

**Уголовный кодекс
Федеративной Республики
Германии**



Дмитрий Анатольевич Шестаков
Уголовный кодекс
Федеративной
Республики Германии
Серия «Законодательство
зарубежных стран»

Текст предоставлен издательством

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=11152340

*Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии: Юридический
центр; Санкт-Петербург; 2003
ISBN 5-94201-203-2*

Аннотация

Настоящее издание продолжает серию «Законодательство зарубежных стран». В серии дается высококвалифицированный перевод и научный анализ зарубежного законодательства, осуществленный совместно правоведами и филологами.

Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии предлагается вниманию работников органов уголовной юстиции, судей, адвокатов, преподавателей, ученых, студентов, а также всех интересующихся вопросами уголовного права.

Содержание

Уважаемый читатель!	5
Реформа германского уголовного законодательства	7
I. Возникновение, состояние и сфера действия Уголовного кодекса	7
II. Основные положения уголовной политики	19
III. Структура Уголовного кодекса	32
1. Предпосылки наказуемости	32
2. Наказание и иные меры	37
Отдельные составы преступлений	49
Закон о наркотических средствах	78
Резюме	80
Репрессивность наказания и мер безопасности по уголовному кодексу ФРГ	83
Принятые сокращения	96
Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии в редакции от 13 ноября 1998 г. по состоянию на 15 мая 2003 г.	97
Общая часть	97
Раздел первый. Уголовный закон	97
Глава первая. Сфера действия	97
Конец ознакомительного фрагмента.	105

Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии

© Издательство «Юридический центр Пресс», 2003

© Д. А. Шестаков, науч. ред., вступ. статья, 2003

© Г.-Г. Йешек, предисловие, 2003

© Н. С. Рачкова, перевод с нем., 2003

Уважаемый читатель!

Перед Вами книга, входящая в серию работ, объединенных общим названием: «Законодательство зарубежных стран», реализуемую издательством «Юридический центр Пресс».

Обращение к опыту зарубежного законотворчества позволяет представить отечественную правовую систему в соотношении с правовыми системами других государств, ибо, как писал Рене Давид: «Мир стал един. Мы не можем отгородиться от людей, которые живут в других государствах, других частях земного шара. Необходимое международное взаимодействие или, во всяком случае, простое сосуществование требует, чтобы мы открыли наши окна и посмотрели на зарубежное право».

Правоведу предпочтительней обратиться к первоисточнику и самому поразмышлять об особенностях законодательства той или иной страны, его сильных и слабых сторонах и сравнить с законодательством собственной страны с тем, чтобы понять ценности и приоритеты, тенденции и перспективы его развития.

В предлагаемой Вашему вниманию серии планируется издание не только тех зарубежных кодексов, которые в последние годы появились в переводе на русский язык, но и тех, которые все еще сравнительно мало известны российским юристам. К научной подготовке этих изданий привлекают-

ся преподаватели ведущих вузов России, известные зарубежные криминалисты, обладающие большим опытом научных исследований в области юриспруденции, а также высококвалифицированные переводчики.

Издательство «Юридический центр Пресс», рожденное в городе, который по своему историческому предназначению был призван стать «окном в мир», надеется внести свою скромную лепту в то, чтобы еще шире распахнуть «наши окна» и обозреть зарубежное право во всем его богатстве и многообразии.

Надеемся на этой стезе найти в Вас благодарного и взыскательного Читателя.

Редколлегия

Май 2003

Реформа германского уголовного законодательства

I. Возникновение, состояние и сфера действия Уголовного кодекса

Действующий Уголовный кодекс ФРГ восходит к Уголовному кодексу Германской империи от 15 мая 1871 г. (RGrBl. S. 127). Уголовный кодекс Германской империи за годы своего существования постоянно приводился в соответствие с изменяющимися обстоятельствами и потребностями времени путем внесения многочисленных изменений. Начавшееся на смене веков движение за реформу уголовного права в эпоху Веймарской республики (1919–1933) привело к первым успехам в организации новой уголовной политики. Так, Законы о денежном штрафе 1921–1924 гг. изменили соотношение в применении таких наказаний, как лишение свободы и денежный штраф в пользу последнего. Закон об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних в редакции 1923 г. (RGrBl. I. S.135) положил начало развитию уголовного права, ориентированного на молодежь, в основе которого идеи воспитания, урегулировал деятельность уже созданных Управлением юстиции земель судов по делам несо-

вершеннолетних. Закон о профессиональных преступлениях от 1933 г. (RGBl. I. S. 995) введением мер исправления и безопасности наряду с наказаниями (параллелизм) завершил реформу уголовного права Веймарской республики, но в своем применении оно быстро попало под влияние тоталитарного государства.

Цели уголовного законодательства Федеративной Республики Германии, появившегося вместе с Основным законом в 1949 г., сначала заключались в чистке языка текста Уголовного кодекса, уничтожении остатков господства национал-социалистической системы в уголовном праве, корректировке вмешательства оккупационных властей, которое нельзя было допустить на длительный период, в восстановлении правового единства уголовного права на территории Федеративной Республики Германии и Западного Берлина и в проведении самых необходимых реформ. Основной закон от 23 мая 1949 г. (BGBl. S. 1)¹ отменил смертную казнь (ст. 102) и установил принцип законности для преступления и наказания (ст. 103, абз. 2). Первый шаг в преобразовании уголовного права сделал Третий закон об изменении Уголовного кодекса от 4 августа 1953 г. (BGBl. I. S. 735), введя освобождение от наказания и освобождение от ответственности с испытанием. Новая редакция Уголовного кодекса, опубликованная 25 августа 1953 г. (BGBl. I. S. 1083), дала этому закону название «Уголовный кодекс», которое он с тех пор

¹ Bundesgesetzblatt I – Федеральный вестник законов I.

носит; дополнение «для Германской империи» было изъято, так как она уже не существовала.

В ходе осуществления общей реформы уголовного права было принято шесть законов о реформе уголовного права, многочисленные законы об изменении Уголовного кодекса и Вводный закон к Уголовному кодексу от 2 марта 1974 г. (BGBl. I. S. 74). Второй закон о реформе уголовного права от 4 июля 1969 г. (BGBl. I. S. 717) полностью преобразовал и изменил расположение и нумерацию параграфов Общей части, содержащую регулирование, общее для всех правонарушений. Но и Особенная часть, в которой можно найти описание конкретных деликтов в так называемых «составах деяния» (Tatbestände), уже после первых реформ приобрела новый вид. Результатом этой второй ступени большой реформы явилась новая редакция Уголовного кодекса от 2 января 1975 г. (BGBl. I. S. 1). На этом реформа Общей части приостановилась. Однако реформа Особенной части непрерывно продолжалась путем внесения законов об изменении Уголовного кодекса, Закона о введении в действие Уголовного кодекса от 1974 г., законов об изменении отдельных разделов, о преобразовании других отраслей права, и которая до сих пор еще не завершена. Эти изменения привели к публикации новой редакции Уголовного кодекса от 10 марта 1987 г. (BGBl. I. S. 945). После этого Закон от 9 июня 1989 г. (BGBl. I. S. 1059) в связи с введением урегулирования положения главного свидетеля обвинения при террористических

актах усилил наказание за похищение человека с целью вымогательства (§ 239a) и захват заложников (§ 239b). Закон от 13 июня 1990 г. (BGBl. II. S. 494) распространил нормы о защите судов воздушного транспорта (§ 316c) на суда, используемые в гражданском морском судоходстве. 25-й Закон об изменении Уголовного кодекса от 20 августа 1990 г. (BGBl. I. S. 1764) расширил деяние § 201 о нарушении конфиденциальности слова, 26-й Закон от 14 июля 1992 г. (BGBl. I. S. 1255) усилил наказание за торговлю людьми (§§ 180b, 181). Закон о борьбе с нелегальной торговлей наркотиками и другими формами проявления организованной преступности (Закон об организованной преступности) от 15 июля 1992 г. (BGBl. I. S. 1302), кроме того, по-новому сформулировал особо тяжкий случай кражи, совершенной бандой (§ 244a), укрывательства имущества, добытого противоправным путем, совершаемого бандой (§ 260), укрывательства имущества, добытого противоправным путем, совершаемого бандой в виде промысла (§ 260a) и отмывания денег (§ 261), для чего в Закон по отмыванию денег, добытых преступным путем, от 25 октября 1993 г. (BGBl. I. S. 1770) было внесено важное дополнение об обязанности банковских учреждений идентифицировать делового партнера при сделках, заключаемых на сумму 20 тыс. немецких марок и свыше. Санкции за эти деликты были усилены в Законе об организованной преступности введением имущественного штрафа (§ 43a) и расширенной конфискации (§ 73d). Также были усилены санк-

ции в отношении тяжких случаев торговли людьми (§ 181) и особо тяжких деяний, предусмотренных Законом о наркотических веществах. Новый Закон в более успешной борьбе с организованной преступностью от 4 мая 1998 г. (BGBl. I. S. 845) не только значительно расширил круг уголовных правонарушений, к которым может относиться отмывание денег, но и усилил санкции. 27-й Закон об изменении Уголовного кодекса от 23 июля 1993 г. (BGBl. I. S. 1346), кроме того, распространил действие § 174, абз. 1 и 3, о сексуальных злоупотреблениях в отношении опекаемых лиц, а также действие § 176, абз. 1–4, 5, № 2 и 6, о сексуальных злоупотреблениях в отношении детей, совершаемых гражданами ФРГ за границей, независимо от законодательства того места, где было совершено преступление (§ 5, № 8). Эта норма действует и для § 174, если лицо, совершившее деяние, и жертва являются гражданами ФРГ и основа их жизнедеятельности находится на территории Германии, и для § 176 действует также эта норма, не принимая во внимание гражданство жертвы (секс-туризм). Кроме того, в § 184, абз. 3, была усилена санкция за распространение порнографических изданий, если их содержанием является насилие над детьми. Дополнительные уголовно-правовые нормы в отношении детской порнографии содержат новые абзацы 4 и 5 § 184. Реформа Особенной части была продолжена введением уголовно-правовой нормы о подкупе депутатов, которая включает в себя выборы и голосование в Европейском парламенте (§ 108e). 29-й Закон

об изменении Уголовного кодекса от 31 мая 1994 г. (BGBl. I. S. 1168), кроме того, соответствовал старому требованию об отмене особого наказания за гомосексуальные действия и исключил § 175. Единая норма (§ 182) отныне защищает 14- и 15-летних подростков обоего пола от сексуальных действий, если лицо, совершившее деяние, использует при этом их явно зависимое положение. Важные нововведения были далее внесены во 2-м Законе о борьбе с преступностью, связанной с посягательствами на окружающую среду, от 27 июня 1994 г. (BGBl. I. S. 1440), а также в Законе о борьбе с преступностью от 28 октября 1994 г. (BGBl. I. S. 3186). Закон об изменении Закона о помощи беременным женщинам и семье от 21 августа 1995 г. (BGBl. I. S. 1050) содержит итоговое урегулирование норм прерывания беременности, не предусматривающих наказания.

Объединение Германии привело к восстановлению правового единства в уголовном праве на всей территории Федеративной Республики Германии. Уголовный кодекс в редакции от 10 марта 1987 г. с внесенными позднее изменениями на основании Договора об объединении от 31 августа 1990 г. (BGBl. II. S. 885) вступил в действие 3 октября 1990 г. на территории новых федеральных земель: Бранденбург, Мекленбург – Передняя Померания, Саксония, Саксония – Анхальт и Тюрингия, а также в бывшей восточной части земли Берлин.

Третий этап реформы уголовного права завершился 6-м

Законом о реформе уголовного права от 26 января 1998 г. (BGBl. I. S. 164) и Законом о борьбе с сексуальными деликтами и другими опасными уголовно наказуемыми деяниями от того же дня (BGBl. I. S. 160). 6-й Закон о реформе уголовного права сделал первый основательный шаг к общей реформе Особенной части взвешенностью пределов наказания, усилением и обновлением отдельных групп составов деяния и усилением наказания за них (например, деликты, связанные с поджогом, – §§ 306–306f), улучшением уголовно-правовой защиты в особо опасных сферах (например, защита детей – §§ 176–176b и § 236) и отменой ненужных или более не соответствующих времени уголовно-правовых норм (например, § 144 и § 127). Закон о борьбе с сексуальными деликтами и другими опасными деяниями усилил защиту общественной безопасности в интересах безопасности общества при освобождении от отбывания остатка временного лишения свободы (§ 57, абз. 1, № 2) и распространил превентивное заключение на определенные сексуальные деликты и деликты, связанные с телесными повреждениями, а также на соответствующие деяния, совершенные в состоянии одурманивания (§ 66, абз. 3), ввел надзор на неопределенный срок, если осужденный не согласен пройти курс лечения или курс отвыкания или не следует этому указанию (§ 68с, абз. 2). В 6-м Законе о реформе уголовного права и Законе о борьбе с сексуальными деликтами законодатель хотел обратить особое внимание на угрозу и причине-

ние беспокойства обществу новыми формами преступности. Многочисленные изменения текста законов в ходе быстрого проведения реформы уголовного права привели к опубликованию новой редакции Уголовного кодекса от 13 ноября 1998 г. (BGBl. I. S. 3322).

В ходе обновления уголовного права была проведена и реформа исполнения наказания, т. е. той части уголовного права, которая регулирует применение наказания в виде лишения свободы и мер исправления и безопасности, связанных с лишением свободы в учреждениях юстиции, ведающих вопросами отбывания наказания. Этот завершающий этап реформы был дополнен Законом об исполнении наказания от 16 марта 1976 г. (BGBl. I. S. 581). Следствием принятия этого Закона было прежде всего расширение гибкой практики (выход за пределы учреждения, свободное перемещение, отпуск под надзором, а также улучшение правового положения заключенных путем предоставления правовой помощи (право обжалования, заявления на решение суда, жалоба на нарушение судом формального или материального права). Однако важные моменты реформы, прежде всего, приближение оплаты труда осужденных к тарифной зарплате, предстоит решать будущим специальным федеральным законам, которые все еще заставляют себя ждать. Федеральный Конституционный Суд, однако, 1 июля 1998 г. (BGBl. I. S. 2261) вынес решение о том, что ограничение оплаты труда (§ 200, абз. 1 Закона об исполнении наказания) пятью процентами со-

циально гарантированной правом социального страхования величины выплаты противоречит требованию ресоциализации, зафиксированному в Основном законе. § 200, абз. 1 Закона об исполнении наказания подлежал, правда, применению до 31 декабря 2000 г., предоставив время законодателю для нововведений. Но поскольку такового не последовало до настоящего времени, то компетентные суды непосредственно принимают решения о размере оплаты труда, предусмотренном в § 43, абз. 1, ст. 1 Закона об исполнении наказания. Решение вопроса о приближении оплаты труда заключенных к тарифной оплате, которое предстоит принять реформаторам, будет, скорее всего, предоставлено сфере юстиции. Закон об исполнении наказания также вошел в решение такой актуальной задачи, как эффективность применения наказаний в сфере борьбы с сексуальными деликтами. Закон о борьбе с сексуальными деликтами и другими опасными деяниями изменил § 9 Закона об исполнении наказания в виде помещения заключенного в социально-терапевтическое учреждение таким образом, что заключенный, осужденный за совершение сексуального наказуемого деяния (§§ 174–180 или 182 Уголовного кодекса) к лишению свободы на срок более двух лет, без его согласия может быть помещен в социально-терапевтическое учреждение, если это оказывается необходимым после основательного обследования. Очевидно, что новая норма направлена на предоставление лицам, совершившим особо тяжкие деяния на сексуаль-

ной почве, новых методов лечения, которые могут быть применены или в будущем введены в социально-терапевтических учреждениях. До 31 декабря 2002 г. это норма действовала, конечно, только как желательная, чтобы Земли могли подготовить свои социально-терапевтические учреждения к решению новой, особо трудной задачи.

