

3303/2.

(51)

У/15217



У Ч Е Н І Е

О

ПОКУШЕНІИ НА ПРЕСТУПЛЕНІЕ.

Библиотечный фонд
Ленинградского
университета

А. Н. Круглевскаго
Профессора Пермскаго университета.

Томъ II.

ПЕТРОГРАДЪ.

Тип. Т-ва п. ф. «Элек.-Тип. Н. Я Стойковой», Знаменская, 27.

1918.

У Р Е Н И Е

ПОКУШЕНИЕ НА ПРЕСТАВЛЕНИЕ

Изданіе Пермскаго
университета

А. В. Пугачевъ

Пермскій университетъ

Томъ II

1910 г.

Въ Пермскомъ университетскомъ типографскомъ отдѣленіи

О Г Л А В Л Е Н І Е.

Г Л А В А І V.

Сравнительно-догматическій обзоръ постановленій о наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

Р а з д ѣ л ь І.

Существо предварительной преступной дѣятельности.

	Стр.
§ 16. Законодательныя формулы понятія о покушеніи	1
§ 17. Опредѣленія понятія о покушеніи въ доктринѣ. Объективныя формулы покушенія	6
§ 18. Субъективныя формулы покушенія	37
§ 19. Смѣшанныя и синтетическія формулы покушенія	52
§ 20. Понятіе о покушеніи на преступленіе	64
§ 21. Покушеніе при сложныхъ преступленіяхъ	98
§ 22. Покушеніе и неполнота состава преступленія	106
§ 23. Виды покушенія	124
§ 24. Юридическая природа приготовленія къ преступленію	143 ✓
§ 25. Законодательныя постановленія о наказуемости приготовленія къ преступленію	158

Р а з д ѣ л ь І I.

Область наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

§ 26. Законодательныя постановленія о сферѣ наказуемости покушенія	177
§ 27. Догматическія положенія о границахъ наказуемости покушенія.	183

Р а з д ѣ л ь І I I.

Наказуемость предварительной преступной дѣятельности.

§ 28. Законодательныя постановленія о наказуемости покушенія на преступленіе	220
§ 29. Законодательныя постановленія о наказуемости приготовленія къ преступленію	234
§ 30. Специальныя основанія отпаденія отвѣтственности за предварительную преступную дѣятельность. Добровольный отказъ отъ покушенія. Французская система нормировки судьбы добровольно оставленнаго покушенія	236

IV.

	Стр.
§ 31. Германская система нормировки судьбы добровольно оставленного покушения	245 ✓
§ 32. Постановления русского права о добровольно оставленном покушении	272
§ 33. Добровольно оставленное приготовление къ преступленію	281
§ 34. Негодное покушеніе. Общее понятіе	287
§ 35. Негодное покушеніе въ германскомъ правѣ. Понятіе о покушеніи съ негодными средствами	297 ✓
§ 36. Понятіе о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ	308
§ 37. Понятіе о покушеніи надъ отсутствующимъ объектомъ. Покушеніе на несуществующій объектъ	353
§ 38. Ученіе объ основаніяхъ безнаказанности негодного покушенія по германскому праву	362 ✓
§ 39. Ученіе объ основаніяхъ безнаказанности покушенія съ негодными средствами по германскому праву	395 ✓
§ 40. Ученіе объ основаніяхъ безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ по германскому праву	419
§ 41. Негодное покушеніе во французскомъ правѣ	440
§ 42. Негодное покушеніе въ итальянскомъ правѣ	457
§ 43. Негодное покушеніе въ русскомъ правѣ	462
§ 44. Негодное покушеніе по проекту австрійскаго уложенія и по швейцарскому проекту	487
§ 45. Негодное приготовленіе къ преступленію	492
§ 46. Другія спеціальныя основанія отпаденія отвѣтственности за предварительную дѣятельность	498

Г Л А В А V.

Постановленія о наказуемости предварительной дѣятельности съ точки зрѣнія политики права.

§ 47. Принципы уголовной политики	501
§ 48. Политическіе принципы опредѣленія понятія о существѣ наказуемой предварительной дѣятельности	527
§ 49. Политическіе принципы опредѣленія области наказуемости предварительной дѣятельности	538
§ 50. Политическіе принципы опредѣленія наказуемости предварительной дѣятельности	542

ГЛАВА IV.

Сравнительно-догматическій обзор постановлений о наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

РАЗДѢЛЬ I.

Существо предварительной преступной дѣятельности.

§ 16. Законодательныя формулы понятія о покушеніи.

Сравнительно-догматическое изложеніе постановлений о наказуемости предварительной дѣятельности стремится къ точному и полному воспроизведенію соответствующихъ началъ современнаго права. При изученіи исторіи развитія правовыхъ положеній о покушеніи мы познакомились съ общими принципами нормировки репрессіи предварительной дѣятельности въ важнѣйшихъ государствахъ современной Европы. Въ настоящее время необходимо обратиться къ детальной разработкѣ этихъ принциповъ, съ догматической точки зрѣнія, и заняться раскрытіемъ заключающихся въ нихъ нормативныхъ началъ. Выполняя эту задачу, мы будемъ придерживаться прежняго порядка изложенія: начавъ съ догматической обработки положеній, опредѣляющихъ существо предварительной дѣятельности, мы перейдемъ, затѣмъ, къ разсмотрѣнію области наказуемости этой дѣятельности и заключимъ наше изслѣдованіе разборомъ постановлений о наказуемости предварительной дѣятельности.

Обращаясь къ изслѣдованію положеній современнаго права о существовѣ предварительной дѣятельности, необходимо замѣтить, что они распадаются на двѣ группы. Первая группа законодательствъ проводитъ принципъ единства формы предварительной дѣятельности и знакома съ наказуемостью этой дѣятельности только въ видѣ покушенія на преступленіе (датское, австрійское и французское законодательства). Вторая группа исходитъ изъ начала дѣленія наказуемой предварительной дѣятельности на двѣ формы и различаетъ въ составѣ этой дѣятель-

ности покушеніе на преступленіе и приготовленіе къ нему (къ этой группѣ законодательствъ относится большинство современныхъ уголовныхъ кодексовъ). Въ составѣ первой группы можно, въ свою очередь, различать законодательства, относящія къ покушенію какъ акты, начинающіе выполнение преступленія, такъ и приготовительныя къ преступленію дѣйствія (датское и австрійское законодательства) и законодательства, относящія къ покушенію только дѣйствія, начинающія выполнение преступленія (французское право). Однако, въ цѣляхъ удобства изложенія и во избѣжаніе повтореній, мы рассмотримъ вышеприведенный законодательный матеріалъ въ нѣсколько иномъ порядкѣ. Поставивъ во главѣ изложенія разборъ болѣе старой системы формулировки покушенія, подводящей подъ понятіе о немъ и приготовленіе къ преступленію и начало выполнения его, мы перейдемъ затѣмъ къ разсмотрѣнію тѣхъ законодательныхъ формулъ покушенія, которыя разумѣютъ подъ послѣднимъ одно только начало выполнения преступленія (безотносительно къ тому признается ли покушеніе единственною формою предварительной дѣятельности или нѣтъ) и заключимъ раздѣлъ обзоромъ постановленій современнаго права о приготовленіи къ преступленію.

Представителями первой группы законодательствъ, какъ замѣчено, являются уложенія: датское 1866 года и австрійское 1852 года. Согласно первому, покушеніемъ почитается дѣйствіе, направленное на выполнение преступнаго дѣянія или содѣйствующее его выполненію, но не приведшее къ его реализаціи (§ 45) ¹⁾. Толкованіе этой формулы не вызываетъ сомнѣній въ доктринѣ уголовного права, и ученые признаютъ, что она охватываетъ собою не только начало выполнения преступленія, но и приготовительныя преступныя дѣйствія. Датское уложеніе 1866 года оставляетъ безъ наказанія только обнаруженіе преступнаго умысла ²⁾.

Согласно постановленію австрійскаго уложенія, для пре-

¹⁾ Das dänische Strafgesetzbuch von 1866 § 45. Wer eine Handlung vornimmt, welche darauf abzielt, die Begehung einer strafbaren Handlung zu befördern oder zu bewirken, ist, wenn diese nicht begangen wird, wegen Versuchs zu bestrafen. Цитирую по нѣмецкому переводу Frank, Vollendung und Versuch (Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Allg. Teil, B. V, 1908, s. 179).

²⁾ Frank, I. c. s. 179.

ступности дѣянiя нѣтъ необходимости, чтобы оно было дѣйствительно выполнено. Уже покушенiе на злодѣянiе представляет собою преступленiе, коль скоро злоумышленникъ предпринялъ дѣянiе, ведущее къ подлинному совершенiю преступления и послѣднее не завершилось только вслѣдствiе недостаточности дѣянiя, вслѣдствiе возникновенiя посторонняго препятствiя или вслѣдствiе случайности ¹⁾.

Вникая въ существо этой формулы, мы убѣждаемся, что она охватывает собою не только акты, начинающiе выполненiе преступленiя, но и приготовительныя къ преступленiю дѣйствiя. Какъ справедливо замѣчено въ австрiйской литературѣ, требованiе закона, чтобы дѣйствiе вело къ подлинному совершенiю преступленiя не можетъ быть понимаемо въ буквальномъ смыслѣ, ибо въ противномъ случаѣ дѣйствiе оказалось бы не покушенiемъ, а оконченнымъ преступленiемъ. ²⁾ Законъ задается здѣсь только цѣлью отграниченiя предварительной дѣятельности отъ обнаруженiя преступнаго умысла, отъ угрозъ и т. д. ³⁾ Но, несмотря на такой смыслъ закона, современная австрiйская литература, подъ давленiемъ правосознанiя, стремится къ ограниченiю объема понятiя о покушенiи и, относя къ покушенiю всѣ акты, начинающiе выполненiе преступленiя, соглашается признавать приготовительныя дѣйствiя за покушенiе только въ случаѣ, когда они заключаютъ въ себѣ нападенiе на правовыя блага; ⁴⁾ когда они отличаются внѣшними свойствами, устанавливающими объективную причинную связь между этими дѣйствiями и задуманнымъ преступленiемъ; ⁵⁾ когда въ нихъ воплощается окон-

¹⁾ Das Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen für das Kaiserthum Oesterreich vom 27. Mai 1852. Zu einem Verbrechen ist nicht nöthig, dass die That wirklich ausgeführt werde. Schon der Versuch einer Uebelthat ist das Verbrechen, sobald der Bösgesinnte eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternommen hat; die Vollbringung des Verbrechens aber nur wegen Unvermögenheit, wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses oder durch Zufall unterblieben ist.

²⁾ Lammasch, Das Moment objectiver Gefährlichkeit in Begriffe des Verbrechenversuches, 1879, s. 42.

³⁾ Loesch, Der Versuch im geltenden deutschen Strafrecht und in den drei Vorentwürfen deutscher Sprache, 1912, s. 33.

⁴⁾ Janka, System des österreichischen Strafrechts, s. 139.

⁵⁾ Hye, Erläuterungen zum österreichischen Strafgesetz vom 27 Mai 1852, s. 303; Herbst, Handbuch des allgemeinen österreichischen Strafrechts. I, 1865, s. 90.

чательное и определенное рѣшеніе совершить преступленіе. ¹⁾ Однако, несмотря на стремленіе австрійскихъ криминалистовъ ограничить область наказуемости приготовительныхъ дѣйствій, кругъ случаевъ наказуемаго приготовления въ Австріи все еще остается чрезвычайно широкимъ. Такъ, доктрина относитъ къ наказуемому приготовленію подкарауливаніе жертвы съ оружіемъ въ рукахъ, ²⁾ т. е., такое дѣйствіе, которое уже не карается большинствомъ современныхъ законодательствъ Запада, а австрійская практика идетъ еще далѣе и наказываетъ приготовленіе при мошенничествѣ, подлогѣ и самовольной охотѣ ³⁾.

Большинство современныхъ законодательствъ не раздѣляетъ вышеприведеннаго взгляда на покушеніе, и уложенія важнѣйшихъ европейскихъ государствъ давно уже отказались отъ отождествленія покушенія на преступленіе съ предварительною преступною дѣятельностью. По взгляду большинства современныхъ уложеній, покушеніе представляетъ собою лишь одну изъ формъ предварительной дѣятельности, и его слѣдуетъ строго отличать отъ приготовительныхъ дѣйствій, составляющихъ другую форму этой дѣятельности. Но при определеніи существа покушенія, какъ формы предварительной дѣятельности, отдѣльные кодексы расходятся между собою, и разборъ ихъ постановленій по этому предмету раскрываетъ нѣсколько различныхъ формулировокъ этого понятія.

Такъ, одна группа современныхъ законодательствъ определяетъ покушеніе, какъ дѣйствіе, начинающее или продолжающее приведеніе злаго намѣренія въ исполненіе (улож. о нак., ст. 9) ⁴⁾ или какъ дѣйствіе, начинающее приведеніе въ исполненіе преступнаго дѣянія (уголовное ул., ст. 49) ⁵⁾. Согласно другой

¹⁾ Rosenblatt, Zur Lehre von der straflosen Vorbereitungshandlung und den strafbaren Versuche, GA. B. XXXVI, 1888, s. 73.

²⁾ Lammasch, Grundriss des Strafrechts, 1906 (3 Aufl.), s. 35.

³⁾ Ср., Rosenblatt, GA, B. XXXVI, 1888, s. 67—70; Herbst, I, s. 93.

⁴⁾ Уложеніе о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ, ст. 9. Покушеніемъ на преступленіе признается всякое дѣйствіе, коимъ начинается или продолжается приведеніе злаго намѣренія въ исполненіе.

⁵⁾ Уголовное уложеніе 1903 года. Ст. 49. Дѣйствіе, коимъ начинается приведеніе въ исполненіе преступнаго дѣянія, учиненія коего желалъ виновный, не довершеннаго по обстоятельству, отъ воли виновнаго не завѣсившему, почитается покушеніемъ.

группѣ законодательствъ, покушеніе представляетъ собою начало исполненія преступленія (фран. ул., а. 2)¹⁾; фран. пр. а. 83²⁾; бельг. ул. а. 51³⁾; испан. ул. а. 3⁴⁾; итальян. ул. а. 61⁵⁾. венгер. ул. § 65⁶⁾; норвежск. ул. § 49⁷⁾; герман. ул. § 43⁸⁾; герман.

1) Code pénal français, art. 2. Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même.

2) Projet de la commission de revision du code pénal, Chapitre VIII. De la tentative. Art. 83. Toute tentative de crime ou de délit qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur sera punie conformément aux dispositions suivantes...

3) Code pénal belge. Art. 51. Il y a tentative punissable lorsque la résolution de commettre un crime ou un délit a été manifestée par des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution de ce crime ou de ce délit, et qui n'ont été suspendus ou qui n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur.

4) Código penal de 1870, Art. 3. Hay tentativa cuando el culpable da principio à la ejecuciòn del delito directamente por hechos exteriores, y non practica todos los actos de ejecuciòn que debieran producir el delito, por causa ò accidente que sean su propio voluntario desistimiento.

5) Codice penale italiano, art. 61. Colui che, a fine di commettere un delitto, ne comincia con mezzi idonei l'esecuzione, ma per circostanze indipendenti dalla sua volontà non compie tutto ciò che è necessario alla consumazione di esso, è punito con la reclusione non inferiore ai dieci anni, ove la pena stabilita per il delitto sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il delitto diminuita dalla metà ai due terzi. Se volontariamente desista dagli atti d'esecuzione del delitto; soggiace soltanto alla pena stabilita per l'atto eseguito, ove questo costituisca di per sè un reato.

6) Венгерское уложение о преступленіяхъ и проступкахъ 1878 года. § 65. Дѣйствіе, которымъ начато, но еще не окончено, исполненіе задуманнаго преступленія или проступка, составляетъ покушеніе на начатое преступленіе или проступокъ.

7) Allgemeines bürgerliches Strafgesetzbuch für das Königreich Norwegen (1902), § 49. Ein strafbarer Versuch liegt vor, wenn ein Verbrechen nicht vollendet, aber eine Handlung vorgenommen ist, durch die der Thäter die Ausführung des Verbrechens zu beginnen beabsichtigte.

8) Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, § 43. Wer den Entschluss ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, bethätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen.

пр. § 75 ¹⁾; швейцар. пр. а. 22 ²⁾, или начало исполненія намѣренія (голландск. ул. а. 45) ³⁾. Наконецъ третью группу составляютъ кодексы, опредѣляющіе покушеніе какъ дѣйствіе, ведущее непосредственно къ выполненію преступленія (австр. пр. § 13) ⁴⁾, или какъ начатое, но неоконченное выполненіе дѣйствій, долженствовавшихъ воспроизвести оконченное преступленіе (португальск. ул. а. 11.2) ⁵⁾.

§ 17. Опредѣленія понятія о покушеніи въ доктринѣ. Объективныя формулы покушенія.

Таковъ законодательный матеріаль, съ которымъ наукѣ уголовного права приходится имѣть дѣло при опредѣленіи понятія о покушеніи. Несмотря на относительное однообразіе приведенныхъ законодательныхъ постановленій, юристы опредѣляютъ покушеніе чрезвычайно различно и при рѣшеніи задачи о существѣ покушенія современная наука проявляетъ весьма мало согласія. Вообще говоря, опредѣляя покушеніе, можно усматривать существо этого дѣйствія въ разнаго рода признакахъ. Такъ, съ одной стороны, возможно признавать характер-

¹⁾ Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. § 75. Wer die Ausführung eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens begonnen hat, ist, wenn dieses nicht vollendet worden ist, wegen Versuchs zu bestrafen.

²⁾ Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch (1908), Art. 22. Versuch. Wer ein Verbrechen auszuführen versucht und mit der Ausführung begonnen hat wird milder bestraft; fuhr er die verbrecherische Tätigkeit erfolglos zu Ende, so kann er milder bestraft werden.

³⁾ Нидерландское уложеніе 3 марта 1881 года. Ст. 45. Покушеніе на преступленіе наказуемо, когда намѣреніе виновнаго выразилось началомъ его исполненія и исполненіе не было доведено до конца лишь вслѣдствіе обстоятельствъ, не зависѣвшихъ отъ воли виновнаго.

⁴⁾ Vorentwurf zu einem Oesterreichischen Strafgesetzbuch (1912), § 13. Wer mit dem Vorsatz, eine strafbare Tat zu begehen, eine unmittelbar zu ihrer Ausübung führende Handlung vornimmt, unterliegt den Bestimmungen die für den Täter der vollendeten strafbaren Handlung gelten.

⁵⁾ Código penal, Art. 11. Na tentativa quando se verificam cumulativamente os seguintes requisitos: 1. Intenção do agente; 2. Execução começada e incompleta dos actos que deviam produzir o crime consummado; 3. Ter sido suspensa a execução por circunstancias independentes da vontade do agente. excepto nos casos previstos no artigo 13; 4. Ser punido o crime consummado com pena maior salvo os casos especiaes em que, sendo applicavel pena correccional ao crime consummado, a lei expressamente declarar punivel a tentativa d'esse crime.

ною чертою покушенія опредѣленныя свойства внѣшней стороны этого дѣянія, сами по себѣ взятыя, совершенно безотносительно къ тому, свидѣтельствуютъ ли они объ опредѣленныхъ качествахъ внутренней стороны этого дѣянія или нѣтъ. Во-вторыхъ, характеризуя покушеніе какъ дѣяніе, обладающее опредѣленными внѣшними свойствами, можно придавать рѣшающее значеніе не свойствамъ этихъ внѣшнихъ признаковъ, самихъ по себѣ взятыхъ, а способности ихъ свидѣтельствовать объ опредѣленныхъ особенностяхъ внутренней стороны предпринятаго субъектомъ дѣянія. Наконецъ, въ-третьихъ, при опредѣленіи покушенія, возможно признавать характерною чертою его опредѣленное сочетаніе тѣхъ или другихъ свойствъ дѣйствія. Всѣ эти три точки зрѣнія нашли себѣ представителей въ литературѣ уголовного права, причемъ опредѣленія перваго типа получили названіе объективныхъ формулъ покушенія; опредѣленія второго типа—названіе субъективныхъ формулъ покушенія, а опредѣленія третьяго типа—названіе смѣшанныхъ и соединительныхъ формулъ покушенія.

Переходя къ разсмотрѣнію объективныхъ формулъ покушенія, слѣдуетъ сказать, что онѣ, въ свою очередь, распадаются на три различныхъ группы. Одни изъ этихъ опредѣленій, характеризуя покушеніе, придаютъ рѣшающее значеніе не содержанію этого дѣянія, а опредѣленному отношенію его къ другимъ дѣйствіямъ, т. е. выдвигаютъ формальный критерій опредѣленія области покушенія. Другія опредѣленія, напротивъ, усматриваютъ существо покушенія именно въ опредѣленномъ содержаніи этого дѣйствія и утверждаютъ, что покушеніе обладаетъ такимъ содержаніемъ, которое чуждо всѣмъ другимъ, наказуемымъ дѣяніямъ. Наконецъ, третьи формулы разсматриваютъ покушеніе какъ дѣйствіе, обладающее особыми причинными свойствами и полагаютъ, что сущность покушенія состоитъ именно въ этихъ, спеціально присущихъ ему, функціяхъ.

Сопоставляя эти приемы опредѣленія покушенія съ законною формулою этого дѣйствія, нетрудно видѣть, что только одинъ изъ нихъ соотвѣтствуетъ законодательному приему образованія понятія о покушеніи: только объективное и формальное опредѣленіе покушенія исходитъ изъ одинаковыхъ съ закономъ посылокъ. И дѣйствительно, разборъ первой группы объективныхъ опредѣленій показываетъ, что только они представляютъ собою попытку дать догматическое ученіе о покушеніи и построить

опредѣленіе покушенія исключительно на однихъ только законодательныхъ данныхъ. Формальныя опредѣленія покушенія въ современной литературѣ представляютъ собою естественный результатъ стремленія криминалистовъ дать догматическую обработку положеній закона о покушеніи.

Въ ряду ученій, опирающихся на текстъ закона при опредѣленіи понятія о покушеніи, привлекаетъ къ себѣ вниманіе формула, ограничивающаяся точнымъ воспроизведеніемъ постановленій положительнаго права о покушеніи. Согласно представителямъ этого взгляда, покушеніе является наказуемымъ во всѣхъ случаяхъ, когда имѣется налицо подлинное начало исполненія; ¹⁾ покушеніе заключается въ осуществленіи рѣшимости актами, воплощающими въ себѣ начало исполненія преступленія. Начало исполненія имѣется налицо въ случаѣ, когда было начато одно изъ дѣйствій, входящихъ въ составъ необходимыхъ элементовъ преступленія ²⁾; покушеніе начинается съ началомъ дѣйствія, которое могло и должно было довести преступленіе до конца, безъ новыхъ приготовленій и безъ какихъ-либо перерывовъ ³⁾; покушеніе имѣется налицо, когда рѣшимость совершить преступленіе была обнаружена внѣшними дѣйствіями, образующими начало исполненія преступленія ⁴⁾; покушеніе къ преступленію должно всегда состоять въ началѣ исполненія предполагаемаго преступленія ⁵⁾; покушеніе становится наказуемымъ съ момента начала конкретнаго нарушенія правовой нормы ⁶⁾.

Несмотря на рядъ различій въ ихъ формулировкѣ, всѣ приведенныя опредѣленія высказываютъ одну и ту же мысль: покушеніемъ надо признавать дѣйствіе, представляющее собою начало акта преступленія. Но, какъ справедливо было замѣчено въ литературѣ, это опредѣленіе покушенія является совершенно несостоятельнымъ. Покушеніе можно было бы призна-

¹⁾ Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. II, 1862, s. 301.

²⁾ Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1896 (13 Aufl.), s. 92, 93.

³⁾ Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, I, 1836, s. 459.

⁴⁾ Haus, Principes généraux du droit pénal belge, 1874, p. 307; Prins, Science pénale et droit positif, 1899, p. 131.

⁵⁾ Калмыковъ, Учебникъ уголовного права, 1866, стр. 123. Неклюдовъ, Приложенія къ переводу учебника Бернера, 1865, ст. 505.

⁶⁾ Manzini, Trattato di diritto penale italiano, II, 1908, p. 361.

вать началомъ оконченнаго преступленія, если бы при покушеніи существовалъ полный реализованный составъ оконченнаго преступленія, чего въ дѣйствительности не имѣется налицо. А коль скоро отсутствуетъ хотя бы одинъ изъ признаковъ оконченнаго преступленія, не имѣютъ никакого объективнаго значенія и остальные его признаки: въ этомъ случаѣ, нѣтъ ни цѣлаго, ни части правонарушенія, а слѣдовательно, нѣтъ и начала правонарушенія ¹⁾. Нельзя характеризовать покушеніе какъ начало главнаго преступнаго дѣйствія. Начало и конецъ обозначаютъ границы существованія во времени явленій, успѣвшихъ реализоваться во всемъ своемъ объемѣ. То, что не было окончено, не было и начато и въ такъ называемомъ началѣ неоконченной дѣятельности начало и конецъ сливаются во-едино ²⁾.

Другая группа представителей этого направленія, не воспроизводя буквально законнаго опредѣленія покушенія, выдвигаетъ, тѣмъ не менѣе, такую формулу этого вида предварительной дѣятельности, которая оказывается продуктомъ толкованія законнаго его опредѣленія. По воззрѣнію этихъ криминалистовъ, законъ, признавая покушеніемъ дѣйствіе, начинающее выполнение преступленія, хочетъ сказать, что къ покушенію относятся акты, внѣшняя сторона которыхъ представляетъ собою часть внѣшняго дѣйствія преступленія. Согласно этому ученію, начало исполненія имѣется тогда, когда начато дѣйствіе, представляющее дѣйствительную составную часть дѣйствія, запрещеннаго подъ страхомъ наказанія ³⁾; при покушеніи, умыселъ долженъ направляться на воспроизведеніе всего наказуемаго дѣянія, но внѣшнее дѣйствіе представляетъ только часть состава задуманнаго преступленія ⁴⁾; начало дѣйствія, начало преступленія или проступка, есть не что иное, какъ частичное выполненіе; всякое начало есть частичное окончаніе ⁵⁾; при покушеніи имѣется налицо весь субъективный составъ преступленія, но только часть объективнаго его состава ⁶⁾; покушеніе предста-

¹⁾ Buri, Zur Lehre von Versuche, Gerichtssaal, XIX, 1867, s. 60.

²⁾ Baumgarten, Die Lehre vom Versuche am Verbrechen, 1888, s. 394, 395.

³⁾ Zachariae, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, I, 1836, s. 203.

⁴⁾ Hahn, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1876 (3 Aufl.), s. 45.

⁵⁾ Scherer, Ueber die Strafbarkeit des Versuchs am absolut untauglichen Objecte und mit absolut untauglichen Mitteln, Gerichtssaal, XXIX, 1877, s. 486, 489.

⁶⁾ Beling, Grundzüge des Strafrechts, 1899, s. 39.

вляеть фрагментъ осуществленія состава преступленія ¹⁾; о началѣ исполненія можно говорить лишь въ случаѣ, когда дѣятельность приняла форму дѣйствія, входящаго въ составъ преступленія ²⁾; подъ началомъ исполненія слѣдуетъ разумѣть акты, которые, въ силу своей связи съ актами выполненія, съ точки зрѣнія естественнаго пониманія вещей, представляются частями актовъ выполненія ³⁾; покушеніемъ мы называемъ дѣйствіе, являющееся частью объективнаго состава преступленія⁴⁾; покушеніе есть дѣйствіе, коимъ воспроизводится, хотя и не вполне, законный составъ преступленія ⁵⁾; воспроизведеніе всѣхъ элементовъ состава даетъ совершеніе, оконченное преступленіе; для понятія покушенія, достаточно бытія нѣкоторыхъ изъ нихъ, достаточно части тѣхъ дѣйствій, которыя входятъ въ составъ преступленія ⁶⁾; актъ покушенія представляетъ часть преступленія; онъ образуетъ одинъ изъ его конститутивныхъ матеріальныхъ элементовъ и преступленіе не можетъ быть совершено безъ реализаціи этого элемента ⁷⁾; преступленіе предполагаетъ реализацію ряда дѣйствій, направляющихся къ одной и той же цѣли; покушеніе имѣется налицо, какъ скоро совершено одно изъ этихъ дѣйствій, ибо покушеніе начинается исполненіе преступленія ⁸⁾; преступленіе признается начавшимся съ момента приступа лица къ его исполненію, т. е., съ момента вступленія дѣятельности виновнаго въ область опредѣленнаго закономъ состава преступленія ⁹⁾; покушеніе представляетъ начало преступленія, оно является составною его частью и не можетъ быть отдѣлено отъ него ¹⁰⁾.

Иногда та же мысль выражается въ нѣсколько иной формѣ

¹⁾ Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, s. 349.

²⁾ Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1897 (5 Aufl.), s. 155.

³⁾ Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1897, s. 50.

⁴⁾ Полетаевъ, Граница наказуемости покушенія, Юридическій Вѣстникъ, 1863, № 11, стр. 39, 40.

⁵⁾ Таганцевъ, Русское уголовное право, I, 1902, стр. 696.

⁶⁾ Бѣлогриць-Котляревскій, Учебникъ русскаго уголовного права, 1903, стр. 171, 172.

⁷⁾ Vidal, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, 1910, p. 150.

⁸⁾ Chauveau-Hélie, Théorie du code pénal, I, 1861, p. 370.

⁹⁾ Ortolan, Eléments de droit pénal, 1859, p. 411.

¹⁰⁾ Villey, Précis d'un cours de droit criminel, 1891, p. 89.

и покушеніе опредѣляется какъ частичное осуществленіе преступнаго умысла ¹⁾).

Переходя къ разбору этого взгляда, необходимо, прежде всего, замѣтить, что, несмотря на различіе формулировки вышеприведенныхъ положеній, они, несомнѣнно, заключаютъ въ себѣ одно и то же ученіе. Опредѣленіе покушенія какъ частичнаго осуществленія умысла такъ же признаетъ покушеніе за часть оконченнаго преступленія, какъ и большинство представителей разсматриваемаго ученія. Осуществленіе умысла представляетъ собою реальное существованіе преступленія; частичное осуществленіе умысла—часть реального преступленія. Отсюда, оба опредѣленія покушенія могутъ быть подвергнуты въ дальнѣйшемъ совмѣстному разсмотрѣнію, и замѣчанія, относящіяся къ первой группѣ ученій, сохраняютъ свою силу и по отношенію ко второй.

Критическій разборъ вышеизложеннаго ученія давно уже произведенъ въ наукѣ уголовного права и криминалисты приводятъ противъ него такіе доводы, которые лишаютъ возможности признать это ученіе за удачное рѣшеніе вопроса о существѣ покушенія. Разбирая опредѣленіе покушенія какъ части оконченнаго преступленія, литература отмѣчаетъ невозможность согласованія этого опредѣленія съ требованіями нашего правосознанія, непримѣнимость этой формулы на практикѣ и, наконецъ, несостоятельность ея по существу.

Иллюстрируя первое положеніе,—доказывая несоотвѣтствіе вышеизложеннаго опредѣленія требованіямъ правосознанія,—криминалисты указываютъ, что соотвѣтствующая формула охватываетъ собою, съ одной стороны, такія дѣйствія, которыя покушенія не составляютъ (по этому ученію всякій, ушедшій въ засаду, совершаетъ уже покушеніе на убійство ²⁾), съ другой стороны, подъ эту формулу не подходятъ дѣйствія «несомнѣнно»

¹⁾ Schütze, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches, 1871, s. 109; Binding, Handbuch des Strafrechts, I, 1885, s. 695; Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, II, 1877, s. 167; Oetker, Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, XVII, 1897, s. 63; Schoetensack, Verbrechensversuch und Deutscher Strafgesetz-Vorentwurf, Festschrift für Karl Binding zum 4 Juni 1911, I, 1911, s. 409, 410.

²⁾ Колоколовъ, Къ ученію о покушеніи, 1884, стр. 69; Сергѣевскій, Русское уголовное право, 1905, стр. 286; Познышевъ, Основныя начала Уголовнаго права, 1912, стр. 351.

обладающія признаками покушенія (связываніе челоуѣка съ цѣлью насильственнаго введенія яда въ организмъ ¹⁾, выхватываніе топора изъ-за пазухи, чтобы тутъ же ударить жертву ²⁾; прицѣливаніе въ жертву изъ заряженнаго револьвера на мѣстѣ преступленія, съ цѣлью убійства ³⁾), несомнѣнно представляютъ собою случаи покушенія, однако, части убійства они не составляютъ и потому, съ точки зрѣнія разсматриваемаго ученія, не должны быть относимы къ области покушенія на это преступленіе). Но справедливость этихъ доводовъ не можетъ быть признана. Несоотвѣтствіе между правосознаніемъ и догматическимъ ученіемъ, точно передающимъ смыслъ положеній закона, вовсе не доказываетъ неправильности этого ученія, такъ какъ содержаніе постановленій положительнаго права опредѣляется закономъ, а не правосознаніемъ гражданъ. Это устраняетъ упрекъ, что разбираемое ученіе относитъ къ покушенію и приготовительныя дѣйствія. Но слѣдуетъ отклонить также и другіе аргументы противъ этого ученія, исходящіе изъ вышеуказанныхъ началъ. Именно, ссылка на чрезмѣрную узость разбираемой формулы, отчасти несправедлива (прицѣливаніе въ жертву изъ ружья, какъ мы покажемъ ниже, безусловно относится къ той группѣ дѣйствій, которая квалифицируется авторами изложеннаго ученія какъ часть оконченнаго преступленія), отчасти неубѣдительна (связываніе жертвы, выхватываніе топора изъ-за пазухи, дѣйствительно не составляютъ покушенія, а подлежатъ наказанію въ качествѣ самостоятельныхъ преступленій—обиды, насилія и т. п.).

Не болѣе убѣдительною оказывается и вторая группа доводовъ, доказывающая практическую невозможность опредѣленія понятія о части преступленія. Законъ, замѣчаютъ авторы этихъ доводовъ, дѣйствительно, часто даетъ опредѣленіе не только существа результата преступленія, но и существа воспроизводящихъ этотъ результатъ актовъ и, тѣмъ самымъ, создаетъ возможность дѣленія преступленія на части. Но онъ поступаетъ такимъ образомъ далеко не всегда. При нѣкоторыхъ преступленіяхъ, напр., при убійствѣ, законъ объявляетъ наказуемымъ не опредѣленное дѣйствіе, а всякій способъ причиненія смерти и

¹⁾ Сергѣевскій, стр. 286.

²⁾ Хейфицъ, Приготовленіе и покушеніе, Журналъ Министерства Юстиціи, 1904, Кн. 5 стр. 64.

³⁾ Пусторослевъ, Русское уголовное право, 1912, стр. 365.

это лишает нас возможности определить существо послѣдовательныхъ элементовъ преступленія ¹⁾. Про большинство преступленій можно сказать, что, для осуществленія ихъ, необходимо, чтобы субъектъ совершилъ ту или иную дѣятельность. Но включая въ составъ этихъ преступленій дѣятельность преступника въ такомъ общемъ ея опредѣленіи, мы не можемъ исключать изъ нея дѣйствія приготовительныя, ибо и они входятъ въ нее какъ необходимыя начальныя звенья, и они необходимы для наступленія даннаго результата ²⁾. Эти возраженія основаны на недоразумѣніи. Абстрактная формулировка состава убійства совершенно не обусловливаетъ абсолютной безцвѣтности входящихъ въ составъ этого преступленія актовъ и она вовсе не оставляетъ безъ опредѣленія количества этихъ актовъ. Характеризуя составъ умышленнаго лишенія жизни какъ убійство, законъ требуетъ, чтобы смерть произошла отъ дѣйствія чловѣка, примѣнившаго смертоносное средство; это означаетъ, что къ убійству относятся не всѣ дѣйствія, ведущія къ смерти чловѣка, а только тѣ изъ нихъ, которыя воплощаютъ въ себѣ стадію примѣненія смертоносныхъ средствъ. А это характеризуетъ собою не только существо исполнительныхъ дѣйствій при убійствѣ, но и количество ихъ (позволяетъ отдѣлить приготовительныя дѣйствія отъ актовъ исполненія преступленія).

Однако, несмотря на это, изложенное ученіе всетаки должно быть признано неправильнымъ и недостатки его чрезвычайно ярко очерчиваются третьей группою доводовъ. Покушеніе на преступленіе не является частью оконченнаго преступленія ³⁾;

¹⁾ Meyer, Der Anfang der Ausführung, 1892, s. 19; Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, I, 1881, s. 340. Anm. 1.; Redslob, Versuch und Vorbereitung, 1908, s. 73, 74.

²⁾ Познышевъ, стр. 351, 352.

³⁾ Schwarze, Versuch und Vollendung, Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts, II, 1871, s. 294; Buri, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln, v. Dr. Eduard Hertz, Gerichtssaal, XXVII, 1875, s. 153; Lammasch, Moment, s. 14; Hälschner, I, s. 340; Cohn, Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, 1880, s. 15, 260; Cohn, Die Grundsätze über den Thatbestand der Verbrechen und der heutige Gattungsbegriff des Versuches, 1889, s. 4; Havenstein, Zur Lehre vom untauglichen Versuch, Goldammer Archiv für Strafrecht, XXXVI, 1888, s. 48; Kohn, Der untaugliche Versuch und das Wahnverbrechen, 1904, s. 28, 29; Rudert, Die subjektive und objektive Seite im Tatbestande des untauglichen Versuches, 1907, s. 38; Wintritz, Das problematische und das apodiktische Urteil in der Lehre vom Versuch, 1910, s. 116.

оно является такъ же мало частью оконченнаго преступленія, сколь мало обрученіе представляет собою часть вѣнчанія, беременность—часть рожденія, жизнь—часть смерти ¹⁾. Для того, чтобы содѣянное могло быть признано дѣйствительною частью задуманнаго дѣйствія, необходимо, чтобы задуманное было дѣйствительно реализовано ²⁾; квалификація явленія, какъ части другого явленія, предполагаетъ подлинное существованіе цѣлаго, съ которымъ эта часть находится въ связи или отъ котораго она отдѣлена ³⁾. Коль скоро недостаетъ одного признака внѣшней стороны оконченнаго преступленія, то и всѣ остальные признаки его утрачиваютъ всякое самостоятельное объективное значеніе: въ этомъ случаѣ содѣянное не составляетъ ни цѣлаго правонарушенія, ни части его, ни начала этого правонарушенія ⁴⁾.

Такимъ образомъ, попытки дать научную формулировку покушенія, оставаясь на почвѣ положительнаго права, потерпѣли неудачу и догматическія формулы покушенія оказались не въ состояніи рѣшить интересующую насъ проблему. Это обстоятельство внушило большинству ученыхъ убѣжденіе въ невозможности опредѣлить понятіе о покушеніи, исходя изъ данныхъ закона. Нѣкоторые криминалисты прямо высказываютъ этотъ взглядъ, замѣчая, что разъ покушеніе также мало является началомъ выполнения, какъ раны началомъ смерти, то нельзя принимать и законную формулу покушенія за опредѣленіе существа этого дѣйствія, и необходимо стремиться къ разрѣшенію проблемы о существѣ покушенія, совершенно не принимая во вниманіе тѣ данныя, которыя заключены въ законѣ. ⁵⁾ Законъ, по мнѣнію

¹⁾ Baumgarten, s. 259, 394: Senf, Vorbereitung und Versuch, Gerichtssaal, V. 67, 1905, s. 254; Germann, Ueber den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, 1914, s. 6; Мокринскій, Наказаніе, его цѣли и предположенія, III, стр. 480.

²⁾ Buri, Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, I, 1881, s. 185.

³⁾ Buri, Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885, s. 115.

⁴⁾ Buri, GS, XIX, 1867, s. 60; Buri, Ueber das Wesen des Versuchs, Archiv für Gemeines Deutsches und für Preussisches Strafrecht, XXV, 1877, s. 265; Buri, Versuch und Causalität, Gerichtssaal, XXXII, 1880, s. 322; Horn, Der Versuch, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, XX, 1900, s. 312; Колоколовъ, стр. 68; Платоновъ, О покушеніи на преступленіе, Журналъ Юридическаго Общества, 1898, Кн. 8, стр. 80 и сл.

⁵⁾ Cohn, Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, I 1880, s. 31.

другихъ представителей этого взгляда, только намѣчаетъ границу покушенія, но онъ не опредѣляетъ ея. При разграниченіи покушенія и приготовленія, доктрина не связана закономъ и должна рѣшать эту задачу независимо отъ закона, относя къ покушенію акты предварительной дѣятельности, заслуживающіе наказанія и квалифицируя какъ приготовленіе дѣйствія, не заслуживающія наказанія ¹⁾. Большинство же ученыхъ молчаливо признаетъ догматическую несостоятельность законной формулы покушенія и выражаетъ свое отрицательное къ ней отношеніе лишь полнымъ игнорированіемъ ея положеній, при выработкѣ опредѣленія интересующей насъ формы предварительной дѣятельности. Вопросъ объ основательности подобнаго отношенія доктрины къ закону будетъ разрѣшенъ нами впоследствии, при подробномъ разсмотрѣніи существа покушенія. Въ настоящее время для насъ важно только отмѣтить, что отрицательное отношеніе большинства криминалистовъ къ законной формулѣ покушенія привело ихъ къ выработкѣ, совершенно отличныхъ отъ законныхъ, основаній рѣшенія вопроса о существѣ этого дѣйствія и заставило ихъ усвоить принципиально отличныя отъ закона исходныя точки зрѣнія. Вслѣдствіе этого, и содержаніе современныхъ ученій о покушеніи получило совершенно независимый отъ закона характеръ и нельзя не признать справедливымъ замѣчанія, что въ области ученія о покушеніи, теорія рѣшительно заступаетъ мѣсто закона и празднуетъ побѣду надъ послѣднимъ ²⁾.

Послѣ сказаннаго становится понятнымъ, отчего въ литературѣ уголовного права существуетъ такое разнообразіе воззрѣній на природу покушенія, и почему ученые расходятся между собою не только при опредѣленіи отдѣльныхъ признаковъ покушенія, но и при опредѣленіи основной его природы. Установленіе независимости ученій криминалистовъ о покушеніи отъ законной формулы этого дѣйствія объясняетъ также и причину появленія въ доктринѣ субъективныхъ и смѣшанныхъ формулъ покушенія, тогда какъ догматическій анализъ положеній закона можетъ привести только къ объективной формулѣ покушенія.

¹⁾ Redslob, Versuch und Vorbereitung, 1908, s. 26.

²⁾ Zeime, Der Rücktritt vom Versuch insbesondere seine Beziehungen zum Begriff der Gefahr in der Versuchlehre, 1907, s. 8: So sehen wir, dass die Theorie ausserhalb der strengen Fesseln des besonderen Teiles unseres Strafgesetzbuches auf dem Gebiete des Versuchs wahre Triumphe feiert.

Обращаясь къ доктринальнымъ опредѣленіямъ понятія о покушеніи, мы видимъ, что нѣкоторыя изъ нихъ, рѣшительно отказываясь принимать законную формулу покушенія за основаніе опредѣленія понятія объ этомъ дѣйствіи, примыкаютъ, однако, къ закону въ томъ отношеніи, что такъ же, какъ и онъ, признаютъ характерною чертою покушенія опредѣленные свойства внѣшней стороны этого дѣянія и, притомъ, совершенно безотносительно къ тому, были ли способны эти свойства свидѣтельствовать объ опредѣленныхъ признакахъ умысла субъекта или нѣтъ. Но, въ то время, какъ законъ и его истолкователи стремятся выработать формальное опредѣленіе покушенія и, не говоря ничего о свойствахъ самого акта покушенія, охарактеризовать его путемъ указанія отношенія его къ оконченному преступленію (начало преступленія, часть его) эти криминалисты стараются дать матеріальное опредѣленіе покушенія и раскрыть постоянно присущіе этому дѣянію признаки, совершенно не приводя понятія о покушеніи въ связь съ понятіемъ объ оконченномъ преступленіи. При этомъ, одни криминалисты усматриваютъ характерную черту покушенія въ особомъ содержаніи этого дѣйствія, а другіе— въ особыхъ функціяхъ этого дѣйствія.

1. Въ ряду опредѣленій первой группы обращаетъ на себя вниманіе ученіе о покушеніи, какъ объ актѣ, воплощающемъ въ себѣ нападеніе на правовыя блага. Покушеніе, замѣчаютъ представители этого взгляда, заключаетъ въ себѣ, въ отличіе отъ приготовленія, реальное нападеніе на правовыя блага¹⁾. Преступныя мысли, хотя бы онѣ и были обнаружены, свободны отъ наказанія; только нападеніе наказуемо. Такимъ нападеніемъ и должно быть покушеніе на преступленіе. Отсюда приготовленіе, приспособленіе средствъ, которое не заключаетъ въ себѣ нападенія на объектъ, юридически безразлично²⁾. Необходимо различать дѣйствія, нападающія на правовое благо и дѣйствія, подготовляющія или обезпечивающія успѣхъ этого нападенія: только актъ нападенія представляетъ собою начало исполненія³⁾. Покушеніе

¹⁾ Merkel, Ueber «das gemeine deutsche Strafrecht» von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft, 1881 (Gesammelte Abhandlungen, II, 1899, s. 455).

²⁾ Wach, Die Technik des Vorentwurfs (Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, I, 1910, s. 22).

³⁾ M. E. Mayer, Versuch und Teilnahme (Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, I, 1910, s. 334).

можетъ быть опредѣлено какъ начало нападенія на то право, нарушеніе котораго составляетъ оконченное преступленіе ¹⁾.

Эти формулы покушенія, очевидно, не могутъ быть понимаемы въ буквальномъ смыслѣ. Употребляемое ими выраженіе: нападеніе не должно быть принимаемо за обозначеніе акта физическаго насилія по адресу человѣка и оно обнимаетъ собою, очевидно, всякое дѣйствіе, грозящее вредомъ правовымъ благамъ. Но и послѣ этой оговорки, приведенныя опредѣленія не могутъ быть признаны правильными. Покушеніе не является актомъ нападенія на правовыя блага уже потому, что и оконченное преступленіе далеко не всегда воплощаетъ въ себѣ нападеніе на правовое благо ²⁾. Достаточно указать на нѣкоторыя преступленія съ усѣченнымъ составомъ, внѣшняя сторона которыхъ вовсе не должна заключать въ себѣ нападенія на правовыя блага и которыя выражаются въ формѣ безвреднаго дѣйствія, совершеннаго съ цѣлью причинить вредъ ³⁾ (ср. напр., самовольное изданіе чужого произведенія съ цѣлью распространенія его).

Несравненно болѣе широкою извѣстностью пользуется ученіе, опредѣляющее покушеніе какъ опасное для правовыхъ благъ дѣяніе, какъ дѣяніе, представляющее опасность осуществленія состава преступленія или какъ дѣяніе, создающее возможность наступленія результата, необходимаго для окончанія преступленія. Для покушенія, по мнѣнію сторонниковъ этого воззрѣнія, несущественна та причина, въ силу которой результатъ не воспослѣдовалъ; для него необходимо только, чтобы существовала опасность, т. е., общая возможность наступленія противоправнаго послѣдствія,—возможность окончанія преступленія; ⁴⁾ покушеніе карается не потому, что оно нарушаетъ норму, но потому, что оно опасно: оно наказывается не потому, что оно вредитъ, но потому, что оно грозитъ вредомъ ⁵⁾. Наказуемое покушеніе заключаетъ въ себѣ объективную (дѣйствительную) опасность злой воли для правовыхъ благъ (для правопорядка) ⁶⁾.

¹⁾ Roux, De la tentative, Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, VI, 1897, p. 342.

²⁾ Meyer, Anfang, s. 17: Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, II, 1907, s. 510: Хейфицъ, стр. 73.

³⁾ Круглевскій, Имущественныя преступленія, 1913, стр. 36 и сл.

⁴⁾ Rohland, Die Gefahr im Strafrecht, 1888, s. 81.

⁵⁾ Schlecht, Zur Lehre vom qualifizierten Versuche, 1899, s. 34.

⁶⁾ E. v. Liszt, Zur Lehre vom Versuch, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, XXV, 1905, s. 36.

Лицо подлежит ответственности за покушение, коль скоро оно осуществило рѣшимость совершить преступленіе дѣйствіемъ, которое, хотя и не привело къ наступленію преступнаго послѣдствія, но, тѣмъ не менѣе, воплотило въ себѣ опасность его наступленія ¹⁾). Наказанію подлежит только опасное покушеніе. Покушеніе опасно, когда дѣяніе, составляющее начало выполненія преступленія, вслѣдствіе своей своеобразной, предрѣшенной умысломъ виновнаго, природы, заключаетъ въ себѣ извѣстную степень вѣроятности наступленія вреда ²⁾).

Другіе криминалисты, опредѣляя покушеніе какъ опасное дѣяніе, оговариваются, что подъ опасностью въ этомъ случаѣ слѣдуетъ разумѣть не опасность наступленія вреда, а опасность осуществленія всѣхъ признаковъ состава преступленія. Сущность покушенія, по этому взгляду, заключается въ направленіи осуществленія воли, т. е., въ отношеніи совершившагося къ несовершившемуся. Это отношеніе должно быть дано субъективно въ умыслѣ, т. е., въ опасности, представляемой дѣйствующимъ лицомъ; оно должно быть дано объективно въ возможности либо наступленія послѣдствія, либо осуществленія другихъ признаковъ состава преступленія, т. е., въ опасности дѣянія. Изъ обоихъ признаковъ явствуетъ, что опасность осуществленія воли и представляетъ собою характерную черту покушенія ³⁾). Покушеніе становится наказуемымъ, когда оно вступаетъ въ стадію опасности, о чемъ можно судить лишь въ отдѣльныхъ случаяхъ, при условіи принятія во вниманіе всѣхъ конкретныхъ обстоятельствъ. Подъ опасностью здѣсь можно разумѣть опасность наступленія формальнаго уголовно-юридическаго послѣдствія ⁴⁾). Покушеніе заключаетъ въ себѣ опасность осуществленія состава преступленія предпринятою умышленною дѣятельностью. Эта опасность должна быть объективной и абстрактной, въ томъ смыслѣ, что данная категорія дѣйствій, согласно даннымъ науки и даннымъ опыта, весьма часто воспроизводитъ тѣ вредные результаты,

¹⁾ Senf, GS, B. 67, 1905, s. 322.

²⁾ Celichowski, Die Bedeutung der Lehre vom adäquaten und vom zufälligen Kausalzusammenhang für die Frage des Versuchs mit untauglichen Mitteln, 1909, s. 111.

³⁾ Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1911, s. 206, 207; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, I, 1903, s. 12.

⁴⁾ Wintritz, s. 134, 52. На возможность подобной постановки вопроса указываетъ и Zeime, s. 15.

которые имѣются въ виду уголовнымъ правомъ и, слѣдовательно, эти дѣянія обладаютъ способностью воспроизводить соответственные результаты. Эта опасность должна быть субъективною, въ томъ смыслѣ, что покушеніе вызываетъ въ лицѣ, неспособномъ предусмотрѣть исходъ реализующагося дѣйствія, сознание его опасности, безпокойство, и обуславливаетъ собою нарушеніе правового мира ¹⁾.

Наконецъ, согласно воззрѣнію третьей группы криминалистовъ, покушеніе представляется дѣяніемъ, вызывающимъ возможность реализаціи состава преступленія. Покушеніемъ можетъ быть признаваемо такое только осуществленіе преступнаго намѣренія, которое создаетъ возможность окончанія преступленія, въ доступной учету формѣ ²⁾; начало исполненія имѣется налицо, коль скоро предпринято или начато дѣйствіе, которое, будучи разсматриваемо въ связи съ обстоятельствами, вообще распознаваемыми или извѣстными виновному, въ моментъ осуществленія воли, находится въ доступной учету связи съ осуществленіемъ законнаго состава преступленія ³⁾. Дѣйствіе становится началомъ исполненія въ случаѣ, когда объективный составъ преступленія, осуществляющійся по волѣ субъекта, приобретаетъ такой характеръ, что происшедшее, разсматриваемое какъ цѣлое, обладаетъ способностью воспроизводить задуманный результатъ, сообразно онтологическимъ знаніямъ дѣйствующаго лица и номологическимъ знаніямъ общежитія ⁴⁾; покушеніемъ слѣдуетъ считать дѣйствіе, хотя и не приведшее къ возникновенію необходимаго для состава преступленія послѣдствія, но пригодное къ воспроизведенію этого результата ⁵⁾; подъ началомъ исполненія слѣдуетъ разумѣть дѣйствіе, обладающее способностью воспроизводить задуманный результатъ ⁶⁾; покушеніемъ мы называемъ дѣйствіе, носящее общіе признаки той группы дѣяній, которыми, по даннымъ опыта, воспроизводится послѣдствіе, долженствовавшее быть вызваннымъ

¹⁾ Horn, Z, XX, 1900, s. 313, 314, 356, 357.

²⁾ Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, 1900, s. 76.

³⁾ Kriegsmann, Wahnverbrechen und untauglicher Versuch, 1904, s. 21; Rudert, s. 32, 33.

⁴⁾ Finger, Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1911, s. 54.

⁵⁾ Cohn, s. 367; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, 1903, s. 383.

⁶⁾ Villnow, Versuch, Goldammer Archiv für Strafrecht, XXXV, 1888, s. 122, 123.

предпринятымъ субъектомъ дѣйствіемъ ¹⁾). Начало исполненія воплощается только въ такихъ дѣянiяхъ, которыя, по даннымъ опыта, вообще пригодны къ непосредственному осуществленію признаковъ состава преступленія и, въ соотвѣтствіи съ этимъ, представляются актами нападенія ²⁾). Начало выполненія намѣренія имѣется налицо, какъ скоро виновный, съ цѣлью реализаціи преступленія, прибѣгаетъ къ совершенію дѣйствія, которое, какъ субъективно, такъ и объективно, обезпечиваетъ возможность осуществленія преступленія ³⁾).

Обращаясь къ критическому разбору этихъ ученій, мы убѣждаемся, что въ основѣ ихъ лежитъ одно и тоже понятіе, именно понятіе о возможности наступленія извѣстнаго явленія. Первые два ученія, характеризуя покушеніе, упоминаютъ спеціально объ опасности, т. е., о возможности наступленія нежелательнаго явленія. Третье ученіе говоритъ о возможности вообще. Но заключая въ себѣ эту общую черту, приведенныя ученія характеризуются извѣстными чертами различія: они расходятся между собою при характеристикѣ того явленія, возможность наступленія котораго, по ихъ мнѣнію, должна обезпечиваться покушеніемъ. Одни говорятъ о возможности (опасности) наступленія вреда; другіе о возможности или опасности воспроизведенія всѣхъ признаковъ состава преступленія. Сообразно съ этимъ, необходимо сначала разобрать существо, упоминаемаго авторами соотвѣтственныхъ ученій, понятія о возможности или опасности, а затѣмъ перейти къ оцѣнкѣ значенія этого понятія для ученія о существѣ покушенія.

Приступая къ рѣшенію первой задачи, необходимо замѣтить, что въ литературѣ уголовного права встрѣчается три категоріи воззрѣній на опасность. Одни ученые разсматриваютъ опасность какъ конкретное объективное явленіе. Другіе, также считая опасность объективнымъ явленіемъ, признаютъ ее, однако, явленіемъ не конкретнымъ, а абстрактнымъ. Наконецъ, третьи ученые считаютъ опасность не объективнымъ, а субъективнымъ явленіемъ и признаютъ ее за особаго рода психическое состояніе. x x x

¹⁾ Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I, 1904, s. 313.

²⁾ Calker, Ethische Werte im Strafrechte, 1904, s. 31; Schoen, Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs und der Standpunkt der Rechtsprechung, 1908, s. 8, 9.

³⁾ Huther, Tauglicher und untauglicher Versuch, Goldammer Archiv für Strafrecht, XXXVI, 1889, s. 441, 450, 456.

Первое изъ изложенныхъ ученій полагаетъ, что покушеніе представляется опаснымъ явленіемъ въ томъ смыслѣ, что оно находится въ опредѣленной конкретной связи съ преступнымъ результатомъ и заключаетъ въ себѣ конкретную объективную возможность наступленія этого результата ¹⁾. Этотъ взглядъ никоимъ образомъ не можетъ быть признанъ правильнымъ, такъ какъ утверждая, что покушеніе находится въ причинной связи съ задуманнымъ преступленіемъ, онъ впадаетъ въ несомнѣнную ошибку. Какъ справедливо замѣчено въ наукѣ, о причинной связи между дѣйствіемъ покушенія и ненаступившимъ результатомъ можетъ говорить лишь тотъ, кто выдѣляетъ какое либо одно изъ условій результата изъ совокупности послѣднихъ и возводитъ это условіе на степень причины, кто ставитъ на мѣсто активной дѣйствительной причинной связи, потенціальную, предполагаемую причинную связь, разумѣя при этомъ подъ причиною тѣ вещи, состоянія или дѣйствія, которыя,—предполагая наличность другихъ необходимыхъ условій—получаютъ силу произвести результатъ. Но, въ подобныхъ случаяхъ, покушеніе не является причиною, оно только могло бы сдѣлаться причиною, если бы остальные условія результата были налицо, согласно предположеніямъ виновнаго. Причиною можетъ быть названо лишь то, что вызвало послѣдствіе. Только дѣйствительная причинность есть причинность. Неправильно говорить также и о потенціальной причинности, ибо ничто такъ не противорѣчитъ понятію о причинности, какъ указаніе на то, что явленіе, обозначаемое названіемъ причины, не имѣло послѣдствія ²⁾. Понятіе о потенціальной причинности способно только вводить въ заблужденіе ³⁾. Возможной причинности вообще не существуетъ ⁴⁾.

Если нѣтъ возможной причинности, какъ реального явленія, то не существуетъ и опасности какъ объективнаго явленія. Опасное и безопасное суть субъективныя сужденія лица, которое не знаетъ, окажетъ ли одно состояніе какое либо причинное

¹⁾ Binding, Normen, I, 1890, s. 372; 373; Meyer. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1895, s. 27, 28; Rohland, Die Gefahr in Strafrecht, 1888, s. 24, 28, 65; Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens, 1894, s. 207, 208 Anm.

²⁾ Schwarze, НН, II, s. 291; Lammasch, Moment, s. 6, 7; Buri, GS, XXXII, 1880, 350; Gallet, La notion de la tentative punissable, 1899, 233; Мокринскій, III, стр. 325.

³⁾ Delaquis, Der untaugliche Versuch, 1904, s. 88.

⁴⁾ Bar, Gesetz, II, s. 527.

воздѣйствіе на другое состояніе или нѣтъ, не знаетъ потому, что ему неизвѣстна вся совокупность элементовъ перваго состоянія ¹⁾. Для вреда, который не наступилъ, существуетъ столь же мало объективныхъ предположеній, какъ и для тѣхъ нежелательныхъ явленій, наступленіе которыхъ кто-либо напередъ считалъ невозможнымъ. Дѣйствительность или заключаетъ въ себѣ достаточное основаніе для возникновенія вреда, или она его въ себѣ не заключаетъ, что либо третье немислимо ²⁾.

Второе воззрѣніе на опасность и возможность также рассматриваетъ ихъ какъ явленія объективныя, но оно видитъ въ нихъ не конкретныя, а абстрактныя явленія. По взгляду сторонниковъ этого направленія, явленіе должно быть названо объективно возможнымъ, когда мы рассматриваемъ отношеніе извѣстнаго слѣдствія къ его общимъ, лишь неточно обозначеннымъ условіямъ. Утвержденіе, что извѣстное явленіе при наличности опредѣленныхъ условій, можетъ столь же легко наступить, какъ и не наступить, является вполнѣ правильнымъ и состоятельнымъ, коль скоро обозначеніе подлежащихъ условій сдѣлано въ общей, неточной, формѣ. Опасность есть объективная возможность вреднаго результата. Опаснымъ слѣдуетъ считать явленіе, которое, въ его общемъ обозначеніи, иногда влечетъ за собою вредное послѣдствіе; иногда бываетъ лишено этого результата ³⁾.

Внимательное рассмотрѣніе этого ученія приводитъ къ раскрытію его несостоятельности. Если, въ извѣстныхъ случаяхъ, дѣйствительно можно съ полнымъ основаніемъ говорить о возможности наступленія вреда, то изъ этого вовсе не слѣдуетъ, чтобы эта возможность была объективнымъ явленіемъ. Объективно существуютъ только вредныя и безвредныя дѣйствія. Утверждая, что извѣстныя дѣйствія опасны, т. е., что, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, подобныя имъ дѣйствія причи-

¹⁾ Lammasch, Moment, s. 12.

²⁾ Hertz, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts, 1880, s. 74

³⁾ Hälschner, II, s. 598; Kries, Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, 1888, s. 45, 68; Kries, Über die Begriffe der Warscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte, Z. B. IX, 1889, s. 533; Ullmann, Brandstiftung (V. D. B. IX), 1906, s. 33; Rümelin, Der Zufall im Recht, 1896, s. 12, 13; Мокринскій, III, стр. 366—369.

няютъ вредъ, мы не приписываемъ соотвѣтственнымъ дѣйствіямъ никакихъ реальныхъ признаковъ, а только признаемъ, что эти дѣйствія порождаютъ у насъ извѣстныя психическія переживанія, заставляютъ насъ думать о наступленіи въ результатѣ этихъ дѣйствій вреда и пр.

Наконецъ, согласно третьему воззрѣнію, опасность явленій обусловливается тою психическою реакціею, которую эти явленія вызываютъ у людей. Одни изъ представителей этого направленія признаютъ, что опасными надо считать явленія вызывающія у людей сознание вѣроятности наступленія вреднаго результата ¹⁾. Другіе относятъ къ опаснымъ явленія, вызывающія у людей опасеніе наступленія вреда ²⁾. Оба ученія совершенно справедливо указываютъ, что опасность явленій опредѣляется тою психическою реакціею, которую они вызываютъ у людей. Но первое упускаетъ изъ виду ту отрицательную оцѣнку, которая заключается во всякомъ признаніи явленія опаснымъ. Второе совершенно справедливо отбѣняетъ этотъ элементъ опасности и, по нашему убѣжденію, должно быть признано единственною правильною теоріей опасныхъ дѣйствій.

Установленіе существа опасности позволяетъ намъ оцѣнить по достоинству утвержденіе, что покушеніе всегда неспособно привести къ наступленію результата и потому никогда не можетъ

¹⁾ Stübel, Ueber gefährliche Handlungen als für sich bestehende Verbrechen, Neues Archiv des Criminalrechts, B. VIII, 1826, s. 236—238; Lammasch, Moment, s. 12; Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre, 1898, s. 19; Siebenhaar, Der Begriff der Gemeingefährlichen Delikte nach dem Strafgesetzbuche, Z. B. IV, 1884, s. 248, 249; Landsberg, Commissivdelikte durch Unterlassung, 1890, s. 180; Buri, Versuch und Kausalität, GS, B. 32, 1880, s. 348; ср. его же статьи Die Kausalität und ihre Strafrechtlichen Beziehungen, 1885, s. 130; Ueber den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch, GS. B. 40, 1888, s. 503—509; Hofheinz, Verletzung und Gefährdung, 1907, s. 18; Baumgarten, s. 419, 420.

²⁾ Hertz, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts, 1880, s. 74—81; Janka, Das Oesterreichische Strafrecht, 1894, s. 54, 55; Rotering, Der Gefahrbegriff im Rechts und Wirtschaftsleben, Juristische Vierteljahrschrift, 1898, B. 14 (Neue Folge), s. 104—112; ср. его же статьи Die eigene Gefahr als Schuldaußschliessungsgrund, GA, B. 31, 1883, s. 247; Gefahr und Gefährdung im Strafgesetzbuche, GA. B. 31, 1883, s. 266; Gefahr und Gefährdung im B. G. B. Archiv für bürgerliches Recht, 1903, B. 22, s. 21, 22; Busch, Gefahr und Gefährdungsvorsatz, 1897, s. 19—32; Miricka, Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, 1903, s. 141 ff.

быть признано опаснымъ ¹⁾. Это утверждение не можетъ быть признано правильнымъ, какъ основанное на смѣшеніи опасности явленія со способностью его причинить вредъ. Для признанія дѣянія опаснымъ вовсе не нужно, чтобы оно было способно воспроизвести вредъ, достаточно, чтобы оно казалось людямъ способнымъ причинить этотъ вредъ и вызывало у нихъ опасеніе возникновенія такого. Поэтому, квалифікація покушенія, какъ опаснаго дѣянія, не заключаетъ въ себѣ логическаго противорѣчія. Слѣдуетъ только признать ошибочнымъ взглядъ юристовъ, разумѣющихъ подъ опасностью объективное свойство преступныхъ дѣяній.

Но, затѣмъ, для правильнаго пониманія существа вышеизложенныхъ дѣяній, необходимо принять во вниманіе еще и слѣдующее. Характерное для опасныхъ дѣяній опасеніе обуславливается тѣмъ, что эти дѣйствія, по общему правилу, приводятъ къ возникновенію вреда; безвредность опасныхъ дѣяній обуславливается лишь привхожденіемъ особыхъ, противодѣйствующихъ проявленію вредной тенденціи, условій. Отсюда, сознаніе опасности представляетъ собою ожиданіе наступленія вреда, основанное на незнаніи о существованіи противодѣйствующихъ возникновенію вреда условій. Квалифікація явленія, какъ явленія опаснаго, основана на отвлеченіи отъ конкретныхъ сопровождавшихъ его обстоятельствъ, на игнорированіи извѣстной группы условій обстановки реализаціи дѣйствія.

Итакъ, признаніе дѣйствій опасными обуславливается отвлеченіемъ отъ условій реализаціи дѣйствія. Но изъ этого ясно, что и характеръ опасности стоитъ въ тѣсной зависимости отъ характера, обуславливающаго ее, отвлеченія отъ дѣйствительности. Чѣмъ шире область абстракціи, при оцѣнкѣ дѣйствія, чѣмъ шире кругъ игнорируемыхъ нами, при этомъ; явленій, тѣмъ шире область опасныхъ дѣйствій, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, тѣмъ менѣе значительна представляемая этими дѣйствіями опасность, и наоборотъ. По этому признаку проводится различіе между отдѣльными видами опасности или видами опасныхъ дѣйствій и въ литературѣ уголовного права. Одни ученые, при опредѣленіи одного вида опасности, отвлекаются отъ особенностей индивидуальныхъ конкретныхъ случаевъ, при опре-

¹⁾ Buri, GS, XIX, 1867, s. 67; Hälschner, I, s. 339, 351; Buri, Causalität, s. 130.

дѣленіи другого вида опасности—отъ признаковъ категоріи явленій и игнорируютъ отступленія, встрѣчающіяся въ цѣломъ родѣ явленій ¹⁾). Другіе дѣлятъ опасныя явленія на абсолютно опасныя и опасныя въ обширномъ смыслѣ. Къ первымъ относятся явленія, представляющія собою близкую возможность наступленія вреда съ точки зрѣнія нашихъ знаній о фактически дѣйствующихъ законахъ природы, ко вторымъ—явленія, представляющія возможность вреда, только въ случаѣ оцѣнки ихъ подъ извѣстнымъ угломъ зрѣнія, при условіи обращенія преимущественнаго вниманія на нѣкоторыя стороны явленія ²⁾). Третьи, примѣняя тотъ же методъ оцѣнки явленій, противопоставляютъ опасность въ тѣсномъ смыслѣ опасности возможной ³⁾, опасности типичной ⁴⁾, опасности отдаленной ⁵⁾ и т. д.

Знакомство съ этими подраздѣленіями опасности позволяетъ намъ установить подлинный смыслъ требованія нѣкоторыхъ криминалистовъ, чтобы покушеніе было конкретно-опаснымъ дѣйствіемъ ⁶⁾). Это утвержденіе сводится къ требованію примѣненія болѣе строгаго изъ критеріевъ опредѣленія опасности: покушеніе должно внушать опасеніе наступленія вреда, несмотря на то, что, при оцѣнкѣ его, мы не отвлекаемся отъ извѣстныхъ намъ, сопровождающихъ дѣяніе виновнаго, конкретныхъ условій ⁷⁾.

Такимъ образомъ, признаніе покушенія опаснымъ явленіемъ не встрѣчаетъ никакихъ возраженій съ формально-логической точки зрѣнія. Но нельзя сказать того же при оцѣнкѣ этого ученія по существу. Квалификація покушенія, какъ опаснаго

¹⁾ Stübel, Neues Archiv des Criminalrechts, VIII, 1826, s. 276, 277; Jelineck, Die Sociaethische Bedeutung vom Recht, Unrecht und Strafe, 1878, s. 122; Rohland, Gefahr, s. 17.

²⁾ Kries, Möglichkeit, s. 70—73.

³⁾ Hiller, Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, VI 1898, s. 359.

⁴⁾ Rosenfeld, Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung VII, 1899, s. 200.

⁵⁾ Fayer, Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, VIII, 1900, s. 187; Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit, 1905, s. 56, 57.

⁶⁾ Liszt, Lrb, s. 214; Kohn, s. 40.

⁷⁾ Это требованіе отнюдь не означаетъ собою признанія опасности за конкретное явленіе, какъ полагаютъ нѣкоторые (ср., Мокринскій, III, стр. 330). Оно характеризуетъ собою не природу опасности, а критерій опредѣленія ея. Ср., Delaquis, s. 218.

дѣянiя, вызвала въ литературѣ цѣлый рядъ возраженiй, со справедливостью которыхъ нельзя не согласиться.

Покушенiе, учить первая группа сторонниковъ разсматриваемаго мнѣнiя, подлежитъ наказанiю въ томъ только случаѣ, когда оно представляетъ собою опасность наступленiя вреда. Но, по справедливому замѣчанiю доктрины, это утвержденiе неправильно. Для покушенiя вовсе не необходимо, чтобы оно ставило правовое благо въ опасность ¹⁾; во многихъ случаяхъ, покушенiе вовсе не угрожаетъ безопасности правовыхъ благъ и, сравнивая покушенiе съ опаснымъ дѣянiемъ, нельзя не признать, что составъ перваго остается далеко позади состава втораго ²⁾. И дѣйствительно, анализъ составовъ покушенiя и опаснаго дѣянiя раскрываетъ глубокое ихъ различiе.

Какъ видно изъ изложеннаго, подъ опаснымъ дѣянiемъ слѣдуетъ разумѣть дѣйствiе, вызывающее опасенiе наступленiя вреда, или (въ виду того, что подъ вредомъ, въ области уголовного права, разумѣется специально нарушенiе правового блага) дѣйствiе, вызывающее опасенiе нарушенiя правового блага. Для того, чтобы внушить такое опасенiе, дѣянiе челоуѣка должно достигнуть извѣстной ступени своего развитiя и воспроизвести такiе признаки, которые представляются людямъ близкими предвѣстниками наступленiя вреда. Но покушенiе на преступленiе такихъ признаковъ иногда никакъ не можетъ въ себѣ заключать, въ силу особенностей формулировки состава оконченнаго преступленiя и порождаемыхъ послѣднимъ свойствъ покушенiя.

Сторонники разсматриваемаго мнѣнiя, формулируя свое опредѣленiе покушенiя, исходятъ изъ представленiя объ оконченномъ преступленiи, какъ о дѣянiи, вызывающемъ нарушенiе правового блага: преступленiе мыслится ими какъ вредоносное дѣянiе. При такой точкѣ зрѣнiя на преступленiе, характеристика покушенiя, какъ опаснаго дѣянiя, является вполне допустимой—можно говорить о томъ, что предварительная дѣятельность приобрѣтаетъ характеръ покушенiя только съ момента воплощенiя въ ней угрозы правовому благу. Но, фактически, весьма многiе составы преступленiй формулированы такимъ образомъ, что возможность противопоставленiя покушенiя, какъ опаснаго дѣянiя, оконченному преступленiю, какъ вредному дѣянiю, оказывается совер-

¹⁾ Hälschner, I, s. 352, 353.

²⁾ Binding, Normen, I, 1890, s. 375.

шенно исключенною. Такъ, напр., существуютъ составы преступлений, для выполненія которыхъ необходимо не нарушеніе правового блага, а поставленіе этого блага въ опасность. Какъ совершенно справедливо замѣчено въ наукѣ, характеризовать покушеніе на эти дѣянія, какъ дѣяніе опасное, невозможно, такъ какъ въ противномъ случаѣ, покушеніе совпало бы съ оконченнымъ преступленіемъ ¹⁾. Но, нужно добавить, еще менѣе возможна подобная характеристика покушенія при тѣхъ преступленіяхъ, для полнаго состава которыхъ законъ не требуетъ не только нарушенія правового блага, но и поставленія этого дѣянія въ опасность. Таково, напр., положеніе дѣла при сложныхъ усѣченныхъ преступленіяхъ, внѣшній составъ которыхъ исчерпывается реализаціей перваго изъ предусмотрѣнныхъ закономъ дѣйствій, тогда какъ нарушеніе блага или поставленіе его въ опасность могутъ быть произведены только реализаціей втораго изъ соотвѣтственныхъ дѣяній. Опасность для оборота возникаетъ лишь съ момента появленія возможности обращенія фальшивой монеты, лишь съ момента принятія субъектомъ мѣръ къ сбыту фальшивой монеты, а законъ объявляетъ дѣятельность виновнаго оконченнымъ преступленіемъ уже съ момента завершенія имъ поддѣлки монеты, съ цѣлью употребленія ея за настоящую. Совершенно ясно, что и покушеніе на такіа преступленія не можетъ заключать въ себѣ признаковъ опаснаго дѣянія.

Мало того, изслѣдуя положенія доктрины уголовного права, легко убѣдиться, что она сама не проводитъ послѣдовательно положенія о покушеніи, какъ объ опасномъ дѣяніи и, при томъ, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда проведеніе этого положенія является вполне возможнымъ. Такъ, въ литературѣ обращаетъ на себя спеціальное вниманіе вопросъ о начальномъ моментѣ наказуемаго покушенія при сложныхъ матеріальныхъ (неусѣченныхъ) преступленіяхъ, въ частности, при подлогѣ германскаго типа. Германское уложеніе формулируетъ это преступленіе, какъ измѣненіе настоящаго или составленіе фальшиваго документа, сопровождавшееся употребленіемъ этого документа съ цѣлью введенія кого-либо въ заблужденіе (§ 267). И вотъ спрашивается: какія дѣйствія отвѣчаютъ понятію о покушеніи на эти преступленія? Можемъ ли мы признать покушеніемъ на

¹⁾ Buri, GS, 1888, s. 517; Binding, Normen, I, s. 375; Zeime, s. 34.

преступленіе реализацію части перваго дѣйствія—начало поддѣлки или передѣлки документа—или же для состава покушенія, въ этомъ случаѣ, требуется осуществленіе всего перваго дѣйствія и приступъ къ выполнению втораго? При принятіи точки зрѣнія на покушеніе, какъ на опасное дѣяніе, послѣдовательность требуетъ рѣшенія этого вопроса во второмъ смыслѣ, ибо только при условіи приступа субъекта къ выполнению втораго дѣянія можетъ идти рѣчь объ опасности покушенія для правовыхъ благъ. Но только немногіе ученые рѣшаются на этотъ выводъ ¹⁾, огромное же большинство представителей науки уголовного права говоритъ о покушеніи на сложныя преступленія уже въ случаѣ реализаціи субъектомъ части признаковъ перваго изъ входящихъ въ составъ этихъ преступленій дѣйствія ²⁾, что, конечно, лучше всего доказываетъ непримѣнимость разобраннаго приѣма при опредѣленіи существа покушенія.

¹⁾ Cohn, s. 640; Baumgarten, s. 415.

²⁾ Oppenhoff, s. 93, 95; Hahn, s. 45; Merkel, Urkundenfälschung, HH. III, 1874, s. 685; Merkel, Diebstahl und Unterschlagung, III, 1874, s. 801; Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889, s. 122; Hälschner, II, s. 333, 553; Binding, Normen, I, s. 375; Binding, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, I, s. 10; II, s. 248; Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1895 (5 Aufl.), s. 207; Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1907, s. 173; Meyer, Anfang, s. 29, 39; Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, s. 384; Eichheim, Handbuch des materiellen Strafrechts, 1904, s. 137; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, I, 1904, s. 314; Häberlin, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Object, Gerichtssaal, XVI, 1864, s. 222; Olshausen, s. 157; Senf, GS, B. 67, 1905, s. 309—311; Liszt, Lrb, s. 533; Schwarze, Commentar zum Strafgesetzbuch, 1870, s. 148; Häberlin, Einige Bemerkungen über den Versuch nach dem Reichsstrafgesetzbuche, Gerichtssaal, XXIV, 1872, s. 267; Garçon, Code penal annoté, I, 1901, p. 20, 21; Villey, p. 90; Gallet, La notion de la tentative punissable, 1899, p. 190; Haus, I, p. 318; Bertauld, Cours de pénal, 1873, p. 212; Ortolan, p. 422, 423; Blanche, Etudes pratiques sur le code pénal, I, 1861, p. 16, 27; Lainé, Traité élémentaire de droit criminel, 1879, p. 115, 116; Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, I, 1898, p. 378, 379; Garraud, Précis de droit criminel, 1907, p. 134, 144; Lacoïnta, De la criminalité morale et légale spécialement de la tentative et du mefait manqué, Revue critique de législation et de jurisprudence, XXIII, 1863, p. 447; Prins, p. 144; Полетаевъ, Юр. Вѣст., 1863, кн. 11, стр. 48; Будзинскій, Начала уголовного права, 1870, стр. 183, 184; Кистяковскій, Элементарный учебникъ общаго уголовного права, 1875, стр. 176; Чебышевъ-Дмитріевъ, О покушеніи, 1866, стр. 87; Орловъ, О покушеніи на преступленіе по началамъ науки и современнымъ законодательствамъ, 1868, стр. 96; Мокринскій, III, стр. 435; Таганцевъ, Лекціи, I, стр. 697.

Такимъ образомъ, опредѣленіе покушенія какъ дѣянія, воплощающаго въ себѣ опасность наступленія вреда, не можетъ быть признано правильнымъ. Но, какъ было уже замѣчено, нѣкоторые криминалисты, характеризуя покушеніе какъ опасное дѣяніе, вовсе не желаютъ сказать, что покушеніе представляетъ собою опасность осуществленія вреда. Покушеніе, по ихъ взгляду должно быть признано опаснымъ дѣяніемъ потому, что оно заключаетъ въ себѣ опасность воспроизведенія всѣхъ признаковъ преступленія (совершенно безотносительно къ тому, охватываютъ ли собою эти признаки нарушеніе правовыхъ благъ или нѣтъ). Однако и эта формула не можетъ быть признана удовлетворительной. Понятіе объ опасности, по самому своему существу, стоитъ въ тѣсной связи съ понятіемъ о вредѣ; опасностью можно признавать только нежелательную возможность, т. е., возможность наступленія вреда. Коль скоро оказывается, что потенциальный моментъ при покушеніи можетъ выражаться и въ возможности наступленія безразличныхъ явленій (напр., въ формѣ возможности реализаціи формального состава преступленія), то нельзя квалифицировать и покушеніе, какъ опасное дѣяніе,

Остается, слѣдовательно, формула третьей группы сторонниковъ этого взгляда, опредѣляющая покушеніе какъ дѣяніе, создающее возможность воспроизведенія состава преступнаго дѣянія. Эта формула избѣгаетъ спеціальныхъ недостатковъ приведенныхъ выше ученій и не предполагаетъ ни нарушенія правовыхъ благъ, какъ конститутивнаго признака оконченнаго преступленія, ни отрицательнаго характера возможности, какъ необходимаго элемента покушенія. Но, тѣмъ не менѣе, и эта формула не заключаетъ въ себѣ правильной характеристики существа покушенія. Покушеніе вовсе не должно воплощать въ себѣ возможности воспроизведенія всѣхъ признаковъ состава преступленія. При преступленіяхъ двуактныхъ, какъ мы видѣли, покушеніе можетъ выражаться въ реализаціи части признаковъ одного только перваго изъ относящихся къ составу преступленія дѣйствій, что, конечно, вовсе не создаетъ картины внѣшней вѣроятности реализаціи всѣхъ признаковъ состава соотвѣтственнаго преступленія.

II. Вторая группа ученій о покушеніи ставитъ себѣ задачею опредѣленіе существа покушенія посредствомъ установленія характера его функцій. По мнѣнію представителей этого направленія, покушеніе представляетъ собою такое дѣйствіе, которое

выдѣляется изъ группы другихъ актовъ поведенія тѣмъ, что внѣшняя сторона его обладаетъ особыми причинными свойствами. Эта мысль выражается въ литературѣ уголовного права въ весьма различныхъ формахъ.

Покушеніе, гласитъ одно изъ наиболѣе старыхъ опредѣленій этого типа, имѣется налицо, коль скоро виновный приступилъ къ дѣйствительному выполненію, т. е., когда онъ принялъ дѣятельность, направленную исключительно на то, чтобы, въ своемъ непрерывномъ развитіи, произвести осуществленіе преступленія ¹⁾, покушеніемъ слѣдуетъ признавать дѣйствія, исключительный смыслъ которыхъ—служить реализаціи преступнаго плана ²⁾.

Вдумавшись въ существо этого ученія, не трудно замѣтить, что оно допускаетъ двоякаго рода толкованіе. Направленіе дѣйствія на осуществленіе преступленія, какъ необходимый признакъ покушенія, можетъ быть понимаемо въ двоякомъ смыслѣ. Съ одной стороны, это направленіе можно разсматривать какъ объективное свойство подлежащаго дѣйствія, какъ реквизи́тъ внѣшней стороны совершаемаго виновнымъ акта поведенія. Съ другой стороны, его можно разсматривать какъ отраженіе субъективныхъ предположеній виновнаго, какъ фактъ предназначенія субъектомъ этого дѣйствія дѣлу реализаціи преступленія. Въ зависимости отъ того, изберемъ ли мы ту или другую альтернативу, подлежащее опредѣленіе покушенія пріобрѣтаетъ существенно различное содержаніе, хотя ни въ первомъ, ни во второмъ случаѣ, оно не дастъ намъ правильной характеристики покушенія.

Такъ, если мы примемъ первое толкованіе вышеприведенной формулы и будемъ считать признакъ направленія дѣянія на осуществленіе преступленія за требованіе наличности особыхъ внѣшнихъ свойствъ у акта покушенія, то мы впадемъ въ ошибку, въ виду того, что объективнаго направленія явленій на достиженіе извѣстнаго, не возникшаго въ дѣйствительности, результата не существуетъ. Между дѣйствіемъ и результатомъ, въ подобныхъ случаяхъ, не существуетъ никакой реальной, объективной, связи. Если же мы изберемъ вторую альтернативу и будемъ толковать подлежащую формулу во второмъ смыслѣ, т. е., видѣть въ ней

¹⁾ Wächter, Deutsches Strafrecht, 1881, s. 207.

²⁾ Bierling, Juristische Prinzipienlehre, III, 1905, s. 134.

признаніе опредѣленнаго отношенія психики виновнаго къ совершаемому дѣйствию, то намъ не удастся провести демаркаціонной черты между покушеніемъ и приготовленіемъ, такъ какъ дѣлу осуществленія преступленія виновный посвящаетъ не только покушеніе на преступленіе, но и приготовленіе къ нему.

Обращаясь къ разбору другихъ опредѣленій того же типа, мы замѣчаемъ въ нихъ стремленіе къ избѣжанію только что отмѣченныхъ недостатковъ. Формулируя покушеніе какъ дѣяніе, направленное на совершеніе преступленія, нѣкоторые ученые стараются избѣгнуть чрезмѣрной широты объема этого опредѣленія и исключить возможность подведенія подъ него приготовительныхъ дѣйствій. По мнѣнію одной группы криминалистовъ, этотъ результатъ можетъ быть достигнутъ точнымъ опредѣленіемъ отношенія намѣренія виновнаго къ совершаемой имъ дѣятельности. Для рѣшенія соотвѣтственной проблемы, достаточно указать что намѣреніемъ можетъ быть признаваемо только то желаніе совершить дѣйствіе, которое непосредственно предшествуетъ дѣйствию и не отдѣляется отъ него другими актами поведенія субъекта. Если мы опредѣляемъ покушеніе какъ первое изъ дѣйствій, направленныхъ на осуществленіе преступнаго намѣренія, то, очевидно, что подъ преступнымъ намѣреніемъ мы разумѣемъ рѣшеніе осуществить главное дѣйствіе преступленія, а не приготовленіе къ нему. Приготовленіе къ преступленію должно неминуемо предшествовать образованію намѣренія совершить преступленіе, и потому рѣшеніе совершить приготовленіе не обнимается намѣреніемъ лица, имѣющаго въ виду совершить преступленіе ¹⁾.

Нетрудно видѣть, что эти утвержденія исходятъ изъ совершенно произвольныхъ предположеній ²⁾. Обыкновенно не умыселъ реализаціи приготовленія предшествуетъ образованію умысла совершить преступленіе, а наоборотъ. Въ справедливости этого легко убѣдиться изъ анализа самаго понятія о приготовленіи, которое предполагаетъ, что субъектъ реализуетъ извѣстныя дѣйствія для обезпеченія себѣ возможности совершить преступленіе въ будущемъ и, слѣдовательно, уже составилъ рѣ-

¹⁾ Waag, Ausführung der Gesetzübertretung (§ 43 St. G. B.) und Handlung, durch welche das Gesetz verletzt wird (§ 73 St. G. B.) sind identische Begriffe, Gerichtssaal, XXXII, 1880, s. 119, 120.

²⁾ Chop, Ueber die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch eines Verbrechens, 1861, s. 27; Hälschner, I, s. 338 Anm. 2.

шеніе совершитъ преступленіе. А разъ рѣшеніе совершитъ преступленіе предшествуетъ приготовленію, то и реализація приготовленія можетъ быть принимаема за дѣйствіе, посвященное дѣлу осуществленія преступленія и, слѣдовательно, оговорка, дѣлаемая критикуемымъ ученіемъ, отнюдь не спасаетъ предлагаемой имъ формулы отъ смѣшенія покушенія съ приготовленіемъ.

По воззрѣнію другой группы ученыхъ, рациональный приѣмъ суженія объема формулы покушенія до настоящихъ предѣловъ долженъ состоять въ болѣе точномъ опредѣленіи свойствъ внѣшней стороны этого дѣйствія. Не всякое дѣйствіе, направленное на осуществленіе преступленія, должно считаться покушеніемъ, а только такое, которое непосредственно направлено на реализацію преступнаго дѣянія. Покушеніе, по этому взгляду, должно содержать въ себѣ начало исполненія преступнаго намѣренія, т. е., должно быть прямо направлено къ совершенію преступленія ¹⁾; наказуемость покушенія начинается съ момента проявленія преступной рѣшимости въ формѣ дѣйствія, направляющагося непосредственно на осуществленіе этой рѣшимости ²⁾; покушеніе должно направляться на непосредственное осуществленіе преступленія ³⁾; покушеніемъ является дѣйствіе, прямо и непосредственно направляющееся на окончаніе преступленія ⁴⁾.

Авторы этихъ опредѣленій стараются обезпечить предлагаемой ими формулѣ покушенія правильный объемъ, путемъ исключенія изъ этой формулы актовъ, ведущихъ къ окончанію преступленія не прямо, а посредственно, т. е., актовъ, реализуя которыя, субъектъ сознаетъ, что задуманное имъ преступленіе можетъ реализоваться только въ результатѣ воспослѣдованія за этими актами другихъ явленій или дѣйствій. Но поступая такимъ образомъ, эти криминалисты выбрасываютъ за бортъ своей формулы не только приготовленіе къ преступленію, но и многіе случаи покушенія, именно, всѣ случаи, такъ наз., неоконченнаго покушенія ⁵⁾.

Въ самомъ дѣлѣ, разъ покушеніемъ признаются только такія дѣйствія, которыя, по плану виновнаго, должны были

¹⁾ Спасовичъ, Учебникъ уголовного права, 1863, стр. 133.

²⁾ Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 42.

³⁾ Schneider, Zur Lehre vom Versuch, 1896, s. 33.

⁴⁾ Lainé, p. 114.

⁵⁾ Buri, GS, XIX, 1867, s. 64.

привести, безъ всякихъ посредниковъ, къ окончанію преступленія, то, конечно, къ покушенію не могутъ быть относимы акты, совершая которые виновный отдавалъ себѣ отчетъ въ томъ, что, для доведенія начатаго преступленія до конца, необходимо дополнить ихъ реализаціею другихъ дѣйствій. А это наблюдается нерѣдко и при покушеніи, напр., въ тѣхъ случаяхъ, когда составъ преступленія состоитъ изъ нѣсколькихъ раздѣльныхъ актовъ, предполагаетъ реализацію виновнымъ нѣсколькихъ послѣдовательныхъ дѣйствій и т. п.

Слѣдующею группою ученій этого рода являются формулы, признающія характерною чертою покушенія особыя свойства причиннаго дѣйствія этихъ актовъ. Такъ, согласно одному изъ этихъ ученій, подъ выполненіемъ преступленія слѣдуетъ разумѣть дѣйствіе, причиняющее воспрещенный результатъ, т. е., актъ, вызывающій къ жизни наиболѣе дѣйствительное изъ условій наступленія этого результата. Подъ покушеніемъ—дѣйствіе, начинающее реализацію причиняющей дѣятельности ¹⁾.

Недостатки этого опредѣленія очевидны. Актъ выполненія преступленія отнюдь не всегда представляетъ собою явленіе, причиняющее извѣстный результатъ (ср., напр., выполненіе формальныхъ преступленій, составъ которыхъ не предполагаетъ возникновенія результатовъ преступнаго дѣйствія), а въ тѣхъ случаяхъ, когда вслѣдствіе реализаціи акта выполненія преступленія и возникаетъ извѣстный эффектъ, это дѣяніе не можетъ быть опредѣляемо, какъ актъ созданія наиболѣе дѣйствительнаго изъ условій результата: всѣ условія результата равно необходимы для его возникновенія, и обладаютъ поэтому совершенно одинаковымъ причиннымъ дѣйствіемъ ²⁾. Сверхъ того, опредѣленіе покушенія, какъ начала реализаціи акта выполненія, вызываетъ противъ себя всѣ тѣ возраженія, которыя были приведены выше, по адресу ученія о покушеніи, какъ о началѣ исполненія преступленія.

По мнѣнію другой группы ученыхъ, для признанія дѣйствія покушеніемъ необходимо, чтобы это дѣйствіе находилось въ прямой и непосредственной связи съ задуманнымъ правонарушеніемъ и чтобы эта связь явствовала изъ самаго существа соотвѣтствующа-

¹⁾ Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgericht, 1890, s. 95.

²⁾ Senf, GS, B. 67, 1905, s. 270, 271.

щаго дѣянiя ¹⁾); законъ караетъ начало исполненiя преступленiя; при покушенiи, субъектъ начинаетъ не самое преступленiе, а исполненiе его, т. е., серiю дѣйствiй, находящихся въ непосредственной и прямой связи съ подлежащею реализацiей, преступною цѣлью ²⁾).

Это ученiе вызвало противъ себя совершенно справедливыя возраженiя. Криминалисты замѣтили, что какъ бы мы ни понимали тѣ причинныя свойства дѣйствiй, которыя, по взгляду этого ученiя, характеризуютъ покушенiе, ученiе это является одинаково неудачнымъ. Такъ, если подъ причинностью дѣйствiя разумѣть подлинныя его причинныя свойства, т. е., признавать покушенiемъ только дѣянiя, дѣйствительно причинившiя результатъ, то опредѣленiе окажется неправильнымъ потому, что покушенiе никогда не приводитъ къ реализацiи преступнаго результата, а слѣдовательно, не обладаетъ и требуемыми этимъ опредѣленiемъ причинными свойствами. Если же подъ причинностью дѣйствiя разумѣть способность этихъ дѣйствiй служить дѣлу реализацiи преступленiя, которая приписывается имъ дѣйствующимъ лицомъ, то мы будемъ вынуждены отнести къ соотвѣтствующимъ дѣйствiямъ не только покушенiе, но и приготовленiе, такъ какъ послѣднее также, по плану виновнаго, представляетъ собою необходимое условiе возникновенiя результата ³⁾).

Не спасаетъ этого ученiя и выдвигаемый имъ реквизитъ непосредственности связи покушенiя и преступнаго результата. Если подъ эту связь покушенiя и результата разумѣть немедленность слѣдованiя результата за покушенiемъ, въ идеѣ виновнаго, то вышеприведенная формула охватитъ собою одни только случаи оконченнаго покушенiя и будетъ противорѣчить точному смыслу постановленiй закона по интересующему насъ предмету ⁴⁾).

Приготовительныя дѣйствiя, замѣчаютъ дальнѣйшiе представители этого направленiя, опредѣляютъ собою только конкретный, индивидуальный характеръ преступнаго результата; дѣйствiя, выполняющiя преступленiе, опредѣляютъ собою общiй,

¹⁾ Champcommunal, Etude critique de législation comparée sur la tentative, Revue critique de législation et de jurisprudence, Nouvelle série, XXIV, 1895, p. 95.

²⁾ Garraud, I, p. 376.

³⁾ Buri, GS, XXXII, 1867, s. 67; Buri, Z, I, 1881, s. 195; Buri, Causalität, 1885, s. 114, 115, 127; Hälschner, I, s. 337.

⁴⁾ Redslob, s. 44.

юридически существенный характеръ этого результата ¹⁾; началомъ исполненія является дѣяніе, представляющееся, по общему своему характеру, необходимымъ условіемъ наступленія результата ²⁾; дѣяніе представляется началомъ исполненія въ томъ случаѣ, когда оно относится къ дѣйствіямъ, необходимымъ для воспроизведенія преступнаго результата ³⁾; подъ покушеніемъ слѣдуетъ разумѣть дѣйствіе, которое, въ своемъ общемъ уголовно-правовомъ значеніи, служитъ условіемъ наступленія результата съ такимъ же абстрактнымъ, т. е. существеннымъ для даннаго преступнаго рода, характеромъ, въ отличіе отъ приготовленія, какъ конкретнаго условія наступленія такого же результата ⁴⁾.

Приведенное ученіе, вполнѣ признавая, что всякое дѣйствіе, входящее въ составъ причины преступнаго результата, должно почитаться условіемъ его наступленія, утверждаетъ, что между соотвѣтствующими условіями существуетъ, однако, важное различіе. Одни изъ этихъ условій, будучи необходимыми предыдущими конкретнаго результата, не составляютъ, однако, принципиально необходимаго спутника данной категоріи преступленій. Другія изъ этихъ условій, напротивъ, представляютъ собою не только конкретное условіе реализаціи преступленія даннаго типа, но и необходимое условіе всякаго вообще преступленія соотвѣтствующей категоріи. Послѣднія условія, въ случаѣ принятія ими формы дѣйствій, и представляютъ собою акты покушенія на преступленіе.

При разборѣ этого ученія совершенно справедливо замѣчаютъ, что упоминаемаго имъ дѣленія условій, по признаку различія причинныхъ ихъ свойствъ, въ дѣйствительности не существуетъ. Конкретнымъ условіемъ результата надо признать и такое дѣйствіе, какъ выстрѣлъ изъ ружья, и обь абстрактныхъ условіяхъ результата, какъ о чемъ-то принципиально отличномъ отъ конкретныхъ его предыдущихъ, говорить невозможно ⁵⁾. Подраздѣляя дѣйствія на необходимыя и случайныя условія результата, авторы разсматриваемыхъ ученій дѣлятъ эти дѣйствія, въ дѣйствительности, не съ точки зрѣнія различія причин-

¹⁾ Meyer, Anfang, s. 25.

²⁾ Meyer, Lrb, s. 207.

³⁾ Meyer-Allfeld, s. 173.

⁴⁾ Хейфицъ, стр. 86.

⁵⁾ Bar, Gesetz, II, s. 513.

ныхъ ихъ свойствъ, а съ точки зрѣнія различія ихъ формы: приготовительными дѣйствіями они признають такія дѣйствія, признаки которыхъ носятъ случайный характеръ по отношенію къ законному составу преступленія, а актами выполненія— такія дѣйствія, которыя воплощаютъ въ себѣ признаки задуманнаго лицомъ преступленія ¹⁾). Опредѣляя такимъ образомъ акты выполненія, это ученіе впадаетъ въ порочный кругъ: въ результатѣ изслѣдованія предложенной имъ формулы оказывается, что подъ абстрактнымъ условіемъ результата слѣдуетъ разумѣть дѣйствіе, удовлетворяющее признакамъ преступнаго дѣянія, т. е., исполнительное дѣйствіе-выполненію преступленія ²⁾).

Такимъ образомъ, предложенный авторами разсматриваемыхъ ученій пріемъ разграниченія видовъ предварительной дѣятельности, по различію причинныхъ свойствъ соотвѣтствующихъ актовъ, не выдерживаетъ критики. Но, на ряду съ этими недостатками въ проведеніи соотвѣтственной мысли, это ученіе грѣшитъ и въ самой своей основѣ, и нельзя не признать превратною и самую, предложенную имъ, постановку проблемы о различіи приготовленія и покушенія. Задаваясь вопросомъ о методахъ разграниченія дѣйствій, сыгравшихъ роль условій наступленія результата и приведшихъ къ окончанію преступленія, это ученіе ставитъ вопросъ не о различіи приготовленія и покушенія, а объ отличіи оконченнаго преступленія отъ его подготовки. Оно противопоставляетъ другъ другу не двѣ различныхъ формы неоконченной преступной дѣятельности, какъ это нужно дѣлать при разграниченіи приготовленія и покушенія, а двѣ различныхъ стадии развитія оконченной преступной дѣятельности. Отсюда, даже если бы представителямъ разбираемаго взгляда удалось правильно разрѣшить поставленную ими проблему, это еще не означало бы рѣшенія вопроса о существѣ покушенія, такъ какъ знаніе отличія приготовленія отъ акта исполненія преступленія еще не даетъ намъ указаній на природу покушенія.

Разсмотрѣнныя нами только что ученія были порождены сознаніемъ невозможности опредѣлить природу покушенія на основаніи тѣхъ данныхъ, которыя предоставляются въ наше распоряженіе закономъ. Отказавшись отъ попытокъ дать формальное опредѣленіе покушенія, ученые думали рѣшить интере-

¹⁾ Senf, GS, B. 67, 1905, s. 267.

²⁾ Redslob, s. 80.

сующую насъ проблему путемъ выработки матеріальнаго опредѣленія покушенія, т. е., путемъ указанія на тѣ признаки содержанія актовъ покушенія, которыя отличаютъ ихъ отъ актовъ оконченнаго преступленія. И вотъ, обзоръ матеріальныхъ опредѣленій покушенія показалъ несостоятельность лежащаго въ ихъ основѣ взгляда: такихъ признаковъ, которые были бы всегда присущи покушенію и всегда отсутствовали въ составѣ оконченнаго преступленія, защитникамъ вышеприведенной постановки проблемы не удалось обнаружить. Причина неудачи этихъ попытокъ, какъ вѣрно замѣчено въ литературѣ, заключается въ не-правильности исходнаго ихъ положенія: по содержанію своему, покушеніе не отличается принципиально отъ оконченнаго преступленія. Въ чисто техническомъ вопросѣ: какое вредоносное дѣйствіе конструировать, какъ оконченное преступленіе и какое—какъ покушеніе—законодатель ничѣмъ не связанъ и воленъ поступать, какъ то признаетъ наиболѣе практичнымъ, удобнымъ. За своими болѣе или менѣе остроумно построенными теоріями, ученые не желаютъ видѣть той теоріи, которой придерживается современный законодатель, теоріи, по которой весь институтъ покушенія есть лишь техническій приѣмъ законодательнаго обобщенія ¹⁾.

§ 18. Субъективныя формулы покушенія.

Вышеизложенныя опредѣленія покушенія—такъ наз. объективныя формулы покушенія—разсматривали покушеніе, какъ дѣйствіе, характеризующееся особенностями своей внѣшней стороны. Эти опредѣленія признавали характерною чертою покушенія либо извѣстное отношеніе соотвѣтственнаго дѣйствія къ оконченному преступленію, либо опредѣленное содержаніе этого дѣйствія, либо опредѣленныя функціи этого дѣйствія. Совершенно иначе смотритъ на покушеніе другая группа опредѣленій, извѣстная въ современной литературѣ подъ названіемъ субъективныхъ формулъ покушенія. Эти ученія, такъ-же, какъ и предыдущія, обращаютъ главное вниманіе на внѣшнюю сторону покушенія, но, въ противоположность объективнымъ формуламъ, они видятъ характерную черту покушенія не въ признакахъ формы, содержанія или функцій этихъ дѣйствій, а въ показатель-

¹⁾ Евангуловъ, Юридическая природа покушенія, Вѣстникъ Права, 1902, Кн. 4—5, стр. 58, 69.

номъ значеніи этихъ дѣйствій, въ способности ихъ отражать умысль виновнаго, свидѣтельствовать о его свойствахъ и качествахъ и т.п. Покушеніе, согласно этому воззрѣнію, представляетъ собою такое, не удовлетворяющее признакамъ состава преступления, дѣяніе, которое свидѣтельствуеъ о намѣреніи виновнаго совершить наказуемое дѣяніе.

Переходя къ отдѣльнымъ попыткамъ рѣшенія вопроса о существѣ покушенія на этихъ началахъ, мы убѣждаемся, что они могутъ быть раздѣлены на нѣсколько отдѣльныхъ группъ. Всѣ представители этого направленія согласно полагаютъ, что покушеніемъ можетъ быть признано только такое дѣяніе, которое свидѣтельствуеъ о намѣреніи лица совершить преступленіе. Но одни изъ нихъ обращаютъ главное вниманіе на ту форму, въ которой покушеніе даетъ знать о наличности преступнаго намѣренія у дѣйствующаго лица, а другіе—на свойства раскрываемаго покушеніемъ намѣренія.

Приступая къ обзору первой группы ученій, мы начнемъ съ разсмотрѣнія той ихъ разновидности, которая выражаетъ вышеприведенную мысль въ наиболѣе простой ея формѣ и опредѣляетъ покушеніе, какъ дѣяніе, свидѣтельствующее внѣшнимъ образомъ объ опредѣленномъ преступномъ намѣреніи, или какъ дѣяніе, въ силу котораго опредѣленное преступное намѣреніе получаетъ выраженіе во внѣшнемъ дѣйствіи. Подъ покушеніемъ, по этому взгляду, слѣдуетъ разумѣть дѣйствіе, дѣлающее распознаваемымъ умысль виновнаго; ¹⁾ дѣйствіе вступаетъ въ область наказуемаго покушенія, какъ скоро опредѣленное преступное намѣреніе получаетъ выраженіе во внѣ; ²⁾ покушеніе начинается съ того момента, въ который опредѣленное преступное намѣреніе получаетъ выраженіе во внѣшнемъ дѣйствіи ³⁾; покушеніемъ мы признаемъ дѣйствіе, преслѣдующее преступную цѣль и явно раскрывающее существо этой цѣли ⁴⁾; актъ покушенія долженъ свидѣтельствовать объ опредѣленномъ преступномъ намѣреніи лица ⁵⁾;

¹⁾ Pfotenhauer, Der Einfluss des factischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen, 1838, s. 52, 53.

²⁾ Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, s. 372.

³⁾ Köstlin, System des deutschen Strafrechts, I, 1855, s. 231; John, Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund, 1868, s. 217.

⁴⁾ Bar, Die Grundlagen des Strafrechts, 1869, s. 60.

⁵⁾ Pessina, Elementi di diritto penale, I, 1882, p. 244.

покушеніе представляет собою дѣйствіе, раскрывающее существо намѣренія преступника ¹⁾; дѣйствіе становится покушеніемъ, какъ скоро оно начинаетъ свидѣтельствовать о преступномъ намѣреніи лица съ должною несомнѣнностью ²⁾; дѣйствіе можетъ быть признано покушеніемъ, когда субъектъ совершилъ его съ цѣлью реализаціи преступленія и когда окружающіе вынесли впечатлѣніе, что онъ реализовалъ именно то дѣйствіе, которое, по его убѣжденію, должно было привести къ исполненію преступленія ³⁾; дѣйствіе лица пріобрѣтаетъ характеръ покушенія съ того момента, какъ преступная воля, бывшая ранѣе неопредѣленной, формально обнаруживается дѣятельностью субъекта ⁴⁾; покушеніе имѣется налицо во всѣхъ случаяхъ, когда противоправный умыселъ виновнаго можетъ быть распознанъ изъ тѣхъ дѣйствій, которыя этотъ умыселъ должны были осуществить ⁵⁾; дѣйствіе становится покушеніемъ, какъ скоро преступное намѣреніе становится распознаваемымъ во внѣшнемъ мірѣ ⁶⁾; покушеніемъ надо признавать дѣйствія, которыя въ достаточной мѣрѣ раскрываютъ преступность намѣренія виновнаго ⁷⁾.

Это ученіе уже нашло себѣ отрицательную оцѣнку въ современной литературѣ, и дѣйствительно, недостатки приведенныхъ опредѣленій покушенія очевидны. Эти опредѣленія обнимаютъ собою не только покушеніе, въ смыслѣ современнаго права, но и приготовленіе къ преступленію, наиболѣе серьезныя формы котораго (напр., приготовленіе къ поддѣлкѣ монеты) вполне отвѣчаютъ признакамъ дѣянія, раскрывающаго опредѣленное преступное намѣреніе дѣйствующаго лица ⁸⁾. Мало того, эти

¹⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, Очеркъ теоріи уголовного права, Юрид. Журн. 1860, № 2, стр. 133.

²⁾ Cohen, Die Vorbereitung von strafbaren Handlungen nach den Strafgesetzen des Deutschen Reichs, 1894, s. 30.

³⁾ Degois, Traité élémentaire de droit criminel, 1911, p. 158.

⁴⁾ Boitard, p. 31.

⁵⁾ Eisenmann, Die Grenzen des strafbaren Versuchs, 1893, s. 30.

⁶⁾ Buri, Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1878, s. 138.

⁷⁾ Limelette, Le code pénal belge appliqué, 1878, p. 29.

⁸⁾ Cohn, s. 310; Chop. Ueber die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch eines Verbrechens, 1861, s. 23; Rohland, Gefahr, s. 85, 86; H. Meyer, Anfang, s. 16; Rosenberg, Ueber die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, Z, XX, 1900, s. 688; Senf, GS, B. 67, 1905, s. 283; Сергѣевскій, стр. 286; Пусторослевъ, Русское уголовное право, стр. 366.

опредѣленія, несмотря на протестъ ихъ авторовъ ¹⁾, несомнѣнно охватываютъ собою и такія дѣйствія, которыя не только не составляютъ покушенія, но не могутъ быть отнесены и къ области предварительной дѣятельности. Такъ, напр., о намѣреніи лица совершить преступленіе свидѣтельствуешь не только покушеніе, но и угроза совершить преступленіе. Очевидно, что разсматриваемая формула чрезмѣрно широка и выдвигаетъ признакъ, присущій не только покушенію, но и другимъ дѣйствіямъ.

Другая попытка этого направленія стремится избѣжать отмѣченныхъ выше недостатковъ опредѣленія покушенія, путемъ суженія ея содержанія. Нѣкоторые думаютъ, что понятію о покушеніи отвѣчаетъ не всякое дѣяніе, раскрывающее наличность намѣренія совершить преступленіе, а только такое дѣяніе, изъ котораго, какъ такового, можетъ быть распознана наличность преступнаго умысла, и на основаніи котораго, самого по себѣ взятаго, можно сдѣлать выводъ о наличности подобнаго умысла; покушеніе существуетъ, какъ скоро кто либо проявилъ свое намѣреніе совершить извѣстное преступленіе въ такомъ внѣшнемъ дѣяніи, которое уже само по себѣ пригодно для распознанія въ немъ бытія преступнаго умысла ²⁾; дѣйствіе покушенія должно носить такой характеръ, по которому можно сдѣлать заключеніе о намѣреніи виновнаго окончить преступленіе ³⁾; по общему правилу, покушеніемъ могутъ быть признаваемы такія только дѣянія, свойства которыхъ, уже сами по себѣ, свидѣлствуютъ объ опредѣленномъ намѣреніи ⁴⁾; покушеніе отличается такими свойствами, изъ которыхъ ясно и несомнѣнно вытекаетъ намѣреніе совершить преступленіе ⁵⁾; дѣйствіе должно быть признано покушеніемъ, коль скоро, при помощи его, виновный могъ совершить только

¹⁾ Pfothenauer, s. 83; Krug, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1854, s. 21; Köstlin, System, s. 233.

²⁾ Bauer, Lehrbuch des Strafrechts, 1833, s. 184; Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse, I, 1840, s. 313, 314; Орловъ, стр. 24, 107.

³⁾ Luden, Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechtes; I, 1847, s. 389, 395, 396.

⁴⁾ Krug, s. 20.

⁵⁾ Häberlin, GS, XVI, 1864, s. 220.

какое либо одно определенное преступление ¹⁾; для наличности наказуемого покушения, необходимо внешнее действие, из которого возможно распознать намерение виновного совершить определенное преступление ²⁾.

Изъ приведенныхъ определеній покушенія можно видѣть, что авторы ихъ признають покушеніемъ лишь дѣянія, объективная внешняя природа которыхъ можетъ служить основаніемъ для заключенія о наличности у дѣйствующаго лица умысла совершить преступленіе. Но такое требованіе грѣшитъ сразу въ двухъ направленіяхъ: съ одной стороны, оно выдвигаетъ такой критерій определенія свойства дѣйствій, который имѣетъ не абсолютное, а относительное значеніе; съ другой стороны, оно даетъ такую формулу покушенія, которая охватываетъ собою и приготовительныя къ преступленію дѣйствія. Такъ, что касается условія показательности дѣйствія, какъ признака покушенія; то требованіе его могло бы быть правильнымъ лишь при условіи обладанія преступными дѣяніями какою либо особенно исключительно имъ однимъ присущею формою и если бы дѣяніе, признаваемое преступнымъ, ни при какихъ условіяхъ не признавалось дѣяніемъ юридически-безразличнымъ или даже правомѣрнымъ. Въ дѣйствительности дѣло обстоитъ иначе и, для признанія дѣйствія преступленіемъ, приходится обращать вниманіе не только на его внешніе признаки, но и на обстановку его совершенія и, при томъ, не только въ томъ случаѣ, когда подлежащее дѣйствіе не окончено, но и въ случаѣ, когда оно окончено. Совершенно справедливо указываютъ, что даже если взять такое, напр., дѣйствіе, какъ выстрѣлъ, направленный въ человѣка, то и подобный актъ, взятый отдѣльно отъ обстановки, при которой онъ совершается, не можетъ быть признанъ настолько характеристичнымъ, чтобы мы имѣли право заключить изъ него о несомнѣнномъ существованіи злого умысла. При извѣстныхъ условіяхъ, такой актъ, конечно, можетъ съ полною достовѣрностію свидѣтельствовать о преступномъ намереніи; но легко представить себѣ и такую обстановку, при которой выстрѣлъ, направленный въ человѣка, еще отнюдь не доказываетъ злого умысла, напр., если подобное дѣйствіе совершается ночью близорукимъ охотни-

¹⁾ Lacointa, Rev. crit. XXIII, 1863, p. 447.

²⁾ Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, 1876, s. 119.

комъ въ такомъ мѣстѣ, гдѣ онъ легко могъ встрѣтить медвѣдя ¹⁾).

Нетрудно убѣдиться и во второмъ недостаткѣ вышеприведеннаго ученія. Если мы будемъ пользоваться упомянутымъ критеріемъ покушенія, принимая во вниманіе особенности обстановки дѣйствія, то намъ удастся отдѣлить наказуемыя дѣянія отъ дѣяній ненаказуемыхъ. Но за то въ область дѣяній наказуемыхъ, мы должны будемъ отнести не только покушеніе на преступленіе, но и нѣкоторые случаи приготовленія къ нему ²⁾). Достаточно указать на случаи приготовленія къ поддѣлкѣ монеты—отливку формъ и изготовленіе печатей; эти дѣянія также могутъ служить почвою для заключенія о намѣреніи виновнаго совершить преступленіе, но они представляютъ собою не покушеніе на преступленіе, а приготовленіе къ нему и признаются закономъ за приготовительныя дѣйствія (угол. ул. ст. 431. 1; герм. § 151).

Разсмотрѣнныя ученія усматривали характерный признакъ покушенія въ способности этого дѣянія разоблачать умыселъ виновнаго. Дальнѣйшіе представители этого направленія придаютъ вышеприведенному ученію болѣе спеціальныи характеръ. Дѣяніе виновнаго, по ихъ воззрѣнію, можетъ быть признано покушеніемъ лишь въ случаѣ, когда преступная воля не только выразилась въ дѣйствіи, но и подверглась особаго рода перерожденію. Дѣйствіе становится покушеніемъ тогда, когда оно сообщаетъ волѣ виновнаго самостоятельное бытіе, когда оно объективируетъ преступную волю.

Для того, чтобы можно было говорить о покушеніи, необходимо, чтобы воля виновнаго выступила изъ области внутренняго міра человѣка, противопоставила себя уголовному закону и объективировалась во внѣ замѣтнымъ для постороннихъ лицъ образомъ, такъ что направленіе воли на выполненіе преступленія можетъ быть опредѣлено уже изъ получившихъ объективный

¹⁾ Колоколовъ, стр. 50, 51; Таганцевъ, Курсъ русскаго уголовного права, II, 1878, стр. 158; Лекціи, I, стр. 693; Сергѣевскій, стр. 286; Платоновъ, Ж. Ю. О. 1898, № 8, стр. 87; Познышевъ, Основныя начала уголовного права, 1912, стр. 349; Roever, Der untaugliche Versuch de lege lata und de lege ferenda, 1905, s. 36.

²⁾ Cohn, s. 136, 137, 288; Meyer, Anfang, s. 16; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 156.

характеръ данныхъ ¹⁾). Покушеніе есть объективировавшаяся воля и, какъ скоро имѣется налицо объективно распознаваемая воля, начинается покушеніе на преступленіе ²⁾). Существо покушенія заключается въ томъ, что оно воплощаетъ въ себѣ преступную волю. Это воплощеніе воли должно показывать, что эта воля содержала въ себѣ всѣ условія окончанія преступленія ³⁾). Къ покушенію относятся всѣ дѣянія, которыя не только свидѣтельствуютъ о намѣреніи виновнаго совершить извѣстное преступленіе, но и сообщаютъ его умыслу внѣшнее независимое отъ его воли бытіе ⁴⁾ хотя и не приводятъ къ осуществленію его умысла ⁵⁾). Покушеніе представляетъ собою объективированную волю. О покушеніи можно говорить, когда изъ наличныхъ объективныхъ моментовъ вытекаетъ, что виновный хотѣлъ причинить опредѣленный, предусмотрѣнный какимъ либо законнымъ составомъ противоправный результатъ ⁶⁾). Окончаніе преступленія представляетъ собою объективировавшуюся волю, къ которой присоединилось послѣдствіе; это объективировавшаяся воля въ ея совершенствѣ, въ ея завершеніи (Perfektion); покушеніе представляетъ собою объективированную волю, въ обычномъ смыслѣ, т. е., объективированную волю, безъ результата ⁷⁾).

Обращаясь къ разбору этого опредѣленія, приходится констатировать, что въ основѣ его лежатъ крайне неточныя выраженія. Изъ буквального смысла выраженій его авторовъ вытекаетъ, что покушеніе сообщаетъ волѣ виновнаго отдѣльное, независимое отъ его личности, существованіе. Но подобное положеніе, конечно, должно быть признано неправильнымъ, воля, какъ и всѣ другія психическія явленія, внѣ человѣческой психики существовать не можетъ. Очевидно, вышеприведенное опредѣленіе имѣетъ въ виду другое: авторы его желаютъ сказать,

¹⁾ Buri, GS, B. 19, 1867, s. 62.

²⁾ Buri, GS, B. 19, 1867, s. 71.

³⁾ Kroschel, Versuch und Mangel am Thatbestand, GS, XLI, 1899, s. 274, 275.

⁴⁾ Hälschner, I, s. 342, 343; Fabian, Abgrenzung von untauglichem Versuch und Putativdelikt, und Erörterung ihrer Strafbarkeit, 1905, s. 21; Рудинскій, О покушеніи съ негодными средствами и надъ негоднымъ объектомъ по взглядамъ теоріи и по русскому праву, Юридическій Вѣстникъ, 1877, № 7—8, стр. 170, 171.

⁵⁾ Hälschner, I, s. 353.

⁶⁾ Delaquis, s. 207.

⁷⁾ Delaquis, s. 213. 214.

что порожденное умысломъ дѣйствіе для того, чтобы быть покушеніемъ, должно носить такой характеръ, что его внѣшняя сторона, сама по себѣ, очевидно для всякаго третьяго лица, свидѣтельствуесть о характерѣ и содержаніи внутренней его стороны, т. е., о свойствахъ воли виновнаго. Отсюда ясно, что для уразумѣнія существа разсматриваемой формулы, необходимо установить прежде всего формы и способы отображенія воли въ дѣятельности виновнаго.

Въ отношеніи свойствъ необходимаго для покушенія отображенія воли слѣдуетъ сказать, что изложенное ученіе заключаетъ въ себѣ крайнее суженіе способовъ доказательства бытія преступной воли при покушеніи. Содержаніе воли виновнаго должно быть распознано изъ покушенія, но отнюдь не всякое распознаніе умысла изъ поведенія людей позволяетъ говорить о покушеніи. Авторы разбираемаго ученія специально оговариваются, что не можетъ быть рѣчи о покушеніи, если преступность воли субъекта распознана посредствомъ полученія отъ него признанія ¹⁾. Вообще при оцѣнкѣ показательности дѣяній, мы должны отказаться отъ всякихъ прямыхъ свидѣтельствъ о существованіи воли и должны приходиться къ убѣжденію въ наличности ея косвеннымъ путемъ, т. е., исключительно на основаніи изслѣдованія тѣхъ данныхъ, которыя предоставляются въ наше распоряженіе внѣшнею стороною дѣйствія виновнаго. И вотъ, вникая въ существо подлежащаго процесса установленія свойствъ умысла, нельзя не придти къ заключенію, что этотъ процессъ можетъ состоять только въ толкованіи внѣшней стороны совершеннаго виновнымъ дѣйствія, какъ реализаціи его желанія или воплощенія его умысла. Подъ покушеніемъ слѣдовательно, согласно разбираемому ученію, можно разумѣть такое только дѣйствіе лица, которое воплощаетъ его волю.

Этотъ выводъ заставляетъ насъ обратиться къ изслѣдованію содержанія воли виновнаго, или точнѣе: содержанія сопровождающихъ эту волю представлений. Преступная воля, въ современной литературѣ понимается двояко. Одни ученые толкуютъ содержаніе воли въ смыслѣ жизненной практики и научной психологіи и полагаютъ, что, въ случаѣ наличности воли виновнаго совершить извѣстное дѣйствіе, въ содержаніе воли входитъ

¹⁾ Buri, GS, XIX, 1867, s. 62; Hälschner, I, s. 343; Delaquis, s. 198.

не только представлєніе того тѣлодвиженія, посредствомъ котораго можетъ быть достигнутъ задуманный результатъ, но и представлєніе самого задуманнаго результата—виновный желаетъ не только тѣлодвиженія, но и результата его ¹⁾. Другіе, напротивъ, полагаютъ, что виновный можетъ желать только того, осуществлєніе чего лежитъ въ его власти, т. е., одного только тѣлодвиженія, ведущаго къ результату. Содержаніе преступной воли исчерпывается по этому воззрѣнію, представлєніемъ тѣлодвиженія виновнаго ²⁾.

Авторы разбираемаго ученія не указываютъ, въ какомъ смыслѣ слѣдуетъ разумѣть упоминаемую въ ихъ опредѣленіи покушенія волю. Но не подлежитъ сомнѣнію, что подъ волею они разумѣютъ здѣсь не желаніе реализаціи преступнаго результата, не волю въ первомъ пониманіи ея. Если бы они держались этой точки зрѣнія, то ихъ опредѣленіе покушенія совпало бы съ опредѣленіемъ оконченнаго преступленія, ибо подъ покушеніемъ съ этой точки зрѣнія разумѣлось бы воплощеніе или реализація преступнаго умысла, полное осуществлєніе всѣхъ признаковъ преступленія. Кромѣ того, какъ мы видѣли выше, они сами противопоставляютъ объективированіе воли оконченному преступленію.

Очевидно, что подъ волею, въ данномъ случаѣ, нужно разумѣть волю во второмъ смыслѣ. Объективированіе воли означаетъ воплощеніе той части умысла виновнаго, которая состояла въ желаніи его совершить потребное для реализаціи результата тѣлодвиженіе. Но принятіе подобнаго положенія означаетъ отрицаніе относительнаго характера покушенія, упраздненіе зависимости понятія о покушеніи отъ понятія объ оконченномъ преступленіи и обрисовку одинаковымъ образомъ покушеній на самыя разнообразныя преступленія. Отождествленіе покушенія съ реализаціей тѣлодвиженія исключаетъ возможность провести различіе между покушеніемъ на убійство и покушеніемъ на тѣлесное поврежденіе и т. п.

Мало того, принятіе подобнаго опредѣленія приводитъ еще и къ другимъ неправильнымъ выводамъ. Опредѣляя покушеніе, какъ объективированіе воли, ученые, какъ было замѣчено, отказываются отъ сужденія о волѣ виновнаго по какимъ либо

¹⁾ Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1903, s. 29.

²⁾ Hippel, l. c., s. 14 ff.

инимъ даннымъ, кромѣ данныхъ, заключающихся во внѣшней сторонѣ преступленія. Но, располагая подобнымъ критеріемъ, мы иногда не будемъ въ состояннн даже отличить покушенія отъ оконченнаго преступленія, ибо иногда внѣшняя сторона покушенія и оконченнаго преступленія совпадаютъ. Таково, напр., положеніе дѣла при всякомъ квалифицированномъ покушенн, напр., при покушенн на убійство, выразившемся въ нанесенн ранъ и пр.

Мы разсмотрѣли тѣ ученія о покушенн на преступленн, которыя, понимая покушенн какъ объективированн преступнаго умысла, не даютъ опредѣленія существа подлежащаго процесса. Но въ литературѣ уголовного права встрѣчаются и такія ученія, которыя давая аналогичное опредѣленн покушенія, пытаются разяснить его болѣе подробно. Покушенн, замѣчаютъ нѣкоторые криминалисты, имѣется налицо, когда дѣянн, не осуществляя преступнаго намѣренія, только объективируетъ его. Объективированн умысла отлично отъ акта выраженія его во внѣ. Выраженн умысла во внѣ представляется заявленнмъ о его наличности. Объективированн умысла состоитъ въ выполненн послѣдняго; при объективированн, явленн внутренняго міра переходитъ во внѣшнее бытіе; существующая въ качествѣ намѣренія конкретная воля выступаетъ въ міръ объективныхъ явленнй. Объективированн воли необходимо отличать и отъ осуществленія ея. Для осуществленія воли недостаточно, чтобы она получила существованн во-внѣ, а нужно, чтобы внѣшнее проявленн воли заняло мѣсто намѣренія, какъ явленн внутренняго міра ¹⁾.

Такимъ образомъ, по воззрѣнню автора этого ученія, объективированн умысла отличается какъ отъ обнаруженія умысла, такъ и отъ осуществленія его. Объективированн умысла представляетъ собою выполненн его. Подъ выполненнмъ умысла надо разумѣть не осуществленн умысла, а процессъ прнобрѣтенія имъ характера причины внѣшнихъ явленнй: умисель лица объективировался, коль скоро имъ были порождены какіе либо внѣшніе акты поведенія его. Но, конечно, подобное положенн вовсе не заключаетъ въ себѣ правильнаго опредѣленія покушенія. Къ кругу дѣйствій, порожденныхъ преступнымъ умысломъ, но не успѣвшихъ

¹⁾ Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht, I, 1857, s. 34, 35.

его въ себѣ воплотить, относится не только покушеніе на преступленіе, но и приготовленіе къ нему ¹⁾).

Въ результатѣ обзора первой группы ученій такъ наз. субъективнаго направленія, мы приходимъ къ заключенію, что ни одна изъ предложенныхъ ею попытокъ не привела къ правильному рѣшенію вопроса о существѣ покушенія. Понимая покушеніе какъ дѣяніе, выражающее, въ особой характерной формѣ, умыселъ виновнаго, авторы вышеприведенныхъ ученій не смогли точно опредѣлить соотвѣтственной формы выраженія преступнаго намѣренія. Отсюда, опредѣленія ихъ получили чрезмѣрно общій характеръ и, на ряду съ покушеніемъ, охватываютъ собою и другіе виды предварительной преступной дѣятельности.

Другая группа ученыхъ разсматриваемаго направленія, при опредѣленіи существа покушенія, обращаетъ главное вниманіе не на форму обнаруженія преступной воли въ дѣяніи виновнаго, а на свойства обнаруженной его дѣйствіемъ преступной воли, именно на степень той энергіи преступнаго намѣренія, которая проявилась при выполненіи дѣйствія. Покушеніемъ, по воззрѣнію этого направленія, можетъ быть признано только такое дѣяніе, которое свидѣтельствуетъ о рѣшительной волѣ виновнаго совершить преступленіе ²⁾). О покушеніи можно говорить только въ случаѣ, когда окончательная преступная воля получила существованіе во внѣшнемъ мірѣ въ распознаваемомъ видѣ ³⁾, покушеніе представляется первымъ дѣйствіемъ, принятымъ виновнымъ съ окончательнымъ намѣреніемъ реализаціи преступленія ⁴⁾; субъективная теорія покушенія предполагаетъ серьезность намѣренія виновнаго совершить преступленіе ⁵⁾; покушеніе представляетъ собою дѣяніе, внушающее убѣжденіе въ вѣроятности окончанія виновнымъ преступленія ⁶⁾; начало наказуемости покушенія наступаетъ съ момента реализаціи дѣйствія, доказывающаго существованіе твердаго и опре-

¹⁾ Колоколовъ, стр. 60.

²⁾ Schwarze, NH, II, s. 277; Schwarze, Commentar zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, 1870, s. 147, 148.

³⁾ Buri, GS, XXVII, 1875, s. 154.

⁴⁾ Buri, GA, XXV, 1877, s. 268.

⁵⁾ Buri, Z, I, 1881, s. 204.

⁶⁾ Klee, s. 19.

дѣленнаго преступнаго рѣшенія ¹⁾; дѣйствіе становится покушеніемъ, какъ скоро преступное намѣреніе получаетъ характеръ непоколебимаго рѣшенія ²⁾; покушеніемъ нужно признавать дѣяніе, которое, по плану виновнаго, должно было выразиться въ формѣ наказуемаго дѣянія, причемъ общій психологическій опытъ и оцѣнка данныхъ конкретныхъ условій свидѣлствуютъ о томъ, что, не случись неожиданныхъ препятствій, виновный довелъ бы свою дѣятельность до конца ³⁾.

При оцѣнкѣ этой формулы покушенія необходимо имѣть въ виду, что однимъ изъ важнѣйшихъ условій, опредѣляющихъ энергію преступной воли лица, является большая или меньшая значительность преодоленныхъ субъектомъ, при выполнении своего дѣянія, препятствій. Чѣмъ труднѣе было побороть связаннаго съ учиненіемъ преступления затрудненія, тѣмъ болѣе упорства воли проявилъ преступникъ, и наоборотъ. И вотъ, анализируя, съ этой точки зрѣнія, отдѣльные виды предварительной преступной дѣятельности, можно видѣть, что иногда и приготовительныя дѣйствія свидѣлствуютъ о такой значительной энергіи преступной воли, которая значительно превышаетъ энергію преступной воли при покушеніи на преступленіе ⁴⁾. Достаточно вспомнить о преступленіяхъ, учиненіе которыхъ возможно лишь при помощи особыхъ орудій, пріобрѣтеніе которыхъ невозможно и которыя могутъ быть получены лишь путемъ самостоятельнаго ихъ приготовленія. Таково, напр., положеніе дѣла при поддѣлкѣ монеты. Многіе случаи приготовленія къ этому преступленію свидѣлствуютъ о несравненно большой энергіи преступнаго намѣренія, чѣмъ иные случаи покушенія и даже случаи совершенія преступления, происшедшіе при благоприятной, содѣйствовавшей реализаціи дѣянія, обстановкѣ. Въ послѣднемъ случаѣ, виновный справедливо рассматривается, какъ жертва рокового стеченія обстоятельствъ и говорятъ о томъ, что не воля человѣка, а случай вызвалъ преступленіе. *L'occasion fait le larron*. Въ виду этого, воплощеніе

¹⁾ Gallet, p. 127.

²⁾ Redslob, s. 152.

³⁾ Bar, Gesetz, II, s. 514.

⁴⁾ Полегаевъ, Юр. В. 1863, № 11, стр. 34; Hälschner, I, s. 338; Musy, La tentative complexe et le desistement volontaire, 1905, p. 60; Senf, GS, B. 67, 1905, s. 264.

въ дѣяніи виновнаго энергичной преступной воли еще не можетъ служить основаніемъ для признанія его дѣянія за покушеніе.

Равнымъ образомъ нельзя утверждать и того, что покушеніемъ можетъ быть признана лишь такая дѣятельность, которая была прервана неожиданными обстоятельствами. Съ одной стороны, подобными обстоятельствами могутъ быть прерваны и приготовительныя дѣянія. Съ другой стороны, необходимость пріостановки дѣятельности этими условіями требуется вовсе не всѣми уголовными кодексами. И, если примѣнительно къ группѣ законодательствъ, признающихъ покушеніемъ только преступную дѣятельность, не получившую завершения вслѣдствіе обстоятельствъ отъ воли виновнаго независѣвшихъ, приведенное опредѣленіе еще могло бы быть обсуждаемо, то подлежащая формула, въ качествѣ истолкованія положеній о покушеніи другихъ правъ и, въ частности, германскаго права, совершенно не выдерживаетъ критики. По этимъ правамъ, дѣйствіе можетъ не получить завершения вслѣдствіе желанія самого виновнаго, оно можетъ свидѣтельствовать объ отсутствіи у него достаточной энергіи воли для доведенія преступления до конца, и всетаки сохранять характеръ покушенія на преступленіе.

Разсмотрѣнныя выше ученія придавали рѣшающее значеніе свойствамъ внѣшней стороны акта покушенія, какъ показателя характера намѣренія лица. Но существуютъ ученія, которыя усваиваютъ иную точку зрѣнія, при разрѣшеніи этой задачи. По мнѣнію авторовъ этихъ ученій, характерною чертою покушенія является не то, что внѣшняя сторона этого дѣянія бросаетъ свѣтъ на намѣреніе виновнаго, а то, что виновный усваиваетъ извѣстное значеніе внѣшней сторонѣ покушенія. При покушеніи, по этому взгляду, не дѣйствіе характеризуетъ виновность, а наоборотъ, виновность характеризуетъ собою дѣйствіе. Покушеніемъ необходимо признавать такое дѣйствіе, которое, по убѣжденію виновнаго, обладало опредѣленными причинными свойствами.

Покушеніе, учать представители этого направленія, начинается, какъ скоро имѣется налицо внѣшняя, направленная на реализацію преступления дѣятельность, которая мыслится дѣйствующимъ лицомъ какъ нѣчто находящееся въ непрерывной связи съ окончаніемъ преступления и относящееся къ нему какъ

средство къ цѣли, какъ причина къ послѣдствію ¹⁾). Понятіе о покушеніи на преступленіе предполагаетъ, кромѣ наличности преступнаго умысла, обнаруженнаго во внѣ: во-первыхъ, приспособленіе средствъ преступленія къ дѣйствию, и, во-вторыхъ, приведеніе ихъ въ дѣйствіе, когда послѣднее не имѣло результата ²⁾; покушеніе есть умышленное употребленіе наличныхъ средствъ въ дѣйствіе, на мѣстѣ преступленія, для содѣйствія осуществленію замышленнаго дѣянія, подходящаго, по дѣйствующему уголовному праву, подъ понятіе преступнаго дѣянія въ его стадіи совершенія, и притомъ такое употребленіе ихъ, которое не сопровождалось полнымъ осуществленіемъ преступнаго поведенія или какаго изъ обусловленныхъ имъ преступныхъ послѣдствій необходимыхъ для наличности стадіи совершенія ³⁾).

Несмотря на значительное различіе формулировки приведенныхъ опредѣленій покушенія, нетрудно видѣть, что они выражаютъ одну и ту же мысль: покушеніемъ слѣдуетъ признавать дѣяніе, реализуя которое, виновный дѣйствуетъ въ убѣжденіи, что онъ примѣняетъ средства совершенія преступленія, т. е., восполняетъ виѣшнюю обстановку тѣми элементами, которыя недостають въ ней для образованія причины результата или совокупности условій его возникновенія. Но этотъ взглядъ неправиленъ. Съ одной стороны, даже при преступленіяхъ, составъ которыхъ предполагаетъ возникновеніе извѣстнаго результата, покушеніе далеко не всегда носить характеръ неуспѣшнаго примѣненія средствъ воспроизведенія этого результата. Если мы будемъ разумѣть подъ средствомъ явленіе, отъ котораго виновный непосредственно ожидаетъ возникновенія желательнаго результата, то мы вынуждены будемъ отрицать характеръ покушенія за многими изъ актовъ, несомнѣнно, къ покушенію относящихся. Такъ, напр., взломъ дверей хранилища вещей при кражѣ не является актомъ примѣненія средствъ въ вышеуказанномъ смыслѣ, ибо непосредственною причиною реализаціи захвата вещи въ этомъ случаѣ является не взломъ, а похищеніе вещи, между тѣмъ трудно отрицать за взломомъ характеръ покушенія на кражу. Если, напротивъ, подъ примѣненіемъ средства, разумѣть всякое дѣйствіе, ставящее условіе воз-

¹⁾ Bar, Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen, 1859, s. 28.

²⁾ Есиповъ, Очеркъ русскаго уголовного права, 1894, стр. 258, 259.

³⁾ Пусторослевъ, стр. 368.

никновенія преступнаго результата, то подь понятіе о немь подойдет не только покушеніе, но и приговорительныя къ преступленію дѣйствія.

Съ другой стороны, далеко не всегда результатъ преступленія составляетъ необходимый его признакъ. Многія преступленія реализуются выполненіемъ дѣйствія опредѣленной формы и отъ нихъ совершенно не требуется какого либо особаго каузальнаго значенія. Опредѣленіе покушенія, какъ безрезультатнаго примѣненія средствъ реализаціи преступленія, въ этихъ случаяхъ, вообще является несостоятельнымъ ¹⁾.

Изъ приведеннаго обзора субъективныхъ ученій о покушеніи, легко усмотрѣть, что главнымъ ихъ недостаткомъ является чрезвычайная общность предлагаемыхъ ими опредѣленій покушенія. Авторы упомянутыхъ ученій даютъ такія опредѣленія покушенія, которыя обнимаютъ собою не только покушеніе, но и наиболѣе серьезные виды приговорительныхъ дѣйствій. Въ исторической части изложенія, мы познакомились съ тѣми факторами, которые вызвали появленіе субъективныхъ опредѣленій покушенія. Созданіе этихъ ученій было единственно возможнымъ рѣшеніемъ тѣхъ задачъ, которыя стояли передъ доктриною общаго права въ Германіи во второй четверти XIX вѣка. Доктрина должна была держаться общепризнаннаго въ ту эпоху начала единства формы наказуемой предварительной дѣятельности и, вмѣстѣ съ тѣмъ, выработать такую формулу покушенія, которая обнимала бы собою не только акты, начинающіе выполненіе преступленія, но и наиболѣе тяжкіе случаи приговорительныхъ дѣйствій. Только субъективная формула покушенія могла удовлетворить этимъ требованіямъ. Къ ней ученые той эпохи и обратились.

Изъ этого ясно, что въ эпоху своего первоначальнаго появленія, субъективное ученіе о покушеніи не только не представляло собою отрицательнаго научнаго продукта, но было даже чрезвычайно удачною научною формулою и свидѣтельствовало о выдающемся юридическомъ тактѣ его творцовъ. Это ученіе, въ моментъ своего появленія, менѣе всего заслуживало упрека въ томъ, что оно относитъ къ области покушенія и нѣкоторыя приговорительныя преступныя дѣйствія; напротивъ, въ этомъ и заключалась его заслуга. Но тѣмъ болѣе строго слѣдуетъ осу-

¹⁾ Meyer, Anfang, s. 14.

дять попытку введенія вышеприведенныхъ формулъ въ кругъ современныхъ догматическихъ ученій. Современное право отказалось отъ прежняго начала единства формы наказуемой предварительной дѣятельности; оно раздѣляетъ предварительную дѣятельность на двѣ самостоятельныхъ формы: покушеніе на преступленіе и приготовленіе къ нему, и поэтому объединеніе этихъ формъ подъ общимъ названіемъ покушенія на преступленіе является крупной юридической ошибкою.

§ 19. Смѣшанныя и синтетическія формулы покушенія.

Предшествующее изложеніе было посвящено разсмотрѣнію элементарныхъ формулъ покушенія, т. е. тѣхъ опредѣленій, которыя усматривали существо покушенія въ какомъ-либо одномъ признакѣ внутренней или внѣшней стороны соотвѣтствующаго дѣйствія. Но въ литературѣ уголовного права существуетъ, сверхъ того, еще и цѣлый рядъ сложныхъ формулъ покушенія, авторы которыхъ полагаютъ, что характеристика покушенія можетъ быть достигнута лишь посредствомъ выработки сложной формулы этого дѣйствія, состоящей изъ нѣсколькихъ раздѣльныхъ элементовъ. При этомъ, одни ученые полагаютъ, что сложность этой формулы обусловливается сложностью строенія состава покушенія, требующаго для своей характеристики указанія не на одинъ, а на рядъ признаковъ дѣятельности виновнаго, а другіе думаютъ, что сложность формулы покушенія обусловливается различіемъ видовъ покушенія, вынуждающимъ изслѣдователя создавать особыя формулы покушенія для каждаго изъ видовъ этого дѣйствія. Представители перваго направленія понимаютъ упоминаемые ими отдѣльные элементы формулъ покушенія, какъ признаки, находящіеся въ кумулятивномъ отношеніи другъ къ другу. Сторонники второй точки зрѣнія, напротивъ, утверждаютъ, что отдѣльные элементы предлагаемыхъ ими формулъ стоятъ въ альтернативномъ отношеніи другъ къ другу и что одни элементы соотвѣтствующихъ формулъ характеризуютъ собою одну группу случаевъ покушенія, а другіе—вторую. Первую группу формулъ можно назвать смѣшанными или эклектическими формулами покушенія, а вторую—соединительными или синтетическими ученіями о покушеніи. Мы начнемъ съ разсмотрѣнія ученій первой группы.

1) Въ этой группѣ обращаютъ на себя вниманіе опредѣленія, въ которыхъ покушеніе характеризуется, какъ соединеніе двухъ различныхъ признаковъ объективной стороны этого дѣйствія,—объективныя смѣшанныя формулы покушенія. По одной изъ этихъ формулъ, покушеніе представляетъ собою частичное осуществленіе преступнаго намѣренія, происшедшее въ такой формѣ, которая, на основаніи данныхъ опыта, даетъ намъ поводъ къ заключенію, что существуетъ опасность полной реализаціи намѣренія, т. е. опасность наступленія характернаго для даннаго преступленія вреда ¹⁾. Характеризовать покушеніе какъ частичное осуществленіе умысла безъ дальнѣйшихъ оговорокъ, по мнѣнію защитниковъ этого ученія, невозможно, такъ какъ умыселъ осуществляется частично не только покушеніемъ, но и приговорительными дѣйствіями ²⁾. Для выдѣленія покушенія изъ сферы другихъ видовъ предварительной дѣятельности, необходимо указать на спеціальнй признакъ внѣшней стороны покушенія, отсутствующій при приготовленіи къ преступленію. Такимъ спеціальнымъ признакомъ покушенія и является опасность этого дѣянія для правовыхъ благъ.

Итакъ, эта формула покушенія выдвигаетъ на первый планъ опасность дѣянія. Отсюда ясно, что она вызываетъ противъ себя всѣ тѣ возраженія, которыя были приведены выше противъ ученія о покушеніи какъ объ опасномъ дѣяніи и что нѣтъ надобности входить въ спеціальную критику этого ученія.

Согласно другому смѣшанному ученію этого типа, покушеніе представляетъ собою дѣяніе, которое принадлежитъ къ числу необходимыхъ элементовъ состава преступленія и, по общимъ своимъ признакамъ и въ виду конкретныхъ обстоятельствъ, извѣстныхъ виновному, по даннымъ опыта, представляется способнымъ къ воспроизведенію признаковъ состава преступленія и вызываетъ тѣмъ самымъ опасность реализаціи преступленія ³⁾.

Вникая въ существо этого опредѣленія, мы сразу замѣчаемъ, что второе его положеніе представляетъ собою уже знакомый намъ тезисъ, въ силу котораго покушеніе является дѣяніемъ, создающимъ опасность реализаціи состава преступленія. Нѣ-

¹⁾ Geyer, Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, 1884, s. 130; Geyer, Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen, Z, I, 1881, s. 42, 48.

²⁾ Geyer, Z, I, 1881, s. 42.

³⁾ Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889, s. 118, 128.

сколько менѣе опредѣленнымъ является первое положеніе этого ученія. Но при ближайшемъ анализѣ оказывается, что и это положеніе не является оригинальнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, покушеніе, говорятъ намъ, должно быть необходимымъ элементомъ преступленія. Но отвѣчать цѣлому преступленію покушеніе не можетъ и слѣдовательно, оно представляетъ собою элементъ преступленія въ смыслѣ части его. Отсюда, по этому ученію, покушеніе представляется такою частью преступленія, которая воплощаетъ въ себѣ опасность реализаціи полного его состава. Отличіе этой формулы отъ предыдущей заключается только въ томъ, что она не отрицаетъ существованія принципиальнаго различія между покушеніемъ и приготовленіемъ. Но это различіе не спасаетъ разсматриваемаго ученія. Покушеніе, какъ замѣчено, никогда не представляетъ собою части преступленія и оно вовсе не необходимо должно воплощать въ себѣ опасности реализаціи всѣхъ признаковъ состава преступленія.

Третьей смѣшанною формулою покушенія является ученіе, по которому покушеніемъ можетъ быть признано то только начало исполненія преступленія, которое носить, вмѣстѣ съ тѣмъ, характеръ подозрительнаго дѣйствія. Для покушенія необходимо, чтобы дѣйствіе было предпринято съ цѣлью совершить задуманное преступленіе, чтобы оно было подозрительно, чтобы оно или само собою начинало воспроизведеніе состава преступленія, или же непосредственно предшествовало дѣйствіямъ, воспроизводящимъ этотъ составъ, служа средствомъ для ихъ совершенія ¹⁾.

Опредѣленіе покушенія, какъ начала исполненія преступленія, было разсмотрѣно уже ранѣе и мы убѣдились, что оно является несостоятельнымъ. То же замѣчаніе должно быть сдѣлано и по адресу разбираемой теперь формулы. Сверхъ того, это опредѣленіе вызываетъ противъ себя еще и спеціальныя возраженія. Съ одной стороны, оно совершенно неосновательно расширяетъ кругъ случаевъ покушенія, подводя подъ понятіе о немъ дѣянія, которыя непосредственно предшествуютъ дѣйствіямъ, воспроизводящимъ составъ преступленія, т. е. приготовительныя дѣйствія. Съ другой стороны, оно столь же неосновательно суживаетъ кругъ случаевъ покушенія, подводя

¹⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, О покушеніи, 1866, стр. 88.

подъ понятіе о немъ одни только подозрительныя дѣйствія. Послѣднее утвержденіе, какъ уже замѣчено въ наукѣ, неправильно еще въ другомъ отношеніи: признакъ подозрительности дѣйствія не можетъ служить основаніемъ отграниченія покушенія отъ приготовленія потому, что, по признанію самого автора этого ученія ¹⁾, онъ присущъ не только покушенію, но и приготовленію ²⁾.

Изложенныя ученія признавали характерною чертою покушенія сочетаніе въ этомъ дѣяніи двухъ объективных признаковъ. Но существуютъ криминалисты, которые признаютъ характернымъ свойствомъ покушенія сочетаніе двухъ субъективных элементовъ, т. е., фактъ отраженія въ актѣ покушенія двухъ различныхъ психическихъ моментовъ. Такъ, существуетъ ученіе, согласно которому, для покушенія, необходимо не только объективированіе преступной воли, но и обладаніе этою волею достаточною рѣшимостью. Въ покушеніи должна выразиться не только преступная воля, но и серьезная преступная воля ³⁾. Для того, чтобы содѣянное могло быть наказано, какъ покушеніе, необходимо, чтобы преступная воля въ дѣйствіи виновнаго выразилась съ особою энергіею ⁴⁾. Для покушенія, необходимо внѣшнее воплощеніе безрезультатно направленной на выполненіе преступленія твердой воли ⁵⁾. Существо покушенія характеризуется тѣмъ, что, хотя воля виновнаго и не достигла результата, но эта воля объективировалась, такъ что индивидуальныя особенности ея сдѣлались легко распознаваемыми для всякаго посторонняго наблюдателя. Къ этому необходимо добавить, что для покушенія недостаточно простого выраженія воли въ дѣйствіи; необходимо, чтобы воля выразилась въ немъ съ достаточною энергіею ⁶⁾.

Предложенное соединеніе вышеприведенныхъ положеній о покушеніи могло бы быть признано удачною характеристикою этого дѣйствія, если бы каждое изъ соотвѣствующихъ положеній, взятое отдѣльно, грѣшило только своею односторонностью.

¹⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 85.

²⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 160, 161; Колоколовъ, стр. 85; Хейфицъ, стр. 76.

³⁾ Buri, GS, B. 32, 1880, s. 324.

⁴⁾ Buri, Causalität, 1885, s. 124.

⁵⁾ Buri, GS, B. 40, 1888, s. 536.

⁶⁾ Kohler, Studien aus dem Strafrech I, 1890, s. 16—19.

Въ этомъ случаѣ, могла бы идти рѣчь объ изслѣдованіи того, насколько одно положеніе удачно дополняетъ собою другое. Но въ дѣйствительности дѣло обстоитъ иначе. Какъ видно изъ предыдущаго, оба положенія, соединяемыя представителями разбираемаго взгляда въ одно ученіе, грѣшатъ не односторонностью, а неправильностью по существу, почему приведенный взглядъ и не нуждается въ специальномъ опроверженіи.

Наконецъ, третью группу ученій, стремящихся сочетать въ формулѣ покушенія двѣ категоріи признаковъ, представляютъ ученія, рассматривающія покушеніе, какъ сочетаніе опредѣленныхъ субъективныхъ и объективныхъ признаковъ. По взгляду одного изъ наиболее старыхъ представителей этого направленія, покушеніе представляетъ собою дѣйствіе, которое документируетъ твердую и опредѣленную рѣшимость виновнаго, будучи вмѣстѣ съ тѣмъ актомъ примѣненія необходимыхъ для совершения преступленія средствъ, ставящихъ виновнаго въ такое отношеніе къ объекту, что ему уже не нужны новыя приготовленія для того, чтобы окончить преступленіе или приступить къ реализаціи серіи образующихъ его дѣйствій ¹⁾.

Согласно этому ученію, дѣйствіе становится покушеніемъ, когда, будучи примѣненіемъ средствъ реализаціи преступленія, оно свидѣтельствуетъ вмѣстѣ съ тѣмъ, и о твердой рѣшимости виновнаго совершить преступленіе. Нетрудно видѣть, что ни одно изъ этихъ положеній не можетъ быть признано правильнымъ. Какъ уже было сказано, нельзя характеризовать покушеніе, какъ безрезультатное примѣненіе средствъ реализаціи покушенія потому, что нѣкоторыя преступленія реализуются не въ порядкѣ причиненія извѣстнаго результата, а въ порядкѣ совершения дѣйствія, характеризующагося не причинными своими свойствами, а своей формою. Равнымъ образомъ мы уже говорили о томъ, что твердая рѣшимость совершить преступленіе вовсе не составляетъ необходимаго признака покушенія ²⁾.

По ученію другихъ представителей этого направленія, для бытія покушенія необходимо, чтобы дѣятельность виновнаго получила такое развитіе, что изъ нея возможно вывести заключеніе о намѣреніи виновнаго совершить опредѣленное преступле-

¹⁾ Mittermaier, Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks: Anfang der Ausführung, Gerichtssaal, XI, 1859, s. 211, 212.

²⁾ Колоколовъ, стр. 65.

ніе. Сверхъ того, необходимо, чтобы это дѣяніе начинало собою дѣйствительное выполненіе преступленія, т. е., чтобы оно воплощало въ себѣ начало того дѣйствія, которое образуетъ специальный составъ даннаго преступленія ¹⁾. Дѣйствіе, коимъ начинается приведеніе въ исполненіе преступнаго дѣянія, учиненія коего желалъ виновный, почитается покушеніемъ, если, по условіямъ общественнаго быта, состава преступленія и способа выполненія, дѣлаеть умысль виновнаго явнымъ, по общему правилу ²⁾.

Это ученіе допускаеть двоякое толкованіе. Съ одной стороны, его можно разсматривать, какъ соединеніе объективной и субъективной формулъ покушенія. Въ этомъ случаѣ, оно должно быть признано неправильнымъ и по своему содержанію и по своему объему: по содержанію,—потому, что оно прибѣгаетъ къ уже опровергнутой выше формулѣ покушенія, какъ начала исполненія преступленія, по объему—потому, что она крайне суживаеть кругъ случаевъ покушенія, требуя подозрительности исполнительныхъ дѣйствій виновнаго. Дача яда въ стаканѣ воды сидѣлкою такъ же мало раскрываетъ преступный умысль ея, какъ и дача ея лѣкарства больному и, однако, ея дѣйствіе въ первомъ случаѣ должно быть признано покушеніемъ. Съ другой стороны, это ученіе можетъ быть разсматриваемо, какъ чисто субъективная формула (реквизитъ дѣйствія, какъ начала исполненія, можетъ быть принимаемъ за характеристику этого дѣйствія, какъ предварительной дѣятельности). Въ этомъ случаѣ эта формула будетъ грѣшить только въ отношеніи своего объема и, исключая изъ области покушенія нѣкоторые безспорные случаи такового, введеть въ сферу этихъ дѣйствій многія приготовительныя къ преступленію дѣянія, напр., приготовленіе къ поддѣлкѣ монеты и др.

Далѣе, по мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ, покушеніе представляетъ собою такое воздѣйствіе лица на пассивнаго субъекта преступленія, изъ котораго можно сдѣлать заключеніе о наличности опредѣленнаго, направленнаго на совершеніе этого преступленія намѣренія и которое воплощаетъ въ себѣ нападеніе на правовое благо ³⁾.

Мы уже доказали несостоятельность обоихъ элементовъ этой формулы, взятыхъ въ отдѣльности. Не даетъ удачнаго опре-

¹⁾ Marezoll, Das gemeine deutsche Criminalrecht, 1856, s. 119.

²⁾ Мокринскій, III, стр. 436.

³⁾ Baumgarten, s. 389, 390, 431.

дѣленія покушенія и сочетаніе этихъ элементовъ. Коль скоро опредѣленіе покушенія, какъ нападенія на правовыя блага, грѣшитъ чрезмѣрной узостью своего объема, то оно становится еще болѣе узкимъ и еще менѣе удачнымъ отъ присоединенія къ нему упомянутаго субъективнаго реквизиата.

По ученію дальнѣйшихъ представителей этого направленія, покушеніе представляетъ собою такое частичное осуществленіе намѣренія, которое дѣлаетъ распознаваемымъ составъ задуманнаго преступленія ¹⁾.

Мы уже имѣли случай указать, что, подъ частичнымъ осуществленіемъ умысла, криминалисты разумѣютъ реализацію части намѣченной виновнымъ преступной дѣятельности. Въ этомъ же смыслѣ, какъ уже справедливо отмѣтила литература ²⁾, необходимо понимать это утвержденіе и при разборѣ только что изложеннаго ученія. Далѣе, присоединеніе къ соотвѣтствующей объективной формулѣ еще и субъективнаго реквизиата распознаваемости свойствъ преступленія или, что тоже, свойствъ преступнаго умысла, объясняется тѣмъ, что представители этого взгляда отождествляютъ частичное осуществленіе преступнаго умысла со всею сферою предварительной дѣятельности вообще ³⁾ и потому считаютъ необходимымъ указать на тотъ моментъ, который отличаетъ покушеніе отъ приготовленія ⁴⁾. Но, конечно, подобная оговорка авторовъ этой формулы не улучшаетъ ея качества. Къ неправильности содержанія этого ученія, обусловливаемой характеристикою предварительной дѣятельности, какъ частичнаго осуществленія преступнаго намѣренія, присоединяется еще неправильность объема этой формулы, неправильность, присущая всякой формулѣ, признающей покушеніемъ дѣянія, обнаруживающія свойства преступнаго умысла и состоящая въ отнесеніи этою формулою нѣкоторыхъ приготовительныхъ дѣйствій къ области покушенія и т. п.

Таковы смѣшанныя формулы покушенія, полагающія, что сущность покушенія выражается въ сочетаніи двухъ различныхъ реквизиатовъ этого дѣянія. Но есть ученые, которые думаютъ, что покушенію присущи не два извѣстныхъ признака,

¹⁾ Geyer, Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen, Gerichtssaal, XVIII, 1866, s. 52.

²⁾ Колоколовъ, стр. 69, 70: Baumgarten, s. 311, 312.

³⁾ Geyer, GS, XVIII, 1866, s. 48.

⁴⁾ Geyer, GS, XVIII, 1866, s. 50, 53.

а три таких признака и что определение покушения должно заключать в себя указание на три реквизита этого действия. Так, по воззрению одних, покушение представляет собою неполное осуществление намерения; оно предполагает умышленную деятельность, находящуюся в установленной опытом действительной причинной связи с задуманным результатом, но, в данном случае, не приведшую к окончанию преступления. Эта деятельность, сверх того, должна получить такое развитие и приобрести такой характер, чтобы уже из нея самой, несмотря на отсутствие оконченного преступления, возможно распознать состав задуманного преступления ¹⁾; покушение есть частичное осуществление намерения, представляющее очевидно признаки намеряемого преступления и состоящее в причинной связи с последствием ²⁾; к характеристическим признакам покушения принадлежат следующие черты: а) частичное осуществление намерения; б) внешние действия несомненно и безошибочно указывающие на известное преступление; в) очевидная связь между совершенным действием и тем последствием, которого хотело достигнуть совершитель; и наконец г) полное отсутствие того результата, к которому стремился совершитель ³⁾.

Это определение покушения вызвало дружные возражения в литературѣ уголовного права. Ученые подвергли критикѣ всѣ отдѣльные элементы приведеннаго ученія. Они указали на ошибочность взгляда на покушение, какъ на частичное осуществление умысла, подчеркнувъ, что покушение не можетъ быть признано за часть преступления ⁴⁾. Не менѣе справедливо была отмѣчена и неправильность утверждения о наличности причинной связи между покушением и преступнымъ результатомъ; действие можетъ быть признано причиною того только результата, который въ действительности наступилъ ⁵⁾; наконецъ, напомнили они и общеизвестные недостатки реквизита распознаваемости умысла изъ дѣянія, какъ признака покушения ⁶⁾. Очевидно, что и сочетание такихъ элементовъ, изъ которыхъ въ действительности

¹⁾ Hälschner, System des preussischen Strafrechts, I, 1858, s. 182, 183.

²⁾ Будзинскій, стр. 182.

³⁾ Кистяковскій, стр. 174.

⁴⁾ Cohn, s. 292; Колоколовъ, стр. 82.

⁵⁾ Lammasch, Moment, s. 12, 13; Колоколовъ, стр. 82.

⁶⁾ Колоколовъ, стр. 82, 83; Хейфицъ, стр. 70.

ни одинъ, самъ по себѣ, ни присущъ, ни характеренъ для покушенія, не можетъ дать правильной его характеристики.

11) Познакомившись съ группою смѣшанныхъ формулъ покушенія, предполагавшихъ, что покушеніе заключаетъ въ себѣ одновременное стеченіе ряда различныхъ признаковъ, мы должны перейти къ обзору соединительныхъ или синтетическихъ формулъ покушенія, которыя, указывая на различные признаки покушенія, вовсе не утверждаютъ, что эти признаки сосуществуютъ въ каждомъ случаѣ покушенія. По мнѣнію авторовъ этихъ ученій, признаки эти находятся между собою въ альтернативномъ отношеніи, такъ что, въ то время какъ одни изъ этихъ признаковъ наблюдаются въ однихъ случаяхъ покушенія,—другіе наблюдаются въ другихъ. Эти ученія дѣлятъ область покушенія на двѣ части и для каждой изъ нихъ создаютъ особую формулу.

36) Такъ, по одному изъ этихъ ученій, покушеніе предполагаетъ, что дѣйствіе виновнаго воспроизвело законченную составную часть преднамѣреннаго преступленія (такую форму принимаетъ покушеніе при преступленіяхъ сложныхъ, слагающихся изъ ряда самостоятельныхъ дѣйствій) или же, что оно могло и должно было непосредственно воспроизвести объективный составъ предположеннаго лицомъ преступленія (такова форма покушенія на остальные преступленія ¹⁾).

37) Первое положеніе этого ученія раздѣляетъ всѣ недостатки опредѣленія покушенія, какъ части оконченнаго преступленія: мы показали выше, что эта формула несостоятельна даже въ примѣненіи къ сложнымъ преступленіямъ. Не болѣе удачна и вторая его формула, въ которой нетрудно узнать уже знакомое намъ ученіе о покушеніи, какъ о дѣяніи, непосредственно направленномъ на воспроизведеніе преступленія.

38) По мнѣнію другихъ представителей этого направления, при опредѣленіи покушенія, необходимо проводить различіе между формальными и матеріальными преступленіями. Въ преступленіяхъ формальныхъ—если вообще покушеніе на нихъ возможно—покушеніе начинается съ момента начала тѣхъ дѣйствій, которыя запрещены закономъ. Въ преступленіяхъ матеріальныхъ, покушеніе начинается съ момента начала той дѣятельности, посредствомъ которой субъектъ имѣетъ въ виду, посредствомъ или непосредственно, причинить избранными

¹⁾ Chop, s. 54, 97.

имъ средствами преднамѣренный преступный результатъ; иначе говоря, когда начать тотъ рядъ движеній избранными средствами, которыя, въ представленіи субъекта, должны сыграть роль непосредственного или посредственного причиненія результата ¹⁾.

Недостатки первой формулы этого ученія очевидны: она вызываетъ всѣ тѣ возраженія, которыя дѣлаются противъ опредѣленія покушенія, какъ начала исполненія преступления. Но нельзя признать правильною и вторую его формулу. Эта формула не требуетъ, чтобы покушеніе выражалось въ актахъ, долженствовавшихъ, по мысли виновнаго, непосредственно причинить преступный результатъ и, тѣмъ самымъ, вводитъ въ область покушенія и случаи покушенія на сложныя преступления, напр., на кражу со взломомъ. Но такое расширеніе объема понятія о покушеніи не проходитъ этому ученію даромъ и, на ряду съ покушеніемъ на сложныя преступления, предлагаемая имъ формула захватываетъ и громадное большинство приготовительныхъ дѣйствій, совершая которыя, субъектъ такъ же дѣйствуетъ съ убѣжденіемъ, что ставитъ одно изъ условій наступленія преступнаго результата.

Акты покушенія, учить третья группа представителей этого направленія, представляютъ собою составную часть преступленія или же выражаются въ актахъ, настолько близкихъ къ преступленію и такъ тѣсно связанныхъ съ нимъ, что, уже при первомъ взглядѣ на нихъ, возможно угадать природу предпринятаго виновнымъ преступленія ²⁾.

Это опредѣленіе характеризуетъ покушеніе на одноактыя преступленія, какъ часть состава преступленія, и покушеніе на дваактыя преступленія,—какъ дѣйствія, раскрывающія природу умысла виновнаго. Оно обнаруживаетъ совершенно основательное стремленіе авторовъ этого ученія къ точному опредѣленію области наказуемаго покушенія въ обоихъ случаяхъ. Однако, предложенное ими рѣшеніе этой проблемы не можетъ быть признано правильнымъ, такъ какъ обѣ приведенныя формулы покушенія страдаютъ уже извѣстными намъ недостатками.

¹⁾ Познышевъ, стр. 355.

²⁾ Laborde, Cours de droit criminel, 1898, p. 67.

Большинство современных законодательствъ знаетъ двѣ формы предварительной преступной дѣятельности: приготовление и покушеніе. Эти дѣйствія различаются закономъ по особенностямъ ихъ формы; покушеніе, согласно мысли закона, обладаетъ такими признаками, которые чужды приготовленію на преступленіе, и разъ установлены характерныя черты покушенія, то, тѣмъ самымъ исключена возможность смѣшенія этого дѣянія съ приготовленіемъ. Однакожъ, многіе криминалисты рѣшительно отрицаютъ правильность этого рѣшенія вопроса. Многіе изъ нихъ полагаютъ, что отличіе покушенія отъ ненаказуемыхъ видовъ предварительной дѣятельности заключается не въ особенностяхъ формы этого дѣйствія, а въ иныхъ его признакахъ, напр., въ опасности покушенія и т. п. Покушенію, по этому мнѣнію, слѣдуетъ противопоставлять не приготовленіе (такого типа дѣйствій, какъ особой категоріи предварительной дѣятельности не существуетъ и потому неправильно и задаваться вопросомъ объ его отличіи отъ покушенія ¹⁾), а область ненаказуемой предварительной дѣятельности. Но этотъ выводъ, конечно, не приводитъ этихъ ученыхъ къ отрицанію возможности отысканія общей формулы актовъ покушенія и предшествующее изложеніе заключаетъ въ себѣ обильныя тому доказательства.

Въ совершенно иномъ смыслѣ говорятъ о невозможности принципиальнаго разграниченія приготовленія и покушенія тѣ криминалисты, къ разсмотрѣнію ученій которыхъ мы должны обратиться въ настоящее время: по ихъ взгляду, отсутствіе различій въ формѣ приготовленія и покушенія означаетъ собою не только отсутствіе возможности противоположенія этихъ дѣяній другъ другу, въ качествѣ видовъ предварительной дѣятельности, но оно приводитъ также и къ невозможности принципиальнаго разграниченія сферъ наказуемой и безнаказанной предварительной дѣятельности, такъ что опредѣленіе послѣднихъ можетъ быть производимо только по усмотрѣнію судьи, *in concreto*. По нашему мнѣнію, замѣчаютъ представители этого взгляда, дѣленіе предварительной дѣятельности на двѣ части—приготовление и покушеніе—невозможно: предварительная дѣятельность столь разнообразна по содержанію, что не можетъ быть уложена въ два какіе-либо типа съ опредѣленнымъ, въ законѣ

¹⁾ Köstlin, System, I, s. 236; Geyer, GS, XVIII, 1866, s. 48; Schütze, Lrb, s. 106, 109; Temme, Lrb, s. 118; Buri, Causalität, s. 121; Frank, Stgb, s. 53; Finger, I, s. 310.

описаннымъ содержаніемъ. Какъ бы мы ни опредѣляли приготовленіе и покушеніе, всегда останутся въ конкретныхъ случаяхъ формы, которыя не подойдут ни подъ то, ни подъ другое опредѣленіе, или наоборотъ, одинаково будутъ приближаться и къ тому и къ другому опредѣленію. Мы думаемъ, продолжаютъ они, что пріемъ стараго права, не отдѣлявшаго приготовленія отъ покушенія формальными признаками и разсматривавшаго всю предварительную дѣятельность, какъ одно цѣлое, заслуживаетъ предпочтенія предъ нынѣ господствующимъ. Законъ, вмѣсто того, чтобы опредѣлять наказаніе именно за покушеніе, какъ за особую ступень предварительной дѣятельности, можетъ установить редуцированное наказаніе за предварительную дѣятельность вообще и затѣмъ или предоставить суду право освободить отъ наказанія субъектовъ такой дѣятельности, буде она остановилась на ступеняхъ, отдаленныхъ отъ конечнаго ея момента, или изъ всей совокупности предварительной дѣятельности выдѣлить описательно извѣстныя категоріи дѣйствій (напр., пріобрѣтеніе средствъ) въ качествѣ ненаказуемаго приготовленія,—все же прочее, совершаемое въ намѣреніи осуществить преступленіе, признать наказуемымъ покушеніемъ ¹⁾.

Сущность покушенія, по ученію другихъ представителей этого направленія, состоитъ въ связи совершеннаго съ ненаступившимъ послѣдствіемъ. Но чѣмъ дальше отстоитъ совершенное отъ выполненія, чѣмъ на болѣе ранней ступени прервано осуществленіе воли, тѣмъ труднѣе и менѣе достовѣрно указаніе этой связи. Отсюда вытекаетъ необходимость болѣе отдаленныя дѣйствія покушенія, въ качествѣ ненаказуемыхъ, приготовить противопоставить болѣе близкимъ наказуемымъ дѣйствіямъ, образующимъ покушеніе въ тѣсномъ смыслѣ. Но вмѣсто того, чтобы предоставить—что было бы наиболѣе цѣлесообразнымъ—на усмотрѣніе судебной практики относить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ данное дѣяніе въ ту или другую группу, имперское законодательство попыталось разъ навсегда провести демаркаціонную черту ²⁾. Мы думаемъ, что нѣтъ возможности указать общимъ образомъ въ законѣ тѣ черты, которыя отличаютъ подлинное начало исполненія преступленія отъ приготовительныхъ дѣйствій. Одно и то же дѣйствіе, при однихъ

¹⁾ Сергѣевскій, стр. 285.

²⁾ Liszt, 1903, s. 203.

преступленіяхъ, носить характеръ приготовленія, а при другихъ характеръ покушенія. Природа дѣйствія, какъ приготовленія или какъ покушенія, можетъ быть установлена только въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ ¹⁾).

Справедливость этого мнѣнія (какъ догматическаго положенія) могла бы быть признана въ томъ только случаѣ, если бы извѣстное закону дѣленіе предварительной дѣятельности на приготовленіе и покушеніе было въ дѣйствительности несостоятельнымъ и оба эти понятія не поддавались разграниченію. Но, какъ мы покажемъ ниже, такой выводъ является слишкомъ поспѣшнымъ. Внимательное разсмотрѣніе положеній закона позволяетъ точно разграничить покушеніе отъ приготовленія и избавляетъ насъ отъ той крайней мѣры, на которую рѣшаются представители только что изложеннаго воззрѣнія.

§ 20. Понятіе о покушеніи на преступленіе.

Въ предшествующемъ изложеніи, мы познакомились съ цѣлымъ рядомъ попытокъ опредѣлить существо покушенія и убѣдились въ ихъ несостоятельности. При этомъ, разборъ отдѣльныхъ опредѣленій показали, что причина неудачи лежитъ не только въ ошибочности содержанія этихъ опредѣленій, но и въ порочности исходныхъ ихъ точекъ зрѣнія, побудившей авторовъ ихъ искать характерныхъ признаковъ покушенія въ содержаніи этого дѣйствія, въ отраженіи этимъ дѣйствіемъ опредѣленныхъ свойствъ преступнаго умысла и т. д. Единственно правильнымъ методомъ опредѣленія покушенія можетъ быть признанъ приемъ, направленный на установленіе формы этого дѣйствія, въ смыслѣ опредѣленія отношенія покушенія къ оконченному преступленію, такъ какъ только этотъ методъ соотвѣтствуетъ взгляду законодателя на покушеніе. Изъ вышеприведенныхъ законодательныхъ формулъ нетрудно заключить, что законъ опредѣляетъ покушеніе путемъ указанія на опредѣленное отношеніе этого дѣйствія къ оконченному преступленію и признаетъ покушеніемъ дѣйствіе, воплощающее въ себѣ начало исполненія преступленія. На установленіе существа соотвѣтствующаго формальнаго критерія отграниченія покушенія отъ оконченнаго

¹⁾ Blanche, I, p. 16, 17; Bertauld, Cours de code pénal, 1873, p. 211.

преступленія и должно быть направлено вниманіе доктрины уголовного права.

Но если покушеніе отличается отъ оконченнаго преступленія только формально, то можетъ ли идти рѣчь о принципиальномъ разграниченіи соответствующихъ понятій? Нѣкоторые криминалисты даютъ отрицательный отвѣтъ на этотъ вопросъ. Признаніе понятія о покушеніи формальнымъ (соотносительнымъ) понятіемъ связывается ими съ признаніемъ отсутствія принципиальной разницы между покушеніемъ и оконченнымъ преступленіемъ ¹⁾. Этотъ взглядъ долженъ быть признанъ совершенно ошибочнымъ. Соотносительность понятій о покушеніи и оконченномъ преступленіи совершенно не означаетъ отсутствія принципиальнаго отличія между покушеніемъ и оконченнымъ преступленіемъ. Понятіе о покушеніи предполагаетъ существованіе понятія объ оконченномъ преступленіи, но эти понятія отнюдь не сливаются другъ съ другомъ. Законъ, опредѣляя понятіе о покушеніи, характеризуетъ послѣднее, какъ дѣйствіе, стоящее въ нѣкоторомъ отношеніи къ оконченному преступленію, и наука должна раскрыть существо подлежащаго отношенія вышеприведенныхъ дѣйствій.

Переходя къ разсмотрѣнію вопроса о природѣ покушенія по существу, необходимо отмѣтить, что эта задача можетъ быть лучше всего выполнена путемъ послѣдовательнаго разбора отдѣльныхъ элементовъ интересующаго насъ дѣйствія. При этомъ, во главу изложенія положеній о покушеніи, надо поставить разборъ понятія объ умыслѣ, входящемъ въ составъ этого дѣянія, такъ какъ безъ знанія существа этого элемента немыслимо уразумѣніе другихъ элементовъ покушенія.

Изъ общей массы психическихъ переживаній человѣка, изъ ряда его стремленій къ совершенію различныхъ дѣйствій, право выдѣляетъ ту группу актовъ душевной дѣятельности человѣка, которая состоитъ изъ предположеній совершенія преступныхъ дѣяній: предположенія совершить преступленіе получаютъ въ правѣ значеніе юридически существенной категоріи явленій подъ названіемъ преступнаго умысла. Умысль совершить преступленіе признается за существенный элементъ состава многихъ преступленій: многія дѣянія наказываются правомъ въ томъ только случаѣ, когда они совершаются умышленно.

¹⁾ Евангуловъ, Вѣстн. права, 1902, №№ 4—5, стр. 56.

Разсматривая существо умысла, приходится сказать, что его природа, так же, как и природа других элементов преступления, опредѣляется закономъ. Умысломъ признаются только тѣ предположенія совершить преступленіе, которыя удовлетворяютъ законному понятію умысла, и изъ сферы умысла исключаются всѣ предположенія этого рода, не удовлетворяющія этому понятію, хотя бы они въ общежитіи и квалифицировались, какъ мысль. И, наоборотъ, коль скоро предположеніе совершить преступленіе удовлетворяетъ законному понятію объ умыслѣ, оно почитается умысломъ и въ томъ случаѣ, когда оно, по обычнымъ оцѣнкамъ, умысломъ не является.

Такъ, съ одной стороны, изъ понятія объ умыслѣ исключаются тѣ предположенія совершить вредныя дѣянія, которыя не отвѣчаютъ признакамъ внѣшняго состава преступления. Какъ бы ни было вредно задуманное дѣйствіе, доколѣ законъ не призналъ его преступнымъ, проектъ реализаціи его не можетъ быть признаваемъ умысломъ, въ смыслѣ уголовного права. Нельзя признать умысломъ и предположеніе совершить дѣйствіе, преступное только въ глазахъ дѣйствующаго лица, а, въ дѣйствительности, не отвѣчающее признакамъ преступнаго дѣянія (мнимое преступленіе). При этомъ, безразлично происхожденіе ошибки субъекта, неважно, исходилъ ли онъ изъ неврѣннаго представленія о существованіи какого-либо приказа или запрета, или же онъ руководился неяснымъ пониманіемъ объема и условій правовой нормы. Отсюда мнимое преступленіе не можетъ быть подводимо подъ понятіе о покушеніи на преступленіе ¹⁾. Съ другой стороны, подъ понятіе объ умыслѣ подводятся такія психическія переживанія, которыя въ обыденной

¹⁾ Rubo, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln oder an untauglichen Objecten, GS, XVII, 1865, s. 25, 26; Schwarze, HN, II, s. 303; Binding, Normen, II, s. 411; Wächter, s. 219; Geyer, Z, I, 1881, s. 49; Binding, Hdb, I, s. 692; Kohler, I, s. 14; Eisenmann, s. 12; Beling, Grundzüge, s. 41; Horn, Z, XX, 1900, s. 355; Langenbach, Der Versuch am untauglichen Objekt und der Mangel am Thatbestand, 1900, s. 76, 77; Berolzheimer, s. 384; Kriegsmann, s. 2—7; Delaquis, s. 229—232; E. v. Liszt, Zur Lehre vom Versuch, Z, XXV, 1905, s. 72; Fabian, s. 30, 31; Roever, Der untaugliche Versuch de lege lata und de lege ferenda, 1905, s. 59—61; Rudert, s. 24, 25; Schoen, s. 11, 12; Celichowski, s. 5; Graf zu Dohna, Der Mangel am Tatbestand, Festgabe für Dr. Karl Güterbock, 1910, s. 41; Schoetensack, Verbrechenversuch, s. 402; Baeuchle, Untauglicher Versuch und Wahnverbrechen, 1911, s. 14; Germann, s. 171—177; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 129.

жизни къ умыслу не относятся. Такъ, право признаеть умысломъ не только представленія о дѣйствіяхъ, реализація которыхъ является желательною для лица, но и представленія о дѣйствіяхъ, реализацію которыхъ лицо только допускаеть (эвентуальный умыселъ). Право признаеть дѣяніе умышленнымъ не только въ случаѣ, когда виновному удалось причинить вредъ тому конкретному благу, которое онъ имѣлъ въ виду, предпринимаемая преступленіе, но и въ томъ, когда дѣятельность виновнаго (неожиданно) привела къ нарушенію иного конкретного блага (виновный, по ошибкѣ, убилъ одно лицо вмѣсто другого). Понятіе объ умыслѣ въ юридическомъ смыслѣ предполагаетъ опредѣленность объекта посягательства in genere; оно не требуетъ опредѣленности его in specie въ тѣхъ случаяхъ, когда законный составъ преступленія формулированъ родовымъ образомъ. Наконецъ, то же слѣдуетъ сказать и о требованіяхъ права въ отношеніи опредѣленности способа и средствъ реализаціи преступленія. Поскольку законный составъ преступленія не заключаетъ въ себѣ требованія реализаціи преступленія точно опредѣленнымъ способомъ, дѣйствіе виновнаго почитается умышленнымъ и въ томъ случаѣ, когда задуманный имъ результатъ былъ достигнутъ отличнымъ отъ предполагаемаго имъ путемъ. Умышленнымъ убійцею признается и тотъ, кто, желая утопить другого, сбросилъ его въ рѣку, но оказалось, что сброшенный умеръ не отъ утопленія, а отъ того, что падая, ударился о камень и пробилъ себѣ черепъ.

Такимъ образомъ, содержаніе тѣхъ актовъ интеллектуальной дѣятельности чловѣка, которые принимаются правомъ за преступный умыселъ, опредѣляется свойствами строенія внѣшней стороны преступленій, т. е., тѣми признаками, которыми должны обладать чловѣческія дѣйствія, для того, чтобы влечь за собою уголовное наказаніе. Большинство преступленій обладаетъ вполне опредѣленнымъ строеніемъ своей внѣшней стороны и, обрисовывая признаки весьма многихъ преступленій, законъ точно указываетъ въ формѣ какого дѣйствія эти преступленія могутъ находить себѣ выраженіе. Но, какъ мы знаемъ изъ предыдущаго (1, 2 сл.), такую опредѣленностью строенія внѣшней стороны обладаютъ, однако, не всѣ преступленія, и, очерчивая составъ нѣкоторыхъ преступленій, законъ даетъ ему иногда настолько широкія рамки, что этотъ составъ охватываетъ собою не одно какое-либо опредѣленное дѣйствіе, а цѣлый рядъ разно-

образныхъ дѣйствій. Къ послѣдней категоріи преступленій относятся преступленія съ усѣченнымъ составомъ. Составъ этихъ преступленій обнимаеъ собою не только внѣшніе акты, выполненіе которыхъ принимается закономъ за минимумъ условій отвѣтственности виновнаго за данный типъ преступленій и которые специально оговариваются подлежащимъ составомъ (актъ похищенія вещи при воровствѣ), но и другія дѣйствія, по выполненію предусмотрѣнной закономъ противоправной дѣятельности, превзошедшія степень фиксированнаго закономъ минимума и знаменующія собою дальнѣйшія стадіи развитія соотвѣтственной дѣятельности (похищеніе вещи и присвоеніе ея, при воровствѣ). И вотъ, при этихъ преступленіяхъ, въ виду неопредѣленности строенія ихъ внѣшней стороны, возникаетъ вопросъ: какимъ образомъ должно быть опредѣляемо здѣсь юридически существенное содержаніе умысла и долженъ ли этотъ умыселъ охватывать собою всѣ возможныя формы строенія внѣшней стороны даннаго типа преступленій, или же онъ долженъ охватывать только ту дѣятельность виновнаго, которая признана закономъ за минимумъ условій отвѣтственности виновнаго за данный типъ преступленій?

Вопросъ этотъ, въ виду отсутствія устойчивости законодательной терминологіи въ этой области, еще не получилъ окончательнаго разрѣшенія въ научной литературѣ. Но изслѣдованіе относящихся сюда постановленій позволяетъ намъ съ увѣренностью сказать, что единственно правильнымъ является рѣшеніе его во второмъ смыслѣ. Формулируя составъ усѣченныхъ преступленій, законъ обыкновенно проводитъ различіе между тѣми психическими элементами преступленія, которые отображаютъ собою необходимыя части внѣшней стороны этихъ преступленій и между психическими элементами, которые отображаютъ собою модальныя, факультативныя, части внѣшней стороны соотвѣтствующихъ преступленій. Не создавая для первой группы явленій виновности никакихъ особыхъ формулъ и обозначеній, право вырабатываетъ для обозначенія второй группы подлежащихъ элементовъ цѣлый рядъ особыхъ названій, говоря въ этихъ случаяхъ о цѣли виновнаго, о намѣреніи его и т. д. Но и независимо отъ пріемовъ законодательной формулировки этихъ элементовъ виновности, самое строеніе состава усѣченныхъ преступленій даетъ полное основаніе къ ихъ различенію. Различеніе этихъ элементовъ виновности является продуктивнымъ

и въ научно-догматическомъ отношеніи, и потому должно быть удержано въ ряду уголовно-юридическихъ понятій. Психическіе элементы виновности, охватывающіе собою минимальный объемъ внѣшней стороны преступленій съ усѣченнымъ составомъ, мы будемъ называть преступнымъ умысломъ, психическіе же элементы, охватывающіе собою тѣ стадіи развитія преступной дѣятельности, которыя выходятъ за предѣлы соотвѣтственнаго минимума, — преступнымъ намѣреніемъ.

Обращаясь къ изслѣдованію существа внутренней стороны покушенія, мы встрѣчаемся съ крайнею неопредѣленностью законодательной терминологіи въ этой области. Только немногіе кодексы и проекты уложеній, характеризую внутреннюю сторону покушенія, прямо указываютъ, что она должна выражаться въ формѣ умысла ¹⁾. Большинство законодательствъ, опредѣляя покушеніе, обозначаетъ внутреннюю сторону его выраженіями, лишенными всякаго технического значенія, требуя, чтобы актъ виновнаго былъ предпринятъ имъ съ цѣлью совершенія преступленія ²⁾; чтобы онъ проистекалъ изъ рѣшенія виновнаго совершить преступленіе ³⁾; чтобы онъ начиналъ исполненіе задуманнаго виновнымъ преступленія ⁴⁾; чтобы онъ начиналъ приведеніе его злого намѣренія въ исполненіе ⁵⁾, чтобы покушеніе совершалось злонамѣреннымъ человѣкомъ ⁶⁾. Мало того, нѣкоторые кодексы вообще ничего не говорятъ о внутренней сторонѣ покушенія, и необходимость умышленной виновности, въ этомъ случаѣ, можетъ быть выведена только изъ того, что законъ ставитъ условіемъ отвѣтственности за покушеніе перерывъ дѣятельности виновнаго, вопреки его волѣ, показывая тѣмъ самымъ, что признаки преступленія должны отображаться въ сознаніи предпринимающаго покушеніе лица ⁷⁾.

Въ виду такой неопредѣленности терминологіи положительнаго права, изъ постановленій его можно сдѣлать только тотъ выводъ, что для покушенія необходима наличность умышленной

¹⁾ австр. пр. § 13; герм. пр. § 75; португал. ул. а. 11.

²⁾ итал. ул. art. 61.

³⁾ герм. ул. § 43; голл. ул. а. 45; бельг. ул. а. 51.

⁴⁾ венгер. ул. § 65; норвежск. ул. § 49.

⁵⁾ улож. о нак. ст. 9.

⁶⁾ австр. ул. § 8.

⁷⁾ фран. ул. а. 2; фран. пр. а. 83; угол. ул. ст. 49; швейц. пр. а. 22; испан. ул. а. 3.

виновности лица. Необходима ли, сверхъ сего, еще и наличность особаго намѣренія виновнаго, или нѣтъ, для понятія покушенія, законъ прямо не указываетъ, и этотъ вопросъ можетъ быть разрѣшенъ только путемъ догматическаго изслѣдованія.

Въ настоящее время, въ наукѣ уголовного права пользуется общимъ признаніемъ положеніе, что покушеніе на преступленіе отличается отъ оконченнаго преступленія только особенностями внѣшней своей стороны; со стороны внутренней, покушеніе оказывается совершенно тождественнымъ съ преступленіемъ оконченнымъ. Отсюда ясно, что строеніе внутренней стороны покушенія опредѣляется свойствами внутренней стороны того преступленія, которое виновный имѣлъ въ виду совершить. Вина при покушеніи должна непременно принимать форму умысла, но при покушеніи на усѣченныя преступленія, сверхъ умысла, у виновнаго должно быть налицо еще и извѣстное намѣреніе.

Познакомившись съ существомъ внутренней стороны покушенія на преступленіе, мы должны обратиться къ разсмотрѣнью существа внѣшней его стороны. Также, какъ и при формулировкѣ внутренней стороны покушенія, законодательство обнаруживаетъ, при обрисовкѣ актовъ покушенія, немало колебаній, и изслѣдованіе началъ положительнаго права, по этому вопросу, знакомить насъ съ цѣлымъ рядомъ опредѣленій внѣшней стороны покушенія.

Такъ, въ современныхъ законодательствахъ мы встрѣчаемъ опредѣленіе покушенія, какъ дѣйствія, начинающаго или продолжающаго приведеніе злого намѣренія въ исполненіе (ул. о нак. ст. 9), или какъ дѣйствія, начинающаго приведеніе въ исполненіе преступнаго дѣянія (угол. ул. ст. 49). Другую группу составляютъ законодательства, опредѣляющія покушеніе, какъ начало исполненія преступленія (фран. а. 2; франц. пр. а. 83; бельг. а. 51; итал. ул. а. 61; испан. ул. а. 3; норвежск. § 49; венгерск. § 65; герм. § 43; герм. пр. § 75; швейц. пр. а. 22), или какъ начало исполненія намѣренія (голл. а. 45). Наконецъ, къ третьей группѣ относятся кодексы, опредѣляющіе покушеніе, какъ дѣйствіе, ведущее непосредственно къ выполненію преступленія (австр. пр. § 13), или какъ начатое, но неоконченное выполненіе дѣйствій, долженствовавшихъ воспроизвести оконченное преступленіе (португал. а. 11. 2).

Такимъ образомъ, законодательныя формулы покушенія

м. н.
4. 1. 1. 1.
81. 1. 1. 1.

отличаются значительнымъ разнообразіемъ. Но несмотря на это, въ этихъ опредѣленіяхъ, можно подмѣтить наличность и нѣкоторыхъ общихъ чертъ, одинаково встрѣчающихся во всѣхъ вышеприведенныхъ положеніяхъ. Такимъ общимъ для всѣхъ формулъ покушенія понятіемъ является понятіе объ исполненіи. Всѣ законодательства, характеризуя покушеніе, упоминають о томъ, что это дѣйствіе стоитъ въ извѣстномъ отношеніи къ явленію исполненія, хотя существо этого явленія и понимается различно: одни законодательства (ул. о нак. ст. 9) разумѣють подъ нимъ исполненіе намѣренія, другія—исполненіе дѣйствія преступленія. Въ этомъ общемъ признакъ формулъ покушенія и заключается ключъ къ уразумѣнію существа покушенія, и на анализѣ его мы и должны въ настоящее время остановиться. При разрѣшеніи этой задачи, необходимо принять во вниманіе, что исполненіе можетъ быть разумѣмо въ троякомъ смыслѣ. Исполненіе явленія можетъ означать или его осуществленіе, въ смыслѣ воплощенія признаковъ явленія во внѣ; или его становленіе, въ смыслѣ процесса пріобрѣтенія явленіемъ признаковъ реального явленія; или исполнительное дѣйствіе, т. е., дѣйствіе, предпринятое съ намѣреніемъ вызвать реализацію преступленія. Разсмотримъ подробнѣе каждое изъ этихъ значеній понятія объ исполненіи преступленія.

