

## Исполнитель за спиной исполнителя

*Кюппер Георг, доктор права (Dr. iur. habil.), профессор, заведующий кафедрой уголовного права и уголовно-процессуального права юридического факультета Потсдамского университета (Германия)*

В соответствии с § 25 (абз. 1) УУ ФРГ исполнителем является не только тот, кто совершает преступное деяние сам, но и тот, кто совершает деяние посредством использования другого лица. Следовательно, существуют непосредственное и посредственное исполнительство. Существование посредственного исполнительства было признано еще до законодательного регулирования, однако эта форма имела вспомогательный характер для восполнения пробелов наказуемости. Подобный пробел может возникнуть прежде всего в случае, когда выполняющий деяние непосредственный исполнитель действует без умысла. Такой «посредник» в совершении деяния считается неумышленно действующим инструментом исполнения деяния. Институт подстрекательства не может быть применен в отношении лица, руководящего неумышленно действующим непосредственным исполнителем, поскольку подстрекательство требует наличия умышленного преступного деяния непосредственного исполнителя. Более того, распространенное в прошлом мнение о строгой акцессорности участия в чужом преступном деянии требовало наличия виновности непосредственного исполнителя в совершенном им деянии, что предоставляло правовому институту посредственного исполнительства дополнительную сферу применения. Действующее на сегодняшний день правовое регулирование следует принципу лимитированной акцессорности, в соответствии с которым каждое участвующее в деянии лицо подлежит уголовному наказанию в соответствии со своей виной, независимо от вины других лиц (§ 29 УУ ФРГ). Таким образом, оказание влияния на невиновно действующего непосредственного исполнителя может расцениваться как подстрекательство.

Границы посредственного (косвенного) исполнительства были расширены довольно давно. Изначально этот правовой институт стал применяться в случаях исполнения деяния «неквалифицированным инструментом». Такого рода ситуация имеет место, если непосредственный исполнитель (он же «посредник» или «инструмент») не может выполнить состав преступного деяния по причине отсутствия у него признака, являющегося обоснованием наказания. Примером может служить ложное засвидетельствование при исполнении должностных обязанностей по § 348 УУ ФРГ в тех случаях, когда должностное лицо поручает частному лицу подделать и выдать поддельный документ. Кроме того, непосредственно действующий исполнитель может представлять собой т. н. «не преднамеренно, но умышленно действующий инструмент», т. е. действовать умышленно, но без необходимого для выполнения состава преступного деяния намерения. Дискуссионным остается однако вопрос, насколько лицо, «стоящее за спиной» умышленно действующего исполнителя, действительно господствует над

деянием. В этом контексте идет речь о нормативном или социальном господстве над деянием.

Типичным признаком посредственного (косвенного) исполнительства является, как правило, невыполнение «посредником» определенной предпосылки наказуемости. Этот «дефект» может иметь место в любом из трех элементов преступного деяния, т.е. и в составе преступного деяния, и в элементе противоправности, и на уровне вины. Дискуссионной и до сих пор до конца не решенной является ситуация, когда непосредственный исполнитель преступного деяния не имеет дефектов ни в одном из элементов. Возможно ли в таких случаях расценивать его в качестве инструмента в руках руководящего им лица, т.е. лица, образно говоря, «стоящего у него за спиной»? Итак, налицо как посредственный, так и посредствомный исполнитель. Последнего принято называть в этих случаях «исполнителем за спиной исполнителя». С момента возникновения данная правовая конструкция категорично отрицалась. Известный немецкий пеналист Ханс Вельцель [Hans Welzel] называл косвенное исполнительство, совершаемое посредством лица, которое само является исполнителем, и вовсе «искаженным понятием». Однако, судя по всему, признание и развитие правовой конструкции «исполнителя за спиной исполнителя» было уже не остановить

В данной связи в немецкой юридической литературе уже долгое время обсуждаются различные категории случаев, две из которых мне хотелось бы представить.

В первой категории речь идет о введении непосредственного исполнителя в заблуждение в виде так называемого «error in persona». Примером может служить следующий случай: Б намеревается убить А и с этой целью затаился в засаде и ждет его появления. А, зная об этом, договаривается о мнимой встрече с Х на том самом месте, где его ждет Б. Как А и предполагал, Б принимает Х за А, стреляет в него и убивает Х. Б подлежит уголовной ответственности за умышленное причинение смерти, поскольку его ошибка, в соответствии с общепризнанным мнением, не учитывается. По причине отсутствия совместного формирования умысла, направленного на осуществление состава деяния, А не является соисполнителем. Но он может быть косвенным исполнителем, потому что он управлял развитием причинной связи и использовал для этого человека, не обладающего общим обзором ситуации. Однако существует и другое мнение, в соответствии с которым данная конструкция расценивается как (не урегулированное в законе) исполнительство наряду с исполнительством. Итак, имеет место следующая альтернатива: исполнитель *за спиной* исполнителя или исполнитель *наряду* с исполнителем.