Новое уголовное право могло быть создано только в данное конкретное время и быть принято как практикой, так и общественностью без какого-либо серьезного недопонимания, так как традиционные взгляды на уголовное право и преступность изменились с начала работы над реформой в 1952 г. Осуществлялся большой процесс обучения и переосмысления, который взволновал и изменил многих людей, находящихся далеко за рамками мира профессионалов. В значительной степени достигнуто понимание того, что уголовное право является только одним из средств социального контроля наряду с другими, и его применение означает глубокое вмешательство в свободу, статус и доходы тех, кого оно затрагивает. Ввиду вытекающих из этого негативных последствий оно должно применяться по возможности взвешенно. Одновременно в результате различного рода идеологических выступлений против всех репрессивных институтов государства в качестве ответной реакции сформировалось противоположное убеждение, что только уголовное право, ориентированное на принцип виновности, может защитить свободу общества, ибо только такое право рассмат-

ривает человека как ответственного гражданина, апеллируя своими требованиями и санкциями к его благоразумию и его дисциплине, и делает это с полной ответственностью. Достоянием общественности стало понимание необходимости ограничения уголовного права принципами правового государства, а вместе с этим и осознание того, что не все, что кажется целесообразным в обращении с правонарушителями, является справедливым. Кроме того, общество постепенно приходит к пониманию, что гуманность как основа политики в области уголовного права – не только проявление идеализма отдельных людей, которые берутся за это из сочувствия, а является в определенной степени мерой ответственности общества за преступность, и, стало быть, забота о правонарушителях не милость, а обязанность социального государства. И, наконец, само внимание к уголовному праву в значительно большей степени, чем раньше, проявляется не только как проблема правосудия, но и как социальная задача, выполнение которой должно оказать помощь в жизни человеку, осужденному за преступления. Эффективность внимания к уголовному праву при этом проявляется не столько в статистическом доказательстве успехов в ресоциализации преступников, сколько в формировании всей уголовно-правовой политики государства, которую можно объединить с обостренной социальной совестью нашего времени. Развитие преступности в последнее время показало проявляющей понимание общественности и то, что для борьбы с насиль-

ственными деликтами, сексуальными наказуемыми деяниями, особенно по отношению к детям, поджогами домов беженцев и иностранцев, выступлениями вооруженных боевых отрядов, квартирными кражами со взломом и организованной преступностью должны в полной мере применяться наказания в виде лишения свободы и меры исправления и безопасности, связанные с ограничением свободы, но с учетом задачи ресоциализации в процессе исполнения наказания. Настроение общества начинает меняться в сторону ужесточения пенитенциарной политики, и крупные политические партии, кажется, поддерживают эту точку зрения.

II. Основные положения уголовной политики

Основная уголовно-политическая концепция германского уголовного права связана с заглаживанием вины с целью воздействия наказанием на личность преступника. Это воздействие на лицо, совершившее деяние, называют специальной превенцией. Но нужно ограничиться, правда, только таким общим высказыванием, так как из закона нельзя сделать более конкретный вывод о том, в каком соотношении должны находиться эти задачи и как законодатель представлял себе прежде всего отношение между принципом вины и мерой наказания. Содержащееся в § 46, абз. 1, предложение 1, предписание «Вина лица, совершившего деяние, является основанием для назначения наказания» включает в себе лишь неспецифическое признание принципа вины. Что касается второго предложения: «учитываются воздействия, которые ожидаются со стороны наказания на будущую жизнь лица в обществе», то и здесь не указывается, какие ограничения необходимы при заглаживании вины с учетом специальной превенции. И все же точка зрения на основную уголовно-политическую концепцию действующего права, выраженная в § 46, абз. 1, имеет определенную ценность. Она ясно показывает, что наказание, не соответствующее по виду и степени вине лица, совершившего деяние, не будет соот-

ветствовать закону, и суды именно так и истолковывают эту норму. § 46, абз. 1, предложение 1, отменил чистую систему мер исправления и безопасности, которую постоянно рекомендуют доверчивые приверженцы применения «лечения» для исцеления всех личных недостатков правонарушителей. С другой стороны, из § 42, абз. 1, предложение 2, однозначно следует, что законодатель при любом определении меры наказания требует учитывать последствия санкции на будущую жизнь осужденного в обществе, и ни в коем случае не рассматривает наказание только как акт исполненной справедливости.

В Уголовном кодексе нет выраженного упоминания о генеральной превенции. Под генеральной превенцией в положительном смысле понимают подтверждение права путем наказания воздействовать на правосознание и законопослушность общественности, в негативном же смысле – как фактор устрашения для всех, кто попытается последовать примеру правонарушителя. Из-за отсутствия соответствующего установления следует, что подтверждение права (Rechtsbewährung) посредством соразмерного вине наказания есть, по умолчанию, предполагающаяся и положенная государством в основу общей системы цель наказания, и что усиление заслуженного наказания, обоснованное общим устрашением, не покрывалось бы действующим правом. Но согласно принципу вины недопустимо и смягчение заслуженного наказания. Этого положения, хотя и оспариваемого

в литературе, до сих пор придерживается судебная практика. Законодатель, очевидно, оспорил подтверждение права и действие устрашения, так как соразмерное вине наказание для специальной превенции он рассматривает не только как достаточное, но и как необходимое. Обдумывается и вытекающий из принципа определенности вопрос об имущественном наказании (§ 43а), введенном Законом о борьбе с нелегальной торговлей наркотиками и другими формами проявления организованной преступности, ибо здесь при весьма тяжком преступлении не определен верхний и нижний предел наказания, как этого требует принцип законности, и особенно потому, что всем имуществом правонарушителя может распоряжаться судья, не опираясь на определенные критерии при вынесении решения в конкретном случае.

Учет привлечения к суду жертвы наказуемого деяния был вменен в обязанность судам Законом о защите жертв от 18 февраля 1986 г. (BGBl. I. S. 2496) посредством того, что в § 46, абз. 2, в качестве дополнения к списку оснований для определения размера наказания были включены усилия лица, совершившего деяние, «возместить причиненный вред», а также «достигнуть соглашения с потерпевшим». Идея о бесконфликтном соглашении между лицом, совершившим деяние, и его жертвой была продолжена в новых определениях, которые включил в Уголовный кодекс Закон о борьбе с преступностью от 28 октября 1994 г. Самым важным является § 46а. Согласно ему суд в соответствии с § 49, абз.

1, может смягчить наказание в тех случаях, когда лицо, совершившее деяние, в своем стремлении достичь соглашения с жертвой возмещает потерпевшему лицу нанесенный им в результате деяния ущерб полностью или большую его часть, или компенсирует жертве большую часть причиненного им вреда значительными личными выплатами или уступками, или суд может совсем отказаться от наказания, если деяние не подлежит более суровому наказанию, чем лишение свободы на срок до одного года или денежный штраф в размере до трехсот шестидесяти дневных ставок.

В германской системе в значительной степени выполняется требование декриминализации уголовного права в сфере мелких правонарушений. Многочисленные, не имеющие большого значения правонарушения наказываются не как уголовные, а как нарушения порядка денежным штрафом, так как они не носят преступного характера в соответствии с Законом о борьбе с нарушениями порядка в редакции от 19 февраля 1987 г. (BGBl. I. S. 602) (№ 11), но который в настоящее время, согласно Закону об изменении Закона о борьбе с нарушениями порядка и других Законов от 26 января 1998 г. (BGBl. I. S. 156), предусматривает двойные рамки денежного штрафа – с верхним и нижним пределом (§ 17, абз. 1 Закона об административных правонарушениях). Так, прежде всего, малозначительные правонарушения на транспорте были преобразованы в нарушения общественного порядка (§ 24 Закона о правилах уличного движения –

№ 10). Бывший 29-й раздел Уголовного кодекса о проступках был отменен, самые важные правонарушения из этого раздела преобразованы в нарушения порядка. Так, сейчас, например, ложное указание имени (ранее – § 360, № 8, УК) можно найти в § 111 Закона об административных правонарушениях; шум, нарушающий общественную тишину и покой, и грубое бесчинство (ранее – § 360, № 11, УК) – в § 117 и соответственно – в § 118 Закона об административных правонарушениях.

Декриминализации в сфере более легкой преступности служат следующие две нормы Уголовно-процессуального кодекса. Как исключение из обязанности уголовного преследования согласно § 153 УПК в случае проступков, за которые нижний предел лишения свободы не повышен в санкции по сравнению с пределом, установленным для данного вида наказания (следовательно, например, простая кража – § 242, но не кража с применением оружия, кража, совершаемая бандой, и кража с проникновением в жилище – § 244), прокуратура может прекратить производство по делу без санкции суда, если последствия совершенного деяния и вина лица, совершившего деяние, незначительны, а уголовное преследование не представляет интереса для общественности. Действующее до сих пор ограничение этой возможности в отношении правонарушений, направленных против чужого имущества, было отменено Законом об освобождении от ответственности (Gesetz zur Entlassung der Rechtspflege) от 11 ян-

варя 1993 г. (BGBl. I. S. 50). В случае правонарушений, подлежащих повышенной мере наказания, прокуратура может делать это только с согласия суда, которое, однако, как показывает опыт, она и получает. Далее, § 153а УПК введено условное прекращение уголовного процесса. В соответствии с этим предписанием с согласия суда и обвиняемого при всех проступках при постановлении об обязанностях и указаниях (в основном о выплате денежной суммы в пользу общественно полезной организации или казны, с недавних пор и об усилиях в достижении соглашения между лицом деяния и жертвой путем компенсации нанесенного ущерба) прокуратура может условно отказаться от предъявления публичного обвинения, если этого постановления достаточно, чтобы не привлекать особого внимания общественности к уголовному преследованию, и если этому не препятствует тяжесть вины. Здесь также не требуется согласия суда в отношении проступков, за которые минимум лишения свободы не повышен (в санкции с минимумом, установленным для вида наказания). § 153а УПК расширен Законом об освобождении от ответственности, в котором больше не требуется, как раньше, малозначительности вины лица, совершившего деяние, а лишь указывается на то, что тяжесть вины не препятствует освобождению. Оба пути избежать уголовного процесса все больше применяются на практике. И суд по предъявлении обвинения с согласия прокуратуры и обвиняемого при равных условиях может прекратить производ-

ство по делу. В отношении незначительных наказуемых деяний правила §§ 153 и 153а УПК, действие которых вместе со всем УПК было распространено на новые федеральные земли, дополняется Законом ГДР о третейских судах в общинах от 13 сентября 1990 г., остающимися в силе согласно Договору (GBL. DDR. I. № 61. S. 1527) (изменены в Бранденбурге и Саксонии – Анхальте, в Тюрингии и Берлине заменены собственными Законами). Согласно § 40 данного Закона прокурор может передать дело о незначительных правонарушениях третейскому суду, если в результате этого можно ожидать внесудебного решения, а именно путем компенсации или соглашения между лицом, совершившим деяние, и жертвой, и если общественность не заинтересована в предъявлении общественного иска.

Процессуальный путь декриминализации в сфере легкой преступности заключается, кроме того, в требовании заявления о возбуждении преследования в случаях домашних и семейных краж (§ 247), а также кражи и присвоении малоценных предметов (§ 248а). Обе нормы применяются соответственно при некоторых имущественных деликтах, в сфере проступков. Законодатель, очевидно, считает, что подобные случаи чаще всего не приведут к подаче заявления, а найдут свое разрешение на основе гражданского права или внесудебным путем. Далеко за рамки сферы незначительных правонарушений выходит § 60, согласно которому суд отказывается от наказания, если последствия деяния, которые затра-

гивают лицо, совершившее деяние, настолько тяжелы, что назначение штрафа вполне очевидно было бы ошибочным. Наряду с этим декриминализация в основной сфере уголовного права означает далее существенный отход от границ наказуемости за совершение сексуальных преступлений (§ 174 и др.). Однако в противоположном направлении идет 27-й Закон об изменении Уголовного кодекса, а сейчас частично и 6-й Закон реформы уголовного права.

Следующим фундаментальным принципом германского уголовного права является положение о том, что все предпосылки наказания, а также вид и размер наказания должны быть определены законом – принцип законности. Мы находим его в § 1 Уголовного кодекса, в норме, которая дословно совпадает с соответствующей конституционной гарантией – абз. 2 ст. 103 Основного закона: «Деяние может быть наказано, только если наказуемость была законодательно установлена прежде». Это самоограничение государства должно гарантировать то, что уголовно-правовые санкции для деяния должны быть четко определены уже к моменту совершения деяния, и что каждый может доверять тому, что деяние, которое при его совершении не определено четко как наказуемое, не может повлечь наказания и позже. Из этого прежде всего следует, что судья по уголовным делам не имеет права своей властью восполнять пробелы в законе, применяя схожую, но все же непосредственно не соответствующую уголовно-правовую норму. Что касается гражданского права, то

в качестве общего принципа признано знаменитое правило ст. 1, абз. 2 Швейцарского свода гражданских законов: «Если из закона нельзя извлечь никакой нормы, то судья должен выносить решение согласно обычному праву, а если таковое отсутствует, в соответствии с нормой, которую он установил бы в качестве законодателя». Для уголовного же права, напротив, действует именно запрет на применение обычного права и аналогии, особенно если правовое положение, вытекающее из текста закона, было бы не в пользу обвиняемого (например, нарушающие покой ночные телефонные звонки не могут наказываться согласно § 123 как нарушение неприкосновенности жилища, поскольку данный состав преступления предполагает физическое проникновение в квартиру потерпевшего). Следствием принципа законности является также запрет обратного действия закона. Но и он направлен только на защиту лица, совершившего деяние. Поэтому согласно § 2 абз. 3 применению подлежит самый мягкий в данном случае закон, если закон, который действовал во время совершения деяния, изменяется перед принятием решения. 16-й Закон об изменении Уголовного кодекса от 16 июля 1979 г. (BGBl. I. S. 1046), который отменил срок давности за убийство и тем самым ужесточил право (§ 78, абз. 2), относится, конечно, и к умышленным убийствам при отягчающих обстоятельствах, совершенным до вступления закона в силу, поскольку преследование к этому времени не потеряло силу за давностью. Допустимость обратного действия за-

кона обосновывается здесь, вопреки преобладающему в печати мнению, тем, что давность следует рассматривать только как обстоятельство, препятствующее ведению процесса, и что таким образом абз. 2 ст. 103 Основного закона не нарушается.