Изучая содержаніе интеллектуальныхъ элементовъ нашей психики, изслѣдуя психическіе образы явленій, составляющіе существо подлежащихъ ея сферъ, можно обнаружить двоякое къ нимъ отношеніе людей. Съ одной стороны, явленія, составляющія содержаніе нашихъ представленій, разсматриваются нами, именно, какъ нѣчто представляемое, воображаемое, мыслимое; мы не приписываемъ ихъ объектамъ реальности, не утверждаемъ факта ихъ существованія. Съ другой стороны, явленія, психическіе образы которыхъ образуютъ содержаніе представленій, разсматриваются нами, какъ нѣчто независимое отъ нашей мыслительной дѣятельности, сохраняющее свою природу безотносительно къ тому, представляемъ ли мы ихъ себѣ въ данный моментъ или нѣтъ, которыя существуютъ такъ же, какъ мы существуемъ сами, которыя не зависятъ отъ нашихъ представленій, не создаются нами путемъ воспроизведенія ихъ психическихъ образовъ, а только признаются нами въ ихъ независимомъ существованіи ¹⁾.

¹⁾ Sigwart, Logik, I, 1904, s. 94, 95.

Сравнивая между собою оба случая наших познавательных переживаний, нужно замѣтить, что различіе между ними заключается отнюдь не въ содержаніи представленій подлежащихъ явленій. Въ обоихъ случаяхъ явленія, психическіе образы которыхъ составляютъ содержаніе нашихъ представленій, мыслятся нами, какъ обладающія одними и тѣми же признаками, напр., представленіе о львѣ совершенно тождественно, какъ въ случаѣ наличности у насъ представленія объ идеальномъ львѣ, такъ и въ случаѣ представленія о реальномъ львѣ. Различіе между ними состоитъ въ способѣ познанія представляемыхъ явленій. Представляемые, идеальныя явленія могутъ быть познаны только путемъ воспроизведенія ихъ въ нашемъ сознаніи посредствомъ воспоминанія или фантазіи, реальныя явленія познаются или мыслятся нами, какъ могущія быть познанными и черезъ посредство чувственного воспріятія (sinnliche Wahrnehmung) ¹⁾. Реальныя явленія отличаются отъ явленій идеальныхъ тѣмъ, что они обладаютъ отсутствующимъ у послѣднихъ качествомъ существованія.

Среди явленій, психическіе образы которыхъ образуютъ содержаніе нашихъ представленій, можно различать такія, которыя всегда носятъ характеръ представляемыхъ явленій, никогда не являются реальными (явленія фантастическія) и такія, которыя могутъ быть, какъ представляемыми, такъ и реальными явленіями. Среди послѣднихъ особую группу образуютъ явленія, способныя переходить изъ сферы представляемыхъ явленій въ область явленій реальныхъ,—представляемые явленія, способныя пріобрѣтать реальное существованіе, или осуществимыя явленія.

Приведенныя данныя и даютъ намъ ключъ къ уразумѣнію понятія объ исполненіи или осуществленіи явленій. Подъ исполненіемъ или осуществленіемъ явленій, слѣдуетъ разумѣть фактъ пріобрѣтенія представляемымъ явленіемъ свойствъ реального явленія или воплощеніе содержанія человѣческихъ представленій въ дѣйствительности. Изъ этого опредѣленія вытекаетъ цѣлый рядъ важныхъ выводовъ въ области ученія о покушеніи.

Такъ, прежде всего, становится очевидною область пріобрѣтѣмости понятія объ исполненіи: изъ сказаннаго видно, что исполненіе представляетъ собою такую логическую категорію,

¹⁾ Sigwart, I, s. 96 ff.

которая примѣнима только въ области сужденій о представляемыхъ явленіяхъ. Только представляемое явленіе можетъ получить осуществленіе или исполненіе; явленіе реальное, существующее, исполненное, осуществиться не можетъ, такъ какъ оно уже обладаетъ тѣми признаками, появленіе которыхъ знаменуетъ собою осуществленіе явленія. Поэтому если допустить, что законъ говоритъ объ осуществленіи преступленія въ смыслѣ исполненія его, то это выраженіе можетъ быть понимаемо только въ смыслѣ сужденія о представляемомъ преступленіи или объ умыслѣ совершенія преступленія; выраженіе: исполненіе преступленія означаетъ собою пріемъ сокращеннаго обозначенія положенія объ осуществленіи представляемаго преступленія. Этимъ достигается согласованіе приведенныхъ выше законодательныхъ положеній о покушеніи, съ одной стороны, и разрѣшеніе научнаго спора о томъ, идетъ ли въ этихъ положеніяхъ рѣчь объ исполненіи преступленія ¹⁾ или объ исполненіи умысла ²⁾, съ другой. Совершенно ясно, что исполненію можетъ подвергнуться только умыселъ, по никоимъ образомъ не реальное преступленіе.

Такимъ образомъ, подъ исполненіемъ или осуществленіемъ слѣдуетъ разумѣть воплощеніе представляемаго явленія въ дѣйствительности или фактъ существованія реальнаго явленія, соотвѣтствующаго признакамъ представляемаго явленія. Осуществленіе, по правильному замѣчанію нѣкоторыхъ криминалистовъ, представляетъ собою коррелятъ умысла. То, что ранѣе было только задуманнымъ, въ осуществленіи получаетъ реальное существованіе, образъ становится плотью. Осуществленіе, по своему содержанію, совпадаетъ съ содержаніемъ представляемаго явленія. Свойство явленія, какъ осуществленія чего-либо, можетъ быть опредѣлено лишь при помощи приведенія его въ отношеніе къ опредѣленному психическому явленію, умыслу и т. п. ³⁾.

¹⁾ Carrara, Programma del corso di diritto criminale, 1867, p. 232; Mittermaier, GS, XI, 1859, s. 212; Oppenhoff, Stgb, 1896, s. 92, 93; Hahn, Stgb, s. 47; Häberlin, Einige Bemerkungen über den Versuch nach dem Reichsstrafgesetzbuche, GS, XXIV, 1872, s. 255, 261. M. E. Mayer, Reform, I, s. 336; Rudert, s. 42.

²⁾ Walther, Der Streit über die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen in neuester Zeit, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, V, 1863, s. 33; Bierling, III, s. 131, 133.

³⁾ Huther, Tauglicher und untauglicher Versuch, GA, XXXVI, 1888, s. 438.

Съ научной точки зрѣнія, можно говорить только объ исполненіи представляемыхъ явленій и корректная формулировка интересующаго насъ явленія, предполагаетъ, что, на ряду съ опредѣленіемъ его какъ исполненія, указывается и на то, что рѣчь идетъ объ исполненіи представляемаго явленія. Но обыкновенная рѣчь, такоже какъ и юридическій языкъ, этого условія обыкновенно не соблюдаютъ и говорятъ объ исполненіи явленій, совершенно не оговариваясь, что эти явленія суть явленія представляемыя (ср., напр., исполненіе преступленія и др.). Этотъ пріемъ долженъ быть понимаемъ, какъ пріемъ сокращеннаго обозначенія интересующихъ насъ явленій, и его нельзя принимать за выраженіе отличнаго отъ обрисованнаго нами пониманія исполненія.

Анализируя понятіе объ исполненіи, необходимо замѣтить, что оно не только стоитъ въ зависимости отъ понятія о представляемомъ явленіи, но что и содержаніе признаковъ исполненія опредѣляется содержаніемъ представляемыхъ явленій. Въ составъ явленія, признаваемаго исполненіемъ, могутъ входить такія только реальныя явленія, которыя существовали раньше въ представляемомъ состояніи. Дѣйствіе, какъ исполненіе преступленія, включаетъ въ себя тѣ только признаки, которые охватываются нашими представленіями о данномъ типѣ преступленій и т. д. Содержаніе представляемаго явленія предопредѣляетъ собою и содержаніе исполненія этого явленія. И вотъ, при анализѣ понятія объ исполненіи, какъ элементѣ формулы покушенія, необходимо рѣшить вопросъ о природѣ того представляемаго явленія, которое опредѣляетъ собою содержаніе подлежащаго исполненія. На этотъ вопросъ въ наукѣ уголовного права даются различныя отвѣты.

Согласно одному взгляду, подъ исполненіемъ въ интересующемъ насъ случаѣ слѣдуетъ разумѣть реализацію законнаго состава преступленія, т. е. осуществленіе тѣхъ признаковъ преступленія, которые предусмотрѣны фиксированнымъ въ законѣ понятіемъ о преступленіи ¹⁾. Это опредѣленіе даетъ вполне правильную формулировку существа исполненія наказуемаго дѣянія. Но оно совершенно неправильно характеризуетъ существо того исполненія, о которомъ законъ говоритъ въ своемъ

¹⁾ Langenbach, s. 25; Eichheim, s. 137; Beling, Verbrechen, s. 111. 249, 397, 423, 495.

опредѣленіи покушенія. Исполненіе состава преступленія охватываетъ собою и реализацію внутренней стороны преступленія. Исполненіе же преступленія, о которой здѣсь идетъ рѣчь, не заключаетъ въ себѣ воплощенія внутренней стороны преступленія: оно даетъ картину реального существованія признаковъ одной только внѣшней стороны преступленія.

Такимъ образомъ, подъ исполненіемъ въ настоящемъ случаѣ законъ разумѣетъ осуществленіе одной только внѣшней стороны преступленія и, слѣдовательно, здѣсь можетъ идти рѣчь только объ осуществленіи такого понятія, которое охватываетъ собою одну только внѣшнюю сторону преступнаго дѣянія. Къ этому приему опредѣленія объекта осуществленія и обращаются нѣкоторые кодексы и представители доктрины. Такъ, улож. о нак. говоритъ объ исполненіи злого намѣренія (ст. 9). Въ доктринѣ говорятъ объ исполненіи намѣренія ¹⁾, объ исполненіи рѣшенія ²⁾. Но и эти формулы не заключаютъ въ себѣ удовлетворительнаго рѣшенія вопроса объ объектѣ исполненія, въ виду полной неопредѣленности содержанія тѣхъ психическихъ явленій, о выполненіи которыхъ въ нихъ идетъ рѣчь. Приемъ признанія внутренней стороны преступленія объектомъ исполненія вызываетъ двоякаго рода сомнѣнія.

Такъ, съ одной стороны, въ литературѣ уже давно было указано, что толкованіе исполненія, какъ осуществленія намѣренія, приводитъ къ смѣшенію актовъ исполненія преступленія съ приготовительными къ преступленію дѣйствіями. Въдѣ и приготовленіе къ преступленію входитъ въ составъ намѣренія виновнаго, и соотвѣтственное дѣйствіе реализуется имъ во исполненіе этого намѣренія: Это соображеніе между прочимъ и побудило многихъ ученыхъ настаивать на правильности объективнаго пониманія исполненія (какъ исполненія дѣйствія) въ противоположность субъективному пониманію его (какъ исполненія намѣренія) ³⁾. Справедливость этого соображенія признается и нѣкоторыми изъ сторонниковъ субъективнаго пониманія существа исполненія ⁴⁾:

¹⁾ Walther, Krit. Vierteljahrsschrift, V, 1863, s. 33; Geyer, Z, I, 1881, s. 42.

²⁾ Bierling, III, s. 131, 133.

³⁾ Carrara, p. 232; Hahn, Stgb, s. 47; Oppenhoff, Stgb, 1896, s. 92, 93; Чебышевъ-Дмитріевъ, О покушеніи, 1866, стр. 25.

⁴⁾ Geyer, Z, I, 1881, s. 42; Bierling, III, s. 131, 133.

Такимъ образомъ, ссылка на намѣреніе виновнаго, какъ на предметъ исполненія, грѣшитъ чрезмѣрною общностью и приводитъ ко включенію приготовительныхъ дѣйствій въ кругъ случаевъ юридически существеннаго исполненія. Но вышеприведенная формула исполненія подаетъ поводъ еще и къ другимъ недоразумѣніямъ; она можетъ возбудить мысль, что, для исполненія въ юридическомъ смыслѣ, необходимо, чтобы виновный реализовалъ всѣ тѣ свои надежды, которыя онъ возлагалъ на преступленіе, т. е. реализовалъ не только внѣшній составъ преступления, но и тѣ результаты, ради достиженія которыхъ преступленіе было имъ предпринято.

Изъ изложеннаго ясно, что, при опредѣленіи свойствъ осуществляемаго представляемаго явленія, недостаточно сослаться на внутреннюю сторону дѣятельности преступника, а необходимо, сверхъ того, указать объ осуществленіи какихъ именно элементовъ этой стороны въ этомъ случаѣ идетъ рѣчь. На основаніи данныхъ предшествующаго изложенія, можно утверждать, что такимъ элементомъ является единственно умыселъ виновнаго въ вышеразъясненномъ смыслѣ, т. е. то психическое явленіе, которое заключаетъ въ себѣ проектъ реализаціи внѣшней стороны преступнаго дѣянія. Отсюда, подъ исполненіемъ въ интересующемъ насъ смыслѣ, не можетъ быть подразумѣваемо ни исполненіе проекта реализаціи приготовительныхъ дѣйствій, ни исполненіе преступнаго намѣренія (т. е. реализація усѣченной части внѣшней стороны преступления). Подъ исполненіемъ въ области ученія о покушеніи, мы будемъ разумѣть осуществленія умысла въ техническомъ смыслѣ, т. е. реальное существованіе внѣшней стороны преступления.

Предыдущее изложеніе раскрыло намъ существо понятія объ исполненіи явленій или дѣйствій, и мы убѣдились, что оно обозначаетъ собою реальныя явленія, воплощающія въ себѣ признаки представляемыхъ явленій. Но въ жизни и наукѣ подъ исполненіемъ часто разумѣютъ и другое. Какъ мы замѣтили, въ ряду представляемыхъ явленій существуютъ явленія, способныя переходить изъ области представляемыхъ явленій въ область явленія реальныхъ или явленія осуществимыя. Эта особенность нѣкоторыхъ представляемыхъ явленій подала поводъ къ иному употребленію термина исполненія. Исполненіемъ иногда называютъ не воплощеніе всѣхъ признаковъ представляемаго

дѣйствія, а процессъ пріобрѣтенія представляемымъ явленіемъ признаковъ явленія реального или становленіе явленія.

Такимъ образомъ, становленіе, также какъ и исполненіе, представляетъ собою явленіе соотносительное, и природа становленія можетъ быть понята лишь при условіи приведенія его въ соотношеніе съ опредѣленнымъ представляемымъ явленіемъ. Какъ исполненіе, такъ и становленіе мыслимы только въ отношеніи представляемаго явленія: явленіе существующее не можетъ становиться или дѣлаться. Но, на ряду съ этимъ сходствомъ, между понятіями о становленіи явленія и объ исполненіи его существуетъ и крупное различіе. Предметы этихъ понятій различаются между собою не только въ отношеніи отдѣльныхъ ихъ элементовъ ко времени и различіе между ними не исчерпывается тѣмъ, что становленіе дѣйствія есть послѣдовательное возникновеніе признаковъ дѣйствія, а исполненіе—реальное существованіе этихъ признаковъ. Понятіе объ исполненіи отличается отъ понятія о становленіи еще и въ томъ отношеніи, что первое представляетъ собою соотносительное понятіе, а второе является понятіемъ не только соотносительнымъ, но и проекціоннымъ,—идеологическою величиною. Дѣло въ томъ, что становленіе, для того, чтобы сохранить свой характеръ и не перейти въ исполненіе, должно быть непремѣнно незаконченнымъ дѣйствіемъ и не воплощать въ себѣ всѣхъ признаковъ преступленія, такъ какъ съ момента окончательнаго возникновенія послѣдняго изъ потребныхъ для состава преступленія признаковъ, возникаетъ картина реализаціи преступленія или исполненія его. А если такъ, то ясно, что и объективная сторона становленія не исчерпываетъ собою существа этого дѣйствія; что по одной этой сторонѣ немыслимо судить о томъ дѣйствіи, о становленіи котораго идетъ рѣчь, и что процессъ возникновенія признаковъ дѣйствія дѣлается становленіемъ послѣдняго только въ силу дополненія его извѣстными субъективными элементами, только вслѣдствіе ожиданія лицомъ продолженія процесса возникновенія признаковъ въ будущемъ по опредѣленному пути и въ опредѣленномъ порядкѣ. Становленіе есть возникновеніе одного или нѣсколькихъ признаковъ явленія, внушающее намъ убѣжденіе въ грядущемъ возникновеніи остальныхъ признаковъ этого явленія.

Наконецъ, подъ исполненіемъ часто разумѣютъ еще и третьяго рода явленіе, а именно дѣйствіе, предпринятое съ намѣреніемъ вызвать реализацію преступленія. Исполненіе, по

мнѣнію нѣкоторыхъ, представляетъ собою дѣйствіе, вызывающее къ жизни признаки преступленія ¹⁾); дѣйствіе, направленное на реализацію преступленія ²⁾), дѣйствіе, осуществляющее преступленіе ³⁾); дѣйствіе, способное реализовать преступленіе ⁴⁾). Мы будемъ называть это дѣйствіе исполнительнымъ дѣйствіемъ, для того, чтобы отличить его какъ отъ исполненія въ вышеприведенномъ смыслѣ, такъ и отъ становленія преступленія.

Анализируя понятіе объ исполнительномъ дѣйствіи, мы прежде всего обнаруживаемъ сходство между нимъ и понятіемъ о становленіи преступленія. Понятіе объ исполнительномъ дѣйствіи относится къ той же категоріи понятій, какъ и понятіе о становленіи преступленія. Исполнительное дѣйствіе представляетъ собою не только соотнормительную, но и проекціонную величину, и для уразумѣнія его необходимо имѣть въ виду не только отношеніе исполнительнаго дѣйствія къ умыслу виновнаго, но и фактъ дополненія объективныхъ элементовъ этого дѣйствія субъективною проекціею, состоящею въ приписываніи дѣйствію опредѣленнаго отношенія къ оконченному преступленію, котораго реально не существуетъ. Различіе между субъективными элементами того и другаго явленія заключается въ томъ, что при становленіи будущее развитіе явленія представляетъ собою содержаніе ожиданій субъекта, а при исполнительномъ дѣйствіи, оно представляетъ собою содержаніе намѣренія дѣйствующаго лица. Если субъектъ, квалифицирующій процессъ, какъ становленіе, можетъ ограничиться предсказаніемъ наступленія опредѣленнаго исхода этого процесса, то субъектъ, разсматривающій процессъ, какъ исполнительное дѣйствіе, неизбѣжно желаетъ опредѣленнаго исхода этого процесса, стремится къ извѣстному его завершенію.

Вышеуказанное отношеніе исполнительнаго дѣйствія къ становленію преступленія предрѣшаетъ собою вопросъ о внутренней сторонѣ исполнительнаго дѣйствія. Но какова природа внѣшней стороны этого дѣянія? Всякое ли дѣяніе, учиненное съ цѣлью реализовать преступленіе, отвѣчаетъ признакамъ исполнительнаго дѣйствія? Подходятъ ли подъ это понятіе приго-

¹⁾ Chop, s. 53; Eisenmann, s. 23, 24.

²⁾ Waag, GS, XXXII, 1880, s. 119.

³⁾ Senf, GS, B. 67, 1905, s. 253; Redslob, s. 23, 24, 71; Thomsen, Ueber den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte, 1895, s. 55. Anm. 5.

⁴⁾ Finger, Versuch, s. 30.

товительныя преступныя дѣйствія? Относится ли къ исполнительному дѣйствию результатъ преступления? Вотъ вопросы, на которые вышеприведенная формула не даетъ отвѣта.

Для рѣшенія перваго изъ этихъ вопросовъ необходимо принять во вниманіе, что подъ дѣятельностью, направленною на исполненіе явленій, можно разумѣть двоякаго рода процессы. Съ одной стороны, исполнительною дѣятельностью называютъ дѣятельность, направленную на *созданіе* явленія—процессъ производства явленія. Съ другой стороны, подъ этою дѣятельностью можно разумѣть процессъ *пріобрѣтенія* явленіемъ реальныхъ свойствъ, процессъ его воплощенія, состоящій изъ однихъ только результатовъ дѣятельности человѣка.

Исполненіе проекта зданія являетъ собою примѣръ дѣятельности перваго типа, представляя собою сочетаніе дѣйствій, воздвигающихъ зданіе и подготовительныхъ къ нимъ дѣйствій. Исполненіе музыкальнаго произведенія представляетъ собою примѣръ исполнительной дѣятельности втораго типа, являя собою совокупность дѣйствій, претворяющихъ представляемые звуки въ звуки реальные. Въ какомъ же изъ этихъ двухъ значеній должна быть понимаема исполнительная дѣятельность при преступленіи? Исполняя преступленіе, виновный создаетъ преступленіе или же онъ воплощаетъ признаки его?

Обзоръ юридической литературы убѣждаетъ насъ, что второе рѣшеніе вопроса о природѣ исполнительнаго дѣйствія представляется единственно правильнымъ. Какъ законодательство, такъ и доктрина рѣшительно исключаютъ всякую возможность принятія исполнительной дѣятельности за актъ созданія преступления, путемъ противоположенія исполнительныхъ дѣйствій приготовленію къ преступленію ¹⁾. Исполнительное дѣйствіе воплощаетъ признаки преступления, но оно не создаетъ его; оно слагается изъ актовъ, охватываемыхъ составомъ преступления, но понятію о немъ чужды приготовленія къ реализаціи этихъ актовъ. Этотъ выводъ долженъ быть принятъ, такъ какъ онъ вполне согласуется съ природою исполнительнаго дѣйствія, какъ элемента становленія преступления. Разъ признаки становленія суть возникающіе признаки исполненія, и исполнительное дѣйствіе есть элементъ становленія, то очевидно, что

¹⁾ Villnow, GA, XXXV, 1887, s. 101; Langenbach, s. 25; Delaquis, s. 208; Senf, GS, B. 67, 1905, s. 253; Beling, Verbrechen, s. 249.

и исполнительное дѣйствіе можетъ обнимать собою такіе только возникающіе признаки, которые въ реализованномъ видѣ отвѣчаютъ понятію объ элементахъ исполненія или реализованнаго преступленія. Исполнительное дѣйствіе должно быть противоположаемо приготовительнымъ дѣйствіямъ ¹⁾.

Эти замѣчанія позволяютъ намъ уяснить отношеніе исполнительнаго дѣйствія къ приготовительнымъ дѣйствіямъ. Но каково отношеніе этого дѣйствія къ становленію преступленія? Мы уже указывали, что исполнительное дѣйствіе представляетъ собою элементъ становленія. Теперь необходимо ближе пояснить существо взаимоотношенія соответствующихъ явленій и указать, какіе элементы становленія преступленія охватываются понятіемъ объ исполнительномъ дѣйствіи и какіе нѣтъ.

Для рѣшенія этого вопроса, необходимо принять во вниманіе, что признаки преступленія, будучи рассматриваемы съ точки зрѣнія условій ихъ возникновенія, раздѣляются на двѣ категоріи. Одни изъ этихъ элементовъ представляютъ собою движенія организма субъекта или движенія другихъ явленій въ связи съ движеніемъ его организма (взмахъ мечомъ, спускъ курка и т. п.). Другіе же элементы преступленія представляютъ собою не движенія организма субъекта и не обусловленныя ими непосредственно движенія другихъ явленій, а результаты этихъ движеній или обусловленныя ими видоизмѣненія другихъ явленій. Возникновеніе элементовъ первой группы стоитъ исключи-

¹⁾ Нѣкоторые криминалисты возбудили вопросъ: чему должно быть противоположаемо исполненіе, умыслу совершенія преступленія или же приготовительнымъ къ преступленію дѣйствіямъ. Ср. Krug. s. 19. Въ современной литературѣ на это обыкновенно дается отвѣтъ, что конечно, исполненію можетъ быть противоположаемо только умыселъ, ибо приготовительныя дѣйствія сами нуждаются въ выполненіи для того, чтобы получить реальное существованіе. Ср. Cohn. s. 19, 20. Это рѣшеніе упускаетъ изъ виду указанную двусмысленность слова исполненіе. Конечно, если подъ исполненіемъ разумѣть воплощеніе всѣхъ признаковъ преступленія или реальное существованіе послѣдняго, то это исполненіе можно противопоставлять только умыслу или представляемому преступленію. Но, вѣдь подъ исполненіемъ современная литература разумѣетъ и исполнительное дѣйствіе или актъ, учиненный съ намѣреніемъ реализаціи преступленія. И вотъ, о противоположеніи этого то акта приготовительнымъ дѣйствіямъ и идетъ рѣчь. Исполнительное дѣйствіе, совпадая съ приготовительными дѣйствіями, въ отношеніи внутренней своей стороны, отличается отъ нихъ внѣшнею своей стороною и, въ этомъ смыслѣ, можетъ быть противоположаемо приготовленію къ преступленію.

тельно въ зависимости отъ воли субъекта, тогда какъ возникнове-
неніе элементовъ второй группы зависитъ также и отъ другихъ
обстоятельствъ, отъ окружающей субъекта обстановки и т. д.
Къ внѣшней сторонѣ исполнительнаго дѣйствія относится
возникновеніе тѣхъ только элементовъ преступленія, реализа-
ція которыхъ зависитъ исключительно отъ его воли. Возникно-
веніе результатовъ преступленія, относясь къ становленію
дѣйствія, не относится къ исполнительному дѣйствию. Элементы
исполнительнаго дѣйствія суть элементы становленія, обязанные
своимъ возникновеніемъ непосредственно волѣ дѣйствующаго
лица. Объемъ признаковъ исполнительнаго дѣйствія есть объемъ
участія субъекта въ дѣлѣ образованія преступленія. Сообразно
этому, въ случаяхъ, когда возникновеніе всѣхъ элементовъ пре-
ступленія опредѣляется непосредственно волею субъекта (при
преступленіяхъ формальныхъ), объемъ исполнительнаго дѣй-
ствія совпадаетъ съ объемомъ становленія преступленія, а въ
случаяхъ, когда, на ряду съ элементами, обязанными своимъ
возникновеніемъ исключительно волѣ лица, существуютъ эле-
менты преступленія, возникновеніе которыхъ стоитъ въ зависи-
мости отъ обстоятельствъ (при преступленіяхъ матеріальныхъ),
объемъ исполнительнаго дѣйствія оказывается меньше, чѣмъ
объемъ становленія преступленія.

Знакомство съ этими тремя категоріями явленій: исполне-
ніемъ преступленія, становленіемъ преступленія и исполнитель-
нымъ дѣйствіемъ позволяетъ раскрыть тѣ элементы, изъ кото-
рыхъ слагаются современныя законодательныя формулы поку-
шенія. Обзоръ этихъ формулъ показываетъ, что современное
право упоминаетъ о всѣхъ трехъ видахъ вышеприведенныхъ
явленій. Такъ, объ исполненіи преступленія, въ смыслѣ реали-
заціи всѣхъ его признаковъ, упоминаетъ улож. о нак. (ст. 9
говоритъ объ исполненіи злого намѣренія), угол. ул. (ст. 49
говоритъ объ исполненіи преступнаго дѣянія); австр. пр. (§ 13;
zu ihrer Ausübung führende Handlung).

Далѣе, современныя уложенія упоминаютъ и объ испол-
неніи въ смыслѣ становленія преступленія. Мы узнаемъ объ
этомъ или непосредственно изъ текста закона, который говоритъ
о приведеніи злого намѣренія въ исполненіе (ул. о нак. ст. 9);
о приведеніи въ исполненіе преступнаго дѣянія (ст. 49), или же
заключаемъ изъ законной характеристики покушенія, какъ на-
чала исполненія преступленія (фран. а. 2; фран. пр. а. 83; бельг. а.

52; герм. § 43; голл. а. 45; итал. а. 61; испанск. а. 3; венгер. § 45; норвежск. § 49; герм. пр. § 75). Упомянутое законом о начале исполнения отграничивает это исполнение, с одной стороны, от воплощения преступления, заставляя нас понимать соответственное явление не как воплощение признаков преступления, не как явление законченное, а как становление преступления, как процесс совершающийся, начатый, но еще незаконченный; с другой стороны, от исполнительного действия. так как если бы это исполнение разумлось в смысле исполнительного действия, то формула закона охватывала бы собою только начатые, незаконченные, исполнительные действия, только одно незаконченное покушение. В виду недопустимости последнего предположения, необходимо признать, что в интересующих нас формулах, покушение характеризуется не как начатое исполнительное действие, а как начало становления преступления. Сверх того, нельзя не отметить, что некоторые кодексы особо оговаривают отличие процесса становления преступления от действительности, направленной на реализацию преступления. Эти кодексы признают, что учинение лицом актов, образующих начало становления, еще не доказывает незаконности состава преступления; может статься, что эти элементы становления будут дополнены возникновением характерных для преступления результатов и представят картину окончанного преступления. Поэтому они находят нужным особо оговорить, что акты, образующие начало становления преступления, представляют покушение в том только случае, когда задуманное преступление не закончилось, т. е. когда не возникли независимые от воли субъекта элементы становления преступления—последствия преступления (герм. ул. § 43; герм. пр. § 75). Другия уложения не подчеркивают существования подлежащего различия элементов становления преступления и довольствуются указанием, что при покушении это становление не должно быть законченным (норв. ул. § 49; венгер. ул. § 65; угол. ул. ст. 49). Третья группа уложений и вообще ничего не говорит о том, что при покушении становление преступления должно остаться незаконченным (ул. о нак. ст. 9; швейц. пр. а. 22; австр. пр. § 13).

Наконец, законодательства, при формулировке существа покушения, упоминают еще и об исполнительном действии. Так, об исполнительных действиях в этом случае говорит португальское уложение, упоминающее об актах, долженст-

вующихъ воспроизвести оконченное преступленіе (для состава неоконченнаго покушенія требуется неполное совершеніе этихъ актовъ. а. 11. 2: для состава покушенія оконченнаго—совершеніе всѣхъ актовъ этого рода. а. 10). Въ составъ своего опредѣленія покушенія вводитъ указаніе на исполнительное дѣйствіе австрійскій проектъ, характеризующій покушеніе, какъ дѣйствіе, ведущее непосредственно къ выполненію преступнаго дѣянія (§ 13). Этой же системы придерживается и швейц. проектъ (а. 22); послѣдній, впрочемъ, только при формулировкѣ состава оконченнаго покушенія.

Особнякомъ стоятъ постановленія, говоряція не только о становленіи преступленія, но и объ исполнительномъ дѣйствіи. Таково постановленіе испан. ул., характеризующаго неоконченное покушеніе, какъ дѣйствіе, начавшее исполненіе преступленія, но не успѣвшее реализовать всѣхъ исполнительныхъ дѣйствій, долженствовавшихъ его воспроизвести (а. 3) и итальян. ул., признающее неоконченнымъ покушеніемъ дѣйствіе, начавшее исполненіе преступленія, но не успѣвшее реализовать всего, что было необходимо для его возникновенія (а. 61).

Мы познакомились со всѣми тремя значеніями исполненія преступленія, какъ понятія, извѣстнаго современной доктринѣ и законодательствамъ. Переходя теперь къ рѣшенію вопроса: въ какомъ изъ этихъ трехъ значеній употребляется при опредѣленіи покушенія терминъ «исполненіе», приходится признать, что ни одно изъ законодательствъ не имѣетъ въ виду характеризовать покушенія, какъ исполненіе преступленія, въ смыслѣ реализации всѣхъ его признаковъ. Кодексы, упоминающіе объ исполненіи въ этомъ смыслѣ, прибѣгаютъ къ этому понятію только для поясненія либо смысла становленія преступленія, которое его интересуеъ (угол. ул. ст. 49; ул. о нак. ст. 9), либо для ближайшаго опредѣленія значенія исполнительнаго дѣйствія (австр. пр. § 13). Въ основу своихъ опредѣленій покушенія, современныя законодательства кладутъ понятіе объ исполненіи преступленія, либо въ смыслѣ становленія преступленія, либо въ смыслѣ исполнительнаго дѣйствія.

Преобладающимъ приемомъ опредѣленія покушенія долженъ быть признанъ первый методъ. Большинство уложеній, формулируя покушеніе, прибѣгаетъ именно къ понятію о становленіи преступленія. Но приводя покушеніе въ связь со становленіемъ преступленія, кодексы не отождествляютъ, однако, этихъ двухъ

понятій. Покушеніе, по ихъ взгляду, представляетъ собою не все становленіе, а только начало становленія преступленія. Хотячее опредѣленіе покушенія, какъ начала исполненія преступленія, именно и должно быть понимаемо въ смыслѣ начала становленія преступленія (фран. а. 2; бельг. а. 51; итал. а. 61; испанск. а. 3; голл. а. 45; герм. § 43; герм. пр. § 75; норвеж. § 49; швейц. пр. а. 22; венгер. § 65; улож. нак. ст. 9; угол. ул. ст. 49).

Къ понятію объ исполненіи, въ смыслѣ исполнительнаго дѣйствія, прибѣгають австрійскій проектъ и португальское уложеніе. Первый прямо отождествляетъ покушеніе съ исполнительнымъ дѣйствіемъ, говоря о покушеніи въ случаѣ, когда кто-либо, съ умысломъ совершить наказуемое дѣяніе, предприметъ непосредственно ведущее къ его выполненію дѣйствіе (§ 13), а второе характеризуетъ (неоконченное) покушеніе, какъ начатое, но не законченное выполненіе дѣйствій, долженствовавшихъ воспроизвести оконченное преступленіе (а. 11. 2).

Переходя къ оцѣнкѣ достоинства этихъ формулъ покушенія и останавливаясь сначала на разсмотрѣніи опредѣленія покушенія, какъ начала становленія преступленія, мы можемъ только повторить сказанное выше. Поскольку подъ становленіемъ преступленія мы разумѣемъ реальный процессъ образованія преступленія, послѣдовательное возникновеніе отдѣльныхъ его признаковъ, нельзя говорить о началѣ становленія преступленія до завершения соотвѣтственнаго процесса, такъ какъ начало предполагаетъ наличность конца и представляется соотносительнымъ понятіемъ. По тѣмъ же основаніямъ должно быть отвергнуто и толкованіе покушенія, какъ части становленія преступленія. Буквальное пониманіе вышеприведенныхъ законодательныхъ формулъ, слѣдовательно, не можетъ быть рекомендовано, и онѣ нуждаются въ догматическомъ истолкованіи.

То же критическое замѣчаніе должно быть сдѣлано и по адресу опредѣленія покушенія, какъ начала исполнительнаго дѣйствія, такъ какъ это опредѣленіе, подобно предыдущему, грѣшитъ забвеніемъ соотносительной природы понятія о началѣ явленій. Но, быть можетъ, опредѣленіе покушенія, какъ исполнительнаго дѣйствія, свободно отъ недостатковъ? Ближайшее изслѣдованіе вопроса заставляетъ насъ дать отрицательный отвѣтъ.

Обсуждая опредѣленіе покушенія, какъ начала становленія или какъ начала исполнительнаго дѣйствія, мы исходили изъ

предположенія реальности этихъ явленій и допускали, что эти процессы обладаютъ опредѣленною реальною природою. Но фактически эти процессы вовсе не удовлетворяютъ этому требованію. Какъ показано выше, реально становленіе и исполнительное дѣйствіе представляются явленіями ни въ какомъ отношеніи къ преступленію не находящимися и пріобрѣтаютъ характеръ процессовъ, направленныхъ на выполнение преступленія только въ силу дополненія ихъ реального субстрата фантазіей субъекта, приписывающей соответствующимъ реальнымъ явленіямъ движеніе въ направленіи къ окончанію преступленія, къ воплощенію всѣхъ его признаковъ. Отсюда ясно, что ссылка на природу акта, какъ становленія преступленія или какъ исполнительнаго дѣйствія, нисколько не опредѣляетъ существа внѣшней стороны этого акта, а раскрываетъ намъ только тѣ ожиданія и надежды, которыя связывались съ этимъ актомъ. Между тѣмъ, въ задачи опредѣленія покушенія именно входитъ установленіе существа внѣшней стороны этого дѣйствія, такъ какъ именно признаки этой стороны и обусловливаютъ собою характерный обликъ покушенія, тогда какъ внутренняя сторона его совершенно тождественна съ внутреннею стороною оконченнаго преступленія. Поэтому, правильнаго опредѣленія существа покушенія мы достигнемъ въ томъ только случаѣ, когда отбросимъ проекціонные элементы сужденій о покушеніи и будемъ обсуждать значеніе содѣяннаго субъектомъ, какъ объективнаго явленія, т. е., будемъ разсматривать внѣшнее дѣйствіе такимъ, какимъ оно является въ дѣйствительности, а не такимъ, какимъ оно рисовалось дѣйствующему лицу. И вотъ, такимъ пріемомъ опредѣленія внѣшней стороны покушенія, который удовлетворяетъ всѣмъ вышеприведеннымъ требованіямъ, мы считаемъ пріемъ разсмотрѣнія содѣяннаго субъектомъ, какъ исполненія извѣстнаго представляемаго явленія, какъ воплощенія признаковъ представляемаго явленія. Вопросъ, объ исполненіи какихъ представляемыхъ явленій въ данномъ случаѣ идетъ рѣчь, долженъ быть разрѣшенъ путемъ анализа реальныхъ данныхъ становленія преступленія и исполнительнаго дѣйствія, т. е. путемъ принятія во вниманіе слѣдующихъ соображеній.

Какъ было замѣчено, способность нѣкоторыхъ представляемыхъ явленій пріобрѣтать характеръ реальныхъ явленій побудила ученыхъ толковать исполненіе явленія въ смыслѣ становленія его, разумѣя подъ становленіемъ явленія реализацію

одного или нѣсколькихъ признаковъ явленія, внушающую намъ убѣжденіе въ грядущей реализаціи остальныхъ его признаковъ. Равнымъ образомъ, мы уже показали, что исполнительное дѣйствіе есть элементъ становленія тѣхъ признаковъ преступленія, реализація которыхъ непосредственно зависитъ отъ воли дѣйствующаго лица. Это приводитъ насъ къ заключенію, что реальный субстратъ начала становленія или исполнительнаго дѣйствія всегда складывается изъ явленій, представляющихъ собою реализацію признаковъ представляемаго преступленія. А такъ какъ субстратъ покушенія не можетъ заключаться въ реализаціи всѣхъ признаковъ преступленія, то мы и получаемъ выводъ, что внѣшняя сторона покушенія представляетъ собою реализацію части признаковъ представляемаго преступленія или реализацію части преступнаго умысла.

Предложенная формула не только даетъ правильное опредѣленіе существа покушенія по тѣмъ законодательствамъ, которыя въ той иной формѣ даютъ характеристику этого дѣйствія, но она позволяетъ намъ научно рѣшить и вопросъ о природѣ покушенія по тѣмъ кодексамъ, которые, упоминая о покушеніи, совершенно не указываютъ на тѣ признаки, которыми это дѣяніе должно обладать. Такъ, напр., финляндское уголовное уложеніе 1889 г. упоминаетъ о покушеніи и противопоставляетъ его какъ оконченному преступленію, такъ и приготовленію къ преступленію, но совершенно ничего не говоритъ о содержаніи признаковъ покушенія (Гл. IV, §§ 1, 3). И вотъ, зная, что покушеніе представляетъ собою среднюю стадію развитія преступной дѣятельности и что оно отличается, какъ отъ дѣйствія, реализующаго всѣ признаки преступленія (оконченнаго преступленія), такъ и отъ дѣяній, учиненныхъ съ намѣреніемъ выполнить преступленіе, но не реализовавшихъ ни одного изъ его признаковъ (приготовленія къ преступленію), мы можемъ заключить, что это дѣяніе и по финляндскому праву представляетъ собою дѣйствіе, предпринятое съ умысломъ совершить преступленіе, но воплотившее въ себѣ только часть признаковъ преступнаго умысла.

Итакъ, покушеніе представляетъ собою реализацію части признаковъ преступнаго умысла. Вникнувъ въ существо этой формулы, не трудно убѣдиться, что она свободна отъ обычныхъ недостатковъ опредѣленій этого дѣйствія. Въ самомъ дѣлѣ, если при опредѣленіи покушенія нельзя говорить о началѣ испол-

ненія умысла или о частичномъ его осуществленіи, то мы имѣемъ полное право говорить объ исполненіи (осуществленіи) части преступнаго умысла. О части умысла мы можемъ говорить потому, что весь умыселъ у насъ оказывается налицо и, слѣдовательно, часть можетъ быть противопологаема цѣлому; объ осуществленіи части умысла мы можемъ говорить потому, что реальное существованіе можетъ прибрѣтать не только совокупность представляемыхъ признаковъ преступленія, но и часть этихъ признаковъ. Наконецъ, предложенная формула носить формальный характеръ, т. е. удовлетворяетъ тѣмъ требованіямъ, которыя предъявляются закономъ къ опредѣленію покушенія.

Итакъ, подъ покушеніемъ, въ смыслѣ современнаго права, слѣдуетъ разумѣть дѣйствіе, воплощающее въ себѣ осуществленіе части содержанія преступнаго умысла. Эта формула покушенія открываетъ намъ возможность отграничить это дѣйствіе, какъ отъ приготовительныхъ къ преступленію дѣйствій, такъ и отъ оконченнаго преступленія. Приготовительныя дѣйствія отличаются отъ покушенія тѣмъ, что они не воплощаютъ въ себѣ никакихъ признаковъ умысла, какъ психическаго образа внѣшней стороны преступленія. Оконченное преступленіе отличается отъ покушенія тѣмъ, что оно воплощаетъ въ себѣ всѣ признаки умысла, а не только нѣкоторую ихъ часть, какъ это имѣется при покушеніи.

Изъ этого видно, что покушеніе, представляя собою осуществленіе начальной части признаковъ умысла, не можетъ быть осуществленіемъ всѣхъ признаковъ послѣдняго. Этотъ отрицательный признакъ покушенія и обусловливаетъ собою то глубокое различіе, которое существуетъ между покушеніемъ и усѣченными составами преступленій. Но покушеніе (а не оконченное преступленіе) имѣется налицо уже и въ томъ случаѣ, когда въ дѣйствии недостаетъ реализаціи только одного изъ признаковъ умысла и въ дѣлѣ осуществленія признаковъ умысла нѣтъ нужды, чтобы актъ покушенія оставался далеко позади акта оконченнаго преступленія. Поэтому, покушеніе имѣется налицо и въ томъ случаѣ, когда виновный осуществляетъ всю, по его мнѣнію, потребную для окончанія преступленія дѣятельность, но необходимый для полнаго состава преступленія результатъ не наступаетъ (такъ наз. неудавшееся преступленіе). Покушеніе имѣется налицо и въ случаѣ направленія посягательства виновнаго на негодный объектъ, т. е. когда виновный осуществляетъ пред-

положенное имъ воздѣйствіе на объектъ, неудовлетворяющій предполагавшимся у него юридически существеннымъ свойствамъ.

Приведенное положеніе объ объемѣ реализованной части преступнаго умысла можетъ вызвать сомнѣніе въ справедливости опредѣленія покушенія, какъ реализаціи части преступнаго умысла. Въ случаѣ оконченнаго покушенія или неудавшагося преступленія, субъектъ реализуетъ не часть своего умысла: онъ совершаетъ въ этомъ случаѣ всѣ тѣ дѣйствія, которыя онъ имѣлъ въ виду выполнить! Не служитъ ли это доказательствомъ несостоятельности предлагаемаго ученія? Такая мысль проводится нѣкоторыми криминалистами при критикѣ опредѣленія покушенія, какъ частичнаго осуществленія преступнаго умысла. Главнымъ порокомъ этой формулы признается неспособность ея охватить собою случаевъ неудавшагося преступленія ¹⁾.

Мы уже показали несостоятельность приведеннаго опредѣленія покушенія и признали, что о частичномъ воплощеніи умысла при покушеніи можно такъ же мало говорить, какъ и о частичномъ существованіи объективнаго состава преступленія. Предложенная нами формула покушенія, какъ реализаціи части преступнаго умысла, рѣзко отличается отъ вышеприведеннаго опредѣленія этого дѣйствія. Но тѣмъ не менѣе, и примѣнительно къ нашему опредѣленію можетъ возникнуть вопросъ, насколько правильно характеризуетъ оно покушеніе, какъ реализацію части преступнаго умысла, и не бываетъ ли случаевъ, въ которыхъ покушеніе воплощаетъ не часть признаковъ умысла, а всѣ признаки послѣдняго.

Для опроверженія этого возраженія достаточно вспомнить выработанное нами выше противоположеніе исполненія преступленія и исполнительнаго дѣйствія. Сравнивая между собою эти явленія, мы отмѣчали, что они обладаютъ обыкновенно различною объективною природою и что нормально исполнительное дѣйствіе обладаетъ меньшимъ объемомъ, чѣмъ исполненіе преступленія (при преступленіяхъ формальныхъ, объемъ исполнительнаго дѣйствія равенъ объему исполненія, но объемъ исполнительнаго дѣйствія никогда не можетъ превышать объема исполненія). Отсюда естественно рождается различіе и въ содержаніи представленій субъекта о томъ и о другомъ явленіи, различіе въ расчетѣ объема измѣненій во внѣшнемъ мірѣ, потреб-

¹⁾ Häberlin, GS, XXIV, 1872, s. 258; Liszt, Lrb, 1911, s. 207 Anm.3.

ныхъ для возникновенія того и другого явленія. Задумывая совершеніе преступленій матеріальныхъ, субъектъ можетъ различать совокупность объективныхъ явленій, потребную для реализаціи исполненія преступленія, (=дѣйствіе+результатъ) отъ объективныхъ явленій, которыя должны быть непосредственно имъ воспроизведены для выполненія преступленія и осуществленіе которыхъ должно составить долю его участія въ процессѣ реализаціи преступленія (исполнительное дѣйствіе). Въ виду того, что умысль, въ уголовно-юридическомъ смыслѣ, долженъ охватывать собою всѣ признаки внѣшней стороны преступленія, ясно, что подъ умысломъ, въ техническомъ смыслѣ, можно разумѣть только первую группу представленій виновнаго объ имѣющихъ произойти явленіяхъ; вторая группа представленій на подобное именованіе претендовать не можетъ. Между тѣмъ вышеприведенный доводъ, говоря объ осуществленіи всего умысла при оконченномъ покушеніи, имѣетъ въ виду именно представленіе субъекта о свойствахъ исполнительнаго дѣйствія. Это представленіе при оконченномъ покушеніи дѣйствительно является вполне реализованнымъ, но оно не составляетъ умысла, который при покушеніи никогда не бываетъ реализованнымъ вполне (при оконченномъ покушеніи недостаетъ реализаціи представленія результатовъ дѣйствія, какъ составной части умысла). Оконченное исполнительное дѣйствіе, при преступленіяхъ матеріальныхъ, воплощаетъ въ себѣ только часть признаковъ умысла ¹⁾).

Итакъ, покушеніе реализуетъ только часть преступнаго умысла, но не всѣ его признаки. Теперь спрашивается, не надо ли особо оговорить природу той части умысла, которая должна быть реализована при покушеніи, и не слѣдуетъ ли, въ частности, указать на то, что при покушеніи должна реализоваться начальная часть умысла? За утвердительное рѣшеніе этого вопроса говорятъ прежде всего формальныя основанія—законодательства характеризуютъ покушеніе, какъ начало исполненія преступленія.

¹⁾ Такимъ образомъ, покушеніе представляетъ собою реализацію части преступнаго умысла. Но надлежитъ оговориться, изъ этого вовсе не слѣдуетъ, чтобы виновный, въ моментъ покушенія, признавалъ творимое имъ реализаціею части своего умысла; онъ можетъ дѣйствовать въ убѣжденіи, что реализуетъ весь свой умыселъ. Предлагаемая нами формула покушенія представляетъ собою опредѣленіе реальныхъ свойствъ внѣшней стороны покушенія и для нея совершенно несущественна оцѣнка виновнымъ значенія творимаго имъ, въ самый моментъ его дѣятельности.

Въ пользу этого рѣшенія говорятъ также и логическія соображенія, позволяющія намъ говорить о начальной части умысла потому, что пріобрѣтеніе признаками умысла реального характера мыслится виновнымъ не какъ явленіе одновременное, а какъ явленіе разновременное, и изъ содержанія умысла съ очевидностью явствуетъ, что одни признаки умысла должны реализоваться раньше, чѣмъ другіе. Но несмотря на это, вводитъ въ формулу покушенія соотвѣтственное указаніе мы всетаки не считаемъ возможнымъ. Анализъ отдѣльныхъ случаевъ покушенія показываетъ, что этотъ признакъ покушенія не воспринять доктриною и практикою, которыя относятъ къ покушенію и дѣйствія, воплощающія въ себѣ только конечную часть умысла, реализующія результатъ преступленія, не воспроизводя всѣхъ признаковъ начальной его части. Ср., напр., покушеніе на квалифицированныя по послѣдствію преступленія, причиняющее преступный результатъ не предусмотрѣннымъ закономъ путемъ, а иначе.

Изъ изложеннаго ясно, что законная формула покушенія заключаетъ въ себѣ формально-абстрактное опредѣленіе этого дѣянія: она указываетъ на отношеніе, въ которомъ покушеніе стоитъ къ оконченному преступленію, но совершенно ничего не говоритъ о содержаніи признаковъ конкретнаго акта покушенія. Природа соотвѣтственнаго дѣйствія стоитъ въ зависимости отъ двухъ условій. Характеръ дѣйствія, какъ покушенія, опредѣляется, съ одной стороны, содержаніемъ внѣшняго состава преступленія, т. е., содержаніемъ тѣхъ элементовъ преступленія, которые опредѣляютъ собою внѣшнюю его сторону. Съ другой стороны, онъ зависитъ отъ юридической природы умысла совершить преступленіе.

Зависимость содержанія актовъ покушенія отъ внѣшняго состава преступленія выражается въ томъ, что этотъ составъ опредѣляетъ собою содержаніе умысла виновнаго, а, слѣдовательно, и содержаніе явленій осуществленія умысла или его элементовъ. Юридическая природа умысла вліяетъ на содержаніе актовъ покушенія тѣмъ, что при оцѣнкѣ содѣяннаго субъектомъ принимается во вниманіе не отношеніе его къ конкретнымъ индивидуальнымъ чертамъ стремленія виновнаго, а отношеніе содѣяннаго къ отображаемымъ этимъ стремленіемъ юридически существеннымъ моментамъ, т. е. къ признакамъ умысла въ уголовно юридическомъ смыслѣ. Это положеніе нуждается въ болѣе

подробномъ развитіи, и принятіе его приводитъ насъ къ слѣдующимъ выводамъ.

Какъ было замѣчено выше, уголовное право изъ общей массы психическихъ стремленій и желаній людей выдѣляетъ переживанія, отвѣчающія предусмотрѣннымъ имъ признакамъ,—отображающія внѣшній составъ преступныхъ дѣяній,—и квалифицируетъ соотвѣтственныя переживанія, какъ умысль въ юридическомъ смыслѣ. Умысломъ въ юр. смыслѣ являются стремленія, подходящія подъ законную формулу умышленной виновности. Изъ этого вытекаетъ цѣлый рядъ слѣдствій, имѣющихъ чрезвычайно важное значеніе для ученій о выполненіи преступления и о покушеніи на него.

Такъ, разбирая особенности умысла въ юр. смыслѣ, необходимо отмѣтить, что онъ характеризуется абстрактною формулировкой входящихъ въ составъ его представленій. Законъ относитъ къ умышленной винѣ всѣ виды человѣческихъ желаній, удовлетворяющихъ извѣстнымъ родовымъ психическимъ чертамъ, вовсе не требуя, чтобы явленія, объединяемая имъ подъ именемъ умысла, совпадали бы между собою въ отношеніи индивидуальныхъ своихъ признаковъ. Мало того, формулируя указаннымъ образомъ преступный умыселъ, право не только не требуетъ присутствія извѣстныхъ индивидуальныхъ чертъ въ намѣреніи виновнаго, но оно идетъ дальше и игнорируетъ дѣйствительно присущія ему индивидуальныя особенности, придавая имъ значеніе лишь какъ представителямъ извѣстной родовой категоріи явленій. Виновный хотѣлъ убить Иванова, а право признаетъ въ его намѣреніи юридически существеннымъ только то, что онъ хотѣлъ убить человѣка; виновный хотѣлъ лишить жизни своего врага путемъ утопленія его въ сосѣднемъ озерѣ, а право признаетъ существеннымъ только его стремленіе къ причиненію смерти вообще какими бы то ни было способами. Отсюда получается, что многіе акты, возникновеніе которыхъ для виновнаго, само по себѣ, не представлялось желательнымъ, приобрѣтаютъ характеръ умышленныхъ дѣяній, въ силу того, что они охватываются тою широкою психическою категоріей, которая почитается за умысль въ юр. смыслѣ. Виновный желаетъ лишить жизни А; жизнь В для него драгоценна и онъ не только не хотѣлъ бы лишить В жизни, но даже отдалъ бы свою жизнь для его спасенія. Но право рассуждаетъ иначе. Юридически существеннымъ элементомъ умысла виновнаго оно почитаетъ только

предположеніе его убить чловѣка вообще, и потому оно почитаетъ преступленіе умышленнымъ и въ томъ случаѣ, когда виновный, по ошибкѣ, вмѣсто А, убилъ В. Виновный имѣлъ въ виду утопить свою жертву, но право признаетъ релевантнымъ элементомъ умысла намѣреніе виновнаго причинить смерть другому лицу, и признаетъ дѣяніе умышленнымъ и въ томъ случаѣ, когда сброшенный умеръ отъ того, что, падая, ударился о камень и пробилъ себѣ черепъ.

Такимъ образомъ, особенности юридическаго понятія объ умыслѣ приводятъ къ тому, что преступленіе, съ юридической точки зрѣнія, иногда, почитается исполненнымъ и въ томъ случаѣ, когда задуманное виновнымъ дѣяніе въ дѣйствительности не получило реализаціи. Это обстоятельство нужно имѣть въ виду и въ области ученія о покушеніи. Такъ, этого обстоятельства нельзя упускать изъ виду, прежде всего, при проведеніи границъ между покушеніемъ и оконченнымъ преступленіемъ. Для признанія преступленія оконченнымъ не требуется, чтобы виновный успѣлъ реализовать дѣйствіе, соответствующее всѣмъ индивидуальнымъ чертамъ его умысла; достаточно, чтобы выполненное имъ дѣйствіе воплощало въ себѣ всѣ юридически существенныя черты содержанія этого умысла. Если виновный хотѣлъ убить своего врага А, но по ошибкѣ убилъ постороннее лицо, то его дѣяніе квалифицируется, тѣмъ не менѣе, какъ оконченное убійство, а не какъ покушеніе на убійство. Понятіе объ исполненіи умысла въ юр. смыслѣ оказывается болѣе широкимъ, чѣмъ понятіе объ исполненіи въ психологическомъ смыслѣ.

Однако несмотря на это, область исполненія въ юр. смыслѣ имѣетъ тоже свои опредѣленные границы: объ исполненіи въ этомъ смыслѣ можетъ идти рѣчь лишь въ случаяхъ, когда реально существующее дѣйствіе воплощаетъ въ себѣ, если и не индивидуальныя, то во всякомъ случаѣ родовыя черты содержанія умысла. Если дѣйствіе не воплощаетъ въ себѣ и родовыхъ чертъ умысла (напр., виновный, вмѣсто чловѣка, убилъ корову), то оно не можетъ быть признано исполненіемъ умысла и при юридическомъ обсужденіи вопроса. Въ этомъ случаѣ, дѣйствіе виновнаго пріобрѣтаетъ характеръ покушенія на преступленіе.

Далѣе, особенности юр. природы умысла вызываютъ еще и другія послѣдствія, непонятныя безъ принятія ихъ во вниманіе. Характеризуя природу умысла, мы отмѣтили, что признаніе извѣстнаго психическаго переживанія умyslomъ представляетъ

собою не только констатированіе наличности въ извѣстномъ психическомъ стремленіи опредѣленныхъ признаковъ, но и актъ квалификаціи этого стремленія, въ смыслѣ приведенія его въ отношеніе къ опредѣленной законной формулѣ. Подъ умысломъ въ юр. смыслѣ необходимо разумѣть стремленіе, подходящее подъ законное понятіе объ умыслѣ.

Но, формулируя необходимые признаки умышленной виновности, законодатель является совершенно свободнымъ въ выборѣ тѣхъ психическихъ стремленій, которыя принимаются имъ за тотъ конкретный матеріалъ, отвлеченіе отъ котораго приводитъ къ образованію формулъ умысла. Законодатель можетъ поставить дѣло такъ, что каждой формулѣ умысла будетъ соотвѣтствовать особый видъ психическихъ стремленій человѣка, но онъ можетъ избрать и такую альтернативу, при которой одно и то же стремленіе человѣка будетъ соотвѣтствовать нѣсколькимъ формуламъ умысла. Въ послѣднемъ случаѣ, формулы умысла будутъ отличаться другъ отъ друга различною степенью общности, входящихъ въ ихъ составъ, представленій. Формулы умысла, одинаково отвлекаясь отъ индивидуальныхъ чертъ стремленія, будутъ различаться между собою въ томъ отношеніи, что одна изъ нихъ придастъ рѣшающее значеніе элементамъ стремленія, какъ представителямъ извѣстнаго вида представленій, (напр., представленіе отца, какъ вида людей), а другая придаетъ элементамъ этихъ стремленій значеніе представителей рода соотвѣтствующихъ представленій (напр., представленіе человѣка, какъ представителя человѣческаго рода). Таково, напр., соотношеніе формулъ умысла при отцеубійствѣ и при убійствѣ.

Вдумываясь въ существо послѣднихъ случаевъ взаимоотношенія различныхъ видовъ умысла, необходимо отмѣтить, что при этомъ возникаетъ явленіе конкуренціи двухъ формулъ умысла, въ томъ смыслѣ, что одно и то же стремленіе, напр., стремленіе убить отца, подходитъ подъ двѣ различныя формулы умысла и можетъ быть признано какъ умысломъ на простое убійство, такъ и умысломъ на отцеубійство.

Въ виду того, что бытіе преступнаго умысла само по себѣ не имѣетъ значенія съ точки зрѣнія уголовного права, то и существованіе двухъ формулъ умысла для одного и того же стремленія лишено юр. значенія, доколѣ это стремленіе не получило осуществленія. Но положеніе мѣняется, какъ только это стремленіе реализуется, и въ этомъ случаѣ становится нужнымъ

рѣшить вопросъ о томъ, осуществленіемъ котораго изъ двухъ возможныхъ умысловъ должно быть признано учиненное субъектомъ дѣяніе? Этотъ вопросъ разрѣшается по правиламъ объ идеальной совокупности преступленій, т. е. субъектъ признается отвѣтственнымъ за осуществленіе того умысла, который отображаетъ въ себѣ признаки болѣе тяжкаго изъ представляемыхъ преступленій.

Но какъ быть, если стремленіе субъекта, при реализаціи послѣднимъ дѣянія, породило дѣйствіе, отвѣчающее признакамъ полнаго осуществленія только одной изъ относящихся къ нему формуль умысла, и реализующее только часть признаковъ другого умысла? Какъ, напр., слѣдуетъ квалифицировать дѣйствіе, направлявшееся на убійство отца, но, вслѣдствіе ошибки виновнаго, причинившее смерть другого человѣка? Мы думаемъ, что въ этомъ случаѣ слѣдуетъ говорить о наличности идеальной конкуренціи двухъ наказуемыхъ дѣяній, но не двухъ оконченныхъ преступленій, а оконченнаго преступленія (убійства) и покушенія на преступленіе (покушенія на отцеубійство) и примѣнять обычныя правила о конкуренціи этого рода. На этотъ выводъ управомочиваетъ насъ фактъ существованія двухъ, охватывающихъ стремленіе лица, формуль умысла, т. е. существованіе двухъ масштабовъ оцѣнки дѣяній, какъ осуществленія представляемыхъ преступленій. И это правило сохраняетъ свою силу не только въ случаѣ заблужденія субъекта относительно видовыхъ свойствъ поражаемаго имъ объекта ¹⁾, но и въ случаѣ заблужденія его относительно свойствъ примѣняемыхъ имъ средствъ. Поскольку примѣненіе извѣстныхъ средствъ (напр., яда) выдѣляетъ дѣяніе въ особую отличную отъ родовой юридическую категорію, постольку ошибочное примѣненіе простыхъ средствъ въ убѣжденіи, что они отвѣчаютъ признакамъ квалифицированныхъ, обосновываетъ идеальную совокупность покушенія на квалифицированное преступленіе и оконченнаго обыкновеннаго преступленія (ср., напр., примѣненіе при кражѣ настоящаго ключа въ убѣжденіи, что онъ фальшивый).

¹⁾ Какъ видно изъ текста, въ настоящемъ случаѣ дѣло касается правильнаго разрѣшенія проблемы объ ошибкѣ въ объектѣ (error in objecto). Въ литературѣ обыкновенно приходятъ къ иному рѣшенію вопроса, но, къ сожалѣнію, мы не можемъ въ настоящее время останавливаться на опроверженіи доводовъ господствующаго ученія. *А. С. Митинъ*

Въ предыдущемъ изложеніи, говоря о вліяніи юридической природы умысла на квалификацію содѣяннаго виновнымъ, мы отмѣтили, что родовой характеръ умысла вызываетъ признаніе умышленными и такихъ дѣяній, которыя отнюдь таковыми самому дѣйствующему лицу не представляются. То же вліяніе имѣеть юридическая природа умысла и на составъ покушенія. И здѣсь родовой характеръ умысла заставляетъ признавать воплощеніемъ признаковъ умысла такіе акты, которыхъ виновный вовсе не хотѣлъ учинить. Преступникъ хотѣлъ отравить свою жертву однимъ ядомъ, но въ моментъ выполненія дѣянія по ошибкѣ примѣнилъ другой ядъ, совершилъ не то индивидуальное дѣйствіе, которое хотѣлъ, а другое, и, тѣмъ не менѣе, его дѣйствіе квалифицируется, какъ воплощеніе части его умысла, т. е., какъ покушеніе на убійство.

Таково вліяніе, оказываемое родовой природою умысла на внѣшній составъ покушенія. Юридическая природа умысла, какъ при оконченномъ преступленіи, такъ и при покушеніи, существенно расширяетъ кругъ дѣйствій, подводимыхъ подъ эти юридическія категоріи. Но затѣмъ, при покушеніи, существуетъ еще и другой факторъ, расширяющій объемъ подводимыхъ подъ понятіе о покушеніи явленій, факторъ, заключающійся въ опредѣленіи этого дѣйствія, какъ реализаціи части преступнаго умысла, въ отличіе отъ осуществленія всего умысла.

Анализируя понятіе о покушеніи, необходимо твердо помнить, что воплощеніе извѣстнаго психическаго явленія, какъ части другого психическаго явленія, существенно отличается отъ воплощенія соотвѣтственнаго явленія, какъ самостоятельнаго элемента нашей интеллектуальной психики. Актъ взмаха рукою обладаетъ существенно различнымъ значеніемъ, смотря по тому, воплощаетъ ли онъ въ себѣ умисель лица замахнуться рукою (исполненіе умысла) или же онъ воплощаетъ въ себѣ часть умысла совершить убійство (воплощеніе части умысла). Въ первомъ случаѣ, мы обсуждаемъ природу внѣшняго явленія, приводя его въ отношеніе къ тѣмъ элементамъ нашей психики, которые получили исполненіе; во второмъ—мы сопоставляемъ его не только съ реализованными элементами нашей психики, но и съ нереализованными ея элементами.

Понятіе части есть понятіе относительное. Говоря объ извѣстномъ представленіи, какъ о части умысла, мы ставимъ его въ отношеніе къ умыслу, какъ цѣлому, и отводимъ этому пред-

ставленію извѣстное мѣсто въ ряду другихъ представленій. Приводя въ связь съ этой частью умысла извѣстное внѣшнее явленіе, говоря объ извѣстномъ внѣшнемъ явленіи, какъ о воплощеніи части умысла, мы создаемъ понятіе дважды относительнаго явленія, т. е. такого явленія, природа котораго можетъ быть понята лишь при принятіи во вниманіе отношенія его къ двумъ другимъ явленіямъ. Исполненіе части умысла—покушеніе—стоитъ въ непосредственномъ отношеніи къ тѣмъ элементамъ умысла, которые имъ воплощаются, и въ посредственномъ отношеніи къ нереализованнымъ элементамъ умысла. Въ томъ случаѣ, когда мы говоримъ о части признаковъ умысла, какъ о реальномъ явленіи, мы не только не эманципируемъ соответственной части умысла отъ логической зависимости отъ умысла, но даже создаемъ понятіе, находящееся въ еще большей зависимости отъ другихъ понятій. Реализація части умысла или покушеніе есть дѣйствіе, которое мыслится, какъ часть другого дѣйствія¹⁾.

Природа покушенія, какъ дважды соотносительнаго явленія, оказываетъ весьма серьезное вліяніе на объемъ понятія о покушеніи. Прежде всего, само собою разумѣется, что характеръ покушенія, какъ воплощенія части преступнаго умысла, значительно умножаетъ число входящихъ въ составъ покушенія реальныхъ явленій, по сравненію съ случаями оконченнаго преступленія, и въ этомъ смыслѣ существенно расширяетъ объемъ понятія о покушеніи. Но, затѣмъ, природа покушенія, какъ дважды соотносительнаго явленія, существенно понижаетъ тѣ требованія, которымъ должны удовлетворять реальныя явленія при покушеніи и въ отношеніи ихъ качества. Мы говорили выше, что юридическая природа умысла освобождаетъ реальное преступленіе отъ зависимости его отъ индивидуальныхъ чертъ умысла виновнаго. Но эти особенности юридическаго пониманія умысла, при оконченномъ преступленіи, способны освободить реальное

¹⁾ Инымъ характеромъ, конечно, отличается внѣшній составъ усѣченныхъ преступленій. Обязательный минимумъ внѣшней стороны этихъ преступленій, т. е. тѣ дѣйствія, которыя должны бытъ учинены виновнымъ, представляетъ собою исполненіе цѣлаго умысла, а не части его и, въ качествѣ подобнаго явленія, обладаетъ объективно-самостоятельною природою. Напротивъ, свойства усѣченной части этихъ преступленій опредѣляются исключительно содержаніемъ намѣренія виновнаго.

отъ представляемаго только въ отношеніи формы соотвѣтствующихъ явленій, но никоимъ образомъ не въ отношеніи ихъ функцій и обусловливаемаго послѣдними сочетанія явленій. Какъ бы ни были широки рамки юридическаго понятія объ убійствѣ, подъ это понятіе нельзя подвести дѣйствія, не успѣвшаго произвести смерти лица, и подъ понятіе о средствахъ оконченнаго убійства нельзя подводить явленія, не обладающія реальными причинными свойствами соотвѣтствующаго типа. Между тѣмъ, особенности природы понятія о покушеніи эманципируютъ реальные его элементы не только отъ зависимости ихъ отъ индивидуальныхъ представлений субъекта о формѣ этихъ явленій, но и отъ представлений его о функціяхъ этихъ явленій. Соотносительный характеръ покушенія, позволяющій дополнять реальные его элементы воображаемыми свойствами, приводитъ къ тому, что реализаціей части умысла признается явленіе, которое не только не обладаетъ формою индивидуальнаго представляемаго явленія, но которое не обладаетъ и функціями соотвѣтственнаго явленія. При покушеніи, характерныя для элементовъ преступленія функціональныя свойства могутъ существовать, и обыкновенно существуютъ, только въ воображеніи виновнаго.

Послѣднее обстоятельство, конечно, еще болѣе увеличиваетъ размѣръ возможнаго уклоненія реального отъ задуманнаго при покушеніи на преступленіе. Въ этихъ случаяхъ можетъ оказаться, что выполненное ни въ одномъ изъ своихъ признаковъ не отвѣчаетъ индивидуальнымъ чертамъ задуманнаго, и всетаки дѣйствіе признается воплощеніемъ части умысла и покушеніемъ на преступленіе. Примѣромъ этого можетъ служить примѣненіе субъектомъ, съ цѣлью лишенія жизни, по ошибкѣ, сахара, вмѣсто мышьяка. Въ силу родовой природы умысла при убійствѣ, довольствующейся требованіемъ примѣненія любого средства съ цѣлью лишенія жизни, примѣненіе сахара отвѣчаетъ понятію о реализаціи части преступнаго умысла. Въ силу соотносительной природы покушенія, допускающей дополненіе реального дѣйствія воображаемыми элементами, не требуется, чтобы примѣненное средство дѣйствительно обладало причинными свойствами, а достаточно, чтобы оно только мыслилось, какъ обладающее этими свойствами. А это, и при примѣненіи сахара съ цѣлью лишенія жизни, имѣется налицо.

§ 21. Покушеніе при сложныхъ преступленіяхъ.

Познакомившись съ общимъ понятіемъ о покушеніи, намъ надлежитъ перейти къ разсмотрѣнію нѣкоторыхъ специальныхъ случаевъ, юридическая природа которыхъ вызвала сомнѣнія въ доктринахъ и практикахъ. Однимъ изъ наиболѣ яркихъ случаевъ этого рода является вопросъ о покушеніи на сложныя преступленія.

Анализируя составъ отдѣльныхъ преступленій, нетрудно замѣтить, что въ то время, какъ одни изъ нихъ слагаются изъ одного только дѣйствія, другія предполагаютъ реализацію субъектомъ двухъ (или болѣе) последовательныхъ дѣйствій. Такъ, въ противоположность составу простой кражи, составъ кражи со взломомъ предполагаетъ фактъ нарушенія преградъ или заповровъ, предшествующій акту похищенія чужого имущества; точно также извѣстная предшествующая дѣятельность составляетъ необходимое условіе кражи, учиненной посредствомъ влѣзанія въ чужое помѣщеніе; по германскому праву, составъ подлога предполагаетъ поддѣлку документа, сопровождавшуюся предъявленіемъ его и т. п. И вотъ, при обсужденіи необходимыхъ свойствъ покушенія на эти преступленія, возникаетъ вопросъ: каковъ долженъ быть минимумъ реализованныхъ признаковъ при покушеніи на эти преступленія? Должно ли покушеніе въ этомъ случаѣ реализовать часть признаковъ не только перваго, но и второго изъ дѣйствій, входящихъ въ составъ преступленія, или же, для покушенія на эти преступленія, достаточно реализаціи части признаковъ перваго изъ соответствующихъ дѣйствій?

Обращаясь къ литературѣ, мы видимъ, что существуетъ цѣлый рядъ криминалистовъ, рѣшающихъ этотъ вопросъ въ первомъ смыслѣ (этотъ взглядъ раньше былъ особенно широко распространенъ во Франціи). Покушеніемъ на сложное преступленіе, думаютъ они, можетъ быть признано такое только поведеніе, которое воплощаетъ въ себѣ не только признаки перваго дѣйствія, но и часть признаковъ второго. При покушеніи на кражу со взломомъ, субъектъ долженъ не только совершить взломъ, но и приступить къ выполненію похищенія имущества; при кражѣ съ влѣзаніемъ, онъ долженъ не только влѣзть въ домъ,

но и сдѣлать попытку похитить чужую вещь ¹⁾. Въ видѣ основаній этого взгляда приводятъ различные доводы. Такъ, нѣкоторые утверждаютъ, что выполненіе перваго изъ двухъ дѣяній сложнаго преступленія не удовлетворяетъ признакамъ покушенія—это дѣяніе не начинается исполненія преступленія ²⁾; изъ него нельзя распознать свойствъ умысла виновнаго ³⁾. Другіе находятъ, что это дѣяніе не можетъ быть относимо къ области покушенія потому, что оно отличается всѣми чертами приготовления къ преступленію: подобно приготовленію, это дѣяніе не стоитъ въ связи съ преступленіемъ ⁴⁾; также какъ и приготовленіе, оно не характеризуетъ собою свойствъ предполагаемаго преступленія, будучи способнымъ предшествовать любому изъ нихъ ⁵⁾. Наконецъ, третьи полагаютъ, что разбираемья дѣянія не могутъ быть признаны покушеніемъ на сложное преступленіе потому, что этимъ дѣйствіямъ законъ не придаетъ значенія преступленій и онъ считаетъ ихъ только усиливающими отвѣтственность обстоятельствами ⁶⁾.

Однако, большинство криминалистовъ придерживается противоположнаго мнѣнія и полагаетъ, что уже и реализація признаковъ перваго изъ дѣйствій сложнаго преступленія составляетъ покушеніе на него ⁷⁾. Доводы этого направленія прямо противоположны по содержанію аргументамъ предшествующаго направленія: сторонники этого взгляда усматриваютъ въ изу-

¹⁾ Cohn, s. 640, 641.

²⁾ Rossi, *Traité de droit pénal*, II, 1872, p. 117; Chauveau-Hélie, I, p. 389; Laborde, p. 67.

³⁾ Buri, *Causalität*, s. 126; Kohler, *Studien*, I, s. 18, 19.

⁴⁾ Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, I, 1854, p. 96.

⁵⁾ Rossi, II, p. 117; Trébutien, I, p. 96; Chauveau-Hélie, I, p. 389; *Champ-communal*, p. 55, 56; Hälschner, *System*, I, s. 192; Спасовичъ, стр. 134.

⁶⁾ Carnot, *Commentaire sur le code pénal*, I, 1823, p. 15; Chauveau-Hélie, I, p. 389; Mittermaier, *GS*, XI, 1859, s. 225.

⁷⁾ Oppenhoff, *Stgb*, 1896, s. 93, 95; Hahn, *Stgb*, s. 45; Merkel, *Lrb*, s. 122; Hälschner, II, s. 333, 553; Binding, *Normen*, I, s. 375; Binding, *Lrb*, I, s. 10; II, s. 248; Meyer, *Lrb*, s. 207; Meyer-Allfeld, s. 173; Beling, *Verbrechen*, s. 253, 384; Eichheim, s. 137; Häberlin, *GS*, XVI, 1864, s. 222; Olshausen, s. 157; Senf, *GS*, B. 67, 1905, s. 309—311; Finger, *Lrb*, I, s. 314; Liszt, *Lrb*, s. 533; Frank, s. 184, 185; Garçon, *Code*, I, p. 20, 21; Полегаевъ, *Юр. Вѣст.* 1863, № 11, стр. 48; Будзинскій, стр. 183, 184; Таганцевъ, *Лекціи по русскому уголовному праву*, II, 1888, стр. 807; *Лекціи*, I, 1902, стр. 697; Мокринскій, III, стр. 435.

чаемомъ дѣяніи (признаки покушенія и возражаютъ противъ приравненія его къ приготовительнымъ дѣйствіямъ.

Первое дѣйствіе входитъ въ составъ сложнаго преступленія ¹⁾, оно составляетъ собою часть преступленія ²⁾ и потому нельзя отрицать за актомъ, выполняющимъ его, характеръ покушенія. Реализація этого дѣйствія начинается собою выполнение преступленія ³⁾. Это дѣйствіе заслуживаетъ имени покушенія потому, что оно подозрительно ⁴⁾; субъектъ, его предпринимающій, обнаруживаетъ достаточную энергію преступной воли ⁵⁾; неправильно относить это дѣйствіе къ приготовленію потому, что оно представляетъ собою актъ сосѣдній съ преступленіемъ и соприкасающійся съ нимъ ⁶⁾; потому, что оно тѣсно связано съ преступленіемъ (напр., при кражѣ) ⁷⁾. Нѣтъ никакого основанія относить разсматриваемое дѣяніе къ приготовленію въ тѣхъ случаяхъ, когда ясно, что виновный при помощи его только и могъ учинить одно преступленіе ⁸⁾.

Наконецъ, третья группа криминалистовъ полагаетъ, что случаямъ этого рода нельзя дать общаго рѣшенія и что въ однихъ случаяхъ выполнение перваго дѣянія означаетъ собою покушеніе на преступленіе, а въ другихъ—нѣтъ. При этомъ, одни ученые ставятъ рѣшеніе этого вопроса въ томъ или иномъ смыслѣ въ зависимость отъ того, заключаетъ ли въ себѣ первое дѣяніе посягательство на главное благо или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ, напр., при кражѣ со взломомъ, первое дѣяніе составляетъ покушеніе, во второмъ, напр., при подлогѣ германскаго типа,—нѣтъ ⁹⁾. Другіе придаютъ рѣшающее значеніе законной формулировкѣ перваго дѣянія: если законъ упоминая объ этомъ дѣяніи, указываетъ, что юридическое значеніе имѣетъ именно реализація субъектомъ соответствующей дѣятельности, напр., при кражѣ со взломомъ, то реализація перваго дѣйствія должна

¹⁾ Кистяковскій, стр. 176.

²⁾ Villey, p. 90; Gallet, p. 190; Schwarze, Commentar, s. 148; Meyer, Anfang, s. 29, 39; Merkel, НН, III, s. 685, 801.

³⁾ Häberlin, GS, XXIV, 1872, s. 267; Haus, I, p. 318.

⁴⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, О покушеніи, стр. 87.

⁵⁾ Орловъ, стр. 96.

⁶⁾ Bertauld, p. 212.

⁷⁾ Ortolan, p. 422, 423; Blanche, I, p. 16, 27; Lainé, p. 115, 116; Garraud, I, p. 378, 379; Garraud, Précis de droit criminel, 1907, p. 143, 144.

⁸⁾ Lacoïnta, Rev. Crit. XXIII, 1863, p. 447; Prins, p. 144.

⁹⁾ Baumgarten, s. 415, 440.

быть признана покушеніемъ на преступленіе; если же законъ, упоминая о дѣятельности лица, придаетъ рѣшающее значеніе не самой дѣятельности лица, а ея продукту—извѣстному состоянію или положенію лица, напр., фактъ засады при убійствѣ,—то реализація подлежащей дѣятельности не составляетъ покушенія на преступленіе ¹⁾.

Вдумываясь въ существо выдвинутыхъ литературою доводовъ въ пользу того или иного рѣшенія интересующаго насъ вопроса, слѣдуетъ сказать, что доводы, состоящіе въ указаніи на соотвѣтствіе или несоотвѣтствіе разсматриваемыхъ дѣяній признакамъ покушенія или приготовленія, не могутъ быть признаны убѣдительными, въ виду несостоятельности тѣхъ формулъ покушенія, на которыя эти доводы опираются. Единственно заслуживающими вниманія должны быть признаны соображенія, исходящія изъ оцѣнки юридическаго значенія перваго дѣянія въ составѣ сложныхъ преступленій. Такимъ соображеніемъ и является ссылка на то, что первое дѣяніе при сложныхъ преступленіяхъ (напр., взломъ при кражѣ), представляетъ собою не наказуемое дѣяніе, а только усиливающее вину обстоятельство, и что, слѣдовательно, реализація ихъ не подходитъ подъ понятіе о выполненіи преступленія, что составляетъ необходимое условіе покушенія. Однако, ближайшее изслѣдованія этого довода раскрываетъ его полную несостоятельность.

Въ самомъ дѣлѣ, отсутствіе у перваго акта сложнаго преступленія характера самостоятельнаго преступленія могло бы служить основаніемъ къ отрицанію за реализацію этого акта значенія покушенія въ томъ только случаѣ, если бы покушеніемъ являлись одни только дѣйствія, воплощающія въ себѣ всѣ признаки преступнаго дѣянія: совершеніе перваго акта сложнаго преступленія, дѣйствительно, можетъ не воплощать въ себѣ всѣхъ признаковъ преступленія. Но, какъ мы знаемъ, покушеніе должно воплощать въ себѣ не всѣ, а часть признаковъ преступленія, и потому вопросъ касается только того, можетъ ли первое дѣяніе быть признано элементомъ сложнаго преступленія или нѣтъ. На это надо дать безусловно утвердительный отвѣтъ, такъ какъ всѣ явленія, реализація или наличность которыхъ необходима для бытія преступленія, должны считаться элементами его состава.

¹⁾ Таганцевъ. Курсъ II. стр. 165; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 173.

Итакъ, первый актъ сложнаго преступленія составляетъ элементъ послѣдняго. А если такъ, то и реализація этого акта должна быть признана покушеніемъ на сложное преступленіе въ виду того, что это дѣйствіе удовлетворяетъ всѣмъ признакамъ реализаціи части признаковъ преступнаго умысла ¹⁾. Это положеніе нашло себѣ признаніе и въ судебной практикѣ. Такъ, германскій рейхсгерихтъ въ цѣломъ рядѣ своихъ рѣшеній призналъ, что если покушеніе и должно воплощать въ себѣ признаки, относящіеся къ законному понятію о преступленіи, то вовсе не требуется, чтобы оно заключало въ себѣ начало реализаціи всѣхъ соотвѣтствующихъ признаковъ; покушеніе имѣется налицо и въ случаѣ, когда субъектъ реализовалъ какой-либо одинъ изъ признаковъ преступленія. За покушеніе отвѣчаетъ также и лицо, выполнившее только первое дѣйствіе изъ входящихъ въ составъ сложнаго преступленія ²⁾. Аналогично рѣшаетъ этотъ вопросъ и наша судебная практика, признающая взломъ хранилища съ цѣлью кражи ³⁾ и влѣзаніе на стѣну, съ цѣлью похищенія вещи ⁴⁾, покушеніемъ на квалифицированную кражу

¹⁾ При обсужденіи юридической природы нѣкоторыхъ преступленій иногда можетъ и оказаться сомнительнымъ, отличаются ли они сложнымъ или простымъ характеромъ. Такъ, напр., въ случаѣ убійства изъ засады на первый взглядъ можетъ показаться, что составъ преступленія здѣсь состоитъ изъ двухъ дѣяній, ухода въ засаду и лишенія жизни. Однако, такой выводъ былъ бы черезчуръ поспѣшнымъ, и по справедливому замѣчанію нѣкоторыхъ нашихъ криминалистовъ (Таганцевъ. Курсъ II. стр. 165; Бѣлогриць - Котляревскій, стр. 173), необходимо различать случаи, въ которыхъ законъ считаетъ условіемъ наказуемости одного дѣянія предварительную *реализацію другого дѣянія*, и случаи, въ которыхъ условіемъ наказуемости дѣянія признается извѣстное состояніе субъекта, какъ *продуктъ* дѣятельности лица. Только въ первомъ случаѣ реализація дополнительно упоминаемой закономъ дѣятельности является покушеніемъ на преступленіе, ибо только въ этомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло со сложнымъ преступленіемъ въ техническомъ смыслѣ. Вопросъ о томъ, какое юридическое значеніе имѣетъ упоминаемая закономъ дополнительная дѣятельность, можетъ быть разрѣшенъ только путемъ толкованія отдѣльныхъ статей закона. Что касается засады, то всѣ наши криминалисты признаютъ ее не за дѣятельность, а за продуктъ дѣятельности субъекта (Таганцевъ. Курсъ II. стр. 165. Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 173; Колоколовъ, стр. 69; Сергѣевскій, стр. 286; Познышевъ, стр. 351).

²⁾ Rg. 2 Okt. 1882 (E, VII, s. 55, 56); 18 Okt. 1882 (E, VII, s. 120); 15 Okt. 1883 (E, IX, s. 86); 9 Nov 1885 (E, XIII, s. 42, 43).

³⁾ Касс. рѣш. 67/447, Жучкова; 68/568, Юхонова.

⁴⁾ Касс. рѣш. 71/889, Коновалова.

въ виду того, что эти дѣйствія образуютъ собою законные элементы преступленія ¹⁾

Таково рѣшеніе вопроса о минимальномъ составѣ покушенія на сложныя преступленія. Это рѣшеніе даетъ намъ руководящую нить для разрѣшенія другой проблемы, имѣющей весьма важное значеніе въ области ученія о покушеніи, но еще не успѣвшей привлечь къ себѣ должнаго вниманія, — вопроса о кругѣ распространенія въ правѣ сложныхъ преступленій. Современная доктрина разумѣетъ подъ сложными преступленіями тѣ только преступленія, двуактная природа которыхъ явственно обрисована въ самомъ законѣ. Но не существуетъ ли такихъ сложныхъ преступленій, двуактная природа которыхъ можетъ быть обнаружена только путемъ догматическаго анализа законнаго состава преступленія? Должно ли, напр., убійство непременно носить характеръ одноактнаго преступленія, или же это преступленіе, эвентуально, можетъ обладать и формою двуактнаго преступленія? Такъ, напр., въ случаѣ, когда убійство выражается въ видѣ пристрѣливанія жертвы, какіе акты виновнаго относятся къ составу преступленія лишенія жизни, а какіе — къ области приготовления къ этому преступленію? Въ частности, какую квалификацію, въ этомъ случаѣ, должны мы дать дѣйствию прицѣливанія изъ ружья?

Вопросъ объ юридической природѣ акта прицѣливанія изъ ружья при убійствѣ, имѣющій громадное значеніе въ области ученія о покушеніи, уже неоднократно возбуждался въ литературѣ уголовного права. Криминалисты высказываются въ пользу признанія его составнымъ элементомъ убійства, и прицѣливаніе изъ ружья, съ цѣлью лишенія жизни кого-либо подводится ими подъ понятіе о покушеніи на убійство ²⁾. При этомъ одни относятъ прицѣливаніе къ составу убійства безъ приведенія

¹⁾ Но нельзя согласиться съ сенатомъ, что проникновеніе въ ночное время въ ригу, съ цѣлью похищенія лошади, является покушеніемъ на кражу. Это дѣяніе не реализуетъ части преступнаго умысла, ибо проникновеніе въ ригу безъ особыхъ осложняющихъ обстоятельствъ не признается нашимъ закономъ условіемъ, квалифицирующимъ кражу. Ссылка сената на касс. рѣш. 71/889, Коновалова не основательна, ибо въ этомъ рѣшеніи идетъ рѣчь о попыткѣ перелѣзть черезъ заборъ, изъ за котораго были видны кожи, т. е., о покушеніи на сложное преступленіе, предусмотрѣнное ст. 1659 п. 3 улож. о нак.

²⁾ Meyer, Anfang, s. 31.

тому какихъ-либо оснований ¹⁾, другіе полагають, что такая квалифікація этого акта вытекаетъ изъ существа преслѣдуемой виновнымъ цѣли, объединяющей прицѣливаніе и нажатіе курка ружья въ одно дѣйствіе ²⁾, третьи,—что прицѣливаніе и нажатіе курка представляются составными частями одного и того же фізіологически одинаго дѣйствія ³⁾, четвертые,—что уже прицѣливаніе представляется опаснымъ для жизни другого лица ⁴⁾. Однако, эти приемы аргументаціи малоубѣдительны. Единство преслѣдуемой виновнымъ цѣли, при предпріятіи отдѣльныхъ актовъ, не можетъ возводить этихъ актовъ на степень одинаго дѣйствія, ибо въ противоположномъ случаѣ, пришлось бы отнести и приготовительныя дѣйствія къ составу преступленія. Съ другой стороны, прицѣливаніе и нажатіе курка вовсе не сливаются въ понятіе фізіологически одинаго дѣйствія, и, исходя изъ этого понятія, намъ не удастся обосновать единства соотвѣтственной дѣятельности человѣка. Наконецъ, реквизитъ опасности, какъ мы знаемъ, вовсе не представляется существеннымъ для покушенія.

По нашему убѣжденію, актъ прицѣливанія изъ ружья представляетъ собою несомнѣнную часть акта реализаціи убійства посредствомъ выстрѣла изъ ружья, но въ силу совершенно отличныхъ отъ приводимыхъ въ литературѣ соображеній. Опредѣляя составъ умышленнаго лишенія жизни, какъ убійство, законъ требуетъ, чтобы актъ виновнаго выразился въ дѣйствіи, причиняющемъ смерть другого лица. Убійство, по общему признанію криминалистовъ, представляетъ собою умышленное причиненіе смерти другого лица. Умышленное причиненіе явленій происходитъ въ формѣ примѣненія средствъ, т. е. путемъ введенія въ обстановку такихъ явленій, которыя согласно ожиданію лица, могутъ стать факторами возникновенія желательнаго

¹⁾ Zachariae, I, s. 202; Geib, II, s. 299, 300; Wächter, s. 207; Geyer, GS, XVIII, 1866, s. 54; Bar, Versuch, s. 12; Bar, Gesetz, II, s. 506; Häberlin, GS, XXIV, 1872, s. 259; Buri, Causalität, s. 121; Herbst, I, s. 92, 93; Rosenberg, Z, XX, 1900, s. 687; Meyer-Allfeld, s. 173; Finger, Versuch, s. 51; Schoetensack, Verbrechenversuch, s. 410; Garraud, I, p. 381; Laborde, p. 69; Gallet, p. 150 rem. 21, 188; Платоновъ, Ж. Ю. О. 1898, № 8, стр. 69; Пусторослевъ, стр. 365; Познышевъ, стр. 355.

²⁾ Oetker, Z, XVII, 1897, s. 66; Loesch, s. 31.

³⁾ Horn, Z, XX, 1900, s. 321, 322, 329, 331.

⁴⁾ Sent, GS, B. 67, s. 318.

результата. Подъ дѣйствіемъ, причиняющемъ смерть, слѣдовательно, надо разумѣть актъ примѣненія смертоноснаго средства. Отсюда ясно, что и обликъ дѣйствія убійства опредѣляется формою акта, примѣняющаго смертоносное средство и что всѣ дѣйствія, относящіяся къ примѣненію этого средства, относятся, вмѣстѣ съ тѣмъ, и къ составу убійства.

Обращаясь къ разсмотрѣнію формы строенія различныхъ видовъ убійства, мы убѣждаемся, что она стоитъ въ тѣсной зависимости отъ свойствъ примѣняемаго виновнымъ средства. Большинство средствъ реализаціи убійства носить настолько элементарный характеръ, что для примѣненія ихъ, достаточно совершить одно только дѣйствіе, напр., ударить кинжаломъ, дубиною и пр. Но въ ряду смертоносныхъ средствъ существуютъ и такія, которыя отличаются болѣе сложнымъ характеромъ, и представляютъ собою сложные аппараты, пользование которыми (примѣненіе ихъ въ качествѣ средствъ) предполагаетъ совершеніе виновнымъ нѣсколькихъ дѣйствій. Дѣйствіе убійства, какъ примѣненія смертоноснаго аппарата—средства этого рода, въ послѣднемъ случаѣ, оказывается состоящимъ изъ нѣсколькихъ актовъ, и соответствующіе виды убійства должны быть относимы къ категоріи сложныхъ преступленій.

Подобнымъ сложнымъ характеромъ отличается преступленіе убійства и въ специально интересующемъ насъ случаѣ. Ружье, въ качествѣ смертоноснаго средства, именно и представляетъ собою такой аппаратъ, правильное функціонированіе котораго требуетъ отъ виновнаго реализаціи двухъ дѣйствій: прицѣливанія и нажатія курка. Отсюда, прицѣливаніе, какъ элементъ дѣятельности виновнаго по примѣненію смертоноснаго средства, должно быть признано составною частью убійства, а прицѣливаніе въ челоуѣка съ цѣлью убить его, не сопровождавшееся нажатіемъ курка и оставшееся безъ результата,—покушеніемъ на убійство ¹⁾.

Эти соображенія управомочиваютъ насъ на слѣдующее заключеніе: преступленіе должно признаваться сложнымъ, не-

¹⁾ Однако, къ составу убійства относятся только тѣ дѣйствія челоуѣка, которыя опредѣляютъ собою направленіе дѣйствія смертоноснаго аппарата. Дѣйствія, обеспечивающія аппарату самую способность функціонировать, напр., заряденіе ружья и пр., представляютъ собою приготовительныя къ убійству дѣйствія. Управление лошадью входитъ въ понятіе о верховой ѣздѣ, но кормленіе лошади сюда не относится.

смотря на формулировку его закономъ, какъ единого дѣянія въ тѣхъ случаяхъ, когда необходимо учиненіе нѣсколькихъ актовъ для приведенія въ дѣйствіе аппарата, примѣннаго субъектомъ, въ качествѣ средства реализаціи преступленія.

§ 22. Покушеніе и неполнота состава преступленія.

Итакъ, покушеніе на преступленіе представляетъ собою реализацію части преступнаго умысла и внѣшняя сторона этого дѣйствія, воплощая въ себѣ часть признаковъ умысла, оставляетъ остальные признаки его безъ воспроизведенія. Теперь спрашивается, имѣетъ ли какое либо юридическое значеніе содержаніе воспроизведенной и невоспроизведенной частей умысла или нѣтъ? Иными словами, существуютъ ли такіе признаки умысла, которые и въ случаѣ принятія дѣйствіемъ виновнаго формы покушенія должны непременно обладать реальнымъ бытіемъ или же такихъ признаковъ не имѣется и дѣйствіе носить характеръ покушенія во всѣхъ случаяхъ, когда дѣяніе виновнаго воспроизводитъ въ себѣ не всѣ признаки преступнаго умысла, а только часть ихъ? Рѣшеніемъ этого вопроса и занимается доктрина уголовного права при установленіи отношенія между покушеніемъ и неполнотою состава преступленія (Mangel am Tatbestand).

Знакомясь съ возрѣніями литературы по данному вопросу, мы убѣждаемся, что большинство криминалистовъ склонно проводить рѣзкое различіе между подлежащими юридическими категоріями. По взгляду большинства ученыхъ, покушеніе всегда характеризуется неполнотою реализаціи признаковъ состава преступленія, но далеко не всякая неполнота реализаціи признаковъ преступленія можетъ быть признана покушеніемъ на преступленіе. Для того, чтобы могла быть рѣчь о покушеніи, необходима наличность опредѣленныхъ признаковъ преступленія, признаковъ, составляющихъ *essentialia* всякаго наказуемаго дѣянія, безотносительно къ тому, представляется ли оно оконченнымъ преступленіемъ или покушеніемъ, и при отсутствіи реального существованія этихъ признаковъ, имѣется налицо юридически безразличное дѣяніе за отсутствіемъ полноты признаковъ наказуемыхъ дѣяній. Однако, отдѣльные ученые существенно расходятся между собою, какъ при опредѣленіи области объективно необходимыхъ признаковъ наказуемыхъ дѣяній,

такъ и при доказательствѣ юридической необходимости объективнаго существованія этихъ признаковъ.

Такъ, что касается области объективно-необходимыхъ признаковъ наказуемыхъ дѣяній, то нѣкоторые ученые относятъ къ ней только особыя юридически необходимыя свойства субъекта преступления. Если извѣстное дѣяніе почитается преступнымъ только въ случаѣ учиненія его опредѣленнымъ субъектомъ (напр., должностнымъ лицомъ, опекуномъ и т. д.), то реальная наличность этого обстоятельства составляетъ необходимое условіе наличности не только состава оконченнаго преступления, но и состава покушенія. Поэтому, лицо, учинившее актъ, соотвѣтствующій всѣмъ признакамъ дѣйствія, лежащаго въ основѣ должностнаго преступления, въ ошибочномъ убѣжденіи, что оно представляетъ собою должностное лицо, не можетъ быть признано отвѣтственнымъ за покушеніе на это преступленіе, хотя въ этомъ случаѣ и недостаетъ только одного изъ признаковъ состава оконченнаго должностнаго преступления. Дѣйствіе, совершенное неподлежащимъ субъектомъ, представляетъ собою не покушеніе, а юридически безразличное дѣяніе ¹⁾.

Другіе ученые относятъ къ группѣ объективно-необходимыхъ признаковъ наказуемыхъ дѣяній одинъ только объектъ преступнаго воздѣйствія, требуя для уголовной отвѣтственности виновнаго, чтобы объектъ его преступнаго воздѣйствія обладалъ предусмотрѣнными закономъ признаками. Такъ, напр., объектомъ кражи является только чужая вещь, и подъ понятіе объ объектѣ этого дѣянія не можетъ быть подводиима собственная вещь виновнаго, по ошибкѣ принятая имъ за чужую. То же должно быть сказано и о покушеніи, такъ какъ составъ покушенія долженъ быть разсматриваемъ въ связи съ составомъ отдѣльныхъ преступленій. Всякое покушеніе должно воспроизводить тѣ же признаки, что и оконченное преступленіе, за исключеніемъ результата. Коль скоро недостаетъ одного изъ подлежащихъ признаковъ, то нѣтъ покушенія, а дѣяніе являетъ форму неполноты состава преступления ²⁾.

Третьи относятъ къ числу объективно-необходимыхъ при-

¹⁾ Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 39; Bar, Gesetz, II, s. 535; Germann, s. 168, 169; Wintritz, s. 102; Tuozzi, Corso di dritto penale, I. 1899, p. 173.

²⁾ Klee, s. 26; Langenbach, s. 54, 79; Stienen, Versuch und Schuld, Z, XXXIV, 1912, s. 463, 468.

знаковъ наказуемыхъ дѣяній оба вышеприведенные реквизиата преступленія и ставятъ условіемъ отвѣтственности за покушеніе реальную наличность юридически годныхъ субъекта и объекта преступленія ¹⁾).

Четвертые почитаютъ условіемъ наказуемости дѣянія не только объективное существованіе предусмотрѣнныхъ закономъ субъекта и объекта преступленія, но и объективную наличность предусматриваемой закономъ формы дѣйствія. Такъ, напр., если законъ для состава преступленія требуетъ примѣненія веществъ, способныхъ причинить разстройство здоровья, то объективная наличность этихъ свойствъ потребна не только для состава оконченнаго преступленія, но и для состава покушенія. Точно такъ же необходима для отвѣтственности виновника покушенія на тяжкую кражу подлинная фальшивость примѣненныхъ имъ ключей, такъ что въ случаѣ примѣненія имъ настоящаго ключа, принятаго по ошибкѣ за ключъ фальшивый не можетъ быть рѣчи о покушеніи на тяжкую кражу ²⁾).

Пятая категорія криминалистовъ ничего не говоритъ о значеніи субъекта преступленія, какъ объективно—необходимаго реквизиата наказуемыхъ дѣяній, но зато относитъ къ области этихъ реквизиатовъ не только объектъ преступленія и юридически существенную форму преступнаго дѣйствія, но и предусматриваемыя закономъ обстоятельства мѣста и времени совершенія преступленія. По взгляду этихъ криминалистовъ, недостатокъ послѣднихъ элементовъ также вліяетъ роковымъ образомъ на наказуемость дѣяній и отсутствіе ихъ обусловливаетъ собою не принятіе дѣяніемъ формы покушенія, а принятіе имъ формы юридически безразличнаго акта. Отсюда, напр., богохуленіе, учиненное не въ публичномъ мѣстѣ, какъ того требуетъ законъ, не становится покушеніемъ на богохуленіе, а утрачиваетъ характеръ преступнаго дѣянія ³⁾).

Наконецъ, шестая группа ученыхъ признаетъ объективно—необходимыми элементами наказуемыхъ дѣяній субъекта и объектъ преступленія, юридически существенную форму пре-

¹⁾ Frank, s. 164, 253, 254, 268.

²⁾ Cohn, s. 436; Hagemann, Der Versuch bei Mangel des Objekts, GA, XXXII, 1884, s. 238, 239; Kroschel, GS, XLI, 1889, s. 287; Kroschel, Straflosgigkeit des Versuchs am untauglichen Object, GS, XLIII, 1890, s. 225, 226.

³⁾ Таганцевъ, Курсъ, II. стр. 162, 163; Лекціи. I. стр. 696, 697; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 172, 173.

ступнаго дѣйствія и юридически существенныя условія мѣста и времени реализаціи преступленія ¹⁾).

По взгляду вышеприведенныхъ ученыхъ признаки состава преступленія раздѣляются на двѣ, рѣзко отличныя одна отъ другой, группы: одни изъ этихъ признаковъ безусловно необходимы для состава наказуемаго дѣянія, а другіе могутъ и отсутствовать въ этомъ составѣ. Но существуютъ криминалисты, которые ни за однимъ изъ признаковъ преступленія не признаютъ объективно необходимаго характера и находятъ возможнымъ говорить о наказуемомъ дѣянїи при отсутствїи любого изъ признаковъ преступленія. Именно, нѣкоторые ученые утверждаютъ, что составъ покушенія имѣется налицо, несмотря на отсутствіе годнаго объекта преступнаго воздѣйствія, въ томъ случаѣ, когда можно было предполагать наличность подобнаго объекта, въ моментъ предпринятія преступнаго дѣйствія ²⁾, другіе идутъ еще дальше и утверждаютъ, что наличность основательныхъ данныхъ къ допущенію реального бытія признаковъ преступленія можетъ компенсировать собою дѣйствительное существованіе не только объекта преступленія, но и наличность юридически годнаго его субъекта. По послѣднемъ взгляду, лицо, не являющееся подданнымъ даннаго государства, всетаки можетъ совершить покушеніе на уклоненіе отъ отбытія повинности въ послѣднемъ, коль скоро оно имѣло основаніе полагать, что оно дѣйствительно состоитъ подданнымъ этого государства, когда, напр., оказалось, что, помимо вѣдома его, оно не было включено въ списки подданныхъ подлежащаго государства и т. п. ³⁾.

Такимъ образомъ, знакомство съ литературою уголовного права раскрываетъ значительное разнообразіе воззрѣній ученыхъ на существо объективно—необходимыхъ признаковъ наказуемыхъ дѣянїй. Теперь нужно обратиться къ вопросу объ осно-

¹⁾ Kohn, s. 5, 6, 50, 51; Beling, Verbrechen, s. 330, 331; Dohna, Der Mangel am Tatbestand, s. 52, 53.

²⁾ Kriegsmann, s. 41, 42.

³⁾ Rohland, s. 99, 113. Въ настоящее время насъ интересуетъ то отношеніе между представленіями виновнаго и дѣйствительностью, которое должно существовать при покушенїи, или степень юридически необходимой реализаціи умысла. Поэтому мы оставляемъ въ сторонѣ мнѣніе, котораго, говоря о неполнотѣ состава преступленія, имѣеть въ виду отсутствіе у дѣйствующаго лица преступнаго умысла. (Köstlin, System, I, s. 231, 232). О значенїи подобной неполноты состава преступленія была рѣчь уже выше: мы видели, что она представляетъ собою, такъ наз. мнимое преступленіе.

ваніяхъ различнаго значенія признаковъ наказуемыхъ дѣяній и установить причину, въ силу которой одни признаки наказуемыхъ дѣяній должны носить непремѣнно объективный характеръ а другіе могутъ быть не только объективными, но и субъективными, представляемыми, явленіями. Разборъ литературы показываетъ, что и эта проблема встрѣчаетъ къ себѣ весьма различное отношеніе со стороны науки уголовного права.

Такъ, нѣкоторые криминалисты, раздѣляя признаки наказуемыхъ дѣяній на объективно-необходимые и субъективно-необходимые ихъ элементы, оставляютъ это подраздѣленіе безъ всякаго обоснованія, какъ бы подразумѣвая юридическую основательность выдвигаемаго ими положенія ¹⁾. Однако, подобный приѣмъ не можетъ быть признанъ правильнымъ и примѣненіе его способно привести къ произволу при опредѣленіи границъ между покушеніемъ и неполнымъ воспроизведеніемъ состава преступления и мы должны рѣшить вопросъ о томъ, почему одни признаки преступления могутъ быть выводимы изъ умысла, а другіе должны быть непремѣнно выводимы изъ внѣшней стороны преступления ²⁾. Понятно, поэтому, что и въ литературѣ уголовного права обыкновенно приводятся различные доводы въ пользу того, что извѣстные признаки преступления должны обладать реальнымъ характеромъ не только при оконченомъ преступленіи, но и въ случаѣ покушенія на преступленіе. Многіе изъ этихъ доводовъ намъ уже знакомы изъ предыдущаго и состоятъ въ ссылкѣ ученыхъ на выработанную ими формулу покушенія: нѣкоторые криминалисты утверждаютъ, что неполнота состава преступления не удовлетворяетъ понятію о покушеніи. Этотъ доводъ выражается въ различныхъ формахъ, варьируясь, сообразно съ различіемъ отдѣльныхъ формулъ покушенія.

Такъ, по взгляду однихъ ученыхъ, дѣйствіе, заключающее въ себѣ неполную реализацію состава преступления не составляетъ звена въ цѣпи, ведущей къ окончанію преступления ³⁾, по взгляду другихъ, оно не заключаетъ въ себѣ возможности реализаціи всѣхъ признаковъ преступления ⁴⁾; по взгляду третьихъ, это дѣяніе, не производитъ того впечатлѣнія на гражданъ, ко-

¹⁾ Таганцевъ, Курсъ. II. стр. 162, 163; Лекціи, I, стр. 696, 697; Ger-
mann, s. 168, 169.

²⁾ Celichowski, s. 75.

³⁾ Geyer, Z, I, 1881, s. 52.

⁴⁾ Rohland, s. 99, 113.

торое обусловливаетъ собою наказуемость покушенія ¹⁾; по взгляду четвертыхъ, при предпріятіи этого дѣянія не можетъ быть распознана наличность необходимыхъ для состава преступленія элементовъ ²⁾. По взгляду пятыхъ, разбираемое дѣянiе ненаказуемо потому, что оно не заключаетъ въ себѣ потенциальной причинности. Для покушенія, по ихъ взгляду, необходимо, чтобы въ дѣйстви лица воплотилась потенциальная причинность, а неполнота состава охватываетъ собою все, что лежитъ внѣ сферы этого понятія, и обнимаетъ, какъ дѣйствія, не создающія возможности образованія причинной связи, такъ и дѣйствія, претворяющія эту возможность въ дѣйствительность, не давая, однако, полной реализаціи признаковъ соотвѣтствующаго преступленія ³⁾. Неправильность этихъ доводовъ вытекаетъ изъ несостоятельности, служащихъ имъ основою формулъ покушенія; на разборѣ ихъ здѣсь нѣтъ нужды останавливаться.

По мнѣнію другой группы криминалистовъ, случаи, въ которыхъ дѣянiе совершается лицомъ, не обладающимъ требуемыми закономъ качествами субъекта преступленія, должно быть признаваемо не покушеніемъ, а безразличнымъ дѣянiемъ, такъ какъ въ этомъ случаѣ недостаетъ требуемаго закономъ признака преступленія ⁴⁾. Но противъ этого надо возразить, что при всякомъ покушеніи недостаетъ какого либо необходимаго для оконченнаго преступленія признака и, для обоснованія своего мнѣнія авторы разсужденія должны были бы показать, чѣмъ разсматриваемый случай неполноты состава преступленія отличается отъ покушенія. А этого они не сдѣлали...

Дальнѣйшая группа криминалистовъ, противопоставляя покушенію неполное воспроизведеніе состава преступленія, приводитъ въ основаніе своего взгляда спеціальные доводы. Такъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ изъ нихъ, необходимость различенія этихъ понятій обусловливается тѣмъ, что при покушеніи имѣется налицо незаконченное дѣянiе, а при неполномъ воспроизведеніи состава преступленія, дѣянiе оконченное. Такъ, напр., при посягательствѣ на негодный объектъ, при ударѣ вмѣсто живого человѣка по трупу,

¹⁾ Bar, Gesetz, II, s. 535.

²⁾ Kriegsmann, s. 41, 42.

³⁾ Cohn, s. 436.

⁴⁾ Tuozzi, I, p. 173.

виновный, конечно, не достигает своей цѣли, но онъ заканчиваетъ, тѣмъ не менѣе, то дѣяніе, которое онъ имѣлъ въ виду исполнить, совершаетъ всѣ тѣ тѣлодвиженія, которыя онъ хотѣлъ выполнить. Оконченное дѣяніе не можетъ быть покушеніемъ. Отсюда и неполное воспроизведеніе признаковъ состава преступленія должно быть рѣзко отличаемо отъ покушенія ¹⁾. Это воззрѣніе упускаетъ изъ виду, что дѣяніе становится законченнымъ съ юридической точки зрѣнія лишь съ момента воплощенія въ немъ всѣхъ признаковъ преступленія и если дѣяніе не заключаетъ въ себѣ всѣхъ этихъ признаковъ, то оно должно быть признано покушеніемъ, совершенно безотносительно къ тому, получили ли фактическіе его элементы большое или малое развитіе. Понятіе о покушеніи также независимо отъ понятія о фактическомъ дѣйствіи, какъ и понятіе объ оконченномъ преступленіи ²⁾ и очень часто дѣяніе, оконченное съ фактической стороны, съ юридической стороны представляется только покушеніемъ ³⁾.

Болѣе глубоко смотрятъ на интересующую насъ задачу криминалисты, пытающіеся обосновать различіе между покушеніемъ и неполнотою состава преступленія, исходя изъ различія психическихъ элементовъ преступленія. Въ составѣ умышленной виновности, думаютъ они, необходимо различать намѣреніе или волю и представленіе или психическіе образы явленій, сопровождающихъ реализацію дѣйствія. Содержаніе воли охватываетъ собою признаки дѣйствія преступленія, всѣ же остальные его признаки охватываются репрезентативными элементами умысла. Полная реализація воли, намѣренія, необходима только для состава оконченнаго преступленія, но для состава покушенія она несущественна. Полная же реализація репрезентативныхъ элементовъ умысла образуетъ непремѣнное условіе состава всѣхъ наказуемыхъ дѣяній, безотносительно, выразились ли они въ формѣ оконченнаго преступленія или покушенія. Отсюда, покушеніемъ можетъ быть признано только дѣйствіе, которое, не заключая въ себѣ воспроизведенія всѣхъ волимыхъ элементовъ умысла, осуществляетъ всѣ представляемые его элементы.

¹⁾ Kohn, s. 11 ff.; Frank, s. 253; Stienen, Z, XXXIV, 1912, s. 488.

²⁾ Kriegsmann, s. 9, 10.

³⁾ Zucker, Ein Schlusswort zur Lehre vom untauglichen Versuch, GA, XXXVII, s. 275.

Коль скоро дѣйствіе, удовлетворяя первому условію, не удовлетворяетъ второму — не заключаетъ въ себѣ воплощенія всѣхъ представляемыхъ элементовъ преступленія, оно является не покушеніемъ, а неполнымъ воспроизведеніемъ состава преступленія или юридически безразличнымъ окончаннымъ дѣяніемъ ¹⁾).

Покушеніе, замѣчаютъ другіе сторонники этого взгляда, представляетъ собою разновидность дѣйствія, т. е. акта проявленія челоуѣческой воли. Отсюда ясно, что, въ сферѣ покушенія, подъ умысломъ слѣдуетъ разумѣть только волю и что принятіе актомъ формы покушенія обусловливается заблужденіемъ виновнаго относительно формы реализуемаго имъ дѣйствія. Правда, умысль не исчерпывается этою волею къ дѣйствію; онѣ охватываетъ собою и представленіе о тѣхъ признакахъ, которые сообщаютъ дѣянію уголовноюридическое значеніе. Но эти признаки, сопровождаящіе дѣйствіе, никогда не бываютъ волимыми. Это различіе совершенно ясно при объективномъ изслѣдованіи вопроса. Если возможно, что кто-либо пытается (проявляетъ рѣшеніе) похитить чужую движимую вещь, изнасиловать свою собственную дочь, дать другому яду, то совершенно немислима попытка (проявленіе воли), направленная на то, чтобы похищенная вещь была чужой, изнасилованная женщина—дочерью дѣйствующаго лица, данное вещество—ядомъ. Предметомъ желанія можетъ быть только нѣчто будущее, но не прошедшее или настоящее. Мы желаемъ только то, что почитаемъ возможнымъ въ будущемъ, но не то, что уже неотвратимо существуетъ въ настоящемъ. Но чего нельзя желать, того нельзя и пытаться воспроизвести. Покушеніемъ можетъ быть признана только неполная реализація волимыхъ элементовъ умысла,—неполное осуществленіе дѣйствія, лежащаго въ основѣ преступленія,—неполная же реализація сопровождающихъ преступное дѣяніе признаковъ представляетъ собою оконченное юридически безразличное дѣяніе ²⁾.

По поводу этого ученія необходимо замѣтить, что предлагаемое имъ разграниченіе элементовъ умысла совершенно произвольно. Анализъ содержанія умысла, дѣйствительно, показы-

¹⁾ Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 37—39; Kroschel, GS, XLIII, 1890, s. 220; Klee, s. 26; Schoen, s. 12.

²⁾ Dohna, Mangel, s. 46, 47.

васть, что нѣкоторые изъ элементовъ его и представляемы и волимы, а другіе только представляемы; но границы между этими элементами умысла непостоянны, зависятъ отъ цѣлаго ряда конкретныхъ обстоятельствъ, и соотвѣтственное различіе совершенно игнорируется закономъ, который, требуя, чтобы виновный сознательно приступилъ къ воспроизведенію состава преступленія, вовсе не требуетъ, чтобы извѣстная группа признаковъ преступленія была именно волима субъектомъ. Далѣе, слѣдуетъ признать безусловно неправильнымъ утвержденіе, что изъ всѣхъ элементовъ преступленія волимо только дѣйствіе, а качество средствъ, качество объекта и др. не волимы. Это неправильно потому, что поскольку рѣчь идетъ о явленіи, порождаемомъ при реализаціи преступленія, виновнымъ, оказывается волимымъ все соотвѣтственное явленіе, какъ таковое, а не какіе-либо отдѣльные его элементы. При убійствѣ, виновный желаетъ реализаціи акта, причиняющаго смерть, а не удара кинжаломъ, при оскорбленіи—пощечины, а не взмаха рукой. Поэтому, касаясь этой сферы элементовъ, приходится признать, что ни одинъ изъ нихъ въ частности не волимъ или, наоборотъ, что всѣ они въ своей совокупности волимы.

Сторонники разсматриваемаго ученія пытаются избѣжать этого вывода путемъ установленія различія между существующими и имѣющими возникнуть элементами преступленій, и признанія волимыми только второй группы признаковъ преступленій. Но и это утвержденіе основывается на недоразумѣніи. Ближайшее изслѣдованіе вопроса раскрываетъ намъ полную несостоятельность дѣленія элементовъ преступленія на элементы, существующіе до предпріятія дѣйствія, и элементы, возникающіе въ процессѣ реализаціи его.

Подъ элементами преступленія можно разумѣть двоякаго рода явленія. Съ одной стороны, элементами дѣйствія можно называть тѣ процессы, совокупность которыхъ представляетъ дѣйствіе и которые являютъ собою измѣненіе существа или положенія различныхъ явленій, напр., при убійствѣ—движеніе руки, ударъ кинжаломъ, смерть человѣка. Съ другой стороны, элементами дѣйствія можно называть не тѣ измѣненія явленій, совокупность которыхъ образуетъ дѣйствіе, а самыя явленія, измѣняющіяся при реализаціи дѣйствія, напр., при убійствѣ, можно говорить о рукѣ, наносящей ударъ, о кинжалѣ, поражающемъ человѣка, о человѣкѣ, умирающемъ отъ раны и т. п. Въ

первомъ случаѣ, подъ элементами дѣйствія мы разумѣемъ подлинныя составныя его части; во второмъ—предположенія возникновенія частей преступленія, такъ сказать, матеріаль образованія. Обѣ точки зрѣнія на элементы дѣйствія равно допустимы, но, конечно, нужно избѣгать ихъ смѣшенія: нельзя говорить объ одномъ элементѣ преступленія, какъ о составной его части, а о другомъ—какъ о матеріаль образованія частей преступленія.

Обращаясь къ ходячему ученію объ элементахъ преступленія, мы убѣждаемся, что указанное требованіе далеко не соблюдается въ нашей наукѣ. Говоря объ элементахъ преступленія, криминалисты разумѣютъ въ однихъ случаяхъ именно составную часть преступленія, а въ другихъ—матеріаль этой части. Причиной такой непослѣдовательности оказываются практическо-дидактическія соображенія. Тамъ, гдѣ составная часть преступленія оказывается настолько простою, что въ детальномъ ея анализѣ не представляется надобности, криминалисты прямо заносятъ эту часть въ рубрику элементовъ преступленій. Напротивъ, въ случаяхъ, когда характеръ процесса, образующаго часть преступленія, представляется сложнымъ и, въ особенности, когда эта сложность обусловливается строеніемъ того явленія, изменение котораго образуетъ эту часть преступленія, криминалисты переносятъ главное свое вниманіе на матеріаль соотвѣтственной части преступленія, который и возводится ими на степень элемента преступленія. Такъ, дѣйствіе, въ смыслѣ тѣлодвиженія, въ виду его элементарной структуры, относится наукою къ числу элементовъ преступленія по первому признаку, а объектъ преступленія и иногда средства преступленія, въ виду ихъ болѣе сложнаго строенія, относятся къ числу элементовъ преступленія по второму признаку.

Такъ какъ дѣленіе преступленія на элементы служитъ, главнымъ образомъ, цѣлямъ удобства изложенія ученія о составѣ преступленія, то непослѣдовательность его концепціи проходитъ обыкновенно безслѣдною и не искажаетъ содержанія научныхъ положеній. Но дѣло получаетъ совсѣмъ иной оборотъ, когда это дѣленіе принимается за исходный пунктъ разнаго рода догматическихъ разсужденій. Въ этомъ случаѣ, ошибочность исходнаго положенія должна неизбѣжно приводить и къ ложнымъ выводамъ. Нельзя признавать элементъ преступленія, въ смыслѣ составной его части, явленіемъ тождественнымъ съ элементомъ

преступленія, въ смыслѣ матеріала образованія этой части, не падая въ грубое заблужденіе.

Между тѣмъ, разбираемое ученіе именно и дѣлаетъ этотъ промахъ. Въ составѣ преступленія оно различаетъ элементы: дѣйствіе, въ смыслѣ тѣлодвиженія, средства реализаціи преступленія и объектъ его, совершенно не замѣчая, что первый элементъ представляетъ собою составную часть преступленія, а вторые два—матеріаль для образованія составныхъ частей преступленія. Отсюда неправильна и даваемая имъ характеристика значенія этихъ явленій. Всякій элементъ преступленія, какъ составная часть дѣйствія, представляется чѣмъ-то будущимъ и волимымъ—тѣлодвиженіе, ударъ кинжаломъ и смерть человѣка,—и, наоборотъ, въ качествѣ матеріала образованія составной части дѣйствія, всякій элементъ дѣйствія представляется чѣмъ-то наличнымъ и не волимымъ, а допускаемымъ—рука человѣка, кинжалъ и человѣкъ, какъ живое существо. Неправильность этого ученія вытекаетъ изъ неправильнаго пониманія имъ существа элементовъ преступленія.

Но, вообще говоря, неправильно отрицать возможность желательности какихъ-либо явленій настоящаго. Въ случаяхъ необезпеченности извѣстнаго полезнаго для людей положенія вещей, вполне возможно желаніе сохранить его въ прежнемъ видѣ. Это желаніе нужно строго отличать отъ нежеланія перемѣны соотвѣтственной обстановки, и было бы неправильно сводить его къ нежеланію чего-либо будущаго. Это желаніе, конечно, можетъ имѣть мѣсто и при совершеніи преступленія, напр., желаніе, чтобы жертва не покинула удобнаго для совершенія преступленія мѣста, но оно не относится къ области умысла, который оказывается направленнымъ, именно, на реализацію будущаго.

Знакомство съ вышеприведенною особенностью современнаго ученія объ элементахъ преступленія позволяетъ намъ дать правильную оцѣнку и другой попытки обоснованія различія между покушеніемъ и неполнымъ воспроизведеніемъ признаковъ преступленія. По мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, необходимость различенія этихъ понятій обусловливается юридическою природою состава покушенія. Законодатель помѣщаетъ составъ покушенія въ общей части только съ цѣлью избѣжать излишнихъ повтореній въ особенной части, и уразумѣніе существа покушенія можетъ быть достигнуто только при условіи приведенія формулы

покушенія въ соотношеніе съ составами оконченныхъ преступленій ¹⁾. А сопоставленіе этихъ понятій показываетъ, что при покушеніи должны быть налицо всѣ тѣ же признаки, что и при оконченномъ преступленіи, за исключеніемъ одного только результата дѣянія. Поэтому въ случаѣ, когда въ дѣйствиі отсутствуетъ не результатъ, а какой-либо другой признакъ преступленія, оно должно быть признано не покушеніемъ, а дѣвствіемъ, являющимъ неполную реализацію состава преступленія ²⁾. Покушеніемъ можетъ быть признано только то неполное воспроизведеніе состава преступленія, въ которомъ недостаетъ реализаціи конца состава преступленія; другіе виды неполной реализаціи преступленія являютъ фигуру неполноты состава преступленія въ тѣсномъ смыслѣ ³⁾.

Сообразно съ этимъ, представители разсматриваемаго взгляда относятъ къ покушенію тѣ только случаи неоконченной преступной дѣятельности, въ которыхъ совершенное субъектомъ дѣвствіе не имѣло никакого результата; въ тѣхъ же случаяхъ, въ которыхъ это дѣвствіе имѣло результатъ, напр., оказало воздѣвствіе на какой-либо объектъ, они отказываются квалифицировать неоконченную преступную дѣятельность, какъ покушеніе, и признаютъ ее юридически безразличнымъ явленіемъ или неполною реализаціею признаковъ преступленія.

Изъ изложеннаго видно, что основною идеей этого ученія является противопоставленіе случаевъ отсутствія результата дѣянія случаямъ отсутствія годнаго объекта преступленія. Для правильной оцѣнки этого ученія, необходимо прежде всего установить тотъ смыслъ, въ которомъ можно вообще говорить о результатѣ дѣянія. Должны ли мы признавать результатомъ дѣянія всякое вызванное имъ послѣдствіе или же подъ результатомъ въ этомъ случаѣ надо разумѣть только то послѣдствіе исполнительнаго дѣвствія, которое отвѣчаетъ предусмтрѣннымъ закономъ признакамъ?

Мы думаемъ, что о результатѣ въ этомъ случаѣ можно говорить единственно въ смыслѣ предусмтрѣннаго закономъ результата, такъ какъ только этотъ результатъ можетъ вліять на квалификацію дѣянія, въ томъ смыслѣ, что присутствіе его

¹⁾ Langenbach, s. 23, 24.

²⁾ Langenbach, s. 54.

³⁾ Beling, Verbrechen, s. 329.

обусловливаетъ собою принятіе дѣяніемъ формы оконченнаго преступленія, а отсутствіе его сообщаетъ дѣянію характеръ покушенія. Сверхъ того, разсуждая иначе, намъ пришлось бы отрицать характеръ покушенія и за дѣяніями, случайно вызвавшими какое-либо послѣдствіе (напр. виновный замахнулся съ цѣлью поразить свою жертву, но послѣдняя увернулась, и виновный, не успѣвъ удержать руки, ударилъ самъ себя по ногамъ или разбилъ какой либо принадлежащій ему предметъ), т. е. приходитъ къ явно нелѣпому выводу. Но если подъ результатомъ нужно разумѣть результатъ въ юридическомъ смыслѣ или юридически существенное послѣдствіе преступленія, то невозможно противопоставить отсутствіе этого результата отсутствію объекта преступленія, такъ какъ изъ сдѣланнаго нами выше анализа признаковъ преступленія ясно, что результатъ преступленія и его объектъ представляютъ собою не двѣ различныхъ явленія, а двѣ различныя фазы, два различныя положенія одного и того же явленія. Говоря объ объектѣ преступленія, мы имѣемъ въ виду явленіе, которое служитъ матеріаломъ возникновенія результата преступленія, въ томъ смыслѣ, что видоизмѣненіе этого явленія обозначаетъ собою результатъ преступленія; говоря о результатѣ преступленія, мы имѣемъ въ виду видоизмѣненіе того явленія, которое характеризуется какъ объектъ преступленія. Разумѣя результатъ въ этомъ смыслѣ, мы приходимъ къ убѣжденію въ невозможности противопоставленія его объекту преступленія, такъ какъ отсутствіе результата оказывается, вмѣстѣ съ тѣмъ, и отсутствіемъ объекта преступленія и, наоборотъ, присутствіе результата *ex hypothesi* предполагаетъ и наличность объекта преступленія. Отсюда, если даже понимать законную формулу покушенія въ томъ смыслѣ, какъ намъ предлагаютъ авторы разбираемаго ученія, и считать, что законъ настаиваетъ на необходимости отсутствія результата при покушеніи, то невозможно утверждать, что это положеніе закона заключаетъ въ себѣ *implicite* требованіе наличности при покушеніи всѣхъ остальныхъ элементовъ преступленія и, въ частности, его объекта. Разъ результатъ преступленія возможенъ только при условіи наличности объекта преступленія, то и постулатъ отсутствія результата не только не доказываетъ необходимости наличности объекта, а наоборотъ, свидѣтельствуетъ о возможности отсутствія этого объекта при покушеніи. Можно съ увѣренностью сказать, что отсутствіе результата преступленія

весьма часто именно и обуславливается тѣмъ, что совершаемое субъектомъ дѣяніе не затрагиваетъ намѣченного имъ объекта преступленія и, слѣдовательно, бываетъ связаннымъ съ отсутствіемъ этого объекта.

Наконецъ, существуетъ взглядъ, по которому объективно-необходимыми признаками наказуемыхъ дѣяній являются только условія наказуемости дѣяній, но не условія ихъ противоправности; обстоятельства, обуславливающія противоправность дѣяній, могутъ присутствовать только въ сознаніи виновнаго и отсутствіе реального воплощенія ихъ обуславливаетъ собою не неполноту состава преступленія, а покушеніе на преступленіе. Основаніе этого заключается въ томъ, что условія наказуемости дѣяній—вмѣняемость субъекта и пр.,—имѣютъ юридическое значеніе, совершенно безотносительно, были ли они охвачены умысломъ виновнаго или нѣтъ; условія же противоправности, при умышленныхъ дѣяніяхъ, непременно должны охватываться умысломъ виновнаго. Отсюда выводъ: отсутствіе признаковъ, не находящихся себѣ отображенія въ юридическомъ содержаніи умысла, обуславливаетъ собою неполноту состава преступленія, отсутствіе признаковъ, находящихся себѣ отображеніе въ этомъ сознаніи,—покушеніе на преступленіе ¹⁾.

Несостоятельность этого мнѣнія видна изъ того, что и условія мѣста и времени учиненія преступленія, представляютъ собою элементы преступленія, непременно охватываемые юридическимъ содержаніемъ умысла и тѣмъ не менѣе, отсутствіе этихъ элементовъ обуславливаетъ собою не покушеніе, а неполноту состава преступленія. Если дѣяніе карается только при условіи совершенія его въ церкви, то субъектъ долженъ сознавать, что ареною его преступной дѣятельности является церковь, но совершеніе имъ подлежащаго дѣянія въ помѣщеніи, не отвѣчающемъ понятію о церкви, представляетъ собою не покушеніе, а неполное воспроизведеніе состава преступленія.

Изъ изложеннаго видно, что ни одной изъ литературныхъ попытокъ обосновать дѣленіе признаковъ наказуемыхъ дѣяній на объективно-необходимые и субъективно-необходимые не удалось разрѣшить этой задачи. Это обстоятельство вызвало у многихъ криминалистовъ скептическое отношеніе къ соотвѣтственному дѣленію элементовъ преступленія и побудило ихъ признать,

¹⁾ Schüler, Der Mangel am Tatbestand, 1914, s. 84, 85, 64.

что всё признаки преступленія носятъ только субъективно-необходимый характеръ, и что виновный можетъ быть подвергнутъ наказанію за покушеніе во всѣхъ случаяхъ, когда въ реализованномъ имъ дѣйствіи недостаетъ одного изъ признаковъ состава преступленія, въ чемъ бы этотъ признакъ ни заключался, коль скоро виновный рассчитывалъ на возникновеніе этого признака ¹⁾. При этомъ, нѣкоторые специально оговариваются, что подобнымъ, предполагаемымъ, но объективно отсутствующимъ признакомъ можетъ быть не только юридически существенная форма дѣйствія или объектъ преступнаго воздѣйствія, но и юридически необходимыя качества субъекта преступленія, — характеръ субъекта, какъ должностнаго лица, какъ опекуна и т. п. ²⁾. Однако, и это рѣшеніе вопроса вызываетъ справедливыя возраженія. Проводя послѣдовательно этотъ взглядъ, пришлось бы признать, что право, формулируя составъ покушенія, отказывается отъ тѣхъ общихъ принциповъ опредѣленія уголовной отвѣтственности, которые имъ же самимъ устанавливаются въ другихъ положеніяхъ общей части. Руководясь вышеприведеннымъ положеніемъ, мы приходимъ къ выводу, что и невмѣняемый (напр., малолѣтній), реализовавшій преступленіе въ убѣжденіи, что онъ удовлетворяетъ признакамъ вмѣняемаго лица (что онъ достигъ соответственнаго возраста и т. п.), долженъ быть подвергнутъ отвѣтственности за покушеніе на преступленіе ³⁾.

По нашему убѣжденію, при рѣшеніи вопроса о томъ, какіе признаки носятъ характеръ объективно-необходимыхъ элементовъ преступленія и какіе являются его субъективно-необходимыми признаками, нужно исходить, какъ и при опредѣленіи существа покушенія, изъ анализа законной формулы этого понятія. Для пониманія этой формулы, необходимо имѣть въ виду, что признаки преступленія раздѣляются на двѣ группы. Одни изъ этихъ признаковъ существуютъ въ качествѣ реальныхъ явленій еще до реализаціи преступленія и юридическое ихъ значеніе сводится лишь къ тому, что они входятъ въ отношеніе сосуществованія съ процессомъ становленія дѣйствія. Другіе признаки, напротивъ, до реализаціи преступленія, существуютъ

¹⁾ Fabian, s. 29; Begründung, I, s. 289; Baeuchle, s. 57.

²⁾ Delaquis, s. 118, 119, 187; Roever, s. 58; Rudert, s. 51—53.

³⁾ Ср. Frank, s. 164; Germann, s. 168, 169; Schüler, s. 64.

лишь въ качествѣ представляемыхъ явленій и пріобрѣтають характеръ явленій реальныхъ лишь въ моментъ осуществленія преступленія и реализація этихъ признаковъ и образуетъ собою процессъ становленія преступленія. Первую группу признаковъ мы назовемъ невыполнимыми признаками преступленія, вторую—выполнимыми его признаками. Различеніе этихъ признаковъ и даетъ намъ ключъ къ уразумѣнію отличія неполноты состава преступленія отъ покушенія на преступленіе.

Какъ видно изъ предыдущаго, какъ неполнота состава преступленія, такъ и покушеніе, характеризуются отсутствіемъ извѣстныхъ признаковъ преступнаго дѣянія. Опираясь на предложенное выше дѣленіе признаковъ преступленія, можно утверждать, что это отсутствіе можетъ выражаться въ двухъ формахъ и принимать или форму отсутствія какого либо изъ невыполнимыхъ признаковъ преступленія, или форму отсутствія какого либо изъ выполнимыхъ его признаковъ. При этомъ ясно, что при отсутствіи особыхъ постановленій, обѣ формы неполноты состава преступленія оказываютъ одинаковое разрушительное вліяніе на юридическое значеніе содѣяннаго и какъ отсутствіе одного изъ невыполнимыхъ признаковъ, такъ и отсутствіе одного изъ выполнимыхъ признаковъ лишаетъ насъ возможности признавать дѣйствіе наказуемымъ дѣяніемъ. Только особое указаніе закона, что дѣяніе субъекта подвергается наказанію, несмотря на отсутствіе въ немъ нѣкоторыхъ изъ признаковъ состава преступленія, даетъ намъ право придавать юридическое значеніе и дѣяніямъ, воплощающимъ въ себѣ только часть признаковъ преступленія. Но, конечно, соотвѣтственное указаніе закона сохраняетъ силу только въ отношеніи отсутствія тѣхъ признаковъ преступленія, которому оно спеціально посвящается и изъ того, что отсутствіе одной категоріи признаковъ преступленія не лишаетъ дѣйствія характера наказуемаго дѣянія, нельзя заключать, что и отсутствіе другой категоріи признаковъ преступленія имѣетъ тотъ же юридическій эффектъ.

Эти соображенія необходимо имѣть въ виду и при толкованіи интересующаго насъ правового положенія—законной формулы покушенія на преступленіе. Анализируя эту формулу, необходимо помнить, что предусматривая отсутствіе извѣстныхъ признаковъ, она парализуетъ разрушительную силу отсутствія тѣхъ только признаковъ, которые ею именно предусматриваются и распространять провозглашаемый ею юридическій принципъ

на случаи отсутствія другихъ признаковъ было бы совершенно недопустимымъ. Вопросъ заключается только въ томъ, какіе именно признаки преступленія могутъ отсутствовать при наказуемыхъ дѣяніяхъ, въ силу существованія особыхъ нормъ, предусматривающихъ наказуемость покушенія. Принадлежатъ ли эти признаки къ категоріи выполнимыхъ или невыполнимыхъ признаковъ преступленія или же они принадлежатъ какъ къ той, такъ и къ другой категоріямъ этихъ признаковъ?

Анализъ законной формулы покушенія показываетъ, что при покушеніи могутъ отсутствовать только однородные признаки преступленія и что эти признаки всегда носятъ выполнимый характеръ. Отступая отъ своего обычнаго требованія полноты признаковъ преступленія, уголовное право, при формулировкѣ состава покушенія, дѣлаетъ это отступленіе не въ отношеніи обѣихъ категорій признаковъ преступленія, а только въ отношеніи выполнимыхъ его признаковъ. Опредѣленіе покушенія какъ начала исполненія преступленія, ничего не говоритъ объ отсутствіи невыполнимыхъ признаковъ преступленія и не уполномочиваетъ насъ на его допущеніе, но она прямо признаетъ, что при покушеніи можетъ быть налицо только часть выполнимыхъ признаковъ, т. е. часть тѣхъ признаковъ, которые могутъ исполняться и послѣдовательное возникновеніе которыхъ и образуетъ собою исполненіе или становленіе преступленія.

Резюмируя вышесказанное, мы приходимъ къ тому выводу, что объективно-необходимыми признаками преступленія слѣдуетъ признавать только невыполнимые его признаки. Выполнимые признаки преступленія носятъ только субъективно-необходимый характеръ и для наличности состава наказуемаго дѣянія достаточно, чтобы они существовали только въ воображеніи виновнаго. Покушеніемъ слѣдуетъ признавать неполное воспроизведеніе выполнимыхъ признаковъ преступленія, при наличности всѣхъ невыполнимыхъ его признаковъ; неполнымъ воспроизведеніемъ состава преступленія—отсутствіе одного или нѣсколькихъ невыполнимыхъ признаковъ преступленія, при полномъ или неполномъ воспроизведеніи выполнимыхъ его признаковъ.

Обращаясь къ рѣшенію вопроса о томъ, какіе именно признаки преступленія носятъ невыполнимый и какіе выполнимый характеръ, слѣдуетъ замѣтить, что къ первой категоріи надо относить юридически необходимыя свойства субъекта преступле-

нія, юридически необходимыя условія мѣста учиненія преступленія и юридически необходимыя условія времени совершенія преступленія. Вмѣняемость субъекта, качество его, какъ должно-стнаго лица; церковь, какъ мѣсто учиненія преступленія, ночь, какъ время его реализаціи, суть такіе реквизи́ты преступленія, которые должны быть налицо въ моментъ совершенія дѣянія субъектомъ и не могутъ быть имъ реализованы. Напротивъ, остальные элементы преступленія, именно, признаки дѣйствія, лежащаго въ основѣ преступленія, принадлежатъ къ числу выполнимыхъ элементовъ преступленія; въ моментъ предпринятія преступленія эти элементы носятъ представляемый характеръ и пріобрѣтаютъ реальное бытіе лишь по мѣрѣ реализаціи преступленія. Существо элементовъ этой группы нуждается въ нѣкоторомъ дополнительномъ освѣщеніи.

Какъ было показано выше, современная литература различаетъ среди элементовъ преступнаго дѣйствія три главныя группы признаковъ: 1) дѣйствіе, въ смыслѣ тѣлодвиженія; 2) средства совершенія преступленія и 3) объектъ преступленія. Подобное дѣленіе элементовъ преступнаго дѣйствія легко можетъ вызвать сомнѣніе въ возможности отнесенія ихъ къ одной и той же рубрицѣ выполнимыхъ признаковъ преступленія и можетъ показаться, что если тѣлодвиженіе и представляетъ собою въ дѣйствительности выполнимый признакъ преступленія, то средства реализаціи преступленія и объектъ послѣдняго должны быть признаны невыполнимыми элементами состава преступленія. Для устраненія этого сомнѣнія, надо напомнить уже выясненные выше пороки современнаго ученія объ элементахъ преступленійхъ т. е., характерное для него смѣшеніе матеріаловъ образованія элементовъ преступленія съ самими его элементами. Мы показали, что подлинными элементами преступленія являются не какія либо взятая сами по себѣ явленія, а видоизмѣненія извѣстныхъ явленій, напр., движеніе руки, дѣйствіе средства, видоизмѣненіе объекта, и что обычная точка зрѣнія на средство и объектъ, какъ на неподвижно существующія явленія, объясняется практическо-дидактическими соображеніями. Конечно, если бы въ ряду элементовъ преступленія фигурировалъ бы ядъ или человѣкъ, какъ таковые, то не могло бы быть рѣчи о признаніи элементовъ дѣйствія преступленія выполнимыми элементами. Но элементами преступленія (напр., убійства) является не ядъ, а дѣйствіе яда, не человѣкъ, а умираніе человѣка, т. е. такія явленія, которыя

носят выполнимый характер и возникают впервые именно въ процессѣ реализаціи дѣйствія.

Отсюда никоимъ образомъ нельзя одобрить ограниченія круга выполнимыхъ элементовъ преступнаго дѣйствія тѣлодвиженіями человѣка. Къ выполнимымъ элементамъ относятся и средство, воздѣйствующее на объектъ, и объектъ, претерпѣвающій воздѣйствіе средства. А если такъ, то и отсутствіе годнаго (по формѣ или по функціи) средства реализаціи преступления или годнаго его объекта, обусловливающее собою отсутствіе выполнения тѣхъ видоизмѣненій явленій, которыя необходимы для состава преступления, должно быть признано отсутствіемъ выполнимыхъ элементовъ преступления или такою неполнотою признаковъ состава преступления, которая обусловливаетъ собою возникновеніе фигуры покушенія на преступленіе.

Теперь спрашивается, не слѣдуетъ ли въ какомъ либо отношеніи измѣнить формулу покушенія и ввести въ нее указаніе на то, что при покушеніи недостаетъ реализаціи только выполнимыхъ признаковъ преступления, но не невыполнимыхъ его признаковъ? На это надо дать отрицательный отвѣтъ. Формула покушенія, какъ реализаціи части преступнаго умысла, касается только выполнимыхъ признаковъ (терминъ реализація предполагаетъ предшествующее небытіе признаковъ) и она утверждаетъ, съ одной стороны, наличность реализаціи нѣкоторыхъ выполнимыхъ признаковъ умысла и, съ другой, отсутствіе реализаціи остальныхъ выполнимыхъ признаковъ умысла. Факта отсутствія невыполнимыхъ признаковъ умысла (преступленія) при покушеніи, эта формула вовсе не утверждаетъ. Что же касается положительной оговорки о необходимости существованія невыполнимыхъ признаковъ преступления при покушеніи, то вводитъ ее въ опредѣленіе покушенія нельзя, ибо подчеркиваніе родовыхъ чертъ формъ преступности не входитъ въ задачу опредѣленія видовыхъ ея формъ, каковою является покушеніе на преступленіе.

§ 23. Виды покушенія.

Познакомившись съ общимъ понятіемъ о покушеніи на преступленіе въ современномъ правѣ, мы должны перейти къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ видовъ покушенія. При разрѣшеніи этой задачи, мы будемъ придерживаться того же метода изученія,

что и ранѣе: о видахъ покушенія мы будемъ судить исключительно съ догматической точки зрѣнія и будемъ признавать законными только тѣ подраздѣленія покушенія, которыя нашли себѣ выраженіе въ дѣйствующемъ правѣ. И вотъ, рассматривая съ этой точки зрѣнія постановленія положительнаго законодательства, можно убѣдиться, что оно различаетъ покушенія только смотря по строенію внѣшней стороны лежащаго въ основѣ ихъ акта поведенія. На разсмотрѣніи этого дѣленія покушеній, мы теперь и должны остановиться.

Изслѣдуя составы отдѣльныхъ преступленій, замѣчаетъ большинство криминалистовъ, можно убѣдиться въ существованіи слѣдующаго различія въ ихъ формулировкѣ. Въ то время, какъ для состава однихъ преступленій оказывается достаточнымъ выполненіе извѣстнаго акта человѣческаго поведенія, для состава другихъ, необходимо не только, чтобы виновный совершилъ извѣстное дѣйствіе, но и чтобы подлежащее дѣйствіе вызвало извѣстное послѣдствіе. Первыя преступленія извѣстны въ наукѣ уголовного права подъ названіемъ формальныхъ преступленій, вторыя—подъ названіемъ преступленій^x матеріальныхъ. Это различіе въ составѣ оконченныхъ преступленій обуславливаетъ собою и различіе въ составѣ покушеній на подлежащія преступленія. Какъ справедливо замѣчено въ наукѣ ¹⁾, при преступленіяхъ перваго рода, покушеніе можетъ выражаться только въ формѣ неполной реализаціи того дѣйствія, которое лежитъ въ основѣ формальнаго преступленія; полная реализація этого дѣйствія означаетъ собою въ этихъ случаяхъ уже совершеніе оконченнаго преступленія. Напротивъ, покушеніе на матеріальное преступленіе можетъ выразиться какъ въ формѣ неполной реализаціи преступнаго дѣйствія, такъ и въ полной реализаціи этого дѣйствія, при условіи безрезультатнаго исхода послѣдняго. И вотъ, существованіе подобнаго различія въ строеніи покушеній на матеріальное преступленіе даетъ основаніе къ проведенію различія между неоконченнымъ^x покушеніемъ,

¹⁾ Таганцевъ, Курсь, II, стр. 191; Кистяковскій, стр. 182; Чебышевъ-Дмитріевъ, О покушеніи стр. 133; Zachariae, II, s. 27; Bauer, Abhandlungen, I, s. 331; Schwarze, NH, II, s. 282; Geib, II, s. 302; Garraud, Précis, p. 148, 149; Garraud, I, p. 387—389; Champcommunal, p. 57; Degois, p. 150; Tuozzi, I, p. 172; Manzini, II, p. 388, 389; Longo, Commento al codice penale italiano, I, 1911, p. 273; Finger, I. s. 308.

неполною реализацію исполнительнаго дѣйствія—и оконченнымъ покушеніемъ—полною реализацію исполнительнаго дѣйствія.

Такимъ образомъ, согласно господствующему мнѣнію, дѣленіе покушенія на оконченное и неоконченное возможно только при матеріальныхъ преступленіяхъ. Но въ литературѣ уголовного права существуетъ и другое мнѣніе, полагающее, что это дѣленіе можетъ быть проведено и при формальныхъ преступленіяхъ. И дѣйствительно, если разумѣть подъ покушеніемъ дѣяніе, предпринятое съ намѣреніемъ реализовать всѣ признаки состава преступления, но не успѣвшее воплотить въ себѣ всѣхъ его элементовъ, то легко понять, что и при реализаціи формальнаго преступления виновный можетъ совершить всѣ необходимыя для выполненія преступления дѣйствія, а послѣднее не произойдетъ. Выполняя кражу, виновный можетъ похитить свою собственную вещь въ убѣжденіи, что она принадлежитъ другому лицу; выполняя прелюбодѣяніе, виновный можетъ имѣть половое общеніе со своею женою, воображая, что онъ имѣетъ дѣло съ чужою женою и т. п. Нѣкоторые криминалисты полагаютъ, что въ подобныхъ случаяхъ имѣется полное основаніе говорить объ оконченномъ покушеніи ¹⁾, и, сообразно съ этимъ, оконченное покушеніе опредѣляется ими какъ покушеніе, выразившееся въ совершеніи акта выполненія преступления, но не приведшее къ осуществленію всѣхъ признаковъ состава преступления и, въ особенности, не причинившее преступнаго результата ²⁾.

Вдумавшись въ существо этого замѣчанія, нетрудно обнаружить его несостоятельность. Въ приведенныхъ примѣрахъ рѣчь идетъ не о формальныхъ, а о матеріальныхъ преступленіяхъ и вѣрить въ способность ихъ поколебать господствующій взглядъ на область распространенія понятія объ оконченномъ покушеніи можно только по недоразумѣнію. Что же касается утвержденія, что объ оконченномъ покушеніи можно говорить и тогда, когда субъектъ выполнилъ все преступное дѣйствіе, а составъ преступления не получилъ полной реализаціи, вслѣдствіе отсутствія иныхъ его реквизитовъ, то ошибочность его вытекаетъ изъ сдѣланныхъ выше замѣчаній о неполнотѣ состава преступления. При формальныхъ преступленіяхъ, въ случаѣ реализаціи субъектомъ

¹⁾ Goldschmidt, Die Lehre vom unbeeidigten und beendigten Versuch, 1895, s. 58. Anm. 9.

²⁾ Liszt, Lrb, s. 209.

всего исполнительнаго дѣйствія, составъ оконченнаго преступленія можетъ отсутствовать только вслѣдствіе небытія какихъ либо невыполнимыхъ признаковъ преступления (качествъ субъекта, времени или мѣста дѣйствія и т. д.). Но въ этомъ случаѣ, нельзя говорить и о покушеніи, это—типическій случай неполноты состава преступления.

Такимъ образомъ, въ зависимости отъ объема дѣятельности виновнаго, совершенное имъ покушеніе носитъ оконченный или неоконченный характеръ. Противъ подобной терминологіи часто возражаютъ, указывая на ея крайнюю неточность. И дѣйствительно, если и нельзя согласиться съ тѣмъ соображеніемъ, что покушеніе, попытка, означаетъ нѣчто недовершенное и потому прибавка къ нему эпитета «оконченное» является противорѣчіемъ ¹⁾, то, во всякомъ случаѣ справедливо обратное замѣчаніе, указывающее, что покушеніе, въ качествѣ начала исполненія, представляетъ собою всегда полный составъ покушенія, и потому покушеніе является всегда оконченнымъ покушеніемъ ²⁾. Правильнѣе было бы въ этомъ случаѣ различать покушеніе, выражающееся въ формѣ неоконченнаго исполнительнаго дѣйствія, и покушеніе, выражающееся въ формѣ оконченнаго исполнительнаго дѣйствія, какъ предлагаютъ нѣкоторые ³⁾, но, въ виду общей распространенности дѣленія покушенія на неоконченное и неоконченное, мы будемъ придерживаться прежней терминологіи.

Обращаясь къ разсмотрѣнію специально оконченнаго покушенія, легко усмотрѣть, что дѣятельность виновнаго можетъ вылиться въ форму этого покушенія въ силу двоякаго рода причинъ. Съ одной стороны, совершенное виновнымъ дѣйствіе можетъ остаться безрезультатнымъ, по независящимъ отъ воли виновнаго причинамъ; съ другой стороны, оно можетъ оказаться безрезультатнымъ, вслѣдствіе воли виновнаго, въ виду измѣненія имъ своего первоначальнаго намѣренія и добровольнаго предотвращенія преступнаго результата. Первый видъ оконченнаго покушенія извѣстенъ подъ названіемъ неудавшагося^x пре-

¹⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 194 пр. 178; Лекціи, I, стр. 710 пр. Lainé p. 113.

²⁾ Brandis, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme, 1907, s. 1.

³⁾ Brandis, s. 1.

ступленія, второй—подъ названіемъ оконченнаго покушенія въ тѣсномъ смыслѣ ¹⁾.

Обращаясь къ положительнымъ законодательствамъ, мы убѣждаемся, что дѣленіе покушенія на оконченное и неоконченное извѣстно большинству современныхъ уголовныхъ кодексовъ. При этомъ, одни изъ нихъ опредѣляютъ оконченное покушеніе, какъ неудавшееся преступленіе, другіе—какъ оконченное покушеніе въ тѣсномъ смыслѣ, и наконецъ, третьимъ извѣстны оба вида оконченнаго покушенія.

Къ первой группѣ кодексовъ относятся романскія законодательства и дѣйствующее русское право. Франц. кодексъ опредѣляетъ покушеніе какъ попытку совершить преступленіе, выразившуюся въ началѣ исполненія и прерванную или недостигшую своего результата только въ силу обстоятельствъ отъ воли виновнаго независѣвшихъ (а. 2). Такое же постановленіе заключаетъ въ себѣ и проектъ французскаго уложенія (а. 83).

При догматическомъ разборѣ этихъ постановленій закона о покушеніи, французскіе криминалисты обнаруживаютъ нѣкоторое несогласіе. Нѣкоторые изъ нихъ, признавая за оконченнымъ покушеніемъ характеръ неудавшагося преступленія, вмѣстѣ съ тѣмъ проводятъ принципиальное различіе между этимъ дѣяніемъ и неоконченнымъ покушеніемъ: неудавшееся преступленіе, думаютъ они, представляетъ собою особую форму преступности, отличную и отъ покушенія, и отъ оконченнаго преступленія ²⁾. Напротивъ, большинство криминалистовъ Франціи, въ согласіи съ закономъ, признаетъ неудавшееся преступленіе видомъ покушенія, причемъ одни особо оговариваютъ такую природу этого дѣянія ³⁾, а другіе признаютъ за нимъ соответственныя качества *implicite*, квалифицируя неудавшееся преступленіе какъ оконченное покушеніе (*tentative achevée*), въ противоположность неоконченному покушенію (*tentative inachevée*) ⁴⁾. Нѣкоторые представители французской науки пробуютъ

¹⁾ Совершенно произвольнымъ должно быть признано утвержденіе, что оконченное покушеніе можетъ имѣть форму только *delit manqué* (Hugo Meyer, *Lrb*, s. 216 Anm. 76).

²⁾ Rossi, II, p. 179; Boitard, p. 32, 33; Bertauld, p. 200; Vidal, p. 149, 155; Laborde, p. 71.

³⁾ Chauveau-Hélie, I, p. 377; Champcommunal, p. 58; Gallet, p. 218, 219 rem.

⁴⁾ Ortolan, p. 412; Villey, p. 96; Garraud, I, p. 389; Degois, p. 150. Lainé, p. 112, признаетъ это предложеніе неудачнымъ.

даже утверждать, что по французскому праву, оконченное покушение может выражаться не только въ формѣ неудавшагося преступленія, но и въ формѣ покушенія, сопровождавшагося добровольнымъ предупрежденіемъ результатовъ дѣянія со стороны виновнаго ¹⁾ Но большинство вполне основательно придерживается обратнаго мнѣнія ²⁾, такъ какъ фран. ул., вообще знаетъ одни только покушенія, не довершенныя въ силу обстоятельствъ отъ воли виновнаго независѣвшихъ. Наконецъ, нѣтъ полного согласія во французской доктринѣ и по вопросу и содержаніи актовъ неудавшагося преступленія. Одни ученые говорятъ объ этомъ видѣ покушенія въ томъ только случаѣ, когда виновный успѣваетъ реализовать всѣ исполнительныя дѣйствія ³⁾, или всѣ дѣйствія, потребныя для выполненія преступленія ⁴⁾. Другіе—когда виновный реализовалъ всѣ дѣйствія, которыя, съ его стороны, были необходимы для окончанія преступленія ⁵⁾. Третьи,—въ томъ случаѣ, когда виновный совершилъ всѣ дѣйствія, которыя онъ почиталъ необходимыми для выполненія преступленія ⁶⁾.

Къ постановленіямъ французскаго уложенія примыкаетъ бельгійскій кодексъ, который, требуя, чтобы дѣйствія виновнаго составляли начало исполненія преступленія, оговаривается, что эти дѣйствія должны или быть приостановленными, или не достигнуть результата, вслѣдствіе обстоятельствъ, отъ воли виновнаго не зависѣвшихъ (а. 51). Бельгійская доктрина признаетъ дѣяніе въ обоихъ случаяхъ покушеніемъ, и если она и высказывается въ пользу квалификаціи оконченнаго покушенія, какъ неудавшагося преступленія, то только потому, что эта характеристика представляется ей болѣе отвѣчающей точному смыслу закона ⁷⁾. Для наличности неудавшагося преступленія,

¹⁾ Lainé p. 127; Champcommunal, p. 59; Garraud, I, p. 390; Garraud, Précis, p. 147.

²⁾ Rossi, II, p. 179; Boitard, p. 32; Chauveau-Hélie, I, p. 380; Ortolan, p. 214; Bertauld, p. 200; Villey, p. 96, 97; Laborde, p. 71; Vidal, p. 155; Degois, p. 150.

³⁾ Boitard, p. 32; Ortolan, p. 412; Villey, p. 96; Laborde, p. 96; Champcommunal, p. 57.

⁴⁾ Bertauld, p. 196.

⁵⁾ Degois, p. 150.

⁶⁾ Rossi, II, p. 179; Chauveau-Hélie, I, p. 377; Lainé, p. 126; Gallet, p. 219; Vidal, p. 149, 155; Garraud, I, p. 386; Garraud, Précis, p. 147.

⁷⁾ Haus, I, p. 319, 320; Prins, p. 138.

необходимо, чтобы виновный безрезультатно совершил все, что было нужно для выполнения преступления ¹⁾. Въ составѣ неудавшагося преступления различаются акты, не приведшіе къ окончанію преступления, вопреки волѣ виновнаго, и акты, результаты которыхъ были добровольно предупреждены виновнымъ ²⁾.

Итальянское ул. посвящаетъ оконченному покушенію особую статью, постановляющую, что неудавшимся преступленіемъ признается реализація всего необходимаго для совершения преступления, оставшагося неоконченнымъ въ силу обстоятельствъ отъ воли виновнаго независѣвшихъ (а. 62) ³⁾. Что касается итальянской доктрины, то она, хотя и считаетъ неудавшееся преступленіе за особое, существенно отличное отъ понятія объ обыкновенномъ покушеніи, юридическое понятіе ⁴⁾, но, тѣмъ не менѣе, не противопоставляетъ его покушенію, а признаетъ его видомъ покушенія, и нѣкоторые криминалисты называютъ неудавшееся преступленіе оконченнымъ покушеніемъ ⁵⁾. Подобный пріемъ, конечно, заслуживаетъ полнаго одобренія, въ виду соответствія его закону, объединяющему оба вида неоконченной преступной дѣятельности въ одномъ общемъ титулѣ о покушеніи. Равнымъ образомъ, въ полномъ согласіи съ закономъ, криминалисты опредѣляютъ и существо оконченнаго покушенія, требуя для наличности его, чтобы виновный выполнилъ всѣ акты, которые были необходимы для совершения преступления ⁶⁾. Въ остальномъ, оконченное покушеніе должно удовлетворять признакамъ всякаго покушенія. Въ частности, необходимо, чтобы виновный примѣнилъ годныя для реализаціи преступления средства ⁷⁾, и чтобы покушеніе осталось безрезультатнымъ, въ силу об-

¹⁾ Haus, I, p. 320; Prins, p. 138, 139.

²⁾ Haus, I, p. 322, 330.

³⁾ Art. 62. Colui che, a fine di commettere un delitto, compie tutto cio che e necessario alla consumazione di esso, se questa non avvenga per circostanze indipendenti dalla sua volontà, è punito con la reclusione non inferiore ai venti anni, ove la pena stabilita per il delitto sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il delitto diminuita da un sesto ad un terzo.

⁴⁾ Tuozi, I, p. 169; Longo, I, p. 270.

⁵⁾ Tuozi, I, p. 168; Longo, I, p. 270.

⁶⁾ Tuozi, I, p. 170; Mecacci, Trattato di diritto penale, II, 1902, p. 29; Manzini, II, p. 388, 389; Longo, I, p. 271.

⁷⁾ Mecacci, II, p. 29; Manzini, II, p. 390; Longo, I, p. 275.

стоятельствъ отъ воли виновнаго независѣвшихъ. Нѣкоторые криминалисты спеціально оговариваются, что, въ случаѣ добровольнаго предупрежденія виновнымъ результатовъ своей дѣятельности, дѣйствіе его пріобрѣтаетъ характеръ неоконченнаго (ненаказуемаго) покушенія, такъ какъ виновный не реализуетъ въ этомъ случаѣ необходимыхъ для окончанія преступленія актовъ воздержанія ¹⁾.

Испанское ул. выдѣляетъ оконченное покушеніе въ особую статью, подѣ названіемъ неудавшагося преступленія. Этотъ кодексъ говоритъ о неудавшемся преступленіи въ тѣхъ случаяхъ, когда виновный реализовалъ всѣ исполнительныя дѣйствія, которыя должны были воспроизвести результатъ преступленія, но которыя не воспроизвели этого результата, вслѣдствіе обстоятельствъ, отъ воли виновнаго независѣвшихъ (а. 3). ²⁾. Сходную формулу предлагаетъ и португальское уложеніе, относя къ неудавшемуся преступленію случаи умышленной реализаціи субъектомъ всѣхъ исполнительныхъ дѣйствій, долженствовавшихъ воспроизвести оконченное преступленіе, но не воспроизведшихъ послѣдняго, вслѣдствіе обстоятельствъ, отъ воли виновнаго независѣвшихъ (а. 10) ³⁾.

По дѣйствующему русскому праву, оконченное покушеніе имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, «когда, при покушеніи на преступленіе, подсудимымъ сдѣлано все, что онъ считалъ нужнымъ для приведенія своего намѣренія въ исполненіе, и преднамѣренное имъ зло не совершилось только по особеннымъ, непредвидѣннымъ имъ обстоятельствомъ, или вслѣдствіе безвредности употребленныхъ средствъ». (ст. 115).

Изъ этого положенія закона можно видѣть, что оконченное покушеніе, по нашему дѣйствующему праву, никоимъ образомъ не можетъ быть признано за особую форму преступности, отличную, съ одной стороны, отъ простаго покушенія, съ другой—

¹⁾ Manzini, II, p. 390; Longo, p. 275.

²⁾ Art. 3. Son punibles, no sólo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, y sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente.

³⁾ Art. 10. Ha crime frustrado quando o agente pratica com intençaõ todos os actos de execuçaõ que deveriam produzir como resultado o crime consummado, e todavia não o produzem por circunstancias independentes da sua vontade.

отъ совершившагося или удавшагося преступленія, какъ думаютъ нѣкоторые криминалисты ¹⁾. Уложеніе разсматриваетъ оконченное покушеніе, какъ особый видъ покушенія, и не усваиваетъ ему даже особаго имени, хотя въ нашей доктринѣ ²⁾ и практикѣ ³⁾ установился обычай называть его покушеніемъ оконченнымъ, въ противоположность покушенію неоконченному или прерванному.

Покушеніе признается, по нашему праву, оконченнымъ въ томъ случаѣ, когда виновнымъ сдѣлано все, что онъ считалъ нужнымъ для приведенія своего намѣренія въ исполненіе. Наше право принимаетъ субъективный масштабъ опредѣленія потребной для оконченнаго покушенія степени развитія дѣятельности виновнаго ⁴⁾, и потому надо признать совершенно произвольнымъ утвержденіе, что оконченное покушеніе состоитъ въ совершеніи всего нужнаго для причиненія вреда ⁵⁾, или совершеніи того, что виновный могъ считать нужнымъ для этого, ⁶⁾ или наконецъ, что о подобномъ покушеніи можно говорить лишь въ случаѣ, когда преступный субъектъ сдѣлалъ все, что было необходимо и по общественному взгляду и по его собственному убѣжденію, для того, чтобы произвести преступное послѣдствіе ⁷⁾. Двѣ первыя формулы противорѣчатъ точному смыслу закона, а третья, какъ справедливо замѣчаютъ, ⁸⁾ соединяетъ въ себѣ двѣ несовмѣстимыя точки зрѣнія.

При оконченномъ покушеніи, виновный долженъ почитать совершенную имъ дѣятельность достаточной для воплощенія его умысла во внѣ. Онъ долженъ исходить изъ того взгляда, что для наступленія реализаціи преступленія, вслѣдъ за совершеніемъ соотвѣтственной дѣятельности, ему не остается ничего дѣлать. Оконченное покушеніе является видомъ покушенія, и потому совершенное виновнымъ должно представлять собою

¹⁾ Кистяковскій, стр. 182.

²⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 197; Лекціи, I, стр. 712; Калмыковъ, стр. 124; Кистяковскій, стр. 184; Пусторослевъ, стр. 378; Есиповъ, стр. 267; Сергѣевскій, стр. 333.

³⁾ Кас. рѣш. 73/600, Соколовскаго.

⁴⁾ Сергѣевскій, стр. 333; Пусторослевъ, стр. 378; Познышевъ, стр. 360.

⁵⁾ Калмыковъ, стр. 124.

⁶⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 133.

⁷⁾ Кистяковскій, стр. 181.

⁸⁾ Таганцевъ, Лекціи, I, стр. 710 пр. 2.

начало исполненія состава преступнаго дѣянія ¹⁾. Дѣйствіе виновнаго должно представлять собою осуществленіе части преступнаго умысла, а не быть только условіемъ реализаціи акта, приводящаго въ исполненіе преступный умыселъ, т. е. быть приготовленіемъ къ нему. По справедливому признанію нашей практики, дѣйствія подсудимаго, состоящія въ томъ, что онъ, съ намѣреніемъ совершить кражу, проникнулъ въ алтарь и спрятался подъ жертвенникъ, но былъ задержанъ на мѣстѣ событія посторонними людьми, не подходятъ подъ понятіе объ оконченномъ покушеніи ²⁾.

Такимъ образомъ, оконченное покушеніе, по русскому праву, характеризуется, прежде всего, объемомъ дѣятельности виновнаго. Но, на ряду съ этимъ, оно должно удовлетворять еще и другимъ признакамъ, а именно законъ придаетъ юридическое значеніе тому только оконченному покушенію, которое не повлекло за собою преступнаго результата лишь по особеннымъ, непредвидѣннымъ виновнымъ обстоятельствамъ, или вслѣдствіе безвредности употребленныхъ средствъ. Понятіе объ особенныхъ, непредвидѣнныхъ обстоятельствахъ толкуется нашею практикою крайне ограничительно. Къ этимъ обстоятельствамъ причисляются только такія, которыя зависѣли отъ особенной обстановки даннаго дѣла и наступленіе которыхъ виновный не только не предвидѣлъ, но и не могъ предвидѣть. Практика разъясняетъ, что задержаніе вора хозяиномъ лавки не можетъ быть признаваемо особымъ, не предвидѣннымъ преступникомъ обстоятельствомъ, о которомъ говоритъ законъ, ибо виновный при совершеніи кражи могъ и долженъ былъ предвидѣть, что онъ можетъ быть застигнутъ хозяиномъ лавки или кѣмъ либо изъ его домашнихъ или постороннимъ лицомъ. ³⁾ Напротивъ, подъ понятіе объ оконченномъ покушеніи подходятъ: нанесеніе съ намѣреніемъ убить раны, оказавшейся не смертельною, ⁴⁾ нанесеніе удара по головѣ, не имѣвшаго смертельнаго исхода, благодаря толстой папахѣ, бывшей на потерпѣвшемъ ⁵⁾ и др.

Такимъ образомъ, наше право признаетъ оконченнымъ такое только покушеніе, которое не вызвало результата лишь

¹⁾ Таганцевъ, Курсь, II, стр. 198.

²⁾ Кас. рѣш. 73/600, Соколовскаго.

³⁾ Кас. рѣш. 67/191, Тюркова.

⁴⁾ Кас. рѣш. 72/588, Артемьева.

⁵⁾ Кас. рѣш. 70/1524, Курбанъ-Оглы.

въ силу непредвидѣнныхъ виновнымъ обстоятельствъ. Изъ этого справедливо заключаютъ, что покушеніе не можетъ считаться оконченнымъ, коль скоро зло не воспослѣдовало, благодаря стараніямъ самого же виновнаго, хотѣвшаго предупредить наступленіе результатовъ своей дѣятельности ¹⁾.

Другимъ условіемъ остановки покушенія, возводящимъ покушеніе на степень оконченнаго покушенія, является безвредность употребленныхъ средствъ. Отсюда, напр., вполне подходитъ подъ понятіе оконченнаго покушенія дача мышьяка въ кашѣ, съ цѣлью лишить жизни, предполагая, что каша была съѣдена, и жертва преступленія подверглась болѣзненнымъ припадкамъ отравленія, такъ что зло не совершилось по обстоятельствамъ, не зависѣвшимъ отъ воли подсудимаго ²⁾. Если, однако, вполне и очевидно недѣйствительныя для совершенія преступленія средства были употреблены виновнымъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію, то онъ, въ силу спеціальнаго постановленія закона, подвергается наказанію лишь въ томъ случаѣ, когда уголовно наказуемымъ признается уже умыселъ совершить преступленіе (ст. 115, прим.; 111).

Изъ изложеннаго видно, что понятіе объ оконченномъ покушеніи по нашему праву существенно отличается отъ пониманія его на Западѣ. Вышеприведенныя романскія законодательства знаютъ два равноправныхъ вида неоконченной преступной дѣятельности, ни въ коемъ случаѣ не совпадающихъ другъ съ другомъ по содержанію. Русское же право знаетъ родовой составъ покушенія—простое покушеніе, могущее носить какъ оконченный, такъ и неоконченный характеръ,—и на ряду съ нимъ, видовой составъ покушенія, характеризующійся особыми условіями остановки—оконченное покушеніе. Отсюда, оконченное покушеніе по нашему праву должно быть признано не самостоятельной формою покушенія, а квалифицированнымъ видомъ основной формы покушенія. Если виновный, при покушеніи на преступленіе, совершилъ все, что онъ считалъ нужнымъ для приведенія своего намѣренія въ исполненіе, но преступный результатъ не наступилъ въ силу поддающихся учету обстоятельствъ, то покушеніе виновнаго носить неоконченный характеръ и права наша практика, полагающая, что если въ рѣшеніи

¹⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 198; Калмыковъ, стр. 127.

²⁾ Кас. рѣш. 70/1528, Данилова.

присяжныхъ не установлены признаки оконченнаго покушенія, то судъ долженъ признавать его неоконченнымъ и примѣнять ст. 114 ¹⁾.

Напротивъ, общею чертою нашего права и романскихъ законодательствъ является то, что оконченное покушеніе и тому и другимъ извѣстно только въ формѣ неудавшагося преступленія—delit manqué.

Разсмотрѣнная группа законодательствъ заключала въ себѣ спеціальныя постановленія объ оконченномъ покушеніи и о признакахъ послѣдняго можно было заключить непосредственно изъ текста закона. Но существуетъ другая группа законодательствъ, которая никакихъ прямыхъ указаній на юридически существенное различіе въ объемѣ покушенія не даетъ. Таково, напр., дѣйствующее германское право. При такомъ отношеніи законодательства къ понятію объ оконченномъ покушеніи, возникаетъ вопросъ, извѣстно ли вообще дѣйствующему германскому праву дѣленіе покушенія на неоконченное и оконченное, и если извѣстно, то какимъ путемъ можетъ быть опредѣлено существо этого различія? Въ литературѣ уголовного права по этому поводу были высказаны различныя взгляды.

Одни криминалисты, основываясь на отсутствіи въ герм. ул. особыхъ постановленій объ оконченномъ покушеніи, полагають, что интересующее насъ дѣленіе покушенія неизвѣстно современному германскому праву. Дѣйствующій германскій кодексъ, по ихъ мнѣнію, окончательно отбросилъ это дѣленіе покушеній ²⁾. Но съ этимъ взглядомъ нельзя согласиться. Дѣленіе покушенія на неоконченное и оконченное, съ одной стороны, можетъ оказаться независящимъ отъ постановленій положительнаго права, и потому, изъ отсутствія указаній на это дѣленіе въ уложеніи окажется неправильнымъ заключать о неизвѣстности его германскому праву. Съ другой стороны, отсутствіе прямыхъ указаній на существованіе подлежащаго дѣленія покушеній еще не исключаетъ возможности опредѣлить отношеніе къ нему законодательства; возрѣнія германскаго права на интересующій насъ вопросъ могутъ быть опредѣлены косвеннымъ путемъ, путемъ догматиче-

¹⁾ Кас. рѣш. 73/937, Лагунова.

²⁾ Schwarze, Commentar, s. 152; Hälschner, I, s. 360; Baumgarten, s. 444; Bar, Gesetz, II, s. 519.

ской обработки права. Та и другая точки зрѣнія нашли себѣ представителей въ литературѣ.

Большинство германскихъ криминалистовъ придерживается первой изъ указанныхъ точекъ зрѣнія. Дѣленіе покушенія на оконченное и неоконченное представляется имъ чѣмъ-то совершенно независящимъ отъ постановленій положительнаго права. Ссылаться на постановленія положительнаго права при проведеніи этого дѣленія представляется имъ совершенно излишнимъ и подобныхъ ссылокъ въ ихъ сочиненіяхъ мы и не находимъ: опредѣленія оконченнаго покушенія, предлагаемыя этою группою ученыхъ, ни въ какомъ отношеніи къ постановленіямъ закона не находятся. Нельзя удивляться поэтому и тѣмъ разногласіямъ, которыя замѣчаются въ формулировкѣ интересующаго насъ дѣленія. И если всѣ криминалисты этого направленія согласны, что подъ оконченнымъ покушеніемъ слѣдуетъ разумѣть осуществленіе всего потребнаго для совершенія преступленія, то при ближайшемъ опредѣленіи смысла этой формулы они расходятся между собою.

Обращаясь къ сочиненіямъ представителей этого направленія, мы убѣждаемся, что по извѣстнымъ вопросамъ они уже пришли къ извѣстному соглашенію. Современные криминалисты уже не находятъ возможнымъ опредѣлять оконченное покушеніе, какъ актъ выполненія всего дѣйствительно необходимаго для совершенія преступленія, какъ это часто дѣлалось ранѣе. Они справедливо замѣчаютъ, что подобная формула заключаетъ въ себѣ *contradictio in adjecto*: если бы виновный сдѣлалъ все необходимое для совершенія преступленія, то послѣднее и совершилось бы въ дѣйствительности. Отсутствіе преступнаго результата именно и свидѣтельствуетъ о томъ, что виновный всего нужнаго для окончанія преступленія не совершилъ ¹⁾.

Равнымъ образомъ, современные криминалисты отвергаютъ и ту формулу, по которой оконченное покушеніе характеризуется учиненіемъ виновнымъ всего, что можно было считать необходимымъ для совершенія преступленія, реализаціей того, что по общему правилу оказывается необходимымъ для достиженія преступнаго результата. Криминалисты замѣчаютъ, что подобный масштабъ тѣсно связанъ съ опредѣленнымъ пониманіемъ

¹⁾ Krug, s. 36; Temme, s. 120; Schwarze, НН, II, s. 282; Baumgarten s. 442; Goldschmidt, s. 58; Bar, Gesetz, II, s. 518.

покушенія ¹⁾, что система выдѣленія изъ всей массы явленій нѣкоторыхъ, какъ юридически существенныхъ, допустима только въ цѣляхъ ограниченія области уголовно наказуемыхъ дѣяній, но отнюдь не въ цѣляхъ усиленія уголовной отвѣтственности ²⁾. Но, несмотря на такое сокращеніе разногласій въ ученіи объ оконченномъ покушеніи, до сихъ поръ еще не выработано такой формулы его, которая могла бы считаться общепризнанной.

По воззрѣнію однихъ криминалистовъ, покушеніе должно быть признано оконченнымъ, когда виновный сдѣлалъ все, что онъ считалъ нужнымъ для совершенія преступленія ³⁾. По другому воззрѣнію, оконченное покушеніе выражается въ учиненіи виновнымъ всего, что было необходимо въ его стороны для совершенія преступленія ⁴⁾. Наконецъ, по третьему воззрѣнію, оконченное покушеніе имѣется налицо въ случаѣ, когда дѣйствіе выполненія закончено, а осуществленія признаковъ состава преступленія и въ особенности наступленія преступнаго результата не послѣдовало ⁵⁾.

Обращаясь къ оцѣнкѣ этихъ ученій, необходимо отмѣтить, что каждое изъ нихъ вызвало противъ себя возраженія. Такъ, противъ первой изъ приведенныхъ формулъ возражаютъ, что она приводитъ къ произвольнымъ предположеніямъ и вынуждена принимать во вниманіе случайныя особенности индивидуальнаго склада людей ⁶⁾. Покушеніе, оконченное, по мнѣнію болѣе легкомысленнаго субъекта, окажется неоконченнымъ, по мнѣнію болѣе вдумчиваго ⁷⁾. Придерживаясь этой формулы пришлось бы болѣе строго наказывать лицо, обнаружившее менѣе обдуманности при выполненіи преступленія, чѣмъ опытнаго злодѣя ⁸⁾.

¹⁾ Goldschmidt, s. 58.

²⁾ Bar, Gesetz, II, s. 518.

³⁾ Wächter, s. 207; Buri, GA, XXV, 1877, s. 305; Hälschner, I, s. 359; Meyer, s. 217; Meyer-Allfeld, s. 178, 179; Merkel, Lrb, s. 136; Finger, I, s. 308; Fuhrmann, Der Rücktritt vom Versuche, 1903, s. 25; Baer, Rücktritt und tätige Reue bei untauglichem Versuch, 1910, s. 22, 23.

⁴⁾ Zachariae, II, s. 289; Geib, II, s. 302; Häberlin, GS, XXIV, 1872, s. 271; Olshausen, s. 170.

⁵⁾ Krug, s. 37; Hatzig, Ueber den Rücktritt vom Versuch und die sogenannte thätige Reue, 1897, s. 44; Schlecht, s. 17; Beling, Grundzüge, s. 39; Liszt, s. 209.

⁶⁾ Schwarze, HN, II, s. 282.

⁷⁾ Baumgarten, s. 443.

⁸⁾ Bar, Gesetz, II, s. 518; Frank, s. 206.

Эти доводы намъ кажутся неубѣдительными. Возражать противъ субъективной формулы оконченнаго покушенія, съ точки зрѣнія справедливости, не приходится, потому что признакъ, въ зависимость отъ котораго она ставитъ признаніе покушенія оконченнымъ, имѣеть громадное значеніе для опредѣленія характера виновности субъекта. Если степень обдуманности преступленія имѣеть значеніе при обсужденіи виновности субъекта, то еще большее значеніе имѣеть при этомъ степень его рѣшимости на преступленіе. А эта рѣшимость несомнѣнно больше у лица, которое осуществляетъ дѣйствіе въ убѣжденіи, что оно приведетъ къ преступному результату, чѣмъ у лица, полагающаго, что совершаемое имъ дѣйствіе еще не имѣеть рѣшающаго значенія для исхода преступленія. Поэтому нужно признать, что и субъективная формула оконченнаго покушенія не заключаетъ въ себѣ тѣхъ недостатковъ, которые обычно въ ней усматриваются.

Не заключаютъ въ себѣ никакой нелогичности и вторая и третья формулы оконченнаго покушенія. Авторы ихъ исходятъ изъ дѣленія условій преступнаго результата на двѣ категоріи. Въ одну они относятъ условія результата, которыя находятся въ непосредственной зависимости отъ виновнаго, въ другую— условія, которыя отъ его воли не зависятъ, но которыя, обыкновенно, имѣются налицо и на наличность которыхъ люди рассчитываютъ. И вотъ, формулы, требующія для оконченнаго покушенія осуществленія всего необходимаго со стороны виновнаго для совершенія преступленія или реализаціи имъ акта выполненія преступленія, и имѣють въ виду не что иное, какъ именно необходимость поставленія виновнымъ первой категоріи условій, при отсутствіи условій второго рода.

Но, несмотря на логическую корректность вышеприведенныхъ формулъ, мы не можемъ признать ихъ догматически правильными. Догматически законнымъ можно считать лишь то опредѣленіе оконченнаго покушенія, которое основывается на постановленіяхъ положительнаго права. Такія *distinctiones*, которыя не удовлетворяютъ этому условію, представляются произвольными, а изъ двухъ вышеприведенныхъ опредѣленій ни одно не опирается на текстъ закона.

Единственно правильнымъ рѣшеніемъ вопроса о существѣ оконченнаго покушенія представляется то рѣшеніе его, которое было усвоено четвертой группой криминалистовъ. По возрѣнію ихъ, научный характеръ можетъ носить только такое опредѣленіе

оконченнаго покушенія, которое основывается на данныхъ положительнаго законодательства. Отсутствие прямыхъ указаній на природу этого вида покушенія въ германскомъ уложеніи еще не означаетъ, что оно вообще этого вида покушенія не знаетъ. О возрѣніяхъ герм. ул. на этотъ предметъ можно заключить косвенно, путемъ догматической обработки его постановленій. Въ частности, опорю догматическаго ученія объ оконченномъ покушеніи можетъ служить § 46 герм. ул., опредѣляющій условія безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія.

Согласно этому постановленію, покушеніе остается само по себѣ ненаказуемымъ, если виновный: 1) отказался отъ исполненія преступнаго дѣянія, не бывъ принужденъ къ тому обстоятельствами, отъ его воли независѣвшими, или 2) отвратилъ собственною дѣятельностью, въ то время, когда дѣяніе не было еще обнаружено, наступленіе того послѣдствія, которое требуется для совершенія преступления или проступка ¹⁾. Въ зависимости отъ характера условій безнаказанности виновнаго въ томъ и другомъ случаѣ оказывается возможнымъ различать два вида покушенія. Покушеніемъ неоконченнымъ слѣдуетъ признавать преступную дѣятельность, которая осталась неоконченною, вслѣдствіе непродолженія виновнымъ предпринятаго имъ дѣйствія, вслѣдствіе недоведенія имъ исполнительнаго дѣйствія до конца. Оконченнымъ покушеніемъ—преступную дѣятельность, оставшуюся неоконченною, вслѣдствіе предупрежденія виновнымъ наступленія результатовъ совершенной имъ преступной дѣятельности ²⁾.

Изъ этого опредѣленія можно видѣть, что, въ противоположность романскимъ законодательствамъ, германское право знаетъ такое только оконченное покушеніе, которое осталось безрезультатнымъ, вслѣдствіе нежеланія виновнаго допустить совершеніе преступления. Герм. ул. предполагаетъ, что виновный поставилъ всѣ зависящія отъ него условія для наступленія

¹⁾ § 46 Rstgb. Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Thäter 1) die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne dass er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder 2) zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat.

²⁾ Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1895, s. 144; Schwarze, Commentar, s. 159; Goldschmidt, s. 43; Zeime, s. 88, 89.

результата, что онъ создалъ такую обстановку, при которой наступленія результата можно ожидать. Поэтому совершенно правы ученые, указывающіе на то, что оконченное покушеніе должно создавать опасность для правового блага ¹⁾. Съ другой стороны, это уложеніе предполагаетъ, что эта опасность могла быть еще отвращена виновнымъ и дѣйствительно была имъ отвращена ²⁾. Въ случаѣ предупрежденія виновнымъ наступленія преступнаго результата до момента обнаруженія дѣянія герм. ул. оставляетъ виновнаго безъ наказанія; въ противномъ случаѣ, оно подвергаетъ это дѣяніе наказанію, но, будетъ ли оконченное покушеніе наказуемымъ или ненаказуемымъ, по германскому праву, оно всегда носить характеръ добровольно прерванной преступной дѣятельности. И глубоко ошибаются криминалисты, рассматривающіе неудавшееся преступленіе, какъ извѣстную германскому праву форму покушенія ³⁾, или даже какъ единственно возможный видъ оконченнаго покушенія въ германскомъ правѣ ⁴⁾. По германскому праву, оконченное покушеніе представляетъ собою попытку совершить преступленіе, вызвавшую опасность возникновенія преступнаго результата, но не приведшую къ его наступленію, вслѣдствіе добровольнаго предупрежденія этого результата виновникомъ покушенія.

Изъ сказаннаго видно, что неправильны возраженія, приводимыя противъ догматическаго разграниченія оконченнаго и неоконченнаго покушеній. Нельзя согласиться съ тѣмъ, что это разграниченіе совершенно оставляетъ безъ опредѣленія свойство того дѣйствія, которое должно быть совершено виновнымъ при оконченномъ покушеніи ⁵⁾, что это опредѣленіе отказывается отъ самаго основанія дѣленія покушенія на виды ⁶⁾. Нельзя потому, что, какъ уже было разъяснено, подъ понятіе о покушеніи можетъ быть подведено только дѣйствіе, воплощающее въ себѣ всю зависѣвшую отъ воли виновнаго область условій наступленія преступнаго результата, и слѣдовательно, содержаніе соотвѣтствующаго дѣйствія опредѣляется вполне

¹⁾ Merkel, Lrb, s. 135.

²⁾ Goldschmidt, s. 43.

³⁾ Liszt, s. 209, 210; Zeime, s. 89, 94.

⁴⁾ Hahn, Stgb, s. 48; Geyer, Grundriss, I, s. 131; Meyer Lrb, s. 217; Beling Grundzüge, s. 39. Противъ этого взгляда справедливо возражаютъ: Finger, I, s. 308; Meyer-Allfeld, s. 179.

⁵⁾ Hälschner, I, s. 359, Anm. 1.

⁶⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 195, пр. 182.

точнымъ критеріемъ. Нельзя также возражать противъ приведеннаго опредѣленія, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые, и ссылкой на то, что и въ случаѣ оконченнаго покушенія объективный результатъ представляется не болѣе значительнымъ, чѣмъ въ случаѣ неоконченнаго покушенія¹⁾. Нельзя потому, что подлежащая формула и не утверждаетъ ничего подобнаго; она видитъ особенность оконченнаго покушенія не въ объемѣ результата этого покушенія, а въ объемѣ совершеннаго виновнымъ дѣянія. Наконецъ, нельзя согласиться съ замѣчаніемъ, будто § 46 герм. ул. имѣетъ въ виду не различіе неоконченнаго и оконченнаго покушеній, а различаетъ покушеніе по степени близости его къ окончанію²⁾. Это замѣчаніе упускаетъ изъ виду, что первое дѣленіе покушенія представляетъ собою спеціализацію второго дѣленія, что оконченное покушеніе представляетъ собою не что иное, какъ наиболѣе близкую къ окончанію форму покушенія. А коль скоро для этой формы покушенія установилось специальное названіе, то неправильно и отказываться отъ употребленія его безъ достаточныхъ основаній.

Аналогично съ германскимъ уложеніемъ понимаютъ оконченное покушеніе герман. пр.³⁾ австрійскій пр.⁴⁾ венгер. улож.⁵⁾ норв. ул.⁶⁾ и финляндское уложеніе⁷⁾.

¹⁾ Baumgarten, s. 443.

²⁾ Schütze, Lrb, s. 142 n. 45.

³⁾ Vorentwurf zu einem Deutschen Stgb. § 77: Die Strafbarkeit des Versuchs fällt weg, wenn der Täter freiwillig die Ausführung aufgegeben oder den Eintritt des zur Vollendung gehörigen Erfolges abgewendet hat.

⁴⁾ Vorentwurf zu einem Oesterreichischen Stgb. § 16: Wer freiwillig und nicht weil er weiss, dass seine Tat entdeckt ist, von seiner Tätigkeit absteht, bevor er sie beendet hat, oder den Erfolg verhindert oder abwendet, ist wegen Versuches nicht mehr strafbar.

⁵⁾ Венг. ул. § 67. Покушеніе не наказуемо: 1) ежели покусившійся отказался отъ совершенія преступленія по собственному побужденію; 2) ежели онъ, прежде обнаруженія его дѣянія, отвратилъ по собственному побужденію, принадлежащее къ составу преступленія или проступка послѣдствіе.

⁶⁾ Norwegen, § 50. Die Strafbarkeit des Versuchs fällt fort, wenn der Thäter aus eigenem freiem Willen entweder seine verbrecherische Thätigkeit aufgibt, bevor noch ein beendeter Versuch vorliegt, oder den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens gehörigen Erfolges abwendet, bevor er weiss, dass seine verbrecherische Thätigkeit entdeckt worden ist.

⁷⁾ Финляндское ул., Гл. IV, § 2. Если совершитель дѣянія, по собственному побужденію, а не вслѣдствіе внѣшнихъ препятствій, воздержался отъ окончанія преступленія или отвратилъ послѣдствіе, входящее въ составъ оконченнаго преступленія, то покушеніе не наказуемо.

Согласно третьей группѣ кодексовъ, оконченное покушеніе можетъ выражаться въ двухъ формахъ: въ формѣ оконченнаго покушенія, оставшагося безъ результата, вслѣдствіе причинъ отъ воли виновнаго независѣвшихъ—неудавшееся преступленіе; и въ формѣ оконченнаго покушенія, не приведшаго къ выполнению преступленія, вслѣдствіе доброй воли виновнаго—оконченное покушеніе въ тѣсномъ смыслѣ. Этой системы придерживается проектъ швейцар. ул. который, съ одной стороны, говоритъ объ оконченномъ покушеніи какъ о безрезультатномъ доведеніи преступной дѣятельности до конца; съ другой—упоминаетъ о добровольномъ предупрежденіи виновнымъ наступленія результатовъ преступленія ¹⁾.

Наконецъ, четвертая группа уложеній вовсе не знаетъ дѣленія покушенія на оконченное и неоконченное. Представителями этой группы являются наше уголовное ~~у~~уложеніе 1903 г. (ст. 49), австрійское ул. (§ 8) и голландское улож. (art. 45).

