

Преступление и его признаки: проблемы доктринальной оценки

Аннотация. В статье рассматриваются доктринальные проблемы преступления как центрального института уголовного права. Раскрываются с онтологических позиций сущность и содержание понятия «преступление» и его признаки: деяние, общественная опасность, противоправность, виновность и наказуемость. Дифференцированный подход к оценке противоправности и общественной опасности деяния обуславливает появление множества концепций преступления и его характерных элементов (признаков). Законодательное понятие преступления основывается на том, что деяние отображает и характеризует преступление, и именно деяние обладает набором объективных и субъективных признаков. Автором намечены тенденции развития учения о преступлении в условиях глобальной инструментализации уголовного права и унификации правовых систем современности. Основной вывод заключается в том, что понятие преступления должно формулироваться через определение общественной опасности и противоправности (преступление — общественно опасное и противоправное поведение). Именно сочетание общественной опасности и противоправности образует понятие преступления, а остальные признаки являются производными. Общественно опасное поведение содержит в себе набор объективных и субъективных признаков противоправности, которые непосредственно закреплены в уголовно-правовой норме, предусматривающей и элемент наказания как меру государственного воздействия.

Ключевые слова: преступление; сущность преступления; признаки преступления; состав преступления; уголовное право; противоправность; общественная опасность; вина; наказание; деяние; поведение.

Для цитирования: Хилюта В. В. Преступление и его признаки: проблемы доктринальной оценки // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 3. — С. 110–123. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.124.3.110-123.

Crime and Its Elements: Issues of Doctrinal Assessment

Vadim V. Khilyuta, Cand. Sci (Law), Associate Professor, Associate Professor, Department of Criminal Law, Process and Criminalistics, Yanka Kupala State University of Grodno, Belarus Republic
ul. Ozheshko, d. 22, Grodno, Republic of Belarus, 230020
tajna@tut.by

Abstract. The paper examines the doctrinal problems of crime as the central institution of criminal law. The essence and content of the concept of "crime" and its features are revealed from ontological positions: an act, social danger, wrongfulness, guilt and punishability. A differentiated approach to assessing the wrongfulness and social danger of an act determines the emergence of many concepts of crime and its characteristic elements (features). The legal

© Хилюта В. В., 2021

* *Хилюта Вадим Владимирович*, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права, уголовного процесса и криминалистики Гродненского государственного университета имени Я. Купалы, Республика Беларусь
ул. Ожешко, д. 22, г. Гродно, Республика Беларусь, 230020
tajna@tut.by

concept of a crime is based on the fact that the act reflects and characterizes the crime and it is the act that has a set of objective and subjective features. The author outlines some trends in the development of the doctrine of crime in the context of the global instrumentalization of criminal law and the unification of modern legal systems. The main conclusion is that the concept of a crime should be formulated through the definition of social danger and unlawfulness (a crime is socially dangerous and unlawful behavior). It is the combination of public danger and wrongfulness that forms the concept of a crime and the rest of the features are derivatives. Socially dangerous behavior contains a set of objective and subjective features of wrongfulness, which are directly enshrined in the criminal law, which also provides for an element of punishment as a measure of state influence.

Keywords: crime; essence of the crime; features of a crime; corpus delicti; criminal law; wrongfulness; public danger; guilt; punishment; act; behavior.

Cite as: Khilyuta VV. Prestuplenie i ego priznaki: problemy doktrinalnoy otsenki [Crime and Its Elements: Issues of Doctrinal Assessment]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*. 2021;16(3):110-123. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.124.3.110-123. (In Russ., abstract in Eng.).

История существования человечества убедительно доказывает, что в социуме всегда будут совершаться определенные поступки, которые сегодня мы именуем преступлениями. Преступление, наряду с наказанием, является центральной и основной категорией уголовного права. Традиционно преступление рассматривается как вид общественно опасного поведения (деяния). Это и понятно, потому как антисоциальная деятельность человека обуславливает развитие и функционирование уголовного права. Как бы ни называлось общественно опасное поведение людей (обида, неправда, лихое дело, согрешение, проступок, посягательство) и какой бы социальный смысл ни вкладывался в эти названия, такое поведение всегда выступало и выступает предметом уголовно-правового запрета¹.

Тем не менее определение того, что является преступлением и за что следует наказание, всегда было прерогативой публичной власти. Именно она определяла и определяет сегодня, какое поведение не соответствует норме, и объявляет круг наиболее важных обществен-

ных отношений (ценностей, благ), подлежащих правовой охране. Государство в данном случае выступает не только гарантом безопасности общества (поскольку оно само не может оградить себя от преступных посягательств), но и единственным институтом, законно применяющим насилие. Хотя в идеале преступление должно отражать настроения общества, его потребности и социальные нужды, т.е. фактически проецировать общественное настроение.

История различных эпох и народов, а также действующее уголовное законодательство многих государств знают немало человеческих поступков, когда-либо признававшихся и признающихся в настоящее время преступлением. В этой связи возникает естественный вопрос о закономерностях развития понятия «преступление» и выявлении общих признаков данного понятия, которые бы являлись основанием для признания того или иного поступка человека антисоциальным, а иначе говоря — преступным. Однако трудно не согласиться с тем, что изменение воззрений на понятие и признаки преступления в уголовном праве производно

¹ См.: Мальцев В. В. Проблема отражения и оценки общественно опасного поведения в уголовном праве : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1993. С. 3 ; Павлухин А. Н., Нестеров П. П., Эриашвили Н. Д. Общественно опасное поведение и его уголовная противоправность. М., 2007. С. 3

² Еще Т. Гоббс говорил о том, что нет и не может быть естественных преступлений, преступлений in se, т.е. именно таких, которые бы всегда и при всех условиях являлись бы опасными. Воровство, убийство, прелюбодеяние хотя и запрещаются естественным правом, но определение этих деяний всегда дается законом позитивным, а не естественным. Поэтому не всякий захват вещи есть воровство, не всякое лишение жизни человека есть убийство и не всякое совокупление есть прелюбодеяние (см.: Гоббс Т. Философские основания учения о гражданине. М., 1914. С. 88).

от изменения общественных отношений, условий развития общества и публичных институтов власти. С этой точки зрения «преступление» в каком-то смысле всегда будет оценочной категорией².