По отношению к деяниям, которые были совершены до вступления в ФРГ новых федеральных земель бывшей ГДР, следует применять уголовное право Федеративной Республики Германии, не учитывая § 2, если оно для деяния действовало уже до их вступления, например, в соответствии с § 5 (защита определенных правовых благ, действующих в пределах территории государственных границ) или § 6 (защита определенных международных правовых благ) (ст. 315, абз. 4, № 2 Вводного закона к Уголовному кодексу). В других случаях согласно § 2, абз. 3, УК действует более мягкий закон (ст. 315, абз. 1–3 Вводного закона к Уголовному кодексу). Федеральный Конституционный Суд, однако, для деяний, предусмотренных §§ 94 и 99 УК, которые были совершены исключительно на государственной территории бывшей ГДР, препятствие для уголовного преследования выводит непосредственно из Конституции (Сборник решений Федерального Конституционного Суда. В *VerfGE* 92, 277(355)). Далее Закон о давности от 26 марта 1993 г. (*BGBI. I. S. 392*) делает возможным дополнительное преследование определенных наказуемых деяний, совершенных на территории бывшей ГДР. Согласно этому Закону в период от 11

октября 1949 г. до 2 октября 1990 г. была приостановлена давность за совершение преступлений во время господства противоправного режима СЕПГ, которые не были наказаны в соответствии с четко выраженной или предполагаемой волей государственного или партийного руководства по политическим или каким-либо иным причинам, не совместимым с основными принципами свободного правового строя.

Из принципа законности вытекает, наконец, требование определенности. Гарантия существования законного основания для наказуемости и наказания не обеспечивала бы подлинную правовую гарантию, если бы законодатель в результате неточной формулировки состава наказуемого деяния уклонялся от принятия собственного решения, и определение того, что наказуемо, а что нет, предоставлял судье. Подобная неопределенность уголовно-правовой нормы, ограниченной только судопроизводством, квалифицировалась ранее как грубое бесчинство, о котором в старом УК (§ 360, № 11) сказано: «Кто творит бесчинство...», но сейчас в § 118 Закона об административных правонарушениях, в большей степени соответствующем требованию определенности, формулируется следующее положение: «Кто грубо совершает неподобающее действие, которое может нарушить общественный покой или создавать подобную угрозу или нанести вред общественному порядку...» Такому требованию определенности, гарантирующему обеспечение прав и неприкосновенность граждан, служит и осуществляемое

в ходе реформы преобразование в норму закона некоторых правил, действовавших до сих пор как право судьи на оспаривание толкования закона, данного вышестоящим судом. Подобное преобразование мы находим относительно мнимого причинения бездействием (§ 13), ошибки в запрете (§ 17), оправданным вынужденным положением (§ 34) и при заблуждении об правомерном вынужденном положении (§ 35, абз. 2). Большую определенность закона гарантируют, кроме того, более узкое определение покушения (§ 22), улучшенная норма об отказе от покушения, если в деянии участвуют несколько лиц (§ 24, абз. 2), и перечень понятий лиц и вещей (§ 11). Такой же цели в Особенной части УК подчинены более точные формулировки многих составов деяний, например, об оставлении места ДТП (§ 142), в составах о половых наказуемых деяниях (§ 174 и др.), при определении уклонения от наказания и укрывательства имущества, добытого правонарушающим путем (§§ 257–259), угрозы, возникающей в результате нарушения правил строительства (§ 323) и должностных деликтов (§ 331 и др.). Однако есть и противоположные примеры. Так, согласно § 324 подлежит наказанию лицо, которое неправомерно загрязняет воды, т. е. в данном случае не определены границы наказуемости. Но подобная норма действовала и ранее в § 38 Закона о регулировании водного режима, в котором ее ограничение вытекало из Закона в целом.

Основой политики в уголовно-правовой сфере является

в конечном счете принцип гуманности. Он свидетельствует о том, что все человеческие отношения, которые приводят к необходимости возникновения уголовного права в самом широком смысле, должны основываться на взаимной связи, совместной ответственности за людей, совершивших наказуемые деяния, готовности оказать социальную помощь и содействие борьбе за возвращение к нормальной жизни осужденных. Для Федеративной Республики Германии из этого вытекает признание запрещения применения пыток и бесчеловечного или унижающего человеческое достоинство наказания или обращения согласно ст. 3 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. (BGBl. 1952. II. S. 685), отмена смертной казни, запрещение наказания в виде заключения в каторжную тюрьму и наказания, позорящего честь человека, а также установление цели ресоциализации при обвинительном приговоре и при исполнении наказания в виде лишения свободы (§ 46, абз. 1, предложение 2, УК; § 2, предложение 1, 154 Закона об исполнении наказания).

III. Структура Уголовного кодекса

1. Предпосылки наказуемости

Самоограничение Уголовного кодекса проявляется, помимо принципа законности, о котором уже шла речь, прежде всего, в ограничении сферы применения уголовного права при действиях с международным элементом (например, место деяния находится за границей; лицо, совершившее деяние, является иностранцем; нарушенное правовое благо относится к другому государству или гражданину иностранного государства). В результате перехода от личностного принципа к территориальному (§ 3) действующее право принципиально вернулось к ограничению германского уголовно-правового принуждения деяниями, совершенными на территории своего государства. Одновременно для наказания деяний, совершенных за границей, требуется точка соприкосновения, узаконивающая действующее на территории Германии уголовно-правовое принуждение, как это, например, проявляется в потребности защиты определенных внутрисударственных (§ 5) или универсальных правовых благ (§ 6). Эти установления дополняет § 1a Военно-уголовного закона в редакции от 24 мая 1974 г. (BGBl. I. S. 1213), за наказуемые деяния, совершенные военнослужащими ФРГ

за границей. Закон от 6 июня 1995 г. «О защите моря распространил сферу действия германского уголовного права о наказуемых деяниях против окружающей среды» согласно § 324, 326, 330 и 330а, на области исключительно германской экономической зоны за пределы германского морского побережья (§ 5, № 11) и на наказуемые деяния, которые совершает судно, выбрасывая вредные вещества на всем побережье Северного и Балтийского морей (ст. 12 Закона). Закон о трансплантации органов от 5 ноября 1997 г. (BGBl. I. S. 2031) распространил далее германское уголовно-правовое предписание о запрещении торговли органами (§ 18 Закона) на деяния, совершаемые за границей, если лицом, совершившим деяние, является гражданин ФРГ (§ 5, № 15 УК).

Во втором разделе «Деяние» содержатся основополагающие предпосылки общего вида для наказуемости. Открывается этот раздел уже упомянутым определением деликта бездействия (§ 13), которое, правда, никоим образом не отвечает на все возникающие при этом вопросы, но все же постоянно выражает то, что согласно Уголовному кодексу так же, как и лицо, совершившее деяние, ответственность несет и тот, кто лишь не предотвращает относящийся к составу деяния результат, нарушая тем самым правовую обязанность действовать, и что это действие, кроме того, должно быть правовой (а не только моральной) обязанностью, из которой вытекает требование действовать. Большое практическое значение имеют нормы в отношении ошибок, из которых пер-

вая (§ 16) трактует ошибку относительно признаков состава деяния, описанных в Законе, так же, как это было урегулировано в старом Уголовном кодексе Германии (до 1945 г.), что именно ошибка в составе деяния исключает умысел (кто, например, берет чужую вещь, полагая, что она принадлежит ему, не может быть наказан за воровство). Вторая норма (§ 17), напротив, принимает судебную практику Федерального суда (BGHSt. 2. 194) по так называемой ошибке в запрете, и в случае неизбежной ошибки в нарушении права отрицает вину, в то время как в случае ошибки, которой можно избежать, наступает предусмотренное наказание. Оно может быть лишь смягчено согласно § 49, абз. 1. В правилах о вменяемости (§§ 19–21) значимым является прежде всего признание тяжелого душевного изменения (тяжелые случаи психопатии, невроз и аномальное влечение) в качестве основания для исключения или смягчения вины. Покушение на наказуемое деяние (§§ 22–24) имеет место, если лицо «непосредственно приступает» к осуществлению состава деяния. Основанием для наказуемости неоконченного деяния является то, что противоправная воля лица нашла свое выражение в действии, непосредственно предшествующем исполнению деяния, и тем самым проявилась как серьезно воспринимаемая угроза правопорядку. Покушение на преступление наказывается всегда, покушение на проступок наказывается только тогда, когда это определено законом. Такое регулирование указывает на основное разде-

ление тяжких и более тяжких уголовно наказуемых деяний, которые в § 12 различаются как преступление и проступок мерой наказания в виде лишения свободы, назначаемого в минимальном объеме. Согласно § 12, абз. 1, преступлениями являются деяния, за совершение которых назначается наказание в виде лишения свободы на срок минимум в один год и более, проступки – это деяния, за совершение которых назначается наказание в виде лишения свободы на более короткий срок или денежный штраф. За покушение наказание может быть более мягким, чем за оконченное деяние. Судья, однако, может назначить всю полноту предусмотренного наказания, так как завершение деяния или его незавершение может быть случайностью. Если при негодном покушении очевидно грубое недоразумение, то можно отказаться от наказания, так как подобное покушение, как правило, не может восприниматься серьезно. Добровольный отказ от покушения приводит к ненаказуемости.

Предписания об исполнительстве и участии (§§ 25–31) вводятся определением, в котором впервые в самом Законе делается различие между единоличным исполнением (Alleintäterschaft), опосредованным исполнением (mittelbare Täterschaft) и соисполнением (Mittäterschaft) деяния. В качестве форм участия действующее право по-прежнему называет склонение другого лица к совершению преступного деяния (подстрекательство – Anstiftung) и содействие в совершении преступления (пособничество – Beihilfe). В обоих

случаях очевидно, что главное деяние должно быть совершенно намеренно. В отличие от прежнего права, пособничество, согласно § 49, абз. 1, должно наказываться мягче (§ 27, абз. 2, предложение 2). Далеко вперед продвинута граница наказуемости при покушении на соучастие (§ 30), например, сама попытка подстрекательства к преступлению является наказуемой даже тогда, когда подстрекателю ни разу не удастся побудить исполнителя решиться на преступление.

Основания для оправдания взвешивания благ и интересов, именуемые прежде надзаконной крайней необходимостью, действующее право законодательно включило в § 34 под названием «правомерное вынужденное положение», при этом урегулирование многочисленных условий (правомерного вынужденного положения), частично зависящих друг от друга, частично и от конкретного случая, было особенно трудно. Значимой является не только абстрактная ценность затронутых правовых благ, но и конкретное распределение интересов, причем особое значение придается определению степени опасности, угрожающей нарушаемым правовым благам, в сравнении с ценностью блага, в которое совершается вмешательство.

Но даже при явном различии ценности затронутых интересов оправдание вынужденного вмешательства ставится в зависимость от дальнейшей проверки, представляет ли собой деяние «соразмерное средство», т. е. является ли оно, согласно признанным ценностным представлениям правового

го сообщества, целесообразным и в целом достойным одобрения решением конфликта.

2. Наказание и иные меры

Центром тяжести преобразования германского уголовного права, каким оно представляется после реформы 1975 г., являются все же не условия наказуемости, а наказание и иные меры. Общую тенденцию действующего права можно охарактеризовать следующим образом: как можно меньше наказаний, как можно больше социальной помощи. Это основное направление в принципе все еще действует, хотя в отношении особо опасных форм преступности сейчас также более очевидно отчетливое усиление наказания.

Наказание в виде лишения свободы хотя и образует по-прежнему хребет системы наказания, так как оно является единственным видом наказания для деяний тяжкой и деяний средней тяжести, равно как и для частого рецидива, должно стоять позади подлежащего взысканию денежного штрафа в качестве заменяющего его наказания (§ 43). Наказание в виде лишения свободы на срок до одного месяца отменено полностью (§ 38, абз. 2), на срок от одного месяца до шести месяцев, как правило, заменяется денежным штрафом и допускается еще лишь как «ultima ratio» (§ 47). Сюда присоединяется и то, что исполнение наказания в виде лишения свободы в значительной степени вытеснено

существенным распространением приостановления наказания с испытанием (§§ 56–56d). Картина определения размера наказания на практике сейчас такова, что свыше 80 % всех наказаний, которые назначаются судами согласно праву в отношении взрослых, являются денежными штрафами (в 1996 г. примерно 561 000), 8 % из которых, конечно, должны быть превращены в лишение свободы, заменяющие неуплаченный денежный штраф (эрзац-лишение свободы, Ersatzfreiheitsstrafe), так как осужденный их не выплачивает или не может выплатить, и ежегодно исполняется примерно 22 тыс. наказаний в виде эрзац-лишения свободы. В федеральных землях на основании ст. 293 Закон о введении в действие Уголовного кодекса (№ 2) имеются все же нормы, разрешающие в порядке замещения исполнения наказания в виде эрзац-лишения свободы осужденному заменить неоплачиваемым трудом на свободе в пользу общества. В результате этого отпало веское соображение против эрзац-лишения свободы. Однако возможность применения свободно-го труда используется лишь относительно небольшой части тех, на кого распространяется эрзац-лишение свободы. Наступление денежного штрафа, отесняющего лишение свободы, ограничивается, правда, нижним уровнем в размере до 90 дневных ставок (что соответствует трем месяцам лишения свободы), в то время как количество наказаний в виде лишения свободы на средний и длительный срок в соответствии с 6-м Законом о реформе уголовного права замет-

но увеличилось и будет увеличиваться. Статистика показывает, что 19 % всех обвинительных приговоров – это наказание в виде лишения свободы, но примерно в 69 % оно приостанавливается с назначением испытания, причем около 28 % этих наказаний из-за отмены приостановлением наказания все же должны быть исполнены. Несмотря на это, несомненно, что совокупный результат приостановления наказания с испытанием следует оценить положительно, так как реальное исполнение числа наказаний в результате этого значительно уменьшилось. Приостановление наказания в виде лишения свободы на срок свыше одного года до двух лет увеличилось (63 %), так как новая редакция § 56, абз.2 в 23-м Законе об изменении уголовного права от 13 апреля 1986 г. (BGBl. I. S. 393) последовала за судопроизводством (BGHSt. 29, 370), согласно которому приостановление наказания в виде лишения свободы на больший срок не должно ограничиваться наказуемыми деяниями, которые совершаются в исключительной ситуации. В целом, во всяком случае в настоящее время, менее 7,5 % всех осуждений к лишению свободы действительно приводит осужденных за тюремные стены. И все же загруженность учреждений лишения свободы, которая сначала значительно уменьшилась, постепенно вновь возросла, и к 31 марта 1996 г. количество заключенных достигло 48 904. К ним добавляются лица, находящиеся в предварительном заключении, число которых на 31 декабря 1996 г. составило 20 045 человек. В связи с ростом пре-

ступности и числа длительных сроков наказания лишением свободы можно ожидать увеличения количества заключенных. Приостановление временного лишения свободы (§ 57) после отбытия 2/3 или даже только половины назначенного наказания в настоящее время производится в 33 % случаев. Увеличилось также и количество приостановлений отбывания остатка наказания, так как более благоприятными стали предварительные условия для условного приостановления после отбытия половины срока наказания согласно новой редакции § 57, абз. 2 и 25-го Закона об изменении Уголовного кодекса.

