

Г. С. ФЕЛЬДШТЕЙНЪ.

О НЕОБХОДИМОЙ ОБОРОНѢ

И ЕЯ ОТНОШЕНИИ КЪ ТАКЪ НАЗЫВАЕМОМУ

„ПРАВОМѢРНОМУ САМОУПРАВСТВУ“.

*Изъ Журнала Министерства Юстиціи
(Май 1899 г.)*



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія Правительствующаго Сената.
1899.

Печатано съ разрѣшенія Министра Юстиціи.

О НЕОБХОДИМОЙ ОБОРОНѢ
И ЕЯ ОТНОШЕНИИ КЪ ТАКЪ НАЗЫВАЕМОМУ
„ПРАВОМѢРНОМУ САМОУПРАВСТВУ“.

Г. С. Фельдштейна.

Das Recht braucht dem Unrechte nicht
zu weichen.

Bernert.

Мы будемъ говорить о необходимой оборонѣ ¹⁾, какъ техническомъ понятіи уголовного права. Въ этомъ смыслѣ, она является, съ первыхъ же шаговъ возникновенія доктрины, такимъ институтомъ, который характеризуется болѣе или менѣе постоянными, устойчивыми признаками. Контroversы—эти неизбежные спутники всякой теоріи—встрѣчаются, ко-

¹⁾ Литература вопроса о необходимой оборонѣ довольно обширна. Изъ монографій старыхъ могутъ быть упомянуты: Grattenauer—Ueber die Nothwehr. Ein Beitrag zur wissenschaftlichen Behandlung des Criminalrechts. 1806. Van der Maesen—De justa sui defensione cum caede aggressoris. 1807. Bang—Dissertatio de moderamine inculpatae tutelae. 1819. Smet—De legitima sui defensione. Не утратившими значенія и понынѣ являются образцовая работа Levita—Recht der Nothwehr, 1856, и монографія Geyer—Lehre von der Nothwehr 1857. Изъ монографій новѣйшихъ могутъ быть упомянуты Stillmark—Die Lehre von der

нечно, и здѣсь. Но спорнымъ является не самый вопросъ о допустимости необходимой обороны. Вопросъ этотъ, повидимому, уже разъ навсегда рѣшенъ въ положительномъ смыслѣ. Существованіе контроверзъ вызывается исключительно или второстепенными частностями, не имѣющими для самой сущности института рѣшающаго значенія, или разнообразіемъ приѣмовъ обнаруженія правомѣрности необходимой обороны¹⁾.

Въ рѣдкомъ согласіи съ доктриной по вопросу о необходимой оборонѣ стоитъ и уголовное законодательство. Во всѣ времена и у всѣхъ народовъ²⁾ необходимая оборона, хотя, правда, въ нѣсколько различномъ объемѣ, признавалась дѣйстви́емъ правомѣрнымъ.

Состояніе доктрины по вопросу о необходимой оборонѣ и взглядъ на нее разнообразныхъ законодательствъ съ несомнѣнностью убѣждаютъ насъ, что въ основаніи этого института лежатъ общепризнанныя и существенныя потребности, что мы имѣемъ въ данномъ случаѣ дѣло съ проявленіемъ „*pop scriptae sed natae legis*“.

Но рядомъ съ этимъ сохраненіемъ, въ самые разнообразные моменты, своей основной сущности, необходимая оборона все-таки институтъ, такъ или иначе историческій. Она находится въ тѣсной зависимости отъ условій даннаго обществѣ. Только съ значительными оговорками можно

Nothwehr. 1875. Janka—Der strafrechtliche Nothstand. 1878. Morand—Du délit nécessaire. 1889. Tobler—Die Grenzgebiete zwischen Nothwehr und Nothstand. 1894. Вопросу о необходимой оборонѣ въ русской литературѣ, кромѣ соотвѣствующихъ отдѣловъ учебниковъ уголовного права, посвящены, между прочимъ, слѣдующія работы: Полетаевъ—Необходимая оборона. Жур. Мин. Юстиціи 1863, Окт. Кони—Необходимая оборона. Московск. Университ. извѣстія. 1866. Долончевъ—О правѣ необходимой обороны. Юридич. Вѣстн. 1874 г. Ноябрь, Декабрь. Пусторослевъ—Незамѣнимая саморасправа, какъ учрежденіе уголовного права. 1889. Пусторослевъ—Понятіе о незамѣнимой саморасправѣ. 1890.

