

А. О. КИСТЯКОВСКИЙ

293

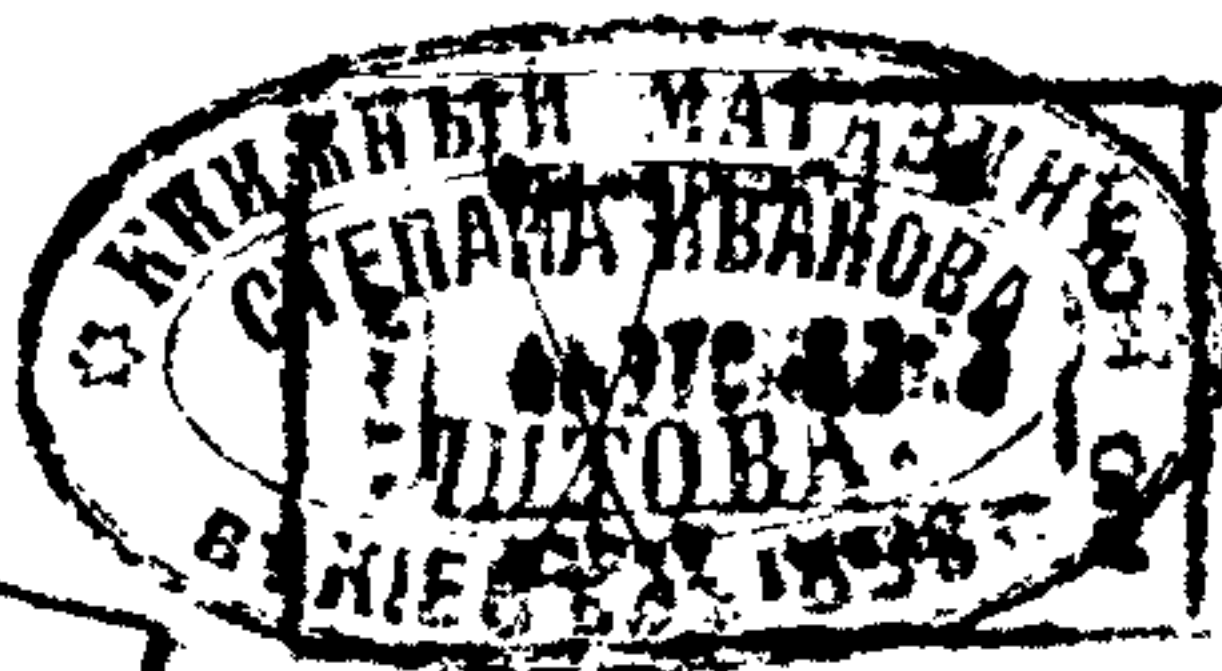
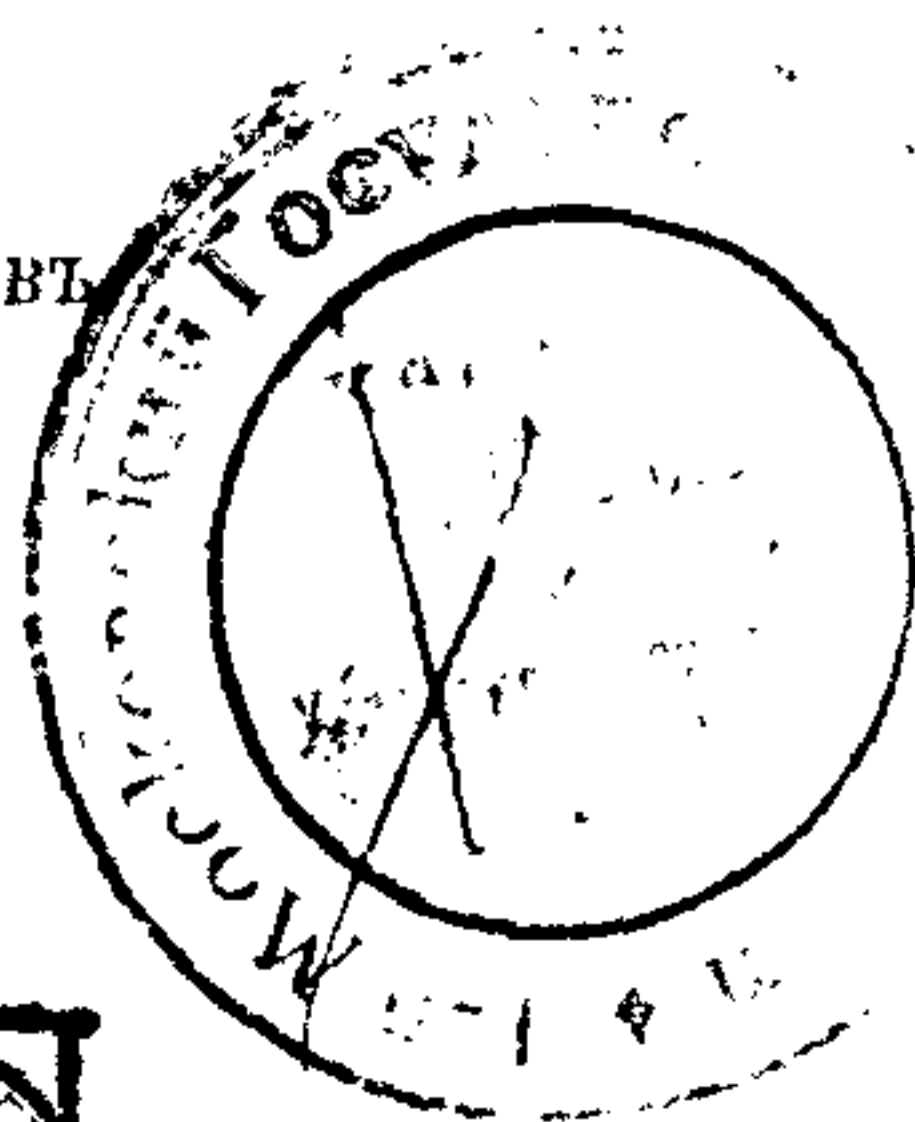
ПОКУШЕНИИ НА ПРЕСТУПЛЕНИЕ

