

“中俄与德日两大犯罪论体系比较研究”

国际研讨会文件之二

国际研讨会论文集

中 国 政 法 大 学

最高人民检察院检察官国际交流中心

二〇〇八年十一月·北京

犯罪构成：工具的分析

阿尔弗雷德·埃内斯托维奇·扎林斯基*

СОСТАВ ПРЕСТУПЛЕНИЯ: ИНСТРУМЕНТАЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

Альфред Эрнестович Жалинский*

1. Описание проблемы. Её содержанием является поиск средств и способов повышения пригодности, полезности и эффективности конструкции состава преступления и иных составов деяния для реализации задач уголовного права в соответствии с российским законодательством и российской уголовно – правовой доктриной.

Инструментальный анализ конструкции состава преступления и связанных с ним фактического состава, состава запрещенного деяния и других составов позволяет найти аргументы разрешения споров о границах и структуре состава преступления, его соотношении с уголовным и исполняющим законодательством. Он дает возможность совершенствовать структуру и содержание составов особых форм преступления или его элементов, в частности множественности, соучастия, приготовления и покушения, обстоятельств, исключающих преступность деяния, как составов контратипа, а главное совершенствовать конструкцию состава как средства познания и реализации уголовного закона. Характеристика инструментального анализа основана на понимании преступления и состава преступления в системе российского уголовного права. По соображениям объема текста лишь латентно учитывают состояние проблемы в иных уголовно – правовых системах.

2. Исходные положения.

А. Под конструкцией состава преступления в данном случае понимается преобразованная для практических нужд, выраженная текстуально совокупность или система признаков, установленных уголовным законом и характеризующих деяние как преступление определенного вида, т.е. как деяния, предусмотренного и запрещенного предписаниями Особенной части Уголовного кодекса. Уголовный закон, как правило, не устанавливает состав преступления в виде юридической конструкции^①.

* 法学博士，教授，功勋科学家，国立高等经济学校刑法教研室副主任

* Доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки, зав. кафедрой уголовного права Государственного Университета-Высшей Школы Экономики

^① См.: Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М.: «Юридическая литература», 1972. Кузнецова Н.Ф. Состав преступления / в кн. Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуженного деятеля науки РФ А.И. Коробеева. Т. I: Преступление и наказание. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 302-324. Наумов А.В. Состав преступления / в кн. Российское уголовное право. Курс лекций: в 3 т. Т. I. Общая часть / А.В. Наумов. – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 292-301. Прохоров В.С., Мацнев Н.И. Состав преступления / в кн. Уголовное

Состав преступления понимается ниже как выраженный в уголовно – правовой доктрине результат преобразования предписаний, содержащихся в уголовном законе, в иную практически необходимую форму, что происходит в процессе накопления практического опыта и развития теории. Именно поэтому возможно расширение ряда составов преступления и их совершенствование в практических целях при необходимости без изменения текста уголовного закона.

Б. Связанность конструкции состава преступления законом и доктриной. Понимание и совершенствование конструкции состава преступления, будучи направлено на достижение практических целей, на обеспечение реализации задач уголовного права основано на законодательной регламентации преступления и его последствий, на сложившемся учении о составе преступления как части учения о преступлении.

В современной уголовно – правовой литературе различных стран учение о составе преступления является не просто одной из центральных частей науки уголовного права, но и практической основой применения уголовного законодательства, его алгоритмом. Это подтверждается и вниманием науки к проблематике состава преступления и широким использованием алгоритма состава деяния как практическими работниками, так и в сущности любыми лицами, пытающимися понять содержание запрета.

Уголовно – правовое мышление, интеллектуальное сопровождение правотворчества и правореализации прежде всего уясняют какие признаки необходимы для признания опасного деяния преступлением, как следует описать либо как уже описан уголовно – правовой запрет в соотносимых с данным деянием нормах закона, какие последствия влечет соответствующее деяние. Только на основе понимания, включая профессиональное толкование, предписаний уголовного закона могут быть отобраны необходимые и достаточные признаки состава преступления, сформировано их содержание, необходимое для реализации функций этой юридической конструкции.

В. Переход от предписаний закона к составу деяния.

