

**Николай Михайлович Коркунов**  
**Лекции по общей теории права**

*Теория и история государства и права –*

**ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА**

**Н.М.Коркунов**

**ЛЕКЦИИ  
ПО ОБЩЕЙ  
ТЕОРИИ ПРАВА**



*Текст предоставлен правообладателем [http://www.litres.ru/pages/biblio\\_book/?art=11252171](http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=11252171)  
«Лекции по общей теории права/ Коркунов Н. М.»: Юридический центр; Санкт-Петербург; 2004  
ISBN 5-94201-329-2*

## Аннотация

*Н. М. Коркунов (1853–1904) – крупный ученый-юрист, входит в плеяду основоположников социологического и психологического направления в отечественном правоведении. Данная работа – «Лекции по общей теории права» – одна из наиболее популярных, выдержавшая 9 изданий. В ней он обосновал необходимость общей теории права как самостоятельной науки, обозначив ее предметное поле и методы исследования.*

*Предназначена для юристов, политологов, социологов и всех интересующихся проблемами государства и права. Может использоваться в качестве учебного пособия для изучения теории права и государства.*

*Текст приводится по изданию 1914 г.*

## Н. М. Коркунов Лекции по общей теории права

### Предисловие

Николай Михайлович Коркунов (1853–1904)<sup>1</sup> был чрезвычайно разносторонним ученым. Окончив юридический факультет Императорского Санкт-Петербургского университета, он преподавал в Александровском лицее, в Военно-юридической академии и, наконец, в своем родном университете; читал лекции по энциклопедии права, государственному праву (русскому и иностранному), международному праву, истории философии права; был помощником Статс-секретаря Государственного совета. Его перу принадлежат фундаментальные исследования: «Сравнительный очерк государственного права иностранных держав» (Ч. I. Государство и его элементы. СПб., 1890), «Русское государственное право» (Т. I–II. СПб., 1892–1893), «Указ и закон» (СПб., 1894), «Пропорциональные выборы» (СПб., 1896), «История философии права. Пособие к лекциям» (СПб., 1896) и др. Однако почти через сто лет после смерти ученого можно смело заявить, что главным его научным достижением является обоснование «общей теории права» как особой юридической науки и соответственно главным его трудом – «Лекции по общей теории права» (первое издание появилось в 1886 г., а последнее – девятое – в 1914 г.). Но, как это ни парадоксально, правомерность общей теории права была безоговорочно признана только советским правоведением.

Дело заключается в том, что становление общей теории права во второй половине XIX в. оказалось закономерным результатом развития европейского правоведения, составной частью которого была и российская юридическая наука. Кризис естественно-правовых концепций, с которыми, как правило, отождествлялась философия права, был неизбежен на рубеже XVIII–XIX вв. Правоведение стремительно превращалось из метафизической в практическую науку. В течение многих веков юриспруденция была наукой о «добром и справедливом», она рассуждала о правильном, должном устройстве мира, о достойной жизни. Это было, скорее, учение о правосознании, а не наука о праве как системе действующих норм. Но именно тогда были сформулированы основные правовые принципы: индивидуальной свободы, формального равенства, взаимности прав и обязанностей и т. д. Новое правоведение XIX в. отнюдь не отказалось от них, однако не могло не отозваться на фактически изменившуюся ситуацию в сфере социального регулирования.

XIX в. характеризуется ростом законодательства – это век статутного права, век конституций и кодификаций. Появление философского позитивизма пришлось как нельзя кстати. Он способствовал развитию позитивизма юридического, вдохновлял его, но не являлся его причиной. Европейские ученые-юристы получили интереснейший предмет для исследования – огромный и все увеличивавшийся массив действующих правовых норм.

---

<sup>1</sup> Подробнее о жизни и творчестве Н. М. Коркунова см.: Ивановский И. А. Профессор Н. М. Коркунов. Памяти товарища. СПб., 1905; Экимов А. И. Коркунов. М., 1983.

Юридическая наука все более превращалась в науку формальную, догматическую. Историческая школа права попыталась противостоять этому, но торжество ее было недолгим. Во второй половине XIX в. победа позитивизма в юриспруденции казалась окончательной и бесповоротной. Больших успехов добились отраслевые юридические науки, в особенности цивилистика и государственное право. В связи с этим встал вопрос об обобщающей юридической науке. Впрочем, по мнению Н. Н. Коркунова, это достаточно давняя проблема, связанная с особенностями изучения права, которое не дано исследователю в ощущениях. В праве «непосредственному наблюдению доступны лишь отдельные законы, да отдельные юридические сделки, и только с помощью научного синтеза мы соединяем эти отдельные элементы в целостное представление юридического порядка, права, как особого фактора общественной жизни» (С. 23). «Таким образом, – продолжает он, – в правоведении сильнее, чем где-либо, должно было сказаться стремление к обобщающему знанию. И, действительно, наряду со специальными юридическими нормами существует издавна стремление создать науку, которая давала бы целостное представление о праве» (С. 24).

Прежде эту задачу, хотя и по-разному, пытались разрешить энциклопедия права и философия права. Н. М. Коркунов убежден и в том, что они исчерпали свои возможности, и на смену им приходит общая теория права. Что касается энциклопедии права, то она по сути своей не могла стать обобщающей наукой, и все попытки такого рода заранее были обречены на неудачу. «Создать из энциклопедии науку наук, которая была бы вместе и самостоятельной, особой наукой и обнимала собою содержание всех отдельных наук, оказалось невозможным» (С. 34). Сложнее обстоит дело с философией, которая и родилась как наука обобщающая. Право всегда являлось предметом философского, т. е. сверхчувственного познания. Вместе с тем появление права как отдельной науки датируется Н. М. Коркуновым XVII в. и связывается с именем Г. Гроция и созданной им теорией естественного права. Своей кульминации эта традиция достигла у Канта. Противопоставление естественного и положительного права было значительно смягчено у Гегеля, но само понимание философии права сохраняется прежним: это не эмпирическое, а сверхчувственное знание. Сам Н. М. Коркунов весьма сомневается в возможности такого знания. «Заметим только, – пишет он, – что в последнее время возможность сверхчувственного познания находит себе все менее и менее сторонников. Но как бы ни решался этот вопрос в теории познания, едва ли возможно отстаивать надобность существования особой философии права как сверхчувственного познания о праве» (С. 43). Заменить философию права должна общая теория, задачей которой является обобщение материала, предоставляемого отраслевыми юридическими науками, т. е. она имеет дело с таким же эмпирическим, положительным материалом, как и они. «Таким образом, – утверждает Н. М. Коркунов, – мы имеем полное основание признать старое понимание существа юридико-философских исследований, отживающих свой век. Будущее, очевидно, принадлежит философии права лишь в смысле общего учения о праве» (С. 46).

Итак, чтобы доказать правомерность общей теории права, следовало дискредитировать философию права. Это могла сделать только позитивистски ориентированная юриспруденция. При этом надо иметь в виду, что позитивистское направление в правоведении не менее разнообразно, чем естественно-правовое. В отечественном правоведении традиционно выделяют юридический и социологический позитивизм. Терминологически это не совсем точно. Речь, скорее, должна идти об этатистском (политическом) юридическом позитивизме, социологическом юридическом позитивизме и нормативизме. Здесь не место анализировать их особенности. Важно другое: все позитивистски ориентированные юристы отрицали эвристическую ценность философии права и отстаивали необходимость общей теории права (или теории государства и права, как было принято называть эту отрасль юридического знания в советском правоведении) как обобщающей и основополагающей науки. Сам же Н. М. Коркунов создал социологизированную общую теорию права. В этом смысле он предтеча социологии права – науки, стремительно развивавшейся и сегодня превратившейся в самостоятельную и чрезвычайно интересную отрасль знания.

Иной оказалась судьба этатистского юридического позитивизма, который оказался неспособным ответить на многие вызовы XX в. Однако и он с его ориентацией на юридическую догматику сыграл важную роль в развитии правоведения. Н. М. Коркунов поспешил объявить

философию права умершей. Она доказала свою жизнеспособность. Сказанное касается не только западного, но и отечественного правоведения. Позитивистски ориентированное, оно естественным образом восприняло идею общей теории государства и права, в которой в разные времена и у разных ученых доминировали то социологические, то этатистские или, наконец, философские мотивы. В конечном счете советская теория государства и права включила в себя и философские, и социологические и юридико-догматические сюжеты. В 80-х годах это было признано свершившимся фактом и оценивалось, в общем, положительно. Так, Д. А. Керимов писал, что общая теория государства и права представляет собой единство философского, социологического и специально-юридического понимания права<sup>2</sup> Однако такое единство обуславливалось отнюдь не особенностями предмета науки, а господством марксизма-ленинизма, который претендовал на звание всеохватывающей системы знания.

Поэтому в подобном синкретическом виде могла существовать только марксистско-ленинская общая теория государства и права.

Сегодня общая теория переживает трудные времена. Она пытается преобразиться, отказываясь от многих догм марксизма-ленинизма, но при этом упорно стоит на старом предметном поле. Фактически современные курсы общей теории в зависимости от научных пристрастий автора приближаются либо к философии, либо к социологии права, либо что гораздо чаще, являют более или менее удачное догматическое изложение основных понятий. В связи с этим говорить о теории права и государства как единой, внутренне логичной науке не приходится. Представляется, что размежевание наук – философии права, социологии права и догмы права, а соответственно и учебных дисциплин пойдет на пользу как изучению, так и преподаванию права.

*Доктор юридических наук, профессор СПбГУ И. Ю. Козлихин*

## Введение

### § 1. Потребность обобщенного знания

*Schelling. Vorlesungen über d. akad. Studium 1802. Comte Aug. Cours de philosophie positive. T. I (Première leçon).*

Человеческое знание, как оно дается отдельными науками, представляется частным и разрозненным. Наблюдение само по себе не дает нам ничего общего. Мы почерпаем из него непосредственно лишь познание отдельных частных фактов. Между тем для жизни – эту цель никогда не должна терять из виду *живая* наука – отрывочное знание непригодно. Жизнь, даже отдельной личности, на каждом шагу ставит самые широкие и общие вопросы, и ответы на них человек ждет именно от науки. Для кого хотя бы один уголок раскрывающегося перед ним бытия озарился светом научного понимания, тот не легко мирится с окружающей тьмой. Нравственное удовлетворение в совершении выпавшего на его долю дела он чувствует только будучи в состоянии связать это частное дело с общими, основными вопросами жизни. Вполне сознательный и действительно свободный труд возможен только под тем условием, если он представляется живою и необходимою частью в целом труде всего человечества. А для такого понимания своего частного дела недостаточно одних специально к нему относящихся знаний. В человеке невольно сказывается стремление по возможности расширить свое знание, придать ему характер общности, так, чтобы всякий вопрос, выдвигаемый жизнью, находил себе надлежащее научное освещение и удовлетворяющее решение.

Но как достигнуть этой цели? Каким образом отрывочное знание превратить в целостное? Самым простым для этого средством, на первый взгляд, представляется расширение *количества* знания.

---

<sup>2</sup> Керимов Д. А. Философские основания политико-правовых исследований. М., 1986.

Устроить дело так, чтобы я знал все, доступное знанию других, усвоить себе общее знание всего человечества и вопрос, по-видимому, будет решен. Если масса этого знания окажется слишком велика, свыше сил отдельного человека, можно облегчить ее тяжесть на счет количества. Хотя не полное, не глубокое, но непременно знание обо всем. Достигнув этой цели, мы получим знание всеобъемлющее, целостное.

Решать вопрос таким образом значит: искать спасения в *энциклопедизме*. Однако каково бы ни было значение энциклопедического знания, оно во всяком случае не может оправдать таких ожиданий. И энциклопедизм не может дать целостной системы знания. Ведь отрывочным представляется не только знание отдельного человека, но и знание всего человечества. Свет науки не расстилается над нами сплошной и ровной волной. Грань, отделяющая познанное людьми от непознанного, вырезывается самым вычурным узором. Рядом с самым точным знанием самых мелких подробностей стоит полное невежество в других, часто гораздо более близких нам, вопросах. Мы достигли возможности определять с помощью спектрального анализа химический состав отдаленных звезд; а сколько еще темного остается для нас в устройстве нашего собственного тела. Сравнительное языкознание дает возможность определить степень культуры отдаленных предков арийцев, а рядом с этим вопрос о происхождении Руси остается все так же спорным и не разъясненным, как и в то время, когда о сравнительной методе не было и помину. Человеческое знание – это книга с разрозненными страницами. Здесь, на одной странице мы прочли все, на ней написанное, знаем все до последней буквы, но рядом с ней нет ни предшествующей, ни следующей за ней страницы, и прочитанное нами, оставаясь без начала и конца, только дразнит нас, как неразрешимая загадка.

Человеческое знание и в целом отрывочно. Если бы даже я знал все, что знают люди, мое знание не было бы цельной системой. И в древности, когда обилие фактического материала науки еще не было так велико, когда нередко являлись умы, обнимавшие весь начальный запас знаний человечества, разрозненность знания давала себя чувствовать. И тогда уже работали над обобщением знания, над созданием общей целостной его системы. Но средство к этому думали найти в изменении самого метода познания. У греков именно зарождается философия как особая форма знания. Не в расширении эмпирического знания искали греческие мыслители средства придать нашему знанию общность и целостность. Они стремились достичь этого посредством анализа обыденных понятий, какие имеются у всех людей, разлагая их на составные элементы, сводя их к более общим, и создавая, таким образом, целостную систему знания, независимо от случайных рамок опытного знания. При этом менялся самый источник знания. Наблюдение давало знание отрывочное, и потому его задумали заменить размышлением. Наблюдать я могу только доступное наблюдению; размышление же не знает внешних границ. Предметом мышления может быть все. Мышление, отрешенное от наблюдения, может поэтому привести к построению целостной, полной системы, к построению того, что и называют философской системой.

Со времени Платона человеческая мысль выработала немало таких систем. Но самая их многочисленность и невозможность найти какое-либо объективное основание для предпочтения одной из них всем другим не могли не породить сомнения в пригодности метафизического пути для получения действительного знания, а не одних только мнений. И действительно, в позитивизме сказалось решительное отрицание всяких метафизических построений. Но и позитивисты не могут не чувствовать настоятельной потребности в обобщении того специального знания, какое дается эмпирическим путем. Сам основатель позитивизма, Огюст Конт, весьма обстоятельно выяснил недостаточность одного специального знания.

В первоначальном состоянии наших знаний, говорит он, не существует никакого определенного разделения интеллектуального труда; все науки разрабатываются одновременно одними и теми же лицами. Это состояние человеческого знания, сначала неизбежное, изменяется мало-помалу по мере того, как развиваются отдельные отрасли знания. В силу закона, необходимость которого очевидна, каждая отрасль научной системы незаметно отделяется от ствола, как только достаточно расширилась, чтобы стать предметом отдельного изучения, т. е., чтобы собой одной занять деятельность нескольких умов. Этому разделению различных категорий исследований между различными группами ученых мы обязаны тем

замечательным развитием, какое обнаружилось на наших глазах в каждой отдельной отрасли знаний. Это, очевидно, указывает на невозможность существования у современных ученых той общности изучения, которая представлялась в древности столь обыкновенным и легким делом. Одним словом, разделение труда умственного, все более и более развивающееся, есть один из характеристических признаков современного развития знаний. Но, признавая всю плодотворность результатов такого разделения, нельзя, с другой стороны, не быть пораженными капитальными неудобствами, какие оно порождает в своем настоящем состоянии: чрезмерной частотой идей, занимающих каждого отдельного исследователя. Это неудобство до известной степени неизбежно, но мы можем устранить самую худшую сторону этого, не устраняя самого разделения занятий. Средством для этого не может, очевидно, служить возвращение к прежнему отсутствию разделения занятий: это значило бы вместе с тем отказаться от дальнейшего развития наук. Средство это, напротив, заключается в дальнейшем развитии самого разделения занятий. Стоит только сделать из изучения общих положений научных общностей (*généralités scientifiques*) еще новую отдельную специальность. Пусть новый класс ученых, приготовленных для этого, не занимаясь исключительно изучением какой-нибудь отдельной из существующих наук, займется единственно исследованием современного состояния их, определением духа каждой из них, выяснением их взаимного отношения и связи, сведением, если возможно, их частных принципов к меньшему числу общих принципов, строго держась положительного метода. Если другие ученые будут руководиться общими принципами, таким образом устанавливаемыми, и вместе с устанавливающими их исследователями взаимно поверять свои результаты, то тогда разделение труда в области научной деятельности может быть развито до крайних пределов без того, чтобы наука потерялась в частностях, деталях, без того, чтобы за деревьями мы перестали видеть лес.

При таком взгляде на дело обобщенное знание уже не отличается от специального своим источником. Оно не отрешается от данных опыта, не получает метафизического характера, не притязует на абсолютное значение. Оно ставит себе задачей лишь высшую степень обобщения того же самого познания явлений, следовательно, познания относительного, что составляет содержание и специальных наук.

Все сказанное о знании вообще еще в большей степени приложимо, в частности, к изучению права. Из всех отраслей науки именно в правоведении с особенной силой чувствуется потребность в обобщающей системе. Дело в том, что мы вовсе не можем наблюдать право в его целом. Небесный свод с его звездами или тело животного мы, прежде всего, воспринимаем, как одно целое, и только научный анализ научает нас видеть в них сложный агрегат множества отдельных элементов. Не так в праве. Тут непосредственному наблюдению доступны лишь отдельные законы да отдельные юридические сделки, и только с помощью научного синтеза мы соединяем эти отдельные элементы в целостное представление юридического порядка, права, как особого фактора общественной жизни. Потому в правоведении отрывочность научного знания не находит себе противовеса в целостности непосредственного восприятия. Конечно, и отдельные юридические отношения людей находятся между собой в связи и связи тесной. Но ни сами они, ни эта связь между ними не представляются наглядными, осязательными, и притом юрист не непосредственно изучает их. Он изучает, собственно, обычаи, законы, судебные решения, сделки частных лиц, но весь этот материал представляется на первый взгляд разрозненным, и притом, чем выше развитие общественной жизни, тем эта раздробленность больше. Развитие общественной жизни приносит с собою все большее и большее осложнение тех разнообразных, сталкивающихся между собою человеческих интересов, разграничение которых составляет задачу права. В сложной общественной жизни одни и те же интересы могут становиться друг к другу в самые разнообразные отношения, и каждая форма их взаимного соотношения требует для своего разграничения особой юридической нормы. В современных законодательствах, например, имущественные интересы частного лица не разграничиваются поэтому одним общим законом, а множеством разнообразных постановлений, содержащихся в различных отраслях законодательства. Получить полное и целостное представление о том, как нормируются правом частные имущественные интересы, возможно поэтому только посредством научного синтеза множества разрозненных постановлений законодательства.

Вместе с тем нет другой науки, которая бы так близко соприкасалась с

непосредственными вопросами жизни. Можно, пожалуй, найти человека, во всю свою жизнь никогда не заинтересовавшегося вопросами естествознания и истории. Но прожить свой век, никогда не задаваясь вопросами права, дело совершенно немыслимое. Каким мизантропом вы ни будете, как ни чуждайтесь вы людей, вам не обойти вопросов о праве. По крайней мере, одно право, право личной свободы, не может вас не интересовать. Чуждаясь людей, вы должны же сказать им: здесь сфера моей личности, сюда вы не имеете *права* вторгаться.

Таким образом, в правоведении сильнее, чем где-либо, должно было сказаться стремление к обобщенному знанию. И действительно, наряду со специальными юридическими науками существует издавна стремление создать науку, которая бы давала целостное знание о праве. Такова, прежде всего, энциклопедия права: она идет первым из намеченных выше путей к обобщению знания, заботится о расширении количества знания, о соединении всего фактического материала в одной общей системе. Философия права, напротив, стремится дедуктивно построить учение о праве, учение необходимо целостное по самому своему источнику. Наконец, зарождающаяся на наших глазах общая теория права ставит себе задачей извлечь общие начала права из накопленного специальными юридическими науками эмпирического материала.

Энциклопедия права и философия права включаются обыкновенно и в число предметов, преподаваемых на юридических факультетах. В Германии они преподаются обе. В Англии и Франции только философия права. У нас теперь только энциклопедия. Но прежде, до университетского устава 1835 г., наоборот, полагалось преподавание только философии права, так что энциклопедия сменила у нас философию.

Существование нескольких наук, имеющих в существе одну и ту же цель, заставляет нас внимательно остановиться на рассмотрении каждой из них, чтобы сделать между ними сознательный выбор.

## § 2. Энциклопедия права

*Friedländer*. Juristische Encyclopädie oder System der Rechtswissenschaft. Heidelberg. 1847. *Ortloff*. Die Encyclopädie der Rechtswissenschaft in ihrer gegenwärtigen Bedeutung. Jena. 1857. *Орнатский*. Сравнительный взгляд на нынешние понятия об энциклопедии и понятия о ней древних греков и римлян. Сборник, изданный в воспоминание 12 января. М. 1855. Статья VII. *Редкин*. Обзорение литературы по юридической энциклопедии. Юридические записки. Т. V. СПб. 1860. *Карасевич*. Энциклопедия права. Курс лекций. Вып. I. Ярославль, 1872. *Зверев*. Энциклопедия права в ряду юридических наук. «Юридический Вестник». 1880, № 1.

В обыденном словоупотреблении энциклопедия не обозначает особой науки. Под энциклопедией разумеют не науку, а круг наук. Например, говорят об энциклопедии наук Бэкона, Вольфа, Конта, имея в виду при этом установленные ими классификации наук. Применяя название энциклопедии к сочинениям, разумеют под энциклопедиями книги, содержащие в том или другом порядке, хотя бы и в алфавитном, обзорение содержания более или менее обширной группы наук или даже всех наук вообще.

Такое понимание энциклопедии находит себе основание и в этимологии этого слова. Оно образовалось из греческого выражения *εν κυκλιος παιδεία*, обозначавшего круг наук, входивших в состав среднего образования. С тем же значением выражение это употреблялось и римлянами. Собственно же слово энциклопедия, циклопедия (эта форма употребляется и теперь в английском языке) или даже просто педия, вошло в употребление не ранее XVI столетия. Первая книга, носящая это название, есть сочинение Рингельберга (*Ringelbergius*. «*Lucubrationes vel potius absolutissima kyklopaideia*», 1541 г.). Тут собраны статьи по грамматике, диалектике и реторике и, в особом отделе: «chaos» помещено все неподходящее под названные рубрики.

Переноса такое понимание энциклопедии, в частности, на энциклопедию права, и под нею

разумеют не более как общий, краткий очерк содержания всех вообще юридических наук в совокупности. Первой книгой, носящей название энциклопедии права, было сочинение *Гунниуса* (1638 г.). Но Гунниус только первый употребил название энциклопедии права. Под другими же заглавиями книги подобного содержания составлялись и до него. Первым сочинением по энциклопедии права обыкновенно признается «*Speculum judiciale*» Дурантиса (1275 г.), но едва ли справедливо. Основанием этому послужило то, что содержание Зеркала относится и к римскому, и к каноническому праву. Но одно это обстоятельство не может служить достаточным основанием признать Зерцало Дурантиса энциклопедией. Во-первых, оно обнимает собою не все право: в нем не содержится вовсе феодального права. Римское же право так тесно связано с каноническим, что совместное их рассмотрение требовалось и помимо всяких энциклопедических целей. Во-вторых, зеркало Дурантиса предназначалось служить руководством не для изучения права в его целом, а для юристов-практиков в их судебной деятельности.

Свои общие взгляды на право автор изложил в небольшом «*Prooemium*», где различает, между прочим, шесть законов по числу крыльев херувима: *per sex alas, sex leges intellige; prima est lex naturalis, secunda mosaica, tertia prophetica, quarta evangelica, quinta apostolica, septa canonica.*

Правильнее относить возникновение энциклопедической литературы к XVI в., когда явилось множество произведений методологического и систематического характера, обнимавших все отрасли права. Из них особенного внимания заслуживает сочинение немецкого юриста Лагуса (*Lagus*. «*Methodica juris utriusque tradition*», 1543 г.). Оно имело до конца столетия, по крайней мере, еще семь изданий и, кроме того, два раза было издано в переработке Фрейгиуса. Все это указывает на большой его успех. Эта книга должна быть признана первой систематической энциклопедией права. Она обнимает собою не только частное и публичное право, но так же положительное и философское, и все его сочинение сообразно с этим делится на две части: I *pars philosophica* и II *pars historica*. В первой из них рассматриваются происхождение права (законодательство и обычаи), истолкование и применение законов, аналогия, фикция; кроме того, тут же изложено его учение об естественном праве. Во второй части говорится о положительном праве. Тут характеризуются отдельные институты (*forma juris*), причем относительно каждого ставятся следующие четыре вопроса: 1) кому принадлежит право? 2) как оно приобретается? 3) как оно теряется? 4) как оно охраняется?

Название энциклопедии права появляется, как мы уже сказали, не ранее XVII столетия. Первое произведение с таким названием есть книга Гунниуса (*Hunnius*. «*Encyclopaedia juris universi. Colon. in folio*», 1638 г.). Оно было затем издаваемо вновь в 1642, 1658 и 1675 гг. Все сочинение делится на пять частей и представляет обозрение права по совершенно внешней системе: 1) *ia proia* (*jus personae*); 2) *de judiciis et processu judicario*; 3) *de contractibus*; 4) *de materia ultimarum* (где рассматривается и наследование по закону).

Гунниус признается всеми историками литературы юридической энциклопедии не только первым, употребившим его в XVII в., но и единственным. Но это ошибочно. Через два года после выхода в свет книги Гунниуса, в 1640 г., во Франкфурте явилось сочинение под заглавием «*Encyclopaedia juris publici, privatique, civilis, criminalis, feudalis*»; *autore Philippo a Vorburg*. Эта книга начинается с речи Галлуция о значении всеобщей энциклопедии, после чего следует предисловие самого Форбурга об юридической энциклопедии. Затем, сама книга состоит из двух частей, весьма неравных по объему:

1) собрание юридических правил «*Nux regularis jundica sive accurata et articulosa Eucleatio atque expositio omnium juris civilis regularum*», составленное Вольфгангом Сигизмундом, ашафенбургским деканом, и 2) юридический словарь.

Кроме этой энциклопедии Форбурга в 1675 г. вышло, также не упоминаемое никем из энциклопедистов, сочинение Унферферта (*J. M. Unverfärth*. «*Paediae Jurisprudentialiae*»). Он так определяет «педию»: «*Paediae vocabulum proprie significat institutionem puerilem, qua, si bona sit юв παιδων animi ad virtutes et bonas artes capessendas subiguntur*» (Р. 2). Целей «педии» он насчитывает семь, между прочим, определение границ отдельных наук (1), определение источников и критериев научных истин (3), научного метода (4) и ознакомление с литературными пособиями (7). Сообразно с этими целями распадается и изложение книги. Вся



она делится на 23 главы, содержащие исключительно изложение общих вопросов, подобных указанным нами, а отнюдь не изложение содержания отдельных наук. Поэтому книга Унферферта по своему содержанию должна быть поставлена выше книги Гунниуса.

В XVIII в. в юридическо-энциклопедической литературе проявляется два существенно различных направления. Это столетие было эпохой наибольшего разъединения философского и положительного знания, что отразилось и на энциклопедиях. Одни из них написаны под влиянием догматического или положительного, как его тогда называли, направления. Такова, например, энциклопедия Стефана Пюттера (*Pütter St.* «Entwurf einer juristischen Encyclopädie». Göttingen, 1757 г.), который собственно и ввел название энциклопедии в общее употребление и вместе с тем отделил от энциклопедии методологию, что едва ли можно считать заслугой. Другие энциклопедии принадлежат к философскому направлению. Таков характер произведений Неттельблакта, известного последователя Вольфа. Он написал несколько руководств по энциклопедии, пользовавшихся в свое время большою известностью. Но влияние вольфовой и кантовой философии на энциклопедическую литературу было лишь внешнее, формальное. Энциклопедии, написанные под влиянием этих философских систем, оставались по-прежнему лишь кратким очерком содержания специальных наук – не более. Философское учение давало подходящую форму для такого конспектообразного изложения, давало готовые схемы, рубрики, категории, но не давало внутреннего единства изложения, не давало обобщающей и объединяющей мысли.

Только с начала настоящего столетия такой характер юридических энциклопедий меняется. Являются новые, более высокие требования от энциклопедии. Энциклопедисты уже не довольствуются только кратким изложением содержания отдельных юридических наук. Они стремятся создать из энциклопедии самостоятельную науку, имеющую свою особую задачу. Это новое направление, видящее в энциклопедии не особый только прием изложения науки, а особую, самостоятельную науку, сложилось под непосредственным влиянием учения Шеллинга и Гегеля, впервые заговоривших об энциклопедии как о науке.

Мысль о необходимости возвысить энциклопедию до степени самостоятельной науки является в силу сознания неудовлетворительности обыденного ее понимания. Существование энциклопедии обуславливается, конечно, тем, что неудобно начинать изучение права со специальных наук, например, гражданского или государственного права; излагая части, они предполагают уже знакомство с целым рядом общих юридических понятий, например, о праве в субъективном и объективном смысле, об юридическом институте, о правоспособности и дееспособности и т. п... Даже история права и та предполагает уже знакомство с этими понятиями, так как всякая история есть прежде всего перевод исторических явлений на язык современных понятий, а история права – на язык современных юридических понятий. Таким образом, действительно чувствуется потребность в особом курсе, вводящем в изучение права, устраняющем необходимость начинать прямо с частей неизвестного целого. Но соответствует ли этой цели предлагаемое средство, это очень сомнительно. Сомнительно, чтобы краткий очерк всех частей правоведения мог действительно ввести в изучение правоведения. Если неудобно начинать с подробного изучения частей, то так же неудобно начать и с не подробного, так как неудобство это обусловлено не подробностью, а частностью, отрывочностью изучения. Если человек ознакомится со значением главнейших терминов, с разделением науки на отдельные отрасли и с содержанием каждой из них, его изучение права не делается еще от этого осмысленнее. Получить краткое понятие о частях – не значит еще получить понятие и о целом. Соединение частей в одно живое целое не есть вовсе такое легкое и простое дело, чтобы оно само собой давалось каждому ознакомившемуся с частями. Это доказывается уже тем, что, как увидим ниже, до сих пор общая система права составляет еще предмет контrovers. Краткое обозрение всех частей правоведения даже еще менее способно ввести начинающего в изучение права, чем специальное изучение одной какой-нибудь отрасли. Специальное изучение, не стесненное требованиями легкости и краткости, может уделить достаточно времени на рассмотрение данной отрасли именно в связи с целым. Излагая все содержание данной отрасли правоведения, сразу вводишь изучающего *in medias res*. Богатство содержания заинтересовывает его, а строгая научность изучения приучает к научному методу исследования. Краткое, конспектообразное изложение, напротив, уже по скудности содержания вовсе не

может заинтересовать. Будучи легким, оно не проникает в глубь предмета и вместо зерна дает только скорлупу.

К этим сомнениям, вытекающим из условий преподавания, присоединяется ряд других. Потребность в общем знакомстве с наукой, как с целым, чувствуется не только начинающими. И специалист, самостоятельно разрабатывающий частные вопросы науки, чувствует ту же потребность. Развитие науки ведет все к большей и большей специализации. Подобно другим наукам и в правоведении специализация делает все большие и большие успехи. Между старыми юристами самостоятельное изучение всех отраслей права не было редкостью. Еще в первой половине настоящего столетия можно указать немало писателей, одинаково известных в истории двух или трех юридических наук. Таковы, например, К. С. Цахариэ, публицист и цивилист, Гефтер, криминалист и международник, Блунчли, международник, публицист и цивилист, и т. п. Но теперь и в правоведении деятельность отдельных ученых ограничивается все более узкой сферой. Сосредоточение самостоятельного исследования в более ограниченной сфере, требуемое развивающейся специализацией, не обуславливает, однако, необходимым образом узкости и мелочности получаемых от такого специального исследования научных результатов. И строго-специальное исследование может, при надлежащей постановке, привести к широким результатам, проливающим свой свет на все человеческое мирозерцание. Лучшее доказательство этому пример Дарвина. Будучи зоологом и оставаясь им, он пришел, однако, к установлению в своем учении о происхождении видов такого широкого обобщения, что на нем строится теперь целое новое мировоззрение, с полным правом называемое «дарвинистическим». Но для такой плодотворности специального изучения надо дать ему надлежащую постановку, надо, работая над частным вопросом, не терять из виду общих задач познания, надо на разработку частных смотреть не как на цель, а как на средство. Словом, каждый специалист, как бы частен ни был предмет его исследования, должен ставить себе целью знание, как одно целое. Для этого необходимо уже иметь представление о науке как о целом, соответствующее данной стадии развития научного знания. Но откуда возьмет его специалист? Выработать его сам может далеко не всякий. Для этого требуется обыкновенно так много труда, что не осталось бы времени для разработки своей специальности, потому что краткое обозрение содержания различных наук решительно не способно привести к объединяющему представлению о науке как о целом. Такое краткое обозрение не может точно так же определить соотношения данного частного вопроса, служащего предметом изучения специалиста, с другими научными вопросами: не может потому, что по краткости своей большинства частных вопросов оно и не коснется.

Таким образом, энциклопедия, в обыденном ее понимании, не способна удовлетворить ни учебной, ни, тем более, научной потребности в обобщающем представлении о науке, как о целом.

Эти недостатки постановки энциклопедии, как краткого и легкого обзора, эта нецелесообразность в понимании энциклопедии, как конспекта других наук, не могла не привести к мысли о необходимости придать энциклопедии характер самостоятельной науки, имеющей своей задачей выяснение общей связи различных вопросов, изучаемых специальными науками в отдельности. Эту-то мысль и развил Шеллинг в своих «Чтениях об академическом изучении». Согласно своему общему мировоззрению, по которому все в мире находится в органической связи, он и на науку смотрел, как на живой организм. Отдельные отрасли ее – не мертвые, механические части, а также живые части живого целого. Как орган любого организма может быть понят лишь только под условием его изучения в связи с целым организмом, так и каждая отрасль науки может быть понята и изучена настоящим образом только в связи с целым. Поэтому, прежде изучения специальных отраслей, необходимо ознакомиться с наукой, как одним целым. Этой цели и должна служить энциклопедия, имеющая своим предметом целостное изучение всей области человеческого видения и являющаяся, таким образом, не одной из специальных наук, а наукой наук, стоящей над другими науками, потенцированной наукой, уже содержащей в себе все то, что с подробностью раскрывается в науках специальных.

Учение Гегеля представляет еще более смелый и стройный синтез. В нем весь мир является ничем иным, как непрерывным диалектическим саморазвитием абсолютного мышления. Этот синтетический взгляд он распространил и на науку, которая сама, являясь

одним из моментов диалектического развития, также представляет в своих отраслях моменты диалектического движения. Поэтому, естественно, он требовал изучения отдельных отраслей знания в связи с целым, так как специальные науки являются для него лишь моментами диалектического развития одной целой науки.

Идеи, высказанные Шеллингом и Гегелем, вызвали значительное оживление энциклопедической литературы. Лучшие из новейших юридических энциклопедий все написаны под более или менее прямым влиянием этих идей. Из энциклопедий, написанных в духе Гегеля, заслуживают внимания энциклопедии Карла Пюттера (*Pütter K.* «Der Inbegriff der Rechtswissenschaft, oder Juristische Encyclopädie und Methodologie», 1846 г.), впервые включившего в энциклопедию изложение всеобщей истории права, и Фридлиндера (*Friedländer.* «Juristische Encyclopädie oder System der Rechtswissenschaft», 1847 г.), представившего в небольшой своей книжке лучшую попытку целостного изложения энциклопедии, как особой науки. Энциклопедии, явившиеся под непосредственным влиянием философской системы Шеллинга, какова, например, энциклопедия Рудгарта (*Rudhart.* «Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft», 1823 г.), не отличаются особыми достоинствами. Но зато в духе органического мировоззрения, составляющего самое важное основание шеллингова учения, написаны три лучшие из новейших немецких энциклопедий: Аренса, Варнкенига и Вальтера. У Аренса (*Ahrens.* «Juristische Encyclopädie», 1857 г.); имеется и русский перевод) органическое мировоззрение является в том виде, как оно видоизменено было Краузе, одним из последователей Шеллинга; Варнкениг (*Warnkönig.* «Juristische Encyclopädie», 1853 г.) в своей энциклопедии является последователем так же органического учения Фихте младшего, и, наконец, в энциклопедии Вальтера (*Walter.* «Juristische Encyclopädie», 1856 г.) органическое направление соединяется с теологизирующим направлением Штала.

Все названные энциклопедии настоящего столетия являются, таким образом, принадлежащими к философскому направлению. Направление это не было, однако, единственным. Как и в XVIII в. наряду с ним замечается и противоположное направление, принимающее теперь преимущественно *исторический* характер. В духе такого исторического направления написаны энциклопедии Фалька (*Falck.* «Juristische Encyclopädie». 1821 г. 5 Ausg, 1851 г.) и Блюме (*Blühme.* «Encyclopädie der in Deutschland geltenden Rechte, 1 Ausg. 1847–1854 гг.; 2 Ausg. 1855 1869 гг.).

Сороковые и пятидесятые годы настоящего столетия были эпохой наибольшего процветания энциклопедической литературы. Но затем наступил ее упадок. Если не считать книги Гольдшмидта (*Goldschmidt.* «Encyclopädie der Rechtswissenschaft», 1862 г.), дающей не изложение энциклопедии, а только краткую схему курса с указанием литературы, то после названных сочинений до восьмидесятых годов не являлось более в Германии ни одной попытки целостного изложения энциклопедии. Энциклопедия правоведения Гольцендорфа (*Holtzendorf F.* «Encyclopädie der Rechtswissenschaft», 5 Ausg. 1889 г.) представляет собою не более как сборник статей различных авторов. Статьи эти соединены в два отдельных тома. В первый вошли краткие очерки отдельных юридических наук, которым предпослан краткий очерк общего учения о праве Меркеля. Второй представляет собою юридический словарь. Таким образом, о научной выработке энциклопедии, как ее понимали Шеллинг и Гегель, не может быть и речи.

Только в 1885 г. появилась новая попытка систематической обработки энциклопедии – «Юридическая энциклопедия» Меркеля (*Merkel.* «Juristische Encyclopädie», 1885 г.). Но в ней и помину нет о замысле энциклопедистов пятидесятых годов: сделать из энциклопедии потенцированную науку. У Меркеля дело ограничивается обзором отдельных юридических наук, и, следовательно, автор не признает энциклопедию особой, самостоятельной наукой. Это нисколько не умаляет значения названного произведения Меркеля. Особенно первая, общая часть его энциклопедии, дающая краткий очерк общей теории права, представляет весьма ценный и интересный вклад в современную юридическую литературу.

То же самое должно сказать и об энциклопедии Гарейса (*Gareis.* «Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft», 1887 г.). Она даже еще более имеет характер простого обозрения содержания отдельных юридических наук, так как общая часть в ней получила гораздо меньшее развитие. Сам Гарейс определяет энциклопедию как систематическое

обозрение права.

Небольшая книжка Ратковского (*Ratkowsky*. «Encyclopädie der Rechts und Staatswissenschaften als Einleitung in deren Studium». Wien, 1890 г.) распадается на три части. В первой – выясняются основные юридические понятия, во второй – дается обозрение собственно юридических наук, в третьей – государственных. Все это на ста страницах.

Таким образом, авторы новейших сочинений по юридической энциклопедии не задаются уже более мыслью создать из нее новую самостоятельную науку. Чем же объяснить это? Почему после целого ряда попыток возвысить энциклопедию на степень науки снова возвращаются к старому, уже было совсем осужденному пониманию ее как краткого изложения специальных наук без всякого внутреннего единства, иногда даже в чисто случайном, азбучном порядке? Объяснение этому явлению может быть только одно. Очевидно, юристы изверились в возможности осуществления идей, выставленных Гегелем и Шеллингом. Создать из энциклопедии науку наук, которая была бы вместе и самостоятельной, особой наукой и обнимала бы собою содержание всех отдельных наук, оказалось невозможным. Немецкие философы исходили из того соображения, что каждый частный вопрос должен быть изучаем не иначе, как в связи с целым: иначе изучение лишается живого значения и плодотворности. Но это требование одинаково применимо к каждой науке, как общее необходимое условие истинной научности. В таком характере изучения нельзя видеть особенности одной только энциклопедии. Чтобы быть самостоятельной наукой, она должна иметь особое самостоятельное содержание. Каково же содержание энциклопедии? В ответе на это мы получаем указание, что энциклопедия обнимает собою содержание всех наук. Но на это можно возразить словами Конопака: или энциклопедия не есть одна из наук, или она не может обнимать собою содержания всех наук, ибо сумма не может равняться одному из слагаемых. Да и помимо такого более формального аргумента, нельзя не заметить, что существование энциклопедии как науки наук делало бы бесцельным и бессмысленным существование других наук. Ведь содержание всех их объемлется энциклопедией. И, наоборот: самая дробность нашего знания делает необходимым существование многих наук и немислимым существование такой «потенцированной» науки, которая могла бы включить в себя содержание всего человеческого знания, как одно целое. Поэтому едва ли в теперешнем упадке энциклопедической литературы можно видеть лишь временное явление. Скорее это признак несостоятельности самой идеи энциклопедии.

Мы остановились в своем изложении истории энциклопедической литературы исключительно на Германии, потому что только немецкая литература представляет в этом отношении самостоятельное и преемственное развитие. Если на других языках и являлись энциклопедии права, они были подражанием немецким и представляли собою разрозненные, не связанные преемственным развитием явления. В нашем отечестве преподавание энциклопедии начато было еще в конце прошлого столетия немецкими юристами, преподававшими в Московском университете. Первым преподавателем юридической энциклопедии был известный Баузе, следовавший началам вольфовой философии. За ним следовал Пургольд. Но преподавание энциклопедии было тогда только делом частной инициативы. В число обязательно преподаваемых предметов энциклопедия права была внесена впервые университетским уставом 1835 г. Около этого времени появляются и первые русские энциклопедии права. До издания устава 1835 г. появилась одна только энциклопедия *Дега* под заглавием: «Пособия и правила изучения российских законов, или Материалы к энциклопедии, методологии и истории русского права» (1831 г.). Книга эта чисто компилятивного характера и в настоящее время может представлять интерес разве только для ознакомления с состоянием нашего правоведения до издания Свода Законов. Следующая за ней по времени книга *Неволина* «Энциклопедия законоведения» (1839–1840 гг., второе посмертное издание 1857 г.) стоит уже несравненно выше по научному достоинству. По содержанию своему она распадается на три части. В начале дается очень небольшое, впрочем, философское введение, выясняется понятие права. Тут автор стремится соединить вместе философские учения Гегеля и Штала, отстаивая согласно с Шталем существование личного Божества, свободно руководящего судьбами мира. Затем следует история философии законоведения и история положительного законоведения. В истории философии автор дает подробный анализ

отдельных философских учений, основанный на непосредственном их изучении в источниках. История положительного законоведения обработана менее самостоятельно.

Совершенно иной характер имеет «Энциклопедия законоведения» *Рождественского* (1863 г.). История философских учений о праве и история положительного права совершенно исключены Рождественским из своей книги. Изложение носит исключительно догматический характер и включает в себе обзор содержания отдельных юридических наук, чему предпослано также общее философское введение, написанное в духе философского учения Фихте-младшего (Im Fichte).

Книга Рождественского является, впрочем, единственной русской энциклопедией, дающей обзор содержания отдельных юридических наук. Вышедшие в 1868 г. сочинения *Капустина* («Юридическая догматика») и *Ренненкампа* («Очерки юридической энциклопедии»). 2-е изд. 1880 г.) дают только общее учение о праве. Оба эти сочинения не дают последовательного развития какого-нибудь одного философского учения: они имеют эклектический характер. Тем не менее, это лучшие в русской литературе руководства по энциклопедии права. К сожалению, и они уже несколько устарели. За последние двадцать лет много нового появилось и в юридической литературе, и в законодательстве. Между тем «Юридическая догматика» проф. Капустина имеется только в первом издании. Книга же проф. Ренненкампа, хотя и была издана вторично в 1880 г., а в 1889 г. явилась в новой переработке, значительно сокращенной, под именем «Юридической энциклопедии», но и в новых изданиях сохраняет некоторые анахронизмы. Так, в издании 1889 г. утверждается, будто бы в нашем Своде Законов нет уставов католической и протестантской церкви (С. 146), хотя уже в издании 1857 г. эти уставы включены в Свод. И это тем более странно, что ссылки на Свод Законов делаются автором именно на издание 1857 г. даже по тем частям, которые имелись тогда уже в новейших изданиях 1876 и 1886 гг. (С. 66, 111, 127). Совершенно устарелые теории, например, гегелевское различие уголовной и гражданской неправды, передаются как общепризнанные, непререкаемые истины (С. 196).

В семидесятых годах явилось еще два сочинения по энциклопедии (*Карасевич*. «Энциклопедия права», 1872 г. и *Деларов*. «Очерки энциклопедии права», 1878 г.). Но оба эти сочинения остались далеко не оконченными. Карасевич напечатал только первый, весьма небольшой выпуск, содержащий почти одно введение. Книга Деларова, по плану автора, должна состоять из трех томов. В первом право рассматривается как один из элементов общественной жизни наряду и в связи с ними, причем собственно праву отведено очень мало места. Только этот первый том и появился. Два другие тома, до сих пор не явившиеся, должны бы содержать изложение общей теории права (2 том) и оправдание этой теории на более подробном изложении гражданского права (3 том).

В юридической литературе других стран почти вовсе нет сочинений по энциклопедии права. Исключение составляют, сколько мне известно, только Голландия (*Anne den Tex*. «Encyclopaedie jurisprudentiae», 1835 г.) и Бельгия (*Roussel*. «Encyclopaedie du droit», 1843 г.; 2 ed. 1871 г. и *Natur*. «Encyclopaedie du droit», 1874 г.). Можно указать также два французских сочинения: *Eshbach*. «Cours d'introduction général à l'étude du droit ou manuel d'encyclopaedie juridique» (3 ed. 1856 г.) и *Courcelle-Seneuil*. «Préparation à l'étude du droit» (1897 г.).

### § 3. Философия права

*Masaryk*. Versuch einer konkreten Logik. 1887. § 249. *Wundt*. Logik. II § 619.  
*Harms*. Begriff, Formen und Grundlegung der Rechtsphilosophie. 1889. *Bergbohm*.  
Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. T. I. 1892.

У древних философия сливалась с наукой вообще; она была для них наукой, объединяющей отдельные познания, изучающей то, что всем им обще. Так, у Аристотеля философия обнимает собою и математику, и физику, и этику, и поэтику. Но так называемая им *первая философия* (πρωτη φιλοσοφια), которой древние его комментаторы придали название метафизики (потому что она следовала за физикой), имела своим предметом изучение основ

или принципов всего сущего. Этому названию метафизики, указывающему лишь на порядок отдельных учений Аристотеля, придали позднее значение знания сверхчувственного. В Англии и до сих пор философия, как у Аристотеля, обозначает науку вообще. Но на континенте, и особенно в Германии, под философией разумеют особое знание, знание *сверхчувственное*: или в смысле сверхчувственности познаваемого предмета, или в смысле сверхчувственности самого источника знания. В первом случае под философией разумеют познание сверхчувственного, например, явлений духа, первопричин мировых явлений, абсолютного, в противоположность познанию относительных явлений материальной природы. Во втором случае философия может иметь своим предметом то же, что и эмпирические науки, но только под условием познания помимо чувственного опыта. При таком понимании, установившемся со времен Хр. Вольфа, о каждом предмете может быть две науки: эмпирическая, черпающая свое знание из чувственного опыта, и философская – из сверхчувственного познания. Так, например, наряду с эмпирическим естествознанием образовалась философия природы, наряду с опытной психологией – философская или рациональная и т. д.

Так как право есть явление не материальной, внешней природы, а продукт духовной деятельности человека, оно издавна относилось к предметам философского исследования. Выяснение идеи права, определение его источника и тому подобные общие вопросы рассматривались в так называемой практической или этической философии. Но отдельной философии права не было ни в древности, вообще не знавшей дробного разветвления человеческого знания, ни в Средние века, когда и этика почти всецело поглощалась богословием. Не ранее XVII в. образуется особая философская наука о праве.

С того времени она пережила в своем развитии две существенно различные стадии. Первоначально философское учение о праве отличалось от науки положительного права не только методом, но и самым предметом, каким служило для него не положительное, изменчивое право, а неизменное, вечное естественное, существующее якобы наряду с положительным правом и служащее его основой. Только после того, как явившаяся в конце прошлого столетия историческая школа доказала несостоятельность предположения о существовании, кроме положительного, еще какого-то естественного права, философское изучение права ставит себе задачей объяснение того же положительного права. Сообразно с этим, в XVII и XVIII столетиях философское учение о праве было известно под именем естественного права (*jus naturale*); в настоящем столетии – под именем философии права.

Основание науке естественного права положил голландский юрист *Гуго Гроций* (1583 1645) своим трактатом «*De jure belli ac pacis libri tres*» (1625 г.). Существо его учения заключается в признании наряду с изменчивым положительным правом, создаваемым волею Бога или людей (*jus voluntarium*), неизменного естественного права, вытекающего из природы людей, как разумных существ, и в, частности, из врожденного им влечения к общению (*appetitus societatis*). Право по природе, так определяет Гроций, есть то, что согласно с природою общества разумных существ. Это естественное право абсолютно не обусловлено ни временем, ни местом. Оно никем не может быть изменено. Оно существовало бы и было бы тем же самым, если бы даже Бога вовсе не существовало.

Учение, выставленное Гуго Гроцием, нашло себе весьма скоро дальнейшую разработку. Уже в XVII веке является несколько новых теорий естественного права. Такова, прежде, всего теория Томаса Гоббса (1588 1679) (*Hobbes Th. «Elementa philosophica de cive»*, 1642 г.), отринувшего общительный принцип Гроция и признавшего основным свойством человеческой природы страх, откуда выводится у него и основной естественный закон: *paux quaerenda est*. Самуил Пуффендорф (1632 1694) применил к построению теории естественного права философское учение картезианцев. Основой велений естественного права и у него, как у Гроция, служит общительный принцип. Так как он придал изложению естественного права внешним образом более обработанную систему и связал свою теорию с общим философским учением Декарта, его учение получило большую популярность в юридических школах того времени. Его книга «*De officiis hominis et civis*» (1673 г.), переведенная на многие языки, сделалась ходячим учебником естественного права.

Теории XVII в. еще не отличают нравственности от права, по крайней мере, от права естественного. Поэтому в них противоположение естественного и положительного права не

является еще в своем чистом виде. Оно смешивается с неясно сознаваемым различием права и нравственности. Но уже в самом начале XVIII столетия Хр. Томазий (1655 1728) первый определенным образом не только различает, но и противопоставляет право и нравственность, придав таким образом теории естественного права более определенный и строгий характер.

Противопоставляемое нравственности естественное право является с этого времени только правом. В середине XVIII века Хр. Вольф (1679 1754) и его последователи Дан. Неттельбладт (1719 1791) и Дж. Бурламаки (1649 1748) придали, подобно тому, как в предшествующем столетии это сделал Пуффендорф, теории естественного права школьную систематическую обработку на этот раз в духе философского учения Лейбница (1646 1716).

Теории XVII и XVIII века одинаково держались в развитии положений естественного права дедуктивного метода. Но основные положения, из которых они исходили при этом, не были априорными, не были врожденными понятиями. Основа этих теорий была эмпирическая. Вполне априорный характер теории естественного права старался дать Кант (1714 1804) в своих «*Methaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*». Он выводит все положения естественного права из априорного, по его мнению, безусловного веления нашего разума: действуй так, чтобы твоя свобода совмещалась с свободой всех и каждого.

С начала XVIII в. учения естественного права проникают и к нам. Особенно посчастливилось при этом Пуффендорфу. Уже в 1726 г. был напечатан перевод его книги, сделанный по приказанию Петра I<sup>3</sup>. По ней читали свои лекции профессор нравоучительной философии в Академии наук Х. Ф. Гросс (1725 1731) и первый профессор московского юридического факультета Дильтей. Да еще и в 90-х гг. прошлого столетия ею руководствовался московский профессор Скиадан. Можно указать и попытку самостоятельного изложения теории естественного права В. Золотницкого (*Золотницкий В. «Сокращение естественного права, выбранное из разных авторов для пользы российского общества»*. СПб., 1764 г.). Автор основой всего естественного права признает правило: «познавай себя», приводящее нас к сознанию зависимости нашей от Бога, от ближних и необходимости заботиться о собственном самосохранении.

Впрочем, увлечение учениями естественного права не было тогда всеобщим. Напротив, среди русских ученых юристов уже в 60-х гг. XVIII в. весьма определенно сказалось стремление к историческому изучению и пониманию прав. Такого направления держались А. Я. Поленов (1738 1816) и в особенности С. Т. Десницкий, первый русский профессор права, очень резко отозвавшийся в своем «Слове о прямом и ближайшем способе к изучению юриспруденции» (1768 г.) про теории естественного права: «Пуффендорфов труд подлинно был излишний, ибо писать о вымышленных “состояниях рода человеческого” не показывая, каким образом собственность, владение, наследство и пр. у народов происходят и ограничиваются, есть такое дело, которое не соответствует своему намерению и концу».

Учение Вольфа распространялось у нас только чрез профессоров-иностранцев. Так, в московском юридическом факультете вольфианцами были Шаден, Баузе, Шнейдер. Учение Канта нашло себе представителя в лице петербургского профессора Куницына (1788 1840), автора известной книги «Естественное право» (2 тома. 1818 и 1820 гг.), вызвавшей в свое время цензурные гонения.

Учение Канта представляет собою как бы кульминационный пункт развития теории естественного права в первой его фазе. Он доводит до полного развития противоположение естественного и положительного права. Но почти одновременно с философией Канта в Германии возникла историческая школа правоведения, нашедшая себе главных представителей в лице Густава Гуго (1768 1844), Фр. К. Савиньи (1779 1860) и Георга Фр. Пухты (1798 1846). Историческая школа выступила решительной противницей существования естественного права, как особой системы норм наряду с правом положительным. Она доказала, что все право есть исторический продукт народной жизни; что оно не творится произволом законодателя, но не представляется также совокупностью вечных, безусловных, неизменяемых начал. Право есть, по учению исторической школы, закономерно развивающийся элемент исторической жизни

<sup>3</sup> Пуффендорф С. О должности человека и гражданина по закону естественному. Кн. I–II. СПб., 1726.

народов.

Удар, нанесенный теории естественного права учением исторической школы, был и сам по себе весьма тяжел, а тут подоспела еще в самой философской литературе реакция против крайней отвлеченности рационалистических систем. Начиная с Шеллинга (1775–1854), в философии резко сказывается стремление от анализа малосодержательных абстракций обратиться к познанию живой, конкретной действительности. В противоположность абстрактным системам рационализма, отрицательно относившимся к конкретной действительности, в том числе и к положительному праву, как к искажению вечных начал права естественного, Шеллинг вырабатывает свою систему положительной философии, долженствовавшую выяснить нам сокровенный смысл всего действительного сущего. В этом Шеллингу последовали все новейшие представители немецкой философии. Мы упомянем здесь о трех из них, как наиболее повлиявших на современное развитие философии права. Это – Гегель (1770–1831) (*Hegel*. «Grundlinien der Philosophie des Rechts», 1821 г.), Краузе (1781–1835) (*Krause*. «System der Rechts Philosophie», 1874 г.) и Герbart (1776–1841) (*Herbart*. «Analytische Beleuchtung des Naturrechts und der Moral», 1836 г.). Все они уже не отстаивают существования естественного права наряду с положительным. Они ставят себе иную задачу: понять положительное право в его исторических формах, выяснить его основы. Если философия права и сохраняет еще иногда, по старой памяти, название «естественного права», она уже не дает систему велений пресловутого естественного права, а философски объясняет положительное право. Гегелианцы (*Michelet, Gans, L. Stein, Lasson, Lassal, Max Stirner*), исходя из отождествления законов бытия с законами мышления, стараются объяснить все историческое развитие разнообразных систем положительного права, как диалектическое развитие одной общей идеи, идеи свободы. Последователи Краузе, составляющие так называемую органическую школу правоведения (*Röder, Ahrens* и многие итальянские писатели, например, *Pepege, Liou* и др.) думают найти в гармоническом развитии личности конечный идеал, к осуществлению которого стремится в своем историческом развитии право положительное. Наконец, герbartианцы (*Thilo, Geyer, Ziller*) хотят свести все пестрое разнообразие исторических форм права к двум идеям права (устранения спора) и справедливости (возмездия) как к последним, безусловным основаниям всех наших суждений о правом и справедливом.

Из этих философских учений среди русских юристов наибольшее влияние имело учение Гегеля. Самым верным, хотя и довольно самостоятельным его последователем, является Б. И. Чичерин («История политических учений». Т. IV, 1878 г.; «Собственность и государство», 1882–1883 гг.; «Основания логики и метафизики», 1894 г.).

Хотя философия права в новейшей ее форме обратилась к выяснению положительного права, она все-таки не сливается с наукой положительного права. Она сохраняет свой особый метод. Она не обращается к наблюдению, не идет в своих исследованиях путем индуктивным. Она покоится на предположении, что выяснение вечных оснований положительного права может быть дано не эмпирическим знанием, а только знанием сверхчувственным, получаемым познающим умом непосредственно, помимо чувственного опыта. Особенность метода, полагают, обеспечивает философии права возможность получить не только относительное познание права, но и безотносительное, абсолютное, объяснить не только явления правовой жизни, но самую сокровенную сущность права.

Понимание философии права, как особой науки, предполагает, во-первых, возможность познания помимо чувственного опыта и, во-вторых, необходимость, или, по крайней мере, желательность полного отделения сверхчувственных элементов знания от знания эмпирического. Мы не станем входить в оценку первого предположения. Этот вопрос относится к теории познания – области, не имеющей прямого отношения к науке права и представляющей еще слишком широкое поле для разногласий. Заметим только, что в последнее время возможность сверхчувственного познания находят себе все менее и менее сторонников. Но как бы то ни решался этот вопрос в теории познания, все-таки едва ли возможно отстаивать надобность существования особой философии права, как сверхчувственного познания о праве.

Если сверхъестественное познание абсолютной истины возможно, зачем отделять это познание от эмпирического изучения изменчивого и относительного? Ведь в таком случае относительное должно быть изучаемо только как частное проявление абсолютного. И



сверхчувственное познание абсолютного, и эмпирическое познание относительного только выиграет от взаимного сближения. Представление об абсолютном, поясненное знакомством с частными и относительными формами его проявления, делается более конкретным, более живым. Знание относительного, освещенного пониманием лежащих на основе его абсолютных начал станет более осмысленным и глубоким. Поэтому, если существует несколько путей познания, нет основания их разъединять. Они все должны быть соединены в научном изучении предмета.

К тому же в настоящее время все решительнее отвергается возможность отстаивать существование философии как особого сверхчувственного знания о том же, о чем учат нас и науки эмпирические. Если философия еще сохраняет признание на признание ее особой самостоятельной наукой, то уже не в качестве сверхчувственного познания сущностей, а или как теория познания, или как обобщенное знание, имеющее, однако, тот же источник, что и отдельные специальные науки.

Понимая философию как теорию познания, некоторые и в философии права видят науку об юридическом мышлении<sup>4</sup>. Однако, так как формы и условия человеческого мышления всегда одни и те же, на какой бы предмет ни было обращено мышление, то едва ли мышление о предмете каждой отдельной науки может составить само по себе предмет еще новой самостоятельной науки. Теория познания по необходимости едина, так как она должна выяснить основы и условия всего человеческого знания. Об особой философии права можно говорить, только понимая философию, как более обобщенное знание, в силу того, что обобщение знания допускает, конечно, различные степени.

#### § 4. Общая теория права

*Merkel.* Über das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur «positiven» Rechtswissenschaft (Grünhut's Zeitschrift. B. I. 1874). *Schütze.* Die Stellung der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft (Ibidem. B. VI. 1879). *Bergbohm.* Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. T. I. 1892. S. 90–100. *Müller P.* Die Elemente des Rechts und der Rechtsbildung. 1877. *Post.* Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft. 1880. *Merkel.* Elemente der allgemeinen Rechtslehre, 1889. (Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft. 5 Aufg.)

Итак, мы видим, что ни энциклопедизм, искавший спасения от чрезмерной дробности нашего знания в изучении, хотя бы поверхностном, но непременно *всего*, ни философские системы, думавшие найти источник полного целостного знания в априорных началах, не достигли своей цели и вера в них теперь исчезла. В настоящее время замечается одинаково упадок и энциклопедической, и философской литературы. Философия из знания, имеющего свой особый источник, превращается лишь в более обобщенное знание, но опирающееся точно также на опытный материал, как и все другие науки. Задачей ее теперь является лишь обобщение того материала, какой представляют отдельные специальные науки.

Сообразно с этим и философия права, как метафизическое учение об абсолютных началах права, заменяется мало-помалу общей теорией права, опирающейся на изучение положительного, исторического материала. Наиболее распространено это направление в Англии, где оно известно под именем аналитической школы правоведения. Основателем этой школы признается Остин (*John Austin.* «The Province of jurisprudence determined», 1832 г.; «Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law». 3 ed., 1869 г.), и она имеет теперь довольно много последователей<sup>5</sup>. Но и в Германии весьма определенно проявляется сознание

<sup>4</sup> Wallaschek. Studien zur Reshtphilosophie. 1889. S. 107. Die Zurückführung des in der Rechtsordnung formulierten Inhalts auf allgemeine Denkformen ist die Aufgabe der Rechtsphilosophie; sie ist die Wissenschaft vom juristischen Denken.

<sup>5</sup> Markby. Elements of law. 1871. Holland. The Elements in Jurisprudence. 1880. 4 ed. 1888. Pollock. Essays in

необходимости заменить метафизическое построение более положительной общей теорией права. Так, уже в двадцатых годах было указано Фальком на необходимость заменить философию права общей теорией права. В современной германской литературе представителем этого взгляда является Меркель. Он полагает, что должно вовсе и безусловно отвергнуть философию права, как науку, черпающую свой материал из какого-то особого источника, помимо изучения действительно существующего права. Философия права, по его мнению, может быть признана только в смысле общего учения о праве, занимающего в общей системе науки права такое же место, какое в каждой специальной науке занимает ее общая часть. Но все-таки это воззрение далеко еще не получило общего признания. Напротив, оно встречает еще много противников, выходящих притом из разнообразных оснований. Так, например, Шютце отстаивает старое раздвоение философии права и положительного правоведения. На его взгляд, то общее учение, о котором говорит Меркель, это энциклопедия права. «Философия же права есть часть практической философии, т. е. той философии, которая применяет формальные законы мышления дедуктивным методом к обоснованию абсолютного и его идейного содержания, и именно та часть, которая занимается идеей права, выводя ее из высшего понятия и затем исследуя ее в ее логическом разветвлении. Философия права относится к положительному правоведению, как идеальный юридический порядок к реальному настоящего и прошедшего времени». Это довольно туманное различие Шютце поясняет на примерах, показывающих, в чем различие между философским и положительно-правовым изучением юридических институтов. Он берет для этого наиболее важные институты: договоры, собственность, государство, наказание. Для догматика или историка обязательность договоров несомненный факт, от которого он отправляется, как от данного. Напротив, философ не может обойти вопроса, обязательны ли договоры, и если да, то почему? Точно также относительно института частной собственности философ задается вопросом о том, насколько она согласима с идеей права и, в особенности, с притязанием (*Anrecht*) всех на имущество, как объект удовлетворения потребности. Юрист-историк лишь *случайно* встречается с подобными вопросами. Относительно государства философия права ставит вопрос о том, является ли оно разумной необходимостью или *лишь* историческим продуктом? Какая форма правления согласна с разумом? Образуется ли оно по *своей сущности* из договора и т. п.

Но и эти примеры неубедительны. Насколько подобные вопросы вообще могут подлежать научному разрешению, без разрешения их не может обойтись и положительное правоведение. Юрист-догматик не может не поставить вопроса об условиях обязательности договора, а выяснить эти условия невозможно без выяснения самого основания его обязательности. С другой стороны, такие вопросы, как вопрос о согласной с разумом форме правления, должно признать совершенно праздными, так как оценка форм правления не может быть сделана без соображения с данными историческими условиями. В действительности мы находим, что юридико-философская литература в этом старом смысле все более клонится к упадку, и ее место заступают мало-помалу исследования по общим вопросам права, опирающиеся на изучение положительного исторического материала и отнюдь не притязающие черпать решение этих вопросов из какого-то особого сверхчувственного источника знаний. Таким образом, мы имеем полное основание признать старое понимание существа юридико-философских исследований отживающими свой век. Будущее, очевидно, принадлежит философии права лишь в смысле общего учения о праве.

Но если мы станем разуметь под философией права не более как общую теорию права, в чем тогда ее различие от энциклопедии права? Не должны ли они тогда слиться воедино? Такой взгляд на соотношение философии и энциклопедии права уже не раз высказывался юристами. Так еще Фридендер, отстаивая важное научное значение энциклопедии права, утверждал вместе с тем невозможность существования наряду с нею еще и философии права, как особой науки. Но вполне определенным образом необходимость слияния, отождествления философии и энциклопедии права было признано впервые в русской литературе именно проф. Карсевичем.

В Германии этот взгляд не пользуется популярностью. Привычка к раздвоению философии и энциклопедии права настолько сильна, что даже Меркель, так решительно требующий замены философии права общей его теорией, считает возможным самостоятельное существование еще и энциклопедии права, придавая ей характер обзора отдельных юридических наук, в том числе и общей теории права. Но при такой постановке энциклопедия права теряет, конечно, характер самостоятельной науки.

В нашей литературе имеются также защитники необходимости сохранить различие между философией и энциклопедией права. Такого взгляда держится проф. Зверев. По его мнению, энциклопедия не имеет самостоятельного предмета изучения, а главное содержание свое черпает из философии права. Энциклопедия есть повторение философии, но повторение не полное, она не повторяет философию всю от начала до конца: она берет из нее лишь то, что требуется от введения условиями преподавания. Философия права составляет самостоятельную науку, тогда как энциклопедия служит только предметом преподавания; а потом первая относится ко второй, как оригинал к своей, не совсем точной копии. Будучи введением в юридические науки и извлекая свое содержание из философии права, энциклопедия предлагает заимствованные ею сведения, как готовые результаты науки, изображает всю область права в виде сложившейся и законченной системы юридических положений, насколько это возможно при данном состоянии правоповедения. Наоборот, философия относится к тому же самому материалу, как к объекту своих исследований, указывает путь, которым они добыты. Отсюда первая излагает, вторая изучает; первая носит на себе догматический характер, вторая – критический. Если энциклопедия ставит себе задачей ввести начинающего в изучение специальных юридических наук, философия права имеет в виду быть последним словом, заключением этого изучения; если первая служит для того, чтобы начертать план предстоящих занятий и показать путь, по какому надлежит идти, то последняя предназначается для того, чтобы окинуть разом все пройденное пространство, привести приобретенные сведения в порядок, дать отчет в заверченной работе.

Воззрение г-на Зверева не может не возбудить некоторых недоразумений. Прежде всего, разве можно определить энциклопедию просто как предмет преподавания, да еще противопоставлять предмет преподавания – науке? Как будто наука не есть предмет преподавания? Как будто, если энциклопедия есть изложение философии – сама философия не составляет так же предмета преподавания? Вероятно, г-н Зверев хотел сказать, что энциклопедия есть лишь особый прием преподавания философии права. Но и с такой поправкой взгляд г-на Зверева все-таки не может не возбудить сомнений. Он говорит, что в энциклопедии дается догматическое, в философии критическое изложение одних и тех же вопросов. Он даже прибавляет, что энциклопедия излагает результаты, не указывая пути, которым они добыты. Не думаем, чтобы г-н Зверев хотел этим сказать, что энциклопедист должен излагать все голословно, бездоказательно. Такой прием негоден ни в каком преподавании, а тем более в университетском. Думаем, что он хотел сказать лишь то, что энциклопедист не останавливается на изложении контрверз, разделяющих между собой различные научные школы, что он излагает учение о праве, как одно стройное целое, что в этом смысле он излагает не критически, а догматически. Но если так, то и тут в основе лежит некоторое недоразумение. Выбор того или другого изложения не есть дело произвола. Если по данному вопросу не установилась еще общепризнанная научная теория, без критического изложения не обойтись, если не хочешь заставить принимать излагаемое на веру.

Итак, философия права не может быть признана отличной от энциклопедии наукой. Философия права и энциклопедия права одно и то же. Это только подготовительные стадии к образованию одной обобщающей дисциплины – общей теории права. Потребность в такой общей теории сознавалась уже давно, но прежде в ней видели нечто отличное от энциклопедии, долженствующее существовать наряду с ней. Таково воззрение Фалька. Он предлагает заменить естественное право общей теорией права, которая бы содержала изложение общих юридических истин, получаемых путем анализа положительного права. Но тогда эта мысль не получила сколько-нибудь широкого распространения, и только в настоящее время она начинает завоевывать себе признание. С особенной обстоятельностью развивает ее П. Мюллер. Он определяет общую теорию права как систему основ права («System der Rechtsgründe»). Помимо

практических целей, задача правоведения представляется двоякой. Во-первых, оно обрабатывает практический материал права в систематическом, спекулятивно-идеалистическом, историческом и эмпирико-реалистическом направлениях; затем из полученного таким образом правового материала оно извлекает общие основы права, обрабатывает их, сообразно их внутренней связи, в цельную (*geschlossenen*) систему общей теории права и применяет их, как руководящие принципы для оценки имеющегося материала права и для развития права и правоведения. Самая общая теория права, конечно, не может никак иметь непосредственного применения в жизни, ибо она содержит только общие основы права, а не отдельные правовоположения, определяющие действительные житейские отношения. Невозможно также из ее общего содержания путем интерпретации, путем логического и диалектического развития понятия образовать практическое право. Движение и развитие права имеет свое основание в элементах естественных житейских отношений. Теоретик же из этих отношений и из порождаемого ими практического права извлекает общие понятия. Таким образом, и теория права зависит от реальных отношений, а не наоборот. Деятельность теоретика должна быть направлена к тому, чтобы понять практическое право и реальные людские отношения как одно связанное целое, этот общий организм разложить на его отдельные органы и элементы, определить их соотношение и взаимодействие, нормы и цели их действия, а также назначения как целого, так и частей. В особенности общая теория проверяет положительное право с его технической и логической (*begriffliche*) стороны, выясняет руководящие правовые принципы из совокупности, связи (*Zusammenhang*) и сущности общественного организма и сводит их к общим основам людской деятельности в обществе и государстве. Общая теория права есть, таким образом, краеугольный камень системы правоведения; она связывает отдельные дисциплины и их содержание в одно целое. Общая теория права для того, чтобы соответствовать своей цели, должна прилагать к своему содержанию масштаб строгой объективности и избегать всяких субъективных построений. Если теперь собственному содержанию отдельных дисциплин предпосылаются общие соображения, то это потому, что мы не имеем еще годной теории права, и что каждый юрист ощущает потребность изложить часть своих воззрений на право.

Точно также Альберт Пост выражает убеждение, что с развитием правоведения как отрасли положительной науки об обществе (этнологии), не будет более и речи об истории и философии права как о двух отдельных науках. Рядом с историей права может сохраниться лишь общее учение о праве (*eine allgemeine Rechtswissenschaft*), которое будет иметь, насколько оно устанавливает явления правовой жизни, – эмпирический характер, насколько объясняет причины этих явлений – философский. Но обе эти отрасли правоведения, история права и общее учение о праве, будут находиться в ближайшей связи между собой.

Мюллер и Пост, говоря об общей теории права, оставляют совершенно без рассмотрения вопрос об ее отношении к энциклопедии. Первый из немецких юристов, высказавшийся в смысле необходимости отождествления энциклопедии и общей теории права, был Шютце. Своему курсу энциклопедии права он и дает такую именно постановку, как его можно видеть из напечатанного им плана своих лекций. Самый курс остается, к сожалению, ненапечатанным.

Между новейшими русскими энциклопедистами отождествление энциклопедии права с общей его теорией фактически почти общепринято. По крайней мере, все печатные курсы энциклопедии или, по крайней мере, напечатанные их части, за исключением Неволина и Рождественского, дают только общее учение о праве. Капустин даже заменяет название энциклопедии названием «общей догматики». Но, как справедливо заметил Карасевич, это название неудобно, так как по установившемуся словоупотреблению догма противопоставляется истории и обозначает прикладную науку права.

Это различие русских энциклопедий от немецких, из которых даже лучшие, даже наиболее систематические, как, например, Фалька, Вальтера, Аренса, Варнкенига, Меркеля, представляют не более, как совокупность кратких очерков отдельных юридических наук с небольшим общим к ним введением, находит себе объяснение в самом складе нашего юридического образования. У немцев преподавание права сводится, по выражению Л. Штейна, к изложению одного гражданского права в разнообразных его видах. Другие отрасли права, можно сказать, только терпимы. Немудрено поэтому, что введением в изучение науки права у

них служит не общее учение о праве, а просто предварительное краткое изложение того же гражданского права, римского и германского, да иногда еще, как у Пюттера, Аренса, Варнкенига, – всеобщая история права. Совершенно другое видим в наших университетах. У нас никогда не было такого преобладания гражданского права. Уже со времени Петра Великого юридическое образование соединяется с политическим. Поэтому русский энциклопедист не может свести свой курс к краткому изложению всего того, что преподается на юридических факультетах. При разнообразии преподаваемых предметов это сделало бы его изложение слишком пестрым. Условия нашего университетского преподавания требуют от энциклопедиста не конспекта специальных наук, а общей теории права.

## Книга первая Понятие права

### Глава I Определение права

#### § 5. Нормы технические и этические

В силу присущей нам как существам разумным способности к обобщению, мы руководимся в нашей сознательной деятельности не только конкретными представлениями, но также и правилами, указывающими, как должно действовать для достижения той или другой определенной цели. Такие правила, обусловленные определенной целью, называются вообще *нормами*. Сообразно различию целей и нормы могут быть очень разнообразны. Но все они сводятся к двум главным группам: нормы *технические* и нормы *этические*.

Нормы технические – это правила, указывающие, как следует поступать для достижения какой-либо одной определенной цели. Таковы правила гигиены, педагогики, грамматики, строительного искусства, научающие нас, каким образом сохранить здоровье, развить способности ребенка, удобопонятно выразить словами мысль, построить здание. Различных технических норм столько же, сколько может быть у людей различных целей. Соблюдение каждой такой нормы приводит к осуществлению только данной отдельной цели, не касаясь других целей человеческой деятельности, иногда даже препятствуя их осуществлению. Если цель, имеющаяся в виду, представляется обширной и сложной, то осуществление ее определяется, естественно, целой системой правил, связанных между собой единством цели. Такая система и есть то, что мы называем отдельными искусствами. Отсюда и самое название: *технические* нормы (от греческого «техне» – искусство).

Всем разнообразным целям человеческой деятельности соответствуют и особые технические нормы, так что вся деятельность людей совершается согласно правилам целесообразности. Но каждая отдельная техническая норма имеет в виду всегда одну только отдельную цель – ведет к осуществлению только отдельной цели, не касаясь ее отношений к другим целям. Между тем, разнообразные цели человеческой деятельности неизбежно сталкиваются между собой так, что осуществление одной цели нередко препятствует осуществлению другой. Человек ограничен и в своих силах, и во внешних средствах, и во времени, и потому для него невозможно полное осуществление всех его целей. Ему приходится ограничивать осуществление отдельных целей ради возможности их совместного осуществления. При этом маловажными целями приходится жертвовать в интересах осуществления важнейших. Ограничивая таким образом осуществление отдельных целей, нельзя обойтись без руководящего начала, без правил, определяющих, какие именно цели и в какой мере должны быть ограничены в своем осуществлении, чтобы согласовать между собою осуществление разнородных целей. Технические правила не научают этому. Указывая, как осуществить каждую отдельную цель, они не указывают, как установить гармонию в совместном осуществлении многих целей. Это приводит к осуществлению, наряду с техническими, еще других норм – *этических*. Человек не может руководствоваться в своей

жизни только техническими правилами, только одною целесообразностью. Он непременно руководствуется еще и чем-то другим, определяющим для него выбор самых целей, заставляющим предпочитать одну цель другой. По степени умелости людей осуществлять отдельные цели, мы судим об их искусстве умелости; по тому, как они определяют взаимное отношение различных целей, какие цели предпочитают другим, мы судим об их нравах, о том, что греки обозначали словом *этнос*. Отсюда и правила, определяющие взаимное соотношение разнородных целей человеческой жизни, называются *этическими*.

Различие норм *технических* и *этических* может быть, на основании всего сказанного, формулировано таким образом: нормы технические суть правила осуществления отдельных целей человеческой деятельности; нормы этические – правила совместного осуществления всех людских целей.

Из этого, конечно, не следует заключать, чтобы этические правила могли заменить собою технические нормы. Они не имеют вовсе значения одного общего технического правила, применимого к осуществлению всех различных целей. Соблюдение этических правил никогда не ведет непосредственно к осуществлению отдельных целей. Самое осуществление наших целей всегда и необходимо совершается согласно техническим правилам. Этические же нормы только размежевывают, так сказать, осуществление отдельных целей, определяют лишь их взаимное соотношение. Они делают *возможным* совместное осуществление многих целей, устанавливая *форму* их взаимного соотношения, но самое содержание этих целей осуществляется по правилам целесообразности. В этом смысле, нормы этические отличаются от технических, как *формальные* от *материальных*. Этические нормы определяют только *форму* совместного осуществления всех разнообразных целей человека. Соблюдение этических норм только придает взаимному соотношению целей гармоническую *форму*, но не приводит само по себе к осуществлению их *содержания*.

Технических правил много, столько же, сколько разнообразных целей человеческой жизни. Поэтому один и тот же человек, преследуя различные цели, руководствуется и различными техническими нормами. Напротив, этические нормы, регулирующие не осуществление отдельных целей, а взаимное соотношение всей совокупности человеческих целей, не могут меняться в зависимости от различия преследуемых людьми целей. Раз человек держится определенных этических правил, они не могут меняться в зависимости от имеющихся в виду в данном случае целей. У одного и того же человека не могут быть различные этические правила на разные случаи жизни. Этические правила определяют отношение отдельных целей человека к общей их совокупности. Поэтому они по необходимости одни и те же для всей деятельности человека, для всех случаев его жизни.

Таким образом, этические нормы отличаются *единством*, психические – *множественностью*. Один и тот же человек в одно и же время может руководиться самыми различными техническими нормами согласно различию отдельных целей своей деятельности. Достижение каждой особой цели требует соблюдения и особых правил. Но взаимное соотношение всех целей в их совокупности не может быть представляемо одновременно на различные лады. Этические нормы могут быть различны у различных людей или и у одних и тех же людей в разное время. Но у данного человека и в данное время могут быть только одни определенные этические нормы.

Так как технические нормы суть правила достижения отдельных целей, то и соблюдение их совершенно факультативно. Тут все зависит от желательности отдельной цели, к осуществлению которой ведет соблюдение правила. Только для того, кто ценит здоровье, обязательны правила гигиены. Было бы смешно настаивать на обязательности их соблюдения для человека, задумавшего покончить с жизнью или намеренно расстроить здоровье. Напротив, гармония жизненных целей не может не быть желательна для человека. Раз я имею несколько целей, я не могу не желать, чтобы они находились в гармонии, чтобы осуществление одной из них не мешало бы осуществлению других. Только в случаях болезненной мании человек всю свою деятельность подчиняет исключительно одной какой-нибудь цели. Нормально же развитые, здоровые люди всегда преследуют несколько разнообразных целей. Желательность гармонического совместного осуществления разнообразных целей для всех психически нормальных людей стоит поэтому вне вопроса. Вне вопроса стоит для них, следовательно, и

обязательность этических норм. Поэтому, между тем как технические нормы *факультативны*, этические – *обязательны*.

Этим, однако, не ограничивается различие в обязательности технических и этических норм. Несоблюдение технической нормы ведет к недостижению лишь данной отдельной цели – и только: оно не отзывается на всей остальной деятельности человека. Дурно вспахав поле, я могу отлично выстроить себе дом; будучи плохим хозяином, можно быть отличным педагогом и т. д. Несоблюдение этических норм расстраивает, напротив, всю нашу деятельность, нарушая гармонию руководящих ею целей. Раз совершенное нарушение этической нормы дает себя чувствовать, отзываясь на всех наших делах, делая невозможным для нас достижение многих более важных целей. Сознание того, что наши собственные нарушения этических правил в прошлом лишают нас и в настоящем возможности достигнуть высших человеческих целей, приводит к самоупрекам, к угрызениям совести и к признанию безусловной обязательности этических норм. К этой внутренней санкции присоединяется еще внешняя. Несоблюдение технических норм ведет только к неудаче данного дела и потому касается только одних заинтересованных в деле лиц. Несоблюдающего эти нормы мы назовем неискусным или неблагоразумным, но если дело нас непосредственно не касается, нам все равно, соблюдена техническая норма или нет. Напротив, несоблюдение этических норм всегда есть дело общего интереса. Все разнообразные интересы человеческой жизни тяготеют к двум главным центрам: один из этих центров – личность человека, другой – общество. Каждая система этических норм, каким бы принципом она ни определялась, непременно, так или иначе определяет соотношение этих двух групп людских интересов. Если этические нормы нарушаются, если гармония человеческих целей не устанавливается, если личные и общественные интересы приходят в резкое столкновение, общество не может оставаться безучастным. Нарушитель этических норм неуклонно вызывает против себя суд и гнев общества, заинтересованного в том, чтобы между личными и общественными целями поддерживалось определенное соотношение. Общество поэтому требует от каждого соблюдения этических норм, осуждает за их нарушение, и даже в важных случаях карает за него. Соблюдение этических норм не есть лишь дело субъективного усмотрения: они являются пред нами с характером *объективно обязательных требований*.

Но если мы обратимся к *содержанию* технических и этических норм, то нам представится совершенно иное соотношение. По содержанию технические нормы более *объективны*, этические, наоборот, более *субъективны*. В самом деле, целесообразность заключается в том, чтобы воспользоваться силами природы для своих целей. А действие сил природы всегда строго закономерно. Поэтому, если известен закон данной группы явлений, соответствующие технические правила будут логически необходимыми выводами из этого закона. Например, правила строительного искусства суть логически необходимые выводы из законов механики. В технических правилах субъективен и произволен только выбор цели. Но как только цель определена, правила ее осуществления получаются сами собой, как необходимые выводы из закона соответствующих явлений. Содержание технических правил, безусловно, определяется объективными данными, независимо от субъективного отношения к ним человека. Если иногда технические правила представляются по своему содержанию недостаточно объективно определенными (например, в педагогике), то это потому только, что не установлены еще с научною точностью и самые законы соответствующих явлений (в данном примере – законы духовной жизни). Если же закон явлений известен, в содержании соответствующего технического правила не может быть сомнения.

Совершенно иное представляют по своему содержанию нормы этические. Они никогда не могут быть неуклонными выводами из законов. Установление гармонического соотношения разнообразных целей, составляющих содержание человеческой жизни, зависит от целого ряда крайне изменчивых и совершенно субъективных условий. У каждого человека свои цели и каждый по-своему оценивает каждую из этих целей, по-своему определяет их взаимное соотношение. Что для одного представляется незначительным, для другого может составлять главную цель жизни. Личные наклонности, теоретические воззрения, религиозные убеждения, общественные нравы, – все это до бесконечности видоизменяет человеческие интересы и их соотношение. Принятие того или другого взгляда на соотношение наших целей в значительной степени есть дело чувства, а не логического вывода. Содержание этических норм не может

обойтись поэтому без примеси субъективности. Оно представляет множество разнообразных оттенков, постоянно служит предметом спора; его нельзя основать на строго логических доводах, которые бы для всех безусловно были убедительны.

## § 6. Нормы юридические и нравственные

Мы выяснили различие двух основных категорий норм: технических и этических. К которой же из них должны быть отнесены нормы юридические? Ответ на это не может быть сомнителен. Юридические нормы представляют все отличительные признаки норм этических. Соблюдение требований права не ведет к непосредственному осуществлению никакой материальной цели. Право только определяет рамки осуществления разнообразных интересов, составляющих содержание общественной жизни. Вместе с тем соблюдение юридических норм признается обязательным для всех, независимо от желательности для них той или другой отдельной цели. И, наконец, содержание права не есть только логически необходимый вывод из законов природы, что ясно уже из самого факта разнообразия и даже противоречия существующих в разное время и в различных странах юридических норм. Но юридические нормы суть не единственные этические нормы. Наряду с ними к этическим же нормам относятся нормы нравственные. Для ближайшего определения юридических норм необходимо поэтому отграничить их от норм нравственных. С этой целью мы постараемся выяснить, как вообще могут быть достигнуты совмещение и гармония разнообразных интересов человеческой жизни. Тогда само собой получится основная группировка этических норм, их разделение на нравственные и юридические.

Полное, неограниченное осуществление каждой отдельной цели недоступно человеку в силу ограниченности его сил и средств. Ему приходится ограничивать осуществление отдельных целей, от иных даже вовсе отказываться. При этом необходимо делать выбор между различными целями, сравнивать их друг с другом, признавая одну более важной, другую – менее; словом, необходима *оценка* интересов. Без сравнительной оценки невозможно было бы разобраться во множестве разнородных целей, не было бы основания предпочитать одну цель другой. Такая оценка целей и интересов и есть дело нравственности. Как ни разнообразны выставляемые различными теориями нравственные принципы, все они, однако, дают то или другое мерило оценки человеческих интересов<sup>6</sup>. В своей функции – служить основанием оценки интересов – все они сходны. Станем ли выводить нравственные правила из принципа пользы, истины, гармонии, красоты, сострадания, любви, свободы, или из самостоятельного врожденного чувства нравственности, во всяком случае, в практическом применении они будут служить нам правилами оценки интересов, приводящей к различию добра и зла. Различие оснований нравственных теорий ведет к различию критерия, мерил; но каждая нравственная теория непременно дает какое-нибудь мерило. Это необходимый отличительный признак каждой нравственной теории. Нравственные правила необходимо устанавливают различие добра и зла, того, что должно делать и чего нет, нравственных и безнравственных целей. Нравственные правила служат высшим руководящим началом всей нашей деятельности, мерилем всех наших поступков.

Человек, взятый отдельно, изолированно, вне его отношений к другим людям, может руководиться одними нравственными правилами. Разнообразные цели одного человека могут быть приведены в гармоническое соотношение путем одной только соотносительной их оценки. Добро и зло представляют известную градацию. Хорошие и худые цели располагаются поэтому в известной последовательности, так что определяется взаимное соотношение всех целей человека. При столкновении нескольких целей в их осуществлении, на основании нравственного мерил, всегда можно определить, которые из них должны быть поставлены выше, и, следовательно, которые из них должны быть предпочтены.

Но в действительности люди не представляются обособленными, независимыми друг от

---

<sup>6</sup> Само собой разумеется, что тут имеются в виду не одни только материальные интересы, но точно так же и высшие духовные интересы человека.



друга, самодовлеющими. Мы на каждом шагу чувствуем свою зависимость от других. Вся наша деятельность обусловлена общением с ними. Осуществление наших интересов невозможно вне отношений к другим людям. Да и самые интересы, определяющие содержание человеческой деятельности, складываются под влиянием не одних только личных условий, а может быть еще в большей степени под влиянием общественных условий и потому значительная их доля имеет не индивидуальный, а социальный, общий характер. Поэтому человеку по необходимости приходится сообразоваться не только со своими собственными интересами, но и с интересами других людей, без общения с которыми он не может существовать.

Если же человек вступает в сношения с другими людьми, если его интересы сталкиваются не только между собою, но и с интересами других людей, одной оценки интересов недостаточно для внесения в деятельность людей порядка и гармонии. Чужой интерес, с которым приходят в столкновение мои собственные, может быть совершенно равноценный с ними или даже совершенно тождественный. В нравственной оценке в таком случае нельзя найти указания, как устранить столкновение интересов, который из них должен быть стеснен, ограничен ради другого. Но не только в этих случаях столкновения одинаковых интересов недостаточна нравственная оценка. Установление определенного соотношения между различными интересами на основании оценки их предполагает, что оценка эта для всех их одинакова, основывается на одном и том же принципе. Иначе оценка их будет противоречивая, и потому столкновения интересов не будут устранены. Но у двух людей редко бывают совершенно одинаковые, до мелких подробностей, нравственные правила. И в обществе общеобязательными признаются только основные, более важные правила нравственности; подробности всегда остаются делом субъективного убеждения. Личные же убеждения одного человека не могут быть обязательны для другого. При столкновении интересов двух личностей, поэтому, часто окажется недостаток одного общего основания для оценки. Наконец, и при одинаковости нравственных убеждений сравнительная нравственная оценка интересов различных людей часто оказывается невозможной. Цели человеческой деятельности не представляются резко разграниченными друг от друга. Они переплетены, связаны между собой, взаимно обуславливаясь и подчиняясь одна другой. Оценка отдельной цели может быть сделана только по соображению ее связи с другими. Когда дело идет об оценке целей одного человека, это не представляет затруднения. Свои собственные цели и их взаимную связь каждый, конечно, знает хорошо. Но чужие цели нам делаются известными, лишь насколько они проявляются во внешних действиях. Намерения другого мы не можем узнать по объективным данным во всех подробностях. А без того немислима полная оценка отдельных целей. Так, приобретение имущества может быть и безнравственным и нравственным делом, смотря по тому, как намерен человек воспользоваться нажитым достоянием. Поэтому, когда в своей деятельности я сталкиваюсь с действиями другого человека, направленными к стяжанию, я не могу дать им определенной нравственной оценки, не могу определить, чей интерес, мой собственный или чужой, должен быть поставлен выше.

Таким образом, при столкновении интересов нескольких личностей нельзя уладить их соотношение посредством одной сравнительной оценки. Интересы могут быть одинаковые. Подробности, обуславливающие относительную оценку интересов, обыкновенно при этом остаются неизвестными. Наконец, дело осложняется еще тем, что нравственные воззрения у людей не одинаковы. Только при особенно близких отношениях между людьми столкновение их интересов может быть улажено посредством одной оценки. Для этого необходимы: совершенное тождество нравственных убеждений, полная откровенность, безусловное взаимное доверие, и настолько сильная любовь, чтобы чужой интерес вполне приравнялся к собственному. Такие отношения существуют только в редких случаях. При обычном же характере взаимных отношений людей нет ни одинаковости убеждений, ни откровенности, ни доверия, ни любви. Одна оценка интересов не устраняет поэтому их столкновения и является надобность в установлении определенного отношения чужих интересов к своим.

Взаимные отношения людей, интересы которых сталкиваются, могут представлять собою два существенно различных типа. Во-первых, интересы одного могут быть безусловно подчинены интересам другого, так что один из них окажется в положении лишь средства для целей другого. При таком безусловном подчинении отношения властвующего к подвластному

определяются теми же началами, как и отношения к животным, к вещам, признаваемым человеком лишь средством для его целей. Осуществление этих целей определяется техническими нормами; выбор между ними – нравственными. Никаких новых, особых норм для определения соотношения интересов подвластного к интересам властвующего тут не может быть.

Но может быть, во-вторых, и так, что субъекты сталкивающихся между собой интересов противопоставляются друг другу как самоцельные личности, из коих ни одна не признается только средством для других. В таком случае не может быть безусловного подчинения интересов одного интересам другого, а осуществлению интересов каждого должна быть отграничена известная сфера, или, другими словами, интересы эти для возможности их совместного неосуществления должны быть так или иначе *разграничены*. Подобно оценке интересов и для разграничения их человеческое сознание вырабатывает определенные нормы – нормы разграничения интересов, которые так же, как и нормы оценки, служат той же цели, совместному осуществлению всех разнообразных человеческих целей. Следовательно, и нормы разграничения интересов суть нормы этические. Но в отличие от нравственных норм они не дают мерил для оценки интересов, для различия добра и зла. Они указывают только, насколько мы имеем или не имеем права осуществлять наши интересы при столкновении их с чужими интересами. Следовательно, *нормы разграничения интересов* определяют границу между правом и неправом и *суть юридические нормы*.

Таким образом, различие нравственности и права может быть формулировано очень просто. Нравственность дает *оценку* интересов, право – их *разграничение*. Как установление мерил для оценки наших интересов есть задача каждой нравственной системы, так установление принципа для разграничения интересов различных личностей – есть задача права. Не трудно показать, что этим основным различием права и нравственности обуславливаются и объясняются все частные различия, замечаемые между нравственными и юридическими нормами.

Так как право предполагает разграничение интересов различных личностей, то юридические нормы определяют только отношения к другим, а не к самому себе. Нравственные правила, напротив, устанавливают обязанности и в отношении к самому себе, потому что оценка интересов имеет значение и для человека, взятого совершенно отдельно.

Применение юридических норм обусловлено противоположением моим интересам чужих интересов и потому соблюдение их обязательно только под условием существования этого чужого интереса, ради которого я должен в своей деятельности подчиняться юридическим нормам. Если же субъект этого чужого интереса, ограничивающего мои интересы, сам освобождает меня от соблюдения юридических норм, обязательность их падает. *Volenti non fit injuria*. Напротив, обязательность нравственных норм не обусловлена вовсе заинтересованностью других людей в их исполнении. Если даже никто от меня того не требует, нравственный долг сохраняет всю свою силу. Это потому, что нравственная оценка интересов не обусловлена вовсе противоположением своих и чужих интересов.

Этим объясняется также, что из нравственных норм выводится только безусловный нравственный долг; из юридических – обусловленные друг другом право и обязанность. Право есть именно обусловленная соответствующей обязанностью другого лица возможность осуществлять данный интерес в устанавливаемых юридическими нормами пределах. Юридическая обязанность есть обязанность выполнять вытекающие из чужого права требования, соблюдать устанавливаемые юридическими нормами границы сталкивающихся интересов. Поэтому, в отличие от нравственного долга, юридическая обязанность сохраняется только до тех пор, пока существует чужой интерес, ради которого она установлена. Отсюда понятие давности, погашающей обязанности, понятие, неведомое нравственности.

Оценка интересов есть, конечно, дело внутреннего убеждения; разграничение – дело внешнего соотношения интересов нескольких личностей. Нравственность поэтому, как дело чистого убеждения, не допускает вовсе принуждения. Убеждения не создаются и не меняются внешнею силой. Право, напротив, иногда допускает и принуждение, а именно в тех случаях, когда разграничение интересов достигается посредством одного запрещения действий, мешающих осуществлению разграниченных интересов. Силой нельзя навязать убеждения, но

можно помешать совершить то или другое действие.

Нравственная оценка интересов может найти себе применение и тогда, если она принята одним только человеком, конечно, в его собственной деятельности. Разграничение интересов требует признания данной нормы всеми субъектами разграничиваемых интересов. Поэтому нравственность есть дело более индивидуальное, право – более общественное.

Таким образом, частные характерные различия права и нравственности являются только выводами из коренного их различия, как разграничения и оценки интересов.

С другой стороны, не трудно также доказать, что каждая юридическая норма есть непременно норма разграничения интересов. Это явствует, во-первых, из того, что юридические нормы неприменимы в отношениях к животным или к рабу, как к таким существам, интересы которых не разграничиваются с интересами хозяина, а вполне поглощаются ими. Во-вторых, каждая юридическая норма непременно предполагает соотношение интересов различных лиц и дает их разграничение. В гражданском праве разграничиваются интересы отдельных частных лиц, вступающих в разнообразные отношения: мужа и жены, родителей и детей, покупателей и продавца, нанимателя и наемника, должника и кредитора и т. д. В уголовном процессе разграничиваются интересы обвинителя и подсудимого. В гражданском процессе разграничиваются интересы истца и ответчика. В государственном праве разграничиваются интересы всех отдельных участников государственного общения, от монарха до последнего подданного. В международном праве разграничиваются интересы людей, как участников международного общения, и интересы их, как граждан отдельных государств.

## § 7. Соотношение права и нравственности

*Ренненкампф.* Право и нравственность в их обоюдном отношении (Архив практических и исторических сведений. 1860). *Щеглов.* Право и нравственность. 1888. *Stahl.* Die Philosophie des Rechts. 1878. В. II. S. 191. *Ahrens.* Die Rechts-Philosophie. I. S. 145. *Röder.* Grundzüge des Naturrechts. 1860. I. S. 110. *Schäffle.* Bau und Leben des socialen Körpers. 1881. I. S. 593. *Lasson.* System der Rechtsphilosophie. 1880. *Jellinek.* Die socialistische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. 1878. S. 42. *Wallaschek.* Studien zur Rechtsphilosophie. 1889. S. 52. *Balts.* Les fondements de la morale et de droit. 1890.

Итак, право в отличие от нравственности дает не оценку интересов, а их разграничение. Каково же их взаимное соотношение? Совершается ли разграничение интересов совершенно независимо от той или другой их нравственной оценки или, напротив, и самое разграничение определяется тем, какая нравственная оценка будет признана за каждым из сталкивающихся между собою интересов.

Крайние индивидуалистические теории, господствовавшие в XVII и XVIII вв., в последовательном своем развитии приводили к отрицанию всякой связи разграничения интересов отдельных личностей правом с нравственной их оценкой. В своем объяснении общественных явлений теории эти исходили из представления об отдельном человеке, как совершенно обособленной, ничем с другими несвязанной личности, и все отношения между людьми рассматривали, как установления их сознательной, свободной воли. Исходным началом признавалась полная индивидуальная, самой природой данная свобода; всякое общение людей и всякая между ними зависимость объяснялась как их собственное произвольное дело. С этой точки зрения полное разграничение интересов отдельных личностей требовало только устранения вторжения одной личности в естественно существующую свободу другой без всякого внимания к тому, каким содержанием пополняется эта свобода, для каких целей пользуются ею.