¹⁾ Къ этимъ же выводамъ, но на основаніи другихъ соображеній, приходилъ еще Zöpfel въ своихъ Beiträge zur Revision der Lehre von der Nothwehr въ Arch. d. Criminalrechts. 1842. S. 119.

²⁾ Hälschner—Das gemeine deutsche Strafrecht. B. I. S. 474. T. Schütze—Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1874. S. 108. Ср. также Будзипскій—Начала уголовного права 1870, с. 132, и мн. др.

согласиться съ замѣчаніемъ *Гейба*, что необходимая оборона не имѣетъ исторіи ¹⁾). Наряду съ постоянствомъ, въ

¹⁾ Geib—Lehrb. des deutschen Strafrechts. 1862. В. II, S. 228. Только съ вмѣшаніемъ кровной мести, которая какъ-бы поглощаетъ собой необходимую оборону и не даетъ ей возможности обособиться, полагаетъ Geib, наступаетъ моментъ для дифференціаціи необходимой обороны, какъ самостоятельнаго института. При этомъ, особенный интересъ послѣдняго заключается въ томъ, что ему чужды моменты историческаго народженія, видоизмѣненія и развитія «.....und gerade darin liegt das geschichtliche Interesse dieser Lehre... dass hier von einem historischen Werden, Sichverändern und Fortbilden gar nicht zu sprechen ist.....» Ibid. S. 228. Geib дѣлаетъ, такимъ образомъ, изъ института необходимой обороны какъ-бы исключеніе изъ общаго закона историческаго развитія, которому подвержены всѣ соціальныя явленія. Но такъ ли это въ дѣйствительности? Не о выступленіи ли института необходимой обороны на арену исторіи можетъ идти рѣчь въ тѣхъ случаяхъ, когда институтъ этотъ обособляется изъ примитивной формы реакціи противъ нарушенія интересовъ личности? Не съ фактомъ ли народженія новаго института имѣемъ мы дѣло въ случаѣ дифференціаціи необходимой обороны изъ той хаотической, смѣшанной формы противодѣйствія „обидѣ“, изъ которой, какъ изъ ядра, постепенно развивается современемъ вся система правъ личныхъ и имущественныхъ? На эти вопросы возможенъ, какъ намъ кажется, только одинъ отвѣтъ: фактъ дифференціаціи необходимой обороны изъ сферы господства самоуправствъ, характеризующаго собой ранній фазисъ выступленія первобытныхъ обществъ на поприще культуры, вполне тождественъ съ явленіемъ народженія института необходимой обороны. Но пойдемъ далѣе. Развѣ не о видоизмѣненіи и постепенномъ развитіи необходимой обороны идетъ рѣчь, когда, какъ поучаетъ исторія этого института, съ усиленіемъ общественной власти начинаютъ постепенно суживаться предѣлы необходимой обороны. Отдѣльныя попытки подробной регламентаціи условій охраны правъ и благъ при помощи необходимой обороны являются не чѣмъ инымъ, какъ постепенными этапами по пути дальнѣйшей исторической эволюціи интересующаго насъ института въ связи съ все растущимъ подчиненіемъ отдѣльной личности гнету государства или произволу феодала. Что же касается, наконецъ, современной организаціи института необходимой обороны, съ ея отчетливо обнаруживающейся тенденціей къ расширенію ея примѣненія, то она, несомнѣнно, должна быть признана необходимымъ послѣдствіемъ и логическимъ выводомъ изъ конструкціи современнаго государства вообще, отражающаго всѣми силами свободу личности. Идея строгой цѣлесообразности, накладывающая опредѣленный отпечатокъ на современный типъ правоваго государства, опредѣляетъ собой съ необходимостью и конструкцію обороны въ ея современномъ смыслѣ. Къ этому вопросу мы, впрочемъ, будемъ имѣть случай вернуться еще нѣсколько ниже. Замѣчаніе Geib'a о томъ, что оборона не имѣетъ исторіи, должно быть, такимъ образомъ, ограничено. Оно можетъ еще быть оправдано въ смыслѣ признанія постоянства и неизмѣнности самаго принципа необходимой обороны, но ни въ какомъ случаѣ не должно быть примѣнено къ юридической конструкціи этой послѣдней и въ особенности къ объему права необходимой обороны,—къ тому моменту этого понятія, который подлежитъ значительнымъ колебаніямъ въ исторіи.

