъ надо имѣть въ виду, что съ точки зрѣнія нашего законодательства различіе между исполненіемъ упущеннаго, исправленіемъ неправильно сдѣланнаго, и уничтоженіемъ послѣдняго (его закрытіемъ) имѣетъ иногда значеніе и для области уголовнаго процесса, такъ какъ законъ указываетъ, что закрытіе торговаго или промышленнаго заведенія можетъ быть установлено лишь по приговору общихъ, а не мѣстныхъ судовъ (ст. 34 п. 1 у. у. с.).

Если мы обратимся далѣе къ угол. улож. 1903 г., то увидимъ, что здѣсь вмѣсто той казуистичности, которую мы находимъ въ дѣйствующемъ правѣ, даются общія указанія относительно допустимости примѣненія мѣръ пресѣченія этого рода въ опредѣленныхъ случаяхъ, причемъ то разграниченіе между двумя видами объективныхъ послѣдствій неправды, которое было выше указано и которое извѣстно дѣйствующему праву, здѣсь прямо не проводится. Именно, въ ст. 37 уг. ул. мы читаемъ: открытое или устроенное безъ надлежащаго разрѣшенія, подлежитъ закрытію впредь до полученія сего разрѣшенія. Неправильно построенное, открытое, устроенное, перестроенное, исправленное и возобновленное подлежитъ въ опредѣленный срокъ, на счетъ виновнаго, сломкѣ, закрытію, исправленію, перенесенію въ другое мѣсто или приведенію въ прежній видъ: 1) если учиненное виновнымъ будетъ признано вреднымъ для общественной безопасности или для народнаго здравія; 2) если учинены преступныя дѣянія, статьями 223 (п. 3), 224, 310 (ч. 2), 311, 312, 316 (п. 3), 318, 384, 388, 398 и 407 предусмотрѣнныя.

Какъ слѣдуетъ изъ этихъ статей, угол. улож. различаетъ въ данномъ отношеніи двоякаго рода случаи: съ одной стороны, тѣ, гдѣ рѣчь идетъ объ устраненіи того, что произведено безъ надлежащаго разрѣшенія, и съ другой—тѣ, гдѣ говорится объ устраненіи того, что произведено неправильно, т. е. съ нарушеніемъ установленныхъ правилъ, хотя бы самое разрѣшеніе имѣлось,—въ этихъ случаяхъ требуется наличность особыхъ основаній, на которыя и указываетъ ближе ст. 37. Это—или признаніе судомъ учиненнаго вреднымъ для общественной безопасности или народнаго здравія (слѣдовательно, въ этомъ случаѣ принятіе этой мѣры предоставляется усмотрѣнію суда), или же наличность одного изъ указанныхъ въ ст. 37 преступныхъ дѣяній (въ этомъ случаѣ назначеніе этой мѣры для суда обязательно) [1]).

[1]) Это—закрытіе завода или иного заведенія, устроеннаго частнымъ лицомъ для выдѣлки оружія (ст. 223 п. 3), закрытіе завода или иного заведенія для изго-

Приведенныя только что опредѣленія нашихъ общихъ уголовныхъ законовъ по вопросу объ объективныхъ послѣдствіяхъ неправды дополняются рядомъ постановленій, имѣющихся въ другихъ частяхъ нашего законодательства. Такъ, о нихъ говоритъ уст. объ акц. сб., устанавливая въ извѣстныхъ случаяхъ „закрытіе завода“ и допуская эту мѣру или въ качествѣ временной, какъ средство понужденія совершенія извѣстнаго указаннаго въ законѣ дѣянія [1]), или же придавая ей характеръ постоянный и окончательный [2]). Точно также въ уст. сельск. хоз. [3]) и уст.

товленія огнестрѣльныхъ или взрывчатыхъ веществъ или снарядовъ или частей ихъ, какъ послѣдствіе производства работъ до освидѣтельствованія завода или неисполненія правилъ объ устройствѣ завода и прозводствѣ въ немъ работъ (ст. 224), закрытіе завода, фабрики, аптеки или иного промышленнаго или торговаго заведенія, устроенныхъ лицомъ, не имѣющимъ права содержать сего рода заведенія или гдѣ это воспрещено (ст. 310 ч. 2), или такихъ, гдѣ не устроено приспособленія, предписаннаго для предупрежденія заразы воздуха, воды или почвы (ст 311), закрытіе бойни, устроенной безъ соблюденія правилъ или неопрятно содержимой (ст. 312), закрытіе заведенія для торговли крѣпкими напитками, на открытіе котораго не получено разрѣшенія или внутреннее устройство котораго не соотвѣтствуетъ требованіямъ закона (ст. 316 п. 3), закрытіе открытыхъ безъ соблюденія правилъ или безъ разрѣшенія торговаго или промышленнаго общества или товарищества, частнаго или общественнаго кредитнаго установленія, банкирскаго заведенія или мѣняльной лавки, комиссіонерской или справочной конторы для дѣлъ частныхъ, ссудной казны, а также обществъ или товариществъ, производящихъ неразрѣшенныя операціи (ст. 318), закрытіе работъ, производимыхъ безъ разрѣшенія или возобновленныхъ послѣ ихъ пріостановки или воспрещенныхъ въ предѣлахъ округа охраны источниковъ минеральныхъ водъ и грязей (ст. 384), закрытіе устроеннаго съ нарушеніемъ правилъ о сооруженіяхъ и работахъ вблизи линіи желѣзной дороги (ст. 398), устраненіе загроможденія путей сообщенія (ст. 407).

Указанныя опредѣленія угол. улож. дополняются ст. 309, содержащей въ себѣ то же постановленіе, что и приведенная выше ст. 1045^{1} улож. о нак., о пріостановкѣ повременнаго изданія или запрещеніи его навсегда, и ст. 316, говорящей объ отобраніи разрѣшенія на производство продажи крѣпкихъ напитковъ.

[1]) Сюда относятся закрытіе дрожжевого завода (ст. 1071), табачныхъ фабрикъ или оптоваго склада или спичечной фабрики, открытыхъ до взятія патента впредь до взятія такового (ст. 1182, 1257), пріостановленіе при тѣхъ же условіяхъ дѣйствія сахарнаго завода (ст. 1241), пріостановленіе дѣйствія завода для выдѣлки питей (ст. 1082) и табачной фабрики, не надлежаще устроенныхъ, впредь до приведенія ихъ въ надлежащій видъ (ст 1192) или удаленія постороннихъ лицъ, проживающихъ въ фабричныхъ строеніяхъ (ст. 1197).

[2]) Это имѣетъ мѣсто въ случаяхъ тайнаго устройства фабрики или учиненія на ней въ третій разъ извѣстныхъ запрещенныхъ дѣяній; таково закрытіе табачной или махорочной фабрики (ст. 1179, 1184, 1187, 1189, 1207), табачнаго склада или свалочнаго пункта (ст. 1186), заведенія для торговли табакомъ (ст. 1202, 1207), спичечной фабрики (ст. 1260), гильзовыхъ фабрики или заведенія (ст. 1057^{29}, 1270^{3} и 1270^{6}).

[3]) Таковы случаи уничтоженія недозволенныхъ заборовъ и заколовъ за счетъ виновнаго, устроенныхъ для рыбной ловли (ст. 538), разрушенія устроенныхъ пре-

горн. [1]) спеціально предусматриваются нѣкоторыя мѣры того же характера.

Наконецъ, слѣдуетъ отмѣтить, что министру внутреннихъ дѣлъ, военному министру, намѣстнику на Кавказѣ и варшавскому генералъ-губернатору по принадлежности предоставлено право закрывать въ случаѣ признанной необходимости (слѣдовательно, и въ случаѣ наличности правонарушенія) всякаго рода публичныя библіотеки и общественныя читальни (ст. 175 прим. 1—4 уст. ценз. прод. 1912 г.), а генералъ-губернаторамъ, губернаторамъ и градоначальникамъ принадлежитъ право закрывать всякія вообще торговыя и промышленныя заведенія какъ срочно, такъ и на все время объявленнаго положенія усиленной и чрезвычайной охраны (ст. 16 п. 3 и ст. 23 пол. о мѣрахъ охраны), а также военнаго положенія (ст. 19 п. 12 и 15 прил. къ ст. 23 общ. учр. губ.); при этомъ нужно замѣтить, что въ послѣднемъ случаѣ основаніемъ для принятія данной мѣры можетъ быть не только уже происходящее противузаконное дѣяніе, но и дѣяніе, лишь возможное въ будущемъ, такъ что данная мѣра можетъ имѣть въ отдѣльныхъ случаяхъ характеръ и мѣры предупредительной.

Какъ видно изъ разсмотрѣнія содержанія приведенныхъ мѣръ и условій ихъ назначенія, онѣ не представляются одинаковыми. Въ однихъ случаяхъ назначеніе ихъ такъ тѣсно связано съ самымъ фактомъ правонарушенія, что разъ оно совершено, эти мѣры обязательно должны быть назначены, въ другихъ же менѣе частыхъ случаяхъ онѣ имѣютъ факультативный характеръ (ст. 986^3, 1066, 1073, 1074, 1012^1 и 1012^2, 1045, 1045^1 улож. о нак.); далѣе, въ однихъ случаяхъ самое закрытіе имѣетъ характеръ мѣры окончательной, въ другихъ болѣе рѣдкихъ это—мѣра временная (ст. 1045^1) или можетъ быть также временной (ст. 986^3); затѣмъ въ однихъ случаяхъ эти мѣры исходятъ отъ судебныхъ органовъ, въ

раждений (ст. 1023) и садковъ при рыбной ловлѣ (ст. 1024), уничтоженія или исправленія на счетъ виновнаго всего неправильно или незаконно сдѣланнаго при производствѣ каспійско-волжскихъ рыбныхъ промысловъ, закрытія и сломки промысловыхъ заведеній и т. д. (ст 910).

[1]) Сюда относятся случаи временнаго закрытія склада взрывчатыхъ веществъ, по распоряженію губернатора, если отъ несоблюденія предписанныхъ правилъ возникаетъ опасность, впредь до рѣшенія дѣла судомъ (ст. 1089 уст. горн.), а также пріостановленія веденія подземныхъ работъ по распоряженію горнаго управленія или горнаго департамента, до того времени, пока допущенное нарушеніе установленныхъ правилъ не будетъ исправлено (ст. 1062 въ связи со ст. 1050, 1056, 1057, 1061 и прим. къ ст. 1044 уст. горн.). Здѣсь подчеркивается характеръ данной мѣры, какъ мѣры пресѣченія происшедшаго правонарушенія, и въ то же время какъ средства выполненія извѣстной обязанности.

другихъ онѣ могутъ примѣняться органами администраціи, хотя въ улож. о нак. случаи эти сравнительно рѣдки [1]); наконецъ, надо обратить вниманіе на то, что въ извѣстныхъ случаяхъ принятіе данныхъ мѣръ обусловлено извѣстнымъ наростаніемъ виновности правонарушителя, учиненіемъ дѣянія въ третій разъ (ст. 1174[2] и 1174[4]), такъ что учиненіе его впервые не влечетъ за собой ихъ примѣненія.

Обращаясь къ разсмотрѣнію юридической природы приведенныхъ только что разнообразныхъ мѣръ, направленныхъ на пресѣченіе происходящей или происшедшей противузаконной дѣятельности путемъ устраненія длящагося противузаконнаго состоянія—объективныхъ послѣдствій неправды, мы можемъ замѣтить, что въ нашей литературѣ не всѣ эти мѣры получаютъ одинаковую правовую квалификацію, и въ то время, какъ однѣ изъ нихъ не возбуждаютъ сомнѣнія въ томъ, что онѣ не являются наказаніемъ—это признается напр. относительно мѣръ, принимаемыхъ административными властями,—въ отношеніи другихъ высказываются иныя воззрѣнія. Именно, нѣкоторые наши криминалисты усматриваютъ въ устраненіи длящагося противоправнаго состоянія наказаніе, именуя его дополнительнымъ наказаніемъ. Такъ, Таганцевъ въ той мѣрѣ, которую онъ называетъ „принудительнымъ прекращеніемъ или устраненіемъ вреда“, видитъ особое имущественное наказаніе—„мѣры взысканія имущественнаго характера, падающія притомъ не на имущественныя права лица, а на принадлежащее ему имущество“ [2]); сюда онъ относитъ случаи закрытія завода, лавки, учебнаго или промышленнаго заведенія, сломки или исправленія зданія, производства работъ за счетъ виновнаго и т. д. [3]). Такъ же рѣшаютъ этотъ вопросъ Фойницкій, относящій „устраненіе объективныхъ послѣдствій преступнаго дѣянія“ къ имущественнымъ взысканіямъ [4]), Бѣлогриць-Котляревскій, прямо

---

[1]) Такъ, по ст. 1066 объ упраздненіи церкви или каплицы рѣшаютъ духовное или свѣтское начальство, ст. 1073 и 1074 предоставляютъ усмотрѣнію главнаго мѣстнаго начальства рѣшить вопросъ о закрытіи мечети или синагоги (ср. также ст. 1226 и 1152 у. у. с.).

[2]) Таганцевъ в. с. стр 1273.

[3]) Впрочемъ, въ другомъ мѣстѣ онъ относитъ къ числу „мѣръ предупрежденія вредныхъ дѣяній или наступленія ихъ послѣдствій или ихъ пресѣченія“ принудительное устраненіе результатовъ, добытыхъ или созданныхъ преступнымъ дѣяніемъ, какъ напр. сломку зданій, вредныхъ или опасныхъ для общественной или личной безопасности, закрытіе неправильно открытыхъ торговыхъ или промышленныхъ заведеній, признавая здѣсь такимъ образомъ эти мѣры не наказаніемъ (Таганцевъ в. с. стр. 827).

[4]) Фойницкій. Ученіе о наказаніи стр. 185.

считающій эту мѣру дополнительнымъ наказаніемъ [1]), равно какъ, фонъ-Резонъ, усматривающій въ закрытіи завода дополнительное наказаніе, [2]) и Дриль [3]). Иначе, повидимому, относится къ этой мѣрѣ Сергѣевскій, такъ какъ у него она не включена въ число наказаній [4]); точно также отсутствуетъ она и въ системѣ наказаній, принятой Познышевымъ [5]).

Однако относительно природы этихъ мѣръ всякое сомнѣніе должно быть устранено: онѣ не являются наказаніемъ, такъ какъ выполняютъ совершенно иную функцію, чѣмъ наказаніе; онѣ вызываются потребностью устранить происходящее неправомѣрное дѣяніе и его послѣдствіе; законодатель, допуская примѣненіе ихъ, не задается вовсе мыслью такимъ путемъ оказать воздѣйствіе на учиненное въ соотвѣтствіи съ его оцѣнкой. Для этихъ мѣръ безразличенъ нарушитель, какъ таковой; онѣ лишь устраняютъ происшедшую неправду, которая вообще не должна была существовать. Всѣ эти мѣры могутъ быть назначаемы и не въ порядкѣ отправленія уголовнаго правосудія, такъ какъ для нихъ не требуется признанія виновности лица. Примѣненіе ихъ можетъ быть предоставлено органамъ администраціи, суду же приходится примѣнять эти мѣры въ силу того обстоятельства, что онъ, разсматривая вопросъ о наличности противоправнаго посягательства съ цѣлью установить возможность примѣненія наказанія къ нарушителю нормъ правопорядка, попутно въ данномъ случаѣ затрагиваетъ и другую сторону разсматриваемаго посягательства. Естественно предоставить суду право рѣшать вопросъ о допустимости примѣненія совмѣстно съ наказаніемъ мѣры устраненія противузаконной дѣятельности, посколько онъ находитъ, что эта дѣятельность должна быть устранена. Здѣсь, какъ и въ другихъ случаяхъ, судъ замѣняетъ органы администраціи, подобно тому какъ и администрація иногда замѣняетъ органы судебные. То обстоятельство, что въ извѣстныхъ случахъ административнымъ органамъ дозволяется примѣненіе данной мѣры, лишь какъ мѣры временной, не мѣняетъ дѣла, такъ какъ, посколько при примѣненіи нѣкоторыхъ мѣропріятій могутъ быть затронуты извѣстныя права личности, окончательное рѣшеніе вопроса о допустимости этихъ мѣропріятій предоставляется суду. Провѣрка правильности дѣятельности органовъ администраціи со стороны суда служитъ

---

[1]) Бѣлогрицъ-Котляревскій в. с стр. 306.

[2]) Фонъ-Резонъ. в. с. стр. 49.

[3]) Дриль. Ученіе о преступности и мѣрахъ борьбы съ ней. 1912 г. стр. 176.

[4]) Сергѣевскій в. с. стр. 209 и сл.

[5]) Познышевъ Основныя начала стр 466 и 610.

средствомъ оградить права личности; въ нашемъ правѣ это ясно вытекаетъ изъ соотвѣтствующихъ статей у. у. с. [1]).

Извѣстныя сомнѣнія при этомъ однако могутъ возникнуть относительно тѣхъ случаевъ, гдѣ принятіе данной мѣры не связывается непосредственно съ единичнымъ случаемъ извѣстнаго нарушенія и гдѣ ея примѣненіе ставится въ зависимость отъ наростанія преступности,—совершенія даннаго правонарушенія во второй или третій разъ. Но это обстоятельство само по себѣ не измѣняетъ еще природы данной мѣры, какъ мѣры чисто объективнаго характера. И при назначеніи мѣръ пресѣченія законодатель можетъ учитывать то значеніе, которое представляетъ для правопорядка извѣстное правонарушеніе, усматривая въ немъ выраженіе особой энергіи неповиновенія. Стоитъ въ этомъ отношеніи въ видѣ аналогичнаго явленія привести указаніе на допустимость употребленія оружія въ случаѣ неповиновенія, лишь какъ крайняго средства, когда другія средства были уже употреблены, но неповиновеніе ими не было сломлено. Такимъ образомъ это обстоятельство еще ничего не говоритъ противъ признанія данной мѣры мѣрой пресѣченія. Она и здѣсь, какъ и въ другихъ случаяхъ, вызывается соображеніемъ о томъ, что должны быть приняты мѣры къ устраненію проявленія неправомѣрнаго дѣянія, и посколько продолжаетъ снова возникать это дѣяніе, несмотря на какія нибудь мѣры иного рода, постолько можетъ быть вполнѣ оправдано примѣненіе мѣръ пресѣченія при его повтореніи.

Особая природа объективныхъ послѣдствій неправды, отличная отъ природы наказанія, наглядно сказывается въ условіяхъ назначенія этой мѣры и въ опредѣленіи круга тѣхъ лицъ, къ которымъ она примѣняется. Для примѣненія ея не требуется установленія виновности опредѣленнаго лица, такъ какъ она вытекаетъ лишь изъ факта происшедшаго правонарушенія. Учинившій данное правонарушеніе можетъ и не подвергаться за него наказанію, но тѣмъ не менѣе это не освобождаетъ его отъ обязан-

---

[1]) Такъ, ст. 1152 у. у. с. говоритъ, что закрытіе торговыхъ и ремесленныхъ заведеній, а также фабрикъ и заводовъ дозволяется казенному управленію лишь въ видѣ временной мѣры, впредь до постановленія о томъ суда и единственно въ тѣхъ случаяхъ, когда инымъ способомъ невозможно пресѣчь обнаруженное нарушеніе и нанесеніе ущерба казенному интересу; при этомъ ст. 1155 устанавливаетъ что должностныя лица казеннаго управленія, по распоряженію коихъ послѣдовало, закрытіе какого-либо заведенія, фабрики или завода, отвѣтствуютъ передъ частными лицами за всякій вредъ и убытокъ, когда по разсмотрѣніи дѣла въ судѣ окажется, что означенныя мѣры приняты были неосновательно; ср. ст. 1266 у. у. с., которая устанавливаетъ то же въ отношеніи административныхъ управленій.

ности исправить упущенное [1]). Поэтому возможно, что эта мѣра постигнетъ и лицъ, не принимавшихъ никакого участія въ созданіи даннаго неправомѣрнаго состоянія [2]).

Съ другой стороны, посколько мы признаемъ за данной мѣрой особый характеръ въ противоположность наказанію, мы должны признать, что всѣ тѣ положенія уголовнаго права, которыя расчитаны на наказаніе, не имѣютъ примѣненія въ отношеніи ихъ. Такъ, не примѣнимы здѣсь постановленія уголовнаго закона, касающіяся давности, такъ что, если извѣстное дѣяніе влечетъ за собой наказаніе и исполненіе упущеннаго, то давностью погашается только одно наказаніе [3]). Точно также непримѣнимо въ отношеніи этой мѣры и помилованіе. Особой природой ея и объясняется то, что въ актахъ, касающихся помилованія, обыкновенно указывается на нераспространеніе даруемой милости на объективныя послѣдствія неправды, такъ какъ здѣсь собственно некого миловать — дѣло здѣсь не въ виновности лица, а въ созданіи имъ извѣстнаго неправомѣрнаго состоянія, которое должно быть во всякомъ случаѣ уничтожено [4]).

Обращаясь же къ ближайшему разсмотрѣнію отдѣльныхъ положеній нашего законодательства объ объективныхъ послѣдствіяхъ неправды, мы должны замѣтить, что наше право не даетъ вовсе основаній для признанія этихъ мѣръ наказаніемъ.

Что касается прежде всего присужденія къ исполненію упущеннаго (ст. 26 уст. о нак.), то не подлежитъ сомнѣнію, что и съ точки зрѣнія нашего права эта мѣра не есть наказаніе, такъ какъ она примѣняется, какъ сказано въ ст. 26, „независимо отъ взы-

---

[1]) Въ такомъ смыслѣ разрѣшенъ этотъ вопросъ и сенатомъ въ рѣш. у. к. д. 69/1004.

[2]) Въ соотвѣтствіи съ этимъ сенатъ совершенно правильно призналъ въ рѣш. у. к. д. 75/227, что, если во время производства дѣла о нарушеніи строительнаго устава, влекущемъ сломку дома, этотъ домъ будетъ проданъ, то обязанность сломки возлагается на новаго владѣльца, а взысканіе за нарушеніе строительнаго устава налагается на то лицо, которому принадлежалъ домъ во время возбужденія дѣла; а въ рѣш. у. к. д. 71/306 онъ указалъ, что хозяева домовъ, построенныхъ въ городахъ съ нарушеніемъ строительнаго устава, когда это нарушеніе допущено не ими, а ихъ предшественниками по владѣнію домомъ, или когда оно покрывается давностью, освобождаются только отъ положеннаго за то нарушеніе взысканія, а не отъ обязанности поправки или сломки, указанныхъ въ ст. 68.

[3]) Этой точки зрѣнія придерживается и сенатъ въ цѣломъ рядѣ своихъ рѣшеній, напр. рѣш у. к. д. 68/421, 71/281, 71/306, 71/494, 74/156, 75/581.

[4]) Ср. отд. XVIII п. 15 указа 21 февр. 1913 г., а также отд. XIX п. 14 манифеста 11 августа 1904 г, гдѣ говорится, что освобожденіе за силою сего указа (манифеста) отъ наказанія не избавляетъ виновнаго отъ обязанности исправленія или уничтоженія всего допущеннаго вопреки требованіямъ закона.

сканій". Въ этомъ смыслѣ разъяснена эта статья сенатомъ въ цѣломъ рядѣ рѣшеній по уголовному кассаціонному департаменту [1]). Въ этихъ рѣшеніяхъ ясно подчеркивается особая природа данной мѣры, которая имѣетъ назначеніемъ не воздаяніе за учиненное, а прекращеніе существующаго неправомѣрнаго состоянія. Она имѣетъ самостоятельную природу по сравненію съ наказаніемъ, а потому и самостоятельную судьбу [2]).

Что же касается другого вида объективныхъ послѣдствій неправды—устраненія противоправнаго состоянія, „закрытія" чего-нибудь неправильно открытаго, то природа данной мѣры, отличная отъ природы наказанія, въ самомъ законѣ подчеркивается прежде всего противоположеніемъ наказанія этой мѣрѣ. Законъ говоритъ, напр. въ ст. 1075, что виновный въ описанномъ въ этой статьѣ дѣяніи подвергается денежному взысканію не свыше 100 р., заведеніе его закрывается и онъ обязанъ вознаградить за причиненный кому-либо вредъ или убытокъ, или напр. ст. 1114 говоритъ, что виновные подвергаются денежному взысканію..., а самое заведеніе уничтожается. Нужно при этомъ однако замѣтить, что въ данномъ отношеніи иногда въ улож. о нак. замѣчается нѣкоторая непослѣдовательность терминологіи. Такъ, напр. въ ст. 1076, гдѣ говорится о построеніи дѣйствующихъ огнемъ или парами фабрикъ, заводовъ и другихъ заведеній близь жилыхъ строеній, указывается, что виновные подвергаются взысканіямъ, опредѣленнымъ въ предшедшей (1075) статьѣ, а тамъ рѣчь идетъ и о де-

---

[1]) Такъ, въ рѣш. 73/494 указывается на то, что исполненіе обязанности сломать постройку не есть наказаніе, а послѣдствіе нарушенія, установленное для устраненія опасности отъ нарушенія правилъ строительнаго устава, рѣш. 86/32 говоритъ о томъ, что обязанность уничтоженія или сломки строеній не есть наказаніе, а только законное послѣдствіе признанія наличности извѣстныхъ нарушеній строительнаго устава; въ позднѣйшихъ рѣшеніяхъ нѣсколько измѣняется квалификація данной мѣры. Такъ, въ рѣш 92/49 указывается, что исполненіе упущеннаго является не наказаніемъ, а лишь возстановленіемъ нарушеннаго порядка, не пораженіемъ личныхъ правъ, а лишь осуществленіемъ лежащей на неисполнившемъ обязанности; точно также въ рѣш. 99.2 указывается на сущность данной мѣры, какъ на возстановленіе нарушеннаго порядка.

[2]) Въ такомъ смыслѣ рѣшается этотъ вопросъ и въ указѣ сената по I деп. 10 апр. 1874 г. въ которомъ мы читаемъ „принимая во вниманіе, что установленная въ ст. 68 уст. о нак. обязанность владѣльца исправить или подвергнуть сломкѣ все неправильно имъ построенное, по буквальному выраженію закона, возлагается на виновныхъ въ нарушеніи правилъ строительнаго устава, сверхъ о п р е д ѣ л е н н ы х ъ предшествующими 65—67 статьями денежныхъ в з ы с к а н і й,—и имѣя своей цѣлью приведеніе неправильной постройки въ состояніе безвредное для общественной безопасности или народнаго здравія, по самому существу своему не можетъ быть подводима подъ понятіе наказанія,—сенатъ признаетъ и т. д.".

нежномъ взысканіи и о закрытіи завода. Очевидно, здѣсь „взысканіе“ означаетъ не только наказаніе. То же можно сказать и относительно ст 1350[1] улож. о нак., которая говоритъ слѣдующее: „виновный въ устройствѣ порохового завода безъ установленнаго разрѣшенія подвергается, сообразно обстоятельствамъ дѣла, одному изъ наказаній, опредѣленныхъ въ ст. 986 сего уложенія, и сверхъ того подобный заводъ немедленно закрывается. Тому же наказанію подвергается виновный въ...“, а по прод. 1912 г. эта статья дополнена слѣдующей прибавкой: „наказаніямъ, установленнымъ ст. 1350[1], подлежатъ также въ случаяхъ, ею предусмотрѣнныхъ, лица, не исполнившія постановленій правительства объ устройствѣ и содержаніи заводовъ для приготовленія взрывчатыхъ веществъ“. Очевидно, что въ подобныхъ случаяхъ тоже должна идти рѣчь о закрытіи завода, и такимъ образомъ, повидимому, съ точки зрѣнія улож. о нак. закрытіе завода есть наказаніе, на которое ссылается какъ вторая часть ст. 1350[1], такъ и это дополненіе. Но для объясненія этого обстоятельства нужно считаться съ крайнимъ несовершенствомъ терминологіи улож. о нак. И для иллюстраціи этого слѣдуетъ съ постановленіями ст. 1350[1] сопоставить стоящую рядомъ съ ней ст. 1350[2], касающуюся почти того же случая. Здѣсь говорится объ отвѣтственности за открытіе безъ разрѣшенія капсюльнаго заведенія и прибавляется: „сверхъ того означенное заведеніе немедленно закрывается“. Вторая же часть этой статьи гласитъ: „тѣмъ же взысканіямъ и закрытію заведенія подвергаются...“ Такимъ образомъ въ одной статьѣ наказаніе охватываетъ собой, повидимому, закрытіе завода, а въ другой взысканіе противополагается, какъ наказаніе, этому закрытію. Итакъ, несмотря на то, что несовершенство терминологіи улож. о нак. можетъ подать поводъ на первый взглядъ къ иной оцѣнкѣ тѣхъ мѣръ, которыя заключаются въ закрытіи неправильно открытаго, возведеннаго и т. д., мы должны признать, что эти мѣры съ точки зрѣнія нашихъ уголовныхъ законовъ не смѣшиваются съ наказаніемъ въ виду ихъ особой природы, какъ объективныхъ послѣдствій неправды.

Что касается далѣе того „закрытія“, о которомъ рѣчь идетъ въ спеціальныхъ узаконеніяхъ, то его природа ничѣмъ не отличается отъ природы того „закрытія“, о которомъ говорится въ улож. о нак.

Наконецъ, въ отношеніи правовой природы данной мѣры по уг. ул. надо замѣтить слѣдующее. Карательная система угол. улож., какъ извѣстно, была по первоначальному проекту редакціонной комиссіи приспособлена къ общимъ соображеніямъ, вы-

сказаннымъ Комиссіей Государственнаго Совѣта, на основаніи работъ которой были составлены извѣстныя правила 10 декабря 1879 г., и въ карательной системѣ Комиссіи нѣтъ мѣста для этой мѣры. Къ наказаніямъ дополнительнымъ или, какъ они были названы въ предположеніяхъ Комиссіи, къ „послѣдствіямъ наказаній", ею были отнесены: лишеніе правъ, полицейскій надзоръ и конфискація отдѣльныхъ предметовъ. Точно также и въ общихъ разсужденіяхъ Редакціонной Комиссіи эта мѣра въ качествѣ дополнительнаго наказанія не фигурируетъ, такъ какъ составители Объясн. зап. къ проекту уголовнаго уложенія къ выше названнымъ дополнительнымъ наказаніямъ присоединяютъ только опубликованіе приговора [1]). Это не помѣшало однако имъ въ ст. 26 проекта уг. ул. указать кромѣ выше названныхъ дополнительныхъ наказаній рядъ другихъ, въ числѣ которыхъ упоминается закрытіе торговаго или промышленнаго заведенія наряду съ лишеніемъ права заниматься опредѣленными видами торговли, промысловъ или же иною дѣятельностью, денежнымъ взысканіемъ и удаленіемъ отъ занимаемой должности, а также создать ст. 32 ч. 3, которой соотвѣтствуетъ ст. 37 уг. ул. съ нѣкоторыми измѣненіями. Впослѣдствіи въ проектѣ Особаго Присутствія Гос. Сов. закрытіе торговаго или промышленнаго заведенія было исключено изъ перечня, имѣвшагося въ ст. 26. Въ настоящее же время въ угол. ул. различаются двѣ категоріи мѣръ, которыя сопровождаютъ наказаніе: однѣ мѣры прямо въ законѣ называются дополнительными наказаніями—это: 1) лишеніе права заниматься торговлей, промыслами и иной дѣятельностью, 2) денежное взысканіе, 3) опубликованіе приговора и 4) удаленіе отъ должности (ст. 33); другія мѣры въ законѣ дополнительными наказаніями не названы, но онѣ тоже могутъ дополнять собою наказаніе, это—1) конфискація, о которой говоритъ ст. 36, и 2) мѣры пресѣченія, упоминаемыя въ ст. 37. Что же эти послѣднія представляютъ по мысли составителей угол. улож.? Отвѣтъ на этотъ вопросъ можно получить изъ Объясн. зап., которая говоритъ: „ст. 32 имѣетъ въ виду особую категорію имущественныхъ взысканій, падающихъ на виновнаго въ качествѣ дополненія къ главнымъ наказаніямъ, а именно конфискацію, а равно и уничтоженіе или исправленіе неправильно возведенныхъ построекъ и сооруженій" [2]). Такимъ образомъ эти мѣры тоже дополнительныя наказанія, по словамъ составителей уг. ул., что однако не мѣшаетъ имъ назна-

[1]) Объясн. зап. т. I, стр. 41.

[2]) Тамъ же стр. 275.

чать ихъ по ст. 38 и безъ всякаго наказанія. Объясненіе этого обстоятельства дается спеціально въ отношеніи конфискаціи, но, очевидно, оно касается и данныхъ мѣръ, именно въ Объясн. зап. мы читаемъ: „по общему правилу, дополнительныя наказанія могутъ быть назначаемы только при примѣненіи къ виновному главнаго наказанія, но относительно указанной выше группы имущественныхъ мѣръ, по самому ихъ существу, нужно было допустить отступленіе и признать, что конфискація можетъ быть примѣнена, какъ скоро судъ констатируетъ самый фактъ нарушенія, хотя бы виновный не былъ освобожденъ отъ наказанія по какимъ бы то ни было основаніямъ: за невмѣняемостью, давностью и т. д.“ [1]). Но если эти мѣры по самому существу своему требуютъ серіознѣйшаго отступленія отъ основныхъ началъ примѣненія наказанія, то, очевидно, онѣ не являются наказаніемъ.

Интересно при этомъ отмѣтить, что сами составители Объясн. зап. въ другомъ мѣстѣ подчеркиваютъ особый характеръ данныхъ мѣръ, противополагая ихъ наказанію. Именно, указывая на то, что давность простирается на всѣ уголовныя послѣдствія преступленія, т. е. какъ на наказанія главныя, такъ и дополнительныя, они замѣчаютъ: „единственнымъ исключеніемъ представляются въ этомъ отношеніи тѣ дополнительныя мѣры, которыя заключаютъ въ себѣ не столько взысканіе съ виновнаго, сколько устраненіе вредныхъ послѣдствій, вызванныхъ преступленіями, каковы напр. указанныя въ ст. 32 проекта. Такое исключеніе тѣмъ болѣе необходимо, что примѣненіе этихъ мѣръ, какъ и указано въ данной статьѣ, допускается даже и при оправданіи подсудимаго“ [2]).

Въ заключеніе для общей характеристики объективныхъ послѣдствій неправды слѣдуетъ отмѣтить, что присужденіе къ исправленію чего-нибудь имѣетъ своимъ результатомъ или выполненіе упущеннаго самимъ лицомъ, на которое падаетъ обязанность исправленія, или же выполненіе на его счетъ администраціей, причемъ, конечно, въ послѣднемъ случаѣ издержки могутъ быть покрыты принудительнымъ путемъ. Наше право въ ст. 1227 у. у. с. указываетъ, что, въ случаѣ нарушенія устава строительнаго, къ исправленію, сломкѣ или переносу зданія на счетъ виновнаго можетъ быть приступлено лишь по судебному о томъ приговору, вошедшему въ законную силу, такъ что администрація уполномочена въ этомъ случаѣ лишь на принятіе предохранительныхъ мѣръ,

---

[1]) Тамъ же стр. 285.

[2]) Тамъ же стр. 634.

необходимыхъ для огражденія общественной безопасности и народнаго здравія [1]).

§ 11. Другой мѣрой пресѣченія объективнаго характера, какъ устраненіе внѣшнихъ проявленій противузаконной дѣятельности, является отобраніе имущества (въ видѣ общаго правила движимой вещи), которое находится въ извѣстномъ соотношеніи съ фактомъ учиненнаго правонарушенія. Это отобраніе выражается въ изъятіи имущества изъ владѣнія нарушителя закона или другого лица и вызывается потребностью прекратить противузаконную дѣятельность или длящіяся ея послѣдствія: оставлять это имущество въ обладаніи того лица, у котораго оно оказалось, или вообще оставлять его въ гражданскомъ оборотѣ представляется недопустимымъ, такъ какъ правопорядокъ не можетъ мириться съ существованіемъ неправомѣрнаго состоянія и наличностью того, въ чемъ воплощается неправда; отсюда потребность изъять это имущество, и тѣмъ, что оно отбирается, пресѣкается противузаконное дѣяніе или вызванныя имъ послѣдствія. Но однимъ этимъ отобраніемъ правопорядокъ не ограничивается; вслѣдъ за отобраніемъ возникаетъ вопросъ о томъ, что слѣдуетъ сдѣлать съ отобраннымъ имуществомъ,—вопросъ о его судьбѣ, и отвѣтъ на этотъ вопросъ можетъ быть троякій въ зависимости съ одной стороны отъ того, что представляетъ собой данное имущество, а съ другой—въ чемъ проявляется въ данномъ случаѣ противозаконная дѣятельность: или отобранное имущество, по его отобраніи, возвращается тому лицу, которому оно принадлежало до совершенія противузаконнаго дѣянія, чѣмъ возстановляется нарушенное правомѣрное состояніе, или оно по отобраніи уничтожается, какъ нетерпимое по особымъ соображеніямъ въ гражданскомъ оборотѣ, или же оно переходитъ въ собственность казны, фиска, или иныхъ установленій, уполномоченныхъ на это по закону, которыя или удерживаютъ его въ своемъ владѣніи in natura или въ передѣланномъ видѣ, или же отчуждаютъ его (продаютъ съ публичнаго торга). Въ послѣднихъ двухъ случаяхъ въ противуположность первому отобраніе именуется обыкновенно конфискаціей, хотя съ другой стороны этотъ терминъ употребляется спеціально для обозначенія отобранія, сопровождавшагося поступленіемъ имущества въ собственность казны, фиска,—конфискація въ тѣсномъ смыслѣ этого слова. Итакъ, во всѣхъ этихъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло съ отня-

[1]) Въ германской литературѣ исполненіе чего-либо на счетъ лица обязаннаго разсматривается обыкновенно, какъ частный случай примѣненія принудительныхъ мѣръ (Zwangsmittel) административной власти. Ср. напр. G. Meyer l. c. s. 84; Hofacker l. c. s. 6.

тіемъ у извѣстнаго лица опредѣленнаго имущества, съ которымъ такъ или иначе связана противузаконная дѣятельность. Всѣ они одинаково представляются мѣрами объективнаго характера, но, хотя они съ этой точки зрѣнія представляются однородными, однако судьба отобраннаго имущества придаетъ каждому изъ указанныхъ видовъ отобранія специфическій характеръ.

Первый видъ отобранія—отобраніе имущества съ возвращеніемъ его тому, кому оно принадлежало до совершенія противузаконнаго дѣянія, есть, можно сказать, самое необходимое и естественное правовое послѣдствіе совершившейся неправды. Эта мѣра имѣетъ чисто объективный характеръ неправды, она не затрогиваетъ личности правонарушителя и вызывается исключительно фактомъ правонарушенія. Для примѣненія ея поэтому не требуется установленія виновности какого-нибудь лица, здѣсь все ограничивается установленіемъ факта совершившагося дѣянія: обнаружено ли самое лицо, совершившее данное правонарушеніе или нѣтъ, подлежитъ ли оно отвѣтственности или не подлежитъ, все это представляется безразличнымъ. Вотъ почему для данной дѣятельности оказываются призванными не только судебные, но и полицейскіе органы, хотя естественно, поскольку при этомъ могутъ возникать еще какіе-нибудь правовые вопросы, часто единственно пригоднымъ органомъ для примѣненія этой мѣры оказываются судебные органы.

Наше право содержитъ по этому вопросу слѣдующія опредѣленія, изъ которыхъ ясно вытекаетъ характеръ данной мѣры, какъ мѣры пресѣченія, отличной отъ наказанія по самой своей природѣ. Ст. 575 у. у. с. постановляетъ, что предметы, похищенные или отнятые, по отысканіи и оцѣнкѣ ихъ, возвращаются подъ росписку тѣмъ, у кого были похищены или отняты, если въ приложеніи этихъ предметовъ къ дѣлу не представляется особенной надобности [1]). Но поскольку данныя вещи могутъ представлять

[1]) То же говоритъ ст. 298 уст пред. пресѣч. прест., указывая, что „предметы, похищенные или отнятые, возвращаются ихъ хозяевамъ съ соблюденіемъ правилъ у. у. с.", причемъ возвратъ этихъ вещей является обязанностью полицейскихъ властей, которыя должны для осуществленія его принимать особыя мѣры, именно, въ этой статьѣ говорится: „если хозяева похищенныхъ вещей являться не будутъ, и чьи онѣ подлинно неизвѣстно, то надлежитъ вызвать хозяевъ черезъ публикацію, установленнымъ для того порядкомъ, и по явкѣ возвращать имъ вещи съ расписками. Если по публикаціи хозяева въ положенный срокъ не явятся, то нетлѣнныя вещи... отдаются въ казенное охраненіе, ..тлѣнныя же ...продаются съ публичнаго торга, и вырученныя за нихъ деньги отсылаются на храненіе въ мѣстное казначейство для возвращенія оныхъ хозяевамъ, когда явятся". Ср. также постановленіе ст. 353 уст. сельск. хоз., согласно которой найденная у виновныхъ дичь немедленно передается владѣльцу или арендатору охоты.

интересъ для суда въ качествѣ вещественныхъ доказательствъ, онѣ возвращаются собственникамъ только по окончаніи суда, и судъ сверхъ рѣшенія вопросовъ о виновности и наказаніи дѣлаетъ постановленіе о вещахъ, добытыхъ преступнымъ дѣяніемъ (ст. 776); въ этомъ случаѣ онѣ возвращаются ихъ хозяину, хотя бы онъ не предъявлялъ никакого иска (ст. 777; то же ст. 208 прав. о произв. дѣлъ, подвѣд. земс. нач. и городскимъ суд.). Самая обязанность возврата вещи указывается обыкновенно въ законѣ, какъ послѣдствіе такихъ дѣяній, въ коихъ преступная дѣятельность выражается въ похищеніи вещи, но вполнѣ возможно представить ея необходимость и въ другихъ случаяхъ. Такъ, въ частности, хотя напр. улож. о нак. общимъ образомъ указываетъ на обязанность возврата похищеннаго имущества, имѣя въ виду лишь кражу (ст. 1664) [1]) и мошенничество (ст. 1675), но, какъ вполнѣ правильно разъяснилъ сенатъ, ст. 1664 должна быть примѣняема и при всѣхъ другихъ имущественныхъ преступленіяхъ (рѣш. общ. собр. 96/28). Но сверхъ того въ улож. о нак. говорится особо еще о возвращеніи имущества недвижимаго, купленнаго у лица, которое завѣдомо для виновнаго не имѣло права продать его, или движимаго, завѣдомо полученнаго черезъ насиліе (ст. 1702), и объ обязанности доставить по требованію лѣсовладѣльца отобранные самовольно вырубленные или похищенные лѣсные матеріалы въ то имѣніе, изъ котораго они похищены (ст. 830^1) [2]). Отдѣльные

[1]) Ср ст. 1512 зак. гражд.: „если движимое имущество куплено безъ поручительства, хотя впрочемъ не завѣдомо краденное, но впослѣдствіе оно окажется краденымъ, то покупщикъ подвергается лишенію онаго и отобранію въ пользу настоящаго хозяина, и ему предоставляется заплаченныя деньги искать на продавцѣ". Здѣсь такимъ образомъ устанавливается допустимость отобранія вещи даже тогда, когда она перешла къ третьему лицу отъ похитителя. Этимъ особенно подчеркивается природа данной мѣры, какъ мѣры пресѣченія неправды.

[2]) Кромѣ того рядъ подобныхъ же случаевъ предусматривается въ уст. о нак., именно. ст. 51^7 говоритъ о возвращеніи собственникамъ или неотдѣленнымъ членамъ ихъ семействъ, по ихъ просьбамъ, взятыхъ въ закладъ или въ промѣнъ вещей при продажѣ крѣпкихъ напитковъ; такой же характеръ имѣетъ постановленіе ст. 180^1 о возвращеніи принятыхъ въ закладъ отъ нижнихъ воинскихъ чиновъ казеннаго оружія, платья или аммуничныхъ вещей; далѣе говорится объ отобраніи и возвращеніи лѣсовладѣльцу похищеннаго или самовольно срубленнаго лѣса и заготовленныхъ изъ него издѣлій (ст. 158^1), что устанавливается и въ случаѣ укрывательства или покупки завѣдомо похищеннаго или самовольно срубленнаго лѣса (ст. 159) или устройства въ чужихъ лѣсныхъ дачахъ смолоугольныхъ печей и т. д. (ст. 160), порубки казеннаго лѣса (ст. 161), производства при учетной продажѣ казеннаго лѣса распиловки и т. д (ст 164); общимъ образомъ въ ст. 168 указывается, что отобранныя отъ виновныхъ лѣсъ и лѣсныя произведенія обращаются въ пользу казны или частнаго владѣльца по принадлежности. Ср. также ст. 168^1 уст. о нак, соотвѣтствующую ст. 830^1 ул. о нак.

случаи этого рода отобранія вещей у виновника преступленія съ возвращеніемъ собственнику ихъ встрѣчаются и въ угол. улож. 1903 г. [1]).

Итакъ, въ только что указанныхъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло съ институтомъ, совершенно отличнымъ по своей правовой природѣ отъ наказанія. И въ доктринѣ и въ судебной практикѣ не возбуждается сомнѣнія относительно того, что отобраніе у преступника имущества, бывшаго объектомъ преступной дѣятельности, не есть наказаніе. Съ другой стороны нужно имѣть въ виду, что данная мѣра по своему содержанію ближе всего подходитъ къ вознагражденію за вредъ и по господствующему взгляду съ нимъ и отождествляется. Однако эти мѣры не являются тождественными. Потерпѣвшій отъ преступленія здѣсь не вознаграждается, а лишь получаетъ то, что ему по праву принадлежитъ и что было у него преступнымъ путемъ добыто. И это различіе между возвращеніемъ отобранной вещи потерпѣвшему и возмѣщеніемъ причиненнаго ему вреда находитъ себѣ опредѣленное выраженіе въ положительномъ правѣ, которое обыкновенно говоритъ объ обязанности суда дѣлать постановленіе ex officio о возвратѣ похищенной вещи ея хозяину (ст. 777 у. у. с.) [2]), тогда какъ для присужденія вознагражденія за вредъ требуется предъявленіе иска со стороны потерпѣвшаго. Нужно замѣтить, что взглядъ, близкій къ представленію о томъ, что подобное отобраніе имущества есть мѣра пресѣченія объективнаго характера, высказанъ въ нашей литературѣ Случевскимъ, который находитъ, что „по существу своему реституція, при помощи которой возстановляется предшествовавшій преступленію порядокъ вещей, есть дѣйствіе полицейскаго свойства, хотя и осуществляемое судомъ“ [3]).

---

[1]) Такъ, мы здѣсь находимъ кромѣ опредѣленія ст. 317, соотвѣтствующаго опредѣленію ст. 51^7 уст. о нак., а также ст. 627 и 629, соотвѣтствующихъ ст. 830^1 улож. о нак. и ст. 158^1, 160, 162, 168, 168^1 уст. о нак., постановленіе ст. 662, на основаніи которой въ случаѣ вымогательства, учиненнаго должностнымъ лицомъ, даръ возвращается хозяину, причемъ нельзя не отмѣтить, что это постановленіе угол. улож. отступаетъ отъ постановленія ст. 378 улож. о нак., по которой въ подобномъ же случаѣ полученные виновными деньги или иные подарки отсылаются въ мѣстный приказъ общественнаго призрѣнія или замѣняющее его учрежденіе.

[2]) Какъ вполнѣ правильно разъяснилъ сенатъ (рѣш. общ собр. 96/31), обязанность возвращенія уголовнымъ судомъ потерпѣвшему добытыхъ преступленіемъ вещей распространяется и на случаи оправданія обвиняемаго и прекращенія дѣла за необнаруженіемъ виновнаго или за недостаточностью уликъ, подъ непремѣннымъ условіемъ признанія со стороны суда самаго событія преступленія. (Ср. также рѣш. общ. собр. 1906/26)

[3]) Случевскій в. с. стр. 412.

Переходя къ разсмотрѣнію другого вида отобранія,—отобранія, обычно именуемаго конфискаціей [1]), мы должны прежде чѣмъ дать отвѣтъ на вопросъ о томъ, что представляетъ изъ себя конфискація, какъ особый правовой институтъ, остановиться на нѣкоторыхъ предварительныхъ вопросахъ, разрѣшеніе которыхъ можетъ способствовать выясненію природы конфискаціи, относительно которой нѣтъ одного общепринятаго взгляда въ современной литературѣ. Съ этой цѣлью необходимо ознакомиться съ

---

[1]) Нужно однако имѣть въ виду, что могутъ быть случаи, когда наступаетъ конфискація съ послѣдующимъ обращеніемъ въ собственность казны извѣстныхъ предметовъ или уничтоженіемъ ихъ безъ предварительнаго отобранія ихъ у какого-либо лица. Это напр. имѣетъ мѣсто въ случаѣ находки неизвѣстно кому принадлежащей вещи, которая не можетъ быть терпима въ оборотѣ и на которую распространяются правила о конфискаціи (ср. также ст 1053 уст. там., гдѣ говорится, что контрабандные товары, обнаруженные безъ провозителей, а равно задержанные съ ними перевозочныя средства въ томъ случаѣ, если хозяева ихъ не явятся въ семидневный срокъ со дня выставленія о томъ объявленія у дверей таможни и не принесутъ въ тотъ же срокъ жалобы на неправильное задержаніе оныхъ, рѣшеніемъ таможни отбираются). Такая конфискація безъ предшествующаго отобранія могла бы разсматриваться въ качествѣ самостоятельнаго института, но все то, что характеризуетъ вообще конфискацію, относится и къ этому виду конфискаціи, поэтому мы его особо не выдѣляемъ при разсмотрѣніи конфискаціи вообще.

Съ другой стороны надо обратить вниманіе на то, что положительное право знаетъ случаи, гдѣ наступаетъ конфискація въ смыслѣ обращенія чужого имущества въ собственность казны и безъ предшествующаго отобранія, какъ принудительнаго изъятія имущества изъ владѣнія частнаго лица, въ виду того, что данное имущество находится уже во владѣніи казны. Таковы случаи конфискаціи залога, какъ послѣдствіе нарушенія запрещенія для должностныхъ лицъ быть залогодателями по подрядамъ и поставкамъ, заключаемымъ въ мѣстѣ своего служенія или по вѣдомству онаго (ст. 486 улож. о нак.; то же постановленіе имѣется и въ ст. 683 угол. улож.).

Наконецъ, отдѣльно стоятъ тѣ случаи, гдѣ наступаетъ отобраніе извѣстнаго имущества, принадлежащаго на правѣ собственности казнѣ, но находящагося во владѣніи частнаго лица. Это отобраніе наступаетъ, какъ послѣдствіе неисправностей въ пользованіи недвижимостью, не являющихся однако преступными дѣяніями. Такъ, ст. 137 уст. оброчн. указываетъ, что оброчная статья въ случаѣ невзноса своевременно оброка отбирается у неисправнаго содержателя; ст. 60 уст. объ управл. каз. имѣн. въ зап. и прибалт. губ говоритъ, что если временный владѣлецъ передастъ право свое другому лицу не узаконеннымъ порядкомъ, а въ субъ-аренду, то наказывается за сіе отобраніемъ отъ него казеннаго имѣнія; ст. 78 указываетъ на то, что, если по суду найдено будетъ, что временные владѣльцы по Всемилостивѣйшему пожалованію преступили тѣ кондиціи, на основаніи коихъ обязаны они распоряжаться пожалованными имъ имѣніями, то они лишаются права владѣть оными съ отобраніемъ ихъ въ казну; сущность данной мѣры можетъ быть выяснена, если мы обратимъ вниманіе на ст. 74, гдѣ говорится, что за всякое нарушеніе постановленій объ управленіи казенными имѣніями, а также контракта, временной владѣлецъ отрѣшается отъ управленія имѣніемъ.

вопросомъ о той квалификаціи, которая дѣлается конфискаціи въ современныхъ уголовныхъ законодательствахъ, а также съ вопросомъ о томъ, что подлежитъ конфискаціи, какова судьба конфискуемой вещи и кто уполномочивается на примѣненіе конфискаціи.

Что касается прежде всего правовой квалификаціи конфискаціи въ отдѣльныхъ законодательствахъ, то мы можемъ замѣтить, что въ этомъ отношеніи нѣтъ единства въ постановленіяхъ современнаго права: правовая природа конфискаціи представляется неодинаковой въ отдѣльныхъ кодексахъ, причемъ болѣе новые кодексы (и въ особенности проекты новыхъ кодексовъ) считаютъ нужнымъ проводить различіе между отдѣльными видами конфискаціи по условіямъ ея примѣненія, на что не обращали вниманія старые кодексы.

Такъ, одни кодексы—болѣе старые—прямо именуютъ конфискацію наказаніемъ (напр. art. 11 Code pénal 1810 г. и art. 7 бельгійскаго улож.), не проводя при этомъ различія между отдѣльными видами конфискаціи въ зависимости отъ условій ея примѣненія; другіе кодексы предусматриваютъ конфискацію въ главѣ, посвященной наказаніямъ, прямо ея однако наказаніемъ не именуя, причемъ они или 1) не различаютъ ея отдѣльныхъ видовъ, ограничиваясь общей формулой о допустимости конфискаціи въ отдѣльныхъ случаяхъ; такъ, поступаетъ напр. наше улож. о нак., упоминая о конфискаціи въ ст. 58, говорящей о нѣкоторыхъ дополнительныхъ мѣрахъ, присоединяемыхъ къ наказаніямъ, и уст. о нак., ст. 2 котораго говоритъ объ „отобраніи“, какъ о мѣрѣ, которая присоединяется въ нѣкоторыхъ именно означенныхъ случаяхъ къ наказаніямъ, или же 2) различаютъ отдѣльные виды конфискаціи; такъ поступаетъ напр. германское улож., гдѣ предусматривается съ одной стороны конфискація предметовъ, являющихся продуктомъ или средствомъ учиненія умышленнаго преступленія и проступка, у учинителя или участника послѣдняго — § 40, съ другой стороны конфискація тѣхъ же предметовъ, даже въ случаѣ неосуществимости судебнаго преслѣдованія и осужденія—§ 42, т. н. selbstständige Einziehung; на ряду съ этимъ въ особенной части кодекса встрѣчаются указанія на допустимость конфискаціи извѣстныхъ предметовъ, независимо отъ того, кому они принадлежатъ, т. н. unterschiedslose Einziehung, напр. въ §§ 152, 295 и др.: то же мы видимъ въ норв. улож., которое различаетъ конфискацію продуктовъ преступленія и средствъ совершенія преступленія у виновника послѣдняго—§ 34, конфискацію въ публичныхъ интересахъ предметовъ, поскольку они предназначены

служить средствомъ преступнаго дѣянія, примѣняемую даже въ случаѣ невозбужденія или прекращенія уголовнаго преслѣдованія — § 35, и конфискацію выгоды, полученной отъ преступленія, или соотвѣтствующей предполагаемой выгодѣ денежной суммы— § 36, точно также примѣняемую и независимо отъ наказанія; наконецъ, въ нашемъ угол. улож. 1903 г. говорится объ отобраніи а) предметовъ, которые запрещается изготовлять, продавать, распространять, имѣть при себѣ или хранить, б) вещей, предназначавшихся или служившихъ для совершенія преступныхъ дѣяній и в) иныхъ особо указанныхъ въ законѣ предметовъ (ст. 36); при этомъ устанавливается, что отобраніе возможно и въ случаѣ оправданія обвиняемаго или освобожденія его отъ наказанія, а также въ случаѣ прекращенія или пріостановленія уголовнаго преслѣдованія (ст. 38).

Иное рѣшеніе этого вопроса замѣчается въ проектахъ новыхъ уложеній: такъ, въ швейцарскомъ проектѣ различаются два вида конфискаціи: одинъ разсматривается, какъ дополнительное наказаніе—это конфискація у виновника преступленія предметовъ, являющихся средствомъ совершенія преступленія или продуктомъ преступной дѣятельности (§ 38), другой—какъ одно изъ средствъ предосторожности (versorgliche Massnahme): это „конфискація опасныхъ предметовъ“, т. е. такихъ предметовъ, которые находятся въ связи съ преступленіемъ и грозятъ общественному благосостоянію и правопорядку (§ 47),—мѣра, примѣняемая безотносительно (ohne Rücksicht) къ наказуемости лица. Точку зрѣнія швейцарскаго проекта усваиваетъ и проектъ сербскій, который различаетъ конфискацію, какъ наказаніе, имѣя въ виду тѣ же случаи, что и швейцарскій проектъ (§ 36), и конфискацію, какъ мѣру защиты (sichernde Massnahme), въ отношеніи предметовъ, пользованіе коими, равно какъ приготовленіе, имѣніе у себя или продажа коихъ запрещена закономъ и которые грозятъ безопасности другихъ (§ 43); эта мѣра примѣняется независимо отъ того, кому эти предметы принадлежатъ, причемъ не требуется, чтобы было начато слѣдствіе противъ опредѣленнаго лица. То же видимъ мы и въ австрійскомъ проектѣ; здѣсь также различаются два случая конфискаціи, какъ наказанія и какъ мѣра защиты (Sicherungsmittel), хотя и съ нѣсколько инымъ содержаніемъ, чѣмъ въ другихъ проектахъ — именно, какъ наказаніе, здѣсь разсматривается конфискація той имущественной выгоды (Vermogensvorteil), которую преступникъ получилъ въ видѣ платы или подарка за свое преступленіе (§ 30); напротивъ, какъ мѣра защиты, предусматривается тотъ

случай, когда рѣчь идетъ о конфискаціи (Verfall) предметовъ, которые по своему свойству предназначены только для совершенія преступленія, а также такихъ предметовъ, которые произведены преступленіемъ или были употреблены для преступленія или посредствомъ которыхъ совершено преступленіе, если они по своему свойству способны подвергать опасности государственное спокойствіе, общественный порядокъ, общественную нравственность, здравіе или безопасность лица, имущества или денежнаго оборота (§ 41); причемъ эта мѣра можетъ быть назначаема и самостоятельно тогда, когда преслѣдованіе или осужденіе виновнаго недопустимо или неосуществимо (§ 42). Наконецъ, въ датскомъ проектѣ конфискація въ тѣхъ трехъ случаяхъ, которые извѣстны норвежскому улож. (§ 83), выдѣлена изъ той главы, которая говоритъ о наказаніяхъ, и помѣщена въ главѣ, предусматривающей „другія правовыя послѣдствія наказуемыхъ дѣяній“ [1]).

Изъ этого перечня опредѣленій отдѣльныхъ законодательствъ и проектовъ новыхъ уложеній съ ясностью вытекаетъ, что въ современномъ правѣ нѣтъ еще общепризнаннаго представленія о томъ, что заключаетъ въ себѣ конфискація, какъ опредѣленный правовой институтъ; но, какъ видно, въ общемъ за послѣднее время замѣчается тенденція говорить не о единомъ институтѣ конфискаціи, а о различныхъ институтахъ, лишь объединенныхъ однимъ общимъ наименованіемъ.

§ 12. Неодинаковымъ вмѣстѣ съ тѣмъ является въ отдѣльныхъ законодательствахъ представленіе о томъ объектѣ, на который распространяется конфискація, въ особенности, если мы обратимъ вниманіе на то, что наряду съ тѣми опредѣленіями о конфискаціи, которыя мы находимъ въ общей части кодексовъ, мы видимъ особыя опредѣленія о ней въ ихъ особенной части, а также въ тѣхъ отдѣльныхъ законодательныхъ актахъ, которые касаются преступныхъ дѣяній фискальнаго характера.

Самый объектъ конфискаціи, дѣйствительно, представляется различнымъ, и еще составители французскаго уголовнаго уложенія обратили на это вниманіе, указавъ на три группы случаевъ конфискаціи: 1) конфискацію самаго предмета преступленія (corps du délit, какъ говоритъ art. 11) или того, въ чемъ выразилось правонарушеніе (des choses saisies en contravention, по выраже-

---

[1]) Интересно отмѣтить, что проектъ германскаго уложенія всецѣло остается на почвѣ дѣйствующаго права (§ 54 и 56), воспроизводя почти безъ измѣненій постановленія послѣдняго.

нію art. 470), 2) предметовъ, произведенныхъ преступленіемъ и 3) предметовъ, служившихъ или предназначенныхъ для совершенія преступленія. Эта же точка зрѣнія воспринята бельг. улож. (§ 42), а также швейцарскими кантонами романской группы—Во (§ 29), Валлисъ (§ 44), Женева (§ 13) и Невшатель (§ 39). Напротивъ, въ другихъ законодательствахъ особой группы конфискаціи объектовъ преступленія въ противоположность другимъ предметамъ мы не находимъ; въ нихъ или различается конфискація того, что произведено преступнымъ дѣяніемъ (productum sceleris), и того, что служило средствомъ совершенія преступленія (instrumentum sceleris)—ср. § 40 герм. уг. ул., или же, наряду съ этимъ ставится конфискація того, что добыто посредствомъ преступленія (scelere quaesitum)—ср. § 36 норв. улож., или же того, что запрещено приготовлять, хранить и т. д. (§ 36 итал. улож. и § 43 серб. проекта). При этомъ можно замѣтить, что принадлежность конфискуемыхъ предметовъ къ той или иной группѣ нерѣдко служитъ основаніемъ для рѣшенія вопроса о правовой природѣ того или иного вида конфискаціи, какъ это слѣдуетъ изъ приведеннаго выше законодательнаго матеріала; такъ, въ частности конфискація „опасныхъ“ предметовъ въ проектахъ новыхъ уложеній выдѣляется въ группу мѣръ соціальной защиты.

Что же касается нашего права, то ни улож. о нак., ни уст. о нак. въ общей части не даютъ точнаго указанія относительно различія предметовъ, подлежащихъ конфискаціи, и только въ уг. улож. 1903 г. дается извѣстное подраздѣленіе конфискуемыхъ предметовъ, нѣсколько отличное однако отъ того, которое принято въ другихъ законодательствахъ. Улож. о нак. говоритъ лишь вообще о конфискаціи принадлежащихъ осужденному вещей или другихъ имуществъ (ст. 58), а уст. о нак. различаетъ отобраніе орудій, употребленныхъ для совершенія проступка, и иныхъ принадлежащихъ виновному вещей (ст. 2), противополагая такимъ образомъ орудіе преступленія другимъ вещамъ, ближе однако не опредѣляя послѣднихъ. Нѣсколько иначе рѣшаетъ данный вопросъ, какъ указано было только что, угол. улож. 1903 г., причемъ надо замѣтить, что въ этомъ отношеніи редакція уголовнаго уложенія нѣсколько отличается отъ редакціи его проекта: въ послѣднемъ предусматривались двѣ группы конфискуемыхъ предметовъ: а) предметы, коихъ изготовленіе, храненіе, продажа или распространеніе заключаетъ въ себѣ нарушеніе закона и б) предметы, служившіе или предназначавшіеся служить для совершенія преступленія (ст. 32) [1]); въ угол. улож. 1903 къ этимъ двумъ

[1]) Объясн. зап. т. I стр. 280 и сл.

группамъ присоединена еще третья: „иные, особо указанные въ законѣ предметы“ (ст. 36). Это измѣненіе первоначальнаго текста проекта, нашедшее себѣ выраженіе еще въ проектѣ, представленномъ въ Гос. Сов. министромъ юстиціи, объясняется тѣмъ соображеніемъ, „что можетъ быть установлено въ будущемъ отобраніе такихъ предметовъ, которые не подойдутъ ни подъ одинъ изъ описанныхъ въ ст. 32 признаковъ“ [1]).

Однако при разсмотрѣніи вопроса о природѣ конфискаціи мы не можемъ ограничиться знакомствомъ лишь съ опредѣленіями общей части уголовныхъ кодексовъ, такъ какъ и въ особенной ихъ части мы находимъ рядъ опредѣленій о допустимости конфискаціи въ отдѣльныхъ случаяхъ, и эти опредѣленія дополняютъ и выясняютъ тѣ опредѣленія, которыя имѣются въ общей части. Съ другой стороны надо имѣть въ виду, что опредѣленія о конфискаціи не ограничиваются уголовнымъ законодательствомъ и разбросаны по различнымъ другимъ отдѣламъ законодательства, въ частности немало ихъ мы найдемъ въ спеціальномъ законодательствѣ, касающемся уставовъ казеннаго управленія. Всѣ эти разнообразныя опредѣленія о конфискаціи мы должны имѣть въ виду, если мы желаемъ получить надлежащее представленіе о юридической сущности конфискаціи въ ея различныхъ проявленіяхъ.

Разсматривая отдѣльныя группы тѣхъ предметовъ, которые являются объектомъ конфискаціи, мы однако не можемъ свести ихъ къ тѣмъ категоріямъ, которыя мы встрѣчаемъ въ отдѣльныхъ законодательствахъ, въ томъ числѣ и въ нашемъ угол. улож. 1903 г. и въ литературѣ уголовнаго права. Такъ, прежде всего то дѣленіе, которое мы находимъ во французскомъ правѣ (art. 11), гдѣ объекты преступленія противополагаются предметамъ, произведеннымъ преступленіемъ, нельзя признать правильнымъ, такъ какъ эти двѣ области незамѣтно переходятъ одна въ другую; съ другой стороны созданіе особой группы опасныхъ предметовъ, какъ это сдѣлано проектами новыхъ уложеній, едва ли представляется удачнымъ, такъ какъ нѣтъ предметовъ, которые можно было бы признавать опасными, внѣ тѣхъ условій, въ которыхъ они могутъ быть использованы. Въ этомъ отношеніи вполнѣ правильно замѣчаетъ Форбергъ, что опасной можетъ быть извѣстная ситуація, а не предметъ самъ по себѣ взятый [2]). Наконецъ, то обычное дѣленіе предметовъ конфискаціи, которое

[1]) Представленіе м. ю. стр. 44

[2]) Vorberg. Die Einziehung der Producte und Werkzeuge eines Delictes ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehoren oder nicht 1895 s. 8.

проводится въ нѣмецкой литературѣ: на продукты преступленія (productum sceleris), орудія преступленія (instrumentum sceleris) и добытое преступленіемъ (scelere quaesitum) [1]), не охватываетъ всѣхъ случаевъ, въ которыхъ можно говорить о конфискаціи, въ частности съ точки зрѣнія нашего дѣйствующаго права; вмѣстѣ съ тѣмъ оно не умѣщаетъ въ себѣ той категоріи предметовъ, подлежащихъ конфискаціи, о которыхъ говоритъ напр. итал. улож. § 36, серб. проектъ § 43 и угол. улож. 1903 г. ст. 36 ч. 1—„предметы, которые запрещается изготовлять, продавать, распространять, имѣть при себѣ или хранить". Эта группа не непремѣнно совпадаетъ съ группой предметовъ, какъ продуктовъ преступленія. Въ виду всего этого болѣе соотвѣтственнымъ постановленіямъ нашего права было бы дѣленіе конфискуемыхъ предметовъ на слѣдующія группы: 1) конфискація того, что является продуктомъ преступной дѣятельности или въ созданіи чего преступная дѣятельность проявилась—конфискація предметовъ, производство коихъ вообще запрещено, 2) конфискація предметовъ, для производства которыхъ или для заключенія сдѣлокъ съ которыми требуется наличность особыхъ условій, въ законѣ указанныхъ и въ данномъ случаѣ несоблюденныхъ, 3) конфискація предметовъ, добытыхъ противузаконнымъ путемъ, 4) конфискація предметовъ, служившихъ средствомъ совершенія преступленія, 5) конфискація предметовъ, найденныхъ вмѣстѣ съ предметами, подлежащими конфискаціи въ первыхъ двухъ случаяхъ и 6) отобраніе предметовъ, ни въ какомъ отношеніи съ противузаконнымъ дѣяніемъ, при которомъ оно примѣняется, не состоящихъ [2]).

Къ первой группѣ относятся по улож. о нак. отобраніе поддѣланныхъ или передѣланныхъ знаковъ почтовой оплаты (ст. 555), конфискація привезенной изъ заграницы россійской (ст. 563) и иностранной поддѣльной монеты (ст. 564), привезеннаго изъ заграницы или сбываемаго билона (ст. 568), конфискація напитковъ съ под-

[1]) Ср. напр. Frank. Strafgesetzbuch s. 75 и 530; Vorberg l. c s. 76 eff, 84; Сергѣевскій в. с. стр. 199 неправильно называетъ вещи, созданныя посредствомъ преступнаго дѣянія—scelere quaesita.

[2]) Въ Объясн. зап. къ проекту угол. улож. (т. I стр. 277) указываются три группы конфискуемыхъ предметовъ по дѣйствующему праву, это: 1) предметы, не допустимые вообще въ гражданскомъ оборотѣ или оставленіе коихъ во владѣніи виновнаго составляло бы нарушеніе закона, 2) предметы, служившіе средствомъ для совершенія преступленія, и 3) предметы, добытые посредствомъ преступныхъ дѣяній; отдѣльно поставлены случаи отобранія, предусмотрѣнные ст. 1186 и 1271 улож. о нак.

дѣльными знаками (ст. 555[3]) или съ измѣненной на этикетахъ цѣной (ст. 555[4]), конфискація картъ, выдѣланныхъ на устроенной кѣмъ-либо карточной фабрикѣ (ст. 1351), конфискація продаваемыхъ запрещенныхъ игральныхъ картъ (ст. 1351[1]), конфискація неодобренныхъ цензурой произведеній печати при противузаконномъ торгѣ ими или выпускѣ ихъ инымъ образомъ въ обращеніе (ст. 1020), отобраніе утаенныхъ экземпляровъ задержанныхъ произведеній печати (ст. 1027[1]), конфискація всего изданія въ случаѣ перепечатки сочиненія, запрещеннаго по суду (ст. 1034); конфискація посылки, отданной для тайной пересылки (ст. 1122), денегъ и вещей, посылаемыхъ въ письмѣ или посылкѣ безъ объявленія о томъ (ст. 1123), посылки или денегъ, пересылаемыхъ чиновниками въ казенныхъ пакетахъ и посылкахъ (ст. 1125); конфискація снарядовъ и всего выдѣланнаго на устроенномъ частнымъ лицомъ пушечномъ или оружейномъ заводѣ (ст. 1350); сюда же относятся случаи, гдѣ конфискація сопровождается уничтоженіемъ предмета: конфискація поддѣльныхъ монетъ (ст. 562) и фальшивыхъ государственныхъ кредитныхъ билетовъ (ст. 575), уничтоженіе соблазнительныхъ сочиненій или изображеній (ст. 1001), уничтоженіе книги или ея отдѣльныхъ мѣстъ за преступленія печати (ст. 1045), истребленіе мѣрной посуды неуказанной мѣры (ст. 1178), снятіе и уничтоженіе незаконно выставленныхъ на товарѣ или на упаковкѣ и посудѣ, въ коей хранятся товары, товарныхъ знаковъ (ст. 1357[3]). По уст. же о нак. сюда относятся слѣдующіе случаи: конфискація свѣчей, приготовленныхъ не изъ чистаго пчелинаго воска и одинаковыхъ по внѣшнему виду съ церковными (ст. 48[2]), отобраніе смѣсей маргарина и другихъ жировъ съ коровьимъ масломъ (ст. 115[1] ч. 1), отобраніе табака съ неправильнымъ обозначеніемъ (ст. 116[1]), отобраніе запрещеннаго оружія (ст. 117), отобраніе поддѣльнаго чая или продуктовъ, его замѣняющихъ, въ упаковкѣ для чая или съ этикетами послѣдняго (ст. 176[2] и 176[3]), отобраніе продуктовъ, заключающихъ въ себѣ недозволенную смѣсь съ чаемъ постороннихъ веществъ (ст. 176[4]), отобраніе предметовъ, воспроизводящихъ изображеніе денежныхъ и другихъ знаковъ оплаты (ст. 176[5]); сюда же относятся случаи конфискаціи, сопровождающейся уничтоженіемъ вещей: уничтоженіе явно соблазнительныхъ издѣлій и изображеній (ст. 45), вредныхъ для здоровья или испортившихся съѣстныхъ припасовъ и напитковъ и посуды, выдѣланной изъ вредныхъ для здоровья матеріаловъ (ст. 115), съѣстныхъ припасовъ или товаровъ, не снабженныхъ знаками для удостовѣренія ихъ безвредности или самовольно заклеймленныхъ и оказавшихся вредными для здоровья (ст. 115[3]).

Вторую группу, которая до извѣстной степени представляетъ разновидность первой, образуютъ тѣ случаи, гдѣ рѣчь идетъ о конфискаціи предметовъ, для производства которыхъ или для заключенія сдѣлокъ съ которыми требуется наличность особыхъ закономъ установленныхъ правилъ, въ данномъ случаѣ не соблюденныхъ. Сюда относятся по улож. о нак. слѣдующіе случаи: конфискація водки и другихъ предметовъ питейной продажи, выдѣланныхъ для продажи въ аптекѣ (ст. 887), отобраніе посуды и всѣхъ припасовъ, найденныхъ въ открытой безъ разрѣшенія аптекѣ (ст. 881), отобраніе пороха у лица, торгующаго безъ разрѣшенія (ст. 986[1]), и взрывчатыхъ веществъ, хранимыхъ или продаваемыхъ безъ разрѣшенія (ст. 986[3] п. 1), конфискація товаровъ у евреевъ, производящихъ внѣ черты осѣдлости торговлю кромѣ той, которая имъ дозволена (ст. 1171), конфискація произведеній ремесла и употребляемыхъ для этого инструментовъ у лица, производящаго это ремесло и не имѣющаго на то права (ст. 1360), отобраніе золота и серебра, не имѣющихъ установленныхъ знаковъ или оказавшихся ниже узаконенной пробы (ст. 1404), отобраніе въ пользу хозяина найденныхъ у приказчика или сидѣльца товаровъ, въ случаѣ, если онъ возьметъ на себя управленіе чужими дѣлами, или возьметъ чужіе товары для продажи безъ письменнаго разрѣшенія хозяина, или будетъ производить торгъ на имя хозяина собственными своими товарами (ст. 1186). По уст. о нак. сюда относятся: отобраніе найденныхъ билетовъ устроенной безъ разрѣшенія лотереи или продаваемыхъ промессовъ (ст. 47), отобраніе собранныхъ безъ разрѣшенія денегъ на богоугодныя заведенія (ст. 48), отобраніе иконъ и другихъ предметовъ чествованія христіанъ у изготовляющихъ или продающихъ ихъ лицъ нехристіанскаго вѣроученія (ст. 48[1]), конфискація церковныхъ свѣчъ у лицъ, не имѣющихъ права торговли ими (ст. 48[4]), отобраніе искусственнаго гарнаго масла за несоблюденіе правилъ, установленныхъ для продажи его (ст. 48[6]), отобраніе ядовитыхъ или сильно дѣйствующихъ веществъ у лицъ, не имѣющихъ права врачебной практики (ст. 104) или торгующихъ ими, не имѣя на то права (ст. 104[1]), отобраніе лекарственныхъ веществъ и посуды у лицъ, приготовляющихъ или продающихъ эти вещества безъ надлежащаго разрѣшенія (въ случаѣ послѣдовавшаго отъ того вреда — ст. 106).

Третью группу составляютъ тѣ случаи, гдѣ конфискуются предметы, пріобрѣтенные или добытые противузаконнымъ путемъ; по улож. о нак. это слѣдующіе случаи: отобраніе денегъ или иного имущества, полученныхъ при сбытѣ предметовъ подъ видомъ запрещенныхъ (ст. 1670[1]), отобраніе денегъ или иного подарка, полу-

ченныхъ при лихоимствѣ (ст. 373) и вымогательствѣ (ст. 378), отобраніе имущества, противузаконно пріобрѣтеннаго чиновникомъ и составляющаго предметъ того дѣла, которое онъ разсматриваетъ (ст. 427), а также имущества, продаваемаго съ публичнаго торга и пріобрѣтеннаго лицомъ, производящимъ эту продажу (ст. 501), конфискація незаконно купленнаго или вывозимаго заграницу золота (ст. 612), отобраніе противузаконно добытой соли (ст. 630), купленной, завѣдомо противозаконно добытой соли (ст. 632), провозимой скопищемъ незаконно добытой соли (ст. 633), отобраніе золота, серебра и платины у лица, скрывшаго при полученіи дозволенія на развѣдки этихъ металловъ причинъ, препятствующихъ выдачѣ дозволенія (ст. 593), отобраніе у лѣсныхъ чиновъ и стражи, занимающихся какой-либо лѣсной промышленностью, всѣхъ лѣсныхъ матеріаловъ (ст. 826), отобраніе золота и серебра у чиновъ пробирныхъ учрежденій, производящихъ мастерства, состоящія въ завѣдываніи этихъ учрежденій, или торгующихъ этими металлами (ст. 1403), отобраніе добычи при незаконномъ производствѣ котиковаго промысла (921[2]). По уст. о нак. сюда относятся: отобраніе добычи при нарушеніи правилъ о производствѣ тюленьяго и устричнаго промысловъ (ст. 57[1]) и морскихъ промысловъ въ водахъ приамурскаго ген.-губ. (ст. 57[12]), отобраніе убитыхъ соболей и собольихъ шкурокъ при нарушеніи запрета объ убоѣ въ недозволенное время соболей (ст. 56[9] и 56[10] уст. о нак.), отобраніе незаконно срубленнаго лѣса или незаконно выкорчеванныхъ пней въ защитныхъ лѣсахъ (ст. 57[2]).

4) Четвертую группу образуютъ тѣ случаи, гдѣ рѣчь идетъ о конфискаціи орудій совершенія противузаконныхъ дѣяній; по большей части этотъ видъ конфискаціи соединяется съ другими. Сюда относятся по улож. о нак.: отобраніе орудій для поддѣлки знаковъ почтовой оплаты (ст. 555), упряжнаго скота, повозки или судовъ, захваченныхъ при развозѣ незаконно добытой соли (ст. 636), орудій и судовъ, служащихъ для котиковаго промысла (ст. 921[2]), конфискація машинъ и инструментовъ на устроенномъ частнымъ лицомъ пушечномъ или оружейномъ заводѣ (ст. 1350) и на карточной фабрикѣ (ст. 1351), конфискація инструментовъ и снарядовъ у чиновъ пробирнаго управленія въ случаѣ нарушенія извѣстныхъ правилъ (ст. 1403), конфискація судовъ, приготовленныхъ или употребленныхъ для торга неграми (ст. 1411); кромѣ того рѣчь идетъ объ уничтоженіи употребляемыхъ для поддѣлки монетъ (ст. 562) и кредитныхъ билетовъ (ст. 575), орудій и припасовъ; по уст. о нак. сюда относятся: отобраніе орудій ловли за охоту съ чужимъ свидѣтельствомъ не на ту породу дичи, на которую дозволено, или за-

прещенными способами (ст. 56^{2}), отобраніе орудій лова при нарушеніи правилъ о производствѣ устричнаго и тюленьяго промысла (ст. 57^{1}), а также морскихъ промысловъ въ водахъ приамурскаго ген.-губ. (ст 57^{12}), отобраніе орудій при устройствѣ въ чужихъ лѣсныхъ дачахъ смолоугольныхъ печей и т. д. (ст. 160), отобраніе матеріаловъ, употребленныхъ для препятствованія судоходству устройствомъ рыболовныхъ заведеній (ст. 85); кромѣ того говорится объ уничтоженіи вредныхъ или запрещенныхъ орудій лова (ст. 8 прил. къ ст. 57 уст. о нак.).

5) Пятая группа—это случаи, когда конфискаціи подвергаются тѣ предметы, которые найдены вмѣстѣ съ другими, подлежащими отобранію по одному изъ основаній, выше приведенныхъ; сюда относятся: конфискація груза и инвентаря судовъ, служившихъ для производства морскихъ промысловъ въ приамурскомъ ген-губ. (ст. 57^{12}) и для производства котиковаго промысла (ст. 921^{2}), а также лишеніе всѣхъ даже незапрещенныхъ вещей, находящихся въ посылкѣ, при пересылкѣ съ почтою пороха, пистолетовъ, зажигательныхъ спичекъ и т. д. (ст. 1112).

Наконецъ, 6) особнякомъ стоитъ случай отобранія въ пользу хозяина корабля всего имущества, оставленнаго на кораблѣ покинувшимъ послѣдній или отказавшимся слѣдовать на немъ корабельнымъ служителемъ или водоходцемъ (ст. 1271).

Что касается далѣе опредѣленій особенной части уголовнаго уложенія 1903 г., то, посколько оно, въ противоположность дѣйствующему праву, указываетъ отдѣльныя группы конфискуемыхъ предметовъ въ общей части, постолько представлялось излишнимъ указаніе въ особенной части тѣхъ случаевъ конфискаціи, которые и безъ того могутъ быть назначаемы на основаніи опредѣленій общей части (ст. 36 ч. 1): только для конфискаціи орудій преступленія, а также нѣкоторыхъ особыхъ предметовъ, согласно указанію ст. 36 ч. 2 п. 1 и 2, должны были быть даны ближайшія указанія въ особенной части. Но въ дѣйствительности въ угол. улож. приводится въ особенной части цѣлый рядъ такихъ случаевъ, которые всецѣло объемлются ч. 1 ст. 36 и о которыхъ дѣлать особое упоминаніе въ особенной части вовсе не требовалось. При этомъ, что касается отдѣльныхъ группъ тѣхъ предметовъ, которые служатъ объектомъ конфискаціи, то въ угол. улож. имѣются пять первыхъ выше приведенныхъ группъ съ нѣкоторымъ лишь сокращеніемъ ихъ объема. Такъ, къ первой группѣ слѣдуетъ отнести отобраніе неправильно выдѣланныхъ свѣчей церковныхъ (ст. 338), продуктовъ, заключающихъ въ себѣ подмѣсь къ русскому чаю постороннихъ веществъ (ст. 216), поддѣльнаго чая или замѣняющихъ

его или сходныхъ съ нимъ по внѣшнему виду продуктовъ (ст 217), незаконно изготовленныхъ картъ и бандеролей (ст. 344), предметовъ, изображающихъ денежные знаки или знаки поступленія разныхъ сборовъ (ст. 346), снятіе и уничтоженіе незаконно выставленныхъ товарныхъ знаковъ (ст. 356 и 357), отобраніе срубленнаго лѣсовладѣльцемъ лѣса или выкорчеванныхъ пней и корней (ст. 255), отобраніе поддѣланныхъ или передѣланныхъ монетъ, кредитныхъ билетовъ и цѣнныхъ знаковъ (ст. 436). Ко второй группѣ относятся слѣдующіе случаи: отобраніе церковныхъ свѣчей, продаваемыхъ лицомъ, не имѣющимъ права (ст. 337), отобраніе лекарствъ, приготовляемыхъ, хранимыхъ или продаваемыхъ съ нарушеніемъ правилъ (ст. 199), отобраніе сладкихъ искусственныхъ веществъ, а также съѣстныхъ припасовъ и напитковъ, въ составъ коихъ они входятъ (ст. 215), отобраніе изготовленныхъ взрывчатыхъ веществъ, снарядовъ, оружія или частей ихъ частными лицами (съ 223), отобраніе неправильно хранящихся или пріобрѣтенныхъ пороха или иныхъ огнестрѣльныхъ или взрывчатыхъ веществъ или снарядовъ (ст. 225), неправильно хранящагося пороха (ст. 226), отобраніе пожертвованій, собранныхъ безъ разрѣшенія на богоугодныя заведенія (ст. 277), отобраніе искусственнаго гарнаго масла (ст. 340), отобраніе золота и серебра въ издѣліяхъ и слиткахъ, не имѣющихъ установленныхъ клеймъ или оказавшихся ниже узаконенной пробы, съ отсылкой ихъ въ С.-Петербургскій монетный дворъ для передѣла ихъ въ монету (ст. 353). Третью группу образуютъ: отобраніе добычи при производствѣ котиковаго промысла (ст. 254), отобраніе незаконно купленнаго или вывозимаго золота (ст. 355), отобраніе дара при взяточничествѣ (ст. 662); отобраніе денегъ или иного имущества, сбываемыхъ подъ видомъ запрещенныхъ или подъ видомъ добытыхъ преступнымъ дѣяніемъ (ст. 592). Что касается далѣе четвертой группы — случаевъ конфискаціи орудій совершенія преступленія, то эти случаи указаны, согласно п. 1 ч. 2 ст. 36, исчерпывающимъ образомъ въ законѣ, это — отобраніе орудій и матеріаловъ, оказавшихся на заводѣ или иномъ заведеніи, устроенныхъ для изготовленіи оружія, взрывчатыхъ веществъ и снарядовъ (ст. 223), отобраніе запрещенныхъ орудій рыбной или иной ловли (ст. 246) и охоты (ст. 247), орудій лова и служившихъ для котиковаго промысла судовъ (ст. 254), орудій производства игральныхъ картъ (ст. 344), орудій и матеріаловъ, служившихъ для поддѣлки или передѣлки монеты, билетовъ и цѣнныхъ знаковъ (ст. 436), судна для торга неграми (ст. 501), орудій и матеріаловъ для устройства въ чужой лѣсной дачѣ кирпичнаго завода и т. п. (ст. 629). Наконецъ, къ пятой группѣ слѣдуетъ

отнести конфискацію вмѣстѣ съ судномъ его принадлежностей, инвентаря и груза, которые не являются сами по себѣ орудіями совершенія преступленія (ст. 254).

Кромѣ тѣхъ случаевъ конфискаціи, которые предусмотрѣны въ общихъ уголовныхъ кодексахъ, мы находимъ, какъ указано было выше, не мало другихъ ея случаевъ, разбросанныхъ по различнымъ частямъ нашего законодательства. Такъ, напр. въ уст. сельск. хоз. мы находимъ опредѣленія о конфискаціи предметовъ, добытыхъ противузаконнымъ дѣяніемъ, и орудій совершенія послѣдняго: о конфискаціи съ послѣдующей продажей въ пользу благотворительныхъ учрежденій дичи, привезенной или продаваемой въ запрещенное для охоты время (ст. 410 и 411), объ отобраніи у лѣсной стражи имѣющихся у ней борзыхъ и гончихъ собакъ (ст. 417 и 478), объ отобраніи оружія и собакъ за опредѣленныя нарушенія правилъ объ охотѣ въ царствѣ польскомъ и въ курляндской губ. (ст. 400, 401, 461 и 462), о конфискаціи добычи и орудій за нарушеніе правилъ о каспійско-волжскомъ рыбномъ и тюленьемъ промыслѣ (ст. 740 и сл.), объ отобраніи рыбы, наловленной съ нарушеніемъ изданныхъ правилъ (ст. 1011, 1017, 1018 и 1020), объ отобраніи убитыхъ тюленей (ст. 1019), излишнихъ неводовъ, оказавшихся въ тоняхъ (ст. 1021), объ отобраніи снастей (ст. 1067), запрещенныхъ орудій лова (ст. 1018), рыбныхъ продуктовъ при производствѣ лова въ запрещенное время (ст. 1029)[1]). Далѣе ст. 189 уст. почт. говоритъ о конфискаціи денегъ и вещей у курьеровъ, отправленныхъ по казенному дѣлу; ст. 278[38] уст. промышл. предусматриваетъ конфискацію русскаго чаю безъ бандероли; ст. 1425 уст. горн. говоритъ объ обращеніи въ пользу казны или кабинета недозволенныхъ снарядовъ, употребляемыхъ при поискахъ и развѣдкахъ мѣсторожденій золота.

Особенно же много опредѣленій о конфискаціи имѣется въ спеціальныхъ уставахъ казенныхъ управленій—уставѣ таможенномъ и въ уставѣ объ акцизныхъ сборахъ, на постановленіяхъ которыхъ приходится остановиться нѣсколько подробнѣе въ особенности въ виду того, что въ нашей сенатской практикѣ установился особый взглядъ на правовую природу конфискаціи по этимъ уставамъ, признающій въ ней не столько наказаніе, сколько вознагражденіе за вредъ. Уст. объ акц. сб. и там., говоря о конфискаціи, какъ указываетъ

[1]) Ср также ст. 7 правилъ о нак. за нарушеніе постановленій объ общественномъ хозяйствѣ уральскаго каз. войска (прил. къ ст. 57 прим. 2 уст. о нак.), гдѣ устанавливается отобраніе всѣхъ вредныхъ или запрещенныхъ орудій, употребленныхъ при совершеніи опредѣленныхъ нарушеній, а также всего неправильно добытаго.

Фонъ-Резонъ, имѣютъ въ виду конфискацію вещей трехъ категорій: а) предметовъ, добытыхъ съ нарушеніемъ предписаній сихъ уставовъ, б) предметовъ, служившихъ средствомъ для совершенія преступнаго дѣянія и в) другихъ предметовъ, найденныхъ на заводахъ, фабрикахъ или въ торговыхъ заведеніяхъ, въ которыхъ допущены нарушенія, хотя и не имѣющія никакого непосредственнаго отношенія къ тому противузаконному дѣянію, по которому конфискація опредѣляется [1]). Однако нужно замѣтить, что первая группа характеризуется не тѣмъ, что здѣсь имѣются въ виду предметы, добытые посредствомъ преступленія (scelere quaesita), какимъ характеромъ обладаютъ предметы, отнесенные выше при анализѣ постановленій общихъ источниковъ уголовнаго права въ третью группу; напротивъ первую группу преимущественно образуютъ тѣ предметы, которые производятся или вводятся въ оборотъ противузаконнымъ путемъ; это—предметы, отнесенные ко второй изъ ранѣе указанныхъ группъ; иногда же здѣсь рѣчь идетъ и объ извѣстныхъ предметахъ, какъ продуктахъ преступной дѣятельности.

По уст. там. къ первой группѣ относятся прежде всего товары, запрещенные къ ввозу; о конфискаціи ихъ неоднократно упоминается въ этомъ уставѣ, напр. въ ст. 984, 992, 1011, 1022, 1022[1], причемъ общимъ образомъ ст. 438 указываетъ, что товары, запрещенные къ привозу, подлежатъ или обратному вывозу заграницу или конфискаціи; но сверхъ того въ отдѣльныхъ статьяхъ указываются еще особые случаи конфискаціи запрещенныхъ къ ввозу предметовъ: такъ, предметы со священными изображеніями, имѣющими характеръ неуваженія къ святынѣ, богохуленія или кощунства, подлежатъ уничтоженію (ст. 437); далѣе говорится о конфискаціи холоднаго и огнестрѣльнаго оружія, привозимаго изъ Финляндіи провозителями товаровъ и судовщиками небольшихъ судовъ (ст. 1044), объ отобраніи иностранныхъ игральныхъ картъ (ст. 1079), запрещенной къ ввозу иностранной монеты (ст. 1080), билетовъ иностранныхъ лотерей, промессовъ, акцій и т. д. (ст. 1080[1]), россійской монеты серебряной и мѣдной, сверхъ дозволеннаго количества (ст. 1080[2]), предметовъ запрещенныхъ къ отпуску (ст. 1034), причемъ особо оговаривается случай отобранія и истребленія задержаннаго въ Сибири тайно провозимаго заграницу опіума (ст. 1048, прим. 1); кромѣ того конфискаціи подлежатъ всѣ контрабандные товары (ст. 1065), причемъ задержанныя контрабандныя питія, признанныя негодными для нуждъ казенной винной операціи, уничтожаются, а годныя передаются въ акцизное вѣдомство (ст. 1199); далѣе конфискуются

[1]) Фонъ-Резонъ в с., стр. 46.

тайно провозимыя на судахъ (ст. 981 и 992) или по желѣзнымъ дорогамъ багажныя мѣста (ст. 999), товарныя мѣста, въ которыхъ обнаружены предметы, скрытые въ особо устроенныхъ потайныхъ помѣщеніяхъ (ст. 1020), предметы, скрытые пассажирами въ тайныхъ помѣщеніяхъ (ст. 1022 и 1087); наконецъ, конфискаціи подлежатъ товары, водворенные изъ-за границы мимо таможенныхъ учрежденій и разрѣшенные къ привозу безъ оплаты пошлиной, задержанные безъ провозителей въ случаѣ, если въ семидневный срокъ со дня выставленія о томъ объявленія не послѣдовало жалобы на неправильное задержаніе (ст. 1011[1]), а также контрабандные товары, обнаруженные безъ провозителей (ст. 1053). Особую разновидность данной группы образуетъ конфискація товаровъ, при провозѣ которыхъ не соблюдены нѣкоторыя формальныя требованія, вслѣдствіе чего въ конкретномъ случаѣ можетъ явиться подозрѣніе въ томъ, что они скрываются отъ оплаты пошлиной: такъ, это установляется (ст. 984) въ отношеніи товаровъ, привозимыхъ на судахъ безъ документовъ, если въ теченіе 6 мѣсяцевъ не будутъ представлены соотвѣтственные документы, (ст. 992) въ отношеніи недозволенно передаваемыхъ на берегъ или на другое судно товаровъ и предметовъ иностранныхъ, (ст. 994) въ отношеніи привезенныхъ на военномъ суднѣ изъ-за границы или Финляндіи необъявленныхъ товаровъ и предметовъ, (ст. 998) въ отношеніи привезенныхъ безъ накладныхъ иностранной желѣзной дорогой товарныхъ мѣстъ, (ст. 1001) въ отношеніи товарныхъ мѣстъ, не соотвѣтствующихъ по вѣсу показаніямъ накладной и заключающихъ въ себѣ товары иного рода, чѣмъ показано въ накладной, (ст. 982) въ отношеніи судовой провизіи или предметовъ судовой потребности, незаявленныхъ таможенному надзору, (ст. 963) въ отношеніи незаявленныхъ взрывчатыхъ веществъ, наконецъ, товаровъ, привезенныхъ изъ-за границы къ таможеннымъ учрежденіямъ, неуполномоченнымъ на ихъ пропускъ (ст. 438—альтернативно указана конфискація или обратный вывозъ заграницу). Кромѣ этихъ опредѣленій мы еще встрѣчаемъ постановленія о конфискаціи орудій совершенія преступленія—именно рѣчь идетъ о конфискаціи упряжнаго скота, упряжи, повозокъ и малыхъ перевозочныхъ судовъ, служившихъ для провоза контрабандныхъ товаровъ (ст. 1052), перевозочныхъ средствъ для контрабандныхъ товаровъ, обнаруженныхъ безъ провозителей (ст. 1053), судовъ, въ случаѣ совершенія въ третій разъ принятія груза судовъ для доставленія его на берегъ, завѣдомо, что выгрузка или перегрузка производилась безъ разрѣшенія таможеннаго надзора (ст. 976), или совершенія выгрузки или отгрузки иностранныхъ товаровъ внѣ раіона таможенныхъ учрежденій (ст. 977)

Что же касается случаевъ конфискаціи предметовъ, которые въ прямомъ соотношеніи съ преступленіемъ не состоятъ, то уст. там. ихъ не знаетъ.

Болѣе разнообразія представляютъ опредѣленія уст. объ акц. сборахъ. Здѣсь мы находимъ три категоріи объектовъ конфискаціи. Самую большую группу образуютъ случаи конфискаціи тѣхъ предметовъ, въ которыхъ проявляется преступная дѣятельность,— предметовъ, произведенныхъ или находящихся въ оборотѣ безъ соблюденія установленныхъ закономъ требованій или съ нарушеніемъ запрета, установленнаго закономъ; такъ, здѣсь предусматривается конфискація подставнаго куба и всѣхъ найденныхъ на заводѣ питей въ случаѣ замѣны заявленнаго акцизному надзору куба другимъ большей противъ допускаемой емкости (ст. 1061) —въ этомъ случаѣ всѣ питія конфискуются, какъ неправильно выдѣланныя; конфискація всѣхъ тайно выдѣланныхъ на заводахъ питей (ст. 1062 и 1063), дрожжей, приготовленныхъ внѣ заводовъ (ст. 1069) или въ помѣщеніяхъ, имѣющихъ характеръ заводовъ или на заводахъ закрытыхъ (ст. 1070); конфискація всѣхъ найденныхъ на заводѣ питей, выдѣланныхъ изъ изюма, кишмиша и другихъ сухихъ фруктовъ (ст. 1078), конфискація неправильно приготовленнаго кваса и тому подобныхъ напитковъ (ст. 1094), питей, неоплаченныхъ акцизомъ, пріобрѣтаемыхъ, хранимыхъ или сбываемыхъ завѣдомо о сокрытіи ихъ отъ оплаты акцизомъ (ст 1102), тайно водворенныхъ въ раіонѣ казенной продажи питей (ст. 1103), а также въ мѣстности енисейской губ. и якутской области (ст 1103[1] прод. 1912 г.), питей, очищенныхъ холоднымъ способомъ (ст. 1104), провозимыхъ съ сокрытіемъ отъ оплаты акцизомъ (ст. 1107) и оказавшихся не въ той посудѣ, въ которой они были отпущены, а также въ посудѣ съ нарушенными, поддѣльными или измѣненными знаками (ст. 1114); конфискація продаваемыхъ безъ надлежащаго разрѣшенія въ раіонѣ казенной продажи питей спирта, вина и водочныхъ издѣлій (ст. 1112), приготовленнаго или хранимаго пива съ неправильнымъ содержаніемъ (ст. 1122 и 1123), русскаго коньяка, выпускаемаго безъ соотвѣтственнаго обозначенія (ст. 1125), питей съ поддѣльными знаками (ст. 1135) или съ измѣненной на этикетахъ казенной продажи питей цѣной (ст. 1136); конфискація незаконно пріобрѣтеннаго или перевезеннаго табаку (ст. 1164) или тайно или неправильно разведеннаго или удержаннаго въ мѣстѣ разведенія (ст. 1165), незаконно пріобрѣтеннаго или хранимаго табаку (ст. 1168), обнаруженнаго у лицъ, не занимающихся разведеніемъ табаку не имѣющихъ фабрики или склада и торгующихъ имъ, а также найденнаго внѣ законныхъ фабрики

или склада (ст. 1169), неправильно продаваемаго (ст. 1170) и отпускаемаго табаку (ст. 1171), незаконно выдѣланнаго табаку и табачныхъ издѣлій (ст. 1177 и 1178), табаку, тайно принятаго или отпущеннаго безъ документовъ (ст. 1186), табаку, оказавшагося на складѣ, не принадлежащаго къ тѣмъ сортамъ или разрядамъ, продажа которыхъ могла производиться по имѣющемуся на складѣ патенту (ст. 1182), табаку и отдѣльныхъ помѣщеній съ нимъ, на которыя не окажется при провозѣ надлежащаго провознаго документа (ст. 1166), табаку, хранимаго на махорочномъ отдѣленіи фабрики или на махорочной фабрикѣ и не подлежащаго переработкѣ подъ пониженнымъ бандеролемъ (ст. 1188), неправильно хранимаго табаку (ст. 1203); конфискація приготовленныхъ, продаваемыхъ и хранимыхъ гильзъ и папиросной бумаги лицами, не занимающимися ихъ приготовленіемъ по заказу фабрикантовъ (ст. 1180); конфискація всѣхъ оказавшихся въ махорочной фабрикѣ и отдѣленіяхъ приготовленнаго и неприготовленнаго табаку и папиросъ за смѣшеніе табака махорки съ другимъ какимъ-либо табакомъ и за приготовленіе изъ такого табаку папиросъ (ст. 1187); конфискація гильзъ и предметовъ, служащихъ для ихъ приготовленія, за приготовленіе гильзъ на фабрикахъ, устроенныхъ безъ вѣдома акцизнаго управленія или на фабрикахъ закрытыхъ или пріостановленныхъ въ дѣйствіи (ст. 1270^{2}); конфискація всѣхъ неправильно выпущенныхъ гильзъ—безъ бандеролей, съ бандеролями низшей стоимости и т. п. (ст. 1270^{6}); конфискація всѣхъ необандероленныхъ, неправильно обандероленныхъ и вскрытыхъ помѣщеній пачекъ и книжекъ за продажу и за храненіе въ торговыхъ заведеніяхъ папиросныхъ гильзъ безъ бандероли и т. д. (ст. 1270^{7}); конфискація для уничтоженія найденныхъ бандеролей и упаковокъ, снятыхъ съ гильзовыхъ помѣщеній (ст. 1270^{8}), пріобрѣтенныхъ папиросныхъ гильзъ безъ бандеролей и т. п. (ст. 1270^{9}), перепроданныхъ, переуступленныхъ или незаконно пріобрѣтенныхъ бандеролей (ст. 1270^{12}); отобраніе напитковъ, полученныхъ отъ переработки денатурированнаго спирта или отбросовъ (ст. 1083^{1}, 1083^{2}, 1112^{1}); конфискація освѣтительныхъ маслъ, испорченныхъ съ цѣлью придать имъ видъ нефтяныхъ продуктовъ, не подлежащихъ оплатѣ акцизомъ или подлежащихъ ей въ меньшемъ размѣрѣ (ст. 1253), незаконно вывезенныхъ или выпущенныхъ маслъ или продуктовъ нефти (ст. 1254); отобраніе сахара, найденнаго на заводѣ, устроенномъ безъ вѣдома акцизнаго управленія (ст. 1236), а также незаконно выдѣланнаго, проданнаго или отпущеннаго (ст. 1237) или пріобрѣтеннаго сахара (ст. 1238); конфискація незаконно выдѣланныхъ (ст. 1256), а также

неправильно выпущенныхъ спичекъ (ст. 1260) и неправильно провозимаго и проносимаго (ст. 1265), а равно и хранимаго безъ оправдательнаго документа фосфора (ст. 1267). Кромѣ того въ виду того, что на производимые продукты въ опредѣленныхъ случаяхъ должны быть налагаемы бандероли, установляется конфискація предметовъ, не имѣющихъ на себѣ бандеролей (водочныхъ издѣлій—ст. 1087 и 1124, русскаго коньяка—ст. 1125, дрожжей—ст. 1089 и 1092, табаку и табачныхъ издѣлій—ст. 1189, 1202, 1203 и 1209, помѣщеній со спичками—ст. 1261 и 1263), а также конфискація и самыхъ бандеролей: въ случаѣ перепродажи или передачи купленныхъ въ казнѣ бандеролей, а также пріобрѣтенія ихъ (ст. 1093 въ отношеніи бандеролей для дрожжей и водочныхъ издѣлій, ст. 1191—табаку, ст. 1264—спичекъ), равно какъ снятія бандеролей и храненія бандеролей, снятыхъ съ спичечныхъ помѣщеній (ст. 1262 — самые бандероли при этомъ уничтожаются).