ПО НАЧАЛАМЪ ТЕОРИИ

СОВРЕМЕННЫМЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВАМЪ

ИЗСЛѢДОВАНИЕ КАНДИДАТА ПРАВЪ

П. ЛЯКУБА



1999

С. ПЕТЕРБУРГЪ

ПРОВЕРЕНО
1906 г.

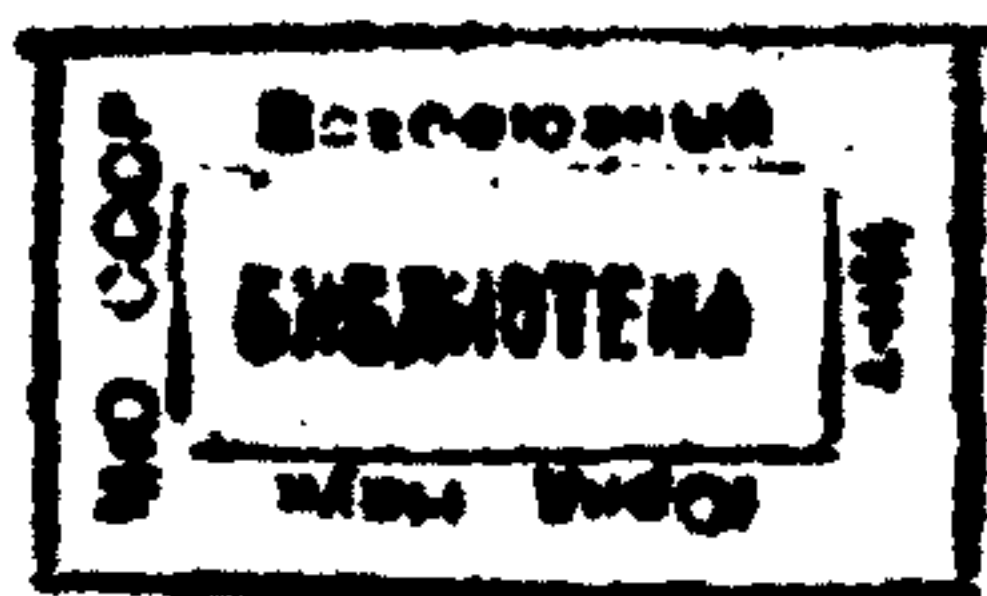
ВЪ ТИПОГРАФИИ О. И. БАКСТА

1866

БИБЛИОТЕКА
Всероссийского
научно-исследовательского центра



Дозволено цензурою. С. Петербургъ. 3 Юня 1866 г.