Он осуществляется: а) прогностически в процессе уголовного правотворчества, связывая законодателя потребностями правореализации; б) при постоянном анализе закона и разработке рекомендаций по его применению в форме составов деяния; в) собственно в процессе правоприменения, когда происходит конкретизация разработанных в уголовно – правовой доктрине составов деяния.

При несомненной инструментальной ценности конструкции состава деяния в целом и преступления, в особенности все же необходимо разработать определенные условия и правила трансформации предписаний закона, который является в данном случае объектом познания, в его рациональную и полезную модель, которой является состав уголовно – наказуемого деяния. При этом оказывается необходимым соблюдать две взаимосвязанные группы правил и

право России: Общая часть: Учебник / Под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. – СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. Гос. ун-та, 2006. – С. 363-380. *Трайнин А.Н.* Общее учение о составе преступления. М.: Госюриздат, 1957. *Карпушин М.П., Курляндский В.И.* Уголовная ответственность и состав преступления. М.: «Юрид. лит.», 1974. и другие работы.

ограничений.

Первая группа содержит в себе принятые господствующим мнением результаты теоретического анализа и сложившегося понимания действующего закона, природы преступления и состава преступления, функций составов деяния, их сущностных черт, определяемых назначением уголовного права, его легитимностью, субсидиарностью, противоречивостью. Эта группа условий и ограничений внешне оторвана от прямых потребностей уголовного права и носит повествовательный характер. Однако, она играет в высшей степени важную стабилизирующую роль, представляя уголовное право, как легитимный социальный инструмент. Важнейшим правилом данной группы можно считать обязательность отражения предписаний закона, в особенности признаков преступления в конструкции состава преступления и достаточность содержания преступления для материального и процессуального обеспечения окончательного судебного решения.

Вторая группа в большей мере является технической, и содержит в себе инструментальные правила и приемы. Она определяется спросом на справедливое, предсказуемое и рационально устроенное, в конечном счете, эффективное уголовное законодательство. Использование этих правил позволяет конструировать и затем понимать состав преступления как инструмент реализации уголовного закона. Важнейшие правила этой группы состоят в: а) согласованном отражении при описании совершенного деяния его предметной основы и правовой оценки (так должно быть так или иначе понятно, что является обманом и как оценивается тот или иной вид обмана в структуре состава деяния); б) построении любого состава деяния в принятых границах и по разработанной схеме, но в точном соответствии с законом; в) обеспечении возможности понимания смыслов, содержащихся в текстовом выражении состава деяния.

Значение этих правил и спрос на них возросли на современном этапе. Понимание и реализация уголовного закона профессионально усложнились. Быстро меняется уголовное законодательство. Некоторые тексты уголовного закона стали напоминать выдержки из экономических работ. Они требуют глубокого знания позитивного законодательства, регулирующего корпоративные отношения, избирательный процесс и пр. Мораль и традиционное правосознание все сложнее сопрягаются с уголовным законом. Повысилась острота профессиональная нагрузка лиц, применяющих уголовный закон.

3. Этапы инструментального построения состава деяния \преступления\.

В соответствии с изложенными исходными положениями можно представить три основных таких этапа: прогностный, предшествующий созданию уголовно – правового запрета в виде текста уголовного закона; доктринальный, постоянно осуществляемый путем толкования и обеспечивающий адаптацию уголовного закона к социальному контексту; правоприменительный, когда выстраивается такой предельно конкретизированный состав преступления, который оказывается основой принимаемого решения или правовой позиции, не выраженной в решении. В основе описания состава деяния, естественно, лежит язык, а его результатом является некоторый текст, основанный на уголовном законе, но находящийся вне уголовного закона, т.е. осуществляющий самостоятельно.

В связи с этим инструментальный подход к составу преступления включает в себя на

каждом этапе:

а) основанное на уголовном законе определение конкретных целей использования типовой и конкретизированной конструкций состава преступления, что предполагает решение спора о классификации составов и соответственно их границах; б) предметное описание фактической модели или фактического состава деяния, и, прежде всего, объективной стороны преступления, позволяющее идентифицировать деяние во времени и пространстве; в) принятие значения соотносимых с деянием правовых понятий и конструкций, обеспечивающих принятие и аргументацию правовой оценки ссылками на уголовный закон и исполняющее законодательство; г) выбор конструкции состава и размещение его признаков; д) проверку легитимности, необходимости и достаточности содержания сконструированного состава деяния.