Вторую группу образуютъ случаи конфискаціи средствъ совершенія правонарушенія—орудій, при помощи которыхъ выдѣланы предметы съ нарушеніемъ предписаній закона, а также того матеріала, изъ котораго они выдѣланы; на это имѣются неоднократныя указанія закона: такъ, говорится о конфискаціи предметовъ, служащихъ для приготовленія дрожжей внѣ заводовъ (ст. 1069) или для тайнаго ихъ приготовленія (ст. 1070), посуды, служившей для тайной выдѣлки вина (ст. 1068), и всѣхъ приспособленій для этого (ст. 1067), посуды (ст. 1098) и другихъ приспособленій для выдѣлки вотяками кумышки (ст. 1099), крошильныхъ станковъ и снарядовъ для крошки, толченія или растиранія табаку у лицъ, не имѣющихъ фабрики (ст. 1181), предметовъ, служившихъ для приготовленія спичекъ (ст. 1256), изюма, кишмиша и сухихъ фруктовъ, найденныхъ въ заводскихъ помѣщеніяхъ во время производства винокуренія изъ винограда и сырыхъ фруктовъ (ст. 1077), припасовъ и матеріаловъ, оказавшихся на заводѣ, тайно выдѣлывающемъ питія (ст. 1063), орудій, снарядовъ и вообще предметовъ, служившихъ для тайнаго приготовленія табаку или выдѣлки табачныхъ издѣлій (ст. 1177, 1178 и 1179), матеріаловъ, товаровъ, машинъ и посуды, служившихъ для незаконной выдѣлки сахара (ст. 1236), найденныхъ на фабрикахъ орудій, снарядовъ и вообще предметовъ, служащихъ для приготовленія табаку, табачныхъ издѣлій (ст. 1213), спичекъ (ст. 1269) и папиросныхъ гильзъ и бумаги (ст. 1270[12]), у лицъ, поддѣлавшихъ бандероли, патенты и т. д., предметовъ, служившихъ для приготовленія табаку, въ случаѣ учиненія въ третій разъ особыхъ дѣяній, указанныхъ въ законѣ (смѣшеніе табаку махорки съ

табакомъ иного сорта—ст. 1187, выпускъ съ фабрики табачныхъ издѣлій безъ бандеролей и т. д.— ст. 1189).

Наконецъ, третью группу образуютъ постановленія о конфискаціи предметовъ, не стоящихъ въ прямомъ соотношеніи съ правонарушеніемъ; это—конфискація всего найденнаго въ домѣ, складѣ, лавкѣ и на фабрикѣ табаку и табачныхъ издѣлій (ст. 1213) или спичекъ (ст. 1269) у лицъ, занимающихся выдѣлкой или продажей этихъ продуктовъ и совершившихъ поддѣлку бандеролей, патентовъ и т. д.; конфискація всего находящагося въ складѣ или свалочномъ пунктѣ табаку за учиненный во второй разъ пріемъ или отпускъ табаку безъ документовъ (ст. 1186—за учиненіе того же дѣянія въ первый разъ конфискуется только тайно принятый или отпущенный табакъ); конфискація всего наличнаго табаку и издѣлій того же сорта и вида, какъ неправильно проданные, въ случаѣ продажи ихъ высшими цѣнами противъ выставленныхъ на помѣщеніяхъ (ст. 1204); конфискація всего оказавшагося на махорочной фабрикѣ и махорочномъ отдѣленіи приготовленнаго или неприготовленнаго для смѣшенія табаку низшаго сорта съ высшимъ (ст. 1187—за совершеніе дѣянія въ третій разъ); конфискація всего найденнаго вина и спирта за учиненіе въ третій разъ выпуска необандероленныхъ водочныхъ издѣлій (ст. 1087); конфискація всѣхъ найденныхъ на фабрикѣ табаку и табачныхъ издѣлій за учиненіе въ третій разъ выпуска послѣднихъ безъ бандеролей и т. п. (ст. 1189—въ первый разъ за это назначается конфискація всѣхъ незаконно выпущенныхъ издѣлій, во второй—всего найденнаго на фабрикахъ упакованнаго, но еще не обандероленнаго табаку); конфискація всѣхъ найденныхъ у виновныхъ папиросныхъ гильзъ и бумаги за поддѣлку бандеролей, установленныхъ для обложенія акцизомъ папиросныхъ гильзъ и разрѣзанной папиросной бумаги, патентовъ, документовъ или иныхъ бумагъ, а также печатей (ст. 1270[12]).

Таковы тѣ разнообразныя постановленія, которыя мы находимъ въ нашемъ законодательствѣ по вопросу о конфискаціи извѣстныхъ предметовъ. Но эти постановленія должны быть еще дополнены особыми опредѣленіями, которыя мы находимъ въ области гражданскихъ законовъ, въ которыхъ конфискація предусматривается, не какъ послѣдствіе преступнаго дѣянія, а какъ послѣдствіе дѣянія, хотя и не обложеннаго наказаніемъ, но вообще противузаконнаго,—именно въ ст. 1166 зак. гражд. указывается, что „если заемъ подъ закладъ сдѣланъ по игрѣ или для игры, съ вѣдома о томъ въ семъ послѣднемъ случаѣ заимодавца, то такой заемъ не токмо считается недѣйствительнымъ, но и самый закладъ берется

въ казну, а изъ цѣны онаго половина отдается доносителю". а также въ прим. къ ст. 1105, гдѣ говорится, что въ случаѣ пріобрѣтенія въ слободахъ Шатоѣ и Ведено терской области недвижимаго имущества въ порядкѣ законнаго наслѣдованія горцами, не состоящими на государственной службѣ или находящимися въ отставкѣ не въ офицерскихъ чинахъ, лица эти обязаны продать такое имущество въ теченіе года со времени пріобрѣтенія ими права на оное: при неисполненіи сего подлежащее продажѣ имущество отчуждается въ казну на основаніи общихъ узаконеній объ имуществахъ, отчуждаемыхъ по распоряженію правительства.

§ 13. При разсмотрѣніи вопроса о правовой природѣ отобранія получаетъ далѣе значеніе вопросъ о судьбѣ отбираемой вещи. Какъ особый видъ отобранія, мы уже выдѣлили тотъ случай, гдѣ отобранная вещь возвращается ея собственнику, и этотъ видъ по своему значенію представляется нѣсколько инымъ, чѣмъ другіе виды отобранія, при которыхъ происходитъ иное распоряженіе отобраннымъ имуществомъ,—именно въ послѣднихъ случаяхъ отобранная вещь по отобраніи или а) уничтожается, какъ нетерпимая по извѣстнымъ соображеніямъ въ гражданскомъ оборотѣ, или б) она переходитъ въ собственность казны или же иныхъ установленій, уполномоченныхъ на это по закону, причемъ казна или удерживаетъ эту вещь въ своемъ обладаніи in natura или въ измѣненномъ видѣ, или же отчуждаетъ ее (продаетъ съ публичнаго торга). Такова возможная судьба отбираемой вещи. Нужно замѣтить при этомъ, что въ то время, какъ другія законодательства, напр. германское, обыкновенно говорятъ лишь о конфискаціи въ смыслѣ отобранія вещи (Einziehung), не предрѣшая судьбы отобранной вещи, хотя естественно, что во многихъ случаяхъ конфискованная вещь должна подлежать уничтоженію (хотя бы напр. недоброкачественные съѣстные припасы— § 15 Nahrungsmittelgesetz 1879 г.), наше право въ однихъ случаяхъ прямо говоритъ объ уничтоженіи вещи, въ другихъ просто упоминаетъ о ея конфискаціи, не указывая при этомъ ближе на ея дальнѣйшую судьбу.

Разсматривая тѣ случаи, въ которыхъ наше право прямо допускаетъ уничтоженіе отобранной вещи, мы можемъ замѣтить, что въ этомъ отношеніи между постановленіями нашего стараго права (улож. о нак. и уст. о нак.) и новаго (угол. улож. 1903 г.) права есть извѣстное различіе; именно, въ улож. о нак. и въ уст. о нак. соотвѣтствующія указанія объ этомъ дѣлаются лишь въ особенной части этихъ кодексовъ, въ общей же части ихъ дается

лишь указаніе на допустимость въ случаяхъ, именно въ законахъ означенныхъ, отобранія извѣстныхъ предметовъ — „конфискаціи принадлежащихъ осужденнымъ вещей или другихъ имуществъ“ (ст. 58 улож. о нак.) и „отобранія орудій, употребленныхъ для совершенія проступка или иныхъ принадлежащихъ виновному вещей“ (ст. 2 уст. о нак.); такимъ образомъ въ общей части этихъ кодексовъ не указывается на судьбу конфискуемой вещи. Напротивъ въ угол. улож. 1903 г. уже въ общей части предрѣшается судьба отбираемой вещи, такъ какъ здѣсь говорится, что „предметы... отбираются и, если въ законѣ не указано особаго для нихъ назначенія, истребляются или обращаются въ казну“ (ст. 36).

Выше мы привели рядъ постановленій улож. о нак. и уст. о нак., въ которыхъ прямо указывается на уничтоженіе отдѣльныхъ отбираемыхъ вещей, не терпимыхъ въ оборотѣ (ст. 45, 115, 115^2—уст. о нак., ст. 562, 575, 1001, 1045, 1178, 1357^3)—улож. о нак.[1]), но, конечно, мы должны признать возможность уничтоженія вещей и въ другихъ случаяхъ, о которыхъ законъ ближайшаго опредѣленія не содержитъ, напр. поддѣльныхъ знаковъ гербовой оплаты и т. п. Въ особенной же части угол. улож. 1903 г. упоминается только одинъ случай уничтоженія вещей, это—снятіе и уничтоженіе незаконно выставленныхъ товарныхъ знаковъ (ст. 357)[2]).

---

[1]) См. стр. 431 и сл.

[2]) Нужно замѣтить, что постановленія объ уничтоженіи извѣстныхъ предметовъ разсѣяны и по другимъ частямъ нашего законодательства; кромѣ только что приведенныхъ случаевъ, упоминаемыхъ въ общихъ уголовныхъ законахъ, мы встрѣчаемъ слѣдующія опредѣленія: въ уст. о пред. прест. указывается на право уничтоженія, по распоряженію полиціи, всѣхъ устроенныхъ кочующими цыганами временныхъ помѣщеній и матеріаловъ, изъ которыхъ они сдѣланы (ст. 159^1, прод. 1912 г.); уст. там. предоставляетъ право общему присутствію таможни постановлять объ уничтоженіи товаровъ, оказавшихся по досмотру негодными или вредными для употребленія (ст. 436); въ частности это установляется относительно священныхъ изображеній кощунственнаго характера (ст. 437); то же указывается спеціально въ отношеніи задержанныхъ питей, признанныхъ по осмотрѣ негодными для нуждъ казенной винной операціи (ст 1199), и задержаннаго въ Сибири при тайномъ провозѣ заграницу опіума (ст. 1048 прим. 1), далѣе конфискованные товары, не проданные на вторыхъ торгахъ, могутъ быть уничтожены по постановленію таможенныхъ учрежденій (ст. 1160); то же установляется и въ отношеніи товаровъ, не допускаемыхъ къ обращенію на внутреннемъ рынкѣ (ст. 1162); въ частности это имѣетъ мѣсто относительно книгъ и печатныхъ произведеній, которыя по разсмотрѣніи окажутся запрещенными, въ случаѣ, если Публичная Библіотека откажется принять ихъ (ст. 1163 п. 6). По уст. объ акц. сб. уничтоженіе примѣняется въ отношеніи неправильно приготовленнаго кваса и тому подобныхъ напитковъ (ст. 1094), посуды и приспособленій для выдѣлки вотяками кумышки (ст. 1098 и 1099), посуды, служившей для тайной выдѣлки вина (ст. 1068), бандеролей, бывшихъ въ употребленіи и снятыхъ съ помѣщеній табаку (ст. 1207) и спичекъ (ст. 1262), кон-

Таковы тѣ случаи, въ которыхъ наше право указываетъ опредѣленнымъ образомъ на судьбу отобранной вещи въ смыслѣ ея уничтоженія, причемъ, какъ это вытекаетъ изъ сказаннаго, потребность въ подобномъ уничтоженіи вызывается или особыми свойствами отобранной вещи, которая не можетъ быть допускаема въ гражданскомъ оборотѣ, или же тѣмъ соображеніемъ, что казна не встрѣчаетъ надобности въ этой вещи. Какъ видно изъ приведенныхъ законодательныхъ опредѣленій, уничтоженіе вещи ставится даже иногда въ зависимость отъ опредѣленныхъ условій, напр. если вещь не будетъ продана съ публичнаго торга или вообще не можетъ быть обращена въ продажу (уничтоженіе въ этомъ случаѣ отобранныхъ питей по ст. 1954 уст. акц. сб.), такъ что уничтоженіе ея имѣетъ субсидіарное значеніе; съ другой стороны иногда уничтоженіе вещи ставится альтернативно съ ея отчужденіемъ (напр. относительно неизвѣстно гдѣ убитой дичи указывается, что она или продается или уничтожается по распоряженію полиціи—ст. 353 уст. сельск. хоз.).

Однако мы должны сказать, что обычной судьбой отобранной вещи является обращеніе ея въ собственность казны, ея „конфискація“, какъ это прямо предполагается ст. 36 угол. улож. При этомъ въ однихъ случаяхъ данная вещь можетъ остаться въ собственности казны in natura, что, собственно говоря, можетъ являться исключеніемъ изъ общаго правила [1]), такъ какъ по большей части казна можетъ и не нуждаться въ данной вещи, или же эта вещь остается въ собственности казны, подвергшись однако измѣненію, сообразно потребностямъ оборота [2]); наконецъ,

---

фискованнаго табаку и табачныхъ издѣлій въ случаѣ безуспѣшности публичнаго торга (ст. 1283 прим.), бандеролей и упаковокъ папиросныхъ гильзъ и разрѣзанной папиросной бумаги (ст. 1270[8]). Уст. сельс. хоз. говоритъ объ уничтоженіи по распоряженію полиціи дичи, неизвѣстно гдѣ убитой (ст. 353), рыбы, для посола которой употребленъ испортившійся тузлукъ (ст. 1013), снастей и снарядовъ при охотѣ запрещеннымъ способомъ (ст. 412 и 413).

[1]) Иногда законъ опредѣляетъ ближе то назначеніе, которое должна получить вещь in natura, отобранная у извѣстнаго лица. Такъ ст. 777 у. у. с. (прод. 1912 г) указываетъ, что неподлежащія возвращенію по принадлежности вещественныя по дѣлу доказательства, какъ-то. орудія преступленій, фотографическіе и иные снимки, предметы со слѣдами преступленія и т. п., если таковыя представляютъ научный интересъ, препровождаются по вступленіи приговора въ законную силу въ кабинетъ научно-судебной экспертизы для храненія въ его музеѣ. То же опредѣляется въ венгерскомъ законѣ 1908 г, на основаніи котораго министру юстиціи представляется право дѣлать распоряженіе о томъ, чтобы конфискованные судомъ предметы были направляемы въ уголовные музеи (§ 37).

[2]) Таково опредѣленіе ст. 1404 улож. о нак., по которой золото и серебро въ издѣліяхъ и слиткахъ, не имѣющихъ установленныхъ клеймъ и т. п. или оказа-

чаще всего наступаетъ отчужденіе вещи путемъ ея продажи съ публичнаго торга, причемъ въ цѣломъ рядѣ случаевъ это признается по закону обязательнымъ [1]). Кромѣ того нужно замѣтить, что иногда въ законѣ указывается, что предварительно продажи отобранный предметъ долженъ быть приведенъ въ негодный для незаконнаго употребленія видъ, посколько можно ожидать дальнѣйшаго употребленія его [2]).

Съ другой стороны мы должны имѣть въ виду, что наряду съ предоставленіемъ права собственности въ отношеніи отбираемой вещи казнѣ имѣются случаи, когда право собственности переходитъ не къ казнѣ, а къ другимъ учрежденіямъ, на основаніи прямого указанія закона [3]).

вшихся ниже узаконенной пробы, отбираются въ казну и отсылаются пробирными установленіями въ с.-петербургскій монетный дворъ для передѣла въ монету.

[1]) Такъ, это установляетъ общимъ правиломъ ст. 1205 у. у. с., гдѣ сказано „товары и другіе предметы, признанные судомъ подлежащими конфискаціи, а равно удержанные для пополненія штрафовъ, продаются казеннымъ управленіемъ на основаніи правилъ, постановленныхъ въ подлежащихъ уставахъ"; то же установляется въ уст. акц сб., ст. 1124 и 1283 котораго говорятъ о продажѣ съ публичнаго торга водочныхъ издѣлій, табаку, табачныхъ издѣлій и спичекъ, а также въ уст. там., гдѣ общимъ образомъ (ст. 1156) установляется, что контрабандные товары, если они допускаются къ обращенію на внутреннемъ рынкѣ, а равно перевозочныя средства, задержанныя подъ ними, продаются съ торговъ, причемъ товары, не проданные на вторыхъ торгахъ, поступаютъ въ распоряженіе казны и либо обращаются на казенную или общественную надобность либо уничтожаются (ст. 1160), что касается предметовъ, не допускаемыхъ къ обращенію на внутреннемъ рынкѣ, то относительно ихъ содержатся особыя правила именно, они или уничтожаются, или продаются съ торговъ съ обязательствомъ отвоза ихъ покупщикомъ заграницу (ст 1162); лишь какъ исключеніе изъ общаго правила, для цѣлаго ряда предметовъ установляется иное распоряженіе ими; такъ, предметы религіознаго почитанія христіанъ передаются въ ближайшіе къ таможнѣ храмы; спиртъ, вино и водочныя издѣлія передаются, если они пригодны для казенной операціи, въ акцизное вѣдомство; иностранныя игральныя карты—въ управленіе по выдѣлкѣ и продажѣ игральныхъ картъ; билеты иностранныхъ лотерей, займовъ съ выигрышами и промессы и т. д.—въ особенную канцелярію по кредитной части, россійская серебряная и мѣдная монета—на монетный дворъ, а иностранная обмѣнивается на русскую: запрещенныя книги и печатныя изданія—въ Публичную Библіотеку, холодное и огнестрѣльное оружіе казеннаго образца, а также порохъ и взрывчатыя вещества—въ ближайшіе артиллерійскіе склады (ст. 1163).

[2]) Такъ, это установлено въ ст. 911 уст. сельск. хоз. относительно конфискуемыхъ орудій запрещеннаго лова или боя при нарушеніи правилъ о производствѣ каспійско-волжскаго рыбнаго и тюленьяго промысла.

[3]) По улож. о нак. и уст. о нак. кромѣ казны право собственности на отобранныя вещи получаютъ слѣдующія учрежденія: Кабинетъ Его Величества (ст. 612), приказы общественнаго призрѣнія или замѣняющія ихъ учрежденія (ст. 373 и 378, 427, 881), земства (ст. 27 уст. о нак. общимъ образомъ опредѣляетъ, что деньги, вырученныя отъ продажи отобранныхъ вещей, за исключеніемъ лишь случаевъ въ уст. о

Такъ какъ при отобраніи вещей, какъ мѣрѣ пресѣченія неправды, центромъ тяжести является не то, что отбираемое имущество переходитъ въ собственность казны или другихъ учрежденій или уничтожается, а то, что оно изъемлется изъ сферы имущественнаго обладанія извѣстнаго лица, то сущность даннаго института не можетъ измѣняться отъ того, что отобранная вещь будетъ использована не въ интересахъ публичныхъ, а въ интересахъ частныхъ, именно въ интересахъ пострадавшаго отъ преступнаго дѣянія лица. Эта мысль между прочимъ проводится въ ст. 1186 ул. о нак., устанавливающей отобраніе товаровъ у приказчика въ пользу хозяина его въ случаѣ учиненія нѣкоторыхъ дѣяній, могущихъ причинить извѣстный ущербъ послѣднему, а также въ ст. 1271 ул. о нак., говорящей объ отобраніи вещей, принадлежащихъ корабельному служителю, въ пользу хозяина корабля, въ случаѣ учиненія имъ извѣстныхъ дѣяній. Общимъ же образомъ эта мысль проводится въ ст. 16 гл. II финл. угол. улож., гдѣ говорится, что стоимость предметовъ, подлежащихъ конфискаціи, но не уничтоженію, поступаетъ въ пользу казны; однако въ семъ случаѣ изъ стоимости предметовъ выдается неполученное отъ преступника вознагражденіе за вредъ и убытки, если требованіе объ этомъ будетъ заявлено въ установленный срокъ. То же находитъ себѣ выраженіе въ норвеж. улож., гдѣ указывается, что если пострадавшій отъ преступленія не можетъ получить никакого вознагражденія отъ виновнаго, то для этого могутъ быть использованы отобранные предметы (§ 37), а также въ швейцарскомъ проектѣ въ отношеніи конфискаціи предметовъ, являющихся орудіемъ со-

---

нак., именно означенныхъ, поступаютъ въ земскій по каждой губерніи капиталъ на устройство мѣстъ заключенія для подвергаемыхъ аресту по приговорамъ мировыхъ судей), лѣсное вѣдомство и войско донское (ст. 27 прим. 1), министерство внутреннихъ дѣлъ (ст. 27 прим 3), богоугодныя заведенія (ст. 48 уст.), епархіальное вѣдомство (ст. 48^3 и 48^8). То же мы видимъ и въ угол. улож. 1903 г; сюда относятся слѣдующіе случаи: отобраніе пожертвованій, собранныхъ безъ разрѣшенія на богоугодное заведеніе и обращаемыхъ въ пользу той церкви, монастыря или учрежденія, на которые производился сборъ, а если указаніе на предметъ сбора было вымышленное, то въ пользу мѣстныхъ богоугодныхъ заведеній (ст. 277), отобраніе церковныхъ свѣчей, продаваемыхъ лицомъ, не имѣющимъ права, и поступающихъ въ распоряженіе епархіальнаго начальства (ст. 337), отобраніе неправильно выдѣланныхъ свѣчей церковныхъ, поступающихъ туда же (ст. 338), отобраніе незаконно купленнаго или вывозимаго золота въ пользу казны или Кабинета Его Величества по принадлежности (ст. 355); сюда же относится постановленіе ст. 252, въ которой указывается, что деньги, вырученныя отъ продажи отобранныхъ отъ виновныхъ орудій охоты и дичи, обращаются въ спеціальныя средства министерства внутреннихъ дѣлъ на усиленіе надзора за исполненіемъ правилъ объ охотѣ.

вершенія преступленія или продуктомъ преступной дѣятельности,— именно судъ имѣетъ право присудить въ видѣ вознагражденія потерпѣвшему отъ преступленія стоимость отобранныхъ вещей полностью или въ части (§ 39). Нужно замѣтить, что нововведеніе, которое предполагается въ швейцарскомъ проектѣ, было встрѣчено неодобрительно нѣкоторыми криминалистами, указывавшими на то, что здѣсь допущено смѣшеніе двухъ различныхъ началъ уголовно-правового и гражданско-правового [1]); но въ этомъ отношеніи вполнѣ правильно было указано на то, что съ точки зрѣнія природы конфискаціи не представляетъ значенія то, какъ будетъ использована конфискованная вещь, между тѣмъ какъ идея вознагражденія потерпѣвшаго должна быть постоянно въ виду при установленіи послѣдствій преступнаго дѣянія [2]).

Дальнѣйшій вопросъ, который возникаетъ относительно отдѣльныхъ элементовъ конфискаціи, это вопросъ о томъ, кому принадлежитъ право отобранія вещей. Въ этомъ отношеніи надлежитъ отмѣтить, что слѣдуетъ различать отобраніе предварительное и окончательное. Для обозначенія первой мѣры наше законодательство обыкновенно прибѣгаетъ къ термину „задержаніе“; рѣже оно употребляетъ выраженіе „арестъ“.

Это предварительное отобраніе является не только средствомъ пресѣчь происходящую или уже происшедшую неправду, но въ отдѣльныхъ случаяхъ и средствомъ обезпеченія выполненія окончательнаго отобранія [3]), если послѣднее будетъ назначено, какъ послѣдствіе совершившейся неправды; оно получаетъ, слѣдовательно, значеніе мѣры предупредительно-обезпечительной, имѣя такимъ образомъ двойственный характеръ и мѣры предупрежденія и мѣры пресѣченія неправды. Оно поэтому обыкновенно не сопровождается уничтоженіемъ вещи, развѣ только вещь по своему свойству, какъ вещь скоро портящаяся, должна быть уничтожена.

---

[1]) Съ этой точки зрѣнія критикуетъ постановленіе проекта Турнэйзенъ (Thurneisen) въ Zeitschrift fur schweiz. Strafrecht. VI s 382.

[2]) Такой взглядъ высказываетъ между прочимъ Грютеръ (Grüter. Zur Lehre von der Einziehung mit besonderer Rucksicht auf schweizerisches Strafrecht 1895 s 26).

[3]) Таково напр опредѣленіе ст. 799 уст. акц. сб. (прод. 1912 г.): „если въ вѣсѣ перевозимаго табака обнаружится неявка, не превышающая размѣръ допускаемой усышки, то съ производителя взыскивается въ видѣ начета опредѣленная сумма; для покрытія этого взысканія, при неуплатѣ его самимъ провозителемъ, акцизный надзоръ арестуетъ и продаетъ необходимое количество находящагося въ партіи табаку“ (то же ст. 801). Таково же опредѣленіе ст. 317 улож. о нак., въ силу которой допускается секвестръ корабля до взноса опредѣленной судомъ къ взысканію суммы за пріемъ на корабль и укрывательство шкиперомъ завѣдомо преступника.

Принятіе этой мѣры входитъ въ кругъ компетенціи административныхъ органовъ, и, какъ видно изъ отдѣльныхъ постановленій нашего законодательства, на принятіе предварительнаго отобранія уполномочиваются органы полиціи или органы казеннаго управленія, которые въ опредѣленныхъ случаяхъ обязаны примѣнять это отобраніе [1]).

[1]) Такъ, въ ст. 568 улож. о нак говорится, что биллонъ (низкопробная иностранная монета), замѣченный въ обращеніи, на рынкахъ и другихъ публичныхъ мѣстахъ, конфискуется, а полицейскіе чиновники, не принявшіе мѣръ къ прекращенію сего злоупотребленія, подвергаются отрѣшенію отъ должности. Далѣе ст. 1224[1] у. у. с. указываетъ на то, что по распоряженію полиціи происходитъ уничтоженіе или продажа отобранной дичи, неизвѣстно гдѣ убитой; ст. 95 уст. пред прест гласитъ: „вообще наблюдать, чтобы ни въ церквахъ, ни въ продажѣ и нигдѣ не было иконъ, неискусно писанныхъ и тѣмъ болѣе писанныхъ въ странномъ и соблазнительномъ видѣ. Гдѣ иконы таковы усмотрѣны будутъ, духовныя лица при содѣйствіи полиціи мѣстной немедленно оныя отбираютъ“, точно также ст. 815 учр. губ. говоритъ объ обязанности полиціи отбирать недозволенныя мѣры. Кромѣ того, согласно ст. 1128[1] у. у. с., по дѣламъ о нарушеніи правилъ о приготовленіи, храненіи и продажѣ церковныхъ восковыхъ свѣчъ полиція задерживаетъ подлежащія конфискаціи свѣчи; ст. 1148 говоритъ о задержаніи контрабандныхъ и корчемныхъ товаровъ чинами таможеннаго и акцизнаго надзора; по ст 1144, задержанные предметы отправляются на храненіе въ мѣстныя казначейства или отдаются подъ присмотръ полиціи, причемъ, какъ слѣдуетъ изъ ст. 1162, продажа „арестованнаго“ за исключеніемъ предметовъ, подлежащихъ порчѣ и тлѣнію, не допускается безъ согласія хозяина имущества; по ст. 1213[10] „арестъ“ на отдѣльные номера повременныхъ изданій, а по ст 1213[11] на экземпляры неповременнаго изданія назначается по распоряженію установленія или должностного лица по дѣламъ печати съ возбужденіемъ уголовнаго преслѣдованія, причемъ по ст. 1213[17] это право предоставлено также и суду; а въ ст 1213[13] опредѣляется сущность этого ареста—онъ „заключается въ отобраніи предназначенныхъ къ распространенію экземпляровъ вышедшаго повременнаго или неповременнаго изданія, кромѣ тѣхъ экземпляровъ, которые перешли уже во владѣніе третьихъ лицъ для собственнаго ихъ употребленія. При этомъ налагается арестъ также на стереотипы и другія принаддежности тисненія, заготовленныя для печатанія арестованнаго нумера или изданія, если бы содержатель типографіи или управляющій оною пожелали сохранить ихъ до постановленія судебнаго приговора“. Съ другой стороны надо имѣть въ виду, что на основаніи ст. 21 и 26 пол. о мѣрахъ къ охр гос. пор. отдѣльнымъ органамъ полицейской власти представляется право налагать арестъ на всякаго рода имущество, указывающее на преступность дѣйствій и намѣреній заподозрѣннаго лица (ср. также ст. 23 прим. къ ст. 23 общ. учр. губ.). Сверхъ этой мѣры наше законодательство знаетъ еще особую мѣру, предоставленную главноначальствующимъ при объявленіи мѣстности на положеніи чрезвычайной охраны или на военномъ положеніи—именно право налагать на срокъ объявленнаго положенія чрезвычайной охраны или военнаго положенія секвестръ на недвижимыя и арестъ на движимыя имущества и доходы съ нихъ въ тѣхъ случаяхъ, когда путемъ распоряженія такими имуществами или доходами съ оныхъ достигаются преступныя цѣли или когда упущенія по управленію таковыми влекутъ за собой опасныя для общественнаго порядка послѣдствія (ст. 26. пол. о мѣрахъ къ охр. гос. пор. и ст. 19 прил. къ ст. 23 общ. учр губ.).

Что касается конфискаціи окончательной, то она отличается отъ предварительной тѣмъ, что въ то время, какъ предварительная конфискація выражается въ изъятіи вещи изъ владѣнія извѣстнаго лица съ соотвѣтствующимъ переходомъ владѣнія къ государству, но безъ перехода къ нему права собственности на эту вещь, конфискація окончательная заключаетъ въ себѣ отобраніе вещи и послѣдующій ея переходъ въ собственность государства, а иногда и другихъ учрежденій, на основаніи прямого указанія закона.

Эта конфискація предоставляется компетенціи судебныхъ органовъ, которые, разсматривая дѣло о преступномъ дѣяніи, назначаютъ въ случаяхъ, указанныхъ въ законѣ. отобраніе вещи или уничтоженіе ея. Однако иногда на ряду съ судомъ къ дѣятельности этого рода призываются и органы административные, замѣняющіе органы судебные [1]).

§ 14. Приступая далѣе къ разсмотрѣнію правовой природы конфискаціи, мы должны прежде всего замѣтить, что въ литературѣ уголовнаго права не возбуждаетъ сомнѣній природа предварительной конфискаціи: всѣ признаютъ, что эта конфискація не является наказаніемъ, посколько она примѣняется до судебнаго приговора по извѣстному дѣлу или въ такихъ случаяхъ, гдѣ дѣло до суда не доходитъ. По общему мнѣнію, это—мѣра полицейская, и мы ее можемъ характеризовать, какъ было только что сказано, или исключительно, какъ мѣру пресѣченія неправды, или же вмѣстѣ съ тѣмъ и какъ принудительное средство обезпеченія исполненія извѣстной обязанности, прежде всего исполненія окончательной конфискаціи,—какъ мѣру предупредительно-обезпечительную. Напротивъ вопросъ о природѣ окончательной конфискаціи вызываетъ большія разногласія въ литературѣ.

---

[1]) Особыя полномочія въ этомъ отношеніи предоставляются напр. органамъ акцизнаго надзора, которые имѣютъ право собственной властью, какъ говоритъ ст. 36 уст. акц. сб., принимать слѣдующія мѣры: 1) подвергать конфискаціи и продажѣ задержанные при незаконномъ провозѣ или храненіи въ неустановленномъ для того мѣстахъ питія, сырой и приготовленный табакъ, а также служащіе для приготовленія табаку и табачныхъ издѣлій орудія и снаряды въ тѣхъ случаяхъ, когда хозяева, хранители или провозители задержанныхъ предметовъ неизвѣстны и не будутъ обнаружены въ теченіе 7 дней и когда есть подозрѣніе, что сіи питія сокрыты отъ оплаты акцизомъ, 2) конфисковать въ указанныхъ въ законѣ случаяхъ обнаруживаемые въ транспортахъ табаку сверхпроцентные излишки, 3) .. подвергать продажѣ запасы табаку и орудія производства, оставшіеся невывезенными съ закрытой фабрики.

Тѣ взгляды, которые высказываются въ доктринѣ уголовнаго права относительно природы конфискаціи, можно свести къ слѣдующимъ: или 1) признается единство института конфискаціи, причемъ или а) говорится о томъ, что конфискація есть наказаніе, или же б) усматривается въ ней полицейско-превентивная мѣра, или же в) она признается видомъ отнятія права — Rechtsverwirkung или же г) она разсматривается, какъ мѣра соціальной защиты; или 2) признается смѣшанный характеръ конфискаціи, причемъ или а) это установляется для всѣхъ видовъ конфискаціи вообще или же б) въ соотвѣтствіи съ этимъ различаются отдѣльные виды конфискаціи, изъ которыхъ одни признаются наказаніемъ, другіе же полицейской мѣрой и даже мѣрой гражданско-правовой.

Останавливаясь прежде всего на томъ взглядѣ, который говоритъ, что конфискація есть наказаніе, мы можемъ замѣтить, что этотъ взглядъ распространенъ главнымъ образомъ въ русской и французской литературахъ, но защитники его встрѣчаются и среди нѣмецкихъ писателей. При этомъ слѣдуетъ имѣть въ виду, что сторонники этого взгляда по большей части не приводятъ никакого обоснованія его. Для нихъ, повидимому, имѣетъ рѣшающее значеніе то, что конфискація есть правовое послѣдствіе преступнаго дѣянія, и то, что она заключаетъ въ себѣ тотъ элементъ зла, который обыкновенно выдвигается для характеристики наказанія [1]). Однако нѣкоторые писатели все-таки стараются указать тѣ основанія, въ силу которыхъ они считаютъ возможнымъ находить въ конфискаціи элементы наказанія: такъ, напр. они указываютъ на то, что (съ точки зрѣнія германскаго положительнаго права) конфискація есть наказаніе, судя по мѣсту, занимаемому этимъ институтомъ въ общей системѣ кодекса [2]).

Этотъ взглядъ можно было бы защищать и съ точки зрѣнія нашего положительнаго права въ виду того, что оно съ одной стороны говоритъ о конфискаціи въ главѣ, посвященной наказаніямъ (ст. 58 улож. о нак.. ст. 2 уст. о нак., ст. 36 угол. улож.),

---

[1]) Такъ поступаютъ наши криминалисты: Неклюдовъ. Конспектъ стр. 131; Кистяковскій в. с. стр. 814; Бѣлогриць-Котляревскій в. с. стр. 306; Таганцевъ. Лекціи, 1 изд. стр. 1376; Сергѣевскій в. с. стр. 199, 210 и 214; Познышевъ. Основныя начала стр. 610; Дриль в. с. стр. 176. То же мы видимъ напр. у Chauveau et Hélie l. c. I p. 237; Leballeur, Art. „confiscation“ въ L. Says Dictionnaire des finances I p. 1170.

[2]) Это соображеніе приводятъ напр. Колеръ (Kohler. Deutsches Patentrecht. 1878 s. 577) и Ястровъ (Jastrow. Die Vollstreckung der auf Vermögensstrafen und Bussen lautenden strafgerichtlichen Entscheidungen nach der deutschen Strafprozessordnung (Goltdammer's Archiv. 33 s. 60).

а съ другой иногда прямо называетъ конфискацію наказаніемъ. Но любопытно отмѣтить, что ни въ ст 58 улож. о нак., ни въ ст. 2 уст. о нак., ни въ ст. 36 уг. ул. не говорится о томъ, что перечисляемыя въ этихъ статьяхъ мѣры являются наказаніемъ. Въ ст. 58 просто сказано: „къ наказаніямъ какъ уголовнымъ, такъ и исправительнымъ, присоединяется, въ нѣкоторыхъ опредѣляемыхъ законами случаяхъ, церковное покаяніе, по распоряженію духовнаго начальства осужденныхъ. Опредѣляется также въ случаяхъ, именно закономъ означенныхъ, и конфискація всѣхъ или части принадлежащихъ осужденнымъ вещей или другихъ имуществъ...“ Уже изъ этихъ словъ ст. 58 видно, что въ ней рѣчь идетъ не только о наказаніяхъ, такъ какъ церковное покаяніе во всякомъ случаѣ не есть наказаніе въ томъ смыслѣ, въ какомъ разумѣются всѣ остальныя наказанія, извѣстныя улож. о наказ., какъ опредѣленныя мѣры, исходящія отъ лица государственной власти. Изъ того же обстоятельства, что къ наказанію присоединяются извѣстныя мѣры, о которыхъ говоритъ уголовный законъ, еще не слѣдуетъ, что эти мѣры являются непремѣнно наказаніемъ. Сказанное относится и къ ст. 2 уст. о нак., которая гласитъ: „къ наказаніямъ, опредѣляемымъ по сему уставу, присоединяется въ нѣкоторыхъ, именно означенныхъ, случаяхъ, отобраніе орудій, употребленныхъ для совершенія проступка, или иныхъ принадлежащихъ виновному вещей“. Съ другой стороны можно привести такія статьи закона, которыя прямо называютъ конфискацію наказаніемъ [1]). Такъ, въ ст. 631 улож. о нак. говорится: „взысканіямъ и наказаніямъ, опредѣленнымъ въ предшедшей (630) статьѣ подвергаются...“, а въ этой послѣдней сказано: „за добываніе соли... вся пойманная соль отбирается, и съ виновныхъ взыскивается по четыре рубля за каждый пудъ противозаконно добытой или проданной соли“. Изъ сопоставленія другъ съ другомъ этихъ двухъ статей видно, что здѣсь отобраніе названо наказаніемъ. Точно также ст. 1125[6] у. у. с. говоритъ: „...если контрабанда, наказуемая денежной пеней съ отобраніемъ товаровъ или однимъ отобраніемъ...“ Наконецъ, въ ст. 1048 уст. там. мы читаемъ: „наказанія и взысканія, опредѣляемыя за контрабанду, суть: 1) отобраніе контрабандныхъ товаровъ, равно перевозочныхъ средствъ...“.

Однако вообще по поводу этого взгляда слѣдуетъ замѣтить, что мѣсто, занимаемое извѣстной мѣрой въ общей системѣ кодекса,

[1]) Нельзя не обратить вниманія на то, что герм. уложеніе нигдѣ не называетъ конфискацію наказаніемъ, и наоборотъ въ § 42 мѣры, указанныя въ § 40 и 41, именуются просто „Massnahmen“.

не можетъ имѣть еще рѣшающаго значенія при выясненіи природы того или иного института; такъ, напр. если въ какомъ-нибудь кодексѣ содержатся опредѣленія о вознагражденіи за вредъ, причиненный преступнымъ дѣяніемъ, какъ о правовомъ послѣдствіи неправды, въ томъ отдѣлѣ, который посвященъ наказаніямъ, то изъ этого еще не дѣлается тотъ выводъ, что этотъ институтъ есть также наказаніе: его природа настолько отлична отъ наказанія, что, если законодатель и трактуетъ въ одной и той же главѣ и о наказаніи и о вознагражденіи за вредъ, то это не подрываетъ нисколько представленія о данныхъ институтахъ. какъ о мѣрахъ совершенно различнаго порядка. Что же касается того, что въ законѣ извѣстные виды конфискаціи иногда прямо называются наказаніемъ, то относительно этого мы должны сказать, что терминологія, употребленная въ законѣ, сама по себѣ еще не пригодна для раскрытія существа института, получающаго данное наименованіе. И если мы видимъ, что законъ именуетъ опредѣленнымъ образомъ извѣстную мѣру, а наряду съ этимъ выставляетъ рядъ положеній, которыя не вяжутся съ подобной ея характеристикой, то мы должны сказать, что терминологія закона не вѣрна.

Въ частности же нужно замѣтить, что нѣмецкіе криминалисты, выдвигая взглядъ на конфискацію, какъ на наказаніе, должны были столкнуться съ тѣмъ обстоятельствомъ, что по германскому уложенію въ той же главѣ, гдѣ говорится о конфискаціи, примѣняемой въ отношеніи лица, учинившаго преступное дѣяніе, или участника послѣдняго, въ обладаніи которыхъ оказывается отбираемая вещь (§ 40),—въ главѣ, посвященной наказаніямъ,—идетъ рѣчь о конфискаціи, которая примѣняется и тогда, когда преслѣдованіе или осужденіе опредѣленнаго лица неосуществимо (die Verfolgung oder die Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausfuhrbar—§ 42), т. е. конфискація можетъ быть назначена и тамъ, гдѣ о назначеніи наказанія не можетъ быть и рѣчи. Это обстоятельство, какъ мы увидимъ дальше, заставило большинство нѣмецкихъ криминалистовъ выдвинуть ученіе о томъ, что, если въ § 40 говорится о конфискаціи, какъ о наказаніи, то въ § 42 рѣчь идетъ о ней, какъ о мѣрѣ полицейской, чѣмъ было создано представленіе о неоднородности всѣхъ тѣхъ мѣръ, которыя именуются конфискаціей. Однако и опредѣленіе § 42 не помѣшало нѣкоторымъ писателямъ утверждать, что все-таки характеръ наказанія присущъ конфискаціи во всѣхъ случаяхъ, причемъ въ этомъ отношеніи ими были приведены такія соображенія, которыя не выдерживаютъ совершенно критики съ точки зрѣнія надлежа-

щаго представленія о сущности наказанія. Такъ, напр. было сдѣлано указаніе на то, что если третьи лица затрогиваются данной мѣрой, то это не исключаетъ представленія о томъ, что эти лица могутъ предъявить притязанія о вознагражденіи (Ersatzansprüche) по отношенію къ виновнымъ [1]). Но, конечно, эта точка зрѣнія заключаетъ въ себѣ грубѣйшее забвеніе особенностей наказанія съ одной стороны и вознагражденія за вредъ съ другой и смѣшеніе функцій этихъ институтовъ. Еще проще, но и еще болѣе недопустимо съ точки зрѣнія существа наказанія, рѣшается данный вопросъ у Іона, который находитъ въ конфискаціи наказаніе не для преступника, а для преступленія (Strafe fur das Verbrechen, nicht den Verbrecher) [2]), создавая такимъ образомъ представленіе о какомъ то объективномъ наказаніи,— понятіе, противорѣчащее самой идеѣ наказанія. Между прочимъ эта точка зрѣнія нашла себѣ извѣстное отраженіе во взглядѣ, высказанномъ относительно природы конфискаціи Толкимитомъ. Этотъ писатель тоже видитъ въ конфискаціи наказаніе, но, говоря о конфискаціи въ объективномъ процессѣ (§ 42 уг. ул.), онъ ее именуетъ не чистымъ наказаніемъ (reine Strafe), а „объективнымъ карательнымъ зломъ“ (objectives Strafübel), указывая при этомъ на то, что въ отдѣльномъ случаѣ можетъ и отсутствовать субъектъ, который въ состояніи почувствовать конфискацію, какъ карательное зло, такъ что она не всегда является „субъективнымъ“ карательнымъ зломъ, однако она вообще (in abstracto) способна быть таковымъ, почему и является въ этомъ смыслѣ „объективнымъ карательнымъ зломъ“ [3]). И въ этомъ взглядѣ мы находимъ совершенно произвольное утвержденіе автора о существованіи какихъ то карательныхъ мѣръ, которыя однако не являются настоящимъ наказаніемъ; а такъ какъ, какъ это видно изъ дальнѣйшаго, у Толкимита мѣра, указанная въ § 42, все-таки характеризуется, не какъ наказаніе, а какъ мѣра полицейская, то и его ученіе объ „объективномъ карательномъ злѣ“ никакого значенія не представляетъ. Наконецъ, Вальбергъ хотя и говоритъ, что конфискація имѣетъ двойственный характеръ, такъ какъ она является или только послѣдствіемъ наказуемаго дѣянія, или же самостоятельно назначаемымъ судьей карательнымъ зломъ (Strafübel), однако онъ находитъ, что конфискація есть наказаніе и никоимъ образомъ не является

---

[1]) Francke. Das deutsche Strafrecht und die Strafsachen aus Handlungen der Zeit von dessen Gesetzeskraft (Goltdammer's Archiv 20 s. 21).

[2]) Iohn. Beurteilung eines Erkenntnisses des Hamburger Strafgerichts, ein Beitrag zur Lehre von der Einziehung (Allg. Deutscher Strafrechtszeitung. B. XII, s. 57).

[3]) Tolkiemit. Die Einziehung nach § 40 des RSGB, 1898 s. 51.

средствомъ защиты (Schutzmittel) правъ потерпѣвшаго, и въ то же время замѣчаетъ, что въ большинствѣ случаевъ конфискація имѣетъ преимущественно полицейскій характеръ [1]).

Итакъ, мы видимъ, что взглядъ на то, что конфискація есть наказаніе, приводитъ къ допущенію существеннѣйшихъ отступленій отъ обычнаго представленія о наказаніи; между тѣмъ, если мы видимъ, что эта мѣра можетъ быть налагаема и тогда, когда нѣтъ лица, которое можетъ быть подвергнуто наказанію, то одно это уже показываетъ, что мы имѣемъ дѣло въ данномъ случаѣ съ такимъ институтомъ, который не является наказаніемъ [2]).

Другая точка зрѣнія видитъ въ конфискаціи мѣру предупредительно-полицейскую. Въ нѣмецкой литературѣ прежде всего этотъ взглядъ обычно высказывается, какъ communis opinio doctorum (за изъятіемъ однако выше указанныхъ писателей), въ отношеніи того вида конфискаціи, который состоитъ въ отобраніи вещи при неосуществимости преслѣдованія и осужденія въ конкретномъ случаѣ (т. н. selbstständige Einziehung). Здѣсь самыя условія назначенія этой мѣры заставляютъ признавать за ней характеръ института иного порядка, чѣмъ наказаніе, если не стремиться, какъ мы только что видѣли, придавать понятію наказанія несвойственное ему значеніе. Вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ же взглядъ обычно проводится въ нѣмецкой литературѣ въ отношеніи такъ называемой „безразличной конфискаціи“ (unterschiedslose Einziehung) вообще, или же къ тому ея случаю, когда она примѣняется по отношенію къ тѣмъ лицамъ, которыя обладаютъ вещью, не будучи учинителями и участниками преступленія. Въ настоящее время однако мы остановимся на разсмотрѣніи не этихъ взглядовъ, имѣющихъ въ виду опредѣленные случаи конфискаціи, а тѣхъ, которые вообще усматриваютъ въ конфискаціи мѣру по-

---

[1]) Wahlberg. l. c. s. 514.

[2]) Правда, Глюксманомъ былъ высказанъ взглядъ на то, что опредѣленіе § 42 угол. улож нисколько не подрываетъ общаго представленія о томъ, что конфискація есть наказаніе, такъ какъ и § 42 предполагаетъ наказуемое дѣяніе, въ отношеніи котораго лишь по фактическимъ, а не по юридическимъ основаніямъ не можетъ быть допущено преслѣдованіе или осужденіе, но это противорѣчитъ сущности и смыслу того „объективнаго процесса“, который установленъ въ § 42, тѣмъ болѣе, что въ § 42 не указываются вовсе тѣ причины, по которымъ признается неосуществимость преслѣдованія или осужденія въ конкретномъ случаѣ, между тѣмъ весь смыслъ § 42 заключается въ указаніи на то, что конфискація допустима и тогда, когда недопустимо наказаніе. (Glücksmann. Die Rechtskraft der strafprozessualen Entscheidung über Einziehung und Unbrauchbarmachung. 1898 s. 8).

лицейскую. При этомъ и здѣсь мы видимъ, что среди писателей, раздѣляющихъ этотъ взглядъ, встрѣчаются такіе, которые никакого ближайшаго обоснованія выставляемаго ими взгляда не указываютъ. Такъ, напр. Фойницкій просто говоритъ, что „нѣкоторыя дополнительныя наказанія имѣютъ характеръ мѣръ объективныхъ, какъ напр. задержаніе орудій преступленія и конфискація ихъ въ пользу правительства (?!)“ [1]); точно также Гернетъ замѣчаетъ, что спеціальная конфискація должна быть отнесена къ числу предупредительно-полицейскихъ мѣръ [2]). Напротивъ другіе писатели обращаютъ вниманіе на нѣкоторыя обстоятельства, которыя съ ихъ точки зрѣнія подчеркиваютъ особенный характеръ конфискаціи по сравненію съ наказаніемъ. Такъ, напр. Белингъ обращаетъ вниманіе на различіе цѣлей конфискаціи и наказанія, указывая на то, что при конфискаціи нѣтъ цѣли вызвать ощущеніе неудовольствія (Unlustgefühl), что́, по его мнѣнію, характерно для наказанія, и что здѣсь иныя цѣли—цѣли полиціи безопасности (sicherheitspolizeiliche) и финансовыя [3]). Но, посколько мы вообще не придаемъ значенія обстоятельства, характеризующаго сущность какого-нибудь института, моменту цѣли, постолько мы не можемъ выбирать этотъ моментъ и какъ критерій разграниченія отдѣльныхъ явленій, тѣмъ болѣе, что превентивно-полицейскія цѣли могутъ преслѣдоваться и наказаніемъ въ отдѣльныхъ случаяхъ. Нѣсколько иначе конструируютъ сущность конфискаціи, какъ полицейской мѣры, Ниссенъ, Кэбнеръ и Фридлендеръ. Ниссенъ [4]) признаетъ вообще конфискацію институтомъ административнаго права, и только тотъ ея видъ, который предусмотрѣнъ въ § 335 герм. улож.,—отобраніе дара при подкупѣ, онъ считаетъ возможнымъ разсматривать, какъ институтъ гражданскаго права. Онъ отрицаетъ возможность видѣть въ конфискаціи наказаніе прежде всего потому, что въ законахъ нѣтъ никакого указанія объ отношеніи этого предполагаемаго наказанія къ остальнымъ наказаніямъ, о замѣнѣ его другими, о сложеніи его съ ними, о его поглощеніи, его исполненіи, давности и т. д. Съ другой стороны онъ указываетъ, что примѣненіе конфискаціи выступаетъ безъ всякихъ симптомовъ наказанія,—такъ она примѣняется безотносительно къ тому, принадлежитъ ли вещь участнику преступленія, что́ стоитъ въ рѣзкомъ противорѣчіи со

---

[1]) Фойницкій. Ученіе о наказаніи стр. 84.

[2]) Гернетъ в. с. стр. 140.

[3]) Beling. Grundzüge s. 9.

[4]) Nissen. Die Einziehung (Festgabe der Universität Strassburg für Plank 1887 s. 85).

всѣми свойствами наказанія; далѣе она примѣняется въ особомъ объективномъ процессѣ: наконецъ, даже тамъ, гдѣ эта мѣра направляется противъ виновника преступленія, она примѣняется внѣ всякаго отношенія къ интенсивности его вины, большей или меньшей степени участія его въ преступленіи: поэтому возможно ея примѣненіе даже и въ томъ случаѣ, когда выносится оправдательный приговоръ. По его словамъ, полицейскіе органы во всѣ времена имѣли своей задачей оказывать содѣйствіе уголовной юстиціи тѣмъ, что они отбирали всѣ предметы, которые состояли въ какой-нибудь связи съ преступнымъ дѣяніемъ, и налагали на нихъ арестъ, чтобы при помощи вещественныхъ доказательствъ по дѣлу (Überführungsstücke) обезпечить возможность наказанія еще можетъ быть неизвѣстнаго виновника; они отбирали кромѣ того общеопасные предметы изъ рукъ ихъ владѣльца, а также тѣ предметы, которые нарушали общественный порядокъ и приличіе. Такимъ образомъ, замѣчаетъ онъ, если бы даже не было особаго указанія въ законѣ на т. н. объективный процессъ, то все равно полиція могла бы примѣнять конфискацію, такъ что въ то время, какъ вообще дѣйствуетъ принципъ: nulla poena sine lege, примѣненіе конфискаціи возможно и безъ lex; въ этомъ проявляется особенность данной мѣры, какъ мѣры административной (ein verwaltungrechtlicher Akt) [1]). Какъ видно изъ сказаннаго, у Ниссена мѣры отобранія, примѣняемыя по суду, отождествляются съ тѣми мѣрами, которыя примѣняются органами административной власти, и тѣмъ подчеркивается ихъ природа, какъ мѣръ полицейскихъ. Ниссенъ однако не указываетъ, какое мѣсто занимаютъ мѣры отобранія въ общей системѣ мѣръ, примѣняемыхъ органами административной власти. Напротивъ Кэбнеръ и Фридлендеръ понимаютъ эти мѣры, именно какъ мѣры превентивныя. Кэбнеръ, имѣя въ виду особенный характеръ конфискуемыхъ предметовъ, находитъ, что законодатель принципіально разумѣетъ подъ конфискаціей мѣру защиты на будущее время (Sicherungsmassregel für die Zukunft) [2]); по его словамъ, это несомнѣнно тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о кофискаціи предметовъ, коими совершено преступленіе, но онъ признаетъ, что тотъ же превентивный характеръ данной мѣры имѣетъ мѣсто и тамъ, гдѣ рѣчь идетъ объ отобраніи продуктовъ преступной дѣятельности, такъ какъ, по его мнѣнію, все то, что совершено путемъ престу-

---

[1]) Ib. s. 88.

[2]) Kobner. Die Massregel der Einziehung nach dem Reichsstrafgesetzbuche und der Nachdruckgesetzgebung. 1892 s. 6.

пленія, можетъ быть использовано, какъ средство совершенія новыхъ преступленій, такъ что съ этой точки зрѣнія функція конфискаціи—исключительно предупрежденіе совершенія новыхъ преступленій посредствомъ даннаго опаснаго средства [1]). Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ замѣчаетъ, что превентивный характеръ конфискаціи не уничтожается отъ того, что примѣненіе ея переходитъ въ руки судебныхъ органовъ; въ этомъ отношеніи онъ вслѣдъ за Ниссеномъ [2]) повторяетъ, что это объясняется господствующимъ въ настоящее время взглядомъ, что въ правовомъ государствѣ имущество гражданъ должно быть по возможности устраняемо отъ произвола полицейскихъ властей и охраняемо гарантіей судебнаго приговора [3]). Фриндлендеръ же говоритъ, что отличіе конфискаціи отъ наказанія заключается въ томъ, что при конфискаціи первое, что вообще и принципіально затрагивается, это—объектъ (das zuerst getroffene, allgemein und principiell massgebende bleibt das Object), тогда какъ для наказанія то же мѣсто занимаетъ не предметъ, а лицо; поэтому конфискація есть мѣра объективная, т. е. мѣра превентивно-полицейская [4]). По его словамъ, въ герм. угол. улож. общій принципъ относительно конфискаціи выраженъ не въ § 40, гдѣ эта мѣра установляется въ отношеніи виновнаго въ умышленномъ преступленіи или проступкѣ, такъ какъ здѣсь заключается лишь извѣстное ограниченіе этого принципа, а въ § 42, гдѣ общимъ образомъ допускается конфискація извѣстныхъ предметовъ; по его словамъ, та прибавка, которая заключается въ § 40—„посколько данные предметы принадлежатъ виновнику или участнику“—показываетъ только, какъ институтъ, первоначально чуждый уголовному праву—объективная мѣра (eine sachliche Massregel)—здѣсь долженъ былъ быть искусственно выраженъ въ такой формѣ, въ какой онъ могъ бы постигать лицо, подлежащее карательному праву государства [5]).

Останавливаясь на оцѣнкѣ этого взгляда, мы должны сказать, что приведенные писатели совершенно правильно указываютъ на то, что конфискація есть мѣра, которая по своему существу чужда понятію наказанія, какъ таковому. Если эта мѣра можетъ быть примѣняема и тогда, когда общія предположенія, необходимыя для примѣненія наказанія, отсутствуютъ, ясно, что она

---

[1]) Ib. s. 9.

[2]) Nissen l. c s. 89.

[3]) Kobner l. c. s. 57.

[4]) Friedländer. Das objective Verfahren nach dem Reichsstrafprozessrechte. 1895 s. 18.

[5]) Ib. s 17 n. 1.

не можетъ быть разсматриваема, какъ наказаніе. Въ ней совершенно отсутствуетъ та идея оцѣнки, которая присуща наказанію, какъ возмездію. Потребность въ назначеніи отобранія вещи вызывается не потребностью оцѣнить самое правонарушеніе, а потребностью устранить изъ правового оборота опредѣленныя вещи, которыя по тѣмъ или инымъ соображеніямъ не могутъ быть въ немъ терпимы. Но съ другой стороны признать конфискацію за мѣру превентивно-полицейскую мы не можемъ,—иначе намъ придется создавать такую же искусственную конструкцію, какую создалъ Кэбнеръ, усматривая въ любомъ предметѣ, который произведенъ преступной дѣятельностью, опасность будущихъ нарушеній и допуская въ виду этого возможность его отобраніе. Конфискація есть особая мѣра пресѣченія недозволеннаго дѣянія, мѣра, которая сама по себѣ съ отправленіемъ уголовнаго правосудія не находится въ связи, но которую примѣняетъ уголовный судъ постолько, посколько онъ разсматриваетъ преступное дѣяніе во всей его полнотѣ.

Съ этой точки зрѣнія болѣе правильно поступаютъ тѣ писатели, которые видятъ въ конфискаціи не наказаніе и не мѣру предупредительную, а особую мѣру, которую они именуютъ отнятіемъ права—Rechtsverwirkung. Такъ характеризуетъ конфискацію Грютеръ, находя, что конфискація есть частный случай изъ широкой области Rechtsverwirkung [1]), и указывая на то, что подъ Rechtsverwirkung нужно разумѣть потерю права, наступающую въ силу правового предписанія и безъ вознагражденія; причемъ съ его точки зрѣнія безразлично, совершается ли это ipso jure или же на основаніи судебнаго приговора; основаніемъ для этой мѣры онъ признаетъ злоупотребленіе, угрожающую опасность и недостойность (Unwurdigkeit) лица и указываетъ, что перенесеніе утраченнаго права на фискъ или какое-нибудь иное лицо есть въ дѣйствительности несущественная побочная сторона этой мѣры, такъ какъ ея настоящее юридическое ядро лежитъ только въ прекращеніи прежняго права на вещь [2]). Здѣсь такимъ образомъ проводится та идея, что конфискація не есть наказаніе, какъ не есть она и мѣра предупредительнаго характера, хотя, конечно, въ отдѣльныхъ случаяхъ она можетъ преслѣдовать и предупредительныя цѣли. Это—особая мѣра, которая характеризуется именно тѣмъ, что она назначается въ силу того, что создавшееся правонарушеніе существовать не можетъ и не должно. Эту же точку

---

[1]) Grüter. l. c. s. 10.
[2]) Ib. s. 12.

зрѣнія отчасти проводитъ Гольдшмидтъ, различая среди конфискаціи тѣ случаи, гдѣ имѣется Rechtsverwirkung и тѣ, гдѣ конфискація представляется мѣрой предупредительной (Präventivmassregel) [1]). Первое, по его мнѣнію, имѣетъ мѣсто тогда, когда непосредственно (schlankweg) конфискуются sceleris instrumenta и scelere producta; предупредительная же мѣра имѣется тамъ, гдѣ конфискація зависитъ отъ опасности конфискуемаго для будущаго и гдѣ преслѣдуется цѣль обезвреженія. Въ основѣ первой мѣры лежитъ мысль о томъ, что вещь нужно отнять, такъ какъ „для права недостойно оставлять вещь у недостойнаго“ (слова Биндинга) [2]), а это и есть, по его словамъ, критерій самаго института Rechtsverwirkung. Какъ видно, та идея, которую выдвигаетъ Гольдшмидтъ, есть идея, которая лежитъ вообще въ основаніи института мѣръ пресѣченія, такъ какъ ихъ функція—устранять неправду и ея послѣдствія изъ области правовыхъ явленій. Эту мысль, какъ мы увидимъ ниже, можно однако установить и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ Гольдшмидтъ не признаетъ ея выраженія,—при конфискаціи опасныхъ для правопорядка предметовъ [3]).

Разсматривая ближе приведенный взглядъ на конфискацію, какъ на особую мѣру, извѣстную подъ общимъ именемъ „отнятія права“—Rechtsverwirkung, мы должны прежде всего отмѣтить, что въ нѣмецкой литературѣ самое понятіе Rechtsverwirkung служитъ для обозначенія не какого-нибудь опредѣленнаго института, а разнообразныхъ мѣръ, которыя по своему содержанію могутъ быть отнесены къ институтамъ разнаго рода. Къ тому же въ нѣмецкой литературѣ нѣтъ согласія и относительно представленія о томъ, какой кругъ явленій долженъ охватываться понятіемъ Rechtsverwirkung. Въ этомъ отношеніи можно замѣтить двоякое отношеніе къ данному вопросу—именно для характеристики понятія Rechtsverwirkung обращается вниманіе или на внѣшніе, формальные признаки или на внутренніе,

---

[1]) Goldschmidt l. c. s. 446

[2]) Binding. Grundriss s. 260.

[3]) Мысль о различіи между случаями конфискаціи, какъ Rechtsverwirkung, и тѣми, гдѣ рѣчь идетъ объ опасности извѣстныхъ предметовъ, какъ обоснованіи конфискаціи, находитъ себѣ выраженіе и у Pay (Rauh. Die Vermogensstrafen des Reichsstrafrechts und ihre Reform. 1912 s. 43), хотя онъ и не дѣлаетъ изъ этого необходимыхъ выводовъ и остается въ предѣлахъ господствующаго ученія о смѣшанномъ характерѣ конфискаціи въ смыслѣ наказанія и мѣры предупредительной. Интересно вмѣстѣ съ тѣмъ отмѣтить, что особый характеръ конфискаціи, какъ отнятія права, даже если ее считать за наказаніе, придаетъ ей Шетензакъ, поскольку онъ говоритъ, что конфискація есть отнятіе права (Verwirkungsstrafe). См. Schotensack. Konfiskationsprozess s. 12.

касающіеся самаго содержанія этого понятія. На первой точкѣ зрѣнія стоитъ Листъ, который, выдвигая для понятія наказанія требованіе, чтобы наказаніе назначалось органами отправленія уголовнаго правосудія, говоритъ, что такимъ образомъ выдѣляются изъ области наказанія всѣ послѣдствія осужденія, наступающія въ силу прямого указанія права (von Rechts wegen), характеризуя ихъ, какъ sogenannte Rechtsverwirkungen, и относя сюда, какъ тѣ случаи, которые встрѣчаются въ угол. улож., напр. утрату права служить въ арміи и флотѣ и занимать общественныя должности, такъ и тѣ, о которыхъ рѣчь идетъ въ другихъ отдѣлахъ законодательства, напр. лишеніе родительской власти и т. п. [1]). Напротивъ Биндингъ обращаетъ вниманіе при характеристикѣ Rechtsverwirkung на содержаніе этой мѣры, выражающейся въ отнятіи правъ, въ зависимости отъ тѣхъ побужденій, изъ которыхъ исходитъ законодатель, допуская ея примѣненіе. По его словамъ, тамъ, гдѣ отнятіе права наступаетъ съ тѣмъ, чтобы делинквентъ страдалъ за свое дѣяніе, оно есть наказаніе, а тамъ, гдѣ законодатель чисто объективно признаетъ очищеніе правовыхъ круговъ (die Reinhaltung der Rechtskreise), какъ цѣль, и объявляетъ всѣхъ недостойныхъ, слѣдовательно, и недостойныхъ вслѣдствіе преступленія, неспособными къ обладанію опредѣленныхъ правъ, тамъ это отнятіе права не есть наказаніе; его онъ и называетъ Rechtsverwirkung [2]). На эту же точку зрѣнія становится и Гольдшмидтъ, разумѣя подъ Rechtsverwirkung тѣ мѣры, которыя имѣютъ цѣлью очищеніе опредѣленныхъ правовыхъ круговъ, независимо отъ того, примѣняются ли онѣ ipso jure [3]), или же officio judicis (что онъ усматриваетъ напр. въ лишеніи родительской власти) [4]). Наконецъ, какъ видно изъ приведенныхъ выше словъ Грютера, для него существеннымъ въ понятіи Rechtsverwirkung является то, что эта мѣра примѣняется въ силу правового предписанія и безъ вознагражденія. Уже изъ сопоставленія этихъ взглядовъ видно, что вопросъ о томъ, что такое Rechtsverwirkung, не выясненъ еще въ современной литературѣ. Къ тому же, если стоять на томъ формальномъ критеріи, который выдвинутъ Листомъ, то изъ области наказанія придется удалить многія мѣры, которыя обладаютъ всѣми основными чертами понятія наказанія, будучи выраженіемъ оцѣнки происшедшаго правонарушенія, что̀ приходится напр. уста-

---

[1]) Liszt, Lehrbuch s. 253, а также n. 6.
[2]) Binding, Handbuch s. 327.
[3]) Goldschmidt l. c. s 414.
[4]) Ib. s. 424.

новить относительно многихъ правопораженій, какъ послѣдствій извѣстныхъ наказаній. Если же стоять на точкѣ зрѣнія Биндинга и Гольдшмидта, то намъ придется при разграниченіи наказанія и другихъ институтовъ придавать значеніе моменту цѣли, который, какъ мы видѣли, самъ по себѣ не пригоденъ для характеристики наказанія; къ тому же та цѣль обезвреженія, о которой говоритъ Биндингъ, въ извѣстныхъ случаяхъ признается и за наказаніемъ. И въ этомъ отношеніи интересно отмѣтить, что Биндингъ, спеціально останавливаясь на конфискаціи и указывая на то, что въ основаніи ея лежитъ мысль о томъ, что недостойно для права оставлять вещь у недостойнаго (des Rechtes unwürdig sei, sie—die Sache—dem Unwürdigen zu belassen)[1]), все-таки разсматриваетъ конфискацію, какъ наказаніе или какъ мѣру предупредительную, а не какъ частный случай Rechtsverwirkung. Что же касается того взгляда, который высказываетъ Грютеръ, то нельзя не обратить вниманія на полную расплывчатость выставленнаго имъ понятія Rechtsverwirkung; а если мы обратимся къ различнымъ случаямъ, которые имъ характеризуются, какъ „отнятіе права", то мы увидимъ, что здѣсь это „отнятіе права" есть только внѣшняя оболочка, въ которую заключена опредѣленная мысль, именно мысль о томъ, что посколько произошло извѣстное правонарушеніе и посколько длятся послѣдствія его, постолько они должны быть уничтожены и устранены, что достигается при помощи особыхъ мѣропріятій, которыя имѣютъ въ виду устранить извѣстную вещь, воплощающую въ себѣ правонарушеніе, изъ владѣнія, признаваемаго по тѣмъ или инымъ соображеніямъ не соотвѣтствующимъ требованіямъ правопорядка. Съ этой точки зрѣнія, имѣя въ виду понятіе конфискаціи, мы могли бы ничего не значащую формулу Rechtsverwirkung, отнятіе права, замѣнить формулой, наполненной опредѣленнымъ содержаніемъ, говоря о мѣрахъ пресѣченія неправды посредствомъ отнятія имущества.

Наконецъ, въ недавнее время[2]) въ соотвѣтствіи съ тѣмъ, что въ нѣкоторыхъ проектахъ уголовныхъ уложеній (напр. въ австр. § 41, въ серб. § 43, отчасти въ швейц. § 47) конфискація извѣстныхъ предметовъ подводится подъ понятіе мѣръ соціальной защиты, появляется взглядъ на эту мѣру, какъ на мѣру соціальной защиты. Этого мнѣнія придерживаются, какъ уже было выше указано[3]),

---

[1]) См. выше стр. 461.

[2]) Нужно однако отмѣтить, что еще Тонъ (Thon l. c. s. 67) считалъ уничтоженіе предметовъ не наказаніемъ, а обезпеченіемъ (Sicherung).

[3]) См стр. 257.

Листъ въ отношеніи конфискаціи вообще [1]) безъ дальнѣйшаго его обоснованія, Шюли [2]) и Редвицъ [3]). Его же раздѣляетъ напр. Экснеръ относительно конфискаціи „опасныхъ“ предметовъ, указывая на то, что не только люди могутъ быть опасными для интересовъ общежитія, но и вещи [4]). Но по этому поводу мы должны сказать, что, если мы вообще признаемъ, что не вещь опасна сама по себѣ, а то употребленіе, которое дѣлаетъ изъ нея человѣкъ, мы не можемъ говорить о категоріи мѣръ защиты въ отношеніи опасныхъ вещей; тѣмъ болѣе, что и въ этомъ случаѣ сущность данной мѣры, какъ и другихъ мѣръ пресѣченія, заключается не въ томъ, что общество защищается отъ „опасной“ вещи, а въ томъ, что принимаются мѣры для того, чтобы прекратить проявляющееся въ ней выраженіе неправды.

Таковы тѣ взгляды, которые признаютъ конфискацію принципіально единымъ институтомъ, расходясь лишь въ его правовой квалификаціи.

§ 15. Переходя затѣмъ къ разсмотрѣнію тѣхъ взглядовъ которые характеризуютъ конфискацію, какъ институтъ смѣшаннаго характера, мы прежде всего остановимся на тѣхъ мнѣніяхъ, которыя считаютъ возможнымъ усматривать смѣшанный характеръ въ самомъ институтѣ конфискаціи, какъ таковомъ, такъ что отдѣльные виды конфискаціи ими не противополагаются принципіально другъ другу, какъ явленія разнаго порядка, а приводятся лишь, какъ разновидности одного понятія, въ которыхъ выдвигаются въ большей или меньшей степени тѣ или иныя черты, свойственныя институтамъ разнаго правового значенія. Эта мысль высказывается многими нѣмецкими криминалистами въ отношеніи того вида конфискаціи, который признается ими наказаніемъ (§ 40 герм. улож.); они обыкновенно подчеркиваютъ сильно выраженную превентивную тенденцію, которая имѣется въ этомъ видѣ конфискаціи. Но у нихъ это указаніе на смѣшанный характеръ отдѣльныхъ видовъ конфискаціи не имѣетъ принципіальнаго значенія. Напротивъ въ нашей литературѣ эта мысль получаетъ иное значеніе.

Такъ, на этой точкѣ зрѣнія стоитъ у насъ Таганцевъ, и, хотя онъ, повидимому, исходитъ изъ представленія о необходимости проводить различіе между отдѣльными видами конфискаціи, но взгляда этого онъ строго и послѣдовательно не прово-

[1]) Liszt. Lehrbuch s. 250; въ предыдущихъ изданіяхъ учебника онъ раздѣлялъ господствующую точку зрѣнія.

[2]) Schuhly l. c. s 78.

[3]) Redwitz l c. s. 76.

[4]) Exner l. c. s. 57.

дитъ, и у него конфискація есть институтъ смѣшаннаго типа съ преобладаніемъ въ немъ карательнаго значенія. Таганцевъ говоритъ о конфискаціи въ отдѣлѣ, посвященномъ имущественнымъ наказаніямъ, но при этомъ указываетъ, что „въ ней на первый планъ выдвигаются двѣ различныя стороны: полицейская, стремящаяся этимъ путемъ предупредить или пресѣчь преступленія извѣстнаго рода, и уголовная, видящая въ отобраніи вещей причиненіе матеріальнаго страданія виновному, имѣющаго характеръ уголовной кары. На этомъ основаніи, замѣчаетъ онъ, французскіе криминалисты различаютъ два вида такой спеціальной конфискаціи: la confiscation personnelle, когда отбираются предметы, дозволенные къ обращенію въ обществѣ, такъ что отобраніе ихъ имѣетъ въ виду только причиненіе матеріальнаго вреда ихъ владѣльцу, и la confiscation réelle, когда отбираются такіе предметы, которые по ихъ природѣ не должны оставаться въ обладаніи частныхъ лицъ; при послѣднихъ условіяхъ конфискація можетъ наступить даже и въ случаѣ оправданія виновнаго. Конфискація перваго рода должна имѣть всѣ свойства наказанія, конфискація второго рода—характеръ полицейской мѣры“ [1]). Въ соотвѣтствіи съ этимъ онъ дальше говоритъ; „нельзя не замѣтить, что во всѣхъ даже новѣйшихъ законодательствахъ оно (т. е. отобраніе) отнесено къ разряду дополнительныхъ наказаній (слѣдуетъ ссылка на голландскій кодексъ)..., а съ другой оно назначается въ порядкѣ такъ называемаго полицейскаго предупредительнаго производства (das objective Verfahren), т. е. независимо отъ установленія виновности, при оправданіи подсудимаго, даже иногда въ порядкѣ гражданскаго производства“ [2]). Проводя такимъ образомъ различіе между отдѣльными видами конфискаціи по особенностямъ объекта конфискаціи и различая конфискацію, какъ наказаніе и какъ мѣру полицейскую, Таганцевъ однако затѣмъ говоритъ о конфискаціи лишь, какъ о наказаніи, замѣчая, что „по общему правилу такое отобраніе является дополнительнымъ взысканіемъ къ другому главному; но могутъ быть случаи, какъ напр. при нарушеніи акцизныхъ уставовъ, когда конфискація выступаетъ на первый планъ“ [3]). Впрочемъ, признавая здѣсь конфискацію наказаніемъ, онъ въ другомъ мѣстѣ выдвигаетъ такія особенности этой мѣры, которыя не вяжутся вообще съ представленіемъ о ней, какъ о наказаніи; именно, говоря

---

[1]) Таганцевъ. Русское уголовное право, стр. 1271.

[2]) Тамъ же прим 3.

[3]) Тамъ же стр. 1272.

объ обстоятельствахъ, погашающихъ наказаніе, онъ замѣчаетъ, что „не могутъ быть погашаемы смертью тѣ послѣдствія наказанія, имѣющія иногда значеніе дополнительныхъ взысканій, которыя заключаются въ удаленіи или уничтоженіи вреда или опасности, созданныхъ преступнымъ дѣяніемъ“ [1]). Съ другой стороны съ этимъ слѣдуетъ сопоставить то, что сверхъ того Таганцевъ говоритъ особо о тѣхъ мѣрахъ для предупрежденія вредныхъ дѣяній или наступленія ихъ послѣдствій или ихъ пресѣченія, которыя могутъ, а иногда и должны примѣнять органы власти, и къ которымъ онъ относитъ принудительное устраненіе средствъ и орудій, пригодныхъ для учиненія преступныхъ дѣяній, и результатовъ, добытыхъ или созданныхъ преступнымъ дѣяніемъ [2]). Итакъ, изъ всего высказаннаго Таганцевымъ по поводу конфискаціи трудно выяснить его принципіальное отношеніе къ этой мѣрѣ. Все-таки, повидимому, у него на первый планъ выдвигается представленіе о ней, какъ о дополнительномъ наказаніи; лишь иногда она признается мѣрой полицейской.

Такой же взглядъ на конфискацію высказываетъ Фонъ-Резонъ, хотя различіе между отдѣльными видами конфискаціи по нашему законодательству онъ формулируетъ нѣсколько иначе, чѣмъ Таганцевъ,—именно онъ различаетъ постановленія о конфискаціи, имѣющіяся въ общихъ и въ спеціальныхъ источникахъ уголовнаго права, съ одной стороны въ улож. о нак. и уст. о нак., съ другой—въ спеціальныхъ уставахъ казеннаго управленія: уст. объ акц.сб. и уст. там. При этомъ, что касается улож. о нак. и уст. о нак., то онъ находитъ, что на основаніи буквальнаго смысла ст. 2 уст. о нак. и ст. 58 улож. о нак. конфискація присоединяется къ наказанію, т. е. является однимъ изъ дополнительныхъ наказаній, и что этотъ юридическій характеръ конфискаціи относится одинаково ко всѣмъ предусмотрѣннымъ въ улож. о нак. ея случаямъ, а такъ какъ раньше нарушенія уст. объ акц. сб. и там. находились въ улож. о нак., то это касается и конфискаціи по этимъ уставамъ; но къ этому онъ прибавляетъ такую оговорку: „предполагая, разумѣется, что въ сихъ уставахъ нѣтъ особыхъ предписаній, измѣняющихъ хоть отчасти общее постановленіе улож. о нак.“, [3]) а затѣмъ, анализируя отдѣльныя постановленія этихъ уставовъ, онъ приходитъ къ тому выводу, что есть случаи, гдѣ конфискація является и мѣрой полицейской и вознагражденіемъ за

---

[1]) Тамъ же стр. 1417.
[2]) Тамъ же стр. 827.
[3]) Фонъ-Резонъ, в. с. стр. 84.

вредъ и убытки. Онъ подкрѣпляетъ этотъ свой взглядъ слѣдующимъ общимъ положеніемъ: „юридическій характеръ конфискаціи по нашимъ уставамъ казеннаго управленія не можетъ быть опредѣленъ a priori путемъ теоретическимъ, а лишь подробнымъ изученіемъ отдѣльныхъ постановленій закона“ [1]). Такъ, по его словамъ, въ уст. объ акц. сб. конфискація есть добавочное наказаніе, имѣющее или исключительно уголовное значеніе, какъ усиленіе наказанія, или преимущественно полицейское, какъ мѣра предупрежденія [2]): въ уставѣ же там. конфискація сверхъ того является и главнымъ наказаніемъ и вознагражденіемъ за вредъ [3]). При этомъ, разсматривая постановленія уст. объ акц. сб., онъ находитъ, что здѣсь конфискація предметовъ, служащихъ для учиненія преступнаго дѣянія, является полицейской мѣрой безопасности или предупрежденія продолженія и повторенія преступныхъ дѣяній и представляется мѣрой дополнительной къ главному наказанію [4]); но относительно случаевъ конфискаціи продуктовъ преступной дѣятельности онъ не усматриваетъ ихъ однородности и находитъ, что юридическій характеръ конфискаціи producta sceleris опредѣляется свойствомъ подлежащихъ конфискаціи предметовъ и мѣстомъ, гдѣ они найдены, устанавливая въ этомъ отношеніи слѣдующее основаніе для разграниченія: „если предметы запрещены къ обороту или если они не могутъ быть хранимы или продаваемы и т. д. въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ они обнаружены, то конфискація и здѣсь будетъ полицейскою мѣрою пресѣченія и безопасности; если же они позволены къ обороту и обнаружены въ мѣстѣ, гдѣ храненіе ихъ и т. д. само по себѣ не запрещено, конфискація является денежнымъ штрафомъ, т. е. въ обоихъ (?!) случаяхъ дополнительнымъ наказаніемъ“ [5]); наконецъ, тамъ, гдѣ конфискація касается предметовъ, найденныхъ на мѣстѣ совершенія преступленія, но не имѣющихъ никакого прямого отношенія къ нему, она представляется только придаточнымъ наказаніемъ, назначеннымъ съ цѣлью усилить его [6]). То же въ общемъ онъ указываетъ и относительно постановленій уст. там., но видитъ здѣсь въ нѣкоторыхъ случаяхъ конфискаціи наказаніе главное (ст. 1462 и ст. 1512 изд. 1892 г.) [7]), очевидно, въ виду

---

[1]) Тамъ же стр. 98.
[2]) Тамъ же стр. 91.
[3]) Тамъ же стр. 98.
[4]) Тамъ же стр. 87.
[5]) Тамъ же стр. 88.
[6]) Тамъ же стр. 91.
[7]) Статьи эти въ настоящее время отмѣнены

того, что оно здѣсь назначается безъ сопровожденія другими наказаніями и прочими мѣрами, а иногда также вознагражденіе за вредъ (ст. 1539 уст. там. изд. 1892 г.). Разсматривая взглядъ этого писателя, мы должны отмѣтить крайнюю сбивчивость его представленій о природѣ конфискаціи. Съ одной стороны онъ какъ бы противополагаетъ полицейскую мѣру безопасности наказанію, говоря о томъ, что она является дополнительной къ главному наказанію [1]), но съ другой — онъ указываетъ на то, что эта конфискація, будучи лишь полицейской мѣрой пресѣченія и безопасности, есть въ то же время дополнительное наказаніе [2]). Но въ такомъ случаѣ, какой же смыслъ имѣетъ все то разграниченіе, которое онъ проводитъ, указывая, что въ однихъ случаяхъ эта мѣра есть „придаточное“ [3]) наказаніе, а въ другихъ она есть мѣра безопасности, разъ все равно она является добавочнымъ наказаніемъ? Правда, онъ говоритъ, что иногда это „добавочное наказаніе“ имѣетъ значеніе, преимущественно полицейское, какъ мѣра предупрежденія“ [4]). Но почему оно, несмотря на это, все-таки признается наказаніемъ, авторомъ не объяснено. Наконецъ, какъ понимать указаніе автора на то, что „конфискація пойманныхъ при тайномъ провозѣ безпошлинныхъ товаровъ, если хозяева или провозители неизвѣстны или въ назначенный срокъ не явились или положеннаго взысканія не внесли (ст. 1520 и 1524) [5]), является лишь необходимымъ послѣдствіемъ задержанія товаровъ и невыкупа ихъ хозяиномъ? [6]). Является ли это „необходимое послѣдствіе“ тоже наказаніемъ дополнительнымъ или нѣтъ? Съ точки зрѣнія Фонъ-Резона, посколько онъ здѣсь никакого изъятія не устанавливаетъ, повидимому, это тоже наказаніе. Однако, если въ данномъ случаѣ нѣтъ даже лица, которое подлежитъ наказанію, то ясно, что о наказаніи здѣсь вовсе не можетъ быть рѣчи; но, если это такъ, то нельзя говорить вообще, что конфискація есть дополнительное наказаніе.

Такимъ образомъ, хотя Фонъ-Резонъ и находитъ, что среди отдѣльныхъ случаевъ конфискаціи можно различать мѣры, имѣющія значеніе особыхъ институтовъ, но этотъ его взглядъ поглощается общимъ представленіемъ о томъ, что конфискація есть дополнительное наказаніе. Другими словами, и онъ усматриваетъ

---

[1]) Тамъ же стр. 87.
[2]) Тамъ же стр. 88.
[3]) Тамъ же стр. 91.
[4]) Тамъ же стр. 91.
[5]) Нынѣ ст. 1053 уст. там.
[6]) Тамъ же, стр. 95.

смѣшанный характеръ конфискаціи, съ преобладаніемъ въ ней элементовъ наказанія.

На смѣшанный характеръ конфискаціи указываетъ и Объяснит. зап. къ проекту уголовнаго уложенія, хотя нельзя не замѣтить, что природа конфискаціи устанавливается ею не вполнѣ ясно. Здѣсь мы читаемъ слѣдующее: „статья 32 (теперь ст. 36 уг. ул.) имѣетъ въ виду особую категорію имущественныхъ взысканій, падающихъ на виновнаго въ качествѣ дополненія къ главнымъ наказаніямъ... конфискація отдѣльныхъ предметовъ встрѣчается во всѣхъ уголовныхъ кодексахъ, такъ какъ она вытекаетъ изъ самыхъ свойствъ или внѣшней обстановки отдѣльныхъ преступленій, составляя одновременно и наказаніе для виновнаго и предупредительную полицейскую мѣру“ [1]). Далѣе говорится: „Редакціонная Комиссія, внося конфискацію отдѣльныхъ предметовъ въ число дополнительныхъ наказаній сочла вмѣстѣ съ тѣмъ необходимымъ опредѣлить точнѣе категоріи предметовъ, подлежащихъ конфискаціи, и указать, что самое примѣненіе этого права возможно или безусловно или только въ случаяхъ, особо въ законѣ указанныхъ“ [2]). Различая здѣсь съ одной стороны предметы, коихъ изготовленіе, храненіе, продажа или распространеніе заключаетъ въ себѣ нарушеніе закона, а съ другой—предметы, служившіе или предназначавшіеся служить для совершенія преступленія, Объясн. зап. относительно послѣднихъ замѣчаетъ: „конфискація сего рода можетъ имѣть двоякое значеніе: съ одной стороны она служитъ полицейской мѣрой безопасности, а съ другой—особымъ видомъ имущественнаго взысканія“ [3]).

Таковъ взглядъ составителей проекта на конфискацію. Но, если эта мѣра является наказаніемъ, представляющимъ изъ себя сверхъ того въ нѣкоторыхъ случаяхъ и полицейскую мѣру безопасности, то возникаетъ вопросъ, какимъ образомъ въ уголовномъ уложеніи могло появиться постановленіе ст. 38, допускающее примѣненіе конфискаціи и тогда, когда наказаніе не можетъ быть примѣнено. Можно было бы ожидать, что этотъ пунктъ будетъ надлежащимъ образомъ выясненъ и освѣщенъ въ Объясн. запискѣ. На самомъ же дѣлѣ составители ея ограничиваются слѣдующимъ лаконическимъ заявленіемъ: „по общему правилу, дополнительныя наказанія могутъ быть назначаемы только

---

[1]) Объясн. зап., т. I стр 275.
[2]) Тамъ же, стр. 280.
[3]) Тамъ же, стр. 282.

при примѣненіи къ виновному главнаго наказанія, но относительно указанной группы имущественныхъ мѣръ по самому ихъ существу, нужно было допустить отступленіе и признать, что конфискація можетъ быть примѣняема, какъ скоро судъ констатируетъ самый фактъ нарушенія, хотя бы виновный и былъ освобожденъ отъ наказанія по какимъ бы то ни было основаніямъ: за невмѣняемостью, давностью и т. д.“ [1]). Но въ чемъ выражается это особенное „существо“ конфискаціи, такъ и осталось невыясненнымъ, между тѣмъ оно имѣетъ весьма важное значеніе, такъ какъ благодаря ему измѣняются основныя требованія объ условіяхъ назначенія наказаній. Очевидно, если дѣлаются отступленія отъ нормальныхъ условій, то именно потому, что этого требуетъ самое „существо“ этой мѣры, которая не есть наказаніе. При этомъ нельзя не отмѣтить, что составителямъ Объясн. записки нечуждъ былъ болѣе широкій взглядъ на конфискацію, поскольку они сочли возможнымъ, говоря вообще объ отобраніи, упоминать и объ отобраніи предметовъ, непосредственно добытыхъ преступнымъ дѣяніемъ. „Конфискація этого рода, читаемъ мы въ Объясн. запискѣ, установлена и въ нашемъ законодательствѣ въ у. у. с. въ ст. 375 и 777... и въ ст. 298 уст. о пред. прест... Но Комиссія, признавая вполнѣ справедливость такого отобранія, не сочла необходимымъ однако упомянуть объ этихъ мѣрахъ въ ст. 32, такъ какъ онѣ имѣютъ исключительно судопроизводственный характеръ“ [2]). Впрочемъ, нужно замѣтить, что нѣсколько выше [3]) въ Объясн. запискѣ говорится: „какъ было уже указано—здѣсь, очевидно, имѣется въ виду сдѣланная ранѣе ссылка на мнѣніе Вальберга о томъ, что „конфискація никогда не должна служить мѣрою для огражденія правъ потерпѣвшаго“ [4]) — возвращеніе имущества потерпѣвшему не можетъ разсматриваться, какъ конфискація“.

Взглядъ на то, что конфискація представляетъ изъ себя институтъ смѣшаннаго характера (причемъ этотъ смѣшанный характеръ понимается нѣсколько иначе, чѣмъ только что было приведено) усвоенъ и нашей сенатской практикой. Сенатъ призналъ за конфискаціей въ нѣкоторыхъ ея видахъ характеръ наказанія, заключающаго въ себѣ вмѣстѣ съ тѣмъ элементы вознагражденія казны за тотъ вредъ, который нанесенъ ей опредѣленными фискальными нарушеніями; при этомъ сенатъ первона-

[1]) Тамъ же, стр. 285.
[2]) Тамъ же, стр. 282.
[3]) Тамъ же стр. 280.
[4]) Тамъ же стр. 277.

чально имѣлъ въ виду лишь ту конфискацію, о которой говорится въ уставахъ казеннаго управленія, но впослѣдствіе онъ распространилъ эту точку зрѣнія и на нѣкоторые случаи конфискаціи, предусмотрѣнные въ улож. о нак., хотя въ отношеніи ихъ не было никакого основанія приводить тѣ соображенія, которыя еще могли быть выставлены въ отношеніи нарушеній чисто фискальнаго характера. Впервые сенатъ высказалъ этотъ свой взглядъ на природу конфискаціи въ рѣш. у. к. д. 78/67. Здѣсь мы читаемъ слѣдующее: „нарушенія сихъ уставовъ преимущественно имѣютъ своимъ послѣдствіемъ ущербъ казны и отличаются отъ прочихъ уголовныхъ правонарушеній преобладаніемъ въ нихъ фискальнаго и гражданскаго началъ передъ уголовнымъ. Такой характеръ означенныхъ нарушеній не могъ не выразиться и въ значеніи опредѣленныхъ за оныя денежныхъ взысканій, въ которыхъ гражданское начало, вознагражденіе за вредъ и убытки, съ уголовнымъ началомъ, штрафомъ, въ большинствѣ случаевъ такъ слиты, что отдѣлить ту сумму, которая имѣетъ значеніе вознагражденія казны за убытокъ, отъ той, которая налагается въ наказаніе, невозможно, а потому денежныя взысканія за нарушенія уставовъ казенныхъ управленій должны быть разсматриваемы, какъ имѣющія двойственный характеръ гражданскаго вознагражденія и уголовнаго наказанія... Все вышесказанное о денежныхъ взысканіяхъ должно быть примѣнено и къ опредѣляемымъ за нѣкоторыя изъ нарушеній конфискаціямъ напитковъ и иныхъ предметовъ, ибо между тѣми и другими не существуетъ никакой существенной разницы. Какъ денежныя взысканія, такъ и конфискація, имѣютъ цѣлью независимо наказанія удовлетвореніе казны за понесенные ею убытки отъ нарушеній, и то обстоятельство, что конфискація по закону налагается лишь за нѣкоторыя нарушенія и притомъ совмѣстно съ денежнымъ штрафомъ, не можетъ измѣнять указаннаго значенія этой мѣры и придавать ей исключительно карательный характеръ“. То же повторяетъ сенатъ примѣнительно къ конфискаціи, назначаемой за нарушенія уставовъ казенныхъ управленій, и въ позднѣйшихъ рѣшеніяхъ. Такъ, въ рѣш. у. к. д. 85/28—говорится, что „денежныя взысканія и конфискаціи, опредѣляемыя уголовнымъ закономъ въ дѣлахъ о нарушеніяхъ уставовъ казенныхъ управленій, имѣютъ спеціальное значеніе и не могутъ быть смѣшиваемы съ денежными взысканіями за другія преступленія и проступки“, и затѣмъ повторяется взглядъ, высказанный въ предыдущемъ рѣшеніи относительно характера денежнаго взысканія, имѣющаго двойственную природу.

Такимъ образомъ въ этихъ рѣшеніяхъ сенатъ подчеркиваетъ двойственную природу конфискаціи; онъ считаетъ при этомъ, что конфискація есть все же наказаніе, хотя и не обыкновенное наказаніе, а совершенно особенное, заключающее въ себѣ вознагражденіе за вредъ. Отсюда легко было при указаніи на преобладающее значеніе этого послѣдняго момента въ конфискаціи оставить совершенно въ тѣни карательный моментъ и выставить представленіе о конфискаціи, какъ о вознагражденіи за вредъ. Сенатъ и пошелъ по этому пути. Въ рѣш. у. к. д. 86/12, ссылаясь на рѣшенія, выше приведенныя 78/67 и 85/28, которыя собственно прямо этого не говорили, сенатъ нашелъ, что „въ дѣлахъ о нарушеніяхъ уст. каз. упр. конфискація имѣетъ значеніе вознагражденія казны за убытки, причиненные ей нарушеніемъ сихъ уставовъ“, въ виду чего онъ призналъ неправильнымъ соображеніе, высказанное судебной палатой, о томъ, что конфискація, составляя одинъ изъ видовъ денежныхъ наказаній, по силѣ ст. 16 у. у. с., отмѣняется за смертью преступника. То же повторяется въ рѣш. общ. собр. 93/1, гдѣ сенатъ, возвращаясь къ прежнему представленію о двойственной природѣ конфискаціи, все-таки указываетъ, что „при двойственномъ характерѣ этого взысканія требованіе конфискаціи, какъ имѣющей значеніе вознагражденія казны, подлежитъ въ силу 1194 ст. у. у. с. разсмотрѣнію, какъ требованіе гражданскаго истца въ уголовномъ дѣлѣ, а затѣмъ конфискаціи и нельзя придавать значеніе такого уголовнаго послѣдствія преступленія, которое въ силу ст. 16 у. у. с. отпадаетъ за прекращеніемъ уголовнаго преслѣдованія“.

При этомъ нужно замѣтить, что, если въ случаяхъ фискальныхъ нарушеній и имѣется дѣйствительно причиненіе вреда казнѣ, что и даетъ извѣстный поводъ дѣлать выводъ о томъ, что назначаемыя здѣсь конфискаціи являются вознагражденіемъ за вредъ, то ни о какомъ причиненіи ущерба казнѣ не можетъ быть рѣчи въ случаѣ учиненія дѣянія, указаннаго въ ст. 1171 улож. и влекущаго за собой между прочимъ конфискацію; именно, въ этой статьѣ говорится о томъ, что евреи за производство внѣ черты, назначенной для постояннаго ихъ жительства, какой-либо торговли, кромѣ той, которая въ опредѣленныхъ именно закономъ случаяхъ имъ дозволена, подвергаются конфискаціи товаровъ ихъ и немедленной высылкѣ изъ тѣхъ мѣстъ. Однако сенатъ счелъ возможнымъ усмотрѣть и въ этомъ случаѣ конфискаціи вознагражденіе за вредъ и въ рѣш. у. к. д. 87/14 призналъ, что эта конфискація „составляя одинъ изъ видовъ имущественныхъ послѣдствій преступленія, представляется такой

мѣрой, которая... имѣетъ свойство гражданскаго иска, присоединяемаго къ уголовному дѣлу, а такого рода иски на основаніи 164 ст. улож. подчиняются правиламъ о давности, въ законахъ гражданскихъ опредѣленнымъ"; при этомъ любопытно отмѣтить, что здѣсь даже и вовсе не говорится, что эта конфискація—одинъ изъ видовъ наказаній, какъ это было сказано въ приведенныхъ выше рѣшеніяхъ. Этотъ взглядъ сената нашелъ себѣ подтвержденіе и въ позднѣйшихъ рѣшеніяхъ. Такъ, въ рѣш. у. к. д. 89/32 дается уже извѣстное обоснованіе этой точки зрѣнія, и конфискація, примѣняемая по ст. 1171 улож. о нак., прямо отождествляется съ конфискаціей, извѣстной уставамъ казенныхъ управленій; здѣсь указывается, что „преслѣдуемый этой статьей проступокъ заключаетъ въ себѣ нарушеніе денежныхъ интересовъ казны (?!), которая и вознаграждается опредѣляемой въ этой же статьѣ конфискаціей товаровъ", причемъ въ подтвержденіе этого взгляда дѣлается ссылка на приведенныя выше рѣшенія 78/67, 87/14 и др. То же высказываетъ сенатъ въ рѣш. у. к. д. 99/19, указывая на то, что конфискація товаровъ опредѣляется ст. 1171, какъ наказаніе, и, согласно разъясненію въ рѣш. у. к. д. 89/32, въ видахъ вознагражденія казны. Наконецъ, эта же точка зрѣнія проводится и въ рѣш. общ. собр. 1904/2, гдѣ тоже говорится, что конфискація есть наказаніе, которое назначается въ видахъ вознагражденія денежныхъ интересовъ казны.

Интересно однако отмѣтить, что, если наша сенатская практика и стоитъ на той точкѣ зрѣнія, что конфискація есть наказаніе, заключающее въ себѣ вознагражденіе за вредъ и убытки, причиненные преступнымъ дѣяніемъ, то все-таки относительно нѣкоторыхъ особенныхъ случаевъ конфискаціи оно отстаиваетъ иную точку зрѣнія. Такъ, въ рѣш. у. к. д. 92/35 сенатъ, имѣя въ виду конфискацію табачныхъ издѣлій, примѣняемую на основаніи ст. 253 уст. о таб. сб. (нынѣ ст. 1189 уст. акц.), не опредѣляя ближе ея природы, замѣтилъ лишь, что конфискація эта не составляетъ наказанія. Точно также, не указывая ближе на юридическую природу другихъ видовъ конфискаціи по уст. там., онъ въ рѣш. у. к. д. 95/7 опредѣлилъ, что „конфискація перевозочныхъ средствъ, задержанныхъ подъ контрабандными товарами, должна быть неизбѣжнымъ и безусловнымъ послѣдствіемъ тайнаго провоза товаровъ, совершенно безразлично, кому принадлежали эти товары, обвиняемому или оправданному въ соучастіи въ этомъ нарушеніи там. уст." Таково далѣе рѣш. у. к. д. 98/14 относительно природы того вида конфискаціи, о которомъ говорятъ ст. 373 и 378 улож. о нак., т. е. конфискаціи подарка при лихоимствѣ и

незаконно полученнаго имущества при вымогательствѣ. Въ этомъ рѣшеніи сенатъ указалъ, что „согласно ст. 58 улож. о нак. къ наказаніямъ, какъ уголовнымъ, такъ и исправительнымъ, присоединяются въ нѣкоторыхъ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ дополнительныя наказанія, причемъ эти дополнительныя наказанія указаны въ ст. 58 лишь въ видѣ примѣровъ и не исчерпываютъ всѣхъ мѣръ этого рода... Къ числу дополнительныхъ наказаній надлежитъ отнести отобраніе отъ виновныхъ въ лихоимствѣ и вымогательствѣ и отсылку въ приказъ общественнаго призрѣнія или замѣняющее оный учрежденіе денегъ или иныхъ подарковъ, ими полученныхъ. Цѣль этой мѣры лишить виновнаго возможности воспользоваться незаконно пріобрѣтенной имъ прибылью, вслѣдствіе чего и подлежатъ у него отобранію и обращенію въ казну тѣ предметы и деньги, которые онъ получилъ путемъ лихоимства или взяточничества. Карательный характеръ этой мѣры усматривается изъ того, что деньги и вещи подлежатъ отобранію отъ виновнаго въ силу самаго закона, а не въ качествѣ вознагражденія за вредъ и убытки, потому что потерпѣвшее лицо не имѣетъ права домогаться ихъ возвращенія, а казна, очевидно, не можетъ быть признана гражданскимъ истцомъ, такъ какъ ей не причинено преступленіемъ никакого ущерба“.