17602

17602

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	СТРАН.
Введеніе	1
Глава I. Понятіе покушенія	4
› II. О принадлежностяхъ покушенія. — О неосторож- номъ покушеніи.—О преступныхъ опущеніяхъ. .	7
› III. О понятіи приготовленія (<i>delictum praeparatum</i>). .	12
› IV. О степеняхъ покушенія	19
› V. О покушеніи на пособничество, подстрекатель- ство, попустительство и проч.	27
› VI. О наказуемости покушенія	33
› VII. О наказуемости добровольно-оставляемаго поку- шенія	40
› VIII. О покушенія съ негодными средствами и противъ негоднаго предмета	46

О

ПОКУШЕНІИ НА ПРЕСТУПЛЕНІЕ

ПО НАЧАЛАМЪ ТЕОРІИ

И

СОВРЕМЕННЫМЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВАМЪ

Covendum est, ne major poena, quam culpa sit....
Cicero.

Въ новѣйшее время ученіе о покушеніи на преступленіе сдѣлалось въ западной литературѣ предметомъ многочисленныхъ изслѣдованій и изысканій. Особенно замѣчательна въ этомъ отношеніи дѣятельность нѣмецкихъ юристовъ. Труды Цахаріэ, Лудена, Миттермайера, Генца, Арнольда, Бара и мн. другихъ по этому предмету занимаютъ видное мѣсто въ области уголовного права. Кромѣ нѣсколькихъ монографій, криминалисты эти помѣстили въ разныхъ повременныхъ изданіяхъ отдѣльныя статьи, въ которыхъ разсматриваются тѣ или другія стороны предмета. Archiv des Criminalrechts и Gerichtssaal достаточно убѣждаютъ насъ въ неутомимой ихъ дѣятельности. Такихъ трудовъ, какъ въ Германіи въ этомъ отношеніи, мы не находимъ нигдѣ, а тѣмъ менѣе въ нашемъ отечествѣ. У насъ ученіе о покушеніи почти-что не тронуто. Единственная монографія (диссер-

тація) Ратовскаго (1842 г.) едва ли может имѣть для насъ значеніе въ настоящее время. Разработка многихъ вопросовъ идетъ теперь совершенно иначе.

Несомнѣнно, что трудно провѣрить *ad libitum* всѣ взгляды криминалистовъ, затронувшихъ разныя стороны вопроса о покушеніи на преступленіе, — привести разнообразныя ихъ мнѣнія и толки къ одному, такъ сказать, знаменателю. Это именно потому, что взгляды криминалистовъ на этотъ вопросъ разнообразятся до невѣроятности: то, что ясно кажется одному, совершенно опровергается другимъ, и наоборотъ. И тутъ нѣтъ ничего удивительнаго. Потому что этотъ отдѣлъ уголовного права, по сложности и дѣйствительной трудности своей, весьма способствуетъ къ разнообразнымъ толкамъ. Разладъ въ воззрѣніяхъ на этотъ предметъ мы находимъ какъ въ теоріи, такъ, и преимущественно, въ практикѣ.

Вообще разнообразіе принциповъ въ правѣ уголовномъ, по справедливому замѣчанію Бауэра, повело къ сомнѣнію въ постройкѣ несокрушимаго зданія уголовного права и къ тому, что на всякія сочиненія по этому предмету начали смотрѣть какъ на бесполезный *апріоризмъ*¹⁾. И въ ученіи о покушеніи на преступленіе, какъ сказано, почти каждый смотритъ на ту или другую сторону предмета съ своею ему свойственной точки зрѣнія. Но эта многочисленность взглядовъ и доказываетъ, что ученые безъ устали работаютъ надъ наукой уголовного права. Предметъ столь важенъ и обширенъ, что и есть надъ чѣмъ работать... «Во всей исторіи человечества», сказалъ Шиллеръ, «нѣтъ главы болѣе

¹⁾ Abhandlungen aus dem Strafrechte etc. 1840, § 2.

