

С.А. Маркунцов

доцент кафедры
уголовного права
факультета права
Национального
исследовательского
университета
«Высшая школа
экономики», кандидат
юридических наук

Размышления о мнимом криминологическом понятии преступления

В статье рассматриваются вопросы введения в научный оборот криминологического, отличного от легального уголовно-правового, понятия преступления и понятия мнимого преступления. На основе анализа содержания данных понятий автор приходит к выводу о нецелесообразности их введения и необходимости развития социологических исследований в рамках уголовно-правовой социологии.

Ключевые слова: криминологическое понятие преступления, мнимое преступление, криминология, уголовно-правовая социология.

В последнее время учеными-криминологами неоднократно предпринимались попытки определения и введения в научный оборот самостоятельного, отличного от легального уголовно-правового, понятия преступления. В частности, Л.В. Кондратюк и В.С. Овчинский криминологическое определение преступления излагают в следующем виде: виновное деяние, посягающее на интересы личности, общества или государства и выражающееся в общественно опасном, т.е. превышающем определенный пороговый уровень, проявлении виновным агрессии, экспансии, обмана (раздельно или в их сочетании), запрещенном законом под страхом наказания¹. В данном определении упоминаются все признаки преступления, имеющиеся в его легальном определении, но одновременно с этим даются сущностные характеристики преступного поведения. Действительно, все преступления с древнейших времен охватываются тремя видами действий: обманом, тайным изъятием и различным насилием.

Г.Н. Горшенков полагает, что под преступлением в криминологическом смысле следует понимать деяние, признаки которого указывают на его возможную уголовную противоправность². Понятие уголовной противоправности неоднозначно трактуется в теории уголовного права и поэтому его использование представляется небезупречным. При этом необходимо отметить, что автор стремится сблизить криминологический и уголовно-правовой подходы в определении понятия преступления.

¹ См.: Кондратюк Л.В., Овчинский В.С. Еще раз о криминологическом понятии преступления и преступности // Журнал российского права. 2004. № 9. С. 118–119.

² См.: Горшенков Г.Н. Криминология: научные инновации. Н.Новгород, 2009. С. 168.

Д.А. Шестаков в работе «Ведение в криминологию закона» дает, пожалуй, самое оригинальное криминологическое определение преступления как деяния, представляющего для человека и общества значительное зло, безотносительно к признанию такого деяния в качестве преступления законом³. Автор не просто не пытается приблизиться к легальному определению понятия преступления, а **стремится** максимально дистанцироваться от него, отмечая «для себя, что преступление в криминологическом смысле не следует путать с преступлением в *юридическом* смысле (курсив наш — С.М.)»⁴. По мнению ученого, криминология должна пользоваться в первую очередь *материальным* (социологическим) определением преступления (*per se* — как такового), ставящим во главу угла не наличие официального запрета, а собственно существенный вред, опасность деяния для общества⁵.

Однако история отечественного уголовного права уже знает случаи материального определения преступления. В частности, материальные понятия преступления, лишенные формально юридического подхода и в достаточной степени идеологизированные, конструировались в период становления советской власти. В соответствии со ст. 6 Уголовного кодекса РСФСР 1922 г. «преступлением признается всякое общественно опасное действие или бездействие, угрожающее основам советского строя и правопорядку, установленному рабоче-крестьянской властью на переходный к коммунистическому строю период времени»⁶. В соответствии со ст. 6 Уголовного кодекса РСФСР 1926 г. «общественно опасным признается всякое действие или бездействие, направленное против советского строя или нарушающее правопорядок, установленный рабоче-крестьянской властью на переходный к коммунистическому строю период времени»⁷. Только теперь, по прошествии нескольких десятков лет, становится очевидным, чему служили такие определения, допускавшие аналогию уголовного закона. В настоящее время поясняется, что операционное криминологическое (материальное — С.М.) понятие преступления нужно для уточнения предмета криминологии, для экспертизы законов и законопроектов⁸.

Впрочем, материальные определения преступления не являются чем-то новым и для зарубежного уголовного законодательства.

На первый взгляд, определение понятия преступления через категорию «значительное зло» представляется более чем оригинальным и бесспорным. Действительно, кто будет спорить с тем, что преступление — это зло⁹ («значительное зло»).

³ См.: Шестаков Д.А. Введение в криминологию закона. СПб., 2011. С. 14–15. Изначально ученый с позиций криминологии определял преступление как виновное деяние, представляющее для общества значительную опасность, безотносительно к признанию его в качестве такового законом. См.: Криминология — XX век / Под ред. В.Н. Бурлакова, В.П. Сальникова. СПб., 2000. С. 8.

