

Уголовное право Германии. Общая часть.

АННОТАЦІЯ

Учебник дает полное представление о господствующих в уголовно-правовой доктринах Германии традициях, одновременно достоверно информируя об актуальных дискуссиях. Отражая актуальное состояние научной мысли, книга Г. Фристера может оказать положительное влияние на научный уровень доктрины уголовного права в России.

Вступительная статья научного редактора русского перевода

Традиция перевода трудов германских правоведов по уголовному праву в России имеет более чем вековую историю. В дореволюционной России были переведены на русский язык уголовно-правовые труды Пауль-Анзельма Фейербаха, А.Ф. Бернера, Франца фон Листа и др. Несмотря на железный занавес, в Советском Союзе были также переведены труды Г.Г. Йешека и Л. Велцелья. В последние годы вышли в свет русские издания книг Вессельса и Бойльке, а также Д. Крауса. Цели перевода трудов авторов германской науки уголовного права за эти три эпохи российской государственности изначально остались такими же, как их описал Франц фон Лист в письме, адресованном переводчице его учебника уголовного права на русский язык Фаине Ельяшевич:¹

«..Для меня представляет чрезвычайную ценность тот факт, что книга, над которой я работал всю жизнь, попадет в руки молодых русских юристов. Не потому, чтобы я думал, что она может заполнить какой-либо пробел в блестящей уголовно-правовой литературе Вашего отечества; но я всегда считал условием прогресса науки и одним из могущественнейших средств сближения между народами то, чтобы созданное в научной области одной нацией – как бы скромно оно ни было – становилось доступным и другим. Наука интернациональна, именно потому и постольку, поскольку она строго национальна. Как раз в особенностях, обусловленных ее национальным характером, заключается лучшее, что она может дать представителям других наций. Поэтому сознание, что моя книга, может быть, в большей степени, чем другие произведения уголовно-правовой литературы, отражает все черты современной немецкой науки, со всеми ее слабостями и преимуществами, не омрачает моей радости по поводу ее перевода...»²

¹ Ельяшевич Фаина Иосиповна (10.01.1877 – 10.01.1941, Париж) – переводчица, общественный деятель. Супруга В.Б. Ельяшевича. После революции эмигрировала вместе с мужем. В 1920-е г. – член бюро Комитета помощи русским писателям и ученым во Франции. С 1930-х гг. – член правления русского благотворительного общества «Быстрая помощь». Одна из основательниц кружка «Amaur» (*Amis auteurs russes*), созданного в конце 1930-х гг. И.А. Буниным для поддержки русских писателей.

² Франц фон Лист. Учебник уголовного права. М., 1903.

Слова Франца фон Листа не потеряли своей актуальности и в нынешнем, стремительно меняющемся обществе, которое плакатно именуется как «мировое общество риска»,³ где процессы глобализации права изменяют контуры национальных уголовных прав, которые до этого ограничивались границами национально-территориальных суверенитетов. Транснационализация преступности требует все более глобальной уголовной политики, что в свою очередь приведет к унификации национальных уголовно-правовых систем. Таким образом, уголовное право стоит перед новыми вызовами, ответ на которые видится в рамках супранационального уголовного права, которое может существовать на основе гармонизации уголовного права и сравнительного уголовного права.

Предлагаемый читателю перевод учебника «Уголовное право (Общая часть)» Гельмута Фристера, опубликованного в издательстве С.Н. Beck в 2009 г., продолжает эту сложившуюся в российской юридической науке добрую традицию. Автор книги Гельмут Фристер, начиная с зимнего семестра 1994/1995 учебного года заведовал кафедрой уголовного и уголовно-процессуального права в университете им. Генриха Гейне (Дюссельдорф) и одновременно возглавлял Институт правовых вопросов медицины. В 1986 г. Гельмут Фристер защитил диссертацию на факультете юридических и общественно-политических наук Рейнского университета им. Фридриха Вильгельма в Бонне. Его работа на тему «Принцип вины, запрет осуждения по подозрению и презумпция невиновности» была отмечена наградой Боннского университета. Там же, в 1993 г. он написал докторскую работу, посвященную волонтативному элементу вины. Он получил *venia legendi* (право читать лекции) по уголовному и уголовно-процессуальному праву. За этим последовало замещение должности профессора в Мюнстере и Регенсбурге, а также профессура на факультете юридических наук Технического университета в Дрездене. Фристер входит в число авторитетнейших исследователей проблем Общей части Уголовного уложения Германии.

Наряду с Общей частью уголовного права, которой он посвятил также целый ряд статей, научные интересы Фристера лежат в области уголовно-процессуального права и уголовных аспектов медицинского права. Его перу принадлежат обширные коммен-

³ Beck, World Risk Society, Cambridge 1999; Sieber, Grenzen des Strafrechts, ZStW 119(2007), S. 3.

тарию различных стадий судебного разбирательства, а также нескольких разделов Систематического комментария Уголовно-процессуального кодекса и Закона о судоустройстве. Он был ведущим автором раздела «Действия полиции в уголовном процессе» в справочнике по полицейскому праву, изданного под редакцией Эрхарда Деннингера. В соавторстве с другими правоведами он написал книги, посвященные медицинскому уголовному праву и психиатрической экспертизе в судебном процессе.

Наш выбор неслучайно пал на перевод труда именно Гельмута Фристера. В Германии издаются многочисленные учебники, посвященные общей части уголовного права, и учебник Фристера, на наш взгляд, выделяется по некоторым причинам. В отличие от трех самых объемных учебников по общей части уголовного права (*Jakobs, Jescheck-Weigend и Roxin*), он в первую очередь обращен не столько к коллегам ученым-правоведам, сколько прежде всего к студентам. По целям и объему учебник представляет собой краткий курс уголовного права. Однако учебник Фристера отличается от других компактных курсов, адресованных студентам, тем, что в нем изложены научно обоснованные подходы по всем вопросам уголовно-правовой доктрины. Тем самым его значение выходит далеко за рамки учебного пособия. В сущности, написанный Фристером труд кардинально отличается от краткого курса. Он закладывает основы знаний предмета, не претендуя на энциклопедичность, как правило, присущую объемным учебникам. Так, Фристер отказывается от перечисления двух десятков теорий умысла, отличающихся друг от друга скорее терминологией, нежели содержательно. Руководствуясь актуальностью и значением темы, он выносит на первый план важные содержательные отличия этих теорий. И, наоборот, не ограничиваясь изложением важного для сдачи экзамена материала и простой репродукцией результатов научных дискуссий, автор часто вмешивается в эти дискуссии и заявляет свою позицию. Учебник Фристера является удачным и в дидактическом отношении. Подкупает сравнительно простая, предельно четкая подача материала. В то же время доходчивость изложения нисколько не сказывается на качестве дифференциации понятий.

Другая особенность учебника состоит в способе анализа проблемных вопросов: автор – один из немногих – подходит к ним методически тщательно и точно. Как правило, при рассмотрении проблемы происходит четкое разделение между «логикой предмета», т.е. ясным и точным описанием содержания

проблемы, и ее содержанием, включая затрагиваемые интересы, с одной стороны, и оценками и возможными решениями, различными уровнями оценки и законодательным уровнем – с другой. В результате никогда не возникает сомнения в том, какое значение имеет спорный вопрос, какие последствия связаны с тем или иным вариантом его решения, в том, какие оценки положены в основу решения, насколько они вытекают из положений закона и какое место они занимают в систематике уголовно-правовой доктрины. Книга нацеливает читателя на понимание материала, а не на заучивание. Авторы других учебников по юриспруденции часто просто приводят полный или выборочный список аргументов, либо их стандартный набор. Фристер подробно излагает важные точки зрения, анализирует и сопоставляет их, а также не-редко вступает в дискуссию. Автор постоянно держит в поле зрения важность спорного вопроса для практики; благодаря такому подходу общая часть уголовного права становится завершенной системой со своей внутренней логикой и не выглядит как сборник разрозненных вопросов и проблем, имеющих разнотипные решения. Это позволяет передавать не одни только знания, но дает возможность читателю постичь внутреннюю систематику проблем.