Итак, главным содержательным признаком преступления сегодня выступает общественно опасное поведение (деяние³), хотя в правовой литературе и в законодательстве ряда стран вводятся дополнительные признаки — виновность; наказуемость; аморальность; лицо, совершившее преступление, и т.д. Однако всё же эти признаки производны либо от общественной опасности, либо от уголовной противоправности. Преступление в социально-психологическом аспекте представляет собой определенное поведение, а с юридической стороны является посягательством на общественные отношения (или в ином контексте — правопорядок). Именно внешнее проявление человеческой воли — поведение, как писал М. И. Ковалев, является наиболее общим и самым обязательным признаком любого преступления⁴. Таким образом, в действующем понятии преступления соединены его формальные и материальные признаки. Дифференцированный подход в оценке противоправности и общественной опасности деяния обуславливает появление множества концепций преступления и его характерных элементов (признаков). Однако сегодняшнее законодательное понятие преступления основывается на том, что деяние отображает преступление и именно деяние обладает набором известных признаков.

Деяние. Законодатель считает необходимым в настоящее время описать суть преступления через понятие «деяние». То есть преступление — это деяние, определенное поведение человека (конкретный акт или совокупность таких актов), выраженное в объективной форме (внешний акт опасного поведения человека). Иначе говоря, существенное значение в понятии преступления отводится именно преступному

поведению, а не свойству личности преступника. Однако деяние — это один из признаков (элементов) преступления, что вряд ли раскрывает суть самого общественно опасного поведения. И если обратить внимание на элементы состава преступления, то мы увидим, что деяние является одним из признаков объективной стороны преступления наряду с последствиями и причинной связью между деянием и наступившими последствиями. Иначе говоря, законодательное описание преступления через один из признаков объективной стороны — деяние (которое может выражаться в форме действия или бездействия) — выглядит не очень логичным, потому как любое преступление влечет последствия. Не бывает так, что совершено преступление, а никаких последствий не наступило. Если такое и имеет место в реальности, то такое деяние не представляет собой преступление. Более того, каждое деяние имеет объективные и субъективные признаки. И если субъективные признаки характеризуются через понятие вины, то объективные признаки опять же через понятие «деяние». Но деяние не может характеризовать деяние. Получается, что данный термин используется дважды: в узком (как признак объективной стороны) и широком значениях (как генеральный преступный акт). Очевидно, что используемый законодателем термин «деяние» в этой ситуации имеет крайне узкое значение и не отражает суть общественно опасного посягательства на объекты уголовно-правовой охраны.

Например, Уголовный кодекс Республики Беларусь при определении понятия преступления (ч. 1 ст. 11) использует такую формулировку, как «деяние (действие или бездействие)», что четко указывает лишь на операционный способ в структуре преступления, но никак не на последствия, которые должны в обязательном порядке наступить при совершении общественно опасного посягательства. Поэтому, на наш взгляд, нельзя безоговорочно утверждать о том, что деяние — это есть действие или бездей-

³ В психологии не используется понятие «деяние», а больше употребляются такие термины, как «поведение», «поступок», «деятельность» и т.д.

⁴ Ковалев М. И. Понятие и признаки преступления и их значение для квалификации. Свердловск, 1977. С. 13.

ствие, которое автоматически причиняет общественно опасное последствие. Коль скоро мы оперируем понятием «деяние», то нет никаких оснований утверждать, что этот термин охватывает собой и последствия, независимо от того, имеется ли в законодательном определении преступления расшифровка понятия деяния — действие или бездействие. Это никоим образом не меняет сути самого посягательства, поскольку деяние и последствия — это различные понятия, в которые вкладывается определенный смысл. Утверждать же, что деяние включает и общественно опасные последствия, можно, но это уже будет крайне расширительное толкование норм уголовного закона.

Преступление — это акт (или совокупность актов) внешнего сознательно-волевого поведения человека, которое протекает исключительно под контролем его сознания и воли⁵. Чтобы быть признанным виновным, необходимо наличие свободы воли, потому как человек совершает преступление, руководствуясь своим выбором и волей. Таким образом, преступление, как и любое поведение человека, представляет собой определенное психофизиологическое явление, в основе которого лежит осознанность совершаемого поступка (свобода воли⁶). Человек, если не действует под принуждением, свободен в выборе своего поведения, именно он решает, совершать ли ему противоправное посягательство или нет. То есть деяние характеризуется волимостью и добровольностью.

Однако доктрина полной свободы воли ставит под сомнение обоснованность неосторожных преступлений (в частности, в случае небрежности). Если мы исходим из того, что волевой элемент небрежности характеризуется отсутствием у лица волевых усилий, направленных на предвидение общественно опасных последствий, то при совершении такого преступления (именно в форме небрежности⁷) отсутствует непосредственный акт произвольного волеизъявления в отношении совершаемого деяния (действия или бездействия), которое совсем не охватывается волей субъекта. Лицо признается виновным лишь при наличии возможности (а не реальности) отражения в его сознании того, что он совершил.

Безусловно, человеческая деятельность, включая и деятельность, выражающуюся в совершении общественно опасных поступков, отличается от деятельности существ, не обладающих разумом, и тем, что совершению деяния предшествует представление об этом (действии или бездействии) в сознании человека⁸. Соответственно, рефлекторные и инстинктивные реакции не могут быть соотносимы с преступным деянием. Вместе с тем признание преступлением только сознательного и волевого акта человеческого поведения не может предрешать вопрос о виновности субъекта. Субъективное отношение лица к последствию в данном случае имеет второстепенный характер, т.к. главное заключается в том, что

⁵ Уголовное право России. Общая часть / под ред. Ф. Р. Сундунова, И. А. Тарханова. М., 2009. С. 139.

⁶ Свобода воли в уголовном праве рассматривается как автономно принятое решение человека выбрать из доступных ему один вариант поведения (действия) и реализовать такой вариант (см.: Шевелева С. В. Свобода воли и принуждение в уголовном праве : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2015. С. 17). Однако еще Н. Д. Дурманов обращал внимание на то, что понимание телодвижения как самостоятельного элемента действия является неизбежным следствием идеалистического воззрения, противопоставляющего волю и действие, и связывается с отрицанием качественных особенностей сознательной человеческой деятельности как деятельности, направляемой на определенный объект (Дурманов Н. Д. Понятие преступления. М. — Л., 1948. С. 54).