Къ сказанному надо прибавить, что сенату нечуждо представленіе о томъ, что конфискація есть своеобразный институтъ, выполняющій особыя функціи; но этотъ взглядъ имъ высказывается мимоходомъ, являясь однимъ изъ мотивовъ признанія за конфискаціей все же преобладающаго характера вознагражденія за вредъ. Такъ, въ выше приведенномъ рѣш. общ. собр. 93/1 сказано: „кромѣ указаннаго Прав. Сенатомъ для всѣхъ вообще конфискацій, опредѣляемыхъ за нарушенія уст. каз. упр., характера— она имѣетъ по отношенію къ уст. там. еще другое самостоятельное значеніе, зависящее отъ самаго свойства этихъ нарушеній и вліянія, которое они могутъ имѣть въ общемъ строѣ государственнаго хозяйственнаго порядка. Таможенныя постановленія и законы имѣютъ цѣлью обезпечить исполненіе тѣхъ принимаемыхъ по привозу и вывозу товаровъ мѣръ, которыми регулируется устанавливаемый правительствомъ, въ видахъ поддержанія и развитія внутренней промышленности, большій или меньшій наплывъ въ Россію заграничныхъ товаровъ, а тѣмъ самымъ обезпечивается и правильность развитія экономическаго строя государства. Въ виду сего, привозъ товара, запрещеннаго къ ввозу или безпошлинное водвореніе товара, подлежащаго оплатѣ пошлиной, являясь прямымъ нарушеніемъ этихъ правительственныхъ мѣръ, ни въ

какомъ случаѣ не могутъ быть допущены, а затѣмъ не можетъ имѣть мѣста возвращеніе провозителю или его наслѣдникамъ такого товара, неправильный привозъ котораго въ Россію былъ обнаруженъ". Здѣсь весьма ярко подчеркивается природа конфискаціи, именно какъ мѣры пресѣченія извѣстныхъ правонарушеній.

Таковы тѣ разнообразныя мнѣнія, которыя высказаны въ нашей сенатской практикѣ относительно природы конфискаціи.

Останавливаясь на оцѣнкѣ тѣхъ взглядовъ, которые видятъ въ конфискаціи институтъ смѣшаннаго характера, мы должны сказать, что, какъ видно изъ того, что было выше приведено, и съ признаніемъ смѣшаннаго характера за конфискаціей, все-таки не устраняется представленіе о преобладаніи въ ней извѣстнаго момента, какъ наиболѣе для нея существеннаго, налагающаго на весь институтъ свой отпечатокъ. Такъ, мы видимъ, что, хотя Таганцевъ, Фонъ-Резонъ и составители Объяснит. зап. и указываютъ на то, что конфискаціи присущъ элементъ мѣры превентивной или даже мѣры пресѣченія, но это для нихъ не является основаніемъ для отказа отъ принципіальнаго взгляда на конфискацію, какъ на наказаніе, именно какъ на наказаніе дополнительное. Поэтому всѣ тѣ возраженія, которыя приходится приводить противъ концепціи конфискаціи, какъ наказанія, сохраняютъ свою силу и въ данномъ случаѣ.

Что же касается выставленнаго нашей сенатской практикой представленія о конфискаціи, какъ о наказаніи, заключающемъ въ себѣ вознагражденіе за вредъ и убытки, то мы должны замѣтить, что, какъ было уже раньше указано, то обстоятельство, что отобранная вещь поступаетъ въ собственность казны не является сущностью конфискаціи — сущность ея заключается въ отобраніи вещи, а не въ судьбѣ отобранной вещи. Конечно, въ отдѣльныхъ случаяхъ, при помощи обращенія въ свою собственность отобранной вещи казна можетъ возмѣстить тотъ ущербъ, который ей нанесенъ противузаконной дѣятельностью, но само по себѣ это обстоятельство не имѣетъ еще рѣшающаго значенія для выясненія природы конфискаціи. Какое назначеніе будетъ примѣнено въ отношеніи отобранной вещи, это вопросъ о послѣдствіяхъ отобранія, а не о его существѣ. Какъ мы видѣли, весьма часто наряду съ обращеніемъ отобранной вещи въ собственность казны указывается ея уничтоженіе, причемъ возможны случаи, гдѣ оба эти послѣдствія ставятся альтернативно другъ съ другомъ; но одно это уже показываетъ, что говорить о присущемъ конфискаціи элементѣ вознагражденія за вредъ нельзя. Наконецъ,

нельзя не обратить вниманія на то, что сенатъ, выставляя свой взглядъ на конфискацію, какъ на мѣру, заключающую въ себѣ элементъ вознагражденія за вредъ, причиненный фискальными нарушеніями казнѣ, исходилъ изъ положенія, которое еще само по себѣ нуждалось въ доказательствѣ, — именно онъ призналъ, что все то, что можетъ быть установлено относительно особой природы денежнаго взысканія, имѣетъ значеніе и для конфискаціи, т. е. другими словами онъ заранѣе призналъ одинаковый характеръ денежнаго взысканія и конфискаціи; но онъ при этомъ не обратилъ вниманія на то, что если эти мѣры и представляются одинаково вторженіемъ въ имущественную сферу, то тѣмъ не менѣе условія примѣненія ихъ далеко неодинаковы, такъ что отождествлять ихъ не представляется возможнымъ, а потому и нельзя вмѣстѣ съ тѣмъ переносить все то, что было высказано относительно денежнаго взысканія, на институтъ съ нимъ неоднородный. Нужно замѣтить, что въ настоящее время въ виду новой редакціи уст. там., въ особенности въ виду тѣхъ правилъ, которыя въ немъ содержатся относительно обстоятельствъ, устраняющихъ право наложенія взысканій и наказаній за таможенныя нарушенія (ср. ст. 1048—1064), точка зрѣнія сената утратила во всякомъ случаѣ свое значеніе въ отношеніи конфискаціи, предусмотрѣнной въ уст. там. Что же касается, наконецъ, конфискаціи, предусмотрѣнной въ ст. 1171 улож. о нак., то признавать и здѣсь конфискацію, какъ вознагражденіе за вредъ, причиненный казнѣ, при отсутствіи того фискальнаго нарушенія, которое дало поводъ сенату говорить объ особой природѣ конфискаціи по уставамъ казеннаго управленія, совершенно невозможно.

Итакъ, мы видимъ, что взглядъ на конфискацію, какъ на мѣру, обладающую чертами, присущими разнымъ правовымъ институтамъ, взглядъ, признающій смѣшанный характеръ этой мѣры, сводится въ конечномъ результатѣ къ признанію за конфискаціей все же характера одного института, именно наказанія.

Переходя, наконецъ, къ господствующему въ литературѣ взгляду на природу конфискаціи, мы видимъ, что онъ исходитъ изъ представленія о томъ, что конфискація не представляетъ единаго института, а есть понятіе, объединяющее собой мѣры разнаго порядка; причемъ эта точка зрѣнія высказывается какъ относительно института конфискаціи вообще, такъ и относительно того его выраженія, которое онъ находитъ въ отдѣльныхъ законодательствахъ, въ частности въ германскомъ уложеніи.

Особенно яркимъ выразителемъ этого взгляда является Штоссъ, указывающій на то, что конфискація можетъ проявляться въ

трехъ формахъ: полицейской, уголовной и гражданско-правовой; первая имѣетъ мѣсто тогда, когда отбираются предметы, признаваемые общеопасными вслѣдствіе ихъ объективной опасности или вслѣдствіе возможнаго злоупотребленія ими, это—обязательная и абсолютная конфискація, но она можетъ быть и факультативной и относительной, когда отбираются предметы, опасные для общества только потому, что они находятся въ рукахъ у опредѣленныхъ, особо квалифицированныхъ лицъ[1]); вторая имѣетъ мѣсто тогда, когда отбираются относительно опасные предметы, принадлежащіе виновному, съ цѣлью реагировать на его волю[2]); третья же есть тотъ видъ конфискаціи, когда отбирается то, что получено ex turpem vel injustam causam[3]). По его словамъ, только при подобномъ рѣшеніи вопроса такъ называемыя исключенія въ примѣненіи общихъ уголовно-правовыхъ положеній въ отношеніи конфискаціи исчезнутъ, и окажется, что многое, что считалось исключеніемъ, является на самомъ дѣлѣ послѣдствіемъ не уголовно-правового, а гражданско-правового или полицейскаго характера самой мѣры[4]). Въ соотвѣтствіи съ сказаннымъ, Штоссъ видитъ уголовную конфискацію въ § 40 герм. улож., полицейскую въ § 42, а также въ §§ 152 и 295 и гражданско-правовую въ § 335[5]). Точно также Гарро, очевидно, слѣдуя Штоссу, различаетъ тѣ же три вида конфискаціи, приводя примѣры ихъ по французскому праву[6]), а Гарсонъ считаетъ возможнымъ говорить даже о четырехъ видахъ конфискаціи, различая наказаніе, мѣру полицейскую, мѣру фискальную и гражданское вознагражденіе, предоставляемое отдѣльнымъ лицамъ[7]).

Другіе писатели, оставляя въ сторонѣ гражданско-правовую конфискацію, говорятъ о конфискаціи, какъ о наказаніи или какъ о мѣрѣ полицейской, исходя изъ представленія о неоднородности основаній, въ силу которыхъ примѣняется тотъ или иной видъ конфискаціи. Съ одной стороны то обстоятельство, что въ извѣстныхъ случаяхъ примѣненіе конфискаціи обставлено тѣми же условіями, что и примѣненіе любого наказанія, и прежде

---

[1]) Stooss. Zur Natur der Vermogensstrafen. 1878 s. 34.

[2]) Ib. s. 46.

[3]) Ib. s. 47.

[4]) Ib. s. 33.

[5]) Слѣдуетъ указать, что впослѣдствіе Штоссъ не говорилъ уже о гражданско-правовой конфискаціи, и въ своемъ учебникѣ (Stooss. Lehrbuch s. 229) онъ различаетъ два вида конфискаціи наказаніе и мѣру защиты.

[6]) Garraud. Traité t. II p. 420. Однако въ Précis 1909 p. 330 онъ различаетъ только два вида конфискаціи: amende и mesure de police.

[7]) Garçon l. c p. 67.

всего требованіемъ установленія наличности вины, является основаніемъ для признанія въ данномъ случаѣ за конфискаціей характера наказанія, съ другой—то обстоятельство, что въ другихъ случаяхъ для примѣненія ея этого не требуется, служитъ поводомъ для признанія за конфискаціей этого рода характера мѣры превентивной. Въ частности таково господствующее мнѣніе въ германской литературѣ относительно конфискаціи, предусмотрѣнной съ одной стороны въ § 40 герм. уг. улож., а съ другой стороны въ § 42. Это мнѣніе было высказано еще Гейнце (примѣнительно къ конфискаціи по прежнему германскому законодательству): по его словамъ, тамъ, гдѣ данная мѣра примѣняется въ отношеніи виновнаго лица, она является наказаніемъ, и наоборотъ тамъ, гдѣ она примѣняется независимо отъ виновности лица, она есть мѣра полицейская[1]). Дальнѣйшее развитіе это мнѣніе получило у Биндинга, который, говоря о случаяхъ превращенія уголовнаго права въ неуголовное (Umwandlung des Strafrechts in ein Nichtstrafrecht), указывалъ на то, что право отобранія и право уничтоженія вещи „происходятъ только изъ наказуемыхъ дѣяній: они на первомъ мѣстѣ являются карательными правами, а на второмъ служатъ полицейскимъ цѣлямъ—сдѣлать для виновнаго невозможнымъ дальнѣйшее использованіе его преступныхъ орудій (verbrecherische Werkzeuge), оградить пострадавшаго отъ дальнѣйшаго вреда и уничтожить продукты преступленія. Эта послѣдняя ихъ функція можетъ продолжаться также и тогда, когда ихъ первая функція отпадаетъ... Въ такомъ случаѣ они дѣлаются полицейскими мѣропріятіями, назначаемыми уголовнымъ судьей, какъ послѣдствіе наказуемыхъ дѣяній“ [2]). Такимъ образомъ у Биндинга въ особенности ясно подчеркивается смѣшанный характеръ конфискаціи, причемъ, казалось бы, изъ того факта, что конфискаціи всегда присущи превентивныя цѣли, и лишь иногда она выполняетъ карательныя функціи, слѣдовало дѣлать тотъ выводъ, что конфискація есть мѣра превентивная, которой иногда законодатель придаетъ характеръ наказанія, а не указывать на то, что конфискація есть вообще наказаніе и лишь иногда она разсматривается, какъ мѣра полицейская. Мысль о томъ, что въ конфискаціи надо различать съ одной стороны наказаніе, а съ другой мѣру полицейскую, проводится у весьма многихъ писателей, напр. у Фингера[3]), Ольсгаузена[4]), Мер-

[1]) Heinze. Die Strafe der Konfiskation nach der neueren deutschen Gesetzgebungen (Goltdammer's Archiv. B. V s. 587 ff.).

[2]) Binding. Handbuch s. 497.

[3]) Finger. Strafrecht I s. 294.

[4]) Olshausen l. c. s. 128, 137.

келя [1]), Гуго Мейера [2]), Гельшнера [3]), Гершеля [4]), Рана [5]), Франка [6]), Шетензака [7]), Рау [8]), Форберга [9]), Редвица [10]) и Баумана [11]).

При этомъ нужно имѣть еще въ виду, что, такъ какъ въ германскомъ уголовномъ уложеніи наряду съ общимъ опредѣленіемъ § 40, допускающимъ примѣненіе конфискаціи только въ томъ случаѣ, когда отбираются предметы у виновника преступленія или его соучастника, имѣются еще въ особенной части кодекса опредѣленія о допустимости конфискаціи безотносительно къ тому, кому принадлежитъ отбираемое имущество—т. н. unterschiedslose Einziehung, то въ литературѣ возникла контроверза относительно того, какъ квалифицировать этотъ видъ конфискаціи. Большинство только что приведенныхъ писателей стоитъ за признаніе конфискаціи во всѣхъ подобныхъ случаяхъ мѣрой превентивной; однако есть писатели, которые указываютъ на то, что здѣсь слѣдуетъ различать, примѣняется ли она въ отношеніи вещей, принадлежащихъ виновному или третьимъ лицамъ—въ первомъ случаѣ эта мѣра есть наказаніе, во второмъ она есть полицейская мѣра. Исходнымъ пунктомъ для этого взгляда является замѣчаніе Биндинга о томъ, что „если подобная конфискація направляется противъ невиновнаго, она не есть карательный актъ, а актъ админи-

---

[1]) Merkel. Lehrbuch s 227, 228.

[2]) Meyer-Allfeld. Lehrbuch s. 317, 318 eff.

[3]) Hälschner l. c. B. I s. 631; признавая за конфискаціей характеръ наказанія въ случаѣ, предусмотрѣнномъ § 40 герм. улож., онъ однако находитъ, что не всегда это наказаніе имѣетъ цѣлью причинить виновному зло, такъ какъ очень часто его цѣлью является превентивно-полицейская цѣль предупрежденія дальнѣйшаго использованія извѣстныхъ предметовъ для преступныхъ дѣяній.

[4]) Herschel. Die Rechtskraft der strafprozessualen Entscheidungen uber Einziehung und Unbrauchbarmachung. 1899 s. 11, 20, 25.

[5]) Rahn. Die Konfiskation im System des deutschen Reichsrechts mit besonderer Rucksichtigung des Gewerberechts. 1906 s. 15, 22.

[6]) Frank. l. c. s. 64.

[7]) Schotensack l. c. 12 и 32.

[8]) Rauh. l. c. s. 45.

[9]) Vorberg l. c. s. 5.

[10]) Redwitz. l. c. s. 81 ff.

[11]) Baumann. Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht. 1907 s. 38; онъ усматриваетъ различіе между конфискаціей, какъ наказаніемъ и какъ мѣрой полицейской, въ томъ же смыслѣ, какъ это установлено Штоссомъ и проведено въ швейцарскомъ проектѣ угол. улож.· конфискація, какъ наказаніе, это—тѣ случаи, гдѣ отбираются предметы, которые не опасны для общества, но представляютъ извѣстную опасность въ рукахъ виновника, а конфискація, какъ полицейская мѣра, это—тѣ случаи, гдѣ рѣчь идетъ объ отобраніи предметовъ опасныхъ для спокойствія оборота (Verkehrssicherheit), а потому и запрещенныхъ закономъ (s. 38 и 40).

стративный, устраняющій его имущество“ [1]). Въ такомъ же духѣ высказывается Меркель, замѣчая, что, если конфискація направляется въ отношеніи постороннихъ третьихъ лицъ, она „само собой разумѣется“ теряетъ характеръ наказанія [2]). То же мы видимъ и у Гуго Мейера [3]), Гершеля [4]) и, наконецъ, у Форберга, который прилагаетъ для выясненія природы этого вида конфискаціи ученіе, выдвинутое Эткеромъ примѣнительно къ уголовной отвѣтственности третьихъ лицъ. По этому ученію, третье лицо, у котораго отбирается имущество въ случаѣ совершенія преступленія, отвѣчаетъ за чужую вину. При этомъ Форбергъ замѣчаетъ, что цѣль этой отвѣтственности третьихъ лицъ есть во всякомъ случаѣ превентивная—„эта отвѣтственность должна дѣйствовать, какъ побужденіе (impelle): собственникъ долженъ оберегать свои вещи, которыя пригодны для преступленія, такимъ образомъ, чтобы другіе не могли ими овладѣть и при помощи ихъ совершить деликты. Если онъ этому не воспрепятствовалъ, то онъ долженъ нести послѣдствіе этого, онъ теряетъ свое имущество“ [5]). Такимъ образомъ у Форберга этотъ видъ конфискаціи есть собственно особый видъ наказанія, которое однако покоится не на дѣйствительно существующей, а лишь на предполагаемой винѣ. Какъ видно, для того, чтобы отстоять карательный характеръ данной мѣры, Форбергъ счелъ возможнымъ выдвинуть для обоснованія допустимости ея примѣненія положеніе, которое идетъ въ разрѣзъ съ основнымъ требованіемъ уголовнаго права о томъ, чтобы въ основѣ наказанія лежала дѣйствительная вина того, кто подвергается наказанію.

Оцѣнивая только что разсмотрѣнный взглядъ на правовую природу конфискаціи, взглядъ, признающій, что нѣтъ единаго института конфискаціи, а имѣются лишь различныя по своей природѣ мѣры, которыя объединяются однимъ общимъ наименованіемъ, мы можемъ замѣтить, что этотъ взглядъ исходитъ изъ общаго представленія о томъ, что въ данномъ отношеніи

---

[1]) Binding. Handbuch s. 84—85. То же заявляетъ Биндингъ и въ Normen B. 1 s. 31, называя конфискацію, которая затрогиваетъ имущество невиновныхъ, а также конфискацію, которая имѣетъ мѣсто и тогда, когда невозможно осужденіе или преслѣдованіе опредѣленнаго лица, чистой полицейской мѣрой. Въ своемъ Grundriss'ѣ s. 261 онъ по поводу конфискаціи этого рода замѣчаетъ: „это право отобранія по отношенію къ виновному образуетъ карательное право, а по отношенію къ невиновному только право отобранія безъ характера наказанія (das Einziehungsrecht ohne Strafcharakter)“.

[2]) Merkel l. c. s. 238.

[3]) Meyer-Allfeld l. c. s. 318.

[4]) Herschel l. c. s. 22.

[5]) Vorberg l. c. s 31.

имѣетъ рѣшающее значеніе то, въ чемъ и какъ проявляется въ конкретномъ случаѣ конфискація. Природа даннаго института рѣшается здѣсь въ зависимости отъ фактическихъ условій его примѣненія. Другими словами, заранѣе, in abstracto опредѣлить, что такое конфискація съ точки зрѣнія этого взгляда нельзя: все зависитъ отъ того, къ кому будетъ примѣнена эта мѣра и при какихъ фактическихъ предположеніяхъ она будетъ осуществлена. Представимъ себѣ, что по закону въ извѣстномъ случаѣ вещь, служившая средствомъ совершенія преступнаго дѣянія или произведенная противузаконнымъ путемъ, должна быть конфискована. Что представляетъ изъ себя эта конфискація, заранѣе на основаніи одного этого предписанія закона сказать нельзя; если виновный въ этомъ дѣяніи будетъ присужденъ судомъ къ наказанію, а данная вещь по приговору того же суда будетъ отобрана, то въ этомъ случаѣ признается, что конфискація есть наказаніе; но, если присужденный къ наказанію будетъ освобожденъ отъ наказанія или если онъ не можетъ быть подвергнутъ наказанію по опредѣленнымъ указаннымъ въ законѣ причинамъ, напр. если къ нему за смертью наказаніе примѣнить нельзя, то назначенная по суду конфискація въ этомъ случаѣ разсматривается уже, не какъ наказаніе, а какъ мѣра полицейская. Такимъ образомъ, въ силу чисто внѣшняго обстоятельства—невозможности примѣненія въ конкретномъ случаѣ наказанія, конфискація здѣсь разсматривается уже, не какъ наказаніе, а какъ мѣра иного порядка. Но вѣдь природа этой мѣры въ данномъ случаѣ не измѣнилась только изъ-за того, что наказаніе здѣсь не могло быть назначено или приведено въ исполненіе: какъ была эта мѣра назначена на основаніи прямого указанія закона, какъ послѣдствіе опредѣленныхъ противоправныхъ дѣяній, такъ она и осуществляется въ качествѣ такового. Та потребность, которая вызвала необходимость примѣненія конфискаціи въ виду особыхъ функцій, выполняемыхъ этимъ институтомъ, остается въ полной своей силѣ, какъ въ первомъ случаѣ, такъ и во второмъ; она не измѣняется отъ того, что въ одномъ случаѣ была еще потребность наказать виновнаго въ преступленіи, а въ другомъ этой потребности не оказалось или она не могла быть удовлетворена, или же признано нецѣлесообразнымъ ее удовлетворить. Иначе говоря, мы должны признать, что наличность такъ называемаго объективнаго процесса не измѣняетъ природы той мѣры, которая можетъ быть назначена и при обычныхъ условіяхъ, въ рамкахъ нормальнаго порядка отправленія уголовнаго правосудія. Сущность конфискаціи состоитъ въ томъ, что извѣстная вещь должна быть отобрана, такъ какъ нельзя

по тѣмъ или инымъ соображеніямъ оставлять ее у того, кто совершилъ преступное дѣяніе; но при какихъ условіяхъ это осуществляется (при нормальномъ ли порядкѣ отправленія правосудія или же при особенномъ), само по себѣ значенія не имѣетъ. Съ другой стороны не мѣняетъ дѣла и то обстоятельство, что въ извѣстныхъ случаяхъ не обращается вниманіе на то, у кого вещь отбирается—на то, принадлежитъ ли она тому лицу, которое совершило преступленіе, или третьему лицу. Попытка проводить въ этомъ отношеніи различіе между отдѣльными случаями въ зависимости отъ того, постигаетъ ли эта мѣра виновнаго или нѣтъ, опять таки показываетъ, что здѣсь обращается вниманіе на то, при какихъ условіяхъ данная мѣра примѣняется, между тѣмъ эти условія не измѣняютъ смысла общаго опредѣленія о томъ, что извѣстная вещь должна быть изъята у того, у кого она оказалась, въ силу особой потребности правопорядка. То обстоятельство, что иногда законъ требуетъ непремѣнно, чтобы вещь была отобрана только у того, кто совершилъ преступленіе, а въ другихъ случаяхъ онъ на это вниманія не обращаетъ, можетъ быть объяснено тѣмъ, что въ опредѣленныхъ случаяхъ осуществленіе потребности въ отобраніи извѣстныхъ вещей ставится въ связь съ представленіемъ объ особенной важности нѣкоторыхъ правонарушеній, что въ частности ясно замѣтно въ германскомъ правѣ, гдѣ отобраніе вещи производится по общему правилу (§ 40) лишь у виновника или участника умышленнаго (слѣдовательно, не неосторожнаго) преступленія и проступка (слѣдовательно, не нарушенія).

§ 16. Такимъ образомъ мы исходимъ изъ представленія о томъ, что конфискація, какъ институтъ, вытекающій изъ опредѣленной потребности правопорядка, есть единый по своему внутреннему содержанію институтъ, и что отдѣльные случаи конфискаціи, извѣстные положительному праву, являются лишь отдѣльными видами единаго общаго понятія конфискаціи. То, что вызываетъ необходимость конфискаціи, сохраняетъ свое значеніе во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ примѣняется отобраніе извѣстныхъ вещей.

Установивъ это положеніе, мы должны остановиться подробнѣе на выясненіи правовой природы конфискаціи, какъ особаго вида мѣръ пресѣченія неправды; при этомъ мы будемъ имѣть въ виду всѣ тѣ различные случаи конфискаціи, которые можно установить въ положительномъ правѣ, и остановимся на тѣхъ соображеніяхъ, которыя можно привести въ пользу признанія за этими случаями конфискаціи характера мѣръ пресѣченія.

Говоря о конфискаціи, какъ объ особомъ институтѣ, мы прежде всего должны указать, что сущность этого института съ его внѣшней стороны заключается въ отобраніи вещи. Отобраніе же есть принудительное изъятіе вещи изъ владѣнія опредѣленнаго лица. Это отобраніе вызывается представленіемъ о необходимости устраненія изъ правопорядка всего того, что заключаетъ въ себѣ неправду. Въ этомъ отношеніи мы должны вспомнить то, что было сказано раньше.

Посколько установляется запретъ той или иной дѣятельности, правопорядокъ не можетъ примириться съ фактомъ существованія послѣдней; отсюда разнообразныя мѣры пресѣченія, направленныя на прекращеніе проявленія неправды. Эти мѣры имѣютъ по большей части личный характеръ, падая на опредѣленное лицо, совершающее данное правонарушеніе. При помощи соотвѣтствующаго воздѣйствія на это лицо можно достигнуть устраненія самаго правонарушенія. Но иной характеръ получаютъ тѣ же мѣры, когда воздѣйствіемъ на лицо нельзя прекратить происходящее или уже происшедшее правонарушеніе, въ особенности когда правонарушеніе вылилось въ такихъ формахъ, что получается длящійся его эффектъ. Здѣсь это правонарушеніе или его длящіеся результаты должны быть устранены другимъ путемъ, именно при помощи воздѣйствія на ту вещь, въ которой воплощается противоправная дѣятельность. Это воздѣйствіе въ видѣ отобранія вещи касается прежде всего продуктовъ преступной дѣятельности (producta sceleris), предметовъ, произведенныхъ преступнымъ дѣяніемъ. Естественно, что эти предметы нетерпимы для правопорядка. Какъ замѣчаетъ Биндингъ, имѣя въ виду спеціально область подлога разныхъ удостовѣрительныхъ знаковъ, „посредствомъ передѣлки подлиннаго, а также посредствомъ приготовленія поддѣльнаго производятся лжеблага (Trugguter)“, которыя должны быть истреблены, какъ „воплощенная ложь въ правѣ (verkorperte Rechtslügen)“,—они „предназначены (sind prädestinirt) для отобранія“ [1]). Эту же мысль повторяетъ вслѣдъ за нимъ и Шетензакъ, говоря о „псевдо-благахъ“ (Pseudo-Güter), съ которыми правопорядокъ долженъ вести неумолимую борьбу, такъ какъ „ихъ существованіе, какъ воплощенная неправда (verkörpertes Unrecht), если можно такъ выразиться, несоединимо съ правопорядкомъ и невыносимо для него [2]). И это замѣчаніе справедливо не только въ отношеніе подобныхъ „лжеблагъ“ или

[1]) Binding. Normen, I, s. 35.

[2]) Schoetensack l. c. s. 10.

„псевдоблагъ"—фальсификатовъ правовыхъ благъ. Все то, что является продуктомъ преступной дѣятельности, находится въ подобномъ же положеніи, — все это непримиримо съ существомъ правопорядка. Если напр. правопорядокъ находитъ, что порнографическія изображенія не должны быть допускаемы въ оборотъ, то вполнѣ понятно, что онъ не можетъ примириться съ тѣмъ, чтобы въ чьихъ-нибудь рукахъ находились такія изображенія; эти изображенія должны быть отобраны у того, у кого они находятся, для того, чтобы можно было вывести ихъ изъ оборота такимъ путемъ; или если напр. запрещается по опредѣленнымъ соображеніямъ изготовленіе извѣстныхъ предметовъ (напр. игральныхъ картъ) и оборотъ съ ними, то они должны быть точно также отбираемы, такъ какъ правопорядокъ не можетъ допустить, чтобы они находились у кого-нибудь. Такимъ образомъ для всей области продуктовъ преступной дѣятельности вполнѣ понятна потребность отобранія ихъ въ интересахъ правопорядка.

То же мы можемъ сказать и относительно тѣхъ случаевъ, гдѣ рѣчь идетъ о конфискаціи предметовъ, для производства которыхъ или для заключенія сдѣлокъ съ которыми требуется наличность особыхъ закономъ установленныхъ правилъ, въ данномъ случаѣ не соблюденныхъ. Поскольку законъ устанавляетъ въ этомъ отношеніи опредѣленныя требованія, постолько все то, что будетъ совершено вопреки этимъ требованіямъ, по мысли законодателя, не должно было существовать; въ немъ также заключается извѣстное проявленіе неправды, и какъ таковое, оно можетъ и должно быть устранено. Правопорядокъ не можетъ терпѣть всего того, что произведено или использовано противузаконнымъ путемъ,—всего того, на чемъ лежитъ печать противузаконности.

Но то же слѣдуетъ сказать и относительно орудій совершенія преступленій (instrumenta sceleris). Если воспрещается извѣстная дѣятельность, то тѣмъ самымъ воспрещается и всякая приготовительная и вспомогательная къ ней дѣятельность. Поэтому поскольку возникаетъ представленіе объ извѣстномъ запрещенномъ дѣяніи, сейчасъ же является представленіе и о средствахъ, пользованіе которыми для совершенія извѣстныхъ дѣяній также является запрещеннымъ. Въ средствѣ, которое употребляется для совершенія преступнаго дѣянія, въ силу этого такъ же воплощается неправда, какъ и въ самомъ продуктѣ преступнаго дѣянія. И въ этомъ случаѣ дѣло вовсе не въ томъ, что данный предметъ является опаснымъ, притомъ абсолютно или отно-

сительно опаснымъ, какъ училъ Штоссъ [1]); самый предметъ, какъ неоднократно указывалось, вообще не можетъ быть опаснымъ, опасно лишь использованіе его. Конечно, есть предметы, которые въ подобномъ смыслѣ представляютъ весьма высокую степень опасности, напр. взрывчатыя вещества, но есть предметы, которые вовсе не являются опасными и тѣмъ не менѣе отбираются, какъ средства совершенія преступленія; такъ, напр. кинжалъ, которымъ кто-нибудь совершилъ убійство, отбирается, хотя степень опасности этого оружія остается такой же, какой она была и до совершенія преступленія. Справедливо замѣчаетъ по этому поводу Форбергъ, что, если думать, что совершеніе деликта при помощи извѣстнаго предмета обусловливаетъ опасное свойство послѣдняго, то подобное воззрѣніе могло бы возникнуть только изъ суевѣрія [2]). Кинжалъ отбирается въ данномъ случаѣ не потому, что онъ опасенъ, а потому, что въ немъ воплотилось преступленіе, посколько онъ былъ причиной смерти человѣка. Эта мысль нашла себѣ извѣстное выраженіе въ взглядахъ нѣкоторыхъ писателей, въ частности Бури [3]), Толькемита [4]) и Фридлендера [5]), которые указываютъ на символическое значеніе данной мѣры и подчеркиваютъ, что иногда въ ней лежитъ мысль, которая сходна съ идеей таліона (Фридлендеръ) или является даже прямо остаткомъ таліона (Толькемитъ). Болѣе точно выражаетъ ту же мысль Биндингъ, указывая на то, что здѣсь имѣется остатокъ древне-германской Frohndungsgedanke — идеи тягла,—въ силу которой преступникъ лишался благодаря своему дѣянію права собственности на орудіе его совершенія; въ современномъ же образѣ мыслей эта идея выражается въ приведенномъ выше принципѣ: недостойно права оставлять вещь у недостойнаго [6]). Съ другой стороны нужно обратить вниманіе на то, что орудія преступленія нерѣдко отбираются въ виду того, что они являются вещественными доказательствами по дѣлу, и если послѣ осужденія виновнаго въ преступленіи, судъ дѣлаетъ постановленіе о ихъ уничтоженіи или объ обращеніи ихъ на извѣстныя надобности, то это объясняется тѣмъ, что возвратить ихъ осужденному преступнику не представляется допустимымъ по соображеніямъ чисто практическаго характера.

---

[1]) Stoss l. c. s. 34

[2]) Forberg l. c. s. 31.

[3]) Buri. Zur Natur der Vermogensstrafen (Gerichtssaal. B. 30. s. 250).

[4]) Tolkemiet l. c. s. 14

[5]) Friedländer l. c s. 18.

[6]) Binding. Grundriss s 260.

Та же потребность конфискаціи можетъ быть далѣе установлена и въ отношеніи тѣхъ предметовъ, которые добыты преступнымъ путемъ (scelere quaesita),—обогащенія преступнымъ путемъ правопорядокъ тоже не можетъ терпѣть, устраняя то, что возникло ex turpi causa по принципу lucrum turpe extorqueri; это начало имѣетъ широкій объемъ примѣненія не только въ области преступныхъ дѣяній, но и въ той области, гдѣ имѣется противоправное, но не наказуемое дѣяніе, напр. въ случаѣ, указанномъ ст. 1666 зак. гражд. Сюда относятся случаи, предусмотрѣнные напр. въ ст. 373 и 378 улож. о нак. и 662 угол. улож. 1903 г. или въ § 335 герм. улож.,—отобранія дара при взяточничествѣ. Нужно замѣтить, что конфискація въ подобномъ случаѣ въ германской литературѣ разсматривается или какъ гражданско-правовая конфискація (точка зрѣнія Штосса [1]), Ниссена [2]) и Кэбнера) [3]) или какъ наказаніе (господствующій взглядъ) [4]). Что касается перваго взгляда, то онъ обыкновенно обосновывается тѣмъ, что здѣсь есть частный случай проявленія положенія, установленнаго въ гражданскомъ правѣ о томъ, что тамъ, гдѣ что нибудь возникло ob turpem vel injustam causam и гдѣ ни для кого не рождается на этомъ основаніи права требованія, тамъ должна казна получать turpe lucrum (Штоссъ). Но въ этомъ взглядѣ ничего специфически-цивилистическаго мы усмотрѣть не можемъ. Принципъ turpe lucrum extorqueri только потому можетъ разсматриваться, какъ имѣющій отношеніе къ области гражданскаго права, что онъ подчеркиваетъ недопустимость обогащенія незаконнымъ путемъ, но самъ по себѣ онъ есть частное проявленіе общаго начала недопустимости существованія въ оборотѣ всего того, въ чемъ выражается правонарушеніе. Что же касается взгляда на то, что въ случаяхъ конфискаціи scelere quaesita заключается наказаніе, то этотъ взглядъ основывается обыкновенно на томъ соображеніи, что самъ законодатель данную мѣру устанавливаетъ, какъ послѣдствіе деликта, какъ наказаніе [5]), и что въ частности въ этомъ отношеніи особенное значеніе имѣетъ то обстоятельство, что эта мѣра можетъ постигать только виновнаго [6]).

---

[1]) Stooss l. c. s. 47 и 54.

[2]) Nissen l. c. s. 85.

[3]) Köbner l. c. s. 15.

[4]) Ср. напр. Frank l. c. s. 542; Vorberg l. c. s. 12; Wahlberg l. c. s. 514; Redwitz l. c. s. 92, Gutmann. Die Natur der Geldstrafe und ihre Verwendung im heutigen Reichsstrafrecht. 1909 s. 11; такое же мнѣніе было высказано въ рѣш. у. к. д. 98/14

[5]) Vorberg l c. s. 12; Wahlberg l. c. s. 514.

[6]) Redwitz l. c. s. 92.

Однако эти соображенія не имѣютъ такого значенія, чтобы наличность ихъ заставляла насъ признавать въ этомъ видѣ конфискаціи не мѣру пресѣченія, вызываемую потребностью устраненія всего того, что воплощаетъ въ себѣ неправду, а наказаніе, выражающее въ себѣ оцѣнку учиненнаго.

Наконецъ, потребность отобранія извѣстныхъ предметовъ, какъ потребность удаленія того, въ чемъ воплощается преступная дѣятельность можетъ быть установлена и въ тѣхъ случаяхъ, когда отобранію подвергаются предметы, которые въ непосредственной связи съ преступленіемъ не стоятъ, но которые тѣмъ не менѣе конфискуются вмѣстѣ съ орудіями преступленія или съ его продуктами; такъ напр. по ст. 1112 улож. о нак. устанавливается отобраніе посылки, въ которой пересылается порохъ и т. п., причемъ отбираются и вещи, пересылать которыя вообще по почтѣ не воспрещается; но это постановленіе надо понимать въ томъ смыслѣ, что имъ запрещается вкладывать въ посылку, въ которой пересылается что-нибудь запрещенное, и предметы вообще къ пересылкѣ не запрещенные, а потому въ случаѣ несоблюденія этого требованія отобраніе примѣняется на общемъ основаніи. Такимъ образомъ и здѣсь мы имѣемъ установленіе мѣры пресѣченія въ отношеніи происшедшаго недозволеннаго дѣянія, длящіеся эффекты котораго должны быть устранены изъ оборота. То же мы можемъ признать и относительно случаевъ конфискаціи груза на суднѣ, посколько на этомъ суднѣ укрывалась противузаконная добыча (ст. 921^2 ул. о нак.). Наконецъ, въ тѣхъ случаяхъ, которые указаны въ уставѣ акц. сб.,—конфискація всего находящагося на заводѣ вина и спирта (ст. 1087) или всего находящагося на складѣ табака, а не только тайно принятаго и т. п. (ст. 1184, 1186 и 1189), мы, очевидно, имѣемъ дѣло съ презумпціей того, что разъ часть предметовъ использована противузаконнымъ образомъ, то это же можно предположить и относительно другой части ихъ, которая можетъ быть использована такимъ же путемъ, а потому здѣсь отбираются данные предметы, какъ возможное въ будущемъ воплощеніе неправды.

Только въ одномъ случаѣ мы не усмотримъ въ отобраніи вещей того общаго принципа, который мы видимъ во всѣхъ остальныхъ случаяхъ конфискаціи, именно въ предусмотрѣнномъ въ ст. 1271 улож. о нак. отобраніи въ пользу хозяина корабля вещей водоходца, оставленныхъ на кораблѣ, въ случаѣ если онъ уйдетъ съ корабля или откажется слѣдовать въ путь; но въ данномъ случаѣ мы имѣемъ дѣло не съ отобраніемъ, какъ оно обыкновенно разумѣется, а съ мѣрой, аналогичной съ обращеніемъ залога въ

собственность залогопринимателя въ случаѣ неисполненія извѣстнаго обязательства, обезпеченнаго залогомъ

Отрицая за конфискаціей характеръ наказанія, мы должны остановиться на выясненіи значенія того обстоятельства, что въ случаѣ невозможности отобранія вещи иногда взыскивается съ виновнаго ея стоимость. Мы должны выяснить, является ли это обстоятельство такимъ моментомъ, въ силу котораго данная мѣра становится наказаніемъ. При рѣшеніи этого вопроса нужно прежде всего обратить вниманіе на то, что самая допустимость замѣны вещи, подлежащей конфискаціи, ея стоимостью есть исключеніе изъ общаго правила, такъ какъ обычно конфискація расчитана на опредѣленную вещь, на species. Поэтому случаи этого рода должны быть въ законѣ точно указаны, и примѣненіе этой замѣны въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ это закономъ не указано, на основаніи распространительнаго толкованія сдѣлано быть не можетъ [1]). Случаи этого рода дѣйствующему улож. о нак. и уст о нак. неизвѣстны (здѣсь говорится лишь о замѣнѣ отобранія лѣса въ пользу лѣсовладѣльца стоимостью его или лѣсныхъ издѣлій—ст. 158[1] уст. о нак.); они извѣстны однако угол. улож., въ ст. 662 котораго говорится о замѣнѣ взысканія дара его стоимостью при взяточничествѣ. Затѣмъ объ этой замѣнѣ говорятъ ст. 1062, 1102, 1103, 1103[1], 1237, 1238, 1254, 1260 уст. акц. сб. и ст. 1049 уст. там., которая общимъ образомъ указываетъ, что въ случаѣ, когда отобраніе контрабандныхъ товаровъ является невозможнымъ, съ виновнаго въ контрабандѣ взамѣнъ отобранія взыскивается ихъ стоимость. При этомъ нужно замѣтить, что вмѣстѣ съ тѣмъ здѣсь же установляется, что, если стоимость неотобранныхъ товаровъ и размѣръ причитающейся пени не могутъ быть исчислены, то виновный подвергается денежной пенѣ не свыше 1000 р., такъ что въ этомъ послѣднемъ случаѣ въ пеню включается и предполагаемая стоимость отбираемыхъ предметовъ.

При рѣшеніи вопроса о томъ, какое значеніе имѣетъ эта замѣна отбираемой вещи ея стоимостью, представляетъ интересъ

---

[1]) Эта мысль между прочимъ выражена сенатомъ въ рѣш. у. к д. 91/28, гдѣ сказано. „конфискація вообще заключается въ изъятіи въ случаяхъ, законами указанныхъ, предметовъ изъ владѣнія частнаго лица, слѣдовательно, можетъ имѣть мѣсто лишь при наличности предметовъ, подлежащихъ конфискаціи. Если законъ и допускаетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ какъ бы замѣну конфискаціи взысканіемъ стоимости подлежащихъ конфискаціи, но не находящихся на лицо предметовъ, то на это допущеніе слѣдуетъ смотрѣть лишь какъ на исключеніе изъ общаго правила, которое не можетъ быть распространено на случаи, въ законѣ прямо не указанные“.

выясненіе предварительнаго вопроса о томъ, что заключаетъ въ себѣ это взысканіе стоимости вещи, подлежавшей отобранію,— есть ли это тоже наказаніе, или же эта мѣра имѣетъ иной характеръ. По общепринятому въ нѣмецкой литературѣ мнѣнію, взысканіе стоимости подлежавшей отобранію вещи разсматривается, какъ наказаніе, именно, какъ наказаніе дополнительное [1]); то же мнѣніе высказываетъ въ нашей литературѣ Фонъ-Резонъ, замѣчая, что „взысканіе стоимости... имѣетъ, разумѣется, тотъ же характеръ, какъ и замѣняемая карательная мѣра“ [2]). При этомъ обыкновенно, какъ обоснованіе этого взгляда, приводится соображеніе о томъ, что эта мѣра замѣняетъ собой конфискацію, а посколько конфискація есть наказаніе, постолько и она есть наказаніе [3]). Впрочемъ, въ литературѣ высказывается иногда взглядъ на эту мѣру, какъ на конфискацію [4]), причемъ опять таки ея характеръ именно, какъ наказанія, выводится изъ того, что замѣняемая ею мѣра есть тоже наказаніе. Однако если мы вникнемъ въ сущность данной мѣры, то мы должны будемъ признать за ней совершенно иной характеръ. Эта мѣра должна быть разсматриваема, какъ особый видъ вознагражденія казны за неполученное ею имущество, подлежавшее отобранію. Въ силу вошедшаго въ законную силу приговора казна пріобрѣтаетъ право собственности въ отношеніи опредѣленной вещи. Эта вещь должна быть передана виновнымъ казнѣ, и, посколько онъ этого не дѣлаетъ, казна въ силу прямого указанія закона получаетъ право взыскать съ него ту сумму денегъ, которая соотвѣтствуетъ стоимости подлежавшей отобранію вещи. Такимъ образомъ здѣсь въ виду того, что имущество не можетъ быть получено казной, ея притязаніе обращается на эквивалентъ этого имущества. Правда, законъ можетъ иногда установить и замѣну конфискаціи наказаніемъ особаго рода, какъ это указано въ ст. 1049 уст. там., но установленная здѣсь пеня служитъ и средствомъ вознагражденія казны за ущербъ, причиненный фискальнымъ нарушеніемъ, вслѣдствіе чего и явилась возможность присоединить притязаніе казны на возмѣщеніе эквивалента неотобранной вещи къ притязанію на вознагражденіе за ущербъ отъ фискальнаго нарушенія, и удовлетвореніе этого притязанія ввести, какъ составной элементъ въ то наказаніе, которое

---

[1]) Ср. напр. Binding. Grundriss s. 288, то же въ Lehrbuch s. 735; Gutmann l. c. s. 11, Vorberg l. c s. 44, Redwitz l. c. s. 93

[2]) Фонъ-Резонъ в. с. стр. 98.

[3]) Gutmann l. c. s. 11.

[4]) Rauh l. c. s. 46,

въ данномъ случаѣ примѣняется. Наконецъ, если мы видимъ, что по голландскому улож. (§ 34) допускается даже примѣненіе ареста взамѣнъ денежнаго взысканія (отъ 1 дня до 6 мѣс.), въ случаѣ, если стоимость подлежавшей отобранію вещи не будетъ внесена въ теченіе назначеннаго (до 2 мѣс.) срока, то это постановленіе, дѣйствительно, устанавливаетъ кару, однако не за то правонарушеніе, которое вызвало необходимость установить конфискацію, а за неисполненіе возложенной на извѣстное лицо обязанности внести въ опредѣленный срокъ причитающееся денежное взысканіе, соотвѣтствующее стоимости подлежавшей отобранію вещи. Это подтверждается тѣмъ обстоятельствомъ, что то же наказаніе назначается здѣсь судомъ и тогда, когда подлежащіе конфискаціи предметы, не бывшіе предварительно отобраны, не будутъ виновными доставлены вопреки приговору суда, опредѣлившему ихъ конфискацію.

Такимъ образомъ то обстоятельство, что взыскивается стоимость извѣстныхъ предметовъ, подлежавшихъ конфискаціи, въ случаѣ, если они не могутъ быть отобраны, не придаетъ конфискаціи характера наказанія, такъ какъ это взысканіе стоимости ихъ не есть еще наказаніе.

Какъ таковое, отобраніе вещи, будучи мѣрой пресѣченія, есть мѣра, чуждая отправленію правосудія. Поэтому было бы вполнѣ естественно предоставлять назначеніе этой мѣры органамъ административной власти, и мы видимъ въ положительномъ правѣ рядъ указаній на то, что принятіе этой мѣры относится къ компетенціи органовъ административной власти. Однако, посколько при примѣненіи конфискаціи приходится рѣшать вопросъ, связанный съ принадлежностью имущества тому или иному лицу, а вмѣстѣ съ тѣмъ и устанавливать право собственности на это имущество за казною, или же другими учрежденіями, постолько на основаніи общихъ принциповъ современнаго правового государства примѣненіе этой мѣры должно быть отнесено принципіально къ компетенціи суда. Только назначеніе предварительной конфискаціи можетъ быть предоставляемо органамъ административнымъ. Но, конечно, самъ по себѣ тотъ фактъ, что компетентнымъ органомъ для назначенія конфискаціи признается судъ, не придаетъ еще этой мѣрѣ характера наказанія.

Особая природа конфискаціи, отличная отъ природы наказанія, особенно ясно выражается въ тѣхъ постановленіяхъ, которыя касаются съ одной стороны вопроса о томъ, у кого отбирается вещь, а съ другой, посколько примѣняются въ этомъ отношеніи общія положенія, касающіяся погашенія наказанія.

Прежде всего мы должны отмѣтить, что для конфискаціи, какъ мѣры пресѣченія, не важно, у кого данная вещь отбирается,— у лица, учинившаго преступное дѣяніе или участника послѣдняго, или же у третьяго лица. Посколько данная вещь не должна существовать въ оборотѣ, постолько она должна быть изъ него удалена. Но такъ какъ положенія уголовнаго права имѣютъ въ виду того, кто совершилъ преступленіе, то въ немъ обыкновенно вопросъ о допущеніи конфискаціи разрѣшается примѣнительно къ лицамъ виновнымъ; однако, какъ мы видимъ, во многихъ законодательствахъ вмѣстѣ съ тѣмъ указывается, что мѣра эта можетъ быть примѣнена и тогда, когда о наказаніи извѣстнаго лица за то дѣяніе, которое влечетъ за собой конфискацію, рѣчи быть не можетъ. Дѣйствующее наше улож. о нак. соотвѣтствующихъ опредѣленій по данному вопросу не содержитъ, но угол. улож. 1903 г. спеціально подчеркиваетъ эту особенность конфискаціи въ ст. 38, которая гласитъ: „постановленія, въ статьяхъ 36 и 37 изложенныя, примѣняются судомъ и въ случаѣ оправданія обвиняемаго или освобожденія его отъ наказанія, а также въ случаѣ прекращенія или пріостановленія уголовнаго преслѣдованія“.

Нужно замѣтить, что не мало отступленій отъ общихъ требованій, предъявляемыхъ къ наказанію, мы находимъ въ другихъ частяхъ нашего законодательства,—отступленій, допускающихъ конфискацію и тогда, и когда нѣтъ на лицо виновника правонарушенія, и тогда, когда онъ есть, но вина его не можетъ быть установлена. Это въ особенности ясно вытекаетъ изъ тѣхъ опредѣленій, которыя имѣются въ нашемъ правѣ въ отношеніи уничтоженія произведеній печати преступнаго содержанія: ст. 1213[16] указываетъ, что въ случаѣ отсутствія основаній къ возбужденію уголовнаго преслѣдованія судъ, если въ произведеніи печати заключаются признаки преступнаго дѣянія, постановляетъ приговоръ объ уничтоженіи этого произведенія или его части, а также стереотиповъ и другихъ принадлежностей тисненія, заготовленныхъ для его напечатанія, а ст. 1213[23] даетъ право суду назначить эту мѣру и въ случаѣ неотысканія кого-либо изъ отвѣтственныхъ по дѣламъ печати лицъ, причемъ сужденіе о наказаніи отлагается. То же мы видимъ въ уставахъ казеннаго управленія, гдѣ примѣненіе отобранія допускается и тогда, когда уголовная отвѣтственность исключается въ виду того, что виновникъ преступнаго дѣянія не обнаруженъ [1]).

---

[1]) Ст. 1053 уст. там. говоритъ, что контрабандные товары, обнаруженные безъ провозителей, а равно задержанныя съ ними перевозочныя средства въ томъ случаѣ, если хозяева ихъ не явятся въ 7 дневный срокъ со дня выставленія о

Съ другой стороны, такъ какъ въ случаяхъ конфискаціи приходится иногда сталкиваться съ интересами третьихъ лицъ, которыя вступили въ обладаніе данной вещи, не участвуя сами въ совершеніи противузаконнаго дѣянія и по обстоятельствамъ дѣла не имѣя возможности знать о наличности его совершенія, то въ интересахъ обезпеченія правъ этихъ лицъ могутъ быть установлены извѣстныя ограниченія въ отношеніи допустимости конфискаціи вещей, оказавшихся въ обладаніи третьихъ лицъ. Такъ, это прежде всего можетъ быть установлено въ отношеніи тѣхъ вещей, которыя не представляютъ индивидуальной опредѣленности, не составляютъ собой species, но затѣмъ то же можетъ быть признано въ отношеніи тѣхъ вещей, которыя вошли въ гражданскій оборотъ съ нарушеніемъ тѣхъ правилъ, которыя для этого установлены и которыя нарушаютъ опредѣленные интересы фиска, а также въ отношеніи орудій преступленія [1]).

томъ объявленія у дверей таможни и не принесутъ въ тотъ же срокъ жалобы на неправильное задержаніе оныхъ, рѣшеніемъ таможни, отбираются Съ другой стороны въ уст объ акц сбор мы находимъ указаніе относительно возможности примѣненія конфискаціи по отношенію къ лицамъ, которыя сами непосредственно преступленія не совершили, именно устанавливается, что конфискаціи питей, припасовъ, матеріаловъ и удаленію изъ завода посуды и заводскихъ приспособленій заводчики, арендаторы и содержатели заведеній подвергаются лишь въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) заводчики—когда нарушеніе учинено ими самими или съ ихъ вѣдома, или хотя и безъ ихъ вѣдома, но на заводѣ, отданномъ въ аренду безъ заявленія о томъ установленнымъ порядкомъ акцизному управленію или же прежде воспослѣдованія такого заявленія, 2) арендаторы заводовъ—когда нарушеніе учинено ими самими или съ ихъ вѣдома; но въ семъ случаѣ судъ не постановляетъ однако объ удаленіи посуды и заводскихъ приспособленій, 3) содержатели заведеній—когда нарушеніе учинено ими самими или съ ихъ вѣдома, или же хотя и безъ ихъ вѣдома, но такимъ сидѣльцемъ или приказчикомъ, который не имѣетъ установленнаго промысловаго свидѣтельства (ст. 1147) Точно также въ ст. 1223 установляется, что конфискація табаку, табачныхъ издѣлій и орудій или предметовъ, служащихъ для приготовленія табаку не назначается, если соотвѣтствующія нарушенія учинены на фабрикѣ, складѣ или торговомъ заведеніи безъ вѣдома и согласія фабриканта, складчика или содержателя. Постановленіе это не распространяется однако на конфискацію самихъ предметовъ нарушенія, какъ то: безбандерольныхъ или неправильно обандероленныхъ табачныхъ издѣлій въ ненадлежащихъ помѣщеніяхъ, незаконно хранимаго, выпущеннаго или принятаго листового табаку и незаконно содержимыхъ станковъ и снарядовъ. Означенные предметы подлежатъ конфискаціи во всякомъ случаѣ, хотя бы самыя нарушенія, влекущія за собой это послѣдствіе, были учинены безъ вѣдома и согласія фабриканта, складчика или торговца.

[1]) Такъ, напр. ст. 1051 уст там. постановляетъ, что, если кантрабандные, таможенному клейму не подлежащіе товары, обнаруженные за предѣлами 50 верстной полосы отъ сухопутной границы и береговъ морей въ глубь страны, перешли уже къ третьимъ лицамъ, то и при наличности доказательствъ контрабаднаго ихъ

Особая природа конфискаціи видна далѣе въ томъ, что тѣ обстоятельства, которыя погашаютъ наказаніе, ео ipso не имѣютъ этого значенія въ отношеніи случаевъ примѣненія конфискаціи. Такъ, прежде всего на нее не распространяется дѣйствіе помилованія. Акты, устанавливающіе помилованіе, на это обыкновенно прямо указываютъ, помѣщая конфискацію въ числѣ тѣхъ мѣръ, на которыя не распространяется помилованіе. Такъ, напр. ст. 15 отд. XVIII указа 21 февраля 1913 г. гласитъ: „освобожденіе за силой сего указа отъ наказанія не избавляетъ виновнаго отъ обязанности вознагражденія за вредъ и убытки... и не освобождаетъ отъ отобранія въ установленныхъ закономъ случаяхъ вещей и предметовъ, или взысканія ихъ стоимости... [1]). То же приходится признать относительно давности и смерти виновнаго, какъ обстоятельствъ, погашающихъ наказаніе. Эти обстоятельства сами по себѣ не могутъ устранять потребности въ изъятіи предмета, который по тѣмъ или инымъ соображеніямъ не можетъ быть терпимъ въ гражданскомъ оборотѣ. Въ нашей судебной практикѣ это начало прямо усвоено въ отношеніи давности; именно, сенатъ въ рѣш. общ. собр. 93/1 указалъ, что конфискаціи нельзя придавать значеніе такого уголовнаго послѣдствія преступленія, которое въ силу ст. 16 у. у. с. отпадаетъ за прекращеніемъ уголовнаго преслѣдованія. Въ настоящее же время данный принципъ получилъ полное признаніе въ новой редакціи уст. там., гдѣ мы находимъ общее постановленіе о томъ, что въ случаѣ прекращенія преслѣдованія противъ виновнаго въ контрабандѣ за его смертью, за истеченіемъ давности и за Высочайшимъ указомъ или общимъ Всемилостивѣйшимъ манифестомъ, дарующимъ прощеніе, задержанные товары отбираются (ст. 1155).

водворенія товары эти отобранію не подлежатъ Точно также ст. 1052 говоритъ объ отобраніи упряжныхъ и вьючныхъ животныхъ, упряжи, повозокъ и малыхъ перевозочныхъ судовъ, служившихъ для провоза контрабандныхъ товаровъ и задержанныхъ съ сими товарами, 1) если будетъ доказано, что товары эти привезены на нихъ изъ-за границы, или съ черты границы или съ корабля, или же 2) если въ означенныхъ повозкахъ и судахъ будутъ обнаружены контрабандные товары, находившіеся въ помѣщеніяхъ, приспособленныхъ для сокрытія таковыхъ, и если притомъ либо а) перевозочныя средства принадлежали провозителю, либо б) были даны ихъ собственникомъ завѣдомо и о ихъ назначеніи. Въ уст. же акц. сб. мы встрѣчаемъ указаніе, что задержанные у продавцевъ напитки конфискуются, хотя бы послѣдніе оказались переданными уже покупателямъ, но еще не унесенными изъ помѣщенія, гдѣ произведена продажа (ст. 1112).

[1]) Такое постановленіе мы встрѣчаемъ, какъ общее правило, и въ рядѣ Всемилостивѣйшихъ манифестовъ предшествующаго времени: отд. IV ст. 6 манифеста 14 ноября 1894 г, отд. XIII ст. 13 манифеста 14 мая 1896 г., отд. XIX ст. 1 манифеста 11 авг. 1904 г.

Съ другой стороны въ виду особеннаго характера конфискаціи мы находимъ рядъ опредѣленій о такихъ обстоятельствахъ, устраняющихъ примѣненіе конфискаціи, которыя для наказанія, въ виду его особой природы, не могли бы быть указаны. Такъ, по уст. там. министру финансовъ въ извѣстныхъ случаяхъ предоставляется право освобождать отъ конфискаціи, чего, конечно, въ области наказаній ему предоставлено быть не можетъ [1]).

Наконецъ, особенностью опредѣленій о конфискаціи, показывающихъ ея особую природу, являются постановленія, касающіяся порядка назначенія конфискаціи въ случаѣ совокупности правонарушеній. Ст. 1214 уст. объ акц. сб. устанавливаетъ принципъ независимости конфискаціи отъ наказаній по т. н. началу сложенія.

Таковы тѣ многочисленныя особенности, которыя мы находимъ въ отношеніи конфискаціи и которыя заставляютъ насъ и съ точки зрѣнія положительнаго права признавать за конфискаціей особенный характеръ по сравненію съ тѣмъ, что мы установляемъ въ отношеніи наказанія.

Итакъ, не заключая въ себѣ момента оцѣнки учиненнаго извѣстнымъ лицомъ противузаконнаго дѣянія и потому чуждая идеи возмездія, конфискація есть особая мѣра пресѣченія происшедшей неправды, выполняющая функцію устраненія всего того, что совершено не по праву или вопреки праву [2]).

§ 17. Слѣдующимъ видомъ мѣръ пресѣченія, характеризуемыхъ, какъ мѣры пресѣченія объективнаго характера, является ограниченіе права пользованія и распоряженія извѣстными предметами, въ которыхъ воплощается противузаконное дѣяніе или посредствомъ которыхъ оно учиняется. Данная мѣра отличается отъ

---

[1]) По ст. 999 и 1001 уст там. министру финансовъ предоставляется право освобождать отъ конфискаціи багажныя мѣста, привезенныя по желѣзнымъ дорогамъ безъ документовъ и признанныя тайно провозимыми или несоотвѣтствующія показаніямъ накладныхъ, если окажется, что багажная квитанція правильно выдана желѣзной дорогой или же несоотвѣтствіе съ показаніями накладныхъ произошло безъ всякаго умысла со стороны товароотправителя, а въ ст. 1056 общимъ образомъ указывается на то, что министру финансовъ предоставляется въ уважительныхъ случаяхъ возвращать товары и перевозочныя средства, отобранныя по опредѣленію таможенныхъ учрежденій.

[2]) Что же касается того обстоятельства, что въ извѣстныхъ случаяхъ примѣненіе конфискаціи ставится въ зависимость отъ наростанія виновности (въ случаѣ повторенія нѣкоторыхъ фискальныхъ нарушеній), то это само по себѣ еще не даетъ намъ повода говорить, что въ подобныхъ случаяхъ конфискаціи присущъ карательный характеръ, по тѣмъ же общимъ соображеніямъ, которыя были выше приведены (стр. 415) относительно тождественнаго случая въ отношеніи объективныхъ послѣдствій неправды.

только что разсмотрѣнныхъ случаевъ отобранія имущества тѣмъ, что результатомъ ея примѣненія не является переходъ права собственности на извѣстный предметъ къ казнѣ или къ другимъ учрежденіямъ. Этотъ предметъ по прежнему остается въ собственности того лица, у котораго онъ оказался при обнаруженіи противузаконнаго дѣянія, но право пользованія или распоряженія имъ оказывается ограниченнымъ[1]). По своему существу данная мѣра болѣе считается съ интересами отдѣльнаго лица, чѣмъ отобраніе имущества, и ея появленіе есть плодъ болѣе развитого правосознанія. Правопорядокъ приходитъ постепенно къ сознанію того, что иногда пресѣчь неправду, воплотившуюся въ извѣстномъ предметѣ, можно и не прибѣгая къ отобранію вещи съ ея дальнѣйшимъ уничтоженіемъ или обращеніемъ въ собственность казны: и другими мѣропріятіями, направленными въ отношеніи данной вещи, ее можно „обезвредить“ безъ нанесенія существеннаго ущерба ея владѣльцу. Такими мѣропріятіями являются наложеніе ареста на вещь съ приведеніемъ ея въ негодный видъ (Unbrauchbarmachung) и простое наложеніе на нее ареста. Первая мѣра выражается въ томъ, что измѣняется лишь внѣшній видъ данной вещи, но не уничтожается тотъ матеріалъ, изъ котораго она сдѣлана и который можетъ представлять извѣстную цѣнность; этимъ лишь устраняется возможность использовать данную вещь для какой-либо цѣли, неодобряемой правомъ. Вторая же мѣра характеризуется тѣмъ, что при примѣненіи ея не затрагивается ни внѣшній видъ вещи, ни тѣмъ болѣе ея сущность, а устанавливаются лишь извѣстныя ограниченія правомочій на эту вещь.

Обѣ эти мѣры примѣняются обыкновенно въ случаѣ совершенія противузаконныхъ дѣяній разнаго рода посредствомъ печати. Нарушеніе авторскаго права и преступленія печати—вотъ та сфера, гдѣ имѣютъ примѣненіе эти мѣры въ томъ или иномъ объемѣ. Въ этихъ случаяхъ приходится считаться съ фактомъ длящагося неправомѣрнаго состоянія, которое создано выпускомъ въ свѣтъ даннаго произведенія печати. Это неправомѣрное состояніе могло бы быть устранено путемъ уничтоженія самого произведенія, выпущеннаго въ свѣтъ съ нарушеніемъ чужого авторскаго права или заключающаго въ себѣ наличность опредѣленнаго преступленія, совершеннаго посредствомъ печати, или же

---

[1]) По этому послѣднему моменту отличается вмѣстѣ съ тѣмъ данная мѣра отъ того случая конфискаціи, которая охарактеризована выше (стр. 449), какъ предварительное отобраніе, гдѣ вещь тоже изъемлется изъ обладанія извѣстнаго лица.

орудій, при помощи которыхъ возможно дальнѣйшее воспроизведеніе состава того же противузаконнаго дѣянія. Но поскольку эти предметы представляютъ извѣстную цѣнность, постолько могутъ быть установлены извѣстные суррогаты ихъ уничтоженія, достигающіе того же результата „обезвреженія".

Если мы обратимся къ нашему праву, то мы увидимъ, что оно, какъ и другія современныя законодательства, знаетъ обѣ эти мѣры. Въ отношеніи первой мѣры оно содержитъ слѣдующее опредѣленіе, заключающееся въ ст. 24 новаго закона объ авторскомъ правѣ 20 марта 1911 г.: „въ случаѣ противузаконнаго изданія, посредствомъ тисненія, произведенія, изданные экземпляры, а также орудія, изготовленныя исключительно для сего изданія, какъ-то: стереотипные шрифты, доски, камни и прочее, по требованію потерпѣвшей стороны,... приводятся въ состояніе негодное къ употребленію и оставляются у ихъ собственника. Если изданіе признано противузаконнымъ лишь относительно извѣстной части произведенія, и, эта часть можетъ быть отдѣлена отъ остальной, то только указанная часть произведенія приводится въ негодность... Приведенію въ негодность... подлежатъ всѣ противузаконно изданные экземпляры и орудія противузаконнаго производства, которыя окажутся, какъ у издателя, такъ и у книгопродавца, типографщика и вообще лицъ, имѣющихъ эти экземпляры для распространенія". Въ постановленіи этомъ представляется характернымъ то, что указанные въ немъ предметы, подлежащіе приведенію въ негодный видъ, „оставляются у ихъ собственника" и слѣдовательно не подлежатъ тому отобранію, при которомъ переходитъ данный предметъ къ другому владѣльцу. Характеръ же данной мѣры, именно какъ мѣры пресѣченія, ясно подчеркивается здѣсь тѣмъ, что приведеніе въ негодный видъ распространяется не только на произведенія печати, но и на орудія, приготовленныя именно для даннаго изданія — все то, что можетъ способствовать продолженію противузаконной дѣятельности, подлежитъ уничтоженію. Этому соотвѣтствуетъ и то, что высказано было въ мотивахъ къ законопроекту объ авторскомъ правѣ: „приведенное правило объясняется тѣмъ, что оставленіе самовольно изданныхъ экземпляровъ и орудій ихъ изготовленія въ рукахъ лицъ, занимающихся изготовленіемъ и распространеніемъ печатныхъ произведеній, угрожало бы автору опасностью дальнѣйшаго распространенія самовольнаго изданія" [1]). Что касается, далѣе приведенія въ негодный видъ произведеній печати и орудій тис-

[1]) Объясн. зап. Мин. Юст. стр. 37.

ненія въ случаѣ, если произведеніе печати, заключаетъ признаки преступнаго дѣянія, то оно въ этомъ случаѣ по нашему праву (въ противоположность напр. германскому праву) не примѣняется здѣсь можетъ быть рѣчь только объ уничтоженіи этого произведенія, равно какъ и принадлежностей тисненія, а не о приведеніи ихъ въ негодный видъ. Такъ, ст. 1213[16] у. у. с., говоритъ о правѣ суда постановлять приговоръ объ уничтоженіи произведенія печати, заключающаго признаки преступнаго дѣянія, или части его, а также стереотиповъ и другихъ принадлежностей тисненія, заготовленныхъ для его напечатанія.

Что касается другой мѣры, заключающейся точно также въ ограниченіи права пользованія и распоряженія вещью, то она представляетъ собой арестъ, который налагается на извѣстную вещь, причемъ самая вещь остается во владѣніи того лица, у котораго она оказалась къ моменту наложенія ареста. Эта мѣра точно также примѣняется въ отношеніи противузаконныхъ дѣяній, относящихся къ области тѣхъ, которыя совершаются путемъ печати. Она замѣняетъ собой приведеніе въ негодный видъ, и это допускается потому, что и ею достигается въ извѣстномъ случаѣ такое же пресѣченіе извѣстной противузаконной дѣятельности, какъ и приведеніемъ вещи въ негодный видъ. Этимъ путемъ прекращается возможность причиненія вреда опредѣленнымъ лицамъ, и противузаконная дѣятельность, направленная на это, можетъ быть такимъ образомъ парализована. Наше право въ ст. 58 закона объ авторскомъ правѣ устанавливаетъ, что „въ случаяхъ противузаконнаго воспроизведенія всякаго рода художественныхъ произведеній... подлежащія приведенію въ негодность художественныя произведенія, а равно служащія исключительно для ихъ изготовленія орудія... могутъ, по ходатайству нарушителя авторскаго права и на его счетъ, вмѣсто приведенія въ негодность, быть изъяты изъ пользованія и подвергнуты описи и аресту на срокъ дѣйствія авторскаго права на сіи произведенія“. Эта мѣра несомнѣнно имѣетъ характеръ мѣры пресѣченія, такъ какъ она установлена, какъ средство устранить длящееся противоправное состояніе. Съ такимъ же характеромъ выступаетъ арестъ стереотиповъ и другихъ принадлежностей тисненія, заготовленныхъ для печатанія произведеній, заключающихъ въ себѣ признаки преступнаго дѣянія, примѣняемый при отобраніи экземпляровъ вышедшаго повременнаго или неповременнаго изданія, „если бы содержатель типографіи или управляющій оною пожелали сохранить ихъ до постановленія судебнаго приговора“ (ст. 1213[18] у. у. с.). Изъ опредѣленія этой статьи закона слѣдуетъ, что, если указан-

ныя въ законѣ лица не пожелаютъ сохранить принадлежности тисненія, послѣднія отбираются у нихъ на общемъ основаніи, въ противоположномъ же случаѣ налагается на эти предметы арестъ, въ смыслѣ запрещенія распоряженія ими, и самые предметы остаются у того, у кого они до сихъ поръ находились.

Обращаясь къ разсмотрѣнію правовой квалификаціи указанныхъ мѣръ въ юридической литературѣ, мы можемъ замѣтить, что вопросъ о природѣ простого наложенія ареста особо не возбуждается, такъ какъ мѣра эта, очевидно, ничего общаго съ наказаніемъ не содержитъ, и съ этой точки зрѣнія она ни въ комъ сомнѣнія не возбуждаетъ. Относительно же второй мѣры—„приведенія вещи въ негодный видъ"—мы должны сказать, что вопросъ о ея природѣ вызываетъ извѣстное разногласіе, въ частности же это разногласіе имѣется по вопросу объ отношеніи этой мѣры къ конфискаціи.

Говоря здѣсь о „приведеніи вещи въ негодный видъ" (Unbrauchbarmachung), какъ объ особомъ правовомъ институтѣ, извѣстномъ нашему закону объ авторскомъ правѣ, а въ германскомъ правѣ существующемъ и въ уголовномъ кодексѣ въ отношеніи преступленій печати (§ 41), мы его должны, разумѣется, отличать отъ того уничтоженія вещи, которое является лишь послѣдствіемъ отобранія. Между тѣмъ въ литературѣ эти два понятія иногда смѣшиваются. Такъ, Бауманъ, говоритъ, что „приведеніе въ негодный видъ и уничтоженіе являются не самостоятельными мѣрами, а лишь послѣдствіями отобранія. Послѣ совершившагося отобранія государство можетъ распорядиться отобраннымъ имуществомъ, какъ ему угодно: предметы, годные для оборота, отчуждаются, предметы опасные въ зависимости отъ степени этой опасности, приводятся въ негодный видъ или уничтожаются" [1]). Таковъ далѣе взглядъ Ниссена, который называетъ эту мѣру квалифицированной конфискаціей (qualifizierte Einziehung) и замѣчаетъ, что несомнѣнно, прежде чѣмъ вещь будетъ приведена въ негодный видъ, она должна быть отобрана. „Равнымъ образомъ, прибавляетъ онъ, въ приведеніи вещи въ негодный видъ содержится ея окончательное отнятіе, такъ какъ послѣ измѣненія ея формы, она возвращается, какъ юридически иная. Краткость выраженія законодателя не можетъ вызывать представленія, будто возможно уничтожить или привести вещь въ негодный видъ, не подвергнувъ ея предварительно окончательному отнятію" [2]). Точно также Кэбнеръ называетъ приведеніе въ негод-

[1]) Baumann. l. c. s 105.

[2]) Nissen. l. c s. 97.

ный видъ особенной формой конфискаціи, особенно мягкимъ выполненіемъ ея, подчеркивая, что изъ свойства нѣкоторыхъ видовъ отобранныхъ предметовъ вытекаютъ особые способы обхожденія съ ними (Behandlungsweisen) [1]). Наконецъ, Ястровъ именуетъ приведеніе въ негодный видъ видоизмѣненной конфискаціей (modificirte Einziehung) [2]), а Зейфертъ, хотя и признаетъ нѣкоторыя черты отличія приведенія въ негодный видъ отъ конфискаціи, но тѣмъ не менѣе считаетъ его конфискаціей [3]).

Нетрудно однако замѣтить, что указанные писатели или смѣшиваютъ приведеніе въ негодный видъ съ уничтоженіемъ вещи, почему они и считаютъ возможнымъ говорить о модифицированной конфискаціи, которая заключается въ этой мѣрѣ, или же они исходятъ изъ предположенія о томъ, что вещь, приведенная въ негодный видъ, утрачиваетъ не только свой прежній внѣшній видъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ и свое прежнее юридическое значеніе (точка зрѣнія Ниссена); но, конечно, если вещь отъ приведенія въ негодный видъ будетъ умалена въ своемъ экономическомъ значеніи, то отъ этого юридическое ея значеніе, какъ вещи, принадлежащей опредѣленному лицу, не измѣнится, и окончательное отобраніе вовсе не скрывается въ приведеніи вещи въ негодный видъ.

Въ соотвѣтствіи съ этимъ господствующій въ нѣмецкой литературѣ взглядъ считаетъ возможнымъ проводить различіе по существу между приведеніемъ вещи въ негодный видъ и конфискаціей.

Эту точку зрѣнія отстаиваютъ между прочимъ Ольсгаузенъ, Биндингъ, Форбергъ, Нейманъ, Рау, Редвицъ и Шетензакъ. Ольсгаузенъ усматриваетъ въ приведеніи въ негодный видъ нѣчто „юридически существенно отличное“ отъ конфискаціи, такъ какъ, по его словамъ, оно не влечетъ за собой перехода имущества къ казнѣ, что́ характеризуетъ конфискацію; самое же различіе между этими двумя мѣрами онъ видитъ въ томъ, что конфискація есть наказаніе, а приведеніе въ негодный видъ есть полицейская предупредительная мѣра. По его словамъ, законъ можетъ предусматривать конфискацію (Einziehung) вещи для приведенія ея въ негодный видъ. но эта „конфискація“ отличается отъ конфискаціи въ собственномъ смыслѣ, такъ какъ ею затрагиваются имущественныя отношенія лишь постолько, посколько приведеніе въ

[1]) Köbner. l. c. s. 23.

[2]) Jastrow. l. c. s. 57.

[3]) Seuffert Einziehung, Unbrauchbarmachung, Vernichtung въ Stengel's Worterbuch des deutschen Verwaltungsrechts I s. 317.

негодный видъ ведетъ къ полному или частичному уничтоженію вещи, а слѣдовательно и права собственности, тогда какъ отобраніе въ конфискаціи обусловливаетъ переходъ имущества [1]). На той же точкѣ зрѣнія стоитъ Биндингъ, видя въ приведеніи въ негодный видъ особое дополнительное наказаніе, которое не должно быть смѣшиваемо съ конфискаціей, такъ какъ оно оставляетъ право собственности на вещь совершенно незатронутымъ [2]). Точно также не признаетъ приведеніе въ негодный видъ конфискаціей и Форбергъ на томъ основаніи, что здѣсь государство не присваиваетъ вещи; эта мѣра, по его мнѣнію, есть поврежденіе или уничтоженіе, посредствомъ котораго устраняется пригодность вещи въ ея объективно-противоправномъ направленіи [3]). Равнымъ образомъ Нейманъ считаетъ данный институтъ мѣрой sui generis въ противоположность конфискаціи, такъ какъ здѣсь нѣтъ того перехода собственности, который имѣется въ конфискаціи, здѣсь нѣтъ отнятія (Enteignung) [4]). То же повторяютъ Рау, указывая на то, что здѣсь нѣтъ перехода собственности отнимаемой вещи къ государству [5]), а также Редвицъ, замѣчая, что для конфискаціи существеннымъ моментомъ является переходъ собственности къ государству, но „что́ государство сдѣлаетъ съ отнятой вещью, сохранитъ ли оно ее, продастъ ли или же уничтожитъ, это не имѣетъ правового значенія, тогда какъ при мѣропріятіи § 41 фактическое приведеніе въ негодный видъ есть юридически существенное (rechtlich Essentiale)“ [6]). Наконецъ, Шетензакъ указываетъ на то, что въ законѣ нѣтъ опорнаго пункта для того мнѣнія, по которому посредствомъ предписанія о приведеніи вещи въ негодный видъ погашается прежняя собственность на нее, и собственникомъ дѣлается государство, которое послѣ осуществленія приведенія въ негодный видъ должно снова передать эту вещь ея прежнему собственнику; онъ говоритъ, что даже тамъ, гдѣ эта мѣра въ извѣстныхъ случаяхъ достигаетъ полнаго уничтоженія вещи, это можетъ быть лишь возможнымъ послѣдствіемъ отнятія собственности (Eigentumseinziehung), но не перехода ея (Eigentumsübergang) [7]).

---

[1]) Olshausen. l. c. § 41 № 1.
[2]) Binding, Grundriss s. 262
[3]) Vorberg. l. c. s. 2—3.
[4]) Neumann. Die Unbrauchbarmachung im § 41 der RSTGB. 1899. s. 24.
[5]) Rauh. l. c. s. 51.
[6]) Redwitz. l. s. c. 129.
[7]) Schötensack. l. c. s. 23.

Въ приведенныхъ взглядахъ совершенно правильно подчеркивается полная своеобразность разсматриваемой мѣры по сравненію съ конфискаціей, и признавать ее разновидностью конфискаціи нѣтъ основаній.

Въ заключеніе нужно отмѣтить, что, по господствующему въ нѣмецкой литературѣ взгляду, „приведеніе въ негодный видъ" разсматривается, какъ мѣра полицейская, мѣра превентивная. Только немногіе писатели считаютъ возможнымъ признавать за ней характеръ наказанія [1]),—взглядъ, съ правильностью котораго согласиться невозможно по соображеніемъ, выше приведеннымъ относительно взгляда на конфискацію, какъ на наказаніе. При этомъ нужно имѣть въ виду, что въ литературѣ есть кромѣ того стремленіе различать отдѣльные случаи данной мѣры, какъ наказаніе и какъ мѣру полицейскую, въ зависимости отъ того, направляется ли она въ отношеніи лица, виновнаго въ преступленіи, или нѣтъ. Этотъ взглядъ проводитъ между прочимъ Шетензакъ, выставляя тѣ общія соображенія, которыя обыкновенно приводятся въ пользу признанія за т. н. unterschiedslose Einziehung—безразличной конфискаціей—характера или наказанія или мѣры полицейской въ зависимости отъ того, постигаетъ ли она виновнаго или постороннее лицо [2]). Но и этотъ взглядъ долженъ быть отброшенъ по тѣмъ общимъ соображеніямъ, которыя были указаны раньше относительно аналогичнаго же взгляда о допустимости расчлененія на два вида конфискаціи.

§ 18. Послѣднимъ видомъ мѣръ пресѣченія объективнаго характера является правовая ничтожность совершеннаго дѣянія, т. е. признаніе не имѣющими юридической силы заключенныхъ сдѣлокъ, посколько онѣ учинены вопреки закону или въ несоотвѣтствіи съ закономъ. Какъ устраненіе проявленія происшедшаго правонарушенія и его послѣдствій путемъ лишенія ихъ юридической силы, эта мѣра можетъ быть отнесена къ разсматриваемой группѣ правовыхъ послѣдствій неправды. Она является однимъ изъ наиболѣе простыхъ и естественныхъ способовъ реагированія на неправду. Если извѣстное дѣяніе признается недозволеннымъ, то вытекающія изъ него послѣдствія должны быть, естественно, признаны не имѣющими правового значенія; признаніемъ же того, что учиненное и его послѣдствія не имѣютъ правового значенія, прекращается проявленіе неправды, выразившейся въ данномъ

[1]) Glücksmann. l c. s. 14.
[2]) Schoetensack. l. c s. 25.

дѣяніи. Отсюда и возможность характеризовать эту мѣру, какъ мѣру пресѣченія неправды.

Такимъ образомъ мы признаемъ правовую ничтожность правовымъ послѣдствіемъ неправды, усматривая въ ней опредѣленный способъ реагированія на совершившееся правонарушеніе; притомъ видимъ въ ней принудительное послѣдствіе неправды, такъ какъ данная мѣра назначается независимо отъ воли и даже противъ воли извѣстнаго лица; вмѣстѣ съ тѣмъ мы видимъ въ ней мѣру пресѣченія объективнаго характера, поскольку находимъ, что ея функція—устраненіе происшедшей неправды. Нужно однако замѣтить, что въ доктринѣ встрѣчается и нѣсколько иное отношеніе къ этому институту. Такъ, прежде всего мы можемъ встрѣтить мнѣніе о томъ, что правовая ничтожность не является вообще правовымъ послѣдствіемъ неправды; таково мнѣніе Тона: по его словамъ—тамъ, гдѣ имѣется ничтожная сдѣлка, собственно нѣтъ сдѣлки, а лишь одна ея видимость (Schein eines Rechtsgeschaftes); она обозначаетъ лишь недопущеніе правовыхъ эффектовъ, несмотря на запрещенную или незапрещенную попытку достигнуть ихъ [1]). Но, поскольку самъ Тонъ видитъ въ ничтожности недопущеніе (Nichtzulassung) правовыхъ эффектовъ, онъ тѣмъ самымъ признаетъ за ней значеніе правового послѣдствія. И нужно замѣтить, что положительное право относится къ ничтожности сдѣлки, именно, какъ къ правовому послѣдствію недозволеннаго дѣянія, что въ особенности вытекаетъ изъ нерѣдко встрѣчающагося упоминанія о ничтожности наряду съ другими правовыми послѣдствіями даннаго вида неправды — послѣдствіями принудительнаго характера. При этомъ можно констатировать, что весьма часто правопорядокъ пользуется этимъ правоохранительнымъ средствомъ и для борьбы съ преступными дѣяніями, влекущими за собой кромѣ наказанія признаніе недѣйствительности сдѣлки, вступленіе въ которую обложено наказаніемъ [2]).

Что касается вопроса о томъ, что представляетъ изъ себя правовая ничтожность, какъ особое средство правоохраны, то въ литературѣ мы находимъ лишь самыя общія указанія относительно характеристики этого института, не указывающія ближе его сущности. Такъ, въ видѣ примѣра можно привести мнѣніе Таганцева, который въ правовой ничтожности видитъ одно изъ „взысканій частнаго характера“, разсматривая ее въ той же группѣ

---

[1]) Thon l. c. s. 13; также s. 85.

[2]) Объ использованіи правовой ничтожности, какъ особаго средства борьбы съ преступностью, см. Thomsen. Bekampfungmethoden. s. 150.

правовыхъ послѣдствій неправды, къ которой относится и вознагражденіе за вредъ [1]); съ другой стороны можно отмѣтить взглядъ Ферри, который относитъ къ мѣрамъ возстановительнымъ наряду съ устраненіемъ неправомѣрнаго состоянія и возмѣщеніемъ убытковъ и ничтожность послѣдствій правонарушенія [2]). Но съ одной стороны „взысканіе частнаго характера“ едва ли можно усмотрѣть въ томъ случаѣ правовой ничтожности, который приводитъ Таганцевъ,—недѣйствительность брака, заключеннаго съ нарушеніемъ извѣстныхъ требованій закона, а съ другой—едва-ли можно говорить, что функція правовой ничтожности того же порядка, какъ и возмѣщеніе убытковъ. Признаніе правовой ничтожности извѣстныхъ сдѣлокъ совершается не только въ интересахъ частныхъ лицъ и не только въ частности въ интересахъ потерпѣвшаго отъ подобныхъ сдѣлокъ, а въ интересахъ публичныхъ: то, что носитъ на себѣ проявленіе неправды, то не можетъ быть допустимо въ правовомъ оборотѣ наряду съ явленіями, дозволяемыми или одобряемыми правомъ.

Обращаясь къ опредѣленіямъ нашего права, мы найдемъ немало случаевъ, гдѣ ничтожность сдѣлки указывается именно, какъ правовое послѣдствіе недозволенныхъ дѣяній. Такъ, прежде всего въ законахъ гражданскихъ указывается рядъ случаевъ, гдѣ признается недѣйствительность заключенныхъ при извѣстныхъ условіяхъ договоровъ: напр. ст. 1529 т. X ч. I св. зак. указываетъ, что договоръ недѣйствителенъ и обязательство ничтожно, если побудительная причина къ заключенію онаго есть достиженіе цѣли, законами запрещенной. Смыслъ этого опредѣленія заключается въ томъ, что воспрещается заключеніе договоровъ съ означеннымъ содержаніемъ, и если кто тѣмъ не менѣе заключитъ такой договоръ, то послѣдствіемъ этого недозволеннаго дѣянія является признаніе не имѣющимъ правового эффекта самого договора. Точно также въ опредѣленныхъ случаяхъ признается недѣйствительность залога недвижимаго (ст. 1629 и 1630) и заклада движимаго имущества (ст. 1664, 1666), а также займа (ст. 2014, 2019); наконецъ, указываются основанія для признанія недѣйствительности брака (ст. 37) и т. д. Кромѣ того и въ уголовныхъ законахъ идетъ иногда рѣчь о ничтожности извѣстныхъ сдѣлокъ. Такъ, объ этомъ говоритъ ст. 51^8 уст. о нак., гдѣ указывается, что долги, договоры и обязательства, имѣющіе своимъ основаніемъ отпускъ крѣпкихъ напитковъ въ кредитъ, признаются недѣйствительными, посколько

---

[1]) Таганцевъ в. с. стр. 847.

[2]) Ферри в. с. стр. 427.

рѣчь идетъ о продажѣ крѣпкихъ напитковъ изъ заведеній для распивочной торговли въ долгъ, за счетъ будущаго урожая и т. д. (согласно ст. 51^{7} уст.); причемъ эта ничтожность самихъ сдѣлокъ не исключаетъ въ подобныхъ случаяхъ примѣненія наказанія, а также отобранія вещей, взятыхъ въ закладъ или въ промѣнъ. Точно также ст. 180^{2} и 180^{3} уст. говорятъ о томъ, что ростовщическое обязательство признается не имѣющимъ силы и что сдѣлка, заключенная при указанныхъ въ законѣ условіяхъ, какъ ростовщическая, признается недѣйствительной. То же повторяетъ ст. 609 угол. улож. 1903 г., а ст. 662 уг. ул., спеціально предусматривая отвѣтственность за взяточничество, говоритъ, что, если взятка состоитъ въ дарѣ права по имуществу, то такой даръ признается недѣйствительнымъ.

Глава IV.

Наказаніе и мѣры возмѣщенія вреда.

§ 1. Посколько извѣстное дѣяніе заключаетъ въ себѣ посягательство на опредѣленный правоохраненный интересъ, постолько оно въ видѣ общаго правила запрещается. Но правопорядокъ не можетъ ограничиваться однимъ лишь установленіемъ запрета подобной дѣятельности: онъ не можетъ мириться съ фактомъ существованія неправды и ея длящихся послѣдствій, и мы видѣли, что въ его распоряженіи имѣются достаточно энергичныя средства, разнообразныя мѣры пресѣченія, при помощи которыхъ прекращается проявленіе неправды и возстановляется то правомѣрное состояніе, которое было нарушено фактомъ учиненія неправды. Однако возстановленіе правомѣрнаго состоянія можетъ быть достигнуто и инымъ путемъ—путемъ представленія лицомъ причинившимъ ущербъ чужому правоохраненному интересу, эквивалента, соотвѣтствующаго этому ущербу; такимъ образомъ ущербъ, причиненный однимъ лицомъ и понесенный другимъ, устраняется при помощи представленія его эквивалента. Подобное возстановленіе правомѣрнаго состоянія посредствомъ заглаженія возникшаго отъ противоправнаго дѣянія вреда, путемъ представленія его эквивалента, образуетъ содержаніе особыхъ правовыхъ послѣдствій неправды, которыя могутъ быть общимъ образомъ названы мѣрами возмѣщенія вреда.

Самый вредъ, который при этомъ возмѣщается, можетъ быть вредомъ матеріальнымъ или нематеріальнымъ, моральнымъ, и сообразно этому возмѣщеніе вреда можно представить себѣ въ формѣ предоставленія потерпѣвшему матеріальнаго или моральнаго эквивалента соотвѣтственно характеру причиненнаго вреда: матеріальный вредъ долженъ быть возмѣщенъ матеріальнымъ эквивалентомъ, а моральный—моральнымъ. Но на самомъ дѣлѣ, въ виду того, что деньги признаются измѣрителемъ не только матеріальныхъ, но въ извѣстныхъ случаяхъ и моральныхъ цѣнностей, признается допустимымъ представленіе матеріальнаго эквивалента въ видѣ уплаты опредѣленной суммы денегъ и въ томъ случаѣ, когда причиняется моральный вредъ, посколько этотъ послѣдній можетъ быть переведенъ на деньги при помощи денежной оцѣнки. Такимъ образомъ по общему правилу матеріальный эквивалентъ признается средствомъ, допустимымъ для возмѣщенія любого вреда и матеріальнаго и нематеріальнаго. Однако въ положительномъ правѣ встрѣчаются, какъ исключеніе изъ этого общаго правила, нѣкоторые случаи, когда допускается возмѣщеніе моральнаго вреда при помощи эквивалента моральнаго же характера; такъ, въ прежнемъ правѣ мы находимъ особый институтъ испрошенія прощенія, какъ послѣдствіе нанесеннаго оскорбленія чести,—институтъ, въ настоящее время почти вовсе не встрѣчающійся; въ современномъ же правѣ мы находимъ мѣру, которая заключаетъ въ себѣ такое же возмѣщеніе моральнаго вреда при помощи эквивалента моральнаго характера, именно опубликованіе приговора суда въ печати по дѣламъ, затрогивающимъ честь человѣка.

Таковы тѣ мѣры, которыя характеризуются, какъ мѣры возмѣщенія вреда; онѣ несомнѣнно имѣютъ характеръ правовыхъ послѣдствій неправды и отличаются опредѣленными чертами отъ другихъ правоохранительныхъ средствъ, въ частности отъ наказанія.

Нужно однако замѣтить, что въ юридической литературѣ есть опредѣленное теченіе противъ признанія за возмѣщеніемъ вреда (причемъ здѣсь имѣются въ виду случаи возмѣщенія вреда при помощи денежнаго эквивалента) значенія правового послѣдствія неправды. Такъ, напр. Леффлеръ находитъ, что обязанность возмѣщенія вреда не является характеристичнымъ послѣдствіемъ неправды (Unrechtsfolge) и не есть вообще по своему существу послѣдствіе неправды; только въ нѣкоторыхъ случаяхъ она бываетъ имъ [1]). На той же точкѣ зрѣнія стоитъ и

[1]) Löffler. Unrecht und Notwehr. (Z. 21 s 562).

Маучка [1]), который замѣчаетъ, что правовымъ основаніемъ для отвѣтственности за вредъ является не неправда, а причиненіе вреда, такъ какъ эта отвѣтственность можетъ слѣдовать и за правомѣрнымъ дѣяніемъ [2]), причемъ онъ въ этомъ видитъ даже не исключеніе, а общее правило [3]). Останавливаясь на этомъ взглядѣ, мы должны признать, что, дѣйствительно, могутъ встрѣчаться случаи, въ которыхъ, какъ это указывается въ современной литературѣ [4]), допускается возможность возмѣщенія вреда и тогда, когда самое причиненіе вреда не образуетъ противоправнаго дѣянія (какъ примѣръ можно привести установленную во многихъ современныхъ законодательствахъ обязанность государства вознаграждать невинно осужденныхъ или невинно привлеченныхъ къ уголовному суду). Но наличность подобныхъ случаевъ только показываетъ, что возмѣщеніе вреда, какъ это правильно признаетъ Фернекъ, не есть единый институтъ и что подъ нимъ скрываются явленія разнаго порядка [5]). И то обстоя-

---

[1]) Mauczka. Der Rechtsgrund des Schadenersatzes ausserhalb bestehender Rechtsverhältnisse. 1904 s 60 A. 1.

[2]) Ib. p. 104.

[3]) Ib. s. 90.

[4]) Такъ, еще Ленингъ (Löning. Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten. 1879 s. 9) указывалъ на то, что кромѣ противоправнаго дѣянія есть еще и другія правовыя основанія для обязанности возмѣщенія вреда. Ср. также Degenkolb. Der specifische Inhalt des Schadenersatzes (Archiv fur die civ. Praxis B. 76 s. 52)· „Schaden ist weder selbst Rechtsverletzung, noch in Entstehung, Dasein, Gehalt, durch ein „verletztes Recht" bedingt, gegeben und begrenzt", Sjögren. Die Formen des Unrechts und die Tatbestände der Schadenstiftung (Iherıng's Jahrb. 35 s. 403): „der Vermogensschaden darf nicht als ein rechtswidriger Zustand eingesehen werden, denn jener kann unabhängig von diesem bestehen"; Jung. Delikt und Schadenverursachung 1897 s. 102: „Das Delikt ist ein Grund der Schadenersatzverbindlichkeit, aber es ist nicht der einzige". H. v. Ferneck l. c. s. 341· „das Recht die Ersatzpflicht an Handlungen knüpft, die es aus irgendwelchen Gründen nicht verbieten kann". Adler. Unverschuldetes Unrecht. 1910 s. 11: „es giebt sehr zahlreiche Fälle, wo das Recht sagt. du darfst deine Mitburger schadigen oder gefährden. Wurde dies das Recht nicht sagen, so könnte es keine Eisenbahnen und... keine Automobile geben"; по его словамъ, въ этихъ случаяхъ правопорядокъ изъ двухъ послѣдствій виновнаго поведенія—Schadenersatzpflicht und Unterlassungspflicht—„die erste bestehen lässt, und sogar mitunter verschärft, die zweite aber beseitigt; es gestattet das schädigende Verhalten gegen Ersatz; dieses ist also rechtlich gebilligt"; Merkel, Encyklopädie § 687 допускаетъ существованіе незапрещенныхъ дѣяній, которыя влекутъ за собою возмѣщеніе вреда; Кривцовъ. Общее ученіе объ убыткахъ 1902 стр. 13 указываетъ, что „обязательство возмѣщенія убытковъ имѣетъ иногда своимъ основаніемъ дѣйствіе, которое нельзя отнести ни къ области гражданскаго, ни къ области уголовнаго правонарушеній".

[5]) H. v. Ferneck l. c. s. 341: „..erscheint es nicht zulässig alle die verschiedenen Leistungspflichten unter dem Ausdrucke Ersatzpflicht zusammenzufassen und einhaltlich zu behandeln".

тельство, что въ основаніи возмѣщенія вреда не всегда лежитъ неправда, само по себѣ не мѣшаетъ намъ признавать возмѣщеніе вреда правовымъ послѣдствіемъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ основаніемъ для его примѣненія является недозволенное дѣяніе, неправда. Здѣсь при помощи возмѣщенія вреда правопорядокъ реагируетъ опредѣленнымъ образомъ на совершившуюся неправду, признавая это средство въ данномъ случаѣ вполнѣ цѣлесообразнымъ для правоохраны имущественныхъ или иныхъ благъ [1]). Притомъ это средство такъ же, какъ и другія ранѣе разсмотрѣнныя правовыя послѣдствія неправды, заключаетъ въ себѣ элементъ принудительнаго вторженія въ сферу чужихъ правовыхъ благъ; оно примѣняется на основаніи соотвѣтствующаго приговора органа судебной власти при такихъ условіяхъ, что въ случаѣ несогласія того лица, въ отношеніи котораго оно назначается, на его примѣненіе, а также въ случаѣ его отказа добровольно выполнить передачу опредѣленной денежной суммы, которая присуждена, какъ вознагражденіе за вредъ, причиненный имъ другому лицу, эта сумма денегъ можетъ быть у него принудительно отобрана. При этомъ слѣдуетъ отмѣтить, что обыкновенно порядокъ взысканія добровольно неуплаченнаго присужденнаго судомъ вознагражденія за вредъ и порядокъ взысканія добровольно невнесеннаго назначеннаго судомъ денежнаго взысканія представляются одинаковыми (ср. ст. 974 у. у. с.).

Съ другой стороны нужно имѣть въ виду, что, если Биндингъ не признаетъ за возмѣщеніемъ вреда значенія правового послѣдствія деликта [2]), то это не значитъ, что онъ за нимъ отрицаетъ значеніе правового послѣдствія неправды (Unrechtsfolge) вообще; напротивъ, онъ подчеркиваетъ подобный характеръ всякой обязанности возстановленія (Reparationsverbindlichkeit) вреда, разновидностью которой онъ признаетъ и обязанность возмѣщенія вреда (Ersatzleistung) [3]). Эта точка зрѣнія явилась у Биндинга въ виду того своеобразнаго различія, которое онъ проводитъ между деликтомъ и неправдой,—различія, которое основы-

[1]) Леффлеръ, отрицая вообще, какъ сказано выше, за возмѣщеніемъ вреда характеръ правового послѣдствія неправды, находитъ, что все-таки въ извѣстныхъ случаяхъ этотъ характеръ присущъ данной мѣрѣ: „dort, wo sie nach Erwagung aller Umstande als ein Symptom dafür dienen kann, dass die Rechtsordnung der Eintritt jenes Tatbestandes, an welchen sie die Schadenersatzpflicht knüpft, nicht will; und das wird insbesondere dann stets der Fall sein, wenn die Androhung der Ersatzpflicht—vielleicht im Vereine mit weiteren Unrechtsfolgen—als Mittel zur Bekämpfung solcher Tatbestande dient“ (Löffler. l. c. s. 562).

[2]) Binding. Normen I s. 433· „die Ersatzverbindlichkeit keine Deliktsfolge“.

[3]) Ib. s. 479.

вается на представленіи о томъ, что въ деликтѣ заключается нарушеніе права на послушаніе (das Recht auf Botmässigkeit) [1]), чего нѣтъ во всякой иной неправдѣ; только поэтому Биндингъ и счелъ возможнымъ выставить положеніе о томъ, что единственнымъ правовымъ послѣдствіемъ деликта является наказаніе.