Первый, определенно установивший в самом начале XVIII столетия резкое противоположение права и нравственности, был Христиан Томазий («Fundamenta juris naturae et gentium ex sensu communi deducta, in quibus ubique secernuntur principia honesti, justi ac decori»),

1713 г.). К праву он относил правила чисто отрицательного характера, предписывающие чего-либо не делать, и притом устанавливающие обязанности в отношении к другим. Основным принципом права он признавал поэтому следующее правило: не делай другим того, чего не желаешь, чтобы они делали тебе самому (*quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris*). Нравственность, напротив, обнимает правила положительные, устанавливающие обязанности к самому себе. Основное правило нравственности таково: делай себе то, что желаешь, чтобы и другие себе делали. Правила права и нравственности, различные по своему содержанию, и осуществляются различным образом. Нравственные обязанности, как положительные и касающиеся нас самих, могут быть нам преподаны только в форме *совета*: забота об их усвоении людьми есть дело учителя. Обязанности юридические, как отрицательные и относящиеся к другим, предписываются нам *велением*, несоблюдение которого влечет за собою наказание, так как нельзя предоставить на произвол каждого соблюдать или нет свои обязанности в отношении к другим. Государственная власть, вооруженная силою принуждения, призвана заботиться о соблюдении юридических обязанностей, но только их одних. В сферу нравственных обязанностей государственная власть не должна вмешиваться.

У последующих мыслителей XVIII в., в особенности, у Канта и Фихте, выставленное Томазием противоположение права и нравственности получило себе дальнейшее развитие. Кант основным началом права, началом, из которого с логической необходимостью вытекают все юридические нормы, считал веление каждому действовать так, чтобы его свобода совмещалась со свободой всех и каждого. Поэтому юридические нормы регулируют только одну внешнюю сторону человеческих действий и опираются в своем осуществлении на принуждение. У Фихте это воззрение получило еще более резкое выражение. Для него право есть чисто механический порядок совместного существования многих личностей, совокупность внешних условий совместного существования людей, осуществляемых силою принуждения.

Выставленное индивидуалистическими теориями противоположение права и нравственности сделалось лозунгом в борьбе за свободу совести и вообще за индивидуальную свободу против системы всепоглощающей правительственной опеки. Религиозные преследования и вмешательство власти в самые интимные стороны личной жизни находили себе основание в прежнем смешении права и нравственности. При таком отождествлении, законодательство, призванное устанавливать юридические нормы, естественно распространяло свое действие и на вопросы совести, регулировало и нравственное достоинство человеческих поступков. Резкое отделение права от нравственности, напротив, приводило к признанию того начала, что право должно быть индифферентно к вопросам нравственности. Оно должно только размежевать внешнюю свободу людей, совершенно не касаясь того, как воспользуются люди отмежеванной им свободой, согласно нравственным требованиям или нет.

Как реакция против чрезмерного стеснения личной свободы государственным вмешательством, это учение сослужило важную историческую службу. Нравственные воззрения всегда более или менее субъективны и вместе с тем касаются самых интимных; самых сокровенных сторон личной жизни человека. Поэтому законодательство, полагающее в основу разграничения интересов определенную нравственную их оценку, неизбежно стесняет индивидуальную свободу. Индифферентизм закона в отношении к нравственности лучше всего согласим с широкой личной свободой.

Но наряду с этим преимуществом противоположение права и нравственности имеет и свои темные стороны. Если право вполне безразлично относится к нравственным правилам, то это неизбежно приводит к признанию права и на безнравственные деяния, если только при этом личность формально не выходит из пределов отмежеванной ей свободы. Самые возвышенные нравственные интересы должны при таком взгляде уступать формальным требованиям права, приноситься им в жертву. Строгое осуществление права оказывается при таких условиях нередко вопиющей несправедливостью: *summum jus, summa iniuria*. Поэтому, как только резким противоположением права и нравственности было отвоевано известное признание личной свободы и в особенности свободы совести, крайности этого учения обратили на себя внимание и вызвали стремление вновь сблизить право с нравственностью. Это стремление выразилось уже у Фихте. Явившись в прежних своих произведениях крайним представителем разъединения права и нравственности («*Grundlage des Naturrechts*», 1796 г.), он под конец склонился к

противоположному взгляду, признав в своей «System der Rechtslehre» (1812 г.) необходимость сближения права с нравственностью. А в настоящее время необходимость связи между правом и нравственностью сделалась, в особенности благодаря учению органической школы, общепризнанной.

В действительности право никогда не обособляется вполне от нравственности. Разграничение интересов не может не считаться с нравственной их оценкой, не может быть основано только на отрицательном требовании некасательства до чужих интересов, до чужой воли, потому что естественное состояние людей не есть вовсе состояние нашей обособленности. Общение людей не создается действием их сознательной воли, а обусловлено обыкновенными условиями, устанавливающими взаимную зависимость людей помимо их воли. Поэтому, и разграничение их интересов не может быть достигнуто одним лишь недопущением произвольного вмешательства в чужие интересы. Человечество связано и переплетено между собой независимо от их воли, да и по содержанию своему многие из них имеют не индивидуальный, а общественный характер, по существу своему предполагают, отношения к другим людям, совместную солидарную деятельность многих, направленную к одной общей цели. В силу этого разграничение интересов одного человека с интересами других зауряд требует не одного только некасательства до чужих интересов, а также ограничения осуществления своих собственных интересов ради обеспечения возможности осуществления более высоких чужих интересов. При таких условиях разграничение интересов возможно без сравнительной, нравственной их оценки. И действительно, в положительном законодательстве те или другие нравственные начала всегда оказывали весьма значительное влияние на способ разграничения интересов.

Точно также никогда право не ограничивает своих определений одной только внешней стороной человеческих действий, а всегда более или менее принимает в соображение и внутренние их стимулы. И современное право в этом отношении идет даже дальше права некультурных обществ. Для установления договорных обязательств современное право требует наличности действительного соглашения, действительного совпадения воли, и, вместе с тем, такого соглашения по правилу достаточно; не требуется соблюдение особой внешней формы. Между тем, как прежде обязательства устанавливались именно в силу соблюдения такой формы независимо от наличности действительной воли. Юридический характер преступного деяния определяется не столько внешними последствиями действия, сколько намерением, его вызвавшим.

Лицо, причинившее другому, с намерением его убить, лишь легкое повреждение, будет обвинено все-таки в покушении на убийство, а нанеший другому, без намерения лишить его жизни, рану, последствием которой оказалась в действительности смерть, будет обвиняться только в нанесении ран, а не в убийстве. Точно также и тяжесть наказания в гораздо большей степени зависит от свойства намерения, нежели от материального вреда, получившегося в результате его осуществления.

С другой стороны, нравственность требует от нас не одних добрых намерений, но и дел, и притом большею частью в отношении к другим.

Любовь к ближнему есть основа всего христианского нравственного учения, да и лишенные религиозной основы современные этические теории имеют по большей части альтруистический характер.

Так как в настоящее время индивидуалистические теории сменились учениями, которые в объяснении людских отношений исходят не из начала индивидуальной особенности, а именно из факта общественной зависимости людей, то и разрешение вопроса о соотношении права и нравственности думают теперь найти не в резком противополжении их друг к другу. Право уже не признают совершенно независимым от нравственности, а, напротив, ставят его в подчиненное отношение к нравственности. Целью права признают осуществление нравственности.

Поворот к такому взгляду на соотношение права и нравственности замечен уже у Гегеля, так как право, мораль, нравственность он считал последовательными моментами диалектического развития свободы. Право и мораль он представлял себе лишь как различные стороны того, что во всей полноте осуществляется в нравственности. Но самое понимание

нравственности было у него весьма своеобразно: нравственность, *Sittlichkeit*, означает у него собственно общественный порядок (семью, гражданское общество, государство). Соотношение же права и морали и у Гегеля еще понимается как прямая противоположность. Право лишено само по себе всякого определенного содержания и устанавливает одну *возможность* свободы. Мораль, напротив, определяет не возможное, а *должное*, и тем указывает содержание праву. Таким образом, право и мораль противопоставляются друг другу, как возможное и должное, и противоположность их снимается, – как в высшем единстве, в нравственности, представляющей собою действительность того, что в праве является только возможным, в морали – только должным.

Более решительно подчинение права нравственности было высказано в учениях органической школы. Так, Аренс признает мотивом человеческой деятельности стремление к воплощению человеческого идеала, тождественного с высшим благом для человечества. Но стремление это выражается в стремлении к различным отдельным целям, обусловленным человеческой природой. Так как человек есть, прежде всего, самостоятельное, отдельное существо, то цели его вытекают, прежде всего, из потребностей индивидуальной жизни; таковы сохранение жизни, здоровья, чести. Но человек есть также и существо общежительное; поэтому у него имеются и общественные потребности: язык, религия, наука, искусство. Таким образом, получают две группы благ, составляющих цели человеческой деятельности. Обе эти группы благ Аренс называет материальными благами. Но рядом с ними существуют еще блага формальные, которые не представляют собою особенных человеческих интересов, но только определенное соотношение между различными элементами человеческой жизни. Таковы нравственность и право. Нравственность регулирует мотивы и цели человеческой деятельности, а право есть определение зависящих от человеческой воли условий осуществления указываемых нравственностью целей.

Подобные же взгляды весьма распространены и между современными представителями положительного направления: известный государствовед Еллинек определяет соотношение права и нравственности так, что право есть этический минимум, т. е. совокупность тех нравственных требований, соблюдение которых на данной стадии общественного развития признается безусловно необходимым. Право, следовательно, с такой точки зрения есть только часть нравственности, та именно часть, которая составляет необходимое условие данного общественного порядка. Все, что в нравственных требованиях содержится сверх этого необходимого минимума, составляет нравственность в тесном смысле в отличие от права. Соблюдение таких нравственных требований только желательно, а не необходимо: это своего рода этическая роскошь.

В несколько видоизмененной и более точной форме повторяет, в сущности, то же самое и Валлашек. Право и нравственность должны бы были, по его словам, относиться друг к другу собственно как форма и содержание. Нравственность указывает идеал человеческой деятельности; право есть попытка его действительного осуществления. Следовало бы, чтобы вся нравственность облекалась в форму права, и чтобы все право пополнялось нравственным содержанием. Но так как нравственные правила лишены пока для нас объективной доказательности, то, в виду такой гадательности и спорности нравственных правил, люди должны довольствоваться осуществлением в форме права лишь того, что, безусловно, необходимо для существования обществ. Поэтому право есть не самый этический минимум, а только его осуществление.

Подобного рода подчинение права нравственности, как средства цели, как формы содержанию, представляет, однако же, такую же, хотя, и в противоположном направлении, крайность, как и прежнее полное обособление права и нравственности. В праве нельзя видеть только осуществление нравственности уже потому, во-первых, что не все содержание права определяется нравственными началами. Многие правовые положения представляются с нравственной точки зрения совершенно безразличными. Таковы, например, определения форм юридических действий, сроков, числа свидетелей и т. п.

Во-первых, неправильность такого взгляда на соотношение права и нравственности доказывается в особенности тем, что к числу разнообразных интересов, могущих требовать разграничения, относится, между прочим, и возможность каждому руководиться в своих

действия своими собственными нравственными убеждениями. Так как нравственные убеждения у отдельных людей не одинаковы, а различны, то содержание права не может быть сведено все к осуществлению нравственного идеала: оно, кроме того, должно дать и разграничение могущих сталкиваться между собой в своем практическом осуществлении различных противоречащих друг другу нравственных идеалов.

Взаимное соотношение права и нравственности не может быть подведено под одну общую формулу, одинаково применимую ко всем стадиям и типам общественного развития. Когда все общество держится одних и тех же нравственных воззрений, ими, конечно, определяется и разграничение сталкивающихся интересов отдельных личностей. При разграничении интересов, имеющих по общему, для всех бесспорному признанию, не одинаковую нравственную цену, выше ценимому с нравственной точки зрения интересу не может быть не отдано преимущество; противоречащие ему низшие интересы не могут быть не стеснены в своем осуществлении. Поэтому в первобытном обществе, где нет разнообразия нравственных воззрений, где все подчиняется исстари установившимся нравам, и разграничение интересов определяется ими, и потому право по содержанию своему почти сливается с нравственностью. Когда же с развитием общественной жизни исстари сложившиеся нравы под влиянием более сложных и более изменчивых общественных условий, теряют свою прежнюю неподвижность и однообразие, и в общественное сознание начинают проникать новые нравственные понятия, право, как требующее непременно общего признания, дольше всего сохраняет в своем основании старые нравственные начала. Тогда нравственные суждения расходятся с той оценкой интересов, на которой основано устанавливаемое правом их разграничение. Нравственные понятия оказываются более прогрессивными, более развитыми, чем право. Право представляет тогда собою как бы низшую степень развития, уже пройденную нравственностью. Но такое соотношение права и нравственности не есть что-либо необходимое. Там, где право создается не старыми народными обычаями, а сильною правительственной властью, не связанною безусловным подчинением народным воззрениям, законодательство может, наоборот, исходить из нравственных понятий, далеко опережающих собою общий уровень нравственного развития данного общества. Наконец, когда с еще большим осложнением условий общественного развития, в обществе образуется одновременно несколько однообразных нравственных учений, в основу разграничения интересов для всех обязательным правом может быть принято только то, что всем им обще, всеми ими одинаково признается. Благодаря этому образуется известная сфера нравственных вопросов, в отношении к которым, как к лишенным общего признания, право остается индифферентным. Пределы этой сферы и степень, так сказать, расхождения прав и нравственности по содержанию не постоянны, а меняются в зависимости от того, как широк круг общепризнанных нравственных правил. И нельзя сказать, чтобы с постепенным ходом общественного развития эти пределы изменялись в одном определенном направлении. Конечно, с развитием общественная жизнь делается сложнее и разнороднее, и потому открывается большая возможность для разнообразия нравственных воззрений, но и на высоких ступенях общественного развития могут быть моменты общего увлечения определенным религиозным или нравственным учением: тогда и право в большей степени проникается нравственными началами.

## § 8. Право и закон в научном смысле

*Милль.* Система логики. I. С. 345. *Eucken.* Geschichte und Kritik der Grundbegriffe der Gegenwart. 1878. S. 115. *Муромцев.* Очерки общей теории гражданского права. 1887. С. 85.

Всякая вообще норма, будет ли это норма юридическая или нравственная, этическая или техническая, есть правило, обусловленное определению целью, другими словами – правило должного; этим все вообще нормы, отличаются от законов в научном смысле. Закон в научном смысле есть общая формула, выражающая подмеченное однообразие явления. Закон выражает не то; что *должно* быть, а то, *что есть* в действительности, – не должное, а сущее. Закон

есть лишь обобщенное выражение действительности.

Отсюда вытекает далее то различие нормы и закона, что нормы могут быть нарушаемы; нарушить же закон невозможно. Нормы только указывают, как должно поступать для достижения определенной цели. Но можно поступать и не так, как должно, можно и уклониться от соблюдения нормы; закон же, напротив, не зависит от чьей-либо воли, так как выражает не то, что должно быть осуществлено чьей-либо волей, а то, что независимо от человеческой воли, существует, необходимо.

Наконец, нормы и законы различаются еще и тем, что нормы, руководя деятельностью людей, указывая им пути достижения их целей, причинным образом обуславливают поступки людей, следовательно, служат причиной явления. Законы, выражая лишь уже существующее однообразие явлений, не могут быть причиной этих явлений. Закон объясняет нам, не *почему* явления совершаются, а только, *как* они совершаются. Не законы суть причина явлений, а другие явления же, причинным образом их обуславливающие. Так, закон тяготения не объясняет, почему тела тяготеют друг к другу, а только как они тяготеют. Если же иногда говорят, что такое-то явление совершилось, *потому что* существует такой-то закон, «*потому что*» означает здесь не причинную, а логическую связь. Дело в том, что законами принято называть только наиболее общие формулы однообразия явлений, которые уже нельзя свести к другим, еще более общим. Поэтому все частные обобщения представляются как бы логическими выводами из законов, как наивысших обобщений. Например, если мы скажем, движение падающего тела есть ускорительное, *потому что* тяготение обратно пропорционально квадрату расстояния, то первое, частное положение есть логический вывод из второго, общего положения. Причинной же связи здесь нет.

Итак, в отличие от нормы, как правила должного, могущего быть нарушенным и служащим причиной человеческих действий, закон в научном смысле есть лишь выражение действительно существующего однообразия явлений, не допускающего отступлений, и потому самому не может быть причиной этих явлений.

Такое понимание закона так прочно установилось в современной науке, что оно одинаково принимается и позитивистами, и метафизиками. Так, Льюис предостерегает от «заблуждения», будто законы управляют явлениями, между тем как на самом деле они только служат формулой для выражения явлений. То же самое говорит и Эд. Гартман: «Законы не суть какие-то витающие в воздухе существа, а лишь абстракции от сил и веществ; только потому, что данная сила и данное вещество таковы, а не иные, действуют они так, а не иначе. Это постоянство определенного действия (Constanz des So Wirkens) и есть то, что мы называем законом»<sup>7</sup>.

Юридические нормы не выражают того, что есть, а указывают лишь, что должно быть; они могут быть нарушаемы, они вместе с тем служат причиной явлений, а именно всех тех явлений, совокупность которых образует юридический быт общества. Поэтому юридические нормы не могут быть подводимы под понятие закона в научном смысле. Каково же их взаимное соотношение? Юридическая литература дает весьма различные ответы на этот вопрос.

Одни утверждают, что юридические нормы заменяют собою в отношении к общественной жизни действие законов в научном смысле.

Между тем, как в природе однообразный порядок устанавливается сам собой, в силу необходимой закономерности явлений, в человеческом обществе порядок устанавливается искусственно, посредством осуществляемых человеческою волею юридических норм. Предполагается, что в общественной жизни, слагающейся из сознательных людских действий, не может иметь места действие законов в научном смысле. Это воззрение обусловлено ошибочным мнением, будто бы законы суть причины явлений – заблуждение, объясняемое тем, что слово закон употребляется не только для обозначения законов в научном смысле, но и для обозначения норм. В этом смысле говорят о законах искусства, нравственности, о законах божественных, государственных. И первоначальное значение слова закон (νομος, lex) было именно таково. Под законом первоначально разумелось не выражение необходимого

<sup>7</sup> Льюис. Вопросы о жизни и духе. I. С. 105. Nartmann. Philosophie des Unbewussten. II. S. 96.



однообразия явлений, а правило, установленное чьей-либо сознательной волей. Еще у Аристотеля не было понятия о законе в научном смысле. Только римляне начали употреблять закон для обозначения не только правил человеческой деятельности, но и необходимого порядка явлений природы. Так, у Лукреция говорится о *leges naturae*. Если держаться первоначального значения, если понимать закон как причину явлений, если думать, что явления совершаются так, а не иначе, в силу существования в мире законов, как каких-то особых сил, принуждающих явления совершаться определенным образом, то, конечно, придется выделить в обособленную сферу область явлений, вызываемых нашей волею, так как в отношении к ним очевидно, что причина их не закон, а воля.

Но в действительности законы, как мы уже знаем, вовсе не должны быть признаваемы причинами явлений. Закон – скорее результат, нежели причина. При таком правильном понимании закона нет никакого основания не распространять действия законов и на человеческую деятельность. Наши действия вызываются сознательной волею – это бесспорно. Но это объясняет только, *почему* мы действуем: потому что в нас есть воля, побуждающая нас к деятельности. Но этим одним еще не объясняется, *как* мы действуем. Природа всех людей представляет известные общие свойства и эта общность приводит к тому, что в деятельности замечается в общем известное однообразие. Будучи нами подмечено и формулировано, это однообразие составит закон нашей деятельности. Таким образом, понятие закона, как подмечаемого однообразия явлений, применимо одинаково и к человеческой деятельности. Нельзя сказать, чтобы законы в отношении к ней не действовали, чтобы они должны были тут заменяться чем-либо другим. И действительно, современной науке уже удалось доказать существование известной закономерности общественных явлений. В особенности много содействовали этому статистические исследования, указавшие на существование постоянных законов для многих явлений общественной жизни. Делают также попытки путем историко-сравнительного изучения жизни человеческих обществ прийти к установлению законов сосуществования и развития социальных явлений. Если же раз могут быть установлены законы общественных явлений, нельзя уже считать юридические нормы заменой законов в отношении к человеческому обществу.

Прямую противоположность рассмотренному воззрению составляет такое понимание соотношения норм должного и законов, что между ними нет принципиального различия: то, что мы называем нормами должного, нравственностью, правом, есть не более, как наша догадка о тех законах, которыми с необходимостью определяется наша деятельность. По несовершенству нашему мы не можем достигнуть полного абсолютного знания, но бесконечно к нему приближаемся, заменяя одни догадки об управляющих нами законах другими, все более и более приближающимися к истине.

Но и такое решение вопроса, подобно выше рассмотренному, грешит грубым смешением существенно различных понятий. Как то основывалось на смешении законов явлений с их причинами, так это на игнорировании существенного принципиального различия между нормами и законами. Различие это, совершенно не допускающее возможности видеть в праве только человеческую догадку о законах, управляющих человеческую деятельность, сказывается, главным образом, в двух отношениях. Во-первых, право не есть, помимо воли и сознания людей, существующий порядок, людьми только подмеченный, как это имеется в отношении к законам. Если даже признать существование абсолютного и вечного права, все-таки действительное осуществление его не совершается помимо сознания и воли людей. И абсолютное, вечное право мыслимо только как требование соблюдения известного поведения людьми, а не как само собой устанавливающееся однообразие их поведения. Составители известной Декларации прав гражданина и человека, признавая свободу, равенство и братство неизменными началами права, не могли вместе с тем не признать, что забвение их людьми мешало долгое время их осуществлению. Но законы в научном смысле не зависят от того, знают ли их люди, или нет. Они действуют одинаково и до открытия их людьми, и после. Открытие Ньютоном закона тяготения ничего не изменило в порядке явлений тяготения. И до Ньютона, и после него сила тяготения остается неизменно прямо пропорциональной массе и обратно пропорциональной квадрату расстояния. Напротив, если сравнить общество античное, которому чужда была идея равенства, и современное общество, усвоившее эту идею, мы

увидим между ними существенное различие, хотя бы в существовании рабства. Другое резкое отличие законов от права это их неуклонное, не допускающее нарушений, действие. Закон есть необходимый порядок. Право, напротив, непрестанно нарушается даже теми, кто знает и признает его. Поэтому нельзя сказать, чтобы право было порядком необходимым. Оно порядок обязательный, но это совсем не то, что необходимый. Обязанности мы хотя и должны не нарушать, но все же можем нарушить. Против необходимости же мы бессильны; мы не можем не следовать необходимости. Необходимость освобождает даже от обязанности, *impossibilium nulla obligatio*.

Таким образом, каких бы воззрений на право мы ни держались, мы не можем не прийти к тому заключению, что право не представляет главных отличительных свойств закона в научном смысле.

Вглядываясь ближе в характер юридических законов, не трудно заметить, что общность их весьма относительна и далеко не может быть отождествляема с тою общностью, какую мы приписываем законам в научном смысле. Закон в научном смысле есть общее однообразие данной группы явлений, не допускающее исключений. Его действие не изменяется по времени и месту. Всегда и везде и для всех однородных случаев без исключений он имеет безусловную силу. Кроме того, законом в науке принято называть не всякое сколько-нибудь общее положение, а только то, которое при данных условиях есть крайний предел возможного обобщения и не может уже быть сведено к другой более общей, более простой формуле.

Общность юридических законов, напротив, крайне условна. Он общее правило, но только для отношений, существующих в данном обществе и в данный промежуток времени, вообще довольно ограниченный. Следовательно, в различных местностях и даже в одном и том же месте в разное время действует несколько разных законов. При этом юридические нормы не представляют вовсе крайнего предела возможного обобщения. Выраженная в том или другом обычае или законодательном постановлении юридическая норма есть только одна из многих и разнообразных норм, существующих для регулирования отношений данного рода и всегда может быть сведена к более общему и простому принципу. Юридическая норма не есть поэтому выражение общего и постоянного в юридических отношениях, а представляет особую частный и изменчивый элемент юридического порядка. Нормы возникают, меняются, исчезают, влияют известным образом на склад юридических отношений, служат причиной того, что эти отношения принимают ту или другую форму. Таким образом, они соответствуют не законам в обыкновенном научном значении, а частным явлениям, закон которых путем обобщения требуется еще установить. Да и в самом деле, если нормы юридические, как мы это показали, не могут быть ни отождествляемы с законами, ни признаны заменяющими их в нравственной области, то чем иначе им быть, как не явлениями? Что юридические законы и закон в научном или философском смысле понятия совершенно разнородные, на это указывал еще в самом начале настоящего столетия Густав Гуго, основатель исторической школы правоведения. К сожалению, у ближайших его последователей эта мысль не нашла себе должного развития и многие юристы и до сих пор продолжают, увлекаясь сходством названий, смешивать законы юридические с законами в научном смысле.

## § 9. Относительность права

Выяснение действительного отношения права к законам в научном смысле составляет необходимое условие для определения того, какой характер имеет право: абсолютный или относительный? Если юридические нормы представляют собою лишь особую группу явлений общественности, право, как и все явления вообще, имеет, конечно, относительный характер. Будучи явлением, право изменчиво, зависимо от условий времени и места. Самое различие правого и неправого, подобно различию положительной и отрицательной квалификации всякого явления, подобно различию тепла и холода, тяжелого и легкого и т. п., обусловлено нашим субъективным отношением. Одно и то же разграничение интересов в зависимости от субъективного отношения может быть признаваемо то правым, справедливым, то неправым, несправедливым. Если так, то и круг явлений, составляющих предмет науки права, определяется не противоположением правого неправому, а противоположением всех явлений,

допускающих юридическую квалификацию, положительную или отрицательную, все равно, тем явлениям, к которым она вовсе неприложима, которые вовсе не могут быть определены ни как правые, ни как неправые.

Совершенно иначе ставится дело, если право – закон общественных явлений или нечто заменяющее для них закон. В таком случае право это то, что согласно с таким законом, выражающим собою, как и всякий другой закон, необходимый, постоянный, никогда не изменяющийся порядок явлений. Следовательно, право должно тогда быть уже не относительным, а абсолютным, независимым от условий времени и места, вечным и всеобщим. Различие правого и неправого при таком взгляде на дело будет различием совершенно объективным, основанным не на субъективном к нему отношении, а на неизменном законе, служащем выражением объективной действительности. При такой точке зрения совершенно изменяется и определение задачи науки. Научное выяснение права должно тогда начинаться с определения этого закона права.

Не определив его, нельзя сделать ни шагу в научном изучении права по той простой причине, что без этого мы не знаем, что право, что нет, не знаем, что должно составить самый предмет нашего исследования.

В таком направлении и действительно шла почти вся старая литература по общим вопросам права. Прежде всего и во что бы то ни стало, требовалось найти основной принцип права, как мерило, критерий для различения правого от неправого. Этот принцип права должен был явиться своего рода философским камнем, долженствующим раз навсегда указать нам секрет определения абсолютно правого порядка, годного везде и во всякую эпоху исторического развития. Общительность, страх, влечение к благу, усовершенствование, свобода, равенство, гармоническое развитие и ряд подобных принципов по очереди выставлялись в этом качестве, и все они не выдержали практической пробы. Действительная жизнь народов с ее пестрым содержанием решительно не укладывалась в те рамки, какими думала ей предначертать эта алхимия права. И если б для научного изучения права не было иного, более твердого пути, пришлось бы стать на сторону тех, которые, отчаявшись найти какую либо твердую опору для науки в этих эфемерных построениях, суживают задачу правоведения до простого искусства толкования отдельных национальных систем права, искусства, служащего исключительно непосредственным потребностям практики.

Но с признанием права совокупностью явлений, для научного изучения открывается другое направление. С признанием права лишь совокупностью явлений, прежнее абсолютное противоположение правого и неправого заменяется чисто относительным их различием. В явлениях нельзя найти абсолютного противоположения. Так, например, различие тепла и холода есть различие совершенно относительное: что по Реомюру будет холодом, то по Фаренгейту теплом. Все зависит от выбранного мерил и абсолютного мерил нет. Физик, исследуя явления тепла и холода, ставит задачей не определение «абсолютного» различия между теплом и холодом, а выяснение особенностей этой группы явлений их сравнении с другими, например, с явлениями света, электричества. Точно так же ставится вопрос и в исследовании права, когда под ним разумеют совокупность правовых явлений. Различие правого и неправого является при таком воззрении *относительным* и, следовательно, изменчивым; что у одного народа и в данную эпоху признается правым, у другого – неправым. Мало того, и в отношении к данной стадии исторического развития определенного народа различие это относительно, относительно по необходимости, так как нет неизменного мерил. Так, судья, становясь на точку зрения действующего права, признает правым то, что согласно с законом, с обычаем. Публицист, имеющий дело не с применением закона, а с его оценкой, может и самый закон считать неправым, а противоположное ему – правым. Другой публицист, отправляясь от других воззрений, произнесет и другое суждение о правом и неправом, третий еще новое. При такой относительности различия правого и неправого задача науки права не может быть ограничена изучением одного лишь правого. Как механик изучает одинаково и скорое, и медленное движение, физик – явления тепла и холода, так и юрист, признающий право совокупностью явлений, относит к кругу своих исследований и правое, и неправое. Основное значение получает для него не различие правого и неправого, а различие права, то есть того, что относится к группе правовых явлений, и того, что вовсе не допускает правового

определения, в положительной или отрицательной форме – все равно.

Конечно, сводя мысленно отличительный момент данной группы явлений к нулю или бесконечности, мы можем представить себе, как абсолютные противоположности, бесправие и право. Но это будут только представляемые нами пределы правовых явлений, не имеющих никакого практического значения. Там, где бы имелся абсолютный нуль права, неприменимо различие правого и неправого, оно не имеет там смысла. И действительная историческая жизнь народов, конечно, никогда не представит нам этих предельных пунктов. Мы везде имеем дело с таким различием правого и неправого, которое далеко не достигает ни нуля, ни бесконечности.

Словом, для науки права нет вовсе надобности искать определение абсолютного различия правого и неправого; она не может признать такого различия, она распространяет свое изучение одинаково на правое и неправое, кладя в основу отграничения предмета своего исследования не различие правого от неправого, а права от того, что не есть вовсе право. Конечно, и теперь найдется много таких, что сочтут признание относительности права непростительной ересью. Но, взглядываясь в ход постепенного развития науки права с конца XVIII в., мы легко можем заметить, как этот принцип относительности мало-помалу завоевывает себе все более и более широкое признание. Школа естественного права, возникшая в XVII в. и положившая начало философскому изучению права, является представительницей строго абсолютной теории права. Но эта теория предполагала познание абсолютного существа человеческой природы и сокрушилась о решительную невозможность найти объективную мерку для различия того, что естественно в человеке и что нет. Историческая школа, выступившая в начале настоящего столетия на смену естественного права, делает первый шаг к признанию относительности права, выдвигая учение о национальном характере права. Если у каждого народа свое особенное право, то уже нельзя говорить об абсолютных принципах. Но и определение народного духа, его свойств; отграничение их от свойств индивидуального духа оказалось так же невозможным, как и разграничение в самом человеке «естественного» и «неестественного». Приходилось или принять мистическое учение Пухты, олицетворявшее народный дух, или, оставаясь на более реальной почве, признать, что народный дух есть лишь общее означение совместного проявления духа составляющих народ индивидов. А если так, то народный дух уже не может иметь никакого определенного содержания; следовательно, и право каждого данного народа не определено заранее в своем содержании, не есть мирный, сам собой развивающийся плод народного духа, а, напротив, есть результат борьбы разнообразных интересов, представляемых различными членами народа, и изменяется вместе с ходом борьбы. Все это и признает новейшая теория Иеринга, провозгласив, таким образом, полную относительность принципов права по их содержанию. В одном отношении Иеринг не решался, правда, признать относительности права. Признавая, что содержание правовых принципов решительно не может быть определено, что оно относительно, изменчиво, он полагает, однако, что источник этих принципов всегда необходимо один и тот же: государственная власть. Следовательно, в этом отношении он не признает относительности права. Но отсюда до признания полной относительности права один только шаг.

Признание полной относительности различия правого и неправого имеет весьма важное значение. Во-первых, с этой только точки зрения возможно установить единое понятие права, обнимающее все явления правовой жизни. В суждениях о праве всегда и везде замечается некоторая двойственность. С одной стороны, отдельные действия лиц обсуждаются с точки зрения согласия или несогласия их с действующим правом, с другой – и само действующее право подвергается обсуждению с точки зрения более общих принципов. При абсолютном различии правого и неправого это не может себе найти иного объяснения, как в признании существования двоякого права – положительного и естественного. Но учение об относительности различия правого и неправого дает другое объяснение. Разнообразие суждения о правом и неправом оно примиряет с единством права, оно сводит это разнообразие суждений к разнообразию тех критериев, какие применяются к определению правого.

Во-вторых, самое построение науки получается при этом более цельным. С господствующей точки зрения наука права должна изучать только право. Между тем, каждому юристу приходится иметь дело и с неправом, и даже имеется особая юридическая наука, уголовное право, специально изучающая правонарушения. Правда, криминалисты обыкновенно

утверждают, что настоящий предмет их науки наказание. Однако только учение о преступлении имеет собственно юридический характер; в учении о наказании преобладает, напротив, политический элемент, вопросы целесообразности. Центр тяжести юридической конструкции уголовного права лежит, конечно, в определении состава преступления, а не выяснения особенностей различных систем карательной организации. Признание относительности различия правого и неправого, относя и правое и неправое одинаково к предмету науки права, устраняет надобность в подобного рода натяжках.

В-третьих, признание относительности права уничтожает всякое основание к ограничению предмета науки права той или другой частной формой установления разграничения интересов. Раз все право относительно, нет основания исключать из круга изучаемых наукой права явлений, норм разграничения интересов, как бы эти нормы ни образовались: будут ли это нормы, установленные органами общественной власти, обычаям, или хотя бы субъективным правосознанием отдельных личностей. Конечно, субъективное правосознание относительно, и в его относительности усматривали основание недопустимости признать его наряду с «положительным» правом предметом науки права. Но раз все право относительно, нет более препятствий подводить под понятия права и вырабатываемые субъективным сознанием нормы разграничения интересов. И это сообщает науке права лишь большую полноту и целостность, даже более твердое основание, так как общее правосознание, выражающееся в обычаях и законодательстве, вырабатывается из индивидуального, и юридическая теория, игнорирующая индивидуальное правосознание, не может объяснить возникновение и развитие права.

Выставленное мною определение права как разграничения интересов предполагает полную относительность права. Оно охватывает собою всякое разграничение интересов, каково бы оно ни было на субъективный взгляд: справедливым или несправедливым, и как бы оно ни было установлено: обычаям, законодательством, судебной практикой или субъективным правосознанием.

## Глава II

### Основные различия в воззрениях на право

*Foulllee. L'idée moderne du droit. 1878. Пахман. Современные направления в науке права. 1880.*

#### § 10. Определение права по содержанию

Определение юридических норм как норм разграничения интересов не есть общепринятое определение права. Но в юридической литературе и нельзя вовсе найти определения, пользующегося сколько-нибудь общим признанием. Существующие определения весьма разнообразны и многие из них одинаково находят себе представителей среди выдающихся юристов. Приходится делать выбор между ними, а для сознательного выбора необходимо разобраться в этих определениях, выяснить основание и значение их различий. Вдаваться в подробный разбор существующих определений права было бы здесь неуместно. Это дело истории философии права, где различные определения права выясняются в их исторической преемственности. Для нашей цели достаточно остановиться на оценке лишь наиболее типичных и распространенных в настоящее время определений, лежащих в основании главных направлений современной науки права.

Сравнивая выставленное нами определение с другими, прежде всего, замечаем в нем отсутствие некоторых признаков, играющих в других определениях первенствующую роль. В нашем определении не указано самое содержание юридических норм, не указано, как разграничивают они сталкивающиеся интересы, какой принцип лежит в основании этого разграничения. Остается также открытым вопрос о том, как образуются юридические нормы, чем они устанавливаются. Наконец, не включено в наше определение указание и на

принудительный характер права, что многими считается основным отличительным его свойством. Но затем и вошедшие в наше определение признаки могут вызвать сомнения и споры. Одни, представители формального направления, скажут, что право есть разграничение, но только не интересов, а *воли*; другие, представители утилитарного направления, найдут, напротив, что следовало бы, вместо разграничения интересов, сказать *охрана* интересов. Придется, следовательно, объяснить, почему мы выбрали именно такую среднюю формулу, стоящую меж двух крайних, противоположных взглядов и не определяющую ни содержания, ни источников, ни способа осуществления юридических норм.

Определить право по содержанию можно было бы лишь при условии одинаковости и общности содержания всех юридических норм, т. е. если бы они содержали в себе лишь частные выводы из одного и того же общего начала. Между тем, в действительности не только право различных народов и различных исторических эпох, но даже право каждого отдельного народа, взятое в данный исторически момент, не представляет никогда единой, целостной системы последовательных выводов из одного общего начала. Право каждого народа есть плод постепенного развития в последовательной смене различных исторических эпох. А каждая историческая эпоха приносит свои нравственные воззрения, свои бытовые условия, определяющие и содержание права. Поэтому и право каждого отдельного народа состоит из целого ряда исторических наслоений.

К этому присоединяются обыкновенно еще и заимствования из чужого права, и таким путем к противоположению старых и новых юридических принципов присоединяется еще противоположение самобытных и заимствованных. Все это делает содержание каждого права крайне пестрым. При таких условиях попытка определить право по его содержанию неизбежно приводит к установлению определений, указывающих не то, каково в действительности всякое существующее право, а каким оно должно быть по чему-либо субъективному мнению. Вместо объективного научного определения права мы получаем тогда субъективное суждение о нем. Свести к одной общей формуле разнородное содержание всех существующих и существовавших юридических норм невозможно, и потому для определения права по содержанию выбирают один из разнообразных юридических принципов. Выбор этот не может быть основан ни на каких объективных данных и потому зависит от субъективного усмотрения. И в самом деле, определения этого рода оказываются чрезвычайно разнообразными. Усовершенствование человеческого общества (Лейбниц), гармоничное развитие личности (Аренс), упрочение и развитие нравственного порядка (Тренделенбург), этический минимум (Еллинек), осуществление благ жизни (Капустин), примирение равенства и свободы (Соловьев) и ряд других начал выставляются различными мыслителями как отличительное содержание юридических норм. Но в действительности мы находим существующими и существовавшими множество юридических норм, вовсе не ведущих к гармоничному развитию личности (например, законы сословного строя), ни к примирению свободы и равенства (например, законы, устанавливающие рабство) и т. п. Поэтому такие определения не указывают вовсе общих признаков всякого права, а только намечают идеал будущего развития права, и притом совершенно субъективный, как это ясно уже из самого разнообразия подобных определений.

Однако между ними есть одно, пользующееся весьма большою популярностью. Его можно найти у представителей самых разнообразных направлений. Это определение юридических норм, как *норм свободы*<sup>8</sup>.

Причина популярности такого определения обусловлена, прежде всего, некоторою его двусмысленностью. Если видеть в определении права как норм свободы определение содержания права, то надо понимать его так, что основанием всех юридических норм служит

---

<sup>8</sup> Hobbes: Neque enim jus aliud significatur, duam libertas, duain quisque habet facultatibus naturalibus secundum rectam rationem utendi. Kant: Das Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür, des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann. Krause: Das Recht ist ein Lebensgesetz für die Freiheit vernünftiger Wesen. Fridländer: Das Recht ist die Gestaltung der Lebensverhältnisse zum Zwecke der Freiheit. Bouman: Das Recht ist der Inbegriff derjenigen Forderungen vom Mensch zum Mensch, welche für einen auf Freiheit Aller gegründeten Verkehr unerlässlich sind. Пахман: Право есть мера свободы в общежитии. Binding: Das Recht ist eine Ordnung menschlicher Freiheit.

начало свободы, определяющее собою содержание всех отдельных норм права: все они должны представлять тогда лишь частное применение начала свободы к нормировке различных человеческих отношений.

Так именно и понимает это Кант. Для него все право есть лишь совокупность частных логических выводов из основного веления действовать так, чтобы моя свобода совмещалась со свободой всех и каждого. Но под такое определение невозможно подвести все действительно существовавшие юридические нормы. Законодательства кастовых государств Востока, античных государств, допускавших существование рабства, сословных государств Средневековья показывают, что невозможно видеть в каждой юридической норме лишь логический вывод из принципа свободы. Да и сам Кант, выставляя свое определение, имел в виду не право исторической действительности, а право разума, *Vernunftrecht*. Когда же определение права, как норм свободы, применяют к положительному, исторически развивающемуся праву, то его понимают совершенно иначе. Юридические нормы признают тогда нормами свободы не в том смысле, будто все они являются по своему содержанию лишь последовательными выводами из начала свободы, а в том, что все они так или иначе ограничивают свободу человека, устанавливают ограничения, пределы, меру, и в *этом смысле норму свободы*. При таком понимании определение права как норм свободы, действительно, охватывает собою все юридические нормы. Разграничивая интересы, право неизбежно тем самым ограничивает их осуществление и, следовательно, ограничивает в этом отношении свободу человека. Но если так определением права, как норм свободы, вовсе не определяется содержание юридических норм. Указывается только, что они ограничивают, нормируют свободу, но не указывается, как именно. Вопрос о содержании юридических норм остается тут так же открытым, как и при моем определении права как разграничения интересов.

Нельзя, однако, сказать, чтобы при таком понимании определение права, как норм свободы, было тождественно с определением его, как разграничения интересов.

Если под нормой свободы разуместь всякое ограничение свободы, то такое определение окажется уже чересчур широким. Всякая обязательная норма непременно устанавливает ограничение свободы, не только норма права, но также и норма нравственности. Таким образом, определение права, как норм свободы, само по себе недостаточно, не полно. Оно оставляет без выяснения, чем правовые ограничения свободы отличаются от моральных.

С другой стороны, определение права, как норм свободы, представляет еще и тот недостаток, что им как бы предполагается резкое противоположение и полное обособление интересов отдельных личностей и тем придается праву исключительно разделяющая, а не соединяющая функция. В самом деле, свобода может быть принадлежностью только отдельной личности, как субъекта сознательной воли, и притом свобода – чисто отрицательное понятие, указывающее именно на противоположение личности всему остальному миру, на ее индивидуальное обособление. Свобода есть только отсутствие зависимости, связи; она не предполагает вовсе никакого определенного содержания. Напротив, понятие интереса, потребности есть понятие положительное, и потребности, интересы личности есть именно то, что связывает ее со всем окружающим миром и, в частности, с другими людьми. Наши интересы не суть исключительно наши личные, индивидуальные интересы. Большинство их являются общими интересами или всего человечества, или, по крайней мере, известной группы людей. И при осуществлении этих общих интересов мы можем сталкиваться с другими людьми, и для них требуется разграничение. Но, разграничивая такие общие интересы, право не отграничивает свободу отдельных личностей, а соединяет их единством права на осуществление общего их интереса. Так, например, нормы международного права, разграничивающего интересы общечеловеческие и интересы национальные, не могут быть определены как нормы свободы, потому что в основу разграничения интересов тут кладется не противоположение свободы одного свободе другого, а противоположение частного и общего, национального и общечеловеческого. Для человека же и то, и другое есть одинаково свое; он неизбежно есть и человек, и член отдельной нации. При разграничении поэтому таких интересов не отграничивается свобода одного в отношении к другому, а просто разграничиваются два интереса, одинаково входящие в состав моей свободы. Или другой пример. Государство, заинтересованное в том, чтобы дешевизна производства в настоящем не

приводила к гибели общества в будущем, в силу физического и духовного вырождения рабочего населения, ограничивает продолжительность рабочего дня, запрещает ночную работу женщин, вовсе запрещает работу малолетних и т. д. Эти правила не составляют вовсе разграничения свободы рабочего и капиталиста. Они одинаково стесняют свободу того и другого. В частных случаях для рабочего они могут оказаться стеснительнее, чем для фабриканта. Но ими обеспечивается в будущем здоровье и нравственность рабочего класса. Тут опять нет противоположения свободы и зависимости одного частного интереса другому, а есть противоположение настоящего и будущего, временного и постоянного. И каждый из нас живет столько же в настоящем, сколько и в будущем; чтобы чувствовать себя вполне свободным в настоящем, надо быть уверенным в будущем. Следовательно, и в этом примере нет отмежевания свободы одного от свободы других, а есть только разграничение интересов, составляющих содержание свободы каждого.

Определение права как норм свободы есть выражение индивидуалистического направления в науке права. Покуда в обществе человеческом видели совокупность автономных личностей, связанных сознательным договором, а в праве систему правил, размежевывающих свободу этих личностей, такое определение было вполне последовательно. С изменившимися взглядами на общество и на отношение к нему личности оно оказывается непригодным. Личность не признается уже теперь высшим, определяющим весь общественный порядок фактором. В ней видят, напротив, произведение общества и скорее склонны личность подчинять обществу, а не наоборот. Законодательство не ограничивается размежеванием одних индивидуальных интересов, а все больше и больше обращает внимание на регулирование общих интересов, не могущих быть приуроченными к отдельной личности. При таких условиях определение права как норм свобода уже не может быть удерживаемо.

## § 11. Определение права по источнику

*Муромцев.* Определение и основное разделение права. 1879. *Thon.* Der Rechtsbegriff (Zeitschrift für Privat und öffentliches Recht. B. VII. 1888. S. 245). *Schäffle.* Bau und Leben des socialen Körpers. B. I. 1881. S. 623. *Shien.* Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz. 1889.

Определения юридических норм по их источнику более объективны, нежели определения по содержанию. Они не переходят в суждение о праве, не указывают, чем должно бы быть право, а имеют в виду указать отличительный признак действительно существующих юридических норм. Этим, конечно, и объясняется популярность их среди юристов того направления, которое служит реакцией против идеалистических увлечений прежнего времени. Особенно распространившееся за последнее время в Германии направление это отсюда перешло и к нам.

Определения такого рода представляют, так сказать, две разновидности. Одни определяют юридические нормы как нормы, устанавливаемые органами государственной власти; другие более общим образом признают источником права общество в его целом.

В первом случае юридические нормы – это веления органов государственной власти. Право при таком взгляде понимается только как совокупность государственных законов. Все, что не основано на таком законе – не есть право. Поэтому нет права там, где нет государства: право возникает только в государстве, есть его исключительный продукт. Обычное право, следовательно, не есть действительное право. Не может быть и права, которое бы действовало за пределами отдельных государств; другими словами, не может быть международного права. С другой стороны, так как закон признается тут единственным источником всякого права, то воле законодателя не могут быть уже противопоставляемы никакие другие начала права, вырабатываемые обычаями, наукой, субъективным сознанием. Таким образом, право и закон тут отождествляются.

Популярность такого воззрения коренится, прежде всего, в потребностях юридической практики. В юридической жизни вопрос о праве, действительно, сводится большею частью к



вопросу о том, что предписано законом. Обычное право в современных государствах играет сравнительно ничтожную роль, будучи почти совершенно заслонено законодательством. Теоретическими вопросами права, оценкой законодательства приходится заниматься весьма немногим. Громадное большинство самим обиходом жизни приучается смешивать понятия права и закона. Привыкнув видеть в законе мерило разграничения интересов, забывают, что и интересу законности, интересу неуклонного действия закона могут быть противопоставлены другие интересы, вынуждающие иногда и самую власть отказаться от безусловного поддержания авторитета закона, например, даруя амнистии.

Но кроме этого практического основания, положительное воззрение на право находит себе основание и в теоретических стремлениях и при том самого разнообразного рода. Представители «старомодного» направления, сторонники существования абсолютной идеи справедливости видят в отождествлении права с законом средство примирить свое учение с действительностью. Разнообразие и изменчивость, словом, относительность положительного права – факт слишком яркий. И вот, чтобы спасти догмат существования абсолютной справедливости, проводят резкую грань между правом и справедливостью, признавая право лишь случайной, изменчивой формой справедливости. Признавая относительность права, думают тем вернее отстоять абсолютный характер справедливости. Так поступал еще старик Шталь. Но и в современной литературе не переводятся представители того же направления. Сошлемся хотя бы на Адольфа Лассона («System der Rechtsphilosophie» von Adolf Lasson, 1882 г.). Право, говорит он, есть внешний порядок, с более или менее случайной исторической формой. Потому, все право есть право положительное. Поэтому право может существовать только в государстве и есть произведение государственной власти. Справедливость же есть начало абсолютное и именно начало равенства. Ее отношение к праву есть отношение идеального требования (*ideale Anforderung*), которое, однако, никогда не осуществится вполне. Такая постановка вопроса, без сомнения, делает более возможной защиту существования абсолютного принципа справедливости, так как тут самая объективная, самая осязательная форма выражения человеческого сознания о справедливом – положительное право признается за нечто принципиально отличное от справедливости, противоположное ей, и затем, для исследования собственно справедливости, остаются лишь более субъективные, менее определенные выражения нашего о нем сознания. Неопределенность, неуловимость исследуемых явлений затрудняет получение и определенного результата.

Но и между представителями реалистического направления, вовсе не имеющими в виду отстаивать существование абсолютной идеи справедливости, распространено отождествление права с законом. Реалисты надеются применить к изучению права положительный метод, вырабатывающийся в сфере естествознания. При сравнении науки права с естествознанием, прежде всего, бросается в глаза внешняя, так сказать, осязательность самого предмета естественных наук. Так вот, задаваясь целью применить к правоведению тот же положительный метод, который обусловил такой успех в естествознании, думают достичь этого приданием и предмету науки права, по возможности, такой же определенности, такой же осязательности. А сама осязательная форма права, конечно, закон. И вот, отождествление права с законом признается требованием положительного метода.

Благодаря всем этим условиям, отождествление права с законом в смысле веления высшего органа государственной власти очень распространено. Но ни у кого это воззрение не нашло такого резкого и последовательного выражения, как у Шейна. Право, по его определению, есть норма, устанавливаемая государством, и при том не норма деятельности отдельных лиц, а норма деятельности самого государства. И притом эта норма не выражает собою веления государству действовать так или иначе, а только указывает, как государство обыкновенно действует. Право для государства то же самое, что для отдельного лица совокупность принципов, которым оно следует в своей деятельности, которые оно само по себе поставило или которые оно произвольно постоянно соблюдает. Под государством же Шейн понимает не все государственное общество, а только правительство, только органы власти.

Даже и частное право признается им лишь совокупностью правил государственной деятельности. Все правила гражданского права существуют лишь для того, чтобы служить нормами судебной деятельности. Законы имеют значение лишь заявлений государства, что оно

по общему правилу будет делать при определенных условиях.

Такое определение права сводится, в сущности, к его отрицанию, к признанию, что нет особых юридических норм наряду с техническими и нравственными. Ведь деятельность государства есть деятельность людей, признаваемых органами государственной власти. Но положение человека в качестве органа власти не может изменять его психической природы. Человек и в таком положении руководится в своей деятельности техническими и этическими правилами.

Следовательно, принимая определение Шейна, придется признать, что любое техническое правило, хотя бы, например, правило строительного или врачебного искусства, насколько им руководствуются в своей деятельности органы государственной власти, становится в силу этого самого юридической нормой, и что вместе с тем все правила государственной деятельности, безо всякого различия, суть юридические нормы, составляют право данной страны.

Между тем, в действительности, нигде и никогда не придается одинаковое значение всем правилам государственной деятельности. Напротив, мы постоянно встречаемся с различием вопросов права и вопросов политики. Осуществляя разнообразные задачи государственного управления, органам власти приходится руководствоваться различными техническими правилами, но правила гигиены или строительного искусства не обосновывают ничьих прав и обязанностей и тогда, когда ими руководствуются не частные лица, а органы власти.

Обыкновенно не идут так далеко, как Шейн, и признают юридическими нормами лишь те правила, которые государство устанавливает, как обязательные<sup>9</sup>. В таком случае отличительную особенность права считают то, что основанием его обязательности служит веление государственной власти. Это дает возможность отличить юридические нормы от норм нравственных и технических, но зато, с другой стороны, слишком суживает понятие права, приводя к отождествлению права с издаваемыми государственной властью законами и к отрицанию обычного права. Между тем, изучение явлений правовой жизни на каждом шагу убеждает в невозможности признать законодательство единственной формой права.

Юрист, отождествляющий право с законом не может все-таки уйти от вопроса об образовании закона. Он должен же исследовать первое возникновение положительного закона и процесс его образования в современном быту. Но такое исследование приводит неизбежно к выводам, сильно колеблющим сведение всего права к форме закона. История показывает нам, что первые законы были ничем иным, как записанными лишь обычаями, и до такой записи охранявшимися существовавшим тогда судебным процессом. Все первоначальное законодательство носит характер лишь дополнения, придатка к обычному праву. Оно устанавливает в отношении к нему частные дополнения и изменения, и потому самому предполагает необходимо его существование. Таким образом, мы видим, что закон от обычая отделяется лишь чисто внешним актом подтверждения обычая государственной властью. Следовательно, условия возникновения законодательства решительно не позволяют отождествлять все право с его частной формой, законом, и не считать правом юридических обычаев. Но то же самое мы увидим, если обратимся к процессу образования законов в современном быту. И тут сложившиеся в обществе убеждения о праве и неправедности переходят в закон в силу опять-таки чисто внешнего формального акта, например, голосования в парламенте. Содержание же закона уже раньше его издания существует как требование общественного мнения или как установившаяся судебная практика.

Если бы право и закон были тождественны, то было бы непонятно существование *юридических* теорий. Теория, не превратившаяся в закон, в силу этого самого оказывалась бы лишенной юридической квалификации. Между тем, по любому сколько-нибудь важному вопросу, кроме разнообразных законодательных определений, существуют и теоретические положения, не нашедшие себе еще выражения ни в каком законе. Если за теоретическими положениями, исходящими не от государственной власти, а от отдельного мыслителя, мы

---

<sup>9</sup> См. напр.: Jellinek. Die rechtliche Natur der Staatenverträge. 1880. S. 31: Der Inbegriff der vom Staate als für ihm verbindlich angesehenen Normen. Thon.: Der Versuch einer Gemeinschaft durch ihre Befehle das Verhalten der Genossen zu bestimmen ist Versuch der Rechtssetzung. Recht ist Motivation.

признаем все-таки юридически характер, отличая их от теорий неюридических, значит установление властью не есть единственный признак юридических норм. Если бы норма делалась юридической только в силу облечения ее в форму закона, единственно возможная юридическая теория была бы теория составления законов. Но существование материальных юридических учений, имеющих содержание однородное с законами, развивающих самое содержание юридических норм, было бы немыслимо. Между тем, стоит раскрыть любой трактат по гражданскому или уголовному праву, чтобы убедиться в существовании таких материальных теоретических учений, могущих прямо составить содержание закона, но и до превращения в закон имеющих юридический характер.

Правда, иные<sup>10</sup> отвергают возможность существования теоретического права, находя, что представление о теоретическом праве, о праве недействующем, такая же несообразность, как представление о ветре, который не дует. Однако, вне всякого сомнения, что в сознании людей имеется представление о множестве законов, которые *уже* не действуют, потому что отменены. Юридическая норма, замененная другой, не может от того стать правилом искусства или нравственным принципом. Она все-таки остается юридической нормой, хотя и не действует. Законы XII таблиц и теперь всякий признает правом, как и во время их обязательной силы. Но точно так же у людей всегда имеется представление и о таком праве, которое *еще* не действует, но, существуя в сознании людей, не может не влиять на их отношения, на выработку в том или другом направлении обычаев, судебной практики, законодательства.

Другие, считая отличительным признаком права его источник, не отождествляют, однако, право с законодательством, а определяют юридические нормы более общим образом, как *нормы общественные*, в отличие от норм нравственных, как индивидуальных<sup>11</sup>. Такое определение не представляет так резко бросающихся в глаза недостатков, как и только что нами рассмотренное, и можно сказать, что оно вообще ближе к истине. Но оно грешит за то крайней неопределенностью. В человеческой жизни индивидуальное и общественное так тесно переплетено друг с другом, что отделить их одно от другого представляется делом невозможным. Нет средств определить, какая норма создана личностью и какая обществом. И вернее всего, что все нормы, и все вообще в жизни и в сознании человека, есть совместный продукт и личного, и общественного фактора. Человек рождается в обществе, уже от родителей наследуя ряд социальных навыков и склонностей, в обществе он воспитывается, в обществе действует, обществу принадлежит всеми сторонами своего существования. Как же можно ожидать, чтобы между личной и общественной сферой установилась такая резкая грань, чтобы одни из этических норм оказались продуктом только личной жизни, другие – жизни общественной?

Нельзя не упомянуть также, что определение юридических норм по их источнику, и в той, и в другой их форме, имеет один общий недостаток. Определения этого рода предполагают уже решенным один из труднейших и наиболее спорных вопросов науки права, именно вопрос о происхождении права. Возникает ли право как продукт личного духа или создается общественными условиями, обусловлено ли его существование существованием государства или нет, – все это вопросы до сих пор спорные в науке. Между тем, определение права по его источнику до решения этого вопроса невозможно.

## § 12. Определение права как норм принудительных

---

<sup>10</sup> Bergbohm. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. S. 437.

<sup>11</sup> Brocher de la Flehère. Les révolutions du droit. 1. P. 29. Le droit n'est pas autre chose qu'une espèce de conscience sociale. Schäffle. Bau und Leben. 2. Ausg. II. S. 80. Das Recht eine durch den Trieb der Selbsterhaltung geschaffene und den entwicklungs-geschichtlichen Bedingungen der Gesamt-erhaltung angemessene gesellschaftliche Ordnung der Anpassungen und Organisationen, der Vererbungen, Streitführungen, Streitentscheidungen und Streiterfolge darstellt. Кашница. О сущности права. С. 152. Право состоит в сообразности общественных отношений с сущностью, жизнью и назначением общества или сообразности индивидуального и общественного бытия.

*Jeering. Zweck im Recht. B. I. 1. Ausg. 1884. S. 320. Merkel. Recht und Macht (Schmoller's Jahrbuch für Gesetzgebung. B. V.). Bierling. Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. B. I. 1877.*

Еще в Средние века было весьма распространено воззрение, признающее принуждение существенным, отличительным признаком права<sup>12</sup>. Но особенное развитие оно получило с начала прошлого столетия, когда право как совокупность норм, осуществление которых поддерживается принуждением, было противопоставлено нравственности, не допускающей вовсе принуждения, требующей непременно свободного подчинения. Томазий, Кант и, особенно, Фихте довели это различие до прямой противоположности права и нравственности, как правило, внешней и внутренней жизни человека. Основанием такому противоположению служило, конечно, дуалистическое мировоззрение. Раз дух и материя, в духе декартова учения, признаются двумя независимыми субстанциями, внешний и внутренний мир являются двумя совершенно разъединенными, совершенно разнородными сферами. Между ними нет взаимной связи, взаимного влияния, каждый из них существует сам по себе, у каждого свои особые законы, в каждом действуют и особые силы. Мир внешний и мир внутренний – это два противоположных полюса.

Внешний порядок, право, не может поэтому поддерживаться внутренними стимулами. Оно по необходимости опирается исключительно на внешнюю силу, на принуждение. Между принуждением и силами внутренней духовной жизни нет ничего общего, нет никаких соединяющих переходов. Принуждение не может, следовательно, иметь какой-либо внутренней, психической основы: оно есть самостоятельное последнее основание действия права.

Таков последовательный вывод, к которому приводит строгое абсолютное разграничение внутренней и внешней сферы. Но подобное разграничение современной наукой, безусловно, отвергается. Мы знаем, что душевная наша жизнь обусловлена физической, и, наоборот, что физиологические процессы постоянно переходят в психические, психические – в физиологические, и строгое разграничение их часто дело невозможное. Словом, духовная и физическая стороны нашего бытия не суть две старательно размежеванные половинки, а, напротив, они, так сказать, взаимно проникают друг друга, они на каждом шагу приходят во взаимное соприкосновение. При таком взгляде на дело, казалось бы, само собой должно было пасть мнение, будто право, как внешний порядок, должно непременно основываться в своем действии на принуждении. Ведь при взаимной обусловленности физической и духовной жизни внешнее принуждение не может не вызывать душевных движений и, следовательно, принуждение и духовные стимулы идут всегда рука об руку, обуславливая друг друга. Да и самое признание права *внешним* порядком должно было бы потерять свое прежнее значение. Такое обозначение теряет теперь свою прежнюю определенность, так как внешнее и внутреннее уже не представляются нам, как прежде, безусловными противоположностями. И действительно, органическая школа, которая, как известно, исходит из признания взаимной обусловленности всех явлений мира, а, следовательно, в частности, и всех сторон человеческой жизни, не признает, чтобы право было совокупностью только внешних условий; не признает так же и того, чтобы принуждение было его существенным признаком. Казалось бы, к тому же выводу, и даже еще с большею необходимостью, должны прийти реалисты, распространяющее применение принципа причинности на все явления без изъятий. Если кто, то именно реалисты должны бы были отринуть то разграничение права и нравственности, которое в праве видит закон внешний, опирающийся на принуждение, в нравственности – закон нравственности, опирающийся на внутренние духовные стимулы. Но тут повторилась обыкновенная в таких случаях история; реализм, явившийся как естественная реакция против царившего долгое время в науке права идеализма, впал в другую крайность. Как теории врожденных идей был

---

<sup>12</sup> Доппель приводит такой аргумент схоластиков: *quidam volunt jus dictum esse per metathesis, ut sit Jus quasi vis conversis literis.*

первоначально противопоставлен грубый сенсуализм, все сводивший к внешнему опыту, так и современный реализм в юриспруденции склонен правом признавать лишь то, что опирается на силу внешнего принуждения.

Это очень распространенное между исследователями положительного права мнение нашло себе сильную поддержку и общее теоретическое обоснование в известном произведении Иеринга «Цель в праве»<sup>13</sup>.

Тем не менее, в этом учении нельзя не видеть крупного заблуждения. Как я постараюсь сейчас доказать, принудительность не есть ни основное, ни даже общее свойство правовых явлений.

Прежде всего, принуждение не есть основная принадлежность права. Основным свойством называют такое, которое предполагается всеми другими, из которого они все вытекают, так что без этого свойства нельзя себе и представить явления. И наоборот: основное свойство обуславливает уже собою все остальные, так что мы можем себе представить явление с одним этим свойством, ибо оно содержит в себе, так сказать, все остальные. Но принуждение вовсе не стоит в таком отношении к праву. Мы можем себе представить право без принуждения. Если бы общество все состояло из людей святых, принуждение было бы совершенно излишне: каждый бы и так уважал чужое право и выполнял свои обязанности. Но право все-таки бы существовало, так как для того, чтобы я мог добровольно исполнить свои обязанности и воздать каждому свое, нужно, чтобы было определено, в чем мои обязанности и в чем заключается это «свое» каждого. Даже в отношении к обыкновенному обществу грешных, нельзя не признать, что юридически порядок тем прочнее, тем нормальнее, чем реже применяется принуждение<sup>14</sup>. Но не мыслимо право, которое бы всецело и исключительно опиралось на одно только принуждение. Немыслим такой порядок вещей, при котором никто не выполнял бы своей юридической обязанности добровольно, если бы каждого приходилось принуждать к повиновению закону; немыслим потому, что, кто же бы тогда стал принуждать?<sup>15</sup>

Все это так ясно, так очевидно, что считающие принуждение существенной принадлежностью права не решаются утверждать, чтобы одно принуждение было достаточно для поддержания силы права<sup>16</sup>. Они обыкновенно ставят вопрос несколько иначе. Они утверждают только, что, хотя сила права, его могущество и не основывается только на принуждении, но что принуждение все-таки есть необходимое предположение всех других оснований господства права, что, если бы право не имело за собой принуждения, то все другие основания его силы, нравственное и религиозное чувство, убеждение в его разумности, полезности и т. п. потеряли бы свое значение<sup>17</sup>. Дело в том, что право предполагает взаимность. Я обязан уважать права другого, если он сам уважает мои. Если же я подвергаюсь неправомерному нападению, я не обязан уже стесняться уважением к правам нападающего: *vim vi repellere licet*. Потому добросовестное исполнение юридических обязанностей предполагает

---

<sup>13</sup> Zweck im Recht. I. 318. Die gangbare Definition: Recht ist der Inbegriff der in einem Staat gelten den Zwangsnormen, und sie in meinen Augen vollkommen das Richtige getroffen. Die beiden Momente, welche sie in sich schliesst, sind die der Norm und die der Ver-wirklichung durch den Zwang.

<sup>14</sup> Ziller. Allgemeine philosophische Ethik. 1880. S. 221. Man ist auch wenigstens allgemein überzeugt, das Rechtsleben um so gesünder sei, je weniger Zwang angewendet zu werden brauche.

<sup>15</sup> Ahrens. Encyclopädie. 1857. S. 43. Trendelenburg. Naturrecht. S. 19, 89. Jellinek. Recht, Unrecht, Strafe, S. 50. Bierling. Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. I. 1877. S. 51. Thilo. Die theologisirende Rechts und Staatslehre. 1861. S. 330.

<sup>16</sup> Jhering. Zweck im Recht. I. S. 556. Schäffle. Band und Leben des socialen Körpers. I. 1881. S. 663.

<sup>17</sup> См. в особенности у Fichte: Grundlage des Naturrechts. 1796. I. S. 163–179. Из современников см: Lasson. System der Rechtsphilosophie. 1882. S. 205–207.

уверенность в том, что они будут соблюдаемы всеми. Точно также разумность или полезность правовых норм только и мыслима под условием их общего соблюдения всеми. Если законы будут исполняться одними благоразумными людьми, а людям неблагоразумным будет предоставлена свобода нарушать требования закона, то и самый разумный закон превратится в нелепый. Очень разумно, например, требование, каждое зачумленное или хотя бы только подозрительное животное немедленно убивать. Но оно разумно лишь под условием общего его соблюдения. Если же хотя бы несколько легкомысленных людей не выполнят его, то все стеснения, перенесенные более благоразумными, окажутся бесплодными, так как больной скот легкомысленных хозяев, оставленный ими в живых, послужит достаточным рассадником заразы.

На первый взгляд, подобные аргументы могут показаться неотразимыми. Но, взглядевшись в них внимательнее, не трудно заметить, что они бьют дальше цели, что они или ничего не доказывают, или доказывают уже слишком много. Действительно, если право может быть соблюдаемо лишь под условием его неуклонного соблюдения всеми без исключения, то оно попросту *никогда* не может соблюдаться. И там, где существующее право имеет за собой принудительную санкцию, оно может быть нарушаемо. Нет власти в мире, которая была бы в состоянии силою принудить всех и каждого к повиновению всем ее велениям. С другой стороны, люди вообще в своих действиях руководствуются не уверенностью, потому что она почти никогда недостижима, а только вероятностью, которая практически оказывается достаточно пригодной основой нашего поведения. Так, при соблюдении права люди довольствуются вероятностью его соблюдения в большинстве случаев. Будет ли право иметь принудительную санкцию или нет, уверенности в его соблюдении во всех случаях не может быть. Ни при каких условиях нельзя быть уверенным, что все зачумленные животные будут немедленно умерщвлены. Но для разумности такого требования достаточно вероятности, что большинство из них будет умерщвлено, потому что и этим уже значительно уменьшится вероятность широкого распространения чумы. Вероятность же соблюдения закона в большинстве случаев единственно возможная, не обусловлена вовсе принуждением. Так, вероятность соблюдения правила об умерщвлении зачумленных животных едва ли более увеличится при установлении принудительных к тому мер, нежели при общем распространении убеждения в разумности такого правила.

Итак, принудительность не есть основное свойство права. Но оно не есть и *общее* свойство правовых явлений.

Как на это указал уже Бирлинг<sup>18</sup>, учение, признающее принуждение существенным признаком права, могло сложиться и получить значительное распространение только благодаря тому, что до сих пор все общие вопросы юридической теории разрабатываются или цивилистами, или в применении к институтам гражданского права. Общие догматические вопросы входят обыкновенно в изложение гражданского, да и содержание системы естественного права главным образом заключается в анализе институтов частного права. Но стоит только обратиться к институтам публичного права, чтобы увидеть невозможность считать принуждение общею принадлежностью всякого права. Политические права, прежде всего, могут быть нарушены именно правительственными органами. Спрашивается: как же они могут в том случае охраняться принуждением?<sup>19</sup>

Но на это нам, пожалуй, скажут, что еще вопрос: точно ли публичное право – право? Ведь говорит же Ренненкампф, что «права публичные не имеют всегда строго юридического характера»<sup>20</sup>. А Гумплович, так тот прямо заявляет, что «если частное право – право, то государственное право не должно называться правом, а как-нибудь иначе», ибо они

<sup>18</sup> Bierling. I. S. 11. Die Lehre von den allgemeinen Grundbegriffen gehörte gewisser-massen zur Domaine des Privatrechts.

<sup>19</sup> Thon. Rechtsnorm und subjectives Recht. 1878. S. 6.

<sup>20</sup> Очерки юридической энциклопедии. 1868. С. 159.

качественно различны<sup>21</sup>. Оставляем потому в стороне публичное право. Но и в частном праве разве каждое право может быть принудительно осуществлено? Разве не остаются и гражданские претензии часто неосуществленными, хотя бы потому, что суд мирволит ответчику или сам ответчик заблаговременно укрыл все свое имущество в надежное место?<sup>22</sup>

Впрочем, может быть, дело надо понимать несколько иначе. Может быть, признавая принуждение существенною принадлежностью права, понимают это не так, чтобы каждое конкретное правовое притязание во всех случаях, при всяких фактических условиях могло быть принудительно осуществлено, а лишь в том, что всякое право «вообще», «при нормальном порядке вещей», *способно* быть принудительным путем осуществлено. Следовательно, тут речь идет не о фактической, конкретной возможности принуждения, а лишь об общей, предполагаемой, идеальной. Если так, то уже нельзя говорить, что каждое право *может* быть принудительно осуществлено. Следует сказать лишь, что в отношении каждого права *должна бы* существовать возможность принудительного его осуществления. Нельзя не заметить, что при такой постановке вопрос становится крайне неопределенным и, во всяком случае, из вопроса о том, каковы *суть* свойства права, превращается в вопрос о том, каковы *бы должны* быть они. Но пусть будет так. Допустим и такую постановку. Выигрывает ли от этого в убедительности оспариваемый нами взгляд? Нисколько. Прежде всего, многие нормы вовсе и не предполагают принудительного их осуществления. Нормы, последствием нарушения которых является принудительное осуществление содержащегося в них веления, составляют только часть юридических норм. Если считать юридическими только такие нормы, то пришлось бы исключить из числа юридических все такие нормы, последствием нарушения которых является наказание, так как наказание не есть, конечно, принуждение к осуществлению той нормы, нарушение которой составляет фактическое предположение наказания<sup>23</sup>.

Не трудно затем показать, что значительное число правовых требований неспособно вовсе к принудительному осуществлению<sup>24</sup>. Принудительно осуществляемы могут быть, собственно говоря, только такие юридические требования, которые заключаются в требовании *не делать* что-либо или в требовании *предоставления какой-либо вещи или пользования ею*. Но требования, относящиеся к *содеянию*, в особенности к личным услугам, не могут быть осуществлены посредством принуждения. Нельзя человека силою заставить выполнять какой-либо труд. Его можно подвергнуть наказанию, но наказать не значит заставить. Могут быть случаи, и, действительно, бывают, когда человек скорее пойдет на виселицу, нежели исполнит то, что от него требуют.

Во всей нашей аргументации, говоря о принуждении, мы разумели принуждение физическое: к нему только и относятся все наши доводы.

Возможно, конечно, и иное понимание принуждения. Так, Иеринг, признавая принуждение (*Zwang*) существенным признаком права, понимает при этом не только физическое, но и психическое принуждение. Конечно, отчего же не понимать дела и так? Но только надо пояснить, что при таком понимании так расширяется самое понятие принуждения, что спор делается совершенно беспредметным. Если под принуждением разуметь и психическое принуждение, то, конечно, принуждение сопутствует каждому правовому явлению. Но *такое* принуждение стоит не только за правовыми нормами, но и за принципами нравственности, и за догматами религии и даже за логическими и эстетическими законами.

<sup>21</sup> Gumpelwitz. Rechtsstaat und Socialismus. S. 13.

<sup>22</sup> Geyer. Phil. Eint. in Holtzendorf's Encyclopädie. 4 Aufl. 1882. S. 4.

<sup>23</sup> Thon. Der Rechtsbegriff (Zeitschrift für Privat und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut. 1880. VII. B. Heft 2). S. 245.

<sup>24</sup> Kuhnast. Jhering's Definition des Rechts (Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Herausgbn. von Rasso und Kuntzel. 1880. № 2–4). S. 155. Es scheint aber auch, also die Frage wohl aufgeworfen werden darf ob überhaupt die Erfüllung irgend einer Rechtspflicht und insbesondere die Leistungsabsicht erzwingbar ist.

Сознательное нарушение нравственного долга неразлучно с представлением об унижении человека в своих собственных глазах и в глазах других. Грех вызывает за собой представление о Божьем гневе и Божьей каре. Нарушение законов логики – о лживости и ненадежности получаемых выводов. Нарушение законов прекрасного – о неприятном чувстве безобразия. И все такие представления о неприятном, нежелательном в каком-либо отношении производят такое же психическое принуждение, как и представления о предстоящем гражданском взыскании или уголовной каре. Разумеется, тут представляется чрезвычайное разнообразие в степени, в силе принуждения. Но принуждение, служащее целям права, далеко не всегда есть сильнейшее. Страх гнева Божия или страх общественного позора может быть несравненно сильнее страха какого-нибудь денежного взыскания или кратковременного ареста; таким образом, если уж мы станем говорить о психическом принуждении, то нет никакого основания видеть в принуждении отличительный признак одного только права. Психическое принуждение причастно всему, что имеет какое-нибудь отношение к человеческому сознанию. Следовательно, говоря, что право опирается на психическое принуждение, мы говорим только, что веление юридических норм обращено к человеческому сознанию: не более.

Итак, нельзя в принуждении видеть существенный, отличительный признак права. Но отсюда еще не следует, чтобы принуждение, и именно физическое принуждение, не играло в праве весьма видной роли. Значение его в юридической жизни обуславливается, прежде всего, тем, что развитие юридического порядка всегда приводит к воспрещению всякого частного насилия, самоуправства. В сколько-нибудь развитом юридическом быту допускается осуществление принуждения только со стороны общественной власти. Таково, по крайней мере, общее правило. Затем и органы власти должны пользоваться принуждением только для осуществления правомерных требований. В силу этого, нормальный порядок вещей в современных культурных обществах таков, что принуждение служит исключительно праву. В этом, и только в этом смысле, можно сказать, что принуждение есть исключительная принадлежность права. Но, конечно, это совсем не то же, что признать принудительность общим свойством права, или видеть в принуждении необходимое основание права. Мы говорим только, что с прогрессом общественной жизни право стремится к возобладанию над силой и пользуется ею, насколько она является пригодным средством для осуществления права. Но право может обойтись и без принуждения, и не всякое право осуществимо чрез принуждение.

Установление монополии, так сказать, принуждения за общественной властью имеет весьма важное значение. Оно не только обеспечивает условия мирного общежития и сообщает большую твердость тем правам, которые могут быть принудительно осуществляемы, но это влияет косвенно и на упрочение всех прав вообще. Случаи принудительного осуществления права, при государственной монополии принуждения почти всегда успешного, не могут не производить на умы сильного впечатления, и потому в глазах большинства, не имеющего ясного понятия о том, каков предел возможного применения принуждения, представление о праве невольно ассоциируется с представлением о принудительном его осуществлении. В наивном правосознании, чуждом критического анализа, всегда живет поэтому убеждение о возможности принудительного осуществления всякого права без исключения. Эта наивная уверенность имеет большое значение в юридическом быту, но ей не может быть места в науке, потому что, как мы видели, она не может выдержать пробы строгого анализа.

### § 13. Формальное и утилитарное воззрения

*Ihering.* Geist des römischen Rechts. В. III. Zweck im Recht. В. I. *Dahn.* Vernunft im Recht. 1879. *Azapewich.* Рудольф фон Иеринг (Журнал гражданского и уголовного права. 1882, № 9).

Как мы уже говорили, наше определение права, как разграничения интересов, может вызвать два противоположных воззрения. Представители формального направления скажут, что право действительно разграничивает, но только не интересы, а воли отдельных личностей. Сторонники противоположного тоталитарного направления, найдут, напротив, что право не ограничение, а охрана интересов. Посмотрим же, в чем заключается существо каждого из этих направлений и постараемся доказать односторонность каждого из них, не позволяющую принять целиком выставляемые ими определения права.



Формальная теория права старше. Она современна возникновению школы естественного права с ее индивидуалистической подкладкой и механическим взглядом на общество. Но полного законченного развития эта теория достигла в XVIII столетии в учениях Томазия, Канта и Фихте, резко отделивших право от нравственности и придавших праву чисто формальный характер. В праве видели внешний порядок человеческих отношений. Функцией права признавалось отмежевание каждому индивиду неприкосновенной сферы, где бы свободно могла проявляться его воля. При этом на содержание воли, на движущие ею интересы, вовсе не обращалось внимание. В отношении к содержанию интересов право являлось с точки зрения этой теории совершенно индифферентным.

Господство этой формальной теории в прошлом столетии и в начале настоящего имело двойное основание: историческое и теоретическое. Формальная теория, требовавшая, чтобы право только отмежевывало каждому известную сферу свободного проявления воли, не считаясь с тем, чем наполнит он эту сферу свободы, явилось реакцией против царившего тогда крайнего развития правительственной опеки. Тогдашнее полицейское государство считало себя призванным вмешиваться во все подробности индивидуальной деятельности. Законодательство этой эпохи стремилось указывать каждому, где он должен жить, во что одеваться, что делать и как делать. Такое чрезмерное развитие правительственной опеки совершенно уничтожало индивидуальную инициативу, этот главный фактор общественного прогресса. Мало того, государство распространяло законодательные определения и на вопросы совести, предписывая людям определенные религиозные верования, преследуя их своими наказаниями за отступления от строгой ортодоксальности. При таких условиях, конечно, прежде всего, настояла надобность потребовать ограничения государственного вмешательства в индивидуальную сферу, добиться отмежевания индивиду известной сферы, где бы могла беспрепятственно царить его воля. Таково было историческое основание формальной теории права; теоретическое ее основание коренилось в господствовавшем тогда механическом взгляде на самое человеческое общество.

Когда общество представляется не более как простым механическим агрегатом известного числа отдельных личностей, когда не личность считается продуктом общественной жизни, а само общество продуктом производного соглашения личностей, словом, когда принимается механическое воззрение на общество, тогда естественно единственным деятельным фактором общественной жизни признается индивид и его сознательная воля. Поэтому и общественный порядок при таком механическом воззрении на общество не может заключаться ни в чем ином, как в определенном разграничении сферы свободного проявления отдельных индивидуальных волей. Отмежевываемая при этом каждому индивиду сфера свободного проявления его воли, сфера, в которой господствует безраздельно его воля, и признавалась его правом в субъективном смысле. А право объективное составляют нормы, определяющие разграничение индивидуальных волей.

Впрочем, раз установленное формальное понятие права нашло себе признание и со стороны мыслителей, уже отрешившихся от механического понимания общества. Так, Гегель, ставящий общественный порядок, как реализацию нравственности, выше отдельной личности, удерживает все-таки чисто формальное понимание права. В его учении волюнтарная, так сказать, теория даже получает дальнейшее развитие. У Канта индивидуальная воля ограничивается разумом; у Гегеля – волею же, но только волею общей, объективной, выражающеюся в государственном порядке. Таким образом, у Гегеля понятие права всецело сводится к понятию воли: это есть ограничение частной, субъективной воли волею общей, объективной.

Учения Гегеля и Канта имели весьма глубокое влияние на юридическую литературу в первой половине прошлого столетия. Немудрено поэтому, что формальное понимание права, как разграничения волей, и до сих пор сохраняет значение. В ходячих определениях учебников оно до сих пор остается господствующим<sup>25</sup>. Но изменившиеся исторические условия и замена

<sup>25</sup> Windscheid (Pandekten. I. § 37) определяет право, как «ein von Rechtsordnung Wollendürfen». Kuntze (Wendepunkt der Jurisprudenz. S. 32), как «Organisirte Wille».

механической теории общества органическим учением не могли все-таки не поколебать его господства. Государственное вмешательство в индивидуальную сферу в настоящее время уже повсюду является ограниченным, в некоторых государствах даже до крайности. Индивидуальная свобода нашла себе почти повсеместное признание. На смену старым вопросам, когда-то породившим формальную теорию права, выступили новые, с совершенно другими тенденциями. С освобождением от правительственной опеки, человек вовсе не оказался таким свободным, как того ждали. С прекращением государственного вмешательства с особенною силою проявилась не обращавшая прежде на себя внимания зависимость индивида от общества, и, прежде всего, зависимость неимущих от имущих. Но государство как носитель нравственной идеи не может безучастно относиться к подчинению высших интересов, например, здоровья, труда, низшим интересам, только потому, что эти последние фактически опираются на большую силу. Является потому вновь требование государственного вмешательства, оказывающегося необходимым для обеспечения свободы слабых членов общества от сильнейших. Стало быть, и законодательство должно расширить свои рамки, стало быть, и право не может только размежевать сферы проявления индивидуальных волей, а должно посчитаться с разнообразными интересами, наполняющими эти «сферы». Все это – запросы самой жизни и должны были вызвать замену старого понимания права новым. Первым противником формализма старых юридических теорий оказалась, естественно, органическая школа в лице своих представителей Краузе, Аренса и Редера.

Отвергнув механическое воззрение на общество, школа эта, естественно, не могла удержать и понимания объективного права только как нормы разграничения индивидуальных волей. Ее понимание права представляется более широким. Право для нее есть совокупность условий гармонического развития личности. Но субъективное право и органическая школа по старому определяет как ограниченную юридической нормой волю<sup>26</sup>. Первым, решительно отбросившим в определении права момент воли, был Иеринг в третьем томе своего «Духа римского права». Для него и субъективное право не есть ограничиваемая воля. У него воля заменяется интересами. Социальной функцией права он признает не ограничение волей, а *охрану интересов*<sup>27</sup>.

Иерингово объяснение общественной функции права представляет, без сомнения, много преимуществ, сравнительно со старым объяснением права, как разграничения волей. При старом воззрении юридическая наука неизбежно получает крайне формальный характер в том смысле, что не обращает внимания на содержание людской деятельности, на те стремления, нужды, потребности, которые руководят ею, а только на ее внешние формы. Таким образом, юриспруденция не может выяснить ни жизненного значения юридических институтов, ни условий, которые их вызвали к существованию, ни целей, осуществлению которых они служат.

Напротив, юрист, видящий в праве охрану интересов, невольно, само собой, побуждается к более глубокому изучению юридических институтов. Исследуя те интересы, которые руководят и деятельностью людей, и охраняются созданным ими правом, он получает возможность пойти дальше простого изучения форм юридической охраны. Он объясняет, чем она вызвана, как влияет она на течение и развитие общественной жизни, в чем содействует ему, в чем мешает. Он получает возможность понять историческую смену юридических форм, обратившись к изучению изменений характера и направления охраняемых ими интересов. В отношении к действующим и нарождающимся формам он получает возможность определеннее развить и довести до должной полноты то, что, является пред ним лишь в виде зародыша, зачатка, потому что, изучая изменение интересов, он может определить и то, как должны измениться, или в каком направлении – развиться и формы их юридической охраны.

Подобное же влияние эти различные взгляды должны иметь и на законодателя. Первый из них удаляет его от жизни, второй приближает. Воля, если брать ее независимо от содержания,

<sup>26</sup> Das Recht ist aber auch ein subjectiver Princip und drückt als solches die Beziehung des Willens oder der Freiheit zu der objectiven Rechtsnorm (Ahrens. Encyclopädie. 51).

<sup>27</sup> Geist. III. § 60: Rechte sind rechtlich geschützte Interessen. Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses.

представляется одинаковой у всех людей, как одна из общих форм психической жизни. Отсюда мысль о независимости права от условий времени и места, о возможности руководствоваться при издании законов соображениями совершенно отвлеченного свойства<sup>28</sup> Напротив, интересы разнообразятся до бесконечности, смотря по различию лиц, времени, места. Законодатель, считающийся с содержанием права, не может не обратить внимания на изучение действительного житейского склада того общества, для которого предполагается издать закон. Издание законов при таком взгляде на право немислимо без изучения интересов общества, их оценки, выяснения их взаимного соотношения.

Наконец, различие взглядов на содержание права должно отозваться и на широту функции права. Если охраняется воля без обращения внимания на разнообразие возможного ее содержания, то естественно могут быть установлены только общие условия охраны, одинаково применимые ко всякого рода содержанию. Но такого рода общие условия могут быть только отрицательного характера, ограничивающиеся охраной от прямого нарушения неприкосновенности лица, стеснения его со стороны других. Напротив, если имеется в виду охрана интересов, то условия охраны, приравниваются к особенностям каждого интереса, и потому могут иметь и положительный характер.

Уже это сравнение двух взглядов на право и юриспруденцию говорит в пользу воззрения Иеринга. Но помимо этого, можно указать еще и другие доводы, убеждающие уже в том, что понимание права, как разграничения воли, решительно не соответствует действительным явлениям юридической жизни, не может дать нам объяснения многих из них.

В любом действующем праве можно найти постановления, по которым воля охраняется не безусловно, а только под тем условием, что она направлена к осуществлению такого интереса, который признается подлежащим охране. Наиболее общий пример такого рода есть то общепринятое положение, что не всякий договор может притязать на судебную охрану, а только такой, который касается существенных интересов. Ни один суд в свете не примет иска о понуждении к исполнению обещания протанцевать с человеком первый вальс, и это потому, что интерес танцевать первый танец непременно с данным лицом считается недостаточно важным для того, чтобы в отношении к нему могла быть применяема юридическая охрана. Кроме несущественных, не подлежат охране еще и такие интересы, которые противны доброй нравственности. Договорам, касающимся таких интересов, также отказывают в судебной охране. Так, например, договор о непотребстве ни один суд не признает действительным.

Другое доказательство невозможности удерживать старое воззрение заключается в том, что права присваиваются и таким лицам, у которых нет воли. Примерами могут служить охранение интересов зародыша, находящегося еще в утробе матери, идиотов, умалишенных, детей.

Наконец, охранение интересов совершается иногда помимо или даже против воли лица. Примеры такого рода охраны мы видим в институте опеки над несовершеннолетними и расточителями, в обязательном обучении грамоте, в обязательной прививке оспы.

Эти соображения убеждают, что признание содержанием права воли не объясняет всех юридических институтов, так как существуют права, которые положительно невозможно рассматривать, как охрану воли. Наоборот, нельзя найти права, которое бы не охраняло в действительности какого-нибудь интереса и тем не менее имело практическое значение. То обстоятельство, что многие юридические институты вполне объяснимы с той точки зрения, что право есть разграничение воли, несколько не говорит против определения права как охраны интересов, потому что обеспечение за индивидом известной сферы, в которой он свободно может проявлять свою волю, так же есть один из интересов и, следовательно, понимание права,

---

<sup>28</sup> Даже Stein, несмотря на существенно исторический характер своих воззрений, своим пониманием права, заимствованным у Гегеля, приводится к тому, что утверждает, будто: *das Recht seinem Princip nach auch ganz gleichgültig gegen seinen... ist... es ist nicht erst da durch das werdende Leben, sondern durch den einfachen Begriff des-selben (Gegenwart. 94)*. И далее еще больше: «Das Recht an sich hat gar keine Geschichte» sondern das was wir die Geschichte desselben zu nennen pflegen ist die Geschichte des Lebens in denjenigen Punkten, in welchen dasselbe zu Rechtsbegriffen wird (S. 100).

как охраны интересов, гораздо общее, нежели понимание его, как разграничения воли: первое обнимает собою второе, как частный случай охраны интересов.

Нельзя не указать также и на то, что понимание права, как разграничения воли, необходимым образом ведет к чисто индивидуалистическому пониманию права. Воля всегда индивидуальна, у каждого своя воля и потому старое понимание права приводит к противоположению индивида с его правом – обществу. Между тем действительный юридический порядок представляет множество таких прав, которые решительно не могут быть приурочены к одному определенному индивиду. Волевая теория для объяснения таких явлений юридической жизни не знает иного средства, как учение о так называемых юридических лицах, которым, подобно индивиду, присваиваются права. Но юридическое лицо есть фикция, в силу которой та или другая группа лиц или даже известное имущество рассматриваются как особая личность, совершенно так же, как индивид является субъектом прав и юридических обязанностей. Так рассматривается, например, государство, акционерные компании, различные корпорации, благотворительные учреждения и т. п. Как прием юридической конструкции, такая фикция – дело вполне законное. Это наиболее простой и удобный прием для определения действия права. Но для философского объяснения самой возможности существования таких прав, которых нельзя приурочить к отдельному индивиду, подобная фикция совершенно не годится. Тут фикции неуместны. Замена же воли интересом дает нам полную возможность объяснить подобные явления права без помощи фикций. Воля есть принадлежность индивидуального духа. Интересы человека, напротив, в самой незначительной степени определяются его индивидуальной организацией. Наибольшая часть интересов человека является продуктом жизни его в обществе и потому имеет общественный характер. Интересы человека не могут быть, подобно его личной воле, противопоставляемы обществу. Громадное большинство интересов общи всем, другие – общи, по крайней мере, отдельным группам лиц, и лишь ничтожное количество интересов имеет вполне индивидуальный характер. Поэтому понимание права, как охраны интересов, приводит к замене прежней индивидуалистической теории права теорией общественной. Право понимается не как нечто, противопоставляемое индивиду обществу, а напротив, как нечто, создаваемое обществом и предоставляемое им индивиду. И действительно, теория права Иеринга и его последователей представляется с таким характером общественной теории права.

Однако, несмотря на все эти достоинства выставленного Иерингом понимания права, как охраны интересов, нельзя принять иначе, как с одним довольно существенным его видоизменением.

Нельзя именно согласиться с тем, чтобы право было *охраною* интересов. Если держаться строго такого понимания права, то придется признать, что, если бы в каком-либо обществе охранялся всего какой-либо один интерес, а все другие интересы стояли вне охраны, этот охраненный интерес все-таки был правом и, следовательно, отношение его субъекта к субъектам других, не охраненных интересов, есть отношение юридическое, например, отношение деспота к вполне бесправному народу, отношение отца к бесправным членам патриархальной семьи, отношение граждан к иностранцам в те исторические эпохи, когда за ними не признавалось правоспособности, отношение господина к рабу. Но это прямо противоречит тому, что право можно иметь только в отношении к лицам, также пользующимся правовой охраной, юридические отношения возможны только между правоспособными личностями. Можно иметь право *на раба*, но не *в отношении к рабу*. Это потому, что интерес, охраняемый, например, правом пожизненного пользования рабом, стесняется, ограничивается в своем осуществлении не интересами раба, которые вовсе не принимаются в соображение, вовсе не охраняются, а лишь интересами других правоспособных лиц, например, собственника раба, в отношении к которому я имею свое право пользования и интересы которого так же, как и мои, охраняются правом. Напротив, в отношении к правоспособным лицам нельзя иметь право *на них*. Так, когда вы нанимаете слугу, то в силу договора найма вы приобретаете право в отношении к нанятому лицу, но не на него, а только на его действия.

Проф. Муромцев думал избежать этого затруднения, внося в свое определение права то добавление, что право есть охрана, даваемая общественным союзом только против препятствий, возможных со стороны прочих членов союза. Он рассматривает право как

частную форму воздействия общественной среды на людские отношения. Отношения людей вообще осложняются под влиянием той среды, в которой они совершаются, а именно того общества, где люди живут. Общество оказывается заранее склонным к оказанию субъекту отношений помощи в деле установления и поддержания его отношений. Эта помощь или защита совершается в двух направлениях. Во-первых, она может быть направлена к устранению препятствий, лежащих вне данного общества. Это Муромцев называет защитой первого рода. Во-вторых, общество защищает отношения одних из числа своих членов против посягательства со стороны других членов. Эта защита второго рода. Она происходит в двух формах: не организованной и организованной. Организованная защита отличается тем, что она совершается заранее определенным порядком и, обыкновенно, особенными, установленными для того органами. Такая наперед определенная защита отношений второго рода и есть, по определению проф. Муромцева, право. Следовательно, право у него – не всякая охрана, отношений, а только организованная и притом направленная против опасностей, исходящих из среды того же самого общества. Но такая поправка не может пособить делу. Правда, при ней отношение к бесправным иностранцам уже не подводится под понятие юридического отношения, но за то она приводит неизбежно к отрицанию и всего международного права, так как отличительный характер международных отношений в том и заключается, что субъекты их – члены различных общественных союзов. И при том отрицание тут неизбежно именно в отношении к таким частям международного права, юридический характер которых всего несомненнее. Действительно, держась взгляда Муромцева, можно еще признать юридический характер за такой защитой интересов, которая совершается коллективными мерами по соглашению всего европейского международного союза или великих держав (например, деятельность Священного союза; замена Санстефанского договора Берлинским), так как тут защита дается международным союзом одному из своих членов против другого, но придется отрицать юридический характер защиты, например, против перепечатки за границу книги без разрешения автора, против посягательства на жизнь человека – совершенное человеком, находящимся за границей того государства, где находится потерпевший. В подобных случаях охрана дается против препятствий, находящихся вне охраняющего союза и потому, согласно определению Муромцева, это не есть правовая защита. Являясь, таким образом, в данном отношении слишком узким, его определение в других отношениях остается слишком широким. Всякая охрана против препятствий со стороны членов охраняющего союза, хотя бы они не были правоспособны, хотя бы их интересы и не охранялись, согласно этому определению, есть право. Следовательно, и отношение господина к рабу, и отношение к лицу, объявляемому вне покровительства законов, будет юридическим.

Все эти несообразные выводы будут устранены, если принять данное нами выше определение права как нормы, разграничивающей интересы. Тогда функцией права будет признана не охрана, а только разграничение интересов, и этим самым объяснится, почему юридическое отношение мыслимо только между субъектами правоспособными, т. е. такими, интересы которых признаются подлежащими охране. Где подлежащий охране интерес имеется только с одной стороны, там не может быть и разграничения интересов: там интерес, подлежащий охране, вполне поглощает собою интерес, не подлежащий охране.

Нельзя также не заметить, что утилитарное определение права, как охраны интересов, приводит в последовательном своем развитии к безграничной правительственной опеке. *Охрана* интереса, конечно, предполагает и выбор лучшего способа его осуществления. Поэтому, если задача права охранять интересы, оно должно обязать граждан держаться в осуществлении своих интересов способов, признанных наилучшими, и, следовательно, совершенно подавить личную инициативу, необходимый фактор общественного развития; разграничение интересов, напротив, только устраняет взаимные столкновения интересов, не вмешиваясь в выбор лучших способов осуществления каждого интереса в отдельности. Насколько осуществление данного интереса не мешает осуществлению других интересов, оно определяется только требованиями целесообразности и нравственности, не регулируясь юридическими нормами. Таким образом, право, как разграничение интересов, представляет середину между двумя крайностями: индифферентизмом формального понимания права и безусловным уничтожением всякой индивидуальной самостоятельности.

## Глава III Гипотеза естественного права

### § 14. Общая характеристика

Содержание юридических норм представляется крайне изменчивым, смотря по времени и крайне разнообразным по месту. Одни и те же интересы разграничиваются весьма различно правом разных государств и различных исторических эпох. Отсюда как бы само собой напрашивается заключение, что содержание юридических норм всецело зависит от произвола людей, что право есть их произвольное установление. Но наряду с этим фактом изменчивости и разнообразия права в нем замечаются также элементы объективной необходимости. Хотя суждения людей о справедливом представляются различными на различных стадиях культурного развития, но мы сознаем, однако, невозможность изменения по произволу так или иначе сложившихся в нас понятий о праве и неправе. Точно так же и в истории почти каждого законодательства можно найти примеры того, как попытки законодателя придать силу действующего права заимствованиям из иностранного законодательства или теоретическим началам оказывались безуспешными: воля законодателя встречала себе противодействие в объективных условиях данного общественного быта, и изданный закон оставался мертвой буквой без действительного исполнения.

Все это заставляет признать в праве, наряду с его разнообразием и изменчивостью, и элементы объективной необходимости. И притом они проявляются настолько резко, что и при первых попытках научного объяснения права не могли не обратить на себя внимания. Должна была явиться потребность как-нибудь объяснить этот присущий праву элемент объективной необходимости. А так как до XVIII в. не существовало вовсе идеи закономерного исторического развития, то совершенно неустрашимой представлялась альтернатива: или признать право совершенно произвольным установлением людей, чуждым всякой необходимости, или же видеть в нем нечто непосредственно данное от природы и потому неизменное, независимое вовсе от людей. Первая из этих точек зрения не могла по своей поверхностности и очевидному противоречию необходимому характеру права удовлетворить ни один сколько-нибудь глубокий ум. Вторая приводила к принятию гипотезы естественного права, вечного, общего, неизменного, необходимо вытекающего из самой природы человека, независимого от людского произвола. Эта гипотеза заключает в себе много обаятельного. Она уравнивает юридические нормы с законами природы; взамен подчинения произвольным велениям других людей, как все человеческое несовершенных, она подчиняет человека непреложным велениям природы; искусственному, выдуманному, она противопоставляет естественное, необходимое. Но вместе с тем, эта гипотеза содержит в себе неразрешимое противоречие факту изменчивости и разнообразия права. Если уже существует вечное, непреложное, естественное право, как рядом с ним может найти себе место несовершенное, преходящее, противоречивое положительное право? Тем не менее, покуда сохранялась старая постановка вопроса, покуда альтернатива произвольного установления или естественной необходимости считались неустрашимой, гипотеза естественного права должна была казаться единственно возможным объяснением свойственного праву характера необходимости и общности.

Как ни резко проявлялись изменчивость и разнообразие права, очевидно, противоречащие предполагаемому естественному характеру права, сколько-нибудь глубокий ум не мог не замечать за ними объективной необходимости, не допускавшей принять учение о произвольном установлении. При таком условии только узкие практики могли отвергать гипотезу естественного права. При сколько-нибудь философском отношении к вопросу она оказалась необходимой. И вот, в течение многих веков гипотеза эта почти безраздельно господствует в научном объяснении права. Явившись впервые у греков, еще у Сократа, она получила широкое развитие у римских юристов. У них естественное право считалось составною частью

положительного, тем его элементом, который является общему и необходимою принадлежностью каждого права в отличие от изменчивых и разнообразных национальных особенностей отдельных законодательств, как бы обрастающих собою естественную основу права. В средневековой философии сообразно общему религиозному ее характеру естественное право отождествляется с божественным законом, предвечным и неизменным, в противоположность меняющимся человеческим законам. В XVII и XVIII вв. под влиянием господствовавшего тогда рационализма теория естественного права вновь отрешается от религиозной основы, и естественное право понимается как отвлеченная система права, вытекающая с логической необходимостью из разумной природы человека и существующая наряду с положительным правом.