Наказание в виде лишения свободы (за исключением наказания для молодежи, ареста для военнослужащих) является единым наказанием (§ 38), исполнение которого допускает дифференциацию только по его длительности и личности осужденного. План исполнения наказаний (§ 152 Закона об исполнении наказания), который регулирует компетенцию учреждений мест лишения свободы той или иной федеральной земли, может на это ориентировать путем передачи соответствующих указаний центральной инструктирующей комиссии конкретным учреждениям. Наказание в виде пожизненного лишения свободы, несмотря на серьезную критику, все еще сохранилось. Строгость уголовного права в отношении самых тяжких проявлений преступности, которые во время значительного роста насильственных преступлений создают угрозу правопорядку и общественной

безопасности, должны оставаться однозначными и ясными также и для общественности. Но 20-й Закон об изменении Уголовного кодекса от 8 декабря 1981 г. (BGBl. I. S. 1329) на основании решения Федерального Конституционного Суда (BVerfG. 45, 187) ввел возможность приостановления исполнения пожизненного лишения свободы, если осужденный отбыл пятнадцать лет наказания (§ 57a). Количество ежегодно выносимых приговоров о пожизненном лишении свободы, вероятно, будет расти, так как 6-й Закон о реформе уголовного права в настоящее время при многочисленных составах преступного легкомысленного причинения смерти (например, в случае принуждения к совершению сексуальных действий и изнасилования – § 178) устанавливает наказание в виде пожизненного лишения свободы (или лишения свободы на срок не менее десяти лет).

Денежный штраф ввиду его все большего применения и вытеснения им лишения свободы является основным в шкале наказаний. С введением скандинавской системы денежных штрафов, определяемых суммой дохода осужденного за один день (§ 40) вместо старой системы исчисления общей суммы дохода, денежный штраф стал более справедливым и более понятным. Процесс определения размера наказания также состоит из двух понятных для всех шагов. Количество дневных ставок исчисляется в зависимости от вины и предупредительной цели наказания (§ 46, абз. 1), размер же дневной ставки измеряется в зависимости от экономической про-

дуктивности подсудимого, причем судья исходит из чистого дохода, который лицо имеет или могло бы иметь, полностью используя свою рабочую силу. Система, определяемая суммой дохода осужденного за один день, введена также в Австрии, Франции, Испании, Бразилии, Португалии, Польше и Венгрии и включена в Законопроект Федерального Совета Швейцарии.

Уже упомянутый Закон о борьбе с нелегальной торговлей наркотиками и другими формами проявления организованной преступности от 15 июля 1992 г. (BGBl. I. S. 1302) в качестве нового вида денежного штрафа ввел имущественный штраф (§ 43a), который за определенные, совершенные бандой тяжкие преступные деяния из области организованной преступности и преступности, связанной с наркотиками, может быть назначен наряду с пожизненным лишением свободы или срочным лишением свободы, назначаемым на срок более двух лет. Имущественный штраф не связан с системой дневных ставок и состоит в осуждении к выплате денежной суммы, размер которой ограничен лишь стоимостью имущества правонарушителя. Целью имущественного штрафа является увеличение возможностей для получения средств от прибылей организованной преступности и преступности, связанной с наркобизнесом, и лишение лица, совершившего наказуемое деяние, средств для продолжения противоправной деятельности после отбывания лишения свободы. Применяется, однако, он редко. Закон о борьбе с нелегальной

торговлей наркотиками и другими формами проявления организованной преступности, кроме того, существенно расширил институт конфискации полученного в результате правонарушения или для его совершения (§ 73 и др.) введением расширенной конфискации (§ 73d). В соответствии с этим суд выносит решение о конфискации предметов имущества лица, совершившего деяние, или соучастника противоправного деяния за определенные наказуемые деяния, совершенные бандой или в виде промысла, и тогда, когда имеется только значительная вероятность того, что эти предметы получены в результате совершения наказуемых деяний. Судопроизводство внесло коррективы в имеющееся здесь нарушение принципа «*in dubito pro reo*» (в случае сомнения дело решается в пользу обвиняемого) таким образом, что предписание расширенной конфискации предполагает «безоговорочное судебное убеждение» в преступном происхождении предметов имущества (BGHSt. 40, 371).

Правонарушитель может быть освобожден (*verschonen* – щадить) не только от наказания в виде лишения свободы, но и денежного штрафа. При наказании в виде денежного штрафа до 180 дневных ставок предостережение с оговоркой о применении уголовного наказания предоставляет для этого новую в нашем праве возможность (§§ 59–59c). Суд здесь ограничивается обвинительным вердиктом и выносит обвиняемому лишь предостережение. Одновременно уже в приговоре содержится указание об определенном денежном

наказании, право применения которого, тем не менее, остается в силе в том случае, если осужденный в установленный судом от одного года до трех лет испытательный срок не выдержит испытания. При благоприятном течении все ограничивается предостережением, и осужденный в этом случае не имеет судимости в противоположность приостановлению исполнения наказания. Суды, однако, редко используют эту возможность, так как соответствующие случаи уже разрешены в Уголовно-процессуальном кодексе (§ 153a). Число предостережений обвиняемому, однако, вновь возросло.

Наказание, назначенное соразмерно вине в совершенном деянии, может выполнять предупредительную задачу уголовного права лишь в ограниченном объеме. Для общественной безопасности длительное лишение свободы, соответствующее вине, могло бы быть необходимо, но исходя из задач ресоциализации осужденного, может потребоваться другой вид воздействия, нежели обычное исполнение наказания. Поэтому действующее уголовное право, придерживаясь дуализма наказаний и мер исправления и безопасности (§ 61), радикально улучшило существующую систему, так что и эти меры могут рассматриваться как существенные моменты реформы.

Мерами исправления и безопасности, связанными с лишением свободы (§ 61, № 1–4), являются меры, связанные с изоляцией, помещение в психиатрическую больницу, лечебное учреждение (во всяком случае это предполагается со-

гласно ряду решений Федерального Конституционного Суда (BVerfG, 91, 1. 30 и след.), если существует достаточно конкретная перспектива успешного излечения (о чем заранее нельзя сделать какой-либо вывод) и превентивное заключение. Последнее, при наличии особых условий, которые выдвигает действующее право, предусматривается только для действительно опасных уголовных преступников и назначается редко (в 1991 г. в 38 случаях в старых федеральных землях). Согласно общей концепции системы санкций основную роль мер исправления и безопасности должно играть социально-терапевтическое учреждение, которое было предусмотрено для опасных рецидивистов с тяжелыми личностными нарушениями, для опасных сексуальных преступников, для формирующихся привычных преступников младше 27 лет и для помещенных уже в психиатрическую больницу лиц, не отвечающих за свои действия или с уменьшенной ответственностью за свои действия. Однако помещение в социально-терапевтическое учреждение в качестве меры наказания в конечном счете не вошло в компетенцию судьи. Применительно к отбыванию наказания в виде лишения свободы остался лишь прежний способ (BGBl. I. S. 1654). § 9 Закона об исполнении наказания предусматривает, что помещение в социально-терапевтическое учреждение предполагает согласие заключенного (в отношении вновь введенного исключения для преступников, совершивших тяжкие сексуальные деяния, – выше) и согласие руководителя учрежде-

ния, принимающего такого заключенного. Первое условие имеет смысл, так как лечение может быть успешным только при добровольном участии пациента. Второе же может привести к тому, что земли не будут расширять и увеличивать и без того очень небольшое число социально-терапевтических учреждений ввиду необходимых для этого затрат, так как они сами в дальнейшем станут определять количество мест в подобных учреждениях, что должно привести к стагнации в развитии исполнения этого вида наказания и в конечном счете – к утрате значения новации и терапевтических усилий.

Действующее право, чтобы повысить значение мер исправления и безопасности, связанных с лишением свободы, которые осуществляются после временного лишения свободы, ввело в процесс исполнения наказания (§ 67) во временной последовательности замену наказания в виде лишения свободы и мер, связанных с лишением свободы, отдавая предпочтение именно этим мерам, но с зачетом их исполнения в счет наказания (конечно, за исключением производства по делу невменяемого лица, совершившего наказуемое деяние). Одновременно была создана возможность приостановления оставшейся неотбытой части наказания, если отбыта половина срока наказания с зачетом мер безопасности и исправления (§ 67, абз. 5, предложение 1). Предусмотрено и приостановление исполнения наказания (§§ 67 b и 67c).

Мерами исправления и безопасности без лишения свободы (§ 61, № 5–7) являются установление руководящего

надзора за поведением осужденного, лишение разрешения на управление автотранспортным средством, которое нужно отличать от дополнительного наказания в виде временного запрещения управлять автотранспортным средством (Fahrverbot, § 44), и запрет на профессию. Надзор за поведением осужденного (§ 68 и след.) вместо прежнего полицейского надзора, который должен обеспечивать не только безопасность, как это было при полицейском надзоре, но соединить защиту общества с большей социальной помощью, проблематичен именно из-за этой двойной задачи. Однако от его применения трудно отказаться, учитывая группу опасных и особо опасных уголовных преступников. Успех или неуспех этой меры в первую очередь зависит от состава созданных при земельных судах органов надзора, укомплектованных специально отобранными и обученными сотрудниками, назначенными для оказания помощи осужденным, и их контакту с учреждениями по устройству на работу, социальной помощи и полицией. В настоящее время установление надзора, по-видимому, не может достичь большего. В то же время следует отметить значительно улучшившееся в ходе реформы уголовного права оказание помощи освобожденным из заключения, что уже является значительным успехом ввиду трудности решения такой задачи, как защита общества от освобожденных заключенных, в отношении которых имеется достаточно негативный прогноз, а также трудностей в попечении о заключенных, прежде всего нуждаю-

ЩИХСЯ В ПОМОЩИ.

Отдельные составы преступлений

Особенная часть Уголовного кодекса постоянно обновляется. Самый большой шаг реформы после Вводного закона к Уголовному кодексу 1974 г. был сделан в уже упоминавшемся 6-м Законе о реформе уголовного права от 26 января 1998 г. (BGBl. I. S. 164), и все же пока непрерывная реформаторская деятельность законодателя осуществлялась путем единообразного целостного упорядочения.

Уголовное право первого раздела было отменено в 1968 г. в связи с его слишком односторонней нацеленностью на существующие напряженные отношения с бывшей ГДР и приведено в соответствие с известными принципами осознающего себя правовым государства.

В связи с объединением Германии по-новому была поставлена проблема уголовно-правовой оценки преступности правительства бывшей ГДР, особенно в связи со стрельбой пограничников по беженцам у Берлинской стены и ответственностью за это руководства. Федеральный Верховный Суд при отправлении правосудия постоянно подтверждал наказуемость пограничников (BGHSt. 39,1) и членов Национального совета обороны ГДР (BGHSt. 40, 218). Федеральный Конституционный Суд подтвердил такой подход (BVerfG. 95, 96). 3-й Закон о реформе уголовного права от 20 мая 1970 г. (BGBl. I. S. 505) в 6-м и 7-м разделах,

для предоставления больших возможностей для высказывания мнений оппозиционным группам в обществе, существенно ограничил так называемые демонстративные наказуемые деяния. Прежние массовые деяния новым предписанием о нарушении общественного спокойствия, сопряженного с насильственными действиями группы лиц (§ 125), почти полностью были сведены к исполнению и участию в насильственных действиях и угрозах, совершаемых из толпы людей. Вторым шагом Закона об изменении Уголовного кодекса и Закона о порядке проведения собраний от 18 июля 1985 г. (BGBl. I. S. 1511), учитывая опыт конфликтов полиции с насильственными действиями групп противников атомной энергии, политическими демонстрантами и защитниками окружающей среды, вновь был усилен § 125. Было введено положение о том, что применение средств защиты (например, защитные щиты, стальные шлемы, защитные маски от ядерных, химических и биологических средств борьбы) и средств для изменения внешнего вида (так называемая маскировка) подлежало наказанию тогда, когда полиция вынуждала участников отложить эти предметы и приспособления и удалиться (§ 125, абз. 2, старая редакция). Новая редакция Закона о порядке проведения собраний (№ 9) посредством Закона от 9 июня 1989 г. (BGBl. I. S. 1059) ввела, наконец, наказание вообще за наличие средств защиты и маскировки на общественных собраниях, шествиях или прочих публичных мероприятиях под открытым небом и на пу-

ти к ним (§§ 17а, 27, абз. 2 Закона о порядке проведения собраний), так что отныне наказуемо и то, и другое и без ситуации нарушения общественного спокойствия, сопряженного с насильственными действиями группы лиц, и без требования полиции снять средства защиты и маскировку. В этой же связи в случае повреждения вещей (§ 303с) условие подачи заявления о возбуждении преследования в силу особого интереса общественности было отменено с целью, чтобы иметь возможность по долгу службы подвергнуть виновных уголовному преследованию за повреждение вещей (опрыскивание стен, битье стекол), совершаемое во время демонстраций, с применением насильственных действий и других акций, нарушающих спокойствие, а также в случаях, если на потерпевшего оказывается давление, чтобы он не подавал заявление, либо в случае подачи мог не опасаться враждебной реакции правонарушителей или лиц, симпатизирующих им. Усилению защиты общественной безопасности служит и § 243, № 7, который включает кражу огнестрельного оружия и содержащего взрывчатое вещество боевого оружия в качестве типичных примеров особо тяжкого случая кражи. Для демонстрации с применением насилия большое значение будет иметь и введенное 6-м Законом о реформе уголовного права установление, которое уже собственно поджог чужого автотранспортного средства без дополнительных оснований определяет как поджог, влекущий уголовное наказание, предусмотренное за преступления (§ 306, абз. 1, № 4). Далее

понятие «вооруженной» группы в § 127 распространяется на тех, кто имеет при себе в качестве оружия иные опасные инструменты (банды скинхедов, отряды боевиков).

Была предпринята попытка посредством новой сложной редакции § 142 прояснить спорные вопросы состава деяния недозволенного самоудаления с места происшествия. Далее 6-й Закон об изменении уголовного права в качестве абз. 4 добавил норму об отказе. Для борьбы с волной терроризма был введен § 129а об образовании террористических объединений. При этом речь идет о квалифицированном случае образования террористических объединений (§ 129а). Установление квалифицированных составов объясняется особой тяжестью или опасностью указанных деяний, на совершение которых нацелено создание подобных объединений. § 129а упомянут и в § 138 о наказуемости недонесения об определенных тяжких деяниях. Введенные также только в 1976 г. уголовно-правовые санкции антиконституционной защиты определенных тяжких деяний (§ 88а) и подстрекательства к совершению этих наказуемых деяний (§ 130а), напротив, были вновь отменены, так как они не имели бы самостоятельного значения. Картина законодательства против терроризма, между тем, вновь изменилась. После серьезных нападков Закон от 19 декабря 1986 г. (BGBl. I. S. 2496) расширил § 129а и усилил наказание в случаях, указанных в абз. 1 и 2 (абз. 1 отнесен сейчас к преступлениям). Кроме того, в расширенном виде был восстановлен § 130а о подстрекат-

тельстве к определенным тяжким наказуемым деяниям (например, спиливание электрических столбов). Далее был введен новый § 305а о разрушении важных средств труда. Речь идет о защите от разрушений ценных технических приборов, которые применяются для сооружения или эксплуатации установок или предприятий железной дороги, почты или прочего общественного сообщения, а также общего обеспечения водой, светом, теплом или энергией или другими жизненно важными благами (например, машины для строительства атомной электростанции или устройства по сбору и утилизации отходов). Кроме того, защищены автотранспортные средства (а также морские и воздушные суда) полиции и бундесвера. Для борьбы с враждебными идеологическими выступлениями 6-й Закон о реформе уголовного права в новом § 168, абз. 2, защитил погребения от разрушения, повреждения и оскорбительного бесчинства.