интересующемъ насъ институтъ могутъ быть подмѣчены черты эволюціи; можетъ быть констатированъ, между прочимъ, тотъ фактъ, что границы обороны измѣняются и, притомъ,— въ прямой зависимости отъ развитія условій совмѣстнаго существованія отдѣльныхъ индивидовъ или ихъ группъ. Важнымъ показателемъ особенностей даннаго типа общежитія является, несомнѣнно, положеніе въ немъ отдѣльной личности.¹⁾ И вотъ, въ соотвѣтствіи съ различными колебаніями этого показателя, могутъ быть наблюдаемы и тѣ или другія перемѣны въ смыслѣ расширенія или суженія права необходимой обороны.

Нѣтъ недостатка въ примѣрахъ для иллюстраціи тѣсной зависимости объема института необходимой обороны отъ особенностей тѣхъ условій, среди которыхъ этому институту выпадаетъ на долю функціонировать. Исторія необходимой обороны даетъ такіе примѣры въ изобиліи.

Средневѣковые памятники законодательства XI—XII в. в., когда институтъ необходимой обороны еще только складывался, въ виду особыхъ условій государственнаго быта той эпохи, уже знакомы съ ограничительными правилами относительно обороны. Такъ называемые *legg. Henrici I* ²⁾

¹⁾ Нужно, впрочемъ, оговориться, что этому показателю не должно быть придаваемо рѣшающаго значенія во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ безъ провѣрки его при помощи другихъ критеріевъ. Значительная доля свободы является удѣломъ личности на двухъ, наиболѣе другъ отъ друга отдаленныхъ, стадіяхъ развитія государственной жизни. Когда власть еще не окрѣпла, и государственный порядокъ еще не вполне сложился, юридически безправная личность фактически пользуется обыкновенно значительной долей свободы. Небезпеченіе правъ гражданской свободы въ такихъ общественныхъ единицахъ „находить себѣ,—выражаясь словами К о р к у н о в а, Русск. госуд. прав., 1892, т. I, с. 313, 314,—извѣстный противовѣсъ въ неполномъ подчиненіи населенія государственной власти“. Но свобода личности достигаетъ своихъ рациональныхъ, притомъ, единственно цѣлесообразныхъ и наиболѣе широкихъ предѣловъ, только тогда, когда она становится юридическимъ принципомъ; послѣднее же имѣетъ мѣсто только на высшихъ стадіяхъ развитія государственной жизни. Ср. отдѣлы „Гражданской свободы“ у К о р к у н о в а, *op. cit.*, т. I, § 40 и сл., у Ч и ч е р и н а—Курсъ госуд. науки, 1894 г., I, с. 200 и сл., у B l u n t s c h l i—*Lehre vom modernen Staat*, II Th., S. 603 ff.

²⁾ *Legg. Henrici I* (англійскаго) (1090—1135)—говоритъ Z ö r r l въ своихъ *Beiträge zur Revision der Lehre von der Nothwehr*, 1842, S. 140—являются однимъ изъ самыхъ полныхъ документовъ, которые сохранила германская древность по вопросу о необходимой оборонѣ.

считаютъ необходимую оборону недопустимой противъ dominus'a лица защищающагося ¹⁾ и ограничиваютъ ее, вообще, исключительно тѣми случаями, когда подвергается опасности чья-либо жизнь или тѣлесная неприкосновенность ²⁾.