Только историческая школа в лице Гуго и Савиньи впервые выставила философски обоснованное отрицание гипотезы естественного права. Это не было делом случайности, а необходимым результатом применения этой школой к объяснению права исторического взгляда. *Историческое изучение* права существовало и прежде, но *историческое понимание* явилось только в учении исторической школы. В XVI в. французская школа юристов, с Куяцием (Jacques Cujas; 1552-1580) во главе, занималась изучением истории римского права. Но направление ее работ было чисто антикварное. Все сводилось к воссозданию картины древнего римского юридического быта – и только: о выяснении процесса исторического развития не было и речи.

Да иначе и не могло быть, так как тогда не была еще выработана идея закономерного исторического развития, явившаяся не ранее XVIII в., благодаря трудам Вико, Монтескье, Гердера. Значение исторической школы главным образом в том и заключается, что она применила к изучению права эту новую идею закономерного исторического развития, и этим самым определилось ее отрицательное отношение к гипотезе естественного права. Раз поняли закономерный и, следовательно, необходимый характер исторического развития права, в гипотезе естественного права не оказалось более надобности. Несомненно, существующий в праве элемент необходимости и независимости от человеческой воли нашел себе лучшее, потому, что легче согласимое с фактом разнообразия и изменчивости права, объяснение в закономерности развитие права. Поэтому и победа учений исторической школы над теорией естественного права была такая скорая и легкая. Ни у Гуго, ни у Савиньи мы почти вовсе не находим доводов, опровергающих гипотезу естественного права. Они просто противопоставили ей идею закономерного развития, и гипотеза оказалась лишенной главного своего основания, заключавшегося в необходимости выбирать между нею и признанием совершенно произвольного характера права. Историческая школа указала на возможность иного решения вопроса, вне этой альтернативы. Право не есть исконное, неизменное установление природы, но не представляется вместе с тем и произвольным установлением людей. Оно не может быть изменяемо по произволу. Право, по учению исторической школы, есть закономерно развивающийся и потому необходимый продукт общественной жизни. Оно создается не произволом отдельных личностей, а необходимым ходом человеческой истории. Не будучи ни естественным, ни произвольным, право есть историческая необходимость.

Впрочем, историческая школа выразила идею закономерного исторического развития права не в такой общей форме. Она видела в праве не продукт истории человечества, а только историю каждого народа в отдельности. Право в ее глазах является исключительно национальным, объясняется как произведение народного сознания, народного духа, свойствами которого как бы предопределяется все содержание каждой национальной системы прав. При этом, по учению исторической школы, сам народный дух не представлялся постепенно образующимся, развивающимся, меняющимся. Напротив, предполагалось, что каждый народ при своем появлении на исторической арене уже имеет окончательно сложившийся народный дух, *implicite* заключающий в себе все содержание исторической жизни народа. Вся история народного развития понималась лишь как раскрытие того, что уже изначала содержится в народном духе (*Volksgeist*). Другими словами, историческое развитие, историческая школа понимала как органическое развитие, а не как прогрессивное развитие, не как эволюцию. Она уподобляла развитие права развитию организма из семени. Развитие права не представлялось ей поэтому созданием чего-либо нового, а только воспроизведением того, что с самого начала

дано было уже готовым в народном духе. Поэтому в ее учении оставалось совершенно невыясненным, каким образом образуется самый народный дух, определяющий собою особенности каждой национальной системы права, в каком отношении национальное находится к общечеловеческому. А между тем именно в развитии права замечается, несмотря на всю пестроту национальных систем права, нечто общее. Последовательное развитие права у самых различных народов представляет в целом известное однообразие.

Такая узкая формулировка идеи закономерного развития права не могла, таким образом, дать полного объяснения права, что и содействовало возрождению теории естественного права в обновленной форме. Гегель и его последователи стали противопоставлять естественное право уже не произвольному (*jns voluntarium*), а историческому и национальному. Естественное право с этой точки зрения является общей неизменной основой закономерно развивающихся исторических систем права. Несколько видоизменяя эту постановку вопроса, органическая школа видит в естественном праве общий же неизменный идеал, постепенное осуществление которого и составляет смысл исторического развития права. При этом и гегельянцы, и органическая школа понимают это не так, чтобы в своем историческом развитии право, в силу определяющих это развитие общих условий, приходило неизбежно к *выработке* известных общих начал, повторяющихся всегда и везде, во всякой исторической системе права. Это было бы только последовательным выводом из идеи закономерного развития права. Раз законы развития права неизменны и для всех человеческих обществ одинаковы, результаты развития должны представлять непременно нечто общее между собой. Но новейшие теории естественного права отстаивают его существование как общей основы исторического развития права или как идеальной его цели раньше всякой истории. Они не допускают, чтобы это общее, составляющее содержание естественного права, было выработано историей так же, как и частное, разнообразное. Они считают его данным помимо человеческого сознания, воли, деятельности, предсуществующим историческому развитию, обуславливающим своим бытием возможность этого развития. Следовательно, эти теории не по имени только теории естественного права. Они, действительно, отстаивают существование в праве естественного, внеисторического элемента, не возникшего во времени и в этом смысле вечного. Появление этих теорий после учения исторической школы, как мы сказали уже, объясняется слишком узким пониманием со стороны исторической школы идеи исторического развития, как органического развития уже наперед определенного типа, а не развития прогрессивного, творческого, так что соотношение национальных особенностей отдельных систем права и общечеловеческих начал в праве оставалось совершенно необъясненным. Гегельянцы и органическая школа думали объяснить это так, что исторические формы права суть только частные проявления единого вечного начала права, и таким образом, в несколько измененном виде выдвинули снова старую гипотезу естественного права. Не трудно, однако, показать, что идея закономерного развития, будучи освобождена от присвоенной ей учением исторической школы слишком узкой формы органического развития, и выраженная в более общей форме прогрессивного развития, эволюции, вполне объясняет существование в праве не только элемента необходимости, но также и элемента общности.

Необходимая закономерность явлений приводит к тому, что одинаковые условия всегда порождают и одинаковые следствия. Но как ни разнообразны в частностях условия существования и развития различных человеческих обществ и в разное время, в общем, они все-таки одинаковы. Всегда и везде это суть условия жизни людей на земном шаре. Деятели и арена в историческом развитии человечества всегда одни и те же; между людьми гораздо больше сходства, чем различия. Земная поверхность, при всем разнообразии в характере отдельных ее частей, в целом все-таки представляет одно целое. Поэтому, где бы ни протекла человеческая жизнь, она везде представляет, за пестрым разнообразием подробностей, одни и те же общие основные черты. В частности, и человеческое право неизбежно имеет в себе при всем разнообразии его содержания и общие элементы. Но это не доказывает вовсе существования где-то вне исторического процесса неизменного общего принципа, определяющего весь ход развития права; общность есть только результат действия общих условий – не более.

Мы не можем ограничиться этими общими замечаниями. Ввиду важности гипотезы



естественного права и ее глубокого влияния на законодательство и науку права, необходимо подробнее остановиться на отдельных стадиях ее развития.

## § 15. Естественное право римских юристов

*Voigt. M. Die Lehre von jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer. 1856. B. I. S. 267–336. Leist. Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts. 1877. Боголепов. Значение общенародного гражданского права. 1876. С. 26. Муромцев. Очерки общей теории гражданского права. 1877. С. 241.*

По учению римских юристов, естественное право составляет часть положительного. Они полагали, что положительное право каждого народа складывается из двух существенно различных элементов. Некоторые нормы установлены волею людей и могут быть ими изменяемы по своему усмотрению; другие представляются неизменными, всегда и везде необходимо существующими, так как обусловлены самой природой. Естественное право они отличали от положительного тем, что естественное право необходимо, неизменяемо, независимо от человеческой воли. Но и естественное право они признавали действующим совместно и одинаково с положительным правом. Поэтому и естественное право они относили к сфере конкретных явлений; его действию придавали такое же реальное значение, как и положительному.

В такой форме гипотеза естественного права легче всего поддается критической проверке: стоит только выяснить, действительно ли те юридические нормы, которые признаются естественными, всегда и везде составляют необходимую принадлежность каждого положительного права? Если окажется, что все эти, якобы естественные, юридические нормы зависят от условий времени и места и не составляют необходимой принадлежности каждого положительного права, гипотеза естественного права в той форме, как она была выражена римскими юристами, должна считаться отвергнутой.

В сочинениях римских юристов содержится множество указаний на юридические нормы, независимые якобы от человеческой воли, а установленные самой природой, причем основанием этих норм признается то природа самого человека, то природа вещей, служащих объектом его прав, то природа самих правоотношений.

Так, основываясь на природе человека, они признавали необходимым признание недействительными обязательств, принятых на себя несовершеннолетними, и установление над ними опеки.

Согласно природе своей, человек всегда одинаков, будет ли он рабом или свободным, и потому закон Помпея, устанавливающий наказание за убийство родственников и патронов и по буквальному своему смыслу относящийся только к свободным, должен быть применяем и к рабам (Венулей Сатурнин). По природе своей человек не может быть относим к числу плодов и потому, вопреки общему правилу, дитя рабыни, рожденное в то время, когда мать его находилась в чьем-либо временном пользовании (*usus fructus*), возвращается, вместе с матерью, ее хозяину, а не остается, как приплод животных у временного пользователя (*узифруктуария*). (*Ulpianus: Yetus tuit quaestio an partus ad fructuarium pertinet, sed Bruti sententia obtinuit, fructuarium in eo loco non habere; neque enim in fructu hominis homo esse potest, hoc ratione nec usumfructum in eo fructuarius habebit*). По природе человек может учиться безгранично и потому, если в завещании говорится о рабынях, обученных парикмахерскому искусству, то под этим следует разуметь всех учившихся, хотя бы только два месяца (Марциан. *Ornatricibus legatis, Celsus scripsit eos quae duos tantum menses apud magistrum fuerint, legato non cedere; alii et has cedere; ne necesse sit, nulam cedero, quum omnes adhuc discere possint et omne artificium incrementum recipiat. Quod magis obtinere debet, quia humanae naturae congruum est*).

Другую категорию естественных юридических норм римские юристы выводили из природы вещей. «Может быть, кто-нибудь спросит, – говорит юрист Павел, – почему под именем серебра разумеют и выделанные из него вещи, тогда как, если будет отказан мрамор, под этим именем нельзя разуметь ничего иного, кроме сырого материала. Основанием этого

правила считается следующее соображение: все то, что по природе своей может быть многократно превращаемо в прежнюю массу, побежденное такою властью вещества, никогда не избегает ее действия (*Illud fortasse quaeritur sit aliquis, cur argenti appellatione etiam factum argentum comprehendatur, quum si marmor legatum esset, nihil praeter rudem materiam demonstratum videri posset. Cujus haec ratio traditur, quippe ea, quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa, nunquam vires ejus effugiant*). Море, проточная вода и воздух по естественному праву находятся в общем пользовании (Марциан. *Et quidem naturali jure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens et mare*). Гай считает требованиями естественного разума, чтобы пограничная стена составляла общую собственность соседей. Из природы вещей, которые пользованием истребляются, вытекает, что они не могут быть объектом временного пользования, usufructa (*Rebus exceptis his qui ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum*).

Наконец, и природа самих отношений так же служит источником юридических положений. Сабинианцы, исходя из понятия о праве собственности, как наиболее абсолютном праве, не уступающем потому никаким произвольным его нарушениям, признавали, что по естественному разуму в случае спецификации право собственности на вещь остается за собственником материала. Противно природе, чтобы другой мог владеть тою самою вещью, которою я владею (Павел. *Contra naturam est, ut, cum ego aliquid teneam tu quoque id tenere videaris... non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo tu sedere videaris*). Напротив, согласно с природой, чтобы отношения прекращались тем способом, как устанавливаются (Ульпиан. *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquam dissolvere quo colligatum est*). Если обещанное по договору выполнить оказывается невозможным, и самый договор, согласно естественному разуму, недействителен (*Si id quod dari stipulemur, tale sit, ut dari non possit, palam est naturali ratione inutilem esse stipulationem*).

Приведенные нами примеры представляются весьма разнородными. Во-первых, многие из них вовсе не имеют никакого отношения к «природе», а представляют собою лишь выводы из исторически сложившихся выражений и понятий. Так, объяснение Павлом различия выражений «серебро» и «мрамор» основано всецело на установившемся у римлян словоупотреблении и выставленное им словотолкование у нас, например, не могло бы иметь безусловно значения, так как скульпторы называют мрамором не только глыбы мрамора, но и мраморные изваяния, бронзой – и бронзовые изделия, холстами – и написанные на холст картины. Так, правило, что объектом usufructa или *commodatum* не могут быть потребляемые вещи, есть только необходимый логический вывод из исторически сложившихся в Риме понятий о такого рода правах, понятий настолько условных, что, например, в русском языке нет вовсе и соответствующих им выражений<sup>29</sup>.

Другую группу примеров составляют те, в которых естественным называется просто выражение требований нравственного чувства. Таково, например, признание противным природе человека отнесение его к числу плодов. Но, конечно, если противно природе, чтобы человек считался плодом вещи, то точно так же противно природе считать человека вещью. И однако же в самом же римском праве рабы признавались вещами.

Наконец, в-третьих, в числе приведенных примеров есть и действительно имеющие некоторое отношение к объективным условиям природы, но все-таки не в том смысле, чтобы они представляли собою юридические нормы, устанавливаемые природой. Сюда относятся, прежде всего, те случаи, где, естественно-правовой нормой признается граница, полагаемая условиями физической возможности. Так, воздух, действительно, невозможно захватить в свое исключительное обладание; поэтому он и не может быть объектом собственности. Но это только означает, что ваша деятельность ограничена законами природы, что физически невозможного мы не можем совершить, но такое ограничение естественными условиями не

---

<sup>29</sup> *Commodatum* обыкновенно переводят «ссудой»; но в действительности даже на языке нашего законодательства ссуда и заем обозначают не различные отношения, а разные стороны одного отношения: один занимает; другой ему ссужает.

есть юридическая норма; им определяется не юридическая обязанность, а только фактическая невозможность. Затем сюда же относятся и те, более многочисленные примеры, в которых естественными правовыми нормами признаются нормы, установленные волею людей, но только *по поводу* или *в связи* с теми или другими естественными различиями людей и вещей. Эту именно категорию юридических норм чаще всего и принимают за нормы естественного права. Но в действительности естественны тут только те различия в свойствах людей и вещей, которыми обуславливается различие людских интересов и потребность в особых приемах их разграничения. Самые же нормы такого разграничения устанавливаются не природой, а людьми и потому существуют не везде и не всегда.

Таково, например, юридическое различие людей – по возрасту. Различия, имеющиеся тут в виду, конечно, естественны и существуют независимо от воли законодателя. Но усвоение этим различиям юридического значения не есть повсеместный, общий, естественно необходимый, а напротив, исторически слагающийся факт, который в одном месте, в одну эпоху существует, в другие – нет. Так, например, дети моложе 10-ти лет, очевидно, во Франции, так же, как в России, не могут по недостаточному своему развитию подвергаться уголовной ответственности; между тем в России существует закон, согласно которому против детей, не достигших десяти лет, не может быть вчиняемо уголовное преследование, во Франции же такого закона нет, и потому там возможны и даже, действительно, бывали такие примеры, что вчинялось уголовное преследование против детей 3 5 лет. Это показывает, что различие по возрасту есть действительно различие естественное, но что само по себе юридического значения оно не имеет. Юридическое значение оно получает лишь в силу постановления закона, которое может существовать, может и не существовать.

То же самое должно сказать и относительно юридического различия движимостей и недвижимостей. Как естественный факт, это различие вещей существует везде и всегда, но присвоение ему юридического значения зависит от изменчивых исторических условий. В современном и особенно в средневековом праве это различие имеет весьма важное юридическое значение, обуславливая собою различие в способах приобретения и защиты, в порядке наследования и т. п. Но, например, в старом римском праве оно почти вовсе не имело значения. В различении *res mancipi* и *res mancipi* различие движимости и недвижимости не принималось в соображение.

Таким образом, во всех этих примерах нельзя усмотреть каких-то необходимых естественных норм. Все они одинаково представляют собою изменчивые, исторически вырабатывающиеся нормы положительного права.

## § 16. Новые теории естественного права

*Lasson. System der Rechtsphilosophie. 1882. Stahl. Die Philosophie des Rechts. 4 Aufg. 1870. В. I.*

Возникшая в XVII в. школа естественного права видела в нем не составную часть права положительного, а наряду с положительным и независимо от него существующее безусловное, не изменяющееся право. Оценка такого взгляда не может быть произведена тем же приемом, какой мы применили к опровержению римского учения об естественном праве. Раз естественное право противопоставляется положительному, не представляется необходимым, чтобы в положительном нашлось что-нибудь естественное. Безусловное отсутствие в положительном праве абсолютных, неизменных начал не может быть поэтому приводимо, как аргумент против истинности этого нового учения об естественном праве. Пусть право положительное разнообразно и изменчиво: над ним стоит вечное право природы.

Нельзя также в опровержение этой теории ссылаться на бесконечные разногласия о том, в чем заключаются основные начала естественного права. Нельзя утверждать, что при действительном существовании естественного права не могло бы быть сомнения относительно его верховного принципа. Движение небесных тел определяется неизменным законом; а сколько было разногласий по этому вопросу, покуда человечеству не удалось понять этот

закон?

Опровержение учений школы естественного права должно быть построено иначе, опираться на иные основы. Учение об естественном праве есть во всяком случае гипотеза и притом гипотеза, исходящая из предположения о существовании такого деятеля, бытие которого эмпирически доказано быть не может. Такие гипотезы существуют и в науках естествознания; такова, например, гипотеза эфира. Но и гипотезы этого рода, хотя и не допускают прямой опытной проверки, не должны, однако, противоречить данным опыта, не должны приводить к выводам, несогласным с данными непосредственного наблюдения. Только под этим условием такая гипотеза может быть принята как научная гипотеза. Поэтому, если окажется, что новое учение об естественном праве приводит неизбежно к отрицанию положительного права, существование которого есть факт несомненный, то учение это должно быть признано несостоятельной гипотезой. Не трудно показать, что к такому выводу и действительно приводит учение об естественном праве, как об особой системе абсолютных норм.

Теории XVII и XVIII вв. видят в естественном праве целостную, полную систему юридических норм. На основании начал естественного права могут быть регулированы все разнообразные отношения людей без исключений. Как же в таком случае наряду с естественным правом существует еще и положительное право? Как могло оно возникнуть, когда уже искони существовала все исчерпывающая система естественно-правовых норм? Естественное право представляет согласные с природой требования разума, оно содержит в себе абсолютные, неизменные начала справедливости. Всякое постановление положительного права, не согласное с естественным правом, поэтому необходимо противоречит вечным, безусловным началам права и справедливости. Почему же эти противоречащие праву и справедливости постановления положительных законов мы все-таки называем правом? Если в естественном праве мы имеем абсолютное мерило для различения права и неправа, как можно и все разнообразные постановления положительного права подводить под понятия права?

Первые учителя естественного права стараются, правда, примирить факт существования положительного права с предположением о существовании естественного права, но достигают этого лишь ценою самопротиворечий. По учению Гуго Гроция и представителей рационалистического направления в школе естественного права (Пуффендорф, Томазий, Лейбниц, Вольф), естественное право врождено человеку, и само положительное право основывается на естественном праве. Одним из велений естественного права они признают обязанность соблюдать заключенные договоры. И вот, если люди договорятся установить для упорядочения общественной жизни правительственную власть и предоставить ей право издавать законы, законы эти получают для всех обязательную силу. Но могут ли эти договоры и законы противоречить велениям естественного права или, напротив, имеют силу лишь постольку, поскольку согласны с началом естественного права? Если признать, что положительное право имеет обязательную силу лишь под условием не противоречия праву естественному, тогда останется необъяснимым несомненный факт существования самых резких различий в содержании постановлений положительного права. Из нескольких противоречивых постановлений положительного права только одно какое-нибудь может быть согласно с правом естественным: все другие непременно противоречат ему. Если же допустить, что основанные на договоре постановления положительного права имеют безусловную обязательность независимо от их содержания, хотя бы и противоречащего началам естественного права, то это несогласно с безусловной обязательностью естественного права. Естественное право вечно и неизменно, его не могут изменить не только люди, но, по уверению Гуго Гроция, и сам Бог. Как же согласить с этим, что посредством соглашения люди могут заменить веления естественного права другими, хотя бы прямо им противоположными? Гораздо логичнее рассуждает Руссо, который из врожденности и безусловности естественного права выводит и неотчуждаемость естественных прав свободы. Но зато Руссо приходит, в сущности, к отрицанию обязательной силы положительного права, т. е. к отрицанию несомненного факта ради дорогой ему гипотезы.

Представители эмпирического направления (Гоббс, Локк, Юм) иначе стараются объяснить дело. Они не признают врожденности естественного права. Существует естественное право, но нет врожденного права. Естественному праву мы должны научиться из опыта.

Несовершенство человеческого знания и обуславливает разнообразие и изменчивость существующих систем положительного права. Раз будет достигнуто полное знание естественного права, оно одно и станет определять взаимные отношения людей. Но если одно только естественное право согласно с природой, значит положительное противно природе? Как же оно может существовать? Разве противное природе возможно? Представителям эмпирического направления тем невозможнее утверждать что-либо подобное, что они не признают дуализма, не противопоставляют духа материи, подчиняют и духовные явления закону причинной связи. Если же и душевная наша жизнь подчинена закону причинной связи, и в ней не может быть ничего противоестественного, не может возникнуть и таких юридических норм, которые бы были не согласны с природой. Следовательно, и изменчивые нормы положительного права согласны с природой и в этом смысле естественны, и нельзя им противопоставлять пресловутого «естественного» права, как бы единственного согласного с природой.

В XIX в. на смену учению школы естественного права является понимание естественного права, как вечной идеи, проявляющейся в историческом развитии положительного права. Таков взгляд Гегеля и его школы. Но такое изменение в понимании естественного права в существе дела равносильно его отрицанию. Действительно, идея, служащая основанием исторического развития, не может быть правом практически применимым, могущим регулировать человеческие отношения. Такая идея определяет *развитие права*, а не *права людей*. Такое понимание естественного права не ведет к признанию существования рядом двух прав: положительного и естественного. Гегель признает только одно положительное право, но в нем видит проявление абсолютной идеи права. Извечное предсуществование историческому развитию права абсолютной его идеи не может быть согласено с историческими фактами. Если бы было такое общее исконное основание всего развития права, в праве должно бы было замечаться общее сходное на всех стадиях исторического развития. Между тем, как в действительности сходство и общность могут быть замечены только при сравнении соответствующих стадий развития. Это доказывает, что общее в праве не предшествует его историческому развитию, а есть само продукт истории.

## § 17. Общая критика идеи естественного права

Мы рассмотрели главнейшие формы, какие в последовательном своем развитии принимала гипотеза естественного права, и подвергли каждую из них соответствующей критике. Но естественное право не есть предмет только научных гипотез. Это не книжная теория, чуждая действительной практической жизни. Напротив, идея естественного права играла и в практической жизни едва ли еще не большую роль, чем в научной теории права. Для многих идея естественного права не есть только предположение, а составляет их твердую веру. Существование естественного права кажется им аксиомой само по себе очевидной и необходимой. Как же объяснить происхождение этой идеи естественного права и такой ее авторитет?

Возникновение идеи естественного права объясняется тем, что наши понятия образуются не только путем обобщения получаемых из опыта представлений, но также и посредством простого противоположения тому, что нам дает опыт. Предметом опыта может быть только условное, ограниченное, временное и, во всяком случае, только существующее, но посредством простого противоположения тому, что мы в действительности наблюдаем, у нас образуются понятия безусловного, безграничного, вечного и даже понятие небытия. Точно так же, наблюдая в действительности только изменчивое, разнообразное, условное право, мы, путем подобной антитезы, образуем понятие неизменного, единого, абсолютного права естественного.

Таким образом, объясняется возникновение самого понятия об естественном праве. Но откуда же берется уверенность в действительном существовании соответствующего этому понятию права?

Причина этой уверенности в одном из свойственных человеческому уму априорных

заблуждений<sup>30</sup>. «Человечество, – говорит Милль, – во все века было весьма склонно заключать, что где есть название, там должно существовать и соответствующее ему отличное отдельное бытие. И о всякой сложной идее, которую ум составил для себя, действуя на свои представления об единичных вещах, думали, что ей соответствует какая-либо внешняя обманчивая реальность». Эта склонность всем имеющимся у нас понятиям приписывать реальность встречается не только в обыденных суждениях людей, но послужила основой целых философских систем. Это заблуждение лежало в основе платоновского учения об идеях, средневекового реализма, ведущего свое начало от Иоанна Скота Эриугены, и всего докантианского или так называемого догматического рационализма. А время господства догматического рационализма и было как раз временем наибольшего процветания гипотезы естественного права.

Итак, понятие об естественном праве складывается посредством простого противопоставления наблюдаемому нами в действительности изменчивому праву, а присущая нашему уму склонность всем нашим понятиям приписывать внешнюю реальность приводит к заблуждению, будто бы такое естественное право и действительно существует. Остается объяснить, каким образом те, или другие, в действительности изменчивые, начала положительного права могли быть приняты за неизменные начала естественного права? Тут объяснение опять кроется в априорных заблуждениях нашего ума, но несколько иного рода.

Люди вообще склонны привычное и простое считать необходимым и естественным.

Чаще всего необходимым кажется нам просто привычное. Так, Лактанций опровергал учение о шарообразности Земли невозможностью якобы представить себе антиподов, у которых ноги, по его выражению, должны бы быть выше головы. Теперь, однако, никто не затруднится представить себе антиподов. Причина затруднения в том для Лактанция была, очевидно, единственно – непривычка. Аристотель считал движение вниз, как более привычное, естественное, движение вверх<sup>31</sup> – насильственным и потому полагал, что первое совершается всегда с нарастающей скоростью, второе – с убывающей. Современная механика не присваивает, однако, какой-либо особой естественности ни тому, ни другому. С не меньшим удивлением читаем мы теперь в Пандектах заверения римских юристов, что прелюбодеяние постыдно от природы, а нарушение опекунских обязанностей только в силу обычая (Ульпиан), что яды, не употребляемые для лекарственных целей, не могут быть по природе своей объектом купли-продажи (Гай).

Но одною привычностью нельзя объяснить всех случаев признания какого-либо юридического правила естественным уже потому, что нередко естественными признаются и такие начала, которые отнюдь не могут быть признаны наиболее распространенными в положительном праве, имеющими в нем общее значение. Так, римские юристы признавали естественным, чтобы юридическое отношение прекращалось тем же путем, как и устанавливается, хотя требование такого соответствия форм установления и прекращения вовсе не имело в римском праве значения общего правила. Так, и теперь равенство признается обыкновенно требованием естественной справедливости, хотя только в современном быту оно начинает понемногу вытеснять царившее прежде неравенство. Так, многие представители школы естественного права считали основой этого права неограниченную свободу, хотя она нигде не находила себе действительного осуществления.

Чтобы объяснить происхождение такого рода убеждений, следует обратить внимание на присущую нам склонность предпочитать во всем простое сложному. Что в силу своей простоты легче усваивается нашим умом, то мы и склонны считать более правильным, более истинным или даже имеющим особое, высшее значение. Так, долгое время признавалось бесспорным, что орбиты небесных тел должны быть кругами, так как круг наисовершеннейшая линия. Так, долгое время считалось аксиомой, что природа действует всегда самыми простыми

---

<sup>30</sup> Милль. Система логики. II. С. 283–313. Кн. V, гл. III: «Заблуждения с первого взгляда, или Заблуждения априорические».

<sup>31</sup> Для твердых и жидких тел, а для огня и воздуха естественным считалось движение вверх.

средствами. Совершенно так же должно объяснять обычное признание наиболее простых юридических форм и принципов естественными.

Все приведенные нами объяснения возникновения веры в естественность тех или других юридических принципов, при кажущемся их разнообразии, имеют одно общее основание, сводятся к одному общему объяснению, к так называемым априорным заблуждениям. Другими словами: вера в естественное право обязано своим происхождением логическому заблуждению, заключающемуся в безосновательном принятии за очевидное и необходимое положения, вовсе не представляющегося таким в действительности.

Но что же могло придать этому заблуждению такое значение в истории человечества? В силу чего это заблуждение могло явиться фактором прогресса? Чтобы понять это, надо вспомнить, что идея прогресса – идея совершенно новая, зародившаяся не ранее прошлого столетия. До того времени золотой век представлялся не впереди, а позади нас, и всякое изменение существующего представлялось только еще большим удалением от счастливого прошлого, всякое изменение считалось ухудшением, злом. Все, что может сделать мудрый государственный деятель, это удержать общество в его *statu quo*. Ни о каком улучшении не могло быть и речи. Золотой век прошел безвозвратно. Наша задача лишь в том, чтобы по возможности не удаляться от него еще более. При господстве такого мирозерцания новые идеи, новые принципы не могли найти себе успеха, не могли рассчитывать на признание их достоинства. Новое – уже в силу своей новизны казалось опасным. Чтобы завоевать себе признание, новому надо было являться не иначе, как под обликом старины. Но что же может быть старше старых, исконных обычаев? Конечно, одна только природа, существовавшая и тогда, когда самые старые обычаи только что нарождались.

Естественное право – самое старое, самое исконное. Оно явилось вместе с первым человеком, оно предшествовало всякому другому праву. И вот стоило любую новую идею выдать за принцип естественного права, она получила в силу этого весь авторитет старейшинства даже в сравнении с самым архаическим правом. Так, римские юристы проводили в жизнь нравственное учение стоиков, выдавая его за естественное право, которому людей научила сама природа. Так, в XVII в. новые, свободные начала противопоставлены изжившему свое содержание средневековому праву как извечные начала естественного права.

## Глава IV Происхождение права

### § 18. Теории произвольного установления права

*Муромцев.* Образование права по учениям немецкой юриспруденции. М., 1886.

Если гипотеза естественного права должна быть отринута, и все право должно быть признано всецело продуктом исторического развития, то особенное значение получает вопрос о происхождении права. Раз признается существование естественного права, идея права считается врожденной людям. Поэтому в установлении изменчивых постановлений положительного права люди, при таком взгляде на дело, отправляются от данного им готовым уже понятия права и притом находят его также готовым и в сознании других людей. Отвергая же существование естественного права, мы должны принять существование такого времени, когда и в сознании людей не было понятия о праве. Как же могло оно возникнуть, как образовалась эта не существовавшая прежде идея права?

Разрешение этого вопроса представляется довольно трудным; в юридической литературе до сих пор нет установившегося объяснения первоначального возникновения права.

До появления исторической школы возникновение права объясняли обыкновенно произвольным людским установлением. На право смотрели, как на нечто сознательно придуманное людьми для своего удобства. На первый взгляд такое объяснение может, пожалуй, оказаться всего проще разрешающим вопрос. Но при более внимательном отношении к делу не

трудно заметить полную несостоятельность такого объяснения.

Оно может принимать и, действительно, принимало две различные формы. Происхождение права объясняют или велением авторитета, правительства, или договором.

Объяснение происхождения прав велением правительства находит себе основание в том, что главной формой права в современном быту являются законы, устанавливаемые государственной властью. Отсюда заключают, что так было и всегда, что первое возникновение права совершилось в силу веления власти. К этому присоединяются и психологические соображения. Указывают, что сила, власть внушает людям какое-то безотчетное уважение, и они всегда склонны придавать высшую обязательность тому, что повелевается властью. В этом, конечно, есть доля истины. Уважение к власти, ее обаяние, несомненно, играют значительную роль в образовании права. Но одним велением нельзя объяснить первичного возникновения права. Уважение к авторитету побуждает людей к повиновению. Но повиновение не то же, что право. Повиновение может принимать весьма различные формы, и то повиновение, которое обуславливается чувством права, само уже предполагает необходимо признание за самим повелевающим права устанавливать юридические нормы. Иначе это будет повиновение, не имеющее юридического характера, каково, например, повиновение из страха, или безотчетное, инстинктивное повиновение. Кроме того, право первоначально мыслится, как нечто необходимое, независящее от воли человека. Праву приписывается божественное установление или вообще сверхъестественное происхождение. Поэтому содержание правовых норм не могло зависеть от людского произвола. Люди должны были находить его готовым, сложившимся помимо их воли и сознания. Откуда же бралось это содержание? Очевидно, что теория, объясняющая происхождение права велением авторитета, не может дать на это ответа. Авторитет этот был обыкновенно мнимый, существовавший только в воображении людей и потому не могущий быть действительным источником содержания юридических норм. Но и в тех случаях, когда повелевающим авторитетом являлись люди, возникает новый вопрос: каким образом другие приходят к признанию за этими личностями права устанавливать обязательные для всего общества нормы. Следовательно, такому установлению опять-таки предшествует уже признание за авторитетом известного права. И мало того, никогда, даже в деспотическом государстве, мы не встретим возведения произвола в принцип. И деспот всегда предполагается действующим согласно с требованиями справедливости, и действия деспота могут быть признаны несправедливыми. А если так, то основание различия правого и неправого не есть уже одна только воля деспота.

Другие сторонники первоначального сознательного установления права объясняют дело договором. Утверждают именно, что право первоначально было установлено взаимным соглашением всех членов общества. Тут опять мы видим заключение от современного положения вещей к условиям первичного установления права. В современном обществе договором, действительно, очень часто устанавливаются нормы для регулирования взаимных отношений. Но возможность такого установления юридических норм предполагает уже признание обязательности договоров. Между тем это вовсе не есть аксиома, само собой подразумеваемая. Обязательная сила договоров есть, напротив, исторически выработавшийся юридический принцип, далеко не всегда признававшийся как общее правило. В современном праве обязательность договоров признается общим образом. Но и то не без исключений. Договор, касающийся ничтожных интересов, и договоры безнравственные не имеют силы. А прежде, хотя бы в древнем римском праве, соглашение само по себе (*nudum pactum*) вовсе не имело силы. Тогда обязывал не договор, а лишь присваиваемая ему особая форма. Без нее договор не имел никакой силы. Таким образом, обязательность договоров есть исторически выработавшееся начало. Поэтому объяснять первоначальное возникновение права договором значит впадать в безысходный круг. Юридические нормы устанавливаются договором: а обязательность договора есть так же исторически образовавшаяся юридическая норма. Значит, и она основана на договоре? Утвердительный ответ приводил бы к нелепости, а отрицательный разрушает возможность объяснения происхождения прав договором, так как оказывается одна, и притом получающая значение основной, юридическая норма, не вытекающая из договора.

Договорное происхождение права так же невозможно, как и договорное происхождение языка. Когда уже существует язык, можно по соглашению вводить новые слова в употребление;



так вводятся, например, новые научные термины. Но невозможно самое возникновение языка объяснить этим путем, потому что когда нет языка, нельзя сговориться. Так и договорное установление правовых норм уже предполагает существование права, как необходимой почвы, на которой только и могут явиться такие договоры.

## § 19. Учение исторической школы

*Laboulaye. Essai sur la vie et les doctrines de F. C. de Savigny. 1842. Lentz. Über geschichtliche Entstehung des Rechts. 1854.*

Более обстоятельной и подробной разработке вопрос о происхождении права был подвергнут впервые исторической школой. До нее заботились не столько о том, чтобы разъяснить, как происходит право, сколько о том, чтобы развить национальные основы права. В развитии основ права заключалась главная задача. Совершенно иначе ставился вопрос о происхождении права для исторической школы. Историческая школа на первом плане ставила положительное право, признавала, что теорию права нельзя выводить из человеческого разума и предлагала обратиться к изучению исторической деятельности. Поэтому она должна была прежде всего поставить вопрос не о том, чем должно быть право, а о том, *как* оно возникает.

И действительно, уже основатель исторической школы, Густав Гуго (1768 1844), задается этим вопросом. Вся его «Философия положительного права» (*Hugo. «Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts»*, 3 Ausg. 1809 г.) делится на две части: в первой – рассматривает он человека как животное, как разумное существо и как члена государства, а во второй – дает изложение общих начал частного и публичного права. Вторая часть начинается с рассмотрения вопроса о том, как образуется право. Он оспаривает при этом общепринятое тогда положение, что закон есть единственный источник права. Этот § 130 представляет зародыш всего учения исторической школы, хотя он изложен очень коротко. Гуго указывает, что развитие права совершается и помимо законодательной власти, что во всех государствах, в особенности в Риме и Англии, мы находим следы права, развивающегося независимо от законодательной власти, – таково обычное право, право преторское. Подробнее эту мысль Гуго развил в рецензии на книгу Шлоссера, помещенной в «*Cöttinger gelehrte Anzeigen*» за 1789 г., и в особой статье под заглавием: «Суть ли законы единственные источники юридических истин?», помещенной в «*Civilistisches Magazin*» за 1814 г. Положительное право народа, – говорит Гуго, – есть часть его языка. Это можно сказать о всякой науке: *une science n'est qu'un language bien fait*. Даже математика не представляет в этом отношении исключения, так как, конечно, не а priori называем мы углами все то, что подходит под это название, не а priori наше счисление основано на десятичной системе, окружность делится на 360° и т. д. Но *еще* более это справедливо в таких науках, где названия меняют свое значение, следовательно, во всем, относящемся к нравам, во всем положительном, а, следовательно, и в праве. Римский контракт, например, означал совсем не то, что теперешний.

Как образуется язык? Прежде думали, Бог сам изобрел его и научил ему людей. Это было бы установление языка посредством закона. Другие, напротив, считали язык возникшим в силу взаимного соглашения людей о том, что как должно называться. В такие объяснения теперь уже не верят. Всякий знает, что язык образуется сам собой и что на развитие его имеет наибольшее влияние пример тех, кто считается хорошо говорящим. То же самое должно сказать и относительно нравов. Никакой правитель и никакое собрание людей не постановляли никогда, чтобы выражением уважения считать снятие шляпы, как это делается в Европе, или, напротив, покрытие головы чем-либо, как в Азии.

Наконец, то же самое применяется и к праву. И право, подобно языку и нравам, развивается само собой; без соглашений или предписаний, просто в силу того, что так складываются обстоятельства, что другие делают так, что к установившимся уже этим путем правилам более подходит это, данное, а не какое-либо другое.

Таким образом, может сложиться положительное право без всяких законов. Но когда правительство находит нужным установить на будущее время какое-либо новое правило, то

оно, конечно, принадлежит к положительному праву, и это правило принимается в соображение, как и всякое частное распоряжение правительства. Но это еще не значит, что предписанное всегда на деле соблюдалось. Те улицы в Геттингене, которым начальство на памяти Гуго хотело дать новое название, несмотря на такое распоряжение, все-таки всеми называются по-старому. Множество законов и соглашений никогда не выполняются. Никто и не воображает, чтобы все делалось именно так, как о том написано в законах. Сами законодатели не верят в полное осуществление своих предписаний. Отступления от предписаний закона совершаются не только бесчестными, но и вполне честными людьми. Что это так, никто не станет отрицать, но, быть может, многие найдут такое положение вещей весьма плохим. Однако нельзя упускать из внимания, что так было везде и всегда, и это не может не иметь значения. К тому же такой порядок вполне соответствует и самой цели положительного права, заключающейся, прежде всего, в определенности, в надежности данного правила, как бы оно ни возникло и даже каково бы ни было его содержание. А что больше содействует определенности и известности: писанный закон, который большинство никогда не видало, или установившийся постоянный порядок, с которым все компетентные лица согласны? Положим, что данной группе лиц известно много примеров духовных завещаний, составленных при участии шести свидетелей и признанных действительными. Основываясь на этом, некто составляет духовное завещание также при участии шести только свидетелей. Но затем находят закон, требующий непременно семи свидетелей. Чему же отдать предпочтение: закону ли, никому не известному, или всем известному обычаю? С другой стороны, хотя правительство и есть представитель всего народа, но и сам народ непосредственно может кое-что сделать для себя. И все вероятнее за то, что сами собой установившиеся правила лучше соответствуют данному положению народа, нежели то, что может придумать для него правительство.

Образование права лучше всего может быть пояснено сравнением с играми. Всякая игра (шахматная, бильярдная, карточная) есть борьба по определенным правилам, *законам*. Но только по форме своей эти правила очень редко бывают законами и произвольными соглашениями. При каждой игре предварительно уговариваются о подробностях: почему играют, как считают онеры и т. п. Но во всякой игре есть и свои, независимые от соглашения правила. Как же они образуются? Есть немногие игры, например, бостон, которые, очевидно, были сочинены сразу, одним изобретателем. Но эти игры во многом уступают большинству других игр (например, висту), правила которых складывались мало-помалу, путем постепенного разрешения в частных случаях сомнительных вопросов. Сотни таких решений привели к установлению незыблемых правил игры, которые сложились, таким образом, сами собой, не имея своего источника ни в чьем-либо повелении, ни в соглашении («*Civilistisches Magazin von Professor Ritter Hugo in Cöttingen*». В. IV. Berlin, 1811. § 117–134).

У Гуго мы находим уже намеченными все характерные черты учения исторической школы. В особенности следует обратить внимание на то, что уже у него выставляется сравнение права с языком, ставшее потом любимейшим сравнением у представителей исторической школы. Но полное свое выражение учение это нашло только в трудах Савиньи (1779–1861), признаваемого даже вне Германии величайшим юристом XIX в. Савиньи не был учеником Гуго. Но, как он сам это признавал, сочинения Гуго имели на него большое влияние.

Первым сочинением Савиньи, обратившим на него внимание, было исследование «О владении»: оно сразу выдвинуло автора на первое место среди современных ему юристов. И действительно, уже в этом исследовании весьма определенно сказались особенности нового направления. Но общее воззрение на право и его развитие Савиньи изложил главным образом в двух своих сочинениях: «Призвание нашего времени к законодательству и науке права» («*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*». Heidelberg, 1814 г.) и в первом томе своей «Системы нынешнего римского права» («*System des heutigen römischen Rechts*». I. Berlin, 1840).

Поводом к написанию первого из этих произведений, небольшой брошюры, послужили совершившиеся тогда в Германии политические события. Она тогда только что освободилась от французского владычества, во время которого в некоторых местах был введен французский кодекс, представлявший большие преимущества сравнительно со старым германским правом. Введение французских законов оскорбило национальное чувство немцев, но в то же время

вызвало у них сознание недостаточности немецкого права. Поэтому по устранении французского владычества явился вопрос о том, что делать с законодательством? Одни (Rehnberg) высказывались за возврат к старому порядку, другие, напротив, требовали составления общегерманского кодекса. Представителем последнего направления явился, главным образом, Тибо (1771–1840) (*Thibaut*. «Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland», 1814 г.) Напечатано в том же году второе издание в его «Civilistische Abhandlungen». Heidelberg, 1814. § 401–466). Он предлагал устроить съезд юристов – теоретиков и практиков – для выработки общего уложения для всей Германии, так как, по его убеждению, улучшение законодательства местными отдельными государствами не может достигнуть своей цели, во-первых, потому, что может оказаться недостаток в научных силах для этой работы и, во-вторых, потому, что с разделением политическим развитие партикулярного законодательства повело бы к совершенному раздроблению Германии, к совершенной потере национального единства. Что касается собственно цели общего уложения, то необходимость реформы юридического быта Тибо оправдывал несовершенством существующего германского права, которое представлялось уже слишком устарелым по содержанию и неудовлетворительным по форме; именно оно заключалось в ряде отдельных постановлений германских императоров и князей, остававшихся разрозненными и представлявшимися настолько устарелыми по своему содержанию, что даже самые консервативные юристы не находили возможным восстановить их. Но рядом с ними действовало римское право, господство которого, как права иноземного, по воззрению Тибо, представляется нежелательным, потому что оно не подходит к правовым воззрениям германского народа; тем более, что римское право дошло до нас в той форме, в какую оно вылилось в эпоху полного упадка римского государства. К тому же и по содержанию своему оно оказывается уже недостаточным для удовлетворения потребностей нашего времени; таковы, например, постановления о семейной власти, об опеке и попечительстве, об ипотечной системе. Ко всем этим недостаткам системы римского права присоединяется еще то, говорит Тибо, что мы не знаем римского права, так как до нас не дошел подлинный текст римских законов, и мы имеем множество различных вариантов, так что в издании, например, Габауера варианты равняются по объему четвертой части самого текста. Мало того, количество вариантов постоянно изменяется, потому что открываются новые варианты. Но представим даже, что они все собраны, и тогда все-таки различные юристы будут различного мнения по каждому вопросу, потому что истый юрист никогда не принимает чужого мнения. При таком положении дела юристы-практики окажутся в крайнем затруднении, будучи принуждены делать выбор между различными мнениями, равно необязательными и одинаково опирающимися на авторитет ученых романистов. Ввиду такого неудовлетворительного состояния права Тибо требовал составления нового кодекса, который бы удовлетворял условиям современной жизни вообще и в частности германской жизни.

Но, развивая свое положение о необходимости выработки нового кодекса, Тибо не предвидел тех возражений, которые были сделаны ему Савиньи. Савиньи не стал говорить о том, хорошо или не хорошо современное ему право, совершенно оно или не совершенно, а поставил вопрос на совершенно иную почву. Во введении к своему «Призванию» он указывает прямо, что сочинение Тибо не может быть рассматриваемо изолированно, но что его следует поставить в связь с теми историческими условиями, при которых оно явилось. В предложении Тибо нельзя, во-первых, не видеть отголоска господствовавшего в XVIII столетии игнорирования прошлого и преувеличения значения настоящего времени, от которого ожидали не меньше, как осуществления абсолютного совершенства. Это сказалось и в отношении к праву: требовали новых кодексов, которые бы своей полнотой сообщили делу правосудия механическую определенность. Вместе с тем эти кодексы должны были быть свободны от всяких исторических особенностей и представлять в чистой абстракции одинаково применимое во все времена и у всех народов право. С другой стороны, предложение составить новый гражданский кодекс обусловлено господствующим воззрением на образование права. Все право считается возникающим путем издания законов, причем содержание законов представляется как нечто совершенно случайное и могущее быть изменяемо по произволу законодателя. Савиньи доказал, что обе эти предпосылки, на молчаливом признании которых основывается

предложение Тибо, и преувеличенные ожидания от настоящего, и признание права зависящим от произвола законодателя – одинаково ошибочны, что право не творится произволом законодателя, и что, в частности, начало настоящего столетия нельзя было признать призванным к кодификации в силу чрезвычайной отсталости тогда германской юриспруденции. Но нас, конечно, не может интересовать здесь этот второй тезис. Мы ограничимся поэтому изложением воззрений Савиньи на происхождение права.

Нельзя допустить, чтобы происхождение права было различно в зависимости от случая или человеческого произвола. Этому противоречит то обстоятельство, что всегда, когда возникает вопрос о праве, имеются уже готовые юридические правила. Итак, нельзя думать, чтобы право устанавливалось волею отдельных лиц, входящих в состав народа. Напротив, оно должно быть признано продуктом народного духа (*Volksgeist*), живущего и проявляющегося во всех членах народа и потому приводящего их к одному и тому же правосознанию. Мы не можем подтвердить этот взгляд на происхождение права прямыми историческими доказательствами. История застаёт у всех народов право уже сложившимся, имеющим положительный характер и представляющим своеобразный национальный отпечаток, точно так, как и язык народа, его нравы и политическое устройство. Но возможны косвенные доказательства. В пользу такого непроизвольного возникновения права говорит прежде всего то, что в сознании нашем понятие положительного права соединяется всегда с понятием необходимости, что было бы непонятно, если бы право было продуктом нашего произвола. Другим аргументом служит аналогия с другими сторонами народной жизни, в особенности с языком, который точно также отнюдь не есть продукт людского произвола. Право живет в общем сознании народа не в форме, конечно, абстрактного правила, но в форме живого восприятия юридических институтов в их органической связи. Молодость народов вообще не богата понятиями. Зато в ней имеется полное сознание своего положения, своих условий, и несложное по содержанию право является предметом непосредственной народной веры. Но всякая духовная функция нуждается в материальной форме для своего проявления. Такой формой для языка служит его постоянное, непрерывное употребление, для государственного строя – видимые государственные учреждения. В отношении права такое же значение имеют в настоящее время определенно сформулированные основные положения. Но это предполагает уже значительную отвлеченность, чего нельзя найти в первобытном праве. Зато мы находим здесь ряд символических действий, сопровождающих установление и прекращение юридических отношений. Внешняя наглядность этих действий служит сохранению права в определенной форме. Эти символические действия были как бы грамматикой права той эпохи, вполне ей соответствующей. Эта органическая солидарность права с существом и характером народного быта сохраняется, однако, и в последующие эпохи, и в этом отношении право так же может быть сравниваемо с языком. Как язык, так и право не знают ни на мгновение абсолютного застоя, но, как и все стороны народной жизни, оно находится в постоянном движении и развитии, подчиняющемся, как и первое его проявление, закону внутренней необходимости. Таким образом, право растет вместе с народом. Но в культурном обществе это внутреннее развитие права усложняется и тем затрудняет изучение. Право вытекает из общего сознания народа. Но если мы возьмем, например, римское право, то можно еще себе представить находящимся в общем народном сознании основные начала семейного права, собственности и т. п., но невозможно утверждать того же относительно всей массы детализированного материала, представляющегося нам в Пандектах. Это приводит нас к новому соображению. С развитием культуры различные стороны народной жизни отделяются друг от друга и то, что прежде выполнялось сообща, делается функцией различных классов. Одним из таких обособленных классов являются юристы, деятельность которых в отношении к праву заменяет прежнюю деятельность всего народа непосредственно. С этого времени существование права становится сложнее и искусственнее, так как оно получает двойную жизнь, как часть общей народной жизни и как особая наука в руках юристов. Связь права с общей народной жизнью можно назвать его *политическим*, а его обособленное существование в руках юристов – *техническим* элементом. В различные эпохи народной жизни соотношение этих элементов различно, но всегда оба они в той или другой степени участвуют в развитии права.

Если, таким образом, право признается продуктом народной жизни, проявлением народного духа, то, конечно, весьма важно определить, что собственно Савиньи понимает под народом. В «Призвании» он оставил этот вопрос совершенно без рассмотрения, и только в «Системе», вышедшей уже после того, как историческая школа получила широкое развитие, находим мы параграф, посвященный выяснению понятия о народе. «Если мы отвлечем, – говорит Савиньи, – право от всякого особенного содержания, то получим, как общее существо всякого права, нормирование определенным образом совместной жизни многих. Можно бы и ограничиться таким отвлеченным понятием множества. Но случайный агрегат неопределенного множества людей есть представление произвольное, лишенное всякой реальности. А если бы и действительно имелся такой агрегат, то он был бы не способен, конечно, произвести право. В действительности же везде, где люди живут вместе, мы видим, что они образуют одно духовное целое и это единство их проявляется и укрепляется в употреблении одного общего языка. В этом единстве духовном и коренится право, так как в общем, всех проникающем народном духе представляется сила, способная удовлетворить потребности в урегулировании совместной жизни людей. Но, говоря о народе, как о целом, мы должны иметь в виду не одних лишь наличных членов его: духовное единство соединяет также и сменяющие друг друга поколения, настоящее с прошлым. Право сохраняется в народе силой предания, обусловленной не внезапной, а совершенно постепенной, незаметной сменой поколений».

Признание права продуктом народной жизни может иным показаться слишком узким, могут сказать, что источник права следовало бы искать не в народном, а в человеческом духе, вообще. Но образование права есть общее, совместное дело, а оно возможно только со стороны тех, между которыми общность мышления и действия не только возможна, но и действительно существует, и это имеется только в пределах отдельных народов. Но, конечно, в жизни и отдельных народов проявляются общие человеческие стремления и свойства.

Савиньи является наиболее типичным представителем исторической школы. В учении его ближайшего последователя Пухты (1798–1846) (*Puchta*. «Encyclopedie als Einleitung zu Institutionen», 1825 г.). Так же в первом томе его «Институции». 1844 г. Переведено на русский язык) уже весьма сильно влияние современных ему философских учений Шеллинга, сказавшееся на выработке понятия о народном духе как источнике права. Пухта объективирует, олицетворяет это понятие. Он видит в нем какую-то силу, действующую в организме народной жизни и существующую независимо от сознания отдельных членов народов. Народный дух, подобно душе в организме, все производит из себя в народной жизни, в том числе и право, так что отдельные личности не имеют никакого активного участия в образовании; не их сознанием обуславливается то или другое развитие права, а свойствами народного духа. Поэтому, если Савиньи говорит еще об образовании права как об общем деле (*eine gemeinschaftliche That*), у Пухты идет речь, напротив, об естественном саморазвитии права (*Naturwüchsigkeit*). Право развивается, по этому учению, из народного духа, как растение из зерна, причем наперед предопределена его форма и ход развития; отдельные личности являются только пассивными носителями не ими создаваемого права.

С большими подробностями свое воззрение на происхождение права Пухта развил в своей известной монографии об обычном праве («*Gewohnheitsrecht*». В. I. 1828). В Священном писании, – говорит Пухта, – происхождение рода человеческого изображается так, что вначале был один человек, затем два: мужчина и женщина, а потом рожденные от них. Первые люди составляли, таким образом, с самого начала определенный союз – союз семейный. Первая семья, размножаясь, поделилась на несколько семей и развилась в племя, в народ, который, точно так же размножаясь, поделился на новые племена, ставшие в свой черед народами. Все это так естественно, что и языческие сказания повторяют то же самое. Важно в этом, что мы, таким образом, не находим ни одного момента, когда бы люди жили, не составляя какого-либо органического целого. Народное единство основывается на единстве происхождения, обуславливающим не только телесное, но и духовное родство. Но родства одного не достаточно для образования народа: иначе был бы один народ. Обособление одного народа от другого определяется их территориальным обособлением, причем к естественному единству приходит и другое, выражающееся в политической организации (*Verfassung*), через что народ становится государством. Государство не есть естественный союз. Оно образуется волею: государственный

строй есть выражение общей воли о том, что составляет существо государства. Эта общая воля не могла, однако, непосредственно и первоначально иметь никакого другого источника, как естественное согласие, единомыслие (*natürliche Übereinstimmung*). Таким образом, государство, конечно, образуется непосредственно волею, но воля эта, а следовательно, чрез ее посредство и само государство, коренится в естественном соединении. Народ здесь понимается как естественное целое. Этим исключается возможность его действия (*Wirksamkeit*), ибо действовать может только отдельный субъект, а не целое, как простая идея, как *incertum corpus*. Действие народа, в естественном смысле, может заключаться лишь в незримом, обусловленном самим его понятием, т. е. этим родством, влиянии его на принадлежащих к нему членов. К таким проявлениям народной жизни (*Thätigkeiten der Volk*) принадлежит и право. Влияние климата и т. п. на людей – не непосредственно, а только через посредство национальности, свойства которой определяются климатом и которая затем уже влияет на своих членов. Индивид способен к правосознанию не как индивид, не как член семьи, а только как член народа. Этим право отличается от индивидуального сознания. Существование правовой свободы предполагает, что воле человека противостоит другая воля, которую он частью признает чужою, для него внешнею волею, частью же так же и своею, именно, как основывающуюся на и ему принадлежащем убеждении. Человек становится личностью и получает право в силу того, что его воля есть вместе и особая, и общая, что она и совершенно самостоятельна и вместе действует лишь, как основывающаяся на общем убеждении.

Что право могло возникнуть только в народной жизни, Пухта доказывает следующим образом: когда был сотворен один только человек, его воле могла быть противопоставлена только воля Бога, совершенно уничтожавшая волю человека. Когда существовала только семья, а не народ, муж был господином жены, не имевшей никакой воли, отличной от его воли. И то же самое должно сказать относительно других членов семьи. Таким образом, только в народе могло явиться противоположение воле, необходимое для возникновения права. Но этим доказывается только, что народ *causa instrumentalis* права. Надо еще доказать, что он и *causa principalis*. В праве различимы две стороны: 1) убеждение в том, что есть право; и 2) осуществление, приложение этого убеждения. Право, которое не может быть осуществлено, не есть право. Мало того, случайного осуществления, например, войной, недостаточно, потому что *чистая естественная* сила случайно только служит праву, как может служить и неправу. Соответствующая праву правозащита возможна только чрез посредство особого органа общей воли, следовательно, чрез посредство государственной организации. Поэтому только та воля может быть источником права, которая приводит к образованию государства, т. е. воля народа. Нельзя государство считать творцом права. Государство только орган выражения общей воли, которая существует до него и творит право. Но до государства права не существует, так как нет органа для выражения общей воли. Но под народом, как творцом права, не следует понимать народа, как противоположность правительству.

Нельзя также думать, что деятельность народа слагалась из деятельности отдельных лиц, из нее образовалась. Тут Пухта полемизирует со Шлегелем. Он называет этот взгляд «поверхностным и тривиальным». Убеждение индивида не переходит в убеждение народа, народ свое сознание не получает от отдельного лица.

Таким образом, у Пухты народный дух является особой самостоятельно действующей силой. Он не вырабатывается исторической жизнью народа, а существует с самого начала, обуславливая весь склад народной жизни и народной истории. Народный дух заключает в себе и народное правосознание, проявляющееся и в сознании каждого отдельного члена народа. Народное правосознание и есть, следовательно, первоначальный источник права. Но Пухта на этом и останавливается, он не объясняет, как образуется это общее народное правосознание. Он просто предполагает его данным, существующим. Поэтому предлагаемое им объяснение происхождения права как бы останавливается на половине дороги, представляется неполным.

## § 20. Возникновение права

Объяснение происхождения права не может ограничиться указанием лишь на то, как развивается право. Главный и самый трудный вопрос заключается в объяснении

первоначального возникновения права, в объяснении того, каким образом появляется впервые самое сознание о праве. В современном быту, мы знаем, право творится и развивается сознательной деятельностью, и при этом отстраиваются от сознания недостатков или неполноты уже существующего права. Но откуда же взялось первоначальное сознание о праве? Разрешение этого вопроса тем труднее, что сознание всегда предполагает уже готовый объект, готовое содержание. Обыкновенно, объект одного акта сознания дается предшествующим ему, так же сознательным актом. Но когда речь идет о первоначальном возникновении сознания о чем-либо, такое объяснение неприменимо. Остается предположить или врожденность правосознания, или что первоначально объект правосознания дается бессознательным актом.

Врожденность правосознания можно понимать двояко. Можно, во-первых, считать врожденным самое содержание права. Но это равносильно принятию гипотезы естественного права, несостоятельность которой мы уже доказали. Можно, во-вторых, считать врожденным только сознание необходимости существования юридических норм, независимо от их возможного содержания. Но если бы это было так, тогда понятие права с самого начала должно бы являться в человеческом сознании в самой общей форме, и притом определенно отграниченными от других понятий, например, нравственности, религии. В действительности же мы наблюдаем как раз обратное: правосознание возникает первоначально в частной форме, и общее понятие права, обнимающее все его конкретные формы, является сравнительно поздно. Незрелый человек знает только отдельные права, и общее понятие права ему недоступно. Точно так же и обособление права от нравственности и религии есть сравнительно позднейшее явление. Первоначально право, нравственность, религия, приличие – все это смешивается воедино. Таким образом, нельзя принять врожденности правопонятия и в такой форме.

Остается предположить, что первоначально содержание правосознания устанавливается бессознательно. Каким же образом это может произойти? Каким образом могут бессознательно установиться юридические нормы?

Для объяснения этого следует обратиться к тому, как вообще объясняют первоначальное возникновение сознательной деятельности. Современная психология не признает, чтобы нам была врождена уже сознательная воля. Так, например, Бен («Will and Emotions») объясняет явления воли общим психологическим законом ассоциации. Воля представляется не природной, первоначальной способностью нашего духа, а уже плодом психического развития. Первоначально мы действуем бессознательно. К действию побуждает нас самопроизвольная активность нашего организма, обуславливающаяся накапливающейся, в силу совершающихся в нем жизненных процессов, энергией. Так двигается утробный зародыш; так действуют, бегают, кричат дети, так действуем и мы совершенно бесцельно после долгого, утомительного бездействия. Но каждое совершенное нами бессознательно действие оставляет после себя в нашем сознании два представления: о самом действии и о его последствиях, приятных и неприятных. В силу повторения такого опыта, эти два представления все прочнее и прочнее ассоциируются в нашем сознании, и когда мы затем вспоминаем о данном действии, это представление вызывает в нас и ассоциировавшееся с ним представление о приятных или неприятных последствиях, и потому самое действие представляется желательным или нежелательным. Чем ассоциация таких представлений прочнее, тем определеннее наши решения, чем слабее – тем и желания неопределеннее. Но и с образованием сознательных желаний одного воспроизведения представления о данном действии и его приятном последствии еще недостаточно для того, чтобы совершилось это действие. Многое, представляющееся нам желательным, остается нами неосуществленным: *video meliora proboque, deteriora sequor*. Это объясняется тем, что представление само по себе не может вызвать деятельности, необходимо, чтобы с появлением желания совпало известное напряжение энергии нервной системы. Одни и те же желания, смотря по тому, в каком состоянии находится наша нервная система, в возбужденном или угнетенном состоянии, могут переходить или не переходить в действие.

Подобным же образом объясняет Штейнталь («Abriss der Sprachwissenschaft») и происхождение языка. Человек под влиянием аффекта произвольно произносит известные звуки. Эти звуки производят и на него самого и на других известное впечатление. С повторением таких случаев мало-помалу устанавливается все более и более прочная ассоциация

представлений о данном звуке и том впечатлении, какое он производит. Представление об этом впечатлении вызывает в сознании человека, в силу установившейся ассоциации, представление о вызывающем его звуке, и если впечатление ему желательно, он уже намеренно произносит звук. В этой ассоциации и заключается объяснение перехода произвольно произносимых звуков в сознательно произносимые слова. Представление о впечатлении, производимом звуками, и составляет значение слова.

Мне кажется, что совершенно таким же путем можно объяснить и происхождение права.

В силу одинаковости условий и несложности отношений в первобытном обществе, люди в нем естественно, ведут совершенно одинаковый образ жизни. Малое развитие сознательной мысли, скудость и ограниченность испытываемых впечатлений, сильно развитая склонность к подражанию приводит к тому, что первобытный человек в большинстве случаев действует так же, как и другие, так же, как отцы и деды. В силу этого, в каждом из них образуется уверенность, что при одинаковых условиях все будут поступать одинаково. Человек ожидает такого одинакового, обычного поведения, он рассчитывает на него, и в этом расчете располагает и устраивает свои собственные дела. Если затем в каком-либо частном случае он обманется в своих расчетах, если кто-либо поступит в отношении к нему не так, как он ожидал, не так, как другие обыкновенно поступают в подобных случаях, человек испытывает чувства недовольства, гнева. Он обращается к обманувшему его надежды с нареканиями, он старается отомстить ему. По мере того, как такие столкновения повторяются, представление о нарушении установившегося, обычного поведения ассоциируется с представлением об упреках, о гневе, о мести со стороны тех, кто терпит ущерб от такого нарушения. И вот, в силу этого, прежнее инстинктивное, бессознательное, само собой складывавшееся соблюдение обычаев переходит в сознательное. Теперь обычай соблюдается уже не в силу только бессознательной привычки, бессознательной к тому склонности, а в силу представления о тех неприятностях, какие влечет за собой нарушение обычая. Следовательно, приходит уже сознание обязательности обычая. Обычай соблюдается и тогда, когда есть интерес, есть стремление его нарушать, – соблюдается ради избежания тех неприятностей, тех невыгод, какие влечет за собой нарушение. Возникновение такого сознания об обязательности (*oppinio necessitatis*) и превращает простое обыкновение, соблюдаемое бессознательно, инстинктивно, в сознательно соблюдаемый, в признаваемый обязательным юридический обычай, являющийся первоначальной формой выражения юридических норм. Таким образом, возникновение права обусловлено сознательным соблюдением известных правил поведения как обязательных, но содержание этих первоначальных юридических норм не творится сознательно. Оно дается бессознательно сложившимися обыкновениями.

Такое объяснение происхождения права делает понятным так же, почему первоначально в праве видят произвольный, необходимый порядок, почему ему приписывают даже божественное происхождение. Сознание людей находит право уже готовым, установившимся как результат бессознательно вырабатывающихся обычаев. Не умея естественным путем объяснить их происхождение, в них видят божественное установление. Право получает, таким образом, в глазах людей значение объективного порядка, независящего от человеческой воли, стоящего выше людского произвола.

Признавая истари установившиеся обычаи обязательными, человек не отличает в них первоначально форму от содержания. Соблюдение обычая всецело признается обязательным: форма, так же, как и кроющееся в ней содержание. Потому первые стадии развития права всегда отличаются крайним формализмом.

Обязательным признается первоначально всякий старый обычай независимо от его содержания. Этим объясняется первоначальное смещение права с нравственностью, с религией, с правилами приличия.

## § 21. Развитие права



В предыдущем параграфе мы постарались объяснить первоначальное возникновение права. Нам предстоит теперь указать, каким образом совершается постепенное развитие раз возникшего права.

И по этому вопросу в юридической литературе существуют различные воззрения. Их все можно свести к трем основным категориям. Одни не признают закономерного развития права и считают совершающиеся с течением времени изменения права случайными или произвольными. Это точка зрения старых теорий, предшествующих появлению исторической школы. Они могут теперь считаться уже окончательно отвергнутыми. Идея закономерного исторического развития успела завоевать себе настолько общее признание, что учение о произвольном или случайном характере исторических изменений в праве едва ли найдет себе сторонников в современной литературе.

Другое воззрение на характер развития права, воззрение еще и теперь сохраняющее свое значение, есть воззрение исторической школы. Оно может быть characterized как учение об *естественном росте*, *Naturwüchsigkeit*, права. Все историческое развитие права представляется ничем иным, как последовательным развитием исконных начал народного правосознания. И притом это развитие само собой совершающееся без всякой борьбы, мирное, подобно развитию растения из зерна. Как в зерне уже predetermined свойства растения, которое естественно и необходимо из него развивается, так и в народном духе уже при самом появлении народа на исторической арене являются заложенными начала, определяющие содержание данной национальной системы права. В этом отношении право представляет полнейшую аналогию с языком. Юридические нормы развиваются так же сами собой, так же без всякого участия личной воли, как и грамматические правила.

Это учение исторической школы представляется, конечно, крайним преувеличением идеи закономерности исторического развития права. Восставая против признания права продуктом личного произвола, историческая школа естественно пришла к совершенному отрицанию какого-либо значения личной воли в развитии права. К этому присоединилась, еще усиливая это отрицательное отношение к значению человеческой воли в развитии права, консервативная тенденция школы. Дело в том, что историческое направление в начале настоящего столетия явилось прямой реакцией против революционных учений, опиравшихся на рационалистические системы XVIII в. Учение же об естественном росте права, без всякого участия человеческой воли, отнимало всякое значение у революционных попыток изменения издавна сложившихся порядком.

Однако такой взгляд на развитие права не только не представляется необходимым последствием исторического направления, но даже находится в непримиримом противоречии с историческим пониманием права. История не есть как-то само собой совершающийся процесс, по отношению к которому люди являются лишь безучастными свидетелями. История слагается именно из людских действий, творится людьми. Если таков характер истории вообще, не может иметь иного характера, в частности, и история права. Главным, непосредственно действующим фактором истории права так же служат действия людей. И к юридическим нормам они не могут относиться так же безразлично, как к какому-нибудь грамматическому правилу, например, к правилу об употреблении предлогов с тем или другим падежом или союза с тем или другим наклонением. Юридические нормы непосредственно затрагивают самые жизненные интересы людей, и потому установление той или другой нормы не может не вызвать борьбы из-за нее.

Таким образом, мирному, естественному росту нет места: в действительности право рождается как плод борьбы, иногда долгой и упорной. Но это не ослабляет закономерности развития права. Вопрос только в том, что служит силой, вызывающей развитие права: борьба ли человеческих интересов или какой-то таинственный, неведомо откуда берущийся народный дух. Закономерность действия правообразующей силы стоит вне вопроса.

Этот новый взгляд на процесс развития права, видящий в нем плод борьбы разнообразных общественных интересов, был противопоставлен учению исторической школы об естественном росте права Рудольфом Иерингом. Он сделал его предметом небольшой, но весьма содержательной и интересной брошюры «Борьба за право».

Идея «борьбы за право», конечно, гораздо проще объясняет историческое развитие права, как оно слагается в действительности, нежели идея «естественного роста» – с точки зрения

теории естественного роста, революционные перевороты бессмыслица, а между тем в истории они встречаются нередко. Теория естественного роста не может также удовлетворительно объяснить факта разнородности состава каждой национальной системы права, существование в них разнородных наслоений, не могущих по своей разнородности быть результатом естественного роста одних и тех же исконных начал народного духа.

Идея «борьбы за право» представляет еще и другое преимущество пред идеей естественного роста права. Идее естественного роста необходимо приводит к признанию права исключительно продуктом *народной* жизни. Поэтому историческая школа должна была по необходимости отрицать существование, например, международного права, так как его никак нельзя было рассматривать как продукт жизни одного какого-нибудь народа. Поэтому для представителей исторической школы общечеловеческие черты права совершенно заслонялись его национальными особенностями. Напротив, идея «борьбы за право» не приурочивает вовсе развития права к какой-нибудь одной специальной форме общежития. Поэтому с этой точки зрения, вполне объяснима выработка права не только в рамках народной жизни, но и всяким другим общественным союзом безразлично.

При всем том учение Иеринга может быть принято лишь с некоторыми ограничениями. Нельзя признать, чтобы право было всецело продуктом сознательной деятельности, сознательной борьбы. Необходимо допустить первоначально бессознательное установление обычаев, становящихся со временем юридическими. Эти бессознательно установившиеся стародавние обычаи имеют на своей стороне всегда интерес определенности. Они как старые, всем известные, всем привычные устойчивее и определеннее всякой новой юридической нормы. Поэтому в интересе порядка всегда желательно сохранение старых исконных обычаев. Но они вместе с тем крайне формальны и как старые никогда не будут соответствовать новым условиям и новым потребностям общественной жизни. Они представляются при изменившихся условиях общественных отношений неудобными, стеснительными и чем дальше, тем больше. Все сильнее и сильнее дает себя чувствовать потребность заменить их новыми, сознательно выработанными и более соответствующими современным условиям жизни юридическими нормами. В противоположность суровому, стеснительному старому праву эти новые нормы представляются более справедливыми. И вот все развитие права представляет борьбу старого, бессознательно установившегося права с новым, сознательно вырабатываемым. Уже римские юристы заметили эту двойственность в праве. Их противоположение *jus strictum* и *aequitas* имеет именно такое значение.

## Книга вторая

### Объективная и субъективная стороны права

#### Глава I

#### Право в объективном смысле

*Thon.* Rechtsnorm und subjectives Recht. *Bierling.* Zur Kritik der juristischen Grundbegriffen. В. II. 1883. *Thöl.* Einleitung in das deutsche Privatrecht. *Binding.* Die Normen und ihre übertretungen. b. ii. 1872.

### § 22. Объективное и субъективное право

Определяя человеческую деятельность, юридические нормы придают существующим между людьми отношениям особый характер, превращая их из фактических отношений в юридические. Раз человек руководится в своей деятельности юридическими нормами, его отношения к другим людям определяются не тем, что представляется ему фактически возможным в каждом отдельном конкретном столкновении с ними, а тем, как разграничивает

их интересы право. Определяемые юридическими нормами, взаимные отношения людей слагаются из соответствующих друг другу и друг друга обуславливающих *права и обязанности*. Разграничивая сталкивающиеся интересы, юридическая норма, во-первых, устанавливает пределы, в которых данный интерес может быть осуществлен – это *право*; во-вторых устанавливает в отношении к другому сталкиваемому с ним интересу соответствующие ограничения – это *обязанность*. Отношение, слагающееся из права и обязанности, и есть *юридическое отношение*.

Таким образом, существование права выражается не только в существовании *юридических норм*, но также и в существовании *юридических отношений*. Юридические нормы и юридические отношения – это две различные стороны права: *объективная и субъективная*. Юридические отношения называются правом в субъективном смысле, потому что право и обязанность составляют принадлежность субъекта. Без субъекта они существовать не могут: и право, и обязанность должны непременно быть чьи-нибудь. Напротив, юридические нормы не стоят в таком отношении к субъекту. Они имеют более общий и более отвлеченный характер, они не приурочены к определенному субъекту и потому, в противоположность юридическим отношениям, называются *правом в объективном смысле*. Нам и следует теперь обратиться к рассмотрению особенностей каждой из этих сторон права, объективной и субъективной, и их взаимного соотношения. Мы начнем при этом с права в объективном смысле, так как субъективная сторона представляется обусловленной объективной, и к тому же объективная сторона права, как более абстрактная, легче поддается анализу.

Необходимо, однако, оговориться, что в исторической последовательности не объективное право предшествует субъективному, а наоборот субъективное – объективному. Историческое развитие всегда начинается с частного, а не с общего. Поэтому раньше создаются отдельные субъективные права, а уже потом общие регулирующие их нормы. Прежде чем слагается понятие об единой общей Фемиде, верят в существование множества отдельных частных «фемид», представляющих собою решения отдельных случаев. Древний суд не применяет уже существующей общей нормы к частным случаям, а для каждого частного случая творит новое право, и только путем постепенного и медленного обобщения этих частных решений слагаются со временем и общие правила, представляющие к тому же первоначально весьма невысокую степень обобщения, являющиеся дробными, казуистическими правилами.

Но как бы то ни было, раз общие юридические нормы сложились, они уже необходимо обуславливают собою субъективные права. Определение каждого отдельного субъективного права получает при этом характер силлогистического заключения. Юридическая норма выполняет роль большой посылки; данное фактическое отношение людей, выражающее столкновение регулируемых нормой интересов, – роль малой посылки, а определение соответствующих прав и обязанностей есть заключение.

### § 23. Юридические нормы – веления

*Saviyny. System des heutigen römischen Rechts. 81. § 25. Thöl. Einleitung. § 34–39.*  
*Thon. Rechtsnorm und subjectives Recht. § 345. Bierling. Zur Kritik der grundbegriffe.*  
*II. 307. Zitelmann. Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879. S. 200–229.*

Юридические нормы, как и все вообще нормы, суть правило должного и в этом смысле веления. Будучи правилом должного, они не могут позволять, определять; описывать, а всегда повелевают, всегда указывают, что и как должно быть сделано для разграничения сталкивающихся интересов.

Из этого, однако, не следует заключать, как это обыкновенно бывает, чтобы все юридические нормы были установлены сознательною волей, были актом чьей-либо воли, чьими-либо велениями. Правило должного всегда содержит в себе веление действовать так или иначе, но не всегда само есть веление чьей-либо воли. Так мы знаем, что все технические правила суть не чьи-либо веления, а необходимые логические выводы из законов соответствующих явлений. Так точно и нравственные нормы, насколько они не составляют

часть Божественного откровения, не устанавливаются волей, а вытекают из нравственного чувства. То же самое применимо и к юридическим нормам. Насколько они слагаются в форме юридических обычаев, они не представляются актами повелевающей воли.

В этом смысле совершенно прав Пительман, оспаривающий волевой характер юридический, юридических норм. Но он идет уже слишком далеко, утверждая, что юридические нормы и по содержанию своему не суть веления, а только суждения о причинной связи юридических фактов. Он сам признает, что юридическая норма есть гипотетическое суждение о должном, а суждение о должном по содержанию своему есть, конечно, веление. С другой стороны и определяемая юридическими нормами связь юридических фактов не есть действительно и необходимо существующая, а только долженствующая быть установленной людьми, руководящимися в своей деятельности данной юридической нормой.

Юридические нормы, как правила должного, не могут представлять собою дозволений, определений, описаний. Однако статьи закона иногда имеют такую форму, и это послужило основанием довольно распространенному мнению, будто, кроме повелительных, бывают также дозволительные и определительные нормы. Мнение это находило себе сторонников уже между римскими юристами. Так, Геренний Модестин различал четыре категории законов: *legis virtus*, говорит он, *est imperare, vetare, permittere, punire*. Но и тогда это мнение было спорным и Цицерон, например, допускал существование только повелительных и запретительных законов: *legem esse aeternum quiddam, quod univrsum mundum regeret, imperandi prohibendique sapientia – aut cogentis aut vetantis ad jubendum et ad deterrendum idonea* (*De legibus*. II. С. 4).

Логическая несостоятельность классификации Модестина очевидна. Нельзя, в самом деле, наряду с *imperare vetare, permittere* ставить *punire*; как будто уголовные законы, устанавливающие наказания, не содержат в себе веления суду наказывать преступников. Тем не менее формула Модестина долго пользовалась непререкаемым авторитетом. Только Савиньи нанес ей решительный удар, доказав невозможность выделения как особой группы, норм наказывающих. О противоположении запретительных норм наказывающим никто уже после Савиньи не думает. Но попытки отстоять существование дозволительных норм скоро появились вновь. Одним из первых сторонников существования дозволительных норм явился Тель, признающий, кроме того, еще существование и *определяющих норм*.

Не трудно, однако, убедиться, что определяющая, описательная, дозволительная форма статей закона не изменяет существа выражаемых ими юридических норм. Если в законодательном акте содержится статья, представляющаяся по форме своей определением, она в действительности, в практическом своем применении, все-таки сводится к велению. Так, если закон дает определение какой-нибудь юридической сделки или какого-нибудь преступления, это означает веление все юридические последствия, связанные с данной сделкой или с данным преступлением, относить лишь к тем человеческим действиям, которые подходят под это определение. Все дело в том, что тут юридическая норма выражена не одной статьей, а несколькими: в одной дается определение, в других указываются юридические последствия, связываемые с подходящими под данное определение фактами.

Иногда законодатель, вместо повелительной формы выражения, употребляет описательную; вместо того, чтобы сказать, что такие-то лица должны то-то делать, он говорит, что они это делают. Так, постановление ст. 47 Основных законов, что «Империя Российская управляется на твердом основании законов», означает, конечно, что она *должна* так управляться, потому что и законодатель не мог отрицать возможности фактических уклонений от этого правила. Точно так же, когда закон описывает состав и устройство государственных учреждений, говорят, что они состоят из таких-то лиц, имеют такую-то организацию, это означает в действительности, что они должны иметь определенные законом состав и устройство. Замена повелительной формы выражения описательной объясняется или просто большим удобством изложения, большею краткостью, или иногда желанием придать постановлению закона большую безусловность. Повелительная форма сама собой как бы предполагает возможность несоответствия фактической действительности тому, что должно быть; описательная форма, излагающая должное как существующее, напротив, как бы вовсе исключает и самую мысль о возможности несоответствия действительного должному.

Но более всего сомнений возбуждает вопрос о существовании дозволительных норм. И

защитники существования дозволильных норм основываются, прежде всего, на факте существования дозволильных статей в любом законодательстве. Но к этому присоединяют и соображения более общего теоретического характера.

В законодательных постановлениях действительно нередко встречаются статьи дозволильного характера. Такие статьи довольно разнообразны. Их можно разделить на четыре отдельные группы.

Первую группу составляют статьи исторического происхождения, а именно указывающие на отмену прежде существовавшей запретительной нормы. Отмена запрещения есть, конечно, дозволение, но она не устанавливает новой нормы, а только уничтожает старую.

Затем бывают дозволильные статьи редакционного характера. Общим образом выраженное дозволение служит в таких случаях только вступлением к изложению отдельных запрещений, ограничивающих общее дозволение. За статьей, гласящей, что «всякому дозволяется то-то и то-то», следует ряд статей, перечисляющих случаи, которые «из сего изъеются». Очевидно, юридическая норма содержится именно в частных запрещениях, а не в общем дозволении. Если бы общее дозволение было вовсе опущено, в содержании юридической нормы ничего бы не изменилось, изменилась бы только форма ее изложения. Будет ли сказано, что данное действие дозволяется за исключением таких-то случаев, или просто, что в таких-то случаях оно запрещено, – совершенно одно и то же.

Больше сомнений могут возбудить дозволильные статьи третьей категории. При определении власти государственных учреждений нередко встречаются статьи, постановляющие, что учреждение *может* предпринимать те или другие меры. Дозволильная форма статей тут получает тем большую силу, что наряду с ними обыкновенно имеются статьи, редижированные в форме велений. Но и такие статьи не выражают в действительности дозволильных норм. Дело объясняется следующим образом. Законодательство, определяя формы деятельности какого-нибудь учреждения, например, суда, в некоторых случаях вменяет ему в безусловную обязанность совершение тех или других действий, если имеются налицо известные фактические обстоятельства; суду при этом не предоставляется входить в рассмотрение вопроса, насколько необходимо или полезно будет это в данном случае. Но иногда закон, напротив, возлагает на самый суд решение вопроса о надобности и ненадобности данной меры в каждом конкретном случае: так вот это и выражается постановлением закона, что суд может принять такую-то меру. Это не значит вовсе, чтобы суд мог по произволу своему принимать или не принимать этой меры. Раз надобность меры им признана, суд обязан ее применить. Следовательно, суду такими законами вовсе не дается простое дозволение, а возлагается, напротив, двойная обязанность: и оценить надобность меры, и применить ее в случае признания необходимости. Точно также, если закон постановляет, что полиция *может* при известных условиях требовать содействия войск, это значит, что в случае признанной ею надобности она и *должна* это сделать.

Четвертую категорию мнимо-дозволильных норм составляют нормы, устанавливающие альтернативные обязанности, когда дается не прямое веление выполнить то-то, а предоставляется на выбор выполнить одно из альтернативно предписанных действий. Но, само собой разумеется, что и альтернативное веление есть все-таки веление, и альтернативные нормы поэтому повелительные нормы. Дозволильного в них разве то, что они представляют выбор между двумя альтернативными обязанностями. Но, конечно, юридическое значение их не в дозволении выбора, а в запрещении сделать выбор вне устанавливаемой ими альтернативы.

Таким образом, все приводимые примеры якобы дозволильных норм оказываются несостоятельными. Остается разобрать еще один довод, более общего характера. Отстаивая существование дозволильных норм и стараясь объяснить их значение, некоторые отвергают и то общее положение, что все не запрещенное дозволено. В подтверждение указывают, что не запретить не то же, что позволить. Отсутствие запрета не создает еще права на не запрещенное действие; напротив, дозволение чего-либо юридической нормой устанавливает соответствующее право. Чтобы ответить на этот довод, надо, прежде всего, установить точно смысл спорного положения: все не запрещенное дозволено. Если дозволение считать равносильным праву, если понимать так, что на все дозволенное человек имеет право, то тогда бесспорно не запрещенное нельзя считать дозволенным. Незапрещение само по себе не может

установить права, потому что право, как мы увидим ниже, предполагает всегда соответствующую обязанность. А из того, что закон чего-либо не запрещает кому, вовсе еще не следует, чтобы он этим самым возлагал на других обязанность не мешать ему в осуществлении не запрещенных действий. Закон никому не запрещает любоваться на солнечный закат. Но это не значит еще, чтобы я обязан был поэтому не загораживать своими постройками открытого вида на запад. Никому не запрещено любоваться на закат, но *права* на это закон не устанавливает. Но если одно незапрещение не создает права, то точно также не создает его и прямое дозволение. Дозволить одному не значит обязать другого. Дозволенное действие может стать правом только, когда будет *запрещено* совершение всего мешающего дозволенным действием, потому что только при этом условии будет установлена соответствующая обязанность. Таким образом, право может быть установлено только запрещением, а не дозволением.

Итак, все юридические нормы суть веления, но веления могут быть различного рода, сообразно различию способов разграничения сталкивающихся интересов. Разграничение интересов непременно требует ограничения осуществления или обоих столкнувшихся интересов, или, по крайней мере, одного из них. Иначе, стремясь к возможно полному осуществлению, каждый из них мешал бы осуществлению интересов другого. Все возможные ограничения осуществления сталкивающихся интересов могут быть сведены к двум формам: к *запрещению* действий, препятствующих возможности осуществления чужого интереса, и к *требованию* совершения действий, необходимых для возможности его осуществления. Поэтому веление юридической нормы может быть или *положительное*, или *отрицательное*, или собственно *веление*, или *запрет*.

Правда, любое веление можно выразить в форме запрета и любой запрет в форме веления. Повелеть совершение действия все равно, что запретить его несовершение. Но это не уничтожает значения различия положительных и отрицательных норм, велений и запретов. Их различие сказывается главным образом в различном характере налагаемых ими обязанностей. Повеления устанавливают обязанности содеяния, положительные обязанности; запреты – обязанности воздержания от действия, отрицательные обязанности. Этим различием обязанностей обуславливается, как мы уже знаем, возможность принудительного осуществления велений юридических норм. Запретительные нормы все допускают принудительное осуществление. Из повелительных – только налагающая обязанность предоставления другому какой-либо вещи, но не обязанности личного действия.

## § 24. Элементы юридической нормы

*Цитович.* Курс гражданского права. I. С. 45. *Binding.* Normen. I. S. 74.

Юридические нормы суть не только *веления*, но вместе с тем суть всегда *условные веления*. Разграничение интересов не допускает применения безусловных правил. Мера ограничений, устанавливаемых для осуществления каждого интереса, меняется, смотря по тому, в отношении к какому именно другому интересу он ограничивается. Один и тот же интерес при столкновении с иными интересами подвергается большим ограничениям, при столкновении с другими – меньшим. Юридическая норма осуществления каждого интереса обусловлена поэтому тем, какому другому интересу он в данном случае противопоставляется. Противоположение тому или другому интересу зависит от соответствующей фактической обстановки осуществления интереса. Поэтому применение юридической нормы становится в зависимость от наличности известных фактов. Безусловных юридических норм нет. Даже такая безусловная с нравственной точки зрения норма, как запрет посягать на неприкосновенность человеческой жизни в качестве юридической нормы не безусловна. Большинство интересов должны, правда, уступать интересу сохранения жизни, но не все. В случаях необходимой обороны, на войне, при осуществлении карательной власти государства лишение жизни правом допускается.

Итак, все юридические нормы суть условные правила. Поэтому каждая юридическая

норма состоит, естественно, из двух элементов: из определения условий применения правила и изложения самого правила. Первый элемент называется *гипотезой* или *предположением*; второй – *диспозицией* или *распоряжением*. Каждая юридическая норма может быть, следовательно, выражена в такой форме: *если – то*; например: если у умершего несколько сыновей, то имущество делится между ними поровну; если кто похитит тайно чужую вещь, он подвергается тюремному заключению. Это не значит, однако, чтобы каждая статья закона непременно заключала в себе эти два элемента. Норма может быть выражена несколькими статьями, и тогда гипотеза может заключаться в одной статье, диспозиция в другой. Кроме того, норма может быть выражена без прямого указания ее условности. Вместо «если – то» может быть употреблена формула: «тот, кто сделает то-то, подвергается тому-то» или «имущество, которое – поступает тому-то» и т. п. Но все такие формулы, очевидно, без труда сводятся к основной, общей формуле: «если – то». Мы называем ее основной потому, что к ней могут быть сведены все без исключения юридические нормы, между тем как другие формулы применимы не во всех случаях. Например, правил о разделе наследства не выразить в формуле «тот, кто сделает то-то, должен получить то-то». Как веление есть общая форма для всех юридических норм, так *гипотеза* или *диспозиция* суть общие их элементы.

И гипотеза, и диспозиция могут принимать различные формы. Гипотеза может быть выражена или в общей *абстрактной* форме, или в конкретной, *казуистической*. Фактические обстоятельства, обуславливающие применение нормы, могут быть определены общими родовыми признаками – это абстрактная форма гипотезы; они могут быть определены также специальными, частными признакам – это казуистическая форма. В исторической последовательности казуистическая форма предшествует абстрактной. Мышление у первобытных, мало развитых народов вообще совершается в более конкретных формах. Юридические нормы получают первоначально характер правил на частный случай и только мало-помалу, путем обобщения таких частных правил, вырабатываются общие абстрактные определения.

Казуистическая форма неудобна, так как ведет к чрезмерному увеличению числа отдельных норм и вместе с тем делает невозможным достигнуть полноты юридических определений. При казуистическом характере норм каждый частный случай требует для себя особой юридической нормы. Ввиду же бесконечного разнообразия возможных случаев столкновения интересов, казуистические нормы, каково бы то ни было их число, никогда не могут охватить всех встречающихся в жизни случаев. Абстрактная форма и в том, и в другом отношении представляет большие удобства. Абстрактное определение сразу охватывает все однородные случаи. Поэтому оно требует меньшего числа отдельных норм и вместе дает возможность достигнуть гораздо большей полноты. Но и абстрактная форма имеет свои неудобства. Слишком общие положения неизбежно ведут к неопределенности практического их применения. При казуистической форме не может быть сомнений, применима юридическая норма к данному случаю или нет; при абстрактной подведение конкретного случая под общее отвлеченное определение открывает широкий простор для противоречивых толкований.

Кроме различия казуистической и абстрактной нормы, гипотеза представляет еще различия *по степени ее определенности*. Она может быть безусловно определенной, неопределенной и относительно определенной. Безусловно определенная гипотеза имеется, когда в самой норме прямо определены обуславливавшие ее факты; когда, например, определяется, что при заключении сделок на сумму выше пяти рублей, должно их оплачивать гербовым сбором. Безусловно неопределенная гипотеза имеется, когда сама норма не включает в себе определений обуславливающих ее применения фактов, а предоставляет их определение какому-нибудь органу власти, например, если закон предоставляет *в случае надобности* принимать какую-либо меру, то эта гипотеза безусловно неопределенная. При каких условиях является надобность, закон не определяет, а предоставляет определить свободному усмотрению органа, на который возложено осуществление нормы. В таком случае орган, призванный осуществлять норму, получает так называемую *дискреционную* власть, власть действовать, руководствуясь только соображениями целесообразности, а не формальными определениями права. Относительно определенная гипотеза получается, когда закон ограничивает чем-нибудь свободу решения вопроса об уместности или неуместности применения юридической нормы;

например, если принятие известной меры предписывается только в случае появления эпидемии, но не безусловно, а под условием признания ее необходимости компетентною к тому властью. В таком случае эта норма при отсутствии эпидемии вовсе не может быть применима; в случае же появления эпидемии – только под условием признания ее необходимости.

Нормы с безусловно или относительно неопределенной гипотезой всего чаще встречаются в административном праве, а также довольно часто и в праве процессуальном, предоставляющем суду изрядную долю дискреционной власти. Необходимость существования таких норм обуславливается необыкновенным разнообразием тех фактов, с которыми приходится иметь дело администрации, а отчасти и суду, и невозможностью оценить значение этих фактов без соображения всей индивидуальной обстановки каждого конкретного случая в отдельности. Поэтому неподвижное определение закона приходится иногда заменять подвижным, легко приспособляющимся к изменчивой индивидуальной обстановке фактов, личным усмотрением администраторов и судей.

Различие казуистической и абстрактной формы неприложимо к диспозиции. Она содержит в себе правило, веление и потому не имеет дела с тем или другим определением различных казусов. Диспозиции различаются только по степени их определенности. Подобно гипотезе и диспозиция может быть абсолютно-определенной, абсолютно-неопределенной и относительно-определенной. При *абсолютно-определенной диспозиции* в самой норме точно определяется, как должно поступать при наличности указанных в гипотезе фактов. Таковы, например, постановления, что просроченный вексель теряет вексельную силу, что престол переходит к старшему сыну последнецарствовавшего императора. Определения тут так категоричны, что не оставляют вовсе места для усмотрения заинтересованных лиц или для органа власти, призванного блюсти за соблюдением этих норм. Неопределенная диспозиция, напротив, ограничивается только ссылкой на такое усмотрение, все предоставляя ему и отказываясь сама определить подлежащее применению правило. Примером могут служить постановления, предоставляющие полиции принимать в случае народных возмущений все необходимые меры для восстановления тишины и спокойствия, или в случае эпидемии – все необходимые меры для предупреждения распространения заразной болезни. Сюда же относятся те уголовные законы, которые, не устанавливая определенного наказания, ограничиваются требованием наказать преступника, смотря по вине или по всей строгости законов. В таком случае выбор наказания принадлежит суду.

В указанных примерах ближайшее определение подлежащего применению правила предоставляется все-таки органам власти, полиции и суду. Эти органы обязаны выполнить возложенную на них функцию и могут быть, в случае надобности, к тому принуждены. Но существуют и такие нормы, которые предоставляют это заинтересованным частным лицам. Такова, например, норма, определяющая, что имущество умершего поступает тому, кого умерший назначил в своем завещании наследником, или, что в случае заключения гражданских договоров, подробности отношений между контрагентами определяются их собственным оглашением. Норма тут ограничивается определением, что в таких-то случаях возможное столкновение должно быть урегулировано определенным правилом, но самое установление этого правила предоставляется воле заинтересованных лиц посредством завещания или договора. Однако правило для разграничения могущих прийти в столкновение интересов должно быть установлено, а между тем нет никакой гарантии в том, что заинтересованные частные лица действительно его установят. Опыт показывает, напротив, что они очень часто не пользуются предоставленной им властью. Поэтому нормы такого рода, предоставляющие ближайшее определение правила автономии заинтересованных лиц, все-таки и сами устанавливают правило для применения его на случай, если волею заинтересованных лиц такового установлено не будет. Следовательно, заинтересованным лицам предоставляется самим определить способ разграничения их интересов. Если же они этого не сделают, применяется установленное на этот случай самой юридической нормой правило. Такие нормы, находящие себе применение лишь в том случае, если заинтересованные лица сами не установят иного разграничения своих интересов, носят название *диспозитивных норм*; а в противоположность им, нормы, имеющие безусловно обязательную силу, не предоставляющие определения способа разграничения интересов самим заинтересованным лицам, называются



нормами прецептивными. Ренненкампф предложил взамен этих русские названия; диспозитивные нормы он называет *распорядительными*; прецептивные – *повелительными*. Но эти названия не вошли у нас в употребление.

*Относительно-определенная диспозиция* может иметь две формы. Могут быть, во-первых, установлены только крайние пределы, между которыми предоставляется выбирать подходящую меру разграничения интересов компетентной власти или заинтересованным лицам. Например, определяется максимум и минимум, или только максимум подлежащего наложению штрафа, или определяется максимум возможного срока договорного отношения, например, для личного найма – пять лет, с предоставлением сторонам назначать и более короткий срок. Другая форма относительно-определенной диспозиции есть форма альтернативная, когда на выбор устанавливаются две или несколько мер. Например, суду предоставляется назначать иногда по его усмотрению или денежный штраф, или лишение свободы, или следователю предоставляется: или подвергнуть привлеченного к следствию аресту, или взять с него залог, или отпустить на поруки. Бывают и такие нормы, которые выбор, в пределах установленной ими альтернативы, предоставляют заинтересованным лицам. Так, потерпевший от преступления может по своему желанию предъявить иск о вознаграждении за убытки или в уголовном суде, или в гражданском, контрагент казны, недовольный расчетом, может или обратиться с жалобой к административному начальству или с иском в суд.

Все сказанное об юридических нормах имеет совершенно общее значение. Гипотеза и диспозиция суть необходимые элементы каждой юридической нормы, следовательно и законов уголовных, определяющих наказуемость преступных деяний. Но в силу особенного положения, какое занимают в общей системе права уголовные законы, их элементам обыкновенно присваиваются другие названия. Каждый уголовный закон состоит непременно из двух частей: в первой определяются признаки наказуемого деяния, во второй – самое наказание. Каждый уголовный закон может быть выражен в такой форме: *если* кто совершит такое-то деяние, он подвергается такому-то наказанию. Но дело в том, что в современном законодательстве обыкновенно нет особых постановлений, устанавливающих запрещение преступных деяний. О запрещенности деяния заключают лишь из его наказуемости. Поэтому первая часть уголовного закона, кроме определения условий применения наказания, указанного во второй части, содержит в себе еще, так сказать, и диспозицию другой нормы – нормы, устанавливающей запрещение преступного деяния. Вот почему криминалисты называют обыкновенно первую часть уголовного закона диспозицией. Что касается второй части уголовных законов, то ее обыкновенно называют *санкцией*. Это потому, что устанавливаемое наказание есть санкция действительного соблюдения какой-нибудь другой нормы, так как непременным условием применения наказания служит наличность нарушения права.

## § 25. Содержание юридических норм

Смотря по различию самых разграничиваемых интересов и по различию принятых в руководство правовых принципов, содержание юридических норм бывает крайне разнообразно. Подробное ознакомление с разнообразным их содержанием дают специальные юридические науки, изучающие отдельные отрасли права или отдельные национальные и исторические системы права. Общая теория должна тут ограничиться лишь самыми общими положениями и указанием лишь общих основных категорий, к которым может быть сведено все разнообразие содержания юридических норм. Такое обобщение возможно, так как осуществление всех человеческих интересов при всем их разнообразии все-таки обставлено одними и теми же общими условиями.

Для осуществления каждого своего интереса человек нуждается в пользовании силами, посредством которых производит он изменения данных условий его существования согласно преследуемым целям. Для производства любого средства удовлетворения человеческих потребностей необходимо требуется затрата известной силы. Между тем сил, удобно поддающихся пользованию человека, ограниченное количество. Избытка в них не бывает. Поэтому столкновение интересов всегда получает форму борьбы из-за пользования потребными для их осуществления силами. А отсюда само собой определяется, каково должно

быть общее содержание юридических норм.

Если столкновение интересов всегда выражается в борьбе из-за пользования силами, то разграничение интересов может быть достигнуто только установлением определенного порядка пользования служащими к их осуществлению силами. Юридическая норма всегда определяет, кто, чем и в каком объеме может пользоваться, но делается это, как мы видели, всегда в форме велений. Она повелевает: 1) не пользоваться для осуществления своих интересов потребными к тому силами вне установленных нормой рамок и 2) совершать действия, делающие для других возможным пользоваться соответственными силами в предоставленных им правом пределах.

Итак, каждая юридическая норма содержит определение порядка пользования силами для осуществления разнообразных человеческих интересов с целью устранить их столкновение. Так как соотношение различных сталкивающихся интересов не одинаково, то сообразно с этим и содержание юридических норм, сохраняя свой общий характер, представляет, однако, в определении порядка пользования существенные различия.

Все разнообразные случаи столкновения интересов могут быть сведены к трем типам. Это может быть: 1) столкновение совершенно одинаковых интересов различных лиц, 2) столкновение неодинаковых, но равноценных интересов и 3) столкновение неравноценных интересов.