Фристер блестяще и со знанием дела выявляет важнейшие черты германской уголовно-правовой доктрины, знакомит читателя с традициями, отказом от них, а также с новыми явлениями и направлениями фундаментальных дискуссий. Сказанное относится и к основам теории наказания: вряд ли найдется другой компактный курс, в котором проблемы разработаны столь интенсивно. Другие авторы во многих случаях ограничиваются описанием устаревших теорий, уже пересмотренных в результате недавних дискуссий. Здесь учебник Фристера тоже отражает актуальное состояние научной мысли, а пояснения, предваряющие изложение проблемы, раз за разом выстраивают фон, который помогает вникнуть в нерешенные вопросы и подготавливает к их решению.

Книга Фристера может оказать положительное влияние на научный уровень доктрины уголовного права в России. Смена общественного строя в государствах бывшего СССР привела к тому, что в сфере юридических проблем решение многих вопросов уголовно-правовой доктрины пришлось начинать с чистого листа. Сказанное относится как к методическим подходам к решению проблем, так и к подбору случаев для учебных примеров и обнаружению мас-сы нюансов в рассматриваемых конфигурациях. В рамках прежней

системы вопросы такого рода не представляли интереса. Поэтому требуется не просто провести реформу позитивного права: задача, которую не следует недооценивать, состоит в том, чтобы достичь современного уровня методики и доктрины. В этой связи знакомство с немецкой правовой литературой на фоне традиционных связей между Россией и Германией имеет выдающееся значение. К тому же научный уровень доктрины уголовного права в Германии особенно высок, о чем свидетельствует ее традиционно высокая репутация в зарубежных странах (в том числе в Испании, странах Латинской Америки, Японии и Корее). Вклад переведенного на русский язык учебника общей части не ограничивается простым сообщением знаний о зарубежном правопорядке, он может быть весьма полезен при реформе, адаптации и, возможно, разработке новой концепции отечественного правопорядка. Кроме того, данный труд может заложить основу сравнительного уголовного права. Это следует из того, что, будучи учебником, он написан для людей, приступающих к изучению этой материи. С другой стороны, хотя Фрицлер в книге неоднократно приводит свои обоснования, но он всегда делает это в контексте ранее высказанных аргументов. Поэтому книга дает особенно полное представление о господствующих в уголовной доктрике Германии традициях, *одновременно достоверно информируя читателей об актуальных дискуссиях*.

Несмотря на сложность перевода терминов и особенностей многих определений в германском уголовном праве, которые иначе понимаются в теории российского уголовного права, мы постарались сохранить стиль оригинала. В целях унификации русскоязычных эквивалентов терминов германского уголовного права при переводе данной книги были использованы термины, формулировки и пояснения из перевода на русский язык Уголовного уложения Федеративной Республики Германия, сделанного П.В. Головненковым.⁴

В заключение мы выражаем особую благодарность Ю.М. Алексееву за его ответственную и самоотверженную работу по переводу учебника, а также за ценные комментарии лингвистического характера. Слова благодарности мы адресуем профессору Регенсбургского университета *Фридрих-Кристиану Шрёдеру*, профессору Университета им. Генриха Гейне (г. Дюссельдорф) *Алтенхайну Карстену*, профессору Университета им. Кеплера (г. Линц, Австрия) *Петре Вел-*

⁴ Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германии. М.: Проспект, 2012.

мен за их положительные отзывы о переводе данной книги, также Научному фонду Фольксвагена за финансовую поддержку перевода настоящей книги в рамках программы «Deutsch Plus».

Нам хотелось бы, чтобы это издание, продолжая упомянутую ранее добрую традицию, служило расширению научного сотрудничества между немецкими и российскими научными университетскими и академическими кругами.

Доктор права Манучехр Кудратов LL.M. (Mainz)
Регенсбург, апрель 2013 г.

Предисловие издателей серии

Предлагаемым вниманию читателей переводом на русский язык учебника известного немецкого специалиста в области уголовного права, профессора Гельмута Фристера издательство «Инфотропик Медиа» открывает новую серию «*Criminalia*». В ней предполагается публиковать фундаментальные труды российских и зарубежных (в русском переводе) исследователей в области уголовного права и уголовного процесса, криминологии, уголовной политики и т.п. Иными словами, серия будет охватывать не только собственно уголовно-правовую доктрину в ее сугубо позитивистском восприятии, но и теоретические, социологические, исторические, сравнительно-правовые и т. п. аспекты изучения уголовного права и процесса, т.е. всю палитру исследований, которые сегодня ведутся в сфере уголовно-правовых наук.

В чем замысел серии? С одной стороны, российская уголовно-правовая наука по-прежнему в определенной мере изолирована от внешнего мира. Большинство новейших зарубежных исследований остается недоступно российским специалистам, попадает к нам поздно, подчас с опозданием на несколько десятилетий или в искаженном фрагментарном виде, а основной интеллектуальный потенциал российской уголовно-правовой компаративистики в последние годы направлен на перевод сугубо нормативного материала, да и то только в части Уголовных кодексов *stricto sensu*. Последнее, разумеется, полезно, но имеет и побочные эффекты в виде крайне поверхностного восприятия зарубежного уголовного права, которое нельзя понять без научной доктринальной оболочки. В этом смысле необходимы специальные усилия по систематическому переводу на русский язык наиболее достойных и компетентно отобранных зарубежных научных трудов в сфере уголовного права и уголовного процесса.

С другой стороны, специалисты оказываются не в силах отследить «вал» книг, осознают неимоверную сложность поиска «бриллиантов» в груде «камней» и... постепенно вовсе перестают знакомиться с трудами своих коллег. В этом плане бесконтрольная инфляция научных трудов не менее опасна, нежели их полное отсутствие (результат едва ли не одинаков).

Поэтому данная серия нацелена на решение двух поставленных проблем: а) ознакомление российских ученых с зарубежными исследованиями; б) отбор для публикации тех российских трудов в области уголовного права и процесса, которые соответствуют

универсальным научным требованиям и действительно заслуживают прочтения и изучения.

Есть и третья задача: избавление российской науки от некоторого «комплекса неполноценности». Для этого необходимо, чтобы российские и зарубежные труды выходили в рамках *единой* серии, поскольку, если наконец-то «отделить зерна от плевел», чему, как мы надеемся, будет способствовать серия ***Criminalia***, то легко убедиться, что первые нередко достойны быть поставленными в один ряд с лучшими из вторых.

С учетом поставленных задач предполагается, что в рамках этой серии будет появляться не более одной или максимум двух книг в год. В противном случае научное качество обеспечить, разумеется, не удастся, и мы вновь столкнемся с пресловутой научной «инфляцией». Представляется также оправданным начать серию именно с зарубежного труда. Во-первых, это сразу подчеркивает серьезность замысла, так как на подготовку первого тома ушло очень много времени и сил, связанных с переводом и его редактированием. Во-вторых, таким образом сразу задана высокая планка серии, учитывая, что к зарубежным и российским уголовно-правовым трудам составители подходят с одинаковыми требованиями. В-третьих, речь идет о произведении немецкой доктрины, которое выдержало в Германии пятое издание и которое заслуживает несомненного внимания российских ученых.