В связи с новым регулированием подделок ценных бумаг (§ 148) по-новому отредактирован весь 8-й раздел о денежных деликтах (§ 146 и след.). В случае фальшивомонетничества (§ 146) 6-й Закон о реформе уголовного права хотя и уменьшил до одного года минимальное наказание в виде лишения свободы, но применительно к деяниям в виде промысла или деяниям, совершаемым бандой, в новом абз. 2 установил наказание лишением свободы на два года. Для всеобъемлющей защиты безналичных расчетов действие § 152а о подделке формуляров еврочеков и евроче-

ковых карт было распространено на все платежные карты (определение в абз. 4). Там же предусматривается в качестве минимального наказания лишение свободы от двух лет при действиях, совершаемых в виде промысла или бандой. Лучшей защитой безналичного денежного обращения послужит в дальнейшем и новый § 226b о наказуемости злоупотребления чековыми кредитными картами, деяние, которое согласно разъяснению Верховного Федерального Суда (BGHSt. 33,244) само по себе не является обманом или злоупотреблением доверием, хотя в то же время предъявление гарантированного чековой картой неоплаченного чека рассматривается как обман (BGHSt. 24, 386).

Основные понятия и представления в сфере брака, семьи и половой нравственности подверглись большим изменениям, введенным 1-м Законом о реформе уголовного права 1969 г. и особенно 4-м Законом о реформе уголовного права 1973 г. в 12-м и 13-м разделах (о правонарушениях в семье и о сексуальных деликтах). Бросается в глаза отмена наказуемости супружеской измены, половых отношений между свойственниками, распутства с животными, ограничение наказуемости за сводничество, за содействие занятию проституцией и деблокирование порнографических письменных материалов и изображений, если они не представляют опасности для подростков и если речь идет не об изображениях, содержанием которых являются насильственные действия, злоупотребление сексуальными действи-

ями или сексуальные действия людей с животными (так называемая жесткая порнография). Усилив защиту детей, 6-й Закон о реформе уголовного права в § 184, абз. 4, увеличил максимальную меру наказания в виде лишения свободы на срок до десяти лет за жесткую порнографию, если предмет изображения являются фактические или близкие к действительности сексуальные злоупотребления с детьми.

Большие изменения в сфере ответственности за сексуальные деликты внес 33-й Закон об изменении уголовного права от 1 июля 1997 г. (BGBl. I. S. 1607). Прежние составы преступления изнасилования (§ 177, старая ред.) и принуждения к сексуальным отношениям (§ 178, старая ред.) были объединены в уголовно-правовую норму, которая теперь называется «принуждение к сексуальным действиям: изнасилование» (§ 177). Принуждение к сексуальным действиям было распространено на злоупотребление положением, в котором жертва оказывается беззащитной перед лицом, совершающим деяние. Изнасилование с применением особенно унижительных сексуальных действий законодатель относит к особо тяжким случаям сексуального принуждения (§ 177, абз. 2, № 1).

С исключением признака «вне брака» сексуальные принуждения и изнасилование были распространены на действия, совершенные в браке. Процессуальная возможность для супруги воспрепятствовать уголовному преследованию супруга не предусмотрена.

Закон о реформе уголовного права ввел далее два новых квалифицированных состава принуждения к сексуальным действиям, продифференцированных по тяжести деяния (§ 177, абз. 3 и 4). Принуждение к сексуальным действиям и изнасилование с причинением смерти, по крайней мере по легкомыслию, подлежит наказанию, как тяжелейшая форма состава этих деяний, пожизненным лишением свободы или лишением свободы на срок не менее десяти лет. Понятие сексуальных злоупотреблений в отношении неспособных к сопротивлению лиц (§ 179) 6-й Закон о реформе уголовного права распространил (в отличие от редакции 33-го Закона об изменении Уголовного кодекса) на использование умственных или душевных расстройств или мании жертвы, усилив при этом наказание (абз. 4).

6-й Закон о реформе уголовного права существенно усилил уголовно-правовую защиту детей от сексуальных злоупотреблений, повысив наказание при простом составе (§ 176, старая ред.) посредством санкции 5-го абзаца и существенно расширив состав тяжкого преступного злоупотребления в отношении детей (§ 176а). Особенно примечательно включение рецидива в первую ступень квалифицирующих признаков (абз. 1, № 4) уже после первого, предыдущего осуждения лица за простое злоупотребление по § 176, абз. 1 и 2, явившееся ответом на значительно возросшее в связи с распространенностью подобных случаев требование общественности защитить детей посредством до сих пор не при-

менявшегося ужесточенного применения категории первого рецидива. Две следующие ступени квалификации рассматриваются в абз. 2 и 4. Причинение смерти жертве, по крайней мере по легкомыслию, подлежит наказанию в виде пожизненного лишения свободы или на срок не менее десяти лет. Необходимость уголовно-правовой защиты групп лиц, для которых существует особая опасность сексуальных злоупотреблений, осуществлено также в новом § 174с. Умственно или душевнобольные лица или лица с задержкой развития, а также лица, страдающие маниями, защищены от сексуальных злоупотреблений в отношениях, связанных с получением консультаций, лечением и социальным попечительством (абз. 1), равно как пациентки и пациенты, которые вверены лицу, совершившему деяние, для психотерапевтического лечения (абз. 2).

Лучшей защите родительских и прочих семейных прав в отношении несовершеннолетних и защите самого несовершеннолетнего служит новая редакция 6-го Закона о реформе уголовного права в § 235 о похищении несовершеннолетних. Наказание установлено за любое похищение или незаконное удержание ребенка лицом, не являющимся родственником (абз. 1, № 2), а также похищение даже членами семьи, переправка для доставки его за границу и сокрытие за границей (абз. 2). Новым здесь является и введение наказуемости за покушение (абз. 3). В отношении деяний, совершаемых за границей, применяется германское уголовное право

согласно новому § 5, № 6а.

Против все большего количества случаев «продажи» детей за вознаграждение их родителями направлена новая уголовно-правовая норма о торговле детьми (§ 236). Наказанию подлежат родители, которые, грубо пренебрегая своими обязанностями попечения и воспитания, за вознаграждение на длительное время отдают своего ребенка другому лицу, но при этом наказывается также и другая сторона, которая длительное время держит у себя ребенка и за это платит вознаграждение.

Отмена требования о заявлении (в качестве условия уголовного преследования) в 21-м Законе об изменении Уголовного кодекса от 13 июня 1985 г. (BGBl. I. S. 965) при нанесении оскорбления (§ 194) в тех случаях, когда потерпевший подвергался преследованию как член группы при национал-социалистической или другой власти насилия или произвола, и если оскорбление связано с этим преследованием, должна сделать возможным вмешательство по долгу службы, несмотря на публичное отрицание истребления евреев в период нацизма, исходя при этом из того, что подобное поведение является не только бессмысленным и недостойным, но и затрагивает честь потерпевших. Закон о борьбе с преступностью от 28 октября 1994 г. в § 130, абз. 3, прямо устанавливает наказание за публичное одобрение, отрицание или преуменьшение совершенных при национал-социалистической власти действий геноцида в смысле § 220а, абз.1, если де-

ание совершается таким образом, что оно может нарушить общественное спокойствие.

Давно назревающая реформа о деликтах против жизни в 6-м Законе о реформе уголовного права пока ограничивается указанием пределов наказания за совершение менее тяжких случаев убийства (§ 213) и отменой привилегии матери внебрачного ребенка при его убийстве во время родов или сразу после них («Убийство ребенка» – § 217, старая ред.), так как для это отпало основание в результате изменения общественного статуса матери внебрачного ребенка, в то время как вторая причина (душевное состояние рожавшей женщины) может быть учтена путем применения § 213, значимого и для матерей, состоящих в браке.

Проблема разрешенного или по крайней мере ненаказуемого прерывания беременности нашла свое предварительное решение в 1995 г. После восстановления германского единства на территории федеральных земель действовали сначала две различные системы: решение о прерывании беременности по показаниям, с широко понимаемым «указанием бедственного положения» в старых федеральных землях, и не ограниченное сроком решение о прерывании беременности на территории бывшей ГДР. Договор об объединении вменял в обязанность общегерманскому законодателю до 31 декабря 1992 г. принять единое новое урегулирование (ст. 31, абз. 4). После этого Закон о помощи беременным женщинам и семье от 27 июля 1992 г. (BGBl. I.

S. 1398) предусматривает определение срока для ненаказуемого прерывания беременности при наличии обязательного медицинского заключения на территории всей Германии. Однако этот Закон решением Федерального Конституционного Суда от 28 мая 1993 г. (BVerfG. 88, 203) в его важных частях был объявлен недействительным. После ожесточенных споров в Законе об изменении помощи беременным женщинам и семье от 21 августа 1995 г. (BGBL. I. S. 1050) было принято следующее правило: § 218а, абз. 1, сохраняет решение о сроках прерывания беременности при условии обязательной медицинской консультации. Прерывание же беременности вопреки консультации остается противоправным деянием, но не подлежит наказанию. Шанс сохранения беременности в результате медицинской консультации ограничивается тем, что беременная женщина не обязана сообщать при консультации причину своего требования о прерывании беременности (Закон о разрешении конфликтов в случае беременности от 27 июля 1992 г. (BGBL. I. S. 1398) § 5, абз. 2, № 1), а также и тем, что она имеет право умалчивать о причине прерывания беременности и перед врачом, осуществляющим хирургическое вмешательство (§ 218, абз.1, № 1). Согласно § 218а, абз. 2, противоправным не является прерывание беременности на основе медицинского показания, которое согласно закону включает и социальные компоненты. Это медицинское заключение должно содержать в себе и больше не упоминаемое в тексте

закона показание о патологии эмбриона (тяжелое неизлечимое состояние здоровья ожидаемого ребенка), что допускает прерывание беременности и при большом сроке, так как медицинское заключение не подлежит временному ограничению. Кроме того, § 218а, абз. 3, оправдывает прерывание беременности на основании криминологической индикации (наказуемые деяния в отношении беременной женщины согласно §§ 176–179 УК). Защите нерожденной жизни служат, наконец, две уголовно-правовые нормы, которые касаются окружения беременных женщин. § 170, абз. 2, предусматривает наказание лица, обязанного оказывать материальную помощь беременной женщине, но которое задерживает такую недостойным образом и этим способствует прерыванию беременности. Далее, согласно § 240, абз. 1, предложение 2, особо тяжкий случай принуждения, как правило, имеет место тогда, когда лицо вынуждает беременную женщину прервать беременность.

15-й раздел о преступных деяниях против личных тайн и личной жизни включает все нормы о защите частной жизни и, кроме того, содержит два новых состава наказуемого деяния – о нарушении частных тайн должностным лицом (§ 203, абз. 2) и о неправомерном использовании чужих тайн (§ 204). Позже был добавлен новый, относящийся к компьютерной преступности § 202а, согласно которому наказанию подлежит шпионаж в отношении защищенных данных, собранных или передаваемых электронным, магнит-

ным или каким-либо иным не воспринимаемым непосредственно способом. 25-й Закон об изменении Уголовного кодекса расширил § 201, абз. 2, введя запрет на публичное сообщение противоправно воспринятого или подслушанного высказывания другого лица, если это может нанести вред законным интересам другого лица. Сопроводительный закон к Закону о телекоммуникациях от 17 декабря 1997 г. (BGBl. I. S. 3108), учитывая приватизацию федеральной почты, § 354 о нарушении почтовых и телефонных тайн, перенес § 206 из раздела о наказуемых деяниях в учреждении в раздел тайны частной жизни и по содержанию привел в соответствие с новым правовым положением.

В сфере наказуемых деяний, связанных с причинением телесных повреждений, 6-й Закон о реформе уголовного права при причинении простого телесного повреждения ввел наказуемость за покушение (§ 223, абз. 2), а в состав причинения опасного телесного повреждения в качестве квалифицирующего признака включил применение яда или других вредных для здоровья веществ (§ 224, абз. 1, № 1), соответственно упразднив состав деяния отравление (§ 229). Кроме того, в § 224 было усилено минимальное наказание, а в случае злоупотребления в отношении опекаемых лиц (§ 225) – максимальное наказание. Новая норма о причинении тяжкого телесного повреждения (§ 226) прежнее тяжкое и особенно тяжкое телесное повреждение (§§ 224 и 225) трактует одинаково – как состав преступления с нака-

занием в виде лишения свободы на срок до двух лет. Особое предписание о более мягком наказании в случае взаимного причинения друг другу телесных повреждений и оскорблений (§ 233, старая ред.), было отменено.

Вместе с тем сохранилось другое компенсационное предписание о смягчении наказания, которое касается только случаев взаимных оскорблений (§ 199). В состав оставления в опасном для жизни положении (§ 221), который в новой редакции включает, помимо опасности для жизни, создание опасности причинения тяжкого вреда здоровью, введено важное дополнение о форме действия и квалифицированном составе деяния.

Применительно к краже (§ 242) и присвоению имущества (§ 246), а также для случаев браконьерской охоты и рыболовства (§§ 292, 293) 6-й Закон о реформе уголовного права четко и без каких-либо ограничений умысел на присвоение распространил и на присвоение в пользу третьего лица после того, как в Сборнике решений Федерального Суда по уголовным делам (BGHSt) (GS – Свод законов. 41, 187) изъятие денег из почтовой рассылки для отчисления в государственную казну функционерами ГДР не рассматривалось как сокрытие за отсутствием присвоения «для себя». Помимо этого, утаивание путем удаления знака о том, что лицо, совершившее деяние, имеет вещь «во владении или на сохранении», было превращено в общий состав преступления – деликт, совершаемый против собственности. Далее было

выполнено важное требование об обеспечении общественной безопасности тем, что состав квартирной кражи со взломом приведенного в законе примера особо тяжкого случая кражи (§ 243, абз. 1, предложение 2, № 1, старая ред.), был преобразован в квалифицированную кражу с минимальным наказанием в виде лишения свободы на срок от шести месяцев (§ 244, абз. 1, № 3). И, наконец, минимальное наказание в виде лишения свободы в случае тяжкого грабежа (§ 250, абз. 1, старая ред.) как чрезмерное (прежде всего из-за охвата «мнимого оружия») было уменьшено до трех лет (§ 250, абз.1), но для следующей ступени квалификации установлено минимальное наказание в виде лишения свободы на срок от пяти лет, максимальная же мера наказания для менее тяжких случаев увеличена до десяти лет лишения свободы. Уже ранее Закон от 9 июня 1989 г. (BGBl. I. S. 1059) преобразовал тяжкие, квалифицированные и привилегированные случаи кражи (§§ 243–248a), а также предписания о приобретении направи́л против имущества, добытого преступным путем и укрывательством.