Говоря о возмѣщеніи вреда, какъ объ институтѣ, выполняющемъ опредѣленныя отличныя отъ другихъ институтовъ функціи, мы должны однако обратить вниманіе на то, что этотъ институтъ можетъ быть использованъ въ качествѣ одного изъ средствъ борьбы съ преступностью, и въ такомъ качествѣ онъ и бываетъ иногда использованъ, поскольку мы находимъ указаніе на возмѣщеніе вреда въ уголовныхъ кодексахъ, гдѣ, конечно, рѣчь идетъ лишь о вредѣ, который происходитъ изъ факта учиненнаго преступнаго дѣянія. Нѣкоторые современные уголовные кодексы отводятъ въ своей системѣ извѣстное мѣсто и вознагражденію за вредъ и убытки, причиненные преступленіемъ. Такъ поступаютъ напр. наше улож. о нак. (ст. 59—64) и уст. о нак. (ст. 24—25), причемъ улож. о нак., не довольствуясь общимъ опредѣленіемъ о томъ, что „виновные въ преступленіи, причинившемъ кому-либо убытки или вредъ, сверхъ наказанія, къ коему присуждаются, обязаны вознаградить за сей вредъ или убытокъ изъ собственнаго имущества, по точному о семъ постановленію суда“ (ст. 59) [2]), въ цѣломъ рядѣ статей повторяетъ опредѣленія того же рода (ср. ст. 307, 349, 384, 424, 426, 454, 455 и т. д.) [3]). Иначе поступаетъ угол. улож. 1903 г., не внося въ текстъ своихъ опредѣленій упоминанія о возмѣщеніи вреда, проистекающаго отъ преступнаго дѣянія [4]).

---

[1]) Ib. s. 237.

[2]) Этому опредѣленію улож. о нак. соотвѣтствуетъ ст. 644 зак. гражд., воспроизводящая то же начало.

[3]) Указаніе на обязанность возмѣщенія вреда, проистекающаго изъ преступленія, дѣлаетъ напр., французское (art. 73 и 74) улож. а также проектъ герм. ул. (§ 57).

[4]) Съ другой стороны мы можемъ замѣтить, что положительное право придаетъ возмѣщенію вреда, какъ правовому послѣдствію неправды, значеніе средства борьбы съ преступностью въ тѣхъ своихъ опредѣленіяхъ, гдѣ оно при опредѣленіи размѣра наказанія рекомендуетъ считаться съ фактомъ вознагражденія причиненнаго преступленіемъ вреда (причемъ, конечно, въ случаяхъ этого рода принимается во вниманіе добровольное возмѣщеніе вреда, какъ показатель опредѣленнаго психическаго уклада виновнаго лица). Такъ поступаютъ напр. улож. о нак. ст. 134 п. 9 и уст. о нак. ст. 13 п. 5, установляя это въ видѣ общаго правила при всякомъ преступленіи и сверхъ того обращая особенное вниманіе на этотъ моментъ при опредѣленныхъ преступленіяхъ имущественнаго характера (ср. опредѣленія, имѣющіяся въ ст. 354 улож. о нак. и въ ст. 177 уст. о нак.). Послѣднюю точку зрѣнія усваиваетъ и угол. улож. 1903 г. (ср. ст. 581: „если виновный... добровольно возвратилъ похищенное или инымъ способомъ удовлетворилъ потерпѣвшаго“).

На эту роль возмѣщенія вреда, какъ средства борьбы съ преступностью, обращено уже вниманіе въ современной литературѣ. Такъ, Листъ отмѣчаетъ, что возмѣщеніе вреда, какъ послѣдствіе преступленія, имѣетъ своей задачей бороться съ неправдой и обезпечить правопорядокъ [1]). Въ особенности же подчеркивается это значеніе возмѣщенія вреда въ трудахъ представителей уголовно-антропологической школы, которые придаютъ началу вознагражденія потерпѣвшаго отъ преступленія значеніе не меньшее, чѣмъ и наказанію виновнаго [2]). Это начало проявляется также въ новѣйшихъ законодательствахъ и въ проектахъ уголовныхъ кодексовъ въ установленіи положенія о допустимости вознагражденія потерпѣвшаго какъ изъ арестантскаго заработка, такъ и изъ той суммы, которая уплачивается въ пользу государства въ видѣ денежнаго штрафа, наложеннаго за опредѣленное преступное дѣяніе [3]).

Разсматривая значеніе возмѣщенія вреда, какъ средства борьбы съ преступностью, мы должны сказать, что, конечно, это значеніе является побочнымъ для даннаго института, но мы не можемъ вмѣстѣ съ тѣмъ отрицать того, что возможны случаи, гдѣ возмѣщеніе вреда можетъ оказаться мѣрой даже болѣе энергичной, чѣмъ наказаніе. Такъ, если мы возьмемъ такое преступленіе, какъ поврежденіе чужого имущества, то мы должны сказать, что въ конкретномъ случаѣ возможно, что возмѣщеніе вреда, причиненнаго виновнымъ, будетъ выражаться въ денежной суммѣ, значительно превышающей тотъ небольшой денежный штрафъ, который полагается за это преступленіе (напр. по нашему законодательству 25 р., какъ максимумъ, по ст. 152 уст. о нак.). Это обстоятельство можетъ давать даже поводъ къ отождествленію обоихъ этихъ институтовъ, какъ это мы можемъ наблюдать часто въ обыденной жизни [4]), но, конечно, одно оно

[1]) Liszt. Deliktsobligationen 1898 s. 1; то же Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. 1889 s. 27.

[2]) См. напр. Ферри в с. стр. 522.

[3]) Таково постановленіе § 37 норвеж. угол. улож., допускающее вознагражденіе потерпѣвшаго даже изъ стоимости конфискованной вещи, а также постановленіе § 39 швейцарскаго проекта. Нужно замѣтить, что наше право это начало безусловно отвергаетъ, такъ какъ на основаніи закона 6 января 1886 г. объ арестантскомъ трудѣ (ст. 368 уст. о содерж. подъ страж.) изъ арестантскаго заработка не можетъ быть возмѣщаемъ тотъ вредъ, который причиненъ преступнымъ дѣяніемъ (ср ст. 1664 пр. 2 ул. о нак.). Вслѣдствіе этого потеряло силу то опредѣленіе ст. 1643 прим. ул. о нак., которое проводитъ обратное начало, какъ это вполнѣ правильно признано сенатомъ въ рѣш. у. к. д. 1907/15.

[4]) Ср. напр. по этому поводу слова Хортена (Horten. Schadenersatz und Strafe 1905. s. 21)· „wer hat da den Mut zu sagen: Schadenersatz ist eben keine

не можетъ служить основаніемъ для смѣшенія данныхъ институтовъ, выполняющихъ совершенно различныя функціи. „Репрессивный" характеръ, т. е. то обстоятельство, что данная мѣра можетъ быть использована, какъ средство борьбы съ преступностью, присущъ всякому правоохранительному средству, и возмѣщеніе вреда не составляетъ исключенія изъ этого общаго правила.

То же приходится сказать и относительно другой особенности всякаго правоохранительнаго средства преслѣдовать извѣстныя превентивныя задачи. Идея общаго предупрежденія несомнѣнно присуща возмѣщенію вреда, такъ какъ сознаніе человѣка о томъ, что онъ, въ случаѣ неправильнаго обогащенія, обязанъ будетъ возмѣстить тотъ вредъ, который причиненъ его дѣйствіями, должно являться для него побудительной причиной воздерживаться отъ предпринятія подобныхъ дѣйствій. Эту превентивную задачу возмѣщенія вреда признаютъ весьма многіе современные писатели [1]), а Фернекъ находитъ даже это логически необходимымъ для всѣхъ тѣхъ случаевъ, гдѣ возмѣщеніе вреда есть послѣдствіе дѣятельности, нарушающей обязанности [2]). Но, конечно, то обстоятельство, что возмѣщеніе вреда имѣетъ превентивный характеръ, не дѣлаетъ его мѣрой предупредительной, какъ не обращаетъ его въ наказаніе то, что при помощи его можно бороться съ преступностью.

Останавливаясь далѣе на ближайшемъ разсмотрѣніи института матеріальнаго вознагражденія за причиненный вредъ, мы должны указать тѣ черты, которыя даютъ намъ возможность различать возмѣщеніе вреда и наказаніе, какъ институты, выполняющіе различныя функціи. Съ внѣшней стороны оба эти института могутъ совпадать другъ съ другомъ, такъ какъ денежное взысканіе, какъ наказаніе, съ одной стороны и вознагражденіе за вредъ и убытки съ другой одинаково выражаются въ томъ, что виновный присуждается внести опредѣленную сумму денегъ; въ особенности это совпаденіе дѣлается яркимъ тогда, когда, какъ говорилось выше, дѣло доходитъ до взысканія денежнаго штрафа съ одной стороны и суммы, опредѣленной въ вознагражденіе за при-

---

Geldstrafe? Als ob das Geld ein Banderl hätte, wie einmal ein Banquier bemerkte. Sagen Sie dem schlichten Bauer tausend mal: das ist keine Strafe. Er wird es doch als Strafe und zwar gerade als besonders harte Strafe empfinden".

[1]) Напр. Mauczka l. c. s. 124: „das Bestehen einer Ersatzpflicht beugt künftigen Verletzungen vor, somit dieselben durch Willesbetätigung vermieden werden können"; Oetker. Rechtsgüterschutz, s. 515 „jedenfalls enthält die gesetzliche Fixierung der Ersatzpflicht zugleich eine Drohung. Und jedenfalls wird dabei die Wirkung der Generalprävention mitbezweckt"; Thomsen. Bekampfungsmethode s. 131.

[2]) H. v. Ferneck l c. s. 346.

чиненный вредъ, съ другой [1]); но тѣмъ не менѣе внутреннее содержаніе этихъ институтовъ далеко не одинаково, что и выражается въ самостоятельной судьбѣ каждаго изъ нихъ и въ нѣкоторыхъ иныхъ ихъ особенностяхъ. Однородность же внѣшняго выраженія обоихъ институтовъ могла породить въ положительномъ правѣ такія образованія, которыя имѣютъ такъ сказать гибридный характеръ, будучи одновременно и наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда; таковы напр. денежныя взысканія, которыя налагаются за фискальныя нарушенія. Здѣсь одна и та же мѣра выполняетъ функціи двоякаго рода.

§ 2. Переходя къ анализу вопроса о томъ, что представляетъ изъ себя возмѣщеніе вреда по сравненію съ наказаніемъ, мы должны прежде всего отмѣтить, что съ точки зрѣнія нѣкоторыхъ писателей оба эти института смѣшиваются другъ съ другомъ: между ними не усматривается принципіальнаго различія, и возмѣщеніе вреда признается наказаніемъ.

Нужно при этомъ замѣтить, что къ этой группѣ писателей Биндингъ [2]), а вслѣдъ за нимъ и другіе юристы, напр. Эткеръ [3]) и Фернекъ [4]), относятъ и такихъ писателей, которые говорили лишь объ извѣстномъ сходствѣ, существующемъ между возмѣщеніемъ вреда и наказаніемъ, и которые находили возможнымъ подводить наказаніе и возмѣщеніе вреда подъ одно общее высшее понятіе, хотя они и признавали извѣстныя черты различія между обоими институтами. Такъ, Биндингъ сюда относитъ двѣ группы писателей: съ одной стороны Велькера и Геппа, которые въ наказаніи усматривали видъ возмѣщенія вреда, а съ другой—Меркеля и Гейнце, для которыхъ, по его мнѣнію, возмѣщеніе вреда есть видъ наказанія. Однако при ближайшемъ ознакомленіи съ взглядами этихъ писателей, мы можемъ замѣтить, что только у Гейнце имѣется, дѣйствительно, смѣшеніе наказанія и возмѣщеніе вреда, другіе же писатели исходятъ изъ представленія о ихъ самостоятельной правовой природѣ.

Въ самомъ дѣлѣ, Велькеръ указываетъ на то, что наказаніе и возмѣщеніе вреда заключаютъ въ себѣ лишь квалитативное

---

[1]) Ср. по этому поводу слѣдующее замѣчаніе Хортена (Horten l. c. s. 12): „wenn zur Vollstreckung der Unrechtsfolgen geschritten wird, so sehen wir auch wieder alles zusammenfliessen, was heute als strafrechtlich und civilrechtlich auseinander fällt".

[2]) Binding. Normen I s 274 eff.

[3]) Oetker l. c. s. 515 n. 57.

[4]) H. v. Ferneck l. c. s. 339.

различіе, будучи осуществленіемъ одного и того же принципа уничтоженія (Wiederaufhebung) причиненнаго вреда: уничтоженіе матеріальнаго вреда есть предметъ гражданскаго права, уничтоженіе вреда „интеллектуальнаго“ есть предметъ уголовнаго права [1]). Въ соотвѣтствіи съ этимъ Велькеръ устанавливаетъ слѣдующее единое обоснованіе принципа уничтоженія вреда независимо отъ того, идетъ ли рѣчь объ уничтоженіи интеллектуальнаго или матеріальнаго вреда: „если членъ правового союза, который свободно призналъ сохраненіе неприкосновенности (Heilighalten) объективнаго права своей внутренней обязанностью, нарушаетъ правовое отношеніе и тѣмъ причиняетъ вредъ, то первое условіе его правового существованія, первая его правовая обязанность... по возможности уничтожить (wieder aufheben) и загладить (gutmachen) препятствіе правовому состоянію и его собственной истинной правовой волѣ“... [2]). Тотъ же взглядъ проводитъ и Геппъ, послѣдователь теоріи Велькера [3]). Какъ видно, съ точки зрѣнія этой теоріи различіе между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда признается, хотя оба эти института разсматриваются, какъ проявленіе одной общей идеи; это различіе сводится къ различію объекта той дѣятельности, которая заключается одинаково и въ наказаніи, и въ возмѣщеніи вреда,—уничтоженія вреда. Гдѣ такимъ объектомъ является вредъ интеллектуальный, идеальный, тамъ уничтоженіе вреда есть функція наказанія; тамъ же, гдѣ этотъ объектъ принимаетъ характеръ вреда матеріальнаго, тамъ уничтоженіе послѣдняго есть функція возмѣщенія вреда. То, что Велькеръ возводитъ и наказаніе и возмѣщеніе вреда къ одному обоснованію, такъ же мало даетъ намъ права говорить объ отождествленіи имъ наказанія и возмѣщенія вреда, какъ мало даетъ намъ право сдѣлать это относительно своего взгляда самъ Биндингъ, поскольку и у него оба эти института объединяются въ томъ смыслѣ, что въ нихъ онъ усматриваетъ одинаково выраженіе правового выполненія извѣстной обязанности (rechtliche Leistung) со стороны правового субъекта [4]).

---

[1]) Welcker l. c. s. 251.

[2]) Ib. s. 249.

[3]) Hepp. Darstellung und Beurteilung der deutschen Strafrechtssysteme 1843, II s. 770 eff.

[4]) Binding l. c. s. 284: „da der Schaden durch ein Rechtssubjekt ersetzt, die Strafe an einem solchen vollzogen wird, moge es mir erlaubt sein Strafe leiden und Schadenersatz leisten zusammenzufassen unter der Bezeichnung einer r e c h t l i c h e n L e i s t u n g seitens des Rechtssubjektes“.

Что касается далѣе Меркеля, то онъ, дѣйствительно, разсматриваетъ наказаніе и вознагражденіе за вредъ, какъ „внутренне однородныя и идентичныя по своей существенной цѣли средства для репрессіи неправды“ [1]), но онъ въ то же время видитъ различіе между ними въ томъ, что въ возмѣщеніи вреда имѣется возстановленіе (Wiederherstellung) соотвѣтствующаго субъективному праву внѣшняго состоянія, затронутаго противоправнымъ дѣяніемъ, а въ наказаніи—возстановленіе или же обезпеченіе чего-то идеальнаго (eines Ideellen): нарушеннаго противоправнымъ дѣяніемъ или подвергшагося отъ него опасности нормальнаго отношенія между объективированной въ правѣ общей волей и лицами, ей подчиненными [2]). Его основная точка зрѣнія касается установленія того положенія, что, какъ существуетъ единое понятіе неправды, такъ должно существовать и единое понятіе правовыхъ послѣдствій неправды, понимаемое имъ, какъ совокупность всего того, посредствомъ чего тѣ явленія, въ которыхъ имѣетъ свое существованіе неправда, должны быть уничтожены (wieder aufgehoben werden sollen) въ соотвѣтствіи съ требованіями общей воли [3]). Но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ указываетъ, что разнообразію этихъ явленій соотвѣтствуетъ разнообразіе въ характерѣ правовыхъ воздѣйствій на нихъ, и что въ этомъ отношеніи прежде всего слѣдуетъ различать внѣшнюю и внутреннюю сферу, къ которымъ принадлежатъ данныя явленія; въ соотвѣтствіи съ этимъ одни правовыя послѣдствія направляются непосредственно на внѣшнія, а другія на идеальныя явленія [4]). Однако, такъ какъ всѣ правовыя послѣдствія имѣютъ своей цѣлью уничтожить возникшее разногласіе (Zwiespalt) между индивидуальной волей и волей общей [5]), то они совпадаютъ другъ съ другомъ по своему настоящему существу (ihrem eigentlichen Wesen nach) [6]), а это, съ его точки зрѣнія, даетъ основаніе утверждать, что одно правовое послѣдствіе въ извѣстномъ объемѣ можетъ замѣнять другое [7]), и что они назначаются всегда въ общихъ интересахъ (um des Gemeininteresses willen), все равно, будетъ ли это наказаніе или возмѣщеніе вреда [8]).

---

[1]) Merkel. Kriminalistische Abhandlungen s. 63.
[2]) Ib. s. 2.
[3]) Ib. s. 57.
[4]) Ib. s. 57.
[5]) Ib. s. 58.
[6]) Ib. s. 59.
[7]) Ib. s. 59.
[8]) Ib. s. 60.

Какъ видно изъ сказаннаго, Меркель находилъ извѣстныя черты, общія и для наказанія и для возмѣщенія вреда, усматривая въ нихъ проявленіе одного общаго принципа—воздѣйствія на неправду. Но онъ не смѣшивалъ другъ съ другомъ этихъ двухъ понятій, а напротивъ различалъ ихъ, указывая лишь то высшее родовое понятіе, подъ которое можно ихъ подвести. Всѣ возраженія, которыя мы находимъ у Биндинга по адресу Меркеля, основываются главнымъ образомъ на томъ, что съ точки зрѣнія Биндинга есть только одно послѣдствіе деликта—наказаніе; естественно, что онъ вооружился противъ конструкціи Меркеля, отстаившаго болѣе широкій взглядъ [1]). Если же Меркель и находитъ, что въ возмѣщеніи вреда заключаются элементы наказанія, то это выражаетъ собой только ту мысль, что въ данномъ институтѣ заключаются нѣкоторыя общія съ наказаніемъ черты, именно тѣ, которыя вообще характеризуютъ принудительныя средства правоохраны. Съ этой точки зрѣнія вполнѣ понятно то заявленіе, которое дѣлаетъ Меркель въ одной изъ своихъ позднѣйшихъ работъ, указывая на то, что ему понапрасну приписали, будто онъ разсматриваетъ возмѣщеніе вреда, какъ видъ наказанія [2]). Въ другихъ работахъ Меркеля въ особенности ясно проводится его взглядъ на то, что наказаніе и возмѣщеніе вреда—явленія разнаго порядка, объединяемыя однако болѣе широкимъ понятіемъ правовыхъ послѣдствій неправды. Такъ, въ своей „Энциклопедіи права“ онъ говоритъ, что всѣ правовыя послѣдствія укрѣпляютъ въ противовѣсъ учиненному правонарушенію значеніе и важность (die Gultigkeit und das Ansehen) нарушенныхъ предписаній; всѣ они дѣйствуютъ въ интересахъ охраны или же возстановленія такого состоянія, которое гармонируетъ съ этимъ значеніемъ и съ условіями его дальнѣйшаго существованія [3]); при этомъ среди нихъ онъ различаетъ возмѣщеніе вреда и наказаніе, подчеркивая въ первомъ—моментъ специфическаго заглаженія (specifische Ausgleichung), а во второмъ—моментъ его воспріятія, какъ зла [4]). Наконецъ, въ своемъ „Учебникѣ уголовнаго права“ Меркель указываетъ на то, что всѣ правовыя послѣдствія служатъ той же конечной цѣли (Endzweck), какъ и наказаніе,—всѣ они укрѣпляютъ авторитетъ законовъ, ограждаютъ мощь стоящихъ за ними общихъ интересовъ, парализуютъ тѣ силы, которыя дѣйствуютъ или расположены дѣйство-

---

[1]) Binding l. c. s. 276 eff.

[2]) Merkel. Uber „das gemeine deutsche Strafrecht“ von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft“. (Z. I s. 583 A 6).

[3]) Merkel. Encyklopädie s. 121.

[4]) Ib. s 126.

вать противъ нихъ и т. д. [1]); однако вмѣстѣ съ тѣмъ онъ признаетъ, что то, что́ эти правовыя послѣдствія непосредственно выполняютъ для этой конечной цѣли, не есть одно и то же [2]). Указывая же затѣмъ на внутреннее родство правовыхъ послѣдствій, благодаря которому между прочимъ можно объяснить существующее дѣленіе правовыхъ послѣдствій, какъ результатъ историческаго развитія, онъ высказывается противъ распространенныхъ воззрѣній на абсолютную противоположность наказанія и всѣхъ остальныхъ послѣдствій неправды [3]). Итакъ, принимая во вниманіе все только что сказанное, мы должны признать, вопреки утвержденію Биндинга, что Меркель вовсе не считалъ возмѣщеніе вреда видомъ наказанія. Для него оба эти института представлялись различными по своему значенію, хотя они у него и объединены вмѣстѣ въ одной общей группѣ правовыхъ явленій.

Изъ всѣхъ названныхъ Биндингомъ писателей только одинъ Гейнце придерживается, дѣйствительно, взгляда на возмѣщеніе вреда, какъ на наказаніе, о чемъ будетъ сказано ниже.

Разсматривая ближе взгляды тѣхъ писателей, которые находятъ въ возмѣщеніи вреда видъ наказанія, мы можемъ прежде всего замѣтить, что нѣкоторые криминалисты, упоминая въ числѣ наказаній вознагражденіе за вредъ, даже не считаютъ нужнымъ привести обоснованіе этого своеобразнаго взгляда. Такъ, напр. поступаютъ Лохвицкій [4]) и Дриль [5]). Для нихъ, повидимому, рѣшающее значеніе имѣетъ то обстоятельство, что о вознагражденіи за вредъ, причиненный преступленіемъ, говорятъ уголовные кодексы. Другіе же писатели напротивъ выдвигаютъ особыя соображенія, въ силу которыхъ, по ихъ мнѣнію, возмѣщеніе вреда можно сближать съ наказаніемъ или даже можно прямо его разсматривать, какъ наказаніе. Такъ, Генке говоритъ, что обязанность возмѣстить вредъ можетъ сама по себѣ дѣйствовать, какъ наказаніе, въ силу человѣческой корыстности, которая ощущаетъ имущественное взысканіе (Vermögensbusse) болѣзненнѣе всего [6]). Но, повидимому, этими словами Генке хочетъ подчеркнуть лишь то, что возмѣщеніе вреда можетъ быть использовано, какъ средство борьбы съ преступностью, въ виду его внѣшняго сходства съ наказаніемъ, но онъ не указываетъ этимъ на черты сходства пра-

---

[1]) Merkel. Lehrbuch s. 181.
[2]) Ib s 182
[3]) Ib. s. 183.
[4]) Лохвицкій в. с. стр. 87
[5]) Дриль в. с. стр. 176.
[6]) Henke I c. I s. 192.

вовой природы наказанія и возмѣщенія вреда. Особенно рѣшительно подчеркиваетъ сходство, которое существуетъ между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда какъ съ внутренней, такъ и съ внѣшней стороны, Хортенъ. По его словамъ, обѣ эти мѣры дѣйствуютъ всегда одинаково,—если и не всецѣло (nicht durchaus), то въ главнѣйшемъ (hauptsächlich). Чего желаетъ наказаніе? спрашиваетъ онъ, и отвѣчаетъ — причинить зло, посредствомъ котораго оно удерживаетъ и устрашаетъ, воздаетъ и удовлетворяетъ. А развѣ, продолжаетъ онъ, возмѣщеніе вреда не есть зло, развѣ оно не производитъ возмездія и удовлетворенія, а также удержанія и устрашенія [1])? По его словамъ, возмѣщеніе вреда воспринимается, какъ наказаніе, и притомъ, какъ наказаніе особенно суровое [2]), идея же уравнивающей справедливости проявляется одинаково и въ наказаніи и въ возмѣщеніи вреда [3]). Къ этому онъ присоединяетъ еще соображеніе о томъ, что денежное взысканіе и денежное возмѣщеніе вреда есть все же просто деньги, которыя долженъ уплатить причинившій вредъ вслѣдствіе причиненія вреда, но въ видѣ ли наказанія или же въ видѣ возмѣщенія вреда,—это для него совершенно безразлично [4]). Наконецъ, онъ находитъ, что сходство возмѣщенія вреда съ наказаніемъ допускаетъ переходъ наказанія и возмѣщенія вреда одно въ другое [5]), въ виду чего онъ выставляетъ de lege ferenda требованіе зачета вознагражденія за вредъ въ наказаніе, подобно тому, какъ это дѣлается относительно зачета въ наказаніе предварительнаго заключенія по принципу: „то, что дѣйствуетъ наряду съ настоящимъ наказаніемъ подобно наказанію (strafähnlich), то должно быть зачитываемо при опредѣленіи размѣра наказанія“ [6]). Какъ видно изъ сказаннаго, Хортенъ не рѣшается прямо назвать возмѣщенія вреда наказаніемъ, но онъ говоритъ о такомъ сходствѣ этихъ институтовъ, которое даетъ ему возможность

---

[1]) Horten l. c. s. 18. Эта же точка зрѣнія проводится въ нашей литературѣ Сорокинымъ (в. с. стр. 68), который прямо смѣшиваетъ вознагражденіе за вредъ съ наказаніемъ, не различая даже понятія вознагражденія за вредъ и понятія имущественнаго наказанія, и говоритъ: „позволительно спросить, развѣ имущественныя наказанія (читай: вознагражденіе за вредъ) не есть наказанія? Развѣ они сплошь и рядомъ не причиняютъ большее страданіе (въ чемъ обычно видятъ сущность наказанія), чѣмъ хотя бы арестъ или краткосрочное тюремное заключеніе?“.

[2]) Ib. s. 21.

[3]) Ib. s. 46.

[4]) Ib. s. 31.

[5]) Ib. s. 44.

[6]) Ib. s. 29.

утверждать, что въ практическомъ примѣненіи они тождественны другъ съ другомъ.

Конечно, сходство между этими институтами существуетъ, но существуетъ и глубокое внутреннее различіе между ними, такъ что обращать вниманіе только на внѣшнее сходство и говорить о томъ, что оба эти института представляютъ одно и то же, невозможно. Если вообще мы будемъ обращать особенное вниманіе на внѣшнюю сторону отдѣльныхъ институтовъ, то намъ весьма часто придется признавать сходство между двумя такими мѣрами, которыя совершенно различны по своему внутреннему содержанію. Съ другой стороны нужно замѣтить, что, если центръ тяжести наказанія мы будемъ усматривать, какъ это дѣлаетъ Хортенъ, въ заглаженіи или уравненіи, то съ этой точки зрѣнія мы, дѣйствительно, не проведемъ различія между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда. Идея уравнивающей справедливости, можно сказать, еще сильнѣе выражается въ возмѣщеніи вреда, чѣмъ въ наказаніи. Между тѣмъ нужно имѣть въ виду, что самостоятельная природа возмѣщенія вреда по сравненію съ наказаніемъ особенно ясно вытекаетъ изъ того, что возможно ихъ одновременное примѣненіе въ одномъ и томъ же случаѣ правонарушенія, и что, какъ это подчеркнулъ еще Герцъ [1]), а вслѣдъ за нимъ и Эткеръ [2]), утверждать существенное тождество этихъ двухъ мѣръ совершенно несоединимо съ допустимостью ихъ одновременнаго назначенія наряду другъ съ другомъ.

Нѣсколько иное обоснованіе тождества наказанія и возмѣщенія вреда мы находимъ у Ферри. Указывая на то, что вознагражденіе за вредъ есть одно изъ „оборонительныхъ средствъ“ наряду съ наказаніемъ и мѣрами превентивными [3]), онъ вмѣстѣ съ тѣмъ находитъ, что разграниченіе между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда лишено позитивнаго характера, такъ какъ между ними нѣтъ существеннаго различія; „въ самомъ дѣлѣ, говоритъ онъ, они составляли одно цѣлое въ первыхъ фазахъ эволюціи человѣчества; существовало время, когда наказанія носили чисто-гражданскій характеръ—характеръ возмѣщенія вреда. Только съ теченіемъ времени, по мѣрѣ того, какъ соціальныя явленія непрерывно развивались и усложнялись, эти двѣ вѣтви раздѣлились“ [4]). Какъ видно изъ этихъ словъ Ферри, онъ придаетъ боль-

---

[1]) Hertz l. c. s. 25.

[2]) Oetker l. c. s. 515 n. 57.

[3]) Ферри в. с. стр. 420.

[4]) Тамъ же стр. 422.

шое значеніе тому обстоятельству, что было время, когда понятія наказанія и возмѣщенія вреда сливались другъ съ другомъ. Но если это явленіе мы и наблюдаемъ, дѣйствительно, въ исторіи права, то оно не даетъ намъ еще повода къ отождествленію разсматриваемыхъ институтовъ. Мы знаемъ, что на первоначальныхъ ступеняхъ развитія человѣчества многія правовыя явленія сливаются другъ съ другомъ, и только съ общимъ ходомъ эволюціи происходитъ дифференціація ихъ,—дифференціація, еще и теперь не закончившаяся. Развитое правосознаніе находитъ черты различія тамъ, гдѣ правосознанію первобытному все представляется одинаковымъ. И посколько мы считаемся съ фактомъ происшедшей дифференціаціи извѣстныхъ явленій, постолько мы не можемъ отождествлять ихъ лишь потому, что когда то они другъ отъ друга не отличались. Разсуждая иначе, мы должны были бы признавать внутреннее сходство цѣлаго ряда разнородныхъ явленій только потому, что раньше они сливались другъ съ другомъ,

Своеобразный взглядъ на возмѣщеніе вреда высказалъ Гейнце, усматривая въ немъ „несовершенную форму проявленія гражданскаго наказанія“ („unvollkommene Erscheinungsform der bürgerlichen Strafe“)[1]). По его словамъ, иски, вытекающіе изъ деликтовъ (Deliktsklagen) относительно возмѣщенія вреда, заключаютъ въ себѣ ясно выраженный пенальный элементъ благодаря тому, что то, что объективно и для истца есть только возмѣщеніе, для отвѣтчика въ видѣ общаго правила выходитъ за предѣлы полученной имъ выгоды. Мало того, онъ находитъ, что въ дѣйствительности даже простое признаніе и удовлетвореніе (die blosse Anerkennung und Befriedigung) гражданскаго права является вообще по своимъ функціямъ видомъ наказанія; онъ объясняетъ это тѣмъ, что „какъ съ одной стороны въ каждомъ нарушеніи частнаго права содержится вмѣстѣ съ тѣмъ нарушеніе объективнаго права, такъ съ другой стороны въ каждомъ возстановленіи нарушеннаго частнаго права лежитъ одновременно признаніе и удовлетвореніе нарушеннаго объективнаго правопорядка“[2]). Къ этому онъ присовокупляетъ, что „при гражданскомъ наказаніи выполненіе (Leistung) наказанія въ пользу государства, при простой же гражданской неправдѣ уплата долга кредитору есть средство, посредствомъ котораго производится примиреніе (Ausgleichung) должника съ правопорядкомъ. И это доходитъ до того, замѣчаетъ онъ, что даже при настоящихъ преступленіяхъ примиреніе представляется

[1]) Heinze. l. c. s. 337.
[2]) Ib. s. 338.

нашему чувству несовершеннымъ до тѣхъ поръ, пока наряду съ публичнымъ наказаніемъ не наступитъ вознагражденіе потерпѣвшаго за причиненный ему вредъ“ [1]). Но, усматривая въ этомъ отношеніи тождество между дѣйствіемъ на психику человѣка наказанія и возмѣщенія вреда, онъ идетъ еще дальше и находитъ, что „даже дѣйствительное предоставленіе возмѣщенія вреда не стоитъ еще на самой низшей ступени средствъ уравненія и реабилитаціи (Ausgleichungs- und Behabilitirungsmittel), которыя должны быть разсматриваемы, какъ несовершенныя формы проявленія наказанія. Уже въ самомъ существованіи долгового отношенія (Schuldverhältniss), даже если притязаніе не осуществлено ни посредствомъ требованія (Fordern), ни посредствомъ исполненія чего-либо (Leisten), заключается модальность (eine Modalität) наказанія“ [2]).

Какъ видно, у Гейнце понятіе наказанія расширяется до такихъ предѣловъ, которые дѣлаютъ возможнымъ поглотить при помощи него не только всякое правовое послѣдствіе неправды, но и всякую обязанность выполнить что-нибудь. Однако при такомъ рѣшеніи вопроса понятіе наказанія вообще утрачиваетъ всякую опредѣленность и въ этомъ случаѣ противополагать его другимъ правовымъ послѣдствіемъ неправды не приходится. Повидимому, Гейнце въ этомъ своемъ взглядѣ неумѣло выразилъ ту мысль, что многимъ правовымъ институтамъ присущи элементъ превентивный и репрессивный, поскольку онъ вообще указывалъ на то впечатлѣніе, которое производитъ на окружающихъ фактъ существованія извѣстныхъ правовыхъ послѣдствій учиненной неправды, а также поскольку онъ говорилъ вообще о томъ значеніи, которое слѣдуетъ придавать факту существованія извѣстной обязанности совершить что-нибудь, какъ послѣдствіе учиненнаго правонарушенія.

Наконецъ, весьма оригинальный взглядъ на взаимоотношеніе наказанія и возмѣщенія вреда былъ высказанъ недавно Фридрихомъ Листомъ. Съ его точки зрѣнія наказаніе и возмѣщеніе вреда не должны быть противополагаемы другъ другу, такъ какъ одно изъ этихъ понятій лишь дополняетъ другое, образуя вмѣстѣ съ нимъ одно цѣлое. По его словамъ, „реакція (Reaktion) есть выраженное въ силу законнаго приказа (Reaktionsbefehl) порицаніе (Tadel) нарушенія законнаго запрета и возможное возстановленіе (Wiederherstellung) соотвѣтствующаго повелѣвающей нормѣ состоянія“ [3]). Не одно только возмѣщеніе вреда (Reparation), замѣ-

[1]) Ib. s. 338.
[2]) Ib. s. 338.
[3]) List. Schadenersatz und Strafe (Gerichtsaal 78 s. 127).

чаетъ онъ, а также не одно только порицаніе есть необходимая составная часть реакціи. но то и другое вмѣстѣ образуютъ понянятіе реакціи. Порицаніе же есть, по его словамъ, не главная составная часть, а первичная субстанція (primäre Substanz) реакціи, такъ какъ прежде всего нарушается приказъ государства и вмѣстѣ съ тѣмъ норма, и лишь во вторую линію государство предоставляетъ индивиду свою содѣйствующую власть (helfende Macht) для того, чтобы возстановить въ его пользу соотвѣтственное нормѣ состояніе; но и это оно дѣлаетъ не ради отдѣльнаго человѣка, а какъ хранитель (Hüter) нормъ. Сообразно этому онъ говоритъ, что между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда нѣтъ различія, если принять во вниманіе то, что здѣсь дѣло идетъ о двухъ понятіяхъ, которыя являются вмѣстѣ другъ съ другомъ необходимыми составными частями единаго цѣлаго и лишь вмѣстѣ могутъ быть „реакціей“ [1]). Въ виду этого онъ указываетъ на „двойственное свойство“ (Doppeleigenschaft) каждой реакціи и прибавляетъ къ этому, что реакція противъ нарушенія законнаго запрета, покоющагося на культурной нормѣ, должна имѣть болѣе порицающую тенденцію, а реакція противъ нарушенія законнаго запрета, покоющагося на правовой нормѣ, болѣе возмѣщающую (reparierende) тенденцію [2]). Доказательство же существованія такой двойной тенденціи всякой реакціи онъ усматриваетъ въ существованіи случаевъ наказуемыхъ дѣяній, которыя влекутъ за собой сверхъ наказанія буссу или гражданское вознагражденіе. Здѣсь онъ видитъ самые естественные и главнѣйшіе основные примѣры истинной реакціи [3]).

Останавливаясь на разсмотрѣніи этого взгляда, мы должны прежде всего отмѣтить чисто произвольное утвержденіе Листа о томъ, что реакція на учиненное правонарушеніе должна непремѣнно состоять изъ момента порицанія и момента возмѣщенія вреда. Листъ не обратилъ вниманія на то, что есть такія правонарушенія, при которыхъ не можетъ быть рѣчь о возмѣщеніи вреда въ силу особенностей объекта посягательства; таковы напр. посягательства религіознаго характера, преступленія политическія и большинство т. н. полицейскихъ нарушеній. Съ другой стороны положительное право знаетъ цѣлый рядъ запрещенныхъ дѣяній, которыя влекутъ за собой лишь возмѣщеніе вреда и за которыя не устанавливаются наказанія. То, что Листъ приводитъ, какъ наиболѣе яркіе примѣры „реакціи“, какъ онъ ее себѣ предста-

[1]) Ib. s. 127.
[2]) Ib. s 130.
[3]) Ib. s. 131.

вляетъ, являются скорѣе исключеніями изъ общаго правила. Наконецъ, если Листъ указываетъ, что понятіе реакціи состоитъ изъ двухъ элементовъ совершенно различнаго значенія—порицанія и возстановленія нарушеннаго состоянія,—то этимъ онъ подчеркиваетъ существенныя особенности, присущія каждому изъ этихъ явленій, въ отдѣльности взятому, что даетъ основаніе прежде всего противополагать ихъ другъ другу, а никакъ не составлять изъ нихъ одно цѣлое. Мы можемъ, конечно, говорить, что наказаніе и возмѣщеніе вреда есть формы реакціи правопорядка на учиненное правонарушеніе, мы можемъ вмѣстѣ съ тѣмъ признавать, что въ отдѣльныхъ случаяхъ обѣ эти формы реакціи могутъ совпадать, но отсюда дѣлать выводъ о томъ, что это случайное явленіе совпаденія должно быть разсматриваемо, какъ нѣчто органически присущее понятію реакціи, какъ таковой, мы не можемъ. Во всякомъ же случаѣ мы должны отмѣтить, что Листъ, собственно говоря, вполнѣ правильно, не отдавая самъ себѣ отчета въ этомъ, противополагаетъ особенности наказанія и возмѣщенія вреда, противопоставляя другъ другу понятія порицанія и возстановленія нарушеннаго правомѣрнаго состоянія. Его ошибка заключается лишь въ созданіи понятія единой реакціи, составными частями которой признаются эти два самостоятельныхъ института.

§ 3. Переходя далѣе къ разсмотрѣнію тѣхъ взглядовъ, которые считаютъ необходимымъ проводить строгое противоположеніе другъ другу понятія наказанія и понятія возмѣщенія вреда, мы должны сказать, что эти взгляды являются господствующими въ современной литературѣ: за указанными исключеніями, communis opinio doctorum исходитъ изъ противоположенія этихъ понятій. Однако, если мы обратимся къ выясненію того, что́ выдвигается, какъ критерій разграниченія наказанія и возмѣщенія вреда, то мы увидимъ, что въ этомъ отношеніи высказываются неодинаковыя соображенія. Мы должны въ виду этого ознакомиться съ тѣми разнообразными критеріями, которые выставляются въ юридической литературѣ для разграниченія понятій наказанія и возмѣщенія вреда; при этомъ мы должны имѣть въ виду, что съ одной стороны отдѣльными писателями иногда выдвигается не одинъ критерій, а нѣсколько, и что съ другой стороны нерѣдко тѣ особенности, которыя мы замѣчаемъ въ возмѣщеніи вреда или въ наказаніи и которыя являются результатомъ самостоятельной природы каждаго изъ этихъ институтовъ, выдви-

гаются, какъ основанія различія ихъ. Критеріемъ различія данныхъ институтовъ мы должны считать различіе выполняемыхъ ими функцій, а не тѣ особенности ихъ, которыя лишь вытекаютъ изъ этого факта различія ихъ функцій.

Тѣ взгляды, которые высказываются въ юридической литературѣ по вопросу о взаимоотношеніи наказанія и возмѣщенія вреда, можно свести въ соотвѣтствіи съ особенностями того критерія, который выдвигается, какъ основаніе для разграниченія разсматриваемыхъ институтовъ, къ слѣдующимъ тремъ группамъ: это—1) разграниченіе ихъ по различію объекта, на который направляется каждый изъ этихъ институтовъ, 2) различіе по цѣли, къ достиженію которой они стремятся, и 3) различіе по самому характеру и внутреннему содержанію ихъ дѣйствія, по тѣмъ функціямъ, которыя выполняются ими.

Первая группа взглядовъ на взаимоотношеніе наказанія и возмѣщенія вреда, выдвигая на первый планъ объектъ воздѣйствія, какъ критерій разграниченія этихъ институтовъ, исходитъ изъ представленія о томъ, что самое дѣйствіе, которое заключается въ ихъ внутреннемъ содержаніи, представляется одинаковымъ; функціи, которыя выполняются наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда, мыслятся, какъ однородныя, и все различіе между этими мѣрами усматривается лишь въ томъ, на что эти функціи направлены. Эта точка зрѣнія выдвинута напр. Велькеромъ, Меркелемъ, Еллинекомъ, Эткеромъ и Варгой. Мы видѣли уже, что съ точки зрѣнія Велькера и наказаніе и возмѣщеніе вреда выражаются одинаково въ уничтоженіи (Wiederaufhebung) вреда, и вся разница между ними заключается только въ характерѣ этого вреда: уничтоженіе матеріальнаго зла есть функція возмѣщенія, уничтоженіе интеллектуальнаго зла—функція наказанія [1]). Мы указывали вмѣстѣ съ тѣмъ раньше, какъ Велькеръ понимаетъ тотъ интеллектуальный вредъ, который долженъ быть уничтоженъ наказаніемъ [2]), и видѣли, что здѣсь имъ на первый планъ выдвигается представленіе о томъ впечатлѣніи, которое производитъ на общество преступленіе и которое должно быть устранено при помощи наказанія. Наказаніе однако не можетъ быть направлено на уничтоженіе этого вреда, такъ какъ наказаніе вообще ничего не уничтожаетъ. Представленіе о томъ, что функція наказанія—уничтоженіе зла, есть фикція. Наказаніе творитъ новое зло, а не уничтожаетъ прежняго. Съ другой стороны, если мы говоримъ, что матеріаль-

[1]) См. выше стр. 512.
[2]) См. выше стр. 127.

ный вредъ, въ которомъ выразилось извѣстное правонарушеніе, можетъ быть уничтоженъ путемъ возмѣщенія вреда, то этимъ мы выражаемъ только ту мысль, что такимъ путемъ возстановляется нарушенное право. Наконецъ, противополагать другъ другу понятія матеріальнаго и интеллектуальнаго вреда, какъ понятія, взаимно исключающія другъ друга, мы не можемъ, такъ какъ тамъ, гдѣ имѣется матеріальный вредъ, можно найти и вредъ „интеллектуальный" въ томъ или иномъ объемѣ.

Неубѣдительной представляется и та конструкція, которую предлагаетъ Меркель, поскольку онъ противополагаетъ, какъ объекты воздѣйствія при возмѣщеніи вреда и при наказаніи, — воздѣйствія, понимаемаго имъ, какъ возстановленіе нарушеннаго состоянія,—внѣшнюю и внутреннюю сферу явленій или внѣшнюю и идеальную ихъ сторону [1]). И въ этомъ отношеніи нужно замѣтить, что съ одной стороны представляется невозможнымъ установить, въ чемъ сущность внѣшней и внутренней стороны извѣстныхъ явленій, какъ объекта соотвѣтственнаго на нихъ воздѣйствія, такъ какъ понятія эти совершенно неясны, а съ другой стороны, поскольку мы говоримъ о наказаніи, мы не можемъ къ этому понятію пріурочивать представленіе о томъ, что при помощи наказанія возстановляется правомѣрное состояніе. Этою функціей наказаніе не обладаетъ, если не придавать этому выраженію значеніе метафоры. Очевидно, сознаніе недостаточности подобнаго критерія разграниченія наказанія и возмѣщенія вреда заставило Меркеля впослѣдствіе выдвинуть для характеристики особенностей возмѣщенія вреда по сравненію съ наказаніемъ указаніе на то, что съ одной стороны въ возмѣщеніи вреда заключается „специфическое уравненіе" того, что прежде всего характеризуетъ правонарушеніе, и что съ другой стороны въ немъ нѣтъ того, что является характернымъ для наказанія,—его воспріятія, какъ зла [2]), т. е. другими словами, обратить вниманіе на то, что различіе между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда заключается не въ объектѣ воздѣйствія, а въ неодинаковомъ характерѣ этого послѣдняго.

Нужно замѣтить, что о различіи объектовъ воздѣйствія, въ смыслѣ различія физическаго и психическаго вреда, говорятъ и другіе писатели, которые вмѣстѣ съ тѣмъ указываютъ на неодинаковый характеръ самаго дѣйствія при наказаніи и возмѣщеніи вреда. Такъ, напр. Еллинекъ находитъ, что „возмѣщеніе физическаго, не соотвѣтствующаго нормѣ состоянія есть вознагражденіе за

---

[1]) См. выше стр. 513.

[2]) Merkel. Encyklopädie s. 127 и 131.

вредъ, а репрессія психическихъ послѣдствій неправды есть наказаніе“ [1]). Однако самое противоположеніе физическаго и психическаго моментовъ въ составѣ правонарушенія представляется непріемлемымъ уже и потому, что объектомъ возмѣщенія вреда можетъ быть не только физическій, но и психическій, моральный вредъ.

Нѣсколько иначе, чѣмъ только что указанные писатели, строитъ различіе между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда Эткеръ [2]). Указавъ на то, что возмѣщеніе вреда можетъ быть устанавливаемо и независимо отъ деликта, не въ качествѣ правового послѣдствія запрещеннаго дѣянія, онъ говоритъ, что различіе между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда сводится къ противоположности правового блага и „конкретнаго охраняющаго дѣйствія“ (Gegensatz von Rechtsgut und konkreter Schutzwirkung). Самое возмѣщеніе вреда, по его словамъ, можетъ быть назначаемо и роепае causa [3]), и, какъ перспектива наказанія, такъ и предвидѣніе обязанности возмѣстить вредъ можетъ образовывать новый эгоистическій мотивъ противъ учиненія воспрещеннаго дѣянія. Такимъ образомъ угроза присуща и возмѣщенію вреда, но сущность этого института коренится въ защитѣ индивидуальныхъ интересовъ, а не правовыхъ благъ [4]). Такимъ образомъ, по ученію Эткера, между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда весьма много точекъ соприкосновенія, какъ въ виду того, что оба они служатъ задачамъ общаго предупрежденія, такъ въ виду того, что имъ обоимъ присуща охраняющая функція; но въ этомъ послѣднемъ моментѣ вмѣстѣ съ тѣмъ лежитъ и различіе между обоими институтами въ смыслѣ неодинаковаго объекта этой охраны. Однако едва ли Эткеру удается правильно отмѣтить существенную черту этого различія, поскольку онъ противополагаетъ правовое благо индивидуальному интересу. Вѣдь, если устанавливается правовая защита индивидуальнаго интереса при помощи того правоохранительнаго средства, которое именуется возмѣщеніемъ вреда, то тѣмъ самымъ данный интересъ дѣлается интересомъ, пользующимся правовой охраной, дѣлается правовымъ благомъ.

Наконецъ, еще иначе установляется различіе между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда Варгой. По его словамъ, государственная реакція въ отношеніи противоправнаго дѣянія, примѣ-

---

[1]) Еллинекъ в. с. стр. 135.
[2]) Oetker l. c. s. 512.
[3]) Ib. s. 514.
[4]) Ib. s. 516.

няемая ради возстановленія права (Rechtswiederherstellung), выступаетъ въ формѣ гражданской и уголовной реакціи: въ первомъ случаѣ заключается погашеніе (Tilgung) посредствомъ устраненія (Ausmerzung) только объективнаго момента неправды, а во второмъ не только объективнаго, но и субъективнаго моментовъ неправды — общеопасной тенденціи воли (gemeingefährliche Willenstendenz) [1]). Что касается этого взгляда, то мы должны сказать, что самое представленіе о томъ, что наказаніе погашаетъ субъективную сторону преступленія не можетъ признаваться правильнымъ. Какъ мы уже говорили раньше, наказаніе ничего не погашаетъ: бывшее нельзя сдѣлать при помощи наказанія не бывшимъ. Въ особенности же нельзя говорить, что наказаніе погашаетъ общеопасную тенденцію воли преступника. Наказаніе можетъ стремиться оказать извѣстное воздѣйствіе на эту волю, но говорить о погашеніи этой воли при помощи него невозможно, если мы не желаемъ пользоваться метафорическими выраженіями.

Другую группу образуютъ тѣ взгляды, которые выдвигаютъ представленіе о различіи цѣлей, преслѣдуемыхъ наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда. Такъ, Гуго Мейеръ указываетъ на то, что цѣль наказанія—возмездіе, тогда какъ цѣль вознагражденія за вредъ—удовлетвореніе потерпѣвшаго [2]). Точно также Ламмашъ говоритъ, что цѣлью возмѣщенія вреда является заглаженіе непосредственныхъ послѣдствій противоправнаго поведенія, вредныхъ для индивида, затронутаго послѣднимъ, цѣлью же наказанія является съ одной стороны—уничтоженіе неблагопріятныхъ психическихъ послѣдствій, произведенныхъ преступнымъ дѣяніемъ въ обществѣ и въ затронутомъ имъ индивидѣ, посредствомъ противодѣйствія со стороны государства, съ другой стороны—воспрепятствованіе учиненію новыхъ преступленій при помощи непосредственнаго воздѣйствія на личность подвергающагося наказанію. Такимъ образомъ цѣлью возмѣщенія вреда, по его словамъ, является не созданіе зла, а заглаженіе зла, перенесеннаго пострадавшимъ [3]). Различіе данныхъ институтовъ по различію преслѣдуемыхъ ими цѣлей проводится и въ нашей литературѣ. Такъ, Таганцевъ въ числѣ прочихъ чертъ различія, существующаго между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда,—чертъ, являющихся лишь результатомъ того, что возмѣщеніе вреда выполняетъ иныя функціи, нежели наказаніе,—указы-

---

[1]) Vargha l. c. II s. 122.
[2]) H. Meyer l. c. s. 6.
[3]) Lammasch. Grundriss. s. 2.

ваетъ на различіе, существующее въ самихъ цѣляхъ, ими преслѣдуемыхъ: „гражданское вознагражденіе, говоритъ онъ, стремится только къ удовлетворенію потерпѣвшаго, къ устраненію матеріальнаго вреда, наказаніе является однимъ изъ средствъ, кои служатъ государству для осуществленія его основной цѣли—общественнаго развитія“ [1]). Впрочемъ, нужно замѣтить, что въ другомъ мѣстѣ Таганцевъ этому моменту цѣли не придаетъ рѣшающаго значенія, поскольку онъ утверждаетъ, что „третью, столь же близкую къ наказанію группу, составляютъ послѣдствія, наступающія въ интересахъ потерпѣвшаго отъ преступнаго дѣянія, такъ какъ они всего чаще совпадаютъ съ наказаніемъ по цѣли, примѣняются тѣми же органами, на коихъ возлагается преслѣдованіе преступныхъ дѣяній вообще, даже весьма часто входятъ въ карательныя мѣры, какъ ихъ элементы“ [2]), и поскольку онъ въ эту группу помѣщаетъ вознагражденіе за вредъ. Различіе между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда усматриваетъ въ ихъ цѣли и Есиповъ, говоря, что наказаніе, какъ мѣра общественнаго принужденія, должно принудить преступника сознать свою ошибку и по возможности исправиться, вознагражденіе за вредъ, какъ мѣра, стоящая въ зависимости отъ личнаго усмотрѣнія потерпѣвшаго, должна только удовлетворить за тотъ вредъ, который причиненъ индивиду преступленіемъ; къ этому онъ прибавляетъ, что наказаніе имѣетъ въ виду высшіе интересы, вознагражденіе же за вредъ ограничивается интересами даннаго лица [3]). Повидимому, точно также съ точки зрѣнія различія цѣлей обоихъ институтовъ проводятъ различіе между послѣдними Кистяковскій и Познышевъ. Первый изъ нихъ указываетъ на то, что „если наказаніе есть мѣра удовлетворенія для государства и страданіе преступника за общественную сторону преступленія, то вознагражденіе за вредъ и убытки есть мѣра удовлетворенія потерпѣвшаго и законное послѣдствіе для преступника за частную сторону преступленія“ [4]). Второй же, указывая рядъ отличительныхъ особенностей, присущихъ наказанію въ сравненіи съ возмѣщеніемъ вреда, особенностей, лишь вытекающихъ изъ факта неоднородности природы обоихъ институтовъ, говоритъ, что наказаніе назначается не въ интересахъ пострадавшаго лица, а непосредственно въ интересахъ всего государства, прибавляя однако къ этому, что, конечно, „удовлетворяя справедливыя притязанія потерпѣвшихъ, оно (т. е. возмѣщеніе вреда)

---

[1]) Таганцевъ в. с. стр. 103.

[2]) Тамъ же стр. 835.

[3]) Есиповъ в. с. стр. 469.

[4]) Кистяковскій в. с. стр. 825.

служитъ и общегосударственнымъ цѣлямъ и интересамъ“ [1]). Наконецъ, указаніе на различіе цѣлей наказанія и возмѣщенія вреда мы находимъ и у нашихъ цивилистовъ. Такъ, напр. Кривцовъ, смѣшивая понятіе объекта разсматриваемыхъ институтовъ съ понятіемъ ихъ цѣли, говоритъ: „самое важное различіе между наказаніемъ и возмѣщеніемъ убытковъ состоитъ въ о б ъ е к т ѣ того и другого институтовъ... Съ внѣшней стороны штрафъ и возмѣщеніе убытковъ весьма походятъ другъ на друга. Однако между ними имѣется весьма существенная разница. Штрафъ, подобно каждому наказанію, имѣетъ ц ѣ л ь ю причинить зло опредѣленному лицу, виновному въ правонарушеніи. Цѣль возмѣщенія убытковъ напротивъ совершенно иная“ [2]). Эту мысль онъ поясняетъ далѣе, указывая на то, что различіе между наказаніемъ и возмѣщеніемъ убытковъ по ц ѣ л и обоихъ институтовъ состоитъ въ томъ, что „въ одномъ случаѣ задача состоитъ въ причиненіи зла правонарушителю, а въ другомъ въ удовлетвореніи потерпѣвшаго“ [3]). Точно также Гуссаковскій, указывая на то, что наказаніе назначается въ публичныхъ интересахъ и „исключительно изъ принципа неприкосновенности частныхъ правъ“ [4]), вмѣстѣ съ тѣмъ замѣчаетъ, что „наказаніе, преслѣдующее цѣли устрашенія или исправленія, назначается за проявленія злой воли, выразившейся въ совершенномъ дѣяніи, хотя бы этимъ дѣяніемъ и не было причинено никакого матеріальнаго вреда. Напротивъ того, при отсутствіи матеріальнаго вреда, о наложеніи обязанности вознагражденія за совершеніе недозволеннаго дѣянія не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ такая обязанность возлагается исключительно съ цѣлью возстановленія нарушеннаго права потерпѣвшаго [5]).

Останавливаясь на разсмотрѣніи приведенныхъ только что взглядовъ, мы должны сказать, что здѣсь, какъ критерій разграниченія правовыхъ институтовъ, берется элементъ, который находится внѣ самаго содержанія данныхъ институтовъ, между тѣмъ, какъ на это неоднократно раньше указывалось, цѣль не можетъ быть принимаема за основаніе для установленія различія между отдѣльными правовыми понятіями, такъ какъ она лежитъ внѣ содержанія ихъ. Къ тому же, если указывается на то, что нака-

---

[1]) Познышевъ. Основные вопросы стр. 337.

[2]) Кривцовъ в. с. стр. 14.

[3]) Тамъ же стр. 15.

[4]) Гуссаковскій. Вознагражденіе за вредъ, причиненный недозволенными дѣяніями. (Журналъ М. Ю. 1912 г. № 8 стр. 3).

[5]) Тамъ же стр. 4.

занію въ противоположность возмѣщенію вреда не присуща цѣль удовлетворенія, то это противорѣчитъ тому общепризнанному положенію, что отъ примѣненія наказанія потерпѣвшій отъ преступленія несомнѣнно чувствуетъ удовлетвореніе, такъ что цѣль удовлетворенія можно разсматривать, какъ цѣль, присущую и наказанію, а не только возмѣщенію вреда. Наконецъ, противуположеніе интересовъ частныхъ и публичныхъ, ради которыхъ существуютъ возмѣщеніе вреда и наказаніе, вызываетъ сомнѣніе въ томъ отношеніи, что, конечно, и при примѣненіи возмѣщенія вреда имѣются въ виду интересы публичные, такъ какъ при помощи этой мѣры правопорядокъ реагируетъ опредѣленнымъ образомъ на явленіе, нежелательное и для него, а не только для того, кто понесъ непосредственно извѣстный ущербъ. А съ другой стороны вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя отрицать того, что и при примѣненіи наказанія обращается вниманіе на интересы частные, поскольку въ конкретномъ случаѣ наказаніе стремится къ удовлетворенію потерпѣвшаго.

Послѣдняя группа взглядовъ на взаимное отношеніе между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда совершенно правильно центръ тяжести разграниченія ихъ переноситъ на то, что представляетъ изъ себя самый характеръ реакціи въ томъ и другомъ случаѣ, какую, другими словами, функцію выполняетъ каждый изъ этихъ институтовъ.

При ближайшемъ разсмотрѣніи взглядовъ, отнесенныхъ въ эту группу, мы можемъ замѣтить, что отдѣльные писатели неодинаково представляютъ себѣ самую сущность функцій наказанія и возмѣщенія вреда въ общей системѣ правовыхъ послѣдствій неправды.

Такъ, для однихъ писателей противоположеніе разсматриваемыхъ институтовъ вытекаетъ изъ признанія характерной чертой наказанія момента причиненія зла; этого момента они не усматриваютъ въ возмѣщеніи вреда,—отсюда различіе данныхъ институтовъ по этому признаку, при чемъ для характеристики внутренняго содержанія возмѣщенія вреда въ противоположность наказанію, приводится то, что оно есть заглаженіе или исцѣленіе зла или же возстановленіе права. Этотъ взглядъ весьма распространенъ въ современной литературѣ. Такъ, его придерживаются Тонъ, Колеръ, Янка, Вахенфельдъ, Биндингъ, Фингеръ, Вейнрихъ, а въ нашей литературѣ Шершеневичъ.

По словамъ Тона, наказаніе имѣетъ тенденцію причинить зло, тогда какъ другія правовыя послѣдствія, которыя онъ относитъ въ особую группу и въ число которыхъ онъ помѣщаетъ

вознагражденіе за вредъ, имѣютъ своей тенденціей не причиненіе новаго зла, а по возможности исцѣленіе существующаго зла— они стремятся къ заглаженію (Ausgleichung) осуществленнаго посредствомъ нарушенія нормы зла [1]). Колеръ говоритъ, что посредствомъ возмѣщенія вреда не новое зло должно быть создано, а существующее должно быть заглажено [2]). Янка указываетъ на то, что наказаніе есть по своей природѣ причиненіе зла, возмѣщеніе же вреда наоборотъ—заглаженіе вреда [3]). Вахенфельдъ замѣчаетъ, что возмѣщеніе вреда стремится къ уравненію вреда (Ausgleich), а наказаніе—къ созданію новаго нарушенія [4]). Особенно же подробно развиваетъ эту точку зрѣнія Биндингъ. Указывая на различіе, которое существуетъ между обоими институтами, какъ относительно лицъ, которыя исполняютъ извѣстную обязанность (leisten) въ наказаніи и въ возмѣщеніи вреда, такъ и относительно того, въ чью пользу это исполненіе обязанности происходитъ [5]), онъ однако говоритъ, что важнѣйшее различіе существуетъ относительно того, что слѣдуетъ выполнить (was zu leisten ist), и замѣчаетъ, что „наказаніе должно наносить рану, а возмѣщеніе вреда исцѣлять рану, по возможности, не причиняя новой“ [6]). Самое „ядро“ различія между обоими институтами онъ усматриваетъ въ слѣдующемъ: „сущность возмѣщенія вреда состоитъ въ его назначеніи возмѣщать (repariren), замѣнять (verdrängen) состояніе, не основанное на правѣ, состояніемъ сообразнымъ съ правопорядкомъ; между тѣмъ какъ тотъ, кто терпитъ наказаніе, не обязанъ и не можетъ своимъ страданіемъ уничтожить противоправное состояніе; наказаніе по своему назначенію есть нѣчто иное, чѣмъ возмѣщеніе (Reparation)“ [7]). Къ этому онъ прибавляетъ, что „источникомъ наказанія является невозстановимое (Unwiederherstellbares) въ неправдѣ: оно есть уменьшеніе права (Rechtsminderung) для удовлетворенія за эту невозстановимую неправду; возмѣщеніе же вреда есть напротивъ устраненіе (Aufhebung) возстановимаго, противорѣчащаго праву состоянія“ [8]). Нужно

---

[1]) Thon l. c. s. 69.

[2]) Kohler. Leitfaden s. 2.

[3]) Janka l. c. s. 158.

[4]) Wachenfeld l. c. s. 275.

[5]) Binding l. c. s. 286.

[6]) Ib. s. 288. То же Grundriss s. 230.

[7]) Ib. s. 288.

[8]) Ib. s. 290. То же повторяетъ онъ въ Grundriss s. 230, указывая на то, что оба разсматриваемыя правовыя послѣдствія „schneidige Strafe und heilende Besserung“, существенно отличныя другъ отъ друга, стоятъ рядомъ другъ съ другомъ.

при этомъ замѣтить, что Биндингъ вмѣстѣ съ тѣмъ высказываетъ ту мысль, что различіе между обоими институтами лежитъ и въ ихъ цѣляхъ; онъ прямо говоритъ, что они во всѣхъ формахъ своего проявленія стоятъ на службѣ совершенно различныхъ цѣлей [1]), и подчеркиваетъ, что обязанность вознагражденія (Ersatzverbindlichkeit) не предназначена къ тому, чтобы воздѣйствовать на обязаннаго къ вознагражденію, какъ зло [2]). Ученіе Биндинга повторяетъ безъ существенныхъ измѣненій Фингеръ. И у него главнѣйшее различіе между обоими институтами лежитъ въ томъ, что̀ подлежитъ выполненію (was zu leisten ist), причемъ онъ замѣчаетъ, что денежное взысканіе желаетъ причинить правовой вредъ (Rechtsnachteil), тогда какъ для возмѣщенія вреда вовсе не требуется, чтобы оно необходимо представляло имущественный ущербъ, такъ какъ, если кто нибудь отдаетъ только то, что онъ получилъ посредствомъ вредоноснаго дѣянія, то онъ отъ этого не дѣлается бѣднѣе [3]). Причиненіе зла въ смыслѣ страданія усматриваетъ, какъ характерную черту наказанія, и Вейнрихъ, говоря, что этого момента не встрѣчается въ возмѣщеніи вреда и что въ послѣднемъ „претерпѣніе вреда происходитъ не ради него самого, а для того, чтобы предоставить потерпѣвшему эквивалентъ за утраченное имъ [4]), такъ что идея возстановленія лежитъ въ основаніи возмѣщенія вреда. Наконецъ, Шершеневичъ указываетъ на то, что „наказаніе есть причиненіе зла виновному, тогда какъ вознагражденіе за вредъ есть исправленіе зла, причиненнаго виновнымъ“ [5]).

Другіе писатели вмѣсто неюридическаго выраженія „причиненіе зла“ употребляютъ для характеристики наказанія терминъ „отнятіе права“, указывая вмѣстѣ съ тѣмъ на то, что въ возмѣщеніи вреда этого момента нѣтъ, и что оно должно характеризоваться иначе. Такъ, напр. Листъ [6]) и Дона [7]) характеризуютъ возмѣщенія вреда, какъ удовлетвореніе.

---

[1]) Ib. s. 466.

[2]) Ib. s. 452.

[3]) Finger, Lehrbuch s 447, Strafrecht s. 345.

[4]) Weinrich l. c. s. 848

[5]) Шершеневичъ Русское гражданское право. 1912 стр. 650.

[6]) Liszt. Grenzgebiete s. 27 говоритъ, что наказаніе есть „eine Verletzung des Täters in seinen rechtlich geschutzten Interessen“, а возмѣщеніе вреда „die volle Wiedergutmachung der dem Verletzten zugefugten Rechtsverletzung“; въ Lehrbuch s. 251 онъ замѣчаетъ только „die Strafe ist ein Übel, welches der Verbrecher erleidet Dadurch unterscheidet sie sich wesentlich von dem Schadenersatz“.

[7]) Dohna Privatgenugtuung (V D. A. T. I s. 226).

Нѣсколько иначе устанавливаютъ различіе между обоими институтами Юнгъ и Баттальини. Съ точки зрѣнія Юнга, различіе между ними заключается въ томъ, что „гражданско-правовая реакція есть первичное (primär) послѣдствіе противорѣчащаго праву состоянія и по своему существу есть возстановленіе состоянія, ему соотвѣтствующаго; уголовная же реакція есть первичное послѣдствіе дѣйствія лица, субъективнаго нарушенія правовой обязанности, и по своему существу есть созданіе мотива (Motivsetzung), имѣя такимъ образомъ отношеніе къ будущему поведенію лица; оно основывается на психологическомъ воздѣйствіи на дѣйствующаго субъекта“ [1]). По словамъ же Баттальини, наказаніе и возмѣщеніе вреда — два совершенно различныхъ зла. Посредствомъ предоставленія возмѣщенія вреда ставится на мѣсто состоянія, не соотвѣтствующаго праву, состояніе однородное съ нимъ; посредствомъ же отбытія наказанія напротивъ того не устраняется существующее противоправное состояніе. „Такимъ образомъ, замѣчаетъ онъ, возмѣщеніе вреда есть зло, которое возстановляетъ прежнее состояніе, въ то время, какъ наказаніе есть зло, которое не возстановляетъ прежняго состоянія“ [2]).

По поводу всѣхъ только что приведенныхъ взглядовъ мы должны сказать, что они совершенно правильно указываютъ на то, что различіе между обоими разсматриваемыми институтами должно искать въ неодинаковыхъ функціяхъ, которыя выполняются ими. Но, поскольку неправильно формулируется самая функція наказанія, постолько неправильно выдвигается и основная черта различія, существующаго между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда. Прежде всего мы не можемъ усматривать сущность наказанія, какъ это было уже раньше указано, въ причиненіи зла. Къ тому же, если мы это зло будемъ понимать въ томъ смыслѣ, что здѣсь имѣется вторженіе въ сферу правовыхъ благъ личности, то мы должны будемъ найти этотъ элементъ зла и въ возмѣщеніи вреда. Оно тоже причиняетъ извѣстное зло въ томъ смыслѣ, что въ немъ имѣется элементъ принудительнаго отнятія чужого имущества. Съ этой точки зрѣнія вполнѣ правъ Баттальини, указывая на то, что и наказаніе и возмѣщеніе вреда есть зло. Правда, въ возмѣщеніи вреда имѣется такое причиненіе зла, посредствомъ котораго „исцѣляется“ другое зло: причинившій другому ущербъ

---

[1]) Jung l. c. s 96.

[2]) Battaglini. Die Begriffe Strafe und Schadenersatz (Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie IV s. 412)

возмѣщаетъ его — у него отбирается извѣстное имущество, при помощи котораго заглаживается происшедшій уронъ; но это все же не можетъ затушевывать представленія о томъ, что и здѣсь есть „зло", какъ и во всякомъ иномъ принудительномъ правоохранительномъ средствѣ. Такимъ образомъ мы не имѣемъ основанія указывать на различіе, существующее между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда въ томъ смыслѣ, что въ первомъ есть причиненіе вреда, а во второмъ — нѣтъ. Съ этой точки зрѣнія мы не можемъ согласиться съ словами Биндинга о томъ, что наказаніе наноситъ рану, а возмѣщеніе вреда исцѣляетъ рану. Оно тоже наноситъ рану, хотя и для исцѣленія другой.

Что же касается взгляда, высказаннаго Юнгомъ относительно того, что наказаніе заключаетъ въ себѣ созданіе мотива, а возмѣщеніе вреда есть возстановленіе нарушеннаго правомѣрнаго состоянія, то опять-таки приходится замѣтить, что здѣсь для характеристики наказанія выдвигается то, что не является сущностью наказанія, тѣмъ болѣе, что въ отдѣльныхъ случаяхъ можно представить себѣ, что этотъ мотивъ будетъ созданъ и при помощи возмѣщенія вреда.

§ 4. Обращась къ установленію чертъ отличія наказанія отъ возмѣщенія вреда, мы должны исходить изъ того опредѣленія понятія наказанія, которое указываетъ на его функцію въ ряду другихъ правовыхъ институтовъ. Мы указывали, что наказаніе по своему существу заключается въ возмездіи, а возмездіе состоитъ въ воздѣйствіи на учиненное въ соотвѣтствіи съ его оцѣнкой. Этимъ наказаніе отличается отъ другихъ правоохранительныхъ средствъ; этимъ оно отличается и отъ возмѣщенія вреда. Возмѣщенію вреда совершенно чуждъ тотъ моментъ оцѣнки, который представляется существеннымъ для наказанія. Возмѣщеніе вреда не есть оцѣнка учиненнаго въ смыслѣ его неодобренія, осужденія, порицанія. Возмѣщеніе вреда есть лишь возстановленіе нарушеннаго правомѣрнаго состоянія путемъ представленія эквивалента причиненнаго вреда. Когда учинившій извѣстное недозволенное дѣяніе, влекущее за собой причиненіе вреда, присуждается къ возмѣщенію причиненнаго имъ вреда, то въ этомъ не выражается осужденіе его поступку. Этимъ лишь имѣютъ въ виду достигнуть того положенія вещей, которое должно бы было существовать, если бы не произошло данное правонарушеніе.

И поскольку возстановленіе нарушеннаго правомѣрнаго состоянія производится возмѣщеніемъ вреда, постолько мы можемъ сказать, что функція, выполняемая этимъ институтомъ, есть воз-

становленіе нарушеннаго правомѣрнаго состоянія. Съ этой точки зрѣнія у возмѣщенія вреда болѣе точекъ соприкосновенія съ мѣрами пресѣченія, чѣмъ съ наказаніемъ. Мѣры пресѣченія устраняютъ происшедшую неправду и ея длящіяся послѣдствія и тѣмъ также возстановляютъ то правомѣрное состояніе, которое было нарушено даннымъ недозволеннымъ дѣйствіемъ. Но возмѣщеніе вреда отличается отъ мѣръ пресѣченія тѣмъ, что въ немъ возстановляется нарушенное правомѣрное состояніе не непосредственнымъ устраненіемъ неправды, а предоставленіемъ эквивалента причиненнаго вреда лицу, потерпѣвшему этотъ вредъ. Такимъ образомъ возмѣщеніе вреда слагается изъ двухъ моментовъ: изъ умаленія имущественной сферы одного лица — лица, учинившаго вредоносное дѣяніе,—и изъ соотвѣтствующаго увеличенія имущественной сферы другого лица—лица, понесшаго отъ этого дѣянія вредъ. Наличность именно этихъ двухъ моментовъ является существеннымъ для возмѣщенія вреда, тогда какъ мѣры пресѣченія характеризуются однимъ лишь фактомъ устраненія противоправнаго дѣянія или его результатовъ.

Въ виду этого всѣ тѣ случаи, гдѣ есть возстановленіе правомѣрнаго состоянія, но гдѣ нѣтъ предоставленія эквивалента причиненнаго вреда потерпѣвшему, мы относимъ къ мѣрамъ пресѣченія, поскольку это возстановленіе совершается при помощи непосредственнаго устраненія проявленій неправды. Такъ, мы отнесли къ мѣрамъ пресѣченія прекращеніе происшедшей противузаконной дѣятельности путемъ принудительнаго устраненія ея, прежде всего такія мѣры, какъ исправленіе неправильно возведеннаго и т. п., хотя бы это было произведено на счетъ виновнаго. Здѣсь сущность данной мѣры заключается въ томъ, что принудительно устраняются длящіяся послѣдствія противоправной дѣятельности, а не въ томъ, что причинившій правонарушеніе возмѣщаетъ причиненный вредъ путемъ предоставленія денежнаго эквивалента потерпѣвшему. То же мы сдѣлали и относительно отобранія вещи, пріобрѣтенной противузаконнымъ путемъ, съ возвращеніемъ ея собственнику. Сущность послѣдней мѣры заключается не въ томъ, что потерпѣвшій ущербъ въ своемъ имуществѣ получаетъ соотвѣственный ему эквивалентъ: учинившій данное нарушеніе не возмѣщаетъ причиненнаго имъ ущерба, умаляя сферу своего имущественнаго обладанія и увеличивая сферу имущественнаго обладанія другого лица; онъ лишь лишается того имущества, которое неправильно, незаконно оказалось въ сферѣ его обладанія. Нужно однако замѣтить, что, по господствующему въ юридической литературѣ мнѣнію, реституція разсматривается, какъ особый видъ

вознагражденія за вредъ, хотя оба эти института признаются неодинаковыми [1]).

Такъ какъ возмѣщеніе вреда и наказаніе выполняютъ неодинаковыя функціи и по своему внутреннему содержанію представляются институтами совершенно различной правовой природы, то мы видимъ рядъ ихъ особенностей въ порядкѣ ихъ примѣненія.

Такъ, прежде всего надлежитъ отмѣтить тѣ ихъ особенности, которыя формулированы Биндингомъ, а вслѣдъ за нимъ и Фингеромъ, въ смыслѣ различія тѣхъ лицъ, которыя обязаны потерпѣть наказаніе и представить возмѣщеніе вреда, а также различія тѣхъ лицъ, въ пользу которыхъ то и другое происходитъ.

Въ виду того, что въ наказаніи мы имѣемъ дѣло съ оцѣнкой опредѣленнаго поведенія извѣстнаго лица, самое воздѣйствіе, которое заключается въ немъ, тѣсно связано съ личностью того, кто учинилъ преступное дѣяніе: его поведеніе оцѣнивается опредѣленнымъ образомъ посредствомъ вторженія въ сферу его правовыхъ благъ. Въ этомъ и заключается тотъ строго личный характеръ наказанія, который обыкновенно подчеркивается (напр. Биндингомъ и др.), какъ особенность наказанія, и котораго мы не находимъ въ возмѣщеніи вреда. При возмѣщеніи вреда личность учинителя недозволеннаго дѣянія значенія не представляетъ, такъ какъ здѣсь дѣло идетъ не объ оцѣнкѣ учиненнаго, а о возстановленіи правомѣрнаго состоянія. Кто возмѣститъ причиненный вредъ, безразлично; поэтому возмѣщеніе вреда разсматривается въ извѣстныхъ случахъ, какъ обязанность правопреемниковъ лица, причинившаго ущербъ. Это напр., подчеркивается и нашимъ улож. о нак., которое говоритъ (ст. 61), что взысканіе вознагражденія за причиненные вредъ или убытокъ, въ случаѣ смерти виновныхъ, распространяется и на ихъ наслѣдниковъ, но требуется лишь изъ того имѣнія, которое имъ досталось отъ виновныхъ. Тотъ строго личный характеръ, который содержится въ наказаніи, какъ институтѣ, заключающемъ въ себѣ моментъ оцѣнки учиненнаго, и который отсутствуетъ въ возмѣщеніи вреда, влечетъ за собой далѣе то, что обстоятельства, устраняющія примѣненіе наказанія, для возмѣщенія вреда значенія не имѣютъ. Смерть виновнаго (ст. 156), уголовная давность (ст. 164) и помилованіе (ст. 167), какъ это категорически признано улож. о нак., не вліяютъ на судьбу вознагражденія за вредъ и убытки. Дальнѣйшей особенностью наказанія, вытекающей изъ его сущности,

---

[1]) Ср. напр. Degenkolb l. s. 16: Binding l. c. s 439; Кривцовъ в. с. 25; Таганцевъ в. с. стр. 840.

какъ возмездія,—особенностью, чуждой возмѣщенію вреда, какъ мѣрѣ, лишь объективно направленной на возстановленіе нарушеннаго правомѣрнаго состоянія, является то, что подвергнуться наказанію можетъ только лицо, признанное виновнымъ, такъ какъ оцѣнка учиненнаго, заключающаяся въ возмездіи, требуетъ признанія виновности лица. Моментъ осужденія тѣсно связанъ съ представленіемъ о виновности лица, учинившаго извѣстное дѣяніе, подлежащее оцѣнкѣ. Напротивъ, для возмѣщенія вреда представляется безразличнымъ, будетъ ли лицо, учинившее данное недозволенное дѣяніе, признано виновнымъ или нѣтъ. Здѣсь все ограничивается требованіемъ того, чтобы причиненный правонарушеніемъ вредъ былъ заглаженъ. Поэтому мы видимъ, что возмѣщеніе вреда можетъ обращаться и на лицъ невмѣняемыхъ, какъ это прямо признается гражданскими законами (ср. т. X ч. I. ст. 653, 654, 686). Наконецъ, въ то время, какъ для наказанія, въ силу лежащаго въ его основаніи начала оцѣнки учиненнаго, получаетъ значеніе величина вины, причемъ, чѣмъ выше вина, тѣмъ выше оцѣнивается и дѣяніе, сообразно съ чѣмъ и самое наказаніе усиливается, для возмѣщенія вреда размѣръ вины значенія не имѣетъ, такъ какъ здѣсь принимается въ расчетъ размѣръ дѣйствительно причиненнаго вреда, который и долженъ быть соотвѣтственнымъ образомъ заглаженъ.

Другой особенностью наказанія по сравненію съ возмѣщеніемъ вреда является представленіе о томъ субъектѣ, ради интересовъ котораго осуществляется наказаніе въ противоположность возмѣщенію вреда. Посколько мы имѣемъ въ виду государственное наказаніе, мы должны считаться съ тѣмъ, что наказаніе назначается отъ лица государственной власти и ради интересовъ государства; но и тамъ, гдѣ наказаніе примѣняется внѣ государственнаго общенія людей, оно все же есть проявленіе власти этого общенія въ отношеніи его членовъ и назначается въ его интересахъ. Напротивъ, когда мы говоримъ о возмѣщеніи вреда, мы этотъ элементъ власти игнорируемъ, указывая лишь на то, что изъ факта недозволеннаго дѣянія вытекаетъ для причинившаго вредъ обязанность этотъ вредъ возмѣстить. Этотъ вредъ онъ возмѣщаетъ лицу, потерпѣвшему отъ даннаго недозволеннаго дѣянія, а не государству, какъ таковому, какъ носителю опредѣленныхъ интересовъ. Конечно, мы не можемъ отрицать того, что и возмѣщеніе вреда совершается въ интересахъ всего правопорядка, но это не исключаетъ представленія о томъ, что непосредственнымъ дестинатаромъ возмѣщенія вреда является тотъ, кто потерпѣлъ ущербъ отъ даннаго недозволеннаго знанія, тогда какъ такимъ же дестинатаромъ на-

казанія является государство или иной союзъ людей, имѣющій власть надъ даннымъ индивидомъ, нарушившимъ нормы правопорядка.

Наконецъ, мы должны обратить вниманіе еще на одну особенность наказанія по сравненію съ возмѣщеніемъ вреда. Наказаніе заключаетъ въ себѣ оцѣнку, которая напередъ дается правопорядкомъ отдѣльнымъ недозволеннымъ дѣяніямъ. Данная заранѣе (in abstracto) закономъ, эта оцѣнка лишь приспособляется судомъ къ тѣмъ особенностямъ, которыя встрѣчаются въ конкретномъ случаѣ (in concreto). Наказаніе поэтому есть правовое послѣдствіе опредѣленныхъ, въ законѣ указанныхъ недозволенныхъ дѣяній: въ отношеніи этихъ дѣяній проводится принципъ: nullum crimen sine lege. Напротивъ, если мы говоримъ о возмѣщеніи вреда, какъ о правовомъ послѣдствіи недозволенныхъ дѣяній, то не имѣетъ значеніе то обстоятельство, указываетъ ли особо законъ данное дѣяніе или нѣтъ, такъ какъ здѣсь нѣтъ потребности сдѣлать заранѣе руководящую оцѣнку этого дѣянія. Всякій вредъ долженъ быть возмѣщенъ, независимо отъ того, проистекаетъ ли онъ отъ дѣянія, запрещеннаго подъ страхомъ наказанія, или же нѣтъ. Размѣръ же вреда опредѣляется въ зависимости отъ того, въ чемъ онъ дѣйствительно выразился [1]). Самая потребность возмѣщенія вреда существуетъ, какъ указывалось раньше, и за предѣлами дѣяній недозволенныхъ, такъ какъ возмѣщеніе вреда возможно и тогда, когда нѣтъ на лицо неправды, когда все ограничивается причиненіемъ вреда; но, въ случаяхъ этого рода возмѣщеніе вреда не имѣетъ уже характера правового послѣдствія неправды.

§ 5. Если, какъ только что сказано было, вознагражденіе за вредъ можетъ возникнуть изъ любого недозволеннаго дѣянія, то съ другой стороны надо имѣть въ виду, что нѣкоторыя формы возмѣщенія вреда пріурочиваются къ опредѣленнымъ видамъ недозволенныхъ дѣяній, причемъ нерѣдко размѣръ вреда, подлежащаго возмѣщенію, указывается въ этомъ случаѣ заранѣе въ законѣ подобно тому, какъ это дѣлается обычно относительно размѣра наказанія. Въ виду того, что подобные особые виды возмѣщенія вреда довольно близко подходятъ къ наказанію и даже иногда съ нимъ смѣшиваются, такъ какъ по большей части они являются

---

[1]) Лишь тогда, когда размѣръ вреда не можетъ подлежать точному учету, устанавливается въ законѣ размѣръ вознагражденія въ опредѣленномъ размѣрѣ (ср. ст. 678 зак. гражд.).

правовыми послѣдствіями преступныхъ дѣяній, представляетъ извѣстный интересъ ближайшее ознакомленіе съ ними.

Сюда прежде всего можно отнести тотъ видъ возмѣщенія вреда, который извѣстенъ въ германскомъ правѣ подъ именемъ буссы (Busse) [1]). Бусса здѣсь устанавливается въ нѣкоторыхъ случаяхъ посягательства на честь и тѣлесную неприкосновенность (§§ 186—188, 231); кромѣ того она извѣстна отдѣльнымъ законамъ, касающимся нѣкоторыхъ особыхъ правонарушеній, прежде всего посягательствъ на авторское право [2]). По общепринятому въ современной нѣмецкой литературѣ взгляду бусса разсматривается, какъ возмѣщеніе вреда [3]), такъ какъ она всецѣло выполняетъ тѣ

---

[1]) Кромѣ германскаго права институтъ буссы извѣстенъ отчасти и австрійскому, гдѣ онъ встрѣчается въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ законахъ (Markenschutzgesetz, Urheberrechtgesetz, Patentgesetz).

[2]) Nachdruckgesetz 1870 § 18; Patentgesetz 1891 § 37; Gebrauchsmustergesetz 1891 § 11; Warenzeichengesetz 1894 § 18; Wettbewerbgesetz 1909 § 26, Urhebergesetz 1901 § 40; Verlagsrechtsgesetz 1901 § 9; Kunstwerkgesetz 1907 § 35.

[3]) Ср. напр. Rosenfeld. Die Nebenklage des Reichsstrafprozesses. 1900 s. 174, Dohna. Die Stellung der Busse im reichsrechtlichen System des Immaterialguterschutzes. 1902 s. 50; Dohna, Privatgenugtuung. s. 252, Liszt. Lehrbuch s. 276. Нужно однако замѣтить, что первоначально въ нѣмецкой литературѣ высказывались различныя точки зрѣнія относительно юридической природы буссы. Здѣсь можно отмѣтить три главнѣйшихъ теченія: а) признаніе буссы наказаніемъ—точка зрѣнія, защищавшаяся напр Флешомъ (Flesch. Die rechtliche Natur der Busse des Reichstrafgesetzbuches, Gerichtssaal. B. 28 s. 291) главнымъ образомъ въ виду мѣста, занимаемаго буссой въ общей системѣ права, б) признаніе за буссой одновременно характера и наказанія и возмѣщенія вреда—взглядъ, выставленный Вехтеромъ (Wächter. Die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem heutigen gemeinen Recht. 1874 s. 34), который тоже придавалъ значеніе мѣсту, отведенному буссѣ въ общей системѣ права, а также тому обстоятельству, что законъ опредѣляетъ максимумъ буссы, в) признаніе за буссой характера возмѣщенія вреда—точка зрѣнія, проводившаяся въ особенности Доховомъ въ цѣломъ рядѣ его работъ (Dochow въ Holtzendorff's Handbuch des deutschen Strafrechts. III, s 382; Art. „Busse" въ Holtzendorff's Rechtslexikon; Die Busse im Strafrecht und Strafprozess 1875 s. 14).

Слѣдуетъ при этомъ отмѣтить, что въ русской литературѣ высказываются нѣсколько иные взгляды на природу германской буссы, чѣмъ въ нѣмецкой литературѣ. Такъ, Таганцевъ (в. с. стр. 846) относитъ буссу къ „особымъ случаямъ имущественнаго удовлетворенія пострадавшаго, являющагося какъ бы частнымъ наказаніемъ, налагаемымъ однако въ порядкѣ уголовнаго судопроизводства", а Фойницкій (Ученіе о наказаніи стр. 184) указываетъ, что хотя вознагражденіе за вредъ есть мѣра гражданскаго права, но „иногда положительное право сообщаетъ ей значеніе мѣры уголовной, осуществляемой не иначе, какъ въ порядкѣ уголовнаго правосудія (въ виду трудности осуществить ее путемъ гражданскимъ). Тогда оно выливается въ форму имущественнаго взысканія, поступающаго въ пользу потерпѣвшаго и напоминающаго собой древній выкупъ", къ случаямъ этого рода онъ относитъ и буссу новогерманскаго права.

функціи, которыя выполняются возмѣщеніемъ вреда, и это особенно рельефно выражается въ томъ, что назначеніе ея исключаетъ возможность требованія возмѣщенія происшедшаго вреда въ обычномъ порядкѣ отправленія гражданскаго правосудія [1]), развѣ только потерпѣвшій находитъ, что размѣръ причиненнаго вреда выше, чѣмъ та сумма, которую онъ получаетъ въ видѣ буссы, — въ этомъ случаѣ онъ можетъ обратиться въ гражданскій судъ съ искомъ о дополнительномъ возмѣщеніи вреда. Какъ формулируетъ господствующую точку зрѣнія Дона, бусса имѣетъ свое основаніе въ беззащитности потерпѣвшаго, а не въ безнаказанности преступника [2]). Что же касается того обстоятельства, что, въ противоположность обычному для гражданскаго вознагражденія порядку, притязаніе на буссу не переходитъ къ наслѣдникамъ потерпѣвшаго (§ 444 St. P. O.), то оно объясняется обыкновенно указаніемъ на то, что здѣсь возмѣщеніе имѣетъ характеръ „удовлетворенія“ и въ этомъ смыслѣ оно можетъ выполнять свое дѣйствіе лишь въ отношеніи извѣстныхъ лицъ. Какъ говоритъ Дона, въ рукахъ наслѣдниковъ оно было бы несправедливымъ обогащеніемъ [3]).

Другимъ особеннымъ видомъ возмѣщенія вреда, причиненнаго опредѣленными правонарушеніями, является возмѣщеніе ущерба, понесеннаго казной отъ извѣстныхъ недозволенныхъ дѣяній,—мѣра, о которой весьма часто идетъ рѣчь въ уст. акц. сб., именно, уплата акциза, назначаемая въ случаѣ сокрытія извѣстныхъ предметовъ (питей, табаку, нефтяныхъ маселъ) отъ оплаты акцизомъ. Эта мѣра, назначается обыкновенно вмѣстѣ съ наказаніями, выражающимися въ денежныхъ взысканіяхъ въ размѣрѣ двойной стоимости акциза (ср. напр. ст. 1062, 1064, 1065, 1067, 1068, 1076. 1080, 1102, 1253, 1254), или же въ какой-нибудь опредѣленной суммѣ (ср. напр. ст. 1177), или даже въ лишеніи свободы (ст. 1076). Такой же характеръ имѣетъ и другая мѣра, встрѣчающаяся въ томъ же уставѣ,—присужденіе къ взятію патента или къ уплатѣ стоимости его, назначаемая въ случаѣ производства извѣстнаго промысла безъ взятія установленнаго патента. Эта мѣра точно также назначается обыкновенно совмѣстно съ наказаніями, выражающимися въ денежныхъ взысканіяхъ въ размѣрѣ двойной стоимости патента (ср. напр. ст. 1071, 1083, 1082, 1200, 1257, 1270[3]), иногда же въ размѣрѣ половины цѣны

[1]) Какъ выражаются обыкновенно Nebengesetze: „statt der Entschadigung kann auf Busse erkannt werden“.

[2]) Dohna. Busse s. 50.

[3]) Dohna Privatgenugtuung s. 256.

патента (ст. 1115). Наконецъ, такой же характеръ имѣетъ уплата особой суммы въ возмѣщеніе патентнаго сбора (ст. 1111 и 1113), особенностью которой, какъ возмѣщенія ущерба, причиненнаго казнѣ, является то, что размѣръ ея опредѣляется особымъ расписаніемъ (прил. къ ст. 1111), въ которомъ денежныя взысканія, взимаемыя въ возмѣщеніе патентнаго сбора, опредѣляются въ высшемъ и низшемъ размѣрѣ, причемъ высшіе размѣры значительно ниже нормальнаго патентнаго сбора. Но, конечно, эта особенность сама по себѣ еще не подрываетъ представленія о томъ, что подобное взысканіе является возмѣщеніемъ вреда, понесеннаго казной отъ опредѣленныхъ дѣяній (продажа крѣпкихъ напитковъ безъ патента въ видѣ промысла и др.), подлежащихъ уголовной отвѣтственности, такъ какъ назначеніе его—вознаградить казну за тотъ ущербъ, который ей нанесенъ отъ подобной противузаконной дѣятельности. Такова точка зрѣнія нашей доктрины (Фонъ-Резонъ) [1]) и сенатской практики (рѣш. у. к. д. 90/36 и 95/37). Правильность этой точки зрѣнія подтверждается еще и тѣмъ, что денежныя взысканія, поступающія въ возмѣщеніе патентнаго сбора (ст. 1152), такъ же, какъ и взыскиваемые съ виновныхъ акцизъ и патентный сборъ (ст. 1151), обращаются въ доходъ государственнаго казначейства, тогда какъ изъ налагаемыхъ на виновныхъ денежныхъ взысканій и изъ денегъ, выручаемыхъ отъ продажи конфискованныхъ предметовъ, половина отдается открывателямъ, доносителямъ и поимщикамъ (ст. 1151), чѣмъ проводится внѣшнее различіе между мѣрами, которыя не являются наказаніемъ, и тѣми, которыя являются таковыми. Правда, въ прим. къ ст. 1113 сказано, что „наказаніямъ, въ сей (1113) статьѣ опредѣленнымъ, подвергаются также виновные...“, причемъ по характеру указаннаго здѣсь деликта, всѣ тѣ послѣдствія, которыя упомянуты въ ст. 1113, должны быть примѣнены и въ данномъ случаѣ,—въ томъ числѣ и уплата въ возмѣщеніе патентнаго сбора, такъ что выраженіе „наказанія“ охватываетъ собой и эту мѣру, не являющуюся наказаніемъ; но здѣсь явный недосмотръ законодателя, и мы не можемъ придавать этому недосмотру такое значеніе, чтобы изъ-за него признавался измѣненнымъ самый смыслъ даннаго института.

Къ возмѣщенію вреда, а не къ наказанію, мы должны далѣе отнести мѣру, которой на первый взглядъ можно было бы придавать значеніе наказанія, но которая однако на самомъ дѣлѣ выполняетъ иную функцію. Это — уплата акциза въ усиленномъ,

---

1) Фонъ-Резонъ в. с. стр 59.

именно удесятереннымъ размѣрѣ, а также взиманіе патентнаго сбора въ усиленномъ же, именно—тройномъ или двойномъ размѣрѣ. Особенностью этого вида возмѣщенія вреда является то, что здѣсь рѣчь идетъ о возмѣщеніи не только дѣйствительнаго, но и возможнаго лишь ущерба. Первая мѣра встрѣчается весьма часто въ уст. акц. сб. (ср. ст. 1069, 1070, 1089, 1092, 1178, 1179, 1184, 1189, 1202, 1209, 1236—1238, 1256, 1260, 1263, 1270^{2}, 1270^{6} и 1270^{9}), какъ послѣдствіе такой противузаконной дѣятельности, которая заключаетъ въ себѣ причиненіе ущерба казнѣ вслѣдствіе того, что данный промыселъ происходитъ внѣ контроля соотвѣтственныхъ властей (напр. рѣчь идетъ о приготовленіи табаку для сбыта внѣ фабрикъ—ст. 1178), причемъ эта мѣра соединяется съ опредѣленными наказаніями—денежными взысканіями и лишеніемъ свободы (арестомъ по ст. 1178). Вторая встрѣчается рѣже (ср. ст. 1067, 1068, 1070, 1169, 1170, 1178, 1179, 1204, 1256, 1241, 1270^{2}), примѣняясь, какъ сказано выше, въ тройномъ, а иногда и въ двойномъ размѣрѣ (ст. 1241, 1256), за занятіе извѣстнымъ промысломъ безъ взятія патента (напр. за выдѣлку обложенныхъ акцизомъ питей на заводахъ, существующихъ тайно—ст. 1067), причемъ эта мѣра примѣняется также наряду съ наказаніями, выражающимися въ денежныхъ взысканіяхъ или въ лишеніи свободы, и нерѣдко независимо отъ уплаты акциза вдесятеро (ст. 1067, 1068, 1070, 1178, 1179, 1256, 1270^{2}). Въ послѣднемъ случаѣ принимается въ расчетъ то обстоятельство, что отъ даннаго недозволеннаго дѣянія происходитъ ущербъ казнѣ въ двоякомъ отношеніи: съ одной стороны тѣмъ, что производится выпускъ въ оборотъ такихъ предметовъ, которые подлежатъ акцизу, безъ оплаты ихъ послѣднимъ, а съ другой тѣмъ, что производится занятіе извѣстнымъ промысломъ безъ взятія соотвѣтствующаго патента. Этому двоякому ущербу соотвѣтствуетъ и двоякое возмѣщеніе его.

То обстоятельство, что здѣсь взимается акцизъ вдесятеро или взимается тройная или двойная стоимость патента, должно разсматриваться, какъ обстоятельство, указывающее лишь на извѣстный порядокъ опредѣленія размѣровъ причиненнаго ущерба, а не содержащее въ себѣ оцѣнку самаго дѣянія, въ соотвѣтствіи съ которой производится воздѣйствіе на учиненное. Въ виду того, что дѣйствительный размѣръ причиненнаго вреда часто невозможно установить при подобныхъ фискальныхъ нарушеніяхъ, такъ какъ часто неизвѣстно много ли разъ и какъ долго занимался виновный недозволенной дѣятельностью, установляется особый порядокъ вычисленія предполагаемаго ущерба по чисто произволь-

ному масштабу, которымъ, конечно, и долженъ руководиться судъ, опредѣляя размѣръ причиненнаго въ конкретномъ случаѣ вреда. Эта мысль и положена въ основаніе соотвѣтственныхъ опредѣленій уст. акц. сб. [1]). Значеніе данной мѣры, какъ возмѣщенія ущерба казны, подтверждается еще тѣмъ опредѣленіемъ закона, которое указываетъ, съ кого взимается акцизъ или стоимость патента; именно, въ ст. 1221 мы находимъ указаніе на то, что по нарушеніямъ, совершеннымъ на фабрикѣ, въ складѣ или въ заведеніи для торговли табакомъ, уплата акциза въ единичномъ или въ увеличенномъ размѣрѣ за табакъ и издѣлія, сокрытые отъ уплаты онымъ, а также обязанность взятія патента или уплаты стоимости его, возлагаются всегда на фабриканта, складчика или содержателя торговаго заведенія по принадлежности, несмотря на то, кто признанъ виновнымъ въ означенныхъ нарушеніяхъ. Какъ видно, въ этомъ случаѣ суду не приходится считаться съ виновностью опредѣленныхъ лицъ при назначеніи данной мѣры: онъ долженъ считаться только съ тѣмъ, на чьемъ заводѣ или складѣ и т. п. совершены указанныя нарушенія. Съ подобнымъ пониманіемъ данной мѣры согласна и наша сенатская практика (рѣш. у. к. д. 92/35, 97/26, 97/45, общ. собр. 92/19).

Наконецъ, такой же характеръ мѣры возмѣщенія вреда имѣетъ присужденіе къ обязанности внести исчисленную на основаніи досмотра пошлину, о чемъ говоритъ уст. там., указывая при этомъ между прочимъ на то, что наложеніе денежныхъ взысканій, которыя обыкновенно опредѣляются въ кратномъ размѣрѣ причитающейся пошлины, не освобождаетъ виновнаго отъ обязанности внести причитающуюся пошлину (ст. 1023).

Какъ особый видъ вознагражденія за вредъ, происшедшій отъ недозволеннаго дѣянія, притомъ вознагражденія въ заранѣе

---

[1]) Она въ особенности отчетливо выражена въ проектѣ правилъ о взысканіяхъ за нарушенія постановленій о табачномъ сборѣ, на основаніи которыхъ созданы соотвѣтствующія постановленія уст. акц сб. Здѣсь мы между прочимъ читаемъ: „По самому характеру такого рода нарушеній, какъ тайная выдѣлка табаку, выпускъ изъ фабрикъ, продажа и пріобрѣтеніе необандероленныхъ издѣлій, при открытіи ихъ можетъ обыкновенно быть настигнута и задержана лишь относительно небольшая партія корчемнаго табаку, причемъ большею частью не представляется никакой возможности судить о томъ, сколько разъ такое нарушеніе повторялось и какое количество табаку было въ дѣйствительности выдѣлано, выпущено или пріобрѣтено. Вслѣдствіе сего, если бы ограничиться взысканіемъ за то количество табаку, которое обнаружено, только простого акциза, то убытки казны остались бы въ значительной степени не возмѣщенными... равно взысканіе въ подлежащихъ случаяхъ единичной или увеличенной цѣны патента устанавливается также въ видахъ возмѣщенія дѣйствительнаго или вѣроятнаго ущерба казны“ (Фонъ-Резонъ в. с. стр. 65).

опредѣленномъ размѣрѣ, представляется договорная неустойка (Conventionalstrafe) т. е. уплата извѣстной заранѣе въ договорѣ опредѣленной суммы денегъ, въ случаѣ неисполненія или неисправнаго исполненія обязательства, вытекающаго изъ договора, посколько эта неустойка есть оцѣночная неустойка, т. е. заранѣе опредѣленный въ пользу вѣрителя интересъ—неустойка, при которой отношеніе между исполненіемъ по главному обязательству и исполненіемъ по обязательству неустоичному оказывается альтернативнымъ. Посколько уплата неустойки исключаетъ возможность требованія возмѣщенія вреда, проистекающаго изъ неисполненія или неисправнаго исполненія главнаго обязательства, и посколько она только замѣняетъ собой это возмѣщеніе, постолько мы здѣсь имѣемъ дѣло, дѣйствительно, съ однимъ изъ видовъ вознагражденія за вредъ, а не съ институтомъ карательнаго характера. Такова природа неустойки въ современныхъ западныхъ законодательствахъ. Иную природу представляетъ договорная неустойка въ системѣ русскаго гражданскаго права, о чемъ рѣчь будетъ ниже. Послѣдняя имѣетъ характеръ наказанія, которое точнѣе опредѣляется, какъ наказаніе гражданское. Она характеризуется не альтернативнымъ, а кумулятивнымъ отношеніемъ главнаго обязательства къ неустоичному. Однако въ этомъ отношеніи въ нашемъ правѣ представляетъ исключеніе опредѣленіе ст. 23 кн. XVIII Св. Воен. Пост.; здѣсь указывается, что неустойка должна соотвѣтствовать тому вреду или убытку, который можетъ послѣдовать для казны отъ невыполненія или несвоевременнаго исполненія договора (въ видѣ нормы устанавливается размѣръ этой неустойки не болѣе 25% и не менѣе 10% подрядной суммы), причемъ, какъ видно изъ статьи 78, ни съ залоговъ, ни съ имущества подрядчика не взыскиваются убытки, которые можетъ понести казна, производя заготовленіе собственнымъ распоряженіемъ, подрядчикъ же, заплативъ полную неустойку, опредѣленную условіями договора, освобождается отъ исполненія принятаго имъ на себя обязательства. Въ этомъ случаѣ неустойка имѣетъ исключительно характеръ возмѣщенія вреда [1]).