Дѣленіе покушенія на неоконченное и оконченное представляетъ собою единственное извѣстное большинству современныхъ законодательствъ дѣленіе покушеній по объему дѣятельности виновнаго, но дѣйствующее русское право и австрійское уложеніе знаютъ еще другую классификацію покушеній на основаніи того же признака. Согласно ст. 114 улож. о нак. наказаніе за покушеніе на преступленіе, когда покушеніе сіе остановлено не собственною волею подсудимаго, а другими, не зависѣвшими отъ него обстоятельствами, опредѣляется по большей или меньшей близости такого покушенія къ совершенію преступленія двумя, тремя или четырьмя степенями ниже противъ наказанія, постановленнаго за самое совершеніе преступленія. Изъ этого видно, что, при покушеніи неоконченномъ, наше право различаетъ покушеніе еще и смотря по большей или меньшей близости учиненнаго къ окончанію преступленія ²⁾. Это различіе покушеній имѣетъ значеніе для отвѣтственности виновнаго ³⁾.

¹⁾ Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch (1908), art. 22; Versuch. Wer ein Verbrechen auszuführen versucht und mit der Ausführung begonnen hat, wird milder bestraft; führt er die verbrecherische Tätigkeit erfolglos zu Ende, so kann er milder bestraft werden... Wer freiwillig von dem Versuche absteht oder den Erfolg des Verbrechens verhindert, wird straflos, wenn sein Versuch nicht ein besonderes Verbrechen begründet.

²⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 197; Лекціи, I, стр. 713; Пусторослевъ, стр. 379, 380.

³⁾ Спасовичъ, стр. 410; Калмыковъ, стр. 127; Сергѣевскій, стр. 334.

хотя нельзя не согласиться съ тѣмъ, что оно не имѣетъ особаго практическаго значенія, такъ какъ опредѣленіе этого характера покушенія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ безусловно и безконтрольно предоставлено суду примѣняющему наказаніе за покушеніе ¹⁾.

Австрійское уложеніе постановляетъ, что, въ случаѣ остановки развитія дѣятельности виновнаго на покушеніи, ему опредѣляется наказаніе въ уменьшенномъ размѣрѣ, сообразно со степенью отдаленности покушенія отъ окончанія преступленія (§ 47-а) и тѣмъ самымъ придаетъ юридическое значеніе дѣленію покушенія по степени близости его къ окончанію преступленія.

§ 24. Юридическая природа приготовленія къ преступленію.

Обращаясь къ разсмотрѣнію второй формы предварительной дѣятельности—приготовленія къ преступленію,—мы встрѣчаемся съ несравненно большимъ разнообразіемъ законодательнаго матеріала, чѣмъ при разборѣ юридической природы покушенія. Это обусловливается существенными различіями въ законодательныхъ положеніяхъ о наказуемости покушенія, съ одной стороны, и о наказуемости приготовленія, съ другой. Въ противоположность законодательнымъ постановленіямъ о покушеніи, носящимъ крайне общній характеръ, постановленія о приготовленіи отличаются казуистическою редакціею. Однако, это обстоятельство не исключаетъ возможности построенія общаго ученія о наказуемомъ приготовленіи по современному праву, такъ какъ если перечневая система опредѣленія сферы наказуемости приготовленія, усвоенная новѣйшими законодательствами, и приводитъ къ значительному разнообразію содержанія приготовительныхъ дѣйствій и ихъ наказуемости, то она тѣмъ не менѣе не устраняетъ единства юридической природы этихъ дѣйствій. Поскольку предусматриваемая закономъ приготовительныя дѣйствія представляютъ собою форму предварительной преступной дѣятельности, постольку они отвѣчаютъ однимъ и тѣмъ же признакамъ. Съ разсмотрѣніемъ юридической природы приготовленія къ преступленію, мы и начнемъ изложеніе настоящаго отдѣла.

¹⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 197; Лекціи, I, стр. 713; Кас. рѣш. 72/847 Трещева.

Подъ приготовленіемъ къ преступленію слѣдуетъ разумѣть дѣйствія, создающія возможность приступа къ совершенію преступленія; это понятіе обнимаетъ собою всѣ дѣйствія, создающія необходимыя условія для выполненія наказуемаго акта поведенія. Но подобныя дѣйствія получаютъ характеръ приготовления въ собственномъ смыслѣ только въ случаѣ, когда законъ признаетъ ихъ таковыми. Такъ же, какъ и покушеніе на преступленіе, эта форма преступности пріобрѣтаетъ свойства предварительной дѣятельности только вслѣдствіе наличности извѣстныхъ формальныхъ условій. Сообразно съ этимъ, при анализѣ наказуемыхъ случаевъ приготовления къ преступленію, необходимо изслѣдовать прежде всего существо формальной ихъ природы.

Значеніе извѣстныхъ актовъ, какъ наказуемаго приготовления къ преступленію, можетъ находить себѣ прямое признаніе въ постановленіяхъ закона, законъ объявляя извѣстныя подготовительныя дѣйствія наказуемыми, можетъ постановить, что эти дѣйствія караются имъ именно въ качествѣ приготовления къ преступленію. Такой системы придерживаются: ул. о нак. (ст. 6, 8, 112), уг. ул. (ст. 50) и австр. проектъ (§ 17), упоминающіе въ общей части своихъ постановленій о приготовленіи, какъ объ особой формѣ предварительной дѣятельности.

Но юридическая природа подготовительныхъ дѣйствій можетъ и не получить себѣ такого явнаго выраженія въ законѣ. Большинство законодательствъ, устанавливая наказуемость дѣйствій, подготовляющихъ совершеніе извѣстныхъ преступленій, ничего не говоритъ о юридической ихъ природѣ, и опредѣленіе существа послѣдней можетъ быть произведено лишь догматическимъ путемъ. Разрѣшеніе этой проблемы связано съ цѣлымъ рядомъ затрудненій.

Такъ, прежде всего отъ приготовления въ собственномъ смыслѣ, необходимо отличать дѣйствія, которыя, хотя и совершаются съ цѣлью созданія возможности реализаціи преступленія, но отвѣчаютъ типу самостоятельныхъ преступныхъ дѣяній, обложенныхъ наказаніемъ совершенно безотносительно къ тому, подготовляютъ ли они реализацію другого преступленія или нѣтъ. Наука уголовного права рѣшительно возражаетъ противъ признанія похищенія топора съ цѣлью совершенія убійства приготовленіемъ къ убійству: подобныя дѣянія должны быть принимаемы за самостоятельныя преступленія (въ данномъ

случаѣ за кражу) ¹⁾. И дѣйствительно, совершеніе наказуемаго дѣянія, съ цѣлью реализаціи другого преступленія, не можетъ быть признаваемо приготовленіемъ къ послѣднему, коль скоро законъ, обрисовывая составъ перваго дѣянія, не ввелъ въ него указанія на служебную его роль, по отношенію ко второму дѣянію.

Мало того, подъ понятіе о приготовленіи не подходятъ и тѣ дѣянія, устанавливая наказуемость которыхъ законодатель несомнѣнно руководился намѣреніемъ пресѣчь преступную дѣятельность въ самомъ ея зародышѣ, т. е., именно имѣлъ въ виду покарать подготовительную, по отношенію къ преступленію, дѣятельность, какъ скоро эта связь содѣяннаго съ задуманнымъ преступленіемъ не нашла себѣ выраженія въ составѣ преступленія и не была принята за необходимый его признакъ ²⁾. Поэтому, совершенно справедливо отказываются криминалисты признавать приготовленіемъ наказуемую поддѣлку ключей ³⁾; наказуемое бродяжество ⁴⁾; наказуемое нищенство ⁵⁾; устройство игорныхъ домовъ ⁶⁾; сводничество ⁷⁾; ношеніе запрещеннаго оружія ⁸⁾; заготовленіе пороха или оружія ⁹⁾; наказуемое насиліе ¹⁰⁾; нарушеніе домашняго мира ¹¹⁾ и т. п. Отсюда, нельзя признавать приготовленіемъ и дѣйствія, предусмотрѣнныя ст. 260, 271

¹⁾ Калмыковъ, стр. 126; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 149; Пусторослевъ, стр. 372; Ortolan, p. 410, 411; Degois, p. 146.

²⁾ Chauveau-Hélie, I, p. 369; Boitard, p. 28; Ortolan, p. 428; Lacointa, Rev. crit, XXIII, 1863, p. 444; Lainé, p. 108; Villey, p. 91; Garraud, I, p. 373; John, Die Verbrechen gegen den Staat, Handbuch des deutschen Strafrechts, herausgegeben von Holtzendorff, III, 1874, s. 31, 32; Cohen, s. 34, 35.

³⁾ Boitard, p. 28; Lainé, p. 108; Villey, p. 91; Garraud, I, p. 373; Garraud, Précis, p. 139; Vidal, p. 148; Haus, I, p. 315; Prins, p. 131; Спасовичъ, стр. 141.

⁴⁾ Спасовичъ, стр. 141; Владиміровъ, Учебникъ русскаго уголовного права, 1889, стр. 101; Rossi, II, p. 127; Chauveau-Hélie, I, p. 370; Boitard, p. 28; Lacointa, Rev. crit XXIII, 1863, p. 444; Lainé, p. 108; Villey p. 91; Prins, p. 131.

⁵⁾ Rossi, II, p. 128; Chauveau-Hélie, I, p. 370; Lainé, p. 108; Спасовичъ, стр. 141.

⁶⁾ Rossi, II, p. 127; Chauveau-Hélie, I, p. 370.

⁷⁾ Rossi, II, p. 127; Cohen, s. 36.

⁸⁾ Chauveau-Hélie, I, p. 370; Ortolan, p. 428; Lacointa, Rev. crit. XXIII, 1863, p. 444; Rossi, II, p. 127; Lainé, p. 108; Garraud, I, p. 373; Garraud, Précis, p. 139; Vidal, p. 148; Haus, I, p. 314; Prins, p. 131; Спасовичъ, стр. 141.

⁹⁾ Калмыковъ, стр. 126; Спасовичъ, стр. 141.

¹⁰⁾ Garraud, I, p. 373; Garraud, Précis, p. 139; Vidal, p. 148.

¹¹⁾ Garraud, I, p. 373; Vidal, p. 148; Haus, I, p. 314.

итал. ул. и ст. 326 испан. ул., карающими изготовленіе средствъ и орудій подлога и поддѣлки монеты, но не требующихъ, чтобы эти дѣянія были совершены съ цѣлью содѣйствія совершенію конкретнаго преступленія ¹⁾).

Такимъ образомъ, дѣйствія, подготавливающія совершеніе преступныхъ дѣяній, могутъ быть признаны приготовленіемъ въ томъ только случаѣ, когда законъ особо оговариваетъ психическую связь этихъ дѣйствій съ соответствующими преступленіями. Но, нужно замѣтить, и въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ сдѣлаетъ соответствующую оговорку, наказуемое подготавлительное дѣйствіе не всегда является приготовленіемъ въ техническомъ смыслѣ. Сверхъ упомянутаго намѣренія виновнаго, понятіе о наказуемомъ приготовленіи требуетъ наличности еще и нѣкоторыхъ другихъ признаковъ. А именно:

Наказуемое приготовленіе представляетъ собою видъ неоконченной преступной дѣятельности. Понятіе объ этомъ видѣ предварительной дѣятельности предполагаетъ, что дѣятельность виновнаго должна была воспроизвести признаки опредѣленнаго преступнаго дѣянія, но, не получивъ должной степени развитія, приняла форму приготовленія къ преступленію. Приготовленіе, такъ же какъ и покушеніе, неизбѣжно является субсидіарною, вспомогательною, формою преступности, т. е., оно предполагаетъ, что нормы, карающія оконченное преступленіе, оказываются непримѣнимыми ²⁾). Отсюда не могутъ быть признаваемы приготовленіемъ къ преступленію тѣ наказуемыя дѣянія, которыя, хотя и подготавливаютъ нарушеніе правового блага, но не носятъ субсидіарнаго, по отношенію къ соответственному нарушенію, характера и составъ которыхъ не уступаетъ мѣста составу подде-

¹⁾ Cod. pen. ital., art. 260; Chiunque fabbrica o detiene strumenti destinati esclusivamente alla contraffazione di monete è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Art. 271. Chiunque, non essendo concorso in alcuno dei delitti preveduti negli articoli precedenti, detiene i sigilli o i bolli contrafatti, ovvero gli strumenti destinati esclusivamente alla contraffazione, è punito con la reclusione da un mese a due anni e con la multa da lire cinquanta a cinquecento. Código penal espanol, art. 326. El que fabricare o introducir e cuños, sellos, marcas o cualquiera otra clase de utiles e instrumentos destinados nocidamente a la falsificación de que se trata en los capitulos precedentes de este titulo, sera castigado con las mismas penas pecuniarias y con las personales inmediatamente inferiores en grado a las respectivamente señaladas a los falsificadores.

²⁾ Binding, Hdb, s. 361; Frank, s. 215.

жащихъ дѣяній, въ случаѣ доведенія виновнымъ своей дѣятельности до конца. Поэтому, въ наукѣ совершенно справедливо отказываются признавать приготовленіемъ къ преступленію наказуемую поддѣлку монеты ¹⁾ и наказуемый подлогъ документовъ ²⁾. Это начало слѣдуетъ распространить на всѣ двуактныя усѣченныя преступленія, составъ которыхъ имѣется налицо уже при реализаціи одного изъ предусмотрѣнныхъ закономъ дѣйствій съ цѣлью выполненія второго, но который охватываетъ собою также и случаи реализаціи обоихъ упомянутыхъ дѣйствій. Не можетъ быть приготовленіемъ къ преступленію (присвоенія чужого имущества) воровство и т. п.

Это положеніе не всегда встрѣчаетъ себѣ полное признаніе въ нашей литературѣ. Такъ, у насъ утверждали, что улож. о нак. караетъ приготовленіе къ государственнымъ преступленіямъ ³⁾. Между тѣмъ, соотвѣтствующія статьи этого уложенія категорически приравниваютъ приготовительныя къ этому преступленію дѣйствія къ оконченному преступленію (ср. ст. 242, 244, 249, 250), и потому не можетъ быть никакого сомнѣнія относительно того, что мы имѣемъ здѣсь дѣло съ оконченнымъ преступленіемъ усѣченного типа, а не съ приготовленіемъ въ техническомъ смыслѣ.

Затѣмъ, по мнѣнію большинства нашихъ ученыхъ, улож. о нак. знаетъ наказуемое приготовленіе къ поддѣлкѣ монеты, государственныхъ кредитныхъ билетовъ и т. п. (ст. 559, 563, 573)⁴⁾. Дѣйствительно, эти статьи устанавливаютъ наказуемость лицъ, дѣлавшихъ, доставлявшихъ, продававшихъ, покупавшихъ орудія для такой поддѣлки или впусившихъ или привезшихъ фальши-

¹⁾ Rossi, II, p. 129; Bertauld, p. 218; Lainé, p. 108; Villey, p. 91; Vidal, p. 148; Haus, I, p. 315; Спасовичъ, стр. 141.

²⁾ Спасовичъ, стр. 141; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 152; Boitard, p. 28; Bertauld, p. 218; Lainé, p. 108; Haus, I, p. 315.

³⁾ Спасовичъ, стр. 410; Полетаевъ, Юр. В. 1863, № 11, стр. 51; Чебышевъ-Дмитріевъ, Юр. Журн. 1860, № 2, стр. 132; Неклюдовъ, Прил., стр. 504; Общ. часть, стр. 64; Лохвицкій, стр. 243; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 150—152; Лекціи, I, стр. 689; Есиповъ, стр. 257; Владиміровъ, стр. 101; Сергѣевскій, 1887, стр. 352 (впослѣдствіи, онъ отказался отъ этого взгляда. Ср. изд. 1905 г., стр. 284); Объясненія, II, стр. 46, 47; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 170; Познышевъ, стр. 346.

⁴⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 151; Владиміровъ, стр. 101; Есиповъ, стр. 257; Объясненія, V, стр. 117; Пусторослевъ, стр. 372; Особенная часть, I, 1913, стр. 374; Познышевъ, стр. 346; Contra-Бѣлогриць-Котляревскій стр. 613.

вую монету или бумаги изъ за границы. Но совершенно ошибочно думать, что мы имѣемъ здѣсь дѣло съ приготовленіемъ въ техническомъ смыслѣ. Предусматриваемыя этими статьями дѣянія представляютъ собою не приготовленіе, а самостоятельное, конкурирующее съ поддѣлкою монеты, преступленіе. На отвѣтственность лицъ, виновныхъ въ этихъ преступленіяхъ, не оказываетъ вліянія ни успѣшное окончаніе поддѣлки (они не становятся ея участниками), ни степень развитія послѣдняго преступленія (они отвѣчаютъ за свое преступленіе въ полной мѣрѣ и тогда, когда главный виновный успѣлъ сдѣлать только покушеніе на поддѣлку). Составъ этого преступленія не уступаетъ передъ составомъ поддѣлки монеты, и потому оно не можетъ быть признано приготовленіемъ въ техническомъ смыслѣ ¹⁾.

Но правильно ли обратное заключеніе? Можно ли безусловно принимать наличность приготовленія во всѣхъ случаяхъ, когда составъ подготовительной дѣятельности безусловно уступаетъ мѣсто составу оконченной дѣятельности? Отвѣтъ на этотъ вопросъ стоитъ въ зависимости отъ общаго характера системы репрессіи приготовленія въ данномъ правѣ. Если закону извѣстно общее понятіе о приготовленіи и акты приготовленія формально признаются имъ видомъ предварительной дѣятельности, то и предусматриваемыя имъ подготовительныя дѣйствія приобрѣтаютъ характеръ приготовленія къ преступленію, лишь въ силу формальнаго признанія ихъ таковыми. Поэтому, напр., дѣяніе, предусмотрѣнное ст. 132 угол. ул., карающей составленіе сочиненія или изображенія, статьями 128 или 129 указанныхъ

¹⁾ Сверхъ того, необходимо оговориться, что подготовительныя дѣйствія приобрѣтаютъ характеръ приготовленія къ преступленію въ техническомъ смыслѣ, въ томъ только случаѣ, когда подготавливаемое ими дѣяніе подходить подъ понятіе о преступленіи въ собственномъ смыслѣ, т. е. представляетъ собою уголовно-наказуемое дѣяніе. Наказуемая подготовка противозаконныхъ дѣяній вообще, образуетъ собою не приготовленіе къ преступленію, въ смыслѣ предварительной дѣятельности, а самостоятельное преступленіе. Поэтому нельзя относить къ приготовленію дѣяніе, предусматриваемое ст. 1306 ул. о нак., на которую иногда указываютъ въ литературѣ (Ср. Жижиленко, Подлогъ документовъ, 1900 стр. 681), такъ какъ она устанавливаетъ наказаніе за приготовленіе къ подлогу или иному «противозаконному дѣйствію». Кромѣ того, эта статья касается только дѣятельности маклеровъ, предусматриваетъ особый видъ должностныхъ проступковъ и уже потому ей не можетъ быть придаваемо значеніе приготовленія къ подлогу вообще.

съ цѣлью распространенія или публичнаго ихъ выставленія, если распространеніе или публичное выставленіе оныхъ не послѣдовало, и дѣяніе, предусмотрѣнное вторымъ пунктомъ этой статьи, составляютъ не приготовленіе къ преступленію, а самостоятельное преступленіе, такъ какъ законъ, оговаривая въ каждомъ случаѣ особо характеръ дѣянія, какъ приготовленія къ преступленію, формулируя составъ этихъ дѣяній, подобной оговорки не сдѣлалъ. Это дѣяніе не составляетъ приготовленія, хотя его составъ, какъ явствуетъ изъ текста закона, и отступаетъ передъ составомъ подлиннаго распространенія или публичнаго выставленія возмутительныхъ сочиненій (ст. 128, 129). Напротивъ, дѣяніе, предусмотрѣнное § 151 герм. ул., карающимъ приобрѣтеніе или изготовленіе, съ цѣлью совершенія одного изъ преступленій противъ монетнаго устава, штемпеля, печати, гравюры, доски или иныхъ формъ, пригодныхъ для изготовленія металлическихъ или бумажныхъ денегъ или приравняваемыхъ къ послѣднимъ бумагъ, составляетъ приготовленіе къ преступленію, такъ какъ составъ этого дѣянія отступаетъ передъ составомъ поддѣлки монеты, а германское ул. не считаетъ необходимымъ условіемъ квалификаціи дѣйствія, какъ приготовленія, формальное признаніе его таковымъ по закону.

Продолжая наше обозрѣніе смежныхъ съ приготовленіемъ составовъ преступленій, мы встрѣчаемся съ новымъ рядомъ актовъ, имѣющихъ характеръ предварительной дѣятельности по отношенію къ различнымъ преступленіямъ. Въ литературѣ уголовного права постоянно сближаютъ съ приготовленіемъ разнообразныя акты призыва къ совершенію преступленій и въ особенности часто упоминаютъ о призывѣ къ совершенію верховной измѣны (герм. ул. § 85), какъ о видѣ приготовленія къ этому преступленію. Спрашивается, можно ли признать основательнымъ этотъ пріемъ или нѣтъ? Правильно ли квалифицировать призывъ къ совершенію преступленій, какъ приготовленіе къ нимъ, или же это дѣяніе составляетъ самостоятельное преступленіе?

Согласно мнѣнію одной группы криминалистовъ, этотъ вопросъ надо рѣшить утвердительно. Призывъ къ совершенію преступленія, также какъ и подстрекательство, удовлетворяетъ всѣмъ требованіямъ приготовленія по своему содержанію: кто подстрекаетъ людей къ помощи и содѣйствію виновному, тотъ

подготавливаетъ выполнение преступленія ¹⁾. Пока не начато выполнение преступленія, подстрекательство и антиципированное пособничество представляютъ собою приговорительныя дѣйствія ²⁾. Совершенно непонятно, почему подготавливать преступленіе можетъ только самъ авторъ его и почему кто-либо другой не можетъ совершить приготовленія въ его интересахъ ³⁾. Наконецъ, законъ формально признаетъ, что призывъ къ совершенію верховной измѣны представляетъ собою приготовленіе къ ея совершенію ⁴⁾.

Другіе ученые высказываютъ иной взглядъ и отказываются видѣть въ призывѣ къ совершенію верховной измѣны приготовленіе къ этому дѣянію. Отношеніе между призывомъ къ преступленію и выполнениемъ его, по этому взгляду, можетъ быть определено только путемъ аналогическаго примѣненія общихъ юридическихъ принциповъ обсужденія множественности дѣйствій при преступленіи, т. е., положеній о соучастіи въ преступленіи. Въ составѣ соучастія различаются виновничество—приготовленіе преступленія или выполнение его—и подстрекательство—подговоръ лица учинить преступленіе. Поэтому, призывъ къ совершенію преступленія могъ бы быть признанъ приготовленіемъ, если бы онъ отвѣчалъ условіямъ дѣятельности виновника преступленія. Однако, въ дѣйствительности, призывъ отвѣчаетъ условіямъ дѣятельности не виновника преступленія, а подстрекателя и потому не можетъ быть рѣчи о квалификаціи этого призыва, какъ приготовленія къ преступленію ⁵⁾.

Такимъ образомъ, вторая группа криминалистовъ, въ противоположность первой, утверждаетъ, что далеко не всякая предварительная дѣятельность составляетъ приготовленіе къ преступленію, а только та, которая выражается въ формѣ физической, матеріальной подготовки преступленія. Не смотря на свою неточную формулировку (приготовленіе, какъ актъ соучастія въ преступленіи, является пособничествомъ, а не виновничествомъ), послѣдняя мысль является вполне правильной и совер-

¹⁾ Geyer, Grundriss, II, s. 128; Binding, Hdb, s. 361; Hälschner, II, s. 749; Merkel, Lrb, s. 377; Meyer, s. 640; Meyer-Allfeld, s. 540; Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts, 1907, s. 138.

²⁾ Binding, Lrb, s. 449.

³⁾ Hälschner, II, s. 750.

⁴⁾ Binding, Lrb, s. 449.

⁵⁾ John, HN, III, s. 30.

шенно справедливо отмѣчаетъ несостоятельность первой точки зрѣнія на призывъ къ преступленію. Но существуетъ еще и другое соображеніе, которое рѣшительно говоритъ противъ возможности квалификаціи интересующихъ насъ дѣяній, какъ приготовленія къ преступленію. Приготовление представляетъ собою, съ юридической точки зрѣнія, неоконченную преступную дѣятельность; понятіе объ этой формѣ преступности предполагаетъ, что учиненное субъектомъ не было имъ завершено, и если субъектъ, учинившій приготовленіе, вовсе не долженъ непременно рассчитывать на личное выполненіе преступленія, то понятіе о приготовленіи вовсе не предполагаетъ, что за дѣятельностью лица, подготавливающаго преступленіе, послѣдуетъ дѣятельность другого лица, принимающаго на себя выполненіе этого преступленія. Между тѣмъ, составъ призыва къ выполненію преступленія, именно, предполагаетъ послѣднее условіе, и субъектъ, призывающій къ учиненію преступленій, непременно долженъ рассчитывать на воспослѣдованіе за его призывомъ преступной дѣятельности третьихъ лицъ. Даже въ томъ случаѣ, когда преступленіе не было выполнено, виновный въ призывѣ совершаетъ все, что онъ предполагалъ совершить, и дѣятельность его представляется оконченною не только фактически, но и юридически, такъ какъ, сверхъ возбудительной дѣятельности, онъ и по началамъ права ничего не можетъ совершить, не измѣняя юридической природы содѣяннаго. Дѣятельность виновнаго должна достигнуть только извѣстныхъ предѣловъ развитія, дабы была примѣнима та комбинація нормъ, на которую право въ данномъ случаѣ рассчитываетъ. Юридическая самостоятельность состава призыва къ совершенію преступленій доказывается и независимостью этого состава отъ факта воспослѣдованія или невосполнѣданія за этимъ составомъ реализаціи преступленія. Виновникъ призыва въ обоихъ случаяхъ отвѣчаетъ только за призывъ къ совершенію преступленія и лишь въ случаѣ принятія имъ личнаго участія въ выполненіи преступленія, онъ отвѣчаетъ по правиламъ о соучастіи ¹⁾. Изъ этого видно, что нельзя квалифицировать, какъ приготовленіе къ преступленію, акты призыва къ совершенію верховной измѣны (герм. ул. § 85) и призыва къ совершенію преступныхъ дѣяній (герм. ул. § 111, 2). Въ обоихъ случаяхъ, мы имѣемъ дѣло съ оконченными дѣяніями,

¹⁾ Ср. Merkel, Lrb, s. 378; Binding, Lrb, II, s. 454.

ибо и въ томъ случаѣ, когда вслѣдствіе призыва не было совершено преступленія (§ 111, 2), виновный совершилъ все то, что юридически онъ долженъ былъ совершить, хотя въ дѣйствительности и не возникли всѣ тѣ факты, на возникновеніе которыхъ онъ рассчитывалъ. Мнѣніе, усматривающее въ безуспѣшномъ призывѣ приготовленіе къ преступленію, должно быть безусловно отвергнуто.

Изъ изложеннаго ясно, что нельзя признать правильнымъ и отнесеніе къ приготовленію дѣяній, предусмотрѣнныхъ § 49-а герм. ул., карающимъ возбужденіе другого лица къ совершенію преступленія или къ участію въ немъ, предложеніе совершить преступленіе или участвовать въ его выполненіи, а равно и принятіе подобнаго предложенія. Несмотря на то, что эта квалифікація отстаивается весьма авторитетными криминалистами ¹⁾ нетрудно убѣдиться въ ея полной неосновательности. Такъ, что касается возбужденія къ совершенію преступленія, то оно не составляетъ приготовленія, въ виду вышеприведенныхъ соображеній—оно не отвѣчаетъ признакамъ неоконченной преступной дѣятельности. Предложеніе совершить преступленіе или принятіе этого предложенія не составляютъ приготовленія, потому что эти дѣйствія не готовятъ преступленія, а только обнаруживаютъ умыселъ совершить его. Въ силу тѣхъ же основаній, не представляютъ собою приготовленія къ преступленію вызовъ на поединокъ и принятіе такого вызова, хотя нѣкоторые ученые и утверждаютъ противное ²⁾. Наконецъ, по этой же причинѣ, нельзя подводить подъ понятіе о приготовленіи и составленіи сообщества съ цѣлью совершить опредѣленное преступленіе, какъ это дѣлалось иногда въ литературѣ уголовного права ³⁾.

¹⁾ Binding, Hdb, s. 361; Meyer-Allfeld, s. 174; Cohen, s. 65; Bar, Gesetz II, s. 841.

²⁾ Binding, Hdb, s. 362; Frank, s. 179.

³⁾ Schwarze, НН, II, s. 279; John, НН, III, s. 30; Wächter, s. 207; Binding, Hdb, s. 361; Binding, Grundriss, s. 138, 177; Cohen, s. 75; Boitard, p. 29; Champcommunal, p. 52; Trébutien, p. 97; Ortolan, p. 428; Lacoïnta, Rev. crit, XXIII, 1863, p. 444; Laborde, p. 69; Lainé, p. 109; Garraud, I, p. 374; Garraud, Précis, p. 140.

Нѣкоторые криминалисты (Спасовичъ, стр. 141; Кистяковскій, стр. 173; Владиміровъ, стр. 101; Chauveau-Hélie, I, p. 370; Vidal, p. 148; Degois, p. 147) полагаютъ, что комплотъ представляетъ собою возведенное на степень самостоятельнаго преступленія приготовленіе къ преступленію. Но гораздо правильнѣе принимать комплотъ за возведенное на степень самостоятельнаго преступленія, въ виду его опасности, обнаруженіе преступнаго умысла.

Такимъ образомъ, изъ области дѣйствій, подготовляющихъ совершеніе преступленія и признаваемыхъ наказуемыми по закону, необходимо выдѣлить цѣлый рядъ дѣяній, не составляющихъ приготовленія въ техническомъ смыслѣ. Но, спрашивается, нужно ли для признанія подготовительной дѣятельности приготовленіемъ къ преступленію, чтобы она была формально признана таковой въ общей части уголовного кодекса или же приготовленіемъ можно признавать и дѣянія, о которыхъ кодексъ упоминаетъ только въ особенной своей части и которыя удовлетворяютъ признакамъ предварительной дѣятельности? Вопросъ этотъ особенно оживленно обсуждается въ германской литературѣ, въ виду того практическаго значенія, которое имѣетъ рѣшеніе его для современнаго германскаго права. При этомъ, разные ученые высказываются въ пользу различнаго его рѣшенія.

Такъ, по взгляду однихъ криминалистовъ, поставленный выше вопросъ необходимо рѣшить въ первомъ смыслѣ, и дѣйствіе не можетъ быть признано приготовленіемъ къ преступленію во всѣхъ случаяхъ, въ которыхъ оно поставлено закономъ въ особенной части подъ угрозу самостоятельнымъ наказаніемъ. По этому мнѣнію, дѣйствующее германское право вовсе не знаетъ случаевъ приготовленія къ преступленію, а подготовительная дѣятельность къ преступленіямъ государственнымъ и къ поддѣлкѣ монеты карается этимъ правомъ въ качествѣ самостоятельнаго преступленія ¹⁾. Другіе не идутъ такъ далеко въ этомъ направленіи и думаютъ, что подготовительная дѣятельность должна быть признана приготовленіемъ въ техническомъ смыслѣ и тогда, когда совершеніе ея обложено самостоятельнымъ наказаніемъ, коль скоро законъ объявляетъ наказуемою, именно всю область подготовительной дѣятельности къ данному типу преступленій, т. е., караетъ всякое къ нимъ приготовленіе. Сообразно съ этимъ, по взгляду этого направленія, подготовительная дѣятельность къ государственнымъ преступленіямъ, по герм. праву, представляетъ собою приготовленіе, въ смыслѣ предварительной дѣятельности, а подготовительная дѣятельность къ поддѣлкѣ монеты, по началамъ этого права, представляетъ

¹⁾ Hahn, Stgb, s. 110, 181; Oppenhoff, Stgb, s. 243, 249; Merkel, HN, III, s. 219, 226; Merkel, Lrb, s. 127, 365, 377; Hälschner, II, s. 583, 584, 746; Hatzig, s. 39; Eichheim, s. 137; Beling, Grundzüge, s. 48, 74; Beling, Verbrechen, s. 345; Liszt, Lrb, s. 218, 526.

собою самостоятельное преступленіе ¹⁾. Наконецъ, третьи высказываются въ пользу рѣшенія интересующаго насъ вопроса во второмъ смыслѣ и утверждаютъ, что подготовительная дѣятельность должна быть признана приготовленіемъ въ техническомъ смыслѣ и въ томъ случаѣ, когда она предусматривается только въ особенной части кодекса, коль скоро не существуетъ особыхъ данныхъ, заставляющихъ ее признать самостоятельнымъ преступленіемъ ²⁾.

Первое изъ этихъ мнѣній уже нашло себѣ отрицательную оцѣнку въ литературѣ уголовного права. Установленіе особаго наказанія за приготовительныя дѣйствія, по справедливому замѣчанію криминалистовъ, не можетъ служить основаніемъ къ отрицанію за ними характера формы предварительной дѣятельности, такъ какъ это обстоятельство касается только наказуемости этихъ дѣйствій, но совершенно не мѣняетъ ихъ содержанія ³⁾. Самостоятельность, грозящаго за дѣяніе наказанія, вовсе не обусловливаетъ самостоятельнаго характера преступности этого дѣянія ⁴⁾. Лучшимъ подтвержденіемъ этого могутъ служить постановленія нашего права о приготовленіи, которое несомнѣнно, признавая приготовленіе формою предварительной дѣятельности, назначаетъ, однако, самостоятельное наказаніе за каждый видъ приготовленія къ преступленію. Дѣянія, предусмотрѣнныя § 86 герм. ул., должны быть признаны приготовленіемъ въ техническомъ смыслѣ потому, что содержаніе ихъ только и можетъ быть понято въ связи ихъ съ §§ 80 и 81. Содержаніе ихъ соотнositельно съ содержаніемъ государственныхъ преступленій, и эти дѣйствія получаютъ преступный характеръ лишь въ виду своего значенія, какъ подготовительной дѣятельности по отношенію къ соотвѣтственнымъ преступленіямъ ⁵⁾. Подготовительная дѣятельность,

¹⁾ Meyer, s. 202, 216, 640, 723; Meyer-Allfeld, s. 170, 183, 540; Olshausen, Kommentar, s. 153, 170; Baumgarten, s. 404, 471; Frank, Stgb, s. 52, 53, 57, 58; Rosenberg, Z, XX, 1900, s. 691.

²⁾ Schwarze, НН, II, s. 278, 285; Schwarze, Commentar, s. 149, John, НН, II, s. 30—33; Wächter, s. 209; Geyer, Grundriss, II, s. 99, 128; Binding, Hdb, s. 361; Binding, Grundriss, s. 138; Binding, Lrb, II, s. 449, 450; Cohen, s. 40, 46; Finger, I, s. 315; Berner, Lrb, s. 139, 355, 416; Frank, s. 179, 215, 216; Wach, Legislative Technik (V, D. A. VI), 1908, s. 60; Kohler, Münzverbrechen und Münzvergehen (V. D. A. III), 1906, s. 269—271; Wein, Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, 1909, s. 18.

³⁾ Schwarze, НН, II, s. 285; Schwarze, Commentar, s. 149.

⁴⁾ John, НН, III, s. 31; Cohen, s. 39.

⁵⁾ John, НН, III, s. 32; Cohen, s. 40.

предусмотрѣнная § 86 и 151 герм. ул., должна быть признана приготовленіемъ въ техническомъ смыслѣ потому, что составъ этой дѣятельности носить субсидіарный характеръ по отношенію къ составу другихъ дѣяній, и для примѣненія его необходимо, чтобы составъ послѣднихъ не былъ приложимъ при юридической оцѣнкѣ содѣяніаго ¹⁾).

Но не болѣе правильнымъ слѣдуетъ признать и второе изъ приведенныхъ выше мнѣній. Это мнѣніе усматриваетъ принципиальное различіе между тѣми случаями, въ которыхъ признаются наказуемыми отдѣльные акты приготовленія къ данному типу преступленій, и тѣми случаями, въ которыхъ объявляется наказуемою вся сфера подготовительной дѣятельности къ опредѣленному виду преступленій. Но съ точки зрѣнія формальной, подобное различіе не имѣетъ рѣшительно никакого юридическаго значенія. Тотъ фактъ, что при признаніи наказуемою всей подготовительной дѣятельности, по отношенію къ извѣстной группѣ преступленій, законъ называетъ ее приготовленіемъ къ преступленію, также мало означаетъ собою формальное признание закономъ соотвѣтствующихъ актовъ приготовленіемъ въ техническомъ смыслѣ, какъ и фактъ подведенія закономъ, подъ понятіе о верховной измѣнѣ, лишенія жизни монарха и покушенія на его убійство (герм. § 80) означаетъ собою признание послѣдняго дѣянія покушеніемъ въ техническомъ смыслѣ: въ обоихъ случаяхъ законъ прибѣгаетъ къ соотвѣственнымъ терминамъ только въ цѣляхъ описанія содержанія наказуемыхъ дѣйствій ²⁾. Приготовительныя дѣйствія къ государственнымъ преступленіямъ представляютъ собою, въ германскомъ правѣ, приготовленіе въ техническомъ смыслѣ не потому, что они называются приготовленіемъ, а потому, что они удовлетворяютъ другимъ вышеуказаннымъ условіямъ.

¹⁾ Binding, Hdb, s. 361; Frank, s. 216.

²⁾ Поэтому не можетъ служить основаніемъ къ признанію комплота и призыва къ совершенію верховной измѣны (§§ 83, 85 герм.) приготовленіемъ къ послѣднему преступленію фактъ принятія ихъ закономъ за приготовительныя къ преступленію дѣйствія, нашедшій себѣ выраженіе въ § 86. Deutsch. Stgb. Jede andere, ein hochverrätherisches Unternehmen vorbereitende Handlung, какъ думаютъ нѣкоторые ученые (напр., Hälschner, II, s. 749; Binding, Lrb, II, s. 449). Коль скоро закону неизвѣстно общаго понятія о приготовленіи, какъ объ особой формѣ предварительной дѣятельности, то и характеристика дѣйствія какъ приготовленія, неспособна сама по себѣ сообщить ему значенія приготовленія въ техническомъ смыслѣ.

Такимъ образомъ, необходимо признать, что высказанныя въ литературѣ догматическія сомнѣнія объ юридической природѣ, предусмотрѣнныхъ §§ 86, 151 герм. ул., актовъ являются неосновательными, и единственно правильнымъ должно считаться мнѣніе, квалифицирующее соотвѣтственныя дѣйствія, какъ приготовленіе въ техническомъ смыслѣ.

Итакъ, для признанія подготовительной дѣятельности приготовленіемъ къ преступленію вовсе нѣтъ необходимости, чтобы наказуемость ея была предусмотрѣна въ общей части уголовного кодекса, и для приобрѣтенія ею характера предварительной преступной дѣятельности достаточно, чтобы законъ призналъ ее таковою въ особенной части кодекса. Но нельзя сказать, чтобы это различіе формулировки состава приготовленія проходило вполне безслѣдно для юридической природы послѣдняго; оно, несомнѣнно, обуславливаетъ собою существенное различіе природы подготовительной дѣятельности въ томъ и другомъ случаѣ. Подготовительная дѣятельность, признанная приготовленіемъ въ общей части уголовного кодекса, представляетъ собою общую форму предварительной дѣятельности, возможную при всѣхъ преступленіяхъ, хотя и наказуемую только при нѣкоторыхъ; эта дѣятельность координируется съ покушеніемъ, какъ другою формою предварительной дѣятельности и, при толкованіи природы приготовленія, открывается возможность ссылаться на природу покушенія вообще. Напротивъ, въ случаѣ квалификации подготовительной дѣятельности, какъ приготовленія къ преступленію, исключительно въ особенной части кодекса, приготовленіе приобрѣтаетъ характеръ предварительной дѣятельности, специально присущей только отдѣльнымъ видамъ преступленій и, при толкованіи природы этого приготовленія, становится возможнымъ ссылаться на тѣ только формы преступной дѣятельности, которыя присущи данному специальному виду преступленія. Какъ мы увидимъ ниже, это различіе имѣетъ весьма важное значеніе для рѣшенія нѣкоторыхъ специальныхъ вопросовъ ученія о приготовленіи къ преступленію.

Такимъ образомъ, подъ понятіе о приготовленіи къ преступленію подходят и нѣкоторыя дѣянія, предусматриваемыя кодексомъ исключительно въ особенной части своихъ постановленій, и обладающія субсидіарнымъ по отношенію къ составамъ тѣхъ дѣяній, которыя они готовятъ, характеромъ. Подобная квалифікація этихъ дѣяній вызываетъ вопросъ объ отно-

шеніи соотвѣтствующихъ положеній особенной части къ общимъ положеніямъ объ аксессуарныхъ формахъ преступности, а именно къ положеніямъ о покушеніи на преступленіе. Можетъ ли быть покушеніе на предусмотрѣнные особенною частью виды приготовленія или нѣтъ? Иногда этотъ вопросъ ставится общимъ образомъ, причемъ одни ученые допускаютъ возможность совершенія покушенія навсѣ наказуемые виды приготовленія,¹⁾ а другіе столь же общно утверждаютъ обратное²⁾. Но обыкновенно этотъ вопросъ разбирается примѣнительно къ отдѣльнымъ случаямъ приготовленія. Такъ, особое вниманіе литературы привлекаютъ къ себѣ тѣ случаи, въ которыхъ караются всѣ виды приготовительныхъ дѣйствій къ извѣстному преступленію (въ виду высокой санкціи соотвѣтственнаго приготовленія), причемъ одни ученые рѣшаютъ вопросъ о возможности покушенія на нихъ въ отрицательномъ смыслѣ,³⁾ а другіе справедливо замѣчаютъ, что, хотя покушеніе на приготовленіе и невозможно юридически, но что попытка совершенія приготовленія является, въ свою очередь, актомъ приготовленія къ преступленію, и потому, при наказуемости всѣхъ видовъ приготовленія, подлежитъ наказанію⁴⁾.

Что касается случаевъ, въ которыхъ объявляются наказуемыми только нѣкоторые виды приготовительныхъ дѣйствій, то доктрина согласно утверждаетъ, что покушеніе на эти дѣянія—неполная реализація предусмотрѣнныхъ въ законѣ дѣйствій—не можетъ подлежать наказанію⁵⁾. И съ этимъ выводомъ нельзя

¹⁾ Meyer, Lrb, s. 202; Meyer-Allfeld, s. 170.

²⁾ Schwarze, НН, II, s. 285; Liszt, s. 211.

³⁾ Oppenhoff, Stgb, s. 243; Berner, Lrb, s. 356; Baumgarten, s. 404, 405; Hälschner, II, s. 752; Finger, I, s. 315.

⁴⁾ Binding, Lrb, II, s. 450; Frank, s. 215; Loesch, s. 43.

⁵⁾ Эта точка зрѣнія отстаивается преимущественно русскими учеными, въ виду системы частичной наказуемости приготовленія въ нашемъ правѣ. Ср., Неклюдовъ, Прил. стр. 500. Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 142; Лекціи, I, стр. 685; Есиповъ, стр. 263; Пусторослевъ, стр. 371; Познышевъ, стр. 346; Объясненія, I, стр. 440. Въ германскомъ правѣ этотъ вопросъ обыкновенно обходится молчаніемъ, вслѣдствіе немыслимости покушенія на дѣяніе, предусмотрѣнное § 151, представляющее собою проступокъ въ техническомъ смыслѣ. Однако, и принципиально въ этихъ случаяхъ не допускаютъ покушенія. Ср., Frank, s. 215, 216. Нѣкоторые германскіе ученые пытаются распространить изложенное въ текстѣ начало на дѣянія, упоминаемыя §§ 83—85 герм. ул., предусматривающими нѣкоторые виды предшествующей совершенію верховной измѣны, дѣятельности и утверждаютъ, что и при

не согласиться. Покушение, какъ мы сказали, представляетъ собою реализацію части признаковъ оконченнаго преступленія, и, слѣдовательно, нельзя признавать покушеніемъ реализацію части признаковъ приготовленія, какъ формы предварительной или не законченной преступной дѣятельности.

Наконецъ, существуютъ ученые, которые не допускаютъ возможности примѣненія категоріи покушенія при обсужденіи приготовительныхъ дѣйствій и въ томъ случаѣ, когда послѣднія признаны закономъ самостоятельными преступленіями¹⁾. Но это воззрѣніе представляется совершенно произвольнымъ, и въ пользу его не можетъ быть приведено никакихъ догматическихъ основаній.

§ 25. Законодательныя постановленія о наказуемости приготовления къ преступленію.

Познакомившись съ общою природою приготовленія къ преступленію, мы должны обратиться къ разсмотрѣнію законодательныхъ постановленій по этому предмету. Обозрѣвая эти постановленія, мы убѣждаемся, что они раздѣляются на двѣ основныя группы. Къ первой группѣ принадлежатъ законодательства, категорически признающія приготовленіе къ преступленію формою предварительной дѣятельности и дающія приготовленію опредѣленіе въ общей части кодекса. Ко второй, — уложенія, не заключающія въ себѣ такой явной квалификаціи приготовительныхъ дѣйствій въ общей части, и предусматривающія наказуемость ихъ лишь въ отдѣльныхъ постановленіяхъ особенной части.

Виднымъ представителемъ законодательствъ первой группы является наше право. Ул. о нак. принимаетъ приготовленіе

этихъ преступленій не можетъ быть рѣчи о покушеніи. Ср., Geyer, Grundriss, II, s. 128; Binding, Lrb, II, s. 450. Однако, это положеніе, въ столь общей формѣ, не можетъ быть признано правильнымъ. Мы уже указывали, что не всѣ предшествующія преступленію дѣйствія являются приготовленіемъ къ нему, и изложенное въ текстѣ мнѣніе непримѣнимо къ нимъ лишь постольку, поскольку они являются приготовленіемъ въ техническомъ смыслѣ. Сообразно съ этимъ, нельзя отрицать возможности покушенія на заговоръ на совершеніе верховной измѣны (§ 83) и покушенія на призывъ къ совершенію этого дѣянія (§ 85), представляющихъ собою не приготовленія, а оконченныя преступленія.

¹⁾ Tuozzi, I, p. 171; Manzini, II, p. 381.

къ преступленію за особую форму предварительной дѣятельности, отличную какъ отъ умысла совершить преступленіе, такъ и отъ покушенія на послѣднее ¹⁾. Приготовленіемъ оно почитаетъ пріисканіе или пріобрѣтеніе средствъ для совершенія преступленія ²⁾. За приготовленіе къ совершенію преступленія, виновный подвергается наказанію, смотря по тому, во первыхъ, употребленныя имъ для сего средства были ль противозаконныя, во вторыхъ, самое пріобрѣтеніе сихъ средствъ было ль соединено съ опасностью для какого-либо частнаго лица, или многихъ, или и всего общества. Наказаніе за одно, безъ сихъ увеличивающихъ вину обстоятельствъ, приготовленіе къ преступленію опредѣляется лишь въ особыхъ, именно означенныхъ законами случаяхъ ³⁾.

Эти постановленія нашего права подали поводъ доктринѣ къ построенію общаго ученія о приготовленіи къ преступленію по русскому праву. Большинство криминалистовъ признаетъ приготовленіе самостоятельною формою предварительной дѣятельности и мнѣніе, рассматривающее приготовленіе, какъ форму обнаруженія умысла, ⁴⁾ совершенно основательно не встрѣчаетъ сочувствія въ нашей литературѣ.

Раздѣляя такое воззрѣніе на приготовленіе къ преступленію, наша доктрина подвергаетъ критикѣ и постановленія нашего права по этому предмету. Криминалисты совершенно справедливо замѣчаютъ, что къ приготовленію, въ собственномъ смыслѣ, относится только конечное положеніе ст. 112, устанавливающее репрессию приготовленія безъ увеличивающихъ обстоятельствъ. Остальныя ея положенія лишены всякаго догматическаго значенія, такъ какъ употребленіе противозаконныхъ средствъ или опасность совершаемаго виновнымъ дѣянія обосновываютъ отвѣтственность его не сами по себѣ, а въ силу запрета соответствующихъ актовъ закономъ, вслѣдствіе чего и виновный въ этихъ случаяхъ карается не за приготовленіе, а за оконченное преступленіе ⁵⁾.

¹⁾ Ул. о нак. ст. 6.

²⁾ Ул. о нак. ст. 8.

³⁾ Ул. о нак. ст. 112.

⁴⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 138, 139.

⁵⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 149, 150; Бѣлогриць-Котляревскій, стр.

Подвергая анализу постановленія общей части ул. о нак., касающіяся приготовленія, и сравнивая ихъ съ тѣми положеніями о приготовленіи, которыя заключены въ особенной части подлежащаго кодекса, мы убѣждаемся, что они оказываются совершенно несогласованными другъ съ другомъ. Ул. о нак., опредѣляя существо приготовленія къ отдѣльнымъ преступленіямъ, совершенно не считается съ тѣмъ опредѣленіемъ этого вида предварительной дѣятельности, которое оно даетъ въ общей части,—объемъ понятія о приготовительныхъ дѣйствіяхъ на основаніи положеній особенной части улож., оказывается значительно болѣе широкимъ, чѣмъ объемъ этого понятія, предусмотрѣнный въ ст. 8 улож. Въ виду того, что понятіе о приготовленіи получаетъ практическое значеніе лишь въ связи со статьями особенной части уложенія, а соотвѣтственныя статьи совершенно игнорируютъ ст. 8 и опредѣляютъ существо наказуемаго приготовленія въ разрѣзъ съ этой статьєю, приходится признать, что опредѣленіе приготовленія въ ст. 8 лишено всякаго догматическаго значенія и что вообще упоминаніе нашимъ ул. о приготовленіи въ общей части только обезпечиваетъ за приготовленіемъ характеръ общей формы предварительной дѣятельности, но нисколько не предрѣшаетъ собою существа соотвѣствующихъ дѣйствій.

Иначе взглянули на этотъ вопросъ наши доктрина и практика. По воззрѣнію нашихъ юристовъ, ст. 8 имѣетъ значеніе не только при опредѣленіи по нашему праву юридической природы приготовленія, но и при опредѣленіи содержанія понятія объ этихъ дѣйствіяхъ. Путемъ разработки у насъ положеній ст. 8, образовалось цѣлое общее догматическое ученіе о приготовленіи, съ существомъ котораго намъ и необходимо теперь познакомиться ¹⁾.

Разбирая общія ученія криминалистовъ о существѣ приготовленія по нашему праву, мы встрѣчаемся съ цѣлымъ рядомъ споровъ и разногласій. Одни, характеризуя приготовленіе, стоятъ на точкѣ зрѣнія закона и опредѣляютъ приготовленіе, какъ пріисканіе или пріобрѣтеніе средствъ для совершенія

¹⁾ Необходимо, впрочемъ, оговориться, что и сами авторы соотвѣтственныхъ положеній сознаютъ, что выработанныя ими общія положенія о приготовленіи соотвѣтствуютъ не всѣмъ положеніямъ особенной части о томъ же предметѣ. Ср. Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 144 прим. 46.

преступленія ¹⁾. Но большинство высказывается въ пользу распространительнаго толкованія легальной формулы, и, если только немногіе ученые рѣшаются относить къ приготовленію устраненіе препятствій къ совершенію преступленія ²⁾ и всякое вообще поставленіе себя въ возможность его реализовать ³⁾, то, согласно господствующему въ нашей доктринѣ и практикѣ мнѣнію, къ приготовленію относится не только пріисканіе или пріобрѣтеніе средствъ для совершенія преступленія, но и приспособленіе этихъ средствъ ⁴⁾. Понятіе о средствахъ, замѣчаютъ криминалисты, предполагаетъ не наличность матеріальныхъ предметовъ вообще, а наличность матеріальныхъ предметовъ, приспособленныхъ опредѣленнымъ образомъ ⁵⁾. Для полноты понятія о приготовленіи необходимо принять, что въ него входитъ и представленіе о приспособленіи различныхъ предметовъ для того, чтобы они могли служить «средствомъ» ⁶⁾. Подъ понятіе о приспособленіи средствъ, наша доктрина подводитъ также и дѣйствія, при помощи которыхъ дѣлается возможнымъ употребленіе припасенныхъ средствъ, напр., отправку преступника съ ножомъ или ядомъ на мѣсто преступленія, принятіе положенія, удобнаго для выполненія задуманнаго ⁷⁾, равно какъ и приведеніе объекта преступленія въ такое положеніе, при которомъ сдѣлался бы возможнымъ приступъ къ выполненію преступленія ⁸⁾. Послѣдній выводъ, впрочемъ, иногда оспаривался

¹⁾ Неклюдовъ, Прил., стр. 500; Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 62, 117; Пусторослевъ, стр. 371; Познышевъ, стр. 346.

²⁾ Кистяковскій, стр. 171.

³⁾ Спасовичъ, стр. 139, 140; Кистяковскій, стр. 171.

⁴⁾ Калмыковъ, стр. 125; Кистяковскій, стр. 171; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 142—144; Есиповъ, стр. 255; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 170; Сергѣевскій, стр. 284. Кас. рѣш., 71/1438, Александровской.

⁵⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 144.

⁶⁾ Сергѣевскій, стр. 284. Въ нашей литературѣ идетъ споръ о томъ, слѣдуетъ ли относить къ приготовленію мѣры и дѣйствія, принимаемыя для скрытія преступника отъ преслѣдованія или для обезпеченія пользованія плодами преступленія, или нѣтъ. Одни (Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 140, 141) рѣшаютъ этотъ вопросъ въ первомъ смыслѣ, а другіе (Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 170; Владиміровъ, стр. 99; Познышевъ, стр. 345) во второмъ. Этотъ споръ не имѣетъ догматическаго значенія, такъ какъ всѣ согласны, что, по дѣйствующему праву, упомянутыя дѣянія не составляютъ наказуемаго приготовленія (Ср. Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 142, Объясненія, I, стр. 439, 440).

⁷⁾ Кистяковскій, стр. 171; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 144.

⁸⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 140.

нашею практикою ¹⁾. Но въ виду упоминанія закономъ объ однихъ только матеріальныхъ предметахъ, какъ средствахъ совершенія преступленія, наши ученые отказываются относить къ приготовленію дѣйствія виновнаго по отношенію къ нему самому, не касающіяся приспособленія средствъ, напр., собираніе свѣдѣній о времени, наиболѣе удобнымъ для совершенія преступленія, осмотръ мѣстности, одѣваніе виновнаго, чтобы идти на мѣсто преступленія ²⁾.

Что касается понятія о средствахъ, то, по ученію нашей доктрины, оно предполагаетъ двоякаго рода условія—субъективныя и объективныя. Въ отношеніи первыхъ необходимо, чтобы лицо, добывая средства, дѣлало это ради преступленія. Если кто-либо купилъ себѣ ядъ для научныхъ опытовъ, отмычку для домашняго обихода и т. п., то такая покупка не составляетъ приготовленія, хотя бы позднѣе у даннаго лица явилось намѣреніе совершить преступленіе, именно при помощи этихъ средствъ, и это намѣреніе было имъ чѣмъ-либо заявлено. Въ отношеніи вторыхъ, средствами могутъ считаться только тѣ предметы, употребленіе которыхъ болѣе или менѣе непосредственно относится къ совершенію самого преступленія, и понятіе о приготовительныхъ дѣйствіяхъ не можетъ быть распространяемо на всѣ безъ исключенія дѣйствія лица, предшествовавшія преступленію и содѣйствовавшія болѣе или менѣе, хотя и косвеннымъ образомъ, его выполненію. Покупка камня для отточенія ножа, предназначаемаго для выполненія убійства, склянки для храненія еще недобытаго яда не составляютъ приготовленія къ убійству, хотя бы виновный и имѣлъ уже въ то время преступное намѣреніе ³⁾.

Для состава приготовленія необходимо, чтобы виновный успѣлъ окончить предусмотрѣнныя закономъ дѣйствія, чтобы

¹⁾ Такъ, ко дѣлу Гарсоева, 70/1412, Сенатъ призналъ, что къ числу средствъ, о которыхъ говоритъ ст. 8 ул., не могутъ быть причислены дѣйствія, непосредственно касающіяся личности человѣка, который можетъ быть только или предметомъ преступленія—лицомъ пострадавшимъ,—или участникомъ въ преступленіи, а не средствомъ для совершенія преступленія. Однако, не подлежитъ сомнѣнію, что приспособленіе средства можетъ выразиться не только въ приближеніи средства къ жертвѣ, но и въ приближеніи жертвы къ средству и, въ соотвѣтствіи съ этимъ, приготовленіе можетъ принимать форму дѣйствія, касающагося личности человѣка.

²⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 144.

³⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 143; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 170.

онъ дѣйствительно пріискалъ или пріобрѣлъ средства совершенія преступленія. Пока дѣятельность виновнаго ограничивается одними поисками средствъ и т. п., она еще не можетъ быть квалифицирована, какъ приготовленіе къ преступленію ¹⁾).

Приготовленіе возможно только при преступленіяхъ умышленныхъ. Нѣкоторые ученые спеціально оговариваются, что приготовленіе къ преступленіямъ неосторожнымъ не возможно ни логически, ни психологически ²⁾).

Мы уже говорили, что заключающееся въ ст. 8 опредѣленіе приготовленія къ преступленію не имѣетъ догматическаго значенія. Отсюда приходится заключить, что и тѣ положенія, которыя добыты криминалистами путемъ догматической разработки этой статьи, имѣютъ интересъ лишь постолько, поскольку они могутъ быть отнесены къ постановленіямъ, опредѣляющимъ существо приготовленія при убійствѣ и при поджогѣ. Совершенно иную роль играетъ общее опредѣленіе приготовленія въ угол. ул. 1903 г. Это ул., давая опредѣленіе приготовленія въ общей части (ст. 50), не только не отступаетъ отъ него при формулировкѣ актовъ приготовленія къ отдѣльнымъ преступленіямъ, но оно даже и не повторяетъ его въ послѣднихъ случаяхъ, упоминая здѣсь о приготовленіи, какъ о дѣяніи, извѣстномъ изъ общей части кодекса. Поэтому, догматическій разборъ общаго положенія ст. 50 уг. ул. не только не является излишнимъ для пониманія спеціальныхъ постановленій этого ул. о приготовленіи, но онъ даже необходимъ для этой цѣли.

Подъ приготовленіемъ, по угол. ул., слѣдуетъ разумѣть пріобрѣтеніе или приспособленіе средства для приведенія въ исполненіе преступнаго дѣянія (ст. 50). Доктрина разъясняетъ, что для приготовленія, со стороны субъективной, необходимо, чтобы лицо, приготовляя средства, дѣлало это съ цѣлью совершенія преступнаго дѣянія ³⁾. Пріобрѣтеніе яда для лѣченія или для опытовъ не составляетъ приготовленія, хотя бы впоследствии у купившаго и явился умыселъ совершить посредствомъ этого

¹⁾ Неклюдовъ, Прил. стр. 500; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 142; Пусторослевъ, стр. 371; Познышевъ, стр. 346; Объясненія, I, стр. 440.

²⁾ Пусторослевъ, стр. 372, 373. Неклюдовъ, Прил. стр. 502, утверждаетъ, что приготовленіе наказуемо только при преступленіяхъ, а не при проступкахъ. Это утвержденіе лишено значенія, въ виду перечневой системы опредѣленія сферы наказуемаго приготовленія въ нашемъ правѣ.

³⁾ Таганцевъ, Лекціи, I, стр. 685; Познышевъ, стр. 146.

яда отравленіе. Но если для приготовленія всегда необходимъ умысль виновнаго, то для состава этого вида предварительной дѣятельности совершенно безразлично, былъ ли этотъ умысль внезапнымъ или предумышленнымъ, условнымъ или безусловнымъ ¹⁾.

Со стороны объективной, приготовленіе представляется приобрѣтеніемъ или приспособленіемъ средствъ для совершенія преступленія. Доктрина разъясняетъ, что подь понятіе о приготовленіи подходит не только приобрѣтеніе или приспособленіе предметовъ, уже готовыхъ къ употребленію въ качествѣ средствъ совершенія преступленія, но и приспособленіе предметовъ, еще не способныхъ служить этому назначенію, съ цѣлью сообщенія имъ подлежащей способности ²⁾. Подь средствами должно быть понимаемо все, что можетъ служить или содѣйствовать совершенію преступленія, какъ скоро обвиняемый въ данномъ случаѣ считалъ такія средства пригодными для выполненія задуманнаго въ ихъ непосредственномъ или измѣненномъ видѣ ³⁾. Сюда относятся, прежде всего, предметы вѣшняго міра, служащіе для выполненія самого преступленія. При этомъ безразлично, предназначались ли эти предметы, къ употребленію въ первоначальномъ своемъ видѣ или же послѣ предварительнаго измѣненія ихъ. Покупка камня, на которомъ будетъ вырѣзано клише для изготовленія фальшивыхъ ассигнацій, будетъ приготовленіемъ къ поддѣлкѣ ⁴⁾. Далѣе, средствами могутъ являться другія лица и ихъ дѣйствія, равно какъ и объекты преступленія. Такъ, напр., приведеніе жертвы изнасилованія въ такое положеніе или приведеніе ея въ такое мѣсто, гдѣ изнасилованіе дѣлалось возможнымъ, является приготовленіемъ къ изнасилованію ⁵⁾. Нѣкоторые ученые относятъ къ приготовленію по угол. ул. и дѣйствія самого преступника, выразившіяся въ видѣ поджиданія жертвы въ засадѣ, въ видѣ прихода на мѣсто преступленія и т. п. ⁶⁾. Однако, эти дѣйствія могутъ быть признаны приготовленіемъ въ томъ только случаѣ, когда при помощи ихъ виновный обезпечивалъ заготовленнымъ имъ средствамъ возможность про-

¹⁾ Таганцевъ, Лекціи, I, стр. 685.

²⁾ Таганцевъ, Лекціи, I, стр. 685.

³⁾ Объясненія, I, стр. 440; Познышевъ, стр. 34.

⁴⁾ Таганцевъ, I, стр. 686.

⁵⁾ Таганцевъ, I, стр. 686.

⁶⁾ Таганцевъ, I, стр. 686.

явленія ихъ дѣйствія, т. е., когда они являются обыкновеннымъ видомъ приспособленія средствъ.

По смыслу закона, дѣйствія, направленные на подготовленіе матеріала, необходимаго для выполнения преступленія, относятся къ приготовленію только съ того момента, когда они совершены и окончены. Поэтому лицо, которое только разыскиваетъ топоръ для задуманнаго преступленія, торгуетъ ножъ, отмычку, не совершаетъ еще приготовленія, такъ какъ для этого требуется, чтобы вещь была дѣйствительно куплена, добыта, приискана ¹⁾. Не составляютъ приготовленія и дѣйствія, состоящія въ приобрѣтеніи орудій для обработки средствъ реализаціи преступленія. Покупка камня для отточенія ножа, долженствующаго служить орудіемъ убійства, склянки для храненія добываемаго яда, не могутъ быть почитаемы приготовленіемъ къ убійству ²⁾. Но какъ скоро приобрѣтенъ тотъ матеріальный предметъ, который долженъ послужить средствомъ совершенія преступленія, приготовленіе уже имѣется налицо, хотя бы и существовала нужда въ дальнѣйшей обработкѣ этого предмета, до приступа къ совершенію преступленія.

Слѣдующимъ кодексомъ, упоминающимъ о приготовленіи, является финляндское уложеніе. Это уложеніе признаетъ приготовленіе общей формою предварительной дѣятельности и говоритъ о немъ на ряду съ покушеніемъ на преступленіе. Но это уложеніе не даетъ общаго опредѣленія существа преступныхъ приготовительныхъ дѣйствій, ограничиваясь указаніемъ, что приготовленіе къ преступленію наказывается только въ случаяхъ, когда объ этомъ особо установлено въ законѣ (Гл. IV, § 3).

Дальнѣйшимъ кодексомъ, упоминающимъ въ общей части своихъ постановленій о приготовленіи къ преступленію, является проектъ австр. ул. Согласно ему, лицо, совершившее приготовленіе къ преступленію, подлежитъ наказанію только въ случаяхъ, особо закономъ предусмотрѣнныхъ ³⁾. Это постановленіе имѣетъ чрезвычайно важное значеніе въ качествѣ положенія, обезпечивающаго приготовительнымъ дѣйствіямъ характеръ общей формы предварительной дѣятельности. Но, также какъ и соотвѣт-

¹⁾ Объясненія, I, стр. 440; Таганцевъ, I, стр. 685; Пусторослевъ, стр. 371; Познышевъ, стр. 346.

²⁾ Таганцевъ, I, стр. 686.

³⁾ Австр. пр., § 17.

ствующее положеніе нашего улож. о нак., оно не предрѣшаетъ содержанія понятія о наказуемомъ, по австрійскому проекту, приготовленіи. Въ § 17 проектъ признаетъ наказуемою формою предварительной дѣятельности всякое приготовленіе къ преступленію вообще, не устанавливая никакихъ ограниченій объема этого понятія. Но въ особенной части своихъ постановленій проектъ караетъ приготовленіе въ такомъ объемѣ только при государственныхъ преступленіяхъ (§ 112). Понятіе о наказуемомъ приготовленіи къ другимъ преступленіямъ,—подлогу (§ 216), поддѣлкѣ монеты (§ 229) и преступленіямъ, совершаемымъ при помощи взрывчатыхъ веществъ (§ 420),—проектъ формулируетъ несравненно болѣе узко и даетъ спеціальныя опредѣленія его содержанія.

Наконецъ, о приготовленіи къ преступленію въ общей части упоминаетъ еще и португальское уголовное уложеніе. Но соответствующее положеніе этого кодекса носить такой характеръ, что оно не только не обезпечиваетъ приготовительнымъ дѣйствіямъ характера общей формы предварительной дѣятельности, но, напротивъ, сообщаетъ случаямъ наказуемаго, въ португальскомъ правѣ, приготовленія явный характеръ самостоятельныхъ преступныхъ дѣяній. Приготовительными дѣйствіями, гласитъ этотъ кодексъ, признаются внѣшнія дѣйствія, направленныя на облегченіе или приготовленіе выполненія преступленія, но не составляющія начала его выполненія. Приготовительныя дѣйствія не подлежатъ наказанію, но въ томъ случаѣ, когда они заключаютъ въ себѣ признаки самостоятельнаго преступленія, къ нимъ примѣняется наказаніе, слѣдующее за послѣднее ¹⁾. Такое положеніе оказывается равносильнымъ принятію спеціальныхъ случаевъ приготовленія (напр., приготовленія къ государственнымъ преступленіямъ, предусматриваемаго ст. 164 португ. ул.) за *delicta sui generis*.

Остальныя законодательства не заключаютъ въ себѣ общихъ положеній о приготовленіи къ преступленію и ограничиваются

¹⁾ Codigo penal, Art. 14. Sao actos preparatorios os actos externos conducentes a facilitar ou preparar a execucao do crime, que nao constituem ainda começo de execucao. Os actos preparatorios nao sao puniveis, mas aos factos que entram na sua constituição é applicavel o disposto no artigo 12. Art. 12. Ainda que a tentativa nao seja punivel, os actos, que entram na sua constituição, são puniveis so forem classificados como crimes pela lei, ou como contravenções por lei ou regulamento.

указаніемъ на отдѣльные случаи наказуемаго приготовленія въ особенной части. Сообразно съ этимъ, положенія этихъ кодексовъ о приготовленіи не поддаются суммарному разбору и юридическая природа соотвѣтственныхъ дѣяній можетъ быть опредѣлена лишь путемъ разсмотрѣнія существа приготовленія при каждомъ преступленіи въ отдѣльности.

Обращаясь къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ случаевъ наказуемаго приготовленія къ преступленію въ современномъ правѣ, необходимо сказать, что отдѣльные законодательства опредѣляютъ кругъ случаевъ такового далеко не одинаково, и постановленія ихъ въ этомъ отношеніи существенно расходятся между собою, какъ при опредѣленіи существа тѣхъ преступленій, приготовленіе къ которымъ признается наказуемымъ, такъ и при опредѣленіи числа этихъ преступленій. Наиболѣе широко обрисовывается кругъ наказуемыхъ случаевъ приготовленія нашимъ уголовнымъ ул. 1903 г., финляндскимъ ул. и австр. проектомъ, которые предусматриваютъ 4 случая наказуемаго приготовленія: приготовленіе къ преступленіямъ государственнымъ, къ поддѣлкѣ монеты, къ убійству и къ общепаснымъ преступленіямъ, по угол. ул. (ст. 101, 105, 431, 457, 564); приготовленіе къ преступленію противъ Верховной Власти, къ отравленію, къ общепаснымъ преступленіямъ и къ поддѣлкѣ монеты, по финляндскому уложенію (Гл. XI, § 4; гл. XIV, § 3; гл. XXI, § 7; гл. XXXIV, § 6; гл. XXXVII, § 6); приготовленіе къ государственнымъ преступленіямъ, совершаемымъ посредствомъ взрывчатыхъ веществъ, по австр. пр. (§§ 112, 229, 216, 420). Затѣмъ, слѣдуютъ германское право и германскій проектъ, карающіе приготовленіе при 3 преступленіяхъ: приготовленіе къ государ. преступленіямъ, къ поддѣлкѣ монеты и къ преступленіямъ, совершеннымъ взрывчатыми веществами, по германскому праву (Stgb, §§ 86, 151; Sprengstoffgesetz von 1884, §§ 7, 8); приготовленіе къ государ. преступленіямъ, къ поддѣлкѣ монеты и къ подлогу, по герм. проекту (§§ 102, 162, 284). Далѣе, слѣдуетъ группа кодексовъ, предусматривающихъ приготовленіе къ двумъ преступленіямъ. Сюда относятся: ул. о нак.—приготовленіе къ убійству (ст. 1457) и къ поджогу (ст. 1611); норвеж. ул.: приготовленіе къ поддѣлкѣ монеты (§ 177) и къ подлогу (§ 186); голландское ул.; приготовленіе къ поддѣлкѣ монеты (а 214) и къ подлогу (а. 223, 234); швейцар. проектъ: приготовленіе къ поддѣлкѣ монеты (а 173) и къ преступленіямъ, совершаемымъ взрывчатыми веществами

(а. 148). Наконецъ, существуетъ группа уложеній, наказывающихъ приготовленіе только при одномъ преступленіи. Такъ, испанское право караетъ приготовленіе только при преступленіяхъ, совершаемыхъ взрывчатыми веществами (испанск. зак. 10 іюля 1894 г.), а уложенія бельгійское (а. 112), португальское (а. 164) и венгерское (§ 133) караютъ только приготовленіе къ государственнѣмъ преступленіямъ.

Изъ сказаннаго видно, что однимъ изъ наиболѣе распространенныхъ видовъ приготовленія къ преступленію является приготовленіе къ государственнѣмъ преступленіямъ. Этотъ видъ наказуемаго приготовленія отличается, вмѣстѣ съ тѣмъ, и наиболѣе широкимъ объемомъ. Большинство кодексовъ караетъ всѣ вообще формы подготовительной дѣятельности въ отношеніи къ этимъ преступленіямъ. Такъ поступаютъ бельгійское ¹⁾ и венгерское уложенія ²⁾, австрійскій проектъ ³⁾, германское ул. ⁴⁾ и герман. пр. ⁵⁾ и финляндское уложеніе ⁶⁾.

¹⁾ Code pénal belge, art. 112. Quiconque aura formé seul la résolution de commettre un attentat contre la vie ou contre la personne du roi, de l'héritier présomptif de la couronne, des membres de la famille royale énumérés en l'art 103, du régent ou des ministres exerçant les pouvoirs constitutionnels du roi sera puni de la réclusion, lorsqu'il aura commis un acte pour en préparer l'exécution.

²⁾ Венгер. ул., § 133. Кто учинить приготовленія для совершенія означенной въ § 127 верховной измѣны, не вступая для сего въ сообщество съ другими, тотъ наказывается цухтгаузомъ на время до пяти лѣтъ.

³⁾ Oester. Entw. Vorbereitung zum Hochverrate. § 112. 1. Wer einen Hochverrat vorbereitet, wird mit Kerker von einem bis drei Jahren oder mit Gefängnis oder Haft von drei Monaten bis zu drei Jahren bestraft. 2. Wer einen Hochverrat gegen die Person des Kaisers vorbereitet; 3. Wer sich mit einer fremden Regierung ins Einvernehmen setzt, um einen Hochverrat auszuführen, wird mit Kerker oder Gefängnis von einem bis zu zehn Jahren bestraft.

⁴⁾ Deutsch. Stgb., § 86. Jede andere, ein hochverrätherisches Unternehmen vorbereitende Handlung wird mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von sechs Monaten bis zu drei Jahren ein.

⁵⁾ Deutsch. Vorentw. § 102. Abs. 3. Andere vorbereitende Handlungen zu einem hochverrätherischen Verbrechen werden mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder mit Haft nicht unter drei Monaten bestraft.

⁶⁾ Финляндск. ул. Гл. XI, § 4. Кто съ намѣреніемъ содѣять преступленіе противъ Верховной Власти, войдетъ въ сношеніе съ иностраннѣмъ правительствомъ, или злоупотребить ввѣренною ему по должности властью, или заготовить оружіе или людей, или совершить другое подобнаго свойства приготовительное дѣйствіе, тотъ подвергается заключенію въ смиригельномъ домѣ на время отъ одного года до восьми лѣтъ. Кто съ подобнѣмъ

Иной системы держится наше дѣйствующее право. Объявляя наказуемымъ приготовленіе къ тяжкимъ преступленіямъ, статьями 99, 100 и 105 предусмотрѣннымъ, угол. ул., разумѣть подъ этимъ приготовленіемъ, какъ видно изъ общей его части, лишь пріобрѣтеніе или приспособленіе средства для приведенія этихъ преступленій въ исполненіе ¹⁾. Остальные виды приготовительныхъ дѣйствій, по нашему праву, и при государственныхъ преступленіяхъ не подлежатъ наказанію ²⁾.

Несравненно болѣе разнообразны законодательныя постановленія о приготовленіи къ поддѣлкѣ монеты. Приготовленіе къ поддѣлкѣ монеты извѣстно нашему угол. ул. ³⁾, герман. ул. ⁴⁾, герм. пр. ⁵⁾, норв. ул. ⁶⁾, голл. ул. ⁷⁾, австр. пр. ⁸⁾, швейц. пр. ⁹⁾,

намѣреніемъ присоединится къ такимъ людямъ, тотъ подвергается заключенію въ смирительномъ домѣ срокомъ не свыше шести лѣтъ. Гл. XIV, § 3. Если кто-либо учинить противъ дружественнаго государства преступленіе предусмотрѣннаго въ §§ 2, 3 и 4 главы XI сего Уложенія свойства, то виновный, буде по сему предмету существуетъ между Россійскимъ Государствомъ и иностраннымъ государствомъ взаимность, наказывается или смирительнымъ домомъ на срокъ не свыше шести лѣтъ или же тюремнымъ заключеніемъ.

¹⁾ Угол. ул., ст. 101. Виновный въ приготовленіи къ тяжкому преступленію, статьею 100 предусмотрѣнному, наказывается: каторгою на срокъ не свыше десяти лѣтъ. Виновный въ приготовленіи къ тяжкому преступленію, статьею 99 предусмотрѣнному, наказывается смертною казнью; ст. 105. 4. Виновный въ приготовленіи къ посягательству на жизнь члена Императорскаго Дома... наказывается ссылкой на поселеніе. Ср. ст. 50 угол. ул.

²⁾ Объясненія, II, стр. 47.

³⁾ Угол. ул., ст. 431. Виновный: 1) въ приготовленіи къ поддѣлкѣ монеты, билетовъ, бумагъ, купоновъ или талоновъ, въ статьяхъ 427 или 428 поименованныхъ наказывается заключеніемъ въ тюрьмѣ на срокъ не ниже шести мѣсяцевъ.

⁴⁾ Deutsch. Stgb. § 151. Wer Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder andere zur Anfertigung von Metallgeld, Papiergeld oder dem letzteren gleich geachteten Papieren dienliche Formen zum Zwecke eines Münzverbrechens angeschafft oder angefertigt hat, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

⁵⁾ Deutsch. Vorentw. § 162. Wer zum Zwecke eines Münzverbrechens oder Münzvergehens zu dessen Ausführung dienliche Gerätschaften anfertigt, sich verschafft oder einem anderen überlässt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

⁶⁾ Norweg. Stgb. § 177. Wer zur Vorbereitung eines Verbrechens gegen §§ 174 und 175 Gerätschaften oder andere Gegenstände anfertigt oder anschafft, die ersichtlich zur fälschlichen Anfertigung oder Verfälschung von Geld bestimmt sind, oder wer dazu mitwirkt, wird mit Gefängnis bis zu sechs Jahren bestraft.

⁷⁾ Голл. ул. ст. 214. Кто будетъ хранить у себя предметы или инструменты о которыхъ ему извѣстно, что они предназначены для совершения какого-либо

и финл. ул.¹⁰⁾, но ни одинъ изъ этихъ кодексовъ не признаетъ наказуемою всей области приготовительныхъ дѣйствій къ этому преступленію, а всѣ они облагаютъ наказаніемъ только отдѣльные, спеціально предусмотрѣнные, виды приготовительныхъ дѣйствій.

Обращаясь къ сравнительно-догматическому анализу постановленій о наказуемости приготовленія къ поддѣлкѣ монеты въ современномъ правѣ, мы замѣчаемъ, что всѣ они предусматриваютъ наказуемость дѣяній, выразившихся въ заготовленіи *средствъ* для совершенія этой поддѣлки. При этомъ, одни кодексы даютъ абстрактную формулировку состава этихъ дѣяній и говорятъ о средствахъ реализаціи поддѣлки монеты вообще (уг. ул. ст. 431, 50), объ орудіяхъ, годныхъ для ея выполненія (герм. пр. § 162); объ орудіяхъ или предметахъ для поддѣлки монеты (норв. § 177); о средствахъ и орудіяхъ для поддѣлки монеты (австр. пр. § 229) и о приспособленіяхъ, служащихъ для поддѣлки монеты (финл. гл. XXXVII, § 6), а другіе кодексы считаютъ необходимымъ дать подробное перечисленіе тѣхъ предметовъ, заготовленіе которыхъ почитается ими наказуемымъ приготовленіемъ къ поддѣлкѣ монеты. Но, приводя этотъ перечень средствъ совершенія поддѣлки монеты, нѣкоторые кодексы имѣютъ въ виду дать разъясненіе существа общаго понятія о средствахъ этого рода (финл. XXXVI § 6; швейц. пр. а. 173), а другіе кодексы сообщаютъ подлежащимъ своимъ постановленіямъ характеръ казуистическаго перечня средствъ поддѣлки. Кодексы говорятъ о предметахъ (голл. а. 214); инструментахъ (голл. а. 214);

преступленія противъ монетнаго устава, наказывается заключеніемъ въ тюрьмѣ до шести мѣсяцевъ или денежнымъ взысканіемъ до трехсотъ гульденовъ. Предметы и инструменты подлежатъ конфискаціи.

*) Oesterr. Vorentw. Vorbereitung der Fälschung von Geld oder Wertpapieren. § 229. Wer ein Mittel oder Werkzeug anfertigt oder erwirbt, das zur Fälschung oder Verfälschung von Geld oder öffentlichen Wertpapieren dienen soll, wird mit Gefängnis von zwei Wochen bis zu zwei Jahren bestraft.

*) Schweizer. Vorentw. A. 173. Anfertigen und Sichverschaffen von Fälschungsgeräten. Wer Geräte zum Fälschen oder Verfälschen von Geld, Banknoten oder Emissionspapieren, namentlich Formen, Stiche, Platten, Klischees anfertigt oder sich verschafft, wird mit Gefängnis bestraft.

¹⁰⁾ Финляндск. ул. Гл. XXXVII, § 6. Кто для изготовленія поддѣльныхъ или фальшивыхъ металлическихъ монетъ, кредитныхъ билетовъ или цѣнныхъ бумагъ сдѣлаетъ или добудетъ штампъ, снарядъ для клеймленія, форму или иньяя служащія для сего приспособленія, тотъ за такое приготовленіе къ преступленію, подвергается тюремному заключенію на срокъ не свыше двухъ лѣтъ.

формахъ (финл. гл. XXXVII, § 6; швейц. пр. а. 173); формахъ пригодныхъ для совершенія преступленія противъ монетнаго устава (герм. § 151); гравюрахъ (герм. § 150; швейц. пр. а. 173); доскахъ (герм. § 151; швейц. пр. а. 173); клише (швейц. пр. а. 173); штемпеляхъ (герм. § 151) и печатяхъ (герм. § 151); штампяхъ (финл. гл. XXVII, § 6) и снарядахъ для клеймленія (финл. гл. XXXVII § 6).

Что касается наказуемаго дѣйствія при приготовленіи къ поддѣлкѣ монеты, то оно характеризуется кодексами, какъ приготовленіе вышеупомянутыхъ средствъ (герм. § 151; герм. пр. § 162; норв. § 177; финл. XXXVII, § 6; швейц. пр. а. 173; австр. пр. § 229); какъ приобрѣтеніе ихъ (герм. § 151; герм. пр. § 162; норв. § 177; финл. XXXVII, § 6; швейц. пр. а. 173; австр. пр. § 229), какъ предоставленіе ихъ другому лицу (герм. пр. § 162) или какъ храненіе ихъ (голл. а. 214).

Съ внутренней стороны, дѣяніе виновнаго должно быть умышленнымъ. Сверхъ того, необходима наличность еще и особой цѣли виновнаго. Такъ, одни кодексы требуютъ, чтобы виновный совершилъ свое дѣйствіе съ цѣлью реализаціи преступленія противъ монетнаго устава (герм. § 151; герм. пр. § 162; голл. а. 214); другіе,—чтобы онъ руководствовался цѣлью поддѣлки монеты, билетовъ, бумагъ, купоновъ или талоновъ перечисленныхъ въ законѣ (уг. ул. ст. 431); третьи,—чтобы онъ преслѣдовалъ цѣль поддѣлки или передѣлки денегъ, банкнотовъ или эмиссіонныхъ бумагъ (швейц. пр. а. 173); четвертые,—чтобы онъ имѣлъ въ виду, при этомъ, поддѣлку или передѣлку денегъ или публичныхъ цѣнныхъ бумагъ (австр. пр. § 229); пятые,—чтобы виновный желалъ совершить приготовленіе или поддѣлку денегъ (норв. § 177); шестые,—чтобы лицо дѣйствовало съ намѣреніемъ изготовленія поддѣльныхъ или фальшивыхъ металлическихъ монетъ, кредитныхъ билетовъ или цѣнныхъ бумагъ (финл. XXXVII, § 6). Упомянувъ объ этой цѣли виновника приготовленія, большинство уложеній караетъ приготовленіе только въ случаѣ дѣйствительнаго установленія наличности этой цѣли. Но нѣкоторые кодексы довольствуются въ этомъ случаѣ установленіемъ вѣроятности существованія подлежащей цѣли и наказываютъ заготовленіе средствъ уже и въ томъ случаѣ, когда эти средства очевидно предназначались для поддѣлки денегъ (норв. § 177).

Третьимъ видомъ наказуемаго приготовленія въ современномъ правѣ является приготовленіе къ подлогу документовъ,

цѣнныхъ бумагъ, знаковъ и публичныхъ печатей, которое извѣстно голландскому ¹⁾ и норвежскому ²⁾ правамъ, германскому ³⁾ и австрійскому ⁴⁾ проектамъ

Существо этого вида наказуемаго приготовленія, подобно предыдущему, заключается въ заготовленіи разнаго рода средствъ для совершенія задуманнаго виновнымъ преступленія. Характеризуя природу подлежащихъ средствъ, одни кодексы говорятъ вообще объ орудіяхъ, годныхъ для воспроизведенія даннаго типа преступленій (герм. пр. § 284. 3), о средствахъ или орудіяхъ для соотвѣтственной цѣли (австр. пр. § 216), о предметахъ или инструментахъ для соотвѣтственнаго назначенія (голл. а. 223, 234). Другіе кодексы разумѣютъ подъ средствами подлога, съ одной стороны, поддѣльныя печати, штемпеля, штампы и другіе поддѣльные предметы этого рода, съ другой стороны—подлинныя штемпеля, печати и штампы (норв. § 186).

Дѣйствіе приготовленія характеризуется уложеніями въ этомъ случаѣ, какъ приобрѣтеніе вышеуказанныхъ средствъ (норв. § 186; герм. пр. § 284. 3; австр. пр. § 216); храненіе ихъ (голл. а. 223; 234), похищеніе ихъ (норв. § 186); приготовленіе

¹⁾ Голл. ул. ст. 223. Кто будетъ имѣть у себя предметы или инструменты, о которыхъ ему извѣстно, что они предназначены для совершенія одного изъ преступленій, предусмотрѣнныхъ въ ст. 216, наказывается заключеніемъ въ тюрьмѣ до шести мѣсяцевъ или денежнымъ взысканіемъ до трехсотъ гульденовъ. Предметы и инструменты конфискуются. Ст. 234. Кто будетъ хранить у себя предметы или инструменты, о которыхъ ему извѣстно, что они предназначены для совершенія одного изъ предусмотрѣнныхъ ст. 226, п. 2—5, преступленій, наказывается заключеніемъ въ тюрьмѣ до шести мѣсяцевъ или денежнымъ взысканіемъ до трехсотъ гульденовъ.

²⁾ Norweg. Stgb, § 186. Wer zur Vorbereitung einer Urkundenfälschung falsche Siegel, Stempel, Marken oder andre Gegenstände anfertigt oder sich verschafft, die ersichtlich zur Nachahmung oder Verfälschung bestimmt sind, oder wer in solcher Absicht echte Siegel, Stempel oder Marken entwendet, oder wer dazu mitwirkt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

³⁾ Deutsch. Vorentw. § 284. 3. Wer zum Zwecke eines der vorbezeichneten Vergehen zu dessen Ausführung dienliche Gerätschaften anfertigt, sich verschafft oder einem anderen überlässt, wird mit Gefängnis oder Haft bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft.

⁴⁾ Oesterr. Vorentw. Vorbereitung der Fälschung öffentlicher Urkunden oder Wertzeichen, § 216. Wer ein Mittel oder Werkzeug anfertigt oder erwirbt, das zur Fälschung oder Verfälschung einer öffentlichen Urkunde oder eines öffentlichen Wertzeichens dienen soll, wird mit Gefängnis oder Haft bis zu sechs Monaten bestraft. Wertzeichen des Auslandes. § 217. Die Bestimmungen der §§ 211 und 216 sind auf öffentliche Wertzeichen des Auslandes anzuwenden.

ихъ (норв. § 186; австр. пр. § 216) или предоставленіе ихъ другому лицу (герм. пр. § 284. 3).

Съ внутренней стороны, эти дѣянія предполагають умыселъ и особую цѣль виновнаго. Содержаніе послѣдней характеризуется отдѣльными кодексами весьма различно. Согласно постановленіямъ норвежскаго ул., цѣлью приготовленія долженъ быть подлогъ документовъ (§ 186). Голл. ул. караетъ приготовленіе къ совершенію поддѣлки правительственныхъ печатей (а. 223, 216) и приготовленіе къ поддѣлкѣ цѣнныхъ бумагъ (а. 234, 226 п. 2—5). Герм. пр. предусматриваетъ приготовленіе къ изготовленію или поддѣлкѣ публичныхъ цѣнныхъ знаковъ (§ 284). Австр. пр.—приготовленіе къ поддѣлкѣ или передѣлкѣ публичныхъ документовъ или публичныхъ цѣнныхъ знаковъ, какъ національныхъ, такъ и иностранныхъ (§§ 216. 217).

Дальнѣйшею группою наказуемыхъ приготовительныхъ дѣйствій, извѣстныхъ современному праву, является приготовленіе къ общеопаснымъ преступленіямъ. При этомъ, одни кодексы—угол. ул. 1903 г. и финл. ул.—карають приготовленіе къ разнымъ общеопаснымъ преступленіямъ, другіе—улож. о нак.—карають только приготовленіе къ поджогу, а третьи—австр. пр., швейц. пр., герм. законъ, испанскій законъ и др.—только приготовленіе къ преступленіямъ, совершаемымъ взрывчатыми веществами.

Согласно уг. ул. подлежитъ наказанію приготовленіе, т. е., пріобрѣтеніе или приспособленіе средства, для приведенія въ исполненіе: 1) поврежденія желѣзной дороги, подвижнаго ея состава или знака, установленнаго для безопасности желѣзнодорожнаго поѣзда; 2) поврежденія парохода или морскаго судна или знака, установленнаго для безопасности судоходства, съ цѣлью причинить крушеніе парохода или морскаго судна или 3) поврежденія поджогомъ, взрывомъ или потопленіемъ церкви или христіанскаго молитвеннаго дома; помѣщенія правительственнаго или общественнаго установленія, публичныхъ библіотеки или музея или иного государственнаго или общественнаго хранилища предметовъ наукъ или искусствъ; обитаемаго зданія или судна; рудника или копи или такихъ необитаемыхъ зданій, судна, помѣщенія или иного мѣста, гдѣ въ то время завѣдомо находился человекъ, жизнь котораго подлежащимъ поджогомъ должна была быть подвергнута опасности (уг. ул. ст. 564.50, 563).

Согласно финл. уложенію наказанію подлежитъ лицо, сложившее гдѣ либо зажигательныя или взрывчатыя средства съ

цѣлью произвести поджоги или связанный съ общою опасностью взрывъ (финл. ул. гл. XXXIV, § 6).

Улож. о нак. караетъ приготовленіе къ учиненію поджога приисканіемъ, приобрѣтеніемъ или приспособленіемъ нужныхъ для того матеріаловъ (ст. 1611).

Обращаясь къ разсмотрѣнію приготовленія къ преступленіямъ, совершаемыхъ взрывчатыми веществами, и останавливаясь на соотвѣтствующихъ постановленіяхъ германскаго ¹⁾ и испанскаго ²⁾ законодательствъ и швейцарскаго ³⁾ и австрійскаго ⁴⁾ проектовъ, мы встрѣчаемся со слѣдующими положеніями.

¹⁾ Reichsgesetz vom 9 Juni 1884 gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen. § 7. Wer Sprengstoffe herstellt, anschafft, bestellt, oder in seinem Besitze hat, in der Absicht, durch Anwendung derselben Gefahr für das Eigentum, die Gesundheit oder das Leben eines Anderen entweder selbst herbeizuführen oder andere Personen zur Begehung dieses Verbrechens in den Stand zu setzen, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft. Der gleichen Strafe verfällt, wer Sprengstoffe, wissend, dass dieselben zur Begehung eines in dem § 5 vorgesehenen Verbrechens bestimmt sind, an andere Personen überlasst.

²⁾ Ley de 10 de Julio de 1894. Art. 3. El que tenga, fabrique, facilite o venda sustancias o aparatos explosivos será castigado.

Primero. Con la pena de presidio correccional a presidio mayor, cuando destinase o supiese que se destinan las sustancias o aparatos explosivos a la ejecucion de alguno de los delitos castigados en esta ley.

³⁾ Schweiz. Vorentw. a. 148. Herstellen, Verbergen und Weiterschaffen von Sprengstoffen. 1. Wer Sprengstoffe oder Sprengbomben, die, wie er weiss oder annehmen muss, zu verbrecherischen Gebrauche bestimmt sind, herstellt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft.

2. Wer Sprengstoffe oder Stoffe, die zu deren Herstellung geeignet sind, oder Sprengbomben, die, wie er weiss oder annehmen muss, zu verbrecherischen Gebrauche bestimmt sind, sich verschafft, einem andern übergibt, von einem andern übernimmt, aufbewahrt, verbirgt oder weiterschafft, wird mit Gefängnis nicht unter einem Monat oder mit Zuchthaus bis zu drei Jahren bestraft.

3. Wer jemandem, der, wie er weiss oder annehmen muss, einen verbrecherischen Gebrauch von Sprengstoffen oder Sprengbomben plant, zu der Herstellung von Sprengstoffen oder Sprengbomben Anleitung gibt, wird mit Gefängnis oder Zuchthaus bis zu zwei Jahren bestraft.

⁴⁾ Oester. Vorentw. § 420. Vorbereitung eines Sprengstoffverbrechens. Wer mit einem andern verabredet, durch Entzünden eines Sprengstoffes eine Gefahr für das Leben anderer oder für fremdes Eigentum im grosser Ausdehnung herbeizuführen, oder wer zum Zwecke der Ausführung einer solchen Tat einen Sprengstoff oder Bestandteile eines solchen anfertigt oder erwirbt, wird mit Kerker von einem bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

Предметомъ приготовительныхъ дѣйствій этого рода должны быть взрывчатые вещества. Законодательства говорятъ въ этомъ случаѣ о взрывчатыхъ веществахъ (герм. зак. 9 іюня 1884 г. § 7, 1; испан. зак. 10 іюля 1894 г. art. 3; швейц. пр. а. 148; австр. пр. § 420), о взрывчатыхъ бомбахъ (швейц. пр. а. 148) и о взрывчатыхъ снарядахъ (исп. а. 3). Дѣйствіе приготовленія этихъ преступленій характеризуется различно: право упоминаетъ о приготовленіи взрывчатыхъ веществъ (герм. § 7, 1; испан. а. 3; швейц. пр. а. 148; австр. пр. § 420); о приобрѣтеніи ихъ (герм. § 7, 1; швейц. пр. а. 148; австр. пр. § 420); о храненіи ихъ (герм. § 7, 1; испан. а. 3; швейц. пр. а. 148); о принятіи ихъ отъ другого лица (шв. пр. а. 148); о предоставленіи ихъ другому лицу (шв. пр. а. 148); о сокрытіи ихъ (шв. пр. а. 148); о продажѣ ихъ (исп. а. 3); о распространеніи ихъ (шв. пр. а. 148); о продажѣ ихъ (исп. а. 3) и о заказѣ изготовить взрывчатое средство (герм. § 7. 1).

Для наказуемости этого вида приготовленія необходимо не только умыселъ виновнаго, но и особая цѣль его. По испан. праву, необходимо, чтобы виновный имѣлъ въ виду учиненіе одного изъ преступленій, предусмотрѣнныхъ закономъ о преступленіяхъ, совершаемыхъ взрывчатыми веществами (испан. а. 3); по швейц. пр.—чтобы онъ имѣлъ въ виду сдѣлать изъ взрывчатого вещества преступное употребленіе (а. 148); по герм. зак.,—чтобы онъ дѣйствовалъ съ намѣреніемъ поставить въ опасность собственность, здоровье или жизнь другого лица лично или черезъ посредство другихъ лицъ (§ 7. 1); по австр. пр.,—чтобы онъ преслѣдовалъ цѣль созданія опасности для чужой жизни или для широкихъ областей чужого имущества, путемъ воспламененія взрывчатыхъ веществъ (§ 420). При этомъ, большинство законодательствъ считаетъ условіемъ отвѣтственности за приготовленіе только фактъ дѣйствительной наличности указанной цѣли. Но швейц. пр., въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ о подготовкѣ чужой преступной дѣятельности вышеуказаннаго типа, признаетъ виновнаго наказуемымъ за приготовленіе и въ томъ случаѣ, когда онъ, хотя и не зналъ достовѣрно о будущемъ употребленіи ихъ на преступныя цѣли, но, по обстоятельствамъ дѣла, долженъ былъ догадываться о таковомъ (а. 148).

Наконецъ, надо замѣтить, что существуютъ законодательства, знакомыя со случаями наказуемаго приготовленія къ преступленіямъ противъ личныхъ благъ. Такъ, русскому праву знакома наказуемость приготовленія къ убійству. Улож. о нак.

признаетъ преступнымъ принятіе всякихъ для совершенія убійства мѣръ, какъ то: пріобрѣтеніе или приготовленіе нужныхъ для того оружія или иныхъ орудій и снарядовъ и т. п., когда сіи приготовленія были дѣлаемы съ намѣреніемъ совершить убійство (ст. 1457). Угол. улож. караетъ приготовленіе къ убійству (простому и квалифицированному, но не привилегированному) (ст. 457). Подъ приготовленіемъ здѣсь, сообразно положеніямъ общей части (ст. 50), разумѣется пріобрѣтеніе или приспособленіе средства для приведенія въ исполненіе убійства. Финляндское уложеніе знаетъ наказуемое приготовленіе къ отравленію и караетъ лицо, приготовившее или добывшее себѣ ядь или тому подобное вредное вещество, съ цѣлью причинить другому вредъ, но не сдѣлавшее покушенія на осуществленіе своего умысла (гл. XXI, § 7).

Такимъ образомъ, большинство современныхъ законодательствъ знаетъ случаи наказуемости приготовительныхъ дѣйствій. Но существуютъ и такія уложенія, которыя вовсе не признаютъ наказуемости приготовленія, какъ формы предварительной дѣятельности, Такъ, намъ уже приходилось указывать, что приготовительныя дѣйствія къ подлогу и поддѣлкѣ монеты принимаются уложеніями итальянскимъ (аа. 260, 271) и испанскимъ (а. 326) за самостоятельныя преступленія, а не за видъ предварительной дѣятельности, и мы уже говорили, что подобную же квалификацію даетъ португальское уложеніе приготовленію къ государственнымъ преступленіямъ (а. 164, 14). Но къ этому надо добавить, что въ настоящее время имѣются и такія уложенія, которыя вовсе не знаютъ наказуемости тѣхъ актовъ приготовленія къ преступленію, которые принимаются другими уложеніямъ за наказуемыя дѣянія того или иного типа. Мы имѣемъ въ виду французское уложеніе. Первоначальный текстъ этого кодекса вовсе не зналъ приготовительныхъ дѣйствій, какъ формы предварительной дѣятельности ¹⁾, но приготовительныя дѣйствія къ преступленіямъ государственнымъ принимались имъ за оконченное преступленіе этого рода и подводились подъ понятіе о

¹⁾ Въ частности, это уложеніе не наказывало и приготовленія къ поддѣлкѣ монеты, какъ это признавалось уже ранними его комментаторами. Ср. Carnot, I, p. 365; Rauter, Traité théorique et pratique du droit criminel français, I, 1836, p. 466.

посягательствѣ на особу монарха ¹⁾. При пересмотрѣ франц. уложенія въ 1832 году, приготовительныя дѣйствія были исключены изъ состава посягательства и выдѣлены въ особый составъ ²⁾, вслѣдствіе чего особое понятіе о приготовительныхъ дѣйствіяхъ, какъ о формѣ предварительной дѣятельности, стало извѣстнымъ и французскому праву, и подлежащее постановленіе справедливо принималось французскою доктриною за начало, устанавливающее исключеніе изъ правила о безнаказанности приготовительныхъ дѣйствій ³⁾. Однако, со времени паденія монархіи во Франціи, это постановленіе утратило свою силу ⁴⁾ и современное французское право вовсе не знаетъ наказуемости приготовительныхъ дѣйствій.

РАЗДѢЛЪ II.

Область наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

§ 26. Законодательныя постановленія о сферѣ наказуемости покушенія.

Предшествующее изложеніе было посвящено разсмотрѣнію существа и видовъ предварительной преступной дѣятельности. Теперь мы должны заняться опредѣленіемъ круга тѣхъ преступленій, которыя подлежатъ наказанію, не только въ случаѣ успѣшнаго доведенія ихъ до конца, но и въ случаѣ неуспѣшной попытки реализаціи ихъ. Выполненіе этой задачи предполагаетъ рѣшеніе двухъ вопросовъ. Съ одной стороны, необходимо опредѣлить кругъ тѣхъ преступленій, при которыхъ покушеніе, хотя и возможно, но не подлежитъ наказанію, въ силу прямого постановленія закона; съ другой,—необходимо установить кругъ тѣхъ преступленій, покушеніе на которыя немислимо, въ силу самыхъ условій ихъ юридической природы.

¹⁾ Code pénal (texte de 1810), art. 88. Il y a attentat dès qu'un acte est commis ou commencé pour parvenir à l'exécution de ces crimes, quoiqu'ils n'aient pas été consommés.

²⁾ Code pénal (texte de 1832), art. 90. Lorsqu'un individu aura formé seule la résolution de commettre l'un des crimes prévus par l'article 86, et qu'un acte pour en préparer l'exécution aura été commis ou commencé par lui seul et sans assistance, la peine sera celle de la détention.

³⁾ Rauter, I, p. 198; Ortolan, p. 428; Lacoïnta, p. 444; Villey, p. 91.

⁴⁾ Garraud, I, p. 371 rem. 3.

Останавливаясь сначала на разрѣшеніи перваго вопроса—обращаясь къ изслѣдованію постановленій современныхъ законодательствъ о кругѣ случаевъ наказуемаго покушенія,—слѣдуетъ сказать, что современные кодексы, въ этомъ отношеніи, раздѣляются на двѣ группы. Одни уложенія наказываютъ покушеніе на всѣ преступленія, при которыхъ оно юридически возможно; другія караютъ покушеніе только на болѣе серьезныя преступленія, оставляя покушеніе на мелкія преступленія безъ наказанія.

Разсматривая кодексы второй группы, состоящей изъ большинства современныхъ законодательствъ, мы приходимъ къ заключенію, что они, въ свою очередь, распадаются на нѣсколько группъ и что, при опредѣленіи круга случаевъ наказуемаго покушенія, современное право придерживается различныхъ системъ ихъ формулировки. Такъ какъ законодательные приемы разрѣшенія соотвѣтствующей задачи стоятъ обыкновенно въ тѣсной связи съ распространеннымъ въ современномъ правѣ формальнымъ дѣленіемъ преступленій на виды, то и разсмотрѣніе этихъ приемовъ удобнѣе сдѣлать, сообразуясь съ отношеніемъ законодательствъ къ послѣднему дѣленію. Мы рассмотримъ сначала тѣ приемы опредѣленія области наказуемаго покушенія, которые приняты уложеніями, усвоившими трехчленное дѣленіе преступленій, затѣмъ—приемы уложеній, отстаивающихъ двухчленное дѣленіе преступленій, и, наконецъ, приемы кодексовъ, вообще незнакомыхъ съ формальнымъ дѣленіемъ преступленій на виды.

Первою, наиболѣе старою, системою регламентаціи области наказуемости покушенія является система, усвоенная большинствомъ кодексовъ, принявшихъ трехчленное дѣленіе преступныхъ дѣяній. Покушеніе, по взгляду этихъ уложеній, наказуемо всегда при наиболѣе тяжкихъ преступныхъ дѣяніяхъ (*crimes*—по терминологіи франц. улож. (а. 2) и проекта (а. 84) и бельг. (а. 1, 53) уложенія; *Verbrechen*—по терминологіи герм. ул. (§§ 1, 43) и герм. пр. (§§ 1, 75); ср. также венгер. ул. (§ 65)¹⁾; тяжкое преступленіе—по терминологіи угол. ул. 1903 г. (ст. 49). Покушеніе карается только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ, если дѣло касается преступленій средней тяжести (*délits*—

¹⁾ Венгерское уголовное законодательство состоитъ изъ двухъ кодексовъ, одинъ изъ которыхъ (ул. 1878 г.); посвященъ преступленіямъ и проступкамъ, а другой (улож. 1879 г.) нарушеніямъ.

франц. ул. (а. 3); франц. пр. (а. 84); бельг. ул. (а. 53); Vergehen—герман. ул. (§ 43); герм. пр. (§ 75). Ср. также венгер. ул. (§ 65); преступленіе—въ смыслѣ уг. ул. (ст. 3, 49). Наконецъ, покушеніе никогда не наказывается при наиболѣе легкихъ преступленіяхъ (contraventions—франц. ул. (а. 1); бельг. ул. (а. 1); Uebertretungen—герм. ул. (§ 1); герм. пр. (§ 1); проступокъ—въ смыслѣ уголов. ул. (ст. 3, 49).

Другая группа кодексовъ, усвоившихъ трехчленное дѣленіе преступныхъ дѣяній, принимаетъ иную систему опредѣленія сферы наказуемаго покушенія и объявляетъ наказуемыми не только покушенія на всѣ наиболѣе тяжкія преступления, но и всѣ покушенія на преступления средней тяжести и даже нѣкоторые виды покушенія на извѣстныя легкія преступления. Такъ, испанское уложеніе, подраздѣляя преступныя дѣянія на преступления тяжкія, преступления менѣе тяжкія и нарушенія ¹⁾, признаетъ наказуемымъ покушеніе не только на всѣ (тяжкія и менѣе тяжкія) преступления, но и покушеніе на проступки противъ личности и собственности другихъ лицъ, коль скоро оно выразилось въ формѣ неудавшагося проступка ²⁾.

Наконецъ, третья группа вышеуказанныхъ кодексовъ, усваивая трехчленное дѣленіе преступныхъ дѣяній, совершенно игнорируетъ его при опредѣленіи круга наказуемыхъ случаевъ покушенія и объявляетъ наказуемымъ покушеніе на всѣ дѣянія, за исключеніемъ караемыхъ наиболѣе мелкими наказаніями. Такова, напр., система австрійскаго проекта, который освобождаетъ отъ наказанія только покушенія на дѣянія, караемая лишеніемъ свободы на срокъ не свыше трехъ мѣсяцевъ или штрафомъ на сумму не свыше тысячи кронъ ³⁾.

¹⁾ Código penal. Art. 6. Se reputan delitos graves los que la Ley castiga con penas que en cualquiera de sus grados sean afflictivas.

Se reputan delitos menos graves los que la Ley reprime con penas que en su grado maximo sean correccionales.

Son faltas las infracciones a que la Ley senala penas leves.

²⁾ Código penal, Art. 3. Son punibles, no solo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Art. 5. Las faltas solo se castigan cuando han sido consumadas. Se exceptuan las faltas frustradas contra las personas o la propiedad.

³⁾ Oester. Vorentw. § 14, Abs. 2. Der Versuch ist nicht strafbar, wenn die Handlung mit einer drei Monate nicht übersteigenden Freiheitsstrafe oder jener tausend Kronen nicht übersteigenden Geldstrafe bedroht ist.

Обращаясь къ кодексамъ, усвоившимъ двучленное дѣленіе преступленій, мы убѣждаемся, что для кодексовъ этой группы является характерною система признанія покушенія наказуемымъ только при преступленіяхъ въ техническомъ смыслѣ,— система оставленія безъ наказанія покушенія на проступки. Такъ, уложенія голландское (а. 45, 46) и норвежское (§ 49) и швейц. проектъ (а. 22, 237), устанавливая наказуемость покушеній на преступленія, особо оговариваются, что покушеніе на проступки не подлежитъ наказанію. Итальянское уложеніе, характеризуя существо покушенія, ставитъ условіемъ наказуемости этого дѣянія наличность у виновнаго намѣренія совершить преступленіе въ техническомъ смыслѣ (а. 61, 1).

Что касается кодексовъ, не знающихъ формальнаго дѣленія преступленій на виды, то они ставятъ наказуемость покушенія въ зависимость, отчасти отъ размѣра наказанія, грозящаго за преступленіе, отчасти отъ спеціальнаго на этотъ предметъ указанія закона. Такъ, напр., португальское уложеніе караетъ покушеніе на всѣ преступленія, влекущія за собою наказаніе, отвѣчающее понятію о значительномъ наказаніи (*peña mayor*); покушеніе на преступленія, караемая исправительнымъ наказаніемъ, наказывается этимъ уложеніемъ только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ (art. 11, 4).

Познакомившись съ кодексами, карающими только покушенія на болѣе серьезныя преступныя дѣянія, перейдемъ къ обзору законодательствъ, наказывающихъ покушеніе на всѣ вообще преступныя дѣянія. Этой системы репрессіи покушенія въ настоящее время придерживается дѣйствующее австрійское право, которое прямо оговаривается, что постановленія закона о наказуемости покушенія на преступленія (§ 9) распространяются и на покушеніе на проступки и нарушенія ¹⁾. Такой же широкій кругъ случаевъ наказуемости покушенія знаетъ наше дѣйствующее право. Впрочемъ, постановленія нашего права по этому поводу вызвали въ литературѣ споръ и при толкованіи ихъ были высказаны различныя мнѣнія.

¹⁾ Oesterr. Stgb. § 239. Im allgemeinen haben die in den §§ 5—11 über Verbrechen festgesetzten Bestimmungen auch auf Vergehen und Uebertretungen Anwendung zu finden, insoferne nicht Abweichungen hiervon im Gesetze in einzelnen Fällen insbesondere angeordnet sind, oder aus der eigenthümlichen Natur des Vergehens oder der Uebertretung folgen. Cp. Lammasch, Grundriss des Strafrechts, 1906, s. 36.

Основаніемъ взгляда, что по нашему дѣйствующему праву наказуемо покушеніе на всѣ преступныя дѣянія, служить фактъ отсутствія въ улож. о нак. какихъ-либо ограничительныхъ постановленій по этому предмету ¹⁾. Но, по мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ, подобный выводъ является нѣсколько поспѣшнымъ, и ближайшій анализъ постановленій нашего законодательства приводитъ къ убѣжденію, что оно караетъ покушеніе только при преступленіяхъ въ собственномъ смыслѣ, но не при проступкахъ. Уложеніе, какъ въ изданіи 1845 г.; такъ и въ изданіи 1866 г., говоря о покушеніи, имѣетъ вездѣ въ виду только преступленія, а не проступки (ср. текстъ ст. 113, 114, 115 ул.); статья 91 ул. прямо говоритъ: «наказаніе за преступленіе или проступокъ, а въ тѣхъ случаяхъ, когда оное въ законахъ постановлено, и за покушеніе на преступленіе», вовсе не упоминая о покушеніи проступокъ ²⁾. Но, какъ справедливо замѣчаютъ другіе ученые, этотъ выводъ представляется совершенно неправильнымъ. Слова «преступленіе» и «проступокъ» не имѣютъ у насъ технического значенія, и потому, опираясь на изслѣдованіе употребленія этихъ словъ въ законѣ, невозможно опредѣлять объема того или другого постановленія. Но и помимо этого, употребленіе этихъ словъ въ законѣ совершенно не даетъ почвы для вывода о безнаказанности по нашему праву покушенія на проступки. Такъ, та же самая ст. 91 ул., на которую ссылаются сторонники разсматриваемаго мнѣнія, допускаетъ возможность наказуемаго покушенія не только при преступленіяхъ, но и при проступкахъ, такъ какъ въ ней упоминается о содѣяніи преступленія или проступка, или же покушенія на оныя, или приготовленія къ нимъ. Употребленіе множественнаго числа въ этомъ случаѣ лишаетъ всякой убѣдительности вышеприведенное, основанное на буквѣ закона, разсужденіе ³⁾.

Еще болѣе споровъ возбудилъ вопросъ объ объемѣ области наказуемости покушенія по уставу о наказаніяхъ. Уставъ упоминаетъ о покушеніи въ трехъ статьяхъ: 17, въ которой идетъ рѣчь о безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, 172

¹⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 187, 190; Сергѣевскій, стр. 287; Владиміровъ, стр. 106; Пусторослевъ, стр. 374; Объясненія, I, стр. 419.

²⁾ Неклюдовъ, Руководство II, стр. 73; Прил. къ учебнику Бернера стр. 505, 532; Общ. часть, стр. 67.

³⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 188.

и 176, которыя постановляютъ, что покушенія на кражу и мошенничество подлежатъ тѣмъ же наказаніямъ, что и оконченныя преступленія этого рода, но что мировому судѣ предоставляется уменьшать это наказаніе до половины, соображаясь съ важностью покушенія виновныхъ. Нѣкоторые ученые утверждаютъ, что только въ этихъ, особо оговоренныхъ закономъ, случаяхъ уставъ и караетъ покушеніе, основываясь на двоякаго рода соображеніяхъ.

По мнѣнію одной группы ученыхъ, подлежащее толкованіе съ очевидностью вытекаетъ изъ мотивовъ закона (устава о нак.), которые прямо указываютъ, что виновные въ покушеніи на дѣянія, предусмотрѣнныя уст. о нак., подлежатъ наказанію только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ ¹⁾.

По мнѣнію другихъ, это положеніе вытекаетъ изъ самаго текста закона, который прямо указываетъ на тѣ случаи, въ которыхъ покушеніе по уставу можетъ подлежать наказанію ²⁾. Къ послѣднему взгляду присоединяется и наша практика, которая признаетъ покушеніе наказуемымъ по уставу только въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 172 и 176, въ виду отсутствія въ уставѣ какихъ-либо общихъ правилъ для опредѣленія ответственности за покушеніе, какъ сдѣлано въ уложеніи ³⁾.

Первый доводъ сторонниковъ этого мнѣнія устраняется просто. Мотивы закона не имѣютъ обязательнаго значенія, и при толкованіи ихъ можно принимать во вниманіе лишь постолько, поскольку мысль, въ нихъ заключающаяся, нашла себѣ выраженіе въ текстѣ закона. Сверхъ того, исторія закона говоритъ не въ пользу предложеннаго мнѣнія, а противъ него: при составленіи устава было, дѣйствительно, предположено ограничить кругъ наказуемости покушенія особо предусмотрѣнными случаями и даже было проектировано соотвѣтствующее правило устава (ст. 7 первоначальной редакціи), но затѣмъ отъ внесенія этого правила въ законъ отказались, именно, въ виду нежеланія мѣнять принципы улож. о нак. о сферѣ наказуемости покушенія ⁴⁾. Серьезнѣе доводы второй категоріи, сводящіяся къ утвержденію о непримѣнимости общей части уложенія о нак. къ постановленіямъ мирового устава. Но и съ этими соображеніями невоз-

¹⁾ Неклюдовъ, Руководство, II, стр. 73; Общ. часть, стр. 67.

²⁾ Сергѣевскій, стр. 287.

³⁾ Касс. рѣш. 79/20, Зайцевскаго.

⁴⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 189.

можно согласиться, такъ какъ, независимо отъ общаго значенія положеній общей части устава, какъ исключеній изъ общихъ положеній уложенія ¹⁾, противъ подобнаго вывода говорятъ и спеціальныя соображенія.

Непримѣнимость постановленій ул. о нак. о покушеніи на преступленіе могла бы быть отстаиваема въ томъ случаѣ, если бы общія положенія устава заключали въ себѣ исчерпывающую нормировку юридической судьбы покушенія. Между тѣмъ, ничего подобнаго не имѣется налицо: уст. о нак. постановляетъ только, что покушеніе на проступокъ, остановленное по собственной волѣ подсудимаго, не подлежитъ наказанію (ст. 17), и мы неизбѣжно должны обращаться къ улож. о нак., какъ при опредѣленіи содержанія понятія о покушеніи, такъ и при обсужденіи принциповъ наказуемости покушенія съ негодными средствами. Съ другой стороны, очевидно, что и ст. 17 установлена въ предположеніи, что по уставу о нак. караются не одни только случаи покушенія, которые предусмотрѣны ст. 172 и 176. Эти статьи говорятъ о покушеніи на кражу и мошенничество, остановленномъ по независимымъ отъ подсудимаго обстоятельствамъ, и тѣмъ самымъ устанавливаютъ безнаказанность тѣхъ видовъ покушенія на эти преступленія, которые были добровольно остановлены виновнымъ. Для того, чтобы объяснить существованіе въ уставѣ еще и ст. 17, спеціально оговаривающей безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія, надо признать, что, по уставу, караются и случаи покушенія на другія, особо имъ не оговоренныя преступленія, относительно которыхъ закону и потребовалось сдѣлать оговорку, что они не подлежатъ наказанію въ случаѣ добровольнаго перерыва ихъ виновнымъ. Въ виду отсутствія по этому предмету въ уставѣ какихъ-либо ограничительныхъ постановленій, надо признать, что и по уставу покушеніе карается при всѣхъ преступленіяхъ, какъ это и утверждаетъ большинство нашихъ криминалистовъ ²⁾.

§ 27. Догматическія положенія о границахъ наказуемости покушенія.

Предшествующія замѣчанія имѣли въ виду выяснить существо законодательныхъ постановленій о предѣлахъ наказуемости

¹⁾ Таганцевъ, Лекціи, II, стр. 220.

²⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 190; Владимировъ, стр. 106; Бѣлогриць, Котляревскій, стр. 177; Пусторослевъ, стр. 374.

покушенія. Но далеко не во всѣхъ случаяхъ, когда законъ допускаетъ наказуемость покушенія на преступныя дѣянія, это покушеніе можетъ дѣйствительно подлежать наказанію. Существуетъ цѣлый рядъ преступленій, караемыхъ только въ случаѣ полного завершенія ихъ виновнымъ лицомъ, въ виду недопустимости примѣненія въ этихъ случаяхъ категоріи покушенія. Рѣшеніе вопроса о томъ, при какихъ преступленіяхъ можно говорить о покушеніи въ юр. смыслѣ и при какихъ нѣтъ, представлено закономъ доктринѣ и практикѣ, и къ разсмотрѣнію выработанныхъ здѣсь началъ мы и должны теперь обратиться. Сначала мы остановимся на изученіи тѣхъ ограниченій примѣнимости понятія о покушеніи, которыя обусловливаются особенностями внутренней стороны преступленій, а затѣмъ обратимся къ анализу тѣхъ ограниченій области покушенія, которыя вызываются внѣшнею стороною соотвѣтственныхъ дѣяній.

Приступая къ изслѣдованію первой проблемы, намъ нужно прежде всего изслѣдовать отношеніе понятія о покушеніи къ понятію о неосторожности. Для этого необходимо, съ одной стороны, рѣшить вопросъ о томъ, можетъ ли быть признано покушеніемъ неосторожное выполненіе акта, отвѣчающаго признакамъ внѣшней стороны покушенія, т. е., возможно ли неосторожное покушеніе на преступленіе?

Съ другой стороны, надо рѣшить, подходитъ ли подъ понятіе о покушеніи умышленное совершеніе такого дѣянія, которое воплощаетъ въ себѣ часть нашихъ представленій о составѣ оконченнаго неосторожнаго преступленія, т. е., возможно ли покушеніе на неосторожное преступленіе?

Рѣшеніе перваго вопроса не вызываетъ затрудненій: по самому своему существу, покушеніе, въ качествѣ попытки совершить что-либо, предполагаетъ наличность умысла у дѣйствующаго лица, и потому о неосторожномъ покушеніи не можетъ быть и рѣчи. Этому мнѣнію придерживается и подавляющее большинство криминалистовъ ¹⁾ и только единичные ученые допускаютъ возможность совершенія неосторож-

¹⁾ Schwarze, НН, II, s. 284; Schwarze, Commentar, s. 143; Wächter, s. 209; Oppenhoff, Stgb, s. 92; Baumgarten, s. 355, 356; Beling, Grundzüge, s. 40; Bar, Gesetz, II, s. 566; Frank, s. 189; Buri, GS, XXVII, 1875, s. 154; Schoen, s. 6; Loesch, s. 7; Орловъ, стр. 33; Колоколовъ, стр. 92; Калмыковъ, стр. 122.

наго покушенія на преступленіе, оговаривая, вмѣстѣ съ тѣмъ, его безнаказанность ¹⁾). Напротивъ, при рѣшеніи второй проблемы въ наукѣ уголовного права возникли несогласія, и если всѣ ученые признають безнаказанность покушенія на неосторожное преступленіе, то далеко не столь единодушно рѣшаютъ они вопросъ о возможности совершенія такого покушенія вообще.

Такъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ, принципиальная возможность покушенія на неосторожное преступленіе, т. е., дѣянія, стоящаго въ томъ же отношеніи къ оконченному неосторожному преступленію, въ какомъ стоитъ покушеніе къ оконченному умышленному преступленію, не можетъ быть отрицаема, такъ какъ неосторожныя преступленія требуютъ по общему правилу для своего состава возникновенія преступнаго послѣдствія и, слѣдовательно, относятся именно къ той группѣ преступленій, которыя допускають возможность совершенія покушенія на нихъ ²⁾). Покушеніе, какъ самый близкій къ осуществленію преступной воли моментъ, по взгляду нашей практики, присуще каждому преступному дѣянію, а такъ какъ преступленіе можетъ быть признано совершившимся лишь тогда, когда цѣль злого умысла вполне достигается, то отрицать возможность покушенія при какомъ бы то ни было преступномъ дѣйствіи, значитъ отрицать возможность его неудачи, т. е., доходить до явно несостоятельнаго заключенія ³⁾).

Большинство криминалистовъ высказывается противъ этого взгляда, и, въ частности, обращаетъ вниманіе на невозможность согласованія этого взгляда съ юридическою природою неосторожности. Неосторожность, замѣчаютъ они, предполагаетъ наступленіе преступнаго результата; безъ наличности этого результата не можетъ быть рѣчи о наказуемой неосторожности. Наступленіе послѣдствія необходимо для юридическаго понятія о неосторожности и потому, что безъ этого условія природа дѣянія является совершенно неопредѣленной. Одна и та же неосторожность можетъ быть причиною многихъ преступныхъ дѣяній и, при отсутствіи послѣдствія, нельзя опредѣлить, какому именно

¹⁾ Пусторослевъ, стр. 396.

²⁾ Meyer, s. 204; Meyer-Allfeld, s. 171; Baumgarten, s. 355; Roever, s. 91, 92; Колоколовъ, стр. 220.

³⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 56; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 174; Есиповъ, стр. 262; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 175; Schwarze, Commentar, s. 143; Schwarze, HN, II, s. 284; Hälschner, I, s. 333, 334; Eisenmann, s. 5.

наказанію долженъ быть подвергнутъ виновный ¹⁾). Но эти возраженія убѣдили далеко не всѣхъ криминалистовъ. Возникновеніе вреда составляетъ реkvизитъ неосторожности по положительному праву, но это не означаетъ, что наступленіе вреднаго результата входитъ въ самое понятіе о неосторожномъ дѣяніи. Нельзя утверждать и того, что при отсутствіи результата не можетъ быть опредѣлено направленіе преступной неосторожности. Направленіе дѣятельности виновнаго можетъ быть опредѣлено во всѣхъ случаяхъ такъ наз. преступной самонадѣянности (*luchigiae*): это направленіе опредѣляется въ этихъ случаяхъ содержаніемъ предвидѣнія виновнаго, и онъ долженъ быть признанъ отвѣтственнымъ за покушеніе на то преступленіе, возможность наступленія признаковъ котораго онъ предвидѣлъ ²⁾). Далѣе, направленіе неосторожнаго дѣянія можетъ быть опредѣлено и въ нѣкоторыхъ случаяхъ безсознательной неосторожности, напр., въ случаяхъ, когда виновный имѣетъ въ виду совершить дѣяніе, которое онъ почитаетъ непреступнымъ въ силу неизвинительной ошибки въ обстоятельствахъ, исключаящихъ наказуемость дѣянія, если кто-либо пытается лишить другого человѣка жизни, ошибочно полагая, что дѣйствуетъ въ состояніи необходимой обороны и т. п. ³⁾). Поэтому, думаютъ представители этого направленія, возможность покушенія на неосторожное преступленіе безусловно можетъ быть утверждаема въ нѣкоторыхъ случаяхъ.

Единственно справедливыми могутъ быть признаны доводы, заключающіе о невозможности совершить покушеніе на неосторожное преступленіе, исходя изъ анализа существа покушенія. Юристы, утверждающіе, что и при совершеніи неосторожныхъ преступленій возможна неудача, а слѣдовательно, и покушеніе, смѣшиваютъ понятіе о покушеніи съ понятіемъ о началѣ ⁴⁾). Покушеніе есть понятіе юридическое и заключается въ себѣ указаніе на извѣстное отношеніе дѣйствующаго къ требованіямъ закона, а начало есть понятіе логическое и указываетъ на извѣстное отношеніе разсматриваемаго явленія къ позднѣйшему его развитію ⁵⁾). Покушеніе есть понятіе соотноситель-

¹⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 56; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 174.

²⁾ Gallet, р. 123—125.

³⁾ Binding, Grundriss, s. 130; Finger, I, s. 314, 315; Frank, s. 190.

⁴⁾ Орловъ, стр. 40; Колоколовъ, стр. 93 пр. 2.

⁵⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 175; Лекціи, I, стр. 700, 701.

ное, и оно предполагает, что виновный определенным образом относился къ содѣянному: покушеніе предполагаетъ наличность умысла виновнаго. Покушеніе на неосторожное преступленіе представляетъ собою *contradictio in adjecto*.¹⁾ Не можетъ быть рѣчи о покушеніи на неосторожное преступленіе²⁾.

Впрочемъ, и сами противники господствующаго мнѣнія согласны съ тѣмъ, что, по положительному праву, покушеніе на неосторожное преступленіе не можетъ подлежать наказанію³⁾.

Итакъ, покушеніе возможно только при умышленныхъ преступныхъ дѣяніяхъ. Но затѣмъ возникаетъ дальнѣйшій вопросъ, всякое ли умышленное дѣяніе допускаетъ возможность совершенія покушенія на него или же покушеніе необходимо предполагаетъ какую-либо определенную форму умысла? Вопросъ этотъ уже давно былъ поднятъ въ литературѣ, и наука рѣшаетъ его путемъ спеціальнаго разсмотрѣнія отношенія определенныхъ видовъ умысла къ внутренней сторонѣ покушенія.

При рѣшеніи соотвѣтствующей проблемы прежде всего обращаетъ на себя вниманіе вопросъ о томъ, необходима ли для покушенія наличность прямого умысла совершить известное преступленіе, или же покушеніе можетъ имѣть мѣсто и при безразличномъ отношеніи къ преступному результату (*dolus eventualis*)?

Этотъ вопросъ находитъ себѣ въ различныхъ странахъ неодинаковое рѣшеніе. Такъ, въ Германіи, нѣкоторые ученые допускаютъ возможность покушенія только при прямомъ умыслѣ. Безрезультатный исходъ дѣянія, предпринятаго съ эвентуальнымъ умысломъ, не можетъ служить основаніемъ къ признанію

¹⁾ Schütze, Lrb, s. 109; Lammasch, Moment, s. 55; Frank, Stgb, s. 49; Schwarze, NH, II, s. 283; Kriegsmann, s. 11; Schoen, s. 6; Liszt, s. 206; Lacointa, Rev. crit, XXIII, 1863, p. 460; Ortolan, p. 411; Garraud, I, p. 403; Garraud, Precis, p. 157; Champcommunal, p. 100; Vidal, p. 154; Tuozzi, I, p. 163; Pinto, Manuale di diritto penale, 1898, p. 95; Manzini, II, p. 382; Mecacci, II, p. 27; Longo, I, p. 259; Loesch, s. 6—8; Орловъ, стр. 40; Кистяковскій, стр. 175; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 174; Таганцевъ, Лекціи, I, стр. 702; Колоколовъ, стр. 92, 211; Есиповъ, стр. 263; Калмыковъ, стр. 122; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 175; Познышевъ, стр. 359.

²⁾ Неклюдовъ, Общ. часть, стр. 67; Владиміровъ, стр. 101; Есиповъ, стр. 262; Schwarze, NH, II, s. 284; Oppenhöf, Stgb, s. 92; Hahn, Stgb, s. 45; Hälschner, I, s. 332; Berner, Lrb, s. 134; Lammasch, Grundriss, s. 36; Herbst, s. 95.

³⁾ Meyer, s. 204; Meyer-Allfeld, s. 171; Binding, Grundriss, s. 132.

субъекта отвѣтственнымъ за покушеніе ¹⁾). Германскій законъ требуетъ, чтобы покушеніе было предпринято съ намѣреніемъ совершить извѣстное преступленіе, а это предполагаетъ наличность прямого стремленія виновнаго къ воспроизведенію преступнаго результата ²⁾). Покушеніе это—неполное осуществленіе преступнаго намѣренія; между тѣмъ, намѣреніе лица, дѣйствующаго съ эвентуальнымъ умысломъ, имѣетъ правомѣрное содержаніе, и это намѣреніе получаетъ полное осуществленіе и при покушеніи. Очевидно, что и покушенія съ эвентуальнымъ умысломъ, съ точки зрѣнія германскаго права, не можетъ существовать ³⁾).

Однако, какъ уже замѣчено въ литературѣ, упоминаемое герм. закономъ, при обрисовкѣ состава покушенія, намѣреніе не можетъ быть признаваемо особою формою умысла; законъ имѣетъ въ виду здѣсь не прямой умыселъ, а всякій умыселъ, и слову намѣреніе въ этомъ случаѣ не должно быть придаваемо техническаго значенія ⁴⁾). Мы говорили уже, что намѣреніе въ германскомъ правѣ имѣетъ тогда только значеніе особой формы виновности, когда содержаніе его оказывается болѣе богатымъ признаками, чѣмъ содержаніе умысла, т. е., когда оно служитъ доказательствомъ усѣченности состава преступленія. Но въ данномъ случаѣ этого, конечно, не имѣется налицо.

Поэтому совершенно правильно поступаетъ большинство германскихъ криминалистовъ, рѣшая вышеприведенный вопросъ во второмъ смыслѣ. Большинство германскихъ ученыхъ полагаетъ, что ни одна форма умысла не исключаетъ покушенія ⁵⁾, что покушеніе возможно не только при умыслѣ прямомъ, но и при умыслѣ эвентуальномъ ⁶⁾, что внутренняя сторона покушенія должна выражаться въ формѣ умысла (Vorsatz), но нѣтъ

¹⁾ Hagemann, GA, XXXII, 1884, s. 247.

²⁾ Wächter, s. 209; Cohn, s. 475, 476; Bierling, III, s. 310.

³⁾ Frank, s. 191, 192 (de lege lata).

⁴⁾ Baumgarten, s. 350, 351.

⁵⁾ Schütze, Lrb, s. 134; Hälschner, I, s. 334, 335. Anm.; Olshausen, Stgb. s. 154; Meyer, s. 204; Meyer-Allfeld, s. 171; Beling, Grundzüge, s. 40, 37; Binding, Grundriss, s. 129; Bar, Gesetz, II, s. 543.

⁶⁾ Schwarze, NH, II, s. 284; Binding, Normen, II, s. 410; Geyer, Grundriss, I, s. 130; Schwarze, Commentar, s. 144; Oppenhoff, Stgb, s. 92; Villnow GA, XXXV, 1887, s. 117; Frank, Stgb, s. 49, 50; Finger, I, s. 309; Schoen, s. 6; Schoetensack, Verbrechenversuch, s. 414; Loesch, s. 9, 24.

необходимости, чтобы она имѣла форму намѣренія (Absicht) ¹⁾. Исключеніе изъ этого правила составляетъ только покушеніе на тѣ деликты, составъ которыхъ предполагаетъ наличность особаго намѣренія виновнаго. Внутренняя сторона такого покушенія можетъ выражаться только въ формѣ соответствующаго *dolus specialis* ²⁾.

Итальянская литература не затрагиваетъ вопроса объ отношеніи понятій о покушеніи и объ эвентуальномъ умыслѣ. Обыкновенно не касаются этого вопроса и французскіе криминалисты. Лишь нѣкоторые изъ нихъ упоминаютъ мелькомъ, что для покушенія необходимъ прямой умыселъ, что виновный долженъ прямо желать наступленія преступнаго результата ³⁾. Напротивъ, русская наука уголовного права обратила особое вниманіе на этотъ вопросъ, хотя при рѣшеніи его наши ученые и не обнаружили единодушія.

По взгляду одной группы нашихъ ученыхъ, покушеніе возможно только при прямомъ умыслѣ, но не при преступномъ безразличіи ⁴⁾. Покушеніе, замѣчаютъ они, есть начало осуществленія преступнаго намѣренія, а при эвентуальномъ умыслѣ дѣятельность лица была направлена къ достиженію дозволеннаго, а не преступнаго результата ⁵⁾. Наше предположеніе о наличности преступнаго элемента въ составѣ дѣянія виновнаго является шаткимъ въ этихъ случаяхъ, такъ какъ у насъ нѣтъ достаточно данныхъ для его установленія ⁶⁾. Съ другой стороны, и самая вина лица въ подобныхъ случаяхъ сводится къ однимъ преступнымъ предположеніямъ и притомъ предположеніямъ ошибочнымъ: самый фактъ показываетъ, что предположенія виновнаго были невѣрны. Какимъ же образомъ мы будемъ наказывать его за одно предположеніе? ⁷⁾.

Согласно ученію второй группы нашихъ ученыхъ, покушеніе возможно не только при прямомъ умыслѣ, но и при умыслѣ

¹⁾ Liszt, Lrb, s. 206. Anm. 2; Baumgarten, s. 348.

²⁾ Baumgarten, s. 349, 350; Bar, Gesetz, II, s. 543; Liszt, Lrb, s. 206 Anm. 2.

³⁾ Lacointa, Rev. crit. XXIII, 1863, p. 460.

⁴⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 175, 176; Лекціи, I, стр. 702, 703; Есиповъ, стр. 262; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 174.

⁵⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 175; Лекціи, I, стр. 702.

⁶⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 175; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 174.

⁷⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 175; Лекціи, I, стр. 702; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 174.

эвентуальному. И при умыслѣ непрямомъ, виновный соизволяетъ на наступленіе преступнаго послѣдствія ¹⁾. Всѣ виды умысла допускаютъ покушеніе ²⁾.

Наконецъ, согласно взгляду третьей группы, при преступномъ безразличіи неоконченная преступная дѣятельность должна подлежать наказанію, но не въ качествѣ покушенія, а въ качествѣ особой формы неоконченной преступной дѣятельности ³⁾.

Обращаясь къ разсмотрѣнію вышеизложеннаго вопроса, слѣдуетъ сказать, что приводимыя въ пользу невозможности покушенія при непрямомъ умыслѣ соображенія не могутъ быть признаны убѣдительными. Приведеніе въ связь понятій о покушеніи и о намѣреніи, въ смыслѣ прямого умысла, представляетъ собою *petitio principii*. Указаніе на гадательность предположеній о виновности лица при покушеніи съ эвентуальнымъ умысломъ означаетъ смѣшеніе положеній процессуальнаго характера съ положеніями матеріальнаго права, и потому не является принципиальнымъ доводомъ въ пользу опровергаемаго мнѣнія. Ссылка на то, что рѣшеніе вопроса въ обратномъ смыслѣ равносильно одобренію наказуемости однихъ предположеній, конечно, ничего критикуемаго противъ мнѣнія не говоритъ. Вѣдь и при прямомъ умыслѣ наступленіе преступнаго эффекта можетъ быть гадательнымъ и при покушеніи съ прямымъ умысломъ самый фактъ доказываетъ, что предположенія виновнаго были невѣрны. Но отсюда же слѣдуетъ и неправильность третьяго рѣшенія этого вопроса, допускающаго наказуемость неоконченной дѣятельности при эвентуальномъ умыслѣ, только въ видѣ особой формы преступности. Никакихъ принципиальныхъ доводовъ противъ примѣнимости понятія о покушеніи къ случаямъ предпріятія преступной дѣятельности съ непрямымъ умысломъ не существуетъ.

Однако, и второе мнѣніе, допускающее покушеніе при обѣихъ формахъ умысла, не является само по себѣ рѣшеніемъ поставленнаго вопроса. Принципіальная допустимость примѣненія категоріи покушенія при эвентуальномъ умыслѣ еще не означаетъ собою соотвѣтствія этого положенія дѣйствующему

¹⁾ Орловъ, стр. 47.

²⁾ Кистяковскій, стр. 175; Сергѣевскій, стр. 287, 288; Познышевъ стр. 359.

³⁾ Колоколовъ, стр. 220. Авторъ признаетъ преступное безразличіе за высшую форму неосторожности (стр. 218).

праву. Необходимо установить точку зрѣнія нашего законодательства на этотъ предметъ. Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ проводить различіе между постановленіями улож. о нак. и постановленіями угол. ул.

Улож. о нак. допускаетъ возможность покушенія, какъ при прямомъ, такъ и при непрямомъ умыслѣ. Хотя это ул. и опредѣляетъ покушеніе, какъ дѣйствіе, начинающее или продолжающее приведеніе злого намѣренія въ исполненіе, но слово: намѣреніе, здѣсь, такъ же, какъ и въ германскомъ правѣ, не имѣетъ технического значенія и означаетъ собою, какъ прямой, такъ и эвентуальный умыселъ. Напротивъ, угол. ул. специально оговариваетъ необходимость прямого умысла; для состава покушенія, оно считаетъ необходимымъ, чтобы виновный, совершая дѣйствіе, желалъ учиненія преступнаго дѣянія (ст. 49, 48), въ силу чего литература совершенно справедливо исключаетъ возможность покушенія при эвентуальномъ умыслѣ ¹⁾.

Дальнѣйшій вопросъ, возникающій въ области ученія о внутренней сторонѣ покушенія, сводится къ проблемѣ о возможности покушенія при дѣяніяхъ съ неопредѣленнымъ умысломъ т. е., въ тѣхъ случаяхъ, когда виновный, совершая извѣстное дѣяніе, желаетъ причинить вредъ, но не отдаетъ себѣ вполне яснаго отчета объ объемѣ и характерѣ этого вреда.

И этотъ вопросъ въ законодательствахъ разныхъ государствъ находитъ различное разрѣшеніе. Согласно одному взгляду, раздѣляемому представителями германской и русской доктринъ, этотъ вопросъ долженъ быть рѣшенъ въ положительномъ смыслѣ. Такъ, въ Германіи, хотя и существуютъ криминалисты, полагающіе, что неопредѣленный умыселъ виновнаго можетъ подать поводъ къ уголовной его отвѣтственности въ томъ только случаѣ, когда дѣятельность лица приняла форму оконченнаго преступленія, а не покушенія ²⁾; но большинство ученыхъ придерживается противоположнаго взгляда и допускаетъ отвѣтственность за неопредѣленный умыселъ и при покушеніи ³⁾. Но за то въ германской литературѣ идетъ оживленный споръ о приѣмахъ опре-

¹⁾ Объясненія, I, стр. 418; Таганцевъ, I, стр. 703; Сергѣевскій, стр. 288.

²⁾ Wächter, s. 209; Cohn, s. 476.

³⁾ Schwarze, НН, II, s. 284; Oppenhoff, Stgb, s. 92; Meyer, s. 205; Meyer-Altfeld, s. 171, 172; Finger, I, s. 310; Binding, Grundriss, s. 129; Binding, Normen, II, s. 430; Bar, Gesetz, II, s. 543; Liszt, Lrb, s. 206, Anm. 2; Loesch, s. 12.

дѣленія свойствъ того преступленія, о покушеніи на которое въ соотвѣтственномъ случаѣ идетъ рѣчь. Неопредѣленность умысла предполагаетъ наличность у виновнаго представленій о нѣсколькихъ вредныхъ эффектахъ, представленій о преступленіяхъ различной тяжести, какъ о возможныхъ формахъ воплощенія его умысла. И вотъ, въ германской наукѣ идетъ споръ о томъ, на какое именно преступленіе нужно считать покусившимся виновнаго въ томъ случаѣ, когда ни одинъ изъ преступныхъ эффектовъ, обнимавшихся его умысломъ, не наступилъ? Слѣдуетъ ли признавать его виновнымъ въ покушеніи на тягчайшее изъ задуманныхъ имъ дѣяній или же на наиболѣе легкое изъ послѣднихъ? Одни ученые рѣшаютъ этотъ вопросъ въ первомъ смыслѣ¹⁾, причемъ нѣкоторые изъ нихъ указываютъ, что въ подобныхъ случаяхъ, виновный желаетъ наступленія не только болѣе легкаго, но и болѣе тяжкаго изъ преступныхъ эффектовъ²⁾, что, если мы вмѣняемъ въ вину болѣе тяжкое изъ предвидѣнныхъ виновнымъ послѣдствій, когда оно дѣйствительно наступаетъ, то мы должны вмѣнять его и тогда, когда виновному не удалось его вызвать³⁾. Другіе придерживаются иного мнѣнія и рѣшаютъ вышеприведенный вопросъ во второмъ смыслѣ⁴⁾, основываясь на томъ, что обратное воззрѣніе приводило бы къ необходимости примѣнять наказаніе, не только за учиненное по неопредѣленному умыслу оконченное преступленіе, но и за покушеніе на болѣе тяжкое преступленіе, по началу идеальной конкуренціи преступленій, въ результатъ чего могло бы оказаться, что лицо, имѣвшее главнымъ образомъ въ виду ранить потерпѣвшаго, подверглось бы болѣе тяжелому наказанію, чѣмъ лицо, прямо желавшее лишить его жизни⁵⁾. Если при неопредѣленномъ умыслѣ подлинное наступленіе тѣлеснаго поврежденія не можетъ быть квалифицируемо какъ покушеніе на убійство (а признается оконченнымъ тѣлеснымъ поврежденіемъ), то еще менѣе можно считать покушеніемъ на убійство, предпринятую съ неопредѣленнымъ умысломъ

¹⁾ Meyer, s. 205; Meyer-Allfeld, s. 172; Finger, I, s. 310; Liszt, Lrb, s. 206 Anm. 2; Frank, s. 192, 193.

²⁾ Baumgarten, s. 355; Loesch, s. 12.

³⁾ Baumgarten, s. 355.

⁴⁾ Schwarze, HN, II, s. 284, 285; Binding, Normen, II, s. 430; Bar, Gesetz II, s. 543, 544.

⁵⁾ Bar, Gesetz, II, s. 543, 544. Авторъ смѣшиваетъ неопредѣленный, умыселъ съ эвентуальнымъ.

дѣятельность, не успѣвшую даже нарушить тѣлесной неприкосновенности потерпѣвшаго ¹⁾.

Обращаясь къ русской литературѣ, мы убѣждаемся, что большинство нашихъ криминалистовъ допускаетъ возможность покушенія при неопредѣленномъ умыслѣ ²⁾, и только единичные ученые оспариваютъ правильность этого взгляда ³⁾. Вопросъ о критеріи опредѣленія характера покушенія въ этихъ случаяхъ затрагивается нашей доктриною относительно рѣдко. Но тѣ ученые, которые касаются этой проблемы, обыкновенно рѣшаютъ ее въ смыслѣ признанія лица отвѣтственнымъ за покушеніе на наименѣе тяжкое изъ задуманныхъ имъ преступленій. Основаніемъ этого взгляда является извѣстное правило о толкованіи сомнѣнія въ пользу подсудимаго ⁴⁾.

Вдумываясь въ существо изложеннаго вопроса, мы приходимъ къ убѣжденію, что при рѣшеніи его нельзя принимать во вниманіе ни двойственности умысла виновнаго—примѣнять правила о совокупности преступленій,—ни правило о толкованіи сомнѣній въ пользу подсудимаго. Первое правило непримѣнимо потому, что при неопредѣленномъ умыслѣ, виновный все же имѣетъ въ виду учинить не два, а одно дѣяніе, ⁵⁾ хотя онъ и не отдаетъ себѣ точнаго отчета въ свойствахъ своего преступнаго плана. Второе правило непримѣнимо потому, что при неопредѣленномъ умыслѣ не существуетъ никакого сомнѣнія относительно содержанія умысла виновнаго—объ этомъ умыслѣ только и можно говорить при условіи доказанности желанія лица совершить не только меньшее, но и большее изъ предположенныхъ имъ послѣдствій. Рѣшеніе вопроса о свойствахъ покушенія можетъ быть, по нашему убѣжденію, дано только на основаніи анализа правилъ о вмѣненіи этого умысла въ случаяхъ возникновенія въ результатъ его оконченныхъ преступленій. Изслѣдованіе этихъ правилъ показываетъ, что они допускаютъ вмѣненіе только тѣхъ элементовъ неопредѣленнаго умысла, которые получили подлин-

¹⁾ Binding, Normen, II, s. 430.

²⁾ Кистяковскій, стр. 175; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 176; Лекціи, I, стр. 703; Колоколовъ, стр. 213 пр. 52; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 175; Сергѣевскій, стр. 287; Познышевъ, стр. 359.

³⁾ Орловъ, стр. 46.

⁴⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 177; Лекціи, I, стр. 703; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 175.

⁵⁾ Binding, Normen, II, s. 427.

ную реализацию. Неопределенный умысел есть желание совершить вред в неопределенном объеме, а право постановляет, что виновный отвѣчает за тотъ только вред, который онъ в действительности причинилъ. Изъ этого слѣдуетъ, что, согласно правиламъ о *dolus generalis*, не признается никакого значенія за болѣе тяжкими, но не получившими реализации, элементами умысла. Но если за ними отрицается всякое значеніе при наличности оконченнаго преступленія, т. е., в болѣе серьезныхъ случаяхъ данной категоріи, то, очевидно, нельзя принимать ихъ во вниманіе и при покушеніи, т. е., при болѣе легкой формѣ соотвѣтственныхъ случаевъ. При покушеніи съ неопределеннымъ умысломъ, виновному слѣдуетъ вмѣнять наиболѣе легкое изъ охватывавшихся его умысломъ преступленій.

Такимъ образомъ, доктрина Германіи и Россіи признаетъ возможность совершенія покушенія не только при определенномъ, но и при неопределенномъ или общемъ умыслѣ. Иной точки зрѣнія придерживается доктрина романскихъ странъ—Франціи, Италіи и Бельгіи. Какъ французскіе ¹⁾, такъ и итальянскіе ²⁾ и бельгійскіе ³⁾ юристы для состава покушенія требуютъ, чтобы оно было предпринято съ определеннымъ умысломъ, и въ противномъ случаѣ отказываются признавать наличность наказуемаго покушенія.

Въ настоящее время, какъ въ германской ⁴⁾, такъ и въ русской ⁵⁾ наукѣ получила общее признаніе возможность покушенія на преступленіе при альтернативномъ умыслѣ, т. е., когда виновный при совершеніи дѣянія, прямо желалъ наступленія или одного или другого изъ возможныхъ послѣдствій. Но при разрѣшеніи отдѣльныхъ, связанныхъ съ этимъ вопросомъ, проблемъ, въ литературѣ существуетъ споръ и, при разработкѣ ихъ, ученые высказываютъ различныя взгляды.

¹⁾ Garraud, I, p. 383; Garraud, Précis, p. 145; Vidal, p. 153.

²⁾ Mecacci, p. 27; Manzini, II, p. 356; Longo, I, p. 258.

³⁾ Haus, I, p. 308, 309.

⁴⁾ Schwarze, Commentar, s. 144; Schwarze, НН, II, s. 284; Oppenhoff, Stgb, s. 92; Binding, Normen, II, s. 430; Hälschner, I, s. 334; Meyer, s. 205; Meyer-Allfeld, s. 172; Baumgarten, s. 352; Schoetensack, Verbrechenversuch, s. 414.

⁵⁾ Орловъ, стр. 47; Кистяковский, стр. 175; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 177; Лекціи, I, стр. 703; Колоколовъ, стр. 213 пр. 52; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 175; Сергѣевскій, стр. 257; Познышевъ, стр. 359.

Вникая въ существо, предпринятой съ альтернативнымъ умысломъ, преступной дѣятельности, мы убѣждаемся, что она можетъ принимать троякаго рода формы. Во-первыхъ, эта дѣятельность можетъ вылиться въ форму болѣе тяжкаго изъ предположенныхъ виновнымъ преступленій; во-вторыхъ, она можетъ принять форму менѣе тяжкаго изъ задуманныхъ лицомъ преступленій; въ-третьихъ, она можетъ принять форму покушенія на задуманное виновнымъ преступленіе. Разборъ юридической природы этихъ случаевъ и составляетъ содержаніе ученій о покушеніи при альтернативномъ умыслѣ.

Въ случаѣ наступленія первой изъ вышеприведенныхъ комбинацій—въ случаѣ возникновенія болѣе тяжкаго изъ задуманныхъ преступленій—какъ германскіе ¹⁾, такъ и русскіе ²⁾ ученые согласно признаютъ наличность одного только оконченнаго преступленія. Факту наличности у виновнаго представленія еще и о другомъ преступленіи совершенно справедливо, не придается никакого значенія. Но при разборѣ второй комбинаціи, при возникновеніи болѣе легкаго изъ предположенныхъ виновнымъ послѣдствій, въ наукѣ поднимается споръ. Большинство германскихъ ученыхъ полагаетъ, что въ этомъ случаѣ не имѣется налицо оконченнаго преступленія, а существуетъ покушеніе на болѣе тяжкое изъ задуманныхъ преступленій ³⁾. Этотъ выводъ, однако, оспаривается нѣкоторыми криминалистами, указывающими, что при альтернативномъ умыслѣ, возникновеніе меньшаго преступленія не даетъ права говорить о наличности покушенія на большее преступленіе ⁴⁾. Послѣднее рѣшеніе вопроса единственно справедливо и обуславливается самою природою альтернативнаго умысла, въ силу которой возникновеніе одного изъ предположенныхъ виновнымъ дѣяній упраздняетъ всякое юридическое значеніе тѣхъ элементовъ его умысла, которые касались другого дѣянія. Этотъ взглядъ раздѣляется и русскою доктриною ⁵⁾.

Наконецъ, въ третьемъ случаѣ,—когда ни одно изъ предположенныхъ виновнымъ послѣдствій не наступило,—большинство германскихъ ученыхъ признаетъ наличность покушенія на наи-

¹⁾ Hälschner, I, s. 335.

²⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 177; Лекціи, I, стр. 703.

³⁾ Hälschner, I, s. 334, 335; Baumgarten, s. 352.

⁴⁾ Binding, Normen, II, s. 430.

⁵⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 177; Лекціи, I, стр. 703.

болѣе тяжкое изъ задуманныхъ виновнымъ преступленій ¹⁾, а нѣкоторые германскіе криминалисты, опираясь на вышеизложенныя соображенія, квалифицируютъ соответственное дѣяніе, какъ покушеніе на наиболѣе легкое изъ предположенныхъ преступленій ²⁾. Русская же доктрина находитъ, что въ случаяхъ данной категоріи необходимо различать два отгѣнка, смотря по тому, относится ли желаемыя послѣдствія къ одной и той же группѣ охраняемыхъ благъ, или же они являются разнородными. Въ первомъ случаѣ, виновный признается отвѣтственнымъ, такъ же, какъ и при умыслѣ неопредѣленномъ, за наиболѣе легкое изъ задуманныхъ имъ дѣяній. Во второмъ случаѣ, онъ отвѣчаетъ за покушеніе на то преступленіе, составъ котораго онъ началъ выполнять, а если въ его дѣяніи будутъ признаки состава обоихъ дѣяній, то онъ подвергается отвѣтственности на основаніи правилъ о сложныхъ преступныхъ дѣяніяхъ или о такъ называемой идеальной совокупности, т. е., отвѣчаетъ за покушеніе на важнѣйшее изъ задуманныхъ имъ преступленій ³⁾.

Вдумываясь въ существо поставленной здѣсь проблемы, нетрудно видѣть, что обычные приемы рѣшенія ея не могутъ быть признаны удовлетворительными. При умыслѣ альтернативномъ, также какъ и при неопредѣленномъ, виновный желаетъ реализаціи одного только деликта, и потому совершенно немыслимо въ этомъ случаѣ примѣнять правило о совокупности преступленій. При альтернативномъ умыслѣ, также какъ и при неопредѣленномъ, не существуетъ сомнѣній о содержаніи умысла виновнаго; здѣсь можно съ полнымъ основаніемъ утверждать, что виновный желалъ, какъ болѣе легкаго преступленія, такъ и болѣе тяжкаго. Отсюда, неумѣстно здѣсь ссылаться и на правило о толкованіи сомнѣній въ пользу обвиняемаго. Далѣе, для альтернативнаго умысла характерно, что установленіе того преступленія, которое должно подлинно реализоваться, виновный предоставляетъ случаю, дѣйствию окружающей его обстановки, ибо если онъ изберетъ одну изъ имѣвшихся у него альтернативъ до приступа къ дѣйствию и начнетъ осуществлять составъ одного

¹⁾ Hälschner, I, s. 334; Baumgarten, s. 352; Meyer, Lrb, s. 205; Meyer-Allfeld, Lrb, s. 172.

²⁾ Binding, Normen, II, s. 430.

³⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 177; Лекціи, I, стр. 703; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 175.

изъ задуманныхъ преступлений, то его умыселъ будетъ носить характеръ обычной умышленной вины и проблема опредѣленія состава покушенія утратитъ свое значеніе. Изъ этого видно, что о возможности квалификаціи покушенія виновнаго по свойствамъ внѣшняго состава дѣянія его не можетъ быть рѣчи—этотъ составъ долженъ быть, въ начальныхъ своихъ стадіяхъ, общимъ для обоихъ задуманныхъ виновнымъ дѣяній.

По нашему мнѣнію, опредѣленіе свойствъ покушенія при альтернативномъ умыслѣ должно производиться такъ же, какъ при умыслѣ неопредѣленномъ. Альтернативный умыселъ представляется также видомъ неопредѣленнаго умысла и отличается отъ послѣдняго только тѣмъ, что при немъ существуетъ неопредѣленность не количественныхъ свойствъ объекта посягательства, а неопредѣленность качественныхъ его свойствъ. Въ остальномъ эти виды умысла тождественны; въ частности, они сходны и въ томъ, что при нихъ въ равной мѣрѣ фиксація природы дѣянія, какъ оконченнаго преступления, производится случаемъ, фактическимъ исходомъ дѣянія, и въ томъ, что при обоихъ умыслахъ, при наличности состава извѣстнаго преступления, не принимается во вниманіе фактъ бытія умысла совершить еще и другое преступленіе, хотя бы послѣднее и носило болѣе серьезный характеръ, чѣмъ дѣйствительно реализованное дѣйствіе. Но если право даже при болѣе тяжелой формѣ преступности, какою является оконченное преступленіе, вмѣняетъ болѣе тяжкія изъ задуманныхъ виновнымъ послѣдствій, при альтернативномъ умыслѣ, только въ случаѣ ихъ дѣйствительнаго наступленія, то тѣмъ менѣе можно вмѣнять нереализовавшіяся тяжкія послѣдствія, при покушеніи, какъ болѣе легкой формѣ преступности. Въ случаѣ невозникновенія ни одного изъ охваченныхъ альтернативнымъ умысломъ послѣдствій, виновный долженъ быть признанъ отвѣтственнымъ за покушеніе на меньшее изъ задуманныхъ имъ преступлений.

Французскіе и итальянскіе криминалисты, при изслѣдованіи покушенія, совершенно не упоминаютъ объ альтернативномъ умыслѣ.

Въ прежнее время, въ доктринѣ уголовного права подвергалась сомнѣнію возможность бытія покушенія при аффектированномъ умыслѣ. Въ настоящее время, этотъ взглядъ утратилъ вся-

кій кредитъ въ наукѣ и какъ германскіе ¹⁾, такъ и французскіе ²⁾ и русскіе ³⁾ криминалисты, оговаривая возможность совершенія покушенія и при аффектированномъ умыслѣ, упоминають объ этомъ исключительно для разьясненія существовавшего прежде на этотъ счетъ недоразумѣнія. Нѣсколько болѣе стойко держится прежній взглядъ въ Италіи. Если въ настоящее время возможность покушенія при аффектированномъ умыслѣ признается и итальянскими криминалистами ⁴⁾, то еще недавно въ Италіи ученые рекомендовали суду соблюдать особую осторожность при вмѣненіи покушенія съ аффектированнымъ умысломъ и не находили возможнымъ провозгласить общее правило о примѣнимости понятія о покушеніи и въ этомъ случаѣ ⁵⁾.

Наконецъ, германская доктрина указываетъ, что если умыселъ виновнаго носилъ сложный характеръ и направлялся на учиненіе нѣсколькихъ преступныхъ дѣяній (кумулятивный умыселъ), то акты виновнаго, по реализаціи подлежащаго умысла могутъ выражаться въ конкуренціи нѣсколькихъ покушеній, или же оконченныхъ преступленій, или въ конкуренціи оконченныхъ преступленій съ покушеніями ⁶⁾.

Мы разобрали отношеніе понятія о покушеніи къ внутренней сторонѣ преступныхъ дѣяній и установили тѣ ограниченія области наказуемости покушенія, которыя вызываются особенностями строенія внутренней стороны преступленій. Теперь надлежитъ опредѣлить существо тѣхъ ограниченій области примѣнимости понятія о покушеніи, которыя обуславливаются строеніемъ внѣшней стороны преступленій и показать тѣ особенности этой стороны деликтовъ, которыя исключаютъ возможность совершить на нихъ покушеніе. Приступая къ разрѣшенію этой задачи, мы остановимся прежде всего, на преступныхъ опущеніяхъ и ихъ видахъ—опущеніяхъ въ тѣсномъ смыслѣ (*echte Unterlassungsdelikte*) и невмѣшательствѣ (*unechte Unterlassungsdelikte*, *Kommissivdelikte durch Unterlassung*). Вопросъ

¹⁾ Schwarze, НН, II, s. 285; Schwarze, Commentar, s. 144; Hälschner, I, s. 335; Meyer, Lrb, s. 204; Frank, s. 190.

²⁾ Lacointa, Rev. crit, XXIII, 1863, p. 460—463; Garraud, I, p. 403; Vidal, p. 153, 154; Champcommunal, p. 101. 102; Gallet, p. 91—95.

³⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 177; Лекціи, I, стр. 704.

⁴⁾ Mecacci, II, p. 27; Manzini, II, p. 383; Longo, I, p. 260.

⁵⁾ Pinto, p. 95; Tuozzi, I, p. 163.

⁶⁾ Hälschner, I, s. 334; Baumgarten, s. 351, 352; Frank, s. 191, 192.

о возможности покушенія на тѣ и иныя преступленія получаетъ существенно различное рѣшеніе.

Согласно господствующему въ наукѣ мнѣнію, не можетъ быть покушенія на опущенія перваго рода, запрещаемыя сами по себѣ, безотносительно къ вызываемымъ ими послѣдствіямъ. Въ этихъ случаяхъ, замѣчаютъ криминалисты, самая преступность бездѣйствія зависитъ отъ наступленія извѣстнаго условія или извѣстнаго момента времени, и потому вся дѣятельность лица, предшествующая этому моменту, представляется безразличною; съ наступленіемъ же этого момента воспроизводится полный составъ преступленія и о началѣ выполненія его говорить не приходится ¹⁾. Преступное опущеніе характеризуется тѣмъ, что при немъ реализуется сразу весь составъ преступленія ²⁾. Нельзя считать покушеніемъ на опущеніе какую либо предшествующую опущенію дѣятельность ³⁾, начало выполненія преступленія и окончаніе его въ этихъ случаяхъ совпадаютъ другъ съ другомъ ⁴⁾. Оконченное опущеніе не заключаетъ въ себѣ нарушенія правового блага и потому здѣсь немыслимо и покушеніе, какъ посягательство на правовое благо ⁵⁾.

Но есть и такіе криминалисты, которые считаютъ покушеніе на преступное опущеніе явленіемъ вполне возможнымъ. Такъ, нѣкоторые обращаютъ вниманіе на то, что опущенія могутъ быть реализованы и въ формѣ положительныхъ дѣйствій и, сообразно съ этимъ, допускаютъ возможность покушенія на ихъ реализацію. Лицо, совершающее различныя дѣйствія, ставящія его въ положеніе невозможности реализовать обязательное дѣйствіе въ надлежащій моментъ времени, должно быть признано виновнымъ въ покушеніи на опущеніе, если оно почему либо (хотя бы про-

¹⁾ Oppenhoff, Stgb, s. 95; Villnow, GA, XXXV, 1887, s. 127; Eisenmann, s. 5, 6; Bar, Gesetz, II, s. 542; Champcommunal, p. 102; Tuozzi, I, p. 171; Mesacci, II, p. 27; Спасовичъ, стр. 133, 139, Колоколовъ, стр. 95, 221; Владиміровъ, стр. 102; Есиповъ, стр. 263; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 178; Лекціи, I, стр. 704; Объясненія, I, стр. 418; Пусторослевъ, стр. 374; Българиць-Котляревскій, стр. 175; Познышевъ, стр. 360.

²⁾ Schwarze, NH, II, s. 286; Eisenmann, s. 6; Meyer, Anfang, s. 26; Schwarze, Commentar, s. 142; Buri, Causalität, s. 139; Loesch, s. 46.

³⁾ Hälschner, I, s. 354.

⁴⁾ Schoen, s. 5; Herbst, s. 96; Lammasch, Grundriss, s. 36; Prins, p. 143; Орловъ, стр. 61.

⁵⁾ Baumgarten, s. 435, 436.

тивъ своей воли) осуществило требуемое закономъ дѣяніе ¹⁾. Поэтому, необходимо признать возможность совершить оконченное покушеніе на преступное опущеніе ²⁾. Виновный хотѣлъ оставить лицо, находящееся въ опасности быть убитымъ, безъ предупрежденія, но проговорился и убійства не состоялось ³⁾. Обязанное къ извѣстному дѣйствію лицо, въ критической моментъ отказывается его выполнить, но принуждается къ тому другимъ лицомъ ⁴⁾. Въ подобныхъ случаяхъ, дѣяніе виновнаго должно быть квалифицировано, какъ покушеніе на опущеніе.

Первое изъ изложенныхъ мнѣній, рѣшающихъ вопросъ о возможности покушенія на опущеніе въ утвердительномъ смыслѣ, встрѣтило возраженія уже и въ современной литературѣ. Нельзя говорить о началѣ исполненія преступнаго дѣянія въ тѣхъ случаяхъ, когда условія обязательности содѣянія еще не наступили, и потому предварительная дѣятельность виновнаго, состоявшая въ созданіи невозможности совершенія подлежащаго содѣянія не можетъ быть признана покушеніемъ ⁵⁾. Виновный можетъ отвѣчать за нее только какъ за самостоятельное преступленіе, въ томъ случаѣ, когда соотвѣтственные акты его запрещены закономъ подъ страхомъ наказанія ⁶⁾. И съ этими замѣчаніями нельзя не согласиться. Предшествующія опущенію виновнаго положительныя дѣйствія его представляютъ собою приготовленіе къ покушенію. Они служатъ связующимъ звеномъ между умысломъ виновнаго и актомъ, выполняющимъ составъ преступнаго дѣянія. Въ виду того, что составъ обсуждаемаго въ настоящее время преступленія состоитъ изъ бездѣйствія виновнаго, является понятнымъ, почему поведеніе виновнаго можетъ ограничиться реализаціей однихъ только положительныхъ актовъ приготовленія и что въ моментъ реализаціи самого состава опущенія, виновный можетъ находиться въ состояніи невмѣняемости (*actiones liberae in causa*). Но, конечно, въ случаѣ отсутствія выполненія состава преступленія, въ случаѣ совершенія винов-

¹⁾ Olshausen, Kommentar, s. 161, 162; Kitzinger, Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht, 1902, s. 231, 128; Meyer, Lrb, s. 202; Meyer-Allfeld, Lrb, s. 170; Horn, Z, XX, 1900, s. 338.

²⁾ Liszt, Lrb, s. 210; Finger, I, s. 316.

³⁾ Binding, Grundriss, s. 130.

⁴⁾ Frank, Stgb, s. 53; Frank, s. 211.

⁵⁾ Baumgarten, s. 437, 438; Frank, s. 211.

⁶⁾ Baumgarten, s. 438.

нымъ требовавшася отъ него дѣйствія, приготовленіе къ опущенію не можетъ сдѣлаться покушеніемъ на него.

Но, слѣдуетъ замѣтить, не можетъ претендовать на правильное рѣшеніе разбираемой проблемы и второе изъ приведенныхъ выше мнѣній. Возможность покушенія на опущеніе выводится здѣсь изъ неправильной оцѣнки условія или момента времени, обуславливающаго собою обязательность содѣянія. Дѣло представляется такимъ образомъ, какъ будто въ критическій моментъ, въ моментъ наступленія срока, виновный можетъ совершить два дѣйствія—опущеніе, съ одной стороны, и содѣяніе, съ другой. Но это неправильно. Если срокъ носить характеръ моментальный, то юридическій характеръ получаетъ одно только первое дѣяніе виновнаго—его преступное опущеніе—послѣдующее же исполненіе имъ своей обязанности, какъ запоздалое, не принимается въ расчетъ. Если срокъ носить характеръ длительный и содѣяніе можетъ быть реализовано въ любой моментъ соотвѣтственнаго промежутка времени, то опущеніе виновнаго не будетъ носить преступнаго характера, до наступленія конечнаго момента подлежащаго срока, и въ случаѣ своевременной реализаціи лицомъ содѣянія, не можетъ быть принимаемо въ расчетъ при обсужденіи его поведенія. Опущеніе въ этихъ случаяхъ не будетъ даже носить характера приготовленія къ преступленію, оно можетъ только служить свидѣтельствомъ о наличности преступнаго умысла у лица.

Такимъ образомъ, вопросъ о возможности покушенія на опущенія въ тѣсномъ смыслѣ (*echte Unterlassungsdelikte*) долженъ быть рѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ. Но возможно ли покушеніе на преступное невмѣшательство, т. е., покушеніе на опущеніе, признаваемое преступнымъ лишь въ случаѣ восслѣдованія за нимъ извѣстнаго вреда? При рѣшеніи этого вопроса, въ наукѣ уголовного права высказываются различные взгляды. Нѣкоторые ученые отрицаютъ возможность покушенія при подобныхъ преступленіяхъ ¹⁾. Фактъ моренія голодомъ ребенка, замѣчаютъ нѣкоторые представители этого взгляда, долженъ быть разсматриваемъ, какъ самостоятельное преступленіе, но не какъ покушеніе на убійство. Противное воззрѣніе забываетъ, что здѣсь, если еще и возможно установленіе момента оконченнаго покушенія, то рѣшительно невозможно опредѣ-

¹⁾ Tuozzi, II, p. 171; Mecacci, II, p. 27; Спасовичъ, стр. 133, 134.

леніе момента простого покушенія; наука же не знаетъ такихъ преступленій, которыя, допуская первое, исключали бы возможность второго ¹⁾. Но этотъ доводъ не является убѣдительнымъ. Наука уголовного права вовсе не утверждаетъ, что оконченное покушеніе имѣетъ юридическое значеніе при тѣхъ только преступленіяхъ, при которыхъ возможно и простое покушеніе, и, если общепризнано положеніе, что, при нѣкоторыхъ (такъ наз. формальныхъ) преступленіяхъ, возможно только одно простое покушеніе, то съ полнымъ основаніемъ можетъ быть утверждаемо и обратное: при нѣкоторыхъ преступленіяхъ возможно одно только оконченное преступленіе.

Этотъ взглядъ и отстаивается другою группою ученыхъ, которые утверждаютъ, что при невмѣшательствѣ покушеніе возможно, но что оно въ этихъ случаяхъ всегда принимаетъ форму особаго вида покушенія. Одни представители этого направленія допускаютъ при невмѣшательствѣ возможность только одного оконченнаго покушенія. ²⁾ Другіе квалифицируютъ попытку совершенія невмѣшательства какъ покушеніе въ тѣхъ только случаяхъ, когда она ставитъ предметъ посягательства въ опасность ³⁾ или когда она создаетъ такое положеніе вещей, при которомъ становится предвидимой невозможность отклонить вредныя послѣдствія ⁴⁾.

Однако, и съ этимъ положеніемъ нельзя согласиться. Оно было бы справедливо, если бы невмѣшательство всегда непременно моментально причиняло преступный эффектъ, т. е. если бы этотъ эффектъ наступалъ всегда въ результатѣ одного только опущенія виновнаго. Но, какъ легко заключить изъ приведеннаго выше примѣра, это условіе далеко не всегда имѣется налицо. Иногда результатъ можетъ наступить только послѣ нѣсколькихъ актовъ воздержанія виновнаго, а въ этомъ случаѣ нѣтъ никакихъ основаній отрицать характеръ покушенія на невмѣшательство за первымъ изъ предпринятыхъ, съ намѣреніемъ достигнуть соотвѣтственнаго результата, опущеній. Поэтому, совершенно

¹⁾ Бѣлогриць-Когляревскій, стр. 175, 176.

²⁾ Liszt, Lrb, s. 210; Finger, I, s. 316.

³⁾ Schwarze, Commentar, s. 142; Орловъ, стр. 62; Таганцевъ, Курсъ II, стр. 178; Лекціи, I, стр. 704.

⁴⁾ Bar, Gesetz, II, s. 542.

правы криминалисты, не ставящіе никакихъ ограниченій понятію о покушеніи на невмѣшательство ¹⁾).

Такимъ образомъ, первою группою преступленій, возбуждающихъ вопросъ о возможности совершить на нихъ покушеніе, являются преступныя опущенія. Но, при опредѣленіи границъ примѣнимости понятія о покушеніи, въ литературѣ поднимаютъ вопросъ и объ отношеніи покушенія къ положительнымъ преступнымъ актамъ или преступнымъ содѣяніямъ и въ современной литературѣ идетъ споръ о томъ, возможно ли покушеніе при всѣхъ преступныхъ содѣяніяхъ или же покушеніе на нѣкоторыя изъ этихъ преступленій представляется невозможнымъ? Большинство криминалистовъ рѣшаетъ этотъ вопросъ въ послѣднемъ смыслѣ. Литература указываетъ на рядъ содѣяній, покушеніе на учиненіе которыхъ представляется невозможнымъ.

Такъ, прежде всего, большинство ученыхъ высказывается противъ возможности учинить покушеніе на преступления, состоящія изъ одного только содѣянія (движенія организма) и для состава которыхъ не требуется, чтобы за ними послѣдовалъ опредѣленный результатъ ²⁾. Указываютъ на то, что покушеніе возможно только при такихъ преступленіяхъ, которыя состоятъ изъ ряда послѣдовательныхъ стадій человѣческой дѣятельности ³⁾, и на то, что при разбираемой категоріи преступленій, поведеніе виновнаго или вовсе не находитъ себѣ внѣшняго выраженія, или же оно сразу принимаетъ форму оконченнаго преступленія ⁴⁾. Нѣкоторые криминалисты впрочемъ допускаютъ возможность совершенія начала исполненія этихъ преступленій, но не признаютъ возможности покушенія на нихъ. Начало

¹⁾ Oppenhoff, Stgb, s. 95; Villnow, GA, XXXV, 1887, s. 217; Hälschner, I, s. 354, 355; Baumgarten, s. 438, 439; Eisenmann, s. 5. Anm. 16; Schwarze, HN, II, s. 286; Meyer-Allfeld, Lrb, s. 169; Frank, s. 209, 210; Loesch, s. 45; Champcommunal, p. 103; Prins, p. 143; Herbst, s. 96; Владиміровъ, стр. 102; Познышевъ, стр. 360.

²⁾ Schwarze, HN, II, s. 286; Pinto, p. 95; Колоколовъ, стр. 223; Владиміровъ, стр. 102; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 176.

³⁾ Mecacci, II, p. 27; Manzini, II, p. 381; Longo, I, p. 268; Tuozzi, I, p. 170; Орловъ, стр. 63; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 179; Лекціи, I, стр. 704, 705; Есиповъ, стр. 263; Пусторослевъ, стр. 374; Познышевъ, стр. 360.

⁴⁾ Schwarze, Commentar, s. 140; Hälschner, I, s. 355; Baumgarten, s. 416, 417; Finger, I, s. 315; Buri, GS, XXXII, 1880, s. 327; Schoen, s. 5; Garraud, I, p. 404; Garraud, Précis, p. 157; Laborde, p. 76; Champcommunal, p. 102; Орловъ, стр. 63; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 176.

исполненія дѣянія, замѣчаютъ они, не есть покушеніе на него, ибо покушеніе никогда не является частью исполненія преступленія ¹⁾.

Но есть и такіе ученые, которые высказываются за возможность совершенія покушенія на одноактныя преступленія ²⁾. Противное мнѣніе опровергается фактомъ дѣлимости всякаго вообще преступленія ³⁾. Мы не имѣемъ абсолютной власти даже надъ нашими непосредственными тѣлодвиженіями; еще менѣе властны мы въ дѣйствіяхъ, предполагающихъ наступленіе извѣстнаго внѣшняго результата ⁴⁾; если подлежащія преступленія и выражаются обыкновенно въ формѣ одного акта человѣческаго поведенія, то это вовсе не представляется необходимымъ ихъ признакомъ ⁵⁾; противоположное воззрѣніе совершенно упускаетъ изъ виду возможность возникновенія въ этихъ случаяхъ неудавшагося преступленія—оконченнаго покушенія ⁶⁾; наконецъ, покушеніе здѣсь возможно въ случаѣ ошибочнаго упущенія субъекта изъ виду какого либо элемента состава преступленія ⁷⁾.

Для того, чтобы правильно рѣшить поставленную здѣсь проблему, необходимо имѣть въ виду, что вопросъ о возможности совершить покушеніе на одноактныя преступленія сводится къ вопросу о возможности возникновенія препятствій реализаціи соотвѣтствующихъ движеній организма. Этотъ вопросъ, примѣнительно къ физическимъ движеніямъ организма (въ современной литературѣ именно о нихъ идетъ рѣчь) долженъ быть рѣшенъ утвердительно. Несомнѣнно, что даже дѣйствія, состоящія изъ единственнаго тѣлодвиженія могутъ быть пріостановлены въ своей реализаціи извѣстными физическими препятствіями, ибо всѣ они предполагаютъ наличность извѣстной благопріятной обстановки, какъ условія своего осуществленія. Еще болѣе увѣренно можно утверждать это относительно тѣхъ дѣйствій, которыя обычно цитируются учеными въ качествѣ недопускаю-

¹⁾ Cohn, Grundsätze, s. 3—6.

²⁾ Hagemann, GA, XXXV, 1887, s. 119; Finger, I, s. 315.

³⁾ Meyer, Lrb, s. 201; Meyer-Allfeld, Lrb, s. 169.

⁴⁾ Bar, Gesetz, II, s. 539, 540; Overbeck, Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Lichte der modernen Strafrechtsschule, 1909, s. 38.

⁵⁾ Liszt, Lrb, s. 211; Frank, s. 218.

⁶⁾ Frank, s. 218; Liszt, Das fehlgeschlagene Delikt und die Cohn'sche Versuchstheorie, Z, I, 1881, s. 96.

⁷⁾ Liszt, Lrb, s. 211.

щихъ покушенія одноактныхъ преступленій и которыя состоятъ не только изъ движенія организма, но и изъ обусловленнаго соотвѣтственнымъ движеніемъ послѣдствія,—словесныя обиды, возбужденіе къ бунту, богохульство, угрозы, оскорбленіе величества, разглашеніе вымышленныхъ извѣстій, лжесвидѣтельство и др. Всѣ эти преступления характеризуются тѣмъ, что дѣйствіе, лежащее въ ихъ основѣ, играетъ роль средства возбужденія въ психикѣ другихъ лицъ извѣстныхъ психическихъ переживаній, и, конечно, это средство можетъ и не достигнуть своей цѣли, остаться незамѣченнымъ и непонятымъ своимъ дестинатаромъ, напр., въ случаѣ произнесенія преступныхъ словъ на иностранномъ языкѣ и т. п. Тоже слѣдуетъ сказать и относительно тѣхъ дѣйствій, которыя состоятъ изъ тѣлодвиженія, приводящаго человѣка въ опредѣленное отношеніе къ окружающей его обстановкѣ (напр., оставленіе отечества), или производящимъ въ ней различныя измѣненія (сорваніе указовъ и др.). Всѣ они могутъ быть прерваны извѣстнымъ внѣшнимъ препятствіемъ и потому вполнѣ допускаютъ возможность совершенія покушенія на нихъ. Конечно, эти преступления, въ виду меньшей сложности ихъ строенія и значительной неизбѣжности слѣдованія за ними эффекта, рѣдко останутся на практикѣ безрезультатными, но это соображеніе не имѣетъ принципиальнаго значенія и не можетъ быть принимаемо въ расчетъ при изслѣдованіи юридической конструкціи покушенія ¹⁾).

При изслѣдованіи покушенія, литература возбуждаетъ еще вопросъ о возможности совершенія покушенія на преступленія съ

¹⁾ Въ литературѣ уголовного права иногда поднимаютъ вопросъ о возможности совершенія покушенія на присвоеніе чужого имущества. Нѣкоторые ученые рѣшаютъ этотъ вопросъ въ отрицательномъ смыслѣ (Schwarze, Commentar, s. 140; Cohn, s. 457, 458; Baumgarten, s. 418), другіе въ положительномъ (Merkel, Lrb, s. 319; Hälschner, II, s. 319; Meyer, Lrb, s. 547, 548; Meyer-Allfeld, Lrb, s. 450; Liszt, Lrb, s. 451; Орловъ, стр. 67). Мы полагаемъ, что вопросъ этотъ не можетъ быть рѣшенъ общимъ образомъ и что, при изслѣдованіи его, необходимо различать случаи, въ которыхъ присвоеніе реализуется въ формѣ удержанія виновнымъ чужой вещи и случаи, въ которыхъ присвоеніе принимаетъ форму растраты или другихъ дѣйствій. Въ первомъ случаѣ покушеніе на присвоеніе невозможно, потому что присвоеніе имѣетъ форму опущенія въ собственномъ смыслѣ (ср. Круглевскій, Имущественныя преступленія, 1913, стр. 186 сл.). Во второмъ, покушеніе на присвоеніе вполнѣ возможно. Это рѣшеніе принято нашей практикою (касс. рѣш. 93/31 Павлова). Этотъ взглядъ раздѣляется Пусторослевымъ, Особ. часть, 1913, стр. 194.

усѣченнымъ составомъ. Этотъ вопросъ возникаетъ потому, что составъ покушенія и усѣченный составъ преступленія предусматриваютъ порою осуществленіе части одного и того же преступнаго умысла. Рѣшеніе этого вопроса стоитъ въ зависимости отъ объема той части умысла, осуществленіе которой необходимо для выполненія состава преступленія. Покушеніе на усѣченное преступленіе возможно, какъ скоро составъ послѣдняго предполагаетъ осуществленіе не всякой, а только болѣе или менѣе значительной части умысла. Напротивъ, покушеніе на подобное преступленіе невозможно въ случаѣ, когда составъ усѣченнаго преступленія охватываетъ собою осуществленіе всякой части преступнаго умысла. Въ этомъ случаѣ, составъ покушенія, какъ низшій, уступаетъ мѣсто составу усѣченнаго преступленія какъ высшему.

Сообразно съ этимъ, слѣдуетъ признать вполне справедливымъ мнѣніе ученыхъ, признающихъ, что въ случаяхъ, когда составъ преступленія охватываетъ не только полную реализацію умысла, но и осуществленіе какой либо части умысла, не можетъ быть рѣчи о покушеніи на совершеніе такого преступленія ¹⁾. Это положеніе одинаково относится какъ къ случаямъ, въ которыхъ законъ прямо оговариваетъ, что къ составу преступленія относится не только выполненіе извѣстнаго дѣянія, но и начало

¹⁾ Wächter, s. 200, Anm. 5; Berner, Lrb, s. 135; Schwarze, Commentar, s. 151, 152; Oppenhoff, Stgb, s. 97; Binding, Grundriss, s. 136; Binding, Lrb, I, s. 14, II, s. 447; Calker, Hochverrat und Landesverrat (V. D. V. I), 1906, s. 40; Merkel, Lrb, s. 377; Loesch, s. 43; Rauter, I, p. 200; Ortolan, p. 441; Garçon, Code I, p. 18; Pinto, p. 95, 96; Tuozzi, I, p. 171; Manzini, II, p. 381; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 180; Лекціи, I, стр. 705, 706; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 176; Круглевскій, Имущественныя преступленія, стр. 47. Точно также невозможно покушеніе и при тѣхъ усѣченныхъ преступленіяхъ, которыя охватываютъ не только всякое дѣйствіе, начинающее выполненіе предусмотрѣннаго закономъ акта, но и всякое дѣйствіе, совершенное для выполненія его, т. е., всякое приготовленіе къ нему. Это признаютъ ученые, полагающіе, что § 82 герм. ул. охватываетъ собою, на ряду съ началомъ выполненія и приготовительныя дѣйствія къ совершенію верховной измѣны Ср. Liszt, Lrb, s. 546; Bar, Gesetz, II, s. 540, 541; Finger, I, s. 315. Но въ тѣхъ случаяхъ, когда подъ понятіе объ исполнительныхъ дѣйствіяхъ подводятся только отдѣльныя приготовительныя дѣйствія съ точно очерченнымъ составомъ (ср. напр. ул. о нак. ст. 556, 559), покушеніе на такое преступленіе становится возможнымъ.

выполненія этого дѣянія ¹⁾), такъ и къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ соотвѣтственное положеніе представляетъ собою выводъ изъ догматическаго анализа текста закона. Равнымъ образомъ, совершенно правильно рѣшается въ литературѣ и вопросъ о тѣхъ преступленіяхъ съ усѣченнымъ составомъ, которыя допускаютъ возможность покушенія; криминалисты указываютъ, что въ случаяхъ, когда составъ преступленія охватываетъ не всю область матеріально оконченной преступной дѣятельности, а только часть ея, покушеніе на соотвѣтственное преступленіе является вполне возможнымъ ²⁾).

¹⁾ Ср. ст. 508 угол. ул., Виновный въ покушеніи принудить, посредствомъ насилія надъ личностью, или наказуемой угрозы, или злоупотребленія родительскою, опекунскою или иною властью, учинить тяжкое преступленіе или преступленіе, наказывающееся... Deutsch. Stgb, § 80. Der Mord und der Versuch des Mordes, welche an dem Kaiser, an dem eigenen Landesherrn, oder während des Aufenthalts in einem Bundesstaate an dem Landesherrn dieses Staats verübt worden sind, werden als Hochverrath mit dem Tod bestraft.

²⁾ Ср. Binding, Grundriss, s. 136; Binding, Lrb, I, s. 14. Въ германской литературѣ, этотъ вопросъ обыкновенно разбирается примѣнительно къ § 82 герм. ул., постановляющему, что попыткою (Unternehmen), считаемою оконченнымъ преступленіемъ государственной измѣны, признается всякое дѣяніе, при помощи котораго злоумышленіе должно было быть непосредственно обращено къ исполненію. Нѣкоторые германскіе криминалисты усмотрѣли въ этомъ постановленіи ограниченіе сферы соотвѣстнаго усѣченнаго преступленія лишь нѣкоторыми случаями дѣйствій, начинающихъ выполненіе преступнаго дѣйствія. Одни усматриваютъ существо такихъ квалифицированныхъ видовъ начала выполненія въ непосредственномъ примыканіи акта виновнаго къ моменту завершения предположеннаго дѣйствія (Meyer, Lrb, s. 206; John, HN, III, s. 24 ff, Baumgarten, s. 402; Meyer-Allfeld, Lrb, s. 170); другіе характеризуютъ его какъ начало выполненія дѣйствія, соотвѣтствующаго фигурѣ близкаго къ окончанію преступленія покушенія (Hälschner, II, s. 745); третьи требуютъ, чтобы выполненію дѣйствія въ этомъ случаѣ предшествовали особыя приготовленія и чтобы это дѣйствіе было обдуманно реализовано (Frank, s. 215); четвертые ограничиваются указаніемъ, что понятіе о посягательствѣ здѣсь должно быть понимаемо уже, чѣмъ понятіе о покушеніи, не давая ближайшихъ разъясненій различія между соотвѣстными понятіями. (Geyer, Grundriss, II, s. 127). Если бы первые два толкованія существа Unternehmen были состоятельны, то изъ нихъ вытекала бы возможность совершенія покушенія на соотвѣтственное дѣяніе. Loesch s. 43. Но третье толкованіе § 82, даже въ случаѣ его справедливости, неспособно обосновать возможности покушенія при Unternehmen. Покушеніе отличается отъ оконченнаго преступленія отсутствіемъ реализаціи нѣкоторыхъ признаковъ умысла, а не отсутствіемъ какихъ-либо необходимыхъ для состава оконченнаго преступленія элементовъ

Возможно ли покушение при квалифицированных по послѣдствію преступленіяхъ, т. е., преступленіяхъ, возвышенная наказуемость которыхъ зависитъ отъ наступленія извѣстнаго результата? Вопросъ о покушеніи на эти преступленія возникаетъ въ трехъ различныхъ случаяхъ, такъ какъ три рода дѣяній могутъ возбуждать необходимость его рѣшенія.

Такъ, прежде всего, вопросъ о покушеніи на разбираемая преступленія возникаетъ въ томъ случаѣ, когда виновный хотѣлъ достигнуть предусмотрѣннаго въ законѣ послѣдствія посредствомъ совершенія основного преступленія, но это послѣдствіе не наступило, хотя виновный и учинилъ основное преступленіе или совершилъ покушеніе на него. Одни ученые рѣшаютъ этотъ вопросъ отрицательно на томъ основаніи, что самостоятельное бытіе этихъ преступленій обусловливается въ самомъ законѣ наступленіемъ извѣстнаго событія, при отсутствіи котораго, направленная къ преступной цѣли дѣятельность или вовсе теряетъ преступный характеръ, или переходитъ въ иную группу ¹⁾.

Другіе отрицаютъ здѣсь возможность покушенія потому, что признаютъ необходимымъ условіемъ данныхъ преступленій неосторожное причиненіе виновнымъ тяжкаго послѣдствія; направление умысла виновнаго на это послѣдствіе исключаетъ собою самую наличность соотвѣтственныхъ преступленій ²⁾. Третьи указываютъ на то, что, въ этихъ случаяхъ, слѣдуетъ говорить не о покушеніи на квалифицированное по послѣдствію преступленіе, напр., поджога, сопровождавшаго смертию, а о покушеніи на характеризующееся наступленіемъ соотвѣтственнаго послѣдствія болѣе тяжкое преступленіе—покушеніи на убійство ³⁾. Наконецъ, четвертые усматриваютъ въ этомъ случаѣ наличность покушенія на квалифицированное преступленіе—лишеніе жизни при помощи поджога (покушенія, находящагося виновности. Отсутствие обдуманности выполненія не можетъ поэтому превратить посягательство въ покушеніе въ техническомъ смыслѣ; оно вызоветъ явленіе такъ наз. неполноты состава преступленія. Но и самая идея о посягательствѣ, какъ о предумышленномъ и обдуманномъ началѣ исполненія преступленія, не выдерживаетъ критики.