⁷ Согласно ч. 3 ст. 26 УК РФ преступление признается совершенным по небрежности, если лицо не предвидело возможности наступления общественно опасных последствий своих действий (бездействия), хотя при необходимой внимательности и предусмотрительности должно было и могло предвидеть эти последствия.

⁸ Дурманов Н. Д. Указ. соч.. С. 38.

поступок человека (деяние) предопределяется его волей и это имеет решающее значение для констатации факта совершенного преступления. Именно воля в полной мере воплощается в самом действии, а не в наступивших последствиях. С другой стороны при такой парадигме поступок берется сам по себе, абстрактно вне личности, которая его совершает. Получается, что из всех многообразных свойств личности берется за основу только элемент конкретного волевого акта⁹.

В настоящее время положение о том, что без деяния не может быть преступления, фактически стало аксиомой, а потому сама мысль об обоснованности построения соответствующих дефиниций воспринимается как само собой разумеющаяся¹⁰. Между тем, как было подчеркнуто, деяние не отражает в полной мере сути внешнего акта преступления. Предпочтительнее в этой связи было бы говорить об общественно опасном поведении или преступном посягательстве. Термин «поведение» в этом отношении характерен для всех видов человеческой активности, поскольку связан с воздействием на внешнюю среду. Это воздействие проявляется в осуществлении определенной деятельности, которая охватывает собой совокупность действия, бездействия, операций, поступков и т.д., которые непременно направлены к реализации единой цели. Используемый же сегодня термин

«деяние» имеет узкое значение и больше характеризует определенное значение объективной стороны состава преступления. Поэтому именно поведение человека¹¹ и есть то явление, которое несет в себе общественную опасность и противоправность.

Настаивая на том, что именно деяние, а не поведение вполне точно отвечает сути преступления, исследователи в качестве аргумента ссылаются на то, что поведение присуще не только человеческому существу, но и всякому другому живому организму, а деяние есть исключительно форма человеческого существования и проявления. Более того, деяние обозначает более обособленный от остального поведения поступок¹². Однако если все же мы говорим о деянии как об избирательном акте человеческого поведения, то, определяя преступление через именно деяние, мы должны полностью обозначить сущность преступления через механизм операционного порядка. Очевидно, что понятие «деяние» здесь не совсем подходит, поскольку оно не раскрывает всех аспектов и закономерностей преступления в контексте не только самого преступного акта, но и причинения вреда охраняемым отношениям (ценностям). Не будем забывать и о том, что преступное поведение обладает теми же признаками, которые присущи любому человеческому поведению.

⁹ По этому поводу еще К. Маркс замечал, что «не значит ли это обманывать самого себя, когда на место индивидуума, с его действительными мотивами, с испытываемым им многообразным воздействием социальной среды, ставят абстракцию “свободной воли”, заменяя всего человека одним из многих человеческих свойств» (цит. по: *Дурманов Н. Д.* Указ. соч. С. 30).

¹⁰ Уголовное право. Общая часть / отв. ред. И. Я. Козаченко. М., 2008. С. 146.

¹¹ В. В. Мальцев применительно к обсуждаемой проблеме отмечал, что, поскольку общественно опасное поведение есть поведение человека, элементом структуры такого поведения является и лицо, совершающее общественно опасное деяние, т.е. деятель (*Мальцев В. В.* Указ. соч. С. 24–25). Это коренным образом меняет акценты в определении понятия «преступление», поскольку наряду с деянием присутствует и деятель, т.е. человек.

¹² Уголовное право. Общая часть. Преступление. Академический курс : в 10 т. Т. 5 : Понятие преступления. Состав преступления / под ред. Н. А. Лопашенко. М., 2016. С. 76–77.

Получается, что с этой точки зрения можно говорить о преступлениях, совершаемых животными и даже растениями. Однако если мы признаем активную роль человеческого сознания в формировании понятия преступления, то именно оно создает предпосылки для выделения отдельных актов человеческого поведения и оценки их независимо от других поступков и свойств личности.

Общественная опасность. Общественная опасность¹³ рассматривается как материальный признак преступления, выражающий социальную сущность данного понятия¹⁴. Именно данный признак позволяет ответить на вопрос о том, почему то или иное деяние отнесено к разряду преступлений, а не правонарушений или проступков¹⁵. Общественная опасность — это такой признак преступления, который указывает на способность причинения существенного вреда охраняемым правоотношениям. Обычно в уголовно-правовой литературе по этому поводу указывают на то, что общественно опасное деяние причиняет вред или создает угрозу причинения вреда личности, обществу или государству¹⁶. Следовательно, общественная опасность определяется как возможность отрицательного влияния всякого преступления на социальные

условия функционирования человека, общества, государства¹⁷. Вред в данном случае может рассматриваться как нарушение устоев общества и как причинение ущерба конкретному охраняемому благу (общественному отношению). В этой связи содержанием общественной опасности и выступает весь тот вред, который причиняется преступлением, в чем бы этот вред ни состоял¹⁸. Однако общественная опасность — это свойство (признак) не только преступления, но и других правонарушений, а также поступков людей, прямо не предусмотренных правом.

Применительно к данному аспекту ряд правоведов отстаивают позицию, согласно которой общественная опасность как чисто социологическое понятие не может быть введена в уголовный закон, поскольку это ведет к деюридизации и размыванию правовых критериев¹⁹. По

¹³ Введение общественной опасности как материального признака преступления рассматривалось в советской уголовно-правовой науке как значительный шаг вперед в познавательном и методологическом аспекте понимания сущности и содержания преступления.

¹⁴ Уголовное право России. Части Общая и Особенная / под ред. А. И. Рарога. М., 2014. С. 45.

¹⁵ В данном случае общественно опасное поведение (деяние) рассматривается в двух аспектах: а) социологическом, отражающем опасность всего массива отклоняющегося поведения; б) уголовно-правовом, характеризующем опасность лишь определенной части отклоняющегося поведения, запрещенного уголовным законом (см.: Павлухин А. Н., Нестеров П. П., Эриашвили Н. Д. Указ. соч. С. 20). Однако нужно иметь в виду, что общественно опасное деяние не всегда является преступлением и момент возникновения и прекращения опасности может не совпадать со временем криминализации или же декриминализации общественно опасного поведения. Как и наоборот, фактически существующих общественно опасных деяний всегда больше, чем тех, которые запрещены уголовным законом.