Нужно однако обратить вниманіе на то, что даже съ признаніемъ за добровольной неустойкой, какъ этотъ институтъ выражается въ западно-европейскомъ правѣ, характера возмѣщенія вреда, все-таки въ литературѣ не отрицается то, что неустойкѣ присущъ и карательный моментъ; однако при ближайшемъ ознакомленіи съ тѣмъ, въ чемъ этотъ моментъ въ данномъ случаѣ

---

[1]) Пергаментъ. Договорная неустойка и интересъ. 1905 стр. 247 прим. 1.

усматривается, мы можемъ замѣтить, что здѣсь выраженіе „карательный характеръ“ получаетъ особенный смыслъ.

Этотъ „карательный“ или репрессивный характеръ неустойки признается вытекающимъ изъ того, что неустойка, или вѣрнѣе возможность подвергнуться платежу ея, — устанавливаетъ рядъ выгодъ для одной стороны и невыгодъ для другой. Такъ, Пергаментъ указываетъ слѣдующія выгоды этого рода: устраненіе неопредѣленности и необезпеченности, неминуемо сопряженныхъ съ вычисленіемъ ex post размѣра интереса, избавленіе кредитора отъ нелегкой обязанности доказывать этотъ размѣръ и съ другой стороны право не допускать своего противника къ доказыванію отсутствія интереса или послѣдовавшаго вреда, а равно наличности интереса въ меньшихъ противъ неустойки размѣрахъ, наконецъ то, что на долю вѣрителя можетъ выпадать и фактически выпадаетъ нѣкоторая разность между суммами неустойки и дѣйствительно понесеннаго ущерба, нѣкоторый излишекъ, который, очевидно, служитъ чистымъ обогащеніемъ для контрагента, выговорившаго себѣ неустойку. „Но этихъ выгодъ, продолжаетъ Пергаментъ, или невыгодъ вмѣстѣ съ тѣмъ вполнѣ достаточно—достаточно, для того, чтобы сломить неправомѣрную волю должника, побудить его къ исполненію принятаго на себя обязательства и тѣмъ самымъ обезпечить вѣрителю плоды заключеннаго имъ договора— другими словами, чтобы осуществить цѣль, преслѣдуемую неустойкой. Перечисленными моментами, на мой взглядъ, и долженъ исчерпываться тотъ „карательный элементъ“, который присущъ нашему институту“ [1]). Но понимаемый въ такомъ смыслѣ карательный элементъ присущъ самымъ разнообразнымъ институтамъ, посколько они являются правоохранительными средствами, и ничего специфическаго онъ для неустойки не представляетъ. Всякое правоохранительное средство, посколько оно именно является средствомъ охраны опредѣленныхъ правовыхъ благъ, заключаетъ въ себѣ элементъ, направленный на то, чтобы „сломить волю“ извѣстнаго лица и „побудить“ его къ исполненію той или иной обязанности. Въ однихъ институтахъ этотъ элементъ выдвигается съ особенной ясностью на первый планъ, напр. въ наказаніи, въ другихъ напротивъ онъ отходитъ на послѣдній планъ, но этимъ самое существованіе его не устраняется.

Въ качествѣ особаго вида возмѣщенія вреда нужно разсматривать, наконецъ, ту мѣру, которая выражается въ уплатѣ судебныхъ издержекъ по производству дѣла и сущность которой заклю-

[1]) Тамъ же стр. 232.

чается въ обязанности извѣстныхъ лицъ возмѣстить расходы, вызванные производствомъ дѣла въ судѣ. При этомъ ближайшее разсмотрѣніе соотвѣтствующихъ постановленій закона показываетъ, что не всѣ виды судебныхъ издержекъ представляются одинаковыми. Въ этомъ отношеніи нужно различать уплату судебныхъ издержекъ съ одной стороны по гражданскимъ, съ другой по уголовнымъ дѣламъ, причемъ и относительно послѣднихъ нужно проводить различіе между отдѣльными случаями. Это различіе сказывается въ опредѣленіи круга какъ тѣхъ лицъ, въ пользу которыхъ должны быть уплачены издержки, такъ и тѣхъ, которыя обязаны произвести ихъ уплату.

Обращаясь къ нашему праву, мы видимъ слѣдующее. Изъ опредѣленія ст. 868 у. г. с., гласящей, что тяжущійся, противъ котораго постановлено рѣшеніе, обязанъ, по требованію противной стороны, возвратить ей, за исключеніемъ указанныхъ въ законѣ случаевъ, всѣ понесенныя ею по сему дѣлу судебныя издержки и сверхъ того вознаградить ее за веденіе дѣла, ясно вытекаетъ то положеніе, что въ гражданскомъ процессѣ возмѣщеніе судебныхъ издержекъ есть вознагражденіе убытковъ, понесенныхъ при производствѣ дѣла стороной, выигравшей процессъ, и выражающихся въ рядѣ расходовъ, которые она должна была совершить за отдѣльныя судебныя дѣйствія въ видѣ гербовыхъ, судебныхъ и канцелярскихъ пошлинъ и сборовъ по производству дѣла, внесенныхъ заранѣе до предпринятія соотвѣтственныхъ судебныхъ дѣйствій. Такимъ образомъ въ гражданскомъ процессѣ судебныя издержки взыскиваются со стороны, проигравшей дѣло, въ пользу стороны, его выигравшей, для возмѣщенія тѣхъ расходовъ, которые ею по данному дѣлу понесены въ пользу казны; и посколько въ конкретномъ случаѣ въ основаніи гражданскаго процесса лежало извѣстное недозволенное дѣяніе, постолько присужденіе къ уплатѣ судебныхъ издержекъ является, какъ возмѣщеніе ущерба стороны, выигравшей процессъ, правовымъ послѣдствіемъ этого недозволеннаго дѣянія.

Нѣсколько иное выраженіе имѣютъ судебныя издержки при производствѣ уголовнаго дѣла. Уголовное преслѣдованіе предпринимается въ публичныхъ интересахъ, раскрытіе преступленія и наказаніе преступника есть одна изъ задачъ государственной дѣятельности, поэтому естественно, чтобы всѣ расходы, связанные съ производствомъ дѣла, государство брало на себя. Это въ видѣ общаго правила и установляется въ законѣ (ср. ст. 976 у. у. с.— „всѣ расходы по дѣламъ уголовнымъ производятся изъ суммъ, состоящихъ въ распоряженіи правительства“). Однако изъ этого

правила дѣлается рядъ изъятій; законъ указываетъ случаи, въ которыхъ на опредѣленныхъ лицъ возлагается обязанность покрыть расходы за нѣкоторыя дѣйствія по производству дѣла, и такимъ образомъ возникаетъ понятіе судебныхъ издержекъ по уголовному дѣлу. Объемъ этихъ судебныхъ издержекъ обыкновенно точно указывается въ законѣ [1]).

Что касается далѣе тѣхъ лицъ, на которыя возлагается уплата судебныхъ издержекъ, то въ этомъ отношеніи надо различать двѣ категоріи случаевъ: это 1) тѣ случаи, гдѣ рѣчь идетъ о судебныхъ издержкахъ, вызванныхъ необходимостью отсрочить засѣданіе суда и 2) тѣ случаи, гдѣ рѣчь идетъ о судебныхъ издержкахъ, вызванныхъ всѣмъ процессомъ въ его цѣломъ. Въ первомъ случаѣ возмѣщеніе судебныхъ издержекъ падаетъ на того, кто совершилъ нарушеніе извѣстной обязанности, такъ что къ нему примѣняется общій принципъ о возмѣщеніи вреда, проистекающаго изъ недозволеннаго дѣянія. Случаи этого рода по нашему праву слѣдующіе: 1) неявка подсудимаго, причемъ при производствѣ дѣла въ мировыхъ установленіяхъ рѣчь идетъ о возмѣщеніи издержекъ, понесенныхъ противной стороной, которая при отсрочкѣ разбирательства можетъ просить, чтобы понесенныя ею издержки на явку лишній разъ къ суду были обращены на неисправную сторону, если послѣдняя не представитъ уважительныхъ причинъ неявки (ст. 75 у. у. с.); при производствѣ же въ общихъ судебныхъ установленіяхъ неявка состоящаго на свободѣ подсудимаго по дѣламъ, при разсмотрѣніи которыхъ личное присутствіе обвиняемаго необходимо, подвергаетъ его платежу всѣхъ судебныхъ издержекъ, причиненныхъ отсрочкою засѣданія (ст. 592 у. у. с.), 2) неявка свидѣтеля, а также нѣкоторыхъ другихъ лицъ, ему приравниваемыхъ (ст. 643 и 643[1] у. у. с.); она влечетъ за собой платежъ издержекъ, причиненныхъ отсрочкой засѣданія вызваннымъ въ судъ, лицамъ, и 3) нарушеніе присяжнымъ засѣдателемъ обязанности не отлучаться изъ залы засѣданія, не входить въ сношенія съ лицами, не принадлежащими къ составу суда, и не собирать по дѣлу какихъ-либо свѣдѣній внѣ судебнаго засѣданія (ст. 675), въ случаѣ, если устраненіе его по сему поводу

---

[1]) Въ частности наше право въ качествѣ судебныхъ издержекъ по уголовному дѣлу признаетъ: 1) деньги на путевые расходы лицъ, отряжаемыхъ для слѣдственныхъ дѣйствій, 2) вознагражденіе свѣдущихъ лицъ, переводчиковъ съ иностранныхъ языковъ, свидѣтелей и другихъ лицъ, особо закономъ указанныхъ, и 3) издержки на храненіе и пересылку вещественныхъ доказательствъ, на производство химическихъ и техническихъ изслѣдованій и на припечатаніе въ вѣдомостяхъ различныхъ объявленій (ст. 977 у. у с.).

отъ дальнѣйшаго разсмотрѣнія дѣла имѣло послѣдствіемъ остановку дѣла; это нарушеніе влечетъ за собой платежъ происшедшихъ отъ сего для вызванныхъ въ судъ лицъ излишнихъ издержекъ (ст. 676). Какъ видно, въ приведенныхъ только что случаяхъ рѣчь идетъ (за исключеніемъ ст. 592) о возмѣщеніи расходовъ опредѣленныхъ частныхъ лицъ.

Что касается случаевъ второго рода, то здѣсь слѣдуетъ различать два вида: 1) тотъ, гдѣ уплата судебныхъ издержекъ падаетъ на обязанность осужденнаго и 2) обвинителя.

Въ отношеніи перваго вида этихъ судебныхъ издержекъ нужно замѣтить слѣдующее. По общему правилу судебныя издержки взыскиваются съ тѣхъ, кто осужденъ (ст. 976); при этомъ наше право придаетъ здѣсь извѣстное значеніе степени обнаруженнаго участія осужденнаго въ преступномъ дѣяніи въ томъ смыслѣ, что издержки по производству дѣла о преступленіи, учиненномъ нѣсколькими лицами, распредѣляются между ними по мѣрѣ участія ихъ въ преступленіи (ст. 990), причемъ сначала отвѣчаютъ солидарно главные виновные (ст. 991), а если главные виновные не въ состояніи возмѣстить судебныхъ издержекъ, то сумма послѣднихъ присуждается съ другихъ лицъ, участвовавшихъ въ преступленіи, которыя точно также отвѣчаютъ солидарно (ст. 992). Но если осужденный оказывается несостоятельнымъ, то судебныя издержки принимаются на счетъ казны (ст. 999). Самое взысканіе судебныхъ издержекъ происходитъ послѣ взысканія вознагражденія за вредъ или убытки, причиненные виновнымъ (ст. 997), причемъ смерть осужденнаго до вступленія приговора въ законную силу не влечетъ за собой обращенія издержекъ на имущество умершаго (ст. 998). Какъ видно изъ приведенныхъ положеній нашего права, въ данномъ случаѣ, въ противоположность случаямъ перваго рода, взысканіе судебныхъ издержекъ не ставится въ зависимость отъ того, что присужденный къ уплатѣ судебныхъ издержекъ совершилъ недозволенное дѣйствіе, нарушилъ извѣстную лежавшую на немъ по ходу процесса обязанность. Здѣсь проводится то начало, что осужденный долженъ нести, какъ извѣстное бремя, часть расходовъ, падающихъ на государство по производству уголовнаго дѣла [1]), посколько онъ своимъ преступленіемъ вызвалъ необходимость приведенія въ движеніе сложнаго процессуальнаго механизма, сопряженнаго съ расходами для государства;

[1]) Это даетъ поводъ Белингу (Bennecke und Beling. Lehrbuch des deutschen Reichstrafprozessrechtes. 1900 s 458), а вслѣдъ за нимъ Фриденрейху (Friedenreich. Die Lehre von den Kosten im Strafprozess. 1901 s. 14) видѣть основаніе уплаты судебныхъ издержекъ въ публичномъ правѣ.

притомъ, конечно, то обстоятельство, что судебныя издержки падаютъ на того, кто совершилъ преступленіе и осужденъ судомъ, не является еще основаніемъ для признанія въ этомъ институтѣ характера наказанія, какъ это утверждалъ Лохвицкій [1]).

Послѣдній видъ судебныхъ издержекъ тотъ, при которомъ судебныя издержки падаютъ на обвинителя. Это имѣетъ мѣсто, по нашему праву, при разсмотрѣніи дѣла въ мировыхъ установленіяхъ—именно, въ случаѣ оправданія обвиняемаго, если обвиненіе было недобросовѣстнымъ, судья приговариваетъ (частнаго) обвинителя къ уплатѣ судебныхъ издержекъ, а въ случаѣ просьбы обвиняемаго и къ вознагражденію за понесенные убытки (ст. 121 у. у. с.). Въ данномъ случаѣ возмѣщеніе судебныхъ издержекъ падаетъ на обвинителя, потому что онъ своимъ недобросовѣстнымъ образомъ дѣйствія создалъ самый процессъ, въ виду чего признается справедливымъ обязать его возмѣстить извѣстные расходы, понесенные казной по производству даннаго дѣла, вызваннаго по его винѣ.

§ 6. Въ виду того, что возмѣщеніе вреда не заключаетъ въ себѣ воздѣйствія на личность учинителя правонарушенія, являясь исключительно средствомъ возстановленія нарушеннаго правопорядка, представляется безразличнымъ, кто возмѣститъ причиненный вредъ,—самъ ли его учинитель или третье лицо, состоящее съ нимъ въ опредѣленныхъ отношеніяхъ. Гражданское право знаетъ рядъ случаевъ отвѣтственности за другихъ по началу culpa in eligendo, culpa in custodiendo, по которому обязанность возмѣщенія вреда основывается на обязанности одного лица наблюдать за правильностью дѣйствій другого лица: поскольку это лицо обнаруживаетъ небрежность въ надзорѣ за другимъ или выбираетъ другого для опредѣленныхъ дѣйствій безъ должнаго вниманія, оно принимаетъ на себя отвѣтственность въ видѣ возмѣщенія вреда за то, что тѣмъ учинено. Сообразно съ этимъ въ нашихъ зак. гражд. устанавливается отвѣтственность родителей за дѣтей (ст. 653), отвѣтственность имѣющихъ надзоръ за умалишенными за этихъ послѣднихъ (ст. 654) и отвѣтственность господъ и вѣрителей за учиненное ихъ слугами и повѣренными при исполненіи ихъ порученій, сообразно съ данными имъ приказаніями и полномочіемъ (ст. 687).

Въ области уголовнаго права подобная отвѣтственность однихъ за другихъ не можетъ быть допущена, такъ какъ она про-

---

[1]) Лохвицкій в. с. стр. 87.

тиворѣчитъ основному требованію, предъявляемому къ наказанію,— падать только на того, кто совершилъ преступное дѣяніе, такъ какъ именно его поведеніе является объектомъ той оцѣнки, которая выражается при помощи наказанія. Однако и здѣсь встрѣчаются случаи, которые представляются извѣстнымъ исключеніемъ изъ этого общаго правила, хотя на самомъ дѣлѣ не всѣ случаи, обычно сюда относимые, являются дѣйствительно такимъ исключеніемъ.

Случаи этого рода мы находимъ почти исключительно въ уставахъ каз. управл., гдѣ самая особенность денежнаго взысканія, заключающаго въ себѣ, какъ будетъ указано ниже, не только наказаніе, но и возмѣщеніе вреда, причиненнаго казнѣ, особенно легко могла допустить возможность установленія принципа, существующаго въ области частнаго права. Такъ, прежде всего, въ уст. акц. сб. мы находимъ систему постепенной отвѣтственности отдѣльныхъ лицъ, такъ или иначе причастныхъ къ производству питейнаго или табачнаго промысла; на заводахъ и въ заведеніяхъ для торговли крѣпкими напитками отвѣтственными признаются: на заводахъ—заводчикъ, арендаторъ, управляющій, отвѣтственные винокуръ и пивоваръ, а также заводскіе служащіе и рабочіе, въ заведеніяхъ для торговли крѣпкими напитками—содержатели заведеній и ихъ приказчики и сидѣльцы (ст. 1140), на табачныхъ фабрикахъ—фабрикантъ, управляющій или приказчикъ, служащіе или рабочіе, въ складахъ, торговыхъ свалочныхъ пунктахъ и заведеніяхъ для торговли табачными издѣліями—содержатели сихъ складовъ, пунктовъ и заведеній и приказчики или сидѣльцы (ст. 1217). Сущность принципа постепенной отвѣтственности указанныхъ лицъ заключается въ установленіи наказанія для каждаго изъ нихъ тогда, когда преступленіе совершено безъ вѣдома и согласія выше стоящаго въ перечнѣ лица, но имъ самимъ или съ его вѣдома или согласія (ст. 1141 и 1218). Въ данномъ случаѣ мы еще не находимъ серіознаго отступленія отъ основного требованія уголовнаго права—признанія виновности лица, какъ предпосылки его уголовной отвѣтственности: здѣсь для отвѣтственности требуется завѣдомость лица. Съ другой стороны въ этомъ же уставѣ мы находимъ опредѣленія и иного рода. Такъ, заводчикъ и содержатель заведенія (при нарушеніи правилъ о питейномъ сборѣ) подлежатъ отвѣтственности за нарушенія, учиненныя безъ ихъ вѣдома: 1) заводчикъ, когда нарушеніе учинено арендаторомъ, объ отдачѣ которому завода въ аренду не было заявлено установленнымъ порядкомъ акцизному управленію или прежде воспослѣдованія такого заявленія, и 2) содержа-

тель заведенія, когда нарушеніе учинено приказчикомъ, не имѣющимъ установленнаго промысловаго свидѣтельства (ст. 1142); въ обоихъ этихъ случаяхъ указанныя лица присуждаются лишь къ денежнымъ взысканіямъ, которыя должны были бы падать на дѣйствительныхъ совершителей данныхъ правонарушеній, наказанія же личнаго характера падаютъ именно на послѣднихъ. Здѣсь заводчикъ и содержатель заведенія отвѣчаютъ въ виду того, что въ ихъ дѣятельности усматривается извѣстное попустительство совершенія преступленія, выразившееся въ томъ, что они допустили къ отправленію извѣстныхъ обязанностей на заводѣ или въ заведеніи для торговли крѣпкими напитками лицъ, формально не имѣющихъ на это право. Посколько они допустили извѣстное правонарушеніе, они несутъ отвѣтственность за его послѣдствія; а такъ какъ денежное взысканіе по фискальнымъ нарушеніямъ можетъ имѣть характеръ и возмѣщенія ущерба казны, то въ данномъ отношеніи допущено примѣненіе гражданско-правового начала culpa in eligendo и къ области уголовнаго права.

Наряду съ этими опредѣленіями мы находимъ однако особыя правила, указывающія на допустимость перенесенія съ однихъ лицъ на другихъ денежныхъ взысканій, наложенныхъ на нихъ за извѣстныя ихъ нарушенія. Такъ, ст. 1143 уст. акц. сб. указываетъ, что денежныя взысканія, налагаемыя на лица, указанныя въ пунктахъ 2—4 и 6 ст. 1141 (т. е. всѣ лица, кромѣ заводчиковъ или арендаторовъ и содержателей заведеній для торговли крѣпкими напитками), при неуплатѣ оныхъ подвергнутыми имъ лицами въ теченіе двухъ недѣль со времени вступленія въ законную силу приговора, обращаются на заводчиковъ, арендаторовъ заводовъ или содержателей торговыхъ заведеній по принадлежности, но лишь въ размѣрѣ трехъ четвертей опредѣленной ко взысканію суммы; остальная часть взыскивается съ виновныхъ въ нарушеніи и при несостоятельности ихъ замѣняется въ случаѣ направленія дѣла въ судебномъ порядкѣ арестомъ, тюремнымъ заключеніемъ или работами по правиламъ, постановленнымъ въ ст. 84 и 85 улож. о нак. То же устанавливаетъ ст. 1219 въ отношеніи нарушеній постановленій о табачномъ сборѣ: и здѣсь соотвѣтственная сумма взыскивается съ фабрикантовъ, складчиковъ и содержателей торговыхъ заведеній по принадлежности. Точно также въ случаѣ нарушенія постановленій о порядкѣ производства и продажи искусственныхъ сладкихъ веществъ отвѣтственности подвергаются непосредственно виновные, если нарушенія совершены безъ вѣдома и согласія владѣльцевъ промышленныхъ и торговыхъ заведеній; однако въ случаѣ несостоятельности винов-

ныхъ денежныя взысканія обращаются на владѣльцевъ заведеній въ размѣрѣ трехъ четвертей взыскиваемой суммы — остальная часть замѣняется арестомъ или тюремнымъ заключеніемъ (ст. 1270[19]). Тотъ же принципъ съ нѣкоторыми лишь измѣненіями проводится относительно отвѣтственности за противузаконныя дѣйствія по выдѣлкѣ сахару и выпускѣ его съ завода (ст. 1244); здѣсь отвѣтственности подлежатъ лишь одни виновные въ злоупотребленіи, если они дѣйствовали безъ вѣдома и участія заводчика и другихъ лицъ, но въ случаѣ неуплаты виновнымъ присужденнаго съ него денежнаго взысканія въ теченіе двухъ недѣль, со дня вступленія приговора въ законную силу, взысканіе обращается на его имущество, а при неимѣніи и недостаточности онаго на владѣльца завода (слѣдовательно, все взысканіе полностью). Вмѣстѣ съ тѣмъ законъ опредѣляетъ, что несостоятельные къ уплатѣ денежныхъ взысканій подвергаются въ случаѣ направленія дѣла въ судебномъ порядкѣ, въ размѣрѣ недовзысканной суммы, аресту или тюремному заключенію, либо отдачѣ въ общественныя работы или заработки на основаніи ст. 84 и 85 улож. о нак. (ст. 1245) [1]).

Точно также и по уст. там. установляется какъ отвѣтственность однихъ за другихъ, такъ и переносъ обязанности уплатить сумму, причитающуюся за извѣстныя нарушенія въ видѣ денежнаго взысканія, съ одного лица на другое, даже на юридическое лицо. Такъ, въ ст. 993 опредѣляется, что предусмотрѣнныя ст. 957—992 взысканія и пени налагаются на шкипера, судовщика или сплавщика и въ тѣхъ случаяхъ, если нарушеніе учинено, безъ вѣдома ихъ, лицами, входящими въ составъ экипажа, судна или плота; въ ст. 996, 1000 и 1001 устанавливается отвѣтственность желѣзной дороги за непредставленіе при пріемѣ поѣздовъ вагонныхъ листовъ и багажнаго списка и т. д., за недоставку въ таможню неявившихся при пріемѣ товарныхъ мѣстъ и за поврежденіе

---

[1]) Съ этими опредѣленіями слѣдуетъ сопоставить опредѣленіе уст. акц сб. о взысканіи акциза за питья, сокрытыя отъ оплаты онымъ, а также о взятіи патента или уплаты стоимости его; эта мѣра есть исключительно вознагражденіе казны, а не наказаніе за нарушеніе извѣстныхъ правилъ, поэтому она падаетъ всегда на заводчика, арендатора или содержателя заведенія по принадлежности, несмотря на то, кто изъ означенныхъ въ ст. 1140 лицъ признанъ виновнымъ въ нарушеніи (ст. 1145); то же устанавливается въ ст. 1221 въ отношеніи фабрикантовъ, складчиковъ или содержателей заведенія для торговли табакомъ. Нужно при этомъ обратить вниманіе на то, что законъ въ ст. 1146 и 1222 оговариваетъ возможность предъявленія иска заводчикомъ и другими выше упомянутыми лицами, внесшими на основаніи ст. 1143, 1145, 1210 и 1221 денежныя взысканія, акцизъ или стоимость патента за нарушенія, въ которыхъ обвинены служащія у нихъ лица, къ этимъ послѣднимъ въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства.

таможенныхъ замковъ или пломбъ на вагонахъ или самыхъ вагоновъ, а въ ст. 1061 указывается, что отвѣтственными за контрабанду лицами признаются имѣющій пребываніе въ Имперіи хозяинъ товаровъ, признанныхъ контрабандными, а также провозитель, проноситель оныхъ или принявшій къ себѣ на сбереженіе, если хозяинъ товаровъ неизвѣстенъ, равно когда послѣдній, хотя и открытъ разслѣдованіемъ, но не по указанію лицъ, провозившихъ, проносившихъ или принявшихъ къ себѣ контрабандные товары; но при этомъ установляется, что въ случаѣ обнаруженія контрабандныхъ товаровъ въ торговомъ или промышленномъ заведеніяхъ отвѣтственнымъ лицомъ признается хозяинъ сихъ заведеній; если же торговое или промышленное заведеніе принадлежитъ акціонерному обществу или товариществу на паяхъ, то отвѣтственности подвергаются лица, непосредственно виновныя въ контрабандѣ, а въ случаѣ неуплаты присужденной съ нихъ пени или взысканія въ теченіе одного мѣсяца со времени вступленія въ законную силу судебнаго приговора, при отсрочкѣ же въ день наступленія срока, или въ случаѣ необнаруженія виновныхъ, денежная пеня или взысканіе обращаются на означенное общество или товарищество.

Наконецъ, и въ улож. о нак. мы находимъ нѣсколько опредѣленій подобнаго же рода. Такъ, ст. 894 устанавливаетъ уголовную отвѣтственность управляющаго аптекой за отпускъ лекарствъ по рецептамъ лицъ, не имѣющихъ права производить врачебную практику, и говоритъ, что когда сіе сдѣлано безъ вѣдома управляющаго, то виновный въ семъ фармацевтъ, подвергается опредѣленному наказанію, а управляющій „за недосмотръ“ подвергается особому наказанію; при этомъ указывается, что „въ случаѣ несостоятельности виновнаго фармацевта къ платежу слѣдующаго съ него взысканія, оное обращается на управляющаго, независимо отъ взысканія, опредѣленнаго съ него за недосмотръ“. Такая же отвѣтственность устанавливается и за нѣкоторые другіе деликты подобнаго же рода, о которыхъ говорится въ ст. 895 и 896, дѣлающихъ ссылку на ст. 894 относительно порядка отвѣтственности. Ст. 900 проводитъ тотъ же принципъ относительно отпуска лекарствъ за плату выше лекарственной таксы, причемъ опять-таки указывается, что когда въ томъ виновенъ одинъ лишь фармацевтъ, то взысканіе обращается на него, а съ управляющаго за недосмотръ взыскивается не свыше 5 р., въ случаѣ же несостоятельности фармацевта къ платежу слѣдующаго взысканія, оно производится съ управляющаго, независимо отъ взысканія съ него за недосмотръ. То же приходится признать и относительно слу-

чая, предусмотрѣннаго въ ст. 886, гдѣ говорится объ уголовной отвѣтственности управляющаго аптекой за покупку у фабрикантовъ или торгующихъ лекарственными веществами такихъ составныхъ лекарствъ, которыя должны быть приготовляемы въ аптечной лабораторіи, причемъ указывается, что въ случаѣ несостоятельности управляющаго вольной аптекой къ платежу слѣдующаго съ него взысканія, оное обращается на содержателя сей аптеки.

Какъ видно изъ приведенныхъ постановленій нашего права, въ нихъ приходится различать два института: съ одной стороны уголовную отвѣтственность одного за другого, съ другой—переносъ уплаты денежнаго взысканія, назначеннаго въ наказаніе за учиненное дѣяніе, съ одного лица, признаннаго виновнымъ въ учиненіи даннаго дѣянія, на другое, никакого отношенія къ этому дѣянію не имѣющее. Въ первомъ случаѣ мы говоримъ, что наказаніе падаетъ вмѣсто дѣйствительно виновнаго на другое лицо въ силу того, что въ дѣятельности послѣдняго усматривается или презюмируется извѣстная вина: недосмотръ, какъ на это указывается въ улож. о нак., или допущеніе къ производству извѣстнаго промысла лицъ, не имѣющихъ на это формальнаго права, какъ на это указывается въ уст. акц. сб., или же предполагается соглашеніе данныхъ лицъ, какъ это вытекаетъ изъ соотвѣтствующихъ статей уст. там. То взысканіе, которое падаетъ въ случаяхъ этого рода на однихъ лицъ вмѣсто дѣйствительно виновныхъ, есть все же наказаніе, такъ какъ имъ производится воздѣйствіе на учиненное посредствомъ соотвѣтствующей его оцѣнки; здѣсь только виновность лица, подвергающагося наказанію, конструируется иначе, чѣмъ это принято въ видѣ общаго правила. Тѣ лица, которыя при этомъ въ дѣйствительности совершили правонарушеніе, или вовсе не наказываются, какъ по уст. каз. упр., или же несутъ уголовную отвѣтственность самостоятельно и независимо отъ другихъ, какъ это принято въ улож. о нак.

Совсѣмъ иное мы видимъ во второмъ случаѣ. Здѣсь виновнымъ признается извѣстное лицо, которое и присуждается къ наказанію, положенному за учиненное имъ нарушеніе; но, такъ какъ это наказаніе, выражающееся въ денежномъ взысканіи, въ конкретномъ случаѣ можетъ оказаться неотбытымъ въ виду несостоятельности того, кто къ нему присужденъ, а между тѣмъ въ отбытіи его казна заинтересована, то въ законѣ указываются тѣ лица, на которыя возлагается обязанность возмѣстить ущербъ, возникающій для казны отъ факта неполученія назначеннаго денежнаго взысканія; такимъ образомъ то взысканіе, которое обращается на эти лица, является не наказаніемъ за ихъ дѣйствитель-

ную или предполагаемую вину, выразившуюся въ допущеніи учиненія правонарушенія другимъ лицомъ, а частнымъ случаемъ возмѣщенія ущерба казны, полученнаго ею отъ невнесенія виновнымъ денежнаго взысканія, наложеннаго на него. Съ момента вступленія приговора въ законную силу казна получаетъ право на опредѣленную сумму денегъ, указанную въ качествѣ денежнаго взысканія; отсюда и соотвѣтствующія мѣры, направленныя на осуществленіе казною своего права: вмѣсто однихъ лицъ уплачиваютъ денежное взысканіе другія, но не въ качествѣ наказанія, которому ихъ подвергать не за что, а въ качествѣ возмѣщенія ущерба казны, причемъ основаніемъ допустимости переноса этой отвѣтственности является представленіе объ извѣстныхъ отношеніяхъ экономической близости, существующей между виновными лицами и тѣми, которыя въ случаѣ несостоятельности за нихъ отвѣчаютъ. Другими словами, здѣсь установляется законное поручительство однихъ лицъ въ уплатѣ денежнаго взысканія другими.

Что касается отношенія юридической литературы къ данному вопросу, то по большей части здѣсь усматривается частный случай отвѣтственности за чужую вину. Такъ, на этой точкѣ зрѣнія стоятъ писатели, подвергшіе спеціальному изслѣдованію соотвѣтствующія опредѣленія германскаго права объ отвѣтственности въ фискальныхъ нарушеніяхъ,—Мейзель и Каулла. Мейзель усматриваетъ въ данномъ случаѣ явленіе, аналогичное тому, которое заключается въ гражданской отвѣтственности одного за другого, указывая на то, что „воля господина даетъ власть и право дѣйствія его представителю“ и что, если купецъ обязывается и отвѣчаетъ своимъ имуществомъ за дѣйствія своего уполномоченнаго, то почему же должно быть установлено иное относительно тѣхъ обязательствъ по имуществу, которыя касаются интересовъ государства [1]). Каулла же говоритъ, что данный институтъ вытекаетъ изъ особенностей фискальнаго взысканія (Defraudationsstrafe) [2]), которое является отчасти наказаніемъ, отчасти возмѣщеніемъ вреда, и что такимъ образомъ то начало отвѣтственности за чужую вину, которое мы находимъ въ гражданскомъ правѣ, могло найти себѣ приложеніе въ данномъ случаѣ. Однако эти писатели не обращаютъ вниманія на то, что въ случаяхъ этого рода нельзя установить и той презумпціи вины, которая обыкновенно устанавливается тогда, когда рѣчь идетъ объ отвѣтственности за чужую вину, и

---

[1]) Meisel. Unrecht und Zwang im Finanzwesen (Finanzarchiv, V s. 44).

[2]) Kaulla. Die rechtliche Natur der Defraudation öffentlicher Abgaben. 1897 s. 36.

что здѣсь переносъ денежнаго взысканія съ одного лица на другое происходитъ внѣ всякаго предположенія о какой-нибудь винѣ послѣдняго.

Далѣе, существуетъ взглядъ, по которому разсматриваемый институтъ признается наказаніемъ; причемъ въ пользу этого мнѣнія, кромѣ соображеній чисто формальнаго характера въ родѣ того, что изъ подобнаго взгляда исходили составители закона, установившаго этотъ институтъ [1]), или что о немъ дѣлается указаніе въ главѣ, говорящей о наказаніяхъ [2]), приводятся еще соображенія, касающіяся условій назначенія даннаго института, въ частности дѣлается указаніе на то, что и здѣсь тоже можно презюмировать вину [3]): впрочемъ, иногда это положеніе высказывается безъ всякаго ближайшаго обоснованія, какъ само собой разумѣющееся (Гельшнеръ [4]) и Фингеръ [5]). Однако карательный характеръ этого института долженъ быть отвергнутъ, такъ какъ здѣсь имѣется субсидіарная отвѣтственность не за самый деликтъ, а за неуплату денежнаго взысканія; здѣсь нѣтъ оцѣнки поведенія того лица, которое обязывается уплатить вмѣсто настоящаго виновника денежное взысканіе, такъ какъ это лицо ничего противузаконнаго и не учинило. Какъ замѣчаетъ Пэчъ, если разсматривать субсидіарную отвѣтственность, какъ наказаніе, то это приводитъ къ тому безсмысленному выводу, что за деликтъ, учиненный однимъ лицомъ, подвергается наказанію неучаствовавшее въ немъ другое лицо [6]). Съ другой стороны, если признавать здѣсь наказаніе, то окажется, что это наказаніе назначается вопреки основнымъ требованіямъ уголовнаго права: оно можетъ падать и на лицо невмѣняемое и на юридическое лицо.

Наконецъ, существуетъ мнѣніе, высказанное Эткеромъ, а затѣмъ развитое и принятое нѣкоторыми другими криминалистами, о томъ, что въ данномъ случаѣ имѣется своеобразный институтъ, который не укладывается ни въ понятіе наказанія, ни въ понятіе возмѣщенія вреда,—именно особое поручительство (Bürgschaft, Haf-

---

[1]) Engels Der strafrechtliche Character der subsidiarischen Haftbarkeit fur Geldstrafen Dritter (Z. 12 s. 127 eff.).

[2]) Haimann. Die rechtliche Natur der subsidiarischen Vertretungsverbindlichkeit dritter Personen nach den Zoll- und Steuer-Gesetzen des deutschen Reichs. 1892 s. 42.

[3]) Haimann l. c. s. 34, 37 подчеркиваетъ, что здѣсь имѣется отвѣтственность за свою вину.

[4]) Hälschner l. c. s. 1008.

[5]) Finger, Strafrecht. s. 447.

[6]) Poetsch. Die subsidiäre Haftung fur fremde Geldstrafen nach deutschem Reichs- und preussischem Recht. 1907 r. 53

tung) въ уплатѣ денежнаго взысканія, покоющееся на публично-правовомъ, а не частно-правовомъ началѣ. Эткеръ при этомъ исходитъ изъ того положенія, что требованіе „нѣтъ наказанія безъ вины“ вовсе не имѣетъ безусловнаго значенія, такъ какъ существуютъ исключенія изъ него; такимъ исключеніемъ онъ признаетъ и уголовную отвѣтственность за другихъ [1]). По его словамъ, дѣятельность законодателя, грозящая отвѣтственностью за другого, имѣетъ всегда предупредительный характеръ: „лица, отвѣчающія за другого, должны ради собственныхъ интересовъ гарантировать несовершеніе правонарушенія“ [2]). Не создавая здѣсь обязанности препятствовать возникновенію правонарушеній, законъ грозитъ за невоспрепятствованіе деликту наказаніемъ, безотносительно къ тому, возможно ли это было въ отдѣльномъ случаѣ или нѣтъ. Здѣсь заключается „impelle“, побужденіе для гаранта препятствовать по мѣрѣ силъ противоправнымъ дѣяніямъ третьихъ лицъ [3]) Такимъ образомъ у Эткера данный институтъ получаетъ значеніе поруки, имѣющей уголовный характеръ, причемъ основаніемъ отвѣтственности выдвигается все-таки представленіе объ извѣстной презумпціи вины, въ видѣ вины по невоспрепятствованію преступной дѣятельности третьихъ лицъ. Точно также Биндингъ вслѣдъ за Эткеромъ говоритъ объ уголовной порукѣ (kriminelle Burgschaft), которая заключается въ этомъ институтѣ [4]), а Пэчъ усматриваетъ здѣсь публично-правовое поручительство, исходя изъ той особенности денежнаго взысканія, которая заключается въ томъ, что назначеніе этого наказанія конституируетъ денежное обязательство виновнаго въ отношеніи фиска, такъ что сумма, образующая денежное взысканіе, должна быть передана изъ имущества виновнаго въ фискъ [5]); право государства требовать уплаты этого долга покоится, по его мнѣнію, на публично-правовомъ основаніи, подобно требованію уплаты налоговъ; и, подобно тому, какъ государство можетъ согласиться съ частнымъ лицомъ относительно того, чтобы налогъ былъ уплаченъ третьимъ лицомъ, которое ручается за его уплату, такъ и въ данномъ случаѣ создается поручительство, которое лишь основывается не на договорѣ, а на прямомъ указаніи закона. Наконецъ, Гутманнъ также указываетъ, что здѣсь имѣется публично-правовое поручительство и что въ данномъ случаѣ выдвигается на пер-

---

[1]) Oetker. Kriminelle und civile Haftung Dritter nach hessischen Rechtsquellen (Juristische Festgabe fur R. v. Ihering. 1892 s. 87).

[2]) Ib. s. 94.

[3]) Oetker. Schadenerzatz. s. 521.

[4]) Binding. Handbuch s. 490.

[5]) Poetsch l. c. s. 63.

вый планъ обогащеніе государства, тогда какъ цѣль наказанія отодвигается на задній планъ [1]).

Останавливаясь на оцѣнкѣ этого взгляда, мы должны сказать, что имъ совершенно правильно подчеркивается природа разсматриваемаго института, какъ особаго рода поручительства. Однако при этомъ нужно замѣтить, что для установленія его сущности нѣтъ необходимости создавать представленіе объ особомъ уголовномъ поручительствѣ, которое въ концѣ концовъ приходится признавать наказаніемъ, назначаемымъ помимо дѣйствительной вины того, на кого оно падаетъ. Если въ этомъ отношеніи и можетъ выдвигаться представленіе объ особомъ характерѣ этого поручительства, то лишь въ томъ смыслѣ, что этимъ указывается особенный источникъ происхожденія его и его своеобразная цѣль, но природа даннаго института отъ этихъ привходящихъ моментовъ не измѣняется. Это поручительство имѣетъ въ виду возмѣстить убытокъ казны отъ невнесеннаго денежнаго штрафа. Опредѣленныя лица обязуются возмѣстить убытокъ казны вмѣсто другихъ лицъ, которыя были обязаны внести извѣстную сумму денегъ въ казну въ видѣ наложеннаго на нихъ денежнаго взысканія. Такимъ образомъ мы видимъ здѣсь возмѣщеніе поручителями по закону денежнаго ущерба казны и въ виду этого мы можемъ разсматривать данный институтъ, какъ разновидность возмѣщенія вреда [2]).

§ 7. Какъ указывалось уже раньше, исторія показываетъ намъ, что на извѣстныхъ стадіяхъ развитія права строгаго разграниченія между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда не проводилось, по-

---

[1]) Gutmann. l. c. s. 141.

[2]) Нужно замѣтить, что взглядъ на институтъ переноса денежнаго взысканія съ одного лица на другое, до извѣстной степени приближающійся къ только что разсмотрѣнному, раздѣляется и въ нашей сенатской практикѣ. Такъ, въ рѣш. у. к. д. 17 сент. 1898 г. по д. Лозенко и Сѣчкарева говорится „обвиняемымъ въ настоящемъ дѣлѣ являлся приказчикъ Л. и, хотя наложенное на него денежное взысканіе имѣетъ характеръ уголовнаго наказанія, но отсюда хозяину его С. тѣмъ не менѣе создается въ дѣлѣ положеніе лишь такого лица, на которое обязательно по судебному рѣшенію должна быть возложена отвѣтственность въ ущербѣ, который можетъ послѣдовать для казны въ случаѣ непоступленія въ ея доходъ, по несостоятельности обвиняемаго, всей суммы, наложенной на него въ наказаніе за допущенное имъ нарушеніе питейнаго устава. Такая отвѣтственность имѣетъ исключительно гражданскій характеръ, какъ это явствуетъ и изъ содержанія ст. 1114, по силѣ которой къ хозяину заведенія, подвергаемому денежной отвѣтственности по ст. 1143, не примѣняется въ случаѣ его несостоятельности ни одно изъ послѣдствій уголовнаго характера, примѣняемыхъ къ непосредственно обвиняемому лицу“.

сколько наказаніе, выражая собой оцѣнку учиненнаго, въ то же время функціонировало, какъ вознагражденіе потерпѣвшаго, возмѣщеніе ему причиненнаго вреда. Наглядно это выражалось прежде всего въ системѣ композицій, въ которой всякое наказаніе, заключавшееся въ уплатѣ опредѣленной суммы денегъ, поступало исключительно въ пользу потерпѣвшаго. Но и въ послѣдующую эпоху развитія права, когда наказаніе дѣлается публичнымъ наказаніемъ, т. е. назначается въ интересахъ всего правопорядка, а не непосредственно потерпѣвшаго отъ преступленія, сохраняетъ въ извѣстныхъ случаяхъ силу прежняя точка зрѣнія, по которой наказаніе, въ видѣ взысканія опредѣленной суммы денегъ, налагается въ интересахъ потерпѣвшаго, служа средствомъ возмѣщенія причиненнаго преступленіемъ вреда. Таковы напр. въ римскомъ правѣ actiones mixtae, въ которыхъ особенно наглядно проводится двойственный характеръ наказанія и возмѣщенія вреда. Въ особенности же это ясно вытекаетъ изъ природы actio legis Aquiliae, которая обыкновенно характеризуется, какъ штрафной искъ, направленный на вознагражденіе за вредъ [1]).

Съ теченіемъ времени мысль о допустимости сливать въ одномъ и томъ же институтѣ функціи разнаго рода исключается по мѣрѣ того, какъ достигается все большая и большая дифференціація отдѣльныхъ правовыхъ институтовъ, но тѣмъ не менѣе она и до сихъ поръ сохраняется, какъ исключеніе изъ общаго правила, въ нѣкоторыхъ особенныхъ случаяхъ. Поэтому мы и въ настоящее время встрѣчаемъ въ законодательствѣ рядъ институтовъ, которые, если можно такъ выразиться, имѣютъ гибридный характеръ: это—мѣры, которыя одновременно выполняютъ функцію наказанія и функцію возмѣщенія вреда, причемъ часто здѣсь невозможно указать, гдѣ кончается одна функція и начинается другая. Къ подобнымъ институтамъ мы можемъ отнести: 1) т. н. частныя наказанія и 2) денежныя взысканія, налагаемыя за извѣстныя фискальныя нарушенія.

Что касается прежде всего частныхъ наказаній (Privatstrafen) [2]), то мы разумѣемъ подъ ними такія денежныя взысканія, которыя идутъ въ пользу частнаго лица, потерпѣвшаго отъ преступленія. Они являются наказаніемъ въ томъ смыслѣ, что они выражаютъ собой извѣстную оцѣнку учиненнаго и заключаютъ въ

---

[1]) См. напр. Pernice. Zur Lehre von den Sachbeschadigungen nach römischem Rechte. 1867 s. VIII, 116 eff.

[2]) Въ литературѣ уголовнаго права эти частныя наказанія признаются обыкновенно однородными съ наказаніями публичными. (Ср. напр. Merkel. Encyklopädie s. 125).

себѣ воздѣйствіе на учиненное въ соотвѣтствіи съ этой оцѣнкой, но отъ обыкновенныхъ публичныхъ наказаній они отличаются тѣмъ, что поступаютъ не въ пользу казны, а въ пользу потерпѣвшаго, служа ему возмѣщеніемъ за причиненный вредъ; при этомъ размѣръ возмѣщаемаго вреда здѣсь обыкновенно опредѣляется заранѣе.

Къ этимъ частнымъ наказаніямъ по нашему праву можно отнести извѣстный гражданскимъ законамъ институтъ безчестія и установленныя общими уголовными законами денежныя взысканія за нѣкоторыя лѣсныя нарушенія.

Обращаясь прежде всего къ институту безчестія, мы можемъ замѣтить нѣкоторыя черты его сходства съ германской буссой, которую мы однако признаемъ не частнымъ наказаніемъ, а возмѣщеніемъ вреда [1]), такъ какъ наряду съ признаками сходства мы находимъ и весьма существенныя черты различія между обоими этими институтами. Именно, по ст. 667 зак. гр. виновный въ нанесеніи кому-либо личной обиды или оскорбленія можетъ быть присужденъ, по требованію обиженнаго, къ платежу въ пользу его безчестья, смотря по состоянію или званію обиженнаго и по особымъ отношеніямъ обидчика къ обиженному, отъ 1 до 50 р. Въ отличіе отъ германской буссы искъ о платежѣ безчестья не можетъ быть однако соединенъ съ требованіемъ о наказаніи виновнаго въ нанесеніи личной обиды или оскорбленія (ст. 668), причемъ, кто въ личной обидѣ или оскорбленіи учинитъ искъ гражданскій, тотъ лишается уже права иска уголовнаго въ той же обидѣ или оскорбленіи (ст. 669). Что безчестіе выполняетъ функцію возмѣщенія ущерба, причиненнаго данному лицу оскорбленіемъ чести, это вполнѣ ясно вытекаетъ изъ общаго смысла опредѣленій нашихъ законовъ гражд., гдѣ статьи (ст. 667—669), посвященныя безчестію, помѣщены среди другихъ статей, которыя говорятъ объ особыхъ правилахъ о вознагражденіи за причиненный вредъ (отдѣльно говорится объ убійствѣ, тѣлесномъ поврежденіи, посягательствѣ на цѣломудріе, на личную свободу, далѣе идутъ опредѣленія о безчестіи, какъ вознагражденіи за ущербъ, причиненный чести, и въ заключеніе даются опредѣленія, касающіяся имущественныхъ преступленій). При этомъ безчестіе заключаетъ въ себѣ ту особенность по сравненію съ другими видами возмѣщенія вреда, что оно назначается по заранѣе указанному въ законѣ масштабу. Этотъ размѣръ безчестія, установленный въ законѣ,—остатокъ прежней таксировки чести при посягательствахъ на честь. Другой особенностью безчестія, какъ возмѣщенія вреда,

[1]) См выше стр. 537

является то, что объектомъ возмѣщенія здѣсь является не матеріальный, а моральный вредъ, такъ какъ въ силу ст. 670, если вслѣдствіе личной обиды или оскорбленія обиженный понесъ ущербъ въ кредитѣ или имуществѣ, то обидѣвшій или оскорбившій его обязанъ вознаградить за эти потери и убытокъ, по усмотрѣнію и опредѣленію суда. Такимъ образомъ тотъ гражданскій искъ, который можетъ быть кумулируемъ съ требованіемъ безчестія, касается иного объекта, чѣмъ послѣднее.

Но съ другой стороны мы видимъ въ безчестіи и такія черты, которыя даютъ намъ возможность признавать въ немъ элементы наказанія, а не исключительно возмѣщенія вреда. Такъ, прежде всего мы должны сказать, что безчестіе служитъ средствомъ воздѣйствія на учиненное оскорбленіе чести въ соотвѣтствіи съ его оцѣнкой. Ст. 667 зак. гр., собственно гласитъ такъ, какъ гласитъ любая статья уголовнаго кодекса, заключающая въ себѣ указаніе на оцѣнку, которая дѣлается законодателемъ данному деликту посредствомъ наказанія; ея смыслъ сводится къ слѣдующему опредѣленію: если кто совершитъ оскорбленіе, тотъ подвергается денежному взысканію въ размѣрѣ отъ 1 до 50 р. въ пользу потерпѣвшаго отъ оскорбленія. Далѣе, характеръ безчестія, какъ наказанія, мы должны усмотрѣть въ томъ, что оно замѣняетъ собой иное наказаніе, которое на основаніи общихъ уголовныхъ законовъ полагается за оскорбленіе. Кумулятивно наказаніе и безчестіе не могутъ быть назначены, такъ какъ это нарушало бы принципъ non bis in idem. Таковы тѣ черты, которыя даютъ возможность признавать въ безчестіи элементы не только возмѣщенія вреда, но и наказанія. Конечно, при этомъ нельзя не забывать цѣлаго ряда особенностей этого наказанія: его назначаетъ не уголовный судъ, а судъ гражданскій, причемъ отъ потерпѣвшаго зависитъ избрать или путь гражданскаго правосудія и требовать безчестія, или же путь уголовнаго правосудія и требовать наказанія публичнаго. Но всѣ эти особенности вытекаютъ изъ своеобразной природы даннаго института, являющагося въ современномъ своемъ видѣ пережиткомъ давно прошедшаго. Понятно, поэтому, что при составленіи новаго уголовнаго уложенія вопросъ объ устраненіи этого института изъ нашего законодательства былъ рѣшенъ положительно; въ соотвѣтствіи съ этимъ и въ проектѣ гражданскаго уложенія мы его болѣе не находимъ [1]).

[1]) Интересно при этомъ отмѣтить, что въ итал. угол улож мы находимъ нѣчто подобное этому безчестію, именно особое вознагражденіе (riparazione) потерпѣвшаго, примѣняемое въ случаѣ оскорбленія, притомъ независимо отъ наказанія и вознагражденія за вредъ и убытки (art. 38).

Что касается точки зрѣнія нашей литературы относительно правовой природы безчестія, то мы можемъ замѣтить, что наши юристы не сходятся въ этомъ отношеніи другъ съ другомъ. Съ одной стороны проводится взглядъ на безчестіе, какъ на частное наказаніе. Такъ, Фойницкій говоритъ, что безчестіе есть денежный штрафъ въ пользу потерпѣвшаго [1]). Ту же точку зрѣнія проводитъ Пусторослевъ, указывая, что безчестіе есть „денежное вознагражденіе, присуждаемое съ посягателя въ пользу потерпѣвшаго“ [2]). Она же находитъ себѣ выраженіе и въ Объясн. зап. къ проекту уголовнаго уложенія [3]). Точно также Таганцевъ относитъ безчестіе къ группѣ мѣръ имущественнаго удовлетворенія потерпѣвшаго, которыя являются, по его словамъ, какъ бы частнымъ наказаніемъ [4]). Та же точка зрѣнія высказывается и нѣкоторыми нашими цивилистами. Такъ, напр. Гуссаковскій характеризуетъ безчестіе, какъ „денежный штрафъ, взыскиваемый съ виновнаго въ пользу потерпѣвшаго“, причемъ, какъ обоснованіе этого своего взгляда, приводитъ соображеніе о томъ, что заявленіе просьбы о вознагражденіи за безчестіе исключаетъ возможность обращенія къ уголовному суду съ просьбой о наложеніи на виновника оскорбленія какого-либо иного наказанія [5]). Точно также Бѣляцкинъ характеризуетъ искъ по ст. 667 зак. гражд., какъ искъ штрафной, пенальный, напоминающій римскую actio injuriarum aestimatoria [6]). Съ другой стороны Мейеръ характеризуетъ безчестіе, какъ гражданское наказаніе, наложенное за обиду [7]). Наконецъ, по мнѣнію Шершеневича, безчестіе есть особый способъ вознагражденія за личную обиду [8]).

Не касаясь въ настоящее время вопроса о томъ, что такое гражданское наказаніе, о чемъ рѣчь будетъ ниже, мы должны сказать, что признавать безчестіе только вознагражденіемъ за вредъ, мы не можемъ уже въ виду того обстоятельства, что, согласно ст. 138 уст. о нак., наказаніямъ за обиду виновные не подвергаются, если обиженный будетъ требовать опредѣленнаго въ законахъ гражданскихъ безчестія. Здѣсь то нормальное наказаніе,

---

[1]) Фойницкій. Курсъ уголовнаго права. 1912 стр 132.

[2]) Пусторослевъ. Русское уголовное право. Часть особенная. 1913 г. стр. 60.

[3]) Объясн. зап. т. VI стр. 687.

[4]) Таганцевъ в. с. стр. 847.

[5]) Гуссаковскій в. с кн. X стр. 32.

[6]) Бѣляцкинъ. Возмѣщеніе моральнаго вреда (Труды Юридич Общ. при Спб. Университетѣ т. IV 1912 г. стр 112 прим.).

[7]) Мейеръ. Русское гражданское право 1897 стр. 182.

[8]) Шершеневичъ в. с. стр. 636.

которое полагается за обиду по общимъ уголовнымъ законамъ, замѣняется тѣмъ особымъ наказаніемъ, о которомъ говорится въ законахъ гражданскихъ.

Къ той же группѣ частныхъ наказаній, которыя являются вмѣстѣ съ тѣмъ возмѣщеніемъ вреда, мы должны отнести своеобразный институтъ, существующій въ нашемъ правѣ подъ видомъ денежныхъ взысканій, назначаемыхъ за нѣкоторые виды похищенія и поврежденія чужого лѣса (ст. 158[1] уст. о нак. ст. 629 уг. ул.). Эти взысканія назначаются сверхъ другихъ взысканій и наказаній, положенныхъ за указанныя преступленія (ст. 155, 156, 158), идутъ въ пользу казны или частнаго владѣльца лѣса по принадлежности, выражаются въ двойной стоимости похищеннаго, самовольно срубленнаго и т. д. лѣса по особой таксѣ и въ случаѣ несостоятельности виновныхъ подлежатъ замѣнѣ арестомъ или заключеніемъ въ тюрьмѣ на основаніи общихъ правилъ о замѣнѣ наказаній (ст. 7 уст. о нак. и ст. 84 ул. о нак.). Особенностью этихъ взысканій, какъ видно, является то, что они назначаются наряду съ другими наказаніями личными или имущественными, и этотъ фактъ совмѣстнаго существованія двухъ наказаній за одинъ и тотъ же деликтъ, повидимому, могъ бы говорить противъ признанія за этими взысканіями характера наказанія. Но, не говоря уже о томъ, что въ уголовныхъ кодексахъ иногда по особымъ уголовно-политическимъ соображеніямъ устанавливается два наказанія за одинъ и тотъ же деликтъ, причемъ одно разсматривается, какъ главное, а другое, какъ дополнительное (ср. напр. денежное взысканіе, которое въ извѣстныхъ случаяхъ присоединяется къ лишенію свободы), въ данномъ случаѣ нельзя не считаться съ тѣмъ, что одно денежное взысканіе идетъ въ пользу казны, какъ наказаніе публичное, другое же идетъ въ пользу потерпѣвшаго (будетъ ли это частное лицо или же казна, безразлично) въ возмѣщеніе того ущерба, который понесенъ послѣднимъ отъ даннаго лѣсного нарушенія. Однако усматривать здѣсь только возмѣщеніе вреда, какъ это дѣлаетъ Шершеневичъ, относя денежное взысканіе, назначаемое по ст. 158[1] уст. о нак., къ особымъ случаямъ вознагражденія за вредъ въ томъ смыслѣ, что „это взысканіе имѣетъ въ виду покрыть тотъ вредъ лицу, который трудно поддается опредѣленію, а потому представлялъ бы большія затрудненія при доказываніи убытковъ со стороны потерпѣвшаго“ [1]), нельзя уже и потому, что, въ случаѣ несостоятельности виновныхъ къ уплатѣ этого взысканія, они подвергаются личнымъ наказа-

[1]) Шершеневичъ в. с. стр. 636.

ніямъ,—положеніе, недопустимое въ отношеніи возмѣщенія вреда. На точкѣ зрѣнія признанія смѣшаннаго характера за данными денежными взысканіями вознагражденія за убытки и наказанія—стоитъ и наша сенатская практика (ср. рѣш. у. к. д. 98/12, 98/29, 1904/11), признавая, впрочемъ, здѣсь преобладающее значеніе за моментомъ возмѣщенія вреда. Что касается нашей криминалистической литературы, то она относитъ эти взысканія къ той же группѣ, къ которой относятся ею бусса и безчестіе, т. е. къ частнымъ наказаніямъ (Таганцевъ) [1]) или къ имущественнымъ взысканіямъ, заключающимъ въ себѣ вознагражденіе за вредъ (Фойницкій) [2]). Нужно замѣтить, что нѣсколько иной взглядъ на природу данной мѣры высказанъ въ Объясн. зап. къ проекту угол. улож. [3]). По мнѣнію ея составителей, это—„особое гражданское наказаніе, составляющее послѣдствіе преступнаго дѣянія и опредѣляемое лишь въ порядкѣ уголовнаго суда; оно аналогично со взысканіемъ стоимости патента, опредѣляемой съ виновныхъ въ нарушеніи уст. акцизныхъ, отдѣльно отъ личныхъ наказаній, которымъ они подлежатъ за свои дѣянія". Не останавливаясь пока на вопросѣ о сущности „гражданскаго наказанія" и на томъ, посколько можно говорить о гражданскомъ наказаніи, налагаемомъ уголовнымъ судомъ, мы должны отмѣтить, что та аналогія между этимъ взысканіемъ и взысканіемъ стоимости патента, на которую ссылается Объясн. зап., совершенно неправильна, такъ какъ взысканіе стоимости патента есть всегда только возмѣщеніе вреда.

Другимъ институтомъ такого же гибриднаго характера являются денежныя взысканія, которыя налагаются за извѣстныя фискальныя нарушенія.

По общему правилу, всѣ денежныя взысканія, налагаемыя за преступныя дѣянія, обращаются въ собственность казны, причемъ лишь иногда въ законѣ указывается, что ближайшимъ назначеніемъ денежнаго взысканія является его обращеніе на извѣстныя нужды не только казны, но и другихъ учрежденій, напр. въ земскій капиталъ. И этимъ съ внѣшней стороны подчеркивается значеніе денежныхъ взысканій именно, какъ наказаній, въ отличіе отъ вознагражденія за вредъ, которое поступаетъ въ пользу потерпѣвшаго. Но бываютъ случаи, когда потерпѣвшей отъ данной противузаконной дѣятельности является казна, и въ такомъ случаѣ то денежное взысканіе, которое налагается въ наказаніе за опре-

---

[1]) Таганцевъ в. с. стр. 847.

[2]) Фойницкій. Ученіе о наказаніи стр. 184.

[3]) Объясн. зап. т. VII стр. 620.

дѣленный деликтъ, въ то же время можетъ служить средствомъ возмѣстить казнѣ причиненный ей ущербъ. Здѣсь мы имѣемъ явленіе, до извѣстной степени аналогичное тому, которое мы констатируемъ относительно т. н. частныхъ наказаній, съ тою разницею, что дестинатаромъ денежнаго взысканія оказывается то же лицо, которое является и дестинатаромъ наказанія.

Представленіе о двойственномъ характерѣ денежныхъ взысканій, налагаемыхъ за фискальныя нарушенія, принято и въ нашемъ законодательствѣ, какъ это прямо вытекаетъ изъ смысла отдѣльныхъ опредѣленій у. у. с., въ особенности въ связи съ мотивами этого закона. Такъ, въ Объясн. зап. къ Суд. Уст. мы читаемъ слѣдующее: „хотя въ ст. 45 и 165 улож. о нак. (ст. 41 и 152 улож. о нак. изд. 1885 г.) не сдѣлано никакого различія между денежными взысканіями, налагаемыми за нарушенія казенныхъ уставовъ, и подобными же взысканіями за другіе проступки, но тѣмъ не менѣе различіе это существуетъ и заключается именно въ томъ, что денежныя взысканія, налагаемыя за нарушенія казенныхъ уставовъ, должны быть разсматриваемы не только, какъ наказаніе, но и какъ вознагражденіе казны за вредъ и убытки, понесенные отъ нарушенія“ [1]). Въ соотвѣтствіи съ этимъ въ ст. 1126 у. у. с. установлено, что „при совокупности преступныхъ дѣйствій обвиняемаго, денежное взысканіе за нарушеніе устава казеннаго управленія не покрывается наказаніями за иные преступленія или проступки“, а въ ст. 1206 указано, что „рѣшенія суда первой степени, поступившія по отзыву какой-либо стороны на разсмотрѣніе высшаго суда, не считаются вошедшими въ законную силу въ отношеніи лицъ, освобожденныхъ отъ взысканія въ пользу казны судомъ первой степени“, причемъ, какъ видно изъ мотивовъ этой статьи, здѣсь сдѣлано исключеніе изъ общаго правила о томъ, что неопротестованный прокурорской властью приговоръ не можетъ быть измѣненъ во вредъ подсудимаго, „потому что въ такомъ случаѣ казна весьма часто лишена будетъ вознагражденія за вредъ и убытки, несмотря на то, что подсудимый будетъ обвиненъ приговоромъ суда“ [2]). Впослѣдствіе начало, установленное ст. 1126 у. у. с., воспринято было и уст. акц. сб., въ которомъ мы находимъ рядъ опредѣленій, гдѣ признается принципъ сложенія наказаній при совокупности фискальныхъ деликтовъ какъ

---

[1]) Судебные Уставы, изд. Гос. Канц. II стр. 442; ср. то же стр. 477.

[2]) Тамъ же стр. 477.

другъ съ другомъ, такъ и съ деликтами общаго порядка [1]). Тотъ же принципъ повторяетъ Объяснит. зап. къ проекту новой редакціи судебныхъ уставовъ [2]).

Въ виду ясно выраженнаго въ нашемъ законодательствѣ и въ его мотивахъ начала, въ силу котораго денежныя взысканія за фискальныя нарушенія признаются имѣющими смѣшанный характеръ, на эту же точку зрѣнія всталъ и сенатъ въ цѣломъ рядѣ своихъ рѣшеній. При этомъ первоначально сенатъ указывалъ лишь на то, что денежныя взысканія въ большинствѣ случаевъ имѣютъ смѣшанный характеръ (таковы рѣш. у. к. д. 68/955, 78/67, 81/25, 82/34, 85/28); въ этомъ отношеніи руководящимъ является приведенное уже выше рѣшеніе 78/67, которое положено въ основаніе остальныхъ рѣшеній. Здѣсь мы читаемъ: „нарушенія сихъ уставовъ (рѣчь идетъ объ уст. каз. упр.) преимущественно имѣютъ своимъ послѣдствіемъ ущербъ казны и отличаются отъ прочихъ уголовныхъ правонарушеній преобладаніемъ въ нихъ фискальнаго и гражданскаго началъ передъ уголовнымъ. Такой характеръ означенныхъ нарушеній не могъ не выразиться и въ значеніи опредѣленныхъ за оныя денежныхъ взысканій, въ которыхъ гражданское начало—вознагражденіе за вредъ и убытки, съ уголовнымъ началомъ — штрафомъ, въ большинствѣ случаевъ такъ слиты, что отдѣлить ту сумму, которая имѣетъ значеніе вознагражденія казны за убытокъ, отъ той, которая налагается въ наказаніе, невозможно, а потому денежныя взысканія за нарушенія уст. каз. упр. должны быть разсматриваемы, какъ имѣющія двойственный характеръ гражданскаго вознагражденія и уголовнаго наказанія“. Въ послѣдующихъ рѣшеніяхъ сенатъ устанавливаетъ, какъ общее правило, то, что денежныя взысканія имѣютъ въ уставахъ казенныхъ управленій смѣшанный характеръ (рѣш. общ. собр. 93/1, у. к. д. 95/38, 1900/38). Такъ, напр. въ послѣднемъ изъ этихъ рѣшеній говорится, что „денежныя взысканія, назначаемыя за нарушенія уст. каз., составляютъ

---

[1]) Такъ, ст. 1138 говоритъ, что „опредѣленнымъ въ сей главѣ денежнымъ взысканіямъ и конфискаціи, а также уплатѣ акциза и цѣны патента виновный подвергается особо за каждое нарушеніе постановленій о питейномъ сборѣ, хотя бы такимъ лицомъ учинено было нѣсколько такихъ нарушеній... Упомянутымъ взысканіямъ и платежамъ, опредѣленнымъ за нарушенія правилъ уст. о пит. сб., виновные, нарушившіе сверхъ того постановленія о торговлѣ или правила уст. там. и о таб. сб. или же правила объ акцизѣ съ сахара, подвергаются независимо отъ взысканій, установленныхъ за сіи послѣднія нарушенія“. То же говорятъ ст. 1214, 1255, 1270, 1270[13].

[2]) Объяснит. зап. т. II стр. 442.

не только наказаніе, но и вознагражденіе казны за вредъ и убытки, нанесенные нарушеніемъ и не всегда поддающіеся болѣе или менѣе точному учету".

Но если такимъ образомъ признается смѣшанный характеръ денежныхъ взысканій за извѣстныя фискальныя нарушенія, то спрашивается, всѣ ли, и, если не всѣ, то какія именно денежныя взысканія являются не только наказаніемъ, но и возмѣщеніемъ казны. Въ этомъ отношеніи мы можемъ прежде всего встрѣтить въ литературѣ попытку указать по чисто внѣшнему признаку различіе между отдѣльными категоріями денежныхъ взысканій, имѣющихъ то или иное значеніе. Между прочимъ это нашло себѣ выраженіе въ Объяснит. зап. къ проекту угол. улож. Здѣсь относительно природы денежныхъ взысканій мы читаемъ слѣдующее: „она (Редакціонная комиссія) различаетъ два ихъ вида. Первый составляетъ пени, которыя кромѣ карательнаго элемента заключаютъ въ себѣ вознагражденіе за претерпѣнные убытки, и притомъ иногда за такіе убытки, коихъ прямое доказательство въ порядкѣ гражданскомъ представлялось бы затруднительнымъ, такъ что такое взысканіе имѣетъ какъ бы видъ публичной неустойки. Размѣръ подобныхъ взысканій не опредѣляется заранѣе закономъ, а въ немъ устанавливается только масштабъ или мѣра для вычисленія этихъ взысканій...; самый порядокъ вычисленія взысканія въ этихъ случаяхъ опредѣляется или въ уложеніи или въ постановленіяхъ отдѣльныхъ уставовъ по принадлежности. Другой видъ пени составляютъ взысканія, налагаемыя только въ опредѣленномъ размѣрѣ" [1]). То же начало проводилъ и Таганцевъ, замѣчая, что денежныя взысканія являются наказаніемъ, когда они назначены въ опредѣленномъ размѣрѣ, и вознагражденіемъ, когда въ законѣ назначается только масштабъ для вычисленія его [2]).

Едва ли однако это чисто внѣшнее различіе—способъ назначенія денежнаго взысканія въ законѣ—можетъ быть пригодно для распознанія столь отличныхъ другъ отъ друга институтовъ, какъ наказаніе и возмѣщеніе вреда. Справедливо противъ этого возражаетъ Фонъ-Резонъ, указывая рядъ случаевъ, предусмотрѣнныхъ въ уст. акц. сб., гдѣ съ одной стороны назначается вознагражденіе въ точно опредѣленномъ размѣрѣ (прил. къ ст. 981 нынѣ ст. 1111), а съ другой для назначенія наказанія указывается опредѣленный масштабъ (ст. 988 нынѣ ст. 1121)—денежное взысканіе въ размѣрѣ четверти цѣны, половины цѣны или цѣны

---

[1]) Объяснит. зап. т. I. стр. 197.

[2]) Таганцевъ. Лекціи в. IV. стр. 1652.

годового патента [1]); и такихъ случаевъ можно найти немало. Такимъ образомъ тотъ критерій, который здѣсь выдвигается, оказывается непригоднымъ для разграниченія съ одной стороны тѣхъ случаевъ, гдѣ денежное взысканіе заключаетъ въ себѣ не только наказаніе, но и возмѣщеніе вреда, а съ другой тѣхъ, гдѣ оно является только наказаніемъ.

Точно также мы не можемъ признать правильной ту точку зрѣнія, которая выдвигается сенатомъ, будто въ каждомъ денежномъ взысканіи заключается смѣшанный характеръ, потому что, какъ на это обращаетъ вниманіе Фонъ-Резонъ, возможны случаи, когда съ одной стороны назначается денежное взысканіе за такія нарушенія, которыя не заключаютъ въ себѣ момента ущерба казнѣ (напр. за неимѣніе надлежащей вывѣски у завода, подвала, оптоваго склада или заведенія для раздробительной продажи питей — ст. 1128 и т. п. случаи—ст. 1129—1131), а съ другой стороны въ весьма многихъ случаяхъ назначаются за одинъ и тотъ же проступокъ два денежныхъ взысканія, изъ которыхъ одно имѣетъ характеръ вознагражденія, а другой — наказанія (напр. денежное взысканіе и уплата особой суммы въ возмѣщеніе патентнаго сбора—ст. 1111); „въ этихъ случаяхъ, замѣчаетъ онъ, „денежныя взысканія“ не имѣютъ никакого смѣшаннаго, а чисто уголовный характеръ, такъ какъ вознагражденіе не входитъ въ сумму этого взысканія, а назначено особо отъ него“ [2]); и въ данномъ случаѣ можно вполнѣ согласиться съ Фонъ-Резономъ относительно того, что слитіе гражданскаго и уголовнаго элемента, не можетъ быть общей чертой всѣхъ денежныхъ взысканій [3]).

Въ свою очередь Фонъ-Резонъ, признающій принципіально денежныя взысканія за нарушенія уст. каз. упр. наказаніемъ и находящій, что въ нѣкоторыхъ изъ нихъ „уголовный и гражданскій элементъ дѣйствительно слиты неразрывно“, указываетъ однако, что „уголовный элементъ не можетъ измѣнить своего характера только потому, что въ данномъ случаѣ размѣръ взысканія увеличивается прибавленіемъ къ нему еще суммы, имѣющей по взгляду закона въ сущности назначеніе вознагражденія; напротивъ, соединяясь нераздѣльно съ денежнымъ наказаніемъ, сумма эта теряетъ свой гражданскій характеръ, принимаетъ уголовный и становится наказаніемъ“ [4]); при этомъ доказательствомъ правильности подобнаго предположенія онъ считаетъ то, что денежныя взы-

[1]) Фонъ-Резонъ в. с. стр. 57 и 60.
[2]) Тамъ же стр. 54.
[3]) Тамъ же стр. 55.
[4]) Тамъ же стр. 55.

сканія замѣняются на основаніи ст. 84 и 85 улож. о нак. личными наказаніями во всемъ объемѣ (напр. ст. 1549 уст. там.), а не только въ размѣрѣ той части, которая можетъ быть признана наказаніемъ. Въ виду этого онъ указываетъ, что при рѣшеніи вопроса о томъ, что представляетъ изъ себя денежное взысканіе—наказаніе или возмѣщеніе вреда, надо исходить изъ ближайшихъ опредѣленій каждаго изъ уст. каз. упр. въ отдѣльности[1]), но при этомъ не опредѣляетъ ближе, когда собственно получается смѣшанный характеръ денежнаго взысканія. Намъ представляется, что въ этомъ отношеніи слѣдовало бы обратить вниманіе на каждое дѣяніе, заключающее въ себѣ фискальное нарушеніе, взятое въ отдѣльности, и посмотрѣть, содержитъ ли оно въ себѣ причиненіе ущерба казны и не возмѣщается ли этотъ ущербъ при помощи мѣры, несомнѣнно являющейся вознагражденіемъ казны за причиненный ущербъ; и если мы найдемъ, что подобное причиненіе вреда въ данномъ случаѣ имѣется, и если вмѣстѣ съ тѣмъ мы увидимъ, что соотвѣтственной мѣры возмѣщенія здѣсь нѣтъ, то мы можемъ признать, что это денежное взысканіе заключаетъ въ себѣ еще и элементъ возмѣщенія вреда. Такъ, напр. это мы можемъ сказать относительно ст. 1058 уст. акц. сб., гдѣ говорится: „за устройство завода для выдѣлки питей или издѣлій, на которые распространяется дѣйствіе устава о питейномъ сборѣ, безъ заявленія о томъ акцизному надзору, виновные подвергаются денежному взысканію не свыше 200 р.“ или ст. 1074 уст. акц. сб., гдѣ сказано: „за выдѣлку питей, подлежащихъ оплатѣ акцизомъ, съ надлежащаго разрѣшенія и безъ сокрытія отъ оплаты акцизомъ, но съ такими отступленіями отъ правилъ выдѣлки, которыя давали возможность къ тайному приготовленію тѣхъ питей (слѣдуетъ перечень примѣровъ подобныхъ злоупотребленій), виновные подвергаются денежному взысканію не свыше 1000 р. и аресту не свыше 3 мѣс. или же, по усмотрѣнію суда, одному изъ этихъ наказаній“. Здѣсь денежное взысканіе служитъ не только наказаніемъ, но и возмѣщеніемъ возможнаго ущерба казны. То же мы можемъ усмотрѣть въ ст. 1075, 1079, 1081, 1082, 1084, 1087 и т. д.

Нужно однако имѣть въ виду, что это различіе между двумя видами денежныхъ взысканій въ данной сферѣ практическаго значенія не имѣетъ, такъ какъ все равно денежное взысканіе разсматривается, какъ наказаніе, и тѣ особенности, которыя имѣются въ уст. каз. упр. относительно порядка взиманія денежныхъ

[1]) Тамъ же стр. 62.

взысканій, присущи денежнымъ взысканіямъ вообще, а не тому или иному ихъ виду.

Въ виду того, что денежныя взысканія за фискальныя нарушенія заключаютъ въ себѣ весьма часто возмѣщеніе ущерба казны, является возможнымъ въ извѣстныхъ случаяхъ приравнивать денежное взысканіе, являющееся наказаніемъ, вознагражденію за вредъ и сливать эти двѣ суммы въ одну; таково напр. постановленіе ст. 1062 о томъ, что, если нельзя опредѣлить количество незаконно выдѣланныхъ водочныхъ издѣлій изъ вина и спирта на заводѣ, заявленномъ акцизному надзору, то сумма денежнаго взысканія вмѣстѣ съ акцизомъ исчисляется соразмѣрно съ тою суммой, на которую заводъ обязанъ былъ выбрать бандеролей за цѣлый годъ. Точно также въ прим. къ ст. 1068 указывается, что за тайную выдѣлку водочныхъ издѣлій внѣ заводовъ, заявленныхъ акцизному надзору, денежное взысканіе вмѣстѣ съ акцизомъ исчисляется въ размѣрѣ стоимости обязательнаго для заводовъ той мѣстности количества бандеролей за два года [1]).

Наконецъ, такой же смѣшанный характеръ наказанія и вознагражденія за вредъ имѣютъ тѣ денежныя взысканія, которыя назначаются по уст. герб. за нарушенія правилъ о гербовомъ сборѣ, посколько они выражаются въ кратной суммѣ противъ установленнаго размѣра гербоваго сбора (въ 5 разъ противъ этого размѣра—ст. 164, въ 10 разъ—ст. 167, 170, 171, 173, 174, 175, 176, въ 30 разъ—ст. 169). Смѣшанный характеръ этихъ взысканій въ особенности ясно выражается въ томъ, что, согласно ст. 180, если нарушеніе правилъ о гербовомъ сборѣ, влекущее за собой взысканіе денежнаго штрафа, обнаружится послѣ смерти лица, ви-

---

[1]) Особенностью денежныхъ взысканій за фискальныя нарушенія—однако, какъ указано было выше, не всѣхъ взысканій,—является особенный порядокъ исчисленія ихъ, соотвѣтствующій порядку исчисленія возмѣщенія вреда Такъ, весьма часто встрѣчается указаніе на то, что денежное взысканіе должно равняться двойной суммѣ акциза (напр. ст. 1065, 1080, 1253, 1254 и др.), двойной суммѣ стоимости патента (напр. ст. 1182, 1200 и др.), двойной суммѣ удесятереннаго акциза (напр. ст. 1237). Точно также въ уст. там. денежное взысканіе опредѣляется весьма часто въ извѣстномъ соотношеніи съ подлежавшей взысканію въ конкретномъ случаѣ пошлиной, напр. въ размѣрѣ 2/3 причитающейся пошлины (ст. 1010, 1021, 1029, 1035), въ размѣрѣ двукратной (ст. 1008, 1012, 1036, 1075) и пятикратной (ст. 1054, 1065) пошлины, наконецъ, въ видѣ 6% съ суммы пошлины, причитающейся за провозимые товары (ст. 1013). Но, конечно, всѣ подобные случаи не вліяютъ на представленіе о томъ, что здѣсь рѣчь идетъ о наказаніи, а не о возмѣщеніи вреда Этимъ объясняется постановленіе ст. 1023 уст. там., которое гласитъ, что наложеніе означенныхъ въ ст. 1007—1010, 1012, 1013 и 1021 взысканій не освобождаетъ товарохозяина или пассажира отъ обязанности внести исчисленную на основаніи досмотра пошлину (ср. также ст. 1035 и 1036).

новнаго въ этомъ нарушеніи, или если самое распоряженіе о взысканіи штрафа должно быть сдѣлано по смерти этого лица, то съ его наслѣдниковъ взимается лишь та сумма, которая соотвѣтствуетъ размѣру гербоваго сбора, подлежащаго уплатѣ. Такая же сумма взыскивается съ виновнаго въ нарушеніи, если послѣднее обнаружится по истеченіи давности. Въ этомъ опредѣленіи отчетливо проводится различіе между двумя частями денежнаго взысканія: одна часть есть возмѣщеніе происшедшаго ущерба казны отъ даннаго правонарушенія, она переходитъ на наслѣдниковъ, другая—есть наказаніе, имѣющее строго личный характеръ Правда, назначеніе этого взысканія въ усиленномъ размѣрѣ (преимущественно въ десятикратномъ размѣрѣ причитающагося гербоваго сбора) объясняется соображеніями особаго рода, устанавливающими до извѣстной степени отвѣтственность за чужую вину, но это не лишаетъ значенія даннаго института, какъ наказанія. Въ самомъ дѣлѣ, въ мотивахъ закона говорится, что „усиленный гербовый сборъ установленъ лишь потому, что правительство не имѣетъ возможности контролировать уплату этого сбора по всѣмъ весьма многочисленнымъ актамъ, совершаемымъ безъ участія должностныхъ лицъ, почему большая часть такихъ актовъ совершается, какъ показываетъ опытъ, безъ оплаты гербовымъ сборомъ, и казна несетъ значительный убытокъ, который законъ имѣетъ въ виду возмѣстить, хотя отчасти, взысканіемъ сбора въ 10-кратномъ размѣрѣ съ тѣхъ актовъ, неоплата коихъ сборомъ будетъ обнаружена правительствомъ, причемъ взысканіе усиленнаго сбора должно служить мѣрою предупрежденія нарушеній гербоваго устава. Принявъ такимъ образомъ за основаніе, что гербовый штрафъ составляетъ не уголовное наказаніе, а фискальное взысканіе за несвоевременную или неполную оплату гербоваго сбора...“ [1]). Но мы должны сказать, что, какими бы мотивами ни руководился законодатель, назначая наказаніе въ томъ или иномъ размѣрѣ, и какой бы порядокъ исчисленія размѣра денежнаго взысканія онъ ни устанавливалъ, это само по себѣ не лишаетъ данное взысканіе характера наказанія, какъ выражающее собой извѣстную оцѣнку учиненнаго дѣянія. Фискальное взысканіе не должно быть принципіально противополагаемо уголовному наказанію, потому что оно есть лишь разновидность послѣдняго. Однако Фонъ-Резонъ усваиваетъ ту точку зрѣнія, которая выражена въ приведенныхъ только что мотивахъ закона, не считая возможнымъ признавать въ этой мѣрѣ наказаніе, такъ какъ „по

[1]) Отчетъ по Госуд. Совѣту за 1887 г. стр. 273—289.

намѣренію закона, денежныя взысканія, налагаемыя за нарушенія устава о гербовомъ сборѣ, не имѣютъ уголовнаго характера"; но онъ вмѣстѣ съ тѣмъ не находитъ здѣсь и вознагражденія за вредъ, „потому что изобличенный въ нарушеніи помимо ущерба, имъ причиненнаго, долженъ отвѣчать и за тѣхъ, которые, можетъ быть, причинили казнѣ тоже ущербъ, но не были въ этомъ изобличены". По его словамъ, эти денежныя взысканія „составляютъ карательныя мѣры sui generis, которыя обусловливаются не общеправовыми началами, а исключительно фискальными интересами, почему и можно ихъ назвать фискальными взысканіями" [1]).

§ 8. Кромѣ только что разсмотрѣнныхъ случаевъ возмѣщенія вреда какъ матеріальнаго, такъ и моральнаго при помощи представленія матеріальнаго эквивалента, встрѣчаются случаи, гдѣ причиненный вредъ нематеріальнаго характера возмѣщается при помощи нематеріальнаго же эквивалента. Случаи этого рода относятся къ области причиненія моральнаго вреда, состоящаго въ оскорбленіи чести, и моральный эквивалентъ, который возмѣщаетъ этотъ вредъ, выражается въ опредѣленныхъ дѣйствіяхъ виновнаго лица, заключающихъ въ себѣ заявленія, реабилитирующія честь другого лица.

Современное право знаетъ возмѣщеніе этого моральнаго вреда въ трехъ формахъ, это—испрошеніе прощенія, признаніе чести въ приговорѣ (Ehrenerklärung) и опубликованіе приговора. Первыя двѣ мѣры постепенно выходятъ изъ употребленія, какъ несоотвѣтствующія современнымъ взглядамъ на честь и на роль суда въ дѣлахъ этого рода, и сохраняются лишь въ болѣе старыхъ законодательствахъ; напротивъ того третья мѣра признается и въ настоящее время вполнѣ пріемлемой.

Испрошеніе прощенія [2]) существуетъ въ уголовномъ кодексѣ кантона Валлиса (§ 282), гдѣ упоминается присужденіе виновнаго взять обратно оскорбительныя выраженія, а также въ кодексѣ кантона Обвальдена (§ 67), гдѣ установляется, что обиженный можетъ потребовать, чтобы судъ обязалъ обидчика взять назадъ въ письменной формѣ и безъ всякихъ ограниченій нанесенное оскорбленіе (zum unbedingten schriftlichen Wiederruf), а также, чтобы онъ въ письменной формѣ объявилъ признаніе чести лица (schriftliche Ehrenerklärung).

---

[1]) Фонъ-Резонъ в. с. стр. 79.

[2]) Оно существовало и въ нашемъ улож. о нак. до изданія уст. о нак.

Что касается далѣе признанія въ приговорѣ чести лица, то этотъ институтъ знакомъ норв. улож. (§ 253), гдѣ судъ можетъ постановить объявить обвиненіе несуществующимъ и неимѣющимъ значенія, а также цѣлому ряду швейцарскихъ законодательствъ (кромѣ приведеннаго только что обвальд. § 67, люцернскому § 97, сенъ-галленскому § 109 и др.), въ которыхъ указывается на то, что судъ можетъ въ своемъ приговорѣ оградить честь потерпѣвшаго и уничтожить нанесенную обиду (Ehre des Verletzten ausdrücklich wahren und die Ehrenkränkung aufheben).

Наконецъ, что касается опубликованія приговора, то прежде всего мы должны имѣть въ виду, что эта мѣра не представляется единой по своей правовой природѣ. Мы уже видѣли [1]), что въ извѣстныхъ случаяхъ опубликованіе приговора въ печати есть мѣра соціальной защиты, вызываемая представленіемъ о той опасности, которою грозитъ обществу субъектъ, учинившій извѣстное правонарушеніе. Но есть случаи, гдѣ это опубликованіе приговора имѣетъ своей функціей возмѣщеніе того моральнаго ущерба, который нанесенъ извѣстному лицу фактомъ причиненнаго ему оскорбленія. Въ этихъ случаяхъ данная мѣра, какъ и только что разсмотрѣнныя, является средствомъ возмѣстить моральный ущербъ, причиненый извѣстному лицу, а не мѣрой защиты въ отношеніи обидчика или же наказаніемъ по отношенію къ нему. Такой характеръ присущъ тому опубликованію приговора, которое примѣняется въ дѣлахъ объ оскорбленіи чести; таково постановленіе ст. 1536 улож. о нак., въ силу которой судебные приговоры объ изобличенномъ въ клеветѣ могутъ быть, по желанію подвергшагося ей, опубликованы въ столичныхъ и въ мѣстныхъ губернскихъ вѣдомостяхъ на счетъ виновнаго, и ст. 539 угол. улож., устанавливающей то же въ отношеніи случаевъ осужденія за оскорбленіе вообще; то же имѣетъ мѣсто въ § 200 герман. угол. улож., гдѣ кромѣ того эта мѣра примѣняется и въ случаѣ ложнаго обвиненія (§ 165).

Обращаясь къ разсмотрѣнію взглядовъ, существующихъ въ литературѣ уголовнаго права относительно природы этого института, мы должны сказать, что лишь сравнительно немногіе криминалисты считаютъ возможнымъ характеризовать данный видъ опубликованія приговора, какъ наказаніе. Подобный взглядъ проводятъ напр. Гельшнеръ [2]), Гессъ [3]) и Меркель [4]), которые обращаютъ

[1]) См. стр. 358.

[2]) Hälschner l. c. II s. 213.

[3]) Hess. Die Lehre von der falschen Anschuldigung. 1888 s. 64.

[4]) Merkel. Lehrbuch s. 173.

вниманіе на то, что эта мѣра заключаетъ въ себѣ элементъ зла, производится на счетъ осужденнаго и назначается помимо заявленія обиженнаго. Но всѣ эти соображенія сами по себѣ еще не установляютъ природы даннаго института, какъ наказанія. Между тѣмъ нельзя не обратить вниманія на то, что опубликованію приговора чужда та оцѣнка учиненнаго, въ соотвѣтствіи съ которой производится вторженіе въ сферу правовыхъ благъ личности и безъ которой немыслимо наказаніе. Оцѣнка учиненнаго оскорбленія дается здѣсь путемъ назначенія соотвѣтственной кары, о чемъ затѣмъ публикуется во всеобщее свѣдѣніе. Это опубликованіе должно поставить въ извѣстность всѣхъ и каждаго о томъ, что виновный оклеветалъ потерпѣвшаго, чѣмъ достигается реабилитація добраго имени послѣдняго и возмѣщается ему тотъ моральный ущербъ, который былъ произведенъ совершеннымъ оскорбленіемъ.

Напротивъ, господствующее мнѣніе вполнѣ правильно видитъ здѣсь не наказаніе, а мѣру иного порядка, характеризуемую обыкновенно, какъ удовлетвореніе. Такова точка зрѣнія Листа [1]), Франка [2]), Ольсгаузена [3]), Биндинга [4]), Доны [5]) и Тиля [6]).

---

[1]) Liszt l. c. s. 251.

[2]) Frank l. c. § 200 n. 1.

[3]) Olshausen. Kommentar § 165, № 1 § 200, № 4.

[4]) Binding, Grundriss. 266.

[5]) Dohna l. c. s. 262.

[6]) Thiel. Die Natur der Publikationsbefugniss des § 200 des Reichstrafgesetzbuchs. 1901 s. 32.

ЧАСТЬ III.

Виды наказанія.

Глава I.

Наказаніе государственное и внѣгосударственное (дисциплинарное).

§ 1. Говоря о томъ, что наказаніе есть особое правоохранительное средство, заключающее въ себѣ воздѣйствіе на учиненное въ соотвѣтствіи съ его оцѣнкой, мы должны имѣть въ виду, что наказаніе не есть институтъ, который встрѣчается лишь въ государственномъ общеніи людей и который является средствомъ охраны существующаго лишь въ одномъ государствѣ правопорядка. Въ любомъ общеніи людей могутъ выполняться карательныя функціи, ничѣмъ по существу своему не отличающіяся отъ карательныхъ функцій государства. Въ любомъ человѣческомъ общеніи мы можемъ встрѣтиться съ мѣрами, которыя направлены на охрану существующаго въ немъ порядка и которыя такъ же, какъ и государственное наказаніе, являются воздѣйствіемъ на учиненное въ соотвѣтствіи съ оцѣнкой послѣдняго. И поскольку мы признаемъ, что во всякомъ наказаніи содержится оцѣнка учиненнаго, и поскольку мы вмѣстѣ съ тѣмъ признаемъ, что въ наказаніи, примѣняемомъ отъ лица государства, эта оцѣнка происходитъ съ точки зрѣнія интересовъ государственнаго общенія, какъ такового, постолько мы должны признать, что въ наказаніи, примѣняемомъ другими общеніями людей, эта оцѣнка происходитъ съ точки зрѣнія интересовъ этихъ общеній, вытекая изъ особенностей послѣднихъ вслѣдствіе ихъ специфическихъ потребностей и тѣхъ цѣлей, ради которыхъ они существуютъ. Эти обѣ оцѣнки могутъ и не совпадать другъ съ другомъ, такъ какъ извѣстное дѣяніе можетъ быть оцѣниваемо, какъ безразличное, съ точки

зрѣнія интересовъ государственнаго общенія, и въ то же время данное дѣяніе можетъ представляться далеко не безразличнымъ съ точки зрѣнія интересовъ иныхъ общеній людей. Поэтому примѣненіе наказанія, исходящаго отъ лица отдѣльныхъ общеній людей, возможно и тогда, когда данное дѣяніе не вызываетъ наказанія отъ лица государства. Съ другой стороны, посколько возможно несовпаденіе оцѣнки одного и того же дѣянія съ разныхъ точекъ зрѣнія, постолько возможно, что данное дѣяніе, получающее опредѣленную отрицательную оцѣнку съ точки зрѣнія интересовъ государственнаго общенія людей, будетъ вызывать потребность новой, дополнительной оцѣнки съ точки зрѣнія интересовъ другого общенія людей въ виду заключающагося въ немъ посягательства не только на интересы государственнаго правопорядка, но и на интересы именно этого общенія. И такъ какъ каждый человѣкъ можетъ быть не только членомъ государственнаго общенія, но и иныхъ общеній людей, то мы можемъ представить себѣ допустимость примѣненія къ одному и тому же его дѣянію различныхъ наказаній, исходящихъ отъ различныхъ общеній, членомъ которыхъ онъ состоитъ, и выражающихъ собой различную оцѣнку учиненнаго съ точки зрѣнія интересовъ этихъ общеній.

Констатируя фактъ существованія особыхъ общеній людей, отличныхъ отъ государственнаго общенія и выполняющихъ наряду съ нимъ карательныя функціи, мы при этомъ исходимъ изъ представленія о томъ, что всякое подобное общеніе покоится на началѣ подчиненія, которое имѣется у индивида, входящаго въ его составъ, по отношенію къ этому общенію, какъ цѣлому. И подобно тому, какъ существуетъ подчиненіе индивида власти государства, такъ существуетъ и подчиненіе индивида власти отдѣльныхъ общеній, членомъ которыхъ онъ является, причемъ самый характеръ этого подчиненія можетъ мѣняться и принимать различныя формы въ зависимости отъ особенностей тѣхъ или иныхъ общеній людей и прежде всего въ зависимости отъ характера самого правового уклада ихъ.

Отдѣльныя формы общеній людей, обладающихъ правомъ наказанія наряду съ государствомъ, представляются весьма разнообразными и по условіямъ своего возникновенія, и по своему отношенію къ государственному общенію, и по тѣмъ потребностямъ, ради которыхъ онѣ возникли и наличность которыхъ отражается на структурѣ и правовомъ укладѣ ихъ. Стоитъ въ этомъ отношеніи сопоставить другъ съ другомъ разнообразныя единенія людей, выполняющія карательныя функціи отдѣльно отъ госу-

дарства, чтобы убѣдиться въ этомъ. Семья, школа, церковь, сословныя и профессіональныя организаціи, всевозможные союзы, партіи, клубы, законодательныя палаты, государственная гражданская и военная служба, тюрьма и т. п. — все это предполагаетъ наличность внутри себя своеобразнаго уклада, все это предполагаетъ существованіе особыхъ правилъ поведенія, обязательныхъ для лицъ, входящихъ въ составъ даннаго общенія, какъ такового, все это вмѣстѣ съ тѣмъ предполагаетъ возможность нарушенія этихъ правилъ и потребность реагированія на него для охраны интересовъ самого общенія. Въ соотвѣтствіи съ подобнымъ разнообразіемъ отдѣльныхъ формъ общеній людей, представляется разнообразнымъ какъ объемъ карательной власти, предоставленный имъ или признанный за ними государствомъ, такъ и условія ея осуществленія, равно какъ особенности взаимоотношенія, имѣющагося между карательной властью государства и карательной властью иныхъ общеній. Разнообразно вмѣстѣ съ тѣмъ рѣшается вопросъ о тѣхъ лицахъ или органахъ власти, которымъ принадлежитъ право непосредственно осуществлять уголовное правосудіе въ интересахъ отдѣльныхъ единеній.

Конечно, посягательства на интересы отдѣльныхъ единеній людей могутъ въ то же время представлять собой и посягательства на интересы всего государственнаго общенія, поскольку государство допускаетъ самую возможность существованія этихъ единеній. И въ этомъ случаѣ государство въ подобныхъ посягательствахъ можетъ усматривать основаніе для своего вторженія въ сферу извѣстныхъ благъ учинителя ихъ. Но всегда можетъ оказаться такая сфера въ области жизненнаго уклада даннаго единенія, оцѣнку нарушенія которой государство предоставляетъ исключительно усмотрѣнію послѣдняго, вслѣдствіе чего уголовное законодательство государства воздерживается въ подобныхъ случаяхъ отъ криминализаціи извѣстныхъ дѣяній, довольствуясь допущеніемъ въ качествѣ правового послѣдствія неправды наказаній, примѣняемыхъ отъ имени этого единенія людей и въ его интересахъ.

При этомъ мы должны имѣть въ виду, что та оцѣнка, которая дается учиненному посягательству на правила поведенія того или иного единенія людей и которая выражается въ наказаніи, налагаемомъ отъ имени этого единенія, должна была бы съ внѣшней стороны проявляться въ воздѣйствіи на тѣ блага, которыми обладаетъ учинитель этого посягательства, какъ субъектъ, входящій въ составъ опредѣленнаго общенія; однако недостатокъ разнообразія отдѣльныхъ правовыхъ благъ, какъ годныхъ объек-

товъ карательнаго воздѣйствія, заставляетъ — точно такъ же, какъ и при другихъ правовыхъ послѣдствіяхъ неправды — обращаться къ тѣмъ же самымъ благамъ, которыя служатъ предметомъ карательнаго воздѣйствія государства; вслѣдствіе этого многія наказанія, примѣняемыя отдѣльными единеніями людей, съ внѣшней стороны проявляются въ тѣхъ же самыхъ мѣрахъ, что и наказанія государственныя: такъ, денежное взысканіе и лишеніе свободы одинаково встрѣчаются и въ области карательной дѣятельности государства и въ области наказаній, исходящихъ отъ другихъ единеній людей; но съ другой стороны существуютъ мѣры, не встрѣчающіяся въ области государственнаго уголовнаго права, какъ напр. исключеніе изъ общенія, или же лишеніе извѣстныхъ льготъ, которыми пользуется данное лицо въ качествѣ члена извѣстнаго общенія.

Указывая на то, что извѣстныя единенія людей, отличныя отъ государственнаго общенія, выполняютъ карательныя функціи въ интересахъ охраны своего жизненнаго уклада, отдѣльно отъ государства, мы должны имѣть въ виду, что такія особыя единенія возможны и въ видѣ своеобразныхъ формъ общенія людей, которыя характеризуются наличностью особаго подчиненія индивида государству, отличнаго отъ первоначальнаго и естественнаго подчиненія всякаго индивида, живущаго въ государствѣ, этому послѣднему. Здѣсь то цѣлое, которому подчиняется данный индивидъ, есть то же государство, которому и безъ того онъ подчиненъ, но самое отношеніе подчиненія принимаетъ въ данномъ случаѣ иной характеръ. И государство, примѣняя наказаніе въ случаяхъ нарушенія правилъ поведенія, обязательныхъ для членовъ подобнаго общенія, дѣйствуетъ ради охраны интересовъ не всего государственнаго правопорядка, а лишь правопорядка, существующаго въ этомъ своеобразномъ общеніи. Въ общеніяхъ этого рода возникаетъ особое отношеніе подчиненія индивида государству въ лицѣ тѣхъ или иныхъ органовъ его власти, получающихъ право непосредственно или при содѣйствіи извѣстныхъ учрежденій примѣнять наказанія. Сюда относится то общеніе людей, которое возникаетъ въ государственной службѣ — государственно-служебное общеніе, въ военной службѣ — военно-служебное общеніе, а также и при отбытіи наказанія лишеніемъ свободы — принудительно-карательное общеніе. Поступающій на государственную службу тѣмъ самымъ въ силу своего вступленія въ особое юридическое отношеніе къ государству, принимаетъ на себя рядъ обязанностей, и нарушенія многихъ изъ этихъ обязанностей могутъ представлять интересъ лишь съ точки

зрѣнія потребностей государственной службы, какъ таковой, а не всего государственнаго общенія. Отсюда и оцѣнка подобныхъ нарушеній, исключительно, какъ посягательствъ на правовой укладъ, установившійся въ сферѣ отношеній по государственной службѣ. Оцѣнка эта проявляется въ примѣненіи особыхъ, сравнительно незначительныхъ по своей тяжести наказаній, назначаемыхъ въ особомъ порядкѣ, отличномъ отъ обычнаго порядка отправленія уголовнаго правосудія. Государство, назначая въ подобномъ случаѣ наказаніе за нарушенія служебныхъ обязанностей, дѣйствуетъ, не какъ представитель интересовъ всего государственнаго общенія, а какъ представитель интересовъ того общенія людей, которое обусловливается государственной службой Само собою разумѣется, что то обстоятельство, что государство является одновременно обладателемъ и общегосударственной карательной власти и спеціальной карательной власти въ сферѣ общенія, образуемаго государственной службой, отражается на разграниченіи областей государственнаго уголовнаго и государственно-служебнаго уголовнаго права; чѣмъ болѣе сознается двойственная роль государства въ данной области, тѣмъ яснѣе и рѣзче проводится это разграниченіе, и наоборотъ тамъ, гдѣ на это особаго вниманія не обращается, проведеніе этого разграниченія не считается существеннымъ. Первое мы видимъ въ болѣе новомъ законодательствѣ, второе наоборотъ въ болѣе старомъ, такъ что эволюція въ этой сферѣ выражается въ установленіи строгаго различія между отдѣльными видами карательныхъ функцій государства. То же можно сказать и относительно военнаго-служебнаго общенія. Точно также представляется весьма своеобразнымъ то отношеніе подчиненія, которое возникаетъ у лица, отбывающаго наказаніе лишеніемъ свободы, къ государству. Тюремный сидѣлецъ обязанъ выполнять тѣ требованія, которыя предъявляются къ нему, какъ къ лицу, долженствующему нести послѣдствія своей преступной дѣятельности, и которыя вытекаютъ изъ факта лишенія его свободы передвиженія и помѣщенія его въ особомъ учрежденіи съ опредѣленнымъ режимомъ жизни. Нарушенія спеціальныхъ обязанностей, которыя возникаютъ для лица, отбывающаго наказаніе лишеніемъ свободы, оцѣниваются при этомъ съ точки зрѣнія интересовъ не всего государственнаго общенія, а исключительно тюрьмы, какъ мѣста отбытія наказанія. Поэтому тѣ взысканія, которыя налагаются на заключенныхъ, исходятъ не отъ лица государства, какъ такового; здѣсь принимается во вниманіе не то отношеніе подчиненія индивида государству, которое имѣетъ мѣсто въ общеніи государственномъ, а то, которое возникаетъ отъ принудительнаго помѣ-

щенія индивида въ интересахъ государственнаго правопорядка въ особое учрежденіе для отбытія наказанія. Своеобразный характеръ тѣхъ мѣръ, которыя примѣняются въ данной области, проявляется и въ особомъ порядкѣ ихъ назначенія, отличномъ отъ того, который установленъ въ отношеніи наказаній, исходящихъ отъ лица государства, какъ такового.