При этом инструментальный подход должен быть использован для непосредственного решения практических проблем, к которым относятся, в частности:

- разрыв между текстом закона и содержанием признаков состава преступления, необходимых и достаточных для применения этого закона; это фактически вынуждает правоприменителя подменять закон сформулированными в юридической литературе моделями составов отдельных уголовно – правовых запретов, создавая опасность распространения в правоприменительной практике специфического, доктринально - прецедентного права и порождая нелегитимность отдельных уголовно - правовых решений;

- неопределенность отдельных признаков состава преступления; это фактически выражается в невозможности предметной характеристики признаков деяния, например характеризующих идеальную совокупность, психические процессы, образующие умысел либо неосторожность, причинную связь и пр;

- трудности обоснования легитимности ряда признаков, исполняющих состав преступления, например, определяющих общественную опасность деяния.

4. Инструментальный анализ спорных вопросов понимания и использования конструкции состава преступления.

А. Функции и цели использования конструкции состава преступления.

Они неодинаково определяются в разных национальных уголовно – правовых системах. В российской уголовно – правовой литературе использование конструкции состава преступления преимущественно связывается с квалификацией деяния, которую академик В.Н.Кудрявцев, вслед за многими другими специалистами понимал «как установление и юридическое закрепление точного соответствия между признаками совершенного деяния и признаками состава преступления, предусмотренного уголовно – правовой нормой»¹⁰. Это совершенно правильное понимание значения состава преступления. Трудности начинаются при ее искажении, а именно когда конструкция состава преступления наделяется самостоятельным юридическим значением и в отрыве от закона используется для нормативного обоснования решения о признании или непризнании деяния преступлением. Обычно это происходит по вине законодателя, фактически передающего свои функции правоприменителю.

¹⁰ См.: Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М.: «Юридическая литература», 1972. – С. 8.

Такое понимание целей состава преступления инструментально непригодно. Оно может порождать возможные уголовно – правовые ошибки, связанные с отступлением от уголовного закона, его подменой доктринальными рекомендациями.

На наш взгляд, функции состава преступления, как минимум, таковы:

а) моделирующая, обеспечивающая необходимое и достаточное для принятия уголовно – правовых решений использование законодательных предписаний; б) коммуникационная, т.е. создание общего языка и общих структур, позволяющих сравнивать фактически совершенное деяние и установленный уголовным законом запрет совершения такого деяния; в) идентифицирующая, т.е. описание предметной основы деяния языком уголовного закона в нуждах уголовного права; г) технологическая, т.е. создание и конкретизация алгоритма сопоставления предметного описания деяния и уголовно – правовых норм.

Функцию нормативно – правового обоснования решений, в частности уголовно – правовой оценки деяния состав преступления не выполняет, и выполнять не может. Это порождает необходимость в разработке и, возможно, регламентации правил проверки состава деяния на соответствие закону, что, разумеется, нуждается в специальном исследовании. Возможно, необходимо также и отказ от таких уголовно – правовых понятий и конструкций, которые не могут быть преобразованы в технологически пригодное описание в форме состава преступления. Это актуально. Когда в тексте закона используются не просто оценочные, но принципиально не поддающиеся оценке понятия, например, преступное сообщество, явное неуважение к обществу и пр.

Б. Содержание состава преступления. Здесь возникают трудности, связанные с полнотой и достаточностью признаков состава и их значений. Отметим две из них.

Первая. Состав преступления в его традиционном понимании не соответствует признакам преступления, как они регламентированы в ст. 14 УК РФ, поскольку не характеризует признаки общественной опасности. Встречающееся нередко в уголовно – правовой литературе указание на то, что весь состав преступления отражает общественную опасность деяния, просто делает излишним понятие общественной опасности. Между тем, предположение о том, что законодатель прибегает к излишества, всегда нуждается в обосновании.