поучительной для сердца и духа, какъ именно та, которая трактуетъ о его заблужденіяхъ. При всякомъ преступленіи приводится въ движеніе большая или меньшая сила, ему соотвѣтствующая. Тайная игра пожелательныхъ силъ скрывается при блѣдномъ свѣтѣ обыкновенныхъ страстей, но за-то тѣмъ сильнѣе, величественнѣе и выразительнѣе выступаетъ она въ пылу сильныхъ страстей. Много опыта можно извлечь изъ этой главы, много поучительнаго можно изъ нея позаимствовать для украшенія жизни нравственной. Человѣческое сердце чрезвычайно сложно: одно и тоже пожеланіе можетъ проявиться въ многообразныхъ формахъ и направленіяхъ»¹⁾. Поэтому самому насъ нисколько не удивляетъ то обстоятельство, что мнѣнія мыслителей-криминалистовъ какъ въ области уголовного права вообще, такъ въ особенности по вопросу о покушеніи столь разнообразны и противорѣчивы. Все зависитъ отъ субъективнаго возрѣнія на вещи. Самое разнообразіе положительныхъ законодательствъ имѣетъ вліяніе на различіе теорій. Что касается до практики, то она является разнообразною не только по различію законодательствъ, но и тамъ, гдѣ даже дѣйствуетъ одно и тоже законодательство. Истину этихъ словъ Арнольдъ подтверждаетъ самими очевидными доказательствами изъ уголовной практики²⁾.

Не взирая на все разнообразіе мнѣній и возрѣній криминалистовъ, мы однакоже попытаемся, пользуясь въ особенности нѣмецкой литературой по уголовному праву,

¹⁾ Der Verbrecher aus verlorener Ehre.

²⁾ Misslungene Anstiftung zum Verbrechen (Gerichtssaal за 1859 г., стр. 127).

наиболѣе богатой въ этомъ отношеніи, догматически изложить ученіе о покушеніи на преступленіе по началамъ теоріи и современнымъ законодательствамъ. Задача, само собой, нелегкая. Достигнемъ ли мы своей цѣли и какъ достигнемъ — объ этомъ предоставляемъ судить другимъ.

I.

Приступая къ изложенію нашего предмета, мы прежде всего должны установить понятіе покушенія, т. е. опредѣлить: *что такое покушеніе на преступленіе* (conatus delinquendi)?

Всякое преступное дѣйствіе, случайно недостигшее полнаго своего осуществленія, или: всякое преступное, не вполнѣ осуществившееся дѣяніе называется покушеніемъ на преступленіе (Versuch, conatus, tentative). Такимъ образомъ покушеніе на преступленіе есть такое преступное внѣшнее дѣйствіе, которое обращено къ тому, чтобы совершить полное оконченное преступленіе, но послѣднее не наступило по непредвидѣннымъ обстоятельствамъ. Эти обстоятельства могутъ послужить преступнику камнемъ преткновенія или въ самомъ началѣ, когда онъ только-что приступилъ къ своей дѣятельности, или потомъ, когда послѣдняя ужъ болѣе или менѣе подвинулась впередъ, короче: во всякомъ моментѣ дѣянія. Это неоконченное дѣйствіе преступника само по себѣ уже составляетъ большую или меньшую частицу, начало преднамѣреннаго имъ преступленія. Следовательно

всякое начатое преступленіе или просто покушеніе на преступленіе можетъ быть также названо неоконченнымъ преступленіемъ. Такое теоретическое опредѣленіе понятія покушенія мы встрѣчаемъ почти у всѣхъ новѣйшихъ криминалистовъ. Вотъ напр. опредѣленіе Цахаріа: «Покушеніе на преступленіе—говоритъ онъ—есть внѣшнее дѣйствіе, злонамѣренно-обращенное къ тому, чтобы совершить преступленіе, или—упущеніе посредствомъ коего не все то сдѣлано, что составляетъ по закону принадлежность оконченнаго преступленія» ¹⁾. Другіе опредѣляютъ это понятіе короче, но за-то не ясно. Такъ напр. Кругъ называетъ покушеніемъ дѣйствіе, принимаемое съ цѣлью произвести извѣстное (преступное) послѣдствіе ²⁾.