Въ противоположность приведеннымъ только что формамъ единеній людей, покоющихся на своеобразномъ отношеніи подчиненія индивида государству, отличномъ отъ подчиненія въ области государственнаго общенія, въ другихъ формахъ общеній людей мы видимъ наличность отношенія подчиненія индивида, члена этого общенія, не государству, а другому общенію, какъ цѣлому. Здѣсь роль государства ограничивается лишь указаніемъ предѣловъ и объема карательной власти, осуществляемой этимъ единеніемъ ради поддержанія его правового уклада.

Говоря о наказаніи, которое назначается отъ лица отдѣльныхъ единеній людей, существующихъ внѣ сферы непосредственнаго отношенія индивида къ государству, мы исходимъ изъ представленія о томъ, что всякое такое единеніе, покоющееся на началѣ подчиненія, которое имѣется у индивида, входящаго въ его составъ, по отношенію къ этому единенію, какъ къ цѣлому, представляетъ собой извѣстное длящееся и организованное единеніе людей. Члены подобнаго общенія связаны опредѣленными правилами поведенія, обязательными для нихъ въ силу принадлежности ихъ къ данному общенію. Говоря о семьѣ, школѣ, церкви, государственной службѣ, тюрьмѣ и т. п., мы представляемъ себѣ наличность извѣстныхъ правилъ поведенія, обязательныхъ для всѣхъ тѣхъ, кто оказывается членомъ даннаго общенія, живущаго особой своеобразной жизнью и предполагающаго опредѣленный укладъ. Между членами единенія и самымъ единеніемъ имѣется внутренняя органическая связь, связь части съ цѣлымъ.

Въ иномъ видѣ рисуются тѣ общенія людей, которыя имѣютъ случайный, временный характеръ и не имѣютъ внутренней организаціи. Индивидъ, принимающій участіе въ подобномъ общеніи, не является членомъ опредѣленной организаціи, обладающей извѣстными правилами поведенія для ея членовъ; пребываніе его въ составѣ даннаго общенія не налагаетъ на него обязанности выполненія какихъ-нибудь особыхъ правилъ поведенія, вытекающихъ изъ факта принадлежности къ этому общенію, какъ извѣстной организаціи съ опредѣленнымъ строемъ. Того подчиненія индивида цѣлому, которое имѣется въ организованныхъ обще-

ніяхъ людей, въ подобныхъ общеніяхъ не имѣется. Фактъ пребываніе индивида въ составѣ такого общенія налагаетъ на него выполненіе только одной обязанности—не нарушать порядка въ этомъ общеніи; но эта обязанность возлагается на данное лицо не въ силу принадлежности его именно къ этому общенію, какъ таковому, а въ силу принадлежности его къ государственному общенію, которое обязываетъ всѣхъ своихъ членовъ не нарушать порядка въ публичномъ мѣстѣ, усматривая въ этомъ посягательство на общественную тишину. Находящійся въ залѣ, гдѣ происходитъ общественное собраніе какого бы то ни было рода, гдѣ происходитъ засѣданіе суда, парламента и т. п., или же находящійся въ желѣзно-дорожномъ вагонѣ или на суднѣ, въ силу одного факта пребыванія въ подобныхъ мѣстахъ не вступаетъ въ составъ какой-то особой правовой организаціи въ качествѣ ея члена и въ силу этого онъ не вступаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ въ особое отношеніе подчиненія тѣмъ лицамъ, которыя поддерживаютъ порядокъ въ этихъ мѣстахъ. Человѣкъ. присутствующій въ какомъ-нибудь общественномъ собраніи, не вступаетъ въ особое отношеніе подчиненія къ предсѣдателю этого собранія, какъ не вступаетъ въ такое особое подчиненіе пассажиръ въ отношеніи къ желѣзно-дорожнымъ властямъ. Онъ вообще обязанъ соблюдать порядокъ во всякомъ публичномъ мѣстѣ, и за нарушеніе этого порядка ему грозитъ отвѣтственность на основаніи общихъ положеній уголовнаго права государства. Подчиненіе его предсѣдателю или желѣзно-дорожнымъ властямъ или же капитану судна таково же, какъ и подчиненіе его полицейскому чину въ отношеніи соблюденія должнаго порядка на улицѣ.

Въ виду того, что подобныя временныя общенія людей не имѣютъ опредѣленной правовой организаціи, имъ не присваивается карательное право въ отношеніи тѣхъ лицъ, которыя оказываются въ ихъ составѣ. Предсѣдатель собранія не обладаетъ правомъ наказать того, кто нарушаетъ порядокъ въ собраніи, какъ не обладаетъ такимъ же правомъ и желѣзно-дорожное начальство въ отношеніи пассажира, какъ вмѣстѣ съ тѣмъ не обладаетъ подобнымъ же правомъ въ современномъ государствѣ органъ полицейской власти въ отношеніи всякаго лица, нарушающаго порядокъ на улицѣ. Но, будучи лишены карательной власти, эти лица надѣляются правомъ примѣнять мѣры пресѣченія неправды, которыя въ томъ или иномъ объемѣ могутъ быть имъ предоставляемы, именно какъ лицамъ, на которыхъ лежитъ обязанность охранять порядокъ въ извѣстномъ мѣстѣ.

Только какъ изъятіе изъ общаго правила, установляется иногда иное положеніе въ силу какихъ-нибудь особыхъ соображеній. Такъ, въ нѣкоторыхъ законодательствахъ дѣлается подобное изъятіе въ отношеніи капитана корабля, что объясняется исключительнымъ положеніемъ, въ которомъ находится корабль, отрѣзанный отъ суши [1]); однако въ новѣйшихъ законодательствахъ это изъятіе постепенно исчезаетъ, и капитану корабля предоставляется право примѣнять въ отношеніи нарушающихъ порядокъ пассажировъ тѣ мѣры, которыя диктуются состояніемъ крайней необходимости [2]). Другое болѣе часто встрѣчающееся изъятіе заключается въ предоставленной предсѣдательствующему въ судебномъ засѣданіи власти самому или при участіи судебной коллегіи назначать наказаніе тѣмъ лицамъ, которыя нарушаютъ порядокъ въ залѣ засѣданія. Но это право наложенія особыхъ наказаній, т. н. процессуальныхъ взысканій, притомъ не исключительно за нарушенія порядка на судѣ, объясняется тѣмъ соображеніемъ, что судебная власть, констатирующая фактъ правонарушенія, происходящаго въ ея присутствіи, признается компетентной для немедленной же его оцѣнки безъ передачи происшедшаго нарушенія на разсмотрѣніе иной судебной инстанціи. Здѣсь мы имѣемъ дѣло лишь съ частнымъ случаемъ проявленія общей карательной власти государства, а не карательной власти, принадлежащей особому общенію людей, противополагаемому государственному ихъ общенію. Тѣ наказанія, съ которыми мы здѣсь встрѣчаемся,—лишь особыя наказанія, примѣняемыя не въ обычномъ порядкѣ отправленія правосудія, вслѣдствіе чего имъ можетъ быть присвоено наименованіе процессуальныхъ взысканій; они вовсе не являются наказаніями, примѣняемыми особымъ общеніемъ людей въ лицѣ представителя ихъ власти.

Итакъ, имѣя въ виду общенія людей, осуществляющія карательныя функціи въ отношеніи тѣхъ, кто входитъ въ составъ этихъ общеній, мы разумѣемъ здѣсь подъ этими общеніями лишь тѣ, которыя имѣютъ длящійся характеръ и обладаютъ опредѣленной организаціей, предполагающей извѣстныя правила поведенія для ихъ членовъ.

---

[1]) Такъ, это установлено напр. во французскомъ (art. 52 Decrêt—loi disciplinaire et pénal pour la marine marchande 1852 г.) и италіанскомъ (art. 454 codice per la marina mercantile) законодательствахъ. Отъ этого права капитана примѣнять извѣстныя кары въ отношеніи пассажировъ слѣдуетъ отличать то право наказанія, которое ему предоставлено въ отношеніи служебнаго персонала; оно представляетъ разновидность общаго понятія дисциплинарнаго права и извѣстно въ разномъ объемѣ отдѣльнымъ законодательствамъ (Ср. Hübner. Die rechtliche Stellung des Kapitäns zur Schiffsmannschaft. 1906 s. 15).

[2]) Weber. Die Schiffsgewalt des Kapitäns und ihre geschichtlichen Grundlagen 1907 s. 18.

Признавая большое разнообразіе отдѣльныхъ формъ единеній людей, осуществляющихъ карательныя функціи. а вмѣстѣ съ тѣмъ и самыхъ проявленій ихъ карательной власти, мы можемъ однако объединить всѣ эти единенія по чисто формальному признаку, противополагая ихъ государственному общенію, и именуя ихъ общеніями внѣгосударственными, а самыя наказанія, примѣняемыя ими, мы сообразно съ этимъ можемъ именовать наказаніями внѣгосударственными, противопоставляя ихъ наказаніямъ государственнымъ или наказаніямъ въ узкомъ смыслѣ этого слова. Отсюда дѣленіе наказанія на два вида въ зависимости отъ той правовой сферы, въ которой наказаніе примѣняется: наказаніе государственное и внѣгосударственное.

Мысль о томъ, что понятіе наказанія не ограничивается сферой отношенія государства къ индивиду, высказывается весьма многими юристами, хотя, какъ мы увидимъ дальше, не всѣ писатели, раздѣляющіе эту точку зрѣнія, считаютъ возможнымъ всецѣло приравнивать государственному наказанію отдѣльные виды внѣгосударственнаго наказанія. На этой точкѣ зрѣнія стоятъ напр. Колеръ [1]), Гольцендорфъ [2]), Гейнце [3]), Гейеръ [4]), Гуго Мейеръ [5]), Меркель [6]), Вейнрихъ [7]), Гарофало [8]), Тири [9]), Лохвицкій [10]) и Бѣлогриць-Котляревскій [11]).

---

[1]) Kohler. Das Wesen der Strafe s. 6.

[2]) Holtzendorff. Einleitung in das Strafrecht (Handbuch des deutschen Strafrechts I s. 4)

[3]) Heinze l. c s. 321.

[4]) Geyer. Das Strafrecht въ Holtzendorff's Encyclopädie s. 871: „es giebt keinen begrifflich notwendigen Zusammenhang zwischen der Strafe und dem Staat, so dass jene stets nur als eine staatliche Function auftreten konne".

[5]) H. Meyer. Lehrbuch s. 3: „...Strafe nicht nur vom Staate, sondern von andern Mächten verhangt wird".

[6]) Liepmann. Die Lehre von Verbrechen und Strafe von A. Merkel s. 194. „das allgemeine Wesen der Strafe hat mit der Frage, welchem Subject ein Recht auf ihre Zuerkennung und Vollstreckung zustehe, an sich nichts zu tun".

[7]) Weinrich. Strafe und Kriminalpolitik s. 845: „unter Strafen versteht man ein vom Gehorsamsberechtigten dem Gehorsamspflichtigen wegen Verletzung von Normen auferlegtes Leiden. Es giebt soviel Strafen, als es Normgebiete giebt".

[8]) Garofalo. Criminologie. 1895 p. 252.

[9]) Thiry. Cours p. 1 n. 2. „le droit de punir ne comprend pas seulement la répression exercée par l'Etat dans l'interêt social".

[10]) Лохвицкій в. с. стр. 2—5 говоритъ о правѣ наказанія семейныхъ и церковныхъ властей, о „наказательной власти" начальства учебныхъ заведеній, о „безсудной власти" начальства надъ чиновниками, предсѣдателя суда въ отношеніи нарушающихъ тишину въ засѣданіи.

[11]) Бѣлогриць-Котляревскій в. с стр. 8 даетъ слѣдующее малопонятное въ устахъ юриста разграниченіе понятія уголовнаго права въ субъективномъ и объ-

Но съ другой стороны можно подмѣтить опредѣленное направленіе въ литературѣ уголовнаго права, не считающее возможнымъ распространить понятіе наказанія на тѣ области, которыя находятся внѣ государственнаго общенія людей, признавая такимъ образомъ необходимымъ существованіе извѣстной связи понятія наказанія съ понятіемъ государства. Такъ, по словамъ Биндинга, для юриста существуетъ только государственное наказаніе [1]) Точно также о наказаніи, принадлежащемъ только государству, говорятъ Янка [2]), Фингеръ [3]), Белингъ [4]) и Глазеръ [5]).

Однако по этому поводу мы должны замѣтить, что, если и приходится юристамъ свое вниманіе сосредоточивать главнымъ образомъ на томъ наказаніи, которое исходитъ отъ лица государственной власти и примѣняется ради охраны государственнаго правопорядка, такъ какъ юристы обыкновенно изучаютъ только уголовное право государства, то тѣмъ не менѣе они должны ясно представлять себѣ, что государственное наказаніе есть лишь одинъ изъ видовъ наказанія вообще, и что при ближайшемъ анализѣ понятія наказанія приходится считаться съ тѣми наказаніями, которыя примѣняются не только государствомъ, какъ таковымъ. Логической связи между наказаніемъ и государствомъ мы установить не можемъ. Мы можемъ лишь сказать, что съ точки зрѣнія даннаго уголовнаго кодекса, дѣйствующаго въ настоящее время въ той или иной странѣ, наказаніями въ узкомъ, спеціально-техническомъ смыслѣ именуются такія-то опредѣленныя мѣры, относящіяся къ широкой области наказанія вообще, но принципіально разграничить наказанія государственныя отъ наказаній внѣгосударственныхъ, какъ это мы дѣлаемъ относительно наказанія и другихъ правоохранительныхъ средствъ, мы не можемъ. Все, что характеризуетъ наказаніе вообще, характеризуетъ, какъ наказаніе, примѣняемое государствомъ, такъ и

ективномъ смыслѣ: „первое объемлетъ не только чисто карательную дѣятельность государства, но и дисциплинарную власть учрежденій, корпорацій и даже отдѣльныхъ лицъ, каковы: церковь, учебное заведеніе, воинскія части, сословныя собранія, родители въ отношеніи дѣтей, мастера относительно ихъ учениковъ и т. п; второе же объемлетъ чисто-карательную дѣятельность государства".

[1]) Binding. Grundriss p 229.

[2]) Janka l. c. s 157; всѣ явленія, подобныя наказанію, но не исходящія отъ государства (strafähnliche, nichtstaatliche Erscheinungen), онъ не считаетъ наказаніями, имѣя въ виду мѣры, примѣняемыя въ семьѣ, школѣ и т. п. дисциплинарныя взысканія, и всѣ мѣры административныя.

[3]) Finger. Strafrecht s. 343.

[4]) Beling. Grundzuge s. 2.

[5]) Glaser. Handbuch des Strafprozesses. B. I, 1883 s. 279

наказаніе, примѣняемое иными единеніями людей. И поскольку правовая жизнь индивида не ограничивается сферой его отношеній въ области государственнаго правопорядка, а находитъ себѣ проявленіе и въ сферахъ отношеній внѣ области послѣдняго, постолько юристъ долженъ считаться съ институтами, затрогивающими эту правовую жизнь индивида, и изучать ихъ наравнѣ съ явленіями, находящими себѣ выраженіе въ сферѣ правовой жизни индивида въ государствѣ.

§ 2. Приступая далѣе къ разсмотрѣнію различныхъ видовъ внѣгосударственнаго наказанія и къ установленію его ближайшаго отношенія къ наказанію государственному, мы должны остановиться еще на терминологіи, употребляемой для обозначенія внѣгосударственныхъ карательныхъ мѣръ. По общепринятому въ современной литературѣ обыкновенію, мѣры внѣгосударственной карательной власти именуются мѣрами дисциплины, дисциплинарными взысканіями или наказаніями. Кромѣ того въ недавнее время былъ введенъ Прегеромъ [1]) терминъ „автономнаго наказанія“ (autonome Strafe) для обозначенія всей той области, которая лежитъ внѣ государственнаго уголовнаго права. Терминъ этотъ однако не получилъ права гражданства въ наукѣ, и употребленіе его почти вовсе не встрѣчается.

Останавливаясь ближе на выясненіи вопроса о томъ, какое значеніе имѣетъ въ юридической литературѣ выраженіе „дисциплинарное взысканіе“ и совпадаетъ ли это понятіе съ понятіемъ внѣгосударственнаго наказанія, о которомъ только что шла рѣчь, мы должны отмѣтить извѣстную неустойчивость, имѣющуюся въ литературѣ, въ употребленіи этого выраженія,—иногда оно употребляется въ болѣе узкомъ, иногда же напротивъ того въ болѣе широкомъ смыслѣ; и если сравнить въ этомъ отношеніи взгляды отдѣльныхъ писателей, то можно замѣтить, что они нерѣдко во многомъ расходятся другъ съ другомъ. Съ этой точки зрѣнія не лишено интереса привести примѣры того, какой объемъ придается въ литературѣ выраженію „дисциплинарное наказаніе“.

При этомъ слѣдуетъ отмѣтить, что самый терминъ „дисциплинарное наказаніе“ сравнительно недавняго происхожденія. Это выраженіе возникло первоначально въ области церковной юрисдикціи для обозначенія особой категоріи взысканій—именно, особыхъ воспитательныхъ мѣръ, примѣняемыхъ церковью въ отношеніи духовныхъ лицъ, учинившихъ какую-нибудь незначитель-

[1]) Preger. Die Ordnungsstrafe im Reichsrecht. 1892 s. 16.

ную провинность [1]). И въ ту эпоху, когда изслѣдователи канонического права употребляютъ уже этотъ терминъ, онъ остается еще неизвѣстнымъ остальнымъ юристамъ. Такъ, въ то время, какъ одинъ изъ канонистовъ конца XVIII в. Визе замѣчаетъ, что къ духовнымъ лицамъ могутъ быть примѣняемы особыя дисциплинарныя наказанія (Disciplinarstrafen), къ которымъ онъ относитъ тюрьму, временное устраненіе отъ должности (Suspension vom Amte) и увольненіе отъ должности (Amtsentsetzung) [2]), мы не находимъ еще этого термина ни у одного изъ юристовъ этой эпохи, занимавшихся анализомъ преступленій по службѣ. Такъ, у Лейзера маловажныя нарушенія служащихъ влекутъ за собой poenae extraordinariae, которыя соотвѣтствуютъ теперешнимъ дисциплинарнымъ взысканіямъ въ отношеніи служащихъ [3]), но онъ ихъ такъ не именуетъ. Далѣе, Нейманъ указываетъ на то, что въ противоположность умышленнымъ преступленіямъ служащихъ, караемымъ посредствомъ capitale supplicium, неосторожныя ихъ правонарушенія, въ случаѣ culpa lata, должны влечь за собой мѣры понужденія ихъ къ болѣе внимательному исполненію въ будущемъ своихъ обязанностей (coercitio ad officium in posterum diligentius faciendum), въ случаѣ же culpa levis—мѣры исправленія и понужденія къ большей внимательности (correctio et coërcitio, qua minister ad majorem in posterum adhibendam diligentiam compellitur) [4]), но и у него эти мѣры не называются дисциплинарными. Наконецъ, Бэмеръ, останавливаясь на маловажныхъ нарушеніяхъ (excessus) служащихъ, противополагаемыхъ ихъ преступленіямъ, указываетъ на то, что въ каноническомъ правѣ различіе между этими понятіями устанавливается между прочимъ и въ томъ смыслѣ, что за преступленія назначаются наказанія, а за нарушенія—цензуры (censurae); при этомъ относительно послѣднихъ онъ замѣчаетъ,

---

[1]) Henke. Handbuch I. s. 413.

[2]) Wiese Handbuch des gemeinen in Teutschland üblichen Kirchenrechts. T. I. 1799 s. 821

[3]) Leyser. Meditationes ad Pandectas. Vol. VIII. 1739 spec. 575 (p. 923), онъ говоритъ. „sunt nempe aliqua poenarum genera, quae in aliis personis non facile locum inveniunt, sed a principe ex prudentiae regulis contra ministros saepe adhibentur", и указываетъ разные виды этихъ наказаній: „levissimum poenae genus videtur, quando princeps vultu, gestibus, aversando, tergo dando, mutatione pristinae familiaritatis, offensam animi significat" (p. 923); далѣе: „ministri aliquando nudis verbis castigantur, ejus animadversionis quattuor sunt genera: admonitio, reprehensio, objurgatio et comminatio„ (p. 925), „hortatio, ut minister sponte se munere suo abdicat conservato honore" (p 926) и т. д.

[4]) Neumann. Meditationes juris principum privati. L. III tit. XII 1751 p. 292—296.

что онѣ постепенно выродились въ настоящія наказанія, которыя однако не назывались уголовными, чтобы не казалось, что духовныя лица осуществляютъ уголовное правосудіе (ne criminalia exercere videantur clerici) [1]).

Впервые выраженіе „дисциплинарное наказаніе“ употребляется для обозначенія незначительныхъ взысканій, налагаемыхъ на служащихъ, однимъ изъ первыхъ изслѣдователей сущности государственной службы Гэннеромъ, который указывалъ на то, что „точка зрѣнія подобныхъ небольшихъ взысканій болѣе дисциплинарная, болѣе расчитана на поддержаніе порядка на службѣ и на исправленіе“ [2]). Однако первоначально сущность дисциплинарнаго взысканія и объемъ этого понятія остается юристамъ невполнѣ понятнымъ, что въ особенности ясно вытекаетъ изъ слѣдующихъ словъ одного изъ юристовъ начала прошлаго вѣка Тафингера. Указавъ на то, что есть особый родъ наказаній, которыя именуются дисциплинарными, онъ замѣчаетъ, что онъ не могъ найти ближайшаго указанія въ литературѣ относительно ихъ сущности, и спрашиваетъ, не лежитъ ли особенность этихъ наказаній въ томъ, что „они примѣняются къ человѣку, которымъ овладѣло государство въ виду его несовершеннолѣтія съ цѣлью дать ему общественное воспитаніе“, причемъ, какъ примѣръ, онъ приводитъ особую юрисдикцію для студентовъ на основаніи академическихъ законовъ [3]). Представленіе о томъ, что дисциплинарныя наказанія—это мѣры, которыя преслѣдуютъ воспитательную цѣль, представленіе, возникшее подъ непосредственнымъ вліяніемъ каноническаго права, мало по малу получаетъ въ юридической литературѣ преобладающее значеніе, и по мѣрѣ того, какъ выраженіе „дисциплинарное взысканіе“ начинаетъ входить въ обиходъ юридическаго языка, оно начинаетъ обнимать всѣ тѣ мѣры, которыя преслѣдуютъ воспитательную цѣль. Особенно ясно это видно у Буддейса, который, опредѣляя слово „дисциплина“, какъ всѣ установленія для поддержанія добраго порядка (alle Einrichtungen zur Erhaltung guter Zucht), относитъ сюда также и мѣры, примѣняемыя къ лицамъ дурного поведенія (пьяницамъ, проституткамъ и т. п.), которыя нуждаются въ исправленіи, наряду съ мѣрами дисциплины школьной, военной, церковной, семейной и т. д. [4]). Точно также Вехтеръ, указывая на то, что дисциплинарная власть при-

---

[1]) Boehmer. Exercitationes ad Pandectas t. VI. 1764 exerc. 94 p. 41.

[2]) Gonner. Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalokonomie betrachtet. 1808 s. 214.

[3]) Tafinger. Über die Idee einer Kriminalgesetzgebung. 1811 s. 269.

[4]) Buddeus. Disciplin въ Weiske's Rechtslexikon B. III. 1841 s. 445 ef.

мѣняется въ отношеніи военныхъ, служащихъ и другихъ лицъ, несущихъ публичныя обязанности, а также студентовъ и заключенныхъ въ тюрьмахъ, вмѣстѣ съ тѣмъ говоритъ, что государству принадлежитъ дисциплинарная власть въ отношеніи лицъ дурного образа жизни (liederliche Lebensart), прибавляя, впрочемъ, къ этому, что здѣсь уже заключаются и элементы наказанія [1]).

Такимъ образомъ первоначально выраженіе „дисциплинарное наказаніе“ обозначаетъ мѣру воспитательнаго характера по преимуществу. Съ теченіемъ времени однако значеніе этого выраженія измѣняется. Мѣры воздѣйствія въ отношеніи лицъ дурного поведенія перестаютъ именоваться мѣрами дисциплинарными, но съ другой стороны выраженіе „дисциплинарное наказаніе“ начинаетъ охватывать не только различныя карательныя мѣры, которыя примѣняются отъ лица отдѣльныхъ единеній людей, но и наказанія, назначаемыя внѣ обычнаго порядка отправленія уголовнаго правосудія за маловажныя нарушенія, а также и извѣстныя мѣры пресѣченія неправды, посколько онѣ примѣняются въ интересахъ поддержанія порядка въ любомъ собраніи людей. Такъ, напр. Георгъ Мейеръ говоритъ о дисциплинарной власти суда въ отношеніи шеффеновъ и присяжныхъ засѣдателей (§§ 56 и 96 GVG) [2]). Глазеръ относитъ къ дисциплинарнымъ мѣрамъ т. н. полицію засѣданій (Sitzungspolizei) и принудительныя мѣры въ отношеніи свидѣтелей (Zeugnisszwang), усматривая кромѣ того дисциплинарную отвѣтственность даже въ отвѣтственности министровъ [3]). Биркмейеръ называетъ дисциплинарной отвѣтственностью взысканія, налагаемыя на стороны за неисполненіе требованій о соблюденіи порядка на судѣ (§§ 177 и 179 GVG и §§ 162 и 196 SPO) [4]). Особенно же широко понимаетъ объемъ дисциплинарной власти Еллинекъ, говоря о дисциплинарной власти въ отношеніи адвокатовъ, нотаріусовъ, пассажировъ въ желѣзно-дорожномъ вагонѣ, посѣтителей биржи, лицъ, присутствующихъ на публичныхъ собраніяхъ, студентовъ; кромѣ того онъ говоритъ о дисциплинарномъ правѣ, принадлежащемъ общинамъ (Communalverbände), церкви, союзамъ, учрежденіямъ и даже отдѣльнымъ лицамъ, а также о дисциплинарной власти въ отношеніи служащихъ [5]).

---

[1]) Wächter. Das königlich sächsische und das thüringische Strafrecht. 1857 s. 302.

[2]) G. Meyer, рецензія на книгу P. Laband. Das Staatsrecht des deutschen Reichs (Annalen des deutschen Reichs. 1876 s. 374).

[3]) Glaser. l. c. s. 279 n. 7 и 284 n. 17.

[4]) Birkmeyer. Deutsches Strafprozessrecht s. 371.

[5]) Jellinek System der subjectiven öffentlichen Rechte. 1905 s. 216.

Такую же неустойчивость въ употребленіи термина „дисциплинарное наказаніе“ мы встрѣчаемъ и въ русской литературѣ; и у насъ отдѣльные писатели неодинаково опредѣляютъ объемъ понятія дисциплинарныхъ наказаній, употребляя терминъ „дисциплинарное наказаніе“ для обозначенія мѣръ неоднороднаго характера. Такъ, напр. Спасовичъ, указывая на то, что карательная власть принадлежитъ не одному государству, но всякому общественному союзу къ своимъ отдѣльнымъ членамъ: семьѣ, сословію, школѣ, церкви, замѣчаетъ, что въ настоящее время „малая лишь доля карательной власти осталась за отдѣльными группами въ обществѣ подъ названіемъ мѣръ дисциплинарныхъ, дисциплинарной юрисдикціи. Такую дисциплинарную власть имѣетъ отецъ надъ дѣтьми, сословіе надъ своими сочленами, начальство военное и гражданское надъ подчиненными, церковь надъ вѣрующими“; сюда же онъ относитъ и патримоніальную юрисдикцію помѣщиковъ [1]). Но съ другой стороны онъ употребляетъ выраженіе „дисциплинарныя мѣры“ въ совершенно иномъ смыслѣ,—именно, онъ разумѣетъ подъ дисциплинарными мѣрами и тѣ мѣры, которыя были перечислены въ ст. 62 улож. о нак. изд. 1857 г.,—„мѣры, которыя могутъ быть примѣняемы правительственными органами административнымъ порядкомъ безъ формальнаго производства суда, т. е. отдача подъ надзоръ полиціи, выговоры, замѣчанія, внушенія и т. д.“ [2]). Такимъ образомъ онъ здѣсь подъ понятіе дисциплинарныхъ мѣръ подводитъ административныя взысканія, придавая при этомъ рѣшающее значеніе особому порядку назначенія ихъ, безъ формальнаго производства дѣла. Подобное же сближеніе и отчасти отождествленіе понятій дисциплинарнаго взысканія и административнаго взысканія мы находимъ и у составителей Судебныхъ Уставовъ. Такъ, въ мотивахъ къ Уставамъ мы читаемъ: „въ видахъ огражденія самостоятельности и независимости суда наложеніе административныхъ взысканій на судей за упущенія по должности должно совершаться не иначе, какъ по разсмотрѣніи дѣла особымъ дисциплинарнымъ порядкомъ“ [3]).

Весьма широко понимаетъ объемъ дисциплинарной власти Таганцевъ. Въ своей статьѣ „Карательная дѣятельность государства и ея границы“ [4]) онъ различаетъ двѣ группы дисциплинарной власти: 1) возникшую до государства и помимо его воли и

---

[1]) Спасовичъ. Учебникъ стр 1—2.

[2]) Тамъ же стр. 393.

[3]) Журн. Госуд. Сов. 1862 г. № 65 стр. 239 (Суд. Уст. III стр. 189).

[4]) Журн Гр. и Уг. права 1882 г. № 1 стр. 1 и сл.

2) вызванную государствомъ: представители первой группы, говоритъ онъ, какъ свидѣтельствуетъ намъ ихъ прошедшее, являлись нѣкогда съ безусловно карательными аттрибутами и вели упорную борьбу съ государствомъ за предѣлы ихъ власти; напротивъ того, объемъ дѣятельности второй группы устанавливается путемъ теоретическимъ, завися отъ болѣе или менѣе послѣдовательнаго проведенія принципа, вызвавшаго самое ихъ возникновеніе; къ первой группѣ онъ относитъ семью, церковь и патримоніальную власть помѣщиковъ; а вторую онъ въ свою очередь сводитъ къ двумъ видамъ: одинъ изъ нихъ возникаетъ изъ условій совмѣстной дѣятельности извѣстнаго кружка лицъ, другой создается въ видахъ соблюденія порядка въ собраніяхъ, засѣданіяхъ и т. п.; къ первому виду онъ относитъ школьную власть, дисциплинарную власть въ военномъ сословіи, въ адвокатурѣ, надъ служащими, а ко второму—поддержаніе порядка въ извѣстныхъ собраніяхъ и помѣщеніяхъ, власть предсѣдателя въ собраніяхъ сословныхъ и земскихъ по отношенію къ постороннимъ лицамъ и къ членамъ, дисциплинарную власть старшинъ и правленій общественныхъ клубовъ и собраній, а также власть тюремнаго начальства [1]).

[1]) Нѣсколько измѣняется эта классификація дисциплинарныхъ властей Таганцевымъ въ его „Лекціяхъ", здѣсь въ первой изъ вышеуказанныхъ группъ у него оставлена власть семьи и церкви, во второй же группѣ къ примѣрамъ дисциплинарной власти, отнесеннымъ къ первому ея виду, прибавлена власть хозяина надъ прислугой и работниками, предпринимателей въ области промышленной и торговой, корабельщика надъ корабельнымъ служителемъ и водоходцемъ и надъ пассажиромъ, должностныхъ лицъ, служащихъ при желѣзныхъ дорогахъ, дисциплинарная власть, принадлежащая разнымъ сословіямъ и состояніямъ, ко второму же виду этой группы дисциплинарной власти, „возникновеніе которой опредѣляется необходимостью принятія мѣръ быстрыхъ, дающихъ возможность прекратить начинающіеся безпорядки, волненія" онъ относитъ еще власть предсѣдательствующаго на судѣ, биржевого комитета, артели (Лекціи в. III. стр. 1083). Наконецъ, еще разъ измѣнена эта классификація Таганцевымъ въ его „Русскомъ уголовномъ правѣ". Указавъ и здѣсь двѣ приведенныя выше группы дисциплинарной власти, онъ перечисляетъ затѣмъ отдѣльные виды дисциплинарныхъ властей. семьи, школы, церкви, начальства надъ служащими, въ томъ числѣ и надъ военно-служащими, различныхъ сословій и состояній по отношенію къ своимъ сочленамъ, сюда же, по его словамъ, можетъ быть отнесена дисциплинарная власть, обусловленная поддержаніемъ порядка въ извѣстныхъ собраніяхъ, власть старшинъ и правленія общественныхъ клубовъ и собраній, биржевыхъ комитетовъ, артелей; наконецъ, особый видъ дисциплинарной власти составляетъ, по его словамъ, право отдѣльныхъ частныхъ лицъ подвергать взысканію за извѣстныя нарушенія лицъ, находящихся по отношенію къ нимъ въ состояніи подчиненности вслѣдствіе особыхъ государственныхъ или общественныхъ условій—это власть помѣщика надъ крестьянами, хозяина надъ прислугой и работниками, корабельщиковъ, должностныхъ лицъ, служащихъ при желѣзныхъ дорогахъ (Русское уголовное право I, стр. 61 и сл.).

Еще шире объемъ дисциплинарной власти, съ нѣсколько иной классификаціей отдѣльныхъ ея видовъ, у другого изслѣдователя вопроса о дисциплинарной власти въ нашей литературѣ, Фонъ-Резона. Этотъ писатель различаетъ слѣдующіе виды дисциплинарныхъ властей: 1) „группа властей, осуществляющихъ свое карательное право помимо согласія и воли подчиненныхъ,—именно родительская власть, сословія, обладающія спеціальной властью надъ своими сочленами", причемъ между прочимъ, какъ проявленіе дисциплинарной власти дворянскаго сословія у насъ, онъ признаетъ право назначенія опеки надъ дворянами, замѣченными въ безмѣрной роскоши и мотовствѣ; къ дисциплинарнымъ же взысканіямъ онъ относитъ и мѣры противъ неисправныхъ плательщиковъ казенныхъ и мірскихъ повинностей, даже право сельскаго старосты и волостного старшины подвергать лицъ, имъ подчиненныхъ, за маловажные полицейскіе проступки извѣстнымъ взысканіямъ, хотя и прибавляетъ, что „кажется, что это право сельскаго начальства должно быть признано скорѣе за судебную, чѣмъ за дисциплинарную власть" [1]); сюда же онъ относитъ дисциплинарную власть церкви; 2) „группа властей, въ которыхъ подчиненіе возникаетъ лишь вслѣдствіе добровольнаго соглашенія подвластныхъ или ихъ представителей" [2]); это—власть мужа надъ женой, хозяина надъ прислугой, мастера надъ учениками и подмастерьями, хозяина надъ купеческими приказчиками и лавочными сидѣльцами, корабельщика надъ корабельными служителеми и водоходцами и вообще надъ всѣми лицами, находящимися на кораблѣ, школы, артели, общественныхъ собраній, биржи, дисциплинарная власть надъ служащими въ гражданскомъ вѣдомствѣ, сословій присяжныхъ повѣренныхъ, церкви надъ лицами духовными; 3) „группа, гдѣ отношенія подвластныхъ къ держателямъ власти являются по самому существу своему только случайными и временными" и гдѣ кромѣ того имѣется и особая цѣль—поддержаніе порядка въ извѣстныхъ собраніяхъ или помѣщеніяхъ, прекращеніе безпорядка или волненія и т. д. [3]); это—власть предсѣдательствующаго въ сословныхъ и земскихъ собраніяхъ, предсѣдателя на судѣ, власть, принадлежащая извѣстнымъ должностнымъ лицамъ при эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ (право удаленія пассажира), власть хозяина квартиры или помѣщенія надъ посторонними лицами, въ нихъ находящимися, завѣдующихъ разными заведеніями, напр.

---

[1]) Фонъ-Резонъ. О дисциплинарномъ правѣ (Журн. Гр. и Уг. права. 1889 № 7 и 8 стр. 8 прим. 1).

[2]) Тамъ же, стр. 18.

[3]) Тамъ же стр. 45.

больницами, мѣстами заключенія и т. д. Особнякомъ у него поставлена дисциплинарная власть въ войскѣ.

Точно также и у другихъ нашихъ юристовъ замѣчается подобная же несогласованность въ употребленіи термина „дисциплинарное наказаніе“ вслѣдствіе подведенія ими подъ понятіе дисциплинарнаго взысканія явленій различнаго рода. Такъ, Фойницкій, различая съ одной стороны дисциплинарную власть единицъ, явившихся раньше государства,—семьи, рода, общины, церкви,—и учрежденныхъ волею государства для достиженія разныхъ задачъ, имъ преслѣдуемыхъ, какъ-то: сословія, корпораціи, вѣдомства [1]), съ другой стороны, говоря о томъ, что „дисциплинарная отвѣтственность имѣетъ мѣсто не въ видахъ удовлетворенія частныхъ интересовъ, а въ видахъ огражденія достоинства службы“ [2]), считаетъ возможнымъ конструировать дисциплинарную отвѣтственность присяжныхъ засѣдателей передъ судомъ, къ которому они вызывались и который налагаетъ на нихъ денежныя взысканія, а иногда и лишеніе права участвовать въ выборахъ и быть избираемымъ въ должности, требующія общественнаго довѣрія (ст. 652 у. у. с.) [3]). Далѣе, Познышевъ называетъ дисциплинарными мѣрами между прочимъ и тѣ мѣры, которыя обезпечиваютъ спокойное теченіе судебнаго разбирательства [4]), Розинъ говоритъ о дисциплинарной власти предсѣдательствующаго въ судебномъ засѣданіи по отношенію ко всѣмъ лицамъ, нарушающимъ порядокъ и достоинство судебнаго засѣданія [5]), а Лозина-Лозинскій находитъ даже, что полиція имѣетъ дисциплинарную власть надъ гражданами [6]), окончательно отождествляя дисциплинарное взысканіе съ административнымъ [7]).

---

[1]) Фойницкій. Ученіе о наказаніи стр. 7; Курсъ уголовнаго судопроизводства т. I стр. 15.

[2]) Фойницкій. Курсъ угол. судопроизв. т. I стр. 264.

[3]) Тамъ же стр. 449. Здѣсь, очевидно, имѣется въ виду ст. 651 у у. с., причемъ, повидимому, ея первоначальный текстъ, измѣненный закономъ 17 апр. 1887 г., такъ какъ въ настоящее время у. у. с. говоритъ лишь о денежномъ взысканіи за первыя двѣ неявки присяжныхъ засѣдателей, указывая на отвѣтственность за третью неявку по улож о нак. (ст. 414[1]).

[4]) Познышевъ. Основные вопросы стр. 338.

[5]) Розинъ. Уголовное судопроизводство, 1914 стр. 441.

[6]) Лозина-Лозинскій. Служебныя провинности и дисциплинарныя взысканія. (Право 1900 № 19 стр. 944).

[7]) Любопытно привести своеобразное пониманіе выраженія „дисциплинарное взысканіе“, правда, de lege ferenda у Владимирова. Онъ замѣчаетъ, что „для правильной постановки уголовнаго правосудія, имѣющаго цѣлью нравственное воспитаніе, очень важно отмежевать дѣянія, выражающія нравственную несостоятельность человѣка отъ дѣяній, доказывающихъ лишь отсутствіе въ человѣкѣ послу-

Наконецъ, мы должны имѣть въ виду, что если многіе писатели говорятъ о дисциплинарныхъ наказаніяхъ вообще, не исключая изъ ихъ категоріи нѣкоторыхъ ихъ видовъ, характеризуемыхъ особенностью преслѣдуемыхъ ими цѣлей (такъ поступаютъ напр. Буддейсъ [1]), Геффтеръ [2]), Вальбергъ [3]), Гуго Мейеръ [4]), Лабандъ [5]), Таганцевъ [6]), Фонъ-Резонъ [7])), то напротивъ того другіе писатели выдѣляютъ изъ области дисциплинарныхъ наказаній тѣ мѣры, которыя преслѣдуютъ исключительно цѣль воспитанія, т. н. Züchtigung, нерѣдко даже принципіально противополагая эти области другъ другу. Такъ, напр., Люденъ различалъ наказаніе въ собственномъ смыслѣ и мѣры исправленія (Züchtigung), принадлежащія родителямъ въ отношеніи дѣтей, мастерамъ въ отношеніи учениковъ, а также въ нѣкоторыхъ странахъ господамъ въ отношеніи прислуги; но дисциплинарныя наказанія въ отношеніи служащихъ у него сливаются съ наказаніемъ вообще [8]). Точно также у Марецолля дисциплинарныя наказанія, примѣняемыя къ служащимъ, являются обычными наказаніями, тогда какъ отъ наказанія вообще онъ отличаетъ по ихъ особенной цѣли дисциплинарныя мѣры, примѣняемыя родителями, господами и школою [9]). Подобное же противоположеніе двухъ категорій внѣгосударственнаго наказанія мы находимъ также у Шлеттера [10]), Гольцендорфа [11]),

---

шанія велѣніямъ закона". Для этихъ преступленій онъ считаетъ полезнымъ созданіе особаго общегражданскаго дисциплинарнаго устава съ упрощеннымъ, почти домашнимъ судопроизводствомъ, а въ качествѣ взысканій онъ называетъ—выговоры, увѣщанія, замѣчанія, денежные штрафы и отработки. (Владимировъ. Уголовный законодатель, какъ воспитатель народа. 1903 стр. 89—90).

[1]) Buddeus l. c. s. 446.

[2]) Heffter. Über Verbrechen und Disciplinarvergehungen der Staats- und Kirchendiener (Neues Archiv des Criminalrechts B. XIII s. 78).

[3]) Wahlberg. l. c. s. 466.

[4]) H. Meyer l. c. s. 8.

[5]) Laband. Das Staatsrecht des deutschen Reichs. B. I. 1900 s. 455.

[6]) Таганцевъ. Русское уголовное право стр. 61 и сл.

[7]) Фонъ-Резонъ в. с стр. 8 и сл.

[8]) Luden. Handbuch das teutschen gemeinen und partikularen Strafrechts 1847, I s. 2

[9]) Marezoll. l. c. s. 103.

[10]) Schletter. Strafe (Weiske's Rechtslexikon. B. X. 1856 s 586) говоритъ о Buss-und Zuchtmittel церкви и семьи и противополагаетъ имъ „т. н. дисциплинарныя наказанія", которыя покоятся на особенномъ авторитетѣ, отличномъ отъ общей государственной власти.

[11]) Holtzendorff. l. c. s. 5 говоритъ о „das strafende Zuchtrecht" родителей, школы и всѣхъ другихъ правовыхъ субъектовъ, снабженныхъ правомъ воспитанія, противополагая этому праву дисциплинарное право въ отношеніи служащихъ и усматривая различіе этихъ двухъ сферъ въ томъ отношеніи, что первая изъ нихъ

Бара [1]), Глазера [2]), Гейера [3]), Гельшнера [4]), Фингера [5]) и Рема [6]). Наконецъ, нѣкоторые писатели, напр. Шаперъ [7]), различаютъ дисциплинарное наказаніе въ широкомъ и въ узкомъ смыслѣ, относя къ первому всѣ виды дисциплинарныхъ взысканій и понимая подъ послѣднимъ только дисциплинарныя взысканія въ отношеніи служащихъ.

Мы особенно подробно остановились на вопросѣ о томъ значеніи термина „дисциплинарное взысканіе", которое придаютъ ему отдѣльные писатели, чтобы показать, что въ этой области не достигнуто еще одно общепринятое въ юридической наукѣ представленіе объ объемѣ этого понятія. Въ виду этого мы должны прежде всего поставить вопросъ о томъ, дѣйствительно ли представляются однородными всѣ тѣ случаи проявленія „дисциплинарной власти", которые отдѣльными писателями приводятся, какъ примѣры дисциплинарныхъ наказаній.

§ 3. Разсматривая ближе приведенные выше взгляды, мы должны признать, что въ современной литературѣ замѣчается тенденція подводить подъ общее понятіе „дисциплинарнаго нака-

---

имѣетъ своей ближайшей цѣлью индивидуальное воспитаніе (die individuelle Bildung) несамостоятельныхъ лицъ, тогда какъ дисциплинарное право служитъ преимущественно поддержанію порядка на службѣ; впрочемъ, прибавляетъ онъ, эти обѣ точки зрѣнія могутъ быть нераздѣльно соединяемы другъ съ другомъ, какъ это имѣетъ мѣсто относительно дисциплинарной власти въ тюрьмахъ.

[1]) Bar. Handbuch s. 352 противополагаетъ воспитательное наказаніе (Erziehungsstrafe), существующее въ семьѣ и школѣ, остальнымъ дисциплинарнымъ наказаніямъ.

[2]) Glaser l. c. s. 279 противополагаетъ другъ другу съ одной стороны „явленія подобныя наказанію" (strafartige Vorgänge), куда онъ относитъ карательныя мѣры, примѣняемыя церковью, корпораціями, отцомъ семейства, господиномъ, и съ другой стороны дисциплинарныя мѣры въ тѣсномъ смыслѣ, куда онъ относитъ, какъ приводилось уже выше (стр 586), и мѣры полиціи засѣданій и т. п.

[3]) Geyer l. c. s. 871 противополагаетъ наказанія, примѣняемыя семьей, школой, церковью и т. д.,—„nicht staatliches Strafrecht"—дисциплинарнымъ взысканіямъ въ отношеніи служащихъ, усматривая въ нихъ наказанія государственнаго уголовнаго права.

[4]) Hälschner l. c. s. 558 противополагаетъ другъ другу воспитательное (züchtigende Strafe, Züchtigung) наказаніе и воздающее наказаніе, причемъ къ области послѣдняго относитъ дисциплинарныя взысканія въ отношеніи служащихъ.

[5]) Finger l. c. s. 445 различаетъ воспитательныя мѣры (Zuchtgewalt), примѣняемыя родителями, хозяевами, мастерами и учителями, и дисциплинарныя взысканія, имѣющіяся въ другихъ сферахъ.

[6]) Rehm. Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht historisch-dogmatisch dargestellt (Annalen des deutschen Reichs 1885 s. 192) противополагаетъ дисциплинарныя наказанія церковнымъ и родительскимъ наказаніямъ.

[7]) Schaper. Disciplinarstrafen въ Holtzendorff's Rechtslexikon I. 1870 s. 276.

занія“ явленія неоднородныя по своей правовой природѣ. Такъ, прежде всего, если мы будемъ держаться надлежащаго смысла выраженія „наказаніе“, мы должны исключить изъ области дисциплинарныхъ наказаній всѣ тѣ мѣры, которыя выполняютъ иныя функціи, чѣмъ наказаніе. Всѣ мѣры пресѣченія неправды должны быть выдѣлены отсюда. Поэтому отсюда должны быть исключены, даже если бы вслѣдъ за нѣкоторыми юристами мы здѣсь и находили наличность дисциплинарной власти, тѣ мѣры, которыя направлены на охрану порядка въ извѣстномъ помѣщеніи, гдѣ происходитъ какое-нибудь собраніе людей, и которыя выражаются въ прекращеніи происходящаго безпорядка и съ внѣшней стороны проявляются въ удаленіи лица, производящаго безпорядокъ, изъ даннаго помѣщенія (удаленіе пассажира изъ вагона, всѣ мѣры, объемлемыя общимъ понятіемъ Sitzungspolizei, поскольку въ нихъ выражается лишь прекращеніе происходящей неправды и т. п.). Далѣе, мы должны исключить изъ области дисциплинарнаго, какъ внѣгосударственнаго, наказанія всѣ тѣ мѣры, которыя представляются наказаніемъ, исходящимъ отъ лица государственнаго общенія, какъ такового, хотя бы онѣ примѣнялись въ нѣсколько иномъ порядкѣ, чѣмъ прочія наказанія. Таковы всѣ тѣ наказанія, которыя налагаются судомъ за извѣстныя процессуальныя нарушенія, не предусмотрѣнныя въ общихъ уголовныхъ кодексахъ, и которыя опредѣляются въ особомъ, такъ сказать, суммарномъ порядкѣ; сюда мы должны отнести всѣ взысканія, которыя налагаются за неявку свидѣтелей, экспертовъ и т. п. Таковы затѣмъ всѣ административныя взысканія, которыя точно также представляются наказаніями, исходящими отъ государственнаго общенія, какъ такового, хотя и назначаются въ особомъ порядкѣ; эти мѣры не превращаются въ дисциплинарныя взысканія и въ томъ случаѣ, если примѣненіе ихъ предоставляется опредѣленнымъ органамъ власти въ отношеніи лицъ, принадлежащихъ къ извѣстнымъ сословнымъ группамъ (напр. въ отношеніи лицъ сельскаго состоянія).

Всѣ только что приведенныя мѣры должны быть исключены изъ области дисциплинарнаго или внѣгосударственнаго наказанія, какъ не соотвѣтствующія понятію послѣдняго, и въ данной области должны быть оставлены только тѣ мѣры, которыя, дѣйствительно, являются по своему существу наказаніями и которыя исходятъ отъ отдѣльныхъ общеній людей, противополагаемыхъ государственному ихъ общенію. И къ этой области мы должны отнести и тѣ случаи, которые нѣкоторыми писателями разсматриваются, какъ случаи дисциплинарной власти, предоставленной

отдѣльнымъ лицамъ, въ противоположность дисциплинарной власти, принадлежащей опредѣленнымъ общеніямъ людей. Такъ, напр. Таганцевъ, указываетъ на особый видъ дисциплинарной власти, которая составляетъ „право отдѣльныхъ частныхъ лицъ подвергать взысканіямъ за извѣстныя нарушенія лицъ, находящихся по отношенію къ нимъ въ состояніи подчиненности вслѣдствіе особыхъ государственныхъ или общественныхъ условій“ [1]), причемъ сюда онъ относитъ прежнюю патримоніальную власть помѣщика надъ крѣпостными, власть хозяина надъ прислугой и работниками, корабельщика надъ корабельными служителями, водоходцами и надъ пассажирами и должностныхъ лицъ, служащихъ при желѣзныхъ дорогахъ, надъ пассажирами. Но что касается случаевъ этого рода, то они, за исключеніемъ мѣръ въ отношеніи пассажировъ, которыя вообще не являются наказаніемъ, представляются лишь особой разновидностью общаго понятія внѣгосударственнаго наказанія; при этомъ нужно замѣтить, что существовавшая въ прежнее время власть помѣщика въ отношеніи крѣпостныхъ и хозяина въ отношеніи прислуги является однородной съ той властью, которая существуетъ въ предѣлахъ семьи, и тѣ наказанія, которыя въ этой сферѣ примѣнялись, представляются аналогичными наказаніямъ, примѣняемымъ въ семьѣ лицами, стоящими во главѣ ея. Что же касается наказаній, примѣняемыхъ корабельщиками въ отношеніи корабельныхъ служителей и хозяевами въ отношеніи работниковъ, то здѣсь мы имѣемъ дѣло съ наказаніями, которыя примѣняются въ интересахъ опредѣленныхъ общеній людей для поддержанія въ нихъ порядка, подобно тому, какъ это имѣетъ мѣсто и въ другихъ общеніяхъ. И здѣсь, какъ и въ другихъ общеніяхъ людей, возникаетъ представленіе о той власти, которую можетъ осуществлять одно лицо, такъ или иначе стоящее во главѣ этого общенія, по отношенію къ другому, ему подчиненному. И здѣсь вмѣстѣ съ тѣмъ возникаетъ представленіе объ извѣстныхъ правилахъ поведенія, которыя должны быть соблюдаемы лицомъ, входящимъ въ составъ даннаго общенія, и которыя вытекаютъ изъ факта его принадлежности къ этому общенію. Нарушеніе этихъ правилъ влечетъ за собой воздѣйствіе на учиненное, заключающее въ себѣ его оцѣнку, влечетъ за собой наказаніе, примѣняемое въ интересахъ этого общенія. Въ особенности рѣзко сказывается это въ сферѣ той дисциплины, которая имѣетъ мѣсто на фабрикѣ. Какъ замѣчаетъ вполнѣ правильно Незаръ, „какъ только рабочій поступаетъ на фабрику, онъ

[1]) Таганцевъ в. с. стр. 98.

перестаетъ всецѣло принадлежать самому себѣ, становясь частью сложной организаціи, имѣющей свои собственныя правила и свою внутреннюю дисциплину" [1]).

Нужно замѣтить однако, что въ литературѣ существуетъ мнѣніе, вообще отрицающее возможность видѣть въ подобныхъ случаяхъ дисциплинарныя наказанія. То обстоятельство, что въ основаніи возникающаго въ разсматриваемыхъ формахъ общенія людей подчиненія лежитъ договоръ, въ силу котораго извѣстное лицо даетъ согласіе на примѣненіе къ нему наказанія въ случаѣ нарушенія имъ своихъ обязанностей, является поводомъ для признанія здѣсь договорной неустойки [2]); самое же наказаніе разсматривается, какъ принятая кѣмъ-либо на себя въ силу договора обязанность въ извѣстныхъ случаяхъ сдѣлать что-нибудь или потерпѣть что-нибудь. Но то, что въ данномъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ договоромъ, который дѣйствительно лежитъ въ основаніи допустимости примѣненія данной мѣры, не можетъ еще служить поводомъ для отрицанія за послѣдней характера наказанія. Договоръ лежитъ и въ основаніи многихъ другихъ случаевъ примѣненія дисциплинарныхъ наказаній, напр. всѣхъ тѣхъ наказаній, которыя примѣняются единеніями людей, возникающими исключительно въ силу договора, напр. обществъ, союзовъ, клубовъ и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ имѣется наличность извѣстнаго подчиненія однихъ лицъ другимъ и примѣненіе наказанія со стороны тѣхъ, кто надѣляется извѣстнымъ объемомъ власти въ отношеніи другихъ. Самый объемъ власти можетъ быть при этомъ и весьма незначительнымъ, тѣмъ не менѣе присутствіе ея сказывается въ разнаго рода моментахъ. Договорная же неустойка отличается именно тѣмъ, что въ ней этого элемента подчиненія однихъ лицъ и власти другихъ мы констатировать не можемъ. Наконецъ, если стоять на подобной точкѣ зрѣнія, то придется отрицать наличность дисциплинарныхъ наказаній и во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ рѣчь идетъ о служащихъ въ разнаго рода частныхъ учрежденіяхъ (банкахъ и т. п.), равно какъ и находящихся на службѣ у государства по частному найму.

Говоря о наказаніяхъ, которыя примѣняются особыми общеніями людей, существующими наряду съ государствен-

---

[1]) Nezard. Les principes généraux du droit disciplinaire 1903 p. 21 note 2.

[2]) Ср. напр. Labes. Die Disciplinargewalt des Staates uber seine Beamten (Annalen des deutschen Reichs. 1899 s. 250); Preger l. c. s. 374; Arndt. Uber den Rechtsgrund der Strafe (Z. 21 s 258); Imbert Des rapports entre patrons et ouvriers dans la grande industrie. 1902 p. 50: „l'amende qui le frape est une clause pénale qu'il a consenti et que le patron, à la fois legislateur et juge, a le pouvoir de l'attribuer".

нымъ ихъ общеніемъ, мы должны имѣть въ виду, что эти общенія, подобно государственному, могутъ обладать правомъ примѣненія не только наказанія, но и другихъ правоохранительныхъ средствъ, какъ мѣръ предупредительныхъ, такъ и правовыхъ послѣдствій неправды, въ частности мѣръ пресѣченія, которыя здѣсь преимущественно проявляются въ мѣрахъ принужденія къ выполненію извѣстныхъ обязанностей, оставшихся невыполненными, и мѣръ защиты; но обыкновенно всѣ эти мѣры сливаются въ одномъ общемъ понятіи дисциплинарныхъ мѣръ или взысканій. На это однако обращаютъ отчасти вниманіе нѣкоторые юристы. Такъ, въ отношеніи тѣхъ мѣръ, которыя примѣняются въ области государственной службы, еще Пфейфферомъ было указано на то, что подъ именемъ дисциплинарныхъ наказаній разумѣются и такія мѣры, которыя представляются лишь средствами принужденія (Zwangsmittel) чиновника къ выполненію его обязанностей по службѣ, такъ что иногда выраженіе „дисциплинарное наказаніе“ употребляется не въ собственномъ смыслѣ [1]). Точно также Геффтеръ указывалъ на то, что мѣры т. н. низшей дисциплины ограничиваются тѣмъ, что онѣ побуждаютъ служащаго при помощи средствъ принужденія къ исполненію его обязанностей [2]). Вслѣдъ за нимъ Долльманъ среди дисциплинарныхъ мѣръ выдѣлялъ особую категорію средствъ принужденія для достиженія правильной дѣятельности (ordnungsmässige Tätigkeit), противополагая ихъ средствамъ исправленія и очищенія (Korrections- und Reinigungsmittel) [3]). Въ особенности же обратилъ вниманіе на возможность различать среди дисциплинарныхъ мѣръ съ одной стороны дисциплинарныя наказанія, а съ другой—средства принужденія (unmittelbarer Zwang und indirecter Zwang), Георгъ Мейеръ [4]); при этомъ онъ замѣчалъ, что принудительныя средства въ видѣ непосредственнаго принужденія или принужденія непрямого примѣняются тогда, когда служащій уже сдѣлался виновнымъ въ какомъ-нибудь упущеніи, такъ что на практикѣ различіе между наказаніемъ и мѣрами принужденіи не выступаетъ рѣзко и вмѣстѣ съ тѣмъ не проводится законодательствомъ, но, прибавлялъ онъ, это не даетъ права наукѣ отказываться отъ изслѣдованія специфическаго

---

[1]) Pfeiffer. Praktische Ausfuhrungen aus allen Theilen der Rechtswissen schaft B. III. 1831 s. 402.

[2]) Heffter l. c. s. 75.

[3]) Dollmann. Amtsverbrechen und Amtsvergehen (Bluntschli's Deutsches Staats-Wörterbuch. B. I. 1857 s. 219).

[4]) G. Meyer l. c. s. 673; то же Lehrbuch s 376: „begrifflich sind jedoch beide streng auseinanderzuhalten“.

характера отдѣльныхъ правовыхъ предписаній [1]). Равнымъ образомъ Шульце указывалъ на то, что съ характеромъ принудительныхъ средствъ выступаютъ среди дисциплинарныхъ мѣръ такія мѣры, какъ арестъ и денежное взысканіе [2]). Наконецъ, Цорнъ допускалъ принципіально возможность существованія особой категоріи мѣръ принужденія, отрицая это только для германскаго права [3]). Однако эта точка зрѣнія вызвала противъ себя возраженія. Такъ, Лабандъ отрицалъ возможность проводить этотъ взглядъ, указывая на то, что въ дѣйствительности нѣтъ различія между тѣмъ случаемъ, когда законъ общимъ образомъ (generell) грозитъ служащему дисциплинарной отвѣтственностью, чѣмъ онъ и побуждаетъ его къ исполненію обязанности, и тѣмъ, когда въ отдѣльномъ случаѣ обращается его вниманіе на дисциплинарное наказаніе за конкретное нарушеніе обязанности для того, чтобы предупредить послѣднее [4]). Но у Лабанда, дѣйствительно, исчезаетъ все значеніе указаннаго различія, такъ какъ онъ, какъ будетъ указано ниже, усматриваетъ въ дисциплинарномъ наказаніи не наказаніе, а вообще средство вынужденія исполненія обязанности. Съ другой стороны возраженіе противъ подобнаго проведенія различія между отдѣльными видами дисциплинарныхъ мѣръ дѣлаетъ Кюбель, исходя изъ той точки зрѣнія, что дисциплинарное наказаніе является одновременно и наказаніемъ, и средствомъ принужденія къ исполненію обязанностей служащаго [5]). Конечно, и съ этой точки зрѣнія, различіе между отдѣльными видами дисциплинарныхъ мѣръ по самому ихъ существу установить нельзя. Только тогда, когда мы будемъ понимать дисциплинарное наказаніе, именно какъ наказаніе, мы должны сдѣлать логическій выводъ о томъ, что тѣ мѣры, которыя представляются лишь мѣрами пресѣченія неправды и которыя выражаются въ принужденіи къ исполненію не выполненной обязанности, должны быть выдѣлены изъ понятія внѣгосударственнаго наказанія.

Далѣе, мы должны обратить вниманіе на то, что извѣстныя мѣры, которыя обычно именуются дисциплинарными наказаніями, на самомъ дѣлѣ, по своей сущности, въ виду той функціи, которую онѣ выполняютъ, оказываются не наказаніемъ, а мѣрами защиты, такъ какъ въ нихъ не выражается оцѣнка учиненнаго, покоющаяся на представленіи о виновности извѣстнаго лица, и

---

[1]) Ib. s. 674.

[2]) Schulze. Lehrbuch des deutschen Staatsrechts 1880. B. I s. 331.

[3]) Zorn. Das Staatsrecht des deutschen Reichs. I 1895 s. 329.
Laband. l. c. s. 455 n. 3.

[5]) Kubel Die rechtliche Natur der Disciplinarstrafe über Beamte 1892. s. 18.

такъ какъ при помощи ихъ достигается лишь защита даннаго единенія людей отъ субъектовъ, грозящихъ ему опасностью. Здѣсь въ основаніи принятія подобной мѣры лежитъ представленіе не о нарушеніи извѣстной обязанности даннымъ лицомъ, а о той опасности, которую оно внушаетъ въ виду учиненныхъ имъ дѣяній. На эту особенность нѣкоторыхъ мѣръ, обычно подводимыхъ подъ понятіе дисциплинарныхъ наказаній, обратилъ между прочимъ вниманіе Гельшнеръ, хотя онъ и проводитъ различіе между наказаніемъ и мѣрами защиты не тамъ, гдѣ оно въ дѣйствительности существуетъ. По его словамъ, исключеніе изъ правового общенія, хотя бы оно и воспринималось исключеннымъ, какъ зло, не есть дѣйствительное наказаніе. Это исключеніе заключаетъ въ себѣ не только отнятіе у исключаемаго правъ и преимуществъ, вытекающихъ изъ принадлежности его къ общенію (Mitgliederschaft), но вмѣстѣ съ тѣмъ и отказъ общенія отъ всякаго права на него и отъ всякой правовой власти надъ нимъ. Поэтому оно есть средство защиты (Sicherungsmittel) противъ виновнаго и противъ будущихъ ожидаемыхъ отъ него правонарушеній, а не дѣйствительное наказаніе, для котораго существенно то, чтобы виновный находился въ принудительномъ подчиненіи праву и правовой власти общенія [1]). Какъ видно изъ этихъ словъ Гельшнера, для него получаетъ значеніе не то, какія функціи выполняетъ данное правовое послѣдствіе неправды, а чисто внѣшній моментъ—то, какимъ образомъ проявляется эта мѣра. Но если стоять на той точкѣ зрѣнія, которую проводитъ этотъ писатель, то пришлось бы не признавать наказаніемъ такія мѣры, какъ смертную казнь или изгнаніе. Однако все-таки исключеніе изъ опредѣленнаго общенія мы можемъ разсматривать, какъ мѣру защиты, примѣняемую этимъ общеніемъ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ исключеніе есть послѣдствіе осужденія извѣстнаго лица за опредѣленное преступленіе или же послѣдствіе присужденія его къ наказанію извѣстной тяжести.

Что же касается мѣръ предупредительныхъ, то примѣненіе ихъ подъ видомъ мѣръ дисциплинарныхъ встрѣчается особенно часто въ сферѣ осуществленія семейной дисциплины. Иногда же положительное право прямо указываетъ случаи этого рода. Таково удаленіе изъ среды обществъ сельскихъ обывателей, а также казачьихъ и инородческихъ обществъ вредныхъ и по-

[1]) Halschner l. c. s. 560. Ту же точку зрѣнія на исключеніе изъ той или иной организаціи ея члена отчасти высказываетъ Нотнагель (Nothnagel. Execution durch sociale Interessengruppe. 1899 s. 27), видя въ этой мѣрѣ не наказаніе, а „eine Ordnungsmassregel im Interesse der Organisationserhaltung“.

рочныхъ членовъ (ст. 205 уст. прес. прест. прод. 1912 г.), имѣющее своимъ послѣдствіемъ принудительное водвореніе удаляемаго въ новое мѣсто жительства [1]), а также временное устраненіе крестьянъ отъ участія въ сходахъ не долѣе, какъ на 3 года, по постановленію сельскаго схода (ст. 62 п. 3 т. IX Св. зак. Особ. прил. Общ. Пол. о крест.). Въ основаніи этой мѣры лежитъ представленіе о порочности или вредности даннаго лица для общества, а не представленіе о томъ, что имъ учинено извѣстное преступленіе, подлежащее опредѣленной оцѣнкѣ при помощи воздѣйствія на правовыя блага виновнаго. Вопросъ о виновности этого лица здѣсь вовсе не ставится. Съ такимъ же характеромъ не наказанія, а мѣры предупредительной является т. н. удаленіе чиновника по третьему пункту, т. е. мѣра, указанная въ ст. 788 уст. служ. гражд., которая гласитъ, что „чиновниковъ, кои по убѣжденію начальства неспособны къ исправленію возложенныхъ на нихъ должностей, или почему либо неблагонадежны, или сдѣлали вину, извѣстную начальству, но такую, которая не можетъ быть доказана фактами, предоставляется начальникамъ, отъ коихъ въ общемъ порядкѣ зависитъ увольненіе отъ должностей, сими чиновниками занимаемыхъ, увольнять по своему усмотрѣнію и безъ просьбы ихъ (ср. ст. 838 п. 3)". Здѣсь точно также рѣчь идетъ не о наказаніи, такъ какъ въ основаніи принятой мѣры лежитъ не оцѣнка учиненнаго виновнымъ дѣянія въ соотвѣтствіи съ значеніемъ послѣдняго, а представленіе о той опасности, которую вызываетъ чиновникъ для интересовъ службы своими поступками, идущими въ разрѣзъ съ требованіями послѣдней.

Наконецъ, нужно обратить вниманіе на то, что нѣкоторые юристы, напр. Лабандъ [2]), Гарзеймъ [3]) и Прейссъ [4]), среди дисциплинарныхъ взысканій особо выдѣляютъ мѣры (Ermahnung, Rüge), которыя выражаются въ дачѣ указаній и которыя объемлются общимъ выраженіемъ Rügerecht; причемъ Лабандъ выдѣляетъ эти мѣры изъ дисциплинарныхъ наказаній потому, что, по его мнѣнію, въ основаніи ихъ не лежитъ формальное констатированіе учиненнаго нарушенія. По этому поводу мы должны замѣтить, что дача разнаго рода указаній относительно того, какъ

---

[1]) Фойницкій в. с. т. 1 стр. 16 усматриваетъ въ этой мѣрѣ „дисциплинарное производство"; Таганцевъ в. с. стр. 97 точно также, повидимому, усматриваетъ здѣсь дисциплинарное наказаніе.

[2]) Laband l. c. s. 459.

[3]) Harseim. Disciplin (Stengel's Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1890. I s. 269).

[4]) Preuss. Das städtische Amtsrecht in Preussen. 1902 s. 94.

слѣдуетъ поступать, напоминаніе объ обязанностяхъ, призывъ къ порядку, дѣйствительно, не являются наказаніемъ, но не потому, что они не покоятся на фактѣ правонарушенія, а потому что въ нихъ не содержится воздѣйствія на какое-нибудь правовое благо человѣка. И въ то время, какъ въ выговорѣ и замѣчаніи мы можемъ усмотрѣть воздѣйствіе на честь человѣка вообще или на его честь, какъ члена извѣстнаго общенія людей, въ простыхъ напоминаніяхъ и указаніяхъ о томъ, какъ слѣдуетъ дѣйствовать, этого момента, характернаго для наказанія, мы усмотрѣть не можемъ. Если начальникъ разъясняетъ подчиненному, что онъ поступилъ неправильно, и указываетъ ему, какъ нужно въ подобномъ случаѣ поступать, то въ одномъ этомъ фактѣ мы не можемъ еще видѣть наказанія. Правильно поэтому усматриваетъ въ этихъ мѣрахъ проявленіе принадлежащаго каждому начальнику права руководства (Leitungsrecht) Гарзеймъ [1]).

Что касается далѣе выставляемаго нѣкоторыми писателями дѣленія дисциплинарнаго наказанія на группы съ болѣе или менѣе воспитательнымъ характеромъ наказаній, примѣняемыхъ въ отдѣльныхъ единеніяхъ людей, то нужно сказать, что оно само по себѣ принципіальнаго значенія не имѣетъ, такъ какъ отдѣльныя группы наказаній характеризуются въ данномъ случаѣ не столько особенностью преслѣдуемыхъ ими цѣлей, сколько особенностью тѣхъ общеній, ради охраны интересовъ которыхъ они примѣняются.

§ 4. Переходя къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, что представляетъ собою внѣгосударственное наказаніе въ отличіе отъ государственнаго, какъ этотъ вопросъ ставится юридической литературой, мы должны прежде всего отмѣтить извѣстную трудность въ согласованіи другъ съ другомъ отдѣльныхъ взглядовъ, высказывавшихся въ данномъ отношеніи отдѣльными представителями юридической науки. Это объясняется прежде всего тѣмъ, что одни писатели говорятъ о дисциплинарномъ наказаніи, имѣя въ виду разнообразныя формы внѣгосударственнаго наказанія, другіе же понимаютъ дисциплинарное наказаніе болѣе узко, говоря лишь о томъ внѣгосударственномъ наказаніи, которое примѣняется въ отношеніи служащихъ. Съ другой стороны слѣдуетъ имѣть въ виду, что одни писатели, выясняя природу дисциплинарнаго наказанія, говорятъ о наказаніи въ собственномъ и въ несобственномъ смыслѣ, другіе же знаютъ одно понятіе

---

[1]) Ср также Durand De la discipline dans la magistrature, 1894, p. 160: „c'est plutôt un acte préventif qu'une peine ou une mesure répressive".

наказанія, такъ что даже тѣ писатели, которые считаютъ дисциплинарное наказаніе наказаніемъ, не всегда придаютъ этому понятію одинаковое значеніе. Наконецъ, одни изъ нихъ, устанавливая извѣстныя положенія, считаютъ ихъ пріемлемыми въ отношеніи всей области внѣгосударственнаго наказанія, другіе же имѣютъ ихъ въ виду примѣнительно къ отдѣльнымъ группамъ внѣгосударственнаго наказанія. Кромѣ того слѣдуетъ учитывать еще и то обстоятельство, что вопросъ о сущности дисциплинарнаго наказанія интересуетъ съ разныхъ точекъ зрѣнія представителей двухъ различныхъ юридическихъ дисциплинъ — уголовнаго права и государственнаго права: криминалисты интересуются вопросомъ о сущности дисциплинарнаго наказанія и въ общемъ ученіи о разграниченіи наказанія и родственныхъ институтовъ, и въ ученіи о правомѣрности дѣянія, гдѣ между прочимъ указывается на правомѣрность посягательствъ, учиненныхъ при исполненіи принадлежащаго учинителю дѣянія дисциплинарнаго права; для публицистовъ же вопросъ о дисциплинарномъ наказаніи ставится въ тѣсную связь съ вопросомъ о сущности дисциплинарнаго права, принадлежащаго начальству въ отношеніи подчиненныхъ.

Самый вопросъ о природѣ внѣгосударственнаго наказанія мы будемъ разсматривать лишь въ смыслѣ выясненія различія, существующаго между внѣгосударственнымъ или дисциплинарнымъ наказаніемъ и наказаніемъ государственнымъ, не касаясь вопроса о взаимоотношеніи между уголовнымъ и дисциплинарнымъ правомъ, а также уголовнымъ преступленіемъ и дисциплинарнымъ нарушеніемъ, т. н. уголовной и дисциплинарной неправдой.

Разсматривая существующіе въ юридической литературѣ взгляды на взаимное отношеніе государственнаго и внѣгосударственнаго наказанія, мы можемъ замѣтить, что лишь немногіе писатели отрицаютъ за послѣднимъ характеръ наказанія вообще, причемъ нѣкоторые изъ нихъ высказываютъ свой взглядъ, основываясь на чисто-формальномъ представленіи о томъ, что понятіе наказанія тѣсно связано съ понятіемъ государства, и исключаютъ поэтому изъ области наказанія не только тѣ мѣры, которыя примѣняются не государствомъ, а иными общеніями людей, но даже и государствомъ, дѣйствующимъ однако не въ качествѣ обладателя публичной власти принужденія (öffentliche allgemeine Zwangsgewalt), а въ качествѣ спеціальнаго хозяина (specieller Dienstherr), примѣняющаго ихъ въ видѣ „внутреннихъ мѣръ“ (interne Massregel) [1]). Этотъ взглядъ, не обращающій вниманія на самую

[1]) Beling. Grundzuge s. 2.

сущность понятія наказанія, былъ уже выше разобранъ и признанъ ошибочнымъ. Но не менѣе ошибоченъ и взглядъ тѣхъ писателей, которые считаютъ возможнымъ утверждать принципіальное различіе, существующее между государственнымъ и внѣгосударственнымъ наказаніями по ихъ внутреннему содержанію,— ученіе, представителями котораго являются Биндингъ и Лабандъ.

Останавливаясь прежде всего на взглядѣ Биндинга, мы можемъ замѣтить, что въ разныхъ своихъ трудахъ этотъ писатель неодинаково формулируетъ сущность дисциплинарнаго наказанія, но во всякомъ случаѣ онъ не считаетъ его наказаніемъ. Съ одной стороны онъ отрицаетъ за внѣгосударственнымъ наказаніемъ характеръ наказанія потому, что онъ видитъ въ немъ только педагогическое средство воспитанія (ein pädagogisches Zuchtmittel), съ другой стороны—потому, что онъ усматриваетъ въ немъ посредственное принужденіе къ исполненію (mittelbarer Erfüllungszwang). Первая точка зрѣнія проводится Биндингомъ въ большинствѣ его работъ и неоднократно имъ повторяется, причемъ для него въ этомъ случаѣ рѣшающее значеніе получаетъ представленіе о той своеобразной цѣли, которую онъ указываетъ для внѣгосударственнаго наказанія и которой онъ не находитъ въ отношеніи государственнаго наказанія. „Уголовное право, говоритъ онъ, есть право на удовлетвореніе за деликтъ (Recht auf Genugtuung für das Delikt). Этой цѣлью правовое наказаніе (Rechtsstrafe) отличается отъ внѣшне съ нимъ весьма сходнаго т. н. дисциплинарнаго наказанія, которое не есть наказаніе въ правовомъ смыслѣ, а является лишь педагогическимъ средствомъ воспитанія... Оно примѣняется въ первую очередь ne peccetur, а не quia peccatum est... Оно имѣетъ въ виду покарать (ahnden) не деликтъ, какъ таковой, а заключающуюся въ немъ распущенность и безпорядочность (Zuchtlosigkeit und Ordnungswidrigkeit), противорѣчащія положенію чиновника, адвоката, нотаріуса“ [1]), Этимъ, по его словамъ, и объясняется возможность кумуляціи правового и дисциплинарнаго наказанія. Въ своихъ „Нормахъ“ онъ точно также указываетъ на то, что, хотя правовое и дисциплинарное наказаніе (Ordnungs-

---

[1]) Binding. Grundriss. s. 231. Эта точка зрѣнія Биндинга встрѣтила въ нашей литературѣ одобреніе со стороны Набокова, который, изложивъ взглядъ Биндинга о взаимоотношеніи наказанія и дисциплинарнаго взысканія, прибавляетъ: „и это несомнѣнно такъ. Налагая извѣстное дисциплинарное взысканіе, государство не столько заботится о томъ, чтобы виновный понесъ заслуженное наказаніе, сколько о поддержаніи общаго порядка службы, о томъ, чтобы не произошло соблазна“ (Набоковъ. Проектъ устава о служебныхъ провинностяхъ. Право 1898 г. № 3, стр. 22).

strafe) [1]), съ внѣшней стороны и могутъ разсматриваться, какъ явленія, сходныя другъ съ другомъ, но внутренне они по самому своему основанію (fundamental) различны, такъ какъ они служатъ разнымъ цѣлямъ. „Правовое наказаніе, замѣчаетъ онъ, есть послѣдствіе деликта и не есть средство психологическаго принужденія, тогда какъ Ordnungsstrafe есть напротивъ того чувствительный призывъ (empfindliche Aufforderung) не совершать дальше преступленій (nicht ferner zu delinquiren) послѣ учиненнаго уже нарушенія порядка (Ordnungswidrigkeit). Первое одно только и есть наказаніе, второе же есть только психологическое принужденіе, быть можетъ, дѣйствительное противъ будущихъ, но во всякомъ случаѣ безсильное въ отношеніи уже совершившихся правонарушеній“ [2]). Наконецъ, въ „Учебникѣ“, имѣя въ виду спеціально область дисциплинарныхъ наказаній въ отношеніи служащихъ, онъ говоритъ, что „эти мѣры имѣютъ превентивную природу. Онѣ являются педагогическимъ средствомъ воспитанія, притомъ не только отдѣльнаго чиновника, но и всего чиновничества. Ихъ цѣль— поддержаніе въ чиновничествѣ способности къ правильному функціонированію (Erhaltung des ordnungsmässigen Funktionsfähigkeit des Beamtenstandes). И эта цѣль есть цѣль должностного управленія (Aemterverwaltung), а не цѣль наказанія“ [3]). Исходя изъ представленія о существенномъ различіи, имѣющемся между правовымъ наказаніемъ и дисциплинарнымъ наказаніемъ, Биндингъ даже находитъ, что „было бы лучше, если бы государственное дисциплинарное наказаніе утратило свое такъ часто неправильно употреблявшееся названіе наказанія и называлось болѣе скромно, но болѣе правильно дисциплинарной мѣрой (Disciplinarmassregel)“ [4]). Съ другой стороны Биндингъ въ своемъ „Руководствѣ“ противополагаетъ уголовному наказанію принужденіе къ исполненію (Erfüllungszwang) или иначе дисциплинарное уголовное право [5]), называя вмѣстѣ съ тѣмъ дисциплинарную власть посредственнымъ принужденіемъ къ исполненію (mittelbarer Erfüllungszwang) [6]) и разумѣя подъ нимъ дѣятельность, имѣющую цѣлью направленіе воли обязаннаго лица (Leistungspflichtigen) къ должному исполненію обязанности.

---

[1]) Выраженіе „Ordnungsstrafe“ онъ признаетъ болѣе подходящимъ для характеристики соотвѣтствующихъ мѣръ, чѣмъ выраженіе „Disciplinarstrafe“ (Normen I, s. 501).

[2]) Binding. Normen. I s. 425.

[3]) Binding. Lehrbuch. Bes. T. II B. II Ab. 1905 s. 401.

[4]) Binding. Das Amtsverbrechen und seine legislative Behandlung (Gerichtssaal. 64 s. 6).

[5]) Binding. Handbuch s. 274.

[6]) Ib. s. 795.

Останавливаясь на оцѣнкѣ этого взгляда Биндинга, мы должны поставить его въ связь съ приведеннымъ уже выше другимъ взглядомъ этого писателя на то, что понятіе наказанія тѣсно связано съ понятіемъ государства [1]). Заранѣе установивъ это положеніе, Биндингъ долженъ былъ подыскать такія черты различія между наказаніемъ государственнымъ и внѣгосударственнымъ, которыя должны были бы отнимать у послѣдняго характеръ наказанія. И въ этомъ отношеніи онъ выдвигаетъ тотъ элементъ, какъ критерій различія, который не является существеннымъ элементомъ самаго понятія наказанія, — элементъ цѣли [2]). Здѣсь такимъ образомъ цѣль института выдвигается, какъ основаніе для противоположенія наказанія и другихъ средствъ правовой охраны. Но, какъ мы уже не разъ подчеркивали, цѣль въ этомъ отношеніи не является пригоднымъ средствомъ разграниченія отдѣльныхъ правовыхъ институтовъ, какъ моментъ, лежащій внѣ содержанія ихъ. И если стоять на точкѣ зрѣнія, предложенной Биндингомъ, то придется или въ понятіе наказанія вводить указаніе на ту цѣль, которую оно преслѣдуетъ въ противоположность другимъ мѣрамъ, или же указывать отрицательно на тѣ цѣли, которыя наказаніемъ не преслѣдуются. Но если прибѣгнуть къ этому способу, то, имѣя въ виду все разнообразіе цѣлей, которыя преслѣдовало наказаніе въ своемъ историческомъ развитіи и преслѣдуетъ въ настоящее время, мы не въ состояніи будемъ указать, какія цѣли присущи государственному наказанію и въ тоже время неприсущи наказанію внѣгосударственному, а въ частности придется признать, что та цѣль воспитанія, которая выдвигается Биндингомъ для характеристики области внѣгосударственнаго наказанія, не есть нѣчто такое, что принадлежитъ только ему одному. Къ тому же мы можемъ представить себѣ, что, назначая общеуголовныя наказанія за какія-нибудь маловажныя нарушенія по службѣ, законодатель можетъ преслѣдовать цѣль воспитанія и огражденія достоинства службы и при помощи этихъ наказаній. Такимъ образомъ та мѣра, которая является государственнымъ наказаніемъ, можетъ преслѣдовать ту цѣль, которая приписывается, по ученію Биндинга, наказанію внѣгосударственному. Съ другой стороны надо сказать, что то противоположеніе наказанія „психологическому при-

---

[1]) См. выше стр. 582.

[2]) Весьма мѣтко замѣчаетъ по поводу характеристики дисциплинарнаго наказанія, какъ педагогическаго воспитательнаго средства Отто Майеръ: (O. Mayer. Deutsches Verwaltungsrecht. B. II. 1896 s. 242 n. 15a). „die letztere Bezeichnung ist vortrefflich, nur kann unseres Erachtens ein Zuchtmittel zugleich Strafe sein, wenn auch keine Strafe von der Art, wie die Strafen des gemeinen Strafrechts".

нужденію", которое мы видимъ у Биндинга, едва-ли можно признать правильнымъ, такъ какъ и въ наказаніи заключается элементъ „психологическаго принужденія" въ силу нашего обычнаго представленія о томъ, что при помощи наказанія оказывается извѣстное психическое воздѣйствіе на того, кто подвергается ему. Всякое наказаніе должно принуждать человѣка къ болѣе ревностному исполненію возложенныхъ на него обязанностей, и съ этой точки зрѣнія различія между наказаніемъ государственнымъ и внѣгосударственнымъ мы провести не можемъ. Наконецъ, отрицать за наказаніемъ превентивныя функціи, какъ это дѣлаетъ Биндингъ, и пріурочивать ихъ только къ внѣгосударственному наказанію представляется невозможнымъ, поскольку вообще мы признаемъ, что всѣ правоохранительныя средства не лишены превентивнаго значенія, въ чемъ бы они ни заключались.

Взглядъ на дисциплинарное наказаніе, какъ на принудительное средство, находитъ себѣ выраженіе въ своеобразной теоріи Лабанда, стоящаго на точкѣ зрѣнія принципіальнаго различія, существующаго между наказаніемъ въ собственномъ смыслѣ и дисциплинарнымъ наказаніемъ. По его ученію, дисциплинарныя наказанія, это — средства вынужденія исполненія опредѣленныхъ обязанностей (das Mittel um die Erfüllung der Dienstpflicht zu erzwingen), дисциплинарное же право надо вообще сравнивать не съ уголовнымъ, а съ гражданскимъ правомъ. Рѣшающее значеніе имѣетъ, по его мнѣнію, въ данномъ случаѣ то, что дисциплинарныя послѣдствія нарушенія обязанности покоятся не на публичной карательной власти государства, а на господствѣ надъ служащимъ (Dienstherrlichkeit), на отношеніи властвованія (Gewaltverhältniss) между государствомъ и служащимъ. Дисциплинарныя наказанія не являются наказаніемъ въ смыслѣ уголовнаго права, будучи лишь средствомъ поддержанія дисциплины и порядка (Zucht und Ordnung) внутри отношенія по службѣ (Dienstverhaltniss) и обезпеченія выполненія служебныхъ обязанностей [1]). При этомъ Лабандъ разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ: „въ обязательственныхъ отношеніяхъ каждая сторона имѣетъ право иска къ другой о выполненіи обязанности или о возмѣщеніи интереса при невыполненіи или ненадлежащемъ ея выполненіи... Въ отношеніяхъ по службѣ или въ отношеніяхъ властвованія мѣсто требованія замѣняетъ приказъ, а мѣсто иска принужденіе. Дисциплинарная власть есть право на осуществленіе этого принужденія... она есть средство вынужденія исполненія служебной обязанности.

[1]) Laband l. c s. 454.

И государство для этого не нуждается въ искѣ передъ судомъ, такъ какъ оно въ отношеніи служащаго не является равноправной стороной, а господиномъ (Dienstherr). Частно-правовой искъ къ тому же и ничего здѣсь не охранялъ бы, такъ какъ вредъ, который для государства возникаетъ отъ невыполненія или ненадлежащаго выполненія обязанности, можетъ быть только въ рѣдкихъ случаяхъ оцѣненъ на деньги и заглаженъ путемъ предоставленія денежнаго интереса... Такимъ образомъ дисциплинарное наказаніе замѣняетъ не кару (Ahndung) за преступленіе или проступокъ, налагаемую посредствомъ уголовной юстиціи, а искъ изъ договора о выполненіи (Contractsklage auf Leistung)" [1]). Всѣ особенности примѣненія дисциплинарныхъ наказаній, какъ напр. возможность подвергнуться наказанію и въ общемъ и въ дисциплинарномъ порядкѣ за одно и то же преступленіе и т. п., по его мнѣнію, могутъ быть объяснены только тѣмъ, что государственное наказаніе и дисциплинарное взысканіе—явленія разнаго порядка.

Разсматривая ближе ученіе Лабанда, мы должны сказать, что онъ совершенно правильно подчеркнулъ особенность отношенія государства къ служащему, покоющагося на началѣ властвованія и отличнаго отъ отношенія государства къ его подданному; но самое сравненіе дисциплинарной отвѣтственности съ гражданской и сближеніе ихъ другъ съ другомъ мы признать правильнымъ не можемъ по всѣмъ тѣмъ соображеніямъ, которыя уже указывались въ литературѣ при критикѣ ученія Лабанда [2]). Такъ, прежде всего представляется невозможнымъ современныя отношенія по службѣ сводить къ чисто-договорнымъ отношеніямъ, такъ какъ современная государственная служба имѣетъ совершенно иной характеръ, чѣмъ она имѣла въ прежнее время, когда она основывалась на частномъ договорѣ. Съ другой стороны, если стоять на точкѣ зрѣнія Лабанда о замѣнѣ гражданскаго иска дисциплинарнымъ, то останется необъяснимымъ, почему въ извѣстныхъ случаяхъ государство можетъ предъявить и въ дѣйствительности предъявляетъ къ служащему гражданскій искъ за причиненный ему ущербъ, не замѣняя его дисциплинарнымъ и выступая съ этимъ искомъ на судѣ не въ качествѣ хозяина, а въ качествѣ равноправной стороны, и въ то же время примѣняя за данное дѣяніе служащаго дисциплинарное наказаніе.

---

[1]) Ib. s. 455.

[2]) Ср. напр. Коркуновъ. Тридцать пятая глава проекта уголовнаго уложенія. (Журн. М. Ю. 1896 г. № 3, стр. 82); Jellinek. System s. 211 n. 1; Seydel. Bayerisches Staatsrecht. 1887, III s. 331.

Наконецъ, самое представленіе о происходящей замѣнѣ возмѣщенія интереса принужденіемъ къ исполненію, а самаго иска приказомъ—показываетъ, что въ данномъ случаѣ рѣчь должна идти не о явленіяхъ аналогичнаго характера, а напротивъ того о совершенно отличныхъ другъ отъ друга явленіяхъ. Къ сказанному слѣдуетъ еще прибавить, что представленіе о томъ, что дисциплинарныя наказанія являются лишь средствомъ принудить служащаго исполнять должнымъ образомъ его обязанности, неправильно уже потому, что оно односторонне охватываетъ лишь нѣкоторые виды дисциплинарныхъ наказаній, закрывая глаза на остальные. Такъ, напр. вся область т. н. очищающей дисциплины (epurirende, reinigende Disciplin) отсюда должна быть исключена, такъ какъ такія мѣры, какъ удаленіе со службы чиновника, вовсе не являются средствомъ принудить его къ лучшему исполненію его обязанностей. Если же говорить о томъ, что эта мѣра имѣетъ въ виду принудить всѣхъ вообще служащихъ къ добросовѣстному исполненію ихъ долга, то тогда въ отношеніи этихъ лицъ нельзя ужъ никоимъ образомъ конструировать дисциплинарное наказаніе, какъ мѣру, замѣняющую возмѣщеніе интереса, такъ какъ всѣ эти лица не совершили того нарушенія договора, которое даетъ основаніе говорить о возникновеніи гражданскаго иска, лишь замѣняемаго дисциплинарнымъ. Наличность существованія особыхъ отношеній подчиненія служащихъ государству служитъ объясненіемъ того, почему у государства возникаетъ особое карательное право по отношенію къ служащимъ помимо того общаго карательнаго права, которое существуетъ у него въ отношеніи любого индивида, оказавшагося въ его власти, но она сама по себѣ не можетъ служить основаніемъ для признанія за дисциплинарнымъ наказаніемъ характера мѣры, совершенно отличной по своей природѣ отъ наказанія.

Взглядъ, высказанный Лабандомъ, находитъ себѣ дальнѣйшее развитіе въ своеобразной точкѣ зрѣнія на природу дисциплинарнаго наказанія, выставленной Сарвеемъ [1]), а вслѣдъ за нимъ Кюбелемъ [2]), которые указываютъ на то, что дисциплинарное наказаніе имѣетъ двойственную природу, будучи съ одной стороны средствомъ вынужденія повиновенія, а съ другой наказаніемъ. Но, посколько мы отрицаемъ представленіе о томъ, что дисциплинарное наказаніе есть принудительное средство, постолько мы не можемъ говорить и о его двойственной природѣ.

---

[1]) Sarvey. Verwaltungsrecht. s. 159.

[2]) Kübel l. c. s. 18.

§ 5. Въ противоположность только что приведеннымъ мнѣніямъ писателей, настаивающихъ на принципіальномъ различіи, существующемъ между государственнымъ и внѣгосударственнымъ наказаніями, какъ явленіями разнаго порядка, огромное большинство юристовъ исходитъ изъ общаго представленія о томъ, что внѣгосударственное наказаніе есть то же наказаніе; при этомъ одни писатели не считаютъ даже необходимымъ противополагать эти понятія другъ другу, другіе же, хотя и признаютъ внѣгосударственное наказаніе наказаніемъ, но въ то же время отличаютъ его отъ наказанія государственнаго или наказанія въ собственномъ смыслѣ по тѣмъ или инымъ признакамъ, такъ что внѣгосударственное наказаніе разсматривается, какъ особый видъ наказанія вообще, не сливающійся съ наказаніемъ государственнымъ.

Разсматривая ближе тѣ взгляды, которые въ данномъ отношеніи высказываются въ юридической литературѣ, мы можемъ замѣтить большое разнообразіе отдѣльныхъ мнѣній, выдвигающихъ тѣ или иныя черты различія наказанія государственнаго и внѣгосударственнаго. Для однихъ юристовъ все сводится къ чисто внѣшнему моменту—къ порядку наложенія мѣръ дисциплинарныхъ въ отличіе отъ наложенія наказаній: порядокъ административный противополагается судебному, такъ что дисциплинарныя взысканія отождествляются съ административными. По мнѣнію другихъ, напротивъ различіе замѣчается въ той цѣли, которую преслѣдуетъ съ одной стороны государственное, съ другой внѣгосударственное наказаніе, причемъ самая эта цѣль рисуется отдѣльнымъ писателямъ неодинаково, и то, что одними возводится въ существенный признакъ дисциплинарнаго наказанія въ противоположность наказанію вообще, другими отрицается въ этомъ его значеніи. Наконецъ, третьи усматриваютъ это различіе въ различіи характера тѣхъ сферъ отношеній подчиненія, въ которыхъ примѣняется государственное и внѣгосударственное наказаніе. При этомъ нужно имѣть въ виду, что весьма многіе писатели не довольствуются приведеніемъ какого-нибудь одного основанія различія государственнаго и внѣгосударственнаго наказаній, а комбинируютъ одновременно нѣсколько подобныхъ основаній.

Останавливаясь прежде всего на взглядахъ тѣхъ писателей, которые признаютъ принципіально полное тождество государственнаго и внѣгосударственнаго наказаній, мы можемъ замѣтить, что они, высказывая свой взглядъ, по большей части не считаютъ нужнымъ приводить ближайшее обоснованіе его и обыкновенно имѣютъ въ виду отождествленіе уголовнаго наказанія и

дисциплинарнаго взысканія, налагаемаго на служащихъ, высказывая относительно прочихъ видовъ внѣгосударственнаго наказанія иныя мнѣнія. Такъ поступаютъ напр. Марецолль, Люденъ, Пэцль, отчасти Гейнце. Марецолль, какъ сказано было выше, отличая отъ наказанія вообще тѣ наказанія, которыя примѣняются родителями, господами и школой, по ихъ цѣли—поддержаніе порядка въ домѣ и воспитаніе,—относитъ дисциплинарныя наказанія въ отношеніи служащихъ къ наказанію вообще [1]). Точно также Люденъ, противополагая наказанію въ собственномъ смыслѣ мѣры воспитанія (Zuchtigung), которыя примѣняются родителями къ дѣтямъ и т. д., причисляетъ къ нему дисциплинарныя наказанія, примѣняемыя къ служащимъ [2]). То же мы видимъ у Пэцля, который, говоря о дисциплинарной власти въ отношеніи служащихъ, замѣчаетъ, что въ ней заключается карательная власть (Strafbefugniss); при этомъ онъ настолько отождествляетъ область дисциплинарнаго наказанія съ областью наказанія общеуголовнаго, что считаетъ вполнѣ естественнымъ въ сомнительныхъ случаяхъ примѣнять при осуществленіи этой особой карательной власти тѣ общія положенія, которыя установлены для обычнаго отправленія правосудія [3]). Отождествленіе области государственнаго и внѣгосударственнаго наказаній мы видимъ далѣе у Гейнце, который объемъ послѣдняго понимаетъ вообще очень широко, такъ какъ, разсматривая „право въ полномъ объемѣ его естественнаго бытія“, онъ не считаетъ возможнымъ ограничиваться лишь правовой сферой, созданной или признанной государствомъ, и въ наказаніи внѣгосударственномъ видитъ „настоящее наказаніе“ [4]).

Напротивъ другіе писатели, напр. Генке и Зейффертъ, выдвигая представленіе о тождествѣ уголовнаго и дисциплинарнаго наказаній, считаютъ нужнымъ обосновать его извѣстными соображеніями, вытекающими изъ общаго пониманія ими сущности наказанія. При этомъ оба названныхъ писателя неодинаково конструируютъ самую сущность наказанія. Генке, исходя изъ того положенія, что наказаніе есть всегда возмездіе за совершенное злодѣяніе и что оно должно быть опредѣляемо внѣ представленія о его цѣли, находитъ, что дисциплинарныя наказанія нельзя разсматривать, какъ самостоятельный родъ наказаній; они должны быть лишь противополагаемы общимъ наказаніямъ, какъ наказанія особенныя, такъ

[1]) Marezoll l. c. s. 103 и 250.
[2]) Luden. l. c. s. 2 и 224.
[3]) Pözl. Staatsdiener (въ Bluntschli's Staatswörterbuch IX, 1865 s. 696).
[4]) Heinze l. c. s. 321.

какъ примѣняются только къ такимъ лицамъ, которыя состоятъ въ служебныхъ отношеніяхъ (Dienstverhältniss)[1]) Иначе разсуждаетъ Зейффертъ. По его словамъ, „тотъ, кто разсматриваетъ наказаніе, какъ возмездіе, искупленіе, возстановленіе правопорядка или какъ публичное выраженіе порицанія (Unwerturteil), долженъ, вопреки историческимъ и національнымъ представленіямъ объ однородности наказанія и дисциплины, объявить обѣ эти сферы логически различными областями государственной дѣятельности. Кто же усматриваетъ въ наказаніи охрану права противъ будущаго нарушенія и воспитательное учрежденіе (Erziehungseinrichtung), тотъ долженъ не соглашаться съ подобнымъ логическимъ различіемъ ихъ. Надлежащее выполненіе служебной дѣятельности не есть цѣль сама по себѣ, а только средство обезпечить возможность существованія и благосостоянія государственнаго общежитія... Осуществленіе служебной дисциплины должно прежде всего обезпечивать выполненіе служебной обязанности и тѣмъ самымъ поддержаніе порядка службы, посредственно же охранять тѣ блага, къ поддержанію коихъ и къ попеченію о коихъ относится служба...“ Такимъ образомъ, съ его точки зрѣнія, съ точки зрѣнія охраны благъ, разницы между уголовнымъ и дисциплинарнымъ наказаніями нѣтъ: „дисциплинарное и уголовное право—послѣднее, разсматриваемое, какъ учрежденіе для охраны права (Rechtsschutzeinrichtung)—служатъ однѣмъ и тѣмъ же цѣлямъ, они пользуются однородными, отчасти же и одинаковыми средствами, поэтому съ точки зрѣнія теоріи защиты права они могутъ быть разсматриваемы, какъ выраженіе одной и той же основной мысли“ [2]). „Порядокъ и очищеніе должности отъ вредныхъ для нея элементовъ, прибавляетъ Зейффертъ въ другой работѣ, не являются конечными цѣлями дисциплинарнаго уголовнаго права. Посредственно дисциплинарныя наказанія преслѣдуютъ защиту тѣхъ интересовъ, которые должна охранять и о которыхъ должна заботиться должность. Подобная защита интересовъ... есть однако цѣль и оправданіе публичнаго наказанія“ [3]).