⁴ Там же. С. 19.

⁵ Там же. С. 9.

⁶ См.: Постановление ВЦИК от 1 июня 1922 г. «О введении в действие Уголовного кодекса РСФСР» (вместе с Уголовным кодексом РСФСР). Утратило силу // Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 15. Ст. 153.

⁷ См.: Постановление ВЦИК от 22 ноября 1926 г. «О введении в действие Уголовного кодекса РСФСР редакции 1926 года» (вместе с Уголовным кодексом РСФСР). Утратило силу // Собрание узаконений РСФСР. 1926. № 80. Ст. 600.

⁸ См.: Шестаков Д.А. Указ соч. С. 19.

⁹ Ю.М. Антонян справедливо отметил, что «криминология — гуманистическая наука, поскольку ее назначение — борьба со злом... Криминология — это наука о борьбе со злом...». См.: Анто-

Известны и исторические корни данного термина. В частности, в ст. 14 Договора 911 г. (по тексту Радзивилловской летописи) преступники назывались злодеями. В гл. 2 «О государьской чести и как его государьское здоровье оберегать» Соборного Уложения 1649 г. для обозначения преступного деяния применяется термин «злое дело» и «злоумышленье»¹⁰. В петровское время слово преступление не обозначало всех правонарушений. Тогдашняя судебная практика требовала технического обозначения таких деяний, по обвинению в которых обвиняемый подвергался пытке с уничтожением судебных гарантий, установленных процессами Петра Великого для уголовного судопроизводства. Таким термином явилось «злодейство». «Злодеяние» как термин, означающий самые важные нарушения закона для того времени, удерживался вплоть до середины XIX в., в основном в военно-уголовном законодательстве¹¹.

Давая столь оригинальное криминологическое понятие преступления, Д.А. Шестаков поясняет, что при определении преступного он склонен говорить не об опасности, «общественной опасности», как это обычно делается, но о значительном зле. Это емкое слово, оно охватывает связку объективного вреда и субъективного отношения к нему (степени виновности), что играет важную роль при решении вопроса: криминализировать — не криминализировать¹². Анализ признаков криминологического понятия преступления позволяет говорить, что в его основе лежит несколько трансформированное понятие общественной опасности, объединенное с признаком виновности. Попытки отказаться от конструкции общественной опасности, в том числе в пользу понятия вредоносности, неоднократно предпринимались различными авторами¹³ и не являются чем-то новым для науки уголовного права. Д.А. Шестаков принципиально отказывается от признака противоправности (запрещенности) деяния, полагая, что преступление существует как таковое независимо от «договоренности о запрете».

Однако помимо этимологических возникает и еще ряд вопросов. Если такое криминологическое понятие преступления вводится для решения вопроса «криминализировать — не криминализировать», то, собственно, о преступлении ли как о свершенном факте в данном случае идет речь? Наконец, кто и каким образом должен оценивать значительность зла?

Представляется, что с подобными рассуждениями можно прийти до отрицания роли уголовного законодательства и уголовного права как науки. Интересно, что на вопрос, должна ли криминология игнорировать юридические конструкции, Д.А. Шестаков однозначно отвечает: «Отнюдь нет». Ученый указывает, что исходя из практических соображений при описании массы преступлений (преступного множества) нельзя обойтись не только без законодательных определений кон-

нян Ю.М. Криминология. Избранные лекции. М., 2004. С. 9. Однако, на наш взгляд, эту красивую метафору ученого не стоит воспринимать как прямое руководство к действию.

¹⁰ Подробнее об этом см., напр.: *Георгиевский Э.В.* Общее понятие преступного в истории уголовного права России: терминологическое многообразие // Государство и право. 2008. № 4. С. 83–86.

¹¹ См.: *Лохвицкий А.В.* Курс русского уголовного права. СПб., 1867. С. 32.

¹² См.: *Шестаков Д.А.* Указ соч. С. 15.

¹³ Подробнее об этом см., напр.: *Маркунцов С.А.* Осознание уголовно-правовых запретов в структуре уголовной ответственности несовершеннолетних / Под общ. ред. А.Э. Жалинского. М., 2007. С. 26–28.

кретных составов преступлений, их разграничения, но также без некоторых других понятий и классификаций, содержащихся в уголовном законе¹⁴. Далее автор указывает, что это касается, в частности, подразделения преступлений на категории, предусмотренного в ст. 15 Уголовного кодекса Российской Федерации. Однако, как известно, рассматриваемая категоризация преступлений как раз отражает характер и степень их общественной опасности и производится по критериям формы вины (признак виновности), а также размера (величина санкции) и вида наказаний (признак наказуемости). Возникает некоторое противоречие между криминологическим понятием преступления и легальной уголовно-правовой категоризацией преступлений.