¹⁶ Уголовное право России. Части Общая и Особенная / под ред. А. В. Бриллиантова. М., 2015. С. 75.

¹⁷ См.: Марцев А. И. Общие вопросы учения о преступлении. Омск, 2000. С. 7–10; Токарчук Р. Е. Общественная опасность как общий принцип уголовного права и уголовной ответственности // Юридические исследования. 2012. № 1. С. 126–142.

¹⁸ См.: Прохоров В. С. Преступление и ответственность. Л., 1984. С. 21.

В юридической литературе существует и диаметрально противоположный взгляд на понятие «общественная опасность». Так, П. А. Фефелов считал, что сущность общественной опасности заключается не во вредоносности деяния, а в его способности служить «социальным прецедентом» (негативной ценностной ориентацией или примером для подражания), создавать угрозу повторения антиобщественного поведения. Это дает ему основание для вывода о том, что «преступное деяние как частица человеческой практики заключает в себе негативные с точки зрения интересов общества познавательную, преобразовательную и социально-ценностную функции» (Фефелов П. А. Механизм уголовно-правовой охраны: основные методологические проблемы : дис. ... д-ра юрид. наук в форме науч. доклада. Екатеринбург, 1993. С. 8–9). Позиция эта весьма противоречивая, т.к. общественная опасность выводится из будущего негативного поведения (причем только умышленного), включающего «опыт» предыдущего.

¹⁹ Васильев А. М., Мошкин С. В. Теоретические проблемы современности к пониманию преступления // Теория и практика общественного развития. 2011. № 6. С. 197.

утверждению М. И. Ковалева, поиск материального признака преступления (общественной опасности) должен начинаться с того, что его следует искать не в самом уголовном праве, а вне его²⁰. Отсюда и делался вывод о том, что природа преступления коренится в общественных отношениях.

С этой точки зрения общественная опасность может толковаться по-разному. С одной стороны, можно говорить о том, что общественная опасность — это характерное свойство деяния, которое фиксируется законодателем при криминализации такого поведения и объявлении его преступным, а с другой стороны, нет деяний, которые бы были опасны «сами по себе», поскольку опасность — это такой признак, который приписывается деянию в момент его криминализации²¹.

В социологической парадигме термин «общественная опасность» определяет такое свойство, которое связано с актуальным и потенциальным разрушением жизненно важных социальных структур²². Это фактически означает, что объективность общественной опасности преступления происходит на уровне конъюнк-

турных соображений, на уровне определенной социальной группы, которая формулирует критерии опасности либо неопасности того или иного деяния и выдает это за господствующую реальность и общезначимую универсальность в плане криминализации определенного поведения в обществе. То есть критерий общественной опасности связан с конкретным историческим периодом, политикой и идеологией государства, ценностными установками общества²³. Поэтому выработать некие абсолютно объективные критерии должного поведения в обществе и на этой основе определять общественную опасность поведения — невозможно.

Тем не менее криминалисты, утверждая, что общественная опасность присуща любому правонарушению, отмечают, что общественная опасность свойственна именно преступлению исходя: а) из важности защищаемых отношений; б) значительности и характера причиненного вреда; в) степени вины лица; г) особенностей совершаемого деяния; д) характеристики и особенностей субъекта правонарушения²⁴. Иначе говоря, всё сводится к тому, что критериями общественной опасности выступают объект

²⁰ Ковалев М. И. Понятие и признаки преступления и их значение для квалификации. Свердловск, 1977. С. 25.

²¹ См.: Бабаев М. М., Пудовочкин Ю. Е. Российская уголовная политика и уголовный закон. М., 2017. С. 346. С. А. Маркунцов предлагает вообще отказаться от понятия «общественная опасность преступления», вывести его из научного оборота либо заменить на «вредоносность деяния» (Маркунцов С. А. Теория уголовно-правового запрета. М., 2015. С. 335). Критику подобной позиции см.: Хиллута В. В. Экономическое преступление или правонарушение: поиск критериев отличия // Российский журнал правовых исследований. 2018. № 3. С. 120–129.

²² См.: Честнов И. Л. Общественная опасность преступления в постклассической перспективе // Образование и наука: вопросы теории и практики. 2015. № 1. С. 239.

²³ Проблема выявления объективной природы общественной опасности непосредственно связана с критериями оценки общественной опасности. И здесь мы должны исходить из того, что конкретные деяния запрещаются уголовным законом именно потому, что они общественно опасны, а не потому, что они становятся таковыми с момента их встраивания в уголовный закон.

²⁴ См.: Ковалев М. И. Понятие и признаки преступления и их значение для квалификации. Свердловск, 1977. С. 25.

Некоторые ученые указывают, что общественная опасность поведения определяется: важностью охраняемых общественных отношений; глубиной причиняемого им вреда; распространенностью неодобряемого поведения; свойствами лиц, совершающих опасные поступки; своеобразием времени, способа, места совершения опасного деяния и т.д. (см.: Павлухин А. Н., Нестеров П. П., Эриашвили Н. Д. Указ. соч. С. 35). Однако Н. Г. Иванов настаивает на том, что опыт изменения уголовного закона свидетельствует об отсутствии четких критериев, которые бы позволяли измерить степень социальной опасности и тем самым

преступного посягательства и характер общественно опасных последствий. И поскольку в механизме совершения преступления первично деяние, то последствия вторичны, и они указывают лишь на меру определения опасности деяния.