Но и въ болѣе поздніе моменты средневѣковой исторіи уголовное законодательство и доктрина не возвышается еще до допущенія обороны и въ иныхъ, менѣе важныхъ, случаяхъ нарушенія правопорядка. Дань своему времени платить и Каролина—этотъ замѣчательный законодательный памятникъ 16 в., въ которомъ понятію обороны дается, несомнѣнно, довольно совершенная въ техническомъ отношеніи конструкція. И Каролина повимаетъ оборону исключительно въ смыслѣ охраны тѣлесной неприкосновенности и жизни и трактуетъ этотъ институтъ въ отдѣлѣ наказуемаго убійства. Только впоследствии начинаетъ себѣ прокладывать, мало по малу, путь обороны въ смыслѣ защиты всѣхъ юридически охраненныхъ благъ вообще. Не раньше, однако, конца 18 в., этой эпохи категорическаго признанія неприкосновенности правъ личности, признанія, правда, въ значительной степени, чисто теоретическаго, оборона, всегда разсматривавшаяся до этого времени въ связи съ ученіемъ объ убійствѣ, начинаетъ высвобождаться изъ этой связи съ нимъ, пока не получаетъ, наконецъ, соотвѣтствующаго ей, мѣста въ общей части ³⁾. Но кромѣ общихъ принципіальныхъ ограниченій предѣловъ обороны, средніе вѣка—это классическое время подавленія

¹⁾ Unicuique licet se defendere, si quis eum assiliat in omni loco vel negotio excepto contra Dominum quem tolerandum, non occidendum jugiter ac salubrieter requentamus advertendum. Legg. Henrici I cap. 83. Zöpf I, ibid. S. 140—141.

²⁾ Geyer—Lehre von der Nothwehr, 1857, S. 95.

³⁾ Напр., въ трудахъ Erhard'a (1789), Tittmann'a (1798) и др. Что касается уголовныхъ законодательствъ, то еще во многихъ кодексахъ начала нашего столѣтія постановленія о необходимой оборонѣ помѣщаются въ особенной части въ отдѣлѣ преступленій противъ жизни и тѣлесной неприкосновенности. Такова система австрійскаго кодекса 1803 (ст. 127), брауншвейгскаго 1840 г. (ст. 166), Code pénal 1810 г. (ст. 327, 328) и др. Ср. Voitar d—Leçons de droit criminel, 1876, с. 358 и слѣд. Въ общей части ученіе о необходимой оборонѣ было помѣщено впервые въ баварскомъ кодексѣ 1813 г. подъ непосредственнымъ влияніемъ Фейербаха. Ср. Zöpf I—Beiträge zur Revision der Lehre von der Nothwehr. III. Arch. d. Criminalr. 1843. S. 28 ff.

свободы личности и почти полного игнорирования ея интересовъ, какъ таковой, тормазили свободное примѣненіе необходимой обороны и другими средствами. Средневѣковыя законодательства представляли изъ себя въ извѣстномъ отношеніи цѣлую сѣть запрещеній, окутывавшихъ и парализовавшихъ дѣятельность лица по охраненію ненарушимости его правовой сферы отъ вторженія неуправомоченныхъ ¹⁾. Швабское земское право и въ особенности городское право Мемминга допускаютъ оборону въ числѣ прочихъ ограниченій только на тотъ конецъ, когда совершенно невозможно непозорное бѣгство со стороны лица, подвергшагося нападенію. Ограниченіе это было равносильно полному запрещенію обороны при малѣйшей возможности бѣгства для всѣхъ непривилегированныхъ классовъ общества. *Rechtsbuch* Рупрехта, какъ свидѣтельствуется *Мауреръ* ²⁾, требуетъ безусловнаго бѣгства лица, подвергшагося нападенію, въ тѣхъ случаяхъ, когда нападающимъ является представитель духовенства или лицо, находящееся подъ защитой церкви. Да и вообще, со-