Столкновение одинаковых интересов представляет ту особенность, что на разграничение интересов тут не может влиять их различие. Так как оба столкнувшиеся интереса предполагаются совершенно одинаковыми, то нет никакого основания оказывать какому-либо из них предпочтение перед другим. Поэтому, если осуществление этих интересов оказывается совместимым, то разграничение их может быть установлено не иначе, как по началу полного равенства. Осуществление каждого допускается в равном объеме. Если же осуществление сталкивающихся интересов представляется несовместным, так что осуществлен может быть только один из них, то, за отсутствием какого-либо разумного основания для выбора между двумя совершенно одинаковыми интересами, решение предоставляется случаю. Это делается в различных формах. Например, пользование предоставляется первому, захватившему вещь по правилу *qui prior tempore, potior est jure*. В случаях общей опасности, когда спасение одного может быть достигнуто только ценою гибели другого, дело решается случайным исходом борьбы лиц, настигнутых бедой, из которых каждый стремится спастись за счет другого по праву крайней необходимости. Иногда дело решается прямо жребием.

Интересы не одинаковые, но равноценные, также могут быть или совместимыми, или нет. Совместимые равноценные интересы разграничиваются, как и одинаковые, по началу равенства, но равенство тут иное. К разграничению одинаковых интересов применяется равенство простое, так называемое арифметическое. Каждому интересу предоставляется одинаковое количество сил. К разграничению равноценных, но различных интересов применяется принцип пропорционального или так называемого геометрического равенства. Различные интересы требуют для своего осуществления весьма различное количество силы. Поэтому равенство таких интересов было бы фиктивным, если бы требующему большего количества силы было предоставлено столько же, сколько и другому, требующему сравнительно ничтожное количество сил. При таком условии один интерес получил бы для осуществления излишнее количество сил, другой – недостаточное. Действительно, равенство в их осуществлении достигнуто не было бы. Поэтому в таких случаях применяется равенство пропорциональное, т. е. силы распределяются между разграничиваемыми интересами не поровну, а пропорционально количеству, потребному для полного осуществления каждого из интересов.

В случае несовместимости равноценных интересов выбор между ними не необходимо предоставляется случаю. Так как равноценные интересы все-таки различны, то можно найти и другие основания для выбора. Так, один из равноценных интересов может оказаться интересом большинства, другой – интересом меньшинства. Понятно, что в таком случае предпочтение отдается интересу большинства. Далее, интересы могут различаться, как старый и новый. Старый, уже завоевавший себе общее признание, уже привычный, естественно, предпочитается новому.

Неравноценными интересы могут быть или *по субъекту* (смотря по тому, *чьи* это

интересы), или *по содержанию* (смотря по тому, *какие* это интересы). Признание интересов неравноценными по их субъекту находит себе особенно широкое применение при сословном строе общества. Интересы привилегированных сословий ценятся, конечно, выше интересов низших сословий. Но сословные различия не единственное основание различной оценки интересов по их субъекту. Так, прежде всего интересы общие естественно предпочитают интересам частным. Например, интересы государства ценятся выше интересов провинции, общины; интересы общины выше интересов отдельного лица. Кроме того, и отдельные лица могут быть поставлены в такое соотношение, что интересы одного будут цениться выше интересов другого. Так, в случае правонарушения интересы потерпевшего ставятся выше интересов правонарушителя. Или еще другой случай: когда приходится выбирать между возможной гибелью матери и утробного младенца, жизнь матери ценится выше, так как она уже существует, как самостоятельное лицо, а утробный младенец только, может быть, будет существовать. Оценка интересов по содержанию зависит всегда от нравственных воззрений, существующих в данном обществе, в данное время. Выше ценимому интересу, конечно, оказывается при разграничении предпочтение, и степень предпочтения определяется относительной оценкой разграничиваемых интересов.

Для ближайшего выяснения содержания юридических норм следует еще указать на то, что кроме частных интересов, сталкивающихся в каждом данном случае при разграничении их, принимаются в соображение еще и общие интересы, сопутствующие, так сказать, всем частным случаям столкновения интересов. Самым общим из таких сопутствующих интересов является *интерес мира*. Юридическая норма имеет всегда своей целью устранение столкновения интересов, следовательно, мир между субъектами этих интересов. Поэтому при разграничении, каких бы то ни было интересов, кроме них самих, всегда принимается в соображение и интерес мира. Недаром Гоббс основным законом права считал правило: *пax quaerenda est*, а Герbart все право думал вывести из требования устранения спора. Мир, каким бы образом не был он достигнут, уже сам по себе представляет выгоду. Он дает экономию сил, которые бы при отсутствии мира тратились на борьбу. Он сообщает определенность отношениям, дающую возможность с уверенностью рассчитывать на будущее, между тем, как исход борьбы нельзя никогда предусмотреть с полной уверенностью. Поэтому, хотя бы мир достигался установлением весьма стеснительных правил разграничения интересов, он все-таки выгоднее, чем борьба. Ввиду такой ценности мира при разграничении любых интересов всегда принимается в соображение и интерес мира, и предпочтение оказывается тому способу разграничения, который наиболее обеспечивает мир. Поэтому, например, право вообще склонно охранять уже фактически установившиеся отношения по правилу *beati possidentes*. Поэтому фактическое состояние, особенно если оно длится мирным образом долгое время, превращается само собой в право: отсюда приобретение собственности посредством давностного, хотя бы и недобросовестного владения. Поэтому же правовое притязание, не осуществленное в течение определенного срока, теряет свою силу (погасительная давность).

Кроме этого интереса мира, преследуемого каждой системой права, можно указать и другие сопутствующие интересы, не имеющие столь общего значения, так как они обуславливаются определенными нравственными воззрениями. Таков, например, интерес свободы, далеко не везде и не всегда преследуемый правом. В современном правосознании цивилизованных народов ему принадлежит, однако, весьма выдающаяся роль. Современное право предпочитает всегда *ceteris paribus* такой способ разрешения интересов, который наименее стесняет личную свободу.

Кроме этих общих сопутствующих интересов, каждое частное столкновение интересов затрагивает попутно большее или меньшее число интересов, стоящих в связи с непосредственно сталкивающимися и, конечно, эта связь интересов не может не влиять на способ их разграничения.

## § 26. Санкция юридических норм

Юридические нормы как веления, обращенные к сознательной воле человека, могут быть им и не соблюдаемы и потому для своей силы нуждаются в особых обеспечениях их

действительного соблюдения. Необходимо каким-нибудь образом понудить к исполнению юридических норм, иначе они остались бы мертвой буквой. Средства понуждения к исполнению юридических норм называются их *санкцией*. В чем же заключается санкция юридических норм? Каждое нарушение юридической нормы порождает новое столкновение противоречивых интересов: с одной стороны, интереса потерпевшего от правонарушения получить возмещение причиненных ему правонарушением невыгод. С другой стороны, и правонарушитель не признается бесправным, и за ним все-таки охраняются правом известные интересы. Столкновение и этих интересов вызывает установление соответствующей юридической нормы, определяющей, как должно быть ограничено осуществление интересов правонарушителя в интересах потерпевшего. Поэтому можно сказать, что общее последствие нарушения юридической нормы есть применение новой нормы, регулирующей возникающие из правонарушения интересы. Но таким общим положением нельзя ограничиться. Необходимо выяснить, как же именно регулируются возникающие из правонарушения интересы.

Правонарушения совершаются ради достижения известных целей; к совершенно их человека побуждают его интересы, стесняемые велениями юридических норм. Если бы правонарушения не приводили к более полному осуществлению этих стесненных интересов, не было бы и побуждения их совершать. Поэтому первое средство обеспечить действительное соблюдение юридических норм – это сделать действия, их нарушающие, не достигающими своей цели. И действительно, последствия нарушения многих юридических норм заключаются в признании нарушающих их действий ничтожными. Это так называемые *leges perfectae*. Нарушающие их действия должны рассматриваться в отношении к их цели, как бы не совершившимися. Например, по нашему законодательству, продажа недвижимости по домашнему акту признается ничтожной, не имеющей никакого значения. Имение, проданное таким образом, считается не проданным, купивший – не приобретшим на него права собственности. Понятно, что этим лучше всего достигается действительное соблюдение закона, требующего, чтобы продажа недвижимости совершалась не иначе, как крепостным порядком. Раз словесным и вообще домашним актом продажи не достигается перехода права собственности от одного лица к другому, не может быть и побуждения совершать такую продажу.

Законы, имеющие своей санкцией недействительность нарушающих их действий, называются совершенными потому, что они ближе всего подходят к законам природы. Как явления, противоречащего законам природы, не может произойти, так действие, нарушающее такой совершенный закон, рассматривается с юридической точки зрения не совершившимся.

Недействительность правонарушительного действия может иметь различные градации. Различают, во-первых, собственно *ничтожность* (*nullitas*) и *опорочиваемость* (*rescissilitas*). Ничтожность есть недействительность, наступающая само собой в силу лишь правонарушительного характера действия. Так, словесная продажа недвижимости ничтожна, хотя бы оба контрагента желали ее признания. Опорочиваемость есть недействительность, наступающая лишь в силу требования заинтересованного лица. Например, сделка, заключенная под влиянием угроз (*metus*), признается недействительной только по заявлению о том заинтересованного лица.

Затем ничтожность бывает также *абсолютная и относительная*. Абсолютная ничтожность заключается в том, что правонарушительное действие считается безусловно несуществующим, как, например, словесная продажа недвижимости. Напротив, относительная ничтожность заключается в недействительности только некоторых особых последствий сделки. Например, вексель, выданный замужней женщиной без согласия мужа, не имеет вексельной силы, но действителен как заемное обязательство.

Может быть, конечно, и так, что последствия правонарушительного действия фактически уже наступили. В таком случае признание действия ничтожным сопровождается восстановлением прежнего состояния, измененного правонарушением, сопровождается *восстановлением нарушенного права*. Такое восстановление нарушенного права совершается органами власти и может заключаться: 1) или в прекращении, если нужно силою, неправомерного состояния (например, выселением лица из принадлежащего ему помещения, отобранием вещи из неправого владения и возвращением ее собственнику); или 2) в

совершении опущенной обязанности за счет виновного (например, исправление мостовой).

Однако бывают случаи, когда правонарушительное действие уже само в себе заключает осуществление того интереса, ради которого оно совершается (например, изнасилование), или фактические последствия его неустранимы, нарушенное право невозвратимо (например, убийство). Признание правонарушительного действия ничтожным в таких случаях было бы недостаточно, и поэтому тут устанавливается другая санкция: с нарушительным действием связываются невыгодные для его совершителя последствия. Это так называемые *leges plus quam perfectae*. Невыгодные последствия могут быть двоякого рода: *гражданское взыскание* (роена privata) в пользу потерпевшего и *наказание*, налагаемое государственною властью в общественном интересе.

В известной степени с каждым правонарушением соединяется и вознаградимый вред. Это, во-первых, та обида, какую чувствует потерпевший от правонарушения; во-вторых, это тот подрыв авторитета закона, какой получается при всяком неисполнении его требований. Но степень такого вознаградимого вреда бывает очень различна. Поэтому нельзя установить какого-либо принципиального различия между теми правонарушениями, с которыми соединяются особые невыгодные последствия, и теми, которые их не влекут за собой. Все зависит от изменчивых бытовых условий. Точно так же не допускают общего принципиального разграничения и случаи применения частных пеней и наказаний. Форма частных пеней более древняя, чем форма наказаний. С усилением государственной власти налагаемые ею наказания все более и более вытесняют частные пени. Но и в современном праве сфера применения наказаний определяется не каким-нибудь общим принципом, а изменчивыми соображениями уголовной политики.

Конечно, по общему правилу, установление таких невыгодных для правонарушителя последствий не устраняет ни признания ничтожности правонарушительного действия, ни восстановления нарушенного права, насколько то и другое может иметь место и значение. Так, в случае подлога виновный подвергается наказанию, а самый подложный документ признается ничтожным. Так, в случае кражи, кроме наказания вора, самые украденные вещи возвращаются собственнику. Но иногда обстоятельства могут сложиться таким образом, что признание правонарушительного действия ничтожным повлекло бы невыгодные последствия для третьих, ни в чем неповинных лиц. Например, признание недействительным брака тяжелее всего отзывается на детях, которые оказываются в таком случае незаконнорожденными. Поэтому недействительность брака влекут за собою лишь наиболее существенные нарушения закона; менее же важные неправильности при заключении брака влекут за собою только наказание виновных, но самый брак признается действительным. Точно так же в случае неоплаты гражданской сделки своевременно гербовым сбором с виновных взыскивается значительный штраф, но сделка сохраняет свою силу. Такие нормы, нарушение которых влечет за собою невыгодные последствия для правонарушителя, но самое правонарушительное действие сохраняет свою юридическую силу, называются *leges minus quam perfectae*.

Кроме указанных трех категорий норм по различию их санкции, бывают еще и такие, которые вовсе не имеют никакой санкции; последствия их нарушения вовсе не определены. Их называют *leges imperfectae*.

Существование таких (как бы бессильных) норм требует объяснения. *Leges imperfectae*, главным образом, определяют права органов власти. Устройство органа может быть уже наперед обеспечена правомерность выражаемой им воли, могут быть предупреждены правонарушительные действия. Этим и объясняется изобилие в публичном праве *leges imperfectae*. Но абсолютного совершенства в устройстве таких органов достигнуть невозможно, так как органы эти все же слагаются из отдельных людей. Если слишком стеснять сферу личного самоопределения членов такого учреждения, — организация делается слишком неподвижной, мертвенной, не удовлетворяющей требованиям жизненного развития и движения общества. Сделайте организацию более жизненной, подвижной, более применимой к конкретным условиям и потребностям, и вместе с тем вы непременно дадите возможность сказаться индивидуальным стремлениям человека. Поэтому существование особо организованных учреждений для осуществления прав власти только объясняет, но отнюдь не оправдывает существование *leges imperfectae*. В настоящее время это уже сознается. И старую

конституционную школу, полагавшую все спасение в надлежащей организации правительственной машины, можно теперь признать уже отжившей свой век. Теперь все более сознают необходимость и нормам публичного права сообщить санкцию. Так, установлением права административного иска, направленного на признание не действительными незаконных распоряжений администрации, значительная часть норм публичного права превращена из несовершеннолетних в совершенные. Но все-таки есть нормы публичного права, которые по необходимости всегда останутся лишенными санкции. Таковы, например, нормы, устанавливающие обязанности верховной власти. Верховная власть, как никому на земле неподчиненная, только сама в себе, в своем нравственном достоинстве, может заключать гарантию действительного выполнения падающих на нее обязанностей.

## Глава II

### Право в субъективном смысле

*Savigny. System des heutigen römischen Rechts. B. I. Ihering. Geist des römischen Rechts. B. III. Ihering. Zweck im Recht. B. I. S. 72. Müller. Die Elemente des Rechts und der Rechtsbildung. 1878. Bierling. Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. II. S. 49–148. Regelsberger. Pandekten. I. 1893. S. 57–82, 195–233.*

#### § 27. Юридические отношения

*Neuner. Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. 1886. Plosz. Beiträge zur Theorie des Klagerechts. 1880. S. 65–76. Puntchart. Die moderne Theorie des Privatrechts und ihre grunbbegrifflichen Mängel. 1893. Муромцев. Определение и основное разделение права. 1879. С. 53–122.*

Так как юридическое отношение есть то же житейское, бытовое отношение, только регулируемое юридической нормой, то для надлежащего выяснения этого понятия необходимо обратиться к понятию отношения вообще.

Всякое отношение предполагает связь, зависимость и вытекающую из этой зависимости возможность воздействия. Где нет зависимости, нет и отношения. Так, если между данными, например, тригонометрическими величинами, существует определенное отношение, это значит, что они зависимы друг от друга, что изменение одной из них вызывает соответственное изменение всех других. Так, если между данными явлениями существует отношение причинной связи, это значит, что следствие зависит от причины, что наличность причины вызывает за собой наступление следствия. Напротив, если между чем-нибудь нет никакой зависимости, говорят, что одно к другому не имеет никакого отношения.

Точно так же и все людские отношения состоят в той или иной зависимости между людьми, в возможности того или иного воздействия их друг на друга.

Взаимная зависимость людей создается множеством разнообразных условий, которые все можно свести к трем категориям: условия физиологические, экономические и психические. Уже физиологические различия пола, возраста ведут к взаимной зависимости людей. Для удовлетворения полового влечения индивид нуждается в сближении с индивидами другого пола. Рождающийся ребенок требует попечений родителей, дряхлые родители – попечений детей. К этому присоединяется действие физиологического же закона наследственности. В силу этого закона люди одного происхождения представляют между собой сходство в физическом и психическом отношении, и таким путем само собой устанавливается естественная группировка людей, независимо от их воли, по племенным различиям. Наконец, нельзя не обратить внимания и на передачу людьми друг другу болезней и путем заразы, и путем наследственной передачи, так что и в отношении здоровья они зависимы друг от друга.

Точно так же и потребность человека пользоваться силами внешней природы, служащая

основанием экономической деятельности, приводит к взаимной же зависимости людей. Силы отдельного человека оказываются слишком слабыми в борьбе с представляемыми окружающей средой препятствиями, и люди видят себя вынужденными прибегнуть к сотрудничеству в двоякой его форме: к простому сотрудничеству, т. е. к производству работы соединенными силами, сообща, и к сотрудничеству сложному или так называемому разделению труда, причем каждый делает разное, но каждый для всех и все для каждого.

Психическая жизнь человека еще более увеличивает эту взаимную зависимость людей, так как потребность в обмене мыслей есть одна из самых сильных в человеке, вообще чрезвычайно тяжело переносящем одиночество. И зависимость людей друг от друга в психическом отношении тем сильнее, что в психическом развитии человека социальный фактор играет, можно сказать, первенствующую роль. Наш душевный склад есть в большей своей части не наше личное достояние, а продукт жизни того общества, к которому мы принадлежим. Стоит только вспомнить важную роль, какую играет в психическом развитии язык, являющийся по самому существу своему непременно продуктом общественной жизни, непременно общий всему обществу, отнюдь не могущий быть особой принадлежностью данного только индивида.

Установляющаяся таким путем взаимная зависимость людей возрастает в силе по мере развития общественной жизни. Даже физиологические условия зависимости действуют все с большей и большей силой. С развитием общественной культуры время, в течение которого человек находится в зависимости от своих родителей, все более удлиняется. Связи, соединяющие супругов, делаются интенсивнее, так как отношения их не ограничиваются уже только половой и воспитательной сферой, но получают и нравственное содержание. К действию наследственности присоединяется воспитание, прививающее к воспитываемому и то, что почему-либо не унаследовано им от предков. Возрастающая густота населения и большая теснота жилищ делает все большей и санитарную, так сказать, зависимость людей. Возрастание силы действия экономических условий зависимости совершается еще в большей прогрессии. Тут действует, с одной стороны, возрастание потребностей, с другой – увеличивается разделение труда. Общественное развитие неразрывно связано с развитием умственным и нравственным, оно расширяет умственный кругозор людей, оно расширяет и нравственные их интересы, распространяя все на больший и больший круг лиц нравственную солидарность.

В силу всех этих условий человеческая жизнь слагается из ряда самых разнообразных отношений к другим людям. Сами по себе эти отношения имеют чисто фактический характер, представляя собою фактическую зависимость и основанную на ней фактическую же возможность воздействовать друг на друга. Но насколько люди в своей деятельности руководятся юридическими нормами, это приводит к превращению фактических отношений в юридические, фактической зависимости – в юридическую обязанность, фактической возможности воздействия – в право, правомочие.

Юридические нормы, разграничивая людские интересы, неизбежно ограничивают осуществление отдельных интересов, налагая на людей обязанности ради обеспечения возможности осуществления чужих интересов. Поэтому к фактическим основаниям взаимной зависимости право присоединяет новое, юридическое. Раз мои отношения к другим людям определены правом, осуществление моих интересов ставится в зависимость не только от фактических условий, но также и от моих прав и обязанностей. Вместе с тем, соответственно этим обязанностям для других устанавливается возможность особой формы воздействия на меня в форме правовых притязаний. Таким образом, юридические отношения предполагают юридическую связь зависимости в форме правообязанности и обусловленное этой зависимостью правопритязание или право, правомочие.

У римских юристов регулируемые правом отношения и обозначались выражением *juris vinculum*. Для них характерной особенностью юридических отношений представлялась именно связанность их объективным правом. Активная же сторона юридического отношения, правовое притязание, так мало обращала на себя их внимание, что у них не выработалось понятие

субъективного права в смысле правомочия<sup>32</sup>. Напротив, западноевропейские юристы, начиная уже с глоссаторов, придают особенное, главное значение активной стороне отношения, правопритязанию, так что не правопритязания они выводят из правоотношения, а наоборот, и отношение рассматривают как последствия правопритязания. Это объясняется свойственным германским народам субъективизмом в противоположность объективизму древности и тем, что христианское учение с особенною силою выдвинуло значение воли. Поэтому западноевропейское понимание права видит в субъективной стороне права не обусловленную юридическими нормами связанность, *vinculum*, а признанную и охраняемую правом свободную волю индивида. Из юридического признания воли личности вытекает уже затем, как естественное следствие, обязанность других не вторгаться в сферу, отмежеванную данной воле, и самые отношения между взаимно признающими друг друга волями. В последовательном своем развитии это воззрение приводит к совершенному отрицанию понятия юридического отношения и к замене его просто понятием субъективного права, в смысле правопритязания, как это и делает Бринц<sup>33</sup>.

Признание главного и даже исключительного значения за одним только правопритязанием несогласимо, однако, с действительным характером юридических явлений. В особенности в области публичного права невозможно признать правопритязание главной, основной формой проявления действия права. В публичном праве ярче и определеннее всего выступают именно правообязанности; они точно определены, по содержанию, они возлагаются всегда на точно определенных лиц. Напротив, публичные права представляются, так сказать, лишь отражением обязанностей и предоставляются неопределенному кругу лиц, могущих быть в том заинтересованными. Почти все содержание государственного права сводится к учению об обязанностях органов власти: предоставленные им права имеют значение лишь условия, обеспечения возможности исполнения их обязанностей. Так, судьи, прежде всего, обязаны отправлять правосудие, и лишь для обеспечения возможности выполнить эту функцию они наделены известными правами.

Но точно так же и не все отношения частного права могут быть объяснены, как следствие лишь признанного права притязания. Таковы в особенности явления пассивного действия права, как их называет Иеринг. Это те случаи, когда правообязанность существует без соответствующего ей правопритязания. Таковы, например, обязанности, налагаемые правом для обеспечения интересов имеющего родиться ребенка; таковы обязанности дебитора по обязательству на предьявителя, которое в данное время никому не принадлежит; обязанности хозяина *praedia servientis* в отношении к *praedium dominans*, в положении *res nullius*. Эти примеры показывают, что правообязанность может существовать и без соответствующего ей права и, следовательно, никак нельзя все правоотношения выводить из правопритязания. Наоборот, правопритязание невозможно без соответствующей ему обязанности. Если никто не обязан сообразоваться с моим правопритязанием, если оно ни для кого не обязательно, оно не может иметь ровно никакого значения. Поэтому и в юридических, как и во всяких других отношениях, основное значение имеет пассивная сторона, обязанность, связь.

Необходимость признать основное значение не за активной, а за пассивной стороной правоотношения, уже сознается теперь и цивилистами. Так Пунчарт даже считает необходимым для этого понятие юридического отношения заменить понятием юридической связности (*Rechtsverband*), как он переводит римское *juris vinculum*. Едва ли, однако, это удобно. Юридическое отношение – термин установившийся, привычный и представляет то преимущество, что в нем содержится указание именно на обе стороны действия объективного права: и на правовую возможность, и на правовую связность.

Каждое юридическое отношение определяется частью фактическими условиями, частью юридическими нормами. Нет таких отношений, которые бы всецело и исключительно определялись только правом, в которых бы участники отношения требовали друг от друга и

<sup>32</sup> Bekker. Pandekten. I. 1886. S. 46.

<sup>33</sup> Brinz. Archiv f. civil. Praxis. Bd. LXX. S. 379.



делали друг другу только то, на что они уполномочены и к чему обязаны законом. Отношение, например, жены и мужа, домохозяйина и квартиранта, нанимателя и наемника, кроме права, определяется и разнообразными бытовыми условиями: общественным положением участников отношения, их имущественной состоятельностью, характером, взаимным расположением, нравственными и религиозными убеждениями и т. д. Разнообразие бытовых условий и создается особенная индивидуальная физиономия каждого отдельного конкретного отношения. Юридическая же форма всех однородных отношений, например, всех браков, всех наймов, совершенно одинакова, потому что ко всем однородным отношениям применяется одна и та же общая юридическая норма.

Так как юриста непосредственно интересует именно юридическая форма отношений, то понятно, что для юридического исследования представляется весьма важным отделить общую юридическую форму однородных отношений от разнообразного фактического содержания. С этой целью юристы конструируют мысленно представление о таких юридических отношениях, которые бы всецело и исключительно определялись одними только юридическими нормами. В таком воображаемом отношении все конкретное разнообразие фактической обстановки отпадает: остается одна только общая для всех однородных отношений юридическая форма. Такие воображаемые, чисто юридические отношения называются *юридическими институтами*. Они представляют собою отвлечение, абстракцию юридической формы от конкретного фактического содержания отношений. Так как юридическая форма одинакова для всех отношений определенной категории, то юридический институт служит как бы общим типом для всех отношений известного рода.

Разнообразные интересы, составляющие содержание общественной жизни, так тесно переплетены между собою, что юридические отношения, имеющие своим основанием столкновения этих интересов, не представляются обособленными и разрозненными, а, напротив, составляют одно целое. Совокупность юридических отношений называют *юридическим бытом*. Соответственно с этим и юридические институты, как общий тип юридических отношений, составляют из себя также одно связанное целое. Совокупность юридических институтов называется *юридическим порядком*.

Каждое юридическое отношение, как мы видели, складывается из права и обязанности. Но и право, и юридическая обязанность не могут существовать сами по себе. Они непременно составляют принадлежность какого-нибудь субъекта. Поэтому необходимым элементом каждого юридического отношения являются субъекты права и обязанности. Однако этим не исчерпываются необходимые элементы юридического отношения. Право есть возможность осуществления интереса, а осуществление наших интересов предполагает непременно пользование для этого теми или другими средствами. Поэтому каждое право необходимо должно иметь свой объект, пользование которым и ведет к осуществлению интереса, составляющего содержание права. Таким образом, каждое юридическое отношение предполагает субъекта права, субъекта обязанности и объект. Этими элементами и определяется структура юридических отношений.

Но учение об юридических отношениях не может ограничиться рассмотрением одной только структуры. Юридические отношения не остаются неподвижными: с изменением интересов они возникают, изменяются, прекращаются. Поэтому, кроме их структуры, необходимо рассмотреть также форму и условия их движения.

## § 28. Субъект юридических отношений

*Kierulf.* Theorie des Civilrechts. B. I. 3. S. 82. *Röder.* Naturrecht. B. I. § 52. *Trendelenburg.* Naturrecht. §§ 85–88. *Lasson.* Naturrecht. § 46. *Bekke.* Iherings Jahrbücher für dogmatik. B. XII. Rechtssubjekten. *Wallaschek.* Studien zur Rechtsphilosophie. 1889. S. 144–181.

Юридические нормы как нормы разграничения людских интересов приложимы только к отношениям между людьми, потому что только в таких отношениях имеется столкновение

людских интересов. Нравственные нормы устанавливают безусловные обязанности. Нравственный долг не обусловлен заинтересованностью в нем других лиц. Поэтому можно говорить о нравственных обязанностях в отношении к самому себе, поэтому во всех отношениях человека, хотя бы и не к людям, для него имеют обязательное значение нравственные нормы. Но право, устанавливая разграничение людских интересов, непременно предполагает столкновение их и, следовательно, отношение к людям.

Нельзя поэтому согласиться с теми, кто, как, например, Дернбург<sup>34</sup>, Регельсбергер, Муромцев, допускают существование юридических отношений и к вещам. Отношение к вещи собственника, само по себе взятое, ничем не отличается от отношения к ней лица, не имеющего на данную вещь никакого права. И собственник, и незаконный держатель вещи, пользуясь ею, руководятся одинаково соответствующими техническими правилами и личными своими вкусами. Различие в положении собственника и несобственника проявляется только в их отношениях *по поводу пользования вещью* к другим людям, проявляется именно в том, имеют ли они к ним по поводу пользования какие-либо правопритязания и какие именно. Таким образом, юридическими могут быть не отношения к вещи, а только отношения к людям по поводу вещей.

Итак, юридические отношения возможны только между людьми, а, следовательно, и субъектами юридических отношений могут быть только люди. Другими словами, только люди *правоспособны*, так как способность быть субъектом юридических отношений называется *правоспособностью*.

Современное правосознание и признает действительно правоспособность *только* за людьми. Но прежде это начало подвергалось сомнениям. Незрелый человек все явления мира объясняет по аналогии с действиями людей, как проявление чьей-нибудь сознательной воли. В силу этого и действие юридических норм не ограничивалось только людскими отношениями. Права и обязанности признавались тогда и за неодушевленными предметами, и за животными. Еще в Средние века животных иногда судили и наказывали. Но теперь только за людьми признается правоспособность. Этому нисколько не противоречит наказуемость и по современному праву жестокого обращения с животными. Уголовная кара тут устанавливается не в интересах животных, а ради охранения нравственного чувства людей, которое могло бы быть оскорблено картиной бесцельного истязания животного. Если же мучения, причиняемые животному, вызываются какою-нибудь разумною целью, научною или кулинарною, наказуемость отпадает.

В новейшей немецкой литературе было, правда, высказано, именно Беккером, мнение будто и животные могут быть субъектами юридических отношений. Если, например, кто-нибудь сделает завещательное распоряжение о том, чтобы известное имущество после его смерти служило для содержания его собаки или лошади, то животные эти окажутся будто бы собственниками отказанного имущества, субъектами прав. Но позднее в «Системе пандектного права» и сам Беккер признал, что «удобнее» ограничить понятие субъекта права людьми. Однако такое ограничение необходимо не только в интересах удобства, но и в интересах истины.

Завещательным распоряжением, конечно, можно дать имуществу какое угодно назначение. Но действительно связанным этим назначением имущество будет лишь до тех пор, пока останется хоть один человек как-либо заинтересованный, в силу уважения к памяти завещателя или по другим соображениям, хотя бы только курьеза ради, в осуществлении на деле данного назначения. Как скоро никого заинтересованного в том среди людей не останется, интересы собаки или лошади ничем обеспечены не будут. Таким образом, в подобных случаях интересы животных не сами по себе, не прямо составляют содержание юридического отношения, а только условно, косвенно, насколько именно совпадают почему-либо с каким-нибудь людским интересом. Поэтому и действительным субъектом юридического отношения являются здесь люди, заинтересованные в исполнении завещания, сделанного в пользу животного.

---

<sup>34</sup> Dernburg. Pandekten. I. § 22.

То же самое должно сказать и о сверхъестественных существах, о бесплотных силах. Карательной репрессией религиозных преступлений охраняются не интересы божества, не нуждающиеся в такой охране, а религиозное чувство верующих. Имуществом, принадлежащим церкви, обеспечивается удовлетворение религиозных потребностей членов земной церкви, следовательно, опять-таки людей.

Это приводит нас к другому вопросу: не противоречит ли признание субъектами юридических отношений только людей понятие так называемых юридических лиц? Понятие это основано на том факте, что некоторые права и обязанности не приурочены к отдельным людям, а рассматриваются как принадлежащие целым сословиям лиц, корпорациям, или установлениям. Так, различают имущество и долги отдельных акционеров и самого акционерного общества, отдельных сограждан и самого государства, директора богадельни или лиц, находящихся в ней приют, и самой богадельни как постоянного установления.

Однако, согласно господствующему и до сих пор мнению Савиньи, такие юридические лица – не реальные субъекты правоотношений, а только фикция. Бринц же идет еще дальше и вовсе отвергает самую надобность в такого рода фикции и считает самое понятие юридического лица совершенно ненужным.

Но другие, как Безелер, Гирке, Дернбург, Регельсбергер, отстаивают реальное существование юридических лиц, признавая их не фиктивными, а действительными субъектами правоотношений. Регельсбергер так формулирует свой взгляд. Цель права есть обеспечение человеческих интересов, но многие из них не могут или вообще, или вполне быть осуществлены иначе, как соединенными силами отдельных людей. Поэтому имеются субъекты прав и кроме людей: это юридические лица. Они действительные субъекты, хотя и не имеют телесной индивидуальности. Их основание составляют социальные организмы. Оживотворяющие элементы суть в них люди, но, насколько они как члены организма действуют в его целях, они порождают тем особую союзную жизнь (*Verbandsleben*) и отличную от их индивидуальной воли союзную волю. Таким образом, и с точки зрения защитников действительного существования юридических лиц как особых субъектов права, их цели – те же людские интересы, только общие определенной группе людей, их деятельность – деятельность людей, считающихся их членами или представителями, их воля опять-таки воля этих же самых отдельных личностей. Поэтому, конечно, все отношения юридического лица могут быть разрешены в отношении отдельных личностей, но отношения, правда, очень сложные, переплетенные между собой, и потому для удобства юридического анализа рассматриваемые как отношения одного искусственно строяемого субъекта – юридического лица.

Так именно объясняет понятие юридического лица Иеринг. Понятие юридического лица для него только особый прием юридической конструкции реальных отношений физических лиц.

Действительными субъектами разграничиваемых правом интересов и тут остаются люди. Но интересы эти общи целой группе лиц, состав которой к тому же может быть изменчив, и потому юридические нормы вместо того, чтобы в отдельности разграничивать тождественные интересы целого ряда личностей, рассматривают однородные интересы как одно целое, как один интерес и самую группу как один субъект юридического отношения – юридическое лицо. Это не более, как особый технический прием, упрощающий определение взаимных отношений заинтересованных при этом людей. Было бы, например, крайне затруднительно определять отношение лица, покупающего что-нибудь у акционерной компании к каждому отдельному акционеру, или отношение владельца государственных кредитных бумаг к каждому отдельному гражданину. Несравненно проще определить отношение к акционерной компании или государству как к особой личности. Понятие юридического лица играет как бы роль скобок; как в алгебре, мы, не совершая самых действий, заключаем выражения, соединенными знаками “+” и “-” в скобки, для упрощения дальнейших вычислений, так и однородные интересы известной группы лиц мы заключаем в понятие юридического лица и затем определяем отношение этой коллективной личности к другим.

Только люди могут быть субъектами юридических отношений. Но это еще не значит, чтобы и все люди признавались всегда правоспособными. Напротив, история права представляет не мало примеров того, что и за людьми не признавалась правоспособность, и они

в качестве рабов ставились в положение вещей, могущих быть только объектом отношений. В современных культурных государствах рабство во всех его формах уже уничтожено окончательно. Но в странах нецивилизованных, особенно в центральной Африке, оно еще сохраняется.

Итак, современное право признает всех людей правоспособными, но не каждый способен иметь каждое право. Правоспособность может иметь различный объем, более или менее ограниченный. Ограничения правоспособности весьма разнообразны, но все они могут быть сведены по различию их оснований к четырем категориям: ограничения *естественные*, *общественные*, вытекающие из *несовместимости* известных юридических отношений, и, наконец, *карательные*.

Под естественными ограничениями разумеются ограничения, установленные по поводу естественных различий субъекта, каковы: пол, возраст, цвет кожи, физическое уродство. Так, женщины признаются неспособными иметь вообще политических прав; не достигшие 16-тилетнего возраста не могут иметь должностей на государственной службе; глухонемые не могут быть присяжными заседателями.

Общественные ограничения обусловлены различием общественного положения, например, сословий, промыслов, вероисповеданий. Так, монашествующие не могут владеть недвижимостью; содержатели питейных заведений не могут быть городскими избирателями; евреи, по общему правилу, не могут жить вне определенной для них черты оседлости.

Ограничения несовместимости обусловлены невозможностью быть одновременно субъектом известных юридических отношений. Например, лицо, состоящее в браке с кем-нибудь, не может одновременно вступить в брак еще и с другим лицом; лица, занимающие высшие государственные должности, не могут находиться на частной службе.

Последняя категория ограничений правоспособности – ограничения карательные. Они являются последствиями судебного приговора и составляют как бы часть налагаемого на осужденного наказания.

Правоспособность означает только, что лицо *может* иметь известные права, но это еще не значит, чтобы оно и действительно обладало ими. Правоспособность и правообладание не одно и то же. Каждый способен иметь право собственности на недвижимое имущество, но отсюда еще не следует, чтобы каждый обладал имением. Многие права для усвоения их субъектом, кроме правоспособности, требуют еще наличности особых фактов, событий (например, смерть наследодателя) или человеческих действий (например, покупки), устанавливающих связь прав с данным именно лицом. Усвоение таких прав субъектом называется приобретением права, а самые права – приобретенными правами. Это такие права, которые имеют характер исключительности, т. е. не могут находиться одновременно в обладании многих лиц (например, право собственности). Если же право не представляет исключительности и может находиться в обладании сразу неопределенного числа людей, то для обладания им достаточно наличности условий правоспособности (например, избирательное право).

Правоспособность начинается с момента рождения и кончается с моментом смерти. Только живые люди правоспособны. Поэтому мертворожденный ребенок не может быть субъектом юридических отношений. Юридически он считается несуществующим. Правда, и за утробным младенцем охраняются известные права. Но это делается условно в предположении, что ребенок родится живым, и выражается в наложении на других людей обязанности не мешать развитию и рождению ребенка (наказуемость вытравления плода) и возможности, если он родится живым, участвовать в наследстве после отца (отсрочка определения наследственных прав до разрешения беременной вдовы от бремени). Но если окажется, что ребенок не может родиться живым, например, по причине чрезмерной узкости таза его матери, тогда вытравление плода ненаказуемо.

Итак, правоспособным человек признается с момента рождения, т. е. полного отделения от матери, до момента смерти. Моментом смерти считается при этом момент исчезновения последних признаков жизни, чувствительности, сердцебиения, дыхания. К смерти приравнивается также долгое безвестное отсутствие. Одни законодательства, как, например наше остзейское право, признают безвестно отсутствующего умершим, когда он по расчету достигнет средней продолжительности человеческой жизни, именно 70 лет; другие, как общее

русское право, по истечении определенного срока безвестного отсутствия независимо от возраста субъекта.

Со смертью правоспособность прекращается безусловно. Труп не может иметь никаких прав. Если же закон карает оскорбительное обращение с трупами, разрытие и ограбление могил, то это делается ради нравственного чувства живых людей, могущих оскорбиться неуважительным обращением с покойником.

## § 29. Правомочие и правообязанность

*Ihering. Geist des römischen Rechts. B. III. Thon. Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878. S. 223. Bierling. Kritik der juristisch. Begriffe. II. S. 49. Bekker. System. I. S. 46. Schunne. Der Begriff des subjektiven Rechts. 1888. Zentfer. Das subjektive Recht. 1891. Schlossmann. Der Vertrag. 1876. S. 243.*

Выяснение понятия права в субъективном смысле или *правомочия* составляет самый трудный и самый спорный вопрос во всем учении об юридических отношениях. Влияние юридических норм на условия осуществления наших интересов представляется довольно разнообразным, и различные формы влияния имеют столько точек соприкосновения, так незаметно переходят одна в другую, что разобраться в них и выделить с достаточной определенностью правомочие от других последствий регулирования наших интересов юридическими нормами – дело не легкое.

Юридические нормы, прежде всего, запрещают известные способы осуществления человеческих интересов и этим создают различие юридически запрещенного и дозволенного. Запрещение ограничивает фактическую возможность осуществления интереса, суживает ее. Дозволение же само по себе никаких изменений в фактических условиях осуществления интересов не производит. Дозволенное, не запрещенное можно совершить только в пределах фактической возможности, Закон никому не запрещает ничего не делать, но воспользоваться этим дозволением может только тот, чье существование уже обеспечено достаточными материальными средствами. Всякому дозволено ездить в коляске; но может это делать только тот, кто имеет необходимые для этого средства. Юридическая норма тут не создает и не обеспечивает возможности, а только не препятствует ей, если фактически она имеется налицо.

Но влияние юридических норм на условия осуществления человеческих интересов не ограничивается таким отрицательным действием. Оно сказывается и в форме положительной, – может вести и к расширению фактической возможности. Установляя запрещение известных способов осуществления одного из сталкивающихся интересов, юридическая норма тем самым расширяет фактическую возможность осуществления другого из них. Субъект этого интереса не только может осуществлять его в границах фактической для него возможности, но и может требовать, чтобы установленный юридической нормой запрет был соблюден, чтобы возложенная ею обязанность не делать запрещенного была действительно выполнена. Тут юридическая норма придает лицу новую силу, увеличивает его могущество в осуществлении своих интересов. Такое прямое и положительное влияние юридических норм, выражающееся в расширении фактической возможности осуществления, обусловленном установлением соответствующей обязанности, мы и называем субъективным правом или правомочием. Или, короче, правомочие есть возможность осуществления интереса, обусловленная соответствующей юридической обязанностью.

Обусловленностью соответствующей обязанностью правомочие прежде всего отличается от простой дозволенности. Конечно, все, на что лицо имеет право, дозволено; но не на все дозволенное оно имеет право, а лишь на то, возможность чего обеспечена установлением соответствующей обязанности. Только такая возможность составляет право, потому что только она есть возможность по отношению к другому лицу, правообязанному. Права же могут существовать только между людьми, а не в отношении к внешним фактическим условиям.

Итак, надо различать простую дозволенность чего-либо, обозначающую лишь отсутствие установленного юридической нормой ограничения фактической возможности, и право,

предполагающее расширение фактической возможности установлением соответствующей правоспособности. Но, кроме того, влияние юридической нормы на условия осуществления человеческих интересов может принимать еще особую форму, представляющую как бы середину между простым отсутствием запрещения и установлением права. Человеческие интересы представляются так тесно переплетенными между собой, что изменение условий осуществления одного из них всегда более или менее отражается и на других интересах, с ним так или иначе связанных. Поэтому, когда юридической нормой устанавливается обязанность для обеспечения возможности осуществления одного какого-нибудь интереса, это не может не отразиться и на других, связанных с ними интересах. Так, установление высокого таможенного тарифа и, следовательно, обязанности уплачивать при ввозе иностранных товаров большие пошлины создает выгодные условия не только для внутреннего производства, но и для занятия контрабандой. Обязанность домохозяина по договору с жильцом верхнего этажа освещать и устилать ковром лестницу дает и жильцам нижних этажей возможность пользоваться этими удобствами. Но ни контрабандист, ни жилец нижнего этажа не имеют права, потому что выгодами, вытекающими для них из существования данной юридической обязанности, они могут пользоваться лишь постольку, поскольку фактические обстоятельства делают это возможным. Если же обстоятельства сложатся иначе, воспользоваться этой выгодой для них окажется невозможным, они не могут требовать ни от кого, чтобы фактические обстоятельства были изменены, ради предоставления им возможности ходить по лестнице, устланной ковром, или заниматься с выгодой провозом контрабанды. Напротив, лицо, имеющее право, в случае, если фактические обстоятельства мешают осуществлению его права, может требовать изменения этих обстоятельств согласно с постановлениями юридической нормы. Следовательно, мы должны также отличать правомочие как возможность, прямо обусловленную правообязанностью, от фактической возможности пользоваться случайными последствиями осуществления установленного права. Действие юридических норм, выражающееся в установлении такого рода возможности, Иеринг назвал *рефлексивным* действием права.

Соответствующая праву обязанность может быть возложена на всякого проходящего с другим лицом в столкновение по поводу пользования данным объектом. В таком случае объект обязанности определяется не личным признаком, а объективным: столкновением при пользовании данным объектом. Права, которым соответствует такая общая обязанность всех, могущих прийти в соприкосновение с данным объектом, называются *правами вещными*. Их называют также правами против каждого.

Противоположность вещным правам составляют *права личные*. Соответствующая им обязанность возлагается только на индивидуально определенное лицо; только в отношении к нему и могут быть осуществляемы такие личные права. Примером прав вещных может служить право собственности. Собственник может требовать от каждого, чтобы тот не мешал ему пользоваться своей собственностью. Примером прав личных служат все вообще права на услуги других лиц.

Право непременно предполагает соответствующую обязанность. Если нет соответствующей обязанности, будет простое дозволение, а не правомочие. Но обязанность может всегда существовать и без соответствующего ей правомочия. Это бывает в тех случаях, когда интерес, составляющий содержание соответствующего права, еще только нарождается или прекратился только временно. Так, обязанности не вредить жизни утробного младенца нет соответствующего права, так как зародыш, находящийся в утробе матери, не может быть еще субъектом прав. Обязанность тут установлена в ожидании права на охрану жизни имеющего родиться ребенка. Так же точно, когда кредитная бумага на предъявителя потеряна и временно не находится ни в чьем обладании, обязанности кредитора по этой бумаге не соответствует временно ничье право. Обязанность тут сохраняется, потому что бумага может быть найдена вновь другим лицом, приобретающим в силу этого самого права по такой бумаге на предъявителя. Подобного рода случаи Иеринг называет *пассивным* действием права.

Мы определили правомочие как возможность осуществления интереса, прямо обусловленную соответствующею обязанностью. Этим определением указывается внешняя и внутренняя сторона правомочия. С внешней, формальной стороны правомочие представляется

*притязанием* (Rechtsausspruch) управомоченного на исполнение обязанности со стороны правообязанного, с внутренней, материальной стороны правомочие представляется возможностью осуществления своего интереса, а так как осуществление интересов всегда предполагает пользование для того какими-нибудь силами, то содержание правомочия составляет вообще *пользование*.

Пользование предполагает только наличность потребностей, хотя бы даже несознаваемых, притязание – непременно сознательно направленную к тому волю. Но воля наша может определяться не только нашими собственными потребностями, но и чужими. Человек может действовать и в чужом интересе, но не может за другого пользоваться благами жизни. Поэтому пользование неотделимо от субъекта потребности: притязание же на исполнение обязанности, обеспечивающей возможность удовлетворения потребности, может быть осуществляемо и другими лицами. Это бывает, во-первых, по необходимости, когда у субъекта потребности нет сознательной или достаточно сознательной воли. Тогда для обеспечения действительной возможности удовлетворения его интересов необходимо, чтобы им служила чужая сознательная воля: так, за идиотов и малолетних действуют их опекуны. Это бывает, во-вторых, ради удобства, когда разграничивается общий интерес целой группы лиц. Вместо постоянного совместного действия всех их воле, к служению общему интересу приурочивается одна так или иначе определяемая воля. Тогда получается то, что называют юридическим лицом.

Но и при таком расхождении субъектов воли, служащей данному интересу, и самого интереса, действительным субъектом права должен быть признан все-таки субъект интереса, дестинатарий, а не субъект воли, диспозитарий. Служение воли чужому интересу образует не право, а обязанность. С другой стороны, не всякий, кто в силу существования юридической нормы получает возможность чем-либо пользоваться, есть субъект права: получающий такую возможность вследствие рефлексивного действия права, не имеет сам права. Субъектом права будет только тот, за кем возможность пользования обеспечивается соответственным правопритязанием, хотя бы притязание это осуществлялось и чужою волею<sup>35</sup>.

Содержание правомочия составляет *пользование объектом*. Таково общее определение содержания правомочия. Но пользование представляется весьма различным по объему.

Пользование, во-первых, может быть *простым пользованием*, не предполагающим ни возможности устранять других от пользования тем же объектом, ни возможности изменять способы пользования. Простое пользование заключается только в возможности пользоваться объектом наряду с другими и согласно уже данному ему назначению. Такое пользование есть основной элемент содержания правомочия в том смысле, что он необходимо присущ каждому праву: меньшего объема содержания право уже не может иметь. Примером этого минимального объема могут служить права пользования публичными вещами, например, общественными дорогами.

Пользование есть не только основной, но, так сказать, и естественный элемент правомочия, обусловленный самой природой наших потребностей, а не осложнением общественных отношений. Простое пользование служит непосредственно удовлетворению человеческих потребностей. Поэтому и осуществлять пользование могут только физические лица. Юридические лица сами непосредственно не могут пользоваться объектами своих прав.

Вторым элементом в содержании права является *владение*, заключающееся в возможности устранять других лиц от пользования объектом нашего права. Например, нанятым имуществом наниматель может не только пользоваться для непосредственного удовлетворения своих потребностей, но имеет и власть исключить от пользования им всякое другое лицо, хотя

---

<sup>35</sup> Так именно определяет субъект права Bernatzik: Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person (Archiv. f. öff. R. B. V. 1890. S. 223). – Rechtssubjekt ist der Träger eines jeden menschlichen Zweckes, den die herrschende Rechtsordnung als Selbstzweck dadurch anerkennt, dass sie dem zu seiner Realisirung erforderlichen Willen rechtliche Kraft verleiht. Большинство юристов, напротив, для определения понятия субъекта права, обращает внимание или только на право притязания или только на пользование и потому приходит к совершенно несостоятельным выводам. Этим, конечно, объясняется парадоксальное учение Беккера (System. I. S. 56), что субъект права на имущества тот, чьи долги удовлетворяются из этого имущества: как будто, не зная кому принадлежит имущество, можно определить, чьи долги на него падают!

бы сам в данный момент и не пользовался имуществом. По существу своему владение есть только условие, облегчающее и обеспечивающее беспрепятственное пользование объектом. Но вместе с тем оно имеет и самостоятельное значение. Владение расширяет пользование, так сказать, за его естественные пределы. Право простого пользования человек приобретает только на то, что ему самому нужно. Владение же дает возможность эксплуатировать в свою пользу нужду других. Если человек имеет право в силу владения вовсе не допустить других к пользованию данным объектом, то он вправе также допускать их к тому под теми или другими условиями, в частности и за вознаграждение. Отсюда выгода приобретать во владение и такие вещи, которые нам самим не нужны, но из которых мы извлекаем для себя пользу, предоставляя их за определенное вознаграждение в пользование других лиц.

Третий элемент содержания права, это – *право распоряжения* (*jus disponendi*). Иеринг определяет его, как право изменять способы пользования. Пользование и владение не исключают в себе такой власти распоряжения. Пользователь и владелец должны сохранять неизменным раз данное объекту назначение. Нанявший дом, например, не может его перестраивать или срубить на дрова. Власть распоряжения составляет высший объем права.

Право распоряжения, в свою очередь, распадается на три различных элемента. Распоряжение объектом предполагает прежде всего право изменять способы пользования, не уничтожая объект и не передавая права на него другому: это так называемое *jus abutendi*. Затем к праву же распоряжения относится и право передачи права на данный объект другому: право отчуждения, *jus alienandi*, так как это есть выбор особого способа воспользоваться объектом. Наконец, третий элемент права распоряжения составляет право уничтожения объекта, *jus disponendi de substantia*. Этот вид права распоряжения применим только к одной группе объектов – к вещам.

### § 30. Объекты права

*Regelsberger. Pandekten. I. S. 357. Bekker. System. I. S. 81. Kirulff. Theorie. I. S. 129. Iering. Zweck im Recht. I. S. 70. Гольмстен. Принцип тождества. С. 49.*

Так как содержание права составляет пользование, а пользоваться необходимо чем-нибудь, то всякое право имеет *объект*. Всякое действительное право есть право на что-нибудь.

Допущение некоторыми, например Беккером, безобъектных прав обусловлено обращением исключительного внимания на один лишь формальный момент в праве, на одно лишь правопритязание. Но содержание права составляет всегда обеспеченное правопритязанием пользование, непременно предполагающее объект.

Объектом права может быть все то, что служит средством осуществления разграничиваемых правом интересов. Но все наши интересы осуществляются не иначе, как с помощью какой-нибудь силы. Поэтому общим образом можно сказать, что объектом прав служат *силы*.

Пользование силами, служащими средством осуществления наших интересов, в большинстве случаев выражается в действиях. Поэтому некоторые юристы считают действия, свои или чужие, единственным непосредственным объектом прав. Но принять такое определение объекта невозможно, так как, будучи последовательно проведено, оно приводит к совершенно несообразным выводам. Дело в том, что бывают случаи, когда права принадлежат лицу, не могущему совершать действий, например, ребенку, идиоту. Тогда за них необходимые действия по распоряжению их имуществом совершает другое лицо, опекун. Следовательно, признав единственным объектом права действия, придется признать, что объект иных прав, например права собственности, может меняться, смотря по тому, кто их субъект. Если субъект права собственности – лицо дееспособное, объект этого права – собственные действия субъекта; если субъект недееспособный, объектом того же права собственности оказываются чужие действия, действия опекуна. Другими словами, получается совершенно несообразность: у одного и того же права оказываются два совершенно разнородных объекта. Если же не



считать действий опекуна объектом права собственности, то право это, насколько принадлежит лицу недееспособному, останется и вовсе без объекта, так как грудной ребенок, например, не может совершать действий, представляющих осуществление пользования принадлежащим ему имуществом.

Силы, являющиеся объектом прав, представляются весьма разнообразными и по своей природе, и по своему отношению к людям, как субъектам прав. С юридической точки зрения различие природы сил не имеет значения. Но отношение силы к субъекту необходимо влияет на характер самого права. Поэтому классификация объектов и строится на этом именно признаке.

Различают четыре категории объектов: 1) собственные силы субъекта, 2) силы природы, 3) силы других людей и 4) силы общества. Каждый из этих объектов стоит в особом отношении к субъекту права. Собственные силы составляют неотъемлемую принадлежность самого субъекта права. Они ему прирождены и потому распределение их между отдельными людьми установлено, так сказать, самую природою. Право не предоставляет человеку пользования ими, а только ограничивает и охраняет его. Силы других людей не предоставлены самую природою в наше пользование. Мы должны получить это пользование тем или другим путем, определяемым правом. Но силы эти связаны все-таки с личностью человека, хотя и не того, которому принадлежит данное право. Эта связь с личностью человека делает необходимым ограничение объема прав на эти объекты: иначе такое право могло бы превратиться в право не только на отдельные силы человека, но и на самую его личность. Силами природы человек может пользоваться, насколько они проявляются в отдельных частях материи – в вещах. Вещи не распределены природой между отдельными людьми и не находятся ни в какой непосредственной связи с личностью человека. Поэтому юридические нормы в отношении к ним не только регулируют пользование, но и определяют принципы их распределения между людьми, и, кроме того, права на вещи представляются самыми широкими по объему, самыми абсолютными. Силы общественные составляют принадлежность не отдельной личности, а целого общественного союза и представляют ту характерную особенность, что отдельные личности, как члены общественного союза, необходимо подпадают действию этих сил.

Пользование собственными силами, физическими и духовными, составляет первое необходимое условие осуществления наших интересов. Но пользование это может, во-первых, принимать такие формы, что стеснит осуществление чужих интересов. Отсюда является надобность установить известные ограничения пользования и собственными силами, а так как пользование собственными силами всегда выражается в каком-либо действии человека, то ограничения эти иначе могут быть характеризованы, как ограничения свободы человеческих действий. Во-вторых, деятельность других людей может создать препятствия пользованию собственными силами. Поэтому надо обеспечить юридическими нормами пользование собственными силами, вложив на других соответствующую обязанность. По общему правилу юридическим ограничениям подлежат только такие действия, которыми осуществляются наши мысли или желания, другими словами, которыми вовне производятся изменения, согласные с нашими желаниями, так как только такие действия могут помешать осуществлению чужих интересов. Действия, представляющие только *обнаружение*, а не осуществление наших мыслей, никаким ограничениям не подлежат. Простое обнаружение даже умысла совершить преступление само по себе не наказуемо. Исключение из этого общего правила составляют лишь те случаи, когда самая форма обнаружения наших мыслей представляет посягательство на чужие интересы. Так, воспрещается обнаружение мнения о другом в оскорбительной для него форме; воспрещается обнаружение желания, противного предписаниям закона в форме угрозы. Подвергаются также особым ограничениям обнаружения мыслей путем печати или публичных речей, так как тут обнаружение получает особенно широкую гласность. Наперед читатель не может знать, что содержится в данной брошюре или газетной статье, а, прочтя ее, он уже не может освободиться от полученного от чтения впечатления. В такое же положение ставится и всякий случайный слушатель публичной речи.

Признание как общего правила свободы простого обнаружения мыслей есть, однако, дело сравнительно новое. В старину право стремилось регулировать и обнаружение мыслей. Это объясняется тем, что прежде верили в возможность причинять другому вред одною мыслью (дурным глазом) или, по крайней мере, словами, которым приписывали ту же силу и значение,

как и обозначаемым ими предметам.

Обеспечение возможности пользоваться собственными силами выражается в юридической охране жизни, здоровья, телесной неприкосновенности и нравственного достоинства лица.

Во многих случаях собственные силы человека оказываются недостаточными для осуществления его интересов, и оказывается надобность в содействии других людей. Это приводит к установлению прав на силы других людей. Современное правосознание не допускает, однако, существования прав на самую личность человека. Допускаются только права на отдельные *услуги*. Да и право на отдельную услугу не имеет, обыкновенно, абсолютного характера. Если обязавшийся оказать определенную услугу отказывается ее выполнить, все-таки его нельзя силою заставить исполнить эту услугу. Права на услуги имеют обыкновенно альтернативный характер: обязавшийся должен или выполнить услугу, или вознаградить за причиненный ее опущением вред. Только право государства на некоторые услуги его подданных (например, отбывание воинской повинности) имеет безусловный характер.

Что касается отдельных частей человеческого тела, то надо различать части уже отделенные и неотделенные. Отделившаяся часть человеческого тела (например, отрезанные волосы, выдернутый зуб, срезанная опухоль) приравнивается по своему юридическому положению к положению других вещей, потому что в отделившейся части тела уже не могут проявляться силы человека. Неотделенные же части человеческого тела, составляя принадлежность личности, не могут подчиняться чужой власти. Поэтому не может существовать право непосредственно на чужое тело или на его неотделенные части. Нельзя приобрести права собственности на не отрезанные еще волосы, на не выдернутые еще зубы, нельзя приобрести права пользования чужим телом, например, телом уроды, карлика, великана, для показания его за деньги публице. Можно приобрести право только на действие человека, заключающееся в предоставлении пользования его телом или частями тела. Если же он отказывается добровольно совершить это действие, принуждение не может иметь место. В таком случае можно требовать только вознаграждения за причиненный отказом ущерб.

Кроме собственных сил и сил других людей, необходимым средством осуществления человеческих интересов служат так же силы природы. Действие сил природы проявляется всегда в какой-нибудь части материи, и человек не иначе может воспользоваться действием этих сил для осуществления своих интересов, как обладая данной частью материи. Отдельные части материи называют вещами, и потому объектом права считаются не силы природы, а *вещи*, хотя осуществлению человеческих интересов служит не инертная материя, а проявляющиеся в ней силы.

Не все вещи могут быть объектом прав, а только те, которые подлежат человеческому воздействию. Поэтому звезды, облака не могут быть объектом права. Затем есть вещи, могущие быть объектом исключительного обладания отдельных лиц, и такие, которые по самой своей природе могут быть объектом только общего пользования, например, воздух, проточная вода, открытое море: это так называемые *res communes omnium*.

Но и из вещей, способных по своей природе стать объектом частного обладания, не все предоставляются в частное обладание положительным правом. Таковы так называемые публичные вещи, *res publicae, qua extra commercium sunt*, например, дороги. Физически они могли бы быть захвачены в частное обладание, но это признается несогласным с их назначением. От публичных вещей, как не могущих быть по определению положительного права объектом частного обладания, следует отличать такие, которые только случайно не находятся в данное время ни в чем частном обладании: это вещи ничьи, *res nullius quae extra partimonium nostrum sunt*.

В одной и той же вещи может проявляться действие не одной только, но и нескольких разнообразных сил. Право может обеспечить человеку пользование всеми вообще возможными проявлениями сил в данной вещи или только определенными проявлениями в ней той или другой силы. В первом случае господство лица над вещью шире и полнее. Такого рода полное господство над вещью называется *собственностью* или *правом собственности, dominium*. Собственник может пользоваться всеми проявлениями сил в принадлежащей ему вещи, разве

какое-нибудь частное проявление силы прямо будет изъято из его пользования. Напротив, лицо, имеющее только право пользования вещью, ему не принадлежащей в собственность, ограничивается пользованием лишь отдельными, прямо предоставленными ему проявлениями сил. Поэтому одна и та же вещь может быть одновременно объектом и собственности, и других менее, полных прав – прав в чужой вещи, *jura in re aliena*.

С некоторыми различиями в естественных свойствах вещей соединяются и юридические различия. Так, большое значение в юридическом быту имеет различие *движимости и недвижимости*, *mobilia et immobilia*. Недвижимостью называется земля и все так неразрывно связанное с землей, что без нарушения своей целостности не может быть отделено от земли; движимостью – все остальное. С этим различием связано различие в способах установления прав в порядке наследования, в способах защиты против нарушений.

Вещь, будучи частью материи, сама слагается из частей же материи. Понятие части – понятие совершенно относительное. Одну и ту же часть материи мы можем рассматривать и как самостоятельную вещь, и как часть другой вещи. Отсюда получается понятие о составных вещах, *universitas rerum*, слагающихся из нескольких отдельных вещей, но служащих осуществлению одного интереса и потому юридически рассматриваемых как одна вещь. Таковы, например, магазины с товаром, стада и т. п. Иногда взаимное отношение отдельных вещей, входящих в состав сложной вещи, представляется отношением соподчинения, так что одна вещь составляет принадлежность другой; например, двери есть принадлежность дома. Принадлежности составляют такие вещи, без которых главная не может выполнять своего назначения, например карета без колес, или которые не могут быть отделены от главной без ее повреждения. Принадлежности во всем следуют судьбе главной вещи.

Последнюю категорию объектов права составляют силы общества. Мы их отличаем от сил отдельных лиц. Сила общества не равна сумме сил его членов; она значительно больше. Это объясняется организацией общества, сплачивающей силы отдельных личностей, привычкой подчиняться требованиям общественной жизни и нравственным ее авторитетам в глазах членов общества.

Общение людей принимает разнообразные формы более или менее обширных и интенсивных соединений. Каждое меньшее общение подчиняется большему, так что сила меньших может быть рассматриваема, как разветвление сил большого союза. В конце концов, все союзы людские сводятся к одному общему союзу человечества, так как человечество обнимает собою все меньшие союзы, и они зависят от него. Но сила не каждого общественного союза получает определенное внешнее выражение, а только сила тех, которые имеют определенную организацию. Только сила таких *организованных союзов*, проявляющаяся, как *власть* их над своими членами, и может быть объектом прав. Наиболее важными союзами такого рода являются государство, церковь и семья.

## § 31. Юридические факты

*Ihering. Geist. III. § 53. Zitelmann. Irrthum und Rechtsgeschäft. S. 200. Thon. Rechtsnorm und subjektives Recht. S. 71. S. 325.*

Юридические отношения не остаются неподвижными. Они возникают, изменяются, исчезают. Чем же обуславливаются эти изменения?

Юридическое отношение необходимо предполагает составляющие его право и обязанность, а они являются результатом применения юридических норм. Мы знаем, с другой стороны, что применение юридических норм обусловлено наличием известных фактов, определенных в их гипотезе. Поэтому и жизнь юридических отношений обуславливается чередованием таких фактов, служащих фактическим предположением применения юридических норм. Факты, обуславливающие применение юридических норм, называются также *юридическими фактами*.

Фактическим предположением применения юридической нормы обыкновенно служит наличие не одного факта, а нескольких. Например, для приобретения права собственности

посредством давностного владения необходимо: 1) намерение владеть вещью, как своею; 2) определенная продолжительность владения; 3) непрерывность и 4) бесспорность. Только при наличии всех этих условий давностное владение порождает право собственности. Совокупность всех таких обстоятельств, наличие которых служит условием применения юридической нормы, называется *составом фактических предположений* (Thatbestand). Условия, входящие в состав фактических предположений, могут относиться или к внешним фактам, или к области сознательной душевной жизни человека, что может иметь место, конечно, только в отношении к человеческим действиям, так как в них только участвует человеческое сознание. Сообразно с этим различают *объективный* и *субъективный состав* фактических предположений. Так, для того, чтобы завещание имело юридическую силу, требуется наличие не только определенных внешних объективных условий (иметь письменную форму, быть составленным при участии определенного числа свидетелей), но и кроме того, со стороны составителя завещания, требуется наличие и некоторых субъективных условий (здравый ум и твердая память).

Совокупность внешних условий образует объективный состав завещательной сделки, а совокупность условий, относящихся к душевному состоянию завещателя, – ее субъективный состав. Применение юридической нормы может быть обусловлено одними только объективными условиями. Это имеет место в отношении ко всем тем юридическим фактам, которые не представляются действиями людей. Например, открытие наследства по закону обусловлено только смертью наследодателя и наличием у него родственников, способных наследовать. Никаких субъективных условий тут не требуется. Но исключительно субъективного состава фактически предположения не могут иметь. Это потому, что право имеет дело только с мыслями, проявившимися вовне. Сами же по себе, независимо от их проявления вовне, мысли наши и желания не подлежат юридической нормировке. Юридическое значение могут иметь только человеческие действия, представляющие собою внешнее проявление мысли или желания и слагающиеся из субъективного (мысль) и объективного (внешнее ее проявление) элементов. Таким образом мы получаем первое различие юридических фактов: на *события*, имеющие только объективный состав, и *действия*, имеющие и субъективный, и объективный состав.

Различным также может быть отношение юридических фактов к требованиям юридических норм: юридические факты могут быть согласны с ними, но могут им и противоречить. Сообразно с этим юридические факты бывают или *правомерные* или *неправомерные*.

Если принять в соображение как различие событий и действий, так и различие правомерных и неправомерных фактов, то получим четыре категории юридических фактов: 1) правомерные события, 2) правомерные действия, 3) неправомерные события и 4) неправомерные действия. Такая классификация юридических фактов представляет, однако, некоторые неудобства. Дело в том, что не при всяком правомерном действии имеет значение внутренняя сторона. Многие правомерные действия людей юридически рассматриваются совершенно так же, как и события, так что внутренняя сторона их не имеет никакого значения. Будут ли они сознательными действиями или нет, – юридическое значение их остается совершенно одинаковым. Например, уничтожение собственной вещи одинаково влечет за собой прекращение права на нее, все равно, будет ли оно уничтожено сознательно или нет, и то же самое последствие наступило бы и в том случае, если бы вещь погибла случайно, в силу действия сил природы. Поэтому все такие правомерные действия, для юридических последствий которых безразлична их внутренняя сторона, относятся к числу событий и вместе с ними называются юридическими фактами в тесном смысле, а в особую группу выделяются только те правомерные действия, юридическое значение которых обусловлено намеренным их совершением. Эти действия технически называются *юридическими действиями*. Надобно заметить также, что неправомерные события имеют юридическое значение лишь настолько, насколько ими порождается длящееся неправомерное состояние, требующее восстановления права. Поэтому вместо неправомерных событий говорят обыкновенно о *неправомерном состоянии*. Наконец, неправомерные действия короче называются *правонарушениями*.

Таким образом, с указанными изменениями мы получаем следующие четыре категории

юридических фактов:

- 1) собственно юридические факты;
- 2) юридические действия;
- 3) неправомерные состояния;
- 4) правонарушения.

Юридическими фактами в тесном смысле слова называются такие события и действия, которые не представляют собою ничего противного требованиям юридических норм и которым независимо от намеренности их совершения присвоено определенное юридическое значение, заключающееся или в установлении новых прав и обязанностей, или в изменении и прекращении уже существующих. Так как право и обязанность всегда служат лишь результатом разграничения юридическою нормою сталкивающихся интересов, то юридическое значение присваивается лишь тем фактам, которые могут служить признаком или причиной наличия известных интересов, или их изменения и исчезновения. Так, например, рождение в пределах данного государства и от его граждан предполагает наличие интереса считаться подданным этого самого государства и потому порождает право местного подданства. Так, неосуществление права в течение долгого времени может служить признаком исчезновения интереса, составлявшего содержание права: на этом и основана погасительная давность. В других случаях юридический факт составляет причину появления изменения или прекращения интересов. Так, смерть лица есть причина прекращения всех его интересов и потому влечет за собою прекращение всех его прав.

Но далеко не все интересы представляются так прямо связанными с определенными фактами. Можно сказать, что даже большинство интересов не имеют таких внешних, легко распознаваемых признаков их появления, изменения и прекращения. В таких случаях гипотеза нормы не содержит в себе указания на определенные факты, а ставит применение нормы в зависимость от признания наличия данных интересов в каждом частном случае лицами или призванными к тому долгом службы, или побуждаемыми к тому личными своими интересами. Признание наличия интересов выражается, конечно, в действиях людей, и притом непременно действиях, вызванных намерением признать наличие данного интереса. Случайно или бессознательно совершенное действие не может служить выражением такого признания. Следовательно, применение норм, разграничивающих интересы, которые не могут быть приурочены к определенным, легко распознаваемым признакам, обуславливается намеренно для того совершаемыми действиями или иначе юридическими действиями. Юридические действия бывают двоякого рода. Если совершение их предоставлено частным лицам, побуждаемым к их совершению личным интересом, – это будут *юридические сделки* (*negotia juris, Rechtsgeschäfte*); если же совершение их предоставлено должностным лицам, побуждаемым к тому долгом службы, это – *распоряжения* (*Verfügungen*). Как те, так и другие могут быть и *односторонними* и *двусторонними*. Одностороннее действие есть проявление одной воли, двустороннее – совместное проявление двух или нескольких волей. Односторонняя юридическая сделка может касаться только собственных прав деятеля, потому что только над ними частное лицо имеет власть распоряжения. Примерами односторонней сделки могут служить завещание и отказ от собственного права. Одностороннее правительственное распоряжение, как проявление власти, может касаться и прав частных лиц: оно может их ограничивать и прекращать. Двусторонняя сделка основывается на соглашении не подчиненных друг другу лиц и имеет потому форму договора. Двустороннее распоряжение не может иметь такого характера, так как из двух участвующих в ней воля одна есть властвующая, другая подчиненная. Потому тут взаимное их соотношение получает характер соотношения просьбы (например, просьбы об определении на службу, о выдаче концессии) и соизволения на нее (принятие на службу, предоставление концессии).

Совершение как юридических сделок, так и правительственных распоряжений обставлено известными условиями, относящимися частью к субъекту, совершающему действия, частью к форме самых действий. Способность совершать юридические сделки называется *дееспособностью*. Дееспособности лишены несовершеннолетние, душевнобольные и лишенные всех прав состояния. Кроме того, в отношении к отдельным родам действий устанавливаются специальные ограничения. Поэтому различают общую и частную

дееспособность. Действие, совершенное недееспособным субъектом, признается ничтожным.

Способность совершать правительственные распоряжения составляет понятие *компетенции*. Общей компетенции не существует. Компетенция каждого правительственного учреждения ограничена только распоряжениями определенного рода. Распоряжение, сделанное вне пределов предоставленной учреждению компетенции, так же не имеет силы, как и действие недееспособного.

Для некоторых юридических действий установлена определенная форма, причем она может иметь двоякое значение: иногда форма не имеет безусловной обязательности и служит только для придания действию большей определенности и для облегчения в будущем удостоверения в действительном совершении действия, во времени совершения и в самом содержании действия. Такие формы суть только формы упрочения (*confirmatio*). В других случаях форма устанавливается как неотъемлемая принадлежность действия, так что вне этой формы данного действия вовсе не может существовать как юридического действия. В таком случае форма не только служит упрочению, но и составляет, так сказать, самое тело действия (*corpus negotii*). Примером форм первого рода служит письменная форма заемного обязательства. Заем может существовать и вне письменной формы, и в случае признания долга должником долг может быть с него взыскан и без определения письменного обязательства. В пример формы, служащей неотъемлемой принадлежностью сделки, можно привести крепостную форму купчей: вне этой формы купля недвижимости вовсе не существует. Домашняя купля недействительна, хотя бы никем не оспаривалась.

Подобное же различие форм применяется и к правительственным распоряжениям. Одни из установленных для них форм вызываются только соображениями удобства и порядка делопроизводства, и несоблюдение таких форм может влечь для нарушителя формы дисциплинарную ответственность, но не лишает распоряжения обязательной силы. Другие формы, напротив, являются непременным условием самой обязательности распоряжения для граждан.

Юридические действия могут быть совершаемы одним лицом за другое в силу *представительства*. Оно заключается в том, что *представитель* совершает действие от имени *представляемого* с тем, чтобы все юридические последствия этого действия наступили для представляемого. Представительство может быть *необходимое* и *добровольное*. Необходимое представительство имеет место в отношении к тем лицам, которые сами не могут совершать юридических действий, каковы недееспособные юридические лица, лишенные естественной способности действовать, и нуждающиеся поэтому в помощи представляющих их органов. Добровольное представительство имеется в тех случаях, когда лицо, способное и само совершить юридическое действие, поручает совершение его другому лицу по соглашению.

Неправомерное состояние и правонарушение имеют между собою то общее, что и то, и другое представляет противоречие требованиям права. Но вместе с тем между ними существует и существенное различие. Требования юридических норм обращаются только к сознательной воле людей: право не может и не стремится регулировать действие бессознательных сил природы. Поэтому и нарушителем права может быть только одна сознательная воля человека. Все совершенное другими деятелями не может составить правонарушения. Но и бессознательно действующие силы могут породить такое положение вещей, которое противоречит требованиям права. Ветер, например, может унести вещь, принадлежащую одному, во владение другого. Сюда же относятся случаи, когда люди действуют бессознательно, например, в припадке душевной болезни. Во всех этих случаях нет правонарушения, а может быть только, неправомерное состояние.

Неправомерное состояние всегда порождает интерес восстановления согласного с требованиями права положения вещей и потому из него вытекает для того, осуществление чьих прав стеснено неправомерным состоянием, право требовать его устранения. Правонарушение кроме интереса восстановления правомерного состояния, порождает и другие интересы. Дело в том, что сознательное совершение запрещенного юридической нормой представляет общую опасность подрыва авторитета этих норм и, следовательно, прочности юридического порядка обеспеченности прав. Отсюда – потребность в таких мерах против правонарушителя, которые бы *предупредили* повторение правонарушений. Сознательное правонарушение, далее, всегда

предполагает *вину* нарушителя и потому порождает требование *возмездия*. Наконец, сознательное нарушение права служит признаком такого настроения воли правонарушителя, которое требует исправления. Для осуществления всех этих интересов: предупреждения повторения правонарушения, возмездия за вину, исправления преступника – служит *наказание*.

Не всякое, однако, сознательное правонарушение наказуемо. Наказания устанавливаются лишь за те из них, которые представляют более общее значение; за те же правонарушения, которые касаются главным образом прав отдельных лиц, налагается обязанность вознаградить потерпевшего за причиненный ему вред.

Правонарушения, влекущие за собой наказания, называются *преступлениями*.

Сознательность совершения есть необходимое условие наказуемости, потому что только сознательное действие может быть вменено в вину человеку. Только виновного можно наказывать. Вина может быть различна. Вина преступника может быть прямо направлена на нарушение права – *это умышленная вина*; но вина может также состоять и в том, что человек совершает действия, представляющие опасность правонарушения: это *вина неосторожная*.

## Глава III Частное и публичное право

### § 32. Классификации по различию содержания

*Savigny. System. I. S. 23. Stahl. Die Philosophie des Rechts. II. S. 300. Ahrens. Encyclopädie. S. 117.*

Юридические отношения весьма разнообразны. Подробное изучение отдельных групп их составляет задачу специальных юридических наук. Но и общее учение о праве не может обойтись без объяснения, по крайней мере, самых характерных, самых основных особенностей отдельных прав. Для этого необходимо, конечно, установить общую классификацию правовых отношений. Основным делением права почти всеми признается деление права на частное и публичное<sup>36</sup>. Но относительно того, в чем основание этого различия – до сих пор нет согласия между юристами.

Римляне сводили различие частного и публичного права к различию охраняемых интересов, различая именно интересы частные и общие. *Publicum jus est*, – говорит *Ulpianus* (in 1, 1. § 2 de justitia et jure), – *quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet, sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*. Это определение находит себе сторонников и до сих пор. Брунс («*Holzendorfs. Encyclopädie*». 3 Aufg. S. 340) и Нейнер (*Neuner. «Privatrechtsverhältnisse*». S. 1) высказываются за него. Но большинством юристов уже давно это деление было признано несостоятельным. И, действительно, выставленное римлянами различие представляется до такой степени неопределенным, что решительно не достигает своей цели: разграничить и определить различные области права. Так, прежде всего, нельзя противопоставлять, таким образом, интересы общие и частные. С одной стороны, интересы только и существуют у отдельных людей, так как только люди суть действительные, реальные элементы общежития. Общий интерес есть не что иное, как та или другая совокупность частных интересов. В этом смысле можно сказать, что все право установлено ради охраны интересов отдельных лиц, т. е. частных интересов. С другой стороны, правовая охрана дается только тем интересам отдельных лиц, которые имеют более или менее общее значение или потому, что они общи целой группе лиц, например, охрана интересов врачей, или потому, что данный интерес есть интерес – хотя одного отдельного лица, но занимающего в обществе такое положение, что его интерес получает общее значение, например, интересы

<sup>36</sup> Некоторыми, наряду с частным и публичным правом, признаются самостоятельными отраслями церковное право (Вальтер), международное (Варнкениг), общественное (Моль, Резлер).

монарха. В таком смысле, наоборот, можно сказать, что всякое право охраняет общие интересы.

Конечно, можно различать более или менее общие интересы. Но, не говоря уже об относительности и неопределенности такого различия, оно не соответствует действительному различию частных и публичных отношений. Нельзя сказать, чтобы публичное право касалось всегда более общих, частное – менее общих интересов. Неисправность подрядчика армии во время войны, могущая иметь своим последствием голод армии и в результате неудачу всей кампании или, по крайней мере, задержку операции, представляет гораздо более общий интерес, нежели выборы гласного в городскую думу. Тем не менее, подряд есть отношение частногражданское, а отношение по выборам – публичное. Точно так же организация отдельного министерства представляет несравненно меньший, несравненно менее общий интерес, чем определение порядка перехода недвижимости или законы, относящиеся к личному найму. Но организация министерств относится к публичному праву, купля-продажа недвижимости и личный наем – к частному.

Неудовлетворительность римской классификации и главным образом ее неопределенность вызвали целый ряд попыток исправить ее, дать ей более определенную формулировку, причем все-таки исходят, как из основания, из различия понятий частного и общего, но облакают это различие в другую форму.

Между этими попытками, прежде всего, обращает на себя внимание классификация, выставленная Савиньи.

Его систему, принятую и Шталем, можно назвать *телеологической*. Она представляет модификацию римской классификации, но весьма существенно отличающуюся от той, что была выставлена Ульпианом. У Ульпиана основой классификации являлось различие интересов, смотря по тому, разграничиваются ли в данном отношении частные или общие интересы. Савиньи и Шталь различают юридические отношения *по их цели*. «В публичном праве, – говорит Савиньи, – целое является целью, а отдельный человек занимает второстепенное положение; напротив, в частном праве отдельный человек является целью, а целое (государство) – средством». То же почти говорит и Шталь: одни юридические отношения имеют целью, задачей удовлетворение потребностей отдельного человека, другие – соединение людей в одно высшее целое и регулирование их жизни в этом единстве.

Это различие юридических отношений по субъектам, являющимся их целью, в новейшее время было развито полнее Иерингом в его сочинении «*Das Zweck im Recht*» (В. I. 1877. S. 452). Но, развив его, он вместе с тем указал и истинное значение этого различия. Он различает юридические отношения по субъектам цели, *Zwecksubjekt, Destinatare*, на три класса: destinatарием служит или отдельное лицо, или общество, или государство. Но он не кладет этого различия в основу системы права. Напротив, он указывает, что каждый отдельный институт может иметь destinatарием то отдельное лицо, то общество, то государство. Так, например, собственность может быть или частной, или общественной, или государственной. И, действительно, это различие не может быть принято основанием системы прав, так как система предполагает классификацию институтов, а не тех форм, какие может последовательно принимать один и тот же институт.

Классификация Савиньи и Шталя представляет попытку соединить в одно и классификацию по интересам, охрана которых есть цель права, и классификацию по различию положения субъекта, как самостоятельного индивида или как члена общественного организма. Подобное же соединение этих двух оснований классификации представляет и классификация Аренса. Аренс исходит из противоположения конечной и непосредственной цели. Конечная цель всего права есть человеческая личность, но она может быть вместе и непосредственной целью данного юридического отношения, – тогда это будет отношение частного права. Или же непосредственной целью будет служить обществу, общественный организм, а не индивидуальная личность, – тогда это будет отношение публичного права. Таким образом, конечная цель, конечная задача и публичных и частных отношений безразлично одна и та же: различен только *способ ее выполнения*, осуществления. В частном праве она осуществляется путем личного самоопределения; в публичном – путем совокупной деятельности целого общества.

Классификация Аренса, однако, тоже представляется неудовлетворительной; и у него, как



и у Шталья, и у Савиньи, остается необъяснимым, каким образом и государство может быть субъектом отношений частногражданского характера. Когда государство покупает, продает, меняет, нанимает, подряжает и т. п., оно является целью, а не средством (Савиньи); поставка сапог на армию, очевидно, имеет целью вовсе не удовлетворение отдельного человека (Шталь), и цель при этом достигается не одною индивидуальною деятельностью, а и деятельностью всего государства, платящего за сапоги (Аренс). Но, кроме того, следует указать, что классификация Аренса представляется несостоятельной и потому, что всякая юридическая охрана предполагает содействие, поддержку со стороны общества, а не одно только индивидуальное самоопределение.

Неудача этих попыток исправления римской классификации права побудила некоторых современных, в особенности русских юристов, совершенно отказаться от выставленного римскими юристами основания различия частного и публичного права и поискать взамен его другое. Одни из них полагают, что основанием различия частного и публичного права должно быть признано различие экономических, имущественных интересов и интересов, не имеющих экономического значения. Другие ищут основания этого различия в том, будто частное право есть право распределения.

Первого из этих воззрений держатся: Мейер, Умов и, в особенности, Кавелин. Последнее было выставлено Цитовичем.

Кавелин<sup>37</sup> полагает, что обыкновенное разграничение публичного и частного права в теперешнем его виде не имеет за собой никакого теоретического основания. Частное или гражданское право соединяет в себе совершенно разнородные части, соединение которых, по его мнению, объясняется единственно характером рецепции римского права в Западной Европе. Рецептировано было не все римское право, а только некоторые его части, представлявшие весьма мало общего по содержанию. Тем не менее, те отрасли права, к которым прилагались начала римского права, исключительно в силу единства источника определявших их норм, были соединены в одно целое, получившее название гражданского права, *jus civile*, как римляне называли все свое право. В настоящее время, а у нас в России в особенности, нет уже никакого основания сохранять эту группировку, так как исчезло и единственное, прежде существовавшее, основание соединять воедино то, что принято называть гражданским правом, потому что гражданские отношения не определяются уже более римским правом. Взамен этой старой, исторически сложившейся классификации Кавелин предлагает другую, по его мнению, более рациональную и более естественную. Он кладет в основу всей классификации права различие имущественных и неимущественных прав. Теперешнее гражданское право должно превратиться в право имущественное на том основании, что и теперь главное его содержание составляют именно имущественные права, а все другое является как бы посторонним и случайным к ним придатком. Потому из него должны быть исключены все отношения, не имеющие имущественного характера, не касающиеся материальных ценностей; каковы, например, семейные отношения. С другой стороны, оно должно обнять собою *все* имущественные отношения без исключения, а потому к нему должно быть отнесено многое, что теперь причисляется к публичному праву, например, учение о взыскании податей, о денежных наказаниях, о содержании и пенсии служащим и т. п.

На первый взгляд такая группировка может подкупать в свою пользу кажущейся простотой и определенностью. Но внимательное ее рассмотрение открывает весьма веские доводы против возможности принять ее. Прежде всего, нельзя согласиться с Кавелиным, чтобы современное понятие гражданского права было случайным, лишенным рационального основания. Если бы и в самом деле гражданское право в современном его виде представляло, как это утверждает Кавелин, не что иное, как совокупность рецептированных частей римского права, то и тогда бы состав его нельзя было считать случайным. Если данные только части римского права были рецептированы, то причина этого, конечно, заключалась в том, что только

---

<sup>37</sup> Что такое гражданское право? 1864. Права и обязанности по имуществам и обязательствам. 1879. Какое место занимает гражданское право в системе права вообще? (Журнал гражданского и уголовного права. 1880. № 1.).

они соответствовали изменившимся условиям общественной жизни. Другими словами: рецепированная часть представляет собою ту отрасль права, которая наименее изменчива, наименее зависит от особенностей общественного быта.

И, действительно, гражданское право есть именно та отрасль права, в которой замечается наибольшая общность, единство, в которой всего слабее отражаются различия исторических эпох и национальностей. А это такое свойство, которое уже само по себе может служить достаточно рациональным основанием для выделения данных отношений в особую группу.

Затем, как на это указал уже Муромцев, гражданское право далеко не тождественно с рецепированными частями римского права, да и самое сближение понятий *jus privatum* с *jus civile* сложилось не ранее XVI столетия. Гражданское право в современном его составе включает такие институты, каких вовсе не знало римское право, например, право вексельное, и потому едва ли можно утверждать, что соединение институтов, составляющих гражданское право, в одно целое, объяснялось единственно их якобы общим источником.

Простота и определенность предлагаемой классификации так же только кажущаяся. Отделить имущественные отношения от неимущественных – дело далеко не легкое, потому что почти все отношения имеют и экономическое значение, касаются так или иначе и материальных ценностей. Кавелин относит, как мы видели, к гражданскому праву учение о денежных наказаниях; но ведь и другие виды наказаний, хотя бы, например, ссылка, могут также иметь экономическое значение и даже иногда преимущественно экономическое значение. Точно так же, если к гражданскому праву относятся «государственная и общественная служба с вознаграждением»<sup>38</sup> и даже воинская повинность<sup>39</sup>, то нет основания, почему не отнести туда же и учение о представительстве, которое также ведь имеет и экономическую сторону, выражающуюся или в получаемом представителями содержании, или при безвозмездности функций народного представителя в том расходе, какой он неизбежно несет при исполнении своих функций. Если к гражданскому праву относится учение о призрении бедных, то, конечно, следует к нему отнести и даровое начальное обучение. Но, идя этим путем, мы одно за другим все решительно отношения отнесем к гражданскому праву.

Эта неопределенность выставленной Кавелиным классификации еще усиливается тем, что он вовсе не определяет понятия «материальной ценности», служащей, однако, основанием всей его классификации. Вероятно, он полагал, что понятие это определяется в политической экономии. Но экономисты употребляют термин «ценность» в двух существенно различных значениях: потребительная ценность и меновая ценность. Под понятие потребительной ценности подводится все, что, так или иначе, служит удовлетворению каких-либо потребностей человека. Адольф Вагнер, например, считает потребительной ценностью и самый государственный порядок. Очевидно, это понятие потребительной ценности совершенно непригодно для обоснования классификации юридических отношений. Всякое право нормирует пользование тем, что служит средством осуществления людских интересов и что, следовательно, подходит под понятие потребительной ценности. Понятие меновой ценности более узкое. Но в определении его экономисты сами ссылаются на право. Меновою ценностью является все то и только то, что может быть предметом частного права. При существовании рабства и человек был меновою ценностью, при системе продажных должностей – и государственный должностной. Если же когда-нибудь будет уничтожена частная земельная собственность, тогда и земля потеряет значение меновой ценности. Таким образом, различие частного и публичного права не может быть основано на понятии меновой ценности, так как само это понятие обусловлено различием частного и публичного права.

Проектируемая Кавелиным система представляет также серьезные неудобства для изложения, так как неизбежно ведет к разделению того, что естественно связано между собою. Таковы, например, взыскание податей и все остальное учение о налогах, содержание чиновникам и все остальное учение о государственной службе. Невозможно дать осмысленное

---

<sup>38</sup> Права по имуществам. С. 326.

<sup>39</sup> Ibidem. С. 228.

изложение учения о содержании, получаемом должностными лицами, вне связи с общим учением о государственной службе, и наоборот, учение о государственной службе не может быть понято надлежащим образом, если из него исключить учение о содержании.

Наконец, нельзя не обратить внимания на то, что, определяя гражданское право как право имущественное, предлагаемая Кавелиным группировка не дает никакой положительной характеристики публичного права и вовсе не выясняет их взаимного соотношения.

То же на экономической почве, но несколько иначе, думает найти основание для обособления частного и публичного права Цитович<sup>40</sup>. По его определению, частное или гражданское право есть «совокупность постановлений, велений положительного права, дающих порядок и форму экономическому распределению в данное время у данного народа: короче – гражданское право есть право распределения» (*Verkehrsrecht*). При этом он оговаривается, что таким определением отнюдь не выключается из области гражданского права отношения семейного права. «Во-первых, эти отношения примыкают к распределению в том смысле, что они дают особые поводы, из-за которых происходит распределение: важнейший из таких поводов есть наследование по закону. Во-вторых, наиболее частный деятель и субъект распределения, лицо, является в той или иной обстановке, смотря по тому, каково его семейное положение, которое не безразлично и для него, как его, право состояния. В-третьих, собственно экономическое распределение не действует внутри семьи: здесь происходит свое распределение, в основании которого лежит начало нравственного единства и семейного порядка».

Не трудно заметить, что все сказанное Цитовичем относительно семьи одинаково применимо и к государству. И государственные отношения дают особые поводы для распределения: государство платит жалованье, раздает пожалования, занимает и платит долги. Затем «субъект распределения, лицо, является в той или иной обстановке, не безразличной для права», не только смотря по тому, каково его семейное положение, но точно также и смотря по тому, каково и государственное его положение: так сословные различия имели огромное значение для условий распределения. Наконец, и та часть народного богатства, которое государство выделяет посредством системы налогов и государственных имуществ в свое распоряжение, распределяется не по общим законам экономического распределения, а по особым политическим соображениям. Да и вообще нет никакого сомнения, что организация государства имеет, по крайней мере, такое же значение для распределения, как и организация семьи. Поэтому, рассуждая последовательно, Цитович должен бы был все право, все юридические отношения подвести под понятие гражданского права, как права распределения. Не только частное право, но точно также и публичное непременно затрагивает экономическое распределение. Но вместе с тем нормировкой распределения экономических благ, ценностей не исчерпывается вовсе содержание и частного права. Семейные отношения имеют юридическое значение не потому только, что ими создаются особые поводы распределения. И сами по себе, как отношения семейной власти, они регулируются правом. Иные отрасли публичного права, например, финансовое право с гораздо большим правом, чем семейное, могут быть названы правом экономического распределения.

Таким образом, все попытки найти основание для различия частного и публичного права, в различии содержания юридических отношений, оказываются неудачными. Да и вообще различие интересов, составляющих содержание юридических отношений, следует признать непригодным для обоснования классификации правоотношений. Мы уже указывали, что юридический характер в людских отношениях имеют собственно их формы; а их содержание то же, что и бытовых отношений. Так как юридическая норма определяет не самые интересы, а только разграничение фактически существующих интересов, то и основное значение имеет для различия юридических отношений не то, *какие* в них интересы разграничиваются, а то, *как* они разграничиваются.

Невозможность найти в содержании юридических отношений основания для различия частного и публичного права подтверждается еще и тем, что история права представляет нам

---

<sup>40</sup> Курс русского гражданского права. I. 1878. С. 4–7.

примеры того, как одни и те же по своему содержанию отношения получили то частно-правовую, то публично-правовую форму. Так, например, в Средние века многие права власти составляли лишь придаток частного права землевладения.

### § 33. Формальные классификации

*Kant.* *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.* 1797. S. 161. *Puchta.* *Vorlesungen über das heutige röm. Recht.* I. S. 75. *Jellinek.* *System der öffentlichen subjektiven Rechten.* 1892. S. 40–65. *Thon.* *Rechtsnorm und subjektives Recht.* S. 108–146. *Муромцев.* *Определение и основное разделение права.* С. 185–217.

Неудовлетворительность материальных классификаций побуждает искать основания различия частного и публичного права в формальных признаках, в особенностях формы юридических отношений. И в этом направлении сделано было несколько опытов классификаций прав. Их можно свести к двум совершенно различным группам: одни думают найти различие частного и публичного права в различии положения субъектов юридического отношения, в том, присваиваются ли данные права человеку, как обособленной личности, или как члену организованного общественного союза; другие усматривают основание противоположения частных и публичных прав в различии способов их охраны против правонарушений, в том, охраняется ли нарушенное право по инициативе самого потерпевшего или по инициативе общественной власти.

Различение частных и публичных прав, по различию положения субъекта, сложилось под влиянием учений школы естественного права о первоначальном естественном состоянии, в смысле состояния дообщественного. Право, которое действует до соединения людей в гражданское общество, до основания государства – есть частное. Оно продолжает действовать и в государстве, но дополняется уже постановлениями, имеющими предметом определение организации государства и порядка функционирования его органов. Этот новый придаток и составляет право публичное. Его отношение к частному таково, что оно служит обеспечением, упрочением частного права. Все публичное право устанавливается лишь ради большего упрочения господства частного права. Таково воззрение на различие частного и публичного, например, у Канта.

Эта классификация, обязанная своим происхождением учению об естественном состоянии, не разделила, однако, судьбы этого учения. В настоящее время «естественное состояние» давно сдано в архив науки, а классификация, опирающаяся на это пресловутое учение, все еще продолжает быть ходячей монетой. Действительно, эта классификация, можно сказать, самая распространенная. В самой исторической школе, явившейся как реакция против школы естественного права, указанная классификация успела найти себе приверженца в лице Пухты, и чрез его сочинения главным образом и сохранилась до нашего времени.

Пухта различает права, смотря по тому, имеет ли их человек: 1) как отдельное единичное лицо, как индивид или 2) как член органического единства. Первое имеет место при имущественных и семейных правах последнее – при публичных и церковных. Имущественные и семейные права составляют частное право. Таким образом, все права распадаются на три группы: частное, публичное и церковное право.

В этой классификации замечается, прежде всего, непоследовательность. Если основанием группировки является различие прав, принадлежащих человеку как индивиду, и прав, принадлежащих ему, как члену органического союза, то следовало бы имущественное право противопоставлять всякому другому праву. Между тем, Пухта соединяет имущественное право с семейным. Иные вносят в систему Пухты поправку в том смысле, что все право делят на частное и публичное, публичными считая те права, которые предполагают существование организованного общения людей, которые не могут быть вне такого организованного союза, а частными – такие, которые предполагают лишь просто сосуществование, коэкзистенцию людей. При этом семейные права относят к разряду частных, так как семейные отношения могут быть и вне государства. В таком виде классификация эта представляется более

последовательной и стройной. Но все-таки она не освобождается этим от коренного своего недостатка; она всецело основана на предположении о возможности существования такого состояния, когда люди существуют, но не вступают в общение организованное, и что в таком состоянии мыслимо существование права. В настоящее время все более и более устанавливается убеждение, что право может существовать только в обществе. Вне общества нет и права. К тому же всякое общение имеет известную степень организации, даже случайно сошедшаяся толпа не представляется вовсе аморфной. Поэтому эта классификация только на первый взгляд представляется точной и определенной. Поясню это примерами.

Отношение частного характера, например, брак, мена, дарение возможны, говорят сторонники этой классификации, и там, где нет государства, возможны хотя бы в любой разбойнической шайке, возможны между случайно сошедшимися в пустыне людьми. Но отношения публичного характера, например, выборы в парламент, мыслимы только при существовании государства. Однако легко заметить, что эти примеры могут быть с равным успехом обращены и против этой классификации. Выбирать членов парламента возможно только там, где есть парламент – совершенно верно. Но и совершить нотариальным порядком купчую или меновую сделку можно тоже только там, где существуют нотариальные учреждения, а, следовательно, и государство. С другой же стороны принимать участие в обсуждении общих дел, даже распоряжаться в общих интересах, возможно во всякой случайно сошедшейся толпе. Например, когда с пароходом случается какое-нибудь несчастье, а капитан оказывает слишком мало энергии, распорядительности, или первый гибнет, пассажиры сообща обсуждают свое положение и необходимые меры, дебатируют, голосуют; наконец, выделяются из среды их наиболее энергичные и становятся распорядителями. Конечно, при таком голосовании пассажиров нельзя говорить еще о праве голоса, это голосование фактическое. Но точно так же и половое общение в такой неорганизованной кучке людей будет только фактическим, фактическим будет и мена и дарение.

Другой важный недостаток этой классификации тот, что если ее проводить последовательно, то она приводит к тому, что к публичному праву должно относить отношения между членами всякого вообще союза, например, товарищества, акционерной компании, семьи и т. п. Последовательные ее сторонники и делают, действительно, такой вывод, не останавливаясь пред тем, что он совершенно изменяет обычное установившееся в практической жизни и науке понятие публичного права. Так, например, Bähr («Rechtsstaat», 1865 г.) находит, что все право следует разделить на *Privatrecht* и *Genossenschaftsrecht*. Первое обнимает отношения людей как самостоятельных индивидов, второе – отношения их как членов одного общественного организма: товарищества, компании, церкви, государства. Публичное право является при этом лишь подразделением *Genossenschaftsrecht*. Это воззрение разделяет и Gierke. Но в таком изменении классификация, представляясь более стройной и последовательной, страдает совершенным несоответствием исторически сложившейся группировки отношений.

В несколько измененной форме то же различие частных и публичных прав принимает Еллинек, связывая это различие с различием дерзновения, *Dürfen*, и возможности, *Können*. Право, – говорит он, – может, во-первых, только признать уже раньше и независимо от права существующие житейские отношения, как дозволенные, не принося к ним никакого нового момента. Тогда субъекты его, что прежде только фактически могли, теперь юридически смеют (*dürfen*) делать в отношении друг к другу. Особенный характер такого правового дерзновения проявляется с особенною ясностью в последствиях запрещения. Каждый запрет может быть сведен к формуле: ты не смеешь (*du darfst nicht*). Но запрет делает запрещенное не невозможным, а только противоправным. Запрет всегда может быть нарушен. Но действие права не ограничивается только дозволениями и запретами. Оно может, во-вторых, к дееспособности индивида присоединить нечто новое. Оно может придать действиям и сделкам особую юридическую силу, так что они влекут за собою следствия, не вытекающие из их естественных свойств. Посредством такого предоставления устанавливается юридическая возможность (*rechthliches Können*).

Так как юридическое дерзновение есть только признанная естественная свобода, то оно существует только в отношении к другим сопоставляемым с субъектом дерзновения лицам. Напротив, юридическая возможность, как нечто придаваемое правом к естественной свободе

человека, существует только в отношении к государству, от которого исходит право.