Противоправность. Буквальное прочтение признака противоправности указывает на то, что преступлением признается лишь такое деяние, которое прямо запрещено уголовным законом (ч. 1 ст. 11 УК РФ говорит об этом следующее: «...деяние, запрещенное настоящим Кодексом»). Противоправность (противозаконность) — это формальный признак преступления, означающий, что отнесение того или иного деяния к числу преступлений происходит путем принятия соответствующего закона. В этом качестве противоправность представляет собой объективный признак преступления, т.к. прямым образом отражает соотношение деяния (поведения лица) с правовой нормой²⁵. Однако противоправность как форма выражения преступления непосредственным образом связана с общественной опасностью (т.к. ее выражает или формулирует) и нормой уголовного права, запрещающей преступное поведение. В этой связи резонно замечание В. М. Хомича о том, что уголовная противоправность — не фор-

мальная юридическая конструкция признаков, посредством которых в уголовном законе деяние определяется как общественно опасное, а материально-правовая (производная из мира человеческих актов поведения и их отражения в законе) система объективных и субъективных признаков, посредством которых идентифицируется и оценивается деяние на предмет конкретного преступления, предусмотренного уголовным законом²⁶. Иначе говоря, противоправность устанавливается путем соотнесения признаков общественно опасного деяния с признаками состава преступления, предусмотренного диспозицией уголовно-правовой нормы²⁷.

Противоправность как признак преступления может толковаться в качестве нарушения предписаний иных отраслей права²⁸ либо в качестве нарушения самой уголовно-правовой нормы, в которой и содержатся определенные правила поведения²⁹. Отсюда нередко выводятся различные положения о том, что противоправность предполагает точное описание признаков всех запрещенных в уголовном законе деяний под страхом наказания, включает в себя охранительный и регулятивный механизм уголовного права (преступность устанавливается только уголовным законом и только за деяние человека, а не образ его мыслей; противоправность обеспечи-

констатировать, что то или иное деяние вредоносно (Иванов Н. Г. Общественная опасность деяния как онтологическая основа криминализации. М., 2016. С. 42). Исходя из этого, можно заключить, что невозможно дать универсальное определение понятия «преступление», которое было бы универсальным и подходило бы любому народу во все времена. Пример тому — человеческая жизнь, которая на всех этапах человеческой истории защищалась и ценилась неодинаково.

²⁵ Здесь только нужно иметь в виду, что признак противоправности изменчив и уголовно-правовой запрет во многом зависит от конкретных исторических и социально-экономических условий развития общества, от его культурных предпочтений и ментального отношения к пониманию права.

²⁶ Хомич В. М. Преступление, а не состав преступления есть основание уголовной ответственности // Теоретико-прикладные вопросы развития досудебного производства по уголовным делам на современном этапе : сб. ст. междунар. науч.-практ. конф. : в 2 т. / отв. ред. И. В. Вегера. Новополюцк, 2019. Т. 1. С. 217.

²⁷ См.: Пудовочкин Ю. Е. Учение о преступлении : избранные лекции. М., 2010. С. 27.

²⁸ Если позитивное законодательство разрешает определенное поведение, то на этой основе уголовное право не может формулировать запрет и объявлять такое поведение противоправным. С другой стороны, отсутствие уголовного запрета не является препятствием для объявления данного поведения противоправным иной отраслью права.

²⁹ Иначе полагает И. Я. Гонтарь, по мнению которого противоправность лежит вне границ деяния, обладая самостоятельным и независимым существованием (см.: Энциклопедия уголовного права. Т. 3. Понятие преступления / под ред. В. Б. Малинина. СПб., 2005. С. 17).

вається державним примусом; заборона аналогії в кримінальному праві)³⁰. Однак в такому випадку протиправність характеризує не діяння, а злочин в цілому, його об'єктивні та суб'єктивні ознаки.

Таким чином, протиправність як форма злочину невіддільно пов'язана з загальною небезпечною поведінкою, що складає зміст злочину, і нормою кримінального права, в якій відображається сутність заборони. В силу цього протиправність вказує на наявність в конкретній нормі кримінального закону об'єктивних та суб'єктивних ознак злочину та описує їх. Протиправність повинна в цьому випадку відображати структуру загальною небезпечною поведінкою. Отже, окремі елементи не можуть продукувати загальною небезпечною поведінкою, а відображають тільки об'єктивні та суб'єктивні ознаки протиправності. Щоб стати елементами злочину, вони самі повинні набути властивостей загальною небезпечною поведінкою. З цієї точки зору склад злочину, про який так часто говорять, характеризує не злочин, а протиправність діяння³¹ (поведінку особи). В силу цього протиправність виражається в конкретному складі злочину, саме склад злочину та визначає зміст кримінальної протиправності.

Справа в тому, що в відмінності від поняття «склад злочину» поняття «злочин» характеризує не його окремі елементи, а в цілому акт злочинної поведінки, відкриває його соціальну сутність та юридичне значення³². Це означає, що саме протиправність відображає об'єктивні та суб'єктивні ознаки злочину як єдиного та

достатнього підставу кримінальної відповідальності. Механічне розділення людської поведінки (вчинку) на не пов'язані між собою елементи фактично веде до протипоставленню діяння та особи. Кримінально-правовою заборона еkleктично містить в собі опис об'єктивних та суб'єктивних ознак злочину.

Винуватість. Винуватість сьогодні розглядається як обов'язковий елемент злочину, тому як без вини (вмисленої або неосторожної) не може бути здійснено загальною небезпечною поведінкою та протиправною посягательством³³. З змістової точки зору вина виступає як психологічне ставлення особи до загальною небезпечною поведінкою та його наслідків. І в даному випадку вина та винуватість використовуються як синоніми. При цьому, як вказують сучасні дослідники, введення вини в систему ознак злочину є показником культури конкретного суспільства, визначеного рівня його зрілості та розвитку його права³⁴.

З нашої точки зору, виділення винуватості як незалежного ознаки злочину повністю обґрунтовано лише при наступному підході. Якщо розглядати діяння як об'єктивний ознак злочину, то винуватість — це, безумовно, суб'єктивний ознак злочину. Проблема тільки полягає в тому, що діяння та винуватість не характеризують всіх об'єктивних та суб'єктивних ознак злочину. Вони характеризують протиправність злочинної поведінки, поряд з іншими елементами складу злочину, або, в нашому розумінні, протиправності злочинної поведінки. Протиправність же передбачає заборона діяння тільки в тих межах, в яких

³⁰ См.: Пудовочкин Ю. Е. Протиправність як ознак злочину: досвід аналізу, проблеми, перспективи // Всеросійський кримінологічний журнал. 2018. № 1. С. 76–77; Петрушенков А. Н. Поняття заборони загальною небезпечною поведінкою та проблеми її реалізації в особливій частині Кримінального кодексу Російської Федерації // Пробіли в російському законодавстві. 2018. № 4. С. 264–268.