*Профessor, доктор юридических наук Леонид Головко
Доктор права Манучехр Кудратов LL.M. (Mainz)
Москва-Регенсбург, апрель 2013 г.*

Содержание

Вступительная статья научного редактора русского перевода.....	V
Предисловие издателей серии.....	XI
Список сокращений	XXVI

Часть первая. Общие основы1

Глава 1. Предмет регулирования и источники уголовного права.....	1
I. Предмет регулирования уголовного права.....1	
1. Понятие наказания.....1	
2. Отличие уголовного наказания от других видов наказаний, назначаемых государством.....6	
II. Система регулирования в уголовном праве.....11	
1. Законодательное регулирование материального уголовного права.....11	
2. Законодательное регулирование уголовно-процессуального права.....14	
3. Законодательное регулирование уголовного и уголовно-процессуального права по делам несовершеннолетних.....14	
III. Европейское и международное уголовное право	16
1. Европейское уголовное право.....16	
2. Международное уголовное право.....21	
Глава 2. Цель наказания	24
I. Традиционные теории наказания	25
1. Абсолютная теория наказания (Кант, Гегель).....25	
2. Теория общей превенции (Фейербах).....27	
3. Теория специальной превенции (Франц фон Лист)....30	
II. Теория общей позитивной превенции.....34	
Глава 3. Принцип вины.....38	
I. Основы.....38	
II. Требование самостоятельности поведения («формальный» принцип вины).....40	
1. Понятие способности определять свое поведение41	
2. Ответственность объединений лиц	44
III. Требование несоблюдения материального права (материальное определение понятия преступления).....45	
1. Возможности и границы материального понятия преступления.....46	
2. Понятие правового блага	47

3.	Различные стадии защиты правовых благ	48
4.	Легитимация деликтов абстрактной опасности.....	49
5.	Отступления от принципа защиты правовых благ	51
IV.	Требование наличия доказанной вины (принцип « <i>in dubio pro reo</i> »)	54
Глава 4.	Принцип законности и роль судей.....	54
I.	Принцип законности: <i>nullum crimen, nulla poena sine lege</i> (без закона нет преступления, без закона нет наказания).....	55
1.	Происхождение и основная идея.....	55
2.	Отдельные проявления принципа законности.....	58
3.	Сфера действия принципа законности	73
II.	Роль судьи.....	78
Глава 5.	Действие уголовного закона во времени и пространстве.....	79
I.	Действие во времени (§ 2 StGB).....	79
1.	Принцип применения наиболее мягкого закона	79
2.	Юридическое определение времени совершения деяния.....	81
3.	Особые правила в отношении исправительно-превентивных мер	82
II.	Территориальные ограничения действия германского уголовного права (§§ 3–7 StGB).....	83
1.	Основные положения.....	83
2.	Преступные деяния, совершенные на территории Германии и на германских судах водного и воздушного транспорта.....	86
3.	Действие германского уголовного закона в отношении деяний, совершенных за пределами Германии.....	87
4.	Ограничения обязательств по преследованию преступлений, совершенных за пределами Германии.....	91
III.	Границы действия уголовного права федеральной земли (интерлокальное уголовное право)	91
Глава 6.	Уголовно-правовые последствия.....	93
I.	Наказания	93
1.	Лишение свободы.....	94
2.	Денежный штраф.....	100
3.	Запрет управления транспортным средством	102
4.	Определение размера и выбор наказания	103

II.	Иные правовые последствия.....	106
1.	Исправительные и превентивные меры	106
2.	Последствия для статуса	110
3.	Конфискация и изъятие.....	111
Глава 7.	Введение в общее учение о преступлении	114
I.	Предмет и функция общего учения о преступлении.....	114
II.	Структура преступления.....	118
III.	Общие формы преступления.....	121
1.	Деликты, совершаемые путем действия, и деликты бездействия.....	121
2.	Умышленные и неосторожные деликты.....	122
3.	Завершение деяния, покушение на совершение и приготовление к совершению преступного деяния.....	123
4.	Исполнительство и соучастие.....	124
IV.	Разграничение уголовного преступления и уголовного проступка.....	125
Часть вторая. Состав завершенного деликта, осуществленного действием.....		129
Глава 8.	Структура состава деяния	129
I.	Действие как основа для установления состава деяния.....	129
1.	Понятие действия.....	130
2.	Дефиниция действия.....	133
II.	Различие между объективной и субъективной стороной состава преступного деяния.....	134
III.	Признаки объективной стороны состава	137
1.	Деликты с материальным и формальным составом	137
2.	Другие классификации деликтов	140
IV.	Признаки, относимые к субъективной стороне состава	141
1.	Умысел.....	141
2.	Намерения, посягающие на правовое благо	142
3.	Прочие побудительные мотивы и признаки, связанные с умонастроением	143
Глава 9.	Причинно-следственная связь между действием и результатом	146
I.	Различие между причинной связью (каузальностью) и объективным вменением вины	146

II.	Понятие причинной связи.....	149
1.	«Condicio sine qua non» или «закономерное условие».....	149
2.	Альтернативная причинная связь	151
3.	Учет гипотетического развития причинных связей....	154
4.	Результат.....	163
III.	Установление наличия причинно-следственной связи.....	165
1.	Общая структура установления причинной связи	165
2.	Выводы для типичных конфигураций проблем	166
Глава 10.	Объективное вменение	169
I.	Понятие и общие предпосылки.....	169
II.	Порицаемый уголовным правом риск.....	171
1.	Исключение несущественных рисков	171
2.	Наличие превалирующих интересов как обоснование риска	171
3.	Оценка рисков, вызванных действиями третьих лиц.....	173
4.	Риски, вызванные действиями потерпевшего.....	176
III.	Реализация риска, порицаемого уголовным правом.....	179
1.	Реализация несущественных рисков	179
2.	Реализация рисков, обоснованных наличием преобладающих интересов	180
3.	Реализация рисков, вызванных действиями третьих лиц.....	181
4.	Реализация рисков, вызванных действиями потерпевшего.....	182
5.	Взаимосвязь с так называемым действием.....	185
IV.	Информация, позволяющая [правильно] оценить риск.....	188
Глава 11.	Умысел.....	191
I.	Умысел как осознанное решение в пользу события, соответствующего составу нормы уголовного закона	191
1.	Различие между умыслом и осознанием неправомерности деяния.....	191
2.	Действие как определяющий момент принятия решения	193
3.	Сознательное совершение деяния как элемент умысла	195
II.	Психическая структура умысла	197
1.	Виды умысла.....	197
2.	Разграничение между косвенным умыслом и неосторожностью.....	201

III.	Предмет умысла.....	206
1.	Понятие ошибки в составе	206
2.	Содержание умысла при «нормативных признаках состава».....	207
3.	Содержание умысла и бланкетные признаки	209
4.	Содержание умысла и критерии оценки деяния.....	211
IV.	Вменение умысла в отношении наступившего последствия.....	212
1.	Отклонения от мысленно представляемого развития причинно-следственной связи	213
2.	Ошибка в объекте деяния.....	219
Глава 12.	Неосторожность	223
I.	Сходство структуры умысла и неосторожности	223
1.	Неосторожность как осознание	223
2.	Необходимость индивидуального подхода	226
3.	Момент осознания.....	228
II.	Условия осознания	229
1.	Необходимые эмпирические знания	229
2.	Необходимость знания базовых фактов	231
3.	Необходимое время	232
III.	Формы неосторожности.....	234
1.	Различные степени неосторожности	234
2.	Так называемая осознанная неосторожность.....	235
IV.	Предмет неосторожности.....	235
V.	Вменение наступившего последствия как неосторожности.....	236
Часть третья. Противоправность и вина		239
Глава 13.	Обзор обстоятельств, исключающих противоправность деяния.....	239
I.	Классификация обстоятельств, исключающих противоправность деяния	239
II.	Исключение противоправности деяния в интересах потерпевшего	240
1.	Согласие потерпевшего	240
2.	Предположительное согласие потерпевшего	241
3.	Право родительской опеки.....	242
III.	Исключение противоправности деяния в интересах других лиц или в интересах общества.....	243
1.	Права, связанные с исполнением должностных обязанностей.....	244
2.	Чрезвычайные права гражданина	244