Наконецъ, нужно замѣтить, что многіе юристы, не останавливаясь ближе на выясненіи взаимоотношенія между уголовнымъ и дисциплинарнымъ наказаніями, признаютъ, если не прямо, то косвенно тождество этихъ явленій, такъ какъ они не усматрива-

---

[1]) Henke l. c. s. 413.

[2]) Seuffert. Amtsverbrechen, Amtsvergehen (Amtsdelikte) въ Stengel's Worterbuch des deutschen Verwaltungsrechts. I. 1890 s 48.

[3]) Seuffert. Deutsches Reich въ „Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung“. B. I. 1894 s. 67.

ютъ вообще принципіальнаго различія между уголовнымъ и дисциплинарнымъ правомъ. Это мы видимъ у Рэнне, Цорна, Георга Мейера, Мевеса и Дюги. Такъ, Рэнне признаетъ, что между уголовнымъ и дисциплинарнымъ правомъ существуетъ лишь количественное различіе, установленное положительнымъ правомъ [1]); Цорнъ говоритъ, что дисциплинарное право принципіально подпадаетъ подъ уголовное право и отличается отъ него лишь въ степени (Grad) а не въ родѣ (Art) [2]); Георгъ Мейеръ характеризуетъ дисциплинарное право, какъ спеціальное уголовное право въ отношеніи опредѣленныхъ категорій лицъ, признавая, что ничто само по себѣ не мѣшало бы передавать общимъ уголовнымъ судамъ разсмотрѣніе дисциплинарныхъ проступковъ, а если это не дѣлается, то исключительно по соображеніямъ цѣлесообразности [3]); точно также Мевесъ, исходя изъ того положенія, что „дисциплинарное право есть также проявленіе уголовной власти государства, осуществленіе коей происходитъ въ интересахъ и въ видахъ общаго блага и общественнаго порядка“, находитъ въ дисциплинарномъ правѣ только дополненіе (Supplement) къ общему уголовному праву и видитъ въ немъ особое уголовное право (Sonderstrafrecht) [4]). Своеобразная точка зрѣнія выдвигается у Дюги, который находитъ, что дисциплинарная репрессія съ точки зрѣнія ея обоснованія есть уголовная репрессія; но при этомъ онъ исходитъ изъ представленія о томъ, что уголовный приговоръ не есть по своему существу судебный актъ, а имѣетъ характеръ административнаго рѣшенія, такъ какъ, хотя онъ и создаетъ новое субъективное юридическое положеніе, но не заключаетъ въ себѣ констатированія существовавшаго раньше юридическаго положенія (une situation juridique subjective antérieure); поэтому, будучи матеріально административнымъ рѣшеніемъ, онъ только формально облекается въ судебное рѣшеніе; въ виду того, что такой же характеръ имѣетъ и дисциплинарное производство, которое является не только матеріально, но и формально административнымъ рѣшеніемъ, имъ и устанавливается отождествленіе области уголовной и дисциплинарной отвѣтственности [5]).

---

[1]) Rönne. Das Staatsrecht der preussischen Monarchie. 1899 s. 321

[2]) Zorn. l. c. s. 328.

[3]) G. Meyer l. c. s. 673—677; также Lehrbuch s. 373 eff.

[4]) Meves. Verbrechen und Vergehen im Amte (Holtzendorff's Handbuch des Strafrechts III. S. 943); также Das Wesen der Amtsdelikte und ihre Einteilung (Gerichtssaal. 39 s. 219).

[5]) Duguit. L'Etat, les gouvernements et les agents. II. 1903 p. 464

Переходя къ оцѣнкѣ приведенныхъ взглядовъ, мы должны сказать, что полное отождествленіе государственнаго и внѣгосударственнаго наказаній, низведеніе послѣдняго на степень разновидности перваго и отрицаніе за нимъ значенія самостоятельнаго вида наказанія, мы не можемъ признать правильнымъ, хотя бы уже по тому обстоятельству, что одно и то же противузаконное дѣяніе можетъ вызывать одновременно и общее уголовное и дисциплинарное наказаніе. Если видѣть въ дисциплинарномъ наказаніи совершенно то же самое, что и въ уголовномъ наказаніи, и если усматривать въ немъ только особенное наказаніе, установленное для извѣстныхъ лицъ и за извѣстныя правонарушенія, то фактъ возможности одновременнаго примѣненія за одно и то же преступное дѣяніе двухъ самостоятельно примѣняемыхъ, независимо другъ отъ друга назначаемыхъ наказаній идетъ въ полный разрѣзъ съ положеніемъ, безусловно признаваемымъ современнымъ правомъ, доктриной и общимъ правосознаніемъ о томъ, что никто не можетъ понести два раза наказаніе за одно и то же дѣяніе—non bis in idem. Изъ этого положенія возможно сдѣлать одинъ изъ слѣдующихъ выводовъ: или приходится отрицать за внѣгосударственнымъ наказаніемъ характеръ наказанія вообще, съ чѣмъ однако, какъ указывалось раньше, согласиться нельзя, или же приходится признать, что внѣгосударственное наказаніе, оставаясь наказаніемъ, представляетъ такія особенности, которыя заставляютъ считать, что въ фактѣ одновременнаго назначенія государственнаго и внѣгосударственнаго наказаній нѣтъ нарушенія принципа non bis in idem.

По этому послѣднему пути и идутъ многіе сторонники отождествленія уголовнаго и дисциплинарнаго наказаній, причемъ они стараются объяснить фактъ допустимости одновременнаго примѣненія обоихъ этихъ наказаній, несмотря на ихъ тождество, или выдвигая для этого соображенія цѣлесообразности, или же высказывая такія положенія, которыя противорѣчатъ ихъ же основному взгляду на принципіальное тождество этихъ наказаній. Такъ, Цорнъ указываетъ на то, что при одновременномъ примѣненіи уголовнаго и дисциплинарнаго наказаній нѣтъ нарушенія принципа non bis in idem, такъ какъ здѣсь имѣется лишь установленное по соображеніямъ цѣлесообразности раздѣленіе изслѣдованія (Cognition) одного и того же состава дѣянія двумя различными инстанціями съ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія [1]). Однако, съ одной стороны, какъ совершенно правильно указываетъ Биндингъ, объяснять подобное от-

[1]) Zorn l. c. s. 329.

ступленіе отъ основныхъ требованій уголовнаго права соображеніями цѣлесообразности не представляется возможнымъ потому, что иначе это можно было бы допустить по тѣмъ же соображеніямъ и для области наказаній въ собственномъ смыслѣ [1]); съ другой же стороны, если Цорнъ указываетъ на то, что въ подобномъ случаѣ происходитъ изслѣдованіе одного и того же дѣянія съ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія, то этимъ высказывается положеніе, которое имѣетъ уже принципіальное значеніе и не вытекаетъ лишь изъ соображеній цѣлесообразности, но вмѣстѣ съ тѣмъ этимъ подрывается все то, что имъ сказано было раньше относительно полнаго тождества уголовной и дисциплинарной отвѣтственности, такъ какъ въ основаніи дисциплинарной отвѣтственности признается наличность иной оцѣнки, чѣмъ та, которая положена въ основаніе уголовной отвѣтственности. Далѣе, Георгъ Мейеръ находитъ, что, если въ уголовномъ и дисциплинарномъ судопроизводствахъ и заключаются два рода уголовнаго правосудія, то, по его словамъ, ихъ отношеніе другъ къ другу регулируется такимъ образомъ, что въ данномъ случаѣ не нарушается принципъ non bis in idem; при этомъ онъ имѣетъ въ виду постановленія германскаго закона о чиновникахъ и подтвержденіе своего взгляда видитъ въ томъ, что въ дисциплинарномъ производствѣ служащему не можетъ быть назначено такое наказаніе, отъ котораго онъ освобожденъ въ судебномъ порядкѣ, а назначается только такое наказаніе, которое основывается на спеціальномъ отношеніи государственной службы [2]); однако это показываетъ, что здѣсь нѣтъ нарушенія принципа non bis in idem только потому, что оба эти наказанія не представляются тождественными по своей правовой природѣ. Наконецъ, довольно просто, но вмѣстѣ съ тѣмъ весьма неубѣдительно объясняетъ допустимость примѣненія государственнаго и внѣгосударственнаго наказанія наряду другъ съ другомъ Зейффертъ. По его словамъ, „уголовный судья не вездѣ бываетъ въ состояніи предоставить должности требуемую ею правовую охрану, дисциплинарная же власть не имѣетъ силы для необходимой репрессіи въ общихъ интересахъ. Только педантическое соблюденіе принципа non bis in idem можетъ въ подобныхъ случаяхъ вооружаться противъ двойной реакціи въ отношеніи одного и того же поведенія“ [3]). Но здѣсь уже прямо признается, что принципъ non bis in idem не имѣетъ абсолютнаго

---

[1]) Binding. Lehrbuch s. 400 n. 4.
[2]) G. Meyer l. c. s. 675.
[3]) Seuffert. Amtsdelikte s. 48.

значенія и долженъ допускать изъятія, съ чѣмъ однако мы согласиться не можемъ, поскольку говоримъ о недопустимости примѣненія за одно и то же дѣяніе двухъ наказаній, тождественныхъ по своему значенію, сообразно лежащей въ основаніи ихъ одинаковой по источнику своего происхожденія оцѣнкѣ учиненнаго. Между тѣмъ только потому, что оцѣнка, лежащая въ основаніи государственнаго и внѣгосударственнаго наказанія въ разнообразныхъ проявленіяхъ послѣдняго, представляется различной въ соотвѣтствіи съ различіемъ тѣхъ интересовъ, которыми она обусловливается, дѣлается возможнымъ примѣненіе государственнаго и внѣгосударственнаго наказаній за одно и то же дѣяніе.

Вообще же относительно даннаго взгляда, признающаго полное тождество между уголовнымъ и дисциплинарнымъ наказаніями, нужно сказать, что его никоимъ образомъ нельзя отстаивать относительно всей области внѣгосударственнаго наказанія, такъ какъ то внѣгосударственное наказаніе, которое отнесено напр. къ компетенціи семьи и т. п., безусловно не можетъ быть отождествляемо съ государственнымъ наказаніемъ, такъ какъ ясно, что въ основаніи его лежитъ совершенно иная оцѣнка противузаконныхъ дѣяній, чѣмъ та, которая дѣлается отъ лица государства, какъ такового. Этотъ взглядъ могъ бы быть пріемлемымъ только въ отношеніи дисциплинарныхъ наказаній, налагаемыхъ на служащихъ, на той стадіи развитія права, когда эти наказанія въ уголовныхъ кодексахъ не выдѣляются изъ уголовныхъ наказаній, отличаясь отъ нихъ лишь особымъ порядкомъ ихъ назначенія. Здѣсь дѣйствительно, никакой разницы между уголовнымъ и дисциплинарнымъ наказаніемъ не производится, въ противоположность тому, что наблюдается тогда, когда при соотвѣтственной эволюціи дисциплинарнаго права создается особое дисциплинарное производство. Та оцѣнка, которая здѣсь производится отдѣльнымъ дѣяніямъ служащихъ, есть оцѣнка не съ точки зрѣнія интересовъ службы, какъ таковой, а съ точки зрѣнія государственнаго правопорядка. Только съ установленіемъ понятія самостоятельной дисциплинарной отвѣтственности и только съ установленіемъ особаго порядка дисциплинарнаго судопроизводства, происходитъ въ этой области должная дифференціація явленій и проводится обособленіе дисциплинарной отвѣтственности отъ общеуголовной. Только при такихъ условіяхъ появляется понятіе дисциплинарнаго наказанія, отличнаго отъ общеуголовнаго, въ виду особенностей той оцѣнки, которая положена въ его основаніе, и возникаетъ представленіе о томъ, что подобное дисциплинарное наказаніе есть особый видъ внѣгосударственнаго наказанія.

Что касается далѣе точки зрѣнія, выдвинутой Дюги, то нужно признать безусловно неправильнымъ высказанное этимъ писателемъ положеніе о томъ, что приговоръ суда по уголовнымъ дѣламъ матеріально не есть судебное рѣшеніе: поскольку уголовный приговоръ опредѣляетъ право государства вторгнуться въ сферу опредѣленныхъ правовыхъ благъ личности, установляя границу этого права вторженія, и поскольку онъ вмѣстѣ съ тѣмъ налагаетъ на лицо, учинившее правонарушеніе, обязанность подвергнуться этому вторженію, претерпѣть его, постолько онъ безусловно имѣетъ характеръ судебнаго рѣшенія—тѣмъ болѣе, что право наказанія въ конкретномъ случаѣ государство получаетъ съ момента возникшаго правонарушенія, такъ что можно говорить, что и здѣсь констатируется извѣстное уже существовавшее раньше юридическое положеніе, а не создается новое положеніе. Вообще же мы должны сказать, что отъ признанія или непризнанія уголовнаго приговора судебнымъ рѣшеніемъ, конечно, не зависитъ рѣшеніе вопроса о томъ, что представляетъ по своей сущности то наказаніе, которое опредѣляется приговоромъ уголовнаго суда, и чѣмъ отличается отъ него то наказаніе, которое назначается въ процессѣ дисциплинарномъ; тѣмъ болѣе, что даже тамъ, гдѣ мы о судебномъ рѣшеніи вовсе не говоримъ, напр. въ отношеніи дѣятельности органовъ административной власти, мы тѣмъ не менѣе считаемъ возможнымъ говорить о наказаніи, поскольку видимъ мѣры, ничѣмъ по внутреннему своему содержанію не отличающіяся отъ остальныхъ наказаній, хотя онѣ и исходятъ отъ органовъ администраціи, а не отъ судебной власти.

Наконецъ, мы должны сказать, что, если стоять на точкѣ признанія полнаго тождества между государственнымъ и внѣгосударственнымъ наказаніями, то отсюда слѣдуетъ дѣлать выводъ о томъ, что всѣ положенія общаго уголовнаго права должны быть примѣняемы и въ отношеніи спеціальнаго уголовнаго права, между тѣмъ обычно выставляется иное положеніе.

Къ только что разсмотрѣнному взгляду на соотношеніе другъ съ другомъ наказанія государственнаго и внѣгосударственнаго близко подходитъ взглядъ многихъ писателей, считающихъ, что все различіе между уголовнымъ и дисциплинарнымъ наказаніемъ сводится къ тому порядку, въ которомъ то и другое назначаются.

Этого взгляда придерживались преимущественно прежніе юристы, имѣя въ виду дисциплинарныя наказанія, налагаемыя на служащихъ. Такъ, напр. у Абегга уголовный порядокъ назначенія наказаній противополагается дисциплинарному [1]); точно

[1]) Abegg. Lehrbuch s. 615.

также Марецолль, имѣя въ виду дисциплинарныя наказанія въ отношеніи служащихъ, указываетъ, что характерный ихъ моментъ лежитъ не столько въ родѣ налагаемаго наказанія, сколько въ порядкѣ его назначенія административной властью, а не уголовнымъ судомъ [1]; Миттермайеръ характерную черту средствъ исправительной дисциплины (Mittel der korrectiven Disciplin) усматриваетъ также въ томъ, что они назначаются не уголовнымъ судомъ, а начальствующимъ надъ чиновникомъ административнымъ мѣстомъ [2]).

По поводу этого взгляда мы должны сказать, что онъ не касается того, что является существеннымъ для дисциплинарнаго наказанія по сравненію съ наказаніемъ уголовнымъ, и обращаетъ вниманіе на обстоятельство чисто-внѣшняго характера, не учитывая того, что самъ по себѣ порядокъ назначенія той или иной мѣры для ея характеристики въ качествѣ особаго института вообще значенія не имѣетъ. Къ тому же мы должны имѣть въ виду, что постепенно создается особое дисциплинарное производство, ввѣряемое дисциплинарнымъ судамъ, такъ что органы чисто-административные освобождаются отъ наложенія большинства дисциплинарныхъ наказаній.

---

[1]) Marezoll l. c. s. 250.

[2]) Mittermaier въ Feuerbach's Lehrbuch s. 749 Этотъ же взглядъ проводили и представители науки государственнаго права. Такъ, Мауренбрехеръ говорилъ, что наряду съ судебными средствами заставить служащаго исполнять свои обязанности существуютъ средства внѣсудебныя, административныя, называемыя дисциплинарными наказаніями (Maurenbrecher. Grundsatze des heutigen deutschen Staatsrechts. 1837 s 615). То же повторялъ вслѣдъ за нимъ Вейсъ, указывая при этомъ на то, что правительство распоряжается этими средствами въ силу принадлежащей ему дисциплинарной служебной полиціи. (Weiss System des deutschen Staatsrechts 1843 s. 803). Пертесъ называлъ дисциплинарными тѣ наказанія, которыя назначаются начальствомъ, по его усмотрѣнію безъ суда (Perthes Der Staatsdienst in Preussen. 1838 s. 121). Вейлеръ говорилъ о мѣрахъ, налагаемыхъ на служащихъ ихъ начальствомъ, въ случаѣ маловажныхъ служебныхъ нарушеній, въ противоположность мѣрамъ, назначаемымъ по суду (Weiler. Uber die Verwaltung und Justiz und uber die Grenzlinie zwischen beiden. 1826 s. 22). Цэпфль указывалъ, что кромѣ судебной отвѣтственности, которой подвергаются служащіе, существуетъ еще ихъ отвѣтственность въ административномъ порядкѣ посредствомъ дисциплинарныхъ наказаній (Zopfl. Grundsatze des gemeinen deutschen Staatsrechts. 1863, II s. 797). Блюнчли находилъ, что общее противоположеніе суда и полицейской власти получаетъ особое примѣненіе въ отношеніи противоположенія уголовнаго и дисциплинарнаго производства (Bluntschli Allgemeines Staatsrecht. 1868. II s. 142). Точно также Градовскій замѣчалъ, что различіе между взысканіями дисциплинарными и уголовными заключается кромѣ ихъ относительной тяжести въ порядкѣ ихъ наложенія. дисциплинарныя взысканія могутъ быть налагаемы властью подлежащихъ начальствъ безъ соблюденія формъ уголовнаго судопроизводства (Градовскій. Начала русскаго государственнаго права. 1887 т. II стр. 113), и говорилъ далѣе о различіи отвѣтственности въ административномъ порядкѣ и по суду (тамъ же стр. 115 и 117).

Близко къ этому взгляду подходитъ другой, усматривающій въ дисциплинарномъ наказаніи полицейское наказаніе. Такъ, Фейербахъ находилъ, что дисциплинарныя наказанія должны имѣть мѣсто не въ уголовномъ кодексѣ, такъ какъ они относятся къ служебной полиціи, а въ служебныхъ регламентахъ, подобно тому, какъ и полицейскія нарушенія выдѣляются изъ уголовныхъ кодексовъ [1]). Точно также Россгиртъ, говоря о дисциплинѣ въ отношеніи чиновниковъ, указывалъ на то, что эта область соотвѣтствуетъ общей категоріи полицейски-наказуемыхъ дѣяній [2]). Наконецъ Мартинъ, противополагая другъ другу наказанія уголовныя и полицейскія, находилъ, что къ послѣднимъ относятся и дисциплинарныя наказанія [3]).

Конечно, и этотъ взглядъ главное вниманіе обращаетъ на то, въ какомъ порядкѣ назначается дисциплинарное наказаніе въ отличіе отъ наказанія уголовнаго, такъ что въ отношеніи него сохраняютъ свое значеніе только что приведенныя соображенія.

§ 6. Слѣдующую группу теорій разграниченія понятій государственнаго и внѣгосударственнаго (дисциплинарнаго) наказаній образуютъ теоріи, разсматривающія дисциплинарное наказаніе, какъ видъ наказанія, и выдвигающія представленіе о различіи цѣлей, преслѣдуемыхъ уголовнымъ и дисциплинарнымъ наказаніемъ, какъ существенный элементъ различія данныхъ явленій. Самое же представленіе о той цѣли, которой придается этими теоріями существенное значеніе для разграниченія государственнаго и внѣгосударственнаго наказаній, оказывается неодинаковымъ въ соотвѣтствіи съ общимъ взглядомъ того или другого писателя на цѣли карательной дѣятельности государства вообще.

Такъ, прежде всего мы видимъ, что для многихъ писателей различіе этихъ цѣлей сводится къ различію цѣли возмездія или удовлетворенія съ одной стороны и цѣли обезпеченія порядка или исправленія съ другой. Геффтеръ напр. прямо противополагаетъ цѣль общественнаго удовлетворенія (öffentliche Genugtuung), присущую наказанію въ юридическомъ смыслѣ или „дѣйствительному наказанію", цѣли обезпеченія и поддержанія порядка на государственной или церковной службѣ (Sicherung und Reinhaltung des Staats-und Kirchendienstes), присущей дисциплинарнымъ

---

[1]) Anmerkungen zum Strafgesetze für das Königreich Bayern. 1814, B. III. s. 311.

[2]) Rosshirt. Geschichte und System des deutschen Strafrechts. 1839, III s. 20 ff.

[3]) Martin. Lehrbuch s. 229.

наказаніямъ въ отношеніи служащихъ; эта цѣль дисциплинарнаго наказанія въ особенности подчеркивается его указаніемъ на то, что наряду съ наказаніемъ, преслѣдующимъ цѣль общественнаго удовлетворенія, существуютъ особыя средства воспитанія и исправленія, къ которымъ относятся и дисциплинарныя наказанія [1]); въ другой своей работѣ онъ выражаетъ ту же мысль еще яснѣе, указывая на то, что наказаніе въ собственномъ смыслѣ имѣетъ цѣль въ самомъ себѣ, а дисциплинарныя мѣры имѣютъ цѣлью исправленіе и болѣе точное исполненіе спеціальныхъ обязанностей [2]). Точно также Шульце указываетъ на то, что уголовное право служитъ поддержанію правопорядка и удовлетворенію публичнаго правосознанія, тогда какъ дисциплинарное право имѣетъ цѣлью поддержать порядокъ службы (Dienstordnung) и обезопасить государство въ отношеніи безсовѣстныхъ, неумѣлыхъ и неспособныхъ чиновниковъ [3]). Долльманъ [4]) и Шютце [5]) въ томъ же смыслѣ противополагаютъ возмездіе (Sühne) съ одной стороны и обезпеченіе и поддержаніе порядка съ другой. Марецолль, имѣя въ виду сферу семейной, домашней и школьной дисциплины, говоритъ о цѣли поддержанія порядка (Zucht) и возможности воспитанія, присущей дисциплинарнымъ мѣрамъ этой категоріи [6]). Бюлау замѣчаетъ, что дисциплинарныя наказанія назначаются не ради права (nicht um des Rechtswillen), а ради преуспѣянія извѣстнаго учрежденія или для личнаго блага подвергающагося ему лица, для его поднятія и исправленія [7]). Бауеръ именуетъ дисциплинарныя наказанія простыми средствами принужденія и исправленія (blosse Zwangs- oder Correctionsmittel), подчеркивая этимъ ихъ особую цѣль по сравненію съ наказаніемъ вообще [8]). Баръ отмѣчаетъ въ внѣгосударственномъ наказаніи цѣль исправленія и поддержанія порядка, указывая вмѣстѣ съ тѣмъ на то, что въ немъ точка зрѣнія общаго порицанія совершенно или въ значительной степени отходитъ на задній планъ [9]). Гельш-

---

[1]) Heffter l. c. s. 78 n. 80.

[2]) Heffter. Lehrbuch s. 12

[3]) Schulze. Das preussische Staatsrecht auf Grundlage des deutschen Staatsrechts dargestellt. 1870 I s. 891; его же Lehrbuch, I, s. 331.

[4]) Dollmann. Amtsverbrechen s. 219.

[5]) Schutze. Lehrbuch s. 521 n. 2; то же Amtsverbrechen (Holtzendorff's Rechtlexikon. I, 1880 s. 97).

[6]) Marezoll l. c. s. 103.

[7]) Bülau. Disciplinarvergehen und Disciplinarverfahren (Bluntschli's Staatswörterbuch 1858, III s. 135).

[8]) Bauer. Lehrbuch s. 524.

[9]) Bar. Grundlagen s. 18.

неръ противопоставляетъ другъ другу воспитательное (züchtigende) и воздающее наказаніе, иначе—дисциплинарное наказаніе (Zuchtigung), примѣняемое въ семьѣ и въ школѣ, и собственно наказаніе, указывая при этомъ на то, что дисциплинарное наказаніе есть средство воспитанія, тогда какъ воздающее наказаніе имѣетъ цѣлью погасить (tilgen) неправду; при этомъ онъ находитъ, что такое наказаніе можетъ быть не только у государства, но и всякаго правового общенія людей [1]), дисциплинарное же наказаніе въ отношеніи служащихъ онъ признаетъ наказаніемъ за нарушеніе служебныхъ обязанностей [2]). Гольцендорфъ, различая, какъ сказано было выше, дисциплинарное воспитательное право (Züchtrecht) и дисциплинарное наказаніе въ отношеніи служащихъ, указываетъ на то, что цѣлью перваго является индивидуальное образованіе (Bildung), а второго — преимущественно поддержаніе общаго порядка (Gemeinschaftsordnung) въ гражданской службѣ [3]). Зейдель противополагаетъ карательную справедливость (strafende Gerechtigkeit), какъ цѣль уголовнаго наказанія, удовлетворенію служебныхъ интересовъ, нарушенныхъ неисполненіемъ обязанности, какъ цѣли дисциплинарнаго наказанія, противопоставляя вмѣстѣ съ тѣмъ цѣль поддержанія правопорядка, какъ такового, и цѣль охраны интересовъ общественной службы [4]). Леманъ указываетъ на то, что въ то время, какъ уголовное наказаніе имѣетъ цѣлью возмездіе, дисциплинарное наказаніе не есть возмездіе, и что въ то время, какъ уголовное наказаніе имѣетъ въ виду защиту публичнаго правопорядка, дисциплинарное наказаніе охраняетъ остальные интересы [5]). Гекеръ противополагаетъ цѣль публичнаго возмездія при наказаніи вообще цѣли поддержанія порядка государственной службы (Reinhaltung und Ordnung) при дисциплинарномъ наказаніи, которое онъ, хотя и не считаетъ уголовнымъ (peinlich) наказаніемъ, во всякомъ случаѣ признаетъ наказаніемъ [6]).

Другіе писатели придаютъ значеніе различію цѣлей уголовнаго и дисциплинарнаго наказаній въ томъ смыслѣ, что они противополагаютъ не столько различіе цѣлей обоихъ наказаній по

---

[1]) Halschner l. c. I s. 558.

[2]) Ib. II s. 1020.

[3]) Holtzendorff. l. c. s. 5.

[4]) Seydel. l. c. III s. 479.

[5]) Lehmann. Zur Lehre von dem autonomen Strafrecht offentlich rechtlichen Verbände (Z. 22 s. 231).

[6]) Hecker. Uber die Grenzen des Kriminal- und Disciplinarstrafrechts bei Pflichtverletzungen der Civil-Beamten und Militärpersonen (Gerichtssaal. 31 s. 489).

ихъ содержанію, сколько различіе того объекта, на который направляется въ сущности однородная цѣль обоихъ наказаній, — цѣль охраны. Такъ, еще Гэннеръ говорилъ о томъ, что дисциплинарное наказаніе въ отношеніи служащихъ болѣе расчитано на поддержаніе порядка на службѣ и на исправленіе [1]). Эту же точку зрѣнія выдвигали нѣкоторые прежніе юристы [2]). Ея же придерживаются и многіе современные нѣмецкіе юристы. Такъ, Губрихъ признаетъ, что дисциплинарное наказаніе, какъ и всякое вообще наказаніе, имѣетъ своею цѣлью возмездіе, но онъ вмѣстѣ съ тѣмъ указываетъ на то, что государственное наказаніе имѣетъ цѣлью огражденіе порядка того жизненнаго единенія (Lebensgemeinschaft), въ которомъ принимаютъ участіе всѣ индивиды, подчиненные уголовной власти, а дисциплинарное — порядка опредѣленныхъ болѣе мелкихъ круговъ общежитія [3]). Фридлендеръ точно также говоритъ объ охранѣ публичнаго порядка, какъ цѣли уголовнаго наказанія, и объ охранѣ порядка въ отдѣльныхъ кругахъ общежитія, существующихъ въ государствѣ, какъ цѣли дисциплинарнаго наказанія, прибавляя къ этому, что, если государство само примѣняетъ дисциплинарное наказаніе, то дѣлаетъ это не въ интересахъ всего общества (Allgemeinheit), а ради поддержанія порядка среди органовъ государства [4]). Листъ указываетъ на то, что дисциплинарное наказаніе раздѣляетъ всѣ черты наказанія вообще, къ которому оно относится, какъ къ понятію родовому, и отличается отъ него только по различію охраняемыхъ интересовъ—именно дисциплинарныя наказанія служатъ инымъ цѣлямъ, а не охранѣ общественнаго правопорядка; въ частности въ отношеніи дисциплинарныхъ наказаній для служащихъ онъ указываетъ цѣль охраны государственнаго интереса къ

---

[1]) Gonner l. c. s. 214.

[2]) Такъ, Цахаріэ говорилъ о цѣли поддержанія порядка и необходимой дисциплины на государственной службѣ, какъ о цѣли дисциплинарнаго наказанія (Zacharia. Deutsches Staats- und Bundesrecht. 1867, II s. 49), Гротефендъ указывалъ въ этомъ отношеніи точно также на цѣль обезпеченія интересовъ публичной службы (Grotefend. Das deutsche Staatsrecht der Gegenwart, 1869 s. 742), Вехтеръ (Wachter l. c. s. 301) и Шаперъ (Schaper l. c. s. 276) говорили о цѣли охраны дисциплины и порядка (Zucht und Ordnung) въ опредѣленныхъ кругахъ общежитія, какъ о существенномъ элементѣ дисциплинарнаго наказанія. Іонъ усматривалъ цѣль дисциплинарнаго наказанія въ устраненіи нарушеній порядка и дисциплины внутри особаго круга обязанностей, тогда какъ для наказанія въ собственномъ смыслѣ онъ выдвигалъ цѣль поддержанія общаго правопорядка (Iohn. Strafprozessordnung fur das deutsche Reich, 1881, I s. 49).

[3]) Hubrich. Die parlamentarische Redefreiheit und Disciplin 1899 s. 10.

[4]) Friedländer. Die Ordnungsstrafen der Reichsgesetzgebung wegen Verletzung der Dingpflicht (Gerichtssaal. 46 s. 418).

вѣрному исполненію ими своихъ обязанностей и достойному ихъ поведенію [1]). Лиліенталь точно также подчеркиваетъ цѣль дисциплинарнаго наказанія, какъ цѣль обезпеченія особаго круга обязанностей [2]). Лассъ противополагаетъ цѣль охраны особыхъ интересовъ извѣстнаго круга лицъ цѣли охраны общихъ публичныхъ интересовъ [3]). Фингеръ говоритъ о цѣли привести въ должное соотвѣтствіе поведеніе отдѣльныхъ индивидовъ, какъ членовъ опредѣленныхъ круговъ лицъ, съ особыми обязанностями этихъ круговъ [4]). Ремъ указываетъ на то, что дисциплинарныя наказанія не вытекаютъ изъ государственнаго уголовнаго права властвованія (Strafgewaltrecht) надъ подданнымъ и что они не являются видомъ уголовнаго наказанія (Kriminalstrafe), т. е. того наказанія, которое налагаетъ властелинъ въ силу своего права власти надъ государствомъ въ цѣломъ; они являются однако видомъ наказанія вообще, какъ требуемаго идеей справедливости возмездія за злодѣяніе; ихъ цѣлью является поддержаніе порядка (Zucht und Ordnung) при реализаціи принадлежащаго властелину права службы [5]). Генель точно также признаетъ дисциплинарное наказаніе, какъ и всякое вообще наказаніе, возмездіемъ, а то особенное, что отличаетъ дисциплинарное наказаніе отъ уголовнаго, онъ усматриваетъ въ его назначеніи ограждать авторитетъ субъективнаго права на повиновеніе, на исполненіе обязанностей въ особомъ отношеніи властвованія (Gewaltverhältniss), отличномъ отъ общаго отношенія подчиненія (allgemeine Unterwerfungsverhältniss) [6]). Наконецъ, Прегеръ указываетъ на назначеніе дисциплинарнаго наказанія поддерживать порядокъ и дисциплину въ отличномъ отъ государства жизненномъ кругѣ [7]). Такое же отношеніе къ данному вопросу мы находимъ и у многихъ представителей русской [8]) и

---

[1]) Liszt Ordnungs- und Disciplinarstrafen (Holtzendorff's Rechtslexikon 1881 II, s. 168).

[2]) Lilienthal. Grundriss s. 2.

[3]) Lass. Strafrecht der Berufsgenossenschaften nach den Umfallversicherungsgesetzen von 30 Juni 1900. 1901 s. 12.

[4]) Finger. Strafrecht. s. 344.

[5]) Rehm. l. c. s. 191.

[6]) Hänel. Staatsrecht. s. 458.

[7]) Preger l. c. s. 34.

[8]) Такъ, Коркуновъ видитъ отличительный признакъ дисциплинарнаго взысканія въ томъ, что оно имѣетъ своею цѣлью охрану установленнаго порядка какой-либо общественной дѣятельности (в. с. стр. 86; см. также Русское государственное право, 1909 т. II стр. 723). Фойницкій указываетъ на то, что дисциплинарная власть общественныхъ единеній и установленій направлена на поддержаніе внутренняго ихъ строя (Курсъ уголовнаго судопроизводства т. I стр. 14). Таганцевъ говоритъ объ особомъ дисциплинарномъ порядкѣ, преслѣдующимъ свои

французской доктрины [1]).

При этомъ нужно замѣтить, что нѣкоторые писатели не указываютъ прямо на различіе цѣлей уголовнаго и дисциплинарнаго наказаній, но выдвигаютъ опредѣленныя цѣли, свойственныя наказаніямъ дисциплинарнымъ, какъ таковымъ, подчеркивая ближе то, въ чемъ долженъ заключаться тотъ порядокъ публичной службы, который они призваны ограждать [2]).

отдѣльныя отъ охраны правопорядка цѣли, въ частности же въ отношеніи дисциплинарныхъ наказаній для служащихъ онъ указываетъ цѣль охраненія дисциплины и неопороченности службы (в. с. стр. 59 и 89).

[1]) Такъ, Муронъ, говоря о томъ, что дисциплинарныя наказанія являются средствами поддержанія порядка въ извѣстныхъ кругахъ общежитія, замѣчаетъ что уголовный искъ имѣетъ цѣлью обезпеченіе соціальнаго порядка, а дисциплинарный—спеціальныхъ обязанностей членовъ извѣстнаго общенія людей (Mouron Des poursuites disciplinaires 1885 p. 54). Дюранъ находитъ, что уголовное наказаніе назначается въ интересахъ всего общества, а дисциплинарное въ интересахъ того единенія (corps), къ которому принадлежитъ виновный (Durand l. c. p 188). Друй-Ллобера говоритъ, какъ о чертѣ, существенной для дисциплинарнаго наказанія, о поддержаніи порядка въ спеціальномъ единеніи людей (Drouille-Llobéra Le pouvoir disciplinaire sur les fonctionnaires publics. 1900 p 11).

[2]) Такъ, Миттермайеръ признаетъ особой цѣлью дисциплинарныхъ наказаній цѣль заставить служащихъ лучше исполнять свои обязанности (Mittermaier l. c s 748). Точно также Пфейфферъ говоритъ о цѣли обезпеченія пунктуальнаго исполненія служащимъ лежащихъ на немъ обязанностей по службѣ (Pfeiffer l. c. s 401). Кризъ указываетъ на цѣль побудить подвергающагося наказанію къ болѣе тщательному исполненію своихъ обязанностей и воспрепятствовать ему учиненіе дальнѣйшихъ нарушеній обязанностей путемъ прекращенія принадлежности его къ опредѣленному кругу (Kries. Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts. 1892 s. 68). Гарзеймъ точно также говоритъ о цѣли привести къ порядку (zu Ordnung zurückzuführen) лицъ, принадлежащихъ къ извѣстному единенію, если они не исполняютъ своихъ обязанностей, или исключить ихъ изъ этого общенія, если они сдѣлали себя недостойными его (Harseim l. c s. 267). Вальбергъ подчеркиваетъ обезпеченіе соблюденія добраго порядка и вѣрнаго исполненія служебныхъ обязанностей, понужденіе къ дисциплинѣ и честности и уничтоженіе того отношенія, которое не можетъ долѣе существовать безъ опасности для достоинства службы (Wahlberg l. c. s. 537). Ленингъ говоритъ о цѣли предупредить нарушеніе обязанностей государственной службы и устранить ихъ вредныя послѣдствія, какъ о цѣли, присущей дисциплинарному наказанію (Loning. Lehrbuch s. 127). Куплеваскій называетъ дисциплинарныя мѣры „мѣрами, предпринимаемыми относительно служащихъ лицъ для поддержанія службы въ надлежащемъ порядкѣ“ (Куплеваскій. Государственная служба въ теоріи и дѣйствующемъ правѣ Англіи, Франціи, Германіи и Цислейтанской Австріи. 1888 стр. 3) и видитъ цѣль ихъ въ „улучшеніи данной должности путемъ улучшенія качества занимающаго ее лица или путемъ его устраненія“ (Куплеваскій. Проектъ устава о служебныхъ провинностяхъ, Ж. М. Ю. 1898 № 10 стр. 7). Чичеринъ указываетъ, что „судебное преслѣдованіе имѣетъ въ виду наказать преступленіе, дисциплинарное взысканіе—сохранить надлежащее подчиненіе и порядокъ, понудить къ ревностному исполненію обязанностей, наконецъ охранить чистоту служащаго сословія“ (Чичеринъ.

Таковы тѣ разнообразные взгляды, которые высказываются въ юридической литературѣ относительно различія, существующаго между государственнымъ и внѣгосударственнымъ наказаніями по ихъ цѣли.

Останавливаясь на разсмотрѣніи и оцѣнкѣ этихъ взглядовъ, мы должны признать, что въ то время, какъ первая группа приведенныхъ выше мнѣній, дѣйствительно, исходитъ изъ представленія о существованіи своеобразныхъ цѣлей государственнаго и внѣгосударственнаго наказаній, имъ однимъ только присущихъ, вторая указываетъ не столько на различіе цѣлей этихъ видовъ наказаній, сколько на различіе тѣхъ интересовъ, которые должны ограждаться государственнымъ и внѣгосударственнымъ наказаніемъ; къ этой второй группѣ примыкаетъ и третья группа взглядовъ, которые лишь болѣе точно формулируютъ сущность тѣхъ интересовъ, которые должны быть ограждаемы внѣгосударственнымъ наказаніемъ. Съ этой точки зрѣнія послѣдняя группа самостоятельнаго интереса не представляетъ. Разсматривая же ближе первыя двѣ группы взглядовъ на различіе цѣлей государственнаго и внѣгосударственнаго наказаній, мы можемъ сказать слѣдующее.

Что касается первой концепціи, то она сводится къ представленію о томъ что наказаніе государственное имѣетъ цѣлью возмездіе, тогда какъ для наказанія внѣгосударственнаго эта цѣль отрицается и вмѣсто нея выдвигается цѣль исправленія или огражденія порядка въ извѣстныхъ кругахъ общежитія. Но по этому поводу мы можемъ сказать, что, какъ мы уже знаемъ, возмездіе не является вообще цѣлью наказанія, будучи существеннымъ элементомъ самаго содержанія этого понятія, представляя собой воздѣйствіе на учиненное въ соотвѣтствіи съ его оцѣнкой. И поскольку мы говоримъ о любомъ наказаніи, мы имѣемъ въ виду то, что въ немъ содержится оцѣнка учиненнаго, гдѣ бы это наказаніе ни

Курсъ государственной науки Ч. I. Общее государственное право 1894. стр. 368). Лене (Lainé. Traité élémentaire du droit criminel p. 78) и Гарро (Traité t. I p. 216) говорятъ о цѣли исправленія виновнаго и обезпеченія достоинства того единенія (corps), къ которому онъ принадлежитъ. Гаусъ указываетъ на цѣль исправленія и направленія (déterminer) служащаго къ исполненію обязанностей и къ поддержанію достоинства корпораціи (Haus l. c. t. II p. 183). О цѣли принужденія къ исполненію правилъ дисциплины говоритъ Морэнъ (Morin. De la discipline de cours et tribunaux, du barreau et des corporations d'officiers publics. 1868, II p. 399), о поддержаніи достоинства должности—Шульцъ (Schulz. De la discipline des avoués. 1901 p. 15) и Незаръ (Nezard l. c. p. 95 и 175), прибавляя къ этому, что дисциплинарныя наказанія въ противоположность уголовнымъ не являются примѣрными и искупляющими (exemplaires et expiatoires).

примѣнялось и въ чемъ бы оно ни проявлялось. Если отецъ наказываетъ своего провинившагося сына, учитель ученика, начальникъ подчиненнаго, адвокатская коллегія своего сочлена, парламентъ депутата—вездѣ здѣсь фактомъ назначенія и примѣненія наказанія дается оцѣнка того дѣянія, которое вызываетъ данную форму репрессіи. И съ этой точки зрѣнія мы не можемъ элиминировать изъ понятія внѣгосударственнаго наказанія элемента возмездія и не можемъ по моменту возмездія противополагать другъ другу государственное и внѣгосударственное наказаніе. Итакъ, ошибочность данной концепціи покоится на неправильномъ представленіи о томъ, что возмездіе есть цѣль государственнаго наказанія. Но съ другой стороны, если бы даже возмездіе и признавалось цѣлью наказанія, мы не могли бы утверждать что внѣгосударственное наказаніе отличается отъ государственнаго тѣмъ, что ему присуща цѣль исправленія, или, какъ иногда она ближе опредѣляется, цѣль побужденія къ лучшему исполненію виновнымъ своихъ обязанностей. Въ этомъ отношеніи мы должны имѣть въ виду, что подобно тому, какъ для наказанія государственнаго мы не можемъ выдвинуть единой цѣли карательной дѣятельности государства и среди прочихъ цѣлей выдвигаемъ цѣль исправленія, которая находитъ себѣ особенно отчетливое выраженіе въ опредѣленныхъ карательныхъ средствахъ, такъ и въ отношеніи внѣгосударственнаго наказанія мы не можемъ указывать на какую-нибудь единую цѣль, въ особенности, если будемъ имѣть въ виду большое разнообразіе проявленія отдѣльныхъ формъ внѣгосударственнаго наказанія. И въ области внѣгосударственнаго наказанія мы можемъ найти отдѣльныя мѣры, которыя преслѣдуютъ не только цѣль исправленія, но и другія цѣли, пріурочиваемыя обыкновенно къ наказанію государственному—цѣль устрашенія и цѣль обезвреженія. Такъ, цѣль устрашенія въ особенности видна въ мѣрахъ дисциплины, примѣняемыхъ въ тюремныхъ заведеніяхъ по отношенію къ арестантамъ: такова цѣль напр. тѣлесныхъ наказаній въ тюрьмахъ. Съ другой стороны цѣль обезвреженія безусловно присуща всѣмъ тѣмъ мѣрамъ служебной дисциплины, которыя извѣстны подъ именемъ очищающей (epurirende) дисциплины. Такимъ образомъ мы не можемъ по этому признаку проводить различіе между наказаніями государственнымъ и внѣгосударственнымъ, и даже если бы мы нашли, что цѣль исправленія или иная цѣль болѣе присуща наказанію внѣгосударственному, чѣмъ государственному, то одно это обстоятельство не могло бы быть положено въ основаніе разграниченія данныхъ понятій.

Другая концепція различія наказаній государственнаго и внѣгосударственнаго по ихъ цѣли сводится къ указанію на то, что для государственнаго наказанія цѣлью является огражденіе общественнаго правопорядка, тогда какъ для внѣгосударственнаго—огражденіе того правопорядка, который существуетъ въ иномъ, чѣмъ государство, общеніи людей. Но при такомъ пониманіи цѣли наказанія содержаніе цѣлей обоихъ видовъ наказаній представляется однороднымъ—охраненіе правопорядка, и все различіе сводится къ различію особенностей того правопорядка, который долженъ быть охраняемъ тѣмъ или инымъ видомъ наказанія. Какъ видно, при подобномъ пониманіи различія цѣлей наказанія рѣчь должна была бы идти не столько о цѣляхъ, сколько объ источникахъ происхожденія даннаго наказанія, такъ какъ здѣсь получаетъ значеніе то, отъ кого исходитъ наказаніе, отъ государства ли, какъ такового, интересы котораго оно признано охранять, или же отъ иного общенія людей, ради огражденія интересовъ котораго оно устанавливается.

Итакъ, мы видимъ, что внѣгосударственное наказаніе покоится на идеѣ возмездія, какъ и наказаніе государственное, и что по своей цѣли оно не можетъ быть противополагаемо наказанію государственному. Все ихъ различіе покоится на различіи источниковъ ихъ происхожденія. Эта точка зрѣнія сквозитъ, въ разсужденіяхъ многихъ изъ приведенныхъ выше писателей но она у нихъ затушевывается представленіемъ о той цѣли, которую преслѣдуетъ внѣгосударственное наказаніе въ отличіе отъ государственнаго.

Болѣе правильно поэтому поступаютъ тѣ писатели, которые прямо подчеркиваютъ различіе между обоими видами наказанія по различію источниковъ ихъ происхожденія. И въ данномъ отношеніи получаетъ особенную цѣнность выясненіе того различія, которое съ этой точки зрѣнія можетъ быть усмотрѣно между уголовнымъ наказаніемъ и дисциплинарнымъ наказаніемъ, примѣняемымъ къ служащимъ. На это и обращено было главное вниманіе въ современной юридической литературѣ. Центромъ тяжести стало въ этомъ случаѣ изученіе существа спеціальнаго отношенія служащаго къ государству въ его отличіи отъ отношенія къ государству любого индивида и выясненіе особенностей дисциплинарной карательной власти государства въ отличіе отъ его общей уголовной власти.

Подобный взглядъ выдвигался еще въ концѣ XVIII в. фонъ деръ Беке, который, хотя еще и не знаетъ понятія дисциплинарнаго наказанія, какъ самостоятельнаго понятія, но приводитъ отдѣльныя мѣры,

соотвѣтствующія современнымъ дисциплинарнымъ наказаніямъ, и указываетъ, что ихъ источникомъ является верховный надзоръ (Oberaufsicht), присущій государству въ отношеніи служащихъ, подчеркивая этимъ особенный источникъ происхожденія этихъ наказаній по сравненію съ обычными уголовными наказаніями[1]). Болѣе опредѣленно высказывается въ этомъ отношеніи Пфейфферъ, указывая на наличность отношенія подчиненія (Verhaltniss der Unterordnung) служащаго начальству, какъ на основаніе дисциплинарной власти[2]). Эта точка зрѣнія усваивается и рядомъ другихъ писателей той же эпохи[3]). Въ позднѣйшей же литературѣ усваивается приведенный выше взглядъ Лабанда на различіе источниковъ уголовной и дисциплинарной власти[4]), однако безъ того вывода, который дѣлаетъ отсюда этотъ писатель о принципіальномъ различіи, существующемъ между уголовнымъ и дисциплинарнымъ наказаніемъ.

Послѣдняя точка зрѣнія раздѣляется въ настоящее время весьма многими писателями. Такъ, Шульце говоритъ, что государство осуществляетъ дисциплинарное право, какъ господинъ (Dienstherr), и что дисциплинарная власть вытекаетъ изъ особаго отношенія службы, существующаго между служащимъ и государствомъ[5]). Объ особомъ отношеніи властвованія (Gewaltverhältniss)

---

[1]) Von der Becke. Von Staatsamtern und Staatsdienern. 1797 s. 78

[2]) Pfeiffer l. c. s. 401

[3]) Такъ, Шмиттгеннеръ говоритъ объ особомъ отношеніи служащаго къ государству, какъ основаніи существованія дисциплинарной власти (Schmitthenner. Grundlinien des allgemeinen und idealen Staatsrechts 1845 s 515). Шлеттеръ указываетъ на то, что дисциплинарныя наказанія исходятъ изъ особаго авторитета, отличнаго отъ общей государственной власти (Schletter l. c s. 586). Геффтеръ, какъ указано было выше, различаетъ уголовное и дисциплинарное наказаніе по ихъ цѣли, но въ то же время онъ придаетъ значеніе источнику происхожденія дисциплинарнаго наказанія въ противоположность уголовному, указывая на то, что первое вытекаетъ изъ власти господина (Herrendienstgewalt), которая является частнымъ правомъ государства, а не общимъ правомъ всей государственной общины (Staatsgemeinde), какъ уголовное право (Heffter l. c. s. 197). Точно также Дольманъ, наряду съ указаніемъ на различіе уголовнаго и дисциплинарнаго наказаній по ихъ цѣли, замѣчаетъ, что уголовное наказаніе покоится на общей уголовной власти государства, а дисциплинарное—на верховномъ надзорѣ (Aufsichtshoheit), принадлежащемъ государственной власти въ отношеніи всѣхъ носителей публичныхъ правомочій (Dollmann l. c. s. 219). Равнымъ образомъ Шютце противополагаетъ въ качествѣ источниковъ происхожденія уголовнаго и дисциплинарнаго наказаній карательное верховенство (Strafhoheit) государства и его верховный надзоръ (Aufsichtshoheit), указывая вмѣстѣ съ тѣмъ на различіе цѣлей этихъ институтовъ (Schutze l. c. s. 521 n 2).

[4]) См выше стр. 605.

[5]) Schulze. Lehrbuch l. c. I s 330.

государства надъ служащимъ, какъ основаніи дисциплинарной власти, говоритъ Ремъ, указывая на то, что эта власть не вытекаетъ изъ карательной власти (Strafgewaltrecht) государства въ отношеніи подданныхъ, изъ его права господства (Herrschaftsrecht): здѣсь властелинъ (Herrscher) дѣйствуетъ, какъ господинъ (Dienstherr) въ отношеніи служащихъ, такъ что дисциплинарныя наказанія покоются на служебномъ правѣ властвованія (dienstherrliches Gewaltrecht) [1]). Листъ точно также подчеркиваетъ, что дисциплинарныя наказанія назначаются государствомъ, не какъ обладателемъ публичной власти принужденія (Zwangsgewalt), а въ силу его положенія, какъ господина (dienstherrliche Stellung) [2]). Лабесъ указываетъ на то, что дисциплинарныя наказанія назначаются въ силу особой карательной власти лицомъ, обладающимъ властью (Gewalthaber), или его органами, подчеркивая существованіе особаго отношенія властвованія (Gewaltverhaltniss) надъ служащими параллельно отношенію подданства [3]). Еллинекъ говоритъ о различіи отношенія владычества (Herrschaftsgewalt, imperium) и властвованія (Gewalt), т. е. власти безусловной и условной, ограниченной во времени, усматривая отличительную особенность первой въ правѣ не только требовать исполненія, но и осуществлять его (sich zu verschaffen), а также въ томъ, что отъ всякой вообще власти освободиться можно, освободиться же отъ владычества нельзя [4]). Фингеръ точно также различаетъ публичную уголовную власть государства и дисциплинарную власть, вытекающую изъ господства (Dienstherrlichkeit) [5]). Вахенфельдъ говоритъ, что дисциплинарное наказаніе есть зло, которое государство назначаетъ только, какъ господинъ (Dienstherr) въ отношеніи своихъ служащихъ [6]). Кюбель замѣчаетъ, что дисциплинарное наказаніе вытекаетъ изъ особаго правоотношенія, въ которомъ стоитъ чиновникъ къ государству, подчеркивая при этомъ то обстоятельство, что это наказаніе стоитъ между частнымъ (Privatstrafe) и уголовнымъ наказаніями и имѣетъ черты каждаго изъ нихъ [7]). Прегеръ говоритъ, что въ публично-правовомъ наказаніи наказываетъ государство, притомъ, какъ обладатель публично-правовой уголовной власти, въ автономномъ же наказаніи субъектомъ уголовнаго права

---

[1]) Rehm l. c. s. 191.
[2]) Liszt. Lehrbuch. s. 253.
[3]) Labes l. c. s. 249.
[4]) Jellinek l. c. s. 214 eff
[5]) Finger. Strafrecht. s. 344; Lehrbuch s. 446.
[6]) Wachenfeld l. c. s. 276.
[7]) Kubel l. c. s. 27.

является отличный отъ государства, какъ обладателя публично-правовой уголовной власти, правовой или жизненный кругъ (Rechts- oder Lebenskreis), или же государственная или негосударственная власть (Behörde), которая назначаетъ наказаніе не въ видѣ исполненія публичнаго уголовнаго права, а въ силу собственнаго предоставленнаго государствомъ или признаннаго имъ уголовнаго права [1]). Фонъ-Резонъ упоминаетъ объ особыхъ держателяхъ карательной власти, указывая на то, что „власть налагать взысканія, кару, принадлежащая не государству, а извѣстнымъ союзамъ, обусловливается спеціальнымъ отношеніемъ, существующимъ между держателями власти и подвластными. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда властью наложенія дисциплинарныхъ взысканій пользуется само государство, оно тоже дѣйствуетъ не въ силу принадлежащаго ему права на наказаніе, а въ силу своихъ спеціальныхъ отношеній къ извѣстному разряду людей..., т. е., если можно такъ выразиться, не въ качествѣ государства, а въ качествѣ хозяина“ [2]). Наконецъ, Лозина-Лозинскій говоритъ о томъ, что „въ отличіе отъ уголовной отвѣтственности передъ государствомъ, какъ суверенной верховной властью, установившей кары за преступленія, дисциплинарная отвѣтственность имѣетъ мѣсто лишь тамъ, гдѣ существуетъ особое юридическое отношеніе властвованія — подчиненія“ [3]).

Останавливаясь на оцѣнкѣ этого взгляда, мы въ связи съ тѣмъ, что говорилось уже раньше, должны признать, что онъ совершенно правильно, при всемъ различіи его ближайшаго выраженія у отдѣльныхъ писателей, выдвигаетъ соображеніе о томъ, что особенность внѣгосударственнаго наказанія по сравненію съ государственнымъ представляетъ то, что источникъ его происхожденія иной, чѣмъ государственнаго наказанія. И, конечно, здѣсь дѣло не въ томъ верховномъ надзорѣ, о которомъ говорили прежніе юристы, какъ объ основаніи дисциплинарной власти, а въ томъ особомъ отношеніи подчиненія, которое возникаетъ у служащаго, равно какъ и у всякаго иного лица, вступающаго въ какое нибудь общеніе людей, имѣющее свой укладъ, предполагающій наличность опредѣленныхъ обязанностей для его сочленовъ, къ этому общенію. Ради интересовъ этого общенія и примѣняются особыя карательныя мѣры, исходящія не отъ лица государственной власти, а отъ лица даннаго единенія людей.

---

[1]) Preger l. c. s. 33.

[2]) Фонъ-Резонъ в. с. № 9 стр. 29.

[3]) Лозина-Лозинскій в. с. стр. 941.

Такимъ образомъ, признавая тождество по содержанію государственнаго и внѣгосударственнаго (дисциплинарнаго) наказанія, мы можемъ усматривать въ нихъ только разновидности единаго общаго понятія наказанія, въ установленномъ раньше смыслѣ [1]). Но, поскольку въ юридической литературѣ, въ положительномъ правѣ, равно какъ и въ обыденной жизни уголовное наказаніе противополагается дисциплинарному взысканію, мы должны въ опредѣленіе понятія наказанія въ узкомъ его смыслѣ, какъ наказанія государственнаго, съ понятіемъ котораго обыкновенно и связывается представленіе объ уголовномъ наказаніи, ввести въ качествѣ его элемента указаніе на источникъ происхожденія его отъ государственной власти.

§ 7. Обращаясь далѣе къ опредѣленіямъ положительнаго права, касающимся дисциплинарныхъ наказаній, мы должны отмѣтить прежде всего то обстоятельство, что въ виду разнообразія отдѣльныхъ единеній людей, осуществляющихъ карательныя функціи наряду съ государствомъ, не представляется возможнымъ установить единую область внѣгосударственнаго наказанія. Напротивъ того, здѣсь приходится считаться съ разнообразіемъ карательныхъ мѣръ, предоставленныхъ компетенціи отдѣльныхъ общеній людей, причемъ положительное право указываетъ предѣлы этихъ мѣръ, за которыми уже начинается область недозволеннаго посягательства на правовыя блага личности.

При этомъ по самымъ особенностямъ дисциплинарныхъ наказаній, примѣняемыхъ отдѣльными общеніями людей, съ точки зрѣнія нашего права, можно провести рѣзкую грань между двумя группами наказаній этого рода: это—съ одной стороны наказанія, примѣняемыя въ сферѣ отношеній индивида къ отдѣльнымъ общеніямъ, существующимъ въ государствѣ: въ семьѣ, школѣ, общеніяхъ, покоющихся на договорѣ личнаго найма, церкви, сословныхъ, профессіональныхъ и другихъ организаціяхъ, а также законодательныхъ учрежденіяхъ, съ другой стороны—наказанія, примѣняемыя въ сферѣ общеній, предполагающихъ наличность особаго, спеціальнаго отношенія подчиненія индивида государству,—въ сферѣ государственной службы, военной службы и въ сферѣ отношеній, вызываемыхъ фактомъ отбытія наказаній лишеніемъ свободы. Послѣдняя группа дисциплинарныхъ наказаній характеризуется съ точки зрѣнія нашего права тѣмъ, что въ ней наказанія дисциплинарныя, примѣняемыя отъ лица государства въ сферѣ особыхъ отно-

[1]) См. стр. 248.

шеній къ нему индивида, смѣшиваются съ обще-уголовными наказаніями, примѣняемыми отъ лица государства, какъ такового.

Обращаясь къ первой группѣ внѣгосударственныхъ наказаній, мы можемъ найти слѣдующія постановленія.

Что касается прежде всего семьи, то по нашимъ гражданскимъ законамъ родителямъ предоставляется право употреблять домашнія исправительныя мѣры для исправленія дѣтей строптивыхъ и неповинующихся (ст. 165 зак. гражд.) [1]). Объемъ этихъ мѣръ въ нашемъ правѣ, въ противоположность нѣкоторымъ другимъ законодательствамъ [2]), прямо не опредѣляется [3]), но изъ смысла ст. 168 зак. гражд. („въ личныхъ обидахъ или оскорбленіяхъ отъ дѣтей на родителей не пріемлется никакого иска ни гражданскимъ, ни уголовнымъ порядкомъ"), а также изъ объема понятія обиды дѣйствіемъ по нашему дѣйствующему праву (ст. 1533 улож. о нак.) слѣдуетъ сдѣлать выводъ, что родители могутъ примѣнять въ отношеніи дѣтей тѣлесныя наказанія, выражающіяся даже въ причиненіи побоевъ тяжкихъ, но не опасныхъ для жизни. Что же касается угол. улож. 1903 г., то, какъ это можно вывести изъ содержанія ст. 420 п. 1, объемъ дисциплинарной власти родителей ограниченъ правомъ причиненія легкихъ тѣлесныхъ поврежденій (ст. 469) и насилія надъ личностью (ст. 475), не переходящихъ однако въ жестокое обращеніе [4]).

---

[1]) Ст. 339 гражд. улож. Царства Польскаго 1825 г. говоритъ, что „родители, имѣющіе поводы быть недовольными поступками своихъ дѣтей, могутъ наказывать ихъ безъ вреда ихъ здоровью и успѣхамъ въ наукахъ".

[2]) Напр. австр. угол улож. § 413 въ соотвѣтствіи съ § 145a гражд. улож. запрещаетъ при осуществленіи права домашней дисциплины такія дѣйствія, которыя причиняютъ вредъ здоровью наказываемаго; итал угол. улож. § 390 запрещаетъ дисциплинарныя мѣры, причиняющія вредъ или опасность здоровью наказываемаго, венг. угол. улож. § 313 говоритъ о ненаказуемости легкихъ тѣлесныхъ посягательствъ, учиненныхъ при осуществленіи права домашней дисциплины; то же устанавливаетъ финл. угол улож гл. 21 § 12; англ. законъ 1908 г. (Children Akt § 12,1) предполагаетъ возможность примѣненія родителями тѣлесныхъ наказаній, лишь бы они не заключали въ себѣ ненужныхъ страданій и вреда здоровью

[3]) Подобное отношеніе законодательсгва къ данному вопросу встрѣчаетъ въ общемъ одобреніе въ доктринѣ, хотя съ другой стороны слѣдуетъ отмѣтить, что въ ней раздаются голоса въ пользу установленія большей опредѣленности въ этой области, въ частности же и противъ предоставленія родителямъ права примѣненія тѣлеснаго наказанія въ отношеніи своихъ дѣтей Такова между прочимъ точка зрѣнія Лорана, который отрицаетъ это право родителей и de lege lata: „le père n'a qu'un droit d'éducation; or qui dit éducation, exclut les châtiments corperels" (Laurent. Principes de droit civil français t. IV. 1887 p. 373).

[4]) Ср. Сергѣевскій в. с. изд. 1904 г. съ дополненіями Жижиленко стр. 275.

Кромѣ того родителямъ предоставлено по нашему законодательству право лишенія дѣтей свободы путемъ помѣщенія ихъ въ тюрьму (до закона 1885 г. въ смирительный домъ) „безъ особаго судебнаго разсмотрѣнія“ на время отъ 2 до 4 мѣс. (ст. 165 зак. гражд. и ст. 1592 улож. о нак.). Однако подобное лишеніе свободы не можетъ происходить въ настоящее время „безъ особаго судебнаго разсмотрѣнія“, такъ какъ это противорѣчитъ основнымъ началамъ судебныхъ уставовъ [1]); къ тому же ст. 265, 366 и др. уст. о сод. подъ стр., опредѣлявшія порядокъ помѣщенія дѣтей родителями въ смирительные дома, а также порядокъ ихъ содержанія въ этихъ домахъ, отмѣнены закономъ 25 ноября 1885, упразднившимъ смирительные дома, такъ что, какъ это правильно признано сенатомъ (рѣш. общ. собр. 88/4), „за отмѣной вышеназванныхъ постановленій, нынѣ въ законодательствѣ нашемъ не содержится никакихъ законоположеній, опредѣляющихъ порядокъ помѣщенія родителями въ карательныя учрежденія дѣтей, помимо судебной власти..., такъ что родители могутъ осуществлять свое право только путемъ обращенія къ судебной власти“. Таково господствующее мнѣніе по данному вопросу и въ нашей литературѣ [2]). Однако противъ только что приведеннаго сенатскаго рѣшенія возражаетъ Шершеневичъ [3]), указывая на то, что изъ того, что законъ 25 ноября 1885 г. отмѣнилъ смирительные дома, не вытекаетъ вовсе, чтобы тѣмъ самымъ онъ отмѣнилъ и право родителей заключать дѣтей, если не въ смирительные дома, то въ другія соотвѣтствующія карательныя учрежденія. Но противъ этого мнѣнія можно возразить указаніемъ на то, что на основаніи дѣйствующаго уст. о сод. подъ стр. ни одно карательное учрежденіе не можетъ принять лицъ, направляемыхъ сюда для отбытія наказанія, назначеннаго лишь на основаніи усмотрѣнія родителей, въ особенности въ виду точнаго указанія въ ст. 168 уст. о сод. подъ стр. тѣхъ категорій лицъ, которыя могутъ быть содержимы въ тюрьмѣ (п. 2 ст. 168: „осужденные на временное заключеніе въ тюрьмѣ въ наказаніе за преступленія и проступки“). Посколько же въ настоящее время примѣненіе лишенія свободы по ст. 1592 улож. о нак. можетъ происходить только путемъ обращенія къ судебной власти, постолько данное наказаніе есть

---

[1]) Ср. рѣш. угол. кас. деп. 68/555, признавшее это положеніе въ отношеніе мѣстностей, гдѣ введены судебные уставы; въ настоящее же время съ распространеніемъ дѣйствія судебныхъ уставовъ на всю территорію Россіи окончательно утратило значеніе выраженіе „безъ особаго судебнаго разсмотрѣнія“.

[2]) Таганцевъ в. с. стр. 69; Фонъ-Резонъ в. с. стр. 4.

[3]) Шершеневичъ в. с. стр. 737.

обыкновенное наказаніе, а не дисциплинарное взысканіе, назначаемое родителями [1]).

Говоря о дисциплинарномъ правѣ родителей, мы исходимъ изъ представленія о томъ, что на основаніи прямыхъ указаній закона одни только родители уполномочиваются примѣнять дисциплинарныя наказанія; но, конечно, они могутъ передать осуществленіе этого права другимъ лицамъ [2]), напр. учителю или воспитателю. Однако съ другой стороны мы не можемъ признать, какъ это дѣлается весьма многими представителями нѣмецкой науки уголовнаго права, что третье лицо, дѣйствующее безъ прямого уполномочія родителей и примѣняющее тѣлесное наказаніе къ ребенку, учинившему какое-нибудь правонарушеніе или просто даже шалость, совершаетъ актъ правомѣрный, такъ какъ оно дѣйствуетъ въ интересахъ родителей, вслѣдствіе чего можно презюмировать передачу родительской власти въ подобныхъ случаяхъ [3]). Подобная презумпція здѣсь допущена быть не

---

[1]) Во французскомъ (art. 376 Code civil) и бельгійскомъ (art. 376 Code civil) законодательствахъ, въ которыхъ сохранилось право родителей заключать строптивыхъ и непослушныхъ дѣтей въ тюрьму, осуществленіе его происходитъ при участіи дѣятельности президента суда первой инстанціи, который назначаетъ это заключеніе для дѣтей до 15 лѣтъ лишь по одному требованію родителей безъ его провѣрки, въ отношеніи же дѣтей старшаго возраста допускается провѣрка и возможность отказа въ исполненіи требованія родителей или же сокращеніе требуемаго ими срока заключенія; участіе органа судебной власти требуется при осуществленіи этого права родителей лишать свободы дѣтей и по итал. гражд. улож. (§ 222).

[2]) Едва ли однако можно идти такъ далеко, какъ идетъ сенатъ, отрицающій возможность уступки этого права другимъ лицамъ; ср. рѣш. угол. касс. деп. 73/452, признавшее, что „мачеха ни по отношенію къ своей падчерицѣ, ни по уполномочію своего мужа не можетъ имѣть надъ падчерицей полной родительской власти... такая власть не можетъ переходить къ лицу, не состоящему въ кровныхъ узахъ съ подвластнымъ лицомъ“.

[3]) Такъ, Кулеманъ (Kulemann. Selbsthilfe Z. 9 s. 340) указываетъ здѣсь на наличность особаго negotiorum gestio, отрицая, впрочемъ, рѣшеніе даннаго вопроса въ положительномъ смыслѣ de lege lata; Баумертъ (Baumert. Über die Zurechnungsfähigkeit und Bestrafung jugendlichen Personen 1877 s. 77) ссылается на воззрѣнія народа, допуская примѣненіе дисциплинарныхъ наказаній лишь со стороны потерпѣвшаго, Боллагъ (Bollag. Die Grenzen der strafbaren Nötigung. 1900 s. 155) подчеркиваетъ здѣсь въ особенности дѣйствіе въ интересахъ государства по предупрежденію наказуемыхъ дѣяній; Губрихъ (Hubrich. Das Zuchtigungsrecht in seiner strafrechtlichen Bedeutung, Gerichtsaal. 46 s. 222) говоритъ о добросовѣстномъ предположеніи согласія въ подобномъ случаѣ родителей; Листъ просто говоритъ о предположеніи этого согласія (Lehrbuch s. 158), Биндингъ же (Grundriss s 201) не требуетъ и этого предположенія. Болѣе правильно поступаютъ тѣ писатели, которые допускаютъ примѣненіе силы въ подобныхъ случаяхъ лишь, какъ средство отраженія нападенія. Ср. Freudenstein. Das Erziehungsrecht in Haus und Schule. 1882

можетъ, такъ какъ самое предположеніе о томъ, что всякій отецъ прибѣгаетъ къ тѣлесному наказанію дѣтей, на чемъ только и можно строить эту презумпцію, совершенно не оправдывается дѣйствительностью.

Наконецъ, нужно замѣтить, что современное право, говоря о дисциплинарныхъ наказаніяхъ въ сферѣ семейнаго общенія, знаетъ лишь наказанія, примѣняемыя родителями въ отношеніи дѣтей. Иное начало проводилось въ старомъ правѣ, допускавшемъ дисциплинарныя наказанія мужа по отношеніи къ женѣ [1]). Для современнаго нашего права эту точку зрѣнія отстаиваетъ однако одинъ только Фонъ-Резонъ, находя, что „мужъ вправѣ употреблять противъ жены тѣ же домашнія исправительныя мѣры, которыя дозволяется родителямъ принимать противъ дѣтей", такъ какъ въ п. 3 ст. 179 гражд. зак. супружеская власть приравнивается къ родительской, причемъ обѣ онѣ называются „неограниченными" [2]).

Переходя далѣе къ дисциплинарнымъ наказаніямъ, примѣняемымъ въ отношеніи учащихся въ учебныхъ заведеніяхъ разнаго рода, мы можемъ замѣтить, что эти наказанія представляются различными въ зависимости отъ характера даннаго учебнаго заведенія и возраста учащихся. Наше право при этомъ или вовсе не указываетъ, какія дисциплинарныя наказанія могутъ быть примѣняемы учебнымъ начальствомъ [3]), довольствуясь напр. общимъ указа-

---

s. 14; Ortloff. Die Überschreitung des Zuchtigungsrechts. 1891 s. 53; Finger. Das Züchtigungsrecht und dessen Missbrauch 1888; Kaufmann. Das Zuchtigungsrecht der Eltern und Erzieher. 1910 s 95.

[1]) Ср. Домострой гл. 38 стр. 100; Codex Maximilianeus 1756, I, 6 § 12; то же признавалось во французскомъ правѣ даже въ XVIII ст. на основаніи кутюмнаго права (Chardon. Traité des trois puissances, maritale, paternelle et tuteleure. 1841 t. I p. 88)

[2]) Фонъ-Резонъ в. с. стр. 19.

[3]) Нѣмецкая юридическая литература обращаетъ особенное вниманіе на вопросъ о правѣ учителей примѣнять тѣлесныя наказанія по отношенію къ учащимся въ виду нерѣдкихъ на практикѣ случаевъ привлеченія къ уголовной отвѣтственности учителей за превышеніе принадлежащей имъ дисциплинарной власти, выразившееся въ причиненіи тѣлеснаго поврежденія. Данный вопросъ получаетъ опредѣленное разрѣшеніе въ соотвѣтствіи съ указаніями, имѣющимися въ подлежащихъ административныхъ актахъ (Schulvorschriften, Unterrichtsinstruktionen), относительно выбора средствъ для осуществленія тѣлеснаго наказанія и способа ихъ примѣненія. Ср. Schwarze Das Züchtigungsrecht des Lehrers und das Strafgesetzbuch, Gerichtssaal 29 s. 603; Topf. Das Strafrecht des deutschen Volksschulen 1884 s. 9 eff.; Kessler. Das Reichsgericht und das Zuchtigungsrecht der Lehrer (Gerichtssaal 41 s. 161); Stenglein, Das Reichsgericht und das Züchtigungsrecht der Lehrer (Gerichtssaal 42 s. 14); Freudenstein l. c. s. 30; Hubrich l. c. s. 198; Kaufmann l. c. s. 33.

ніемъ на то, что правила о взысканіяхъ съ учащихся составляются мѣстными педагогическими совѣтами и другими соотвѣтствующими имъ учрежденіями и утверждаются высшимъ учебнымъ начальствомъ, напр. министромъ народнаго просвѣщенія (ст. 1499 т. XI ч. 1 св. зак. — для мужскихъ гимназій и прогимназій, ст. 1719—для реальныхъ училищъ, ст. 2699 п. 7 — для женскихъ гимназій, ст. 1591 п. 9, 1917, 2148 п. 10, 2304, п. 4 — для другихъ учебныхъ заведеній), или же оно указываетъ, какъ максимумъ допустимаго наказанія, опредѣленную мѣру— исключеніе изъ учебнаго заведенія (напр. ст. 2138, 2225, 3017); значительно рѣже оно указываетъ детально тѣ дисциплинарныя наказанія, которыя могутъ быть наложены на учащихся; послѣднее устанавливается напр. въ отношеніи учащихся въ учительскихъ семинаріяхъ [1]), въ приходскихъ училищахъ [2]), въ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ министерства народнаго просвѣщенія [3]); наконецъ, иногда законъ указываетъ на недопустимость примѣненія въ качествѣ дисциплинарныхъ наказаній извѣстныхъ мѣръ: такъ, это сдѣлано относительно запрета примѣненія тѣлесныхъ наказаній и заключенія въ темномъ карцерѣ въ воспитательно-исправительныхъ заведеніяхъ (ст. 34 п. 4 Пол. о воспит. исправ. завед. для несоверш. [4]).

---

[1]) Ст. 2576 перечисляетъ такія мѣры: выговоръ отъ инспектора, наказаніе арестомъ не свыше 3 сутокъ, выговоръ въ присутствіи педагогическаго совѣта, лишеніе на время или навсегда казенной стипендіи, исключеніе изъ заведенія.

[2]) Ст. 3454 говоритъ: „какъ несмотря на всѣ старанія, иногда нельзя обходиться безъ строгихъ и даже тѣлесныхъ наказаній, то учитель можетъ въ случаѣ нужды употреблять слѣдующія мѣры исправленія, но не иначе, какъ истощивъ уже всѣ другія: увѣщанія, выговоры, запрещеніе участвовать въ играхъ, оставленіе ученика на нѣсколько часовъ въ запертомъ классѣ и такъ далѣе".

[3]) Высочайше утвержденныя правила 27 авг. 1902 г. знаютъ такія дисциплинарныя мѣры: замѣчаніе, выговоръ, лишеніе права участвовать въ курсовыхъ собраніяхъ и быть избраннымъ въ курсовые старосты, переводъ на срокъ не сверхъ учебнаго полугодія изъ студентовъ въ вольнослушатели, нравственное порицаніе, увольненіе изъ учебнаго заведенія до начала ближайшаго или слѣдующаго за нимъ учебнаго года безъ воспрещенія немедленнаго поступленія въ другое учебное заведеніе или съ воспрещеніемъ поступленія ранѣе извѣстнаго срока, удаленіе изъ даннаго заведенія безъ срока и съ воспрещеніемъ поступленія въ другое учебное заведеніе до начала второго послѣ текущаго учебнаго года, исключеніе изъ учебнаго заведенія безъ права поступленія въ другія высшія учебныя заведенія; кромѣ того здѣсь указываются временное воспрещеніе посѣщать учебное заведеніе и предложеніе подать прошеніе объ увольненіи изъ заведенія.

[4]) Любопытно отмѣтить, что въ нѣкоторыхъ законодательствахъ категорически оговаривается запретъ примѣненія тѣлесныхъ наказаній къ учащимся въ школахъ. Таковы постановленія многихъ швейцарскихъ кантоновъ, напр Женевы, Валлиса, Гларуса, Фрейбурга и др. (Kaufmann l. c. s. 125).

Къ только что указаннымъ дисциплинарнымъ наказаніямъ близко подходятъ по своему назначенію наказанія, примѣняемыя мастерами въ отношеніи находящихся въ обученіи мастерству; но наше право ближе не опредѣляетъ объема дисциплинарныхъ наказаній въ этой сферѣ, довольствуясь общимъ указаніемъ на то, что мастеръ обязанъ учениковъ своихъ безъ вины не наказывать (ст. 393 уст. пром.) [1]).

Разсматривая затѣмъ группу общеній людей, которыя возникаютъ въ силу договора личнаго найма и которыя точно также предполагаютъ наличность извѣстнаго подчиненія, мы можемъ прежде всего замѣтить, что наше право, какъ и другія современныя законодательства, не устанавливаетъ особыхъ дисциплинарныхъ наказаній въ области отношеній между хозяевами и домашней прислугой (ст. 2229 зак. гражд.), хотя оно и исходитъ изъ представленія о существованіи извѣстнаго подчиненія нанявшагося хозяину, что особенно ясно выражено въ ст. 2230 зак. гражд., гдѣ говорится, что „нанявшійся въ работу или отданный въ ученье долженъ быть вѣрнымъ, послушнымъ и почтительнымъ къ хозяину и его семьѣ...“. Въ литературѣ однако высказываются взгляды о существованіи и въ этой сферѣ дисциплинарныхъ наказаній. Такъ, до извѣстной степени высказываетъ этотъ взглядъ Таганцевъ, замѣчая, что „нельзя забывать, что прислуга проживаетъ у нанимателя, въ силу чего послѣдній, какъ охранитель порядка и спокойствія въ домѣ, по необходимости долженъ имѣть извѣстную власть для этой охраны, а потому необходимыя мѣры, принятыя противъ буйства, проявленія распутства, пьянства прислуги въ домѣ хозяина, какъ осуществленіе естественно принадлежащаго ему дисциплинарнаго права, должны быть признаваемы ненаказуемыми“ [2]). Но, если при извѣстныхъ условіяхъ, въ случаяхъ, указываемыхъ Таганцевымъ, и можно признавать безнаказанность лица, прибѣгающаго къ насильственнымъ дѣйствіямъ, то не потому, что здѣсь имѣется осуществленіе дисциплинарной власти хозяина въ отношеніи прислуги, а потому, что здѣсь примѣняется право необходимой обороны при охранѣ домашняго мира: это благо должно подлежать защитѣ, независимо отъ того, кто его нарушаетъ—прислуга ли, живущая въ домѣ хозяина, или постороннее лицо, самовольно оказавшееся въ чужомъ домѣ и нарушающее

[1]) Въ германскомъ правѣ § 127 R.Ge.O общимъ образомъ говоритъ о дисциплинарномъ правѣ (Zuchtrecht) мастеровъ (Lehrherr) въ отношеніи обучающихся мастерству (Lehrling), точно также не опредѣляя ближе его объема.

[2]) Таганцевъ в. с стр. 99.

тамъ порядокъ. Точно также Фонъ-Резонъ находитъ, что, хотя въ законахъ и не говорится о дисциплинарной власти въ отношеніи прислуги, „тѣмъ не менѣе не можетъ быть сомнѣнія, что она существуетъ“ [1]). Однако съ разсужденіемъ подобнаго рода совершенно невозможно согласиться, такъ какъ право вторженія въ сферу чужихъ правовыхъ благъ не можетъ быть основываемо на презумпціи: законъ долженъ точно указывать наличность этого права и его предѣлы и условія осуществленія [2]). Съ другой стороны мы должны признать, что дѣланіе указаній относительно ненадлежащаго исполненія своихъ обязанностей можетъ принадлежать тому лицу, по отношеніи къ которому другое лицо обязано оказывать извѣстныя услуги, но это дѣланіе указаній не есть еще, какъ говорилось выше, дисциплинарное наказаніе [3]).

Нѣсколько иначе рѣшается въ нашемъ правѣ вопросъ о допустимости дисциплинарныхъ наказаній въ сферѣ отношеній по личному найму для отправленія земледѣльческихъ, фабричныхъ и заводскихъ работъ и торговыхъ промысловъ. Такъ, въ отношеніи сельскохозяйственныхъ рабочихъ нанимателю предоставляется право подвергать рабочихъ вычетамъ изъ заработной платы за точно указанныя въ законѣ провинности — прогулъ, небрежную работу, грубость и неповиновеніе хозяину и причиненіе вреда хозяйскому имуществу (ст. 49 т. XII ч. II Пол. о наймѣ на сельскія раб.); причемъ законъ опредѣляетъ и максимальный размѣръ этого денежнаго взысканія: вычетъ за прогулъ не можетъ превышать двойной платы, какая причиталась бы рабочему за прогульное время, остальные же вычеты не могутъ превышать двойной поденной платы (ст. 50). Самое наложеніе подобнаго денежнаго взысканія исключаетъ при этомъ возможность обращаться къ иному средству правоохраны, такъ какъ только наниматель, не сдѣлавшій съ провинившагося рабочаго вычета, можетъ отыскивать съ него убытки или просить о наложеніи на него установленнаго наказанія (ст. 51) [4]). Иначе конструируется объемъ дисциплинарныхъ наказаній въ отноше-

---

[1]) Фонъ-Резонъ в. с. стр. 19.

[2]) Точка зрѣнія названныхъ писателей раздѣляется и въ нашей сенатской практикѣ, отвергнувшей между прочимъ самоуправство въ дѣйствіи хозяина, выгнавшаго за дерзость немедленно прислугу (рѣш. у. к. д. 75/176).

[3]) Съ этой точки зрѣнія вполнѣ правильно рѣш. у. к. д. 70/410, въ которомъ признано, что укоръ лицамъ, находящимся въ услуженіи, за нерадивое исполненіе ихъ обязанностей не можетъ считаться оскорбленіемъ.

[4]) Таганцевъ (в. с. стр. 100) почему то полагаетъ, что взысканіе за грубость, налагаемое нанимателемъ, поставлено независимо отъ наказанія за грубость противъ нанимателя или членовъ его семьи, налагаемаго по судебному приговору.

ніи рабочихъ на фабрикахъ и заводахъ. По уст. пром. (ст. 143 т. XI ч. 2 св. зак.), въ видахъ поддержанія на фабрикахъ должнаго порядка, завѣдывающимъ этими заведеніями предоставляется право налагать на рабочихъ собственной властью денежныя взысканія за неисправную работу, прогулъ и нарушеніе порядка; причемъ независимо отъ денежнаго взысканія за неисправную работу, налагаемаго въ подобномъ порядкѣ, рабочій можетъ быть присужденъ къ уплатѣ вознагражденія за причиненный убытокъ въ порядкѣ судебномъ (ст. 143 прим.). Самый размѣръ денежнаго взысканія опредѣляется различно: взысканіе за неисправную работу опредѣляется соотвѣтственно свойству неисправности (ст. 144), за прогулъ — соотвѣтственно заработной платѣ рабочаго и количеству прогульнаго времени не свыше суммы шестидневнаго его заработка, для получающихъ же задѣльную плату не свыше 1 рубля за прогульный день и не свыше 3 руб. въ общей сложности (ст. 145), за нарушеніе порядка—не свыше 1 рубля (ст. 146); при этомъ каждое нарушеніе, облагаемое взысканіемъ, должно быть опредѣлено въ особыхъ табеляхъ, утверждаемыхъ фабричной инспекціей, съ указаніемъ самаго размѣра взысканія (ст. 147). Какъ высшее наказаніе, назначаемое въ томъ случаѣ, когда по числу сдѣланныхъ рабочимъ нарушеній, взысканія съ него должны превысить одну треть заработка, причитающагося къ установленному сроку расплаты, указывается расторженіе договора найма (ст. 149). То же можетъ имѣть мѣсто и въ случаѣ дерзости и дурного поведенія рабочаго, угрожающаго имущественнымъ интересамъ фабрики или личной безопасности лицъ фабричнаго управленія или наблюдающимъ за работами (ст. 105 п. 4) [1]). Совершенно инымъ представляется объемъ дисциплинарныхъ наказаній въ области отношеній найма по торговымъ промысламъ,—именно законъ говоритъ, что хозяину дозволяется „унимать домашней строгостью“ приказчика, ведущаго безпорядочную и развратную жизнь (ст. 12 уст. торг.), но въ чемъ эта мѣра заключается, онъ не считаетъ нужнымъ указывать ближе.

Что касается далѣе дисциплинарныхъ наказаній, примѣняемыхъ единеніями людей, связанныхъ принадлежностью къ цѣлому въ силу общности религіи, то наше право въ этомъ отношеніи представляетъ слѣдующую картину. Церковь имѣетъ право налагать опредѣленныя взысканія на мірянъ за грѣховныя дѣянія, какъ нарушенія правилъ поведенія,

[1]) Ср. также ст. 1008, 1009 и 1011 уст. горн.

обязательныхъ для всѣхъ лицъ, принадлежащихъ къ извѣстному религіозному общенію. Самыя взысканія здѣсь принимаютъ своеобразныя формы въ соотвѣтствіи съ тѣми дѣяніями, за которыя они назначаются, затрагивая особую сферу благъ личности. Таково прежде всего церковное покаяніе, которое извѣстно и улож. о нак. (ст. 58) [1]). Эта мѣра примѣняется не отъ лица государственной власти, а отъ лица церкви, даже если виновный учинилъ дѣяніе, признаваемое съ точки зрѣнія государственной власти преступнымъ; и это наглядно выражается въ томъ, что данная мѣра назначается не свѣтскимъ, а духовнымъ судомъ (ст. 1002 и 1003 у. у. с.), а самые виды и сроки покаянія опредѣляются епархіальными начальниками, а для протестантовъ консисторіями (ст. 973 у. у. с.), на основаніи церковныхъ правилъ (ст. 276 и 277 уст. дух. консист.). Сюда же относится отлученіе отъ церкви, которое упоминаютъ ст. 95 и 706 у. у. с. и ст. 84 и 371 у. г. с. Съ другой стороны церковь обладаетъ дисциплинарной властью въ отношеніи клира и монашествующихъ; къ дисциплинарнымъ наказаніямъ этого рода относятся, по правиламъ, православной церкви, лишеніе сана и монашества съ исключеніемъ изъ духовнаго вѣдомства, лишеніе сана съ оставленіемъ въ вѣдомствѣ на низшихъ должностяхъ или въ одномъ монашествѣ на покаяніи, временное запрещеніе въ священнослуженіи съ отрѣшеніемъ отъ должности и съ опредѣленіемъ въ причетники, или безъ отрѣшенія отъ мѣста, но съ возложеніемъ эпитиміи, временное испытаніе въ архіерейскихъ домахъ и монастыряхъ, отрѣшеніе отъ мѣста, исключеніе за штатъ, усугубленіе надзора, пеня и денежное взысканіе, поклоны, строгій или простой выговоръ, замѣчаніе (ст. 176 уст. дух. конс.); въ отношеніи же иновѣрныхъ церквей въ качествѣ дисциплинарныхъ наказаній для лицъ духовнаго званія въ законѣ указываются (ст. 64 п. 1, ст. 66—67, 477, 478, 480, 482, 486 и др. уст. дух. дѣлъ иностр. вѣр. т. XI ч. I св. зак.) выговоръ, отрѣшеніе отъ должности, лишеніе сана, даже денежная пеня, соединенная съ выговоромъ.

Слѣдующую группу образуютъ дисциплинарныя наказанія, налагаемыя сословными организаціями на своихъ членовъ; такъ,

[1]) Суворовъ (О церковныхъ наказаніяхъ, 1876 стр. 192) усматриваетъ въ церковномъ покаяніи уголовное наказаніе, становясь на чисто формальную точку зрѣнія и имѣя въ виду то, что церковное покаяніе указывается въ числѣ дополнительныхъ наказаній въ ст 58 улож. о нак. Но особенность природы церковнаго покаянія вполнѣ ясно подчеркивается ст. 167 улож. о нак., которая указываетъ на нераспространеніе помилованія на церковное покаяніе· „церковное покаяніе, къ коему прощенный виновный былъ присужденъ, прекращается или продолжается по усмотрѣнію духовнаго начальства его вѣроисповѣданія“.

по нашему законодательству дворянскому собранію предоставлено право налагать особыя наказанія за неявку дворянина на собраніе (ст. 211 т. IX зак. о сост. прод. 1912 г.): въ первый разъ денежное взысканіе не свыше 75 р., во второй — замѣчаніе отъ губернскаго предводителя и въ третій — исключеніе изъ дворянскаго собранія на время, самимъ собраніемъ опредѣленное, но во всякомъ случаѣ не болѣе, какъ на все продолженіе того съѣзда дворянства; далѣе сюда же относится исключеніе изъ собранія дворянина, который, хотя судимъ и не былъ, но котораго явный и безчестный поступокъ всѣмъ извѣстенъ (ст. 165—167). Съ другой же стороны не можетъ быть отнесено къ числу дисциплинарныхъ наказаній по приведеннымъ ранѣе соображеніямъ предоставленное собранію предводителей дворянства и депутатовъ право разъяснить дворянину неправильность совершеннаго имъ проступка, наряду съ которымъ поставлено однако и дисциплинарное наказаніе — предостереженіе (ст. 478^5 п. 4 т. IX Св. зак. прод. 1912 г.). Точно также къ числу дисциплинарныхъ наказаній, примѣняемыхъ дворянскимъ сословіемъ, нельзя относить, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые наши криминалисты [1]), наложеніе опеки на расточителей (ст. 350 п. 7 т. IX Св. зак.) — данная мѣра является лишь мѣрой, направленной на охрану имущества извѣстнаго лица въ его интересахъ или въ интересахъ другихъ лицъ, но она не заключаетъ въ себѣ идеи возмездія за учиненное дѣяніе. Право примѣненія дисциплинарныхъ наказаній въ отношеніи своихъ сочленовъ по нашему праву предоставляется и другимъ сословнымъ организаціямъ, а также органамъ мѣстнаго самоуправленія. Такъ, въ немъ предусматривается исключеніе городскими обществами (въ тѣхъ городскихъ поселеніяхъ, въ коихъ городовое положеніе не введено въ дѣйствіе) изъ своей среды гражданина, опороченнаго судомъ или котораго явный и довѣріе нарушающій порокъ всѣмъ извѣстенъ, хотя бы онъ судимъ еще не былъ, пока оправдается (ст. 4 прил. къ ст. 582 прим. I т. IX Св. зак.), а также исключеніе цѣховымъ обществомъ съ согласія общей ремесленной управы порочнаго ремесленника, какъ нетерпимаго, хотя бы онъ гражданскимъ судомъ и судимъ еще не былъ (ст. 386 уст. пром.). Нужно однако имѣть въ виду, что въ случаяхъ этого рода можетъ быть рѣчь не только о наказаніи, но и о мѣрѣ предупредительной, посколько данная мѣра предпринимается въ отношеніи лица, признаннаго лишь вообще опаснымъ. Далѣе сюда же слѣдуетъ отнести право, предоставленное

---

[1]) Таганцевъ в. с. стр. 97; Фонъ-Резонъ в. с. стр. 6.

ремесленному головѣ, осматривать у каждаго ремесленника образъ его работъ и за непорядокъ чинить взысканіе (ст. 316 уст. пром.).

Къ области дисциплинарныхъ наказаній этой же группы слѣдуетъ отнести мѣры, примѣняемыя въ отношеніи членовъ земскихъ, дворянскихъ и городскихъ, общественныхъ и сословныхъ собраній—именно за несоблюденіе порядка и уваженія къ закону эти лица останавливаются предсѣдателемъ собранія и, въ случаѣ безуспѣшнаго двухкратнаго о томъ, напоминанія, лишаются права рѣчи по данному вопросу (ст. 184 т. II общ. учр. губ.), а оказавшіе иное сопротивленіе законнымъ требованіямъ и распоряженіямъ предсѣдателя подвергаются, по опредѣленію собранія, выговору, удаленію изъ собранія или исключенію изъ него на время отъ 3 до 7 дней (ст. 196); далѣе за неявку гласнаго земскаго собранія или городской думы и городского уполномоченнаго въ засѣданіе земскаго собранія устанавливается: въ первый разъ замѣчаніе отъ предсѣдателя земскаго собранія, думы или собранія городскихъ уполномоченныхъ (ст. 1440^{1} улож. о нак.), во второй разъ — денежное взысканіе, а въ третій—сверхъ того исключеніе изъ собранія и т. д. на время, самимъ собраніемъ опредѣляемое, но во всякомъ случаѣ не долѣе, какъ до слѣдующихъ выборовъ.

Что касается далѣе дисциплинарныхъ наказаній, примѣняемыхъ общеніями людей, занимающихся опредѣленной профессіей, то сюда можно отнести напр. дисциплинарныя наказанія, предоставленныя артелямъ въ отношеніи своихъ членовъ. Ст. 2198^{24} зак. гражд. прод. 1912 г. устанавливаетъ отвѣтственность для членовъ артели въ порядкѣ, опредѣленномъ въ уставѣ артели, за неисполненіе принятыхъ артелью обязательствъ или же правилъ устава или постановленій общаго собранія, а равно за предосудительное поведеніе или небреженіе въ работѣ, сверхъ отвѣтственности за причиненные убытки, въ видѣ выговоровъ, денежныхъ взысканій, временнаго удаленія изъ артели и исключенія изъ нея. Подобная же отвѣтственность устанавливается и для членовъ биржевыхъ артелей (ст. 25 прим. къ ст. 82 уст. торг. прод. 1912).

Сюда же относятся такія мѣры, какъ лишеніе права посѣщать биржевыя собранія на срокъ до 1 года, по постановленію биржевого комитета, за нарушеніе на биржѣ тишины и порядка и т. п. (ст. 662 уст. торг.) и назначеніе пеней, по усмотрѣнію биржевыхъ купеческихъ обществъ, за несвоевременное нахожденіе на биржѣ (ст. 659 уст. торг.).

Къ числу дисциплинарныхъ наказаній, примѣняемыхъ общеніями лицъ, занимающихся опредѣленной профессіей, слѣдуетъ

отнести дисциплинарныя наказанія, налагаемыя на лицъ, занимающихся адвокатской дѣятельностью [1]), причемъ, по нашему праву, эта отвѣтственность является отчасти отвѣтственностью передъ корпораціей, членами которой состоятъ виновные, отчасти же передъ самимъ государствомъ, которому присваивается извѣстный надзоръ за дѣятельностью адвокатовъ, — именно, наше право устанавливаетъ отвѣтственность присяжныхъ повѣренныхъ передъ ихъ совѣтами (ст. 367 п. 8 у. с. у.) или замѣняющими ихъ судебными мѣстами (ст. 378). За нарушеніе принятыхъ обязанностей присяжные повѣренные подвергаются предостереженіямъ, выговорамъ, запрещенію отправлять обязанности повѣреннаго въ продолженіе опредѣленнаго совѣтомъ срока не долѣе 1 года и исключенію изъ числа присяжныхъ повѣренныхъ (ст. 368); самыя постановленія совѣта не являются однако окончательными, такъ какъ, кромѣ случаевъ назначенія предостереженія или выговора, возможно обжалованіе этихъ постановленій въ судебную палату (ст. 376); въ томъ же объемѣ опредѣляется дисциплинарная отвѣтственность частныхъ повѣренныхъ передъ судебными мѣстами, при которыхъ они состоятъ (ст. 406[13]), причемъ въ этомъ случаѣ кромѣ того министру юстиціи предоставляется, независимо отъ дисциплинарныхъ взысканій, устранять отъ ходатайства по судебнымъ дѣламъ лицъ, ведущихъ предосудительный образъ жизни (ст. 406[15]); наконецъ, дѣйствіе указанныхъ въ отношеніи частныхъ повѣренныхъ статей распространяется и на помощниковъ присяжныхъ повѣренныхъ (ст. 406[17]) [2]).

---

[1]) Въ другихъ странахъ существуютъ и иные виды дисциплинарной отвѣтственности этого рода, въ связи съ чѣмъ организуются особые суды чести (Ehrengerichte) для разсмотрѣнія дѣлъ о нарушеніи профессіональныхъ обязанностей лицами, принадлежащими къ особымъ профессіямъ. Такъ, напр. по прусскому закону 25 ноября 1889 г устанавливаются слѣдующія карательныя мѣры, примѣняемыя судами чести врачей. предостереженіе, выговоръ, денежное взысканіе до 300 марокъ и лишеніе на время или на всегда активнаго и пассивнаго избирательнаго права въ врачебныя палаты (Aerztekammer) См. объ этомъ Altmann Aerztliche Ehrengerichte und ärztliche Standesorganisation in Preussen 1900 s. 40

[2]) Своеобразнымъ представляется постановленіе ст. 16 прил. III къ ст. 1400 (прим.) у. г. с., въ силу котораго въ случаѣ отступленія отъ установленныхъ правилъ предсѣдатель и члены конкурснаго управленія, а также присяжные попечители подвергаются, по опредѣленію окружнаго суда, въ дисциплинарномъ порядкѣ вычету изъ слѣдующаго имъ вознагражденія не свыше однако четвертой части онаго. Постановленіе это представляетъ интересъ въ особенности въ виду того, что по ст. 10 присяжные попечители назначаются изъ числа постороннихъ благонадежныхъ лицъ или присяжныхъ повѣренныхъ, такъ что по буквальному толкованію закона открывается возможность дисциплинарнаго взысканія въ отношеніи частнаго лица. Но здѣсь рѣчь идетъ не о назначеніи судомъ дисциплинарнаго

Къ дисциплинарнымъ наказаніямъ, примѣняемымъ профессіональными организаціями людей, можно отнести по нашему праву особыя дисциплинарныя наказанія, установленныя въ отношеніе лоцмановъ въ видѣ денежнаго взысканія не свыше 5 р. и ареста до 3 дней, назначаемыхъ ближайшимъ ихъ начальствомъ (ст. 322 уст. торг.), а также въ видѣ смѣщенія виновныхъ изъ разряда старшихъ лоцмановъ въ младшіе и увольненія изъ общества лоцмановъ (ст. 347).

Наконецъ, надо имѣть въ виду, что цѣлый рядъ иныхъ единеній людей, преслѣдующихъ самыя разнообразныя цѣли, осуществляетъ карательную дѣятельность въ отношеніи своихъ сочленовъ на основаніи тѣхъ уставовъ, по которымъ живутъ эти единенія людей; такъ, уставъ любого клуба, общества или союза людей обыкновенно содержитъ указаніе на допустимость примѣненія извѣстныхъ карательныхъ мѣръ къ его сочленамъ, въ частности исключенія виновныхъ изъ числа членовъ данной организаціи [1]). Въ соотвѣтствіи съ этимъ сенатъ въ цѣломъ рядѣ своихъ рѣшеній (р. у. к. д. 68/387, 70/1452, 73/384, 73/387) разъяснилъ, что нѣтъ наличности оскорбленія въ примѣненіи дисциплинарнаго взысканія въ отношеніи членовъ клуба, согласно уставу послѣдняго. Нужно при этомъ замѣтить, что въ послѣднее время замѣчается стремленіе давать въ законѣ въ нѣкоторыхъ случаяхъ этого рода соотвѣтствующія руководящія начала относительно права примѣненія извѣстныхъ дисциплинарныхъ наказаній, въ частности исключенія изъ общенія. Таковы постановленія объ этомъ, имѣющіяся въ германскомъ гражданскомъ уложеніи (§ 737) [2]). Точно также въ нашемъ проектѣ гражданскаго уложенія (обяза-

---

наказанія по отношенію къ лицу, которое ни въ какомъ своеобразномъ отношеніи подчиненія не находится къ тому, кто назначаетъ взысканіе, а о наложеніи уголовнаго наказанія въ особомъ порядкѣ, отличномъ отъ обычнаго порядка назначенія наказаній за преступленія; этотъ порядокъ законъ и называетъ „дисциплинарнымъ", не вникая достаточно въ смыслъ употребляемаго имъ выраженія.

[1]) Ср. напр. образцовый уставъ ссудо-сберегательнаго товарищества: „по постановленію общаго собранія или совѣта, если онъ на то уполномоченъ общимъ собраніемъ, могутъ быть исключаемы изъ состава товарищества его члены, не исполнившіе безъ достаточныхъ уважительныхъ причинъ своихъ долговыхъ или по поручительству обязательствъ передъ товариществомъ, а равно не исполняющіе устава, законныхъ постановленій собраній и совѣта и законныхъ требованій правленія, а также члены, подвергшіеся наказанію по суду". То же въ уставахъ потребительныхъ товариществъ (ст. 19 и 20 норм. уст.).

[2]) Ср. объ этомъ Leist. Die Strafgewalt moderner Vereine 1901 s 39 eff.; Habermann. Das Ausscheiden eines Mitgliedes aus der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, den Handelsgesellschafften und der eingetragenen Genossenschaft 1908 s. 24 eff; Gasser. Austritt und Ausschliessung aus Vereinen. 1910 s. 24 eff.

тельственное право) предусматривается право товарищества исключать въ извѣстныхъ случаяхъ своихъ сочленовъ (ст. 957).