³¹ Правильніше, напевно, було б говорити не про склад протиправності, а про структуру протиправності злочину.

³² Плотников А. И. Об'єктивне та суб'єктивне в злочині: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2012. С. 14.

³³ Однак зауважимо, що даний ознак в ряду інших з'явився саме в радянське часи.

³⁴ Уголовное право. Общая часть. Злочин. Академічний курс. С. 160.

деяние (поведение лица) является общественно опасным. Даже если считать, что виновность как законодательный признак преступления имеет своей целью особо подчеркнуть тот факт, что в уголовном законе действует принцип субъективного вменения и что деяние, совершенное при отсутствии вины, не может быть признано преступлением, то это всего лишь один из принципов уголовного права, а не признак преступления. При такой постановке вопроса набор соответствующих признаков вырос бы многократно.

С другой стороны, если мы говорим о том, что вина, как один из признаков субъективной стороны состава преступления (наряду с мотивом и целью, а равно и эмоциональным состоянием), выступает обязательным признаком преступления, то почему мы забываем о других элементах состава преступления и не включаем их в число таких же обязательных признаков общего понятия «преступление»? Ведь если нет причинной связи между деянием и последствием, отсутствует лицо, совершившее преступление, и т.д., то мы тоже не констатируем факт наличия общественно опасного посягательства, т.е. преступления, но данные объективные и субъективные признаки не включены в понятие преступления. Однако если же их нет, то нет и преступления как такового. Более того, сегодня законодательное определение преступления вовсе не включает элемент преступных последствий в свое законодательное определение, презюмируя, по всей видимости, это наличием общественной опасности. Но не бывает беспоследственных преступлений, и невозможно представить себе совершение виновного деяния, которое бы не причиняло вреда охраняемым общественным отношениям.

Понятно, что если нет вины, то мы не можем лицо привлечь к уголовной ответственности. И это правило касается не только уголовного права, но и других отраслей (административного, финансового, конституционного и др.). Но такое же правило применяется и в отношении

иных объективных или субъективных признаков структуры преступления (состава преступления), несмотря на то, что они не фигурируют в общем понятии «преступление». Если в полном объеме не установлен хотя бы один из объективных или субъективных признаков, то нет и преступления как такового. Здесь и возникает главный вопрос: почему мы начинаем ранжировать эти признаки и говорить о главных из них (это касается вины в данном случае), забывая о других, которые имеют ничуть не второстепенное значение.

Очевидно, что виновность (несмотря на значимость и непоколебимость отстаиваемого принципа субъективного вменения) производна от признака противоправности, поскольку именно противоправность конкретного преступления всегда содержит в себе элемент психического отношения лица к содеянному им деянию. Однако признак виновности в данном случае может создавать ошибочное представление о том, что преступное поведение может быть общественно опасным, противоправным, но не виновным. В таком случае следовало бы указать и на иные объективные и субъективные признаки состава преступления, поскольку их неуказание может порождать обратную связь в цепочке рассуждений. Но это излишне.

Наказуемость. В настоящее время наказание является одним из признаков в общем определении понятия «преступление». В частности, такой вывод многие исследователи делают исходя из законодательной формулировки «...под угрозой наказания». Именно эта составляющая гарантирует неотвратимость уголовной ответственности. Без наказания понятие преступления лишено опоры, потому что именно наказуемость деяния, как отмечают исследователи, мерами государственного принуждения позволяет отграничить преступление от иных правонарушений³⁵. Наказание как признак преступления дополнительно легитимирует возможность уголовно-правового воздействия, определяет границы такого воздействия и играет определенную предупредительную роль³⁶. Наличие

³⁵ См.: Бибик О. К вопросу о наказуемости как признаке преступления // Уголовное право. 2008. С. 9; Актуальные проблемы уголовного права / под ред. И. А. Подройкиной. М., 2016. С. 28.

³⁶ См.: Маркунцов С. А. Теория уголовно-правового запрета. М., 2015. С. 323.

уголовно-правового запрета без санкции указывает, что такое деяние не считается преступным.

Однако, на наш взгляд, наказание не может служить признаком или свойством преступления, потому как наказание является следствием преступления и не может являться его составной характеристикой. Преступление признается таковым независимо от того, существует ли наказание или нет. Включение наказания в число признаков преступления неизбежно приводит к умозаключению о приоритете наказания над преступлением. Законодательная же формулировка указывает не на признак «наказуемости», а лишь на угрозу наказания. В данном случае наказание является атрибутивным признаком противоправности деяния (общественно опасного поведения), поскольку непременно входит в него. Противоправность определяет наличие объективных и субъективных признаков преступления и определяет меру наказания за то или иное противоправное поведение, которое мы и именуем наказанием. Именно в норме уголовного закона определено наказание (санкция), санкция же выражает свойства деяния — его тяжесть, характер и степень общественной опасности. Иначе получается порочный круг: «преступно то, что наказуемо, а наказуемо то, что преступно».

Поэтому наказуемость преступления является проявлением его уголовной противоправности, т.к. нарушение формальных предписаний запускает механизм приведения в действие наказания³⁷. Однако применение наказания — это не главный признак преступления, а элемент обеспечения правопорядка. Диалектически преступление не может быть связано с угрозой наказания за совершенное деяние (поведение) и не предполагает автоматического назначения наказания за совершенное противоправное поведение. Преступление лишь образует основание (а не состав преступления) уголовной ответственности. Следовательно, требование привлечения лица к уголовной ответственности и наложение на него санкций производно от требования соблюдения уголовно-правовой

нормы. И если считать, что суть противоправности состоит в нарушении уголовно-правового запрета (нормы права), то признак наказуемости является вторичным, т.к. наказание — это последствие преступления.