¹⁾ Таганцевъ, Лекціи, I, стр. 705; Schwarze, Commentar, s. 143; Geyer, Verbrechen gegen die persönliche Freiheit, НН, III, s. 594; Meyer, Lrb, s. 203; Meyer-Allfeld, Lrb, s. 170; Loesch, s. 48; Prins, p. 149.

²⁾ Baumgarten, s. 377, 378.

³⁾ Bar, Gesetz, II, s. 546; Frank, s. 211, 212; Frank, Stgb, s. 53; Finger, I, s. 317.

въ идеальной конкуренціи съ покушеніемъ на обыкновенное убійство) ¹⁾.

По нашему мнѣнію, послѣднее рѣшеніе вопроса является единственно правильнымъ и съ отрицаніемъ возможности покушенія при квалифицированныхъ по послѣдствію преступленіяхъ нельзя согласиться. Конечно, отпаденіе характеризующаго эти преступления послѣдствія существенно измѣняетъ форму ихъ внѣшней стороны, и можетъ сообщить ей такой характеръ, что, судя только по ней и игнорируя внутреннюю сторону дѣянія виновнаго, пришлось бы говорить не о покушеніи на интересующія насъ дѣянія, а объ отличномъ отъ нихъ оконченномъ преступленіи. Но подобный пріемъ совершенно неправиленъ, и послѣдовательное примѣненіе его привело бы къ отрицанію возможности покушенія вообще—квалифицированныя покушенія обратились бы въ *delicta sui generis*, а обыкновенныя покушенія—въ юридически безразличныя дѣянія. Далѣе, утвержденіе, что, при изучаемыхъ преступленіяхъ, тяжкое послѣдствіе никогда не охватывается умысломъ виновнаго,—неправильно, и криминалисты, специально изслѣдовавшіе природу этихъ преступленій, пришли къ заключенію, что оно можетъ быть и предвидимымъ виновнымъ ²⁾. Наконецъ, не заслуживаетъ одобренія и третье рѣшеніе вопроса. Квалифицированное по послѣдствію преступленіе, въ случаѣ умышленнаго причиненія виновнымъ тяжкаго послѣдствія (лишеніе жизни посредствомъ поджога), представляется частнымъ видомъ преступленія, непосредственно причиняющаго тяжкое послѣдствіе (лишеніе жизни),—частнымъ его видомъ, характеризующимся особенностью употребленныхъ виновнымъ средствъ. Покушеніе на убійство посредствомъ поджога (*Stgb*, § 307. 1) нельзя смѣшивать съ покушеніемъ на простое убійство, такъ же какъ нельзя смѣшивать покушенія на кражу со взломомъ съ покушеніемъ на кражу вообще. Сообразно съ этимъ, въ приведенномъ выше случаѣ, по нашему убѣжденію, необходимо признать наличность покушенія на квалифицированное по послѣдствію преступленіе.

Второй случай, въ которомъ возникаетъ вопросъ о квалификаціи дѣянія, какъ покушенія на квалифицированное по послѣд-

¹⁾ Thomsen, Ueber den Versuch der durch eine Folge qualifizirten Delikte. 1895, s. 80; Herbst, s. 95.

²⁾ Thomsen, Versuch, s. 36 ff.; Bar. Gesetz, II, s. 545 Anm. 96; Binding, Lrb, s. 19; Binding, Hdb, s. 367; Herbst, s. 95; Мокринскій, II, стр. 186.

ствію преступленіе, имѣется тогда, когда виновный имѣлъ въ виду достигнуть соотвѣтственнаго результата посредствомъ совершенія основного преступленія, но подлежащій результатъ былъ причиненъ уже началомъ исполненія этого преступленія—покушеніемъ на него. Проблема эта вызвала въ литературѣ еще болѣе разнообразныя рѣшенія, чѣмъ предыдущая. Одни ученые усматриваютъ въ приведенномъ дѣяніи признаки покушенія на два различныхъ преступленія и признаютъ въ этомъ случаѣ конкуренцію покушенія на основное преступленіе съ покушеніемъ на преступленіе, непосредственно вызывающее тяжкое послѣдствіе.¹⁾ Если кто-либо хотѣлъ лишить другое лицо жизни путемъ поджога, а жертва, замѣтивъ покушеніе на поджогъ, погибла, спасаясь отъ возможнаго пожара, то, наряду съ покушеніемъ на поджогъ, слѣдуетъ признать наличность и покушенія на убійство²⁾. Другіе утверждаютъ, что въ данномъ случаѣ имѣется налицо оконченное квалифицированное по послѣдствію преступленіе, исходя изъ того положенія, что для полнаго состава подлежащаго преступленія вовсе не необходимо, чтобы тяжелое послѣдствіе было результатомъ реализаціи виновнымъ всѣхъ признаковъ основного преступленія, а достаточно, чтобы оно было эффектомъ покушенія на основное преступленіе³⁾. Третьи не находятъ здѣсь ни оконченнаго квалифицированнаго преступленія, ни покушенія на него, а признаютъ наличность акта, непосредственно причиняющаго тяжкое послѣдствіе, т. е., оконченнаго преступленія нормальнаго типа, напр., убійства, тѣлеснаго поврежденія и т. д.⁴⁾ Четвертая группа ученыхъ усматриваетъ въ разсматриваемомъ дѣяніи признаки покушенія на квалифицированное преступленіе⁵⁾. Наконецъ, по мнѣнію пятой категоріи ученыхъ, соотвѣтственное дѣяніе воплощаетъ въ себѣ признаки идеальной совокупности непосредственнаго причиненія тяжкаго послѣдствія, какъ оконченнаго преступленія, и покушенія на квалифицированное преступленіе⁶⁾.

¹⁾ Liszt, Lrb, s. 210; Bar, Gesetz, II, s. 546; Finger, I, s. 317; Binding, Lrb, s. 17, 315; Begründung, I, s. 291.

²⁾ Frank, s. 212.

³⁾ Oppenhoff, Stgb, s. 424; Hälschner, II, s. 381; Thomsen, Versuch, s. 17—19, 85, 87.

⁴⁾ Reuter, Der Raufhandel im deutschen Reichsstrafgesetzbuch, 1899, s. 63, 64; Frank, Stgb, s. 53.

⁵⁾ Liszt, Lrb, s. 210; Finger, I, s. 317; Binding, Lrb, s. 17; 315; Loesch, s. 48.

⁶⁾ Bar, Gesetz, II, s. 546; Begründung, I, s. 291.

Первое изъ этихъ рѣшеній вопроса не можетъ быть признано правильнымъ потому, что, въ случаѣ возникновенія тяжкаго послѣдствія, о конкуренціи двухъ покушеній говорить невозможно: одно изъ конкурирующихъ дѣяній въ этомъ случаѣ непременно является оконченнымъ преступленіемъ. Второе мнѣніе также грѣшитъ произвольностью: оно совершенно неосновательно полагаетъ, что подъ основнымъ дѣйствіемъ въ составѣ квалифицированнаго преступленія слѣдуетъ разумѣть какъ оконченное преступленіе, такъ и покушеніе. Это пониманіе неправильно потому, что покушеніе въ правѣ означаетъ собою форму преступности, а не характеристику содержанія состава отдѣльныхъ преступленій, и что въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ придаетъ покушенію послѣднее значеніе, онъ особо оговариваетъ это обстоятельство (герм. § 80). Третье и четвертое мнѣнія, не заключаая въ себѣ прямой ошибки, грѣшатъ односторонностью, выдвигая какую-либо одну квалификацію разсматриваемаго дѣянія, тогда какъ къ нему примѣнимы двѣ различныхъ квалификаціи. Единственно правильнымъ является воззрѣніе пятой группы ученыхъ, усматривающихъ въ разбираемомъ дѣяніи признаки идеальной совокупности причиненія тяжкаго послѣдствія, какъ оконченнаго преступленія, и покушенія на квалифицированное преступленіе. Примѣнимость первой квалификаціи этого дѣянія не требуетъ доказательствъ; примѣнимость же второй обуславливается тѣмъ, что учиненное лицомъ дѣяніе воплотило въ себѣ не всѣ признаки его умысла, а только часть ихъ. Виновный имѣлъ въ виду причинить тяжкое послѣдствіе путемъ реализаціи всего состава основного преступленія, а послѣдствіе возникло въ результатѣ осуществленія покушенія на него. Наказуемость виновнаго въ этомъ случаѣ опредѣляется по правиламъ объ идеальной совокупности: онъ подлежитъ наказанію за наиболѣе серьезное изъ воплотившихся въ его дѣяніи преступленій, какимъ обыкновенно является покушеніе на квалифицированное преступленіе.

Наконецъ, въ-третьихъ, возможно, что виновный не стремился къ достиженію тяжкаго послѣдствія, но оно наступило и, притомъ, уже въ результатѣ совершенія имъ покушенія на основное преступленіе. Одни ученые квалифицируютъ дѣяніе

¹⁾ Liszt, Lrb, s. 210; Bar, Gesetz, II, s. 546; Frank, s. 212; Finger, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, XXXVIII, 1896, s. 446; Loesch, s. 48.

виновнаго и въ этомъ случаѣ, какъ покушеніе на квалифицированное по послѣдствію преступленіе ¹⁾. Другіе отрицають здѣсь наличность покушенія на соотвѣтственное преступленіе, потому что умыселъ виновнаго не былъ направленъ на достиженіе тяжкаго послѣдствія ²⁾. Наконецъ, третьи усматриваютъ въ указанномъ случаѣ составъ оконченнаго квалифицированнаго по послѣдствію преступленія ³⁾.

По нашему убѣжденію, юридически правильною можетъ быть признана одна только вторая квалификація вышеприведеннаго дѣянія. Оно можетъ представляться покушеніемъ на обыкновенное преступленіе, но оно ни въ какомъ случаѣ не можетъ имѣть значенія покушенія на квалифицированный по послѣдствію деликтъ. Возрѣніе, рѣшающее этотъ вопросъ во второмъ смыслѣ, опирается на ложное толкованіе значенія тяжкаго послѣдствія, считая его условіемъ наказуемости основного преступленія. Это невѣрно. Соотвѣтственное послѣдствіе не создаетъ преступности основного преступленія, а переводитъ его въ особую группу, обогащая составъ его новымъ признакомъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда это послѣдствіе охватывается умысломъ виновнаго, покушеніе на квалифицированное по результату преступленіе вполне возможно (объ этомъ была рѣчь выше). Но когда это послѣдствіе не обнимается умысломъ виновнаго, то покушеніе на квалифицированное по послѣдствію преступленіе, какъ таковое, невозможно. Покушеніе предполагаетъ, что умыселъ виновнаго охватываетъ собою всѣ элементы внѣшней стороны преступленія, о природѣ преступленія, на которое посягаетъ виновный, мы узнаемъ именно изъ содержанія его умысла, и потому никоимъ образомъ невозможно признавать лицо виновнымъ въ покушеніи на то преступленіе, котораго онъ вовсе не хотѣлъ учинить. Законодатель допускаетъ въ извѣстныхъ случаяхъ, по отношенію къ оконченнымъ преступленіямъ, вмѣненіе такихъ элементовъ дѣянія виновнаго, которые не были охвачены его умысломъ, но онъ не допускаетъ этого по отношенію къ покушенію на преступленіе, и потому распространеніе соотвѣтственнаго правила на послѣдніе случаи неправильно, не говоря уже

¹⁾ Baumgarten, s. 377; 378, Meyer-Allfeld, Lrb, s. 389 Anm. 23; Reuter, s. 61, 62; Oppenhoff, Stgb, s. 506; Meyer, Lrb, s. 482 Anm. 24.

²⁾ Hälschner, II, s. 75; Thomsen, Versuch, s. 17—19, 60, 61, 64, 65, 70, 72, 74.

объ необходимости ограничительнаго толкованія положеній, устанавливающих усиленную отвѣтственность виновнаго.

Что касается третьяго воззрѣнія, то оно опирается уже на подробно разобранныя нами выше толкованіе существа квалифицированныхъ преступленій, въ силу котораго причиною наступленія тяжкаго послѣдствія можетъ быть не только совершеніе основнаго преступленія, но и покушеніе на него. Основанія неправильности подобнаго взгляда на общую природу квалифицированныхъ преступленій были представлены нами выше и мы здѣсь не будемъ къ нимъ возвращаться.

Для возможности усиленія отвѣтственности за покушеніе на дѣяніе, отвѣчающее признакамъ основнаго преступленія, какъ элемента квалифицированнаго преступленія, въ томъ случаѣ, когда это покушеніе повлекло за собою характерный для квалифицированнаго преступленія результатъ, необходимо особое постановленіе закона. Такія постановленія мы дѣйствительно иногда и встрѣчаемъ въ законодательствахъ, которыя въ этомъ случаѣ придерживаются двухъ системъ формулировки составовъ преступленія.

Одна группа законодательствъ, имѣя въ виду назначить усиленное наказаніе за дѣяніе, повлекшее за собою тяжкое послѣдствіе не только въ томъ случаѣ, когда это дѣяніе воплотило въ себѣ признаки оконченнаго преступленія, но и когда оно выразилось въ формѣ покушенія на послѣднее, вообще эманципируетъ составъ квалифицированнаго преступленія отъ зависимости его отъ состава основнаго преступленія и создаетъ особое юридическое понятіе о дѣйствіи, порождающемъ тяжкое послѣдствіе. Такъ, напр., герм. ул. постановляетъ, что грабитель карается пожизненнымъ цухтгаузомъ, или же цухтгаузомъ на время не менѣ десяти лѣтъ, если онъ подвергалъ человѣка во время грабежа мученіямъ или причинилъ ему, посредствомъ совершеннаго надъ нимъ насилія, тяжкое тѣлесное поврежденіе или смерть (§ 251).¹⁾ Въ этомъ случаѣ невозможно говорить ни о томъ, что тяжкое послѣдствіе признается квалифицирующимъ обстоятельствомъ оконченнаго разбоя (смерть жертвы можетъ наступить совершенно независимо отъ похищенія вещи виновнымъ), ни о томъ, что это послѣдствіе связывается съ покушеніемъ на разбой (далеко не всякое покушеніе на разбой

¹⁾ Ср. также испан. ул. art. 516, австр. ул. § 195; голл. ул. а 312;

можетъ вызвать предусмотрѣнное закономъ тяжкое послѣдствіе: какъ правильно признаетъ литература, нѣтъ необходимости, чтобы насиліе, вызвавшее тяжкое послѣдствіе, было средствомъ совершенія разбоя ¹⁾). Это насиліе можетъ имѣть мѣсто и послѣ окончанія разбоя ²⁾, и виновниками его могутъ быть и такія лица, которыя не принимали никакого участія въ совершеніи разбоя ³⁾). Мы здѣсь имѣемъ дѣло съ особымъ составомъ насилія, охватывающимъ собою и эвентуальный разбой виновника, и служащимъ цѣли опредѣленія наказуемости его въ послѣднемъ случаѣ.

Другіе кодексы пошли по иному пути и, имѣя въ виду назначить усиленное наказаніе при наступленіи тяжкаго послѣдствія, не только въ результатѣ оконченнаго преступленія, но и въ результатѣ покушенія, создали особое правило о квалифицирующемъ значеніи тяжкаго послѣдствія при покушеніи. Такое правило мы встрѣчаемъ въ норвежскомъ ул. Согласно § 51 этого кодекса, покушеніе можетъ повлечь за собою высшее изъ наказаній, грозящихъ за совершеніе оконченнаго преступленія, если это покушеніе причинило такое послѣдствіе, которое, въ случаѣ направленія на него умысла виновнаго, давало бы основаніе къ примѣненію столь высокаго наказанія ⁴⁾.

Относительно § 51 норв. ул. въ литературѣ было сдѣлано замѣчаніе, что онъ превращаетъ извѣстную категорію покушеній въ оконченныя преступленія, что, приравнивая наказуемость покушенія, повлекшаго за собою тяжкое послѣдствіе, къ наказуемости совершенія преступнаго дѣянія, онъ тѣмъ самымъ отрицаетъ за соотвѣтствующимъ покушеніемъ характеръ покушенія на преступленія ⁵⁾. Такое толкованіе § 51 представляется совершенно неправильнымъ. § 251 герм. ул., какъ мы видѣли, дѣйствительно превращаетъ покушеніе на разбой въ оконченный тяжкій разбой въ томъ случаѣ, когда это покушеніе повлекло за собою тяжкій результатъ, но § 51 норв. ул. смотритъ на дѣло иначе. Покушеніе на преступленіе по нему сохраняетъ свою

¹⁾ Oppenhoff, Stgb, s. 614; Merkel, НН, III, s. 722; Merkel, Lrb, s. 324; Binding, Lrb, I, s. 315.

²⁾ Meyer, Lrb, s. 569 Anm. 20; Meyer-Allfeld, Lrb, s. 468 Anm. 18.

³⁾ Merkel, НН, III, s. 722; Liszt, Lrb, s. 449.

⁴⁾ Ср. другіе примѣры изъ области специальныхъ германскихъ законовъ у Thomsen'a, Versuch, s. 19, 61, 186, 187.

⁵⁾ Frank, s. 213.

юридическую природу и въ случаѣ наступленія за нимъ тяжкаго послѣдствія, и только наказуемость его существенно возвышается.

Разбирая отношеніе понятія о покушеніи къ понятію о квалифицированныхъ по послѣдствію преступленіяхъ, мы разсмотрѣли вліяніе послѣдствія дѣяній на юридическую природу ихъ покушенія въ томъ случаѣ, когда это послѣдствіе носитъ характеръ условія, усиливающего отвѣтственность виновнаго. Но существуютъ преступленія, при которыхъ возникновеніе послѣдствія играетъ роль не усиливающего отвѣтственность обстоятельства, а роль условія, устанавливающего эту отвѣтственность. Возможно ли покушеніе при подобныхъ преступленіяхъ? На этотъ вопросъ въ литературѣ уголовного права даются весьма различные отвѣты.

Одна группа ученыхъ—къ ней принадлежатъ представители русской и французской юриспруденціи—даетъ отрицательный отвѣтъ на поставленный вопросъ. Какъ скоро въ законѣ самостоятельное бытіе преступнаго дѣянія обусловливается наступленіемъ извѣстнаго событія, то съ отпаденіемъ послѣдняго, въ силу того же закона, теряетъ преступный характеръ и дѣятельность, направленная къ преступной цѣли ¹⁾.

Другіе ученые—сюда относятся нѣкоторые изъ германскихъ юристовъ ²⁾, къ которымъ примыкаетъ и германская практика ³⁾—рѣшаютъ этотъ вопросъ въ положительномъ смыслѣ. Покушеніе на вышеупомянутыя преступленія, по этому взгляду, возможно и при томъ, не только въ случаѣ неполной реализаціи состава преступленія, вслѣдъ за возникновеніемъ обстоятельства, обусловливающего преступность дѣянія, но и въ случаѣ приступа къ выполненію дѣянія до наступленія соотвѣтственнаго обстоятельства. Напр., покушеніе на простое банкротство можетъ принять форму начала исполненія одного изъ предусмотрѣнныхъ закономъ дѣйствій (сокрытія книгъ и т. п.), выполненнаго до

¹⁾ Таганцевъ, I, стр. 705; Познышевъ, стр. 360; Carnot, I, p. 12; Chauveau-Hélie, I, p. 396; Boitard, p. 34; Rauter, I, p. 200; Trébutien, I, p. 101, 102; Ortolan, p. 430; Lainé, p. 122; Villey, p. 93; Garraud, I, p. 404; Garraud, Précis, p. 157; Laborde, p. 76; Champcommunal, p. 107; Degois, p. 159.

²⁾ Merkel, HN, III, s. 820; Oppenhoff, Stgb, s. 727; Meyer, Lrb, s. 203, 578.

³⁾ RG, I, 9 nov. 1885, (E. XIII, s. 42).

наступленія несостоятельности должника. Нѣкоторые ученые только особо оговариваютъ, что соотвѣтственныя дѣйствія должны быть предприняты съ цѣлью вызова этой несостоятельности ¹⁾ или съ сознаниемъ неизбѣжности наступленія послѣдней ²⁾.

Третья группа ученыхъ, представители которой также встрѣчаются въ германской доктринѣ, допускаетъ возможность покушенія на упомянутыя преступленія въ томъ только случаѣ, когда дѣйствіе, начинающее исполненіе преступленія, было выполнено вслѣдъ за возникновеніемъ юридически существеннаго обстоятельства; исполнительныя дѣйствія, учиненныя до наступленія юридически существеннаго послѣдствія, лишены всякаго юридическаго значенія. Должникъ, начавшій скрывать свои торговыя книги по наступленіи своей несостоятельности, отвѣчаетъ за покушеніе на банкротство; должникъ, начавшій скрывать ихъ до наступленія несостоятельности, свободенъ отъ всякой уголовной отвѣтственности, хотя бы онъ и предвидѣлъ неизбѣжность несостоятельности ³⁾.

По нашему убѣжденію, вопросъ о возможности покушенія на дѣянія, преступность которыхъ обусловлена фактомъ возникновенія извѣстнаго событія, не можетъ быть рѣшенъ общимъ образомъ и, при рѣшеніи его, необходимо различать троякаго рода преступленія. Въ однихъ случаяхъ, связывая преступность извѣстнаго дѣянія съ фактомъ наступленія опредѣленнаго событія, законъ не квалифицируетъ этого событія, какъ результата учиненнаго дѣянія, и не только не требуетъ, чтобы оно было причинено преступнымъ дѣйствіемъ, но даже не признаетъ необходимымъ, чтобы оно послѣдовало за нимъ во времени. Таково, напр., строеніе состава простого банкротства въ германскомъ правѣ (§ 240. К. О), по системѣ котораго, хотя наказуемость банкротства и обусловливается фактомъ наступленія несостоятельности должника, но не считается необходимымъ, чтобы несостоятельность виновнаго была результатомъ учиненныхъ имъ дѣйствій, такъ что первая можетъ даже предшество-

¹⁾ Meyer, Lrb, 203; Merkel, HN, III, s. 820.

²⁾ Oppenhoff, Stgb, s. 727.

³⁾ Liszt, Lrb, s. 210; Finger, I, s. 318; Frank, s. 218; Meyer-Altfeld, Lrb, s. 171; Loesch, s. 17. Thomsen, Versuch, s. 94, 95, видитъ въ этомъ случаѣ наличность оконченнаго преступленія. Неправильность этого взгляда была показана нами уже выше.

вать послѣднимъ ¹⁾). Въ этихъ случаяхъ, покушеніе на разсматриваемыя преступленія возможно, но для преступности этого покушенія, также какъ и для преступности оконченнаго преступленія, необходимо, чтобы предусмотрѣнное закономъ событіе уже существовало до приступа лица къ выполнению дѣянія, или же возникло во время его реализаціи, или вслѣдъ за нею ²⁾). Напротивъ, въ другихъ случаяхъ, признавая наступленіе извѣст-

¹⁾ Круглевскій, Имущественныя преступленія, 1913, стр. 246.

²⁾ Французская доктрина, говоря о кругѣ наказуемыхъ случаевъ покушенія, оговаривается, что въ силу своеобразной природы лжесвидѣтельства, не можетъ быть рѣчи о покушеніи на это преступленіе. По французскому праву, лжесвидѣтельство пріобрѣтаетъ юр. значеніе лишь съ момента заключенія преній на судъ; до этого момента ложное показаніе можетъ быть взято свидѣтелемъ обратно. Отсюда, заключаютъ криминалисты, нельзя совершить покушенія на лжесвидѣтельство. Одно изъ двухъ: либо пренія еще не заключены и ложное показаніе можетъ быть взято обратно; либо пренія заключены и имѣется на лицо уже не покушеніе, а оконченное лжесвидѣтельство. (Trébutien, I, p. 102; Ortolan, p. 430; Lainé, p. 122; Villey, p. 93; Garraud, I, p. 404; Garraud, Précis, p. 157; Laborde, p. 76; Champcomtunal, p. 102; Degois, p. 159). Вдумываясь въ существо этого разсужденія, нетрудно видѣть, что оно исходитъ изъ слѣдующихъ положеній. Составъ лжесвидѣтельства, какъ преступленія, складывается изъ двухъ моментовъ: 1) изъ дачи ложнаго показанія и 2) изъ формальнаго условія: объявленія судебныхъ преній закрытыми. Первый моментъ безъ второго не имѣетъ рѣшительно никакого юридическаго значенія, и потому, взятый въ отдѣльности, не можетъ быть признанъ за покушеніе на лжесвидѣтельство. А разъ дача ложнаго показанія не можетъ быть квалифицирована, какъ покушеніе на лжесвидѣтельство, то и вообще не можетъ быть покушенія на это дѣяніе. Однако, съ этимъ разсужденіемъ нельзя согласиться. Закрытіе преній не можетъ быть признано элементомъ состава лжесвидѣтельства,—это объективное условіе его наказуемости—и потому отсутствіе его не можетъ считаться основаніемъ квалификаціи дѣянія, какъ (ненаказуемаго) покушенія, а присутствіе его не служитъ залогомъ полноты состава преступленія. Это условіе только обусловливаетъ собою преступность дѣянія, но оно совершенно не вліяетъ на ихъ содержаніе и не касается ихъ юридической природы. Обусловливая преступность лжесвидѣтельства, оно можетъ исполнять эту роль, какъ въ томъ случаѣ, когда оно окончено, такъ и въ томъ, когда имѣется только покушеніе на лжесвидѣтельство. Очевидно отсюда, что по вышеприведеннымъ основаніямъ, нельзя отрицать и возможности покушенія на лжесвидѣтельство. Основаніемъ послѣдняго мнѣнія можетъ служить общераспространенный взглядъ на невозможность покушенія при словесныхъ преступленіяхъ. Однако, и это неправильно. Покушеніе на лжесвидѣтельство возможно, несмотря на его природу, какъ словеснаго преступленія. Напр., ложное показаніе было дано на судѣ при помощи переводчика, который почему-либо не перевелъ его суду, а оно было понято къмъ-либо изъ публики и т. п.

наго событія условіемъ преступности дѣянія, законъ требуетъ, чтобы это событіе не только наступило вслѣдъ за подлежащимъ дѣяніемъ, но и чтобы оно было результатомъ этого дѣянія, было причинено имъ. Въ этихъ случаяхъ о покушеніи на подобныя преступленія не можетъ быть рѣчи, такъ какъ при этомъ условіемъ преступности дѣянія оказывается не только наступленіе извѣстнаго послѣдствія, но и законченность самого дѣянія, какъ условіе наступленія соотвѣтственнаго послѣдствія. Сообразно съ этимъ, нельзя не согласиться съ мнѣніемъ французской доктрины и практики, полагающихъ, что, по французскому праву, не можетъ быть рѣчи о покушеніи на изгнаніе плода, въ виду того, что преступность этого дѣянія обусловлена фактомъ дѣйствительнаго изгнанія плода ¹⁾).

¹⁾ Code pénal, Art. 317. Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni de la réclusion. La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est suivi. Les médecins, chirurgiens, et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu.

Впрочемъ, при толкованіи этой статьи во Франціи проявляется нѣкоторое несогласіе. Французская практика (Cass. 29 janv. 1825; 20 janv. 1853) и нѣкоторые представители французской доктрины (Carnot, I, p. 12; Rauter, I, p. 200; Ortolan, p. 430; Champcommunal, p. 107; Degois, p. 159) полагаютъ, что покушеніе невозможно только при предусмотрѣнныхъ п. 2 и 3 ст. 317 видахъ аборта, при которыхъ необходимость подлиннаго изгнанія плода особо оговаривается закономъ. Примѣненіе же пункта перваго этой статьи, не заключающаго въ себѣ подобной оговорки, возможно и въ случаѣ неуспѣшности абортивныхъ средствъ. Въ частности, по 1 п., должны отвѣчать и упоминаемая п. 3 лица, въ томъ случаѣ, когда аборта не послѣдовало. Но противъ такого вывода протестуетъ большинство французскихъ ученыхъ. Въ пользу необходимости наступленія аборта для преступности всѣхъ видовъ предусмотрѣнныхъ ст. 317 дѣяній говоритъ исторія этой статьи: составители ея прямо выразили свое намѣреніе карать одинъ только успѣшный абортъ (Boitard, p. 35; Trebutien, I, p. 101; Lainé, p. 121; Villey, p. 93; Laborde, p. 76). За это рѣшеніе вопроса говоритъ текстъ перваго пункта 317 статьи: законъ караетъ лицо, которое дѣйствительно вызвало абортъ (aura procuré l'avortement) (Boitard, p. 34; Trébutien, I, p. 101; Lainé, p. 120). Это положеніе закона совершенно отчетливо формулируетъ необходимость подлиннаго воспослѣдованія аборта; оно вовсе не нуждается въ подкрѣпленіи тѣми специальными оговорками, которыя дѣлаетъ законъ во 2 и 3 п. а. 317. Мало того, приведеніе этихъ оговорокъ въ связь съ цитированнымъ положеніемъ приводитъ къ совершенно недопустимому чтенію ст. 317

Иногда въ роли послѣдствія, обусловливающаго по закону преступность дѣянія, выступаетъ дѣйствіе другого лица. Таково, напр., положеніе дѣла при соучастіи въ преступленіи; по большинству законодательствъ, акты подстрекателя и пособника признаются преступными лишь постольку, поскольку они обусловили собою реализацію главнаго дѣянія ¹⁾. Поэтому, какъ справедливо признаетъ большинство криминалистовъ, немислимо покушеніе на подстрекательство и пособничество ²⁾. Въ другихъ случаяхъ, зависимость преступности дѣянія отъ дѣянія другого лица обусловливается особымъ характеромъ опредѣленія отвѣтственности виновныхъ. Такъ, ст. 365 франц. ул. постановляетъ, что виновный въ подговорѣ къ лжесвидѣтельству, подвергается тѣмъ же наказаніямъ, что и лжесвидѣтель. Отсюда французскіе криминалисты справедливо заключаютъ, что неуспѣшный подговоръ къ лжесвидѣтельству не наказуемъ: для того чтобы можно было сообразовать отвѣтственность подговорщика съ отвѣтственностью лжесвидѣтеля необходимо, чтобы послѣдній подлежалъ наказанію, т. е., чтобы онъ дѣйствительно далъ ложное показаніе на судѣ ³⁾.

(qui sera procuré l'avortement à elle-meme... si l'avortement s'en est suivi). Если первое положеніе достаточно для обоснованія условія успѣшности аборта, какъ реквизиата его преступности во 2 и 3 п. 317 статьи, то оно должно имѣть то же значеніе и при толкованіи 1 п. этой статьи (Lainé, p. 121).

Далѣе, разбираемое толкованіе стоитъ въ противорѣчій съ правилами обсужденія соучастія преступниковъ: признавая безотвѣтственною, въ случаѣ неуспѣшности аборта, одну только беременную, оно нарушаетъ правило, въ силу котораго соучастники караются только при условіи отвѣтственности главнаго виновнаго, каковымъ въ данномъ случаѣ является именно женщина (Villey, p. 93). Наконецъ, это толкованіе игнорируетъ и общія начала репрессіи покушенія: опредѣляя отвѣтственность врачей, въ случаѣ неуспѣшнаго произведенія ими аборта по п. 1, вмѣсто п. 3, оно создаетъ въ ихъ пользу отступленіе отъ правила о равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія и при томъ отступленіе, ничѣмъ не оправдываемое, такъ какъ законъ относится здѣсь къ профессионаламъ болѣе строго, чѣмъ къ другимъ виновнымъ, а не наоборотъ.

¹⁾ Исключеніе составляютъ норвежское ул., швейц. пр., а 23; австр. пр., § 15.

²⁾ Oppenhoff, Stgb, s. 114, 125; Baumgarten, s. 431; Meyer, Lrb, s. 231; Meyer-Allfeld, Lrb, s. 194; Wächter, s. 255; Finger, I, s. 358; Liszt, Lrb, s. 233; Villnow, GA, XXXV, 1887, s. 129; Chauveau-Hélie, I, p. 418; Garraud, Précis, p. 378. Contra-Hälschner, I, s. 389; Gallet, p. 200, 209; Колоколовъ, стр. 223.

³⁾ Boitard, p. 35; Trébutien, I, p. 103; Ortolan, p. 430; Lainé, p. 122; Villey, p. 96.

РАЗДѢЛЪ III.

Наказуемость предварительной преступной дѣятельности.

§ 28. Законодательныя постановленія о наказуемости покушенія на преступленіе.

Третьимъ раздѣломъ догматическаго ученія о предварительной преступной дѣятельности является ученіе о наказуемости этой формы преступности по современнымъ законодательствамъ. Въ составѣ этого ученія можно, въ свою очередь, различать два отдѣла: ученіе о размѣрѣ наказаній за предварительную дѣятельность и ученіе о степени неумолимости наказуемости послѣдней. Мы начнемъ изложеніе этого раздѣла съ разсмотрѣнія перваго вопроса.

При разборѣ характера и размѣровъ наказуемости предварительной дѣятельности, необходимо различать вопросъ о наказуемости покушенія отъ вопроса о наказуемости приготовленія. Современное право, при разрѣшеніи того и другаго вопросовъ, прибѣгаетъ къ существенно различнымъ пріемамъ и анализу ихъ должны быть посвящены совершенно самостоятельныя рубрики.

Обращаясь къ разсмотрѣнію наказуемости покушенія, необходимо замѣтить, что всѣ современныя законодательства опредѣляютъ ея размѣръ, ссылаясь на наказанія, грозящія за оконченныя преступленія. Но въ то время, какъ одни изъ этихъ законодательствъ приравниваютъ наказуемость покушенія къ наказуемости оконченнаго преступленія, другія предписываютъ, при опредѣленіи наказуемости покушенія, уменьшать размѣръ наказанія, слѣдующаго за оконченное преступленіе, и провозглашаютъ принципъ редуцированной наказуемости покушенія.

Представителями первой группы законодательствъ въ настоящее время являются французское уложеніе и австрійскій проектъ. Согласно ст. 2 франц. кодекса, всякое покушеніе на преступленіе, обнаруженное началомъ исполненія и остановленное или не достигшее результата только по обстоятельствамъ, отъ воли виновнаго не зависѣвшимъ, почитается равносильнымъ самому преступленію, а ст. 3 добавляетъ, что въ случаѣ существованія особыхъ постановленій закона, почитаются преступками и по-

кушенія на проступки. Французская доктрина разъясняетъ, что эти постановленія вполнѣ приравнивають наказуемость покушенія къ наказуемости оконченнаго преступленія и что, въ частности, всѣ тѣ обстоятельства, которыя отягчаютъ собою отвѣтственность оконченныхъ преступленій, должны усиливать отвѣтственность и за покушеніе въ томъ случаѣ, когда они успѣли получить при послѣднемъ полную реализацію ¹⁾. Но, конечно, при опредѣленіи наказаній за покушеніе, какъ и при оконченномъ преступленіи, судъ пользуется свободою избранія мѣры наказанія въ предѣлахъ между законнымъ максимумомъ и минимумомъ ²⁾ и при этомъ сохраняетъ свое дѣйствіе и институтъ смягчающихъ вину обстоятельствъ ³⁾. Наконецъ, какъ справедливо отмѣчается въ доктринѣ ⁴⁾, общее правило о равной наказуемости оконченнаго преступленія и покушенія, во Франціи, допускаетъ иногда исключенія. Такъ, напр., покушеніе на подкупъ или принужденіе должностныхъ лицъ къ незаконномѣрному дѣйствію карается значительно мягче, чѣмъ оконченное преступленіе этого рода (ст. 179. 2).

Другимъ представителемъ этого направленія является проектъ австрійскаго ул. 1912 г. По этому проекту, покушеніе подпадаетъ подъ дѣйствіе постановленій, регулирующихъ наказуемость оконченныхъ преступленій (§ 14), и, слѣдовательно, карается наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ. Незаконченность преступной дѣятельности виновнаго понижаетъ отвѣтственность его лишь въ случаѣ, когда она свидѣтельствуетъ о слабой степени его виновности (§ 44. 6). Исключеніе изъ этихъ правилъ допускается проектомъ лишь при преступленіяхъ, караемыхъ смертною казнью или пожизненною каторгою—покушеніе на эти преступленія карается не наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ, а мягче, именно,—каторгою на срокъ отъ пяти до двадцати лѣтъ (§ 14.3).

Несравненно болѣе многочисленными представляются кодексы, придерживающіеся начала смягченной наказуемости покушенія. Эта точка зрѣнія проводится въ настоящее время

¹⁾ Garraud, I, p. 408, 409; Garraud, Précis, p. 160.

²⁾ Rauter, I, p. 203; Trébutien, I, p. 105; Ortolan, p. 430; Champcommunal, p. 112; Vidal, p. 160.

³⁾ Trébutien, I, p. 105; Ortolan, p. 430; Champcommunal, p. 112; Laborde, p. 70; Vidal, p. 160.

⁴⁾ Ortolan, p. 430; Champcommunal, p. 111.

громаднымъ большинствомъ европейскихъ кодексовъ. Но, конечно, при ближайшемъ опредѣленіи наказуемости покушенія, и эти кодексы существенно расходятся между собою. Въ основу классификаціи соотвѣтствующихъ системъ репрессіи покушенія, по нашему мнѣнію, должно быть положено отношеніе уложеній къ видамъ покушенія, при опредѣленіи ответственности за послѣднее: одни изъ кодексовъ ставятъ размѣръ наказуемости виновнаго въ зависимость отъ характера совершеннаго имъ покушенія, а другіе нѣтъ. Въ составѣ первой группы, въ свою очередь, можно различать: 1) уложенія, соображающія размѣръ наказуемости покушенія съ большею или меньшею близостью его къ окончанію преступленія, 2) уложенія, ставящія размѣръ наказанія въ зависимость отъ того, носило ли покушеніе окончанный или неоконченный характеръ, 3) уложенія, принимающія при этомъ въ расчетъ и степень близости покушенія къ окончанію преступленія, и характеръ покушенія, какъ оконченнаго или неоконченнаго, и, наконецъ, 4) уложенія, соображающія размѣръ наказуемости за покушеніе какъ съ характеромъ этого покушенія, какъ оконченнаго или неоконченнаго, такъ и съ характеромъ этого покушенія, какъ годнаго или какъ негоднаго.

Представителемъ первой группы законодательствъ является дѣйствующее австрійское уложеніе, постановляющее, что покушеніе подлежитъ тѣмъ же наказаніямъ, что и оконченное преступленіе (§ 8), но судъ уменьшаетъ размѣръ этихъ наказаній въ зависимости отъ степени отдаленности покушенія отъ момента окончанія преступленія (§ 47a). Сверхъ того, это уложеніе содержитъ въ себѣ цѣлый рядъ спеціальныхъ постановленій о покушеніи на отдѣльныя преступленія, проводящихъ начало редуцированной наказуемости покушенія. Австрійская доктрина замѣчаетъ, что, при опредѣленіи наказанія за покушеніе, сохраняютъ значеніе всѣ обстоятельства, которыя усиливаютъ ответственность виновниковъ оконченнаго преступленія ¹⁾. Грозящее за оконченное преступленіе наказаніе, при принятіи дѣятельностью субъекта формы покушенія, понижается обязательно; это пониженіе составляетъ не право, а обязанность суда ²⁾. Спеціальныя постановленія закона о наказуемости покушенія

¹⁾ Herbst, s. 95.

²⁾ Herbst, s. 95.

имѣють въ виду опредѣлить судьбу покушеній на преступленія, обложенныя абсолютно-опредѣленными наказаніями ¹⁾).

Болѣе многочисленною представляется вторая группа законодательствъ. Сюда относятся уложенія: итальянское, испанское и португальское.

Итальянское ул. постановляетъ, что лицо, совершившее неоконченное покушеніе, наказывается исправительнымъ домомъ (reclusione), на срокъ не менѣе десяти лѣтъ, если наказаніемъ, грозившимъ за оконченное преступленіе была пожизненная каторга (ergastolo); въ прочихъ случаяхъ,—тѣмъ же наказаніемъ, которое слѣдуетъ за оконченное преступленіе, съ уменьшеніемъ этого наказанія не менѣе, чѣмъ на половину и не болѣе, чѣмъ на двѣ трети его размѣра (art. 61). Покушеніе оконченное карается исправительнымъ домомъ (reclusione), на срокъ не менѣе двадцати лѣтъ, если за оконченное преступленіе грозила пожизненная каторга (ergastolo); въ остальныхъ случаяхъ,—тѣмъ же наказаніемъ что и оконченное преступленіе съ уменьшеніемъ этого наказанія не менѣе, чѣмъ на одну шестую, и не болѣе, чѣмъ на одну треть (art. 62). Отмѣчая, что, при опредѣленіи наказанія за покушеніе неоконченное, суду предоставляется широкая свобода усмотрѣнія ²⁾, итальянскіе криминалисты оговариваются, что при назначеніи этого наказанія, судъ можетъ принимать во вниманіе и степень близости покушенія къ окончанію преступленія, хотя объ этомъ законъ ничего и не говоритъ ³⁾. Положеніе о редуцированной наказуемости покушенія имѣетъ силу по отношенію ко всѣмъ случаямъ наказуемаго покушенія, безотносительно къ тому, предусмотрѣны ли они уголовнымъ уложеніемъ или спеціальными законами ⁴⁾.

Испанское уложеніе постановляетъ, что наказаніе за оконченное покушеніе должно быть одною, а наказаніе за неоконченное покушеніе, двумя степенями ниже наказанія за оконченное преступленіе (art. 66, 67). Особенная часть этого уложенія заключаетъ въ себѣ цѣлый рядъ отступленій отъ этихъ началъ. Такъ, съ одной стороны, испанское ул. устанавливаетъ болѣе строгую отвѣтственность за покушеніе на нѣкоторыя преступленія—покушеніе на жизнь короля или наслѣдника престола можетъ

¹⁾ Lammasch. Grundriss, s. 36.

²⁾ Manzini, II, p. 386, 387.

³⁾ Mecacci, II, p. 36.

⁴⁾ Tuozzi, I, p. 182; Manzini, II, p. 381.

быть наказано мягче, чѣмъ оконченное преступленіе, но оно можетъ влечь за собою и равную съ послѣднимъ отвѣтственность (art. 158, 163); покушеніе на измѣну въ военное время карается наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ, если оно было покушеніемъ оконченнымъ, и на одну степень мягче оконченнаго преступленія, если оно было покушеніемъ неоконченнымъ (art. 137); наконецъ, возвышенное наказаніе влечетъ за собою и покушеніе на разбой (art. 519). Съ другой стороны, испанскому ул. извѣстны и случаи болѣе мягкой, чѣмъ обыкновенно, наказуемости покушенія: при убійствѣ, неоконченное покушеніе наказывается на 3 степени, а покушеніе оконченное—на 2 степени ниже, чѣмъ оконченное преступленіе (art. 422) ¹⁾.

Наконецъ, той же точки зрѣнія придерживается и португальское уложеніе. Наказывая оконченное покушеніе одной степенью мягче, чѣмъ оконченное преступленіе (art. 104), оно караетъ покушеніе неоконченное тою же мѣрою наказанія, которую влечетъ за собою оконченное покушеніе въ случаѣ учинія его при наличности смягчающихъ вину обстоятельствъ (art. 105) ²⁾.

Представителемъ третьей группы законодательствъ является наше дѣйствующее право. Нормировкѣ наказуемости покушенія у насъ посвящены ст. 114 и ст. 115 улож. о нак. и ст. 172, 176 уст. о нак. Въ силу постановленій уложенія, наказаніе за неоконченное покушеніе опредѣляется по большей или меньшей близости такого покушенія къ совершенію преступленія, двумя, тремя или четырьмя степенями ниже противъ наказанія, слѣдующаго за оконченное преступленіе, а покушеніе оконченное карается одною, двумя или тремя степенями ниже мѣры наказанія за оконченное преступленіе. Доктрина и практика разъясняютъ, что эти положенія провозглашаютъ принципъ обязательнаго, а не факультативнаго пониженія отвѣтственности покушенія, но изъ нихъ вытекаетъ только обязанность суда уменьшить наказаніе на одну степень при оконченномъ покушеніи и на двѣ степени—при неоконченномъ. Уменьшеніе же наказанія на большее число степеней зависитъ вполнѣ отъ усмотрѣнія суда, рѣшающаго дѣло по существу ³⁾. Незаконченность преступленія

¹⁾ Rosenfeld, Spanien, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart, 1894, s. 506

²⁾ Tavares de Medeiros, Portugal, Strafgesetzgebung der Gegenwart, 1894, s. 547.

³⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 202; Лекціи, II 1888, стр. 833; Набоковъ, стр. 74; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 180.

представляет собою такое основаніе пониженія отвѣтственности виновнаго, которое совершенно не упраздняетъ дѣйствія другихъ условій пониженія или возвышенія отвѣтственности, и потому при стеченіи послѣднихъ съ покушеніемъ, при пониженіи наказанія, должны приниматься обѣ категоріи основаній смягченія судьбы виновнаго, а при стеченіи покушенія съ обстоятельствами, усиливающими наказуемость виновнаго, долженъ быть примѣненъ зачетъ ¹⁾).

Разбирая постановленія ул. о нак., касающіяся покушенія, необходимо отмѣтить, что уложеніе знаетъ одно исключеніе изъ вышеприведеннаго правила. По ст. 1610, 3 ч., оконченное покушеніе приравняется, по наказуемости, къ оконченному поджогу, если послѣ этого покушенія, виновный не выказалъ никакого раскаянія. По справедливому указанію нашихъ криминалистовъ, это постановленіе, какъ исключительное, должно быть понимаемо въ ограничительномъ смыслѣ. Оно относится только къ случаямъ поджога, предусмотрѣннымъ ст. 1605—1609 ул. и не должно быть распространяемо на случаи, указанные въ ст. 1613—1615, и на поджогъ собственнаго имущества ²⁾). Въ нашей практикѣ была сдѣлана попытка распространить положеніе о равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія еще и на вооруженную кражу—нашъ главный военный судъ, ссылаясь на текстъ ст. 1653, гласящій: «если, при кражѣ или покушеніи на оную, виновный имѣлъ при себѣ какое-либо оружіе... то онъ за сіе приговаривается... утверждалъ, что санкція этой статьи относится не только къ оконченной вооруженной кражѣ, но и къ покушенію на нее ³⁾). Но сенатъ и доктрина справедливо отвергли эту точку зрѣнія, разъяснивъ, что въ этихъ случаяхъ подлежатъ примѣненію общія правила о наказуемости покушенія, и что вышеприведенное мнѣніе является продуктомъ буквальнаго пониманія неудачной редакціи закона ⁴⁾).

Что касается устава о нак., то мы въ немъ не находимъ общихъ постановленій о наказуемости покушенія; уставъ упоми-

¹⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 203, 204; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 180.

²⁾ Таганцевъ, стр. 204, 205.

³⁾ Рѣш. главн. военн. суда, 70/101, Дукальскаго; 72/234, Сергѣева; 74/261, Прокуророва.

⁴⁾ Рѣш. Сената, 72/1568, Сучкова; 73/33, Зайцева; 73/741, Зобкова; 73/916, Сырова.

наеть о покушеніи только при кражѣ и мошенничествѣ. По ст. 172, за покушеніе на кражу, остановленное по независѣвшимъ отъ подсудимаго обстоятельствомъ... виновные подвергаются наказаніямъ, опредѣленнымъ за кражу, но Мировому Судѣ предоставляется уменьшать это наказаніе до половины, соображаясь съ важностію покушенія... виновныхъ; по ст. 176, въ случаѣ покушенія на мошенничество... соблюдается правило, изложенное въ статьѣ 172. Нѣкоторые изъ нашихъ криминалистовъ полагали, что эти статьи устанавливаютъ начало факультативнаго пониженія наказаній за покушеніе по мировому уставу ¹⁾. Но это мнѣніе не получило у насъ распространенія. Большинство нашихъ ученыхъ думаетъ, что уст. о нак. устанавливаетъ половинную отвѣтственность за покушеніе ²⁾. Наша практика усвоила среднее мнѣніе, и признавъ, что характеръ дѣянія, какъ покушенія, имѣетъ существенное вліяніе на отвѣтственность ³⁾, не считаетъ однако, суда обязаннымъ назначить наказаніе за покушеніе на кражу непременно въ половинномъ размѣрѣ ⁴⁾.

Наконецъ, къ четвертой группѣ законодательствъ относится швейцарскій проектъ. По этому проекту, лицо, начавшее реализацію преступленія, подвергается смягченному наказанію; лицо, доведшее свою преступную дѣятельность до конца безъ всякаго результата, можетъ быть подвергнуто уменьшенному наказанію, лицо, учинившее покушеніе съ негодными средствами или посягнувшее на негодный объектъ, можетъ быть подвергнуто уменьшенному наказанію, по свободному усмотрѣнію суда (а. 22). Для пониманія существа этихъ постановленій, необходимо принять во вниманіе, что швейцарскій проектъ знаетъ два порядка пониженія уголовной отвѣтственности: обычный и чрезвычайный. Обычный порядокъ пониженія наказанія, къ которому судья *обязанъ* прибѣгнуть при опредѣленіи отвѣтственности за неоконченное покушеніе и къ которому онъ *можетъ* прибѣгнуть при обсужденіи наказуемости оконченнаго покушенія, заключается въ замѣнѣ: каторги на срокъ не менѣе 10 лѣтъ—каторгою на срокъ не ниже 5 лѣтъ; каторги не ниже 5 лѣтъ—каторгою не ниже 2 лѣтъ; каторги не ниже 3 лѣтъ или не ниже 2 лѣтъ—каторгою не

¹⁾ Неклюдовъ, Общая часть, стр. 68.

²⁾ Таганцевъ, Курсъ II, стр. 205; Лекціи, II, 1888, стр. 833; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 180.

³⁾ Касс. рѣш. 71/1087, Чолока.

⁴⁾ Касс. рѣш. 73/492, Кораблева.

ниже года; каторги не ниже года—тюрьмою отъ 6 мѣсяцевъ до 2 лѣтъ; тюрьмы не ниже года—тюрьмою не ниже 3 мѣсяцевъ; тюрьмы на срокъ не свыше 6 мѣсяцевъ—тюрьмою безъ минимума; тюрьмы на срокъ не ниже мѣсяца—тюрьмою безъ минимума; тюрьмы безъ минимума—арестомъ (а. 51). Чрезвычайный порядокъ пониженія наказаній, къ которому судъ *можетъ* прибѣгнуть при опредѣленіи отвѣтственности за негодное покушеніе, заключается въ правѣ судьи понизить наказаніе, не стѣсняясь ни родомъ, ни размѣромъ, грозящаго за оконченное преступленіе, наказанія (а. 53).

Обращаясь ко второй большой группѣ законодательствъ, также придерживающихся начала редуцированной наказуемости покушенія, но, въ отличіе отъ предыдущихъ уложеній, не придающихъ никакого значенія характеру совершеннаго виновнымъ покушенія, слѣдуетъ сказать, что въ составѣ этой группы можно также различать два типа уложеній—уложенія, предписывающія пониженіе наказаній принципиально только въ предѣлахъ одного и того же рода наказаній и допускающія переходъ отъ одного рода наказаній къ другому только по необходимости, при замѣнѣ минимальной степени высшаго рода наказаній максимальной степенью сосѣдняго низшаго рода наказаній, и уложенія, предписывающія болѣе широкое примѣненіе начала редуцированной наказуемости покушенія и допускающія судъ переходить не только отъ одной степени наказанія къ другой, но и отъ одного рода наказаній къ другому. Мы начнемъ съ разбора первой группы законодательствъ, къ которой примыкаютъ уголовныя уложенія болѣе старой формаціи. Въ ряду ихъ привлекаетъ къ себѣ вниманіе германское уложеніе 1871 г.

Согласно этому уложенію, покушеніе на преступленіе или проступокъ наказывается менѣе строго, чѣмъ совершеніе преступленія. Если за оконченное преступленіе грозитъ смертная казнь или пожизненное заключеніе въ цухтгаузѣ, то назначается цухтгаузъ на срокъ не менѣе 3 лѣтъ, съ которымъ можетъ быть соединено и право учрежденія надъ осужденнымъ полицейскаго надзора; если за оконченное преступленіе грозитъ пожизненное заключеніе въ крѣпости, то назначается крѣпость на срокъ не менѣе трехъ лѣтъ; въ остальныхъ случаяхъ, наказаніе можетъ быть уменьшено до одной четверти низшей мѣры опредѣленнаго за совершеніе преступленія или проступка наказанія лишеніемъ свободы или денежнаго штрафа. Если въ результатѣ

такого уменьшенія наказанія получится цухтгаузъ на срокъ менѣе одного года, то наказаніе замѣняется тюрьмою, сообразно установленному закономъ правилу (§ 44). Если наказаніе за оконченное преступленіе или проступокъ влечетъ или можетъ влечь за собою лишеніе почетныхъ гражданскихъ правъ, или же даетъ суду право допустить учрежденіе надъ виновнымъ полицейскаго надзора, то всѣ эти послѣдствія сохраняютъ свою силу и по отношенію къ покушенію (§ 45).

Такимъ образомъ, резюмируютъ постановленія закона германскіе криминалисты, по герм. ул., за покушеніе обыкновенно грозитъ наказаніе того же рода, что и за оконченное преступленіе, и только въ тѣхъ случаяхъ, когда уменьшить наказаніе нельзя иначе, какъ путемъ перехода къ иному роду наказанія, за покушеніе назначается кара иного рода, чѣмъ за оконченное преступленіе ¹⁾. При опредѣленіи отвѣтственности за покушеніе, въ предѣлахъ максимума и минимума, судъ можетъ принимать во вниманіе всѣ обстоятельства, вліяющія на характеръ виновности субъекта, въ частности, степень близости покушенія къ окончанію преступленія ²⁾ и степень энергіи его преступной воли ³⁾. При наличности смягчающихъ обстоятельствъ, наказаніе за покушеніе уменьшается еще болѣе значительно—незаконченность преступной дѣятельности кумулируетъ съ другими условіями пониженія уголовной отвѣтственности ⁴⁾. Въ томъ случаѣ, когда за оконченное преступленіе грозитъ альтернативно два различныхъ наказанія, судъ долженъ сначала установить то наказаніе, которому былъ бы подвергнутъ виновный въ случаѣ успѣшнаго окончанія преступленія и затѣмъ уже опредѣлить наказаніе за покушеніе на преступленіе въ порядкѣ пониженія перваго наказанія ⁵⁾. Нѣкоторые криминалисты предлагали распространить предусмотрѣнный закономъ порядокъ пониженія отвѣтственности и на другіе виды матеріально-неоконченной преступной

¹⁾ Merkel, Lrb, s. 136.

²⁾ Schwarze, Commentar, s. 153; Merkel, Lrb, s. 136.

³⁾ Schwarze, Commentar, s. 153.

⁴⁾ Hahn, Stgb, s. 47, 48; Hälschner, I, s. 358; Berner, Lrb, s. 152; Oppenhoff, Stgb, s. 98; Olshausen, Kommentar, s. 166; Baumgarten, s. 447; Finger, I, s. 326.

⁵⁾ Schwarze, Commentar, s. 162; Hälschner, I, s. 357; Oppenhoff, Stgb, s. 97, 98; Finger, I, s. 326.

дѣятельности—на усѣченныя преступленія ¹⁾. Но этотъ взглядъ справедливо отвергается германскою доктриною ²⁾.

Другимъ представителемъ этой группы законодательствъ является бельгійское уложеніе. Покушеніе на преступленіе, постановляетъ оно, подлежить наказанію непосредственно слабѣйшему противъ того, которое положено за оконченное преступленіе (а 52). А именно, смертная казнь замѣняется вѣчными каторжными работами, или же каторгою на время отъ 15—20 лѣтъ; вѣчная каторга—каторгою отъ 15—20 или отъ 10—15 лѣтъ. каторга отъ 15—20 лѣтъ—каторгою отъ 10—15 лѣтъ—или смирительнымъ домомъ (reclusion); каторга отъ 10—15 лѣтъ смирительнымъ домомъ или даже тюрьмою на время не менѣе 3 лѣтъ; смирительный домъ—тюрьмою на время не менѣе 3 мѣсяцевъ (а. 80). наказаніе вѣчнымъ заключеніемъ въ крѣпости замѣняется экстраординарнымъ заключеніемъ въ крѣпости или крѣпостью на срокъ отъ 10—15 лѣтъ; наказаніе экстраординарнымъ заключеніемъ въ крѣпости—крѣпостью на время отъ 10—15 лѣтъ или же отъ 5—10 лѣтъ; крѣпость отъ 10—15 лѣтъ—крѣпостью отъ 5—10 лѣтъ или тюрьмою на время не менѣе 2 лѣтъ; крѣпость отъ 5—10 лѣтъ—тюрьмою на время не менѣе 2 мѣсяцевъ (а. 81). Наказаніе за покушеніе на проступки устанавливается бельг. ул. въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ особо и обыкновенно въ несравненно болѣе низкомъ, чѣмъ наказаніе за оконченный проступокъ, размѣрѣ (а. 53).

Обсуждая эти постановленія, бельгійская литература указываетъ, что, при опредѣленіи наказанія за покушеніе на преступленія, судъ можетъ замѣнить кару за оконченное преступленіе только наказаніемъ, непосредственно слѣдующимъ за нимъ въ порядкѣ убывающей суровости ³⁾. Однако, наличность смягчающихъ обстоятельствъ позволяетъ суду еще болѣе смягчать наказаніе за покушеніе на преступленіе ⁴⁾. Далѣе, бельгійскіе ученые полагаютъ, что иногда законъ отступаетъ отъ провозглашеннаго имъ принципа редуцированной наказуемости и караетъ покушеніе наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ ⁵⁾. Съ этимъ нельзя согласиться, такъ какъ одни изъ указываемыхъ ими

¹⁾ Binding, Grundriss, s. 136.

²⁾ Olshausen, Kommentar, s. 165.

³⁾ Haus, I, p. 333; Limelette, p. 30.

⁴⁾ Haus, I, p. 333; Limelette, p. 29.

⁵⁾ Haus, I, p. 334; Prins, p. 147, 148.

случаевъ (а. 101, 102, 103, 115 § 6, 374) представляютъ собою не покушенія, а усѣченныя преступленія, а другіе (а. 336, 337) не оконченное преступленіе и покушеніе, а содѣйствіе ненаказуемому побѣгу или попыткѣ совершить его. Нельзя раздѣлить и мнѣнія, что наказаніе за покушеніе на проступки, по бельг. праву, всегда ниже наказанія за оконченные проступки ¹⁾: бельгійскому уложенію извѣстно два случая равной наказуемости проступковъ и покушеній на проступки (а. 497 et а. 513).

Третье уложеніе этого направленія—голландскій кодексъ 1881 г.—постановляетъ, что высшій размѣръ главныхъ наказаній, положенныхъ за оконченное преступленіе, уменьшается при покушеніи на одну треть. Покушеніе на преступленіе, влекущее за собою пожизненное заключеніе въ тюрьмѣ, карается тюрьмою на срокъ не свыше 15 лѣтъ. Дополнительные наказанія при покушеніи—тѣ же, что и при оконченномъ преступленіи (art. 45).

Наконецъ, эта система наказуемости покушенія нашла себѣ доступъ и въ нѣкоторые проекты уголовныхъ уложеній. Такъ, проектъ новаго французскаго кодекса постановляетъ, что, въ случаѣ неудачной попытки совершить преступленіе, предусмотрѣнное закономъ наказаніе понижается слѣдующимъ образомъ: вмѣсто смертной казни назначается вѣчное заключеніе въ тюрьмѣ, вмѣсто вѣчнаго заключенія въ тюрьмѣ—тюрьма отъ 10 до 20 лѣтъ; наказанія срочнымъ заключеніемъ въ тюрьму или крѣпость сокращаются на одну треть положеннаго въ законѣ срока (art 83).

Наиболѣе раннимъ представителемъ второй группы законодательствъ,—законодательствъ принципиально допускающихъ, при пониженіи наказанія за покушеніе, переходъ отъ одного рода наказаній къ другому, является венгерское уложеніе 1878 года. По этому кодексу, покушеніе должно быть наказываемо мягче оконченнаго преступленія или проступка, и наказаніе за покушеніе должно быть ниже низшей мѣры наказанія, положеннаго за эти дѣянія. Судъ можетъ даже приговорить виновника покушенія къ другому, болѣе легкому, роду наказанія. Смертная казнь и пожизненный цухтгаузъ замѣняются срочнымъ цухтгаузомъ. Срокъ цухтгауза не можетъ быть менѣе 5 лѣтъ, если за

¹⁾ Prins, p. 146.

преступленіе грозила смертная казнь, и 3 лѣтъ, если за него грозилъ пожизненный цухтгаузъ (§ 66).

Другимъ представителемъ этой системы наказуемости покушенія является финляндское уложеніе. По этому кодексу, покушеніе карается, вообще говоря, мягче, чѣмъ оконченное преступленіе и наказанія, установленныя за оконченное преступленіе при покушеніи понижаются слѣдующимъ образомъ. Если оконченное преступленіе влечетъ за собою смертную казнь или пожизненное заключеніе въ смиригельномъ домѣ, то покушеніе карается заключеніемъ въ смиригельномъ домѣ на время отъ 2 до 12 лѣтъ включительно. Въ прочихъ случаяхъ, покушеніе подлежитъ наказанію въ предѣлахъ не свыше трехъ четвертей строжайшаго изъ наказаній, положенныхъ въ законѣ за оконченное преступленіе, и не ниже наименьшаго размѣра, установленнаго для даннаго рода наказаній. Если же за оконченное преступленіе не положено иного общаго наказанія, кромѣ заключенія въ смиригельномъ домѣ на опредѣленный срокъ, то виновный можетъ быть подвергнутъ и тюремному заключенію на время не свыше трехъ четвертей наибольшаго срока сего заключенія въ смиригельномъ домѣ, однако же не долѣе какъ на четыре года, и не ниже наименьшаго срока, установленнаго закономъ для тюремнаго заключенія (Гл. IV, § 1; гл. II, § 2).

Но, съ другой стороны, иногда финл. ул. караетъ покушеніе наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ и специально оговариваетъ, что наказаніе, слѣдующее за оконченное преступленіе, распространяется на покушеніе. Такого приѣма придерживается финл. ул. при нормировкѣ репрессіи покушенія на жизнь монарха (гл. XI, § 1), покушенія на преступленіе противъ Верховной Власти (гл. XI, § 2), покушенія на нарушеніе свободы Сейма (гл. XV, § 1), покушенія на принужденіе должностныхъ лицъ (гл. XVI, § 1), покушенія арестантовъ на бунтъ (гл. XVI, § 12), покушенія на скотоложство (гл. XX, § 12, п. 2), покушенія на утайку предметовъ, подлежащихъ оплатѣ таможеннымъ сборомъ (гл. XXXVIII, § 11) и покушенія на ввозъ запрещенныхъ товаровъ (гл. XXXVIII, § 12). И эти случаи покушенія, по финл. праву, должны быть признаны именно покушеніемъ, въ смыслѣ предварительной дѣятельности, а не усѣченными преступленіями, несмотря на то, что законъ говоритъ о нихъ при характеристикѣ специальныхъ составовъ преступленія, такъ какъ финл. ул., при нормировкѣ юридической судьбы покушенія прямо говоритъ,

что это дѣяніе можетъ наказываться не только по правиламъ, установленнымъ для этого общою частью кодекса, но можетъ подлежать также и особымъ, специально установленнымъ для отдѣльныхъ видовъ покушенія, наказаніямъ (гл. IV, § 1) и тѣмъ самымъ обезпечиваетъ вышеприведеннымъ актамъ значеніе покушенія въ техническомъ смыслѣ.

Что касается дополнительныхъ наказаній, то лишеніе гражданскаго довѣрія примѣняется къ покушенію въ томъ лишь случаѣ, когда это наказаніе слѣдуетъ за оконченное преступленіе и покушеніе на послѣднее карается заключеніемъ въ смирительномъ домѣ. Напротивъ, постановленія объ исключеніи изъ службы, признаніи недостойнымъ состоять на службѣ края, отстраненіи отъ исполненія службы, а равно и о другихъ послѣдствіяхъ, которыя оконченное преступленіе, по закону, влечетъ за собою, примѣняются также и къ покушенію (гл. IV, § 1, п. 2).

Согласно третьему уложенію этого направленія—норвежскому кодексу 1902 г.,—покушеніе карается мягче, чѣмъ оконченное преступленіе; при этомъ, суду предоставляется право назначить наказаніе въ размѣрѣ низшемъ, чѣмъ грозящій за преступленіе минимумъ или даже перейти къ болѣе мягкому роду наказанія (§ 51). Мотивы къ уложенію отмѣчаютъ, что при покушеніи пожизненное лишеніе свободы должно быть змѣнено срочнымъ лишеніемъ свободы ¹⁾.

Этого же направленія придерживается и проектъ новаго германскаго уложенія 1909 г. Предписывая карать покушеніе мягче, чѣмъ оконченное преступленіе, проектъ оговаривается, что, въ случаѣ назначенія въ законѣ смертной казни за оконченное преступленіе, покушеніе карается пожизненнымъ цухтгаузомъ или цухтгаузомъ на срокъ не ниже трехъ лѣтъ; при назначеніи въ законѣ наказанія пожизненнымъ лишеніемъ свободы,—покушеніе карается лишеніемъ свободы того же рода на срокъ не ниже 3 лѣтъ. Въ остальныхъ случаяхъ, наказаніе за покушеніе можетъ быть назначено въ размѣрѣ меньшемъ, чѣмъ предусмотрѣнный за оконченное преступленіе минимумъ и судъ можетъ также перейти къ болѣе мягкому роду наказаній лишеніемъ свободы. Дополнительные наказанія и предупредительныя мѣры могутъ быть назначены, также и при покушеніи на преступленіе

¹⁾ Entwurf eines Allgemeinen Bürgerlichen Strafgesetzbuches für das Königreich Norwegen. Motive. Uebersetzt von Bittl 1907, s. 155.

(§ 76). Отличіе постановленій проекта отъ дѣйствующаго германскаго права заключается въ томъ, что, съ одной стороны, проектъ допускаетъ при покушеніи замѣнять смертную казнь не только срочнымъ цухтгаузомъ, но и пожизненнымъ цухтгаузомъ ¹⁾, съ другой стороны, въ томъ, что проектъ устраняетъ существующія въ дѣйствующемъ правѣ границы судейскаго усмотрѣнія при пониженіи наказанія: по проекту, судъ можетъ понижать наказаніе за покушеніе не только до четверти законнаго минимума, грозящаго за оконченное преступленіе, но онъ можетъ доходить и до законнаго минимума даннаго рода наказанія, и, при наказаніяхъ лишеніемъ свободы, даже переходить къ другому, болѣе мягкому роду наказанія. Въ частности, судъ можетъ переходить отъ цухтгауза не только къ тюремѣ, но и къ аресту ²⁾.

Наконецъ, этой же системы придерживается и наше новое уголовное уложеніе 1903 г. Согласно этому уложенію, наказанія, положенныя за оконченныя преступленія, при покушеніи смягчаются (ст. 49.2) на слѣдующихъ основаніяхъ: при покушеніи 1) не можетъ быть назначена высшая мѣра наказанія за учиненное преступное дѣяніе, въ законѣ установленная; 2) при опредѣленіи въ законѣ за преступное дѣяніе низшаго предѣла наказанія, суду предоставляется уменьшить оное до низшаго законнаго размѣра сего рода наказанія, и 3) при отсутствіи въ законѣ особаго опредѣленія о низшемъ предѣлѣ наказанія за преступное дѣяніе, судъ можетъ уменьшить это наказаніе до низшаго законнаго размѣра сего рода наказанія или, за исключеніемъ особо предусмотрѣнныхъ закономъ случаевъ, перейти и къ другому наказанію въ слѣдующей постепенности: отъ смертной казни—къ каторгѣ безъ срока или на срокъ отъ десяти до пятнадцати лѣтъ; отъ безсрочной каторги—къ срочной; отъ сей послѣдней—къ заключенію въ исправительномъ домѣ; отъ ссылки на поселеніе—къ заключенію въ крѣпости на срокъ не ниже одного года; отъ заключенія въ исправительномъ домѣ—къ заключенію въ тюрьмѣ и отъ сего послѣдняго заключенія—къ аресту (ст. 53) ³⁾.

¹⁾ Begründung, I, s. 295; M. E. Mayer, Reform, I, s. 347; Schoetensack, Verbrechenversuch, s. 421; Loesch, s. 54, 55; Begründung zum GE, s. 42, 43.

²⁾ Begründung, I, s. 297; Schoetensack, Verbrechenversuch, s. 422; Loesch, s. 55.

³⁾ Уложеніе указываетъ на слѣдующія исключенія изъ послѣдняго правила: при смягченіи наказанія за тяжкія преступленія, предусмотрѣнныя статьями 84 (ч. 2), 100—103, 105, 108, 110, 126, 129, 130, 163, 164, 168,

Такимъ образомъ, недовершеніе преступнаго дѣянія, по уг. ул., всегда признается обстоятельствомъ, понижающимъ наказуемость виновнаго ¹⁾. Новое уложеніе не знаетъ отступленій отъ этого порядка, а приводившіяся, въ доказательство противнаго, статьи уложенія ²⁾ предусматриваютъ не покушеніе, а усѣченныя преступленія. Но нельзя не признать правильнымъ замѣчанія, что, по уг. ул., судъ обязанъ лишь не назначать максимума наказанія, а дальнѣйшее уменьшеніе наказанія и переходъ къ другому, низшему, наказанію лишь предоставляется судѣ. Онъ можетъ воспользоваться этимъ правомъ, но можетъ имъ и не воспользоваться, если по обстоятельствамъ дѣла не усмотритъ надобности въ такомъ смягченіи ³⁾. И правы ученые, замѣчающіе, что въ смягченіи наказаній за покушеніе уг. уложеніе въ общемъ итогѣ гораздо скупѣе уложенія о наказаніяхъ ⁴⁾.

Что касается дополнительныхъ наказаній при покушеніи, то вслѣдствіе признанной уложеніемъ зависимости этихъ наказаній отъ существа и тяжести главныхъ наказаній, къ наказанію, назначаемому за покушеніе, возможно присоединять лишь тѣ дополнительные наказанія, которыя сопровождаютъ это наказаніе по закону ⁵⁾.

§ 29. Законодательныя постановленія о наказуемости приготовленія къ преступленію.

Переходя къ разсмотрѣнію законодательныхъ постановленій о наказуемости приготовленія къ преступленію, мы встрѣчаемся съ существенно иною системою нормъ, чѣмъ та, которая посвящается кодексами регламентаціи репрессіи покушенія. Уложенія вовсе не знаютъ общихъ принциповъ опредѣленія

173 и 643—645, каторга можетъ быть замѣнена только ссылкой на поселеніе. При смягченіи наказанія осужденныхъ за тяжкія преступленія статьями 84 (ч. 4) и 85 предусмотрѣнныя, каторга можетъ быть замѣнена лишь ссылкой на поселеніе въ особо предназначенныя для сихъ осужденныхъ мѣстности. Переходъ отъ ссылки на поселеніе въ особо предназначенныя для осужденныхъ мѣстности къ заключенію въ крѣпости не допускается.

¹⁾ Объясненія I, стр. 427; Таганцевъ, I стр. 715; Мокринскій II, стр. 244; Пусторослевъ, стр. 379; Познышевъ, стр. 369.

²⁾ Мокринскій, II, стр. 244 пр. 1.

³⁾ Набоковъ, стр. 75; Мокринскій, II, стр. 244.

⁴⁾ Пусторослевъ, стр. 380.

⁵⁾ Объясненія I, стр. 428.

наказуемости приготовления, и ответственность за этот вид предварительной дѣятельности опредѣляется не въ порядкѣ пониженія наказаній, слѣдующихъ за оконченное преступленіе, а въ порядкѣ установленія специальныхъ наказаній за приготовленіе къ преступленію. При этомъ, соответствующія наказанія, по размѣру своему, обыкновенно бываютъ меньше, чѣмъ наказанія за покушеніе, но иногда (при приготовленіи къ нѣкоторымъ усѣбленнымъ преступленіямъ), они равняются даже наказаніямъ за оконченное преступленіе.

Что касается наказаній за отдѣльные виды приготовленія, то приготовленіе къ *государственнымъ* преступленіямъ карается: по угол. ул. 1903 г. смертною казнью (приготовленіе къ посягательству на жизнь монарха, ст. 101, 3); каторгою до 10 л. (приготовленіе къ посягательству на государственный строй, ст. 101, 1); ссылкой на поселеніе (приготовленіе къ посягательству на жизнь члена императорскаго дома, ст. 105, 4). По бельг. ул.,—смирительнымъ домомъ (*reclusion* (а. 112); по финл. уложенію,—смирительнымъ домомъ отъ одного года до восьми лѣтъ (гл. XI, § 4); по венгерскому ул.,—цухтгаузомъ до пяти лѣтъ (§ 133); по германскому ул.,—цухтгаузомъ до трехъ лѣтъ или крѣпостью до трехъ лѣтъ (§ 86); по герм. проекту,—цухтгаузомъ до трехъ лѣтъ или арестомъ на срокъ не ниже трехъ мѣсяцевъ (§ 102, Abs. 3) и по австр. проекту,—каторгою отъ одного до 3 лѣтъ или тюрьмою или арестомъ отъ трехъ мѣсяцевъ до трехъ лѣтъ (§ 112, 1).

Приготовленіе къ *поддѣлкѣ монеты* карается: по угол. ул. 1903 г.—тюрьмою не ниже шести мѣсяцевъ (ст. 431); по норв. ул.,—тюрьмою до шести лѣтъ (§ 177); по финл. ул.,—тюрьмою до двухъ лѣтъ (гл. XXXVII, § 6); по герм. ул.,—тюрьмою до двухъ лѣтъ (§ 151); по герм. проекту,—тюрьмою до двухъ лѣтъ (§ 162); по австр. проекту,—тюрьмою отъ двухъ недѣль до двухъ лѣтъ (§ 229); по швейцар. проекту,—тюрьмою (а. 173) и по голландск. ул.,—тюрьмою до 6 мѣсяцевъ или денежнымъ взысканіемъ на сумму не свыше трехсотъ гульденовъ (а. 214).

Приготовленіе къ *подлогу* наказывается: по норв. улож.—тюрьмою до трехъ лѣтъ (§ 186); по герм. проекту,—тюрьмою или арестомъ до одного года или денежною пеней до 3.000 марокъ (§ 284, Abs. 3); по австрійскому проекту,—тюрьмою или арестомъ до 6 мѣсяцевъ (§ 216) и по голл. уложенію,—тюрьмою до шести мѣсяцевъ или денежнымъ взысканіемъ до трехсотъ гульденовъ (а. 223, 234).

Приготовление къ *общеопаснымъ преступленіямъ* наказывается: по угол. ул.,—тюрьмою (ст. 564), а по финл. ул.,—смирительнымъ домомъ на время не свыше четырехъ лѣтъ и лишеніемъ гражданскаго довѣрія, или тюремнымъ заключеніемъ (гл. XXXIV, § 6).

Приготовление къ *поджогу*, по улож. о нак., карается: лишеніемъ всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ, правъ и преимуществъ и отдачею въ исправительныя арестантскія отдѣленія на время отъ полутора года до двухъ съ половиною лѣтъ или на время отъ одного до полутора года (ст. 1611, 31).

Приготовление къ *преступленіямъ, совершаемымъ взрывчатыми веществами*, наказывается: по испан. закону 1894 г.,—крѣпостью (art. 3); по австр. проекту,—цухтгаузомъ отъ одного года до пяти лѣтъ (§ 420) и по швейцар. проекту,—цухтгаузомъ до пяти лѣтъ или тюрьмою (а. 148).

Приготовление къ *убійству* наказывается: по улож. о нак.,—заключеніемъ въ тюрьмѣ на время отъ восьми мѣсяцевъ до одного года и четырехъ мѣсяцевъ, если не было доказано, чтобы подсудимый былъ удержанъ отъ приступа къ выполнению убійства лишь независѣвшими отъ него обстоятельствами, а не собственнымъ побужденіемъ и раскаяніемъ, и лишеніемъ всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ, правъ и преимуществъ и отдачею въ исправительныя арестантскія отдѣленія на время отъ четырехъ до пяти лѣтъ, въ томъ случаѣ, когда виновный былъ вполне изобличенъ въ томъ, что лишь обстоятельства воспрепятствовали ему приступить къ совершенію преднамѣреннаго имъ преступленія (ст. 1457), и по угол. ул.,—заключеніемъ въ тюрьмѣ (ст. 457).

Наконецъ, приготовленіе къ *отравленію* карается, по финл. ул., тюремнымъ заключеніемъ на срокъ не свыше одного года (гл. XXI, § 7).

§ 30. Спеціальныя основанія отпаденія отвѣтственности за предварительную преступную дѣятельность. Добровольный отказъ отъ покушенія. Французская система нормировки судьбы добровольно оставленнаго покушенія.

Мы познакомились съ постановленіями, опредѣляющими размѣръ отвѣтственности за покушеніе. Но этимъ еще не исчерпывается содержаніе нормъ, регулирующихъ наказуемость по-

кушенія; эти нормы указываютъ не только размѣръ наказаній, слѣдующихъ за покушеніе, но и тѣ случаи, въ которыхъ покушеніе должно оставаться безъ наказанія. Сообразно съ этимъ, въ настоящемъ раздѣлѣ намъ надлежитъ разобрать не только положенія о размѣрѣ отвѣтственности за покушеніе, но и положенія объ основаніяхъ отпаденія отвѣтственности за это дѣяніе. Въ виду того, что послѣднія положенія касаются такихъ только условій безнаказанности дѣяній, которыя спеціально присущи покушенію, то ученіе объ этихъ положеніяхъ можетъ быть названо ученіемъ о спеціальныхъ основаніяхъ отпаденія отвѣтственности за покушеніе.

Обращаясь къ постановленіямъ положительнаго права по интересующему насъ предмету, мы убѣждаемся, что обстоятельства, признаваемые правомъ спеціальными основаніями безнаказанности покушенія, носятъ весьма разнообразный характеръ и далеко не всѣ уложенія говорятъ объ однихъ и тѣхъ же условіяхъ этого рода. Но, на ряду съ большими различіями, между этими условіями отпаденія отвѣтственности за покушеніе, существуетъ и большое сходство: всѣ они сводятся къ обстоятельствамъ, вызывающимъ перерывъ развитія преступной дѣятельности виновнаго, какъ, напр., добровольный отказъ виновнаго отъ продолженія преступной дѣятельности, негодность средствъ, употребленныхъ при покушеніи, негодность объекта, предпринятаго субъектомъ посягательства или отсутствіе этого объекта въ предположенномъ виновнымъ мѣстѣ. Въ виду этого, подлежащія условія, имѣя, съ юридической точки зрѣнія, значеніе спеціальныхъ основаній отпаденія отвѣтственности за покушеніе, выступаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ, и въ роли основаній дѣленія покушенія на виды, и въ зависимости отъ того, какое изъ этихъ условій имѣется налицо въ конкретномъ случаѣ, въ наукѣ уголовного права различаютъ добровольно оставленное покушеніе, покушеніе съ негодными средствами, покушеніе надъ негоднымъ объектомъ, покушеніе надъ отсутствующимъ объектомъ и т. п. Юридическія особенности всѣхъ этихъ видовъ покушенія отличаются большою спорностью и каждый изъ нихъ породилъ весьма обширную литературу. Мы прежде всего остановимся на разсмотрѣніи добровольно оставленнаго покушенія.

Изучая постановленія интересующихъ насъ кодексовъ по этому предмету, мы убѣждаемся, что всѣ они высказываются за безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія, но что

этотъ принципъ далеко не всегда провозглашается ими въ одной и той же формѣ. Согласно одной системѣ, добровольно прерванная преступная дѣятельность признается безнаказанною потому, что она вообще не удовлетворяетъ, въ юридическомъ смыслѣ, признакамъ покушенія, къ которому эта система относитъ только покушеніе, остановленное обстоятельствами, отъ воли виновнаго независѣвшими. Эту систему можно назвать французскою системою, такъ какъ виднѣйшимъ представителемъ ея является французское уложеніе. Согласно второй системѣ, добровольно оставленное покушеніе признается разновидностью покушенія въ юридическомъ смыслѣ, и безнаказанность его основывается только на спеціальному постановленіи закона, принимающимъ добровольный отказъ отъ продолженія преступной дѣятельности за основаніе отпаденія наказуемости покушенія. Эту систему мы назовемъ системою германскою, такъ какъ главнымъ представителемъ ея является германское уложеніе ¹⁾). Разобравъ послѣдовательно французскую и германскую системы нормировки добровольно оставленнаго покушенія, мы въ заключеніе укажемъ и на отношеніе русскаго права къ этому предмету.

Согласно статьѣ 2 франц. кодекса, покушеніе на преступленіе приравняется къ оконченному преступленію, коль скоро оно выразилось въ формѣ начала исполненія и было прервано или осталось безрезультатнымъ лишь въ силу обстоятельствъ, отъ воли виновнаго независѣвшихъ.

Разбирая это постановленіе, французская доктрина отмѣчаетъ, что подъ добровольнымъ перерывомъ покушенія слѣдуетъ разумѣть всѣ мѣры, принятыя виновнымъ по своей волѣ къ тому, чтобы реализація начатаго имъ преступленія не имѣла мѣста. Добровольный отказъ отъ покушенія исключенъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда дѣятельность виновнаго была прервана обстоятельствами, независѣвшими отъ его воли, безотносительно, были ли причиною возникновенія этихъ обстоятельствъ случай, были ли они вызваны дѣятельностью другихъ людей или даже

¹⁾ Практическое значеніе различія состоитъ въ томъ, что, при системѣ французской, виновный, отказываясь отъ продолженія своей дѣятельности, устраняетъ не только наказуемость, но и преступность учиненнаго имъ дѣянія, и потому обезпечиваетъ безнаказанность не только себѣ, но и своимъ соучастникамъ. Напротивъ, по системѣ германской, отказъ отъ покушенія имѣетъ значеніе личнаго основанія безнаказанности виновнаго, не освобождая его соучастниковъ отъ наказанія за покушеніе.

они были вызваны невольно дѣятельностью самого виновнаго ¹⁾. При оцѣнкѣ значенія остановки покушенія въ силу внутреннихъ причинъ, во Франціи идетъ споръ. Одни криминалисты полагаютъ, что остановка покушенія должна быть признана въ этомъ случаѣ добровольною, безотносительно къ тому, въ чемъ заключались опредѣлившія перерывъ развитія преступной дѣятельности побужденія и они высказываются въ пользу ненаказуемости субъекта даже въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ отказался отъ продолженія задуманнаго подъ давленіемъ угрозы немедленнаго на него доноса или даже подъ угрозою его жизни (напр., намѣченная имъ жертва или третьи лица грозили его убить, въ случаѣ продолженія имъ своей дѣятельности) ²⁾. Но господствующее мнѣніе отвергаетъ подобную точку зрѣнія. По мнѣнію большинства криминалистовъ, при оцѣнкѣ юридическаго значенія внутреннихъ, остановившихъ покушеніе обстоятельствъ, необходимо различать двѣ группы этого рода побужденій. Къ одной группѣ относятся побужденія, которыя, прерывая дѣятельность виновнаго, устраняютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и свободу выбора его между окончаніемъ преступленія или отказомъ отъ его продолженія ³⁾, устраняютъ возможность говорить о нравственной свободѣ его рѣшенія ⁴⁾, создаютъ такое препятствіе, передъ которымъ отступилъ бы всякій человѣкъ средней энергіи ⁵⁾. Вторая группа обнимаетъ собою побужденія, которыя, хотя и привели къ отказу виновнаго отъ продолженія преступной дѣятельности, но не исключали возможности принятія имъ и обратнаго рѣшенія. Безнаказанность виновнаго обуславливается только вторыми побужденіями; первыя побужденія не исключаютъ собою его наказуемости. Поэтому, большинство криминалистовъ подвергаетъ наказанію отказъ виновнаго отъ продолженія преступленія подъ угрозою смерти ⁶⁾, а нѣкоторые распространяютъ это положеніе и на отказъ отъ покушенія подъ угрозою доносомъ ⁷⁾.
Въ тѣхъ случаяхъ, когда перерывъ преступной дѣятельности

¹⁾ Rauter, I, p. 201, 202.

²⁾ Bertauld, p. 215, 216.

³⁾ Gallet, p. 312; Vidal, p. 152; Degois, p. 148; Villey, p. 95.

⁴⁾ Champcommunal, p. 60; Garraud, I, p. 384; Garraud, Précis, p. 146.

⁵⁾ Lacoïnta, Rev. crit. XXIII, 1863, p. 469, 470.

⁶⁾ Lacoïnta, Rev. crit. XXIII, 1863, p. 470; Champcommunal, p. 60, 61; Degois, p. 148.

⁷⁾ Lacoïnta, Rev. crit. XXIII, 1863, p. 470.

быль вызванъ побужденіями, не устранявшими свободы волеопредѣленія виновнаго, природа, руководившихъ имъ мотивовъ не имѣеть юридическаго значенія. Покушеніе признается прерваннымъ добровольно не только тогда, когда виновный отказался отъ продолженія преступленія въ силу искренняго раскаянія въ своемъ поступкѣ, но и тогда, когда онъ отступилъ передъ страхомъ грозящаго ему наказанія и другихъ мотивовъ ¹⁾.

Что касается самого акта перерыва преступной дѣятельности, то онъ можетъ быть реализованъ въ любое время, начиная съ момента приступа виновнаго къ выполнению преступленія и кончая тѣмъ моментомъ реализаціи его, который непосредственно предшествуетъ окончанію преступленія ²⁾. Актъ перерыва можетъ выражаться не только въ формѣ воздержанія виновнаго отъ доведенія исполнительнаго дѣйствія до конца, но и въ формѣ предупрежденія наступленія преступнаго результата. ³⁾ Но французскіе ученые оговариваются, что послѣднее положеніе не означаетъ собою возможности добровольнаго отказа отъ оконченнаго покушенія въ смыслѣ французскаго права (*delitmanqué*) ⁴⁾ Послѣднее разумѣется во Франціи въ смыслѣ неудавшагося преступленія, самое понятіе котораго предполагаетъ наступленіе неудачи попытки виновнаго, въ силу независящихъ отъ его воли обстоятельствъ, почему французскіе ученые и утверждаютъ, что преступленіе неудавшееся всегда прерывается помимо воли виновнаго, а добровольное предупрежденіе послѣднимъ результатовъ дѣлаеть его покушеніе покушеніемъ неоконченнымъ (*tentative suspendue*) ⁵⁾. Наконецъ, для безнаказанности виновнаго нѣтъ нужды, чтобы виновный окончательно отказался отъ реализаціи задуманнаго преступленія: онъ освобождается отъ отвѣтственности и въ томъ случаѣ, когда онъ только на время отложилъ его выполнение ⁶⁾. Но если покушеніе, отъ продолженія котораго отказался виновный, являетъ въ себѣ признаки самостоятельнаго преступленія (квалифицированное покушеніе),

¹⁾ Rossi, II, p. 177; Bertauld, p. 215; Ortolan, p. 412; Lacointa, Rev. crit. XXIII, 1863, p. 449, 469; Lainé, p. 118; Champcommunal, p. 60; Garraud, I, p. 389; Garraud, Précis, p. 145; Gallet, p. 307; Vidal, p. 153; Degois, p. 147.

²⁾ Rauter, I, p. 202, 203.

³⁾ Lainé, p. 117, 127, 128; Laborde, p. 71.

⁴⁾ Laborde, p. 71.

⁵⁾ Rossi, II, p. 179; Ortolan, p. 412, 414; Garraud, I, p. 383; Laborde, p. 71; Vidal, p. 155.

⁶⁾ Rossi, II, p. 177, 178.

то онъ отвѣчаетъ за послѣднее, несмотря на отказъ отъ продолженія задуманнаго ¹⁾.

Французскій проектъ въ точности воспроизводитъ положенія французскаго права и наказываетъ покушеніе въ томъ только случаѣ, когда оно было остановлено или не достигло результата по обстоятельствамъ, отъ воли виновнаго независѣвшимъ (а. 83).

Къ французскому праву близко подходитъ постановленіе бельгійскаго уложенія, карающее покушеніе лишь при условіи, если оно было пріостановлено или не достигло своего результата только по обстоятельствамъ отъ воли виновнаго независѣвшимъ (а. 51). Бельгійская доктрина подводитъ подъ понятіе о безнаказанномъ покушеніи не только добровольный перерывъ исполнительнаго дѣйствія, но и добровольное предупрежденіе результатовъ этого дѣйствія ²⁾. Если покушеніе воплощаетъ въ себѣ признаки самостоятельнаго преступленія, то виновный отвѣчаетъ за послѣднее, несмотря на отказъ отъ довершенія задуманнаго ³⁾.

Той же точки зрѣнія держится и австрійское право, считающее наказуемымъ такое только покушеніе, которое не привело къ окончанію преступленія лишь вслѣдствіе своей недостаточности, возникновенія посторонняго препятствія или случайности (§ 8). Одни австрійскіе криминалисты признаютъ отказъ отъ покушенія добровольнымъ, коль скоро онъ состоялся при обстоятельствахъ, не исключавшихъ физической возможности довершенія преступленія и признаютъ покушеніе прерваннымъ добровольно и въ случаѣ отказа отъ него, въ виду обнаруженія покушенія третьими лицами ⁴⁾; другіе высказываются въ этомъ случаѣ за наказуемость покушенія ⁵⁾. Мотивы, побудившіе лицо отказаться отъ продолженія задуманнаго, не имѣютъ юридическаго значенія ⁶⁾. Подъ понятіе объ отказѣ отъ покушенія подводится какъ пріостановка преступной дѣятельности, такъ и добровольное предупрежденіе результатовъ оконченнаго покушенія ⁷⁾, и для безнаказанности виновнаго не требуется, чтобы

¹⁾ Rossi, II, p. 178; Ortolan, p. 413, 429; Lainé, p. 118; Villey, p. 95; Garraud, I, p. 384, 385; Garraud, Précis, p. 146; Gallet, p. 316; Degois, p. 148.

²⁾ Haus I, p. 330.

³⁾ Haus, I, p. 331.

⁴⁾ Herbst, s. 94.

⁵⁾ Lammasch, Grundriss, s. 36.

⁶⁾ Lammasch, Grundriss, s. 36; Herbst, s. 94.

⁷⁾ Lammasch. Grundriss, s. 36.

онъ окончательно отказался отъ совершенія преступленія: отложеніе задуманнаго, съ цѣлью возобновить его выполненіе въ другое время, также освобождаетъ отъ наказанія ¹⁾. Добровольный отказъ отъ покушенія не уничтожаетъ юридическаго значенія воплотившихся уже въ дѣяніи виновнаго признаковъ преступленія, и онъ отвѣчаетъ за послѣднее ²⁾.

Дальнѣйшимъ представителемъ этой системы является итальянскій кодексъ, разумѣющій подъ покушеніемъ дѣятельность, начавшую реализацію преступленія, но не доведшую его до конца, вслѣдствіе обстоятельствъ, независѣвшихъ отъ воли виновнаго (ст. 61, 62). Послѣднее условіе поясняется итальянскою доктриною слѣдующимъ образомъ.

Подъ обстоятельствами, независящими отъ воли виновнаго и прерывающими развитіе его преступной дѣятельности, слѣдуетъ разумѣть не только условія, создающія физическое препятствіе къ окончанію преступленія, но и нѣкоторыя условія, прерывающія преступленіе путемъ воздѣйствія на волю субъекта. Къ числу послѣднихъ условій криминалисты относятъ всѣ побужденія, оказывающія непреодолимое для средняго человѣка давленіе на его волю, и они отказываются признавать добровольнымъ прерывъ преступной дѣятельности, обусловленный мотивомъ, дѣйствовавшимъ вопреки волѣ виновнаго ³⁾, оказывавшимъ моральное на него принужденіе ⁴⁾, исключавшимъ свободу дѣятельности субъекта ⁵⁾. Но отказъ отъ покушенія по мотивамъ, не подходящимъ подъ означенные признаки, признается безнаказаннымъ, совершенно безотносительно къ характеру побужденій виновнаго ⁶⁾. Виновный освобождается отъ наказанія, какъ въ случаѣ его отказа отъ покушенія, вслѣдствіе искренняго раскаянія, такъ и въ случаѣ отказа его отъ продолженія преступленія подъ вліяніемъ страха наказанія ⁷⁾.

Что касается внѣшней стороны отказа, то онъ долженъ выражаться въ окончательномъ отказѣ субъекта отъ продолженія начатаго имъ преступленія; пріостановка реализаціи преступле-

¹⁾ Herbst, s. 94.

²⁾ Herbst, s. 94; Lammasch, Grundriss, s. 36.

³⁾ Manzini, II, p. 378.

⁴⁾ Tuozzi, I, p. 167; Mecacci, II, p. 25.

⁵⁾ Longo, I, p. 267.

⁶⁾ Tuozzi, I, p. 168; Manzini, II, p. 378.

⁷⁾ Tuozzi, I, p. 168; Mecacci, II, p. 75.

нія не обезпечиваетъ безнаказанности виновному ¹⁾. Отъ пріостановки покушенія нужно отличать отложеніе его, т. е., окончательный отказъ отъ даннаго покушенія, съ намѣреніемъ предпринять другое аналогичное покушеніе въ будущемъ,—отложеніе покушенія приводитъ къ безнаказанности виновнаго ²⁾. Но добровольное неповтореніе субъектомъ своей безрезультатной попытки не освобождаетъ его отъ отвѣтственности ³⁾.

Виновный освобождается отъ наказанія въ томъ только случаѣ, если его отказъ отъ продолженія преступленія послѣдовалъ своевременно (до окончанія преступленія) и если онъ оказался дѣйствительнымъ, т. е., если въ результатъ отказа субъекта реализація преступленія дѣйствительно не имѣла мѣста ⁴⁾.

Итальянскіе криминалисты согласно подводятъ подъ понятіе о добровольномъ отказѣ отъ покушенія не только воздержаніе отъ доведенія исполнительнаго дѣйствія до конца, но и добровольное предупрежденіе результатовъ исполнительнаго дѣйствія ⁵⁾. Но, думаютъ они, добровольное предупрежденіе результатовъ исполнительнаго дѣйствія не можетъ быть признаваемо за добровольно оставленное оконченное покушеніе (*reato mancato*). Отказъ отъ покушенія при оконченномъ покушеніи невозможенъ потому, что здѣсь исполнительное дѣйствіе уже закончено ⁶⁾. Безнаказанность предупрежденія результатовъ покушенія, по ихъ взгляду, объясняется тѣмъ, что это предупрежденіе превращаетъ оконченное покушеніе въ покушеніе неоконченное ⁷⁾. Когда законъ говоритъ о дѣйствіяхъ, необходимыхъ для выполненія преступленія, онъ имѣетъ въ виду всѣ виды актовъ, потребныхъ для его реализаціи, совершенно не проводя различія между положительными и отрицательными дѣйствіями. Но въ случаѣ добровольнаго предупрежденія результатовъ, субъектъ, именно, не выполняетъ всѣхъ необходимыхъ исполнительныхъ дѣйствій: вмѣшиваясь въ развитіе своей преступной дѣятельности, онъ не выполняетъ необходимаго для окончанія преступленія акта воздержанія. Сообразно съ этимъ, и дѣятельность его въ этомъ

¹⁾ Tuozzi, I, p. 165.

²⁾ Tuozzi, I, p. 165.

³⁾ Manzini, II, p. 379.

⁴⁾ Tuozzi, I, p. 165.

⁵⁾ Tuozzi, I, p. 164; Manzini, II, p. 378, 379.

⁶⁾ Pinto, p. 94; Manzini, II, p. 380.

⁷⁾ Manzini, I, p. 390.

случаѣ должна признаваться неоконченнымъ (ненаказуемымъ), покушеніемъ ¹⁾.

Подобная квалификація добровольнаго предупрежденія результатовъ исполнительнаго дѣйствія, по итальянскому праву, не можетъ быть признана правильной. Авторы ея исходятъ изъ взгляда, что итал. ул., квалифицируя оконченное покушеніе какъ неудавшееся преступленіе, считая его синонимомъ недобровольно незаконченнаго преступленія, въ составѣ неоконченнаго покушенія, различаетъ покушеніе добровольно и недобровольно прерванное, такъ что, для обоснованія безнаказанности добровольнаго предупрежденія результатовъ исполнительнаго дѣйствія, необходимо предварительно установить, что дѣятельность субъекта въ этихъ случаяхъ носить характеръ неоконченнаго покушенія. Между тѣмъ, итал. ул. въ дѣйствительности исключаетъ всякую вообще добровольно неоконченную преступную дѣятельность изъ сферы покушенія, не будучи знакомо съ понятіемъ о добровольно оставленномъ покушеніи даже при неоконченномъ покушеніи ²⁾. Сообразно съ этимъ, и для обоснованія безнаказанности добровольно парализованнаго покушенія, по итальянскому праву, достаточно указать, что этотъ видъ по

¹⁾ Longo, I, p. 275, 276.

²⁾ Поводомъ къ появленію изложеннаго въ текстѣ мнѣнія, вѣроятно, послужилъ второй абзацъ ст. 61 итал. ул., оговаривающій, что субъектъ, добровольно воздержавшійся отъ довершенія преступныхъ исполнительныхъ дѣйствій, карается за содѣянное въ томъ только случаѣ, если оно само по себѣ представляется наказуемымъ дѣяніемъ. Эта оговорка, приурочиваемая закономъ специально къ составу неоконченнаго покушенія и отсутствующая въ статьѣ 62, опредѣляющей составъ неудавшагося преступленія, дѣйствительно можетъ вызвать впечатлѣніе, будто итал. уложенію извѣстно, на ряду съ покушеніемъ, прерваннымъ недобровольно, и добровольно оставленное покушеніе. Но подобный выходъ былъ бы совершенно неправильнымъ. Для того, чтобы извѣстное дѣяніе имѣло уголовно-юридическое значеніе и носило характеръ формы преступности, необходимо, чтобы оно не только было извѣстно кодексу, но и чтобы оно было поставлено имъ подъ угрозу наказаніемъ. А этого въ настоящемъ случаѣ не имѣется налицо. Карательный приказъ ст. 61 совершенно опредѣленно распространяется только на покушеніе, прерванное по обстоятельствамъ отъ воли виновнаго независѣвшимъ и диспозиція, соответствующая этой санкціи, вовсе не охватываетъ добровольно оставленнаго покушенія. Что касается втораго абзаца ст. 61, то онъ имѣетъ въ виду показать, что попытки совершить преступленіе, но подпадающія подъ законное понятіе о покушеніи, тѣмъ не менѣе, могутъ подлежать наказанію на основаніи другихъ статей кодекса. Онъ регулируетъ не судьбу покушенія, а судьбу актовъ, покушенія на преступленіе не составляющихъ.

покушенія не соотвѣтствуетъ законному понятію объ оконченномъ покушеніи, какъ объ оконченномъ исполнительномъ дѣйствіи, оставшимся безрезультатнымъ вслѣдствіе обстоятельствъ, отъ воли виновнаго не зависѣвшихъ и нѣтъ нужды прибѣгать къ вышеприведеннымъ толкованіямъ.

Добровольно прерванная преступная дѣятельность и по итальянскому праву свободна отъ наказанія въ томъ только случаѣ, когда она не воплощаетъ въ себѣ признаковъ самостоятельнаго оконченнаго преступленія. Въ противномъ случаѣ, она подлежитъ наказанію, сообразно со свойствами того преступленія, признаки котораго нашли себѣ въ ней выраженіе ¹⁾.

Наконецъ, французской системы формулировки покушенія придерживаются еще и уложенія голландское (art. 45), испанское (art. 3) и португальское (art. 11, 3). Эти кодексы также относятся къ покушенію, въ уголовно-юридическомъ смыслѣ, только покушеніе остановленное по обстоятельствамъ, отъ воли виновнаго независѣвшимъ, и потому по этимъ законодательствамъ, добровольно оставленное покушеніе вообще не подходитъ подъ понятіе о покушеніи.

§ 31. Германская система нормировки судьбы добровольно оставленнаго покушенія.

Познакомившись съ французскою системою нормировки добровольно прерванной преступной дѣятельности, перейдемъ къ разсмотрѣнію германской системы опредѣленія судьбы этихъ дѣяній. Характерною чертою этой системы, какъ мы знаемъ, является отнесеніе къ покушенію, не только недобровольно прерванной преступной дѣятельности, но и преступной дѣятельности, добровольно оставленной. Добровольный отказъ отъ продолженія задуманнаго, по этой системѣ, не разрушаетъ преступности покушенія, но лишь устраняетъ его наказуемость. Важнѣйшимъ представителемъ этой системы является германское уложеніе.

Согласно постановленіямъ этого уложенія, подъ покушеніемъ слѣдуетъ разумѣть актъ обнаруженія преступной рѣшимости дѣйствіями, воплотившими въ себѣ начало исполненія преступленія или проступка, но не приведшими къ ихъ оконча-

¹⁾ Tuozzi, I, p. 166; Manzini, II, p. 380; Longo, I, p. 267.

нію, совершенно безотносительно, была ли причиною безрезультатности дѣянія добрая воля виновнаго или внѣшнія препятствія (§ 43). Но покушеніе, само по себѣ взятое, ненаказуемо, если виновный отказался отъ исполненія задуманнаго дѣянія, не бывъ принужденъ къ тому обстоятельствами, отъ его воли не зависѣвшими, или предупредилъ своей дѣятельностью наступленіе необходимаго для окончанія преступленія результата до момента обнаруженія его дѣянія ¹⁾).

Въ виду такого опредѣленія закона, въ германской доктринѣ возникъ вопросъ о вліяніи, которое оказываетъ добровольный отказъ виновнаго отъ покушенія на отвѣтственность соучастниковъ въ преступленіи. Должны ли въ этомъ случаѣ соучастники виновнаго отвѣчать за покушеніе или же добровольный отказъ исполненія отъ доведенія своей дѣятельности до конца избавляетъ и соучастниковъ его отъ уголовной отвѣтственности?

Одни криминалисты разрѣшаютъ этотъ вопросъ во второмъ смыслѣ, въ смыслѣ распространенія безнаказанности и на соучастниковъ виновнаго ²⁾. Добровольный отказъ исполнителя отъ доведенія преступленія до конца освобождаетъ отъ отвѣтственности и соучастниковъ его, по мнѣнію однихъ ученыхъ, потому что поведеніе виновнаго въ этомъ случаѣ не представляетъ собою преступнаго дѣянія. Дѣйствія людей имѣютъ значеніе для уголовного права въ томъ только случаѣ, когда они представляютъ или дѣйствительное или презумптивное окончаніе преступленія. Добровольно оставленное покушеніе не удовлетворяетъ ни первому, ни второму условію ³⁾. Добровольный отказъ виновнаго отъ довершенія преступленія погашаетъ собою значеніе содѣяннаго имъ ранѣе, доказывая, что у виновнаго въ рѣшительный моментъ не хватило энергіи для доведенія преступленія до конца ⁴⁾. Въ разбираемомъ случаѣ, признаніе закономъ дѣянія виновнаго не наказуемымъ означаетъ, что дѣйствіе его

¹⁾ § 46 Stgb.: Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Thäter

1) die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne dass er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder

2) zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat.

²⁾ Binding, Grundriss, s. 126; Meyer, Lrb, s. 227.

³⁾ Herzog, Rücktritt vom Versuch und Thätige Reue, 1889, s. 261, 262.

⁴⁾ Kohler, Studien, I, s. 143, 144.

утрачиваетъ объективно наказуемый характеръ ¹⁾. Другіе ученые ссылаются, въ обоснованіе своего взгляда, на аксессуарную природу соучастія. Отвѣтственность соучастниковъ, замѣчаютъ они, стоитъ въ тѣсной зависимости отъ дѣятельности исполнителя, подвигается ли она впередъ или же, напротивъ, возвращается обратно ²⁾. Подстрекатель желаетъ учиненія преступленія въ томъ только случаѣ, когда его желаетъ исполнитель и отказъ послѣдняго отъ довершенія преступленія освобождаетъ отъ отвѣтственности и перваго ³⁾. Наконецъ, нѣкоторые криминалисты, въ подкрѣпленіе своего взгляда, приводятъ догматическія соображенія. Опредѣляя юридическое значеніе добровольной остановки начатаго покушенія, законъ объявляетъ, что покушеніе въ подобномъ случаѣ остается безнаказаннымъ (*bleibt straflos*). Въ виду того, что оставаться безнаказаннымъ можетъ только дѣяніе, которое не подлежало наказанію, слѣдуетъ заключить, что при добровольной остановкѣ покушенія не только виновный освобождается отъ наказанія, но что и самое дѣяніе его въ этихъ случаяхъ утрачиваетъ преступный характеръ ⁴⁾.

Съ подобнымъ рѣшеніемъ вопроса невозможно согласиться, и доводы, приводимые въ защиту его, не могутъ быть признаны правильными. Такъ, первыя два соображенія представляютъ собою выводъ изъ опровергнутыхъ нами уже выше ученій о покушеніи, какъ о дѣяніи, позволяющимъ предполагать наличность у виновнаго твердой рѣшимости довести преступленіе до конца. Указаніе на то, что добровольный отказъ исполнителя отъ довершенія преступленія лишаетъ его дѣяніе объективно преступнаго характера также неправильно. Дѣяніе исполнителя было бы непроступнымъ, если бы онъ, уже съ самаго начала выполненія состава преступленія, имѣлъ въ виду не доводить его до конца. Поведеніе виновнаго, за отсутствіемъ необходимой субъективной стороны, не являлось бы покушеніемъ на преступленіе и не было бы наказуемымъ. Но при добровольномъ оstarленіи покушенія, дѣло обстоитъ

¹⁾ Baumgarten, s. 457; Olshausen, Kommentar, s. 169.

²⁾ Berner, Lrb, s. 146; Baumgarten, s. 457; Olshausen, Kommentar, s. 169.

³⁾ Bar, Versuch, s. 60; Bar, Gesetz, II, s. 688.

⁴⁾ Olshausen, Kommentar, s. 169; Pawelke, Der Rücktritt des Täters vom Versuch in seiner strafrechtlichen Bedeutung für Anstifter und Gehilfen, 1912, s. 34, 35.

иначе. Виновный, осуществляет часть своего умысла, желая довести свое преступление до конца, и онъ измѣняетъ свое намѣрѣніе лишь послѣ того какъ всѣ объективные и субъективные признаки наказуемаго покушения имѣются уже налицо ¹⁾. Наказуемость виновнаго отпадаетъ въ этомъ случаѣ въ силу личныхъ его условій, а не въ силу свойствъ его дѣянія. Раскаяніе виновнаго, по реализаціи покушения, такъ же мало устраняетъ составъ покушения, какъ и раскаяніе субъекта, реализовавшаго оконченное преступленіе, устраняетъ составъ этого преступленія ²⁾. Не болѣе удачна и ссылка на зависимость отвѣтственности соучастниковъ отъ поведенія исполнителя,—ссылка на необходимость принимать во вниманіе обратный ходъ дѣятельности его. Въ основѣ этой ссылки лежитъ образное представленіе о сокращеніи или сжиманіи дѣятельности виновнаго при добровольномъ отказѣ его отъ покушения, представленіе совершенно невѣрное потому, что предшествующая дѣятельность виновнаго, характерная для нея движенія и результаты, однажды возникнувъ, уже не могутъ быть сдѣланы не бывшими; добровольный отказъ отъ покушения неоконченнаго можетъ вообще не сопровождаться какими-либо дѣйствіями виновнаго, а при отказѣ отъ оконченнаго покушения, поведеніе виновнаго выражается не въ уничтоженіи прежней дѣятельности (что невозможно), а въ парализованіи ея результатовъ. Не можетъ быть принято во вниманіе и второе соображеніе. Если дѣйствительно можно утверждать, что подстрекатель желаетъ преступленія лишь при условіи совершенія его другимъ лицомъ, исполнителемъ, то неправильно думать, что онъ желаетъ его въ томъ только случаѣ, когда того желаетъ виновный ³⁾ и, конечно, даже предвидѣніе и допущеніе подстрекателемъ возможности отказа исполнителя отъ довершенія дѣянія не можетъ служить основаніемъ освобожденія подстрекателя отъ уголовной отвѣтственности. Такое допущеніе не равносильно добровольному отказу отъ довершенія преступленія.

¹⁾ Fuhrmann, s. 13, 14; Schwab, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme, 1904, s. 13.

²⁾ Oppenhoff, Stgb, s. 93; Hahn, Stgb, s. 42; Mewes, Die Grundsätze des Reichs-Strafgesetzbuchs über die thätige Reue, GS, XXIV, 1872, s. 171—173; Prosch, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme, 1904, s. 34, 35.

³⁾ Schwab, s. 3, 4.

Существенныя возраженія были приведены и противъ попытки догматическаго обоснованія разбираемаго мнѣнія. Справедливо указываютъ на то, что слова закона въ настоящемъ случаѣ не могутъ быть понимаемы буквально, что здѣсь имѣется неточность выраженія, долженствующая быть исправленной въ порядкѣ толкованія. Въ случаѣ добровольной остановки покушенія, безъ наказанія остается не покушеніе, а авторъ покушенія, его виновникъ, и это именно положеніе законъ и имѣть въ виду въ § 46. Въ справедливости этого вывода легко убѣдиться, обратившись къ другимъ статьямъ герм. ул. Такъ, напр., герм. ул. объявляетъ, что кража или присвоеніе между родственниками остаются безъ наказанія (§ 247, 2). Однако, не подлежитъ сомнѣнію, что это постановленіе создаетъ только личное, а не объективное основаніе безнаказанности: законъ при этомъ спеціально оговаривается, что постановленія эти не имѣютъ примѣненія къ тѣмъ изъ соучастниковъ дѣянія или укрывателей, которые не находятся въ означенныхъ выше личныхъ отношеніяхъ къ потерпѣвшему (§ 247, 3) ¹⁾.

Нельзя поэтому не признать справедливымъ того рѣшенія интересующаго насъ вопроса, которое предложено другою группою германскихъ криминалистовъ и раздѣляется господствующимъ мнѣніемъ. Добровольная остановка покушенія исполнителемъ не оказываетъ вліянія на судьбу соучастниковъ ²⁾, потому что этотъ отказъ представляетъ собою личное основаніе отпаденія наказуемости исполнителя, наступающее послѣ реализаціи имъ всѣхъ признаковъ наказуемаго дѣянія ³⁾. Законъ не считаетъ необходимымъ признакомъ покушенія фактъ недовершенія виновнымъ задуманнаго имъ преступленія въ силу обстоятельствъ, отъ его воли независѣвшихъ ⁴⁾, и если законъ и говоритъ, что въ случаѣ добровольной остановки покушенія, послѣднее является «само по себѣ» ненаказуемымъ, то это означаетъ, что, въ случаѣ воплощенія въ подлежащемъ покушеніи признаковъ иного, оконченнаго, самостоятельнаго преступленія,

¹⁾ Prosch, s. 41, 42; Zeime, s. 66—68.

²⁾ Merkel, Lrb, s. 134, 135; Eichheim, s. 140, 141; Dalcke, Strafrecht und Strafprocess, 1906, s. 278; Olshausen, Kommentar, s. 171; Wein, s. 38, 39.

³⁾ Geyer, Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung, NN, II, 1871, s. 371, 400; Liszt, Lrb, s. 217, 218. Anm; Fuhrmann, s. 16; Prosch, s. 33, 53, 63; Hatzig, s. 58; Zeime, s. 63; Loesch, s. 74.

⁴⁾ Hälschner, I, s. 362, 413; Prosch, s. 32, 53, 63.

виновный, будучи свободнымъ отъ наказанія за покушеніе, отвѣчаетъ за соотвѣтственное оконченное преступленіе ¹⁾.

Такимъ образомъ, добровольный отказъ исполнителя отъ доведенія задуманнаго до конца освобождаетъ отъ уголовной отвѣтственности только его одного и не оказываетъ вліянія на судьбу соучастниковъ, подстрекателей и пособниковъ, равно какъ и виновниковъ. Но и при обсужденіи вліянія добровольнаго отказа отъ довершенія преступления на судьбу исполнителя, необходимо различать добровольное оставленіе имъ неоконченнаго покушенія и добровольный отказъ его отъ покушенія оконченнаго, такъ какъ условія безнаказанности виновнаго въ томъ и другомъ случаѣ опредѣляются германскимъ правомъ различно.

Виновный въ совершеніи неоконченнаго покушенія освобождается отъ наказанія въ томъ случаѣ, когда онъ отказался отъ исполненія задуманнаго дѣянія, не бывъ принужденъ къ сему обстоятельствами, отъ его воли независѣвшими. Эта формула закона возбуждаетъ, прежде всего, сомнѣніе относительно того момента времени, въ который виновный долженъ отказаться отъ исполненія преступления. Понимая буквально слова закона, нѣкоторые криминалисты утверждаютъ, что для безнаказанности виновнаго необходимо, чтобы отказъ его отъ доведенія преступления до конца произошелъ до приступа его къ исполненію (хотя бы части) задуманнаго преступления ²⁾. Другіе криминалисты предлагаютъ иное толкованіе. Виновный отказывается отъ выполненія преступления, въ смыслѣ закона, тогда, когда онъ, начавъ выполненіе преступления, отказывается отъ продолженія исполнительнаго дѣйствія ³⁾, отъ доведенія его до конца ⁴⁾. Последнее воззрѣніе единственно правильно и подтверждается текстомъ закона. Если слова: «отказался отъ выполненія» еще могутъ подавать поводъ къ сомнѣніямъ относительно того, когда долженъ воспослѣдовать отказъ, до приступа къ реализаціи исполнительнаго дѣйствія или по приступѣ къ его совершенію, то требованіе закона, чтобы этотъ отказъ воспослѣдовалъ, при отсутствіи препятствій, затормозившихъ выполненіе преступления,

¹⁾ Frank, Stgb, s. 57; Frank, s. 197.

²⁾ Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1879, s. 420.

³⁾ Oppenhoff, Stgb, s. 94; Bar, Gesetz, II, s. 553; Fuhrmann, s. 11, 12.

⁴⁾ Baumgarten, s. 458; Hatzig, s. 46.

прямо указываетъ, что отказъ виновнаго долженъ состояться послѣ приступа его къ реализаціи исполнительнаго дѣйствія.

Отказъ виновнаго отъ продолженія преступной дѣятельности признается добровольнымъ, когда виновный прервалъ осуществленіе задуманнаго преступленія, не бывъ принужденъ къ тому независѣвшими отъ его воли обстоятельствами. Германская доктрина разъясняетъ, что это положеніе отнюдь не должно быть понимаемо въ буквальномъ смыслѣ ¹⁾. Проведеніе границы между обстоятельствами, зависѣвшими отъ воли виновнаго и обстоятельствами, не зависѣвшими отъ послѣдней, представляется крайне затруднительнымъ ²⁾ и принятіе этого различія за критерій разграниченія случаевъ наказуемаго и ненаказуемаго покушенія, привело бы къ несправедливымъ рѣшеніямъ. Законъ говоритъ объ обстоятельствахъ, зависѣвшихъ отъ воли виновнаго и воспрепятствовавшихъ выполнению преступленія; но въдѣ и вмѣшательство третьихъ лицъ, обнаружившихъ покушеніе виновнаго, также порождается его волею и обусловливается принятымъ имъ преступнымъ рѣшеніемъ и, слѣдовательно, подходитъ подъ букву закона, однако, невозможно оставить виновнаго въ этомъ случаѣ безъ наказанія. Съ другой стороны, вовсе неправильно думать, что внѣшнія обстоятельства, независящія отъ воли виновнаго и приводящія къ отказу его отъ задуманнаго, всегда обусловливаютъ собою недобровольно прерванное покушеніе; иногда, несмотря на существованіе подобныхъ обстоятельствъ, отказъ виновнаго сохраняетъ добровольный характеръ. Въ критическій для выполненія преступленія моментъ раздается колокольный звонъ, въ душѣ виновнаго пробуждается религіозное чувство и онъ раскаивается въ своемъ намѣреніи,— несмотря на то, что первопричиною перерыва преступной дѣятельности являются обстоятельства, независѣвшія отъ воли виновнаго, его отказъ отъ покушенія сохраняетъ добровольный характеръ ³⁾.

Въ виду этихъ соображеній, германская доктрина допускаетъ свободное толкованіе условій добровольнаго отказа отъ совершенія преступленія. Покушеніе, согласно воззрѣнію германскихъ криминалистовъ, должно быть признаваемо недобровольно оста-

¹⁾ Frank, s. 230.

²⁾ Bar, Gesetz, II, s. 553.

³⁾ Frank, s. 230.

вленнымъ не въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣятельность виновнаго была прервана независѣвшимъ отъ его воли обстоятельствомъ, а тогда, когда виновный остановилъ ее въ виду возникновенія такого обстоятельства, которое, по его мнѣнію, оказалось бы препятствіемъ для доведенія начатаго преступленія до конца ¹⁾).

Итакъ, если виновный отказывается отъ доведенія задуманнаго имъ преступленія до конца, не будучи побужденъ къ тому сознаниемъ наличности препятствій къ развитію своей дѣятельности, то отказъ его отъ покушенія признается добровольнымъ и онъ освобождается отъ наказанія. Мотивы, руководившіе при этомъ поведеніемъ виновнаго, не имѣютъ ровно никакого юридическаго значенія. Отказъ отъ задуманнаго можетъ быть вызванъ жалостью къ жертвѣ, раскаяніемъ, страхомъ наказанія и т. п. ²⁾. Вопросъ о томъ, какое юридическое значеніе имѣетъ оставленіе покушенія изъ боязни быть застигнутымъ въ моментъ его совершенія, рѣшается различно. Одни ученые во всѣхъ случаяхъ этого рода признаютъ покушеніе добровольно оставленнымъ ³⁾. Другіе высказываютъ противоположный взглядъ ⁴⁾. Виновный долженъ отвѣчать въ этомъ случаѣ за покушеніе, такъ какъ онъ не оставляетъ своей дѣятельности, а только откладываетъ ее ⁵⁾. Наконецъ, третьи ставятъ рѣшеніе этого вопроса въ зависимость отъ того, какое вліяніе оказало на виновнаго предвидѣніе возможности обнаруженія его на мѣстѣ преступленія. Если подобная мысль привела виновнаго къ убѣжденію, что ему не удастся окончить преступленіе, что ему не дадутъ довершить его, то отказъ отъ покушенія не можетъ быть признанъ добровольнымъ. Если же обнаруженіе страшило его только какъ залогъ невозможности избѣжать наказанія, то перерывъ имъ своей дѣятельности и въ этомъ случаѣ сохраняетъ характеръ добровольнаго

¹⁾ Schwarze, НН, II, s. 305; Herzog, s. 243; Baumgarten, s. 460, 461; Merkel, Lrb, s. 134; Hälschner, I, s. 361; Liszt, Lrb, s. 217; Hatzig, s. 48; Bar, Gesetz, II, s. 550, 551; Frank, s. 231, 232; Zeime, s. 99; Olshausen, Komm, s. 172; Frank, Stgb, s. 56; Loesch, s. 66; Baer, s. 9.

²⁾ Schwarze, НН, II, s. 305; Merkel, Lrb, s. 134; Baumgarten, s. 462; Hälschner, I, s. 361; Liszt, Lrb, s. 217; Bar, Gesetz, II, s. 551, 555; Frank, s. 231; Hatzig, s. 49; Fuhrmann, s. 29, 30; Zeime, s. 99, 102, 103; Schwarze Comm, s. 157, 158; Oppenhoff, s. 95, 101; Dalcke, s. 278; Baer, s. 11; Wein, s. 22; Loesch, s. 66.

³⁾ Liszt, Lrb, s. 217; Fuhrmann, s. 30; Wein, s. 23.

⁴⁾ Bar, Gesetz, II, s. 552, 553; Dalcke, s. 278.

⁵⁾ Herzog, s. 245.

оставленія покушенія ¹⁾. Спорнымъ въ юридической литературѣ оказывается и вопросъ о вліяніи на судьбу виновнаго фактическаго обнаруженія его на мѣстѣ совершенія покушенія. Одни ученые полагаютъ, что этотъ фактъ, во всякомъ случаѣ, исключаетъ добровольный характеръ отказа виновнаго отъ продолженія его дѣятельности ²⁾. Другіе думаютъ, что обнаруженіе субъекта имѣетъ подобное вліяніе въ томъ только случаѣ, когда оно убѣждаетъ виновнаго въ невозможности довести преступленіе до конца ³⁾. Въ виду того, что законъ признаетъ добровольнымъ перерывомъ преступной дѣятельности такую ея остановку, которая произведена виновнымъ при сознаніи имъ возможности доведенія ея до конца, безотносительно къ тому, могъ ли онъ при этомъ рассчитывать остаться необнаруженнымъ или нѣтъ, послѣднее мнѣніе должно быть признано единственно правильнымъ.

Въ силу положенія о безразличіи мотивовъ добровольной остановки покушенія, остается безнаказаннымъ виновный, отказавшійся отъ рѣшенія довести свою попытку до конца, вслѣдствіе тѣхъ непріятностей, которыя ему причинялись совершеніемъ преступленія, напр., вслѣдствіе болей отъ примѣненія средствъ аборта или вслѣдствіе сквернаго вкуса принятыхъ во внутрь абортивныхъ средствъ ⁴⁾. Не наказывается и виновный, отказавшійся отъ изнасилованія, вслѣдствіе непривлекательнаго вида тѣла его жертвы ⁵⁾, или отказавшійся отъ кражи, вслѣдствіе усмотрѣнной имъ, по приступѣ къ выполненію ея, малоцѣнности подлежащей похищенію вещи ⁶⁾. Ученые, утверждающіе обратное ⁷⁾ упускаютъ изъ виду, что осуществленіе состава кражи въ послѣднемъ случаѣ вполне возможно для виновнаго, что законъ ставитъ условіемъ добровольности отказа виновнаго отъ покушенія возможность довершенія виновнымъ преступленія задуманнаго имъ типа, а не возможность точнаго воспроизведе-

¹⁾ Frank, s. 231, 232; Fuhrmann, s. 29; Loesch, s. 66, 67; RG, 8 Juli 1887 (E. XVI, s. 183, 184).

²⁾ Schwarze, HH, II, s. 306; Bar, Gesetz, II, s. 555; Olshausen, Komm, s. 173; Baer, s. 10.

³⁾ Frank, s. 232.

⁴⁾ Liszt, s. 217; Frank, s. 231; Bar, Gesetz, II, s. 555; RG, 31 Jan. 1902 (E. XXXV, s. 102).

⁵⁾ Hatzig, s. 49; Fuhrmann, s. 30.

⁶⁾ Liszt, Lrb, s. 217; Frank, s. 231; Hatzig, s. 48, 49; Fuhrmann, s. 30; Olshausen, s. 173; RG, 13 Juni 1893 (E. XXIV, s. 222, 223).

⁷⁾ Bar, Gesetz, II, s. 555.

денія конкретнаго задуманнаго имъ преступленія. Въ противномъ случаѣ, похищеніе кошелька въ представленіи, что въ немъ заключается 100 руб., тогда какъ въ дѣйствительности въ немъ было только 95 р., должно было бы быть признаннымъ не оконченнымъ преступленіемъ, а покушеніемъ на преступленіе.

Наоборотъ, изъ вышеизложеннаго слѣдуетъ, что виновный отвѣчаетъ за покушеніе, если онъ оставилъ его въ виду убѣжденія въ невозможности довести его до конца, по недостатку силъ, напр., вслѣдствіе того, что, приступивъ къ выполненію дѣянія, онъ убѣдился, что не въ силахъ будетъ преодолѣть тѣ препятствія, которыя стоятъ у него на пути ¹⁾. Нѣкоторые ученые различаютъ абсолютныя и относительныя препятствія осуществленію преступленія. Оставленіе покушенія при наличности первыхъ препятствій, непреодолимыхъ ни для кого и ни при какихъ условіяхъ, во всякомъ случаѣ не является добровольнымъ. При оставленіи покушенія въ виду вторыхъ препятствій, необходимо различать, могъ ли преодолѣть ихъ человѣкъ, одаренный нормальной энергіей или нѣтъ? Въ послѣднемъ случаѣ, оставленіе виновнымъ покушенія должно быть признано вынужденнымъ, а въ первомъ добровольнымъ ²⁾. Но противъ этого возражаютъ другіе ученые. Мы не можемъ составить себѣ представленія о средней энергіи человѣческой воли, но если бы рѣшеніе этой задачи и было возможно, то оно не имѣло бы для насъ значенія, такъ какъ въ ученіи о добровольно оставленномъ покушеніи идетъ рѣчь не о томъ, въ какихъ случаяхъ люди обыкновенно добровольно отступаютъ передъ препятствіями и въ какихъ нѣтъ, а о подлинномъ состояніи индивидуальной психики виновнаго въ моментъ остановки развитія преступной дѣятельности ³⁾.

Итакъ, германскіе ученые находятъ, что предлагаемое изложеннымъ воззрѣніемъ расширеніе области ненаказуемаго покушенія не находитъ себѣ никакой опоры въ законѣ, который обрисовываетъ эту область гораздо уже. Но слишкомъ уже далеко идутъ ученые, полагающіе, что виновный отвѣчаетъ за покушеніе и въ томъ случаѣ, когда, несмотря на свое убѣжденіе въ возможности окончанія преступленія, онъ всетаки перерываетъ дѣятель-

¹⁾ Schwarze, НН, II, s. 306, Bar, Gesetz, II, s. 551; Frank, s. 230; Fuhrmann, s. 27, 28; Schwarze, Comm, s. 158; Olshausen, Komm, s. 173.

²⁾ Herzog, s. 244.

³⁾ Bar, Gesetz, II, s. 552.

ность, въ виду встрѣтившагося препятствія ¹⁾). Возможность доведенія преступленія до конца въ этомъ случаѣ для виновнаго не исключена.

Виновный отвѣчаетъ за покушеніе въ томъ случаѣ, когда онъ оставилъ его, въ виду возникшаго у него убѣжденія въ физической невозможности доведенія преступленія до конца. Но должно ли это убѣжденіе его соотвѣтствовать дѣйствительности, исключается ли безнаказанность виновнаго только существованіемъ подлинныхъ препятствій осуществленію преступленія или же онъ наказывается и въ томъ случаѣ, когда онъ только ошибочно представлялъ себѣ наличность подобныхъ препятствій? Нѣкоторые криминалисты рѣшаютъ этотъ вопросъ въ первомъ смыслѣ, требуя, для наказуемости виновнаго, чтобы препятствіе выполненію преступленія существовало реально ²⁾). Но большинство придерживается противоположнаго мнѣнія, признавая виновнаго отвѣтственнымъ и въ томъ случаѣ, когда онъ отказался отъ покушенія въ силу ложнаго убѣжденія о существованіи препятствій реализаціи его плана ³⁾), ибо въ этомъ случаѣ не можетъ быть рѣчи о добровольномъ оставленіи покушенія съ его стороны.

Криминалисты расходятся и при рѣшеніи обратнаго вопроса: освобождается ли виновный отъ наказанія, когда онъ добровольно прервалъ свою преступную дѣятельность, не зная о томъ, что она, и помимо этого, обречена на неудачу, не подозрѣвая о лежащихъ на пути ея препятствіяхъ? Нѣкоторые высказываются въ пользу отвѣтственности виновнаго за покушеніе въ этихъ случаяхъ ⁴⁾). Но большинство высказываетъ противоположный взглядъ. Покушеніе и въ этомъ случаѣ должно быть признано добровольно оставленнымъ, виновный и въ этомъ случаѣ отказывается отъ него по своему собственному желанію ⁵⁾). При принятіи противоположнаго взгляда добровольный отказъ отъ покушенія былъ бы лишень юридическаго значенія именно въ наиболѣе

¹⁾ Schwarze, НН, II, s. 306.

²⁾ Herzog, s. 243.

³⁾ Schwarze, НН, II, s. 305; Merkel, Lrb, s. 134; Hälschner, I, s. 361; Liszt, Lrb, s. 217; Baumgarten, s. 460; 461, Hatzig, s. 48; Bar, Gesetz, II, s. 551; Frank, s. 230; Fuhrmann, s. 28; Zeime, s. 103; Schwarze, Comm, s. 158; Oppenhoff, Stgb, s. 94; Baer, s. 10; Wein, s. 23; RG, 17 Juni 1881 (E. IV, s. 294).

⁴⁾ Schwarze, НН, II, s. 306; Schwarze, Comm, s. 157.

⁵⁾ Herzog, s. 244; Hatzig, s. 48; Baumgarten, s. 462; Fuhrmann, s. 29.

легкихъ случаяхъ,—при покушеніяхъ, совершенныхъ безъ достаточной обдуманности, безъ заботы объ устраненіи препятствій и пр. Въ пользу этого взгляда говорить и законъ, требуя для безнаказанности виновнаго отказа его отъ продолженія своей дѣятельности ¹⁾.

Такимъ образомъ, покушеніе признается оставленнымъ недобровольно въ тѣхъ случаяхъ, когда виновный оставилъ его въ силу убѣжденія въ невозможности довести его до конца. Нѣкоторые криминалисты спеціально обращаютъ вниманіе на то, что это убѣжденіе должно возникнуть у виновнаго уже послѣ приступа его къ выполненію преступленія, и что виновный, уже до начала своей дѣятельности предвидѣвшій неудачу ея, остается безнаказаннымъ, при условіи доказанности подобнаго предвидѣнія его ²⁾. Необходимо, однако, замѣтить, что этотъ случай будетъ опредѣляться не по правиламъ о покушеніи, а по правиламъ о неопредѣленномъ умыслѣ, согласно которымъ, какъ мы указывали выше, дѣятельность виновнаго всегда обсуждается какъ оконченное дѣяніе; виновному вмѣняется только дѣйствительно имъ исполненное, а области его умысла, не нашедшія себѣ осуществленія, не принимаются въ расчетъ и не служатъ основаніемъ отвѣтственности его за покушеніе. Если же учиненное имъ не составляетъ самостоятельнаго преступленія, то виновный и вовсе не несетъ наказанія.

Согласно господствующему мнѣнію, покушеніе признается добровольно оставленнымъ и въ томъ случаѣ, когда виновный отказался отъ осуществленія своего намѣренія не безповоротно, а только въ данный моментъ ³⁾. Рѣшеніе виновнаго осуществить свое намѣреніе въ будущемъ не имѣетъ никакого юридическаго значенія, какъ и всякій голый умыселъ ⁴⁾. Противоположное мнѣніе, утверждающее, что требованіе окончательности отказа виновнаго отъ покушенія, какъ условіе безнаказанности его, было опущено по недосмотру законодателя и должно быть под-
разумѣваемо, ⁵⁾ представляется совершенно произвольнымъ и

¹⁾ Bar, Gesetz, II, s. 553.

²⁾ Bar, Gesetz, II, s. 551.

³⁾ Schwarze, НН, II, s. 306, 307; Liszt, Lrb, s. 217; Herzog, s. 241; Hatzig, s. 50; Baumgarten, s. 462; Zeime, s. 100; Schwarze, Comm, s. 158; Oppenhoff, Stgb, s. 94; Baer, s. 20; Wein, s. 21; Loesch, s. 71, 72.

⁴⁾ Bar, Gesetz, II, s. 556.

⁵⁾ Binding, Grundriss, s. 139; Fuhrmann, s. 24.

совершенно справедливо отвергается господствующим мнѣніемъ. Однако же отказъ отъ покушенія слѣдуетъ отличать отъ отложенія преступной дѣятельности на будущее время ¹⁾, отложенія, которое представляетъ собою обычное явленіе при выполненіи сложной преступной дѣятельности, требующей долгой предварительной работы, напр., при выполненіи кражи со взломомъ и т. п. Такое отложеніе покушенія не признается добровольнымъ отказомъ отъ него ²⁾.

Предшествующее изложеніе имѣло въ виду выяснить условія добровольнаго отказа отъ неоконченнаго покушенія. Добровольный отказъ отъ покушенія оконченнаго, отъ покушенія, воплощающаго въ себѣ всю ту дѣятельность, которая была необходима для созданія преступнаго результата, приобретаетъ по германскому праву юридическое значеніе, при существенно отличныхъ условіяхъ. Виновный въ подобномъ покушеніи остается безнаказаннымъ въ томъ только случаѣ, когда онъ, до обнаруженія своего дѣянія, собственною дѣятельностью отвращаетъ наступленіе того послѣдствія, которое представляетъ собою необходимое условіе окончанія задуманнаго преступленія.

Такимъ образомъ, отказъ виновнаго отъ оконченнаго покушенія, чтобы служить основаніемъ его безнаказанности, долженъ сопровождаться положительной его дѣятельностью, направленною на отклоненіе преступнаго результата ³⁾. Подъ преступнымъ результатомъ здѣсь слѣдуетъ разумѣть не тотъ результатъ, достиженіе котораго составляло конечную цѣль дѣятельности виновнаго, а результатъ, наступленіе котораго необходимо для полноты состава задуманнаго виновнымъ преступленія ⁴⁾. Впрочемъ, нѣкоторые ученые оговариваются, что при отказѣ отъ покушенія на преступное опущеніе подлежащая дѣятельность виновнаго можетъ выразиться и въ созданіи правомѣрнаго результата ⁵⁾. Но мы уже видѣли выше, что покушеніе на преступное опущеніе невозможно. Дѣятельность виновнаго, направленная на отклоненіе результата, должна увѣнчаться успѣхомъ и если,

¹⁾ Herzog, s. 241; Hatzig, s. 50; Wein, s. 21.

²⁾ Bar, Gesetz, II, s. 556, 557; Frank, s. 233; Fuhrmann, s. 24; Loesch, s. 71.

³⁾ Herzog, s. 247; Bar, Gesetz, II, s. 557; Frank, s. 236; Fuhrmann, s. 26; 31; Hatzig, s. 42, Prosch, s. 36.

⁴⁾ Bar, Gesetz, I, s. 559; Frank, s. 236.

⁵⁾ Frank, s. 236.

несмотря на все старанія виновнаго, преступное послѣдствіе всетаки наступило, онъ отвѣчаетъ за оконченное преступленіе ¹⁾).

Такимъ образомъ, существенное различіе между условіями безнаказанности виновныхъ, отказавшихся отъ неоконченнаго покушенія, съ одной стороны, и виновныхъ, оставившихъ оконченное покушеніе, съ другой, заключается въ томъ, что въ первомъ случаѣ наказаніе отпадаетъ, коль скоро виновный отказался отъ продолженія своей дѣятельности, а во второмъ, оно отпадаетъ лишь при условіи отклоненія виновнымъ послѣдствій своего дѣйствія посредствомъ особой, спеціально направленной къ тому, дѣятельности. Это различіе стоитъ въ тѣсной зависимости отъ различія въ сущности обоихъ видовъ покушенія. Неоконченное покушеніе характеризуется тѣмъ, что виновный не осуществляетъ всего необходимаго, по его мнѣнію, для достиженія результата поведенія, и потому можетъ выразить свой отказъ отъ него въ формѣ воздержанія отъ продолженія своей дѣятельности. Напротивъ, оконченное покушеніе характеризуется тѣмъ, что виновный осуществляетъ все, по его мнѣнію, потребное для достиженія преступнаго результата, и потому отказъ его отъ покушенія можетъ выразиться здѣсь лишь въ формѣ парализованія дѣйствія своего предшествующаго поведенія ²⁾ ³⁾.

Точное проведеніе различія между оконченнымъ покушеніемъ и покушеніемъ неоконченнымъ имѣетъ чрезвычайно важное значеніе при обсужденіи юридическаго значенія нѣкоторыхъ случаевъ отказа отъ преступной дѣятельности. Въ литературѣ уголовного права уже издавна обращаетъ на себя вниманіе во-

¹⁾ Schwarze, НН, II, s. 308; Hälschner, I, s. 362; Frank, s. 236; Fuhrmann, s. 25; Hatzig, s. 12; Oppenhoff, Stgb, s. 96; Mewes, GS, XXIV, 1872, s. 178; Baer, s. 27; Wein, s. 24.

²⁾ Goldschmidt, s. 53, 54; Schwarze, Comm, s. 159; Oppenhoff, Stgb, s. 95; Schlecht, s. 17, 18; Finger, I, s. 320; Olshausen, Komm. s. 170; Baer, s. 23; Wein, s. 20.

³⁾ Впрочемъ, нѣкоторые криминалисты (Binding, Normen, II, s. 250, 251; Grundriss, s. 139; Fuhrmann, s. 22), полагаютъ, что и отказъ отъ неоконченнаго покушенія долженъ выразиться въ положительной дѣятельности виновнаго, направленной на подавленіе поставленныхъ покушеніемъ положительныхъ условій наступленія преступнаго результата. Но это неправильно. Если и можетъ случиться, что уже неоконченное покушеніе возбуждаетъ причинную дѣятельность извѣстныхъ явленій, то соответствующая дѣятельность еще не обладаетъ юридическимъ значеніемъ, въ томъ смыслѣ что она, будучи предоставлена самой себѣ, не можетъ привести къ наступленію преступнаго результата.

прось о томъ, можетъ ли быть освобожденъ отъ наказанія виновный, отказавшійся отъ повторенія своей неудачной попытки вызвать преступный результатъ, несмотря на полную возможность повторить ее? По взгляду однихъ ученыхъ, представляется совершенно безразличнымъ, отказывается ли субъектъ отъ продолженія преступной дѣятельности послѣ однократнаго промаха, или же онъ отказывается отъ этого послѣ многократныхъ неудачныхъ выстрѣловъ. Въ этихъ случаяхъ, не можетъ быть рѣчи объ оконченномъ покушеніи, и потому виновный можетъ отказаться отъ покушенія и послѣ третьяго выстрѣла и, эвентуально, даже послѣ дальнѣйшихъ выстрѣловъ ¹⁾. Другіе рѣшаютъ этотъ вопросъ въ отрицательномъ смыслѣ, признавая, что въ этомъ случаѣ мы имѣемъ налицо оконченное покушеніе, отказъ отъ котораго можетъ имѣть юридическое значеніе лишь тогда, когда онъ выразился въ формѣ дѣятельнаго раскаянія. Отказываясь отъ повторенія своей попытки, виновный только не предпринимаетъ новаго покушенія ²⁾. По мнѣнію третьихъ, невозможно дать единое рѣшеніе этому вопросу, и необходимо различать двѣ категоріи случаевъ отказа виновнаго отъ повторенія попытки причинить преступный результатъ. Нужно различать случаи, въ которыхъ виновный, уже въ моментъ приступа къ преступной дѣятельности, имѣлъ въ виду достигнуть результата лишь повторнымъ учиненіемъ опредѣленныхъ дѣйствій (напр., многократною дачею небольшихъ дозъ яда), и случаи, въ которыхъ онъ рассчитывалъ достигнуть результата однимъ дѣйствіемъ и, лишь по выполненіи его, убѣдился въ возможности достигнуть результата лишь повторною реализаціей соотвѣтственныхъ актовъ. Отказъ виновнаго отъ повторенія своего поведенія въ первомъ случаѣ представляетъ добровольное оставленіе неоконченнаго покушенія и приводитъ къ безнаказанности виновнаго, но отказъ виновнаго отъ повторенія своего дѣйствія во второмъ случаѣ представляетъ собою оставленіе виновнымъ оконченнаго покушенія, не сопровождающееся дѣятельнымъ раскаяніемъ, и потому не представляющее основанія безнаказанности его ³⁾. Послѣднее рѣшеніе вопроса представляется правильнымъ, такъ какъ въ дѣлѣ установленія конкретной формы преступнаго дѣй-

¹⁾ Olshausen, Komm. s. 172; Fuhrmann, s. 23.

²⁾ Bar, Gesetz, II. s. 555, 558, 559; Frank, s. 238; Herzog, s. 237; Häberlin, GS, 1872, s. 270.

³⁾ Meyer, Lrb, s. 214; Merkel, Lrb, s. 134; Hatzig, s. 42; Liszt, Lrb, s. 216; Baer, s. 40, 41; Wein, s. 21, 22; Loesch, s. 72.

ствія субъективная точка зрѣнія имѣеть рѣшающее значеніе и это дѣйствіе должно обсуждаться именно сообразно съ тѣмъ представленіемъ, которое имѣлъ о немъ виновный. Нѣкоторые замѣчаютъ, что подобное пониманіе ставитъ въ привилегированное положеніе наиболѣе тяжкіе виды покушенія, учиненные виновнымъ особенно обдуманно и т. д. ¹⁾ Но при этомъ упускается изъ виду, что серьезность покушенія опредѣляется не только обдуманностью преступнаго плана, но и проявленной виновнымъ при выполненіи его энергіей. А энергія преступной воли виновнаго представляется гораздо болѣе значительною въ тѣхъ случаяхъ, когда, осуществляя свое дѣйствіе, онъ придаетъ ему рѣшающее, для наступленія результата, значеніе, когда онъ смотритъ на него, какъ на покушеніе оконченное, чѣмъ когда онъ придаетъ ему только значеніе содѣйствующаго наступленію результата условія, когда онъ смотритъ на свое дѣйствіе, какъ на покушеніе неоконченное ²⁾.

Преступный результатъ долженъ быть отклоненъ собственною дѣятельностью виновнаго ³⁾. Доктрина и практика согласно признають, что если результатъ не наступилъ, вслѣдствіе противо-дѣйствія независѣвшихъ отъ воли виновнаго условій, то виновный подвергается наказанію за покушеніе ⁴⁾. Но необходимость отклоненія результата собственною дѣятельностью виновнаго не означаетъ собою требованія, чтобы онъ дѣйствовалъ въ этомъ направленіи единолично и прилагалъ къ этому дѣлу только свои личныя силы. Онъ остается безнаказаннымъ и въ томъ случаѣ, когда, при отклоненіи преступнаго результата, онъ обратился къ содѣйствію третьихъ лицъ, напр., пригласилъ врача ⁵⁾, и когда онъ ограничился одной только инициативой отклоненія преступнаго послѣдствія, оставаясь пассивнымъ зрителемъ работы другихъ лицъ въ этомъ направленіи ⁶⁾.

¹⁾ Bar, Gesetz, II, s. 559; Cohn, s. 177.

²⁾ Goldschmidt, s. 54 Anm. 2; Loesch, s. 73.

³⁾ Hälschner, I, s. 362; Baumgarten, s. 461; Hatzig, s. 51; RG, 3 Mai 1880 (E. I, s. 376).

⁴⁾ Schwarze, NH, II, s. 308; Hälschner, I, s. 362; Frank, s. 236; Fuhrmann, s. 31; Zeime, s. 104.

⁵⁾ Иного мнѣнія Mewes, GS, XXIV, 1872, s. 176.

⁶⁾ Hälschner, I, s. 362; Liszt, Lrb, s. 217; Baumgarten, s. 463; Herzog, s. 246, 247; Bar, Gesetz, II, s. 559; Frank, s. 237; Fuhrmann, s. 32; Zeime, s. 104; Schwarze, Comm, s. 160; Meyer, Lrb, s. 216; Oppenhoff, Stgb, s. 101; Frank, Stgb, s. 56; Baer, s. 23; Wein, s. 32; Loesch, s. 73; RG, 3 Mai 1880 (E. I, s. 376, 377); 12 Nov. 1886 (E, XV, s. 46).

Совершенно безразличными, для безнаказанности виновного, представляются тѣ мотивы, которыми онъ руководился, отвращая наступленіе преступнаго результата ¹⁾. Но виновный долженъ дѣйствовать въ соотвѣтственномъ направленіи съ намѣреніемъ предупредить наступленіе преступнаго эффекта. Случайное, невольное предупрежденіе виновнымъ подлежащаго результата, вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ ²⁾, не можетъ служить основаніемъ его безнаказанности ³⁾.

Добровольный отказъ виновнаго отъ оконченнаго покушенія освобождаетъ его отъ наказанія въ томъ только случаѣ, когда виновный предупредилъ наступленіе преступнаго послѣдствія до момента обнаруженія его преступнаго дѣянія. Во время отвращенія виновнымъ преступнаго результата, дѣяніе его должно еще оставаться въ тайнѣ ⁴⁾. По разъясненію германской доктрины и практики, дѣяніе виновнаго является обнаруженнымъ, когда оно дѣлается извѣстнымъ такимъ лицамъ, отъ которыхъ виновный можетъ ожидать воспрепятствованія выполненію его плана или доноса о его преступленіи ⁵⁾; причемъ, нѣкоторые криминалисты требуютъ, чтобы ожиданіе виновнаго было основательнымъ ⁶⁾. Дѣяніе виновнаго не становится явнымъ отъ того только, что оно было извѣстно его соучастникамъ ⁷⁾. Не становится по общему правилу явнымъ дѣяніе и въ томъ случаѣ, когда объ учиненіи его узнаютъ близкіе родственники виновнаго, не обязанные по закону свидѣтельствовать противъ него ⁸⁾. Нѣкоторые ученые, впрочемъ, указываютъ, что это положеніе вовсе не вытекаетъ изъ понятія обнаруженія, что тайна дѣянія не исклю-

¹⁾ Hälschner, I, s. 362; Fuhrmann, s. 33.

²⁾ Rubo, Komm. s. 424; Mewes, GS, XXIV, 1872, s. 166.

³⁾ Baer, s. 24.

⁴⁾ Frank, s. 234; Hatzig, s. 52; Fuhrmann, s. 33; Wein, s. 32, 33; Loesch, s. 67.

⁵⁾ Herzog, s. 249; Hatzig, s. 53; Baumgarten, s. 464; Geyer, Grundriss, I, s. 133, 134; Meyer, Lrb, s. 215; Olshausen, Komm. s. 175; Frank, Stgb, s. 57; Baer, s. 26; Wein, s. 30; RG, 3 Mai 1880 (E, I, s. 377).

⁶⁾ Herzog, s. 254.

⁷⁾ Liszt, Lrb, s. 217; Baumgarten, s. 464; Herzog, s. 249, 251; Hatzig, s. 53; Bar, Gesetz, II, s. 561; Frank, s. 234; Fuhrmann, s. 35; Zeime, s. 105; Meyer, Lrb, s. 215; Finger, I, s. 322.

⁸⁾ Baumgarten, s. 464; Herzog, s. 249, 251; Hatzig, s. 53; Bar, Gesetz, II, s. 561; RG, 3 Mai 1880 (E, I, s. 377); Contra—Rg, 8 Dez. 1880 (E, III, s. 94).

чается такимъ только обнаруженіемъ его, которое состоитъ въ раскрытіи его самимъ виновнымъ передъ довѣренными его лицами ¹⁾.

Относительно того, устраняется ли безнаказанность виновнаго знаніемъ потерпѣвшаго лица о совершенномъ противъ него покушеніи, въ Германіи существуетъ споръ. Практика, а вслѣдъ за нею и нѣкоторые представители доктрины, рѣшали этотъ вопросъ въ положительномъ смыслѣ. Дѣйствіе виновнаго, извѣстное потерпѣвшему лицу, уже съ момента своего возникновенія, представляется дѣйствіемъ явнымъ, и потому не можетъ быть впослѣдствіи обнаруженнымъ. Оконченное покушеніе въ этихъ условіяхъ никогда не можетъ остаться безнаказаннымъ, и постановленіе закона о вліяніи добровольнаго отвращенія преступнаго результата никогда не можетъ имѣть къ нему примѣненія ²⁾. Но большинство криминалистовъ придерживается иного мнѣнія. При рѣшеніи вышеприведеннаго вопроса, согласно ихъ мнѣнію, необходимо различать, составляло ли знаніе потерпѣвшаго объ учиненіи по его адресу преступленія необходимый признакъ послѣдняго или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ, соответствующая освѣдомленность потерпѣвшаго не означаетъ собою обнаруженія дѣянія виновнаго ³⁾, потому что при этомъ условіи преступленіе не могло быть совершено безъ освѣдомленія о томъ потерпѣвшаго ⁴⁾ предполагая, конечно, что потерпѣвшій не былъ въ состояніи своевременно донести на виновнаго или предотвратить наступленіе преступнаго результата ⁵⁾.

Покушеніе на преступленіе не считается обнаруженнымъ въ томъ случаѣ, когда виновный самъ сообщаетъ объ учиненіи его третьимъ лицамъ, съ цѣлью получить отъ нихъ помощь для предупрежденія преступнаго результата.

Покушеніе признается обнаруженнымъ и въ томъ случаѣ, когда личность виновнаго и обстановка дѣянія остались неизвѣстными постороннимъ лицамъ ⁶⁾. Но для обнаруженія поку-

¹⁾ Frank, s. 234; Fuhrmann, s. 35, 36.

²⁾ Baumgarten, s. 464, 465; Hatzig, s. 52; Zeime, s. 105, 106; Olshausen, s. 174; RG, 27 Sept. 1894 (E, XXVI, s. 78).

³⁾ Liszt, Lrb, s. 217; Fuhrmann, s. 34; Meyer, Lrb, s. 215; Finger, I, s. 322; Baer, s. 25; Wein, s. 30.

⁴⁾ Frank, s. 234.

⁵⁾ Herzog, s. 250, 255; Bar, Gesetz, II, s. 560.

⁶⁾ Baumgarten, s. 466; Hatzig, s. 54; Frank, s. 235; RG, 8 Dez. 1880 (E, III, s. 94).

шенія необходимо, чтобы постороннія лица сознавали наказуемый характер совершеннаго лицомъ дѣянія, сознавали, что онъ учинилъ покушеніе на преступленіе ¹⁾, хотя германская практика и нѣкоторые криминалисты держатся иного взгляда ²⁾. При этомъ нужно, чтобы они дѣйствительно знали о совершенномъ преступленіи, а не подозрѣвали только виновнаго въ совершеніи его ³⁾.

Обнаруженіе покушенія служить препятствіемъ безнаказанности виновнаго въ томъ случаѣ, когда оно дѣйствительно произошло. Это требованіе закона носить объективный характеръ. Обнаруженіе покушенія обусловливаетъ собою наказуемость виновнаго, хотя бы онъ и не зналъ о томъ, что дѣяніе его стало извѣстнымъ постороннимъ лицамъ ⁴⁾. Наоборотъ, виновный освобождается отъ наказанія, хотя бы онъ отвратилъ послѣдствіе въ ошибочномъ предположеніи, что дѣяніе его раскрыто ⁵⁾. Нѣкоторые криминалисты, впрочемъ, полагаютъ, что духу закона болѣе соотвѣтствуетъ пониманіе обнаруженія дѣянія, какъ субъективнаго условія наказуемости, т. е. условія, вліяющаго на судьбу виновнаго только при условіи извѣстности его виновному ⁶⁾. Но, во всякомъ случаѣ, не находитъ себѣ опоры въ законѣ утвержденіе германской практики, что боязнь обнаруженія покушенія имѣетъ такое же роковое вліяніе на судьбу виновнаго, какъ и подлинное обнаруженіе его дѣянія ⁷⁾. Къ этому выводу германская практика приведена своимъ ошибочнымъ заключеніемъ о томъ, что боязнь раскрытія уничтожаетъ добровольный характеръ отказа, даже при неоконченномъ покушеніи.

Изъ текста германскаго закона видно, что онъ разсматриваетъ обнаруженіе преступленія, какъ явленіе, возникающее вслѣдъ за выполненіемъ преступленія. Но существуютъ преступленія, которыя оказываются явными съ самаго своего начала,

¹⁾ Baumgarten, s. 466; Hatzig, s. 54; Frank, s. 235; Frank, Stgb, s. 57; Wein, s. 31.

²⁾ Fuhrmann, s. 36; RG, 8 Dez. 1880 (E, III, s. 94).

³⁾ Hatzig, s. 54; Bar, Gesetz, II, s. 561.

⁴⁾ Baumgarten, s. 465, 466; Herzog, s. 248; Hatzig, s. 54; Bar, Gesetz, II, s. 561; Frank, s. 235; Fuhrmann, s. 37; Schwarze, Comm. s. 160; Meyer, s. 215; Finger, I, s. 323; Oppenhoff, Stgb, s. 101; Frank, Stgb, s. 57; Baer, s. 24, 26, 27.

⁵⁾ Hatzig, s. 55; Bar, Gesetz, II, s. 561; Frank, s. 235; Fuhrmann, s. 37.

⁶⁾ Geyer, Grundriss, I, s. 134.

⁷⁾ RG, 23 März 1906 (E, XXXVIII, s. 404).

напр., преступленія, учиненныя публично. Вопросъ о значеніи добровольнаго предупрежденія результатовъ учиненнаго публично покушенія представляется въ германской литературѣ спорнымъ. Одни ученые полагаютъ, что понятіе объ обнаруженіи дѣянія вообще не примѣнимо къ подобнымъ дѣяніямъ. Человѣкъ, предпринявшій явное покушеніе и потомъ отказавшійся отъ него, предупреждаетъ наступленіе послѣдствія, ни до обнаруженія своего дѣянія, ни послѣ его обнаруженія: законъ въ этомъ случаѣ ничего не говоритъ о значеніи добровольнаго оставленія виновнымъ покушенія и сообразно принципу «*in dubio benignius*», нужно заключить, что виновный можетъ обезпечить себѣ здѣсь безнаказанность отвращеніемъ наступленія послѣдствія въ любое время ¹⁾. Однако, съ такимъ взглядомъ, создающимъ льготу для наиболѣе тяжкихъ случаевъ покушенія, нельзя согласиться. Совершенно справедливо замѣчаютъ другіе ученые, что вопросъ о безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія можетъ быть возбуждаемъ только при совершенныхъ втайнѣ дѣяніяхъ ²⁾.

Юридическое значеніе добровольнаго отказа отъ покушенія заключается въ томъ, что покушеніе, само по себѣ взятое, въ этомъ случаѣ остается безнаказаннымъ и виновный можетъ быть подвергнутъ отвѣтственности въ томъ только случаѣ, когда совершенное имъ дѣяніе заключаетъ въ себѣ признаки оконченнаго преступленія. Это условіе имѣетъ мѣсто при стеченіи покушенія и оконченнаго преступнаго дѣянія. Это стеченіе можетъ проявиться въ двухъ формахъ. Съ одной стороны, сюда относится такъ наз. идеальная конкуренція покушенія и оконченнаго преступленія, т. е., совершеніе виновнымъ покушенія, заключающаго въ себѣ признаки такого оконченнаго преступленія, которое не принимается закономъ за необходимую составную часть задуманнаго виновнымъ преступленія, напр., причиненіе тѣлеснаго поврежденія съ цѣлью лишенія жизни. Съ другой стороны, сюда относится такъ наз. конкуренція законовъ, т. е., совершеніе виновнымъ покушенія, воплощающаго въ себѣ составъ оконченнаго преступленія, принимаемаго закономъ за необходимую составную часть задуманнаго виновнымъ преступленія, напр., учиненіе взлома съ цѣлью похищенія чужой вещи—взломъ представляетъ собою необходимый элементъ кражи со взломомъ;

¹⁾ Bar, Gesetz, II, s. 560.

²⁾ Frank, s. 234.

примѣненіе насилія съ цѣлью принужденія къ половому сношенію—насиліе представляет собою необходимый элементъ изнасилованія. Въ случаѣ оставленія виновнымъ покушенія по независимымъ отъ его воли обстоятельствамъ, онъ отвѣчаетъ за покушеніе на задуманное преступленіе, и эта отвѣтственность поглощаетъ собою отвѣтственность его за то самостоятельное дѣяніе, признаки котораго были выполнены имъ для реализаціи задуманнаго. Но какъ быть въ случаѣ добровольнаго оставленія виновнымъ своего покушенія? Подлежитъ ли въ этомъ случаѣ виновный отвѣтственности за учиненное имъ самостоятельное преступленіе и если подлежитъ, то во всѣхъ ли случаяхъ конкуренціи какого либо дѣянія съ покушеніемъ, или только въ случаѣ идеальной конкуренціи съ нимъ какого-либо преступленія?

Прежніе криминалисты, при изложеніи вліянія добровольнаго отказа отъ покушенія на отвѣтственность виновнаго, говорили общимъ образомъ, что виновный отвѣчаетъ въ этомъ случаѣ лишь за то самостоятельное преступленіе, признаки котораго были выполнены имъ при осуществленіи покушенія, вовсе не задаваясь вопросомъ о томъ, заключалась ли въ поведеніи виновнаго идеальная конкуренція или конкуренція законовъ ¹⁾. Однако, новѣйшіе криминалисты, при разсмотрѣніи интересующаго насъ вопроса, проводятъ различіе между указанными категоріями случаевъ, и если всѣ криминалисты согласны въ томъ, что, при отпаденіи отвѣтственности за покушеніе, виновный отвѣчаетъ за идеально конкурирующее съ покушеніемъ преступленіе, то отнюдь не всѣ приписываютъ то же вліяніе на судьбу виновнаго конкуренціи законовъ. Нѣкоторые криминалисты замѣчаютъ, что если виновный добровольно отказывается отъ покушенія, то онъ не отвѣчаетъ и за то самостоятельное преступленіе, признаки котораго заключались въ покушеніи, если это преступленіе разсматривается закономъ, какъ необходимая составная часть задуманнаго виновнымъ преступленія. Въ основаніе своего взгляда, они ссылаются на то, что при конкуренціи законовъ одинъ составъ преступленія устраняетъ собой другой настолько рѣшительно, что послѣдній утрачиваетъ всякое юридическое значеніе ²⁾, или на то, что въ этихъ случаяхъ нельзя

¹⁾ Schwarze, НН, II, s. 307; Merkel, Lrb, s. 135; Meyer, Lrb, s. 218; Meyer-Allfeld, Lrb, s. 183 Anm. 65.

²⁾ Hatzig, s. 40; Liszt, Lrb, s. 218 Anm. 6.

говорить о самостоятельномъ умышенномъ преступленіи и что, въ частности, нельзя утверждать, что лицо, причинившее тѣлесное поврежденіе съ цѣлью убійства своей жертвы руководилось умысломъ причиненія тѣлеснаго поврежденія ¹⁾).

Другіе криминалисты распространяютъ дѣйствіе приведенной выше оговорки закона и на тѣ случаи воплощенія въ покушеніи признаковъ самостоятельнаго преступленія, которые извѣстны подъ названіемъ конкуренціи законовъ ²⁾. Сторонники этого взгляда справедливо замѣчаютъ, что изъ текста закона съ очевидностью слѣдуетъ, что при отпаденіи отвѣтственности виновнаго за его дѣяніе, какъ за покушеніе, это дѣяніе должно быть разсматриваемо, совершенно не касаясь его значенія, какъ покушенія и что, если легкое преступленіе представляетъ собою необходимое условіе возникновенія задуманнаго виновнымъ болѣе тяжкаго преступленія, то умыселъ виновнаго оказывается направленнымъ также и на созданіе болѣе легкаго преступленія ³⁾. Вызываемая конкуренціей законовъ субсидіарность составовъ преступленія имѣетъ лишь ограниченное значеніе. Субсидіарный составъ преступленія становится непримѣнимымъ, не въ силу наличности первичнаго состава преступленія, а только въ силу наказуемости дѣянія на основаніи этого состава. Сообразно съ этимъ, если первичный составъ становится иллюзорнымъ, вслѣдствіе отпаденія наказуемости въ виду отказа отъ покушенія, то субсидіарный составъ преступленія выступаетъ на сцену съ полною силою ⁴⁾. И дѣйствительно правила о конкуренціи законовъ предполагаютъ наличность двухъ различныхъ принциповъ обсужденія одного и того же дѣянія, преслѣдуютъ задачу разрѣшенія коллизіи между этими принципами. При отпаденіи возможности примѣненія одного изъ этихъ принциповъ, при устраненіи коллизіи юридическихъ принциповъ обсужденія, исключается возможность примѣнять правила о конкуренціи законовъ и дѣлать на основаніи ихъ какія-либо заключенія. Съ другой стороны, не слѣдуетъ забывать, что для умысла, въ со-

¹⁾ Frank, Stgb, s. 57; Frank, s. 208, 209.

²⁾ Baumgarten, s. 457; Bar, Gesetz, II, s. 562; Fuhrmann, s. 10, 11; Hälschner, I, s. 363; 364, Schlecht, s. 27; Eichheim, s. 140; Finger, I, s. 323, 324; Wein, s. 35.

³⁾ Bar, Gesetz, II, s. 562, 563; Anm. 140; Schlecht; s. 28; Loesch, s. 41.

⁴⁾ Beling, Verbrechen, s. 309; Zeime, s. 41, 42; Schlecht, s. 37; Baer, s. 42; Loesch, s. 40.

временномъ его пониманіи, достаточно допущенія виновнымъ преступнаго результата, что, несомнѣнно, имѣется налицо, относительно менѣе значительнаго преступленія, и въ интересующемъ насъ случаѣ.

Разбирая юридическую природу добровольнаго отказа отъ покушенія, германскіе криминалисты указываютъ на нѣкоторые случаи, въ которыхъ юридическое значеніе добровольной остановки выполненія преступной дѣятельности представляется сомнительнымъ. Добровольный перерывъ преступной дѣятельности, какъ мы видѣли, приводитъ къ безнаказанности виновнаго. Но при всѣхъ ли случаяхъ покушенія, извѣстныхъ германскому кодексу, это правило сохраняетъ свою силу, и примѣнимо ли оно къ случаямъ добровольнаго отказа виновнаго отъ выполненія преступленій съ усѣченнымъ составомъ?

При рѣшеніи перваго вопроса обращаетъ на себя вниманіе § 80 герман. ул., карающій смертною казнью предумышленное убійство императора и покушеніе на это убійство ¹⁾. Законъ говоритъ здѣсь о покушеніи на убійство монарха, но можно ли признать безнаказаннымъ лицо, добровольно оставившее подобное покушеніе? Одни криминалисты рѣшаютъ этотъ вопросъ утвердительно, не находя основанийъ къ отрицанію въ этомъ случаѣ юридическаго значенія добровольной остановки покушенія ²⁾. Но большинство германскихъ ученыхъ придерживается иного взгляда ³⁾. Добровольная остановка покушенія, предусматриваемая § 46 ул., можетъ освобождать отъ наказанія только такое покушеніе, которое объявляется преступнымъ § 43 герм. кодекса. Покушеніе, упоминаемое § 80, наказуемо въ силу иного основанія и потому § 46 къ нему непримѣнимо ⁴⁾. Последнее мнѣніе слѣдуетъ признать правильнымъ. По нашему убѣжденію, въ § 80 герм. ул. вовсе не идетъ рѣчь о покушеніи, какъ объ особой формѣ преступности. Упоминаемое § 80 покушеніе представляется столь же мало покушеніемъ въ техническомъ смыслѣ, сколько упоми-

¹⁾ § 80 Stgb. Der Mord und der Versuch des Mordes, welche an dem Kaiser, an dem eigenem Landesherrn, oder während des Aufenthalts in einem Bundesstaate an dem Landesherrn dieses Staats verübt worden sind, werden als Hochverrath mit dem Tode bestraft.

²⁾ Frank, s. 216; Wein, s. 37; Geyer, Grundriss, II, s. 127; Berner, Lrb, s. 354.

³⁾ Merkel, Lrb, s. 376; Liszt, Lrb, s. 218.

⁴⁾ Hatzig, s. 38; Schlecht, s. 18.

наемое въ немъ убійство представляетъ собою лишеніе жизни въ техническомъ смыслѣ. Подлежащія выраженія закона опредѣляютъ собою содержаніе дѣйствій виновнаго. Юридическій же характеръ этихъ дѣйствій опредѣляется природою ихъ объекта, въ ситу особенностей которыхъ они признаются государственной измѣной.

Обращаясь къ изслѣдованію юридическаго значенія добровольнаго оставленія виновнымъ своей дѣятельности при выполненіи состава усѣченныхъ преступленій, необходимо замѣтить, что сомнѣнія при рѣшеніи этого вопроса возникаютъ не при тѣхъ усѣченныхъ преступленіяхъ, на которыя можетъ быть совершено покушеніе—усѣченныхъ результатныхъ преступленіяхъ и сложныхъ усѣченныхъ преступленіяхъ. Матеріально незаконченная преступная дѣятельность можетъ проявиться здѣсь въ двухъ различныхъ формахъ: въ видѣ квалифицированнаго начала выполненія состава правонарушенія, означающаго собою окончаніе преступленія, и въ видѣ простого начала выполненія правонарушения—покушенія на преступленіе. Покушеніе на преступленіе и совершеніе его здѣсь рѣзко противоплагаются другъ другу, и добровольная остановка виновнымъ развитія своей дѣятельности, конечно, можетъ имѣть юридическое значеніе въ томъ только случаѣ, когда содѣянное имъ представляло собою только покушеніе на преступленіе ¹⁾. Вопросъ о значеніи добровольной остановки виновнымъ своей преступной дѣятельности возникаетъ лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда составъ задуманнаго виновнымъ преступленія вполнѣ совпадаетъ съ началомъ выполненія состава правонарушенія, когда преступленіе характеризуется закономъ, какъ посягательство. Освобождается ли въ этомъ случаѣ виновный, добровольно оставившій свою дѣятельность, отъ наказанія или нѣтъ?

Одна группа ученыхъ рѣшаетъ этотъ вопросъ въ положительномъ смыслѣ. Опредѣляя составъ преступленія какъ посягательство, законъ грозитъ однимъ и тѣмъ же наказаніемъ какъ за покушеніе, такъ и за оконченное преступленіе. Но коль скоро виновный добровольно оставилъ свою дѣятельность уже въ стадіи покушенія, то къ нему примѣняются правила о покушеніи, и онъ освобождается отъ отвѣтственности ²⁾. Законъ не придаетъ

¹⁾ Binding, Lrb, I, s. 13, 14.

²⁾ Wächter, s. 200; Schwarze, Comm, s. 152.

понятію о посягательствѣ техническаго значенія. Онъ употребляетъ это выраженіе для приравненія наказуемости покушенія къ наказуемости оконченнаго преступленія, и въ нѣкоторыхъ случаяхъ, вмѣсто того чтобы говорить о посягательствѣ, законъ говоритъ о покушеніи и о совершеніи (§ 80)¹⁾. Законъ признаетъ всякое посягательство оконченнымъ дѣяніемъ только въ одномъ случаѣ (§ 82). Въ другихъ случаяхъ, онъ совершенно не опредѣляетъ значенія этой формы дѣяній. Отрицать юридическое значеніе за добровольнымъ отказомъ отъ посягательства въ послѣднихъ случаяхъ было бы возможно лишь при условіи существованія какихъ-либо основаній для исключительно строгаго отношенія къ преступленіямъ—посягательствамъ. Но такъ какъ подобнаго основанія не существуетъ, то добровольное оставленіе виновнымъ своей дѣятельности въ этомъ случаѣ должно имѣть то же значеніе, какъ и при покушеніи²⁾.

Однако, большинство германскихъ криминалистовъ, равно какъ и германская практика, придерживаются иного взгляда. Правила о добровольномъ оставленіи покушенія непримѣнимы къ лицу, отказавшемуся отъ посягательства потому, что дѣйствіе его въ этомъ случаѣ носитъ характеръ не покушенія, а оконченнаго преступленія³⁾. Дѣйствіе виновнаго при этомъ не отвѣчаетъ понятію о покушеніи, въ техническомъ смыслѣ⁴⁾. Мы полагаемъ, что господствующее мнѣніе является единственно справедливымъ, а приводимые противъ него доводы не могутъ быть признаны правильными. Говорятъ, что посягательство совмѣщаетъ въ себѣ и покушеніе на преступленіе и совершеніе его. Но это невѣрно. Если считать преступленіе оконченнымъ въ моментъ реализаціи посягательства, то нельзя говорить о возможности совершенія покушенія на соотвѣтственное преступленіе, ибо всякое начало выполненія правонарушенія уже будетъ носить характеръ совершенія преступленія. Противоположный выводъ, т. е. признаніе посягательства покушеніемъ и требованіе для окончанія преступленія учиненія дальнѣйшихъ дѣйствій виновнаго,

¹⁾ Herzog, s. 229, 230.

²⁾ Binding, Lrb, I, s. 14; Fuhrmann, s. 5; Binding, Grundriss, s. 136, 137; Loesch, s. 63; Wein, s. 37.

³⁾ Liszt, Lrb, s. 218; Oppenhoff, Stgb, s. 97; Hahn, Stgb, s. 109; Olshausen, Komm. s. 170; RG, 9 Nov. 1880 (E, III, s. 26); 4 Juni 1883 (E, VIII, s. 354); 29 April 1884 (E, X, s. 325).

⁴⁾ Hatzig, s. 38, 39; Zeime, s. 32, 33; 39, Meyer, Lrb, s. 216; Wein, s. 37.

представляется совершенно произвольнымъ и не соответствующимъ закону. Неправильно и утверждение, что законъ безразлично употребляетъ выраженіе: посягательство и выраженія: покушеніе и совершеніе. Мы уже разъяснили, что выраженіе: покушеніе, въ § 80. герм. ул. не имѣетъ техническаго значенія. Далѣе, именно потому, что законъ въ одномъ случаѣ категорически признаетъ посягательство оконченнымъ преступленіемъ, слѣдуетъ заключить, что онъ и вообще приписываетъ этому понятію подобное значеніе. Придавать различный смыслъ однимъ и тѣмъ же выраженіямъ закона возможно только въ случаѣ наличности на то прямыхъ указаній въ законѣ. Наконецъ, нѣтъ необходимости отыскивать и какія либо особыя основанія для болѣе строгаго отношенія къ посягательству чѣмъ къ покушенію, когда подобное отношеніе къ посягательству формально предписывается самимъ закономъ.

Къ постановленіямъ германскаго уложенія непосредственно примыкають постановленія венгерскаго права, которое, признавая добровольный отказъ отъ покушенія основаніемъ отпаденія отвѣтственности виновнаго, вмѣстѣ съ тѣмъ, проводитъ различіе между условіями отказа отъ покушенія неоконченнаго и отказа отъ покушенія оконченнаго. По венгерскому уложенію, покушеніе ненаказуемо: 1) если покусившійся отказался отъ совершенія преступленія по собственному побужденію; 2) если онъ, прежде обнаруженія его дѣянія, отвратилъ, по собственному побужденію, принадлежащее къ составу преступленія или проступка послѣдствіе (§ 67). Близко подходит къ этому также и норвежское уложеніе. Согласно его постановленію, отказъ отъ оконченнаго покушенія также обставляется ограничительными условіями, неизвѣстными отказу отъ покушенія неоконченнаго, но существо этихъ условій формулируется нѣсколько иначе, чѣмъ въ разсмотрѣнныхъ выше уложеніяхъ: обнаруженіе дѣянія виновнаго посторонними лицами, по норв. уложенію, разрушаетъ дѣйствіе льготы безнаказанности, при добровольномъ отказѣ отъ оконченнаго покушенія, только въ томъ случаѣ, когда это обнаруженіе было извѣстно виновному въ моментъ принятія имъ рѣшенія предупредить результаты своей дѣятельности (норв. § 50)¹⁾.

¹⁾ Norweg. Stgb, § 50. Die Strafbarkeit des Versuchs fällt fort, wenn der Thäter aus eigenem freiem Willen entweder seine verbrecherische Thätigkeit aufgibt, bevor noch ein beendeter Versuch vorliegt, oder der Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens gehörigen Erfolges abwendet, bevor er weiss, dass seine verbrecherische Thätigkeit entdeckt worden ist.

Наконецъ, въ ряду законодательствъ, устанавливающихъ ограничительныя условія для безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, надлежитъ упомянуть еще и объ австр. проектѣ. Этотъ проектъ, подобно норв. уложенію, признаетъ, что обнаруженіе дѣянія виновнаго разрушаетъ дѣйствіе льготы безнаказанности добровольно прерваннаго покушенія въ томъ лишь случаѣ, когда это обнаруженіе стало извѣстнымъ виновному, еще до момента принятія соотвѣтствующаго рѣшенія. Но, въ противоположность норв. ул., австрійскій проектъ придаетъ такому обнаруженію юридическое значеніе не только при отказѣ субъекта отъ покушенія оконченнаго, но и при отказѣ его отъ покушенія неоконченнаго ¹⁾).

Несравненно болѣе рѣшительно отступаютъ отъ германскаго кодекса другія уложенія, придерживающіяся разсматриваемой системы нормировки судьбы добровольно оставленнаго покушенія. Эти кодексы, признавая добровольный отказъ отъ покушенія обстоятельствомъ, освобождающимъ виновнаго отъ отвѣтственности, совершенно не проводятъ никакихъ различій между условіями дѣйствительности этого отказа при неоконченномъ и оконченномъ покушеніяхъ, и вовсе не ставятъ безнаказанности добровольнаго предупрежденія результатовъ оконченнаго покушенія въ зависимость отъ факта необнаруженія дѣянія виновнаго. Такъ, согласно постановленію финляндскаго уложенія, покушеніе не наказуемо, если совершитель дѣянія, по собственному побужденію, а не вслѣдствіе внѣшнихъ препятствій, воздержался отъ окончанія преступленія или отвратилъ послѣдствіе, входящее въ составъ оконченнаго преступленія (гл. IV, § 2). Швейцар. проектъ гарантируетъ безнаказанность лицу, отказавшемуся отъ покушенія или предотвратившему результатъ преступленія (а. 22) ²⁾. Наконецъ, германскій проектъ признаетъ что наказуемость покушенія отпадаетъ, коль скоро субъектъ добровольно прервалъ выполненіе или предупредилъ наступленіе необходимаго для окончанія преступленія резуль-

¹⁾ Oesterr. Vorentwurf, § 16. •Wer freiwillig und nicht weil er weiss, dass seine Tat entdeckt ist, von seiner Tätigkeit absteht, bevor er sie beendet hat, oder den Erfolg verhindert oder abwendet, ist wegen Versuchs nicht mehr strafbar.

²⁾ Schweiz. Vorentwurf. Art. 22, Abs. 3. Wer freiwillig von dem Versuche absteht oder den Erfolg des Verbrechens verhindert, wird straflos, wenn sein Versuch nicht ein besonderes Verbrechen begründet.

тата (§ 77) ¹⁾. Фактъ обнаруженія дѣянія, по разясненію мотивовъ къ этому проекту, не имѣеть рѣшительно никакого значенія, если только онъ не исключаетъ добровольнаго характера принятаго субъектомъ рѣшенія ²⁾.

§ 32. Постановленія русскаго права о добровольно оставленномъ покушеніи.

Обращаясь къ изученію постановленій русскаго права о добровольно оставленномъ покушеніи, мы убѣждаемся, что наше дѣйствующее право усваиваетъ существенно иную систему нормировки судьбы этого покушенія, чѣмъ уголовное ул. 1903 г. Въ то время, какъ по русскому дѣйствующему праву, добровольный отказъ отъ покушенія представляетъ собою основаніе, устраняющее наказуемость покушенія (наше дѣйствующее право примыкаетъ къ германской системѣ), по уголовному уложенію, этотъ отказъ представляетъ собою условіе, устраняющее не только наказуемость, но и преступность покушенія, и угол. ул., формулируя покушеніе, какъ дѣйствіе, направленное на выполненіе преступнаго дѣянія, но не достигшее этого результата, вслѣдствіе обстоятельствъ, отъ воли виновнаго независѣвшихъ, отказывается признавать покушеніемъ добровольно прерванную преступную дѣятельность (французская система нормировки добровольно оставленнаго покушенія).

Дѣйствующее русское право посвящаетъ добровольно оставленному покушенію двѣ статьи. Съ одной стороны, улож. о нак. постановляетъ, что «когда учинившій приготовленіе къ преступленію или уже покусившійся на оное остановился при томъ, и по собственной волѣ не совершилъ преднамѣреннаго, то онъ подвергается наказанію лишь въ томъ случаѣ, если содѣянное имъ при семъ приготовленіи и покушеніи есть само по себѣ преступленіе, и только за сіе преступленіе, а не за то, которое онъ былъ прежде намѣренъ совершить» (ст. 113). Съ другой стороны, по мировому уставу, покушеніе на проступокъ, остановленное по собственной волѣ подсудимаго, не подлежитъ наказанію» (ст. 17).

¹⁾ Deutsch. Vorentwurf. § 77. Die Strafbarkeit des Versuchs fällt weg, wenn der Täter freiwillig die Ausführung aufgegeben oder den Eintritt des zur Vollendung gehörigen Erfolges abgewendet hat.

²⁾ Begründung, I, s. 298.

Задаваясь вопросом о содержаніи понятія о добровольномъ отказѣ отъ покушенія въ нашемъ правѣ, мы встрѣчаемъ въ нашей доктринѣ цѣлый рядъ различныхъ воззрѣній на этотъ предметъ. Одни ученые думаютъ, что покушеніе прерывается по собственной волѣ виновнаго во всѣхъ случаяхъ, когда остановка развитія преступленія обусловливается не внѣшними, случайными, обстоятельствомъ, а актомъ воли виновнаго ¹⁾. Другіе полагаютъ, что покушеніе слѣдуетъ освобождать отъ наказанія не только въ томъ случаѣ, когда виновный отказался отъ продолженія преступной дѣятельности, вслѣдствіе раскаянія, но и когда онъ отказался отъ него, вслѣдствіе признанія невыгодности предпріятія ²⁾, трудности доведенія его до конца ³⁾, вслѣдствіе страха поимки ⁴⁾, или страха наказанія ⁵⁾. Къ этому мнѣнію присоединяются ученые, утверждающіе, что условіемъ безнаказанности виновнаго является всякій отказъ его отъ продолженія преступной дѣятельности, состоявшійся при признаніи субъектомъ физической возможности довести преступленіе до конца ⁶⁾. Но существуютъ криминалисты, которые даютъ болѣе узкое толкованіе понятію о добровольномъ отказѣ. Нѣкоторые находятъ, что добровольный характеръ отказа исключается не только въ случаѣ перерыва преступленія, вслѣдствіе признанія трудности или физической невозможности его выполненія, но и вслѣдствіе вызваннаго чѣмъ-либо паническаго страха ⁷⁾, а другіе идутъ еще дальше и утверждаютъ, что покушеніе ненаказуемо лишь тогда, когда виновный остановился не вслѣдствіе превышающей его силы трудности выполненія, или обнаруженныхъ при выполненіи явной рискованности или невыгодности предпріятія ⁸⁾.

По нашему убѣжденію, при рѣшеніи вопроса о значеніи добровольнаго отказа отъ покушенія, по дѣйствующему праву, необходимо различать случаи двоякаго рода. Во-первыхъ, воз-

¹⁾ Калмыковъ, стр. 123; Неклюдовъ, Общая часть уголовного права, 1875, стр. 66.

²⁾ Кистяковскій, стр. 177; Таганцевъ, Курсъ II стр. 207; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 180; Пусторослевъ, стр. 371.

³⁾ Кистяковскій, стр. 177.

⁴⁾ Таганцевъ, Курсъ II, стр. 212; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 180.

⁵⁾ Неклюдовъ, Общ. часть, стр. 66. Кистяковскій, стр. 177; Таганцевъ, Курсъ II, стр. 207.

⁶⁾ Познышевъ, стр. 362.

⁷⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 143.

⁸⁾ Мокринскій, II, стр. 285.

можно, что преступленіе не было доведено до конца, вслѣдствіе возникновенія физическихъ къ тому препятствій. Въ этомъ случаѣ, покушеніе безусловно подлежитъ наказанію. Во-вторыхъ, возможно, что дѣятельность виновнаго пріостановилась, вслѣдствіе возникновенія въ его душѣ противодѣйствующихъ реализаціи мотивовъ. Въ этомъ случаѣ, признаніе покушенія добровольно оставленнымъ и ненаказуемымъ должно стоять въ зависимости отъ того, было ли давленіе этихъ мотивовъ непреодолимымъ для средняго человѣка или нѣтъ: первое условіе не освобождаетъ виновника покушенія отъ наказанія, а второе освобождаетъ. Поэтому, лицо, отказавшееся отъ похищенія чужой вещи, вслѣдствіе признанія ея черезчуръ малоцѣнною, свободно отъ уголовной кары, но лицо, переставшее душить жертву, вслѣдствіе угрозы револьверомъ со стороны третьяго лица, отвѣчаетъ за покушеніе на убійство.

Въ томъ случаѣ, когда пріостановившее развитіе преступленія побужденіе не парализовало свободу его выбора, безнаказанность покушенія совершенно не зависитъ отъ природы соотвѣтственныхъ мотивовъ. Субъектъ, воздержавшійся отъ довершенія преступленія изъ-за страха наказанія, такъ же освобождается отъ наказанія, какъ и субъектъ, прервавшій преступную дѣятельность, вслѣдствіе искренняго раскаянія ¹⁾. Но коль скоро виновный былъ удержанъ соображеніями, не оставлявшими ему иного выбора, то онъ отвѣчаетъ за покушеніе и въ томъ случаѣ, когда остановившее его препятствіе существовало только въ его воображеніи, было мнимымъ ²⁾.

Что касается внѣшней стороны акта отказа отъ покушенія, то законъ опредѣляетъ его, какъ несовершенство преднамѣреннаго. Это выраженіе характеризуетъ дѣятельность отказывающагося чисто отрицательно, и не подлежитъ сомнѣнію, что оно охватываетъ собою всѣ случаи воздержанія виновнаго отъ продолженія начатой имъ преступной дѣятельности. Но можно ли подводить подъ понятіе о несовершеніи преступленія и добровольное предупрежденіе виновнымъ результатовъ покушенія? При рѣшеніи этого вопроса, въ нашей литературѣ были высказаны два противоположныхъ мнѣнія.

¹⁾ Калмыковъ, стр. 213; Таганцевъ, Курсъ II, стр. 205, 207; 212; Лекціи, II, 1888, стр. 839; Сергѣевскій, стр. 289; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 180.

²⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 143.

По взгляду однихъ криминалистовъ, добровольное предупреждение результатовъ преступления, по нашему дѣйствующему праву, не освобождаетъ виновнаго отъ наказанія, такъ какъ наше право, говоря о несовершеніи преднамѣреннаго, вовсе не упоминаетъ о предупрежденіи результатовъ покушенія ¹⁾. Другіе отстаиваютъ противоположный взглядъ и утверждаютъ, что покушеніе ненаказуемо не только при условіи недовершенія виновнымъ задуманнаго, но и при предупрежденіи имъ наступленія преступныхъ результатовъ ²⁾. Въ связи съ этою проблемою, у насъ разбирается вопросъ о томъ, распространяются ли правила о безнаказанности добровольнаго отказа отъ покушенія на оконченное покушеніе или нѣтъ, причемъ одни ученые рѣшаютъ его утвердительно и думаютъ, что этотъ отказъ выражается въ формѣ предупрежденія послѣдствій оконченнаго покушенія ³⁾, а другіе высказываются въ пользу противоположнаго мнѣнія, либо потому, что нашему праву неизвѣстна безнаказанность добровольнаго предупрежденія результатовъ ⁴⁾, либо потому, что оконченное покушеніе извѣстно нашему праву только въ формѣ неудавшагося преступления и, слѣдовательно, предупреждение результатовъ покушенія сообщаетъ покушенію характеръ неоконченнаго покушенія ⁵⁾.

При разсмотрѣннн этихъ вопросовъ, по нашему убѣжденію, необходимо руководствоваться слѣдующими соображеніями. Вопросъ о возможности отказа отъ оконченнаго покушенія, по нашему праву, рѣшается отрицательно, въ виду отождествленія нашимъ закономъ этого вида покушенія съ неудавшимся преступленіемъ. Рѣшеніе вопроса о юридической природѣ добровольнаго предупрежденія результатовъ покушенія представляется болѣе сложнымъ. При разборѣ его необходимо имѣть въ виду,

¹⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 137; Кистяковскій, стр. 181; Набоковъ, Психическая оцѣнка виновности и объективная мѣра наказуемости покушенія, 1901. (Сборникъ статей по уголовному праву, 1904), стр. 73; Пусторослевъ, стр. 376.

²⁾ Таганцевъ, Курсъ II, стр. 213; Лекціи, II, 1888, стр. 836; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 181; Мокринскій II, стр. 278.

³⁾ Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 181; Мокринскій II, стр. 278.

⁴⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 148; Кистяковскій, стр. 181; Владиміровъ, стр. 102; Набоковъ, стр. 73.

⁵⁾ Таганцевъ, Курсъ II, стр. 198, 213; Фойницкій, Курсъ уголовного права, 1907, стр. 184.