Юридическое дерзновение и юридическая возможность так соединены между собой, что дерзновение всегда предполагает возможность. То, что я юридически смею, есть только признанная правом фактическая возможность. Но юридическая возможность бывает и без дерзновения, именно во всех тех случаях, когда право не охраняет естественной дееспособности лица, а придает ему новую дееспособность.

Различие частных и публичных прав, по мнению Еллинека, коренится именно в этом соотношении юридического дерзновения и юридической возможности. В частном праве всегда имеется дерзновение; в публичном – только возможность. Публичные права основываются не на дозволительных, а исключительно на власть предоставляющих правоположениях. Поэтому они представляют собою не часть естественной, правом только регулируемой свободы, а расширение прав естественной свободы.

Все это крайне искусственное различие при ближайшем анализе оказывается совершенно несостоятельным. *Dürfen* и *Können*, дерзновение и возможность, вовсе не составляют существенных элементов содержания субъективного права. Различие дерзновения и возможности обусловлено не различием содержания субъективных прав, а различием последствий правонарушений. Если нарушение юридической нормы влечет за собой только ответственность правонарушителя (*lex minus quam perfecta*), такую норму нарушать не смеют, но могут. Если нарушение нормы влечет за собою только юридическую ничтожность несогласного с нею действия (*lex perfecta*), совершить не согласное с нормой юридическое действие нельзя. Если же, наконец, нарушение нормы влечет за собой и ничтожность действия, и ответственность правонарушителя (*lex plus quam perfecta*), то нарушать такую норму и не могут, и не смеют.

С другой стороны, элемент дерзновения вовсе не чужд и публичным правам. Лицо, к тому не управомоченное, не только *не может* осуществлять функцию власти, но и *не смеет*, так как захват власти составляет наказуемое деяние.

Формальная классификация, основывающая различие частных и публичных прав на различии тех последствий, какие влечет за собой нарушение нормы, предложена Тоном. Если нарушение прав влечет за собой установление для субъекта нарушенного права притязания на возмещение причиненного ему ущерба – это частное право. Если, напротив, нарушение права влечет за собою только принятие известных мер со стороны и по инициативе общественной власти – это право публичное. Короче: частные права это те, которые охраняются по инициативе субъекта нарушенного права, публичные – по инициативе общественной власти, независимо от желания потерпевшего.

Эта классификация Тона нашла себе последователей и в русской литературе в лице Муромцева, Гамбарова, Дювернуа. Едва ли, однако, можно признать ее правильной.

Во-первых, различие частных и публичных прав проявляется не только при их нарушении. Они различаются и не будучи нарушаемы. Так, различны способы их приобретения. Частные права по общему правилу – отчуждаемы, публичные – нет.

Во-вторых, нельзя сказать, чтобы только частные права охранялись по инициативе частных лиц. Существуют и преступления, которые преследуются только по жалобе потерпевшего. Там же, где организована административная юстиция, право иска предоставляется частным лицам и вообще в случае нарушения их публичных прав действиями администрации.

Наконец, в-третьих – и это самое важное – право частного иска и воздействие общественной власти, как последствия правонарушения, отнюдь не исключают друг друга, а могут совместно сопровождать одно и то же правонарушение. Например, при краже, при убийстве, против виновного не только вчиняется уголовное преследование, но может быть также вчинен иск со стороны потерпевших частных лиц – со стороны обокраденного или со стороны родственников убитого. Но, само собой разумеется, что если таким образом последствия и того и другого рода могут наступать совместно, различие их не может быть основанием различия частных и публичных прав. Иначе пришлось бы допустить, что одно и то же право может быть и частным, и публичным.

### § 34. Установление различия частного и публичного права

Итак, все рассмотренные нами теории не дают удовлетворительного объяснения различия частного и публичного права. Приходится нам самим подыскать объяснение этого различия. И рассмотрение выставившихся до сего теорий дает нам в этом отношении некоторые указания. Оно приводит к тому убеждению, что нельзя искать основания различия частного и публичного права в различии тех интересов, которые дают содержание частно-правовым и публично-правовым отношениям. Основание различия следует искать в различии не фактического, бытового основания этих отношений, а в различии их юридической формы. Но только нельзя это различие сводить исключительно к различию положения субъекта прав или последствий нарушения тех и других прав. Различие их представляется более общим, проявляющимся и тогда, когда ни о каком нарушении нет и речи. С другой стороны, все права без исключения принадлежат человеку как участнику общения с другими людьми.

Надо, следовательно, поискать объяснения различия частного и публичного права в различии общего характера юридической формы тех и других отношений.

Право, как мы видели, есть вообще возможность пользоваться чем-либо; эта возможность может быть обеспечена лицу в двоякой форме. Самая простая форма – это поделение объекта пользования в частное обладание по частям; другими словами, установление различия моего и твоего. На таком различии моего и твоего основывается весь институт частной собственности, приводящий к поделению определенных частей общего народного богатства в частное раздельное обладание. На этом же начале основывается и институт семьи, ограничивающий каждому отдельную семейную сферу, как исключаящую вмешательство сторонних лиц.

Нередко эта форма исключительно и принимается в соображение, так что вопрос о существовании в данном обществе права сводится к вопросу о существовании различия твоего и моего, а в требованиях коммунизма – об уничтожении частной собственности – видят отрицание всякого права. Но в действительности эта, быть может, простейшая форма, не есть ни единственная, ни безусловно совершеннейшая, ни ко всему пригодная, ни, наконец, древнейшая. Рядом с этой формой разделения объекта, различия моего и твоего, существует еще другая форма – приспособление объекта к совместному осуществлению разграничиваемых интересов.

Нетрудно убедиться в недостаточности одной первой формы разграничения интересов. Существуют такие объекты, которых совершенно невозможно поделить между заинтересованными субъектами; нельзя, например, поделить в частное обладание части судоходной реки, общественной дороги, без того, чтобы не изменить самого характера этих объектов, без того, чтобы не сделать совершенно невозможным пользование ими как путями сообщений. Другие объекты, хотя и могут быть распределяемы, но требуют сверх того и приспособления. Так, для организации монетного обращения недостаточно поделить золото и серебро между отдельными лицами, но надо еще приспособить их для этой цели чеканкой и охраной от подделок.

Итак, наряду с установлением различия «моего и твоего», необходимо должна существовать еще другая форма разграничения интересов, которая частью заменяет первую; как, например, в отношении к путям сообщений, частью восполняет ее, как в отношении к орудиям обмена. Эту вторую форму можно определить как *приспособление* объекта в противоположность его *делению*, представляемого первой формой. Так, институт дорожного права представляет приспособление определенной части территории к общему пользованию ею как средством сообщения. Институт монетного права представляет приспособление металлов к пользованию ими, как орудием обмена.

Первая форма одна недостаточна, но недостаточна также сама по себе и вторая форма; она не может заменить собою первую. Конечно, возможно и не устанавливать частной собственности. Но если и не будет частной собственности – все-таки необходима охрана частного владения. Немыслим такой порядок вещей, при котором за людьми не охранялось бы владение находящимися в их пользовании вещами. Если, например, земля или предметы потребления будут общей собственностью, все-таки каждый отдельный пользователь необходимо должен охраняться в спокойном, ненарушаемом владении тем участком земли, или теми предметами

потребления и производства, которые предоставлены ему в пользование: иначе невозможно было бы и пользование. Поэтому если не право собственности, то, по крайней мере, охрана частного владения безусловно необходима. Но право владения, подобно собственности, основывается на поделении объекта в частное пользование, на установлении различия моего и твоего. Вся разница в том, что моим считается тут не только, что мною приобретено определенными в законе способами, а вообще все то, что находится в моем фактическом обладании.

Таким образом, обе эти формы обеспечения юридической возможности равно необходимы. Они не могут заменять друг друга. Всегда и везде обе они должны существовать, как две необходимые формы действия права. Поэтому с большим удобством можно бы было принять их различие за основание классификации правовых явлений. Но совпадает ли группировка, основывающаяся на таком различии поделения объекта в частное обладание и приспособления его к общему пользованию, с исторически установившимся различием частного и публичного права? Мне кажется, что да.

Все характеристические особенности частного и публичного права вполне объясняются различием поделения объекта и его приспособления. Наиболее характерные различия частных и публичных прав выражаются в порядке приобретения тех и других прав, в способах их потери, в различии содержания самого права и в соотношении права и обязанности. Права частные приобретаются в силу такого обстоятельства, которое имеет индивидуальный характер, относится непосредственно и исключительно к данному отдельному лицу, и такой порядок приобретения, конечно, вполне необходим при поделении объекта в частное обладание: надо, чтобы чем-нибудь определилась связь каждой отдельной части с ее обладателем. Поэтому в частном праве всегда строго различаются правоспособность только и правообладание. Правоспособность имеют все те, кто вообще признается способным получить обладание частью данного объекта. Право же имеет только тот из правоспособных, кто действительно получил в обладание какую-либо определенную часть. При приспособлении объекта к совместному пользованию ничего подобного не может быть. Так как тут пользуется совместно целая группа лиц, то не требуется особого акта приобретения. Достаточно принадлежать к группе, допускаемой к пользованию известным образом приспособленным объектом. Поэтому правоспособность и право тут совпадают. И действительно, так дело и представляется в публичном праве. Всякий, например, удовлетворяющий общим условиям избирательной правоспособности, имеет и право голоса: для приобретения права тут не требуется еще особого, индивидуально к данному объекту относящегося акта. Не так в частном праве. Если я имею, например, вексельную активную правоспособность, это не значит еще, чтобы я действительно имел к кому-нибудь вексельную претензию.

Потеря публичных прав обуславливается утратой правоспособности независимо от воли субъекта. Напротив, частные права могут быть утрачиваемы и без изменения правоспособности и при том по воле субъекта. Субъект может отказаться от своего права, может отчуждать его, передать другому правоспособному по его выбору. И это так же находит себе объяснение в указанном различии поделения и приспособления объекта. Право на объект, приспособленный к совместному пользованию целой группы лиц, утрачивается только тогда, когда данное лицо перестает принадлежать к этой группе, и не может быть переносимо на лиц, не принадлежащих к ней: у принадлежащих же оно и так уже у всех имеется; поэтому отчуждение к публичным правам неприменимо.

Что касается содержания прав, то, при поделении объекта в частное обладание, приспособление его к пользованию делается уже самим обладателем по его усмотрению; он приспособляет принадлежащее ему, как и к чему он хочет. Поэтому ему принадлежит в отношении к принадлежащему ему власть распоряжения. Он распоряжается объектом в собственном интересе. Таким именно и представляется содержание частных прав: они заключают в себе не только власть пользования, но и власть распоряжения. Напротив, в публичном праве власть распоряжения не составляет содержания права; она составляет там содержание обязанности. Так, дорожная администрация имеет власть распоряжаться дорогой, но это ее обязанность. Она не может не пользоваться этой властью, она должна ею пользоваться и притом в общем, а не в своем частном интересе. И это опять-таки объясняется тем, что объект



приспособляется тут к совместному пользованию всех проходящих и проезжающих по дороге. Нельзя предоставить власть распоряжения каждому прохожему отдельно. Но, будучи предоставлена особо назначенным для того должностным лицам, она должна быть ими осуществляема в общественном интересе.

Различия поделения и приспособления объекта обуславливает и различие в соотношении права и обязанности, совершенно соответствующее различию в этом отношении между частным и публичным правом. Когда объект делится в частное обладание отдельных лиц, субъект права всегда вполне определен. Напротив, при приспособлении объекта к совместному пользованию субъектами является целая группа лиц, определенных только общим родовым образом, а не индивидуально определенной личности. Но зато тут всегда с точностью определен субъект обязанности.

Таким образом, различием поделения и приспособления объекта объясняются удовлетворительным образом все особенности частного и публичного права. Вместе с тем не трудно доказать, что, основывая различия частного и публичного на различии поделения и приспособления, мы легко можем объяснить существование частных прав и у государства. Если государству предоставляется власть над данным объектом ради его приспособления к общему пользованию – это право публичное: таково право государства на дороги. Если же, напротив, данный объект предоставляется государству только для пользования самим правительством ради извлечения из него средств для приспособления других объектов – это право частное: таково право государств на государственное имущество, доходы с которого идут на удовлетворение тех или других задач государственного управления.

Затем, если мы сводим различие частного и публичного права к различию поделения и приспособления, мы получаем возможность объяснить возникновение рассмотренных нами классификаций. Оказывается, что они принимают в основание одну из производных второстепенных особенностей частного и публичного права, коренящихся также в различии поделения и приспособления.

Прежде всего, не трудно заметить, что при поделении объекта в частное обладание отдельных лиц, воля этих лиц получает преобладающее значение. Как воспользуется каждый предоставленной в его обладание частью, что он с нею сделает, это зависит от его воли. Другие по общему правилу не вмешиваются именно потому, что тут каждая часть предназначена служить исключительно интересам своего обладателя. Совершенно иначе представляется дело, когда объект приспособляется к совместному пользованию. Тут именно определено правом, как должно пользоваться объектом, и притом приспособление совершается в общем интересе целой группы лиц. Поэтому здесь уже не может быть той свободы в распоряжении объектом, как при поделении объекта в частное обладание. Здесь, напротив, каждый отдельный пользователь поставлен в весьма определенные рамки, он ничего не может изменить в объекте по своему произволу, потому что одинаковое с ним право на объект принадлежит целому ряду лиц. Поэтому первая форма действия права имеет более индивидуальный, частный характер, вторая – более общественный.

Преобладание в частном праве имущественных интересов, способность частных прав переходить в право на цену объекта, также объяснимо с нашей точки зрения. Когда отдельным лицам присваиваются отдельные части объектов, служащих к осуществлению людских интересов, то очень часто оказывается несоответствие между потребностью данного субъекта и принадлежащим ему объектом. Очень часто оказывается, что он не может удовлетворить своей потребности имеющимся у него объектом, что для этого ему необходим объект, находящийся в обладании другого. Единственно возможным исходом в таком случае представляется мена своего на чужое. Поэтому меновая, покупная способность вещи получает гораздо более общее, более важное значение, нежели другие качества вещи, пригодные к удовлетворению только некоторых потребностей. Меновая же способность вещи делает ее способной служить всем потребностям без исключения. А так как меновая способность вещи выражается ее ценой, то и понятно, что каждое частное право всегда стремится перейти в право на цену объекта.

Распределяя объекты в частное обладание, частное право предоставляет определение способов пользования ими для удовлетворения потребностей и для производства новых ценностей свободному усмотрению каждого данного субъекта. Напротив, публичное право,

приспособляя объект к совместному пользованию, не может не регулировать и потребления, и производства. Поэтому, насколько частное право касается экономических благ, оно регулирует не потребление и производство, а только распределение. Это и послужило Цитовичу основанием к тому, чтобы определить гражданское право как право распределения.

При распределении объектов получается само собой обособление субъектов прав на отдельные объекты; приспособление же объекта к совместному пользованию многих само по себе соединяет их, связывает между собою общностью пользования. Отсюда и представление о том, что частные права принадлежат человеку, как индивиду; публичные – как члену организованного союза.

Свобода распоряжения предоставленной данному лицу частью поделенного объекта приводит к тому, что и защита права на этот объект становится в большинстве случаев в зависимость от заинтересованного лица. Напротив, нарушение установленного правом приспособления объекта к совместному пользованию затрагивает интересы всех участвующих в пользовании и потому требует мер охраны права, независимых от чьего-либо индивидуального усмотрения. В этом производном и далеко не безусловном различии видят основу различия частного и публичного права Тон и его последователи.

## Книга третья Общественные условия развития права

### Глава I Общество

#### § 35. Механическая теория

*Спенсер.* Основания социологии. 1876–1877. *Lilienfeld.* Gedanken über die Socialwissenschaft der Zukunft. 1879 (есть и русский перевод, но только первого тома; имя автора обозначено лишь буквами П. Л.). *Shäffle.* Bau und Leben des socialen Körpers. 2 Ausg. 1881. *Fouillée.* La science sociale contemporaine. 1880. *Корнеев.* Основные вопросы философии истории. Т. II. 1883. *Guplowietz.* Grändris der Sociologie. 1884.

Мы до сих пор рассматривали право отвлеченно от той среды, в которой оно образуется и действует. Средой этой служит общество. Только в обществе образуется и действует право, потому что его задача – разграничивать интересы людей в их взаимных отношениях, где нет общения людей, где человек является обособленным, там нет места праву.

Всякое явление определяется той средой, где оно совершается. И развитие права не может не быть обусловленным общественной средой. Задача наша теперь и заключается в том, чтобы выяснить природу и влияние на право общества и в особенности государства, как той формы человеческого общения, которая имеет ближайшее отношение к праву.

В объяснении природы общества выставлялось и выставляется не мало разнообразных теорий. Большинство их можно свести к двум основным различиям в воззрениях на природу общества. Одни видят в обществе искусственное произведение людей, их произвольное установление – это воззрение *механическое*. Для других общество – естественный факт, возникающий и развивающийся помимо участия человеческой воли, само собой, необходимо и закономерно, подобно естественным организмам: – это воззрение *органическое*.

Эпохой процветания и господства механической теории были XVII и XVIII столетия. Тогда понимание общества как человеческого изобретения, как людской выдумки, было общим убеждением. Господство в то время механической теории общества обуславливалось частью – общим преобладающим характером тогдашнего философского мировоззрения, частью 3 царившими тогда психологическими учениями. Философские системы XVII и XVIII столетий

рассматривали миры не как живое целое: мир для большинства из них представлялся распадающимся на две резко обособленные части – дух и материю, – лишь внешним образом, *механически* сопоставляя друг с другом. Сообразно с таким мирозерцанием, все в мире стремились свести к механизму, даже самые организмы считали не более, как автоматически действующими машинами. При таких условиях, конечно, и общественные явления не могли найти для своего объяснения иной теории, как механической. К тому же результату приводили и обе существовавшие тогда психологические теории: и теория врожденных идей, и сенсуализм. При всей их противоположности обе эти теории сходились в отрицании преемственного психического развития чередующихся поколений. Одна из них признавала, что человек во всех эпохи является в мире с одним и тем же, всегда неизменным, запасом врожденных идей; другая полагала, что она является со столь же неизменной бессодержательностью духа, черпающего все свое содержание только из личного опыта. Таким образом, и для сенсуалиста, и для сторонника врожденных идей психическое развитие ограничивалось по необходимости узкими рамками отдельной индивидуальной жизни. Каждый начинает свое духовное развитие непременно с начала и при том с одного и того же неизменного начала. Между сменяющимися друг друга поколениями отрицалось существование необходимой преемственной связи. Каждое поколение людей – само себе господин, живет, как знает, и только для себя. Отсюда прямой вывод, что и общественный быт есть не необходимый результат преемственного развития *человечества*, а лишь произвольное установление *людей*.

Общество предполагает непрерывное участие многих; оно не может быть поэтому произведением односторонней воли отдельной личности, для образования его необходимо совместное участие воли многих. Поэтому основание общества механическая теория объясняла соглашением людей между собой, *общественным договором*. Побуждением к заключению общественного договора служило сознание необходимости соединения разрозненных сил отдельных личностей для борьбы с внешними препятствиями удовлетворения человеческих потребностей и необходимости установления власти общественной, которая бы могла обеспечить обществу внешнюю безопасность и внутренний порядок. А содержание договора составляло определение организации общественной власти и ее отношения к индивидуальной свободе.

Так как создателями и устроителями общества признавались отдельные, свободно согласившиеся между собой личности, то это естественно приводило к крайнему индивидуалистическому пониманию общественной жизни. Личность признавалась над всем господствующей и все определяющей. Не личность считалась обусловленной общественной средой, а, наоборот, общественный порядок являлся всецело определенным произволом отдельных личностей.

При этом, конечно, человек вне общества, в дообщественном состоянии, предполагался совершенно таким же, как и в обществе. Часть механического агрегата не меняется от того, что будет отделена или еще не включена в агрегат. Какая-нибудь шестерня несколько не меняется от того, вставлена она в машину или нет. Но отдельный орган живого организма, будучи отделенным, или гибнет, или, во всяком случае, значительно изменяется, продолжая существовать как самостоятельный организм. С точки зрения механической теории, человек, подобно части механизма, и вне общества предполагался наделенным теми же способностями, теми же чувствами, наклонностями, что и член общества. Мало того, полагали даже, что человек в естественном состоянии находился на той же ступени интеллектуального развития, что и в обществе. Иначе, конечно, естественный человек не мог бы составлять такой сложной и отвлеченной идеи, как идея об обществе, общественной власти, индивидуальной свободе, тем более, что в естественном состоянии он не мог наблюдать ничего соответствующего этим понятиям. Между тем, у всех, писавших об естественном состоянии, установление общества является результатом сознательного стремления установить общественную власть, которая могла бы обеспечить осуществление людских интересов, причем никогда не упускались из виду определенные отношения этой вновь учреждаемой власти к индивидуальной свободе.

Механическая теория в чистом виде является теперь уже совершенно отвергнутой, так как она оказалась прямо противоречащей и историческим, и психологическим данным. История везде, в самые отдаленные эпохи, застаёт людей в общественном состоянии, и потому нет

никакого основания предполагать существование пресловутого дообщественного, «естественного» состояния, из которого люди будто бы вышли, придумав общество и установив его свободным соглашением. В народном сознании общественный порядок всегда представлялся не как произвольное установление, а как независимо от человеческой воли сложившийся объективный порядок. Исторические данные заставляют признать естественным для человека именно общественное состояние.

С другой стороны, психология учит нас, что духовное развитие человека в самой значительной степени определяется влиянием общественной среды. Наше умственное развитие, наши чувства, наши нравственные принципы, – все это непосредственно обуславливается тем общественным бытом, среди которого мы вырастаем и живем. Поэтому, если бы и можно допустить существование дообщественного состояния, люди в этом состоянии должны бы были стоять на самом низком уровне духовного развития и, следовательно, никак не могли бы возвыситься до таких общих и отвлеченных понятий, и притом о вещах, никогда им не встречающихся в опыте, как договор, общество, общественная власть, индивидуальная свобода, соотношение власти и свободы и т. п. И среди людей, живущих в обществе, постоянно сталкивающихся с проявлениями общественной власти, большинство оказывается лишенным этих понятий. Как же они могли явиться у людей, никогда не встречавшихся в опыте с фактами людского общения?

Наконец, ко всему этому социологические исследования выяснили, что общественное развитие совершается закономерно. А если так, то или другое устройство общества не может быть произвольным, искусственным установлением людей, и самое общество не может быть человеческой выдумкой. Раз общественное развитие совершается сообразно с определенными неизменными законами, существование общества не может зависеть от нашего произвола.

Все это учение об естественном состоянии и об образовании общества путем свободного и сознательного акта людей, побуждаемых к тому своими интересами, в настоящее время всеми оставлено. Теперь не только отвергают действительность подобного дообщественного состояния – наблюдение нигде не представляет такого состояния, а тем более образования общества вновь, но отвергают вместе с тем и годность такого рода фикции для научного объяснения общественных явлений. Такого взгляда держался, например, известный немецкий публицист Карл Соломон Цахария. «Противопоставляя, – говорит он, – государству естественное состояние, этим вовсе не хотят сказать, что люди когда-либо действительно жили в естественном состоянии. Если даже люди всегда жили в государствах, все-таки следует различать государство и естественное состояние. Ибо человек может составить себе о чем бы то ни было понятие не иначе, как сравнивая данный предмет с противоположным ему или хотя бы и сродным, но отличным от него»<sup>41</sup>. Человек с современной точки зрения является, напротив, не только членом, но и продуктом общества. Вне общества мы его не можем себе представить, по крайней мере, таким же, как в обществе. Вне общества немислимо развитие симпатических или альтруистических чувств, немислим дар слова, и вместе с тем немислимо конечно и достижение человеком той высокой степени умственного развития, которой он так резко отличается от животных. Представление об этом пресловутом естественном состоянии людей так же бесполезно для социолога, как для физиолога бесполезно было бы представление об отдельном, изолированном существовании отдельных органов живого тела.

Таким образом, механическая теория в ее чистом виде должна быть отвергнута безусловно. Но вместе с тем должно признать, что она имеет большее историческое значение. Она, несомненно, является первой попыткой действительного научного объяснения общественных явлений. До того общественная жизнь рассматривалась как продукт действия какой-нибудь сторонней, независимой от самого общества и его элементов силы. Отсюда заключали, что и самый строй общественной жизни определяется не природой общества и составляющих его элементов, а вне общества стоящей силой. Механическая теория представляла, напротив, общество как продукт действия его собственных составных элементов, общественная жизнь являлась не рядом явлений, вызванных и направляемых внешней

<sup>41</sup> Zacharia. Vierzig-Bücher von Staate. 2. Ausg. 1838. B. 1. S. 49.

сверхъестественной силой, а самоопределяющимся действием элементов общества, людей. Характер общества определяется не чуждой волей, а природой его элементов. Такой взгляд представляет, несомненно, весьма важный шаг вперед по пути научного понимания общественных явлений. Ошибка тут заключалась лишь в упущении из виду того, что сами составные элементы общества являются продуктом общественной жизни, что потому они сами имеют историю, что они не представляются неизменными, что они не падают с неба готовыми, а рождаются от людей, также живших в обществе и передавших их путем наследственности и примера большое историческое наследие индивидуальных и общественных навыков, с которыми, каковы бы они ни были, а приходится считаться.

В настоящее время механическое воззрение на общество в его первоначальной форме имеет значение лишь историческое, как прямая противоположность преобладающему теперь органическому воззрению, явившемуся как реакция против одностороннего механического понимания специальных явлений. Но в новейшее время крайности органического воззрения вызвали в литературе попытки возвратиться опять к механическому пониманию общества, хотя в значительно измененном виде. Механическая теория в современном ее видоизменении признает, что общество возникло и сложилось первоначально независимо от человеческой воли, но что постепенное общественное развитие в том только и заключается, что общество все более и более, все полнее и безусловнее становится произведением человеческой воли. Представителями такого взгляда могут служить Фулье, и в нашей литературе – профессор Кареев.

Фулье считает общество *договорным организмом* в том смысле, что преобладавший первоначально в обществе органический характер постепенно уступает место договорному характеру отношений. Ту же мысль, но в иной только форме, высказывает и Кареев. По его воззрению, общество в постепенном своем развитии стремится стать из естественного факта произведением человеческого искусства.

Следовательно, в противоположность старой механической теории, современные ее представители договорной или искусственный характер общества считают не первоначальным фактом, лежащим в основании всякого общения, а напротив, продуктом долгого общественного развития, целью социального прогресса. Весь смысл цивилизации заключается с этой точки зрения в постепенном подчинении общественного строя человеческими идеалами.

Воззрения Фулье и Кареева основываются на несомненном факте влияния человеческих воззрений и стремлений на склад общественной жизни. Человек, видя себя членом такого общества, строй которого не соответствует его идеалам, старается устранить это противоречие, старается изменить общественные отношения сообразно своим идеалам. И одно поколение за другим непрерывно продолжают эту работу сознательного переустройства общества. Работа эта не может остаться бесплодной. Мало-помалу человеческие идеи осуществляются в общественных формах, и общество, таким образом, делается все более и более результатом совместной воли всех тех людей, которые работали над его переустройством, произведением как бы их соглашения, и в этом смысле получается договорной характер. Или, выражаясь иначе, общество все более становится воплощением человеческих идей, и в этом смысле, – произведением человеческого искусства.

Едва ли, однако, можно принять такое воззрение. Прежде всего, понятие «договорного организма» носит в самом себе неразрешимое противоречие. Если сохранять только за понятиями определенный смысл, организм и договор – взаимно исключают друг друга противоположности. Органическое всегда противопоставляется всему искусственному, произвольному, произведенному сознательной человеческой волей. А договор без участия сознательной воли невозможен. К тому же нельзя и вообще утверждать, чтобы общество с течением времени приобретало договорной характер. Договор предполагает непременно совпадение нескольких волей. Но тот общественный строй, который является результатом стремлений целого ряда сменявших друг друга поколений, отнюдь не есть выражение их одинаковой, общей воли. Общественные стремления меняются из поколения в поколение; исторически слагающийся порядок общественных отношений не соответствует ни одному из тех идеалов, которыми жили отдельные поколения. Ни о каком соглашении между чередующимися поколениями не может быть и речи. Но даже влияние отдельного поколения не

основывается на соглашении. В каждом поколении существуют враждующие партии, и влияние их стремлений на общественный строй определяется независимо от их соглашений, объективными условиями их проникновения в общественную жизнь.

Более удачной представляется та форма, в какой выразил свое воззрение на общество Кареев. В ней не заключается такого бьющего в глаза противоречия, как в определении общества «договорным организмом». Но и она вызывает серьезные возражения. Произведением искусства называют только то, что всецело определяется сознательной мыслью человека. Случайный, непредвиденный результат человеческого действия не составляет произведение искусства. Между тем, даже имея наиболее глубокое и сильное влияние на общественную жизнь, идеи дают, как показывает история, результаты, являющиеся для проповедников этих идей в самой значительной степени непредвиденными. Стоит вспомнить хотя бы Великую французскую революцию. Правда, конституции 1791 и 1793 гг. представляют собой прямое воспроизведение теорий Монтескье и Руссо. Но конституциям этим не удалось осуществиться на деле. Они оставались мертвой буквой. На деле же и общий ход самой революции, и тот общественный порядок, который ею был подготовлен, конечно, не представляют последовательного осуществления идей, руководивших деятелями революции. Если кому рассказать только внешний ход революционных событий и описать государственное устройство наполеоновской империи или эпохи реставрации, он не в состоянии будет из этих данных составить себе хотя бы приблизительное понятие об общественной теории Руссо. А если мы имеем пред собой произведение искусства, мы из него самого непосредственно познаем вызвавшую его мысль художника. Художественное произведение не требует для этого пояснения. Оно само выражает мысль полнее и яснее, чем можно выразить ее другим способом. К тому же говорить об обществе, как о произведении человеческого искусства, можно бы было лишь под тем условием, если бы человечество, как таковое в целом, было носителем единой общей мысли, постепенно воплощающейся в общественных формах, и в отношении к которой идеалы отдельных личностей и поколений были бы лишь частными ее проявлениями, но мы не имеем никаких данных утверждать существования такой единой мысли всего человечества.

Независимо от этих соображений, воззрение Кареева вызывает и другое возражение. Его воззрение предполагает постоянное вытеснение влиянием человеческих стремлений действия других объективных факторов общественного развития. Между тем, в действительности такие объективные факторы, как влияние природы, неурожаев, голодовок, случайных открытий, продолжают действовать и теперь с не меньшей силой, как и прежде, нередко чисто технические изобретения, не имеющие никакого отношения к общественным идеалам людей, как, например, изобретение пороха и паровой машины, оказывают на общественный строй более глубокое влияние, чем любая социальная теория. Но странно было бы думать, что современный общественный строй является воплощением идей Шварца или Уатта. Нет никакого основания утверждать, чтобы в будущем подобные факторы перестали влиять на общественное развитие. А если так, нельзя утверждать, чтобы общество с течением времени все более и более делалось произведением искусства.

### § 36. Органическая теория

Органическое воззрение есть продукт нового времени и явилось не ранее конца прошлого столетия. Мы можем, конечно, и раньше, даже в глубокой древности, встретить такие сближения, уподобления общества человеку или другому животному. Диалог Платона Политея весь построен на уподоблении государства человеку. Сам Гоббс, этот основатель учения об естественном состоянии, сравнивал государство с Левиафаном. Но эти сравнения еще очень далеки от органического воззрения. Дело в том, что раньше вовсе не существовало понятия организма с тем особым значением, какое ему придают теперь<sup>42</sup>. У Аристотеля *οργανισμός* вовсе не означает противоположности *μηχανισμός*, и это аристотелевское

<sup>42</sup> Claude Bernard. *La science experimentale*. 1878. P. 149–212. «Definition de la vie; les theories anciennes et la science moderne».

словоупотребление сохранилось до конца XVIII в., так что *organicus* и *instrumentalis* были синонимами. Поэтому государство Левиафан Гоббса есть лишь громадная машина. Это не живой организм, а только автомат.

Гоббс, будучи решительным материалистом, естественно не мог признавать принципиального различия между машиной и животными. Но так же смотрели на дело и картезианцы. Для Декарта и его последователей, так же как и для материалистов, животные представлялись не более как машинами, двигающимися автоматически. Так же представлялась и природа человеческого тела. Душа играет по отношению к нашему телу лишь роль безучастного свидетеля. Этот взгляд на соотношение тела и души точно так же разделялся и Спинозой, и Лейбницем. Конечно, такое воззрение разделялось не всеми. Но механическому пониманию животной жизни противопоставлялась теория анимизма, имевшая своих представителей уже в лице Пифагора, Платона, Аристотеля, Гиппократов и в Средние века в лице Парацельса, Гельмонта (1579–1644), а также схоластиков. Но полное свое выражение и развитие она нашла лишь в учении знаменитого медика прошедшего столетия Штала (1659–1734). Согласно этой теории анимизма, тело есть лишь инертное орудие некой высшей и нематериальной силы, лишенное всякой самодеятельности. У Парацельса и Гельмонта мы находим учение о существовании в нашем организме целого ряда таких нематериальных сил, археев, приводящих в действие различные органы нашего тела. У Штала все эти археи заменяются одной силой – душой, являющейся невидимым механиком, заправляющим ходом всех отправлений организма. Таким образом, представители механической и анимистической теорий расходились совершенно в объяснении причины явлений животной жизни, но само тело, и у тех, и у других, одинаково понималось как подобие механизма. И картезианец, и анимист в организме видели не более, как машину. Вся разница в том, что один считал эту машину действующей автоматически, другой – пассивным орудием души, лишенным всякой самодеятельности.

При исключительном господстве таких воззрений на явления жизни не могло, конечно, явиться определенного противоположения механического и органического воззрения. Такое противоположение могло явиться только с образованием теории витализма, основателем которой был Ксавье Биша (1771–1802)<sup>43</sup>. Биша, живший в конце прошлого столетия, утверждал, что причину жизненных явлений должно искать не в каком-то высшем, нематериальном начале, но, напротив, в свойствах той материи, в которой совершаются жизненные явления. По мнению Биша, явления жизни объясняются особыми жизненными свойствами (*propriétés vitales*), присущими живой материи, составляющей организм. Эти жизненные свойства не только отличны, но можно сказать, противоположны общим физическим и химическим свойствам материи. Физические свойства вечны и неотделимы от материи. Жизненные свойства напротив, преходящи. Мертвая материя, входя в состав организма, проникается ими, но только на время, так как по существу своему эти жизненные свойства истрачиваются, потребляются с течением времени. Представляя в начале возрастание, в зрелом возрасте они как бы неподвижны, но затем, с ходом жизни, все слабеют и потом, к ее концу, совсем исчерпываются. Этим и объясняется развитие и смертность живых существ. Вся жизнь есть не что иное, как борьба жизненных свойств с физическими. Здоровье и болезнь суть не что иное, как различные перипетии этой борьбы. Выздоровление знаменует собою победу жизненных свойств. Победа физических свойств есть смерть.

Доктрина витализма не могла, конечно, не произвести полного переворота в воззрении на соотношение механических и органических явлений. Она устанавливала, во-первых, резкое противоположение мертвой и живой материи, механизма и организма, наук физических и биологических, и этим обуславливала возможность определенно сформулированного противоположения механического и органического воззрений. Во-вторых, витализм привел к развитию идеи внутренней взаимной зависимости всех частей организма, друг от друга и от целого, а не внешнего только их соотношения, и к признанию за организмом самостоятельной активности, самодеятельности, причину которой видели теперь в свойствах целого и его частей.

<sup>43</sup> Его «*Anatomie générale*» явилась в 1801 году. Он умер в 1802 г.

К концу XVIII столетия и в философских учениях впервые появляется определенное противоположение понятий организма и механизма; прежде всего у Канта<sup>44</sup> и затем, в особенности, у Шеллинга. Его философская система представляет собою глубоко задуманное и весьма последовательно проведенное органическое мирозерцание, объясняющее все явления мира, по аналогии с явлениями органической жизни.

Ко всему этому присоединилось еще сложившееся к тому времени историческое направление. Механическое мирозерцание представляло собою принципиальное отрицание идеи развития, преемственности. Механизм есть нечто само по себе неподвижное. Он не знает развития, отдельные механизмы не связаны между собою преемственностью. Поэтому механическая теория общества по существу своему была антиисторической. Она объясняла общественную организацию не как результат долгого преемственного развития, а как произвольное установление людей, всегда могущее быть и измененным по их произволу, вне всякой зависимости от прошлого. Пределом объяснения общественных явлений, выставившимся механической теорией, служила воля наличного поколения. Дальше этого механическая теория в своих объяснениях не шла. Между настоящим и прошедшим она не усматривала никакой необходимой, преемственной связи. Историческое же понимание, напротив, прежде всего, происходит из признания обусловленности настоящего прошлым. Подыскивая аналоги для построения своего учения, историческое направление естественно обратилось к органическому миру, где точно так же прошедшее, чрез посредство влияния прежней жизни организма и наследственности, служило важным определяющим моментом.

Все эти условия привели к тому, что органическое понимание явлений общественной жизни делается, можно сказать, одной из самых популярных, самых распространенных идей настоящего столетия. Она нашла себе представителей среди мыслителей самого разнообразного направления. Между прочим, и среди социологов-позитивистов весьма распространено признание общества организмом. Такой характер представляет и социологическое учение самого Конта, и тут связь органического учения об обществе с теорией витализма сказывается с полною очевидностью. Конт, в биологическом своем учении, отправляется от учения Биша<sup>45</sup> о жизненных свойствах. Он отвергает, правда, существование антагонизма между жизненными и физическими свойствами и даже признает гармонию организма и окружающей его среды существенным условием жизни. Указывает так же на заметные следы влияния на Биша метафизических учений и потому предлагает некоторые поправки в подробностях. На влияние метафизики он считает посторонним придатком, значительно к тому же сглаженным в позднейшем произведении Биша. Основная же идея теории витализма остается руководящим началом и для Конта, не допускающем и мысль о том, чтобы явления жизни могли быть сведены к явлениям физическим и химическим, чтобы они могли быть понятны и объяснены как их модификация. Разделяя, таким образом, установленное Биша противоположение явлений жизни весьма другим, Конт естественно пришел к признанию общества организмом, так как нельзя отрицать значительного сходства явлений жизни и явлений общественности.

Органическое учение об обществе принимало довольно различные формы. У так называемой органической школы, основанной под непосредственным влиянием Шеллинга, Краузе, все дело сводилось к признанию того, что в общественной жизни, как и в жизни органической, все явления находятся во взаимной обусловленности<sup>46</sup>. Другие, как, например, Блунчли<sup>47</sup>, останавливались на уподоблении общественных учреждений внешним формам

<sup>44</sup> Werke. B. V. S. 188.

<sup>45</sup> Comte. Cours de philosophie positive. 4 éd. T. III. 1877. P. 187 (писано в январе 1836 г.).

<sup>46</sup> Bedingheit – Краузе отличал его от Bedingtheit, обозначающей состояние того, что обусловлено, состояние пассивное; Bedingtheit, напротив, обозначает обоюдное отношение, включая и обусловливающее, и обусловливаемое. Bedingtheit ist das Verhältniss, das Sein oder Nichtsein des Einen untrennbar vereint ist mit dem Sein oder Nichts in des Andern. System der Rechtsphilosophie. S. 48–50.

<sup>47</sup> Bluntschli. Psychologische Studien über Staat und Kirche. 1841.



человеческого тела. Так, Блунчли уподоблял правительство голове, потому что оно возвышается надо всем в государстве. Министерство внутренних дел сравнивал с ушами, иностранных дел – с носом; уголовный суд – с пупком. Даже различие государства и церкви он сводил к различию мужчины и женщины.

Но наибольшее распространение получила та форма органической теории, которая, примыкая к позитивизму, признает общество организмом в смысле тождества законов жизни с законами общественности. Эта форма органической теории общества находит себе представителей во всех современных литературах. В наиболее полном и законченном виде она выразилась в трудах Спенсера, Шеффле, Лилиенфельда. Я остановлюсь, главным образом, на учении Спенсера, как самом крупном представителе этого направления.

Обращаясь, прежде всего, к общему характеру органической теории общества, нельзя не заметить, во-первых, что отождествление законов жизни и законов общественности представляется лишенным достаточного общего обоснования.

Сходство, замечаемое в явлениях общественной и органической жизни, не дает еще права, сближая общественные и жизненные явления, противопоставлять их явлениям неорганическим. Для обоснования такой классификации необходимо, кроме того, доказать, что сходство общественных и органических явлений значительно ближе сродства явлений органических и неорганических и что, с другой стороны, это особенно важно различие явлений общественности и явлений жизни представляется менее существенным, нежели различие явлений органического и неорганического мира. Если при сродстве явлений общественности с явлениями жизни окажется, что сродство это не превышает сродства органического и неорганического мира, что различия между ними, по крайней мере, столь же значительны, как и различия жизненных и нежизненных явлений, то нет никакого основания, соединяя воедино жизнь и общественность, противопоставлять их неорганическому, а наоборот, следует принять тройную классификацию: явления неорганические, органические и общественные. На это сторонники органического воззрения на общество обыкновенно не обращают внимания и сосредоточивают всю свою аргументацию на доказательстве существования сродства между обществом и организмом, возможности сближения совершающихся в них процессов. Таковы, например, аргументации Лилиенфельда и Спенсера. Они намечают соответствие в явлениях жизни и общественности, указывают, что общество, подобно организму, растет, дифференцируется в строении, специализируется в функциях, выделяет из себя части, способные к самостоятельному существованию, и отсюда заключают, что общество есть не что иное, как организм. Между тем, уже общий характер параллели, проводимой между явлениями общественности и жизни, способен подорвать доверие к ее убедительности. Рядом с бесспорно поразительным соответствием тех и других явлений в подробностях, в общем, параллель эта может быть установлена лишь при соблюдении одного условия, существенно подрывающего значение всего этого сближения. Аналогия общества и организма необходимо требует сравнения явлений самой развитой общественности одновременно и с развитыми формами органической жизни, и с самыми низшими ее проявлениями: иначе невозможно найти органических аналогий всем явлениям общественности. Таким образом, при, несомненно, существующем соответствии в подробностях, нет соответствия в целом. Нельзя сказать, чтобы высшие формы общественности соответствовали высшим формам органической жизни, низшие – низшим. Наоборот, во многом высшие формы общественной жизни гораздо ближе подходят именно к низшим формам органической, нежели к высшим. При таком отсутствии общего соответствия естественно возникает сомнение: полно, точно ли общество – организм, не есть ли оно особый порядок явлений, только частью сходных с явлениями органической жизни?

Другой общий недостаток этой аналогии общества и организма заключается в крайней неопределенности, а потому произвольности. Стоит только сравнить между собой изложение Спенсера и Лилиенфельда, чтобы убедиться в этом. Спенсер полагает, что лица, составляющие общества, могут, смотря по различию их общественного положения, соответствовать различным клеточкам организма. Рабочие классы соответствуют пищеварительным органам, правительственные классы – нервным и т. п. Напротив, Лилиенфельд полагает, что люди всегда

соответствуют только нервным клеточкам, так что нервная система общества слагается не из одних только правительственных органов, как думает Спенсер, а из всех лиц, составляющих общество. Нервная система общественной группы – это все население. Другие же системы слагаются не из людей; например, система распределительная – это пути сообщения. Различие, полагаю, весьма существенное. И, тем не менее, Спенсер и Лилиенфельд, каждый на свой лад, но с одинаковым успехом, проводят полнейшую, до мельчайших подробностей, аналогию между обществом и организмом.

Та же самая неопределенность сказывается и в выводах органической теории. Большинство делает из нее выводы в пользу необходимости расширения государственной деятельности, ограничения индивидуальной свободы, подчинения личности обществу. Так, Шеффле на почве своего органического учения приходит к категорическим взглядам. И рядом с этим Спенсер, также опираясь на признание государства организмом, является решительным сторонником индивидуализма, свободной конкуренции, крайнего ограничения государственного вмешательства.

Наконец, третий общий недостаток всего этого органического воззрения на общество, обусловленный двумя уже указанными, это тот, что оно не может удовлетворить той цели, ради которой вообще устанавливаются научные гипотезы. Научная гипотеза служит ускорению применения дедуктивного метода к известной отрасли знания. Но раз нет общего соответствия в соотношении форм органической жизни и форм общественности, раз самые уподобления общества и организма допускают широкий простор произвола, органическая теория не может служить сколько-нибудь прочной основой научных дедукций. И действительно, до сих пор все органическое учение не дало никаких новых выводов, новых приобретений. Оно дало только новую форму уже имевшемуся на лицо материалу, новую систему положения, новые рубрики, новую терминологию. Но решительно ничего нового по содержанию. Таким образом, уподобление общества и организма, по меньшей мере, бесплодно. Но можно с большим основанием утверждать, что оно даже и прямо вредно. Эти сопоставления явлений общественности и органической жизни, предоставляя широкий простор изоощрению остроумия и игре воображения, весьма заманчивы, и потому легко могут отвлечь ум от другой, менее легкой и заманчивой, но более плодотворной работы: собирания нового материала для выяснения особенностей явлений общественности.

Таковы общие недостатки органической теории. Каковы же подробности?

Спенсер начинает свою аргументацию с доказательства невозможности признать общество механическим агрегатом. Доказательство этому он усматривает в том, что общество состоит из живых частей, а, по его мнению, составленное из живых частей не может не быть и само живым целым. Затем, обращаясь к вопросу, есть ли основание видеть в обществе агрегат особого рода, отличающийся одинаково и от механических, и от органических агрегатов, он отвечает на него отрицательно, так как находит, что во всех своих существенных свойствах органические и общественные агрегаты представляют полнейшее сходство.

Характерными особенностями живого целого служат рост, дифференциация строения и специализация функций, размножение и смертность. Спенсер утверждает, что и общественная жизнь выражается в тех же характерных явлениях. Развитие общества всегда сопровождается увеличением его объема, следовательно, ростом. И при том явления общественного роста совершаются в тех же самых двух формах, как и явления органического роста: путем внутреннего размножения клеточек (в обществе – людей), уже составляющих данный агрегат, и путем присоединения извне новых клеточек (в обществе – путем завоеваний и вообще присоединения новых территорий). Развитие общества выражается, однако, не в одном только увеличении объема, а также в переходе от однородного состава и строения к все более и более разнородному: в образовании сословий, различных общественных классов, в установлении все более и более разнородных общественных учреждений, во все возрастающей специализации занятий. И тут так же Спенсер находит сходство не только в общем, но и в самых формах дифференциации и специализации. Так, например, ход постепенной дифференциации правительственных учреждений совершенно соответствует ходу дифференциации нервной системы. У низших животных одна система, у высших – две: головнospинная, заведующая внешними отношениями организма, и симпатическая, управляющая внутренними его

отправлениями. Точно так же и в государстве первоначально военное управление сливается с гражданским, а с большим развитием они отделяются друг от друга. Явления размножения, в формах, свойственных низшим организмам, сегментации и почкованию, Спенсер усматривает в фактах распада одного государства на несколько самостоятельных государств и фактах отделения колоний. Смертность общества может возбудить, по признанию самого Спенсера, некоторые сомнения, но неосновательные. Сомнения в существовании естественной смерти обществ возникают лишь потому, что необеспеченность международного порядка делает преобладающими случаи насильственной смерти государства. С установлением же вполне мирных международных отношений естественная смертность обществ станет для всех очевидна.

Итак, по мнению Спенсера, общество совершенно так же, как и организм, растет, дифференцируется, специализируется, размножается, умирает. Но наряду со всем этим сходством, нет ли между ними и существенных различий? Спенсер утверждает, что нет. Чаще всего указывают, как на резкую отличительную способность общества, на его *дискретность*, т. е., на отсутствие в нем материальной сплоченности, материальной связанности его частей. Но это различие только кажущееся. Как в состав животного входят части с различной степенью жизненности, так и в состав общества входят не только люди, но и территория, а чрез посредство территории все члены общества оказываются в материальном соприкосновении друг с другом.

Единственное различие между обществом и организмом, признаваемое Спенсером, есть то, будто бы в организме целое – цель, а части – средство; в обществе же их соотношение обратное. Здесь отдельные люди – цель, а общество только средство для людских целей.

Такова вкратце аргументация Спенсера: можно ли признать, что ею доказана органическая природа общества?

Обращаясь к рассмотрению проводимой Спенсером параллели, мы тут, наряду с несомненным сходством, замечаем и существенные различия. Две формы роста, наблюдаемые в жизни естественных организмов, повторяются, – говорит Спенсер, – и в развитии общественных союзов. И общество растет или в силу присоединения извне общественных групп, или в силу размножения собственных членов. Но рост путем присоединения извне представляет в общественной жизни модификации, решительно немислимые в жизни организма. Рост путем присоединения извне встречается лишь в организмах, не представляющих сколько-нибудь дифференцированного строения. В отношении организмов, обладающих развитой сложной организацией, он не встречается. Напротив, в общественной жизни эта форма роста встречается даже при самой сложной, самой дифференцировавшейся общественной организации. Поэтому история обществ человеческих зауряд представляет нам примеры того, как от одного общества к другому присоединяется какой-либо орган, имеющий специальную функцию и сохраняющий ее после своего присоединения к новому общественному агрегату. В истории современных государств мы найдем множество примеров присоединения резко обособленных земледельческих округов, промышленных центров, торговых рынков, крепостей, портов, – а все это, с точки зрения Спенсера, особые, дифференцировавшиеся органы общественного тела. Такой же характер имеют переселения или переход из одной страны в другую отдельных личностей, когда они сохраняют свою профессию, когда член иностранной династии делается правителем государства, когда переселяются ремесленники, техники, капиталисты, профессора и т. п. Спенсер, правда, утверждает, будто бы эмиграция играет в истории народов такую ничтожную роль, что ее можно вовсе не принимать в соображение. Но стоит вспомнить хотя бы только переселение негров в Америку в старое время, или теперь переселение в нее китайцев, наконец, и всю историю Америки вообще, чтобы понять совершенную голословность и произвольность такого утверждения Спенсера.

Точно так же и процесс специализации функций, существуя и в общественной жизни, представляет, однако, в ней и существенные особенности. Выделение, обособление функций, несомненно, и в обществе есть признак известной степени развитая. Так войско, первоначально состоявшее из всего населения, со временем обособляется, и постоянные армии, наемные или набираемые принудительно, представляют уже вполне обособленный элемент общественной

организации. Но между тем, как в организмах прогрессивное развитие на всех своих стадиях представляет неизменный процесс специализации и дифференциации, в общественной жизни мы видим не то. В обществе специализация не безгранична; когда процесс этот достигает известной предельной стадии, начинается развитие в обратном направлении. Так, введенная теперь почти во всех государствах общая воинская повинность, без сомнения, ослабляет обособленность армии и представляет как бы возврат к тому времени, когда войском была не часть народа, а весь народ в целом. Это соображение приводит нас к другому различию, также весьма существенному. В организме каждая клеточка причастна лишь одной какой-либо строго определенной функции. Одна и та же клетка не может быть поочередно то нервной клеткой, то клеткой поджелудочной железы. Но в обществе мы находим именно такое чередование функций. Один и тот же человек поочередно может пахать землю, быть церковным старостой, присяжным заседателем, членом общинного или провинциального управления, членом законодательного собрания, а, пожалуй, и президентом республики. И это смешение разнообразнейших функций не уменьшается, а, напротив, растет с развитием общества.

В отношении к размножению замечается почти то же, что и в отношении к росту. Общество не только на всех стадиях своего развития удерживает низшие формы размножения, деления и почкования, но и вообще не знает других, мало того, и самое распадение или отделение частей государства представляет в действительности лишь самое поверхностное, внешнее сходство с размножением организмов, ограничивающееся тем, что в том или другом отделяется нечто, продолжающее самостоятельное бытие. Но размножение организмов поддерживает родовую жизнь, отделившиеся особи представляют тот же тип, принадлежат вместе со своими предками к одному виду. Размножение есть, прежде всего, произведение *себе подобных*. В общественной истории отделение частей дает совершенно другие результаты. Если части государства отделяются, то это обусловливается всегда значительной, так или иначе сложившейся особенностью отделяющейся провинции. Обыкновенно в таких случаях существует даже антагонизм, национальный, религиозный, политический и т. п. При таких условиях отделившаяся часть, конечно, не может не представить в своей самостоятельной организации существенных, резких отличий, сравнительно с организацией государства, от которого она отделилась. Пример Северо-Американских Штатов или славянских княжеств как нельзя лучше это подтверждает. Каждое отдельное государство имеет резко определенную индивидуальность, и к государствам, поэтому, решительно неприменимо понятие родовой жизни.

В ближайшей связи с размножением стоит вопрос о смертности обществ. Действительно смертность, ограничивая существование особи, в отношении к жизни целого вида является основным условием прогресса. Вместе с тем, смертность особей находит себе противовес в неограниченном никаким предельным сроком существовании целого вида. И вид может исчезнуть с лица земли. Но нельзя сказать, чтобы он был смертен в том же смысле, как и отдельная особь, погибающая неизбежно не только при неблагоприятных условиях, но и при самых благоприятных – естественною смертью от старости. Поэтому, где нет видовой жизни, где мы находим только жизнь индивидуальную, там естественно ожидать отсутствия естественной смертности. Беспремерность естественной смерти обществ, не знающих ни размножения, в смысле продолжения рода, ни родовой жизни, находит себе, таким образом, вполне простое объяснение. А соображения Спенсера, будто беспремерность случаев естественной смерти обществ есть явление лишь временное, вызванное недостаточным еще развитием международных отношений, есть весьма грубый софизм. Если дикарь склонен всякую смерть приписывать чьему-либо насилию или колдовству, то это находит себе объяснение в особенности его мирозерцания, его суевериях, словом, имеет чисто субъективную причину. Дикари стоят гораздо ниже и первобытного человека, но случаи естественной смерти меж ними не беспремерны и никто не сомневается в их смертности. Значит объяснение, даваемое Спенсером неизвестности случаев естественной смерти, недостаточно, и невозможно с ним согласиться, чтобы эта особенность общественной жизни не имела значения. Если принять в соображение указанную связь между смертностью и родовой жизнью, то эта черта получает, напротив, весьма глубокий смысл.

Точно так же едва ли можно признать удавшимися старания Спенсера умалить значение

двух других упоминаемых им существенных различий между обществом и организмом: дискретность общества, в смысле отсутствия материальной связи между его членами, и особенность соотношения в обществе между целым и частями.

Дискретность общества он старается представить только кажущейся и для этого приравнивает территорию, имущество, домашних животных к омертвелым, менее жизненным частям организма, каковы кости, волосы, верхний покров кожи. Но эти составные части организма суть вместе с тем и продукт совершающихся в нем процессов и этим существенно отличаются от могущих иногда попасть в организм так называемых инородных тел. Да и с такими даже натяжками не устранишь дискретности общества, если не игнорировать совершенно произвольно общественных союзов, не имеющих определенной территории. Такова, например, церковь. Ее дискретность не может быть ничем замаскирована, так как она состоит из разрозненных, иногда очень мелких и удаленных друг от друга частей различных государств. Наконец, и территориальные общины могут принимать такие формы, при которых дискретность нельзя замаскировать никакими натяжками. Таковы случаи чресполосности государственной территории, а также государств, имеющих заморские колонии.

По вопросу об отношении частей к целому в обществе и в организме Спенсер останавливается только на вопросе, что является в том и другом целью и что средством. Нам кажется, что вопрос этот совершенно праздный. Всякое самосознающее существо полагает себя целью, а все другое средством. Человек считает одинаково средством для своих целей и те клетки, из коих сам состоит, и то общество, в состав которого входит как составной элемент. Это понятие цели совершенно субъективное, и если бы клетки обладали самосознанием, они, конечно, считали бы себя целью, а организм, ими составляемый, средством. На такой субъективной почве невозможно получить никакого определенного научного вывода.

Оставляя в стороне телеологию, мы можем найти другую, более объективную постановку этого вопроса о соотношении частей и целого. Будем ли мы считать человека целью, а общество – средством или, наоборот, мы, во всяком случае, не можем не заметить существенного различия между отношениями человека к обществу и клетки к организму, мы не можем отказать в признании за человеком большей самостоятельности сравнительно с клеткой. Клетка всегда составляет исключительную принадлежность одного организма, она не может быть одновременно причастна жизни нескольких организмов. Она не может оставить временно свой организм для другого. В организме не могут находиться временно клетки-иностранцы. Между тем как в общественной жизни иностранцы, заурядное явление. Поэтому воздействию на себя одного организма клетка не может найти противовеса в воздействии другого организма, так же включающего ее в себе. Для человека такое положение относительно общества не только возможно, но с ходом цивилизации делается все более и более общим фактом. Человек может быть одновременно членом нескольких разнородных общественных союзов, не совпадающих в своих границах. Так, например, наш подданный может быть германской национальности и членом католической церкви. При таких условиях влиянию каждого данного общества противостоит уже не изолированная, бессильная личность, а напротив, личность, опирающаяся на поддержку других общественных союзов. Но, что еще важнее, при таких условиях каждая отдельная личность не является продуктом исключительно данного общественного союза, а продуктом, совместного воздействия нескольких разнородных союзов и, так как разные личности принадлежат различным союзам, то этим обуславливается большое разнообразие индивидуальных особенностей в населении современных государств, и иногда даже прямой разлад, антагонизм личности с окружающей ее общественной средой.

### § 37. Природа общества

Итак, проследив шаг за шагом параллель, проводимую Спенсером между обществом и организмом, мы наряду с несомненно существующим сходством нашли по каждому из намеченных пунктов и существенные особенности. Попытаемся же эти отдельные особенности свести как-нибудь воедино, найти им общее основание.

Если мы обратимся к наукам, исследующим явления неорганического мира, то мы увидим, что там всегда исследование отправляется от изучения данных в настоящем условии,

так что каждое явление определяется наличием тех условий, которые действуют в данное время. Для того, чтобы изучить свойство какого-нибудь химического вещества или законы движения какого-нибудь тела, нет необходимости обращаться к самому происхождению этого вещества или движения, к определению того, каким образом явилось данное движущееся тело и каков источник движения. Мы можем рассматривать данное движение, совершенно игнорируя источник движения, тот толчок, которым вызвано движение. Таким образом, в неорганическом мире все определяется настоящим. В механике, физики, химии нет учения о развитии, нет истории или чего-нибудь такого, что можно было бы назвать эмбриологией. Механический агрегат, например куча камней, может существовать неопределенное время, если не нарушены условия равновесия, но распадается тотчас же, если эти условия нарушены. Приспособиться к внешним условиям он не может. Таким образом, существование механической группы обуславливается настоящим; прошлое не дает ему энергии, которая поддерживала бы его существование вопреки изменившимся условиям. Вот почему механически агрегат не знает естественной смерти. Куча камней может существовать бесконечно, но она может и очень скоро распасться, если изменены условия. Словом, прошлое нисколько не влияет на ее судьбу.

Если мы обратимся к явлениям органического мира, то там заметим совершенно другое, а именно: там изучение отдельных явлений немислимо без рассмотрения последовательного развития. Если в науке об явлениях органического мира отбросить учение об их генезисе, то остается одна номенклатура. Для изучения природы живых существ необходимо обратиться к исследованию индивидуального их образования, но этого мало, необходимо указать еще место, занимаемое данным видом животных в общей цепи органических творений, указать, как они развиваются из зародыша, так что исследование генезиса является необходимой принадлежностью всякой науки данной области. Зоолог, не обращающийся к эмбриологии, не может выяснить научным образом ни одного из явлений органической жизни.

Если мы обратимся к условиям существования механических агрегатов и органических тел, то и здесь заметим значительную разницу. Куча камней может распасться во всякое время при нарушении условий равновесия, между тем как всякое животное обладает жизненностью, данною ему при рождении, обладает известною способностью приспособляться к изменяющейся внешней обстановке, оказывает сопротивление неблагоприятным условиям. Спенсер определяет жизнь как способность приспособляться к внешним условиям. Это значит, что всякое животное может приспособляться к внешним условиям, так как его существование определяется прошлым, т. е. той энергией, которая им получена при рождении. Организм сам может изменяться, применяясь к внешним условиям жизни. Таким образом, неорганический мир определяется настоящим, а органический – настоящим и прошедшим. Законы наследственности показывают, что прошлое всего человеческого рода и, может быть, даже всего органического мира, обуславливает уже в известной степени характер и жизнь каждой отдельной человеческой особи. Каждый животный зародыш получает известный запас энергии, которая затем тратится на приспособление к внешним условиям жизни. Если внешние условия будут неблагоприятны, то трата энергии будет быстрее, если они благоприятны – медленнее, но как бы ни были они благоприятны, все-таки необходимо наступит момент полного истощения этой энергии. Каждое живое существо погибает не случайно, а погибает потому, что оно истратило всю свою энергию для борьбы с внешними условиями.

Обратившись от мира органического и неорганического к миру общественных явлений, необходимо, прежде всего, посмотреть, определяются ли явления в этой сфере настоящим или прошедшим, или тем и другим вместе, или, наконец, чем-нибудь новым? Несомненно, что общие законы, которые управляют явлениями органического и неорганического мира, одинаково применяются и к явлениям общественной жизни. В самом деле, для общества имеет важное значение настоящее, например, те условия, в которых стоит данное государство в международном союзе. Возьмем, например, Бельгию и Швейцарию. Несомненно, что их существование определяется настоящими условиями. Географическое их положение таково, что ни одно соседнее государство не может допустить захвата территории этих государств другим.

Но рядом с настоящим для общества имеет важное значение и прошлое. Каждое поколение имеет известное влияние на развитие общественной жизни в будущем, с одной

стороны, и каждое поколение получает богатое наследство от отцов, с другой стороны. Жизнь и склад общества тем более определяются прошедшим, чем более это прошедшее богато историческими событиями, так что слабое общество в настоящем может, однако, существовать, если оно богато прошлым. Возьмем, например, Римскую империю. Она существовала в течение долгого времени после того, как настоящие условия, несомненно, вели к падению. Ее прошлое было так богато, что даже варвары, разрушившие ее политическое могущество, не могли не преклониться пред величием ее цивилизации.

Но рядом с прошлою историческою жизнью, определяющею склад общественной жизни, и рядом с настоящими благоприятными и неблагоприятными условиями стоит еще третий важный элемент, составляющий отличительную черту общественных явлений. В силу того, что человек одарен сознанием и памятью, он переносится от прошедшего к будущему. Память и желание – это две стороны одного и того же явления. То, что человек накопил в опыт в прошедшем, так или иначе, он переносит в будущее. Словом, он способен создавать представление о будущем, создавать идеалы. Существование этих идеалов или отсутствие их, их характер, все это чрезвычайно важные моменты, определяющие общественную жизнь. Животное, истратив всю энергию, погибает при неблагоприятных настоящих условиях. Напротив, общество не погибает, как бы ни были неблагоприятны условия в настоящем, если только его идеалы в данное время представляются сильными. Конечно, могут быть обстоятельства, которые могут помешать образованию новых идеалов, вследствие чего общество может погибнуть, но эти обстоятельства случайные. Таким образом, общество определяется тремя моментами: настоящими условиями жизни, прошедшими и теми идеалами, которые образуются на основании прошедшего опыта.

Зависимость явлений общественности не только от настоящего и прошлого, но и от представления членов общества о будущем, ведет, конечно, к большей сложности их и к большей относительной самостоятельности. Эту большую сложность и самостоятельность можно еще пояснить таким образом. По остроумному объяснению Клода Бернара (1813 1878), большая сложность органической жизни обуславливается тем, что организм, кроме внешней среды, окружен, так сказать, еще и особой, ему только свойственной и им самим для себя вырабатываемой, внутренней средой (*milieu interieur*), которую составляют, главным образом, жидкости его тела. Благодаря этой внутренней среде, организм может сохранять высокую температуру и высокую степень влажности в холодной и сухой среде. Этим создается относительная независимость организма от окружающей его в каждый данный момент внешней среды и вместе с тем устанавливается его зависимость от прошлого, так как внутренняя среда организма есть продукт его деятельности в прошедшем. Перенося ту же точку зрения на общество, мы можем сказать, что общество окружено как бы тройкою рода средой: 1) окружающей его в данное время внешней средой, слагающейся из совокупного воздействия на него географических условий и других, совместно с ним существующих обществ; 2) средой внутренней, слагающейся из унаследованных обществом от прошлой его истории обычаев, учреждений, и, наконец, 3) особой идеальной, духовной средой, слагающейся из вырабатываемых человеческим обществом идеалов, представляющих догадку человечества о будущем.

В этой тройкой обусловленности явлений общественности настоящим, прошлым и будущим или, иначе, внешней (физической), внутренней (органической) и идеальной, духовной средой, и заключается общее основание всех намеченных выше частных различий общества от организма.

Говоря, что общество определяется в своей жизни, как особым фактором, идеями, мы этим признаем, что связь, соединяющая членов общества воедино, духовного, психического характера, и этим вполне объясняется отсутствие, между ними материальной связи, дискретность общества. Действительно, психические явления тем больше всего и отличаются от явлений материального мира, что они не пространственны, а потому духовная связь не предполагает материального соприкосновения в пространстве. Этим же объясняется и возможность для человека принадлежать одновременно к различным обществам и в составе одного и того же общества к различным органам. Не будучи пространственны, идеи не представляются и взаимно непроницаемыми. Особенностью духовной связи, соединяющей

членов общества, объясняется, наконец, и возможность роста путем присоединения и в дифференцировавшемся обществе.

С другой стороны – обусловленностью явлений общественности будущим объясняется и то, что общества не знают естественной смерти. В организмах энергия их жизни непременно исчерпывается, и чем деятельнее их жизнь, тем скорее. В обществе, хотя также совершается расход энергии, но расход возмещается образованием новой силы в форме руководящих и одухотворяющих общество идеалов.

Старые обычаи расшатываются, старые учреждения делаются негодными, но это еще не ведет к смерти общества. Если только в нем сохраняется способность психического творчества, если оно еще способно создавать себе идеалы, старые, дряхлеющие обычаи заменяются в нем новой, свежей верой, и общество найдет в ней новый источник жизни. Поэтому-то общество не имеет предельного срока жизни. И оно, конечно, может погибнуть, но оно не знает, как и механические агрегаты, естественной смерти. Отсутствием же естественной смерти, как мы указывали уже, вполне объясняется и отсутствие размножения, так как одно другим прямо обусловлено.

Таким образом, органическое воззрение на общество, как не объясняющее всех особенностей явлений общественности, должно быть заменено психическим<sup>48</sup>, признающим в идеалах отличительный фактор общественных агрегатов и ставящим явления общественности наряду с явлениями неорганического и органического мира как третью самостоятельную группу явлений мира неорганического.

Но, отвергая органическую теорию, мы не можем не признать ее заслуг для обществоведения. Если механическое воззрение на общество имеет важное историческое значение, то точно такое же значение нужно признать и за органическим воззрением. Механическое воззрение отрицало историю, значение прошедшего для общественных явлений, между тем, как органическое воззрение признало преемственную связь между общественными явлениями, указав, что они определяются не только настоящим, но и прошедшим. Вот почему органическое воззрение дало новый толчок научному уяснению общественных явлений. Однако эта теория остановилась на половине дороги. Как это ни странно со стороны Спенсера, который является представителем эволюционизма, но он, сочтя необходимым оглянуться назад, обратив свое внимание на прошедшее, не пошел дальше, не обратил внимания на то, что общество в своем развитии определяется не только настоящим и прошедшим, но и представлением о будущем. Теория развития состоит в том, что она не останавливается на настоящем, что она не выводит всех условий индивидуального и общественного развития из настоящего, а кладет в свое основание понятие постоянного прогресса. Вот почему и Спенсеру нужно бы было, не ограничиваясь прошедшим, взглянуть вперед, указать нам, что общество определяется в своем развитии представлением о будущем и, таким образом, выйти из односторонности. Не споря о словах, мы можем назвать и общество организмом, но таким, который представляет свои особенности, сводящиеся к особенной силе образования представлений о возможном будущем образовании идеалов.

Такое объяснение вполне удовлетворяет тем требованиям, которые должны быть постановлены относительно всякой гипотезы. Действительно, первые требования относительно гипотезы заключаются в том, чтобы те причины, к которым сводится та или другая группа явлений, были истинными причинами (*vera causa*), т. е., чтобы они были замечены как сила в отношении данной группы явлений, а если нет, то чтобы проверка их была возможна, чтобы реальное существование их могло быть доказано. Подобному требованию удовлетворяет представленное нами положение.

Проверка выставленной гипотезы заключается в том, что выводы, какие можно получить из нее дедуктивным путем, должны быть согласны с действительными явлениями. Так, если способность образования идеалов является специальной особенностью общественных явлений,

---

<sup>48</sup> Во втором издании своей книги Шеффле приходит к тому же выводу: *Die menschliche Gessellschaft ist eine rein geistlich (psychisch) bewirkte, durch Ideenzeichen und durch Kunsthandlungen vollzogene untheilbare Lebensgemeinschaft organischer Indi-viduen. Band und Leben. I. S. 1.*



то мы должны прийти к такому выводу, что чем сильнее эта способность, тем развитее должно быть общество. Это вполне подтверждается в действительности. Если сравнить общество культурное, в котором общение является первою потребностью для каждого члена общества, с жизнью народов, живущих в диком состоянии, то можно заметить резкое различие, так как дикарь очень легко отказывается от общения. Если мы обратим внимание на способности дикаря, то так же увидим резкое различие между способностями людей, живущих в диком состоянии, и людей, живущих в обществе. Чем слабее общественные узы между людьми, тем меньше в них развиты интеллектуальные способности, тем меньшую роль у них играет забота о будущем. Известно, что первобытный человек тем именно и отличается, что он живет настоящим, не заботясь о будущем, что он не накапливает материалов, не заводит связей с людьми, которые могли бы пригодиться ему в будущем.

Вторым выводом указанной теории является то, что если представление о будущем, способность составления идеалов прямо пропорциональна развитию общественности, то те условия, которые способствуют развитию психической способности к образованию идеалов, должны служить вместе с тем и условиями развития общественной жизни. Действительно, условия психического развития отдельного человека и условия развития общества совпадают. Если в организме самостоятельность отдельных клеточек обратно пропорциональна развитию целого организма, то в обществе мы не видим того, чтобы самостоятельность отдельных членов уменьшалась по мере развития общественной жизни, а напротив, самостоятельность отдельных членов общества, индивидуальные их способности, составляют первое условие развития общества. Где подавляется развитие индивидуальной мысли, там невозможно развитие идеалов, там общество вырождается, задерживается в своем развитии, как во внутренних, так и во внешних, международных отношениях, и если такое состояние общества будет продолжительным, то это может отозваться всегда губительно на обществе. Далее, если условия развития психических способностей совпадают с условиями развития общественной жизни, то мы должны признать, что тот круг людей, где представление о будущем играет первенствующую роль, представляется крепко связанным и потому могущим дать надлежащий отпор временным неблагоприятным условиям. Вся, например, жизнь евреев определяется представлением о будущем, ожиданием Мессии, а потому, несмотря ни на какие неблагоприятные условия, между ними существует такая связь, которой могут позавидовать другие народности.

Если общественные отношения определяются силою и степенью развития идеалов, выставляемых отдельными лицами, то нужно признать, что общественная жизнь при настоящих данных условиях может измениться сообразно с идеалами, выставленными отдельными членами общества и что на развитие общественной жизни могут иметь влияние ложные, ошибочные представления о будущем. Так, например, несмотря на несомненную ложность религиозных представлений магометан, эпоха господства магометанской веры была вместе с тем и эпохою процветания магометанского мира. Если, таким образом, даже ложные идеалы имеют важное влияние на развитие общественной жизни, то мы должны признать, что идеалы могут быть крайне разнообразными и что для развития общественной жизни нельзя ставить известных пределов, известного типа, за который общество не может перейти. Для организмов существует известный предел, известный тип, дальше которого они не идут, и с достижением которого они служат только целям размножения, целям рода. В обществе мы замечаем совершенно обратное явление: с изменением идеалов может совершенно измениться общественная жизнь. Если идеалы так широки, что могут обнимать разнообразные группы людей по занятиям, по привычкам, по национальностям и т. п., то они могут лечь в основу весьма широкого единения людей между собою. Поэтому нужно признать несправедливым учение исторической школы, будто бы, подобно тому, как для каждого организма есть определенный тип, в пределах которого могут совершаться лишь небольшие изменения, так и у каждого народа есть определенный национальный дух, определенные свойства, в пределах которых он развивается. Это учение явилось в политике протестом против революционных стремлений конца прошлого столетия и попыток перенести на континент политические учреждения Англии. Против этого стремления и высказалась историческая школа, по мнению которой государственное устройство Англии пригодно только для одной Англии, так как оно

соответствует национальному духу англичан, между тем как Франция, Германия и другие страны должны развиваться особым путем, сообразно национальным особенностям их типа. Как птица не может сделаться млекопитающим, а млекопитающее птицей, так точно ни одно государство не может уклониться от пути, соответствующего национальному его духу.

Это воззрение ложно, так как с изменением общественных идеалов может измениться и самая форма общественного развития. Доказательством тому может служить влияние одного народа на жизнь другого. Если идеалы являются руководящею силою в общественной жизни, то должно признать, что они могут быть созданы не только на основании собственного опыта, но и на основании того, что мы видим в истории других народов. Изучая строй другого народа, его политическое развитие, члены данного общества могут усвоить политические идеалы этого народа. Таким образом, сношение между народами может служить одним из элементов, определяющих общественные отношения.

### § 38. Психическая природа человека

*Троцкий.* Немецкая психология в текущем столетии. 1867. *Ribo.* La psychologie anglaise contemporaine. 1875. *Герберт Спенсер.* Основания психологии. 1876.

Раз основанием всех особенностей явлений общественности мы признаем духовный характер связи, соединяющей людей в общество, для нас получает большое значение то или другое понимание психической природы человека и условий его духовного развития.

Мы, конечно, не можем здесь вдаваться в подробный анализ психологических теорий. Это отвлекло бы нас слишком далеко от нашего ближайшего предмета. Но для выяснения природы общества и соотношения, какое существует между обществом и индивидуальной личностью, необходимо, по крайней мере, определить общим образом по этому вопросу точку зрения, устанавливаемую современной психологической теорией.

До последнего времени психология знала только два крайних направления, одинаково несостоятельных в своей односторонности, интуитивизм и сенсуализм. Одни признавали существование в нашем духе врожденных идей, так что каждый отдельный индивид мыслился ими наделенным независимо от опыта уже определенным духовным складом, повторяющимся неизменно в каждом представителе человеческого рода. Сенсуалисты, напротив, полагали человека являющимся в мир с душою, лишенною всякого определенного содержания, представляющею своего рода *tabula rasa*, которую опыт жизни уже наполняет тем или другим содержанием. При таком взгляде каждый индивид есть нечто вполне обособленное от других, начинающее с абсолютного начала и всем обязанное своему личному, и притом внешнему, опыту. Но зато, с другой стороны, человек являлся, безусловно, зависимым от внешнего на него воздействия, лишенным всякой самостоятельности, всякой самодеятельности. Для сенсуалиста человек был не более, как искусно сделанным автоматом.

Несмотря на все различие исходных точек этих психологических теорий, они представляют два общих недостатка. Во-первых, обе они одинаково чужды идее психического развития. Во-вторых, обе они не способны дать естественного объяснения относительной самостоятельности и самодеятельности личности.

Идея психического развития вообще явилась весьма недавно. Конечно, издавна не мог не признаваться факт передачи от поколения к поколению известного, накопленного опытом запаса знаний. Но этим все и ограничивалось. Преемственным считалось только знание, чувства и воля считались непередаваемыми от поколения к поколению. И, во всяком случае, самый дух наш считался неизменным. Его представляли себе одним и тем же на всех стадиях истории человечества. Для интуитивиста человек, во все эпохи своего существования на земле, являлся с одним и тем же, никогда не меняющимся запасом врожденных идей. Для сенсуалиста – с точно также неизменной бессодержательностью духа. Таким образом, психическое развитие ограничивалось узкими рамками отдельной индивидуальной жизни. Между чередующимися поколениями не признавалось в этом отношении никакой преемственности.

Рука об руку с этим отрицанием преемственного психического развития идет и

невозможность для интуитивистов и для сенсуалистов естественного объяснения относительной самостоятельности человеческой личности по отношению к внешней среде. Для сенсуалиста человек был машиной, автоматически реагирующей на внешние воздействия. Устраните всякое внешнее на нее воздействие, и она останется недвижимой, так как лишена, безусловно, всякой самостоятельной активности. Интуитивисты, правда, признавали за человеком самодеятельность, но они не могли объяснить ее иначе, как выделив человека из естественной совокупности явлений, связанных между собой причинною связью, и приписывая ему свободную, не подчиняющуюся никакому определенному закону, волю.

Современная опытная психология, как она развилась главным образом в Англии, одинаково опровергает обе указанные теории, признавая их слишком односторонними. Она не признает существования врожденных идей в том безусловном смысле, как это понимали интуитивисты. Но она точно так же не разделяет и сенсуалистического учения, будто вся наша психическая жизнь может быть вполне объяснена из личного, и притом только внешнего опыта. Современная психология занимает среднее положение между двумя этими крайними взглядами. Она признает, что вся наша психическая жизнь может быть объяснена из опыта, но не из одного лишь внешнего опыта, а также и из внутреннего, не из одного только личного индивидуального опыта, но и из коллективного опыта целого человечества. Поэтому духовная жизнь уже не признается простым результатом внешнего воздействия на человека окружающей его среды. Получаемое им из внешнего опыта дополняется и модифицируется данными опыта внутреннего. Поэтому идеи наши, будучи по отношению к целому человечеству опытного происхождения, по отношению к отдельным личностям могут быть и врожденными, унаследованными нами от предков. При такой точке зрения устраняются оба указанные нами недостатка прежних воззрений. Человек не представляется уже автоматом, только отвечающим на внешнее воздействие. Движения его души могут возбуждаться и данными внутреннего опыта. Совершающееся в нашем теле физиологические и патологические процессы и общее состояние организма, порождающее в нас чувство бодрости или недомогания, свежести или утомления, могут вызывать деятельность духа, независимо от всякого непосредственного внешнего воздействия. Если к этому присоединить действие унаследованных нами от предков чувств, склонностей, вкусов, то относительная самостоятельность человека найдет в себе вполне естественное объяснение, и нам не будет никакой надобности прибегать к противоположению человеческих действий всем другим явлениям, ни к чему будет признавать его волю свободной.

Точно так же устраняется современной психологической теорией и игнорирование преемственного психического развития. Если идеи и чувства наши представляются продуктом векового опыта целого человечества, отдельные личности и поколения связываются между собою преемственною связью. Психическая жизнь каждого отдельного поколения есть лишь посредствующее звено, соединяющее жизнь прошлых поколений с жизнью будущих. Преемственная связь психического развития чередующихся поколений обусловлена психической наследственностью, которая при таком воззрении получает весьма важное значение.

Закон наследственности имеет важное значение для социальных наук, потому что он является основною связью между отдельными индивидами и целым человеческим родом или данною национальностью. Так что, признавая закон наследственности, мы можем рассматривать все способности и наклонности физические и психические не как продукт индивидуальной жизни, а как продукт коллективной жизни людей.

Таким образом, современная психологическая теория признает преемственную связь в психическом развитии чередующихся поколений и отдельную личность человека признает в самой значительной степени продуктом исторической жизни общества. Отсюда само собой вытекает, что духовный характер связи, соединяющей людей в обществе, не лишает вовсе общественное развитие характера преемственности, постоянства и закономерности. Человеческие идеи, являющиеся отличительным фактором общественной жизни, сами плод такого же преемственного закономерного развития, сами развиваются параллельно с общественным бытом.

Однако такому признанию преемственности и закономерности психического развития

людей нередко противопоставляют учение о свободе человеческой воли, в смысле неподчинения нашей воли никакому определенному закону, в частности и закону причинной связи. Учение о свободе воли играло такую видную роль в истории философских теорий об обществе и праве, оказало на них такое глубокое влияние, что необходимо остановиться несколько внимательнее на его анализе.

### § 39. Свобода воли

*Schopenhauer.* Über die Freiheit des menschlichen Willens (в его «Die beide Grundprobleme der Ethik». 2 Aufg, 1860). *Fouillée.* La liberté et le déterminisme. *Binding.* Die Normen und ihre Übertretung. В. II. § 32. *Hertz.* Das Unrecht. 1880. § 11.

Определенному решению вопроса о свободе воли больше всего препятствует весьма обыкновенное смешение под этим именем нескольких существенно различных вопросов. Поэтому для возможности получить определенное решение необходимо, прежде всего, позаботиться о правильной постановке вопроса.

Свобода воли противопоставляется понятию закономерности: что же мы должны разуметь под законами? Под законом в научном смысле, как мы уже знаем, понимаются не чьи-либо веления, как производящие причины известных явлений, а лишь подмеченное людьми *однообразное явление*. Признавая закон ничем иным, как подмеченным однообразием явлений, а вовсе не силою или причиною, производящею явления, мы можем избегнуть и в вопросе о свободе воли вредного смешения понятий. В самом деле, если закон есть сила, есть причина явлений, то вопрос о свободе воли как силе, действующей наряду с законом, сведется к вопросу о том: *может ли и воля быть причиной явлений?* Воля только тогда может быть причиной явлений, если не все явления подчиняются действию закона, т. е., с точки зрения этого ошибочного представления о законе, не все имеют закон своей причиной. При таком взгляде на закон, признание того, что воля может быть причиной явлений, равносильно выделению явлений, ею производимых, из сферы действий закона и признание ее свободной. Такая постановка вопроса о свободе воли при правильном понимании закона в научном смысле, как формулы, выражающей однообразный порядок явлений, является, напротив, логическою несообразностью. Если закон не есть вовсе причина явлений, и признание воли причиною явлений не ведет к выделению ее из сферы действия закона. При признании, что закон есть только формула, выражающая однообразный ход явлений, вопрос о свободе ставится совершенно иначе. Внешний опыт не представляет нам таких явлений, которые бы могли быть рассматриваемы как абсолютные начала последующих явлений. Внешние явления представляют нам непрерывный ряд причин и следствий, так что мы не имеем таких явлений, которые бы, будучи причиною последующих явлений, не были бы и сами результатом предыдущих. Таким образом, нет таких абсолютных начал, которые бы обуславливали последующие явления, не будучи обусловлены предыдущими. Всякое явление мы должны рассматривать как одно из звеньев непрерывной цепи причин и следствий. Все явления представляют нам однообразие в том отношении, что каждое из них является причиною последующих и результатом предыдущих, и ни одно из них не является абсолютным началом других явлений. Это свойство явления и называется законом причинности или принципом причинности. Относительно внешнего опыта нет никакого сомнения в существовании этого закона: внешний опыт дает нам только результаты, а не абсолютные начала; не дает таких фактов, которыми бы самопроизвольно начинался новый самостоятельный ряд явлений. Весь вопрос о свободе воли сводится к тому, не представляет ли наш внутренний опыт, в противоположность внешнему, чего-нибудь другого, не свидетельствует ли наш внутренний опыт, что акты воли, наши желания представляют собою абсолютные начала, которые являются причиной последующих явлений, т. е. наших действий и их последствий, не являясь в то же время результатом предыдущих явлений? Если акты воли не имеют причины, а сами являются абсолютными началами, с которых начинается самостоятельный ряд явлений, то тогда можно было бы сказать, что наша воля не подчинена закону причинности, что, являясь причиной

других явлений, она сама не имеет причины, т. е., что она свободна, если же, напротив, акты нашей воли являются результатами предыдущих впечатлений, желаний, побуждений, характера, то тогда воля не свободна, а подчинена общему закону причинности. Следовательно, весь вопрос о свободе воли сводится к тому, подчинены ли акты нашей воли закону причинности или нет? Вопрос здесь состоит не в том, служит ли воля причиной явлений или нет, а в том, имеет ли она сама причину? К сожалению, большинство исследователей смешивают эти два вопроса, служит ли воля причиной явлений и имеет ли она сама причину, между тем, как вопросы эти не имеют ничего общего между собой. Никто, даже самый рьяный защитник свободы воли, не признает свободной воли у сумасшедшего, между тем, несомненно, что и воля сумасшедшего может быть причиной явлений. С помощью такой ясной и определенной постановки вопроса мы можем избежать двух наиболее обиходных заблуждений, а именно: 1) того, будто бы фатализм тождествен с отрицанием свободы воли, и 2) того, будто можно подыскать такую формулу, которая явилась бы примирением свободы с причинностью.

Фатализм имеет в виду лишь вопрос о том, есть ли воля причина явлений, и отвечает на него отрицательно, вовсе не затрагивая вопроса о том, имеет ли она сама причину. Фатализм признает, что всякое явление предопределено свыше, так что в силу фатума, тяготеющего над людьми, всякое событие совершается с роковой необходимостью, совершенно независимо от воли людей и их действий.

Как бы человек ни старался избежать известного события, оно все-таки наступает с роковой необходимостью, если относительно этого было предопределение. Стараются ли человек избежать смерти или нет, она все-таки наступает, будучи предопределена, и не наступает, если не предопределена, как бы человек ни искал смерти. Следовательно, учение фаталистов сводится к тому, что внешние события не зависят от воли и действий людей и что вообще явления вызываются не друг другом, а какою-то силою, извне ими управляющею. Человек не властен располагать внешними событиями, не может изменять их, что бы он для этого ни делал. Это воззрение покоится на признании какой-то силы, стоящей вне цепи явлений, оно отрицает причинную связь между явлениями и привносит понятие о чуде.

Этот фаталистический взгляд, являющейся, повторяю, отрицанием не свободы воли, а самого закона причинной связи явлений, нередко, как это ни странно, разделяется теми из поборников всеобщей силы закона причинности, которые в своих аргументах опираются на данные статистики.

Статистика указывает нам, что известные произвольные деяния людей при данных общественных условиях повторяются ежегодно с неизменным однообразием. Число убийств, самоубийств, браков и т. п. повторяется ежегодно со столь незначительным колебанием, что это колебание меньше, чем колебание в числе случаев смерти и рождения. Это доказывает, как говорят фаталисты, что произвольные действия людей подчиняются в такой же степени однообразию, как и случаи произвольные (смерть, рождение и т. п.). При ложном воззрении на закон и при непонимании, в чем состоит вопрос о свободе воли, дело иногда представляется таким образом, будто статистика дает нам выводы, доказывающие существование закона, требующего, чтобы известное число преступлений, самоубийств и т. д. непременно было совершено просто потому, что существует такой закон. Однако, в действительности, статистика не оправдывает таких выводов. Если закон есть подмеченное однообразие явлений, то он не есть причина этих явлений. Поэтому нельзя сказать, что ежегодно повторяется приблизительно одинаковое количество самоубийств потому, что существует такой статистический закон. Напротив, однообразие здесь замечается потому, что условия, побуждающие к самоубийству, остаются одинаковыми; при изменении же этих условий изменяется и число самоубийств. Следовательно, статистика не доказывает, что закон является причиной самоубийств, она только указывает на то, что ежегодно повторяющееся определенное число самоубийств определяется известными постоянными причинами. Если бы самоубийство определялось абсолютною свободою воли, то такого однообразия нельзя было бы получить. Но при этом всегда должно помнить, что однообразие есть продукт целого ряда сил, производящих общественные явления. Действительно, нельзя себе представить, чтобы статистические законы выражали собою известного рода веления, независимые от людей и принуждающие их совершать убийства, самоубийства, вступать в брак и т. п., что уклонения от этого веления

нужно приписать индивидуальной воле, противящейся данному статистическому закону. Нельзя олицетворять статистические законы. Они не суть сила, которую можно олицетворять и представлять себе как бы в борьбе с индивидуальной волею.

Выяснение существенного различия между фатализмом и признанием воли, подчиненной общему закону причинности, значительно облегчает решение интересующего нас вопроса. Раз отрицание свободы воли не ведет необходимым образом к принятию фаталистического учения, исчезает главный, основной мотив, склоняющий к признанию воли свободной. Признание воли несвободной не ведет в таком случае ни к каким страшным выводам, и вопрос может быть сведен на почву объективной, научной аргументации.

Другое весьма распространенное заблуждение, коренящееся, подобно только что рассмотренному, в логической ошибке, есть убеждение, будто можно найти среднее решение вопроса, будто можно и должно признать волю как-то полусвободной. Стремление найти такое среднее решение стоит в ближайшей связи со смешением фатализма и отрицания свободы воли. Примирительных теорий держатся обыкновенно те, кто осознает возможность отстаивать свободу воли, но, боясь прийти к фатализму, не решается прямо и безусловно ее отвергнуть. Несостоятельность среднего решения вопроса, если оно будет выражено в простой и несложной форме, очевидна сама собой. Невозможно, чтобы воля была вместе и свободна, и несвободна. Но сторонники примирительных теорий не ставят вопроса в такой ясной форме. Их рассуждения представляют дело в значительно осложненном виде, а потому и требуют более внимательного анализа. Я остановлюсь здесь на трех наиболее остроумных попытках построить такого рода примирительные теории.

Первая из них принадлежит Фулье. Фулье старается показать, что даже исходя из предположения, что воля несвободна, рядом последовательных рассуждений, неизбежно приходим к допущению некоторой доли свободы. Положим, говорит он, что воля несвободна, что все ее движения необходимым образом определяются присущими нам чувствами и идеями. Если так, то мы должны допустить, что и идея свободы воли, будучи усвоена нами, делается так же определяющим стимулом нашей воли. И действительно, мы можем наблюдать, что люди, убежденные в свободе воли, руководясь этой идеей, поступают приблизительно так, как будто они и в самом деле были свободны. Чем сильнее в человеке это убеждение, чем более он приучается руководиться им и только им в своих поступках, тем поведение его все более и более приближается к такому образу действий, какой должен бы быть у человека и действительно реально свободного. Поэтому, если человек и не свободен, то все-таки он, руководясь в своих действиях идеей свободы, может поступать как свободный, приближаясь все более и более к идеалу свободы. Этот идеал неосуществим для человека вполне, но приближаться к нему он может беспредельно.

Нет никакого сомнения, что человек, руководясь ложным представлением о свободе воли, может во многих случаях поступать так, как будто он и в самом деле был свободен. Идея свободы может при благоприятных к тому условиях сделаться господствующим мотивом всей его деятельности. Из желания себе и другим доказать свободу своей воли, он может подавлять самые естественные возбуждения своей природы. Но как бы ни насилует человек свою природу, увлекаясь идеей свободы, он не станет от того ни на грош свободнее. Он станет только рабом, слепым и жалким, одной идеи, одного влечения. Такой человек все равно, что маньяк, воображающий себя испанским королем. Утверждать, подобно Фулье, что уверенность в свободе уже делает человека свободным, это все равно, как если сказать, что такой маньяк может стать немножко испанским королем.

Большую глубину представляет аргументация Рида. Причинной связью, по его мнению, невозможно объяснить всех явлений воли. Если бы воля не имела ни доли свободы, то в тех случаях, когда на нее действуют два совершенно равносильных, но противоположных друг другу мотива, мы бы не могли прийти ни к какому решению. Если бы, например, испытывая жажду, мы находились пред двумя совершенно одинаковыми стаканами воды, мы должны бы были испытывать совершенно одинаковое влечение к каждому из них и последовали бы примеру буриданова осла, умершего с голоду между двух стогов сена. В действительности, однако, мы не испытываем такой печальной судьбы и делаем выбор даже между абсолютно тождественными предметами. В этой-то способности выбора при совершенном равенстве

противоположных мотивов и заключается наша свобода. Когда один из мотивов сильнее, мы не властны ему противиться, не властны подчиниться слабейшему. Но при равенстве мотивов мы можем выбрать тот или другой.

Как видите, Рид весьма суживает рамки нашей свободы. Случаи полной равносильности противоположных влечений довольно редки, и потому допущение такой ограниченной свободы не имело бы большого практического значения. В громадном большинстве случаев человек оказался бы действующим несвободно. Тем не менее, и учение Рида не может быть принято. Во-первых, нельзя сказать, что при равенстве мотивов человек все-таки всегда способен был сделать определенный выбор. Случаи колебания, нерешительности нередки. Нередко человек, как невеста в гоголевской «Женитьбе», решительно не может сделать выбора. Очень часто мы страдаем от своей собственной нерешительности. Во-вторых, и те случаи, когда человек при полном равенстве мотивов все-таки делает выбор, могут быть легко объяснены и без помощи предположения о существовании свободы воли. Дело объясняется очень просто законом ассоциации идей. Если человек раз уже испытал вредные последствия нерешительности, то всякий раз, когда он вновь испытывает состояние нерешительности, у него неуклонным образом возникает представление о могущем произойти вреде, и он решается на первое, что попадет под руку.

В последнее время сделалось весьма популярным, между прочим, и в нашей литературе, такое воззрение, что человек подчиняется в своих действиях закону причинности, но не так, как явления внешней природы. Особенность человеческих действий видят в том, что они определяются не одними внешними предыдущими, но и внутренними. Поведение человека определяется не одними извне им испытываемыми впечатлениями, но и его душевным состоянием и его характером. Это, конечно, так. Но то же самое можно сказать и относительно, например, падения камня, которое точно так же определяется не одним только движением бросающей руки, но и свойствами камня: если бы бросили не камень, а пух, он не упал бы, а разлетелся. И тут, следовательно, явление определяется и внешними, и внутренними, по отношению к камню, предыдущими. Конечно, свойство человека сложнее, но уже это вопрос лишь степени. Кроме того, в этом воззрении, очевидно, смешиваются два существенно различных вопроса. Под свободой воли нельзя разуметь только независимость от внешних воздействий. Спиноза, например, следуя Декарту, утверждал, что материя абсолютно не может воздействовать на дух, и, тем не менее, отрицал свободу воли. Поэтому, если бы даже действия наши определялись исключительно внутренними предыдущими, отсюда еще нельзя бы было заключить, что воля наша свободна. Если внутренние, предыдущие ее определяют с необходимостью, она все-таки несвободна.

Итак, все попытки дать примирительное решение вопроса оказываются несостоятельными. Приходится ставить вопрос категорически: воля или свободна, или нет; нельзя считать ее как-то полусвободной.

При такой постановке вопрос чрезвычайно упрощается и решение его не допускает никаких сомнений. Признание полной абсолютной свободы воли так резко противоречит самым общеизвестным фактам, что она вовсе не находит себе теперь сколько-нибудь выдающихся защитников. Сгруппируем вкратце те основания, которые говорят против возможности допустить существование свободы воли.

Прежде всего, закон причинной связи есть совершенно общий, незнающий никаких исключений, распространяющий свою силу на все явления мира. Поэтому только положительные и серьезные основания могут нас побудить к предположению, что именно воля, и она лишь одна, не подчиняется этому закону. Мы увидим ниже, что таких оснований не существует. Затем известно, что общая экономия мировых явлений основывается на законе сохранения силы. Свобода воли несовместима с этим законом. Свободное движение воли есть движение, не определяющееся своими предыдущими, а, следовательно, и не зависящее от потраченной на нее энергии. К этому нельзя не присоединить еще и то соображение, что свободная воля есть логическая несообразность. Каждая вещь для того, чтобы существовать, должна существовать каким-либо определенным образом: это необходимое условие ее тождества с самой собой. Но свободная воля есть нечто, не существующее никаким определенным образом, т. е. очевидный nonsens. Обращаясь к условиям человеческой жизни,

мы видим, что зависимость духовной жизни от организма, факт, теперь уже бесспорный и признаваемый всеми, даже и метафизиками, например, Гартманом. Но если психические явления зависят от совершающихся в организме процессов, подчиненных закону причинной связи, то, как могут сами они не подчиняться закону причинности? Мало того, учение о свободе воли мыслимо только при предположении существования в нашем духе нескольких самостоятельных сил, что представляется совершенно устарелой психологической теорией.

Обращаясь от этих общих соображений к данным наблюдения, находим, что они точно так же говорят против допустимости существования свободы воли. Нам зауряд приходится сознавать себя невластными над собою. Человек, привыкший анализировать свои поступки, может во многих случаях наперед сказать, что может и чего не может он сделать при данных условиях. Когда мы недовольны собой, когда мы хотим в чем-либо измениться, исправиться, мы действуем всегда так, что в основу своего поведения кладем предположение о несвободе нашей воли. Мы удаляемся от тех, кто имеет на нас дурное влияние, ищем дело, которое бы отвлекло нас от старых привычек и вкусов, меняем свою обстановку, удаляемся в новую местность; чтением книг, беседами с людьми стараемся настроить себя на новый лад и т. п. Все это совершенно несовместимо с предположением свободы воли. Если воля свободна, то с какими бы людьми мы ни сходились, какие бы книги ни читали, на какой бы лад ни настраивали своих мыслей, в какой бы обстановке ни находились, все это не может ни к чему повести, так как свободная воля ничем не определяется. Таким образом, уже самонаблюдение заставляет признать волю несвободной.

То же самое, но еще с большей силой, доказывает наблюдение поведения других. Все отношения наши к другим людям основаны на том предположении, что их воля несвободна. Мы подмечаем их характер, изучаем, как действуют на них те или другие мотивы, и, руководясь полученными этим путем данными, устраиваем свои к ним отношения. Будь воля свободна, никакие прочные отношения между людьми не были бы возможны. Мы бы не знали тогда, чего ждать от людей, не могли бы никак на них воздействовать. На том же предположении несвободной воли основано все искусство воспитания. Если бы воля ребенка ничем не определялась, его бы нельзя было воспитывать.

Однако и самонаблюдение, и наблюдение других отдельных лиц не представляется строго объективным наблюдением. Во всем этом слишком много простора субъективному отношению. Потому большую цену имеют в данном вопросе статистические данные, показывающие, что самые, казалось бы, произвольные действия людей совершаются из года в год с замечательным постоянством в числе, и, следовательно, доказываются, что и эти якобы произвольные действия так же закономерны, как и все в мире. Убедительность этого статистического аргумента нередко стараются поколебать тем соображением, что постоянство статистических цифр, относящихся к большому числу случаев, объясняется просто законом средних чисел и потому не имеет никакого значения для решения вопроса о свободе воли. Но такому возражению едва ли можно придавать серьезное значение. Нет сомнения, что постоянство статистических цифр объясняется законом средних чисел. Но самая применимость к действиям человека этого закона уже доказывает их закономерность. Дело в том, что закон средних чисел сам уже предполагает общую закономерность явлений. Если естествоиспытатель, по возможности, увеличивает число опытов для того, чтобы устранить влияние индивидуальных особенностей подвергаемых опыту животных на получаемые им цифры, то такой прием необходимым образом предполагает, что и эти индивидуальные особенности закономерны, что и они обуславливаются постоянно действующим законом. Там, где вмешался бы какой-нибудь не закономерный деятель, где замешалось бы, например, чудо, там закон средних чисел был бы неприложим. Влияние сверхъестественной силы нельзя устранить увеличением числа наблюдений именно потому, что сверхъестественные силы не предполагаются действующими по какому-либо неизменному закону. Но то же самое должно сказать и относительно воли, если она свободна. Свобода воли неизбежно должна бы была сделать закон средних чисел неприложимым к человеческим действиям.