В этой связи многие смешивают наказание как угрозу за возможное совершение преступления или как конкретную санкцию уголовно-правовой нормы, однако наказание, еще раз обратим на это внимание, является следствием преступления и никак не может образовывать его характерный признак. Наказание не может характеризовать сущность преступления, ибо преступление остается таковым независимо от того, есть ли за это наказание или нет. Наказание лишь указывает на неизбежное юридическое последствие преступления, на реальную или потенциальную возможность его реализации. Например, уголовный закон предусматривает сегодня возможность освобождения лица от уголовной ответственности и наказания (гл. 11–13 УК РФ), притом что лицо совершило преступление и данный факт не подвергается сомнению. То есть нельзя сказать о том, что лицо, совершившее преступление, автоматически несет уголовное наказание. Наоборот, наказание лишь указывает на возможность применения санкции уголовно-правовой нормы в каждом конкретном случае.

Иначе говоря, если мы сегодня связываем преступление с общественно опасным поведением (деянием), то наказание в такой системе выступает как реакция на запрещенное поведение, является его сопутствующим элементом. Наказание же как обязательный признак преступления может выступать в данном качестве только тогда, когда на первый план выходит характеристика личности, опасность преступника. В этом отношении преступление и наказание как столпы уголовного права являются самостоятельными институтами и могут существовать независимо друг от друга.

Итак, рассуждения о понятии и признаках преступления наводят на мысль, что эта фундаментальная категория уголовного права в бли-

³⁷ См.: Прохоров В. С. Указ. соч. С. 66–68 ; Смирнов А. М. О дефиниции понятия «преступление» в Уголовном кодексе Российской Федерации // Всероссийский криминологический журнал. 2018. № 3. С. 419.

жайшее время будет пересмотрена³⁸. Причем этот процесс начнет происходить не только в рамках глобальной инструментализации и унификации уголовного права. Разрушение единых и универсальных ценностей влечет параллельное существование множества иных ценностных установок и подходов к общественному развитию и в конечном счете объявление того, что находится за пределами закона. Государство постепенно начинает терять единство, и общество, как и раньше, начинает тяготеть к делению на классы, страты. Даже если констатировать, что преступление есть общественно опасное и противоправное посягательство, то непременно важен консенсус в плане того, по каким характерным признакам мы будем отождествлять то или иное деяние с общественно опасным поведением и формулировать его противоправность.

Так, опыт развития уголовного законодательства Евросоюза и функционирования уголовно-правовой сферы (*criminal mater*) в качестве определяющего императива того, что преступно, а что — нет, наглядно демонстрирует тот факт, что в настоящее время определяющим

в понимании преступления является характер нарушаемых деянием норм (если норма имеет универсальный характер, то это преступление; если норма относится только к определенной (специальной) группе отношений, то это проступок). При таком подходе содержание нарушаемых субъективных прав (универсальных прав человека) имеет первостепенное значение. То есть с этой точки зрения не противоправность, а содержание нарушаемых норм является признаком преступления³⁹.

Представляется всё же, что понятие «преступление» должно формулироваться через понятие общественной опасности и противоправности (преступление — общественно опасное и противоправное поведение). Именно сочетание общественной опасности и противоправности образует понятие преступления, а остальные признаки являются производными. Само же общественно опасное поведение содержит в себе набор объективных и субъективных признаков противоправности, которые непосредственно закреплены в уголовно-правовой норме, предусматривающей и элемент наказания как меру государственного воздействия.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Актуальные проблемы уголовного права / под ред. И. А. Подройкиной. — М., 2016.
2. Бабаев М. М., Пудовочкин Ю. Е. Российская уголовная политика и уголовный закон. — М., 2017.
3. Бирик О. К вопросу о наказуемости как признаке преступления // Уголовное право. 2008.
4. Васильев А. М., Мошкин С. В. Теоретические проблемы современности к пониманию преступления // Теория и практика общественного развития. — 2011. — № 6.
5. Гоббс Т. Философские основания учения о гражданине. — М., 1914.
6. Дурманов Н. Д. Понятие преступления. — М. — Л., 1948.
7. Иванов Н. Г. Общественная опасность деяния как онтологическая основа криминализации. — М., 2016.
8. Ковалев М. И. Понятие и признаки преступления и их значение для квалификации. — Свердловск, 1977.
9. Мальцев В. В. Проблема отражения и оценки общественно опасного поведения в уголовном праве : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1993.

³⁸ В этой связи исследователи отмечают, что сегодня уголовное право не способно в должной мере противодействовать преступности. Понятие «преступление» статично, его базовые идеи были заложены в других экономических, социальных и политических условиях и отражали определенную часть взглядов и ценностных установок политико-правовой доктрины конкретных государств.

³⁹ Пудовочкин Ю. Е. Учение о преступлении. С. 30.

10. Маркунцов С. А. Теория уголовно-правового запрета. — М., 2015.
11. Марцев А. И. Общие вопросы учения о преступлении. — Омск, 2000.
12. Павлухин А. Н., Нестеров П. П., Эриашвили Н. Д. Общественно опасное поведение и его уголовная противоправность. — М., 2007.
13. Петрушенков А. Н. Понятие запрещенности общественно опасного деяния и проблемы ее реализации в особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации // Пробелы в российском законодательстве. — 2018. — № 4.
14. Плотников А. И. Объективное и субъективное в преступлении : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2012.
15. Прохоров В. С. Преступление и ответственность — Л., 1984.
16. Пудовочкин Ю. Е. Противоправность как признак преступления: опыт анализа, проблемы, перспективы // Всероссийский криминологический журнал. — 2018. — № 1.
17. Пудовочкин Ю. Е. Учение о преступлении : избранные лекции. — М., 2010.
18. Смирнов А. М. О дефиниции понятия «преступление» в Уголовном кодексе Российской Федерации // Всероссийский криминологический журнал. — 2018. — № 3.
19. Токарчук Р. Е. Общественная опасность как общий принцип уголовного права и уголовной ответственности // Юридические исследования. — 2012. — № 1.
20. Уголовное право России. Общая часть / под ред. Ф. Р. Сундунова, И. А. Тарханова. — М., 2009.
21. Уголовное право России. Части Общая и Особенная / под ред. А. В. Бриллиантова. — М., 2015.
22. Уголовное право России. Части Общая и Особенная / под ред. А. И. Рарога. — М., 2014.
23. Уголовное право. Общая часть / отв. ред. И. Я. Козаченко. — М., 2008.
24. Уголовное право. Общая часть. Преступление. Академический курс : в 10 т. Т. 5 : Понятие преступления. Состав преступления / под ред. Н. А. Лопашенко. — М., 2016.
25. Фефелов П. А. Механизм уголовно-правовой охраны: основные методологические проблемы : дис. ... д-ра юрид. наук в форме науч. доклада. — Екатеринбург, 1993.
26. Хилюта В. В. Экономическое преступление или правонарушение: поиск критериев отличия // Российский журнал правовых исследований. — 2018. — № 3.
27. Хомич В. М. Преступление, а не состав преступления есть основание уголовной ответственности // Теоретико-прикладные вопросы развития досудебного производства по уголовным делам на современном этапе : сб. ст. междунар. науч.-практ. конф. : в 2 т. / отв. ред. И. В. Вегера. — Новополюцк, 2019. — Т. 1.
28. Честнов И. Л. Общественная опасность преступления в постклассической перспективе // Образование и наука: вопросы теории и практики. — 2015. — № 1.
29. Шевелева С. В. Свобода воли и принуждение в уголовном праве : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2015.
30. Энциклопедия уголовного права. Т. 3 : Понятие преступления / под ред. В. Б. Малинина. — СПб., 2005.