что понятіе объ оконченномъ покушеніи, по нашему праву, охватываетъ собою далеко не всѣ случаи безрезультатнаго совершенія виновнымъ всего, что онъ считалъ нужнымъ для приведенія своего намѣренія въ исполненіе, а только тѣ случаи этого рода, при которыхъ дѣйствіе субъекта осталось безрезультатнымъ, вслѣдствіе особенныхъ, непредвидѣнныхъ имъ обстоятельствъ (ст. 115). Нѣкоторые случаи оконченнаго покушенія охватываются ст. 114 ул. о нак., хотя послѣдняя и требуетъ, чтобы покушеніе было «остановлено» обстоятельствами, не успѣвъ воплотить въ себѣ всѣхъ исполнительныхъ дѣйствій. Но коль скоро понятію объ остановкѣ покушенія ст. 114 должно быть дано распространительное толкованіе и такъ какъ это понятіе обнимаетъ собою нѣкоторые случаи недобровольнаго предупрежденія результатовъ покушенія, то такое же толкованіе должно быть дано и понятію о несовершеніи преднамѣреннаго статьи 113, подъ которую и слѣдуетъ подводить случаи добровольнаго предупрежденія результатовъ преступной дѣятельности.

При разсмотрѣннн существа дѣятельности, знаменующей собою отказъ отъ покушенія, у насъ задаютъ вопросъ: отвѣчаетъ ли условіямъ безнаказаннаго отказа пріостановка виновнымъ развитія своей преступной дѣятельности? Нѣкоторые ученые рѣшаютъ его безусловно отрицательно ¹⁾. Но правильнѣе мнѣніе другихъ криминалистовъ, которые проводятъ различіе между пріостановкою реализаціи конкретнаго преступленія, въ смыслѣ пережиданія субъектомъ минованія обстоятельствъ, мѣшающихъ предпринятому дѣйствію, и отложеніемъ исполненія преступленія, въ смыслѣ полнаго отказа субъекта отъ довершенія начатаго преступленія, въ виду рѣшенія повторить свою попытку въ будущемъ. Первый видъ перерыва преступной дѣятельности не освобождаетъ виновнаго отъ наказанія, второй освобождаетъ ²⁾.

Наконецъ, у насъ представляется спорнымъ и рѣшеніе вопроса о значеніи неповторенія субъектомъ неудачной попытки совершить преступленіе, при условіи существованія къ тому возможности, напр., кто-либо стрѣляетъ въ свою жертву съ намѣреніемъ убить, но даетъ промахъ, а затѣмъ, имѣя возможность повторить выстрѣлъ изъ другого ствола, не дѣлаетъ этого

¹⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 144; Кистяковскій, стр. 178.

²⁾ Таганцевъ, Курсъ II, стр. 207; Лекціи, II, 1888, стр. 836; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 181.

по своей волѣ. Одни криминалисты видятъ въ этомъ случаѣ наказуемое ¹⁾, другіе—ненаказуемое дѣяніе ²⁾. На нашъ взглядъ здѣсь надо различать случаи, въ которыхъ виновный, идя на преступленіе, имѣлъ въ виду совершить его посредствомъ нѣсколькихъ повторныхъ дѣйствій одного и того же типа, напр., путемъ нѣсколькихъ ударовъ, и случаи, въ которыхъ онъ рассчитывалъ, что будетъ достаточно и одного дѣйствія для выполненія задуманнаго. Въ первомъ случаѣ, неповтореніе дѣйствія приводитъ къ безнаказанности виновнаго, во второмъ—нѣтъ.

Добровольный отказъ отъ покушенія освобождаетъ виновнаго отъ отвѣтственности, въ видѣ общаго правила, при всѣхъ случаяхъ покушенія, и, какъ справедливо было замѣчено, дѣйствительность этого основанія отпаденія наказуемости не стоитъ въ зависимости отъ того, было ли предпринятое виновнымъ покушеніе годнымъ или негоднымъ ³⁾. Но нашему дѣйствующему законодательству извѣстны и нѣкоторыя исключенія изъ этого правила. Согласно п. 1, ст. 1610 улож. о нак., виновный въ покушеніи на зажигательство подвергается заключенію въ тюрьмѣ на время отъ восьми мѣсяцевъ до одного года и четырехъ мѣсяцевъ, съ лишеніемъ нѣкоторыхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, или же заключенію въ тюрьмѣ на время отъ четырехъ до восьми мѣсяцевъ, несмотря на то, что пожаръ, учиненный черезъ поджогъ, хотя уже и начался, но былъ потушенъ въ самомъ началѣ стараніемъ самого раскаявшагося въ томъ зажигателя или призванными имъ на помощь людьми. Существованіе этого исключенія признается и нашею литературою ⁴⁾, нѣкоторые представители которой справедливо отмѣчаютъ, что это исключеніе должно быть толкуемо ограничительно: оно охватываетъ собою только точно предусмотрѣнные закономъ виды покушенія

¹⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 148.

²⁾ Таганцевъ, Курсъ II, стр. 211.

³⁾ Таганцевъ, Курсъ II, стр. 207; Лекціи II, стр. 835, 836.

⁴⁾ Таганцевъ, Курсъ II, стр. 213; Владиміровъ, стр. 103; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 181. Неклюдовъ, Прил., стр. 507 и Лохвицкій, Курсъ русскаго уголовного права, 1871, стр. 250, указываютъ еще на ст. 1529, по которой добровольный отказъ отъ задуманнаго не уничтожаетъ отвѣтственности. Таганцевъ, Курсъ II, стр. 213 пр. 240, справедливо указываетъ на несостоятельность этого взгляда: въ этихъ случаяхъ дѣйствіе карается потому, что самое похищеніе женщины или дѣвушки составляетъ преступленіе. Послѣднее обстоятельство признается и самими авторами подлежащаго замѣчанія.

на поджогъ, и наказуемость не должна распространяться на другіе случаи добровольно оставленнаго покушенія на это преступленіе (напр., виновный, подложивъ зажженные горючіе матеріалы, по добровольному побужденію залилъ ихъ водою и предупредилъ пожаръ прежде, чѣмъ онъ успѣлъ начаться). Въ этихъ случаяхъ, слѣдуетъ примѣнять общее правило о безнаказанности добровольно оставленной дѣятельности ¹⁾).

Нашъ законъ особо оговариваетъ наказуемость квалифицированнаго покушенія и въ случаѣ добровольнаго отказа виновнаго отъ доведенія преступления до конца, и доктрина согласно признаетъ, что, если покушеніе, отъ продолженія котораго виновный добровольно отказался, заключаетъ въ себѣ признаки самостоятельнаго оконченнаго преступления, то, не отвѣчая за начатое дѣяніе, виновный будетъ наказанъ за то оконченное преступленіе, которое воплотилось въ его дѣяніи ²⁾). Нѣкоторые криминалисты специально оговариваются, что при этомъ безразлично, сохранило ли бы это дѣяніе самостоятельное значеніе и при окончаніи преступления, или же оно было бы вполнѣ поглощено главнымъ дѣяніемъ, такъ какъ въ послѣднемъ случаѣ его самостоятельная наказуемость только поглощается, а не уничтожается; поэтому, напр., челоуѣкъ, покушавшійся на убійство и нанесшій уже своей жертвѣ тяжкіе побои, а затѣмъ отказавшійся отъ своего намѣренія, не наказывается за покушеніе на убійство, но отвѣчаетъ за побои ³⁾). Однако, въ литературѣ возникло сомнѣніе при опредѣленіи юридической судьбы добровольно оставленнаго покушенія на преступленія, при которыхъ карается не только покушеніе, но и приготовленіе. Нѣкоторые думали, что въ этихъ случаяхъ авторъ покушенія, несмотря на свой отказъ отъ его продолженія, долженъ все же отвѣчать за совершенное имъ приготовленіе къ преступленію ⁴⁾). Другіе полагали, что виновникъ покушенія въ подобныхъ случаяхъ не отвѣчаетъ и за предшествовавшія послѣднему дѣйствія, если

¹⁾ Фойницкій, Курсъ уголовного права, стр. 345, 346.

²⁾ Спасовичъ, стр. 138; Неклюдовъ, Приложенія къ переводу учебника Бернера, 1865, стр. 507; Таганцевъ, Курсъ II, стр. 210; Лекціи II, стр. 838; Владиміровъ, стр. 102; Сергѣевскій, стр. 289; Пусторослевъ, стр. 377; Лякубъ, О покушеніи на преступленіе по началамъ теоріи и современнымъ законодательствамъ, 1866, стр. 46.

³⁾ Таганцевъ, Курсъ II, стр. 210.

⁴⁾ Спасовичъ, стр. 138 пр. 2.

въ нихъ не заключается самостоятельной преступности, и что виновный, купившій ядъ, поднесшій его жертвѣ, но затѣмъ по собственному усмотрѣнію прекратившій задуманное, не отвѣчаетъ ни за покушеніе на отравленіе, ни за приготовленіе къ нему ¹⁾. Мы, думаемъ, что этотъ вопросъ долженъ быть рѣшенъ въ послѣднемъ смыслѣ, ибо хотя въ этомъ случаѣ и нѣтъ добровольно оставленнаго приготовленія, но зато нѣтъ и состава приготовленія вообще, каковой, какъ мы знаемъ, также исключается составомъ покушенія, какъ составъ покушенія исключается составомъ оконченнаго преступленія. Приступъ къ реализаціи состава преступленія исключаетъ возможность квалификаціи актовъ виновнаго, какъ приготовленія къ преступленію.

Какъ замѣчено, наше новое уголовное уложеніе 1903 г. примыкаетъ къ французской системѣ нормировки значенія добровольнаго отказа отъ преступленія и признаетъ добровольное прекращеніе преступной дѣятельности не причиною, устраняющею наказуемость преступнаго покушенія, а условіемъ, устраняющимъ самую преступность покушенія, и постановляетъ, что покушеніемъ, въ технико-юридическомъ значеніи этого слова, называется не всякая дѣятельность, осуществляющая умышленное преступное дѣяніе, а только дѣятельность, прекращенная по обстоятельствамъ отъ воли виновнаго не зависѣвшимъ ²⁾. Законъ опредѣляетъ покушеніе, какъ дѣйствіе, коимъ начинается приведеніе въ исполненіе преступнаго дѣянія, учиненія коего желалъ виновный, не довершеннаго по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему (ст. 49 п. 1). Всѣ замѣчанія, сдѣланныя нами по адресу дѣйствующей у насъ системы нормировки судьбы добровольно оставленнаго покушенія должны быть отнесены и къ соотвѣствующимъ постановленіямъ уголовного уложенія. Только въ двухъ отношеніяхъ ст. 49 уг. ул. требуетъ особыхъ оговорокъ. При разборѣ ея необходимо, во первыхъ отмѣтить, что предусматриваемое ею правило, въ противоположность правилу ст. 113 ул. о нак., не знаетъ исключеній. Во вторыхъ, въ особомъ разъясненіи нуждается отношеніе ст. 49 къ добровольному предупрежденію результатовъ покушенія. Послѣдній вопросъ уже обратилъ на себя вниманіе нашихъ криминалистовъ.

¹⁾ Таганцевъ, Курсъ II, стр. 210.

²⁾ Объясненія, I, стр. 431, 432.

Разбирая ст. 49 ул., нѣкоторые изъ нашихъ ученыхъ подвергаютъ сомнѣнію возможность оставленія безъ наказанія добровольно парализованнаго покушенія. По ихъ мнѣнію, трудно сказать, если руководствоваться не объясненіями редакціонной комиссіи, а текстомъ ст. 49, признаетъ ли уголовное уложеніе «дѣятельное раскаяніе» условіемъ ненаказуемости оконченнаго покушенія. По смыслу ст. 49, нѣтъ покушенія, если не «по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему», не довершено дѣйствіе, «коимъ начинается осуществленіе преступнаго дѣянія, учиненія коего желалъ виновный». Отсюда, казалось бы, прямой выводъ, что если дѣйствіе довершено, то ст. 49 уже ни при какихъ обстоятельствахъ не въ состояніи облегчить положеніе виновнаго ¹⁾).

Ближайшій разборъ этого взгляда раскрываетъ его полную несостоятельность. Какъ мы говорили при разсмотрѣніи понятія о покушеніи, ст. 49 заключаетъ въ себѣ указаніе на два, существенно отличныхъ одно отъ другого, дѣйствія: 1) дѣйствіе, отъ котораго лицо ожидаетъ реализаціи преступления, или исполнительное дѣйствіе (дѣйствіе, коимъ начинается приведеніе въ исполненіе преступнаго дѣянія) и 2) дѣйствіе, воплощающее въ себѣ признаки преступления или преступленіе (преступнаго дѣянія, учиненія коего желалъ виновный...). Оба эти дѣйствія могутъ быть «довершенными и недовершенными», но если для безнаказанности субъекта требовать непременно добровольнаго недовершенія имъ исполнительнаго дѣйствія, то, конечно, добровольное предупрежденіе результатовъ оконченнаго покушенія не можетъ быть оставлено безъ наказанія, тогда какъ требованіе добровольнаго недовершенія преступленія,—отказа отъ воплощенія всѣхъ его признаковъ,—разумѣется, приведетъ и къ безнаказанности случаевъ добровольнаго предупрежденія результатовъ оконченнаго исполнительнаго дѣйствія. И вотъ, спрашивается, о недовершеніи какого же изъ вышеприведенныхъ двухъ дѣйствій говоритъ законъ, очерчивая составъ покушенія?

Авторы вышеприведеннаго взгляда полагаютъ, что законъ настаиваетъ на недовершеніи исполнительнаго дѣйствія. Однако, это явно неправильно, и ошибочность этого свидѣтельствуется полною несогласованностью словеснаго выраженія реквизита недовершенности дѣянія съ характеристикю исполнительнаго

¹⁾ Мокринскій, II, стр. 279.

дѣйствія («дѣйствіе, коимъ начинается приведеніе въ исполненіе... недовершеннаго...»). Законъ требуетъ, чтобы недовершено было не исполнительное дѣйствіе, а преступленіе, и это требованіе нашло себѣ ясное выраженіе въ его текстѣ («преступнаго дѣянія... не довершеннаго...»).

А если это такъ, то нельзя и отрицать безнаказанности добровольнаго предупрежденія результатовъ покушенія. Это обстоятельство, по справедливому признанію большинства криминалистовъ, приводитъ къ безнаказанности покушенія ¹⁾.

§ 33. Добровольно оставленное приготовленіе къ преступленію.

Вслѣдъ за установленіемъ юридическаго значенія добровольнаго отказа отъ продолженія преступной дѣятельности при покушеніи на преступленіе, необходимо обратиться къ анализу значенія этого обстоятельства при приготовительныхъ дѣйствіяхъ. При рѣшеніи этого вопроса, нужно отличать законодательства, признающія приготовленіе къ преступленію общою формою предварительной дѣятельности, отъ уложеній, квалифицирующихъ приготовленіе, какъ спеціальную, присущую лишь нѣкоторымъ преступленіямъ, форму этой дѣятельности.

Законодательства первой группы, давая въ общей части кодекса общее опредѣленіе природы приготовительныхъ дѣйствій, даютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и указаніе на спеціальныя условія, опредѣляющія безнаказанность этихъ дѣяній. Такъ, наше улож. о наказаніяхъ, упоминая о юридическомъ значеніи добровольнаго отказа отъ продолженія преступной дѣятельности, прямо оговаривается, что этотъ отказъ освобождаетъ виновнаго отъ наказанія не только при покушеніи на преступленіе, но и при приготовленіи къ нему (ст. 113). Точно также и уголовное уложеніе 1903 года постановляетъ, что приготовленіе наказывается только въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ оно было остановлено по обстоятельству, отъ воли виновнаго независѣвшему (ст. 50). Подобное же постановленіе находимъ мы и въ австрійскомъ проектѣ 1912 г. Этотъ проектъ отличается отъ нашего права тѣмъ, что признаетъ добровольный отказъ отъ приготовленія основаніемъ безнаказанности лишь въ случаѣ, когда субъектъ

¹⁾ Объясненія, I, стр. 432; Таганцевъ, I, стр. 720; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 181; Пусторослевъ, стр. 376, 377.

не былъ побужденъ къ отказу отъ приготовления обнаруженіемъ его дѣятельности третьими лицами и когда онъ обезвредилъ заготовленные имъ средства или орудія совершенія преступленія (§ 17) ¹⁾. Наконецъ, особо оговариваетъ безнаказанность добровольно оставленнаго приготовления и финл. уложеніе (гл. IV, § 3, п. 2) ²⁾.

Подобный пріемъ упомянутыхъ кодексовъ, конечно, заключаетъ въ себѣ вполне ясное рѣшеніе интересующаго насъ вопроса, и неудивительно, что и литература у насъ не обнаруживаетъ никакихъ колебаній при опредѣленіи значенія добровольнаго отказа субъекта отъ приготовления ³⁾. Совсѣмъ иное слѣдуетъ сказать о литературѣ тѣхъ законодательствъ, которыя придаютъ приготовленію значеніе специальной формы предварительной дѣятельности, присущей отдѣльнымъ преступленіямъ, и упоминаютъ о ней не въ общей, а лишь въ особенной части кодекса. Эти законодательства обыкновенно ничего не говорятъ о судьбѣ добровольно оставленнаго приготовления (только одно венгерское уложеніе специально оговариваетъ, что приготовленіе къ государственнымъ преступленіямъ не подлежитъ наказанію, въ случаѣ добровольнаго отказа отъ него виновнаго, § 136) и рѣшеніе этого вопроса выпадаетъ на долю доктрины, причемъ отдѣльные криминалисты проявляютъ весьма мало согласія. Для того, чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно познакомиться съ ученіями германской доктрины по интересующему насъ предмету.

Какъ мы знаемъ, германское уложеніе знаетъ только два случая наказуемаго приготовления—приготовленіе къ государственнымъ преступленіямъ и приготовленіе къ поддѣлкѣ монеты.

¹⁾ Vorentwurf zu einem Oesterreichischen Strafgesetzbuch, 1912, § 17. Wer eine strafbare Handlung vorbereitet, ist in den vom Gesetze bezeichneten Fällen strafbar. Der Täter, der freiwillig und nicht weil er weiss, dass seine Tätigkeit entdeckt ist, vom seiner Tätigkeit absteht und bewirkt, dass die vorhandenen Mittel oder Werkzeuge zur Verübung strafbarer Handlungen unbrauchbar werden, wird straflos.

²⁾ Финл. ул., сверхъ того, еще особо оговариваетъ примѣнимость этихъ правилъ къ приготовленію къ преступленію противъ Верховной Власти. ср. гл. XI, § 5. Установленные въ § 2 главы IV правила о покушеніи на преступленія примѣняются и къ покушенію на преступленіе противъ Верховной Власти, а также и къ приготовленію къ оному.

³⁾ Неклюдовъ, Прил. стр. 505; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 153; Таганцевъ, Лекціи I, стр. 686; Объясненія, I стр. 441; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 170, 171; Пусторослевъ, стр. 371; Познышевъ, стр. 346; Калмыковъ, стр. 128.

Въ первомъ случаѣ, это уложеніе караетъ всѣ виды приготовительныхъ дѣйствій, во второмъ—только отдѣльныя, особо указанная въ законѣ, приготовительныя дѣйствія. И вотъ, нѣкоторые ученые, задаваясь вопросомъ о значеніи добровольнаго отказа при приготовленіи, утверждаютъ, что, по германскому праву, этотъ отказъ ни при какихъ видахъ приготовленія не имѣетъ значенія, такъ какъ всѣ эти дѣянія формулируются закономъ, какъ самостоятельныя преступленія, а не какъ виды предварительной дѣятельности ¹⁾. Другіе столь же общно утверждаютъ обратное, и полагаютъ, что дѣйствіе положеній о безнаказанности добровольно оставленной преступной дѣятельности должно распространяться на указанные виды приготовленія въ виду несомнѣннаго значенія ихъ, какъ формъ предварительной дѣятельности ²⁾. Наконецъ, третьи считаютъ нужнымъ проводить различіе между случаями наказуемости всѣхъ вообще приготовительныхъ дѣйствій (§ 86) и случаями наказуемости отдѣльныхъ приготовительныхъ дѣйствій (§ 151). Первая группа случаевъ признается приготовленіемъ въ качествѣ формы предварительной дѣятельности, и примѣнимость къ ней правилъ о безнаказанности добровольно прерванной преступной дѣятельности доказывается ссылкой на аргументъ *a maiore ad minus*; если это основаніе безнаказанности имѣетъ силу при покушеніи какъ болѣе серьезной формѣ преступности, то оно имѣетъ тоже значеніе и при приготовленіи, какъ болѣе легкой формѣ преступности ³⁾. Напротивъ, вторая группа случаевъ признается приготовленіемъ въ формѣ оконченнаго преступленія и непримѣнимость къ нему правилъ § 46 герм. ул. доказывается ссылкой на § 204 этого ул., по которому наказаніе, опредѣленное за вызовъ на поединокъ и за принятіе этого вызова, а также наказаніе, положенное картельтрегерамъ, отпадаетъ, если стороны добровольно отступились отъ поединка до начала его. Если бы законъ признавалъ извѣстные виды подготовительной дѣятельности ненаказуемыми, въ случаѣ добровольнаго отказа субъекта отъ продолженія задуманнаго, то § 204 былъ бы излишнимъ. Ясно, что закону только потому и пришлось формулировать въ § 204 спеціально

¹⁾ Oppenhoff, Stgb, s. 249; Liszt, Lrb, s. 218; Wein, s. 18; Hatzig, s. 39

²⁾ Herzog, s. 231; Calker, (V. D. B. I), s. 42; Frank, s. 216, 217.

³⁾ Meyer, Lrb, s. 216, Meyer-Allfeld, Lrb, s. 183; Baumgarten, s. 471; Olshausen, Kommentar, s. 170.

безнаказанность добровольного отказа от подготовительной дѣятельности, что въ остальныхъ случаяхъ дѣйствуетъ противоположное правило ¹⁾.

Отъбнвая значеніе приводимыхъ германскою доктриною, при рѣшеніи вышеприведеннаго вопроса, соображеній, надо замѣтить, что нѣкоторыя изъ нихъ уже были взвѣшены нами ранѣе, и теперь уже не нуждаются въ разборѣ. Мы уже показали какъ неправильность мнѣнія, отрицающаго характеръ приготовления за всѣми случаями извѣстной герм. ул. подготовительной дѣятельности, такъ и ошибочность взгляда, признающаго приготовленіемъ только подготовительную преступную дѣятельность, запрещенную герм. ул. во всѣхъ ея видахъ. Несомнѣнно, что какъ дѣянія, предусмотрѣнные § 86, такъ и дѣянія, предусмотрѣнные § 151, одинаково должны быть признаны приготовленіемъ въ техническомъ смыслѣ. Но это еще не предрѣшаетъ собою вопроса о значеніи добровольнаго перерыва преступной дѣятельности при приготовленіи, и надлежитъ установить, можетъ ли правило § 46 герм. ул., сформулированное специально въ примѣненіи къ покушенію, быть распространено и на приготовленіе?

Обсуждая этотъ вопросъ, нужно прежде всего отмѣтить, что, для рѣшенія его, ссылка на § 204 герм. ул. лишена всякаго значенія. Какъ уже замѣчено въ доктринѣ, акты вызова на поединокъ и другія дѣйствія, предусматриваемыя этимъ параграфомъ, трудно сблизать съ приготовленіемъ въ собственномъ смыслѣ, ²⁾ и мы видѣли выше, что они и вообще не могутъ претендовать на эту квалификацію. Поэтому и правило § 204 ничего не говоритъ о судьбѣ добровольно оставленнаго приготовленія по германскому праву. Но, можетъ быть, юридическая судьба соответствующихъ дѣйствій успѣшно устанавливается путемъ примѣненія аргумента *a maiore ad minus*? Не отрицая убѣдительной силы этого аргумента, необходимо, однако, указать, что предложенное въ литературѣ примѣненіе его совершенно не удачно и неспособно привести къ разрѣшенію проблемы.

Въ самомъ дѣлѣ, вникнувъ въ существо приводимаго въ современной доктринѣ довода, нетрудно замѣтить, что онъ оперируетъ путемъ противопоставленія менѣе важной юридической категоріи категоріи юридической, болѣе важной, и

¹⁾ Baumgarten, s. 471; Olshausen, Kommentar, s. 170.

²⁾ Frank, s. 217.

заключенія, что льготы, присущія болѣе серьезнымъ видамъ преступности, должны быть необходимо присущими и болѣе легкимъ формамъ преступности. Но въ этой своей формѣ подлежащій доводъ вовсе не убѣдителенъ: есть льготы, безусловно присущія болѣе тяжкимъ формамъ преступности и совершенно чуждыя болѣе легкимъ ея формамъ; достаточно вспомнить постановленіе герм. ул. о безнаказанности поджигателя, добровольно потушившаго пожаръ (§ 310), чтобы убѣдиться, что законодатель иногда приурочиваетъ особыя льготы къ тягчайшимъ преступленіямъ, вовсе не распространяя ихъ на преступленія болѣе легкія. Ссылка на меньшую преступность приготовленія, по сравненію съ покушеніемъ, становится убѣдительною лишь при разсмотрѣніи этихъ дѣяній, какъ послѣдовательныхъ стадій развитія одной и той же дѣятельности. Въ этомъ случаѣ, дѣйствительно, становится яснымъ, что субъектъ, могущій безнаказанно отступить отъ покушенія, долженъ имѣть возможность безнаказанно отступаться и отъ приготовленія, если только право не желаетъ побуждать людей къ покушенію на преступленіе, какъ способу поставить себя въ лучшее положеніе.

Но ошибочно было бы думать, что послѣ этой оговорки, приведенное выше мнѣніе можетъ быть принято, и что оно вообще нуждается только въ формальной поправкѣ. Смыслъ вносимаго нами корректива лежитъ несравненно глубже, и рецепція его приводитъ къ тому, что аргументъ *a maiore ad minus* дѣлается непримѣнимъ тамъ, гдѣ его примѣняютъ германскіе ученые, и становится примѣнимымъ тамъ, гдѣ они его не примѣняютъ. Мы говорили, что безнаказанность отказа отъ приготовленія обусловливается тѣмъ, что приготовленіе представляется болѣе раннею стадіею преступной дѣятельности, чѣмъ покушеніе, и что человекъ, только что приступившій къ преступной дѣятельности, долженъ пользоваться по меньшей мѣрѣ тѣми же льготами, что и человекъ, уже успѣвшій выполнить нѣсколько отдѣльныхъ преступныхъ актовъ. Но, какъ мы знаемъ, значеніе приготовленія, какъ стадіи развитія преступной дѣятельности, существенно различно, смотря по тому, признается ли оно общемою формою предварительной дѣятельности, равноправною съ покушеніемъ, или же оно принимается за форму предварительной дѣятельности, специально присущую отдѣльнымъ преступленіямъ. Въ первомъ случаѣ, приготовленіе можетъ быть разсматриваемо, какъ общая форма преступности и сравниваемо съ

покушеніемъ также какъ съ общою формою преступности, независимо отъ свойствъ тѣхъ преступленій, о подготовленіи и выполненіи которыхъ идетъ рѣчь; во второмъ случаѣ, приготовленіе должно разсматриваться, какъ специальная форма преступности, и сравниваться только съ формами развитія тѣхъ специальныхъ преступленій, о приготовленіи къ которымъ идетъ рѣчь.

Въ первомъ случаѣ, приготовленію несомнѣнно обеспечивается безнаказанность перерыва виновнымъ своей дѣятельности по доброй волѣ, такъ какъ, будучи разсматриваемо вообще, оно всегда сохраняетъ значеніе стадіи предварительной дѣятельности, предшествующей покушенію на преступленіе. Напротивъ, во второмъ случаѣ, на приготовленіе распространяется интересующая насъ льгота только когда это приготовленіе примыкаетъ къ покушенію; если же приготовленіе примыкаетъ къ матеріально неоконченной дѣятельности, въ формѣ оконченнаго преступленія съ усѣченнымъ составомъ, то это приготовленіе подлежитъ наказанію и въ случаѣ добровольнаго отказа отъ него виновнаго, такъ какъ въ послѣднемъ случаѣ за приготовленіемъ не слѣдуетъ такой стадіи преступности, обратившись къ которой онъ могъ бы обезпечить себѣ возможность безнаказаннаго отказа отъ преступленія. Это соображеніе съ очевидностью показываетъ, что приготовленіе къ верховной измѣнѣ, переходящее при дальнѣйшемъ развитіи преступной дѣятельности виновнаго, не въ покушеніе, а въ оконченное преступленіе усѣченнаго типа, не можетъ быть оставлено безъ наказанія и въ случаѣ добровольнаго отъ него отказа преступника, а приготовленіе къ поддѣлкѣ монеты, переходящее въ соотвѣтствующихъ случаяхъ въ покушеніе на это преступленіе, должно пользоваться вышеуказанною льготою.

На тѣхъ же основаніяхъ, полагаемъ мы, долженъ разрѣшаться и вопросъ о судьбѣ добровольно оставленнаго приготовленія по другимъ законодательствамъ, признающимъ приготовленіе специальною формою предварительной дѣятельности. Сообразно съ этимъ, акты приготовленія къ поддѣлкѣ монеты и подлогу, предусмотрѣнные норвежск. ул. (§§ 177, 186) и голландск. ул. (а. 214, 223, 234), и акты приготовленія къ поддѣлкѣ монеты и преступленіямъ, совершаемымъ взрывчатыми веществами, извѣстные швейцарск. проекту (а. 173, 148), должны быть освобождены отъ наказанія въ случаѣ добровольнаго отказа виновнаго отъ продолженія преступной дѣятельности, такъ какъ эти

акты, при дальнѣйшемъ развитіи преступной дѣятельности, должны принять форму покушенія на преступленіе ¹⁾. Напротивъ, акты приготовленія къ государственнымъ преступленіямъ, караемые бельгійскимъ (а. 112) и португальскимъ (а. 164) кодексами, подлежатъ наказанію и въ случаѣ добровольнаго отказа отъ нихъ виновнаго, въ виду того, что они примыкають непосредственно не къ покушенію на преступленіе, а къ оконченному преступленію усѣченнаго типа (бельг. а. 103, 105; португал. а. 163).

§ 34. Негодное покушеніе. Общее понятіе.

Разсмотрѣнный видъ покушенія—добровольно оставленное покушеніе,—представляетъ собою разновидность покушенія, выдѣленную на основаніи особенностей причинъ, приведшихъ къ перерыву преступной дѣятельности виновнаго. Но добровольная остановка покушенія представляетъ собою отнюдь не единственную юридически важную причину неуспѣха дѣятельности виновнаго. На ряду съ этой причиною остановки развитія преступной дѣятельности, праву извѣстны еще и другія условія незаконченности предпринятой преступной дѣятельности, на разсмотрѣніи которыхъ мы и должны теперь остановиться.

Въ предшествующемъ изложеніи, при разборѣ отдѣльныхъ положеній ученія о покушеніи, намъ уже приходилось проводить различіе между тѣми преступленіями, которыя признаются оконченными съ момента реализаціи виновнымъ извѣстнаго дѣйствія и тѣми преступленіями, которыя почитаются оконченными только въ случаѣ воспослѣдованія за совершеннымъ виновнымъ дѣйствіемъ извѣстнаго результата. И вотъ, въ связи съ этимъ различіемъ въ строеніи состава преступленій, стоитъ и различіе въ условіяхъ успѣшности ихъ выполненія. Для успѣшнаго выполненія первой группы преступленій, необходимо только, чтобы виновный имѣлъ возможность совершить тѣ дѣйствія, которыя отвѣчаютъ предусмотрѣнному закономъ типу дѣяній, и дѣйствительно совершилъ ихъ. Успѣшное выполненіе второй

¹⁾ Иного взгляда придерживаются авторы норвежск. ул., утверждающіе, что добровольный перерывъ преступной дѣятельности при приготовленіи не обуславливаетъ собою безнаказанности виновнаго, а вызываетъ только смягченіе его отвѣтственности, согласно § 59 норв. кодекса ср. Motive, s. 154. Но § 59 предусматриваетъ не перерывъ преступной дѣятельности, а устраненіе ея вредныхъ послѣдствій, каковыхъ при приготовленіи обыкновенно и не бываетъ.

группы преступлений зависит не только от этих условий. Для реализации этих преступлений нужно не столько выполнение виновнымъ дѣйствій извѣстнаго типа—о формѣ этихъ дѣйствій законъ обыкновенно вообще ничего не говоритъ—сколько пригодность этихъ дѣйствій къ воспроизведенію преступнаго результата. Успѣшное окончаніе этихъ преступлений зависит не отъ соотвѣтствія учиненныхъ виновнымъ дѣйствій предусмотрѣнному закономъ типу ихъ, а отъ причинныхъ свойствъ этихъ дѣйствій.

Причинныя свойства человѣческихъ дѣяній или способность ихъ къ созданію извѣстныхъ результатовъ опредѣляются качествами примѣняемыхъ людьми при осуществленіи дѣйствія средствъ. Причина возникновенія желательныхъ для дѣйствующаго лица результатовъ состоитъ изъ совокупности условий наступленія этого результата. Одна часть этихъ условий воплощается во внѣшней обстановкѣ и не зависитъ отъ воли лица. Другая часть этихъ условий зависитъ отъ его воли и воплощается въ его дѣйствіи. И вотъ, тѣ элементы дѣйствій, которыя оказываютъ непосредственное воздѣйствіе на внѣшнюю обстановку и, по мысли виновнаго, должны превратить заключенныя въ ней условія результата въ причину его, т. е. должны довести условія результата до необходимой ихъ полноты, и представляютъ собою средства совершенія преступленія.

Итакъ, подъ средствомъ совершенія преступленія слѣдуетъ разумѣть тѣ явленія, которыя, будучи приведены въ соприкосновеніе съ окружающей обстановкой, должны, по мнѣнію виновнаго, причинить преступный результатъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда ожиданіе виновнаго оправдывается и результатъ наступаетъ вслѣдствіе примѣненія намѣченныхъ имъ средствъ, послѣднія называются годными средствами совершенія преступленія. Въ противоположномъ случаѣ, въ случаѣ обманутаго ожиданія виновнаго, средства получаютъ названіе негодныхъ средствъ въ обширномъ смыслѣ. Негодныя средства, въ свою очередь, раздѣляются на два вида и въ общей массѣ ихъ различается двѣ разновидности явленій по слѣдующему признаку.

Изъ изложеннаго видно, что годность средства или негодность его къ причиненію преступнаго результата, опредѣляется отношеніемъ явленія, употребляемаго въ качествѣ средства, къ внѣшней обстановкѣ выполненія дѣйствія. Средства, произведшія въ соединеніи съ внѣшней обстановкою преступный результатъ, суть годныя средства совершенія преступленія, средства,

не успѣвшія слиться съ внѣшними условіями результата въ причину этого результата, суть средства, негодныя для выполненія преступленія. Но обстановка совершенія преступленій представляется измѣнчивою, въ различныхъ случаяхъ она обладаетъ разными индивидуальными особенностями. Очевидно, что и примѣненіе однихъ и тѣхъ же средствъ въ зависимости отъ характера обстановки ихъ примѣненія можетъ приводить къ различнымъ результатамъ. Отсюда ясно, что не существуетъ и такихъ средствъ совершенія преступленія, которыя бы отличались абсолютно-годнымъ характеромъ.

Поэтому и о годности средствъ говорятъ обыкновенно не въ абсолютномъ, а въ относительномъ смыслѣ. Годность или негодность средствъ опредѣляется путемъ изслѣдованія отношенія явленія не ко всякой обстановкѣ выполненія преступленія, а къ нормальной обстановкѣ его выполненія. Тѣ явленія, которыя, будучи приведены въ соприкосновеніе съ нормальной, обыкновенною, внѣшнею обстановкою, приводятъ къ наступленію преступнаго результата, признаются годными средствами, хотя существуютъ такія обстоятельства, при которыхъ эти средства не могутъ привести къ выполненію преступленія. Напротивъ, тѣ явленія, которыя въ соединеніи съ нормальной обстановкою не приводятъ къ наступленію преступнаго результата, признаются негодными средствами, хотя существуютъ такія обстоятельства, при которыхъ эти средства могутъ привести къ выполненію преступленія.

Знакомство съ указаннымъ дѣленіемъ средствъ совершенія преступленія раскрываетъ намъ новую юридически существенную причину перерыва преступной дѣятельности виновнаго. Дѣятельность виновнаго, оставшаяся безрезультатною, получившая форму покушенія на преступленіе, вслѣдствіе негодности примѣненныхъ виновнымъ средствъ, выдѣляется въ особый видъ покушенія подъ названіемъ покушенія съ негодными средствами.

Но покушеніе съ негодными средствами еще не исчерпываетъ собою всей области негоднаго покушенія и, на ряду съ дѣйствіями, признаваемыми негоднымъ покушеніемъ, вслѣдствіе негодности употребленныхъ субъектомъ средствъ, существуютъ дѣйствія, составляющія негодное покушеніе, вслѣдствіе того, что они не воплощаютъ въ себѣ признаковъ посягательства на предусмотрѣнный закономъ объектъ. Этотъ видъ негоднаго покушенія также возможенъ не при всѣхъ преступленіяхъ, и онъ, въ свою очередь, распадается на цѣлый рядъ разновидностей,

для пониманія существа и природы которыхъ необходимо имѣть въ виду слѣдующее.

Анализируя составъ преступленій, нетрудно убѣдиться, что въ то время, какъ одни преступленія совершаются въ формѣ реализаціи извѣстныхъ типовъ дѣйствій, не вызывающихъ измѣненій въ какихъ-либо предметахъ внѣшняго міра, такъ что нарушеніе права выражается исключительно или въ измѣненіи предписаннаго правомъ порядка поведенія или въ несовершеніи тѣхъ дѣйствій, которыя право повелѣваетъ совершать, другія преступленія сопровождаются воздѣйствіемъ виновныхъ на извѣстныя явленія и такимъ видоизмѣненіемъ существа послѣднихъ, которое вызываетъ нарушеніе ихъ цѣлости и знаменуетъ собою наступленіе вреда. Такъ, напр., преступленія убійства, тѣлеснаго поврежденія и др., предполагаютъ наличность посягательства на человѣческую личность, преступленіе воровства посягаетъ на экономическую связь вещей съ имуществомъ, поврежденіе имущества—на цѣлость вещей и т. д. И вотъ, явленія, нарушеніе которыхъ необходимо для выполненія состава подлежащихъ преступленій, составляютъ особую группу элементовъ преступленія, подъ названіемъ предметовъ или объектовъ преступнаго воздѣйствія. Эти объекты составляютъ необходимый элементъ преступленій и, въ случаѣ умышеннаго совершенія этихъ преступленій, они должны необходимо отражаться и умысломъ виновнаго.

Изъ изложеннаго ясно, что лицо, совершающее покушеніе на одно изъ обладающихъ объектами преступнаго воздѣйствія преступленій, неизбѣжно должно себѣ представлять объектъ соответствующаго типа и ставить его цѣлью своего воздѣйствія. И, дѣйствительно, въ нормальномъ случаѣ, покушеніе и производитъ измѣненія въ намѣченномъ виновнымъ объектѣ, виновный производитъ воздѣйствіе на человѣка, вещь и т. д.¹⁾ Но возможенъ и другой исходъ покушенія: можетъ случиться, что дѣйствіе виновнаго, рассчитанное на видоизмѣненіе извѣстнаго объекта или его положенія, этого объекта не касается. Эти случаи и представляютъ

¹⁾ Нормальною формою покушенія надъ годнымъ объектомъ является такое воздѣйствіе виновнаго на этотъ объектъ, которое не вызываетъ въ немъ предусмотрѣнныхъ составомъ задуманнаго преступленія измѣненій (напр., виновный вмѣсто смерти лица причиняетъ ему только рану). Но при покушеніи надъ годнымъ объектомъ возможно и такое пораженіе объекта преступнаго воздѣйствія, которое вполне совпадаетъ съ характернымъ для оконченнаго преступленія измѣненіемъ этого объекта. Таково положеніе дѣла при покушеніи на квалифицированныя по послѣдствію преступленія.

для насъ въ настоящее время ближайшій интересъ и они и даютъ содержаніе ученію о значеніи свойствъ объекта при покушеніи.

Анализируя тѣ случаи, въ которыхъ дѣйствіе виновнаго миновало намѣченный имъ объектъ (объектъ воли), нетрудно убѣдиться, что они распадаются на нѣсколько категорій и могутъ быть раздѣляемы на группы по различнымъ основаніямъ. Такъ, при классификаціи этихъ видовъ покушенія можно обращать вниманіе на то, существовалъ ли вообще намѣченный виновнымъ объектъ или нѣтъ и различать покушеніе надъ существующимъ объектомъ и покушеніе надъ несуществующимъ объектомъ. Затѣмъ, возможно принимать за основаніе классификаціи этихъ видовъ покушенія признаковъ наличности или отсутствія замѣны на мѣстѣ преступленія намѣченнаго виновнымъ объекта другимъ объектомъ, замѣны, вызванной ошибкою виновнаго, принявшаго посторонній предметъ за интересующій его объектъ, и, въ случаѣ наличности подобной замѣны намѣченнаго лицомъ объекта другимъ предметомъ, различать субституцію объекту воли годнаго объекта (*error in objecto*) и замѣну объекта воли негоднымъ объектомъ (покушеніе надъ негоднымъ объектомъ). Наконецъ, возможно создать еще болѣе дробную классификацію этихъ видовъ покушенія, используя одно изъ вышеприведенныхъ основаній дѣленія этихъ дѣйствій для умноженія рубрикъ классификаціи, порожденной проведеніемъ другого основанія дѣленія. Такъ, дробя первую классификацію покушенія, мы можемъ каждую изъ ея рубрикъ раздѣлить на подгруппы, смотря по тому, былъ ли намѣченный виновнымъ объектъ замѣненъ другимъ объектомъ или нѣтъ, и затѣмъ произвести дальнѣйшее дробленіе этихъ подгруппъ, руководствуясь свойствами замѣняющаго намѣченный объектъ предмета—его годностью или негодностью. Въ результатъ этого, покушеніе на существующій объектъ распадется на покушеніе на объектъ, существующій, но замѣненный на мѣстѣ преступленія другимъ предметомъ, и на покушеніе на существующій, но не замѣненный другимъ предметомъ, объектъ (покушеніе на отсутствующій объектъ). Первое покушеніе въ свою очередь распадется на покушеніе на годный объектъ (*error in objecto*) и покушеніе надъ негоднымъ объектомъ. Или же, напротивъ, возможно воспользоваться первымъ принципомъ классификаціи покушенія для дробленія рубрикъ, вызванныхъ проведеніемъ второго основанія дѣленія покушенія на виды и дробить рубрики покушенія, смотря по тому, существовалъ ли

намѣченный виновнымъ объектъ или нѣтъ. Дробя рубрики покушенія, характеризующагося замѣною недостающаго объекта воли иными объектами, мы можемъ дѣлать покушеніе на годный объектъ (error in objecto) на два вида, смотря по тому, существовали ли реально намѣченный виновнымъ объектъ или нѣтъ, и этотъ же пріемъ примѣнимъ и къ покушенію надъ негоднымъ объектомъ, при которомъ также намѣченный виновнымъ объектъ можетъ или существовать или не существовать. Дробя рубрики покушенія, характеризующагося отсутствіемъ замѣны недостающаго объекта воли другими объектами, мы получаемъ противоположеніе покушенія на недостающій, но существующій объектъ (покушеніе на отсутствующій объектъ) и покушенія на недостающій и несуществующій объектъ (покушеніе на несуществующій объектъ).

Въ виду возможности проведенія классификаціи интересующихъ насъ видовъ покушенія по различнымъ основаніямъ, возникаетъ вопросъ о тѣхъ критеріяхъ, которые должны опредѣлять собою выборъ изслѣдователя при выполненіи соответствующей задачи. Для того, чтобы разрѣшить эту проблему, необходимо принять во вниманіе, что вышеприведенныя классификаціи не только служатъ цѣли приведенія въ порядокъ и систематизаціи интересующихъ насъ видовъ покушенія, но что онѣ, вмѣстѣ съ тѣмъ, приводятъ и къ раскрытію содержанія понятій объ отдѣльныхъ видахъ покушенія, показывая тѣ формы, въ которыхъ отдѣльные виды покушенія могутъ проявляться, — дѣленіе отдѣльныхъ категорій покушенія на виды сводится къ анализу содержанія этихъ категорій и содержаніе понятій, являющихся начальными членами классификаціи, поясняется понятіями, являющимися послѣдующими членами этой классификаціи. А если такъ, то и принципы классификаціи видовъ покушенія въ этой области перестаютъ быть безразличными, и мы оказываемся вынужденными давать такое распредѣленіе отдѣльныхъ видовъ покушенія, которое лучше всего содѣйствуетъ пониманію содержанія юридически существенныхъ видовъ этого типа предварительной дѣятельности. Мы должны ставить во главу классификаціи такія понятія, которыя имѣютъ первенствующее юридическое значеніе и обезпечивать имъ этимъ путемъ возможно большую ясность содержанія.

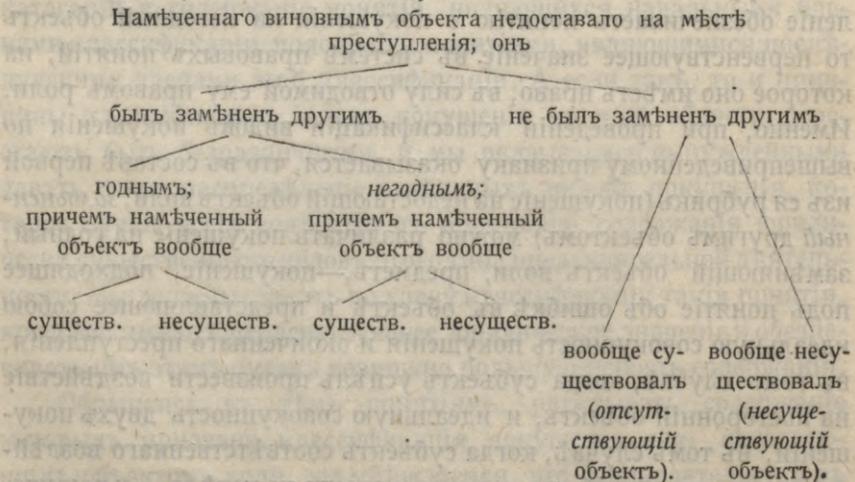
Обращаясь къ тѣмъ понятіямъ, раскрывать содержаніе которыхъ призвана классификація покушенія надъ недостающимъ объектомъ воли, мы убѣждаемся, что законодательства въ этомъ отношеніи даютъ намъ двоякаго рода директивы.

Большинство современных правовых систем знает следующие два вида покушения на недостающий объект воли— покушение на негодный объект и покушение на отсутствующий объект, и только эти два понятия составляют необходимые элементы этих правовых систем. Что касается покушения на несуществующий объект, то этот вид покушения обыкновенно вовсе не упоминается в большинстве правовых систем, и если о нем иногда и говорится, то только вскользь, без придания ему характера основного вида покушения надь недостающим объектом. Отсюда ясно, что при изложении положений о покушении надь недостающим объектом, по большинству правовых систем, необходимо прежде всего установить содержание понятий о покушении на негодный объект и о покушении на отсутствующий объект, а содержание понятия о покушении на объект несуществующий выяснится из того материала, который не будет охвачен двумя предшествующими понятиями, и под этим видом покушения мы будем разуметь те попытки совершения преступления надь недостающим объектом, которые не подходят ни под понятие о покушении на негодный объект, ни под понятие о покушении на объект отсутствующий. Сообразно съ этимъ, и при классификации видовъ покушения на недостающий объект, по большинству правовых систем, необходимо прежде всего обращать внимание на то, былъ ли этотъ недостающий объект замѣненъ на мѣстѣ преступления какимъ-либо другимъ объектомъ или нѣтъ, такъ какъ только это дѣленіе обезпечиваетъ понятію о покушении на негодный объектъ то первенствующее значеніе въ системѣ правовыхъ понятій, на которое оно имѣетъ право, въ силу отводимой ему правомъ роли. Именно, при проведеніи классификаціи видовъ покушения по вышеприведенному признаку оказывается, что въ составѣ первой изъ ея рубрикъ (покушеніе на недостающий объектъ воли, *замѣненный* другимъ объектомъ) можно различать покушеніе на годный, замѣняющій объектъ воли, предметъ,—покушеніе, подходящее подь понятіе объ ошибкѣ въ объектѣ и представляющее собою идеальную совокупность покушенія и оконченнаго преступленія, въ томъ случаѣ, когда субъектъ успѣлъ произвести воздѣйствіе на посторонній объектъ, и идеальную совокупность двухъ покушеній, въ томъ случаѣ, когда субъектъ соотвѣтственнаго воздѣйствія на посторонній предметъ произвести не успѣлъ,—и покушеніе на негодный, замѣняющій объектъ воли, предметъ—покушеніе

надъ негоднымъ объектомъ,—причемъ оба эти понятія охватываютъ собою всѣ случаи покушенія на замѣняющіе объекты, совершенно безотносительно, замѣняли ли эти объекты собою такой недостающій объектъ, который вообще существуетъ или такой недостающій объектъ, который и вообще не существуетъ. Напротивъ, вторая рубрика этой классификаціи (покушеніе на недостающій объектъ, *незамѣненный* другимъ объектомъ) распадется на два подъотдѣла—покушеніе на недостающій на мѣстѣ преступленія, но существующій въ другомъ мѣстѣ, объектъ—покушеніе на отсутствующій объектъ—и покушеніе на объектъ, не только недостающій на мѣстѣ преступленія, но и вообще несуществующій—покушеніе на несуществующій объектъ ¹⁾.

Совершенно иной точки зрѣнія придерживается наше уголовное уложеніе 1903 г. Основными видами покушенія на недостающій объектъ оно признаетъ покушеніе на несуществующій объектъ и покушеніе на объектъ негодный и, посвящая этому вопросу особую статью, оно постановляетъ, что «не почитается преступнымъ дѣяніе, направленное на предметъ несуществующій или очевидно негодный для учиненія того рода преступнаго дѣянія, которое замыслено» (ст. 47). Выдвигая на первый планъ покушеніе на несуществующій объектъ, это уложеніе обязываетъ насъ принять, при толкованіи его постановленій, такое дѣленіе покушенія на недостающій объектъ, которое обезпечиваетъ

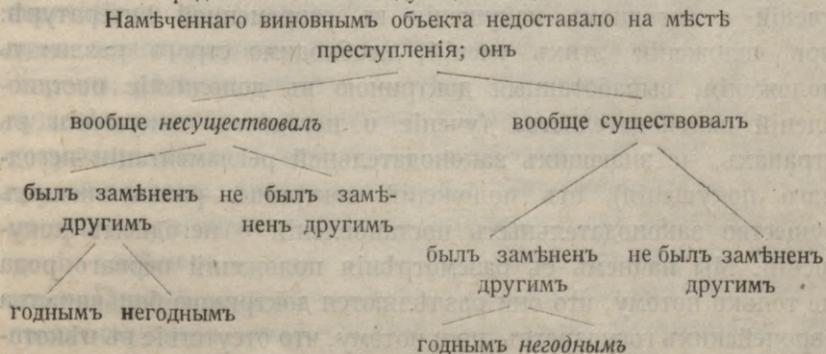
¹⁾ Схематически это дѣленіе покушенія надъ недостающимъ объектомъ можетъ быть представлено въ слѣдующемъ видѣ:



Напечатанное курсивомъ означаетъ юридически существенные случаи покушенія на недостающій объектъ.

первенствующее значеніе понятію о покушеніи на несуществующій объектъ. Такимъ дѣленіемъ является классификація, подраздѣляющая покушеніе на недостающій объектъ на покушеніе на объектъ, не только не бывшій на мѣстѣ преступленія, но и вообще *несуществующій* (покушеніе на несуществующій объектъ) и на покушеніе на недостающій, но *существующій* объектъ. Первый видъ покушенія обнимаетъ собою всѣ виды покушенія на несуществующій объектъ воли, совершенно безотносительно, былъ ли онъ *замѣненъ* другимъ объектомъ или же онъ *не былъ имъ замѣненъ* и, слѣдовательно, онъ охватываетъ собою также и случаи покушенія на несуществующій объектъ, замѣненный *негоднымъ* объектомъ (покушеніе на негодный объектъ по угол. ул. не имѣетъ самостоятельнаго юридическаго значенія въ томъ случаѣ, когда негодный объектъ замѣняетъ собою несуществующій объектъ воли; это покушеніе принимается въ расчетъ только въ качествѣ вида покушенія на несуществующій объектъ). Второй видъ покушенія охватываетъ собою всѣ виды покушенія на недостающій на мѣстѣ совершенія преступленія, но вообще существующій объектъ. Этотъ видъ покушенія подраздѣляется на покушеніе на объектъ недостающій и *не замѣненный* на мѣстѣ преступленія другимъ объектомъ—покушеніе на отсутствующій объектъ—и покушеніе на объектъ недостающій, но *замѣненный* другимъ объектомъ, объектомъ либо годнымъ (ошибка въ объектѣ), либо негоднымъ (покушеніе на негодный объектъ). Покушеніе на негодный объектъ, по угол. ул. имѣетъ юр. значеніе лишь въ случаѣ, когда негодный объектъ замѣнял собою существующій объектъ воли ¹⁾).

¹⁾ Схематически, это дѣленіе покушенія надъ недостающимъ объектомъ можетъ быть представлено въ слѣдующемъ видѣ:



Напечатанное курсивомъ означаетъ юридически существенные виды покушенія надъ недостающимъ объектомъ по уголовному уложенію 1903 г.

Такимъ образомъ, къ области негоднаго покушенія въ обширномъ смыслѣ слѣдуетъ относить покушеніе съ негодными средствами и покушеніе на объекты: негодный, отсутствующій и несуществующій. Но знакомства съ этими данными еще далеко не достаточно для оріентировки въ современныхъ ученіяхъ о негодномъ покушеніи. Для пониманія существа этихъ ученій необходимо имѣть въ виду, что характеръ ихъ опредѣляется не только содержаніемъ понятія о негодномъ покушеніи, но и отношеніемъ законодательства къ этому виду предварительной дѣятельности. Дѣло въ томъ, что несмотря на многолѣтнее существованіе понятія о негодномъ покушеніи, это понятіе далеко не всегда находитъ себѣ опредѣленіе въ уголовныхъ кодексахъ (большинство уложеній вообще объ этомъ видѣ покушенія не упоминаетъ) и, въ тѣхъ случаяхъ, когда кодексы говорятъ о негодномъ покушеніи, они даютъ обыкновенно далеко не полную нормировку всѣхъ его видовъ, касаясь только покушенія съ негодными средствами и игнорируя покушеніе, негодное въ силу свойствъ объекта. И вотъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда законодательство не заключаетъ въ себѣ постановленій о негодномъ покушеніи или объ отдѣльныхъ его видахъ, на долю доктрины выпадаетъ не только рѣшеніе вопроса о содержаніи понятія о негодномъ покушеніи, но и рѣшеніе вопроса объ основаніяхъ особаго отношенія права къ этому дѣянію или отдѣльнымъ его видамъ и ученія о негодномъ покушеніи, въ послѣднемъ случаѣ, состоятъ изъ двухъ элементовъ: положеній о содержаніи понятія о негодномъ покушеніи и положеній объ основаніи безнаказанности негоднаго покушенія.

Этими соображеніями опредѣляется и порядокъ изложенія ученій о негодномъ покушеніи въ современной литературѣ: при изложеніи этихъ ученій, необходимо строго различать положенія, выработанныя доктриною въ дополненіе постановленій законодательства (ученіе о негодномъ покушеніи въ странахъ, не знающихъ законодательной регламентаціи негоднаго покушенія), отъ положеній доктрины, разъясняющихъ существо законодательныхъ постановленій о негодномъ покушеніи. Мы начнемъ съ разсмотрѣнія положеній перваго рода не только потому, что они раздѣляются доктриною большинства европейскихъ государствъ, но и потому, что отсутствіе въ нѣкоторыхъ государствахъ законодательныхъ постановленій о негодномъ покушеніи побудило доктрину соотвѣтствующихъ странъ

обратить особое вниманіе на разработку этого вопроса, въ результатѣ чего получилась чрезвычайно развитая система понятій, знакомство съ которой можетъ служить прекраснымъ введеніемъ къ изученію законодательныхъ постановленій о негодномъ покушеніи.

§ 35. Негодное покушеніе въ германскомъ правѣ. Понятіе о покушеніи съ негодными средствами.

Приступая къ разсмотрѣнію юридическаго значенія негоднаго покушенія въ тѣхъ странахъ, законодательство которыхъ не заключаетъ въ себѣ никакихъ постановленій по этому предмету, мы остановимся сначала на обзорѣніи относящихся сюда положеній германскаго права, такъ какъ вопросъ о негодномъ покушеніи получилъ особенно подробную разработку именно въ германской юридической литературѣ. Германскіе криминалисты работаютъ надъ рѣшеніемъ проблемы о негодномъ покушеніи уже болѣе ста лѣтъ, и за это время успѣла вырости громадная литература объ этомъ видѣ предварительной дѣятельности. Однако, несмотря на это, еще до сихъ поръ не существуетъ согласія между юристами относительно того, какіе виды негоднаго покушенія, по германскому праву, имѣютъ самостоятельное юридическое значеніе и признаются ненаказуемыми дѣяніями. Причина этого, по нашему убѣжденію, заключается въ слѣдующемъ.

Какъ было показано уже выше, вопросъ о негодномъ покушеніи въ странахъ, не знающихъ законодательныхъ постановленій по этому предмету, распадается на двѣ проблемы: на долю юриспруденціи, въ этомъ случаѣ, выпадаетъ, съ одной стороны, рѣшеніе вопроса о томъ, какія формы негоднаго покушенія имѣютъ юридическое значеніе,—всѣ ли виды этого покушенія должны почитаться безнаказанными или нѣтъ; съ другой стороны, рѣшеніе вопроса о тѣхъ основаніяхъ, въ силу которыхъ эти виды покушенія выдѣляются изъ понятія о покушеніи вообще и влекутъ за собою особія юридическія послѣдствія. Первый вопросъ—вопросъ о содержаніи понятія о негодномъ покушеніи—долженъ быть разрѣшаемъ на основаніи данныхъ правосознанія, нашедшихъ себѣ выраженіе въ практикѣ и доктринѣ извѣстной страны, рѣшеніе же второго должно

заклучаться въ раскрытіи тѣхъ догматическихъ основаній, которыя приводятъ къ выдѣленію негоднаго покушенія изъ понятія о покушеніи и обезпечиваютъ ему самостоятельное юридическое значеніе, т. е. въ указаніи формальныхъ основаній къ оставленію соответствующаго покушенія безъ наказанія. Рѣшеніе перваго вопроса вовсе не зависитъ отъ рѣшенія втораго и наоборотъ, и потому легко можетъ статься, что ученіе, удачно опредѣляющее существо понятія о негодномъ покушеніи, совершенно ошибочно толкуетъ существо основаній, освобождающихъ это покушеніе отъ наказанія, а ученіе, успѣвшее правильно опредѣлить догматическое основаніе безнаказанности негоднаго покушенія, заблуждается при обрисовкѣ содержанія этого вида предварительной дѣятельности и что, отвергая ошибочную часть соответствующихъ ученій, мы обязаны принимать правильные его тезисы и утвержденія. Между тѣмъ, современная наука этихъ двухъ сторонъ ученія о негодномъ покушеніи не различаетъ, разсматриваетъ эти ученія какъ органическое цѣлое и отвергаетъ ихъ цѣликомъ уже по установленіи ошибочности какого-либо одного изъ ихъ элементовъ. Это создаетъ впечатлѣніе великой спорности рѣшенія проблемы о негодномъ покушеніи въ германскомъ правѣ и внушаетъ убѣжденіе въ крайней трудности удовлетворительнаго ея разрѣшенія, такъ какъ рѣдко ученый, понимающій согласно съ другимъ область безнаказанности негоднаго покушенія, раздѣляетъ и взглядъ своего коллеги на догматическое основаніе безнаказанности этого покушенія. Только тогда, когда мы раздѣлимъ отдѣльные элементы ученія о негодномъ покушеніи другъ отъ друга и будемъ разсматривать воззрѣнія ученыхъ на существо негоднаго покушенія отдѣльно отъ ихъ воззрѣній на основанія безнаказанности этого дѣянія, станеть возможнымъ рѣшить интересующую насъ проблему: установить точку зрѣнія большинства германскихъ юристовъ на область ненаказуемаго негоднаго покушенія и опредѣлить основанія безнаказанности этого покушенія по германскому праву.

Такимъ образомъ, изложеніе ученія о негодномъ покушеніи въ германскомъ правѣ естественно распадается на двѣ части: изложеніе воззрѣній на существо негоднаго покушенія и изложеніе воззрѣній на основанія безнаказанности этого покушенія. Разсмотрѣніе первой проблемы мы начнемъ съ разбора воззрѣній германскихъ криминалистовъ на существо покушенія съ негод-

ными средствами. Общая масса мнѣній юристовъ по этому предмету должна быть разбита на отдѣльныя категоріи и, изъ состава этихъ категорій, должно быть выдѣлено мнѣніе, отражающее взгляды большинства современныхъ криминалистовъ. Последнее мнѣніе и выразить собою отношеніе современнаго германскаго правосознанія къ вопросу объ области безнаказанности покушенія съ негодными средствами и за нимъ однимъ и можетъ быть признано нормативное значеніе. Однако, чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію этой проблемы, необходимо устранить тѣ сомнѣнія относительно ея разрѣшимости, которыя были высказаны въ наукѣ уголовного права.

Такъ, нѣкоторые ученые, вполне сочувствуя идеѣ обращенія къ правосознанію за разрѣшеніемъ проблемы о содержаніи правового понятія о покушеніи съ негодными средствами, полагають, однако, что правосознаніе въ настоящее время еще не способно дать отвѣта на этотъ вопросъ и что оно вынесетъ рѣшеніе его только въ будущемъ. По ихъ мнѣнію, въ настоящее время проблема содержанія понятія о негодномъ покушеніи еще не разрѣшена, хотя и можно съ полнымъ правомъ утверждать, что *communis opinio* представителей доктрины не раздѣляетъ высказаннаго рейхсгерихтомъ мнѣнія на наказуемость негоднаго покушенія. Современное положеніе вопроса налагаетъ на каждого криминалиста двоякаго рода обязанности: съ одной стороны, по мѣрѣ силъ, работать надъ разрѣшеніемъ этой проблемы, съ другой стороны, непрестанно помнить, что проекты ея рѣшенія, предлагаемыя отдѣльными лицами, имѣють цѣнность лишь постольку, поскольку они встрѣчаютъ одобреніе со стороны другихъ юристовъ. Здѣсь дѣло касается не толкованія закона, а выработки новаго правового положенія ¹⁾. Другіе криминалисты идутъ дальше и утверждаютъ, что анализъ правосознанія юристовъ вообще неспособенъ сколько-нибудь подвинуть разрѣшеніе интересующей насъ проблемы, въ виду чрезмѣрной спорности всѣхъ пунктовъ ученія о негодномъ покушеніи въ современной доктринѣ. Наука о правѣ, замѣчаютъ эти ученые, до сихъ поръ только и дѣлала, что вносила въ ученіе о негодномъ покушеніи безчисленное количество контроверзъ ²⁾ и вообще о принятіи содержанія правосознанія за основаніе рѣ-

¹⁾ Liszt, Z, I, 1881, s. 107.

²⁾ Buri, Z, I, 1881, s. 209.

шенія вопроса о негодномъ покушеніи, не можетъ быть рѣчи до тѣхъ поръ, пока не выработается единства правосознанія, хотя бы у профессиональныхъ юристовъ ¹⁾. Съ этими утверженіями нельзя согласиться.

Такъ, прежде всего, что касается пресловутой спорности ученія о негодномъ покушеніи, то анализъ литературы показываетъ, что она обусловлена главнымъ образомъ не столько различіемъ воззрѣній на содержаніе понятія о негодномъ покушеніи, сколько несогласіемъ взглядовъ ученыхъ на юридическую природу основаній безнаказанности этого вида покушенія, т. е., такими разсужденіями, которыя лишены всякаго нормативнаго значенія. Спорность интересующаго насъ ученія кажется ученымъ препятствіемъ къ разрѣшенію проблемы объ области ненаказуемаго покушенія только потому, что обыкновенно въ литературѣ недостаточно различаются разнородныя положенія разсматриваемаго ученія. Далѣе, если и въ области нормативныхъ критеріевъ опредѣленія границъ наказуемости, литературою отмѣчается большое разнообразіе, то это объясняется въ значительной мѣрѣ тѣмъ, что криминалисты упускаютъ изъ виду историческую измѣнчивость рѣшеній этого вопроса и сопоставляютъ другъ съ другомъ всѣ положенія, которыя только были высказаны въ доктринѣ за послѣднее столѣтіе по данному вопросу, тогда какъ реальное нормативное значеніе имѣютъ только положенія, защищаемыя современными юристами. Наконецъ, неправильно было бы думать, что рѣшеніемъ проблемы о содержаніи понятія о негодномъ покушеніи можетъ быть почитаемъ только тотъ взглядъ, который раздѣляется всѣми юристами настоящаго времени. Рѣшеніе соответствующаго вопроса авторитетно предопредѣляетъ собою наши взгляды въ этой области и въ томъ случаѣ, когда оно раздѣляется только большинствомъ представителей современной юриспруденціи.

Такимъ образомъ, для опредѣленія области ненаказуемаго покушенія, достаточно установить господствующій въ настоящее время взглядъ на ненаказуемое покушеніе съ негодными средствами. Однако, изъ этого не слѣдуетъ, чтобы при научной разработкѣ этого вопроса было возможно игнорировать предложенныя ранѣе приемы его разрѣшенія. Научно правильнымъ является ученіе, не только удачно передающее содержаніе правосознанія

¹⁾ Röver, s. 45.

по данному вопросу, но и логически корректно формулирующее постулаты этого правосознания. Для успешнаго выполнения послѣдней задачи, необходимо пріобрѣтеніе извѣстныхъ перспективъ въ области формулировки содержанія понятія о негодномъ покушеніи, которыя именно и раскрываются при разсмотрѣніи и оцѣнкѣ предложенныхъ въ наукѣ пріемовъ рѣшенія этой проблемы. Сообразно съ этимъ, мы считаемъ невозможнымъ обойтись безъ соотвѣтственнаго разбора предложенныхъ въ разное время учеными критеріевъ опредѣленія сферы ненаказуемаго покушенія. Какъ было уже замѣчено, анализъ ученыхъ отдѣльныхъ криминалистовъ по этому предмету показываетъ, что кругъ юридически существенныхъ случаевъ негодности средствъ при покушеніи опредѣлялся ими далеко не одинаково и что ученые очерчивали его границы различно.

Наиболѣе широко опредѣляютъ границы безнаказаннаго покушенія съ негодными средствами тѣ криминалисты, которые признаютъ безнаказаннымъ всякое покушеніе съ примѣненіемъ такихъ средствъ, которыя въ соединеніи съ нормальною обстановкою не способны воспроизвести преступный результатъ. Представители этого взгляда признаютъ наказуемымъ только такое покушеніе, которое было прервано новою, не имѣвшеюся виновнымъ въ виду, при предпріятіи преступленія, силою ¹⁾. Въ противномъ случаѣ, покушеніе ненаказуемо совершенно безотносительно къ тому, было ли негодное средство именно избрано виновнымъ или же онъ, избравъ вполнѣ годное средство, въ рѣшительный моментъ случайно перепуталъ его съ негоднымъ (напр., вмѣсто стакана съ ядомъ, схватилъ стаканъ съ водою, стоявшій рядомъ ²⁾), было ли средство по существу негоднымъ для воспроизведенія этого типа преступленія или же оно было примѣнено только въ недостаточномъ для причиненія преступнаго результата количествѣ (недостаточная доза яда); ³⁾ было ли средство само по себѣ непригодно къ воспроизведенію преступленія или же оно стало негоднымъ только послѣ приведенія его виновнымъ въ удобный для примѣненія его видъ (напр., виновный, имѣя въ виду дать жертвѣ ядъ въ формѣ кушанья, подмѣшалъ ядъ въ такое вещество, которое его совершенно нейтрализовало) ⁴⁾.

¹⁾ Rubo, GS, B. XVII, 1865, s. 30, 31, 38, 43.

²⁾ Rubo, GS, B. XVII, 1865, s. 10, 11.

³⁾ Rubo, GS, B. XVII, 1865, s. 23, 24, 28, 36, 37.

⁴⁾ Rubo, GS, B. XVII, 1865, s. 43, 44.

Къ этому же направленію относятся криминалисты, признающіе безнаказаннымъ примѣненіе всякихъ абсолютно негодныхъ средствъ и не дѣлающіе при этомъ никакихъ особыхъ оговорокъ ¹⁾.

Обращаясь къ оцѣнкѣ этого критерія опредѣленія круга безнаказанныхъ случаевъ покушенія съ негодными средствами, необходимо сказать, что разборомъ его уже издавна занимается литература уголовного права и что анализу состоятельности разграниченія годныхъ и негодныхъ средствъ посвящаютъ немало вниманія и современные криминалисты. При этомъ, вниманіе науки сосредоточивается главнымъ образомъ на разсмотрѣніи вопроса о логической основательности противоположенія упомянутыхъ средствъ, съ одной стороны, и вопроса о соответствіи этого критерія нормировки области наказуемаго покушенія требованіямъ нашего правосознанія, съ другой.

Такъ, прежде всего, по поводу приведеннаго ученія о негодномъ покушеніи замѣчаютъ, что понятіе о средствѣ представляется слишкомъ неопредѣленнымъ, чтобы имѣть какое-либо научное значеніе. Подъ средствомъ можно разумѣть какъ вещи, такъ и измѣненія вещей. Въ случаѣ лишенія жизни путемъ выстрѣла изъ ружья, средствомъ преступленія можетъ быть названо стрѣляніе, пистонъ, пуля, порохъ, рана, нажимъ курка и многое другое. Какое же изъ этихъ явленій ученые имѣютъ въ виду, когда говорятъ о негодномъ средствѣ? ²⁾

Это возраженіе нельзя признать правильнымъ. Подъ средствомъ преступленія слѣдуетъ разумѣть все то, съ помощью чего субъектъ становится въ воспрещенное отношеніе или не становится въ предписанное отношеніе къ объекту ³⁾. Средству преступленія слѣдуетъ противопоставлять, съ одной стороны,

¹⁾ Geib, I, s. 308; Binding, Normen, II, s. 411; Zimmermann, Zur Auslegung des § 43 des Reichs-Strafgesetzbuchs, Goldammer Archiv für Strafrecht, B. XXIX, 1881, s. 182; Zimmermann, Zur Auslegung des § 43 des Reichs-Strafgesetzbuchs, Zweiter Beitrag, Goldammer Archiv für Strafrecht, B. XXX, 1882, s. 144; Binding, Hdb, s. 693, 694; Villnow, GA, XXXV, 1887, s. 103, 129; Baumgarten, s. 421, 422. Berner, Lrb, s. 140, 141; Beling Gründzüge, s. 41; Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, s. 329, 330; Wach, Reform, I, s. 22, 23; M. E. Mayer, Reform, I, s. 336; Sontag, Der Vorentwurf eines neuen Deutschen Strafgesetzbuch, 1911, s. 44; Schoetensack, Verbrechenversuch, s. 386.

²⁾ Lammasch, Moment, s. 17, 18; Fabian, s. 10; Germann, s. 32.

³⁾ Мокринскій, III, стр. 443.

объектъ преступленія, видоизмѣненіе котораго должно быть вызвано средствами преступленія, съ другой,—дѣйствіе виновнаго, примѣняющее средство. Поэтому въ приведенномъ примѣрѣ, средствомъ преступленія нельзя считать ни рану (результатъ дѣйствія средства), ни стрѣляніе (дѣйствіе примѣняющее средство). Остальныя же явленія,—патронъ, пуля и пр.—представляютъ собою составныя части ружья, какъ средства лишенія жизни, и годность послѣдняго опредѣляется наличностью этихъ предметовъ въ ружьѣ и исправностью ихъ состоянія.

Говорить о существованіи особаго вида покушенія съ негодными средствами, замѣчаютъ далѣе криминалисты, неправильно потому, что вообще понятіе о негодномъ средствѣ представляетъ собою *contradictio in adjecto*. Средствомъ можетъ быть названо только такое явленіе, которое привело къ цѣли ¹⁾. При покушеніи нельзя говорить о средствахъ учиненія преступленія, здѣсь мы имѣемъ дѣло только съ безрезультатными попытками доведенія преступленія до конца ²⁾.

И этотъ доводъ нужно признать ошибочнымъ. Авторы его совершенно неправильно смѣшиваютъ средство достиженія извѣстнаго результата съ причиною его возникновенія. Если извѣстное явленіе можетъ быть признано причиною результата въ томъ только случаѣ, когда послѣдній дѣйствительно воспослѣдовалъ, то совершенно неправильно думать, что то же условіе необходимо и для принятія явленія за средство. Какъ правильно указываютъ нѣкоторые криминалисты, подъ средствомъ слѣдуетъ разумѣть тѣ силы, которыми пользуются люди для достиженія результата. Средство стоитъ не въ реальномъ отношеніи къ результату, а въ мыслимомъ отношеніи къ нему. Для того, чтобы сила получила значеніе средства, необходимо, чтобы лицо примѣнило эту силу въ убѣжденіи, что она вызоветъ желательный для него результатъ, но вовсе нѣтъ нужды, чтобы эта сила дѣйствительно вызвала этотъ результатъ.

Отсюда, сила, при помощи которой виновный думалъ достигнуть преступнаго результата, сохраняетъ значенія средства и въ томъ случаѣ, когда соотвѣтственный результатъ въ дѣйствительности не послѣдовалъ, а сила, дѣйствительно вызвавшая резуль-

¹⁾ Lammasch, *Moment*, s. 19, 20; Cohn, s. 411, 412; Buri, *Z*, I, 1881, s. 190; Buri, *GS*, B. 40, 1888, s. 523.

²⁾ Buri, *GS*, B. XXVII, 1875, s. 155; Buri, *GS*, B. 40, 1888, s. 523.

тать, не приобретаешь значенія средства его достиженія, коль скоро дѣйствующее лицо не рассчитывало на нее, работая надъ созданиемъ результата ¹⁾.

Далѣе, продолжаютъ развивать свои критическія замѣчанія противники вышеизложеннаго взгляда, разсматриваемый критерій опредѣленія области наказуемости покушенія основанъ на дѣленіи средствъ совершенія преступленія на годныя и негодныя. Но проведеніе этого дѣленія представляется невозможнымъ: всякое средство, не приведшее къ возникновенію намѣченнаго лицомъ результата, есть средство негодное, и потому всякое покушеніе представляетъ собою покушеніе съ негодными средствами ²⁾. Этотъ доводъ устраняется указаніемъ на то, что въ настоящемъ случаѣ идетъ рѣчь не о конкретномъ значеніи употребленныхъ виновнымъ средствъ, а объ абстрактномъ ихъ значеніи ³⁾. Говоря о годности или негодности средства, мы задаемся вопросомъ не объ отношеніи даннаго конкретнаго средства къ данной конкретной обстановкѣ выполненія преступленія, а объ отношеніи средствъ даннаго типа къ обычной, нормальной обстановкѣ выполненія преступленія. При оцѣнкѣ значенія средствъ *in abstracto*, свойства ихъ должны быть разсматриваемы примѣнительно къ нормальнымъ условіямъ реализаціи преступленія и употребленные виновнымъ средства сохраняютъ характеръ годныхъ средствъ, несмотря на постигшую его неудачу, если эта

¹⁾ Schwarze, Commentar, s. 154; Kriegsmann, s. 26; Delaquis, s. 91; Rudert, s. 46; Bister, Der untaugliche Versuch im allgemeinen und ein besonderer Fall desselben; Betrugsversuch durch Täuschung über eine gesetzwidrige oder unsittliche Leistung, 1909, s. 27, 28.

²⁾ Krug, s. 23; Hälschner, System, I, s. 185, 186; Bar, Versuch, s. 14; Walther, Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, V, 1863, s. 34, 37; Häberlin, GS, 1864, B. XVI, s. 235; Buri, GS, XIX, 1867, s. 67; Geyer, GS, XVIII, 1866, s. 78, 79; Goldammer, Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln oder an einem untauglichen Objekte, Goldammer Archiv für Preussisches Strafrecht, B. XVI, 1868, s. 555; Luden, Abh, I, s. 475; Schwarze, Commentar, s. 154; Schwarze, HH, II, s. 291, 297; Buri, GS, XXVII, 1875, s. 153; Lammasch, Moment, s. 11; Hälschner, I, s. 344; 350; Fabian, s. 12; Bar, Gesetz, II, s. 525; Begründung zum VE, I, s. 286; Bülow, Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Deutsche Juristen-Zeitung, 1910, XV Jahrgang, n. 4, s. 218; Рудинскій, Юр. Вѣстн. 1877, № 3—4, стр. 77.

³⁾ Celichowski, s. 9, 12; Rohland, Gefahr, s. 89 ff; M. E. Mayer, Reform, I, s. 342.

неудача была вызвана индивидуальными особенностями реализации его действия.

Это разъяснение авторов разбираемого учения вызывает новые возражения со стороны их противников. Исследовать значение средства *in abstracto*, по мнению последних, неправильно, потому что при исследовании конкретных явлений, каким нужно признать акт покушения, речь только и может идти о конкретной, а не об абстрактной возможности наступления результата ¹⁾. Если мы станем рассматривать годность средства к достижению результата, независимо к конкретной обстановке, *in abstracto*, то мы придем к выводу, неприемлемому в других отношениях. В области уголовного права абстрактная точка зрения является совершенно недопустимой, и при анализе преступных действий криминалист должен всегда рассматривать их в связи со всею конкретной обстановкою ²⁾. Прибегая к указанному приему, криминалисты совершенно произвольно выделяют один из причинных факторов из среды совокупности последних ³⁾.

Вдумываясь в существо приведенных возражений, нельзя не прийти к заключению, что они не могут быть признаны правильными, и литература уже дала им отрицательную оценку. Так, прежде всего, нельзя согласиться с указанием на недопустимость применения абстрактных приемов обсуждения при рассмотрении конкретных явлений. Абстрактная точка зрения, т. е., определения свойств той категории явлений, к которой относится данное конкретное явление, вполне допустима в праве, как скоро известные юридические последствия связываются не с конкретной природою явления, а с фактом принадлежности его к известной категории явлений. Существо разбираемого приема заключается не в игнорировании конкретной обстановки действия, а в определении свойств категории тех явлений, которые были употреблены виновным в качестве средства. Подобный прием представляется вполне правильным, и постоянно применяется в науке уголовного права (ср. § 229 герм. ул.). Нельзя согласиться и с тем, что различие годных и негодных средств преступления основано на произвольном выде-

¹⁾ Köstlin, Revision, s. 368.

²⁾ Колоколовъ, стр. 151; Рудинский, Ю. Вѣст. 1877, № 3—4, стр. 83.

³⁾ Lammasch, Moment, s. 17.

леніи одного причиннаго фактора изъ среды остальныхъ. Средство совершенія преступленія, какъ факторъ его реализаціи, вполне законно обращаетъ на себя специальное вниманіе криминалиста, такъ какъ именно въ примѣненіи этого средства и выражается самый существенный моментъ преступленія,—актъ участія чловѣка въ процессѣ причиненія преступнаго результата.

Итакъ, разсматриваемое ученіе основано на дѣленіи средствъ на негодныя *in abstracto* и негодныя *in concreto*. Застрѣлить чловѣка изъ незаряженнаго ружья, говорятъ сторонники его, невозможно *in abstracto*, напротивъ, застрѣлить чловѣка изъ заряженнаго ружья *in abstracto* вполне возможно, хотя *in concreto* это можетъ и не произойти, напр., по причинѣ плохого прицѣла и т. п. Но, замѣчаютъ противники этого взгляда, подобное различеніе средствъ является совершенно произвольнымъ, и его можно легко формулировать въ обратномъ смыслѣ: въ каждомъ случаѣ негодность средства *in abstracto* можетъ быть обращена въ негодность средства *in concreto* и наоборотъ, смотря по тому, допускается или исключается возможность измѣненной комбинаціи данныхъ условій. Приведенному выше примѣру можно съ успѣхомъ противопоставить слѣдующее разсужденіе: застрѣлить чловѣка, стоящаго за предѣлами дальнобойности ружья, абсолютно невозможно, невозможно *in abstracto*, но чловѣка, стоящаго въ предѣлахъ этой дальнобойности невозможно застрѣлить только относительно, только *in concreto*, какъ, напр., въ томъ случаѣ, когда виновный позабылъ зарядить свое ружье; отравить чловѣка сотою долею грана мышьяка абсолютно невозможно, но отравить чловѣка лотомъ мышьяка невозможно только относительно, напр., когда виновный по ошибкѣ примѣняетъ вмѣсто мышьяка сахаръ ¹⁾. Если отвлекаясь отъ конкретной дѣйствительности, можно сказать, что преступленіе могло бы совершиться, если бы виновный не промахнулся, то съ тѣмъ же правомъ можно говорить и что жертва покушенія погибла бы, будь употребленное виновнымъ ружье заряжено ²⁾.

Съ этимъ доводомъ нельзя согласиться. Изслѣдованіе зна-

¹⁾ Hälschner, System, I, s. 188; Bar, Versuch, s. 15; Walther, Krit. Vierteljahrschrift V, 1863, s. 36, 37; Häberlin, GS, XVI, 1864, s. 228; Lammasch. Moment, s. 17; Hälschner, I, s. 350; Wächter, s. 212; Dohna, Der Mangel am Tatbestand, s. 57; Bülow, D. J. Z. 1910 N. 4, 218, 219; Орловъ, стр. 120.

²⁾ Buri, GS, XIX, 1867, s. 68.

ченія средствъ *in abstracto*, лежащее въ основѣ разсматриваемаго приѣма оцѣнки средствъ, совершенно не равносильно мысленной подмѣнѣ всѣхъ вообще элементовъ разсматриваемаго конкретного покушенія. Изучаемый приѣмъ состоитъ въ квалификаціи средства сообразно тому отношенію, въ которомъ оно стоитъ къ нормальной обстановкѣ и онъ неизбѣжно предполагаетъ недопустимость измѣненія существа этого средства въ идеѣ: отношеніе средства къ нормальной обстановкѣ должно быть изслѣдуемо при непремѣнномъ сохраненіи за средствомъ всѣхъ тѣхъ свойствъ, которыми оно обладало въ дѣйствительности, т. е., при условіи сохраненія его въ томъ видѣ, въ которомъ оно было примѣнено виновнымъ. Между тѣмъ, противники этого приѣма предлагаютъ отвлекаться не только отъ свойствъ обстановки примѣненія средства, но и отъ свойствъ самого средства. Понятно, что при подобныхъ условіяхъ, они приходятъ къ инымъ результатамъ. Примѣняясь къ приводимому ими примѣру, можно сказать, что, конечно, если бы ружье, которымъ пользовался виновный, было заряжено, то результатъ могъ бы наступить. Но вѣдь въ этомъ случаѣ и средство, примѣненное виновнымъ, было бы отлично отъ того, которое онъ дѣйствительно примѣнилъ, вслѣдствіе чего и этотъ выводъ неспособенъ поколебать заключенія объ абстрактной негодности незаряженнаго ружья, какъ средства реализаціи убійства.

Противники разсматриваемаго воззрѣнія приводятъ еще одинъ доводъ противъ дѣленія средствъ на абсолютно и относительно негодныя *in abstracto*. Негодность средства, замѣчаютъ они, означаетъ собою невозможность достиженія цѣли при помощи этого средства. Но какъ скоро негодность равносильна невозможности, то является излишнимъ характеризовать ее какъ невозможность абсолютную, и безсмысленно говорить объ относительной невозможности, т. е., о такой невозможности, которая оставляетъ открытою еще извѣстную возможность ¹⁾.

Какъ уже справедливо отмѣчено въ доктринѣ, подобное утвержденіе грѣшитъ смѣшеніемъ понятій. Негодность совершенно не равноцѣнна невозможности. Первая представляетъ собою свойство явленія, а вторая—состояніе. Негодность явленія можетъ обусловить собою невозможность, но она никогда не является тождественною съ послѣдней ²⁾. Необходимо отличать

¹⁾ Hälschner, I, s. 349.

²⁾ Schoen, s. 19, 20.

невъроятность наступленія явленія отъ невозможности наступленія его; эти понятія совершенно отличны другъ отъ друга ¹⁾. Вышеприведенный доводъ неправиленъ потому, что дѣленіе негодности на абсолютную и относительную представляется относительнымъ дѣленіемъ. Даже то, что мы называемъ абсолютною негодностью только и мыслимо, какъ находящееся въ извѣстномъ отношеніи къ другому явленію ²⁾. И, дѣйствительно, необходимо признать, что о негодности средствъ *in abstracto* говорится не въ абсолютномъ, а въ относительномъ смыслѣ. Годность или негодность средствъ опредѣляется въ этомъ случаѣ путемъ изслѣдованія отношенія средства не ко всякой обстановкѣ выполненія преступленія, а къ нормальной обстановкѣ этого рода. Абсолютно негодными средствами признаются средства, которыя, будучи примѣнены въ нормальной обстановкѣ, не приводятъ къ наступленію преступнаго результата, хотя и существуютъ такія обстоятельства, при наличности которыхъ эти средства могутъ привести къ выполненію преступленія.

Дальнѣйшее возраженіе противъ разсматриваемаго ученія заключается въ отрицаніи существованія негодныхъ средствъ *in abstracto*. Если судить о средствѣ по отношенію его къ нормальной обстановкѣ, то придется признать, что абсолютно негодныхъ средствъ вообще не существуетъ ³⁾. Примѣромъ абсолютно негоднаго средства лишенія жизни приводятъ сахаръ. Но дача сахара лицу, страдающему сахарною болѣзною, можетъ привести къ его смерти ⁴⁾. Далѣе, нѣкоторыя средства, абсолютно неспособныя причинить преступный результатъ путемъ воздѣйствія на тѣло потерпѣвшаго, оказываются способными причинить этотъ результатъ, путемъ воздѣйствія на психику виновнаго. Такъ, напр., нервное лицо, узнавъ, что кто-либо молится о ниспосланіи ему смерти, можетъ дѣйствительно отъ этого умереть. Приѣмъ нашептаннаго питья можетъ произвести на натуру суевѣрную и нерв-

¹⁾ Celichowski, s. 98, 99.

²⁾ Delaquis, s. 88, 89; Rudert, s. 54, 55.

³⁾ Krug, s. 23; Lammach, Moment, s. 8, 9; Hälschner, I, s. 349; Buri GS, XIX, 1867, s. 67; Buri, GS, XX, 1868, s. 327; Buri, GS, XXVII, 1875, s. 153; Roever, s. 20, 21; Rudert, s. 55; Germann, s. 63; Schüler, s. 62; Gallet, p. 268; Таганцевъ, Курсъ II, стр. 219; Лекціи, I, стр. 722; Колоколовъ, стр. 151; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 184; Сергѣевскій, стр. 291.

⁴⁾ Krug, s. 23; Eisenmann, s. 11; Fabian, s. 12; Calon, Etude sur la tentative des crimes impossibles, 1907, p. 47; Рудинскій, Юр. Вѣстн., 1877, № 3—4, стр. 77; Таганцевъ, Курсъ II, стр. 219; Лекціи, стр. 722.

ную такое же сильное вліяніе, какъ и матеріально разрушающія средства. Средство, объективно негодное для производства аборта, можетъ вызвать послѣдній, вслѣдствіе страха, который испытаетъ беременная, узнавъ о томъ, что ей дали питье для изгнанія ея плода ¹⁾. Незаряженнымъ ружьемъ нельзя застрѣлить человѣка, но можно лишить его жизни путемъ удара прикладомъ ²⁾. Этого довода также нельзя признать убѣдительнымъ.

Такъ, поскольку положеніе о несуществованіи средствъ, которыя бы были абсолютно негодными *in abstracto*, основывается на возможности причиненія смерти путемъ дачи сахара діабетику, оно вызываетъ противъ себя слѣдующія возраженія. Задаваясь вопросомъ о годности извѣстныхъ средствъ *in abstracto*, мы отвлекаемся отъ извѣстныхъ признаковъ совершеннаго виновнымъ дѣйствія и сосредоточиваемъ свое вниманіе на другихъ его признакахъ. Отбрасывая результатъ дѣйствія, мы подвергаемъ разсмотрѣнію одни только употребленныя виновнымъ средства. Изслѣдовать извѣстное явленіе какъ средство значитъ изслѣдовать причинныя свойства соотвѣтственнаго явленія. Мы знаемъ, что явленія могутъ быть причинами результатовъ только въ соединеніи съ другими явленіями, имѣющими значеніе условій проявленія ихъ дѣйствія. Указаніе всѣхъ условій дѣйствія даннаго явленія даетъ намъ картину конкретнаго и реального причиненія результата, и подобный пріемъ, конечно, не соотвѣтствуетъ задачамъ нашего изслѣдованія. Приходится, слѣдовательно, отвлекаться отъ конкретныхъ условій наступленія результата и принимать во вниманіе только общія условія годности средства къ произведенію даннаго результата. А такихъ общихъ условій, которыя позволили бы сахару произвести смерть человѣка, не имѣется; онъ можетъ произвести этотъ эффектъ лишь въ силу специальныхъ, конкретныхъ условій. Отсюда сахаръ не можетъ быть признанъ и за годное средство лишенія жизни *in abstracto*. Когда мы говоримъ о негодности средства *in abstracto*, мы имѣемъ въ виду негодность его въ видѣ общаго правила, отнюдь не отрицая, что при особомъ стеченіи обстоя-

¹⁾ Рудинскій, Юр. Вѣстн., 1877, № 3—4, стр. 83; Таганцевъ, Курсъ II, стр. 219; Лекціи I, стр. 722; Колоколовъ, стр. 151; Lammach, Moment, s. 18; Buri, GS, XXXII, 1880, s. 370; Buri, Z, I, 1881, s. 187, 188; Kohn, s. 24, 25; Rudert, s. 55; Germann, s. 33; Oetker, Z, XVII, 1897, s. 56; Horn Z, XX, 1900, s. 341; Eisenmann, s. 11, 12.

²⁾ Baumgarten, s. 281.

тельство *in concreto* соответственное средство может привести къ намѣченной виновнымъ цѣли. Указаніе на то, что *in concreto* результатъ дѣйствительно восплѣдовалъ вслѣдъ за дѣяніемъ виновнаго, совершенно ничего не говоритъ въ пользу абстрактной годности примѣннаго виновнымъ средства. Если лицо, благодаря сильному попутному вѣтру, проѣхало на малосильномъ автомобилѣ значительное разстояніе въ 10 часовъ, то изъ этого вовсе не слѣдуетъ, чтобы автомобили даннаго типа были вообще годны для проѣзда соответственнаго разстоянія въ подлежащей срокъ.

Но не болѣе правильно и другое указаніе криминалистовъ, приводимое ими въ подкрѣпленіе отстаиваемаго ими мнѣнія. Средство, не могущее привести къ смерти человѣка, путемъ даннаго физическаго воздѣйствія на его организмъ, можетъ вызвать подлежащей результатъ путемъ воздѣйствія на психику жертвы или путемъ иной, отличной отъ имѣвшейся въ виду виновнымъ формы физическаго воздѣйствія на организмъ жертвы. Подобное мнѣніе основано на недоразумѣніи. Когда мы говоримъ о вещи, какъ о средствѣ совершенія преступленія, мы имѣемъ въ виду особое характерное свойство вещи и обусловленный этимъ свойствомъ способъ примѣненія вещи. Утверждая, что моленіе Бога о ниспосланіи смерти другому лицу, есть негодное средство лишенія жизни другого лица, мы вовсе не отрицаемъ возможности лишенія жизни виновнаго путемъ причиненія ему нервнаго возбужденія ¹⁾. Говоря о молитвѣ, какъ о средствѣ причиненія смерти, мы имѣемъ въ виду не всякое свойство молитвы, а специфическое ея свойство: мистическую силу и власть ея свести другое лицо въ могилу. Указаніе на то, что молитва можетъ психически потрясти другое лицо и вызвать его смерть, выдвигаетъ на первый планъ такое свойство данной категоріи средствъ, которое для нея вовсе не существенно и представляетъ собою случайный ея результатъ ²⁾. Аналогичныя возраженія вызываетъ и примѣръ съ незаряженнымъ ружьемъ. Говоря, что незаряженное ружье представляется негоднымъ средствомъ убійства, мы имѣемъ въ виду невозможность застрѣлить человѣка изъ подобнаго ружья, ибо характерною особенностью ружья, какъ оружія,

¹⁾ Geyer, Z, I, 1881, s. 34; Olshausen, Kommentar, s. 160.

²⁾ Cohn, I, s. 428; Geyer, Z, I, 1881, s. 33, 34, 35; Rohland, Gefahr, 1888, s. 92; Kohler, Studien, I, s. 30; Kriegsmann, s. 31, 32; Schoen, s. 21; Schoetensack, Verbrechenversuch, s. 399; Мокринскій, III, стр. 451.

является именно предназначенность его для стрѣлянія. Возможность пользованія ружьемъ вмѣсто дубины не должна приниматься въ расчетъ при опредѣленіи абстрактной годности незаряженнаго ружья быть средствомъ лишенія жизни другого человѣка ¹⁾. Противъ подобнаго приѣма опредѣленія свойствъ средства покушенія, было сдѣлано возраженіе, что оно произвольно выдвигаетъ на первый планъ одно качество средства и игнорируетъ остальные. Почему должны мы считаться съ однимъ только свойствомъ вещи, а не съ нѣсколькими или всѣми ея свойствами? ²⁾. Но мы видѣли выше, что природа вещи, какъ средства, опредѣляется психическимъ отношеніемъ виновнаго къ вещи: необходимо, чтобы онъ приписывалъ ей способность причинить результатъ. Теперь слѣдуетъ добавить, что и характеръ и специальное назначеніе средства опредѣляются тѣмъ же факторомъ. Мы должны заниматься изслѣдованіемъ годности того причинаго свойства вещи, на которое рассчитывалъ виновный, примѣняя избранное имъ средство ³⁾.

Изъ изложеннаго видно, что несостоятельность этого довода противниковъ дѣленія средствъ на годныя и негодныя вытекаетъ изъ того, что этотъ доводъ основанъ на недопустимомъ приѣмѣ абстракціи. Какъ мы уже указывали, при оцѣнкѣ свойства средствъ, можно отвлекаться отъ конкретныхъ свойствъ обстановки, но не отъ конкретныхъ свойствъ средства. Между тѣмъ, способъ примѣненія средства составляетъ именно конкретную особенность средства и, слѣдовательно, отвлекаться отъ него невозможно, не нарушая принципа постоянства оцѣниваемаго средства покушенія, т. е., не переводя этого средства въ другую группу и не впадая въ ошибку сужденія о средствахъ одной категоріи по средствамъ другой категоріи.

Напротивъ, другіе криминалисты соглашаются съ тѣмъ, что характеръ явленія, какъ средства, предрѣшается тѣмъ назна-

¹⁾ Мокринскій, II, стр. 453; Kriegsmann, s. 28.

²⁾ Fabian, s. 13; Bister, s. 28, 29.

³⁾ Geyer, Z, I, 1881, s. 34; Rudert, s. 54. Этотъ выводъ дѣлаетъ излишнимъ рѣшеніе поднятаго литературою вопроса о томъ, касается ли положеніе о годности всякаго средства in abstracto только преступленій лишенія жизни и тѣлеснаго поврежденія (Rohland, Gefahr, s. 77; Kriegsmann, s. 32), или же оно имѣетъ значеніе и примѣнительно къ другимъ преступленіямъ (Merkel, Lrb, s. 131; Fabian, s. 14). Доказательство неправильности подлежащаго положенія освобождаетъ насъ отъ необходимости опредѣленія области его примѣненія.

ченіемъ, которое далъ ему виновный. Но, думаютъ они, именно это обстоятельство и заставляетъ насъ отказаться отъ возможности различенія годности и негодности средствъ *in abstracto*. Въдѣ характеръ того назначенія, которое виновный даетъ вещи, способъ употребленія вещи, какъ средства, могутъ быть выведены только изъ разсмотрѣнія взгляда, котораго виновный на нихъ держался, они могутъ быть установлены только примѣнительно къ конкретной обстановкѣ совершеннаго имъ дѣянія, отвлекаясь отъ этой обстановки, мы лишаемъ подлежащую вещь самаго характера средства, ибо оказываемся вынужденными отбросить указаніе на отношеніе этой вещи къ другимъ явленіямъ ¹⁾.

Вникая въ существо этого возраженія, мы убѣждаемся, что и оно не можетъ быть признано правильнымъ. При обсужденіи средствъ преступленія, необходимо отличать вопросъ о характерѣ явленія, какъ средства, вопросъ о тѣхъ причинныхъ свойствахъ, на которыя рассчитывалъ виновный, примѣняя явленіе, отъ вопроса о годности средства. При рѣшеніи перваго вопроса, намъ, дѣйствительно, приходится придерживаться конкретной точки зрѣнія, считаться съ взглядами виновнаго на назначеніе данной вещи *in concreto*. При рѣшеніи втораго вопроса существуетъ полная возможность держаться абстрактной точки зрѣнія. Обсуждая годности примѣннаго виновнымъ средства, мы можемъ съ полнымъ основаніемъ задаваться вопросомъ о томъ, принадлежитъ ли тотъ типъ средствъ, подъ понятіе котораго подходит примѣненное виновнымъ средство—употребленная имъ вещь на данное назначеніе,—къ категоріи годныхъ средствъ или нѣтъ. Конкретная обстановка дѣятельности виновнаго знакомитъ насъ только съ его взглядами на вещь, какъ на средство, вопросъ же о годности средствъ *in abstracto* есть вопросъ о соотвѣтствіи взглядовъ виновнаго на средство тому значенію, которое они имѣютъ вообще, *in abstracto*, тому значенію, которое усваивается имъ общежитійскимъ опытомъ.

Невозможность проведенія дѣленія годныхъ и негодныхъ средствъ *in abstracto*, думаютъ нѣкоторые криминалисты, особенно ярко выступаетъ при извѣстныхъ преступленіяхъ, какъ, напр., при оскорбленіи чести. Не существуетъ ни одного отзыва, который былъ бы оскорбителенъ самъ по себѣ и нѣтъ ни одного такого отзыва, о которомъ можно было бы *in abstracto* сказать,

¹⁾ Lammasch, *Moment*, s. 21; Delaquis, s. 90.

что онъ не способенъ оскорбить другое лицо. Составъ оскорбленія во всѣхъ случаяхъ предполагаетъ наличность особаго умысла у виновнаго—*animus injuriandi* ¹⁾). Однако и это не устраняетъ возможности различенія годныхъ и негодныхъ средствъ при покушеніи на оскорбленіе. Преступленіе обиды дѣйствительно можетъ быть учинено самыми разнообразными средствами потому, что для состава его необходимо прежде всего желаніе виновнаго унижить другое лицо, вслѣдствіе чего оскорбительность отзыва стоитъ въ зависимости отъ свойства намѣренія дѣйствовавшаго лица. Это обстоятельство заставляетъ при обсужденіи годности средствъ оскорбленія, принимать во вниманіе отношеніе ихъ къ умыслу виновнаго, но оно отнюдь не исключаетъ возможности задаваться вопросомъ о годности отзыва быть средствомъ оскорбленія *in abstracto*. Такими годными *in abstracto* средствами совершенія оскорбленія и являются такъ наз. безусловно оскорбительные отзывы, которые служатъ типическими приемами выраженія презрѣнія.

Дальнѣйшій доводъ противниковъ разсматриваемаго мнѣнія заключается въ указаніи, что оно усваиваетъ различное юридическое значеніе одинаковымъ по своей внѣшней природѣ дѣяній, въ зависимости отъ того, входятъ ли они въ составъ оконченнаго преступленія или же они представляютъ собою покушеніе на преступленіе. Если примѣненіе абсолютно негоднаго средства случайно привело къ наступленію преступнаго результата, напр., приемъ сахара привелъ къ удушенію жертвы, закрывъ доступъ воздуха въ ея дыхательное горло, то, при наличности умысла лишенія жизни на сторонѣ виновнаго, нельзя подвергать сомнѣнію наличность убійства. Если же примѣненіе подобнаго средства не привело къ задуманному виновнымъ результату, то не желаютъ признавать наличности наказуемаго покушенія на преступленіе. Между тѣмъ, одно и то же дѣйствіе—введеніе сахара въ организмъ—можетъ и должно вызывать всегда одну и ту же оцѣнку, и нельзя признавать его годнымъ элементомъ состава оконченнаго преступленія, съ одной стороны, и негоднымъ элементомъ состава покушенія, съ другой ²⁾). Въ литературѣ уголовного права рѣшеніе вопроса о наличности въ

¹⁾ Lammasch, *Moment*, s. 20.

²⁾ Buri, *GS*, XIX, 1867, s. 71, 72; Buri, *Z*, I, 1881, s. 188; Havenstein, *GA*, XXXVI, 1888, s. 50.

данномъ случаѣ оконченнаго преступленія ставится въ зависимость отъ того, можно или вмѣнить наступившій результатъ дѣйствующему лицу въ умышленную вину или нѣтъ. Одни ученые отвѣчаютъ на это утвердительно ¹⁾, другіе отрицательно ²⁾. Но, полагаемъ мы, при оцѣнкѣ вышеприведеннаго довода, слѣдуетъ имѣть въ виду иныя соображенія. Авторы возраженія совершенно справедливо указываютъ на то, что это ученіе примѣняетъ различные критеріи при опредѣленіи состава оконченнаго преступленія и при опредѣленіи состава покушенія. Но они заблуждаются, полагая, что подобный пріемъ представляется неправильнымъ. Вопросъ объ актѣ примѣненія негодныхъ средствъ есть вопросъ объ условіяхъ наказуемости преступныхъ дѣяній. Характеръ этихъ условій, какъ было показано выше, представляется различнымъ, смотря по тому, идетъ ли рѣчь о репрессіи оконченныхъ преступленій или же дѣло касается репрессіи покушеній на преступленіе и самъ законъ нормируетъ эти условія въ соотвѣтственныхъ случаяхъ различнымъ образомъ. Отсюда, не заключаетъ въ себѣ никакой ошибки и усвоеніе различнаго значенія акту примѣненія негодныхъ средствъ, какъ элементу оконченнаго преступленія, съ одной стороны, и какъ элементу покушенія на преступленіе, съ другой.

Изъ изложеннаго видно, что предложенный вышеуказанными учеными критерій опредѣленія области ненаказуемаго покушенія съ негодными средствами, съ логической точки зрѣнія, представляется вполне состоятельнымъ и вовсе не заслуживаетъ тѣхъ нападокъ, которыя дѣлались противъ него въ литературѣ. Но, какъ мы знаемъ, логическая корректность изслѣдуемой конструкціи подлежащаго понятія о покушеніи съ негодными средствами еще не обезпечиваетъ ему мѣсто въ системѣ правовыхъ понятій. На ряду съ логическою правильностью, формула негоднаго покушенія должна удовлетворять и другому условію: она должна заключать въ себѣ такой принципъ опредѣленія сферы ненаказуемаго покушенія, который гармонировалъ бы съ требованіями современнаго правосознанія. Отвѣчаетъ ли этимъ требованіямъ изложенная выше формула? Современная наука даетъ на это отрицательный отвѣтъ.

¹⁾ Liszt, Lrb, s. 182; Fabian, s. 13.

²⁾ Cohn, s. 28, 429; Bar, Versuch, s. 19; Колоколовъ, стр. 193, 194.

Ученіе, высказывающееся въ пользу оставленія безнаказаннымъ покушенія съ негодными средствами, замѣчаютъ нѣкоторые криминалисты, можетъ приводить къ результатамъ, противорѣчающимъ нашему правосознанію. Виновный хотѣлъ лишить жизни другое лицо, прицѣлился въ свою жертву и нажалъ курокъ, но выстрѣлъ не послѣдовалъ. Если мы не можемъ доказать, что ружье было заряжено и что мы имѣемъ дѣло съ осычкой, виновный долженъ быть освобожденъ отъ наказанія только благодаря исключительно счастливо для него сложившимся обстоятельствамъ. ¹⁾ Но, справедливо возражаютъ противъ этого другіе ученые, подобныя случайности возможны и въ другихъ случаяхъ, и они находятъ себѣ объясненіе въ томъ, что уголовное правосудіе не можетъ основывать своихъ рѣшеній на недоказанныхъ фактахъ. Возможность несправедливаго рѣшенія вопроса въ указанномъ случаѣ отнюдь не обуславливается именно безнаказанностью покушенія съ негодными средствами ²⁾. Это соображеніе вовсе не доказываетъ нормативной непригодности предложеннаго выше критерія.

Однако, ближайшій анализъ вышеприведенной формулы показываетъ, что если отмѣченная только что ея особенность и не можетъ служить основаніемъ къ отрицанію за ней характера удачнаго критерія опредѣленія области безнаказаннаго покушенія, то существуютъ другіе факты, побуждающіе насъ сдѣлать тотъ же выводъ. Согласно положеніямъ разбираемаго ученія, отъ отвѣтственности освобождаются не только тѣ случаи примѣненія негодныхъ средствъ, которые представляются нашему правосознанію безусловно ненаказуемыми, но и такіе виды покушенія, наказуемость которыхъ повелительно требуется нашимъ правосознаніемъ ³⁾. Достаточно указать, что, по этому опредѣленію, покушеніе должно оставаться безнаказаннымъ и въ томъ случаѣ, когда виновный избралъ вполнѣ годное средство для реализаціи преступленія, но результатъ не наступилъ лишь потому, что виновный, приводя намѣченное средство въ годный для употребленія видъ, случайно смѣшалъ его съ веществомъ, нейтрализовавшимъ его дѣйствіе (напр., ядъ влить въ чашку, содержащую противоядіе и т. п.). Это соображеніе заставляетъ насъ отвергнуть нормативную продуктивность этой формулы

¹⁾ Häberlin, GS, XVI, 1864, s. 229, 230.

²⁾ Cohn, s. 434.

³⁾ Begründung, I, s. 288.

негоднаго покушенія. Не удовлетворяетъ она и современныхъ германскихъ криминалистовъ ¹⁾.

По другому взгляду, объемъ понятія о покушеніи съ негодными средствами долженъ быть нѣсколько болѣе узкимъ. Покушеніе ненаказуемо, когда виновный употребилъ такое средство, которое по соображеніямъ вѣроятности никогда не можетъ привести къ наступленію преступнаго результата ²⁾. Но покушеніе должно подлежать наказанію, когда дѣйствіе годнаго средства было парализовано случаемъ или собственнымъ дѣйствіемъ виновнаго, вопреки его желанію (напр., виновный, приготовляя ядовитое снадобіе, случайно подмѣшалъ въ него противоядіе или вещество, нейтрализующее дѣйствіе яда ³⁾). Покушеніе съ негодными средствами освобождается отъ наказанія, совершенно безотносительно къ тому, было ли употребленное средство вовсе негодно для реализаціи задуманнаго преступленія или же оно было только недостаточно для его выполненія ⁴⁾. Но для безнаказанности виновнаго необходимо, чтобы негодное средство было употреблено имъ до момента воплощенія въ его дѣяніи признаковъ покушенія. Въ противномъ случаѣ, будучи свободнымъ отъ отвѣтственности за примѣненіе негодныхъ средствъ, лицо отвѣчаетъ за предшествовавшее этому дѣйствію покушеніе. ⁵⁾ Лицо, перемѣшавшее ядъ съ безвреднымъ веществомъ, при *выборѣ* яда для составленія ядовитаго кушанья, свободно отъ наказанія въ томъ случаѣ, когда оно успѣло накормить намѣченную жертву предполагаемою отравой, потому что до примѣненія негодныхъ средствъ

¹⁾ Нормативною неудовлетворительностью этой формулы покушенія съ негодными средствами объясняются и тѣ усиленныя нападки, которыя дѣлаются въ литературѣ на разобранную доктрину съ точки зрѣнія логическаго ея построенія. Несмотря на полную состоятельность изслѣдуемаго ученія съ этой стороны, криминалисты упорно продолжаютъ видѣть въ ней нѣчто совершенно неправильное и съ формально-логической точки зрѣнія. Вообще судьба этого ученія представляетъ собою любопытную иллюстрацію приведеннаго выше (I, 129 сл.) положенія о давленіи правосознанія на теоретическія ученія и сужденія юриспруденціи и о стремленіи ея принимать за истину лишь то, что соотвѣтствуетъ запросамъ правосознанія данной эпохи.

²⁾ Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts, 1840, s. 70.

³⁾ Heffter, s. 70.

⁴⁾ Geyer, GS, XVIII, 1866, s. 70.

⁵⁾ Geyer, GS, XVIII, 1866, s. 70.

его дѣятельность носила только характеръ приготовленія къ преступленію. Но лицо, перемѣшавшее ядъ съ безвреднымъ веществомъ въ моментъ приготовленія ядовитаго кушанья, отвѣчаетъ за покушеніе ¹⁾. Равнымъ образомъ, отвѣчаетъ за покушеніе лицо, приготовившее уже ядовитое питье, но въ рѣшительный моментъ, желая усилить его дѣйствіе, подмѣшавшее въ это питье по ошибкѣ противоядіе ²⁾.

Обращаясь къ разсмотрѣнію этой формулы необходимо, такъ же, какъ и въ предшествующемъ изложеніи, различать двѣ точки зрѣнія: точку зрѣнія оцѣнки конструктивной состоятельности разбираемой формулы и точку зрѣнія оцѣнки удовлетворительности ея, какъ нормативнаго положенія. Въ первомъ отношеніи, слѣдуетъ замѣтить, что выдѣленіе изъ общей массы негодныхъ средствъ тѣхъ средствъ, дѣйствительность которыхъ была случайно парализована собственною дѣятельностью виновнаго изъ разсмотрѣннаго выше ученія вовсе не вытекаетъ и, если такое выдѣленіе рекомендуется доктриною, то оно должно быть особо ею обосновано. Сообразно съ этимъ, первое изъ изложенныхъ только что ученій, не заключающее въ себѣ никакого обоснованія проектируемаго имъ выдѣленія должно быть признано неудовлетворительнымъ съ конструктивной точки зрѣнія ³⁾. Но и второе ученіе, оправдывающее наказуемость примѣненія случайно парализованныхъ средствъ фактомъ воспослѣдованія утраты дѣйствительности средствъ уже по воплощеніи въ дѣяніи виновнаго признаковъ наказуемаго покушенія, является далеко не убѣдительнымъ. При преступленіяхъ съ матеріальнымъ составомъ, дѣятельность лица можетъ быть признана покушеніемъ въ томъ только случаѣ, когда она выразилась въ актѣ примѣненія средствъ реализаціи преступленія. Поэтому парализующая дѣятельность виновнаго можетъ быть признана не вліяющей на судьбу виновнаго въ томъ только случаѣ, когда соотвѣтственное вмѣшательство произошло уже послѣ акта примѣненія средствъ, напр., когда виновный, желая усилить дѣйствіе яда, поставленнаго имъ въ то мѣсто, гдѣ его должна выпить жертва, подсыпаль въ него вмѣсто ядовитаго вещества противоядія. Но обыкновенно, въ частности, въ приводимыхъ авторами разбираемаго разсужде-

¹⁾ Geyer, GS, XVIII, 1866, s. 65, 66.

²⁾ Geyer, GS, XVIII, 1866, s. 53, 54.

³⁾ Cohn, s. 412, 416.

нія примѣрахъ, парализующему вмѣшательству виновнаго предшествоуютъ не исполнительныя, а приготовительныя его дѣйствія, реализація которыхъ, какъ уже справедливо замѣтили криминалисты, совершенно не можетъ обосновать его отвѣтственности за покушеніе ¹⁾).

Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія конструктивной, рассматриваемое ученіе заключаетъ въ себѣ значительные недостатки. Но легко видѣть, что оно не рѣшаетъ и нормативной проблемы о границахъ безнаказанности негоднаго покушенія. Стараясь восполнить пробѣлъ основнаго ученія о покушеніи съ негодными средствами, оно высказывается въ пользу наказуемости покушенія не только въ томъ случаѣ, когда были примѣнены годныя средства, но и въ томъ случаѣ, когда были примѣнены средства, дѣйствительность которыхъ была парализована собственною дѣятельностью виновнаго. Но этимъ далеко не достигается полное согласованіе формулы покушенія съ требованіями правосознанія. И при этомъ пониманіи существа негоднаго покушенія остается безъ наказанія рядъ такихъ случаевъ покушенія, наказуемость которыхъ настоятельно требуется нашимъ правосознаніемъ. Однимъ изъ наиболѣе яркихъ случаевъ этого рода является покушеніе съ такъ наз. недостаточными средствами, т. е., употребленіе средствъ въ недостаточномъ для воспроизведенія эффекта количествѣ. Несмотря на то, что эти средства должны быть признаны за средства, абсолютно негодныя для воспроизведенія преступленія, безнаказанность лица, примѣнившего ихъ, представляется намъ вопіющею несправедливостью, и необходимость примѣненія къ нему наказанія совершенно основательно отстаивается весьма многими криминалистами ²⁾).

¹⁾ Rubo, GS, XVII, 1865, s. 11; Germann, s. 10, 11.

²⁾ Mittermaier, Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen, Neues Archiv des Criminalrechts, I, 1816, s. 194; Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstände des Verbrechens mangelt, und der Versuch mit untauglichen Mitteln, geprüft, GS, XI, 1859, s. 439, 448; Zachariae, I, s. 239; II, s. 238; Bauer, Abh, I, s. 377; Chop, s. 60; Goltdammer, GA, XVI, 1868, s. 553, 556; Marezoll, s. 120; Hahn, Stgb, s. 46; Scherer, GS, 1877 XXIX, s. 481; Wächter, s. 210; Rohland, Gefahr, s. 96, 97; Meyer, Lrb, s. 210; Oppenhoff, Stgb, 1896, s. 94; Olshausen, Komm, s. 161; Horn, Z, XX, 1900, s. 348; Неклюдовъ, Прил. стр. 500, 501; Неклюдовъ, Общ. часть, стр. 66; Кистяковскій, стр. 186; Познышевъ, стр. 365.

Третьи ученые предлагают иной критерій опредѣленія области ненаказуемаго покушенія съ негодными средствами. По ихъ взгляду, покушеніе ненаказуемо, когда оно было учинено средствами, абсолютно негодными для воспроизведенія преступленія, т. е., физически не способными причинить наступленіе результата. Но если результатъ не наступилъ только потому, что виновный примѣнилъ само по себѣ годное средство въ недостаточномъ количествѣ (напр., употребилъ недостаточную дозу яда), то покушеніе подлежитъ наказанію ¹⁾. Нѣкоторые изъ представителей этого взгляда, формулируя эту мысль, противоплагаютъ понятію о качественно негодномъ покушеніи, какъ ненаказуемомъ дѣяніи, понятіе о количественно негодномъ покушеніи, какъ о наказуемомъ дѣяніи. Покушеніе подлежитъ отвѣтственности, когда средство было количественно недостаточно для воспроизведенія задуманнаго причиннаго воздѣйствія (стрѣльба изъ пистолета на тысячу шаговъ), но оно свободно отъ наказанія въ случаѣ качественной негодности избраннаго способа воздѣйствія (отравленіе сахаромъ) ²⁾.

Конструктивные дефекты этого ученія уже давно отмѣчены литературою уголовного права. Никакихъ логическихъ основаній къ выдѣленію недостаточныхъ средствъ изъ области абсолютно негодныхъ средствъ не имѣется, такъ какъ средство, употребленное въ недостаточномъ количествѣ, такъ же неспособно воспроизвести преступный эффектъ, какъ и абсолютно негодное средство и, сообразно съ этимъ, должно разсматриваться, какъ разновидность послѣдняго ³⁾. Но нельзя не отмѣтить, что это ученіе неудовлетворительно и съ нормативной точки зрѣнія. Изслѣдованіе предложеннаго имъ критерія опредѣленія сферы наказуемости покушенія убѣждаетъ, что онъ грѣшитъ сразу въ двухъ направленіяхъ. Съ одной стороны, онъ совершенно неосновательно оставляетъ безъ наказанія тѣ случаи покушенія, о которыхъ упоминало предшествующее ученіе—случаи при-

¹⁾ Hahn, Stgb., s. 46; Scherer, GS, XXIX, 1877, s. 481; Olshausen, Komm. s. 160, 161.

²⁾ Oetker, XVII, 1897, s. 61, 62.

³⁾ Köstlin, Revision. s. 368; Schwarze, Comm. s. 154, 155; Schwarze, HN, II, s. 291; Cohn, s. 415; Wächter, s. 214; Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 57; Орловъ, стр. 122, 123; Рудинскій, Юр. Вѣстн. 1877, № 3—4, стр. 77; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 219; Таганцевъ, Лекціи, I, стр. 722; Чебышевъ-Дмитріевъ стр. 109.

мѣненія годныхъ, но случайно парализованныхъ собственною дѣятельностью виновнаго средствъ,—такъ какъ наказуемость подобныхъ дѣяній совершенно категорически постулируется нашимъ правосознаніемъ. Съ другой стороны, онъ столь же неосновательно расширяетъ область этой наказуемости, подвергая наказанію всѣ случаи примѣненія недостаточныхъ средствъ, хотя бы допущенная виновнымъ при учетѣ потребнаго количества средствъ ошибка была такъ груба, что наше правосознаніе отказывается признавать примѣненіе соотвѣтствующихъ средствъ за наказуемое дѣяніе.

По четвертому взгляду, покушеніе должно оставаться безъ наказанія только въ случаѣ примѣненія виновнымъ негоднаго средства ¹⁾. Но покушеніе должно подлежать репрессіи, коль скоро примѣненное средство было, вообще говоря, годнымъ, но не оказало дѣйствія, вслѣдствіе употребленія его въ недостаточномъ количествѣ ²⁾, или вслѣдствіе того, что виновный, приводя его въ удобный для употребленія видъ (примѣшивая ядъ въ кушанье и т. п.), случайно нейтрализовалъ его дѣйствіемъ другимъ веществомъ ³⁾.

Конструктивные недостатки этого ученія были показаны нами уже выше, при разборѣ предшествующихъ ученій, и къ нимъ мы не будемъ возвращаться. Оцѣнивая нормативныя положенія этого ученія, приходится признать, что, хотя оно и существенно суживаетъ область безнаказанности покушенія съ негодными средствами, но что, тѣмъ не менѣе, и предлагаемая имъ формула оставляетъ безъ наказанія нѣкоторые виды покушенія, вполне заслуживающіе репрессіи. Таковы, напр., случаи преступной дѣятельности, оставшейся безрезультатною, вслѣдствіе неумѣлаго примѣненія вполне годныхъ самихъ по себѣ средствъ.

Пятая группа ученыхъ предлагаетъ иную систему опредѣленія области безнаказанности покушенія съ негодными средствами. По ихъ мнѣнію, виновный долженъ быть свободнымъ отъ наказанія не только въ томъ случаѣ, когда онъ примѣнилъ выбранное имъ негодное средство ⁴⁾, но и въ томъ, когда при-

¹⁾ Mittermaier, NA, I, 1816, s. 183, 184.

²⁾ Mittermaier, NA, I, 1816, s. 194.

³⁾ Mittermaier, NA, I, s. 194, Anm. 24.

⁴⁾ Mittermaier, GS, XI, 1859, s. 432, 435; Meyer, Lrb, s. 210; Oppenhoff, Stgb, s. 94.

мѣненное имъ средство получило негодный характеръ только въ результатѣ приведенія его лицомъ въ удобный для поднесенія жертвѣ видъ (смѣшеніе яда съ нейтрализующимъ его дѣйствіе кушаньемъ ¹⁾). Но покушеніе подлежитъ наказанію, коль скоро годное само по себѣ средство было употреблено въ недостаточномъ количествѣ ²⁾ или было примѣнено настолько неумѣло, что не могло оказать должнаго дѣйствія ³⁾.

Въ этомъ ученіи, главное вниманіе обращаетъ на себя понятіе о неумѣломъ примѣненіи средствъ, какъ новое начало ограниченія сферы безнаказаннаго покушенія. При анализѣ этого понятія, необходимо прежде всего остановиться на его отношеніи къ понятію абсолютно негодныхъ средствъ. Могутъ ли неумѣло примѣненные средства быть признаны за нѣчто принципиально отличное отъ абсолютно-негодныхъ средствъ? Положительное рѣшеніе этого вопроса предполагаетъ существованіе объективно правильнаго способа примѣненія средства, что далеко не всегда не имѣетъ мѣсто, и развѣ при нѣкоторыхъ средствахъ (напр., ружье) можетъ идти рѣчь о правильныхъ способахъ его примѣненія. Въ большинствѣ случаевъ, характеръ средства сообщается предмету фактомъ предназначенія его виновнымъ служить опредѣленной цѣли ⁴⁾ и соответствующій замыселъ виновнаго предопредѣляетъ собою и способъ употребленія явленія, какъ средства, почему слѣдуетъ признать, что и выдѣленіе неумѣло примѣненныхъ средствъ изъ области средствъ негодныхъ не можетъ быть оправдано. Несостоятельность другихъ элементовъ разсматриваемой формулы была показана нами уже ранѣе.

Съ нормативной точки зрѣнія, этому ученію слѣдуетъ сдѣлать упрекъ въ игнорированіи постулата наказуемости примѣненія виновнымъ годныхъ, но случайно парализованныхъ его собственною дѣятельностью средствъ. Сверхъ того, это ученіе формулируетъ область безнаказанности покушенія чрезмѣрно широко еще и въ другомъ отношеніи: оно оставляетъ безъ наказанія примѣненіе средствъ, вполне годныхъ по внѣшнему

¹⁾ Mittermaier, GS, XI, 1859, s. 440.

²⁾ Mittermaier, GS, 1859, s. 439, 448; Meyer, Lrb, s. 210; Oppenhoff, Stgb, s. 94.

³⁾ Mittermaier, GS, XI, 1859, s. 439; Meyer, Lrb, s. 210; Oppenhoff, Stgb, s. 94.

⁴⁾ Cp. Roever, s. 21, 22.

своему виду, но недѣйствительныхъ фактически (напр., выдохшагося яда и т. п.), примѣненіе которыхъ, однако, принимается нашимъ правосознаніемъ за наказуемое дѣяніе ¹⁾.

Дальнѣйшее ограниченіе области безнаказаннаго покушенія заключается въ установленіи особой категоріи покушенія съ недѣйствительными средствами, какъ особаго вида наказуемаго покушенія. Покушеніе съ негодными средствами, по этому ученію, не подлежитъ наказанію ²⁾. Но покушеніе наказуемо, какъ скоро результатъ не наступилъ вслѣдствіе неумѣлаго примѣненія виновнымъ годныхъ самихъ по себѣ средствъ ³⁾, вслѣдствіе примѣненія этихъ средствъ въ недостаточномъ количествѣ ⁴⁾ или вслѣдствіе примѣненія недѣйствительныхъ средствъ, т. е. средствъ, бывшихъ годными, но утратившихъ свою дѣйствительность ⁵⁾ (напр., выдохшагося яда и т. п.).

По поводу этой формулы необходимо замѣтить, что съ объективной точки зрѣнія не существуетъ возможности провести различія между негодными и недѣйствительными средствами, и въ этомъ заключается логическая непослѣдовательность разсматриваемаго ученія. Съ нормативной точки зрѣнія, слѣдуетъ указать, что приводимый этимъ ученіемъ перечень исключеній изъ правила о безнаказанности покушенія далеко не объемлетъ собою всѣхъ случаевъ, признаваемыхъ достойными наказанія нашимъ правосознаніемъ. Это ученіе не упоминаетъ о примѣненіи виновнымъ вообще годныхъ, но парализованныхъ его собственною дѣятельностью средствъ, и оно совершенно неосновательно игнорируетъ тѣ случаи, въ которыхъ виновный, выбравъ вполне годное средство, въ рѣшительный моментъ перепуталъ его съ негоднымъ средствомъ и примѣнилъ послѣднее (напр., схватилъ вмѣсто стакана съ ядомъ стаканъ съ водою, которую и даль выпить жертвѣ). Какъ справедливо замѣчаетъ большинство

¹⁾ Zucker, Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuch, GA, XXXVI, 1888, s. 373.

²⁾ Zachariae, I, s. 241, 242.

³⁾ Zachariae, II, s. 238; Chop. s. 62.

⁴⁾ Zachariae, I, s. 239; II, s. 238; Chop. s. 60.

⁵⁾ Zachariae, I, s. 239; II, s. 238; Chop. s. 60.

криминалистовъ, не имѣется рѣшительно никакихъ основаній къ оставленію дѣяній этого рода безъ наказанія ¹⁾).

Нѣкоторые ученые идутъ еще дальше при ограниченіи области наказуемости покушенія съ негодными средствами. По ихъ взгляду, покушеніе ненаказуемо только въ томъ случаѣ, когда виновный примѣнилъ абсолютно негодное средство для реализаціи задуманнаго имъ преступленія. Напротивъ, покушеніе подлежитъ наказанію въ тѣхъ случаяхъ, когда преступный результатъ не наступилъ, вслѣдствіе случайнаго парализованія дѣйствія средства собственною дѣятельностью виновнаго, или вслѣдствіе недостаточности примѣннаго имъ средства, или вслѣдствіе неумѣлаго его примѣненія, или вслѣдствіе примѣненія виновнымъ по ошибкѣ годнаго средства вмѣсто негоднаго или въ силу какой-либо иной случайности ²⁾).

Разбирая предшествующія формулы негоднаго покушенія, намъ уже приходилось указывать на логическую непослѣдовательность предлагаемыхъ ими началъ ограниченія круга безнаказанныхъ случаевъ покушенія съ негодными средствами: стремясь согласовать эти формулы съ нашимъ правосознаніемъ, авторы вводили въ нихъ цѣлый рядъ оговорокъ, не находившихся во внутренней связи съ основными ихъ положеніями. Но ни одно изъ вышеприведенныхъ ученій не рѣшалось на такой, ниспровергающей все ученіе о негодныхъ средствахъ, шагъ, какъ изложенное только что ученіе: ни одно изъ нихъ не рѣшалось ставить безнаказанность виновнаго въ зависимость отъ правильности его онтологическихъ познаній, при предпріятіи преступленія, ни одно изъ нихъ не находило возможнымъ утверждать, что покушеніе можетъ быть оставляемо безъ наказанія только тогда, когда негодныя средства были употреблены виновнымъ не слу-

¹⁾ Walther, Krit. Vierteljahrsschrift, V, 1863, s. 41; Goltdammer, GA, XVI, 1868, s. 55; Marezoll, s. 120 Anm. 3; Häberlin, GS, XXIV, 1872, s. 265; Wächter, s. 210; Hagemann, GA, XXXII, 1884, s. 222; Kohler, Studien, I, s. 12, 23; Meyer-Allfeld, Lrb, s. 176; Horn, Z, XX, 1900, s. 348, 349; Häberlin, GS, XVI, 1864, s. 234; Goldfeld, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objekten, 1882, s. 34; Loesch, s. 19; Germann, s. 11, 12; Таганцевъ, Лекціи, I, стр. 722, 723; Познышевъ, стр. 365.

²⁾ Marezoll, s. 120 Anm. 3.

чайно, а по убѣжденію въ ихъ дѣйствительности ¹⁾. Подобное утвержденіе авторовъ изложеннаго ученія, по справедливому мнѣнію доктрины, должно быть признано за полный отказъ отъ объективной точки зрѣнія и за перенесеніе центра тяжести ученія на субъективную точку зрѣнія ²⁾. Въ этомъ и состоитъ глубокой порокъ конструціи изложеннаго ученія.

Но отмѣченная непослѣдовательность не спасаетъ этого ученія и въ нормативномъ отношеніи. Такъ, уже изъ предыдущаго можно заключить, что она совершенно неосновательно забываетъ оговорить наказуемость покушенія съ недѣйствительными средствами. Сверхъ того, несмотря на сдѣланныя ограниченія основного принципа, ей не удается парализовать всѣ неудовлетворительныя его стороны: и въ томъ случаѣ, когда виновный, совершая покушеніе, примѣнилъ негодныя средства по убѣжденію въ ихъ дѣйствительности, безнаказанность его далеко не всегда мирится съ нашимъ правосознаніемъ. Возьмемъ для примѣра случай, въ которомъ хотя убѣжденіе виновнаго и расходилось съ дѣйствительностью, но обнаруженіе его ошибки было подъ силу только специалисту въ данной области: врачу, токсикологу и т. п. Допущеніе подобной ничтожной ошибки при оцѣнкѣ средствъ съ точки зрѣнія правосознанія не играетъ роли обстоятельства, устраняющаго отвѣтственность виновнаго. Между тѣмъ, изложенное ученіе безсильно предотвратитъ безнаказанность виновнаго.

Разсмотрѣніемъ этого ученія мы заканчиваемъ критическій обзоръ той группы литературныхъ попытокъ формулировки области безнаказаннаго примѣненія негодныхъ средствъ при покушеніи на преступленіе, которая исходила изъ дѣленія средствъ покушенія на абсолютно и относительно негодныя средства. Изъ изложеннаго видно, что основная мысль авторовъ этого ученія, будучи правильной сама по себѣ, не могла, тѣмъ не менѣе, служить дѣлу разрѣшенія нормативной проблемы о кругѣ тѣхъ случаевъ примѣненія негодныхъ средствъ, которые справедливо оставлять безъ наказанія. Стремясь согласовать свое

¹⁾ Безнаказанность случайнаго примѣненія негодныхъ средствъ открыто признають: Heffter, s. 70; Zachariae, I, s. 241, 242; Mittermaier, NA, I, 1816, s. 183, 184; Mittermaier, GS, XI, 1859, s. 432, 435; Häberlin, GS, XVI, 1864, s. 234; Rubo, GS, XVII, 1865, s. 10, 11; Geyer, GS, XVIII, 1866, s. 53, 54, 65, 66; Geyer, Z, I, 1881, s. 37; Baumgarten, s. 421.

²⁾ Schwarze, HN, II, s. 295.

ученіе съ требованіями правосознанія, криминалисты вводили въ него рядъ оговорокъ, иногда ниспровергавшихъ значеніе даже самого основного принципа ихъ ученій, но, несмотря на это, достигнуть полной гармоніи между своими формулами и правосознаніемъ имъ всетаки не удалось. Неудивительно поэтому, что въ литературѣ уголовного права существуютъ попытки разрѣшенія интересующаго насъ вопроса на совершенно иныхъ началахъ или вовсе отбрасывающія понятіе о негодныхъ средствахъ, какъ исходный пунктъ разсужденій на данную тему или же комбинирующія это понятіе съ другими понятіями, лишаящими идею о негодныхъ средствахъ ея прежняго исключительнаго значенія въ данной области. При этомъ, одни изъ этихъ ученій усматривали существо негоднаго покушенія во внѣшней сторонѣ дѣянія виновнаго, а другія находили, что, на ряду съ извѣстными внѣшними признаками, для этого дѣянія характерны и извѣстные психическіе моменты.

Къ первой группѣ относятся ученія, признающія, что покушеніе негодно, коль скоро внѣшняя сторона его не заключаетъ въ себѣ опасности наступленія преступнаго результата или когда дѣяніе виновнаго не способно къ воспроизведенію этого результата. Въ виду того, что понятія объ опасности и возможности заключаютъ въ себѣ одни и тѣ же элементы, разборъ этихъ ученій можетъ быть произведенъ совмѣстно.

Покушеніе, замѣчаетъ одна группа криминалистовъ, наказуемо въ тѣхъ только случаяхъ, когда оно противоправно, но дѣйствіе противоправно только тогда, когда оно нарушаетъ право или ставитъ его въ опасность. Баварецъ, ходившій на богомолье съ цѣлью замолить на смерть своего сосѣда, не подвергалъ жизнь послѣдняго опасности ¹⁾. Благо жизни не можетъ быть повреждено, сколько бы разъ не стрѣляли въ людей изъ незаряженнаго ружья или давали сахаръ вмѣсто яда. Полагали ли при этомъ виновный, что пользуется ружьемъ заряженнымъ, употребляетъ мышьякъ и т. д. для дѣла безразлично. Его дѣйствіе безопасно какъ шутка или невинная дѣтская игра. Для наказуемости покушенія необходимо, чтобы дѣйствіе виновнаго по его внѣшнему складу состояло въ причинной связи съ задуманнымъ преступленіемъ. Законъ запрещаетъ только возможно

¹⁾ Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1847, s. 71.

причинную дѣятельность. Всякое наказуемое дѣяніе обладаетъ объективнымъ составомъ, при отсутствіи котораго не можетъ быть рѣчи о наказуемости виновнаго. Запрещены только дѣянія, опасныя для правовыхъ благъ ¹⁾. Наказанію можетъ подлежать только опасное покушеніе. Поэтому абсолютное негодное покушеніе, какъ дѣяніе неопасное, ненаказуемо. Негоднымъ покушеніемъ слѣдуетъ считать такое покушеніе, которое, по даннымъ опыта, никогда не способно воспроизвести преступленія ²⁾.

Для покушенія необходимо частичное осуществленіе преступнаго намѣренія. Намѣреніе должно воплотиться въ дѣйствіе въ такой формѣ, что, руководствуясь индуктивными данными, предоставляемыми намъ опытомъ, мы должны признать наличность опасности полнаго осуществленія намѣренія, т. е., наступленія того вреда, который характеризуетъ собою преступленіе. Сообразно съ этимъ, неопасныя дѣянія (т. наз. негодное покушеніе) вовсе не являются актами преступнаго покушенія ³⁾. Начало исполненія преступленія имѣется налицо въ томъ только случаѣ, когда дѣяніе виновнаго создаетъ опасность для правового блага ⁴⁾. При рѣшеніи вопроса о наказуемости покушенія, важно не то, было ли употребленное средство годно или нѣтъ, а то, что предпринятое дѣяніе, по здравому разсужденію, представляло собою опасность для правового блага ⁵⁾. При обсужденіи свойствъ покушенія, необходимо установить, была ли создана примѣненнымъ средствомъ объективная возможность опасности или нѣтъ. Покушеніе съ абсолютно негодными средствами ненаказуемо въ томъ только случаѣ, когда, при данныхъ въ моментъ осуществленія воли обстоятельствахъ, не существовало объективной возможности наступленія опасности ⁶⁾.

По взгляду другихъ криминалистовъ, о покушеніи на преступленіе можно говорить лишь тамъ, гдѣ конкретное дѣйствіе относится къ конкретному результату, какъ абстрактное основаніе къ абстрактному послѣдствію. Дѣйствіе лица можетъ быть признано покушеніемъ на убійство лишь въ томъ случаѣ, когда

¹⁾ Geyer, Z, I, 1881, s. 48, 49.

²⁾ Schoen, s. 57, 72.

³⁾ Geyer, Grundriß, s. 130.

⁴⁾ Kohn, s. 48.

⁵⁾ Rosenberg, Z, XX, 1900, s. 702.

⁶⁾ Calker, Ethische Werte, s. 32.

оно было способно стать причиною смерти человѣка ¹⁾. Для наказуемости покушенія необходимо, чтобы дѣйствія субъекта, въ силу объективной своей природы, создавали возможность выполнения преступленія ²⁾.

Переходя къ оцѣнкѣ этихъ ученій приходится сказать, что, съ конструктивной точки зрѣнія, они не вызываютъ никакихъ возраженій. Какъ намъ приходилось уже указывать ранѣе, понятія объ опасности и возможности являются вполне безупречными съ логической точки зрѣнія и, сообразно съ этимъ, использование этихъ понятій при опредѣленіи сферы наказуемаго покушенія, представляется вполне корректнымъ научнымъ приѣмомъ. Но, къ сожалѣнію, нельзя сказать того же о нормативной сторонѣ этихъ ученій, объ ихъ значеніи, какъ критеріевъ опредѣленія границъ наказуемости покушенія. Оцѣнивая это ученіе съ этой стороны, приходится признать, что постулаты его вовсе не гармонируютъ съ запросами нашего правосознанія и что существуетъ цѣлый рядъ случаевъ, въ которыхъ акты покушенія, оставляемые этими ученіями безъ наказанія, признаются заслуживающими репрессіи со стороны нашего правосознанія. Дѣйствительно, если эти ученія и опредѣляютъ область безнаказаннаго покушенія, вообще говоря, уже, чѣмъ разобранное выше ученіе о негодныхъ средствахъ (это ученіе безъ особыхъ оговорокъ способно предопредѣлить наказуемость примѣненія недостаточныхъ и недѣйствительныхъ средствъ, примѣненія средствъ годныхъ, но случайно парализованныхъ собственною дѣятельностью виновнаго или неумѣло примѣненныхъ имъ), то существуютъ случаи, въ которыхъ это ученіе не даетъ нормъ, согласныхъ съ нашимъ правосознаніемъ. Такъ, объективно-безопаснымъ (неспособнымъ причинить вредъ, а, слѣдовательно, и ненаказуемымъ), должно быть признано и примѣненіе абсолютно-негоднаго средства по случайной ошибкѣ. Но нельзя утверждать, чтобы это рѣшеніе соответствовало справедливости ³⁾.

Такимъ образомъ, обзоръ такъ наз. объективныхъ ученій о негодномъ покушеніи показалъ намъ нормативную неудовлетворительность всѣхъ попытокъ этого рода. Негодность покушенія,

¹⁾ Cohn, s. 419, 420.

²⁾ Huther, Tauglicher und untauglicher Versuch, GA, XXXVI, 1888, s. 454.

³⁾ Bülow, D. J. Z. 1910, N. 4, s. 219, 220; Germann, s. 36.

какъ условіе его безнаказанности, не представляетъ собою объективнаго юридическаго факта, и своеобразная юридическая квалифікація негоднаго покушенія не объясняется однѣми только особенностями внѣшней стороны этого дѣянія. Но не слѣдуетъ ли отсюда заключить, что понятіе о негодномъ покушеніи и вообще несостоятельно и что негодное покушеніе должно подлежать тому же наказанію, что и годное покушеніе? Нѣкоторые германскіе криминалисты отвѣчаютъ утвердительно на этотъ вопросъ ¹⁾ и этого взгляда придерживалась и практика высшаго германскаго суда въ 80-хъ и 90-хъ годахъ истекшаго столѣтія ²⁾. Негодное покушеніе должно подлежать наказанію на томъ же основаніи, что и покушеніе годное, и не имѣется рѣшительно никакихъ данныхъ для того, чтобы выдѣлять негодное покушеніе въ особую группу. Однако, подобный взглядъ не встрѣтилъ сочувствія въ германской литературѣ. Германскіе криминалисты отмѣтили, что подобное рѣшеніе представляется черезчуръ грубымъ и что оно способно привести къ случаямъ несправедливаго примѣненія наказаній за покушеніе ³⁾. Въ особенности неосновательно, думаютъ криминалисты, было бы распространеніе наказуемости на случаи такъ наз. суевѣрнаго покушенія, т. е., на случаи примѣненія виновнымъ абсолютно негодныхъ средствъ, въ силу суевѣрнаго убѣжденія въ ихъ дѣйствительности ⁴⁾. Рѣшеніе Рейхсгерихта не встрѣтило сочувствія и со стороны практики отдѣльныхъ судовъ ⁵⁾.

Необходимость оставленія нѣкоторыхъ случаевъ употребленія абсолютно негодныхъ средствъ безъ наказанія побудила криминалистовъ къ изысканію новыхъ приемовъ формулировки существа негоднаго покушенія, какъ ненаказуемаго дѣянія и привела къ ученію о негодности покушенія, какъ о субъективно-

¹⁾ Schwarze, NH, II, s. 298; Hälschner, I, s. 348; Kroschel, GS, XLI, 1889, s. 284, 287, 292; Kroschel, GS, XLIII, 1890, s. 227; Bierling, III, s. 112; Eisenmann, s. 13; Bister, s. 38.

²⁾ RG, 24 Mai 1880 (E. I, 1880, s. 244, 443); RG, 20 Mai 1887 (E, XVI, 1888, s. 112); RG, 27 Febr. 1888 (E. XVII, 1888, s. 159, 160); RG, 9 Nov. 1893 (E, XXIX, 1894, s. 382, 383); Rg, 14 März 1901 (E, XXXIV, 1901, s. 218); Rg, 3 Dez. 1908 (E, XLII, 1909, s. 23).

³⁾ Hagemann, GA, XXXII, 1884, s. 222; Begründung, I, s. 288.

⁴⁾ M. E. Mayer, Reform, I, s. 339, 340; Wintritz, s. 73; Germann, s. 60.

⁵⁾ Ср., Landgericht Köln (касс., RG, 27 Febr. 1888, E, XVII, 1888, s. 159, 160); Landgericht Köln (касс. RG, 14 März 1901, E, XXXIV, 1901, s. 218).

объективномъ основаніи отпаденія отвѣтственности за покушеніе. По мнѣнію значительнаго количества германскихъ ученыхъ, употребленіе негодныхъ средствъ при покушеніи приводитъ къ безнаказанности виновнаго въ томъ только случаѣ, когда оно было вызвано извѣстными психическими основаніями и, для безответственности его, нужна не только объективная негодность средствъ, но и извѣстное субъективное состояніе виновнаго въ моментъ ихъ примѣненія. Ученія эти, въ свою очередь, распадаются на рядъ отдѣльныхъ группъ, различаясь между собою характеристикою того субъективнаго основанія, которое, по ихъ мнѣнію, должно обуславливать собою примѣненіе негодныхъ средствъ.

По мнѣнію одной группы защитниковъ этого взгляда, покушеніе можетъ быть оставлено безъ наказанія въ томъ только случаѣ, когда употребленіе абсолютно негодныхъ средствъ было вызвано извѣстнымъ интеллектуальнымъ порокомъ¹⁾ виновнаго, оказавшимъ вліяніе на выработку виновнымъ преступнаго плана и обусловившимъ собою несостоятельность послѣдняго. Такъ, по одному взгляду, употребленіе негодныхъ средствъ приводитъ къ безнаказанности виновнаго въ томъ только случаѣ, когда оно было обусловлено религіознымъ его суевѣріемъ²⁾; другіе придаютъ то же значеніе всякому вообще суевѣрію³⁾; третьи приравниваютъ къ суевѣрію глупость, какъ факторъ составленія негоднаго плана⁴⁾; четвертые считаютъ покушеніе негоднымъ, когда оно выразилось въ употребленіи виновнымъ избранныхъ по суевѣрію или невѣжеству негодныхъ средствъ⁵⁾. Къ этой точкѣ зрѣнія примкнулъ, въ своей позднѣйшей практикѣ, и рейхсгерихтъ⁶⁾.

Изученіе новѣйшей уголовно-юридической литературы Германіи показываетъ, что этотъ приемъ опредѣленія области без-

¹⁾ Goldfeld, s. 43.

²⁾ Oersted, Ueber die Grundregeln der Strafgesetzgebung, 1818, s. 168, 169; Hepp, Versuche über einzelne Lehren des Strafrechtswissenschaft, 1827, s. 333; Buri, GS, XIX, 1867, s. 271; Schwarze, NH, II, s. 298; Schwarze, Comm, s. 156; Lammasch, Moment, s. 77, 78; Buri, Z, I, 1881, s. 204, 205; Baeuchle, s. 60—62.

³⁾ Bauer, Abh, s. 376; Hagemann, GA, XXXII, 1884, s. 241, 242.

⁴⁾ Buri, GS, XXXII, 1880, s. 369; Buri, GS, XL, 1888, s. 529, 536; Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 63; Delaquis, s. 224, 225; Fabian, s. 26; Germann, s. 149—154.

⁵⁾ Rg, 21 Juni 1900 (E, XXXIII, 1900, s. 321—323).

наказаннаго употребленія негодныхъ средствъ не встрѣтилъ въ ней сочувствія. Новѣйшіе криминалисты выражаютъ противъ этихъ ученій протестъ или прямо или косвенно. Прямо—путемъ указанія на неосновательность выдѣленія случаевъ суевѣрнаго и невѣжественнаго покушенія въ особую, принципиально отличную отъ другихъ видовъ негоднаго покушенія группу ¹⁾; косвенно—путемъ предложенія такихъ формулъ негоднаго покушенія, которыя отличны отъ только что приведенныхъ его опредѣленій. Къ разсмотрѣнію послѣднихъ мы и должны теперь обратиться.

Изслѣдованіе германской литературы по вопросу о покушеніи съ негодными средствами показываетъ намъ, что точка зрѣнія на негодность покушенія, какъ на субъективно-объективный юридическій фактъ, вовсе не предполагаетъ непременно, что субъективное основаніе употребленія негодныхъ средствъ заключалось въ искаженіи его разсудка вышеупомянутыми пороками. Многіе сторонники этой постановки вопроса, для безнаказанности виновнаго, признаютъ достаточнымъ фактъ искаженія его плана дѣйствія и такую ошибку, которая не вытекаетъ изъ суевѣрія или невѣжества дѣйствующаго лица. Но, при этомъ, отдѣльные ученые расходятся между собою въ дѣлѣ пониманія существа подобной, вызвавшей крушеніе плана виновнаго, ошибки и, смотря по той характеристикѣ, которую они усваиваютъ этой ошибкѣ, соответственныя ученія распадаются на двѣ группы.

Наиболѣе широко обрисовывается кругъ безнаказанныхъ случаевъ покушенія съ негодными средствами тѣми криминалистами, которые признаютъ основаніемъ безнаказанности виновнаго фактъ выбора имъ абсолютно негодныхъ средствъ въ силу заблужденія относительно ихъ причинныхъ свойствъ. По воззрѣнію этихъ ученыхъ, покушеніе съ негодными средствами должно быть признано безнаказаннымъ, коль скоро виновный, избирая средства совершенія преступленія, хотя и не ошибался въ тождествѣ ихъ, не принималъ ихъ ошибочно за другія явленія, но заблуждался относительно причинныхъ ихъ свойствъ, ошибочно приписывалъ имъ способность причиненія преступнаго результата. Не можетъ быть рѣчи о наказуемомъ покушеніи, когда дѣяніе виновнаго, не встрѣчая какихъ-либо непредвидѣн-

¹⁾ E. v. Liszt, Z. XXV, 1905, s. 74; Schoen, s. 35, 36.

ныхъ препятствій, развивается и формируется въ совершенномъ соотвѣтствіи съ умысломъ виновнаго, по послѣдствіе не наступаетъ вслѣдствіе того, что между предположенною дѣятельностью и задуманнымъ результатомъ не существуетъ причинной связи. Иными словами, нѣтъ наказуемаго покушенія, когда ошибка виновнаго касается не того обстоятельства, которое прерываетъ подлинную причинную связь между явленіями, а выражается въ допущеніи наличности вообще несуществующей причинной зависимости ¹⁾). Поэтому, нельзя говорить о наказуемомъ покушеніи въ томъ случаѣ, когда кто-либо, полагая возможнымъ отравить человѣка извѣстнымъ количествомъ сахара, дѣйствительно даетъ намѣченной жертвѣ соотвѣтствующую дозу сахара, такъ какъ происшедшее въ этомъ случаѣ во всѣхъ своихъ моментахъ соотвѣтствуетъ умыслу, и результатъ не наступаетъ только вслѣдствіе ошибочнаго принятія несуществующей причинной связи. Напротивъ, наказуемое покушеніе имѣется на лицо, когда виновный желалъ отравить жертву достаточнымъ количествомъ мышьяка, но, по ошибкѣ далъ ей вмѣсто мышьяка, сахаръ, такъ какъ въ этомъ случаѣ предположенная виновнымъ причинная связь дѣйствительно существовала и результатъ не наступилъ только вслѣдствіе того, что случившееся, въ одномъ изъ своихъ моментовъ, сложилось иначе, чѣмъ это было предположено виновнымъ ²⁾). Покушеніе наказуемо, когда дѣяніе, въ томъ видѣ, въ какомъ себѣ представлялъ его виновный, въ томъ видѣ, въ какомъ онъ предполагалъ его выполнить, по своимъ объективнымъ свойствамъ дѣйствительно пригодно къ воспроизведенію даннаго преступленія, такъ что намѣченное лицомъ средство, иными словами, то средство, которое по его мнѣнію, онъ примѣняетъ, дѣйствительно способно къ доведенію задуманнаго преступленія до конца и къ воспроизведенію соотвѣтственнаго результата ³⁾). При опредѣленіи свойствъ дѣянія, необходимо подвергать изслѣдованію дѣйствіе въ томъ видѣ, въ какомъ его себѣ представлялъ виновный; если въ сознаніи виновнаго было представленіе дѣянія, пригоднаго къ воспроизведенію преступленія, то порожденное его умысломъ дѣйствіе должно быть признано

¹⁾ Hälschner, System, I, s. 183; Goltdammer, GA, XVI, 1868, s. 555.

²⁾ Hälschner, System, I, s. 189.

³⁾ Walther, Krit, Vierteljahrsschrift, V, 1863, s. 34.

за начало выполненія преступленія. Въ противномъ случаѣ, мы имѣемъ дѣло съ безнаказаннымъ дѣйствіемъ ¹⁾.

Основаніемъ наказуемости преступныхъ дѣяній, замѣчаютъ третьи, является преступная воля виновнаго, подъ которою надо разумѣть желаніе виновнаго достигнуть преступнаго результата при помощи естественной причинности ²⁾. Это условіе имѣется на лицо лишь тогда, когда виновный составилъ такой планъ дѣйствія, который, по общимъ законамъ природы, способенъ привести къ преступному результату и который получилъ въ его дѣяніи характерное для покушенія виѣшнее выраженіе ³⁾. Въ виду того, что планъ дѣятельности составляется всегда въ нѣсколько неопредѣленныхъ чертахъ и окончательная форма задуманнаго виновнымъ дѣйствія выясняется только по выполненіи послѣдняго, то и крушеніе надеждъ виновнаго можетъ зависѣть не только отъ недостатковъ плана, но и отъ неправильностей выполненія его. Эта неопредѣленность плана дѣйствія должна быть принята во вниманіе, и о негодности этого плана можно говорить лишь тогда, когда вся совокупность мыслимыхъ комбинацій, которую лицо включило въ свой планъ, оказывается рядомъ невозможностей ⁴⁾. Поэтому не можетъ быть наказуемымъ покушеніемъ замаливаніе своего врага на смерть, ибо то, чего виновный желаетъ въ этомъ случаѣ, представляетъ собою нѣчто совершенно безобидное, задуманное виновнымъ никому не можетъ причинить вреда, хотя бы оно и было выполнено въ совершенномъ соотвѣтствіи съ его предположеніями ⁵⁾. Въ силу того же основанія надо признать безнаказаннымъ и покушеніе, оставшееся безрезультатнымъ, вслѣдствіе примѣненія виновнымъ недостаточнаго средства въ убѣжденіи, что это средство въ состояніи вызвать преступное послѣдствіе: напр., виновный далъ жертвѣ слишкомъ малую дозу яда или стрѣлялъ по ней на разстояніи, превышавшемъ дальнобойность его ружья ⁶⁾.

Обращаясь къ критическому разсмотрѣнію этихъ ученій, необходимо обратить вниманіе на слѣдующее. Какъ было указано выше, во всѣхъ случаяхъ, когда лицо желаетъ достичь извѣстнаго

1) Häberlin, GS, XVI, 1864, s. 234.

2) Kohler, Studien, I, s. 11.

3) Kohler, Studien, I, s. 25.

4) Kohler, Studien, I, s. 28.

5) Kohler, Studien, I, s. 10, 11.

6) Kohler, Studien, I, s. 27, 28.

результата посредством своего дѣйствія, передъ нимъ возникаетъ проблема установленія свойствъ тѣхъ явленій, введеніе которыхъ въ составъ внѣшней обстановки способно вызвать желательный результатъ. Правильное рѣшеніе этой проблемы стоитъ въ зависимости, какъ отъ правильнаго выбора средствъ и отъ правильной оцѣнки свойствъ внѣшней обстановки, такъ и отъ удачнаго подысканія подходящихъ средствъ, т. е. отъ вѣрнаго опредѣленія существа тѣхъ явленій, которыя въ сочетаніи съ внѣшнею обстановкою способны произвести требуемый результатъ. Правильное рѣшеніе этихъ вопросовъ и обусловливаетъ собою составленіе правильнаго плана и, вмѣстѣ съ тѣмъ, только такой планъ и оказывается разсчитаннымъ на естественную причинность, только лицо, выработавшее подобный планъ, основываетъ свои расчеты на знаніи подлинной причинной зависимости явленій, только оно не допускаетъ ошибки въ составленіи плана своей дѣятельности.

Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, очевидно, что лицо, вооруженное подобнымъ планомъ преступной дѣятельности, никогда не можетъ потерпѣть неудачи при ея выполненіи, и всякая неудача виновнаго при реализаціи преступленія, всякое покушеніе доказываютъ собою неправильность составленнаго виновнымъ плана. Авторы вышеприведенныхъ ученій и не требуютъ подобной правильности плана дѣйствій виновнаго для его наказуемости. Условіемъ наказуемости покушенія, они признаютъ правильную оцѣнку виновнымъ отношенія употребляемыхъ имъ средствъ не къ той конкретной обстановкѣ, въ которой ему пришлось дѣйствовать, а къ средней, обычной, обстановкѣ дѣятельности даннаго рода. Заблужденіе виновнаго относительно свойствъ конкретной обстановки не признается ими за основаніе освобожденія виновнаго отъ наказанія.

Но, необходимо замѣтить, и при такомъ узкомъ пониманіи существа вышеизложеннаго ученія, оно не удовлетворяетъ требованіямъ нашего правосознанія. При оцѣнкѣ свойства средствъ, виновнымъ можетъ быть допущена такая ошибка, предупрежденіе которой можетъ быть доступно только специалистамъ и появленіе которой въ составѣ плана виновнаго не принимается нашимъ правосознаніемъ за основаніе безнаказанности покушенія. Совершенно справедливо было замѣчено, что рѣшеніе судьбы виновника покушенія не можетъ быть поставлено въ зависимость отъ большихъ или меньшихъ познаній лица въ

области физики ¹⁾). Не мирится съ нашимъ правосознаніемъ и освобожденіе отъ наказанія такихъ лицъ, которыя допустили ошибку въ исчисленіи размѣра потребной для выполнения убійства дозы яда или впали въ заблужденіе при опредѣленіи дальнотойности ружья ²⁾).

Отмѣченные недостатки разсмотрѣнныхъ ученій о покушеніи съ негодными средствами отсутствуютъ во второй группѣ ученій разбираемаго направленія, еще болѣе суживающей кругъ безнаказанныхъ случаевъ негоднаго покушенія. По воззрѣнію представителей этого направленія, для оставленія покушенія безъ наказанія недостаточно, чтобы негодныя для реализаціи преступленія средства были избраны виновнымъ въ силу ошибочнаго убѣжденія въ ихъ годности. Негодныя средства при покушеніи приобрѣтаютъ юридическое значеніе лишь тогда, когда ошибка виновнаго, вызвавшая ихъ примѣненіе, заключалась въ приписаніи подлежащимъ явленіямъ такихъ причинныхъ свойствъ, которыя не признаются за ними общечеловѣческими убѣжденіями и данными обыденнаго опыта. Покушеніе съ негодными средствами наказуемо, когда виновный примѣнилъ негодное средство, ошибочно принявъ его за другое, случайно перепутавъ его съ другимъ и т. д., но о наказаніи виновнаго не можетъ быть рѣчи, когда изъ обстоятельствъ дѣла видно, что виновный желалъ примѣнить нецѣлесообразное по даннымъ обыденнаго опыта и по общему убѣжденію средство ³⁾; когда виновный хотѣлъ совершить преступленіе при помощи такого средства, которое хотя и казалось ему годнымъ, но по даннымъ общихъ законовъ мышленія и ежедневнаго опыта было абсолютно неспособно когда либо воспроизвести это преступленіе ⁴⁾; когда виновный примѣнилъ такое средство, которое, при данныхъ небызвѣстныхъ виновному обстоятельствахъ, по тѣмъ законамъ природы и законамъ мышленія, знаніе которыхъ должно предполагаться у каждаго вмѣняемаго человѣка, не могло привести къ наступленію желательнаго результата ⁵⁾; покушеніе ненаказуемо въ томъ случаѣ, когда субъектъ ожидалъ наступленія

¹⁾ Fabian, s. 16; E. v. Liszt, Z, XXV, 1905, s. 47; Goldfeld, s. 22, 23,

²⁾ Fabian, s. 18; Buri, GS, XIX, 1867, s. 74; Germann, s. 50, 51; Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 122.

³⁾ Luden, Hdb, s. 404.

⁴⁾ Köstlin, System, I, s. 228.

⁵⁾ Bar, Versuch, s. 17, 18.

результата своей дѣятельности только въ силу ошибочности своихъ номологическихъ сужденій, и эта ошибочность его сужденій была вообще распознаваемой ¹⁾; покушеніе свободно отъ наказанія, какъ скоро составленный виновнымъ преступный планъ, съ точки зрѣнія обычныхъ воззрѣній, былъ невыполнимымъ ²⁾. Покушеніемъ почитается дѣяніе, которое составляетъ начало исполненія преступленія, не только по мнѣнію дѣйствующаго лица, но и по общераспространенному взгляду ³⁾.

Къ этой формулѣ объема безнаказанности покушенія съ негодными средствами примыкають и нѣкоторыя другія распространенныя въ современной германской литературѣ ученія, признающія покушеніе годнымъ только въ случаѣ, когда виновный, предпринимая дѣяніе, руководился умысломъ учиненія акта, по даннымъ опыта пригоднаго къ воспроизведенію преступленія или представлявшаго собою опасность наступленія вреда. Изслѣдуя содержаніе этихъ ученій, мы убѣждаемся, что критерій опредѣленія сферы негоднаго покушенія, предлагаемый этими ученіями, совпадаетъ съ предыдущимъ: они признають негоднымъ всякое покушеніе, задумывая совершеніе котораго виновный уклонился отъ обыденныхъ оцѣнокъ годности или опасности явленій.

Покушеніе, по ученію представителей этой группы, наказуемо лишь въ случаѣ, когда оно представляетъ собою опасность наступленія преступнаго результата, т. е., когда дѣйствіе виновнаго, по своимъ общимъ признакамъ и въ виду тѣхъ обстоятельствъ, которыя были извѣстны виновному, при здоровомъ обсужденіи, казалось пригоднымъ для воспроизведенія признаковъ преступленія въ предусмотрѣнной закономъ формѣ, покушеніе, не удовлетворяющее этимъ условіямъ ненаказуемо ⁴⁾. Покушеніе наказуемо, когда оно опасно, т. е., когда оно представляетъ собою опасность для охраняемаго уголовнымъ закономъ правового блага. Поэтому, виновный отвѣчаетъ за покушеніе, когда онъ примѣнилъ вмѣсто яду умышленно поднесенную ему аптекаремъ магнезію, но онъ свободенъ отъ отвѣтственности, если онъ примѣнилъ попавшее ему въ руки бѣлое

¹⁾ Dohna, Der Mangel am Tatbestand, s. 61.

²⁾ Klee, Wille, s. 34-36.

³⁾ Berolzheimer, Entgeltung, s. 383.

⁴⁾ Merkel, Lrb, s. 130, 131.

вещество, принятое имъ безъ особаго изслѣдованія за ядь ¹⁾. Покушеніе наказуемо, когда негодность средства и безопасность дѣянія не обусловливаются свойствами воли субъекта и не представляютъ собою необходимаго признака дѣйствія, а являются случайными его спутниками; покушеніе, ненаказуемо когда негодность средства и безопасность дѣянія стоятъ въ неперемѣнной связи со свойствами преступной воли и составляютъ необходимый признакъ дѣянія. Поэтому, лицо, задумавшее совершить убійство, но по ошибкѣ употребившее незаряженное ружье вмѣсто заряженнаго, ²⁾ отвѣчаетъ за покушеніе на убійство, но лицо, выстрѣлившее изъ ружья, заряженнаго однимъ только пистолемъ, въ убѣжденіи, что оно лишитъ этимъ путемъ другого чловѣка жизни, (не) подлежитъ уголовной отвѣтственности ³⁾. Покушеніемъ можетъ быть признаваемо лишь такое проявленіе преступнаго умысла, которое воплотило въ себѣ, въ доступной учету формѣ, возможность окончанія преступления ⁴⁾. Можно признать годнымъ лишь то покушеніе, которое, при принятіи во вниманіе извѣстныхъ виновному въ моментъ осуществленія дѣянія обстоятельствъ и тѣхъ особыхъ условій, при которыхъ было учинено это дѣяніе, казалось, хотя бы въ теченіе нѣкотораго времени, способнымъ къ воспроизведенію результата ⁵⁾. При опредѣленіи опасности покушенія, необходимо обращать вниманіе на волю виновнаго, на то, былъ ли его умыселъ способенъ причинить преступный результатъ или нѣтъ. Покушеніе можетъ подлежать наказанію лишь тогда, когда выполненіе задуманнаго субъектомъ возможно, но никакъ не въ томъ случаѣ, когда умыселъ былъ очевидно невыполнимъ ⁶⁾. Вопросъ о томъ, что такое покушеніе, долженъ разрѣшаться путемъ принятія во вниманіе какъ опасности дѣянія, такъ и опасности дѣйствующаго лица ⁶⁾. Наказуемо только опасное покушеніе. Но направленная на осуществленіе воли дѣятельность опасна лишь въ случаѣ, когда она, въ одной изъ стадій своего развитія, приняла направленіе, способное, по даннымъ опыта, привести къ нарушенію правового блага, хотя бы впослѣдствіи эта дѣятельность

¹⁾ Zucker, GA, XXXVI, 1888, s. 372—374.

²⁾ Rohland, Gefahr, s. 106—108.

³⁾ Liepmann, Einleitung, s. 76.

⁴⁾ Finger, Lrb, I, s. 303.

⁵⁾ Horn, Z, XX, 1900, s. 343—345.

⁶⁾ Kohlrausch, Irrtum, s. 12.

и измѣнила этому направленію, вслѣдствіе дѣйствія условій, первоначально не бывшихъ извѣстными дѣйствующему лицу и вообще нераспознаваемыхъ ¹⁾).

Покушеніе негодно, когда осуществленіе воли, будучи разсматриваемо въ связи съ тѣми обстоятельствами, которыя, въ моментъ приступа виновнаго къ дѣйствію, были вообще распознаваемы или были извѣстны только виновному, не создаетъ возможности воспроизведенія результата ²⁾). Для наказуемости покушенія необходимо, чтобы то дѣйствіе, которое предполагалъ совершить виновный для причиненія задуманнаго результата, было *in abstracto* пригодно къ осуществленію преступнаго намѣренія. При отсутствіи этого условія, мы имѣемъ налицо негодное покушеніе ³⁾). Покушеніе негодно, какъ скоро установлено, что дѣяніе въ томъ видѣ, въ какомъ оно было предположено виновнымъ къ реализаціи, по даннымъ опыта, не могло привести къ воспроизведенію результата ⁴⁾). Покушеніе негодно, когда дѣяніе, будучи реализовано въ соотвѣтствіи съ онтологическими знаніями лица, по даннымъ общечеловѣческаго опыта, неспособно воспроизвести намѣченнаго результата ⁵⁾). Наказуемо только опасное покушеніе. Покушеніе опасно въ случаѣ, когда дѣяніе, воплощающее въ себѣ начало выполненія по своему, предопредѣленному умысломъ виновнаго, характеру, создаетъ извѣстную степень вѣроятности наступленія вреда ⁶⁾.

Покушеніе ненаказуемо, когда задуманное виновнымъ дѣйствіе—т. е., дѣйствіе, въ томъ видѣ, какъ его себѣ представлялъ виновный *in abstracto*, неспособно воспроизвести результата ⁷⁾). Покушеніе неопасно, и потому ненаказуемо въ случаѣ, когда тѣ данныя, которыя имѣетъ судья о возрѣніяхъ виновнаго на дѣйствіе, заставляють признать, что ненаступленіе результата было неизбѣжнымъ исходомъ совершеннаго лицомъ акта ⁸⁾). Покушеніе не подлежитъ наказанію въ случаѣ, когда выполненіе преступленія было предпринято при обстоятельствахъ, заста-

¹⁾ Meyer-Allfeld, Lrb, s. 175.

²⁾ Kriegsmann, s. 61; Rudert, s. 32, 34; Liszt, Lrb, s. 214, 215.

³⁾ E. v. Liszt, Z. XXV, 1905, s. 37, 77.

⁴⁾ Bar, Gesetz, II, s. 532.

⁵⁾ Finger, Versuch, s. 30, 35.

⁶⁾ Celichowski, s. 111.

⁷⁾ Loesch, s. 17—20.

⁸⁾ Wintritz, s. 85.

влявшихъ признать исключенною возможность доведенія его до конца, при условіи знанія виновнаго объ этихъ обстоятельствахъ ¹⁾). Понятіе о негодномъ покушеніи предполагаетъ, что лицо знаетъ, какое оно средство употребляетъ, но что оно заблуждается относительно его пригодности. Покушеніе негодно, когда лицо примѣняетъ средство, не могущее, по здравому разсужденію, воспроизвести въ данномъ случаѣ задуманный результатъ ²⁾).

Это рѣшеніе вопроса о границахъ безнаказанности покушенія съ негодными средствами раздѣляется господствующимъ мнѣніемъ въ новѣйшей германской литературѣ. Его и слѣдуетъ считать формулировкой данныхъ современнаго германскаго правосознанія въ этой области.

§ 36. Понятіе о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ.

Мы разсмотрѣли существо понятія о покушеніи съ негодными средствами по современному германскому праву. Но наряду съ этимъ покушеніемъ, германскому праву извѣстенъ еще и другой видъ негоднаго покушенія—именно покушеніе на недостающій объектъ, распадающееся, въ свою очередь, на покушеніе на объектъ негодный, на покушеніе на объектъ отсутствующій и на покушеніе на объектъ несуществующій. Обращаясь къ разбору положеній современнаго германскаго права по этому предмету, мы остановимся сначала на анализѣ понятія о покушеніи на негодный объектъ. При этомъ, подъ негоднымъ объектомъ, мы будемъ разумѣть какъ физически негодный объектъ (предметъ, не способный стать предметомъ преступнаго воздѣйствія вслѣдствіе физическихъ своихъ особенностей—виновный стрѣляетъ вмѣсто человѣка въ пень), такъ и юридически негодный объектъ (предметъ, неудовлетворяющій юридическимъ признакамъ объекта преступнаго воздѣйствія—виновный похищаетъ собственную вещь, вмѣсто чужой).

Изучая литературу о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ, мы встрѣчаемся съ возрѣніемъ, отрицающимъ самостоятельное значеніе этого юридическаго понятія и принимающимъ

¹⁾ Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs. Aufgestellt von Kahl, Liszt, Llienthal, Goldschmidt, § 29.

²⁾ Begründung zum Gegenentwurf, 1911, s. 43.

покушеніє надъ негоднымъ объектомъ за разновидность покушенія съ негодными средствами, Различеніє между средствомъ и объектомъ, полагають нѣкоторые криминалисты, является несостоятельнымъ. Конечно, всякое преступленіє обладаетъ объектомъ, всякое дѣяніє этого рода направляется на охраняемое правовое благо, и противопоставляя этому благу дѣйствіє виновнаго, приходится принимать послѣднее за средство совершенія преступленія. Но въ данной проблемѣ рѣчь идетъ не объ этомъ, а исключительно о причинномъ соотношеніи основанія и послѣдствія, условій и результата. При этой постановкѣ вопроса, средствомъ оказывается все, что связываетъ между собою волю и результатъ, все, что служитъ посредникомъ причиннаго отношенія между ними. Сюда же долженъ быть отнесенъ и объектъ преступленія, который, представляя собою одно изъ условій послѣдствія, является средствомъ достиженія послѣдняго. Живой человѣкъ является такимъ же средствомъ воспроизведенія того результата, который мы называемъ убійствомъ, какъ и примѣненный виновнымъ для этой цѣли ядъ ¹⁾. При изслѣдованіи свойствъ негоднаго покушенія, неправильно возбуждать вопросъ о годности отдѣльныхъ элементовъ дѣйствія, а необходимо изслѣдовать годность покушенія, какъ цѣлаго ²⁾.

Это мнѣніє вызвало возраженія со стороны другихъ ученыхъ. Отождествленіє средствъ и объекта покушенія противорѣчитъ словоупотребленію ³⁾. Говоря о средствахъ и объектѣ покушенія, мы анализируемъ не отношеніє элементовъ преступленія къ преступному эффекту, а отношеніє ихъ къ дѣянію виновнаго ⁴⁾. Съ этимъ различіемъ элементовъ преступленія связаны и другія особенности, отличающія ихъ другъ отъ друга. Наличие объекта представляетъ собою условіє возникновенія преступнаго умысла и лишь получивъ увѣренность, что объектъ существуетъ, виновный приступаетъ къ выбору средствъ реализаціи преступленія ⁵⁾. Будучи воленъ въ выборѣ средствъ, въ опредѣленіи ихъ природы и т. д., виновный вовсе не свободенъ въ избраніи

¹⁾ Hälschner, I, s. 348, 349; Bister, s. 24; Bülow, D. J. Z. 1910 N. 4, s. 221; Germann, s. 31, 32.

²⁾ Bister, s. 24.

³⁾ Rudert, s. 14.

⁴⁾ Köhler, Studien, I, s. 8; Olshausen, Komm, s. 157, 158; Kriegsmann, s. 26, 27; Roever, s. 20; Celichowski, s. 8; Schoetensack, Versuch, s. 399.

⁵⁾ Schoen, s. 14; Celichowski, s. 8.

свойствъ объекта, и негодность этого объекта не зависитъ отъ воли дѣйствующаго лица ¹⁾). При примѣненіи негодныхъ средствъ, результатъ не наступаетъ именно только потому, что средства покушенія были негодны, при покушеніи надъ негоднымъ объектомъ результатъ вообще не можетъ быть достигнутъ никакимъ путемъ. Только въ первомъ случаѣ результатъ можетъ быть признанъ достижимымъ *in abstracto* ²⁾).

Вдумываясь въ существо этого вопроса, дѣйствительно, нельзя не признать, что различіе средствъ и объекта покушенія, представляется вполне корректнымъ съ логической точки зрѣнія и гармонируетъ съ общими положеніями ученія о преступленіи. Но, сверхъ того, надо сказать, что это дѣленіе представляется особенно важнымъ въ области ученія о негодномъ покушеніи, такъ какъ оно позволяетъ установить различіе между отдѣльными видами этого покушенія. Изслѣдованіе показываетъ, что выраженіе негодность, при оцѣнкѣ средствъ покушенія имѣетъ совершенно иное значеніе, чѣмъ это выраженіе при оцѣнкѣ свойствъ объекта покушенія. Въ первомъ случаѣ, идетъ рѣчь о способности явленій къ причиненію извѣстнаго результата, идетъ рѣчь о функциональной негодности. Во второмъ случаѣ, говорится о неспособности явленій служить представителями типа извѣстныхъ явленій, идетъ рѣчь о типической негодности. И это пониманіе соотвѣтствуетъ и существу дѣла. Оно соотвѣтствуетъ и идеѣ объ объектѣ, какъ о пассивномъ явленіи, какъ объ опредѣленномъ, точно обрисованномъ предметѣ, видоизмѣнить которое входитъ въ задачу дѣйствующаго лица; оно соотвѣтствуетъ и идеѣ о средствахъ, какъ объ активномъ явленіи, какъ о воздѣйствіи чловѣка на внѣшній міръ. Это различіе создаетъ глубокую пропасть между понятіями о средствахъ и объектѣ при покушеніи. Очевидно, что явленія, которыя оцѣниваются правомъ со столь различныхъ точекъ зрѣнія, не могутъ быть объединяемы въ одно общее правовое понятіе.

Изъ этого положенія вытекають и другія отличія покушенія надъ негоднымъ объектомъ отъ покушенія съ негодными средствами. Оцѣнивая актъ покушенія съ точки зрѣнія значенія употребленныхъ виновнымъ средствъ *in concreto*, какъ мы видѣли выше, можно почти всегда сказать, что эти средства были *in*

¹⁾ Schoen, s. 13.

²⁾ Rudert, s. 45.

concreto негодны, и сообразно съ этимъ, за крайне рѣдкими исключеніями, о покушеніи съ годными in concreto средствами говорить не приходится ¹⁾). При оцѣнкѣ покушенія съ точки зрѣнія свойствъ его объекта подобнаго вывода сдѣлать невозможно, ибо несмотря на то, что актъ виновнаго принялъ форму покушенія, воздѣйствіе можетъ быть оказано и на годный объектъ,—виновный, желая убить человѣка, нанесъ ему рану и т. п. Негодность объекта не составляетъ не только необходимаго, но даже и обычнаго признака покушенія.

Эти замѣчанія позволяютъ намъ дать справедливую оцѣнку одному спорному вопросу въ области ученія о негодномъ объектѣ при покушеніи. Нѣкоторые ученые, аргументируя противъ дѣленія объектовъ покушенія, указываютъ, что принятіе этого дѣленія приводитъ къ совершенно недопустимымъ выводамъ, такъ какъ, исходя изъ этого дѣленія, мы вынуждены оставлять безъ наказанія такіе случаи покушенія, которые вовсе этого не заслуживаютъ. Человѣкъ въ панцырѣ представляетъ собою негодный объектъ покушенія, но можно ли сказать, что посягательство на подобный объектъ свободно отъ наказанія? ²⁾). Это замѣчаніе вызвало цѣлый рядъ возраженій. Одни ученые отмѣчаютъ, что это ученіе грѣшитъ смѣшеніемъ различныхъ видовъ негодныхъ объектовъ покушенія и что выдвигаемый имъ доводъ устраняется различеніемъ объектовъ абсолютно негодныхъ, ни въ коемъ случаѣ не могущихъ быть объектами задуманнаго преступленія,—мертвое тѣло, въ качествѣ объекта убійства, собственная вещь, въ качествѣ объекта воровства,—и относительно негодныхъ объектовъ, не могущихъ быть объектами задуманнаго преступленія только въ данномъ случаѣ,—человѣкъ въ непробиваемомъ для пули панцырѣ. Только объекты первой категоріи обусловливаютъ собою безнаказанность покушенія, объекты же второй категоріи не устраняютъ наказуемости виновнаго ³⁾). Другіе оспариваютъ самую возможность разсматривать посягательство на человѣка въ панцырѣ, какъ покушеніе на негод-

¹⁾ Исключеніе составляютъ случаи покушенія на квалифицированное по послѣдствію преступленіе, въ которыхъ покушеніе имѣется налицо, несмотря на успѣшное нарушеніе лицомъ объекта преступленія.

²⁾ Köstlin, Revision, s. 368; Hälschner, System, I, s. 186; Schwarze, НН, II, s. 302.

³⁾ Berner, Lrb, s. 141; Kohn, s. 24; Rohland, Gefahr, s. 98; Schoen, s. 17, 20, 40; Scherer, GS, XXIX, 1877, s. 481, 497; Кистяковскій, стр. 185.

ный объект; дѣйствіе субъекта, въ этомъ случаѣ, характеризуется, по ихъ взгляду, не негодностью объекта, а негодностью средствъ ¹⁾. Къ послѣднему взгляду присоединяется и третья группа криминалистовъ, выражающая его въ нѣсколько болѣе специальной формѣ и квалифицирующая посягательство на чело-вѣка въ панцырѣ, какъ актъ примѣненія относительно негодныхъ или недостаточныхъ средствъ ²⁾.

Задаваясь вопросомъ о значеніи дѣленія объектовъ на абсолютно и относительно негодные, необходимо прежде всего опредѣлить его основанія. Можетъ ли это дѣленіе быть принято за результатъ дробленія негодныхъ объектовъ на виды или же оно представляетъ собою доиолненіе понятія о негодномъ объектѣ въ общепринятомъ смыслѣ понятіемъ о другихъ объектахъ этого рода? Исслѣдованіе вопроса показываетъ, что единственно правильною является вторая альтернатива—въ предшествующемъ изложеніи было установлено, что при негодности объекта имѣется налицо неспособность дѣйствія удовлетворить типическимъ признакамъ преступленія, неспособность, обусловливаемая тѣмъ, что дѣйствіе, учиненное виновнымъ, направилось на предметъ, не отвѣчающій типическимъ признакамъ объекта посягательства. Но типическая негодность элементовъ преступленія не допускаетъ градаций, въ составѣ ея нельзя различать степеней—объектъ или способенъ быть предметомъ преступленія или негоденъ, онъ не можетъ быть относительно способнымъ или относительно неспособнымъ удовлетворить признакамъ объекта преступленія. Очевидно, слѣдовательно, что интересующее насъ дѣленіе представляетъ собою доиолненіе системы понятій о негодныхъ объектахъ покушенія новою категоріею идей этого рода и что тѣ объекты, которые признаются имъ относительно негодными объектами, являются объектами негодными въ иномъ смыслѣ, чѣмъ абсолютно негодные объекты. И дѣйствительно, нетрудно видѣть, что въ то время, какъ объекты абсолютно негодные являются условіями, документирующими типическую неспособность дѣйствія воспроизвести составъ преступленія, объекты относительно негодные доказываютъ собою функциональную

¹⁾ Bar, Versuch, s. 14; Rubo, GS, XXVII, 1865, s. 38; Roever, s. 19; Rudert; s. 57; Villnow, GA, XXXV, 1888, s. 123; Kroschel, GS, XLI, 1889, s. 295; Langenbach, s. 18.

²⁾ Buri, GS, XIX, 1867, s. 73, 74; Olshausen, Komm. s. 160; Langenbach, s. 18; Сергѣевскій, стр. 295; Таганцевъ, I, стр. 728.

неспособность дѣйствія выполнить признаки преступленія, неспособность его преодолѣть стоящія на пути реализаціи преступленія препятствія.

Такимъ образомъ, объекты относительно негодные должны быть признаны негодными въ иномъ смыслѣ, чѣмъ абсолютно негодные объекты. Уже это обстоятельство, конечно, предрѣшаетъ собою несостоятельность вышеуказаннаго дѣленія, показывая, что оно основано не на различіи въ степени негодности объектовъ, какъ слѣдовало бы заключить изъ противопоставленія понятій объ абсолютномъ и объ относительномъ, а на различіи въ свойствахъ негодности учиненныхъ субъектомъ дѣйствій. Но, тѣмъ не менѣе, можетъ возникнуть вопросъ о томъ, не было ли бы все-таки цѣлесообразнымъ сохранить за группою относительно негодныхъ объектовъ значеніе особой юридической категоріи, на ряду съ понятіемъ объ абсолютно негодныхъ объектахъ и не способствуетъ ли этотъ приемъ выясненію юридической природы видовъ покушенія? Однако, ближайшее изслѣдованіе заставляетъ насъ дать отрицательный отвѣтъ на этотъ вопросъ.

Дѣло въ томъ, что образованіе особыхъ рубрикъ для случаевъ, въ которыхъ объектъ оказался неуязвимымъ для виновнаго, вслѣдствіе функціональной неспособности дѣйствія, могло бы быть рациональнымъ при томъ лишь условіи, если бы эти случаи не обнимались уже другою юридическою категоріей. Но въ дѣйствительности, дѣло обстоитъ иначе: случаи функціональной неспособности дѣйствій охватываются особой юридической категоріей и они уже были рассмотрѣны нами выше, при разборѣ ученія о покушеніи съ негодными средствами. Посягательство на объектъ, недоступный физическому воздѣйствію виновнаго (человѣкъ въ панцырѣ), удовлетворяетъ всѣмъ признакамъ покушенія, недостижнаго цѣли, вслѣдствіе недѣйствительности примѣненныхъ лицомъ средствъ, и такъ какъ недѣйствительность этихъ средствъ обуславливалась необычностью обстановки выполненія преступленія, то разбираемое дѣяніе должно быть признано покушеніемъ съ относительно негодными или недостаточными средствами. Подобная квалификація вполнѣ обезпечиваетъ правильное рѣшеніе вопроса о юридической судьбѣ соответствующихъ дѣяній и, сообразно съ этимъ, надо признать, что дѣленіе объектовъ покушенія на абсолютно и относительно негодные является не только логически неправильнымъ, но и юридически непродуктивнымъ.

Намъ остается упомянуть о дѣленіи негодныхъ объектовъ на физически негодные и юридически негодные. Подъ первыми разумѣютъ предметы, неспособные стать предметомъ преступнаго воздѣйствія вслѣдствіе фактическихъ своихъ особенностей, вслѣдствіе отсутствія у нихъ фактическихъ предположеній объекта преступнаго воздѣйствія, подъ вторыми—предметы, неудовлетворяющіе юридическимъ признакамъ объекта преступнаго воздѣйствія (ср., напр., похищеніе своей вещи вмѣсто чужой). Это дѣленіе общепринято въ юридической наукѣ, и знакомство съ нимъ необходимо для пониманія сущности отдѣльныхъ ученій о покушеніи на негодный объектъ.

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній мы можемъ перейти къ разсмотрѣнію положеній германскаго права о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ. Въ виду того, что этотъ видъ покушенія также не предусматривается германскимъ кодексомъ, то рѣшеніе вопроса о юридическомъ значеніи негодности объекта также, какъ и опредѣленіе юридической природы негодности средствъ, должно производиться на основаніи анализа положеній германской доктрины и практики по этому предмету. При выполненіи этой задачи, мы встрѣчаемся съ тѣми же затрудненіями, о которыхъ была рѣчь выше, при разборѣ положеній о покушеніи съ негодными средствами—германская юриспруденція признаетъ покушеніе безнаказаннымъ не во всѣхъ случаяхъ негодности объекта учиненнаго лицомъ посягательства, а требуетъ, чтобы, на ряду съ этимъ, существовали еще и нѣкоторыя другія условія въ дѣяніи виновнаго, причемъ разные криминалисты понимаютъ существо этихъ привходящихъ, дополнительныхъ, условій различно. Отсюда и для рѣшенія вопроса о границахъ безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ въ современномъ германскомъ правѣ надлежитъ, во-первыхъ, указать на тѣ пріемы, къ которымъ прибѣгаютъ юристы при опредѣленіи круга юридически существенныхъ случаевъ посягательства на негодный объектъ и, во-вторыхъ, установить, какой изъ этихъ пріемовъ отстаивается господствующимъ въ Германіи мнѣніемъ.

Приступая къ разрѣшенію этихъ вопросовъ, необходимо указать, что наиболѣе широко обрисовываютъ кругъ безнаказанныхъ случаевъ покушенія надъ негоднымъ объектомъ ученые, полагающіе, что негодность объекта покушенія во всякомъ случаѣ должна быть признаваема основаніемъ безнаказанности

покушения. Дѣяніе виновнаго должно быть освобождено отъ наказанія во всѣхъ случаяхъ, когда оно стало покушеніемъ потому, что дѣятельность лица вошла въ соотношеніе съ объектомъ, не удовлетворяющимъ признакамъ объекта задуманнаго лицомъ преступленія ¹⁾). Однако, это рѣшеніе вопроса о границахъ безнаказанности покушенія не встрѣтило сочувствія въ германской литературѣ, и многіе ученые находятъ, что оно оставляетъ безъ наказанія черезчуръ большое число случаевъ покушенія. Отсюда, появленіе цѣлаго ряда другихъ попытокъ рѣшенія этого вопроса, стремящихся вынести болѣе согласный съ требованіями правосознанія на него отвѣтъ.

Въ Какъ мы замѣтили, оставленіе безъ наказанія нѣкоторыхъ случаевъ посягательства на негодный объектъ вызываетъ протестъ нашего правосознанія. Но не слѣдуетъ ли изъ этого, что и всякое покушеніе на негодный объектъ заслуживаетъ репрессіи? Нѣкоторые ученые отвѣчаютъ утвердительно на этотъ вопросъ и признаютъ, что негодность объекта при покушеніи не имѣетъ рѣшительно никакого юридическаго значенія и покушеніе въ этомъ случаѣ карается такъ же, какъ и другіе виды покушенія ²⁾). Этотъ взглядъ нашель себѣ откликъ и въ рѣшеніяхъ германскаго верховнаго суда ³⁾). Но и это рѣшеніе вопроса о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ не получило общаго признанія въ

¹⁾ Mittermaier, GS, XI, 1859, s. 424, 442; Geib, II, s. 308; Rubo, GS, XVII, 1865, s. 10; Marezoll, s. 122; Binding, Normen, II, s. 411 Scherer, GS, XXIX, 1877, s. 486; Hahn, Stgb, s. 46; Zimmermann, GA, XXIX, 1881, s. 189; Zimmermann, GA, XXX, 1882, s. 143; Binding, Hdb, s. 693; Baumgarten, s. 358; 359; Merkel, Lrb, s. 130; Berner, Lrb, s. 140, 141; Meyer, Lrb, s. 210; Oppenhoff, Stgb, s. 94; Oetker, Z, XVII, 1897, s. 57; Beling, Grundzüge, s. 41; Rosenberg, Z, XX, 1900, s. 702; Calker, Ethische Werte, s. 33; Klee, Wille, s. 26; Frank, s. 253, 254; M. E. Mayer, I, s. 336; Sontag, s. 44; Dohna-Mangel am Tatbestand, s. 46, 48; Kohn, s. 42, 43; Schoen, s. 42, 43; Schoetensack, Versuch, s. 386.

²⁾ Schwarze, HN, II, s. 301; Buri, Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln oder an einem untauglichen Objekt, GS, XX, 1868, s. 329; Buri, GS, XXVII, 1875, s. 154, 155; Buri, GA, XXV, 1877, s. 271; Lammasch, Moment, s. 24; Hälschner, I, s. 348 ff; Wächter, s. 210; Fabian, s. 25; Kohler, Studien, I, s. 31; E. v. Liszt, Z, XXV, 1905, s. 71; Bauechle, s. 4; Loesch, s. 18.