Особое мѣсто занимаютъ карательныя мѣры, существующія въ области парламентскаго дисциплинарнаго права. Наше право въ этомъ отношеніи съ одной стороны говоритъ о власти предсѣдателя Государственной Думы въ отношеніи ея членовъ, указывая на его право останавливать членовъ Думы, уклоняющихся отъ соблюденія порядка или уваженія къ закону (ст. 37 Учр. Гос. Думы), что собственно еще не является наказаніемъ, съ другой стороны—о власти самой Государственной Думы удалять изъ засѣданія или устранять на опредѣленный срокъ отъ участія въ собраніяхъ Думы ея членовъ, нарушающихъ порядокъ (ст. 38). Ближайшее развитіе этихъ опредѣленій содержится въ наказѣ Госуд. Думы, изъ котораго видно, что удаленіе отъ участія въ собраніяхъ Думы можетъ достигать 15 засѣданій. Особенностью постановленій парламентскаго дисциплинарнаго права является то, что въ силу депутатской безотвѣтственности мѣры парламентской дисциплины могутъ быть примѣняемы и въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ въ отношеніи остальныхъ гражданъ можно усмотрѣть составъ преступленія, караемаго обыкновеннымъ наказаніемъ.

§ 8. Переходя далѣе къ разсмотрѣнію постановленій нашего права относительно дисциплинарныхъ наказаній, отнесеннымъ нами ко второй группѣ, мы должны замѣтить, что особенную сложность представляютъ его опредѣленія относительно дисциплинарныхъ взысканій, налагаемыхъ на служащихъ. Наше право въ этомъ отношеніи проводитъ различіе между общеуголовными и дисциплинарными взысканіями, собственно говоря, только по тѣмъ органамъ, которые компетентны назначать тѣ или другія наказанія, такъ что дисциплинарныя наказанія въ отношеніи служащихъ, по дѣйствующему нашему праву, это—наказанія за нарушенія обязанностей службы, назначаемыя въ административномъ порядкѣ, а не судебными органами. Въ особенности ясно это вытекаетъ изъ опредѣленій ст. 65 и слѣд. улож. о нак. Ст. 65 улож. о нак. знаетъ систему „особенныхъ наказаній“ за преступленія и проступки по службѣ [1]), куда отнесены: исклю-

[1]) Интересно при этомъ отмѣтить, что для составителей улож о нак. не возникало вовсе вопроса о какомъ-нибудь различіи, существующемъ между уголовными и дисциплинарными наказаніями. Самое появленіе ст. 65 (ст. 66 проекта) составители улож. о нак. объясняютъ слѣдующимъ образомъ: „какъ должностныя лица впродолженіе службы своей могутъ впадать въ преступленія, совершенно отличныя отъ тѣхъ, въ коихъ бываютъ виновны люди, никакой властью не обле-

ченіе изъ службы, отрѣшеніе отъ должности, вычетъ изъ времени службы, удаленіе отъ должности, перемѣщеніе съ высшей должности на низшую, выговоръ болѣе или менѣе строгій съ внесеніемъ въ послужной списокъ, вычетъ изъ жалованія, выговоръ болѣе или менѣе строгій безъ внесенія въ послужной списокъ, замѣчаніе болѣе или менѣе строгое; при этомъ прим. къ ст. 69 указываетъ, что замѣчанія и выговоры безъ внесенія въ послужной списокъ могутъ быть опредѣляемы не только по суду, но и по распоряженію непосредственнаго начальства, вычеты же изъ жалованія, перемѣщеніе съ высшей должности на низшую, удаленіе отъ должности и арестъ до 7 дней [1]), опредѣляются по распоряженію того начальства, отъ котораго зависитъ назначеніе къ должности, занимаемой виновнымъ; всѣ прочія наказанія и взысканія по службѣ налагаются не иначе, какъ по суду. Такимъ образомъ по формальному признаку — назначеніе по приговору суда - къ уголовнымъ наказаніямъ, а не къ дисциплинарнымъ должны быть отнесены слѣдующія мѣры: исключеніе изъ службы, отрѣшеніе отъ должности, вычетъ изъ времени службы и выговоръ со внесеніемъ въ послужной списокъ. Что касается остальныхъ наказаній, то они признаются дисциплинарными наказаніями, которыя однако могутъ быть примѣняемы въ извѣстныхъ случаяхъ и судебными органами; такимъ образомъ въ этой сферѣ по нашему праву еще не дифференцировались понятія уголовнаго и дисциплинарнаго наказанія, въ соотвѣтствіи съ чѣмъ наше право не знаетъ особыхъ органовъ для дисциплинарнаго производства. Только въ одной области, въ области судебной службы, въ нашемъ правѣ проведено уже различіе между уголовнымъ и дисциплинарнымъ производствомъ. Такъ, ст. 262 у. с. у. указываетъ на слѣдующія взысканія, коимъ должностныя лица судебнаго вѣдомства могутъ быть подвергаемы въ порядкѣ дисциплинарнаго производства, безъ преданія уголовному суду: предостереженіе [2]),

---

ченныя, а съ другой стороны они пользуются и правами, прочимъ не предоставленными, то само собой разумѣется, что должны существовать для нихъ сверхъ обыкновенныхъ и особенные роды наказаній, состоящіе или въ отнятіи или въ ограниченіи дарованныхъ имъ правъ или преимуществъ и выгодъ. О сихъ наказаніяхъ нужно было упомянуть въ сей главѣ, дабы она заключала въ себѣ полное исчисленіе и опредѣленіе всѣхъ существующихъ въ нашемъ законодательствѣ наказаній и взысканій“ (Проектъ улож о нак. 1884 г. стр. 21).

[1]) Въ общемъ перечнѣ особенныхъ наказаній арестъ не указанъ, очевидно, потому, что ст. 65 говоритъ: „кромѣ о б щ и х ъ м ѣ р ъ наказаній и взысканій и т. д “.

[2]) Улож о нак. этой мѣры не знаетъ, составители же проекта судебныхъ уставовъ указывали на то, что „предостереженіе, какъ сіе показываетъ прямой смыслъ этого слова, не составляетъ собственно взысканія, это—самая легкая дисцип-

замѣчаніе, выговоръ безъ внесенія въ послужной списокъ, вычетъ изъ жалованія на основаніи ст. 413—415 улож. о нак., арестъ не болѣе, какъ на 7 дней, и перемѣщеніе съ высшей должности на низшую. При этомъ, что касается остальныхъ наказаній, указанныхъ въ ст. 65 ул. о нак, то, какъ видно изъ ст. 263 у. с. у., вычетъ изъ времени службы въ этой области вовсе не примѣняется, а удаленіе отъ должности, отрѣшеніе отъ должности и исключеніе со службы могутъ быть назначаемы только по суду. Но кромѣ того въ особомъ порядкѣ дисциплинарнаго производства (ст. 295^2 у. с. у.) можетъ быть назначаемо увольненіе судьи отъ должности и перемѣщеніе въ другую мѣстность на равную судейскую должность.

Отдѣльно въ нашемъ правѣ предусматривается дисциплинарная отвѣтственность судебныхъ приставовъ, кандидатовъ на судебныя должности и нотаріусовъ; по отношенію къ первымъ сверхъ общихъ дисциплинарныхъ взысканій, опредѣленныхъ въ ст. 262 у. с. у., примѣняются еще слѣдующія мѣры: удержаніе вознагражденія, полагающагося за исполненіе служебнаго дѣйствія (ст. 313 и 314), а также денежное взысканіе отъ 5 до 100 р. (ст. 328); самое взысканіе исходитъ или отъ предсѣдателя судебнаго мѣста или оберъ-прокурора кассаціоннаго департамента сената, по принадлежности, или отъ судебнаго мѣста, при которомъ приставъ состоитъ (ст. 329), или же, наконецъ, отъ совѣта судебныхъ приставовъ (ст. 340 и 341), причемъ въ извѣстныхъ случаяхъ возможна кумуляція дисциплинарной отвѣтственности и передъ совѣтомъ судебныхъ приставовъ и передъ другими вышеуказанными органами (ст. 346). Въ отношеніи кандидатовъ на судебныя должности, кромѣ предостереженія, замѣчанія, выговора, ареста до 7 дней и вычета изъ жалованія, въ качествѣ дисциплинарнаго наказанія указывается лишеніе штатнаго содержанія (ст. 418), а въ отношеніи нотаріусовъ, кромѣ общей отвѣтственности по ст. 262 у. с. у., опредѣляется еще увольненіе отъ должности безъ прошенія (ст. 59 и 59^1 пол. о нот. части).

Иначе рѣшается вопросъ о дисциплинарной отвѣтственности служащихъ въ уголовномъ уложеніи 1903 г.; въ немъ не нашли себѣ вовсе мѣста дисциплинарныя взысканія, налагаемыя на служащихъ. Дисциплинарныя нарушенія ихъ выдѣлены въ особый уставъ о служебныхъ провинностяхъ, причемъ создается особое

линарная мѣра, состоящая лишь въ поставленіи на видъ должностному лицу, что его неисправность сдѣлалась извѣстной начальству, и какъ бы въ совѣтѣ воздержаться отъ подобныхъ упущеній“ (Суд. Угол ч. III стр. 185).

дисциплинарное производство по дѣламъ о служебныхъ провинностяхъ, и дисциплинарныя наказанія отдѣлены отъ уголовныхъ. Примѣняя постановленія угол. улож., суды не имѣютъ права переходить отъ уголовныхъ наказаній, извѣстныхъ этому кодексу, къ дисциплинарнымъ наказаніямъ, о которыхъ рѣчь идетъ въ уставѣ о служебныхъ провинностяхъ. Ст. 1 этого устава знаетъ слѣдующіе виды дисциплинарныхъ наказаній: замѣчаніе, выговоръ, денежную пеню, арестъ и удаленіе отъ должности. Всѣ остальныя мѣры, которыя въ дѣйствующемъ правѣ фигурируютъ въ качествѣ дисциплинарныхъ наказаній, должны исчезнуть въ нашемъ будущемъ правѣ.

Своеобразными представляются, далѣе, опредѣленія, касающіяся военно-дисциплинарнаго права. Тѣ наказанія, которыя именуются дисциплинарными взысканіями по нашему военному законодательству, имѣютъ характеръ не только дисциплинарныхъ наказаній, но и уголовныхъ наказаній, налагаемыхъ внѣ обычнаго судебнаго порядка за маловажныя нарушенія. Это прямо вытекаетъ изъ соотвѣтственныхъ опредѣленій закона—именно, ст. 8 уст. военно-дисц. говоритъ, что „дисциплинарное взысканіе есть наказаніе, налагаемое безъ суда властью начальства“, а ст. 9 указываетъ, что „дисциплинарнымъ взысканіямъ подлежатъ всѣ вообще маловажные проступки, какъ по службѣ, такъ и по нарушеніямъ общественнаго порядка и благочинія, не влекущіе за собой преданія суду“ [1]); здѣсь въ особенности ясно подчеркивается характеръ дисциплинарныхъ наказаній, какъ уголовныхъ наказаній, налагаемыхъ властью начальства. То же приходится установить и относительно иностраннаго законодательства. Какъ замѣчаетъ Арндтъ, въ военно-дисциплинарномъ правѣ заключается не т. н. дисциплинарное право, а „меньшее“ уголовное право (ein kleineres Strafrecht), которое охватываетъ всѣ нарушенія и менѣе тяжкіе проступки [2]), а Геккеръ подчеркиваетъ, что военно-дисциплинарно-уголовное право во многихъ отношеніяхъ переходитъ въ область уголовнаго права [3]).

[1]) Самыя мѣры, извѣстныя военно-дисциплинарному праву, весьма разнообразны въ зависимости отъ того, къ кому онѣ примѣняются, а также отъ того, кто уполномоченъ на ихъ примѣненіе (ср. ст. 13 и сл., ст. 33 и 34, 37—48 и др. уст. воинс. дисц.); сюда относятся замѣчанія, выговоръ, арестъ домашній и на гауптвахтѣ, неудостоеніе къ производству, удаленіе отъ должности или командованія частью, увольненіе отъ службы—въ отношеніи офицеровъ; воспрещеніе отлучаться изъ казармы или со двора, назначеніе не въ очередь въ нарядъ по службѣ, арестъ (простой, строгій и усиленный), лишеніе ефрейторскаго званія и т. п.—въ отношеніи нижнихъ чиновъ.

[2]) Arndt. l. c. s. 282.

[3]) Hecker l. c. s. 495.

Иное значеніе имѣютъ тѣ дисциплинарныя наказанія, которыя назначаются судами обществъ офицеровъ (ст. 156 уст. воен.-дисц. въ качествѣ такихъ мѣръ называетъ внушеніе и удаленіе изъ полка). Эти наказанія имѣютъ несомнѣнно характеръ чисто-дисциплинарныхъ наказаній, а не тѣхъ наказаній смѣшаннаго характера, о которыхъ только что была рѣчь. Они назначаются исключительно отъ лица данной корпораціи, какъ опредѣленной профессіональной организаціи, а не отъ лица государственной власти.

Особый характеръ, наконецъ, имѣютъ дисциплинарныя наказанія, налагаемыя за нарушеніе порядка лицами, отбывающими наказаніе, причемъ въ этомъ отношеніи по нашему праву нужно различать съ одной стороны наказанія для находящихся въ арестѣ, тюрьмѣ и исправительныхъ отдѣленіяхъ, съ другой—въ ссылкѣ и каторгѣ. Первыя имѣютъ характеръ чисто-дисциплинарныхъ наказаній, вторыя же—смѣшанный характеръ, замѣняя собой нормальныя наказанія, положенныя за опредѣленныя преступленія. Дисциплинарныя мѣры этого рода, извѣстныя нашему праву, выражаются преимущественно въ отнятіи у арестантовъ тѣхъ или иныхъ льготъ. Для отбывающихъ наказаніе въ арестѣ установляется выговоръ, денежное взысканіе до 15 р. и заключеніе въ комнатѣ безъ свѣта на время не свыше сутокъ (ст. 144 уст. сод. стр.), для отбывающихъ же наказаніе въ тюрьмѣ и исправительномъ отдѣленіи: выговоръ наединѣ или въ присутствіи другихъ арестантовъ, лишеніе права чтенія на срокъ не свыше 1 мѣс., лишеніе права переписки на тотъ же срокъ, лишеніе права свиданій, воспрещеніе пріобрѣтать на собственныя средства съѣстные припасы и другіе предметы, лишеніе права распоряжаться половиной заработанныхъ денегъ — срокомъ на 1 годъ, лишеніе заработка за прошедшее время не болѣе 1 мѣс., а въ болѣе важныхъ случаяхъ не болѣе 2 мѣс., уменьшеніе пищи до оставленія на хлѣбѣ и водѣ на срокъ не свыше 3 дней, арестъ въ свѣтломъ карцерѣ не свыше 1 нед., арестъ въ темномъ карцерѣ на тотъ же срокъ съ переводомъ въ свѣтлый карцеръ и съ разрѣшеніемъ прогулки черезъ три дня въ четвертый (ст. 395 уст. сод. подъ стр.), надѣваніе смирительной рубашки на арестанта, буйствующаго въ карцерѣ (ст. 396); кромѣ того только для отбывающихъ наказаніе въ исправительныхъ арестантскихъ отдѣленіяхъ устанавливается въ болѣе важныхъ случаяхъ арестъ въ свѣтломъ карцерѣ на срокъ не свыше 1 мѣс. и въ темномъ на тотъ же срокъ съ переводомъ въ свѣтлый и съ разрѣшеніемъ прогулки черезъ каждые 3 дня въ четвертый, а также наказаніе розгами не свыше 50 ударовъ (ст. 397).

Иной характеръ имѣютъ дисциплинарныя наказанія по уст. о ссыльныхъ. Здѣсь самъ законъ различаетъ уголовную и дисциплинарную отвѣтственность ссыльныхъ (заголовокъ гл. VI), но какъ это различіе должно быть проведено, въ законѣ прямо не указывается. Повидимому, оно должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что дисциплинарныя наказанія, это—наказанія, налагаемыя административной властью, безъ производства дѣла судебнымъ порядкомъ, за преступленія и проступки, признаваемые маловажными, какъ это указано въ ст. 235 уст. о ссыльныхъ (т. е. дѣянія, подлежащія по общимъ законамъ наказанію, не превосходящему заключеніе въ тюрьмѣ съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, лично и по состоянію присвоенныхъ, а также нѣкоторыя дѣянія, особо перечисленныя въ законѣ). За эти маловажные преступленія и проступки положены особыя наказанія, которыя въ общемъ соотвѣтствуютъ обычному представленію о дисциплинарныхъ наказаніяхъ для отбывающихъ наказаніе,—именно, въ отношеніи ссыльно-поселенцевъ наказаніе розгами до 100 ударовъ, арестъ при полиціи либо волости или употребленіе въ городскую или сельскую общественную работу на срокъ не долѣе 3 мѣс. и отдача въ работу на заводъ или въ исправительное арестантское отдѣленіе на время до 1 года или заключеніе въ тюрьмѣ до 2 лѣтъ (ст. 238), а въ отношеніи каторжныхъ—одиночное заключеніе до 20 дней, наказаніе розгами до 100 ударовъ, продолженіе опредѣленнаго по судебному приговору срока работъ до 2 лѣтъ, продолженіе пребыванія въ отрядѣ испытуемыхъ до 1 года, наложеніе вновь оковъ, если онѣ сняты съ особаго дозволенія, продолженіе до 1 года сроковъ, назначенныхъ для выпуска на жительство внѣ острога, содержаніе въ оковахъ до 1 года и переводъ въ отрядъ испытуемыхъ до 4 лѣтъ, наконецъ, переводъ въ отрядъ исправляющихся изъ жительства внѣ острога до 1 года (ст. 240). При этомъ нужно замѣтить, что тѣ наказанія, которыя примѣняются въ отношеніи ссыльно-поселенцевъ, (ст. 264 уст. о ссыльныхъ) налагаются общими административными властями; наказанія же, опредѣленныя для каторжанъ, назначаются или начальникомъ тюрьмы, или же властью губернатора (ст. 275). Такимъ образомъ, какъ видно изъ сказаннаго, въ области тюремной дисциплины многія дисциплинарныя наказанія сливаются въ нашемъ правѣ съ наказаніями уголовными.

Бросая общій взглядъ на только что приведенныя постановленія нашего права, мы должны признать, что въ немъ съ одной стороны встрѣчаются опредѣленія, которыя знаютъ внѣгосудар-

ственное наказаніе, какъ наказаніе, примѣняемое не отъ лица государства, а отъ лица другихъ единеній людей, но съ другой стороны имѣются и такія опредѣленія, въ которыхъ внѣгосударственное наказаніе въ то же время до извѣстной степени имѣетъ черты и государственнаго наказанія, замѣняя собою то обычное наказаніе, которое полагается за то или иное преступленіе. Такимъ образомъ въ данномъ отношеніи необходимая дифференціація понятій еще не достигнута. и часто въ нашемъ правѣ дисциплинарный порядокъ разсмотрѣнія дѣла понимается лишь, какъ административный порядокъ назначенія наказаній.

Глава II.

Наказаніе уголовное и внѣуголовное (гражданское).

§ 1. Посколько мы говоримъ, что то правовое послѣдствіе неправды, которое съ внѣшней стороны заключается во вторженіи въ сферу правовыхъ благъ личности, а по своему внутреннему содержанію является возмездіемъ за учиненное, есть наказаніе, постолько мы должны признать, что для общаго понятія наказанія безразлично, въ какой области правовыхъ нормъ государства идетъ о немъ рѣчь. Всякую мѣру, которая обладаетъ указанными чертами, мы логически должны считать наказаніемъ. Общее понятіе наказанія едино. Однако обыкновенно терминъ „наказаніе“ пріурочивается въ доктринѣ и въ законодательствѣ не ко всякому институту, который заключаетъ въ себѣ черты, присущія наказанію вообще, а лишь къ опредѣленной категоріи наказаній, и, подобно тому, какъ мы различаемъ понятія государственнаго и внѣгосударственнаго наказанія, мы можемъ различать понятія уголовнаго и внѣуголовнаго (гражданскаго) наказанія, подъ которымъ мы разумѣемъ наказаніе, назначаемое гражданскимъ судомъ за неисправности въ исполненіи обязательствъ по имуществу. Это наказаніе тоже служитъ оцѣнкой учиненнаго дѣянія, тоже заключаетъ въ себѣ воздѣйствіе на учиненное въ соотвѣтствіи съ этой оцѣнкой и тоже проявляется во вторженіи въ сферу правовыхъ благъ личности.

Однако, если и имѣется принципіальное тождество наказанія уголовнаго съ внѣуголовнымъ, то нельзя вмѣстѣ съ тѣмъ не счи-

таться съ цѣлымъ рядомъ особенностей этого вида наказанія. Оно обычно основывается на договорѣ, который заключаютъ между собой извѣстныя лица, причемъ лишь иногда законъ предписываетъ его назначеніе въ нѣкоторыхъ случаяхъ и указываетъ заранѣе его размѣръ; и посколько договоръ лежитъ въ основаніи этого института, постолько мы не можемъ усматривать въ немъ наказаніе, исходящее отъ лица государственной власти; но и тамъ, гдѣ эта мѣра покоится на соотвѣтственномъ предписаніи закона, она назначается не въ интересахъ государства, какъ такового. Въ связи съ этимъ положительное право надѣляетъ данное наказаніе нѣкоторыми чертами, которыя сами по себѣ не вытекаютъ изъ существа этого института, какъ наказанія, и которыя объясняются всецѣло тѣмъ обстоятельствомъ, что законодатель трактуетъ о немъ не въ области уголовнаго, а въ области гражданскаго права,—такова напр. отрѣшенность этого наказанія отъ личности подвергающагося ему. Тотъ личный характеръ, который присущъ всякому наказанію, здѣсь отступаетъ на задній планъ. Однако это обстоятельство само по себѣ еще не лишаетъ характера наказанія данную мѣру, какъ не лишаетъ оно характера наказанія денежное взысканіе въ тѣхъ правовыхъ системахъ (ср. законодательство германское и венгерское), гдѣ вошедшій въ законную силу приговоръ, касающійся присужденія къ денежному взысканію, обращается въ случаѣ смерти подсудимаго и на его наслѣдниковъ. Съ другой стороны то обстоятельство, что данный видъ наказанія примѣняется судами гражданскими, а не уголовными, вызываетъ ту особенность, что въ отношеніи къ нему примѣняются нормы гражданскаго права, а не уголовнаго. Поэтому напр. вопросъ о примѣненіи давности къ этому наказанію рѣшается сообразно съ положеніями о давности гражданской, а не уголовной, точно также вопросъ о помилованіи, какъ объ отказѣ государства отъ принадлежащаго ему права наказанія, здѣсь вовсе не возбуждается.

Нужно замѣтить, что въ криминалистической литературѣ вопросъ о существѣ этихъ внѣуголовныхъ наказаній не затрагивается вовсе. Однако у цивилистовъ мы находимъ термины: гражданское наказаніе, пеня или штрафъ, и встрѣчаемъ характеристику данныхъ мѣръ. Въ нашей литературѣ между прочимъ объ этомъ говорятъ Мейеръ и Пергаментъ. Мейеръ, указывая на юридическія послѣдствія правонарушенія, говоритъ, что кромѣ обязанности вознаградить за причиненный вредъ лицо „подвергается иногда еще какому-либо имущественному лишенію въ пользу субъекта нарушеннаго права — гражданское наказаніе,

называемое пенею или штрафомъ“ [1]). Ближайшаго опредѣленія этого наказанія Мейеръ однако не дѣлаетъ, указывая лишь на то, что оно наступаетъ только иногда, по опредѣленію участниковъ сдѣлки или по опредѣленію законодательства, и говоритъ, что „сущность гражданскаго наказанія заключается а) въ томъ, что производится денежная плата, такъ что гражданское наказаніе принимается нерѣдко за синонимъ наказанія денежнаго, б) гражданское наказаніе производится въ пользу того лица, чье право нарушено, такъ что составляетъ для него прямую выгоду, чѣмъ также отличается отъ наказанія уголовнаго, в) гражданское наказаніе не соразмѣряется съ матеріальнымъ вредомъ, чѣмъ оно отличается существенно отъ вознагражденія за вредъ“ [2]). Какъ примѣръ, онъ приводитъ случай многократнаго взысканія: лицо платитъ иногда вдвое, втрое противъ того, что слѣдовало бы заплатить, или взыскивается плата вдвое, втрое противъ первоначальной: тутъ однократная плата составляетъ вознагражденіе за нарушенное право, а то, что платится сверхъ этого — гражданское наказаніе [3]). Какъ видно изъ сказаннаго, у Мейера нѣтъ указаній относительно того, чѣмъ собственно отличается уголовное наказаніе отъ гражданскаго, такъ какъ то, что имъ приводится для характеристики гражданскаго наказанія, имѣетъ мѣсто и въ отношеніи наказанія уголовнаго; въ частности же тотъ признакъ, что гражданское наказаніе идетъ въ пользу потерпѣвшаго, не имѣетъ существеннаго значенія, такъ какъ это мы видимъ и въ частныхъ наказаніяхъ. Что касается Пергамента, то онъ говоритъ объ особой категоріи мѣръ, которыя онъ характеризуетъ, какъ „гражданское наказаніе“, „наказаніе въ смыслѣ самомъ общемъ“ [4]), понимая подъ нимъ „независимое отъ наличнаго вреда имущественное взысканіе, направленное въ пользу и обогащеніе вѣрителя, во вредъ и убытокъ должнику“ [5]), причемъ это гражданское наказаніе онъ противополагаетъ уголовному, не указывая однако ближе, въ чемъ заключается разница между ними.

§ 2. Къ такимъ внѣуголовнымъ наказаніямъ относится неустойка, какъ она понимается въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ. Неустойка, будучи однимъ изъ средствъ обезпеченія договоровъ

---

[1]) Мейеръ в с. стр. 178.
[2]) Тамъ же стр. 182.
[3]) Тамъ же стр. 182.
[4]) Пергаментъ в. с. стр. 290
[5]) Тамъ же стр. 128.

и обязательствъ (ст. 1554 т. X ч. I), можетъ быть законной, т. е. опредѣляться закономъ, или добровольной, т. е. устанавливаться „особымъ условіемъ въ договорѣ по обоюдному согласію обязывающихся сторонъ“ (ст. 1573).

Что касается прежде всего неустойки законной, то природа ея, какъ мѣры, являющейся наказаніемъ, вытекаетъ изъ словъ статьи 1574, гдѣ говорится, что неустойка опредѣляется закономъ за неисправность 1) въ платежѣ по заемному обязательству между частными лицами и 2) въ исполненіи по обязательствамъ съ казною. Эта неисправность можетъ выражаться въ различныхъ формахъ, и упоминаніе о ней встрѣчается въ цѣломъ рядѣ опредѣленій закона. Такъ, въ отношеніи неисправности въ платежѣ по заемнымъ обязательствамъ между частными лицами мы находимъ опредѣленіе ст. 1575 т. X ч. I, по которому не заплатившій по этимъ обязательствамъ на срокъ подвергается взысканію неустойки единожды по 3% со всего незаплаченнаго капитала; при этомъ указывается, что отъ взысканія неустойки изъемлются одни обязательства, обезпеченныя залогомъ недвижимаго имѣнія; сверхъ того мы встрѣчаемъ опредѣленія ст. 641 зак. гражд. о томъ, что недобросовѣстный владѣлецъ обязанъ, по возвращеніи бывшихъ въ незаконномъ владѣніи его денежныхъ капиталовъ, внести за все время ихъ удержанія 6%, а равно и 3% неустойки, а также ст. 2116 и 2122, по которымъ при наличности извѣстныхъ условій взыскивается съ поклажедержателя штрафъ въ размѣрѣ 10% и 20% съ цѣны вещей или суммы денегъ, бывшихъ у него на сохраненіи, причемъ эта сумма идетъ въ пользу богоугодныхъ заведеній (ст. 2116) или въ пользу заведеній общественнаго призрѣнія (ст. 2122)—здѣсь взыскиваемая сумма денегъ, какъ и въ многихъ другихъ мѣстахъ нашего законодательства прямо неустойкой не именуется, но въ нашей цивилистической литературѣ она называется обыкновенно неустойкой [1]). Далѣе, по ст. 1196 у. г. с. опредѣляется взысканіе съ должника за неуплату дохода съ имѣнія на срокъ, въ пользу кредиторовъ, 10% неустойки съ просроченной суммы, независимо отъ взысканія незаплаченнаго ими долга; по ст. 51 уст. каз. обр. ст. (т. VIII Св. зак.) — взысканіе пени въ размѣрѣ полупроцента въ мѣсяцъ при невзносѣ оброчной платы въ срокъ; по ст. 110 общ. уст. жел. дор. (т. XII ч. I Св. зак.)—взысканіе вознагражденія въ размѣрѣ 5% провозной платы за каждыя просроченныя

---

[1]) Ср. Пергаментъ. О неустойкѣ въ русскомъ правѣ (Право 1913 г. № 36 стр. 2224).

сутки въ пользу грузохозяина съ желѣзной дороги, хотя бы просрочка и не причинила ему никакого убытка; по ст. 44 пол. о наймѣ сельск. раб. (т. XII ч. 2) — взысканіе по полукопейкѣ съ рубля недоданной суммы за каждый день просрочки въ пользу рабочаго съ нанимателя, не выдающаго слѣдующей ему платы въ условленное время; по ст. 605 уст. торг. — взысканіе пени въ размѣрѣ двойной преміи съ неисправнаго страховщика при договорѣ морского страхованія; по ст. 378 уст. торг. — взысканіе на случай неустойки при заключеніи договора о наймѣ корабля подъ грузъ. Что же касается неисправности въ исполненіи по обязательствамъ съ казною, то объ этомъ соотвѣтствующія правила имѣются въ Пол. о каз. подр. и пост. (ст. 1576 т. X ч. 1), гдѣ мы находимъ взысканіе съ неисправнаго подрядчика или поставщика „за неустойку въ штрафъ“ по полупроценту на мѣсяцъ съ той суммы, коей стоили по договорной цѣнѣ просроченныя поставкой вещи, припасы и т. п., и полпроцента съ провозной платы по мѣрѣ ея суммы—по перевозкамъ (ст. 87), а также взысканіе штрафа за неустойку съ неисправныхъ подрядчиковъ по оптовымъ работамъ по полупроценту съ суммы, на которую подрядчикъ оказался неисправнымъ (ст. 88); то же устанавливается и въ ст. 208 п. 1.

Во всѣхъ только что приведенныхъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло съ наказаніемъ за неисправность, причемъ особенностью его является то, что оно поступаетъ въ пользу опредѣленнаго лица, нормально въ пользу контрагента по договору, но иногда и въ пользу опредѣленныхъ учрежденій.

Такой же характеръ наказанія, взыскиваемаго въ особомъ порядкѣ, вслѣдствіе чего къ нему не примѣняются нормы, установленныя уголовнымъ правомъ, представляетъ изъ себя договорная неустойка, какъ она выражается въ нашемъ правѣ. Ст. 1585 т. X ч. 1 Св. зак., предусматривающая этотъ видъ неустойки, гласитъ: „неустойка, опредѣленная въ самомъ договорѣ, взыскивается въ томъ количествѣ, какое назначено, но независимо отъ взысканія по неисполненію самаго договора, который и при взысканіи неустойки остается въ силѣ, развѣ бы въ содержаніи договора было изъяснено, что платежемъ неустойки онъ прекращается“. Изъ этихъ словъ съ ясностью вытекаетъ, что неустойка по нашему праву создаетъ не альтернативное, какъ въ западноевропейскомъ правѣ и въ приведенномъ раньше опредѣленіи ст. 23 кн. XVIII Св. Воен. Пост. [1]), отношеніе между главнымъ и неустоич-

[1]) См. стр 542.

нымъ обязательствомъ, а кумулятивное—и то и другое могутъ быть выполнены вмѣстѣ другъ съ другомъ, такъ что, если главное обязательство, обезпеченное неустойкой, будетъ выполнено, то тѣмъ не менѣе сумма, обозначенная въ договорѣ въ видѣ неустойки, все-таки взыскивается.

Взглядъ на то, что неустойка по нашему праву не есть возмѣщеніе вреда, а представляетъ изъ себя кару, является общепринятымъ въ нашей юридической литературѣ, хотя въ общемъ проводится мысль о томъ, что неустойка не есть настоящее наказаніе, какимъ является только уголовное наказаніе. Въ криминалистической литературѣ въ особенности на этомъ настаиваетъ Таганцевъ. Говоря вообще о томъ, что „неустойка есть взысканіе, налагаемое на должника за неисполненіе или ненадлежащее исполненіе договора и возникшее вслѣдствіе этого нарушеніе права, и что потому неустойка несомнѣнно заключаетъ въ себѣ карательный характеръ“ [1]), онъ прибавляетъ къ этому, что „во всякомъ случаѣ эта мѣра представляется только сходною съ наказаніемъ, отличаясь главнымъ образомъ признакомъ ея добровольнаго установленія, а потому во-первыхъ осуществленіе договора о неустойкѣ всегда принадлежитъ судамъ гражданскимъ, а во-вторыхъ взысканіе неустойки не уничтожаетъ уголовной отвѣтственности за неисполненіе того же договора, буде въ немъ заключаются признаки преступнаго дѣянія“ [2]). Точно также и въ цивилистической литературѣ и въ рѣшеніяхъ гражданск. касс. департамента сената проводится взглядъ на неустойку, какъ на кару. Такъ, напр. Мейеръ говоритъ, что неустойка имѣетъ значеніе гражданскаго наказанія[3]), Гольмстенъ характеризуетъ ее, какъ денежный штрафъ за неисправность[4]), Шершеневичъ точно также называетъ ее штрафомъ за неисправность [5]), Боровиковскій замѣчаетъ, что это — условленная сторонами кара за нарушеніе договора: это—не эквивалентъ чего-либо уступленнаго одной стороной другой, а условленное обогащеніе одного контрагента насчетъ другого, собственно въ наказаніе послѣдняго за нарушеніе договора [6]). То же самое проводитъ сенатъ, начиная съ рѣшенія г. к. д. 69/310, въ которомъ признано, что неустойка, это—„условленная сторонами особая кара за нару-

---

[1]) Таганцевъ в. с стр. 845.

[2]) Тамъ же стр. 846.

[3]) Мейеръ в. с. стр 419.

[4]) Гольмстенъ Юридическая конструкція добровольной неустойки (Юрид. Лѣтопись 1891 № 3 стр. 198)

[5]) Шершеневичъ в. с. стр. 483.

[6]) Боровиковскій. Отчетъ судьи 1891, 1 стр. 249.

шеніе договора". Особенно же подробно развиваетъ этотъ взглядъ Пергаментъ. Онъ признаетъ за договорной неустойкой нашего права „природу пени или штрафа, въ смыслѣ кары, наказанія, возмездія" [1]). вполнѣ правильно замѣчая, что при примѣненіи кумулятивнаго начала, которое у насъ въ данномъ случаѣ принято, „одинъ и тотъ же ущербъ подлежитъ вознагражденію только одинъ разъ. Если сверхъ этого ущерба взыскивается еще какая-либо сумма, хотя бы и равная ему по величинѣ, то она, очевидно, уже перестаетъ выполнять функцію возмѣщенія вреда. Ея функція становится чисто карательной, она пріобрѣтаетъ значеніе наказанія... Тутъ цѣль преслѣдуется... строго штрафная" [2]). При этомъ, говоря о наказаніи, Пергаментъ разумѣетъ подъ нимъ наказаніе, въ широкомъ смыслѣ этого слова, указывая на то, что, добровольная неустойка не имѣетъ ничего общаго со сферою наказанія въ техническомъ смыслѣ слова [3]).

Глава III.

Наказаніе и административное взысканіе.

§ 1. Устанавливая то положеніе, что наказаніе есть мѣра, заключающая въ себѣ вторженіе въ сферу правовыхъ благъ человѣка и примѣняемая, какъ правовое послѣдствіе извѣстныхъ дѣяній въ законѣ указанныхъ, а по своему содержанію являющаяся оцѣнкой самаго дѣянія, мы исходимъ изъ того положенія, что наказаніе назначается на основаніи признанія виновности лица. Послѣ того, какъ констатируется виновность лица въ учиненіи опредѣленнаго преступленія, рѣшается далѣе вопросъ о той карательной мѣрѣ, которая представляется наиболѣе соотвѣтствующей оцѣнкѣ даннаго конкретнаго случая. Такимъ образомъ характерной чертой наказанія, отличающей его отъ другихъ сходныхъ институтовъ, является то, что наказаніе есть мѣра, назначаемая на основаніи признанія виновности лица. Мѣры, примѣняемыя въ предположеніи виновности лица, или же мѣры, примѣняемыя независимо отъ признанія виновности лица, хотя бы

[1]) Пергаментъ. Договорная неустойка. стр. 229.
[2]) Тамъ же стр. 127.
[3]) Тамъ же, стр. 82.

поводомъ примѣненія ихъ и служило преступное дѣяніе, не могутъ быть разсматриваемы въ качествѣ наказанія.

Но разъ мы признаемъ, что для наказанія существеннымъ является то, что оно примѣняется на основаніи признанія виновности лица, то совершенно безразличнымъ представляется для его понятія тотъ органъ, которому принадлежитъ право примѣненія наказанія. Нормально въ современномъ правовомъ государствѣ примѣненіе тѣхъ мѣръ, которыя именуются наказаніемъ, сосредоточивается въ рукахъ особыхъ органовъ, которые призваны къ отправленію правосудія и которые для этого надѣляются своеобразными средствами, необходимыми для установленія виновности лица. И, конечно, идеаломъ отправленія правосудія являлось бы такое положеніе вещей, при которомъ назначеніе наказаній ввѣрялось бы исключительно органамъ отправленія правосудія—судамъ [1]). Однако жизнь показываетъ иное. Разсматривая любое законодательство, мы можемъ найти въ немъ болѣе или менѣе частые случаи назначенія наказаній не судебными, а иными органами. Въ виду этого представляется неправильнымъ нерѣдко встрѣчающееся въ литературѣ внесеніе въ опредѣленіе понятія наказанія указаніе на то, что наказаніе—это мѣра, назначаемая судомъ [2]). Напротивъ, вполнѣ справедливо замѣчаетъ Таганцевъ, что „наказуемость только по суду не можетъ быть разсматриваема, какъ характеристическій признакъ уголовно-наказуемой неправды“ [3]). То же говоритъ Фингеръ, указывая на то, что было бы совершенно неправильно дѣлать заключеніе, будто характерное различіе между наказаніемъ и подобными ему мѣрами должно быть усмотрѣно въ томъ, что наказанія назначаются судомъ, а не органами охраны и управленія (Sicherheits-und Verwaltungsbehörde) [4]). Съ другой стороны нужно отмѣтить, что, если Редвицъ признаетъ назначеніе наказанія по суду весьма важнымъ формальнымъ критеріемъ наказанія, то при этомъ онъ прибавляетъ, что „здѣсь дѣло идетъ не о такомъ требованіи, которое основано на существѣ самого понятія наказанія, а скорѣе о максимѣ современныхъ воззрѣній на правовое государство“ [5]).

---

[1]) Въ нашей криминалистической литературѣ это положеніе особенно горячо отстаивалось еще Кистяковскимъ въ его статьѣ: „Нуждается ли общественная безопасность въ другихъ наказаніяхъ, кромѣ опредѣляемыхъ по суду?“ (Сборникъ Госуд. Знаній т. IV. 1877 стр. 154).

[2]) Ср. напр. Liszt. Lehrbuch s 249, Janka l c. s 157 и др.

[3]) Таганцевъ в. с. стр. 57.

[4]) Finger. Strafrecht s. 344.

[5]) Redwitz l. c. p. 5.

Обращаясь къ положительному праву, мы можемъ указать цѣлый рядъ случаевъ, когда назначеніе наказанія исходитъ не отъ судебныхъ органовъ. Такъ, мы можемъ прежде всего отмѣтить то явленіе, что въ силу существованія института помилованія тому, кому принадлежитъ право полнаго помилованія, принадлежитъ и право частичнаго помилованія, которое можетъ выражаться въ смягченіи наказанія, назначеннаго судомъ, путемъ назначенія новаго наказанія; здѣсь наказаніе назначается не судомъ, а органомъ верховной власти въ государствѣ. На это обстоятельство обратилъ уже вниманіе Познышевъ [1]); къ сказанному имъ слѣдуетъ прибавить лишь, что поскольку право помилованія можетъ вообще быть делигируемо въ томъ или иномъ объемѣ, постолько можно говорить о правѣ назначенія наказанія въ порядкѣ смягченія наказаній и органами управленія, напр. главнокомандующими войсками. Но, конечно, отъ того, что наказаніе, положенное по закону за извѣстное преступленіе, въ подобномъ случаѣ назначается не судомъ, а иными органами власти, оно не теряетъ своего характера, какъ наказанія.

То же приходится признать и относительно другихъ весьма часто встрѣчающихся въ нашемъ правѣ случаевъ назначенія наказанія не судомъ, а иными органами власти, въ сферѣ управленія подчиненнаго.

Разсматривая эти случаи, мы можемъ различать здѣсь дѣятельность по отправленію правосудія, предоставленную или особеннымъ органамъ государственнаго благоустройства, замѣняющимъ въ извѣстныхъ областяхъ, имъ отведенныхъ, судебные органы, или же общимъ органамъ администраціи.

Что касается случаевъ перваго рода, то здѣсь мы имѣемъ дѣло съ такого рода постановленіями, когда извѣстное наказаніе, опредѣленное по закону за то или иное правонарушеніе, назначается органами казеннаго управленія. Наказанія эти по большей части предусмотрѣны въ улож. о нак., но многія изъ нихъ указаны въ спеціальныхъ уставахъ казеннаго управленія. Такъ, прил. къ ст. 1124 у. у. с. прод. 1912 г. указываетъ рядъ случаевъ, гдѣ извѣстныя дѣла предоставляются непосредственному вѣдѣнію казеннаго управленія,—именно дѣла по таможенному управленію, по лѣсному управленію, по почтовому вѣдомству, дѣла о нарушеніи правилъ о государственномъ промысловомъ налогѣ, о частной золотопромышленности и по

---

[1]) Познышевъ Основные вопросы стр. 338.

пробирной части [1]). Съ другой стороны устанавливаются особыя правила относительно случаевъ нарушенія постановленій о питейномъ и табачномъ сборахъ, объ акцизахъ съ сахара, освѣтительныхъ нефтяныхъ маслъ и спичекъ — здѣсь маловажныя взысканія назначаются по постановленію управляющаго акцизными сборами, если послѣдовало на то согласіе со стороны виновнаго (ст. 1225^{2} у. у. с.); то же устанавливается и относительно нѣкоторыхъ случаевъ нарушеній въ казенныхъ лѣсахъ, предусмотрѣнныхъ въ уст. о нак., и нарушеній правилъ о каспійско-волжскихъ рыбныхъ и тюленьихъ промыслахъ (ст. 1125^{4} и 1125^{5} у. у. с. прод. 1912 г.), гдѣ точно также соотвѣтственному учрежденію казеннаго управленія предоставляется право назначать наказанія съ согласія виновнаго. При этомъ здѣсь обычно указывается опредѣленный срокъ, въ теченіе котораго должно быть заявлено согласіе виновнаго на уплату наложеннаго взысканія, и кромѣ того опредѣляется, что, если это лицо не внесетъ въ назначенный срокъ взысканія, то отъ казеннаго управленія зависитъ взыскать его въ административномъ порядкѣ или же обратиться къ судебному производству.

Далѣе наше законодательство указываетъ рядъ случаевъ, когда нарушенія благоустройства и благочинія, особо въ законѣ указанныя, предоставляются непосредственному разбирательству административныхъ управленій (ст. 1214 у. у. с.); таковы нарушенія устава врачебнаго со стороны лицъ, занимающихся вольной практикой, медицинскаго и фармацевтическаго званія; нарушенія устава карантиннаго, предусмотрѣнныя ст. 837, 839, 841, 842, 845 и 838 улож. о нак.; нарушенія постановленій о торговомъ мореплаваніи, предусмотрѣнныя отчасти въ уст. торг. изд. 1903 г. ст. 143, 144, 355 и 369, 322 и 347, и въ уст. конс. 1903 г. ст. 53, 55, 57 п. 6, 84 и 100, отчасти же въ улож. о нак. ст. 1214—1216, 1219, 1248—1250, 1261, а также ст. 1252, 1253, 1259, 1260, 1270, 1273 и 1274; нарушенія, предусмотрѣнныя ст. 153 и 155 уст. пром. и ст. 1359^{1} улож. о нак.; неисполненіе горнопромышлен-

[1]) Нужно однако отмѣтить, что перечень, сдѣланный въ прил. къ ст. 1124 у. у. с., представляется неполнымъ: такъ, непосредственному вѣдѣнію казеннаго управленія предоставляются кромѣ дѣлъ о нарушеніяхъ правилъ о государственномъ промысловомъ налогѣ, указанныя въ ст. 526—536 уст. о пр. налог. (изд. 1903 г.),—на что дѣлаетъ ссылку прим. къ ст. 1124—дѣла о неисполненіи извѣстныхъ требованій, предъявляемыхъ къ владѣльцамъ недвижимаго имущества для опредѣленія оклада налога (ст. 269 и 270 уст о пр. нал.), а также о неисполненіи требованій, предъявляемыхъ къ домовладѣльцамъ для опредѣленія окладовъ квартирнаго налога—эти взысканія назначаются по опредѣленію городского по квартирному налогу присутствію (ст. 768 и 769 тамъ же).

никами указаній о недостаткахъ подземныхъ работъ и средствахъ къ исправленію оныхъ; нарушенія правилъ о нефтяномъ промыслѣ, предоставленныя разсмотрѣнію губернскаго и областнаго по фабричнымъ и горнозаводскимъ дѣламъ присутствій [1]).

Во всѣхъ этихъ случаяхъ рѣчь идетъ о наказаніяхъ, которыя ничѣмъ не отличаются отъ наказаній, нормально назначаемыхъ судебными органами. Здѣсь только установляется особый порядокъ назначенія этихъ наказаній, порядокъ внѣсудебный, обыкновенно называемый административнымъ [2]).

§ 2. Переходя далѣе къ случаямъ второго рода, гдѣ рѣчь идетъ о дѣятельности по отправленію правосудія. лежащей на общихъ органахъ администраціи, мы должны указать, что органамъ администраціи весьма часто предоставляется право назна-

---

[1]) Нужно при этомъ отмѣтить, что прил. къ ст. 1214 у. у. с. перечисляетъ еще и другіе случаи, тоже выдѣленные изъ компетенціи судебныхъ органовъ: дѣла по нарушенію постановленій о биржахъ, ремесленной промышленности, правилъ о порядкѣ собраній дворянскихъ, городскихъ и сельскихъ, а также земскихъ и по нарушенію уст. о сод подъ стр. Но случаи, здѣсь указанные, представляютъ собой отдѣльные виды внѣгосударственнаго наказанія, о которыхъ рѣчь была раньше (см. стр. 638 и сл.). Съ другой стороны надо имѣть въ виду, что въ этотъ перечень не вошло указаніе на назначеніе въ административномъ порядкѣ взысканій, указанныхъ въ ст. 22 и сл. прил. къ ст. 86 (пр. 9) уст. пут. сообщ., а также взысканій за нарушеніе правилъ о рыболовствѣ въ водахъ уральскаго и терскаго казачьихъ войскъ (ст. 1032 уст. сельск. хоз.)

[2]) Какъ особую разновидность этого рода наказаній, мы можемъ разсматривать тѣ пени, которыя взимаются въ особомъ порядкѣ за неисправность въ уплатѣ извѣстныхъ податей и налоговъ. И здѣсь мы можемъ усмотрѣть основныя черты наказанія, хотя въ силу опредѣленій положительнаго права эти наказанія не подводятся прямо подъ понятіе уголовнаго наказанія. Постановленія объ этихъ пеняхъ встрѣчаются весьма часто въ нашемъ законодательствѣ и относятся къ разнымъ его областямъ. Такъ, напр. въ уст. о прям. нал. устанавливается пеня въ размѣрѣ 1% въ мѣсяцъ за несвоевременный взносъ промысловаго налога (ст. 572), налога съ денежнаго капитала (ст. 566) и со спеціальнаго текущаго счета (ст. 582), квартирнаго налога (ст. 784), то же устанавливается въ случаѣ невнесенія налога съ недвижимаго имущества недоимки взыскиваются съ наложеніемъ пени по 1% въ мѣсяцъ (ст. 19, 49, 105 263) вообще со всѣхъ непоступившихъ въ срокъ казенныхъ сборовъ (ст 276 уст. прям. нал.; то же по уст. о земск. пов. ст. 120). По уст. о герб. сб. пеня въ размѣрѣ 1% вносится за несвоевременное или неполное внесеніе гербоваго сбора въ казначейство (ст. 166 и 168), за неуплаченную крѣпостную пошлину (ст. 271), за просрочку взноса пробирной пошлины (ст. 397) и въ размѣрѣ 10%, 15% и 25% за просрочку взноса пошлины за привилегіи (ст. 371). По уст. о пошл. взимается 1% пени съ неуплаченной пошлины, причитающейся съ наслѣдства (ст. 215), а также съ имуществъ, переходящихъ по безмезднымъ актамъ (ст. 225). По уст. горн. устанавливается пеня въ размѣрѣ 6% за неплатежъ горныхъ податей со всей недоплаченной суммы (ст. 811).

чать въ особомъ порядкѣ опредѣленныя наказанія какъ за дѣянія, предусмотрѣнныя въ общихъ уголовныхъ законахъ, такъ и за нарушеніе издаваемыхъ ими обязательныхъ постановленій, а также за неисполненіе ихъ законныхъ распоряженій и требованій; мѣры послѣдняго рода обыкновенно именуются административными взысканіями.

Такимъ образомъ административное взысканіе можно опредѣлить, какъ наказаніе, которое назначается административными органами за извѣстныя категоріи противузаконныхъ дѣяній [1]).

Посколько мы находимъ, что административное взысканіе есть только особый видъ наказанія, есть то же наказаніе, лишь назначаемое въ особомъ порядкѣ, такъ какъ оно по своему внутреннему содержанію ничѣмъ не отличается отъ всякаго иного наказанія, постолько всѣ тѣ положенія, которыя имѣютъ значеніе для наказанія вообще, должны сохранять свое значеніе и для административнаго взысканія. Въ частности, въ виду этого къ административнымъ взысканіямъ такъ же, какъ и къ обще-уголовнымъ наказаніямъ, должно быть допускаемо примѣненіе помилованія, какъ отказа государства отъ принадлежащаго ему права наказанія [2]). Съ другой стороны, посколько административное взысканіе есть наказаніе, не можетъ быть рѣчи о понесеніи за одно и то же дѣяніе наказанія и въ порядкѣ судебномъ и въ порядкѣ административномъ по принципу non bis in idem.

Обращаясь къ разсмотрѣнію тѣхъ случаевъ, когда органамъ общей администраціи предоставляется право назначенія наказаній, мы должны замѣтить, что въ этомъ отношеніи ни одно современное законодательство [3]) не рисуетъ намъ такой картины

---

[1]) Слѣдуетъ имѣть въ виду, что выраженію „административное взысканіе“ иногда придается и болѣе широкій смыслъ. Такъ, напр. Таганцевъ (в. с. II стр 832) называетъ административными взысканіями всѣ мѣры, примѣняемыя на основаніи усиленной и чрезвычайной охраны, напр. закрытіе обществъ и т. п.

[2]) Нужно однако обратить вниманіе на то, что въ нашей административной практикѣ возникъ своеобразный институтъ помилованія, совершенно неизвѣстный законодательству. Это—освобожденіе отъ наказанія органами администраціи (градоначальникомъ или губернаторомъ) въ извѣстные табельные дни лицъ, присужденныхъ ими къ административнымъ взысканіямъ. Конечно, въ случаяхъ этого рода рѣчь можетъ идти не о помилованіи, а о своеобразномъ пересмотрѣ даннаго дѣла съ послѣдующимъ измѣненіемъ ранѣе назначеннаго наказанія или съ признаніемъ достаточности уже отбытаго наказанія.

[3]) Такъ, во французскомъ правѣ совѣту префектуры принадлежитъ лишь право разсматривать нѣкоторыя нарушенія, прежде всего нарушенія т. н. la grande voirie (посягательства противъ путей сообщенія и нѣкоторыхъ общественныхъ учрежденій); далѣе совѣтамъ прюдомовъ (conseils de prud'hommes) принадлежитъ уголовная юрисдикція въ области промышленной полиціи—они наказываютъ за

обильнаго употребленія этихъ мѣръ, какъ мы это замѣчаемъ въ нашемъ правѣ. Правда, наше законодательство категорически заявляетъ (ст. 680 т. II Св. Зак.), что „никто изъ чиновъ, принадлежащихъ къ полиціи, самъ собой не можетъ ни на кого наложить уголовнаго наказанія: сіе предоставляется суду по законамъ", и положеніе это, явившееся на смѣну прежняго, выраженнаго въ прим. къ ст. 62 улож. о нак. изд. 1857 г. [1]), по своей идеѣ должно было обозначать дѣйствительное отнятіе у полиціи права назначенія наказаній, но на самомъ дѣлѣ постановленіе это является мертвой буквой, такъ какъ въ разрѣзъ съ нимъ идетъ цѣлый рядъ случаевъ, гдѣ органы администраціи получаютъ у насъ право въ особыхъ случаяхъ налагать административныя взысканія. Такъ, наше законодательство предусматриваетъ право земскаго (ст. 57 Св. Зак. т. IX ос. прил. кн. III) и крестьянскаго начальника (ст. 444 и 445 тамъ же) налагать безъ всякаго формальнаго производства особыя взысканія за неисполненіе ихъ законныхъ распоряженій и требованій, право сельскихъ (ст. 79 и 418 т. IX особ. прил. кн. I) и волостныхъ старостъ (ст. 104 тамъ же) налагать особыя взысканія за маловажные проступки, право гминнаго войта (ст. 219 учр. упр. губ. Цар. Пол.) и солтыса подвергать собственной властью виновныхъ въ маловажныхъ полицейскихъ нарушеніяхъ (ст. 227 тамъ же), право атамановъ отдѣловъ подвергать наказанію лицъ, подвѣдомственныхъ станичному общественному управленію и не пользующихся особыми правами по состоянію, за маловажные проступки (ст. 176 учр. кавк. прод. 1912 г.); то же право предо-

---

извѣстныя дѣянія, посягающія на порядокъ и дисциплину мастерскихъ, а также за тяжкія провинности рабочихъ въ отношеніи своихъ патроновъ тюрьмой срокомъ отъ 1 до 3 дней въ силу декрета 3 авг. 1810 г. (Laferrière. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. 1896 t. I p. 20). То же мы видимъ въ германскомъ правѣ, гдѣ административный разборъ уголовныхъ дѣлъ предоставленъ въ опредѣленныхъ въ законѣ случаяхъ по маловажнымъ дѣламъ полицейскимъ и другимъ органамъ власти въ силу § 6 Abs 2 № 3 Einführungsgesetz къ StPO, а также въ силу нѣкоторыхъ отдѣльныхъ законовъ (напр. Seemansordnung 1872 г.); причемъ во всякомъ случаѣ для этого требуется согласіе потерпѣвшаго (ср. Kries l. c. s. 744 n. 3): впрочемъ, полиція устранена отъ разсмотрѣнія уголовныхъ дѣлъ въ Баваріи и Гессенѣ.

[1]) Здѣсь говорилось, что отдача подъ надзоръ полиціи, высылка за границу, запрещеніе жительства въ столицахъ или иныхъ мѣстахъ или же въ собственномъ виновнаго имѣніи, съ учрежденіемъ надъ онымъ опеки, кратковременный арестъ, выговоры, замѣчанія, внушенія и денежныя взысканія, а для людей, неизъятыхъ отъ наказаній тѣлесныхъ, и легкія наказанія розгами (не болѣе 40 ударовъ), могутъ въ нѣкоторыхъ особенныхъ случаяхъ, быть опредѣляемы порядкомъ, для сего установленнымъ безъ формальнаго производства суда.

ставлено волостнымъ управителямъ въ закаспійской области (ст. 33 Врем. пол. объ упр. закасп. обл.), шульцамъ въ отношеніи колонистовъ кавказскаго края (ст. 26, 28, 29, 30, 31, 32 прил. къ ст. 680 пр. 2 зак. о сост.) и атаманамъ отдѣловъ, станичныхъ и хуторскихъ казачьихъ войскъ: астраханскаго (ст. 186, 564, 658 общ. учр.), оренбургскаго (ст. 227), сибирскаго (ст. 375), семирѣченскаго (ст. 422) и забайкальскаго (ст. 481); сюда же относится право областныхъ правленій назначать взысканія за нарушеніе правилъ о рыбной ловлѣ въ водахъ, принадлежащихъ казачьему войску кубанскому (ст. 722 т. XII ч. 2 Уст. сел. хоз. прод. 1912 г.), право мѣстной полиціи назначать наказанія за несоблюденіе правилъ о коробочномъ сборѣ съ евреевъ (ст. 816 прил. т. IX зак. о сост.), право уѣздныхъ начальниковъ и ихъ помощниковъ подвергать наказаніямъ туземцевъ туркестанскаго края, а въ извѣстныхъ случаяхъ и нетуземцевъ за ослушаніе законнымъ распоряженіямъ власти и за преступленія, въ законѣ указанныя (ст. 64 и 64^1 пол. турк. прод. 1912 г.: то же и для степной области, ст. 39 и 40^1 пол. о степн. обл. прод. 1912 г.) [1]).

Наряду съ этими общими полномочіями, предоставленными органамъ администраціи въ качествѣ ея нормальныхъ функцій, въ силу разнаго рода чрезвычайныхъ законовъ предоставляется администраціи право назначенія взысканій и въ другихъ случаяхъ.

Такъ, по нашему праву предоставляется органамъ администраціи право назначать взысканія, не превышающія трехмѣсячнаго ареста или денежнаго штрафа въ 500 р. за нарушеніе обязательныхъ постановленій, изданныхъ на основаніи положенія объ усиленной охранѣ (ст. 15 прил. 1 къ ст. 1 прим. 2. т XIV Св. зак. уст. пред. прес. прест.), право подвергать въ административномъ порядкѣ заключенію въ тюрьмѣ или крѣпости на 3 мѣс. или аресту на тотъ же срокъ или денежному штрафу до 3000 р. виновныхъ какъ въ нарушеніи обязательныхъ постановленій, такъ и въ проступкахъ, объ изъятіи коихъ изъ вѣдомства судовъ будетъ заранѣе объявлено на основаніи положенія о чрезвычайной охраны (ст. 26 тамъ же). Здѣсь обращаетъ на себя вниманіе то обстоятельство, что самъ законъ говоритъ о томъ, что взысканія назначаются въ административномъ порядкѣ,—другими словами, здѣсь подчер-

---

[1]) Нужно при этомъ отмѣтить, что законъ въ послѣднихъ случаяхъ оговариваетъ, что взысканія эти имѣютъ мѣсто только тогда, когда виновные не были привлечены къ отвѣтственности въ порядкѣ судебномъ (ст. 64^1 пол. турк, ст. 40^1 пол. степн.); то же установлено относительно крестьянскихъ начальниковъ (ст. 445 т. IX особ пр. кн. III).

кивается особый порядокъ назначенія этихъ мѣръ, а не особая природа ихъ. Эти взысканія могутъ назначаться и за преступныя дѣянія, лишь выдѣленныя изъ компетенціи нормальныхъ органовъ отправленія правосудія, такъ что, если бы мы считали административныя взысканія чѣмъ то особеннымъ по сравненію съ наказаніемъ, то пришлось бы признать, что нѣкоторыя преступныя дѣянія при чрезвычайной охранѣ превращаются въ какой-то особый родъ недозволенныхъ дѣяній, влекущихъ за собой и особый родъ правовыхъ послѣдствій. Сюда далѣе относятся полномочія административныхъ властей примѣнять взысканія на основаніи правилъ чрезвычайной охраны на желѣзныхъ дорогахъ (ст. 6 прил. къ ст. 575 пр. 17, уст. пут. сообщ.); право, предоставленное по закону 11 авг. 1903 г. о борьбѣ съ эпидеміями чумы или холеры представителямъ мѣстной администраціи, начальникамъ округовъ путей сообщенія и начальникамъ жандармскихъ желѣзнодорожныхъ управленій назначать арестъ до 3 мѣс. или штрафъ до 300 р. за нарушеніе санитарныхъ правилъ; право администраціи налагать въ мѣстностяхъ, не объявленныхъ въ исключительномъ положеніи, въ административномъ порядкѣ взысканія, не превышающія 3 мѣс. ареста или денежнаго штрафа, въ 500 р., за нарушенія обязательныхъ постановленій относительно порядка храненія и продажи огнестрѣльнаго оружія, припасовъ къ нему и взрывчатыхъ веществъ (ст. 218[1] т. XIV уст. пред. прест. прод. 1902 г.). Наконецъ, нужно указать, что лица, находящіяся подъ надзоромъ полиціи за неисполненіе предписанныхъ для нихъ правилъ и за неявку изъ разрѣшенной отлучки къ назначенному сроку подвергаются по постановленію начальника уѣздной или городской полиціи, по распоряженію губернатора, или же по предписанію министра внутреннихъ дѣлъ, аресту при полиціи на разные сроки до 1 мѣс., причемъ этотъ арестъ можетъ быть назначенъ и при тюрьмѣ по предписанію мин. вн. дѣлъ. (ст. 32 прил. II къ ст. 1 прим. 2 т. XIV св зак. пр. пр.).

Таковы разнообразные случаи примѣненія административныхъ взысканій, извѣстные нашему законодательству.

Итакъ, принимая во вниманіе то обстоятельство, что наказаніе можетъ быть назначаемо какъ въ судебномъ, такъ и въ внѣсудебномъ порядкѣ, а также то, что административное взысканіе есть только разновидность наказанія, обусловленная особымъ порядкомъ его назначенія, мы въ общее опредѣленіе понятія наказанія должны ввести указаніе на то, что эта мѣра назначается въ установленномъ порядкѣ. Опредѣленіе же ближайшаго содержанія этого „установленнаго порядка“ есть вопросъ положи-

тельнаго права, которое можетъ дать въ этомъ отношеніи руководящія указанія, причемъ разновидности этого порядка могутъ служить основаніемъ для установленія и разновидностей единаго понятія наказанія.

Глава IV.

Наказаніе и процессуальное взысканіе.

§ 1. Наряду съ тѣми недозволенными дѣяніями, которыя предусмотрѣны въ общихъ уголовныхъ законахъ и которыя влекутъ за собой уголовныя наказанія, примѣняемыя въ видѣ общаго правила уголовными судами, въ любомъ законодательствѣ мы можемъ найти рядъ недозволенныхъ дѣяній, рѣчь о которыхъ идетъ въ области процессуальнаго законодательства и которыя влекутъ за собой наказанія, назначаемыя судомъ въ особомъ суммарномъ порядкѣ,—иномъ, чѣмъ тотъ, который установленъ для назначенія вообще наказаній. Эти наказанія, назначаемыя за особыя процессуальныя нарушенія, мы можемъ разсматривать, какъ особую разновидность наказаній подъ общимъ названіемъ процессуальныхъ взысканій. Мѣры эти по своему внутреннему содержанію ничѣмъ отъ наказанія вообще не отличаются: онѣ заключаютъ въ себѣ воздѣйствіе на учиненное въ соотвѣтствіи съ оцѣнкой послѣдняго. Онѣ также покоятся на началѣ возмездія за учиненное недозволенное дѣйствіе. Вся ихъ особенность заключается въ чисто-внѣшнемъ моментѣ—особомъ порядкѣ назначенія ихъ, но, конечно, это обстоятельство само по себѣ еще не можетъ служить основаніемъ для противопоставленія одного правоохранительнаго средства другому. Особый же порядокъ назначенія этихъ мѣръ объясняется тѣмъ соображеніемъ, что поскольку судъ при осуществленіи своихъ функцій обнаруживаетъ извѣстное правонарушеніе, относительно существованія котораго у него не возникаетъ сомнѣній [1]) и которое вмѣстѣ съ тѣмъ

[1]) Какъ сказано было составителями судебныхъ уставовъ относительно предоставленія права наложенія нѣкоторыхъ процессуальныхъ взысканій судебному слѣдователю--что шло въ разрѣзъ съ тѣмъ общимъ положеніемъ, что слѣдователь не есть судья, а потому и не въ правѣ назначать какія-либо взысканія—„здѣсь не требуется никакого суда, ибо нарушеніе закона такъ ясно, законныя причины неявки опредѣлены съ такой точностью, что слѣдователю остается только приложить извѣстный законъ къ несомнѣнно явному нарушенію“ (Суд. Уст. 1864 г. ч. 2 стр. 139).

представляется маловажнымъ, постолько этому суду должно быть предоставлено право немедленно, внѣ обычнаго процесса, направленнаго на установленіе событія преступленія и виновности извѣстнаго лица, назначить наказаніе, указанное для случаевъ этого рода въ законѣ [1]). Соображеніе о необходимой экономіи средствъ въ дѣлѣ отправленія правосудія и представленіе о томъ, что нѣкоторыя правонарушенія въ силу своей маловажности не нуждаются въ особенно сложномъ механизмѣ процесса, являются мотивами существованія подобныхъ процессуальныхъ взысканій.

Но, если такимъ образомъ относительно природы процессуальныхъ взысканій, повидимому, не должно существовать сомнѣній, то тѣмъ не менѣе въ литературѣ весьма часто встрѣчается иная оцѣнка даннаго института. При этомъ чаще всего можно наблюдать то, что извѣстныя процессуальныя взысканія объединяются въ одну группу вмѣстѣ съ другими мѣрами совершенно иной правовой природы въ виду одного чисто внѣшняго признака—того обстоятельства, что они принимаются судомъ во время производства дѣла. Такъ, нѣкоторыя изъ этихъ мѣръ объединяются вмѣстѣ съ мѣрами пресѣченія неправды, въ частности съ мѣрами принужденія къ выполненію извѣстной обязанности, не исполненной даннымъ лицомъ, подъ общимъ названіемъ „мѣръ судебнаго принужденія“ [2]) или „мѣръ процессуальнаго принужденія“ [3]). Съ другой стороны, какъ указывалось раньше [4]), въ литературѣ есть стремленіе подводить процессуальныя взысканія подъ понятіе дисциплинарныхъ наказаній. Кромѣ того надо имѣть въ виду, что въ германскомъ законодательствѣ и въ нѣмецкой литературѣ обыкновенно употребляется особый терминъ Ordnungsstrafe для обозначенія весьма многихъ изъ подобныхъ наказаній, причемъ Ordnungsstrafe признается наказаніемъ вообще, но не уголовнымъ (kriminelle) наказаніемъ [5]). При этомъ нужно замѣ-

[1]) Какъ извѣстно, во французскомъ правѣ, даже въ случаѣ совершенія во время производства дѣла извѣстныхъ преступленій, предусмотрѣнныхъ общими уголовными законами, въ отношеніи т. н. délits d'audience суду предоставлено право немедленно разсмотрѣть данное преступленіе и опредѣлить за него наказаніе.

[2]) Фойницкій в. с. т. II стр. 305; въ частности онъ говоритъ „о мѣрахъ обезпеченія судебнаго разбора“. Точно также Розинъ (в. с. стр. 334) подводитъ подъ понятіе „мѣръ судебнаго принужденія“ рядъ процессуальныхъ взысканій.

[3]) Такъ именуются въ объясн. зап. къ проекту новой редакціи судебныхъ уставовъ мѣры, примѣняемыя въ отношеніи присяжныхъ засѣдателей. (Объясн. зап. т. III стр. 163).

[4]) Стр. 596.

[5]) Ср. напр. Schwarze. Strafgerichtsverfassung des deutschen Reichs (Handbucq des deutschen Strafprozessrechts B. II 1879) s. 533.

тить, что иногда высказывается мнѣніе, отрицающее за этими мѣрами характеръ наказанія. Такъ напр. Янка не признаетъ процессуальныя наказанія (Prozessstrafe) наказаніемъ потому, что они направлены лишь на поддержаніе порядка въ процессѣ [1]). Но, конечно, наличность такой особенной цѣли еще не можетъ вызывать представленія объ особой природѣ даннаго института. Кромѣ того въ литературѣ можно замѣтить разногласіе въ оцѣнкѣ природы отдѣльныхъ мѣръ, которыя относятся къ процессуальнымъ взысканіямъ. Такъ, напр. въ нѣмецкой литературѣ имѣется контроверза по вопросу о томъ, какъ нужно понимать наказанія за неявку свидѣтеля, какъ настоящее наказаніе или же какъ Ordnungsstrafe [2]).

Посколько мы признаемъ, что процессуальныя взысканія являются только разновидностью общаго понятія наказанія, мы должны твердо держаться того положенія, что основное требованіе уголовнаго права—non bis in idem должно быть соблюдаемо и въ данной области, т. е. лицо, подвергшееся процессуальному взысканію за нарушеніе извѣстныхъ правилъ, установленныхъ для надлежащаго отправленія судебнаго процесса, не можетъ за то же дѣяніе подлежать еще отвѣтственности въ общемъ порядкѣ уголовнаго судопроизводства и подвергаться наказанію на основаніи общихъ уголовныхъ законовъ. Данное положеніе для большинства процессуальныхъ взысканій не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній въ виду того, что они полагаются за такія недозволенныя дѣянія, которыя предусмотрѣны не въ общихъ уголовныхъ законахъ, а въ законахъ процессуальныхъ. Однако съ другой стороны возможны и такіе случаи, когда въ извѣстномъ процессуальномъ нарушеніи оказываются признаки преступнаго дѣянія, предусмотрѣннаго общими уголовными законами, напр. когда нарушеніе порядка на судѣ сопровождалось оскорбленіемъ суда. Но и для случаевъ этого рода, посколько законъ въ силу какихъ нибудь особыхъ соображеній не установилъ иного положенія, долженъ былъ соблюдаемъ принципъ non bis in idem. Здѣсь возможна только комбинація мѣръ пресѣченія происшедшаго непорядка съ примѣненіемъ обще-уголовнаго наказанія, посколько

---

[1]) Janka l. c s. 158.

[2]) Такъ, Dochow. Zeugnisszwang, s. 45, Binding. Grundriss s. 158; Kayser. Zeugnisszwang s. 31; Friedländer l c. s. 429 видятъ здѣсь настоящія наказанія, напротивъ v. Kries l. c. s. 336; Birkmeyer l. c. s. 434; Labes l c. s. 246 — Ordnungsstrafe.

на лицо элементы состава преступленія, но не примѣненіе дважды наказанія за одно и тоже дѣяніе [1]).

Наше право особыхъ постановленій по данному вопросу не содержитъ, поэтому мы, исходя изъ представленія о томъ, что процессуальное взысканіе есть наказаніе, должны отрицать возможность двойной уголовной отвѣтственности за одно и то же дѣяніе— и въ видѣ процессуальнаго взысканія и въ видѣ общеуголовнаго наказанія. Однако наша сенатская практика пошла въ разрѣзъ съ этимъ положеніемъ, имѣя въ виду ст. 282 и 287 улож. о нак., изъ которыхъ первая говоритъ объ оказаніи явнаго неуваженія присутственному мѣсту во время засѣданія его и въ самой камерѣ онаго неприличными словами или какимъ-либо дѣйствіемъ, а вторая предусматриваетъ случай оскорбленія даже и частнаго, не принадлежащаго къ присутственному мѣсту человѣка, какимъ либо дѣйствіемъ или ругательными и поносительными словами въ самой камерѣ и во время присутствія. Сенатъ (рѣш. у. к. д. 67/522, 71/920, 70/700) призналъ, что примѣненіе процессуальныхъ мѣръ не исключаетъ возможности отвѣтственности по указаннымъ статьямъ улож. о нак. Но это положеніе можно принять съ извѣстной оговоркой— именно примѣненіе процессуальнаго взысканія должно быть исключено, если данное дѣяніе должно влечь за собой примѣненіе уголовнаго наказанія на основаніи общихъ уголовныхъ законовъ. Естественно, что при всякомъ возникшемъ на судѣ непорядкѣ предсѣдатель или судья обязаны сдѣлать напоминаніе, которое имѣетъ характеръ совѣта вести себя спокойно; но если они видятъ, что непорядокъ принимаетъ форму дѣянія, указаннаго въ ст. 282 и 287, они не вправѣ назначить денежное взысканіе или арестъ въ видѣ процессуальнаго взысканія (ст. 67 и 153 у. с. у.) и затѣмъ возбудить преслѣдованіе по указаннымъ статьямъ,—здѣсь возможна только эта послѣдняя мѣра; но, ко-

---

[1]) Иное начало усваивается въ германскомъ правѣ въ отношеніи процессуальныхъ взысканій за нарушеніе порядка на судѣ (т. н. Ungebuhrstrafen). Здѣсь въ законѣ прямо указывается, что процессуальныя взысканія назначаются предварительно (vorbehaltlich) уголовнаго преслѣдованія (§§ 179 и 180 G. V. G.) Другими словами, здѣсь указывается, что судъ долженъ немедленно реагировать на происшедшее нарушеніе порядка, независимо отъ того, что въ немъ содержатся элементы состава преступленія; послѣднее же облагается наказаніемъ независимо отъ наложеннаго ранѣе наказанія въ видѣ процессуальнаго взысканія. Такимъ образомъ германское право въ случаяхъ подобнаго рода отрицаетъ принципъ идеальной совокупности правонарушеній, хотя, конечно, въ каждомъ преступленіи, совершенномъ на судѣ, можно усмотрѣть и нарушеніе порядка, какъ его естественную составную часть.

нечно, при этомъ они имѣютъ право примѣнить соотвѣтствующую мѣру пресѣченія нарушенія—удаленіе изъ засѣданія лица, учиняющаго непорядокъ.

Наконецъ, къ сказанному надо добавить, что вопросъ о томъ, влечетъ ли данное недозволенное дѣяніе, какъ процессуальное нарушеніе, извѣстное процессуальное взысканіе, или же оно разсматривается въ качествѣ преступнаго дѣянія, предусмотрѣннаго общимъ уголовнымъ кодексомъ, есть вопросъ, который можетъ различно разрѣшаться отдѣльными законодательствами, и даже въ одномъ и томъ же законодательствѣ онъ можетъ получать неодинаковое разрѣшеніе примѣнительно къ отдѣльнымъ процессуальнымъ нарушеніямъ. Такъ, напр. въ португальскомъ угол. улож. наряду съ простымъ неповиновеніемъ властямъ (§ 188) предусматривается, какъ особенный случай, неповиновеніе, которое исходитъ отъ присяжнаго засѣдателя, свидѣтеля, эксперта, переводчика, опекуна и члена семейнаго совѣта (§ 189), тогда какъ въ другихъ законодательствахъ эти случаи разсматриваются, какъ процессуальныя нарушенія; точно также въ угол. улож. 1903 г. предусматриваются въ качествѣ преступныхъ дѣяній нѣкоторыя такія недозволенныя дѣянія, которыя по дѣйствующему нашему процессуальному законодательству влекутъ за собой лишь процессуальныя взысканія (напр. ст. 679 уг. ул.).

§ 2. Процессуальныя взысканія, извѣстныя нашему праву, можно свести къ слѣдующимъ группамъ: 1) взысканія, налагаемыя за неявку въ судъ извѣстныхъ лицъ, въ присутствіи которыхъ судъ нуждается; 2) взысканія, налагаемыя на отдѣльныхъ лицъ за несоблюденіе извѣстныхъ требованій суда, къ нимъ обращенныхъ, а также за введеніе въ заблужденіе судебную власть и 3) взысканія, налагаемыя за нарушеніе порядка въ судебныхъ засѣданіяхъ.

Обязанность явки въ судъ лежитъ какъ на лицахъ, призываемыхъ въ судъ для исполненія судейскихъ обязанностей въ качествѣ присяжныхъ засѣдателей, такъ и для призываемыхъ въ судъ или при производствѣ слѣдственныхъ дѣйствій свидѣтелей, экспертовъ, понятыхъ, а также сторонъ. За неисполненіе этой обязанности налагаются опредѣленныя взысканія, которыя сводятся къ слѣдующему.

Присяжный засѣдатель за неявку въ судъ по вызову, безъ законныхъ причинъ, подвергается: въ первый и во второй разъ—денежному взысканію отъ 10 до 200 р., а въ третій разъ, сверхъ денежнаго взысканія, отвѣтственности по улож. о нак. (ст. 651 у. у. с.). Въ этой статьѣ обращаетъ на себя вниманіе то обстоятельство

что отвѣтственность по у. у. с. замѣняется отвѣтственностью по улож. о нак., въ случаѣ учиненія дѣянія въ третій разъ; при этомъ, повидимому, какъ бы установляется двойная отвѣтственность и по у. у. с. и по улож. о нак., такъ какъ въ ст. 651 сказано: „..подвергается сверхъ денежнаго взысканія отвѣтственности по улож. о нак.", а по улож. о нак. полагается въ этомъ случаѣ денежное взысканіе отъ 10 до 200 р. и сверхъ того лишеніе права участвовать въ выборахъ и быть выбираемымъ на должности, требующія общественнаго довѣрія (ст. 414[1]). Для того, чтобы выяснить истинный смыслъ ст. 651 у. у. с. надо имѣть въ виду, что ея первоначальный текстъ былъ измѣненъ по закону 28 апрѣля 1887 г.; до этого закона она гласила: „въ третій разъ... предается суду и подвергается по судебному приговору сверхъ денежнаго взысканія отъ 30 до 300 р. лишенію права участвовать въ выборахъ и быть выбираемымъ въ должности, требующія общественнаго довѣрія". Сопоставленіе стараго и новаго текста закона, а также тотъ фактъ, что въ ст. 651 у. у. с. и въ ст. 414[1] улож. о нак. санкція для даннаго нарушенія установлена одинаковая, въ видѣ денежнаго взысканія, даетъ поводъ толковать ст. 651 въ томъ смыслѣ, что отвѣтственность за третью неявку присяжнаго засѣдателя, налагается въ видѣ денежнаго взысканія, назначаемаго одинъ разъ, а не два раза (и по ст. 651 у. у. с., и по ст. 414[1] улож. о нак.), причемъ это взысканіе вмѣстѣ съ указаннымъ въ ст. 414[1] ул. о нак. правопораженіемъ опредѣляется въ общемъ порядкѣ привлеченія къ отвѣтственности присяжныхъ засѣдателей за преступленія по должности [1]).

Что касается далѣе свидѣтелей, то для нихъ устанавливаются неодинаковыя взысканія, въ зависимости отъ того, въ какое судебное мѣсто они вызываются. За неявку свидѣтелей къ мировому судьѣ по уголовному дѣлу свидѣтель подвергается денежному взысканію въ размѣрѣ не свыше 25 р. (ст. 69 у. у. с.), а по гражданскому дѣлу—денежному штрафу отъ 25 к. до 5 р. (ст. 91 у. г. с.), причемъ въ случаѣ вторичной неявки назначаются тѣ же взысканія. За неявку свидѣтеля къ земскому начальнику или городскому судьѣ по гражданскому дѣлу положено денежное взысканіе: въ первый разъ не свыше 5 р., а во второй—не свыше 10 р., (ст. 63 Правила о произв. суд. дѣлъ, подвѣд. зем. нач. и гор. суд.), а по уголовному — денежное взысканіе не свыше 25 р. (ст. 189),

[1]) Интересно отмѣтить, что по угол. улож. 1903 г. за неявку присяжнаго засѣдателя въ третій разъ установленъ арестъ, такъ что при сохраненіи въ неизмѣненномъ видѣ ст. 651 у. у. с. за одно и то же дѣяніе будетъ налагаться дважды наказаніе одно по ст 678 уг. ул., а другое по ст. 651 у. у. с.

причемъ объ отвѣтственности за вторичную неявку законъ ничего не говоритъ. За неявку къ судебному слѣдователю установлено денежное взысканіе, налагаемое самимъ слѣдователемъ, въ размѣрѣ не свыше 50 р. (ст. 488 у. у. с.—при вторичной неявкѣ полагается только приводъ); за неявку въ общія судебныя мѣста по уголовному дѣлу положено денежное взысканіе не свыше 100 р. (ст. 643 у. у. с.) и сверхъ того платежъ издержекъ, причиненныхъ отсрочкою засѣданія вызваннымъ въ судъ лицамъ, причемъ судъ можетъ или повторить вызовъ или постановить о приводѣ неявившагося свидѣтеля; за неявку же по гражданскому дѣлу полагается денежный штрафъ отъ 50 к. до 25 р. какъ за первую, такъ и за вторичную неявку (ст. 383 у. г. с.). Конечно, во всѣхъ этихъ случаяхъ имѣется въ виду неявка безъ уважительныхъ оправданій или безъ законныхъ основаній, причемъ установляется особый порядокъ обжалованія соотвѣтственныхъ постановленій о наложеніи взысканій [1]).

Относительно неявки экспертовъ наше право точно также содержитъ рядъ отдѣльныхъ постановленій. Такъ, за неявку къ мировому судьѣ по уголовному дѣлу установлено денежное взысканіе въ размѣрѣ не свыше 25 р. (ст. 114 у. у. с.), за неявку же по гражданскому дѣлу—размѣръ взысканія точно въ законѣ не указанъ (прим. къ ст. 124 у. г. с.); за неявку къ земскому начальнику и городскому судьѣ установлены тѣ же взысканія, что и въ отношеніи свидѣтелей при неявкѣ по гражданскому (ст. 78 правилъ) и уголовному дѣлу (ст. 197); за неявку экспертовъ къ судебному слѣдователю установлено взысканіе не свыше 25 р. (ст. 328 у. у. с.); за неявку въ общія судебныя мѣста по гражданскому дѣлу (равно какъ за непредставленіе въ назначенный срокъ заключенія)—взысканіе отъ 50 к. до 25 р. (ст. 528 у. г. с.), объ отвѣтственности же за неявку по уголовному дѣлу законъ ничего не упоминаетъ. Та же отвѣтственность за неявку, которая установлена для экспертовъ, положена и для понятыхъ (ст. 114 у. у. с.; ст. 197 правилъ). Съ другой стороны, однако, законъ, говоря о приглашеніи переводчиковъ, не

---

[1]) Въ отношеніи отвѣтственности неявкѣ свидѣтелей приравнивается неявка родителей или лицъ, на попеченіи коихъ состоятъ несовершеннолѣтніе отъ 10 до 17 лѣтъ, въ случаѣ обвиненія послѣднихъ въ преступномъ дѣяніи, за которое въ законѣ назначено наказаніе не ниже тюремнаго заключенія (ст. 70^{1}, 356^{4}, 481^{1} и 643^{1} у. у. с., 189^{1} правилъ). Кромѣ того въ законѣ особо предусматриваются взысканія за неявку свидѣтелей въ коммерческій судъ (ст. 267 и 268 уст. суд. торг.), а также въ станичный судъ (ст. 619 общ. упр. каз. вѣдом.), и къ мировымъ посредникамъ въ Закавказьѣ (ст. 304 т. IX общ прил. кн. III).

упоминаетъ объ ихъ отвѣтственности за неявку[1]); равнымъ образомъ слѣдуетъ отмѣтить, что по ст. 1105 у. г. с. за уклоненіе отъ исполненія обязанностей лицъ, призываемыхъ для оцѣнки движимаго имущества, взысканіе устанавливается на общемъ основаніи по ст. 29 уст. о нак.

Наконецъ, что касается неявки сторонъ, то въ этомъ отношеніи надо различать постановленія у. у. с. и у. г. с. Въ первомъ допускается отвѣтственность за неявку только въ случаѣ вторичной неявки обвиняемаго при заочномъ разбирательствѣ, въ видѣ денежнаго взысканія не свыше 25 р. (ст 141 и 834[7] у. у. с.: ст. 214 правилъ); во второмъ же эта отвѣтственность допускается, какъ изъятіе изъ общаго правила, именно установляется отвѣтственность истца за неявку къ мировому судьѣ въ закавказскомъ краѣ въ видѣ штрафа въ размѣрѣ отъ 1 до 5 р. (ст. 1465 у. г. с.; то же принято и въ черноморской губ. по ст. 1481[2] прод. 1912 г.); точно также устанавливается штрафъ въ размѣрѣ отъ 15 до 30 и даже 150 р. за неявку истца или отвѣтчика въ коммерческій судъ (ст. 175 уст. суд. торг.), равно какъ денежное взысканіе за неявку тѣхъ же лицъ къ мировому посреднику по дѣламъ о спорахъ и недоразумѣніяхъ въ Закавказьѣ (ст. 298 и 301 т. IX Особ. Прил.).

Отъ отвѣтственности за неявку призываемыхъ въ судъ лицъ слѣдуетъ отличать ихъ отвѣтственность за отказъ выполнить ту обязанность, которая на нихъ лежитъ. Эта отвѣтственность можетъ быть устанавливаема или въ порядкѣ общаго уголовнаго суда, или же въ порядкѣ назначенія процессуальнаго взысканія. Наше право въ этомъ отношеніи обнаруживаетъ пробѣлъ, который вызвалъ въ практикѣ стремленіе подводить случаи отказа свидѣтеля отъ принятія присяги или отъ свидѣтельства на судѣ подъ дѣйствіе ст. 29 уст. о нак., устанавливающей отвѣтственность за неисполненіе законныхъ распоряженій, требованій или постановленій правительственныхъ и полицейскихъ властей, а равно земскихъ и общественныхъ учрежденій. Но сенатъ нашелъ вполнѣ правильно, что эта статья не можетъ быть распространяема на случай отказа свидѣтеля дать показаніе подъ присягой,

---

[1]) Только по ст. 114 у. у. с. въ редакціи закона 15 іюня 1912 г предусматривается отвѣтственность ихъ за неявку къ мировому судьѣ въ видѣ денежнаго взысканія не свыше 25 р. Всѣ пробѣлы дѣйствующаго права въ этомъ отношеніи восполняетъ проектъ новой редакціи у. у. с (ст. 616 устанавливаетъ отвѣтственность за неявку въ судъ свидѣтеля, свѣдущаго лица, переводчика или толмача, а ст. 1108, соотвѣтствующая ст. 114 у. у. с., прибавляетъ сюда переводчиковъ).

такъ какъ здѣсь рѣчь идетъ о нарушеніи требованія, установленнаго закономъ, а не распоряженіемъ власти (рѣш. у. к. д. 94/25), причемъ въ этомъ же рѣшеніи сенатъ указалъ, что за данное дѣяніе не установляется отвѣтственность ни по у. у. с., ни по улож. о нак. и уст. о нак. Всѣ сомнѣнія въ этомъ отношеніи устраняются угол. улож. 1903 г., которое установляетъ отвѣтственность для явившихся къ слѣдствію или суду въ качествѣ свидѣтеля, понятого, свѣдущаго лица или переводчика, виновныхъ въ отказѣ безъ уважительной причины исполнить свою обязанность (ст. 172—наказаніе: арестъ не свыше 1 мѣс. или денежная пеня не свыше 100 р.). Съ другой стороны по дѣйствующему праву не устанавливается никакой отвѣтственности за отказъ явившагося по вызову суда для исполненія обязанности присяжнаго засѣдателя исполнить свою обязанность; угол. улож. 1903 г. восполняетъ и этотъ пробѣлъ, установляя за это дѣяніе наказаніе (ст. 679). Нужно при этомъ замѣтить, что относительно случая уклоненія присяжнаго засѣдателя отъ присяги, также не предусмотрѣннаго въ нашемъ правѣ, сенатъ (о. с. 905/36) примѣняетъ по аналогіи ст. 651 у. у. с., говорящую о ихъ неявкѣ, хотя аналогію между этими случаями установить трудно.

Слѣдующую группу образуютъ случаи наложенія процессуальныхъ взысканій за отказъ извѣстныхъ лицъ оказать содѣйствіе правосудію, за созданіе извѣстнаго противодѣйствія правильному ходу процесса или за введеніе правосудія въ заблужденіе относительно опредѣленныхъ обстоятельствъ. Случаи этого рода имѣютъ мѣсто почти исключительно въ гражданскомъ процессѣ. Такъ, по ст. 638 у. г. с. установляется отвѣтственность лицъ, производящихъ отвѣтчику платежи по условіямъ и актамъ, за ложное показаніе въ отбираемомъ отъ нихъ отзывѣ, въ видѣ штрафа вдвое противъ той суммы, которую они въ отзывѣ своемъ скрыли, причемъ этотъ штрафъ, за покрытіемъ той суммы, какая слѣдовала къ дѣйствительному полученію съ показателей, обращается въ казну. По ст. 639 у. г. с. за уклоненіе отъ дачи этого отзыва, а равно и росписки, коей эти лица обязываются не выдавать отвѣтчику принадлежащаго ему имущества, установляется штрафъ по опредѣленію суда отъ 10 до 100 р. По ст. 562 у. г. с. устанавливается штрафъ отъ 10 до 300 р. съ тяжущагося, предъявившаго споръ о подлогѣ, если онъ не представитъ въ надлежащій срокъ доказательствъ подлога или если судъ признаетъ споръ его не заслуживающимъ уваженія; этотъ штрафъ можетъ быть увеличенъ до десятой части взыскиваемой по акту суммы, когда послѣдняя превышаетъ 3000 р. и судъ признаетъ споръ о под-

логѣ недобросовѣстнымъ [1]). Сюда же слѣдуетъ отнести штрафъ за неправильное вчинаніе исковъ по дѣламъ межевымъ (ст. 888—899 т. X ч. II), равно какъ и штрафъ съ владѣльцевъ, бывшихъ причиной разбирательства неправильныхъ споровъ ихъ судебнымъ порядкомъ (ст. 975 тамъ же прод. 1912 г.).

Какъ особое процессуальное взысканіе, относящееся къ той же группѣ взысканій, назначаемыхъ за противодѣйствіе отправленію правосудія, слѣдуетъ признать обращеніе въ казну залога или взысканіе поручительства въ случаѣ побѣга обвиняемаго или уклоненія его отъ суда (ст. 427 у. у. с.).

Послѣднюю группу образуютъ случаи взысканій, которыя налагаются за нарушеніе порядка въ засѣданіяхъ [2]). Наше право знаетъ слѣдующіе случаи этого рода. Мировымъ судьямъ (ст. 67 у. у. с.) предоставлено останавливать виновныхъ въ нарушеніи порядка сперва напоминаніемъ, а за повтореніе приговаривать къ денежному взысканію отъ 25 к. до 3 р.; то же предоставлено земскимъ начальникамъ, городскимъ судьямъ и предсѣдателямъ присутствій (ст. 4 правилъ—только безъ указанія минимума); предсѣдатели же съѣздовъ мировыхъ судей и общихъ судебныхъ мѣстъ, а также первоприсутствующіе могутъ распорядиться о задержаніи подъ стражей неповинующагося не болѣе, чѣмъ на 24 часа (ст. 155 у. с. у.), въ качествѣ же болѣе легкой мѣры рекомендуется внушеніе (ст. 156); всѣ эти мѣры допустимы въ отношеніи постороннихъ лицъ, въ отношеніи же участвующихъ въ дѣлѣ или ихъ повѣренныхъ предоставляется лишь право дѣлать предостереженіе или выговоръ съ предвареніемъ о возможности удаленія изъ присутствія (ст. 157), причемъ эта мѣра допустима не только въ случаѣ нарушенія порядка, но и въ случаѣ употребленія оскорбительныхъ выраженій противъ личности, частной или семейной жизни своего противника или оглашенія предосудительныхъ для него обстоятельствъ (ст. 158); кромѣ того по у. у. с. предсѣдателю суда предоставлено право останавливать всякаго, кто въ судебномъ засѣданіи позволитъ себѣ выра-

[1]) Интересны тѣ основанія, которыми руководились составители у. г. с., устанавливая этотъ штрафъ. „споры сего рода не составляютъ чисто гражданскаго иска, но состоятъ въ связи съ обвиненіемъ въ преступленіи и могутъ имѣть послѣдствіемъ передачу дѣла въ уголовный судъ“ (Суд. Уставы 1864 г. ч. I стр. 274).

[2]) Эти случаи обыкновенно подводятся подъ понятіе „полиціи засѣданій“ (Sitzungspolizei) вмѣстѣ съ мѣрами прекращенія происходящаго непорядка (Ungebuhr)—см. объ этомъ Delius. Die sitzungspolizeilichen Befugnisse der Behörden insb. der Gerichte und Verwaltungsgerichte im Deutschen Reich und Konigreich Preussen. 1893 s. 11 eff.

жать одобреніе или неодобреніе сдѣланныхъ показаній или объясненій, входить въ недозволенныя сношенія съ свидѣтелями или присяжными засѣдателями или же инымъ образомъ нарушать установленный порядокъ (ст. 617)—эта мѣра именуется внушеніемъ (ст. 618); наконецъ, устанавливается штрафъ за перерывъ рѣчи свидѣтеля во время допроса на коммерческомъ судѣ (ст. 272 уст. суд. торг.).

Какъ особый случай взысканія за нарушеніе порядка, можно разсматривать взысканія, налагаемыя на присяжныхъ засѣдателей за нарушенія нѣкоторыхъ ихъ обязанностей. Нашъ у. у. с. знаетъ въ этомъ отношеніи два повода наложенія денежнаго взысканія (отъ 10 до 100 р.) на присяжнаго засѣдателя—это: 1) уходъ его изъ залы засѣданія и сношенія съ лицами, не принадлежащими къ составу суда, безъ разрѣшенія предсѣдателя, равно какъ и собираніе какихъ-либо свѣдѣній по дѣлу внѣ судебнаго засѣданія (ст. 675 и 676) и 2) нарушеніе тайны совѣщанія (ст. 677); причемъ въ первомъ случаѣ присяжный засѣдатель устраняется отъ дальнѣйшаго разсмотрѣнія дѣла, и если это вызвало остановку дѣла, то онъ подвергается платежу происшедшихъ отъ этого для вызванныхъ въ судъ лицъ излишнихъ издержекъ. Нужно однако имѣть въ виду, что примѣненіе процессуальнаго взысканія по ст. 677 у. у. с. за нарушеніе тайны совѣщанія возможно только до тѣхъ поръ, пока не закончено производство даннаго дѣла въ уголовномъ судѣ, такъ какъ нарушеніе тайны, сдѣланное впослѣдствіи послѣ постановленія приговора, фактически не можетъ уже влечь за собой примѣненіе процессуальнаго взысканія; сенатъ же (рѣш. общ. собр. 1909/32) разъяснилъ, что въ подобномъ случаѣ присяжные засѣдатели должны быть привлекаемы къ отвѣтственности въ порядкѣ, установленномъ для преступленій по должности [1]). Болѣе правильно поступаетъ угол. улож. 1903 г., которое предусматриваетъ нарушеніе тайны присяжнымъ засѣдателемъ въ качествѣ общаго преступленія, а не процессуальнаго нарушенія, облагая его денежной пеней не свыше 100 р. (ст. 677).

---

[1]) Нужно отмѣтить, что Фойницкій, повидимому, и въ этомъ случаѣ допускаетъ только примѣненіе процессуальнаго взысканія. Онъ говоритъ объ особой дисциплинарной отвѣтственности присяжныхъ засѣдателей передъ судомъ, къ которому они вызывались и который подвергаетъ ихъ денежнымъ взысканіямъ, указывая при этомъ, что за дѣянія болѣе тяжкія, предусмотрѣнныя общими уголовными законами и учиненныя при исполненіи обязанностей присяжнаго, они подлежатъ уголовному суду судебныхъ палатъ (Фойницкій в. с. т. I стр. 448).

Усматривая въ процессуальномъ взысканіи наличность всего того, что характеризуетъ наказаніе вообще, мы видимъ, что отличіе его отъ уголовнаго наказанія заключается въ особомъ порядкѣ его назначенія. Такимъ образомъ, характеризуя всякое наказаніе тѣмъ, что оно назначается въ установленномъ порядкѣ, мы и въ данномъ случаѣ такъ же, какъ и въ отношеніи административнаго взысканія, должны указывать на то, что особый порядокъ назначенія этой мѣры можетъ служить основаніемъ для признанія за ней значенія извѣстной разновидности наказанія. При этомъ, конечно, мы должны имѣть въ виду, что тотъ или иной порядокъ назначенія наказанія можетъ влечь за собой и особенности въ установленіи ближайшихъ условій назначенія наказанія.

ЗАКЛЮЧЕНІЕ.

Подводя итогъ всему сказанному и имѣя въ виду опредѣленныя черты отличія наказанія отъ другихъ правоохранительныхъ средствъ, равно какъ и отдѣльныя разновидности наказанія, мы можемъ дать наряду съ приведеннымъ выше опредѣленіемъ наказанія вообще[1]), слѣдующее опредѣленіе уголовнаго наказанія, какъ его понимаетъ положительное уголовное законодательство.

Уголовное наказаніе есть правовое послѣдствіе недозволеннаго дѣянія, налагаемое отъ лица государственной власти въ установленномъ порядкѣ, состоящее во вторженіи въ сферу правовыхъ благъ виновнаго и выражающее этимъ оцѣнку учиненнаго имъ дѣянія.

Указаніемъ на то, что наказаніе есть правовое послѣдствіе недозволеннаго дѣянія мы опредѣляемъ мѣсто, занимаемое наказаніемъ въ ряду другихъ правовыхъ явленій. Какъ правовое послѣдствіе, оно является правоохранительнымъ средствомъ и этимъ отличается отъ тѣхъ правоохранительныхъ средствъ, которыя заключаются въ мѣрахъ предупредительныхъ.

Указаніемъ на то, что наказаніе состоитъ во вторженіи въ сферу правовыхъ благъ виновнаго, мы выдвигаемъ внѣшнюю сторону наказанія и подчеркиваемъ содержаніе того принудительнаго средства правоохраны, какимъ является наказаніе, какъ пра-

---

[1]) См. стр. 248.

вовое послѣдствіе неправды; вмѣстѣ съ тѣмъ этимъ указаніемъ мы обращаемъ вниманіе на характеристику наказанія со стороны чисто-юридической.

Указаніемъ на то, что наказаніе посредствомъ вторженія въ сферу правовыхъ благъ виновнаго выражаетъ оцѣнку учиненнаго имъ дѣянія, мы выдвигаемъ внутреннюю сторону наказанія и подчеркиваемъ самую сущность наказанія, ту функцію, которую оно выполняетъ въ ряду другихъ правовыхъ явленій, функцію возмездія, какъ воздѣйствія на учиненное въ соотвѣтствіи съ оцѣнкой послѣдняго; этимъ указаніемъ мы вмѣстѣ съ тѣмъ выставляемъ на первый планъ такой элементъ понятія наказанія, который даетъ намъ возможность отличить наказаніе отъ другихъ правовыхъ послѣдствій неправды, выполняющихъ иныя функціи,— мѣръ соціальной защиты, мѣръ пресѣченія и мѣръ возмѣщенія вреда.

Указаніемъ на то, что наказаніе есть мѣра, примѣняемая отъ лица государственной власти, мы подчеркиваемъ особенность того наказанія, которое мы находимъ въ положительномъ уголовномъ правѣ государства, въ отличіе отъ другихъ видовъ наказаній, примѣняемыхъ иными общеніями людей, и тѣмъ отграничиваемъ государственное наказаніе отъ обширной области внѣгосударственнаго (диспиплинарнаго) наказанія; вмѣстѣ съ тѣмъ этимъ указаніемъ мы отграничиваемъ наказаніе уголовное отъ внѣуголовнаго (гражданскаго).

Указаніемъ на то, что наказаніе есть мѣра, назначаемая въ установленномъ порядкѣ, мы подчеркиваемъ существованіе особаго порядка назначенія наказанія, не непремѣнно судебнаго, въ зависимости отъ разновидностей котораго мы указываемъ на разновидности единаго понятія наказанія: уголовнаго наказанія и административнаго и процессуальнаго взысканій.

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общественных Наук
Академии Наук СССР