Ко второй категории принадлежат случаи введения в заблуждение о признаках противоправности, как количественного так и качественного вида. Количественным введением в заблуждение является, например, обман о величине причиненного ущерба. Например, А побуждает Б уничтожить ценную картину, обманывая и убеждая его в том, что

картина не имеет абсолютно никакой ценности. С качественной точки зрения, напротив, отличаются друг от друга убийство и тяжкое убийство. С учетом существенной разницы в содержании противоправности между § 211 и § 212 УУ ФРГ возникает правовая конструкция «тяжкий убийца за спиной убийцы», если признак тяжкого убийства наличествует только у косвенного исполнителя. Однако так же может иметь место и подстрекательство к тяжкому убийству, потому что § 28 (абз. 2) УУ ФРГ применяется лишь по отношению к тому из соучастников, у которого наличествует отягчающий наказание признак.

Правовая конструкция «исполнитель за спиной исполнителя» применяется так же и в судебной практике. В качестве примеров хотелось бы привести два решения Федерального Верховного суда ФРГ.

В основе так называемого дела «короля кошек» лежали довольно гротескные события: Инспираторы убедили посредника в том, что ужасный король кошек угрожает миру и для того, чтобы умиротворить его нужно принести человеческую жертву и этим спасти много людей. В действительности же инспираторы хотели избавиться от соперника. Вследствие их воздействия исполнитель совершил покушение на тяжкое убийство по отношению к выбранной инспираторами жертве. Федеральный Верховный суд ФРГ признал наличие у исполнителя ошибки в запрете, которой можно было избежать. Однако эта ошибка не исключает вину, а приводит лишь к смягчению наказания (§ 17 предл. 2 УУ ФРГ). Инспираторы были приговорены как «исполнители за спиной исполнителя», потому что они ввели непосредственного исполнителя в заблуждение и использовали его заблуждение в своих целях. Большая часть ученых, напротив, признают наличие косвенного исполнительства лишь в тех случаях, когда ошибки в запрете невозможно было избежать; в противном случае имеет место подстрекательство.

В другом решении Федеральный Верховный суд ФРГ расценил действия лиц, отдававших приказы в рамках их деятельности в государственном аппарате власти как косвенное исполнительство. В конкретном случае речь шла о действиях членов Национального совета безопасности ГДР, которых привлекли к уголовной ответственности за убийство людей, бежавших в ФРГ и пытавшихся пересечь границу между двумя немецкими государствами. Привлечение к ответственности в качестве подстрекателей не соответствовало роли так называемого «исполнителя за письменным столом», который обладает организационным господством над деянием. Большая часть ученых разделяла это мнение. *Фридрих-Кристьян Шрёдер [Friedrich-Christian Schroeder]*, написавший фундаментальную монографию на эту тему, провозгласил прыжок «исполнителя за спиной исполнителя» из теории в практику. Другие ученые придерживаются мнения, что деятельность лиц, участвующих в данном деянии, следует квалифицировать как соисполнительство. Против этой точки зрения приводится факт наличия в данной категории дел иерархической структуры отдачи приказов в отношении начальство-подчиненные, а соисполнители действуют как равноправные партнеры.

Приведенные примеры могут произвести впечатление, что парадное шествие уголовно-правового института «исполнителя за спиной исполнителя» невозможно остановить и что эта правовая конструкция превратилась практически в «универсальное оружие». Однако в последнее время можно наблюдать некоторое изменение курса. В юридической литературе все чаще встречаются критические отзывы о постоянном расширении области применения. Некоторые ученые предлагают вовсе отказаться от применения этой конструкции. Они с беспокойством наблюдают за склонностью уголовного права играть в «теоритически-абстрактные умственные игры» и указывают, что все приведенные правовые проблемы могли бы быть решены с помощью законодательно урегулированных форм участия в деянии.

Представляется необходимым снова вернуться к исходной точке. Изначально косвенное исполнительство несомненно служило лишь восполнению пробелов в законе и предотвращению возникновения ситуаций наличия деяния при отсутствии исполнителя. Ответственность непосредственно действующего лица однозначно исключала возможность господства над деянием со стороны стоящего за его спиной лица. Последовательным было бы поэтому сдержанное применение, что тем более должно соблюдаться с учетом наличия двоих подлежащих уголовной ответственности участников.

Тем не менее, одна особенность имеет место в случае организационного господства над деянием, которое (наряду с информационным и волевым господством) на сегодняшний день представляет собой самостоятельную форму косвенного исполнительства. Однако и в этом случае сфера применения данного правового института не должна расширяться, а напротив, она должна быть ограничена лишь случаями злоупотребления полномочиями государственной власти. Не смотря на это и подчиняясь установившейся тенденции Федеральный Верховный суд ФРГ рассмотрел возможность расширения сферы применения данного уголовно-правового института для привлечения к ответственности за совершение соответствующих деяний на предприятиях и принял соответствующие решения. В опровержение этих решений следует заметить, что на предприятии не существует не только возможности произвольной замены действующих лиц, но и абсолютного обособления от всех правовых норм.

В итоге следует отметить, что уголовно-правовая конструкция «исполнителя за спиной исполнителя» существует, но лишь в исключительных случаях и узко ограниченных рамках. Поэтому сфера применения этой правовой конструкции не должна бесконечно расширяться.