Материальное пособничество и воспрепятствование наказанию были разделены на две нормы (§§ 257 и 258). § 258a о воспрепятствовании по службе привлечению к ответственности или исполнению наказания заменяет прежний § 346. По-новому был сформулирован и состав приобретения имущества, добытого противоправным путем (§ 259).

Закон о борьбе с нелегальной торговлей наркотиками и

другими формами проявления организованной преступности от 15 июля 1992 г., как уже упоминалось, для более жесткой борьбы с организованной преступностью ввел дополнительные предписания о тяжких случаях краж, совершаемых бандой (§ 244а), об укрывательстве имущества, полученного в результате кражи, совершаемой бандой (изменение § 260), об укрывательстве имущества, совершаемого бандой в виде промысла (§ 260а), отмывании денег (§ 261).

6-й Закон о реформе уголовного права внес изменения и в отношении классических имущественных деликтов. В случае особо тяжкого мошенничества уменьшено минимальное наказание в виде лишения свободы на срок от шести месяцев и введен установленный законом пример совершения его группой лиц (§ 263, абз. 3). Кроме того, в качестве квалифицированного состава преступления предусматривается совершение деяния бандой (§ 263, абз. 5). Нуждавшийся в изменении состав мошенничества, связанного с целью получения завышенной страховки (§ 265, старая ред.) был преобразован под названием «злоупотребления при страховании» (новый § 265) в общее приговорительное действие по злоупотреблению страхованием имущества. Охвачена составом также передача застрахованной вещи третьему лицу, чтобы таким образом вызвать страховой случай. Совершение предварительного страхового мошенничества, поджог застрахованной вещи или потопление или посадка на мель застрахованного морского судна стали установленными

в законе примерами особо тяжкого случая мошенничества (§ 263, абз. 3, предложение 2, № 2), который затем субсидиарно входит в § 265.

Потребность в более интенсивной реакции на экономическую преступность с введением уголовно-правовых норм о мошенничестве с субсидиями (§ 264) и мошенничестве с кредитами (§ 265) включила две особые формы современной «white-collar-crime» (беловоротничковой преступности) путем введения специальных составов поставления в опасность, при которых для наказуемости достаточно уже ложных сведений, а наступление вреда имуществу, а также направленного на это намерения не нужно доказывать. Конкурсные деликты из Конкурсного устава вновь были перенесены в 24-й раздел Уголовного кодекса (§§ 283–283d) и одновременно в соответствии с требованиями уголовной политики преобразованы в нормы об ответственности за ложное банкротство, а также в большей степени приведены в соответствие с требованиями принципа вины. Название раздела теперь гласит «Наказуемые деяния, связанные с банкротством». И, наконец, в 25-м разделе УК деяния, связанные с ростовщичеством (§§ 302a-f) были заменены единой нормой о ростовщичестве (§ 302a, старая ред.), которая помимо однозначно указанной ростовщической платы за аренду и взимания ростовщических процентов включает в себя ростовщический обман при прочих услугах. Эту санкцию 6-й Закон о реформе уголовного права без изменений перенес в

независимую статью § 291. В этой же главе § 297 об ответственности за перевозку запрещенного груза на судах был распространен на автомобильный и воздушный транспорт. Состав отмыwania денег (§ 261) Закон о борьбе с преступностью от 28 октября 1994 г. распространил на различные проступки, целью и результатом которых является сокрытие происхождения денег.

Федеративная Республика Германии Законом о защите финансовой сферы ЕС от 10 сентября 1998 г. (BGBl. II. S. 2322) одобрила договор стран – членов ЕС о защите финансовых интересов Европейских сообществ от 26 июля 1995 г. (BGBl. 1998. II. S. 2324). В нем страны – члены сообществ обязуются описать в национальном законодательстве состав о «мошеннических действиях как невыгодных для интересов ЕС. В соответствии со ст. 1 Соглашения Закон об одобрении соответственно изменил и дополнил норму о мошенничестве с субсидиями (§ 264). В остальном германское уголовное право отвечает направленности и духу Соглашения.

Второй Закон о борьбе с экономической преступностью от 15 мая 1986 г. (BGBl. I. S. 721), продолжая реформу законодательства, стремится соответствовать изменившимся техническим и экономическим формам деловых отношений. На переднем плане стоят уголовно-правовые нормы, охватывающие компьютерную преступность. Это – компьютерное мошенничество (§ 263a), определение которого включает и злоупотребление пропавшими и похищенными кар-

точками для денежных автоматов или банкоматов, а также превышение границы обеспечения правомочным владельцем карты; фальсификация важных для доказательства данных (§ 269), которые введены или будут введены в компьютер, причем фальсификация должна осуществляться таким образом, чтобы при считывании поврежденных данных был налицо «поддельный или фальсифицированный документ»; изменение данных (§ 303a), которое касается сведений, полученных или собранных электронным, магнитным или каким-либо иным непосредственно не воспринимаемым способом, а также компьютерный саботаж (§ 303b), который прежде всего наносит вред чужому устройству по переработке данных. Вторую группу новых уголовно-правовых норм составляют уже названные предписания о защите системы безналичных расчетов (§§ 152a, 266b), которые согласно изменением, внесенным в § 152a 6-м Законом о реформе уголовного права, как уже упоминалось, распространены на все виды платежных карт. Третья группа служит защите лиц, которые стремятся вложить деньги, экономя на налогах или занимаясь спекулятивными сделками. Здесь следует назвать мошенничество при капиталовложениях (§ 264a), которое представляет собой опасный состав поставления в опасность и, в первую очередь, обмана при предложении ценных бумаг, преимущественных правах акционеров на приобретение новых акций и права на пай, далее новая редакция §§ 88 и 89 Закона о бирже, касающаяся мошенничества с курсом

посредством спекулятивных сделок, и, наконец, новая норма о прогрессивной спекулятивной рекламе для клиентов (так называемая «система снежного кома») (§ 6с Закона о борьбе с недобросовестной конкуренцией). К новому Закону об ответственности за хозяйственные преступления в узком смысле относятся и значительно расширенная норма о промышленном шпионаже – согласно § 17 абз. 2 Закона о борьбе с недобросовестной конкуренцией – и новая редакция § 30 Закона об административных правонарушениях относительно денежных штрафов в отношении юридических лиц и объединений лиц, которая существенно усилила денежный штраф и расширила возможность отдельного наложения денежного штрафа на объединения. Однако несмотря на неоднократные требования до сих пор не введено истинное уголовное наказание. Измененный отчасти состав утаивания и растраты заработной платы (§ 266а) в итоге включает в себя намеренное злоупотребление работодателем специальными полномочиями, что создает опасность как для имущественных интересов работника, так и для финансовой основы социального страхования.

6-й Закон о реформе уголовного права в 23-м разделе изменил санкцию о подделке документов (§ 267) таким образом, что в особо тяжких случаях минимальное наказание в виде лишения свободы было уменьшено до шести месяцев и законодательно определена группа типичных случаев (абз. 3, предложение 2). За совершение деяний бандой был добавлен

квалифицированный состав с наказанием, соответствующим тяжести преступления (абз. 4). Новый § 273 предусматривает в отличие от § 267 и § 274 дополнительную санкцию за удаление записей в служебных свидетельствах.

6-й Закон о реформе уголовного права предпринял давно назревшую реформу в сфере деликтов, связанных с поджогами. Санкция § 306 (простой поджог) защищает чужие объекты, имеющие большую стоимость или значительные размеры, которые традиционно уже были названы в § 308 (старая ред.), и следовательно, относится к квалифицированным составам повреждения имущества. Тяжкий поджог (§ 306a) представляет, как и прежде (§ 306, старая ред.), абстрактный деликт опасности, согласно которому под угрозой наказанием в виде лишения свободы на срок от одного года до пятнадцати лет защищаются определенные помещения от возможной угрозы поджога. В абз. 2 добавлен новый конкретный деликт создания опасности (опасность причинения вреда здоровью человека в результате поджога одного из предметов имущества, указанных в § 306). В случае особо тяжкого поджога (§ 306b), поджога с причинением смерти (§ 306c) предусмотрена очень большая санкция. За совершение поджога по небрежности (§ 306d) также предусмотрено большое минимальное наказание.

В 28-й раздел об общеопасных наказуемых деяниях преступления, связанные с использованием ядерной энергии и ядерного излучения, были перенесены из Закона об исполь-

зовании ядерной энергии; § 319 об угрозе, возникающей в результате нарушения правил строительства, дан в новой редакции, а в § 323а о глубоком опьянении четко определено, что это предписание подлежит применению и тогда, когда невменяемость в результате опьянения хотя и не может быть точно установлена, но не может быть и исключена. В 27-й раздел были добавлены два состава деяния поставления в опасность, касающиеся обращения с ядерной энергией и ионизирующим излучением, включают небрежные действия, высвобождение ионизирующего излучения (§ 311) и изготовление ядерно-технического устройства с допущением ошибки (§ 312). В норме о разбойном нападении на автотранспортные средства (§ 316а) 6-й Закон о реформе уголовного права отменил формулировку его как корыстного деликта, но благодаря исторической взаимосвязи с Законом о нападении на автомобиль от 1938 г. (тогда это каралось смертной казнью!) все же сохранил объяснимое очень высокое минимальное наказание в виде лишения свободы на срок от пяти лет. Неназванный в прежнем праве особо тяжкий случай (нападения) преобразован теперь в квалифицирующее обстоятельство смертельного последствия, за которое, как и в других соответствующих случаях (причинение смерти) установлено наказание в виде пожизненного лишения свободы или лишения свободы на срок не менее десяти лет.

Созданный в 1980 г., ныне 29-й раздел Особенной части

о наказуемых деяниях против окружающей среды объединяет нормы о защите вод и воздуха, а также защите от шума, создающего угрозу здоровью человека, ликвидации отходов, представляющих угрозу окружающей среде, и радиоактивного излучения, большей частью уже содержащиеся в смежных отраслях права. Все перечисленные нормы устанавливают наказание за действие, совершаемое также по небрежности, в случае особо тяжкой опасности для окружающей среды (§ 330) предусмотрено поступенчатое усиление наказания. Понятие водоема, согласно § 330d, № 1, включает, в частности, море, и в соответствии с этим § 5, № 11, при загрязнении водоема (§ 324) и ликвидации отходов, создающих угрозу окружающей среде (§ 326), санкции германского права распространяет на деяния, совершаемые в отношении германского континентального шельфа. 2-й Закон о борьбе с преступностью по отношению к окружающей среде от 27 июня 1994 г. расширил и усилил охрану окружающей среды. Новым было введение нормы о загрязнении почвы (§ 324a). Наказуемость загрязнения воздуха (§ 325) и причинения шума (§ 325a) при эксплуатации сооружения, находящегося на территории предприятий, или агрегата, обусловленные нарушением административно-правовых обязанностей, по-новому урегулирована в двух отдельных предписаниях. Наказуемость за такое воздействие устройств была распространена и на причинение сотрясений и неионизирующих лучей (§ 325a, абз. 2). Была расширена и наказуемость за причи-

нение опасности территориям, нуждающимся в защите (водоохранные зоны, зоны лечебных источников, заповедники, национальные парки) (§ 329, абз. 2–4). Новые §§ 330 и 330a усилили наказание за создание опасности окружающей среде, а § 330 имеет в виду, как правило, особо тяжкие случаи (§§ 324–329).

Согласно Вводному закону к УК в 1974 г. были внесены значительные изменения в 30-й (ныне последний) раздел Особенной части о должностных наказуемых деяниях. Изменения касаются норм о продажности и подкупе (§§ 331–337), что объясняется принятием Закона о борьбе с коррупцией от 13 августа 1997 г. (BGBl. I. S. 2038). Введением в понятие должностного лица (§ 11, абз. 1, № 2c) в формулировке «безотносительно к организационной форме, выбранной для выполнения задач», в общем, очевидно, что сюда включено выполнение задач публичного управления, к которому относится также осуществление административного управления в целях жизнеобеспечения общества, и что эта деятельность может осуществляться в частной организационно-правовой форме (в BGHSt 38, 199 (203) иначе), где для обычных случаев еще ориентированы на правовую форму организации. В сфере деликтов, связанных с коррупцией по службе, Закон о борьбе с коррупцией внес ряд важных изменений. Во-первых, для получения выгоды (§ 331) и предоставления выгоды (§ 333) вместо связи с конкретным действием по службе теперь введена вообще связь с исполнением службы. В

результате этим расширением должны быть охвачены распространенные начальные проявления коррупции, такие как «подкармливание» и «забота о климате», которые угрожают нейтральности и деловитости должностного лица вплоть до создания отношений зависимости. Далее в понятие выгоды в §§ 331–334 были включены ассигнования третьему лицу, за которым часто скрывался личный интерес должностного лица. Кроме этого, для составов получения (§ 331) и предоставления выгоды (§ 333) была поднята верхняя граница санкции в виде лишения свободы на срок от двух до трех лет, превысившая границу, допускающую приостановление наказания с испытанием (§ 56, абз. 2). § 335 усилил наказание за особо тяжкие случаи продажности (§ 322) и подкупа (§ 334), установив в законе возможность применения в подобных случаях также имущественного штрафа (§ 43a) либо расширенной конфискации (§ 73d), если лицо действовало в виде промысла или в качестве члена банды (§ 338).

Для того чтобы германским уголовным правом можно было охватить также случаи подкупа и продажности в европейской и международной сфере, Федеративная Республика Германии расширила свои границы двумя законами. Во-первых, Закон о борьбе со взяточничеством в странах Европейского союза от 10 сентября 1998 г. (BGBl. II. S. 2340) одобрил Протокол о соглашении по защите финансовых интересов стран Европейского союза от 27 сентября 1996 г. (BGBl. II. S. 2342). На основании этого протокола §§ 332,

334–336, 338 были распространены на судей другого государства – члена ЕС и членов Суда ЕС и стран Европейского Содружества, государственных служащих и членов комиссии и счетной палаты стран Европейского Содружества (ст. 2, § 1, Закона о борьбе со взяточничеством в странах ЕС). §§ 332, 334–336 действуют в отношении иностранных деяний только тогда, когда лицом, совершившим деяние, является гражданин ФРГ или, хотя оно и является иностранным гражданином, но определенным образом связано с германским правом (ст. 2, § 2 Закона о борьбе со взяточничеством в странах ЕС). Во-вторых, Закон о борьбе с международным взяточничеством от 10 сентября 1998 г. (BGBl. II. S. 2327) одобрил заключенное в рамках Организации экономического сотрудничества соглашение от 17 декабря 1997 г. о борьбе со взяточничеством иностранных государственных служащих в международных деловых отношениях (BGBl. II. 1998. S. 2329). Для того чтобы соответствовать обязательствам этого соглашения, Закон о ратификации (ст. 2, § 1) распространил норму о взяточничестве (§ 334) на судей, государственных чиновников и военнослужащих иностранного государства или международной организации, если деяние относится к международным деловым контактам. Помимо этого ст. 2, § 2 была введена новая, не включенная в УК норма об ответственности иностранных депутатов за взяточничество в процессе международных деловых отношений, которая по своему содержанию следует за § 108e.