¹⁾ На той же точкѣ зрѣнія стоитъ и большинство представителей средневѣковой доктрины XV, XVI в.в. Нѣкоторое исключеніе представляетъ только *Julius Carius*, который считаетъ оборону допустимой для охраны собственной жизни и жизни другихъ,—для защиты имущества и чести даже при возможности бѣгства. *Sententiarum* Z. V. § Homicidium Nr. 24—36. На точкѣ зрѣнія большинства стоитъ, между прочимъ, и *Sebastian Brant*. Этотъ криминалистъ конца XV в., написавшій *Richterlichen Klagespiegel*, трудъ, оказавшій, какъ извѣстно, огромное вліяніе на постановленіе Каролины, упоминаетъ въ числѣ многочисленныхъ ограниченій обороны, между прочимъ, о томъ обстоятельстве, что для признанія ненаказуемаго характера необходимой обороны лицо, прибѣгающее къ ней, должно «clamore testificari». Ограниченіе это извѣстно еще римскому праву. Ср. *Zörf. Beiträge*. II. *Arch. d. Crim.*, 1842 S. 317 ff. Требованіе призыва на помощь является, однако, какъ намъ кажется, не столько ограниченіемъ обороны, сколько послѣдствіемъ господствовавшей въ ту эпоху системы формальныхъ доказательствъ. На оборону—доктрина XV в. смотритъ, вообще, какъ на условіе, устраняющее только наказуемость дѣянія, а не его противозаконность, и *Brant* называетъ дѣйствія по отраженію противозаконнаго нападенія не иначе, какъ *Malefiz*. *Zörf. Ibid.* 319. Что касается защиты третьихъ лицъ при оборонѣ, то она была допустима только относительно ближайшихъ родственниковъ. *Ibid.* 321. Конструкція обороны, защищаемая *Brant* о мѣ, находитъ себѣ законодательное признаніе, между прочимъ, въ такъ наз. *Reformation der freien Reichsstadt Worms* 1499 г.

²⁾ *G. L. v. Maurer*—*Das Stadt-und Landsrechtsbuch Ruprechts von Freysing*, S. 254.

словный строй средневековаго общества отражался на постановленіяхъ касательно обороны самымъ яркимъ и непосредственнымъ образомъ. Въ видѣ общаго правила людямъ особенно высокаго положенія и рожденія разрѣшалось прибѣгать къ правомѣрной необходимой оборонѣ ради защиты чести, съ тѣмъ, впрочемъ, ограниченіемъ, чтобы при словесныхъ оскорбленіяхъ они не доходили до убійства противника. Но другимъ лицамъ и даже чиновникамъ не дозволялось того же. Наиболѣе ограниченными въ отношеніи права обороны были купцы. Эти послѣдніе, говоритъ *Лефита*, по взглядамъ средневековыхъ законодательствъ, „ могутъ переносить ругательства, не теряя своей чести или доброй славы, а если принадлежать къ низшему классу, то и не очень болѣзненный ударъ....“ ¹⁾.

Независимое и свободное положеніе личности въ ту пору, когда государство еще не настолько окрѣпло, чтобы успѣть ее подчинить себѣ и регулировать строгими нормами образъ ея поведенія, какъ нельзя лучше отразилось на широкой допустимости практики обороны въ старой Руси. Въ общемъ оборона, какъ таковая, получаетъ у насъ законодательную формулировку довольно поздно. *In expressis verbis* объ институтѣ этомъ упоминаетъ впервые Соб. Уложеніе 1649 г. Но за-то послѣднее и знаетъ оборону въ наиболѣе широкомъ объемѣ. Съ его точки зрѣнія она уместна не только въ защиту жизни и тѣлесной неприкосновенности личности, но и въ защиту и имущества, и чести. Оборона вполне допустима, притомъ, по Соб. Уложенію ²⁾ и въ защиту третьихъ лицъ ³⁾. Трудно, конечно, утверждать, что оборона совер-

¹⁾ R. v. Ihering—Kampf um's Recht, с. 81, русск. перев. І. Юровскаго.