³⁾ RG, 30 März 1883 (E, VIII, 1883, s. 202); RG, 14 März 1901 (E, XXXIV 1901, s. 218), RG, 20 Mai 1887 (E, XVI, 1888, s. 112); RG, 2 Dez. 1908 (E, XLII, 1909, s. 93); RG, 28 Febr, 1913 (E, XLVII, 1914, s. 65); RG, 2 Juni 1913 (E, XLVII, 1914, s. 190).

Германіи и не замкнуло собою цикла творчества юристовъ въ этой области. Отказываясь отъ крайнихъ взглядовъ, многіе ученые стараются найти среднее рѣшеніе вопроса и выработать критеріи, при помощи которыхъ было бы возможно отдѣлить тѣ случаи посягательства на негодный объектъ, которые заслуживаютъ уголовной репрессіи съ точки зрѣнія правосознанія, отъ безнаказанныхъ случаевъ покушенія надъ негоднымъ объектомъ.

III 7 Такъ, по одному изъ ученій этой категоріи для безнаказанности покушенія необходимо, чтобы объектъ посягательства былъ негоднымъ уже съ самаго начала преступнаго на него воздѣйствія; если объектъ сталъ негоднымъ уже по приобрѣтеніи направленной на нарушеніе его преступною дѣятельностью свойствъ покушенія, негодность объекта не служитъ основаніемъ безнаказанности виновнаго. Конечно, и въ этомъ случаѣ акты, направлявшіеся на объектъ уже по приобрѣтеніи имъ свойствъ негодности, не могутъ подлежать наказанію, но это не исключаетъ наказуемости актовъ покушенія, состоявшихся до момента превращенія объекта въ негодный объектъ, Жертва, въ которую уже прицѣлился разбойникъ, можетъ погибнуть отъ апоплексіи раньше, чѣмъ онъ успѣетъ выстрѣлить; выстрѣлъ въ мертваго человѣка будетъ безнаказаннымъ дѣяніемъ, но актъ прицѣливанія въ жертву сохранить характеръ наказуемаго погуженія на убійство ¹⁾.

2 По другому ученію, покушеніе надъ негоднымъ объектомъ освобождается отъ наказанія въ томъ случаѣ, когда оно одновременно носить характеръ покушенія на несуществующій объектъ, т. е. тогда, когда объектъ, намѣченный предметомъ преступнаго воздѣйствія, въ дѣйствительности, не существовалъ, а выполненное виновнымъ дѣяніе посягнуло на негодный объектъ. Браконьеръ, принявшій пень за лѣсничаго, отвѣчаетъ за покушеніе, если онъ выстрѣлилъ въ пень съ цѣлью лишенія жизни лѣсничаго. Но лицо, стрѣляющее въ садъ съ цѣлью поразить предполагаемаго вора, и попавшее въ находившуюся тамъ собаку, остается безъ наказанія ²⁾. При обсужденіи юридической природы покушенія, необходимо отличать лицо, противъ котораго направляется посягательство, отъ предмета, воздѣйствіе на который должно причинить лицу вредъ. Предметъ посяга-

¹⁾ Geyer, GS, XVIII, 1866, s. 40, 54.

²⁾ Hagemann, GA, XXXII, 1884, s. 237.

тельства при покушении можетъ быть негоднымъ, но разъ то лицо, противъ котораго направлялось посягательство дѣйствительно существуетъ, покушение сохраняетъ характеръ наказуемаго дѣянiя. Покушение остается ^{не}безнаказаннымъ только въ случаѣ, когда оно было направлено на существующее лицо. Поэтому похищенiе по ошибкѣ своей вещи вмѣсто чужой подлежитъ наказанiю, а выстрѣлъ въ мертваго челоуѣка, ошибочно принятаго за живого, составляетъ ненаказуемое покушение ¹⁾. Покушение ненаказуемо, когда правовое благо, нарушенiе котораго было намѣчено виновнымъ, не существуетъ въ дѣйствительности, напр., виновный стрѣляетъ въ своего врага, который незадолго передъ этимъ умеръ. Но покушение наказуемо, когда объектъ посягательства существуетъ, но не затрагивается дѣянiемъ виновнаго, либо потому, что его не было въ предположенномъ виновнымъ мѣстѣ, либо потому, что виновный смѣшалъ этотъ объектъ съ другимъ предметомъ, напр., принялъ за челоуѣка куклу, пень или тѣнь или схватилъ, по ошибкѣ, вмѣсто чужой вещи, свою собственную ²⁾.

3 По дальнѣйшему возрѣнiю, покушение надъ негоднымъ объектомъ ненаказуемо, коль скоро намѣченный виновнымъ годный объектъ преступнаго воздѣйствiя не только не существуетъ въ дѣйствительности, но не существуетъ даже и того субъекта, которому этотъ объектъ бы по праву принадлежалъ ³⁾. Нельзя карать лицо, стрѣляющее въ своего мертваго врага, съ цѣлью лишенiя его жизни, ненаказуема попытка произвести абортъ у мнимобеременной женщины, но похищенiе вмѣсто чужой вещи дерелинквированной наказывается и въ томъ случаѣ, когда намѣченнаго годнаго предмета воздѣйствiя не существовало, коль скоро при этомъ имѣется на лицо субъектъ, право котораго виновный хотѣлъ нарушить ⁴⁾.

4 Затѣмъ, нѣкоторые ученые, опредѣляя область безнаказанности покушенiя надъ негоднымъ объектомъ, проводятъ различiе между покушенiемъ на юридически негодный объектъ и покушенiемъ на физически негодный объектъ. Покушение перваго вида почитается безнаказаннымъ лишь въ случаѣ прирiятiя лицомъ негоднаго объекта за годный при самомъ избранiи его за цѣль

¹⁾ Villnow, GA, XXXV, 1888, s. 103.

²⁾ Kroschel, GS, XLI, 1889, s. 294, 295.

³⁾ Wintritz, s. 39, 95, 100, 112.

⁴⁾ Wintritz, s. 100, 101, 103.

своего дѣйствія. Если виновный избираетъ цѣлью своего дѣйствія годный объектъ и, потомъ, по ошибкѣ, направляетъ свою дѣятельность на объектъ негодный, его дѣйствіе составляетъ наказуемое покушеніе ¹⁾. Покушеніе второго типа свободно отъ наказанія, когда намѣченный виновнымъ объектъ не существовалъ, такъ что дѣйствіе виновнаго, посягнувшее на негодный объектъ, и не могло коснуться годнаго объекта, за отсутствіемъ послѣдняго въ дѣйствительности. Въ случаѣ существованія этого объекта гдѣ-либо въ другомъ мѣстѣ, покушеніе на негодный объектъ подлежитъ наказанію ²⁾.

По пятому ученію, покушеніе надъ негоднымъ объектомъ освобождается отъ наказанія лишь въ случаѣ, когда оно вылилось въ форму такого акта, изъ котораго нельзя распознать умыселъ виновнаго ³⁾. Похищеніе обезьяны или куклы не доказываетъ собою умысла похитить женщину съ цѣлью удовлетворенія половой похоти; половое сношеніе съ дѣвушкой не доказываетъ намѣренія совершить прелюбодѣяніе или кровосмѣшеніе; похищеніе собственной вещи, находившейся на храненіи у другого лица, не доказываетъ намѣренія учинить кражу и т. д. ⁴⁾. Никто не станетъ спорить, что выстрѣлъ въ куклу, поставленную въ качествѣ пугала для воронъ, не доказываетъ собою намѣренія совершить убійство ⁵⁾. Эти виды покушенія и должны оставаться безъ наказанія.

Всѣ вышеприведенные приемы разграниченія видовъ наказуемаго и безнаказаннаго покушенія надъ негоднымъ объектомъ не получили широкаго распространенія въ Германіи и остались индивидуальными попытками рѣшенія этого вопроса. И, дѣйствительно, нельзя не сказать, что предлагаемые ими критеріи вообще мало способны разрѣшить интересующую насъ проблему. Первые три ученія вообще крайне суживаютъ кругъ безнаказанныхъ случаевъ покушенія, ставя послѣдніе въ зависимость отъ крайне рѣдкихъ случайностей. Четвертое и пятое грѣшатъ произвольностью: физическая негодность объекта покушенія

¹⁾ Havenstein, GS, XXXVI, 1888, s. 34—36; Havenstein, Zu Prof. Zuckers Aufsatz: «Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuch», GA, XXXVII, 1889, s. 133.

²⁾ Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 40, 64.

³⁾ Häberlin, GS, XVI, 1864, s. 242, 244.

⁴⁾ Bauer, Abh, s. 389, 390.

⁵⁾ Hälschner, System, I, s. 192, 193.

вовсе не служить залогомъ безнаказанности послѣдняго въ нашихъ глазахъ и выстрѣлъ въ пень вмѣсто человѣка въ сумеркахъ представляется намъ несравненно болѣе серьезнымъ дѣяніемъ, чѣмъ похищеніе воровъ по близорукости своего собственнаго пальто вмѣсто чужого. Равнымъ образомъ, нельзя одобрить постулата распознаваемости умысла, какъ условія наказуемости покушенія надъ негоднымъ объектомъ. Подобная показательность дѣйствія обуславливается иными элементами покушенія (въ особенности, примѣненными виновнымъ средствами), а не объектомъ покушенія: изъ негоднаго объекта покушенія, взятаго въ отдѣльности, никогда нельзя сдѣлать заключенія о преступности намѣреній виновнаго. Очевидно отсюда, что и принятіе во вниманіе соответствующихъ сторонъ дѣйствія не можетъ дать прочныхъ основъ для сужденія о роли негодности объекта въ составѣ покушенія.

Несравненно болѣе правильно (болѣе способною къ правильной характеристикѣ содержанія правосознанія) является другая постановка вопроса о негодномъ покушеніи. По взгляду многихъ криминалистовъ, при опредѣленіи сферы безнаказаннаго покушенія, существенны не тѣ или иныя свойства негодности объекта покушенія (физическая или юридическая его негодность и т. п.), а тѣ психическія основанія, въ силу которыхъ покушеніе виновнаго направилось на негодный объектъ. Негодность объекта покушенія сама по себѣ не имѣетъ значенія, но если виновный посягнулъ на негодный объектъ въ силу извѣстнаго рода ошибки, то онъ долженъ быть освобожденъ отъ наказанія. Ученія этой категоріи въ свою очередь распадаются на двѣ группы, расходясь между собою при характеристикѣ потребной для безответственности виновнаго ошибки.

По взгляду однихъ представителей этого направленія, покушеніе безнаказанно въ томъ только случаѣ, когда дѣяніе направилось на негодный объектъ исключительно вслѣдствіе крайняго суевѣрія или невѣжества виновнаго ¹⁾. Согласно этому ученію, для безответственности лица необходимо, чтобы негодный объектъ находился въ такомъ положеніи, что только дѣйствуя по невѣжеству или изъ суевѣрія можно было признать его за годный объектъ. Это воззрѣніе получило крайне малое распространеніе въ Германіи, и анализъ современной литературы

¹⁾ Delaquis, s. 226; Germann, s. 152; Anm. 7.

о покушеніи показывается, что, съ ея точки зрѣнія, предлагаемый критерій чрезмѣрно суживаетъ область ненаказуемаго покушенія.

Въ настоящее время, господствующимъ въ Германіи и отражающимъ въ себѣ содержаніе современнаго нѣмецкаго правосознанія взглядомъ, является ученіе, которое также считаетъ условіемъ безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ фактъ впаденія виновнаго въ извѣстнаго рода ошибку при оцѣнкѣ свойствъ объекта, но полагаетъ, что такою ошибкою надо признавать не только заблужденіе лица, проистекшее изъ его суевѣрія или невѣжества, но и всякую ошибку его, выразившуюся въ уклоненіи его отъ общихъ правилъ мышленія и діагноза свойствъ явленій. Покушеніе ненаказуемо, если виновный призналъ объектъ годнымъ при такихъ условіяхъ, при которыхъ этого вывода не сдѣлалъ бы средній человекъ. Это ученіе встрѣчается въ литературѣ въ различныхъ формулировкахъ, не мѣняющихъ, впрочемъ, существа предлагаемаго имъ критерія.

Такъ, по одному взгляду, негодность объекта покушенія играетъ роль обстоятельства, устраняющаго уголовную отвѣтственность въ томъ только случаѣ, когда, посягая на негодный объектъ, виновный поступилъ въ разрѣзъ съ законами нормальнаго мышленія. Вообще говоря, замѣчаютъ представители этого взгляда, покушеніе на негодный объектъ наказуемо, но, въ томъ случаѣ, когда, при совершеніи подобнаго покушенія, виновный разошелся съ общими законами мышленія и данными ежедневнаго опыта, онъ не подлежитъ наказанію ¹⁾. Кто стрѣляетъ въ тѣнь другого человека, полагая, по своему суевѣрію, что этимъ путемъ можно причинить послѣднему вредъ, тотъ совершаетъ ненаказуемое дѣяніе. Но кто стрѣляетъ по своему врагу, стоявшему передъ деревомъ, не замѣтивъ, что жертва отошла въ сторону, и попадаетъ вмѣсто человека въ дерево, отвѣчаетъ за покушеніе на убійство. Здѣсь дѣятельность была предпринята въ согласіи съ данными возможнаго и вѣроятнаго, и причина невозможности результата скрывается въ ошибкѣ, возникшей уже по предпріятіи лицомъ своего первоначальнаго возможнаго и дѣйствительнаго дѣянія ²⁾. Для отвѣтственности за покушеніе необходимо, чтобы дѣйствіе, такъ

¹⁾ Köstlin, System, s. 228, 229.

²⁾ Golttdammer, GA, XVI, 1868, s. 556.

какъ себѣ его представлялъ виновный, было дѣйствительно по внѣшней своей природѣ способно къ воспроизведенію преступленія. Необходимо, чтобы предметъ задуманнаго лицомъ преступленія (т. е. тотъ предметъ, на который онъ думалъ направить свою дѣятельность) былъ дѣйствительно способенъ стать элементомъ соотвѣтственнаго преступленія ¹⁾. Покушеніемъ почитается дѣяніе, которое составляетъ начало исполненія преступленія не только по мнѣнію дѣйствующаго лица, но и по общераспространенному взгляду ²⁾.

Другая разновидность этого ученія выражаетъ ту же мысль, указывая, что безотвѣтственность виновнаго наступаетъ лишь въ случаѣ, когда въ моментъ реализаціи акта предвидѣніе негодности объекта было невозможно для средняго человѣка. Покушеніемъ, замѣчаютъ представители этого воззрѣнія, можетъ быть признаваемо лишь такое проявленіе преступнаго умысла, которое воплотило въ себѣ, въ доступной учету формѣ, возможность окончанія преступленія ³⁾. Покушеніе негодно, когда осуществленіе воли, будучи разсматриваемо въ связи съ тѣми обстоятельствами, которыя, въ моментъ приступа виновнаго къ дѣйствию, были вообще распознаваемы или были извѣстны только виновному, не обусловливаетъ собою возможности воспроизведенія результата ⁴⁾. Покушеніе негодно, какъ скоро установлено, что дѣяніе, въ томъ видѣ, въ какомъ оно было предположено виновнымъ къ реализаціи, по даннымъ опыта, не могло привести къ воспроизведенію результата ⁵⁾. Покушеніе негодно, когда въ моментъ его предпринятія, съ точки зрѣнія фактическихъ знаній виновнаго и опытнаго знанія общества, нельзя было предполагать годности объекта посягательства ⁶⁾. Наказуемо только опасное покушеніе. Покушеніе опасно, когда дѣяніе, воплощающее въ себѣ начало выполненія по своему, предопредѣленному умысломъ виновнаго, характеру, создаетъ извѣстную степень вѣроятности наступленія вреда ⁷⁾. Покушеніе не подлежитъ наказанію, когда выполненіе преступленія было пред-

¹⁾ Walther, Krit. Vierteljahrsschrift, V, 1863, s. 34.

²⁾ Berolzheimer, Entgeltung, s. 383.

³⁾ Liepmann, Einleitung, s. 76.

⁴⁾ Kriegsmann, s. 41, 42, 61; Rudert, s. 34, 71; Liszt, s. 214, 215.

⁵⁾ Bar, Gesetz, II, s. 532.

⁶⁾ Finger, Versuch, s. 46, 49.

⁷⁾ Celichowski, s. 111.

принято при такихъ обстоятельствахъ, которыя заставляли признать исключенною возможность доведенія его до конца, при условіи знанія виновнаго объ этихъ обстоятельствахъ ¹⁾. Наказуемо только опасное покушеніе. Но направленная на осуществленіе воли дѣятельность опасна лишь въ случаѣ, когда она, на какой-либо изъ стадій своего развитія, приняла направленіе, по даннымъ опыта, способное привести къ нарушенію правового блага, хотя бы впослѣдствіи эта дѣятельность и измѣнила этому направленію, вслѣдствіе дѣйствія условій, первоначально не бывшихъ извѣстными дѣйствующему лицу и вообще нераспознаваемыхъ ²⁾. Умысль, направляющійся на нарушеніе негоднаго объекта, безсиленъ воспроизвести преступленіе и не внушаетъ опасеній обществу. Но было бы невѣрнымъ примѣнять правило о безнаказанности негоднаго покушенія къ лицу, которое, принявъ въ сумеркахъ пень за своего врага, спѣшитъ выполнить издавна составленный планъ мщенія и стрѣляетъ въ пень. Безрезультатность дѣянія въ этомъ случаѣ обусловливается не немощью разсудка виновнаго, а случайною ошибкою послѣдняго ³⁾. Можно признать годнымъ лишь то покушеніе, которое, при принятіи во вниманіе извѣстныхъ виновному въ моментъ осуществленія дѣянія обстоятельствъ и тѣхъ особыхъ условій, при которыхъ это дѣяніе было учинено, казалось, хотя бы въ теченіе нѣкотораго времени, способнымъ къ воспроизведенію результата ⁴⁾. Вопросъ о томъ, что такое покушеніе, долженъ разрѣшаться путемъ принятія во вниманіе какъ опасности дѣянія, такъ и опасности дѣйствующаго лица ⁵⁾.

Къ изложенному ученію примыкають нѣкоторые изъ криминалистовъ, считающихъ условіемъ наказуемости покушенія опасность совершаемаго виновнымъ акта. Именно, этотъ критерій опредѣленія области наказуемаго покушенія предлагается тѣми учеными, которые, характеризуя покушеніе какъ опасное дѣяніе, понимаютъ эту опасность какъ свойство, не подлинно совершеннаго виновнымъ дѣянія, а какъ свойство задуманнаго имъ дѣянія. Наказуемое покушеніе, по ученію этихъ криминалистовъ, имѣется налицо въ тѣхъ случаяхъ, когда задуманное

¹⁾ Gegenentwurf, § 29; Begründung zum GE, s. 44.

²⁾ Meyer-Allfeld, Lrb, s. 175.

³⁾ Horn, Z, XX, 1900, s. 349, 350.

⁴⁾ Finger, Lrb, I, s. 303.

⁵⁾ Kohlrausch, Irrtum, s. 12.

дѣйствіе не получило окончанія только вслѣдствіе случая, напр., когда виновный, желая разбить чужую вазу, случайно перепуталъ послѣднюю со своею, стоявшею рядомъ, которую и бросилъ на полъ. Планъ виновнаго заключаетъ въ себѣ опасность для чужихъ имущественныхъ интересовъ, и лишь при выполнении плана опасность была устранена ¹⁾. Покушеніе наказуемо, когда оно опасно, т. е. когда оно создаетъ абстрактную возможность наступленія преступнаго результата ²⁾. Поэтому, браконьеръ, стрѣлявшій въ лѣсничаго, но попавшій въ воронье пугало, отвѣчаетъ только тогда, когда онъ имѣлъ основаніе думать, что передъ нимъ не пугало, а лѣсничій, если, напр., онъ преслѣдовалъ лѣсничаго въ сумерки или въ туманѣ и легко могъ смѣшать пугало съ намѣченною жертвою. Въ противномъ случаѣ, выстрѣлъ въ пугало не составляетъ наказуемаго покушенія на убійство ³⁾.

§ 37. Понятіе о покушеніи надъ отсутствующимъ объектомъ. Покушеніе на несуществующій объектъ.

Второю проблемою въ области ученія о покушеніи надъ недостающимъ объектомъ является ученіе о покушеніи надъ отсутствующимъ объектомъ, или о попыткѣ нарушить такой предметъ, который хотя въ дѣйствительности и существовалъ и отвѣчалъ признакамъ объекта преступнаго воздѣйствія, но не находился въ предположенномъ виновнымъ мѣстѣ, такъ что выполненное лицомъ дѣяніе не затронуло вообще никакого предмета. Эта проблема привлекаетъ къ себѣ несравненно менѣе вниманія, чѣмъ предыдущая, и ученые относительно рѣдко высказываются о значеніи отсутствія объекта посягательства при покушеніи ⁴⁾. Но при рѣшеніи этой проблемы, также какъ и при

¹⁾ Zucker, GA, XXXVI, 1888, s. 371, 372, 375; Zucker, Ein Schlusswort zur Lehre vom untauglichen Versuchi, GA, XXXVII, 1889, s. 275, 276.

²⁾ Rohland, Gefahr, s. 91.

³⁾ Rohland, Gefahr, s. 110, 111.

⁴⁾ Необходимо замѣтить, что нѣкоторые криминалисты, по недоразумѣнію, называютъ нѣкоторые виды негодныхъ объектовъ объектами отсутствующими. Такъ, въ литературѣ попытка произвести абортъ у мнимо-беременной женщины иногда характеризуется какъ покушеніе на отсутствующій объектъ (ср. напр., Kriegsmann, s. 27; Delaquis, s. 110; Klee, s. 37; Schoen, s. 15, 16; Finger, 1, s. 304 и др.). Эта концепція обязана своимъ происхожденіемъ

рѣшеніи предыдущихъ вопросовъ, въ наукѣ нѣтъ единогласія. Ученые придерживаются и здѣсь весьма различныхъ взглядовъ, съ существомъ которыхъ и нужно познакомиться.

Обозрѣвая литературу о значеніи отсутствія объекта посягательства при покушеніи, мы замѣчаемъ, что только рѣдкіе ученые рѣшаются провозгласить начало безнаказанности всѣхъ случаевъ покушенія этого рода ¹⁾. Большинство ученыхъ, признающихъ за фактомъ отсутствія намѣченного виновнымъ объекта при покушеніи юридическое значеніе, выдвигаетъ болѣе тѣсныя формулы круга случаевъ безнаказанности этого вида покушенія, ставя паденіе наказуемости въ этихъ случаяхъ въ зависимость отъ различныхъ привходящихъ обстоятельствъ.

Такъ, нѣкоторые криминалисты, принимая, вообще говоря, покушеніе надъ отсутствующимъ объектомъ за ненаказуемое дѣяніе, дѣлаютъ исключеніе изъ этого правила для имущественныхъ преступленій. По мнѣнію одной группы представителей этого направленія, покушеніе на отсутствующій объектъ подлежитъ наказанію только при кражѣ. Учиненіе покушенія надъ отсутствующимъ объектомъ, замѣчаютъ они, вообще говоря, свободно отъ наказанія потому, что въ этомъ случаѣ дѣяніе виновнаго неспособно воспроизвести составъ преступленія. Въ иномъ положеніи находится преступленіе кражи, которое состоитъ въ нарушеніи владѣнія. Отсутствие вещи въ предположенномъ виновнымъ мѣстѣ не исключаетъ возможности квалификаціи его дѣйствія, какъ покушенія, ибо это дѣйствіе обладаетъ способностью причинить нарушеніе владѣнія и, слѣдовательно, способно воспроизвести составъ преступленія ²⁾. Покушеніе без-

возврѣнію на плодъ, какъ на предметъ посягательства при абортѣ. Но, не говоря уже о томъ, что при этомъ пониманіи существа преступленія аборта, было бы послѣдовательно характеризовать вышеуказанный случай, какъ покушеніе на несуществующій объектъ (такого возврѣнія придерживается Wintritz, s. 99, 100), самый взглядъ на зародышъ-плодъ, какъ на объектъ посягательства вышеуказаннаго преступленія, является неправильнымъ. Это преступленіе посягаетъ на плодъ, на зародышъ, находящійся въ утробѣ матери, т. е. на то своеобразное сочетаніе женщины и зародыша, которое называется беременной женщиною. Сообразно съ этимъ, и въ случаѣ мнимой беременности объектъ не отсутствуетъ вообще, а является негоднымъ и воплощается въ формѣ небеременной женщины. Очевидно, что и рѣшеніе вопроса о значеніи этого обстоятельства должно производиться на основаніи правилъ о негодности объекта покушенія.

¹⁾ Scherer, GS, XXIX, 1877, s. 487.

²⁾ Cohn, s. 443, 444, 455.

наказанно, какъ скоро отсутствуетъ объектъ посягательства. Однако, не слѣдуетъ думать, что это правило охватываетъ собою случай отсутствія предположенной къ похищенію вещи при кражѣ. Объектомъ посягательства въ этомъ случаѣ является не конкретная движимая вещь, а сфера собственности субъекта. Покушеніе вторгается въ эту сферу и нарушаетъ ее и въ томъ случаѣ, когда виновный не находитъ конкретной вещи въ предположенномъ мѣстѣ. Отсюда такое покушеніе не можетъ быть оставлено и безъ наказанія ¹⁾.

Не входя покамѣстъ въ оцѣнку нормативныхъ особенностей этихъ ученій, необходимо указать на конструктивные ихъ недостатки. Несостоятельность перваго ученія очевидна. Даже, если признать объектомъ посягательства при воровствѣ неприкосновенность чужого владѣнія (что совершенно неправильно), то и тогда въ разсматриваемомъ случаѣ нельзя говорить о наличности объекта покушенія: вѣдь и владѣніе вещью предполагаетъ наличность принадлежности извѣстной вещи къ хозяйству лица и при отсутствіи вещи, не можетъ быть рѣчи и о владѣніи, какъ конкретномъ объектѣ посягательства. Но и помимо того, совершенно неправильно думать, чтобы владѣніе вещью носило характеръ объекта посягательства при кражѣ. Объектомъ воровства является чужое матеріальное имущество, а владѣніе въ этомъ случаѣ носитъ характеръ вспомогательнаго правового блага, не могущаго претендовать на значеніе объекта посягательства ²⁾.

Что касается втораго ученія, то по адресу его литература справедливо замѣчаетъ, что упоминаемая имъ сфера собственности представляетъ собою абстракцію, лишенную реального существованія, и потому ссылка на эту сферу не можетъ доказать наличность подлиннаго объекта кражи, въ случаяхъ отсутствія намѣченной лицомъ вещи въ предположенномъ мѣстѣ ³⁾. Къ этому надо добавить, что если бы соотвѣтственная сфера собственности составляла объектъ воровства, то нарушение ея представляло бы собою не покушеніе, а оконченное преступленіе, и мы пришли бы къ абсурдному выводу о тождествѣ актовъ похищенія чужой

¹⁾ Klee. s. 40, 41.

²⁾ Ср. Круглевскій, Имущественныя преступленія, стр. 80.

³⁾ Kohler, Vorwort zu Klee, Wille, s. V; Delaquis, s. 110, 111; Frank, s. 252; Bister, s. 21; Wintritz, s. 126; Germann, s. 37.

вещи изъ чужого кармана и безрезультатной попытки такого похищенія.

Согласно третьему взгляду, покушеніе надъ отсутствующимъ объектомъ ненаказуемо лишь въ случаяхъ, когда въ томъ мѣстѣ, гдѣ предполагалъ наличность извѣстнаго объекта виновный, не было не только намѣченнаго имъ предмета, но и никакихъ вообще другихъ предметовъ того же рода. Если же въ соответствующемъ мѣстѣ намѣченный объектъ отсутствовалъ, но имѣлись другіе однородные съ нимъ объекты, то покушеніе подлежитъ наказанію. Поэтому, виновный не освобождается отъ ответственности, если онъ, задумавъ похитить хлѣбъ, взломалъ шкафъ, но нашелъ въ немъ не хлѣбъ, а другія вещи, которыя могли стать объектами похищенія ¹⁾. Воръ, запусившій руку въ пустой карманъ, надѣясь тамъ что-либо найти, подлежитъ наказанію. Въ этомъ случаѣ, объектъ преступленія имѣется налицо—онъ состоитъ изъ содержимаго многочисленныхъ наполненныхъ кармановъ остальныхъ людей, и только дѣяніе виновнаго негодно, вслѣдствіе направленія его на пустой карманъ ²⁾.

Эта констукція объекта при покушеніи на воровство вызываетъ не менѣе серьезныя возраженія. Совершенно неправильно думать, говорятъ криминалисты, что воръ, запусившій руку въ лѣвый карманъ потерпѣвшаго, хотѣлъ похитить и тѣ вещи, которыя находились въ правомъ карманѣ послѣдняго ³⁾. И воля и дѣйствіе виновнаго направляются на тотъ только объектъ, воздѣйствіе на который представлялось виновному возможнымъ ⁴⁾. Наконецъ, эта формула крайне несовершенна и съ нормативной точки зрѣнія. Виновный отвѣчаетъ за покушеніе на кражу въ томъ случаѣ, когда въ другомъ карманѣ потерпѣвшаго была мелкая монета, и не отвѣчаетъ за покушеніе, если такого обстоятельства не было! Подобное рѣшеніе противорѣчитъ справедливости ⁵⁾.

По мнѣнію нѣкоторыхъ криминалистовъ, посягательство на отсутствующій объектъ остается свободнымъ отъ наказанія только въ случаѣ, когда умыселъ виновнаго носилъ индивидуаль-но-опредѣленный характеръ: отсутствіе объекта посягательства

¹⁾ Bar, Versuch, s. 23, 24.

²⁾ Kroschel, GS, XLIII, 1890, s. 228.

³⁾ Bar, Gesetz, II, s. 530; Frank, s. 252.

⁴⁾ Bar, Gesetz, II, s. 530; Рудинскій, Юр. Вѣстн. 1877, № 7—8, стр. 146.

⁵⁾ Bar, Gesetz, II, s. 530.

устраняетъ преступность покушенія лишь тогда, когда виновный направлялъ свое посягательство именно на этотъ конкретный отсутствующій предметъ. Поэтому, при преступленіяхъ личныхъ, направляющихся на индивидуально-опредѣленнаго субъекта, покушеніе на отсутствующій объектъ всегда ненаказуемо ¹⁾. Напротивъ, при преступленіяхъ имущественныхъ, напр., при воровствѣ, необходимо различать: имѣлъ ли виновный въ виду посягнуть на индивидуально-опредѣленную вещь (напр., похитить именно ту вещь, которая отсутствовала), или же онъ имѣлъ въ виду вообще посягнуть на какое-либо имущественное благо (вообще хотѣлъ что-либо украсть). Въ первомъ случаѣ, виновный освобождается отъ уголовной отвѣтственности, во второмъ — нѣтъ ²⁾. Виновный подлежитъ наказанію, несмотря на отсутствіе объекта въ предположенномъ субъектомъ мѣстѣ, въ томъ случаѣ, когда умыселъ лица направлялся не на индивидуальный, извѣстный ему предметъ, а идя на преступленіе, онъ просто искалъ какой-либо поживы (напр., при воровствѣ) ³⁾. Правило о безнаказанности негоднаго покушенія не должно быть распространяемо на случаи, въ которыхъ субъектъ, совершивъ попытку похищенія вещи изъ извѣстнаго хранилища, не успѣваетъ довести свое намѣреніе до конца, вслѣдствіе отсутствія всякихъ вообще вещей въ предположенномъ имъ мѣстѣ. Изслѣдованіе умысла въ этомъ случаѣ неспособно раскрыть данныхъ въ пользу признанія специализации этого умысла за существенное его свойство. Преступленіе вора не направляется противъ какого либо опредѣленнаго владѣнія. Отсюда, хотя *in concreto* умыселъ виновнаго и можетъ направляться на похищеніе опредѣленной вещи у опредѣленнаго лица, но эти обстоятельства не составляютъ существенныхъ признаковъ его умысла, онъ направляется вообще на воровство, на нѣчто возможное и, сообразно съ этимъ, это дѣяніе представляется опаснымъ и подлежитъ наказанію ⁴⁾.

Конструктивные недостатки этого ученія очевидны. Отсутствіе индивидуальной опредѣленности преступной воли неспособно компенсировать собою отсутствія объекта преступнаго воздѣйствія, и потому, если признавать наличность послѣдняго

¹⁾ Mittermaier, GS, XI, 1859, s. 445, 446.

²⁾ Mittermaier, GS, XI, 1859, s. 442, 443.

³⁾ Oppenhoff, Stgb, s. 94, 95.

⁴⁾ Horn, Z, XX, 1900, s. 350.

за условіе наказуемости покушенія съ индивидуально опредѣленнымъ умысломъ, то нужно распространять это положеніе и на покушеніе съ неопредѣленнымъ умысломъ. И совершенно правы криминалисты, констатирующие въ обоихъ случаяхъ покушенія совершенно тождественную виновность ¹⁾.

Дальнѣйшій взглядъ соединяетъ оба вышеуказанныя воззрѣнія. Покушеніе наказуемо и въ томъ случаѣ, когда объектъ отсутствовалъ въ предположенной виновнымъ комнатѣ, какъ скоро этотъ объектъ находился въ томъ же строеніи, въ которомъ предполагалъ найти его воръ (объектъ былъ перенесенъ въ сосѣднюю комнату, на чердакъ и т. д.). Такое покушеніе наказуемо и тогда, когда воръ, задумавъ совершить воровство на базарѣ, запустилъ руку въ чей-либо пустой карманъ—объектъ въ этомъ случаѣ не отсутствуетъ, здѣсь имѣется налицо масса наполненныхъ кармановъ, на содержимое которыхъ и имѣлъ въ виду посягнуть виновный ²⁾. Покушеніе на отсутствующій объектъ наказуемо, когда имѣются на лицо другіе возможные объекты похищенія или когда виновный, идя на преступленіе, имѣлъ въ виду похитить вообще какую-либо вещь ³⁾.

Недостатки двухъ предшествующихъ ученій проистекаютъ не отъ односторонности предлагаемыхъ ими реквизитовъ наказуемаго покушенія надъ отсутствующимъ объектомъ, а отъ внутренней ихъ противорѣчивости. Сообразно съ этимъ, и изложенное только что ученіе не исправляетъ вышеприведенныхъ ученій, а соединяетъ въ себѣ ихъ конструктивные недостатки.

Четвертая группа ученыхъ утверждаетъ, что покушеніе на отсутствующій объектъ можетъ быть оставлено безъ наказанія въ томъ только случаѣ, когда изъ соотвѣтствующаго дѣянія нельзя было распознать умысла виновнаго. Лицо, выстрѣлившее въ спальню своего врага, цѣлясь въ его постель, гдѣ онъ обыкновенно въ соотвѣтственное время отдыхаетъ, отвѣчаетъ за покушеніе на убійство, потому что въ дѣяніи несомнѣнно обнаруживается его преступный умыселъ ⁴⁾. Проникновеніе въ пустой амбаръ само по себѣ не можетъ быть рассматриваемо, какъ покушеніе на кражу зерна. Но коль скоро изъ анализа внѣшней

¹⁾ Schwarze, Comm, s. 156.

²⁾ Berner, Lrb, s. 142.

³⁾ Olshausen, Komm, s. 159, 160.

⁴⁾ Häberlin, GS, XVI, 1864, s. 242, 244.

обстановки становится возможным установить, что виновный ошибочно предполагал наличие зерна въ амбарѣ, то намѣреніе украсть получаетъ внѣшнее выраженіе, и этого достаточно для наличности наказуемаго покушенія ¹⁾).

Нормативные недостатки этого ученія были показаны нами уже при разборѣ критеріевъ опредѣленія сферы безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ, и въ настоящее время мы не будемъ къ нимъ возвращаться.

Въ предшествующемъ изложеніи, намъ уже пришлось убѣдиться въ томъ, что въ области нормативныхъ проблемъ ученія о негодномъ покушеніи оказывается весьма продуктивнымъ приемъ разсмотрѣнія изслѣдуемой причины неуспѣшности акта виновнаго, какъ субъективно-объективнаго юридическаго факта. Такъ, при изслѣдованіи идей современной германской доктрины по данному вопросу, намъ пришлось уже два раза убѣждаться въ томъ, что содержаніе современнаго нѣмецкаго правосознанія только и можетъ быть точно формулировано черезъ посредство примѣненія соответственнаго критерія. Отсюда возникаетъ вопросъ: не слѣдуетъ ли такъ же рѣшать и вопросъ о значеніи отсутствія объекта при покушеніи? Не будетъ ли правильнымъ признать, что отсутствіе объекта покушенія обуславливаетъ собою безответственность виновнаго въ томъ лишь случаѣ, когда она была распознаваема съ точки зрѣнія общихъ законовъ мышленія, когда наличность объекта не была вѣроятною? Нѣкоторые германскіе криминалисты рѣшаютъ этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ.

При обсужденіи случаевъ покушенія надъ отсутствующимъ объектомъ, т. е., въ тѣхъ случаяхъ, когда не имѣется налицо необходимаго пространственнаго отношенія субъекта къ объекту посягательства, необходимо различать, было ли отсутствіе этого отношенія, а, слѣдовательно, и отсутствіе опасности, непремѣннымъ результатомъ фактическаго положенія дѣлъ или же оно было случайнымъ продуктомъ этого положенія. Допустимъ, что преступникъ, по отбытіи многолѣтняго срока тюремнаго заключенія, горя желаніемъ отомстить лицу, донесшему на него, поджигаетъ домъ, въ которомъ послѣдній когда-то жилъ, но который давно уже сдѣлался, за своею ветхостью, необитаемымъ. Въ этомъ случаѣ, ненаступленіе опасности яв-

¹⁾ Buri, GS, XX, 1868, s. 332.

ляется необходимымъ результатомъ внѣшнихъ обстоятельствъ, отсутствіе опасности вполне соотвѣтствуетъ нашему ожиданію, и потому здѣсь не можетъ быть рѣчи о наказуемомъ покушеніи. Но совершенно иное рѣшеніе получаетъ вопросъ въ томъ случаѣ, когда виновный стрѣляетъ въ комнату своей жертвы, гдѣ она обыкновенно живетъ, но изъ которой она перешла въ другую комнату или временно выѣхала. Анализируя этотъ случай, мы должны сказать, что, съ абстрактной точки зрѣнія, было столь же возможно и присутствіе жертвы въ комнатѣ и, слѣдовательно, отсутствіе пространственнаго отношенія между дѣйствіемъ и объектомъ, и невозможность окончанія преступленія является случайнымъ моментомъ, въ силу чего это обстоятельство не можетъ служить и основаніемъ безнаказанности покушенія¹⁾. Покушеніе наказуемо какъ скоро установлено, что дѣяніе, въ томъ видѣ, въ какомъ оно было предположено къ реализаціи виновнымъ, по даннымъ опыта, могло привести къ воспроизведенію результата²⁾. Сообразно съ этимъ, подлежитъ наказанію попытка похищенія вещи изъ пустого кармана, стрѣльба въ комнату, въ которой хотя въ моментъ стрѣльбы и никого не находилось, но въ которой предполагалась наличность обитателей, только-что оттуда удалившихся³⁾. Покушеніе наказуемо въ томъ случаѣ, когда, въ моментъ предпріятія покушенія, опираясь на отнологическія знанія виновнаго и руководясь опытными знаніями общества, можно было сказать, что объектъ преступнаго воздѣйствія существуетъ. Въ противномъ случаѣ, покушеніе не подлежитъ наказанію⁴⁾.

Однако, большинство современныхъ ученыхъ, давая вышеуказанную формулу негоднаго покушенія, не упускаетъ о покушеніи на отсутствующій объектъ, и потому распространять на этотъ видъ покушенія дѣйствіе соотвѣтствующей формулы было бы неправильно. Очевидно, что современныя начала опредѣленія границъ безнаказанности покушенія съ негодными средствами и покушенія надъ негоднымъ объектомъ непримѣнимы въ интересующей насъ теперь области. Современное правосознаніе руководится здѣсь иными критеріями.

¹⁾ Rohland, Gefahr, s. 111, 112.

²⁾ Bar, Gesetz, II, s. 532.

³⁾ Bar, Gesetz, II, s. 535, 536; Schoetensack, Versuch, s. 396—398, 404.

⁴⁾ Finger, Versuch, s. 46, 49.

Наконецъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ криминалистовъ, покушеніе надъ отсутствующимъ объектомъ не наказуемо въ томъ только случаѣ, когда на ряду съ отсутствіемъ объекта преступленія, не существуетъ и субъекта, которому бы этотъ объектъ принадлежалъ ¹⁾ Легко себѣ представить, что этотъ критерій равносилень отрицанію существованія случаевъ безнаказанности разсматриваемаго вида покушенія, такъ какъ трудно себѣ представить возможность возникновенія предусматриваемой имъ комбинаціи.

Анализируя отношеніе современной германской юриспруденціи къ настоящему вопросу, мы убѣждаемся, что послѣднее его рѣшеніе—признаніе наказуемости всѣхъ случаевъ покушенія надъ отсутствующимъ объектомъ—и представляетъ собою точку зрѣнія, раздѣляемую большинствомъ новѣйшихъ ученыхъ въ Германіи. Въ пользу этого мнѣнія говорятъ прежде всего прямыя свидѣтельства, соотвѣтствующія заявленія криминалистовъ: многіе ученые прямо высказываются противъ безнаказанности всѣхъ случаевъ этого рода и хотя нѣкоторые изъ нихъ и приводятъ въ видѣ примѣра соотвѣтствующаго вида покушенія—покушеніе на отсутствующій объектъ воровства ²⁾ но они также, какъ и другіе сторонники этого мнѣнія ³⁾ совершенно не имѣютъ въ виду ограничить дѣйствія соотвѣтственнаго правила случаями покушенія на кражу. Но еще болѣе убѣдительными, на нашъ взглядъ, являются косвенныя свидѣтельства въ пользу послѣдняго мнѣнія. Негодное покушеніе, какъ легко убѣдиться изъ предыдущаго, представляетъ собою видъ покушенія и, сообразно съ этимъ, для того, чтобы получить значеніе самостоятельнаго юридическаго понятія, оно должно быть специально выдѣлено изъ сферы покушенія вообще; только особое упоминаніе закона или доктрины объ этомъ видѣ покушенія сообщаетъ ему бытіе. И вотъ, изучая современную литературу, мы видимъ, что криминалисты, выдѣляя покушеніе съ негодными средствами и поку-

¹⁾ Wintritz, s. 112, 113.

²⁾ Schwarze, Comm. s. 156; Schwarze, NH, II, s. 301, 302; Hahn, s. 46; Kroschel, GS, XLI, 1889, s. 293—295; Calker, Ethische Werte, s. 33; Fabian, s. 43; Frank, s. 261; Sontag, s. 44.

³⁾ Hagemann, GA, XXXII, 1884, s. 237; Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 64; Buri, GS, XL, 1888, s. 526; Kohler, Studien, I, s. 22; Meyer, Lrb, s. 210; Meyer-Allfeld, Lrb, s. 176; Finger, Lrb, I, s. 306; Anm. 391; Dohna, Mangel s. 62—67; Loesch, s. 18; Schüler, s. 90; Schoetensack, Versuch, s. 404.

шеніе надъ негоднымъ объектомъ изъ области покушенія вообще, постоянно умалчиваютъ о покушеніи надъ отсутствующимъ объектомъ, тѣмъ самымъ сливая послѣдній видъ покушенія съ другими случаями наказуемаго покушенія. ¹⁾ Покушеніе надъ отсутствующимъ объектомъ, по современнымъ нѣмецкимъ воззрѣніямъ, заслуживаетъ того же наказанія, что и покушеніе вообще.

Наконецъ, въ заключеніе очерка воззрѣній германскихъ криминалистовъ на покушеніе на недостающій объектъ, слѣдуетъ указать на ихъ отношеніе къ покушенію на несуществующій объектъ. Согласно установленнымъ нами выше положеніямъ, подъ этимъ видомъ покушенія слѣдуетъ разумѣть случаи посягательства на недостающій объектъ, не замѣненный на мѣстѣ дѣянія другимъ объектомъ и не только отсутствующій въ соотвѣтствующемъ мѣстѣ, но и вообще несуществующій. Германская литература крайне рѣдко касается этого вида покушенія, но не потому, чтобы большинство нѣмецкихъ юристовъ признавало подлежащее дѣяніе наказуемымъ покушеніемъ, а потому, что понятіе о покушеніи на несуществующій объектъ имѣетъ совершенно ничтожное ^{*} практическое значеніе: охватываемые имъ случаи крайне рѣдко встрѣчаются въ жизни, и потому не обращаютъ на себя вниманіе изслѣдователей. Но тѣ изъ германскихъ юристовъ, которые упоминаютъ о покушеніи на несуществующій объектъ, сходятся между собою въ признаніи его безнаказанности ²⁾, и этотъ взглядъ и долженъ быть признанъ рѣшеніемъ нормативной проблемы о юридическомъ значеніи этого вида покушенія.

§ 38. Ученіе объ основаніяхъ безнаказанности негоднаго покушенія по германскому праву.

Предшествующее изложеніе было посвящено установленію содержанія понятія о негодномъ покушеніи въ германскомъ правѣ, и мы старались опредѣлить кругъ тѣхъ видовъ покушенія, которые почитаются безнаказанными современнымъ нѣмецкимъ

¹⁾ Въ этомъ можно убѣдиться, сравнивъ объемъ литературы покушенія надъ отсутствующимъ объектомъ съ объемомъ литературы другихъ видовъ негоднаго покушенія.

²⁾ Hagemann, GA, XXXII, 1884, s. 237; Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 64; Dohna, Mangel, s. 66; Germann, s. 152.

правосознаніемъ. Но этимъ еще не исчерпывается ученіе о негодномъ покушеніи по германскому праву. Какъ было замѣчено выше, германское право принадлежитъ къ числу тѣхъ законодательствъ, которыя не только не опредѣляютъ существа негоднаго покушенія, но даже и не упоминаютъ о томъ, что этотъ видъ покушенія свободенъ отъ наказанія. Сообразно съ этимъ, германская доктрина должна была не только дать опредѣленіе содержанія понятія о негодномъ покушеніи и его видахъ, но и привести догматическія основанія, освобождающія это покушеніе отъ отвѣтственности. Неудивительно поэтому, что и въ германской литературѣ, мы находимъ чрезвычайно развитое ученіе о догматическихъ основаніяхъ безнаказанности негоднаго покушенія. Положенія этого ученія, впрочемъ, отличаются еще большею спорностью, чѣмъ положенія ученій о содержаніи понятія о негодномъ покушеніи, и взгляды отдѣльныхъ криминалистовъ на основаніи безнаказанности негоднаго покушенія различаются между собою не только по содержанію, но и по объему своего юридическаго значенія (*portée*). Въ то время какъ одни ученые выдвигаютъ такія основанія, которыя, по ихъ убѣжденію, должны оправдать собою наказуемость всѣхъ вообще или, по крайней мѣрѣ, нѣсколькихъ видовъ негоднаго покушенія, другіе сообщаютъ своимъ положеніямъ значеніе основаній безнаказанности отдѣльныхъ спеціальныхъ видовъ негоднаго покушенія: или покушенія съ негодными средствами, или покушенія надъ негоднымъ объектомъ, или покушенія надъ отсутствующимъ объектомъ. Мы остановимся сначала на разсмотрѣніи положеній, имѣющихъ въ виду обосновать ненаказуемость нѣсколькихъ видовъ негоднаго покушенія, а затѣмъ уже перейдемъ къ разбору ученій объ основаніяхъ безответственности спеціальныхъ отдѣльныхъ видовъ этого дѣйствія.

Вникая въ существо ученій первой категоріи, нетрудно замѣтить, что авторы ихъ приводятъ въ оправданіе безнаказанности негоднаго покушенія или одно какое либо положеніе или же нѣсколько различныхъ положеній, въ силу чего эти ученія могутъ быть подраздѣляемы на простыя и сложныя ученія о безнаказанности негоднаго покушенія. Каждая изъ этихъ группъ, въ свою очередь, распадается на подгруппы, смотря по характеру приводимыхъ ихъ авторами въ подкрѣпленіе своего мнѣнія положеній.

Обращаясь къ простымъ ученіямъ, мы должны остановиться

сначала на ученіяхъ, утверждающихъ, что негодное покушеніе не можетъ подлежать наказанію потому, что оно не удовлетворяетъ признакамъ преступнаго дѣянія. Въ ряду этихъ ученій, наше вниманіе привлекають, прежде всего, положенія, утверждающія, что составъ негоднаго покушенія не заключаетъ въ себѣ потребной для наказуемости дѣянія воли.

Такъ, по мнѣнію однихъ криминалистовъ, при покушеніи нельзя требовать, чтобы дѣятельность виновнаго заключала въ себѣ возможность наступленія преступления. Но для наличности покушенія во всякомъ случаѣ необходимо, чтобы намѣреніе виновнаго заключало въ себѣ представленіе дѣйствія способнаго воспроизвести преступный результатъ, покушеніемъ можетъ быть признана только перешедшая въ дѣйствіе преступная воля. Подобная воля имѣется налицо у чловѣка, примѣнившего негодное средство по случайной ошибкѣ. Въ его волѣ преступленіе было заключено не только въ видѣ идеальной возможности, оно представляло собою, хотя и въ силу ошибки субъекта, реальную возможность. Совершенно инымъ характеромъ отличается случай, въ которомъ вмѣняемое лицо задумываетъ совершить дѣйствіе, которое хотя и почитается имъ за годное, но которое на основаніи общихъ законовъ мысли и по даннымъ обыденнаго опыта, совершенно неспособно воспроизвести преступленіе. Въ этомъ случаѣ, невозможность дѣянія возникаетъ не противъ воли виновнаго, дѣяніе виновнаго носить характеръ мертваго и бесплоднаго дѣйствія именно по волѣ виновнаго и въ силу интенсивнаго его желанія. Его намѣреніе поэтому отличается только безнравственнымъ, а не преступнымъ характеромъ, оно уклоняется отъ дѣйствительности не только реально, но и идеально. И это разсужденіе оправдываетъ собою какъ безнаказанность покушенія съ негодными средствами, такъ и безнаказанность покушенія надъ негоднымъ объектомъ ¹⁾.

Вдумываясь въ существо этой попытки отграниченія юридически существенной воли отъ воли юридически несущественной, нельзя не придти къ убѣжденію въ полной произвольности ея утверженій. Справедливо замѣчаютъ, что преступность намѣренія опредѣляется исключительно противозаконностью преслѣдуемой субъектомъ цѣли, а вовсе не характеромъ избранныхъ средствъ или объекта воздѣйствія дѣянія.

¹⁾ Köstlin, System, I, s. 228, 229.

Какъ бы ни было нелѣпо убѣжденіе дѣйствующаго лица въ цѣлесообразности употребляемаго имъ средства, намѣреніе его является, несомнѣнно, не только безнравственнымъ, но и преступнымъ, коль скоро оно направлено на реализацію противозаконнаго результата. ¹⁾ Правда, виновный, въ случаѣ примѣненія негодныхъ средствъ, допускаетъ ошибку въ оцѣнкѣ положенія, но подобная ошибка нисколько не вліяетъ на его умысль и вмѣненіе. ²⁾ Виновный въ этомъ случаѣ вѣрить, что предположенное дѣяніе обезпечиваетъ ему не только идеальную, но и матеріальную возможность достиженія преступнаго результата, и фактъ предпріятія имъ соотвѣтствующаго дѣйствія лучше всего свидѣтельствуемъ объ этомъ обстоятельстве ³⁾.

Другая группа разсматриваемыхъ ученій полагаетъ, что негодное покушеніе не можетъ быть подвергнуто наказанію потому, что внѣшняя сторона этого дѣянія не удовлетворяетъ тѣмъ признакамъ, которыми должно обладать наказуемое дѣяніе. Согласно однимъ изъ представителей этого направленія, негодное покушеніе свободно отъ наказанія потому, что оно не противоправно, потому что оно не охватывается запретами юридическихъ нормъ. Условіемъ наказуемости виновнаго является соотвѣтствіе учиненнаго имъ дѣянія признакамъ запрещеннаго закономъ дѣйствія. Если этого соотвѣтствія нѣтъ, то дѣяніе не дѣлается преступнымъ, хотя бы виновный и дѣйствовалъ въ убѣжденіи, что совершаетъ наказуемое дѣяніе. Законъ запрещаетъ лишать жизни только живыхъ людей: отсюда не можетъ быть признано преступнымъ посягательство на трупъ съ намѣреніемъ причиненія смерти. Законъ запрещаетъ ставить только подлинныя причины смерти, отсюда является безнаказаннымъ дѣйствіе, которое только въ воображеніи виновнаго представляло собою причину смерти другого лица, но, въ дѣйствительности, не было даже частью этой причины, не играло роли условія наступленія преступнаго результата. Покушеніе съ негодными средствами и покушеніе надъ негоднымъ объектомъ являются не наказуемыми по тому же основанію, что и мнимое преступленіе. ⁴⁾

¹⁾ Geyer, GS, XVIII, 1866, s. 62; Kriegsmann, s. 22; Rudert, s. 22; Колоколовъ, стр. 167.

²⁾ Geyer, GS, XVIII, 1866, s. 61; Buri, GS, XX, 1868, s. 328.

³⁾ Wintritz, s. 47.

⁴⁾ Binding, Normen, II, s. 411; Binding, Hdb, s. 692—695.

Это учение построено на ошибочном смѣшеніи нормъ, запрещающихъ оконченное преступленіе съ нормами, запрещающими покушеніе. Какъ правильно замѣчено, указаніе авторовъ этого ученія на различіе фактическихъ элементовъ негоднаго покушенія и оконченнаго преступленія справедливо, но оно вовсе не доказываетъ безнаказанности перваго дѣянія. ¹⁾ Наличие предусмотрѣнныхъ закономъ средствъ и объекта необходима для оконченнаго преступленія ²⁾, и при отсутствіи одного изъ этихъ элементовъ не можетъ быть рѣчи о совершеніи подобнаго преступленія ³⁾ Но, при покушеніи, реализаціи всѣхъ элементовъ преступленія не необходимо, здѣсь требуется только дѣятельность, направленная на ихъ воспроизведеніе ⁴⁾ и законъ въ этомъ случаѣ запрещаетъ уже самое стремленіе къ выполненію преступленія. ⁵⁾

Другіе представители этого направленія думаютъ, что негодное покушеніе не наказуемо въ качествѣ дѣянія, не удовлетворяющаго признакамъ законнаго состава преступленія. Покушеніе, по воззрѣнію этихъ криминалистовъ, должно обладать тѣмъ же составомъ, что и оконченное преступленіе. Покушеніе на преступленіе отличается отъ совершенія его только тѣмъ, что предпринятое дѣяніе не доводится до конца, въ остальныхъ своихъ признакахъ, покушеніе совпадаетъ съ оконченнымъ преступленіемъ. Если составъ убійства предполагаетъ примѣненіе смертоноснаго средства, то это же требованіе должно быть предъявляемо и къ покушенію на убійство; ядъ представляетъ собою необходимый элементъ дѣянія виновнаго какъ въ томъ случаѣ, когда это дѣяніе приняло форму оконченнаго преступленія, такъ и въ томъ случаѣ, когда оно получило форму покушенія на преступленіе. Нельзя забывать и того, что большинство преступленій направляется противъ опредѣленныхъ правъ отдѣльныхъ лицъ, какъ напр. убійство, воровство, изнасилованіе. Но какъ скоро право, противъ котораго направлялось дѣяніе въ конкретномъ случаѣ не существуетъ, такъ напр., намѣченная жертва уже умерла, то отпадаетъ и предположеніе,

¹⁾ Bar, Gesetz, II, s. 529.

²⁾ Орловъ, стр. 142, 143; Рудинскій, Юр. Вѣстн. 1877, № 9—10, стр. 72.

³⁾ Рудинскій, Юр. Вѣстн. 1877, № 9—10, стр. 71.

⁴⁾ Kriegsmann, s. 45, 46.

⁵⁾ Fabian, s. 33, 34.

обуславлюющее собою возможность наступления правонарушения и законодательство утрачивает право карать это дѣяніе¹⁾.

Главная масса составовъ, замѣчаютъ сторонники этого взгляда, не предопредѣляетъ точнымъ образомъ характера средства достиженія результата. Въ этихъ случаяхъ, можетъ быть примѣнено любое средство, форма и видъ причинности безразличны. Однако, нельзя приписывать закону безсмыслицы, нельзя утверждать, что подъ «воспроизведеніемъ результата» законъ разумѣетъ также и примѣненіе такихъ средствъ, которыя абсолютно непригодны къ причиненію результата, такъ какъ если подъ понятіе о воспроизведеніи результата и можно подводить дѣянія, осуществившія часть этого результата и хотя и не достигшія его вполне, но бывшія въ пути къ его достиженію, то ни въ коемъ случаѣ невозможно подводить подъ это понятіе противоположность причиненію результата, каковою представляется примѣненіе абсолютно негодныхъ средствъ. Всякій матеріальный составъ предполагаетъ, что примѣненныя виновнымъ средства не были абсолютно негодны.²⁾ То же слѣдуетъ сказать и про свойство объекта при покушеніи. Матеріальные составы преступленія предполагаютъ реализацію посягательства по адресу предусмотрѣннаго составомъ объекта. Разъ недостаетъ такого объекта, то и составъ преступленія дѣлается невыполнимымъ и совершенное лицомъ, при отсутствіи этого условія, дѣяніе, не можетъ быть признаваемо и за покушеніе на преступленіе³⁾.

Основная ошибка этого воззрѣнія состоитъ въ требованіи соответствія между фактическими реальными элементами оконченнаго преступленія и покушенія. Между составами соответственныхъ дѣяній, дѣйствительно, существуетъ ближайшее соотношеніе, но оно выражается не въ тождествѣ реальныхъ элементовъ подлежащихъ дѣйствій, а въ совпаденіи содержанія преступнаго умысла при покушеніи съ признаками реальныхъ преступленій: для наличности покушенія, виновный долженъ представлять себѣ средства покушенія въ томъ видѣ, въ которомъ они предусматриваются закономъ. А это, конечно, имѣется налицо и при негодномъ покушеніи, такъ какъ и въ этомъ случаѣ виновный

¹⁾ Mittermaier, NA, I, 1816, s. 166, 171, 172, 174—176; Mittermaier, GS, XI, 1859, s. 422—425.

²⁾ Beling, Verbrechen, s. 228, 330.

³⁾ Beling, Verbrechen, s. 330.

разсматриваетъ употребляемыя имъ средства, какъ средства дѣйствительныя. Если бы мы вздумали требовать совпаденія реальныхъ свойствъ средствъ въ томъ и другомъ случаѣ, т. е., стали бы ставить условіемъ наказуемости покушенія успѣшное достиженіе примѣненными имъ средствами преступнаго результата, то мы пришли бы къ отрицанію покушенія вообще ¹⁾. Утвержденіе нѣкоторыхъ криминалистовъ, что подъ понятіе о причиненіи результата можно подводить и такіе акты, которые, хотя его и не причиняютъ, но являются способными его причинить, совершенно несостоятельно, ибо, какъ вѣрно замѣчено, нѣтъ сужденія, которое бы болѣе противорѣчило понятію о причинѣ, какъ признаніе отсутствія послѣдствія у «причиняющаго» явленія. ²⁾

Такимъ образомъ, попытка обоснованія безнаказанности негоднаго покушенія путемъ приведенія послѣдняго въ соотношеніе съ законнымъ составомъ оконченнаго преступленія также не увѣнчалось успѣхомъ. Третьи криминалисты, при разрѣшеніи занимающей насъ проблемы, ставятъ вопросъ на болѣе общую почву и доказываютъ безнаказанность негоднаго покушенія не путемъ указанія на несоотвѣтствіе его состава составу оконченнаго преступленія, а путемъ указанія на несоотвѣтствіе признаковъ этого покушенія признакамъ противоправной и наказуемой дѣятельности вообще: въ основѣ этихъ ученій лежитъ убѣжденіе въ существованіи общихъ реквизитовъ у всѣхъ вообще видовъ неправды и преступленія.

Такъ, одна изъ попытокъ этого направленія стремится обосновать безнаказанность негоднаго покушенія при помощи установленія отсутствія причинной связи между соотвѣтственнымъ дѣяніемъ виновнаго и преступнымъ результатомъ. Гражданская наказуемость, по этому взгляду, возможна лишь въ случаѣ, когда дѣйствіе противоправно. Но оно противоправно только тогда, когда оно нарушаетъ право или ставитъ его въ опасность. Для наказуемости покушенія необходимо, чтобы дѣйствіе, по своему внѣшнему складу (посредственно или непосредственно, мало или много), состояло въ причинной связи съ задуманнымъ преступленіемъ. Негодное покушеніе не удовлетворяетъ этимъ признакамъ. ³⁾ Для наказуемости покушенія

¹⁾ Buri, GS, XL, 1888, s. 532; Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 100.

²⁾ Lammasch, Moment, s. 7.

³⁾ Feuerbach, Lrb, 1847, s. 71.

необходимо, чтобы преступное предприятие находилось въ причинной связи съ предположеннымъ результатомъ. Необходимо, чтобы наступленіе этого результата было возможно въ случаѣ продолженія соотвѣтствующей дѣятельности, и основаніе ненаступленія его не должно лежать въ самомъ дѣяніи виновнаго. А при негодномъ покушеніи этого условія не имѣется налицо ¹⁾.

Ученіе это, какъ справедливо замѣчено въ литературѣ, представляетъ собою результатъ неправильнаго пониманія существа причинной зависимости явленій. Причиною преступнаго результата или явленіемъ, находящимся въ причинной связи съ этимъ результатомъ, можетъ быть признано лишь то дѣйствіе, которое дѣйствительно повлекло за собою этотъ результатъ. О причинѣ можно говорить лишь тогда, когда имѣется налицо слѣдствіе этой причины, такъ какъ оба эти понятія суть понятія соотносительныя. ²⁾ Покушеніе есть такое дѣйствіе, которое никогда не влечетъ за собою преступнаго результата, и потому покушеніе никогда не находится въ причинной связи съ предположеннымъ виновнымъ результатомъ, совершенно безотносительно къ тому, годно оно или негодно ³⁾. Однако, по мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ, это ученіе допускаетъ и иное толкованіе. Упоминаемый имъ реквизитъ причинности покушенія можетъ быть разумѣемъ не только въ смыслѣ необходимости существованія дѣйствительной причинной связи между дѣйствіемъ и результатомъ, но и въ смыслѣ необходимости бытія возможной, потенціальной причинной связи между соотвѣтственными явленіями ⁴⁾. А при такомъ пониманіи этого ученія, указаніе на отсутствіе реального результата во всѣхъ случаяхъ покушенія не можетъ считаться убѣдительнымъ аргументомъ.

Но и это толкованіе приведеннаго ученія вызываетъ серьезныя возраженія. Явленіе, не имѣющее никакого резуль-

¹⁾ Abegg, Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, 1836, s. 155.

²⁾ Lammasch, Moment, s. 6, 7; Hertz, Unrecht, s. 74; Baumgarten, s. 249; Kohn, s. 21; Finger, Lrb, I, s. 298; Gallet, p. 16, 20; Calon, Etude sur la tentative des crimes impossibles, 1907, p. 45; Мокринскій, III, стр. 324 и сл.

³⁾ Рудинскій, Юр. Вѣстн. 1877, № 3—4, стр. 93; Колоколовъ, стр. 170; Таганцевъ, Лекціи, I, стр. 721; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 184; Мокринскій, III, стр. 448; Buri, GS, XIX, 1867, s. 69, Buri, GS, XX, 1868, s. 327, Buri, Causalität, s. 115, 116; Schwarze, HN, II, s. 291; Hälschner, I, s. 348, 350; Wächter, s. 216; Begründung, I, s. 286; Baer, s. 2.

⁴⁾ Delaquis, s. 66, 67, 168, 169; Schoen, s. 38; Celichowski, s. 15.

тата *in concreto*, не может быть квалифицируемо, как причина, хотя бы в других случаях оно обыкновенно и влекло за собою соответствующее послѣдствие. Такое явленіе не составляет собою причины; оно сдѣлалось бы таковою только въ случаѣ привхожденія къ нему извѣстныхъ условій. ¹⁾ Понятіе о потенциальной причинности способно только ввести въ заблужденіе ²⁾ Здѣсь правильнѣе говорить о дѣйствиі, которое, по даннымъ вѣроятности, можетъ сдѣлаться причиною результата. ³⁾

Такимъ образомъ, послѣднее пониманіе формулы наказуемаго покушенія, какъ возможно—причиннаго дѣянія, вызываетъ противъ себя серьезныя возраженія съ логической точки зрѣнія. Но можно ли то же сказать и при оцѣнкѣ ея по существу? Не будетъ ли, напротивъ, вполне правильнымъ признавать условіемъ наказуемости покушенія фактъ воплощенія его въ форму дѣянія, обусловливающаго возможность возникновенія преступнаго результата? Многіе криминалисты дѣйствительно и предлагаютъ такое обоснованіе безнаказанности негоднаго покушенія, причемъ отдѣльные представители этого направленія выражаютъ свою мысль въ различныхъ формахъ.

Такъ, среди тѣхъ криминалистовъ, которые обусловливаютъ наказуемость покушенія фактомъ принятія имъ формы дѣянія, создающаго возможность наступленія преступнаго результата, необходимо различать ученыхъ, разумѣющихъ эту возможность, какъ свойство объективнаго состава покушенія, отъ ученыхъ требующихъ, чтобы возможность вреда обусловливалась не тѣмъ дѣяніемъ, которое дѣйствительно выполнилъ виновный, а тѣмъ, которое онъ имѣлъ въ виду совершить, идя на преступленіе, т. е., настаивающихъ на томъ, чтобы умыселъ виновнаго отображалъ потенциально вредное дѣяніе. Наиболѣе старою попыткою рѣшенія вопроса въ первомъ смыслѣ является ученіе, утверждающее, что къ области покушенія относятся только дѣянія, способныя воспроизвести преступный результатъ. Законъ, замѣчаютъ представители этого взгляда, можетъ объявлять преступными и ставить подъ угрозу наказаніемъ такія только дѣянія, которыя, если и не *in concreto*, то *in abstracto* способны воспроизвести

¹⁾ Lammasch, Moment, s. 6; Fabian, s. 9; Rudert, s. 9, 10; Bister, s. 22.

²⁾ Liszt, Lrb, s. 215 Anm. 3.

³⁾ Lammasch, Moment, s. 6; Bar, Gesetz, II, s. 527.

задуманное преступление ¹⁾). Покушение не подлежит наказанію, если выполненныя дѣйствія не пригодны для воспроизведенія извѣстнаго преступленія ²⁾). Для наказуемости покушенія необходимо, чтобы совершенное виновнымъ дѣйствіе было пригодно для совершенія преступленія ³⁾). Негодное покушение не подлежит наказанію, потому что оно представляетъ собою невозможное преступленіе. Право принимаетъ во вниманіе, по общему правилу, только дѣйствительное и возможное, а не только кажущееся и, сообразно съ этимъ, наказаніе всегда предполагаетъ наличность извѣстнаго преступленія, т. е. дѣянія, нарушающаго или по крайней мѣрѣ, посягающаго на годное *in concreto* право ⁴⁾).

Другая группа ученыхъ выражаетъ ту же мысль въ нѣсколько иной формѣ: покушеніе признается ею наказуемымъ только тогда, когда оно было опасно для правовыхъ благъ, и безнаказанность негоднаго покушенія обосновывается ссылкой на безопасность этого дѣянія. При опредѣленіи наказуемости покушенія, необходимо мысленно перенестись къ моменту предпріянія виновнымъ дѣйствія и, игнорируя привзошедшія вполнѣдствіи обстоятельства, разсматривая дѣйствіе въ качествѣ спокойнаго наблюдателя, рѣшать, способно ли данное дѣйствіе воспроизвести преступный результатъ, есть ли основаніе опасаться наступленія этого результата или нѣтъ? Въ первомъ случаѣ, покушеніе наказуемо, а во второмъ—нѣтъ ⁵⁾). Въ случаяхъ, когда карательное правосудіе распространяетъ свое дѣйствіе за сферу оконченныхъ преступленій, оно можетъ касаться тѣхъ только дѣяній, которые ставятъ въ опасность общественный порядокъ. Негодное покушеніе, будучи не способнымъ къ воспроизведенію этого эффекта, свободно отъ наказанія ⁶⁾). Для наказуемости покушенія необходимо, чтобы дѣяніе виновнаго создало опасность для правового блага ⁷⁾). Лицо, примѣняющее абсолютно негодное средство или посягающее на негодный или отсутствующий

¹⁾ Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, 1823, I, s. 257.

²⁾ Martin, Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminal-Rechts, I, 1829, s. 109; Владиміровъ, Учебникъ русскаго уголовного права, 1889, стр. 104.

³⁾ Bauer, Lrb, s. 110, 111.

⁴⁾ Heffter, Lrb, s. 38, 70.

⁵⁾ Geib, Lrb, II, s. 310.

⁶⁾ Rubo, GS, XVII, 1865, s. 8.

⁷⁾ Zucker, GA, XXXVI, 1888, s. 375.

щій объектъ, совершаетъ абсолютно безопасное дѣйствіе, т. е. дѣйствіе, совершенно несущественное съ точки зрѣнія права, юридически безразличное, и не обнимаемое правовымъ запретомъ ¹⁾. Наказуемость покушенія обусловливается тѣмъ впечатлѣніемъ, которое это дѣяніе производитъ на общество и, коль скоро этого впечатлѣнія не имѣется налицо, не можетъ быть рѣчи и о наказуемости покушенія. Вникая въ существо условій образованія этого впечатлѣнія, мы убѣждаемся, что они заключаются въ возможности наступленія вреда, которая воплощается въ покушеніи чловѣка. Если, при обсужденіи свойствъ дѣйствія, опытъ подсказываетъ намъ, что обстоятельства, при которыхъ произошло покушеніе, могли легко сложиться въ благопріятную для наступленія результата обстановку, то мы имѣемъ дѣло съ годнымъ и наказуемымъ покушеніемъ; если возможность подобнаго измѣненія обстоятельствъ дѣйствія была вполнѣ исключена или являлась столь отдаленной, что принимать ее во вниманіе при учетѣ причинной связи было бы неразумно, то мы имѣемъ дѣло съ негоднымъ и ненаказуемымъ покушеніемъ ²⁾. Безнаказанность негоднаго покушенія вытекаетъ изъ безопасности соотвѣтственнаго дѣянія или изъ того, что это дѣяніе не причиняетъ никакого безпокойства гражданамъ ³⁾. Наказуемо только объективно опасное покушеніе, т. е., покушеніе, эффектъ котораго былъ предупрежденъ только дѣйствіемъ случая ⁴⁾. Необходимо имѣть въ виду, что только опасное покушеніе является покушеніемъ въ смыслѣ германскаго уложенія и только оно, слѣдовательно, можетъ быть признано наказуемымъ покушеніемъ. Отсюда, изъ области наказуемаго покушенія необходимо исключить дѣятельность, направленную на несуществующій или абсолютно-негодный объектъ и дѣятельность, предпринятую съ абсолютно-негодными средствами ⁵⁾. Наказуемость покушенія обусловливается опасностью предпринятой для осуществленія состава преступленія умышленной дѣятельности. Эта опасность, съ одной стороны, должна быть объективной и абстрактной—дѣяніе должно носить характеръ причины *in abstracto*. Съ другой стороны, она должна быть конкретной и

¹⁾ Rohland, Gefahr, s. 101.

²⁾ Bar, Gesetz, II, s. 490, 491, 493, 531, 532.

³⁾ Overbeck, Erscheinungsformen, s. 34, 35.

⁴⁾ Celichowski, s. 73.

⁵⁾ Meyer-Allfeld, Lrb, s. 175, 176.

состоять въ особомъ, производимомъ дѣянiемъ, впечатлѣнiи грозности, въ разсужденiи, что дѣянiе могло легко удасться, и вытекающемъ изъ этого нарушенiи правового мира. Но этой конкретной опасности не имѣется налицо, когда изъ свойствъ дѣянiя и умысла вытекаетъ, что соотвѣтственнаго вывода не сдѣлалъ бы разумный человѣкъ, такъ какъ изъ дѣянiя и умысла непосредственно явствуется либо интеллектуальная неспособность субъекта къ воспроизведенiю результата (глупость, вздорность), либо физическая неспособность дѣянiя къ этому (негодность объекта) ¹⁾. Покушенiе наказуемо, поскольку оно опасно; поэтому негодное покушенiе, въ качествѣ безопаснаго дѣянiя, не можетъ подлежать наказанiю ²⁾. Негоднымъ покушенiемъ слѣдуетъ признавать дѣйствiя, которыя, даже будучи реализованы въ полномъ соотвѣтствiи съ тѣмъ представленiемъ, которое имѣлъ о нихъ виновный, совершенно непригодны къ воспроизведенiю задуманнаго результата. За подобнымъ явленiемъ невозможно признавать никакого социальнаго значенiя, такъ же, какъ и за другими безопасными дѣянiями ³⁾. Для понятiя о покушенiи существенна опасность осуществленiя воли, т. е., его пригодность къ реализацiи всѣхъ признаковъ состава преступнаго дѣянiя и, въ особенности, къ воспроизведенiю результата. Отсюда слѣдуетъ, что неопасное или абсолютно-негодное покушенiе не можетъ быть признано покушенiемъ и, сообразно съ этимъ, ненаказуемо ⁴⁾. Для понятiя о покушенiи необходимо, чтобы дѣйствiе виновнаго представляло собою опасность воспроизведенiя признаковъ состава преступления ⁵⁾. Отсюда, къ покушенiю могутъ быть относимы только тѣ изъ направленныхъ на реализацiю преступнаго умысла дѣйствiй, которыя по своимъ общимъ признакамъ, при принятiи во вниманiе всѣхъ извѣстныхъ виновному обстоятельствъ, при здоровомъ обсужденiи вопроса, кажутся пригодными къ воспроизведенiю исполнительнаго дѣйствiя задуманнаго лицомъ преступления ⁶⁾.

Мы познакомились съ группой ученiй, признающей условiемъ наказуемости покушенiя объективную опасность соотвѣт-

¹⁾ Horn, Z, XX, 1900, s. 357.

²⁾ Rosenberg, Z, XX, 1900, s. 701, 702.

³⁾ Finger, Lrb, I, s. 303.

⁴⁾ Liszt, Lrb, s. 214; Kohlrausch, Irrtum, s. 11, 12.

⁵⁾ Merkel, Lrb, s. 118.

⁶⁾ Merkel, Lrb, s. 131.

ствующаго дѣянiя, приче́мъ среди криминалисто́въ, отстаивающихъ э́тотъ взглядъ, можно насчитать не мало и такихъ ученыхъ, которые признають негодность покушенiя не чисто объективнымъ, а субъективно-объективнымъ юридическимъ фактомъ, т. е. допускають безнаказанность виновника не во всѣхъ случаяхъ безопасности внѣшней стороны реализованнаго имъ дѣянiя, а лишь въ тѣхъ, въ которыхъ безопасности внѣшней стороны покушенiя соотвѣтствовала безопасность содержания его умысла. Въ виду этого, у многихъ ученыхъ возникло несовпаденiе между критерiемъ опредѣленiя области безнаказанности негоднаго покушенiя и догматическимъ обоснованiемъ этой безнаказанности: послѣднее шло несравненно далѣе, чѣмъ первое и открывало возможность оставленiя безъ наказанiя и такихъ видовъ покушенiя, которые подлежали наказанiю въ силу перваго положенiя. Э́тотъ недостатокъ стремятся уничтожить другiе криминалисты, формулирующiе догматическое основанiе безнаказанности негоднаго покушенiя, такимъ образомъ, что оно гармонируетъ съ критерiемъ опредѣленiя сферы этого покушенiя. Дѣйствiя, абсолютно негодныя къ воспроизведенiю результата, даже въ случаѣ совершенiя ихъ съ преступнымъ намѣренiемъ, такъ же мало являются актами покушенiя на преступленiе, какъ и простое обнаруженiе преступной воли. Какъ тѣмъ, такъ и другимъ дѣянiемъ недостаетъ момента уголовно-юридической причинности, имъ обоимъ нехватаетъ доступной учету связи съ результатомъ. Покушенiемъ можно признать такое только осуществленiе преступнаго намѣренiя, которое создаетъ въ доступной учету формѣ возможность окончанiя преступленiя. Покушенiе наказывается не только въ качествѣ акта обнаруженiя злой воли, но и въ качествѣ опаснаго дѣянiя. Опасность покушенiя должна быть оцѣниваема не на основанiи принятiя во вниманiе всѣхъ признаковъ дѣянiя, а на основанiи изслѣдованiя тѣхъ только фактовъ, которые были извѣстны виновному въ моментъ предпринятiя имъ дѣйствiя ¹⁾.

Обращаясь къ критикѣ этихъ ученiй, слѣдуетъ замѣтить, что, несмотря на различiе ихъ формулировки, всѣ они высказываютъ одну и ту же мысль—негодное покушенiе ненаказуемо потому, что оно не представляетъ опасности для правовыхъ благъ. Правда, вторая и четвертая группы вышеприведенныхъ

¹⁾ Finger, Versuch, s. 60—62.

ученій говорятъ не объ опасности внѣшней стороны покушенія, а объ опасности содержанія умысла виновнаго, но послѣднее условіе составляетъ не отличіе основанія безнаказанности покушенія, а особенность круга случаевъ безнаказаннаго покушенія—только то покушеніе остается безъ наказанія, которое, не будучи объективно опаснымъ дѣяніемъ, было предпринято также и съ неопаснымъ умысломъ. Этимъ и объясняется то обстоятельство, что сторонники этихъ воззрѣній говорятъ о негодномъ покушеніи, какъ о невозможномъ или неопасномъ дѣяніи, какъ если бы шла рѣчь о характеристикѣ внѣшней стороны соответствующаго дѣянія. Разбирая значеніе указываемаго этимъ ученіемъ реквизита покушенія, напомнимъ, что несущественность опасности дѣйствія для понятія о покушеніи уже была показана выше, при разборѣ опредѣленій понятія о покушеніи, а такъ какъ реквизитъ возможности наступленія вреда совпадаетъ съ признакомъ опасности дѣянія, то все сказанное о первомъ должно быть *mutatis mutandis* отнесено и ко второму. Въ виду этого, нельзя не согласиться съ тѣми учеными, которые, разбирая эту попытку обоснованія безнаказанности негоднаго покушенія, указываютъ, что опасность дѣянія вовсе не составляетъ необходимаго признака покушенія ¹⁾. Сверхъ того, какъ справедливо замѣтили уже многіе криминалисты, требованіе опасности покушенія является бездоказательнымъ; оно не нашло себѣ выраженія въ законѣ ²⁾. Между тѣмъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ считаетъ потребною опасность дѣянія, онъ особо оговариваетъ это въ законѣ ³⁾. Нельзя ссылаться также при отстаиваніи вышеприведеннаго утвержденія и на характеръ воспрещающей реализацію покушенія нормы. Существо этой нормы распознается только изъ карающаго покушенія на преступленіе закона, и потому вывести изъ нея какія-либо признаки покушенія, не предусмотрѣнные его уголовно-юридическимъ составомъ, не представляется возможнымъ.

Наконецъ, по взгляду нѣкоторыхъ криминалистовъ, негодное покушеніе ненаказуемо потому, что оно не представляетъ собою акта нападенія на правовыя блага. Покушеніе,

¹⁾ Bauer, Abh, s. 384; Köstlin, System, I, s. 226; Schwarze, NH, II, s. 290; Schoetensack, Versuch, s. 386; Langenbach, s. 50, 54; Орловъ, стр. 117; Пусторослевъ, стр. 382.

²⁾ Delaquis, s. 100, 124; Anm. 4; 138; Roever, s. 40; Germann, s. 28, 29.

³⁾ Bister, s. 21, 22; Мокринскій, III, стр. 481.

по этому учению, обладает общею родовою природою съ оконченнымъ преступленіемъ въ томъ смыслѣ, что первое, такъ же, какъ и послѣднее, представляетъ собою наказуемое дѣяніе. Мысли, хотя бы онѣ и были выражены во внѣ, не подлежатъ наказанію; наказуемы только акты нападенія. Такимъ дѣйствіемъ и должно быть наказуемое покушеніе. Отсюда негодное покушеніе, будучи не дѣйствительнымъ, а только воображаемымъ нападеніемъ, не составляетъ наказуемаго покушенія ¹⁾.

Съ этимъ ученіемъ невозможно согласиться, такъ какъ оно исходитъ изъ совершенно неправильныхъ предпосылокъ. Оконченное преступленіе принимаетъ форму акта нападенія лишь при немногихъ личныхъ преступленіяхъ, а въ большинствѣ случаевъ оно выражается въ видѣ дѣйствій совершенно иного типа, напр., при лжеприсягѣ, при мошенничествѣ и т. п. Еще менѣе можно требовать, чтобы покушеніе отвѣчало признакамъ акта нападенія; не только негодное, но и годное покушеніе не носитъ характера акта нападенія: дѣйствіе лица можетъ быть столь же мало признано за нападеніе, какъ въ томъ случаѣ, когда оно выразилось въ дачѣ яда человѣку, привыкшему къ дѣйствію токсическихъ веществъ соотвѣтственнаго рода, такъ и въ томъ, когда виновный вмѣсто яда, далъ намѣченной жертвѣ, по ошибкѣ, сахаръ.

Переходя ко второй группѣ попытокъ обоснованія безнаказанности негоднаго покушенія, попытокъ, старающихся установить несоотвѣтствіе этого вида покушенія признакамъ покушенія вообще, мы встрѣчаемся также съ цѣлымъ рядомъ различныхъ ученій. Выполняя названную задачу, криминалисты придерживаются различныхъ методовъ аргументаціи, причѣмъ различіе приводимыхъ ими доводовъ обусловливается различіями въ пониманіи существа покушенія: отвергая за негоднымъ покушеніемъ характеръ наказуемаго покушенія, криминалисты стараются доказать въ немъ отсутствіе тѣхъ признаковъ, которые почитаются ими за необходимые элементы наказуемаго покушенія вообще. Мы остановимся сначала на разсмотрѣннѣй ученія, усматривающаго несоотвѣтствіе негоднаго покушенія законному понятію о покушеніи и утверждающаго, что подлежащее покушеніе не можетъ быть признано началомъ выполненія состава преступленія.

Если разумѣть начало исполненія не исключительно въ

¹⁾ Wach, Reform, I, s. 22, 23.

одномъ субъективномъ смыслѣ, замѣчаютъ представители этого мнѣнія, то надо признать, что о началѣ исполненія можно разумнымъ образомъ говорить въ томъ только случаѣ, когда выполненіе было возможно, то, что невозможно выполнить, нельзя и начать выполнять ¹⁾. Въ томъ случаѣ, когда совершеніе задуманнаго преступленія невозможно, это преступленіе не можетъ получить и существованія во внѣ и оно не можетъ быть, слѣдовательно, и начато выполненіемъ ²⁾. Природа покушенія, какъ начала выполненія преступленія, предполагаетъ годность средствъ и объекта совершеннаго дѣянія ³⁾. Въ случаяхъ негоднаго покушенія, въ дѣйствительности, не имѣется налицо «начала исполненія»; то, чего нельзя выполнить, нельзя и начать выполненіемъ. Было бы совершенно противно правиламъ юридическаго мышленія разсматривать начало исполненія исключительно съ субъективной точки зрѣнія, и это рѣзко противорѣчило бы тексту закона. Отсюда, можно утверждать, что при абсолютно негодномъ объектѣ или средствахъ не можетъ быть рѣчи о примѣненіи понятія о покушеніи ⁴⁾. О началѣ исполненія дѣянія можно говорить лишь въ томъ случаѣ, когда это выполненіе возможно, когда предпринятое дѣйствіе, не только по мнѣнію виновнаго, а объективно пригодно къ реализаціи преступленія (т. е., когда реализація могла быть достигнута намѣченнымъ виновнымъ путемъ). Абсолютно невозможное выполненіе не можетъ быть и начатымъ. Это относится какъ къ покушенію съ негодными средствами, такъ и къ покушенію надъ негоднымъ объектомъ ⁵⁾. Дѣйствіе, направленное на негодный объектъ, ни въ какомъ случаѣ не можетъ привести къ реализаціи намѣченнаго преступленія, хотя бы оно и было предпринято для осуществленія преступнаго намѣренія, и оно, слѣдовательно, не можетъ заключать въ себѣ и начала исполненія соотвѣтственнаго преступленія. Не можетъ подлежать наказанію и покушеніе съ абсолютно негодными средствами, ибо и оно не заключаетъ въ себѣ начала исполненія задуманнаго преступленія ⁶⁾. Въ случаяхъ негоднаго покушенія окончаніе преступленія немислимо и, слѣдовательно,

¹⁾ Chop, s. 57.

²⁾ Marezoll, s. 120 Anm. 3.

³⁾ Hahn, Stgb, s. 46.

⁴⁾ Berner, Lrb, s. 140.

⁵⁾ Oppenhoff, Stgb, s. 94.

⁶⁾ Olshausen, Komm. s. 158, 161.

нѣтъ и начала исполненія, а имѣется только воображаемое покушеніе. Абсолютно негодное покушеніе въ дѣйствительности не составляетъ покушенія, и потому не можетъ быть наказуемымъ ¹⁾. При опредѣленіи понятія о покушеніи, нельзя придавать рѣшающаго значенія исключительно одному только субъективному мнѣнію виновнаго, ибо иначе пришлось бы признать юридическое значеніе за всякой его фантазіей. Представленіе субъекта должно находить себѣ опору и въ дѣйствительномъ мірѣ. О покушеніи можно говорить лишь тогда, когда дѣяніе субъекта по общему воззрѣнію представляетъ собою начало осуществленія, направленнаго на воспроизведеніе результата, дѣйствія ²⁾. Дѣяніе почитается покушеніемъ только въ случаѣ, когда оно представляетъ собою, объективно, начало исполненія преступленія. Но, ни примѣненіе абсолютно негодныхъ средствъ, ни посягательство на негодный объектъ не удовлетворяютъ этому требованію ³⁾.

Ошибочность вышеприведенныхъ разсужденій уже давно установлена литературой. Утвержденіе, что при невозможности исполненія преступленія, не можетъ быть и покушенія на его реализацію противорѣчитъ ежедневному опыту, который свидѣтельствуешь объ обратномъ ⁴⁾. Начало исполненія чего-либо вовсе не предполагаетъ возможности его окончанія ⁵⁾. Какъ много предпринимается дѣлъ, осуществленіе которыхъ лежитъ въ предѣлахъ невозможнаго ⁶⁾. Люди часто наталкиваются при выполненіи своихъ плановъ на невозможность полнаго ихъ осуществленія и тѣмъ самымъ оказываются въ положеніи лицъ, затѣявшихъ невозможное. Утверждать немыслимость этого въ области ученія о покушеніи представляется въ особенности неправильнымъ, такъ какъ именно покушеніе предполагаетъ

¹⁾ Beling, Grundzüge, s. 41.

²⁾ Berolzheimer, Entgeltung, s. 383.

³⁾ Schoetensack, Versuch, s. 386, 397.

⁴⁾ Bauer, Abh. s. 386; Köstlin, System, I, s. 226; Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 101; Орловъ, стр. 118; Пусторослевъ, стр. 383.

⁵⁾ Walther, Krit. Vierteljahrsschrift, V, 1863, s. 57.

⁶⁾ Häberlin, GS, XVI, 1864, s. 227; Wächter, s. 214; Kohler, Studien, I, s. 9; Fabian, s. 6; Roever, s. 12; Schüler, s. 63; Баршевъ, Къ ученію о покушеніи, Московскія университетскія извѣстія, 1865, № 4, стр. 282.

невозможность окончания преступления ¹⁾). Принятие разбираемой формулы исключило бы возможность говорить о покушении вообще ²⁾). Покушение, какъ таковое, какъ дѣяніе виновнаго, не приводящее къ окончанію преступления, никогда не представляетъ собою начала выполненія въ объективномъ смыслѣ ³⁾). Но, по представленію виновнаго, покушение всегда оказывается способнымъ привести къ задуманному результату ⁴⁾), умыселъ виновнаго состоитъ въ желаніи осуществленія того, что онъ почитаетъ возможнымъ ⁵⁾). Эта попытка обоснованія безнаказанности негоднаго покушенія должна быть признана софизмомъ ⁶⁾). Сверхъ того, вообще неправильно ссылаться на законную формулу покушенія при рѣшеніи рассматриваемой проблемы. Эта формула не имѣетъ въ виду рѣшить вопроса о юридическомъ значеніи негоднаго покушенія. Она имѣетъ только въ виду отграничить покушение отъ приготовленія къ преступленію ⁷⁾).

Въ предшествующемъ изложеніи, при разсмотрѣннн общнхъ признаковъ покушенія, намъ приходилось указывать на то, что выраженія: выполненіе, осуществленіе и др., представляютъ собою относительныя имена, т. е. такія имена, которыя указываютъ на опредѣленное отношеніе означаемаго ими явленія къ другимъ явленіямъ. Выполненіе представляетъ собою процессъ, происходящій съ извѣстнымъ представляемымъ явленіемъ. Выполненіе означаетъ собою процессъ приобрѣтенія представляемымъ явленіемъ признаковъ реальности, выполненіе части умысла—процессъ приобрѣтенія реального характера частью признаковъ представляемаго явленія. Подобное пониманіе значенія выполненія раскрываетъ намъ природу выполненія части

¹⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 102; Schwarze, НН, II, s. 294; Langenbach, s. 12; Calon, s. 106.

²⁾ Schwarze, НН, II, s. 294; Wächter, s. 214; Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 54; Bister, s. 17; Bar, Gesetz, II, s. 526; Gallet, p. 236; Орловъ, стр. 119.

³⁾ Bar, Gesetz, II, s. 526; Frank, s. 251.

⁴⁾ Roever, s. 14; Bar, Gesetz, II, s. 526; Frank, s. 21; Hälschner, I, s. 352.

⁵⁾ Köstlin, Revision, s. 373, 374; Bar, Gesetz, II, s. 526; Frank, s. 251.

⁶⁾ Schwarze, Comm, s. 154; Häberlin, GS, XXIV, 1872, s. 273; Liszt, Z, I, 1881, s. 105; Zimmermann, GA, XXIX, 1881, s. 182; Hagemann, GA, XXXII, 1884, s. 224; Bister, s. 15, 17; Baeuchle, s. 19; Germann, s. 68.

⁷⁾ Häberlin, GS, XVI, 1864, s. 226; Havenstein GA, XXXVI, 1888, s. 43; Bister, s. 18; Delaquis, s. 208; Berolzheimer, Entgeltung, s. 381; Germann; s. 5; Liszt, Lrb, s. 214.

преступнаго умысла или начало выполнения преступленія, какъ обыкновенно называютъ соответственное дѣйствіе. Это явленіе характеризуетъ собою извѣстную переменную, происходящую съ представляемымъ преступленіемъ, составляющимъ содержаніе умысла виновнаго и выражающуюся въ приобрѣтеніи частью признаковъ представляемаго дѣйствія характера реальности. А если характеръ дѣйствія, какъ начала выполнения преступленія или покушенія, опредѣляется тѣмъ, что оно воспроизводитъ во внѣ часть содержанія преступнаго умысла, то очевидно, что и судить о дѣйствіи, какъ о покушеніи; можно только принявъ во вниманіе отношеніе этого дѣйствія къ умыслу виновнаго. Дѣйствіе должно быть признано покушеніемъ, коль скоро виновный осуществилъ черезъ его посредство часть своего умысла и оно не соответствуетъ этому понятію только въ томъ случаѣ, когда задуманное виновнымъ не носило характера преступленія. Поэтому для понятія о покушеніи вполнѣ достаточно, чтобы виновный приписывалъ своему дѣйствію значеніе акта, осуществляющаго часть задуманнаго имъ преступленія, и совершенно нѣтъ необходимости, чтобы это дѣйствіе дѣйствительно могло осуществить предположенное дѣйствіе.

Эти соображенія заставляютъ насъ признать ошибочною и другую разновидность вышеприведенныхъ ученій, пытающуюся обойти вызываемыя ими возраженія путемъ поясненія смысла предлагаемой ими формулы. Негодное покушеніе ненаказуемо потому, что оно не представляетъ собою начала выполнения преступленія. Но подъ исполненіемъ преступленія слѣдуетъ разумѣть не выполненіе намѣренія, а выполненіе опредѣленнаго дѣянія, такъ какъ эти понятія существенно отличны другъ отъ друга. Лицо, пытающееся сдвинуть многопудовый камень, пробуетъ осуществить невыполнимое; въ такой попыткѣ можно усматривать начало выполнения умысла, но было бы смѣшно утверждать, что его физическое усиліе представляетъ собою начало сдвига камня. Тоже должно быть сказано и о негодномъ покушеніи. Если въ этомъ покушеніи и можно усматривать признаки начала выполнения преступнаго умысла, то его невозможно квалифицировать, какъ начало исполненія преступленія, наличность котораго, однако, и требуется закономъ для состава покушенія ¹⁾. Но, изъ предыдущаго, мы знаемъ, что

¹⁾ М. Е. Mayer, Reform, I, s. 336, 337.

выполненіе представляет собою процессъ, могущій происходить только съ представляемыми явленіями, и потому о выполненіи реального дѣянія не можетъ быть рѣчи. Съ другой стороны, мы убѣдились также и въ томъ, что нельзя говорить о покушеніи, какъ о началѣ реального дѣйствія, что начало дѣйствія предполагаетъ наличность его конца и что годное покушеніе представляет собою также мало начало выполненія реального преступления, какъ и покушеніе негодное.

Если обычное словоупотребленіе говоритъ о началѣ исполненія и въ случаѣ негоднаго покушенія, то, замѣчаютъ дальнѣйшіе представители этого взгляда, съ точки зрѣнія закона, этихъ понятій невозможно отождествлять. Законъ въ этомъ случаѣ умышленно уклоняется отъ обычнаго словоупотребленія, и юридическое понятіе о покушеніи не совпадаетъ съ обычнымъ представленіемъ объ этомъ дѣйствіи. Начало исполненія въ юридическомъ смыслѣ имѣется налицо лишь тогда, когда, при исключительномъ принятіи во вниманіе обстоятельствъ, вообще распознаваемыхъ въ моментъ предпріятія дѣйствія или извѣстныхъ только дѣйствующему лицу, осуществленіе законнаго состава преступления оказывается не вполне исключеннымъ ¹⁾. Начало выполненія задуманнаго преступления есть предположеніе понятія о покушеніи. Но выполнить можно только объективно-возможное преступленіе: недостижимыя цѣли не противорѣчатъ противопорядку. Обычныя возраженія противъ этой мысли упускаютъ изъ виду различіе, существующее между обычнымъ и уголовнымъ покушеніями. Конечно, можно приступить къ реализаціи невыполнимаго намѣренія, но нельзя начать выполненія невозможнаго преступления, ибо дѣйствіе, лежащее внѣ предѣловъ возможнаго, не составляетъ уголовно-наказуемой неправды. Внутреннее основаніе наказуемости актовъ, начинающихъ выполненіе преступления, заключается въ томъ, что лишь по вступленіи дѣяній въ эту стадію они становятся опасными ²⁾. Начало выполненія воплощается въ томъ только поведеніи, которое, по даннымъ опыта, обладаетъ общею пригодностью къ непосредственному осуществленію признаковъ состава преступления и которое представляется актомъ преступнаго нападенія ³⁾. Дѣятельность лица пріобрѣтаетъ свойство начала исполненія, когда

¹⁾ Rudert, s. 36, 32, 33, 42.

²⁾ Schoen, s. 24, 25.

³⁾ Calker, Ethische Werte, s. 31.

имъ предпринято или начато такое дѣйствіе, которое, при исключительномъ принятіи во вниманіе обстоятельствъ, вообще распознаваемыхъ въ моментъ осуществленія воли или извѣстныхъ только одному виновному, находится въ доступной учету связи съ реализаціей законнаго состава преступления ¹⁾.

Это ученіе представляетъ собою наиболѣе слабую изъ конструкций этого рода. Оно обосновываетъ безнаказанность негоднаго покушенія такимъ положеніемъ, которое не только является произвольнымъ, но которое даже не находится ни въ какой логической связи съ законною формулою покушенія. Въ то время, какъ изложенныя ранѣе ученія старались исключить негодное покушеніе изъ сферы наказуемыхъ дѣяній путемъ рестриктивнаго толкованія одного изъ признаковъ понятія о началѣ исполненія преступления и, такимъ образомъ, хотя въ исходномъ пунктѣ своихъ разсужденій стояли на почвѣ закона, послѣднее ученіе стремится рѣшить соотвѣтственную задачу посредствомъ дополненія законнаго понятія о покушеніи новымъ признакомъ, въ ней вовсе не содержащимся и, сообразно съ этимъ, даетъ не только произвольное толкованіе существа покушенія, но даетъ даже и совершенно произвольную его конструкцию.

Мы разсмотрѣли тѣ ученія объ основаніяхъ безнаказанности негоднаго покушенія, которыя пытались вывести интересующій насъ принципъ непосредственно изъ самаго легальнаго опредѣленія покушенія. Но какъ мы видѣли выше, лишь немногіе криминалисты признаютъ за легальнымъ опредѣленіемъ покушенія значеніе научной формулы этого вида предварительной дѣятельности. Большинство ученыхъ полагаетъ, что природа покушенія должна быть устанавливаема совершенно независимо отъ словъ закона, не въ порядкѣ толкованія закона, а самостоятельнымъ научнымъ путемъ. Это направленіе въ наукѣ уголовного права не остается безъ вліянія и на ученіе объ основаніяхъ безнаказанности негоднаго покушенія. Многіе ученые пытаются обосновать безнаказанность этого покушенія путемъ установленія несоотвѣтствія его признаковъ не легальному понятію о покушеніи, а тому понятію о покушеніи, которое ими добыто самостоятельной научной работой.

Такъ, по взгляду нѣкоторыхъ ученыхъ, основаніе безнаказанности негоднаго покушенія заключается въ томъ, что изъ

¹⁾ Kriegsmann, s. 26, 61.

него трудно распознать съ достовѣрностью наличность преступнаго умысла у виновнаго, въ силу чего отпадаетъ и общее основаніе наказуемости покушенія ¹⁾.

Несостоятельность этой попытки обоснованія безнаказанности негоднаго покушенія убѣдительно доказывается въ доктринахъ уголовного права. Наличность преступнаго намѣренія, замѣчаютъ криминалисты, можетъ быть выведена изъ всякаго дѣйствія, предпринятаго для реализаціи этого намѣренія ²⁾ и если эту волю можно распознать, то она должна быть признана объективированной ³⁾. Равнымъ образомъ, нельзя утверждать, что, при суевѣрномъ покушеніи, нельзя распознать твердой преступной воли: невыполнимость замысла виновнаго не исключаетъ серьезности желанія его реализовать свое намѣреніе, и соотвѣтственное упорство его воли можетъ быть обнаружено и изъ свойствъ его внѣшняго поведенія ⁴⁾, напр., виновному обстоятельства много разъ мѣшали воспроизвести намѣченныя имъ суевѣрныя дѣйствія, онъ вынужденъ былъ ихъ неоднократно прерывать, но всетаки въ концѣ концовъ выполнилъ задуманное и т. п. Далѣе, если и правильно, что, при негодномъ покушеніи, преступное намѣреніе не всегда можетъ быть распознано исключительно на основаніи анализа одной только внѣшней стороны дѣятельности виновнаго, то тоже должно быть сказано и про годное покушеніе, при которомъ соотвѣтственный выводъ часто тоже можетъ быть сдѣланъ лишь при условіи принятія во вниманіе общей обстановки реализаціи дѣянія ⁵⁾. Но и вообще неправильно требовать, чтобы природа умысла явствовала изъ одного только дѣйствія виновнаго ⁶⁾, преступное намѣреніе лица можетъ быть доказываемо и другими обстоятельствами ⁷⁾. Если

¹⁾ Bauer, Abh. s. 376, 389, 390.

²⁾ Schwarze, НН, II, s. 293; Scherer, GS, XXIX, 1877, s. 506; Delaquis, s. 179; Рудинскій, Юр. Вѣстн. 1877, № 7—8, стр. 174.

³⁾ Fabian, s. 25; Schoen, s. 30, 31; Germann, s. 63.

⁴⁾ Wächter, s. 212; Hagemann, GA, XXXII, 1884, s. 222; Bister, s. 36; Wintritz, s. 71; Мокринскій, III, стр. 479, 480.

⁵⁾ Рудинскій, Юр. Вѣстн. 1877, № 3—4, стр. 78; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 217; Goldfeld, s. 36.

⁶⁾ Schwarze, Comm. s. 154, 155; Schwarze, НН, II, s. 292; Delaquis, s. 180, 181; Roever, s. 36; Celichowski, s. 17.

⁷⁾ Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 44; Delaquis, s. 180; 181; Рудинскій, Юр. Вѣстн. 1877, № 3—4, стр. 78; Раговскій, О покушеніи на преступленіе, 1842, стр. 43.

кто-либо, задумавъ убить на охотѣ своего товарища по охотѣ, такъ искусно выбираетъ обстановку выполненія злодѣянія, что злой умыселъ его не можетъ быть обнаруженъ непосредственно изъ совершеннаго имъ покушенія, и пуля, попавшая въ стоящее рядомъ съ жертвою дерево, кажется выпущенною въ дичь, то неужели же мы оставимъ такое покушеніе безъ наказанія, несмотря на то, что виновный самъ сознался въ своемъ намѣреніи совершить убійство или это намѣреніе явствуетъ изъ другихъ его заявленій, предшествовавшихъ покушенію? ¹⁾). Это ученіе основано на смѣшеніи вопросовъ матеріальнаго и процессуальнаго правъ ²⁾). Ошибочность этой формулы основаній безнаказанности покушенія обуславливается ложностью того опредѣленія покушенія, на которое она опирается; покушеніе неправильно опредѣлять, какъ дѣйствіе, сообщающее умыслу внѣшне распознаваемый характеръ.

Разсмотрѣніемъ этого ученія мы заканчиваемъ обзоръ попытокъ обоснованія безнаказанности негоднаго покушенія, приводящихъ въ подтвержденіе своего взгляда какое-либо одно юридическое соображеніе или какой-либо одинъ догматическій доводъ. Теперь необходимо перейти къ разсмотрѣнію ученій, которыя при разрѣшеніи соответствующей проблемы не ограничиваются приведеніемъ какого-либо одного довода въ пользу безнаказанности негоднаго покушенія, а основываютъ его ненаказуемость на двухъ или нѣсколькихъ аргументахъ. Отстаивая свое воззрѣніе на безнаказанность негоднаго покушенія, эти ученые присоединяютъ къ положенію, признаваемому ими за основной доводъ въ пользу справедливости соответственнаго тезиса, разные другіе аргументы въ его пользу. Мы будемъ различать эти ученія по свойству основнаго изъ выдвигаемыхъ ими доводовъ.

Такъ, въ ряду сложныхъ ученій объ основаніяхъ безнаказанности негоднаго покушенія, обращаютъ на себя вниманіе ученія, приводящія разныя дополнительныя соображенія съ цѣлью подкрѣпленія уже извѣстнаго намъ положенія о томъ, что негодное покушеніе не отвѣчаетъ признакамъ наказуемаго покушенія, какъ начала исполненія преступнаго дѣянія. Покушеніе съ негодными средствами, замѣчаютъ одни представители

¹⁾ Kries, Möglichkeit, s. 127; Goldfeld, s. 35, 36.

²⁾ Rubo, GS, XVII, 1865, s. 22; Schwarze, NH, II, s. 293; Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 44; Рудинскій, Юр. Вѣстн. № 3—4, стр. 78.

этого направлення, ненаказуемо потому, что оно не отвѣчаетъ понятію о началѣ исполненія преступленія, такъ какъ о началѣ исполненія можно разумнымъ образомъ говорить только тамъ, гдѣ выполненіе возможно, а то, чего нельзя выполнить, не можетъ быть и начато выполненіемъ. Но это покушеніе ненаказуемо также и потому, что оно не удовлетворяетъ признакамъ дѣйствій, являющихся предметомъ гражданскаго наказанія: это покушеніе не представляется ни объективно-опаснымъ дѣйствіемъ, ни выполнимымъ дѣяніемъ ¹⁾.

Въ предыдущемъ изложеніи, намъ уже пришлось встрѣтиться съ сочетаніемъ упоминаемыхъ этимъ ученіемъ идей; мы уже знаемъ, что нѣкоторые криминалисты находятъ, что негодное покушеніе и неопасно и не отвѣчаетъ признакамъ начала исполненія преступленія. Но разсмотрѣнныя выше ученія не придаютъ каждому изъ этихъ соображеній значеніе самостоятельнаго основанія безотвѣтственности негоднаго покушенія; они полагаютъ, что безопасность негоднаго покушенія, не будучи сама по себѣ въ состояніи обезпечить безнаказанности этого дѣянія, приводитъ къ послѣднему результату только потому, что она лишаетъ дѣянія характера начала исполненія преступленія въ юридическомъ смыслѣ. Но, конечно, нетрудно видѣть, что и усвоеніе самостоятельнаго значенія вышеприведеннымъ положеніямъ неспособно разрѣшить интересующей насъ проблемы, ибо каждое изъ нихъ грѣшитъ не своею односторонностью, а своею неправильностью по существу, и они нуждаются не въ дополненіи ихъ извѣстными соображеніями, а въ замѣнѣ ихъ другими положеніями. Другая группа криминалистовъ видитъ основаніе безнаказанности негоднаго покушенія также въ несоотвѣтствіи этого дѣянія признакамъ начала исполненія преступленія, но въ противоположность предыдущимъ ученіямъ, полагаетъ, что этотъ выводъ подтверждается не общими юридическими, а спеціальными догматическими соображеніями.

Уголовный законъ, замѣчаютъ представители этого взгляда, требуетъ, чтобы покушеніе представляло собою начало выполненія преступленія. Но по началамъ разума можетъ быть начато лишь то, что можетъ быть окончено. Совершеніе негоднаго дѣйствія не можетъ привести къ окончанію преступленія, и потому нельзя его и подвергать наказанію въ качествѣ покушенія.

¹⁾ Zachariae, I, s. 244, 248, 250, 251.

Въ пользу безнаказанности этого дѣйствія говорить и анализъ правилъ о добровольно-оставленномъ покушеніи, которыя имѣють разумный смыслъ только при условіи допущенія ненаказуемости негоднаго покушенія. Въ самомъ дѣлѣ лицо, давшее своей жертвѣ челоуѣку подлинный ядъ, можетъ обезпечить себѣ безнаказанность, давши жертвѣ своевременно дѣйствительное противоядіе. Но если лицо случайно ошиблось въ свойствахъ примѣннаго средства и, вернувшись домой, обнаружило, что дало больному сахару вмѣсто мышьяка, то добровольный отказъ отъ покушенія для него невозможенъ—оно не въ силахъ воспользоваться привиллегіей безнаказанности добровольнаго предупрежденія результатовъ своей дѣятельности, такъ какъ эта дѣятельность и безъ того уже обречена на безрезультатность. Лицо, посягнувшее на годный объектъ, можетъ предупредить наступленіе преступнаго результата, призвавъ врача для леченія своей жертвы и т. п., а лицо, посягнувшее на объектъ негодный, не можетъ воспользоваться предоставляемой ему закономъ льготою, такъ какъ преступный результатъ въ этомъ случаѣ и помимо его вмѣшательства не можетъ наступить. Но можно ли допустить, не оскорбляя законодателя, что онъ хотѣлъ поставить въ болѣе благопріятное положеніе лицо, совершившее годное покушеніе, чѣмъ лицо, совершившее покушеніе негодное¹⁾.

Въ этомъ разсужденіи главное вниманіе обращаетъ на себя попытка обоснованія безнаказанности негоднаго покушенія путемъ *reductio ad absurdum* противоположнаго начала—признаніе наказуемости негоднаго покушенія приводитъ къ нелѣпому выводу, заставляя насъ допустить возможность болѣе строгаго отношенія законодателя къ негодному покушенію, чѣмъ къ покушенію годному. Подвергая это утвержденіе оцѣнкѣ нужно прежде всего задаться вопросомъ объ основательности ссылки на § 46 герм. улож., при разборѣ юридической природы негоднаго покушенія по германскому праву. Нѣкоторые ученые полагаютъ, что изъ § 46 вообще нельзя дѣлать какихъ-либо выводовъ объ отношеніи закона къ негодному покушенію. Мотивы германскаго ул. прямо указываютъ, что законъ не имѣлъ въ виду регламентировать судьбы негоднаго покушенія и потому нечего и пытаться рѣшить этой проблемы

¹⁾ Huther, GA, XXXVI, 1888, s. 440, 450, 454, 455.

на основаніи текста закона ¹⁾. Но по этому поводу необходимо сказать, что мотивы закона необязательны и что если бы въ законѣ, помимо воли законодателя, оказались опорные пункты для рѣшенія интересующей насъ проблемы, то ими было бы вполне умѣстно воспользоваться при ея разработкѣ. Другіе криминалисты утверждаютъ, что этотъ параграфъ не только не свидѣтельствуеетъ въ пользу безнаказанности негоднаго покушенія, но, напротивъ, говоритъ въ пользу его наказуемости: выдѣляя изъ круга наказуемыхъ видовъ покушенія одно только добровольно оставленное покушеніе въ качествѣ безнаказаннаго дѣянія, законъ тѣмъ самымъ признаетъ всѣ остальные виды покушенія (въ томъ числѣ и покушеніе негодное) наказуемыми дѣяніями ²⁾. Третьи замѣчаютъ, что § 46 стремится только опредѣлить, при какихъ условіяхъ покушеніе ненаказуемо, и онъ вовсе не касается тѣхъ случаевъ, въ которыхъ покушеніе подлежитъ наказанію ³⁾. Однако, послѣднее замѣчаніе также вызываетъ возраженіе въ литературѣ: § 46 дѣйствительно опредѣляетъ условія безнаказанности покушенія; но въ тѣхъ случаяхъ, когда этихъ условій не имѣется налицо, покушеніе именно и является наказуемымъ ⁴⁾. По поводу всѣхъ этихъ замѣчаній слѣдуетъ сказать, что они не касаются существа вышеприведеннаго аргумента: этотъ аргументъ сопоставляетъ не формальное значеніе §§ 43 и 46 герм. ул., а содержаніе эгихъ параграфовъ, и авторы его отмѣчаютъ, что содержаніе § 46 въ томъ только случаѣ можетъ быть признано разумнымъ, если допустить, что § 43 не охватываетъ собою негоднаго покушенія. На разсмотрѣніи этого положенія и необходимо остановиться.

Обращаясь къ оцѣнкѣ значенія этого довода, необходимо прежде всего провѣрить его справедливость, дѣйствительно ли существуетъ отмѣчаемое этимъ доводомъ privilegium odiosum для негоднаго покушенія или нѣтъ? Нѣкоторые криминалисты склоняются къ рѣшенію этого вопроса въ утвердительномъ смыслѣ, и признавая, что негодность покушенія исключаетъ возможность добровольной пріостановки развитія его виновнымъ, стараются оправдать возникающую изъ этого

¹⁾ Röver, s. 12; Baer, s. 8.

²⁾ Häberlin, GS, XXIV, 1872, s. 275.

³⁾ Cohn, s. 46, Anm. 79.

⁴⁾ Baer, s. 8.

аномалію указанієм на существованіе такого же явленія и при годномъ покушеніи. Какъ скоро виновникъ покушенія былъ застигнутъ посторонними лицами до окончанія своего дѣянія всегда можно говорить о неосновательности примѣненія къ нему репрессіи, ибо въ этихъ случаяхъ всегда можетъ идти рѣчь о томъ, что виновный и самъ отказался бы отъ своего дѣянія, до момента доведенія его до конца ¹⁾. Но, по вѣрному замѣчанію другихъ криминалистовъ, это рѣшеніе вопроса о соотношеніи негодности покушенія и добровольнаго перерыва развитія его, какъ условій неуспѣшности преступной дѣятельности, представляется черезчуръ общнымъ и оно совершенно не считается съ природою неоконченнаго негоднаго покушенія, отказъ отъ котораго, до обнаруженія виновнымъ негодности примѣненныхъ имъ средствъ, юридически вполнѣ дѣйствителенъ ²⁾. И дѣйствительно, нельзя упускать изъ виду, что если негодность покушенія и исключаетъ возможность добровольнаго отказа отъ него въ томъ случаѣ, когда эта негодность прервала развитіе дѣятельности виновнаго, т. е., когда онъ убѣдился въ томъ, что не сможетъ продолжать свою дѣятельность вслѣдствіе негодности избранныхъ имъ средствъ, то эта негодность не исключаетъ возможности добровольнаго отказа отъ покушенія въ томъ случаѣ, когда она еще не проявила своего дѣйствія, когда дѣйствіе виновнаго еще не было прервано соотвѣтствующею причиною. Поэтому слѣдуетъ согласиться съ тѣми, которые находятъ, что покушеніе негодное равноправно съ покушеніемъ, въ томъ случаѣ, когда дѣло касается примѣненія правилъ о безнаказанности добровольнаго отказа отъ неоконченнаго покушенія ³⁾.

Но примѣнимы ли правила о безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія и при оконченомъ негодномъ покушеніи? Существуютъ криминалисты, которые и этотъ вопросъ рѣшаютъ въ утвердительномъ смыслѣ. Добровольный отказъ отъ негоднаго покушенія, по ихъ взгляду, возможенъ не только тогда, когда это покушеніе приняло форму покушенія неоконченнаго, но и тогда, когда оно было покушеніемъ оконченомъ. Если добровольное предупрежденіе результатовъ при годномъ покушеніи на убійство выражается въ дачѣ противоядія жертвѣ и т. п. дѣйствійхъ, то дѣятельное раскаяніе при покушеніи негод-

¹⁾ Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 62.

²⁾ Baer, s. 17, 18.

³⁾ Rudert, s. 12; Baer, s. 17. 18,

номъ принимаетъ форму разъясненія происшедшаго, разъясненія, происходящаго настолько своевременно, что, будь примѣненъ подлинный ядъ, онъ еще могъ бы быть парализованнымъ дачею противоядія ¹⁾. Однако, какъ справедливо замѣчено, это утвержденіе не считается съ текстомъ п. 2 § 46 герм. ул., который требуетъ отклоненія результата именно дѣятельностью виновнаго, чего при негодномъ покушеніи не можетъ имѣть мѣста, по той простой причинѣ, что въ этомъ случаѣ результатъ не наступилъ бы и помимо стараній виновнаго, отчего и благополучный исходъ дѣянія не можетъ быть обязаннымъ усиліямъ дѣйствующаго лица ²⁾. Покушеніе негодное равноправно съ покушеніемъ годнымъ въ томъ только случаѣ, когда дѣло касается примѣненія правилъ о безнаказанности добровольнаго отказа отъ неоконченнаго покушенія ³⁾. При покушеніи оконченномъ, отмѣченная особенность безусловно имѣется и, при оцѣнкѣ вышеприведеннаго ученія, и необходимо освѣтить ея юридическое значеніе.

Итакъ, приходится признать, что негодное покушеніе въ нѣкоторомъ отношеніи оказывается дѣйствительно въ менѣе благоприятномъ отношеніи, чѣмъ покушеніе годное: виновникъ оконченнаго негоднаго покушенія не можетъ обезпечить себѣ безнаказанность путемъ добровольнаго предупрежденія результатовъ своей дѣятельности, подобно виновнику оконченнаго годнаго покушенія. Но слѣдуетъ ли признавать это обстоятельство специфическимъ спутникомъ положенія о наказуемости негоднаго покушенія и означаетъ ли собою этотъ выводъ доказательство несостоятельности этого положенія? При разсмотрѣніи этого вопроса, доктрина вполнѣ основательно отмѣчаетъ, что во всякомъ случаѣ нельзя говорить о несправедливости примѣненія наказанія къ такой дѣятельности, отъ продолженія которой виновный отказался, лишь убѣдившись въ негодности примѣненныхъ имъ средствъ. Раскрытіе послѣдняго обстоятельства исключаетъ возможность говорить о добровольномъ перерывѣ лицомъ своей преступной дѣятельности и потому не можетъ быть рѣчи и о примѣненіи къ нему обусловливаемой этимъ обстоятель-

¹⁾ Kohler, Studien, I, s. 39; E. v. Liszt, Z, XXV, 1905, s. 16; Bister, s. 38.

²⁾ Baer, s. 29, 30.

³⁾ Rudert, s. 12; Baer, s. 17, 18.

ствомъ льготы ¹⁾. Но, указываютъ криминалисты, и въ томъ случаѣ, когда негодность оконченнаго покушенія обнаруживается виновнымъ лишь послѣ принятія имъ рѣшенія предотвратить наступленіе преступнаго результата, нельзя считать, что примѣненіе къ нему наказанія за покушеніе составляетъ исключительное послѣдствіе принципа наказуемости негоднаго покушенія, заставляющаго право проявлять болѣе суровое отношеніе къ менѣе серьезнымъ видамъ покушенія, чѣмъ къ болѣе серьезнымъ его видамъ; это явленіе наблюдается и при годномъ покушеніи и оно обусловливается условіями примѣнимости п. 2, § 46 герм. ул., а не негодностью покушенія. Лицо, стрѣлявшее въ свою жертву съ цѣлью лишенія ея жизни, но давшее промахъ, во всякомъ случаѣ отвѣчаетъ за покушеніе на убійство, тогда какъ лицо, попавшее въ свою жертву и причинившее послѣдней тяжкую рану, но успѣвшее своевременно предупредить наступленіе смерти, отвѣчаетъ только за тѣлесное поврежденіе, хотя совершенное имъ дѣяніе носить болѣе тяжкій характеръ, чѣмъ дѣяніе перваго лица ²⁾. И это различіе въ отношеніи права къ тѣмъ и другимъ видамъ покушенія не представляетъ собою отрицательнаго явленія; оно обусловливается самою природою института безнаказанности добровольнаго предупрежденія результатовъ покушенія, не допускающей примѣненія этого института въ соответственныхъ, объективно болѣе мягкихъ случаяхъ ³⁾. Для того, чтобы уравнивать всѣ случаи покушенія въ разсматриваемомъ отношеніи, право должно было бы не распространить льготу безнаказанности на добровольное предупрежденіе результатовъ оконченнаго негоднаго покушенія—этого сдѣлать оно физически не въ состояніи,— а упразднить соответствующую льготу при годномъ оконченномъ покушеніи. А это поставило бы въ одно и тоже положеніе виновнаго добровольно предупредившаго результатъ своей преступной дѣятельности и виновнаго, всемѣрно старавшагося довести послѣднюю до конца, (напр., желавшаго добить свою жертву), но бывшаго насильно удержаннымъ отъ этого посторонними лицами, и, конечно, врядъ ли обезпечило бы торжество справедливости.

¹⁾ Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 62; Bar, Gesetz, II, s. 526 Anm. 62, Baer, s. 12.

²⁾ Buri, Z, I, 1881, s. 198; Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 63; Fabian; s. 47; Roever, s. 23, 24; Bar. Gesetz, II, s. 526 Anm. 62-a.

³⁾ Baer, s. 39.

Такимъ образомъ, и ссылка на § 46 герм. ул. неспособна оправдать безнаказанности негоднаго покушенія. Содержаніе этого постановленія не является абсурднымъ и въ томъ случаѣ, если признать, что негодное покушеніе подлежитъ наказанію. Но нѣкоторые криминалисты, отстаивая безнаказанность негоднаго покушенія, присоединяютъ къ двумъ вышеприведеннымъ доводамъ еще и третій аргументъ. Совершенно справедливо, что негодное покушеніе ненаказуемо потому, что оно не представляетъ собою начала исполненія преступленія, каковое предполагаетъ возможность окончанія дѣянія и потому, что признание наказуемости этого вида покушенія приводитъ къ нелѣпымъ выводамъ въ области ученія о добровольно оставленномъ покушеніи. Но нельзя упускать изъ виду и третьяго соображенія, говорящаго въ пользу того же вывода. Всѣмъ извѣстно, что авторы дѣйствующаго германскаго кодекса сами не знали, должны ли они объявить наказуемымъ негодное покушеніе или нѣтъ и законъ не высказывается категорически въ пользу наказуемости этого дѣянія. Но, въ подобныхъ случаяхъ, судья не можетъ становиться на мѣсто законодателя и карать подлежащее дѣяніе. Нельзя также забывать и извѣстнаго принципа уголовного права: *Poenalia sunt strictissimae interpretationis* ¹⁾.

Несостоятельность двухъ первыхъ доводовъ этого ученія уже была показана нами выше. Но нельзя признать правильнымъ и третьяго изъ приводимыхъ имъ соображеній. Этотъ доводъ неправиленъ потому, что онъ основывается на положеніи, нашедшемъ выраженіе только въ мотивахъ закона, а не въ текстѣ послѣдняго (текстъ закона ничего не говоритъ о колебаніяхъ законодателя по данному вопросу), т. е., исходить изъ положеній, не имѣющихъ обязательнаго юридическаго значенія. Что же касается указанія на необходимость ограничительнаго толкованія уголовно-юридическихъ постановленій, то это правило также примѣнимо только въ случаяхъ сомнительности текста закона, а не въ случаѣ сомнительности воззрѣній его авторовъ.

Дальнѣйшее ученіе объ основаніяхъ безнаказанности негоднаго покушенія, считая главнымъ доводомъ въ пользу этого положенія отсутствіе опасности въ составѣ негоднаго покушенія, подкрѣпляетъ свой взглядъ ссылкой на § 46. Наказуемое по-

¹⁾ Scherer, GS, XXIX, 1877, s. 486—493.

кушеніе, по этому ученію, должно быть, какъ и всякое преступленіе, вреднымъ дѣяніемъ, т. е. дѣяніемъ, представляющимъ, по меньшей степени, опасность наступленія вреда, а не являющимся только безопаснымъ обнаруженіемъ умысла. Сообразно съ этимъ, безопасныя дѣянія (такъ наз. негодное покушеніе) вообще не могутъ быть признаны преступными дѣяніями. Въ пользу этого вывода говоритъ и п. 2, § 46 герм. ул.: при негодномъ покушеніи всякое предупрежденіе результата невозможно, ибо таковой *ex hypothesi* не можетъ наступить; отсюда, если бы негодное покушеніе подпадало подъ дѣйствіе § 43, авторъ его оказывался бы въ худшемъ положеніи, чѣмъ авторъ годнаго покушенія ¹⁾. Несостоятельность аргументовъ этого ученія была также установлена уже въ предшествующемъ изложеніи.

Въ ряду попытокъ обоснованія безнаказанности негоднаго покушенія, необходимо указать еще и на ученія, старающіяся разрѣшить эту проблему не путемъ комбинированія доктринальных положеній съ догматическими соображеніями, а посредствомъ комбинированія чисто доктринальных положеній. Негодное покушеніе, по взгляду нѣкоторыхъ криминалистовъ, не можетъ быть подвергнуто наказанію, потому что оно не удовлетворяетъ ни условіямъ внѣшней стороны состава покушенія, ни условіямъ внутренней его стороны, ни признакамъ наказуемаго нарушенія правовой нормы. Покушеніе, съ внѣшней стороны, должно представлять собою частичное осуществленіе умысла; но совершеніе дѣйствій, не способныхъ привести къ выполненію преступления, не представляетъ собою частичнаго осуществленія умысла: дѣйствіе виновнаго въ этомъ случаѣ не движется по пути къ окончанію преступления ²⁾. Для вмѣненія дѣйствія въ вину, необходимо, чтобы между нимъ и содержаніемъ воли виновнаго существовало извѣстное соотвѣтствіе, чтобы совершенное виновнымъ дѣйствіе совпадало съ предметомъ его желанія. Между тѣмъ, при негодномъ покушеніи этого соотвѣтствія не имѣется налицо. А желаетъ дать В яду, а, въ дѣйствительности, даетъ ему сахару, т. е. онъ дѣлаетъ именно то, чего не желаетъ: желая примѣшать въ питье смертоносную субстанцію, онъ вводитъ въ него безвредное вещество. Въ этомъ случаѣ, субъектъ не дѣлаетъ того, чего хочетъ, а то, что имъ выполняется, его вовсе не интере-

¹⁾ Geyer, Grundriss, 1884, s. 130, 132.

²⁾ Geyer, GS, XVIII, 1866, s. 64, 65; Geyer, Z, I, 1881, s. 43, 44.

суеть. Съ внѣшней стороны, можно говорить о совпаденіи дѣйствія съ содержаніемъ воли виновнаго, но, по существу, этого совпаденія нѣтъ. Если разъяснить дѣйствующему лицу его заблужденіе, то оно навѣрно откажется отъ примѣненія намѣченныхъ имъ средствъ ¹⁾. Наконецъ, условіямъ наказуемаго правонарушенія можетъ удовлетворять только такая дѣятельность, которая или причиняетъ дѣйствительный вредъ правовымъ благамъ или ставитъ ихъ въ опасность. Уголовное право признаетъ условіемъ наказуемости преступленій реальное вмѣшательство ихъ въ причинный рядъ тѣхъ явленій, отъ которыхъ зависитъ безопасность охраняемаго правомъ блага. Право воспрещаетъ только потенциально-причинную дѣятельность. Покушеніе негодное не создаетъ опасности нарушенія правового блага, и потому оно не можетъ быть включено въ кругъ наказуемыхъ дѣяній ²⁾.

Приведенное ученіе построено изъ уже знакомыхъ намъ элементовъ, оно представляетъ собою сочетаніе уже рассмотрѣнныхъ нами выше догматическихъ положеній. Эти положенія, будучи ошибочными взятыя въ отдѣльности, не дѣлаются правильными и при соединеніи ихъ другъ съ другомъ. Первое положеніе неправильно потому, что внѣшняя сторона покушенія никогда не представляетъ собою дѣйствія, объективно направляющагося къ выполненію преступленія ³⁾; покушеніе направляется на воспроизведеніе преступнаго результата только въ воображеніи дѣйствующаго лица, причемъ, однако, подобная субъективная оцѣнка имѣется въ равной степени какъ при покушеніи годномъ, такъ и при покушеніи негодномъ. Точно такъ же и причинная связь между совершаемымъ дѣйствіемъ и результатомъ существуетъ тоже только въ представленіи виновнаго ⁴⁾. Далѣе, покушеніе никогда не представляетъ собою частичнаго осуществленія состава преступленія, какъ въ томъ случаѣ, когда оно носитъ характеръ годнаго покушенія, такъ и въ томъ, когда оно является негоднымъ ⁵⁾, но тѣ дѣйствія, которыя почитались виновнымъ необходимыми для достиженія результата

¹⁾ Geyer, GS, XVIII, 1866, s. 66, 67; Geyer, Z, I, 1881, s. 37.

²⁾ Geyer, GS, XVII, 1866, s. 58; Geyer, Z, I, 1881, s. 48, 49.

³⁾ Buri, GS, XIX, 1867, s. 75, 76.

⁴⁾ Buri, Z, I, 1881, s. 195.

⁵⁾ Baer, s. 2; Колоколовъ, стр. 153.

и реализация которых и воплощает в себѣ внѣшній состав покушенія, осуществляются виновнымъ въ равной степени, какъ при годномъ, такъ и при негодномъ покушеніи, и, при томъ, иногда не только въ части, но и вполнѣ ¹⁾).

Второе положеніе неправильно потому, что о совпаденіи дѣйствія виновнаго съ желаніями его никогда не можетъ быть рѣчи при покушеніи: виновный въ этомъ случаѣ желаетъ наступленія оконченнаго преступленія, а въ дѣйствительности реализуетъ только покушеніе ²⁾. Очевидно, что въ настоящемъ случаѣ можетъ идти рѣчь не о соответствіи реальнаго результата дѣянія содержанию умысла виновнаго ³⁾, а о соответствіи признаковъ дѣянія содержанию породившаго его умысла ⁴⁾. Но, какъ справедливо замѣчено, анализируя отношеніе умысла и дѣянія, по приведеннымъ соображеніямъ, нельзя было бы вмѣнить субъекту только одного обстоятельства,—того, что данное вещество было именно сахаръ ⁵⁾, между тѣмъ, при вмѣненіи дѣянія въ покушеніе, идетъ рѣчь не о томъ, далъ ли виновный своей жертвѣ сахаръ или что другое, а о томъ, составляетъ ли совершенное виновнымъ дѣяніе тотъ актъ поведенія, который долженъ былъ, по его взгляду, воплотить въ себѣ составъ преступленія ⁶⁾. Этотъ вопросъ и при негодномъ покушеніи долженъ быть разрѣшенъ въ положительномъ смыслѣ: субъектъ, дающій своей жертвѣ сахаръ, ошибочно почитаемый имъ за мышьякъ, даетъ именно тотъ порошокъ, который онъ желаетъ дать, и учиненное дѣйствіе совпадаетъ съ тѣмъ дѣйствіемъ, которое онъ хотѣлъ совершить, онъ выполняетъ тѣлодвиженія, которыя ему угодны ⁷⁾. Отсутствие тождества между индивидуальными признаками умысла виновнаго и индивидуальными чертами реализованнаго имъ акта не исключаетъ умышленности его дѣянія, ибо, какъ мы знаемъ, элементарные матеріальные составы преступленія формулируются абстрактно и охватываютъ собою любое

¹⁾ Lammasch, Moment, s. 15.

²⁾ Goldfeld, s. 33 Anm. 1; Bauechle, s. 22.

³⁾ Walther, s. 45.

⁴⁾ Frank, s. 249.

⁵⁾ Rubo, GS, XVII, 1865, s. 12; Мокринскій, III, стр. 448.

⁶⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 98, 99; Walther, Krit Vierteljahrsschrift, V. 1863, s. 45.

⁷⁾ Kriegsmann, s. 48; Bauechle, s. 22; Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 99; Мокринскій, II, стр. 448, 449.

средство реализації преступнаго результата, и потому покуше-
ніемъ при соотвѣтственныхъ преступленіяхъ должно быть
признано безуспѣшное употребленіе виновнымъ любого явленія,
отъ котораго онъ ожидалъ воспроизведенія результата, хотя бы
оно и не совпадало съ намѣченнымъ имъ конкретнымъ пред-
метомъ.

Переходя къ указанію на то, что разъясненіе виновному
его ошибки при избраніи средства безусловно заставило бы его
измѣнить намѣченный имъ планъ преступной дѣятельности,
скажемъ, что оно справедливо, но ничего не говоритъ въ пользу
отсутствія умысла виновнаго при негодномъ покушеніи. То же
замѣчаніе примѣнимо и къ другимъ видамъ покушенія, и если
признать начало постоянства преступнаго плана, фактъ вѣрности
субъекта при всѣхъ обстоятельствахъ выработанному имъ плану
дѣйствія, за необходимое условіе уголовной отвѣтственности, то
пришлось бы отказаться отъ вмѣненія всякаго покушенія вообще,
ибо разъясненіе безуспѣшности задуманнаго всегда приводитъ
лицо къ отказу отъ намѣченнаго имъ плана дѣйствія ¹⁾.

Наконецъ, намъ приходилось уже неоднократно говорить
о неправильности третьяго элемента разсматриваемаго ученія.
Опасность покушенія не составляетъ условія его наказуемости
и потому нельзя отвергать наказуемости негоднаго покушенія
на томъ основаніи, что это покушеніе не представляетъ собою
опасности нарушенія правового блага ²⁾.

§ 39. Ученіе объ основаніяхъ безнаказанности покушенія съ негодными средствами по германскому праву.

Обращаясь къ разсмотрѣнію той группы положеній, которыя,
по взгляду авторовъ ихъ, должны служить доказательствами
безнаказанности одного только спеціальнаго вида негоднаго
покушенія—покушенія съ негодными средствами,—мы и здѣсь
встрѣчаемся со значительнымъ разнообразіемъ воззрѣній. При-
держиваясь указаннаго выше порядка изложенія, необходимо
прежде всего подвергнуть анализу воззрѣніе, выводящее без-
наказанность покушенія съ негодными средствами изъ отсут-

¹⁾ Buri, Z, I, 1881, s. 192; Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 48; Bar,
Gesetz, II, s. 528, Anm. 66.

²⁾ Buri, Z, I, 1881, s. 196.

ствія въ этомъ дѣйствиі, потребной для вмѣненія дѣяній въ вину, преступной воли. Это воззрѣніе утверждаетъ, что, для наказуемости дѣяній, недостаточно, чтобы лицо желало совершить преступленіе; необходимо, чтобы оно еще и хотѣло его совершить. Лишь при наличности воли можетъ идти рѣчь о вмѣненіи дѣянія, наличность желанія неспособна обосновать уголовной отвѣтственности за покушеніе. Всеобщіе законы мышленія и естественная причинность явленій, наблюдаемая въ обыденной жизни, замѣчаютъ сторонники этого мнѣнія, извѣстны всякому человѣку, находящемуся въ состояніи вмѣняемости; вмѣняемый человѣкъ знаетъ, какъ онъ долженъ дѣйствовать при помощи законовъ природы. Конечно, онъ можетъ ошибаться въ свойствѣ отдѣльныхъ объектовъ, употребляемыхъ имъ въ качествѣ средствъ, напр., принимать сахаръ за ядъ, но подобное явленіе не исключаетъ у него наличности преступной воли. Виновному недостаетъ здѣсь только знанія, а не воли. Напротивъ, если лицо примѣняетъ такое средство, которое, при наличныхъ въ данномъ случаѣ и извѣстныхъ лицу условіяхъ, на основаніи тѣхъ законовъ мышленія и законовъ природы, которые предполагаются извѣстными каждому вмѣняемому лицу, не могло привести къ задуманному результату, то приходится заключить не о недостаткѣ знанія на его сторонѣ, а о недостаткѣ у него воли совершить преступленіе. Таково, напр., положеніе дѣла при замаливаніи своего врага на смерть. Виновный въ этомъ случаѣ желаетъ смерти своего врага, но не имѣетъ смѣлости хотѣть ея. Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда дѣятельность носить такой характеръ, что задуманный результатъ, на основаніи законовъ мышленія и законовъ природы, не можетъ быть ею вызванъ, мы имѣемъ налицо лишь кажущуюся волю совершить преступленіе ¹⁾.

Въ наукѣ уголовного права уже давно доказана догматическая несостоятельность этого ученія. Воззрѣніе, въ силу котораго избраніе негодныхъ средствъ служить доказательствомъ отсутствія у лица намѣренія совершить преступленіе, по мнѣнію ученыхъ, не нуждается въ опроверженіи ²⁾. Прибѣгающій къ суевѣрнымъ средствамъ также убѣжденъ въ ихъ дѣйствительности, какъ и всякое другое лицо, примѣняющее извѣстныя средства для реализаціи преступленія ³⁾.

¹⁾ Bar, Versuch, s. 17, 19.

²⁾ Hälschner, I, s. 351 N. 1.

³⁾ Mittermaier, GS, XI, 1859, s. 434.

Онъ можетъ также интенсивно хотѣть совершенія преступленія, какъ и всякій другой виновный ¹⁾. Умысль его свидѣтельствуешь не о недостаткѣ воли, а о недостаткѣ знанія ²⁾; всѣ элементы воли совмѣщаются въ его умыслѣ ³⁾. Наличие преступнаго умысла у лица, совершившаго негодное покушеніе, никоимъ образомъ не можетъ быть отрицаемо, такъ какъ невѣдѣніе и заблужденіе относительно подробностей выполненія не имѣютъ существеннаго значенія ⁴⁾.

Другая попытка этого направленія пытается обосновать безнаказанность покушенія съ негодными средствами при помощи установленія безвредности воли виновнаго въ этомъ случаѣ. Субъектъ, желающій замолить кого-либо на смерть, ничего другого не желаетъ, какъ именно молиться о ниспосланіи ближнему смерти, онъ хочетъ молиться въ надеждѣ, что отъ этого умретъ другой человѣкъ. То, чего это лицо желаетъ, представляется совершенно невиннымъ, безвреднымъ и даже, будучи доведено до конца, оно не способно никому причинить вреда... Субъектъ въ этомъ случаѣ не имѣетъ преступнаго умысла. Правда, онъ желаетъ убить человѣка; но голая воля совершить убійство еще не является юридически существенной волей: воля становится преступною лишь въ случаѣ, когда кто-либо имѣетъ намѣреніе произвести такое видоизмѣненіе внѣшняго міра, отъ котораго съ извѣстною вѣроятностью можно ожидать возникновенія смерти человѣка или иного вреда. Уголовное право принимаетъ во вниманіе только индивидуализированную волю, оно не удовлетворяется абстрактнымъ желаніемъ причиненія преступнаго результата. Воля преступна только тогда, когда виновный намѣревается воспроизвести результатъ посредствомъ естественной причинности ⁵⁾

Нетрудно видѣть догматическую несостоятельность предложеннаго ученія: приписываемыя имъ преступному умыслу черты, въ дѣйствительности, ему вовсе не присущи. Законъ вовсе не требуетъ, чтобы субъектъ желалъ причинить вредъ при помощи

¹⁾ Goldfeld, s. 34; Finger, Versuch, s. 31 Anm.; Рудинскій, Юр. Вѣстн. 1877, № 7—8, стр. 152.

²⁾ Walther, Krit. Vierteljahrsschrift, V, 1863, s. 44.

³⁾ Rubo, GS, XVII, 1865, s. 33; Орловъ, стр. 132, 133; Колоколовъ, стр. стр. 168.

⁴⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 224.

⁵⁾ Kohler, Studien, I, s. 10, 11.

естественной причинности, и право говорить о преступном умыслѣ и въ томъ случаѣ, когда лицо желало достигнуть преступнаго результата вообще какимъ бы то ни было способомъ ¹⁾. При замаливаніи на смерть, результатъ, составляющій предметъ вождельннй лица, in abstracto преступень, и потому нѣтъ возможности говорить о непроступности воли субъекта ²⁾.

Третья попытка этого направленія обосновываетъ безнаказанность покушенія съ негодными средствами посредствомъ указанія на неопасный характеръ воли виновнаго въ этомъ случаѣ. Дѣйствіе виновнаго, по завершеніи его, замѣчаютъ нѣкоторые криминалисты, становится навсегда достояніемъ прошлаго и это дѣйствіе уже болѣе никому не причинить вреда. Между тѣмъ, злая воля продолжаетъ существовать и она способна поставить въ опасность еще тысячи правовыхъ благъ. Отъ этой воли и должно обороняться общество. Однако, для того, чтобы быть наказуемой, злая воля должна быть опасною для правопорядка, а опасность воли обусловливается сочетаніемъ въ ней двухъ моментовъ: количественнаго и качественного. Воля опасна количественно, когда она настолько энергично направляется на воспроизведеніе результата, что содержаніе ея получаетъ внѣшнее выраженіе; воля опасна качественно, когда то, что хочетъ совершить виновный для воспроизведенія преступнаго результата, in abstracto способно къ осуществленію злого намѣренія ³⁾. Желаніе замолить кого-либо на смерть не удовлетворяетъ признакамъ качественно-опасной воли, и потому дѣяніе, предпринятое съ соотвѣтствующимъ намѣреніемъ, не подлежитъ наказанію ⁴⁾.

Уголовное право ставитъ себѣ задачею охрану правовыхъ благъ, но необходимость въ этой охранѣ существуетъ лишь тамъ, гдѣ благамъ грозитъ опасность. Поэтому, несмотря на то, что какъ при оконченномъ преступленіи, такъ и при покушеніи, мы встрѣчаемся съ волею, готовою возстать противъ правового порядка и сдѣлать нападеніе на правоохраняемые интересы, поводъ къ вмѣшательству уголовного права существуетъ лишь въ томъ случаѣ, когда эта воля представляется опасною; при отсутствіи опасности воли субъекта, къ нему не можетъ быть

¹⁾ Kriegsmann, s. 47; Rudert, s. 22, 25; Bister, s. 22, 23.

²⁾ Rudert, s. 22.

³⁾ E. v. Liszt, Z, XXV, 1905, s. 36, 37.

⁴⁾ E. v. Liszt, Z, XXV, 1905, s. 39, 44, 77.

примѣнено наказаніе. Но именно такимъ безопаснымъ характеромъ и отличается воля лица, предпринимающаго покушеніе съ негодными средствами. Воля неопасна, когда то, что желалъ совершить виновный, т. е., дѣйствіе, въ томъ видѣ, въ которомъ его себѣ представлялъ субъектъ, было in abstracto неспособнымъ воспроизвести результатъ ¹⁾.

Разбирая существо этого ученія, необходимо замѣтить, что, если бы даже опасная воля и составляла основаніе наказуемости покушенія (что, какъ мы знаемъ изъ предыдущаго (I, 19 сл.), неправильно), то это составляло бы только мотивъ установленія отвѣтственности за покушеніе, и изъ факта отсутствія опасной воли нельзя было бы выводить безнаказанности тѣхъ или иныхъ конкретныхъ случаевъ покушенія. Съ догматической точки зрѣнія, безнаказанность покушенія обусловливается только отсутствіемъ умысла у виновника покушенія, и для обоснованія безотвѣтственности, вызваннаго неопасною волею, покушенія, необходимо доказать, что такая воля не отвѣчаетъ признакамъ умышленной вины, чего изложенное ученіе не сдѣлало.

Выполненіе послѣдней задачи и взяла на себя другая доктрина этого направленія. Изслѣдуя субъективную сторону суевѣрнаго покушенія, по взгляду нѣкоторыхъ криминалистовъ, можно замѣтить, что воля виновнаго въ этихъ случаяхъ оказывается неразрывно связанной съ представленіемъ опредѣленнаго способа выполненія преступленія; виновный желаетъ въ этомъ случаѣ воспроизвести преступленіе лишь при условіи возможности достиженія его посредствомъ опредѣленнаго дѣянія. Желаящій замолить своего врага на смерть не рѣшится всадить въ грудь послѣдняго кинжалъ; сажающій монету въ землю въ убѣжденіи, что она породитъ новыя монеты, не отважится на преступленіе поддѣлки монеты! Виновный желаетъ въ этомъ случаѣ воспроизвести не любое изъ преступныхъ дѣяній извѣстнаго типа, а то только опредѣленное дѣйствіе, которое обладаетъ намѣченными имъ качествами. Но, въ виду того, что намѣченный имъ способъ реализаціи преступленія ни въ какомъ случаѣ не можетъ привести къ реализаціи преступленія, а виновный никакимъ другимъ способомъ этого преступленія не желаетъ совершить, надлежитъ признать, что воля виновнаго является совершенно безопасной.

¹⁾ Loesch, s. 16.

Мало того, продолжаютъ развивать свою мысль авторы этого ученія, эта воля не только неопасна, она и непроступна. Законный составъ преступленія является понятіемъ и, въ качествѣ такового, этотъ составъ становится реальнымъ, лишь воплощаясь въ суммѣ, подпадающихъ подъ него, конкретныхъ преступленій. Сообразно съ этимъ и воля, направленная на воспроизведеніе состава преступленія, не можетъ относиться отрицательно ко всѣмъ мыслимымъ конкретнымъ его воплощеніямъ. Воля эта должна охватывать собою хотя одно изъ этихъ воплощеній. Но этого условія какъ разъ не имѣется налицо въ настоящемъ случаѣ. Отсюда и воля виновнаго при покушеніи съ суевѣрными средствами не носитъ преступнаго характера, вслѣдствіе чего не можетъ быть наказуемъ и этотъ видъ покушенія ¹⁾.

Внимательный анализъ этого ученія раскрываетъ неправильность всѣхъ основныхъ его положеній. Такъ, прежде всего, признаніе тѣсной зависимости дѣятельныхъ элементовъ психики виновнаго отъ опредѣленнаго содержанія интеллектуальныхъ ея элементовъ при суевѣрномъ покушеніи далеко не всегда оказывается правильнымъ, и нерѣдко человѣкъ, задумавшій совершить преступленіе суевѣрными средствами, по неудачѣ своего плана, прибѣгнетъ къ содѣйствію вполне дѣйствительныхъ средствъ. Сами авторы этихъ ученій сознаютъ возможность такой альтернативы и это и побуждаетъ ихъ говорить о суевѣрномъ покушеніи, какъ о презумптивно-неопасномъ покушеніи ²⁾. Но и вообще нельзя разсматривать возможность эвентуальной перемѣны преступнаго плана дѣйствія, какъ свойство воли субъекта, какъ доказательство независимости этой воли отъ содержанія сопровождающихъ ея представленій. Подобное утвержденіе грѣшило бы смѣшеніемъ понятій о желаніи съ понятіемъ объ умыслѣ въ юридическомъ смыслѣ. Если желаніе достигнуть извѣстнаго результата дѣйствительно можетъ существовать независимо отъ представленія о способахъ его реализаціи и природа желанія не измѣняется отъ перемѣны плана его реализаціи, то умыселъ неизбѣжно связанъ съ представленіемъ опредѣленнаго способа выполненія преступленія и, при перемѣнѣ содержанія соотвѣтствующихъ представленій, измѣняется и характеръ умысла. И если субъектъ, вознамѣрившійся

¹⁾ Germann, s. 149—154.

²⁾ Germann, s. 153.

достичь преступнаго результата однимъ средствомъ, также легко рѣшается и на осуществленіе задуманнаго инымъ путемъ, то это свидѣтельствуеть не о постоянствѣ его умысла (при перемѣнѣ преступнаго плана, мѣняется и умысль), а о постоянствѣ его желанія. И опаснымъ въ этомъ случаѣ является не умысль виновнаго, а его желаніе, заставляющее лицо настойчиво добиваться проведенія своихъ цѣлей, не останавливаясь ни передъ какими препятствіями, и мѣнять планъ своихъ дѣйствій, въ зависимости отъ обстоятельствъ.

Такимъ образомъ, при опредѣленіи юридическихъ свойствъ воли, необходимо держаться почвы реально связанныхъ съ нею представленій. Воля отвѣчаетъ признакамъ умысла, если сопровождающія ея представленія отображаютъ въ себѣ признаки состава преступления; она не отвѣчаетъ признакамъ умысла, если связанныя съ нею представленія признаковъ состава преступления не отображаютъ. И анализируя составъ воли учинить преступленіе суевѣрными средствами, нельзя не признать, что она выполнѣ удовлетворяеть всѣмъ признакамъ умысла въ юридическомъ смыслѣ: эта воля отражаетъ въ себѣ намѣреніе лица причинить смерть ближнему. Коренная ошибка вышеприведеннаго мнѣнія состоитъ въ сужденіи объ умыслѣ по отношенію его содержанія къ реальнымъ воплощеніямъ составовъ преступленій, а не по отношенію содержанія умысла къ содержанію состава преступления, какъ юридическаго понятія. Доводъ авторовъ разсматриваемаго ученія былъ бы убѣдителенъ, если бы составъ преступления убійства не охватывалъ собою случаевъ примѣненія суевѣрныхъ средствъ. Но подлежащій составъ этого ограниченія въ себѣ не заключаетъ и признаеть преступнымъ всякое вообще причиненіе смерти. Отсюда и всякое представленіе о дѣйствіи, какъ объ актѣ причиняющемъ смерть, удовлетворяеть требованіямъ умысла, совершенно безотносительно къ тому, воплотился ли когда либо соотвѣтствующій проектъ въ дѣйствительности или нѣтъ ¹⁾. Этимъ условіямъ удовлетворяеть и суевѣрный умысль.

Такимъ образомъ, попытки обоснованія безнаказанности покушенія съ негодными средствами на началѣ несоотвѣтствія

¹⁾ Иначе при введеніи въ законодательство новыхъ составовъ преступленій до случайной или неосторожной реализаціи кѣмъ-либо ихъ состава нельзя было бы образовать умысла на совершеніе этихъ преступленій.

субъективной стороны этого дѣянія признакамъ внутренней стороны преступленій должны быть признаны неудачными. Обращаясь къ ученіямъ, основывающимъ безнаказанность разсматриваемаго вида покушенія на особенностяхъ внѣшней его стороны, мы встрѣчаемъ и здѣсь нѣсколько разновидностей догматическихъ ученій. Наиболѣе радикальнымъ изъ возрѣній этого рода является ученіе, отрицающее за покушеніемъ съ негодными средствами характеръ акта человѣческаго поведенія, не признающее это покушеніе вообще за дѣйствіе. Необходимымъ элементомъ всякаго преступленія, замѣчаютъ представители этого ученія, является дѣйствіе человѣка, извѣстный актъ человѣческаго поведенія. Но о дѣйствіи можетъ идти рѣчь только тамъ, гдѣ имѣется налицо средство, направленное противъ извѣстнаго объекта. Помимо средства дѣйствія и объекта нельзя говорить и о дѣйствіи. Но негодное средство равносильно явленію, не обладающему характеромъ средства, ибо въ понятіе о средствѣ входитъ признакъ пригодности явленія для достиженія намѣченной цѣли. Отсюда и покушеніе съ негодными средствами не можетъ быть признано удовлетворяющимъ признакамъ человѣческаго дѣйствія и оно не можетъ подлежать наказанію ¹⁾).

Ученіе это заключаетъ въ себѣ цѣлый рядъ ошибокъ. Отнюдь не всякое дѣйствіе представляетъ собою актъ примѣненія средства. Существуютъ дѣянія, не заключающія въ себѣ этого акта и характерною чертою этихъ дѣйствій является не причинное ихъ значеніе, а внѣшняя ихъ форма, напр., лжеприсяга и т. п. Съ другой стороны, подъ дѣйствіями слѣдуетъ разумѣть всѣ порожденныя психическою дѣятельностью человѣка движенія его организма, совершенно безотносительно къ тому, воплощаютъ ли они въ себѣ задуманный результатъ или нѣтъ.

Другіе ученые не отрицаютъ характера дѣйствія за покушеніемъ съ негодными средствами, но не признаютъ за нимъ природы преступнаго дѣянія и полагаютъ, что подобное покушеніе не удовлетворяетъ признакамъ состава преступленія. Какъ намъ приходилось говорить уже выше, вопросъ о покушеніи съ негодными средствами возникаетъ лишь при тѣхъ преступленіяхъ, для состава которыхъ необходимо, чтобы дѣйствіе причинило извѣстное послѣдствіе, и при которыхъ, слѣдовательно, это дѣйствіе играетъ роль средства достиженія

¹⁾ Semtellos, De delictis putativis, 1848, p. 8, 23, 24.

преступнаго результата. И вотъ, нѣкоторые ученые, не отрицая за разсматриваемымъ видомъ покушенія значеніе акта человѣческаго поведенія, отрицають за нимъ, тѣмъ не менѣе, значеніе акта, удовлетворяющаго признакамъ преступнаго дѣянія, на томъ основаніи, что при этомъ видѣ покушенія не можетъ быть рѣчи о дѣйствии, какъ о средствѣ достиженія преступнаго результата. Если даже допустить, что кто-либо дѣйствительно могъ причинить смерть усердною о томъ молитвою, нельзя не признать, что въ его дѣяніи недостаетъ весьма существеннаго признака преступления—противоправности дѣянія. И если законы объ убійствѣ относятся только къ естественнымъ средствамъ лишенія жизни, то тѣмъ менѣе можно считать преступнымъ учиненное суевѣрнымъ способомъ покушеніе ¹⁾. Право запрещаетъ созданіе причины результата. Но чудо представляетъ собою нарушеніе естественной причинности. Лицо, ожидающее наступленія результата отъ вмѣшательства сверхъестественныхъ силъ, отъ чуда, не виновно въ попыткѣ причиненія результата. Правовыя нормы касаются только міра естественной причинности, но онѣ не затрагиваютъ области сверхъестественнаго. Закону нѣтъ нужды воспрещать обращеніе людей къ помощи божескихъ или демоническихъ силъ или попытку достиженія запрещенныхъ цѣлей магическими средствами и онъ не можетъ воспрещать этихъ дѣйствій ²⁾.

О безнаказанности виновнаго можно говорить лишь въ случаяхъ, характеризующихся тѣмъ, что субъектъ совершаетъ дѣйствіе, имѣющее лишь внѣшнее сходство съ покушеніемъ. Таково воображаемое примѣненіе средствъ дѣйствующихъ внѣ подчиненнаго закону причинности міра и не только не служащихъ причиною даннаго задуманнаго результата, но и вообще не допускающихъ къ себѣ примѣненія понятія о причинности. О существованіи подобныхъ средствъ мы ничего не знаемъ, а если бы и знали, то не могли бы разрѣшить вопроса объ ихъ дѣйствительности, такъ какъ они оказались бы неподчиненными закону достаточнаго основанія. Для сверхъ-естественныхъ и демоническихъ силъ, государство не существуетъ и обратно онѣ не существуютъ для государства. Преступленіе съ метафизическимъ составомъ, какъ, напр., подстрекательство Бога или актъ

¹⁾ Oersted, s. 168, 169.

²⁾ Oetker, Z, XVII, 1897, s. 60, 61.

участія въ преступленіи какихъ либо злыхъ духовъ, являются совершенно не мыслимыми ¹⁾. Что, въ сущности, дѣлаеть лицо, замаливающее своего врага на смерть? Оно воображаетъ, что оно можетъ распоряжаться иными силами, чѣмъ другіе люди, и это, очевидно ненаказуемо ²⁾.

Такимъ образомъ, разсматриваемое ученіе признаеть суевѣрное покушеніе безнаказаннымъ потому, что въ этомъ случаѣ субъектъ не совершаетъ необходимаго для состава преступленія дѣйствія,—тамъ гдѣ нельзя обсуждать свойство совершеннаго съ точки зрѣнія закона достаточнаго основанія, тамъ нельзя говорить и о преступномъ дѣйствіи. Но съ подобнымъ заключеніемъ совершенно невозможно согласиться ³⁾.

Это ученіе могло бы быть признано правильнымъ только въ случаѣ, если бы составъ преступленія признавалъ примѣненіе виновнымъ естественныхъ средствъ, при реализаціи преступленія, условіемъ наказуемости послѣдняго. Но въ дѣйствительности, этого не имѣется налицо. Какъ справедливо замѣчено, съ точки зрѣнія закона безразлично, какой видъ причинной зависимости представлялъ себѣ виновный, задумывая реализацію преступленія и совершенно достаточно, если онъ имѣлъ вообще въ виду причинить преступный результатъ ⁴⁾. А это условіе имѣется налицо и въ случаѣ замысла лица реализовать преступленіе суевѣрными средствами.

Нѣкоторые криминалисты, раздѣляя мнѣніе представителей предшествующаго взгляда на то, что примѣненіе негодныхъ средствъ не составляетъ противоправнаго дѣянія, аргументируютъ свой взглядъ нѣсколько инымъ образомъ. Покушеніе съ негодными средствами, по ихъ взгляду, ненаказуемо не потому, что право вообще не можетъ запрещать подобныхъ дѣйствій, а потому, что конкретныя правовыя нормы не охватываютъ собою этихъ дѣйствій. Если правовая норма запрещаетъ противоправное нарушеніе правового блага, то она тѣмъ самымъ воспрещаетъ созданіе такого условія вреднаго результата, которое, будучи приведено въ соединеніе съ другими условіями, способно сдѣлаться причиною наступленія вреда. Отсюда слѣдуетъ, что, объявляя наказуемымъ, на ряду съ оконченнымъ преступленіемъ,

¹⁾ Lammasch, Moment, s. 77, 78.

²⁾ Baeuchle, s. 60.

³⁾ Küstlin, Revision, s. 376.

⁴⁾ Germann, s. 62.

и покушеніе на преступленіе, законъ ограничиваетъ область наказуемости покушенія кругомъ тѣхъ посягательствъ, которыя, по общечеловѣческому опыту и законамъ причинной связи, способны создать одно изъ условій наступленія задуманнаго вреднаго послѣдствія. Покушеніе съ абсолютно негодными средствами неудовлетворяетъ этимъ условіямъ и потому оно ненаказуемо ¹⁾).

По поводу этого ученія надлежитъ замѣтить, что если признавать наказуемыми одни только дѣйствія, подпадающія подъ нормы, воспрещающія причиненіе вреда правовымъ благамъ, то придется признать безнаказаннымъ не только покушеніе негодное, но и покушеніе годное. Воспрещая причиненіе вреда право воспрещаетъ тѣ только дѣйствія, которыя, будучи реализованы, дѣйствительно сливаются съ другими явленіями въ причину наступленія вреда и оно совершенно игнорируетъ дѣйствія, способныя войти въ соотвѣтствующее сочетаніе съ другими дѣйствіями, но въ дѣйствительности въ это сочетаніе не вошедшія. Изъ нормы, запрещающей совершеніе оконченныхъ преступленій, можно вывести только наказуемость оконченныхъ преступленій, но никакъ не принципъ наказуемости покушенія. И если совершенно справедливо положеніе, что на основаніи существованія запрета совершать оконченныя преступленія нельзя заключать о наказуемости покушенія съ негодными средствами, то не менѣе правильно и то, что бытіе этого запрета неспособно оправдать собою наказуемости всѣхъ вообще видовъ покушенія.

Дальнѣйшая группа криминалистовъ отвергаетъ за покушеніемъ съ негодными средствами наказуемый характеръ потому, что это дѣяніе не представляется опаснымъ или не заключаетъ въ себѣ возможности наступленія результата, каковому условію, по этому взгляду, должны удовлетворять всѣ преступныя дѣянія. При этомъ, одни представители этого направленія признаютъ подлежащимъ освобожденію отъ наказанія всякое дѣяніе, внѣшняя сторона котораго не воплотила въ себѣ возможности наступленія вреда, а другіе думаютъ, что ненаказуемою можетъ быть признана такая только дѣятельность, которая, не представивъ собою возможности вреда, была вмѣстѣ съ тѣмъ предпринята съ умысломъ невыполнимаго содержанія.

¹⁾ Baumgarten, s. 421.

Дѣяніе, долженствующее выполнить преступленіе, замѣчаетъ первая группа ученыхъ, можетъ заключаться только въ такой дѣятельности, которая по законамъ природы способна выполнить намѣченное преступленіе. Это дѣяніе должно быть, выражаясь кратко, годнымъ дѣяніемъ. Замаливаніе враговъ на смерть, примѣненіе суевѣрныхъ формулъ или средствъ не можетъ быть поэтому относимо къ актамъ исполненія ¹⁾. Покушеніе съ негодными средствами, будучи дѣяніемъ, не обладающимъ абстрактною способностью воспроизводить необходимое для состава преступления послѣдствіе, должно быть исключено изъ области покушенія ²⁾. Государство стремится предотвратить нарушеніе правовыхъ благъ и издаетъ запреты воспроизведенія извѣстныхъ результатовъ. Будучи средствомъ психологическаго принужденія, эти запреты могутъ проявлять свое дѣйствіе только въ формѣ удержанія гражданъ отъ актовъ, способныхъ сдѣлаться причиною соотвѣтственныхъ результатовъ. При наступленіи результата, способность дѣйствій къ его воспроизведенію очевидна сама собой. При отсутствіи результата, квалифікація дѣйствія стоитъ въ зависимости отъ того, подходит ли оно подъ расчитанную на предупрежденіе преступныхъ результатовъ норму или нѣтъ. Отсюда, изъ дѣйствій, не приведшихъ къ возникновенію запрещеннаго результата, могутъ подлежать наказанію только акты, способные воспроизвести этотъ результатъ ³⁾.

По взгляду второй группы ученыхъ, для наказуемости покушенія требуется, чтобы умышленная дѣятельность виновнаго по даннымъ опыта находилась въ дѣйствительной причинной связи съ задуманнымъ результатомъ и наступленіе результата было предотвращено моментомъ, или вовсе не учитывавшимся виновнымъ или бывшимъ неправильно имъ понятымъ при составленіи умысла ⁴⁾. При покушеніи, дѣяніе въ томъ видѣ, въ которомъ оно отображалось умысломъ виновнаго, должно находиться въ причинной связи съ преступленіемъ, такъ что не возникни случайное обстоятельство, оно привело бы къ окон-

¹⁾ Häberlin, GS, XXIV, 1872, s. 263; Villnow, GA, XXXV, 1887, s. 122, 123.

²⁾ Cohn, 393, 396, 413.

³⁾ Dohna, Mangel, s. 55, 56.

⁴⁾ Hälschner, System, I, s. 182, 183; Goldammer, GA, XVI 1868, s. 555.

чанію преступленія. ¹⁾ Покушеніе наказуемо въ томъ случаѣ, когда оно представляетъ опасность для правовыхъ благъ. Поэтому покушеніе съ негодными средствами, т. е. дѣяніе, реализованное во исполненіе невыполнимаго по обычнымъ воззрѣніямъ преступнаго плана, не подлежитъ отвѣтственности ²⁾.

Положенія этихъ ученій были опровергнуты уже въ предыдущемъ изложеніи и въ настоящее время нѣтъ нужды останавливаться на ихъ разборѣ.

Таковы попытки обоснованія безнаказанности покушенія съ негодными средствами путемъ установленія несоотвѣтствія этого дѣянія признакамъ наказуемаго дѣянія вообще. Но многіе изъ криминалистовъ, разбиравшихъ эту проблему, пробовали рѣшать ее и при помощи установленія несоотвѣтствія акта примѣненія негодныхъ средствъ спеціально понятію о покушеніи. Эти ученія и составляютъ вторую группу вышеупомянутыхъ попытокъ обоснованія безнаказанности этого вида негоднаго покушенія.

Обращаясь къ разсмотрѣнію этихъ ученій, мы убѣждаемся, что и при рѣшеніи вопроса о юридическомъ значеніи покушенія съ негодными средствами, нѣкоторые изъ криминалистовъ примыкають къ распространенному въ прежней литературѣ взгляду о томъ, что негодное покушеніе не отвѣчаетъ понятію о началѣ исполненія преступленія. Но они усваивають этому воззрѣнію не старую, а новую формулировку и утверждаютъ, что покушеніе съ негодными средствами, удовлетворяя требованіямъ начала исполненія вообще, не отвѣчаетъ признакамъ начала исполненія въ смыслѣ закона.

Покушеніе, замѣчаютъ эти криминалисты, представляетъ собою начало исполненія преступнаго дѣянія. Но о началѣ исполненія преступленія въ смыслѣ закона можно говорить только тогда, когда дѣяніе хотя бы въ части создало необходимыя условія наступленія результата, т. е., когда оно создало опасность наступленія этого результата. Простого приступа къ выполненію преступной дѣятельности для этого недостаточно. Написаніе заглавія труда не можетъ быть признано началомъ его выполненія, также какъ прохожденіе разстоянія отъ дому до сосѣдней деревни не составляетъ начала кругосвѣтнаго путешествія.

¹⁾ Häberlin, GS, XVI, 1864, s. 239.

²⁾ Klee, Wille, s. 13, 15, 38.

Для того, чтобы признать дѣятельность человѣка за начало выполненія чего-либо, необходимо имѣть достаточное количество матеріала для сужденія о его поведеніи и необходимо, чтобы онъ достигъ извѣстныхъ успѣховъ въ выполненіи задуманнаго. Покушеніе съ негодными средствами не удовлетворяетъ этимъ условіямъ, оно не представляетъ собою даже опасности наступленія преступнаго результата, и потому оно не можетъ быть подведено и подъ понятіе о началѣ исполненія преступленія. ¹⁾

Изслѣдуя существо изложеннаго ученія, нетрудно видѣть, что характерною его чертою является признаніе извѣстнаго напряженія дѣятельности виновнаго, вступленія его поведенія въ извѣстную стадію развитія, реквизитомъ покушенія. Покушеніемъ можетъ быть признано только дѣйствіе, внушающее убѣжденіе въ вѣроятности окончанія преступленія, создающее опасность окончанія его и т. п. Эта аргументація не можетъ быть признана убѣдительною. Признаніе извѣстной дѣятельности началомъ выполненія намѣренія обусловливается единственно отношеніемъ субъекта къ совершаемому имъ дѣйствію. Если лицо совершаетъ дѣйствіе въ убѣжденіи, что оно начинаетъ этимъ выполненіе задуманной имъ дѣятельности, то совершенное имъ составляетъ начало исполненія задуманнаго имъ дѣянія и наоборотъ. Приводимыя этимъ ученіемъ соображенія о томъ, когда дѣйствіе виновнаго можетъ быть признано началомъ исполненія его плана и когда нѣтъ, касаются не условій бытія начала исполненія извѣстной дѣятельности, а условій признанія его таковымъ со стороны постороннихъ лицъ. Для того, чтобы признать дѣйствіе человѣка началомъ исполненія извѣстнаго плана, нужно быть убѣжденнымъ въ томъ, что онъ дѣйствительно имѣлъ въ виду осуществить этотъ планъ. Если этотъ планъ сложенъ и требуетъ большой энергіи для своего осуществленія,—написаніе книги, совершеніе кругосвѣтнаго путешествія,—то это убѣжденіе составитъ себѣ не такъ легко и иногда дѣйствительно только выполненіе значительной части плана способно внушить увѣренность въ томъ, что передъ нами имѣется серьезное намѣреніе выполненія подлежащей дѣятельности и что совершенное представляетъ собою начало выполненія ея. Но, нужно замѣтить, послѣднее вовсе не представляетъ собою необходимаго условія квалификаціи дѣйствія, какъ начала вы-

¹⁾ Kohn, s. 47, 48.

полненія плана, какъ бы сложенъ и труденъ онъ ни былъ. И если извѣстный писатель написалъ еще только одну первую страницу новаго задуманнаго имъ труда, а извѣстный путешественникъ прошелъ первую версту, предположеннаго имъ далекаго пути. то нѣтъ основанія отрицать существованія начала выполненія задуманнаго ими плана—написанія книги въ первомъ случаѣ и путешествія во второмъ. Сверхъ того, нужно сказать, что вышеприведенныя сомнѣнія не могутъ имѣть мѣста при опредѣленіи свойствъ дѣйствія, какъ начала исполненія преступленія, такъ какъ установленіе наличности преступнаго умысла вовсе не связано съ такими затрудненіями, какъ опредѣленіе бытія вышеприведенныхъ намѣреній.

Это разсужденіе убѣждаетъ насъ въ томъ, что указанное обоснованіе безнаказанности негоднаго покушенія стремится разрѣшить интересующую насъ задачу посредствомъ признанія необходимости особой распознаваемости умысла виновнаго при покушеніи и старается доказать, что право, въ этомъ случаѣ, болѣе осторожно въ своихъ заключеніяхъ, чѣмъ обыденная жизнь, что оно требуетъ наличности болѣе серьезныхъ данныхъ, чѣмъ послѣдняя, для признанія дѣянія за покушеніе. Но это утвержденіе представляется совершенно произвольнымъ. Законъ характеризуя покушеніе, говоритъ о началѣ исполненія преступленія, и авторы разбираемаго ученія не приводятъ никакихъ данныхъ въ пользу того, что онъ разумѣетъ здѣсь одно только начало исполненія въ тѣсномъ, указываемомъ ими, смыслѣ.

Въ силу тѣхъ же соображеній должна быть отвергнута другая попытка обоснованія безнаказанности этого вида покушенія, утверждающая, что слова: начало исполненія должны быть понимаемы ни въ объективномъ, ни въ субъективномъ смыслѣ; они могутъ только обозначать собою суррогатъ характеристики юридически существеннаго отношенія между дѣйствіемъ и задуманнымъ результатомъ, отношенія, которое сообщаетъ дѣйствію характеръ акта покушенія на преступленіе и которое заключается въ объективной опасности дѣянія ¹⁾.

Въ ряду ученій, основывающихъ безнаказанность покушенія съ негодными средствами при помощи ссылки на несоотвѣтствіе этого дѣянія общимъ признакамъ покушенія, необходимо обратить вниманіе на ученіе, утверждающее, что внѣшняя сторона

¹⁾ Wintritz, s. 51.

разсматриваемаго вида покушенія не дѣлаеть распознаваемымъ преступнаго умысла виновнаго. Чѣмъ болѣе негодный, суевѣрный и т. д. характеръ носить примѣненное средство, тѣмъ менѣе пригодно оно служить внѣшнимъ доказательствомъ существованія преступной воли у виновнаго ¹⁾. Чѣмъ болѣе негоднымъ является средство при покушеніи, тѣмъ болѣе трудно для преступной воли сдѣлаться внѣшне распознаваемой ²⁾. Негодное покушеніе ненаказуемо потому, что въ этомъ случаѣ дѣяніе виновнаго не свидѣтельствуеть о серьезномъ его намѣреніи совершить преступленіе. При негодномъ покушеніи, обстоятельства складываются такимъ образомъ, что бываетъ трудно распознать серьезную преступную волю ³⁾. Въ этомъ случаѣ, не можетъ быть рѣчи о наказуемости лица, ибо безумное предпріятіе не способно удостовѣрить собою наличность серьезной, направленной на воспроизведеніе послѣдствія воли ⁴⁾. Если принять во вниманіе, что субъективное ученіе о покушеніи предполагаетъ съ одной стороны, наличность серьезной воли у виновнаго, и, съ другой, такое воплощеніе этой воли во внѣшнемъ мірѣ, которое дѣлаеть ее распознаваемою совершенно независимо отъ признанія виновнаго, то, очевидно, что это ученіе не можетъ признавать наказуемымъ замаливаніе враговъ на смерть и тому подобныя безсмысленныя дѣянія ⁵⁾.

Наконецъ, по возрѣнію нѣкоторыхъ, покушеніе съ негодными средствами ненаказуемо потому, что внѣшняя сторона этого дѣянія, взятая сама по себѣ, не позволяетъ распознать характера и свойствъ умысла виновнаго. Для наказуемости покушенія необходимо, чтобы направленіе воли на окончаніе преступленія могло быть выведено изъ уже получившихъ существованіе объективныхъ данныхъ. Но при негодномъ покушеніи этого условія не имѣется налицо ⁶⁾. Несостоятельность всѣхъ этихъ ученій была показана нами уже въ предшествующемъ изложеніи: они неправильны потому, что распознаваемость воли изъ совершеннаго лицомъ дѣянія вовсе не составляетъ собою необходимаго признака покушенія.

¹⁾ Buri, GS, XXVII, 1875, s. 154.

²⁾ Buri, Causalität, s. 120; Buri, GS, XL, 1888, s. 529.

³⁾ Buri, GS, XX, 1868, s. 330.

⁴⁾ Buri, GA, XXV, 1877, s. 271.

⁵⁾ Buri, Z, I, 1881, s. 204, 205.

⁶⁾ Buri, GS, XIX, 1867, s. 62.

По мнѣнію другихъ, безнаказанность покушенія съ негодными средствами коренится въ томъ, что это дѣяніе не свидѣтельствуется собою о намѣреніи виновнаго примѣнить цѣлесообразное средство. Во всѣхъ случаяхъ, когда изъ обстоятельствъ дѣла явствуется, что виновный желалъ примѣнить средство, представляющееся нецѣлесообразнымъ по общему убѣжденію и въ силу данныхъ опыта, нельзя признать у него наличности вышеуказаннаго намѣренія ¹⁾. Это ученіе совершенно справедливо указываетъ на то, что при покушеніи съ негодными средствами, избранными по убѣжденію, нельзя сдѣлать заключенія о желаніи виновнаго примѣнить цѣлесообразное средство. Но, изъ предыдущаго, мы знаемъ, что, для состава покушенія, вовсе нѣтъ нужды, чтобы виновный руководствовался такимъ желаніемъ, а потому изъ отсутствія подобнаго желанія нельзя выводить безнаказанности негоднаго покушенія.

Дальнѣйшая попытка обоснованія безнаказанности покушенія съ негодными средствами указываетъ на отсутствіе въ этихъ случаяхъ дѣятельности, направленной на выполнение преступленія. Покушеніе, по взгляду представителей этого ученія, въ качествѣ объективированія намѣренія, представляетъ собою движеніе дѣйствія по пути отъ намѣренія къ его конечной цѣли. Дѣйствіе—это средство, примѣняемое виновнымъ для достиженія цѣли и для осуществленія своего намѣренія. Если же совершается дѣйствіе, при помощи котораго нельзя достигнуть ни цѣли, ни какого-либо пункта на пути къ ней, то избранное средство негодно, оно не есть средство, ведущее къ цѣли. Отсюда, учиненное дѣйствіе не представляетъ собою объективированнаго намѣренія, а, слѣдовательно, не имѣется налицо и покушенія на преступленіе ²⁾.

Это ученіе вызываетъ противъ себя тѣ же возраженія, которыя были приведены выше, при разборѣ лежащаго въ основѣ этого ученія опредѣленія покушенія. Покушеніе съ негодными средствами не можетъ быть выдѣляемо изъ области наказуемаго покушенія на томъ основаніи, что при этомъ видѣ покушенія не имѣется дѣятельности слѣдующей по пути къ окончанію преступленія или дѣятельности, направляющейся къ воспроизведенію преступленія. Подобное выдѣленіе было бы неправиль-

¹⁾ Luden, Hdb, s. 404.

²⁾ Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht, I, 1857, s. 38, 39.

нымъ потому, что съ объективной стороны при покушеніи никогда не имѣется налицо дѣятельности, направленной къ возпроизведенію преступленія ¹⁾). Понятіе о направленіи явленія въ смыслѣ понятія о движеніи его въ пространствѣ—вообще не-примѣнимо къ дѣйствію, поступательное развитіе котораго характеризуется не движеніемъ явленія въ пространствѣ, а послѣдовательною смѣною разнаго рода причинныхъ процессовъ. О направленіи дѣйствія можно говорить только въ субъективномъ смыслѣ предназначенія этого дѣйствія виновнымъ служенію своей цѣли. Но если мы перенесемъ рѣшеніе вопроса о направленіи дѣйствія на психическую почву и признаемъ рѣшающее значеніе за субъективными предположеніями виновнаго, то мы должны будемъ признать, что покушеніе направляется на выполнение преступленія не только въ случаѣ, когда виновный примѣняетъ годныя средства, но и въ томъ случаѣ, когда онъ примѣняетъ негодныя средства.

До сихъ поръ, мы занимались разсмотрѣніемъ тѣхъ ученій, которыя, обосновывая безнаказанность покушенія съ негодными средствами, признавали это дѣяніе за актъ не только несоотвѣтствующій признакамъ наказуемаго дѣянія вообще или наказуемаго покушенія, въ частности, но и не подходящій ни подъ какую юридическую категорію, считали подлежащее дѣйствіе за юридически безразличный актъ. Но существуютъ и такія ученія, которыя, выдѣляя покушеніе съ негодными средствами изъ круга наказуемыхъ дѣяній, утверждаютъ, что къ этому рѣшенію приводитъ существованіе особыхъ юридическихъ категорій, конкурирующихъ съ фигурою покушенія и, въ противоположность послѣднему понятію, обеспечивающихъ безнаказанность охватываемымъ ими дѣйствіямъ. Разсмотрѣніемъ этихъ ученій мы и должны теперь заняться.

Согласно одному изъ этихъ ученій, покушеніе съ суевѣрными средствами ненаказуемо потому, что оно представляетъ собою не покушеніе, а видъ безнаказаннаго участія въ преступленіи. Примѣненіе суевѣрныхъ средствъ съ преступною цѣлью, замѣчаютъ нѣкоторые криминалисты, ненаказуемо. Нельзя думать, чтобы высшее существо могло быть побуждено молитвою къ лишенію человѣка жизни. Но если бы даже допустить возможность

¹⁾ Buri, Z, I, 1881, s. 195; Walther, Krit. Vierteljahrsschrift, V, 1863, s. 54, 55.

этого, то нельзя признать молящагося интеллектуальнымъ виновникомъ преступленія, а высшее существо—виновникомъ физическимъ. Немыслимо признавать Бога физическимъ виновникомъ преступленія, а, при отпадении исполнителя, не можетъ подлежать наказанію и подстрекатель ¹⁾. Если кто-либо дѣйствительно обращается къ высшему существу съ молитвою о ниспослании смерти своему ближнему, то было бы богохульствомъ утверждать, что молящійся дѣлается въ этомъ случаѣ отвѣтственнымъ за подстрекательство къ противоправному убійству. Богъ не можетъ совершить неправды ²⁾.

Разбирая эту формулу безнаказанности покушенія съ негодными средствами, нѣкоторые криминалисты совершенно справедливо замѣчаютъ, что далеко не всякое суевѣрное покушеніе выражается въ формѣ призыва къ помощи свыше; это покушеніе можетъ выражаться и въ такихъ дѣйствіяхъ, которыя не принимаютъ формы молитвы ³⁾. Но, слѣдуетъ замѣтить, и въ томъ случаѣ, когда виновный обращается съ преступною молитвою къ высшему существу, съ юридической точки зрѣнія нельзя признать безнаказанности молящагося лица. Не подлежитъ сомнѣнію, что дестинатаръ молитвы—высшее существо—не отвѣтственъ передъ уголовнымъ закономъ. Но это не обусловливаетъ собою безотвѣтственности автора молитвы, по началу отпаденія наказуемости подстрекателя за отсутствіемъ исполнителя преступленія, не обусловливаетъ потому, что въ разсматриваемомъ случаѣ вообще не можетъ быть рѣчи о примѣненіи правилъ о соучастіи. Эти правила предполагаютъ, что въ выполненіи преступленія принимаютъ участіе лица, способныя быть субъектами преступленія, и что виновный подстрекаетъ лицо, способное отвѣчать передъ уголовнымъ закономъ. Въ случаѣ же отпаденія соотвѣтственной способности лица, выполняющаго внѣшнюю сторону преступленія, комбинація его поведенія съ актами подговорщика обсуждается уже не по правиламъ о соучастіи, а по правиламъ объ опредѣленіи индивидуальной отвѣтственности: лицо, исполнявшее внѣшнюю сторону преступленія, разсматривается, какъ фактическое орудіе въ рукахъ лица, побуждавшаго его къ совершенію соотвѣтственнаго дѣйствія, и самое дѣйствіе

¹⁾ Hepp, Versuch über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft, 1827, s. 33.

²⁾ Goldfeld, s. 43.

³⁾ Germann, s. 61.

почитається єдинолично выполненнымъ побуждавшимъ къ его реализаціи лицомъ (такъ наз. посредственное виновничество). Аналогично и въ интересующемъ насъ случаѣ: невозможность примѣненія юридическихъ категорій къ обсужденію дѣятельности высшаго существа заставляеть насъ придавать ей чисто фактической характеръ и вмѣнять эффекты ея въ вину лицу, побуждавшему это существо къ соотвѣтствующей дѣятельности, а, при отсутствіи этихъ эффектовъ, признавать молившееся лицо виновнымъ въ покушеніи на преступленіе.

Другой оттѣнокъ носить второе ученіе этого направленія, обосновывающее безнаказанность примѣненія суевѣрныхъ средствъ съ преступною цѣлью указаніемъ, что въ этомъ случаѣ имѣется налицо не покушеніе на преступленіе, а приготовленіе къ послѣднему. По взгляду нѣкоторыхъ, легко можетъ случиться, что субъектъ въ силу своего суевѣрія рассчитываетъ привести въ дѣйствіе тайныя силы при помощи нашептыванія и пр., однако, этотъ случай вполне тождественъ съ случаями пріобрѣтенія средствъ для реализаціи преступленія. Субъектъ здѣсь не проявляетъ непосредственной дѣятельности, онъ только доставляетъ себѣ средство для ея реализаціи ¹⁾.

Въ основѣ этого ученія лежитъ убѣжденіе, что актомъ примѣненія средства, въ отличіе отъ приготовленія его, можетъ быть признано только непосредственное использование лицомъ причинныхъ свойствъ этого средства; если субъектъ непосредственно не управляетъ дѣйствіемъ средства, а только возбуждаетъ это средство къ дѣйствію, такъ что послѣднее совершенно самостоятельно обусловливаетъ намѣченные виновнымъ эффекты, то роль послѣдняго сводится не къ примѣненію, а къ пріобрѣтенію или приспособленію средствъ. Этотъ взглядъ совершенно ошибоченъ и упускаетъ изъ виду природу примѣненія средства, какъ акта, совершаемаго лицомъ въ убѣжденіи, что оно доводитъ условія результата до потребной для возникновенія послѣдняго полноты. Для состава этого дѣйствія совершенно безразлично, ограничился ли виновный только приведеніемъ въ дѣйствіе причинныхъ свойствъ средства или же онъ постоянно вмѣшивался въ развитіе причиннаго дѣйствія соотвѣтственныхъ средствъ. И совершенно правы криминалисты, указывающіе что примѣненіе суевѣрныхъ средствъ, также, какъ и примѣненіе

¹⁾ Schwarze, НН, II, s. 298.

другихъ средствъ реализаціи преступленія, составляетъ покушеніе на преступленіе, а не приготовленіе къ нему ¹⁾.

Подвергая разсмотрѣнію ученія, спеціально посвященныя установленію основаній безнаказанности покушенія съ негодными средствами, мы встрѣчаемся не только съ ученіями, приводящими въ подкрѣпленіе своего взгляда какой-либо одинъ доводъ, но и съ ученіями, основывающими свое воззрѣніе на нѣсколькихъ соображеніяхъ. Мы начнемъ съ разсмотрѣнія того изъ послѣднихъ ученій, которое, почитая основнымъ доводомъ въ пользу безнаказанности интересующаго насъ вида покушенія ссылку на несоотвѣтствіе его понятію о началѣ исполненія преступленія, признаетъ нужнымъ подкрѣпить ее еще и другими доводами догматическаго характера. Нельзя говорить, замѣчаютъ эти криминалисты, о началѣ выполненія задуманнаго преступленія, если по намѣченному виновнымъ пути ни въ коемъ случаѣ нельзя было довести преступленіе до конца. Но въ пользу ненаказуемости соотвѣтствующаго дѣянія говорить и другое соображеніе. Если отказаться отъ неправильной системы изолированнаго разсмотрѣнія § 43 герм. ул., привести его въ связь съ другими положеніями этого кодекса и стараться понять неясныя положенія формулы покушенія, сопоставляя ее съ ясными рѣшеніями закона по другимъ аналогичнымъ вопросамъ, то нетрудно будетъ убѣдиться въ необходимости примѣненія виновнымъ годныхъ средствъ для выполненія состава покушенія. Такъ, формулируя составъ отравленія, законъ совершенно отчетливо подчеркиваетъ объективность своего взгляда на средства реализаціи преступленія, требуя для отвѣтственности виновнаго, чтобы послѣдній употребилъ «ядъ или другія вещества, могущія по свойству своему произвести разстройство здоровья» § 229 герм. ул.). Формулируя составъ приготовленія къ поддѣлкѣ монеты, законъ требуетъ, чтобы предметомъ дѣятельности виновнаго было годное средство (§ 151) ²⁾.

Несостоятельность перваго изъ приводимыхъ этимъ ученіемъ доводовъ намъ уже знакома. Обращаясь къ оцѣнкѣ втораго аргумента, мы убѣждаемся, что онъ представляетъ собою одинъ изъ случаевъ примѣненія аналогическаго толкованія. При

¹⁾ Баршевъ, Къ ученію о покушеніи, Московскія университетскія извѣстія, 1865, № 4, стр. 265; Лякубъ, стр. 57; Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 117.

²⁾ Zimmermann, GA, XXIX, 1881, s. 192.

опредѣленіи потребнаго характера средствъ при покушеніи, думаютъ авторы этого разсужденія, необходимо задаться вопросомъ о томъ, не существуетъ ли такихъ постановленій закона, которыя бы точно опредѣляли характеръ средствъ наказуемаго дѣянія въ томъ случаѣ, когда послѣднее почитается преступнымъ, несмотря на безрезультатность усилій виновнаго? Если такія постановленія въ законѣ окажутся, то содержаніе ихъ и должно опредѣлить собою рѣшеніе вопроса о свойствахъ средствъ при покушеніи: эти средства должны отличаться тѣми же признаками, наличность которыхъ требуется закономъ въ соответственныхъ спеціальныхъ случаяхъ. Въ германскомъ правѣ, подобное постановленіе имѣется—§ 229, формулирующій усѣченный составъ преступления отравленія—и это постановленіе ставитъ условіемъ отвѣтственности виновнаго фактъ примѣненія имъ годныхъ средствъ реализаціи преступления. Сообразно съ этимъ и въ томъ случаѣ, когда дѣяніе приняло форму покушенія, объ отвѣтственности автора его можетъ идти рѣчь только тогда, когда имъ были примѣнены годныя средства.

Вдумываясь въ существо этого довода, нельзя не придти къ убѣжденію въ полной его несостоятельности. Примѣняя правила аналогическаго толкованія законовъ, можно сопоставлять только однородныя положенія права. Между тѣмъ, положенія, опредѣляющія внѣшній составъ оконченнаго преступления, не могутъ быть признаны однородными съ положеніями, опредѣляющими внѣшній составъ покушенія. Какъ мы указывали выше, разбирая общую природу покушенія, внѣшній составъ оконченнаго преступления долженъ воплощать въ себѣ всѣ признаки содержанія умысла и элементы его должны носить въ дѣйствительности точно такой характеръ, какой они носили входя, въ качествѣ представляемыхъ явленій, въ составъ умысла. Отсюда качество каждаго признака внѣшняго состава преступления, какъ элемента соответственнаго акта, должно быть распознаваемо уже изъ одной реальной ихъ природы, помимо приведенія ихъ въ отношеніе къ преступному умыслу виновнаго. Напротивъ, внѣшній составъ покушенія, будучи реализаціею части умысла, не обладаетъ такою самостоятельною природою, и уголовно-юридическое значеніе его элементовъ можетъ быть распознано только при условіи приведенія ихъ въ связь съ умысломъ виновнаго и принятія во вниманіе того значенія, которымъ они должны были обладать, сообразно предположеніямъ дѣйствующаго лица.