Закон о борьбе с коррупцией ввел для дальнейшей защиты конкурса новый, 26-й раздел с уголовно-правовыми нормами об ограничивающих конкурс договоренностях при его объявлении (§ 298), равно как о взяточничестве и подкупе в деловом обороте (§ 299). § 298 охватывает выставление при объявлении конкурса предложения товаров или услуг на основе соглашения об оптовых торгах, которое при определенных условиях до сих пор подлежит наказанию как мошенничество или может караться как нарушение порядка согласно §§ 25, 38, абз. 1, № 8 Закона об ограничениях конкуренции в редакции от 20 февраля 1990 г. (BGBl. I. S. 235). § 299 перемещает состав взяточничества и подкупа служащих в деловом обороте из § 123 Закона о недобросовестной конкуренции, который был отменен, в общее уголовное право. При этом были расширены составы деяний, указанных в §§ 331–334, включением в них выгоды для третьего лица. Кроме того, деяние, описанное в § 299, которое до сих пор преследовалось исключительно по заявлению потерпевшего, теперь при публичном интересе может подлежать преследованию по долгу службы (§ 301, абз. 1). Более строгому наказанию стали подлежать особо тяжкие случаи. Установленные в Законе их примеры соответствуют § 335, абз. 2, № 1 и 3 (§ 300, предложение 2). В соответствии с § 299 могут быть применены имущественный штраф, имущественная конфискация (§ 302).

В 30-м разделе Закона о введении в действие Уголовного

кодекса от 1974 г. по-новому сформулированы положения о принуждении к даче показаний (§ 343), преследовании невиновных (§ 344) и исполнении наказания в отношении невиновных (§ 345). Трактовка вынесения неправосудного приговора или решения (ныне – § 339) распространена на почетных судей и на случаи лишь обусловленного намерения. § 353b ограничивает наказуемость за разглашение служебных тайн кругом лиц, специально уполномоченных на выполнение публичных обязанностей, и лиц, осуществляющих задачи или полномочия по представительству рабочих и служащих в государственных учреждениях.

Закон о наркотических средствах

Помимо Особенной части Уголовного кодекса в так называемых дополнительных законах есть еще дополнительные уголовно-правовые нормы, которые часто в практическом плане превосходят составы деяний Уголовного кодекса. Важные предписания содержит Закон о новом упорядочении норм обращения с наркотическими средствами в редакции от 1 марта 1994 г. (BGBl. I. S. 358) (Nr 8). Закон расширяет существующие составы уголовно-правовых деяний, а также усиливает наказание за тяжкие преступления, связанные с наркотиками (§§ 29–30с Закона о наркотических средствах). Наказуемость организованной преступности, связанной с наркотическими веществами, еще более усилена Законом о борьбе с нелегальной торговлей наркотиками и другими формами проявления организованной преступности от 15 июля 1992 г. Распространение так называемых «мягких» наркотиков не было декриминализовано. Вероятно, и в будущем оно останется наказуемым. И, напротив, владение или получение «небольшого количества» наркотических средств для личного употребления, как и раньше, ненаказуемо. Это же положение действует в случаях разведения, изготовления, ввоза и иных видов приобретения для себя наркотических средств (§ 29, абз. 1, № 1 Закона о наркотических средствах).

На развитие в современном направлении указывает регулирование, которое под лозунгом «Терапия вместо наказания» дает возможность приостановить для правонарушителя, зависимого от наркотиков, исполнение наказания в виде лишения свободы не больше чем на два года для лечения с целью реабилитации (§§ 35, 36 Закона о наркотических средствах) или даже отказаться от наказания при текущем лечении, если нет оснований ожидать более сурового наказания (§ 37 Закона о наркотических средствах). Проблема в данном случае заключается прежде всего в том, что имеющегося количества мест для терапевтического лечения явно недостаточно, и зачастую согласившиеся пройти курс лечения не могут быть своевременно помещены в данные учреждения.

Резюме

Новое по ходу реформы упорядочение германского уголовного права с начала его реформы посредством 3-го Закона об изменении уголовного права 1953 г. в целом представляет собой более глубокую перемену, чем все предыдущие ступени законодательного развития. Хотя догматическая часть действующего права в основном ограничивается кодификацией важнейших результатов прежней судебной практики и теории, но все же последние сами достигли такого высокого уровня теоретического совершенства, что и текст Закона, несмотря на то, что некоторые вопросы, нуждающиеся в упорядочении, остались открытыми, превосходит по теоретической проработке все прежние систематизации уголовного права. Германское право с переходом от наказания в виде лишения свободы к денежному штрафу как самому применяемому виду наказания находится на поворотном пути в уголовной политике, по своей значимости подобном тому, каким в эпоху Просвещения был переход от телесного наказания и казни к наказанию в виде лишения свободы, хотя наказание денежным штрафом и прежде находило применение, но только в случае менее значительных правонарушений. Шагом в правильном направлении является также введение общепользного труда в качестве альтернативы лишению свободы. То обстоятельство, что дальней-

шая судьба социально-терапевтического учреждения предложена на усмотрение земель, хотя и является отступлением от современной уголовной политики, тем не менее введение социальной терапии все же сохранено согласно § 9 Закона об исполнении наказания и должно развиваться с учетом результатов новых эмпирических исследований. Следует отметить, что упорядочение Особенной части сделало большие успехи. Большую роль в этом сыграл 6-й Закон о реформе уголовного права. Нерешенной еще остается реформа деликтов лишения жизни. Борьба с организованной преступностью, особенно в области наркотических средств, включена в Закон о борьбе с нелегальной торговлей наркотиками и другими формами проявления организованной преступности от 15 июля 1992 г. с большими введениями также в сферу уголовно-процессуального права, продолжена Законом о борьбе с преступностью от 28 октября 1994 г. и распространена на насильственную преступность. Еще недостаточная уголовно-правовая защита Европейского союза и стран Европейского сообщества была усилена путем включения в германское право Соглашения о защите финансовых интересов ЕС (равное и эффективное преследование мошенничества во всех странах Сообщества, сотрудничество в уголовном преследовании), а также принятия Закона ЕС о взяточничестве (1998 г.). Дальнейшие шаги по сближению европейского уголовного права будут происходить на основе решений Европейского Совета в Тампере (октябрь 1999 г.).

Введение собственного законодательства и собственных органов уголовного преследования ЕС с правом давать директивы прокуратурам стран – членов Содружеств должно было бы предполагать все же изменение договоров.

Новый Уголовный кодекс не создает еще нового уголовного судопроизводства, но есть рамки, внутри которых в условиях правового государства и соблюдения прав человека, на основе принципа вины, а также социальной ответственности за осужденных юстиция своевременно и гуманно может осуществлять правовой контроль и общественную защиту.

Ганс-Генрих Йешек

Профессор на пенсии, многократный почетный доктор права, бывший директор Института зарубежного и международного уголовного права имени Макса Планка, судья Земельного суда в Карлсруе в отставке

Репрессивность наказания и мер безопасности по уголовному кодексу ФРГ

Гуманизация – критерий прогресса

Возьмем на себя смелость сказать, что в конечном итоге исторический прогресс уголовного законодательства, хотим мы это признать или нет, заключается, если посмотреть на проблему в целом, в гуманизации отношения к осуждаемому. В ретроспективе это выглядит следующим образом: отказ от квалифицированных видов смертной казни и членовредительства, каторжных работ, значительное вытеснение лишения свободы штрафом и другими имущественными видами наказания, обязательными работами, введением различных видов probation, в современный момент – последовательное запрещение международно-правовыми нормами и внутренним законодательством все большего числа стран смертной казни, а в перспективе – замена лишения свободы системой социально-терапевтического воздействия на лиц, совершивших уголовные правонарушения.² Вполне естественно, что процесс этот протекает медленно, неодно-

² Шестаков Д. А. Российская уголовно-правовая политика под углом зрения исторической тенденции к смягчению репрессии // Правоведение. 1998. № 4. С. 154–161.

значно и не всегда последовательно. Примером тому служит нынешнее состояние Уголовного кодекса ФРГ (StGB), претерпевшего в отмеченном выше направлении на своем пути с момента его принятия 15 мая 1871 г. очень существенные изменения.

Тенденция к смягчению репрессии в немецком уголовном законодательстве

Тенденция немецкого уголовного законодательства к гуманизации на протяжении минувшего столетия отразилась в отмене смертной казни, последовательном сужении применения лишения свободы при расширении и детальной регламентации имущественных видов наказания, а также альтернатив наказанию (приостановление наказания и освобождение от наказания с испытанием), выделении специального уголовного права в отношении молодежи, ориентированного на воспитание и др.

Вполне естественно, что отмеченная тенденция претерпевает сопротивление, имеются отступления от нее в виде обусловленного общественной ситуацией и колебаниями мнения публики ужесточения наказания за некоторые виды преступлений в отдельные временные промежутки. Тем не менее в целом немецкое уголовное законодательство довольно успешно идет по пути установления соответствия требованиям правового государства и соблюдения прав человека, находя при этом более или менее оптимальное сочетание учета вины лица, совершившего уголовное правонарушение,

социальной ответственности за осужденного и гуманности. *Nicht alles, was zweckmäßig erscheint, ist auch gerecht* (не все, что кажется целесообразным, так же справедливо)³.

Основные вехи смягчения репрессии в Уголовном кодексе ФРГ осуществлены нижеследующими законами. Законы о денежном штрафе 1921–1924 гг. создали базу для широкого применения денежного штрафа вместо лишения свободы. Закон об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних 1923 г. лег в основу молодежного уголовного права (*Jugendstrafrecht*), ориентированного на перевоспитание, и придал легитимность судам по делам несовершеннолетних, уже организованным в землях *de facto*. Основной закон ФРГ от 23 мая 1949 г. отменил смертную казнь. Закон об изменении Уголовного кодекса от 4 августа 1953 г. ввел приостановление наказания и освобождение от наказания с испытанием.

Принципы назначения наказания по действующему германскому законодательству

В § 46, абз. 1, УК ФРГ установлено, что основой для назначения наказания является *вина*⁴ содеявшего уголовное

³ Jescheck H.-H., Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5 Aufl. Berlin, 1996. S. 22–23.

⁴ Понятие вины в немецком и современном российском уголовном праве не совпадают, в немецком праве вина не сводится к психическому отношению лица к содеянному им, но включает в себя само наказуемое по закону деяние, его характер и тяжесть, все то, что предопределяет ответственность. По-видимому, не случайно понятия долг, обязательство и вина на немецком языке обозначаются

правонарушение. Но в том же абзаце предписано принимать во внимание ожидающееся воздействие наказания на будущую жизнь данного лица в обществе. Именно это дополнение представляется чрезвычайно важным и перспективным для развития уголовного права в будущем. В российском Уголовном кодексе соответственно традиционному его построению оно должно было бы быть воспринято, о чем нам уже приходилось высказываться, в виде одной из «целей» наказания (ст. 43 УК РФ), а именно цели ресоциализации осужденного.

Сопоставление наиболее жестких видов наказания: смертная казнь и лишение свободы – в Германии и России

Смертная казнь в ФРГ отменена статьей 102 Основного закона от 23 мая 1949 г. Примечательно то, что отмена смертной казни состоялась вопреки мнению общественности, большинство которой высказывалось за ее сохранение.⁵ В России смертная казнь пока все еще предусмотрена УК РФ (ст. 59) за особо тяжкие преступления, посягающие на жизнь. Большинство населения одобряет ее сохранение, но активизируются выступления за ее законодательную отмену.⁶

одним и тем же словом die Schuld.

⁵ Кури Х. Имеет ли наказание превентивный эффект? // Правоведение. 2001. № 3. С. 147.

⁶ Отмена смертной казни и дальнейшее совершенствование системы противодействия преступности. Материалы международной конференции (2–5 мая

При сопоставлении законодательно установленных в России и Германии предельных сроков лишения свободы Россия предстает в невыигрышном свете. Сроки лишения свободы по современному немецкому законодательству близки к тем, что действовали в Советском Союзе по законодательству 60-х годов.

Согласно § 38 StGB максимальная длительность срочного лишения свободы составляет 15 лет. Так было и в СССР. Однако в постсоветской России даже за одно преступление срочное лишение свободы может быть назначено длительностью до 20 лет (ч. 2 ст. 56 УК РФ). Необходимо особо подчеркнуть логичное положение немецкого закона о так называемом единстве деяния (Tateinheit), речь идет о назначении наказания при так называемой идеальной совокупности преступлений. В соответствии с § 52, абз. 2 и 3, StGB в случае, если одним и тем же действием нарушается несколько уголовных законов или один закон несколько раз, то назначается только одно наказание. Если нарушено несколько уголовных законов, то наказание определяется по закону, предусматривающему наиболее суровое наказание. Оно не должно быть мягче, чем предусмотрено в других применяемых в данном случае законах.

Из приведенных положений StGB вытекает, что назначаемое при идеальной совокупности преступлений наказание

не может быть выше: 1) общего максимального срока лишения свободы, т. е. 15 лет; 2) максимального срока, установленного в наиболее строгом из нарушенных законов, который, естественно, бывает ниже общего максимального срока лишения свободы. Таким образом, ни при каких условиях срочное лишение свободы в Германии не может быть длительнее 15 лет. Так же дело обстояло и по последнему советскому законодательству. В постсоветской России при нарушении нескольких законов, в том числе если эти нарушения произведены одним действием, лишение свободы может быть назначено на срок до 25 лет!!! (ч. 4 ст. 56; ч. 3 ст. 69 УК РФ).

При совокупности деяний (Tatmehrheit) по немецкому уголовному праву назначается единое совокупное наказание. Оно не должно достигать суммы наказаний, предусмотренных за отдельные входящие в совокупность деяния. Длительность совокупного срочного лишения свободы не может превышать 15 лет (§§ 53, 54 StGB). Эти же правила применяются и при назначении наказания в случае, если лицо, совершившее преступление, ранее было осуждено в другом уголовном процессе (§ 55 StGB). И в этом случае совокупное срочное лишение свободы не может превышать 15 лет. Так же было по законодательству последних десятилетий советской власти в СССР. В постсоветской России – 30 лет!!! (ч. 4 ст. 56, ч. 3 ст. 70 УК РФ).

Германское законодательство предусматривает пожиз-

ненное заключение, хотя сохранение его в настоящее время в общественных и научных дискуссиях поставлено под сомнение⁷. По общему правилу, установленному § 57a, абз. 1, п. 1, StGB, условно-досрочное освобождение от пожизненного лишения свободы (приостановление под контролем – *Aussetzung zur Bewährung*) возможно по отбытии 15 лет. В постсоветской России, в отличие от советского законодательства, введено пожизненное лишение свободы. Условно-досрочное освобождение от его отбывания возможно после фактического отбытия 25 лет заключения (ч. 5 ст. 79 УК РФ).

Как мы видим, лишение свободы, предусмотренное в качестве вида наказания по действующему законодательству России, значительно жестче по сравнению не только с прошлым советским, но и с действующим германским законодательством.