²⁾ Подробный разборъ постановленій Уложенія Алексѣя Михайловича объ оборонѣ см. у Д о л о н ч е в а—О правѣ необходимой обороны, Юрид. Вѣст. 1874, с. 37—45. Авторъ сравниваетъ притомъ постановленія Уложенія съ правомъ древнегерманскимъ, римскимъ и опредѣленіями Литовскаго Статута. К о н и—О правѣ необходимой обороны, с. 273—280. См. также К о л о с о в с к і й—Очеркъ историческаго развитія преступленій противъ жизни и здоровья, с. 231 и слѣд. 1857.

³⁾ Что касается людей и крестьянъ лица, противъ котораго произведено нападеніе, то они обязаны помогать ему подѣ страхомъ наказанія. Ср. С е р г ѣ е в и ч ѣ—Лекціи и изслѣдованія, 1894, с. 214. Ст. 59 гл. XXI заставляеть, однако, пови-
дѣ

шенно не признавалась до уложенія 1649 г., и не подлежит сомнѣнію, что, какъ одна изъ формъ самоуправства, она имѣла самое широкое распространеніе въ древней Руси. Но періодъ ея примѣненія до знаменательнаго 1649 г. былъ, однако, въ исторіи обороны той эпохой, когда институтъ этотъ санкціонировался обычаями и нашими древнѣйшими законодательными памятниками только въ связи съ самоуправствомъ вообще,—той эпохой, когда необходимая оборона не дифференцировалась еще. Нѣкоторые изслѣдователи, напр. *Эверс*, а въ особенности проф. *Неклюдовъ*, *Долончевъ* и проф. *Таганцевъ* склонны думать, что уже вмѣстѣ съ первыми попытками ограниченія и регулированія мести въ нашемъ древнѣйшемъ правѣ встрѣчаются отдѣльныя постановленія объ оборонѣ. Изслѣдователи эти полагаютъ, что право необходимой обороны признано еще въ договорѣ Олега съ греками въ смыслѣ обороны имущества и въ Русской Правдѣ въ смыслѣ обороны какъ имущества, такъ и личности¹⁾. Мнѣніе это находитъ себѣ нѣкоторое основаніе въ ст. VI договора Олега и въ ст. 20 и 36 Троицкаго списка Русской Правды и 20 и 38 Академическаго. Остановимся сначала на первомъ изъ указанныхъ источниковъ. Статья VI договора Олега устанавливаетъ, между прочимъ, тотъ принципъ, что собственникъ имѣетъ право убить только сопротивляющагося вора, и что простая поимка вора на мѣстѣ кражи не даетъ еще права на убійство его²⁾. Для правильной оцѣнки этой

мому, предполагать, что оборона третьихъ лицъ вмѣняется, вообще, каждому, какъ юридическая обязанность. Ср. *Долончевъ*, *ibid.*, с. 42, 43. Въ нѣкоторыхъ статьяхъ, напр., ст. 89 XXI г., Соб. Уложен. расширяетъ уже нѣсколько черезъ мѣру предѣлы обороны. Ср. *Сергѣевичъ*, *op. cit.*, с. 214.

) *Ewers*—*Das älteste Recht der Russen*, Dorpat 1826. Переводъ на нѣмецкій языкъ статьи Правды, соответствующей 20 ст. Троицк. списка на стр. 317 и стр. 345 указателя, приложеннаго къ книгѣ, гдѣ подъ словомъ *Nothwehr* сдѣлана ссылка на этотъ переводъ. *Неклюдовъ*—Прилож. къ переводу учебн. Бернера, с. 433—435. *Таганцевъ*—*Курсъ*, вып. I, с. 207—208. *Долончевъ*—О правѣ необходимой обороны, с. 32—37, отказывается, впрочемъ, видѣть необходимую оборону въ договорѣ Олега и усматриваетъ ее только въ постановленіяхъ Правды. *Кони*—О правѣ необходимой обороны, с. 270—273.

²⁾ *Долончевъ*, *ibid.*, с., 33. *Бѣляевъ*—*Лекціи по исторіи русскаго законодательства*, с. 54—55.