В работе «Ведение в криминологию закона» Д.А. Шестаков рассматривает еще одно, не менее оригинальное, и от этого, на наш взгляд, не менее противоречивое, понятие мнимого преступления, под которым он понимает деяние, необоснованно запрещенное законом под страхом наказания¹⁵. Интересно, что в данном определении профессор Д.А. Шестаков упоминает такие признаки преступления, как запрещенность и наказуемость. Исходя из этого определения представляется, что в данном случае речь идет не о мнимом преступлении в контексте ранее рассматриваемого криминологического понятия преступления, а о мнимой запрещенности (мнимый уголовно-правовой запрет) или наказуемости деяния. Проблема мнимой запрещенности в различных аспектах уже давно исследуется отечественными специалистами¹⁶.

Безусловно, можно определять понятие преступления с позиций психологии, социологии, политологии и других наук. Но в контексте юридических наук криминологического цикла следует исходить из того, что понятие преступления – это базовая уголовно-правовая категория. В криминологии понятие преступления не имеет такого важного значения, как в уголовном праве. По мнению большинства ученых, к основным проблемам, изучаемым в рамках криминологии, относятся преступность, личность преступника, причины и условия преступности (механизм преступного поведения), предупреждение преступности¹⁷. Если даже рассматривать криминологию как науку о преступлении¹⁸, то следует исходить из его легаль-

¹⁴ См.: Шестаков Д.А. Указ соч. С. 13.

¹⁵ См.: Шестаков Д.А. Криминология. Преступность как свойство общества. Краткий курс. СПб., 2001. С. 81; Шестаков Д.А. Введение в криминологию закона. СПб., 2011. С. 10.

¹⁶ В частности, представляется, что феномен «мертвых» норм в Уголовном кодексе Российской Федерации является одним из аспектов этой проблемы. Подробнее об этом см., напр.: Бабеев М., Пудовочкин Ю. «Мертвые» нормы в Уголовном кодексе: проблемы и решения // Уголовное право. 2010. № 6. С. 4–16.

¹⁷ Большинство авторов рассматривает криминологию с точки зрения определения ее предмета как науку о преступности. Ю.М. Антонян специально подчеркивает, что криминология изучает не преступление, а преступное поведение. Об этом см., напр.: Антонян Ю.М. Криминология. Избранные лекции. М., 2004. С. 13; Криминология: учеб. / Под ред. В.Н. Кудрявцева, В.Е. Эминова. М., 1997. С. 13; Криминология: учеб. / Под ред. В.Д. Малкова. М., 2004. С. 5; Криминология: учеб. пособие / Г.И. Богущ, О.Н. Ведерникова, М.Н. Голоднюк и др.; науч. ред. Н.Ф. Кузнецова. М., 2010. С. 35 и др.

¹⁸ Криминология – учение о преступлении, если иметь в виду буквальный перевод слова. *Crimen* – преступление, *logos* – учение. Однако фактическое содержание науки криминологии гораздо сложнее и многоаспектнее. См.: Криминология: учеб. / Под общ. ред. А.И. Долговой. М., 2010. С. 15. Однако и с таким лексическим переводом названия науки согласны не все ученые. В частно-

ного определения. В противном случае возникает противоречие первому закону логики — закону тождества, сформулированному Аристотелем в трактате «Метафизика»: «Иметь не одно значение — значит, не иметь ни одного значения... ибо невозможно ничего мыслить, если не мыслить что-нибудь одно». Если два определения преступления фактически описывают различные явления, значит, в одном из случаев мы говорим о ложном (мнимом) понятии преступления.

Безусловно, можно соглашаться или не соглашаться с легальным определением понятия преступления, закрепленным в ст. 14 Уголовного кодекса Российской Федерации, можно отрицать и критиковать отдельные его признаки, но при этом не следует полностью перечеркивать наработки уголовно-правовой доктрины. На наш взгляд, не следует забывать положений базовых трудов Ю.Д. Блувштейна, А.А. Герцензона, П.Ф. Гришанина, В.М. Когана, В.Н. Кудрявцева, Л.И. Спиридонова и многих других авторов, которые внесли значительный вклад в развитие социологии уголовного права и в том числе исследовали вопросы эффективности уголовно-правового воздействия.