Содержание

Глава 14. Общее учение об обстоятельствах, исключающих противоправность деяния.....	251
I. Предмет исключения противоправности деяния.....	251
1. Делимость суждения о противоправности деяния	251
2. Действие как единственная исходная точка для суждения о противоправности деяния	252
II. Структура обстоятельств, исключающих противоправность деяния	254
1. Объективная сторона разрешающего состава	255
2. Субъективная сторона разрешающего состава	259
III. Ошибка относительно наличия разрешающего состава	265
1. Незнание обстоятельств, исключающих противоправность деяния	266
2. Ошибочное предположение о наличии обстоятельств, исключающих противоправность деяния	267
IV. Основание, исключающее противоправность при неосторожных деликтах.....	274
1. Установление объективных признаков, исключающих противоправность	274
2. Субъективные признаки исключения противоправности деяния	275
Глава 15. Согласие, исключающее неправомерность деяния, реальное и предполагаемое согласие.....	277
I. Согласие, исключающее состав неправомерного деяния.....	277
II. Согласие потерпевшего	278
1. Требования к волевому решению потерпевшего....	278
2. Распорядительное полномочие потерпевшего.....	288
III. Предполагаемое согласие, исключающее противоправность деяния	293
Глава 16. Необходимая оборона и превышение пределов необходимой обороны.....	296
I. Необходимая оборона.....	296
1. Обзор и основная правовая идея.....	296
2. Состояние необходимой обороны	298
3. Требования к оборонительным действиям	305
4. «Социально-этические ограничения» права на необходимую оборону	309
5. Применимость необходимой обороны к действиям государства	314

II.	Превышение пределов необходимой обороны	317
1.	Основная правовая идея	317
2.	Сфера применения нормы	318
Глава 17.	Крайняя необходимость, исключающая противоправность деяния	320
I.	Состояние крайней наступательной необходимости	320
1.	Общие положения	320
2.	Состояние крайней необходимости	321
3.	Требования к действиям по устраниению опасности	324
II.	Крайняя оборонительная необходимость	332
1.	Состояние крайней необходимости	333
2.	Требования к действиям по устраниению опасности	336
III.	Общие проблемы чрезвычайных прав, возникающие в ситуации крайней необходимости	339
1.	Применимость ситуации крайней необходимости в отношении действий государства	339
2.	Провокация крайней необходимости	340
3.	Превышение пределов крайней необходимости	340
Глава 18.	Вменяемость вины	342
I.	Основная идея и законодательное регулирование	342
1.	Вменяемость вины как способность руководить своими действиями	342
2.	Обзор законодательного регулирования	342
II.	Регулирование нормами §§ 20, 21 StGB	344
1.	Вводные признаки	344
2.	Способность осознавать и управлять своими действиями	346
3.	Признание обвиняемого вменяемым	350
III.	Actio libera in causa	352
1.	Проблема и основные модели ее решения	352
2.	Наказуемость actio libera in causa в деликтах с материальным составом	354
Глава 19.	Возможность осознания неправомерности деяния	358
I.	История появления и основная правовая идея нормы § 17 StGB	358
II.	Понятие ошибки в запрете	359
1.	Предмет осознания неправомерности	359
2.	Делимость осознания несоблюдения права	360

3.	Сомнение в противоправности.....	361
4.	Осознание несоблюдения права при неосторожном деликте	362
III.	Избегаемость ошибки в запрете	362
1.	Решающая роль собственного знания закона	362
2.	Значение информации, полученной от специалиста.....	364
IV.	Особенности при действиях по служебному указанию.....	365
1.	Общие правила для лиц, находящихся на государственной службе	365
2.	Особое регулирование действий судебных приставов и других лиц, вовлеченных в исполнительное производство	365
Глава 20.	Выполнимость.....	367
I.	Крайняя необходимость, исключающая виновность деяния (§ 35 StGB)	367
1.	Основная идея регулирования	367
2.	Состояние крайней необходимости.....	370
3.	Требования, предъявляемые к действию, направленному на отражение нападения.....	372
4.	Особые обязанности претерпевания	374
5.	Субъективная сторона состава, исключающего виновность, и ошибка.....	377
II.	Другие основания, исключающие виновность	379
1.	Исключение виновности при создании угрозы другим правовым ценностям.....	379
2.	Исключение виновности лиц, не входящих в круг близких.....	383
Глава 21.	Прочие условия наказуемости деяния.....	385
I.	Основания отказа от наказания и условия наказуемости деяния.....	385
II.	Признаки несоблюдения права, сформулированные как условия наказуемости деяния.....	388
III.	Основания исключения вины, сформулированные как обстоятельства, исключающие наказание	391
IV.	Зависимость уголовного преследования от воли потерпевшего.....	393
1.	Ходатайство об уголовном преследовании.....	393
2.	Полномочие на уголовное преследование и требование уголовного преследования.....	395

V.	Сроки уголовного преследования и исполнения судебного решения.....	396
1.	Давность уголовного преследования.....	396
2.	Давность исполнения приговора	398
VI.	(Процессуальная) градация мелких правонарушений.....	398
Часть четвертая. Особые формы деликтов		403
Глава 22. Деликт бездействия.....		403
I.	Регулирование нормой § 13 StGB.....	403
II.	Разграничение деликтов, совершаемых путем действия и деликтов, совершаемых путем бездействия	406
1.	Различие между действием и бездействием.....	406
2.	Приоритет действия над бездействием	408
3.	Совершение деликтов бездействия при наличии активного действия.....	411
III.	Бездействие в отношении предотвращения последствия	412
1.	Понятие бездействия.....	412
2.	Причинно-следственные связи при бездействии.....	413
3.	Объективное вменение бездействию вины за последствие.....	416
IV.	Обязанность по предотвращению последствия	417
1.	Контрольные гаранты	417
2.	Покровительствующие гаранты.....	425
V.	Субъективная сторона состава деликта, совершенного путем бездействия.....	433
VI.	Исключение противоправности деликта, совершенного путем бездействия.....	434
1.	Согласие и предполагаемое согласие, устраняющие противоправность.....	434
2.	Крайняя необходимость, исключающая противоправность	435
3.	Коллизия обязанностей, устраняющая противоправность	439
VII.	Вина в деликтах, совершенных путем бездействия	440
Глава 23.	Покушение и приготовления	444
I.	Покушение	444
1.	Покушение как основание для уголовного наказания.....	444

2.	Законодательное регулирование наказуемости покушения	447
3.	Порядок рассмотрения покушения.....	452
4.	Предпосылки решения о совершении деяния.....	454
5.	Непосредственное начало исполнения состава деяния	461
II.	Приготовление	471
1.	Формальная наказуемость приготовления.....	471
2.	Наказуемость приготовления в соответствии с нормами материального права.....	472
Глава 24.	Отказ от покушения	476
I.	Основные положения	476
1.	Основания освобождения от наказания	476
2.	Правовая природа и правовые последствия отказа от деяния	479
II.	Отказ по норме § 24 I StGB (предл. 1, 1-й вариант)	483
1.	Прекращение дальнейшего исполнения деяния.....	483
2.	Добровольность	492
3.	Добровольное прекращение дальнейшего исполнения деяния при завершенном деликте	499
III.	Отказ согласно норме § 24 I StGB (предл. 1, 2-й вариант и предл. 2)	500
1.	Системная связь между нормой § 24 I StGB (предл. 1, 2-й вариант) и нормой § 24 I StGB (предл. 2).....	500
2.	Усердное старание предотвратить завершение деяния.....	502
3.	Добровольность	508
IV.	Систематика соотношения двух вариантов отказа	510
	Часть пятая. Несколько соучастников деяния.....	513
Глава 25.	Основная структура форм соучастия	513
I.	Обзор	513
II.	Структура опосредованного исполнительства	517
1.	Опосредованное порождение результата	517
2.	Применение к поведенческим деликтам.....	518
3.	Специальные обязанности исполнителя.....	520
4.	Другие предпосылки наказуемости	520
III.	Структура соисполнительства.....	521
1.	Вменение вины при совместных действиях.....	521
2.	Личное соответствие условиям наказуемости	523