Против всех перечисленных аргументов защитники свободы имеют в запас лишь один серьезный довод. Они ссылаются на то, что мы нередко сознаем себя свободными. Самый факт бесспорен. Действительно, сознавая себя в одних случаях не свободными, в других мы сознаем



себя свободными. Нередко при колебании между различными влечениями мы делаем выбор без всякого сознательного к тому мотива и отсюда заключаем, что мы действовали в данном случае, ничем не определяясь, свободно. Весь вопрос в том, можно ли объяснить такие случаи как-либо иначе, не прибегая к учению и свободе воли! Если искать, как обыкновенно делают, объяснения наших поступков исключительно в сознаваемых нами мотивах, то другое объяснение невозможно. Но внимательное изучение явлений психической жизни показало, что в них вообще играют весьма важную роль наряду с сознательными и бессознательные элементы, и этим дается само собой объяснение подобных явлений. Если мы не сознаем никакого мотива, возбуждающего нас к совершаемому действию, это не значит, чтобы воля в данном случае ничем не мотивировалась. Это значит только, что определивший ее мотив есть мотив несознательный.

Таким образом, эта единственная опора учения о свободе воли отнюдь не может быть признана неотразимым аргументом, который один мог бы перетянуть все вышеизложенные доказательства несостоятельности этого учения.

#### § 40. Общество и личность

Признание существенного различия общества и организма не ведет нас к выделению явлений общественности из подчинения общему действию закона причинной связи. Особенность общества заключается в психической его природе. Но раз духовные явления вообще и, в частности, явления воли мы признаем подчиненными закону причинной связи, духовная природа общества не может служить основанием тому, чтобы не считать явлений общественности закономерными. Все факторы, которыми определяется жизнь общества, закономерны, все они подчинены закону причинной связи. Потому и производимые ими явления общественности так же должны быть по необходимости закономерны.

Но если так, если и духовные явления, и явления общественности определяются законом причинной связи, возможно ли противопоставить обществу – индивида, личность<sup>49</sup>, можно ли говорить об ее самостоятельности? Вопрос этот естественно распадается на два отдельных вопроса: можно ли, с точки зрения современной психологической теории, объяснить личное самосознание, сознание личности, противопоставляемой всему остальному миру? Можно ли, затем, личности сохранить самостоятельность в отношении к обществу?

Закон ассоциации, служащий основой всей современной психологической теории, дает ключ и к объяснению личного самосознания. В силу этого закона, каждое, извне получаемое нами впечатление, сопровождается рядом оживающих в нашей памяти впечатлений. Эти впечатления не так живы, не так ясны, они не обусловлены внешней обстановкой, они остаются теми же, хотя бы внешние условия изменялись, по нашей воле мы можем их усиливать и ослаблять, вызывать и устранять; они не вне, а внутри нас, мы всюду носим их с собою; они соединяют наше настоящее с прошедшим, они связывают все отдельные моменты нашего существования в одно непрерывное целое. Таким образом, мы приходим к сознанию нашего «я» и к противопоставлению его внешнему миру.

Таким образом, отрицание свободы воли вовсе не делает невозможным объяснить противопоставление себя всему остальному миру, сознание себя личностью. Но нам могут заметить, что противопоставление себя остальному миру еще не тождественно с сознанием себя личностью, что антитеза я – не-я еще не исчерпывает содержания понятия личности. Такая антитеза, скажут, дает лишь чисто отрицательное понятие личности. Между тем, установившееся понимание личности содержит в себе и положительные моменты и, прежде всего, момент *самоцельности*. Мы представляем себе личность не только как существо,

---

<sup>49</sup> Со времени Цицерона индивид обозначал как перевод аристотелевского *αἰσθητόν*, неделимое. Но уже у Боэция намечается понимание индивидуального как своеобразного, особенного. «Commentar ad Porphyrum» (ed. Basil. 1570. P. 65). Individuum autem pluribus dicitur modis. Dicitur individuum quod omnino secari non potest ut unitas vel mens; dicitur individuum quod ob soliditatem dividi nequit, ut adamas; dicitur individuum cujus praedicafis in reliqua similia non convenit ut Socrates. Это значение индивидуального как своеобразного устанавливается с Лейбница.

противопологающее себя всему остальному миру, но и как самопальное существо, являющееся всегда само для себя целью и никогда – лишь средством для чего-либо вне ее. Отрицая же свободу личной воли, не отрицаем ли мы вместе с тем и самоцельность личности? Не выделяя личности из ряда явлений, неразрывно связанных между собою как причины и следствия, не низводим ли мы личность к положению полной подчиненности, где она перестает существовать сама для себя и существует лишь как средство для последующих звеньев цепи?

Признание или непризнание личности самоцельной зависит вовсе не от того, свободна воля или нет. Решение вопроса о самоцельности личности обусловлено исключительно тем, какой принцип кладем мы в объяснение явлений: принцип *причины* или принцип *цели*. Если мы раз допустим существование объективной цели, вызвавшей существование мира и определяющей ход миробытия, все в мире, а, следовательно и личность, неизбежно низводится на степень средства. Если мир существует для какой-то цели, весь он и все в нем есть только средство. Существование в мире хотя бы одного явления, не относящегося к этой цели как средство, делало бы телеологическое объяснение мира несостоятельным. Вопрос же о свободе воли тут ни причем: при телеологическом мировоззрении даже и наделенная свободной волей личность все-таки будет только средством для той цели, для которой существует и весь мир.

Напротив, объяснение миробытия принципом причины, отвергающее существование объективных целей мира, само собой устраняет и признание мира, и всего, что в него входит, средством. Где нет цели, не может быть и речи о средствах, где все объясняется причинной связью, все есть продукт или причина. Каузальное объяснение мира допускает существование только субъективных целей. Эти субъективные цели суть только наши представления, они существуют только в нашем сознании, а не вне нас. Вне нашего сознания объективно никаких целей нет; вне нашего сознания объективно существуют только причины и следствия. При таком воззрении, понятно, нельзя признать личность средством для вне ее лежащей цели по той простой причине, что самое существование таких, вне сознания личности лежащих целей при каузальном объяснении мира не может быть допущено.

Какие бы цели и своего собственного бытия, и бытия вселенной не представляла себе личность, все это цели, существующие только в ней, в ее сознании, ею себе ставимые, а не извне налагаемые. При таком взгляде на дело *объективно* личность не есть ни цель, ни средство; *субъективно* же она является сама себе целью в том смысле, что всякая составляемая ею цель есть продукт ее сознания, ее психической жизни.

Сознание личности, воспринимая представляющийся ему ряд единичных явлений, стремится создать из них по возможности полное и стройное представление о мире. Сухой остов строго научного знания дополняется и скрашивается фантазией, оживляется чувством, и вот, смотря по различию духовных сил той или другой личности, в ее сознании возникает живое, стройное, согретое верой в разумную цель представление о мире. И каждая личность создает себе свой особый мир, с ней вместе и гибнущий. Но пока личность живет сознательно, она живет в этом мире. Все внешнее получает для нее то или другое значение, воздействует на нее так или иначе, смотря по тому, к какому месту приурочено оно в этом самою личностью созданном для себя мире, и в этом мире она и есть сама верховная цель.

Но и этим еще не исчерпывается вопрос о личной самостоятельности. Нам могут сказать, что при признании воли несвободной, личность хотя бы и не являлась средством для вне ее лежащих целей, но зато она ничего не вносит в мир своего, нового, ее самостоятельность стирается, она теряется в бесконечной цепи причин и следствий. Если всякое движение воли так же необходимо определяется причинами, как и все совершающееся во внешней природе, то чем же личность отличается от любой вещи?

Я, конечно, не стану отстаивать самостоятельности личности в смысле ее независимости от тех условий, при которых она существует. Принцип причинной связи непримирим с такою независимостью. Нельзя сказать, чтобы личность могла вносить в мир что-либо абсолютно новое: это противоречило бы принципу сохранения силы. Речь может идти лишь об относительной самостоятельности. Различие может быть только в степени. Как живые существа представляют относительно большую самостоятельность сравнительно с частями мертвой материи, так наделенная самосознанием личность сравнительно с другими живыми существами.

Обращаясь затем ко второму вопросу – об отношении личности к обществу, – мы видим, что механическая и органическая теории приводят в последовательном своем развитии к двум крайним взглядам на отношение личности к обществу. Механическая теория совершенно подчиняет общество личности; органическая, наоборот, личность обществу. Для механической теории общество – искусственное произведение личности, служащее ее целям, но на нее не влияющее. Личность с этой точки зрения не есть продукт общества. Органическая теория, напротив, считает личность подчиненною частью общественного организма, всецело им определяющеюся, являющеюся его произведением, служащею его целям.

Психическая теория общества одинаково далека от той и другой крайности. Она признает влияние общества на личность, она признает даже личность в значительнейшей степени продуктом общества. Но вместе с тем она не ставит личность в положение безусловно подчиненной части того или другого отдельного общества, она не низводит ее до значения простого средства для осуществления общественных целей. Личность сохраняет по этой теории свою самобытность, свою самостоятельность, свои особые цели, не сливающиеся с общественными и не подчиняемые им.

Дело в том, что общество, являясь психическим единением людей, допускает в силу этого принадлежность человека одновременно ко многим разнообразным обществам. Личность поэтому, хотя и есть продукт общества, но не одного какого-нибудь, а совместно многих обществ. Влиянию каждого из этих обществ личность противопоставляет свою зависимость от ряда других обществ, и в этой одновременной зависимости от нескольких обществ она нередко находит противовес исключительному влиянию на нее каждого из них в отдельности. Ни государство, ни церковь, ни национальность, ни данный общественный класс, ни община, ни семья не могут всецело подчинить себе личность именно потому, что к такому подчинению стремятся все они совместно. Точно так же, хотя личность и есть продукт общества, но она никогда не является простым отражением того, чем живет и руководится данное отдельное общество. Каждая личность – продукт совместного влияния нескольких обществ, и в отношении почти каждой является своя особая комбинация таких общественных влияний. Поэтому каждая личность представляет в обществе особое самостоятельное начало, никогда не прилаженное вполне к складу данного общества, никогда не гармонирующее с ним в унисон. Личность, как особое, самостоятельное начало, всегда оказывает в отношении к данному общественному порядку некоторое трение, стремится всегда несколько его изменить и в силу этого служит источником жизни и является прогрессивным фактором общественной жизни.

Механическая теория общества видит в развитии общественных форм лишь проявление воли отдельных личностей, не определяемое и не ограничиваемое никаким объективным началом. Общественный прогресс зависит с этой точки зрения от личного произвола правящих. Для органической теории общественное развитие представляется, напротив, строго объективным, органическим процессом, влекущим отдельные личности помимо их воли и сознания к тому, чтобы они образовывали те или другие общественные формации сообразно началам дифференциации и интеграции.

С нашей точки зрения, общественное развитие представляет равнодействующую разнообразных сознательных стремлений отдельных личностей (активный элемент), испытывающих, так сказать, трение об исторически установившийся общественный строй (инертное начало), придающий общественному развитию характер последовательности и исторической преемственности.

Объективный общественный порядок слагается под влиянием не одних только стремлений отдельных личностей, но и объективных факторов, не зависящих от человеческой воли и постоянно действующих. Поэтому наше понимание соотношения личности и общества не допускает принятия того предположения, чтобы общество с течением времени становилось произведением человеческого искусства или получало договорный характер.

## § 41. Право, как общественный порядок

Существование и в особенности развитие всякого сложного целого предполагает сохранение неприкосновенными его частей. Это одинаково справедливо и в отношении к агрегатам органическим, и к агрегатам неорганическим. Если бы действие какой-нибудь одной части механизма разрушало другие части, механизм не мог бы долго работать. Если бы один какой-либо орган в живом теле, работая и развиваясь на счет других, лишал бы их питания, нормальное развитие целого организма стало бы невозможным.

Это правило не может не применяться и к явлениям общественной жизни. И тут точно так же жизнь и развитие целого обусловлено сохранением и развитием всех тех факторов, которые составляют общественную жизнь. Одностороннее развитие какого-нибудь одного фактора общественной жизни, губительно отзывающееся на действии других факторов, не может не отозваться самым вредным образом и на целом обществе.

Там, где соединение различных элементов в одно сложное целое механическое, связь между ними материальная, там, конечно, механическими же приспособлениями достигается и координация функционирования различных элементов. Но в обществе, основывающемся на психическом единстве, и координация деятельности различных элементов достигается иным путем. Фактором, устанавливающим такую координацию, в обществе является не что иное, как *право*. Что право исполняет такую функцию в обществе, что оно определяет и устанавливает общественный порядок – это признают все. Но относительно того, каков этот порядок, что он определяет, существуют довольно различные воззрения.

Когда общество представляется не более как простым, механическим агрегатом известного числа отдельных личностей, когда не личность считается продуктом общественной жизни, а само общество продуктом произвольного соглашения личностей, словом, когда принимается механическое воззрение на общество, тогда, естественно, единственным деятельным фактором общественной жизни признается индивид и его сознательная воля. Поэтому и общественный порядок при таком механическом воззрении на общество не может заключаться ни в чем ином, как в определенном разграничении сферы свободного проявления отдельных индивидуальных волей. Отмежевываемая при этом каждому индивиду сфера свободного проявления его воли, сфера, в которой господствует безраздельно его воля, и признавалась его правом в субъективном смысле. А право объективное составляют нормы, определяющие разграничения индивидуальных волей.

Поэтому, с точки зрения механической теории общества, право есть нечто противопоставляемое личностью обществу, нечто такое, что личность, вступая в общество, приносит с собою уже готовым и охраняет за собою против общественной власти.

Последовательное развитие органического воззрения приводит, напротив, к признанию права порядком, которому общество подчиняет составляющих его личностей. Субъективные права не противопоставляются с этой точки зрения общественному авторитету, а, напротив, само общество наделяет ими личность. Право, следовательно, творится самим обществом и притом не в интересах отдельных личностей, а исключительно в интересах целого.

Признавая психическую природу человеческого общества, нельзя принять ни тот, ни другой из этих односторонних взглядов.

Нельзя право признать чем-то односторонне налагаемым обществом на отдельные личности. Нельзя в праве видеть порядок, которому бы общество подчиняло совершенно пассивно относящихся к нему личностей. Основой всего права, в конце концов, является все-таки индивидуальное сознание. В нем зарождаются первоначально представления о возможных способах разграничения сталкивающихся интересов, следовательно, об юридических нормах. Только мало-помалу первоначально совершенно субъективное индивидуальное правосознание перенимается другими, распространяется все в более и более широком круге и, облекаясь, наконец, в форму обычая, судебной практики, закона, становится объективным фактором общественной жизни. Точно так же в субъективном сознании отдельными людьми обязательности так или иначе сложившегося в обществе права заключается и последнее основание силы и действия права. Право действует, подчиняет себе деятельность отдельных личностей не потому, чтобы само по себе было объективно существующим порядком общественной жизни. Действительный ход жизни общества никогда

не совпадает вполне с действующим в нем правом. Со строго объективной точки зрения, как простое обобщение реальных явлений, общественный порядок представился бы пестрою смесью права и правонарушений. Значение и сила права лишь в том, что оно сознается отдельными личностями как должный порядок общественных отношений. Поэтому право выражает собою не объективно данное подчинение личности обществу, а субъективное представление самой личности о должном порядке общественных отношений.

Но из этого не следует, чтобы право было односторонним продуктом личной сознательной воли.

Образование представлений о должном порядке общественных отношений не есть дело сознательное и произвольное. Личность невольно и бессознательно приходит к сознанию своих идеалов и потому склонна видеть в них не свое субъективное творчество, а воспроизведение объективно, независимо от нее существующего порядка житейских отношений. И чем ниже умственное развитие личности, тем менее сознает она субъективное происхождение своих идеалов, тем решительнее смешивает она свои субъективные понятия с окружающей ее реальностью.

Мало того: вырабатываемые личностью представления не только не имеют произвольного характера, но они не представляются даже вполне индивидуальными. Бессознательный процесс их образования определяется, кроме субъективных свойств личности, окружающей ее средой, да и самые субъективные свойства личности слагаются частью под влиянием наследственности, частью под влиянием той обстановки, среди которой живет человек. Потому идеалы, вырабатываемые отдельными личностями, принадлежащими к одному и тому же обществу, представляются в общем одинаковыми и только в подробностях замечаются в них индивидуальные различия. Особенно на первых стадиях общественного развития ничтожны были индивидуальные особенности: формы человеческого общения не были тогда так многообразны, как в настоящее время. Обособленное и замкнутое государственное общение обнимало собою тогда все стороны человеческой жизни, все человеческие интересы. Даже религия была государственным установлением. При таких условиях все развитие отдельных личностей, составлявших государство, определялось всецело и исключительно одной и той же окружавшей их общественной средой. Тогда вовсе не могло быть, как это мы постоянно видим в настоящее время, принадлежности личности одновременно различным общественным союзам и притом так, чтобы граждане одного и того же государства принадлежали к различным общениям, например, к различным церквам, различным союзам и т. п. При таких условиях вырабатываемые отдельными личностями идеалы, естественно, оказывались одинаковыми у всех членов общества. Поэтому прежде индивидуальных воззрений на то, каковы правильные, справедливые отношения между членами общества, слагаются общие, всеми одинаково признаваемые нормы таких отношений. Образующееся с течением времени индивидуальное представление о таких нормах является уже с характером частных уклонений от исконного общего всем правосознания.

Вместе с тем и общественное значение права не ограничивается только тем, что оно делает возможным существование индивидов, совмещение их свободы. Право является также важным условием общественного прогресса. Содержание общественной жизни составляет совокупность интересов отдельных личностей, составляющих общество. Но интересы эти представляются крайне подвижными и изменчивыми, так что и у одной и той же личности интересы постоянно меняются. В различные моменты своей жизни и в различных условиях своего положения один и тот же человек нередко руководится прямо противоположными интересами. И в общей сложности, и в общем ходе общественной жизни замечается то же чередование интересов. Под влиянием разнообразных условий, политических, экономических, религиозных получают в обществе возобладание то одни, то другие интересы, стремящиеся подчинить себе в данный момент все другие интересы, определить собою всю общественную деятельность. Изменяются условия, подымется другая волна общественного настроения, и тогда вместе с нею выносятся на смену прежним иные, новые интересы. При отсутствии права, разграничивающего сталкивающиеся между собой интересы, временное возобладание в обществе одного какого-нибудь интереса вело бы за собой принесение ему в жертву всех других; и тем самым преобладающей потребности данной минуты приносились бы в жертву

необходимые условия нормального развития общества в будущем.

Правильному развитию общественной жизни будут созданы весьма серьезные препятствия, если, например, получившему почему-нибудь в данный момент особенное значение интересу обеспечения внешнего порядка будут опрометчиво принесены в жертву необходимые условия духовного развития общества, если для предупреждения распространения опасных учений будет подавлено всякое свободное проявление мысли. Быть может, внешний порядок и будет при таких условиях восстановлен скорее, но в будущем общество долгое время будет ощущать вредные последствия утеснения духовной свободы.

Право, разграничивая разнородные интересы, составляющие содержание общественной жизни, устраняет возможность подобного рода явлений. Как бы не был тот или иной отдельный интерес заслонен другими, преобладающими в данное время, всегда найдется в составе общества хотя бы незначительное меньшинство, отстаивающее тот временно заслоненный интерес. И вот, если господство права признается в обществе, если поэтому уважаются и права меньшинства, данный интерес будет охранен за меньшинством, а вместе с ним и для всего общества в его будущем.

## § 42. Форма общения

*Mohl.* Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften. 1855. B. I. S. 67.

Людское общение может принимать весьма разнообразные формы, и главное различие между ними заключается в том, как они возникают, помимо ли воли людей, или в силу их сознательного соглашения. В первом случае мы будем иметь общение необходимое, произвольное; во втором – произвольное. Примерами общений первого рода могут служить: национальное общение, семья, государство; примерами второго – товарищества, акционерные компании, клубы, ученые общества и т. п. Это различие в способе возникновения отражается на всем складе обществ того и другого типа. Подчинение человека обществу, в которое он вступил по своему желанию, не может быть значительно, так как он может всегда и выйти из него. Напротив, зависимость человека от того общества, к которому он принадлежит помимо своей воли, по необходимости, несравненно сильнее.

Что касается, в свою очередь, произвольных общений, то они представляют три различных типа: они могут основываться или на единстве происхождения (семья, племя), или на единстве совместной жизни (община, государство), или, наконец, на единстве интересов (так называемое общество в тесном смысле слова). Конечно, известная солидарность интересов существует между членами всякого общения, но в других общениях является она результатом общения (например, в семье, государстве), а не его основанием. В обществе же солидарность интересов есть основание общения, а не результата.

Не трудно заметить, что эта классификация произвольных общений вполне соответствует различию трех моментов, которыми обуславливаются явления общественности. В общениях, основанных на единстве происхождения, первое место занимает влияние прошлого; в общениях, основанных на совместной жизни – влияние настоящего; в общениях, основанных на единстве интересов – влияние будущего.

Долгое время в науке признавалось существование общения только двух первых типов, и, главным образом, семьи и государства. Только с конца прошлого столетия появляется убеждение, что рядом с государством существуют другие сферы общения, что люди, будучи гражданами одного государства, могут быть членами разных других обществ, могут вступать даже в такие общения, членами которых состоят граждане других государств. Впервые эту мысль высказал Шлетцер в своем «Государствоведении», где он указал на необходимость образовать особую науку, которая бы исследовала общения, являющиеся вне государства, и которую он предполагал назвать (по подобию метафизики, изучающей явления, лежащие вне природы) метаполитикою, как такую науку, которая исследует явления, лежащие вне государственной, политической жизни. Шлетцер, однако, ограничился только этим указанием. Указание это не имело практических последствий, и в разъяснении этого вопроса

почувствовалась необходимость только тогда, когда, в начале нынешнего столетия появилась школа, известная под общим именем социализма. Она обратила внимание на то, что одной политической реорганизации недостаточно, что рядом с политической реорганизацией должна идти и реорганизация общественная. Словом, социалисты рядом с понятием о политической революции выставили понятие о другой революции, которая имеет дело не с известною государственною формою, а с общественным бытом, который продолжает существовать независимо от того или другого строя государственной жизни, и, таким образом, практически выдвинули вопрос об изучении той сферы общения между людьми, которая существует рядом с государством и имеет самостоятельное бытие.

Почти одновременно с появлением социалистических учений, один из видных представителей германской философии, Гегель, сделал попытку установить посредствующее звено между отдельным индивидом и его семьею, с одной стороны, и государством – с другой. Гегель представляет развитие общественной жизни не по двум ступеням, а по трем. Семья не является у него непосредственным основанием государства, как было до сих пор. В его учении семья является положением, тезисом, антитезисом которого является не государство, а так называемое гражданское общество, представляющееся результатом распада семьи. Гражданское общество противопоставляется единству семьи и является переходною стадией, антитезисом, к следующему моменту – синтезису, к государству, воплощающему в себе единство семьи и рознь гражданского общества. Однако Гегель, хотя и признал, что изучение общества не может идти прежним традиционным порядком в рамках изучения семьи и государства, но не дал определенной выработки новому изучению о гражданском обществе и не установил самостоятельного понятия о гражданском обществе. Действительно, по общему диалектическому характеру гегелевской философии, все формы у него являются текущими, переходящими. Все явления представляются переходными моментами от тезиса к синтезису, а сообразно тому и гражданское общество принимает у него характер антитезиса, вся функция которого заключается в процессе общественного развития только в том, чтобы противопоставить единству семьи рознь другой формы общения и этим путем перейти к высшей форме общения, к государству. Таким образом, учение о гражданском обществе не имеет у Гегеля самостоятельного значения, являясь только переходным моментом в развитии общественной жизни, которая должна завершиться развитием государства.

Под влиянием Гегеля, а еще больше под влиянием учения социалистов, Лоренц Штейн в своем критическом исследовании учения социалистов и коммунистов «История социальных движений во Франции» также старался выставить свое понятие об обществе. Следуя примеру Гегеля в диалектическом развитии, он ставит определенные моменты, заменяющие друг друга и выражающиеся в развитии общественной жизни. Но вместе с тем он ближе подходит к внутреннему содержанию гражданского общества. Исследуя учение социалистов, он должен был поставить вопрос: что такое общество, что такое та социальная реформа, революция, о которой говорят социалисты. Нужно сказать, что условия государственной жизни, вызвавшие учение социалистов, были именно таковы, что они должны были обратить главным образом внимание на экономическую жизнь. Революция, сломившая абсолютизм королей, дала большую свободу, так называемому, третьему сословию, буржуазии, капиталистам; но затем большая часть населения, составляющая так называемый четвертый класс, оставлена была вне влияния этой политической реформы. Для четвертого класса наиболее важным вопросом является вопрос экономический, так как без хозяйственного обеспечения его существования никакие вопросы права для него не имели значения. С этой точки зрения и смотрит на общество Л. Штейн, а именно – видит в нем сферу экономической жизни. Таким образом, следуя общей методе Гегеля и находясь под непосредственным влиянием учения социалистов, Л. Штейн дал одностороннее понятие общества. У него так же семья является представителем единства, а гражданское общество представителем розни, вызванной экономической жизнью, между тем как функция государства состоит в том, чтобы восстановить единство, нарушенное борьбою экономических интересов.

Однако на таком одностороннем понимании учения об обществе нельзя было остановиться. Действительно, скоро заметили, что, хотя система развития общества у Гегеля и Л. Штейна представляется стройною и законченною, но в ней замечаются и крупные недочеты,

так как она оставляет в стороне многие формы общения, не подходящие под общую триаду, а между тем не могущие быть рассматриваемыми в современной жизни как составная часть государства. Вопрос о самостоятельной форме общения практически возник еще раньше по отношению к религиозной форме общения. Религиозные догмы служат основанием обширного самостоятельного соединения людей и притом такого, которое не совпадает ни с границами, ни с целями государства. Но в Средние века, когда церковь сама получила правительственные функции, самостоятельность религиозного общения не была наглядною, и церковь получила политическую окраску. То же самое нужно сказать и относительно протестантских религиозных общин. Протестантская церковь была государственным учреждением, так что органы правительства были высшими органами церковной власти. Но по мере развития начал религиозной свободы, по мере того, как церковь отделялась от государства, система отождествления церкви с государством падала, факт самостоятельного существования религиозного общения не мог не обратить на себя внимания. Легко было заметить, что церковь не имеет экономической подкладки, что она стоит рядом с государством, не составляя его составной части, потому что одна и та же церковь обнимает собой несколько государств и притом в форме таких типов общественной организации, по отношению к которым государство не может быть рассматриваемо ни как часть, ни как целое. Ввиду этого в германской литературе явились попытки дать более широкое развитие учению об обществе и притом с двоякой точки зрения. Так, с одной стороны, представители органической школы применили к учению об обществе органическое воззрение. Исследуя различные стороны индивидуальной жизни, они думали, что отдельные формы общения должны соответствовать особым потребностям человеческой природы и, соответственно этому, должен появиться целый ряд общений, из которых каждое удовлетворяло бы особым потребностям человека. Так, школа удовлетворяет воспитательной потребности, экономическое общение осуществляет хозяйственные цели, церковь – религиозные, государство служит целям права и т. п. Таким образом, представители органической школы пришли к признанию целого ряда общений, из которых каждое является самостоятельным органом, удовлетворяющим известным потребностям. Таково учение Аренса.

Однако и на таком воззрении нельзя было остановиться. Действительно, Р. Моль в своей интересной статье «О науках общественных и государственных» главный предмет которой составляет исследование природы общества и помещенной в 1-м томе его «*Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*», сделал то веское возражение по отношению к воззрению Аренса, что у него является множественность различных общений (школа, церковь, различные экономические общения и т. п.), но нет общего понятия общества в отличие от государства. Действительно, если мы возьмем церковь и те общественные единицы, которые возникают в силу экономической жизни, то увидим между ними существенное сходство. Церковные общества возникают в силу единства интересов, в силу того, что определенная группа людей исповедует одни и те же религиозные догматы, ощущает потребность в одних и тех же религиозных требах и обрядах, в силу чего она и составляет единое общение. То же самое мы замечаем и в тех группах, которые зарождаются на почве экономической жизни: классы рабочих, купцов, землевладельцев, земледельцев, банкиров имеют в своем основании общий интерес, подобно тому, как имеет его и церковь. Различие между этими группами и церковью заключается только в содержании основания: в экономических группах основанием является общий экономический интерес, а в церковных общениях – общий религиозный интерес, но в том и другом случае основанием общения является единство интересов.

Продолжая свои наблюдения и изучая различные формы общения между людьми, Р. Моль заметил, что таких различных родов общений много. Так, в каждом государстве, кроме церкви и экономических общений, существуют еще сословные общества, которые представляются также группами людей, соединенных одним общим интересом. Отдельные сословия суть не что иное, как люди, занятые отправлением одной определенной функции и потому соединенные одним общим интересом. Дворянство, горожане и крестьяне – вот три сословия, из которых каждое соединяется особым общим интересом. В настоящее время сословия переходят в классы, но эти классы, заменяющие сословия, представляются также опирающимися на единство интересов (общность образования, занятий и т. п.). Если обратить внимание на



внутренний строй современных государств, то увидим, что отдельные части государства (провинции, сельские общины и т. п.) имеют также свою самостоятельную общую жизнь, имеют свои самостоятельные и отличные от государства интересы, которые могут даже приходиться к столкновению с интересами государства. Эти общие интересы основаны на совместной жизни на определенном ограниченном пространстве. Современное распределение государств не совпадает с различием национальностей. Тем не менее, национальное единство объединяет дробные части народностей, принадлежащие разным государствам. Таким образом, Роберт Мольтне путем наблюдения дошел до той мысли, что существует целый ряд общественных групп, которые имеют своим основанием общность постоянных интересов.

Каждая общественная группа существенно отличается тем, что в основе ее лежит единство интересов. Эти интересы могут быть согласны с интересами государства, но могут с ними и не совпадать. Так, местности, лежащие на границах двух государств, могут иметь общие интересы в установлении и обеспечении санитарных условий, регулировании охоты и т. п. Точно так же различные государства могут иметь общий интерес в регулировании судоходства по реке, протекающей по их территориям. Таким образом, местное общество, вытекающее из факта сожителства на одной территории, может не совпадать с пределами одного государства. Указанные общие черты общества дают возможность соединить все отдельные группы людей в одно общество, отличное от семьи и от государства. Таким образом, общество, по определению Р. Моля, есть совокупность общественных групп, в основании которых лежит какой-либо общий и постоянный интерес.

Воззрения Моля на самостоятельное значение общества наряду с государством в настоящее время пользуются наибольшей популярностью. Указывая на различные общественные группы, основанные на единстве интересов, Мольтне предлагает изучать общество независимо от государства и в своей статье делает попытку указать целую систему общественных наук, которые бы стояли наряду с науками государственными.

В общем, учение Моля об обществе может быть принято, но в частности оно требует исправлений. А именно: нельзя согласиться с Мольтне в том, чтобы национальность, члены которой соединяются единством происхождения, и общины, члены которой связаны фактом соседства, могли быть относимы к общественным группам, основание которых есть единство интересов. Если люди одной национальности или члены одной общины имеют общие интересы, то, во всяком случае, общность интересов является тут не основанием общения, а его результатом. Национальность, община существует раньше, чем у лиц, к ним принадлежащих, является общность интересов. Напротив, церковь только и создается единством исповедания, экономические группы только и образуются в силу общности экономических интересов.

Из всех разнообразных форм человеческого общения для нас особенное значение имеет государство, так как оно является главным фактором и в развитии права, и в поддержании его авторитета против правонарушений. Поэтому мы и остановимся подробнее на рассмотрении природы государственного общения.

## Глава II Государство

### § 43. Понятие государства

*Мольтне.* Энциклопедия государственных наук. С. 23, 49–64. *Zacharia.* Deutsches Staats und Bundesrecht. 3 Ausg. B. I. 1886. S. 40. *Gumplovitz.* Philosophisches Staatsrecht 1877. S. 15–19. *Hugo Preuss.* Gemeinde, Staat, Reich. 1889. *Коркунов.* Русское государственное право Т. I. 1883. С. 136.

Среди разнообразных форм человеческого общения первенствующее значение должно быть, бесспорно, признано за государством. Было время, когда оно охватывало собою все без исключения стороны человеческой жизни, так что в античном мире человек совершенно

поглощался гражданином государства. Да и в настоящее время, хотя наряду с государством существует немало других форм общественного единения людей, государство все-таки, так или иначе, распространяет свое влияние на все стороны общественной жизни. Во всяком случае, история человечества творится главным образом государственною деятельностью. Поэтому, изучая какое бы то ни было явление общественности, постоянно приходится встречаться с вопросами о формах организации и деятельности государства. Долгое время, как мы уже говорили, учение о государстве, политика, обнимало собою все учения о явлениях общественности.

При таких условиях, казалось бы, давно должно бы выработаться общепризнанное определение государства. Если, тем не менее, в литературе мы встречаем большое разнообразие определений государства, это объясняется тем, что в большинстве случаев определению государства ставят совсем неподобающую ему задачу.

Так, прежде всего, одни, определяя государство, имеют в виду указать, каким государство должно бы было быть согласно их воззрению, т. е. превращают определение государства в суждение о нем. Так, например, Мольтат определяет государство как «постоянный единый организм таких учреждений, которые, будучи руководимы общею волею, поддерживаемы и приводимы в действие общею силою, имеют задачей содействие достижению дозволенных целей, определенного на данной территории замкнутого народа и притом содействие всем сферам жизни человеческой, начиная от отдельной личности и оканчивая обществом». Но нельзя, конечно, утверждать, что все существовавшие и существующие государства преследовали только «дозволенные» цели и содействовали непременно всем сферам человеческой жизни. Еще далее идет в этом отношении Велькер, определяющий государство, как «суверенный, морально-личный, живой, свободный общественный союз народа, который по общему конституционному закону в свободно-конституционной организации народа под руководством конституционного самостоятельного правительства, стремится к правовой свободе и в ее пределах к назначению и счастью всех своих членов». К этому же типу должны быть отнесены и все вообще определения, которые включают в себе признак цели, которой будто бы должно служить государство. Если мы имеем в виду получить общее определение государства, которое бы указывало нам на отличительные признаки каждого государства, такие определения не могут быть пригодными.

Другие, определяя государство, ограничиваются лишь указанием, какое место занимает понятие государство в данной философской системе. Так, например, Гегель определяет государство, как «действительность конкретной свободы»<sup>50</sup>. Чтобы понять это определение, надо знать, что Гегель понимает под действительностью, конкретностью, свободой. Определение это имеет смысл только в составе гегелевской философской системы. Взятое отдельно, оно не имеет никакого значения. Такой же характер имеет и определение Шеллинга, что государство есть гармония свободы и необходимости. Такие определения также субъективны, хотя они имеют в виду указать, не каким государство должно быть, а каким оно в действительности есть. Они субъективны потому, что основаны на принятии определенного философского мирозерцания, которое, никогда не представляя объективной доказательности, всегда есть дело лишь субъективного убеждения.

Наконец, очень часто стараются так формулировать определение государства, чтобы им само собой предreshались все важные, основные вопросы государственоведения, чтобы все учение о государстве могло быть построено как ряд необходимых логических выводов из данного определения. А так как многие очень важные вопросы науки о государстве остаются пока спорными, то это и приводит к включению в определение совершенно спорных признаков. Таковы указания на органическую или личную природу государства, на условия его образования, на его цели, на его экономическую или национальную основу<sup>51</sup>. Само собой

<sup>50</sup> Hegel. Philosophie des Rechts. Werke. B. VI. S. 314. «Die Staat ist die Wirklichkeit der konkreten Freiheit».

<sup>51</sup> Вот примеры подобных определений: Ahrens. Der Staat ist in dem allgemeinen Gesellschaftsorganismus derjenige besondere Organismus, welcher durch das Band des Rechts und vom Mittelpunkt einer centralen Macht aus alle gessellschaftlichen Kreise zu einer rechtlichen Einheit und Ordnung verknüpfuft. Bluntschli: Der Staat ist die politisch

разумеется, что определения, которыми думают предрешить все эти спорные вопросы, не могут найти себе сколько-нибудь общего признания.

Однако в изучении действительных исторических форм человеческого общения государственный характер отдельных общественных союзов редко возбуждает сомнения. В большинстве случаев замечается полное согласие относительно того, какие союзы государства, и какие – нет. А если возникают иногда сомнения и споры, как, например, в настоящее время относительно Финляндии, то решение этого вопроса никто не думает ставить в зависимость от органической или личной природы Великого княжества, от его цели и т. п., а все одинаково обращаются к тому, можно ли или нет признать в нем существование самостоятельной власти.

И в самом деле, цель и происхождение государства, та или другая его природа, все это вопросы спорные. Но никто не сомневается, что необходимую принадлежность каждого государства составляет власть. Правда, государственная власть не есть единственная форма общественной власти. И церковь, и семья, и община, всякое вообще произвольное общение властвует над своими членами. Но власть государства проявляется с особой яркостью, дает себя чувствовать особенно сильно. Государство из всех общественных союзов есть по преимуществу властвующий.

Так как в древности государство охватывало собою всю общественную жизнь человека, и все другие формы общения являлись лишь подчиненными ему, зависимыми от него частями, то государство тогда определяли, например, Аристотель, как *самодовлеющее* общение, ни в каком другом общении не нуждающееся, ни от кого другого не зависимое. В Средние века государственный авторитет заслонялся и умался стремлениями крупного землевладения разрешить государство в договорный союз феодальных владельцев и стремлениями римской церкви к подчинению себе всякой государственной власти. Поэтому, когда с эпохой Возрождения государственное начало стало опять выдвигаться на первый план, забота об устранении всякого влияния средневековых преданий привела к тому, что государственную власть признали верховной, ничем не ограниченной, и в суверенитете, верховенстве стали видеть отличительную особенность государства. Это понятие суверенитета выдвигает, прежде всего Боден («Six livres de la république», 1583 г.), определявший суверенитет как безусловную, ничем не ограниченную и ничем не обусловленную власть, и затем еще более резкое выражение оно нашло себе у Гоббса, называвшего даже государство смертным божеством. Выработавшееся, таким образом, в XVI и XVII вв. понятие суверенитета как отличительного признака государства сохранялось до семидесятых годов настоящего столетия. Но в настоящее время более внимательное исследование условий организации союзных государств и международных отношений всех вообще государств заставило отвергнуть понятие суверенитета как отличительного признака государства. Большинство (Laland, Jellinek) ограничивается тем, что признает возможность существования как суверенных, так и несуверенных государств, каковыми являются отдельные государства, входящие в состав союзного государства. Но некоторые идут еще дальше и вовсе отвергают, как Гуго Прейс, понятие суверенитета, утверждая, что в действительности нет ни одного государства суверенного, обладающего безусловной, безграничной властью. Власть каждого государства в действительности ограничена и обусловлена извне – зависимостью его от международного общения, изнутри – от разнообразных общений, из которых оно само слагается.

С этими доводами Гуго Прейса нельзя не согласиться. В следующем параграфе мы покажем, что государственная власть основывается на сознании людьми их зависимости от государства. Но сознание это не может быть безусловным, потому что люди сознают себя зависимыми не от одного государства, а и от всех других произвольных общений. И если какое общение может притязать на абсолютное над ними властвование, так это разве только церковь. Для верующего церковный авторитет, конечно, выше всякого другого, так как Священное Писание учит нас, что «должно повиноваться больше Богу, нежели человекам»

(Деяния. V. 29). Истинная церковь, как единая и вечная, не зависит, в противоположность государству, от условий места и времени. Наконец, в ней действует надо всем стоящая божественная благодать. Поэтому никак нельзя утверждать, что государство отличалось от церкви безусловностью и безграничностью власти.

Действительная отличительная особенность государства это то, что оно одно *осуществляет самостоятельно принудительную власть*. Все другие союзы, как бы они ни были самостоятельны в других отношениях, функцию принуждения осуществляют только по уполномочию и под контролем государства. Так, если церковные органы осуществляют иногда и принуждение, в каждом данном государстве они пользуются принудительной властью лишь в тех пределах, в каких это допускает местная государственная власть. Так точно и принудительная власть родителей над детьми, мужа над женой поставлена в рамки, определяемые государственным законодательством, и под контроль государственных органов. На злоупотребления как церковной, так и семейной власти всегда можно апеллировать к государственной власти. Само собою разумеется, что также делегированной и подконтрольной представляется и власть общин и областей.

Таким образом, государство является как бы монополистом принуждения. Государственный порядок тем, прежде всего, и отличается, что это мирный порядок, не допускающий частного насилия, самоуправства. При нем только органы государственной власти наделены самостоятельным правом принуждения. Частные лица и другие общественные союзы допускаются к осуществлению принуждения лишь насколько, это допускает государство и под его контролем. Даже в международных отношениях дозволенной считается теперь только публичная война, т. е., только такие насилия, которые совершаются органами государства.

Отличительным признаком государства служит, как мы сказали, самостоятельная принудительная власть. Но самостоятельность не предполагает неограниченности или полной независимости. Поэтому, хотя отдельные государства, входящие в состав союзного государства, и подчинены союзной власти, и ограничены ею в своей компетенции, они все-таки остаются государствами, пока в пределах собственной компетенции остаются самостоятельными. Их самостоятельность практически выражается в том, что они сами организуют органы для осуществления собственной власти, вне всякого воздействия союзной власти на личный их состав. Напротив, общины и области единого государства, даже при самой широкой постановке самоуправления, никогда не пользуются полной свободой в определении личного состава своих органов. Центральная власть всегда сохраняет за собою право влиять так или иначе на личный состав органов местного самоуправления, или посредством прямого назначения некоторых должностных лиц, или посредством права утверждения и не утверждения лиц избранных, или посредством права досрочного роспуска и назначения новых выборов, когда результат выборов оказывается несогласным с видами центрального правительства. Союзной же власти в отношении к отдельным штатам или кантонам, сохраняющим характер государства, нигде не предоставляется подобных прав. Нигде союзная власть не назначает правителей отдельных штатов и кантонов, не утверждает избранных в них лиц, не распускает их представительных собраний. Это различие очень существенное. Покуда центральная власть не имеет права влиять на личный состав местных органов, все ограничения их власти сохраняют по необходимости внешний, формальный характер. В пределах так или иначе определенной компетенции они остаются самостоятельными. Внутренний характер, самое направление их деятельности не могут быть наперед определены формальными постановлениями закона. Напротив, налагая руку на самостоятельность личного состава, центральная власть получает тем самым возможность придать деятельности местных органов то или иное направление, ту или другую окраску и, тем лишая их внутренней самостоятельности, превращает их из органов государства в органы местного самоуправления.

Надо еще оговориться, что государство предполагает самостоятельное властвование непременно над свободными людьми – иначе это будет рабовладение, а не государственный союз, и властвование установившееся, признанное: отдельный преходящий акт властвования, поддерживаемый исключительно силою оружия, например, военное занятие неприятельской территории, не составляющей еще государства.

Итак, сведя воедино все сказанное, можно определить государство как *общественный*

*союз, представляющий собою самостоятельное признанное принудительное властвование над свободными людьми.*

Присвоение государству исключительного права принуждения представляется весьма важным для всей общественной жизни. Прежде всего, это приводит к значительному сокращению случаев насилия, вследствие этого к значительной экономии сил. Принуждение, осуществляемое государством, по общему правилу не вызывает сопротивления, потому что превосходство силы государственной власти в большинстве случаев так очевидно, что не представляется никаких шансов успеха борьбы с нею. К тому же государственной власти подчиняются и добровольно, по привычке, и в силу сознания обязанности. Но еще важнее перемена в самом характере принуждения. Раз государство присваивает себе исключительное право принуждения, оно должно осуществлять принуждение во всех тех случаях, когда без него обойтись нельзя, следовательно, не только в своих собственных интересах, но и в чужом интересе. Иначе самоуправство неизбежно. А действовать в чужом интересе совсем не то, что действовать в личном интересе. Принуждение, осуществляемое государством по необходимости, ради предупреждения частных насилий и самоуправств, не определяется непосредственным чувством. Органы государства, призванные силою охранять интересы отдельных лиц и других общественных союзов, делают это только по обязанности и потому бесстрастно, спокойно, обдуманно. Уверенность в успехе, сознание силы придает еще больше спокойствия такой деятельности. И вот, благодаря этому, меры принуждения, осуществляемые государством, естественно определяются уже не одним непосредственным чувством, побуждающим к насилию, а более общими соображениями целесообразности, права, морали. Принуждение, так сказать, дисциплинируется правом, проникается этическими принципами. Первоначально это сказывается только в принудительной деятельности, осуществляемой государством в чужом интересе. Но устанавливающееся таким образом резкое различие условий осуществляемого государством принуждения в своем и в чужом интересе приводит к сознанию несправедливости принуждения, неподчиненного этическим требованиям. Это наглядно обнаруживается в различии, проводимом международной практикой и общественным мнением между обыкновенными и политическими преступлениями. Сомнения в допустимости международной выдачи политических преступников основываются именно на сомнениях в возможности беспристрастного к ним отношения со стороны потерпевших от них государств. Усвоенный в одних случаях более справедливый, более согласный с нравственным чувством образ действия мало-помалу делается общим, распространяется на всю принудительную деятельность государства, все более и более подчиняющуюся требованиям справедливости.

#### § 44. Государственная власть

*Коркунов. Указ и закон. 1894. С. 45–193.*

Мы определили государство как общественный союз, наделенный самостоятельною принудительною властью, но не выяснили еще, что такое власть?

Со времен схоластики установилось и до сих пор остается господствующим понимание власти как воли, единой, над всем в государстве господствующей воли. При этом одни отождествляли государственную власть с волей конкретных правителей; другие же считают государственную власть какою-то высшею волею, а конкретных правителей только органами проявления этой высшей воли, отличающейся от их личной воли.

На первый взгляд, может показаться более согласным с фактами действительности, более реалистическим, отождествление государственной власти с волею конкретных правителей. Существование у них воли – бесспорный факт, и гражданам на каждом шагу приходится сталкиваться с проявлениями этой воли. Напротив, существование какой-то особой высшей воли есть только предположение и притом довольно туманное. Эта предполагаемая высшая воля практически проявляется все-таки только в велениях и действиях тех же правителей государства. Этим и объясняется, почему и до сих пор находятся в политической литературе защитники отождествления государственной власти с личной волей конкретного правителя.

Наиболее видным представителем этого направления является в настоящее время мюнхенский профессор Макс Зейдель.

Однако реалистическим такое понимание государственной власти может быть названо разве в том смысле, что оно не опирается ни на какие произвольные метафизические предположения. Существование конкретных правителей государства и их воли, бесспорно, совершенно реальный факт, но одним этим фактом невозможно объяснить явлений государственного властвования.

Подчинение государственной власти не может быть объяснено только личным могуществом правителя. Политическая история зауряд представляет примеры того, как тысячи подчиняются велениям одной, иногда совершенно ничтожной личности, лишь в силу того, что личность эта признается почему-либо представителем государственной власти. И наоборот, выдающимся политическим деятелям приходится прикрываться, для обеспечения подчинения себе толпы, именем такого лица, лишенного всякого действительного значения и силы, но признаваемого представителем государственной власти. Вместе с тем, подчинение конкретным правителям никогда не бывает безусловным. Им повинуются лишь настолько, насколько видят в них представителей чего-то стоящего выше их личной воли. Раз по общему сознанию деятельность правителей получает характер личного произвола, подчинение им ослабевает, и делается неизбежным революционный переворот.

Часто конституции сами нарочно, так сказать, дробят волю учреждений, призванных осуществлять функции государственной власти. Очевидно, единство воли не представляется тут желательной целью, а наоборот, злом, которое заботятся устранить. Такое значение имеют, например, раздвоение народного представительства на две палаты, установление различного порядка для обсуждения палатами обыкновенных и конституционных законов и т. п. Если бы государственная власть была единой волей, задачей всей государственной организации должно бы тогда быть обеспечение господства этой единой воли, и было бы совершенно невозможно существование разделения властей и самоуправления, предполагающих именно, что отдельные функции власти осуществляются обособленно и независимо друг от друга.

Но, что имеет еще больше значения для опровержения волевой теории власти, явления государственного властвования не могут быть объяснены все, не только как проявления единой воли, но и вообще как проявления воли. Момент воли всего ярче проявляется в законодательстве. Собственно законодатель повелевает, судья – судит, администратор действует. Поэтому, если бы власть была волей, основной и необходимой ее функцией должно бы быть законодательство. Между тем на первичных стадиях своего развития государства живут обычным правом и потому обходятся вовсе без законодательства; напротив, без суда и исполнительной власти государство никогда не обходится. Знанием, велениям органов власти подчиняются не одни граждане, но точно так же иностранцы, раз они находятся на территории государства. Власть же государства над его собственными гражданами выражается не в том только, что они пассивно подчиняются велениям органов правительства, а в том также, что они сознают себя обязанными активно относиться к потребностям государства. Граждане, в отличие от случайно попадающих в него иностранцев, дают государству гораздо больше простого пассивного исполнения велений. Они сами идут навстречу запросам государственной жизни; активно и по собственной инициативе поддерживают благосостояние и могущество государства, содействуют его развитию. Гражданин выполняет свой долг подчинения власти государства не только, когда исполняет веления правительства, но точно так же, если еще не больше, и тогда, когда стремится разяснить действительные нужды государства или предупредить ошибки и злоупотребления правителей. Если бы подчинение граждан государству свелось к одному только исполнению обращенных к ним велений, государство не могло бы существовать – оно бы неизбежно распалось. Авторитет велений органов власти основывается, конечно, не на внешней, физической силе. Органы власти всегда составляют меньшинство. Долженствующих повиноваться всегда больше, чем повелевающих. Авторитет велений власти основывается всегда, в конце концов, на признании их обязательности со стороны общества. Каждый отдельный гражданин вынужден подчиняться велениям органов власти не потому только, что повелевающий от него этого требует, но и потому, что все общество признает для него эти веления обязательными. Но такое признание необходимости

исполнения каждым обращенных к нему велений и обусловленное им нравственное понуждение других к подчинению не есть уже исполнение велений, а составляет деятельное к ним отношение. Такое признание, составляющее главное основание государственного властвования, само не может уже основываться на подчинении велениям органов власти.

Наконец, ко всему сказанному следует еще присоединить, что и вообще понятия власти и воли не могут быть отождествляемы. Воля не есть сама по себе власть. Воля бывает и бессильная, и безвластная. Власть приходит к воле извне, придается ей чем-то другим, лежащим вне воли, в самой воле не заключающимся. Воля стремится к власти, получает власть. Поэтому власть есть нечто внешнее для воли, служащее ей объектом. С другой стороны, и власть не предполагает непременно наличности властвующей воли. Если взять самый простой случай власти одного человека над другим, она возможна помимо и даже вопреки воле властвующего. Человек, властвующий над другим обаянием святости, ума, таланта, красоты, властвует, часто и не думая о том, даже сам не желая, тяготясь такой властью. Аскет, совершающий подвиг умерщвления плоти, не жаждет, конечно, власти. Он подавляет в себе все вообще желания и именно в силу этого получает часто великую власть над людьми.

Таким образом, понятие власти ни в каком отношении не совпадает с понятием властвующей воли. Бывает, что властвует воля, но далеко не всякое властвование предполагает направленную на то волю. Властвуют воображаемые божества, не только не имеющие действительной воли, но вовсе и не существующие. Точно так же властвуют над людьми представления о многом таком, что вовсе и не может быть причастным воле, например, представление о грозящей беде, болезни, суеверия и т. п. Все это заставляет признать, что власть не предполагает непременно направленной на властвование воли. Властвование предполагает сознание не с активной стороны, не со стороны властвующего, а с пассивной стороны, со стороны подвластного. Все, от чего человек сознает себя зависимым, властвует над ним, все равно, имеет ли оно и даже может ли иметь волю. Для властвования нет надобности, чтобы это сознание зависимости было реально. Не требуется даже, чтобы существовало то, идея о чем властвует над человеком. Для властвования требуется только сознание зависимости, а не реальность ее. Другими словами, власть есть сила, обусловленная не волею властвующего, а сознанием зависимости подвластного. Если так, то и для объяснения государственной власти нет надобности наделять государство волей, олицетворять его. Так как власть есть сила, обусловленная сознанием зависимости подвластного, то и государство может властвовать, не обладая ни волею, ни сознанием, только бы составляющие его люди сознавали себя зависимыми от государства. Государственная власть – не чья-либо воля, а сила, вытекающая из сознания гражданами их зависимости от государства.

## § 45. Органы власти

Государственная власть как сила, обусловленная сознанием гражданами их зависимости от государства, порождает в общественной жизни своеобразные явления и причём двоякого рода. Во-первых, она побуждает граждан совершать то, что они считают необходимым для государства, от которого сознают себя зависимыми. На этом основано чувство патриотизма, готовность приносить жертвы для отчизны, стремление к государственной деятельности и т. п., – словом, все то, что собственно сплачивает людей в одно государство и что служит конечной опорой его могущества. Но этим не исчерпывается действие государственного властвования: оно приводит, во-первых, к тому, что граждане подчиняются велениям отдельных лиц, признаваемых органами государственной власти.

Разнообразные явления, вызываемые воздействием, государственной власти, могут содействовать и препятствовать осуществлению человеческих интересов. Отсюда у людей естественное стремление воспользоваться и этой силой для осуществления своих интересов, стараясь придать ее проявлениям согласное со своими интересами направление. Но как может человек подчинить эту силу служению своим целям? Конечно так же, как он это делает и в отношении ко всякой другой силе, и в отношении к силам природы. Он вызывает действие этих сил там, где ему это надо, где ему это выгодно, и старается парализовать их действие, когда оно противоречит его интересам. Чтобы вызвать действие силы, надо создать необходимые для того

условия. Так, для действия механической силы надо располагать каким-нибудь двигателем и приспособлениями, с помощью которых можно вызвать ту форму движения, какая требуется в данном случае. Власть основывается на сознании людьми их зависимости от государства. Поэтому, чтобы вызвать по своей воле действие власти, надо располагать возможностью вызывать в людях это сознание зависимости и придавать ему то или другое содержание. Такою возможностью располагает тот, кто в глазах других людей является лучшим выразителем и истолкователем того, что над нами властвует. Так, если над человеком властвует представление о грозящей смертью болезни, знахарь или врач, в искусстве которого убежден больной, может пользоваться неограниченною над ним властью. Так, набожный человек, в особенности угнетаемый раскаянием в содеянном грехе, подпадает власти того, кого считает истолкователем Божественной воли, посредником между людьми и божеством. Точно так же сознание нашей зависимости от государства может быть направляемо так или иначе тем, кто в наших глазах является лучшим выразителем требований интересов государственного общения. Подобное значение приобретается людьми различными путями: успехом на войне, находчивою умелостью в разрешении трудных общественных вопросов, принадлежностью к роду, издавна стоящему во главе государства и т. п. И притом таким истолкователем не должен быть непременно один человек. Напротив, сложность и разнообразие отношений, из которых складывается государственное общение, естественно приводит к тому, что различные стороны государственной жизни находят себе и различных истолкователей.

Авторитет наших сограждан в вопросах государственной жизни основывается для нас далеко не всегда на вполне сознательном признании их лучшими выразителями требований государства. К этому основанию приходят обыкновенно в значительной степени и другие основания. Мы нередко подчиняемся человеку просто потому, что ему подчиняются другие, и не только потому, чтобы мы всегда считали других верными ценителями, лучшими судьями, а и потому так же, что самый факт подчинения других уже увеличивает силу этого человека и создает уверенность, что все так и сделается, как он хочет. Поэтому наше сознание зависимости от государства заставляет нас подчиняться не только тому, кто по нашему собственному убеждению является лучшим выразителем и истолкователем требований и интересов государства, но так же, и даже чаще тому, кому подчиняется значительнейшая или влиятельнейшая часть наших сограждан. Поэтому даже тогда, когда подчинение других имеет не политическое, а какое-нибудь другое, например, религиозное основание, оно все-таки может для нас возвысить политическое значение данной личности. Кроме того, нельзя упустить из внимания, что и чисто личные качества человека могут подчинять нас обаянию его личности. Ум, сила, энергия, родовитость, богатство составляют немаловажные шансы успеха и в политической карьере.

Таковы разнообразные основания, по которым в наших отношениях к государству мы подчиняемся суждению и воле других людей: личное их обаяние, зависимость от них значительной общественной группы, признание их нами самими лучшими выразителями и истолкователями требований государственного порядка. Но воля таких лиц не составляет сама государственной власти. Их воля, в силу тех или других условий, получает только возможность направлять так или иначе действие государственной власти. Государственная власть образует лишь объект их воли как сила, обусловленная сознанием зависимости от государства, т. е. от такого общественного союза, который своею совокупною силою охраняет нас извне – от других государств, а внутри – от частных насилий, обеспечивая существование мирного общественного порядка.

Тех, кто является в глазах людей истолкователем и выразителем властвующей над нами идеи, обыкновенно называют ее представителями. Так, ученых называют представителями науки, художников – представителями искусства, не думая, конечно, при этом олицетворять науку или искусство и приписывать им особую волю, только выражаемую учеными или художниками. В этом смысле и тех, кто представляется выразителем и истолкователем требований государства, мы назовем представителями государства без того, чтобы этим непременно присваивалась государству властвующая над нами воля. Государство, как и наука, может в глазах людей иметь своих представителей, не будучи наделено волей.

К пользованию государственной властью как силой, могущей служить осуществлению



человеческих интересов, стремится так или иначе каждый, и отдельные лица, и целые общественные группы, каждый по своему стараясь направить действия власти. Отсюда и по поводу пользования государственною властью, как по поводу пользования всяким другим объектом, возникает столкновение разнообразных, противоречащих друг другу, борющихся между собой интересов. Сознание такого столкновения интересов, такой борьбы их между собою приводит к потребности их соглашения, к выработке начал, которыми бы определялось их разграничение, словом, к выработке юридических норм, регулирующих пользование государственною властью.

Юридическая нормировка пользования государственною властью приводит к установлению прав на власть и соответствующих им обязанностей повиновения. Это вносит еще больше осложнения в отношения государственного властвования. При чисто фактических отношениях властвования, подчинение не есть обязанность, а факт. Я подчиняюсь в каждый данный момент тому, кто почему-либо возбуждает во мне сознание зависимости. Исчезает это сознание, прекращается и подчинение. В отношении же к имеющему право на власть подчинение составляет обязанность, обусловленную правом, а не фактической наличностью сознания зависимости. Распоряжениям полицейского подчиняются не потому, чтобы его считали лучшим выразителем требований государственного общения, не потому, чтобы ему подчинялись значительные общественные группы, не потому, чтобы он пользовался особым личным обаянием, а просто потому, что за ним признано право на осуществление определенных функций власти. Обязанность подчинения его велениям поддерживается, прежде всего, именно сознанием права, а затем угрозой наказания или других невыгодных последствий, связываемых с неисполнением законных распоряжений.

Те лица, за которыми признается право распоряжения в определенном отношении властью, называются органами государственной власти.

Так как то, что выполняется органом, называется вообще его функцией, то и те акты власти, на осуществление которых имеет право данный орган власти, также именуется функциями органа власти, а вне отношения к тому или другому отдельному органу, их осуществляющему, они именуется и просто функциями власти подобно тому, как и все вообще функции, осуществляемые отдельными органами живого целого, называются функциями органической жизни.

Осуществление функций власти, по их сложности, требует обыкновенно, совместной деятельности нескольких лиц и материальных средств. Поэтому органами власти являются по большей части не отдельные лица, а учреждения, имеющие более или менее сложный состав и устройство.

Обращаясь собственно к устройству государственных учреждений, мы видим, что из числа лиц, составляющих учреждение, одни решают, как именно распорядиться вверенной им функцией власти, другие – только содействуют так или иначе решающим. Поэтому организация государственных учреждений сама слагается из органов двоякого рода – *решающих* и *содействующих*.

Решающие органы и суть собственно прямые, непосредственные органы государственной власти, в тесном смысле слова органы власти (*Amt, pouvoir*). *Органы содействующие* не суть непосредственные органы государственной власти, а только содействуют решающим органам. Так, судья или судебная коллегия осуществляет функцию правосудия, канцелярия же и приставы содействуют им в этом, первая – подготавливая дело, последние, приводя в исполнение постановленный приговор.

Самое содействие может принимать три различные формы. Оно выражается или в *подготовке* дела собиранием фактических данных и справкой с законами, или в *даче совета* решающему органу, или, наконец, в *исполнении* постановленного решения. Поэтому содействующие органы подразделяются на *подготавливающие*, таковы канцелярии; на *совещательные*, таковы различные советы, комитеты и т. п.; и на *исполнительные*, каковы судебные приставы, исполнительные полицейские агенты, сборщики податей, войско и т. п. Подготавливающее учреждение собирает собственно материалы, данные для решения. Совещательное – предлагает проект самого решения. Исполнительное – применяет материальную силу к действительному осуществлению решения. Не всегда эти различные

функции осуществляются отдельными органами. Иногда один и тот же орган соединяет несколько из этих функций. Так, в судебных учреждениях отсутствует обыкновенно особый орган для совещательной функции; у мирового судьи почти отсутствует орган подготовляющий, так как канцелярия у него имеет весьма слабое развитие. В других случаях, напротив, эти содействующие органы получают чрезмерное развитие, можно сказать, гипертрофируются. Так, у нас все органы верховного управления суть органы, содействующие государю: Государственный совет, комитет министров, совет министров. Но, в той или другой степени, указанное различие отдельных категорий органов может быть замечено во всех государственных учреждениях – правительственных и судебных, безразлично. Так, отсутствие совещательного органа, замечаемое ныне в судебных учреждениях, не есть вовсе необходимое условие их организации. В Риме и в судах были совещательные органы в лице так называемых ассессоров. Дело в том, что в Риме судья не был вовсе юристом. Между тем, он не мог не чувствовать потребности в разъяснении юридических вопросов, и с этою целью он обращался за советом к сведущему юристу. Дача таких советов претору обозначалась словом *assidere* (отсюда *assesor*), и институт ассесуры с течением времени получил официальное признание. В организации парламента мы тоже найдем эти различные органы. Палаты являются органами решающими. Бюро, состоящее из председателя и секретарей – орган подготовляющий. Комиссии, которым поручается предварительное обсуждение законопроектов – совещательный. Приставы, квесторы – исполнительный. В министерствах решающий орган – сам министр, подготовляющий – департамент; совещательный – совет министра и различные технические совещательные комитеты; исполнительных органов министерства как центральные учреждения не имеют. Исполнительные органы состоят при местных органах министерства, например, акцизные надзиратели.

Обращаясь к устройству собственно решающих органов, мы находим три системы их организации. Во-первых, решающая власть может быть вручена одному определенному органу. Решающий орган может быть при этом организован двояким образом: или как орган *единоличный*, или как *коллегиальный*. Единоличная организация имеется в том случае, когда власть решения предоставлена одному лицу, хотя бы он и был окружен рядом содействующих органов. Поэтому в неограниченной монархии законодательная власть имеет единоличную организацию, хотя бы при государе и были совещательные учреждения. Коллегией называется совокупность лиц, которым предоставлено право решения по большинству голосов.

Большинство бывает *абсолютное*, когда для постановления решения требуется, чтобы какое-либо мнение имело за себя больше половины всех голосующих, и *относительное*, когда принятым считается мнение, получившее наибольшее, сравнительно с другими, число голосов, хотя бы оно и было менее половины общего числа голосующих. Абсолютное большинство бывает *простое*, когда достаточно перевеса хотя бы одного голоса, и *квалифицированное*, когда требуется определенное большинство, например,  $2/2$ ,  $3/4$ . Коллегиальная форма требует больших затрат материальных средств и ведет к более медленному производству, но зато более обеспечивает беспристрастное и всестороннее обсуждение дела. Единоличная организация дает учреждению большую подвижность. Но решающее значение в выборе той или другой формы имеет действительность или недействительность ответственности должностных лиц для обеспечения законности. Недействительность такой ответственности может обуславливаться или характером функций, например, законодательных и судебных, или формой правления (неограниченная монархия). В этих случаях необходимо дать органу такое устройство, которое восполнило бы недействительность ответственности, предупреждая возможность злоупотреблений. А такая форма и есть коллегия.

Во-вторых, власть решающая может быть предоставлена не одному какому-нибудь органу, а совместно двум или нескольким так, что каждый в своем решении связан согласием другого. Так, в Риме власть правительственная была вверена нераздельно двум консулам. Так, теперь власть уголовного суда вверяется совместно двум коллегиям, коронных судей и присяжных заседателей, однако, дело устраивается так, что одна из них решает вопрос о виновности, другая вопрос о наказании. Другой пример подобного рода: двухпалатная организация парламента. Иногда эти органы, осуществляющие совместно решающую власть, могут представлять различную организацию, причем один останавливает власть другого. Так, в

конституционных государствах решение законодательных вопросов вверено совместно парламенту (т. е. коллегии) и единоличному главе исполнительной власти.

Третья система устройства решающих органов есть *система инстанций*. При этой системе власть решения предоставляется одному органу, но решение его не признается окончательным, а может быть по требованию заинтересованных в том лиц или учреждений пересмотрено другим органом, являющимся в отношении к первому высшей инстанцией. Но тем не менее, низшая инстанция не получает от этого характер только подготовляющего органа. Она постановляет настоящее решение; за необжалованием оно получает окончательную силу, и высшая инстанция не может принять непосредственно к своему рассмотрению дело, не рассмотренное низшей инстанцией. Обыкновенное число инстанций 2 или 3. Наиболее широкое развитие эта система находит себе в судебных учреждениях.

Совещательные учреждения имеют обыкновенно коллегиальную форму, но отличаются от коллегии тем, что не имеют решающей власти. По своему характеру они представляют три различных типа. Во-первых, советы правительственные, персонал которых имеет за собой лишь известный *служебный опыт*. Во-вторых, советы экспертов, состоящие из представителей научных или технических *знаний*. В-третьих, советы с представительным характером, в состав которых входят представители местных, сословных, корпоративных или иных *интересов*. Советы правительственные учреждаются только при единоличных решающих органах. Советы представительные – только при таких решающих органах, в организацию которых не включен представительный элемент. Наконец, советы экспертов имеют место при всякой организации решающих органов. Совещательные учреждения нашли себе особенно широкое развитие во французской Конституции VIII г., которая в основу всей организации государства положила то правило, что действовать есть дело одного, а рассуждать – многих. Такая система представляет серьезные неудобства: такая организация советов, с одной стороны, не ограничивает возможности личного произвола, с другой – не может не ослабить ответственности решающего органа. Сказанное не применяется, однако, к советам экспертов, так как мнения их имеют совершенно специальное значение.

Органами подготовляющими являются бюро или канцелярии, но организация их не имеет общего юридического значения.

Органы исполнительные имеют весьма разнообразную организацию. Наиболее крупным исполнительным органом является войско, находящееся в непосредственном распоряжении главы исполнительной власти. Но для потребностей внутренней государственной жизни организуются и другие исполнительные органы, причем могут быть применены две различные системы: или каждому решающему органу придается особый исполнительный орган, или же исполнение решений всех решающих органов возлагается на один общий исполнительный орган (наша полиция). Первая система преобладает в Англии, вторая – на континенте, особенно в Германии, и у нас в России.

Таковы основные начала устройства государственных учреждений. Что же касается их личного состава, то в различные эпохи политического развития народов он представляется весьма различным. Можно вообще различить три главные эпохи в историческом развитии государственных учреждений. Первая эпоха – это эпоха их зачаточного состояния. Тут нет еще сколько-нибудь развитой системы постоянных, выделяющихся из общей массы народа государственных учреждений. Задачи государственного управления представляются в эту первую эпоху еще крайне не сложными и осуществляются непосредственно самим народом. Так, органом законодательной власти, органом суда, органом, подающим советы князю, является весь народ, собирающийся в непосредственное народное собрание; войском – тот же народ, собирающийся на войну. Князь и подчиненные военачальники – единственные обособленные органы этой эпохи. Но и они не выделяются резко из общей массы народа.

Вторая эпоха есть эпоха сословной организации. Управление государством тут становится делом особого сословия, дворянства, служилого сословия. Оно занимает все существующие должности по государственному управлению. Многие должности делаются при этом даже наследственным достоянием отдельных родов. Эта сословная организация, без сомнения, представляет, сравнительно с организацией предшествующей эпохи, значительный прогресс политической жизни. Сословие, специально призванное к службе государству, к участию в

управлении, естественно, в течение ряда поколений, посвящающих себя все одному и тому же делу, приобретает большую способность к осуществлению этого дела. Наследственная передача приобретаемых навыков, пример старших, семейные предания, самое воспитание, направляемое с малых лет, на приготовление государственных деятелей, все это обеспечивало дворянину большую способность к политической деятельности. С другой стороны, энергия, усердие, преданность делу усиливается при этом тем, что к общим побуждениям патриотизма, нравственного долга, материальной заинтересованности тут присоединялся специальный стимул – сословная и родовая честь.

Но, тем не менее, сословная организация с дальнейшим развитием общественным должна была неизбежно пасть. Она сама в себе носила начала разложения. Во-первых, учреждения, пополнявшиеся исключительно членами одного сословия, естественно являлись представителями не только государственных но и специально-сословных интересов, а потому они не могли не вызывать свою деятельностью неудовольствия других сословий, устранившихся от участия в государственном управлении. И по мере того, как сословия эти усиливались, они стремились добиться участия в политической деятельности. Во-вторых, распадение сословной организации вызывалось и самим развитием специализации той подготовки, которая требуется для государственной службы. По мере того, как прогрессивное развитие, разделение труда и разнообразия задач государственного управления увеличивалось все более и более, той общей подготовки, которая обуславливалась общим сословным духом, оказывалось недостаточно. Потребность в специальной технической подготовке чувствовалась все сильнее. В результате получилось образование особого класса лиц, для которого государственная служба получила значение профессии.

Таким образом, при новой организации государственного управления, долженствовавшей заменить собою прежнюю организацию, имели решительное влияние два новых факта: 1) стремление всех влиятельных членов общества устранить сословную замкнутость и изолированность должностных лиц государственного управления и подчинить их своему влиянию и 2) рождение особого класса профессиональных чиновников. Устранить это профессиональное чиновничество невозможно. Сложные задачи современного государственного управления требуют такой технической подготовки и такой затраты времени, каких можно требовать только от лиц, для которых государственная служба имеет значение профессии. Но, с другой стороны, для того, чтоб государственное управление не осуществлялось исключительно в узких интересах одного класса, непосредственно принимающего участие в нем в качестве должностных лиц, необходимо и остальным классам населения дать известное влияние и участие в отправлении функций государственного управления. В силу этого, состав современных государственных учреждений, естественно, является двояким. Государственные учреждения состоятся, во-первых, из лиц, посвящающих себя государственной службе, как *профессии*, и, во-вторых, из лиц, являющихся лишь *представителями* интересов других классов. Другими словами, в составе современных государственных учреждений различимы два элемента: элемент *профессиональный* и элемент *представительный*. Первый из них обеспечивает знание и опытность; второй противодействует рутине и духу сословности.

Эти два элемента в разной степени присущи всем различным органам государственной жизни. Отправление законодательства, управления, суда совершается одинаково при соучастии двух этих элементов. Соединение их совершается в различных формах. Иногда они получают совершенно раздельное существование и притом так, что организуется два отдельных, решающих органа, которым совместно поручается осуществление известной функции. Так, в конституционных государствах функция законодательная вверена совместно народному представительству и правительству. Функция суда вручается совместно коллегиям судей и присяжных. В других случаях два эти элемента образуют различные органы, но так, что один только из них есть орган решающий, а другой есть содействующий ему. Так бывает, когда при решающем органе, представляющем профессиональный элемент, имеется совещательное учреждение с представительным характером. От этой системы раздельной организации двух элементов отличается система их соединения воедино, в составе одного и того же органа. Если дело идет о коллегиальном органе, то это достигается тем, что коллегия составляется частью из

профессиональных чиновников, частью из выборных лиц, как это, например, мы видим в судебных коллегиях при системе шеффенов. При единоличной организации такое соединение достигается тем, что должность замещается лицом, соединяющим в себе оба элемента: и представительный, и профессиональный, как это, например, имеется при назначении должностных лиц, выполняющих профессиональные функции правительства и на неопределенное время, но из числа кандидатов, представляемых в определенном числе местным населением (пруссские ландраты, наши земские начальники).

## § 46. Форма государственного устройства

*Зверев.* Основные классификации государств. *Коркунов.* Русское государственное право. Т. I. 1893. С. 36–73.

Организация и состав государственных учреждений представляют весьма большое разнообразие и этим обуславливается разнообразие и в общем строе государств. Но при этом нельзя не заметить, что разнообразие это может быть сведено к нескольким основным типам. Определение этих типов и выяснение основания их и различия и составляет вопрос о формах государственного устройства или о формах правления.

Вопрос этот очень рано обратил на себя внимание, и самой старой классификацией форм правления представляется классификация, основанная на различии числа правящих лиц. Если высшее распоряжение государственною властью принадлежит одному – это монархия, если многим – это аристократия, если всем – демократия. Первое указание на такую группировку форм государственного устройства находится у Геродота в его рассказе о переговорах Отанеса, Мегабиза и Дария, какую форму правления установить в Персии после убийства Лже-Смердиса, и до сих пор это самая обиходная группировка, находящая себе сторонников и среди выдающихся представителей современной науки, как, например, Рошера. Однако при ближайшем исследовании в такой группировке оказываются весьма существенные неудобства, на которые обращал внимание уже Аристотель, но которые с особенной силой сказываются в применении к современным, крайне сложным формам государственного устройства.

Прежде всего, что надо понимать под правящими? Если тех, в чьих руках сосредоточено все распоряжение государственною властью, так, что все другие учреждения являются лишь содействующими или действующими по их полномочию, то под определение монархии, как правления одного, подойдет только неограниченная, абсолютная монархия. В конституционной монархии парламент не содействует только монарху и не от него получает свои полномочия, а напротив, является самостоятельным органом, ограничивающим монарха и опирающимся на полномочия, данные ему от народа. Если же под правящими разумеют тех, в чьих руках сосредоточено не все распоряжение властью, а только функции так называемой исполнительной власти, тогда большинство современных республик, имеющих единоличного главу исполнительной власти, президента, окажутся также подходящими под определение монархии. С другой стороны, под определение демократии как правления всех, не подойдет, в сущности, ни одно действительно существующее государство. Нигде к участию в осуществлении функции власти не допускается все население без исключений. Еще в древности могло казаться иначе, так как там лишённые политических прав были вместе с тем и вообще лишены правоспособности, находясь в положении рабов. Определяя демократию как правление всех, имели в виду всех свободных. Но в современных государствах все свободны и, однако, все-таки нигде все не участвуют в функциях власти. Даже там, где введена так называемая всеобщая подача голосов, правом голоса на политических выборах пользуется в действительности не более одной четверти всего населения. Из имеющих право голоса участвуют действительно в выборах не более двух третей. Следовательно, выборы совершаются там при участии едва одной шестой всего населения. Так как при этом избрание совершается по большинству голосов, положим 4/7, то избранные окажутся представителями всего 1/11 населения. К тому же и вообще число правящих есть признак совершенно случайный. Следуя ему, пришлось бы признать, что Россия во время совместного царствования

Иоанна и Петра перестала быть монархией и сделалась аристократической республикой.

Сознание непригодности числового основания классификации форм правления как слишком внешнего и случайного признака нередко приводило к другой крайности: к стремлению найти такое основание различия форм правления, которым определялись бы все характерные особенности государственной жизни. Так, Платон сводил различие формы правления к различию трех добродетелей: мудрости, мужества, умеренности, из которых то та, то другая преобладают в государстве. Аристотель основным различием форм правления считал различие правильных и искаженных форм, признавая правильными те, где личный интерес правителей, кто бы они ни были, подчинен общему интересу государства; искаженными, напротив, те, где преобладает личный интерес правителей. Монтескье обратил внимание на то, что движет государственную жизнь: на различие принципов, каковыми могут быть, по его мнению, или добродетель – в демократии, или умеренность – в аристократии, или честь – в монархии, или, наконец, страх – в деспотии. У Геерена различие форм правления сводится к различию положения в государстве отдельных лиц: являются ли они бесправными рабами (деспотия), подданными, наделенными только одними гражданскими правами (монархия), или гражданами, пользующимися и правами политическими (республика). Лоренц Штейн и Моль усматривали основу различия форм правления в отношении государственной власти уже не к отдельным личностям, а к обществу.

Все это, как выяснение характера государственной деятельности, представляется весьма ценным для науки. Для полной характеристики государства необходимо, конечно, выяснить его отношение к нравственным началам, к субъективным правам граждан, к другим общественным союзам, но все это, определяя содержание государственной жизни, не может быть основой различия форм его внешнего устройства.

По форме устройства все государства могут быть разделены, как это и признается издавна, на монархии и республики, но различие их не в числе правящих лиц, а в их юридическом положении.

В республике все лица, участвующие в распоряжении властью, ответственны от последнего избирателя до президента, стоящего во главе республики и призванного действовать от ее имени. В монархии, напротив, имеется и безответственный орган власти – монарх. Именно в этом различии ответственности и безответственности заключается различие президента республики и монарха, а не в объеме или характере их функций. Президент Северо-Американских Соединенных Штатов пользуется большею властью, нежели английская королева, но президент ответствен пред конгрессом и потому не монарх; английская королева, напротив, безответственна и потому, несмотря на всю ограниченность своей власти, остается все же монархиней.

Уже один факт осуществления, хотя некоторых функций государственного властвования безответственным субъектом, властвующим по собственному праву, а не по поручению, не может не придать всему государственному быту своеобразного склада. Юридическое отношение государственного властвования не может не меняться существенно, смотря потому, какими субъектами осуществляются функции власти, ответственными или безответственными? При существовании в государстве безответственного субъекта властвования некоторые юридические нормы, определяющие государственный порядок, по необходимости получают характер норм, лишенных санкции (*leges imperfectae*), опирающихся в своем действии лишь на религиозные, нравственные, бытовые основания, но не юридические. Поэтому в республике юридическая природа государственного властвования находит более полное и последовательное осуществление, чем в монархии. Республика представляется более чистым юридическим отношением. В монархии имеют относительно большее значение бытовые факторы. Но, с другой стороны, как бы олицетворение государственной власти в независимо поставленном монархе, как справедливо указал Штейн, более обеспечивает неподчинение государственной власти исключительным интересам господствующих общественных классов. Уже в силу этих двух условий различие монархии и республики нельзя не признать основным различием форм государственного устройства. А к нему присоединяется еще то, что глава государства, призванный представлять государство вовне и внутри, участвует более или менее во всех актах, совершаемых от имени государства, и в издании законов, и в отправлении

правосудия, и в управлении. Поэтому самостоятельность власти монарха и его безответственность оказывают некоторое влияние на все проявления государственного властвования. Монархический принцип требует, чтобы в государстве ничего не совершалось против и даже помимо воли монарха. От его имени отправляется правосудие, он назначает всех высших должностных лиц суда и управления; в отношении к законам ему принадлежит обыкновенно право абсолютного вето и всегда право их обнародования и обращения к исполнению. Все эти функции могут принадлежать и президенту республики, но, конечно, огромная разница, осуществляется ли он безответственным монархом или ответственным пред народом должностным лицом.

Безответственность монарха обуславливает, наконец, и существенные особенности в организации монархического правительства. Мыслимо и даже бывали случаи, что правительственные функции вручались совместно нескольким безответственным лицам. Но это явление исключительное. Властвование по собственному праву плохо мирится с разделением этого властвования между несколькими лицами. И в действительности, правительство в монархии всегда стремится принять единоличную форму. Республике, напротив, более соответствует коллегиальная организация правительства, так как этим лучше обеспечивается подчинение делегированной правительственной власти народу, и если в большинстве современных республик имеется единоличная организация, то это объясняется влиянием на них монархических идей. Там, где, как в Швейцарии, республиканское устройство является исконным, правительство имеет коллегиальную форму. Точно так же наследственная власть свойственна монархии, избирательная – республике. Только наследственная власть может быть вполне самостоятельна. Избирательные монархии образуют уже переходную форму, и в настоящее время их вовсе не существует. Но и в избирательных монархиях власть главы государства была, во всяком случае, пожизненная, а не срочная, как в республиках. Срочность власти неизбежно ведет к зависимости от избирателей. Поэтому-то в республиках глава правительства всегда избирается на определенный срок и обыкновенно на довольно короткий срок. Всего распространеннее четырехлетний срок по образцу северо-американской Конституции, самый долгий срок – десятилетний, как это было установлено французской Конституцией VIII г. для выбора консулов. Теперь президент во Франции избирается на 7 лет.

Таким образом, безответственное положение монарха, обусловленное тем, что он правит самостоятельно, по собственному праву, налагает определенный отпечаток на весь склад государственной жизни, и потому различие монархии и республики представляет действительно основное различие форм государственного устройства. Но, конечно, и монархический, и республиканский принцип могут быть осуществляемы с большею или меньшею последовательностью, и вследствие того получают различные разновидности каждой из этих основных форм политической организации.

Монархии могут принимать различные формы, смотря по тому, сосредоточивается ли вся государственная власть в руках монарха, так что все другие государственные учреждения действуют как органы монарха, по его поручению, или же, напротив, наряду с монархом, некоторая доля власти присваивается народу и его представителям. В первом случае при сосредоточении всей полноты власти в руках монарха получается абсолютная монархия; во втором – монархия конституционная, ограниченная соучастием народного представительства.

Разновидности республики не могут основываться на сочетании республиканского принципа с монархическим: раз существует монархическая власть, как бы она ни была ограничена, получится монархия, а не республика. Но и республиканские государства различаются по степени осуществления в них республиканского принципа: подчинения всех государственных учреждений народу. Чем шире непосредственное участие народа в осуществлении функции государственного властвования, тем менее самостоятельны действующие по уполномочию от народа учреждения. Сообразно с этим различаются чистые или непосредственные республики и республики представительные. Непосредственной республикой называется такое государственное устройство, где народу принадлежит право непосредственного участия в осуществлении законодательной функции. В представительных же республиках непосредственное осуществление всех функций властвования предоставлено уполномоченным от народа учреждениям, а самому народу непосредственно принадлежит

лишь право избрания своих представителей.

## § 47. Власть и право

*Ihering. Zweck im Recht. B. I. 1884. S. 176.*

Каково бы ни было государственное устройство, кем бы ни осуществлялись функции власти, человеческое сознание всегда стремится подчинить и акты властвования юридическим нормам. Интересам власти противопоставляют начала права. Подчиняясь сами власти, граждане требуют от органов власти подчинения праву, потому что как бы ни был высок интерес, связанный с существованием твердой и сильной власти, он не имеет все-таки исключительного характера, не поглощает собою других людских интересов. Сосредоточивая в своих руках исключительное право принуждения, государство тем самым обеспечивает гражданам мирный порядок их взаимных отношений. Отстаивая свою международную независимость и внешнее могущество, государство обеспечивает сохранение и развитие исторически выработавшейся национальной культуры. Но каково бы ни было значение мирного порядка своеобразной культуры, наряду с ним существует множество других интересов человеческих, могущих приходить с интересом власти в столкновение. Личность, сознающая себя самоцельной, не может примириться с принесением всех своих интересов в жертву поддержанию мирного порядка и национальной культуры, которые сами для нее представляются только средством. Поэтому личность естественно противопоставляет интересу власти свои особые, индивидуальные интересы, отстаивая и оберегая их. Это приводит к созданию юридических норм, разграничивающих сталкивающиеся интересы власти и отдельных личностей, так что и власть в своих проявлениях является ограничиваемой правом. Такое ограничение власти правом, и притом с развитием общественной жизни все более и более развивающееся, есть несомненный исторический факт. Нет правительства, которое бы не признавало за собою, хотя каких-либо юридических обязанностей, и чем выше стоит политическое развитие общества, тем круг таких обязанностей шире. Но вопрос в том, как объяснить это явление постепенного ограничения власти правом?

Для сторонников существования абсолютного естественного права вопрос этот решался очень просто. С их точки зрения личности прирождены права, независимые от государства, существующие помимо него, безусловные и неизменные, а потому неприкосновенные и для власти. В этих-то абсолютных, прирожденных правах личности и видели основу ограничения власти правом. Уважение к этим правам для государственной власти являлось тем необходимым, что само государство основывалось на свободном договоре отдельных личностей.

Но такая постановка вопроса должна была пасть вместе с падением учения об естественном праве. Теперь отвергается существование естественного права, принимается существование только положительного права, создаваемого историческим процессом развития человеческого общества, в котором государственная власть является одним из самых важных факторов. Каким же образом развитие правосознания общества, объединенного именно подчинением государственной власти, может привести к выработке и таких юридических норм, которыми ограничивается осуществление функций этой власти?

С точки зрения волевой теории власти, видящей в государственной власти единую надо всем в государстве господствующую волю, ограничение власти правом не может быть объяснено иначе, как соображениями целесообразности. Раз власть – над всем господствующая воля и нет естественного права, которое бы могло ограничить эту волю, ограничение власти правом объяснимо только как самоограничение властвующей воли в собственном интересе. Определеннее всего эта точка зрения была выражена Иерингом. Для него все право вообще, создаваемое исключительно государственною властью, есть лишь политика власти<sup>52</sup>. Поясняя

---

<sup>52</sup> Die Gewalt gelangt zum Recht nicht als zu etwas ihr Fremdem, das sie von ausserhalb vom Rechtsgefühl entlehnen und nicht als zu etwas Höheren, dem sie im Gefühl ihren Interiorität sich unterordnen müsste, sondern sie treibt das Recht als Mass ihrer selbst aus sich heraus das Recht als Politik Gewalt.



это определение, Иеринг указывает, прежде всего, что правомерность есть первое условие политической силы. Грубая физическая сила никогда не может иметь такого значения, какое имеет сила, действующая согласно с указанием разума, соблюдающая известного рода политику. Лучшая политика, по мнению Иеринга, есть правомерность. Понять это весьма не трудно. В самом деле, государственная власть, стесняя, ограничивая себя, ради правомерного образа действия, не может вместе с тем не укреплять себя, потому что это ограничение усиливает, прежде всего, правовое чувство в обществе. Нет сомнения, что главная опора всякой государственной власти есть не что иное, как высокое развитие чувства законности. Государственная власть никогда не может опираться исключительно на физическую силу уже потому, что правительство в каждом государстве всегда является меньшинством в обществе. Вот почему наиболее важною опорой для власти является чувство законности: оно побуждает граждан исполнять веления законодателя и служить гарантией того, что предписания закона будут исполняться гражданами даже в тех случаях, когда им приходится стеснять себя в своих отношениях к государственной власти. Понятно, что это чувство законности, с одной стороны, составляет основную силу для правительства, заставляя подданных добровольно подчиняться его велениям, а с другой стороны, заставляет государственную власть ограничивать себя в своих действиях, потому что деспотическая государственная власть является главным препятствием для развития чувства законности. Для того, чтобы в обществе сложилось чувство законности, необходимо, прежде всего, чтобы закон исполнялся строго теми людьми, которые стоят выше всех в обществе, т. е. органами правительства.

Рядом с указанным соображением, в силу которого правительство, в видах развития чувства законности, не должно нарушать наиболее важных прав граждан, является другое основание, в силу которого закономерная власть является наиболее целесообразною и политичною. Рядом с чувством законности второю основою силы всякой государственной власти является правильная организация. Действительно, правильная организация дает большую экономию силы и является, таким образом, одним из оснований силы государственной власти. Между тем правильная организация в государстве может быть достигнута только под условием строгой законности, строгого подчинения и органов власти раз установленным законом.

Таким образом, по мнению Иеринга, существует два основания самоограничения власти правом, а именно: 1) то, что государственная власть, ограничивая самую себя правом, тем самым усиливает в обществе чувство законности, которое является главным основанием ее силы, и 2) то, что, устанавливая обязательность юридических норм не только для отдельных граждан, но и для своих органов, государственная власть вместе с тем получает правильную организацию и тем экономизирует свои силы.

В этих объяснениях Иеринга, без сомнения, заключается значительная доля истины. Дальновидные, понимающие свое положение представители власти, конечно, и в собственном интересе ограничивают свое властвование, чтобы тем более упрочить его. Но из этого не следует еще, чтобы все явления ограничения власти правом можно было объяснить, как сознательное самоограничение власти в собственном интересе. Это противоречит, прежде всего, самим же Иерингом выставленному учению о том, что право развивается не само собой, мирно, а как результат борьбы интересов. Если право есть результат борьбы противоречивых интересов, оно не может быть просто самоограничением власти. История развития государственного порядка действительно свидетельствует нам, что правомерность властвования, законность управления лишь в редких, исключительных случаях устанавливается свободным актом самих органов власти. В большинстве случаев ограничение власти правом дается дорогой ценой упорной борьбы различных элементов общества между собой. И, во всяком случае, ограничение власти правом в общем сознании не представляется только вопросом целесообразности, следовательно чем-то факультативным, а, напротив, признается должным, обязательным, независимым от усмотрения отдельных конкретных органов власти.

Понимание власти как силы, обусловленной не волею властвующего, а сознанием зависимости подвластных, дает само собой объяснение ограничения осуществления функций

власти правом как объективного факта, независимого от сознательных расчетов целесообразности со стороны самих органов власти.

Если властвование опирается на сознание зависимости граждан от государства, это не может не определять содержания актов властвования, их рамок и условий. Они не могут тогда определяться исключительно волею властвующего. Для того, чтобы орган власти мог в своей деятельности опереться на сознание подчиняющихся их зависимости от государства, необходимо, чтобы его действия находились в известном соответствии с этим сознанием подвластных, с теми представлениями, какие они имеют о государстве, об его отношении к праву, к личной и общественной свободе. Власть государства простирается лишь настолько, насколько граждане сознают себя от него зависимыми. Поэтому всякое сознание личной или общественной свободы непременно обуславливает соответственное ограничение государственной власти.

Таким образом, ограничение власти правом устанавливается не потому только, что дальновидные представители власти сознательно ограничивают себя правом граждан по соображениям целесообразности, а потому так же, и притом, главным образом, потому, что сознание зависимости от государства, служащее основой его власти, никогда не бывает безграничным, безусловным, и с развитием общественной жизни, с образованием наряду с государством множества других обществ, с успехами международного общения, сознаваемая нами зависимость от государства становится все ограниченнее и условнее. Властвование над нами государства и ограничение этого властвования правом имеют одно и то же общее основание в нашем сознании, в сознании зависимости от государства и в сознании целого ряда интересов, противопоставляемых интересам власти и требующих определенного с ними разграничения.

## § 48. Совместность властвования

*Ворошилов.* О разделении властей. 1874. *Fuzier Herman.* La séparation des pouvoirs. *Коркунов.* Указ и закон. 1894. С. 193–227.

Люди сознают себя зависимыми от государства не безусловно и не безгранично и потому, сознавая необходимость подчинения власти, признают вместе с тем, что органы власти обязаны в осуществлении своих функций подчиняться юридическим нормам, разграничивающим, между прочим, интересы власти с другими интересами, составляющими содержание общественной жизни. Таково общее и последнее основание ограничения власти правом. Но в сколько-нибудь развитом государстве властвование проявляется в столь многообразной и сложной деятельности многочисленных государственных учреждений, что одного сознания необходимости ограничения власти правом еще недостаточно, чтобы, в действительности все акты властвования совершались правомерно. Для этого надо отдельные органы власти поставить в такое положение, чтобы, если не сделать вовсе не возможным, то, по крайней мере, по возможности затруднить неправомерное с их стороны осуществление функций власти.

К теоретическому выяснению условий достижения этой цели обратились лишь в новое время, когда в политических теориях вообще был выдвинут на первое место вопрос об отношении государственной власти к индивидуальной свободе. Таково именно значение известного учения Монтескье о разделении властей, как единственном средстве обеспечения свободы.

Изложение этого учения содержится в XI книге «Духа законов» (1748 г.) «О законах, устанавливающих политическую свободу, в ее отношении к конституции». Различные государства, – говорит Монтескье, – преследуют разные цели: Рим – расширение владений; Спарта – войну; Иудея – религию; Марсель – торговлю; Китай – общественное спокойствие; Родос – мореплавание; государства диких – естественную свободу; государства деспотические – удовольствие государя; монархии – славу государя; Польша – независимость каждого частного лица, отчего проистекает порабощение всех. Но есть так же на свете один народ, прямою целью которого является политическая свобода. Народ этот – английский: он

выработал такую государственную организацию, которою лучше всего обеспечивается свобода.

В каждом государстве имеются три власти: 1) законодательная, 2) исполнительная, по отношению к делам, определяемым международным правом, и 3) исполнительная в отношении того, что определяется гражданским правом. В силу первой власти, издаются законы временные или постоянные; в силу второй – решается война и мир, посылаются посольства, обеспечивается безопасность, предотвращаются нашествия; в силу третьей власти, наказуются преступления и судятся тяжбы частных лиц: это власть судебная.

Если в одном и том же лице или в одном и том же учреждении законодательная власть соединена с исполнительной, то свободы нет, ибо можно опасаться, что тогда одно и то же учреждение будет издавать тиранические законы, чтобы тиранически их исполнять. Нет так же свободы там, где судебная власть не отделена от законодательной и исполнительной. Если бы она была соединена с законодательной, власть над жизнью и свободой граждан была бы произвольна, так как судья был бы законодателем. Если бы она была соединена с исполнительной властью, судья мог бы иметь власть притеснителя. Все было бы потеряно, если бы одно и то же лицо или одно и то же учреждение, из кого бы оно ни состояло, осуществляло все эти три власти. Такое правительство имело бы, как исполнитель законов, такую же полноту власти, какую оно имеет как законодатель. Оно могло бы опустошить государство своими общими мерами (*par ses volontés générales*) и, имея власть судебную, оно могло бы уничтожить каждого отдельного гражданина своими частными решениями (*par ses volontés particulières*).

Всякий, имеющий власть, стремится ею злоупотреблять; он всегда простирает свою власть так далеко, как может. Поэтому, для устранения произвола, необходимо поделить власть между различными учреждениями так, чтобы власть одного останавливала, сдерживала власть другого.

Судебная власть не должна быть вручаема постоянному учреждению, но осуществляется лицами, призываемыми из народа в определенные сроки, чтобы образовать суд, который существует лишь временно. При этом власть столь страшная, не будучи приурочена ни к определенному сословию, ни к определенной профессии, делается как бы невидимой и ничтожной. При таком порядке не видят постоянно перед собой судей и боятся суда, а не судей. Две другие власти, напротив, могут быть вручены постоянным учреждениям, так как они не имеют дела с отдельными частными лицами. Так как в свободном государстве каждый человек, имеющий свободную душу, должен управлять сам собой, то законодательная власть должна бы принадлежать всему народу; но так как это в больших государствах невозможно, а в малых представляет большие неудобства, то надо, чтобы народ осуществлял ее через своих представителей. Но в каждом государстве есть люди, выдающиеся по своему происхождению, богатству, славе. Если бы они были смешаны с массой населения, и если бы они имели лишь такой же голос, какой и другие, общая свобода была бы их рабством, и они не имели бы никакого интереса отстаивать ее. Участие их в законодательной власти должно быть пропорционально другим преимуществам, какими они пользуются в государстве; а это будет достигнуто; если они образуют особую палату, которая имела бы право останавливать решения палаты представителей, точно так же, как и палата представителей – ее решения. Таким образом, законодательная власть должна быть вручена совместно и палате вельмож, и палате представителей. Это представляет еще одно удобство: так как судебная власть как бы уничтожается, будучи лишена постоянного представителя, то остаются только две власти, законодательная и исполнительная, и обе нуждаются в третьей, регулирующей власти, которая бы их умеряла. Эту функцию с большим успехом может выполнить верхняя палата. Власть исполнительная должна быть в руках одного монарха, так как эта власть, требующая быстрого действия, лучше может быть осуществляема одним, нежели многими.

Эта теория Монтескье сделалась очень скоро весьма популярной. Не оставаясь только теорией, она была перенесена и в практическую жизнь и послужила главным руководящим началом для составления американских и европейских конституций конца прошлого и начала настоящего столетий. Но весьма скоро именно эти практические попытки последовательного проведения начала разделения властей, оказывающиеся на деле неосуществимыми, привели к сомнениям в безусловной правильности теории Монтескье. К тому же и более внимательное изучение самой английской конституции показало, что и там нет того строгого обособления

трех властей, какое думал найти автор «Духа законов». Парламент на деле далеко не ограничивается одной законодательной функцией, а распространяет свое непосредственное влияние на все государственное управление.

Все это привело к разнообразным попыткам исправить теорию Монтескье. Из них наиболее заслуживающими внимания представляются учения Б. Констана и Гегеля.

Констан полагал, что органом исполнительной власти являются только министры, а король есть орган особой умеряющей власти (*pouvoir modérateur*<sup>53</sup>). Король занимает особое место, выше различия мнений, не имея другого интереса, как поддерживать порядок, свободу, оставаясь недоступным никакой страсти. Высокое положение монарха должно сообщать ему спокойствие и вселять в его душу такое чувство мира (*sentiment de repos*), какое не может выпасть на долю никакому лицу, занимающему низшее положение. Он парит (*plane*), так сказать, над человеческими тревожениями и верх совершенства (*chef d'oeuvre*) политической организации заключается именно в том, что, таким образом, в среде несогласий, без которых не существует никакая свобода, создается неприкосновенная сфера твердости (*securite*), величия, беспристрастности, позволяющая этим несогласиям, раздорам, развиваться безопасно, покуда они не нарушают известных границ, и прекращающая их законными способами, как только эти границы будут нарушены. Так, когда опасность является со стороны министров, король сменяет их. Грозит ли упорным сопротивлением наследственная палата, король назначает новых пэров. Принимает ли угрожающее положение палата общин, король ее распускает. Наконец, против несправедливости актов судебной власти у короля имеется средство в праве помилования.