Отсюда рождается, съ одной стороны, зависимость внѣшняго состава покушенія отъ умысла лица, съ другой стороны, восполняемость реальной природы элементовъ этого состава воображаемыми ихъ свойствами т. е., проекція представляемыхъ свойствъ дѣйствія во внѣ. Конечно, при такихъ условіяхъ, не можетъ быть рѣчи о распространеніи правилъ объ обсужденіи внѣшняго состава оконченнаго преступленія на случаи оцѣнки значенія внѣшняго состава покушенія и изъ необходимости примѣненія годныхъ средствъ для состава преступленія отравленія, по герм. праву, нельзя не только выводить положенія о годности средствъ, какъ реквизитъ наказуемаго покушенія, но и положенія о необходимости примѣненія дѣйствительнаго яда для состава покушенія на отравленіе. Покушеніе на отравленіе имѣется налицо и въ томъ случаѣ, когда виновный, имѣя въ виду примѣнить подлинный ядъ, по ошибкѣ далъ своей жертвѣ безвредное средство.

Что касается послѣдняго довода разбираемаго ученія, его ссылки на § 151 герм. ул., то необходимо замѣтить, что хотя здѣсь идетъ рѣчь не объ оконченномъ преступленіи, а о предварительной дѣятельности, о приготовленіи, но это постановленіе не можетъ быть принимаемо во вниманіе при толкованіи формулы покушенія потому, что, какъ было показано выше, герм. ул. караетъ не всякую вообще приготовительную дѣятельность по отношенію къ поддѣлкѣ монеты, а только нѣкоторые спеціальныя виды этого приготовленія. Въ силу этого, внѣшній составъ приготовленія къ поддѣлкѣ монеты пріобрѣтаетъ объективно самостоятельный характеръ, для наличности его требуется реализація всѣхъ предусмотрѣнныхъ закономъ признаковъ, и этотъ составъ долженъ обсуждаться на основаніи тѣхъ же началъ, какъ и составъ оконченныхъ преступленій. Это различіе между составомъ покушенія на преступленіе и составами спеціальныхъ видовъ приготовленія къ нему объясняются тѣмъ, что специфическая особенность состава покушенія лежитъ не въ природѣ послѣдняго, какъ акта предварительной преступной дѣятельности, а въ природѣ его какъ акта реализаціи преступнаго умысла. Специализированный составъ приготовленія къ преступленію лишенъ характера формулы дѣянія, реализирующаго часть преступнаго умысла—выполненіе этого состава предполагаетъ полную реализацію виновнымъ одного изъ намѣченныхъ имъ актовъ—и сообразно съ этимъ, отпадаетъ и возможность

аналогического сопоставленія этихъ видовъ приготовления съ покушеніемъ.

По воззрѣнію другихъ ученыхъ, покушеніе съ суевѣрными средствами не можетъ подлежать наказанію не только потому, что оно выражается въ формѣ обращенія виновнаго къ содѣйствію Божества или другихъ сверхъестественныхъ существъ и, слѣдовательно, представляетъ собою не покушеніе, а ненаказуемое подстрекательство, но и потому, что это покушеніе принимаетъ форму такихъ актовъ, реализуя которыя виновный самъ серьезно вѣритъ въ ихъ дѣйствительность и при которыхъ, слѣдовательно, можетъ идти рѣчь только о желаніи лица совершить преступное дѣяніе, а не о волѣ его реализовать соотвѣтственное дѣйствіе¹⁾.

Ошибочность отдѣльныхъ элементовъ этого ученія показана выше,—примѣненіе суевѣрныхъ средствъ не можетъ быть признано ненаказуемымъ подстрекательствомъ, оно удовлетворяетъ всѣмъ признакамъ покушенія. Примѣненіе этихъ средствъ отнюдь не служитъ доказательствомъ отсутствія серьезности преступной воли виновнаго, и серьезность этой воли вовсе не представляетъ собою условія отвѣтственности виновнаго.

Тоже должно быть сказано и относительно другой разновидности этихъ ученій, полагающей, что лицо, молившее Бога о ниспосланіи смерти своему врагу, не можетъ быть отвѣтственно потому, что человѣкъ, желающій дѣйствовать черезъ Божество, не можетъ подлежать дѣйствію уголовного закона. Лицо, прибѣгающее къ сверхъестественнымъ средствамъ, примѣняющее суевѣрныя, симпатическія средства, призывающее на помощь дьявола и т. п., совершаетъ дѣйствіе, лежащее внѣ области объективнаго права, и потому не подлежитъ наказанію²⁾. Это ученіе также состоитъ изъ сочетанія уже опровергнутыхъ нами доводовъ, и потому не требуетъ спеціальной критики.

Неудача попытокъ догматическаго обоснованія безнаказанности покушенія съ негодными средствами привела нѣкоторыхъ криминалистовъ къ убѣжденію въ невозможности разрѣшенія этой проблемы. Ненаказуемость этого вида покушенія можетъ основываться только на особомъ постановленіи закона, а не на догматическихъ данныхъ. Сообразно съ этимъ, это начало пріобрѣтаетъ прочную основу только по изданіи соотвѣтствующаго

¹⁾ Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 63.

²⁾ Wächter, s. 215, 216.

закона. ¹⁾ Это заявленіе было признано въ литературѣ за доказательство неспособности соответствующихъ авторовъ обосновать безнаказанность негоднаго покушенія ²⁾. Такую оцѣнку, конечно, нельзя признать правильною, поскольку рѣчь идетъ о рѣшеніи интересующей насъ проблемы de lege ferenda, но, de lege lata, приведенное ученіе дѣйствительно свидѣтельствуетъ объ отказѣ его авторовъ отъ отысканія догматическихъ основаній для ненаказуемости негоднаго покушенія, и потому не можетъ быть принято.

§ 40. Ученіе объ основаніяхъ безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ.

Ученіа объ основаніяхъ безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ, подобно ученіямъ, оправдывающимъ безнаказанность другихъ видовъ негоднаго покушенія, раздѣляются на простыя и сложныя ученія. Простыя ученія въ свою очередь распадаются на ученія, утверждающія, что покушеніе надъ негоднымъ объектомъ не отвѣчаетъ признакамъ наказуемаго дѣянія вообще и ученія, признающія, что посягательство на негодный объектъ не отвѣчаетъ признакамъ наказуемаго покушенія.

Въ ряду первой группы ученій привлекаетъ вниманіе воззрѣніе, обосновывающее безнаказанность покушенія надъ негоднымъ объектомъ при помощи указанія на то, что при этомъ покушеніи нѣтъ правоспособнаго субъекта, который отвѣчалъ бы понятію о потерпѣвшемъ. Не можетъ быть рѣчи о покушеніи, также какъ и объ оконченномъ преступленіи, въ случаѣ отсутствія субъекта права, противъ котораго направляется преступленіе. Не можетъ подлежать наказанію и покушеніе надъ негоднымъ объектомъ, поскольку съ послѣднимъ обстоятельствомъ связано отсутствіе пассивнаго субъекта преступленія. Поэтому, посягательство на мертвеца съ намѣреніемъ лишить его жизни не подлежитъ наказанію, а выстрѣлъ въ пень, принятый браконьеромъ за лѣсничаго, представляетъ собою наказуемое покушеніе на убійство ³⁾.

¹⁾ Delaquis, s. 224, 225; Fabian, s. 26 Anm. 1.

²⁾ Germann, s. 61.

³⁾ Wintritz, s. 89 ff.

Основная ошибка этого учения состоитъ въ признаніи пассивнаго субъекта преступленія не модальнымъ, а необходимымъ признакомъ наказуемыхъ дѣяній; оно совершенно упускаетъ изъ виду существованіе цѣлаго ряда преступленій, лишенныхъ этого элемента (ср., напр., нарушеніе общественной безопасности и т. п.). Далѣе, если бы наличность потерпѣвшаго и представляла собою необходимый реквизитъ преступленія, то неправильно было бы предъявлять то же требованіе къ покушенію, которое какъ извѣстно, тѣмъ и отличается отъ оконченнаго преступленія что осуществляетъ не всѣ, а только часть признаковъ состава преступленія. Наконецъ, если возможно, для наказуемости дѣяній, требовать наличности пассивнаго субъекта преступленія, то только въ формѣ установленія постулата необходимости воздѣйствія преступнаго дѣянія на потерпѣвшаго, т. е. въ формѣ признанія пассивнаго субъекта преступленія за необходимый элементъ послѣдняго. но никоимъ образомъ нельзя считать условіемъ наказуемости дѣяній обстоятельство, не находящееся ни въ какой реальной съ ними связи, напр., фактъ существованія destinatара преступленія въ совершенно отличномъ отъ мѣста реализаціи его пунктѣ, какъ предлагаетъ разсмотрѣнное ученіе.

По другому взгляду, покушеніе на негодный объектъ ненаказуемо потому, что оно не противоправно. Норма, воспреещающая убійство, замѣчаютъ нѣкоторые криминалисты, охраняетъ только живыхъ людей, а не трупы, восковыя фигуры или пни; право собственности касается только чужихъ, а не собственныхъ вещей виновнаго. Посягательство на предметъ, не удовлетворяющій признакамъ правового блага, не можетъ поэтому подлежать наказанію ¹⁾. Ошибочность этого воззрѣнія была показана нами уже выше.

Третья попытка усматриваетъ основаніе безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ въ несоотвѣтствіи его признакамъ состава преступленія. По убѣжденію нѣкоторыхъ, нельзя говорить о наказуемомъ покушеніи, если посягательство направилось на негодный объектъ, напр., виновный, желая совершить убійство, посягнулъ на трупъ. Виновный въ этомъ случаѣ не совершаетъ наказуемаго нападенія на жизнь человѣка. Между тѣмъ, согласно заголовку XVI раздѣла герм. ул. наказываются

¹⁾ Oetker, Z, XVII, 1897, s. 57.

только преступленія и проступки противъ жизни ¹⁾). Несостоятельность этого взгляда также была раскрыта нами уже въ предшествующемъ изложеніи.

Обращаясь къ разбору ученій второй группы, необходимо остановиться на ученіи, утверждающемъ, что покушеніе надъ негоднымъ объектомъ не отвѣчаетъ признакамъ умышленнаго дѣянія. Какъ мы видѣли выше, покушеніе принадлежитъ къ числу умышленныхъ наказуемыхъ дѣяній и, слѣдовательно, если виновный не имѣлъ въ виду учинить преступленіе, то дѣяніе его не можетъ быть признано покушеніемъ на преступленіе. И вотъ, въ литературѣ была сдѣлана попытка выдѣлить посягательство на негодный объектъ изъ области покушенія на основаніи отсутствія въ соотвѣтственномъ дѣяніи признаковъ преступнаго умысла. Лицо, дѣйствующее въ убѣжденіи, что въ его дѣяніи заключаются всѣ признаки состава преступленія, тогда какъ этого не имѣется налицо, не можетъ быть признано дѣйствующимъ подъ вліяніемъ преступнаго умысла. Преступная воля пріобрѣтаетъ реальный характеръ, дѣлается подлинной волей въ томъ только случаѣ, когда она становится выполнимой и направляется на опредѣленный объектъ. Если же воля направляется на объектъ, не обладающій характеромъ правового блага, то нельзя говорить и о волѣ въ юридическомъ смыслѣ ²⁾).

По поводу этого ученія справедливо отмѣчаютъ, что если для наличности умысла и необходима конкретизація воли,— въ составъ умысла должно входить представленіе о конкретномъ благѣ, на которое направляется посягательство,—то изъ этого вовсе не слѣдуетъ безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ, ибо и при этомъ видѣ покушенія нельзя отрицать наличности конкретизированнаго умысла. Воля виновнаго конкретизируется, какъ только она, мысленно, приводитъ предположенное дѣйствіе въ соотношеніе съ преступнымъ результатомъ ³⁾ и для этого достаточно, чтобы виновный поставилъ своей дѣятельностью конкретную преступную цѣль ⁴⁾. Конкретизація воли вовсе не предполагаетъ совпаденія содержанія представленія съ предметомъ дѣйствія ⁵⁾, и ошибка виновнаго,

¹⁾ Zimmermann, GA, XXIX, 1881, s. 192; Cohn, s. 436, 437.

²⁾ Baumgarten, s. 356—358.

³⁾ Kriegsmann, s. 47; Fabian, s. 34.

⁴⁾ Rudert, s. 25.

⁵⁾ Kriegsmann, s. 47.

при составленіи себѣ представленія о внѣшнихъ предметахъ, не лишаетъ его воли специализированнаго характера ¹⁾. Здѣсь важно только опредѣленное содержаніе представленій и нѣтъ нужды, чтобы эти представленія точно отражали дѣйствительность ²⁾. Всѣ эти условія имѣются налицо и при покушеніи надъ негоднымъ объектомъ и, въ настоящее время, никто не сомнѣвается въ томъ, что и этотъ видъ покушенія представляетъ собою умышленное дѣяніе ³⁾.

По взгляду дальнѣйшей группы ученыхъ, посягательство на негодный объектъ ненаказуемо потому, что это дѣяніе не соотвѣтствуетъ объективному составу покушенія. Изслѣдованіе законнаго опредѣленія покушенія показываетъ, что оконченное преступленіе и покушеніе обладаютъ одними и тѣми же элементами состава и что составы этихъ дѣяній различаются между собою лишь въ отношеніи свойствъ потребнаго для выполненія ихъ дѣйствія ⁴⁾. Требованія, предъявляемая закономъ въ отношеніи состава оконченнаго преступленія, имѣютъ значеніе и для состава покушенія и должны быть соблюдаемы и при обсужденіи свойствъ послѣдняго. Опредѣленіе покушенія касается только свойствъ исполнительнаго дѣйствія при покушеніи, т. е. указываетъ, какъ далеко долженъ виновный продвинуться по пути къ результату для того, чтобы дѣяніе его могло быть признано покушеніемъ на преступленіе ⁵⁾. Если для состава оконченнаго преступленія необходимъ извѣстный объектъ, то такой же объектъ необходимъ и для состава покушенія ⁶⁾. Но при посягательствѣ на негодный объектъ не хватаетъ необходимаго для состава наказуемаго дѣянія объекта и потому это дѣяніе не можетъ подлежать наказанію въ качествѣ покушенія ⁷⁾.

Въ основѣ этого ученія лежитъ мысль о возможности подраздѣленія элементовъ преступленія на двѣ группы: на элементы, относящіеся къ акту реализаціи дѣянія, и на элементы, не относящіеся къ этому акту. Первая группа элементовъ можетъ

¹⁾ Kriegsmann, s. 47; Fabian, s. 34.

²⁾ Fabian, s. 34.

³⁾ Baeuchle, s. 25.

⁴⁾ Langenbach, s. 24.

⁵⁾ Langenbach, s. 51, 64.

⁶⁾ Langenbach, s. 54.

⁷⁾ Langenbach, s. 72.

носить различный характеръ въ составѣ оконченнаго преступленія и покушенія, вторая должна быть тождественною въ томъ и другомъ случаѣ. Объектъ преступленія относится ко второй группѣ элементовъ и потому, при отсутствіи его, не можетъ быть рѣчи о наказуемомъ покушеніи. Но если даже признать справедливость перваго положенія, то нельзя согласиться съ правильностью втораго. Это ученіе смѣшиваетъ фактическую роль объекта съ юридическимъ его значеніемъ и, опираясь на фактическое значеніе объекта, приходитъ къ совершенно ошибочнымъ юридическимъ выводамъ. Изъ того, что объектъ обладаетъ, вообще говоря, обособленнымъ бытіемъ, вовсе не слѣдуетъ, чтобы онъ имѣлъ и самостоятельное юридическое значеніе. Будучи разсматриваемымъ въ качествѣ юридическаго явленія, объектъ имѣетъ значеніе и составляетъ элементъ преступленія не самъ по себѣ, а въ качествѣ объекта преступнаго воздѣйствія, т. е. постольку, поскольку онъ видоизмѣняется совершаемымъ виновнымъ актомъ. Это обстоятельство сообщаетъ объекту характеръ не самостоятельнаго элемента преступленія, а зависимаго его элемента, т. е. элемента, имѣющаго юридическое значеніе лишь постольку, поскольку онъ входитъ въ сочетаніе съ другимъ элементомъ преступленія, а именно дѣйствіемъ. Объектъ преступленія поэтому не можетъ быть противопоставляемъ преступному дѣйствію, этотъ элементъ входитъ въ составъ дѣйствія и опредѣляетъ собою его свойство—человѣкъ, какъ цѣль смертельнаго удара, сообщаетъ удару характеръ убійства, вещь, какъ цѣль удара, превращаетъ послѣдній въ актъ поврежденія имущества и т. п. Дѣйствіе безъ объекта, въ соответственныхъ случаяхъ, играетъ роль простого тѣлодвиженія, юридическая природа котораго можетъ быть опредѣлена лишь по установленіи свойствъ затронутаго имъ объекта. Отсюда и отсутствіе объекта означаетъ собою отсутствіе элемента, относящагося къ исполнительному дѣйствію и, сообразно съ этимъ, исходя изъ вышеприведенныхъ предпосылокъ, невозможно оправдать безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ.

По дальнѣйшему взгляду, посягательство на негодный объектъ не можетъ подлежать наказанію потому, что оно представляетъ собою не покушеніе, а оконченное, юридически безразличное дѣяніе. Отличіе покушенія надъ негоднымъ объектомъ отъ покушенія съ негодными средствами, по этому взгляду, заключается въ томъ, что въ первомъ случаѣ виновный достигаетъ

намѣченного имъ результата, а во второмъ нѣтъ ¹⁾. Покушеніе надъ негоднымъ объектомъ, поэтому, неправильно разсматривать какъ видъ покушенія; оно представляетъ собою оконченное дѣяніе и, при томъ, такое оконченное дѣяніе, которое не предусматривается ни однимъ параграфомъ герм. ул., и, потому является ненаказуемымъ дѣяніемъ ²⁾. Если изслѣдовать реальныя явленія при опредѣленіи свойствъ покушенія, то легко замѣтить существованіе крупнаго различія между посягательствомъ на негодный объектъ и покушеніемъ. При покушеніи, возникаетъ меньше явленій, чѣмъ при посягательствѣ на негодный объектъ. Неудачный выстрѣлъ въ чужую вещь влечетъ за собою менѣ послѣдствій во внѣшнемъ мірѣ, чѣмъ выстрѣлъ, направленный по ошибкѣ въ свою собственную вещь: въ первомъ случаѣ, вещь остается цѣлою, во второмъ—она разбивается. Это обстоятельство и обусловливаетъ собою различіе юридической природы покушенія и посягательства на негодный объектъ. При изслѣдованіи юридическихъ свойствъ дѣйствія необходимо прежде всего установить, имѣется ли налицо попытка реализаціи извѣстнаго дѣйствія и затѣмъ уже, послѣ того, какъ установлена природа акта, какъ покушенія, можно примѣнять юридическій масштабъ оцѣнки и изслѣдовать, отвѣчаетъ ли этотъ актъ понятію о покушеніи на преступленіе или нѣтъ. Но дѣяніе, которое посягаетъ на намѣченный дѣйствующимъ лицомъ существующій во внѣ объектъ, является не попыткою реализаціи дѣйствія, а оконченнымъ дѣяніемъ, не исключая и того случая, въ которомъ виновный неправильно квалифицируетъ этотъ объектъ. При наступленіи подобнаго результата не можетъ быть рѣчи о покушеніи на преступленіе. Сообразно съ этимъ, нельзя говорить и о наказуемости посягательства на негодный объектъ ³⁾.

Подвергая разбору вышеизложенное ученіе, юридическая литература совершенно основательно отмѣчаетъ полную его несостоятельность. Положеніе о томъ, что покушеніе надъ негоднымъ объектомъ представляетъ собою оконченное дѣяніе, само по себѣ, ничего не доказываетъ, ибо всякое покушеніе представляетъ собою оконченное дѣяніе ⁴⁾. Важно установить тѣ принципы, по которымъ покушеніе можетъ быть противопоставляемо

¹⁾ Kohn, s. 11 ff.

²⁾ Kohn, s. 49 ff.

³⁾ Frank, s. 253.

⁴⁾ E. v. Liszt, Z, XXV, 1905, s. 71.

оконченному дѣйствию, какъ оконченному преступленію. Изслѣдуя это ученіе съ этой точки зрѣнія, надо признать, что оно исходитъ изъ совершенно ошибочнаго пониманія существа окончанія преступленія ¹⁾ и что рецепція этого ученія привела бы къ появленію двухъ различныхъ понятій объ окончаніи преступленія ²⁾. Авторы разбираемаго ученія указываютъ, что при посягательствѣ на негодный объектъ возникаетъ болѣе послѣдствій во внѣ, чѣмъ при покушеніи. Но это замѣчаніе ничего не доказываетъ, доколѣбъ не установлено, что соотвѣтственный избытокъ результатовъ имѣетъ юридически существенное значеніе, а этого доказать невозможно ³⁾. Утверждать, что подъ задуманнымъ преступленіемъ или проступкомъ законъ разумѣетъ не наказуемая дѣянія въ техническомъ смыслѣ, а фактической ихъ субстратъ—лежащая въ основѣ ихъ физическія дѣйствія,—вопреки мнѣнію сторонниковъ этого ученія ⁴⁾ нѣтъ основанія, ибо эти слова § 43 стоятъ въ тѣсной связи съ начальными его словами, говорящими объ умыслѣ совершенія этихъ дѣяній, т. е., о представленіи, охватывающемъ всѣ признаки преступленія. Окончаніемъ преступленія въ юридическомъ смыслѣ является реализація всѣхъ признаковъ законнаго состава преступленія ⁵⁾, а понятіе о покушеніи въ юридическомъ смыслѣ также независимо отъ понятія о фактическомъ дѣйствию, какъ и понятіе объ оконченномъ преступленіи ⁶⁾. И если нельзя говорить о томъ, что разбираемое ученіе упускаетъ изъ виду оконченное покушеніе, при которомъ, несмотря на окончаніе дѣянія, имѣется налицо только покушеніе, какъ утверждали нѣкоторые ученые ⁷⁾, нельзя потому, что при оконченномъ покушеніи нѣтъ результата, какой имѣется налицо при покушеніи на негодный объектъ ⁸⁾,—то совершенно справедливо утвержденіе, что оконченное дѣяніе можетъ быть покушеніемъ и что оконченное дѣяніе надъ негоднымъ объектомъ представляетъ собою только неудачную попытку

¹⁾ Bister, s. 26; Wintritz, s. 110.

²⁾ Delaquis, s. 113.

³⁾ Finger, Versuch, s. 44.

⁴⁾ Frank, s. 254.

⁵⁾ Germann, s. 160; Мокринскій, III, стр. 468.

⁶⁾ Kriegsmann, s. 9, 10.

⁷⁾ Zucker, Ein Schlusswort zur Lehre vom untauglichen Versuch, GA, XXXVII, 1889, s. 274.

⁸⁾ Kroschel, GS, XLIII, 1890, s. 220; Kohn, s. 12; Kriegsmann, s. 9.

посягательства на годный объект, т. е., юридически говоря, покушение на преступление ¹⁾).

Итакъ, для наличности оконченнаго наказуемаго дѣянiя необходимо, чтобы было закончено не дѣянiе, а преступленiе ²⁾. Преступленiе неокончено, коль скоро недостаетъ одного изъ признаковъ его состава ³⁾ и, при этомъ, совершенно безразлично, какого именно изъ этихъ признаковъ недостаетъ, ибо всѣ признаки преступленiя равно необходимы для его понятiя и не существуетъ никакой градацiи уголовно юридической важности этихъ признаковъ ⁴⁾. Поэтому, отсутствiе годнаго объекта покушенiя также обосновываетъ собою наличность покушенiя на преступленiе, какъ и отсутствiе должныхъ причинныхъ свойствъ у предпринимаго лицомъ дѣянiя и вышеприведенное разсужденiе неспособно обосновать безнаказанности на негодный объектъ.

Другiе представители этого воззрѣнiя даютъ болѣе глубокое обоснованiе отстаиваемаго ими взгляда. Признавая посягательство на негодный объектъ не покушенiемъ, а оконченнымъ дѣянiемъ, они ссылаются въ доказательство своего мнѣнiя не только на внѣшнiй видъ соотвѣтствующаго дѣянiя, но и на опредѣленное отношенiе его къ психикѣ виновнаго, къ преступному умыслу. Въ составѣ умысла, по ихъ убѣжденiю, необходимо различать явленiя, которыя только представляются виновнымъ, т. е. явленiя, о существованiи которыхъ онъ знаетъ, но не желаетъ ихъ возникновенiя и явленiя, которыя не только представляются виновнымъ, но и служатъ предметомъ его воли, желательны для него и ради воспроизведенiя которыхъ онъ и предпринимаетъ свое дѣйствiе. Первые явленiя не составляютъ собою элементовъ дѣйствiя, и потому наличность или отсутствiе ихъ не влiяютъ на объемъ развитiя дѣйствiя; первая неспособна сообщить дѣйствiю характеръ оконченнаго преступленiя, а второе—характеръ покушенiя. Напротивъ, вторыя явленiя представляются элементами преступнаго дѣйствiя и степенью воплощенiя ихъ во внѣ и опредѣляется характеръ дѣйствiя какъ оконченнаго преступленiя или какъ покушенiя. Но объектъ преступнаго воздѣйствiя

¹⁾ Zucker, GA, XXXVII, 1889, s. 275.

²⁾ Huther, GA, XXXVI, 1888, s. 434, 435; Finger, Versuch, s. 43; Schüler, s. 69, 70; Мокринскiй, III, стр. 466.

³⁾ Kriegsmann, s. 35, 36; Rudert, s. 50; Bister, s. 26; Begründung, I, s. 289; Germann, s. 160.

⁴⁾ Kriegsmann, s. 36; Bister, s. 26; Begründung, I, s. 289; Germann, s. 160.

принадлежитъ къ числу первыхъ, а не вторыхъ элементовъ и, сообразно съ этимъ, отсутствіе этого объекта или негодность его, при наличности реализаціи всѣхъ волимыхъ элементовъ умысла, обусловливаетъ собою фигуру непреступнаго оконченнаго дѣянія, а не покушенія на преступленіе.

Покушеніе надъ негоднымъ объектомъ, замѣчаютъ представители этого мнѣнія, не можетъ подлежать наказанію потому, что это дѣяніе вообще не представляетъ собою покушенія, а является оконченнымъ, юридически безразличнымъ дѣяніемъ. Покушеніе представляется противоположностью оконченнаго дѣянія. Будучи противоположностями, покушеніе и оконченное дѣяніе логически исключаютъ другъ друга, хотя фактически они часто и соприкасаются другъ съ другомъ. При окончаніи дѣянія, виновный достигаетъ своей цѣли, при покушеніи—нѣтъ. Увѣнчанное результатомъ покушеніе—*contradictio in adjecto*. Покушеніе никогда не сопровождается послѣдствіемъ и какъ скоро дѣяніе вступило въ стадію окончанія, нѣтъ болѣе мѣста для покушенія ¹⁾. Отсюда и понятіе о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ противорѣчитъ самому существу понятія о покушеніи. Для покушенія необходимо, чтобы выполненіе дѣйствія было прервано, чего въ настоящемъ случаѣ не имѣется налицо. Говоря о дѣйствіи, мы имѣемъ въ виду физическое дѣйствіе, а послѣднее, «въ случаѣ покушенія надъ негоднымъ объектомъ», закончено и сообразно съ этимъ, не можетъ быть покушеніемъ; нельзя обращать вниманія на идейное значеніе дѣйствія и на то, что это значеніе не получило воплощенія, вопреки представленію виновнаго, вслѣдствіе недостатка одного изъ признаковъ состава преступленія. Нельзя потому, что умыселъ при покушеніи направляется только на чувственно воспринимаемое видоизмѣненіе внѣшняго міра, а не на сообщеніе этому видоизмѣненію опредѣленнаго юридическаго значенія. Виновный покушается на реализацію дѣянія, объективно представляющаго собой противоправное убійство, но онъ вовсе не стремится сообщить убійству характера противоправнаго дѣянія ²⁾.

Законъ, говорятъ другіе представители этого взгляда, разумѣетъ подъ дѣйствіемъ дѣяніе опредѣленнаго типа. Но дѣяніе представляетъ собою проявленіе воли и, слѣдовательно, въ области покушенія, умыселъ тождественъ съ волею. Отсюда

¹⁾ Klee, s. 2.

²⁾ Klee, s. 26.

для покушенія существенна извѣстная опредѣленная ошибка виновнаго, и эта ошибка должна касаться именно объекта воли виновнаго. Воля же виновнаго направлена на преступный результатъ. Конечно, умыселъ не исчерпывается этой волей дѣйствовать, и юридическое значеніе его обуславливается тѣмъ, что онъ сопровождается правильнымъ представленіемъ признаковъ, сообщающихъ самому дѣянію уголовно-юридическое значеніе. Но эти признаки никогда не волимы; они являются объектомъ репрезентативныхъ, а не волевыхъ элементовъ умысла, ибо желать можно только чего-либо будущаго, а не настоящаго или прошедшаго. Отсюда и неточное представленіе о сопровождающихъ преступленіе признакахъ ни въ коемъ случаѣ не можетъ сообщить дѣянію характеръ покушенія.

Желаніе результата означаетъ сознательную, направленную на причиненіе этого результата дѣятельность. Необходимая для состава покушенія ошибка, слѣдовательно, должна касаться причинныхъ свойствъ дѣйствія, т. е. тѣхъ элементовъ, которые не существовали бы, не начни виновный дѣйствовать. Именно поэтому не относятся сюда сопутствующіе дѣянію элементы преступленія. Похищенная вещь можетъ быть либо чужой, либо своей; дѣяніе лица не можетъ измѣнить ея природы, и она совершенно не зависитъ отъ него.

Далѣе, оконченное дѣяніе не можетъ быть покушеніемъ; покушеніе, по самому своему существу, представляется неоконченнымъ дѣяніемъ. Но лицо, ограбившее домъ своего наслѣдодателя, не зная о смерти послѣдняго, совершаетъ не покушеніе на кражу, а оконченное дѣяніе, которому не хватаетъ одного изъ существенныхъ для состава кражи признаковъ. Отсюда, не можетъ подлежать и наказанію и такъ наз. покушеніе надъ негоднымъ объектомъ ¹⁾.

Это направленіе также вызываетъ серьезныя возраженія и оно также мало можетъ разсчитывать на признаніе, какъ и предыдущее. Такъ, даже если бы законъ признавалъ условіемъ покушенія незаконченность воплощенія волимыхъ элементовъ умысла, то нельзя было бы отрицать за посягательствомъ на негодный объектъ характера покушенія. Утвержденіе, что объектъ, какъ нѣчто реальное или бывшее, не можетъ быть предметомъ желанія, основано на той же ошибкѣ, что и разсмо-

¹⁾ Dohna, Mangel, s 46—49.

трѣнное выше положеніе о самостоятельномъ значеніи объекта, какъ элемента преступленія. Если существованіе объекта преступленія и не составляетъ предмета желаній виновнаго, потому что онъ убѣжденъ въ его наличности, то это желаніе и не существенно для умысла, который предполагаетъ не желаніе существованія объекта, а желаніе приведенія его въ опредѣленное соотношеніе съ дѣйствіемъ, желаніе видоизмѣненія его въ предусмотрѣнномъ закономъ смыслѣ. А это желаніе можетъ быть и обыкновенно бываетъ у виновнаго и при посягательствѣ на негодный объектъ, и потому нельзя утверждать, что объектъ, въ его юридическомъ значеніи, т. е., какъ подлежащій измѣненію предметъ, не охватывается волею виновнаго. Но затѣмъ надо замѣтить, что законъ вообще не ставитъ условіемъ покушенія отсутствіе воплощенія тѣхъ только элементовъ преступленія, которые были волимы виновнымъ. Законъ считаетъ условіемъ покушенія незаконченность задуманнаго виновнымъ преступленія, т. е., того преступленія, которое виновный имѣлъ намѣреніе реализовать. Но ошибочно думать, что упоминаемое закономъ намѣреніе тождественно съ волей виновнаго въ смыслѣ разбираемаго ученія ¹⁾. При опредѣленіи содержанія этого намѣренія, необходимо обращать вниманіе на реальное, а не на гипотетическое его содержаніе ²⁾. Анализъ § 43 герм. ул. показываетъ, что намѣреніе здѣсь разумѣется въ смыслѣ умысла совершить преступленіе, а понятіе объ умыслѣ не знаетъ дѣленія его элементовъ на представляемые и волимые. Въ составѣ умысла, можно различать активные (волевые) элементы и пассивные (интеллектуальные) элементы; но среди интеллектуальныхъ элементовъ нельзя проводить различія между безразличными и желательными для виновнаго элементами, такъ какъ это различіе неизвѣстно закону. Подъ умышленнымъ дѣяніемъ законъ разумѣетъ дѣйствіе, сознательно порожденное волею, совершенно безотносительно къ тому, хотѣлъ ли виновный воспроизведенія всѣхъ элементовъ дѣйствія, или же, желая однихъ, онъ только допускалъ реализацію другихъ, только соглашался на нее. Отсюда, въ разныхъ случаяхъ умышленной виновности можетъ быть различно и взаимоотношеніе чисто репрезентативныхъ и волимыхъ элементовъ: при умыслѣ прямомъ волимо большее

¹⁾ Roever, s. 53.

²⁾ Fabian, s. 28.

количество элементов умысла, при умислѣ эвентуальномъ— меньшее и т. п. Эта измѣнчивость и непостоянство состава волимыхъ элементовъ не позволяютъ признать за ними технического юридического значенія и они лучше всего доказываютъ то, что и законъ имъ этого значенія не придаетъ. Законъ требуетъ, чтобы реализація элементовъ умысла была вызвана волею виновнаго, но онъ вовсе не считаетъ необходимымъ, чтобы эти элементы были желательны виновному, и отсюда можно съ равнымъ правомъ сказать, какъ то, что всѣ элементы умысла волимы ¹⁾, такъ и то, что ни одинъ изъ нихъ не волимъ, а что всѣ только допускаются виновнымъ.

Такимъ образомъ, надо признать, что умисель виновнаго направляется не только на осуществленіе нѣкоторыхъ, но и на осуществленіе всѣхъ признаковъ преступленія ²⁾. Умисель не получаетъ полного осуществленія и дѣяніе принимаетъ форму покушенія, коль скоро нереализованъ какой-либо изъ элементовъ преступленія. При этомъ, безразлично, который изъ элементовъ преступленія отсутствуетъ въ составѣ покушенія: § 59 герм. ул. ст. достаточной ясностью устанавливаетъ равноправность всѣхъ элементовъ преступнаго умысла ³⁾. Нельзя дѣлить элементы умысла на фактическіе и идейные и признавать за ними различное юридическое значеніе ⁴⁾, потому что умисель, какъ показано, направляется на реализацію не только фактическихъ, но и идейныхъ элементовъ состава преступленія ⁵⁾. А если такъ, то очевидно, что и посягательство на негодный объектъ должно быть относимо къ области покушенія и подлежить наказанію въ качествѣ послѣдняго.

Переходя къ сложнымъ ученіямъ объ основаніи безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ, слѣдуетъ сказать, что они распадаются на ученія, кумулирующія основанія безнаказанности этого вида покушенія, т. е. приводящія въ подкрѣпленіе этого положенія нѣсколько различныхъ доводовъ, и ученія, отличающіяся сложнымъ характеромъ лишь въ виду стремленія ихъ давать разнымъ видамъ покушенія надъ негоднымъ объектомъ различное обоснованіе,—ученія, доводы кото-

¹⁾ Roever, s. 54.

²⁾ Kriegsmann, s. 36; Delaquis, s. 113; Bister, s. 26; Wintritz, s. 110.

³⁾ Kriegsmann, s. 37, 38; Germann, s. 161.

⁴⁾ Kriegsmann, s. 38, 39; Delaquis, s. 113.

⁵⁾ Delaquis, s. 113; Fabian, s. 27; Rudert, s. 51; Bister, s. 26.

рых находятся не въ кумулятивномъ, а въ альтернативномъ отношеніи другъ къ другу. Мы начнемъ съ разбора первой группы сложныхъ ученій и остановимся сначала на той ихъ разновидности, которая имѣетъ въ виду подкрѣпить новыми доводами уже извѣстное намъ утвержденіе, что посягательство на негодный объектъ представляетъ собою не покушеніе, а оконченное юридически безразличное дѣяніе.

По мнѣнію однихъ представителей этого направленія, въ случаяхъ посягательства на негодный объектъ нѣтъ состава покушенія и налицо имѣется лишь юридически безразличное оконченное дѣяніе. Но, сверхъ того, въ этомъ случаѣ не имѣется налицо и преступной воли. При посягательствѣ на негодный объектъ нельзя говорить о покушеніи, ибо во многихъ случаяхъ этого рода виновный вполне достигаетъ своей цѣли. Лицо, похищающее собственные часы вмѣсто чужихъ, вполне заканчиваетъ свое дѣйствіе. Безнаказанность этого дѣйствія обуславливается не тѣмъ, что его выполненіе было прервано, а тѣмъ, что этому дѣйствію уже съ самаго начала, уже съ момента составленія умысла, не хватало необходимаго элемента состава. Но дѣйствіе, достигающее намѣченной волею цѣли, не можетъ быть признано покушеніемъ ¹⁾. Съ другой стороны, въ этомъ случаѣ, нѣтъ преступной воли. При покушеніи виновный думаетъ, что онъ направляетъ свою дѣятельность противъ правового блага, но эти блага существуютъ не въ дѣйствительности, а въ его представленіи. Въ этомъ случаѣ, преступна только воля, какъ содержаніе мыслей виновнаго, но не объективно желаемое. Лицо, похищающее свою вещь вмѣсто чужой, въ существѣ дѣла, желаетъ похищенія конкретной вещи, а не похищенія чужой вещи; принадлежность вещи другому лицу составляетъ предметъ его представленій, а не намѣренія; его воля, слѣдовательно, въ дѣйствительности, направлена на реализацію дозволеннаго, а не запрещеннаго дѣянія ²⁾.

Вдумываясь въ существо этого ученія, мы видимъ, что оно представляетъ собою воспроизведеніе уже знакомыхъ намъ идей о томъ, что посягательство на негодный объектъ представляетъ собою оконченное дѣяніе и что оно реализуетъ всѣ волимые эле-

¹⁾ Kroschel, GS, XLIII, 1890, s. 220.

²⁾ Kroschel, GS, XLI, 1889, s. 280; Kroschel, GS, XLIII, 1890, s. 220—223.

менты умысла. Это учение отличается отъ предыдущихъ ученій только тѣмъ, что оно усваиваетъ каждому изъ соотвѣтственныхъ положеній самостоятельное значеніе и приводитъ второй доводъ не для разъясненія и доказательства перваго—не для того, чтобы показать, что въ посягательствѣ на негодный объектъ воплощаются всѣ элементы исполнительнаго дѣйствія,—а для подкрѣпленія перваго основанія другимъ самостоятельнымъ основаніемъ безнаказанности разсматриваемаго вида покушенія. Посягательство на негодный объектъ, по этому ученію, не отвѣчаетъ признакамъ наказуемаго покушенія не только потому, что оно представляетъ собою оконченное дѣяніе, но и потому, что въ составѣ этого посягательства отсутствуетъ преступная воля. Послѣднее утвержденіе и представляетъ собою оригинальную черту вышеизложеннаго ученія.

Обращаясь къ анализу этого положенія, нетрудно убѣдиться въ его несостоятельности. Авторы изложеннаго ученія утверждаютъ, что противоправность воли опредѣляется не содержаніемъ сопровождающихъ волю представлений, а объективными свойствами предмета посягательства: для преступности воли необходимо, чтобы было преступно не содержаніе представлений, а объективное желательное явленіе. Но, не говоря уже о психологической превратности такого утвержденія—воля, какъ явленіе духовнаго міра, можетъ характеризоваться исключительно однѣми психическими своими особенностями,—оно приводитъ и къ ошибочнымъ юридическимъ выводамъ. Если признаніе рѣшающаго значенія, при обсужденіи свойствъ воли, за объективную природою предмета посягательства и освобождаетъ отъ наказанія покушеніе на негодный объектъ, то оно зато включаетъ въ кругъ наказуемыхъ дѣяній всѣ случайныя преступленія—случайныя нарушенія правовыхъ благъ, что, конечно, лучше всего показываетъ ошибочность разбираемаго довода.

Инымъ характеромъ отличается другое сложное учение о безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ. Согласно этому ученію, правопорядокъ, какъ нѣчто идеальное, можетъ быть нарушенъ лишь путемъ посягательства на благо, стоящее подъ охраною правопорядка, и существованіе подобнаго объекта посягательства составляетъ необходимое условіе преступности дѣянія. Но въ виду того, что покушеніе представляетъ собою также преступное дѣяніе, то, очевидно, что и для его состава также обязательна наличность соотвѣтственнаго условія.

При посягательствѣ на негодный объектъ не имѣется налицо нарушенія принятаго правовымъ порядкомъ подь свою охрану правового блага, и потому это дѣяніе не можетъ подлежать наказанію. Мало того, въ пользу того же вывода говорятъ и иныя основанія. При принятіи противоположнаго мнѣнія въ случаѣ посягательства на негодный объектъ, пришлось бы признавать наличность не покушенія, а оконченнаго преступленія; ибо, если, въ области покушенія, рѣшающее значеніе принадлежитъ субъективному мнѣнію виновнаго, то и окончаніе покушенія должно опредѣляться послѣднимъ, а такъ какъ не существуетъ средней стадіи между покушеніемъ и оконченнымъ преступленіемъ, то, въ случаѣ посягательства на негодный объектъ, пришлось бы принять наличность оконченнаго преступленія. Наконецъ, при принятіи противоположнаго мнѣнія, была бы неизбежной необходимостью допущенія фигуры покушенія на покушеніе, въ тѣхъ случаяхъ, когда виновный не закончилъ, а только успѣлъ начать свою дѣятельность, направленную на негодный объектъ, напр., только успѣлъ прицѣлиться въ пень, принятый имъ за человѣка и т. п. ¹⁾

Первое положеніе этого ученія было разобрано нами уже выше: мы уже знаемъ, что оно, являясь совершенно справедливымъ по отношенію къ оконченному преступленію, вовсе не примѣнимо къ покушенію на преступленіе ²⁾.

Второе положеніе неправильно потому, что оно примѣняетъ начала обсужденія состава покушенія при обсужденіи состава оконченнаго преступленія. При покушеніи дѣйствительно элементамъ дѣянія виновнаго должно быть придаваемо то значеніе, которое они имѣли въ воображеніи виновнаго, но это неправильно при оконченномъ преступленіи, свойства котораго должны обладать опредѣленною объективною природою. Съ другой стороны, это положеніе смѣшиваетъ надежды, возлагаемая виновнымъ на совершаемое имъ дѣйствіе, съ тою оцѣнкою, которую онъ даетъ уже совершенному имъ дѣйствію; оно выдвигаетъ критеріемъ опредѣленія свойствъ дѣйствія первую точку зрѣнія, тогда какъ мы говорили объ этомъ уже выше, при опредѣленіи природы акта, какъ покушенія, имѣетъ значеніе только вторая. Наконецъ, не можетъ быть признано убѣдительнымъ

¹⁾ Bar, Versuch, s. 10—12.

²⁾ Ср., Schwarze, НН, II, s. 301; Колоколовъ, стр. 177.

и послѣднее возраженіе противъ признанія посягательства на негодный объектъ за покушеніе. Какъ уже замѣчено въ литературѣ, нельзя говорить о томъ, что признаніе посягательства на негодный объектъ покушеніемъ приводитъ къ допущенію возможности реализаціи покушенія на покушеніе. Признавая дѣяніе виновнаго за покушеніе, мы противопоставляемъ его оконченному преступленію. Для покушенія необходимо, чтобы виновный осуществилъ часть преступнаго умысла, но юридически совершенно безразлично, какую именно часть своего умысла онъ привелъ въ исполненіе ¹⁾. Первая стадія въ реализаціи состава преступленія не является покушеніемъ на реализацію второй его стадіи. Характеръ дѣянія, какъ покушенія, опредѣляется содержаніемъ умысла виновнаго, и потому осуществленіе малой части умысла представляется такимъ же покушеніемъ на задуманное преступленіе, какъ и осуществленіе значительной его части. Различіе въ объемѣ содѣяннаго можетъ имѣть значеніе для проведенія различій между видами покушенія (дѣленіе покушенія на оконченное и неоконченное), но оно не дѣлаетъ покушенія съ меньшимъ объективнымъ составомъ покушеніемъ на покушеніе съ большимъ объективнымъ составомъ.

Наконецъ, по взгляду нѣкоторыхъ представителей этого направленія, покушеніе надъ негоднымъ объектомъ не можетъ подлежать наказанію, во-первыхъ, потому, что въ этомъ случаѣ не имѣется налицо объекта, который составляетъ необходимый элементъ всякаго преступленія; во-вторыхъ, потому, что это дѣяніе неопасно, такъ какъ явленіе несуществующее не можетъ быть подвергнуто опасности, а наказанію могутъ подлежать только дѣянія вредныя или опасныя для правовыхъ благъ; наконецъ, въ-третьихъ, потому, что покушеніе надъ негоднымъ объектомъ не удовлетворяетъ законному понятію о покушеніи. Это дѣяніе не можетъ привести къ намѣченному виновнымъ результату, а подъ началомъ исполненія въ обыденномъ смыслѣ можно разумѣть тѣ только дѣянія, которыя, вообще говоря, способны привести къ достиженію преступнаго результата ²⁾.

Анализъ этого ученія показываетъ, что оно состоитъ изъ сочетанія неправильныхъ положеній. Такъ, мы говорили уже въ предшествующемъ изложеніи, что объектъ преступнаго воз-

¹⁾ Kriegsmann, s. 41.

²⁾ Hagemann, GA, XXXII, 1884, s. 229—233, 236, 240.

дѣйствія (только о негодности этого объекта и можетъ идти рѣчь въ ученіи о покушеніи) представляетъ собою элементъ не всѣхъ, а только нѣкоторыхъ преступленій и, слѣдовательно, отсутствіе объекта потребнаго свойства еще не означаетъ собою отсутствія преступленія. Сверхъ того, и въ тѣхъ случаяхъ, когда объекту преступнаго воздѣйствія составляетъ необходимый элементъ преступленія, онъ является предположеніемъ наличности оконченнаго преступленія, а не покушенія, и на фактъ отсутствія этого объекта нельзя основывать безнаказанности покушенія. Далѣе, неправильно утвержденіе, что явленіе несуществующее не можетъ быть подвергнуто опасности. Какъ мы знаемъ, опасность—не объективное явленіе, и созданіе опасности—не физическое воздѣйствіе на извѣстный предметъ. Создать опасность значитъ внушить людямъ опасеніе за судьбу и цѣлость представляемаго ими явленія, которое можетъ быть какъ реальнымъ, такъ и несуществующимъ. И, если виновный стрѣляетъ въ комнату, гдѣ обыкновенно находится жертва, мы признаемъ его дѣяніе опаснымъ для жизни послѣдней, хотя бы человѣка тамъ и не было. Наконецъ, что касается третьяго довода этого ученія, то произвольность его намъ уже извѣстна изъ предыдущаго.

Вслѣдъ за разсмотрѣніемъ ученій, кумулирующихъ разные доводы въ пользу безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ, надлежитъ разсмотрѣть ученія, которыя приводятъ различные доводы въ пользу соотвѣтственнаго положенія не для взаимнаго усиленія значенія соотвѣтственныхъ доводовъ, а потому, что они полагаютъ невозможнымъ обосновать безнаказанность разныхъ сферъ этого покушенія одними и тѣми же соображеніями. По взгляду представителей этого ученія, въ области покушенія на негодный объектъ, необходимо различать покушеніе надъ юридически негоднымъ объектомъ и покушеніе надъ физически негоднымъ объектомъ. Первое ненаказуемо, потому что въ этомъ случаѣ имѣется налицо не покушеніе, а оконченное дѣяніе, второе,—потому что въ этомъ случаѣ несуществуетъ необходимой для состава покушенія преступной воли.

Подвергая составъ покушенія юридическому анализу, нельзя не замѣтить, что оно представляетъ собою въ сущности не попытку совершить преступленіе, а попытку выполнить фактическое дѣяніе. Никто не пытается совершить преступленіе ради преступленія, и преступникъ совершаетъ попытку реализаціи дѣянія ради реальныхъ его послѣдствій, *несмотря* на то, что за

него грозитъ наказаніе, несмотря на то, что оно выльется въ форму преступленія. Нѣтъ стремленія у виновнаго и нарушить запреты правопорядка. Сообразно съ этимъ, не существуетъ и покушенія на преступленіе въ собственномъ смыслѣ, а есть только покушеніе на реализацію дѣянія, обложеннаго угрозою уголовного закона. О такомъ покушеніи можетъ быть рѣчь только тогда, когда имѣется налицо покушеніе на дѣйствіе, т. е., когда рассматриваемое дѣяніе находится еще въ стадіи покушенія и никоимъ образомъ нельзя считать покушеніемъ оконченное дѣяніе. Но посягательство на негодный объектъ и представляетъ собою такое оконченное дѣяніе—лицо, задумавшее похитить часы и дѣйствительно похитившее ихъ, завершило реализацію своего намѣренія, совершенно безотносительно къ тому, были ли эти часы чужими или же они принадлежали самому виновному; лицо, тайно провезшее черезъ границу, по ошибкѣ, вмѣсто чаю безошлинный товаръ, также закончило реализацію своего намѣренія, какъ если бы ему удалось провезти чай. Эти дѣянія нельзя признать наказуемыми покушеніями, потому что они представляютъ собою оконченныя дѣянія.

Напротивъ, въ случаѣ покушенія на физически негодный объектъ, напр., въ случаѣ выстрѣла въ пень, принятый за человека, имѣется налицо не оконченное дѣяніе, а подлинное покушеніе, такъ какъ въ этомъ случаѣ нѣтъ совпаденія между намѣреніемъ виновнаго и реализованнымъ имъ дѣйствіемъ. Но эти дѣянія и не представляются посягательствами на негодный объектъ; они направляются на объектъ отсутствующій. Наказанію они, однако, не могутъ подлежать, ибо въ этомъ случаѣ нѣтъ налицо преступной, т. е., направленной на нарушеніе правового блага воли ¹⁾.

Приступая къ разбору этого ученія, слѣдуетъ сказать, что оба положенія его нами уже были рассмотрѣны и къ анализу ихъ здѣсь нѣтъ нужды возвращаться. Особаго вниманія заслуживаетъ только самая идея дѣленія рассматриваемаго типа покушенія на виды и попытка отысканія для cadaго изъ нихъ особаго основанія безнаказанности. Въ этомъ отношеніи, слѣдуетъ замѣтить, что приведенное ученіе отличается большею проду-

¹⁾ Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 35, 36, 40, 64—66; Havenstein, Zu Prof. Zucker, s. Aufsatz: Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuch, GA, XXXVII, s. 131 ff.

манностью, чѣмъ сродныя ему конструкціи, и старается выдѣлить изъ группы покушеній, относимыхъ имъ къ оконченнымъ дѣяніямъ, тѣ акты, несоотвѣтствіе которыхъ послѣднему понятію особенно очевидно. Если всѣ ученія этого рода умышленно игнорируютъ многія свойства преступнаго намѣренія съ цѣлью доказательства воплощенія въ посягательствѣ на негодный объектъ всѣхъ признаковъ этого намѣренія, то это ученіе опускаетъ все же менѣе признаковъ намѣренія, чѣмъ другія аналогичныя ему конструкціи. Но, конечно, это обстоятельство не устраняетъ основного порока этого ученія—неправильнаго истолкованія существа преступнаго намѣренія, какъ исходнаго пункта его аргументаціи.

Намъ остается познакомиться съ воззрѣніями германской доктрины на основанія безнаказанности покушенія на отсутствующій объектъ. Отношеніе германскихъ ученыхъ къ этому предмету отличается нѣкоторыми особенностями, и большинство сторонниковъ принципа безнаказанности этого вида негоднаго покушенія находятъ, что этотъ принципъ вовсе не нуждается въ особомъ оправданіи. Многіе ученые думаютъ, что, въ отличіе отъ началъ безнаказанности покушенія съ негодными средствами и покушенія надъ негоднымъ объектомъ, принципъ безнаказанности покушенія на отсутствующій объектъ разумѣется самъ собою. Наказуемость покушенія, по ихъ взгляду, также, какъ и наказуемость оконченнаго преступленія, предполагаетъ наличность объекта преступнаго воздѣйствія на мѣстѣ совершенія преступленія и потому, при отсутствіи этого объекта въ соотвѣтственномъ мѣстѣ, отпадаетъ и наказуемость покушенія. И если въ этихъ случаяхъ и нужно что-либо обосновывать догматически, такъ это то, почему не всѣ виды покушенія на отсутствующій объектъ остаются безнаказанными, почему въ нѣкоторыхъ случаяхъ этого рода дѣйствіе виновнаго подлежитъ наказанію и пр. Этимъ направленіемъ мысли и объясняется то своеобразное содержаніе, которое получили ученія о покушеніи на отсутствующій объектъ. Конструктивные дефекты этихъ ученій были выяснены нами уже выше (§ 37), и теперь мы къ нимъ уже не будемъ возвращаться. Достаточно сказать, что исходный ихъ пунктъ—постулатъ наличности объекта, какъ условія наказуемости покушенія, совершенно не выдерживаетъ критики и покушеніе подлежитъ наказанію и въ случаѣ отсутствія объекта преступнаго воздѣйствія въ предположенномъ виновнымъ мѣстѣ.

Однако, нѣкоторые (правда, очень немногіе) ученые придерживаются иного взгляда на этотъ предметъ и, полагая, что начало безнаказанности покушенія на отсутствующій объектъ нуждается въ особомъ обоснованіи, приводятъ спеціальные доводы въ пользу этого принципа. По взгляду однихъ, въ случаѣ посягательства на отсутствующій объектъ, мы имѣемъ дѣло не съ покушеніемъ, а съ неполнотою состава преступленія ¹⁾; по взгляду другихъ, въ этомъ случаѣ, отсутствуетъ опасность дѣянія виновнаго, представляющая собою необходимый признакъ покушенія ²⁾, наконецъ, по взгляду третьихъ, въ этомъ случаѣ, нѣтъ дѣянія, начинающаго выполнение состава преступленія, и потому не можетъ быть рѣчи и о наказуемомъ покушеніи ³⁾. Эти воззрѣнія не представляютъ собою ничего оригинальнаго, и несостоятельность ихъ уже была установлена нами въ предшествующемъ изложеніи.

Аналогичныя замѣчанія вызываютъ и ученія объ основаніяхъ безнаказанности покушенія надъ несуществующимъ объектомъ: эти ученія, также, какъ и предыдущая группа ученій, представляютъ собою приложеніе уже знакомыхъ намъ идей къ рѣшенію указаннаго вопроса. Одни криминалисты думаютъ, что покушеніе на несуществующій объектъ ненаказуемо, потому что въ этомъ случаѣ мы встрѣчаемся съ отсутствіемъ объекта посягательства и дѣяніе лица принимаетъ форму неполноты состава преступленія ⁴⁾; другіе полагаютъ, что покушеніе въ этомъ случаѣ освобождается отъ наказанія, вслѣдствіе неопаснаго характера воли дѣйствующаго лица ⁵⁾. Несостоятельность этихъ воззрѣній также уже была показана нами выше.

Итакъ, въ результатѣ разбора попытокъ обоснованія безнаказанности негоднаго покушенія и отдѣльныхъ его видовъ, мы пришли къ убѣжденію въ несостоятельности всѣхъ относящихся сюда ученій. Причина этого заключается въ томъ, что начало безнаказанности негоднаго покушенія вообще не нашло себѣ опоры въ германскомъ законѣ, и потому естественно изъ этого

¹⁾ Cohn, s. 442, 443.

²⁾ Kohn, s. 42, 43.

³⁾ Scherer, GS, XXI, 1877, s. 487, 488.

⁴⁾ Hagemann, GA, XXXII, 1884, s. 236, 237.

⁵⁾ Havenstein, GA, XXXVI, 1888, s. 65.

закона выведено быть не может. Основаніе этого принципа должно быть отыскиваемо не въ законѣ, а въ иной области. Для уразумѣнія существа раскрывающейся передъ нами въ этомъ случаѣ проблемы, необходимо имѣть въ виду слѣдующее.

Германскій законъ не заключаетъ въ себѣ рѣшенія вопроса о юридическомъ значеніи негоднаго покушенія, но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, чтобы этотъ видъ покушенія раздѣлялъ судьбу другихъ видовъ предварительной дѣятельности въ германскомъ правѣ. Право законное, ни въ Германіи, ни въ другихъ государствахъ, не исчерпываетъ собою всѣхъ видовъ положительнаго права и, на ряду съ закономъ, всѣ страны знаютъ и другіе виды нормативныхъ фактовъ ¹⁾. Въ частности, особенно важное значеніе, въ качествѣ источниковъ права, имѣютъ положенія доктрины права. Положеніе, не извѣстное закону, можетъ, тѣмъ не менѣе, носить характеръ позитивно-правового положенія, вслѣдствіе признанія его доктриною права ²⁾.

Но можно ли говорить о томъ, что принципъ безнаказанности негоднаго покушенія представляетъ собою начало, поддерживаемое авторитетомъ доктрины права въ Германіи? Предшествующее изложеніе даетъ намъ полное право рѣшить этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ. Какъ мы видѣли выше, если криминалисты и не всегда согласны между собою относительно содержанія понятій о негодномъ покушеніи и его видахъ, то огромное большинство ученыхъ сходится между собою въ признаніи необходимости освобожденія извѣстныхъ видовъ этого покушенія отъ наказанія. И если современная германская доктрина вполне приравниваетъ покушеніе надъ отсутствующимъ объектомъ къ другимъ видамъ наказуемаго покушенія, то она столь же рѣшительно освобождаетъ отъ наказанія покушеніе съ негодными средствами и покушеніе надъ негоднымъ объектомъ. Менѣе часто упоминается въ германской доктринѣ о безнаказанности покушенія надъ несуществующимъ объектомъ, но мы уже говорили, это обстоятельство объясняется не сомнительностью начала безнаказанности этого вида покушенія, а малымъ практическимъ значеніемъ послѣдняго, и нѣтъ основанія отрицать нормативнаго значенія положеній доктрины по этому поводу.

¹⁾ Петражицкій, Теорія права, II, стр. 572 и сл.

²⁾ Петражицкій, Теорія права, II, стр. 586.

§ 41. Негодное покушеніе во французскомъ правѣ.

Переходя къ разсмотрѣнію вопроса о значеніи негодности покушенія во французскомъ правѣ, мы убѣждаемся, что, при рѣшеніи этого вопроса во Франціи, наблюдается несравненно менѣе споровъ, чѣмъ въ Германіи. Французская юриспруденція, несмотря на вѣковое существованіе кодекса 1810 года, знаетъ несравненно менѣе различныхъ рѣшеній вопроса о юридической природѣ негоднаго покушенія, чѣмъ германская литература за послѣднія пятьдесятъ лѣтъ.

Разбирая юридическую природу негоднаго покушенія, французскіе юристы различаютъ въ составѣ его три вида дѣяній: покушеніе съ негодными средствами, покушеніе надъ негоднымъ объектомъ и покушеніе надъ отсутствующимъ объектомъ. Этого дѣленія и слѣдуетъ придерживаться, при изложеніи воззрѣній французскихъ криминалистовъ на объемъ понятій объ этихъ дѣяніяхъ. Эти воззрѣнія послѣдовательно прошли двѣ различныя стадіи развитія.

Такъ, что касается покушенія съ негодными средствами, то, въ теченіе долгаго времени, начиная съ конца двадцатыхъ и вплоть до конца восьмидесятыхъ годовъ истекшаго столѣтія, оно признавалось во Франціи ненаказуемымъ дѣяніемъ. При этомъ, къ области этого вида негоднаго покушенія относились всѣ вообще случаи примѣненія негодныхъ средствъ, т. е., средствъ, не могущихъ привести къ воспроизведенію преступнаго результата, при нормальной обстановкѣ совершенія дѣянія. Никакихъ ограниченій области этого покушенія господствовавшее въ то время мнѣніе не знало ¹⁾. Оно только ограничивалось разъясненіемъ, что къ области негоднаго покушенія не относится неумѣлое и неловкое примѣненіе годныхъ средствъ или обусловленное неопытностью виновнаго неуспѣшное употребленіе годныхъ средствъ ²⁾; но представители его категорически возражали про-

¹⁾ Chauveau-Hélie, I, p. 383; Trébutien, I, p. 93; Bertauld, p. 205; Lacointa, *Revue critique*, XXIII, 1863, p. 474; Lefort. De la tentative des crimes impossibles, *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, II, 1878, p. 162; Lainé, p. 134; Rossi, II, p. 152; Rivière, *Frankreich, Strafgesetzgebung der Gegenwart*, I, 1894, p. 438.

²⁾ Lacointa, *Rev. Crit.* XXIII, 1863, p. 475.

тивъ предложеннаго нѣкоторыми учеными ¹⁾ распространенія наказуемости на случаи примѣненія недостаточныхъ средствъ ²⁾, противъ предложенія нѣкоторыхъ ученыхъ ³⁾ распространить наказуемость на случаи примѣненія негодныхъ средствъ, случайно схваченныхъ субъектомъ вмѣсто средствъ годныхъ ⁴⁾ и противъ проектируемой нѣкоторыми криминалистами ⁵⁾ репрессіи примѣненія средствъ самихъ по себѣ годныхъ, но случайно парализованныхъ виновнымъ при приведеніи средствъ въ удобный для поднесенія жертвѣ видъ (ядъ былъ подмѣшанъ въ напитокъ, парализовавшій его дѣйствіе) ⁶⁾.

Такого же взгляда придерживалась и прежняя практика во Франціи, и если нѣкоторые мѣстные суды и высказывались въ пользу наказуемости лицъ, примѣнившихъ негодныя средства, принявъ ихъ по случайной ошибкѣ за годныя ⁷⁾, то другіе суды распространяли начало безнаказанности покушенія и на эти случаи ⁸⁾.

Изъ изложеннаго видно, что, при опредѣленіи круга безнаказанныхъ случаевъ примѣненія негодныхъ средствъ при покушеніи, господствующее мнѣніе во французской наукѣ указаннаго періода совершенно не прибѣгало къ дѣленію средствъ покушенія на абсолютно и относительно негодныя средства. Однако, во французской литературѣ новѣйшаго времени весьма широко распространено противоположное мнѣніе, и многіе криминалисты утверждаютъ, что въ старой доктринѣ, на ряду со взглядомъ, отрицавшимъ наказуемость примѣненія всякихъ вообще негодныхъ средствъ, существовало воззрѣніе, допускавшее безнаказанность только въ случаѣ примѣненія абсолютно негодныхъ средствъ, и относившее примѣненіе относительно негодныхъ средствъ къ области наказуемаго покушенія. При этомъ, содержаніе соответствующихъ понятій обрисовывалось совершенно тождественно съ тѣмъ ученіемъ германской доктрины,

¹⁾ Villey; p. 98.

²⁾ Lainé, p. 134, 133.

³⁾ Rauter, I, p. 193.

⁴⁾ Rossi, II, p. 152; Ortolan, p. 418; Lainé, p. 134, 133.

⁵⁾ Ortolan, p. 418, 419; Villey, p. 98.

⁶⁾ Lefort, Rev. generale, II, 1878, p. 162; Lainé, p. 134, 133.

⁷⁾ Agen, (8 dec. 1849 (Daloz, Répertoire methodique et alphabetique de legislation, XLII, 1861, p. 267).

⁸⁾ Rouen (Blanche, I, p. 11).

по которому абсолютно негоднымъ средствомъ почитается всякое средство, которое, будучи примѣнено въ нормальной обстановкѣ, не способно привести къ реализаціи преступленія, а относительно негоднымъ средствомъ-средство, способное воспроизвести результатъ въ указанныхъ условіяхъ и не достигшее послѣдняго лишь въ силу случайныхъ обстоятельствъ, напр., неумѣлаго примѣненія средства виновнымъ и т. п. ¹⁾). Такимъ образомъ, изъ этого ученія вытекаетъ, что криминалисты, не признающіе дѣленія негодности средствъ на абсолютную и относительную и объявляющіе ненаказуемымъ всякое вообще покушеніе съ негодными средствами отвергаютъ, въ существѣ дѣла, наказуемость всякаго вообще покушенія, ибо покушеніе съ относительно негодными средствами и представляетъ собою нормальную форму покушенія. Это утвержденіе нуждается въ строгой провѣркѣ.

Внимательное изученіе литературы раскрываетъ неправильность этого взгляда. Въ сочиненіяхъ французскихъ криминалистовъ дѣйствительно можно найти попытку противопоставленія абсолютной негодности покушенія относительной его негодности, но оно совершенно не имѣетъ того смысла, который придаетъ ему новѣйшая французская литература. Криминалисты, упоминающіе объ этомъ дѣленіи покушенія на виды, вовсе не имѣютъ въ виду подраздѣлить средства покушенія на абсолютно и относительно негодныя, въ смыслѣ германской доктрины, а криминалисты, не знающіе этого дѣленія, вовсе не утверждаютъ, что покушеніе должно быть оставляемо безъ наказанія и въ случаѣ конкретной или относительной негодности средствъ. За дѣленіемъ средствъ на абсолютно и относительно негодныя, во французской литературѣ скрываются попытки выдѣленія изъ числа случаевъ примѣненія абсолютно негодныхъ средствъ нѣкоторыхъ болѣе серьезныхъ случаевъ, при томъ, попытки крайне малочисленныя, совершенно разнородныя, не связанныя общемою мыслью, и потому не могущія быть объединенными въ одно научное направленіе. Въ самомъ дѣлѣ, одинъ изъ представителей этого взгляда относитъ къ области относительно невозможнаго покушенія употребленіе средствъ, случайно парализованныхъ

¹⁾ Champcommunal, Rev. crit. Nouv. serie, XXIV, 1895, p. 95; Garraud I, p. 397; Garraud, Précis, p. 153; Gallet, p. 239; Calon, p. 20; Vidal, p. 157; Degois, p. 153.

собственно дѣятельностью виновнаго ¹⁾, а другой, на ряду съ упомянутымъ только что актомъ, къ этому виду покушенія относить еще и примѣненіе такъ наз. недостаточныхъ средствъ ²⁾. Отсюда нельзя признать справедливою и ту оцѣнку, которую даетъ современная французская литература этому ученію.

Такимъ образомъ, французская доктрина и практика отводили въ теченіи долгаго времени чрезвычайно широкое мѣсто безнаказанности покушенія съ негодными средствами, освобождая отъ наказанія всѣ случаи примѣненія средствъ, неспособныхъ воспроизвести результатъ при нормальной обстановкѣ. Но, начиная съ девяностыхъ годовъ истекшаго столѣтія, во Франціи происходитъ рѣзкая перемѣна въ воззрѣніяхъ на этотъ предметъ и какъ французская доктрина, такъ и практика высказываются въ пользу измѣненія прежней системы регламентаціи негоднаго покушенія въ направленіи усиленія неумолимости дѣйствія карательнаго права. Появленіе такихъ стремленій во французской юриспруденціи открываетъ собою новый періодъ въ развитіи идей о покушеніи съ негодными средствами, въ которомъ, въ свою очередь, можно ясно различить двѣ послѣдовательныя стадіи.

Первая стадія новаго направленія французской юриспруденціи характеризуется тѣмъ, что французскіе криминалисты, высказываясь, вообще говоря, въ пользу наказуемости покушенія съ негодными средствами, полагаютъ нужнымъ исключить изъ дѣйствія этого правила случаи примѣненія негодныхъ средствъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію. При этомъ, наиболѣе ранніе представители новаго направленія, не будучи въ силахъ вполне отказаться отъ прежнихъ взглядовъ на актъ примѣненія негодныхъ средствъ, утверждаютъ, что это дѣйствіе не составляетъ покушенія, но что примѣненіе негодныхъ средствъ съ преступною цѣлью должно быть поставлено подъ угрозу уголовного закона въ качествѣ *delictum sui generis*, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, въ которыхъ примѣненіе подобныхъ средствъ было вызвано крайнимъ невѣжествомъ или суевѣріемъ дѣйствующаго лица ³⁾. Большинство же представителей этого воззрѣнія, относя упо-

¹⁾ Ortolan, p. 418, 419; Только у Lainé, p. 131, мы находимъ правильное воспроизведеніе этого взгляда Ortolan'a.

²⁾ Villey, p. 98.

³⁾ Champcommunal, Rev. crit. Nouv. serie, XXIV, 1895, p. 94—100.

требленіе негодныхъ средствъ къ покушенію и признавая покушеніе съ негодными средствами принципiально такимъ же наказуемымъ дѣяніемъ, какъ и годное покушеніе, допускаетъ лишь одно исключеніе изъ этого правила: примѣненіе негодныхъ средствъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію подлежитъ освобожденію отъ уголовного наказанія ¹⁾.

Вторая стадія развитія ученій о негодномъ покушеніи характеризуется признаніемъ наказуемости всѣхъ рѣшительно случаевъ примѣненія негодныхъ средствъ съ преступною цѣлью. Этого воззрѣнія придерживается большинство современныхъ французскихъ криминалистовъ ²⁾ и оно должно быть признано за выраженіе современнаго французскаго правосознанія. Покушеніе съ негодными средствами наказуемо въ современномъ французскомъ правѣ даже въ томъ случаѣ, когда негодныя средства были примѣнены виновнымъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію.

На ряду съ покушеніемъ съ негодными средствами, французская юриспруденція упоминаетъ о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ. При опредѣленіи юридическаго значенія этого вида покушенія, французскіе юристы также обнаруживаютъ несравненно болѣе согласія, чѣмъ юристы германскіе.

Такъ, въ прежней литературѣ и практикѣ французскаго права, покушеніе надъ негоднымъ объектомъ согласно признавалось ненаказуемымъ дѣяніемъ и, при томъ, совершенно независимо отъ свойствъ негодности объекта преступнаго воздѣйствія (безотносительно къ тому, былъ ли этотъ объектъ физически негоднымъ или же онъ былъ негоденъ юридически) ³⁾. Этотъ взглядъ, незыблемо державшійся въ доктринѣ права, раздѣлялся и кассационнымъ судомъ, который призналъ, что попытка совершенія аборта надъ мнимо-беременной женщиной, не можетъ подлежать уголовному наказанію ⁴⁾.

¹⁾ Garraud, I, p. 401; Gallet, p. 297; Calon, p. 71.

²⁾ Garraud, *Precis*, p. 154; Vidal, p. 159; Degois, p. 157; Foignet-Dupont-Manuel élémentaire de droit criminel, 1907, p. 53, 54.

³⁾ Rossi, II, p. 152; Chauveau-Helie, I, p. 383; Rauter, I, p. 185, 186; Ortolan, p. 417; Bertauld, p. 202; Lainé, p. 130, 134; Villey, p. 98; Garraud, I, p. 399, 400; Garraud, *Precis*, p. 155; Laborde, p. 75; Riviere, p. 438.

⁴⁾ Cass. 6 janv. 1859 (*Dalloz*, *Jurisprudence générale*, *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine*, 1859, I, p. 336).

Однако, новая французская литература разошлась съ прежней доктриною и при рѣшеніи вопроса о значеніи посягательства на негодный объектъ. Начиная съ середины девятидесятихъ годовъ девятнадцатаго столѣтія, во Франціи появляется теченіе въ пользу признанія этого дѣянія наказуемымъ дѣйствиємъ. Первоначально юристы не рѣшаются приравнять его къ обыкновенному виду наказуемаго покушенія и полагаютъ, что оно должно подлежать наказанію въ видѣ преступленія особаго рода ¹⁾. Но затѣмъ большинство ученыхъ высказывается въ пользу отождествленія посягательства на негодный объектъ и покушенія на преступленіе и признаетъ покушеніе на негодный объектъ обыкновеннымъ видомъ покушенія ²⁾. Эта точка и раздѣляется господствующимъ воззрѣніемъ во Франціи въ настоящее время.

Наконецъ, къ составу негоднаго покушенія во Франціи относятся еще и покушеніе на отсутствующій объектъ, при чемъ этотъ видъ покушенія не только не имѣетъ здѣсь того второстепеннаго значенія, какъ въ германскомъ правѣ, но, наоборотъ, оказывается видомъ негоднаго покушенія, привлекающимъ къ себѣ главное вниманіе доктрины и практики французскаго права. При разборѣ юридическаго значенія покушенія на отсутствующій объектъ мы убѣждаемся, что этотъ вопросъ, также какъ и проблема значенія другихъ видовъ негоднаго покушенія, находилъ себѣ во Франціи два радикально отличныхъ другъ отъ друга рѣшенія.

Прежняя литература, за крайне рѣдкими исключеніями ³⁾, высказывалась въ пользу безнаказанности покушенія надъ отсутствующимъ объектомъ и, при томъ, не только въ томъ случаѣ, когда отсутствовалъ объектъ убійства ⁴⁾, но и въ томъ, когда отсутствовалъ предметъ воровства ⁵⁾. Этого же воззрѣнія придерживалась прежняя практика, признававшая, что выстрѣлъ въ комнату въ надеждѣ убить лицо, успѣвшее оттуда заблаго-

¹⁾ Champcommunal, Rev. crit. Nouv. série, XXIV, 1895, p. 99, 100.

²⁾ Vidal, p. 159; Degois, p. 157; Gallet, p. 285; Calon, p. 75.

³⁾ Ср., напр., воззрѣніе Rauter, I, p. 185, 186.

⁴⁾ Chauveau-Helie, I, p. 383; Trebutien, I, p. 93; Bertauld, p. 206; Blanche, I, p. 12.

⁵⁾ Lefort, Rev. générale, II, 1878, p. 161; Lainé, p. 133; Laborde, p. 75; Rivière, p. 438.

временно удалиться, не составляет наказуемого покушения ¹⁾.

Но, позднѣе, также, какъ и въ области ученій о другихъ видахъ негоднаго покушенія, во французской юриспруденціи зарождается новое возрѣніе на значеніе посягательства на отсутствующій объектъ. Инициативу реформы прежняго ученія принимаетъ на себя французская практика; французскій кассационный судъ уже въ семидесятыхъ годахъ истекшаго столѣтія провозглашаетъ положеніе, что отсутствіе объекта преступнаго воздѣйствія въ предположенномъ виновнымъ мѣстѣ не обуславливаетъ собою безнаказанности покушенія и, при томъ, не только при кражѣ ²⁾, но и при убійствѣ ³⁾. Впослѣдствіи этотъ взглядъ утверждается во французской кассационной практикѣ и попытки нѣкоторыхъ мѣстныхъ судовъ признать отсутствіе объекта посягательства за условіе безнаказанности покушенія ⁴⁾, встрѣчаютъ рѣзкій отпоръ со стороны кассационнаго суда ⁵⁾. За практикою слѣдуетъ доктрина, которая въ настоящее время также высказывается въ пользу наказуемости посягательства на отсутствующій объектъ и если наиболѣе ранніе изъ сторонниковъ этого направленія и находили возможнымъ карать посягательство на отсутствующій объектъ только въ качествѣ особаго преступленія и не рѣшались отождествлять его съ покушеніемъ ⁶⁾, то большинство современныхъ французскихъ ученыхъ вполне ассимилируетъ соотвѣтствующее дѣяніе съ покушеніемъ на преступленіе ⁷⁾.

Мы познакомились съ нормативными принципами опредѣленія области наказуемаго покушенія во Франціи и изъ изложеннаго можно убѣдиться, что при рѣшеніи проблемы о значеніи негодности или отсутствія объекта преступленія при покушеніи, французская юриспруденція совершенно не прибѣгала къ дѣле-

¹⁾ Montpellier, 26 fevr. 1852 (Dalloz, Jurisprudence, 1852, V, p. 531); Chambéry 30 janv. 1877 (Sirey-Devilleneuve, Recueil général des lois et des arrêts, 1877, I, p. 330).

²⁾ Cass. 4 nov. 1876 (Sirey, 1877, I, p. 48); Orleans, 19 fevr. 1895 (Sirey, 1895, II, p. 85).

³⁾ Cass. 12 avr. 1877 (Sirey, 1877, I, p. 330).

⁴⁾ Paris, 19 Oct. 1894 (признаніе безнаказанности попытки похищенія денегъ изъ пустой церковной кружки).

⁵⁾ Cass. 4 janv. 1895 (Sirey, 1895, I, p. 108).

⁶⁾ Champcommunal, Rev. crit. Nouv. Serie, XXIV, 1895, p. 99, 100.

⁷⁾ Garraud, I, p. 394 rem. 3; Garraud, Précis, p. 153; Vidal, p. 159; Degois, p. 152; Gallet, p. 285; Calon, p. 75.

нію объектовъ на абсолютно и относительно негодные объекты посягательства. Однако, обзоръ новѣйшей французской литературы показываетъ, что большинство современныхъ криминалистовъ Франціи держится иного взгляда и полагаетъ, что въ прежнее время, на ряду съ воззрѣніемъ, отрицавшимъ наличность покушенія во всѣхъ случаяхъ негодности объекта посягательства, существовало направленіе, отрицавшее наказуемость покушенія только въ случаяхъ, когда объектъ посягательства обусловливалъ собою абсолютную невозможность реализаціи преступленія, а въ тѣхъ случаяхъ, когда объектъ посягательства обусловливалъ собою только относительную невозможность реализаціи покушенія, признававшее покушеніе наказуемымъ ¹⁾. Въ виду распространенности этого воззрѣнія, необходимо установить точный смыслъ его положеній, въ частности, опредѣлить ихъ отношеніе къ извѣстному намъ уже дѣленію объектовъ покушенія на абсолютно и относительно негодные, и рѣшить вопросъ о томъ, насколько справедливо утвержденіе о существованіи во Франціи литературнаго направленія, опирающагося на это дѣленіе объектовъ.

Вникая въ существо приводимаго вышеупомянутыми авторами дѣленія объектовъ, мы убѣждаемся, что оно не имѣетъ рѣшительно ничего общаго съ знакомымъ намъ уже дѣленіемъ объектовъ покушенія на относительно и абсолютно негодные. Ни одинъ изъ криминалистовъ, утверждающихъ, что различіе объектовъ покушенія имѣетъ вліяніе на судьбу виновника покушенія, не утверждаетъ, что объектъ, создающій относительную невозможность реализаціи преступленія—это объектъ, находящійся въ условіяхъ, физически гарантирующихъ его отъ посягательства виновнаго, напр., человекъ въ непробиваемомъ панцырѣ и т. п. Рассмотрѣніе соотвѣтственнаго дѣленія показываетъ, что абсолютно негоднымъ объектомъ соотвѣтственные юристы почитаютъ негодный объектъ, а относительно негоднымъ объектомъ—отсутствующій объектъ.

Мало того, внимательное изученіе соотвѣтствующей литературы показываетъ, что дѣленіе объектовъ посягательства на абсолютно и относительно негодные не составляетъ элемента

¹⁾ Lefort, Rev. générale, II, 1878, p. 160—162; Lainé, p. 130—132; Garraud, I, p. 396, 307; Garraud, Precis, p. 152, 153; Laborde, p. 75; Vidal, p. 156, 157; Villey p. 98; Champcommunal, Rev. crit. XXIV, 1895, p. 94, 95; Gallet, p. 237. 238; Calon, p. 18—20; Degois, p. 153.

ни одного изъ нормативныхъ принциповъ опредѣленія границъ наказуемости покушенія и что соотвѣтствующее дѣленіе представляетъ собою результатъ неправильнаго толкованія юриспруденціей мотивовъ одного изъ рѣшеній кассационнаго суда. Разбирая вопросъ о значеніи отсутствія объекта преступленія въ предположенномъ виновнымъ мѣстѣ, французскій кассационный судъ отмѣтилъ, что это обстоятельство не обусловливаетъ собою абсолютной невозможности реализаціи преступленія и что, въ соотвѣтствіи съ этимъ, покушеніе, оставшееся безрезультатнымъ, по причинѣ отсутствія объекта въ предположенномъ виновнымъ мѣстѣ, не можетъ быть освобождено отъ уголовной отвѣтственности ¹⁾. При этомъ, кассационный судъ ничего не говорилъ о томъ, какія свойства или положеніе объекта онъ признаетъ за обстоятельство, создающее абсолютное препятствіе къ реализаціи преступленія и надо ли признавать возможность реализаціи преступленія связанною именно съ опредѣленнымъ отношеніемъ объекта къ дѣйствию или же цитируемый имъ случай составляетъ одно изъ частныхъ проявленій невозможности совершенія преступленія, какъ родового понятія. Между тѣмъ, французская доктрина развила мысль касс. суда въ ученіе о различіи абсолютныхъ и относительныхъ препятствій реализаціи преступленія, признала негодность объекта абсолютнымъ, устраняющимъ наказуемость, препятствіемъ реализаціи преступленія, а отсутствіе объекта относительнымъ, не устраняющимъ наказуемости, препятствіемъ реализаціи преступленія, и объявила конструированное имъ ученіе особымъ нормативнымъ направлениемъ въ литературѣ французскаго уголовного права. Такой выводъ, конечно, навѣянь литературою другихъ странъ, въ которыхъ вышеприведенное дѣленіе, дѣйствительно, играетъ нѣкоторую роль. Но онъ совершенно не находитъ себѣ подтвержденія во французской доктринѣ права и долженъ быть признанъ ложнымъ ²⁾.

¹⁾ Cass. 4 nov. 1876 (Sirey, 1877, I, p. 48); Cass. 12 avr. 1877 (Sirey, 1877, I, p. 330).

²⁾ Нѣкоторые французскіе криминалисты, разбирая мотивировку касс. рѣшенія 4 ноября 1876 г. дѣлаютъ изъ него еще и другой, болѣе правильный выводъ. Изъ этого рѣшенія, замѣчаютъ они, видно, что оно признаетъ посягательство на отсутствующій объектъ наказуемымъ только потому, что отсутствіе объекта не обусловливаетъ собою абсолютной невозможности реализаціи преступленія. Слѣдовательно, это рѣшеніе допускаетъ возможность существованія препятствій, обусловливающихъ абсолютную невозможность

Какъ было указано выше, французское право принадлежитъ къ группѣ законодательствъ, не заключающихъ въ себѣ спеціальныхъ постановленій о юридическомъ значеніи негоднаго покушенія. Отсюда, для французскихъ юристовъ возникла задача не только выработать юридическое понятіе о негодномъ покушеніи, но и установить основанія безнаказанности этого покушенія. Сообразно съ этимъ, при разсмотрѣннй положеній французской доктрины, мы встрѣчаемся съ цѣлымъ рядомъ попытокъ обоснованія безнаказанности негоднаго покушенія, большинство которыхъ представляется вполне тождественнымъ съ разсмотрѣнными нами уже выше приемами рѣшенія этого вопроса. При этомъ, одни криминалисты приводятъ основанія, обуславливающія собою безнаказанность всѣхъ вообще видовъ негоднаго покушенія, а другіе выдвигаютъ основанія, оправдывающія безнаказанность только отдѣльныхъ, спеціальныхъ видовъ негоднаго покушенія, въ частности, покушенія съ негодными средствами или покушенія надъ негоднымъ объектомъ.

Обращаясь къ ученіямъ, основывающимъ безнаказанность всѣхъ вообще видовъ негоднаго покушенія, слѣдуетъ замѣтить, что они раздѣляются на простыя ученія, приводящія въ подкрѣпленіе своего мнѣнія какой либо одинъ доводъ, и на ученія сложныя, приводящія въ опору своего взгляда нѣсколько доводовъ. Простыя ученія, въ свою очередь, дѣлятся на ученія, пытающіяся доказать несоотвѣтствіе негоднаго покушенія понятію о наказуемомъ дѣяніи вообще и на ученія, отрицающія за соотвѣтственнымъ дѣяніемъ характеръ наказуемаго покушенія.

Представители перваго направленія полагаютъ, что негодное покушеніе не можетъ подлежать наказанію потому, что оно представляетъ собою невозможное преступленіе. При негодномъ покушеніи не имѣется ни полнаго, ни начатаго выполненія, такъ какъ нельзя себѣ представить реализаціи невозможнаго явленія. Въ этомъ случаѣ, совершенно отсутствуетъ матеріальный эле-

совершенія преступленія и безнаказанныхъ случаевъ негоднаго покушенія, именно тѣхъ, которые обусловлены абсолютной невозможностью реализаціи преступленія. Напротивъ, касс. рѣш. 4 янв. 1895 г. признаетъ посягательство на отсутствующій объектъ наказуемымъ потому, что это дѣяніе осталось безуспѣшнымъ по обстоятельствамъ отъ воли виновнаго независѣвшимъ, т. е. выдвигаетъ основаніе, устанавливающее наказуемость всѣхъ вообще видовъ негоднаго покушенія. Ср. Gallet, p. 293; Calon, p. 132, 133.

ментъ преступленія ¹⁾). Несостоятельность этого аргумента была показана выше. Мы видѣли, что покушеніе вовсе не должно воспроизводить возможности реализаціи преступленія. Карая покушеніе, законъ караетъ всякое дѣяніе, реализовавшее часть признаковъ преступленія, но не доведшее его выполненія до конца, безотносительно къ тому, было ли это выполненіе вообще возможно или же дѣятельность лица была сразу обречена на неудачу

Представители второго взгляда утверждаютъ, что негодное покушеніе не отвѣчаетъ общимъ признакамъ покушенія, потому что это дѣяніе не представляетъ собою начала выполненія состава преступленія. Начало выполненія предполагаетъ возможность достиженія результата при помощи направленного на воспроизведеніе его дѣянія. Не можетъ быть рѣчи о началѣ исполненія, если предпринятое дѣяніе не было способно привести къ преступленію, если, при данныхъ условіяхъ, окончаніе преступленія было невозможно ²⁾). Это ученіе было также уже опровергнуто въ предшествующемъ изложеніи.

Обращаясь къ сложнымъ ученіямъ по интересующему насъ предмету, мы встрѣчаемся также со знакомыми намъ воззрѣніями. Такъ, по взгляду одной группы французскихъ криминалистовъ, негодное покушеніе ненаказуемо, потому что оно не представляетъ собою начала исполненія преступленія и потому, что не является опаснымъ дѣяніемъ ³⁾; по взгляду другихъ, это покушеніе ненаказуемо, потому что оно является дѣяніемъ невыполнимымъ и потому, что оно не опасно для правовыхъ благъ ⁴⁾; третьи, почитая главнымъ доводомъ въ пользу безнаказанности негоднаго покушенія указаніе на безопасность этого дѣянія, приводятъ въ подкрѣпленіе этого соображенія чисто догматическій доводъ: при опредѣленіи юридически необходимыхъ свойствъ покушенія, думаютъ они, слѣдуетъ имѣть въ виду ст. 301, франц. улож., которая представляетъ собою частное примѣненіе того общаго принципа, который лежитъ въ основѣ понятія о покушеніи. Эта статья ставитъ условіемъ преступности отравленія

¹⁾ Laborde, p. 74, 75; Rivière, s. 438.

²⁾ Chauveau-Hélie, I, p. 383; Ortolan, p. 419, 431; Blanche, I, p. 8, 9; Lefort, Rev. générale, II, 1878, p. 162—164; Villey, p. 98.

³⁾ Bertauld, p. 202—204; Lainé, p. 129, 135.

⁴⁾ Lacointa, Rev. crit. XXIII, 1863, p. 474, 476.

способность примѣненныхъ веществъ болѣе или менѣе быстро вызвать смерть жертвы и это служить подтвержденіемъ того, что и для наказуемости покушенія необходима пригодность учиненныхъ виновнымъ актовъ къ воспроизведенію преступления ¹⁾. Неубѣдительность такого приѣма аргументаціи была показана нами выше; мы установили, что свойства дѣяній съ усѣченнымъ составомъ, какъ оконченныхъ преступленій, совершенно не предрѣшаютъ собою характера юридически необходимыхъ свойствъ покушенія, такъ какъ составъ тѣхъ и другихъ дѣяній обсуждается по совершенно различнымъ критеріямъ.

Наконецъ, четвертая группа французскихъ ученыхъ приводитъ въ пользу безнаказанности негоднаго покушенія не два, а три различныхъ довода. Это покушеніе, по ихъ мнѣнію, не составляетъ начала исполненія преступления, оно не дѣлаетъ распознаваемымъ преступнаго умысла и оно не создаетъ опасности для правовыхъ благъ ²⁾. Несостоятельность каждаго изъ этихъ доводовъ намъ уже знакома: они частью неправильны, частью произвольны. Этими свойствами приведенныхъ соображеній обуславливается и неубѣдительность ученія, соединяющаго эти доводы воедино.

Несравненно менѣе многочисленны попытки обоснованія безнаказанности отдѣльныхъ видовъ негоднаго покушенія. Въ ряду попытокъ обоснованія безнаказанности покушенія съ негодными средствами обращаетъ на себя вниманіе утвержденіе, что примѣненіе негодныхъ средствъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію не можетъ подлежать наказанію въ виду явнаго психическаго нездоровья виновника подобнаго покушенія ³⁾. Это ученіе представляетъ собою оригинальный продуктъ французской доктрины, но оно не бросаетъ свѣта на интересующую насъ проблему. Психическое нездоровье виновника покушенія, само по себѣ взятое, неспособно освободить его отъ уголовной отвѣтственности, оно вызываетъ этотъ эффектъ только въ случаѣ достиженія имъ такой степени остроты, которая устраняетъ вмѣняемость субъекта. Отсюда, видно, что изложенное ученіе не рѣшаетъ интересующей насъ проблемы, ибо, не только не всякое проявленіе невѣжества или суевѣрія не свидѣтель-

¹⁾ Trébutien, I, p. 93.

²⁾ Rossi, II, p. 152—154.

³⁾ Gallet, p. 297; Calon, p. 71.

ствуешь о душевномъ нездоровьи виновнаго, но и не всякое душевное нездоровье можетъ быть принимаемо за основаніе безнаказанности виновнаго.

Согласно другому мнѣнію, попытка реализаціи покушенія суевѣрными средствами не можетъ подлежать наказанію потому, что это дѣяніе не опасно для общественнаго порядка ¹⁾. Этотъ доводъ уже былъ разборанъ нами ранѣе.

Наконецъ, третьи криминалисты не находятъ въ разбираемомъ дѣяніи ни признаковъ опасности дѣянія, ни признаковъ опасности дѣйствующаго лица, и, опираясь на это, дѣлають выводъ о безнаказанности суевѣрнаго или невѣжественнаго покушенія ²⁾. Неправильность ссылки на безопасность негоднаго покушенія, въ оправданіе безнаказанности его, уже была показана нами выше. Но еще менѣе удачна ссылка на безопасность субъекта этого дѣянія, такъ какъ, по современному праву, опасность виновника преступленія вовсе не составляетъ предположенія наказуемости послѣдняго.

Еще болѣе рѣдкими оказываются попытки спеціальнаго обоснованія покушенія надъ негоднымъ объектомъ во французской литературѣ; за долготѣнее существованіе французскаго кодекса во французской доктринѣ было сдѣлано лишь двѣ попытки этого рода. Такъ, по мнѣнію однихъ ученыхъ, посягательство на негодный объектъ не можетъ быть подводимо подъ понятіе о покушеніи, потому что это дѣяніе не охватывается ни однимъ изъ законныхъ составовъ преступленія. Попытка похищенія вещи, принадлежащей дѣйствующему лицу, хотя бы помимо его о томъ знанія не можетъ быть признана покушеніемъ ³⁾. Этотъ доводъ воспроизводитъ уже знакомую намъ мысль. Мы уже знаемъ, что она грѣшитъ смѣшеніемъ состава оконченнаго преступленія съ составомъ покушенія и что утвержденіе соответствующихъ юристовъ, справедливо отрицающее за посягательствомъ на негодный объектъ характеръ оконченнаго преступленія, совершенно неспособно обосновать отсутствія признаковъ покушенія въ этомъ дѣяніи.

Другое ученіе этого направленія представляетъ собою сочетаніе разсмотрѣннаго только что воззрѣнія съ признаніемъ покушенія на негодный объектъ за безопасное для правовыхъ благъ

¹⁾ Champcommunal, Rev. crit. Nouv. série, XXIV, 1895, p. 100.

²⁾ Garraud, I, p. 401.

³⁾ Rauter, I, p. 185.

дѣяніе. На ряду съ фактической невозможностью реализаціи преступленія, которой нельзя придавать какого либо значенія, такъ какъ она вызывается обстоятельствомъ, не зависящимъ отъ воли виновнаго, существуетъ юридическая невозможность реализаціи этого дѣянія, которая устраняетъ бытіе покушенія, такъ какъ она обусловливаетъ собою отсутствіе наказуемаго дѣянія, въ томъ видѣ, въ которомъ оно было предусмотрѣно и опредѣлено закономъ. Дѣйствіе субъекта, во всѣхъ случаяхъ наказуемаго покушенія, должно имѣть предметомъ преступный результатъ и потому коль скоро этотъ результатъ невыполнимъ, коль скоро не хватаетъ юридически важныхъ матеріальныхъ элементовъ дѣйствія, остается только безсильное и недѣйствительное дѣйствіе. Всякое преступленіе предполагаетъ наличность извѣстнаго количества признаковъ, при отсутствіи которыхъ, не можетъ быть рѣчи о существованіи преступленія. Не можетъ быть воровства въ случаѣ, когда похищенная вещь принадлежитъ виновному; не можетъ быть убійства въ томъ случаѣ, когда дѣйствіе виновнаго направилось на мертвое лицо. Съ другой стороны, эти дѣянія не отвѣчаютъ понятію о покушеніи потому что они неопасны, не заключаютъ въ себѣ угрозы для правовыхъ благъ ¹⁾). Оба элемента этого ученія уже были разобраны нами выше.

Что касается покушенія на отсутствующій объектъ, то, во французской литературѣ не было сдѣлано попытокъ спеціальнаго обоснованія его безнаказанности и криминалисты оправдывали ненаказуемость его тѣми же соображеніями, которыя приводились въ доказательство безнаказанности негоднаго покушенія вообще.

Вышеприведенныя ученія объ основаніяхъ безнаказанности негоднаго покушенія и его видовъ существовали и пользовались въ литературѣ французскаго права болѣе или менѣе широкимъ признаніемъ въ эпоху допущенія французскимъ правосознаніемъ болѣе или менѣе широкихъ областей безнаказаннаго негоднаго покушенія. Въ настоящее время, по восторжествованіи взгляда, признающаго наказуемость всѣхъ вообще видовъ негоднаго покушенія, подобныхъ попытокъ въ литературѣ уголовного права во Франціи, мы, конечно, болѣе не встрѣчаемъ; напротивъ, современные криминалисты, упоминая о прежнихъ стремленіяхъ

¹⁾ Garraud, I, p. 399—401; Garraud, Précis, p. 155.

доктрины въ соотвѣтственномъ направленіи, совершенно опредѣленно признають ихъ ошибочными. Наказуемымъ покушеніемъ, по ихъ воззрѣнію, должно быть признано всякое покушеніе, оставшееся безрезультатнымъ въ силу причинъ, отъ воли виновнаго независѣвшихъ, совершенно независимо отъ того, было ли это покушеніе годнымъ или негоднымъ ¹⁾. Въ виду такого положенія дѣла, въ задачи современной французской догматики вовсе не входитъ рѣшеніе проблемы объ основаніяхъ безнаказанности негоднаго покушенія.

Изъ изложеннаго видно, что, во Франціи, негодное покушеніе разсматривалось въ разное время съ различныхъ точекъ зрѣнія и тогда какъ старые криминалисты признавали негодность покушенія основаніемъ безнаказанности виновнаго, современная французская литература вполне приравниваетъ негодное покушеніе къ другимъ видамъ наказуемой предварительной дѣятельности. Тѣ же замѣчанія должны быть сдѣланы и относительно положенія интересующаго насъ вопроса въ нѣкоторыхъ другихъ странахъ, незнакомыхъ съ законодательнымъ его разрѣшеніемъ: юристы нѣкоторыхъ изъ этихъ странъ, взявъ на себя трудъ рѣшенія вопроса о юридическомъ значеніи негоднаго покушенія, также рѣшили его сначала въ смыслѣ признанія безнаказанности этого покушенія, а затѣмъ въ смыслѣ распространенія на него обычныхъ мѣръ взысканія за покушеніе на преступленіе. Въ частности, подобный ходъ развитія правовыхъ идей, по интересующему насъ предмету, мы наблюдаемъ въ Бельгіи, Испаніи, Голландіи и Австріи.

Такъ, что касается Бельгіи, то дѣйствующій въ этой странѣ уголовный кодексъ 1867 г. ничего не говоритъ о юридическомъ значеніи негоднаго покушенія. Прежняя бельгійская доктрина высказывалась въ пользу безнаказанности абсолютно негоднаго покушенія на томъ основаніи, что начать выполненіемъ можно такое только дѣяніе, которое возможно довести до конца ²⁾. Къ абсолютно негодному покушенію относилось, во-первыхъ, покушеніе съ абсолютно негодными средствами, совершенно безотносительно къ тому, были-ли послѣднія примѣнены виновнымъ по убѣжденію или по случайной ошибкѣ; покушеніе, потерпѣвшее неудачу вслѣдствіе неумѣлаго примѣненія виновнымъ год-

¹⁾ Ср., Vidal, p. 159; Degois, p. 157; Foignet-Dupont, p. 53, 54.

²⁾ Haus, I, p. 323.

ныхъ средствъ, признавалось относительно негоднымъ покуше-
ніемъ ¹⁾); во-вторыхъ, покушеніе надъ негоднымъ объектомъ; поку-
шеніе надъ отсутствующимъ объектомъ признавалось относи-
тельно негоднымъ покушеніемъ ²⁾). Но новѣйшіе бельгійскіе уче-
ные придерживаются иного взгляда и высказываются въ пользу
наказуемости всѣхъ вообще случаевъ негоднаго покушенія ³⁾.

Въ Испаніи, вплоть до начала 80-хъ годовъ, юриспруденція
высказывалась въ пользу безнаказанности негоднаго покушенія ⁴⁾.
Начиная съ этого времени, испанская литература склоняется въ
сторону рѣшенія этого вопроса въ противоположномъ смыслѣ ⁵⁾.

Ту же смѣну воззрѣній на юридическую судьбу негоднаго
покушенія наблюдаемъ и въ Голландіи: взамѣнъ господствовав-
шаго ранѣе начала безнаказанности этого вида покушенія, въ
началѣ XX вѣка здѣсь приобрѣтаетъ господство принципъ нака-
зуемости негоднаго покушенія ⁶⁾.

Не содержитъ въ себѣ особыхъ постановленій о негодномъ
покушеніи и австрійское уложеніе. Старая австрійская доктрина
полагала, что это покушеніе должно быть оставляемо безъ нака-
занія, въ виду того, что оно не ведетъ къ дѣйствительному выпол-
ненію преступленія, что признается закономъ за необходимое
условіе покушенія ⁷⁾. Къ негодному покушенію относилось упо-
требленіе абсолютно негодныхъ (въ отличіе отъ недостаточныхъ)
средствъ ⁸⁾ и посягательство на негодный (въ отличіе отъ отсут-
ствующаго) объектъ ⁹⁾. Новѣйшая доктрина, однако, высказы-
вается въ пользу наказуемости всѣхъ вообще случаевъ поку-
шенія ¹⁰⁾.

¹⁾ Haus, I, p. 325.

²⁾ Haus, I, p. 324.

³⁾ Prins, p. 143.

⁴⁾ Frank, s. 259.

⁵⁾ Gutiérrez, Código penal, 1902, p. 11; Rosenfeld, Spanien (Die Strafge-
setzgebung der Gegenwart, I, 1894, s. 506).

⁶⁾ Frank, s. 258.

⁷⁾ Herbst, I, s. 93.

⁸⁾ Herbst, I, s. 93.

⁹⁾ Herbst, I, s. 93.

¹⁰⁾ Lammasch, Grundriss, s. 36; Krzymuski, Considerations sur la tenta-
tive irréalisable, Revue critique de législation et de jurisprudence, Nouv. serie,
XXVI, 1897, p. 329, однако, настаиваетъ на безнаказанности покушенія съ
суетвѣрными средствами.

Къ числу законодательствъ, не заключающихъ въ себѣ никакихъ постановленій о негодномъ покушеніи, относятся еще кодексы португальскій, венгерскій, финляндскій и норвежскій и проекты: французскій и германскій. Изъ мотивовъ къ норвежскому уложенію мы узнаемъ, что это опущеніе было сдѣлано составителями кодекса умышленно и что оно является продуктомъ убѣжденія въ необходимости карать негодное покушеніе также, какъ и другіе виды покушенія на преступленіе ¹⁾. Напротивъ, составители германскаго проекта, несмотря на то, что они не посвятили никакого постановленія негодному покушенію, тѣмъ не менѣе, полагали, что одинъ изъ видовъ этого покушенія—покушеніе съ суевѣрными средствами,—долженъ быть свободнымъ отъ наказанія. Составители германскаго проекта воздержались отъ внесенія въ него особыхъ нормъ объ этомъ покушеніи, потому, что, по ихъ взгляду, подлежащій видъ покушенія подходитъ подъ понятіе объ «особо легкомъ» видѣ преступленія, извѣстномъ проекту и, слѣдовательно, всегда можетъ быть оставленъ безъ наказанія по усмотрѣнію суда, помимо специальныхъ о томъ постановленій ²⁾. Однако, несостоятельность соображенія убѣдительно показана германской литературой.

Въ самомъ дѣлѣ, составители германскаго уложенія утверждаютъ, что покушеніе съ суевѣрными средствами вполне отвѣчаетъ признакамъ «особенно легкаго случая» преступности. По тексту проекта, подобными случаями признаются дѣянія, которыя причиняютъ незначительныя послѣдствія и порождаются слабою и извиняемою обстоятельствами преступною волею (§ 83). Но суевѣрное покушеніе вовсе не удовлетворяетъ этимъ требованіямъ. Если при негодномъ покушеніи (какъ впрочемъ, и при всѣхъ видахъ покушенія вообще), можно говорить не только о незначительности послѣдствій, но даже и объ отсутствіи результатовъ дѣянія, то, конечно, нельзя утверждать, чтобы суевѣрное покушеніе всегда характеризовалось слабымъ напряженіемъ преступной воли: авторъ суевѣрнаго покушенія можетъ также энергично желать наступленія преступнаго результата, какъ и лицо, предпринявшее покушеніе годное ³⁾. Ссылка составителей герм. проекта на постановленіе этого проекта о факультативной

¹⁾ Bittl, Motive, s. 149—151.

²⁾ Begründung, I, s. 288, 289.

³⁾ M. E. Mayer, Reform, I, s. 341; Schoetensack, Versuch, s. 405.

безнаказанности «особенно легких» случаев преступности неспособна оправдать безнаказанности суевѣрнаго покушенія и потому приходится признать, что этотъ проектъ, подобно дѣйствующему германскому праву, предоставляет рѣшеніе вопроса о юридическомъ значеніи негоднаго покушенія доктринѣ и практикѣ.

§ 42. Негодное покушеніе въ итальянскомъ правѣ.

Обращаясь къ группѣ законодательствъ, заключающихъ въ себѣ спеціальныя постановленія о негодномъ покушеніи, мы замѣчаемъ, что она представляется несравненно болѣе малочисленной, чѣмъ предшествующая группа кодексовъ. При этомъ, одни изъ кодексовъ, относящихся къ этой группѣ, признаютъ негодность покушенія обстоятельствомъ, освобождающимъ виновника покушенія отъ отвѣтственности—этой точки зрѣнія придерживаются: итальянское ул., уложеніе о наказаніяхъ и уголовное уложеніе 1903 года и австр. проектъ 1912 года, другіе же считаютъ эту негодность покушенія обстоятельствомъ, уменьшающимъ уголовную отвѣтственность виновнаго—такое воззрѣніе швейц. пр. 1908 г. Мы рассмотримъ сначала первую группу законодательныхъ постановленій.

Обращаясь къ рассмотрѣнію положеній итальянскаго права по вопросу о негодномъ покушеніи, необходимо сказать, что вплоть до изданія уложенія 1889 года, въ виду отсутствія общей законодательной нормы объ этомъ видѣ покушенія, эти положенія были существенно сходны съ соотвѣтствующими ученіями германской и французской доктринъ. Ученія итальянскихъ юристовъ о негодномъ покушеніи распались на ученія о содержаніи понятія о негодномъ покушеніи и на ученія объ основаніяхъ безнаказанности этого вида покушенія. Въ первомъ отношеніи, наиболѣе выдающіеся юристы того времени различали покушеніе съ негодными средствами и покушеніе надъ негоднымъ объектомъ. Покушеніемъ съ негодными средствами господствующее мнѣніе признавало употребленіе съ преступною цѣлью всякихъ средствъ, неспособныхъ реализовать преступленія при нормальной обстановкѣ ¹⁾. Но нѣкоторые высказывались въ пользу болѣе узкаго опредѣленія этого вида покушенія и, проводя различіе

¹⁾ Nicolini, De la tentative, Revue critique de legislation et de jurisprudence, XIX, 1861, p. 259; Pessina, p. 254.

между средствами, бывшими негодными съ самаго начала преступной дѣятельности виновнаго, и средствами, ставшими негодными лишь въ теченіе ея развитія (виновный приготовилъ вполнѣ годное средство, но въ моментъ реализаціи преступленія, примѣнилъ, по случайной ошибкѣ, вмѣсто него негодное средство), признавали безнаказаннымъ только первый видъ употребленія негодныхъ средствъ ¹⁾. Покушеніемъ надъ негоднымъ объектомъ тогдашніе юристы признавали посягательство на всякій физически или юридически негодный объектъ ²⁾.

Что касается основаній безнаказанности негоднаго покушенія, то, по мнѣнію однихъ юристовъ, она обуславливалась тѣмъ, что это дѣяніе невыполнимо и потому, какъ нѣчто невозможное, не охватывается запретомъ правовыхъ нормъ ³⁾. Другіе различали основанія безнаказанности покушенія съ негодными средствами отъ основаній безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ. Существо первыхъ они усматривали въ отсутствіи опасности въ актѣ примѣненія негодныхъ средствъ ⁴⁾ существо вторыхъ—въ юридической невозможности окончанія преступленія, въ неспособности предпринятаго лицомъ дѣянія выполнить юридически необходимые признаки преступленія ⁵⁾.

Несостоятельность этихъ аргументовъ въ пользу безнаказанности негоднаго покушенія ясна изъ предыдущаго и мы не будемъ останавливаться на ихъ разборѣ. Очевидно, что и въ Италіи, до изданія уголовного уложенія 1889 года, начало безнаказанности негоднаго покушенія покоилось не на тѣхъ основаніяхъ, которыя приводились въ пользу этого принципа юристами, а на нормативномъ авторитетѣ юриспруденціи, т. е., на принятіи ихъ сужденій о существѣ негоднаго покушенія за источникъ дѣйствующаго права.

Уложеніе 1889 г. вноситъ крупный переворотъ въ область положеній о негодномъ покушеніи и регулируетъ судьбу нѣкоторыхъ видовъ этого покушенія въ самомъ законѣ. Правда, оно предусматриваетъ особо только покушеніе съ негодными средствами и, притомъ, то только покушеніе этого рода, которое при-

¹⁾ Carrara, p. 211, 214.

²⁾ Nicolini, Rev. crit. XIX, 1861, p. 259; Carrara, p. 212; Pessina, p. 254.

³⁾ Nicolini, Rev. crit. XIX, 1861, p. 259; Pessina, p. 253.

⁴⁾ Carrara, p. 211, 215.

⁵⁾ Carrara, p. 212.

няло форму неоконченнаго покушенія: согласно ст. 61, виновнымъ въ покушеніи признается субъектъ, начавшій выполнять преступленіе пригодными для того средствами, но не успѣвшій совершить всего необходимаго для его реализаціи по обстоятельствамъ отъ своей воли независѣвшимъ. Но тѣмъ не менѣе, появленіе такого постановленія должно было привести къ отпаденію прежнихъ ученій о негодномъ покушеніи, фиксировавшихъ содержаніе итальянскаго правосознанія по данному вопросу, вызвать новыя ученія, направленные на догматическую обработку положеній уголовного закона въ этой области и упразднить, за ненадобностью, прежнія попытки отысканія догматическихъ основаній безнаказанности покушенія съ негодными средствами.

Разбирая ученія новѣйшихъ итальянскихъ криминалистовъ, мы убѣждаемся, что они, дѣйствительно, рассматриваютъ свои сужденія объ объемѣ понятія о покушеніи съ негодными средствами, какъ разъясненіе существа постановленій закона по этому поводу. При этомъ, одни ученые полагаютъ, что законъ освобождаетъ отъ наказанія примѣненіе всякихъ абсолютно негодныхъ средствъ въ разобранномъ выше смыслѣ¹⁾, а другіе—этого мнѣнія придерживается большинство ученыхъ въ современной Италіи—полагаютъ, что законъ признаетъ безнаказаннымъ только покушеніе съ качественно негодными средствами, а покушеніе съ количественно негодными (такъ наз. недостаточными) средствами должно подлежать наказанію²⁾.

Совсѣмъ иное слѣдуетъ сказать объ отношеніи новой итальянской доктрины къ основаніямъ безнаказанности покушенія съ негодными средствами. Какъ мы замѣтили, по появленіи особой законной нормировки судьбы этого покушенія въ Италіи, можно было ожидать упраздненія всякихъ ученій о догматическихъ основаніяхъ его безнаказанности. Существованіе этихъ ученій только и оправдывается отсутствіемъ законнаго рѣшенія этого вопроса въ законѣ, отсутствія, которое заставляетъ юристовъ искать опоры своему мнѣнію и выводить начало безнаказанности покушенія либо изъ общихъ положеній права, либо изъ другихъ постановленій закона. Но фактически, въ Италіи, этого упраздненія подлежащихъ ученій не послѣдовалъ. Знакомство съ новѣйшею

¹⁾ Mecacci, II, p. 21; Longo, I, p. 264.

²⁾ Pinto, Manuale di diritto penale, 1898, p. 93; Tuozzi, I, p. 175, 176, 178; Manzini, II, p. 367, 370, 371.

литературою показываетъ, что только очень немногіе криминалисты воздерживаются отъ приведенія основаній въ пользу безнаказанности разсматриваемаго вида покушенія ¹⁾, а большинство слѣдуетъ намѣченному старою литературою пути и утверждаетъ, что покушеніе съ негодными средствами ненаказуемо, потому что оно неспособно привести къ реализаціи преступленія ²⁾; потому, что оно неопасно ³⁾; потому, что въ этомъ случаѣ реализація всего преступленія невозможна, а при невозможности реализаціи преступленія, не можетъ быть и реализаціи его части, т. е. покушенія ⁴⁾. При разборѣ литературы другихъ странъ было показано, что эти доводы несостоятельны и, при разсмотрѣніи доктрины итальянскаго права, можно только добавить, что, входя въ составъ этой доктрины, они страдаютъ еще и другимъ недостаткомъ—являются совершенно излишними.

Несравненно болѣе серьезное значеніе имѣютъ другія, относящіяся къ тому же предмету, положенія новой итальянской доктрины. Какъ мы уже замѣтили, итальянское ул., устанавливая безнаказанность покушенія съ негодными средствами, ограничило введеніемъ требованія годности примѣненныхъ средствъ въ составъ одного только неоконченнаго покушенія (art. 61) и совершенно не упомянуло о необходимости этого реквизита для состава оконченнаго покушенія, которое характеризуется уложеніемъ, какъ безрезультатная реализація всѣхъ необходимыхъ для выполненія преступленія дѣйствій (art. 62). И вотъ, на долю итальянской юриспруденціи и выпало рѣшеніе вопроса о томъ, распространяется ли вышеприведенное требованіе ст. 61 на дѣяніе, предусмотрѣнное ст. 62, или нѣтъ?

Знакомство съ сочиненіями новѣйшихъ итальянскихъ юристовъ показываетъ, что они рѣшили эту проблему въ утвердительномъ смыслѣ. Одни изъ нихъ ограничиваются замѣчаніемъ, что покушеніе оконченное должно удовлетворять всѣмъ признакамъ покушенія неоконченнаго и что, слѣдовательно, первое дѣяніе должно быть предпринято съ годными средствами ⁵⁾, другіе даютъ болѣе глубокое рѣшеніе этого вопроса и указываютъ, что требованіе реализаціи всего необходимаго для выполненія преступле-

¹⁾ Pinto, p. 93.

²⁾ Manzini, II, p. 366.

³⁾ Longo, I, p. 264, 266.

⁴⁾ Tuozzi, I, p. 174; Mecacci, II, p. 21.

⁵⁾ Mecacci, II, p. 29.

нія охоптуваеъ собою и требованіе годности примѣненныхъ субъектомъ средствъ, такъ какъ годное средство представляетъ собою нѣчто необходимое для выполнения преступленія ¹⁾).

Уложеніе 1889 г. заключаетъ въ себѣ спеціальную оговорку безнаказанности покушенія съ негодными средствами, но оно вовсе ничего не говоритъ о юридической природѣ покушенія надъ негоднымъ объектомъ. Сообразно съ этимъ, разрѣшеніе послѣдней задачи выпало на итальянскую доктрину и она должна была опредѣлить какъ содержаніе понятія о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ, такъ и основанія выдѣленія этого вида покушенія изъ понятія о покушеніи вообще. Первая проблема разрѣшается въ Италіи весьма единодушно: всѣ криминалисты согласно признають, что всякое покушеніе надъ негоднымъ объектомъ должно быть свободно отъ наказанія ²⁾. При разрѣшеніи второй проблемы, ученые расходятся между собою. Одни изъ нихъ приводятъ въ пользу безнаказанности посягательства на негодный объектъ уже знакомыя намъ соображенія и говорятъ, что въ этомъ случаѣ, мы имѣемъ дѣло съ физически неисполнимымъ дѣяніемъ ³⁾; что въ этомъ случаѣ нѣтъ опаснаго дѣянія ⁴⁾; что здѣсь нѣтъ реализаціи части преступленія ⁵⁾; что соотвѣтственное дѣяніе не противорѣчитъ юридическимъ нормамъ ⁶⁾. Другіе стараются опереть свое рѣшеніе на законъ и утверждаютъ, что заключенное въ ст. 61 требованіе годности средствъ для состава покушенія должно быть понимаемо въ смыслѣ необходимости, для покушенія, годности предпринятыхъ виновнымъ дѣйствій къ воспроизведенію состава преступленія, годности, опредѣляющейею годностью средствъ преступленія, съ одной стороны, и годностью его предмета, съ другой ⁷⁾. Это мнѣніе, конечно, также не можетъ быть признано правильнымъ толкованіемъ закона и безнаказанность покушенія надъ негоднымъ объектомъ въ современномъ итальянскомъ правѣ покоится исключительно на нормативномъ авторитетѣ юриспруденціи.

¹⁾ Tuozzi, I, p. 174; Manzini, II, p. 388, 389.

²⁾ Pinto, p. 93; Tuozzi, I, p. 175; Mecacci, II, p. 22; Manzini, II, p. 346; Longo, I, p. 266.

³⁾ Tuozzi, I, p. 173.

⁴⁾ Longo, I, p. 264, 266.

⁵⁾ Mecacci, II, p. 21.

⁶⁾ Manzini, II, p. 346.

⁷⁾ Pinto, p. 93; Longo, I, p. 266.

Наконецъ, что касается покушенія на отсутствующій объектъ, то большинство юристовъ признаетъ его наказуемымъ дѣяніемъ и не выдѣляетъ его изъ области наказуемаго покушенія. Нѣкоторые юристы особо формулируютъ этотъ взглядъ и различаютъ абсолютную негодность объекта, въ смыслѣ физической или юридической его негодности, какъ обстоятельство, устраняющее наказуемость покушенія и относительную его негодность—отсутствіе объекта посягательства въ предположенномъ мѣстѣ—какъ обстоятельство, не устраняющее ответственности за покушеніе ¹⁾. Впрочемъ, иногда въ Италіи высказывается и иной взглядъ и нѣкоторые криминалисты полагаютъ правильнымъ освобождать отъ наказанія посягательство на отсутствующій объектъ въ тѣхъ случаяхъ, когда наличность его на мѣстѣ преступленія не была возможна, находя, что въ этомъ случаѣ нельзя говорить о началѣ исполненія преступленія ²⁾.

§ 43. Негодное покушеніе въ русскомъ правѣ.

Другимъ законодательствомъ, заключающимъ въ себѣ особья постановленія о негодномъ покушеніи, является наше уложеніе о наказаніяхъ: со времени изданія закона 9 марта 1864 г., нашему праву извѣстно положеніе, специально посвященное интересующему насъ предмету. Для того, чтобы опредѣлить догматическое значеніе появленія этого положенія, необходимо познакомиться съ отношеніемъ нашей практической и теоретической юриспруденціи къ вопросу о негодномъ покушеніи до разрѣшенія его въ законодательномъ порядкѣ.

Случаи покушенія съ негодными средствами обратили на себя вниманіе нашей практики уже весьма скоро послѣ изданія уложенія о наказаніяхъ и мы встрѣчаемъ въ ней попытки рѣшенія этого вопроса, начиная съ конца сороковыхъ годовъ истекшаго столѣтія. Такъ, въ нашей практикѣ разбирался вопросъ о юридической природѣ дачи съ цѣлью лишенія жизни небольшого количества квасцовъ, попытки отравленія порошкомъ сухой змѣи, попытки отравленія безвреднымъ веществомъ, попытки отравле-

¹⁾ Tuozzi, p. 175.

²⁾ Manzini, II, p. 373, 374.

нія нашатыремъ, дачи безвредныхъ порошковъ и т. п. Но при рѣшеніи этого вопроса у насъ не было достигнуто согласія. Попытки реализаціи преступленія негодными средствами, въ однихъ случаяхъ признавалъ сенатъ наказуемымъ покушеніемъ ¹⁾; въ другихъ не покушеніемъ, а наказуемымъ приготовленіемъ къ убійству, значительно понижая, такимъ образомъ, размѣръ отвѣтственности за этого рода преступныя попытки ²⁾.

Такимъ же спорнымъ характеромъ отличалось ученіе о юридическомъ значеніи покушенія съ негодными средствами и въ нашей старой доктринѣ. Согласно признавая необходимость освобожденія этого вида покушенія отъ уголовной отвѣтственности, криминалисты дореформенной эпохи расходились между собою какъ при опредѣленіи понятія объ этомъ покушеніи, такъ и при обоснованіи начала его безнаказанности. Въ то время, какъ одни ученые признавали безнаказаннымъ употребленіе всякихъ вообще негодныхъ средствъ ³⁾, другіе утверждали, что безнаказаннымъ можетъ быть оставлено только покушеніе качественно негодное, а покушеніе съ средствами количественно недостаточными для воспроизведенія преступленія подлежитъ наказанію ⁴⁾; третьи высказывались въ пользу ограниченія сферы безнаказанности негоднаго покушенія тѣми случаями, въ которыхъ примѣненіе негодныхъ средствъ было вызвано религіознымъ суевѣріемъ ⁵⁾; наконецъ, четвертые относили къ числу юридически существенныхъ основаній избранія негодныхъ средствъ не только суевѣріе, но и невѣжество ⁶⁾.

Столь же мало согласія проявили наши старые криминалисты и при обоснованіи безнаказанности покушенія съ негодными средствами. Высказанное практикою предложеніе подводить это дѣяніе подъ понятіе о приготовленіи къ преступленію, они

¹⁾ Рѣшеніе Общаго собранія Московскихъ департаментовъ Сената 1859 г. по дѣлу Романовой (Ж. М. Ю., 1865, кн. 12); рѣшеніе Госуд. Совѣта, 1859 г. по дѣлу Бейгуль; рѣш. Общ. собр. Сената, 1863, по дѣлу Иванова (Ж. М. Ю. 1865 кн. 12).

²⁾ Рѣш. Сената 8 іюля 1849 г. по дѣлу Ладыгиной (Ж. М. Ю. 1865, V. стр. 132; рѣш. Сената (общ. собр.) по дѣлу Кулешевой, рѣш. Сен. (общ. собр.) по дѣлу Васильевой (Ж. М. Ю. 1865 кн. 12).

³⁾ Калмыковъ, стр. 124.

⁴⁾ Неклюдовъ, Прил. стр. 501.

⁵⁾ Ратовскій, стр. 45.

⁶⁾ Спасовичъ, стр. 138.

считали совершенно неудачнымъ, отмѣчая, что человѣкъ, прибѣгнувшій къ содѣйствию негодныхъ средствъ, совершаетъ уже не приготовленіе къ преступленію, а покушеніе на него ¹⁾). Употребленіе негодныхъ средствъ не могло быть подвергнуто наказанію, по мнѣнію однихъ ученыхъ, потому, что при средствахъ негодныхъ существуетъ явный недостатокъ связи между волею и внѣшнимъ дѣйствіемъ ²⁾); по мнѣнію другихъ—потому, что въ этомъ случаѣ нѣтъ противоправнаго дѣянія и нѣтъ состава покушенія, а дѣяніе виновнаго представляетъ собою ненаказуемое подстрекательство высшихъ силъ ³⁾); по мнѣнію третьихъ,—потому, что при этомъ покушеніи не можетъ быть рѣчи о примѣненіи средствъ, такъ какъ средствами, въ смыслѣ закона, можно разумѣть такіе только вещественные предметы, которые не только были пригодны для преступленія, по убѣжденію преступника, но которые вмѣстѣ съ тѣмъ пригодны по своему внутреннему свойству, для совершенія извѣстнаго преступленія вообще или при данныхъ, извѣстныхъ преступнику условіяхъ ⁴⁾); по мнѣнію четвертыхъ,—потому, что при этомъ покушеніи нѣтъ подлинной рѣшимости совершить преступленіе и нѣтъ дѣйствія, которое бы доказывало, что рѣшительность виновнаго была не воображаемая, а дѣйствительная ⁵⁾). Существо этихъ доводовъ, было разсмотрѣно нами уже выше и нѣтъ надобности на нихъ останавливаться.

Эти положенія, выработанныя нашею прежнею практикою и доктриною въ дореформенную эпоху, были антиквированы закономъ 9 марта 1864 г. который далъ законодательное рѣшеніе вопроса о значеніи покушенія съ негодными средствами, постановивъ, что если при покушеніи на преступленіе подсудимымъ, по крайнему невѣжеству или суевѣрію, употреблены были только средства вполне и очевидно недействительныя для совершенія преступленія, какъ-то: нашептыванія, наговоры, заклинанія и т. п., то онъ подвергается наказанію какъ за преступный умыселъ по статьѣ 111 уложенія (прим. къ ст. 115 ул. о нак.).

Появленіе особаго постановленія закона о значеніи покушенія съ негодными средствами, казалось бы, должно было суще-

¹⁾ Баршевъ. Къ ученію о покушеніи. Московскія Универс. Изв., 1865, № 4, стр. 265.

²⁾ Калмыковъ, стр. 124.

³⁾ Ратовскій, стр. 45.

⁴⁾ Неклюдовъ, Прил. стр. 501.

⁵⁾ Спасовичъ, стр. 138.

ственно видоизмѣнить характеръ научной разработки у насъ этого предмета. Оно должно было, прежде всего, устранить споры о содержаніи понятія о покушеніи съ негодными средствами, авторитетно предрѣшивъ эту проблему. Оно должно было, затѣмъ, вызвать къ жизни научно-догматическую разработку законодательныхъ положеній о негодномъ покушеніи. Оно должно было наконецъ, устранить всякія ученія о догматическихъ основаніяхъ безнаказанности этого вида покушенія, создавъ для этого положенія прямое основаніе въ законѣ. Но, въ дѣйствительности, ни одинъ изъ этихъ результатовъ не былъ достигнутъ въ нашей доктринѣ и знакомство съ новѣйшей русской литературою по уголовному праву показываетъ, что большинство криминалистовъ изслѣдуетъ вопросъ о покушеніи съ негодными средствами такъ, какъ еслибы у насъ не существовало закона, заключающаго въ себѣ особое постановленіе по этому предмету.

Такъ, что касается вопроса о содержаніи понятія о покушеніи съ негодными средствами, то, если въ нашей литературѣ и не замѣчается того разнообразія воззрѣній на этотъ предметъ, которое намъ приходилось отмѣчать при обзорѣ литературы другихъ странъ, то это объясняется отнюдь не вліяніемъ нормативнаго авторитета закона на правосознаніе юристовъ, а случайнымъ совпаденіемъ содержанія воззрѣній закона и доктрины по данному вопросу. Когда большинство нашихъ криминалистовъ утверждаетъ, что употребленіе негодныхъ средствъ съ преступною цѣлью освобождается отъ наказанія только тогда, когда оно было вызвано крайнимъ невѣжествомъ или суевѣріемъ дѣйствующаго лица, оно ссылается въ подтвержденіе своего мнѣнія вовсе не на законъ, а на разнаго рода другія соображенія ¹⁾. Этимъ объясняется и то обстоятельство, что, хотя и рѣдко, но и у насъ встрѣчаются мнѣнія, рѣзко расходящіяся съ законною точкою зрѣнія на безнаказанный видъ негоднаго покушенія. Нѣкоторые изъ нашихъ криминалистовъ утверждаютъ, что свободнымъ отъ наказанія должно быть употребленіе не только суевѣрныхъ, но и всякихъ вообще негодныхъ средствъ ²⁾. Другіе полагаютъ, что

¹⁾ Лякубъ, стр. 53, 66; Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 121; Орловъ, стр. 134, 148, 157; Кистяковскій, стр. 188; Рудинскій, Ю. В. 1877 № 9—10, стр. 67; Таганцевъ, Курсь, II, стр. 224, 225; Лекціи, II, 1888, стр. 846, 847; Колоколовъ, стр. 231, 232; Платоновъ, стр. 118 пр. 2; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 185; Пусторослевъ, стр. 387; Познышевъ, стр. 365, 366.

²⁾ Есиповъ, стр. 268.

покушеніе ненаказуемо только въ томъ случаѣ, когда оно учинено качественно негодными средствами, а покушеніе съ недостаточными средствами во всякомъ случаѣ подлежитъ наказанію ¹⁾, наконецъ, третьи думаютъ, что при разграниченіи сферъ годнаго и негоднаго покушенія, необходимо отличать случаи, въ которыхъ виновный составилъ вполне удовлетворительный планъ дѣйствія и результатъ не возникнулъ только отъ того, что при выполненіи плана была сдѣлана ошибка, отъ случаевъ, въ которыхъ въ самомъ планѣ коренится ошибка, дѣлающая его вполне безплоднымъ. Только первое покушеніе является наказуемымъ дѣяніемъ, второе безусловно освобождается отъ наказанія ²⁾.

Далѣе, за крайне рѣдкими исключеніями, въ сочиненіяхъ криминалистовъ нельзя найти и никакихъ указаній на существованіе психическихъ пороковъ, которые должны обусловить собою избраніе негодныхъ средствъ при безнаказанномъ покушеніи и они, обыкновенно, оставляютъ безъ всякаго опредѣленія понятія о крайнемъ суевѣрїи и невѣжествѣ....

Наконецъ, наиболѣе ненормальнымъ явленіемъ въ нашей литературѣ являются упорные поиски большинствомъ криминалистовъ догматическихъ основаній безнаказанности покушенія съ негодными средствами, несмотря на наличность прямого законнаго основанія этого положенія. Изслѣдованіе нашей литературы раскрываетъ цѣлый рядъ ученій о догматическихъ основаніяхъ безнаказанности покушенія съ негодными средствами. При этомъ, оригинальною чертою нашей науки является относительное обиліе попытокъ рѣшенія этого вопроса путемъ установленія несоответствія субъекта негоднаго покушенія понятію о субъектѣ преступнаго дѣянія. Такъ, одни криминалисты утверждаютъ, что при покушеніи со средствами суевѣрными, какъ, напр., заклинанія, виновный не способенъ совершить преступленіе ³⁾, что посягатель въ этомъ случаѣ не страдаетъ той высокой напряженностью психическаго преступнаго состоянія, которая требовала бы, въ интересахъ правового порядка и народнаго благосостоянія, признанія преступности покушенія для надлежащаго обузданія покусителя путемъ наказанія...⁴⁾. Другіе

¹⁾ Неклюдовъ, *Общ. ч.* стр. 66; Владимировъ, стр. 104.

²⁾ Сергѣевскій, стр. 289, 290.

³⁾ Платоновъ, стр. 118 пр. 2.

⁴⁾ Пусторослевъ, стр. 387.

юристы облакають это утверждєніе въ догматическую форму и отказываются видѣть въ лицѣ, примѣнившемъ негодное средство, вмѣняемаго человѣка, причѣмъ, одни полагають, что это лицо дѣйствительно представляется невмѣняемымъ въ смыслѣ современнаго права ¹⁾, а другіе думаютъ, что невмѣняемость такого лица должна презюмироваться на практикѣ ²⁾. Неубѣдительность этихъ доводовъ понятна сама собою. Отдѣльное дѣяніе человѣка не можетъ служить достаточнымъ основаніемъ для сужденія о свойствахъ его личности и человѣкъ, учинившій невѣжественное покушеніе, можетъ оказаться вполне способнымъ къ примѣненію годныхъ для реализаціи преступленія средствъ, а невѣжество или суевѣріе субъекта вовсе еще не доказываетъ собою его невмѣняемости.

Дальнѣйшая группа ученыхъ прибѣгаетъ къ инымъ, также уже знакомымъ намъ изъ предыдущаго, пріемамъ обоснованія безнаказанности покушенія съ негодными средствами. Въ защиту этого положенія, у насъ ссылаются иногда на особенности внутренней стороны акта примѣненія негодныхъ средствъ. По мнѣнію однихъ ученыхъ этого направленія, съ объективной стороны, суевѣрное покушеніе, конечно, отвѣчаетъ понятію о покушеніи, но, съ субъективной стороны, оно рѣзко отличается отъ него. Воля виновнаго въ этомъ случаѣ, не заключаетъ въ себѣ такихъ условій, которыя дѣлали бы ее опасною для общества и оправдывали бы примѣненіе наказанія ³⁾, а по мнѣнію другихъ, при этомъ покушеніи, не имѣется налицо умысла ⁴⁾ или преступнаго намѣренія въ уголовно-юридическомъ смыслѣ ⁵⁾. Но, въ нашей литературѣ, нѣтъ недостатка и въ попыткахъ обоснованія безнаказанности покушенія съ негодными средствами, исходящихъ изъ анализа внѣшней стороны этого дѣянія. Нѣкоторые наши ученые отвергаютъ безнаказанность разсматриваемаго дѣянія потому, что въ этомъ случаѣ виновный прибѣгаетъ къ содѣйствію такихъ средствъ, употребленіе которыхъ не запрещается закономъ и не составляетъ поэтому преступнаго дѣянія ⁶⁾, другіе придаютъ

¹⁾ Рудинскій, Ю. В. 1877. № 9—10, стр. 67.

²⁾ Колоколовъ, стр. 232.

³⁾ Таганцевъ, курсъ, II, стр. 214, 224, 225; Лекціи, II, 1888, стр. 847.

⁴⁾ Лякубъ, стр. 55; Кистяковскій, стр. 188.

⁵⁾ Орловъ, стр. 134.

⁶⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 118 и 119.

рѣшающее значеніе тому, что покушеніе съ негодными средствами не представляет собою дѣятельности, направляющейся къ воспроизведенію преступнаго результата ¹⁾, а третьи полагаютъ, что въ этомъ случаѣ нѣтъ покушенія потому, что нѣтъ дѣйствія способнаго привести къ осуществленію преступленія. ²⁾

Сверхъ того, у насъ имѣются криминалисты, которые приводятъ въ пользу начала безнаказанности интересующаго насъ вида покушенія не одинъ, а два или нѣсколько доводовъ. При этомъ, одни изъ представителей этого направленія ссылаются на особенности объективной стороны покушенія съ негодными средствами и указываютъ, что въ этомъ дѣяніи нѣтъ признаковъ начала исполненія и оно не воплощаетъ въ себѣ посягательства на чье-либо право ³⁾, а другіе приводятъ въ оправданіе соотвѣтственнаго положенія доводы, почерпнутые изъ анализа, какъ внѣшней, такъ и внутренней стороны покушенія съ негодными средствами. Такъ, по одному взгляду, этотъ видъ покушенія не наказуемъ потому что дѣятельность субъекта здѣсь представляется объективно и субъективно неопасной для общества и, потому, что подобная попытка при извѣстныхъ условіяхъ способна вызвать сомнѣніе вообще въ способности ко вмѣненію виновнаго ⁴⁾. По другому взгляду, въ пользу такого рѣшенія вопроса говорить то, что во-первыхъ, въ большинствѣ этихъ случаевъ сомнительно, рѣшился ли бы субъектъ совершить преступное посягательство настоящими средствами; во-вторыхъ, въ означенныхъ случаяхъ нѣтъ соблазна; въ-третьихъ, моментъ начала нападенія съ помощью такихъ средствъ нерѣдко нераспознаваемъ: субъектъ легко можетъ сказать, что онъ лишь готовилъ эти средства къ дѣйствію ⁵⁾.

Въ виду того, что неправильность всѣхъ этихъ попытокъ обосновать безнаказанность покушенія съ негодными средствами совершенно ясна послѣ тѣхъ замѣчаній, которыя были сдѣланы нами при разборѣ литературы другихъ странъ, нѣтъ необходимости останавливаться на ихъ разсмотрѣніи по существу. Но, нельзя не отмѣтить, что эти ученія, въ виду существованія у насъ закона, провозглашающаго безнаказанность поку-

¹⁾ Сергѣевскій, стр. 290.

²⁾ Владимировъ, стр. 104; Есиповъ, стр. 268.

³⁾ Неклюдовъ, Общ. часть, стр. 66.

⁴⁾ Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 185.

⁵⁾ Познышевъ, стр. 366.

шенія съ негодными средствами, являются столь же неумѣстными, сколь и соотвѣтствующія ученія современной итальянской доктрины. Также, какъ и въ Италіи, единственнымъ правовымъ основаніемъ безнаказанности этого вида покушенія у насъ является посвященная ему статья закона и попытки отысканія другой основы этого положенія не только неправильны, но и излишни.

Переходя къ догматическому разбору постановленій нашего права о покушеніи съ негодными средствами, необходимо установить, что значить употребленіе вполнѣ и очевидно недѣйствительныхъ средствъ, для совершенія преступленія, по крайнему невѣжеству или суевѣрію. Наиболѣе важными элементами этого положенія являются послѣднія два понятія и съ разсмотрѣнія ихъ мы и начнемъ наше изслѣдованіе.

Для пониманія значенія невѣжества, по мнѣнію нѣкоторыхъ нашихъ ученыхъ, необходимо установить существо отличія его отъ невѣдѣнія. Причиною ошибки субъекта при покушеніи можетъ быть или его невѣдѣніе или его невѣжество. Если отравитель заблуждается относительно химическаго состава жидкости, используемой въ цѣляхъ преступленія, онъ проявляетъ незнаніе, невѣдѣніе. Напротивъ, если составъ извѣстенъ ему, но неизвѣстно дѣйствіе напитка на организмъ, онъ проявляетъ невѣжество. Невѣдѣніе есть незнаніе онтологическихъ отношеній въ предѣлахъ данной фактической комбинаціи, невѣжество есть незнаніе присущихъ той же комбинаціи номологическихъ отношеній. Невѣжду мы противопоставляемъ мудрецу, а мудрецъ не тотъ, кому извѣстны конкретные факты, но тотъ, кто знаетъ законы, управляющіе фактами. Примѣромъ примѣненія негодныхъ средствъ по невѣжеству, вслѣдствіе незнанія, какъ дѣйствуетъ средство, можетъ служить попытка замолить на смерть своего врага. Примѣромъ примѣненія негоднаго средства по невѣдѣнію, вслѣдствіе незнанія, въ чемъ заключается средство, можетъ служить попытка застрѣлить изъ игрушечнаго револьвера, принятаго за настоящій, предложеніе по ошибкѣ кому-либо чашки неотравленнаго чаю вмѣсто отравленнаго и пр. ¹⁾.

Вникая въ существо этого взгляда, мы замѣчаемъ, что, при опредѣленіи понятія о невѣжествѣ, онъ придаетъ рѣшающее значеніе не степени грубости проявленнаго субъектомъ незнанія,

¹⁾ Мокринскій, III, стр. 473.

сколько направленію его незнанія, въ силу чего получается выводъ, что всякая ошибка лица относительно причинныхъ свойствъ примѣняемаго имъ средства должна быть признана проявленіемъ невѣжества. Это рѣшеніе вопроса совершенно не соотвѣтствуетъ обычному пониманію невѣжества, понятіе котораго охватываетъ, съ одной стороны, не всѣ случаи заблужденія людей въ причинныхъ свойствахъ явленій, а только болѣе грубыя ошибки этого рода, и, которое, съ другой стороны, не ограничивается одними грубыми ошибками въ дѣйствіи явленій, но распространяется и на случаи грубыхъ заблужденій въ фактическихъ свойствахъ явленій. Этому взгляда, думается намъ, правильнѣе держаться и при толкованіи закона и, въ виду необходимости крайняго невѣжества для примѣненія прим. къ ст. 115 ул. о нак., надо подводить подъ разбираемое понятіе всѣ случаи проявленія крайне грубыхъ ошибокъ при оцѣнкѣ средствъ, безотносительно къ тому, заключалась ли эта ошибка въ неправильной оцѣнкѣ причинныхъ свойствъ средства (дача нашептаннаго питья съ цѣлью отравленія) или же она выразилась въ невѣжественномъ принятіи посторонняго предмета за намѣченное имъ средство (принятіе субъектомъ, никогда не державшимъ въ рукахъ ружья, игрушечнаго ружья за настоящее). Рѣшающее значеніе при опредѣленіи объема понятія о крайнемъ невѣжествѣ нужно такимъ образомъ придавать не направленію ошибки виновнаго, а степени грубости этой ошибки, степени уклоненія субъекта отъ распространенныхъ въ обществѣ знаній.

Несравненно болѣе опредѣленнымъ характеромъ отличается понятіе о суевѣріи. Какъ справедливо замѣчено, подъ суевѣріемъ слѣдуетъ разумѣть вѣру въ сверхъестественное, преимущественно, вѣру въ темныя силы природы ¹⁾.

Далѣе, законъ требуетъ, чтобы невѣжество или суевѣріе вызвали употребленіе виновнымъ вполнѣ и очевидно недѣйствительныхъ средствъ для совершенія преступленія. Здѣсь говорится не о неспособности средства къ реализаціи какого-либо преступленія вообще, а о неспособности его къ осуществленію конкретнаго задуманнаго виновнымъ преступленія. Понятіе о вполнѣ и очевидно недѣйствительныхъ средствахъ не тождественно съ такъ называемыми абсолютно негодными средствами, какъ по-

¹⁾ Мокринскій, III, стр. 476.

лагають нѣкоторые криминалисты ¹⁾). Соотвѣтственное положеніе отгнѣяетъ собою только субъективное отношеніе виновнаго къ средствамъ, оно подчеркиваетъ, что средства должны быть такими негодными, что только по крайнему невѣжеству или суевѣрію ихъ можно было принять за годныя средства ²⁾). Изъ этого положенія слѣдуетъ также заключить, что, подъ негодностью средства, законъ разумѣетъ то свойство предметовъ, которымъ они обладаютъ до примѣненія ихъ въ дѣло, до ихъ употребленія виновнымъ. Средство, ставшее негоднымъ вслѣдствіе неумѣлаго его примѣненія субъектомъ, не является недѣйствительнымъ средствомъ въ смыслѣ закона.

Наконецъ, законъ предполагаетъ, что недѣйствительныя средства будутъ, по крайнему невѣжеству или суевѣрію, употреблены виновнымъ. Подъ употребленіемъ средствъ слѣдуетъ разумѣть подлинное обращеніе ихъ на служеніе преступной цѣли. Изъ этой формулы акта негоднаго покушенія вытекаютъ важные выводы о предѣлахъ этого понятія. Изъ этой формулы, прежде всего, явствуется, что примѣненныя виновнымъ средства должны быть негодными уже къ моменту ихъ примѣненія, такъ какъ законъ требуетъ, чтобы уже самое воздѣйствіе субъекта на средства (употребленіе ихъ) было направлено на негодныя средства. Этотъ выводъ заставляетъ насъ признать неправильнымъ высказанное нѣкоторыми криминалистами предположеніе, что невѣжество или суевѣріе могутъ быть обнаружены виновнымъ не только при выборѣ средства, но и при эксплуатаціи его ³⁾). Невѣжественное обращеніе съ годнымъ средствомъ, приведшее къ недѣйствительности послѣдняго, не освобождается нашимъ правомъ отъ наказанія.

Такимъ образомъ, невѣжество и суевѣріе должны опредѣлить собою именно употребленіе негоднаго средства. Но, спрашивается, во всѣхъ ли случаяхъ этого рода покушеніе остается безъ наказанія? Многіе криминалисты отвѣчаютъ отрицательно на этотъ вопросъ. При опредѣленіи сферы ненаказуемаго покушенія, по ихъ мнѣнію, нужно различать ошибку при составленіи преступнаго плана, при выборѣ типа подлежащаго примѣненію средства, и ошибку въ исполненіи плана, ошибку при подысканіи конкретнаго средства, конкретнаго воплощенія намѣченнаго

¹⁾ Лохвицкій, стр. 256, 259.

²⁾ Рудинскій, Ю. В. 1877, № 9—10, стр. 90.

³⁾ Мокринскій, III, стр. 474.

субъектомъ типа средствъ. Совершеніе перваго рода ошибки по крайнему невѣжеству или суевѣрію освобождаетъ виновнаго отъ отвѣтственности, но впаденіе во вторую ошибку не имѣетъ этого значенія ¹⁾. Съ этимъ взглядомъ нельзя согласиться, такъ какъ онъ не имѣетъ никакой опоры въ законѣ, который требуетъ только, чтобы ошибка, вытекающая изъ крайняго невѣжества или суевѣрія, была допущена виновнымъ ранѣе приступа его къ примѣненію средствъ и опредѣлила собою негодность послѣднихъ. А такая ошибка, по справедливому замѣчанію другихъ ученыхъ, можетъ имѣть мѣсто не только при составленіи плана, но и при выполненіи его ²⁾. Укажемъ для примѣра на принятіе невѣжественнымъ субъектомъ, никогда не видавшимъ ружья, игрушечнаго ружья за настоящее. Крайнее невѣжество и суевѣріе имѣютъ юридическое значеніе не только въ томъ случаѣ, когда они искажаютъ собою сужденіе субъекта при опредѣленіи имъ типа подлежащихъ употребленію средствъ, но и въ томъ случаѣ, когда они вызываютъ его ошибку при подведеніи конкретныхъ предметовъ подъ намѣченную имъ категорію средствъ.

Разбирая постановленія итальянскаго права о покушеніи съ негодными средствами, мы указывали, что особенностью ихъ является фактъ пріуроченія правила о безнаказанности употребленія негодныхъ средствъ къ неоконченному покушенію. При разборѣ постановленій нашего права по этому предмету, мы встрѣчаемся съ обратнымъ явленіемъ: правило о негодномъ покушеніи пріурочивается у насъ спеціально къ постановленіямъ объ оконченномъ покушеніи. Это обстоятельство вызвало со стороны

¹⁾ Рудинскій, Ю. В. 1877, № 9—10, стр. 192; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 229; Лекціи, II, 1888, стр. 849; Объясненія, I, стр. 437.

²⁾ Сергѣевскій, стр. 290. Нельзя, однако, согласиться съ приводимымъ авторомъ примѣромъ ошибки послѣдняго рода: нѣкто стрѣляетъ въ свою жертву на слишкомъ большомъ для своего ружья разстояніи, причемъ ошибка въ выполненіи плана, самого по себѣ годнаго исполнѣ, происходитъ не отъ невѣрнаго расчета разстояній, а отъ крайняго невѣжества субъекта, полагавшаго, что всѣ ружья одинаково дальнобойныя. Согласно приведенной конструкции, такой субъектъ долженъ быть освобожденъ отъ наказанія; между тѣмъ это будетъ совершенно неправильно.

По поводу этого примѣра слѣдуетъ замѣтить, что, во-первыхъ, ошибка въ дальнобойности ружья представляетъ собою ошибку въ составленіи плана, является заблужденіемъ въ учетѣ отношенія, подлежащаго примѣненію средства къ окружающей обстановкѣ; и, во-вторыхъ, эта ошибка не можетъ быть признана продуктомъ крайняго невѣжества субъекта, какъ того требуетъ законъ.

нашей доктрины разъясненіе, что хотя нашъ законъ и приурочиваетъ разсмотрѣнное правило къ статьѣ, посвященной нормировкѣ репрессіи оконченнаго покушенія, но оно вполне примѣнимо и къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ преступникъ остановился ранѣе, чѣмъ выполнилъ со своей стороны все, что считалъ нужнымъ ¹⁾. И нельзя не признать справедливости этого замѣчанія. Если законъ допускаетъ дѣйствіе этой льготы при наиболѣе тяжкомъ видѣ покушенія—оконченномъ покушеніи, то, очевидно, нельзя отрицать дѣйствіе ея и при менѣе серьезномъ видѣ покушенія—неоконченномъ покушеніи.

Примѣчаніе къ статьѣ 115 улож. о нак., какъ мы видѣли, оговаривается, что авторъ невѣжественнаго или суевѣрнаго покушенія, будучи свободенъ отъ наказанія за покушеніе, подвергается, тѣмъ не менѣе, наказанію какъ за преступный умыселъ по статьѣ 111 уложенія. Ст. 111 постановляетъ, что лицо, изъявившее на словахъ или письменно, или же обнаружившее какимъ-либо дѣйствіемъ намѣреніе совершить преступленіе, наказывается за это, какъ за преступный умыселъ. Случаи, въ которыхъ за умыселъ, смотря по роду и важности преднамѣреннаго преступленія, назначается наказаніе, специально указаны въ законѣ, и это правило, какъ извѣстно, примѣняется только при государственныхъ преступленіяхъ (ст. 241, 244 и 253). Но положенія уложенія о наказаніяхъ, относящіяся къ государственнымъ преступленіямъ, со времени изданія закона 7 іюня 1904 года, замѣнены положеніями уголовного уложенія 1903 года по этому предмету, которыя уже не караютъ обнаруженія преступнаго умысла даже и при государственныхъ преступленіяхъ. Отсюда ясно, что, въ настоящее время, невѣжественное или суевѣрное покушеніе не можетъ подлежать никакому вообще наказанію ²⁾.

Мы разобрали юридическое значеніе покушенія съ негодными средствами по нашему праву. Переходя къ покушенію надъ негоднымъ объектомъ, слѣдуетъ сказать, что наше дѣйствующее законодательство вовсе его не касается и не даетъ опредѣленія его понятія. Отсюда, на долю нашей доктрины и практики выпало рѣшеніе вопросовъ о содержаніи понятія о покушеніи надъ

¹⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 229; Лекціи, II, 1888, стр. 849; Българиць—Котляревскій, стр. 185.

²⁾ Пусторослевъ, стр. 388, 389.

негоднымъ объектомъ и объ основаніяхъ безнаказанности этого покушенія. Разборъ нашей доктрины показываетъ, что она успѣла уже придти къ опредѣленному соглашенію относительно пріемовъ рѣшенія обоихъ вопросовъ.

Такъ, хотя при рѣшеніи вопроса о юридическомъ значеніи этого вида покушенія у насъ и высказывались иногда различные взгляды,—одни ученые полагали, что негодность объекта никогда не можетъ освободить виновнаго отъ наказанія ¹⁾, а другіе утверждали, что эта негодность освобождаетъ виновнаго отъ наказанія въ томъ только случаѣ, когда объектъ былъ юридически, а не физически негоденъ ²⁾,—но большинство нашихъ ученыхъ вполне опредѣленно отстаиваетъ безнаказанность всѣхъ вообще случаевъ посягательства на негодный объектъ, совершенно безотносительно къ тому носилъ ли послѣдній физически или юридически негодный характеръ ³⁾. Къ этому взгляду примкнула и наша практика, признающая, что субъектъ, посягнувшій на объектъ фактически или юридически негодный, не можетъ подлежать уголовной ответственности ⁴⁾.

То же должно быть сказано и про ученіе объ основаніяхъ безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ. Нѣкоторые ученые и здѣсь выдвигали такія соображенія, которыя не получали общаго признанія въ литературѣ и носили характеръ индивидуальныхъ воззрѣній ихъ авторовъ, но большинство нашихъ криминалистовъ придерживалось одного общаго взгляда на основанія безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ. Отдѣльные криминалисты, въ оправданіе безнаказанности этого вида покушенія, либо ссылаются на то, что въ этомъ случаѣ имѣется недостатокъ связи между волею и внѣшнимъ дѣяніемъ ⁵⁾, или на то, что соответствующая дѣятельность представляется совершенно бесплодною и безусловно неопасною ⁶⁾, либо усматри-

¹⁾ Лякубъ, стр. 53; Орловъ, стр. 139; Рудинскій, Ю. В. 1877. № 9—10, стр. 73, 74; Колоколовъ, стр. 232; Мокринскій, III, стр. 484.

²⁾ Владимировъ, стр. 105.

³⁾ Калмыковъ, стр. 123, 124; Неклюдовъ, Прил. стр. 508, 509; Общ. часть, стр. 66; Спасовичъ, стр. 136; Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 93; Кистяковский, стр. 185; Таганцевъ, Курсъ, I, стр. 231, 232; Лекціи, II, 1888, стр. 852; Есиповъ, стр. 270; Сергѣевскій, стр. 292; Пусторослевъ, стр. 391; Познышевъ, стр. 367.

⁴⁾ Касс. рѣш. 74-99, Пономарева; 83-29, Городилова.

⁵⁾ Калмыковъ, стр. 124.

⁶⁾ Сергѣевскій, стр. 292.

вають основанія ненаказуемости этого покушенія въ особенностяхъ, какъ субъективной, такъ и объективной его стороны. Субъективная сторона этого вида покушенія, по мнѣнію однихъ, вызываетъ основательное сомнѣніе въ существованіи серьезнаго преступнаго намѣренія, объективная, не содержа въ себѣ самаго начала исполненія, не представляетъ никакой опасности ¹⁾.

По мнѣнію другихъ, случаи покушенія на негодный объектъ должны признаваться ненаказуемыми, во-первыхъ, потому, что отъ этихъ объектовъ субъектъ не получаетъ тѣхъ впечатлѣній, какія онъ получилъ бы отъ объектовъ, могущихъ служить предметами даннаго рода преступленій, и нельзя съ увѣренностью сказать, рѣшился ли бы, напр., субъектъ нанести ударъ, если бы онъ услышалъ крикъ ужаса, стоны, знакомый когда-то, быть можетъ, дорогой ему голосъ и т. п.; во-вторыхъ, потому, что безнаказанность этихъ случаевъ лишена того элемента соблазна и не произведетъ того впечатлѣнія на общество, въ силу котораго, между прочимъ, покушеніе должно признаваться наказуемымъ. Да случаи эти обыкновенно и слишкомъ труднораспознаваемы ²⁾.

Что касается большинства криминалистовъ, то оно полагаетъ, что покушеніе на негодный объектъ не можетъ подлежать наказанію потому, что оно не удовлетворяетъ признакамъ противоправнаго дѣянія. Для состава правонарушенія необходима наличность охраняемаго закономъ правового блага; при покушеніи на негодный объектъ этого условія не имѣется налицо, и потому оно не подлежитъ уголовной отвѣтственности ³⁾.

Несостоятельность всѣхъ этихъ доводовъ въ пользу безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ была показана уже выше и, если этотъ видъ покушенія и долженъ быть, въ дѣйствительности, признанъ ненаказуемымъ дѣяніемъ по нашему праву, то не въ силу убѣдительности вышеприведенныхъ соображеній, а вслѣдствіе нормативной авторитетности провозглашающихъ его безнаказанность положеній нашей юриспруденціи.

¹⁾ Кистяковскій, стр. 155.

²⁾ Познышевъ, стр. 367.

³⁾ Спасовичъ, стр. 136; Неклюдовъ, Прил. стр. 508, 509; Общ. часть, стр. 66; Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 93; Таганцевъ, Курсъ II, стр. 231—233; Лекціи, II, 1888, стр. 852; Владиміровъ, стр. 105; Есиповъ, стр. 270; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 182; Пусторослевъ, стр. 389, 390.

Третьимъ видомъ негоднаго покушенія, извѣстнаго нашей доктринѣ, является покушеніе надъ отсутствующимъ объектомъ. Нѣкоторые наши ученые, разбирая покушеніе этого рода, полагаютъ нужнымъ различать въ составѣ его наказуемые и ненаказуемые случаи. При этомъ, одни изъ представителей этого взгляда не указываютъ никакихъ опредѣленныхъ критеріевъ разграниченія случаевъ того и другого рода, ограничиваясь весьма туманною ссылкой на то, что наказанію можетъ подлежать только посягательство на отсутствующій объектъ, воплощающее въ себѣ общіе признаки покушенія ¹⁾, а другіе думаютъ, что безусловно исключается наказуемость тѣхъ посягательствъ, объектъ которыхъ не только отсутствуетъ, но и вообще не существуетъ (напр., попытка потопить нѣсколько дней тому назадъ снесенную мельницу), а при обсужденіи другихъ случаевъ посягательства на отсутствующій объектъ необходимо обращать особенное вниманіе на обстановку дѣянія и исключать его наказуемость лишь тогда, когда трудно предположить, чтобы мало-мальски здравомыслящій человѣкъ при этой обстановкѣ рѣшился бы на данное посягательство ²⁾. Но большинство нашихъ криминалистовъ признаетъ наказуемымъ всѣ случаи покушенія надъ отсутствующимъ объектомъ ³⁾, и, въ соотвѣтствіи съ этимъ, соотвѣтствующій видъ покушенія долженъ почитаться наказуемымъ дѣяніемъ по нашему праву. Этотъ взглядъ раздѣляется и нашею практикою, признающей, что отсутствіе объекта посягательства въ предположенномъ виновнымъ мѣстѣ не исключаетъ уголовной отвѣтственности за покушеніе не только при кражѣ ⁴⁾, но и при убійствѣ ⁵⁾.

Наконецъ, въ нашей доктринѣ иногда упоминается еще и о покушеніи на несуществующій объектъ, напр., о попыткѣ поджога несуществующаго дома, поддѣлки акцій несуществующаго общества, попыткѣ оклеветанія несуществующаго лица и т. п.

1) Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 233, 234; Лекціи, II, 1888, стр. 853.

2) Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 182, 183.

3) Рудинскій, Ю. В. 1877, № 3—4, стр. 84, 85; Есиповъ, стр. 270; Сергѣевскій, стр. 292; Колоколовъ, стр. 175, 176; Пусторослевъ, стр. 394; Познышевъ, стр. 366.

4) Касс. рѣш., 68-568, Юхонова.

5) Касс. рѣш., 83-29, Городилова.

Наши ученые согласно признают безнаказанность покушений этого рода ¹⁾.

Познакомившись съ постановленіями нашего дѣйствующаго права о негодномъ покушеніи, мы должны перейти къ разбору положеній уголовнаго уложенія 1903 года по этому предмету. Наше новое уголовное уложеніе замѣчательно тѣмъ, что предусматриваетъ въ законѣ не только юридическую судьбу покушенія съ негодными средствами, но и юридическое значеніе покушенія надъ негоднымъ объектомъ и покушенія надъ несуществующимъ объектомъ.

Постановленіе уголовного уложенія о покушеніи съ негодными средствами близко примыкаетъ къ соответствующему положенію улож. о нак.: согласно нему покушеніе учинить преступное дѣяніе очевидно негоднымъ средствомъ, выбраннымъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію, ненаказуемо (ст. 49, ч. 4). Но, при всемъ сходствѣ обѣихъ формулъ этого покушенія, между ними существуютъ и нѣкоторыя черты различія, которыя должны быть отмѣчены при догматической разработкѣ этого вопроса.

Одно изъ этихъ различій носить исключительно терминологическій характеръ: вмѣсто употребленія «вполнѣ и очевидно недѣйствительныхъ средствъ» уложенія о нак. уголовное ул. требуетъ примѣненія «очевидно негодныхъ средствъ». Ясно, что оба требованія совершенно тождественны между собою и должны быть понимаемы въ одномъ и томъ же смыслѣ. Мы не можемъ признать основательнымъ замѣчанія, что выраженіе «очевидно негодное» средство дѣлаетъ разбираемое постановленіе недостаточно опредѣленнымъ ²⁾, такъ какъ думаемъ, что эти слова введены законодателемъ сознательно и служатъ указаніемъ на то, что выборъ относительно негодныхъ средствъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію лишень юридическаго значенія ³⁾.

Второе различіе имѣетъ болѣе серьезный характеръ: при негодномъ покушеніи, по угол. ул., крайнее невѣжество или суевѣріе должны обусловить собою не только употребленіе негодныхъ средствъ, но и выборъ этихъ средствъ, т. е., соответственные пороки должны вызвать ошибку виновнаго уже при составленіи

¹⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 232; Лекціи, II, стр. 852; Пусторослевъ, стр. 392; Познышевъ, стр. 366.

²⁾ Познышевъ, стр. 369.

³⁾ Таганцевъ, Уголовное уложеніе, 1904, стр. 104.

имъ преступнаго плана. Это требованіе, какъ видно изъ предыдущаго, дѣлаетъ кругъ ненаказуемыхъ случаевъ покушенія по уг. ул. нѣсколько болѣе узкимъ, чѣмъ кругъ этихъ случаевъ по ул. о нак. Ошибочное принятіе виновнымъ, по крайнему невѣжеству или суевѣрью, посторонняго предмета за воплощеніе намѣченной имъ категоріи средствъ, по уг. ул., уже не обуславливаетъ собою безнаказанности виновнаго.

Такимъ образомъ, по уг. ул., подъ понятіе о негодномъ покушеніи можно подводить только случаи крушенія попытки виновнаго, вызванные допущеніемъ имъ ошибки при составленіи плана, и ошибка при выполненіи плана, по этому уложенію, не имѣетъ юридическаго значенія. Но, конечно, и въ случаѣ своего заблужденія въ составленіи плана, виновный далеко не всегда освобождается отъ наказанія. По общему правилу, замѣчаютъ мотивы уложенія, выборъ неподлежащихъ средствъ дѣйствія не долженъ имѣть вліянія на отвѣтственность, если только виновный проявилъ свою преступную рѣшимость и выполнилъ или, правильнѣе, началъ выполнять дѣяніе, входящее въ законный составъ преступления: человекъ, подсыпавшій въ поданный имъ кому-либо напитокъ мышьякъ въ такой дозѣ, которая, по отзыву экспертовъ, не могла причинить смерти, или воръ, пытавшійся влѣзть въ домъ по принесенной имъ лѣстницѣ, не имѣющей однако необходимой высоты, или пытавшійся взломать замокъ плохо изготовленную отмычкою,—должны отвѣчать за покушеніе на отравленіе или на кражу. Но если виновный задумалъ осуществить свое желаніе такими средствами, коихъ выборъ свидѣтельствуеетъ о его полномъ невѣжествѣ, суевѣрїи и т. п., то подобная попытка не можетъ считаться наказуемою. Покушающійся признается неотвѣтственнымъ, если онъ пытался совершить дѣяніе съ негодными средствами, выбранными только вслѣдствіе его крайняго невѣжества или суевѣрїя ¹⁾.

Въ заключеніе разбора постановленій угол. ул. о покушеніи съ негодными средствами, необходимо замѣтить, что и при ихъ разсмотрѣнїи, нѣкоторые ученые приводятъ догматическія основанія въ пользу безнаказанности этого вида покушенія. Покушеніе съ негодными средствами, по мнѣнію нѣкоторыхъ, ненаказуемо потому, что въ этомъ случаѣ воля, проявленная винов-

¹⁾ Объясненія, I, стр 437, 438.

нымъ, не представляется опасною для общества ¹⁾. Это соображеніе приводится и мотивами уложенія, которые замѣчаютъ, что если виновный задумалъ осуществить свое желаніе такими средствами, коихъ выборъ свидѣтельствуеетъ о его полномъ невѣжествѣ, суевѣріи и т. п., то при такихъ условіяхъ можно лишь говорить о преступныхъ помыслахъ, пожеланіяхъ, но не объ опасной для общества волѣ, а потому подобная попытка не можетъ считаться наказуемою ²⁾. Мы уже указывали на то, что подобныя замѣчанія съ догматической точки зрѣнія и несостоятельны и неумѣстны. Соотвѣтственная оговорка мотивовъ вызвала небольшое удивленіе и среди западныхъ ученыхъ, которые никакъ не могли понять, почему мотивы, приводя соображеніе, столь убѣдительно, по ихъ взгляду, доказывающее безнаказанность покушенія съ негодными средствами, настаиваютъ еще, сверхъ того, и на необходимости особаго постановленія закона о безнаказанности этого вида покушенія. Если въ разсматриваемыхъ случаяхъ не имѣется преступной воли, то они и безъ особой оговорки въ законѣ не будутъ подвергаться наказанію. Стараніе объяснить соединеніе двухъ, исключających другъ друга, основаній безнаказанности покушенія съ негодными средствами, вызвало со стороны западныхъ ученыхъ предположеніе, что составители уложенія не были увѣрены въ томъ, что ихъ догматическіе доводы будутъ раздѣлены другими криминалистами, и потому, во избѣжаніе возникновенія споровъ, особо оговорили безнаказанность этого вида покушенія въ законѣ ³⁾.

Переходя къ разсмотрѣнію отношенія уголовнаго уложенія къ покушенію на объектъ негодный и покушенію на объектъ несуществующій, мы находимъ въ немъ статью, постановляющую, что не почитается преступнымъ дѣяніе, направленное на предметъ

¹⁾ Таганцевъ, Лекціи, I, 1902, стр. 724.

²⁾ Объясненія, I, стр. 438.

³⁾ Delaquis, s. 225; Ein Punkt scheint uns aber irrig zu sein. Bei den Fällen, in denen Aberglaube oder grobe Unwissenheit den Täter geleitet haben, soll kein Wille gegeben gewesen sein. Gegen diese Ansicht anzukämpfen ist uns schon an verschiedenen Stellen unserer Arbeit Gelegenheit geboten gewesen; wir verweisen deshalb auf früher Gesagtes. Von jenen Einwänden abgesehen, begreifen wir aber weiterhin nicht, warum bei Annahme der oben genannten Motivierung die Beschränkungen der Strafbarkeit noch positiv im Gesetze enthalten sein müssen. Ist der Wille in solchen Umständen nicht vorhanden, dann wird ja ganz von selbst auch nicht gestraft werden, und eine besondere Hervorhebung dieser Kriterien ist unnötig. Es scheint aber fast als ob die rus-

несуществующій или очевидно негодный для учиненія того рода преступнаго дѣянія, которое замыслено (ст. 47). Для уразумѣнія этой статьи, необходимо раскрыть различіе понятій о несуществующемъ и о негодномъ объектахъ преступныхъ дѣяній. При разрѣшеніи этой задачи, въ нашей литературѣ были высказаны различные взгляды.

По одному мнѣнію, понятія о несуществующемъ и негодномъ объектахъ не имѣютъ раздѣльнаго существованія: несуществующій объектъ есть тотъ же негодный объектъ, а всякій негодный объектъ представляется въ то же время и несуществующимъ объектомъ. По этому взгляду, очевидно, союзъ «или» въ статьѣ 47 употребленъ не для раздѣленія двухъ понятій, а для поясненія одного явленія другимъ; законодатель хотѣлъ сказать, что не почитается преступнымъ посягательство на несуществующій, т. е., на негодный объектъ. Подобное воззрѣніе нашло себѣ вполне отчетливую формировку уже въ мотивахъ къ уложенію ¹⁾ и его придерживаются и нѣкоторые изъ авторитетныхъ представителей нашей доктрины ²⁾.

По другому мнѣнію, понятія о несуществующемъ и о негодномъ объектахъ отличны другъ отъ друга. Подъ объектомъ несуществующимъ слѣдуетъ разумѣть фактически негодный объектъ— объектъ, который пересталъ существовать (человѣкъ, котораго пытались убить, уже умеръ, или за человѣка было принято огородное пугало) или никогда не существовалъ. Подъ объектомъ негоднымъ слѣдуетъ разумѣть юридически негодный объектъ, почему правильнѣе его было бы назвать предметомъ, не обладающимъ свойствами, требуемыми составомъ преступления или предметомъ по закону негоднымъ для учиненія надъ нимъ преступленія, напр., принадлежность вещи субъекту дѣйствія на правѣ собственности юридически исключаетъ возможность признанія захвата ея собственникомъ кражею ³⁾.

sische Kommission erwartet hätte, dass ihre Ansicht nicht allgemeiner Zustimmung teilhaftig sein werde und sie daher einer Zersplitterung der Meinungen vorbeugen wollte. Rudert, s. 21: Seltsamerweise hat nun der russische Entwurf in den Fällen der groben Unwissenheit und des rohen Aberglaubens auf seiten des Täters das Vorhandensein eines strafrechtlich relevanten Willens geleugnet—seltsam deshalb weil bei Richtigkeit dieser Auffassung eine anderweitige Begründung der Straflosigkeit überflüssig gewesen wäre.

¹⁾ Объясненія, I, стр. 392.

²⁾ Таганцевъ, Лекціи, I, стр. 727, 728.

³⁾ Мокринскій, III, стр. 486, 487; 444, 445.

Вдумываясь въ существо перваго пониманія ст. 47, мы приходимъ къ убѣжденію въ его неосновательности. Отождествленіе несуществующаго и негоднаго объектовъ могло бы быть допущено, если бы подлежащіе предметы всегда совпадали другъ съ другомъ, т. е., если бы негодность объекта посягательства была всегда обусловлена несуществованіемъ намѣченнаго субъектомъ объекта, а это въ дѣйствительности не всегда имѣется налицо: при посягательствѣ на негодный объектъ, легко можетъ оказаться, что намѣченный виновнымъ объектъ существуетъ и находится въ двухъ шагахъ отъ негоднаго объекта: виновный, желая похитить чужую вещь, лежащую рядомъ съ его собственною, похищаетъ вмѣсто нея свою собственную вещь. Это доказываетъ намъ неправильность перваго толкованія 47 ст.

Такимъ образомъ, попытка отождествленія негоднаго и несуществующаго объектовъ, не можетъ быть признана удачнымъ рѣшеніемъ интересующаго насъ вопроса. Но ближайшее изслѣдованіе показываетъ, что и второе изъ предложенныхъ въ нашей литературѣ рѣшеній этой проблемы не даетъ удовлетворительнаго на нее отвѣта.

Это ученіе ставитъ признаніе объекта несуществующимъ или негоднымъ въ зависимость отъ свойствъ негодности затронутаго дѣяніемъ предмета и признаетъ несуществующимъ объектомъ физически негодный объектъ, а объектомъ негоднымъ—юридически негодный объектъ. Но эти указанія имѣютъ значеніе только при обсужденіи объектовъ съ точки зрѣнія ихъ негодности, а не съ точки зрѣнія ихъ существованія. При изслѣдованіи объектовъ съ послѣдней точки зрѣнія, мы видимъ, что покушеніе на физически негодный объектъ оказывается покушеніемъ на объектъ несуществующій въ тѣхъ же случаяхъ, какъ и покушеніе на объектъ юридически негодный и наоборотъ, покушеніе можетъ носить характеръ покушенія на объектъ существующій не только въ томъ случаѣ, когда предметомъ преступнаго воздѣйствія былъ предметъ юридически негодный, но и въ томъ, когда этотъ предметъ былъ физически негоденъ.

Въ самомъ дѣлѣ, если мы будемъ разумѣть подъ объектомъ покушенія всякій объектъ, бывшій предметомъ воздѣйствія учиненнаго субъектомъ акта, то мы вынуждены будемъ признать дѣйствіе покушеніемъ на существующій объектъ, какъ въ томъ случаѣ, когда оно направилось на физически негодный, такъ и въ томъ, когда оно посягнуло на юридически

негодный объект, ибо въ обоихъ случаяхъ дѣйствіе лица коснулось реального предмета. Если же подъ объектомъ покушенія, мы будемъ разумѣть только годный, присутствующій на мѣстѣ преступленія, объектъ, то покушеніе на негодный объектъ всегда окажется покушеніемъ на несуществующій объектъ, совершенно безотносительно къ тому, физически или юридически былъ негоденъ предметъ преступнаго воздѣйствія. Если же, наконецъ, подъ объектомъ покушенія, мы будемъ разумѣть намѣченный виновнымъ объектъ, безотносительно къ его пространственному положенію, то посягательство на негодный объектъ окажется покушеніемъ на объектъ существующій, если намѣченный виновнымъ объектъ вообще гдѣ либо существовалъ, и покушеніемъ на объектъ несуществующій, если этого объекта вообще нигдѣ не было, но рѣшеніе вопроса въ томъ или иномъ смыслѣ опять-таки не будетъ стоять въ зависимости отъ физической или юридической негодности предмета преступнаго воздѣйствія.

По нашему убѣжденію, правильное толкованіе ст. 47 угол. ул. невозможно безъ принятія во вниманіе выработанной нами выше схемы отношеній объектовъ къ дѣйствию при покушеніи. Мы показали, что для уразумѣнія этой статьи, необходимо прежде всего подраздѣлить случаи покушенія на недостающій объектъ на двѣ группы, отнеся въ одну изъ нихъ покушеніе на объектъ, не только не бывшій на мѣстѣ преступленія, но и вообще несуществующій (покушеніе на несуществующій объектъ), а въ другую—покушеніе на объектъ, не бывшій на мѣстѣ преступленія, но существующій въ другомъ мѣстѣ (покушеніе на существующій объектъ). Это дѣленіе насъ знакомитъ съ содержаніемъ первой изъ извѣстныхъ ст. 47 юридическихъ категорій—покушеніемъ на объектъ *несуществующій*, категоріей, объемлющей собою всѣ виды покушенія на несуществующій объектъ воли, безотносительно къ тому, былъ ли этотъ объектъ воли замѣненъ на мѣстѣ преступленія другимъ объектомъ или нѣтъ. Въ частности, эта категорія охватываетъ собою и случаи покушенія на объектъ несуществующій, бывшій замѣненнымъ на мѣстѣ преступленія негоднымъ объектомъ, такъ что покушеніе на негодный объектъ въ послѣднемъ случаѣ, по угол. ул., не принимается за самостоятельный типъ покушенія, а образуетъ собою видъ покушенія на несуществующій объектъ.

Въ противоположность покушенію на несуществующій объектъ, покушеніе на объектъ существующій лишено значенія особой юридической категоріи и для уясненія юридическаго значенія его, необходимо подвергнуть относящіеся къ нему случаи дальнѣйшему дѣленію. Въ составѣ случаевъ этого рода, необходимо различать покушеніе на объектъ существующій, но замѣненный другимъ объектомъ на мѣстѣ совершенія преступленія и покушеніе на объектъ существующій, но незамѣненный другимъ объектомъ на мѣстѣ совершенія преступленія. Первая группа случаевъ, въ свою очередь, распадается на покушеніе на объектъ существующій, но замѣненный на мѣстѣ преступленія другимъ объектомъ, удовлетворяющимъ признакамъ объекта преступнаго воздѣйствія—случаи ошибки въ объектѣ или идеальной конкуренціи покушенія съ оконченнымъ умышленнымъ преступленіемъ—и на покушеніе на объектъ существующій, но замѣненный на мѣстѣ преступленія негоднымъ объектомъ—случаи покушенія на *негодный* объектъ, составляющіе вторую, предусматриваемую ст. 47 группу случаевъ покушенія. Наконецъ, случаи покушенія на существующій объектъ, не бывшій замѣненный другимъ объектомъ на мѣстѣ совершенія преступленія, образуютъ собою третью, уже неизвѣстную закону, но догматически важную группу покушеній на недостающій объектъ,—покушеніе на объектъ *отсутствующій*.

Таково дѣленіе случаевъ покушенія на недостающій объектъ, принятое уголовнымъ уложеніемъ 1903 года. Изъ изложеннаго ясно, что по этому уложенію, остаются безъ наказанія всѣ виды покушенія на несуществующій объектъ, безотносительно къ тому, былъ ли этотъ объектъ замѣненъ на мѣстѣ совершенія преступленія другимъ объектомъ или нѣтъ, а изъ случаевъ покушенія на объектъ существующій ненаказуемы только случаи покушенія на объектъ недостающій, замѣненный на мѣстѣ преступленія негоднымъ объектомъ. Покушеніе на объектъ существующій, замѣненный годнымъ объектомъ преступленія (*error in objecto*) подлежитъ наказанію (даже если бы виновный не могъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за конкурирующее съ этимъ покушеніемъ преступленіе, напр., вслѣдствіе необходимости принесенія по послѣднему дѣлу частной жалобы). Подлежитъ наказанію, по уг. ул., и покушеніе на объектъ существующій, но не замѣненный другимъ объектомъ на мѣстѣ преступленія—покушеніе на объектъ отсутствующій. Послѣдній выводъ, впрочемъ,

оспаривается мотивами уложения и нѣкоторыми представителями нашей доктрины, которые утверждаютъ, что иногда и покушеніе на отсутствующій объектъ должно быть оставлено безъ наказанія.

Знакомясь съ доводами защитниковъ этого взгляда мы видимъ, что они и не пытаются опереть свое мнѣніе на текстъ ст. 47 уг. ул. Въ пользу безнаказанности покушенія на отсутствующій объектъ, по ихъ убѣжденію, говорятъ общія соображенія. Нельзя говорить о покушеніи на убійство лица, находящагося въ это время въ другомъ городѣ, такъ какъ при этомъ условіи не можетъ быть нападенія на личность, а, слѣдовательно, и начала осуществленія, но, конечно, выстрѣлъ въ комнату, не имѣвшій ожидаемыхъ преступникомъ послѣдствій только потому, что жертва стояла на нѣсколько шаговъ въ сторонѣ, несомнѣнно подойдетъ подъ понятіе наказуемаго покушенія ¹⁾. Съ этимъ взглядомъ нельзя согласиться. Дѣйствіе лица отвѣчаетъ признакамъ покушенія, какъ въ томъ случаѣ, когда, при произведенномъ имъ выстрѣлѣ, жертва его стояла въ нѣсколькихъ шагахъ отъ пункта его прицѣла, такъ и въ томъ, когда жертва находилась въ 100 верстахъ отъ соотвѣтственнаго мѣста. Для безнаказанности послѣдняго вида покушенія, необходима особая оговорка закона. Послѣдней не было сдѣлано и потому покушеніе на отсутствующій объектъ, по уголовному ул., во всѣхъ случаяхъ подлежитъ наказанію.

Вышеприведенныя замѣчанія заключаютъ въ себѣ всѣ необходимыя разъясненія относительно понятій о покушеніи на объектъ несуществующій или отсутствующій въ смыслѣ нашего уголовного уложения. Но при разборѣ понятія о покушеніи на объектъ негодный въ смыслѣ нашего новаго кодекса возникаютъ еще и другіе вопросы. Ст. 47 обусловливаетъ безнаказанность дѣянія не всякаго негодностью его предмета, а очевидно негодностью этого предмета. Спрашивается, что означаетъ собою *очевидно* негодный предметъ, въ отличіе отъ другихъ негодныхъ предметовъ? Отвѣчаетъ ли этому различію названій какое-либо реальное различіе объектовъ или нѣтъ? На этотъ вопросъ въ нашей литературѣ даютъ различныя отвѣты.

По мнѣнію однихъ ученыхъ, подлежащій вопросъ долженъ быть рѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ. Знакомство съ исторіей составленія уложения показываетъ, что во время прохожденія его проектомъ различныхъ инстанцій у многихъ возникла

¹⁾ Объясненія, I, стр. 393; Таганцевъ, I, стр. 728.

мысль о необходимости отграниченія понятія о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ отъ понятія объ ошибкѣ въ объектѣ. Такъ, уже министр юстиціи, въ своемъ представленіи въ Государственный Совѣтъ, признавалъ необходимымъ особо оговорить, что посягательство почитается не наказуемымъ лишь при условіи, если предметъ, на который направлено дѣяніе виновнаго, непригоденъ служить объектомъ не только даннаго преступленія, но и всякаго иного преступнаго дѣянія того же рода. Повидимому, тѣми же соображеніями руководилось и особое совѣщаніе при Гос. Сов., включивъ въ текстъ статьи слова «очевидно», хотя оно и не привело въ пользу этого нововведенія никакихъ основаній¹⁾.

Съ этимъ мнѣніемъ нельзя согласиться. При разсмотрѣніи проекта уложенія, дѣйствительно, былъ поднятъ вопросъ объ отграниченіи покушенія надъ негоднымъ объектомъ отъ случаевъ ошибки въ объектѣ—авторы выше упомянутаго представленія ссылаются на то, что не можетъ быть рѣчи о безнаказанности лица, которое, замысливъ лишить жизни своего отца, убило вмѣсто него другого человѣка, не состоящаго съ нимъ въ указанныхъ родственныхъ отношеніяхъ и являющагося негоднымъ объектомъ для отцеубійства²⁾),—но этотъ вопросъ и былъ ими своевременно разрѣшенъ путемъ замѣны формулы ред. комиссіи; негодный для учиненія умышеннаго виновнымъ преступнаго дѣянія (ст. 39), формулою: негодный для учиненія того рода преступнаго дѣянія, которое виновнымъ задумано (ст. 40 пр. мин. ю.). Въ виду того, что особ. совѣщаніе при Гос. Сов. сохранило внесенное мин. ю. оговорку, нельзя предполагать, чтобы, вводя слово «очевидно» въ текстъ разбираемой статьи, оно преслѣдовало цѣль разграниченія вышеприведенныхъ понятій.

Другіе ученые склонны рѣшать приведенный выше вопросъ въ отрицательномъ смыслѣ и они не усматриваютъ никакого различія между очевидно негоднымъ объектомъ и другими видами негодныхъ объектовъ. Представители этого взгляда отмѣчаютъ, что характеристика объекта по 47 ст. отличается неточностью выраженія: гдѣ граница между очевидной и неочевидной негодностью? съ чьей точки зрѣнія, судьи или виновнаго, слѣдуетъ судить объ очевидности? Сверхъ того, ст. 47 даетъ поводъ думать,

¹⁾ Таганцевъ, Уголовное уложеніе 22 Марта 1903 г., 1904, стр. 92.

²⁾ Представленіе въ Государственный совѣтъ министра юстиціи и председателя высочайше учрежденной редакціонной комиссіи, 1902, стр. 40, 41.

что наказуемость исключается во всѣхъ вообще случаяхъ, гдѣ объектъ былъ недоступенъ преступному на него воздѣйствію (игралъ роль такъ наз. относительно-негоднаго объекта): Сообразно съ этимъ, соотвѣтствующіе ученые совершенно игнорируютъ слово «очевидно» при толкованіи 47 статьи ¹⁾.

Послѣдній взглядъ и представляетъ собою правильное рѣшеніе этого вопроса. Вдумываясь въ значеніе словъ: очевидно негодный объектъ, мы приходимъ къ заключенію, что оно можетъ имѣть двоякій смыслъ. Съ одной стороны, эти слова могутъ означать собою степень распознаваемости негодности объекта при обсужденіи юридической природы содѣяннаго виновнымъ, указывать на то, что только безспорная негодность объекта съ юридической точки зрѣнія освобождаетъ виновнаго отъ отвѣтственности. Однако, это толкованіе несостоятельно, потому, что при оцѣнкѣ свойствъ объекта преступныхъ дѣяній никогда не можетъ быть колебаній. Въ противоположность годности средствъ, свойства дѣйствія, зависящаго отъ ряда фактическихъ условій, и потому относительно трудно-распознаваемаго, годности объекта представляетъ собою свойство явленія, обусловливаемаго совпадениемъ признаковъ объекта съ признаками законнаго о немъ понятія и потому, для распознаванія его, достаточно только знать природу реального объекта и законное о немъ понятіе, каковыя свѣдѣнія, всегда имѣются налицо при обсужденіи свойствъ дѣянія и конечно, негодность объекта въ этомъ смыслѣ, при существованіи ея, всегда является очевидною. Съ другой стороны, подъ очевидною негодностью объекта, можно разумѣть явную негодность его въ моментъ предпринятія виновнымъ дѣянія и признавать, что нашъ законъ ставитъ безнаказанность этого вида покушенія въ тѣ же предѣлы, какъ и современная германская доктрина, и допускаетъ эту безнаказанность лишь въ случаѣ уклоненія виновнаго, при обсужденіи свойствъ объекта, отъ нормальнаго хода мышленія. Но этотъ выводъ не имѣетъ рѣшительно никакой опоры ни въ мотивахъ уложенія, ни въ ученіяхъ нашей доктрины и нельзя допустить, чтобы слово, внесенное особ. совѣщаніемъ безъ всякихъ поясненій, могло вызвать такую существенную перемѣну въ границахъ безнаказанности покушенія. Слову «очевидно» въ ст. 47 нельзя придавать ровно никакого значенія: оно представляетъ собою чисто стилистическій элементъ и подъ

¹⁾ Мокринскій, III. стр. 486, 487.

очевидно негодными объектами слѣдуетъ разумѣть всѣ вообще негодные объекты.

Въ заключеніе надо замѣтить, что и при разборѣ постановленій о безнаказанности покушенія надъ несуществующимъ и негоднымъ объектомъ, у насъ приводятъ иногда догматическія основанія ненаказуемости дѣяній этого рода. Такъ, уже мотивы къ уложенію замѣтили, что всякое преступленіе предполагаетъ посягательство на какой либо объектъ, охраняемый закономъ, и что поэтому покушеніе представляется юридически невозможнымъ, какъ скоро окажется, что предметъ, на который направлялъ свои дѣйствія обвиняемый, не существовалъ ¹⁾. Это мнѣніе нашло себѣ откликъ и въ нашей доктринѣ ²⁾. Подлежащій доводъ показался нѣкоторымъ критикамъ проекта уложенія настолько убѣдительнымъ, что они находили излишнимъ дѣлать особое упоминаніе о безнаказанности разсматриваемыхъ видовъ покушенія, въ виду того, что ихъ ненаказуемость вытекаетъ сама собою изъ общаго ученія науки уголовного права о преступныхъ дѣяніяхъ и законномъ составѣ оныхъ ³⁾. Мы уже показали несостоятельность приводимыхъ мотивами въ пользу ненаказуемости покушенія надъ негоднымъ объектомъ догматическихъ основаній—эти доводы способны обосновать безнаказанность оконченныхъ преступленій, но не покушенія—и потому, вполне соглашаясь съ неумѣстностью одновременнаго приведенія въ защиту разсматриваемаго положенія законныхъ положеній и догматическихъ тезисовъ, мы полагаемъ, однако, что соотвѣтствующая ошибка должна быть исправляема посредствомъ отказа отъ догматическаго обоснованія безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ, а не посредствомъ отказа отъ регламентаціи юридическаго значенія этой формы покушенія въ законѣ.

§ 44. Негодное покушеніе по проекту австрійскаго уложенія и по швейцарскому проекту.

Въ заключеніе обзора положеній о негодномъ покушеніи въ современномъ правѣ, мы остановимся на разсмотрѣннн постановленій двухъ новѣйшихъ проектовъ о негодномъ покушеніи—проекта австрійскаго уложенія и проекта швейцарскаго уложе-

¹⁾ Объясненія, I, стр. 392.

²⁾ Таганцевъ, I. 1902, стр. 727.

³⁾ Ср. замѣчаніе г. Хлодовскаго, Объясненія, I, стр. 389 пр.

нія. Оба эти проекта признають юридически важною при покушеніи не только негодность средствъ, но и негодность объекта посягательства. Но юридическое значеніе того и другого условія въ обоихъ проектахъ представляется существенно различнымъ.

Австрійскій проектъ, упоминая о покушеніи съ негодными средствами и покушеніи на негодный объектъ, провозглашаетъ безнаказанность этихъ дѣяній, но не безусловно, а при наличности опредѣленныхъ обстоятельствъ: для безнаказанности покушенія, по проекту, необходимо, чтобы примѣненіе негодныхъ средствъ или посягательство на негодный объектъ, были обусловлены не случаемъ и не ошибкою виновнаго, а произошли въ результатѣ сознательной его рѣшимости ¹⁾. Для правильной оцѣнки существа этого постановленія, необходимо принять во вниманіе слѣдующее.