3.	Возможность изолированного соисполнительства.....	525
IV.	Структура и функция соучастия.....	526
1.	Акцессорность и основание наказуемости соучастия.....	526
2.	Особые индивидуальные признаки.....	529
Глава 26.	Соисполнительство.....	541
I.	Совместность действий.....	541
1.	План, объединяющий вклады в деяние (совместное решение о совершении деяния)	541
2.	Возможность связи при неосторожных деликтах....	543
3.	Необходимость единства действия.....	545
4.	Экспресс соучастника	546
5.	Последовательное соисполнительство	547
II.	Необходимая мера участия.....	548
1.	Субъективное учение об исполнителе.....	549
2.	Учение о господстве над деянием	552
3.	Господство над деянием, объясняемое внутренним распределением полномочий принимать решения	555
4.	Соисполнительство на основе нормативных полномочий принимать решения	559
III.	Субъективная сторона состава соисполнительства.....	560
IV.	Соисполнительство и бездействие	561
1.	Совместное бездействие	561
2.	Участие действием в деликте, совершенном путем бездействия.....	562
3.	Участие бездействием в деликте, совершенном путем действия.....	563
V.	Порядок рассмотрения соисполнительства.....	564
Глава 27.	Опосредованное исполнительство.....	567
I.	Необходимость отсутствия воли у посредника деяния.....	567
II.	Орудие, действующее исходя из заблуждения (ошибки)	569
1.	Различные виды ошибок.....	570
2.	Необходимо ли введение в заблуждение	575
3.	Причинение вреда себе по ошибке	576
III.	Инструмент, действующий в условиях противоправного понуждения.....	579
1.	Интенсивность понуждения	579
2.	Ответственность за понуждение	582

3.	Причинение вреда себе по понуждению	583
IV.	Неспособность инструмента	
	свободно принимать решение	584
1.	Неспособность принимать решения из-за расстройства психики.....	584
2.	Неспособность принимать решения из-за недостаточной зрелости	586
V.	Другие группы случаев, обсуждаемые в специальной литературе	
	и правоприменительной практике	587
1.	Заменимость инструмента.....	587
2.	Инструмент, действующий без намерений, относящихся к деликту.....	589
3.	Инструмент без специальной обязанности.....	590
VI.	Субъективный состав опосредованного исполнительства	591
VII.	Опосредованное исполнительство путем бездействия	592
Глава 28.	Соучастие.....	595
I.	Основное действие с возможными соучастниками	595
1.	Понятие противоправного действия.....	595
2.	Понятие умышленного действия.....	596
3.	Неписаные требования к основному деянию	598
II.	Подстрекательство	601
1.	Порождение причины решения о совершении деяния.....	602
2.	Подстрекательское действие.....	606
3.	Субъективная сторона состава подстрекательства	610
III.	Пособничество	613
1.	Понятие оказания помощи.....	613
2.	Разграничение с покушением на пособничество....	616
3.	Особые формы пособничества	618
4.	Субъективная сторона состава пособничества.....	624
5.	Пособничество путем бездействия.....	625
Глава 29.	Покушение и приготовление при нескольких соучастниках	626
I.	Покушение при опосредованном исполнительстве.....	626
II.	Участие в покушении.....	630
1.	Покушение на соисполнительство	630
2.	Соучастие в покушении.....	634
3.	Отказ от участия в покушении (§ 24 II StGB)	636

III. Покушение на соучастие (§§ 30, 31 StGB)	641
1. Происхождение и правовая идея нормы § 30 StGB.....	641
2. Отдельные соучастные действия.....	642
3. Отказ от покушения на соучастие (§ 31 StGB).....	649
Часть шестая. Учение о совокупности преступлений	651
Глава 30. Действительная совокупность преступлений (идеальная и реальная)	651
I. Понятие и функция учения о совокупности преступлений.....	651
II. Регулирование нормами уголовного закона (§§ 52–55 StGB).....	653
1. Множественность деяний	653
2. Единство деяний	655
3. Возможное реформирование законодательства	656
III. Различие между единичным деянием и множественностью деяний.....	658
1. Действие в физическом смысле слова	658
2. Единство действий, выполняющее состав уголовной нормы	658
3. Физическое единство действий	661
4. Продолжаемое деяние.....	665
IV. Рекомендации по рассмотрению конкретных случаев	665
Глава 31. Минимая совокупность преступлений (единство закона)	667
I. Правовая идея и общая картина.....	667
II. Функции единства закона.....	668
III. Формы проявления единства закона	669
1. Специализация.....	669
2. Субсидиарность.....	672
3. Поглощение.....	674
4. Однородное единство закона	678
Общие рекомендации по использованию схем	681
Список схем.....	682

Часть первая

ОБЩИЕ ОСНОВЫ

Глава 1

Предмет регулирования и источники уголовного права

I Предмет регулирования уголовного права

1. Понятие наказания

Согласно знаменитому определению Гуго Гроция (Hugo Grotius: 1583–1645)¹ – наказание есть перенесение зла, причиняемого за совершение злодеяния. Наказание – это реакция на поведение, которое расценивается как зло, и наказывающему важно также причинить зло наказуемому за это поведение. В этом смысле наказание представляет собой распространенное явление в повседневной жизни. Родители наказывают детей за непослушание, супруги наказывают своих благоверных за «походы на сторону», тренеры футбольных клубов наказывают игроков за посещение дискотек во время сборов, и т.д. Уголовное право регулирует лишь относительно небольшую, но весьма важную сферу подобных социальных

¹ “Poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actiones”, in: *De iure belli ac pacis* (1625), liber II, caput XX, de poenis. Русский текст цит. по: Гуго Гроций. О праве войны и мира. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1956 (глава XX).

явлений: наказания, выносимые государством за правонарушения. Чтобы получить правильное представление о предмете данного регулирования, необходимо разграничить наказание и другие правовые последствия уголовно наказуемого деяния.

a) Публично-правовая природа наказания

2 Тот, кто совершил уголовно наказуемое деяние (преступление) обязан возместить причиненный материальный ущерб. Если его действиями затронуты определенные правовые ценности, в частности, нанесены телесные повреждения или причинен вред здоровью, он должен будет также соразмерно возместить причиненный им нематериальный ущерб. Необходимость возместить материальный и нематериальный ущерб, причиненный преступлением, может иметь для преступника тяжелые последствия, иногда даже разорить его. Поэтому эта обязанность нередко уже воспринимается как наказание. Однако эта обязанность вменяется преступнику не в качестве кары за правонарушение, потому с юридической точки зрения не является наказанием, а рассматривается как компенсация ущерба и регулируется нормами гражданского права. Правоприменение потерпевшего на возмещение ущерба, причиненного неправомерными действиями, регулируется §§ 823–853 Германского гражданского уложения (ГГУ) и обычно – если виновный не удовлетворяет его добровольно – реализуется в порядке гражданского, а не уголовного² судопроизводства с возможностью принудительного – т.е. с привлечением судебного пристава – исполнения решения.

3 Уголовно-правовая реакция на преступление заключается не в компенсации ущерба, причиненного потерпевшему, и не в том, чтобы доставить ему моральное удовлетворение (во всяком случае, данная цель не является первостепенной). Наказание это реакция общества, вызванная посягательством на общественный интерес, который заключается в соблюдении правовой нормы, нарушенной в результате совершения уголовного преступления. Итак, уголовное право регулирует не отношения между частными лицами, а устанавливает нормы суверенного посягательства государства на права индивидуума, осуществляемого в интересах всего общества. Уголовное право является частью публич-

² Поскольку, как правило, суд по уголовным делам принимает решение о компенсации ущерба, только если рассмотрение этого вопроса не задерживает уголовный процесс (§ 406 I StPO, предл. 5), возможность получить право на возмещение ущерба по гражданскому иску в ходе уголовного судопроизводства (в соответствии с процедурой, предусмотренной нормой § 403 StPO) на практике ничтожно мала.

ного права. Поскольку в наказании преступника заинтересовано общество, уголовное преследование в общем случае не является делом потерпевшего, а входит в круг задач государственного учреждения – прокуратуры. Она обязана – как правило, независимо от воли потерпевшего – изучить обстоятельства дела и при наличии на то оснований ходатайствовать перед судом о возбуждении уголовного дела. В дальнейшем суд выносит решение о виновности обвиняемого и в случае признания его виновным определяет меру наказания (так называемый **принцип публичности**, § 152 I StPO).