Мы сказали, что покушеніе есть ничто иное, какъ неоконченное, неудавшееся преступленіе. Проф. же Снасовичъ различаетъ понятіе покушенія отъ понятія неудавшагося преступленія. Въ своемъ учебникѣ уголовного права ³⁾, въ статьѣ подъ рубрикой «преступленіе окончечное, но неудавшееся», онъ именно говоритъ слѣдующее: «когда преступникъ предпринялъ все, что нужно было для совершенія преступленія, но ожидаемый результатъ не воспослѣдовалъ, вслѣдствіе какихъ нибудь непредвидимыхъ преступникомъ обстоятельствъ, то это — неудавшееся преступленіе.» Точнаго же опредѣленія понятія покушенія мы въ означенномъ учебникѣ вовсе не находимъ. Но неудавшееся преступленіе едва-ли мо-

¹⁾ Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, § 19.

²⁾ „Versuch, im Allgemeinen, nennen wir eine Handlung, welche in der Absicht vorgenommen wird, dadurch eine gewisse Wirkung hervorzubringen“. Die Lehre vom Versuche d. Verb. Leipzig, 1854, стр. 1.

³⁾ Томъ 1, стр. 132.

жетъ быть отдѣлено отъ понятія покушенія. Если напр. пуля пронеслась мимо или принявшій отраву принялъ вовремя противудіе, значить, что въ подобныхъ случаяхъ имѣетъ мѣсто покушеніе на убійство. Уложеніе Прусское 1851 г. (§ 51), также устанавливаетъ различіе между неудавшимся преступленіемъ и понятіемъ покушенія на преступленіе.

Подобно тому, какъ всякое противозаконное дѣйствіе только тогда получаетъ характеръ преступленія, когда въ немъ содержатся всѣ существенные объективные признаки (трупъ убитаго, оружіе, кровавая одежды и проч.; при воровствѣ—поличное, взломанные ящики, лѣстница приставленная къ чужому окну и т. п.), такъ точно и покушеніе требуетъ, чтобы дѣйствующій выказалъ твердую рѣшимость (волю) совершить преступленіе и чтобы эта рѣшимость выразилась сколько нибудь во внѣ. Однимъ словомъ: чтобы существовали такіе признаки, которые могли бы, по смыслу законодательства, принадлежать къ сферѣ преднамѣреваемого преступленія¹⁾. Если отсутствуетъ воля дѣйствующаго при совершеніи преступленія, то онъ не подлежитъ уголовной отвѣтственности.

Что касается до современныхъ законодательствъ, то мы находимъ въ нихъ болѣе или менѣе согласныя опредѣленія относительно понятія покушенія. Всѣ они для понятія покушенія требуютъ начала выполненія преступной дѣятельности. Такъ напр. во французскомъ кодексѣ мы читаемъ: *tentative de crime, qui aura été manifestée par un commencement d'exécution* (art. 2). Бавар-

¹⁾ Mittemmaier, N. Archiv des Criminalrechts за 1816, стр. 165.

ское уложеніе говоритъ также, что «покушеніе на преступленіе имѣетъ мѣсто, когда кто-либо съ цѣлью учинить преступленіе предпринимаетъ такое дѣйствіе, въ коемъ уже обнаруживается *начало выполненія* преступленія, но послѣднее не наступило лишь по внѣшнимъ, отъ воли дѣйствующаго не зависящимъ обстоятельствамъ» (art. 47). «Покушеніемъ на преступленіе—говоритъ наше уложеніе—признается всякое дѣйствіе, коимъ *начинается или продолжается* приведеніе злаго намѣренія въ исполненіе» (ст. 11). Очевидно, что въ общихъ чертахъ это опредѣленіе нашего законодательства сходно съ тѣми же опредѣленіями другихъ современныхъ законодательствъ, опредѣляющихъ понятіе покушенія. Во 1) требуется «злое намѣреніе» совершить преступленіе; во 2) изъ словъ «начинается или продолжается» явствуетъ, что для понятія покушенія необходимо начало выполненія злаго намѣренія. Требуютъ также начала выполненія уложеніе Саксонское (*ein unvollendet gebliebenes vorsätzliches Verbrechen*, art. 39), Баденское (§ 106), Гессенское (art. 64) и др.

II.