Обрисовывая существо негоднаго покушенія, австр. проектъ имѣетъ въ виду установить одинаковые принципы обсужденія всѣхъ видовъ этого покушенія и желаетъ оставлять покушеніе съ негодными средствами безъ наказанія въ тѣхъ же случаяхъ, какъ и покушеніе на негодный объектъ. Нетрудно, однако, видѣть, что достигнуть ассимиляціи юридической судьбы обоихъ видовъ негоднаго покушенія проекту не удалось и что предложенная имъ формула условій безнаказанности покушенія получаетъ совершенно различный смыслъ, въ зависимости отъ того, идетъ ли рѣчь о покушеніи съ негодными средствами или о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ. Австр. проектъ, для безнаказанности негоднаго покушенія, требуетъ, чтобы примѣненіе негодныхъ средствъ и посягательство на негодный объектъ не были вызваны случайностью или ошибкою виновнаго. Но значеніе этихъ требованій, въ томъ и другомъ случаяхъ, оказывается совершенно различнымъ.

Такъ, уже анализъ случайности, какъ причины принятія дѣяніемъ характера негоднаго покушенія, убѣждаетъ насъ въ томъ, что подлежащее условіе имѣетъ совершенно иное значеніе при покушеніи съ негодными средствами, чѣмъ при покушеніи надъ негоднымъ объектомъ. Признаніе наказуемымъ употребленія

¹⁾ Vorentwurf zu einem Oesterreichischen Strafgesetzbuch, § 14. Der Versuch ist nicht strafbar, wenn er an einem Gegenstand oder mit einem Mittel unternommen wird, dessen Beschaffenheit den Eintritt des Erfolges unter allen Umständen ausschliesst, es sei den dass der Täter den Versuch nur infolge eines Zufalles oder eines Irrtumes an einem ungeeigneten Gegenstand oder mit einem ungeeigneten Mittel an Stelle des geeigneten begeht.

негодныхъ средствъ вслѣдствіе случайности, представляетъ собою ограниченіе круга безнаказанныхъ случаевъ негоднаго покушенія и упоминаніе о случайности выдѣляетъ одинъ видъ негоднаго покушенія изъ общей массы дѣяній этого типа. Напротивъ, упоминаніе о случайности, какъ причинѣ направленія акта на негодный объектъ, не заключаетъ въ себѣ ограниченія области безнаказаннаго покушенія на негодный объектъ, такъ какъ случайное посягательство на негодный объектъ вообще къ понятію покушенія надъ негоднымъ объектомъ не относится и это понятіе охватываетъ собою только случаи посягательства на негодный объектъ, умышленно принятый субъектомъ за предметъ преступнаго воздѣйствія. Сообразно съ этимъ, и упоминаемая § 14 австр. проекта случайность имѣетъ юридическое значеніе лишь въ примѣненіи къ покушенію съ негодными средствами (въ виду этого упоминанія, нельзя оставлять безнаказаннымъ примѣненія негодныхъ средствъ, случайно попавшихъ въ руки виновнаго, вмѣсто средствъ годныхъ, напр., субъектъ приготовилъ стаканъ съ ядомъ, а въ отсутствіе виновнаго кто либо замѣнилъ этотъ стаканъ стаканомъ съ водою), но въ примѣненіи къ покушенію надъ негоднымъ объектомъ, соотвѣтственная случайность лишена всякаго юридическаго значенія.

Не менѣе различно и значеніе ошибки какъ фактора, причиняющаго негодность покушенія, при покушеніи съ негодными средствами, съ одной стороны, и при покушеніи надъ негоднымъ объектомъ, съ другой. Ошибка означаетъ собою заблужденіе при оцѣнкѣ свойствъ явленій и для того, чтобы отдать себѣ отчетъ въ характерѣ юридически существенной ошибки въ настоящемъ случаѣ, необходимо установить, какіе акты мысли имѣютъ мѣсто при негодномъ покушеніи. Обращаясь къ выполненію этой задачи, мы замѣчаемъ, что дефектная умственная дѣятельность субъекта, при покушеніи съ негодными средствами, представляется болѣе сложною, чѣмъ при посягательствѣ на негодный объектъ. Ошибка субъекта, предпринимающаго покушеніе съ негодными средствами, можетъ состоять, во-первыхъ, въ неправильной оцѣнкѣ виновнымъ фактическихъ свойствъ примѣняемаго имъ средства—онъ можетъ по ошибкѣ дать своей жертвѣ сахаръ, вмѣсто мышьяка; во-вторыхъ, эта ошибка можетъ выразиться въ неправильной оцѣнкѣ виновнымъ причинныхъ свойствъ примѣняемаго имъ средства—онъ можетъ дать своей жертвѣ

нашептанное питье, въ убѣжденіи, что отъ этого послѣдуетъ смерть жертвы... При посягательствѣ же на негодный объектъ, ошибка субъекта можетъ выразиться только въ формѣ неправильной оцѣнки свойствъ предмета нападенія, въ видѣ принятія негоднаго объекта за годный объектъ.

Эти соображенія и необходимо имѣть въ виду при толкованіи § 14 австр. проекта. При разборѣ этого постановленія, необходимо прежде всего установить, въ какомъ смыслѣ должны мы разумѣть ошибку, при толкованіи понятія о наказуемомъ покушеніи съ негодными средствами. Вопросъ этотъ рѣшается просто и ясно: подъ ошибкою, исключаящею безнаказанность субъекта, въ настоящемъ случаѣ, законъ разумѣетъ заблужденіе виновнаго въ фактическихъ свойствахъ примѣняемаго средства (примѣненіе сахара, вмѣсто мышьяка), ибо если бы мы захотѣли разумѣть здѣсь подъ ошибкою заблужденіе лица относительно причинныхъ свойствъ средства, мы оказались бы вынужденными карать всякое вообще покушеніе съ негодными средствами, т. е. стать въ противорѣчіе съ яснымъ смысломъ постановленія проекта. Очевидно, что покушеніе съ негодными средствами, по австр. проекту, карается не въ томъ случаѣ, когда субъектъ ошибся въ причинныхъ свойствахъ средствъ (это явленіе имѣется налицо при всякомъ покушеніи съ негодными средствами), а въ томъ лишь случаѣ, когда субъектъ ошибся въ фактическихъ свойствахъ средства (напр., принялъ сахаръ за мышьякъ).

Несравненно болѣе сложнымъ оказывается рѣшеніе вопроса о существѣ ошибки субъекта, обусловливающей собою наказуемость посягательства на негодный объектъ. Мы уже показали, что при этой формѣ негоднаго покушенія возможенъ одинъ только видъ заблужденія дѣйствующаго лица,—ошибка въ фактическихъ свойствахъ предмета нападенія. Теперь надлежитъ добавить, что эта ошибка представляется неизбѣжнымъ спутникомъ всѣхъ случаевъ посягательства на негодный объектъ и является не модальнымъ, а конститутивнымъ признакомъ этихъ дѣйствій. Сообразно съ этимъ, признаніе всякой ошибки этого рода обстоятельствомъ, обусловливающимъ наказуемость виновнаго, равнялось бы провозглашенію наказуемости всѣхъ вообще видовъ покушенія надъ негоднымъ объектомъ и, конечно, оказалось бы въ противорѣчіи съ точнымъ смысломъ закона. Очевидно, что, подъ ошибкою, въ настоящемъ случаѣ, надо разумѣть не всякую

ошибку въ оцѣнкѣ свойствъ объекта, а только нѣкоторыя, менѣе грубыя, формы этой ошибки. Ближайшаго опредѣленія формъ этой ошибки проектъ не даетъ и опредѣленіе ихъ должно составить предметъ заботъ будущей практики австр. права.

Совершенно иначе относится къ негодному покушенію проектъ швейцарскаго уложенія. Подобно уголовному уложенію 1903 г. и австр. проекту, этотъ проектъ касается не только покушенія съ негодными средствами, но и покушенія надъ негоднымъ объектомъ, но, въ отличіе отъ первыхъ, онъ признаетъ эти виды покушенія не безнаказанными дѣяніями, а дѣйствіями, подлежащими болѣе мягкой отвѣтственности, чѣмъ другіе виды покушенія. Согласно постановленію швейц. проекта, въ тѣхъ случаяхъ, когда средство, при помощи котораго субъектъ хотѣлъ воспроизвести преступленіе, или предметъ, на который онъ хотѣлъ посягнуть, носили такой характеръ, что примѣненіе подобнаго средства или посягательство на подобный объектъ ни при какихъ условіяхъ не могли привести къ реализаціи преступленія, суду предоставляется понижать наказаніе, по своему свободному усмотрѣнію (а. 22) ¹⁾.

Вдумываясь въ существо этого постановленія, мы приходимъ къ заключенію, что если устанавливаемая имъ льгота и представляется относительно скромною, въ томъ смыслѣ, что негодность покушенія, по швейц. пр., влечетъ за собою не полную безнаказанность виновнаго, а только пониженную его отвѣтственность, то за то это постановленіе весьма широко обрисовываетъ кругъ случаевъ примѣненія этой льготы и весьма распространительно толкуетъ понятіе о негодномъ покушеніи. Въ самомъ дѣлѣ, подъ покушеніемъ съ негодными средствами, швейц. проектъ разумѣетъ всѣ случаи употребленія съ преступною цѣлью такъ наз. абсолютно-негодныхъ средствъ. Положеніе проекта о томъ, что покушеніе пріобрѣтаетъ характеръ негоднаго, вслѣдствіе употребленія субъектомъ средства ни въ коемъ слу-

¹⁾ Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, A. 22, Abs. 2. Ist das Mittel, mit dem jemand ein Verbrechen auszuführen versucht, oder der Gegenstand, an dem er es auszuführen versucht, der Art dass das Verbrechen mit einem solchen Mittel oder an einem solchen Gegenstande unter keinen Umständen ausgeführt werden könnte, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern (Art. 53).

чаѣ неспособнаго воспроизвести преступленіе, слѣдуетъ понимать именно въ смыслѣ требованія употребленія средства, неспособнаго привести къ реализаціи преступленія при нормальной обстановкѣ. При этомъ, совершенно безразлично, почему субъектъ примѣнилъ подобное средство, было ли это примѣненіе вызвано ошибкою дѣйствовавшаго лица, или же оно было обусловлено случаемъ (напр., виновный, въ моментъ выполненія дѣянія, случайно схватилъ, вмѣсто приготовленнаго годнаго средства, негодное средство) и т. п. Также широко обрисовывается проектомъ и кругъ случаевъ покушенія надъ негоднымъ объектомъ— по проекту, это понятіе охватываетъ собою всѣ случаи посягательства на негодный объектъ, безотносительно къ тому, была ли негодность этого объекта распознаваема въ моментъ предпринятія дѣянія виновнымъ или нѣтъ.

О покушеніи на объектъ отсутствующій, проектъ ничего не упоминаетъ и это покушеніе должно почитаться наказуемымъ на общемъ основаніи.

§ 45. Негодное приготовленіе къ преступленію.

Предыдущее изложеніе было посвящено выясненію юридическаго значенія негодности покушенія на преступленіе. Но, на ряду съ покушеніемъ, существуетъ еще и другая форма предварительной дѣятельности—приготовленіе къ преступленію. Возникаетъ вопросъ, возможно ли говорить, въ pendant къ негодности покушенія, о негодности приготовительныхъ дѣйствій и если возможно, то имѣетъ ли негодность приготовленія къ преступленію какое-либо юридическое значеніе?

Литература уголовного права рѣшаетъ оба эти вопроса въ утвердительномъ смыслѣ и криминалисты, касавшіеся приготовленія, согласно признаютъ, что на ряду съ покушеніемъ съ негодными средствами, возможно и приготовленіе негодныхъ средствъ и что негодность средствъ въ послѣднемъ случаѣ имѣетъ такое же юридическое значеніе, какъ и въ первомъ ¹⁾.

¹⁾ Zimmermann, Ueber die Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen mit untauglichen Mitteln, GS, XXXIII, 1881, s. 260 ff; Cohen, s. 80; Неклюдовъ, Прил. стр. 501; Таганцевъ, Курь, II, стр. 143; Таганцевъ, Лекціи, I, стр. 686; Объясненія, I, стр. 440; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 170.

Однако, научная разработка этого предмета еще крайне зачаточна и нетрудно обнаружить въ ней весьма крупныя пробѣлы.

Говоря о негодномъ приготовленіи, современная доктрина имѣетъ въ виду только приготовленіе негодныхъ средствъ или что тоже, приготовленіе къ примѣненію негодныхъ средствъ. Но правильно ли ограничивать область негоднаго приготовленія одними этими дѣйствіями? Не правильнѣе ли ставить вопросъ шире и на ряду съ негоднымъ приготовленіемъ въ смыслѣ приготовленія къ примѣненію негодныхъ средствъ, говорить о негодномъ приготовленіи, какъ о приготовленіи къ посягательству на негодный или на несуществующій объекты? Мы полагаемъ, что послѣднее рѣшеніе вопроса безусловно, заслуживаетъ предпочтенія, такъ какъ въ пользу него говорятъ слѣдующія вѣскія соображенія.

Современная литература, признавая единственною формою негоднаго приготовленія приготовленіе негодныхъ средствъ, руководствуется анализомъ внѣшняго состава приготовленія и думаетъ, что такъ какъ приготовительныя дѣйствія имѣютъ отношеніе только къ средствамъ совершенія преступленія, а не къ предмету его, то и на оцѣнку свойствъ этого приготовленія могутъ оказывать вліяніе только свойства средствъ, а не предмета преступленія. Съ подобнымъ взглядомъ нельзя согласиться. Совершенно неправильно думать, что, характеризуя дѣйствіе, какъ приготовленіе негодныхъ средствъ, мы ограничиваемся анализомъ одного только внѣшняго состава соответственнаго дѣянія и игнорируемъ внутреннюю его сторону, стоимъ на почвѣ анализа реального и не заглядываемъ въ будущее. Когда мы говоримъ о средствѣ, какъ о негодномъ, мы уже заходимъ за предѣлы констатированія реального и обращаемся къ предсказанію относительно будущаго, начинаемъ судить о значеніи средства для исполненія будущаго явленія, именно для предстоящей реализаціи преступнаго умысла и, слѣдовательно, квалификація дѣйствія какъ приготовленія негодныхъ средствъ неизбѣжно должна придавать значеніе условіямъ неисполнимости того умысла, реализацію котораго это приготовленіе стремится обезпечить. Но если, при оцѣнкѣ свойствъ приготовленія, мы обращаемъ вниманіе на одни условія неисполнимости вдохновляющаго виновнаго умысла, то послѣдователь-

ность требует не упускать из виду и другаго условія этой неисполнимости. Признавая негоднымъ приготовленіемъ приготовленіе къ примѣненію негодныхъ средствъ, мы должны признавать негоднымъ приготовленіе и къ посягательству на негодный или несуществующій объектъ.

Нетрудно видѣть, что предлагаемое нами рѣшеніе вопроса заключаетъ въ себѣ также и единственную гарантію отъ неправильныхъ выводовъ. Отрицая значеніе негодности объекта при приготовленіи, мы вынуждены были бы освобождать отъ наказанія лицо, не только отточившее ножъ, но и всадившее его въ грудь, принятому имъ за живого, мертвецу и наказывать лицо, успѣвшее еще только отточить ножъ для указанной цѣли. Усвоеніе юридическаго значенія приготовленію къ посягательству на негодный объектъ спасаетъ насъ отъ подобнаго рода выводовъ.

Итакъ, подъ понятіе о негодномъ приготовленіи слѣдуетъ подводить не только приготовленіе къ примѣненію негодныхъ средствъ, но и приготовленіе къ посягательству на негодный или несуществующій объектъ. Переходя къ разсмотрѣнію догматическихъ основаній безнаказанности этихъ видовъ приготовленія, мы будемъ различать права, знакомыя съ законодательною регламентаціей негоднаго покушенія, отъ правъ, незнающихъ подобной регламентаціи подлежащаго покушенія, такъ какъ обоснованіе безнаказанности негоднаго приготовленія въ томъ и другомъ случаѣ представляется существенно различнымъ.

Остановливаясь сначала на разсмотрѣніи юридическаго значенія негоднаго приготовленія въ правахъ послѣдней категоріи, слѣдуетъ сказать, что типичнымъ представителемъ ихъ является право германское. Какъ мы знаемъ изъ предыдущаго, германскому уложенію извѣстно два вида наказуемаго приготовленія—приготовленіе къ государственнымъ преступленіямъ (§ 86), охватывающее собою всѣ виды подготовительной дѣятельности къ выполненію верховной измѣны и приготовленіе къ поддѣлкѣ монеты (§ 151), обнимающее собою только специально указанные въ законѣ виды приготовленія къ преступленіямъ этого рода. При этомъ, германское право, предусматривая наказуемость этихъ подготовительныхъ дѣйствій, совершенно ничего не говоритъ о томъ, какъ быть въ томъ случаѣ, когда эти

дѣйствія получаютъ характеръ приготовленія негоднаго. Разрѣшеніе этой задачи на себя взяла германская доктрина.

Нѣкоторые германскіе криминалисты, задаваясь вопросомъ о юридическомъ значеніи негоднаго приготовленія утверждаютъ, что это дѣяніе должно оставаться безъ наказанія, совершенно безотносительно къ тому, поставлено ли приготовленіе подъ уголовную угрозу во всѣхъ своихъ видахъ или же оно подлежитъ наказанію только въ отдѣльныхъ своихъ проявленіяхъ и утверждаютъ это не приводя никакихъ основаній въ пользу своего взгляда ¹⁾. Другіе, напротивъ, различаютъ первые случаи приготовленія отъ вторыхъ и основываютъ безнаказанность приготовленія къ государственнымъ преступленіямъ путемъ аналогическаго толкованія постановленій закона о приготовленіи къ преступленію. Если законъ, говоря о приготовленіи, вовсе ничего не говоритъ о значеніи негодности этого приготовленія, то зато онъ говоритъ о негодности дѣяній въ другихъ случаяхъ, признавая ее условіемъ отпаденія наказуемости виновнаго. Достаточно указать на § 229 герм. ул., ставящій условіемъ отвѣтственности авторовъ отравленія употребленіе ими яда или другихъ веществъ, могущихъ, по свойству своему, произвести разстройство здоровья». Это правило, установленное закономъ относительно оконченнаго преступленія, должно имѣть силу и относительно приготовленія къ преступленію ²⁾. Что же касается приготовленій, караемыхъ только въ отдѣльныхъ своихъ проявленіяхъ, то, въ случаѣ негодности этихъ приготовленій, безнаказанность ихъ вытекаетъ изъ текста предусматривающаго ихъ закона: § 151 требуетъ, чтобы предметомъ дѣятельности субъекта, подготовляющаго поддѣлку монеты, было годное средство ³⁾.

Подвергая эту систему обоснованія безнаказанности негоднаго приготовленія критической оцѣнкѣ, нельзя не сказать, что усвоенный ею пріемъ различенія обоихъ видовъ извѣстнаго германскому праву приготовленія является вполне правильнымъ, хотя и не потому, что въ одномъ случаѣ это право караетъ всѣ виды подготовительной дѣятельности, а во второмъ только нѣкоторые

¹⁾ Cohen, s. 80.

²⁾ Zimmermann, GS, XXXIII, 1881, s. 265.

³⁾ Zimmermann, GS, XXXIII, 1881, s. 268.

изъ ея видовъ, а потому, что подлежащiе виды приготовленiя находятся въ различномъ отношенiи къ другимъ формамъ материально-неоконченной дѣятельности. Но мы не можемъ присоединиться къ доводамъ, приводимымъ этимъ учениемъ въ пользу безнаказанности негоднаго приготовленiя къ верховной измѣнѣ. Безнаказанность негоднаго приготовленiя къ государственнымъ преступленiямъ не можетъ опираться на § 229 герм. улож. потому, что, какъ мы показали выше, положенiя, опредѣляющiя внѣшнiй составъ оконченнаго преступленiя, совершенно не могутъ служить пособiемъ при опредѣленiи природы состава предварительной дѣятельности, въ виду полнаго различiя характера соотвѣтствующихъ нормъ. По нашему убѣжденiю, по герм. праву, приготовленiе къ государственнымъ преступленiямъ должно подлежать наказанiю и въ томъ случаѣ, когда оно было негоднымъ. Единственнымъ способомъ установленiя безнаказанности этого приготовленiя была бы ссылка на аргументъ *a maiore ad minus*: негодное приготовленiе, какъ менѣе важная форма предварительной дѣятельности, ненаказуема потому, что, въ случаѣ негодности дѣянiя, освобождается отъ наказанiя и болѣе важная форма этой дѣятельности—покушенiе на преступленiе. Но, какъ мы знаемъ, этотъ аргументъ не примѣнимъ къ приготовленiю къ верховной измѣнѣ, въ виду того, что это дѣйствiе при своемъ дальнѣйшемъ развитiи, принимаетъ форму не покушенiя, а оконченнаго (усѣченнаго) преступленiя.

Напротивъ, доводъ защитниковъ разбираемаго взгляда, приводимый ими въ пользу безнаказанности негоднаго приготовленiя къ поддѣлкѣ монеты, представляется намъ вполне правильнымъ и устраняетъ необходимость прибѣгать (къ допустимой въ настоящемъ случаѣ) ссылкѣ на аргументъ *a maiore ad minus*. Правда, подлежащiй доводъ способенъ оправдать собою только безнаказанность приготовленiя къ примѣненiю негодныхъ средствъ и вовсе не оправдываетъ собою безнаказанности къ посягательству на негодный объектъ. Но при поддѣлкѣ монеты вообще не можетъ быть рѣчи о посягательствѣ на негодный объектъ, въ виду отсутствiя въ составѣ этого преступленiя предмета преступнаго воздѣйствiя и, сообразно съ этимъ, не имѣетъ значенiя и эта односторонность соотвѣтственнаго аргумента. Съ другой стороны, единственно этотъ аргументъ обезпечиваетъ должную широту круга случаевъ безнаказаннаго приготовленiя

къ поддѣлкѣ монеты, освобождая насъ отъ необходимости настаивать на распознаваемости негодности приготовляемыхъ средствъ, какъ на условіи безнаказанности негоднаго приготовления, что было бы совершенно неизбѣжно при примѣненіи въ настоящемъ случаѣ аргумента *a maiore ad minus*.

Представителемъ второй группы правовыхъ системъ, заключающихъ въ себѣ законодательное рѣшеніе вопроса о значеніи негодности покушенія, является русское право. Какъ мы уже знаемъ, уложеніе о нак. знаетъ только особое постановленіе о безнаказанности покушенія съ суевѣрными и невѣжественными средствами и оно ничего не говоритъ о негодномъ приготовленіи. Но, въ виду того, что приготовленіе по этому уложенію носитъ характеръ общей формы предварительной дѣятельности, совершенно ясно, что безнаказанность приготовления къ примѣненію избранныхъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію негодныхъ средствъ представляетъ собою безспорное положеніе нашего дѣйствующаго права и легко доказывается ссылкой на аргументъ *a maiore ad minus*. Этому взгляда придерживаются и наши юристы. Законъ, по замѣчанію доктрины, не ставитъ условіемъ, чтобы подготавливаемые средства были необходимы для главнаго дѣйствія, или чтобы они были вообще годны или негодны, достаточны или недостаточны. Но, примѣняясь къ постановленіямъ нашего права о покушеніи съ негодными средствами, можно сказать, что постановленія о приготовленіи не могутъ быть примѣнимы, какъ скоро самый выборъ негодныхъ средствъ обусловливался крайнимъ невѣжествомъ или суевѣріемъ виновнаго. Поэтому, не можетъ считаться приготовленіемъ къ убійству пріобрѣтеніе, съ намѣреніемъ лишить жизни, какого либо талисмана или заколдованнаго питья, костей отъ мертвеца и т. п. ¹⁾ Эта же точка зрѣнія была высказана и нашею практикою ²⁾.

О юридическомъ значеніи приготовления къ посягательству на негодный объектъ, наша литература ничего не говоритъ. Но это приготовленіе должно быть освобождено отъ наказанія

¹⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 143; Лекціи, I, стр. 686; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 170; Объясненія, I, стр. 440. По мнѣнію Неклюдова, Прил. стр. 501, этотъ видъ приготовленія ненаказуемъ потому, что негодное средство вообще не подходитъ подъ понятіе о средствѣ. Мы уже познакомились съ ошибочностью этого взгляда.

²⁾ Касс. рѣш. 85-23, Чехрачъ.

на томъ же основаніи, какъ и приготовленіе къ примѣненію негодныхъ средствъ, съ тою лишь разницею, что въ этомъ случаѣ приходится ссылаться не на постановленіе закона, а на выработанное доктриною и практикою положеніе права.

Что касается уголовного уложенія 1903 г. то постановленія этого кодекса даютъ намъ возможность обосновать не только безнаказанность приготовленія негодныхъ средствъ, но и приготовленія къ посягательству на негодный или на несуществующій объектъ, совершенно не прибѣгая къ помощи доктрины или практики.

§ 46. Другія спеціальныя основанія отпаденія отвѣтственности за предварительную дѣятельность.

Анализируя современныя правовыя системы, нетрудно убѣдиться, что если нѣкоторыя изъ этихъ системъ и признають существованіе особыхъ основаній отпаденія отвѣтственности за предварительную дѣятельность, то онѣ считаютъ подобными основаніями только добровольный отказъ виновнаго отъ доведенія своей дѣятельности до конца и негодность предварительной дѣятельности и никакихъ другихъ спеціальныхъ условій отпаденія уголовной отвѣтственности за интересующую насъ форму преступности имъ неизвѣстно. Но, въ новѣйшее время, отъ этого порядка регламентаціи репрессіи предварительной дѣятельности было сдѣлано отступленіе и одинъ изъ новыхъ проектовъ—проектъ германскаго уложенія 1909 г.—создаетъ новое спеціальное основаніе отпаденія уголовной отвѣтственности за предварительную дѣятельность. По этому проекту, въ извѣстныхъ «особенно легкихъ случаяхъ» судъ можетъ оставить покушеніе вовсе безъ наказанія (§ 76, Abs. 3). Для пониманія существа этого постановленія, необходимо принять во вниманіе слѣдующее.

Право суда освободить виновнаго, въ особенно легкихъ случаяхъ, отъ наказанія, не представляетъ собою явленія, составляющаго исключительную особенность отношенія проекта къ покушенію на преступленіе; этимъ правомъ, по проекту, судъ обладаетъ и при сужденіи оконченныхъ преступленій. Но, въ томъ и другомъ случаѣ, подлежащее право носить существенно различный характеръ: при покушеніи, факультативная безнаказанность виновнаго носитъ характеръ общей мѣры, не ограни-

ченной какими либо специальными видами покушения, при оконченом преступленіи, эта безнаказанность носить характер мѣры экстраординарной, примѣняемой закономъ лишь въ исключительныхъ, особо указанныхъ, случаяхъ ¹⁾. Сообразно съ этимъ, интересующая насъ льгота въ общей своей формѣ должна быть признана специфическою особенностью нормировки репрессіи покушенія.

Такимъ образомъ, по идеѣ проекта, въ силу дѣйствія вводимой имъ льготы, покушеніе должно несравненно чаще оставаться безъ наказанія, чѣмъ оконченное преступленіе. Но, надлежитъ добавить, анализъ подлежащаго постановленія по существу показываетъ, что не только вопросъ о примѣненіи соотвѣтствующей льготы, при покушеніи на преступленіе, можетъ быть возбуждаемъ несравненно чаще, чѣмъ при оконченомъ преступленіи, но и что, въ виду особенностей содержанія постановленія закона объ особенно легкихъ случаяхъ преступности, этотъ вопросъ при покушеніи гораздо чаще придется рѣшать въ утвердительномъ смыслѣ, чѣмъ въ случаяхъ возбужденія его, при обсужденіи оконченныхъ преступленій. Въ самомъ дѣлѣ, по проекту «особенно легкими» признаются случаи, которые отличаются незначительностью противоправныхъ послѣдствій дѣянія и слабымъ напряженіемъ преступной воли, извинительной въ виду сопровождающихъ преступленіе обстоятельствъ... Изъ этого ясно, что безнаказанность субъекта въ этихъ случаяхъ предполагаетъ сочетаніе двухъ условій: объективнаго—незначительности вреда—и субъективнаго—слабаго напряженія преступной воли. Но, какъ справедливо уже подмѣчено литературой ²⁾, при покушеніи, первое условіе—незначительность причиненнаго вреда—всегда имѣется налицо. А если такъ, если объективное предположеніе разбираемой мѣры въ составѣ покушенія всегда имѣется налицо, то и шансы сочетанія этого пред-

¹⁾ Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch (1909), § 83. In besonders leichten Fällen darf das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern und, wo dies ausdrücklich zugelassen ist, von einer Strafe überhaupt absehen. Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint, so dass die Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde.

²⁾ М. Е. Mayer, Reform, I, s. 341, Schoetensack, Versuch, s. 405.

положенія съ субъективнымъ предположеніемъ подлежащей мѣры представляются, при покушеніи, несравненно болѣе значительными, чѣмъ при оқонченномъ преступленіи, и мѣра эта при покушеніи должна примѣняться чаще, чѣмъ при оқонченномъ преступленіи.

Таково значеніе устанавливаемой проектомъ льготы, при покушеніи на преступленіе. Но распространяется ли эта льгота и на приготовительныя къ преступленію дѣйствія, караемыя проектомъ герм. ул.? Мы полагаемъ, что рѣшеніе этого вопроса должно стоять въ зависимости отъ того, является ли разбираемый видъ приготовленія способнымъ, при дальнѣйшемъ своемъ развитіи перейти въ покушеніе или нѣтъ (—приготовление при-
мыкаетъ непосредственно къ оқонченному (усѣченному) преступленію). Въ первомъ случаѣ, особенности нормировки ре-
прессіи покушенія могутъ быть распространяемы и на при-
готовленіе къ преступленію, во второмъ—нѣтъ.

ГЛАВА V.

Постановленія о наказуемости предварительной дѣятельности съ точки зрѣнія политики права.**§ 47. Принципы уголовной политики.**

Догматическое изслѣдованіе постановленій о предварительной дѣятельности преслѣдовало задачу раскрытія существа положеній современнаго права по этому предмету. Политическое изслѣдованіе этихъ постановленій разсматриваетъ ихъ съ точки зрѣнія пригодности ихъ служить развитію человѣческаго благосостоянія и прогресса. Въ задачу этого изслѣдованія входитъ опредѣленіе недостатковъ дѣйствующей системы нормировки наказуемости предварительной дѣятельности, указаніе способовъ устраненія этихъ недостатковъ (реформы правовыхъ положеній или ихъ пополненія) и выработка проекта положеній о наказуемости этой дѣятельности, соответствующихъ требованіямъ народнаго благосостоянія и прогресса.

Для того, чтобы произвести правильную оцѣнку дѣйствующихъ нормъ, по интересующему насъ предмету, необходимо опредѣлить, насколько способны онѣ выполнять присущую институту покушенія соціально-психическую функцію. Нужно установить, насколько исходящее отъ этихъ нормъ психическое дѣйствіе соответствуетъ тому дѣйствію, которое было бы желательно для общественнаго благосостоянія и прогресса. Политическая точка зрѣнія на положенія о покушеніи возвращаетъ насъ въ ученію о функціяхъ института наказуемости покушенія, о которыхъ была рѣчь уже впереди (глава II). При разсмотрѣніи этого института мы должны исходить изъ того положенія, что наказуемость предварительной дѣятельности, съ одной стороны,

усиливаетъ мотиваціонное давленіе карательнаго права, заставляя людей опасаться наказанія не только въ случаѣ успѣшнаго окончанія задуманнаго преступленія, но и въ случаѣ неудачнаго исхода преступнаго предпріятія и что, съ другой стороны, эта наказуемость имѣетъ существенное воспитательное вліяніе на психику людей, сообщая преступленію характеръ опаснаго и рискованнаго предпріятія, съ реализаціей котораго связана возможность претерпѣть ничѣмъ неоправдываемое зло и создавая и усиливая, тѣмъ самымъ, отрицательное отношеніе къ преступленію (I, 40 сл.).

Подвергая институтъ наказуемости предварительной дѣятельности анализу съ правнополитической точки зрѣнія необходимо прежде всего рѣшить вопросъ о томъ, существуетъ ли вообще потребность въ дѣйствіи этого института, нужны ли для общественнаго благосостоянія и прогресса психическія функціи подлежащихъ нормъ или нѣтъ? Требуется ли на самомъ дѣлѣ для блага общества то дополнительное мотиваціонное и воспитательное воздѣйствіе, которое исходитъ отъ института репрессіи предварительной дѣятельности или же въ настоящее время можно обойтись и безъ этого воздѣйствія?

Въ предшествующемъ изложеніи, при разборѣ функцій нормъ о наказуемости предварительной дѣятельности, мы показали, что эти нормы оказываютъ существенное психическое воздѣйствіе на людей, вселяя въ психику преступниковъ—рефлектантовъ мотивы, поддерживающіе дѣйствіе исходящихъ отъ уголовного права побужденій, заставляя преступника быть болѣе чуткимъ къ грозящему за преступленіе наказанію, чѣмъ обыкновенно и создавая условія, дѣлающія терпѣніе этого наказанія особенно болѣзненнымъ. Но ошибочно было бы думать что это дѣйствіе изучаемыхъ нормъ составляетъ необходимое, условіе правильнаго функціонированія карательнаго права и что безъ этихъ нормъ общественное значеніе этого права было бы подорвано. Исторія постановленій о наказуемости покушенія показываетъ, что весьма многія страны долгое время обходились безъ этихъ нормъ, а изъ догматическаго обзора соответствующихъ постановленій видно, что и современныя законодательства далеко не всегда считаютъ нужнымъ подкрѣплять дѣйствіе уголовного права рассматриваемыми мѣрами психическаго воздѣйствія: покушеніе, какъ мы видѣли, и теперь карается далеко не при всѣхъ преступленіяхъ. Наказуемость предварительной дѣятель-

ности, слѣдовательно, не можетъ быть признана необходимымъ элементомъ всякой карательной системы и къ ней слѣдуетъ прибѣгать лишь постольку, поскольку существуетъ потребность въ усиленіи психическаго дѣйствія нормъ уголовного права дополнительными мотивационными и педагогическими средствами.

Такимъ образомъ, вопросъ о томъ, должна ли, при реформѣ права, быть удержана наказуемость предварительной дѣятельности или нѣтъ, сводится къ проблемѣ опредѣленія уровня общественной культуры въ соотвѣтственную эпоху: если уровень этой культуры еще настолько невысокъ, что для направленія человѣческаго поведенія въ социальномъ разумномъ смыслѣ недостаточно примѣненія однѣхъ мѣръ основнаго мотивационнаго воздѣйствія, а надо прибѣгать и къ дополнительнымъ средствамъ этого рода, то необходимо сохранить рассматриваемый институтъ и въ будущемъ правѣ; если же уровень этой культуры настолько высокъ, что въ примѣненіи дополнительныхъ мотивационныхъ средствъ правовая система не нуждается, то и институтъ репрессіи покушенія долженъ быть упраздненъ. Уровень общественной культуры предрѣшаетъ собою судьбу института наказуемости предварительной дѣятельности.

Но можемъ ли мы опредѣлить уровень общественной культуры извѣстной эпохи и обезпечить себѣ этимъ необходимую базу для правнополитическихъ расчетовъ? Располагаемъ ли мы такими приемами, которые позволили бы намъ непосредственно судить объ общественной культурѣ и вычислить средній уровень ея высоты? На эти вопросы слѣдуетъ, конечно, дать отрицательный отвѣтъ. Мы лишены возможности непосредственно судить объ уровнѣ человѣческой культуры, въ смыслѣ совокупности человѣческихъ стремленій выполнять необходимые для общественнаго благосостоянія и прогресса поступки, и если иногда отдѣльныя проявленія этой культуры для насъ и становятся замѣтными, то мы совершенно не въ состояніи опредѣлить средней уровень энергіи подлежащихъ стремленій или, что тоже, установить средній уровень развитія соотвѣтственныхъ областей культуры. Но изъ этого еще вовсе не слѣдуетъ, чтобы мы и вообще не могли судить о среднемъ уровнѣ человѣческой культуры, ибо, на ряду съ непосредственнымъ знакомствомъ съ явленіемъ, возможно посредственное съ нимъ ознакомленіе, основанное на сужденіи о немъ по другимъ явленіямъ, находящимся съ нимъ въ причинной связи и отражающимъ въ себѣ состояніе интересующаго насъ явленія.

Для сужденія о человѣческой культурѣ, слѣдовательно, необходимо только установить фактъ существованія явленій, стоящихъ въ причинной связи съ общественною культурою и свидѣтельствующихъ о среднемъ ея уровнѣ. Психологическая теорія права и позволяетъ намъ разрѣшить эту задачу. Она раскрываетъ намъ цѣлый рядъ явленій, находящихся въ причинной связи съ общественной культурой и позволяющихъ судить о ея состояніи.

Подвергая анализу эмоціональную психологию людей и сравнивая ее съ эмоціональною психикою животныхъ, мы убѣждаемся въ существованіи между ними весьма крупныхъ чертъ различія. У животныхъ въ естественномъ состояніи, на почвѣ дѣйствія процессовъ естественнаго подбора, получилось такое приноровленіе психики, которое соотвѣтствуетъ условіямъ ихъ жизни и которое обезпечиваетъ выполненіе животными необходимыхъ для поддержанія ихъ жизни и жизни ихъ рода дѣйствій. Добываніе средствъ пропитанія, постройки жилищъ, гнѣздъ и проч. происходитъ у животныхъ не въ качествѣ «тяжелаго труда» для какихъ либо цѣлей, для предупрежденія страданій и т. п., а въ качествѣ эмоціональныхъ физиологическихъ акцій, разряда и удовлетворенія специальныхъ эмоціональныхъ влеченій къ подлежащимъ движеніямъ; напр., охотѣ дикихъ животныхъ соотвѣтствуютъ не какія-то страданія и желаніе отъ нихъ избавиться, а специально—охотничьи эмоціональныя влеченія, особыя эмоціи, доходящія до большой интенсивности и страстности, такъ что дѣло идетъ не о тяжеломъ и неохотномъ трудѣ, а объ удовлетвореніи этихъ эмоціональныхъ влеченій, что по законамъ эмоціональной психики, неизбѣжно связано съ наслажденіями. И то же относится и къ другимъ «работамъ» животныхъ; это не тяжелыя работы, а проявленія и удовлетворенія соотвѣтственныхъ влеченій и наслажденія. Совершенно иную картину являетъ намъ человѣческая психика. Эмоціональная психика человѣчества, вслѣдствіе особой исторической судьбы человѣческой породы, вслѣдствіе несоотвѣтствія быстроты измѣненій условій существованія и органическихъ приспособительныхъ измѣненій, является неприноровленной къ условіямъ жизни людей въ весьма многихъ отношеніяхъ. Порода homo sapiens пока такая несчастная и жалкая порода, которая вообще пока ни для чего какъ слѣдуетъ быть не годна, не приспособлена. Она уже подверглась такой эмоціональной передѣлкѣ, такому ослабленію и извращенію прежней психики, гармонически приспособленной къ прежнимъ, суще-

ствовавшимъ въ теченіе сотенъ тысячелѣтій, условіямъ жизни, что она уже не годна для такой жизни; но она въ то же время еще не успѣла въ безчисленныхъ отношеніяхъ достигнуть сообразованія эмоциональной психики съ новыми условіями ¹⁾.

Вслѣдствіе такихъ особенностей психики человѣческой породы, существованіе людей и общественной ихъ жизни было бы немислимо, если бы склонностямъ и влеченіямъ людей было предоставлено свободное упражненіе и развитіе—люди не исполняли бы самыхъ необходимыхъ для существованія общества работъ и учиняли бы массу антисоціальныхъ поступковъ. Для обезпеченія существованія общества въ условіяхъ его жизни требуется недопущеніе свободнаго упражненія, подавленіе различными средствами однихъ естественныхъ свойствъ и склонностей людей, усиленное и одностороннее культивированіе другихъ свойствъ и способностей, привитіе разныхъ новыхъ, отъ природы не данныхъ, свойствъ и способностей, вообще довольно существенная передѣлка и переработка естественныхъ и наслѣдственныхъ свойствъ людей ²⁾. Иными словами, общественная жизнь предполагаетъ, что, въ человѣческой психикѣ, на ряду съ естественными склонностями, существуютъ еще и такіе факторы, которые умѣряютъ или усиливаютъ, вообще регулируютъ проявленіе естественныхъ стремленій людей и побуждаютъ людей къ соціально-необходимымъ поступкамъ и воздержаніямъ. И вотъ, анализъ человѣческой психологіи показываетъ намъ, что ей дѣйствительно присущи факторы, выполняющіе эту функцію,—право, нравственность, эстетика и др.—факторы, обязанные своимъ происхожденіемъ уже не процессамъ естественнаго подбора и приспособленія, а своеобразнымъ, дѣйствующимъ въ общественной жизни, процессамъ культурнаго приспособленія.

Для пониманія существа этихъ процессовъ и для оцѣнки значенія ихъ психическихъ продуктовъ, необходимо имѣть въ виду слѣдующее. Въ составъ человѣческой психики входятъ не только однѣ эмоциональныя диспозиціи, перешедшія къ людямъ по наслѣдству отъ ихъ предковъ, но и различныя другія эмоциональныя склонности, появившіяся и развившіяся въ психикѣ людей

¹⁾ Петражицкій, Къ вопросу о соціальномъ идеалѣ и возрожденіи естественнаго права, Юридическій Вѣстникъ, 1913, II, стр. 37, 38, 41.

²⁾ Петражицкій, Университетъ и наука, II, 1907, стр. 454.

независимо отъ наслѣдственности ¹⁾. При этомъ, появленіе и развитіе этихъ эмоцій и склонностей происходитъ не случайно, а по особымъ, дѣйствующимъ въ общественной жизни, законамъ. При изученіи развитія этихъ эмоцій, необходимо имѣть въ виду тѣ процессы, которые происходятъ на почвѣ разговоровъ людей другъ съ другомъ и вообще психическаго общенія между членами социальныхъ группъ. Психическое общеніе есть такъ сказать психическое взаимозараженіе и притомъ не интеллектуальное только, а и эмоціоанальное. Сообщаются и циркулируютъ не только подлежащія представленія, а и тѣ эмоціи, которыя въ психикѣ сообщающихъ связаны съ этими представленіями. Противъ того (представляемаго), отчего индивидъ терпитъ зло въ жизни, развиваются въ индивидуальной психикѣ репульсивныя эмоціи, антипатіи (независимо отъ заповинанія всѣхъ случаевъ, пониманія причинной связи и т. д.), въ пользу дѣйствовавшаго въ противоположномъ направленіи — аттрактивные эмоціи, симпатіи. У субъектовъ прелюбодѣяній, лжи, денежныхъ обмановъ и т. д. могутъ на этой почвѣ появляться и развиваться аттрактивные эмоціи по адресу такихъ дѣйствій, а у болѣе или менѣе многочисленныхъ жертвъ этихъ дѣйствій развиваются болѣе сильныя эмоціи (эмоц. диспозиціи) противоположнаго свойства, антипатіи, негодование и т. д. Эмоціоанально-интеллектуальное *соціальное* общеніе и психическое зараженіе вырабатываетъ эмоціоанальныя среднія равнодѣйствующія, среднія эмоціоанальныя оцѣнки, продукты безчисленныхъ фактовъ данной категоріи въ жизни рядовъ смѣняющихся поколѣній. По адресу такихъ явленій, какъ ложь, клевета и т. п., такія эмоціоанальныя среднія равнодѣйствующія неизбежно получаютъ порицательно-отталкивающія, хотя для прибѣгающихъ къ такимъ дѣйствіямъ могутъ получаться выгоды. Эти эмоціоанальныя равнодѣйствующія сообщаются путемъ эмоціоанально-интеллектуальнаго общенія и зараженія индивидамъ уже въ дѣтскомъ возрастѣ и дальше. На почвѣ такихъ эмоціоанально-интеллектуальныхъ ассоціацій невѣдомаго для индивида происхожденія получаютъ, въ случаяхъ дѣйствія какихъ либо унаслѣдованныхъ или приобрѣтенныхъ въ индивидуальной жизни эмоціоанальныхъ влеченій въ пользу соотвѣт-

¹⁾ Петражицкій, Введеніе въ изученіе права и нравственности, 1908 . стр. 218.

ственныхъ поступковъ, внутренніе разлады, психическія тренія и коллизіи, борьба эмоцій разнаго происхожденія и направленія».

«Представляя закономерныя среднія равнодѣйствующія безчисленныхъ фактовъ въ жизни умершихъ уже и живущихъ членовъ цѣпи эмоционально-интеллектуальнаго общенія и зараженія, указанныя эмоциональныя оцѣнки пропорціональны среднему въ большихъ числахъ дѣйствию оцѣниваемыхъ предметовъ, явленій, правилъ и способовъ поведенія, напр., техническихъ, хозяйственныхъ, гигиеническихъ, воспитательныхъ приѣмовъ, вообще всего того, что можетъ существовать въ представленіи и о чемъ говорится, пишется въ письмахъ и проч. Отсюда получаются процессы, аналогичные борьбѣ за существованіе и естественному подбору (хотя и принципиально отличные, производимые не косою смерти, а эмоціями)—вытѣсненіе худшаго лучшимъ, менѣе годнаго болѣе годнымъ, напр., такихъ средствъ и приѣмовъ питанія, воспитанія и т. д., которые давали въ среднемъ худшіе результаты, такими, которые дѣйствовали въ жизни лучше. Въ различнѣйшихъ областяхъ жизни происходятъ процессы безсознательнаго приспособленія, совершенствованія, выработки разнообразнѣйшихъ безсознательно-геніальныхъ продуктовъ: безсознательно-геніальной техники самого языка, главнаго орудія интересующихъ насъ процессовъ, его безсознательно удачной классификаціи явленій и предметовъ и т. д., обычаевъ и правилъ народной гигиены, медицины, агрономіи, воспитанія, нравственности, права, вѣрованій, спасительныхъ для жизни, и проч. и проч., и измѣненіе и приспособленіе этихъ продуктовъ къ мѣняющимся условіямъ жизни, въ томъ числѣ къ измѣняющейся психикѣ человѣческой ¹⁾».

Вдумываясь въ существо этихъ положеній о происхожденіи и развитіи разнообразныхъ факторовъ общественной жизни, мы видимъ, что они бросаютъ яркій свѣтъ и на специально интересующій насъ вопросъ о приѣмахъ опредѣленія уровня общественной культуры и степени общественной потребности въ различныхъ мѣрахъ мотивационнаго воздѣйствія. Изъ этихъ положеній видно, что право, подобно другимъ факторамъ общественной жизни, представляетъ собою такое явленіе, которое не только порождено общественною жизнью, но которое также и сообразовано въ своемъ воздѣйствіи и вліяніи на общественную жизнь со среднимъ

¹⁾ Петражицкій, Теорія права, II, 1910, стр. 757, 758.

уровнемъ соціальной культуры. Выработывая право, какъ необходимый коррективъ невоспитанности, дефектности человѣческой психики, общественная жизнь, вмѣстѣ съ тѣмъ, сообразуетъ характеръ права со степенью дефектности этой психики и дозируетъ его дѣйствіе, считаясь со степенью размѣра существующей въ немъ потребности. И если всякое правовое психическое давленіе въ пользу извѣстнаго поведенія предполагаетъ соответственную негодность, неприспособленность человѣческой психики, то энергія подлежащаго давленія оказывается сообразованною со степенью этой негодности: это давленіе бываетъ тѣмъ сильнѣе, чѣмъ больше соціальная неприспособленность людей и наоборотъ. Право необходимо и естественно примѣняется къ среднему уровню общественной культуры, которую оно такимъ образомъ косвенно, но несомнѣнно отражаетъ. Отсюда, мы получаемъ ключъ къ познанію средняго уровня человѣческой культуры и можемъ судить объ этой культурѣ по содержанію права ¹⁾.

Мало того, изъ изложеннаго нужно сдѣлать еще и другой, несравненно болѣе цѣнный для нашихъ непосредственныхъ задачъ, выводъ: приведенныя выше соображенія даютъ намъ возможность выполнить не только предварительную правнополитическую работу—опредѣлить средній уровень общественной культуры эпохи,—но даютъ намъ даже и рѣшеніе самой основной проблемы правовой политики и устанавливаютъ существо тѣхъ правовыхъ положеній, которыми должна быть сообщена законная сила, при реформѣ права. Въ самомъ дѣлѣ, если вышеизложенная связь между правомъ и общественной культурой позволяетъ судить о состояніи общественной культуры по содержанію права, то эта же связь даетъ возможность утверждать, что выработавшееся въ данную эпоху право представляетъ собою форму правосознанія, наилучше отвѣчающую условіямъ общественнаго быта соответствующаго времени, рекомендуя соответственныя формы права какъ психическій факторъ, бессознательно-геніально при-норовленный къ потребностямъ общественной жизни. Иными словами, при реформѣ областей права, касающихся такихъ сферъ общественной культуры, средній уровень которыхъ не поддается сознательному опредѣленію, надлежитъ принимать за образецъ будущаго права положенія, выработанныя правосознаніемъ къ

¹⁾ Петражицкій, Акціи, биржевая игра и теорія экономическихъ кризисовъ, I, 1911, стр. 16, 17; Соц. идеаль, стр. 43, 46.

моменту подлежащей реформы. Разумѣется, при этомъ, необходимо принимать во вниманіе не содержаніе дѣйствующаго въ соотвѣтственную эпоху позитивнаго права, закрѣпощеннаго въ малоподвижныя и неизмѣняющіяся формы, а содержаніе права интуитивнаго, отличающагося свободною измѣнчивостью и приемлемостью въ смыслѣ процесса историческаго развитія ¹⁾. Продукты этого права могутъ быть принимаемы за бессознательно удачно приновленные къ условіямъ культуры даннаго періода психическіе факторы и сообщеніе имъ законной силы и должно составлять задачу реформаторовъ права.

Итакъ, всѣ институты права, находящіе себѣ поддержку въ современномъ правосознаніи, должны быть сохранены, въ качествѣ факторовъ, необходимыхъ для общественной жизни и въ теченіе непосредственно слѣдующаго за моментомъ реформы права періода времени. Это положеніе приводитъ насъ къ убѣжденію въ необходимости сохраненія института наказуемости предварительной дѣятельности на будущее время. Какъ мы видѣли выше, при обзорѣ ученій объ основаніяхъ наказуемости предварительной дѣятельности, весьма многіе криминалисты занимаются опредѣленіемъ основаній наказуемости подлежащихъ дѣяній, но нѣтъ ни одного ученаго, который подвергъ бы сомнѣнію основательность этого правового установленія. Правосознаніе общества, слѣдовательно, при рѣшеніи этого вопроса не обнаруживаетъ колебаній.

Но установленіе необходимости удержанія института наказуемости предварительной дѣятельности въ будущемъ правѣ еще не предрѣшаетъ собою вопроса о характерѣ желательной регламентаціи этого института и не опредѣляетъ собою содержанія правовыхъ постановленій по этому предмету. Общественное благо требуетъ сохраненія наказуемости предварительной дѣятельности на будущее время; но должны ли мы карать въ будущемъ одно только покушеніе или также и приговорительныя дѣйствія? Должна ли быть наказуемость покушенія редуцированою или же она должна равняться, по размѣру, наказуемости оконченнаго преступленія? Должны ли быть сохранены на будущее время спеціальныя основанія безнаказанности покушенія или же это покушеніе должно наказываться въ тѣхъ же случаяхъ, какъ и оконченное преступленіе? Для рѣшенія этихъ вопросовъ

¹⁾ Петражицкій, Теорія права, II, стр. 481.

недостаточно знать, что изучаемый нами институт необходим для правильного теченія и развитія общественной жизни на будущее время; нужно знать, сверхъ того, и размѣръ общественной въ немъ потребности, опредѣляющей собою и конкретныя формы его выраженія.

Обращаясь къ рассмотрѣнiю послѣдняго вопроса,—вопроса о конкретныхъ формахъ воплощенія юридическихъ институтовъ въ будущемъ правѣ,—слѣдуетъ сказать, что онъ уже привлекъ къ себѣ вниманіе современной науки уголовного права и мы находимъ въ ней цѣлый рядъ попытокъ его разрѣшенія. Мы встречаемъ въ литературѣ три различныхъ точки зрѣнiя на этотъ предметъ.

Согласно одному взгляду, вопросъ о конкретной формѣ будущаго права вообще не можетъ быть разрѣшенъ съ научной точки зрѣнiя; это—проблема, разрѣшаемая исключительно по внутреннему убѣжденiю. Проекты реформы права не поддаются иному обоснованiю, кромѣ ссылки на соотвѣтствіе ихъ нашему настроенiю и требованiямъ нашего чувства ¹⁾. Эта точка зрѣнiя вызываетъ горячій протестъ другихъ ученыхъ, указывающихъ на то, что подобное утвержденіе ниспровергаетъ самую возможность говорить о политикѣ права, какъ о наукѣ, и допущеніе его правильности лишило бы всякаго научнаго значенія дѣлаемая въ наукѣ предложенія de lege ferenda ²⁾.

По второму взгляду, вопросъ о конкретной формѣ институтовъ будущаго права разрѣшается на основанiи сообразованія этихъ институтовъ съ тенденціей ихъ развитія. Историческое изученіе права приводитъ къ установленiю опредѣленнаго постоянного порядка смѣны однихъ явленiй другими, раскрываетъ намъ ³⁾ закономѣрность историческаго развитія права. Установленіе причинной связи между фактами настоящаго и прошедшаго даетъ возможность предвидѣть тѣ измѣненія, которыя принесетъ ближайшее будущее. И это изслѣдованіе и доставляетъ намъ единственную изъ возможныхъ научныхъ основъ чело-

¹⁾ Radbruch, Ueber die Methode der Rechtsvergleichung, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, II, 1905, s. 423; Beling, Strafrechtsreform und richtiges Recht, Z, XXVI, 1906, s. 695; Kantorowicz, Probleme der Strafrechtsvergleichung, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, IV, 1907, s. 101.

²⁾ Liszt, Das «richtige Recht» in der Strafgesetzgebung, Z, XXVI 1906, s. 555.

ческой цѣлеполагательной дѣятельности, единственную основу для сознательнаго, цѣлесообразнаго вмѣшательства законодателя въ процессъ развитія права ¹⁾. Имѣющее быть и есть долженствующее быть. Только по установленіи тенденціи развитія, мы получаемъ возможность раскрыть долженствующее быть ²⁾.

Этотъ взглядъ вызвалъ въ литературѣ еще болѣе рѣзкія возраженія и нападки. Криминалисты отмѣчаютъ, что вышеизложенное ученіе вовсе не такъ послѣдовательно держится теоретической точки зрѣнія, какъ утверждаютъ его авторы: въ отождествленіи будущаго права съ правомъ долженствующимъ быть въ скрытой формѣ заключается признаніе права грядущаго правомъ лучшимъ и желательнымъ ³⁾. Между тѣмъ, послѣдній выводъ остается безъ всякаго обоснованія. Знаніе тенденцій развитія права вовсе не раскрываетъ намъ того, ведетъ ли насъ эволюція права къ прогрессу или же она толкаетъ насъ назадъ ⁴⁾, и она не указываетъ намъ, должны ли мы содѣйствовать грядущему осуществленію подлежащихъ тенденцій развитія или нѣтъ ⁵⁾. Вообще изъ міра фактовъ, изъ эмпириі, нѣтъ пути въ царство императива ⁶⁾. Для того, чтобы опредѣлить лучшее право, необходимо прибѣгать къ оцѣнкѣ правовыхъ явленій ⁷⁾ и, для этого, необходимо имѣть въ распоряженіи извѣстный масштабъ для произведенія этой оцѣнки ⁸⁾. Но именно примѣненіе масштаба оцѣнки правовыхъ явленій и приводитъ къ убѣжденію, что право будущее вовсе не всегда совпадаетъ съ правомъ лучшимъ. Подъ лучшимъ или правильнымъ правомъ, можно разумѣть только одно

¹⁾ Liszt, Tötung und Lebensgefährdung, (V. D. B. V), 1905, s. 4.

²⁾ Liszt, Z, XXVI, 1906, s. 556.

³⁾ Calker, Vervollkommungsidee und Entwicklungsgedanke im Strafrecht, Z, XXXII, 1911, s. 152; Тимашевъ, Тенденція развитія, какъ объективный критерій правильнаго права, Журн. Мин. Юстиціи, 1913, декабрь, стр. 148.

⁴⁾ Klatscher, Richtiges Recht und Rechtsvergleichung, Z, XXVI, 1906, s. 922; Schoetensack, Ueber Rechtsvergleichung und Strafrechtsreform, GS, LXX, 1907, s. 111.

⁵⁾ Kohlrausch, Zweikampf (V. D. B. III), 1906, s. 130; Beling, Z, XXVI, 1906, s. 694; Тимашевъ, стр. 148, 149.

⁶⁾ Beling, Z, XXVI, 1906, s. 694.

⁷⁾ Klatscher, Z, XXVI, 1906, s. 924; Kitzinger, Ort und Zeit der Handlung, (V. D. A. I), 1908, s. 171; Calker, Z, XXXII, 1911, s. 150; Schoetensack, GS, 1907, s. 111.

⁸⁾ Klatscher, Z, XXVI, 1906, s. 924; Schoetensack, GS, LXX, 1907, s. 111; Celichowski, s. 41.

цѣлесообразное право ¹⁾, а при развитіи права, далеко не всегда лучшее средство къ цѣли смѣняетъ собою худшее средство; лучшія и худшія формы права смѣняютъ другъ друга, правовое развитіе идетъ кривыми ²⁾. Можно говорить о томъ, что позднѣйшія формы права представляются болѣе жизнеспособными, чѣмъ болѣе раннія формы права, но жизнеспособное не всегда равносильно хорошему ³⁾.

Признавая справедливость вышеприведенныхъ соображеній, большинство современныхъ криминалистовъ высказывается въ пользу третьяго рѣшенія вопроса о принципахъ опредѣленія началъ правильнаго права. По воззрѣнію этихъ криминалистовъ, положенія о будущемъ правѣ, вытекающія изъ установленной тенденціи развитія, имѣютъ значеніе при реформѣ права, но значеніе не абсолютное, а относительное, и эти положенія могутъ служить образомъ правильнаго права лишь постольку, поскольку они отвѣчаютъ общимъ критеріямъ оцѣнки права—являются справедливыми или цѣлесообразными. Тенденція развитія, показывая, какъ вѣроятно сложится право въ ближайшемъ будущемъ, даетъ намъ вмѣстѣ съ тѣмъ важное пособіе для правильной положительной или отрицательной оцѣнки законодательныхъ предположеній ⁴⁾. Мы должны опредѣлять тенденціи развитія не для того, чтобы слѣпо имъ отдаваться ⁵⁾. Понятіе о развитіи становится полезнымъ для уголовной политики лишь при условіи присоединенія къ этому понятію телеологическаго момента ⁶⁾. Установивъ тенденцію развитія права, мы должны заняться опредѣленіемъ того, соотвѣтствуетъ ли она этическому и хозяйственному развитію націи ⁷⁾. Несмотря на то, что положенія будущаго права, вытекающія изъ тенденцій его развитія, не могутъ претендовать на

¹⁾ Thomsen, Das «richtige Recht» in der Strafgesetzgebung, Z, XXVI 1906, s. 696; Feisenberger, Zum «Richtigen» in der Strafrechtsreform, Z, XXVII 1907, s. 460.

²⁾ Beling, Z, XXVI, 1906, s. 693; Schoetensack, GS, LX X, 1907, s. 111 Тимашевъ, стр. 145, 146.

³⁾ Schoetensack, GS, LXX, 1907, s. 111.

⁴⁾ Hegler, Zur Methode der legislativen Bearbeitung des Strafrechts, insbesondere auf rechtsvergleichender Grundlage, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, IV, 1907, s. 347.

⁵⁾ Kitzinger (V. D. A. I), 1908, s. 171.

⁶⁾ Calker, Z, XXXII, 1911, s. 150.

⁷⁾ Feisenberger, Z, XXVII, 1907, s. 461.

значеніе образцовъ права, при его реформѣ, уголовнополитическая роль ихъ является, тѣмъ не менѣе, весьма крупною. Знакомство съ тенденціями развитія права можетъ раскрыть законодателю возможность такой нормировки предмета, о которой раньше онъ вовсе не думалъ или считалъ ее невыполнимой; оно показываетъ законодателю, долженъ ли онъ содѣйствовать естественному развитію права или нѣтъ; наконецъ, тенденціи развитія права обнаруживаютъ намъ степень упорства и постоянства эволюціи права въ извѣстномъ направленіи и учатъ насъ тому, насколько безнадеженъ радикальный разрывъ съ исторически сложившимися формами права ¹⁾. Будущее право должно быть подвергнуто оцѣнкѣ съ точки зрѣнія своего соотвѣтствія общимъ задачамъ (и) права вообще и данной вѣтви права въ частности. Если тенденція развитія выдержитъ такого рода критику, то мы получаемъ право съ полною увѣренностью рекомендовать законодателю пойти по намѣчаемому ею пути. Если же оцѣнка даетъ намъ отрицательный результатъ, то мы обязаны высказаться за такое вмѣшательство законодателя, которое дало бы развитію иное направленіе ²⁾.

Изъ изложеннаго видно, что, по взгляду сторонниковъ послѣдняго направленія, при реформѣ права, дѣйствительное значеніе имѣютъ, въ сущности, только соображенія о цѣлесообразности проектируемыхъ правовыхъ нормъ, а не тенденціи развитія, какъ таковыя. Согласіе проекта правовой реформы съ тенденціей развитія, по этому ученію, желательно, оно придаетъ солидный характеръ соотвѣтственному проекту, но это согласіе вовсе не необходимо для успѣшной законодательной работы и законодатель совершенно свободно можетъ безъ него обойтись. Правильное право—это цѣлесообразное право, т. е. право, соотвѣтствующее существующимъ въ данный моментъ общественнымъ потребностямъ.

Переходя къ оцѣнкѣ этихъ трехъ критеріевъ опредѣленія формы будущаго права, необходимо сказать, что ни одинъ изъ нихъ не можетъ быть признанъ способнымъ разрѣшить интересующую насъ задачу. Такъ, что касается ученія, полагающаго, что *de lege ferenda* могутъ быть рекомендуемы только нормы, от-

¹⁾ Schoetensack, GS, LXX, 1907, s. 112, 113; Kohlrausch (V. D. B. III), 1906, s. 132.

²⁾ Тимашевъ, стр. 151, 152.

вѣчающія потребности общества, нормы, цѣлесообразность которыхъ установлена наукой, то неспособность этого воззрѣнія рѣшить интересующую насъ проблему о формахъ института наказуемости предварительной дѣятельности въ будущемъ законѣ ясна изъ предыдущаго. Мы показали, что для опредѣленія формы этого института въ будущемъ нужно учесть средній уровень современной общественной культуры, а этого сдѣлать мы не можемъ за отсутствіемъ возможности произвести измѣреніе степени культурности отдѣльныхъ гражданъ. Если же нельзя сознательно вычислить уровня общественной культуры, то нельзя опредѣлить и той конкретной формы, которую долженъ принять разсматриваемый институтъ въ будущемъ законѣ.

Но очевидно, что нельзя признать пріемлемымъ и первый изъ критеріевъ опредѣленія правильнаго права—соотвѣтствіе нормы субъективному убѣжденію предлагающаго ее лица. При принятіи этого критерія оказалась бы совершенно невозможною законодательная дѣятельность, въ виду существованія различныхъ убѣжденій людей по одному и тому же вопросу. Убѣжденію какого лица въ этомъ случаѣ нужно придавать рѣшающее значеніе? Политика права, очевидно, невозможна безъ отысканія такого источника будущихъ нормъ, который носилъ бы объективный характеръ.

Такой критерій и предлагаетъ второе воззрѣніе. Задача законодателя, по этому воззрѣнію, при реформѣ права, состоитъ въ созданіи нормъ, соотвѣтствующихъ направленію развитія права и способныхъ стать звѣномъ въ цѣпи смѣняющихся другъ друга правовыхъ явленій. Политика права должна опредѣлить направленіе эволюціи права и, продолживъ мысленно эту эволюцію въ будущее, рекомендовать ближайшіе ряды соотвѣтственныхъ представляемыхъ явленій въ качествѣ проектовъ правильнаго права.

Этотъ критерій носить дѣйствительно объективный характеръ. Но принятіе его къ руководству, при законодательной дѣятельности, не можетъ быть рекомендовано потому, что эта дѣятельность, какъ и всякая политическая дѣятельность вообще, представляя собою рядъ актовъ, направленныхъ на достиженіе извѣстной благой цѣли, можетъ опредѣляться только такимъ началомъ, которое аттестуетъ рекомендуемая имъ дѣйствія какъ годныя средства для достиженія соотвѣтственной цѣли. Для того, чтобы директивы, исходящія отъ тенденцій развитія

права, могли быть приняты за авторитетное руководство при реформѣ права, необходимо доказать, что они цѣлесообразны, что слѣдованіе имъ приведетъ къ благу народа. Между тѣмъ, авторы разбираемаго взгляда этихъ доказательствъ не представили.

Несмотря на неудачу изложенныхъ попытокъ установить научный критерій опредѣленія формъ будущаго права, мы полагаемъ, что разрѣшеніе этой задачи вовсе не лежитъ за предѣлами возможнаго и что, принявъ во вниманіе данныя, предоставляемые въ наше распоряженіе психологическою теоріею права, мы легко можемъ дать удовлетворительный на нее отвѣтъ. Изъ предыдущаго изложенія видно, что право представляетъ собою факторъ, находящійся въ опредѣленномъ соотношеніи съ общественною психикою и что вліяніе права на человѣческую психологию не произвольно, а сообразовано съ достигнутымъ обществомъ уровнемъ культуры. Это явленіе обусловливается тѣмъ, что дѣйствующіе въ общественной жизни процессы безсознательнаго соціально-психическаго подбора и приспособленія, создавая различные нормативные факторы въ общественной жизни, вмѣстѣ съ тѣмъ сообразуютъ энергію дѣйствія этихъ факторовъ съ существующимъ въ данный моментъ уровнемъ культуры. Мало того, изученіе исторіи права показываетъ, что подобное соотношеніе права и культуры существуетъ не только въ какіе либо отдѣльные моменты исторіи, но что оно наблюдается и на протяженіи всей извѣстной намъ жизни человѣчества. Вызывая къ жизни нормы права и правовыя учрежденія, необходимыя для правильнаго теченія соціальной жизни на данномъ уровнѣ развитія, процессы соціальнаго подбора измѣняютъ характеръ и содержаніе правовыхъ нормъ, сообразно съ измѣненіями общественной культуры: повышение уровня этой культуры вызываетъ ослабленіе энергіи давленія права на общественную психику; пониженіе уровня этой культуры—усиливаетъ энергію давленія права на психику людей. «Основная тенденція историческаго процесса образованія и измѣненія права заключается въ такомъ приспособленіи правовой мотивации и педагогики къ данному состоянію народной психики, что путемъ психическаго воздѣйствія соотвѣтственной правовой системы индивидуальное и массовое поведеніе и развитіе народной психики направляется въ сторону общаго блага» ¹⁾. x

¹⁾ Петражицкій, Теорія права, II, стр. 754.

Эти положенія управомочиваютъ насъ на чрезвычайно важный для политики права выводъ: при реформѣ областей права, касающагося не поддающихся сознательному учету сферъ чело-вѣческой культуры, образцомъ положеній будущаго закона должно служить содержаніе господствующаго въ обществѣ правосознанія. Этотъ критерій опредѣленія «правильнаго» права чуждъ произвольности—онъ опирается на анализъ господствующихъ въ обществѣ правовыхъ теченій; этотъ критерій не зоветъ насъ къ подчиненію нашей дѣятельности дѣйствующимъ въ обществѣ слѣпымъ силамъ—онъ рекомендуетъ сообщать законную силу тѣмъ идеямъ, которыя, по удостовѣренію науки, являются полезными и даже необходимыми для благосостоянія общества началами.

Такимъ образомъ, мы получаемъ твердую опору для нашихъ сужденій о желательныхъ приемахъ регламентаціи наказуемости предварительной дѣятельности *de lege ferenda*. При реформѣ права, необходимо придавать законную силу тѣмъ воззрѣніямъ на интересующій насъ институтъ, которыя совпадаютъ съ содержаніемъ господствующаго въ данную эпоху правосознанія. Однако, для надлежащаго уразумѣнія этого приема правообразованія необходимо сдѣлать еще нѣсколько дополнительныхъ разъясненій, содѣйствующихъ ориентировкѣ при его примѣненіи.

Приведенное выше ученіе о тенденціи развитія, какъ о критеріи правильнаго права утверждаетъ, что, при реформѣ права, необходимо заботиться о приданіи правовымъ положеніямъ такого характера, который бы гармонировалъ съ историческимъ ихъ развитіемъ и былъ бы способнымъ сообщить соотвѣтственнымъ положеніямъ значеніе звѣна въ развитіи реформируемаго института; направленіе развитія института въ исторіи должно диктовать собою и будущую его форму. Ничего подобнаго не утверждаетъ предлагаемое нами ученіе. По нашему взгляду, при реформѣ права, рѣшающую роль играетъ правосознаніе въ той формѣ, которую оно приняло въ моментъ произведенія реформы, такъ какъ только это правосознаніе является сообразованнымъ съ существующимъ уровнемъ культуры. И, какъ мы знаемъ изъ предыдущаго, это правосознаніе вовсе не всегда является кристаллизованнымъ въ стилѣ историческаго развитія института; оно отражаетъ въ себѣ подчасъ осложненія въ развитіи методовъ правового воздѣйствія, переходъ права къ воздѣйствію на инья струны челоуѣческой души и т. д. Сообразно съ этимъ, если

въ предшествующемъ изложеніи, мы и ссылались на историческое развитіе права, при выработкѣ приемовъ реформы права, то мы дѣлали это только для подкрѣпленія положенія о томъ, что каждая данная система права является разсчитанною на опредѣленный, существующій въ соотвѣтственную историческую эпоху, уровень культуры и что, съ измѣненіемъ уровня культуры, измѣняется и энергія мотиваціоннаго давленія права. Историческій анализъ развитія права долженъ былъ сообщить достовѣрность положенію о значеніи права какъ барометра культурнаго развитія человѣчества и обосновать значеніе правосознанія, какъ образца положеній будущаго закона.

Далѣе, предлагаемый нами критерій опредѣленія положеній будущаго закона отличается отъ вышеизложеннаго приема правообразования еще и въ другомъ отношеніи. Ученые, выдвигающіе анализъ тенденцій развитія институтовъ права, какъ средство установленія существа ихъ будущей и должной формы, предлагаютъ вводить въ составъ закона не конечное реальное звѣно исторической цѣпи правовыхъ явленій, а ближайшее изъ имѣющихъ возникнуть въ будущемъ звѣньевъ этой цѣпи. Какъ было показано, эти ученые рекомендуютъ законодателю, продолживъ мысленно въ будущее эволюцію реформируемаго института, сообщить законную силу ближайшимъ будущимъ формамъ ея проявленія. Наше предложеніе сводится къ другому. Оно рекомендуетъ при правосознаніи принимать за образецъ будущаго закона не будущія, предполагаемая формы, а реальныя формы права, въ томъ видѣ, въ которомъ они сложились въ общественномъ правосознаніи. Мы вовсе не настаиваемъ на новшествахъ *quand même*, во чтобы то ни стало, подобно вышеупомянутымъ ученымъ, и если дѣйствующее положительное право отвѣчаетъ запросамъ общественнаго правосознанія, то, по нашему мнѣнію, оно не должно подвергаться реформѣ.

Такимъ образомъ, предлагаемый нами приемъ реформы права существенно отличенъ отъ приема сообразованія будущаго права съ тенденціями развитія правовыхъ институтовъ. Но, несмотря на это, по адресу рекомендуемой нами системы могутъ быть сдѣланы тѣ же упреки, какъ и по адресу послѣдняго критерія: могутъ сказать, что нашъ приемъ, подобно предыдущему, при послѣдовательномъ его проведеніи, приводитъ къ фатализму и

квіетизму въ области уголовной политики ¹⁾ и что при допущеніи справедливости нашихъ утвержденій, намъ остается только покорно ждать наступленія грядущаго права, формы котораго уже заранѣе предопредѣлены судьбою ²⁾. Мы полагаемъ, что подобныя упреки по адресу нашего ученія были бы неправильны. Рекомендуемый приѣмъ не означаетъ собою призыва къ подчиненію законодательной дѣятельности слѣпымъ силамъ природы, — онъ основанъ на знаніи значенія процессовъ развитія права; этотъ приѣмъ не можетъ вызвать квіетизма, такъ какъ настаиваетъ на сообщеніи законной силы не дѣйствующему положительному праву, закрѣпощенному въ неподвижныхъ формахъ и подверженному застою, а интуитивному праву, отличающемуся свободою измѣнчивостію и примѣняемостію въ смыслѣ процесса историческаго развитія. А интуитивное право, по прошествіи извѣстнаго срока времени съ момента изданія кодекса, всегда отличается отъ права позитивнаго и чѣмъ болѣе значителенъ соотвѣтствующій срокъ, тѣмъ крупнѣе подлежащее разногласіе ³⁾. Уже давно замѣчено въ литературѣ, что появленіе новаго полнаго кодекса всегда выдвигаетъ на первый планъ работы чисто догматическія и наоборотъ, чѣмъ болѣе устарѣло законодательство, чѣмъ сильнѣе сознается необходимость его реформы, тѣмъ болѣе преобладаютъ въ литературѣ даннаго права работы критическія ⁴⁾. Сообщеніе законной силы положеніямъ интуитивнаго права, такимъ образомъ, въ большинствѣ случаевъ, явится созданіемъ новаго законодательнаго права, отличнаго отъ прежняго, опирающагося на авторитетъ стараго закона, права.

Изъ изложеннаго видно, какое громадное значеніе имѣетъ интуитивное право для политики права; только при знакомствѣ съ содержаніемъ этого права, возможна удачная реформа положительнаго права и успѣшная законодательная дѣятельность. Поэтому, для правильной постановки науки политики права, чрезвычайно важно умѣть отличать интуитивное право отъ другихъ постулатовъ челоуѣческой психики, въ частности, отъ дру-

¹⁾ Klatscher, Z, XXVI, 1906, s. 922; Kantorowicz, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, IV, 1907, s. 97.

²⁾ Schoetensack, GS, LXX, 1907, s. 112.

³⁾ Петражицкій, Теорія права, II, стр. 497, 498.

⁴⁾ Таганцевъ, Лекціи, I, стр. 22.

гихъ идейныхъ общественныхъ теченій и социальныхъ ученій. Вопросъ этотъ особенно рѣзко встаетъ въ эпохи социальныхъ кризисовъ, въ эпохи отставанія нормативныхъ элементовъ и факторовъ культуры отъ уровня развитія общественной психики. Какъ было подробно показано выше (I, 417 сл), въ эти эпохи въ обществѣ появляется разочарованіе въ дѣйствующей системѣ права, переходящее въ рѣзкое отрицаніе существа права, его принциповъ и его социального дѣйствія вообще и порождающее проекты рѣшенія проблемъ воздѣйствія на населеніе на принципиально отличныхъ отъ исторически сложившихся началахъ. Будучи порожденными общественными настроеніями, вытекающими изъ широко распространенныхъ общественныхъ настроеній, эти ученія пользуются во время ихъ существованія широкою популярностью и встрѣчаютъ одобреніе со стороны народныхъ массъ. И вотъ, на почвѣ этого явленія, легко можетъ возникнуть ошибка, состоящая въ принятіи этихъ патологическихъ ученій за положительные проекты реформы права. Въ эти эпохи, приходится помнить о томъ, что не все то, что намъ кажется правильнымъ, заслуживаетъ возведенія на степень закона и прежде претворенія социальнихъ ученій въ нормы положительнаго права, необходимо подвергать ихъ тщательной историко-социальной критикѣ. Признавъ извѣстное идейное теченіе продуктомъ кризиса общественной культуры и патологическимъ ученіемъ, политикъ права долженъ игнорировать рекомендуемые этимъ теченіемъ проекты реформы права и облекать въ форму закона только тѣ изъ современныхъ реформъ проектовъ будущаго права, которые являются подлиннымъ отраженіемъ общественнаго правосознанія. Если же всѣ современники реформы окажутся захваченными вышеприведеннымъ патологическимъ теченіемъ мысли, то при реформѣ права, слѣдуетъ игнорировать всѣ вообще современныя ученія и сообщать законную силу интуитивно-правовымъ идеямъ эпохи, непосредственно примыкающей къ эпохѣ реформы ¹⁾.

¹⁾ Какъ мы показали выше, патологическими ученіями современности являются ученія антропологической школы. Это ученіе встрѣчаетъ сильное противодѣйствіе со стороны большинства криминалистовъ и наука не находитъ, чтобы рецепція его положеній законодателемъ знаменовала бы собою правовой прогрессъ. Однако, не обошлось безъ недоразумѣній и при оцѣнкѣ социального значенія этихъ ученій въ области уголовного права. Наибольше яркимъ примѣромъ ошибокъ этого рода является мнѣніе П. Сорокина, ут-

Такимъ образомъ, необходимою предпосылкою всякой правополитической работы является критическое изслѣдованіе распространенныхъ въ эпоху реформы ученій и отличеніе положительныхъ правовыхъ идей отъ соціально-патологическихъ общественныхъ настроеній. Но означаетъ ли это, что всѣ идеи, признанныя нами за положительныя правовыя идеи должны быть непременно облечены въ форму закона? Современная литература рѣшаетъ этотъ вопросъ въ отрицательномъ смыслѣ. Мы уже цитировали мнѣніе, утверждающее, что при развитіи права, позднѣйшія формы институтовъ права отнюдь не всегда являются лучшими, чѣмъ болѣе раннія формы этихъ институтовъ и что потому, слѣдовательно, фактъ уклоненія интуитив-

верждающаго, что однимъ изъ величайшихъ культурныхъ приобрѣтеній современности является мнѣніе антропологической школы о необходимости упраздненія понятія о вмѣняемости преступниковъ, какъ юридической категоріи. Воспроизводя тезисъ проф. Петражицкаго о существованіи исторической тенденціи къ ограниченію круга субъектовъ уголовной отвѣтственности, П. Сорокинъ (Преступленіе и кара, подвигъ и награда, 1914) замѣчаетъ: Въ новѣйшихъ же теченіяхъ въ наукѣ уголовного права, и человѣкъ перестаетъ быть вмѣняемымъ. Область вмѣняемыхъ субъектовъ преступленій дошла до нуля... См. работы Ферри, Ломброзо и др. замѣняющихъ принципъ вмѣняемости принципомъ «безопасности общества», а соответственно и наказаніе, какъ актъ, долженствующій причинить страданіе преступнику, не страдательными (въ принципѣ) мѣрами изолированія и исправленія преступниковъ (стр. 133)... Ibid. Основныя и самыя крупныя теченія въ современной наукѣ уголовного права—антропологическая и соціологическая школы—цѣликомъ уничтожаютъ категорію «вмѣняемыхъ» преступниковъ и признаютъ всякое преступленіе причинно-обусловленнымъ—поэтому вопросъ о вмѣненіи (??) преступниковъ цѣликомъ замѣняютъ вопросомъ объ его опасности; уничтоживъ «вмѣненіе», вполне логично эти школы уничтожаютъ и наказаніе, какъ рядъ актовъ, причиняющихъ преступнику страданіе. Нельзя наказывать больныхъ, а надо ихъ лѣчить—таковъ ихъ лозунгъ—завершающій многовѣковую эволюцію ограниченія караемыхъ лицъ и ставящій точку на і (стр. 338).

По поводу этого мнѣнія надлежитъ замѣтить, что оно грѣшитъ, прежде всего, непониманіемъ соціального значенія ученій антропологической школы и думаетъ найти въ немъ положительные тезисы, тогда какъ это ученіе носитъ рѣзко выраженный патологическій характеръ. Во-вторыхъ, это мнѣніе грѣшитъ также и непониманіемъ существа, предложеннаго антропологами, положенія объ упраздненіи юр. категоріи вмѣняемыхъ лицъ. Въ устахъ антропологовъ это положеніе имѣетъ въ виду не сузить, а расширить кругъ наказуемыхъ субъектовъ; оно стремится не къ созданію препятствій къ примѣненію уголовныхъ каръ, а къ упраздненію этихъ препятствій. По ученію антропологовъ, вмѣняемость субъекта не должна считаться условіемъ примѣнимости

наго права отъ дѣйствующаго положительнаго права еще вовсе не доказываетъ необходимости отдавать предпочтеніе первому виду права передъ вторымъ, при реформѣ законодательства ¹⁾).

Авторы этого замѣчанія, къ сожалѣнію, не приводятъ доказательствъ своему утвержденію и даже не иллюстрируютъ его примѣрами и поэтому мы лишены возможности опредѣлить, какія именно формы регресса права они имѣютъ въ виду. Если ихъ замѣчаніе стремится предотвратить законодательную рецепцію интуитивнаго права во всѣхъ случаяхъ пріобрѣтенія позднѣйшимъ интуитивнымъ правомъ болѣе грубаго характера, чѣмъ дѣйствующее положительное право, то его справедливымъ признать нельзя. Мы указывали уже, что вводимое законодателемъ право должно соответствовать уровню общественной культуры и, сообразно съ этимъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда регрессивное развитіе интуитивнаго права обусловливается паденіемъ общественной культуры, законодатель долженъ сообщать законную силу этому праву, несмотря на то, что оно носитъ болѣе грубый характеръ, чѣмъ право позитивное. Далѣе, иногда, регрессирующее интуитивное право можетъ сохранять характеръ авторитетнаго образца при правосозданіи и помимо паденія уровня общественной культуры, какъ, напр., въ тѣхъ случаяхъ, когда ожесточеніе однихъ институтовъ права обусловливается необходимостью компенсировать чрезмѣрное ослабленіе мотивационнаго дѣйствія права, вызванное значительною гуманизаціею другихъ институтовъ права (I, 207 сл.; 248 сл.). Однимъ словомъ, пріобрѣтеніе интуитивнымъ правомъ болѣе грубаго характера, чѣмъ характеръ позитивнаго, еще не можетъ быть признано основаніемъ

юридическихъ послѣдствій соціально-вредныхъ дѣяній и какъ Garofalo, такъ и Ферри, на ряду съ прирожденными преступниками, предлагаютъ интернировать и душевно-больныхъ преступниковъ. Понятно, поэтому, что подобныя предложенія встрѣчаютъ рѣзкій отпоръ со стороны носителей культурныхъ традицій въ уголовномъ правѣ—представителей классической школы уголовного права. Понятно почему это положеніе антропологовъ не встрѣтило сочувствія и со стороны болѣе умѣренныхъ представителей соціально-критическаго направленія—криминалистовъ уголовно-соціологической школы, а тѣ изъ представителей этого направленія, которые прикнули къ вышеизложенной точкѣ зрѣнія (ср. напр. Liszt Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, 1896, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II, s. 214 ff), въ послѣдствіи отъ него отказались.

¹⁾ Beling, Z, XXVI, 1906, s. 693; Schoetensack, GS, LXX, 1907, s. 111; Тимашевъ, стр. 145, 146.

игнорированія положеній интуитивнаго права, при реформѣ законодательства.

Однако, нельзя не замѣтить, что иногда въ развитіи права, дѣйствительно, возникаютъ осложненія, способныя на время лишить интуитивное право характера барометра развитія общественной культуры и дискредитировать его значеніе, какъ авторитетнаго образца положеній будущаго закона. Будучи психическимъ явленіемъ, право, въ своемъ развитіи, подчиняется тѣмъ же законамъ, которымъ подчинено развитіе вообще духовныхъ явленій. Неизбѣжно отражаются на развитіи права и тѣ колебанія которымъ подвергается социальная жизнь въ извѣстныя эпохи своего развитія. Мы имѣемъ въ виду осложненія въ развитіи права, вызываемыя социальными революціями.

Въ предшествующемъ изложеніи (I, 343 сл.), мы уже имѣли случай характеризовать существо социальныхъ революцій и показали, что, съ точки зрѣнія психологической теоріи права, эти явленія объясняются конфликтомъ между позитивнымъ и интуитивнымъ правомъ, приводящимъ къ паденію органовъ власти, поддерживающихъ господство позитивнаго права. Мы отмѣчали также и то, что, послѣ революцій, въ тѣхъ случаяхъ, когда переворотъ былъ связанъ съ подлиннымъ энтузіазмомъ, развитіе интуитивнаго права гражданъ не только не прекращается, но, напротивъ, пріобрѣтаетъ еще болѣе быстрый темпъ и движеніе. Людямъ вообще свойственно стремленіе преувеличивать цѣнность благопріятныхъ и желательныхъ шансовъ при соображеніяхъ вѣроятности и дѣйствовать сообразно съ такою несоразмѣрною оцѣнкою и, чѣмъ сильнѣе одухотворяющее людей, при этомъ, желаніе достигнуть намѣченнаго, тѣмъ болѣе рѣзкимъ является уклоненіе соотвѣтственной оцѣнки отъ правильнаго учета свойствъ цѣлесообразной дѣятельности ¹⁾. Понятно поэтому, что и въ социальной жизни, политической энтузіазмъ долженъ приводить къ радикализму содержанія интуитивнаго права и что послѣднее отражаетъ въ себѣ охватывающій общество политической оптимизмъ. Впослѣдствіи, по общимъ психическимъ законамъ, этотъ оптимизмъ смѣняется противоположнымъ настроеніемъ, общественнымъ разочарованіемъ и проч., въ свою очередь, влекущими за собою измѣненіе содержанія права въ противоположномъ (ре-

¹⁾ Петражицкій, Акціи, биржевая игра и теорія экономическихъ кризисовъ, 1911, стр. 51 сл.

акціонномъ) смыслѣ¹⁾. Съ правно-политической точки зрѣнія, эти осложненія въ развитіи права важны въ томъ отношеніи, что они лишаютъ интуитивное право соответствующихъ эпохъ характера правильного показателя уровня человѣческой культуры и, сообразно съ этимъ, если вліяніе указанныхъ видовъ интуитивнаго права на законодательство и не можетъ быть вообще устранено, то эти виды интуитивнаго права не должны быть принимаемы за образецъ при созданіи законодательныхъ актовъ, рассчитанныхъ на продолжительный періодъ дѣйствія (напр., уголовныхъ уложеній, въ отличіе отъ сепаратныхъ законовъ). Въ особенности, нежелательна съ политической точки зрѣнія законодательная консолидація реакціоннаго интуитивнаго права, такъ какъ если революціонное право также мало отражаетъ подлинный уровень общественной культуры, какъ и реакціонное, то революціонное право быстро смѣняется реакціоннымъ, а право реакціонное, какъ о томъ свидѣтельствуетъ исторія (ср. судьбу франц. кодекса 1810 г. и прусскаго уложенія 1851 г.) далеко не поспѣшно уступаетъ мѣсто нормальному праву.

Изъ вышеприведеннаго явствуетъ, что, при реформѣ права, необходимо обращать главное вниманіе на нормальное интуитивное право и избѣгать консолидаціи тѣхъ формъ правосознанія, которыя вызываются аномальными условіями общественнаго развитія. Однако, и это положеніе еще не вполне точно фиксируетъ кругъ образцовъ будущаго закона. Что мы должны принимать за образецъ будущаго права—національное интуитивное право или же также и интуитивное право другихъ народовъ? Современная наука уголовного права высказывается въ пользу рѣшенія этого вопроса во второмъ смыслѣ. Сравнительное правовѣдѣніе, замѣчаютъ криминалисты, приводя насъ къ установленію тенденцій развитія институтовъ, позволяетъ намъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, опредѣлить и общее направленіе развитія права культурныхъ народовъ. Съ этимъ общимъ направленіемъ праворазвитія и необходимо считаться, при реформѣ права. Правда, эти общія историческія тенденціи могутъ иногда несовпадать со спеціально-національнымъ ходомъ развитія. Но этому обстоятельству не надо придавать значенія, такъ какъ изслѣдованіе показываетъ, что національное начало въ правѣ является случайнымъ элементомъ въ его развитіи и что только общенародныя

¹⁾ Петражицкій, Акціи, Предисловіе стр. VI.

черты права являются необходимыми его элементами ¹⁾. Национальные особенности права должны уступать мѣсто общимъ чертамъ права, такъ какъ частное развитіе только тогда прочно и жизненно, когда оно соотвѣтствуетъ общему направленію эволюціи ²⁾. Эта постановка вопроса представляется намъ совершенно неправильной. По нашему убѣжденію, образцомъ будущаго закона можетъ служить то лишь интуитивное право, которое отражаетъ въ себѣ уровень культуры даннаго общества. А этимъ условіямъ можетъ удовлетворять только національное интуитивное право, а не право постороннихъ народовъ. Поэтому мы не только не можемъ присоединиться къ лозунгу непремѣннаго предпочтенія національнымъ началамъ права космополитическихъ принциповъ, но напротивъ думаемъ, что національныя особенности права должны вызывать особенное вниманіе законодателя, такъ какъ можно предполагать, что онѣ обусловливаются особенностями мѣстной культуры.

Само собою разумѣется, что мы должны рѣшительно возражать и противъ другого положенія, являющагося логическимъ слѣдствіемъ изъ вышеприведеннаго принципа. Мы не можемъ согласиться съ тѣмъ, что правовыя положенія прогрессивныхъ народовъ должны служить образцомъ при реформѣ права другихъ болѣе отсталыхъ народовъ, какъ утверждаютъ въ литературѣ ³⁾. Съ нашей точки зрѣнія, именно подобный пріемъ законодательной дѣятельности и является наименѣе допустимымъ. При современномъ общеніи народовъ легко возможны немотивированные достаточною культурою народа скачки права впередъ путемъ заимствованія, но именно къ устраненію подобныхъ явленій и долженъ стремиться законодатель. Въ случаѣ диссонанса народной культуры и права неминуемо появляются такія или иныя болѣзненные явленія ⁴⁾. И, конечно, справедли-

¹⁾ Gerland, Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten (V. D. B. I), 1906, s. 114, 115.

²⁾ Тимашевъ, стр. 152.

³⁾ Liszt (V. D. B. V), 1905, s. 5; Тимашевъ, стр. 145.

⁴⁾ Петражицкій, Акціи, стр. 20. Ср. также Петражицкій, Соц. идеаль, стр. 41: Тамъ, гдѣ государственный социализмъ, городской и проч. примѣняется подражательно и результаты получаются отрицательные—паденіе доходовъ, раскрадываніе общественнаго пирога, отсутствіе элементарной заботы о потребностяхъ и удобствахъ публики и проч.... получается выводъ въ пользу экономическаго либерализма, въ пользу необходимости воспитанія путемъ частной собственности, свободной конкуренціи и т. п.

вость этого не умаляется и тѣми фактами, на которые ссылаются представители противоположнаго ученія въ защиту своего взгляда. Если вѣрно, что ученія Юлія Клара и Коварувія пользовались нормативнымъ авторитетомъ не только въ Италіи и Испаніи, но и въ Германіи и что въ 1851 году Пруссія заимствовала содержаніе цѣлаго уголовного кодекса у Франціи ¹⁾, то не менѣе справедливо и другое: прогрессивныя положенія вышеуказанныхъ странъ были заимствованы Германіей не сразу послѣ появленія этихъ положеній, а значительно позже, по достиженіи германскимъ народомъ соотвѣтствующаго этимъ нормамъ уровня культуры (было время, когда Германія, въ культурномъ отношеніи, стояла позади не только Франціи, но и Италіи и Испаніи).

Такимъ образомъ, путемъ послѣдовательнаго разбора различныхъ положеній современной доктрины, мы пришли къ болѣе точному опредѣленію нашего критерія опредѣленія содержанія будущаго закона. Но, нельзя не добавить, что, въ извѣстныхъ случаяхъ, и сдѣланныхъ нами выше замѣчаній можетъ оказаться недостаточнымъ. И нормальное національное правосознаніе народа можетъ быть иногда подвержено колебаніямъ, разбиваться на различныя теченія, вызывая, тѣмъ самымъ, необходимость въ дальнѣйшихъ пріемахъ разработки правового матеріала, для пріданія ему годнаго, для использованія его въ правнополитическихъ цѣляхъ, характера.

Мы не будемъ здѣсь останавливаться на анализѣ тѣхъ пріемовъ группировки матеріала, которымъ мы слѣдовали въ предшествующемъ изложеніи, при выясненіи содержанія господствующихъ въ настоящее время въ Германіи и Франціи возрѣвнѣй на негодное покушеніе и не будемъ настаивать на необходимости хронологической группировки интуитивныхъ правовыхъ положеній, прежде чѣмъ судить о состояніи современнаго правосознанія извѣстной страны. Неизбѣжность этихъ предварительныхъ работъ, единственно способныхъ обезпечить правильное рѣшеніе интересующей насъ проблемы, очевидна сама собою. Мы имѣемъ въ виду оцѣнку политическаго значенія разногласія формъ правосознанія, относящихся къ одной и той же эпохѣ, случаевъ различнаго рѣшенія одного и того же вопроса сосуществующими формами народнаго интуитивнаго права. Примѣромъ коллизій

¹⁾ Liszt, Rückblick und Zukunftspläne, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart, I, 1894, s. XXIII.

этого рода является существовавшая в Германии в 80-х годах истекшаго столѣтія конфликтъ между кассационною практикою и доктриною, при рѣшеніи вопроса о юридическомъ значеніи негоднаго покушенія. Доктрина, какъ мы уже знаемъ, высказывалась въ пользу оставленія этого вида покушенія безъ наказанія, кассационная же практика настаивала на необходимости карать негодное покушеніе, наравнѣ съ другими видами покушенія. Спрашивается, какъ долженъ поступать въ этомъ случаѣ законодатель? Которой изъ этихъ двухъ формъ правосознанія онъ долженъ отдать предпочтеніе, при реформѣ права?

Рѣшеніе этого вопроса, по нашему мнѣнію, возможно лишь при условіи принятія во вниманіе тѣхъ конкретныхъ обстоятельствъ, при которыхъ возникъ указанный дуализмъ германскаго правосознанія. Имперское уложеніе 1871 года не дало разрѣшенія проблемы о юридическомъ значеніи негодности покушенія, предоставивъ рѣшеніе ея германской доктринѣ и практикѣ. Германская юриспруденція широко воспользовалась этимъ правомъ и, вскорѣ за появленіемъ уложенія 1871 г., былъ предложенъ цѣлый рядъ пріемовъ рѣшенія вопроса о юридической роли негоднаго покушенія. Однако, въ виду того, что тогдашняя германская юриспруденція еще не была объединена общими принципами и держалась еще завѣтовъ и руслу мысли стараго партикулярнаго законодательства, согласія при рѣшеніи этого вопроса не было достигнуто и юридическая литература была полна контроверзъ. Между тѣмъ, очереднымъ вопросомъ германской уголовной политики было установленіе единства германскаго права. На выполненіе этой задачи и были направлены усилія германскаго кассационнаго суда. Стремясь къ выработкѣ единаго рѣшенія спорнаго вопроса, практика этого суда остановилась не на самомъ правильномъ, а на самомъ опредѣленномъ изъ возможныхъ его рѣшеній, и признала наказуемость всѣхъ вообще видовъ негоднаго покушенія.

Изъ этого видно, что, при реформѣ права, законодателю возможно считаться только съ точкою зрѣнія доктрины на значеніе негоднаго покушенія и что взглядъ кассационной практики на этотъ предметъ для политика права вовсе не обязательнъ. Точка зрѣнія рейсгерихта имѣла разумный смыслъ лишь до тѣхъ поръ, пока германская доктрина еще не пришла къ единству при рѣшеніи вопроса о негодномъ покушеніи и пока не существовало возможности дать единаго рѣшенія этого вопроса въ законода-

тельномъ порядкѣ. При реформѣ права, подобная возможность представляется и, тѣмъ самымъ, отпадаетъ всякое разумное основаніе къ такимъ героическимъ приемамъ объединенія юридической мысли, къ которымъ обратился нѣмецкій рейсгерихтъ.

§ 48. Политическіе принципы опредѣленія понятія о существѣ наказуемой предварительной дѣятельности.

Вышеприведенные принципы политическаго рѣшенія вопросовъ *de lege ferenda*, позволяютъ намъ успѣшно рѣшить и спеціальнѣе вопросъ о началахъ рациональной формулировки постановленій о предварительной дѣятельности въ будущемъ правѣ. Знакомство съ историческимъ развитіемъ подлежащихъ постановленій и съ содержаніемъ интуитивнаго права, по интересующему насъ предмету, въ Италіи, Германіи, Франціи и Россіи, даетъ возможность опредѣлить и характеръ тѣхъ видоизмѣненій, которыя надлежитъ произвести въ соотвѣтствующихъ положеніяхъ дѣйствующаго оффиціальнаго права этихъ странъ. Что же касается права другихъ странъ, не бывшаго подвергнутымъ нами въ предыдущемъ подробному разбору, то постановленія этого права могутъ быть использованы здѣсь лишь въ качествѣ образцовъ законодательной техники рѣшенія интересующихъ насъ вопросовъ, такъ какъ мы не имѣемъ возможности съ увѣренностью судить объ отношеніи этихъ постановленій къ интуитивному праву соотвѣтствующихъ народовъ.

Прежде чѣмъ приступить къ правнополитическому разбору постановленій о предварительной дѣятельности по существу, необходимо указать, что законодателю всѣхъ интересующихъ насъ странъ приходится считаться съ отмѣченной нами выше опасностью смѣшенія интуитивно-правовыхъ положеній съ положеніями соціально-патологическихъ ученій. Какъ мы видѣли выше, какъ въ Италіи, такъ и въ Германіи, во Франціи и Россіи, существуетъ научное направленіе, настаивающее на отказѣ законодателя отъ исторически сложившихся началъ репрессіи предварительной дѣятельности и на необходимости построенія будущаго права по этому предмету исключительно на началахъ спеціальнаго предупрежденія преступленій. Предварительная дѣятельность должна подлежать наказанію потому, что выполненіе ея обнаруживаетъ антисоціальное настроеніе лица

и это начало репрессии должно определять собою и содержание отдельных постановлений о предварительной дѣятельности. Къ области наказуемой дѣятельности этого типа, говорятъ наиболѣе послѣдовательные сторонники этого взгляда, должно относиться не только покушеніе, но и приготовительныя дѣйствія, такъ какъ послѣднія также свидѣтельствуютъ о порочности воли виновнаго, какъ и первое; покушеніе должно подлежать наказанію не только въ томъ случаѣ, когда оно было годнымъ, но и въ томъ, когда оно было негодно, такъ какъ негодность покушенія совершенно не измѣняетъ характера преступной воли субъекта и, наконецъ, предварительная дѣятельность должна подлежать тому же наказанію, какъ и оконченное преступленіе, въ виду того, что парализовавшее развитіе дѣятельности виновнаго внѣшнее препятствіе, совершенно не умаляетъ обнаруженнаго имъ напряженія преступной воли.

Подобные проекты реформы интересующаго насъ института, какъ мы уже это обстоятельно выяснили выше, представляютъ собою социально-патологическія ученія, а не проявленіе нормальнаго интуитивнаго права народовъ. Сообразно съ этимъ, подлежащія положенія не могутъ быть признаваемы и правильнымъ отраженіемъ уровня общественной культуры и законодатель не только не можетъ считать ихъ образцомъ будущаго закона, но, напротивъ, долженъ всемѣрно бороться съ попытками провести эти положенія въ законодательство. При этомъ, опасность вліянія этихъ ученій на законодателя, реформирующаго постановленія о предварительной дѣятельности, является особенно серьезною. Соціально-патологическія ученія, въ интересующей насъ области, особенно опасны потому, что они выступаютъ здѣсь часто не въ видѣ проектовъ радикальной реформы, а въ видѣ сводки историческихъ изслѣдованій о развитіи права. Нѣкоторые ученые утверждаютъ, что вышеизложенная концепція репрессіи покушенія представляетъ собою не рациональную конструкцію этого института, а заключительное звѣно въ его историческомъ развитіи. Историческое развитіе уголовного права, по ихъ мнѣнію, характеризуется тѣмъ, что, при оцѣнкѣ содѣяннаго виновнымъ, все болѣе и болѣе обращается вниманія на субъективную сторону дѣянія, тогда какъ объективный моментъ дѣйствій теряетъ свое первоначальное преобладающее значеніе. Яркимъ примѣромъ этого является эволюція понятія о винѣ въ уголовномъ правѣ. Но не менѣе краснорѣчиво говорить въ пользу того же вывода

и развитіе положеній о покушеніи. Въ то время, какъ въ старину, игнорируя волю субъекта, обращали вниманіе на свойства его дѣянія, карали покушеніе мягче, чѣмъ оконченное преступленіе, потому, что при покушеніи не имѣется вреднаго результата, ставили размѣръ отвѣтственности за покушеніе въ зависимость отъ большей или меньшей близости покушенія къ окончанію преступленія и, въ случаѣ негодности внѣшняго акта покушенія, оставляли послѣднее вообще безъ наказанія, въ новѣйшее время существуетъ стремленіе игнорировать строеніе внѣшней стороны покушенія и сообразовать репрессію исключительно только со свойствами обнаруженной виновнымъ воли. Идеаломъ историческаго развитія въ этой области является уравниеніе отвѣтственности за покушеніе и за оконченное преступленіе, замѣна требованія приступа лица къ выполненію преступленія требованіемъ обнаруженія лицомъ преступной воли и провозглашеніе начала наказуемости негоднаго покушенія ¹⁾.

Этотъ взглядъ на разбираемую концепцію репрессіи покушенія долженъ быть признанъ совершенно неправильнымъ. Прежде всего, даже если бы институтъ репрессіи покушенія дѣйствительно развивался въ указываемомъ сторонниками этого взгляда направленіи, нельзя было бы сопоставлять его развитіе съ эволюціей понятія о виновности. Когда мы говоримъ о «субъективированіи» понятія о виновномъ дѣянніи, мы имѣемъ въ виду процессъ роста значенія субъективныхъ элементовъ преступныхъ дѣяній и признаемъ, что эти элементы, первоначально вовсе игнорировавшіеся при вмѣненіи преступленій, постепенно становятся все болѣе и болѣе необходимыми для наказуемости дѣяній. Эта формула развитія виновности, такимъ образомъ, вовсе ничего не говоритъ о процессѣ развитія содержанія понятія о внѣшней сторонѣ преступленія, въ частности, она вовсе не утверждаетъ того, что значеніе признаковъ этой стороны постепенно убываетъ и что, по мѣрѣ хода исторіи, для вмѣненія преступленій, становится необходимымъ все менѣе и менѣе признаковъ внѣшней стороны дѣяній. Говоря о субъективированіи вины, мы такимъ образомъ вовсе не утверждаемъ прогрессивнаго обѣдненія содержанія признаковъ внѣшней стороны преступленій. Между тѣмъ, тотъ историческій процессъ, который, по мнѣнію сторонниковъ кри-

¹⁾ Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, 1906, s. 432; Fabian, s. 40 ff.

тикуемаго мнѣнія, происходитъ при развитіи понятія о покушеніи, выражается именно только въ постепенномъ сокращеніи признаковъ содержанія внѣшней стороны покушенія, не сопровождающимся никакими переменами въ содержаніи внутренней стороны этого дѣянія (этотъ элементъ покушенія является чрезвычайно постояннымъ и всегда выражается въ формѣ умысла). Очевидно, что характеристика соотвѣтственнаго (гипотетическаго) процесса развитія института покушенія, какъ частнаго случая процесса «субъективированія» уголовного права является простымъ недоразумѣніемъ.

Но и независимо отъ этого, даже если бы вышеуказанные процессы можно было дѣйствительно сопоставлять другъ съ другомъ, то и тогда утвержденіе, что постановленія о наказуемости покушенія, въ исторіи, пріобрѣтаютъ все болѣе и болѣе субъективный характеръ, нельзя было бы признать правильнымъ. Какъ видно изъ предыдущаго, историческое развитіе интересующаго насъ института движется не въ указываемомъ авторами разбираемаго ученія, а какъ разъ въ обратномъ направленіи. Наказуемость покушенія, въ исторіи, не ассимилируется съ наказуемостью оконченнаго преступленія, а напротивъ, все болѣе и болѣе отличается отъ наказаній за оконченныя преступленія; объемъ понятія о наказуемой предварительной дѣятельности въ исторіи, не увеличивается, а сокращается; наконецъ, по мѣрѣ хода исторіи, постепенно растетъ, а не падаетъ, и значеніе негодности покушенія и, если въ развитіи этихъ положеній и замѣтны колебанія, то они обусловливаются не присущими специально институту наказуемости покушенія чертами, а координаціею развитія этого института съ развитіемъ другихъ уголовноправовыхъ нормъ. И поэтому неудивительно, что даже ученые, находившіе возможнымъ разсматривать критикуемую концепцію репрессіи покушенія, какъ продуктъ процесса «субъективированія» уголовного права, вынуждены были сознаться, что нельзя говорить объ окончательной побѣдѣ субъективныхъ воззрѣній въ области ученія о покушеніи и что съ одинаковымъ правомъ можно отстаивать и противоположный взглядъ ¹⁾. Разбираемая концепція репрессіи покушенія ни въ коемъ случаѣ не можетъ претендовать на значеніе образца для регламентаціи этого института въ будущемъ правѣ.

¹⁾ Celichowski, s. 39.

Обращаясь къ обсужденію отдѣльныхъ положеній системы репрессіи предварительной дѣятельности *de lege ferenda*, необходимо, прежде всего, остановиться на разсмотрѣніи положеній, опредѣляющихъ составъ этой дѣятельности. Должны ли мы наказывать одно только покушеніе на преступленіе или же наказанію должны подлежать и приготовительныя къ преступленію дѣйствія? Изъ предшествующаго изложенія видно, что большинство романскихъ законодательствъ склоняется къ первому рѣшенію этого вопроса, а законодательства германской группы и русское право—ко второму его рѣшенію. Сообразно съ этимъ, должны быть разными и формулы предварительной дѣятельности въ той и другой группѣ законодательствъ.

Такъ, что касается романскихъ законодательствъ, то, при реформѣ ихъ, должно быть усвоено воззрѣніе о единствѣ формы предварительной дѣятельности и наказанію должно подлежать только покушеніе на преступленіе. Изъ этого, конечно, не слѣдуетъ, чтобы по этимъ законодательствамъ никогда не карались приготовительныя къ преступленію дѣйствія. Мы видѣли, что, напр., итальянское и испанское уложенія караютъ эти дѣйствія при поддѣлкѣ монеты и подлогѣ (II, 145, 146). Но они караютъ ихъ въ видѣ самостоятельныхъ преступленій, а не въ видѣ предварительной дѣятельности и, принимая во вниманіе отсутствіе протеста юриспруденціи противъ этого приема квалификаціи приготовительныхъ дѣйствій, приходится признать, что эта система регламентаціи вполне соотвѣтствуетъ правосознанію романскихъ юристовъ и не нуждается въ реформѣ.

Напротивъ, при реформѣ законодательствъ второй группы, необходимо становиться на точку зрѣнія дуализма формъ предварительной дѣятельности и карать не только покушеніе на преступленіе, но и приготовленіе къ нему, такъ какъ правосознаніе въ соотвѣтствующихъ странахъ настаиваетъ на наказуемости какъ тѣхъ, такъ и другихъ дѣйствій. Но, какъ намъ извѣстно, эти законодательства далеко не согласны между собою при опредѣленіи юридической природы соотвѣтствующихъ дѣяній и, въ то время какъ законодательство русское и австрійскій проектъ признаютъ приготовленіе общею формою предварительной дѣятельности, законодательство германское и нѣкоторыя другія признаютъ приготовленіе спеціальною формою этой дѣятельности, составляющей характерную черту развитія нѣ-

которыхъ только преступленій. Какому же изъ этихъ рѣшеній должно быть отдано предпочтеніе *de lege ferenda*?

По мнѣнію нѣкоторыхъ криминалистовъ, предпочтенія заслуживаетъ вторая система формулировки состава приготовленія, признающая его не общою, а специальною формою предварительной дѣятельности. По этому взгляду, оговаривать въ кодексѣ ненаказуемость приготовленія и давать опредѣленіе его нѣтъ надобности, а тѣ приготовительныя дѣйствія, которыя уже обнаруживаютъ въ виновномъ пренебреженіе къ интересамъ и благамъ другихъ людей или всего государства въ его цѣломъ, должны подлежать наказанію не въ качествѣ приготовленія къ какимъ-либо другимъ преступленіямъ, а въ качествѣ самостоятельныхъ проступковъ, не какъ *delictum praeparatum*, а какъ *delictum sui generis* ¹⁾.

Это воззрѣніе вызвало возраженіе со стороны составителей нашего уголовного уложенія. Введеніе въ кодексъ общаго опредѣленія приготовленія, по мнѣнію авторовъ объясненій, представляетъ ту выгоду, что, съ одной стороны, оно даетъ возможность яснѣе опредѣлить предѣлы покушенія, а, съ другой, отграничить отъ приготовленія простое обнаруженіе умысла, не подвергающее виновнаго ни въ какомъ случаѣ уголовной отвѣтственности ²⁾.

Оцѣнивая приводимыя авторами объясненій соображенія, нельзя признать ихъ убѣдительными. Задача опредѣленія предѣловъ покушенія должна рѣшаться законною формулою покушенія и правильное опредѣленіе покушенія вполнѣ освобождаетъ насъ отъ необходимости считаться при толкованіи этого понятія съ формулою приготовленія. Равнымъ образомъ, нельзя согласиться и съ тѣмъ, что только общее опредѣленіе приготовленія въ законѣ предупреждаетъ возможность смѣшенія этого акта съ обнаруженіемъ умысла. Обнаруженіе умысла не можетъ быть принято за приготовленіе и въ случаѣ отсутствія въ законѣ общаго опредѣленія приготовленія, такъ какъ законъ, формулируя составъ отдѣльныхъ случаевъ приготовленія, выдвигаетъ такія положенія, которыя исключаютъ возможность смѣшенія этихъ видовъ приготовленія съ обнаруженіемъ умысла.

¹⁾ Познышевъ, стр. 345; Пусторослевъ, стр. 368—370.

²⁾ Объясненія, I, стр. 439.

Но, тѣмъ не менѣе, и по нашему мнѣнію предпочтенія безусловно заслуживаетъ система признанія приготовленія общемою формою предварительной дѣятельности и эта система не только подлежитъ сохраненію въ тѣхъ законодательствахъ, въ которыхъ она уже нашла себѣ примѣненіе, но ее слѣдуетъ также ввести и въ тѣ законодательства, въ которыя она еще не получила доступа. Дѣло въ томъ, что вопросъ о выборѣ той или другой системы квалификаціи приготовленія не сводится къ формальному различію юридической структуры тѣхъ и другихъ дѣйствій, но онъ влечетъ за собою и большія различія въ судьбѣ соотвѣтственныхъ дѣйствій по существу. Усвоеніе приготовительнымъ дѣйствіямъ характера спеціальной формы предварительной дѣятельности не только обязываетъ законодателя къ обрисовкѣ состава этихъ дѣйствій въ каждомъ случаѣ особо, не только увеличиваетъ казуистичность постановленій кодекса, но оно лишаетъ возможности правильно опредѣлить и юридическую судьбу приготовленія. Какъ было показано при догматическомъ разборѣ положеній о приготовленіи (II, 285, 286), система признанія приготовленія спеціальною формою предварительной дѣятельности оставляетъ безъ законодательнаго разрѣшенія вопросъ о значеніи добровольнаго отказа виновнаго отъ продолженія преступной дѣятельности, при приготовленіи, и что и догматическое рѣшеніе этого вопроса пріобрѣтаетъ несправедливый характеръ, вслѣдствіе вызываемой этою системою необходимости приводить приготовленіе въ связь не съ общемою стадіею развитія преступленія—покушеніемъ, а со стадіями развитія тѣхъ спеціальныхъ преступленій, приготовленіе къ которому почитается наказуемымъ. Въ виду этого, при обсужденіи судьбы добровольно оставленнаго приготовленія, иногда оказывается непримѣнимымъ аргументъ *a maiore ad minus*, оказывается невозможнымъ освободить приготовленіе отъ наказанія потому, что мы освобождаемъ отъ него субъекта, добровольно оставившаго покушеніе, именно, въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣятельность субъекта приготовленія, при своемъ дальнѣйшемъ развитіи, принимаетъ форму не покушенія, а усѣннаго преступленія и не имѣетъ выхода въ покушеніе, въ форму, обладающую льготными основаніями безнаказанности. Эта несправедливость только и можетъ быть устранена сообщеніемъ приготовленію характера общей формы предварительной дѣятельности. Рецепція послѣдней системы

квалификаціи приготовленія поэтому и должна быть горячо рекомендуема законодателю.

Итакъ, только возведеніе приготовленія на степень общей формы предварительной дѣятельности способно устранить тѣ одіозныя привилегіи, которыя иногда выпадаютъ на долю приготовленія, какъ специальной формы преступности, устранить усиленную неумолимость наказаній за приготовленіе. Но предлагаемая нами квалификація приготовительныхъ дѣйствій заключаетъ въ себѣ также и гарантію справедливости санкціи этихъ дѣйствій. Только въ томъ случаѣ, когда приготовленіе координировано съ покушеніемъ и можетъ быть разсматриваемо какъ разновидность предварительной дѣятельности вообще, льготные элементы санкціи покушенія могутъ быть распространены и на санкцію приготовленія; иначе приготовленіе не можетъ воспользоваться льготными сторонами судьбы покушенія. Такъ, напр., по проекту герм. ул. въ томъ случаѣ, когда покушеніе отличается особенно легкимъ характеромъ, судъ можетъ оставить его вообще безъ наказанія, признавъ соотвѣтственное покушеніе за особенно легкой случай преступности (§ 76). Распространяется ли эта льгота на приготовленіе къ преступленію? Примѣняя аргументъ *a maiore ad minus*, мы можемъ сказать, что да, но въ тѣхъ только случаяхъ, когда приготовленіе, при дальнѣйшемъ развитіи дѣятельности виновнаго, переходитъ въ форму покушенія на преступленіе. Однако, мы знаемъ что это явленіе имѣетъ мѣсто не всегда, что нѣкоторые виды приготовленія ((приготовленіе къ государственнымъ преступленіямъ) не способны переходить въ форму покушенія. Слѣдовательно, система герм. проекта, признающая приготовленіе специальной формою предварительной дѣятельности, ставитъ иногда приготовленіе въ худшія условія, чѣмъ покушеніе, и, такимъ образомъ, оказывается дефектною и съ точки зрѣнія политики рациональнаго дозирования наказаній. Только возведеніе приготовленія на степень общей формы предварительной дѣятельности, координирующее приготовленіе съ покушеніемъ, и позволяющее распространить на приготовленіе дѣйствіе всѣхъ льготъ, касающихся покушенія, устраняетъ это ненормальное положеніе.

Такимъ образомъ, необходимость признанія приготовленія общою формою * предварительной дѣятельности можетъ быть разсматриваема какъ научно-обоснованный постулатъ уголовной

политики. Что касается содержания понятія о приготовленіи къ преступленію, то опредѣленіе его стоитъ въ тѣсной зависимости отъ обрисовки составовъ отдѣльныхъ случаевъ наказуемаго приготовленія и должно выражать собою обобщеніе положеній этихъ составовъ. Предложенная уголовнымъ уложеніемъ формула приготовленія какъ приобрѣтенія или приспособленія средства для приведенія въ исполненіе умышленнаго преступнаго дѣянія (ст. 50), вообще говоря представляется вполне удовлетворительной. Конечно, эта общая формула не лишаетъ законодателя права давать нѣкоторымъ случаямъ приготовленія особую формулировку, какъ, напр., это и дѣлаетъ иногда австр. проектъ (§ 216, 229, 420).

Остается вопросъ о кругѣ случаевъ наказуемаго приготовленія. Рѣшеніе этого вопроса *de lege ferenda*, т. е. опредѣленіе круга тѣхъ преступленій, которыя должны обладать наказуемымъ приготовленіемъ, возможно только примѣнительно къ отдѣльнымъ законодательствамъ и находится въ тѣсной связи съ содержаніемъ другихъ постановленій уголовныхъ кодексовъ. Но, въ виду того, что приготовленіе карается современными законодательствами только при нѣкоторыхъ преступленіяхъ, то и факторами, вліяющими на рѣшеніе вопроса о кругѣ наказуемыхъ случаевъ приготовленія, являются только условія нормировки репрессіи отдѣльныхъ преступленій. Такъ, условіемъ, *расширяющимъ* кругъ наказуемости приготовленія, можетъ быть потребность въ измѣненіи наказуемости преступленій и, притомъ, какъ потребность въ ослабленіи репрессіи этихъ преступленій, такъ и потребность въ ея усиленіи. Расширеніе круга наказуемыхъ случаевъ приготовленія — появленіе новыхъ видовъ наказуемаго приготовленія — вызывается потребностью въ пониженіи репрессіи дѣяній въ томъ случаѣ, когда, при реформѣ кодекса, приготовленіемъ признаются акты, квалифицировавшіеся раньше, какъ преступленія съ усѣченнымъ составомъ. Такой напр., характеръ носить расширеніе круга наказуемыхъ случаевъ приготовленія въ угол. улож. 1903 г. Этотъ кодексъ, устанавливая впервые наказуемость приготовленія при государственныхъ преступленіяхъ и при поддѣлкѣ монеты, заимствуетъ составъ этихъ видовъ приготовленія отъ прежнихъ усѣченныхъ преступленій. Расширеніе круга наказуемыхъ случаевъ приготовленія вызывается потребностью усиленія репрессіи преступленій въ томъ случаѣ, когда при

реформъ права, создаются такіе виды приготовительныхъ дѣйствій, которые ранѣе вообще не наказывались, причемъ подобные виды приготовленія могутъ возникать или одновременно съ установленіемъ наказуемости преступленій (приготовленіе къ преступленіямъ, совершаемымъ посредствомъ взрывчатыхъ веществъ) или примыкать къ уже существующимъ видамъ наказуемыхъ дѣяній (появленіе наказуемости приготовленія къ подлогу въ германскомъ проектѣ 1909 г. (§ 284 Abs. 3). Расширеніе круга наказуемыхъ видовъ приготовленія въ обоихъ случаяхъ можетъ быть рекомендоуемо лишь при условіи дѣйствительной въ немъ нужды, засвидѣтельствованной соотвѣтствующими измѣненіями въ содержаніи народнаго правосознанія. ¹⁾

Условіемъ, вызывающимъ потребность въ сокращеніи круга наказуемыхъ видовъ приготовленія является потребность въ пониженіи энергіи мотиваціоннаго давленія карательнаго права. Въ новѣйшее время, такая потребность ясно сознается въ германской литературѣ, при разборѣ постановленій о наказуемости государственныхъ преступленій, и юристы, разсматривавшіе вопросъ о формулировкѣ состава предварительной дѣятельности при этихъ преступленіяхъ, совершенно опредѣленно высказались въ пользу отмѣны начала наказуемости приготовленія къ государственнымъ преступленіямъ, допуская наказуемость тѣхъ только актовъ этой дѣятельности, которые приняли форму дѣяній, затрагивающихъ безопасность правовыхъ благъ, въ качествѣ *delicta sui generis* ²⁾. И нельзя не признать, что герман. проектъ, не принявшій этого предложенія и не рѣшившійся отмѣнить положеніе дѣйствующаго германскаго права объ общей наказуемости приготовительныхъ дѣйствій къ государственнымъ преступленіямъ (§ 102), въ этомъ отношеніи не

¹⁾ Нельзя не замѣтить, что послѣднему условію не удовлетворяетъ предложенное герм. пр. постановленіе о наказуемости приготовленія къ подлогу (§ 284, 3). Нововведеніе это не опирается на требованія литературы, а соображенія аналогіи подлога съ поддѣлкою монеты, на которыя ссылаются авторы проекта (*Begründung*, II, s. 799), въ этомъ случаѣ совершенно неубѣдительны. Поддержка, оказанная этому нововведенію авторами контръ-проекта, также не опирается на мнѣніе литературы и носитъ случайный характеръ (*Ср., Begründung zum GE*, s. 210).

²⁾ Calker, *Hochverrat und Landesverrat* (V. D. B. I), 1906, s. 44, 45; M. E. Mayer, *Reform*, I, s. 354 Anm. 1; Hamm, *Reform*, II, s. 7, 32; *Begründung zum GE*, s. 164.

удовлетворяетъ требованіямъ уголовной политики и нуждается въ переработкѣ.

Примѣняя эти критеріи опредѣленія круга наказуемости приготовления *de lege ferenda*, можно сказать, что наше уголовное уложеніе 1903 г. удачно рѣшаетъ интересующую насъ правнополитическую проблему, въ точности воспроизводя содержаніе русскаго правосознанія по данному вопросу. Выдвигаемые этимъ уложеніемъ наказуемые виды приготовленія признаются заслуживающими наказанія и со стороны нашей правовой психики (приготовление къ государственнымъ преступленіямъ, приготовленіе къ убійству, къ поддѣлкѣ монеты и къ общеполитическимъ преступленіямъ). Напротивъ, постановленія о приготовленіи проекта германскаго уложенія не отвѣчаютъ запросамъ современнаго германскаго правосознанія и потому предлагаемая имъ положенія не могутъ быть признаны удовлетворительнымъ рѣшеніемъ вопроса о кругѣ наказуемыхъ видовъ приготовленія въ будущемъ германскомъ правѣ. Германское правосознаніе въ настоящее время настаиваетъ только на наказуемости приготовленія къ поддѣлкѣ монеты и потому положенія проекта, карающія сверхъ этого приготовленія, еще и приготовленіе къ государственнымъ преступленіямъ и къ подлогу, должны быть признаны ничѣмъ не оправдываемымъ ригоризмомъ.

Какъ было показано выше, современныя романскія законодательства не знаютъ наказуемости приготовленія, какъ формы предварительной дѣятельности. Теперь необходимо добавить, что на введеніи наказуемости приготовленія не настаиваетъ и правосознаніе юристовъ этихъ странъ, почему нѣтъ основанія измѣнять положенія романскаго права въ этомъ отношеніи и при разсмотрѣніи вопроса *de lege ferenda*.

Несравненно менѣе споровъ вызываетъ вопросъ о регламентации второй формы предварительной дѣятельности *de lege ferenda*—вопросъ о законодательной формулировкѣ существа покушенія на преступленіе. Какъ видно изъ догматической части изложенія, несмотря на различіе формулировки этого дѣйствія въ отдѣльныхъ кодексахъ, большинство современныхъ законодательствъ понимаетъ его одинаково. Отсюда правнополитическая проблема въ этой области сводится къ вопросу законодательной техники: сохранить ли распространенную въ современныхъ уложеніяхъ несовершенную формулу покушенія, какъ дѣйствія, начинающаго выполненіе преступленія.

или же замѣнить ее опредѣленіемъ покушенія, какъ дѣянія, предпринятаго съ умысломъ совершить преступленіе и реализовавшаго часть этого умысла? Избрание второй альтернативы предполагаетъ предварительное фиксированіе законодательной терминологіи въ области положеній о виновности и становится возможнымъ лишь въ томъ случаѣ, когда терминологія закона исключаетъ возможность смѣшенія умысла съ намѣреніемъ и т. п.

Что касается вопроса о видахъ покушенія *de lege ferenda*, то онъ долженъ быть рѣшенъ разнымъ образомъ для разныхъ странъ. Романскія страны—Италія и Франція и др.—еще и до сихъ поръ придерживаются дѣленія покушенія на неоконченное и оконченное (неудавшееся преступленіе) и связываютъ съ этимъ различіемъ видовъ покушенія различіе въ ихъ юридическихъ послѣдствіяхъ. Правосознаніе въ этихъ странахъ не протестуетъ противъ этого приема и потому нѣтъ основаній отказываться отъ него и при обсужденіи вопроса о регламентаціи покушенія *de lege ferenda*. Напротивъ, въ Россіи и Германіи, правосознаніе энергично протестуетъ противъ этого дѣленія и отказывается считать оконченное покушеніе квалифицированной формою предварительной дѣятельности, требующей примѣненія наказанія въ большемъ размѣрѣ, чѣмъ покушеніе неоконченное. Сообразно съ этимъ, подлежащее дѣленіе покушенія у насъ и въ Германіи, какъ не имѣющее практическаго значенія, не можетъ быть рекомендовано *de lege ferenda*.

§ 49. Политическіе принципы опредѣленія области наказуемости предварительной дѣятельности.

Разобравъ вопросъ о приемахъ регламентаціи состава предварительной наказуемой дѣятельности *de lege ferenda*, обратимся къ разсмотрѣнію проблемы о кругѣ ^{наказуемыхъ} случаевъ покушенія съ правнополитической точки зрѣнія. Какъ мы уже говорили, вопросъ этотъ сводится къ проблемѣ опредѣленія мѣры общественной потребности въ усиленіи энергіи давленія уголовныхъ каръ на человѣческое поведеніе дополнительными средствами мотивационнаго воздѣйствія: чѣмъ шире кругъ карательныхъ нормъ, нуждающихся въ такомъ воспособленіи, тѣмъ распространѣннѣе случаи наказуемости предварительной дѣятель-

ности и наоборотъ. И вотъ, анализируя съ этой точки зрѣнія правосознаніе Франціи и Италіи по интересующему насъ предмету, нетрудно видѣть, что оно не стремится къ какому либо измѣненію положеній дѣйствующаго права. Какъ французскіе, такъ и итальянскіе юристы въ полномъ согласіи съ закономъ полагаютъ, что покушеніе должно подлежать наказанію только при болѣе тяжкихъ преступныхъ дѣяніяхъ. Германскіе юристы, напротивъ, находясь подъ давленіемъ процесса значительной гуманизации уголовныхъ наказаній въ Германіи, высказываются въ пользу расширенія круга случаевъ наказуемости покушенія, и требуютъ, чтобы покушеніе каралось не только при особо предусмотрѣнныхъ закономъ проступкахъ, но и при всѣхъ вообще проступкахъ въ техническомъ смыслѣ ¹⁾). Наконецъ, русскіе юристы съ большимъ единодушіемъ отстаиваютъ противоположную точку зрѣнія и, энергично возражая противъ постановленій нашего дѣйствующаго права, карающаго покушеніе при всѣхъ вообще преступныхъ дѣяніяхъ, утверждаютъ, что покушеніе должно наказываться только при болѣе тяжкихъ преступныхъ дѣяніяхъ, каковой взглядъ и былъ воспринятъ угол. ул. 1903 года. Это различіе воззрѣній на кругъ наказуемыхъ случаевъ покушенія и должно быть принимаемо во вниманіе при реформѣ положеній соотвѣтствующихъ правъ.

Таковы принципы обсужденія круга наказуемыхъ случаевъ покушенія *de lege ferenda*. Но, какъ мы знаемъ, область наказуемости покушенія зависитъ не только отъ постановленій положительнаго права, но и отъ структуры отдѣльныхъ элементовъ понятія о покушеніи, опредѣляющихъ собою сферу примѣнимости этой юридической категоріи. При изслѣдованіи интересующаго насъ вопроса *de lege ferenda*, нельзя упускать изъ виду и этихъ положеній и необходимо опредѣлить, нѣтъ ли потребности въ измѣненіи соотвѣтствующихъ положеній дѣйствующаго права и замѣнѣ ихъ другими нормами? Нѣкоторые ученые отвѣчаютъ утвердительно на этотъ вопросъ.

¹⁾ Baumgarten, s. 454; Kohler, Reformfragen des Strafrechts, 1903, s. 51; Oetker, Z, XVII, 1897, s. 53; Binding, Grundriss, s. 132; Binding, Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung, GS, LXVI, s. 112; Binding, Vier Forderungen an das künftige Reichsstrafgesetzbuch und eine fünfte an die Motive seines Entwurfes, GS, LXVII, s. 13; Gegenentwurf, § 27; Begründung zum GE, s. 42; Löwenstein, Reform, II, s. 429; Loesch, s. 59; Schoetensack, Versuch, s. 417.

Въ предыдущемъ изложеніи, мы имѣли случай показать, что область наказуемости покушенія стоитъ въ зависимости отъ свойствъ внутренней стороны этого дѣйствія, т. е. отъ той точки зрѣнія на природу виновности при покушеніи, которой придерживается законодатель. Мы показали, что логически вполне возможно себѣ представить покушеніе не только на умышенное, но и на неосторожное дѣяніе, въ томъ случаѣ, когда неосторожность выражается въ формѣ преступной самонадѣянности или *luxuria* и что если въ настоящее время подобныя дѣянія и не могутъ подлежать наказанію, то только потому, что они не охватываются современными формулами покушенія, предполагающими умышенную дѣятельность виновнаго. И вотъ, спрашивается, не должно ли быть реформировано это положеніе *de lege ferenda*? Не слѣдуетъ ли, при реформѣ права, расширить кругъ наказуемыхъ видовъ предварительной дѣятельности и ввести въ ихъ составъ и покушеніе на неосторожное преступленіе?

Нѣкоторые криминалисты отвѣчаютъ утвердительно на этотъ вопросъ. Наказуемость покушенія при неосторожныхъ дѣяніяхъ, при *luxuria*, не только логически возможна, но она является, вмѣстѣ съ тѣмъ, и постулатомъ уголовной политики. При неосторожныхъ преступленіяхъ, покушеніе принимаетъ форму субъективно и объективно опаснаго дѣянія и этого достаточно для обоснованія его наказуемости *de lege ferenda*. Законъ караетъ не результатъ, а преступное настроеніе виновнаго и законодатель поступилъ бы послѣдовательно, если бы, вмѣсто казуистическаго приѣма современнаго права, предусматривающаго отдѣльные случаи опасныхъ дѣяній, онъ образовалъ общее понятіе объ опасномъ дѣяніи, какъ особой формѣ преступности, какъ о покушеніи на неосторожное дѣяніе. Рамки современнаго понятія о покушеніи должны быть раздвинуты и оно должно охватить собою не только покушеніе на умышенныя преступленія, но и покушеніе на преступленія неосторожныя ¹⁾.

Вдумываясь въ существо этого правнополитическаго предложенія, легко видѣть, что въ составѣ его необходимо различать положенія, касающіяся существа предлагаемаго нововведенія, и положенія, касающіяся его формы. По существу, авторы вышеприведеннаго проекта предлагаютъ установить репрессію всѣхъ вообще сознательно-опасныхъ дѣяній. Это предложеніе,

¹⁾ Gallet, p. 101, 102, 105, 109, 120, 124, 125.

проектирующее грандіозное повышеіе правовыхъ требованій въ отношеіи соціального поведеіія, совершенно не считается съ уровнемъ современной культуры, еще далеко не достигшей того развитія, при которомъ было бы возможно ожидать отъ людей способности къ воздержанію отъ подобныхъ дѣяній (въ настоящее время, еще и запретъ поставленія чужой жизни въ опасность совершенно основательно разсматривается какъ весьма смѣлое новшество законодательныхъ проектовъ ¹⁾). Введеніе такого принципа въ уголовный кодексъ, поэтому, не отвѣчало бы принципамъ раціональной политики. Съ точки зрѣнія формы, вышеприведенное предложеніе грѣшитъ тѣмъ, что оно разсматриваетъ нормы о покушеніи, какъ регуляторъ объема требуемаго отъ людей правового поведеіія, тогда какъ эти нормы представляютъ собою средство регулировки энергіи мотиваціоннаго давленія права. т. е. выливаетъ свой проектъ въ совершенно несоотвѣтствующую юридическую форму.

Обсуждая вопросъ о распространеніи наказуемости покушенія на неосторожныя преступленія *de lege ferenda*, приходится считаться исключительно только съ соотвѣтствіемъ этой мѣры функціямъ изучаемаго института, т. е. съ тѣмъ, примирима ли проектируемая мѣра съ психическимъ дѣйствіемъ этого института или нѣтъ. Ближайшее изслѣдованіе этого вопроса заставляетъ насъ дать отрицательный на него отвѣтъ. Наказуемость покушенія имѣетъ въ виду создать дополнительный стимуль къ воздержанію отъ преступленія у людей, рѣшившихся на преступленіе; эта правовая мѣра имѣетъ смыслъ тамъ, гдѣ нужно бороться съ желаніемъ достигнуть извѣстнаго результата или предотвращать поведеіие, направленное на воспроизведеніе преступнаго эффекта. Но тамъ, гдѣ психологія преступника такова, что онъ самъ не желаетъ воспроизведенія возможнаго результата своего поведеіія, надѣется (хотя и безъ достаточныхъ къ тому оснований) его предотвратить, угроза наказаніемъ за неоконченную преступную дѣятельность совершенно излишня, въ виду отсутствія тѣхъ преступныхъ стимуловъ, съ которыми институтъ наказуемости покушенія призванъ бороться. Наказуемость предварительной дѣятельности имѣетъ смыслъ только при умышленныхъ преступленіяхъ, но не при преступленіяхъ неосторожныхъ.

¹⁾ Liszt, *Tötung* (V, D, B, V), 1905, s. 151.

Иное слѣдуетъ сказать про значеніе наказуемости покушенія при преступленіяхъ, учиненныхъ съ эвентуальнымъ умысломъ. Въ этомъ случаѣ, институтъ наказуемости покушенія оказывается вполне способнымъ къ выполненію своей функціи. Остается только рѣшить вопросъ о томъ, необходимо ли въ этомъ случаѣ обусловливаемое имъ дополнительное мотивационное давленіе. Итальянская, французская и германская доктрины даютъ на него утвердительный отвѣтъ, не настаивая на какихъ либо ограниченіяхъ области наказуемости покушенія при умышленныхъ преступленіяхъ. Къ этому же выводу приходитъ и новѣйшая русская доктрина, почему нельзя не пожелать, чтобы постановленіе угол. улож. (ст. 49), допускающее наказуемость покушенія при однихъ только преступленіяхъ съ прямымъ умысломъ, было замѣнено положеніемъ о наказуемости покушенія при всѣхъ вообще умышленныхъ преступленіяхъ.

§ 50. Политическіе принципы опредѣленія наказуемости предварительной дѣятельности.

Третьей проблемою въ области правнополитическаго изслѣдованія положеній о покушеніи является вопросъ о наказуемости предварительной дѣятельности. Эта проблема распадается, въ свою очередь, на цѣлый рядъ специальныхъ темъ, среди которыхъ обращаетъ на себя вниманіе, прежде всего, вопросъ о размѣрѣ наказуемости покушенія *de lege ferenda*.

Какъ было показано, наказаніе за покушеніе представляетъ собою факторъ, опредѣляющій психическое дѣйствіе разсматриваемыхъ нормъ, и степень энергіи ихъ дѣйствія, между прочимъ, зависитъ отъ размѣра, грозящаго за покушеніе, наказанія. Отсюда ясно, что и проблема опредѣленія размѣра наказуемости покушенія сводится къ вопросу о размѣрѣ общественной потребности въ дополнительныхъ мѣрахъ мотивационнаго давленія карательнаго права. А такъ какъ о размѣрѣ соответствующей потребности мы можемъ судить единственно по содержанію правосознанія настоящаго времени, то и вопросъ о размѣрѣ наказанія за покушеніе *de lege ferenda* сводится къ вопросу объ отношеніи правосознанія интересующихъ насъ странъ къ этому предмету.

Обращаясь къ ученіямъ, отражающимъ въ себѣ правосознаніе настоящаго времени, мы убѣждаемся, что они высказываются

въ пользу принципа редуцированной наказуемости покушенія; большинство юристовъ интересующихъ насъ странъ настаиваетъ на назначеніи за покушеніе меньшаго наказанія, чѣмъ за оконченное преступленіе. Что касается ближайшихъ началъ опредѣленія наказуемости покушенія, то въ этомъ отношеніи юристы разныхъ странъ расходятся между собою и точка зрѣнія романской доктрины на этотъ предметъ существенно отличается отъ соответствующихъ воззрѣній германскихъ и русскихъ криминалистовъ.

По взгляду современной юриспруденціи романскихъ странъ, наказуемость покушенія должна быть редуцированной, но при опредѣленіи размѣра наказаній за покушеніе необходимо обращать вниманіе на характеръ учиненной субъектомъ преступной попытки и наказывать покушеніе оконченное (неудавшееся преступленіе) строже, чѣмъ покушеніе неоконченное. Разбирая постановленія дѣйствующаго итальянскаго уложенія, итальянскіе юристы не только воспроизводятъ его положенія о различной наказуемости оконченнаго и неоконченнаго покушеній безъ протеста ¹⁾, но иногда даже считаютъ нужнымъ выступить въ ихъ защиту, замѣчая, что эти положенія вполнѣ согласны и съ логикою и съ природою вещей ²⁾. Такую же точку зрѣнія высказываютъ и французскіе ученые, рассматривающіе оконченное покушеніе какъ промежуточную форму преступности, занимающую среднее положеніе между оконченнымъ преступленіемъ и покушеніемъ неоконченнымъ ³⁾. Игнорировать это дѣленіе покушеній, по воззрѣнію французской доктрины, представляется неправильнымъ и пріемъ проекта французскаго уложенія, устанавливающій равное наказаніе для обоихъ видовъ покушенія, заслуживаетъ порицанія ⁴⁾. Изъ этого видно, что принципъ сообразованія размѣра репрессіи за покушеніе съ характеромъ учиненнаго субъектомъ покушенія представляетъ собою твердо установившійся постулатъ правосознанія въ романскихъ странахъ и отступать отъ него при реформѣ права, въ Италіи и Франціи, нѣтъ нужды.

¹⁾ Pinto, p. 94, 95; Mecacci, II, p. 36; Manzini, II, p. 392; Longo, I, p. 271.

²⁾ Tuozzi, I, p. 169.

³⁾ Garraud, I, p. 407; Laborde, p. 70; Champcommunal, Rev. crit. Nouv. serie, XXIV, 1895, p. 110; Foignet-Dupont, p. 55.

⁴⁾ Champcommunal, Rev. crit. Nouv. serie, XXIV, 1895, p. 114.

Напротивъ, какъ германская, такъ и русская доктрины рѣшительно отвергаютъ принципъ сообразованія наказуемости покушенія со степенью близости его къ окончанію преступленія и о возстановленіи дѣленія покушенія на неоконченное и оконченное, при реформѣ права въ этихъ странахъ, не можетъ быть и рѣчи ¹⁾. Предметомъ правнополитическаго разбора, въ области ученія о наказуемости покушенія, въ этихъ странахъ, является вопросъ о мѣрѣ наказуемости покушенія, вопросъ о томъ, насколько наказаніе за покушеніе должно быть ниже наказанія за оконченное преступленіе. При рѣшеніи этого вопроса, доктрина русская существенно отстываетъ отъ доктрины германской и развитіе правосознанія соотвѣтствующихъ странъ въ новѣйшее время движется въ противоположныхъ направленіяхъ.

Развитіе русскаго правосознанія, по вопросу о мѣрѣ смягченія наказанія за покушеніе, обозначаемое изданіемъ угол. ул. 1903 г. характеризуется не увеличеніемъ мѣры пониженія наказаній за покушеніе, по сравненію съ прежнимъ правомъ, а уменьшеніемъ мѣры смягченія этихъ наказаній; размѣръ обязательнаго смягченія наказаній при покушеніи, по угол. ул., меньше, чѣмъ размѣръ соотвѣтствующаго смягченія, по улож. о нак. И это обстоятельство не представляетъ собою у насъ случайнаго характера, а является результатомъ измѣненія содержанія народнаго правосознанія. Русскіе криминалисты, воспроизводя положенія угол. ул. о наказуемости покушенія, не возражаютъ противъ вносимаго ими въ наше право измѣненія ²⁾, а нѣкоторые изъ нихъ даже привѣтствуютъ вызываемое этими положеніями усиленіе репрессіи покушенія ³⁾. Подлежащее повышеніе мѣры отвѣтственности за покушеніе такимъ образомъ у насъ коренится въ подлинной потребности въ усиленіи дополнительныхъ средствъ мотивационнаго давленія и это необходимо имѣть въ виду при реформѣ нашего уголовного законодательства.

Напротивъ, ходъ развитія новѣйшаго германскаго правосознанія по вопросу о наказуемости покушенія характеризуется

¹⁾ Защитникомъ этого дѣленія у насъ является только Познышевъ, стр. 361, 369, возрѣвнія котораго, какъ мы показали (I, 426) сложились подъ сильнымъ давленіемъ соціально-патологическихъ теченій въ наукѣ уголовного права.

²⁾ Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 180; Пусторослевъ, стр. 380.

³⁾ Мокринскій, II, стр. 244; Набоковъ, стр. 75.

стремленіемъ ко все большему и большему пониженію размѣра наказаній за покушеніе. Стремленіе это нашло себѣ чрезвычайно яркое выраженіе въ отношеніи германской литературы къ предложенной проектомъ герм. уложенія системѣ регламентаціи репрессіи покушенія. Согласно проекту, наказуемость покушенія вообще говоря значительно понижается. Въ противоположность дѣйствующему германскому уложенію, допускающему при сужденіи дѣль о покушеніи переходить къ иному роду наказанія только въ тѣхъ случаяхъ, когда иначе невозможно уменьшить, грозящаго за оконченное преступленіе, наказанія, проектъ допускаетъ переходить въ этихъ случаяхъ, не только къ ближайшему низшему роду наказанія, но и къ еще болѣе мягкимъ видамъ наказанія (напр., отъ цухтгауза можно переходить къ аресту, минуя тюрьму). Но, на ряду съ этимъ общимъ пониженіемъ репрессіи покушенія, проектъ вводитъ и нѣкоторое усиленіе репрессіи подлежащаго дѣянія, допуская замѣнять смертную казнь при покушеніи не только срочнымъ цухтгаузомъ (какъ это единственно возможно, по дѣйствующему германскому праву), но и пожизненнымъ цухтгаузомъ. Германская доктрина, привѣтствуя, вообще говоря, гуманныя предложенія проекта, признала ихъ однако, за чрезчуръ радикальное пониженіе размѣра уголовной репрессіи покушенія. Одіозныя же нововведенія проекта рѣшительно отвергаются большинствомъ германскихъ ученыхъ.

Такъ, въ первомъ отношеніи, обсуждая существо предложенныхъ проектомъ мѣръ пониженія репрессіи за покушеніе, криминалисты замѣчаютъ, что, какъ ни желательно само по себѣ пониженіе размѣра наказуемости покушенія, все же нельзя признать правильнымъ пониженія уголовныхъ каръ въ той мѣрѣ, въ какой оно предлагается проектомъ. Проектъ, несомнѣнно, идетъ чрезчуръ далеко, допуская при покушеніи возможность перехода не только къ ближайшимъ, но и къ дальнѣйшимъ низшимъ видамъ наказанія; невозможно допустить, чтобы дѣяніе, караемое цухтгаузомъ, въ случаѣ остановки дѣятельности субъекта на покушеніи, наказывалось только арестомъ. Потребность въ пониженіи наказаній за покушеніе будетъ вполне удовлетворена допущеніемъ возможности перехода при покушеніи къ ближайшему низшему роду наказанія и предоставлять суду большую свободу въ этомъ отношеніи не существуетъ необходимости ¹⁾.

¹⁾ М. Е. Mayer, Reform, I, s. 346; Begründung zum GE, s. 43; Schoetensack, Versuch, s. 422, 423.

Что касается второго нововведенія проекта, выразившагося въ усиленіи наказаній за покушеніе на преступленія, обложенныя смертною казнью, то большинство ученыхъ отвергло это положеніе проекта ¹⁾ и лишь немногіе ученые высказались въ его пользу ²⁾.

Сводя воедино вышесказанное, мы приходимъ къ убѣжденію, что новѣйшая германская доктрина, настаивая на пониженіи наказаній за покушеніе, протестуетъ противъ чрезмѣрной гуманизациі этихъ наказаній, проводимыхъ проектомъ германскаго уложенія. Съ этимъ выводомъ и необходимо считаться при реформѣ германскаго права.

Что касается размѣра отвѣтственности за приготовленіе къ преступленію, то въ виду казуистическаго характера современной системы репрессіи приготовленія, этотъ вопросъ можетъ быть разрѣшаемъ не вообще, а лишь примѣнительно къ отдѣльнымъ видамъ приговорительныхъ дѣйствій. Какъ видно изъ предыдущаго, въ Германіи въ настоящее время вниманіе должно быть сосредоточено на репрессіи одного только приготовленія къ поддѣлкѣ монеты, а приготовленіе къ преступленіямъ государственнымъ должно получить характеръ ненаказуемаго дѣянія. Но анализъ новѣйшихъ проектовъ реформы германскаго законодательства не обнаруживаетъ какихъ либо стремленій германской юриспруденціи къ измѣненію отвѣтственности за приготовленіе къ поддѣлкѣ монеты и какъ проектъ 1909 г. (§ 162), такъ и контрпроектъ (§ 204) устанавливаютъ за это дѣяніе тоже наказаніе, какъ и дѣйствующее германское право (§ 151)—тюрьму на срокъ не свыше 2 лѣтъ.

Напротивъ, русское право обнаруживаетъ вполне определенное стремленіе къ смягченію отвѣтственности за приготовленіе и это стремленіе нашло уже себѣ выраженіе въ нашемъ законодательствѣ. Такъ, приговорительныя дѣйствія къ поддѣлкѣ монеты (въ формѣ усѣченнаго преступленія) караются улож. о нак. каторгою отъ 8 до 10 лѣтъ (ст. 556, 559, 571, 573), а, по угол. ул., приготовленіе къ этому преступленію влечетъ за собою только тюрьму отъ 6 мѣсяцевъ до 1 года (ст. 431); приготовленіе къ убійству карается улож. о нак. тюрьмою отъ 8 мѣс. до 1 года и 4 мѣсяцевъ (ст. 1457),

¹⁾ Begründung zum GE, s. 43; Schoetensack, Versuch, s. 421, 422.

²⁾ М. Е. Mayer, Reform, I, s. 348.

а угол. ул.,—тюрьмою до 1 года (ст. 457); приготовленіе къ поджогу влечеть за собою, по улож. о нак., исправительныя арестантскія отдѣленія отъ 1 года до 2½ лѣтъ (ст. 1611), а по угол. ул., тюрьму до 1 года (ст. 564). Единственный пунктъ, въ которомъ уложеніе 1903 года не отступаетъ отъ уложенія о нак.—это наказуемость приготовленія къ государственнымъ преступленіямъ. Несмотря на то, что наша доктрина уже издавна настаиваетъ на необходимости пониженія отвѣтственности за этотъ видъ приготовленія ¹⁾, уголовное ул. грозитъ за него каторгою и, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, даже смертною казнью (ст. 101). Эта чрезмерная суровость репрессіи должна быть непремѣнно устранена, при реформѣ нашего права.

Дальнѣйшею темою въ области ученія о наказуемости покушенія *de lege ferenda* является вопросъ о специальныхъ условіяхъ отпаденія отвѣтственности за покушеніе. Въ ряду этихъ условій привлекаеть къ себѣ вниманіе прежде всего наиболѣе старое изъ этихъ условій—добровольный отказъ субъекта отъ доведенія преступленія до конца. При разборѣ положеній объ этомъ основаніи безнаказанности покушенія, мы убѣдились, что они возбуждаютъ цѣлый рядъ вопросовъ *de lege ferenda*, въ томъ смыслѣ, что при истолкованіи ихъ возникаетъ рядъ проблемъ, могущихъ быть разрѣшенными только въ законодательномъ порядкѣ. Первою изъ такихъ проблемъ является вопросъ: должны ли мы признавать перерывъ преступной дѣятельности, вопреки волѣ виновнаго, конститутивнымъ признакомъ покушенія, должны ли мы признавать покушеніемъ въ юридическомъ смыслѣ одно только покушеніе, прерванное по обстоятельствамъ отъ воли виновнаго независѣвшимъ, или же покушеніемъ слѣдуетъ считать всякую вообще реализацію части преступнаго умысла и добровольный отказъ субъекта отъ продолженія преступной дѣятельности долженъ быть признаваемъ основаніемъ отпаденія отвѣтственности за покушеніе. Первому изъ этихъ пріемовъ слѣдуютъ законодательства французское, итальянское и уголовное уложеніе 1903 года; второму пріема придерживается германское уложеніе и наше уложеніе о наказаніяхъ.

Практическое значеніе этого различія, какъ мы знаемъ, сводится къ тому, что при принятіи первой системы квалификаціи покушенія, при признаніи недобровольности перерыва преступной

¹⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 151.

дѣятельности за конститутивный признакъ покушенія, въ случаѣ добровольнаго отказа субъекта отъ продолженія преступленія, льгота безнаказанности распространяется и на соучастниковъ его, а при признаніи добровольнаго отказа за основаніе отпаденія отвѣтственности за покушеніе, этотъ отказъ пріобрѣтаетъ значеніе личнаго условія безнаказанности виновнаго и не оказываетъ вліянія на судьбу его соучастниковъ. Съ правнополитической точки зрѣнія, такимъ образомъ, вопросъ объ избраніи той или иной формулы покушенія сводится къ проблемѣ регулировки отвѣтственности соучастниковъ автора покушенія: то или иное рѣшеніе занимающей насъ проблемы стоитъ въ зависимости отъ задачъ политики репрессіи соучастниковъ въ преступленіи. Сообразно съ этимъ, выборъ той или иной системы формулировки возможенъ лишь по установленіи отношенія законодателя къ отвѣтственности соучастниковъ въ преступленіи, и нельзя считать выборъ системы формулировки покушенія только за законодательно-техническую проблему, какъ это, къ сожалѣнію, дѣлають составители нашего уголовного уложенія ¹⁾. Рѣшеніе этой проблемы по существу относится, конечно, къ области ученія о соучастіи и въ настоящее время мы имѣли въ виду только ее поставить.

Дальнѣйшій вопросъ въ области ученія о значеніи добровольнаго отказа при покушеніи касается отношенія этого условія къ дѣленію покушенія на виды: обсуждая принципъ нормировки интересующаго насъ положенія *de lege ferenda*, необходимо рѣшить, имѣетъ ли добровольный отказъ одно и тоже значеніе при покушеніяхъ неоконченномъ и оконченномъ или же, при покушеніи оконченномъ, добровольный перерывъ преступной дѣятельности долженъ приводить къ безнаказанности субъекта только въ случаѣ воспослѣдованія его, до обнаруженія дѣянія виновнаго. Законодательства романскія и русское давно уже рѣшили этотъ вопросъ въ первомъ смыслѣ, а въ новѣйшее время къ этому же рѣшенію пришелъ и проектъ герман. уложенія, поддержанный въ этомъ отношеніи и многими представителями германской доктрины ²⁾. Одіозныя ограниченія дѣйствія льготы безнаказанности, при отказѣ отъ оконченнаго покушенія, теперь утратили уже свой смыслъ. Съ этимъ фактомъ должно считаться и будущее законодательство.

¹⁾ Объясненія, I, стр. 431.

²⁾ Herzog, s. 247; Frank, s. 242; Bar, Gesetz, II, s. 549; Gegenentwurf, § 27; Wintritz, s. 146; Schoetensack, Versuch, s. 427.

Наконецъ, послѣднимъ вопросомъ въ ученіи о нормировкѣ добровольно прерванной предварительной дѣятельности является вопросъ объ отношеніи соответствующихъ положеній къ понятію о приготовленіи къ преступленію: необходимо рѣшить, должна ли эта льгота распространяться на приготовительныя дѣйствія или нѣтъ? Въ Италіи и Франціи, въ виду отсутствія въ этихъ странахъ понятія о приготовленіи какъ о формѣ предварительной дѣятельности, этотъ вопросъ не возникаетъ; въ Россіи и Германіи, напротивъ, рѣшеніе его представляется совершенно неизбѣжнымъ. Нашъ законъ прямо упоминаетъ о томъ, что приготовленіе карается только въ случаѣ перерыва дѣятельности виновнаго по обстоятельствамъ отъ воли виновнаго независѣвшимъ и эта система регламентаціи судьбы добровольно оставленнаго приготовленія должна быть сохранена и въ будущемъ правѣ, какъ вполне отвѣчающая требованіямъ русскаго правосознанія. Напротивъ, германская система нормировки приготовленія, ничего не упоминающая о судьбѣ добровольно оставленнаго приготовленія, должна быть замѣнена положеніями, провозглашающими безнаказанность добровольно прерванныхъ приготовительныхъ дѣйствій. Только этимъ путемъ законъ можетъ быть приведенъ въ гармонію съ германскимъ правосознаніемъ, побуждающимъ криминалистовъ уже и въ настоящее время изыскивать средства къ обоснованію безнаказанности добровольно оставленнаго приготовленія по германскому праву ¹⁾.

¹⁾ Какъ мы видѣли выше, чрезвычайно своеобразное постановленіе о безнаказанности добровольно оставленнаго приготовленія заключаетъ въ себѣ австр. пр. 1912 г.—по этому проекту, приготовленіе освобождается отъ наказанія въ томъ только случаѣ, если субъектъ откажется отъ продолженія задуманнаго до обнаруженія его дѣянія третьими лицами и если, притомъ, онъ обезвредитъ заготовленные средства и орудія (§ 17). При разсмотрѣніи интересующихъ насъ положеній de lege ferenda можетъ возникнуть вопросъ о томъ, не слѣдуетъ ли ввести эти ограничительныя условія и въ другія законодательства? Мы полагаемъ, что на этотъ вопросъ слѣдуетъ дать отрицательный отвѣтъ. Несостоятельность перваго рекузита—воспослѣдованія отказа отъ приготовленія до обнаруженія дѣянія виновнаго,—очевидна изъ того, что это ограничительное условіе потеряло уже всякій кредитъ даже въ ученіи, посвященномъ болѣе серьезной, чѣмъ приготовленіе, формѣ преступности,—покушенію на преступленіе. Несостоятельность втораго рекузита ясна изъ того, что она устанавливаетъ болѣе строгое отношеніе къ приготовленію, чѣмъ къ покушенію: въ то время, какъ виновнику покушенія, для того, чтобы освободиться отъ наказанія, достаточно прекратить развитіе своей дѣятельности, отъ виновника приготовленія законъ требуетъ,

Обращаясь къ разсмотрѣнію положеній о юридическомъ значеніи негодности покушенія, какъ основанія освобожденія этого дѣянія отъ наказанія, de lege ferenda, мы встрѣчаемся съ несравненно большими трудностями, чѣмъ при рѣшеніи предшествующей уголовно-политической проблемы. Вопросъ о нормировкѣ значенія негодности покушенія de lege ferenda, какъ мы уже указывали, долженъ быть разрѣшаемъ на основаніи данныхъ, предоставляемыхъ въ наше распоряженіе современнымъ правосознаніемъ... Но само содержаніе этого правосознанія далеко не всегда бываетъ легко опредѣлить и отдѣлить его положенія отъ лозунговъ другихъ общественныхъ настроеній и ученій.

Обращаясь къ опредѣленію содержанія общественнаго правосознанія по интересующему насъ вопросу, необходимо остерегаться отъ смѣшенія правосознанія съ требованіями соціально-патологическаго направленія въ наукѣ уголовного права. Какъ мы подробно показали выше, нѣкоторые наиболѣе послѣдовательные сторонники этого направленія не удовольствовались провозглашеніемъ принципа равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія, но высказались также и въ пользу отмѣны принципа безнаказанности негоднаго покушенія, исходя изъ принципа тождества преступной воли при годномъ и негодномъ покушеніяхъ. И вотъ, эти ученія необходимо строго отличать отъ положительныхъ ученій о негодномъ покушеніи и ихъ никакъ нельзя принимать за образцы при правосозданіи.

Очистивъ такимъ образомъ литературу уголовного права отъ соціально-патологическихъ примѣсей, мы получаемъ кристаллизацию подлинныхъ данныхъ современной правовой совѣсти. Но и при оперированіи этими данными необходимо соблюдать большую осторожность. Эти данныя оказываются совершенно различными въ разныхъ странахъ, въ области ученія о негодномъ покушеніи можно менѣ всего говорить объ общеевропейскомъ правосознаніи, и потому слѣдуетъ весьма остерегаться при работѣ надъ реформою права одного народа опираться на данныя правосознанія другого народа.

чтобы онъ, сверхъ того, еще и предпринималъ положительныя дѣйствія, уничтожающія результаты его предшествующей дѣятельности. Послѣдній реквизитъ безнаказанности приготовленія представляетъ собою воспроизведеніе статей проекта, посвященныхъ дѣятельному раскаянію при оконченныхъ преступленіяхъ, но нѣтъ нужды въ поясненіи того, что между приговореніемъ и оконченными преступленіями существуетъ капитальная разница.

Обозрѣвая состояніе современныхъ законодательствъ по интересующему насъ вопросу, мы замѣчаемъ, что они распадаются на двѣ главныхъ группы. Одни уголовныя законодательства, постепенно эволюціонируя и смягчая свои положенія, гуманизируютъ уголовное право, не прибѣгая къ измѣненію соотношенія опредѣляющихъ энергію его мотиваціоннаго дѣйствія факторовъ. Задаваясь цѣлью понизить энергію мотиваціоннаго давленія карательнаго права, эти законодательства ослабляютъ дѣйствіе основныхъ факторовъ этого давленія въ такой мѣрѣ, которая не требуетъ измѣненія энергіи дополнительныхъ средствъ этого давленія, въ частности, не требуетъ усиленія энергіи подлежащихъ средствъ для компенсированія чрезмѣрно падающей энергіи основныхъ мотиваціонныхъ мѣръ. Примѣрами такихъ законодательствъ являются законодательства итальянское и русское.

Напротивъ, развитіе другихъ законодательствъ въ настоящее время протекаетъ въ иномъ руслѣ. Эти законодательства стремятся не только понизить энергію мотиваціоннаго давленія карательнаго права, но и смягчить грубость возбуждаемыхъ уголовнымъ правомъ мотивовъ. Развитіе этихъ законодательствъ выражается въ такомъ значительномъ пониженіи суровости наказаній, которое вызываетъ необходимость въ компенсированіи падающей энергіи карательнаго права усиленіемъ дополнительныхъ мѣръ правового мотиваціоннаго давленія. Отсюда получается серьезная перестройка прежней системы карательной мотиваціи, связанная съ измѣненіемъ соотношенія основныхъ и дополнительныхъ ея факторовъ, въ частности съ усиленіемъ энергіи вторыхъ за счетъ первыхъ. Стремясь къ смягченію грубости карательной мотиваціи, и сознавая, что менѣе суровое наказаніе дѣйствуетъ на психику людей менѣе грубо, чѣмъ болѣе суровое наказаніе, даже въ томъ случаѣ, когда оно поддерживается энергичнымъ дополнительнымъ мотиваціоннымъ средствомъ, эти законодательства ослабляютъ размѣръ наказаній и усиливаютъ неумолимость репрессіи предварительной дѣятельности. Таковы законодательства германское и французское.

Остановливаясь сначала на правнополитическомъ разборѣ проблемы о негодномъ покушеніи примѣнительно къ первой группѣ законодательствъ, слѣдуетъ сказать, что здѣсь можно ожидать двоякаго рода отношенія правосознанія къ интересующему насъ предмету. Правосознаніе здѣсь можетъ настаивать

или на сохраненіи прежней системы регламентаціи негоднаго покушенія или же оно можетъ высказываться въ пользу смягченія характера нормъ, касающихся этого покушенія. Знакомство съ относящимся сюда литературнымъ матеріаломъ показываетъ, что единственно правильнымъ является первое предположеніе: въ Италіи и Россіи наука и практика стоятъ за сохраненіе нормъ дѣйствующаго права по вопросу о негодномъ покушеніи. Итальянскіе юристы вполнѣ присоединяются къ положенію закона о безнаказанности покушенія съ негодными средствами, въ полномъ согласіи съ дѣйствующимъ правомъ признають негодность средствъ при покушеніи за объективный юридическій фактъ, совершенно не требуя, чтобы негодныя средства были избраны субъектомъ по какимъ либо особымъ основаніямъ и т. п. Равнымъ образомъ, итальянскіе юристы удерживаютъ и установившееся издавна въ Италіи положеніе о безнаказанности посягательства на негодный объектъ. Отсюда, единственною реформою, о желательности произведенія которой въ Италіи можно было бы говорить, является внесеніе въ итальянское уложеніе постановленія, специально предусматривающаго безнаказанность посягательства на негодный объектъ, необходимаго для ликвидаціи современныхъ литературныхъ споровъ объ юридическихъ основаніяхъ ненаказуемости этого дѣянія.

Такимъ же консерватизмомъ въ интересующей насъ области отличается и современное русское правосознаніе. Русскіе криминалисты новѣйшаго времени отстаиваютъ ту регламентацію репрессіи покушенія, которая установилась у насъ еще въ семидесятихъ годахъ истекшаго столѣтія. Такъ, по господствующему у насъ теперь взгляду, употребленіе негодныхъ средствъ при покушеніи должно освобождать виновнаго отъ отвѣтственности, также какъ и прежде, въ томъ только случаѣ, когда оно было вызвано крайнимъ невѣжествомъ или суевѣріемъ дѣйствующаго лица ¹⁾; посягательство на негодный объектъ должно быть без-

¹⁾ Въ германской литературѣ было высказано мнѣніе, что эта нормировка юридической судьбы покушенія съ негодными средствами стоитъ въ тѣсной связи съ особенностями русской культуры. Ср., Schoen, s. 55: *Roher Aberglaube und grobe Unwissenheit sind in den unteren Schichten des russischen Volkes so verbreitete Eigenschaften, das die Gesetzgebung mit ihnen als gegebenen Faktoren rechnen muss und ihre ausdrückliche Erwähnung im Gesetz berechtigt, ja notwendig erscheinen mag.* Sontag, Vorentwurf, s. 44: *im Rücksicht auf den Tiefstand russischer Kultur in der Fassung...* По этому поводу

наказаннымъ во всякомъ случаѣ, совершенно безотносительно къ тому, было ли распознаніе негодности въ моментъ предпріятія дѣянія возможно или нѣтъ; наконецъ, не должно подлежать наказанію и посягательство на несуществующій объектъ. Сообразно съ этимъ, должна быть признана удачною и формула уголовного уложенія, сообщающая законную силу этимъ взглядамъ доктрины и, въ частности, впервые дающая возможность корректнаго обоснованія безнаказанности покушеній надъ негоднымъ объектомъ и надъ объектомъ несуществующимъ. Редакція ст. 47 угол. ул., должна быть исправлена лишь въ двухъ отношеніяхъ. Съ одной стороны, нужно выбросить изъ текста этой статьи указаніе на необходимость «очевидной» негодности объекта покушенія для безнаказанности виновнаго, такъ какъ догматическій разборъ этой статьи свидѣтельствуеетъ о томъ, что эта оговорка способна только затемнить смыслъ подлежащей статьи. Съ другой стороны, слова «не почитается преступнымъ дѣяніе» надлежитъ замѣнить словами: «ненаказуемо покушеніе». Это устранить возможность принятія негодности и несуществованія объекта за обстоятельства, устраняющія противоправность дѣяній, и подчеркнетъ юридическое значеніе этихъ обстоятельствъ, какъ специальныхъ условій отпаденія наказуемости покушенія. Въ связи съ послѣднею реформою, должно быть измѣнено очевидно и мѣсто разбираемаго положенія въ системѣ кодекса. Оно должно быть перенесено изъ отдѣленія четвертаго первой главы уложенія, отдѣленія, посвященнаго условіямъ вмѣненія и преступности дѣяній, въ отдѣленіе пятое соотвѣтственной главы, трактующее о видахъ виновности. Разсматриваемое положеніе должно войти въ составъ ст. 49 уложенія, въ качествѣ пятаго пункта

напомнимъ, что современная редакція формулы покушенія съ негодными средствами была заимствована авторами закона 1864 г., изъ Германіи, гдѣ эта формула была чрезвычайно распространена въ партикулярномъ законодательствѣ. Сверхъ того, было бы совершенно неправильно думать, что эта формула имѣетъ въ виду освободить отъ наказанія извѣстныя группы лицъ, что она рассчитана на расширеніе круга невмѣняемыхъ субъектовъ, приобщеніе къ ихъ кругу лицъ суевѣрныхъ и невѣждъ. Такое пониманіе этой формулы не объясняетъ, почему люди суевѣрные и невѣжды остаются безъ наказанія только въ случаѣ, учиненія ими покушенія съ негодными средствами, а не всегда. Разбираемое постановленіе рассчитано на регулировку степени неумолимости наказаній за покушеніе и оно опредѣляетъ собою степень неизбѣжности примѣненія этихъ наказаній.

этой статьи, непосредственно примкнувъ къ положенію регулирующему судьбу покушенія съ негодными средствами ¹⁾).

Переходимъ къ разсмотрѣнію вопроса о регламентаціи судьбы негоднаго покушенія *de lege ferenda* въ германскомъ и французскомъ правахъ. Особенностью развитія правосознанія въ этихъ странахъ въ новѣйшее время является стремленіе къ усиленію суровости постановленій о покушеніи, въ смыслѣ усиленія неумолимости наказуемости этой формы предварительной дѣятельности. Съ этимъ обстоятельствомъ необходимо считаться и законодателю при реформѣ соответствующихъ уголовныхъ кодексовъ.

Остановливаясь сначала на изученіи развитія германскаго права, слѣдуетъ замѣтить, что оно поставило германскаго законодателя передъ необходимостью дать легальную формулу безнаказанности негоднаго покушенія. Какъ извѣстно изъ предыду-

¹⁾ По адресу системы регламентаціи негоднаго покушенія, усвоенной уголовнымъ уложеніемъ, былъ сдѣланъ упрекъ въ непоследовательности. Нѣкоторые западные ученые (Liszt, *Bemerkungen zum Entwurfe des Allgemeinen Theiles eines Strafgesetzbuches für Russland*, 1883, Aufsätze, I, 201; Delaquis, s. 224 ff.) думали, что если негодность покушенія имѣетъ юридическое значеніе не сама по себѣ, а только въ соединеніи съ какими либо другими обстоятельствами, то необходимо требовать наличности этихъ обстоятельствъ, не только при покушеніи съ негодными средствами, какъ это дѣлаетъ уголовное ул., но и при покушеніи надъ негоднымъ объектомъ. Иными словами, по мнѣнію этихъ ученыхъ, последовательность требуетъ, чтобы посягательство на негодный объектъ оставалось безъ наказанія въ томъ только случаѣ, когда посягательство направилось на этотъ объектъ вслѣдствіе суевѣрія или крайняго невѣжества виновнаго. Этотъ упрекъ нельзя признать основательнымъ. Какъ мы имѣли уже случай указывать, суевѣріе и невѣжество, какъ психическія причины негодности покушенія, не имѣютъ значенія принципиальныхъ элементовъ извѣстной системы регламентаціи покушенія; подлежащіе умственные дефекты, какъ элементы формулы негоднаго покушенія, имѣютъ значеніе принциповъ опредѣленія круга случаевъ безнаказанности покушенія и служатъ цѣлямъ количественной оцѣнки явленій. Сообразно съ этимъ, и законодатель обязанъ прибѣгать къ вышеуказаннымъ реквизитамъ только тогда, когда нужно возможно сузить кругъ случаевъ безнаказаннаго покушенія и эти реквизиты вовсе не должны быть вводимы въ формулы всѣхъ рѣшительно видовъ негоднаго покушенія. Русская юриспруденція, въ своей безсознательной работѣ по учету размѣра потребной энергіи давленія карательнаго права, сочла нужнымъ дать ограниченное опредѣленіе только одного изъ видовъ негоднаго покушенія— покушенія съ негодными средствами— и объявила покушеніе надъ негоднымъ и несуществующимъ объектами ненаказуемымъ при всѣхъ рѣшительно условіяхъ и съ этими положеніями законодатель и долженъ считаться.

щаго, несмотря на то, что дѣйствующее германское право ничего не упоминаетъ о негодномъ покушеніи, германская доктрина упорно выдѣляетъ это покушеніе изъ другихъ видовъ предварительной дѣятельности и работаетъ надъ опредѣленіемъ его понятія. Изученіе германской доктрины по этому вопросу познакомило насъ съ цѣлымъ рядомъ попытокъ разрѣшенія проблемы о существѣ негоднаго покушенія и отысканія такой формулы его, которая совпадала бы съ требованіями германскаго правосознанія. Крайними теченіями въ германской литературѣ оказались объективное и субъективное направленія въ рѣшеніи этого вопроса. Первое утверждало, что наказуемость покушенія обуславливается объективною пригодностью совершеннаго субъектомъ дѣянія къ воспроизведенію преступленія, а второе признавало, что для наказуемости покушенія достаточно одной субъективной увѣренности лица, что предпринятое имъ дѣйствіе приведетъ къ окончанію преступленія. Но постепенно въ Германіи выработалось и приобрѣло господство и среднее направленіе, чуждое крайностей своихъ предшественниковъ, признававшее, что негодность средствъ или объекта при покушеніи освобождаютъ виновника отъ наказанія не безусловно, а только при извѣстныхъ обстоятельствахъ.

Составители проекта герм. ул. совершенно ясно сознали необходимость пойти на встрѣчу намѣтившимся въ жизни потребностямъ и поняли, что въ настоящее время законъ не можетъ обойти молчаніемъ вопроса о юр. природѣ негоднаго покушенія. Но не имѣя въ своемъ распоряженіи научной обработки данныхъ новѣйшаго германскаго правосознанія, представляя себѣ германскихъ юристовъ, по старой традиціи, раздѣленными на два враждебныхъ лагеря: субъективистовъ и объективистовъ, составители проекта чувствовали себя неспособными выработать легальную формулу негоднаго покушенія. Безпристрастная оцѣнка обѣихъ знакомыхъ имъ формулъ покушенія приводила ихъ къ убѣжденію, что ни одна изъ этихъ формулъ не отвѣчаетъ современному правосознанію, что объективное направленіе оставляетъ безъ наказанія заслуживающія репрессіи дѣянія, а субъективное караетъ дѣянія, освобождаемыя отъ наказанія нашей правовою совѣстью. Отсюда, по мнѣнію составителей мотивовъ, единственно возможнымъ рѣшеніемъ вопроса о негодномъ покушеніи является признаніе этого покушенія «особенно легкимъ»

видомъ преступности», приводящимъ по проекту, къ освобожденію виновнаго отъ наказанія по усмотрѣнію суда (§ 83)¹⁾.

Это рѣшеніе вопроса, представлявшее собою обходъ проблемы о существѣ негоднаго покушенія, совершенно не удовлетворило представителей германской юриспруденціи. Германскіе криминалисты, любовно разбиравшіе каждую мелочь ученія о негодномъ покушеніи, и придававшіе большое значеніе правильному учету предѣловъ безнаказанности этого покушенія, не могли одобрить такого грубаго разрѣшенія издавна волновавшаго ихъ вопроса. Сверхъ того, по ихъ взгляду, и съ точки зрѣнія законодательной техники, предложеніе авторовъ проекта вызываетъ возраженія, въ виду того, что негодное покушеніе вовсе не отвѣчаетъ признакамъ «особенно легкаго вида» преступности²⁾. И дѣйствительно, съ этими замѣчаніями, какъ было показано выше, нельзя не согласиться.

Понятно поэтому, что и послѣ выхода въ свѣтъ проекта герм. ул., въ Германіи не перестали домогаться введенія въ составъ закона формулы, предопредѣляющей собою существо негоднаго покушенія³⁾ и дѣйствительно выработка подобной формулы составляетъ насущную потребность германскаго законодательства. Остается только рѣшить, какой именно характеръ должна носить эта формула. Отвѣтъ на этотъ вопросъ дается историческимъ и догматическимъ изложеніями германскаго права: изъ соответствующихъ изслѣдованій явствуетъ, что современное германское правосознаніе не примыкаетъ, ни къ субъективной, ни къ объективной точкѣ зрѣнія на существо покушенія, а держится средняго взгляда. Употребленіе негодныхъ средствъ при покушеніи, по ихъ взгляду, приводитъ къ безнаказанности виновнаго въ томъ только случаѣ, когда, руководствуясь обычными представленіями объ явленіяхъ, этой негодности въ моментъ предпріятія дѣйствія нельзя было обнаружить. Негодность объекта при покушеніи должна освобождать субъекта отъ наказанія также только въ случаѣ нераспознаваемости ея въ моментъ совершенія покушенія, несмотря на принятіе во вниманіе вообще распознаваемыхъ или извѣстныхъ только одному виновному

¹⁾ Begründung, I, s. 288, 289.

²⁾ M. E. Mayer, Reform, I, s. 341; Schoetensack, Versuch, s. 405.

³⁾ Liszt, Lrb, s. 215 Anm. 3; M. E. Mayer, Reform, I, s. 341; Finger, Versuch, s. 76; Sontag, Vorentwurf, s. 44; Begründung zum GE, s. 43; Loesch, s. 25; Schüler, s. 56—58; Schoetensack, Versuch, s. 405.

обстоятельствъ. Наконецъ, покушеніе на несуществующій объектъ, согласно современному германскому правосознанію, должно быть безнаказаннымъ при всѣхъ вообще условіяхъ.

Намъ остается разобрать вопросъ о значеніи негоднаго покушенія de lege ferenda во французскомъ правѣ. При выполненіи этой задачи, мы встрѣчаемся съ большими затрудненіями, обусловливаемыми содержаніемъ современнаго французскаго правосознанія по интересующему насъ вопросу. Новѣйшіе юристы Франціи отрицаютъ юридическое значеніе негодности покушенія и признаютъ, что покушеніе съ негодными средствами и покушеніе надъ негоднымъ объектомъ должны караться также, какъ и другіе виды покушенія. Но вѣдь этотъ же тезисъ отстаиваютъ и сторонники соціально-патологическихъ ученій! Гдѣ же гарантіи того, что взгляды новѣйшей французской юриспруденціи представляютъ собою кристаллизацию нормальнаго французскаго правосознанія, а не продуктъ вліянія соціально-критическихъ ученій?

Мы думаемъ, что такія гарантіи существуютъ и что имѣются данныя, которыя позволяютъ намъ безошибочно рѣшить, что, въ настоящемъ случаѣ, мы имѣемъ дѣло не съ патологическими ученіями, а съ нормальнымъ правосознаніемъ. Такъ, прежде всего, нельзя не указать, что весьма краснорѣчивымъ свидѣтелемъ въ пользу нашего взгляда является исторія появленія интересующихъ насъ положеній. Дѣло въ томъ, что соціально-патологическія идеи представляютъ собою такой умственный продуктъ, который порождается теоретическою, а не практическою юриспруденціею, продуктъ, который видоизмѣняется при норовляясь не къ уровню народной психики, а къ росту общественнаго разочарованія въ нормативной культурѣ, продуктъ, который обладаетъ своеобразнымъ, независимымъ отъ эпохи его возникновенія, цикломъ развитія. Между тѣмъ, происхожденіе и развитіе интересующихъ насъ теперь идей отличается совершенно противоположными свойствами. Мысль о необходимости установленія отвѣтственности за негодное покушеніе, какъ мы знаемъ, возникла во Франціи первоначально не въ доктринѣ, а въ практикѣ¹⁾; уголовная отвѣтственность была введена не сразу за всѣ виды негоднаго покушенія и это начало приобрѣтало во французскомъ правѣ право гражданства лишь постепенно, по мѣрѣ роста потребности въ компенсированіи падающаго

¹⁾ Cass, 4 janv. 1895 (Sirey, 1895, I, p. 108).

давленія карательнаго права усиленіемъ дѣйствія дополнительныхъ мотивационныхъ средствъ—французская доктрина сначала ограничила кругъ безнаказаннаго покушенія случаями при-мѣненія негодныхъ средствъ по суевѣрью или невѣжеству ¹⁾ и затѣмъ только пришла къ убѣжденію въ необходимости наказывать всѣ вообще виды негоднаго покушенія,—наконецъ, въ то время, какъ развитіе патологическихъ идей дебаютируетъ съ провозглашенія принципа равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія и затѣмъ только сопровождается отрицаніемъ начала безнаказанности негоднаго покушенія (какъ мы видѣли выше, только наиболѣе послѣдовательные сторонники патологическихъ ученій рискуютъ дѣлать послѣдній выводъ), разсматриваемыя нами идеи сразу начинаютъ съ отрицанія безнаказанности негоднаго покушенія и рецепціи ихъ не только не предшествуетъ идейная борьба съ принципомъ редуцированной наказуемости покушенія, но эта борьба и вообще съ этими идеями не связана.

Мало того, принципиальное отличіе интересующихъ насъ идей отъ социальнo-патологическихъ ученій можетъ быть установлено и на основаніи анализа содержанія соответствующихъ положеній французской доктрины. Какъ было показано выше, для патологическихъ ученій характерны не только опредѣленное содержаніе провозглашаемыхъ ими положеній, но и опредѣленная мотивировка этихъ положеній; мы установили, что эти ученія неразрывно связаны съ опредѣленною идеологіей, съ проповѣдью организаціи репрессіи на началахъ спеціального предупрежденія преступленій и т. д. И вотъ, этой то идеологіи мы и не находимъ въ составѣ интересующихъ насъ ученій и авторы ихъ, настаивая на необходимости карать негодное покушеніе, ссылаются не на то, что въ этомъ случаѣ воля преступника бываетъ также напряжена, какъ и при другихъ видахъ покушенія, а на французскій законъ, не знающій постановленія о безнаказанности негоднаго покушенія ²⁾.

Далѣе, въ пользу защищаемаго нами взгляда говорятъ и другія особенности содержанія разсматриваемыхъ ученій—эти ученія заключаютъ въ себѣ такія положенія, которыя обыкновенно отсутствуютъ въ составѣ патологическихъ ученій и оказы-

¹⁾ Garraud, I, p. 401; Gallet, p. 297; Calon, p. 71—73.

²⁾ Vidal, p. 159; Degois, p. 157.

ваются лишенными тѣхъ положеній, которыя составляютъ необходимые элементы патологическихъ ученій. Мы видѣли выше, что положеніе о наказуемости негоднаго покушенія рѣдко встрѣчается въ составѣ патологическихъ ученій; между тѣмъ это положеніе носить характеръ essentialia разсматриваемыхъ нами теперь ученій. Мы убѣдились въ томъ, что положеніе о равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія представляетъ собою необходимый элементъ патологическихъ ученій; между тѣмъ, нѣкоторые изъ представителей разсматриваемаго ученія провозглашаютъ принципъ редуцированной наказуемости покушенія ¹⁾; а другіе вовсе не высказываютъ своего взгляда на размѣръ отвѣтственности за покушеніе, ограничиваясь воспроизведеніемъ текста французскаго закона по этому предмету ²⁾.

Наконецъ, нельзя не замѣтить, что и самое положеніе о наказуемости негоднаго покушенія, входящее въ составъ разбираемыхъ ученій, иногда существенно разнится отъ соотвѣтствующаго положенія патологическихъ ученій. Принципъ репрессіи негоднаго покушенія, поддерживаемый патологическимъ ученіемъ, выводится послѣднимъ изъ начала борьбы со зломъ волею преступника и, сообразно съ этимъ, является общимъ положеніемъ, не знающимъ никакихъ исключеній: разъ негодное покушеніе наказуемо, такъ наказуемы и всѣ отдѣльные его виды. И, надо добавить, особенно мало сомнѣній у авторовъ патологическихъ ученій вызываетъ положеніе о наказуемости покушенія надъ негоднымъ объектомъ. Если послѣдовательные сторонники этого ученія еще и обнаруживаютъ иногда колебанія при оцѣнкѣ юридическаго значенія покушенія съ негодными (суевѣрными) средствами, то необходимость репрессіи посягательства на негодный объектъ для нихъ очевидна. Между тѣмъ, нѣкоторые изъ сторонниковъ интересующаго насъ теперь взгляда, высказываясь въ пользу наказуемости покушенія съ негодными средствами, признаютъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, безнаказанность покушенія надъ негоднымъ объектомъ ³⁾. Это такое сочетаніе положеній, на которое способно только нормальное правосознаніе; подобное сочетаніе совершенно немыслимо при патологическомъ ходѣ идей.

¹⁾ Foignet-Dupont, p. 53—55.

²⁾ Vidal, p. 160.

³⁾ Garraud, Precis, p. 155.

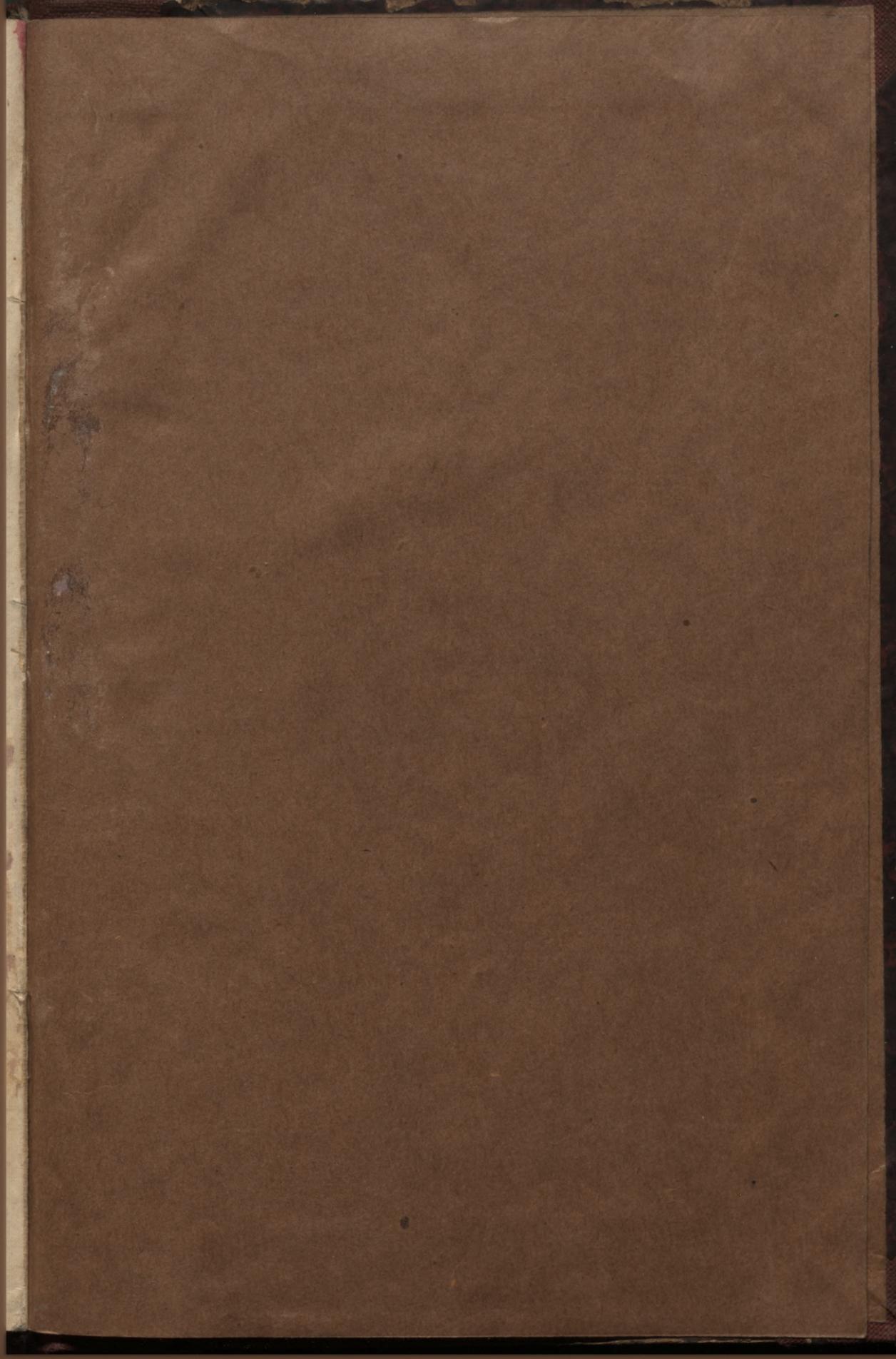
Опираясь на вышеизложенное, мы позволяем себѣ утверждать, что вышеприведенное требованіе французской юриспруденціи о признаніи негоднаго покушенія наказуемымъ дѣяніемъ представляетъ собою постулатъ нормальнаго французскаго правосознанія и что съ этимъ требованіемъ французскій законодатель и долженъ считаться при реформѣ права.

Въ заключеніе коснемся послѣдняго спеціальнаго основанія отпаденія наказанія за покушеніе—введеннаго герм. пр. принципа освобожденія виновниковъ покушенія отъ отвѣтственности, при условіи воплощенія покушенія въ форму особенно легкаго случая преступности (§ 76, Abs. 3). Какъ мы видѣли, это постановленіе было встрѣчено далеко не одинаково въ германской литературѣ и нѣкоторые ученые полагали, что проектируемая льгота должна распространяться не на всѣ случаи покушенія, а только на нѣкоторые, спеціально оговоренные въ законѣ ¹⁾. Однако, несмотря на это, подлежащее постановленіе должно получить въ Германіи силу закона, въ виду того сочувствія, которое оно встрѣтило со стороны большинства германскихъ криминалистовъ ²⁾.

Что касается негоднаго приготовленія, то правильная регламентація его юридической судьбы совершенно не нуждается въ особыхъ постановленіяхъ закона и, придавъ приготовленію характеръ общей формы предварительной дѣятельности, законъ тѣмъ самымъ обезпечить безнаказанность и негодному приготовленію.

¹⁾ М. Е. Mayer, Reform, I, s. 346, 347; Schoetensack, Versuch, s. 424, 425.

²⁾ Begründung zum GE, s. 43; Loesch, s. 56.



425883

LATVIJAS UNIVERSITĀTES BIBLIOTĒKA



0509035534

526