Понимание публично-правовой природы наказания сформировалось в результате длительной эволюции права. Нарушение одним человеком прав другого стало общественной проблемой лишь благодаря тому, что в обществе возникла такая господствующая власть, которая возлагала на человека не только обязательства по отношению к правителям (например, принудительные работы и уплата податей), но и претендовала на установление правил существования людей, обеспечивающих общее благо. Такое современное понимание роли государства в Германии сформировалось лишь в начале новой истории (в районе 1500 г.). Соответственно, начиная с этого времени, наказание за правонарушения однозначно рассматривается как задача государства.³ До этого вид и мера реакции на правонарушение в той или иной степени зависели от воли потерпевшего. Законами племен франков даже умышленное убийство человека могло быть искуплено уплатой так называемого «вергельда» родственникам убитого.⁴

Но и в современном правопорядке идея, гласящая, что наказание за правонарушения является делом государства, осуществлена не в полном объеме. Целый ряд уголовно наказуемых деяний (см., например, §§ 194, 247 StGB) преследуются только по заявлению потерпевшего, таким образом, он может решать, займется ли государство уголовным преследованием правонарушения. Кроме того, существует понятие **преступлений, преследуемых по частному обвинению**, дела по которым открываются прокуратурой, только если в конкретном случае имеется общественный интерес в уго-

³ Такое понимание уголовного наказания было окончательно признано с принятием рейхстагом при кайзере Карле V в 1532 г. Уголовно-судебного уложения Священной Римской империи германской нации (Constitutio Criminalis Carolina); о его значении см.: Rüping/Jerouscheck, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5. Aufl., 2007, Rn. 94–112.

⁴ Подробнее об этом см.: Rüping/Jerouscheck (Fn. 3), Rn. 8–11.

ловном преследовании. Если такая предпосылка отсутствует, то преследование таких правонарушений, в число которых согласно перечню § 374 StPO входит ни много ни мало нанесение телесных повреждений, считается делом потерпевшего, который в этом случае в порядке исключения имеет право самостоятельно обратиться в суд по уголовным делам. Однако и в данном случае целью является наказание преступника государством, потому их следует отличать от гражданско-правовых дел, связанных с требованием о возмещении ущерба.

6 В последнее время даже наблюдается определенная тенденция вести уголовное преследование «с креном» в сторону интересов потерпевшего. Отчетливее всего это проявилось, когда в 1994 г. была введена норма, предусматривающая возможность смягчить наказание или вообще отказаться от наказания за незначительные деяния, если исполнитель загладил полностью или большей частью совершенное им деяние или, по меньшей мере, предпринял серьезные усилия для достижения этой цели (§ 46a StGB). Основой такого регулирования служит идея о том, что, проявляя готовность искупить свою вину перед потерпевшим, исполнитель признает нарушенную им правовую норму действительной. Тем самым он устраняет (или по меньшей мере ослабляет) общественный интерес в наказании за ее нарушение.⁵ Хотя эта тенденция не затрагивает отделения наказания как института публичного права от гражданско-правового возмещения ущерба, однако на практике это приводит к весьма существенному размытию границы между ними.⁶

b) Карательная природа наказания

7 Поведение, релевантное с точки зрения уголовного права, может побудить государство принять меры для предотвращения будущих правонарушений. При определенных обстоятельствах такие меры могут даже сильнее ограничить правовые ценности исполнителя уголовно наказуемого деяния, чем само наказание. Самый яркий (правда, и очень спорный)⁷ случай – это целенаправленное причи-

⁵ Подробнее об этом: *Roxin* AT 1, Rn. 3/72 ff.; *Freund/Garro Carrera*, ZStW 118 (2006), 77, 83 ff., оба с дальнейшими ссылками.

⁶ Принципиальную критику этой тенденции см.: *Noltenius*, GA 2007, 518, 523 ff.

⁷ Законы о полиции, действующие в федеральных землях по-разному рассматривают вопрос, допустим ли – и в каких случаях – прицельный выстрел при отражении опасности. В некоторых землях этот вопрос закон обходит молчанием. Специалисты в области полицейского права ведут острую дискуссию по этой теме; см., например: *Rachor*, в: *Lisken/*

нение смерти лицу, захватившему заложников, как единственная возможность их освободить. В этом случае причинение смерти не нарушает конституционного запрета смертной казни (ст. 102 GG), поскольку не является причинением вреда в качестве ответной меры за причиненный вред. Здесь оно рассматривается как предотвращение опасности, угрожающей жизни заложников, и поэтому его нельзя оценивать по критериям, применяемым к наказанию. Те меры, которые государство предпринимает для непосредственного отражения грозящего или прекращения продолжающегося ущемления правовых благ являются не наказанием, а мерами отражения опасности. Допустимость таких **превентивных** мер регулируется в первую очередь не уголовным правом, а другой областью публичного права: полицейским и административным правом.

Правда, этот принцип знает одно важное исключение. Уголовное право предусматривает так называемые **исправительно-превентивные меры** (§ 61 StGB), цель которых – недопущение преступником будущих уголовных правонарушений, а не кара за совершенное уголовное преступление. Так, например, психически больной исполнитель с уменьшенной (неполной) вменяемостью (§ 21 StGB) и при невменяемости (§ 20 StGB) вместо наказания может быть помещен в психиатрическую клинику (§ 63 StGB), чтобы предотвратить совершение им новых уголовно наказуемых деяний. Исправительно-превентивные меры могут применяться исключительно тогда и настолько, когда и насколько это необходимо для предупреждения опасности повторения в конкретном случае. Поэтому они не являются наказанием, а рассматриваются как меры отражения опасности, которые, если исходить из их цели, следовало бы отнести к полицейскому и административному праву.⁸ Их включение в уголовное право обосновывается тем, что

Denninger/Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., 2007, Rn. F 990–1024 m. w. N. Федеральный конституционный суд (BVerfG) отрицает нарушение Основного закона (ст. 2 II, 1-е предл. в сочетании со ст. 1 I GG) в случае лишения жизни лиц, которые намереваются использовать самолет как оружие против людей, находящихся на земле. По мнению членов BVerfG, привлечение нападающего к ответственности за инициированное им событие в полной мере соответствует его субъектному положению, см.: *BVerfG NJW* 2006, 751, 760.

⁸ Некоторые правовые акты, действующие в сфере поддержания правопорядка, содержат соответствующие меры. Так, психически больной человек, представляющий опасность для общества, в соответствии с законом федеральной земли может быть помещен на принудительное лечение в психиатрическую больницу (например, § 11 PsychKG NW).

повором для их применения является совершенное уголовно наказуемое деяние,⁹ и эта предпосылка устанавливается в ходе уголовного судопроизводства.

2. Отличие уголовного наказания от других видов наказаний, назначаемых государством

- 9 Уголовному преследованию подлежит лишь относительно небольшая часть правонарушений. Так, неуплата долгов, как правило,¹⁰ не грозит должнику преследованием со стороны государства. Правопорядок удовлетворяется тем, что дает возможность кредитору добиться получения долга и возмещения возможного ущерба, нанесенного задержкой, с помощью судебных органов путем принудительного взыскания задолженности. Лишь воспрепятствование или создание угрозы для этой возможности влечет уголовное преследование должника (§§ 283–283 d, 288 StGB). Однако не все правонарушения, преследуемые государством, являются предметом уголовного права. Уголовное право регулирует только применение уголовного наказания, которое хотя и является самой важной, но далеко не единственной формой наказания, назначаемого государством.
- 10 а) *Разграничение с административными санкциями*
- 10 Так, за нарушение правил дорожного движения в большинстве случаев уголовное наказание не устанавливается, а налагается денежный штраф. Правонарушения такого вида рассматриваются современным правом как нарушения общественного порядка и регулируются не уголовным кодексом, а специальным законом об административных правонарушениях.¹¹ Предусмотренные в нем санкции устанавливаются не приговором суда, а решением органа исполнительной власти о наложении денежного штрафа. Только после этого данное решение, как и любое другое решение органов государственной власти (ст. 19 IV GG), может быть оспорено в суде. Наложение денежного штрафа формально не считается наказанием, так как оно не вносится в реестр наказаний. Судимости здесь тоже не возникает. С точки зрения материального права наложе-

⁹ Vgl. BVerfGE 109, 190, 215 ff.

¹⁰ Исключения действуют в отношении нарушения обязанностей содержания или алиментации (§ 170 StGB) и в отношении неуплаты работодателем своей части взносов социального страхования (§ 266 a I und III StGB).