Гегель, подобно Констану, выделяя короля как особую объединяющую власть, полагал, что судебная и исполнительная власти должны быть рассматриваемы как подразделения одной и той же власти. Исходя из противоположения категорий общего и частного, он признавал, кроме королевской, только две власти: власть определять общее, или власть законодательную, и власть подведения частных случаев под общее правило – власть правительственную, действующую как суд и как администрация<sup>54</sup>.

Едва ли, однако, в таких попытках исправления принятой у Монтескье классификации функции властвования можно видеть действительное развитие научной теории.

Так, прежде всего никак нельзя согласиться с необходимостью соединения воедино исполнительной и судебной функций. Уже последовательный ход исторического развития государственной жизни говорит против такого признания судебной власти лишь частной отраслью исполнительной. Судебная власть отделяется от исполнительной раньше, чем законодательная, так что с генетической точки зрения скорее законодательную и исполнительную можно рассматривать как разветвления единой правительственной власти. К тому же разграничение функции законодательства и исполнения проводится с гораздо меньшей строгостью, чем разграничение судебной функции от законодательной и исполнительной. Законодательная власть нередко уполномочивает исполнительную власть за нее осуществлять законодательные функции, но никогда не дает таких полномочий суду.

В самом характере функций гораздо больше сходства между законодательной и исполнительной, нежели между исполнительной и судебной властью. Законодательство, как и исполнение, имеет дело с будущим. Они призваны созидать нечто новое, имеют творческий характер. Судебная власть, напротив, имеет дело с прошлым. Ее дело не устанавливать новое право, а только охранять существующее. Характер судебной деятельности поэтому существенно консервативный. Затем суд руководится в своей деятельности исключительно началами права, законодательство и исполнение, напротив, главным образом – началами целесообразности. Право для них служит только внешней границей, но не началом, определяющим внутреннее содержание их деятельности.

Это различие функций отражается и на организации учреждений, призванных их осуществлять. И в организации учреждений гораздо больше сходства между законодательными

<sup>53</sup> Constan. Principes du politique. 1815. Ch. II.

<sup>54</sup> Grundlinien der Philosophie des Rechts. § 273.

и исполнительными, чем между исполнительными и судебными. В основу организации судебных установлений кладется начало их независимости, и притом как от правительства, так и от общества, потому что только при этом условии суд может в своей деятельности руководствоваться исключительно началами права. Законодательные и исполнительные учреждения организуются так, что являются зависимыми.

Народное представительство и организация самоуправления устанавливают зависимость от общества. Министерская ответственность устанавливает зависимость исполнения от законодательств. Наконец, вся организация административных учреждений построена на внутренней иерархической зависимости отдельных органов, так что низший действует по прямым указаниям высших. Судебные же установления все, даже самые низшие, постановляют свои решения совершенно самостоятельно, ничьим указаниям не подчиняясь.

Особенности судебной деятельности так характерны, что привели к выделению особой науки, имеющей своим предметом судоустройство и судопроизводство. Напротив, изучение организаций законодательной и исполнительной власти никогда и нигде не выделяются в особые науки и всегда изучаются совместно, составляя содержание одной и той же науки государственного права.

Дополнение принятой Монтескье классификации особою умеряющею и объединяющею властью приводит собственно к совершенному отрицанию основной идеи Монтескье: умерения властвования посредством распределения отдельных его функций между различными учреждениями. Монтескье утверждает, что именно такое распределение оказывает умеряющее действие и дает в результате гармонию. Если это так, существованию особой умеряющей и объединяющей функций не может быть места. Гармоничность и умеренность властвования, по учению Монтескье, достигается только надлежащим распределением отдельных функций властвования. Поэтому и решение вопроса о том, возможно ли существование особой объединяющей и умеряющей функций властвования, всецело зависит от того, верна основная идея Монтескье или нет. Между тем, именно вопрос об обеспечении свободы надлежащим распределением функций властвования после Монтескье вовсе не подвергался дальнейшей разработке и выяснению.

Сам Монтескье выразил эту идею не в общей, а в частной форме. Отправляясь от установившейся истари троичной классификации функций властвования, он говорит, что свобода обеспечивается обособлением именно *этих* и *только* этих трех функций. А последователи Монтескье еще усилили эту связь его идеи с данной классификацией функций властвования, пытаясь философски обосновать ее как нечто необходимое, безусловное, всегда и везде существующее.

Эти попытки должны быть признаны в корне своим ошибочными. Элементы государственного властвования не могут быть сведены, к какой бы то ни было абсолютной, неподвижной схеме. Элементы властвования, его функций образуются и развиваются вместе с развитием государственной жизни. Они представляют собою не логическое расчленение отвлеченного понятия власти, а постепенную дифференциацию государственного властвования как конкретного явления. Три власти, которые различает Монтескье, не составляют необходимой принадлежности каждого государства. Когда юридический быт определялся всецело обычаем, законодательства вовсе не было. Эта функция вовсе не осуществлялась тогда государством. Она является лишь со временем, как следствие большого развития государственной жизни. Но, конечно, и на таком обособлении трех функций развитие государственной жизни не останавливается. Чем шире разрастается деятельность государства, чем сложнее становятся его задачи, тем разнообразнее оказываются и формы властвования, его элементы функций. Было время, когда государственное властвование вовсе не выражалось в установлении общих правил; теперь государство устанавливает их не в одной только форме, а во многих разнообразных: в конституциях, законах, указах.

Если с развитием государственной жизни развиваются и усложняются и самые функции государственного властвования, то, конечно, нельзя связывать обеспечения свободы и законности с распределением лишь трех определенных функций власти. Свобода обеспечивается надлежащим распределением не тех или других определенных функций властвования, а вообще распределением между различными учреждениями отдельных функций

власти, как бы они не разветвлялись в каждый данный момент исторического развития государства.

Не в частных поправках, а именно в таком обобщении нуждается теория Монтескье, чтобы стать теорией, действительно объясняющей все пестрое разнообразие форм распределения функций властвования между различными учреждениями.

Монтескье представляет дело так, будто взаимное сдерживание органов власти возможно только при распределении между ними различных функций власти и притом именно только трех определенных функций: законодательства, исполнения, суда. Между тем, ни с тем, ни с другим нельзя согласиться.

Нельзя, прежде всего, признать, чтобы взаимное сдерживание органов власти, обеспечивающее в государстве свободу, установлялось только при распределении между ними различных функций власти. Почему, в самом деле, взаимное сдерживание органов власти обеспечивает свободу? Потому, говорит Монтескье, что каждый имеющий власть склонен ею злоупотреблять: для того, чтобы нельзя было злоупотреблять властью, надо, чтобы власть сдерживала власть. Но злоупотребление властью состоит, конечно, в том, что орган власти осуществляет предоставленную ему функцию власти не в интересах государственного порядка, а в своем личном интересе. При таком осуществлении функций власти зависимость от государства превращается в личную зависимость от органов власти, и этим, конечно, нарушается свобода граждан, так как они оказываются зависимыми уже не от объективных условий общественной жизни, приводящих к зависимости человека от государства, а от субъективного произвола отдельных органов власти, эксплуатирующих действие государственной власти в своем личном интересе.

Нельзя, безусловно, устранить возможность таких злоупотреблений. Осуществление функций государственной власти невозможно иначе, как чрез посредство органов, составленных из людей, никогда не чуждых своих личных страстей, интересов, стремлений. Поэтому всегда возможно в деятельности органов власти столкновение личных интересов с общими интересами государственного порядка, и всегда имеется опасность, что личные интересы, как более близкие, более живые, более непосредственно влияющие на людей, возобладают над государственными, как более отдаленными и отвлеченными. Изменить человеческую природу, искоренить из человеческой души личные страсти и интересы, конечно, невозможно. Обозначения общих государственных интересов приходится поэтому искать в такой организации государственного управления, чтобы разнообразные и противоречивые личные стремления людей сами парализовали друг друга. Эта цель может быть достигнута, если осуществление функций власти будет вверено не одному лицу, а многим совместно, так, чтобы ни один значительный акт властвования не зависел исключительно от чьей-нибудь индивидуальной личной воли. У разных лиц личные интересы обыкновенно различны и потому, стремясь каждый к осуществлению своего особого личного интереса, они будут противодействовать друг другу и тем ослаблять влияние односторонних личных интересов, которые будут, в силу их противоречия, как бы взаимно уничтожаться. Общие же государственные интересы будут одинаковы у всех и потому в совместной деятельности многих они не парализуются, а, напротив, освобождаются от противодействия взаимно уничтожившихся личных интересов, получают тем большее влияние.

Но такой результат достигается не только при осуществлении различными органами различных функций власти, но точно так же и при осуществлении различными органами совместно одной и той же функции. Сдерживают друг друга не только законодательные, правительственные и судебные органы, но точно так же и два римских консула, наделенных совершенно одинаковыми полномочиями власти. Каждый из них, именно в силу того, что оба они были наделены одинаково равною властью, мог остановить действия и распоряжения другого. Следовательно, хотя оба консула выполняли одну и ту же функцию, между ними существовало разделение власти, приводившее к их взаимному сдерживанию друг друга.

Такой же, в сущности, характер имеет и соотношение в современных конституционных государствах двух палат парламента с тем только отличием, что постановление одной палаты ни в каком случае само по себе недостаточно, а требуется непременно согласное постановление обеих палат.

В приведенных примерах одна и та же функция осуществляется несколькими органами совместно так, что все совместно властвующие органы пользуются одинаковой, равной властью. Между ними нет соподчинения. Но бывает и так, что различные органы, осуществляющие совместно одну и ту же функцию, находятся друг к другу в отношении соподчинения. Такой характер имеет соотношение соподчиненных друг к другу инстанций, осуществляющих одну и ту же функцию власти. И тут имеется совместное осуществление одной и той же функций многими органами, но с той особенностью, что только высшие инстанций могут остановить действия низших, а не наоборот, и что деятельность инстанций не одновременная, а последовательная. Но, конечно, и различные инстанции, наделенные различной степенью власти, но одинаковой компетенцией, сдерживают друг друга в своей деятельности.

Таким образом, взаимное сдерживание отдельных органов власти получается не только при осуществлении различных функций власти различными органами, но точно так же и при совместном осуществлении одной и той же функций несколькими органами. Однако и этим еще не исчерпываются возможные способы установить взаимное сдерживание тех волей, которыми определяется и направляется действие государственной власти.

Органы власти обыкновенно представляются учреждениями, состоящими из нескольких личностей. Даже при единоличной организации учреждений обыкновенно только собственно решающая власть принадлежит одному лицу, обставленному, однако, более или менее значительным числом других, содействующих ему в осуществлении его функций. Решающему органу содействуют совещательные, докладывающие, исполняющие органы, состоящие всегда из нескольких лиц. Степень влияния каждого отдельного лица на деятельность учреждения определяется как его устройством, например, коллегиальным или единоличным, так и порядком делопроизводства. Влияние отдельных членов коллегии меняется, например, в зависимости от того, как решаются дела: единогласно или по большинству голосов, относительным большинством или абсолютным, простым или квалифицированным, открытым голосованием или тайной баллотировкой. При одном и том же составе коллегии могут получиться неодинаковые решения, если будет применен различный порядок делопроизводства. Точно так же и различные формы участия различных содействующих органов, совещательных и докладывающих, не могут не влиять в известной степени на характер решения, постановляемого решающим органом. Так, хотя, например, у нас все дела верховного управления разрешаются властью монарха, но все-таки на деле имеет большое значение, как дело будет направлено: чрез Государственный совет, чрез комитет министров, или личным докладом отдельного министра. Характер решения в значительной степени определяется тем, в каком освещении дело будет представлено содействующими органами.

Итак, когда в одном и том же учреждении применяются различные формы делопроизводства, решения получаются в зависимости от того не одинаковые. Искусственно образуемая воля учреждения как бы дробится. У одного и того же учреждения, но действующего различным порядком, получается, так сказать, несколько различных волей. И явление это объясняется, конечно, тем, что при различных формах делопроизводства преобладающее влияние на решение получают то те, то другие лица, входящие в состав учреждения и имеющие различные убеждения и интересы. Поэтому, когда различные вопросы, входящие в круг компетенции данного учреждения, разрешаются ими различным порядком, этим так же устанавливается своего рода взаимное сдерживание различных волей, взаимодействием которых определяется деятельность учреждения. Тут получается также своего рода разделение полномочий власти, но уже не между различными учреждениями, а в одном и том же органе, между различными порядками его деятельности.

Подобного рода разделение полномочий власти в одном и том же органе, приводящее, однако, также к взаимному сдерживанию имеется, например, в тех случаях, когда издание и конституционных, и обыкновенных законов вверяется одному и тому же законодательному учреждению, но только различным порядком. Полноте законодательной власти парламента тут не устанавливается ограничений, издание конституционных законов не обособляется как функция другого органа власти. Но все-таки изменение конституционных законов этим затрудняется, и тем самым устанавливается известная сдержка законодательной деятельности парламента.

Такой же характер имеют и те случаи, когда в абсолютной монархии для издания законов устанавливается особый порядок, отличающийся от того, как издаются другие высочайшие повеления. Абсолютный монарх обладает такою же полнотою власти, как и парламент, наделенный и учредительной властью. Но раз силу закона получают лишь те повеления монарха, которые изданы особо определенным для того порядком, это все-таки вносит в осуществление его власти некоторую внутреннюю сдержку, обеспечивая некоторое влияние на издание законов, например, того совещательного учреждения, мнение которого должно быть предварительно выслушано по каждому законодательному вопросу.

Итак, взаимное сдерживание воль; участвующих в распоряжении государственной власти, может быть установлено не одним только способом – разделением различных функций между различными органами, а тремя способами: разделением отдельных функций между различными органами, совместным осуществлением одной и той же функции несколькими органами и осуществлением различных функций одним органом, но различным порядком.

Так как во всех этих случаях взаимное сдерживание получается вследствие той или другой формы совместного участия в осуществлении актов властвования нескольких различных воль, то все эти случаи можно подвести под одно общее понятие *совместности властвования*. Взаимное сдерживание в актах властвования достигается посредством совместности властвования, осуществляемой в трех указанных формах.

Различные формы совместности властвования не с одинаковой силой устанавливают взаимное сдерживание воль, распоряжающихся государственной властью. С наибольшей силой такое сдерживание проявляется при совместном осуществлении несколькими органами одной и той же функции. При этом каждый из органов обладает совершенно одинаковыми полномочиями власти и потому каждый акт одного из них может быть задержан другим. Когда различные функции осуществляются различными органами, взаимное их сдерживание принимает менее прямой характер. Полномочия друг друга сдерживающих органов тут уже не одни и те же, а разнородные. Каждый из органов в осуществлении своей функции является вполне самостоятельным, свободным и взаимное их сдерживание устанавливается не прямо, а косвенно, в зависимости от того, насколько осуществление распределенных между ними отдельных функций власти друг другом обусловлено. Так, например, при отделении законодательной власти от исполнительной, исполнительная власть в своей деятельности лишь настолько сдерживается законодательной властью, насколько самое исполнение обусловлено законодательством. В осуществлении своих дискреционных полномочий исполнительная власть свободна от такой сдержки. Еще более мягкую форму принимает взаимное сдерживание, когда одним и тем же органом различные функции осуществляются различным порядком. В этом случае взаимное сдерживание получает характер не противопоставления друг другу вполне самостоятельных воль, а только взаимного их влияния, причем воли эти могут, как, например, при соотношении решающих и содействующих органов, и не быть равноправными, а находиться в отношении соподчинения.

Указанные три формы совместности властвования могут быть и соединяемы одна с другой, образуя разнообразные комбинации, и порождая тем большую пестроту в функциях отдельных органов.

Обособленные функции власти могут быть самыми разнообразными способами распределяемы между различными органами, так что у одного и того же органа могут оказаться весьма разнородные функции. Это противоречит специализации деятельности отдельных органов, но не ослабляет вовсе их взаимного сдерживания. Мы показали уже, что совместность властвования есть начало прямо противоположное разделению труда. Поэтому она вовсе не предполагает непременно специализации функции органов власти, так, чтобы отдельный орган осуществлял только строго однородные функции. Сложная совместность предполагает лишь расчленение отдельных актов властвования на их составные элементы и осуществление различных элементов одного и того же акта властвования непременно различными органами, так чтобы они сдерживали друг друга. Но при этом возможно, что один и тот же орган будет в различных случаях выполнять совершенно разнородные функции. Если, например, законодательный орган, кроме издания законов, пользуется правом утверждения бюджета и привлечения министров к ответственности, функции его, конечно, делаются менее



однородными, специализация ослабляется, но случаи проявления взаимного сдерживания отдельных органов власти умножаются, так как в большом числе вопросов требуется при этом согласие исполнительной и законодательной власти. Такое же значение имеет и участие, например, главы исполнительной власти в законодательстве, посредством осуществления права вето. Его функции становятся от того менее однородными, но возможность взаимного сдерживания законодательного и исполнительного органа расширяется.

Таким образом, при возведении начала разделения властей к более общему началу совместности властвования, явления действительной политической жизни, несогласимые с разделением властей, противоречащие ему, оказываются вполне объяснимыми обобщенным началом совместного властвования.

Но нет ни одного государства, где бы законодательство, исполнение, суд были строго обособлены друг от друга. И в тех государствах, конституции которых провозглашают безусловное разделение властей, на деле оно не могло осуществиться. Исполнительная власть везде не только исполняет законы, но и сама устанавливает общие правила, не исключая и юридических норм, осуществляет и некоторые судебные функции. Законодательные учреждения издают не одни законы в материальном смысле, а также и административные распоряжения, только облеченные в форму законодательных актов, и, кроме того, пользуются всегда и некоторой долей судебной власти. Все это находится в прямом противоречии с принципом обособления трех властей. Но общее начало совместности властвования объясняет собою и эти явления как частные случаи разнообразных проявлений совместности властвования.

## **Книга четвертая Положительное право**

### **Глава I Источники положительного права**

#### **§ 49. Понятие положительного права**

Существующее между людьми постоянное общение приводит к объективированию нашего правосознания. Юридические нормы, первоначально вырабатываемые субъективным сознанием, под влиянием условий общественной жизни получают внешнее объективное выражение в сложившихся обычаях, в установившейся судебной практике, в издаваемых органами государственной власти законах. Все эти внешние формы права в своем существовании уже не зависят от субъективного сознания. Обычай, судебная практика, законодательство представляются нашему сознанию как нечто объективно данное, от нашего сознания не зависящее. Сами изменения законов, обычаев, судебной практики как явлений общественной жизни, совершаются не по законам явлений субъективного духа, а по особым законам общественности. Между тем и с образованием обычаев, судебной практики и законов субъективное правосознание не уничтожается. Оно продолжает развиваться, как необходимое проявление индивидуальной психической жизни, и, как более подвижное и подчиненное своим особым законам, не может не расходиться с выразившимся в объективных формах правом. Отсюда получается неизбежно некоторое раздвоение права: юридическим нормам, выразившимся в обычаях, судебной практике, законодательстве, нормам *положительного права*, противопоставляется свободно развивающееся субъективное правосознание.

Такое раздвоение, выражающееся в противопоставлении положительного права и субъективного правосознания, проявляется не в одном только праве, а сказывается под влиянием условий общественности во всех сторонах человеческой жизни. С развитием общественности, наряду с субъективными условиями человеческой деятельности, личными качествами, личным знанием, личную опытностью, все большее и большее значение получают

объективные условия так называемой *культуры*, т. е. именно совокупность условий, создаваемых постепенным, преемственным общественным развитием, условий, представляющих собою все то, что накоплено совокупной работой сменявших друг друга прошлых поколений, и, следовательно, являющихся как бы капитализацией их общей деятельности. Но возрастающее значение культуры, этого исторического наследия всего пережитого обществом, не может заслонить собою значения индивидуального, личного, этого залога дальнейшего развития. Плодотворная деятельность возможна только согласно условиям исторически выработавшейся культуры, но творческим деятелем всегда является отдельная личность. Культура – это как бы капитал, накапливаемый трудом и не могущий сам собой без приложения к нему труда производить новых ценностей. Поэтому поддержание и развитие культуры обусловлено субъективными условиями.

Положительное право есть только один из элементов общественной культуры, и как вся вообще культура, представляясь наследием прошлого, продуктом уже пережитого, никогда не может заменить собою и уничтожить субъективного правосознания, вызываемого и направляемого непосредственными потребностями текущей жизни, и потому обуславливающего жизненное значение и дальнейшее развитие самого положительного права. Представить себе юридический быт, который бы определялся одним положительным правом без всякого участия субъективного правосознания, так же невозможно, как представить себе господство положительной религии без религиозного чувства, нравственности – без сознания нравственного долга, народного хозяйства – без личной производительной деятельности.

Положительное право необходимо обусловлено субъективным правосознанием, но вместе с тем оно, как наследие прошлого, никогда не может вполне совпадать с субъективным правосознанием наличного поколения. В положительном праве всегда многое представляется устарелым, не отвечающим современным потребностям, современным понятиям о справедливости, о взаимном соотношении сталкивающихся интересов. Вот почему положительное право кажется иным какою-то наследственной болезнью человеческого общества<sup>55</sup>. Во всяком случае, подчинение людских отношений нормам положительного права очень часто дает себя чувствовать, как некоторое стеснение, и несколько задерживает свободное развитие общественной жизни.

Однако эти темные стороны господства положительного права с избытком выкупаются другими, выгодными его сторонами.

Прежде всего, положительное право представляет те же выгоды, что и все вообще условия культуры. Пользуясь для регулирования наших взаимных отношений положительным правом, мы тем самым пользуемся тем, что выработано целым рядом сменявшихся поколений. Индивидуальное субъективное правосознание не может охватить собою всего разнообразия возможных правоотношений. Я могу выработать сам сознательно нормы разграничения интересов лишь для весьма небольшого числа случаев, мне ближе известных, а игра случая легко может поставить меня в отношения, совершенно мною непредвиденные. Положительное право, как продукт коллективного, векового опыта, всегда оказывается несравненно полнее и богаче содержанием всякого субъективного правосознания. Мысль о возможности обойтись без вырабатываемого длинным рядом сменяющихся поколений положительного права могла явиться только при господстве веры в естественное право, как установленную самой природой полную законченную систему юридических норм. Это вечное, абсолютное право должно было казаться, конечно, полнее постепенно развивающегося положительного права. Но раз мы знаем, что никакого естественного права нет, и положительному праву можем противопоставить только наше субъективное правосознание, так же возникающее и развивающееся во времени, под влиянием условий нашей жизни, невозможность ничем заменить всю полноту содержания положительного права делается совершенно очевидной.

55

«Es erben sich Gesetz und Rechte  
Wie eine ewige Krankheit fort»

(Göthe).

К этому преимуществу большей *полноты* присоединяется еще и большая *общность* положительного права. Юридические нормы разграничивают мои интересы с интересами других людей, поэтому для своего действия они должны быть им известны и признаны ими. Конечно, так как субъективное правосознание складывается не без влияния социальных условий, то и оно представляет некоторую общность. Но эта общность крайне условна и ограничена множеством индивидуальных особенностей и неустойчивой изменчивостью каждого личного сознания. Поэтому общность субъективного правосознания ограничивается весьма небольшим кругом лиц и представляется весьма неустойчивой. Между тем, при все расширяющемся общении между людьми приходится вступать в юридические отношения со все более широким и разнообразным кругом лиц и потому требуются такие юридические нормы, которые бы были все им известны и всеми ими признавались как обязательные, а этому условию удовлетворяет только положительное право.

Конечно, и положительное право разнообразно и изменчиво, зависит от условий места и времени, но эта зависимость выражается во внешних, объективно определяемых признаках, и потому положительное право отличается и большею *определенностью*. Изменения субъективного правосознания совершаются неуловимо и часто ничем не выражаются вовне. Напротив, изменения обычая, судебной практики, законодательства представляются внешними, объективными, легко распознаваемыми фактами. Поэтому только к положительному праву применимо то начало, что оно предполагается в сфере его действия всем известным. На этом начале основано правило, что неведением закона никто отговариваться не может, что ошибка в праве не устраняет ответственности: *error juris semper nocet*.

## § 50. Основа действия положительного права

Основа действия права вообще лежит в жизненных условиях общежития. В этом смысле можно сказать, что право действует в человечестве как необходимое и единственное средство установить хотя бы некоторую гармонию постоянно сталкивающихся индивидуальных интересов, не разрушая общества и не отдавая в жертву интересам общественного порядка самостоятельности отдельных людей и их свободу. Держась других воззрений на самое существо права, приходим и к соответственному изменению этого ответа. Так Шталь говорит, что «*Gottes Ordnung ist der Grund des Ansehens des Rechts*». Для Канта основа обязательности права вообще лежит в его разумности. Для Бентама – в возможно большей полезности – возможно большему числу людей.

Но теперь нас занимает не этот вопрос. Говоря об основе действия юридических норм, я имею в виду вопрос о том, почему в данном государстве, в данном обществе действует именно данная система положительного права со всеми ее особенностями, со всеми ее отличиями от других систем права, действующих рядом с нею во времени и пространстве.

Необходимость юридического порядка есть общий закон для всякого общежития людей в известной степени его развития. Но этот непреложный закон сказывается на деле в самых разнообразных формах, потому что в каждом отдельном обществе действует не только право вообще, но и определенная индивидуальная система юридических норм, свойственных именно этому обществу. Право, как порядок общественной жизни, находится по необходимости в постоянном взаимодействии с временными и местными условиями, и потому, чтобы удовлетворить своему назначению, не остаться мертвою буквою и действительно дать подходящую форму чередующимся явлениям общественной жизни, оно должно принять и соответствующую форму. И притом эти своеобразно слагающиеся нормы являются действующими независимо от того, соответствуют ли они божеским заповедям, требованиям разума, или нет. Эти нормы действуют независимо от такого согласия, действуют самостоятельно, и в этой самостоятельности заключается положительность действующего права. Все это приводит к вопросу о самостоятельной основе действия каждой положительной правосистемы.

Право не есть, подобно так называемым физическим, природным силам, нечто существующее помимо действия человека, нечто объективно ему противопоставляемое. Напротив, это есть порядок, установленный самими людьми для себя. Подчиняется ли в своей

деятельности человек закону причинности или действует свободно, произвольно, – в данном вопросе это безразлично. Как бы то ни было право по закону причинности и по закону свободы все же создается не помимо, а напротив, не иначе, как через деятельность человека, через его посредство. Затем право есть норма взаимных отношений, есть порядок общественный. Поэтому потребность в праве и самая возможность его образования дается только общежитием. Вне людского общения право немислимо, оно существует лишь настолько, насколько существует между людьми общение.

Таким образом, право не есть нечто извне налагаемое на людей, а есть продукт сознания людей, соединившихся в общении, так что право требует людского общения и обнимает лишь тех людей и те стороны человеческих интересов, стремлений, какие составляют содержание общения. Самое право, потребность в котором возникает вместе с образованием общения, полагается в каждом отдельном общении самим же общением, как норма взаимных отношений его участников. В каждом данном общежитии право действует как выработанное для общения им самим.

Итак, основа действия положительного права заключается в том, что оно создается жизнью того самого общества, в котором действует, и в каждом обществе имеет силу только им самим установленное положительное право. Исключения из этого правила существуют только кажущиеся. Случается иногда, что в известном общении действует право, сложившееся вне его, в рядом с ним стоящем общении, и в таком случае получается различие права туземного и заимствованного.

Напоминаю, что мы теперь имеем в виду не материальное различие, не различие по содержанию, а формальное различие по основе действия. Поэтому, если законодатель черпает свой материал частью из иноземного права, частью из туземных обычаев, и все это вливается в одну общую форму, тут нет еще различия туземного и иноземного права. Но, может быть, и действительно бывает так, что иноземное право в целом своем составе получает действие в известной стране. Представит ли этот случай исключение из того начала, что положительное право всегда исходит из того самого общения, которое служит сферой его применения? В Германской империи с XIII XIV вв. получило значение действующего права – право римское, и притом не сливаясь с германским, действуя наряду с ним. На первый взгляд может показаться, что такой факт вполне опровергает выставленное нами положение, будто право действует только в том общении, от которого полагается. Но для решения вопроса мало установить самый факт принятия, рецепции римского права, надо обратиться к рассмотрению того пути, каким совершалась эта рецепция. *Corpus juris civilis* представляет собою законодательное право: три сборника, изданных актами законодательной власти, сообщившей им свой авторитет. Перенесенное же в Германию, оно становится правом обычным. Следовательно, формально по отношению к основе своего действия оно совершенно обновляется. В Германии *corpus juris civilis* действует уже не как воля римского императора, а как германский обычай. Следовательно, материально совершенно чужеземного происхождения формально это право, как германское положительное право, представляется исходящим от германской нации. Поэтому в Германии римское право признается действующим лишь в том объеме, в каком оно усвоено, как обычное германское право. Усвоение его совершилось через деятельность глоссаторов. Но глоссаторы занимались истолкованием не всех частей *corporis juris civilis* – эти неистолкованные, неглоссированные части и не получали действия в Германии: *Quid- quid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*.

Это усвоение римского права имеет практический интерес и для нашего отечества. Так как, благодаря этому усвоению, римское право действует как вспомогательный источник права в наших остзейских провинциях, составлявших в прежнее время, под господством Ливонского ордена, лен Священной Римской империи, т. е. старогерманской империи. Римское право было рецептировано всеми почти государствами современной европейской культуры. Во Франции оно никогда не переставало действовать на юге, а позже легистами оно было рецептировано и для северных провинций. Но даже в Англии и России – государствах, наиболее отличающихся самобытным развитием права, та же рецепция совершалась, если не в общем виде, как в других, то по крайней мере отчасти практикой особенных специальных судов. Так, в Англии, кроме церкви, которая, по выражению одного юриста, *vivit lege romana*, римское право нашло себе

применение в юрисдикции суда адмиралтейства. Последний руководствовался новообразованным сборником международных обычаев, известным под именем «*Roles d'Oleron*», но он наполнялся постановлениями римского права. В России рецепция римского права и права византийского в церковной его переработке применялась духовными судами. Но, надо сказать, юрисдикция духовных судов прежнего времени была очень широка. Усвоение римского права получило у нас форму так называемых Кормчих книг и оказало немалое влияние на все почти праворазвитие и особенно на семейное право. В греко-римской переработке *jus civile* проникло даже на Кавказ, в Грузию. Вторая часть уложения грузинского царя Вахтанга V, жившего в конце семнадцатого столетия, содержит в себе некоторые законы Льва Мудрого, Константина и других византийских императоров, относящиеся до судопроизводства. Грузинское право отличается необыкновенно широкими размерами заимствования. Кроме упомянутых законов византийских императоров, в уложении царя Вахтанга имеются заимствования из Пятикнижия Моисея и из армянских законодательств. Кроме того, с установлением зависимости Грузии от России, стали применяться переведенные на грузинский язык Уложение Соборное 1649 года и Воинский Устав Петра Великого, так что туда вошло через воинский устав даже саксонское право.

Рецепция иноземного права может совершиться и законодательным актом. Так, например, заимствован был французский гражданский кодекс в Царстве Польском, в Бельгии, Италии и т. д. Пример подобной же рецепции мы видим в истории средневековых городов, входящих в состав Остзейского края. Так, городу Риге было пожаловано ее основателем и епископом Альбрехтом I право торгового города Висби, отличавшегося разноплеменностью своего населения, так что каждая народность имела в нем свою улицу. Интересен юридический быт города Ревеля. Ему датским королем Эриком V в 1228 г. пожаловано было Любекское право. По понятиям того времени любекский магистрат составлял высшую инстанцию для города Ревеля, так что ревельский магистрат в случае сомнений обращался с вопросом к любекскому и получал от него определение, *Ordeele*. Вследствие этого в Ревеле действовало любекское право не только в том его составе, каким оно представляется в момент рецепции, но и с позднейшими дополнениями и изменениями. В свою очередь, Ревель находился в подобных же отношениях к городу Нарве. В юго-западной России города получили пожалованное от польских королей, подтвержденное по присоединении и московскими царями магдебургское право.

Во всех приведенных примерах иноземное право открыто, без изменений его формы, заимствуется для применения в известном общении, но основой его действия в этом общении служит именно это заимствование, т. е. воля местной власти. Поэтому и заимствованное право, тем не менее, представляется исходящим в формальном отношении от того самого общества, в котором оно действует.

## § 51. Источники права

*Puchta*. *Gewohnheitsrecht*. В. I. S. 143–148. *Vorlesungen*. В. I. *Savigni*. *System*. В. I. S. 6–57. *Miiller*. *Die Elemente der Rechtsbildung*. S. 426–443. *Austin*. *Lectures*. II. P. 526. *Adickes*. *Zur Lehre von Rechtsquellen*. 1872. *Regelsberger*. *Pandekten*. В. I. § 82.

Мы сказали, что неизбежное несоответствие положительного права с субъективным правосознанием, хотя и представляется злом, но с избытком выкупается тою определенностью и внешнею распознаваемостью, какую отличается положительное право. Нетрудно, действительно, убедиться в важном значении определенности и распознаваемости юридических норм. Говоря о происхождении права, мы указали, что оно устанавливается прежде всего как определенный порядок взаимных отношений людей. Человек ждет от другого соблюдения в одинаковых случаях одинакового поведения и, если его ожидание не оправдывается, он требует от несоблюдавшего удовлетворения за понесенные им невзгоды. При таких условиях каждый, естественно, задается вопросом, как распознавать общие признаки тех норм права, соблюдение которых обязательно в данном обществе, от имеющих лишь субъективное значение, откуда узнать эти общепризнанные нормы? Всякому важно определить наперед, с возможною

точностью, при соблюдении каких именно правил он может быть обеспечен от всякого притязания со стороны других и соблюдения чего именно он может требовать от них самих. А это возможно только относительно объективированных норм и потому учение о формах, в каких совершается это объективирование, получает для юриста весьма большое значение.

Эти формы объективирования юридических норм, служащие признаками их обязательности в данном обществе и в данное время, называются *источниками права*. Такого значения, придаваемого выражению «источники права» как техническому термину. И для возможности надлежащего понимания учения об источниках права весьма важно не смешивать техническое понятие источников с другими понятиями в обыденном словоупотреблении, также обозначаемыми этим словом.

Прежде всего, следует предупредить от смешения понятия источника права как признака общеобязательности нормы с понятием источника как средства познания, *fontes ex quibus notitia juris hauritur*, с понятием исторического памятника – значение, с которым обыкновенно употребляется это слово в науках исторических. Эти понятия могут совпадать, но такое совпадение дело случайное и вовсе не предполагается существом этих понятий. Если мы имеем подлинный текст какого-либо закона, то закон этот есть вместе и источник права, в техническом смысле, и источник нашего познания о праве. Но если текст закона до нас не дошел, и мы узнаем о существовании и содержании закона из других источников, как это, например, случилось с *leges XII tabularum*, *lex Voconia* и др., то такой закон все-таки остается источником права, но уже не есть источник нашего познания о праве. Точно так же, если мы узнаем о каком-либо крестьянском обычае из сочинений Ефименко или Пахмана, то эти сочинения служат источником познания, а самый обычай – источником права.

При всем различии эти понятия нередко смешивались, особенно в старину. Так, у римских юристов, очевидно, в силу такого смешения, установилась классификация права на писаное и неписаное (*jus scriptum*, *jus non scriptum*), причем это различие понималось буквально, так что к писаному праву относились не только закон, но и эдикт претора и *responsa prudentium*. Но требовалось, однако, чтобы право при самом возникновении уже облекалось в письменную форму (*Jus scriptum quod ab initio litteris mandatum est*). Поэтому записанный обычай оставался все-таки неписанным правом, – это послужило основанием к установлению некоторыми новыми юристами различия между *писанным* и *только записанным* правом. Несмотря на неважность этого различия, оно старательно сохранялось и даже развивалось новыми юристами. Еще Тибо ставит это деление во главе классификации источников права. У Глюка это различие развито с большим старанием, и он принимает, подобно многим другим, различие *jus scriptum sensu grammatico* *jus scriptum sensu juridico*, к которому относятся только одни законы.

Другое смешение понятий, имеющее более современное значение, есть смешение понятия источника права как признака его общеобязательности с понятием о том, откуда черпается и чем определяется самое содержание юридических норм. Такое смешение установилось в силу того, главным образом, что до исторической школы думали, что право творится произволом законодателя. Воля законодателя признавалась единственной и последней причиной установления тех или других юридических норм. Веление верховной власти соблюдать определенную норму являлось при таком взгляде на дело единственным признаком обязательности нормы и единственной силой, ее создавшей. Признавая закономерность развития, мы, конечно, не можем признавать закон силой, творящей право, это только форма, в которой право, вырабатываемое всеми элементами общественного сознания, находит себе внешнее выражение. Законодатель не произвольно творит право, он не властен устанавливать норм, не подготовленных ходом общественной жизни. Законы, имеющие такое содержание, остаются мертвой буквой, лишенной практического значения. Поэтому законодательство не есть источник права в смысле силы, его творящей. Вопрос об источниках права в этом смысле есть, конечно, совершенно отличный от нами теперь рассматриваемого. При такой постановке вопроса речь будет идти уже не о признаках общеобязательности, а о факторах, участвующих в образовании права.

Понимая источники права в таком смысле, можно согласиться с Адикесом, что общий источник права есть субъективный разум, или, как мы бы сказали, субъективное сознание. Все другие факторы влияют на правообразование только через посредство нашего сознания.

Божественные веления, природа вещей, требования разума, соображения целесообразности, внушения нравственного долга – все это может вызвать образование соответствующих правовых норм лишь тогда, когда будет воспринято человеческим сознанием. Вместе с тем, общее сознание есть лишь суммирование субъективного сознания отдельных личностей. Поэтому субъективное сознание действительно является как бы фокусом, в котором сосредоточивается действие всех факторов правообразования. Но источником права в техническом смысле оно не может быть признано, потому что субъективное сознание какой-либо нормы не есть признак ее общеобязательности, не есть форма ее объективирования.

Если строго держаться этого технического значения, то источниками права можно признать только обычай, судебную практику и закон. Все другое не может быть признано источником. Нельзя признать источником права *природу вещей* уже потому, что природа эта разными людьми понимается весьма различно, и вопрос о том, какое из этих различных пониманий общеобязательно, может быть решен только сверкой с обычаем, судебной практикой и законом. То понимание, какое выразилось в этих формах, и есть общеобязательное. То же самое должно сказать и о *справедливости*, так же понимаемой весьма различно и так же получающей объективную определенность только при том условии, что она найдет себе выражение в указанных источниках положительного права. Наконец, к этой же категории мнимых источников следует отнести и по тем же основаниям и *науку права*.

Существующие в литературе разногласия по вопросу о том, что именно должно признать источником права, обуславливаются, главным образом, ошибочными воззрениями на значение источников права. До появления учений исторической школы, когда положительное право считали произвольным человеческим установлением, в законе как выражении правотворящей воли видели единственную силу, созидающую положительное право. Поэтому законодательство признавалось тогда единственным источником положительного права и притом в смысле силы, творящей право.

Представители исторической школы впали в противоположную крайность. Силой творящей право они признавали народный дух, в котором будто бы положительное право целиком заключается раньше, чем оно выразится вовне, в источниках права, в которых они видели только источники нашего познания о праве, живущем в народном духе. Поэтому они и расширяли чрезмерно понятие источников права, относя к ним и науку права, конечно, служащую источником познания права, но не могущую быть признаком обязательности юридических норм. Принятое мною определение источника права как форм объективирования юридических, служащих признаком их общеобязательности, представляет среднее между этими крайностями.

Итак, источник права имеет значение лишь признака общеобязательности выражающейся в нем нормы. Закон или обычай не суть силы, творящие право или основания обязательности, основания силы нормы, а только признак обязательности. Действовать может и норма, не выразившаяся еще ни в законе, ни в обычае, ни в судебной практике, и такое действие нормы есть необходимое предположение образования обычая и судебной практики. Но действие такой нормы менее определено, так как оно лишено внешнего признака своей обязательности, то нельзя определить наперед, общим образом, объем ее действия, нельзя сказать наперед, к каким частным случаям, она приложима, к каким нет. Приложимость ее к каждому отдельному случаю должна быть особо доказана. Напротив, объем действия нормы, выразившейся в общих источниках права, наперед можно определить на основании общих начал, определяющих объем действия источников права. Но, спешим оговориться: это различие только количественное различие в степени, а не в существе. Это всего лучше доказывается тем, что вполне определен только объем действия законов. Только в отношении к ним можно общим образом определить объем действия как по пространству, так и по времени. Объем действия по времени обычаев и судебной практики не поддается общему определению. В отношении к ним нельзя указать точно момента, с какого начинается действие той или другой выразившейся в них нормы. Обычай слагается мало-помалу, незаметно, и нет никакой определенной грани между еще только слагающимся и уже сложившимся обычаем. Судебная практика выражается в более определенной форме, в форме судебных решений, имеющих вполне определенную дату. Но выражение нормы в судебном решении уже предполагает признание этой нормы обязательной

и раньше, так как судебное решение относится всегда к предшествующим событиям.

В прямой связи с относительной определенностью объема действия норм положительного права стоит и другая их отличительная особенность: они всегда предполагаются общеизвестными. Поэтому, с одной стороны, никто не может отговариваться неведением положительного права: предполагается, что всякий может легко ознакомиться с нормой, выразившейся в том или другом источнике. Потому, если кто не воспользуется этой возможностью, должен сам и поплатиться за это. С другой стороны, существование норм положительного права как общеизвестных не требуется доказывать суду: он сам их знает: *jura novit curia*. Доказываются только факты, а не нормы.

Однако это предположение о знакомстве суда с содержанием действующих норм оправдывается на деле далеко не по отношению ко всем видам норм. Из туземного права судья может легко не знать обычного права. Обычное право есть именно тот вид права, в образовании которого юристы не принимают участия. Оно слагается помимо, независимо от них и их деятельности. Истинные знатоки обычного права не юристы, а те, кто соблюдает и творит обычно-правовые нормы своим житейским обиходом. Обычное право отличается особенною частностью, оно изменяется с каждою местностью и с каждым классом лиц. Поэтому сторонам часто легче собрать доказательства действительного существования обычного права, нежели судье, который стоит совершенно вне той общественной среды, где действует данный обычай. Точно так же судья не может знать право всех иностранных государств. Добросовестное изучение и туземного права отнимает уже слишком много времени. К тому же случаи применения иноземных норм слишком редки. Поэтому относительно обычного и иноземного права выставленное начало: *jura novit curia* не проводится с полною строгостью.

Относительно обычного права прежде держались даже того взгляда, будто оно составляет вопрос факта и потому всегда должно быть доказано стороной, которая на него ссылается, иначе судья не может применять его, хотя бы оно и было ему известно помимо таких доказательств. Это потому, что по правилу состязательного процесса судья, как судья, знает лишь те фактические обстоятельства, которые обнаружились на судебном разбирательстве по данному делу: *non refert quod notum sit judici, si notum non sit in forma judicii*. Этот крайний взгляд разделяли, например, Hofacker, WeningIngenheim. Он представлялся, впрочем, совершенно последовательным выводом из тогдашней теории происхождения обычного права, теории механической. Если действие обычно-правовой нормы зависит единственно от простого фактического соблюдения известного обычая, то, конечно, и вопрос о существовании обычного права представляется вопросом факта, как это признается современной наукой относительно обыкновений. Обыкновения тем и отличаются от юридического обычая, что не заключают в себе *opinio necessitatis*, и, составляя простое фактическое соблюдение того или другого образа действия, должны быть отнесены к вопросам факта, а не права.

Указанное крайнее воззрение, однако же, плохо мирилось с основными процессуальными началами, так как превращало норму в фактическое обстоятельство. Потому многие, как, например, Тибо (1722 1840) и Гённер (1746 1827), известные противники Савиньи по вопросу о кодификации, смягчали его в ущерб последовательности, допуская, что в случае общеизвестности обычая он может рассматриваться как вопрос права. В случае же малоизвестности и они считали его вопросом факта. Такое различие представлялось, однако, совершенно произвольным. Как, в самом деле, возможно, объяснить подобное превращение вопроса факта в вопрос права и, наоборот, смотря по степени знакомства суда с местными или другими обычаями?

Правильный взгляд на дело установили Пухта и Савиньи. Они, не обвиняясь, признали, что существование обычно-правовых норм всегда и, безусловно, составляет вопрос права, что обычное право, как и всякое право, предполагается всегда известным суду *ex officio* и что только ввиду фактической невозможности для судьи быть знакомым со всевозможными обычаями дозволяется, в случае сомнения в существовании данного обычая, ожидать от сторон ссылки на обычай и требовать доказательства его существования. Но если стороны ссылаются на известный судье обычай, то понятно, ему нет никакой надобности требовать доказательства.

Те же самые правила, как к обычному праву, применяются и к праву иноземному. Вопрос о существовании того или другого положения иноземного права есть безусловно вопрос права.



Но так как судье невозможно знать право всего света, то и допускается ознакомление судьи с иноземными правами через требование сведений и доказательств от самих сторон, ссылающихся на него.

## § 52. Обычное право

*Glück.* Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. 2 Ausg. B. I. 1797. S. 442. Versuch eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht. 1813. *Puchta.* Das Gewohnheitsrecht. 2. B. 1828, 1837. *Böhlau.* Mecklenburgisches Landrecht. B. I. 1871. S. 315. *Adickes.* Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872. *Сергеевич.* Опыты исследования обычного права. «Наблюдатель», 1882, № 1 и 2. *Schuppe.* Gewohnheitsrecht. 1890.

Обычное право есть первоначальная форма положительного права. Тем не менее, признание обычая самостоятельным источником права установилось лишь во второй четверти настоящего столетия. До того единственным самостоятельным источником права признавалось законодательство. Однако лишь немногие решались безусловно отрицать обязательную силу обычаев. Наиболее известными представителями этого мнения в прошлом столетии были Томазий и Грольман. Самое большее, что они допускали, это признание обычая за основание предполагать существование согласного с ним договора или закона. Большинство, напротив, не решаясь отрицать факта существования обычного права, не признавало, однако, за ним самостоятельного значения. В демократических государствах, где законодательная власть принадлежит народу, обычное право признавалось лишь особой формой законодательства. Основа обязательной силы закона и обычая принималась одна и та же – воля народа, в одном случае получающая прямое выражение, в другом – выражающаяся в фактах, по которым уже заключают о ее существовании (*facta concludentia*). На почве таких воззрений выработалось понятие о молчаливо установленном законе, *lex tacita*, заменявшее собою для республик понятие обычного права. К монархическим государствам, особенно самодержавным, какими были большинство государств Европы в прошлом столетии, такое объяснение было, конечно, неприменимо, так как в них законодательная власть не принадлежит народу. Поэтому тут для объяснения обязательности обычного права прибегали к учению о признании силы обычая законодателем. Утверждали, что обычай получает обязательную силу лишь под условием согласия на то законодательной власти (*consensus imperantis*). Спор шел только о том, каково должно быть это согласие: общим ли в отношении ко всем обычаям вообще (*consensus generalis*), или специальным для каждого отдельного обычая (*consensus specialis*)? Одни требовали, как, например, Шеман, специального согласия для всех тех обычаев безразлично, другие, например, Гюфеланд, Тибо, Глюк – только для обычаев, дерогирующих закон; Гепфнер, Вальцен, Кестнер признавали достаточным во всех случаях одного общего согласия. Специальное предполагалось выраженным молчаливо, посредством допущения властью применения обычая. Общее согласие, напротив, считали прямо выраженным в *Corpus juris civilis*.

Несостоятельность всех этих теорий очевидна. Они или основаны на совершенно произвольных фикциях, или приводят к безысходному кругу. Совершенно фиктивно учение о тождестве народной воли, выражающейся в обычае демократических государств, и в законах, издаваемых народным собранием. Народное собрание в лучшем случае представляет собою одно лишь наличное поколение народа, а обычай вырабатывается постепенно жизнью целого ряда чередующихся поколений. Законоустановительное значение имеет лишь воля, выразившаяся в определенных формах, обычное право создается вне всяких форм. Не более как фикция – пресловутая молчаливая санкция обычая законодателем уже потому, что не законы предшествуют обычаям в исторической последовательности, а наоборот – обычаи законам – и потом – не закон обычаю, а обычай закону служит основанием: сама власть государя первоначально основывается и определяется ничем иным, как именно обычаем. Что же касается прямо выраженного общего согласия в *Corpus juris civilis*, то достаточно напомнить, что сам он

не может считаться в новое время имеющим законодательную силу. Как рецепированный самой жизнью, а не введенный в действие каким-либо законодательным актом, он сам должен быть признан имеющим силу лишь обычного права.

Всем этим теориям нанесен был решительный удар учением исторической школы, и, в особенности, классическим трудом Пухты «Обычное право», до сих пор остающимся лучшим, капитальнейшим исследованием по обычному праву. Пухта не только признает за обычным правом вполне самостоятельное значение, нисколько не обусловливаемое согласием на его действие воли законодателя, но даже признает за обычаем первенство перед законом. «Основа обычного права, – говорит он, – есть естественная общность убеждения целого народа. Это непосредственное народное убеждение выражается в нравах (Sitte); его осуществление в нравах есть, следовательно, непосредственное, своеобразное проявление обычного права. Нравы, обычаи суть точно так же первоначальной формы этого права, как система – своеобразная форма права юристов, а слово – для права законодательного. Если же обычное право стоит в такой тесной и необходимой связи с естественным понятием народа и есть результат непосредственной его деятельности в отношении к праву, то в действительности не может быть вовсе и вопроса о том, имеет ли обычное право силу и на каком основании? Ибо на это не может быть другого ответа, как то, что обычное право существует и действует на том же основании, на каком и право вообще, на том же, на каком имеется народное убеждение, на том же, наконец, на каком вообще существуют народы, потому что, как скоро признают народ действительно существующим, то этим самым народному духу приписывают деятельность и, следовательно, общее убеждение о моральной и правовой свободе, и так как обычное право и есть это убеждение в его непосредственной, естественной форме, то с существованием народа неразлучно соединено и существование обычного права. Еще менее может быть сомнений, а, следовательно, и надобности особого обоснования силы обычного права в отношении к другим источникам права. Ибо, так как посредственное правовозникновение (через закон и деятельность юристов) необходимо предполагает непосредственное, так как, если бы не было народа и непосредственного народного сознания, не было бы ни государства, ни юристов, и, следовательно, ни права юристов, ни законов, то самое существование этих форм права подтверждает уже силу обычного права, а отнюдь не ведет к сомнениям в ней».

Таким образом, Пухта признавал вполне самостоятельное значение, но только за обычаями целого народа. А между тем таких обычаев сравнительно мало. Гораздо больше существует обычаев местных, сословных и т. п. На это было указано уже Унтергольцнером в его рецензии на книгу Пухты, а затем повторено Мюленбрухом и Кирульфом. Поэтому Савиньи думал исправить учение Пухты, признав народное единство только общей необходимой почвой образования обычая и основой его силы. Но подобно тому, как центральная власть может издавать законы не всегда для всего государства, а иногда и для отдельных местностей или сословий, так и непосредственное народное правосознание может принять форму обычаев отдельных местностей или сословий как органических частей народа. Савиньи исходил при этом из общепринятого в исторической школе убеждения, что народное единство не есть продукт постепенной исторической интеграции, а есть нечто, из начала данное готовым. Не тому, однако, учит нас история. Как это убедительно доказал проф. Сергеев, дело начинается не с общих обычаев, а с частных, из которых мало-помалу вырабатываются общие. И во всяком случае, как бы ни представляли себе процесс образования обычаев, и поправка Савиньи не объясняет существования таких обычаев как церковные и международные, так как их уже никак нельзя признать возникающими на почве общего народного единства.

Ввиду всего этого учение исторической школы должно быть признано неудовлетворительным. И в последнее время в литературе заметна склонность видеть основу обязательности обычаев просто в факте давнего их установления. С особенной решимостью высказывает это Адикес. По его мнению, уже одно долгое существование обычая ведет к признанию его обязательности. Это объясняется прежде всего тем, что для юридического порядка гораздо важнее, чтобы вообще существовали какие-нибудь определенные правила, нежели то, каково правило. Но обычаи к тому же в большинстве случаев оказываются целесообразными, так как создаются деятельностью заинтересованных лиц. Наконец, время вообще имеет свойство придавать в глазах людей всему особенную устойчивость.

Едва ли, однако, это объяснение может быть принято. Думая избежать односторонности учения исторической школы, Адикес впадает в противоположную крайность. Историческая школа необходимо считала возможным образование обязательных обычаев только на почве народного единства. Адикес вовсе не обращает внимания на то, что обычай как источник права, в отличие от простой привычки, не есть всякий издавна соблюдаемый образ поведения, а только такой, который соблюдается в каком-либо общении людей. Постоянство привычек людей, с которыми имеем дела, представляет также удобство; давность их заставляет нас мириться с ними, хотя бы они несколько и стесняли нас. Но такая индивидуальная привычка не есть еще обычай и не может служить признаком общеобязательности норм. Отправляясь от того, что выше было сказано о положительном праве, нам не трудно выйти из этого затруднения. Обычай есть одна из форм объективировавшегося правосознания. Подобно тому, как, выражая свои мысли речью, человек пользуется грамматическими и стилистическими формами, выработанными общею жизнью народа, и в силу того его речь становится выражением не только его мыслей, но и частью народного языка, а, следовательно, и выражением народной мысли, так точно, выражая вовне свое правосознание, человек пользуется выработанными житейским обиходом данного общения формами, формами, сглаживающими особенность его деятельности, делающими ее частью общей жизни, выражением коллективного правосознания, словом – обычаем. Когда я действую согласно обычаю, в соблюдаемом мною обычае мое правосознание выражается согласованным с правосознанием всех других, соблюдающих тот же обычай, так как иначе оно не уложилось бы в обычай и потому-то обычай выражает юридическую норму, не мною только одним принимаемую, но всеми принадлежащими к тому общению, где существует данный обычай. Другими словами, не в давности обычая, а в его общности заключается основа его обязательности.

В прямом соответствии с указанными изменениями во взглядах на значение обычая шло развитие учения об его происхождении. Обычное право образуется незаметно, самою жизнью общества, вне каких-либо определенных форм, и потому вполне понятно, что тут открывается широкое поле для споров. Мы не можем прямо, непосредственно наблюдать, как именно образуется обычное право. Мы можем разрешить этот вопрос только путем более или менее сложных соображений.

До Пухты господствовала по этому вопросу так называемая механическая теория. Она объясняла происхождение юридических обычаев просто фактическим, хотя бы случайным даже, соблюдением того или другого правила в ряду однородных случаев. Иначе и нельзя было понимать дело, раз обязательность обычая считалась всецело обусловленной признанием его законодателем. Юридический характер обычая являлся при этом привходящим извне, по воле законодателя, не вытекающим из самого обычая. Но законодатель может придать юридическое значение и случайно установившемуся однообразию.

С признанием самостоятельного значения обычая должно было, конечно, пасть и это объяснение его происхождения. Надо было найти в самом обычае и в условиях его образования основание его обязательности. И вот, взамен механической Пухта выставил прямо противоположную, спиритуалистическую теорию происхождения обычного права. Пухта утверждает, что соблюдение правила не создает обычно-правовой нормы, а служит только ее внешним выражением, дающим нам возможность убедиться в ее существовании. Сама же по себе обычно-правовая норма существует раньше ее соблюдения, раньше создается уже как обязательная норма. Юридический обычай тем и отличается от простого обыкновения, что является внешним и притом сознательным выражением уже раньше существующей в народном правосознании нормы. Простые же обыкновения суть те, которые создаются путем случайного, бессознательного однообразия поведения в однородных случаях.

Уже Савиньи указал на невозможность принять это учение Пухты без некоторых поправок. Существуют такие юридические обычаи, образование которых решительно невозможно объяснить сознательным применением уже готового юридического воззрения. Таковы, например, сроки или число свидетелей при заключении сделок, определяемые обычаем. Юридическое воззрение может требовать только того, чтобы сроки или число свидетелей были вообще определены, но не может само определить, каков именно должен быть

срок в том или другом случае. Определить ли срок в две или три недели, этого, очевидно, нельзя решить на основании какого-либо юридического принципа. Поэтому Савиньи полагал, что наряду с обычаями, слагающимися путем сознательного применения к частным случаям уже имеющейся в народном сознании нормы, существуют и такие юридические обычаи, которые слагаются, несмотря на свой юридический и потому обязательный характер, путем несознательного, случайного соблюдения того или другого образа действия, совершенно так же, как и простые обыкновения. Но не трудно понять, что такая поправка в сущности нисколько не исправляет теории Пухты, а, напротив, равносильна признанию ее несостоятельности, признанию невозможности посредством ее объяснить происхождение всех юридических обычаев.

К этому следует присоединить еще и другой недостаток – эта теория в сущности ничего не объясняет. Она смотрит на юридический обычай как на внешнее выражение уже раньше существовавшей нормы, но не дает, как мы видели уже, объяснения образования этого народного правосознания.

Если принять тот взгляд на происхождение права, который был изложен выше, то и происхождение обычного права объясняется очень просто. Излагая наш взгляд на происхождение права, мы не могли уже там не коснуться, в частности, и обычного права как первоначальной формы права. Согласно изложенному объяснению происхождения права, мы должны признать, что содержание обычая определяется помимо сознания, но *юридическим* обычай делается лишь тогда, когда в соблюдение его превзойдет сознание его обязательности. Сознание же обязательности является как следствие присущей людям склонности ожидать при повторении одинаковых условий и повторения одинаковых действий, в силу чего они рассчитывают на соблюдение другими установившегося, обычного порядка, и всякое отступление от него возбуждает их к противодействию.

Принимая такой взгляд, мы получаем возможность одинаково объяснять происхождение всех юридических обычаев.

Любопытна так же история учения о признаках юридического обычая. У глоссаторов, например, у Плацентина, дело ограничивается требованием лишь двух условий – долгого времени и разумности. Но затем число их все растет. Бартол насчитывает уже три условия: *longum tempus, tacitus consensus populi, frequentia actuum*. У последователей его указывается еще два: *quod consuetudo sit introducta non erronea, sed cum ratione* и *quod sit jus non scriptum*. Затем все возрастая в числе, они доходят к началу настоящего столетия до восьми (*rationabilitas consuetudinis diurnitas temporis, consuetudo contradicto tudicio firmata, pluritas actuum, uniformitas actuum, continuitas actuum, actus publici, actus consuetudinis introductivi, opinio necessitatis*). Но современные юристы, например, Белау, опять, как и Плацентин, выставляют лишь два условия: 1) обычай должен выражать собой юридическое убеждение, и 2) быть старым обычаем.

Весьма спорным представляется вопрос о том, в каком отношении обычай стоит к закону: может ли обычай отменить закон или нет, имеет ли он так называемую дерогирующую силу? Самым правильным решением этого вопроса представляется, по-видимому, то, которое, основываясь на том общем начале, что никакая норма, будет ли это закон или что-либо другое, не может притязать на вечное существование и не может обессилить будущих норм, признает дерогирующую силу обычая.

Но иногда в законодательстве содержится прямое запрещение применять обычное право или вообще, или вне случаев, прямо указанных законом. Могут ли такие постановления изменить соотношение между законом и обычаем, могут ли они лишить обычай дерогирующей силы? Такие постановления, конечно, весьма затрудняют образование дерогирующего закон обычая: и суды, и частные лица, в том заинтересованные, опираясь на прямое запрещение закона, очень легко могут воспрепятствовать установлению такого обычая. Но если бы, несмотря на запрещение, обычай все-таки сложился, ему нельзя бы было отказать в обязательной силе. Само собой разумеется, что образование подобного обычая возможно только под условием совершенно общего убеждения в неразумности, несправедливости дерогируемого закона, убеждения, разделяемого одинаково и судами, и заинтересованными сторонами, а при таких условиях, конечно, не может явиться сомнения в обязательной силе обычая, отменяющего такой по общему признанию несправедливый закон.

## § 53. Судебная практика

*Ihering.* Unsere Aufgabe. Gesammelte Aufsätze. B. I, 1881. S. 1–46. *Муромцев.* Суд и закон в гражданском праве (Юридический Вестник, 1880, № 11. С. 337–393). *Мэн.* Древнее право. С. 25–34. *Unger.* System der österreichischen allgemeinen Privatrechts. 3 Aufl. 1868. S. 41. *Stahl.* Die Philosophie des Rechts. 5 Aufg. 1878. B. II. 1 Abth. S. 151–257. *Bülow.* Gesetz und Richteramt. 1895. *Franken.* Vom Juristenrecht. 1889.

Судебная практика имеет много общего с обычаем. Подобно обычаю, и в судебной практике юридические нормы выражаются не в общей форме, а лишь в применении к отдельным, частным случаям. И в ней необходимым образом предполагается признание нормы обязательною раньше, чем она выразится в каком-либо судебном решении. И в ней нет определенности объема действия норм по времени. Немудрено поэтому, что многие, а в настоящее время даже большинство, видят в судебной практике, или праве юристов вообще, не что иное, как частную форму обычного права<sup>56</sup>. Однако против такого отождествления их можно привести весьма веские соображения. Судебная практика занимает как бы среднее, посредствующее место между обычаем и законом. Имея много общего с обычаем, она в других отношениях, напротив, сближается с законом. Подобно закону, она образуется вполне сознательно. Между тем, как обычай первоначально возникает как простое обыкновение, слагающееся совершенно бессознательно, без всякой мысли об юридическом нормировании отношений, судебная практика, подобно закону, возникает в силу сознательного стремления к реализации данной юридической нормы. Конечно, и обычай делается юридическим обычаем только тогда, когда в соблюдение его превзойдет сознание его необходимости. Но содержание обычая дается всегда обыкновением, вырабатывается бессознательно. Юридическое сознание, превращающее простое обыкновение в юридический обычай, находит содержание уже готовым, уже определившимся. Напротив, судебные решения, из коих слагается судебная практика, суть вполне сознательные акты. Содержание каждого отдельного судебного решения вырабатывается вполне сознательно и именно ради юридического нормирования отношений.

Другое отличие судебной практики от обычая заключается в том, что, подобно закону, она создается не *обществом* и не каким-либо отдельным общественным классом, а *учреждением*. Поэтому, в противоположность обычаю, познаваемому только из фактических данных, судебная практика, подобно закону, имеет юридически определенную, аутентическую форму выражения подлинных судебных решений. В связи с этим состоит и то, что судебная практика, подобно закону, обыкновенно возникает в письменной форме, между тем как письменное возникновение обычая немислимо.

Таким образом, между обычаем и судебной практикой замечаются слишком существенные особенности, чтобы их можно было отождествить, чтобы в судебной практике можно было видеть лишь частную форму обычая.

Но, отвергая возможность отождествления судебной практики и обычая, не вынуждаемся ли мы этим самым к отрицанию за судебной практикой значения самостоятельного источника права? Если судебная практика не есть частная форма юридического обычая, то, как же объяснить возможность самостоятельного возникновения юридических норм путем судебной практики? Ведь суд призван лишь к применению существующего права, ведь, разрушая частные случаи, он должен руководствоваться тем правом, которое уже существовало в то время, когда эти случаи совершились: каким же образом его деятельность может привести к возникновению новых норм? Признать судебную практику самостоятельным источником права

---

<sup>56</sup> Wächter. Pandekten. I. 1880. S. 112. Stobbe. Handbuch des deutschen Rechts. B. I. 1871. S. 146. Мальшев. Курс общего гражданского права России. Т. 1. 1878. С. 85. Lüders. Das Cewohnheitsrecht. 1863. S. 70. Förster. Privatrecht. 3 Aufg. I. 1873. S. 73. Böhlau. Meklenb. Landrecht. I. 1871. S. 320.

– не все ли это равно, что признать за судом право судить не по закону или обычаю, а по своему усмотрению и, таким образом, возвести в общее правило судебский произвол.

Нет никакого сомнения, что суд должен судить по закону или обычаю, а не по своему усмотрению, но этим отнюдь не исключается творческое значение судебной практики. Так и правительство в конституционных государствах ограничено законами, изданными при соучастии палат, и тем не менее указы (*Verordnungen, ordonnances, decrets*) являются самостоятельным источником права. Так, палаты во многих государствах ограничены конституцией, которую они не властны изменять, и, тем не менее, и обыкновенные законы, а не одни только конституционные, признаются источником права. То же самое мы видим и в отношении к судебной практике. Как издание обыкновенных законов или правительственных указов по необходимости имеет творческое значение, так и деятельность суда по самому своему существу не может быть чужда творческому элементу. Суд, имеющий дело с практическими казусами, представляющими обыкновенно сплетение разнообразнейших юридических вопросов, поставлен в необходимость применять действующее законодательство как одно логическое целое; иначе ему не распутаться в лабиринте казуистических вопросов. Между тем, законодательство далеко не представляет из себя в действительности такого целого. Оно складывается постепенно. Отдельные его части вырабатываются под влиянием различных, даже часто противоположных идей. А в известной степени это можно сказать даже относительно частей одного и того же законодательного акта, так как каждый почти закон является продуктом компромисса между разнообразнейшими стремлениями, проявляющимися в правительственных сферах или в парламенте. Редкий законодательный акт есть цельное выражение единой мысли. Если же единства логического нельзя найти в самом законодательстве, его приходится приискивать суду самостоятельно и это, конечно, творческая деятельность. Смотри по тому, в какое именно логическое соотношение поставлены будут отдельные законодательные постановления, их значение, смысл, объем может быть существенно изменен. Что при одной концепции общей системы законодательных постановлений может явиться общим правилом, при другой может быть низведено на степень строго ограниченного исключения. Но независимо от этого, в каждом законодательстве встречаются противоречия и неполнота. Для их устранения представляются обыкновенно несколько путей, и выбор между этими различными, но одинаково возможными путями, делаемый судебной практикой, имеет опять-таки творческий характер.

Сводя законодательные постановления к одному логическому целому, устраняя их противоречия, восполняя пробелы, суд черпает для того материал и руководящие начала в выводах научного мышления о праве. В силу этого многие, особливо в старое время, считали науку права самостоятельным источником права. А так как противоречия во мнении отдельных ученых встречались на каждом шагу, то были выработаны особые правила для выбора между противоречивыми взглядами. Как общее правило признавалось, что судья должен руководствоваться общим мнением ученых (*communis opinio doctorum*). Но как решить, какое мнение есть общее? Для этого существовали тогда свои правила, и при том чисто внешние, так сказать, механического характера. *Communis opinio doctorum* было бы то, которое разделялось семью учеными или одинаково признавалось и Бартолом и глоссой (т. е. *glossa ordinaria* Аккурзия). Если же этим путем нельзя было сделать выбора, то предпочтение отдавалось тому мнению, которое разделялось старейшими учеными; юрист был тем авторитетнее, чем он древнее. Эти правила, сложившиеся на почве средневековой науки, не могли, конечно, удержаться в Новое время и были всеми отброшены. Большинство, понимая вместе с тем невозможность заменить их какими-нибудь другими определенными правилами, которые бы давали возможность вполне объективного выбора между противоречивыми научными воззрениями, пришло весьма последовательно к признанию, что наука не есть самостоятельный источник положительного права. Но историческая школа признала это крайностью. Смешные правила, сводившие выяснение общего мнения ученых чуть не к простой арифметической выкладке, должны, конечно, быть отброшены. Но отсюда не следует еще заключать, чтобы и вообще наука не имела значение источника права. Представители исторической школы не указали, однако, никакого объективного начала для руководства при выборе между противоречивыми научными воззрениями. Но если нет возможности сделать объективно

определенного выбора, то нормы, нашедшие себе выражение только в науке права, представляются лишенными всякой определенности в объеме их действия, а, следовательно, и науку нельзя признать источником права в техническом смысле, т. е. признаком обязательности. Признаком обязательности начал, выработанных наукой, может служить лишь усвоение их судебной практикой, другими словами: не теория, а только практика есть самостоятельный источник права.

Признавая судебную практику самостоятельным источником права, мы должны оговориться, что это не следует понимать так, чтобы раз принятое судом решение какого-нибудь спорного вопроса безусловно связывало суд на будущее время. Если каждый закон может быть заменен новым, если «на обык есть перевык», то, конечно, и судебная практика не может быть обречена на неподвижность и застой. Но с другой стороны, постоянство судебной практики и обуславливаемая им определенность юридических отношений представляет, конечно, важное значение. Одно из первых условий правосудия, это то, чтобы законы применялись ко всем одинаково, а это невозможно без однообразной, устойчивой судебной практики. Суд поэтому всегда склонен поддерживать то именно начало, которое уже принято предшествующей практикой. Нужны весьма серьезные и веские основания, чтобы склонить суд к изменению установившейся в нем практики. Поэтому все вероятнее за то, что раз принятое судом начало будет поддерживаться им и в последующих решениях.

## § 54. Законодательство

*Savigny. System. B. I. §§ 16–20. Zacharia. Vierzig Bücher vom Staate. B. IV. S. 1. Böhlau. Mecklenburgisches Landrecht. B. 5. S. 283. Jellinek. Gesetz und Verordnung. 1887. Seligmann. Der Begriff des Gesetzes. 1886. Hänel. Gesetz im formellen und materiellen Sinne. 1888. Коркунов, Указ и закон. 1894. С. 227–228.*

Выражение юридических норм в обычае и судебной практике всегда и по необходимости имеет казуистически и неопределенный характер. И юридический обычай, и судебная практика слагаются мало-помалу, по мере повторения частных случаев применения данной юридической нормы. Поэтому юридические нормы не могут в этих формах найти себе общего и достаточно определенного выражения. Эти недостатки дают все сильнее себя чувствовать по мере появления, с развитием общественной жизни, более сложных и более разнообразных отношений. Государственная власть, призванная поддерживать и охранять господство права, не может помириться с таким положением дела. Как только она достаточно окрепнет и организуется, она везде стремится поставить на место неопределенных начал обычного права и судебной практики ею самой формулированные, определенные и по возможности общие положения или *законы*.

Вначале эта законодательная нормировка распространяется лишь на те отрасли права, которые непосредственно касаются интересов власти или непосредственно подлежат осуществлению ее органами. А частные отношения имущественные и семейные всего дольше остаются под господством обычного права. Но с течением времени законодательство, все расширяясь, подчиняет себе одну за другой все отрасли права, становясь, таким образом, общей господствующей формой положительного права, а обычай и судебная практика низводятся до положения подчиненных, второстепенных, составляющих как бы исключение источников права.

Закон в широком смысле есть всякая устанавливаемая органами государственной власти юридическая норма. Нередко определяют закон, как выражение воли органов государственной власти или государства. Но такое определение слишком широко. Органы государственной власти могут выражать свою волю без намерения придавать ей значение обязательной для граждан нормы. Таковы, например, заключительные слова Манифеста об освобождении крестьян: «Осени себя крестным знаменем, православный народ, и призови с нами Божие благословение на твой свободный труд, залог твоего домашнего благополучия и блага

общественного».

С другой стороны, определение закона, как «прямого выражения воли», не может быть принято, как слишком узкое. Если в законе дано только общее правило, то нельзя сказать, чтобы в нем были *прямо* выражены и все частные из него выводы; между тем, и они имеют силу закона. Точно так же, если закон что-либо запрещает в точно перечисленных случаях, то во всех других случаях это считается по закону дозволенным. Словом, силу закона имеет не только то, что в нем прямо сказано, но и то, что логически вытекает из сказанного.

Многие так же считают необходимым включить в определение закона указание на то, что он издается не иначе, как установленным на то порядком. Но это совершенно излишне, так как при несоблюдении такого порядка не будет акта государственной власти, а будет только личный акт представителя власти. Раз он не соблюдает установленных форм, он не может быть признан действующим от имени государства. Поэтому наше определение закона как нормы, устанавливаемой органами государственной власти, уже предполагает соблюдение форм, установленных для действий, совершаемых от имени государства.

В данном мною определении закона не упоминается также об обнародовании, признаваемом многими существенною принадлежностью закона. Это сделано по той причине, что история знает примеры законов не обнародовавшихся. А у нас в настоящее время основные законы предусматривают возможность издания законов, подлежащих тайне.

И по вопросу об основании обязательности законов нет установившейся, общепризнанной теории. Представители школы естественного права видели это основание в том, будто бы закон основывается на соглашении. Каждый отдельный гражданин, по их мнению, должен подчиняться закону потому, что является участником этого соглашения. Одни, как Гроций и Гоббс, понимали это так, что общим соглашением предоставляется определенному лицу или учреждению право издания законов. Но во второй половине XVIII в. это воззрение заменилось другим, в силу которого каждый отдельный закон рассматривался как выражение общей воли. Такого взгляда держался не только Руссо, но также Кант и его последователи. Теория эта покоится на предположении, что соглашение, и притом всякое соглашение, обязательно само по себе, и что обязательность его, как очевидная, не требует ни доказательства, ни дальнейшего обоснования. В действительности мы видим, однако, совершенно иное. Далеко не всякий договор признается обязательным, а только такой, который удовлетворяет требованиям закона и, следовательно, именно закон является основой его обязательности. И, во всяком случае, такое обоснование обязательной силы закона соглашением не более как фикция, в корне расходящаяся с действительностью, где мы нередко видим законы, идущие в разрез с общественным мнением.

Историческая школа и в отношении к закону считала основой его обязательности выражение в нем общего народного правосознания. Но это такая же фикция, как обоснование закона общим соглашением. Мы не оспариваем существования общего правосознания. Но невозможно утверждать, чтобы все законы выражали только общее народное правосознание. Законы могут и расходиться с народным правосознанием, могут и противоречить ему. В государствах, население которых состоит из различных, еще не объединенных совместной политической жизнью национальностей, такое противоречие какому-нибудь из существующих в государстве народных правосознаний является даже необходимостью. А между тем обязательную силу имеет каждый закон, независимо от его содержания.

Таким образом, остается искать основания обязательности законов в том, что они издаются органами власти, могущими, с одной стороны, принудительным образом поддержать их осуществление в жизни, а с другой стороны являющихся в глазах массы авторитетом и потому каждое их веление вызывает почти инстинктивное себе повиновение.

Законы могут быть издаваемы вообще такими органами государственной власти, велениям которых подчинены органы, призванные применять закон на практике. В одном и том же государстве может быть несколько таких органов, а потому и законы различаются на несколько видов по различию субъектов, их издающих.

Так как обыкновенно издание более важных юридических норм предоставляется особому законодательному учреждению, ведающему только законодательством и надзором за управлением, а менее важные издаются теми же органами, которые выполняют функции



собственно исполнительной власти, то сообразно с этим устанавливаемые органами государственной власти нормы разделяются на законы (*loi*, *Gesetz*, *law*) и указы (*decret*, *Verordnung*, *order*). Так как исполнительные функции должны осуществляться сообразно с законами и самое осуществление их подлежит надзору законодательного учреждения, то и указы подчинены законам; указ обязателен лишь под условием непротиворечия его законам.

В основании такого формального различия законов и указов по различию властей их издающих лежит, конечно, мысль, что они различаются и по содержанию. Более важные юридические нормы, касающиеся наиболее существенных интересов граждан, должны быть устанавливаемы не иначе, как с их согласия или, по крайней мере, с согласия их представителей. Определение же второстепенных подробностей может быть предоставлено одностороннему усмотрению правительства, более компетентного в вопросах технических подробностей. Но это материальное различие указов и законов не поддается определенной и практически осуществимой формулировке, так как невозможно найти объективной меры и внешнего признака для распознавания в этом отношении важного и неважного. Потому везде в конституционных государствах установился на практике такой порядок, что указ не может отменять или изменять закон и, следовательно, все, чего раз коснулись законодательные определения, входит уже в исключительную компетенцию законодательной власти, разве она сама уполномочит правительство на нормировку этих предметов его указами. Напротив, по всем вопросам, не получившим законодательной нормировки, правительство самостоятельно устанавливает юридические нормы своими указами. От этого общего правила, определяющего взаимное соотношение указов и законов, допускается отступление лишь в случаях крайней необходимости, ради безопасности государства принять чрезвычайные меры, не предусмотренные законом, и невозможности совершить это законодательным порядком. В таких случаях правительство, опираясь на крайнюю необходимость, может издать указ и противоречащий законам, но под условием ответственности за это министров пред палатами.

И законы, и указы представляют и дальнейшие подразделения, опять-таки по различию издающих их органов. Во многих государствах законы в собственном смысле, как нормы, издаваемые органами, не осуществляющими функций исполнительных, подразделяются на законы обыкновенные и законы основные, издаваемые или особыми органами или, по крайней мере, особым порядком. Точно так же и указы различаются, смотря по тому, издаются ли они главою исполнительной власти – указы верховного управления, или подчиненными органами управления, и притом или центральными, или местными.

Так как различие законов и указов чисто формальное, то из противоположения закона указу получается понятие закона в формальном смысле. Законы в формальном смысле суть только акты законодательного учреждения. В противоположность этому понятие закона в смысле всякой вообще юридической нормы, установленной органом власти, все равно в законодательной форме или в форме указа, как обусловленное только содержанием, есть понятие закона в материальном смысле. Следовательно, и указы, насколько они содержат юридические нормы, подходят под понятие закона в материальном смысле.

Процесс образования закона распадается на несколько резко отделенных стадий, особенно резко обособленных там, где законодательная функция осуществляется, как в конституционных государствах, правительством совместно с народным представительством. Различают именно: 1) инициативу закона; 2) обсуждение законопроекта; 3) санкцию; 4) промульгацию и 5) обнародование или публикацию. Инициатива есть официальное возбуждение вопроса об издании нового закона, имеющее ту силу, что официально возбужденный вопрос должен быть обсужден законодательным учреждением. Инициатива может быть организована по четырем различным типам. Право законодательной инициативы может быть предоставлено: 1) только правительству, как это было, например, во Франции в эпоху Второй империи; или 2) только парламенту, как это практикуется теперь в Северо-Американских Штатах; 3) правительству и парламенту совместно, как это установлено в большинстве конституционных государств, и, наконец, 4) сверх правительства и парламента еще и народу непосредственно, примером чего служит Швейцария.

Право обсуждения законопроектов есть главная существенная функция народного собрания. Везде, где оно участвует в законодательстве, оно выполняет эту функцию. Но право

это может принимать две существенно различные формы. Оно может, во-первых, быть ограничено только правом отвергнуть или принять законопроект как он есть, без права предлагать к нему изменения. Такое ограничение права обсуждения законопроектов предполагает, конечно, что инициатива составляет исключительное право правительства. Но в современных государствах установилось право обсуждения в более широком объеме, включая в себя не только право принять или отвергнуть законопроект, но и право предлагать к нему всевозможные поправки. Если парламент состоит из двух палат, как это бывает в большинстве государств, каждой из них принадлежит одинаковое право обсуждения законопроектов, и на утверждение главы правительства законопроекты поступают не иначе, как после принятия их обеими палатами.

Санкция или утверждение законопроектов всегда принадлежит главе правительства. Право санкции предполагает право отказа в утверждении или так называемое право *вето*. Вето бывает абсолютное и суспензивное. Абсолютное вето заключается в неограниченном праве монарха, потому что оно существует только в монархических государствах, отвергать принятые палатами законопроекты.

Суспензивное или задерживающее вето только задерживает превращение законопроекта в закон, но если палаты настаивают на принятии законопроекта, он получает, при наличии известных условий, обыкновенно повторного его принятия палатами, силу закона, помимо воли главы правительства. Эта форма вето применяется в республиках, а также и в некоторых монархиях, например, в Норвегии и в бывшей Бразильской империи.

Закон, принятый палатами и утвержденный главой правительства, затем обращается к исполнению, что и составляет т. н. промульгацию и публикуется во всеобщее сведение.

В большинства конституционных государств, как было уже сказано, законы в тесном смысле подразделяются в свою очередь на *обыкновенные* и *конституционные*. Конституционными называются законы, определяющие основные начала государственного устройства страны и издаваемые особым, осложненным порядком. В одних государствах издание их принадлежит тем же учреждениям, что и издание законов обыкновенных, но при обсуждении их применяются более сложные формы, обеспечивающие большую обдуманность; такой порядок установлен, например, в Пруссии и Франции. В других государствах власть издания конституционных законов или *власть учредительная* отличается от обыкновенной законодательной власти и считается принадлежащей только народу непосредственно, а не собранию его представителей. Такой порядок издания конституционных законов существует в Швейцарии.

Закон тем существенно отличается от других источников права, что он представляет не акт *применения* нормы, как обычай или судебная практика, а акт ее *установления*. Потому действие закона точно определено не только по отношению к месту, но и по отношению ко времени. Законы действуют только с момента своего издания, так что все совершившееся до его издания не подходит под его определения. Он может быть издан или на определенный срок, или бессрочно, на неопределенное время. В первом случае действие закона прекращается с истечением срока. Во втором, действие закона прекращается отменой его или вновь изданным законом, или обычаем.

Основанием для определения момента вступления закона в действие принимается обыкновенно обнародование. Обнародование законов совершается в настоящее время посредством печатания их в особо для того предназначаемом официальном издании. Но, конечно, закон не может сделаться известным населению в самый момент выхода в свет того номера собрания узаконений, в котором он напечатан. Нужно время для рассылки этого номера по различным местностям государства, нужно время для его прочтения. Поэтому всего удобнее считать, как это установлено в Германской империи, что закон вступает в силу по прошествии нескольких дней по выходу соответственного номера собрания узаконений. Если этот срок достаточно продолжительный, он может быть общим для всех местностей государства, а это представляет ту выгоду, что тогда закон вступает в силу во всем государстве одновременно. В Германии установлен 14-дневный срок для всей империи и только для колоний установлен особый четырехмесячный срок.

Действие закона прекращается или истечением срока, если закон был издан на

определенный срок, или изданием нового закона, его отменяющего. Издание новой конституции отменяет старую лишь в тех ее частях, которые заменены постановлениями новой. Остальные же постановления старой конституции, ничем не замененные в новой, сохраняют действие и только теряют значение конституционного закона. Так, по крайней мере, практикуется во Франции.

Законодательство слагается из ряда отдельных постановлений, издаваемых одно за другим, по мере надобности. Такая дробность уже сама по себе представляет большие неудобства, затрудняя ознакомление с законодательством. Но это неудобство еще усиливается тем, что отдельные постановления, относясь по своему происхождению иногда к весьма различным эпохам, представляются существенно разнородными, являясь выражением различных или даже противоположных принципов, какими в разное время руководствовались правительства. В таком случае неизбежны несоответствие и противоречие отдельных частей законодательства между собой.

Поэтому систематическая обработка законодательства, соединение отдельных его постановлений в одно систематическое целое представляется существенной практической потребностью. Такое объединение может совершаться двояким путем: посредством *инкорпорации* и *кодификации* <sup>57</sup>.

Под инкорпорацией разумеют такую форму систематической обработки законодательства, когда составитель ограничен в выборе материала одним действующим законодательством, когда имеется в виду изменить только форму, оставляя неизменным самое содержание. Инкорпорация дает объединение уже имеющемуся налицо законодательному материалу. Поэтому она, конечно, может дать только внешнее объединение: противоречий в самом содержании она устранить не может.

Кодификация не ограничивается изменением только формы, она дает систематическое объединение и содержания, а потому кодификатор не ограничивается одним действующим в момент составления кодекса законодательством. Он может черпать свой материал и из обычного права, и из судебной практики, и из иностранного права, и из научной литературы. Кодекс является не новой только формой старого закона, а новым законом в полном смысле слова.

## Глава II Источники русского права

### § 55. Соотношение различных источников

*Градовский.* Начала русского государственного права. Т. I. С. 11. *Цитович.* Курс гражданского права. Вып. I. *Таганцев.* Лекции по русскому уголовному праву. Вып. I. С. 141.

Источники русского права те же самые, что и всякого положительного права: закон, обычай, судебная практика. Правда, ст. 47 наших Основных Законов постановляет, что «Империя Российская управляется на твердом основании положительных законов, учреждений и уставов, от Самодержавной Власти исходящих», как бы вовсе исключая этим допустимость применения других юридических норм, кроме законов. А ст. 65 тех же Основных Законов требует механического применения закона «по точному и буквальному смыслу оных»: не допуская «обманчивого непостоянства самопроизвольных толкований». При таких условиях, казалось бы, у нас не может иметь места установление юридических норм ни путем обычая, ни посредством судебной практики. В действительности, однако, и судебная практика и, в особенности, обычай имеют у нас весьма большое значение.

<sup>57</sup> Жинульяк. О кодификации и ее влиянии на законодательство и науку права / Юридический вестник, 1876.

Это несоответствие постановлений Основных Законов с действительным положением дела объясняется, прежде всего, тем, что составители Свода находились под влиянием старых воззрений, видевших в законе единственный источник права и потому не признававших самостоятельного значения ни за обычаем, ни за судебной практикой. К тому же во время составления Свода Законов главная масса крестьянства, живущего почти исключительно обычаем, находилась в крепостной зависимости, и потому законодательство почти вовсе не касалось их взаимных отношений.

Что же касается судебной власти, то в то время она не была еще отделена от власти законодательной, и высшая судебная инстанция (Государственный совет) была вместе с тем и законодательным учреждением, а потому, конечно, и судебная практика не могла получить значения самостоятельного источника права. Если суд усматривал неясность или неполноту законодательства, он должен был представлять о том в высшую инстанцию, и так, переходя из инстанции в инстанцию, дело доходило до Государственного совета, где оно разрешалось. Высочайше утвержденным мнением совета, следовательно, законодательным порядком. И такие мнения совета по частным казусам играли весьма видную роль в развитии нашего законодательства. Значительное число и теперь действующих законодательных постановлений имеют такое казуистическое происхождение. При таких условиях составителям Свода Законов не было основания упоминать о судебной практике, как о самостоятельном источнике права. Судебные решения тогда постоянно превращались в законодательные постановления. Между теми и другими не было строгого разграничения. Но в настоящее время все это изменилось, и в самом Своде Законов можно найти ограничения начала, выраженного в 47 ст. Основных Законов.

Современное наше законодательство, во-первых, в довольно широком объеме допускает применение судами юридических обычаев. Закон разрешает, во-первых, мировым судьям руководствоваться общеизвестными местными обычаями по ссылке одной или обеих сторон, но лишь в том случае, когда применение местных обычаев дозволяется именно законом, или в случаях, положительно не разрешаемых законом» (Уст. Гр. Судопр. Ст. 130). Во-вторых, обычаем могут руководствоваться некоторые особенные суды, а именно: *волостные, коммерческие и инородческие*. Особенное значение имеет применение юридических обычаев волостными судами, так как им подведомы почти все гражданские дела крестьян, т. е. самой многочисленной части населения России.

С совершившимся с судебной реформой 1864 г. разграничением судебной власти от законодательной отменено было так же и прежнее запрещение толкования законов. В настоящее время судам предписывается всякое дело решать на основании существующих законов, не останавливая решения под предлогом неполноты, неясности, недостатка или противоречия законов (ст. 10 Уст. Гр. Судопр. и ст. 13 Уст. Уг. Судопр.), а выполнить такое требование можно только при свободном толковании законодательных постановлений. При этом судебные дела уже не могут более восходить в Государственный совет на разрешение их в законодательном порядке. Судебная власть должна сама разрешать каждый представившийся ей вопрос. И в действительности наша судебная практика, особенно кассационная, вследствие неполноты и казуистического характера нашего законодательства, по необходимости зауряд имеет творческий характер.

При всем том законодательство у нас, как и в других современных государствах, является главным преобладающим источником права. Однако не все юридические нормы, устанавливаемые органами власти, устанавливаются самою верховною властью. И органы подчиненного управления в значительной степени наделены правом своими указами устанавливать юридические нормы, конечно, под условием непротиворечия их законам. Так, это право предоставлено губернаторам, городским думам и губернским земским собраниям, а также целым рядом специальных на то полномочий отдельным министрам.

Ввиду всего сказанного, ст. 47 Основных Законов должна быть толкуема ограничительно. Законы, от Самодержавной власти исходящие, не представляются единственными юридическими нормами, имеющими у нас обязательную силу. Самим законодательством допускается в известных границах действие обычного права, значительная самостоятельность судебной практики и установление обязательных для граждан юридических норм указами

подчиненных органов власти. Поэтому ст. 47 должна быть понимаема в том смысле, что законы, изданные Самодержавной властью, являются высшей формой действующих у нас норм положительного права: ими определяются условия и границы обязательной силы юридических норм, выразившихся в других формах. Обычай, судебная практика, указы подчиненных органов – все это в своем действии подчинено законам, исходящим от Самодержавной власти.

## § 56. Русское законодательство

*Градовский.* Начала русского государственного права. Т. I. *Коркунов.* Русское государственное право. II. С. 28–88. *Его же.* Указ и закон. С. 289–357.

Русскому государю, как монарху самодержавному, принадлежит неограниченная власть и в осуществлении законодательной функции он не связан обязанностью соглашения с каким-либо другим органом. От его единой воли зависит решение всех законодательных вопросов.

Отсюда многие заключают, что всякое Высочайшее повеление есть закон. Из безграничности власти монарха выводят полное безразличие обязательной силы всех его велений. Всем проявлениям Высочайшей воли приписывают одинаковую силу и тем самым отвергают возможность различать законы и Высочайшие указы, имеющие силу лишь под условием непротиворечия их законам. В таком смысле высказался еще Сперанский, и с тех пор это воззрение остается господствующим в нашей юридической литературе.

Однако, если обратиться к основным законам, в них нельзя не заметить весьма определенно выраженное стремление установить различие между законами и другими Высочайшими повелениями.

Порядок составления и отмены законов, а также их форма определены особыми, специальными правилами, неприменяемыми к другим Высочайшим повелениям. Так, относительно составления законов ст. 50 постановляет, что «все предначертания законов рассматриваются в Государственном совете»; относительно внешней формы законов ст. 53 дает общий перечень всех разнообразных форм, в каких у нас издаются законы, а ст. 54 и 55 указывают различия внешней формы *новых* законов и *дополнений* к законам, прежде изданным, требуя для новых законов непременно Высочайшей подписи и допуская издание дополнений на основании словесно выраженной Высочайшей воли; наконец, ст. 73 говорит, что законы отменяются тем же самым порядком, каким издаются.

Установив, таким образом, признаки закона, в отличие от других Высочайших повелений, Основные Законы предусматривают затем в ст. 77 и возможность случаев противоречия Высочайших повелений закону, уполномочивая представлять о таких противоречиях от подчиненных мест – сенату, а от сената самой верховной власти.

Но, может быть, все эти постановления основных законов выражают собою именно только стремление, неосуществимое на деле в абсолютной монархии? И с этим нельзя согласиться. Безграничность власти вовсе не предполагает непременно безразличности велений. Пользующийся неограниченной властью может сам намеренно придать разным своим велениям и разную силу, а потребность в проведении такого различия между велениями, устанавливающими общие, основные начала, и велениями, определяющими частности, чувствуется в каждом государстве. В частности, и у неограниченного монарха, одинаково призванного своею властью и устанавливать общие руководящие начала государственной деятельности, и определять отношения к выдвигаемым жизнью частным конкретным вопросам, не может не явиться потребность в возможно строгом разграничении актов, долженствующих иметь общее руководящее значение, от относящихся только к преходящим условиям минуты. Для этого необходимо присвоить тем и другим актам, законодательным и правительственным, строго определенные и легко различимые формы. Никаких человеческих способностей не хватит на то, чтобы, постоянно имея дело с множеством разнообразных конкретных случаев, встречаясь с неотложными, постоянными запросами минуты, соблюсти в разрешении всего этого пестрого разнообразия дел сколько-нибудь последовательное осуществление раз

принятых в руководство общих начал, если начала эти не будут выражены в особой, отличающей их законодательной форме, если всякое частное отступление от них не будет, так сказать, подчеркиваемо необходимостью облекать его в ту же внешнюю форму, в какой установлены и самые эти начала. Если такого внешнего различия форм законодательных и собственно правительственных актов не будет установлено, на каждом шагу окажется опасность недостаточно обдуманых и даже совершенно бессознательных отступлений. Каждому отдельному человеку в его частной деятельности не легко выдерживать последовательное проведение раз принятых принципов под давлением окружающей среды, столкновений с противоречивыми интересами других людей, затруднений, порождаемых практическими условиями деятельности. А в государственном управлении, в силу чрезвычайной сложности условий и разнообразия задач деятельности, эта трудность соблюдения последовательности сказывается еще сильнее. Между тем, непоследовательность, отсутствие системы в государственном управлении еще большее зло, чем в частной деятельности; последствия бессистемности тут еще губительнее, благодаря отсутствию естественного, объединяющего стимула, каким в частной деятельности служит непосредственный личный интерес.

Таким образом, в неограниченной монархии не меньше, чем при какой-либо другой форме правления, дает себя чувствовать потребность обособления из общей сферы верховного управления особого разряда актов верховной власти, имеющих особую, отличительную форму, придающую им высшую, безусловную силу, значение законодательного акта. Такое обособление возможно и без ограничения власти монарха, потому что и абсолютный монарх может проявлять свою волю в различных формах, из которых одним может быть присвоено высшее значение, другим – низшее. Неограниченный монарх имеет даже меньше побуждений отступать от строгого соблюдения этих форм, чем монарх конституционный. Раз власть монарха в делах законодательных ограничена соучастием народного представительства, для монарха может представляться весьма соблазнительным расширять, как можно больше, область применения своих односторонних велений, в которых он не связан согласием парламента. Конституционный монарх не всегда может быть уверен в согласии парламента на задуманные им меры или постановления. Он может встретить оппозицию к принятию и таких мер, которые он считает безусловно необходимыми. В совершенно иные условия деятельности поставлен абсолютный монарх. И в законодательстве, и в управлении он одинаково неограничен, одинаково полновластен. Поэтому у него не может быть никакого интереса не соблюдать им самим установленных форм законодательных актов. И соблюдая эти формы, он остается так же свободен, как и действуя в порядке управления. Только у отдельных советников монарха, стремящихся подчинить его всецело своему одностороннему и исключительному влиянию, может явиться интерес устранять применение более сложных форм обсуждения законодательных актов, форм, обуславливающих участие более широкого круга советников. Но самому монарху строгое соблюдение раз установленных форм законодательства не может представляться стеснительным. Его власть будет проявляться тем свободнее, чем полнее, всестороннее, обдуманнее будет предварительное обсуждение его предначертаний. Выслушав многих и по возможности независимых советников, монарху в своем решении будет тем легче стать выше одностороннего влияния узких, партийных или своекорыстных стремлений того или другого отдельного советника. Смещения форм законодательства и управления могут требовать личные интересы приближенных к монарху лиц, оберегающих свое влияние на него, но сама по себе неограниченность власти монарха отнюдь не предполагает такого безразличия актов законодательства и актов управления.

Итак, мы должны признать, что не всякое Высочайшее повеление закон, а лишь то, которое состоялось согласно ст. 50 Основных Законов, т. е. по предварительному обсуждению в Государственном совете. Но Государственный совет выполняет только совещательную функцию. Он сам никаких вопросов не решает, а только высказывает по делам, зависящим от разрешения Верховной власти, мнение: единогласное мнение, если единогласие состоится, или «разные мнения», если голоса разделятся. Но все эти мнения Государственного совета для Государя не обязательны. Государь, выслушав или, как писалось при Александре I в манифестах, «вняв мнению Государственного совета», свободно постановляет решение

согласно или мнению большинства, или мнению меньшинства, или хотя бы свое собственное решение, вовсе не нашедшее себе выражение в совете.

Вопреки высказанному в нашей литературе весьма авторитетному мнению (А. Д. Градовского), мы не можем отождествлять различия словесных и подписанных Высочайших повелений с различием законов и указов. С одной стороны, и законы, издаваемые при участии Государственного совета, не всегда утверждаются Высочайшею подписью. Нередко утверждение совершается, хотя и собственноручно Государем, но не подписью, а словами «быть по сему», а в других случаях и словесно выраженным соизволением на утверждение данного законопроекта. Постановление ст. 54 Основных Законов, что «новый закон постановляется не иначе, как за собственноручным Высочайшим подписанием», существенно ограничено в своем значении следующей 55 статьей, допускающей издание «дополнений» закона и без собственноручного Высочайшего подписания. А при современном развитии законодательства, большинство новых законов могут быть рассматриваемы как дополнения уже существующих. С другой стороны, требование Высочайшей подписи в силу ст. 66 Основных Законов распространяется и на такие акты Верховной власти, которые совершенно чужды законодательного характера, например, при пожаловании или лишении дворянства, назначении на высшие должности, выдаче из казны денежных сумм и т. п. Это объясняется, конечно, тем, что собственноручная Высочайшая подпись гарантирует не более глубокое и разностороннее обсуждение, не большую обдуманность, а только большую достоверность данного акта, его подлинность и потому требуется во всех более важных актах независимо от того, имеют ли они законодательный характер, или нет.

Ко всему этому надо добавить, что мнение Градовского основывалось, главным образом, на допущенной в издании 1857 г.<sup>58</sup> опечатке в тексте ст. 77 Основных Законов. В подлинном тексте этой статьи в изданиях 1832 и 1842 гг. говорилось о праве представлять о замеченных противоречиях объявляемых Высочайших повелений всякому закону, в какой бы форме он ни был издан, а благодаря опечатке издания 1857 г., получился такой смысл, будто представлять можно лишь о противоречии закону, изданному за Высочайшим подписанием.

Что касается отдельных стадий образования закона, то у нас, при отсутствии народного представительства, право почина принадлежит только правительству: прежде всего Государю, но, кроме того, это право предоставлено Сенату и Синоду, которые также могут вносить на обсуждение государственного совета законодательные вопросы. Но министры правом законодательного почина не пользуются, так как на внесение в совет законопроектов они должны каждый раз испрашивать особое Высочайшее соизволение. Сам Государственный совет правом почина также не пользуется: он может обсуждать лишь внесенные в него законопроекты.

Обсуждение законопроектов происходит сначала в одном из департаментов совета, служащих как бы подготовительными комиссиями, а затем в общем собрании, членами которого, кроме лиц, особо назначаемых Высочайшею властью, являются по должности своей все министры. Мнения совета представляются Государю в кратких выписках из журнала заседания, называемых мемориями. Высочайшая воля по обсужденным в совете законодательным вопросам выражается, смотря по важности предмета, или письменно, или словесно, и притом в различных формах, в зависимости от того, утверждается ли мнение большинства или нет. Утверждение мнения большинства совета совершается или собственноручным Высочайшим надписанием слов «быть по сему» или отметкой Высочайшей резолюции за подписью председателя совета. В других случаях Высочайшая воля выражается или именованным указом за подписанием Высочайшего имени, или словесным Высочайшим повелением, объявляемым совету его председателем.