Материал поступил в редакцию 27 апреля 2020 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Aktual'nye problemy ugovolnogo prava / pod red. I. A. Podrojkinoj. — М., 2016.
2. Babaev M. M., Pudovochkin Yu. E. Rossijskaya ugovolnaya politika i ugovolnyj zakon. — М., 2017.
3. Bibik O. K voprosu o nakazuemosti kak priznake prestupleniya // Ugolovnoe pravo. 2008.
4. Vasil'ev A. M., Moshkin S. V. Teoreticheskie problemy sovremennosti k ponimaniyu prestupleniya // Teoriya i praktika obshchestvennogo razvitiya. — 2011. — № 6.
5. Gobbs T. Filosofskie osnovaniya ucheniya o grazhdanine. — М., 1914.

6. Durmanov N. D. Ponyatie prestupleniya. — M. — L., 1948.
7. Ivanov N. G. Obshchestvennaya opasnost' deyaniya kak ontologicheskaya osnova kriminalizatsii. — M., 2016.
8. Kovalev M. I. Ponyatie i priznaki prestupleniya i ih znachenie dlya kvalifikatsii. — Sverdlovsk, 1977.
9. Mal'cev V. V. Problema otrazheniya i ocenki obshchestvenno opasnogo povedeniya v ugovnom prave : avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk. — M., 1993.
10. Markuncov S. A. Teoriya ugovno-pravovogo zapreta. — M., 2015.
11. Marcev A. I. Obshchie voprosy ucheniya o prestuplenii — Omsk, 2000.
12. Pavluhin A. N., Nesterov P. P., Eriashvili N. D. Obshchestvenno opasnoe povedenie i ego ugovnaya protivopravnost'. — M., 2007.
13. Petrushenkov A. N. Ponyatie zapreshchennosti obshchestvenno opasnogo deyaniya i problemy ee realizatsii v osobennoj chasti Ugolovnogo kodeksa Rossijskoj Federatsii // Probely v rossijskom zakonodatel'stve. — 2018. — № 4.
14. Plotnikov A. I. Ob"ektivnoe i sub"ektivnoe v prestuplenii : avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk. — M., 2012.
15. Prohorov V. S. Prestuplenie i otvetstvennost' — L., 1984.
16. Pudovochkin Yu. E. Protivopravnost' kak priznak prestupleniya: opyt analiza, problemy, perspektivy // Vserossijskij kriminologicheskij zhurnal. — 2018. — № 1.
17. Pudovochkin Yu. E. Uchenie o prestuplenii : izbrannye lektsii. — M., 2010.
18. Smirnov A. M. O definitsii ponyatiya «prestuplenie» v Ugolovnom kodekse Rossijskoj Federatsii // Vserossijskij kriminologicheskij zhurnal. — 2018. — № 3.
19. Tokarchuk R. E. Obshchestvennaya opasnost' kak obshchij princip ugovnogo prava i ugovnoj otvetstvennosti // Yuridicheskie issledovaniya. — 2012. — № 1.
20. Ugolovnoe pravo Rossii. Obshchaya chast' / pod red. F. R. Sundurova, I. A. Tarhanova. — M., 2009.
21. Ugolovnoe pravo Rossii. Chasti Obshchaya i Osobennaya / pod red. A. V. Brilliantova. — M., 2015.
22. Ugolovnoe pravo Rossii. Chasti Obshchaya i Osobennaya / pod red. A. I. Raroga. — M., 2014.
23. Ugolovnoe pravo. Obshchaya chast' / otv. red. I. Ya. Kozachenko. — M., 2008.
24. Ugolovnoe pravo. Obshchaya chast'. Prestuplenie. Akademicheskij kurs : v 10 t. T. 5 : Ponyatie prestupleniya. Sostav prestupleniya / pod red. N. A. Lopashenko. — M., 2016.
25. Fefelov P. A. Mekhanizm ugovno-pravovoj ohrany: osnovnye metodologicheskie problemy : dis. ... d-ra yurid. nauk v forme nauch. doklada. — Ekaterinburg, 1993.
26. Hilyuta V. V. Ekonomicheskoe prestuplenie ili pravonarushenie: poisk kriteriev otlichiya // Rossijskij zhurnal pravovyh issledovanij. — 2018. — № 3.
27. Homich V. M. Prestuplenie, a ne sostav prestupleniya est' osnovanie ugovnoj otvetstvennosti // Teoretiko-prikladnye voprosy razvitiya dosudebnogo proizvodstva po ugovnym delam na sovremennom etape : sb. st. mezhdunar. nauch.-prakt. konf. : v 2 t. / otv. red. I. V. Vegera. — Novopolock, 2019. — T. 1.
28. Chestnov I. L. Obshchestvennaya opasnost' prestupleniya v postklassicheskoy perspektive // Obrazovanie i nauka: voprosy teorii i praktiki. — 2015. — № 1.
29. Sheveleva S. V. Svoboda voli i prinuzhdenie v ugovnom prave : avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk. — M., 2015.
30. Enciklopediya ugovnogo prava. T. 3 : Ponyatie prestupleniya / pod red. V. B. Malinina. — SPb., 2005.