¹¹ Schönfelder Nr. 94.

ние денежного штрафа представляет собой лишь более мягкую форму уголовного принуждения со стороны государства. Поэтому основные условия легитимации наказания, налагаемого государством (принцип виновности, принцип законности), действуют и в отношении административных нарушений.¹²

Формальная граница между административными правонарушениями и уголовно наказуемыми деяниями была проведена только после Второй мировой войны. После первых попыток очертировать сферу хозяйственного уголовного в 1952 г. был принят закон об административных правонарушениях, который создал условия для признания этого разграничения. Однако идея, лежащая в основе такого разграничения, появилась гораздо раньше.¹³ Еще до 1871 г. на территории современной Германии наряду с уголовным правом существовало полицейское уголовное право, функция которого примерно соответствовала современному административному праву. Хотя в уголовном кодексе 1871 г. это полицейское уголовное право и было интегрировано в общее уголовное право, однако в нем появилась особая категория легких правонарушений (так называемых проступков). Санкции в отношении многих таких правонарушений могли устанавливаться полицейскими предписаниями. В их отношении действовал и целый ряд особых положений. После формирования административного права эта особая категория потеряла практическое значение. Однако ее ликвидировали лишь в 1975 г. в ходе общей реформы уголовного права.

Наука об уголовном праве приложила немалые усилия для того, чтобы провести разницу между караемыми только денежным штрафом административными правонарушениями и уголовно наказуемыми деяниями.¹⁴ При этом часто высказывалось мнение, что в первых из них несоблюдение права сводится к простому не-

¹² Соответственно, санкции, предусматривающие административную ответственность за нарушение общественного порядка, рассматриваются Европейским судом по правам человека как «наказание» в определении европейской Конвенции о защите прав человека. Поэтому должны соблюдаться и те специфические уголовно-правовые гарантии, которые предусмотрены данной конвенцией в отношении наказаний за нарушение общественного порядка (EGMR NJW 1985, 1273).

¹³ Исторический очерк развития права в сфере административной ответственности за нарушение общественного порядка можно найти у Боннера (Bohnert) в: *Karlsruher Kommentar zum ÖWiG*, 3. Aufl., 2006, Введение Rn. 4–49.

¹⁴ Подробнее см.: Mitsch, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2. Aufl., 2005, Rn. 3/7 ff. m. N.

подчинению норме, установленной государством, и таким образом денежный штраф, в отличие от уголовного наказания не связан, с социально-этической претензией к лицу, допустившему правонарушение. Однако это объяснение не учитывает того обстоятельства, что те правовые нормы, санкции по которым предусматривают только денежный штраф, также служат социально-этическим целям. Управление транспортным средством при содержании более 0,5 промилле алкоголя в крови водителя запрещено не с целью привить гражданам законопослушание, а для того, чтобы уберечь участников дорожного движения от опасности, исходящей от такого водителя. Соответственно, несоблюдение этой нормы, относимое к административным правонарушениям (§ 24 a StVG), тоже является не простым неповиновением правопорядку, а несоблюдением права, имеющим социально-этическое обоснование.

13 Сегодня в науке об уголовном праве преобладает мнение, что разница между уголовно наказуемыми деяниями и административными правонарушениями носит лишь количественный характер. Отнесение законом нарушения правовой нормы к уголовно наказуемому деянию или к административному правонарушению с наложением денежного штрафа в первую очередь зависит от того, насколько, по мнению законодателя, соблюдение данной нормы значимо для жизни социума. В пограничной области, которая возникает при использовании этого критерия для отнесения нарушения права к уголовным или административным правонарушениям, определенную роль играют также соображения о том, какую из систем санкций целесообразнее применить. Уголовное судопроизводство требует гораздо больших ресурсов по сравнению с наложением денежного штрафа по нормам административного права. Поэтому для правонарушений, имеющих массовый характер (например, нарушение правил дорожного движения), экономический аспект процесса побуждает законодателя относить их к административным правонарушениям.

b) Разграничение с мерами дисциплинарного взыскания, административными взысканиями и процессуальными средствами принуждения

14 Помимо административного права имеется еще одна система публично-правовых санкций, которая отличается от уголовного права: дисциплинарное право. Дисциплинарное право применяется в случае нарушения правовых норм, действующих внутри определенной организации или для определенной профессии. Так, например, чиновники, работающие в государственных учреждениях,

несут определенные обязанности, нарушение которых карается мерами дисциплинарного взыскания.¹⁵ В принципе тот же порядок, просто имеющий более благозвучное название, действует в отношении представителей так называемых свободных профессий. Нарушение профессиональных обязанностей влечет за собой санкции, предусмотренные в правовых актах и нормах, регулирующих деятельность соответствующей профессии. Так, нарушение профессиональных обязанностей адвокатом влечет наложение санкций соответствующим судебным органом.¹⁶ Спектр санкций, применяемых в дисциплинарном праве, весьма широк: от простого предупреждения до запрета на дальнейшую профессиональную деятельность. Это, например, может означать увольнение чиновника или исключение адвоката из профессионального объединения. Несмотря на последствия этих санкций, формально они не являются уголовными наказаниями.

В отличие от административных (см. § 21 OWiG) санкций, налагаемые в дисциплинарном порядке и профессиональными сообществами, могут дополнять уголовное наказание. Чиновник (при исполнении служебных обязанностей) или адвокат (в рамках профессиональной деятельности), совершивший уголовно наказуемое деяние, обычно нарушают и правила, регламентирующие его деятельность. Поэтому в общем случае их помимо уголовного преследования ожидает и дисциплинарное наказание. Конституционный запрет двойного наказания (ст. 103 III GG) на эти случаи не распространяется, так как история появления этой статьи не исключает кумулятивного применения уголовного и дисциплинарного наказания.¹⁷ Однако при назначении меры как уголовного, так и дисциплинарного наказания необходимо следить за тем, чтобы в сумме они не оказались чрезмерно строгими. Поэтому при определенных обстоятельствах уголовное преследование может быть прекращено после наложения дисциплинарного взыскания¹⁸ или, наоборот,

¹⁵ Они предусмотрены Федеральным дисциплинарным законом (Sartorius I Nr. 220).

¹⁶ Предусмотрены в §§ 113 ff. Федерального устава адвокатов (*Schönenfelder* Дополнительный том. № 98).

¹⁷ BVerfGE 21, 378, 383 und 391, 401.

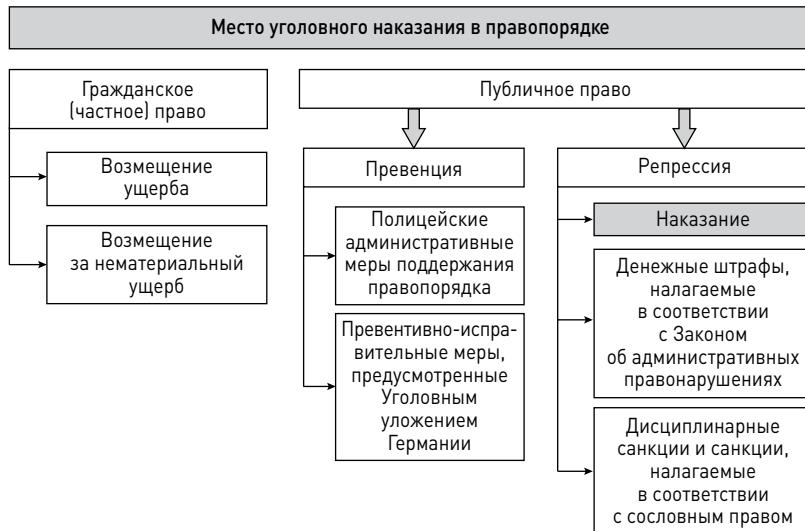
¹⁸ Основания изложены в §§ 153, 153 a StPO. Предусмотренная законом дисциплинарная ответственность может снизить общественный интерес к уголовному преследованию, поэтому в этих нормах имеется указание на возможность прекращения уголовного дела.