Помещение в превентивное заключение как отступление от тенденции

В Кодекс в 1933 г. в завершении исторического периода Веймарской республики введены меры исправления и безопасности (*безопасность* – не очень точный перевод, *Sicherung* означает: обеспечение, гарантия, стопорение, охрана). Согласно § 61 мерами исправления и безопасности являются: 1) помещение в психиатрическую больницу, 2) помещение в учреждение изоляции

⁷ Кури Х. Имеет ли наказание превентивный эффект? С. 151.

(*Entziehungsanstalt*), 3) помещение в превентивное заключение (*Sicherungsverwahrung*), 4) проведение надзора, 5) лишение разрешения на вождение транспорта, 6) запрет на профессию.

Назначение мер исправления и безопасности согласно закону предопределяется не виной (или – как можно выразиться в системе понятий российского уголовного права – не составом уголовного правонарушения), а основанном на обстоятельствах совершения деяния и прежде всего особенностях личности, это деяние совершившей, ожиданием (вероятностным прогнозом) того, что это лицо способно в будущем совершить значительное уголовное правонарушение. Эти меры по германскому закону не называются наказанием, хотя по существу своему они репрессивны, они вторгаются в права человека. Меры исправления и безопасности назначаются наряду с наказанием за совершенное уголовное правонарушение для того, чтобы гарантировать невозможность посягательств на охраняемые законом правовые блага.

Среди этих мер особое место занимают такие (§§ 63–66), которые связаны с принудительной изоляцией (*Freiheitsentziehung* – буквально «лишение свободы», но по юридической природе существенно отличается от соответствующего вида наказания *Freiheitsstrafe*): помещение в психиатрическую больницу (§ 63), помещение в учреждение изоляции (§ 64), помещение в превентивное заключение (§ 66). Институт превентивного заключения, сохраняющий-

ся до сих пор, является существенным отступлением StGB от общей гуманистической тенденции, которое по существу нарушает также принцип вины и вступает в конфликт с правами человека.

Несмотря на то, что превентивное заключение казуистически именуется не наказанием, а *мерой исправления и безопасности*, суть дела от этого не меняется и можно утверждать: в ФРГ узаконена репрессия без преступления. Конечно, институт превентивного заключения подвергается критике и на практике применяется довольно редко.⁸

В § 66 сформулированы основания помещения в превентивное осуждение. Помещение в превентивное заключение применяется судом в связи с рассматриваемым им преднамеренным правонарушением, как преступлением, так и проступком. Прочие основания представляют собой различные сочетания прежних назначенных лицу сроков лишения свободы, длительности фактического отбытия лишения свободы, прежнего назначения мер изоляции и исправления, а также совершения последнего уголовного правонарушения в состоянии одурманивания. Необходимым условием назначения превентивного заключения является следующее: «совокупная оценка лица и его деяния показывает, что оно вследствие его предрасположенности к значительным наказуемым деяниям, особенно к таким, которыми причиняются тяжкий

⁸ Jescheck H.-H., Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5 Aufl. Berlin, 1996. S. 814.

душевный или физический вред потерпевшему или тяжкий хозяйственный убыток, является опасным для общественности» (§ 66, (1), абз. 3). Оценка предрасположенности (*Hang* – склонность, предрасположение, влечение, тяга) зависит от усмотрения суда. Лицо помещается в превентивное заключение не за совершенное деяние, а в связи с возможностью совершения оно в будущем.

Сроки мер, связанных с принудительной изоляцией, регламентированы в § 67d. Относительно превентивного заключения установлено следующее (абз. 3): «Если отбыто десять лет превентивного заключения, то суд объявляет меру исполненной, если не существует опасности, что помещенный в превентивное заключение вследствие своей предрасположенности совершит значительное наказуемое деяние, которым потерпевшему будет причинен тяжкий душевный или телесный вред. С исполнением меры наступает осуществление надзора». Подчеркнем, что освобождение производится не автоматически с истечением десятилетнего срока, а по усмотрению суда, который может счесть данную меру и неисполненной. То есть помещение в превентивное заключение по существу вообще не имеет предельного срока! Данный институт немецкого уголовного законодательства несмотря на то, что он в силу довольно жесткой его регламентации относительно редко применяется на практике, грубо противоречит принципам правового государства и общей исторической тенденции уголовного права к смягче-

нию репрессии.

Суд осуществляет контроль за исправлением лиц, к которым применены связанные с изоляцией от общества меры исправления и безопасности (§ 67e). Он имеет право в любое время проверить, не подлежит ли исполнение этой меры приостановлению с испытанием. Он должен это проверить перед началом протекания меры. Установленный законом срок судебного контроля для превентивного заключения составляет два года. Суд может сократить сроки связанных с изоляцией от общества мер. Он может в рамках установленных законом сроков контроля установить также сроки, до истечения которых недопустима подача ходатайства об осуществлении контроля. Если суд отклоняет приостановление исполнения меры исправления и безопасности, то начиная с этого решения срок контроля начинает течь заново (абз. 4). Таким образом, вопрос о возможном условном освобождении от превентивного заключения суд должен рассматривать каждые два года.

Социально-терапевтические учреждения – неопределенная перспектива

Концепция развития системы санкций в Германии основное значение придавала социально-терапевтическим учреждениям, которые теория предусмотрела для опасных рецидивистов с тяжкими личностными нарушениями, для опасных сексуальных преступников, для молодых преступников младше 27 лет, которые проявляют тенденцию стать при-

вычными преступниками, и для помещенных в психиатрическую больницу невменяемых или лиц с уменьшенной вменяемостью. Данная мера пока не вошла в StGB. Она упоминается лишь в Законе об исполнении наказания, который предусматривает, что помещение в социально-терапевтическое учреждение по общему правилу предполагает согласие отбывающего наказание. (Исключение делается в отношении лиц, совершивших тяжкие половые преступления). Для принятия в социально-терапевтическое учреждение требуется также согласие его руководителя (§ 9). Судьба развития социально-терапевтических учреждений в настоящее время поставлена в зависимость от усмотрения земель, но в связи с финансовыми проблемами дело это продвигается медленно.

Выводы

Налицо значительный прогресс немецкого законодательства, связанный с отменой смертной казни, установлением адекватного реальности срочного лишения свободы, созданием законодательных предпосылок более широкого применения денежного и имущественного штрафа в сопоставлении с лишением свободы, а также приостановления наказания под контролем. Как только германскому законодателю удастся исключить не основанное на виновном совершении уголовного правонарушения помещение в превентивное заключение, закрепить в Кодексе институт социально-терапевтических учреждений, составляющих реальную альтернативу обычным учреждениям лишения свободы, а в идеале

также отказаться от пожизненного лишения свободы, — мировое сообщество получит мощный толчок к подлинно коренной реформе уголовного права.

Д. А. Шестаков

*Доктор юридических наук, профессор,
президент Санкт-Петербургского криминологического
клуба,*

главный редактор журнала «Криминология:

вчера, сегодня, завтра»,

член Российской юридической академии,

член Академии социальных наук,

почетный профессор Казахстанской

криминологической ассоциации,

член Российской криминологической ассоциации

Принятые сокращения

RGBl – Reichsgesetzblatt (1871–1945) Вестник имперских законов

BGBl. I – Bundesgesetzblatt I Федеральный вестник законов I

BGBl. II – Bundesgesetzblatt II Федеральный вестник законов II

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch Гражданский кодекс

GBL DDR – Gesetzblatt DDR Вестник законов ГДР

BGHSt – Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen Сборник решений Федерального суда по уголовным делам

BVerfG – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Сборник решений Федерального Конституционного Суда

Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии в редакции от 13 ноября 1998 г. по состоянию на 15 мая 2003 г.

Общая часть

Раздел первый. Уголовный закон

Глава первая. Сфера действия

§ 1. Нет наказания без закона

Деяние может быть наказано только если наказуемость была законодательно установлена прежде.

§ 2. Время действия

(1) Наказание и его дополнительные последствия определяются законом, действовавшим во время совершения дея-

ния.

(2) Если санкция изменяется во время совершения деяния, то применяется закон, действовавший ко времени окончания совершения деяния.

(3) Если закон, действовавший ко времени окончания деяния, изменяется перед вынесением решения, то применяется наиболее мягкий закон.

(4) ¹Закон, действие которого ограничено определенным сроком, надлежит применять в отношении деяний, совершенных во время его действия, и тогда, когда он потерял силу. ² Это положение не действует, если в самом законе определено иное.

(5) В случае конфискации, изъятия и уничтожения предметов соответственно действуют абз.1–4.

(6) Относительно мер исправления и безопасности решение принимается по закону, действовавшему во время принятия решения, если иное не предусмотрено законом.

§ 3. Действие в федеральных землях

Германское уголовное право действует в отношении деяний, совершаемых внутри страны.

§ 4. Действие в отношении деяний, совершенных на германских морских и воздушных судах

Германское уголовное право действует независимо от права места совершения деяний в отношении деяний, совершенных на морском или воздушном судне, правомерно следующем под флагом или опознавательным знаком Федеративной Республики Германии.

§ 5. Деяния, совершенные за границей против внутригосударственных правовых благ

Германское уголовное право действует независимо от права места совершения деяния в отношении следующих деяний, совершенных за границей:

1. подготовка агрессивной войны (§ 80);
2. государственная измена (§§ 81–83);
3. угроза демократическому правовому государству
 - а) в случаях, указанных в §§ 89, 90а, абз. 1, и 90b, если лицом, совершившим деяние, является гражданин ФРГ, и основа его жизнедеятельности находится на территории действия этого закона, и
 - б) в случаях, указанных в §§ 90 и 90а, абз. 2;
4. измена стране и создание угрозы внешней безопасности (§§ 94–100а);

5. наказуемые деяния, направленные против обороны страны

а) в случаях, предусмотренных §§ 109 и 109e– 109g, и

б) в случаях, предусмотренных §§ 109a, 109g и 109h, если лицом, совершившим деяние, является гражданин ФРГ, и основа его жизнедеятельности находится на территории действия этого закона;

6. насильственный увоз человека и навлечение на него подозрения по политическим мотивам (§§ 234a, 241a), если деяние направлено против немца, который имеет место жительства или постоянного пребывания в своей стране;

ба. похищение ребенка в случаях, предусмотренных § 235, абз.2, № 3, если деяние направлено против лица, которое имеет место жительства или постоянного пребывания в ФРГ;

7. нарушение производственных или коммерческих тайн предприятия или фирмы, находящейся на территории действия этого закона, фирмы, которая там находится, или фирмы, находящейся за границей, которая зависит от фирмы, находящейся на территории действия этого закона, и образует с ней концерн;

8. наказуемые деяния против полового самоопределения

а) в случаях, предусмотренных § 174, абз.1 и 3, если лицо, совершившее деяние, и лицо, по отношению к которому совершается деяние, ко времени его совершения являются немцами и основой их жизнедеятельности является Герма-

ния,

б) в случаях, предусмотренных в §§ 176–176b и 182, если лицо, совершившее деяние, является немцем;

9. прерывание беременности (§ 218), если лицо ко времени совершения им деяния является немцем и основа его жизнедеятельности находится на территории действия этого закона;

10. ложное показание без присяги, лжеприсяга и ложное заявление, равносильное присяге, в процессе, который осуществляется на территории действия этого закона судом или другим германским учреждением, уполномоченным принимать присягу или подобное присяге заявление;

11. наказуемые деяния против окружающей среды в случаях, предусмотренных §§ 324, 326, 330 и 330a, которые совершаются в зоне исключительно германского хозяйствования, поскольку международная Конвенция по защите моря устанавливает их уголовное преследование как наказуемых деяний;

11a. наказуемые деяния, предусмотренные § 328, абз. 2, № 3 и 4, абз. 4 и 5, и в связи с § 330, если лицо во время совершения деяния является немцем;

12. деяния, совершаемые германским должностным лицом или лицом, специально уполномоченным на выполнение обязанностей публичной службы во время нахождения на службе либо в связи со службой;

13. деяния, совершаемые иностранцем в качестве долж-

ностного лица или лица, специально уполномоченного на выполнение публичной службы;

14. деяния, совершаемые кем-либо против должностного лица, лица, специально уполномоченного на выполнение публичной службы, или военнослужащего ФРГ во время своей службы или в связи со своей службой;

14а. подкуп депутатов (§ 108е), если лицо во время совершения деяния является немцем или деяние совершено в отношении немца;

15. торговля органами (§ 18 Закона о трансплантации)⁹, если лицо во время совершения им деяния является немцем.

§ 6. Деяния, совершаемые за границей против правовых благ, охраняемых международными соглашениями

Действие германского уголовного права распространяется независимо от права места совершения деяния на следующие деяния, совершаемые за границей:

1. геноцид (§ 220а);
2. связанные с ядерной энергией, взрывчатым веществом и ионизирующим излучением в случаях, предусмотренных §§ 307 и 308, абз. 1–4, § 309, абз. 2, и § 310;

⁹ Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz – TPG) v. 5.11.1997 (BGBl. I. S. 2631 – Закон о передаче, изъятии и пересадке органов (Закон о трансплантации) от 5.11.1997 (Федеральный вестник законов. I. С. 2631).

3. посягательство на воздушное или морское сообщение (§ 316с);
4. торговля людьми (§ 180b) и тяжкие случаи торговли людьми (§ 181);
5. незаконный сбыт наркотических средств;
6. распространение порнографических материалов в случаях, предусмотренных § 184, абз. 3 и 4;
7. подделка денег и ценных бумаг (§§ 146, 151 и 152), подделка платежных карт и бланков еврочеков (§ 152а, абз.1–4), а также их изготовление (§§ 149, 151, 152 и 152а, абз. 5);
8. получение субсидий мошенническим путем (§ 264);
9. деяния, которые подлежат преследованию на основании межгосударственного соглашения, обязательного для Федеративной Республики Германии, если они совершаются за границей¹⁰

§ 7. Действие в отношении деяний, совершаемых за границей в других случаях

(1) Германское уголовное право действует в отношении деяний, совершаемых за границей против немца, если деяние наказуемо в месте его совершения, или если место со-

¹⁰ В связи с расширением сферы действия германского уголовного права в случаях, предусмотренных §§ 324, 326, 330 и 330а, следует учитывать ст.12 Закона о выполнении конвенции о морском праве 1982/1994 от 6.06.1995 (BGBl. I. S. 778) Федеральный вестник законов I. С. 778 (Ausführungsgesetz Seerechtsübereinkommen 1982/1994 v. 6.6.1995 BGBl. I).

вершения деяния не состоит под (чьей-либо) уголовно-правовой властью.

(2) В отношении других деяний, совершаемых за границей, действует германское уголовное право, если деяние наказывается в месте его совершения, или если место совершения деяния не подлежит уголовно-правовой власти, и если лицо, совершившее деяние,

1. во время совершения деяния являлось немцем или стало им после совершения деяния или,

2. будучи уличенным во время совершения деяния на территории Германии, было иностранцем, и, хотя закон о выдаче преследуемых лиц допускает его выдачу на основании вида деяния, оно не выдается ввиду отсутствия ходатайства о выдаче или отказа в удовлетворении ходатайства, или поскольку его выдача невыполнима.

§ 8. Время деяния

¹Деяние является совершенным в то время, в которое исполнитель или соучастник действовал или в случае бездействия должен был бы действовать. ²Время наступления последствий значения не имеет.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.