Вторая. Признак угрозы наказания, установленный в ч. 1 ст. 14 УК РФ, который законодатель соотносит с индивидуализацией мер уголовно – правового воздействия (ст. 60, 61 и следующие УК РФ), в границы состава преступления также не входит, притом за небольшими исключениями учет соответствующих норм факультативен. Эта позиция законодателя традиционна, но обосновать ее трудно. Возникает сомнение в пригодности состава преступления быть достаточным основанием уголовной ответственности. При этом обе названные трудности порождают, в сущности, неверно ориентированную оценку деяния: ее излишний формализм, а иногда искажения уголовной политики.

В связи со сказанным предлагается для обсуждения два возможных варианта. Первый - расширение границ состава преступления за счет включения в него признаков общественной опасности деяния и признаков, определяющих индивидуализацию наказания. Это позволит построить более четкую программу назначения наказания, четче определив пределы усмотрения

суда, а также в большей степени согласовать материально – правовые и уголовно-процессуальные предписания действующего российского законодательства.

Второй вариант – противоположный. С инструментальных позиций, быть может, стоит доктринально ограничить состав преступления характеристикой уголовно – наказуемого деяния, отделив его от состава вины и состава общественной опасности. Это предложение связано с ранее предпринимавшимися попытками вывести признаки субъекта деяния из состава преступления (А.Н.Траинин и др). Оно, быть может, позволит более развернуто характеризовать наряду с составом деяния также материальную сторону преступления в его субъектном и субъективном проявлениях.

При таком варианте основанием уголовной ответственности будет признаваться в уголовно - правовой доктрине преступление как общественно опасное, виновно совершенное, противоправное, уголовно – наказуемое деяние, а критериями уголовной ответственности или группами признаков, характеризующих деяние, имеющими различное содержание, являя: противоправность состава деяния, вина, общественная опасность.

В. Структура состава деяния.

Традиционное построение структуры деяния кажется оптимальным. Однако, здесь возникают сомнения уже по высказанным соображениям относительно содержания данной конструкции. По господствующему в российской литературе мнению структуру состава преступления образуют четыре элемента и соответствующие им группы признаков, характеризующие единичное деяние, совершенное впервые одним исполнителем, и кратко именуемые как объект преступления, объективная сторона, субъект и субъективная сторона преступления.

С инструментальных позиций можно дополнительно указать, как минимум, на две проблемы.

Первая: разграничение элементов преступления кажется излишне жестким и не вполне адекватным как предметной характеристике деяния, так и юридическому понятию преступления.

Оно не учитывает свойств деяния, необходимых для признания его преступлением, т.е. подконтрольности деяния сознанию и воле. Это, в частности сказывается на понимании причинной связи, которое в современной доктрине оторвано от субъективных признаков, несмотря на то, что в уголовно – правовом понимании она всегда носит волевой характер, который, правда, необходимо оценивать по наличию умышленной или неосторожной вины, либо отсутствию вины. Строго говоря, данная структура передает не столько содержание состава преступления, сколько алгоритм его построения, разумеется, все же связанный с содержанием состава деяния.

Целесообразно обдумать возможность включения в структуру состава преступления признаков пространственных и временных границ деяния, причинных связей, пересекающихся признаков объективной и субъективной сторон, их связей и взаимозависимостей, а также объективной стороны, прежде всего последствий и объекта преступления.

Вторая проблема состоит в необходимости доктринальной разработки структур составов

преступления, соответствующих отдельным формам совершения уголовно – наказуемого деяния, а именно совершенно преступления в соучастии, идеальной совокупности, неоконченного преступления и пр. Почти не разрабатываются как специфические составы обстоятельств, исключающих преступность (противоправность и виновность) деяния. На наш взгляд, это опровергает общее понимание природы и функций состава преступления, резко ограничивая его инструментальное применение.

Приведенные соображения отнюдь не исчерпывают проблематику инструментального анализа конструкции состава преступления. Кажется, однако, несомненной необходимость проведения дальнейших исследований в этой сфере, направленных на повышение пригодности и полезности этой конструкции, а соответственно усиление законности и эффективности реализации уголовного закона.