в связи с возбуждением уголовного дела дисциплинарное расследование не производится.¹⁹

- 16** Мерам дисциплинарного взыскания по своей сути близки судебные средства поддержания общественного порядка, которые применяются при нарушении процессуальных обязанностей. Подобно тому как сотрудники определенных учреждений имеют особые правовые обязанности, обеспечивающие им возможность выполнять служебные задачи, на судебном заседании для обеспечения порядка присутствующим запрещается мешать надлежащему ведению процесса. Нарушение этого запрета может рассматриваться как «неуважение к суду» (§ 178 GVG) и наказывается административным штрафом или арестом за нарушение общественного порядка. Эти средства тоже формально не являются уголовным наказанием. Если же «неуважение к суду» было выражено в оскорбительной форме (т.е. было уголовно наказуемым деянием) наряду с уголовным наказанием могут быть применены средства поддержания общественного порядка, а также меры дисциплинарного взыскания. Правда, в таких случаях уже наложенный административный штраф или арест за нарушение общественного порядка учитываются при определении меры уголовного наказания (§ 178 III GVG).
- 17** От средств поддержания общественного порядка нужно отличать процессуальные средства принуждения. Они отличаются тем, что не только не считаются уголовным наказанием, но и вообще не являются наказанием, поскольку служат не для того, чтобы подвергнуть наказанию лицо за нарушение процессуального регламента, а для того, чтобы вынудить его отказаться от исполнения в дальнейшем. Это отличие можно пояснить на примере неправомерного отказа свидетеля от дачи показаний. Лицо, которое отказывается от дачи свидетельских показаний на основании причин, отсутствующих в законе, нарушает свою процессуальную обязанность давать показания. За это нарушение обязанностей суд также может наложить административный штраф (§ 70 I, предл. 2 StPO). Кроме того, виновный может быть подвергнут аресту на срок до шести месяцев, но только с целью принудить его в дальнейшем к исполнению обязанности давать показания (§ 70 II StPO). Таким образом, лишение свободы в данном случае является не средством поддержания общественного порядка, а средством принуждения. Следовательно, оно – в отличие от административного штрафа – может быть применено тогда и столь долго, когда и пока данное лицо продолжает отказываться

¹⁹ Подробнее см., например, регулирование в § 115 б BRAO.

от дачи свидетельских показаний. Как только лицо заявляет о готовности к даче показаний, этот арест должен быть прекращен.



II. Система регулирования в уголовном праве

Как и в других областях права, в уголовном праве различают материальное и процессуальное право. Материальное уголовное право регулирует уголовно-правовые санкции и предпосылки их применения. Оно определяет, что является уголовно наказуемым деянием и какое наказание устанавливается за него. Уголовно-процессуальное право регулирует назначение и исполнение уголовных санкций. Таким образом, уголовно-процессуальное право определяет предпосылки для возбуждения уголовного дела, его участников, их роли, устанавливает порядок проведения расследования, прежде всего, порядок установления обстоятельств дела, форму принятия решения о наличии уголовно наказуемого деяния, порядок назначения и исполнения предусмотренных законом санкций.

1. Законодательное регулирование материального уголовного права

Важнейшая часть материального уголовного права регулируется Уголовным уложением, которое было принято в 1871 г., много раз в него вносились изменения, при этом несколько раз оно было

кардинально пересмотрено.²⁰ Модификации в основном затронули систему правовых последствий уголовно наказуемых деяний. В результате введения исправительно-превентивных мер (1933), отмены смертной казни (1949 г., в Основном законе), введения и расширения условного осуждения с назначением испытательного срока (1953 и 1969 гг.), а также поэтапной замены краткосрочного лишения свободы денежным штрафом (1924 и 1969 гг.) система правовых последствий изменилась столь значительно, что не имеет теперь практически ничего общего с изначальной редакцией 1871 г. Последние крупные изменения в Уголовный кодекс вступили в силу 01.04.1998 г. Но и после этого были приняты более 30 законов об изменениях и дополнениях УК.²¹ Поэтому при чтении литературы и ознакомлении с судебной практикой всегда необходимо тщательно проверять, насколько приводимые в них ссылки на нормы закона соответствуют актуальному тексту.

20 Материальное уголовное право подразделяется на Общую и Особенную часть. Особенная часть содержит уголовно-правовые санкции, установленные законом. Они излагают конкретные деликты и устанавливают соответствующие наказания. Так, например, § 223 I StGB гласит: «Тот, кто физически истязает другое лицо или наносит вред его здоровью – наказывается лишением свободы на срок до пяти лет или денежным штрафом». Для упрощения уголовно-правовые санкции в законе сформулированы таким образом, как будто бы они полностью описывают предпосылки наказания, хотя на самом деле это не так. Действие шестилетнего ребенка, который, играя с другими детьми, физически истязает их, под норму § 223 I StGB, разумеется, не попадает (§ 19 StGB). Сказанное относится и к физическому истязанию в состоянии необходимой обороны (§ 32 StGB). Равным образом, если невнимательность водителя привела к дорожно-транспортному происшествию, в котором пострадал другой участник дорожного движения, то его виновнику будет предъявлено обвинение не по § 223 I StGB, а по § 229 StGB, предусматривающему более мягкое наказание (§ 15 StGB).

21 Эти и другие модификации уголовно-правовых санкций Особенной части следуют из имеющих приоритет норм Общей части, в которой рассматриваются общие предпосылки и формы проявления (например, попытка, подстрекательство и т.п.) уголовно наказуемого деяния и дается единообразное регулирование для раз-

²⁰ Подробное изложение истории модификаций начиная с 1871 г. можно найти: *Roxin AT 1, Rn. 4/1–44.*

²¹ Сводную таблицу изменений Уголовного уложения см.: *Fischer, S. XLIX ff.*

личных деликтов. В принципе, таким же образом закон подходит к определению правовых последствий. И здесь санкции Особенной части оказываются неполными и дополняются приоритетными по отношению к ним нормами Общей части. В каких единицах назначается денежный штраф или лишение свободы за нанесение телесных повреждений и каким образом должно приниматься решение о выборе между двумя этими формами наказания, какая степень строгости наказания устанавливается в конкретном случае, вытекает не из § 223 I StGB, а из норм Общей части (§§ 39, 40, 46, 47 StGB). Сказанное также относится, например, к вопросам, будет ли лишение свободы условным (§ 56 StGB) или будут ли наряду с наказанием использованы другие правовые последствия, такие как исправительно-превентивные меры (§§ 61 ff. StGB).

Если Общая часть материального уголовного права почти целиком описана в нормах Уголовного уложения (§§ 1–79 b StGB), то Особенная часть Уголовного уложения (§§ 80–358 StGB) – хотя и содержит важнейшие уголовные деликты – но далеко не все. Остальные уголовно наказуемые деяния и санкции за них описаны не в Уголовном уложении, а в законах, регулирующих соответствующую сферу. Так, налоговое законодательство содержит уголовные санкции за уклонение от уплаты налогов (§ 370 AO), законодательство, регулирующее оборот оружия, описывает состав преступлений, связанных с незаконным обладанием оружием (§§ 51, 52 WaffG), Законом о правилах дорожного движения предусматривается уголовная ответственность за управление транспортным средством без прав вождения (§ 21 StVG), а Законом о защите животных – за жестокое обращение с животными, незаконная торговля наркотиками влечет уголовную ответственность в соответствии с нормами Закона о наркотических веществах (§ 29 BtMG). Совокупность этих составов уголовных преступлений, описанных в самых разных законах, называется **дополнительным уголовным правом**.²² Такое название может ввести в заблуждение, поэтому следует помнить, что речь здесь идет о полноценных составах уголовно наказуемых деяний, которые по соображения юридической техники оказались не включены в Особенную часть Уголовного уложения. Поэтому нормы Общей части Уголовного уложения действуют и по отношению к деликтам, описанным в дополнительном уголовном праве.

²² Дополнительное уголовное право рассматривается и комментируется в сборнике *Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze*. Достаточно просто пролистать его, чтобы получить представление о количестве уголовных составов, существующих в нашем правопорядке.



Перейти на сайт →