Внешние формы наших законов весьма разнообразны. Можно различать *полную* и *сокращенную* формы законодательных актов. Полная форма представляет расчленение на три части: 1) самый текст закона; 2) мнение Государственного совета, определяющее порядок перехода от старого порядка к новому, и 3) повеление Государя об обнародовании и введении

<sup>58</sup> Сохранившейся и в издании 1892 г.

закона в действие. Текст закона носит различные наименования: устава, учреждения, положения, правил. Но этому различию названий на практике не соответствует определенное различие в содержании. Повеление Государя об обнародовании и введении в действие выражается в именном указе Правительствующему Сенату. В случае же издания особо важных законов, Государь, кроме того, непосредственно обращается к подданным с манифестом, объявляя в нем об издании нового закона и объясняя мотивы, вызвавшие его издание.

Но такая полная форма применяется сравнительно редко. Чаще она сокращается. Реже всего издаются манифесты как непосредственное обращение верховной власти к подданным. Затем часто дело обходится и без именного указа Сенату. В таком случае законодательный акт слагается только из двух частей: 1) мнение Государственного совета и 2) самого текста закона. Если же закон не обширен, то текст его заключается в самое мнение Государственного совета. Немногосложные законы составляются иногда и из одного только именного указа Сенату: указ этот содержит в таком случае и самый текст закона и повеление Сенату его обнародовать и привести в исполнение.

Обнародование законов совершается у нас через посредство Правительствующего Сената (по первому департаменту), который рассылает новые законы при введениях в равные ему и при указах в подчиненные ему присутственные места и, кроме того, печатает их во всеобщее сведение в Собрании узаконений и распоряжений правительства. Этим обеспечивается возможность как правительственным учреждениям и лицам, так и частным лицам ознакомиться с содержанием вновь издаваемых законов. Но постановления нашего законодательства, относительно момента вступления в силу вновь издаваемых законов, представляются весьма неопределенными и неудобными. Постановления эти, относящиеся еще к законодательству прошлого столетия, имеют в виду обеспечение известности нового закона только присутственным местам, а не населению, и редижированы весьма неопределенно. Прежде всего, наши Основные Законы (ст. 57 и 58) устанавливают как бы два следующих друг за другом обнародования одного и того же закона. Ст. 57 Основных Законов говорит, что «законы обнародуются во всеобщее известие Сенатом», а по ст. 58 «обнародование закона в губернии принадлежит токмо губернскому правлению». Но, так как вся территория империи разделена на губернии, то, спрашивается, какую же силу имеет обнародование закона Сенатом? Затем по смыслу ст. 59 Основных Законов для присутственных мест закон получает силу, и должен быть ими применяем раньше, чем он сделается обязательным для частных лиц. В самом деле, ст. 59 говорит, что «в присутственных местах каждый закон воспримлет свою силу и должен быть прилагает к делам не прежде, как со дня получения его в том месте, к исполнению коего оный подлежит». Следовательно, всякое присутственное место, в том числе и Сенат, и губернское правление, должны применять новые законы со времени их получения, а обнародовать их они могут, конечно, только после получения, и момент получения никогда не может совпадать с моментом обнародования. Между тем, закон должен получить силу одновременно и для частных лиц, и для присутственных мест, обсуждающих их права и обязанности на основании нового закона. Сила закона в том и заключается, что им определяются права и обязанности. Несообразные выводы, получаемые из буквального смысла постановлений Основных Законов о вступлении закона в силу, объясняются единственно тем, что постановления эти определяют порядок ознакомления с содержанием вновь издаваемых законов только для присутственных мест. О том, что считать моментом обнародования закона «во всеобщее известие», в них нет никакого указания. Начало ст. 59 лишь общим образом определяет, что «закон получает обязательную силу не прежде, как со дня его объявления». Но что надо считать днем объявления не указано. Правда, в учреждении Правительствующего Сената, в примечании к ст. 19, говорится, что указом Сената определено: «распубликование закона в Собрании узаконений имеет значение официального его обнародования», и это, казалось бы, можно понимать так, что такое распубликование и определяет момент получения законом обязательной силы для частных лиц. Но и такое толкование приводит к несообразному выводу. Приняв его, пришлось бы признать, что для частных лиц закон получает обязательную силу раньше, чем для присутственных мест, потому что рассылка Сенатом новых законов совершается именно в листах Собрания узаконений. Таким образом, остается принять, как это делается и в практике, и в литературе, что и для частных лиц закон получает силу с того же времени, как и для



присутственных мест, и, следовательно, в действительности прежде его обнародования «во всеобщее известие». И к этому присоединяется еще и то неудобство, что для каждого отдельного присутственного места время вступления закона в действие определяется особо и потому может быть различно.

Во всяком случае, принятый у нас порядок делает неизбежным различие во времени вступления закона в действие в различных местностях и при наших расстояниях это различие может быть очень велико. Поэтому, зная время распубликования закона в Собрании узаконений, мы не можем еще определить время вступления его в силу. Для этого необходимо для каждой местности в отдельности определить еще время получения закона местными присутственными местами.

## § 57. Полное собрание законов

### Обозрение исторических сведений о Своде Законов. 1837.

Кроме текущего «Собрания узаконений и распоряжений правительства», издаваемого с 1863 г., у нас имеются еще два сборника законов – хронологический сборник всех законодательных актов с Соборного уложения 1649 г. – Полное собрание законов, и систематический сборник действующего законодательства – Свод Законов.

Так как это именно *сборники* уже раньше изданных законов, а не целостные внутренне объединенные переработки законодательства, то их подводят под понятие инкорпорации. Надо сказать, однако, что они представляют собою весьма своеобразную форму инкорпорации, отличаясь от других известных инкорпораций довольно существенными особенностями. Во-первых, это не законченные сборники, как, например, сборники Юстиниана, а текущие, подлежащие постоянному пополнению и изменению, сообразно движению законодательства. И Полное Собрание, и Свод не представляют собою законченной картины нашего законодательства к определенному историческому моменту его развития, а, напротив, предназначенному служить как бы зеркалом, отражающим в себе все последовательные изменения законодательства. Во-вторых, наши сборники не издаются законодательным порядком, а составляются учреждением, не осуществляющим вовсе законодательных функций. Первоначально таким учреждением служило Второе отделение Собственной Е. И. В. канцелярии, преобразованное в 1882 г. в кодификационный отдел при Государственном совете, а теперь (с 1893 г.) в особое отделение Государственной канцелярии, в отделение Свода Законов. Составленные этими учреждениями новые тома Полного Собрания или новые издания и Продолжения Свода не вносились на уважение Государственного совета, как это требуется для издания законов.

И Полное Собрание, и Свод были первоначально составлены в царствование императора Николая I. Правда, как сборники текущие, они продолжают, составляться и по настоящее время, но это только продолжение того, что было сделано при Николае I. Поэтому и последнее издание Свода 1893 г. сохраняет все тот же заголовок «Свод Законов Российской Империи, повелением императора Николая I составленный».

Попытки составить взамен Соборного уложения 1649 г. новое уложение делались уже в царствование Петра I и затем повторялись в течение всего прошлого столетия и в начале настоящего. Но все они остались без практических результатов, и Император Николай I решился, вместо составления нового уложения, нового кодекса, ограничиться составлением сборника действующих законов, поручив это дело Сперанскому. И эта задача представляла тогда немалые трудности. По существовавшему тогда порядку законы обнародовались отдельными печатными листами, и не было вовсе ни официального, ни частного сколько-нибудь полного их сборника. Поэтому для того, чтобы определить и выделить собственно действующие законы, необходимо было прежде вообще собрать весь накопившийся с 1649 г. законодательный материал, расположив его просто в хронологическом порядке.

Это и было выполнено составлением в 1830 г. Первого Полного Собрания Законов, обнимающего собою в 45 томах все законодательные акты, начиная с Уложения 1649 г. до 12

декабря 1825 г., т. е. до дня издания первого манифеста Николая I,<sup>59</sup> всего 30 920 актов. Все законодательные акты помещены в Полном Собрании в том самом виде, в каком они первоначально были изданы, без всяких изменений. Порядок их расположения хронологический, по времени их утверждения. Иногда отмечен при этом и день обнародования, но не всегда. К полному собранию для облегчения справок составлены два указателя, хронологический и алфавитный, с систематическим к нему оглавлением.

Одновременно с Первым Полным Собранием приступлено было к составлению и Второго Полного Собрания Законов, в которое должны были включаться вновь издаваемые законодательные акты, начиная с первого манифеста Николая I. Второе Собрание составлено по тому же плану, имея особую нумерацию.

Уже при восшествии на престол Александра II возбуждался вопрос, не закончить ли Второе Собрание и не начать ли с первого манифеста Александра II Третье Собрание. Но тогда это предположение было Высочайше отклонено. Затем по поводу совершившегося 25-летия царствования покойного Государя повелено было закончить Второе Собрание и с 19 февраля 1880 г. начать Третье Собрание. Но за последовавшим затем вступлением на престол Императора Александра III состоялось 19 октября 1883 г. Высочайшее повеление о продолжении Второго Собрания так, чтобы оно обняло все законодательные акты прошлого царствования, и начать Третье Собрание с первого манифеста Александра III. Таким образом, законченное теперь Второе Полное Собрание Законов объемлет собою законодательные акты двух царствований Николая I и Александра II и состоит из 55 томов.

Составление Полного Собрания было вызвано разрозненностью наших законов, публиковавшихся отдельными листами. С 1863 г. обнародование новых законов совершается в особом Собрании узаконений, представляющем собою также цельный сборник, снабженный хронологическими и алфавитными указателями. В силу этого, естественно, должен был явиться вопрос: есть ли надобность в дальнейшем составлении Полного Собрания, раз имеется уже другой хронологический сборник законов, всегда значительно упреждающий по времени издания соответствующие тома Полного Собрания? Вопрос этот и действительно был неоднократно возбуждаем, в последний раз в 1882 г., Государственным советом, но составление Полного Собрания, тем не менее, решено было сохранить и на будущее время.

Доводы, выставленные в доказательство необходимости сохранить наряду с Собранием узаконений и Полное Собрание Законов, представляются во многих отношениях весьма интересными. Прежде всего, указывалось, будто бы только в Полном Собрании узаконения помещаются в определенном хронологическом порядке, в Собрании же узаконений в совершенно случайном. Дело в том, что в Собрании узаконений отдельные акты печатаются действительно не в порядке их утверждения, а в порядке их заслушания Сенатом. Но это вовсе не случайный порядок, а хронологический порядок по времени обнародования, имеющий при том гораздо большее практическое значение, чем хронологический порядок утверждения, принятый в Полном Собрании. Для юриста важно знать, когда закон вступил в силу, а не то, когда он утвержден. Время утверждения может представлять значение разве только для историка. Затем выдвигались на вид неисправность Собрания узаконений: частые в нем ошибки, неизбежные в периодическом издании и могущие быть затем исправлены. Ошибки возможны, конечно, во всяком человеческом деле. Но по этому самому они возможны и действительно встречаются не только в Собрании узаконений, но и в Полном Собрании, и в Своде. И, во всяком случае, исправление ошибок обнародованного текста законов должно совершаться как можно скорее и тем же способом, каким совершено самое обнародование. Ко всему этому присоединялось прежде еще и то соображение, что и по содержанию своему Собрание узаконений и Полное Собрание не совпадали. Соответствующие годы Полного Собрания заключали обыкновенно в себе гораздо больше, чем Собрание узаконений. Так, например, в XLI томе Полного Собрания Законов за 1866 г. помещено 1242 узаконения, в Собрании узаконений за тот же год только 893. Это объясняется тем, что бывшее Второе отделение Собственной Е. И. В. канцелярии в составлении Второго собрания продолжало

<sup>59</sup> А не по день восшествия на престол, которое считается с 19 ноября.

держаться тех же приемов, какие были приняты при составлении Первого и тогда были вполне уместны. Оно не ограничивалось перепечаткой обнародованных Сенатом узаконений, а, стремясь к возможной полноте материала, само разыскивало и печатало не обнародованные и даже такие, которым Сенат отказал в обнародовании, так как они составлялись неподлежащим законодательным порядком. Бывший кодификационный отдел сам признал такое восполнение содержания Полного Собрания не обнародованными материалами ненормальным, и теперь, в силу состоявшегося о том Высочайшего повеления, в Полное Собрание включаются только обнародованные через Собрание узаконений акты. Но тем самым, при полном тождестве содержания обоих этих сборников еще усиливаются сомнения в действительной надобности в дальнейшем составлении Полного Собрания.

Существование двух тождественных по содержанию официальных сборников законов может на практике создать и серьезные неудобства. Два совершенно самостоятельных и независимых друг от друга, различными учреждениями составляемых сборника никогда не могут быть вполне тождественны. По крайней мере, ошибки в них будут по необходимости различные. А к тому же составители Полного Собрания признают за собой право исправлять ошибки текста Собрания узаконений. Поэтому может оказаться, что один и тот же закон будет иметь различный текст в Собрании узаконений и в Полном Собрании: какой же из этих текстов должно считать юридически обязательным? Так как напечатание закона в Собрании узаконений есть один из существенных моментов самого издания закона, а составление Полного Собрания никакого отношения к акту издания закона не имеет, то и следует считать закон изданным всегда в том виде, как он напечатан в Собрании узаконений, и в случае различия текста Собрания узаконений и текста Полного Собрания, обязательным следует считать текст Собрания узаконений.

## § 58. Первое издание свода

Составление Полного Собрания было задумано как необходимая подготовительная мера к составлению сборника действующих законов. Таким сборником является Свод Законов. Он отличается от Полного Собрания, прежде всего, содержанием: Свод содержит не все законы, а только те, которые сохраняют обязательную силу. Затем и действующие законы включены в Свод не целиком, не в той самой форме, в какой они были первоначально изданы, а в извлечениях, сделанных в форме отдельных статей, под которыми имеются ссылки на узаконения, послужившие основанием для их составления. Наконец, и порядок размещения отдельных законодательных постановлений в Своде не хронологический, а систематический.

Свод был составлен в семь лет. Работы начались в январе 1826 г., а к концу 1832 г. Свод, включавший в себя действующие узаконения по 1 января 1832 г., был уже напечатан и 19 января 1833 г., представлен Государственному совету в заседании, происходившем под личным председательством Императора Николая I. Манифест об издании свода помечен 31 января 1833 г.,<sup>60</sup> но это первое издание свода называется по году его напечатания изданием 1832 г. Вступление же его в силу было отложено до января 1835 г., чтобы дать возможность присутственным местам ознакомиться с его содержанием.

При составлении свода, прежде всего, требовалось исключить все законы, отмененные последующими. Во-вторых, устранены все повторения и вместо многих постановлений, одно и то же гласящих, в Свод включалось одно из них, полнейшее. В-третьих, старались по возможности сохранить слова старых законов: «ибо в законе не столько изящество слога, сколько сила и важность его, а для важности древности драгоценны». Наконец, в-четвертых, законы многословные и обширные должны были быть сокращены и с этой целью положено, не включая в Свод встречающихся во многих законах изложения случаев, подавших повод к

<sup>60</sup> Подписан он 1 февраля, но помечен 31 января, причем Император «изъяснил в присутствии Государственного совета причину тому, что семь лет назад состоялось в сей день повеление о Собрании Законов и составлении из оных свода». Отметка Государственного секретаря Марченки на журнале общего собрания. 1 февраля 1833 г. Л. 20.

закону, а также рассуждений, на которых он основан, ограничиваться передачей только самого распоряжения закона.

Составленные таким образом отдельные законоположения составили отдельные *статьи* Свода, и под каждой из них указаны те постановления, на которых она основана. Это делается не только для сообщения статьям Свода большей достоверности, но также для того, чтобы облегчить их понимание. «Сии указания нужны как верный путь к разуму закона, как способ к открытию причин его, как руководство к познанию истинного его смысла в случае сомнений; они нужны как лучшая система истолкований система, основанная не на мнениях и выводах произвольных, но на простом сличении двух форм одного и того же закона: первообразной и производной. Они охраняют связь между сими двумя формами, связь столь необходимую, что без нее расторглось бы самое его единство» («Обозрение исторических сведений о Своде Законов». С. 166).

Кроме ссылок на постановления, из которых составлены статьи Свода, при некоторых статьях имеются еще *примечания* и *приложения*. При первоначальном составлении Свода в форме примечаний излагались такие изъяснения, которые не содержат в себе ни повеления, ни запрещения и потому не составляют закона; а в приложения отнесены разные формы и таблицы и изложения подробностей, «кои бы затемнили смысл главных статей, прервали бы связь между ними, если бы помещены были среди текста». Но в последующих изданиях Свода и в продолжениях к нему это правило, к сожалению, не соблюдалось, и нередко в форме примечаний и приложений включались в Свод весьма важные новые узаконения, совершенно изменяющие смысл тех статей, к которым они присоединены. Впрочем, в последнее время опять заметно стремление возвратиться примечаниям и приложениям их первоначальное значение.

Составляющие Свод отдельные статьи<sup>61</sup> расположены в нем в систематическом порядке. Система эта основана на следующих началах. Все законы разделяются на государственные и гражданские. Государственные законы определяют права и обязанности, вытекающие из государственного союза. Они суть двоякого рода: одни определяют существо государственного союза; другие – охраняют вытекающие из него права. Государственные законы первого рода распадаются в свою очередь на: 1) *законы основные*, определяющие порядок, каким власть верховная образуется и действует в законодательстве и управлении; 2) *законы органические*, определяющие устройство органов, через которые власть действует; 3) *законы сил правительственных*, определяющие средства, с помощью которых власть действует, и представляющиеся или силами *личными* (уставы о повинностях) или *вещественными* (уставы казенного управления) и, наконец, 4) *законы о состояниях*, определяющие права и обязанности подданных по степеням их участия в составе установлений и сил государственных. Государственные законы второго рода подразделяются на: 1) *законы предохранительные* или *устав благочиния* и 2) *законы уголовные*.

Законы гражданские определяют права и обязанности, вытекающие из союза семейственного и союза по имуществам. Однако Сперанский разделил гражданские законы на два разряда не по различию этих союзов, а по другому признаку. Законы союзов семейственных и общие законы об имуществе он соединил вместе под именем *общих* гражданских законов, отделив от них, как *особенные*, гражданские законы, те, коими устанавливается порядок действий прав в имуществе в особенном их отношении к государственному и частному кредиту, к торговле, к промышленности и проч. Эти особенные гражданские законы по главной цели их называются законами государственного благоустройства или экономии<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Число их в издании 1832 г. было 36 000, а с приложениями 42 198.

<sup>62</sup> Отнесение законов государственного благоустройства к гражданским представляется, конечно, неправильным. Любопытно, что в своем «Проекте уложения государственных законов 1809 г.» сам Сперанский относил законы «публичной экономии» к государственным, а не к гражданским законам. Точно так же и Балугьянский в своем рассуждении о средствах исправления учреждений и законодательства в России (Сборник Российского Исторического общества. Т. 90. С. 67) относил экономические законы к правительственным, *lois administratives*.

Таким образом, весь Свод распадался на восемь главных отделов или частей, размещенных в 15 томах.

I. *Основные государственные законы* (том I, часть 1).

II. *Учреждения*: а) центральные (том I, ч. 2); б) местные (том II); в) уставы о службе государственной (т. III).

III. *Законы правительственных сил*: а) Уставы о повинностях (т. IV); б) Уставы о податях и пошлинах (т. V); в) Устав таможенный (т. VI); г) Уставы монетный, горный и о соли (т. VII); е) Уставы лесной, оброчных статей, арендных старостинских имений (т. VIII).

IV. *Законы о состояниях* (т. IX).

V. *Законы гражданские и межевые* (т. X).

VI. *Уставы государственного благоустройства*: а) Уставы кредитный, торговый, о промышленности (т. XI) и б) Уставы путей сообщения, строительный, пожарный, устав о городском и сельском хозяйстве, устав о благоустройстве в казенных селениях и о колониях иностранцев в Империи (т. XII).

VII. *Уставы благочиния (законы полиции)*: а) уставы о народном продовольствии, об общественном призрении и врачебный (т. XIII) и б) уставы о паспортах и беглых, о предупреждении и пресечении преступлений, о содержащихся под стражею, о ссыльных (т. XIV).

VIII. *Законы уголовные* (т. XV).

Каждый из 15 томов Свода составлял обособленное целое, особый Свод соответствующих учреждений, законов или уставов, имея одну общую для всего тома нумерацию статей и пагинацию.

В этой системе в Своде размещено все действующее право за исключением: 1) местных законов; 2) узаконений, относящихся к народному просвещению и государственному контролю;

3) узаконений, относящихся к управлению духовных дел;

4) узаконений, принадлежащих к управлению некоторых частей ведомства придворного, а также и благотворительных заведений, состоящих под особым ведением Государя или членов Императорского дома; 5) узаконений военных и морских.

По тем отраслям законодательства, которые вошли в Свод, он есть Свод Законов не в формальном, а в материальном смысле. В него включены не только все юридические нормы, установленный Высочайшею властью, хотя бы и не в законодательном порядке, но также и установленные органами подчиненного управления, в особенности Сенатом и министрами. И при этом вовсе не имелось в виду включением таких сенатских или министерских указов в Свод Законов придать им на будущее время силу закона. В «Обзрении сведений о Своде Законов» (С. 176), напротив, прямо оговорено, «что во всех тех уставах, где таковые циркулярные предписания были предъявлены, содержание их в приличных местах означено со ссылкой на самое предписание, *чтобы отличить его от закона*, и поставить силу его в тех самых пределах, какие законом ему присвоены». И, кроме того, Высочайше утвержденным мнением Государственного совета от 15 декабря 1834 г. постановлено было и на будущее время вносить в Свод: 1) Распорядительные предписания министров, к постоянному и всегдашнему исполнению закона принадлежащие, когда они по представлению министров будут утверждены указами Сената<sup>63</sup>. 2) Пояснительные и распорядительные меры, утвержденные и опубликованные от Сената, когда они, во-первых, будут согласны с действующими законами; во-вторых, разрешают или предупреждают какое-либо сомнение в смысле закона, не постановляя ничего вновь.

## § 59. Последующие издания свода и продолжения

<sup>63</sup> В представлении Сперанского, вследствие коего и состоялось это мнение Государственного совета, предполагалось вносить в Свод распорядительные предписания министров без утверждения их Сенатом. Для предписаний министра финансов по таможенной части это принято и Государственным советом.

Так как Свод есть текущий сборник, долженствующий отражать в себе все изменения законодательства, то надо было принять меры к приведению содержания Свода в постоянное соответствие с современным состоянием законодательства. Эта цель достигается двумя способами: во-первых, составлением от времени до времени *новых изданий* Свода и, во-вторых, постоянным составлением к нему Продолжений.

После первого издания 1832 г. было еще два полных издания Свода<sup>64</sup> 1842 и 1857 гг. и затем большое число новых изданий отдельных томов Свода и даже отдельных уставов: 1876, 1883, 1885, 1886, 1887, 1889, 1890, 1892 и 1893 гг. Но все эти издания даже в совокупности не заменили собою вполне издания 1857 г., так что некоторые его части остаются действующими и по настоящее время.

Первоначально предполагалось новое издание Свода составлять, строго сохраняя систему и план первого издания, не только в целом, но и в подробностях подразделений каждого тома в частности. Для облегчения этого мнением Государственного совета 15 декабря 1834 г. постановлено было «при составлении каждого нового устава сохранять, по возможности, в главном расположении его частей, тот план, по коему устроен соответствующий ему устав в Своде». Тогда полагали, что каковы бы ни были последующие изменения в законодательстве, все они могут найти себе надлежащее место в системе Свода.

Но уже при обсуждении этого вопроса в совете графом Канкриным было высказано сомнение в возможности вместить в рубрики принятой в Своде системы новые законы, вносящие существенные изменения прежнего порядка, так как между содержанием и системой не может не быть известного соответствия. И на деле это сомнение подтвердилось уже при составлении второго издания Свода 1842 г.

После составления первого издания Свода вскоре были изданы многие пространные и весьма важные по содержанию указы и положения, как, например, наказ губернаторам, положение о производстве дел в губернском правлении, наказ земской полиции и т. п. Так как их нельзя было вместить посредством простого изменения отдельных статей, то в Продолжениях они были помещены как приложения к отмененным ими статьям. Такое размещение совершенно не соответствовало важному значению новых узаконений. В приложениях по первоначальному плану должны были помещаться лишь определения частных подробностей, а тут к ним относились узаконения, определявшие весь строй нашего местного управления. При составлении второго издания 1842 г. решено было устранить эту несообразность, но этого нельзя было сделать, не изменив довольно существенно, внутреннюю систему отдельных томов. Поэтому, например, II том, как на это прямо указывал в своем Всеподданнейшем докладе 10 декабря 1842 г. граф Блудов, был в новом издании, можно сказать, переделан или составлен вновь, ибо все почти части одного надлежало исправлять и изменять по новейшим узаконениям. В большей или меньшей степени то же самое имело место и в отношении к другим томам.

Кроме того, в отношении ко всем томам было введено одно нововведение, на первый взгляд, совершенно внешнее, но приведшее постепенно к совершенному изменению общего характера Свода. В первом издании каждый том имел одну общую нумерацию. Свод представлялся поэтому именно систематическим сборником статей, размещенных по 15 томам. Для указания статьи достаточно было двух номеров: номера тома и номера статьи. Соотношение статей между собой определялось только местом их в Своде, а не тем, в составе какого учреждения или устава они первоначально явились. Внутренняя цельность и индивидуальные особенности отдельных уставов и учреждений были совершенно сглажены общей системой Свода. В издании 1842 г., напротив, отдельным учреждениям и уставам, входящим в состав одного и того же тома, присвоена была каждому особая нумерация. Граф Блудов мотивировал это изменение внешним практическим соображением: желанием сделать возможной продажу отдельных частей каждого тома. Но на деле это изменение имело более важное значение, существенно облегчая составление нового издания Свода; оно давало возможность включить в него целиком новые обширные узаконения, сохраняя и их систему,

<sup>64</sup> Не считая перепечаток первого издания 1833 и 1835 гг., эти перепечатки в заголовках названы изданиями.

как это и было сделано, например, с учреждением Государственного совета, с наказом губернаторам.

Что касается содержания второго издания, то оно вообще расширено сравнительно с первым. Число статей в нем почти в полтора раза более, чем в первом, а именно 59 396.

Высочайшее повеление о составлении третьего издания Свода последовало еще 1 ноября 1851 г. Граф Блудов, продолжавший и тогда заведовать нашим кодификационным учреждением, предполагал сначала (доклад 1 ноября 1851 г.) внести довольно существенные изменения в новое издание: включить в него все не вошедшие в два первых издания узаконения, кроме военных, морских, удельных, остзейских и духовных православного исповедания, и сообразно с этим увеличить число томов с 15 на 20. Но затем (доклад 16 декабря 1854 г.) решено было сохранить прежнее число томов, разделив вместо того II, VIII, XI, XII и XV тома каждый на две части, а X том на три части, так что при 15 томах третье издание составлялось уже из 22 томов. Благодаря этому в общей схеме Свода слово *часть* получило двойное значение. Все содержание Свода подразделяется, как мы уже знаем, на *восемь* главных частей и, кроме того, некоторые тома разделяются теперь на части. Предположение относительно включения в Свод не вошедших в прежние издания узаконений так же не вполне осуществилось: внесены были уставы счетные (т. VIII, ч. 2), устав духовных дел иностранных исповеданий (т. XII, ч. 1), почтовый и телеграфный (т. XII, ч. 1). В общем объем третьего издания сравнительно с первым оказался увеличенным вдвое: в нем содержалось около 90 000 статей.

Издание 1857 г. было последним полным изданием всего Свода. До 1876 г. вовсе не было новых изданий. В 1876 г. было составлено новое издание первой части II, III, первой части VIII, второй части X, XI, и второй части XV тома, и с тех пор установилась система издания порознь отдельных томов. Разновременность составления совместно действующих изданий отдельных томов уже сама по себе не может не нарушать прежнего единства и целостности Свода. Наряду с томами, действующими и по сие время, в издании 1857 г., в издании, предшествовавшем всем важнейшим реформам прошлого царствования, имеются тома издания 1892 и 1893 гг., составленного в такое время, когда и реформы эти уже подверглись значительным переделкам. Наш Свод никогда не имел внутреннего единства, единства содержания. Теперь он потерял и внешнее единство; перестал быть произведением одной руки и даже одного исторического момента. Он не дает в настоящем своем виде изображения законодательства в один определенный момент его исторического развития.

Нарушение единства и цельности, обусловленное разновременностью изданий отдельных томов, еще усиливается тем, что отдельные уставы получают все большую обособленность и самостоятельность. Мы видели, что уже в издании 1842 г. отдельные уставы одного и того же тома получили особую нумерацию. В новейших изданиях тома Свода уже прямо превращаются в сборники отдельных уставов, положений, учреждений, включаемых в них целиком, без всяких изменений, без всякого, хотя бы внешнего подчинения какой-либо общей для всего тома схеме. Каждый новый сколько-нибудь крупный законодательный акт образует собою и новую составную часть того тома, к общему содержанию которого он приблизительно подходит. Совершившиеся за истекшие шестьдесят лет глубокие изменения в нашем законодательстве совершенно расшатали старую, целостную систему Свода.

Изменилось и число томов. В системе Свода не было отведено особого места судоустройству и судопроизводству. Учреждение судебных мест отнесено было туда же, куда и учреждения всех других государственных установлений с подразделением только на центральные (том I) и местные (том II). Законы же уголовного и гражданского судопроизводства соединялись с материальным уголовным и гражданским правом. Между тем, в Судебных Уставах Александра II судоустройство и судопроизводство получили внутренне объединенную обработку. Вот почему после неудачной попытки князя Урусова разместить судебные уставы по клочкам в разных томах Свода издания 1876 г., в 1892 г. составлен был из них и из сохранившихся еще кое-где силу старых судоустроительных и судопроизводственных законов новый XVI том. Вместе с тем изменилось вследствие этого и число частей в некоторых томах. Том X имеет теперь уже не 3, а только 2 части: законы гражданские и законы межевые; том XV только одну часть. Уничтожено также разделение II тома на две части.

Относительно самого материала, подлежащего включению в Свод, в 1885 г. было установлено вносить в Свод только законодательные акты и Высочайшие повеления в порядке управления по тем имеющим отношение к содержанию Свода предметам, по коим до того не было установлено правил в порядке законодательном, и пояснительные постановления, удостоившиеся Высочайшего утверждения. Из сенатских указов могут быть вносимы лишь представляющие особую важность для разъяснения закона и то не иначе, как с особого каждый раз Высочайшего соизволения. Постановления министров вовсе не подлежат внесению в Свод, за исключением лишь распоряжений министра финансов по таможенной части.

В настоящее время Свод состоит из XVI томов в восьми разновременных изданиях. При этом томы I, VIII, X, XI, XII и XVI имеют каждый по две части, да к IX тому имеется составляющее отдельный том Особое приложение, содержащее в себе Положение о крестьянах.

По отдельным томам содержание Свода представляется в следующем виде:

Том I, ч. 1: Основные государственные законы; ч. 2: учреждения Государственного совета, совета министров и комитета министров; комитета сибирской железной дороги; Правительствующего Сената, министерств; правила о порядке принятия и направления прошений и жалоб, на Высочайшее имя приносимых; учреждение комитета для рассмотрения представления к Высочайшим наградам; учреждение орденов и других знаков отличий. – Издание 1892 г.; продолж. 1893 и 1895 гг.

Том II: Общее учреждение губернское; Положение о губернских и уездных земских учреждениях; Городовое положение; учреждение управления губерний Царства Польского; учреждение управления Кавказского края; временное положение об управлении Закаспийской области; положение об управлении Туркестанского края; положение об управлении областей: Акмолинской, Семипалатинской, Семиреченской, Уральской и Тургайской; учреждение Сибирское; положение об инородцах. – Издание 1892 г.; продолж. 1893 и 1895 гг.

Том III: Устав о службе по определению от правительства; уставы о пенсиях и единовременных пособиях. – Издание 1876 г.; продолж. 1890, 1891, 1893 гг.; положение об особых преимуществах гражданской службы в отдаленных местностях, а также в губерниях западных и Царства Польского. – Издание 1890 г.; продолж. 1891, 1893 гг.; устав эмеритальных касс гражданского ведомства. – Издание 1886 г.; продолж. 1890, 1891, 1893 гг.

Том IV: Устав о воинской повинности. – Издание 1886 г.; продолж. 1890, 1891, 1893 гг.; устав о земских повинностях. – Издание 1857 г., продолж. 1890, 1891, 1893 гг.; временные правила для земских учреждений по делам о земских повинностях. – Издание 1890 г.; продолж. 1891, 1893 гг.

Том V: Устав о прямых налогах; устав о пошлинах; устав об акцизных сборах; положение о государственном квартирном налоге. – Издание 1893 г.; продолж. 1895 г.

Том VI: Устав таможенный; общий таможенный тариф по европейской торговле. – Издание 1892 г.; продолж. 1893 и 1895 гг.

Том VII: Устав монетный; устав горный. – Издание 1893 г.; продолж. 1895 г.

Том VIII, ч. 1: Устав лесной; устав о казенных оброчных статьях; устав об управлении казенными имениями в западных и прибалтийских губерниях. – Издание 1893 г.; ч. 2: Уставы счетные. – Издание 1857 г.; продолж. 1890, 1891, 1893 и 1895 гг.

Том IX: Законы о состояниях; особое приложение к тому IX. – Издание 1876 г.; продолж. 1890, 1891, 1893 гг.

Том X, ч. 1: Свод законов гражданских; положение о казенных подрядах и поставках. – Издание 1887 г.; продолж. 1890, 1891, 1893 и 1895 гг., ч. 2: законы межевые. – Издание 1893 г.; продолж. 1895 г.

Том XI, ч. 1: Устав духовных дел иностранных исповеданий. – Издание 1857 г.; продолж. 1890, 1891, 1893 гг.; свод уставов ученых учреждений и учебных заведений ведомства министерства народного просвещения. – Издание 1893 г.; продолж. 1895 г.; ч. 2: устав кредитный; о векселях; торговый; судопроизводства торгового; консульский; о промышленности. – Издание 1893 г.; продолж. 1895 г.

Том XII, ч. 1: Устав путей сообщения. – Издание 1857 г.; продолж. 1893 г.; общий устав российских железных дорог. – Издание 1886 г.; продолж. 1893 г.; устав почтовый. – Издание 1857 г.; продолж. 1893 г.; устав телеграфный. – Издание 1876 г.; продолж. 1893 г.; устав



строительный. – Издание 1887 г.; продолж. 1893 г.; Положение о взаимном страховании от огня. – Издание 1886 г., продолж. 1893 г.; ч. 2: устав сельского хозяйства; положение о найме на сельские работы; положение о трактирном промысле. – Издание 1893 г.; продолж. 1895; устав о благоустройстве в казенных селениях. – Издание 1857 г.; продолж. 1890, 1891 гг.; устав о казачьих селениях и о колониях иностранцев в Империи. – Издание 1857 г.; продолж. 1863, 1864, 1868 гг.

Том XIII: Устав о народном продовольствии; об общественном призрении; врачебный. – Издание 1892 г.; продолж. 1893 и 1895 гг.

Том XIV: Уставы: о паспортах и беглых; о цензуре и печати; о предупреждении и пресечении преступлений; о содержащихся под стражей; о ссыльных. – Издание 1890 г.; продолж. 1891, 1893 и 1895 гг.

Том XV: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных; устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями. – Издание 1885 г.; продолж. 1890, 1891, 1893 и 1895 гг.

Том XVI, ч. 1: Судебные уставы; ч. 2: учреждение местных судебных установлений прежнего устройства; законы о судопроизводстве и взысканиях гражданских; законы о судопроизводстве по делам о преступлениях и проступках. – Издание 1892 г.; продолж. 1893 и 1895 гг.

### **Краткое оглавление Свода Законов Российской империи**

Том I. Основные государственные законы. Учреждение Государственного совета, Комитета Министров, Комитета Сибирской железной дороги, Правительствующего сената, Министерств и Капитула орденов.

Том II. Свод губернских учреждений. Управление Губернии. Положение о Губернских и Земских учреждениях. Городовое положение. Учреждение Управления Губерний Царства Польского, Кавказского Края, Закаспийской Области, Туркестанского Края. Учреждение Сибирское. Положение об Иностранцах и Гражданское Управление Казаков.

Том III. Устав о службе Гражданской. Уставы о пенсиях и пособиях. Уставы Эмеритальных Касс Гражданского Ведомства.

Том IV. Свод Уставов о Повинностях, Воинской и Земской.

Том V. Устав о прямых налогах. Положение о Государственном Квартирном Налоге. Свод Уставов о Пошлинах и об Акцизном Сборе.

Том VI. Свод Учреждений и Уставов Таможенных по Европейской и Азиатской торговлям.

Том VII. Устав Монетный. Общий Горный Устав. Положение о Горных заводах и Промыслах. Ведомства Министерства Императорского Двора.

Том VIII. Устав Лесной. Свод Уставов о Казенных оброчных статьях и об управлении оброчными имениями в Западных и Прибалтийских губерниях. Свод Уставов Счетных. Общий Счетный Устав и отдельных Министерств и Учреждений.

Том IX. Законы о состояниях. Положение о Земских Участковых Начальниках. Положение о крестьянах.

Том X. Свод Законов Гражданских. Свод Законов Межевых.

Том XI. Свод Учреждений и Уставов управления духовных дел иностранных исповеданий Христианских и иноверных. Управление духовных дел Магометан, Ламаистов и язычников. Свод Уставов ученых Учреждений и учебных заведений Министерства Народного Просвещения. Устав Кредитный. Устав о векселях. Устав Торговый. Устав Судопроизводства Торгового. Устав Консульский. Устав о промышленности. Устав пробирный.

Том XII. Свод Учреждений и уставов Путей Сообщения. Общий Устав Российских железных дорог. Устав почтовый. Устав Телеграфный. Устав Строительный. Положение о взаимном страховании от огня. Устав сельского Хозяйства. Положение о Трактирном Промысле. Свод Учреждений о колониях иностранцев в Империи.

Том XIII. Устав об обеспечении народного Продовольствия. Устав об общественном Призрении. Учреждения Врачебные. Устав Медицинской Полиции. Устав Судебной медицины.

Том XIV. Устав о паспортах и беглых. Положение о видах на жительство. Устав о цензуре

и печати. Устав о предупреждении и пресечении преступлений. Устав о содержащихся под стражей. Устав о ссыльных.

Том XV. Уложение о наказаниях Уголовных и исправительных. Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями.

Том XVI. Общее Учреждение Судебных Установлений. Устав Гражданского Судопроизводства. Устав Уголовного Судопроизводства. Положение об устройстве Судебной части в местностях, в коих введено положение о Земских Участковых Начальниках. Положение о Нотариальной части. Учреждение местных Судебных установлений прежнего устройства.

Так как последовательные издания свода отделяются друг от друга значительными промежутками времени, то для возможно большего соответствия свода постоянному движению законодательства издаются по возможности ежегодно или даже чаще еще и так называемые Продолжения к Своду, которые, не воспроизводя всего содержания свода, содержат только последовавшие вновь изменения<sup>65</sup>.

Продолжения бывают двоякого рода: *очередные* и *сводные*. Их различие в том, что очередное объемлет лишь тот законодательный материал, какой накопился со времени предшествующего Продолжения, а сводное – со времени последнего издания свода.

Действующими в настоящее время Продолжениями являются Продолжения 1890, 1891, 1893 и 1895 гг. и только для Уставов о казачьих селениях и о колониях иностранцев (т. XII, ч. 2) сохраняют силу Продолжения 1863, 1864 и 1868 гг.

Законы, включенные в Свод или в его Продолжения, должны быть при производстве дел приводимы не иначе, как ссылками на соответствующие части свода. В учреждении Сената определена и форма таких ссылок. Они должны состоять из четырех означений: 1) времени издания свода или Продолжения; 2) тома свода и части, если том разделен на части; 3) заглавия закона с допущением лишь указанных в законе сокращений и 4) номера статьи: например, Свода Законов 1892 г. Т. II. Город. Положение, ст. 1.

Как мы уже указывали, некоторые отрасли нашего законодательства не вошли в Свод Законов при его составлении. В последующих изданиях свода содержание его расширилось, так что уставы кредитные, иностранных исповеданий, ученых и учебных заведений министерства народного просвещения теперь включены в Свод.

Но другие остались по-прежнему вне свода и для иных из них даже составлены особые своды, а именно для местных законов губерний остзейских и для законов военных и морских.

Свод военных постановлений составлен был в 1838 г. Он распадался на пять частей и 15 книг, размещенных в 12 томах. Первая часть (тома 1 4) содержала в себе образование военных учреждений; вторая (тома 5 и 6) – устав о службе по военному ведомству; третья (том 7) – наказ войскам; четвертая (тома 8 11) – устав хозяйственный и пятая (том 12) – устав военно-уголовный.

По той же системе было издано в 1859 г. и второе издание свода военных постановлений, имевшее по 1 января 1869 г. 6 Продолжений. Но реформы военного управления, совершившиеся в прошлое царствование, так существенно изменили военное законодательство, что старая система оказалась неудобной. В 1869 г. приступлено поэтому к третьему изданию свода уже по измененной системе. Новое издание разделяется на *шесть* частей: I – Военные управления; II – Войска регулярные; III – Войска иррегулярные;

IV – Военные заведения (интендантские, артиллерийские, инженерные, военно-учебные, военно-врачебные и военно-тюремные);

V – Военное хозяйство и VI – Устав военно-уголовный, дисциплинарный и военно-судебный. Новое издание, однако, еще не закончено. Изданы вновь вполне первая,

<sup>65</sup> К Своду 1832 г. таких продолжений было шесть: 1834, сводное 1835, сводное 1836, 1837, 1838 и 1839 гг. Из них первое содержало в себе и исправление 823 статей вследствие производившейся в 1833 г. негласной ревизии свода. К Своду 1842 г. было 19 Продолжений: 1843, 1844 (3), 1845, 1846 (2), 1847 (2), 1848 (1), 1849 (2), 1850, 1851, 1852, 1853, 1854 и 1855 гг.

К Своду 1857 г. – 19 Продолжений: 1858, 1859, 1860, 1861, сводное 1863, 1864, 1868, 1869, 1871, 1872, сводное 1876, 1879, 1881, сводное 1886, 1887, 1889, сводное 1890, 1891 и 1893 гг. – для некоторых томов сводное, для других очередное и 1895 г. – очередное.

четвертая и шестая части.

Из состава второй и пятой части изданы только отдельные положения. Часть третья не издана вовсе. К изданным частям имеются три Продолжения 1874, 1879 и 1881 гг.

Свод морских постановлений 1886 г. состоит из восемнадцати книг: 1) общее образование управления морским ведомством; 2) и команда; 3) учебные заведения; 4) врачебные заведения; 5) технические заведения; 6) учреждения по гидрографической части;

7) тюремные заведения; 8) прохождение службы; 9) награды, пособия и меры призрения; 10) морской устав; 11) портовый устав; 12) общие распоряжения по хозяйству; 13) о довольствии чинов морского ведомства; 14) хозяйство экипажей команд на берегу и хозяйство на судах флота; 15) счетный устав; 16) военно-морской устав о наказаниях; 17) военно-морской дисциплинарный устав; 18) военно-морской судебный устав.

В остзейском крае особенные законы существуют: 1) относительно организации местных учреждений; 2) относительно прав состояния, и 3) законы гражданские. Сообразно с этим и Свод местных узаконений губерний остзейских, составленный Вторым отделением Собственной Е. И. В. канцелярии, содержит в себе только эти три части. Свод узаконений о правах состояния и о местных учреждениях (две первые части Свода) был издан в 1845 г., и 1853 г. вышло к нему первое Продолжение. Свод законов гражданских (третья часть Свода) издан только в 1864 г.

В губерниях бывшего Царства Польского действует по настоящее время введенный там еще в 1808 г. французский гражданский кодекс с некоторыми, впрочем, изменениями, касающимися, главным образом, постановлений о союзе брачном. Официальный русский перевод под заглавием: «Собрание гражданских законов губерний Царства Польского», сделан в 1870 г.

Наконец, в Великом княжестве Финляндском действует совершенно особое законодательство, развивающееся посредством деятельности особого законодательного органа – финляндского сейма.

Основанием финляндского законодательства до сих пор служит шведское уложение 1734 г., изданное на русском языке с позднейшими изменениями и дополнениями в 1824 г. Уложение Швеции, принятое на сейме 1734 г. и Его Императорским Величеством утвержденное для Великого Княжества Финляндского и Прибавления к нему 1827 г. Новые законы печатаются в «Сборнике Постановлений Великого Княжества Финляндского», издаваемом с 1808 г., прежде только на шведском языке («Storfurstennomet Finlands Forfattnings Samling»), а с 1860 г. и на русском.

## § 60. Значение и сила свода

При составлении Свода имелось в виду только свести в один общий систематический сборник наличный законодательный материал, а не заменить прежнее законодательство новым. Отсюда, само собой, являлся вопрос: какое юридическое значение должно быть придано Своду? Следует ли его считать новым законом, отменяющим собою действие всех прежних законов, послуживших материалом для его составления, или только новой формой их изложения, предназначенной лишь к облегчению их изучения и применения? Если признать Свод новым законом, тогда действовавшее до него законодательство окажется сохранившим силу лишь настолько, насколько оно включено в Свод, и в случае противоречия между статьями Свода и узаконениями, на которых оно основано, решающее значение должны иметь статьи Свода, отменяющего собою, как новый закон, все несогласные с ним прежние законы. Если же видеть в Своде только новую форму изложения законов, сохраняющих всю свою силу, то статьи Свода придется признать имеющими обязательную силу лишь настолько, насколько они действительно воспроизводят содержание узаконений, на которых основаны.

Признание Свода новым законом, отменяющим действие всех прежних, практически представлялось более удобным. Вопрос об отношении Свода к прежнему законодательству получил бы при этом самое простое решение, и практике приходилось бы иметь дело исключительно с одним Сводом. Но, с другой стороны, такое решение вопроса оказывалось в противоречии с самой задачей составления Свода: только собрать действующее

законодательство, ни в чем его не изменяя. Как дело рук человеческих, Свод, конечно, не мог представлять безусловной полноты и точности в воспроизведении того огромного законодательного материала, который послужил ему источником. Поэтому признать за ним значение нового закона, отменяющего все старые, значило, отказавшись от сознательных, вызываемых серьезными основаниями изменений в исторически сложившемся законодательстве, допустить изменения, обусловленные единственно бессознательными ошибками составителей Свода.

Таким образом, определение юридического значения Свода представлялось очень затруднительным вопросом. Как же он разрешен нашим законодательством?

В манифесте 31 января 1833 г., которым было возведено о первом издании Свода, значение его определяется вторым и четвертым пунктом. Второй пункт постановляет, что «законная сила Свода имеет состоять в приложении и приведении статей его в делах правительственных и судебных, и вследствие того во всех случаях, где прилагаются и приводятся законы и где составляются из них особые выписки, или же указывается токмо их содержание, вместо того прилагать, приводить и делать указания и ссылки на статьи Свода, делу приличные». В четвертом пункте говорится, что «как Свод Законов *ничего не изменяет* в силе и действии их, но приводит их только в единообразии и порядок, то, как в случае неясности самого закона в существе его, так и в случае недостатка или неполноты его, порядок пояснения и дополнения остается тот же, какой существовал донныне».

Определения эти не отличаются ясностью. С одной стороны, предписывается вместо самих законов ссылаться всегда только на статьи Свода, следовательно, как бы предполагается, что Сводом отменяются все прежние узаконения. С другой – прямо указывается, что Свод «ничего не изменяет в силе и действии законов, но приводит их только в единообразии и порядок». Какой же надо сделать отсюда вывод относительно значения Свода?

Цитович<sup>66</sup>, а за ним и Таганцев, утверждают, что Своду было присвоено значение нового закона и что им отменены поэтому все прежние законы. С особенною определенностью высказывает это Цитович, но при этом сам оговаривается, «что п. 4 манифеста не совсем точен» и основывает свое положение собственно на рассказе графа Корфа о суждениях Государственного совета по определению силы Свода. С другой стороны, последовательное развитие принятого им взгляда на значение Свода, как нового закона, приводит его к таким выводам, которые совершенно расходятся с установившейся у нас практикой. По его словам, каждая статья Свода – новый закон, получивший силу действия только с 1 января 1835 г. и имеющий обязательную силу, хотя бы данная статья не была извлечена ни из какого узаконения или «показана извлеченною по ошибке или недоразумению». Между тем, статьи Свода 1832 г. предписано было применять не только к делам, возникшим с 1 января 1835 г., но и ко всем делам, возникшим при господстве тех узаконений, из которых извлечены статьи Свода. Точно так же и в настоящее время статьи новых изданий и Продолжений применяются к делам, возникшим до их обнародования, если только они возникли после вступления в действие законов, послуживших источником новых статей Свода. И такая практика прямо основана на п. 4 манифеста 31 января 1833 г. Точно так же судебная практика наша никогда не признает законодательного значения за очевидными ошибками кодификации. Неверно переданный в Своде или Продолжениях закон не считается оттого измененным; пропущенный по ошибке – не признается отмененным.

Правда, в манифесте 31 января 1833 г. нет прямого указания на то, что из неверной передачи или совершенного пропуска в Своде какого-либо закона не следует заключать еще об его изменении или отмене, но это было признано не обнародованным Высочайше утвержденным 30 января 1836 г. мнением Государственного совета. В нем предписывается каждый раз, как к министру юстиции дойдет сведение, что при производстве какого-либо дела открылось затруднение в том, что какой-либо действующий и к разрешению дела служащий закон не помещен в своде, или помещен не в полном его смысле, министр юстиции, рассмотрев встретившийся случай, если найдет его уважительным, входит в сношение со Вторым

<sup>66</sup> Курс русского гражданского права. Т. I. Учение об источниках права. Одесса, 1878. С. 8–11.

отделением и вследствие того, по обоюдному соглашению, помещается в Продолжение Свода надлежащее дополнение или пояснение; в случае же несогласия, дело представляется на уважение Государственного совета. Постановление это не было обнародовано, потому что тогда нашли его определяющим исключительно обязанности министра и Второго отделения.

Таким образом, Свод нельзя считать новым законом: это только новая форма уже раньше действующих законов, для установления точного смысла которых решающее значение имеет не изложение статей Свода, а первоначальный, законодательным порядком утвержденный текст.

Конечно, возможность неверной передачи в статьях Свода Законов, послуживших им источником, и вытекающая отсюда необходимость постоянной сверки статей Свода с первоначальным текстом законов представляет большие практические неудобства. Но избежать их можно только одним путем: по возможности дословным включением в Свод отдельных законов или даже простой их перепечаткой. И на этот путь, как мы видели, мало-помалу и вступает наша кодификация за последнее время.

### Глава III Применение положительного права

#### § 61. Критика

*Unger. System. I. § 12. S. 73. Savigny. System. I. § 38, 39. Puchta. Pandekten Verlesungen. 1863. I. § 12, 13 (обычай), 15 (законы). Regelsberger. Pandekten. I. S. 134–140.*

Изучение и применение норм положительного права, прежде всего, предполагает *критику* источников<sup>67</sup>, т. е. определение того, что есть именно подлинная норма положительного права. Нельзя ни изучить, ни понять нормы, если не знаешь, что норма и что нет. Название «критика» заимствовано из исторической науки, но в приложении к правоведению она имеет свои особенности. Критика, как определение подлинности и аутентичности нормы в целом, определение ее существования, или так называемая высшая критика, находит себе применение ко всем источникам без различия.

Существование обычно-правовых норм познается из непосредственного наблюдения соблюдаемых обычаев, из юридических пословиц, из показаний сведущих лиц, из сборников обычаев и, наконец, из судебных решений, основанных на обычном праве<sup>68</sup>. Два первых средства (непосредственное наблюдение и пословицы) дают непосредственное, из первых рук, познание обычного права. Тут все дело сводится лишь к тому, чтобы отличить простое обыкновение от юридического обычая. Три последних средства (показания сведущих лиц, сборники обычаев, судебные решения) дают, напротив, познание лишь из вторых рук. Поэтому при пользовании этими средствами познания, независимо от различия обыкновений и юридических обычаев, должен быть поставлен вопрос и о том, насколько достоверны представляющиеся нам свидетельства, и для решения его необходимо выяснить, насколько *мог и желал* сведущий человек, составитель сборника или судья, верно передать и формулировать обычно-правовую норму. Судебные решения – наиболее достоверный источник познания обычного права, так как они являются обыкновенно плодом тщательной проверки существования юридического обычая со стороны судьи-юриста, следовательно, лица, достаточно подготовленного к такому делу. То же должно сказать и относительно таких судов, в которых судьями являются не юристы, а представители народной мудрости. Конечно, такой народный суд менее способен к точной и общепонятной формулировке обычно-правовых норм,

<sup>67</sup> Обыкновенно говорят только о критике законов, но к такому ограничению нет никакого основания.

<sup>68</sup> Puchta. *Gewohnheitsrecht*. 11. S. 12–150. Salza. *Gewohnheitsrecht* Weisek's Rechtslexikon.

нежели суд, состоящий из юристов, но за то народный по своему составу суд обладает непосредственным знанием обычаев. Наименьшую достоверность имеют решения таких судов, в состав которых входят лица, одинаково чуждые и народного правосознания, и юридического образования. Таковы, например, наши полуграмотные волостные писари, имеющие значительное влияние на практику волостных судов.

Лучшим доказательством достоверности сборника обычая служит его популярность. Если сборник пользуется общепризнанным авторитетом среди того самого общества, обычая которого он передает, то мы с полной уверенностью можем на него положиться. Показания сведущих людей могут представляться в трех различных формах. Это могут быть, во-первых, показания отдельных лиц, по выбору суда или сторон. Во-вторых, показания собираются иногда посредством общего опроса местного населения, так сказать, посредством повального обыска. Эта форма удостоверения в существовании обычного права существовала, например, во Франции до 1667 г., когда были отменены такие *enquetes par turbes*. Наконец, в-третьих, показания, удостоверяющие существование обычного права, могут исходить от какого-либо учреждения, например, от торговых депутаций биржевых комитетов и проч<sup>69</sup>. Во Франции в прежнее время было в ходу нотариальное удостоверение юридических обычаев, особенно торговых. Там, согласно эдикту 1700 г., мнение негоциантов, утвержденное торговой палатой (*chambre de commerce*), получало значение так называемых *actes de notariété*<sup>70</sup>. Подобно обычаю, закон и судебная практика могут быть нам известны или непосредственно, или из вторых рук. Непосредственное значение черпается тут из подлинного текста закона или судебного решения, т. е. из облеченного в юридически определенную форму. Подлинным текстом признается, во-первых, самый оригинал, подлинник закона или судебного решения, т. е. тот экземпляр их, на котором имеется собственноручная подпись главы правительства или судей; во-вторых, официальные издания законов и судебных решений. Оригиналу имеет, конечно, больший авторитет, чем официальное издание уже потому, что при печатании всегда возможны опечатки. Но они возможны и в оригинале, в виде описок, или даже опечаток, так как теперь обыкновенно и оригинал бывает печатный. Такие опечатки или описки, замечаемые в оригинале, могут быть исправлены при издании. Таким образом, различие достоверности оригинала и официального издания весьма незначительно.

Довольно распространено мнение, будто в отношении к официальным изданиям высшая критика не может иметь места<sup>71</sup>. Но такое мнение, как указал на это уже Пухта, совершенно ошибочно. Если не применять к официальным изданиям высшей критики, то придется к тому, что каждый клочок печатной бумаги, вышедшей из казенной типографии, будешь считать законом. И к тексту официальных изданий необходимо критическое отношение. Может оказаться, что правительственное распоряжение превышает пределы правительственных полномочий и относится к такому предмету, который может быть нормирован не иначе, как законом, следовательно, в конституционных государствах не иначе, как с соучастием парламента. В таком случае распоряжение, как незаконное, не может иметь для суда значения закона. Может оказаться так же, что закон противоречит постановлениям конституции. В таком случае и он, как неконституционный, не имеет силы.

Но высшая критика может иметь место в отношении к официальным изданиям не только там, где существует отделение учредительной власти от законодательной, и законодательной от правительственной, потому что, каково бы ни было государственное устройство страны, везде же установлена для издания закона какая-либо определенная форма: удостоверение в наличности в каждом данном случае этой формы и будет тогда целью высшей критики.

Точно так же нельзя обойтись без высшей критики и по отношению к официальным

<sup>69</sup> Цитович. Торговое право. С. 91.

<sup>70</sup> Merlin: *Reportoire*, voce *parere*.

<sup>71</sup> См., напр.: Unger. *System*. I. S. 73. Böhlau. *Meklenburgisches-Landrechts*, I. 1871. S. 320. Малышев. Курс гражданского права. I. С. 291.

изданиям судебных решений. Решение, вошедшее уже в законную силу и могущее таким образом попасть в официальное издание, может быть потом уничтожено, если будут доказаны по суду корыстные или иные личные виды судей по уголовному делу (Уголовное уложение. Ст. 935). Понятно, что такое решение не может считаться выражением начал, принимаемых судебной практикой.

Когда официального издания не имеется, то высшая критика источников сводится к общим приемам исторической критики, так что юрист тут всецело опирается на данные исторической науки.

В тех случаях, когда юрист имеет дело с письменными памятниками, кроме высшей критики требуется также применение низшей критики, называемой также критикой дипломатической. Низшая критика имеет целью своей установление верного текста в подробностях, следовательно, исправление описок и опечаток, восполнение пропусков, исключение вставок, расстановку знаков препинания. В отношении к старинным рукописям все эти операции требуют большого труда и умения. Рукопись такая представляет обыкновенно непрерывный ряд букв, ничем друг от друга не отделенных. Группировка букв в слова и разделение их знаками препинания на предложения есть первая задача критики. Затем идет исправление искажений текста, имеющих самое разнообразное происхождение, случайное и намеренное. По различию приемов, с помощью которых выполняется это дело, низшая критика подразделяется на *сравнительную*, основывающуюся на сравнении различных редакций текста, и на *конъектуральную*, основывающуюся на соображениях, независимых от текста (*emendationes ex ingenio*).

## § 62. Соотношение, разноместных и разновременных законов

*Saviyny.* System. B. VIII. Bar. Lehrbuch des intern. Privat und Strafrecht. 1892.  
*Schmid.* Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen. 1863.  
*Градовский.* О действии закона во времени (журнал гражданского и уголовного права, 1873, № 4). *Коркунов.* Опыт конструкции международного уголовного права. Ibidem. 1889, № 1.

Если бы всегда и везде действовали одни и те же нормы положительного права, тогда бы критики и было бы достаточно для их практического применения. Но в действительности положительное право изменчиво во времени и разнообразно по местностям, и потому необходимо еще при его применении иметь определенные правила для разрешения возможных столкновений различных законов. Такие столкновения возможны, как между разновременными, сменяющимися друг друга в одном и том же государстве законами, так и между разноместными законами, законами различных государств.

Закон может быть применяем, конечно, только к тем фактам, которые так или иначе подпадают под его действие. Не может быть и речи о применении, например, к факту, совершившемуся в России и обсуждаемому русскими судами, иностранного закона, или к факту, совершившемуся и обсуждаемому во время действия Уложения о Наказаниях, уголовных законов, действовавших до издания Уложения в 1845 г. Для этого не может существовать никаких побудительных причин. Иное дело, если факт, совершившийся в сфере действия (по месту или времени) одного закона, приходится обсуждать под господством другого закона. В таком случае, один и тот же факт как бы подпадает действию двух различных законов: одному – по месту или времени своего совершения, другому по месту или времени своего обсуждения. Это и составляет так называемое столкновение законов, разноместных или разновременных: например, если преступник, совершивший преступление за границей, судится в России, или, если на основании сделки, совершенной при господстве еще старого закона, предъявляется иск уже после замены старого закона новым.

Мыслимы два различных принципа для разрешения подобных столкновений законов. Можно придавать решающее значение или тому, в сфере господства какого закона обсуждается данный факт, или тому, в сфере действия какого закона он совершился. Смотря по тому, каким

из этих принципов мы станем руководствоваться, мы получим два совершенно противоположных разрешения столкновения законов.

В пользу каждого из этих двух различных принципов можно привести свои доводы. За применение того закона, в сфере господства которого происходит обсуждение данного факта, говорит, прежде всего, то общее соображение, что суды должны руководствоваться только законами, действующими в данном месте и в данное время. Будучи органом местной власти, отправляя свои функции по ее уполномочию, суд не может основывать своих решений на иностранных законах, тем более что иностранное законодательство по содержанию своему может представлять прямое отрицание основных принципов туземного правопорядка. Заменяя старые законы новыми, государственная власть этим самым признает старые законы несправедливыми, негодными: иначе оно бы их не отменяло. Поэтому и суд как орган этой самой власти не может уже продолжать применять старые законы, несправедливость которых открыто признана. К этому основному доводу присоединяются соображения практического удобства. Если применять всегда закон, в сфере господства которого происходит обсуждение данного факта, суд будет иметь дело в данное время с одним только законом, хорошо ему известным, совершенно игнорируя законы иностранные, совершенно предав забвению старые законы. Только при этом условии, с изданием новых законов, старые сразу потеряют всякое значение. А это, конечно, придает судебной практике ясность, простоту, определенность.

Несмотря на силу этих доводов, и наука, и практика принимают противоположный принцип, требуя применения того закона, в сфере господства которого совершился данный факт. Основанием такого решения вопроса служит то обстоятельство, что только им обеспечивается авторитет закона и прочность приобретаемых прав. В самом деле, нельзя относиться с должным уважением и доверием к требованиям закона, если можно ожидать, что при обсуждении совершающихся в данное время фактов на суде, к ним будут применены совершенно иные требования закона, содержание которых нельзя и предугадать. Права не могут быть прочными, если при каждом новом обсуждении их на суде к ним будут применяться и новые законы. При таких условиях одно и то же право может оказаться то приобретенным мною, то нет.

Нельзя не указать так же, что время и место обсуждения факта на суде зависит или от случайного стечения обстоятельств. Или от произвола заинтересованных лиц; а как то, так и другое может не иметь никакого отношения к самому существу обсуждаемого факта. Совершившийся факт остается все тем же, будет ли он обсуждаться французским судом, или русским, в этом году, или в будущем. Напротив, время и место самого совершения факта не может не влиять на него, налагая на него свой отпечаток. Характер каждого факта в значительной степени зависит от среды, в которой он совершается, а среда определяется временем и местом. И можно сказать, что закон, в сфере господства которого совершился данный факт, есть как бы часть бытовой атмосферы, окружавшей и определявшей совершение факта. К тому же, если данный факт есть действие человека, было бы крайне несправедливо судить его по закону, которого, совершая действие, он не мог вовсе иметь в виду.

В частности, относительно столкновения разновременных законов требование, чтобы новый закон не применялся к обсуждению фактов, совершившихся до его издания, другими словами, чтобы он не имел обратной силы, вызывается еще и иными соображениями. Государственная власть, отказываясь применить к суждению о фактах те законы, которые ею самой предписывались в момент совершения факта, этим самым подрывала бы свой собственный авторитет, как бы отвергая безусловную обязательность своих законов. Выработка законов, при условии присвоения им обратного действия, не могла бы сохранить столь важного для закона характера общности, объективности и беспристрастности. Когда законы вырабатываются для применения их только к будущим фактам, неизвестно, к чему именно их придется применить, кому они послужат, против кого они на практике обратятся, и потому субъективные, личные соображения отступают пред соображениями более объективного характера. Напротив, если бы закон вырабатывался для применения его к уже совершившимся, всем известным фактам, субъективные соображения выступили бы на первый план, и закон легко мог стать орудием личных целей.

Относительно законов различных государств следует заметить, что применение всегда



закона того государства, где происходит обсуждение факта (*lex fori*), противоречило бы интересам международного общения. Тогда бы иностранец, прибывающий в чуждое для него государство, оказывался бы на деле вовсе бесправным, так как приобретение им права на родине, конечно, не может отвечать требованиям иностранного законодательства.

Таковы доводы, заставляющие принять для определения соотношения разноместных и разновременных законов тот принцип, что каждый факт должен быть обсуждаем на основании того закона, под господством которого он совершался.

Сам по себе этот принцип очень прост. Но полное понимание его значения и осмысленное применение его к частным казусам может породить сомнения и потому требует ближайшего анализа его содержания.

Нам уже известны понятия закона и сферы его действия. Под законом, впрочем, тут разумеется всякая вообще юридическая норма, хотя бы установленная не законодательным актом, а обычаем или судебной практикой. Мы остановимся поэтому лишь на анализе понятий *отдельного юридического факта* и его *совершения*.

Окружающей нас мир представляет непрерывный ряд разнообразных изменений, которые мы, группируя так или иначе, рассматриваем как отдельные факты, имеющие то или другое значение научное, историческое, нравственное, экономическое, юридическое и т. д. Эта группировка не есть что-либо объективно определенное. Понятие отдельного факта не есть абсолютное, а относительное. Соответственно той цели, какую в каждом данном случае мы имеем в виду, изменяется и устанавливаемая группировка совершающихся вокруг нас изменений в отдельные факты. Один и тот же ряд изменений мы рассматриваем то как отдельный факт, то как совокупность нескольких фактов. Все зависит от руководящей нами цели.

Что же такое отдельный юридический факт? Это совокупность таких изменений, которые, взятые вместе, имеют юридическое значение. А так как юридическое значение факта обуславливается исключительно тем, что он вызывает собою применение юридической нормы, то можно сказать определительнее, что отдельным юридическим фактом называется совокупность таких изменений, которые, взятые вместе, обуславливают применение закона.

Юридический факт может быть довольно сложным, состоящим из нескольких действий или фактических обстоятельств. Так, преступление как юридический факт слагается из различных элементов, наличие которых, всех в совокупности, необходима для наличия состава преступления. Отдельно взятые элементы этого состава не будут юридическим фактом, потому что не вызовут применения к ним уголовного закона. Умысел, взятый сам по себе, не есть еще юридический факт. То же самое применимо и ко всякому другому юридическому факту.

Юридические факты весьма разнообразны и допускают различную группировку. Для нашей цели всего удобнее группировать их сообразно тем вопросам, которые составляют предмет судебного решения. Это потому, что наша цель в настоящее время выяснить, в решении каких вопросов, какими законами, туземными или иностранными, старыми или новыми, должен руководствоваться суд.

Вопросы, разрешаемые судом, могут быть сведены к четырем категориям, к четырем основным вопросам: 1) установлено ли данное право; 2) каковы условия его осуществления; 3) не прекращено ли оно и 4) соблюдены ли, при имеющихся для данного дела значении действиях, установленный законом формы.

Так, уголовный суд разрешает, прежде всего, вопрос о том, установлено ли право наказания. Затем определяются им условия осуществления карательного права, назначается определенное наказание. Если возникает сомнение, не прекращено ли право наказания давностью, вошедшим в законную силу оправдательным приговором, или иным способом, то разрешается и этот вопрос. Вопрос о соблюдении при юридических сделках установленных законом форм в уголовном суде имеет мало значения. Но в гражданском он часто является главным вопросом, так как многим юридическим сделкам усвоена законом обязательная форма, несоблюдение которой влечет за собой недействительность сделки.

Каждый из этих четырех вопросов решается по соображению с соответствующей группой фактических обстоятельств, составляющей с этой точки зрения особый юридический факт. Мы считаем отдельными юридическими фактами обстоятельства, представляющие собою

установление, осуществление, прекращение права, а также соблюдение при юридических действиях законом установленной формы, и каждый такой факт обсуждается на основании того закона, под господством которого он совершился.

Очень часто все эти отдельные факты в одном и том же деле приходится обсуждать на основании различных законов, так как установление, осуществление, прекращение одного и того же права, а также заключение относящихся к нему юридических сделок легко могут оказаться совершившимися под господством различных законов.

Установленное нами понятие отдельного юридического факта представляется весьма важным для уяснения разбираемого вопроса. Усвоив себе это понятие, нетрудно будет понять, что объем и форма осуществления права определяются не законом времени и места приобретения, а законом времени и места его осуществления, потому что приобретение и осуществление суть различные факты и каждый из них обсуждается по закону его совершения. Таким образом, все собственники в данное время и в данном месте могут осуществлять свое право собственности в одном и том же объеме, независимо от того, где и когда они его приобрели. Отсюда же вытекает далее, что преступность действия обсуждается на основании закона времени и места его совершения, а определение судом за него наказания, как особый юридический факт, представляющий осуществление государством приобретенного им в отношении к данному лицу вследствие его преступного деяния права наказания, – на основании закона времени и места суда.

Затем, так как форма юридических действий имеет сама по себе юридическое значение, то соблюдение или несоблюдение ее должно быть рассматриваемо как особый юридический факт и обсуждаться на основании закона места и времени совершения действия.

Поэтому и форма судебных действий, иначе говоря, порядок судопроизводства, определяется законом места и времени суда, а не места и времени совершения того факта, который обсуждается на суде. Это тем более очевидно, что в одном и том же судебном деле зауряд приходится обсуживать разнообразные факты, относящиеся к различному времени и месту, а применять в одном и том же процессе разные формы судопроизводства – невозможно.

Так как юридические факты бывают весьма сложными по своему составу, то может возникнуть сомнение, где именно и когда считать совершившимся данный факт. Принимая во внимание, что юридическое значение факт получает только после того, как превзойдет и последний элемент его состава, место и время происхождения последнего, завершающего, так сказать, элемента и должно считать местом и временем совершения и самого юридического факта.

Может быть затем и так, что субъект, совершающий действие, находится в одном государстве, эффект его действия сказывается на территории другого государства. Где считать совершившимся такое действие? Криминалисты, склонные придавать преимущественное значение субъективной стороне, решают этот вопрос так, что местом совершения действия следует считать место нахождения субъекта. Но цивилисты держатся противоположного взгляда. Осуществление лицом, находящимся в одном государстве, его права собственности на недвижимость, находящуюся в другом государстве, обсуждается на основании законов местонахождения имущества; осуществление обязательственных прав обсуждается на основании законов местожительства должника, а не верителя. Да едва ли и не правильнее было бы держаться того же взгляда и в уголовном праве, так как полный состав оконченного преступления получается при наличности тех результатов действия, которые сказались вне государства, где находится преступник. Когда человек, стоящий по одну сторону границы государства, стреляет в находящегося по другую сторону, то осуществление преступного намерения – лишение жизни – имеет место там, где находится убитый.

Определение взаимного соотношения разновременных и разноместных законов может быть подведено, как мы это и сделали, под один общий принцип. Но соотношение разноместных законов, представляется все-таки более сложным. Это обусловливается двумя обстоятельствами.

Во-первых, при подчинении действию разновременных законов юридическое отношение может подпадать под их действие только в одном определенном порядке, переходя от старого к новому. Обратный порядок невозможен. Подпасть снова под действие старого закона

отношение уже не может. В случае же столкновения разноместных законов это возможно. Одно и то же отношение может поочередно переходить из одной страны в другую и обратно. Это дает возможность заинтересованным лицам намеренно переселяться из одного государства в другое и обратно, с целью обойти требования того или другого закона, что не может не вызвать противодействия государственной власти.

Другое, более важное осложнение, возможное при столкновении разноместных законов, заключается в следующем. При смене старых законов новыми, новые распространяют свое действие непременно сразу на все элементы юридического отношения. Не может случиться так, чтобы субъект отношения подпал уже действию нового закона, а объект остался под господством старого. Но при столкновении разноместных законов постоянно встречаются и такие случаи. Очень часто бывает так, что, например, субъект отношения находится в одном государстве, а объект – в другом. Согласно уже указанному выше правилу, всякое осуществление права в таком случае считается совершающимся там, где находится объект.

В заключение надо оговориться, что на практике, в силу различного рода политических соображений, допускаются отступления от последовательного применения общего принципа, определяющего соотношение разновременных и разноместных законов.

### § 63. Толкование

*Savigny. System. V. I. S. 206. Градовский. О судебном толковании законов (журнал гражданского и уголовного права, 1874, № 1). Таганцев. Лекции по русскому уголовному праву. Вып. I. С. 346.*

Критика устанавливает подлинность источника как в его целом, так и в частях. Принципы, определяющие взаимное отношение разновременных и разноместных законов, указывают, какие именно нормы должны быть применены к тому или другому частному случаю. Но знать, какие именно нормы подлежат применению, еще мало. Надо, кроме того, суметь применить эти нормы. А для этого, прежде всего, следует выяснить смысл данной юридической нормы, что и составляет задачу *толкования*.

Так как положительное право составляет только то, что нашло себе выражение в источниках права, то воля законодателя лишь настолько составляет закон, насколько она выразилась в законодательном акте. Если законодатель по неумелости или недосмотру выразил в законе свою волю уже ее действительного содержания, законом она делается все-таки только в том объеме, в каком она выражена. С другой стороны, закон служит настолько источником права, насколько он выражает волю законодателя. Поэтому, если случайно выражения закона окажутся шире действительной воли законодателя, законом должно считать только то, что составляло действительную волю законодателя. Ошибка или неправильность языка не может служить источником права. Поэтому ближайшим образом задачу толкования законов составляет выяснение воли законодателя, насколько оно выразилось в законодательном акте.

Толкование, как и критика, не составляет исключительной принадлежности юридических наук, напротив, оно встречается во всех науках, имеющих дело с письменными источниками, например, в истории, богословии. И можно указать такие правила, которые имеют одинаковое применение как в толковании и критике юридических норм, так и в толковании и критике памятников исторических или догматических религиозных книг. Но критика или толкование юридических норм представляют и особенности, так, например, вопрос о конституционности закона представляет исключительную принадлежность юридической критики. Точно так же и в толковании. Поэтому в нем можно различать два элемента: общий и специфически-юридический.

Общий элемент заключается в общих приемах толкования грамматическом и логическом. Каждый письменный источник содержит в себе человеческую *мысль*, выражаемую *словом*. Но и мысль, и слово подчиняются известным правилам: *логическим* и *грамматическим*. Для понимания написанного, как и сказанного, необходимо знакомство с этими правилами; истолкователь должен, по замечанию Савиньи, воспроизвести мысленно весь тот процесс,

каким данный закон сложился, облекаясь в форму логическую и затем грамматическую, соответствующую его содержанию. Грамматические правила с течением времени изменяются; истолкователь должен поэтому применять к истолкованию каждого данного закона грамматические правила того времени, когда он составлен, а не своего. Кроме того, подобно тому, как у каждого писателя имеются свои особенности языка, такие же особенности могут существовать и обыкновенно существуют и в языке законодателя. Поэтому грамматическое толкование предполагает и изучение этих особенностей.

Логические правила неизменны, но те понятия, с которыми оперирует логическое мышление, меняют свое содержание, понимаются различно. Поэтому при истолковании норм надо обращать внимание на изменение значения содержащихся в них понятий.

Предположение, что законодатель соблюдал при выражении своей воли правила логики и грамматики, есть не более как предположение. Поэтому, если мы каким-либо путем убедимся, что в данном случае законодателем допущена, что бывает далеко нередко, грамматическая или логическая ошибка, предположение это теряет свою силу, и мы не можем принять толкование, которое обуславливается им. То же самое должно быть сделано и в том случае, когда толкование, основанное на этом предположении, приводит к очевидно нелепому выводу.

Для выяснения того, как в действительности, согласно с волею законодателя, и может быть, вопреки грамматическим и логическим правилам, должно быть понимаемо сказанное в законе, лучшим средством является знакомство с историей возникновения данного закона. Для этого следует обращаться к первоначальному законопроекту, к последовательному ходу его изменений, к прениям в законодательном собрании. Эти, так называемые «материалы», лучше всего могут объяснить, как сложилось то или другое определение закона, и, следовательно, имея их под руками, нет уже надобности прибегать в этом отношении к каким-либо предположениям.

Такое же значение имеет сравнение статей нашего Свода законов с их источниками. Составляя отдельные статьи Свода, законодатель имел в виду выразить в них те самые нормы, которые содержатся в цитированных под ними законах, а вовсе не создать новые нормы взамен старых. Поэтому узаконения, на основании которых составлен Свод, имеют в полном смысле слова значение законодательных к нему материалов. Они представляют собою тот материал, откуда почерпнуто содержание Свода. У нас, правда, вошло в обычай считать такую сверку статей Свода с отдельными указами, послужившими материалом для их составления, ничем иным, как историческим толкованием. Но такой взгляд, как будет показано ниже, совершенно ошибочен.

Большой юридический интерес имеет особенный специфический элемент толкование, основывающийся на особенном соотношении между собой последовательно сменяющихся и одновременно существующих норм. Это соотношение представляется далеко не тождественным с соотношением, например, памятников исторических и литературных. Совокупность исторических памятников, относящихся к определенной исторической эпохе, не составляет вовсе чего-либо целого. Каждый из них толкуется отдельно, и появление нового памятника не может изменить смысла прежде существовавших. Конечно, новые памятники могут помочь более правильному пониманию старых. Но смысл сам по себе от этого не меняется. Совокупность одновременно существующих юридических норм, напротив, представляет собою весь юридический порядок данного общества и притом так, что каждая норма имеет свою исключительную сферу применения: к одному и тому же предмету не может быть одновременно применяемо несколько норм. Поэтому совокупность юридических норм есть одно целое, составляет одну связную систему, и появление новой нормы всегда изменяет несколько смысл прежде существовавших норм, расширяя или ограничивая его. В этом отношении юридические нормы сходны с догматами религии, которые так же составляют одно систематическое целое.

Что касается соотношения последовательно следующих друг за другом норм, то и тут так же сказывается этот взаимоисключающий характер; новая норма отменяет относительно определяемого ею вопроса действие прежде существовавших норм.

Это соотношение юридических норм, сменяющихся во времени, представляет также своеобразную их особенность. Нечего и говорить, что позднейший исторический памятник не

имеет силы более древнего. А если они относятся к одному и тому же событию, то даже, наоборот, древнейший должен предпочитаться новейшему. Но и религиозные догматы не представляют такого взаимно исключаящего соотношения во времени. Бог, как Всемудрый, не может сам себе противоречить. И новый завет является не столько отменой, сколько развитием старого.

Указанное нами взаимно исключаящее соотношение юридических норм придает своеобразный характер юридическому толкованию, и, смотря по тому, обращается ли внимание на соотношение одновременно существующих или последовательно следующих друг за другом во времени, различают толкование *систематическое* и *историческое*.

Под историческим толкованием разумеется объяснение смысла нормы из соображений (сопоставлений) ее с нормой, действовавшей по тому же предмету в момент установления новой. Из этого определения исторического толкования следует с очевидностью, что объяснение статей нашего Свода из соображения цитированных под ними узаконений не есть историческое толкование. Статья не заменяет тех указов, которые под ней цитированы, потому что она есть лишь другое выражение той же самой нормы, какая заключается и в них. Поэтому тут нет налицо первого необходимого условия исторического толкования: сопоставления двух чередующихся во времени норм. Сопоставление отдельных узаконений с извлеченной из них статьей имеет совершенно такой же характер, как и сравнение оригинала закона с официальным его изданием. В обоих случаях сравниваются две официальные формы выражения одной и той же нормы.

Необходимость исторического толкования обуславливается тем, что нередко концепция нового закона всецело определяется содержанием им отменяемого закона. Как иногда бывает невозможно понять ответ, не зная вопроса, на какой он последовал, так и отменяющий закон иногда не может быть понят, если неизвестно содержание закона отменяемого.

Если дело касается обширных законов, объемлющих целую отрасль права, то только внимательным сличением старого и нового закона можно определить, вполне ли новый закон отменяет старый, и это, тем более, что в основу двух этих законов легко могут оказаться положенными существенно различные понимания пределов данной отрасли права.

Новый закон может находиться в различном отношении к старому. Он может его или вполне отменить (*abrogatio*), или заменять его смысл новым постановлением (*obrogatio*), или изменить его отчасти (*derogatio*) или дополнять его (*subrogatio*)<sup>72</sup>.

Под систематическим толкованием разумеется выяснение смысла нормы из соображения ее соотношения к общей системе права. Поэтому объяснение нормы по соображению с заголовком того отдела законодательного акта, где она помещена, обыкновенно называемое у нас систематическим толкованием, есть только частная форма логического. Дело в том, что система законодательного акта, размещение в нем отдельных постановлений, статей в том или в другом порядке, есть продукт логического развития содержания данного акта. Но нельзя же смешивать систему мышления законодателя, подчиняющуюся законам логики, и систему норм, действующих в данном обществе, определяющуюся законом солидарности сосуществующих явлений. Только последняя может служить основанием систематического толкования. Если не делать этого различия, то получится такая несообразность: выяснение смысла закона по системе изложения отдельной статьи (ибо в каждой статье есть своя система изложения) будет толкованием логическим; выяснение же по системе расположения статей друг за другом – систематическим. А между тем понятие статьи не есть определенное: от составителя закона вполне зависит слить несколько статей в одну, или наоборот. Поэтому следует считать порядок изложения отдельной статьи и порядок расположения нескольких статей безразлично основой логического, а не систематического толкования.

Тут спор не о словах только. Так как у нас толкование по заголовкам именуют обыкновенно систематическим, то на нем и успокаиваются, забывая вовсе о настоящем систематическом толковании.

Кроме различия толкования по приемам, в старое время различали его так же по субъекту,

---

<sup>72</sup> Glück. Commentar. I. 514.

от которого исходит толкование, на *доктринальное* и *легальное*. Доктринальное толкование это то, которое совершается лицами, применяющими закон, и сила которого основывается на его разумности. Легальное – это толкование, устанавливаемое обычаем (узвальное) или даже самим законодателем (аутентическое) и основывающееся не на разумности, а на авторитете обычая или законодательной власти. Но, как на это указал Савиньи, толкование мыслимо только как толкование доктринальное. Так называемое узвальное толкование это не что иное, как обычай, так называемое аутентическое – закон. И практическое значение этого нелепого выражения – законодательное толкование закона – сводится к тому, что, иногда прикрываясь им, придают закону обратную силу.

С толкованием не следует смешивать аналогического применения нормы. Толкование есть объяснение нормы, аналогия – применение нормы к случаям, ею не предусматриваемым, но представляющим в юридическом отношении аналогию с теми случаями, для которых они установлены. Смотря по тому, применяется ли таким образом правило, извлеченное из отдельного закона или из целой системы законодательства, различают аналогию закона, и аналогию права.

## § 64. Научная обработка права

*Ihering. Geist des römischen Rechts. II. 2 Abth. 3 Aufg. 1875. S. 309–389. Коркунов.*  
О научном изучении права (журнал гражданского и уголовного права. 1882, № 4. С. 1–29; № 5. С. 159–194).

Толкование разъясняет смысл отдельных юридических норм. Не выяснив смысла нормы, нельзя ее и применять. Поэтому толкование есть, безусловно, необходимое условие применения юридических норм. Но одно толкование само по себе еще недостаточно. Одно толкование не может дать полного понимания права. Прежде всего, толкование, как объяснение смысла только данной нормы, слишком непосредственно связано с правом данной страны, данного времени. Как только нам приходится иметь дело с применением иностранного закона или хотя бы и нашего, туземного, но вновь изданного, толкование, выработанное нами для объяснения нашего или старого закона, оказывается ни к чему непригодным. Если бы изучение права ограничивалось одним толкованием, не только юристам каждого отдельного государства, но даже каждому новому поколению юристов одной и той же страны приходилось бы начинать дело изучения права сызнова, так как законы нередко меняются быстрее людских поколений. Между тем, несмотря на разнообразие и изменчивость права, в нем есть и постоянные или, по крайней мере, более устойчивые элементы, не меняющиеся с каждой переменной законодательных определений. Юридическая нормировка отношений меняется гораздо быстрее и легче, чем самые отношения и их основные элементы. Поэтому, если за основу изучения права принять не нормы юридические, как это бывает при толковании, а юридические отношения, то получатся более прочные и устойчивые выводы.

К тому же требованию, не ограничиваясь толкованием норм, перейти к изучению самых отношений, приводит и другое соображение. Мы видели, что и при толковании нельзя юридические нормы рассматривать вполне обособленно. Действуя совместно в данном обществе, они по необходимости образуют из себя одно связное целое. На этом и основано систематическое толкование. Но система эта устанавливается не внешней формой законодательных сборников, а органической связью тех отношений, к которым применяются юридические нормы. Поэтому и для построения системы необходимо обратиться к изучению юридических отношений.

Только изучение юридических отношений, а не толкование отдельных законодательных постановлений дает обобщенное и систематическое знание права, знание научное. В этом смысле Иеринг называет толкование низшей юриспруденцией, противопоставляя ей как высшую анализ, конструкцию и систематизацию юридических отношений.

В чем же заключаются приемы такого научного изучения права? Наука обобщает наше знание; она заменяет непосредственное, частное, но и более разрозненное, более конкретное

знание – более абстрактным и более общим; она изучает частности только как материал для обобщения, стремясь прийти к выводам, применимым к целым группам сходных явлений и заменяющим для нас поэтому знание всех частных явлений, относящихся к той или другой исследованной группе. Но обобщение не может быть совершено над сырым материалом в том виде, как он дается нам непосредственным наблюдением. Сопоставляя непосредственные данные наблюдения, не подвергнутые аналитическому разложению на составные элементы, мы можем подметить в них сходство лишь в весьма ограниченных пределах и притом весьма легко этим путем впасть в ошибки, сблизив такие явления, которые в действительности представляют весьма мало общего, и наоборот.

Для того, чтобы расширить обобщения и дать им надежную постановку, необходимо предварительно подвергнуть представляющийся нам в наблюдении материал известной обработке. Мы подвергаем для этого наши представления анализу, разлагая их на составные элементы, с тем, чтобы найти общие элементы, из различных комбинаций которых составляется все разнообразие наших представлений известного рода. Затем полученные посредством анализа общие элементы наших представлений мы комбинируем уже сознательно и так, как того требуют цели научного исследования, строя, конструируя таким образом научные понятия, которые, как идеальные построения, не суть простые копии действительности, но своеобразные, требующиеся для целей науки, конструкции. Наконец, полученные путем конструкции научные понятия мы классифицируем, соединяя их в группы, руководясь их сходством и различием.

Все эти приемы: анализ, конструкция и классификация, суть общие приемы научного исследования, отнюдь не составляющие исключительной принадлежности только науки права. Но это не сознается нередко и самими юристами, по крайней мере, в отношении к анализу и, в особенности, в отношении к конструкции. Так, Иеринг, излагая учение об юридическом анализе и юридической конструкции, для пояснения этих приемов, ссылается не на общие начала научной методологии, а на пример азбуки для пояснения анализа и на примере органических тел для пояснения юридической конструкции, – подобия в обоих случаях весьма отдаленные и неполные. Муромцев же прямо относит все приемы юридической конструкции к «особенностям юридического воззрения»<sup>73</sup>, имеющим лишь «условное практическое значение и не могущим служить средством научного объяснения»<sup>74</sup>.

Мы постараемся доказать, что ни в конструкции, ни в анализе нельзя никоим образом видеть особенности юридического воззрения, что, напротив, мы имеем тут дело лишь с частным применением общих научных приемов обобщения. Начнем с анализа.

В противоположность обыденному воззрению юрист не рассматривает каждый отдельный юридический казус как одно целое. Он, напротив, всегда разлагает представляющийся ему практический вопрос на составные элементы, устанавливая сначала распознавание, диагноз каждого отдельного элемента, и затем, уже давая решение вопроса так, как он становится практикой, основывая это решение на совокупности диагнозов, составляющих этот случай элементов. В силу этого там, где не-юрист видит один нераздельный вопрос, допускающий только категорическое решение в положительном или отрицательном смысле, юрист нередко видит целый ряд отдельных вопросов, допускающих каждый самостоятельное решение. В отношении к отдельному практическому случаю такое аналитическое его разложение может естественно показаться лишь напрасным усложнением и запутыванием вопроса. Но если, не ограничиваясь отдельным случаем, мы примем во внимание бесконечный ряд разнообразных случаев, представляемых юридической практикой, то мы поймем, что юридический анализ не запутывает, не усложняет разрешение отдельных случаев, а, напротив, чрезвычайно его упрощает. Дело в том, что посредством такого аналитического разложения мы сводим все бесконечное разнообразие юридических казусов, встречающихся в жизни, к различным комбинациям небольшого числа все одних и тех же основных элементов. Таким образом,

<sup>73</sup> Определение и основное разделение права. С. 93.

<sup>74</sup> Там же. С. 121.

изучением этих элементов мы заменяем изучение всего этого пестрого разнообразия возможных казусов. Понятно, что это дает большую экономию времени и труда.

Можно ли признать этот прием юридического анализа своеобразною особенностью правопведения? Чтобы убедиться в противном, стоит только открыть любой курс логики: мы везде найдем изложение совершенно аналогичных приемов анализа наших представлений, как общих приемов образования понятий. Зигварт – так тот такое разложение наших представлений на их общие основные элементы прямо считает основным вопросом всего учения о методах<sup>75</sup>.

В старых логиках, правда, процесс образования общих понятий излагался несколько односторонне. Дело представлялось так, как будто общие понятия мы образуем всегда одним путем: путем последовательного опущения в них признаков, так что общей формой соотношения понятия признавали соотношение вида и рода. Это, вероятно, и побудило Иеринга искать объяснение юридического анализа не в общих приемах логического анализа, а в аналогии с азбукой. Действительно, в старых логиках он не нашел бы пожалуй подходящей формулы для объяснения того, что он называет различием самостоятельных и не самостоятельных, конкретных и абстрактных элементов. Он поясняет это различие сравнением с различием гласных и согласных. Гласная юридической азбуки это то, что может существовать в жизни само по себе, отдельно, например, купля-продажа, завещание. Согласная это то, что мыслимо только как принадлежность чего-либо другого, таково, например, понятие просрочки. Повторяю, подыскать подходящую формулу для такого различия действительно могло бы представиться затруднительным, если держаться только старых логик. Но современные немецкие логики, Зигварт, Лотце, Вундт, не признают опущение признаков общим приемом образования понятий, не признают и различие вида и рода общей формой их соотношения. По словам Вундта, соотношение вида и рода есть лишь одна из возможных форм соотношения понятий и общность есть общее свойство понятий лишь в том смысле, что каждое понятие состоит из элементов, которые входят в состав и других понятий, и различной комбинацией которых единственно и обуславливается различие отдельных понятий<sup>76</sup>. Поэтому нельзя сказать, чтобы большая отвлеченность понятия обуславливала всегда и большую общность. Так, например, понятие обязательства менее абстрактно, нежели понятие отсрочки. Но нельзя сказать, чтобы оно вместе с тем было и менее общим. При таком взгляде на дело и общим приемом обобщения является не опущение частных признаков, а разложение представлений на их составные элементы, и нет уже надобности искать объяснение приемов юридического анализа вне логических формул. В немецкой литературе и была уже сделана попытка воспользоваться результатами логических исследований Зигварта и Лотце для объяснения процесса образования юридических понятий<sup>77</sup>.

Таким же совершенно общим логическим приемом представляется и то, что Иеринг называет логической концентрацией понятий. Тут все дело заключается в определении взаимного соотношения понятий и следует только заметить, что Иеринг опускает из виду разнообразие форм этого соотношения. Соотношение понятий может быть не только отношением соподчинения, но может принимать и различные другие формы, например, взаимоисключения (случай и умысел), соотносительности (право и обязанность), соприкосновения (*dies incertus an, certus quando u conditio*), переименования (вещные и имущественные права) и т. д.<sup>78</sup> Но эта так называемая Иерингом логическая концентрация понятий дает объединение материала лишь в весьма узких рамках. Для того, чтобы объединение могло обнять весь материал общих элементов, полученных путем анализа, а не

<sup>75</sup> Sigwart. Logik. B. II. Methodenlehre. 1878. S. 5.

<sup>76</sup> Wundt. Logik. I. 1880. S. 96.

<sup>77</sup> Rümelin. Juristische Begriffsbildung. 1878.

<sup>78</sup> Wundt. Logik, I. S. 113.



отдельные только их группы, необходимо обратиться к синтезу, посредством юридической конструкции. Подобно анализу и юридическая конструкция не представляет исключительной особенности юридической науки. Это общий прием научного обобщения<sup>79</sup>. Не следует думать, чтобы научные обобщения были просто суммированными копиями действительности. Такие копии по необходимости представляются неясными, неопределенными. Они подобны тому смутному впечатлению, какое мы получим, если наложим одну на другую несколько прозрачных картин и станем рассматривать их против света. При этом, конечно, и краски, и очертания контуров сольются, смешаются, потеряв всякую определенность. Обобщения, подобные таким неясным впечатлениям, не годятся для целей науки. Они могут, пожалуй, удовлетворить потребностям обыденной жизни, где мы зауряд руководствуемся неясными, для нас самих смутными представлениями. Но наука требует, прежде всего, отчетливости, ясности, определенности. И в действительности научные обобщения не суть вовсе суммированные лишь копии действительности. Все научные обобщения суть идеальные построения, представляющие собою своеобразные комбинации полученных путем анализа общих элементов наших представлений. Эти комбинации не копируют рабски действительность; они составляются свободно, сообразно целям научного обобщения, и потому всегда уклоняются несколько от действительности. Таков характер обобщений во всех науках без исключения: всякая наука дает не копию действительности, а идеальное построение. Так, например, когда говорят, что Луна обращается по определенной орбите вокруг Земли, то это нельзя понимать, как простое описание действительно совершающегося обращения Луны вокруг Земли – это только идеальное построение, объясняющее нам движение Луны. В действительности Луна вовсе не описывает эллипсисов вокруг Земли. Если бы она в своем движении оставляла за собою видимый след, след этот имел бы фигуру не эллипсиса и вообще не замкнутой кривой, а не замыкающейся волнообразной линии. Весьма наглядно выражается конструктивный характер научных обобщений в кристаллографических системах. Для того, чтобы объяснить сложные явления, наблюдаемые в кристаллах, кристаллографы воображают, что внутри каждого кристалла существуют известные оси или линии направления, соотносительной длиной и взаимным наклоном которых определяется природа кристалла. В одном классе кристаллов есть четыре таких оси; во всех других только три: они могут быть или одинаковой длины, или различной, или перпендикулярны друг к другу, или наклонны. Этим различием числа, длины и наклона воображаемых осей обуславливается деление кристаллов на семь различных систем, представляющих различие геометрических форм и физических свойств. Но, конечно, эти оси только воображаемые. Таким образом, вся кристаллография опирается на конструкцию, на идеальное построение.

Совершенно такое же, не только практическое, но и научное значение имеет и юридическая конструкция. Между нею и конструкциями, например, астрономическими или кристаллографическими, нет никакого принципиального различия. Но, конечно, приемы юридической конструкции иные, так как тут и самый предмет, подлежащий объяснению, совсем не тот.

Основной прием юридической конструкции заключается в том, что отношения юридические, существующие между людьми, объективируются, рассматриваются как самостоятельные существа, возникающие, изменяющиеся в течение своего существования и, наконец, прекращающиеся. Затем в организации, в структуре этих отношений различают их субъектов, т. е. тех лиц, между которыми происходят отношения, и их объекты, т. е. те силы, пользование которыми служит поводом установления отношений. Наконец, в содержании отношений различают всегда два элемента: право и соответствующую праву обязанность.

Подобно тому, как определением числа, соотносительной длины и положения осей определяются все свойства кристалла, так и определение всех свойств различных юридических отношений сводится к определению их субъекта и объекта, содержания и условий установления и прекращения. Конструкция юридических отношений выполняет совершенно ту же функцию, как и конструкция кристаллографических систем. Это есть приуроченное для

<sup>79</sup> Льюис. Вопросы о жизни и духе. Т. I. СПб. 1875. С. 272–300.

целей юридического исследования идеальное построение. Поэтому и критика юридической конструкции не может заключаться в разрешении вопроса о том, соответствует ли она во всех своих частностях действительности. Оси кристалла, орбита Луны существуют только в нашем мышлении, мы только воображаем их себе. И это нисколько не мешает этим конструкциям иметь высокое научное значение. Не беда поэтому, если и юридическая конструкция не представляет простой копии действительности. Оценка ее должна обуславливаться исключительно тем, представляется ли она пригодной формой для наглядного и точного воспроизведения всех свойств правовых явлений и их взаимного соотношения. Пригодность для этой цели установившегося приема юридической конструкции, как конструкции отношений, лучше всего доказывается успешным ее применением на практике. Выработанный собственно цивилистами этот прием конструкции находит себе с течением времени все более и более широкое применение. И по самому существу своему он вполне пригоден для воспроизведения всевозможных юридических явлений как бы они ни были разнообразны.

Чтобы конструкция соответствовала своему назначению, она должна удовлетворять известным общим условиям, которые Иеринг называет законами юридической конструкции. Первое из этих условий – условие полноты. Конструкция, чтобы быть полной, должна покрывать собою всевозможные частные случаи. Все они должны укладываться в ее рамках. Второе условие – условие последовательности. Правильная конструкция должна быть последовательна и притом в двойном отношении. Она сама не должна составлять исключения из более общих юридических положений, она должна быть согласована с ними. И, кроме того, она должна быть такова, чтобы решение всех частных вопросов, относящихся к данному отношению, получалось как необходимый логический вывод. Наконец, в-третьих, конструкция должна быть также простою, естественною. Это потому, что слишком сложная или неестественная конструкция не облегчит, а только затруднит понимание.

Когда выработана конструкция отдельных институтов права, остается затем дать их общую классификацию. Сообразно различию в логическом соотношении понятий, соподчиняющихся или перекрещивающихся, возможны две формы классификации: классификация системой и классификация рядами. Классификация системой получается путем сопоставления соподчиняющихся друг другу понятий. Она имеет в виду не только разделить классифицируемые явления на группы, но и соединить эти группы в одно целое, связать все отдельные группы так, чтобы они представляли постепенно разветвление одного основного понятия, так что систематическая классификация может быть представлена графически как разветвляющийся ствол (отсюда название: порфириево или рамусово древо). Юристами почти исключительно и применяется такая классификация системой. Но это только частный вид классификации. Если мы станем сопоставлять не соподчиняющиеся, а перекрещивающиеся понятия по степени их взаимной близости (abc, bed, cde и т. д.), то получим не систему, а *ряд*, так как такое сопоставление не может дать разветвления. Мы получим тут ряд понятий, представляющих, так сказать, последовательные звенья одной непрерывной цепи понятий. Такая классификация в особенности применима к сопоставлению чередующихся во времени явлений юридического быта.