Представляется не вполне логичным, что на базовом понятийном уровне окончательно противопоставляются основные (родственные) юридические науки уголовно-правового цикла. Относительно общее понятие преступления до недавнего времени оставалось одной из немногих базовых категорий, объединявшим понятийные аппараты рассматриваемых наук.

По мере развития криминологии ее место в системе других наук существенно менялось. Особого упоминания заслуживает факт, что криминология вышла из недр уголовного права¹⁹. В настоящее время в отечественной юридической литературе криминология продолжает рассматриваться как *юридическая* наука, являющаяся, по мнению большинства авторов, *общетеоретической* наукой для наук криминологического цикла²⁰. Если исходить из обратного, то вполне логичным выглядит положение Федерального государственного образовательного стандарта высшего профессионального образования по направлению подготовки 030900 «Юриспруденция» (квалификация (степень) «бакалавр») (п. 6.3), в соответствии с которым криминология не входит в число дисциплин базовой (обязательной) части профессионального цикла. В таком случае возникает логичный вопрос о ее включении, наряду с уголовным и уголовно-исполнительным правом, в систему подготовки аспирантов по специальности 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право».

В 70-е годы XX в., рассуждая о криминологии как науке, А.С. Шляпошников писал, что выделение криминологии из уголовного права как самостоятельной науки не привело и *не должно было привести* (курсив наш — С.М.) к сужению соци-

сти, С.А. Шоткинов полагает, что объект криминологии — это именно преступное, а не преступление, как считается во многих учебниках и пособиях вследствие не совсем верной интерпретации латинского термина «сгипен». На наш взгляд, понимание «сгипен» как преступного обоснованно придает данному термину более широкое звучание, что вполне оправданно применительно к криминологии. См.: Шоткинов С.А. Криминология. Иркутск, 2003. С. 16.

¹⁹ См.: Антонян Ю.М. Криминология. Избранные лекции. М., 2004. С. 28.

²⁰ Об этом см., напр.: Криминология: учеб. / Под ред. В.Н. Кудрявцева, В.Е. Эминова. М., 1997. С. 8; Криминология: учеб. / Под общ. ред. А.И. Долговой. М., 2010. С. 42. В.Д. Малков считает криминологию не только общетеоретической, но и прикладной наукой: Криминология: учеб. / Под ред. В.Д. Малкова. М., 2004. С. 5.

альных исследований в области уголовного права²¹. Как отмечал В.Н. Кудрявцев, социальные исследования в праве имеют своим предметом общественные отношения в сфере создания и применения правовых норм; они направлены на изучение социальной обусловленности и социальной эффективности права и его интересов²². Эти вопросы не исследуются современной криминологией. За ее рамками остается целый пласт социальных по своей сущности вопросов, прямо связанных с уголовным правом. Эти вопросы должны исследоваться и изучаться в рамках уголовной социологии как направления (части) науки уголовного права.

Л.И. Спиридонов считал, что в системе правоведения социология уголовного права есть направление (аспект, сторона) науки уголовного права, которое рассматривает уголовно-правовые институты и нормы в их социально-экономической обусловленности, в процессе их функционирования в обществе и в связи с их социальной эффективностью²³.

К сожалению, в современной литературе лишь немногие ученые (особенно криминологи) прямо указывают, что социология уголовного права является важным, самостоятельным направлением уголовно-правовых исследований²⁴. В то же время полагаем, что исследования в области уголовно-правовой социологии являются одним из основных и перспективных направлений развития науки уголовного права.

Представляется, что при такой постановке вопросов о криминологическом определении понятия преступления, о мнимом и подлинном преступлении возникают более значимые вопросы, например о более четком разграничении предметов исследования криминологии и уголовного права. Полагаем, что криминологам самостоятельно необходимо ответить на ряд базовых вопросов. Относится ли криминология к числу юридических наук? Как она соотносится с уголовным правом? Наконец, какая криминология сегодня нужна стране?²⁵

²¹ См.: Криминология. Исправительно-трудовое право. История юридической науки / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев. М., 1977. С. 7.

²² См.: Кудрявцев В.Н. Социология, право и криминология // Советское государство и право. 1969. № 2. С. 65.

²³ См.: Спиридонов Л.И. Социология уголовного права. М., 1986. С. 19.

²⁴ См.: Долгова А.И. Уголовное право и преступность // Полный курс уголовного права: в 5 т. / Под ред. А.И. Коробеева. Т. I: Преступление и наказание. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. С. 45.

²⁵ 19 апреля 2011 г. на кафедре уголовного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» прошел научно-практический семинар «Какая криминология сегодня нужна стране?» (проблемы преподавания и практического применения).