Во всякомъ покушеніи должно быть: 1) обращенное къ совершенію преступленія намѣреніе. То есть покушеніе не мыслимо безъ опредѣленной цѣли, къ которой стремился бы субъектъ, намѣревающийся совершить преступленіе. Такое намѣреніе необходимо предшествуетъ злему умыслу (*dolus*). Такимъ образомъ покушеніе бы-

васть всегда умысленнымъ. Но долженъ ли умыселъ быть опредѣленнымъ (*dolus directus*), или покушеніе существуетъ и при умыслѣ неопредѣленномъ (*d. eventualis*)? Въ наукѣ встрѣчаются разнорѣчивыя мнѣнія о томъ, что такое опредѣленный и неопредѣленный умыселъ и при какомъ изъ нихъ можетъ имѣть мѣсто покушеніе. Луденъ говоритъ, что послѣднее имѣетъ мѣсто только при опредѣленномъ зломъ умыслѣ (*dolus determinatus, d. directus*). Вотъ подлинныя слова его: «Eine Handlung wird nur alsdann als Versuch betrachtet, wenn sie in dem erweisbaren determinirten *dolus* unternommen war, ein Verbrechen einer bestimmten Art und einer bestimmten Grösse hervorzu-bringen» ¹⁾. Напротивъ того, Цахарію предполагаетъ возможнымъ покушеніе и при неопредѣленномъ зломъ умыслѣ (*dolus indeterminatus, eventualis*), т. е. при умыслѣ, опредѣляющемся случаемъ ²⁾. Другіе, какъ напр. Бауэръ ³⁾, вовсе исключаютъ отсюда *dolus*, обращенный на нѣсколько возможныхъ правонарушеній ³⁾.

Что же, спрашивается, слѣдуетъ разумѣть подъ неопредѣленнымъ, непрямымъ, злымъ умысломъ? Если подъ нимъ разумѣть безразличное стремленіе къ произведенію одного изъ нѣсколькихъ послѣдствій или неувѣренность дѣйствующаго въ наступленіи преднамѣреннаго имъ, то, само собой, и при непрямомъ зломъ умыслѣ столь же мыслимо покушеніе, какъ и при умыслѣ опредѣленномъ, прямымъ; т. е., когда дѣйствіе обращено исключительно на одно опредѣленное, предвидѣнное послѣдствіе. Стало быть, при покушеніи имѣетъ мѣсто и не-

¹⁾ Ueber den Versuch d. Verbr., стр. 260.

²⁾ Die Lehre vom Versuche der Verbrechen (ч. 1, 1836., § 29).

³⁾ Abhandlungen etc. B. 1, S. 329.

прямой злой умыселъ. — Наше уложеніе упоминаетъ лишь объ одномъ случайно-опредѣленномъ умыслѣ и не требуетъ исключительно-опредѣленнаго (ст. 120).

Такъ-какъ покушеніе на преступленіе не мыслимо безъ намѣренія, а при неосторожности отсутствуетъ всякое намѣреніе, то отсюда слѣдуетъ, что неосторожнаго покушенія (*culpa attentata*), принимаемаго Генпомъ¹⁾, не можетъ быть; ибо эти два понятія (покушеніе и неосторожность) взаимно исключаютъ одно другое. Поэтому справедливо замѣчаетъ Луденъ, что лишь то можно вмѣнить дѣйствующему въ преступленіе, что сдѣлано имъ *cum voluntate*²⁾. Таково мнѣніе и другихъ новѣйшихъ криминалистовъ, въ томъ числѣ и Миттермайера³⁾. Тотъ же взглядъ перешелъ и въ законодательства. «*Es giebt keinen culposen Versuch*», прямо говоритъ уложеніе Виртембергское (art. 62, 7). На этомъ основаніи нѣкоторыя преступленія вовсе не допускаютъ возможности покушенія, именно такія, которыя совершаются *ipso actu*, такъ что намѣреніе, умыселъ и дѣйствіе (*Absicht, Vorsatz und That*) сливаются во-едино. Сюда относятся словесныя и символическія обиды: онѣ являются всегда преступленіями оконченными. По нашему уложенію обиды наказываются, какъ преступленія самостоятельныя (ст. 2086, 2087 и слѣд.).

2) Для понятія покушенія недостаточно одного на-

¹⁾ Ueber den gegenwärtigen Stand der Lehre von versuchten Verbrechen (N. Archiv des Criminalr. за 1836, стр. 35—41), см. также его „Versuche“, стр. 259—265. Кромѣ Генпа, неосторожное покушеніе принимаютъ также Грольманъ (Grundsätze, § 49) и Штюбель (System des peinlichen Rechts. Th. II, § 289).

²⁾ Ueber den Versuch des Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte. 1836. стр. 25.

³⁾ N. Archiv des Criminalrechts за 1816 г., стр. 167.

мѣренія (*puda cogitatio*). Покушеніе, составляя начало преступленія, подобно ему подлежитъ отвѣтственности по закону лишь тогда, когда намѣреніе обнаружилось въ фактъ. Уже древній римскій юристъ Ульпіанъ высказалъ справедливую мысль о томъ, что за одно намѣреніе никто не несетъ наказанія — *cogitationis poenam nemo patitur* (L. 16. D. de poenis). И такъ недостаточно одного желанія учинить преступленіе: это желаніе должно непременно обнаружиться во внѣшнемъ дѣйствіи, *in etlichen scheinlichen Werken*, по выраженію Каролины (ССС). Нѣмецкая пословица «*Gedanken sind zollfrei*» доказываетъ, что такой взглядъ коренится глубоко въ народномъ сознаніи о справедливости. И дѣйствительно: критеріумомъ для оцѣнки намѣреній человѣческихъ могутъ служить одни лишь внѣшнія дѣйствія, видимыя, по которымъ и можно судить о степени злой воли. Невозможно заглянуть въ душу человѣка при отсутствіи внѣшнихъ данныхъ. Практику извѣстно, говоритъ Миттермайеръ какъ обманчиво бываетъ заключеніе о помыслахъ человѣка. Обманчиво можетъ быть иногда даже собственное признаніе дѣйствующаго. Нужна при изслѣдованіи дѣла объективная точка опоры ¹⁾. Это и есть воззрѣніе Австрійскаго уложенія, гдѣ читаемъ: «*Ueber Gedanken oder innerliches Vorhaben, wenn keine äussere böse Handlung unternommen, oder nicht etwas, das die Gesetze vorschreiben, unterlassen worden, kann Niemand zur Rede gestellt werden*» (§ 11).

Считаемъ не лишнимъ присовокупить здѣсь два слова о невозможности покушенія въ преступныхъ опуще-

¹⁾ Der Gerichtssaal за 1859 г., стр. 240.

ніяхъ (*Unterlassungsverbrechen*). Въ пониманіи этого вопроса криминалисты расходятся. Такъ наприм. проф. Спасовичъ не допускаетъ покушенія въ преступныхъ опущеніяхъ, такъ-какъ они исключаютъ начало исполненія преступнаго намѣренія ¹⁾. Это и справедливо: кто не сдѣлалъ того, что по закону обязанъ былъ сдѣлать, тотъ ужъ прямо совершилъ преступленіе. Поэтому правы тѣ изъ криминалистовъ и законодательствъ, которые, говоря о покушеніи, не упоминаютъ вовсе объ опущеніяхъ (какъ это дѣлаетъ уложеніе Саксонское). Миѣнія Цахаріэ, Леонгардта и друг. о томъ, что къ понятію покушенія относятся и опущенія — несостоятельны. Леонгардтъ думаетъ, что въ намѣренномъ опущеніи явно выражается желаніе произвести извѣстное послѣдствіе ²⁾; но одна воля или пожеланіе отнюдь не составляетъ еще начала выполненія преступнаго дѣянія: для начала выполненія надобенъ внѣшній фактъ, т. е. воля должна болѣе или менѣе обьективироваться во внѣшнемъ дѣйствіи. Иначе пришлось бы наказывать за одно *sagitatio*, что уже и по понятіямъ древняго міра считалось несправедливостью. Напротивъ, когда будетъ доказано, что опущеніе сдѣлано съ умысломъ, когда оно, какъ говоритъ Луденъ, очевидно (*scheinlich*), т. е. когда нарушается законъ, повелѣвающій извѣстное дѣйствіе подъ страхомъ наказанія: тогда опуститель ужъ явно нарушилъ непремѣнную обязанность, нарушилъ законъ въ собственномъ смыслѣ, — совершилъ преступленіе ³⁾.

¹⁾ Учебникъ уголовного права, стр. 133, 4. § 50. (1863).

²⁾ *Commentar ueber das Koenigreich Hannover*. 1 B. (1846), стр. 159.

³⁾ Ср. *Luden, Ueber den Versuch d. Verbr.*, стр. 470.